

ISSN 2096-028X

CN 21-1584/D

中国海商法研究

CHINESE JOURNAL OF MARITIME LAW

2

2021

(总第69期)

《中国海商法研究》
(原《中国海商法年刊》)
编辑委员会

主 编:司玉琢

副主 编:刘书剑 韩立新

委 员(按姓氏笔画为序):王海明 王淑梅 张永坚 吴焕宁
张湘兰 孟于群 胡正良 傅廷中

顾 问(按姓氏笔画为序):尹东年 杨良宜 高隼来

责任编辑:沙晓岑

特约编辑:吴 煦 马明飞

中国海商法研究

季刊 1990 年创刊

第 32 卷 第 2 期(总第 69 期)

2021 年 6 月

CHINESE JOURNAL OF MARITIME LAW

Quarterly, Started in 1990

Vol. 32 No. 2 (Serial No. 69)

Jun. 2021

主 管 中国国际贸易促进委员会

Responsible Institution: China Council for the Promotion of
International Trade

主 办 中国海商法协会
大连海事大学

Sponsor: China Maritime Law Association
Dalian Maritime University

主 编 司玉琢

Chief Editor: SI Yu-zhuo

编 辑 中国海商法研究编辑部

Edited by: Chinese Journal of Maritime Law

出版发行 大连海事大学出版社有限责任公司

Published and Distributed by: Dalian Maritime University Press
Co., Ltd. (Linghai Road 1, Dalian, China)

出 版 地 辽宁 大连 凌海路 1 号

邮 编 116026

Post Code: 116026

电 话 (0411)84729316

Telephone: (0411)84729316

电子信箱 hsf-nk@163.com

E-mail: hsf-nk@163.com

印 刷 大连海大印刷有限公司

Printed by: Dalian Haida Color Printing Co., Ltd.

ISSN 2096-028X

CN 21-1584/D

【特稿】

船舶所有权登记的行政法分析	余凌云(3)
---------------------	--------

【极地专题】

论中俄北极能源合作开发的法律保障	蔡高强,朱丹亚(12)
南极海洋保护区平衡“养护”与“合理利用”	郭婧,徐鹏(20)

【海事诉讼专题】

检察公益诉讼在海洋环境保护中的路径与程序研究	余妙宏(33)
检察机关提起海洋生态环境民事公益诉讼刍议	王传良,张晏滢(41)
海事法院扩大审理海事刑事案件的司法构建与立法完善 ——以海洋环境犯罪为切入点	张蕾(49)

【论文】

第三人海商留置权新探	张一祯,蒋正雄(55)
港口经营人法律地位的判例探析	陈诗婷,何丽新(65)
论海上货物运输合同中收货人的界定	朱小菁(78)
中国水路货物运输案件司法诉讼现状、特征及启示 ——基于中国裁判文书网案例的实证分析	黄晶(84)
海洋微塑料污染的国际法和国内法协同规制路径	张相君,魏寒冰(92)
从区域实践到普遍参与:BBNJ协定下公海治理的条约困境	刘美,管建强(102)

期刊基本参数:CN21-1584/D * 1990 * q * A4 * 112 * zh * P * ¥ 15.00 * 1500 * 12 * 2021-06 * n

英文审校:谷浩

[Features]

Administrative law analysis of ship's ownership registration YU Ling-yun(3)

[Monographic study on polar regions]

On the legal protection of Sino-Russian Arctic energy cooperation and development CAI Gao-qiang, ZHU Dan-ya(12)

The balance between "conservation" and "rational use" in Antarctic Marine Protected Area GUO Jing, XU Peng(20)

[Monographic study on maritime litigation]

Study on the path and procedure of procuratorial public interest litigation in marine environmental protection YU Miao-hong(33)

A probe into legal issues of the civil public interest litigation on the marine ecological environment by procuratorial organs
..... WANG Chuan-liang, CHANG Yen-chiang(41)

Judicial construction and legislative improvement of the trial of maritime criminal cases by maritime courts

—taking marine environmental crime as the break point ZHANG Lei(49)

[Articles]

Discovery on possessory liens exercised by a third party ZHANG Yi-zhen, JIANG Zheng-xiong(55)

On legal status of port operators by case analysis CHEN Shi-ting, HE Li-xin(65)

Definition of consignee in the contract of carriage of goods by sea ZHU Xiao-jing(78)

The situation, characteristics and enlightenment of judicial litigation of the cases of domestic carriage of goods by waterway

—an empirical study based on cases published by China Judgements Online HUANG Jing(84)

Collaborative regulating marine micro-plastics with international and domestic law ZHANG Xiang-jun, WEI Han-bing(92)

From regional practice to universal participation; the dilemma of treaties on high seas governance under the BBNJ treaty
..... LIU Mei, GUAN Jian-qiang(102)

余凌云. 船舶所有权登记的行政法分析[J]. 中国海商法研究, 2021, 32(2): 3-11

船舶所有权登记的行政法分析

余凌云

(清华大学 法学院, 北京 100084)

摘要:船舶所有权登记属于行政确认,只是对民事权属的确认,通过记载、公开查询而产生公示效力。“未经登记,不得对抗第三人”,以及登记之后能产生怎样的对抗效力,都是民事上的规则。私法效力的发生,由当事人的意思表示决定,不是行政登记直接创设的效力。行政机关只作形式审查,并尽合理审慎的注意义务。申请材料及其民事关系的真实性不由行政机关负责,而由申请人负责。作为登记的基础事实,民事权属或民事关系出现纠纷,波及到登记的合法性,可以通过行政诉讼附带民事诉讼一并解决。

关键词:船舶所有权登记;行政确认;行政法

中图分类号:D912.1 **文献标志码:**A **文章编号:**2096-028X(2021)02-0003-09

Administrative law analysis of ship's ownership registration

YU Ling-yun

(School of Law, Tsinghua University, Beijing 100084, China)

Abstract: Registration of ship's ownership belongs to administrative confirmation, which is only confirmation of civil ownership. It has the effect of publicity through recording and public inquiry. The rule of “without registration, no one can fight against the third party”, as well as the rules relating to what kind of confrontation effect can be produced after registration, are all civil rules. The occurrence of the effect of private law is determined by the party's intention, and not created directly by the administrative registration. Administrative organs only conduct formal examination, and exercise prudent duty of care. The authenticity of both the application materials and the relevant civil relations shall not be the responsibility of the administrative organ, but of the applicant. As the basic fact of registration, the disputes involving civil ownership or civil relationship, which affect the legitimacy of registration, can be solved through administrative litigation with civil litigation.

Key words: ship's ownership registration; administrative confirmation; administrative law

1992年《中华人民共和国海商法》(简称《海商法》)第9条第1款规定:“船舶所有权的取得、转让和消灭,应当向船舶登记机关登记;未经登记的,不得对抗第三人。”本条确立了“意思主义”或“公示对抗主义”。2020年《中华人民共和国民法典》(简称《民法典》)第225条原封不动地复制了2007年《中华人民共和国物权法》(2021年1月1日被废止)第24条:“船舶、航空器和机动车等的物权的设立、变更、转让和消灭,未经登记,不得对抗善意第三

人。”“将所有类型的船舶物权变动统一到登记对抗模式下。”^{[1]154} 依据新法优于旧法、诚实信用原则,上述《海商法》第9条第1款规定的“第三人”,应当理解和解释为“善意”第三人^①。

《民法典》第208条规定:“不动产物权的设立、变更、转让和消灭,应当依照法律规定登记。”第209条规定:“不动产物权的设立、变更、转让和消灭,经依法登记,发生法律效力;未经登记,不发生法律效力,但是法律另有规定的除外。”显然对不动产物权登记采用了

收稿日期:2021-05-26

作者简介:余凌云(1966-),男,福建福州人,清华大学法学院教授,E-mail:yulingyun@mail.tsinghua.edu.cn。

① 也有学者认为,“第三人”包括善意和恶意的第三人。参见王立志:《船舶所有权登记效力的规范解释》,发表于《法律适用》,2010年第9期,第40-41页。

“形式主义”或“公示要件主义”。船舶作为特殊动产,不适用不动产物权登记规定。但是,通过对它们的比对分析,可以厘清有关理论认识。

《海商法》第9条第1款取向“意思主义”,却又将登记规定为强制性义务。不少学者批评,这不符合“公示对抗主义”范式,“背离了意思主义模式的理念”。造成了人们对上述规定的“不同理解”。^{[2]100} 未经登记,物权变动是不生效力,还是效力不完全,似乎不清晰,为实践的不确定埋下伏笔。“在海事审判实践中,也确实存在以船舶所有权登记作为确权依据的倾向。”^{[3]112}

对于上述争执不休、实践不一,仅从私法上似乎还难以彻底澄清、化解。因为不动产物权登记、船舶所有权登记交织着公法与私法两种法律关系,“以物权法为代表的私法关注的是登记结果,以不动产登记法为代表的公法关注的是登记行为”。^{[4]90} 以往,在立法上,没有刻意在表述方式上厘清公法与私法关系的各自脉络。在理论上,为迁就立法上的混合表述,没有较真追问私法效力是由公法行为还是私法行为产生。公私法行为及其效力之间的对应关系不清,为有关争议埋下伏笔。

为进一步加强民法、海商法与行政法学科之间的深入对话,笔者先梳理民法、海商法学者对《海商法》第9条第1款规定的主要见解。然后从行政法角度,以登记分类为基础,从商事登记由许可到确认的变迁中,深入分析登记的不同类型、性质与效力,以及行政机关相应的审查义务。主要目的是将船舶所有权登记归类,厘清《海商法》第9条第1款规定中交织的公法与私法脉络,分析有关效力规定,明确行政机关的审查义务与法律责任。

一、对船舶所有权登记的民法解读

在民法、海商法上,对于船舶所有权登记、不动产登记等有过充分细腻的研究,有关著述车载斗量,意见相左之处也颇为集中。

民法学者一般都同意,对于形式要素作用的认识不同,也就是,“公示为物权变动的生效要件抑或对抗要件”,有着意思主义和形式主义的分别。意思主义就是“当事人一旦形成物权变动的意思表示,物权变动的法律效果即告产生”,不以登记为其成立或生效要件。登记只是物权公示方法,“只不过在具备公示手段前,物权变动的事实难以对抗第

三人”。^{[3]111}“船舶所有权登记的公示作用在于将当事人之间相对性的船舶所有权转化为对世性的所有权”,也称“公示对抗主义”。^{[2]98} 形式主义是指“当事人之间单纯的合意并不能引发物权变动的效果”,只有履行登记的法定方式,才能产生物权变动的法律效力。“登记是不动产物权变动的生效要件和物权表征及公示方法。”^{[4]92}“船舶所有权登记处于船舶所有权变动的核心,并决定船舶所有权的变动”,“船舶所有权登记成为船舶所有权变动的构成要件”,亦称“公示要件主义”。^{[2]98}

不少民法、海商法学者主张,根据《海商法》第9条第1款规定,船舶所有权登记采取“意思主义”。在登记对抗主义下,“物权变动不以登记为要件(尊重意思自治),赋予第三人否定未登记之物权变动的权利,激励当事人在物权变动中予以登记,从而将观念中的物权变动表彰于外,以便为外界所认识,以此奠定维护交易安全的基础(对交易安全的有限保护)。”^[5]亦即,登记肯定不是物权变动的生效要件,“物权变动以当事人的意志为最终决定因素”,^{[1]155}这是通说。从2014年《中华人民共和国船舶登记条例》(简称《船舶登记条例》)第13条规定看,申请船舶登记的应是“船舶所有人”,并要求提交“购船发票或者船舶的买卖合同和交接文件”。

怎么理解“未经登记,不得对抗善意第三人”?登记具有公信力吗^①?民法上有两种观点,且以第二种观点为主流。

第一种观点认为,船舶所有权登记具有实质上的公信力。因为“未经登记,不得对抗善意第三人”意味着“一旦登记,就产生对抗一切第三人的效力”。“当未经登记的实际物权享有人与信赖登记的不特定第三人之间发生利益冲突时”,如果“否认登记公信力的存在”,由第三人承受交易风险,“必然导致的结果就是交易人花费大量时间和费用到外观调查之中,以确保其欲与之交易之物权的准确属性”,这“不仅对维护安全无益,也将导致交易效率的低下”。^{[3]114-115}但是,在登记具有怎样的对抗效力上,存在意见分歧。有的学者认为具有权利正确推定力。^{[6]42}有的学者认为可以产生信赖效力,^{[7]338}“残存的登记具有公信力”。^{[8]140,143}还有学者认为具有对抗力。^{[1]155,[2]98-99}

第二种观点认为,登记对抗主义下的登记不具

^① 物权法上的公信原则包括:第一,“登记记载的权利人在法律上被推定为真正的权利人。”第二,“凡基于对登记记载的内容而与登记权利人进行的交易,在法律上应受保护。”参见李小年、李攀:《〈物权法〉第24条规定对船舶所有权变动的影响》,发表于《法学》,2009年第11期,第114页。

有公信力。比如,“王利明教授认为,登记对抗主义下的登记一般不具有公信力,一旦发生登记错误,善意第三人因信赖登记而发生的交易并不具有当然效力,只要真正的权利人提出异议,则会导致其自身交易的无效;司玉琢教授认为,公示对抗主义的立法模式决定了船舶所有权登记的必然缺失,且我国的船舶登记的现有制度也难以以为公信力提供坚实的基础。”^{[3]114} 这是因为考虑到实践上,“很大一部分船舶转让未经登记即行转让,造成船舶所有权登记的准确性大大降低。”而且,存在着船舶优先权,既无需登记,也不因船舶转让而消灭,所以,不宜赋予登记公信力。^{[3]115} 登记只是让第三人知悉物权变动情形的公示方法,仅具有公示效力。

二、行政法上的两类登记及其性质

行政登记是公法行为抑或私法行为?分为几种?与私法效力之间有着怎样的关系?迄今还有混乱认识、含混表述。这是最基本的理论问题,决定了船舶所有权登记的归类、效力性质以及行政机关的审查义务。因此,必须作理论上的整理与甄别。

(一) 登记行为是行政行为

在民法上,登记行为是公法行为还是私法行为,存在激烈争论。“私法行为说”的理由大致有:第一,“登记行为源自申请人的请求行为”,该申请权及所为的意思表示是民事的。第二,“登记的效力在于不动产物权变动或对抗”,“登记机关只是为物权或物权交易提供正式确认或公示服务而已”。^[9] 船舶所有权登记在实体意义上是“一种私法行为”。^{[2]97} 也有主张“公法私法复合说”“公私性质兼顾说”。“不动产登记行为本身是行政机关的行政行为,但不动产登记更是不动产物权的公示方式,这是不动产登记的民法属性,也是其产生和存在的基本定位。”^{[10]16} 登记行为作为一个整体,是当事人所实施的申请登记的私法行为和登记机关所实施的登记许可的公法行为的结合。^[11] 船舶作为特殊动产,其登记也可以作同样解构。

行政法学者一般不接受“私法行为说”,批评该学说“没有正视不动产登记行为中的行政权因素,片面强调它的私法规范,更未透过相关私法规范看到公法内容以及公法介入之后可能发生的一些制度性质变”。^[12] 进而主张,在公法层面上,登记行为应该是一种行政行为,并从登记规范性质、目的、强制性等多种角度予以论证。^[13]

笔者认为,以传统行政行为的特征(亦即“公权力性”“单方性”和“法律效果”)来逐一衡量,行政

登记不完全符合传统行政行为的特征,是广义上的行政行为,杂糅着“典型”与“非典型”。第一,登记具有“公权力性”,登记机关行使的权力不是“源于当事人的自愿委托,而是直接来源于国家行政管理权,是由相关法律规范授予的”。^{[14]284} 登记是登记机关行使行政权,依据法律规定的条件、程序作出的行政行为,适用依法行政原理,而不是国家行使民事权利,依循当事人意思自治与民事规则的结果。第二,登记具有单方性,相对人的申请行为只是启动了登记程序,登记的法律效果是行政机关单方意思表示的结果,而不是双方合意的产物。第三,行政登记形态多样,不是都“具有对外直接的法律效果”。有的名为登记实为许可,是对当事人权利义务直接的法律处分。行政许可是“典型”的传统行政行为。多数登记只是认可、公示了私法上法律处分的状态或效果,行政确认是“非典型”行政行为。

(二) 登记行为分为许可与非许可(确认)两种类型

那么,登记行为属于哪一种类型化行政行为呢?由于登记对象林林总总,学者对登记性质也有行政许可、行政确认、行政事实行为等不同认识,意见不一。在《中华人民共和国行政许可法》(简称《行政许可法》)草拟过程中,立法机关、行政机关和学者有过较为集中的讨论、思考与抉择,澄源正本,意义重大。

《行政许可法》(征求意见稿)第一稿中的第17条欲将登记基本划入行政许可,“登记适用的事项包括:(1)法人和其他组织设立、变更、终止等的认定以及民事权属等其他民事关系的确认;(2)特定事实的确认;(3)法律、法规规定适用登记的其他事项。”但是,“对涉及民事关系确认的部分登记行为应否属于行政许可存在诸多分歧”,^{[15]40} 所以,2004年《行政许可法》经过斟酌取舍,仅在第12条第(五)项规定,“企业或者其他组织的设立等,需要确定主体资格的事项”可以设定行政许可。有关立法说明中指出,上述许可类登记是由行政机关确立个人、企业或者其他组织的特定主体资格。登记的功能主要是确立申请人的市场主体资格,没有数量控制。与此同时,有关立法说明也明确指出,“经登记确认特定民事权利义务关系、特定事实,分别依照有关法律、法规的规定办理,不适用本法。”^[16] 国务院法制办在《行政许可法疑难问题解答(一)》第1条中规定:“产权登记,机动车登记,婚姻登记,户籍登记,抵押登记等,不是行政许可;……”,《行政许可

法疑难问题解答(二)》第13条规定:“国有土地使用权登记、农村宅基地证颁发行为,是产权登记,不是行政许可。”^{[4]95} 行政登记就此分为许可类和非许可类(确认类)两种。

许可类登记是行政许可,也是典型的行政行为。登记行为创设了申请人的“市场主体资格”,直接形成了民事法律关系,同样,变更登记、注销登记也直接变更、消灭民事法律关系。2016年《中华人民共和国公司登记管理条例》(简称《公司登记管理条例》)第3条规定:“公司经公司登记机关依法登记,领取《企业法人营业执照》,方取得企业法人资格。未经公司登记机关登记的,不得以公司名义从事经营活动。”这非常符合行政许可的“解禁说”或者“赋权说”,未经许可的,禁止从事特定活动,擅自活动的,必须取缔。

由于许可类登记主要集中在商事登记,随着计划经济向市场经济转变,商事登记也由许可向确认发展,我们可以通过梳理有关变迁过程,进一步揭示许可类登记与非许可类(确认类)登记之间的巨大差异,将交织在不同登记之上的公法关系与私法关系剥离开来,呈现出较为清晰的公法行为与私法效果之间的效力对应结构。

在中国,之所以会出现登记的行政许可化,是因为“中国经济体制在20世纪的后50年里,经历了一个由计划与市场并存向计划经济转变,再由计划经济向市场经济转变的螺旋式发展过程”。在相当长一段时间的计划经济下,政府的行政管理渗透到微观经济运行,无处不在。“无论是农村的人民公社还是城市的集体企业,实际上其经营管理都严密控制在各级政府部门手中。”但是,随着改革开放,以及由计划经济向市场经济逐渐转变,“在农村,政社合一的人民公社解体,农民及其乡镇企业摆脱了政府的直接计划管理,获得了经营自主权;在城市,随着个体经济、私营经济和‘三资’企业的迅速发展,以及国有企业的‘简政放权’,特别是政府放松了对市场的控制,主动缩小了指令性计划范围,使得越来越多的企业经营活动脱离了政府的直接干预,市场调节的范围越来越大”。^[17]在市场经济发展过程中,需要不断摸索,需要解放思想。政府大量运用了行政许可等手段,通过登记控制市场准入,把握改革进程与构建方向。

近年来,随着市场经济发展的不断深入,个人、企业的市场主体资格也逐渐放开,行政许可和审批项目大量减少。其实,市场经济从本质上鼓励交易,

个人、企业只要遵守交易规则,就允许自由进入市场。除非涉及国计民生、国家安全等重大利益,政府原则上无需设立市场准入门槛,市场主体资格也不用政府通过许可来创设。“对愿意进入市场从事经营活动的各类商事主体,政府都应给予鼓励,并对其进行记录。这样不仅可以增加就业机会,政府亦可以增加税收。”^[18]

在市场经济较为成熟发达的地区,比如广东、上海,已经试水“放松监管”“宽入严管”,实行商事登记制度改革,“以市场化为核心取向,最大限度地放宽市场准入条件,最大限度地发挥市场在资源配置中的决定性作用”。在深圳市,“经营资格许可不再作为商事主体登记的前置条件,取消前置审批为原则的先证后照,营业执照不再记载商事主体的经营范围。”^[19]在上海自贸区,除中央规定的企业登记前置许可事项外,“企业向登记机关申请登记,取得营业执照即可从事一般生产经营活动”。^[20]上述变革实际上就是不断限缩由行政行为创设市场主体资格的过程,将部分许可类登记实际转化为确认类登记,实行准则主义,凡是符合法律规定条件的,都给予登记记录,“以事后监督取代事前审批已经成为发展的趋势”。^{[15]42} 因此,除了少数依然保留下来的许可类登记,其他应该都是行政确认性质的登记。

通过上述分条析理,我们大致已经将缠绕交织在一起的公法行为和私法行为、公法效力与私法效力努力剥离开来。从法律效果产生的原因行为出发,按照是“赋予法律效力”还是“对法律效力的确认”,^{[21]69} 可以将行政登记分为两类:一是许可类登记。民事上的市场主体资格是由登记行为赋予的。未经许可,任何企业或组织都不具有市场主体资格。二是确认类登记。以何种企业形态进入市场交易,由当事人自己决定。只要符合《中华人民共和国公司法》关于有限责任公司、股份有限公司的规定条件,行政机关便给予登记认可,无需行政机关的事先许可批准。登记只是确认了当事人民事处分的法律效力,并通过记载、公开查询等产生公示效力。

笔者看来,当下行政法学者与民法学者对有关登记性质的认识分歧,以及民法学者之间对有关登记规定的争执,很大程度上都根源于立法上对公法与私法属性不加区分的混合表述。比如,《民法典》第209条规定:“不动产物权的设立、变更、转让和消灭,经依法登记,发生法律效力;未经登记,不发生法律效力,但是法律另有规定的除外。”《公司登记管理条例》第2条规定的公司“设立、变更、终止……应当

依照本条例办理公司登记”,第3条规定的“依法登记……取得企业法人资格”。在行文表述上,二者何其相似。那么,立法者是不是也在表明“不动产物权变动的效力是由登记创设的”呢?显然不是。前者实际上是确认类登记,后者是许可类登记,有着本质不同。因此,对于有关立法规定,必须先厘清捋顺公法与私法的各自脉络,才能准确解释。

三、行政确认的准确解读

船舶所有权登记、不动产物权登记都属于确认类登记,具有行政确认的性质,是行政机关对民事关系、民事事实的确认,这种看法是公法与民法学者在登记性质认识上的最大公约数。但是,民法学者对行政确认的认识,至少是在有关登记的法律效力表述上,似乎略有出入。行政法学者认识一致,却为迁就民法规定而表述不够精准。

(一) 民法规定与认识

《民法典》第209条规定:“不动产物权的设立、变更、转让和消灭,经依法登记,发生法律效力;未经登记,不发生效力,但是法律另有规定的除外。”那么,不动产物权变动的法律效果之发生是登记的结果,还是当事人合意处分的结果?上述法律规定,在笔者解读起来,行政机关的登记行为决定了物权变动是否最终生效,对物权变动应该有着实质性影响,也就是说,物权变动不仅是当事人合意的结果,更是行政机关登记行为产生的效果。那么,登记就不是行政确认,而是行政决定,对当事人权利义务作出了法律上的处分。

其实,民法学者又不是如此理解。登记在不动产物权变动中是生效要件,“但登记本身并非赋权行为,债权合意等当事人的意思表示才是物权变动的基础,登记则标志着当事人之间旨在转移不动产物权的权利义务关系划上句号,然后就是通过登记将该物权变动向社会公示”。“物权变动和债权变动,应该都是当事人效果意思追求的结果”,是当事人意思自治的产物,而不是因登记而产生,“不能把不动产物权变动解释为行政权力的物权授权”。^{[10]17}同样,船舶是特殊动产,只要当事人合意,便发生物权变动,不取决于是否登记。

笔者看来,首先,这段阐述至少比法律表述清晰,也符合行政确认原理。其次,为避免误读,对于确认类登记,未来有关民事立法应当有更确切的表述。比如:“不动产物权的设立、变更、转让和消灭,以依法登记为生效的必要要件;未经登记,不发生效力,但是法律另有规定的除外。”

(二) 行政法认识与表述

行政法学者对行政确认的认识较为一致,所下定义也大同小异,是指“行政主体对既存的法律事实和法律关系进行审查、认定并宣示其法律效力的行政行为”。^{[22]384}或者,“是行政主体对相对方的法律地位、法律关系或者有关法律事实进行甄别,给予确定、认可、证明(或否定)并予以宣告的具体行政行为”。^{[14]283}它不是典型的行政行为,也就是说,它不是传统意义上的狭义行政行为,它具有“公权力性”“单方性”,却没有对当事人的权利义务作出法律上的处分,不产生直接的法律效果。“行政确认并不直接形成或处分相对人的权利与义务,它只是对业已存在的权利与义务关系进行认定,所以,它不具有处分性”。^{[22]384}“不直接为相对人设定特定作为、不作为或容忍的义务”。^{[23]387}而法律效果的发生实际上是当事人在私法上自行处分的结果。比如,船舶所有权转让,是当事人通过合同完成的。只不过将已经形成的法律关系或者法律状态提交给行政机关登记,以国家公信力给予加持,对外公示,让第三人迅速了解现有权利状况。

正是由于确认类登记不是典型的行政行为,在1989年《中华人民共和国行政诉讼法》(简称《行政诉讼法》)第11条、2014年《行政诉讼法》第12条中都没有罗列。严格地说,确认类登记也不符合1991年最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的意见(试行)》第1条关于“具体行政行为”的定义。但是,在司法实践上,从来不拒绝受理确认类登记纠纷,比如,涉及结婚登记、房产证、工商登记等的行政案件。2004年《最高人民法院关于规范行政案件案由的通知》中将“行政确认”独立地规定为行政行为 and 案由。2020年最高人民法院《关于行政案件案由的暂行规定》中,将行政确认和行政登记分列,将“船舶所有权登记”明确罗列在行政登记之下。

但是,在行政法理论上,对属于行政确认的行政登记之阐述方式,也有不同声音。有的学者一方面承认确认类登记是“对既有的法律关系的记载”,登记行为“只不过是以为之为基础的一个附加行为,不会产生权利义务关系从无到有的变化”,另一方面却认为,登记会“使原有的法律关系的变动生效”,比如“直接形成民事法律关系”“对民事法律关系产生附加影响”等。^{[24]18-19}“既有公法上的法律效果,又有私法上的法律效果”。^{[15]42}尽管他们也小心翼翼地称之为“行政登记引发的私法效力”、行政登记

“能够产生私法效果”,但是,依然不辨龙蛇,“引发”“产生”是指公法行为直接处分,还是私法上借用登记行为约定发生的私法效力?之所以如此暧昧表述,在笔者看来,或许是为了迁就民法上的规定,也可能是为了积极弥合公法与私法的认识缝隙,但终究是对登记上交织的公法与私法效力没有条分缕析。

四、重读《海商法》第9条第1款

在上述梳理的基础上,我们可以尝试分析《海商法》第9条第1款规定。

(一)“应当登记”是公法义务

不少学者认为,《海商法》第9条第1款规定的“应当登记”,与公示对抗主义相龃龉,登记是“船舶所有权人自由选择的一项权利”,不应是一项强制性义务。^{[7]335}“作为登记程序启动主要因素的登记申请,应当尊重当事人的意思自治,公权力不应主动介入和干预。”^{[4]97}“应当登记”“将人们实际引到登记生效主义”。^[25]的确,“应当登记”作为私法义务,与登记对抗主义有着内在冲突。

其实,登记作为行政行为,被私法借以产生私法意义之外,本身也具有公法意义。从公法角度看,行政登记是为“交易建立相对稳定的秩序”,为第三人查询“权利状况”,^{[2]97}保护交易安全,及时掌控船舶及交易信息,以便后续行政管理。这已超出了私法关注,彰显了公法功能。这也就不难理解,《海商法》第9条第1款从公法上要求船舶所有权变动“应当登记”。不动产物权变动也“通过赋予不动产登记以私法上的效力来落实当事人办理登记这一公法上的义务”。^[26]因此,“应当登记”可以解释为一项公法义务。

然而,该公法义务却没有设定行政处罚作为担保,无法迫使义务人必须履行,事实上又脱变成倡导性义务。在行政法上,这种错位现象以往也不鲜见。为了弥补缺失,2021年《中华人民共和国行政处罚法》第11条第3款、第12条第3款特别规定,对于上位法规定了强制性义务,却没有规定相应罚则的,允许行政法规、地方性法规补充设定行政处罚。

(二)对登记效力的解释

“未经登记的,不得对抗第三人”,是从私法角度解释“未经登记”会对外部第三人产生何种民事效力,也就是物权变动只可能在当事人之间发生对内效力,不能对外产生对抗力。这些都不是行政法问题,不是登记本身形成的行政法效力,而是民事上的规则,是为了解决错综复杂的民事关系争议,借用

登记作为民事上特殊效力的条件。“新的船舶所有人未登记是怠于保护权利的表现。”产生“不得对抗”效果,是民法“不应对其怠于登记的行为提供保护,否则将在实质上损害第三人的利益”。^{[6]41}

对于确认类的登记,从公法上看,首先,所有权变动不是登记行为产生的法律效果,而是当事人之间民事处分的结果。“登记并不具有形成力,而仅为表征物权(变动)的手段。”^[5]行政机关也因此止步于形式审查。对于民事处分的合法性、有效性,行政机关无从核实,只能从形式上检视。经过行政登记,也不意味着物权变动是现实真实发生的,更不能阻止后续的物权变动。形式审查不可能为登记提供充分的公信力基础。其次,行政确认作为非典型的行政行为,根本不具有传统行政行为的完全的确定力,“对法院一般不具有拘束力”,只可以“对司法判决发挥辅助性作用,减轻法院认定事实的负担”。^{[23]391}最后,第三人也理应知晓不可以无条件地信赖公示内容。第三人依登记行事,也不可能得到法律的绝对保护。因此,不能绝对地认为,确认类登记作为行政行为能够产生像传统行政行为一样的效力。否则,单凭传统行政行为的确定力和拘束力就足以产生登记的公信力,且为毫无差别对待之对外效力。

