

公众共用物的非排他性属性研究

——基于经济学理论的适用及对传统私法的反思

潘凤湘¹, 蔡守秋^{1,2}

(1. 武汉大学 法学院, 湖北 武汉 430072 ;2. 上海财经大学 法学院, 上海 200433)

摘要 :非排他性属性在经济学物品属性分析中得到充分的研究并形成普遍适用的理论,参考并适用经济学中非排他性属性分析有助于理解公众共用物的非排他性。我国传统私法尤其在物权法中强调的是对物的排他性权利,而公众共用物的非排他性显然有别于物权法的规制与调整,并且其决定所适用的法律制度的构建具有特殊性。因此,非排他性属性作为公众共用物的根本属性,决定其不能笼统地适用现有的物权法律制度。

关键词 :公众共用物 ;属性 ;非排他性 ;排他性 ;开放进入制度

中图分类号 :DF0 文献标识码 :A 文章编号 :1004-6917(2017)03-0092-07

2012年,我国法学理论界提出“公众共用物”这一术语。公众共用物(communs)“系指不特定多数人(non-specific most people)可以非排他性使用(non-exclusive use)的物(财产、环境要素和自然资源)”^[1]。公众共用物并不局限于物质实体,还包含物所包含的功能、性能或空间。非排他性是公众共用物的本质属性,决定其是国家所有财产或公有财产或国家财产、集体所有财产、私有财产之外的一种独立形态的财产^[2]。因此,在我国生态文明法治建设中,更应为公众这类独立形态的财产类型提供良法之治。

公众共用物属性主要是指公众共用物的性质、特征、本质、特性、特质,是公众共用物的本质反映。对公众共用物进行属性分析有重要的意义,公众共用物属性分析使其区别于其他不同形态与表现形式或类型的物种、资源、物品、财产、资本等;同时这种分析可为公众共用物基于属性的变化而转化为另一种形态的物提供理论依据,因为公众共用物的属性并不是一成不变的,如果失去其属性,那

么公众共用物此种形态的“质”将失去而转化成彼种形态的事物。公众共用物这一特殊类型的物、空间与服务或功能,正是由于其所具有的属性才使其与其他资源、财产、物品、资本等有所区别而独立存在,因此对公众共用物的属性进行分析有重要的理论意义与现实价值。

一、经济学中物品非排他性属性分析在公众共用物上的适用

(一)经济学中物品属性分析法。非排他性属性在经济学中得到广泛研究与分析。非排他性/排他性与非竞争性/竞争性属性是物品分类的基本依据。在经济学中,物品的排他性是指是否可以排除人们使用这种物品;而物品的竞争性是指一个人使用物品是否会减少其他人对该物品的使用^[3]。因此,如果消费者在消费物品中难以排除其他消费者对该物品的消费,那么就是物品的非排他性属性,反之是其排他性属性;如果在消费该物品时,任何消费者的消费不会引起或导致其他消费者对该物品消费的

收稿日期 :2016-07-15

基金项目 :国家社会科学基金重大项目(13&ZD179)

作者简介 :潘凤湘(1987—),女,湖南湘潭人,武汉大学法学院2014级博士研究生;蔡守秋(1944—),男,湖南东安人,武汉大学法学院、上海财经大学法学院教授,博士生导师,中国环境资源法学研究会会长。

减少,那么就是物品的非竞争性属性,反之是其竞争性属性。非排他性属性用经济学语言表达,是指不论一个人是否支付这种物品的价格,他都可以使用这种物品,即这种物品提供给社会的任何一个人,谁都可从中得益;而非竞争性是指对于任一给定的物品的产出水平,增加额外一个人消费该物品,不会引起其生产成本的任何增加,即消费者人数增加所引起的产品的边际成本等于零^[4]。因此,一种更有帮助的考虑资源属性的方法是:排除其他人使用资源的困难或可行性(排他性)程度和占有者对资源的使用减少为其他人所留的资源数量的程度^[5]。这种方法就是排他性和竞争性属性分析法。

