

## 生态文明视阈下矿业权法律属性的制度变迁

郝伟明\* (山西财经大学 法学院, 山西 太原:030006)

**摘要:** 矿业权是现代国家基于矿产资源国家所有而通过行政许可方式设立的经济权利, 自其产生以来便蕴含着公权力因素。但也因此导致矿业权的法律属性争论不已, 不利于矿业权市场的规范和引导, 时常引发矿业纠纷和国家矿产资源流失。通过对矿业权性质争议进行介评, 明确矿业权为经济社会化条件下从事勘探、开采、销售矿产品的经济权利, 在此基础上厘清矿业权与矿产资源所有权的关系, 从而有利于确保矿业权市场秩序和实施矿业产业政策。

**关键词:** 生态文明 矿业权 法律属性

矿产资源是人类生存的重要物质基础, 随着现代社会的持续快速发展, 传统高消耗、低产出的粗放型经济发展方式日趋难以为继。以山西为例矿产资源的使用和管理也面临着空前的压力和挑战, 而相关的矿业法律制度研究长期滞后, 许多基础问题, 如矿产资源开发的基本特征, 矿产相关权属的性质内容, 在当代社会变迁下矿产使用发生的重大变动等都没有清楚的论证, 能够提供的理论支撑明显不足, 本文以从矿业权国家保护视角, 结合生态文明制度建设研析其权利属性。

### 一、矿业权法义梳理

#### (一) 矿业权法律渊源

在古罗马法中就出现了矿业权的大致概念, 当时的人们根据矿产资源是有形物的朴素认知, 直接将其划入“物法”的范畴予以认识。<sup>1</sup> 不过迄今为止, 矿业领域还没有形成一套定型的法律概念, 不同体制和机制下的人们对于“矿业权”的内涵外延有着不同的认识, 如澳大利亚将矿权分为三类: 探矿权, 采矿权和评价权。日本矿业权制度主要采取许可证形式, 包括钻探权(也有人称为试掘权)<sup>2</sup> 和采掘权, 其中已取得钻探权的企业对所探矿床的采掘享有优先权。

矿(业)权概念在我国的出现则可以追溯至清朝末年, 洋务运动后中国也开始了工业化进程, 矿产资源的需求迅速增长, 带来了矿业活动的加剧, 清政府遂于1898年颁布《路矿章程》22条, 最早提出了矿(业)权的概念, 并界定了地权和矿权的区别。中华民国时期, 继承于此颁行了《矿业条例》。新中国成立后, 1950年颁布《矿业暂行条例》, 具体制度上也继承民国时期的规定, 但明确禁止了矿(业)权的自由转让, 不过由于此时社会主义改造尚未完成, 在所有权分配上私人主体还被允许取得矿(业)权。1965年再次颁布《矿产资源保护试行条例》, 此时已经消灭了私有制并全面实行计划经济, 所以矿产资源从归属上当然地全部属于国家这个唯一的主体, 从流转上也不允许其通过市场在任何其他主体之间发生变动(否则就等于在破坏国家计划), 故这部法规中没有任何界定产权的内容, 而只是对一些矿业工作注意事项的原则规定, 中国矿业权制度就此基本上处于空白状态。

改革开放后, 市场经济的部分放开带来了多个(国家以外的)独立主体的承认, 而既然有了不同的产权主体, 自然就会要求资源在其间的流转配置, 为此, 1986年全国人大颁布了《矿产资源法》取代以上计划经济时代的规制条例, 但在这个现在还可视为矿产资源基本法的法条规定中, 并没有出现“矿业权”或者“矿权”之类与矿相关的概括概念, 只是在第三条出现了两个下位权利概念: 探矿权, 采矿权。1994年国务院出台《矿产资源法实施细则》, 第六条对这两项权利的内容及主体做出了明确的法律解释: 探矿权, 是指在依法取得的勘查许可证规定的范围内, 勘查矿产资源的权

\* 作者简介: 郝伟明, 中国社会科学院法学所博士后, 现为山西财经大学法学院副院长、副教授, 主要从事能源矿业法律制度研究。

<sup>1</sup> 从而让人们们对矿业权的认识留下了私权的早期印象, 因为“物法”、“物权”等毫无疑问是我们现在所继承的罗马-德意志法律体系中民法的基本组成部分, 而民法, 是私法的最典型代表。但其实, 早期罗马法中认之为“物法”的事物与当代“物权法”的调整对象已有了根本的差异。对何为“物权”的认识标准, 经过了“有体物”——“支配性”——“对世性”几个发展阶段, 现在, 其划分标准早已潜在地发生了转变, 相应确定的物权内涵也在不断变化, 而与以前的外延范围大相径庭。参见冉昊著:《“对物权”与“对人权”的区分及其实质》, 《法学研究》2005年第3期。