那么,如何解释在“形式主义”“意思主义”下,登记又表现出不同效力?如何解释在“登记对抗主义”下还会有诸多不同学术见解和实践可能?^{[8]137-142}笔者认为,这是私法效力注入的结果,进而决定了确认类登记的不同公示效力。第一,“形式主义”要求不动产物权变动以登记为生效要件。这补强了登记行为在公法意义上较弱的确定力、拘束力。不动产物权变动不以当事人合意生效,必须依法登记,所有权才在法律上发生转移。登记在依法变更、撤销之前,登记簿上的权利人就始终是法律认可和保护的权利人。所以,登记具有完全的公信力。这不是登记行为产生的确定力、拘束力,而归根结底是私法效力作用的结果。第二,“意思主义”不以登记为生效要件,当事人意思表示就能发生物权变动。登记簿上的权利人与真实权利人可能不一致。这在法律上又是容许的。行政机关通过形式审查又无法核实。因此,无论从私法上还是公法上,都无法保证登记具有公信力。

五、行政机关审查义务

在海商法上,有学者认为,2014年《船舶登记条例》第14条规定的“船籍港船舶登记机关应当对船

船舶所有权登记申请进行审查核实”是实质性审查义务。但是,实践上,“对船舶所有权登记依然采用形式审查。”^{[3]114-115}也有学者批评上述立法,认为登记机关的审查应当是形式审查,“登记机关只需审查申请人提交的材料是否齐全、形式上是否符合法律的要求,而不负责对材料真实性的确认。”^{[2]101}

在行政法上,对于行政登记的审查方式,也存在意见分歧。一方面学者多倾向形式审查^①。通常从“降低交易成本”、^[27]实际可行性上论证,认为实践上登记申请“数量众多”,需要审查的材料林林总总,实质审查会严重影响行政效率。^{[24]19} 行政机关只需根据有关规定核查申请材料是否齐全、填写是否规整、有没有漏缺项以及有无明显瑕疵或虚假的材料。“至于契据所载权利事项在实质上是否存在,有无瑕疵,则不过问,登记机关也不承担错误登记的责任。”^{[21]71} 另一方面也有学者认为应当实质审查,这是因为,受计划经济强烈影响,“把登记作为纯粹的行政管理手段”,表现为“登记部门的行政化以及登记机关的实质决定权”。“各类登记均由行政机关实施,成为行政机关具体履行行政职权、从事行政管理的方式。这种目的必然需要通过对登记事项的实质审查来实现。”^{[15]42} 要求行政机关对登记的基础事实,也就是民事关系或民事权属的真实性负责。“如果登记有错误、遗漏、虚伪,而致权利人遭受损害时,登记机关应当承担赔偿责任。”^{[21]71}

(一) 船舶所有权登记应当适用形式审查

从现有研究看,审查方式如何抉择,大致有两个判断标准,一是取决于“社会信用度与市场经济的成熟度”,如果有健全的个人信用制度,当事人也不会“冒失去信用的风险”而去虚报,采用形式审查也无妨。但是,如果市场经济成熟度比较低,就不宜将“申请材料的真实性、合法性寄托于申请人的自律”,实行实质审查就十分必要。^{[28]101} 二是在“安全”与“效率”(便捷)之间进行权衡,如果交易安全更重要,就采取实质审查,便捷性更关键,就宜采用形式审查。^[29]

但是,上述无论哪一种标准,都很难解释在不同登记之间的审查方式为何不同、且也应该不同。因为它们所处的市场经济环境没有差别,都要考虑交易安全与效率,也同样面临工作上的“案多人少”。

其实,在笔者看来,行政机关的审查义务、审查方式与登记行为类型密切相关。法律效果是由登记行为赋予(形成)还是确认之不同,决定了行政机关审查义务的深浅高低亦不同。

1. 许可类登记

民事法律关系的形成、变更或消灭,是登记行为直接处分的结果。行政机关无疑要对有关申请材料进行审慎的审查,包括形式审与实质审。2019年《行政许可法》第34条第3款、第56条也要求,需要对申请材料的实质内容进行核实的,行政机关应当指派两名以上工作人员进行核查。“尽可能地限制、缩小实质审查之适用空间,对登记事项采用最弱的国家干预。”^{[28]100} 但是,行政机关仍然要对登记的基础事实负责,因为审查疏漏而导致的损害,也由行政机关承担。该法第7条明确规定,公民、法人或者其他组织“合法权益因行政机关违法实施行政许可受到损害的,有权依法要求赔偿”。

2. 确认类登记

登记行为仅是对既有民事事实、民事状态、民事关系的确认,通过记载、公开查询,对外产生公示效力。登记行为不对当事人的民事权利义务作出法律处分。私法效力完全由当事人合意行为产生。“未经登记,不发生效力”,是私法上以登记为生效的构成要件,“未经登记,不得对抗第三人”,也是规定民事行为特殊效力的条件。这些都与公法无关,都不是公法行为对民事关系直接处分的效果。行政机关不对民事处分的有效性负责。行政机关原则上只对申请材料作形式审查,尽到审慎注意义务。比如,发现申请材料明显虚假的,不得登记。《民法典》第212条第2款尽管也授权登记机构“可以要求申请人补充材料,必要时可以实地查看”,其中“实地查看”似乎有实质审查的意味,^[30]但也不足以实现实质审查。

船舶所有权登记应当属于第二种情形,《船舶登记条例》第14条规定的“审查核实”,也只能是形式审查。申请材料是否真实有效,仍然必须由申请人负责。该条例第51条以行政处罚作为担保,要求申请人必须保证所提供文件的真实性。该条例第13条、第14条关于船舶所有权登记仅规定了申请人、应当提供的文件与证明、审查要求、审查期限、

^① “形式审查制是指登记机关只对申请人提交的申请文件进行形式上的审查,对申请文件中所列事项是否真实,登记机关并不作实质上的调查与核实。登记机关的职责在于:审查申请人是否依法提交了申请登记所需的材料;申请登记事项有无违反法律的禁止性或限制性规定;申请材料内容之间是否一致等。而材料本身的真实性则由提供者保证并由其承担相应的责任。”参见朱新力、陈无风:《公私法视野中的行政登记》,发表于《法治研究》,2007年第4期,第19页。

船舶登记簿载明事项等,根本没有登记预告、为第三人提供查阅、第三人异议质证、调查询问、听证等制度,行政机关也没有授予相应调查权力,因此,也根本无法展开实质审查。在“上诉人浙江海鑫船舶贸易有限公司诉被告上诉人中华人民共和国南京海事局船舶所有权登记案”^①中,法院完全认可登记机关实施形式审查,“船舶登记机关‘对船舶所有权登记申请进行审查核实’应以法定登记申请材料、证明文件是否齐备为原则,对申请材料、证明文件的真实性与合法性的审查,不能以专业鉴定机构的能力要求其审查判断”。

(二)形式审查的法律责任

对于属于确认类登记的船舶所有权登记,行政机关未尽形式审查上的审慎注意义务,行政登记将被法院、复议机关撤销。即便行政机关不对基础事实的真实性负责,也已经履行了形式上的审慎审查义务,也会因事实上存在船舶所有权的归属争议,并被法院判决、仲裁决定等确认,或者有证据足以证明基础事实不清,比如虚构、伪造申请材料,导致行政登记被撤销^②。但是,这又是形式审查自带瑕疵,不能归咎行政机关。行政机关已尽形式审查义务,不会产生行政赔偿责任,只产生更正义务,执法人员也不会被追责。

船舶所有权纠纷仍然经由民事诉讼解决。当事人也可以申请行政诉讼附带民事诉讼,在解决行政纠纷的同时,一并解决民事争议。对于民事上的侵权,因为存在事实上的侵权人,所以,原则上由侵权方承担赔偿责任。行政机关仅就未尽审慎审查义务承担相应的法律责任,包括但不限于对有责任的行

政人员进行追责、给予处分。

民事侵权人无法承担、不能完全承担赔偿责任时,行政机关也可能会承担有限适度的国家赔偿责任。必须满足:第一,损害是由侵权人施加、行政机关登记错误行为共同造成的。第二,行政机关在形式审查上未尽审慎注意义务。第三,登记错误与损害的产生具有一定的因果关系^③。但是,“对于因受害人自身的原因和过错造成的错误登记,登记机构不应承担赔偿责任”。^{[21]73}

由行政机关承担行政赔偿责任,也绝对不是完全的或者补足性的赔偿,更多的是象征性的赔偿。首先,要求国家赔偿,是因为行政机关在形式审查上存在明显疏忽导致登记错误,国家毕竟以公信力对登记内容加持,并对外公示,能够对第三人产生一定的合法预期。第三人基于信赖而实施交易,却被不真实信息误导,遭受损失,行政机关也难辞其咎。其次,第三人应当知晓,行政机关的登记行为无法保证基础事实的真实性,形式审查不能查明民事交易的有效性、合法性。第三人不可能绝对信赖公示内容,民事交易过程中还必须谨慎核实有关信息。因公示信息有误而遭受的损失也无法完全、主要归咎于行政机关。

六、结语

船舶所有权登记属于确认类登记,登记行为只是对民事权属的确认,通过记载、公开查询而产生公示效力。登记“不为相对人设定任何权利义务”,“登记凭证所记载的权利义务从根本上取决于基础民事法律关系或法律事实”。^{[15]44}“未经登记,不得对抗第三人”,以及登记之后能产生怎样的对抗效

① 参见江苏省南京市中级人民法院(2011)宁行终字第109号行政判决书。

② 有的学者认为,在形式审查上,行政机关已经履行了审慎注意义务,即使事后发现有关文件是虚假的,也不影响登记的合法性,法院也不能撤销。参见朱新力、陈无风:《公私法视野中的行政登记》,发表于《法治研究》,2007年第4期,第19页。在“林串等诉中华人民共和国广州海事局船舶所有权证书发证纠纷案”中,法院似乎支持这种观点,认为“广州海事局依照《中华人民共和国船舶登记条例》的相关规定,对胡林、段碧华提交的证明其对船舶具有所有权的材料和证明文件进行了审查,在前述材料能够证明胡林、段碧华取得涉案船舶所有权的情形下,向胡林、段碧华颁发《船舶所有权登记证书》(登记号码:xxx08),尽到了审慎的审查义务”。其实,法院也知晓“宏大公司与胡林、段碧华之间不存在真实的船舶买卖,但宏大公司与胡林、段碧华向广州海事局提供的船舶买卖合同书和船舶交接证明书是为林串与宏大公司、胡林、段碧华三方实现‘浚波四’号船舶所有权登记转移而实施的”。但是,对于“林串上诉提出的涉案船舶基础交易虚假、没有购船发票便不符合登记条件、其已经取得涉案船舶所有权而宏大公司不能再次转让等主张”,法院认为属于民事纠纷,不在合法性审查范围。“林串与宏大公司以及胡林、段碧华之间因船舶买卖产生的民事纠纷应另循法律途径解决。”参见广东省高级人民法院(2015)粤高法行终字第407号行政判决书。在笔者看来,如果已有证据指明申请材料作伪、虚构,行政机关却视而不见,仍然坚持登记合法,显然也成问题。既然登记的基础事实不清,行政机关就应该撤销登记,让当事人通过民事诉讼分清是非、权属,然后行政机关再予以登记。

③ “再审申请人湖北江陵农村商业银行股份有限公司与被申请人湖南省张家界市地方海事局、原审第三人文建平、付克军、黄道雄、黎发林、黎发森船舶行政登记及行政赔偿案”中,一审、二审和再审法院都认为,张家界市地方海事局应当知道涉案船舶“已经初次登记”,却“未尽谨慎审查义务,在未提交原船籍港船舶登记机关出具的船舶所有权登记注销证明书等资料的情况下予以登记,系违法的重复登记”。但是,一审、二审法院不认为海事局应当承担赔偿责任。再审法院在行政裁定书中指出:“江陵农商行基于对张家界市地方海事局办理涉案船舶所有权和抵押权登记的信赖发放贷款,该贷款逾期不能收回给江陵农商行造成的损失,与张家界市地方海事局的违法登记行为存在法律上的利害关系和因果关系,张家界市地方海事局对江陵农商行因此所受损失应承担相应的过错赔偿责任。”参见湖南省高级人民法院(2017)湘行再13号行政裁定书。在这个案件中,存在民事侵权人,再审法院没有进一步指出海事局应当怎么赔偿。在赔偿性质上,再审法院似乎认为海事局应当承担民事赔偿,因为行政赔偿是违法归责,但再审法院却说成“过错赔偿责任”。

力,都是民事上的规则。私法效力的发生,由当事人的意思表示决定,不是公法行为直接创设的效力,却可以从公法上得到进一步解释。

登记行为的类型及其效力,决定了行政机关的审查义务。对于确认类登记,行政机关只是对当事人业已形成的民事权属、民事关系以国家公信力予

以加持,也仅为形式审查,并尽合理审慎的注意义务。申请材料及其民事关系的真实性不由行政机关负责,而由申请人负责。作为登记的基础事实,民事权属或民事关系出现纠纷,波及到登记的合法性,可以通过行政诉讼附带民事诉讼一并解决。

参考文献:

- [1] 李志文. 物权法实施对船舶物权立法的影响[J]. 现代法学, 2008, 30(5).
- [2] 李志文. 论我国船舶所有权登记的属性[J]. 中国海商法年刊, 2003, 14(1).
- [3] 李小年, 李攀. 《物权法》第24条规定对船舶所有权变动的影响[J]. 法学, 2009(11).
- [4] 王亦白. 论不动产登记的私法和公法双重属性[J]. 行政法学研究, 2018(1).
- [5] 郭志京. 也论中国物权法上的登记对抗主义[J]. 比较法研究, 2014(3): 96.
- [6] 王立志. 船舶所有权登记效力的规范解释[J]. 法律适用, 2010(9).
- [7] 黄永申. 论船舶所有权的转让、登记与保护[J]. 中国海商法年刊, 2008, 19(1).
- [8] 龙俊. 中国物权法上的登记对抗主义[J]. 法学研究, 2012, 34(5).
- [9] 尹飞. 不动产登记行为的性质及其展开——兼论民法典编纂中不动产登记制度的完善[J]. 清华法学, 2018, 12(2): 46.
- [10] 司伟. 论不动产登记与权属确认——兼论对《物权法司法解释一》第2条的理解[J]. 法律适用, 2016(5).
- [11] 王轶. 物权变动论[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2001: 93.
- [12] 章剑生. 行政不动产登记行为的性质及其效力[J]. 行政法学研究, 2019(5): 36.
- [13] 王达. 对不动产登记的行政法思考[J]. 行政法学研究, 2007(2): 90-91.
- [14] 姜明安. 行政法与行政诉讼法[M]. 3版. 北京: 北京大学出版社, 高等教育出版社, 2007.
- [15] 李昕. 论我国行政登记的类型与制度完善[J]. 行政法学研究, 2007(4).
- [16] 关于中华人民共和国行政许可法(草案)的说明[EB/OL]. [2021-05-06]. http://www.npc.gov.cn/wxzl/gongbao/2003-10/30/content_5323224.htm.
- [17] 武力. 中国计划经济的重新审视与评价[J]. 当代中国史研究, 2003, 10(4): 37, 42.
- [18] 朱慈蕴. 我国商事登记立法的改革与完善[J]. 国家检察官学院学报, 2004, 12(6): 19.
- [19] 艾琳, 王刚. 商事登记制度改革的行政审批视角解析——兼评广东省及深圳市商事登记制度改革的实践[J]. 中国行政管理, 2014(1): 20.
- [20] 杨峰. 上海自贸试验区商事登记制度的改革与完善[J]. 法学, 2014(3): 105.
- [21] 王克稳. 我国不动产登记中的行政法问题[J]. 法学, 2008(1).
- [22] 胡建森. 行政法学[M]. 4版. 北京: 法律出版社, 2015.
- [23] 姜明安. 行政法[M]. 北京: 北京大学出版社, 2017.
- [24] 朱新力, 陈无风. 公私法视野中的行政登记[J]. 法治研究, 2007(4).
- [25] 刘本荣. 我国船舶物权登记对抗主义的实际运行与匡正[J]. 中国海洋法学评论, 2008(1): 108.
- [26] 吴光荣. 不动产登记与不动产权属确认的实体与程序问题研究[J]. 法律适用, 2014(10): 29.
- [27] 朱岩. 形式审查抑或实质审查——论不动产登记机关的审查义务[J]. 法学杂志, 2006(6): 107.
- [28] 章剑生. 行政许可审查标准: 形式抑或实质——以工商企业登记为例[J]. 法商研究, 2009, 26(1).
- [29] 杨宏云, 孙春雷. 形式审查还是实质审查——物权法不动产物权登记审查的解析及完善[J]. 学术界, 2008(5): 185.
- [30] 乐俊刚. 行政附带民事诉讼在不动产登记案件中面临的困境及选择——以全国首例行政附带民事诉讼案为分析对象[J]. 政治与法律, 2012(3): 138.

蔡高强,朱丹亚.论中俄北极能源合作开发的法律保障[J].中国海商法研究,2021,32(2):12-19

论中俄北极能源合作开发的法律保障

蔡高强,朱丹亚

(湘潭大学 法学院,湖南 湘潭 411105)

摘要:中俄北极能源合作开发是推进中俄友好合作、实现互惠共赢的关键之举。中俄北极能源合作开发将帮助俄罗斯突破北极能源勘探开发的资金困境与技术难题,逐步形成俄罗斯能源出口市场的新兴板块。同时,也能满足中国能源需求,提升中国参与北极公域治理的话语权。为实现中俄北极能源开发整体性价值最大化,应建立国际公约、区域性多边协议、双边能源开发协议与国内专项法律制度相结合,全方位、多维度、强相关的北极能源开发法律保障体系。

关键词:北极;中俄合作;能源开发;法律保障

中图分类号:D993.5 **文献标志码:**A **文章编号:**2096-028X(2021)02-0012-08

On the legal protection of Sino-Russian Arctic energy cooperation and development

CAI Gao-qiang, ZHU Dan-ya

(Law School, Xiangtan University, Xiangtan 411105, China)

Abstract: The cooperation and development of Arctic energy between China and Russia is the key to promoting Sino-Russian friendly cooperation and achieving mutual benefit and win-win results. The cooperative development will help Russia to break through the financial and technical difficulties in Arctic energy exploration and development, gradually form an emerging sector of Russian energy export market, and at the same time, it can meet China's energy demand and enhance China's voice in participating in Arctic public domain governance. In order to maximize the overall value of the Arctic energy development between China and Russia, it is necessary to establish a comprehensive, multi-dimensional and strongly related legal protection system for Arctic energy development by combining international conventions, regional agreements, bilateral energy development agreements and special domestic legal systems.

Key words: Arctic; Sino-Russian cooperation; energy development; legal protection

北极地区是以地球北极点为中心的冰原和冻土地带,包括了北冰洋及其岛屿、北美大陆和欧亚大陆的北部边缘地带,地理面积约为820万平方千米。根据美国国家地质勘探局提供的数据,北极地区石油储量约为900亿桶、天然气储量约为1 669亿立方米、液化天然气储量约为440亿桶。^[1] 北极海冰融化速度的加快以及油气开采技术的不断成熟致使北极地区能源开发价值日益凸显。中国经济极速增长以及能源结构中油气资源储备匮乏导致中国持续依

赖能源进口,但随着中东政治动荡以及国际经济形势的不可预测性加强,国内迫切需要通过打开多元化能源进口渠道来转嫁现有能源困境。俄罗斯是北极能源开发利用的重要主体,也是中国长期的贸易合作伙伴。受欧美外交封锁与经济制裁限制,俄罗斯北极能源开发亟需国外资本的注入与技术支持。中国拥有技术、资本、需求市场三重合作优势,既可为俄罗斯提供高水平技术和资本支撑,又能解决俄罗斯境内油气资源产能过剩的危机,是俄罗斯北极

收稿日期:2020-11-12

基金项目:湖南省社科基金项目“习近平国际法治新理念研究”(18YBA18)

作者简介:蔡高强(1967-),男,湖南邵阳人,法学博士,湘潭大学法学院教授、博士生导师,法治湖南建设与区域社会治理协同创新中心教授,E-mail:caigaoq@xtu.edu.cn;朱丹亚(1995-),女,河南开封人,湘潭大学法学院国际法专业硕士研究生,E-mail:806814638@qq.com。

能源开发的最佳合作伙伴。

学界对中俄北极能源合作开发的目光主要聚焦于能源合作开发的经济、政治价值理论剖析,鲜少涉及法律制度领域。失去法律制度的保障,中俄能源合作开发战略图景无异于空中楼阁。两国能源合作开发必须建立在公平合理的法律制度体系之上,两国各自的利益成果也必须植根于统一的法律土壤之中。笔者立足于中俄北极能源合作开发的现实需要,系统性地梳理分析中俄北极能源合作存在的法律风险,多角度论证当前法律制度的漏洞,并针对现存漏洞提出完善性建议,以期推动学界对中俄北极能源合作法律保障制度的关注和研究。

一、中俄北极能源合作开发面临诸多法律风险

随着中俄北极能源合作的不断深入,能源开发过程中面临着地缘政治局势动荡、俄罗斯域内法律制度变化频繁、标准过高且不统一的环保准入门槛等问题,构成了中国参与北极能源合作的潜在法律风险。法律风险长期存在将会反噬中俄北极能源合作开发的已有成果,并影响合作开发进程。如何应对不确定的法律风险,将是影响中国北极能源开发战略目标实现的关键。^[2]

(一) 国际局势影响下的地缘政治风险

北极各国在北极地区的利益角逐已进入白热化状态。以美国为首的北约阵营正在加紧对北极资源的瓜分,在北极能源、航道、军事利益悬而未定的背景下,北极地区已成为国际政治经济利益的角力场。自俄罗斯在北极海底插旗后,其他北极国家纷纷迅速作出反应。美国于2009年1月9日签署了《2009年美国北极政策指令》,希望通过加入《联合国海洋法公约》的方式确定美国北极领土的大陆架界限,并采取等距离原则解决与加拿大在波佛特海(Beaufort Sea)的划界问题。加拿大于2009年7月和2010年8月发布了《加拿大北方地区战略:我们的北方、我们的遗产、我们的未来》文件,系统地阐述了加拿大的北极政策,确立行使北极主权、促进经济社会发展、保护北极环境遗产和改善北极治理方式四个核心目标。^[3]除了北极核心国家外,英国、德国、爱尔兰、日本、韩国以及中国等利益攸关国也将目光投向北极地区,积极争取北极区域治理的话语权。毋庸置疑,北极区域逐渐进入到以权属冲突为特征、以自然资源开采为核心、以全球性大国为主角的竞争时期。

中俄两国在北极能源合作开发的根本目的上存

在分歧。2018年1月,中国发布了《中国的北极政策》白皮书,提出共建“冰上丝绸之路”倡议。俄罗斯率先作出响应,希望抓住中国“冰上丝绸之路”契机,突破“美欧阵营”围困,加大对北极地区能源资源、航道开发、军事部署等方面的控制。尽管俄罗斯在北极能源合作开发中向中国展现了极大的合作热情,但应当看到,俄罗斯寻求中国合作的原因在于:一是北极各国长期的地缘孤立;二是中国先进的技术、强大的资金储备以及广阔的需求市场。^[4]同理,中国同意俄方北极能源合作开发的邀请也是基于北极长远的经济战略价值以及公域治理话语权。但正如俄罗斯远东联邦大学政治分析家阿尔乔姆·卢金所说:“中俄间的友好亲密关系不能掩盖一个事实,即中国的经济总量超出俄罗斯八倍并且这种差距还在不断扩大,这将造成政治上的不平等。”^[5]俄罗斯是在欧美技术、资金封锁以及地缘孤立的背景下,对中国展现出极大的合作热情,其本质上始终对中国抱有警惕态度。中俄北极能源合作开发过程中,中国试图谋求北极公域话语权与能源战略安全并非俄罗斯所愿。中俄两国在能源合作开发的最终目的上存在分歧,这种分歧将会随着合作开发的深入而不断加大。若没有公平合理的法律规范予以约束,中国在北极能源开发上投入的人力、物力成果将会受到俄罗斯政策变化等法律风险的威胁,最终影响中国北极能源开发战略的整体进程。

(二) 严苛的环保标准导致的环境保护风险

北极生态系统极度脆弱,其环境状况影响着全球生态链条的稳固,关系着全人类生存福祉。北极环境保护问题已成为国际关注的焦点,越来越多的国家开始重视北极地区的环境保护。北极环保问题早已超越道德层面约束,上升为法律制度并呈现越来越严苛的态势。北极环保标准对能源开发的限制已成为中国不得不面对的重要法律风险之一。

俄罗斯严苛的生态环保制度影响中俄北极能源合作。中俄北极能源合作开发项目部分集中于俄罗斯域内,因此,俄罗斯域内环境保护法律规范也将是制约中国北极能源投资的重要因素之一。俄罗斯在环境立法方面已经形成以宪法为基础、以环保法为主要内容、以个别法规为补充的环保法律体系,环保法律规范众多且标准更为严苛。如,依据俄罗斯域内法律规定,能源开发具有严格的准入门槛。《俄罗斯联邦生态鉴定法》《俄罗斯联邦环境保护法》均要求勘探开发油气资源的筹备阶段要严格履行国家生态鉴定、生态评估程序。^[6]此外,俄罗斯域内已确立

环保侵权案件的严格赔偿责任制度。依据《俄罗斯联邦环境保护法》的规定,企业活动对生态环境造成不良影响的应当缴纳高昂的罚款,而该笔罚款并未囊括对生态环境恢复以及解除该项经济活动的实际支出。俄罗斯环境保护立法体系正在不断完善且呈现出越来越严苛的态势。这导致中俄北极能源开发合作过程中,中方为制订环境保护应急预案、引入先进的环境监测系统,不得不投入高昂的资金以及大量人力资源成本,以此来规避因环境侵权给中方投资带来的法律风险。

国际环保法律制度影响中俄北极能源合作开发进程。从全球层面来看,《国际干预公海油污事件公约》《防止倾倒废弃物和其他物质污染海洋的公约》《防止海洋油污国际公约》等国际公约对北极地区环境保护的内容、范围、标准、惩罚力度作出了明确性规定。^[7]以1954年国际防止油污会议通过的《防止海洋油污国际公约》为例,其制定目的为限制油污以及其他有害物质污染海洋环境,其第6条明确规定了船舶违法排油要承担罚款责任,并设置了最低罚款限度,要求最低罚款限度与海洋区域所属国域内法律规定的罚款数额相一致。从区域层面来看,包括俄罗斯在内的北极八国缔结了《北极海洋油污预防与反应合作协定》,旨在加强缔约国在北极地区应对油污危机的应急处理、共同合作能力,并以此来保护北极海洋环境免遭油气污染。由国际海事组织制定并于2017年1月1日生效的《极地水域船舶航行国际准则》也对防止油气污染作出了强制性规定,效力及于海洋倾废、大气污染、船舶排放等各类海洋污染问题。诚如欧盟议会副主席戴安娜·华利斯(Diana Wallis)所言:“今天有关北极的国际条约与组织‘严重超员’,纷繁复杂,但却无法发出清晰、协调、一致的声音。”北极众多的环境保护法律规范将给中俄北极能源合作带来三方面的法律风险,一是基于法律强制约束力,中国企业不得不改进自身技术设备来适应北极地区严格的环保标准;二是众多国际环境保护规则中环保标准的不统一,将给中国企业改进自身技术设备带来巨大的挑战;三是一旦发生环境污染事件或者油气泄露事故,中方将可能承担巨额的财产损害赔偿赔偿责任,这将使中俄北极能源开发的实际效果大打折扣。

(三) 俄罗斯法律制度频繁变更引发投资风险

俄罗斯域内外商投资法律制度更改频繁且具有明显的政策倾斜性。首先,俄罗斯有关外商投资的法律主要包括《俄罗斯联邦产量分成协议法》《俄罗

斯联邦地下资源法》《俄罗斯联邦外国投资法》等。当前,俄罗斯政治制度与立法机制并不完善,受到国家对外政策影响,外商投资法律法规更改变动频繁。以1991年7月4日出台的《俄罗斯联邦外国投资法》为例,该法案分别在2002年7月至2018年间进行了十余次修改。^[8]俄罗斯外国投资法的不断修改预示着本国投资政策的不断变更,尽管从修改内容来看,是在不断细化国家与外国投资者的纵向法律关系,但本质上却加强了对战略资源的管控并提高了外国投资者的准入门槛。^[9]其次,俄罗斯的法律政策具有明显的倾斜性,如《俄联邦外资进入对保障国防和国家安全具有战略意义的商业组织程序法》对涉及战略安全的50余种行业的外资准入进行了严格的限制,同时制定了负面清单;《俄罗斯联邦矿产法》也对外国投资者开发的范围与程度进行了严格的限制,并规定了联邦级矿产公司对资源开发的绝对控制权。

俄罗斯域内法律的不确定性与倾斜性致使中国参与北极能源合作开发存在较大的法律风险。以中俄合作参与开发的北极能源工程亚马尔LNG为例,该项目是在中俄两国政府高层的推动下,基于政府间协议议定书而成立的。短时间来看,中国投资方可以依据该协议书与俄罗斯展开深度友好合作。^[10]然而,亚马尔LNG项目是一个前期投资成本高昂,资金回收周期较长的大型能源开发项目,俄罗斯内部的法律制度和易变的政策将为亚马尔LNG项目的未来走向带来更多的未知性。在项目的利润回收阶段,中国的投资安全将会面临更大的法律风险。

二、中俄北极能源合作日益凸显的法律保障困境

应对未知的法律风险需要完备的法律制度予以支撑,中俄北极能源合作亟需完备的法律制度化解能源开发过程中面临的诸多法律风险。然而,当前北极能源开发法律制度的建构仍处于草创阶段,北极区域相关法律代表性以及数量的同时缺失,导致其不足以成为解决中俄能源合作纠纷的制度性规则。^[11]其主要缺陷表现在以下四个方面。

(一) 国际公约应对北极能源开发的专属性不足

1982年缔结的《联合国海洋法公约》被公认为是影响21世纪世界格局的“海洋法大宪章”,条款所覆盖的领域、缔约国的数量以及对各类海洋活动的影响具有不可替代性。迄今为止,北极各项活动主

要由《联合国海洋法公约》予以规范。^[12]《联合国海洋法公约》虽然具有极高的权威性与强制效力,但其在北极地区的适用主要存在以下两点缺陷。

其一,缺乏专项性规定。北极海域的资源存储与生态环境有其自身的特殊性,《联合国海洋法公约》并不是针对北极地区的专项法律,《联合国海洋法公约》对北极地区的专项规定较少且更侧重于对北极环境的保护。与北极地区具有直接相关性的内容仅在第234条中有所体现,该条明确规定沿海国有权制定和执行非歧视性的法律和规章,以防止、减少和控制船只在专属经济区域内对海洋的污染,即允许沿海国对其200海里内冰封区域行使更多的管辖性控制权。^[13]而《联合国海洋法公约》就各国在北极地区的权限划分以及北极能源开发争端的解决办法等专项性问题并未作出明确性规定。^[14]

