

独占性公共资源 用益物权研究

许 军 / 著

Duzhanxing

Gonggong ziyuan

Yongyi Wuquan Yanjiu

中国社会科学出版社

014033248

D923.24
114

独占性公共资源 用益物权研究

许军/著

Duzhanxing

Gonggong ziyuan

Yongyi Wuquan Yanjiu



北航

C1721505

中国社会科学出版社

图书在版编目(CIP)数据

独占性公共资源用益物权研究 / 许军著. —北京:
中国社会科学出版社, 2013. 10
ISBN 978 - 7 - 5161 - 3562 - 4

I. ①独… II. ①许… III. ①物权法 - 研究 - 中国
IV. ①D923. 24

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2013)第 263677 号

出 版 人 赵剑英
责任编辑 宫京蕾
责任校对 韩天炜
责任印制 李 建

出 版 中国社会科学出版社
社 址 北京鼓楼西大街甲 158 号 (邮编 100720)
网 址 <http://www.csspw.cn>
中文域名: 中国社科网 010 - 64070619
发 行 部 010 - 84083685
门 市 部 010 - 84029450
经 销 新华书店及其他书店

印 刷 北京奥隆印刷厂
装 订 北京市兴怀印刷厂
版 次 2013 年 10 月第 1 版
印 次 2013 年 10 月第 1 次印刷

开 本 710 × 1000 1/16
印 张 14. 5
插 页 2
字 数 215 千字
定 价 45.00 元

凡购买中国社会科学出版社图书, 如有质量问题请与本社联系调换
电话: 010 - 64009791
版权所有 侵权必究

目 录

导论	(1)
第一节 问题的提出	(1)
一 如何理解用益物权客体的扩张	(1)
二 如何理解行政特许下的独占性公共资源	(7)
第二节 立法与研究现状分析	(8)
一 立法现状与分析	(8)
二 理论研究现状与分析	(10)
第三节 中心命题与解决思路	(16)
第一章 独占性公共资源的界定	(18)
第一节 独占性公共资源的含义	(18)
一 资源的传统类型：自然资源	(18)
二 资源的新类型：公共资源	(20)
三 独占性公共资源	(41)
第二节 独占性公共资源的类型化	(62)
一 无线电频谱资源	(63)
二 交通资源	(67)
三 市政管网资源	(77)
四 不宜纳入独占性公共资源的“资源”	(80)
第二章 独占性公共资源利用关系的用益物权定位	(84)
第一节 独占性公共资源现行法律规范的反思	(84)
一 独占性公共资源的现行法律规范的具体内容	(84)
二 独占性公共资源现行规范的立法缺陷	(91)
第二节 独占性公共资源利用关系的用益物权定位的 必要性	(100)

一	必要性论证的理论依据	(100)
二	必要性论证的现实依据	(108)
三	必要性论证的客体因素	(112)
四	必要性论证的制度标靶：政府特许经营权	(121)
第三章	独占性公共资源用益物权的制度构成	(131)
第一节	独占性公共资源用益物权的设立	(131)
一	独占性公共资源用益物权的设立行为：特许经营合同	(131)
二	独占性公共资源用益物权的成立	(146)
第二节	独占性公共资源用益物权的内容	(150)
一	内容规制的理论依据：物权社会化原理	(150)
二	独占性公共资源用益物权人的权利	(155)
三	独占性公共资源用益物权人的义务	(166)
四	独占性公共资源所有权人的权利与义务	(174)
五	第三人（消费者）的权利与义务	(184)
第三节	独占性公共资源用益物权的转让	(186)
一	民事财产权利的可转让性	(186)
二	独占性公共资源用益物权转让的必要性	(188)
三	独占性公共资源用益物权的转让规则	(191)
第四节	独占性公共资源用益物权的保护	(195)
一	独占性公共资源用益物权保护的独特性	(195)
二	针对独占性公共资源用益物权的加害行为	(196)
三	独占性公共资源用益物权的私法保护	(200)
四	独占性公共资源用益物权的公法保护	(202)
第五节	独占性公共资源用益物权的消灭	(203)
一	独占性公共资源用益物权的消灭的独特性	(203)
二	独占性公共资源用益物权的消灭事由	(205)
三	政府临时接管制度	(207)
	参考文献	(211)
	后记	(229)