<sup>2</sup> 参见我妻荣等著:《矿业法》, 转引自崔建远著:《准物权研究》, 法律出版社2003年版, 第182页。大致来说, 日本矿业法上规定的“试掘权”相当于我国矿业法规定的“探矿权”, “采掘权”相当于“采矿权”。

利。取得勘查许可证的单位或者个人称为探矿权人。采矿权,是指在依法取得的采矿许可证规定的范围内,开采矿产资源和获得所开采的矿产品的权利。取得采矿许可证的单位或者个人称为采矿权人。此后,探矿权、采矿权被频繁使用,但矿业权作为一个法律概念在官方立法文件中鲜有出现,直到2000年国土资源部印发执行《矿业权出让转让管理暂行办法》,该行政法规第三条规定:“探矿权、采矿权为财产权,统称为矿业权,适用于不动产法律法规的调整原则。依法取得矿业权的自然人、法人或其他经济组织称为矿业权人。矿业权人依法对其矿业权享有占有、使用、收益和处分权”。

基于法律(广义)的明文规定,现在人们分析各种矿业权利关系时,通常也就在这些概念的基础上展开,“矿业权”在资源管理、矿产经营、法学研究中得到了频繁的使用,但对其清晰的权利边界,除了上述国土资源部规章套用民法物权的定义方法规定为“占有、使用、收益和处分权”外,却鲜见系统论述。

## (二)对矿业权法律属性的现有认识

依照上述规章第三条,“探矿权、采矿权为财产权,统称为矿业权”,那么显然,“矿业权”也应认定为一种财产权,因为既然探矿权、采矿权都是财产权了,它们的统称“矿业权”当然也是一种财产权。在现有法学、经济学以至于政治学、社会学等等的研究中,财产权的含义无比广泛,非本文可能厘清,但考察国土资源部规章文字的上下文:“……矿业权,适用于不动产法律法规的调整原则”、矿业权人依法对其矿业权享有“占有、使用、收益和处分”权,显然,在此使用“财产权”字样所想表明的,是探矿权、采矿权以至于矿业权都是一种财产——属于私人所有的财产,<sup>3</sup>从而区别于国家拥有的行政公权力、以及由私所有权异化而出的国家所有权。因为我们知道,“不动产(immovable)”是人类社会私有制度产生以来最重要的一种财产类型,而所谓调整矿业权所适用的不动产法律法规,依我国现行法律自身文字的表述,<sup>4</sup>主要指的就是规定有不动产的《民法通则》、《物权法》等私权规范;而赋予矿业权人“占有、使用、收益和处分”这样一种权能,基本的法学训练告诉我们,更是在适用最典型的物权——所有权之权能的一种标准表达。因此,国土资源部规章措辞带给我们的认识是,矿业权的法律属性为私权,允许其权利主体、即国家以外的私主体们根据自己的意愿对自己的矿业做出处分。

后来的(私法)学者们和法律(狭义)对此做了进一步的确认。其中,“采矿权”受到民法学者的特别青睐,诸多民法教材将其纳入物权部分展开系统研究,并论证为一种准物权等。<sup>5</sup>对于“探矿权”,则有的忽略有的将其与采矿权放在一起一笔带过,但也都笼统地认定为一种特别的物权。<sup>6</sup>至2007年《物权法》得到颁布,其第123条一般规定“依法取得的探矿权、采矿权、取水权和使用水域、滩涂从事养殖、捕捞的权利受法律保护”,由于该条位于《物权法》第三编“用益物权”中,从而从立法上明确了探矿权、采矿权的用益物权性质。而既然采矿权和探矿权都是物权——无论是用益物权、准物权还是特别物权,它们的上位概念“矿业权”,肯定也离不开物权的范畴。

## 二、矿业权法律属性认识的弊端和问题

从上述梳理中可以看到,我国是采用了简单的探矿与采矿两分法,“探矿权、采矿权……统称为矿业权”,就内涵和性质来看,探矿权、采矿权是用益物权,那么符合逻辑地,其上位概念矿业权当然也要定性于属于私权的物权,应享有物权的各项权能。但实际上稍加推敲就会发现,无论是以“探采合一说”确定的矿业权外延,还是依逻辑推理得出的其私权性质,以及实际权能内涵上探矿权、采矿权与物权法传统内容的差异,都存在着很多自相矛盾的问题,带来了社会现实操作中诸多弊端。