其二,北极能源权属划分模糊。北极外大陆架蕴含着丰富的石油与天然气资源,由于《联合国海洋法公约》规定各国对外大陆架的各项资源具有优先开发权,在能源危机四伏的当下,外大陆架的主权划分已成为北极各国博弈的关键。《联合国海洋法公约》规定超出200海里的外大陆架划定方法依靠当事国之间协议解决。在主权认定上,这种留有解释空间的制度性规定极易造成国与国之间的主权争端。出于对本国利益的维护,北极各国均会依据此项规则进行最有利于本国利益的划分界定。例如,早在2001年,俄罗斯就已经向大陆架界限委员会提出划界申请,试图将外大陆架延伸到富有油气资源的北冰洋中部罗蒙诺索夫海岭。然而,大陆架界限委员会以“证据不充分”为由驳回了其申请,此后,俄罗斯一直未放弃相关的勘察准备工作。挪威、丹麦也在2006年、2009年向委员会提交了外大陆架申请,与此同时,美国、加拿大等北极各国也在加紧对外大陆架的勘探。^[15]就中国参与北极能源开发角度而言,北冰洋外大陆架界限的确立是中俄两国在北极展开能源合作的前提。然而,在目前情况下,外大陆架的划分早已超出法律规制的范畴,变成北极各国能源利益的博弈。这将会引发北极各国能源主权冲突,进而阻碍中俄北极能源合作开发的顺利进展。

(二) 现有区域性多边协议处于制度性空白状态

北极区域影响较大的两部多边协议——《斯匹次卑尔根条约》(简称《斯约》)与《伊路利萨特宣言》(简称《宣言》)均缺失对北极能源开发领域的规制。《斯约》是由英国、法国、美国、丹麦、意大利、日

本等18个国家签订的具有硬法性质的多边协议。毋庸置疑,《斯约》是解决北极问题的最主要法律规范,其内容涉及资源开发、科学研究以及主权归属等法律问题。然而,《斯约》主要解决的是面积为6.1229万平方公里的斯瓦尔巴群岛争端问题,范围过于狭窄。针对资源开发、能源主权归属等矛盾冲突,《斯约》并不能提供妥善的解决方案。^[16]《宣言》是由俄罗斯、丹麦、美国、挪威、加拿大等北极五国在部长会议上制定的区域性协议,其主要就北极区域主权、北冰洋管理、环境保护、科学合作等问题作出相应规定,但与《斯约》一样,该协议中也缺乏对北极能源开发问题的相应规定。除上述两部条约外,北极地区已制定多部区域性协议。然而,北极区域性法律制度仍存在两点问题。

其一,缺少有关北极地区能源开发的专项区域性协议。近年来制定的多部北极区域性协议均缺失对北极能源开发方向的侧重,例如,2011年5月通过的具有法律约束力的《北极海空搜救合作协议》,制定目的在于构建北极海空搜救体系的法律规范与法律制度框架,而2017年5月11日签署的《加强北极国际科学合作协定》的目标是打破科学研究和探索的障碍、促进北极科学合作,规制内容主要包括科学研究、污染治理以及环境保护三个方面。上述协议表明,北极能源开发并未囊括到现行区域性协议所确定的整体方向之中,对能源开发的规制还未纳入区域治理进程。北极能源开发是北极科研合作的目标之一,也是影响北极生态环境治理的源头,从长远角度来看,理应以法律性文件的形式加强对北极能源开发各项活动的规范与约束。

其二,缺乏硬法性北极能源开发多边协议。硬法性规则具有法律上的强制约束力,能最大程度促使各缔约国履行相应义务。北极能源现已成为北极利益角逐的焦点,基于平衡各国利益、化解能源争端的需要,北极能源开发需要依赖硬法性协议进行管控。由于硬法对缔约国具有法律强制效力,违反硬法会带来诸如国家责任等否定性的法律后果。同时,硬法性规则相较于软法性规则来说,其谈判、缔结、生效需要经过严格的审批手续,并经过漫长的协商过程。为了避免承担较高的违约成本、节省缔约时间,各国在参与区域性多边协议制定时,大多会回避对硬法性规则的认同。^[17]当下,具有强制约束力的区域性多边协议主要集中于海空搜救、海洋油污预防与处理、科学考察研究三个方面,而北极能源合作开发领域仍属于区域性硬法规范的空白地带。与

北极能源开发有关的区域性多边协议约束效力的薄弱必然导致中俄两国能源合作开发过程中缺乏解决争端的权威性依据,这将会使得中俄能源纠纷过度依赖政治外交途径,增加能源合作的不稳定性。同时,由于能源合作区域性多边协议缺位,中俄双方极易在有关利益分配、责任承担、技术输出等涉及双方切身利益的问题上产生分歧。

(三) 中俄两国能源合作的双边协议宣誓性质突出

中俄两国在能源合作开发方面签署过一系列双边协议,2001年7月16日,中俄双方签署了《中华人民共和国和俄罗斯联邦睦邻友好合作条约》,条约中规定中俄双方应本着长期合作、利益共享原则积极开展能源开发合作,构建能源战略伙伴关系。^[18]2014年5月20日,中俄两国领导人在上海举行会晤,签署了《中俄关于全面战略协作伙伴关系新阶段的联合声明》,声明着重强调要建立全面的中俄能源合作伙伴关系,进一步深化石油、天然气、电力领域的合作。中俄针对能源合作签署的一系列双边协议表明,中俄两国已经就能源合作开发达成了一致意见,两国签署的双边协议也将是展开能源合作的法律基石。然而,随着北极能源合作开发步伐的推进,中俄两国签署的双边协议显露出了一定的不足。

首先,中俄双方虽然已经达成中俄北极能源合作开发合意,并签署了一系列双边协议,但这些协议均属于不遵从成本较低的软法性规范。法国学者弗朗西斯·施耐德(Francis Snyder)对软法的定义为,原则上不具有法律约束力却会产生实际效果的行为规范。^[19]中俄签署一系列双边协议的目的是为了确立中俄两国关于能源开发方面的友好合作伙伴关系,而对于中俄北极能源合作开发的具体内容与履约程序并没有实质意义上的约束效果。由于中俄双边协议是以发布宣言、联合声明以及友好条约的形式缔结,致使中俄两国签署的双边协议宣誓性质尤为突出,不能成为解决中俄能源合作争端的权威性依据。

其次,协议并未对中俄北极能源合作的具体内容、权利与义务的划分以及中俄合作进程中纠纷的解决作出明确规定。现有协议止步于构建以互信求安全、互利求合作的中俄国家关系,聚焦政治平等、经济互利合作、安全互信和国际事务磋商协作的概念性事务,无法作为北极能源合作开发事务中普遍适用的行为准则。随着中俄共建“冰上丝绸之路”雏形的形成,中俄北极能源合作已从倡议转向实践,

《中华人民共和国和俄罗斯联邦睦邻友好合作条约》《中俄关于全面战略协作伙伴关系新阶段的联合声明》等缺乏具体内容的宣誓性协议已不能满足北极能源合作开发的需要。

(四) 中国能源投资法律制度存在建构层面上的不健全

能源投资法律制度的完善将为中国企业参与对外能源投资合作提供法律性保障。近年来,中国对外能源投资规模不断扩张,然而中国能源投资法律制度的构建并未跟上中国对外能源投资的步伐。中国现已有《中华人民共和国可再生能源法》《中华人民共和国节约能源法》《中华人民共和国电力法》《中华人民共和国煤炭法》四部单行能源法律,70余部政府规章与地方法规。总体来看,中国能源法律体系正趋于成熟。然而,中国尚未形成一部独立的能源投资法律文件,上述四部单行法律也较少涉及对能源投资活动的规制。^[20]能源投资法律机制的缺失意味着中俄北极能源合作开发过程中,中方企业的各项活动缺乏国内法律的制度性支撑。中国现有能源投资法律制度主要呈现三方面的不足。

首先,对外能源投资项目往往牵涉国与国之间的合作利益,投资企业通常是具有国有资本注入的大型企业。现有对外能源投资法律制度主要以部门规章、行政规定的形式出现并呈现碎片化的特点,法律效力较低且实际可操作性差。其实际约束效果无法与体现国家意志的中俄北极能源合作事项相匹配。同时,对外能源投资规范性文件效力层级较低也将导致对外能源投资有关的法律规范的任意变动性加强,不利于对外能源投资法律规范的长久、连续施行。

其次,现有对外能源投资法律规范缺少对中俄北极能源合作开发的专项性法律制度的规定。中俄北极能源开发是“冰上丝绸之路”战略的重要一环,也是国家能源战略安全的重要保障。因北极能源开发相较于一般对外能源投资活动来说,能源价值更为明显、自然环境更为复杂、开发难度更为困难,故需专项的法律条款予以约束。而国内对外能源投资法律规范的缺失将会增加中国企业未知的投资风险。同时,对外能源投资法律规范的缺失也将会使得中国投资企业过度依赖于外交政治途径解决北极能源合作争端。

最后,对外能源投资法律制度的不完善伴随着能源开发监管机制不健全。中国参与北极能源开发的主体通常是具有国家资本注入的大型企业、组织,

包括中石油、中石化以及丝路基金。该类企业具有雄厚的资本以及先进的技术设施,能够负担起北极能源合作项目的前期资金投入与先进技术支持。但相较于大型私有企业来说,国有企业显露出投资运营灵活性不足和竞争力薄弱的弊端。监管机制是规范企业生产活动、帮助企业规避法律风险的重要手段。监管机制的不健全将使得国有企业灵活性不足、竞争力薄弱的弊端在北极能源合作中凸显,这将会成为阻碍中国北极能源合作顺利进展的重要因素之一。

三、中俄北极能源合作现存法律困境的解决路径

在北极利益角逐日趋“白热化”的背景下,法律制度与秩序的理性构建将是中国抵御域外法律风险、面对法律制度性困境的强有力武器。中俄北极能源合作的经济利益和中俄两国外交关系的价值意蕴也唯有在公平有序的法律体系下才能够得以保障。基于前述对中俄北极能源合作法律障碍的理论分析,笔者认为,能源合作开发法律制度的完善应当从以下四个维度展开。

(一) 创建针对北极地区的专项化国际公约

北极地区应当创建一部具有地域专属性的《北极条约》。南极地区早已形成了以《南极条约》为主导的法律制度框架,其为该地区各类治理活动提供了权威性法律依据。^[21] 北极与南极同属极端气候地区,两地生态环境、资源储量具有较高的相似性,但由于历史和地理原因,相较于南极地区来说,北极地区构建专属国际公约的立法难度更大、障碍更多。南极地区的非军事化事实早已存在,而任何国家对北极的掌控都攸关美、俄等国的国家安全,因此,自二战以来该地区始终处于高度军事化状态。除此之外,北极地区处于多个国家的领土范围内,能源权属划分在各个利益攸关国趋利性本质的政策驱使下更为模糊,而俄罗斯在2007年插旗北极的行为又使北极矛盾进一步激化。为了减少北极争端、解决北极能源权属争议,联合国、国际海事组织、北极理事会等权威性国际组织应当与北极各国与利益攸关国展开协商,克服现存的重重阻碍,借鉴《南极条约》立法精神与价值,创建一部能够解决北极专项事务的《北极条约》。

从立法任务与目的来说,《北极条约》的设立是以制度性约束的方式,对人类在北极从事的各项活动加以限制。其根本目的应当是平衡人类对生态环境的非理性索取欲望与北极地区有限恢复能力之间

的矛盾,从而实现北极区域在其整个生态周期内的利益最大输出。因此,《北极条约》需要制定统一的能源开发环境保护标准,以此来制约北极各国在北极地区无节制的能源开发活动。统一的环境保护标准将使各国在能源技术研发过程中更具有针对性,同时也将减少北极能源开发环境侵权案件中司法适用的混乱。

从立法内容上来说,应当分别从科学研究、国际科学合作、管辖权的行使、航道通行、主权划分以及能源开发等方面对北极各项活动进行约束。需要强调的是,为了北极能源开发的有序进行,《北极公约》应当明确北极各国大陆架及其之上各类资源的划分条件。依据公平、公正原则,对北冰洋海底大陆架区块进行海洋调查,突破《联合国海洋法公约》遗留的大陆架区块重叠争议,制定合理的北极大陆架区块划分方式,解决北极各国在北冰洋区域的能源主权争端。

不可否认,《北极条约》的制定将经历利益各方的艰难博弈。《北极条约》的制定不仅要考虑北极各国的利益诉求,还要注重对北极生态环境的维护以及与《联合国海洋法公约》的衔接。但值得肯定的是,《北极条约》的颁布将使现有北极地区法律规范碎片化问题得到缓解并推动能源开发的有序进行,同时也将为中俄北极能源合作开发保驾护航。

(二) 构建“软硬兼具”的区域性多边协议

为了迎合北极能源开发的法律制度需求,保障中俄能源合作的顺利进行,北极能源开发区域协议的构建可谓势在必行。北极能源开发法律保障板块的缺失将极易引起能源主权、环境污染、两国关系恶化等问题的出现。北极理事会作为致力于北极事务的权威性国际组织,在北极生态环境保护、航道通行、资源开采等方面发挥重要作用。自成立以来,该组织先后主导订立了多部区域性多边协议,在北极生态环境保护、海上人员生命安全保障等方面作出了重要贡献。中国作为北极理事会的正式观察员,俄罗斯作为话语地位较高的北极成员国,应当借助北极理事会平台,助推以北极理事会为主导,北极各国以及利益攸关国共同参与的北极能源开发区域性多边法律协议的订立。

北极能源开发区域性多边协议应当兼具“硬法”与“软法”双重属性。由于硬法性多边协议具有对各国的能源开发活动产生强制性约束力的法律特性,能源主权的划分规则、环境保护的具体标准以及能源开发争端解决等涉及北极能源开发重大利益的

事项,应当由硬法性规范进行约束和规制。相较于硬法性法律规范,软法是一种柔和的缓解冲突的方式,可在较短时间内快速制定,并且条文内容也更易于变更,具有可协商、高效、灵活的特点。北极地区软法性多边协议的制定将为能源开发过程中迫切需要依据国际规范,又无法在短时间内形成具有强制力的双边协议的国家提供另一种选择。因此,北极区域性协议应当通过以软法实施推动硬法构建,建立软硬法混合的北极能源区域协议。这将有利于最大程度地维持北极能源合作开发的平稳发展,减少能源合作开发过程中各国之间不必要的争端。〔22〕

(三) 制定具有实质约束力的双边能源开发法律协议

中俄两国现已在亚马尔半岛合作开发了液化天然气亚马尔 LNG 项目,“伯朝拉”“什托克曼”液化天然气项目也已纳入中俄能源合作开发规划。随着中俄北极能源开发的深入,中俄能源合作开发的范围逐步从俄罗斯域内向北极公域地区拓展。政府间签订的协议是中俄能源合作的重要法律基础,可以作为最便捷、直接的双边争端解决依据。中国与俄罗斯签署了《中华人民共和国和俄罗斯联邦睦邻友好合作条约》《中俄关于全面战略协作伙伴关系新阶段的联合声明》等一系列友好合作双边协议,为中俄北极能源合作开发建立了良好开端。但迄今为止,中俄尚未制定出一部具有实质约束力的双边协议,这将阻碍中俄北极能源合作的进程。因此,两国政府应当本着推动北极能源合作开发的顺利进展之目的,积极进行对话协商,将制定具有实质约束力以及普遍适用性的北极能源合作开发双边协议尽早提上日程。北极能源合作双边协议应当从稳定能源交易价格、统一环保标准、约定争端解决方式以及设置监督机构等四方面着手订立。

首先,国际市场上石油与天然气的价格并不稳定,极易受到国家经济、政治因素影响。中俄北极能源合作开发是一项高投资、长收益活动,不稳定的能源价格将影响能源交易的正常运行。〔23〕因此,双边协议应当将能源交易价格规定在合理的交易区间内,在国际市场能源价格出现大幅度变动时,设置合理的磋商机制予以调解。其次,北极地区环境恶劣,北极环境一旦受到破坏,自我修复能力极低。基于全人类利益以及可持续发展的需要,中俄应当就石油开发的各项行为设立较高的环保标准,并规定双方提供的采油设备的型号种类、技术要求,以保障能源开采的安全性,避免石油、天然气泄漏等环境事故

的发生。再次,两国能源合作开发涉及的利益十分复杂,随着进程的深入,纠纷在所难免。为了双方能源合作的顺利开展,应当约定争端解决的方式。现在中俄北极能源冲突的解决主要依赖于政治外交途径,但这种解决争端的方式因缺乏制度的约束,具有较强的不稳定性,构建多元化纠纷解决机制将是中俄北极能源纠纷解决的发展方向。争端解决措施可以分为政治外交、调解协商、仲裁三个层次,既可以避免因纠纷解决方式单一导致两国外交关系的恶化,又能给双边争端的解决提供合理的制度性选择空间。最后,中俄两国应当共同创建能源合作监督机制。监督机构应当由中俄双方的能源专家、外交代表组成,分为贸易投资、运输、能源安全等部门,主要负责对双方共建能源合作项目进行调研、评估,对能源开采的安全、周边环境的影响、双边纠纷的解决等一系列问题进行跟踪监控。监督机构应当制定统一的认定标准,对涉嫌违反该标准的集体活动与个人行为,监督机构应当向单位负责人员提供具体的指导意见,必要时可将书面意见提交至两国政府主管部门。〔24〕

(四) 优化中国现有能源投资法律制度

能源立法的完备是中国实施能源投资开发战略的有效保障。中国需要加快以《中华人民共和国能源法》(简称《能源法》)为基础的能源投资法律体系建设,从风险保障、完善监督、企业合作等方面入手,形成以基本法与能源法为核心、专项性法规为基础、国务院相关部门与各级政府制定的规章为补充的三级能源投资法律体系。〔25〕

自2020年4月3日起,《中华人民共和国能源法(征求意见稿)》[简称《能源法(征求意见稿)》]开始向社会公开征求修改意见。《能源法(征求意见稿)》勾勒出中国能源法的基本框架,对能源开发的合作方式、贸易投资、跨境能源基础设施建设、信息共享作以较为全面的概括。〔26〕然而,《能源法(征求意见稿)》对国际能源合作的规定过于笼统,且篇幅较少,在具体操作过程中很难得到有效贯彻执行。因此,国务院应当以《能源法》为总体依据与导向,制定能源合作的专项性法规,将《能源法》能源合作的具体内容予以扩充,构建出能源投资法律制度的基本框架。国家能源局应当在能源投资法律制度基本框架内,聚焦中俄北极能源合作的规划执行、开发利用活动、能源市场开拓、环境保护、双边争端解决以及开采设备安全标准等问题,制定专属性法律规章。〔27〕在此基础上,国家能源局应当构建能源投

资风险评估机制,对中俄北极能源合作开发进行风险评估、风险识别、风险分析,对投资风险进行全方位把控,加强对企业以及相关组织的管理,使得参与投资企业、组织的运营模式、开发活动与北极、俄罗斯域内法律制度以及北极生态环境状况相适应,最大程度减少中俄北极能源开发过程中的法律风险。

四、结语

俄罗斯积极响应中国“冰上丝绸之路”倡议并邀请中国参与北极能源开发合作,这是俄罗斯在国际政治局势紧张、资金不足的大背景下作出的战略

选择,对中国来说既是机遇也是挑战。为了最大程度保障中国在中俄北极能源合作开发中的能源投资利益,建立完备的法律保障机制至关重要。基于此,中国应当积极助推北极能源国际公约、区域性多边协议的建立,针对北极能源合作的各项事务与俄罗斯展开磋商,尽快订立能源合作的专项双边协议,同时优化中国能源投资法律制度。完备的法律体系将有利于中俄北极能源合作的顺利进展,同时也将最大程度降低中国资金投入、技术输出的法律风险,保障中国对外能源投资安全。

参考文献:

- [1]李振福,王文雅,米季科·瓦列里·布罗尼斯拉维奇.中俄北极合作走廊建设构想[J].东北亚论坛,2017,26(1):60.
- [2]杨鲁慧,赵一衡.“一带一路”背景下共建“冰上丝绸之路”的战略意义[J].理论视野,2018(3):78.
- [3]张耀.加拿大与俄罗斯北极政策比较及对我国的启示[J].山东工商学院学报,2015(4):14.
- [4]岳鹏.共建“冰上丝绸之路”中的俄方诉求及内在挑战分析[J].东北亚论坛,2020,29(2):34-37.
- [5]Эксклюзив: будущее России и Китая — в дружбе и всестороннем сотрудничестве — председатель ЦК КПРФ [EB/OL]. (2020-08-01) [2020-10-18]. http://russian.news.cn/2020-08/01/c_139255508.htm.
- [6]Федеральный закон от 10.01.2002 г. № 7-ФЗ [EB/OL]. (2002-01-10) [2020-10-20]. <http://government.ru/docs/all/97213>.
- [7]International Maritime Organization. Adopting a convention, entry into force, accession, amendment, enforcement, tacit acceptance procedure [EB/OL]. [2020-10-20]. <https://www.imo.org/en/About/Conventions/Pages/Default.aspx>.
- [8]孙阳,郝举.中国与俄罗斯油气合作的法律环境分析[J].资源与产业,2016(4):13-14.
- [9]依娜达.中俄能源合作法律问题研究[D].上海:复旦大学,2013:21-23.
- [10]孙凯,马艳红.“冰上丝绸之路”背景下的中俄北极能源合作——以亚马尔 LNG 项目为例[J].中国海洋大学学报(社会科学版),2018(6):25.
- [11]章成.中国海外安全利益视角下的北极区域治理法律问题[J].云南民族大学学报(哲学社会科学版),2017,34(5):139.
- [12]联合国.联合国海洋法公约[EB/OL]. [2020-10-20]. <https://www.un.org/zh/documents/treaty/files/UNCLOS-1982.shtml>.
- [13]杨瑛.《联合国海洋法公约》对北极事务的影响[J].太原理工大学学报(社会科学版),2014,32(6):45.
- [14]章成.构建北极区域治理制度性框架的法律问题研究[J].华东理工大学学报(社会科学版),2019,34(2):56.
- [15]章成.论北极地区法律治理的框架建构与中国参与[J].国际展望,2015(6):91.
- [16]罗猛,过怡安.北极地区旅游资源开发的法律困境与解决路径[J].中国海商法研究,2020,31(2):61.
- [17]王大鹏.北极问题的软法规制研究[D].大连:大连海事大学,2012:82.
- [18]中华人民共和国和俄罗斯联邦关于进一步深化全面战略协作伙伴关系的联合声明[EB/OL]. (2017-07-05) [2020-10-20]. http://www.xinhuanet.com/world/2017-07/05/c_1121263941.htm.
- [19]白佳玉,王琳祥.中国参与北极治理的多层次合作法律规制研究[J].河北法学,2020,38(3):52.
- [20]邱影.我国能源法律体系研究[D].重庆:重庆大学,2011:25.
- [21]联合国.南极条约[EB/OL]. [2020-10-21]. <https://www.un.org/zh/documents/treaty/files/UNODA-1959.shtml>.
- [22]贾桂德,石午虹.对新形势下中国参与北极事务的思考[J].国际展望,2019(4):9.
- [23]何一鸣,于婷.“一带一路”背景下中俄合作开发北极油气资源前景[J].中国石油大学(社会科学版),2020,36(2):22-24.
- [24]王铭剑.中国与俄罗斯能源合作法律机制构建研究[D].乌鲁木齐:新疆大学,2012:40.
- [25]吕娜,安海忠,于光,高湘昀.美国、俄罗斯能源战略结构比较研究及启示[J].资源与产业,2013(6):16.
- [26]国家能源局.关于《中华人民共和国能源法(征求意见稿)》公开征求意见的公告[EB/OL]. (2020-04-10) [2020-10-21]. http://www.nea.gov.cn/2020-04/10/c_138963212.htm.
- [27]赵保庆.新能源投资促进的法律政策体系研究——美国的经验及其对中国的启示[J].经济管理,2013,35(12):166.

郭婧,徐鹏. 南极海洋保护区平衡“养护”与“合理利用”[J]. 中国海商法研究, 2021, 32(2): 20-32

南极海洋保护区平衡“养护”与“合理利用”

郭婧, 徐鹏

(厦门大学 南海研究院, 福建 厦门 361005)

摘要:近年来,南极海洋保护区“养护”与“合理利用”之间的关系是各方争议的焦点之一。为分析二者关系,从文义解释、历史解释阐述“养护”辨识,从文义解释、目的解释、体系解释、历史解释阐述“合理利用”是在“养护”基础上为达到生产性目的使用资源的行为。创造性地通过SWOT分析法分析南极海洋保护区“养护”与“合理利用”的不平衡,提出平衡“养护”与“合理利用”的原因。基于SWOT要素交叉分析法探讨南极海洋保护区未来的发展,提出中国未来应坚持“养护”与“合理利用”的平衡,加强科学研究投入,联合各方力量,适时提出中国的南极海洋保护区提案。

关键词: 南极海洋保护区; 合理利用; 养护; 管理措施

中图分类号: D993.5 **文献标志码:** A **文章编号:** 2096-028X(2021)02-0020-13

The balance between “conservation” and “rational use” in Antarctic Marine Protected Area

GUO Jing, XU Peng

(South China Sea Institute, Xiamen University, Xiamen 361005, China)

Abstract: The relationship between the “conservation” and “rational use” of Antarctic Marine Protected Area has become a controversial point in recent years. The methods of literal interpretation and systematic interpretation are used to understand the word “conservation”. “Rational use” in the Antarctic Marine Protected Area should be understood by way of literal interpretation, purpose interpretation, systematic interpretation and historic interpretation and is the behavior on the basis of “conservation” to use resources to achieve production purpose. The imbalance between “conservation” and “rational use” through SWOT is examined. The reasons for strengthening the “rational use” is that it conforms to the “principle of free fishing on the high seas”, maintains a certain economic power, conforms to the sustainable development concept. Considering the limitations of conservation, appropriate approaches to “rational use” is also required. Further, China’s future perspective on the Antarctic Marine Protected Areas put forward that China should balance “conservation” and “rational use”, strengthen investment in scientific research, unite all forces and present proposals at the right moment.

Key words: Antarctic Marine Protected Area; rational use; conservation; appropriate approaches

南大洋有着独特的生态环境和自然资源,以磷虾为例,南极磷虾是南大洋的特产,蕴藏量惊人,约10亿至50亿吨,每年有1亿至1.5亿吨可以捕获,相当于全世界总渔捕获量的2倍。^[1]因而南大洋有着极其重要的养护价值。1980年在南极海洋生物资源养护会议上通过的《南极海洋生物资源养护公约》(简称CAMLR公约)适用于南纬60度以南以及

位于这个纬度以北的南极辐合带的南极海洋生物资源。^[2]1982年,南极海洋生物资源养护委员会(简称CCAMLR)依据该公约成立,目前CCAMLR由包括美国、澳大利亚、新西兰、中国、欧盟等在内的26个成员组成。^[3]为养护南极海洋生物资源,在CAMLR公约框架下,CCAMLR负责建立南极海洋保护区。CCAMLR指出南极海洋保护区是指为其所拥有的全

收稿日期:2020-09-18

基金项目:司法部国家法治与法学理论研究项目“‘一带一路’倡议下中国与东盟海上安全合作机制研究”(17SFB2046)

作者简介:郭婧(1997-),女,福建宁德人,厦门大学南海研究院海洋法专业硕士研究生, E-mail: guo33jing33@163.com;

徐鹏(1973-),男,河南商丘人,法学博士,厦门大学南海研究院副教授, E-mail: 13285927856@163.com。

部或部分自然资源提供保护的海洋区域,在南极海洋保护区内,某些人类活动被限制或完全禁止以满足特定的保护、栖息地保护、生态系统监测或渔业管理目标。^[4]CCAMLR 已分别于 2009 年和 2016 年建立南奥克尼海洋保护区和罗斯海保护区,南极海洋保护区事务逐渐成为南极海洋环境保护与治理的重点议题。

根据 CAMLR 公约第 2 条第 1 款,该公约的目标是养护南极海洋生物资源。同时,根据 CAMLR 公约第 2 条第 2 款,为了公约的目的,术语“养护”也包括合理利用。随着南极海洋保护区的建立,“合理利用”一词的含义饱受争议。支持海洋保护区建立的成员(如澳大利亚、新西兰等)认为“合理利用”的含义包括建立保护区,受保护的区域可以指定为“禁止捕捞”的海洋保护区,或者是多个允许一定程度捕鱼的海洋保护区,包括封闭区域、限制季节和限制捕获。^[5]反对海洋保护区建立的成员(如乌克兰、日本等)则认为“合理利用”的含义允许在 CAMLR 公约的适用区域开发海洋资源。^[6]

目前在南极海洋保护区内主要实行长期的禁渔措施,例如在南奥克尼海洋保护区和罗斯海保护区禁止一切捕鱼活动等,对南极海洋保护区的“合理利用”微乎其微。南极海洋保护区的措施是否违背 CAMLR 公约第 2 条第 2 款中的“养护包括合理利用”的原则,CAMLR 公约第 2 条是否说明该公约的目标不仅在于对南极生物资源的养护,同时也包括对南极生物资源的合理利用是当前各国争议焦点之一。因此,关于如何理解海洋保护区“养护”与“合理利用”的含义至关重要。

笔者将从法律解释方法入手,分别分析“养护”与“合理利用”的含义,从 SWOT 分析方法入手分析南极海洋保护区平衡“养护”与“合理利用”的优势、劣势、机会与威胁,提出平衡“养护”与“合理利用”的原因,并基于 SWOT 要素交叉分析法探讨南极海洋保护区未来管理措施的发展方向并建设性提出中国未来的立场。

一、“养护”辨析

(一)文义解释

根据《维也纳条约法公约》第 31 条,“条约应依其用语按其上下文并参照条约之目的及宗旨所具有之通常意义,善意解释之”。^[7]从公约文本来看,根据 CAMLR 公约第 2 条第 1 款,CAMLR 公约的目标是养护南极海洋生物资源。根据 CAMLR 公约第 2 条第 2 款,术语“养护”也包括合理利用。牛津词典

中“养护”一词的解释是:特别保护某物的行动。^[8]因此,CAMLR 公约的目标就在于特别保护南极生物资源的行动。同时,公约也明确“养护”不是单纯的“养护”,而是可以在“养护”的基础上加强一定的开发利用。

同时,根据 CAMLR 公约,“养护”并不是只禁不捕,而是可在一定捕捞活动基础上采取多样的资源管理手段。CAMLR 公约第 9 条第 2 款规定:“养护措施包括:(a)指定在本公约适用的地区可收获的任何物种的数量;(b)根据南极海洋生物资源种群分布确定区域和次区域;(c)从区域和次区域的种群中可收获的数量指定;(d)保护物种指定;(e)指定可收获的物种的大小、年龄和性别(视情况而定);(f)指定收获的开放和关闭季节;(g)划定科学研究或者保护的区域、区域或者次区域的开放和关闭,包括保护和科学研究的特殊区域;(h)管制使用的捕捞努力量和捕捞方法,包括渔具,以期避免捕捞过度集中在任何区域或次区域;……”首先,如今的完全禁止措施符合(g)项的规定,但是应该注意到 CAMLR 公约第 9 条第 2 款列举了多样的养护措施,关闭特定区域仅仅是其中的一种选择。其次,CAMLR 公约第 9 条第 2 款(a)项、(c)项规定的可收获物种数量,(e)项规定的可收获的物种的大小、年龄和性别,(f)项规定的指定收获的开放和关闭季节,(h)项规定的管制捕捞的措施同样也可以说明,公约倡导在“养护”基础上进行有一定限制的资源开发。