导 论

第一节 问题的提出

一 如何理解用益物权客体的扩张

2007 年我国《物权法》的颁布, 不仅意味着许多问题的解决, 同时也意味着不少问题的产生。在这些新问题之中, 本书所要研究的是: 独占性公共资源之上能否成立、如何成立用益物权、成立何种内容的用益物权, 以及如何予以保护救济等基本理论问题。

(一) 国家所有权的客体与用益物权的客体之间的差异

我国《物权法》所有权编, 按照所有制的形式将所有权划分为三类: 国家所有权、集体所有权和私人所有权, 并以大量条文重点罗列了国家所有权的客体类型。其中, 第 46—49 条依次规定了矿藏、水流、海域、土地、森林、山岭、草原、荒地、滩涂、野生动植物等广义的自然资源。而在第 50 条和第 52 条又分别规定了无线电频谱资源、铁路、公路、电力设施、电信设施和油气管道等基础设施的国有属性。如果以自然属性或产生方式来做区分, 这些客体大体上可以分为两类: 第一类客体 (即第 46—49 条) 明显属于广义的自然资源, 此类客体天然地存在于人类行为之外。这类客体的国有属性, 早在宪法等高阶法律中就已经有了类似规定, 法律实践也较为充分。而第二类客体 (即第 50、52 条), 与上述自然资源明显不同, 具有强烈的人为因素, 均是人类行为的产物。与自然资源相比, 属于新近纳入物权法的国家所有权客体。

不论上述哪一类国家所有权的客体, 都面临着国家所有权的实现问题, 都天然地、必然地包含着将所有物交由他人使用的问题。正如

学者所说的：“公有财产的归属和利用是天然分离的。”^① 这种使用关系既可能是他人共同使用，不分彼此，无以排他；也可能是专由某人使用，利用人凭借个人意志独断性地予以独占支配与使用收益，其他人则无权干预介入或者再以同样的方式使用。大体而论，前者多由行政法的公产或公物理论予以解决，而后者在民法构造中，基本上是通过用益物权来完成这一使命的。《物权法》以及相关特别法对此已有所反映，即表现为（广义的）自然资源用益物权，其中的代表性权利包括土地承包经营权（第125条）、建设用地使用权（第135条）、宅基地使用权（第152条）、海域使用权（第122条）、探矿权、采矿权、取水权、渔业权（第123条）以及其他特别法中规定的自然资源用益物权等。

蹊跷的是，虽然同为国家所有权的客体，但是这两类客体之上可能存在的物权类型却并不相同：对于第一类国家所有权客体（即自然资源），其上既有所有权，也可以设立用益物权，而对于第二类国家所有权客体，《物权法》却只规定了所有权。既然此类客体可以成为所有权的客体，那么它也就具有了物权客体的资格，因此，我们的问题是：另一类国家所有权客体之上，可否成立用益物权呢？

（二）新型国家所有权客体——独占性公共资源——的经济实践

所谓新型的国家所有权客体，如无线电频谱资源、铁路、公路、电力与电信设施、油气管道等基础设施，以及由此衍生的其他特殊客体类型等等，它们主要的共性就在于，都是人工产物，其上都直接承载了公共利益。粗略而论，这些新型客体的学理归类，在民法上大体可以归于不融通物中的公用物的范畴；^② 在行政法上可以归于公产或公物的范畴；^③ 而在经济学或经济法上，又大体可归于公共产品、公共物品或公共资源的范畴。^④ 虽然各种称谓五花八门，内涵、外延

① 孟勤国、张里安：《物权法》，湖南大学出版社2006年版，第7页。

② 施启扬：《民法总则》，中国法制出版社2010年版，第191页。

③ 肖泽晟：《公物法研究》，法律出版社2009年版，第17页。

④ 钟雯彬：《公共产品法律调整研究》，法律出版社2008年版，第13页。

也各有差异,但是,具体到用益物权的范畴,一方面,为了与另一类用益物权客体——自然资源——相对应;另一方面,也为了一目了然地突出其上所承载的公共利益,此处暂时将之概括称为公共资源。