(二) 公众共用物属性分析对经济学物品属性分析理论的适用

1. 公众共用物非排他性的适用以理解其提供主体主要是政府。公众共用物涉及自然资源、环境要素,公共或共同财产,公共物品与共同物品,自然资本,生态系统服务功能,人造资源或人造资本等这些资源中非排他性那部分资源与资本。公众共用物这一事物的内涵丰富,意义重大,其内涵与外延具有广泛性,它是当今时代的需求与国家基本服务理念体现的体现,也是当代人与后代人及社会可持续发展与生态文明发展的要求,公众共用物满足人类生存与发展的需求,满足国家政治经济社会发展要求。人类共同交往中需要公众共用物,而在市场经济中,由于公众共用物的这种非排他性使其并不能像私人产品一样自由交易,虽然公众共用物的产权难以确定或并未确定,因此决定其提供者一般是政府,而不是市场机制,但并不意味着公众共用物完全不能进入市场机制,其在一定条件下可通过市场机制来调整供需关系,例如水权交易。公众共用物很大部分是处于自然状态下的,政府通过保存或维持其持续性来供给。公众共用物不仅满足私人生活需求,更是满足公共生活需要。非排他性是公众共用物的基本属性,指导公众共用物类型化研究并形成相关制度。

非排他性主要是使用者或消费者之间不存在排除现象,排除用通俗的语言表示是我能使用或消费而你不能使用或消费,而非排他性是其反面,竞争性影响使用效果。也就是,消费者使用该物品会减少其他人对它的消费,那么该消费者对该物品的消耗会逐渐减少该物品的数量或质量,最终导致其

他人不能再消费该物品,因此竞争性影响使用效果和非排他性属性程度,正如“如果在法律上我们都无权使用某项资产,但是我去用就会影响你使用的效果,我们将这种财产称为共同财产,它的特点是非排他性和竞争性”^[6]。非排他性主要分为经济上的非排他性、技术上的非排他性、主观上的非排他性、制度规定的非排他性^[7]。根据布坎南的正统定义,非排他性在市场经济中失效,并不能由市场来提供,正统定义中的非排他性是针对极端物品而言的^[8]。而非竞争性,并不是无限地消费或使用,即使是环境法中的环境或自然资源的使用,也有环境容量或阈值限制,超出那个界限或承载限度与能力,会导致过度消费或使用,适用于公众共用物上正是所谓的“公众共用物悲剧”。参照并借用经济学中物品非排他性属性分析法,公众共用物的提供主体主要是政府可得到更好地理解,并且其非排他性属性也能得到充分论证。公众共用物涉及物品中的公共物品,其与公共物品一样易出现“搭便车”现象,在市场中私人市场通常不能提供这种物的需要,因为在市场中通常所提供满足人们需要的商品和服务,它们是排他性的,而市场不能提供具有非排他性的公众共用物本身以及其相关的服务功能与空间,因此政府才是公众共用物的主要提供者。

2. 公众共用物非排他性分类的适用之具体表现。参照经济学中物品属性之非排他性分析,公众共用物的非排他性具体表现为^[9]:经济上的非排他性,是使用者使用公众共用物难以排除其他使用者对其使用,即使能排除,但由于排除其他人使用的成本过高,使排除他人使用该物失去经济可行性。技术上的非排他性,是到目前为止基于技术的有限性,使用者排除其他使用者使用该物在技术上不可行。主观上的非排他性,是某些公众共用物一旦提供,任何人主观上无法排除自己使用该物,不管主观是否有使用愿意,如维持人生命系统所需要的氧气。制度规定的非排他性,是根据现实的需要,或价值判断,或国家政策需要,对某些本可排除的物实行非排他性的使用,如免费开放的博物馆、公园、海滩、街道等。习惯上的非排他性,是指公众共用物中很大一部分是自然赐予的,人们对其使用是一种习惯性事实,从人类产生那一刻,人类就面对自然,因此对其使用构成一种习惯权利,这种对共用物使用与享受的习惯权利具有非排他性。自然法上的非