<sup>3</sup> 此类的理解最早可溯至1986年的《民法通则》,其第八十一条第二款专门规定了采矿权,而该条位于第五章“民事权利”第一节“财产所有权和与财产所有权有关的财产权”下,所以《民法通则》实际上是明确了“采矿权”是民事权利中的一种财产权。

<sup>4</sup> 《物权法》第二条:因物的归属和利用而产生的民事关系,适用本法。本法所称物,包括不动产和动产。最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见》第186条:土地、附着于土地的建筑物及其他定着物、建筑物的固定附属设备为不动产。

<sup>5</sup> 学者会这样做的一个原因在于,我国民法学研究的展开中拿来主义兴盛,如我国台湾地区规定了矿业权视为物权准用不动产的法律规定(参见《台湾矿业法》2001年11月15日修正,第4条、第11条)。日本民法学者也对矿业权有丰富的研究,将其定性为准物权,如我妻荣、丰岛升等。参见我妻荣等书,以及我妻荣等著:《日本物权法》,台湾五南图书出版公司1999年印行。

<sup>6</sup> 也有学者将其认定为一种知识产权,但因非主流观点,也不影响本文结论,此处不赘。

### （一）矿业权外延：“探采合一”的弊端

“探采合一”来自国际地质科学联合会主席张宏仁教授为代表的一些专家的主张：“谁在登记的区块内依法找到矿产地，谁就享有该矿产地的开采权”，从而将探矿权和采矿权统一为一个矿业权利，具有这个“矿业权”的人既有权探矿也有权采矿。<sup>7</sup>但“探采合一”的制度安排也存在着两个明显的弊端。第一，探矿发现的矿产，经常可能由于矿产种类、数量、开采条件，或公共利益、国家安全等等原因，无法允许探矿人进行开采，此时只能再寻找额外附加的规定来禁止矿业权人的采矿权。第二，更重要的是，探矿和采矿活动要求的技术和支持条件差异很大，探矿过程特别是其中的普查阶段，对资金的要求相对较小，而由地质工作者、地质学家的经验发挥决定性的作用；与此相比，采矿活动则需要更多的资金和技术支持，为此必须对采矿权主体设定更高的资质条件。这样，如果实行“探采合一”，无形中就提高了探矿权领域的准入条件，而我国现实的矿情是勘查任务重，资金投入严重不足，因此需要鼓励社会资金、外国资金（有条件地）进入地质勘查领域。将与矿有关的不同性质的权利不加区分地笼统划入“矿业权”外延，然后任由矿业权人以私权处分方式去随意处理，明显不符合时代的发展要求。

### （二）矿业权性质：私权认识与现实的冲突

既然依照上述分析，矿业权外延不再限于探矿权和采矿权，自然也就不能再按照探矿权和采矿权是用益物权、所以加总出的上位概念也离不开物权范畴的逻辑，推理认为“矿业权”的性质只能是属于私权的物权了。对照现实生活也的确如此，试问按照上述国土资源部规章套用私权的物权定义方法规定的矿业权人对矿业权享有“占有、使用、收益和处分权”，在事实上矿业权人如何处分其矿业权呢？首先，它无法采用最典型的私权变动方法——通过市场流转来买卖该项财产从而让自己得到利益，因为《矿产资源法》第六条明确规定了：“禁止将探矿权、采矿权倒卖牟利。”<sup>8</sup>第二，它同样不能根据自己经济利益最大化的需要，随时抵押、出租、转卖、入股或重组其矿业权，因为《矿产资源法》1996年修订后第六条亦明确：只有当企业合并、分立，与他人合资、合作经营，或因资产出售以及其他变更企业资产产权而需要变更采矿权主体的，矿山企业才可能在获得依法批准后转让其采矿权，除此外的其他情况都不得转让。也就是说，除极少数法定情况并需要经过批准外，采矿权等本质上是不能由其权利主体根据自己的意思随便处分的，这就与私权的根本性质产生了错位。