通常情形下,公共资源意在直接实现或满足公共利益,市场无法充分供给,所以,顺理成章地由公共利益的代表者即政府提供与运营,其所有权也归国家所有,以此实现供所有社会成员自由、平等地使用的任务。此即为公共资源配置的传统模式。在此模式下,公共资源属于行政法等公法的调整对象,以行政命令、行政审批等手段无期、无偿或低价将此类公共资源交由隶属于政府的公用企事业单位予以利用。政府乃公共资源的所有者、提供者与运营者,而社会成员乃公共资源的最终使用者,二者之间以行政方式来协调规范,各个主体之间具有强制性、不平等性等特征。对此,行政法理论也形成了一套“公产”或“公物”理论,来规范这些资源的产生、管理、使用、维护等关系。

但是,随着城市化进程的加快,社会对公共利益的需求日益迫切,由政府全面承担公共利益的提供运营、以行政手段或公法手段配置资源、由此导致产权模糊、政企不分、政监不分的传统模式已经无法适应社会需要,因此出现了市场化与民营化趋势。这引起了公共资源的分化与变异。按照公共资源利用方式的不同特征,大体上可以将其分为两大类别:第一类公共资源仍然由政府以行政手段提供并运营,如公共道路、公共桥梁、隧道、绿地、街心花园、城市广场、路灯等,不妨称其为一般性的或普通性的公共资源。此类公共资源排他性使用的成本极高,不具有经营的可能性,携带着较为纯粹的公共利益的品格,属于一般使用或共同使用的范畴,^①以自由使用、平等使用、免费使用为基本特征。因而只能继续由政府负责提供与运营,以行政手段规范此类公共资源的使用。

而另一类公共资源则是在市场化与民营化的举措下,适宜于交由特定主体垄断性、营运式利用,然后再由其向不特定社会大众提供相

^① 张健文:《转型时期的国家所有权研究》,法律出版社2008年版,第339页。

应的公共产品或服务。因其特殊的利用方式已经突破了公共资源一般使用的常规状态，因而必须采用特许程序完成资源配置。其中比较典型者包括：如电信频率、广播频率、电视频道等无线电频谱资源；或是收费路桥、轨道、公交线路、客运班线、航空航线、出租车配额等交通资源；或是供水、供气、供热等的管网设施以及有线电视、电信、电脑网络等市政管网资源等。对于这一类公共资源，因社会形势、经济政策的变化，不再继续完全由政府负责提供与运营，而是实行政企分开，改走市场化与民营化的道路，以竞争性手段（如招标、拍卖等）实行特许，^① 交由社会资本予以支配利用或提供运营。更重要的是，鉴于此类公共资源的自然垄断性以及市场容纳度的有限性或拥挤性，其利用运营已经具有了垄断性特征，这种垄断性对内体现为独占性利用，对外体现为排他性利用。这明显与第一类的一般性公共资源有所差异，是比较特殊的公共资源。为了醒目地突出其利用方式的独特性，本书将此类特殊的公共资源称为“独占性公共资源”。

从法律调整方式的角度来看，市场化的核心特征在于主体独立，自主竞争，各类要素具有财产性而在市场上自由流动；民营化的核心特征在于各种主体的地位平等。二者的共同指向均在于扬弃独占性公共资源的行政配置方式，代之以更为平等、更为自主、尊重合理的私人利益诉求的配置方式。换言之，市场化与民营化改变了公共资源乃至行政权力或公法调整对象的传统做法，这无疑对传统行政法理论带来了巨大的冲击。为了适应这种新的经济实践及社会变迁，行政法理论本身也进行了调整，提出了不少异于传统行政法理论的新观点，如“新行政法”、“软法”、“合作治理”、“公私伙伴关系”、“行政合同”等理论。总体而言，其努力方向就是弱化行政色彩，逐步向民法精神与制度靠拢，关注利用人的利益及其保护。但是，这些理论只是在行政法论域内的小修小补，不足以从根本上提高利用人的法律地位、保护利用人的权利，也不足以防止行政公权力的滥用。更何况对于这些