CAMLR 公约规定,“养护”其本身的涵义是多样的,而不单指禁止一切捕捞活动,“养护”是一种理性的克制,要求在一定资源开发的基础上加强资源的合理利用。

(二)历史解释

20 世纪下半叶,国际社会逐渐开始重视资源的“养护”。1958 年订立的《捕鱼及养护公海生物资源公约》中明确提出“养护公海生物资源”一词,所谓“养护”是采取一切必要措施使公海生物资源保持最适当的持久产量,以保证食物及其他海产品的供应。^[9]同时,公约规定“各国均有任其国民在公海捕捞的权利”,但是此项权利的行使需遵守“条约义务、公约所规定的沿海国的利益与权利、养护公海生物资源的各项规定”,如此,“养护”一词并不是单纯的不作为,而是应当采取必要措施。“养护”也不是禁止一切捕捞活动,而是要求在履行一定保护环境的义务基础之上的开发利用。

1974年和1975年,世界野生动物基金会、美国生态学会等权威机构举办了一系列科学研讨会,会议指出,“养护可以被视为合理资源管理的一个方面,包括旨在改善资源或减轻以前滥用资源造成的损害的活动”。此外,在1976年8月于美国伍兹霍尔举行的会议上,南极研究科学委员会南大洋生物资源小组介绍了南极海洋生物的状况及其利用情况。在题为“养护”的一节中,专家组要求“应尽快作出安排,确保养护和合理利用这些重要资源”。他们提出的科学计划的首要目标是“为南大洋生物资源的养护和明智管理提供数据和信息”。因此,提出“养护”的初衷从来都不是只禁不捕,而是要求在开发利用的基础上加强资源的合理管理。

无论是在《捕鱼及养护公海生物资源公约》中,还是在一系列权威的学术会议上,我们都可以发现“养护”一词其本身的含义是丰富的,“养护”不仅指保护的行为,还应当包括合理利用,并且专家们呼吁应用科学研究手段为生物资源的管理提供科学数据,用科学的方法达到“养护”之目的。

综上,“养护”一词有着丰富的涵义,其不仅要求特别保护南极海洋保护区的生物资源,更要求这种保护是基于一种理性克制,是可适当“合理利用”的保护行为。

二、何谓“合理利用”

(一) 文义解释

根据 CAMLR 公约第 2 条第 1 款, CAMLR 公约的目标是养护南极海洋生物资源。根据 CAMLR 公约第 2 条第 2 款,为了公约的目的,术语“养护”也包括合理利用。牛津词典中“合理”的解释为:基于或符合理性或逻辑。^[10]值得注意的是,关于“利用”的解释为:为了任何(尤指有益的或生产性的)目的,把某物投入工作、使用或应用某物的行为。^[11]上述解释说明 CAMLR 公约第 2 条所指公约的目的不仅包括养护南极海洋生物资源,还包括在理性或符合逻辑的基础上,为了有益目的,使用或应用某物的行为。相较于当前南极海洋保护区完全的限制措施,“合理利用”从字面意义上看是允许采取一定的积极措施以符合生产性目的的。

“合理利用”是在理性或符合逻辑的基础上,为了有益目的,使用或应用某物的行为,在 CAMLR 公约下,可以理解为在养护基础上,为达到生产性目的使用资源的行为。“合理利用”是在理性基础上的合理利用,符合 CAMLR 公约的目的和原则,符合国际法律依据。

(二) 目的解释

“合理利用”的解释符合 CAMLR 公约订立时的目的。在“旨在纪念公约签署 35 周年的 CCAMLR 研讨会”上,美国代表团成员之一 Bob Hoffman 博士表示 CAMLR 公约第 2 条第 2 款并不是为了禁止捕捞及相关活动,它只是要求相关活动在设计和执行上必须符合 CAMLR 公约第 2 条第 3 款的养护原则。CAMLR 公约订立时并不禁止捕鱼等商业行为,但是相关的行为应受到一定的限制。各方在 CAMLR 公约定稿时对“养护包括合理利用”这一表述并未提出异议,表明各方默示接受“养护包括合理利用”,那么现在对该表述的理解也应当与当时保持一致。

“合理利用”的解释符合 CAMLR 公约条款规定的目的和宗旨。根据 CAMLR 公约第 2 条第 1 款, CAMLR 公约的目标是养护南极海洋生物资源。同时根据 CAMLR 公约第 9 条第 1 款的规定,“委员会的职能应是实现本公约第 2 条规定的目标和原则。为此,它应:(a) 促进对南极海洋生物资源和南极海洋生态系统的调查和综合研究;(b) 汇编关于南极海洋生物资源种群状况和变化的数据,以及影响收获物种、从属或相关物种或种群的分布、产量和生产力因素的数据;(c) 确保获得收获种群的渔获量和努力量的统计数据;……”可以发现 CAMLR 公约本质上仍然是以生物资源利用为中心的条约,它以国际海洋法中平衡公海生物资源养护与可持续利用的原则为基础,在此基础上进一步强调生态系统的养护。

CAMLR 公约的目的也体现在 CCAMLR 和“南极条约协商国特别会议”之间的职责分工。2005 年第 28 届“南极条约协商国特别会议”上通过的第 9 号决定规定,只有影响现有的或未来可能有的南极生物资源捕捞活动的南极特别保护区以及那些可能限制 CCAMLR 相关活动的南极特别保护区才需要获得 CCAMLR 同意。同时,2012 年 CCAMLR 通过的养护措施 CM91-02 中提到:“《议定书》本身以及随后分别由第 4(1998)号决定——‘海洋保护区’和第 9(2005)号决定——‘海洋保护区和 CCAMLR 关注的其他区域’澄清和确认了 CCAMLR 和南极条约协商国特别会议的权限和关系。”^[12]由此说明,CCAMLR 和南极条约协商国特别会议虽然都注重生物资源的养护,但是 CCAMLR 的职责更侧重于生物资源的“合理利用”。

同时,有相关学者持反对意见,^[13]认为“合理利用”倘若包括积极措施,则与 CAMLR 公约第 2 条

第3款的养护原则相违背。根据 CAMLR 公约第2条第3款,公约中“合理利用”指且仅指符合公约第2条第3款(a)(b)(c)三项所规定的养护原则的合理利用。因此任何不符合公约第2条所明确规定的养护原则而对公约区域的生物资源加以利用的做法都构成“不合理利用”。CAMLR 公约第2条第3款(a)(b)(c)三项所规定的养护原则内容主要是:(a)规模不低于确保最大年净增长的水平;(b)采用生态系统的方法,维持生态关系;(c)采用预防性方法,促进可持续保护。相关学者认为“合理利用”是在相关养护原则上的合理利用,为了更好的养护,不应有积极的开发利用措施。然而,“合理利用”并不与 CAMLR 公约第2条第3款的养护原则相违背。首先,“合理利用”是在理性的基础上,为了生产性目的进行使用或应用的行为。在理性的基础上就说明“合理利用”时将考虑到生态环境的可持续发展和生物资源的可持续养护,“合理利用”是一种在养护基础上的合理利用,“合理利用”充分符合 CAMLR 公约的目的和原则。其次,CAMLR 公约第2条第3款的养护原则并没有禁止任何的积极措施。封闭海域、限制季节和捕鱼是“养护”措施,在养护的基础上合理利用生物资源,做到边利用边养护也完全符合养护原则。一味地认为“合理利用”必将破坏环境、损害生物资源是片面的、缺乏理性的,“利用”既然是在“合理”的基础之上,那么便与养护原则不相违背,“合理利用”有着充分的法律依据。

(三) 体系解释

《维也纳条约法公约》第32条指出:“为证实由适用第三十一条所得之意义起见,或遇依第三十一条作解释而:(甲)意义仍属不明或难解;或(乙)所获结果显属荒谬或不合理时,为确定其意义起见,得使用解释之补充资料,包括条约之准备工作及缔约之情况在内。”上述的“养护”与“合理利用”的解释既不属于《维也纳条约法公约》第32条所列甲项“意义仍属不明或难解”的情形,也不属于乙项“所获结果显属荒谬或不合理”的情形,但属“为证实由适用第三十一条所得之意义起见”的情形,可以使用包括条约准备工作及缔约情况在内的解释补充资料。

在1977年的第九届南极条约协商会议上,工作组讨论并通过了第IX-2号南极海洋生物资源建议,^[14]此项建议是促成 CAMLR 公约达成的重要基础文件之一。在此会议上,工作组同意“养护”一词包括“合理利用”,并且会议上明确声明捕鱼的活动

不会被禁止,但是将排除渔获量分配以及其他有关捕鱼的经济法规。同时,第IX-2号南极海洋生物资源建议中虽然没有提及“合理利用”一词,但其提到的“合理管理政策”一词也可以为理解“合理利用”提供依据。第IX-2号南极海洋生物资源建议中提到“建立适当的养护措施和合理的管理政策以养护南极海洋生物资源”“采取合理的保护措施防止过度捕捞”,此项建议并没有完全禁止捕捞,它期望采取合理的保护措施以防止过度捕捞,这与“合理利用”的含义不谋而合。“合理利用”是在养护基础上,为达到生产性目的使用资源的行为,“合理利用”的同时也要采取一定的保护措施,“合理利用”的同时也可以防止过度捕捞。

1987年,CCAMLR 成员参加了制定南极海洋生物资源保护战略会议,工作组目的是就“合理利用”一词达成共识。工作组注意到:收获和相关活动应按照以下保护原则进行:(i)维持生态关系;(ii)维持接近确保最大年净增长水平的人口数量;(iii)恢复枯竭渔业资源数量;(iv)尽量减少海洋生态系统不可逆转变化的风险。考虑到这些原则,工作组认为,“合理使用”包括以下内容:(i)资源的采伐是在可持续的基础上进行的;(ii)可持续的采伐是指根据上述一般养护原则,采伐活动旨在确保从资源中获得尽可能高的长期产量;(iii)开展活动和管理活动的最有效性。事实上,CCAMLR 确定了这一解释,说明“合理利用”不是完全的消极不作为,也可以采取适当的积极措施,例如资源的采伐。^[15]

在 CAMLR 公约制定过程中的一系列补充资料同样表明“养护”也包括“合理利用”,在“养护”基础上的合理利用也是符合 CAMLR 公约的制定背景和制定目的的。

(四) 历史解释

1968年,联合国教科文组织主办了一次会议,其报告题为“环境的保护和合理利用”。在提出的七个目标中,有两个功能将成为 CAMLR 公约的核心。第一,报告赞同以环境为基础的方法来衡量自然资源的最佳利用,第二,报告表示坚信环境管理应以健全的科学研究为基础。报告的第一个目标支持对自然资源进行“合理利用”,第二个目标提出通过科学研究方法加强环境管理,从而提高资源的“合理利用”程度。

CCAMLR 关于“合理利用”一词的分歧出现在1985年的第四次会议上关于刺网的讨论中,刺网是一种非选择性的渔具——即刺网的杀伤力很大,大

型刺网往往由大、中、小网目的三层网子所构成,不论大鱼、小鱼都全部落网,不利于鱼类的繁殖,因此一些国家想要禁止刺网的使用。但相关国家陈述道:“目前在公约区域内没有大量的刺网作业”并且“作为一种预防措施禁止刺网的使用会不可避免地阻碍资源的‘合理利用’”。

在1987年制定南极海洋生物资源保护战略会议上,工作组认为:“就 CAMLR 公约第2条中的‘合理利用’的工作目的达成共识是有益的”并且应该扩展“合理利用”这个词的涵义,其中包括恢复枯竭的人口并最大限度减少不可逆转的变化。并且工作组一致认为“合理利用”这个术语需要随着对南极海洋生态系统知识和认识的发展逐步完善。

历年相关会议关于“合理利用”的讨论,不仅要求通过科学研究方法加强对自然资源的“合理利用”,并且认为绝对的禁止措施不利于资源的合理利用,合理利用一词应当随着南极海洋保护区的不断发展而扩展其涵义。

综上,文义解释为“合理利用”的含义奠定基础,结合 CAMLR 公约的目的,指出“合理利用”是在“养护”的基础上,为达到生产性目的使用资源的行为。体系解释和历史解释是“合理利用”含义的补充,通过二者的理论解释更加佐证应当用科学的方法平衡“养护”与“合理利用”的关系。

三、基于 SWOT 分析的南极海洋保护区“养护”与“合理利用”的不平衡

SWOT 分析是基于内外部竞争环境和竞争条件下的态势分析,就是将与研究对象密切相关的各种主要内部优势(S)、劣势(W)和外部的机会(O)、威胁(T)等,通过调查列举出来,并依照矩阵形式排列,然后用系统分析的思想,把各种因素相互匹配起来加以分析,从中得出一系列相应的结论,结论通常带有一定的决策性。运用这种方法,可以对研究对象所处的情景进行全面、系统、准确的研究,从而根据研究结果制定相应的发展战略、计划以及对策等。笔者通过分析南极海洋保护区平衡“养护”与“合理利用”的主要内部优势、劣势和外部的机会、威胁,得出平衡“养护”与“合理利用”的未来发展方向。

过去 SWOT 分析被用于企业战略管理,通过分析企业内部因素中的优势和劣势以及外部因素中的机会和威胁,从而为企业的战略规划提供依据。现在其应用范围已经从单个企业的战略管理延伸到产业群体、城市规划、国家战略等领域。“The use of value focused thinking and the A'WOT hybrid method

in tourism management”一文站在宏观的角度,应用 SWOT 分析论证了塞尔维亚和黑山共和国加入欧盟的战略必要性以及阐述加入欧盟后可能对本国的不利影响,^[16]从而拓展了 SWOT 分析法的应用范围,为 SWOT 分析方法奠定了基础。

“养护”与“合理利用”二者本身有一定的不平衡。“养护”指的是对资源特别保护的行为,“合理利用”指的是采取一定的积极措施以符合生产性的目的。“养护”侧重于封闭南极海洋保护区,“合理利用”侧重于开放南极海洋保护区,二者本身存在一定矛盾,开放还是封闭也成为学者和各方争论的焦点。南奥克尼海洋保护区的管理措施,包括禁止所有类型的捕鱼活动、禁止包括渔船在内的任何船舶在该区域进行转运活动等限制措施。^[17]而罗斯海海洋保护区的管理措施则在南奥克尼海洋保护区的管理措施上增加了“鼓励参加委员会检查系统的成员方在海洋保护区内开展监测和检查活动,以确认遵守本养护措施和其他养护措施的适用”的规定。同时罗斯海保护区分为三个区域:不允许商业捕鱼的普遍保护区(约占保护区的72%)、允许磷虾监管捕捞的磷虾研究区(约占保护区的21%)和允许有限的捕鱼活动的特别研究区(约占保护区的7%)。由上可以看出,南极海洋保护区的措施侧重于采取限制措施,禁止捕鱼和开发活动,但在合理利用方面的措施不足。合理利用虽然是以环境的可持续发展为前提,但是不是一味地限制而不利用,应在合理利用中保护,保护也是为了可持续利用。

(一) 优势——S

南极海洋保护区平衡“养护”与“合理利用”有着巨大优势。首先,南极海洋保护区有着丰富的自然资源,是各国重要的经济利益着眼点。南大洋蕴含着丰富的海洋生物资源,尤其是鲸、海豹、栖息鸟类、磷虾和鱼类资源数量巨大。丰富的自然资源不仅对各国的渔业量有举足轻重的影响,也具有重要的商业价值和战略意义。因大多具有耐寒、耐盐、抗辐射的特性,南极的生物资源和生物遗传资源被广泛应用到医药、食物、化妆品和生物化学等领域。

其次,南极海洋保护区的资源将是今后各国的关注点,也是全人类利益的重要着眼点。除了南奥克尼海洋保护区和罗斯海海洋保护区外,目前还有3个南极海洋保护区的提案在磋商讨论中,分别是2012年法国和澳大利亚提交的东南极海洋保护区提案、2015年欧盟提交的威德尔海海洋保护区提案和2018年阿根廷和智利提交的南极半岛海洋保护

区提案,^[18]其资源的分配稍有不甚可能会引发世界范围内的大变动。因此平衡“养护”与“合理利用”的关系对维持全世界的稳定发展,维护人类社会的和平与稳定有着重要意义。

(二) 劣势——W

南极海洋保护区平衡“养护”与“合理利用”有着一定劣势。首先,南极海洋保护区缺乏一定的科学研究基础。目前对于南极海洋保护区的科学研究规定得过于原则化而缺少具体的指导,使得如何衡量“合理利用”、怎样才算达到“合理利用”都缺少科学的指标体系。为协调成员国之间在建立海洋保护区方面的分歧,CCAMLR 协商通过了《养护措施 91-04:关于建立 CCAMLR 海洋保护区的总体框架》(简称《总体框架》)。《总体框架》第 5 条规定了海洋保护区的科研监测,具体规定了科研监测的范围、主体、数据提交与公开程序和报告的审核程序。^[19]虽然对南极海洋保护区的科研监测计划作了相应规定,但是对科研监测计划的内容规定过于抽象,没有行之有效的具体内容,使得科研监测计划缺乏实践价值。2019 年 10 月,在 CCAMLR 第 38 届会议上,各方仍然未就南极海洋保护区的科研监测计划达成一致。

其次,平衡“养护”与“合理利用”仍缺乏一定的法律基础。目前对于“养护”与“合理利用”的关系仍然没有明确的、各成员方都接受的统一规定,CAMLR 公约和《总体框架》都没有明确指明二者的关系。例如在讨论“养护”与“合理利用”的关系上,新西兰认为 CAMLR 公约第 2 条下的目标是养护南极海洋生物资源,不包括“合理利用”。目前 CCAMLR 的主要目标不是保持现有的捕捞努力,而是应该尽量减少对“合理利用”的影响。澳大利亚指出“合理利用”并不意味着:(i) 可以从库存中获取无限量的渔获物——我们已经制定了渔获物限制;(ii) 钓鱼一定能在任何地方发生——我们有封闭的区域;(iii) 可以在任何时候进行捕鱼——我们有封闭的季节。CCAMLR 可以继续协调渔业与所有南极海洋生物资源的“养护”,以便使渔业得到“合理利用”。^[20]而乌克兰认为通过对某些地区的探索性渔业实行永久性限制,使得只能在非常局限的地区捕鱼。CCAMLR 正在从一个制定确保合理利用海洋生物资源的方法的组织,逐渐转变为一个只注重养护海洋生物资源的组织。如果继续这样下去,现有公约将失去一切合理的意义,然后将有必要讨论终止公约和建立新的公约,或修订《关于环境保护的南极条约

议定书》,在其职权范围中纳入陆地以外的海洋区域。^[21]

(三) 机会——O

目前南极海洋保护区平衡“养护”与“合理利用”有着巨大机会。首先,2019 年持续数月的澳大利亚火灾加剧了全球变暖趋势,南极甚至出现了罕见的“血雪”现象——气温上升使得南极的红色藻类过度生长,使雪地变成红色。这会导致雪地反射的太阳光更少,吸收的热量更多,加快冰川融化的速度,南极海洋保护区海洋的面积将进一步扩大,冰川的面积将进一步缩小,同时不断升高的气温会导致外来物种入侵并威胁南极本地生物,破坏南极生态系统的动态平衡,^[22]使得各国更加关注南极海洋保护区事务,平衡“养护”与“合理利用”面临着新的历史性机遇。

其次,随着人类在南极活动范围的扩大,人们更加了解和认识南极。随着科学技术的进步,人们在南大洋的活动类型呈现多样化的趋势,除了早期的南极探险和科学考察以外,一些新兴的活动形式也在南极开展。南极探险和科学考察都有利于人们了解南极,加深对南极的认识。同时,各国为了参与南极事务,竞相在南极建立科学考察站。近年来,南极旅游活动备受欢迎,南极旅游人数呈现逐年增加之势。大规模的旅游活动开始于 20 世纪 50 年代末 60 年代初,大量游客涌入南极,南极旅游的形式也日益多样化,不再局限于最初的观光旅游。商家为了吸引游客,创造出一些新的旅游项目,例如滑雪、登山、潜水、野营等。然而应当注意到以上这些活动在加强人们对南极认识的同时,在一定程度上也会对南极脆弱的环境造成严重的影响。此外,时常有运送旅游人员的船舶在南极发生碰撞、倾覆、原油泄漏等事故,这些都会对南极的环境造成极大的污染。不管是早期的活动还是后期新兴的活动都会对南大洋的环境造成一定的污染。南大洋的生态环境正在遭受不同形式的威胁,而且这种危害程度还会不断加深。

(四) 威胁——T

南极海洋保护区平衡“养护”与“合理利用”也存在潜在威胁。首先,澳大利亚、美国等国仍坚持支持建立南极海洋保护区,坚持“养护”的原则,而反对任何南极海洋保护区的“合理利用”。这将阻挠“养护”与“合理利用”关系的平衡。

其次,非缔约方的违法行为将破坏“养护”与“合理利用”的平衡。CAMLR 公约虽然规定了观察

员和检查员有权进行检查,但是实践中常常出现即使发现相关船舶的违法活动,观察员和检察员只能通报船旗国处理,不能直接采取执法措施的现象,使得南极海洋保护区的执行效果不明显。因此,加强非缔约方的法律责任是加强南极海洋保护区的当务之急。目前对于非缔约方的责任要求主要有通知和提醒非缔约方遵守南极海洋保护的规定。同时,根据 CAMLR 公约的规定,各国负有通过主管国际组织就保护海洋环境进行合作的一般义务。但是,这些都只是对南极海洋保护区非缔约方法律责任的规定,而且都十分抽象和原则,南极海洋保护区缺少具体的约束性条款。

最后,缺乏有效的执行监管和违法惩戒机制。2014年,《影响全球海洋保护区保护成效的五项核心指标》一文中提出五项海洋保护区评估指标,包括“开放渔业许可程度”“强制保护水准”“设立成为保护区的时限长度”“保护海域的范围大小”“鱼类自由迁徙海域的连续性”,并指出至少应满足三项以上的指标,其海洋保护区才具有潜在的保护价值。而调查表明,59%海洋保护区最多能达到其中两项核心指标。由于南极海域地域复杂、气候严寒,南极海洋保护区目前还不能够开展有效的监管。在国家管辖范围之外、距离人类活动中心最为遥远且地理气候环境严峻的南极海洋保护区,实现管理目标必将面临更大的困难与挑战。目前南极海洋保护区采取缔约国合作监督模式,这种模式下的失责惩戒没有“强权”性的支撑,使得南极海洋保护区的合作没有强制约束力,违反相关规定、破坏环境的行为屡禁不止。南奥克尼海洋保护区仍然在监管方面存在一定问题,保护区内的执法受到限制、报告制度不完善等都导致南极海洋保护区的有效管理缺位。

虽然平衡“养护”与“合理利用”各有优劣、存在机会的同时也伴随着挑战,但是总体来看,南极海洋保护区平衡“养护”与“合理利用”的优势大于劣势,机遇远大于挑战,根据 SWOT 分析,适合采用 SO 战略,即发展型战略,在“养护”的基础上加强南极海洋保护区的“合理利用”,做到“养护”与“合理利用”的可持续平衡发展。

四、平衡“养护”与“合理利用”的原因

(一) 符合“公海捕鱼自由原则”

当代“公海捕鱼自由”并不是完全的捕鱼自由,而应当受到一定的限制。1609年格劳修斯在《海洋自由论》中提出“海洋自由理论”,即“海洋生物资源

取之不尽用之不竭,海洋应当为所有国家加以利用”。^[23]然而,这种倡导海洋完全自由的理论在当代显然应当受到一定的管束和限制,否则会造成资源日益枯竭、渔业生态严重恶化。联合国粮食及农业组织发布的《2016年世界渔业和水产养殖状况》报告显示,全球约31.4%的渔业资源因过度捕捞而处于非可持续状态,失去开发潜力的渔业资源高达58.1%,现代渔业资源的严峻状况说明海洋的完全自由捕捞已不合时宜,现代的海洋捕捞自由应受到一定的限制。^[24]

限制“公海捕鱼自由”的理念已有一定的历史背景。限制“公海捕鱼自由”的规定最早可以追溯到1958年的联合国第一次海洋法会议,会议通过了《公海渔业与生物资源养护公约》和《公海公约》。《公海公约》第2条明确规定了公海自由包括捕鱼自由,同时各国行使上述自由时“应合理地顾及他国行使公海自由的利益”。^[25]《公海渔业与生物资源养护公约》也对“公海捕鱼自由”原则提出三点限制:切实履行条约义务、沿海国须按照本公约的规定来行使其利益和权利、遵守本公约中所列的关于养护公海生物资源的规定。随后1982年的《联合国海洋法公约》第87条也规定,公海捕鱼自由需受到公海生物资源养护,即本公约第116条至第119条等条款的限制。

CAMLR 公约的规定符合当代“公海捕鱼自由”原则。CAMLR 公约第2条第2款规定“养护包括合理利用”,此规定平衡了“养护”和“合理利用”的关系,强调在“养护”基础上的“合理利用”。公海捕鱼自由原则也要求在捕捞的同时应进行一定管制,在“合理利用”的同时注重“养护”,因此 CAMLR 公约的规定与当代“公海捕鱼自由”原则不谋而合。

(二) 养护应有一定经济动力

“养护”需要一定的经济动力。南极海洋保护区的养护需要一定的国家管理成本,国际环境组织权威研究表明,实现保护区有效管理的成本是随着保护的生物多样性种类、管理类型、地理单元等的不同而变化的。南极海洋保护区由于其距离大部分国家本土较远,以交通可达性标准来衡量就使得保护区所面临的威胁更大,因而资金需求也越大。而在南极海洋保护区内由于长期的禁渔措施,使得各国只有投入没有回报,这会加大各国的管理成本,从长远来看没有回报的投入难以确保各国持续向南极海洋保护区投入管理成本。

南极海洋保护区的“合理利用”与“养护”相平

衡,形成良性发展的可持续渔业。海洋保护区建立的“溢出效应”可促进其内生物的资源效益,联合国粮食与农业组织的研究表明,采取保护措施会使海洋保护区的生物密度上升,相当一部分鱼类会游出海洋保护区而被捕获。^[26]首先,这种海洋保护区的“溢出效应”说明在维持稳定的生态系统的条件下,有相当一部分富余的鱼类可供捕获,南极海洋保护区的“合理利用”有着一定的资源基础。其次,这种鱼类的流出对南极海洋保护区而言是一种资源的流出,若将这部分鱼类资源合理利用起来,将其收益回报给投入管理成本的国家,达到一种相对程度上投入与产出的平衡,更有利于南极海洋保护区的长远发展。但是如何确定流出鱼类、流出鱼类的数量具体是多少等一系列工作目前实施仍有一定难度,需要相关科研检测和科学技术的配合。

(三) 符合可持续发展

南极海洋保护区不可能永远保护,需提前平衡“养护”与“合理利用”的关系。CAML R 公约有其适用的时限,一旦公约期限届满,南极海洋保护区将如何发展无人知晓。联合国粮食及农业组织发布的《2018 年世界渔业和水产养殖状况》报告预计,到 2030 年源于捕捞和水产养殖的鱼类总产量将较目前水平增长近 18%,达到 2.01 亿吨。^[27]说明人类对于渔业的需求日益上升,而鱼类的增长速度远远不及人类需求的增长速度。养护也是为了合理利用,地球上资源不断枯竭,南极海洋保护区终有一天会被开发,与其到时南极海洋保护区被争相过度开发,不如提前做好养护与利用的平衡。

每一项措施的发展都是循序渐进的,应尽早南极海洋保护区的一小部分区域进行适当的“合理利用”,并不断探索、不断平衡“养护”与“合理利用”,之后方可逐渐扩大“合理利用”的范围,促进在“养护”基础上的“合理利用”。

南极海洋保护区的建立也应避免唯科学主义倾向。“对于生物状况的科学研究仍然必要,只有这样的细致研究才能提供保护区是否正确、是否有意义的证据。”^[28]但在科学研究过程中应当合理处理好科学与人类的关系。我们应当注意到,在人类社会中,包括环境保护在内的制度体系的建立目标都在于“人”,应首先为人类服务,人类的合理关切应作为环境制度制定的出发点和最终目标。一切的制度建立应考虑“可持续发展”,考虑生态环境的保护,但同时也要考虑到经济与社会的需求,否则一切制度会因缺乏相应的社会基础而得不到有效实施,而

成为“一纸空书”。

(四) 渔业不是唯一原因

渔业并不是生物资源衰竭的唯一原因。生物多样性的丧失、生物资源的枯竭可能是由多种原因造成的,比如:渔业活动、海洋科学研究、海底铺设管道与电缆、海洋倾废与污染等。渔业活动可能会因过度捕捞等破坏生物资源,因而渔业活动需要一定的限制,但不能因此给渔业活动扣上十恶不赦的头衔,不能期望通过严格禁止渔业活动就能恢复生物资源。

生物资源的养护需要多样的资源管理手段,仅仅期望通过禁止一切捕捞活动而达到养护南极海洋保护区生物资源的目的是不现实并且不成熟的,从 CAMLR 公约的规定中便可见一斑。CAML R 公约第 9 条第 2 款列举了多样的养护措施,关闭特定区域只是其中一项。CAML R 公约第 9 条第 2 款的规定说明南极海洋保护区生物资源的养护需要多样化的养护手段,放弃“合理利用”生物资源所能带来的经济动力而单纯依赖禁止捕捞活动的被动行为是否最为合理且明智着实有待商榷。

五、基于 SWOT 要素交叉分析南极海洋保护区的未来发展

SWOT 要素交叉分析法在要素本身和要素间进行分析和交叉分析,归纳生成相应的战术。针对规划地区自身的优势和限制,以及所面临的外部的机遇和挑战,进行单要素的归纳,得出初步的战术。而后再通过各要素间的交叉分析,对上述某些战术进行加权,同时通过复合要素的“碰撞”,制定出利用优势、克服限制、抓住机遇、迎接挑战等战术。

(一) 优势与机会交叉分析——SO 交叉分析

SO 交叉分析是自身优势与外部机会各要素间的交叉分析,制定利用机会发挥优势的战术。南极海洋保护区平衡“养护”与“合理利用”的优势主要在于:南极海洋保护区自然资源丰富,不仅是各国的经济利益着眼点,也关乎全人类的共同利益;机会主要在于:随着南极地区环境污染问题的日益严峻以及人类在南极地区的活动范围不断扩大,南极地区的关注度日益提升。将南极海洋保护区平衡“养护”与“合理利用”的优势与机会因素交叉分析,抓住机会发展优势,笔者建议在南极海洋保护区加强全球合作。

全球化是不可阻挡的历史潮流,各国在资源利用方面互相渗透、互相影响的趋势日益明显。由于 1959 年签订的《南极条约》冻结目前南极领土所有

权的主张,南极海洋保护区的建设将涉及全人类的共同利益,其管理也需要全球进行合作。^[29]目前南极地区环境日益恶化,可以通过全球对南极问题的关注,进一步加强南极海洋保护区的全球合作。