如果说《矿产资源法》作为法律（狭义）的这些禁止性规定还符合《立法法》赋予的权限，与矿业权私权定位不完全冲突的话，在其颁布之后各个地方省份却还能不断出台新的规章对矿业权处分新定出更多的禁止和限制，这又如何理解？如山西省国土资源厅2003年文件规定：“二、任何煤炭企业不得私自转让采矿权（包括控股）……核准以承包控股转卖等形式转让的认定是违法行为……四、禁止在未经省国土资源厅和省煤炭工业局批准的情况下以承包、出租、托管等名义转让采矿权和经营权，违者按非法转让采矿权和煤炭生产许可证依法处理”。<sup>9</sup>该文件的颁发背景是2002年，山西省很多国有矿山企业一方面急着向省里要资源，另一方面又利用资源后备区向外省引资，煤炭企业纷纷以入股、联办、兼并、收购等方式与外省企业合作，而外省企业一旦实际获得控股权后就出于短期行为的考虑，径行对煤矿进行超出正常限度的大规模和高强度开采，带来了极大的矿山安全风险和资源破坏。为此，山西省国土资源厅紧急发出此文，缓解了风险，但也同时意味着禁止了各煤炭矿业权主体对其煤炭财产的承包、出租、托管等行为，限制了其财产处分权能。那么，依照《立法法》第八条第七款，<sup>10</sup>有关“民事基本制度”的规范只能由法律（狭义）来做出规定，政府的限制是否构成对民事基本制度物权的侵犯，而应予改正或取消？但事实上我们看到的是正相反，这一地方规章并未被叫停，甚至未受到质疑。人们认为矿山企业的这些引资协议对煤炭资源的处置严重影响了煤炭资源开发总量的宏观安排；并认为其以承包、出租、托管等方式与外省企业的合作转让了控股权，在实际上构成了采矿权的转让，故而违反了《煤炭法》、《矿产资源法》等上述相关规定，为此，山西省政府就合法地获得了权力来对此做出干预和调整，让煤炭开采、整体作业

<sup>7</sup> 张宏仁著：《探矿权与“采矿权”的统一——矿产资源法修改应当解决的首要问题》，未公开稿。

<sup>8</sup> 这里要注意区分，矿业权权利的客体是矿业权，而不是矿产资源本身，后者是权利的对象，在后文的研究中有很多针对于此的辨析。权利的客体和权利的对象在我国现有法理研究中区分不清，引起了理解上的很多混乱。

<sup>9</sup> 山西省国土资源厅、山西省煤炭工业局[2003]86号《关于规范各类企业（包括外省企业）在我省开办联办收购或经营煤矿的通知》。

<sup>10</sup> 《中华人民共和国立法法》第八条：下列事项只能制定法律（即只能由全国人民代表大会和全国人民代表大会常务委员会制定——笔者加说明）：……（七）民事基本制度……

符合社会大众的需要。

### (三) 矿业权内涵: 与用益物权的根本差异

依照上述分析, 矿业权的处分权能显然受到了极大的限制, 大到量变产生质变, 促使我们需要对其私权的性质定位重新展开思考。但对此肯定还会有人争辩说, 即使排除处分权能, 仅保留占有、使用、收益权能, 矿业权也完全可以构成用益物权,<sup>11</sup> 如同我国农村土地承包经营权一样, 从而仍停身在私法的物权体系内。对此, 我们有必要以探矿权、采矿权为例, 深入到其权利内部做更多微观的分析。

#### 1、矿业权的对象: 既不特定也不单一

物权概念来自对物之具有形体的朴素认识, 学者并进一步就其总结出支配性等根本性质, 所以通常要求, 凡物权的对象应具有特定性、单一性等特征,<sup>12</sup> 而矿业权的对象是既不特定、也不单一的。当然, 对矿业权的对象究竟为何, 学理上并没能给出非常清晰的解释,<sup>13</sup> 但这不妨碍我们根据探矿权、采矿权等大致总结出一个认识: 矿业权的对象是矿区或者工作区的地下部分及可能赋存其中的矿产资源。<sup>14</sup> 对此进行分析就可看出:

第一, 矿产资源具有隐蔽性, 在具体展开探矿以前以及探矿过程中, 其存在与否都具有不确定性, 即使是在探矿后, 局部矿产资源不明的情况仍有可能出现, “在矿业权的标的物是存在于矿区内的未具体特定的矿物这点上, 其与普通的物权不同”。<sup>15</sup> 简言之, 对于探矿权, 其对象起初就难以特定化, 矿物质的存在通常仅仅是预想的。

第二, 即使探矿发现了矿产资源开始行使采矿权, 对象能够有所特定后, 它却又不是不变的, 而会发生限缩。这是因为基于矿产资源对整体社会的意义, 各国通常都会规定, 勘探工作进行到一定阶段, 矿区或者工作区的面积应随着缩减, 把未勘探矿产资源的权利归还给国家, 使有勘探能力者获得归还部分的勘探权。