排他性,是指根据自然法中基本价值取向如正义、公平、理性、善等,在人类主观先念中,使用者并不能排除其他人使用该物,所有人对该物进行共同使用与享受,使用者对公众共用物的使用权利,从自然法角度看是一种自然权利,这种对共用物使用的自然权利具有非排他性,不能被任意剥夺。历史上的非排他性,是从历史权利角度看,主要涉及全球公众共用物的使用,这里的使用主体通常主要是国家,国家对全球或国际公众共用物的使用是非排他的,不仅是国家主权的的要求,同时从历史中可寻找相关依据,如国际法中公海自由、南极制度、外空制度等。道德上的非排他性,是指从道德权利看,依据道德这种规范所形成的使用者对公众共用物的使用不能排除他人或其他主体的使用,如民族风情风俗的使用与享受。法律上的非排他性,是指在法律中明确使用者对该物的使用,满足使用者条件的都能使用,而都具备使用条件的使用者之间是难以排除的,如法德日公产(物)制度中涉及的小部分共用物的公共使用、英国公众共用物法的规定、美国自然资源公共信托理论在法律或判例中所形成主体使用共用物的非排他性属性等。习惯上的非排他性、自然法上的非排他性、历史上的非排他性、道德上的非排他性以及法律上的非排他性,主要在于出发的角度与落脚点的差异性。

3. 公众共用物可转化性的适用。除此,在经济学中物品的属性不是绝对的,也不是一成不变的,在一定条件下可发生转化。物品的非排他性与非竞争性会因技术条件、制度条件以及消费者人数的变化而发生变化,使其非排他性和非竞争性程度降低或上升^[10]。例如不拥挤的桥梁,或不拥挤的道路,或不收费的公园等,当出现拥挤状态或饱和点时,会产生妨碍其他车辆的通行或其他人的观赏,会产生较高的边际社会成本,这时其非竞争性会转化为竞争性,物品的属性发生变化;再如,公共物品基于条件的变化,其属性可发生变化,变成私人物品^[11]。同理,公众共用物的属性也可在一定条件下发生转化,体现在自身数量和质量上,但公众共用物属性的转化更复杂。公众共用物是一种具有数量和质量之物,其中某些数量的属性发生变化,并不意味着整个公众共用物的属性发生变化,而只是在数量上减少该公众共用物,或说该公众共用物的数量减少,这仍是公众共用物的悲剧。如广场,如果广场的

一部分被私人占有,并未改变该广场的公众共用物非排他性,但却发生公众共用物数量或面积减少悲剧;一个城市原有100个广场,如果有10个广场被私有化,这不等于剩下的90个广场的非排他性也改变了,但此时发生公众共用物减少的悲剧,广场发生不能满足人们需要的情形。因此,应动态地分析公众共用物的非排他性属性量与质方面在条件发生变化下所导致的物的可转化性。

二、公众共用物非排他性属性对传统私法的反思

传统民法中的物以有体物为限,并能够为人力所控制。而物权法中物权具有绝对排他性、直接支配性、长期性,对私法中物的使用一般是排他性使用。著名民法学者梁慧星教授认为:所谓“排他的权利”,指物权具有“排他性”,具有“排除他人干涉的效力”,这是法律的强行规定而不是物权的自然属性^[12]。并总结说“实际上,物权的排他性,就是划分公权力与私权利的界限”^[13]。物权的典型属性是排他性,而公众共用物非排他性属性是其反面,即传统私法中,权利主体对物的使用、收益、处分、占有具有排他性,能排除其他主体干涉的权利;而公众对共用物的利用与享受并不能排除其他人的享用,公众使用共用物的非排他性不同于权利主体使用私权客体的那种排他性,反思这种区别,其表现在:

首先,在逻辑上,公众共用物存在非排他性的基础。梁慧星教授曾论述“民事权利分为具有排他性的权利,和不具有排他性的权利。凡是有排他性的权利,法律都是用刑事责任、侵权责任来保护。凡是没有排他性的权利,法律只用违约责任来保护,只追究侵害人的违约责任”^[14]。因此在逻辑上有排他性权利的同时就应有非排他性权利,对公众共用物使用与享受的这种权利的非排他性属于非排他性权利范畴。

其次,在时间、空间、数量上,使用公众共用物的非排他性不同于物权的排他性。第一,在时间与空间上,物权的排他性是长期的、整体的排他,而使用与享受公众共用物这种排他是小范围的排他性,整体上并不具有排他性,同时公众共用物中排他性与非排他性的轮番转化只是一种短暂现象,具有临时性、小范围性,这并不能否认公众共用物整体的、长期的非排他性,除此,公众共用物并不是今天具有非排他性明天不具有非排他性,其是长期归大家

使用的物。因此,在时间上,物权法中物权所支配的物的排他性是长期的,而公众使用的共用物的排他性是短暂的,长期是非排他性的;在空间上,物权所支配的物在整体上是排他性的,而公众使用的共用物在整体上是非排他性的,空间上的临时性现象并不能称为排他性,排他性的典型特征是长期性。第二,在数量上,私法中权利人对物拥有绝对的排他性,而公众对共用物中大部分数量的使用都是非排他性的,私法与公众共用物密切交织在一起。例如长江之水,其自来水厂对其水的使用不是临时性的,而是长期的使用,加之,自来水公司的水量需求比较大,因此其对长江之水的使用具有排他性;而相对于公众为了基本生存与生活需求而从中饮水使用而言,显然公众基本生存权的需求量只是很小、很少的一部分,这种使用不具有排他性。再如,矿产属于国家所有,但不能说私人不能拥有,只是公众拥有的数量是少量的,如若在大规模使用下需要得到相应的许可,许可并不意味着是给公众的,而是控制使用容量的一种手段。因此,公众使用共用物的非排他性与物权所支配的物的排他性具有显著区别,需要不同的法律制度进行规制,而不能笼统地适用私法规范。

最后,在功能方面,私法上的物的物权是私权,追求的是物尽其用,关注的是个人的权利与利益;而公众共用物上的这种使用权是非排他性权利,不仅关注私人利益,更关注的是公众的利益,关注的是公共利益,满足公众生存与发展的需求。公众共用物所具有的服务功能价值可谓是人类最重要的自然财富,提供人类生命得以延续的食物、提供生存的良好环境与健康、提供娱乐享受;提供生态防护与维持功能;为生物多样性提供选择;为后人的生存与发展提供环境与物质等。公众共用物中尤其是生态系统服务功能或价值具有明显的非排他性,即使是私法上的物,其功能也可成为公众共用物的一种类型。例如具有所有权权属的某些森林,其生态系统功能如涵养水分、净化空气、提供良好的环境等这些被公众使用与享受是非排他性,公众可直接、自由、免费地利用与享受这些功能,因此森林所具有的非排他性功能也可称为一种公众共用物。因此,私法上的物所提供的某些功能也能是公众共用物类型,其具有整体的、长期的非排他性。虽然传统民法关注的是物或财产的单一功能或主要

功能,但在国家所有、私人所有之物上具有非排他性属性的功能也是一种公众共用物类型,公众共用物的功能是一种综合性功能,不仅关注主要功能,还包括其他次要功能,例如生态系统服务功能就是很好的例证。总之,公众使用的共用物的非排他性在时间、空间、数量、功能上有别于物权法中的物权所支配的物的排他性。