首先,南极海洋保护区可以采取贸易措施对进入国际贸易的产品进行限制和追溯。类比IUU的管理措施,销售市场国和补给国可以对违反的国家或船队采取禁止其销售和补给的措施,减少破坏海洋保护区的行为。如近年来包括巴拿马在内的6个国家被养护大西洋金枪鱼国际委员会禁止进口金枪鱼产品,禁止进口的产品包括大眼金枪鱼、剑鱼和蓝鳍金枪鱼。

其次,可以建立犬牙鱼捕捞文件计划(CDS)、船舶监测系统、船舶黑名单制度。犬牙鱼捕捞文件计划使得犬牙鱼从捕获地到消费全过程中附带一份证明文件,这份证明文件证明犬牙鱼来源的合法性。犬牙鱼产品必须满足CDS的条件才能参与市场流通,否则其将被禁止上岸甚至会被没收。船舶监测系统可持续追踪捕鱼船舶航速、方向与位置,防止出现违法的行为。船舶黑名单制度通过将违法的船舶列入黑名单,禁止其从事一系列行为,以规范船舶行为。^[30]

(二) 优势与威胁交叉分析——ST交叉分析

ST交叉分析是自身优势与外部威胁各要素间的交叉分析,利用自身优势消除或回避威胁。南极海洋保护区平衡“养护”与“合理利用”的优势在于:南极海洋保护区自然资源丰富,不仅是各国的经济利益着眼点,也关乎全人类的共同利益;威胁主要是:反对“合理利用”的国家的阻挠、非缔约方的违法行为以及执行监管与违法惩戒措施不力。将南极海洋保护区平衡“养护”与“合理利用”的优势与威胁因素交叉分析,利用优势减少甚至消除威胁,南极海洋保护区可加强非缔约方法律责任与加强保护区合作强制约束力。

1. 加强非缔约方的法律责任

南极海洋保护区可以从中西部太平洋渔业委员会的实践中借鉴经验,根据《中西部太平洋高度洄游鱼类种群养护和管理公约》第32条第4款和第5款的规定,“委员会成员应,单独或联合要求有船在公约区的本公约的非成员完全合作以执行委员会通过的养护和管理措施,并确保这类措施适用于公约区内的所有渔业活动。本公约的这类非成员从参加捕捞所得利益应与其为遵守关于有关种群的养护和管理措施所作承诺及遵守养护和管理措施的情况相

称”和“本公约的非缔约方,可在提出要求时,并顾及委员会成员同意和给予观察员地位有关的议事规则的情况下,被邀请作为观察员参加委员会的会议”。^[31]2004年在中西部太平洋渔业委员会会议上将合作非成员“从参加捕捞所得利益应与其为遵守关于有关种群的养护和管理措施所作承诺及遵守养护和管理措施的情况相称”的规定具体化,确定了审议合作非成员的标准、申请流程、权利与义务。^[32]之后,一系列合作非成员的行动开始得到执行,2010年合作非成员的财政义务也被纳入规定内容。目前,中西部太平洋渔业委员会已授权12个国家合作非成员的地位,不仅使中西部太平洋海域获得更多渔业利益,也使相应国家的渔业需求得到满足。

因此,南极海洋保护区加强非缔约方的法律责任可以分为两个阶段:第一阶段,将非缔约方参与捕捞的权利与其应遵守的相关养护与管理措施的义务以文本形式具体规定,以合作的方式,要求非缔约方报告履行情况,以促进非缔约方尊重并遵守管理措施。第二阶段,待有一定数量的非缔约方参与,非缔约方的法律责任得到一定落实后,将合作非缔约方的财政义务也纳入规定,将非缔约方的法律责任规定得更为具体、更为有效。

2. 加强保护区合作强制约束力

南极海洋保护区的强制约束力是否可以通过建立强权机构或者以现存的机构IMO或CCAMLR来规范公约的制定,对违反规定的行为采取强制的惩戒措施?笔者认为加强强权机构对公约的法律约束力不可行,理由有二:首先,国际社会不同于国内社会,国际法在很大程度上是一种“弱法”,强权机构难以有效地对违约方采取制裁措施。其次,强权机构倘若运行不当,还可能沦为大国操纵国际社会的工具,破坏国际社会的法律秩序。

因此,笔者认为可通过全球层面的立法与相关区域国家合作相结合的方式加强保护区合作强制约束力。首先,可以参考《鱼类种群协定》的立法模式,在南极海洋保护区进行全球层面的立法,确立一个对所有地区和国家普遍适用的一般法律原则。制定一般法律原则的过程可能存在一定阻力,其制定可循序渐进,从鼓励性规定向强制性规定过渡,从原则性规定向具体规定过渡,逐步建立起完善的全球层面立法。其次,相关区域国家的合作不仅应当遵守全球层面的立法规定,也应当符合一般法律原则,包括预防原则、科学方法原则、适应性管理原则等。如此可以实现保护区合作强制约束力的点面结合,

不仅有一般法律约束,也在重点区域有相关深入约束。

(三) 劣势与机会交叉分析——WO 交叉分析

WO 交叉分析是自身劣势与外部机会各要素之间的交叉分析,制定利用机会克服自身劣势的战术。南极海洋保护区平衡“养护”与“合理利用”的劣势在于:科研检测规定过于抽象以及缺乏一定法律基础;机会在于:随着南极地区环境污染问题的日益严峻以及人类在南极地区的活动范围不断扩大,南极地区的关注度日益提升。将南极海洋保护区平衡“养护”与“合理利用”的劣势与机会要素交叉分析,利用外部机会克服劣势,南极海洋保护区应将科研监测与预警方法相结合并加强法律建设。

1. 科研监测与预警方法相结合

目前对科研检测的内容规定不够具体,缺乏实践价值。欧盟的《海洋战略框架指令》为海洋保护区的科研监测工作建立了具体的标准和科学描述体系,其目的在于使欧盟范围内的海洋环境在 2016 年前达到“良好环境状态”,对此在科学研究执行阶段和环境评估方面都作出了具体的规定。^[33]在科学研究执行阶段需制定具体的方案说明措施的执行内容以及措施将对促进达成“良好环境状态”的作用。环境评估方面首先,要求成员国在《海洋战略框架指令》附件一规定的描述因子基础上制定描述环境状态的规格参数表;其次,初步环境评估要根据附件三所列指标综合考虑海域基本特征、经济和社会等多方面指标;最后,在之前的基础上建立综合性的环境目标和相关指标体系。

与《海洋战略框架指令》相比,《总体框架》在科研监测规定方面存在许多不足之处。首先,在科学研究执行阶段,《总体框架》没有要求制定具体的执行方案说明措施该如何执行以及将如何达成海洋保护区的目标,没有明确科研监测计划的具体分工和项目设置使科学研究的执行无章可循;其次,在环境评估方面,《总体框架》没有建立一个科学指标体系,不仅没有要求对现今的海洋保护区采集环境和生物底本数据,也没有提出环境评估应考虑哪些因素,如何评估海洋保护区的目标是否达成。^[34]

因此,为平衡“养护”与“合理利用”,应建立定量的科研监测计划并与“预警原则”相结合来衡量南极海洋保护区的“合理利用”水平。“预警原则”指的是“在环境、基因生物等领域,即使是安全隐患尚无足够的科学根据,但以免一旦发生危险造成严重的或不可逆转的后果,需采取谨慎态度以避免危

害”。^[35]首先,在科学研究执行阶段,应要求制定具体方案对措施的内容和执行情况进行规定,具体明确分工科研检测计划的工作和项目,使得工作有计划有条理地开展;其次,在环境评估方面,先收集南极海洋保护区内环境和生物底本数据,在底本数据地基础上明确环境评估地考虑因素,建立一个综合的科学指标体系;最后,将科研检测计划与“预警原则”相结合。一旦发现出现即将超过“合理利用”水平的情形时应运用预警方法,及时通知有关人员采取措施,停止相关不适当的行为,促进南极海洋保护区的合理利用。同时,适用预警方法的时候不仅要考虑科学因素,而且要考虑养护措施的投入和产出比例、技术能力、经济社会价值等。

2. 加强法律建设

目前关于南极海洋保护区仅有 CAMLR 公约和《总体框架》两项专门规定,这两项规定都只提供南极海洋保护区建设的一般法律框架,没有提供具体的规定。使得各成员方在“养护”与“合理利用”之间的关系、海洋保护区的概念等方面存在着分歧。加强南极海洋保护区的法律制度建设刻不容缓。首先,应征求各方意见,在协商一致、互相讨论的基础上明确相关概念,例如海洋保护区、“养护”与“合理利用”关系。其次,应在法律制度层面建立科学指标体系,为科研监测工作提供法律基础。最后,在法律制度上可以进一步对合作非成员方进行具体规定以促进非成员方的合作。

(四) 劣势和威胁交叉分析——WT 交叉分析

WT 交叉分析是自身劣势和外部威胁各要素之间的交叉分析,找出最具有紧迫性的问题根源,采取相应措施来克服自身限制,消除或者回避威胁。南极海洋保护区平衡“养护”与“合理利用”的劣势在于:科研检测规定过于抽象以及缺乏一定法律基础;其威胁主要是:反对“合理利用”的国家的阻挠、非缔约方的违法行为以及执行监管与违法惩戒措施不力。通过将南极海洋保护区平衡“养护”与“合理利用”的劣势与威胁因素交叉分析,发现当前最紧迫的问题,采取措施克服劣势,消除或回避威胁。

根据上述问题,笔者建议南极海洋保护区建立许可证制度。原因有二:第一,建立许可证制度对科研检测水平的要求与当前南极海洋保护区科研检测水平相当。许可证的发放应考虑到不同地区生态环境的脆弱性,并且可以在当前南极海洋保护区的区域划分基础上进行适当调整确定许可证的发放区域。例如目前罗斯海保护区分为不允许商业捕鱼的

普遍保护区、允许磷虾监管捕捞的磷虾研究区和允许有限的捕鱼活动的特别研究区。许可证的发放情况可以参考上述区域划分。目前南极海洋保护区的科研检测水平满足建立许可证制度对科研检测水平的要求。第二,建立许可证制度适当兼顾反对“合理利用”国家的呼声,是一种反对国与支持国相互妥协让步的折中选择。许可证制度因地制宜,根据不同地区的生态环境脆弱程度确定不同的开放程度,有些地区甚至可以关闭。这种具体情况具体分析的策略是平衡反对国与支持国利益的折中选择。同时,建立许可证制度应遵循从严发放以及因地制宜原则。

首先,在南极海洋保护区建立许可证制度,但是许可证的发放应遵循从严发放原则。同时,许可证的发放要兼顾生态系统的完整性,在保证可持续发展的前提下发放。同时,注重因地制宜,在保护区内

的重点保护区域还可以禁止一切许可证的发放。

其次,许可证制度的建立以因地制宜为原则,根据不同地区的实际情况重点确定开放程度。在生态环境脆弱的地区可完全封闭区域,在低风险地区可以适当开放,建立许可证制度,以平衡“养护”与“合理利用”的关系。

南极海洋保护区可以从东南大西洋渔业组织的实践中借鉴经验。东南大西洋渔业组织在其区域内确定了 13 个脆弱海洋区域,其中 10 个区域关闭所有类型的底部捕捞,但 10 个区域中的 6 个从未开发,另外 4 个已经在过去允许一定程度的捕捞活动。并且 10 个区域也不是永久关闭,其在当该地区识别和确认出包括海山、热液喷口和冷水珊瑚的海洋生态系统并且已经作出环境评估后等一定条件下可以重新开放。13 个区域中的另外 3 个区域虽然已被提议关闭但是至今仍开放捕鱼。^[36]

表 1 基于 SWOT 要素交叉分析南极海洋保护区未来管理措施发展

SWOT 因素	SWOT 因素	
	措施	
机会(南极地区关注度日益提升)	加强全球合作	优势(自然资源丰富,不仅是各国的经济利益着眼点也关乎全人类的共同利益)
威胁(反对“合理利用”的国家的阻挠、非缔约方的违法行为、执行监管与违法惩戒措施不力)	加强非缔约方法律责任、加强保护区合作强制约束力	劣势(科研检测规定过于抽象、缺乏一定法律基础)
		科研监测与预警方法相结合、加强法律建设
		建立许可证制度

六、中国立场

(一) 坚持平衡“养护”与“合理利用”的原则

中国常驻联合国副代表刘振民大使在 2006 年第 61 届联大审议海洋和海洋法议题时发言指出,养护国家管辖范围外海域生物多样性的措施和手段应在《联合国海洋法公约》及其他有关国际公约框架内确定,需充分考虑现行公海制度和国际海底制度。应着眼于在养护与可持续利用之间寻求平衡,而不是简单禁止或限制利用海洋。^[37]中国在 2019 年的 CCAMLR 年会上表示,中国坚信 CAMLR 公约通过养护南极海洋生物资源而为人类的利益服务,并且养护包括合理利用,中国支持一个平衡的并且有科学基础的管理框架。^[18]中国政府应妥善处理南极海洋保护区“养护”与“合理利用”之间的平衡,坚持以平衡“养护”与“合理利用”作为开展南极海洋保护区事务的基本原则之一,合理捍卫自身利益。^[38]

(二) 加强南极海洋保护区科学研究投入

中国在 2015 年的 CCAMLR 年会上表示,中国支持建立海洋保护区,但是海洋保护区的建立不应

阻碍在南大洋科学研究的自由。^[39]平衡“养护”与“合理利用”的关系需要以充足的科学数据为依托,定量地分析如何达到“养护”与“合理利用”的平衡。但在现有的南极海洋保护区实践中缺乏相应的底本数据,也缺乏科学指标体系,使得南极海洋保护区事务的进展举步维艰。南大洋因其独特的资源受到各方关注。中国应坚持可持续发展的观点,从制度、管辖、资源等方面全方位确定中国在南极海洋保护区问题上的战略利益。同时应加大在南极海洋保护区的科学研究投入,监控中国在南极海洋保护区的捕捞活动,并严格遵守相应规定,对违法行为进行惩戒。同时,广泛深度收集底本数据,为平衡“养护”与“合理利用”的关系奠定科学基础。^[40]同时,中国也应避免唯科学主义倾向。在科研监测的同时,兼顾生态环境与人类社会的平衡,将社会、经济等因素纳入科学指标体系,实现人与自然的可持续发展。

(三) 联合各方力量促进南极海洋保护区的发展进程

在南极海洋保护区“养护”与“合理利用”的问题上,各国基于自身利益考量显然形成了两个不同

的政治阵营。^[41]中国作为《联合国海洋法公约》和《生物多样性公约》成员国以及南极国际治理的重要参与国,应与有共同利益考量的成员方合作,同时也应兼顾其他成员方的利益主张,协调各方共同促进南极海洋保护区事务的发展。

(四)适时提出中国的南大洋海洋保护区提案

中国虽不是南极条约体系的领土主权声索国,但是在领土主权冻结的情况下,南极海洋保护区的利益也与中国战略经济利益息息相关。中国应将在利益平衡基础上,坚持“养护”与“合理利用”的平衡,不断完善现有提案。同时,在加大南大洋科研活动投入的前提下,选取符合中国利益的具备保护价值的海域,择机适时提出中国的南极海洋保护区提案,从而维护中国在南极条约体系中的核心利益,确保中国在国际社会中的话语权与国际地位。

七、结语

平衡“养护”与“合理利用”的关系不仅有着充

分的法律解释依据,也有充分的理论原因。平衡“养护”与“合理利用”符合公海捕鱼自由原则、国际社会经济效益以及可持续发展理念。同时,平衡“养护”与“合理利用”也符合时代要求,各方应顺应时代潮流,通过科研监测与预警方法相结合、确定非缔约方的法律责任、加强法律建设等措施促进“养护”与“合理利用”的平衡。

中国也应明确树立在“养护”与“合理利用”关系上的立场,坚持“养护”与“合理利用”的平衡,加强科学研究投入,联合各方力量,适时提出中国的南极海洋保护区提案。

加强保护是和平利用南极的基本前提,合理利用是发挥南极价值的题中之义,平衡兼顾是南极国际治理的基本理念。在未来南极治理中,要坚持南极保护与利用兼顾,切实做到在保护中利用南极,在利用中保护南极。

参考文献:

- [1] 徐子英. 神秘的南极[J]. 科技风, 2019(22): 126.
- [2] CCAMLR. CAMLR Convention text[EB/OL]. (2013-11-25) [2020-05-13]. <https://www.ccamlr.org/en/organisation/camlr-convention-text>.
- [3] CCAMLR. Membership[EB/OL]. (2020-03-19) [2020-05-01]. <https://www.ccamlr.org/en/organisation/who-involved-ccamlr>.
- [4] 付玉. 南极海洋保护区事务的发展及挑战[J]. 中国工程科学, 2019, 21(6): 10.
- [5] CCAMLR. Report of the second special meeting of the commission[EB/OL]. (2014-09-29) [2020-05-13]. https://www.ccamlr.org/en/system/files/e-cc-sm-ii_1.pdf.
- [6] CCAMLR. Marine protected areas (MPAs) [EB/OL]. (2020-07-03) [2020-07-11]. <https://www.ccamlr.org/en/science/marine-protected-areas-mpas>.
- [7] 联合国国际法委员会. 维也纳条约法公约[EB/OL]. [2020-05-13]. <https://www.un.org/chinese/law/ilc/treaty.htm>.
- [8] Definition of conservation noun from the *Oxford Advanced Learner's Dictionary* [EB/OL]. [2020-05-13]. <https://www.oxfordlearnersdictionaries.com/definition/english/conservation?q=conservation>.
- [9] 联合国国际法委员会. 捕鱼及养护公海生物资源公约[EB/OL]. [2020-05-13]. <https://www.un.org/chinese/law/ilc/fish.htm>.
- [10] Definition of rational adjective from the *Oxford Advanced Learner's Dictionary* [EB/OL]. [2020-05-13]. <https://www.oxfordlearnersdictionaries.com/definition/english/rational?q=rational>.
- [11] Definition of use verb from the *Oxford Advanced Learner's Dictionary* [EB/OL]. [2020-05-01]. https://www.oxfordlearnersdictionaries.com/definition/english/use_1?q=use.
- [12] CCAMLR. Protection of the values of Antarctic specially managed and protected areas [EB/OL]. [2020-05-01]. https://www.ccamlr.org/sites/default/files/91-02_11.pdf.
- [13] SMITH D, MCGEE J, JABOUR J. Marine protected areas: a spark for contestation over “rational use” of Antarctic marine living resources in the Southern Ocean? [J]. Australian Journal of Maritime and Ocean Affairs, 2016, 8(3): 181.
- [14] Secretariat of the Antarctic Treaty. Report of the ninth Antarctic Consultative Meeting [EB/OL]. [2020-05-13]. https://documents.atcs.aq/ATCM9/fr/ATCM9_fr001_e.pdf.
- [15] CCAMLR. Report of the CCAMLR workshop on marine protected areas [EB/OL]. [2020-05-01]. <https://www.ccamlr.org/en/system/files/e-sc-xxiv-a7.pdf>.
- [16] KAJANUS M, KANGAS J, KURTTILA M. The use of value focused thinking and the A'WOT hybrid method in tourism manage-

- ment[J]. *Tourism Management*, 2004, 25(4): 502.
- [17] 孟令浩. 现有国家管辖范围外海洋保护区的管理措施[J]. *中国环境管理干部学院学报*, 2019, 29(1): 12.
- [18] CCAMLR. Report of the thirty-eighth meeting of the commission[EB/OL]. [2020-05-13]. https://www.ccamlr.org/en/system/files/e-cc-38_1.pdf.
- [19] CCAMLR. General framework for the establishment of CCAMLR marine protected areas[EB/OL]. [2020-07-26]. https://www.ccamlr.org/sites/default/files/91-04_6.pdf.
- [20] CCAMLR. Report of the thirty-third meeting of the commission[EB/OL]. [2020-05-13]. <https://www.ccamlr.org/en/system/files/e-cc-xxxiii.pdf>.
- [21] CCAMLR. Report of the thirteenth meeting of the commission[EB/OL]. [2020-05-13]. <https://www.ccamlr.org/en/system/files/e-cc-xiii.pdf>.
- [22] 南极出现了“血雪”现象[EB/OL]. [2020-05-13]. <http://baijiahao.baidu.com/s?id=1659793740038370775&wfr=spider&for=pc>.
- [23] 胡学东. 公海生物资源管理制度研究[D]. 青岛: 中国海洋大学, 2012: 13.
- [24] 联合国粮食及农业组织. 2016 年世界渔业和水产养殖状况[EB/OL]. [2020-05-13]. <http://www.fao.org/3/i5555c/i5555c.pdf>.
- [25] 联合国国际法委员会. 公海公约[EB/OL]. [2020-05-13]. <https://www.un.org/chinese/law/ilc/hsea.htm>.
- [26] 李洁. 南大洋海洋保护区建设的最新发展与思考[J]. *中国海商法研究*, 2016, 27(4): 96.
- [27] 联合国粮食及农业组织. 2018 年世界渔业和水产养殖状况[EB/OL]. [2020-05-13]. <http://www.fao.org/family-farming/detail/zh/c/1145051>.
- [28] MOORESIDE P. Tiny larvae signal big potential for MPAs[J]. *Frontiers in Ecology and the Environment*, 2011, 9(2): 91.
- [29] Secretariat of the Antarctic Treaty. Antarctic Treaty[EB/OL]. [2020-05-13]. https://documents.ats.aq/ats/treaty_original.pdf.
- [30] 吴宁铂. CCAMLR 规制 IUU 捕鱼的措施评估与反思[J]. *极地研究*, 2019, 31(1): 106-107.
- [31] 中西部太平洋高度洄游鱼类种群养护和管理公约[EB/OL]. [2020-05-13]. <http://treaty.mfa.gov.cn/tykfiles/20180718/1531876076687.pdf>.
- [32] BRUYN P, MURUA H, ARANDA M. The precautionary approach to fisheries management: how this is taken into account by Tuna Regional Fisheries Management Organisations (RFMOs)[J]. *Marine Policy*, 2013(38): 463.
- [33] 刘希, 唐建业. 欧盟海洋综合战略框架指令及其对中国海洋生态文明建设的借鉴[J]. *上海海洋大学学报*, 2018, 27(4): 612.
- [34] 杨雷, 韩紫轩, 陈丹红, 龙威, 房丽君, 李春雷. 《关于建立 CCAMLR 海洋保护区的总体框架》有关问题分析[J]. *极地研究*, 2014, 26(4): 531.
- [35] 陈钰. 国际法中的预警原则研究[D]. 厦门: 厦门大学, 2008: 1.
- [36] 何志鹏. 在国家管辖外海域推进海洋保护区的制度反思与发展前瞻[J]. *社会科学*, 2016(5): 100.
- [37] 中国常驻联合国副代表刘振民大使在第 63 届联大关于“海洋和海洋法”议题的发言[EB/OL]. (2008-12-04) [2020-05-13]. <https://www.mfa.gov.cn/ce/ceun/chn/lhghywj/fyywj/2008/t526610.htm>.
- [38] 姜丽. 公海保护区问题初探[J]. *海洋开发与管理*, 2013, 30(9): 6-10.
- [39] CCAMLR. Report of the thirty-fourth meeting of the commission[EB/OL]. [2020-05-13]. https://www.ccamlr.org/en/system/files/e-cc-xxxiv_4.pdf.
- [40] 郑雷, 郑苗壮. 南极罗斯海海洋保护区的发展趋势研究[J]. *中国海洋大学学报*, 2014(6): 24.
- [41] 陈力. 南极海洋保护区的国际法依据辨析[J]. *复旦学报(社会科学版)*, 2016, 58(2): 161-162.

余妙宏. 检察公益诉讼在海洋环境保护中的路径与程序研究[J]. 中国海商法研究, 2021, 32(2): 33-40

检察公益诉讼在海洋环境保护中的路径与程序研究

余妙宏

(浙江万里学院 法学院, 浙江 宁波 315100)

摘要: 检察公益诉讼是检察机关运用刑事附带民事公益诉讼、行政公益诉讼及民事公益诉讼程序保护海洋环境的重要司法制度, 可以实现对海洋环境刑事、行政与民事三位一体的保护。海洋环境检察公益诉讼案件应由海事法院专属管辖。刑事附带民事公益诉讼程序应予以抑制, 建构“民刑并举”的程序模式以取消海洋环境民事公益诉讼中的公告前置程序, 海洋环境检察公益诉讼的工作重心为行政公益诉讼。

关键词: 海洋环境保护; 检察公益诉讼; 行政公益诉讼

中图分类号: D916.3 **文献标志码:** A **文章编号:** 2096-028X(2021)02-0033-08

Study on the path and procedure of procuratorial public interest litigation in marine environmental protection

YU Miao-hong

(Law School, Zhejiang Wanli University, Ningbo 315100, China)

Abstract: Procuratorial public interest litigation is an important judicial system for procuratorial organs to protect the marine environment by using criminal incidental civil public interest litigation, administrative public interest litigation and civil public interest litigation procedure, which can realize the protection of the marine environment in a trinity of criminal, administrative and civil matters. Marine environmental prosecution public interest litigation cases shall be under the exclusive jurisdiction of the maritime court. Criminal incidental civil public interest litigation procedures should be restrained, and a procedural model of “simultaneous civil and criminal” procedures should be established to cancel the pre-announcement procedures in marine environmental civil public interest litigation. The focus of marine environmental prosecution public interest litigation is administrative public interest litigation.

Key words: marine environmental protection; procuratorial public interest litigation; administrative public interest litigation

在海洋生态文明建设的时代背景下,探索多部门多渠道多路径对海洋自然资源与生态环境的保护是一个重要的时代课题。党的十八届四中全会作出的探索建立检察机关提起公益诉讼制度是以法治思维和法治方式推进国家治理体系和治理能力现代化的一项重要改革部署与制度安排。^[1] 检察公益诉讼即检察机关通过刑事附带民事公益、行政公益以及民事公益等三种公益诉讼方式保护海洋环境的司法制度。结合当下海洋环境保护之司法实践,研究检

察公益诉讼在海洋环境保护制度下的内涵与外延,探讨该制度在各种诉讼路径下的冲突与问题,对于完善海洋环境保护公益诉讼制度具有重要意义。

一、海洋环境公益诉讼的特点

海洋环境公益诉讼是指海洋自然资源与生态环境(简称海洋环境)受到了不法侵害,由法律规定的机关代表国家及社会公共利益向侵权人提起诉讼进行索赔的制度统称。其中法律规定的机关包括承担海洋环境保护职责的行政机关及检察机关,后者

收稿日期:2020-12-31

基金项目:2019年度国家社科基金“新时代海洋强国建设”重大研究专项“海洋命运共同体视阈下海法体系构建研究”(19VHQ001)

作者简介:余妙宏(1976-),男,浙江淳安人,法学博士,浙江万里学院法学院副教授,中国海事仲裁委员会仲裁员,浙江省法学会海商法学研究会副会长兼秘书长,E-mail:yumh8990@163.com。

不仅对前者负有督促的职责,而且有依法自行提起环境公益诉讼的权力,笔者限于对检察机关提起海洋环境公益诉讼的具体程序与路径进行研究。虽然有学者认为海洋自然资源损害赔偿诉讼与海洋生态环境损害赔偿诉讼是两种不同性质的诉讼,前者为救济国家所有的自然资源损害的私益诉讼,后者才是救济社会公共利益的环境公益诉讼,^[2]但笔者在此不作如此区分,将两类诉讼统称为公益诉讼。不法侵害是违法与犯罪的总称,具体包括两个方面:一是输入型的侵害,即未经许可向海洋倾倒排放废弃物与污染物,比如船舶油污、违法填海、海洋工程等造成海洋环境污染;二是输出型的侵害,即违法掠夺海洋渔业等动植物自然资源,破坏海洋生态系统。

(一) 海洋环境公益诉讼适用的法律

为应对海洋环境损害责任纠纷解决的需要,《中华人民共和国海洋环境保护法》(简称《海洋环境保护法》)1999年修订时增加了第90条第2款^①,该条首次将“破坏海洋水产资源、海洋保护区、海洋生态给国家造成重大损失的”划定在海洋环境损害公益诉讼的范围内。该条既是赋权性规定,也是限制性规定。依据该法第5条规定,中国海洋环境管理延续了陆上“条块结合、以块为主、分散管理”的体制,海洋环境监督管理权分别由生态环境保护、海洋(2018年国家机构改革后职权转至自然资源)、渔业、海事、军队及沿海县级以上地方政府行使。

自《海洋环境保护法》规定行使海洋环境监督管理权的部门(为论述方便统称为海洋环境法定机关)可以代表国家向责任者行使损害赔偿请求权以来,前后已发生多起有影响力的案件。比如2002年发生的号称是中国海洋生态污染损害索赔第一案的“塔斯曼海”案,因船舶碰撞导致马耳他籍“塔斯曼海”油轮在天津海域泄漏大量原油,造成海洋渔业资源的重要产卵场、索饵场和肥育场——渤海湾西岸的海洋生态环境遭受严重破坏。天津市渔政渔港监督管理与天津市海洋局分别就渔业资源损失、海

洋环境生态污染破坏和生态恢复向责任人提出索赔。在此后发生的有较大影响的“阿提哥”轮油污案、“中石油7.16事故”及“蓬莱19-3”漏油事件案中,海洋环境法定机关均代表国家向责任人提出了索赔。可以说,依据《海洋环境保护法》由海洋环境法定机关代表国家和社会公共利益就海洋环境受损向责任人提出公益诉讼已具备丰富的实践经验。

而由检察机关提起公益诉讼的实践则发展较晚,虽然早有相关的实践探索,但直到2017年,修正后的《中华人民共和国民事诉讼法》(简称《民事诉讼法》)^②及《中华人民共和国行政诉讼法》(简称《行政诉讼法》)^③才为检察机关提起民事公益诉讼及行政公益诉讼提供了法律上的依据,《最高人民法院、最高人民检察院关于检察公益诉讼案件适用法律若干问题的解释》(简称《检察公益诉讼解释》)^④为检察机关提起公益诉讼提供了程序上的具体规则。但检察机关在海洋环境领域内提出的公益诉讼案件数量偏少。据最高人民检察院工作报告披露,2019年沿海11省市检察机关围绕海上污染防治、陆源污染防治以及入海排污口设置等开展了“守护海洋”公益诉讼专项监督活动,从2月到10月,全国检察机关立案相关海洋环境公益诉讼案件仅873件,而全国同期从1月到9月立案的检察公益诉讼案件数量高达92410件,按照比例计算,检察机关提起的海洋环境公益诉讼案件大约仅占全国同期检察机关提起公益诉讼立案案件数量的1%。^[1]

(二) 其他社会组织非海洋环境公益诉讼的适格主体

虽然《民事诉讼法》《中华人民共和国环境保护法》《最高人民法院关于审理环境民事公益诉讼案件适用法律若干问题的解释》明确规定了“社会组织”可以提出环境公益诉讼,但根据《海洋环境保护法》及《最高人民法院关于审理海洋自然资源与生态环境损害赔偿纠纷案件适用法律若干问题的解释》(简称《海洋环境解释》)的规定,对破坏海洋环境造成国家重大损失的,应由海洋环境法定机关根据其职能