第三, 对于采矿权, 其对象虽相对特定, 却又具有复合性, 而不是单一的。因为采矿权对象既包括特定矿区内的地下土壤, 又包括赋存其中的(局部的)矿产资源; 采矿权的内容既包括在矿区或者工作区内勘探、开采矿产资源的权利; 也包括对矿区或者工作区内的地下部分的使用权, 即地下使用权。<sup>16</sup>

#### 2、矿业权的创立: 通过行政程序

除了权利对象不像物权对象那样特定而单一外, 矿业权作为一种权利的产生、获得方式, 也与采认民法保护的私权有着根本的不同。我们知道, 民法被称为“权利宣言书”, 构成整个社会权利体系的底座, 其所规定的是最为基础的那些自然权利, 其中非常重要的一种, 就是在人们占有了物后自然拥有的物权。说得更明确一点, 私法的法律规定, 本质上是对人们已经自然享有的权利的认可, 而不是对人们本没有的权利的新设创立。所以物权等私权的共同特点就是, 其产生和变动系基于当事人的意思自治, 并通过法律行为来具体实施。其中按照规定, 有些物权产生、转让后需到行政部门登记方能生效或对抗第三人, 但这种登记, 学理上已经非常明确, 只是一种当事人之间物权合意的确认和公示方式, 而并非权利的创设方式。也就是说, 物权并不来自后天的人为创设, 而是一种主体本就具有的民事权利, 其产生和变动无需基于行政行为, 自然也就不受行政公权力的支配。

与此相对比, 在我国探矿、采矿等矿业权的产生和取得都不是按照上述民法方法, 而必须依据确定的行政程序: 行政机关首先设定矿业权主体的资格, 然后依此严格审查, 再在合格者中招标、

<sup>11</sup> 《物权法》第 117 条规定: 用益物权人对他人所有的不动产或者动产, 依法享有占有、使用和收益的权利。随着现代社会“从所有到利用”的变迁, 很多学者逐渐认为用益权人也应有有限处分权, 只要该处分不与所有权人的终极权能构成冲突即可。理论上的这种分歧暂且不叙, 至少依照《物权法》的现行规定, 具备了“占有、使用和收益”权能就是可能构成用益物权的。

<sup>12</sup> 财团抵押权等个别物权除外。但现在, 这种例外在不断增多, 特别是在动产领域, 这也同样说明了以土地不动产为蓝本抽象出的传统物权体系的局限性。

<sup>13</sup> 这不能归咎于(私法)学者们不努力, 而是因为矿业权的各种特质与传统民法上的概念和法律体系本身就是不相容的。

<sup>14</sup> 这里需要说明的是, 对矿产资源及其所附着土地, 我国采用的是矿产资源独立制度, 即认为矿产资源不是土地的构成部分, 对其分别设立土地所有权和矿产资源所有权两个各自独立的所有权, 故而土地所有权人就不会当然成为矿产资源的所有权人。

<sup>15</sup> 我妻荣等著:《日本物权法》, 第 18 页。

<sup>16</sup> 为此, 在设定了矿业权的土地上, 土地所有权人就其地下的使用也就受到了矿业权的限制, 要负担不作为的义务或必要的容忍义务。参见前引崔建远书, 第 184 页。

拍卖，直至发放许可证；也只有领取了相应许可证后，原私权主体才成为了探矿权、采矿权的权利主体——探矿权人或采矿权人。也就是说，矿业权不是一种主体本就自然具有的权利，而来自于后天的行政行为的创设，所以它也就在很大程度上要受行政公权力的支配。由此可见，矿业权的创立和取得就是通过行政行为授予许可给予特许权的过程，从实体到程序，它都是在按照行政公法的规定，由公权力做出处分和调整。这样的权利，与人们自然取得的私权利有着本质的差异。

### 3、矿业权的运用：原物被消耗所有权消灭

矿业权不仅具有权利对象不特定单一，并由行政行为后天创设等特征，更重要的是，它的自然属性决定了，它的权能使用结果与传统用益物权有着本质上的差异。如前所述，现行用益物权体系概念主要是以土地为蓝本抽象构造出来的，而土地的自然属性是：①土地是大自然的产物，位置固定，除不可抗力外，一般不可能移动消失；②土地利用具有永续性，在合理使用方式下，土地可以不断地被重复利用而不会失去其性能。