三、公众共用物非排他性决定其法律制度构建

财产法或物权法制度的核心是所有权制度,但从历史演进角度看,对公众共用物这一类物、资源或财产,没有个人、群体、社区或国家能建立公众共用物所有权制度,即使公众共用物的内涵在不断发生变化,但对公众共用物而言仍无法用私法所有权来界定,否则割裂了公众共用物的非排他性,因此不能像拥有私有物那样排他性地拥有公众共用物。正如学者Per Magnus Wijkman所说“公众共用物是没有任何决策单元对它拥有排他性所有权的一种资源”^[15]。

公众共用物的非排他性主要表现在使用方面,对其谈所有权不适合,而私法中无论是财产法抑或物权法都不可避免地谈及财产或物的所有权,这种所有权的本质属性是排他性,这种财产或物的所有权或产权是明确的,使得这种财产权或物权所支配的财产或物具有排他性。而公众共用物的非排他性使用使其难以确定所有权或产权,因此这种非排他性的资源所适用的制度不同于传统私法中的法律制度。

(一)从公众共用物的起源看其法律制度构建

公众共用物主要起源于古罗马法中共用物思想与理论^[16]。在古罗马法时,共用物(res communes)得到明确规定。古罗马法学家埃流斯·马尔西安在《法学阶梯》第三卷D.1,8,2,1中指出:“的确,根据自然法,空气、流水、大海及海滨是共用物(属于一切人共用)。”^[17]而优士丁尼在《法学阶梯》第二卷I.2.1.1中明确规定:“确实,按照自然法,为一切人共有的物是这些:空气、水流、海洋以及由此而来的海岸。”^[18]前者学者翻译成“共用物(一切人共用)”主要侧重于使用用途,而后者学者翻译成“一切人共有之物”主要侧重于权属,而本文主要从公众角度出发,侧重关注其使用,并认为其无法成为所有权客体,因此采用共用物的译法。再者,研究古罗马法的学者们对共用物的论述基本也是从使用或权属(所有权)角度进行论述。例如,民国时期著名

民法学家黄右昌教授认为“共用物者,谓非个人所得私有,而为万人共用之物也。例如空气、光线、流水、海洋及海底、海岸等是”^[19]。而被誉为中国法学界“罗马法的活字典”的周相教授认为共用物“是指供人类共同享用的东西”,如空气、阳光和海洋、海岸;并进一步认为“共用物是没有主体的物,不是严格意义上的物,不能作为所有权的客体”^[20]。而黄风教授认为共用物是指“共同体成员根据自然法共同享用的、不归任何个人所有的物品,例如:空气、流水、大海、海滨等”^[21]。除此之外,对于这类物的救济,在古罗马法中依据“人法物为供公共使用的物。如有妨碍他人使用的,被认为是侵犯他人的人格,致害人受侮辱的制裁”^[22]。在罗马法中共用物是对所有人开放之物,公众对其使用是非排他性的,因此法律也对其进行特殊的规制与调整。

(二)从公众共用物的发展看其法律制度构建

两大法系国家受罗马法影响比较深远。古罗马法时期的共用物理论在法律进程中经历演变,在两大法系国家形成各具特色的理论和法律制度。

1.公共信托理论有效管理公众共用物:以美国为例。美国受英国普通法影响,依据公共信托原则的相关理念,在自然资源这类公众共用物上形成公共权利与私人权利。因为在英美法系,没有绝对、单一的所有权概念,财产所有权根据社会生活的需要可以灵活组合和分解”^[23]。由于公共信托理论在美国得到不断发展,尤其是1970年约瑟夫·萨克斯教授所发表的《自然资源法中的公共信托原则理论:有效的司法干预》^[24]一文,将公共信托原则与理论推向一个新的高度与领域,开启环境公共信托新时代。因此,美国在自然资源公众共用物上同时存在公共信托所有权(或公共权利)与私权性所有权(私人权利),并通过公共信托原则与理论来有效协调两者,显然公众在公共权利下,对自然资源公众共用物的使用是非排他性的,美国主要形成公共信托法律制度对这类资源进行有效管理,且这类物的救济可通过公民诉讼方式来实现。