① 《海洋环境保护法》于1982年8月23日通过,在1999年进行了修订,并在2013年、2016年及2017年进行了修正;在2016年修正时该条由第90条调整为第89条,规定:“对破坏海洋生态、海洋水产资源、海洋保护区,给国家造成重大损失的,由依照本法规定行使海洋环境监督管理权的部门代表国家对责任者提出损害赔偿要求。”

② 2017年《民事诉讼法》修正时,在第55条增加了第2款:“人民检察院在履行职责中发现破坏生态环境和资源保护、食品药品安全领域侵害众多消费者合法权益等损害社会公共利益的行为,在没有前款规定的机关和组织或者前款规定的机关和组织不提起诉讼的情况下,可以向人民法院提起诉讼。前款规定的机关或者组织提起诉讼的,人民检察院可以支持起诉。”

③ 2017年《行政诉讼法》修正时,在第25条增加了第4款:“人民检察院在履行职责中发现生态环境和资源保护、食品药品安全、国有财产保护、国有土地使用权出让等领域负有监督管理职责的行政机关违法行使职权或者不作为,致使国家利益或者社会公共利益受到侵害的,应当向行政机关提出检察建议,督促其依法履行职责。行政机关不依法履行职责的,人民检察院依法向人民法院提起诉讼。”

④ 《检察公益诉讼解释》于2018年发布,在2020年进行了修正。

分工代表国家对责任者提出损害赔偿要求。

据此,目前司法实践中基本否定了环境保护组织提起海洋环境公益诉讼的主体资格,福建省高级人民法院在“中国生物多样性保护与绿色发展基金会与平潭县流水镇人民政府等海洋自然资源与生态环境损害赔偿纠纷案”^①中认为环境保护组织没有资格提起海洋环境公益诉讼。最高人民法院在“北京市朝阳区自然之友环境研究所与荣成伟伯渔业有限公司、王文波、何延青破坏海洋生态责任纠纷案”^②中认为《海洋环境保护法》是海洋自然资源与生态环境损害赔偿方面的特别规定,确认其他社会组织无诉讼主体资格。虽然有环保组织及学者对法院的做法提出了质疑与批评,并从立法历程、立法目的、立法常识等角度进行了多角度多方面的论证,认为法院的解释属于错误解释,认为其与最大限度保持原告主体资格开放性的宗旨存在矛盾、与提高诉讼效率并与当前倡导有效保护海洋生态环境的背景相背离,并认为司法解释及法院的做法从长远来看对国家海洋环境保护事业极其不利。^[3-6]

但笔者认为,海洋环境法定机关依据《海洋环境保护法》代表国家及社会公共利益就海洋环境损害向侵权责任人提出损害赔偿诉讼已有近四十年的历程,积累了专业优势与经验,较环保组织而言,在海洋环境保护方面的专业技术人才以及法律诉讼能力方面均有显著优势,法院依据《海洋环境保护法》及司法解释,明确由海洋环境法定机关代表国家及社会公共利益统一对侵权责任人提出索赔并不会减损公益诉讼的提起与索赔,反而会减少索赔主体多元无序起诉而导致的冲突增加索赔成本等问题。

(三) 海洋环境公益诉讼应由海事法院实行专属管辖

海洋环境公益诉讼性质上归属于海事侵权责任纠纷,根据《中华人民共和国海事诉讼特别程序法》《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》以及《海洋环境解释》的相关规定,“在海上或者沿海陆域内从事活动,对中华人民共和国管辖海域内海洋自然资源与生态环境造成损害,由此提起的海洋自然资源与生态环境损害赔偿诉讼,由损害行为发生地、损害结果地或者采取预防措施地海事法院管辖。”

对海洋环境侵权案件由海事法院集中管辖有利

于环境资源审判以海域、自然保护区或海洋保护区等生态功能区为单位跨行政区划集中管辖模式的实现。有学者对1999年1月至2017年12月全国海事法院受理的418例涉海环境案件进行了统计分析,认为涉海环境民事公益诉讼案件有11件。^{[7]94}已受理过检察机关提起海洋环境公益诉讼的有广州、宁波、武汉与海口海事法院,案件类型包括向海洋倾倒废弃物的污染环境犯罪案件,非法捕捞海洋生物资源类公益诉讼案件等。

二、海洋环境检察公益诉讼之路径与冲突

据最高人民检察院工作报告,目前检察机关起诉的公益诉讼案件中“刑事附带民事公益诉讼占比最高,达到77.82%,行政公益诉讼居中,占比为15.66%,而民事公益诉讼占比最小,仅为6.52%”。^[1]参照此比例,就海洋环境公益诉讼路径及冲突分析如下。

(一) 刑事附带民事公益诉讼

《检察公益解释》为检察机关提起刑事附带民事公益诉讼提供了法律上的依据。检察机关有权在对海洋资源环境犯罪提出公诉的同时附带提出民事公益诉讼,检察机关具有程序的选择权,可以在刑事诉讼中附带提起民事公益诉讼,也可以视案件的实际情况,单独提出民事公益诉讼。该解释将其规定在民事公益诉讼制度中,而不是在传统的刑事附带民事诉讼制度中。^{[8]93}

刑事附带民事公益诉讼已成为救济因环境犯罪造成的海洋生态损害的有效途径。^[9]当破坏海洋生态环境涉嫌构成破坏海洋环境资源保护罪时,检察机关依据《中华人民共和国刑事诉讼法》(简称《刑事诉讼法》)以“公诉人”身份指控被告人承担相应的刑事责任,同时以“公益诉讼起诉人(原告)”身份向法院起诉要求行为人依法承担民事赔偿责任。

尽管有学者认为,在抽象公共利益救济上,刑事附带民事诉讼与民事公益诉讼在制度设计上具有竞合与重叠关系,前者足以保障公共利益,无必需设置刑事附带民事公益诉讼。^[10]但多数学者认为刑事附带民事公益诉讼具备有效破解取证难、提高诉讼效率节约司法资源的优势,并具有保障司法裁判的统一性等独特的价值。

《中华人民共和国刑法》(简称《刑法》)中涉及

① 参见福建省高级人民法院(2018)闽民终385号民事裁决书。

② 参见最高人民法院(2019)最高法民申6214号民事裁定书。

海洋环境类犯罪的罪名包括:污染海洋环境罪,非法捕捞海产品罪,非法猎捕、杀害、收购、运输、出售珍贵、濒危海洋野生动物及制品罪^①,非法采矿(海砂)罪^②等。有学者统计,在破坏生态环境和资源保护领域内的刑事附带民事诉讼主要涉及《刑法》第六章第六节“破坏环境资源保护罪”中的15个罪名,与海洋环境相关的非法捕捞水产品罪的数量居于首位。^{[8]96}如由中国海警局2017年1号督办的“全国海洋生态环境公益诉讼第一案”——“江苏连云港市灌南县人民检察院诉荣成伟伯渔业有限公司等海洋环境损害赔偿案”^③,检察机关在控告被告人构成非法捕捞水产品罪的同时,附带提起民事公益诉讼,请求判令荣成伟伯渔业公司及46名自然人被告在媒体上公开赔礼道歉,并对受损害的海洋生态环境采取增殖放流等方式予以修复,或赔偿生态环境修复费用、损害调查及评估等费用。另据笔者检索,目前在广东省湛江市徐闻县,浙江省宁波市北仑区、温州市苍南县、台州市玉环县,山东省日照市岚山区等多地检察机关在指控被告人非法捕捞罪的同时附带了民事公益索赔^④。但就非法捕捞水产品罪向海事法院提起刑事附带民事公益诉讼的尚无先例,一方面海事法院受理刑事案件还在试点之中,另一方面涉及到管辖审级等方面的原因海事法院也难以直接受理通常由地方基层法院受理的此类案件。

(二) 海洋环境行政公益诉讼

当侵权人破坏海洋环境的行为未构成犯罪时,应当由海洋环境法定机关对违法行为进行处罚,并组织对海洋生态损害进行修复。如果海洋环境法定机关不作为,不履行保护海洋环境的法定职责时,依据《检察公益诉讼解释》^⑤的规定,检察机关应依法对行政机关予以督促,督促方式包括向行政机关发诉前检察建议,要求行政机关履行法定职责;在行政机关不履行法定职责时,检察机关应以行政机关为被告提起行政公益诉讼,要求法院判令行政机关履行法定职责。检察机关对行政不作为进行个案监督是行政公益诉讼发挥作用的基本形式。

海洋非法捕捞是常见的破坏海洋环境违法行为,在禁渔区、禁渔期使用禁用渔具实施非法捕捞是常见的违法类型,渔业行政机关承担采取积极措施打击非法捕捞的法定职责,如果发现犯罪线索的应向公安机关移送处理。如在“文昌市人民检察院诉文昌市海洋与渔业局不履行查处违法定置网的法定职责案”(简称“文昌市农业农村局不履行法定职责案”)^⑥中,文昌市检察院在对海域调查过程中发现大量禁用捕捞渔具——定置网,随即以诉前检察建议方式督促海洋环境法定行政机关——文昌市农业农村局对辖区内所有使用的定置网实施清除并对非法捕捞行为进行处罚。虽然渔业行政机关开展了禁用捕捞渔具的专项清理行动,但检察机关认为其所采用的处置方法不合法,对违法证据未保存,对涉嫌犯罪的不移交处理,造成破坏海洋环境的违法犯罪行为未能得到有效的遏制。法院判决责令文昌市农业农村局履行其法定职责对其辖区海域内违法定置网在规定时间内进行查处。

虽然检察机关应督促行政机关依法履行其法定职责,但向海洋环境侵权责任人提出民事公益诉讼是否属于行政机关的法定职责却是不明晰的,如果行政机关在收到检察建议后不向海事法院起诉向侵权责任人提出索赔,是否属于不依法履行职责?

(三) 海洋环境民事公益诉讼

如果检察机关未附带民事公益诉讼,或者检察机关在履行职责中发现海洋环境法定机关针对海上环境侵权行为不履行法定职责时,检察机关作为补充起诉主体,由其单独提起或支持海洋环境法定机关提起民事公益诉讼便是另一路径。

《民事诉讼法》第55条第2款规定了检察机关在民事公益诉讼中的主体地位及诉讼顺位。结合《海洋环境保护法》的规定,可知在破坏海洋环境的侵权行为发生后,第一起诉顺位的是海洋环境法定机关,检察机关可以支持其起诉;若无海洋环境法定机关,或者该机关不提起诉讼,作为补充顺位的检察机关可以独立提起民事公益诉讼。

① 参见宁波海事法院(2019)浙72刑初2号刑事判决书。

② 参见青岛市市北区人民法院(2019)鲁0203刑初737号刑事判决书。

③ 未检索到公益诉讼的裁决结果,刑事结果可参见灌南县人民法院(2018)苏0724刑初139号刑事决定书、连云港市中级人民法院(2019)苏07刑终405号刑事判决书。

④ 参见(2018)粤0891刑初350号刑事判决书、(2018)浙0206刑初402号刑事判决书、(2018)浙0327刑初1238号刑事判决书、(2019)浙1021刑初316号刑事判决书、(2019)鲁1103刑初307号刑事判决书。

⑤ 《检察公益诉讼解释》第21条规定,检察机关在履行职责中发现生态环境和资源保护领域负有监督管理职责的行政机关不作为,致使国家利益或者社会公共利益受到侵害的,应当向行政机关提出检察建议,督促其依法履行职责。行政机关不依法履行职责的,人民检察院依法向人民法院提起诉讼。

⑥ 参见(2019)琼72行初20号行政判决书。

从海事司法实践来看,检察机关通常在以下两种情形下参加或提起海洋环境民事公益诉讼。

第一,检察机关支持起诉。即在海洋环境法定机关提起民事公益诉讼时,由检察机关支持起诉,参与到诉讼过程之中。如作为全国首例检察机关支持起诉的污染海洋环境责任纠纷案——“中山市海洋与渔业局与被告彭伟权、冯喜林、何伟生、何桂森、袁茂胜污染海洋环境责任纠纷民事公益诉讼案”(简称“彭伟权案”)^①中,因被告倾倒废弃垃圾对周围海域造成极大破坏构成了环境污染犯罪。广东省中山市第一市区人民检察院在办理刑事案件过程中,将案件所涉海洋生态环境公益诉讼线索报送广东省中山市人民检察院,该院督促并支持了中山市海洋与渔业局依法对本案提起公益诉讼。

第二,由检察机关独立提起民事公益诉讼。即在无海洋环境法定机关或者该机关不提起民事公益诉讼时,由检察机关以自己的名义提起民事公益诉讼。从目前的海事实践来看,检察机关向海事法院提起的海洋环境民事公益诉讼主要有以下两个类别:其一是由广州市人民检察院提起的两起向海洋倾倒废弃物公益诉讼案,被告在未取得海洋倾倒许可证的情况下向海洋倾倒建筑余泥及生活垃圾等废弃物,广州市南沙区海洋与渔业局向被告出具《行政处罚决定书》后,请求由其上一级检察机关广州市人民检察院提起民事公益诉讼。其二是由舟山市人民检察院提起的三起非法收购、运输、出售海龟破坏海洋生态环境案^②,请求法院判令各被告公开赔礼道歉、承担生态修复补偿金及鉴定评估费。

三、海洋环境检察公益诉讼几个难点问题探讨

(一) 刑事附带民事公益诉讼程序应予谦抑

在涉及破坏海洋环境的犯罪案件中,检察机关是选择通过刑事附带民事公益诉讼程序,还是民刑分开进行,司法实践中的做法不一。据最高人民检察院工作报告称,目前检察机关提起的公益诉讼案件中,刑事附带民事公益诉讼占比高达77.82%,在笔者看来,其原因主要在于检察机关对于公益诉讼案件的线索搜集渠道较为有限,在民事公益诉讼数量考核压力下,将本院自侦、批捕、公诉线索移送给公益部门,对刑事案件线索“二次利用”,借助刑事追诉已锁定的对象,其容易办理的特征使其备受基

层检察机关的青睐。

刑事附带民事公益诉讼的本质为刑事诉讼程序,属于将公益诉讼强制嵌入到刑事诉讼程序之中;而民事公益诉讼性质上属于民事诉讼,二者在诉讼理念、管辖法院、当事人的地位、审理期限、上诉期限、财产保全等方面都存在冲突。第一,管辖的冲突。由于《刑法》“破坏环境资源保护罪”的几个罪名里最高刑期中没有无期徒刑与死刑,所以刑事附带民事公益诉讼由犯罪地或被告人居住地基层法院管辖;但民事公益诉讼,应当由损害行为发生地、损害结果地或者采取预防措施地海事法院管辖,海事法院级别为中级法院。第二,审限的冲突。依照《刑事诉讼法》之规定,对于普通的公诉案件,法院应当在受理后二个月以内宣判;但民事诉讼的审理期限通常为六个月。由于海洋环境损坏,不论是污染海洋环境还是掠夺海洋渔业等自然资源,都具有跨区域、流动性、技术性等特点,按照刑事诉讼的短期限很难完成,往往会造成刑事案件先审结,然后由同一审判组织继续审理民事公益部分的现象,体现不出附带民事程序的效率性。第三,具体制度上的冲突。作为刑事诉讼程序,不得对被告人的财产采取保全措施,往往会影响民事判决结果的执行;作为刑事诉讼程序,不得对被告人进行缺席审判,导致民事诉讼被告范围与刑事诉讼被告范围有冲突等。

由于涉海环境案件在诉讼模式与审理机制、损害评估与责任承担、审判理念与裁判标准、证据规则与事实认定等方面都具有特殊性。笔者建议,应发挥海事法院在海洋环境领域内集中管辖的优势,减少刑事附带民事公益诉讼案件的数量与比例,除非是犯罪事实清楚、民事侵权事实争议不大的案件,原则上海洋环境民事公益部分应该从刑事程序中独立出来,交由海事法院进行专属管辖,或者通过刑事附带民事公益诉讼向海事法院一并提出。

自1984年成立以来,全国各海事法院受理的海洋环境侵权案件数量达百起,在长期审判实践基础上形成了较为成熟的做法。在海洋环境损害的索赔主体的认定、归责原则与举证责任的分配、赔偿范围及认定、法律的适用等各方面均有丰富的实践经验。海洋环境民事公益诉讼案件由海事法院集中管辖之后,有利于中国海事法院逐步建立符合涉海环境司法特点的程序规则、审判组织及其运行机制。^{[7]95-96}

① 参见广州海事法院(2017)粤72民初541号民事判决书。

② 参见宁波海事法院(2019)浙72民初808号民事判决书、(2019)浙72民初809号民事判决书、(2019)浙72民初810号民事判决书。

除对传统海事侵权等海洋环境损害私益诉讼实行专门管辖之外,依据《最高人民法院关于海事诉讼管辖问题的规定》及《最高人民法院关于进一步加强海事行政审判工作的通知》,海事法院已对海事行政案件实行集中管辖。另外,自2017年以来,中国海事审判“三审合一”试点揭开了新的篇章,宁波海事法院成功审理了全国首例涉外海事刑事案件——艾伦·门多萨·塔布雷(ALLAN MENDOZA TABLATE)交通肇事罪案。^[11]目前海事法院受理刑事案件处于“一案一请示”“一案一(指定)管辖”的试点阶段。建议检察机关针对涉及破坏海洋环境保护犯罪的案件,在提起刑事公诉或者选择刑事附带民事公益诉讼时提升一级由海事法院管辖。海洋环境侵权刑事案件由海事法院行使专属管辖,将能更好地发挥海事法院审判的专业特长,解决海洋环境侵权刑事案件纠纷。^[12]

(二)“民刑并举”诉讼模式的建构

除刑事附带民事公益诉讼程序之外,对于涉及海洋环境犯罪的案件,是采用“先刑后民”“先民后刑”亦或“民刑并举”,司法实践做法不一。

依据程序法的法理与原则,对于涉及刑事犯罪的,通常按照“先刑后民”的方式处理,一般都是刑事责任确定后再进行民事公益诉讼,或等刑事案件程序终结之后再启动或恢复民事诉讼程序。从司法实践来看,多数案件按照这样的方式处理。但海事司法实践中目前已在探索“先民后刑”或“民刑并举”的方式。

第一,“先民后刑”的方式。即在先行提起民事公益诉讼程序之后,再提起刑事诉讼。如舟山市人民检察院于2019年5月21日以非法收购、运输、出售海龟破坏海洋生态环境的刘阳等15人为被告,向宁波海事法院提起了三件民事公益诉讼,在同年9月12日公开开庭审理了本案,并于同年11月21日作出了民事判决。但检察机关直到同年9月11日才以收购、运输、出售珍贵、濒危野生动物罪向宁波海事法院提起公诉,刑事判决书也在民事判决之后作出。此种模式下,民事公益诉讼的赔偿结果往往会作为刑罚量刑的参考因素,因此被告人出于量刑从宽的考量,往往愿意积极赔偿,附带民事公益诉讼的裁判结果往往能够提前实现或有效实现,民事责任会对刑事责任进行部分吸收,二审程序被提起的概率会相应地降低,案结事了的效率得到彰显。^[13]

第二,“民刑并举”方式。即在侦办海洋环境犯罪案件中发现需要提起民事公益诉讼向侵权责任人提出索赔的,同时启动民事诉讼程序,民刑两个程序同时进行。如前文述及的“彭伟权案”中,中山市海洋与渔业局就彭伟权等污染海洋环境于2017年7月2日向广州海事法院提起民事公益诉讼,此时彭伟权等人污染环境罪的刑事诉讼程序正在进行之中,法院受理民事诉讼之后裁定中止审理,待刑事程序终结后才恢复民事诉讼程序。

有学者认为“先刑后民”的单一模式难以全方位保护社会公共利益,建议采用“民刑并举”诉讼模式为主,“先刑后民”“先民后刑”诉讼模式为辅的模式。^[14]笔者赞同这一观点,上述司法实践给我们提供了可借鉴的经验。海洋环境犯罪,如非法捕捞水产品犯罪,集团犯罪、共同犯罪现象较普遍,被告人人数众多,不必恪守“先刑后民”,视情况采用“先民后刑”,有利于解决此类案件中有部分犯罪嫌疑人未归案时的程序处置,一来民事程序可为刑事程序提供证据辅助,二来民事程序可以适用缺席审判,方便以快捷方式获得海洋环境修复的赔偿款,有利于海洋公共利益的保护,实现司法公正与司法效率。

(三)检察机关督促及公告方式的改革

依据《检察公益诉讼解释》之规定,督促适格主体依法行使公益诉权既是检察机关的主要任务,又是检察机关独立提起民事公益诉讼的前置程序,仅当无法定机关或者法定机关不提起民事公益诉讼时,检察机关才能以自己名义提起民事公益诉讼。

1. 督促法定机关履行职责的方式不明

由于司法解释无明确规定,因此如何认定“无法定机关”或者“法定机关不履行职责”成为难点问题。司法实践中有以下几种做法:其一,采用前置公告程序。在《检察日报》等媒体上发布公告视为是督促,在公告期限届满后如果无法定机关出现,则视为无法定机关,检察机关即可自行或经报上一级检察机关批准后提起民事公益诉讼。多数的检察民事公益诉讼案件选择此种方法,其原因在于一方面这是《检察公益诉讼解释》规定的法定程序,另一方面这一方法简便易行。但公告的实际效果通常是存疑的。其二,行政机关在收到检察建议后请求检察机关提起诉讼。在“广州市人民检察院与李伟来污染海洋环境责任纠纷民事公益诉讼案”^①以及“广州市人民检察院与王韦富污染海洋环境责任纠纷民事公益诉

① 参见(2017)粤72民初431号民事判决书。

讼案”^①中,广州市南沙区人民检察院在办理刑事案件过程中发现两案的被告人有侵犯海洋环境造成社会公共利益受损的事实,遂出具《督促起诉意见书》给广州市南沙区海洋与渔业局,建议该局提起民事公益诉讼。但海洋与渔业局回复称,该机关缺乏具有相关知识和能力的专职人员以及司法诉讼方面的专业经验,恳请检察机关作为民事公益诉讼主体提起民事公益诉讼,后为满足级别管辖的要求,由广州市人民检察院提起了民事公益诉讼。其三,其他的督促方式,有些案件采取了寻求其他适格起诉人的程序,比如行政机关出具弃权证明或者委托书,或者检察机关向民政局函询本区域有无提起公益诉讼的适格组织等。

2. 海洋环境公益诉讼的诉前公告程序不妥

依据《检察公益解释》规定检察机关拟提起公益诉讼的,应当依法作三十日的公告。公告的目的在于督促与催告符合条件的诉讼主体提起民事公益诉讼。由于符合起诉条件的可以提起民事公益的其他“社会组织”是不特定的,因此公告是必要与可行的。但如前文论及,在司法实践中,依据《海洋环境保护法》的规定,已经排除了其他社会组织的诉讼主体资格,有权提起海洋环境公益诉讼的主体由不特定的变为特定的承担法定职责的海洋环境行政机关,因此《检察公益解释》规定的公告前置程序不应适用于海洋环境民事公益诉讼。检察机关不应也无必要采用公告的方式督促海洋环境行政机关。

笔者建议检察机关通过向同级海洋环境行政机关或者提请上级检察机关向其同级的海洋环境行政机关发出《检察建议》的方式进行督促,一方面明确督促职责,另一方面可以提高效率。行政机关在收到《检察建议》后,可以通过委托或授权的方式,同意或请求检察机关支持起诉,给予法律专业知识等方面的支持参与诉讼;也可以请求由检察机关提起诉讼,由海洋法定行政机关给予技术方面的支持等。

四、检察行政公益诉讼应为未来海洋环境保护的着力点

检察公益诉讼的本质是助力依法行政,共同维护人民根本利益,把以人民为中心落到实处。在检察公益的三种路径中,除了要有效抑制刑事附带民事公益诉讼的比例外,还要凸现行政公益诉讼,特别是行政公益诉前程序的作用。相较于民事公益诉讼而言,无论在理论还是实践中海洋环境行政公益诉

讼都应是检察机关发挥其各项职能的重心。^[15]海洋环境检察公益诉讼的功能应定位为海洋环境保护沟通协作的桥梁,兼容法律监督、公众曝光、检举与举报,共同发挥公益诉讼在发现监管需求、信息共享、识别海洋生态环境保护重点领域和监管空白、提高海洋生态环境行政部门监管能力方面的作用。^[16]行政公益诉讼具有统筹协调、督促多个海洋行政机关综合治理海洋环境的独特优势,能以最小司法投入获得最大社会效果,保护公益效果十分明显,彰显了中国特色的社会主义司法制度的优越性,^[1]这种工作模式比单纯的民事公益诉讼更有效果。

行政公益诉讼可细分为监督整改型、借力协作型和确认违法型三类。^[17]其中借力协作型是行政管理机关借助检察机关的力量,把行政机关难以开展的或者开展有困难的工作线索提供给检察机关,由检察机关向相关的各个行政机关出具检察建议,以解决工作难题,达到依法行政的目的。以“文昌市农业农村局不履行法定职责案”为例,法院判决由渔业主管部门履行对禁用渔具整治的法定责任,在笔者看来,其结果合法但不尽合理。由于海洋环境保护涉及领域复杂、主体众多,涵盖非法排放陆源污染物,非法进行海岸、海洋工程建设,非法倾倒废弃物造成海洋环境污染或生态破坏的违法犯罪行为,以及有组织上规模的海上非法捕捞,海上非法采矿,猎捕杀害珍贵濒危(海中)野生动物,禁用渔具网具的生产、销售、维修等非法产业链的屡禁不止等顽疾;主体上有海上行政多头执法“九龙治海”之乱象,存在不同领域的横向的同级行政主管部门之间的分工以及纵向的同一管理机关上下级部门之间的分权。^[18]也涉及公安、生态环境、自然资源、农业农村、水利、安全生产、市场监管、交通运输、金融监管、乡镇渔村等各个行政机关与职能部门。

海洋生态环境保护的整体性特征需要多部门的协同配合。整治禁用渔具非渔业主管部门能单独完成的工作,需要由检察机关牵头联合各个行政机关进行综合治理,因其产业链涉及生产、销售、维修、使用等环节与领域,除了在海上执法过程中对正在使用中的禁用渔具予以没收外,更重要的是要强化对关联上下游行业的执法监管,比如对生产销售修理渔具网具等相关联的经营者的查处,加强对渔具网具销售市场的监管,通过建立生产、销售经营者的诚信档案,对纳入“黑名单”的在企业融资信贷、税费

^① 参见(2017)粤72民初432号民事判决书。

减免等方面加以限制,通过在渔农村全面推行“湾(滩)长制”进而全面开展湾滩“绝户网”等禁用渔具的巡查监管、清理整治等。笔者建议对类似禁用渔具治理等海洋环境治理类型案件,应由检察机关通过深入调查,承担起行政公益诉讼的主体责任,通过行政公益诉前程序向渔业、市场监管、运输、公安等相关行政机关发出检察建议,牵头进行综合整治,唯有如此才能将案件办成法治教育样本,达到“办理一案、警示一片、教育社会”的效果。

五、结语

海洋环境保护是生态文明建设的重要组成部分,也是落实党中央“五位一体”生态保护的重要内容。检察机关在海洋环境保护中有其独特的作用,既可以提起公诉直接追究破坏海洋环境被告人的刑事责任,又可以督促行政机关履行保护海洋环境的法定职责,更能通过民事公益诉讼要求侵权责任人承担生态环境修复的民事赔偿责任,实现了海洋环境保护的刑事、行政与民事程序“三位一体”的保护。但在三种路径与程序中,检察机关任务及发挥作用不一,虽然公益诉讼已成为了检察机关四大职

责之一,但提起公诉是检察机关的主要阵地与最主要职责,追究被告人刑事责任是其不可替代的任务。为提高效率节约司法资源,对于事实清楚、争议不大的海洋环境类犯罪案件,可以继续发挥刑事附带民事公益诉讼的优势,由检察机关在公诉时一并提出。造成海洋环境损害的海洋环境犯罪往往案情复杂、技术性很强,经常需要对海洋资源与环境损害进行鉴定与评估,因此建议检察机关抑制刑事附带民事公益诉讼的类型与数量,让民事公益诉讼程序独立提出与运行。除了刑事诉讼程序外,检察机关在海洋环境保护中的主要功能在于监督与督促行政机关履行海洋环境保护的法定职责,在海洋环境法定机关积极履责的情况下,检察机关应尽量避免直接介入到民事公益诉讼程序之中。检察机关应从对行政机关个案的不作为的监督,提升到对海洋环境保护区域性、行业性及领域内的监督,关注到海洋环境保护的重难点问题的解决,让检察行政公益诉讼成为检察机关发挥监督权的主要阵地,唯有如此才能体现检察公益诉讼在海洋环境保护中的独特价值。

参考文献:

- [1] 张军. 最高人民检察院关于开展公益诉讼检察工作情况的报告[EB/OL]. (2019-10-24)[2020-10-15]. https://www.spp.gov.cn/spp/tt/201910/t20191024_435925.shtml.
- [2] 竺效,梁晓敏. 论检察机关在涉海“公益维护”诉讼中的主体地位[J]. 浙江工商大学学报,2018(5):19.
- [3] 郑少华,王慧. 中国海洋环境公益诉讼的生成[J]. 浙江海洋大学学报(人文科学版),2019,36(6):2.
- [4] 张继峰. 海洋环境公益诉讼中原告主体身份的认定——以荣成伟伯案为例[J]. 浙江海洋大学学报(人文科学版),2019,36(6):7.
- [5] 魏士超. 检察机关提起海洋环境公益诉讼成案梳理[J]. 浙江海洋大学学报(人文科学版),2019,36(6):42.
- [6] 刘伊娜. 试论环保组织参与海洋环境公益诉讼的路径与完善[J]. 浙江海洋大学学报(人文科学版),2019,36(6):46.
- [7] 梅宏,殷悦. 涉海环境案件审判:现状与对策——基于近十八年418例涉海环境案件的分析[J]. 鄞阳湖学刊,2018(1).
- [8] 谢小剑. 刑事附带民事公益诉讼:制度创新与实践突围——以207份裁判文书为样本[J]. 中国刑事法杂志,2019(5).
- [9] 梅宏,殷悦. 涉海环境司法的难题与应对[J]. 贵州大学学报(社会科学版),2019,37(3):81.
- [10] 程龙. 刑事附带民事公益诉讼之否定[J]. 北方法学,2018,12(6):119.
- [11] 吴勇奇,刘啸晨. 海事刑事诉讼的专门管辖——以宁波海事法院试点审判的海事刑事案件为切入点[J]. 人民司法,2019(25):48.
- [12] 李莹莹. 海洋生态侵权诉讼若干问题[J]. 中国海商法研究,2019,30(3):18.
- [13] 刘加良. 刑事附带民事公益诉讼的困局与出路[J]. 政治与法律,2019(10):88.
- [14] 林鹏程. 环境公益诉讼的民刑交叉程序法律问题研究——以检察机关提起环境刑事附带民事公益诉讼为例[J]. 广东开放大学学报,2019,28(5):59.
- [15] 陈晓景. 新时期检察环境公益诉讼发展定位及优化进路[J]. 政法论丛,2019(6):130.
- [16] 崔金星. 环境管制变迁视角下的海洋环境公益诉讼功能定位与机制优化[J]. 浙江海洋大学学报(人文科学版),2019,36(6):10.
- [17] 浙江省自然资源行政公益诉讼课题组. 浙江省自然资源行政公益诉讼调研报告[J]. 浙江国土资源,2019(10):48.
- [18] 韩立新,陈羽乔. 海洋生态环境损害国家索赔主体的对接与完善——以《海洋环境保护法》修改为契机[J]. 中国海商法研究,2019,30(3):5.