而矿业权对象——矿区地下部分及赋存的矿产资源中，矿产资源的自然属性与土地是正相反的，它是消耗性的、不可再生性的。对矿产资源的使用，就意味着对其的不断开采，将其由原来附着于矿区地下部分的不动产中分离出来，成为动产矿产品。而一旦成为动产矿产品后，按照《矿产资源法实施细则》第六条的规定，它们就转属于采矿权人所有，而不再属于国家。在这样的一个过程中，不动产矿藏被渐渐消耗掉，仅留下一个空矿区，“矿业权正是在不断消耗矿产资源的过程中来处分矿产资源的，从而使它与旨在用益而不是消耗和处分财产的他物权有了本质的区别”。<sup>17</sup>

## 三、矿业权法律属性的合理变迁

### （一）矿业权不符合现有物权体系的任何类型

上述论证表明，矿业权由行政机关后天创设，权利对象既不特定也不单一，消耗性的自然属性使其在运用后一定会导致用益物本体的改变或消灭，所以它完全不符合用益物权的基本特征，并不是用益物权。为此，有学者认为它实际上只能是自物权，即由国家转让出的所有权，国家原始取得一切储存在地下的矿产资源，然后作为所有权人有权为任意处分，包括将它们转让给私人。<sup>18</sup>但这种理解显然将导致对我国宪法的违反，<sup>19</sup>也不符合当代社会财产公法化运动的整体进步潮流，同时，上文二之（二）部分（矿业权性质：私权认识与现实的冲突）的微观分析也已具体表明，矿业权人事实上也不具有处分权能。

### （二）本文确定的“矿业权”内涵及合理定位

我们可以看出，在“矿业权”的内涵中固有以下这几个因素：

#### 第一，矿产资源国家所有权的前提

矿业权的创设不能突破我国的所有制结构，但与此同时世界格局上发生的却是现代进入后现代时期带来的所有权社会化、全球化、环境恶化等问题，反而要求加强对矿产资源的管制，这种形式上的相似性使得我国在这方面的所有制没有产生任何松动。上述《宪法》、《矿产资源法》等的规定，即意味着在我国矿产资源的所有权已经被法定化了，与矿产资源相关的其他权利也就只能在国家所

<sup>17</sup> 肖国兴等著：《自然资源法》，法律出版社1999年版，第323页。对此主张，民法学者争辩认为存在三方面的不妥当。其一，对于探矿权，只是勘探矿产资源，基本上不消耗矿产资源。其二，他物权不都是“旨在用益”的，如抵押权；他物权也并非一律不消耗和处分财产，如质权、抵押权、留置权等。其三，“在不断消耗矿产资源的过程中来处分矿产资源”不是矿业权区别于他物权的本质特征，如捕捞权人是在不断消耗渔业资源的过程中处分渔业资源；取水权人处分水也要不断消耗水资源；即使土地使用权中，权利人采用用作普通建筑材料的砂、石、粘土时，也是对土地本身的消耗。参见前引崔建远书，第181-182页。笔者认为，其一，矿业权是探矿权、采矿权（以及其他多种可能的经济权利）的统称，所以只要其中有一个不符合用益物权的基本特征，矿业权肯定就是不符合的，而无论另一个情况为何。其二，质权、抵押权、留置权等都属于传统理解的担保物权范畴，当然不是“旨在用益”的，而是“旨在担保”，所以其提供的处分权能是在担保项下的，而不可能是在用益项下的消耗本体处分，即他物权可以要么有用益权能，要么有处分权能，而不可能既有权用益又能处分。其三，渔业资源和水资源具有与浅表土地资源相同的自然属性：具有再生性，所以它们表面上同矿业权的情况相仿，本质上其实有差别，所以可以仿照与土地相类似的用益物权制度体系来保护。反过来我们可以预言，当渔业资源和水资源的再生功能弱于其被消耗过程时，其自然属性上就更接近于矿产资源，那时我们需要考虑的，就是更多采用类似保护矿产资源的经济法手段而不是纯粹民法手段来保护它们了。

<sup>18</sup> 参见蒋帅：《我国采矿权的法律属性及其反思》，《学术期刊与法学研究发展研讨会文集》，浙江宁波，2012年，第52页。

<sup>19</sup> 《宪法》第九条第一款：矿藏、水流、森林、山岭、草原、荒地、滩涂等自然资源，都属于国家所有，即全民所有。

有的这个前提下进行创设,为此,进行矿业活动就需以获得国家的允准为前提,也就意味着行政特许的不可避免。

从比较法上来看,这种国家垄断自然资源所有权后再用其来分配资源的行政特许,在形式上,还是符合当代各国日益广泛使用的限制所有权之行使的矿业公共管制的行政特许的。如《法国矿业法》第26条规定:“凡不具备从事开采工作所必需的技术和资源能力的,不能取得特许权。”在美国,则“对开发与环境保护矛盾冲突较大的矿山项目,在各方意见相持不下时,可提交内政部裁定。”<sup>20</sup>不过与此同时,我们也要明晰这两种行政特许之间的实质差别,注意特许权的科学设置和严格的实施。<sup>21</sup>