^① 对此可以参见《行政许可法》第12条的规定，以及《市政公用事业特许经营管理办法》等相关法律规范的内容。后文对此有具体的论述。

公共资源,即使是我国的行政法律本身,也并无多少具体法律规范可供操作适用。

相比于滞后的行政法律规定,经济实践总是走在前列。独占性公共资源的市场化与民营化的经济实践往往被纳入“政府特许经营权”这一经营模式之下。然而,这一理论本身就存在着诸多局限性,例如适用范围狭窄、法律依据的合法性危机等。尤其是政府特许经营权的理论基础乃行政合同理论,且不说行政合同理论本身的暧昧难明、争议不休,单就其以大量行政特权而体现出来的根深蒂固的行政性,在“特许”过程中,就不可避免地携带着行政法律关系的单方性、强制性、不平等性。这导致了政府特许经营权仍然过分注重于行政机关的意思,过分注重于行政权力的行使,而缺少对行政权力的制约,更轻视相对人的利益设计与保护。这与独占性公共资源的市场化与民营化方向完全背道而驰。

事实上,所谓的政府特许经营权,如果撇开积重难返的行政权力,就其实质内容而言,与用益物权并无本质差别。政府特许经营权运作模式的基本内容,就是将独占性公共资源交由第三人垄断性地利用运营。这种利用关系对内表现为独占性,即利用人可以依据自己的意思支配利用独占性公共资源,对外表现为排他性,即可以排斥他人的不当干预或再以同样方式的利用。这与用益物权的基本特征完全吻合。

(三) 用益物权客体的扩张:独占性公共资源

如果以用益物权界定独占性公共资源的利用关系确属必要,那么,在理论上进一步需要解决的问题就是:用益物权化的设计如何可能?如何可行?这不仅需要对独占性公共资源本身的内涵、外延加以分析,以确证其物权客体资格,也需要对其大面积地、直接涉及公共利益的内容设计寻找理论根据,还需要在操作的层面上设计出具体化、动态化的制度内容。

1. 从主体来看,独占性公共资源用益物权理论要妥当处理好政府的所有人与监管人二重身份。政府在独占性公共资源用益物权关系中,既是以资源所有权行使人的身份(实际上与所有权人并无本质不

同)，与用益物权人平起平坐；同时，又是以公共利益的代表者的身份，居高临下地行使行政权力，对资源利用行为予以监管。如何同时体现或设计政府的这两种不同角色或功能，就成为独占性公共资源用益物权研究的重要命题之一。这一问题，实际上是要准确理解独占性公共资源所有权的独特属性。

2. 从客体来看，独占性公共资源一方面与物权客体有其共同之处，另一方面也呈现出相应的独特之处。就其共性而言，独占性公共资源与其他物权客体一样，也具有“能为人力所支配、独立满足人类社会生活需要”这一根本特征。^①就其独特性而言，传统用益物权的客体限于有体物、不动产、土地、私有物，而独占性公共资源却属于公用物，其中包含了既非有体物又非无体物的无形资源，还包含了构筑物、动产，等等。这些类型的独占性公共资源能否成为用益物权客体？如果可能，则对其具体制度设计又有何影响？这些问题均有深究的意义。

3. 从内容来看，独占性公共资源上承载了相当程度的公共利益，在用益物权化制度设计时，不仅要考虑所有人与利用人的利益，还要考虑不特定社会成员的利益，要照顾其承受能力、方便程度等。用益物权人的义务主要是面向不特定社会成员提供公共产品或服务。这种背景下的用益物权的权利、义务等内容设计，势必有异于传统用益物权的内容。

4. 从具体内容的理论依据来看，独占性公共资源用益物权理论应当对其广泛涉及公共利益的内容设计给予合理解释。在物权涉及其他利害关系人时，传统物权理论是以所有权的社会化原理作为理论依据。但是，该理论本身属于宣示性条款、不确定概念；其内容苍白稀薄，主要以消极性的、单方面的、容忍义务为主要规范手段。而对于独占性公共资源用益物权理论来说，利用人在享有用益物权的同时，必然要对社会公众负有大量的、积极的或者说是作为的义务，才不至于疏忽遗漏独占性公共资源的本质属性——公共利益。如何规范这些

^① 王泽鉴：《民法概要》，中国政法大学出版社2003年版，第69页。

被传统用益物权理论所忽视,而对不特定社会成员却又至关重要的公益性义务,就成为重要的研究命题。或者说,这一命题的本意在于:是否以及如何将所有权社会化理论进行扩张性运用,以规范独占性公共资源用益物权的内容?