王传良,张晏琯. 检察机关提起海洋生态环境民事公益诉讼刍议[J]. 中国海商法研究, 2021, 32(2): 41-48

检察机关提起海洋生态环境民事公益诉讼刍议

王传良¹, 张晏琯²

(1. 山东师范大学 法学院, 山东 济南 250358; 2. 大连海事大学 法学院, 辽宁 大连 116026)

摘要:中国检察机关提起海洋生态环境民事公益诉讼作为一项新事物,在理论层面,面临着身份的双重属性、检察诉讼谦抑性、当事人处分原则等问题的诘问;在制度层面,需要分析检察机关提起海洋生态环境民事公益诉讼的主体地位、诉前程序和举证规则等问题。通过梳理民事诉讼理论、检视中国现有相关法律制度,结合司法实践,可知检察机关提起海洋生态环境民事公益诉讼的实体和程序规则未溢出民事诉讼的基本理论和制度框架范围,但需要在案件数量积累的基础之上及时总结经验,以此丰富民事诉讼理论,完善检察机关提起海洋生态环境民事公益诉讼制度。

关键词:海洋生态环境;民事公益诉讼;检察机关

中图分类号:D916.3 **文献标志码:**A **文章编号:**2096-028X(2021)02-0041-08

A probe into legal issues of the civil public interest litigation on the marine ecological environment by procuratorial organs

WANG Chuan-liang¹, CHANG Yen-chiang²

(1. Law School, Shandong Normal University, Jinan 250358, China; 2. Law School, Dalian Maritime University, Dalian 116026, China)

Abstract: As a new development, the civil public interest litigation on the marine ecological environment by procuratorial organs is confronted with questions such as dual attributes of identity, modesty of procuratorial litigation, principle of disposition of parties and so on. At the regime establishment level, it is necessary to analyze the subject status, pre-litigation procedure and proof rules of the civil public interest litigation on the marine ecological environment by procuratorial organs. By combing the theory of civil litigation, examining the existing relevant legal regimes in China, and combining judicial practices, it can be concluded that the substantive and procedural rules of civil public interest litigation on the marine ecological environment by procuratorial organs do not overflow the scope of the basic theory and regime framework of traditional civil litigation. However, it is necessary to sum up experiences on the basis of accumulating the number of cases for the purpose of enriching the theory of civil litigation and improving the regime of civil public interest litigation on environment.

Key words: marine ecological environment; civil public interest litigation; procuratorial organs

2011年“康菲溢油事故”给中国造成了严重的海洋生态环境破坏。事故发生后不久,当时的农业部、国家海洋局通过行政协调来处理康菲公司的海洋污染损害赔偿问题;期间,栾树海等21名养殖户未接受该行政协调的赔偿、补偿,而是于2011年12月向天津海事法院起诉康菲公司和中海油公司赔偿

损失并胜诉;鉴于该事故造成的海洋生态环境修复工作未有进展,2015年7月,中国生物多样性保护与绿色发展基金会以康菲公司和中海油公司为被告,向青岛海事法院提起公益诉讼,请求判令被告恢复渤海的生态环境。2017年12月,青岛海事法院裁定驳回中国生物多样性保护与绿色发展基金会的诉

收稿日期:2020-08-10

基金项目:国家社科基金重大项目“海洋命运共同体视野下的中国海洋权益维护研究”(19VHQ009),中央高校基本科研业务专项资金项目“海上突发事件应急管理机制研究”(3132019310)

作者简介:王传良(1985-),男,山东泰安人,法学博士,山东师范大学法学院讲师,E-mail:619939896@qq.com;张晏琯(1976-),男,台湾南投人,法学博士,大连海事大学法学院教授、博士生导师,E-mail:ycchang@dlmu.edu.cn。

讼请求。^[1]经过行政协调、个人私益诉讼、社会组织公益诉讼等救济措施之后,“康菲溢油事故”带来的“余震”还在继续,作为国家利益、社会公共利益的保卫者,在因破坏海洋生态环境而侵害国家利益和社会公共利益时,检察机关应有所担当和作为,提起海洋生态环境公益诉讼便是手段之一。

中国检察机关提起环境公益诉讼的制度实践已完成从摸索阶段到立法阶段的过渡,但仍处于总结、完善阶段。在地方层面,2007年起各地开始摸索建立环境公益诉讼制度。^[2]在国家层面,2015年7月全国人大常委会授权最高人民检察院在全国十三个省、自治区、直辖市开展为期两年的公益诉讼试点工作。^[3]通过总结试点工作经验,《中华人民共和国民事诉讼法》(简称《民事诉讼法》)、《中华人民共和国行政诉讼法》(简称《行政诉讼法》)于2017年作出相应修改,规定检察机关可以提起环境公益诉讼。《最高人民法院、最高人民检察院关于检察公益诉讼案件适用法律若干问题的解释》(法释〔2018〕6号,简称《检察公益诉讼司法解释》),对检察机关提起公益诉讼的规则进行了详细规定。

2019年2月22日,最高人民检察院在青岛召开“海洋环境保护检察公益诉讼工作调研座谈暨‘守护海洋’检察公益诉讼专项监督活动部署会”,将在沿海各级检察机关部署开展“守护海洋”专项监督活动。本次会议明确指出,对于破坏海洋生态环境,侵害国家利益和社会公共利益的行为,沿海各级检察机关履行诉前程序,在行政机关仍没有依法履行职责或者社会组织没有起诉的情况下,可依法提起海洋生态环境公益诉讼。^[4]在此背景下,检察机关要充分将公益诉讼制度优势转化成守护海洋生态效能,有序、有效加大海洋环境保护公益检察工作力度,^[5]通过提起海洋生态环境民事公益诉讼,及时救济受到损害的国家利益和社会公共利益。

虽然中国检察机关有提起海洋生态环境民事公益诉讼的法律依据^①,但是在民事诉讼理论上面临着身份的双重属性、检察诉讼谦抑性、当事人处分原则等问题的诘问,有必要在现行法律制度框架下对这些理论问题予以回应和澄清。在民事诉讼具体制度层面,需要检视以下法律问题:其一,分析检察机关在海洋生态环境民事诉讼中的主体地位,论证检察机关提起海洋生态环境公益诉讼的制度空间;其二,作为检察机关提起海洋生态环境民事公益诉讼

的前置程序,梳理现行法律制度框架下的相关诉前程序规则,归纳诉前程序的主要制度设置以及对实践的合理回应;其三,证明侵权人破坏海洋生态环境继而损害到国家利益和社会公共利益,是检察机关提起海洋生态环境民事公益诉讼的实质条件。鉴于中国环境民事訴訟案件举证规则的特殊性,需分析检察机关提起海洋生态环境民事公益诉讼的举证规则,明晰因果关系的证明责任和损害结果的确定等问题。

一、检察机关提起海洋生态环境民事公益诉讼的理论检视

中国检察机关提起海洋生态环境民事公益诉讼作为一项新事物,与传统民事诉讼理论形成了一定的制度张力,并在理论界和实务界引起一定认识分歧,需要梳理相关问题并予以澄清。在探讨具体制度问题之前需要对以下理论问题予以检视:如何看待检察机关提起海洋生态环境民事公益诉讼时的双重身份?如何保持检察机关的民事诉讼谦抑性?当事人处分原则在检察机关提起海洋生态环境民事公益诉讼案件中的适用空间为何?此外,鉴于船舶污染海洋环境民事诉讼私益性明显,检察机关是否有权对船舶污染海洋环境行为提起环境民事公益诉讼?

(一)身份的双重属性

中国检察机关是法律监督机关,其提起海洋生态环境民事公益诉讼时,又具有公益诉讼起诉人的身份。这里需要分析两个问题:其一,这两种身份的关系如何,会不会在司法实践中产生冲突?其二,作为法律监督机关,检察机关如何对该类案件进行诉讼监督?

1. 两种身份的关系

检察机关的法律监督机关身份是从宏观层面而言的,该身份并不能增加检察机关的任何诉讼权利,亦不会破坏民事诉讼的传统结构。作为公共利益的代表者,检察机关在具体的海洋生态环境民事公益诉讼案件中的起诉人角色,亦是以维护海洋生态环境公益为目的,与其法律监督机关的身份并不矛盾,两者之间不存在逻辑关系。^[6]

需要指出的是,检察机关作为海洋生态环境公益诉讼起诉人,虽然原则上与原告无异,但依据《最高人民法院关于审理环境民事公益诉讼案件适用法律若干问题的解释》(法释〔2015〕1号,简称《环境

① 参见《民事诉讼法》第55条第2款,《检察公益诉讼司法解释》第13条、第20条等。

民事公益诉讼司法解释》)第17条的规定,被告无反诉权。这也就意味着较之一般民事诉讼案件,检察机关提起海洋生态环境民事公益诉讼案件中被告的诉讼权利有所克减。

2. 检察机关如何对该类案件进行诉讼监督

在中国,检察机关基于其法律监督机关的定位,对所有的民事诉讼行使诉讼监督权。在对检察机关提起的海洋生态环境民事公益诉讼进行诉讼监督时,基于法治思维,亦要遵循并坚持诉讼监督不破两造平等地位。实践中,检察机关内部应当通过合理分工来界分并协调其诉讼职能与诉讼监督职能的有效发挥。^[7]

(二) 检察诉讼谦抑性

检察机关为法律监督机关,应保持足够的检察诉讼谦抑性,如果有其他途径履行检察职责以维护国家利益和社会公共利益,就尽可能地不直接介入民事公益诉讼。^[8]检察机关提起海洋生态环境民事公益诉讼亦然。

1. 原因分析

第一,就外部而言,这是理顺海洋环境监督管理权、社会组织环境诉权以及检察机关法律监督权在海洋生态环境保护领域中的关系的需要。其一,依据《中华人民共和国海洋环境保护法》(简称《海洋环境保护法》)第89条第2款的规定,行使海洋环境监督管理权的部门可以提起海洋生态环境民事诉讼。虽然检察机关亦是公共利益的代表者,但若绕开现行法律的设定而直接提起海洋生态环境民事公益诉讼,不仅有越俎代庖之嫌,而且还会造成权力体系的混乱。^[9]其二,依据《中华人民共和国环境保护法》(简称《环境保护法》)第58条的规定,符合条件的社会组织可以对污染环境、破坏生态损害社会公共利益的行为提起民事公益诉讼。同时,《民事诉讼法》第55条第2款又赋予了相关社会组织在环境民事公益诉讼中的先诉权,检察机关的法律监督权要作为最后一道防线使用。

第二,就内部而言,这是检察机关合理规划检察职能、有效分配办案资源的需要。^[10]在监察制度改革的背景下,检察机关的反贪、反渎与职务犯罪预防等职能部门转隶监察委员会,厘清检察机关的职能安排,合理引导案件分流,推动刑事、民事、行政以及公益诉讼“四大检察”工作全面协调充分发展,是新

时期检察改革的主要任务之一。为此,对于提起海洋生态环境民事公益诉讼,检察机关应当保持充分的谦抑性,能以督促或支持起诉的方式协助适格主体完成起诉以及索赔工作,就尽量不直接介入诉讼^①,以此来合理规划和利用检察办案资源,促进“四大检察”全面协调发展。

2. 特殊考量

基于上文分析,检察机关提起海洋生态环境民事公益诉讼时,要尽可能地保持“检察诉讼谦抑性”,但至少存在以下两种情况需要进一步探讨。

第一,在海洋生态环境保护领域,检察机关提起刑事附带民事公益诉讼。因被告人的同一环境违法行为而产生刑事和民事责任,检察机关基于节约司法资源的目的,为有效保护国家利益和公共利益,可提起刑事附带民事公益诉讼,要求违法者承担海洋生态环境修复或赔偿等民事责任,且原则上应当在一份裁判文书中同时确定刑事责任和民事责任。^[11]在近几年海洋生态环境保护领域的司法实践中,检察机关已经提起多起刑事附带民事公益诉讼案例^②。该情况下,节约司法资源与保障行使海洋环境监督管理权的部门或有关社会组织的先诉权产生了制度张力。如何协调和处理二者间的关系?这有待学界和实务界进一步研究和总结实践经验。

第二,检察机关依法提起海洋生态环境民事公益诉讼,之后相关行政机关又就同一环境污染行为提起海洋生态环境民事诉讼,或者符合条件的有关社会组织愿意提起海洋生态环境民事公益诉讼。这种情况下,鉴于检察机关已经做了大量的调查、取证工作,如果检察权一律让位于先诉权,检察机关撤诉后再支持起诉似乎有违诉讼效率,且易引发证据时效性问题,不利于国家利益和公共利益的维护。该情况下,诉讼效率是否让位于其他起诉主体的先诉权,还是可以考虑令其作为共同原告参与诉讼,^[12]尚需继续积累司法实践经验,以作出恰当的处理。

(三) 当事人处分原则

为保障当事人的实体利益,传统的民事诉讼遵循当事人处分原则,当事人可以自主决定是否和解、调解、撤诉,而《检察公益诉讼司法解释》未将和解、调解作为检察机关提起民事公益诉讼的结案方式,仅在第19条规定:“民事公益诉讼案件审理过程中,人民检察院诉讼请求全部实现而撤回起诉的,人

① 《检察公益诉讼司法解释》第13条对此进行了制度回应。

② 如下文所介绍的“荣成伟伯渔业案”。

民法院应予准许。”

从法理上分析,此时当事人所争讼的是无法归属于任何特定主体的公共利益,检察机关可以行使诉权启动公益诉讼程序,但不享有所提起公益诉讼实体权利的处分权。^[13]故和解、调解不是检察机关提起海洋生态环境民事公益诉讼的结案方式。对于撤诉而言,仅在诉讼请求全部实现的情况下,即被告完全履行损害赔偿义务或海洋生态环境得以修复时,检察机关才可以申请撤诉。

(四) 船舶污染海洋环境民事诉讼的私益性

船舶污染海洋环境行为作为一种常见的海上侵权行为,对其提起船舶污染海洋环境民事诉讼多为救济私利,^[14]较之环境民事公益诉讼,有如下主要特点:原告与损害存有利害关系、索赔主体已固定化;赔偿范围已经量化,且对责任方有赔偿责任限额的规定;船舶污染海洋环境民事案件的既判力仅在当事人之间发生作用,未参与诉讼或者未向基金提出赔偿请求的受害方无法直接援引判决而受偿。船舶污染海洋环境民事诉讼的上述私益性特点明显区别于环境民事公益诉讼,致使检察机关对该海上侵权行为提起海洋生态环境民事公益诉讼存有疑问。

对此问题,应判断船舶污染海洋环境行为是否造成了公共利益的损害。在船舶污染海洋环境案件中,由于污染随海水扩散等因素,潜在的受害方范围往往超过普通环境侵权案件,因此所造成的海洋生态环境损害是指向公共利益的。^[15]该情况下,作为公共利益代表之一的检察机关可以就此提起海洋生态环境民事公益诉讼。区别于普通环境侵权案件,检察机关就此提起民事公益诉讼的诉讼请求集中在对于海洋生态环境受损的恢复,具体的损害结果认定,见后文分析。

二、检察机关在海洋生态环境民事诉讼中的主体地位

分析检察机关在海洋生态环境民事诉讼中具有何种主体地位,不仅可以明晰检察机关提起海洋生态环境公益诉讼的制度空间,亦可以梳理在海洋生态环境民事诉讼中,检察机关与其他相关诉讼主体之间的关系和顺位。依据相关制度规定和现有实践基础,检察机关可以通过三种方式直接或间接参与海洋生态环境民事公益诉讼:其一,经过诉前程序后,行使海洋环境监督管理权的部门以及有关社会组织未提起诉讼,或者没有适格主体提起诉讼,检察机关直接提起海洋生态环境民事公益诉讼;其二,有适格主体提起海洋生态环境民事诉讼,但限于自身

财力、能力或存在调查取证问题等,检察机关以支持起诉的方式参与该诉讼;其三,相关行政机关怠于提起海洋生态环境民事诉讼,为维护国家利益或社会公共利益,检察机关督促其起诉。此外,检察机关履行公告程序亦是督促行使海洋环境监督管理权的部门或有关社会组织提起诉讼的方式。

(一) 直接起诉:公益诉讼起诉人

在总结试点工作经验的基础上,《民事诉讼法》第55条第2款已赋予检察机关环境民事公益诉讼起诉人的资格。检察机关是起诉适合主体,但是具有补充起诉人的顺位。

1. 补充起诉人的顺位

《海洋环境保护法》明确行使海洋环境监督管理权的部门为起诉适格主体;《环境保护法》赋予相关社会组织提起环境民事公益诉讼的权利;依据《民事诉讼法》第55条第2款,上述两类主体享有先诉权,检察机关行使的是一种“兜底”性质的起诉权,即检察机关在海洋生态环境民事公益诉讼中扮演着补充起诉人的角色。^[16]

检察机关补充起诉人的顺位,与其“法律监督机关”的宪法定位相契合,在存在其他适格主体提起诉讼的前提下,检察机关应保持足够的谦抑性。对此,《检察公益诉讼司法解释》第13条作出了“三十日公告诉前程序”的规定。

2. 直接起诉的方式

第一,直接提起海洋生态环境民事公益诉讼。依据《民事诉讼法》第55条第2款、《检察公益诉讼司法解释》第13条,在发出公告三十日后,行使海洋环境监督管理权的部门以及相关社会组织没有提起诉讼,或者没有适格主体提起诉讼,检察机关以公益起诉人的身份提起海洋生态环境民事公益诉讼。另外,2018年最高人民检察院印发的《检察机关民事公益诉讼案件办案指南(试行)》(高检民[2018]9号)(简称《办案指南(试行)》)指出:“省级人民检察院可以根据本地情况,建立拟起诉案件审批、备案制度。”

目前,沿海检察机关已经开始办理此类案件。例如,2019年4月18日,浙江省舟山市检察院对收购、运输、出售海龟破坏海洋野生动物资源3起案件立案并登报公告,三十日公告期满后,未有行使海洋环境监督管理权的部门或社会组织提起诉讼。经浙江省检察院批准,2019年5月22日,舟山市检察院就该批案件向宁波市海事法院提起民事公益诉讼,请求法院判令被告在各自的侵权范围内连带承担生

态修复赔偿金共计657.6万元人民币,鉴定评估费1.0025万元人民币,并公开赔礼道歉。^[17]

第二,刑事附带海洋生态环境民事公益诉讼。检察机关在办理的刑事案件中,基于被告人的同一违法行为,可以提起刑事附带海洋生态环境民事公益诉讼。例如,2017年5月18日,被告人驾驶山东荣成伟伯渔业有限公司经营的6艘渔船以及挂靠该公司的6艘渔船,于禁渔期在禁渔区内非法捕捞水产品,严重破坏了海洋生物多样性和海底生物栖息地。经江苏省人民检察院批准,2018年3月22日,江苏省灌南县人民检察院基于该违法行为向灌南县人民法院提起刑事附带民事公益诉讼,请求判令被告人及荣成伟伯渔业有限公司修复受损害的海洋生态环境,或赔偿海洋生态环境修复费用。^[18]

(二) 支持起诉:支持起诉人

在检察公益诉讼试点开始前,检察机关主要是作为支持起诉人参与环境民事公益诉讼的。《民事诉讼法》第55条第2款最后一句对检察机关支持起诉进行了规定:“前款规定的机关或者组织提起诉讼的,人民检察院可以支持起诉。”

1. 支持相关行政机关起诉

检察机关发出检察建议,督促相关行政机关提起海洋生态环境民事诉讼时,为与相关行政机关形成工作合力,以期最大限度维护国家利益和社会公共利益,检察机关可以作为支持起诉人参加该诉讼。^[19]

2. 支持有关社会组织起诉

《环境保护法》第58条,《民事诉讼法》第55条第2款赋予了社会组织提起海洋生态环境民事公益诉讼的起诉主体资格,但在司法实践中,各地法院对此却认识不一^①。对于社会组织提起海洋生态环境民事公益诉讼原告资格的理论探讨,以及其与行使海洋环境监督管理权的部门间起诉顺位关系的分析,并非本文讨论范围,在此不作展开。

为补强有关社会组织的诉讼能力,更好地维护国家利益或社会公共利益,符合条件的社会组织提起海洋生态环境民事公益诉讼时,检察机关可以主动也可以应社会组织的请求,通过提供法律咨询、提交书面意见、协助调查取证等方式支持有关社会组织起诉^②。

(三) 督促起诉:法律监督机关

依据《行政诉讼法》第25条、《检察公益诉讼司法解释》第21条的规定,如果依法行使海洋环境监督管理权的部门没有提起海洋生态环境民事诉讼,致使损害国家利益的状态持续,进而损害到社会公共利益时,检察机关应当向行使海洋环境监督管理权的部门发出检察建议,督促其依法提起诉讼。该行政机关不依法履行职责的,检察机关可提起环境行政公益诉讼。此外,《检察公益诉讼司法解释》第13条设置的“公告程序”,亦是督促行使海洋环境监督管理权的部门提起诉讼,或者公告有关社会组织提起海洋生态环境民事公益诉讼的制度设计。

1. 发出检察建议

作为法律监督机关,检察机关可以发出检察建议以督促辖区内行使海洋环境监督管理权的部门提起诉讼。^[20]实践中,行使海洋环境监督管理权的部门可能已对侵权人进行了行政处罚,再以检察建议的形式督促其提起诉讼存在一定困难,此时检察机关选择公告程序将会更加可行。

2. 提起环境行政公益诉讼

针对海洋生态环境遭到破坏而辖区内行使海洋环境监督管理权的部门无正当理由不履行职责,检察机关可以提起环境行政公益诉讼,纠正该行政机关违法行为,督促其依法履行职责。此外,除了契合检察诉讼谦抑性理论和法律监督机关的宪法定位,检察机关用好环境行政公益诉讼这一制度工具,可以起到整合多起环境民事公益诉讼案件到一个行政机关办理,有利于节约司法资源和提高诉讼效率,从而更加及时、有效地维护海洋生态环境。

3. 履行公告程序

根据《检察公益诉讼司法解释》关于公告程序的规定,检察机关拟提起海洋生态环境民事公益诉讼时,应先进行为期三十日的公告程序^③。公告期满,不存在起诉主体,或者相关行政机关或社会组织没有提起诉讼的,检察机关可以提起海洋生态环境民事公益诉讼。

三、检察机关提起海洋生态环境民事公益诉讼的诉前程序

实践中,检察机关办理的公益诉讼案件大部分

① 比如在前文所提到的“康菲溢油案”中,青岛海事法院裁定驳回中国生物多样性保护与绿色发展基金会的诉讼请求,理由是《海洋环境保护法》第5条第2款、第89条第2款规定了由国家海洋行政主管部门对污染海洋环境给国家造成重大损失污染者提出赔偿请求,《海洋环境保护法》较之《环境保护法》系特别规定,因此排除了社会组织提出该类请求的资格。

② 参见《环境民事公益诉讼司法解释》第11条。

③ 参见《检察公益诉讼司法解释》第13条。

是通过诉前程序结案的。诉前程序的前置性以及诉讼截流作用的发挥,是检察诉讼谦抑性理论的体现,也是检察机关案件分流、合理分配办案资源的需要。关于检察机关提起海洋生态环境民事公益诉讼的诉前程序,通过梳理相关法律规定,需要分析和探讨调查取证、公告程序以及诉前程序与诉讼程序的衔接等问题。

(一) 调查取证

基于维护国家和社会公共利益的需要,检察机关在海洋生态环境民事公益诉讼诉前程序阶段可行使调查权,且以证实存在公共利益受到侵害以及损害的大致范围为限。依《办案指南(试行)》规定,检察机关提起海洋生态环境民事公益诉讼诉前程序阶段需要调查:侵权主体的基本情况、行为人实施破坏海洋生态环境的行为及具体过程、损害事实、违法行为与损害事实之间的因果关系、侵权主体的主观过错程度,并指出虽然污染环境案件中的污染者承担的是无过错责任,但是基于检察机关提起民事公益诉讼的目的和庭审应对的需要,宜全面调查取证。

《办案指南(试行)》亦明确了诉前程序阶段证据收集的具体要求,分别规定了询问被调查人的注意事项,物证、书证的收集程序要求,调取视听资料和电子证据的程序要求,咨询、鉴定、评估、审计、勘验等环节的注意事项等^①,使检察机关诉前程序的证据收集工作更加规范化。

(二) 公告程序

1. 公告的对象

公告的对象包括:其一,行使海洋环境监督管理权的部门。《海洋环境保护法》第5条对行使海洋环境监督管理权的部门进行了具体范围界定,并明确了各自的职责分工。其二,社会组织。《民事诉讼法》第58条规定了可以提起环境公益诉讼的社会组织的条件。《环境民事公益诉讼司法解释》第2条至第5条进一步明确了作为可以提起环境公益诉讼的社会组织的判断标准。

2. 公告期的合理适用

《检察公益诉讼司法解释》第13条规定了为期三十日的公告程序作为前置程序,故检察机关拟提起海洋生态环境公益诉讼时,要先经过公告程序。实践中,不区分具体案情一律适用三十日的公告期,略显机械。鉴于证据的时效性,笔者建议检察机关

若能确定行使海洋环境监督管理权的部门或社会组织不会提起诉讼,或者能确定不存在适格主体,不需等三十日期满后再提起诉讼。另外,鉴于具体案情紧迫、难易程度不一,可以赋予公告期一定的弹性空间。

(三) 诉前程序与诉讼程序的衔接

基于检察诉讼谦抑性,检察机关提起海洋生态环境民事公益诉讼时,要满足以下条件:其一,要证明行使海洋环境监督管理权的部门未依法履职。鉴于实践中难以把握,有关检察机关认定行使海洋环境监督管理权的部门未依法履职的标准,需要最高人民检察院今后以案例指导制度进行规范。其二,确定社会组织未提起诉讼,或不存在适格的社会组织。检察机关就此如何进行调查,民政部门如何配合,需要进一步总结实践经验,然后进行制度上的设计。

四、检察机关提起海洋生态环境民事公益诉讼的举证规则

在检察机关提起的海洋生态环境民事公益诉讼案件中,与举证规则相关的两个问题,即因果关系的证明责任和损害结果的确定规则,需要分别从解释论和立法论的角度予以审视。

(一) 因果关系的证明责任

1. 环境民事诉讼一般适用“举证责任倒置”

民事诉讼举证规则以“谁主张谁举证”为原则^②,以举证责任倒置为例外,后者需要通过立法明确具体适用情形。负有举证义务的一方若不能举证,将承担不利甚至败诉的法律后果。《中华人民共和国侵权责任法》(简称《侵权责任法》)第66条确立了环境污染侵权纠纷因果关系推定规则。原因是在环境污染侵权案件中,受害者往往难以证明被告的行为与损害之间存在因果关系。为达实质公平,环境民事诉讼适用“举证责任倒置”,这也是《侵权责任法》“报偿理论”的体现。

2. 检察机关提起的海洋生态环境民事公益诉讼不宜适用“举证责任倒置”

第一,从侵权法理论分析,《侵权责任法》第八章所规定的“环境污染责任”,仅指污染生活环境侵权责任,并不包括破坏生态环境侵权责任,^[21]故《侵权责任法》第66条所确立的举证责任倒置规则仅适用于普通的环境民事诉讼。

^① 具体规定详见《办案指南(试行)》第一部分第(三)(4)项。

^② 参见《民事诉讼法》第64条。

第二,从案件一般情况分析,与环境污染侵权的间接性不同,在海洋生态环境事故中,污染者的行为与海洋生态环境破坏之间具有明晰的因果关系,不需要进行因果关系的推定,此时无必要再适用举证责任倒置规则。

第三,从公平角度分析,行使海洋环境监督管理权的部门对于污染行为与海洋生态环境破坏之间的因果关系具有较强的举证能力,而基于法律监督机关的身份和诉前程序的工作机制,检察机关与行使海洋环境监督管理权的部门存在较强的互动性,在证明因果关系上具有优势;此外,与普通环境民事诉讼中原告的举证能力相比,检察机关自身在调查取证方面也具有一定优势,再适用举证责任倒置有失公平。

(二) 损害结果的确定

1. 确定海洋生态环境损害结果的现实困境

对于海洋生态环境民事公益诉讼案件,最难举证的部分在于损害结果的确定。^[22]提出损害赔偿,要对海洋生态环境损害结果进行评估鉴定,就目前国内现状来看,评估鉴定机构数量少,鉴定评估费用高昂、鉴定周期较长。《环境保护法》《海洋环境保护法》亦未就海洋生态环境损害的赔偿范围进行明确规定^①,这导致在司法实践中,环境民事公益诉讼案件大多以虚拟治理成本作为损害结果,有的案件仅要求生态修复而未提及损害结果的具体数额^②。海洋生态环境损害结果若不能被合理、清晰界定,将会导致损害赔偿这一责任形式的不确定性,在一定程度上制约公益诉讼的实际效用和检察机关维护海洋公益职能的发挥。

2. 确定海洋生态环境民事公益诉讼案件损害结果的立法建议

海洋生态环境损害赔偿作为一种侵权责任方式,其损害结果需要在法律上进行量化,以此来避免司法实践中的任意性和主观性。《最高人民法院关于审理海洋自然资源与生态环境损害赔偿纠纷案件若干问题的规定》(法释[2017]23号)第7条将海洋自然资源与生态环境赔偿范围进行了归纳,主要包括预防措施费用、恢复费用、恢复期间损失、调查评估费用四类,可资借鉴。

于立法层面量化海洋生态环境损害结果,对于检察机关提起海洋生态环境民事公益诉讼案件并提

出具体赔偿要求,具有推动意义。参照最高人民法院的上述司法解释,结合相关环境保理论、技术规范(标准)、司法实践等方面的成果,^[23]从立法论角度分析,海洋生态环境污染损害结果的确定因素应包括且不限于以下几个方面:因海洋生态环境损害所造成的经济损失、海洋生态环境的直接损失、海洋生态环境的恢复费用、其他合理费用支出等。^[24]

五、结语

中国检察机关提起海洋生态环境民事公益诉讼作为一项新事物,目前面临着理论问题上正本清源和制度设计上落地生根的需求,这需要在案件数量积累的基础之上及时总结经验,并及时进行制度回应。

在民事诉讼理论层面,要澄清以下问题:首先,检察机关的法律监督机关与公益诉讼起诉人的身份并不存在矛盾,仅是检察职能的不同方面。在对检察机关提起的海洋生态环境民事公益诉讼进行诉讼监督时,检察机关内部应当通过合理分工来界分并协调其诉讼职能与诉讼监督职能的有效发挥。其次,诉前程序的制度设计保证了检察机关的“检察诉讼谦抑性”,但基于节约司法资源、保证证据时效性与提高诉讼效率的考量,是否要设置例外制度,需要继续总结实践经验。最后,当事人处分原则在检察机关提起的海洋生态环境民事公益诉讼案件中适用范围有限。和解、调解不是检察机关提起海洋生态环境民事公益诉讼的结案方式,且仅在被告完全履行损害赔偿责任或海洋生态环境得以修复时,检察机关才有权申请撤诉。