2.公众共用物法律专门化:以英国为例。在英国,有一系列的公众共用物法律(《commons act》),其中英国公众共用物主要包括共用地、城镇或乡村绿地,并形成的主要制度有:第一,公众进入或使用共用物制度,如1845年《圈地法》、1876年《公众共用物法》、1877年《新森林法》、1878年

《埃平森林法》、1884年《莫尔文丘陵法》、1899年《公众共用物法》、1906年《公共健康法》和《开放空间法》、1907年与1971年《国家信托法》、1925年《财产法》、1949年《国家公园和乡村进入法》、2000年《乡村和道路登记法》等相关法律规定所形成的公众共用物进入法律制度^[25]。第二,共用地、城镇或乡村绿地的管理或规制的相关法律依据与制度,如1866年到1898年《大城市公众共用物法》、1876年《公众共用物法》、1899年《公众共用物法》、1908年《公众共用物法》、1925年《财产法》第193条、1907年和1971年《国家信托法》、1949年《国家公园和乡村进入法》、1968年《乡村法》、2000年《乡村和道路登记法》等进行管理和规制,并还通过土壤管理者对共用地进行管理,对非大城市公众共用物进行分类规制,对共用物进行地方法律规制,对自然保留区和特殊的科学历史文化古迹或遗址通过通知、特殊命令等来加以管理,并建立共用物防护权利义务制度,规制共用地上机动车的行驶等^[26]。第三,共用地或城镇或乡村绿地使用制度主要涉及对所有者所有权的限制,对共用者权利的限制以及刑法课以的限制,其中对所有权的限制:主要基于公众进入,共用地的关闭,共用地的重新登记,所有权的丧失,以及通过政府部门、地方机构或公共团体所获得的共用地或城镇或乡村绿地,以及通过协商交易所获得的共用地或城镇或乡村绿地这些方面的具体限制^[27]。除此之外,还有公众共用物登记法律制度等,这些法律与制度对英国公众共用物进行有效保护与管理。

3.公产(物)理论对公众共用物的影响:以法、德为例。在大陆法系中,如法国公产制度,主要强调公所有权,其中公众对供公众直接使用财产部分的使用是非排他性的,并且这种公所有权与《法国民法典》中的国家所有权又有所区别。根据《法国民法典》第五百三十八条规定:“国家管理的道路、公路、市街、可航行或可放排的河流、海岸、海滩、港口、小港口、碇泊场以及一般不得私有的法国领土部分,均被认为国有财产。”第七百一十三条规定:“无主的财产,归国家所有。”第七百一十四条规定:“不属于任何人的物件,其使用权属于大众。治安法律规定此类物件的使用方法。”^[28]属于国家所有的国有财产在法国公产法中只是一部分,如1957年《国有财产法典》第二条规定:“国有财产中,由于本身性质或由于政

府指定的用途而不能作为私有财产的属于公产。”然而,这种以财产性质为依据的分类标准并未得到采纳,因为在一定条件下可为私产,如私有水流,私有道路等,同时如阳光、空气等环境要素,虽依性质,不能作为私产但政府也无法支配所以也无法成为公产,随之采纳的是法院判例所产生的公产和私产区分标准,其中公产主要包括公众直接使用的公产、公用公产、和公产接触的物体^[29]。依据古罗马法,共用物是不属于任何人的物件中一种,但法国民法规定其使用权归大众,显然这种使用权是非排他性的。而公产仅涉及小范围的公众共用物,其中有一部分是国家所有的国有财产,因此,其所形成的公产所有权并不能笼统套用国家所有权。因此,公众共用物的保护并不能完全援用公产制度来全面保护。