二 如何理解行政特许下的独占性公共资源

公共资源之上能够成立独占性利用关系,其法律依据在于2004年颁布的《行政许可法》中。该法第12条在对行政许可的设定事项进行规范时,规定在涉及公共资源配置时,应当通过行政特许的方式设立。行政特许的法律效果就在于对当事人赋予了排他性利用公共资源的权利。资源利用人对外拥有排他性利用权利,则对内必然呈现出独占性状态。换言之,《行政许可法》的这一规定对于独占性公共资源用益物权的设立或产生,无疑具有重要意义,它将独占性公共资源行政特许的程序做了相应的规定。

然而,问题在于:《行政许可法》只是从具体操作流程的角度规定了如何设定许可,而对许可的首尾两端却未置一词。所谓首端即特许的前提要件,是指能够设定许可的具体对象——独占性公共资源——的内涵与外延;所谓尾端即特许设定之后的法律效果,被特许人的法律地位。独占性公共资源的配置过程中,一旦完成了特许,则被特许人处于何种法律地位?享有何种性质的权利?其权利、义务应当如何规定、享有或履行?这些问题在《行政许可法》中还悬而未决。然而,无论是独占性公共资源本身的界定,还是独占性公共资源的配置效果,这些问题对于行政许可法的实施效果来说,绝非可有可无的装饰品。

从《行政许可法》的实施情况来看,由于行政许可本身所携带的行政基因,导致在特许关系中,行政机关一权独大,而相对人却是处境尴尬:一方面,他是特许的受益人,即使依据行政特许的基本原理,他也原本应当享有对特定公共资源的可独占、可排他的权利;另一方面,这一权利却因固定性不明而无力对抗来自政府或他人的不法干预或侵犯,相对人几乎成了仰人鼻息的行政附庸,毫无“拥权自雄”

的底气。这表明仅仅从行政公权的角度规范独占性公共资源,无法取得《行政许可法》的扩大市民社会自由、自主的空间、^① 限制公权滥用的预期效果。

值得注意的是,《行政许可法》明确规定,对于独占性公共资源的配置应当尽可能地采取招标、拍卖等竞争性方式实施特许。当这些竞争性方式用于行政特许之际,尤其是在法学理论公认招标、拍卖系属私法行为的语境内,所谓的“行政特许”其实已经与行政行为的性质渐行渐远,而与私法行为却日渐相亲。换言之,特许行为本身是否事实上已经成为私法上的法律行为?如果这种界定得以成立,对独占性公共资源用益物权的产生、内容设计、功能实现都有怎样的意义?解决这些问题,即使对于《行政许可法》也具有重要价值。

第二节 立法与研究现状分析

一 立法现状与分析

(一) 立法现状

从我国的立法现状来看,并没有直接规范独占性公共资源用益物权的法律规范。对于具体的某些类型的独占性公共资源,多以行政法律、行政规章或政府文件等形式予以规定。具体包括:

1. 无线电频谱资源方面的法律规范有

调整无线电频谱的行政法规《无线电管理条例》(1993年,国务院、中央军事委员会发布);涉及电信资源的《电信条例》(2000年,国务院发布);涉及广播频率、无线电视频道的《广播电视管理条例》(1997年,国务院发布)等。

2. 交通资源方面的法律规范有

规范收费路桥的《公路法》(1997年发布,2004年修改,全国人大常委会发布)、《收费公路管理条例》(2004年,国务院发布)