#### 第二,矿业权人应获得财产性保护

矿业权是矿产资源国家所有权之外的那些主体享有的权利,在其定位中也必须明晰此点,从而仍赋予那些主体一种财产性的救济办法,以使他们的利益得到维护,而无论矿业权的具体对象是否是一种财产(即狭义的物权法中的“物”)。事实业已证明,在矿业商品经济活动中,如果不区分不同的法律关系,还是让政府既充当管理者、又在形式主义的民事法律关系中变身为与矿业权人平等的公法人,既负责市场监管、又直接参与市场经营与民争利,矿业权人的产权就只能浑浊不定,而“无恒产者无恒心”,进一步带来的,就只能在利益朝不保夕的情况下,矿主们径靠收买官员的短期行为来保护自己的利益,而不会做任何可持续开发、安全生产的长期投资。如采富弃贫、采易弃难、只开采不加工、以简陋落后生产工艺和设备掠夺式开采、只攫取低值廉价矿产满足眼前利益而不重视安全生产、导致矿难频发等。对此,必须发挥价值规律的作用,通过合理的利益激励机制,促使矿业权人自律并自治。

#### 第三,社会化背景下公私交融的价值考量

“从工业国家以来对法律和经济之间的关系研究可以看出,法律对市场逐渐施以更强的干预是一个无法扭转的趋势”。<sup>22</sup>为此,传统社会采取的区隔市民社会与政治国家的做法,在现代已愈来愈不适应社会的实际。相应的,法学理解中的一个基本区分——公法与私法也应引起我们的反思。几个世纪以来,随着国家对经济宏观调控能力的增强,法律确认不受干涉的私人权利无一例外地遭遇了公法上的限制,即使私法学者最关注的土地权利都不可能完全避免公法的烙印,显现出了财产权公法化的趋势。这样,在自给自足时代如堡垒一般坚固的私人财产权领地逐渐被公共权力所打破,“在所有西方国家,包括房屋在内的社团、商业的和工业的财产,正日益受行政法的调整,而个人所有者未经政府的许可,则几乎不能种植一棵树或扩建他的厨房”。<sup>23</sup>

对此,私法本身也发生了从“权利本位”到“社会本位”的变迁,提出了“所有权社会化”等来限制所有权的绝对性,要求所有权的行使必须遵守诚实信用原则,兼顾个人权利和社会利益之间的平衡。但在本质上,社会本位仍是权利本位,其仍是从每一个私人主体出发来联接整个社会,因为私权的本质就是,客体与主体截然二分,权利客体由私主体本人的意愿来处分,即私人主体形成自己的意思,然后将意思化入他的财产对象中,只要这种意思进入现实后不侵犯到其他人,他就可以随任何意思来使用处分其财产。显然,这就使以所有权为联结的确认财产归属的私人性和所有权行使的社会性需要之间的矛盾凸显出来。事实上,矿业权这一类特殊资源,只有在全社会的范畴内才可能进行更好的观察与思索,此时的权利的本质不应是私主体利益的自我衡量,而应是社会范畴内各种利益的最大公约数。

#### 第四,对周边居民、整体环境的责任承担

这点看上去与私权的理解有了更大的差异,因为“权利”传统上是只赋予主体行动的自由和利益的获得,而不考虑其责任的。但矿业的特殊性质决定了,它在被使用的同时就会带给周边一系列的负外部性,而需要权利人必须同时考虑自己的责任承担问题。如在美国,“一般一个环境影响报告书要经过4至5年的时间才能走完全部过程。直至各方都满意为止方可动工开采”。<sup>24</sup>

<sup>20</sup> 仲伟杰等:《各国矿业法选编》,中国大地出版社2005年版,第1166页。

<sup>21</sup> 外国的行政特许是在矿产资源归属于私人主体的前提下、对矿产勘探和开采行为额外施加的公共管制,而我国的行政特许则是国家垄断自然资源所有权后、政府直接分配稀缺资源的工具。参见前引康纪田文。