除此,在德国与日本公物法中,公物中仅涉及公众共用物一小部分,对环境、阳光、空气等环境要素、自然生态空间、生态系统功能等都未涉及。加之德国公物法在公物权利上的归属不同于法国公产权利归属,前者原则上适用民法规定,适用“修正的私有财产权”^[30],具有可转让性,当公物受到损害或毁损时可请求私法上的损害赔偿与公法上的补偿,例外才适用公法规制,而后者原则上适用公法规范,并适用公所有权,具有不可转让性。因此,公众共用物基于其非排他性属性,难以设定私法上的所有权,因而即使公法如行政法中公产或公物法也无法有效规制公众共用物,因此公众共用物需要突破传统私法与公法的束缚而进行特殊规制。

四、我国应重视公众共用物非排他性并构建相应的开放进入使用制度

(一) 结论:非排他性是公众共用物的基本属性

非排他性作为公众共用物最基本的属性,它是决定一种资源、物品、财产、资本及其服务功能或空间是否属于公众共用物的一个重要属性。因此,物是否为公众共用物,判定的首要条件与标准是看其是否具有非排他性,非排他性是公众共用物的本质属性。公众共用物的非排他性是指,一个人或主体对公众共用物的使用或享受不能排除其他人或主体对其使用或享受。美国学者布雷克·哈德逊总结道:“尽管公众共用物分析可能适用于资源种类持续扩展,公众共用物学者已设定两个关键要素来定义公众共用物资源:可消耗性/非用之不竭性(或竞争

性)和非排他性”^[31]。所以公众共用物资源无论是人工的或自然的,非排他性是主要的,任何一个人在公众共用物资源系统中利用和享受资源难以排除其他人对其使用(或排除其他人很困难),这就是公众共用物的非排他性属性。

非排他性是公众共用物根本性的属性,使其不像私法中的物一样具有专属性,私法中的物,权利主体对其拥有绝对的、完全的所有权,这种权利是排他性的、专属性的。而公众共用物的非排他性属性揭示要精确地明确公众共用物的所有权地位是极其困难的,因为其具有非专属性。除此,公众共用物具有共享性,没有你我之分,是不属于任何一个人的财产或者说是属于每一个人的财产,因此公众共用物是公众共享之物。正是由于其是一种公众共同分享之物,目前并没有一个坚固的法律主体对其进行有效管理,也没有一套完整的政治经济学理论体系对其进行有效指引或规制。因此,对于非排他性、非专属性的共享之物——公众共用物,其法律制度的构建需要国际合作,需要突破传统私法思维进行制度构建。

(二) 我国应构建符合公众共用物非排他性属性要求的开放进入使用制度

在我国,《物权法》对公众共用物并没有规定,但我国民法典编纂中逐渐关注到此类物,主要体现在2015年6月24日《民法典·民法总则专家建议稿(提交稿)》之第一百零二条、第一百零四条、第一百零五条中,公众共用物在我国法治建设中处于不断探索阶段。

总之,在现有的财产制度下,不能完全按照财产法或物权法来解释公众共用物相关问题,如公众共用物不能像私有物一样被自由交易(出售、买卖)、转让或占有。因此,公众共用物无法完全套用现有的财产法制度。从公众共用物起源、发展来看,其在现代社会中仍保留着古罗马法时期的典型属性——非排他性,这种属性是财产属性(排他性)的反面,这种属性揭示这类资源对所有人是开放的,公众可自由、直接、免费地进入或使用,同时这类资源也是不属于任何人的物(res nullius),因此,这些特征决定公众共用物所适用的制度将有别于物权法或财产法中的财产制度。财产制度主要集中在排他性问题上,而非排他性的公众共用物主要适用的是开放进入使用制度。开放进入属于开放使用的一种方式,没有进入门