^① 陈端洪:《行政许可与个人自由》,《法学研究》2004年第5期。

等;规范轨道交通的《城市轨道交通运营管理办法》(2005年,建设部发布)等;涉及公交线路的《城市公共汽电车客运管理办法》(2005年,建设部发布);涉及客运班线的《道路旅客运输及客运站管理规定》(2005年,交通部发布)等;涉及出租汽车配额或牌照的有:《城市出租汽车管理办法》(1997年,建设部发布)等;涉及航空航线的《民用航空法》(1995年,全国人大常委会发布)、《中国民用航空国内航线经营许可规定》(2006年,民航总局发布)等。

3. 市政管网资源方面的法律规范有

调整基本管网资源的《市政公用事业特许经营管理办法》(2004年,建设部发布)、《城镇燃气管理条例》(2010年,国务院发布)等;涉及资讯管网资源的《城市社区有线电视系统管理暂行办法》(2004年,广电总局发布)、《互联网等信息网络传播视听节目管理办法》(2004年,广电总局发布)等。

(二) 立法现状的分析

总体来看,这些行政法规或规章,对各类独占性公共资源的管理、使用关系做出了一定的规范,但也呈现出一些明显的缺陷。

1. 立法理念的错位

现行有关独占性公共资源的立法文件,大多制定于20世纪八九十年代的计划经济时代或社会转型时期,以行政法律规范居多,立法理念表现出鲜明的管理本位与行政本位。立法条文往往以如何加强与方便管理活动为出发点,单方强制色彩浓厚,行政行为的相对人处于被动、消极的法律地位。

2. 立法体例的缺陷

现行法律规范的效力层级较低,多系部门规章或是地方性法规,除了屈指可数的几部总括性的法律之外,很少以法律形式出现,导致法律权威性较差。同时,这些立法多由主管行政机构各自为政,分别制定,内容分散零乱,甚至互相矛盾,无法保证体系的一致性,妨碍了独占性公共资源的有效配置与利用。

3. 立法内容的缺失

现行法律规范的内容过度行政化,导致缺少利用人的权利的规

范。例如,利用人如何获得该利用权?它属于何种性质的权利?权利的具体内容是什么?负有怎样的义务?如何行使权利履行义务?如何保护此权利……诸如此类的事关资源配置效率的重要问题,却被现行法律规范所忽略。

二 理论研究现状与分析

对于公共资源的研究,虽然多门学科都有涉及,但是所使用的术语并不一致,各术语的内涵、外延互有参差,研究的侧重点也倾斜各异。总体而言,相关的研究成果并不丰裕,资料也较少,而直接以独占性公共资源为研究中心的论著更是少之又少。

(一) 行政法学研究视角下的独占性公共资源

行政法学是将独占性公共资源纳入公产或公物的范畴之内予以研究。这方面的著作大体上可以分为三类。

1. 第一类著作属于传统型的观点,从宏观上概述公产的成立、处分、废止、储备、使用等各种关系,其所论述的公产,既包括公务用公产,也包括公众用公产,但是,论述的重心在于公务用公产和纯公益性公众用公产,如政府办公的楼宇设施、公共道路、公共桥梁、隧道、公园、绿地、路灯、街心花园、城市广场,等等。这种观点以公共利益为基点,认为行政机关的公权力乃公产法律关系的主导性力量,因此研究的重心也放在了行政机关如何管理公产的问题上。对于可以通过特许而实现独占性、排他性利用的公产,着墨不多。其代表性研究成果主要有:朱维究、王成栋教授主编的《一般行政法原理》、王名扬教授所著的《法国行政法》、吴庚教授所著的《行政法理论与实用》、肖泽晟教授所著的《公物法研究》、张杰博士所著的《公共用公物权研究》、侯宇博士所著的《行政法视野里的公物利用研究》等著作。

2. 第二类著作已经注意到公产利用关系的新变化,并以此为契机,对传统行政法的公产理论进行了一定程度的反思。例如,它借鉴民法契约制度提出了行政合同(行政契约)这一概念,以此提升公产利用人的法律地位,约束行政权力的滥用。此类研究强调了行政相

对人的权利保护,认为行政机关与相对人在特定事项上、具有一定程度的平等性。因此,它提出了改善行政管理、缩小干预行政、扩大给付行政等观点。这方面的代表性著作主要有:余凌云教授主编的《全球时代下的行政契约》、石佑启教授所著的《论公共行政与行政法学范式转换》、张弘教授所著的《公共行政与服务行政下的中国行政法的结构性变革》、杨欣博士所著的《民营化的行政法研究》、敖双红博士所著的《公共行政民营化法律问题研究》等。