<sup>22</sup> [美]马修·戴·弗雷德著:《法社会学讲义——学术脉络与理论体系》,郭星华等译,北京大学出版社2010年版,第145页。

<sup>23</sup> [美]伯尔曼:《法律与革命》,贺卫方等译,中国大百科全书出版社1996年版,第40页。

<sup>24</sup> 前引仲伟杰等书,第1166页。

基于上述四个因素的考虑,笔者主张将“矿业权”定义为:基于国家矿产资源所有权,由行政机关依法授予具有适格资质条件的市场主体,勘探、开采、销售矿产品并维护周边环境的经济权利。经济权利的这个定位,意味着矿业权一方面要突破传统私法基于物权思维给其的限制,不仅仅谋求主体自己利益的最大化,同时也要对矿业所及的各种利益相关主体承担起责任;另一方面也要摆脱传统公法基于行政长官意志横加的种种干涉,自觉接受国家依社会本位、经济管理理念对矿业秩序的整体规制。简言之,经济权利的特性就是,它赋予主体种种私属权能,从而让权利主体能够以此来尽量维护自己的利益,但这些权能的使用却从一开始,就要保持着对其他主体相关利益制约以及国家宏观干预的开放度。

笔者以为,只有这样一种平衡协调的属性,才准确地表征出了现代社会化背景下矿业权的基本特性,从而能够有效协调个体之间、个体与社会整体之间的利益冲突,确保矿产资源高效流转,促进国民经济健康发展。为此需要发挥的就是经济法的作用,因为经济法天然就是平衡协调法、社会本位法,<sup>25</sup>以协调社会利益和个体整体利益为其基本立足点,通过经济法调整经济管理关系、维护公平竞争关系、组织管理性的流转和协作关系,<sup>26</sup>就能维护住一个令自由市场机制得以发挥作用的外部环境,从而和民商法、行政法携起手来共同调整社会生活。

#### 四、结论

在分析研究矿业权诸多概念、问题的过程中,普遍地感受到了在其中,国家通过“有形之手”介入市场、与市场机制“无形之手”的协同并用,认为传统上基于公法私法之划分而将“非公即私”的思维应用于矿业权研究,具有天然的缺陷,难以构建起一个既自利自治又容许国家积极介入的矿业权体系。为此,我们应回应社会发展在矿产资源领域的这一现实,让矿产资源的法律构造“公私交融”,凸显出一种社会化的属性。

当然我们也深谙,在复杂的多元社会中,价值评价标准的繁多常常会使得以社会正义之名的操作无法实现预定的美意。所以在把握社会整体走向对矿业权法律性质予以相应准确定位后,更重要的还是要构建完整的矿业法律体系,细化其具体权能,明晰公权力界限,特别是注重权利实施的可行性和程序性,摸索出一套符合个人的利益、集体的诉求和道德的治理模式。

#### 参考文献:

- [1] 史际春:《求真务实、肩负社会责任的人大经济法学》,载《法学家》2010年第4期。
- [2] 吴宏伟:《经济法》,中国人民大学出版社2007年版。
- [3] 李显冬:《中国矿业立法研究》,中国人民公安大学出版社2006年版。
- [4] 王利明:《物权法论》(修订版),中国政法大学出版社2003年版。
- [5] 史际春、邓峰:《经济法总论》,法律出版社1998年版。
- [6] 江平:《中国矿业权法律制度研究》,中国政法大学出版社1991年版。
- [7] [美]博登海默著,邓正来译:《法理学——法律哲学与法律方法》,中国政法大学出版社1999年版。
- [8] Lawrence,R.,2005.Governing Warlpiri subjects:Indigenous employment in the central Australian mining industry. Geograph.Res.43(1),4.

## On the Institutional Changes of Legal Attribute of Mining Rights in the Context of Ecological Civilization

**Abstract:** Mining rights are the economic rights produced by the administrative licensing based on the state-owned minerals, which include the powerful elements since their birth. What is the legal attribute of these rights has become an argument in China, which is not helpful to regulate and guide the operation of the mining rights market, and often leads to the dispute and waste of minerals. Therefore, it is necessary to classify the mining rights as the economic rights through reexamining different opinions about its legal attribute, and clarify the relationship between the mining rights and the minerals ownership on the said classification, in order to maintain the market order of mining rights and implement mineral industrial policies.

**Key words:** mining rights legal characterization economic rights

<sup>25</sup> 参见史际春著:《新发展观与经济法治新发展》,《法学家》2004年第1期,第16页。

<sup>26</sup> 参见史际春著:《求真务实、肩负社会责任的人大经济法学》,《法学家》2010年第4期,第71页。