槛限制,没有主体限制,即进入或使用是免费的、自由的、直接的、非排他性的。再者,与公众共用物密切相关的两个财产权制度是开放进入制度和公共财产制度,其中开放进入制度主要是指没有一个人或主体有法律权利排除其他人或主体使用公众共用物资源,这是非排他性属性的体现,这种开放进入制度中的开放使用权并不具有真正意义上的产权或财产权性质;而公共财产制度主要强调的是有一个明确的群体,其中成员有一束相关的法律权利,包括排除非成员使用共同资源的权利,这是排他性属性的体现^[32]。公共财产如同环境经济学中所说的“公共产权资源”或者“共有资源”,它们则是指一种产权安排,它允许某些集体排斥其他人使用某项资产,从而保证该资产未来产生的收益全部流入该集体内部^[33]。因此,公众共用物应适用或构建符合其特征的开放进入的使用制度,而不是一味地适用公共财产制度,加之,我国公共财产制度不健全,因此,在我国法律中应重视开放进入使用制度的构建以有效地保护并保存这类非排他性资源。

参考文献:

- [1]蔡守秋.论公众共用物的法律保护[J].河北法学,2012(4):9-24.
- [2]蔡守秋.论雾霾论公众共用物的良法善治[J].法学杂志,2015(6):46-57.
- [3]丁四保,王昱.区域生态补偿的基础理论与实践问题研究[M].北京:科学出版社,2010:112.
- [4][10][11]龚治国,毛新平.微观经济学[M].上海:上海财经大学出版社,2013:230-232;231;231.
- [5]Susan J Buck.The Global Commons:an Introduction[M].Washington,D.C.:Island Press,1998:4-15.
- [6][33]姚志勇,等.环境经济学[M].北京:中国发展出版社,2002:28;29.
- [7][9]李延均.公共经济学[M].上海:立信会计出版社,2012:76;76.
- [8]詹姆斯·M·布坎南.公共物品的需求与供给[M].马瑛,译.上海:上海人民出版社,2009:47.
- [12][13][14]梁慧星.制定和实施物权法的重大意义[J].理论前沿,2007(7):5-9.
- [15]Per Magnus Wijkman.Managing the Global Commons[J].International Organization,

1982,36(3):511-536.

[16]蔡守秋,潘凤湘.论公众共用物的法律起源[J].河北法学,2016(10):22-34.

[17]桑德罗·斯奇巴尼.物与物权[M].范怀俊,译.北京:中国政法大学出版社,2009:17.

[18]优士丁尼.法学阶梯:第二卷[M].徐国栋,译.北京:中国政法大学出版社,2000:110-111.

[19]黄右昌.罗马法与现代[M].北京:中国方正出版社,2006:158-159.

[20][22]周相.罗马法原论(上)[M].北京:商务印书馆,1994:302;302-303.

[21]黄风.罗马私法导论[M].北京:中国政法大学出版社,2003:171-172.

[23]周小明.财产权的革新[M].贵阳:贵州人民出版社,1995:29.

[24]Joseph L Sax:The Public Trust Doctrine in Natural Resources Law:Effective Judicial Intervention[J].Michigan Law Review,1970,Vol.(68):471-566.

[25][26]Ros Oswald.A Practitioners Guide to Common Land and the Commons Registrations Act 1965,Oxford:ESC,1989,pp.67-71,74-85.Navjit Ubhi,Barry Denyer-Green:Law of commons and of town and village greens,Bristol:Jordans,2004:133-151;153-163.

[27]Ros Oswald.A Practitioners Guide to Common Land and the Commons Registrations Act 1965,Oxford:ESC,1989:86-97.

[28]马育民.法国民法典[M].北京:北京大学出版社,1982:118-146.

[29]王名扬.法国行政法[M].北京:中国政法大学出版社,1997:305-309.

[30]汉斯·J·沃尔夫,奥托·巴霍夫,罗尔夫·施托贝尔.行政法[M].高家伟,译.北京:商务印书馆,2002:474-475.

[31]Blake Hudson.Constitutions and the Commons—The Impacts of Federal Governance on Local,National,and Global Resource Management,RFF press,2014:13.

[32]Jyh-An Lee.Nonprofit Organizations and the Intellectual Commons,Edward Elgar,2012:11.

责任编辑:邓双霜