3. 第三类著作则属于具体类型的独占性公共资源的行政监管研究。这些著作虽然是意在完善相关行业的行政监管,但是,也会涉及到监管的相对人的权益。如果将这些监管制度转换视角,即以民法权利义务进行制度设计,那么对于丰富独占性公共资源用益物权的具体权利内容不无启发。这一类著作主要有:祝捷教授所著的《无线电行政法研究》、周建亮博士所著的《城市基础设施民营化的政府监管》、续俊旗教授所著的《中欧电信法比较研究》、刘发成教授所著的《中美广电通信经济与法律制度比较研究》等。

行政法学视角下的独占性公共资源研究,自有其可取之处。例如,它强调了行政监管对于独占性公共资源利用的重要性,而这在传统用益物权理论中往往是被忽略的。但是,称其重要,并不意味着就只能或必须以行政化方式实施监管。在市场化与民营化的政策取向,将行政监管的任务或目标纳入私法合同的范畴,未必就是天方夜谭。事实上,具体的行政监管内容其实完全可以做出提前的规划,订入于特许经营之中。这对于转变行政监管方式、完善行政监管手段、进而丰富独占性公共资源用益物权的制度规范,都不无裨益。

总体而言,行政法学视角下的独占性公共资源研究,其立足点仍然是行政本位的,对于相对人的权利与义务着墨较少,对其权利的定性更是不置一词。即使如上述第二类研究提出的行政合同理论,其固有的行政本性也依然如故。它一方面强调以合同的平等方式规范各个主体的法律地位,但另一方面又强调行政机关单方面的优益性或保留了大量的行政特权。这种合同也只能是貌似平等而非真正的平等。更何况即使是在行政法学内部,行政合同理论也是争讼纷纭,莫衷一

是。更糟糕的是,行政法理论认为:公产或公物之上不得设立私权,其上存在的只能是公权。^①因此,即使是依据行政合同方式产生相对人利用资源的权利,也只能是公法上的权利,也仍然受到行政法律规范的制约,而不可能是具有对世效力、能够对抗不法干预的用益物权。因此,即使有些研究成果意识到对于某些公产或公物的特许利用,具有排他性效力,但是,也仍然拒绝或回避对此权利予以私法定位或物权定位。换言之,在行政法视角下的研究,即使有些小修小补,但是从根本上来说,它仍然故步自封于以行政命令或行政审批等方式配置独占性公共资源的传统模式。这就无法彻底根除传统模式下的私权模糊、效率低下、政企不分、政监不分等弊端,独占性公共资源的市场化与民营化也就无从谈起。

(二) 经济学与经济法学研究视角下的独占性公共资源

经济法学虽然并非经济学的翻版,但是,它借用了许多的经济学理论与分析工具,将独占性公共资源纳入公共产品或公共物品的范畴予以整体性研究。其中的可取之处包括如下几个方面。其一,它对于公共产品的特性和类型做出了比较详细的分析与论证,尤其是针对准公共产品的特征分析,可以启发独占性公共资源的特性研究;其二,经济学对公共产品采取了极其宽泛的理解,尤其是将公共政策也纳入公共产品的范畴,这种研究视角可以启发因政府管制而形成的一些无形性的独占性公共资源的研究;其三,它从经济学的角度出发,对于公共产品或公用事业的供给问题做出了有益的探索。例如对公共产品的供给保障、供给主体、运营模式、安全生产等问题,特别是对城市公用事业的经济运行规律做出了一些探索。这些研究对于设计独占性公共资源的利用关系中的权利义务等内容不无启发。

但是,因为经济学的基本起点是市场与消费等理论,所以,首先,经济法学对于公共资源的研究视角在于:平等享用公共资源的消费者或者说是最终用户,这些消费者在使用公共产品时并不具有排他性。而独占性公共资源用益物权理论设计,更多是从排他性利用资源

^① 侯宇:《行政法视野里的公物利用研究》,清华大学出版社2012年版,第214页。