在民事诉讼具体制度层面,需要梳理、检视以及回应以下法律问题:首先,在现行法律制度框架下,检察机关可以以公益诉讼起诉人的身份直接提起海洋生态环境民事公益诉讼,也可以作为支持起诉人和督促起诉人间接参与到案件中。其次,检察机关在海洋生态环境民事公益诉讼诉前程序阶段可行使调查权。此外,需要及时总结实践经验,完善诉前程序与诉讼程序衔接制度。最后,检察机关提起的海洋生态环境民事公益诉讼不宜适用“举证责任倒置”规则。海洋生态环境污染损害结果的确定因素,应参照《最高人民法院关于审理海洋自然资源与生态环境损害赔偿纠纷案件若干问题的规定》第7条,结合现有环境保理论、技术规范(标准)、

① 2019年6月5日,《最高人民法院关于审理生态环境损害赔偿案件的若干规定(试行)》(法释[2019]8号)发布,其第2条第2款明确规定该司法解释不适用于“海洋生态环境损害赔偿诉讼”。

② 如上文所提到的“康菲溢油案”,中国生物多样性保护与绿色发展基金会的诉讼请求是判令被告恢复渤海的生态环境。

司法实践等方面的成果,在立法层面予以明确。

参考文献:

- [1] 中国生物多样性保护与绿色发展基金会. 同一规定,不同操作? 社会组织提起海洋公益诉讼不予受理[EB/OL]. (2020-05-06)[2020-08-15]. <http://www.cbcdgdf.org/NewsShow/4854/12341.html>.
- [2] 王明远. 论我国环境公益诉讼的发展方向:基于行政权与司法权关系理论的分析[J]. 中国法学,2016(1):51.
- [3] 郑赫南,王治国,姜洪. 全国人大常委会授权最高检在13省市区开展公益诉讼试点工作[EB/OL]. (2015-07-02)[2019-07-11]. http://www.spp.gov.cn/ztk/2015/gyss/zyxw/201507/t20150702_100617.shtml.
- [4] 闫晶晶. 守护海洋! 检察机关将开展专项监督活动[N]. 检察日报,2019-02-26(2).
- [5] 闫晶晶. 张雪樵在“守护海洋”检察公益诉讼专项监督活动部署会上强调将公益诉讼制度优势转化成守护海洋生态效能[N]. 检察日报,2019-02-26(1).
- [6] 张雪樵. 检察公益诉讼比较研究[J]. 国家检察官学院学报,2019(1):153.
- [7] 范艳利. 台湾地区检察机关提起公益诉讼制度及其借鉴[J]. 人民检察,2017(14):76.
- [8] 张忠民. 检察机关试点环境公益诉讼的回溯与反思[J]. 甘肃政法学院学报,2018(6):38.
- [9] 吕忠梅. 环境司法理性不能止于“天价”赔偿:泰州环境公益诉讼案评析[J]. 中国法学,2016(3):249.
- [10] 张峰. 检察环境公益诉讼之诉前程序研究[J]. 政治与法律,2018(11):153.
- [11] 江必新. 中国环境公益诉讼的实践发展及制度完善[J]. 法律适用,2019(1):11.
- [12] 肖琪畅. 法律修订视角下环境民事公益诉讼主体问题探索[J]. 时代法学,2019,17(1):77.
- [13] 单红军,王恒斯,王婷婷. 论我国海洋环境公益诉讼的若干法律问题——以“大连环保志愿者协会诉大连中石油公司等案”为视角[J]. 环境保护,2016,44(3/4):79.
- [14] 李莹莹. 海洋生态侵权诉讼若干问题[J]. 中国海商法研究,2019,30(3):32.
- [15] 盖晓慧. 海洋环境侵权救济制度研究——以油污损害为中心[D]. 北京:对外经济贸易大学,2018:109.
- [16] 竺效,梁晓敏. 论检察机关在涉海“公益维护”诉讼中的主体地位[J]. 浙江工商大学学报,2018(5):24-25.
- [17] 范跃红、曹雯婷. 浙江省舟山市检察院向海事法院提起海洋生物资源民事公益诉讼[EB/OL]. (2019-05-22)[2019-07-14]. http://www.spp.gov.cn/spp/zdgz/201905/t20190522_419181.shtml.
- [18] 李润文. 全国海洋生态环境公益诉讼第一案:非法捕捞者被索赔1.3亿元[N]. 中国青年报,2018-03-27(6).
- [19] 韦磊,王磊. 全国首例支持起诉海洋生态环保公益案已立案[N]. 检察日报,2017-07-11(1).
- [20] 韩立新,陈羽乔. 海洋生态环境损害国家索赔主体的对接与完善——以《海洋环境保护法》的修改为契机[J]. 中国海商法研究,2019,30(3):12-13.
- [21] 张新宝,汪榆森. 污染环境与破坏生态侵权责任的再法典化思考[J]. 比较法研究,2016(5):141.
- [22] 黄锡生,王中政. 海洋环境民事公益诉讼:识别、困境与进路——从《海洋环境保护法》第89条切入[J]. 中国海商法研究,2020,31(1):32.
- [23] 王淑梅,余晓汉. 《关于审理海洋自然资源与生态环境损害赔偿纠纷案件若干问题的规定》的理解与适用[J]. 人民司法,2018(7):24-25.
- [24] 王琦,谢丹. 论我国海洋环境污染公益诉讼机制的完善[J]. 安徽农业大学学报(社会科学版),2013(1):31.

张蕾. 海事法院扩大审理海事刑事案件的司法构建与立法完善——以海洋环境犯罪为切入点[J]. 中国海商法研究, 2021, 32(2): 49-54

海事法院扩大审理海事刑事案件的司法构建与立法完善

——以海洋环境犯罪为切入点

张蕾

(大连海事法院 鲅鱼圈法庭, 辽宁 营口 115007)

摘要:随着海洋产业的发展,海洋环境遭到破坏的案例渐增且影响广泛,引发的纠纷存在司法管辖差异明显、裁判尺度不一等问题。海洋环境犯罪具有入刑难、证据收集难、涉外性等特点,海事法院扩大审理海事刑事案件具有必要性与可行性,海事法院三审合一有利于整合司法资源、统一裁判标准。对此,在司法构建上,海警局应为侦查机关,由海事法院本部所在地的市级人民检察院作为公诉机关,并建议设立海事刑事案件公诉处。在立法上,考虑在《中华人民共和国刑法》中完善污染海洋环境犯罪的犯罪构成、量刑及适用,增设相关罪名;《中华人民共和国海事诉讼特别程序法》第4条应当对应增加“海事行政、海事刑事纠纷”。

关键词:海洋环境犯罪;海事刑事案件;三审合一

中图分类号:D925 **文献标志码:**A **文章编号:**2096-028X(2021)02-0049-06

Judicial construction and legislative improvement of the trial of maritime criminal cases by maritime courts

—taking marine environmental crime as the break point

ZHANG Lei

(Bayuquan Tribunal, Dalian Maritime Court, Yingkou 115007, China)

Abstract: The number of cases of marine environment damage is increasing and the impact is extensive with the development of marine industry. There are obvious differences in the jurisdiction and diversity of judgment scales in these disputes. The characteristics of the marine environmental crime are: the crime is difficult to be punished, the evidence is hard to collect, and the crime is foreign-related. It is necessary and feasible for the maritime court to expand the trial of maritime criminal cases. The combination of three trials is conducive to the integration of judicial resources and the unification of judgment standards. Therefore, in judicial construction, the marine police bureau should be the investigation organ, the Municipal People's Procuratorate where the maritime court is located should be the public prosecution organ, and it is suggested that the public prosecution department of maritime criminal cases should be established. In terms of legislation, we should consider perfecting the constitution, sentencing and application of the crime of polluting the marine environment in the *Criminal Law of the People's Republic of China*, and adding related charges. In addition, the corresponding Article 4 of the *Special Maritime Procedure Law of the People's Republic of China* should be amended to incorporate "maritime administrative and maritime criminal disputes".

Key words: marine environmental crime; maritime criminal cases; trinity of trials

收稿日期:2020-09-11

基金项目:辽宁省高级人民法院2020年度司法研究重点课题“涉海环境资源审判典型问题分析与对策”

作者简介:张蕾(1984-),女,辽宁凌源人,大连海事法院鲅鱼圈法庭法官助理,E-mail:tengfeizhanglei@126.com。

一、海洋环境案件的审判现状

(一) 破坏海洋环境案例数量多、影响广

随着中国海洋运输、石油开发、渔业等海上行业的发展,海洋环境屡遭破坏。例如,厦门港油轮“闽燃供2”轮和“东海209”轮碰撞,导致589.7吨重油溢出;大连新港油罐区爆炸,导致1500吨原油泄漏;“康菲”溢油事故^①造成多省市水产养殖业损失,数额巨大,海面污染约6200平方公里;“桑吉”轮与“长峰水晶”轮碰撞,船上约2000吨的燃料油可能对海洋环境造成持久破坏。此外,据国家海洋局统计,中国沿海地区平均每4天就发生一起溢油事故。由于海洋具有流动性,海洋环境遭到的污染破坏可能一时间无法全部显现,而是需要时间的累积,并且间接地对人类的生命健康造成损害,引发的后果可能具有全球性。

(二) 海洋环境案件多民事案件,少行政案件和刑事案件

海洋环境案件包括民事、行政以及刑事案件,涉及的法律法规及司法解释包括民法层面的《中华人民共和国侵权责任法》《最高人民法院关于审理环境侵权责任纠纷案件适用法律若干问题的解释》,行政法层面的《中华人民共和国海洋环境保护法》(简称《海洋环境保护法》)《中华人民共和国水污染防治法》《船舶油污损害赔偿基金征收使用管理办法》《防治船舶污染海洋环境管理条例》等,刑法层面的《中华人民共和国刑法》(简称《刑法》)、《最高人民法院、最高人民检察院关于办理环境污染刑事案件适用法律若干问题的解释》(简称《环境刑事案件解释》)《最高人民法院、最高人民检察院、公安部关于办理海上发生的违法犯罪案件有关问题的通知》等。据调查,中国海洋环境案件中民事权益损害案件占比较高,以私益诉讼为主,公益诉讼较少;行政案件数量较少,^[1]目前尚没有刑事案件。以“康菲”溢油事故为例,虽然污染范围大、影响广,但涉案事故责任主体支付了16.8亿元的赔偿和20万元的行政处罚,未承担刑事责任。

(三) 海洋环境案件司法管辖差异明显、裁判尺度不一

海洋环境案件中存在民事与行政交叉案件及民事与刑事交叉案件,民事、行政案件由海事法院专门

管辖,刑事案件由地方法院管辖。例如,大连海事法院受理的一起摩托艇在海上航行发生碰撞引发的纠纷,人身损害赔偿由大连海事法院受理,刑事案件则由地方法院管辖。对于同一事故引发的不同性质案件,受理案件的各司法机关出于对价值取向和社会后果的考量,在不同案件中对同一损害事实的认定在很大程度上可能存在差异。由于缺乏海事案件的专业知识、法律法规的学习和审判经验,受理海洋环境犯罪案件的检察院和地方法院,只能通过海警局和海事行政机关间接了解案件情况,往往对案件事实和进展跟进缓慢,且难以准确、快速地掌握。

二、海洋环境犯罪的特点

第一,海洋环境案件入刑难。《刑法》第338条^②规定了污染环境罪,这里的“环境”包括陆地、大气和水体环境,当然也包括海洋环境。结合污染环境罪的犯罪构成及海洋特性,污染海洋犯罪具有犯罪客体多层次性(包括公民财产权、生存发展权、国家对海洋的空间管理权、海洋生态价值)、跨区域性、犯罪后果多重性(破坏海洋环境、影响水产养殖、导致海洋生物灭绝)、危害结果潜伏性等特点。对于污染环境罪,学术界对该罪的主观方面和犯罪既遂模式存在争议,并认为《环境刑事案件解释》的规定过于泛化,无法直接对污染海洋犯罪作出界定。^[2]

第二,海洋环境案件证据收集难。相较于民事案件,刑事诉讼中对证据的要求更加严格,必须达到确实、充分。以典型的溢油污染为例,其具有突发性、扩散快、影响广、污染复杂的特点,还具有高度的复杂性、不确定性、长期性、潜伏性,在取证上需要借助专业机构,但现阶段中国海事溢油鉴定机构很少,行政执法部门在处理该类案件时有时因为证据无法达到证明标准,无法提起刑事诉讼。此外,油污鉴定的费用因鉴定机构少、鉴定事项复杂、鉴定标准高而格外高昂,执法部门和个人大多也不愿费时费力、支付高额鉴定费用。^[3]

第三,海洋环境案件兼具较强专业性和明显涉外性。海事刑事案件在审理过程中除了需要适用刑事法律规范外,还需要掌握和了解船舶构造、操纵、通讯、航道、气象等技术层面的规范以及有关航运的法律法规。由于越境捕捞等问题导致外轮在中国海

① “康菲”溢油事故,也称“蓬莱19-3油田溢油事故”或“2011年渤海湾油田溢油事故”,是指中海油与美国康菲合作开发的渤海蓬莱19-3油田自2011年6月中上旬以来发生的油田溢油事件,这也是近年来中国内地第一起大规模海底油井溢油事件。

② 《刑法》第338条规定:“违反国家规定,排放、倾倒或者处置有放射性的废物、含传染病病原体的废物、有毒物质或者其他有害物质,严重污染环境的,处三年以下有期徒刑或者拘役,并处或者单处罚金;后果特别严重的,处三年以上七年以下有期徒刑,并处罚金。”

域发生的溢油等案件增多,海洋环境犯罪案件等海事刑事案件涉外性特征更加显著,需要适用相关国际条约,例如,《联合国海洋法公约》《1910年统一船舶碰撞若干法律规定的国际公约》《国际海上避碰规则》等。

三、海事法院扩大审理海事刑事案件的必要性与可行性

(一) 海事法院扩大审理海事刑事案件的必要性

近年来,海洋产业的发展使得海洋污染、海上安全事故等海上违法犯罪问题日益凸显,人类对环境的认知从开发利用到注重珍惜保护,体现了从“‘人类中心主义’向‘生态中心主义’的宏伟飞跃”。^[4]海事法院作为海洋污染类案件的专门管辖法院,将海事刑事案件纳入海事法院管辖,尤其是海洋环境类犯罪案件,对提升全民海洋意识、塑造中国在保护国际海洋环境中的大国形象具有举足轻重的作用。海事刑事案件纳入海事法院受案范围已然成为现阶段司法改革的内容之一。此外,海商法起源的独立性、规范的特殊性决定了海事司法管辖的专门化。《中华人民共和国海商法》(简称《海商法》)起草之初实为一部综合性法典,但最后由于意欲在修改《刑法》时一并研究海事刑事责任问题,故在《海商法》中取消了该部分条款。有学者通过对《海商法》规范关联性及其自成一体性特征进行论述,建议海事司法管辖实行三审合一。^{[5] 28}

(二) 海事法院扩大审理海事刑事案件的可行性

第一,专门审判的司法实践提供了成功范例。国家司法体制改革的部分成果,包括环境审判^①、知识产权审判^②,为海事刑事案件纳入海事法院审理奠定了社会基础。就专门法院而言,铁路运输法院已经开始审理行政案件^③,并逐步走向了三审合一。上述三审合一的成功试点为海事法院扩大审理海事刑事案件提供了借鉴经验。

第二,海事法院本身具备司法资源优势。海事法院具有丰富的审理海洋环境污染民事责任案件的

经验,这些案件往往包含着与环境犯罪构成相关联的要件^④,有熟谙海洋、船舶等相关的专业技术知识和有关海洋法律规范以及相关国际条约的法律适用的审判团队。同时,海事法院具有有跨区划长臂管辖,避免地方保护的先天优势,尤其对于海事案件中涉及的民事与刑事交叉问题及刑事与行政交叉问题,由海事法院审理能够避免重复审理,杜绝裁判冲突,统一裁判尺度。

第三,符合国际海事司法中心建设的需要。建设国际海事司法中心,“核心是把中国打造成‘国际海事诉讼目的地’”。^[6]将海事刑事案件纳入海事法院管辖,能够丰富案件数量和种类,促成海事专门审判体制机制革新,提高海事审判的专业性和影响力,从而提高中国在国际海事审判中的地位和司法公信力。

四、海事法院扩大审理海事刑事案件案件的司法构建

将海事刑事案件纳入海事法院管辖所面临的最大问题就是司法机关的确定问题,该问题关系到海事刑事案件审判工作的协调处理及审判质效。

(一) 侦查机关

2018年修正的《中华人民共和国刑事诉讼法》第308条第2款明确规定:“中国海警局履行海上维权执法职责,对海上发生的刑事案件行使侦查权。”有观点认为,海事刑事案件的侦查机关不仅包括海警支队、公安机关,还应当包括检察机关(国家监察制度改革后为各级监察委员会)的渎职犯罪侦查部门(海上或港口的重大事故犯罪)。对于环境犯罪,有观点认为,通过立法赋予环境保护部门以刑事侦查权。^[8]就目前实践来看,应当由海警局作为侦查机关。一方面,法律对此有明确规定,且单独置于附则中规定,实践中也已经实施,例如,辽宁海警局2020年3月22日在葫芦岛绥中海域查获的非法盗采海砂案,^[9]2020年5月1日在辽宁海域查扣的走私船舶案等。^[10]另一方面,海事刑事案件由于犯罪嫌疑人流动性大、行为地与结果地不一致等而具有跨行政区域、范围大等特点,海警局的跨区划特点

① 根据《中国环境资源审判(2019)》,截至2019年底,共有23家高级人民法院实行环境资源刑事、民事、行政案件“二合一”或“三合一”审理模式。

② 知识产权三审合一自1996年起开始试点,到目前为止,在全国范围内除了在多个三级法院(有6个高级法院、95个中级法院和104个基层法院)先后积极开展试点工作外,还分别在北京、上海、广州等地设立了专门知识产权法院。

③ 《最高人民法院关于铁路运输法院案件管辖范围的若干规定》规定铁路运输法院审理民事和刑事案件。但近年来,最高人民法院陆续指定济南、长春、广州等地的铁路运输法院审理行政案件。

④ 海事法院依法审理了“瑞生”轮、“闽霞渔01971”轮等南海黄岩岛、东海钓鱼岛附近海域发生的海事案件以及“康菲”溢油污染等案件。

恰恰能够强化独立办案程度。^[11]

(二) 公诉机关

鉴于海事法院的级别,海事刑事案件应当由与海事法院同级的市级人民检察院作为公诉机关提起公诉^①。由此带来的问题是,海事法院的跨区域长臂管辖设置下,存在多个同级的市级人民检察院,例如,大连海事法院辖区内对应的同级市级人民检察院包括大连市人民检察院、营口市人民检察院、锦州市人民检察院、哈尔滨市人民检察院、丹东市人民检察院,其他海事法院可能对应更多。海事刑事案件的公诉机关如何确定需要予以明确,否则会造成侦查机关移送、检察院起诉至海事法院的哪一派出庭的混乱。有观点认为,应当由海事法院本部所在地的市级人民检察院作为公诉机关,选任专人负责海事刑事案件的起诉工作以保障业务的熟悉和专业程度。^{[7]、[12]}还有观点认为,应当设立海事检察院,可以借鉴铁路运输检察院,“在海事法院所在地设立海事检察院,所辖水域范围同海事法院,其级别在检察系统中同市级人民检察院”。^[13]笔者赞同第一种观点。就目前而言,海事刑事案件数量有限,没有必要设立海事检察院,由海事法院本部所在地的市级人民检察院作为公诉机关,便于统一批捕、统一法律适用。同时,建议提起公诉的检察院设置海事刑事案件公诉处,大连市人民检察院就是为数不多的设立海事处的地市级检察院之一。海事处可以承载相应职能,检察员应当具备海事专业知识以对抗具有法律和海事专业知识的辩护人。^[14]

(三) 审判机关

有观点认为,海事案件目前存在“一审专门二审不专门”的问题,理由为海事案件一审由各海事法院管辖,二审由海事法院所在地的高级人民法院管辖,建议设立1至2个海事高级法院。^{[5]31}还有观点认为,不仅要设立海事高级法院,还要设立最高人民法院海事审判庭,认为“构建海事专门法院体系,对进一步强化海事司法的专业性,更好地整合海事司法资源、统一海事司法的裁判尺度具有重要意义。”^[15]笔者认为,一方面,海事案件数量较普通非海事案件数量相去甚远,海事刑事案件更占少数,如果设立海事高级法院,在一定程度上浪费了司法资源。另一方面,海事案件的上诉案件一直以来均由海事法院所在地的高级人民法院管辖,在高级人民法院也有对应的审判庭进行审理,例如,大连海事法

院的二审案件由辽宁省高级人民法院民三庭审理,最高人民法院民四庭负责海事案件的再审。在审判过程中,各级法院已经积累了大量的海事审判经验,无需另行设立海事高级法院和最高人民法院海事审判庭。

五、海事法院扩大审理海事刑事案件的立法完善

(一)《刑法》的完善——以污染海洋环境犯罪为例

海洋环境保护意识的增强使世界各国在海洋污染立法上从民事赔偿转向刑事责任,例如,欧盟理事会提出的《关于船源污染和对违规行为引入刑事惩罚的指令》。国际海事组织(IMO)也通过了“海上刑事法案——各国立法准则草案”,有关海洋环境污染的刑事责任也在研究当中。目前,中国还没有海洋环境污染刑事案件,但案发率高。《刑法》第338条规定了污染环境罪,却没有污染海洋环境犯罪的专属罪名。对于污染海洋环境的概念,《联合国海洋法公约》第1条第1款第4项规定,海洋环境的污染是指人类直接或间接把物质或能量引入海洋环境,其中包括河口湾,以致造成或可能造成损害生物资源和海洋生物、危害人类健康、妨碍包括捕鱼和海洋的其他正当用途在内的各种海洋活动、损坏海水使用质量和减损环境优美等有害影响。

1. 污染海洋环境犯罪的犯罪构成

一是犯罪主体。从《刑法》第338条规定的量刑来看,包括罚金刑和自由刑,故犯罪主体包括自然人和单位。以海上油污为例,犯罪主体可以是航运企业,也可以是自然人船东或者船员。“在国际法或域外法的范畴中,一般来讲,船舶油污事故的主要潜在责任人是海上油污发生时的船舶驾驶与管理人员,如船长、船员,因此,刑事责任主体也多为船长和船员。”^[16]对事故发生负有主要责任的船长或者船员,也可能成为该类犯罪的犯罪主体。

二是犯罪客观方面。《刑法》第338条规定了排放、倾倒或者处置三种行为。《联合国海洋法公约》第1条规定,倾倒是指从船只、飞机、平台或其他人造海上结构故意处置废物或其他物质的行为,以及故意处置船只、飞机、平台或其他人造海上结构的行为。根据《海洋环境保护法》第95条的规定,排放是指把污染物排入海洋的行为,包括泵出、溢出、泄出、喷出和倒出;处置是指“在处理固体废物

^① 《最高人民法院、最高人民检察院、公安部关于办理海上发生的违法犯罪案件的有关问题的通知》第4条第2款规定:“人民检察院提起公诉的海上犯罪案件,同级人民法院依法审判。”

时利用焚烧、填埋等方式。”^[17]

三是犯罪主观方面。《刑法》第338条并未规定污染环境罪的主观方面,故理论界对此争议较大,包括过失说、故意说、过失与故意混合说。^[18]根据该条规定的行为方式,污染环境罪应当包含故意和过失两种情形,但是在量刑时应当有所区分。污染海洋环境犯罪亦应如此,实施污染海洋环境的行为不能排除为追求经济利益过失或者放任其生产作业导致的海洋环境污染。

四是犯罪既遂模式。《刑法》第338条规定,要造成严重污染环境的结果才能构成犯罪,即结果犯。由于海洋不同于陆域等普通环境,海洋污染具有潜伏性、不确定性、跨区域性、长期性,且污染海洋环境案件因果关系确定难、鉴定难,若严格按照结果犯来处理,很难将该类污染行为入罪,“等到实害结果发生再去起诉……刑法的预防作用荡然无存。”^[19]况且,海洋环境保护已成为新时代中国构建海洋命运共同体理念的重要组成部分,“生态价值才是刑法介入环境保护的出发点。”^[20]对海洋环境的保护不应限于危害结果,对可能造成严重危害的同样应当入罪,《联合国海洋法公约》对海洋环境污染的定义也包含了对海洋造成危险的情形。

2. 污染海洋环境犯罪的量刑及适用

鉴于污染海洋环境犯罪包括故意和过失,且为危险犯,在量刑上应当考虑是保留现有规定给法官自由裁量权,还是区分情况加以具体规定。《联合国海洋法公约》素有“海洋宪章”之称,中国作为该条约的缔约国,应当遵守并履行相应义务。其中,根据第230条,对于外国船只的排污行为,如果该行为发生在领海以外,只能处以罚款,无论主观过错如何;如果行为发生在领海内,存在故意和严重地造成污染的行为,则可处以包括罚款在内的其他刑罚。考虑到污染海洋环境犯罪中犯罪嫌疑人常为涉外主体,在量刑上是否需要分为不同类别,包括对过失危险犯、过失结果犯、故意危险犯、故意结果犯等不同情形加以区分,这也是在立法层面上需要考虑的问题。由于该类犯罪的犯罪主体多元化,在量刑种类上,还应当考虑是否增加资格刑。比如,对事故发生负有主要责任的船长或者船员,可考虑是否增设剥夺一定期限内从事航运业务的资格。污染海洋环境犯罪还可能与交通肇事罪、重大责任事故罪等吸收

转化,需要注意相关规定的理解与适用。

3. 污染海洋环境犯罪的立法技术

中国现行法律中还没有形成完善的海洋刑事立法体系,对于污染海洋环境犯罪,在立法体例上方案有三。一是在《刑法》中加以规定,有观点认为可以对《刑法》第338条作出司法解释,还有观点认为可以单独增设相关罪名,如增设“污染海洋罪”^[21]。除此之外,可以增设“海洋生态损害罪”“危害海洋环境罪”等。^[22-23]二是采用附属刑法立法模式,如在《海洋环境保护法》等法律中予以规定。三是专属立法,如在《海商法》中加以规定。有学者认为应当以海法典模式修改《海商法》,即,“除现有《海商法》的内容外,可考虑增加有关海上犯罪的刑事责任规定(包括传统和现代的海上刑事责任规范)”。^{[5]32}现阶段《海商法》正在进行修改,截至2020年6月,《海商法》修订稿并未规定海上犯罪的刑事内容。考虑到海商法的独立性、自体性特征,将海上犯罪的刑事责任纳入其中有其合理性,只是海商法典的编纂不是一朝一夕能够完成的。关于污染海洋环境犯罪等海事刑事案件的立法具体采用何种方式,需要结合中国实际情况并借鉴国外的一些成功立法经验加以进一步论证。此外,《刑法》中关于海上犯罪的特殊罪名仅有三个,即劫持船只罪、倒卖船票罪和非法捕捞水产品罪,且分布于不同章节中。对于海上犯罪的罪名,需要进一步调查是否需要增设相关罪名。

(二)《中华人民共和国海事诉讼特别程序法》(简称《海诉法》)的完善

2019年10月16日至17日,最高人民法院在上海海事法院举行《海诉法》修改研究工作中部片区调研活动。研讨会“总则”与“管辖”两章的讨论主要围绕修改后的《海诉法》是否应将海事刑事、行政案件纳入的问题。对此,多数观点认为目前时机尚未成熟,不宜通过修改《海诉法》实现海事案件的“三合一”;但也有观点认为,可率先在《海诉法》中寻求突破,夯实立法基础。2019年10月28日,最高人民法院国际海事司法(广州)基地在广州海事法院举行《海诉法》修改研究工作南部片区调研活动,会上各专家对海事刑事案件是否纳入海事法院管辖的问题意见并不统一^①。大连海事法院就最高人民法院《海诉法》修改北部片区调研活动广泛征

^① 中华全国律师协会海商海事专业委员会副主任杨运福表示,对于海事法院受案范围,考虑增加海事行政案件、海事刑事案件和海洋环境污染公益诉讼案件的管辖条款是有必要的;部分律师认为,海事刑事案件最好由普通法院审理,海事法院专司商事审判。

集了律师、高校及法官的意见。部分观点认为,应对刑事诉讼程序作原则性规定,或者对一些非常必要的规定高度概括一至二条。笔者认为,最高人民法院推进由海事法院统一管辖海事海商案件、海事行政案件和海事刑事案件,即实现海事案件的三审合一,具有高度的前瞻性。虽然目前海事刑事案例的积累还不够,问题尚未达到爆发的程度,但考虑到海商法的自体性,设立独立涉海法律体系是现实发展的趋势,刑事案件和行政案件纳入海事法院管辖具有必要性。《最高人民法院关于海事法院受理案件范围的规定》及司法判例表明海事法院已经实现三审合一,《海诉法》原有条文已经滞后,建议对《海诉法》第4条^①的规定予以相应修改,增加“海事行政、

海事刑事纠纷”。

六、结语

各界对海事刑事案件的概念、范围、案件类型等的研究还处于初级阶段,且需要“在立法、司法机构设置、海事法院内部机构设置等方面进行很大的改变,付出的成本较高”,^[15]当前不宜在全国十一家海事法院普遍开展海事刑事案件的审判工作。不过,现阶段仅有宁波海事法院一家试点,受理的海事刑事案件数量较少,审判的效果和问题显现得还不够突出,所以建议增加作为试点的海事法院,尽早尽多发现问题并研究解决对策,待条件成熟后再向全部海事法院推广海事刑事审判。

参考文献:

- [1] 梅宏,殷悦. 涉海环境案件审判:现状与对策——基于近十八年 418 例涉海环境案件的分析[J]. 鄱阳湖学刊,2018(1): 93-94.
- [2] 张抗. 污染海洋犯罪的问题研究[D]. 青岛:中国海洋大学,2015:5.
- [3] 孔庆梅. 我国海洋油污污染刑事追究之困境[J]. 福建警察学院学报,2016,30(4):18.
- [4] 赵星,王芝静. 我国海洋环境污染犯罪刑事立法及司法存在的问题及其应对策略[J]. 中国海洋大学学报(社会科学版), 2015(4):66.
- [5] 司玉琢. 保障海洋发展战略 改革完善中国特色的海事司法管辖制度[J]. 中国海商法研究,2015,26(2).
- [6] 张文广. “一带一路”背景下的国际海事司法中心建设[J]. 中国远洋航运,2017(11):68.
- [7] 吴勇奇,刘啸晨. 海事刑事诉讼的专门管辖——以宁波海事法院试点审判的海事刑事案件为切入点[J]. 人民司法(应用), 2019(25):50.
- [8] 郭建安,张桂荣. 环境犯罪与环境刑法[M]. 北京:群众出版社,2006:456.
- [9] 5000 余吨! 辽宁海警查获一起非法盗采海砂案[EB/OL]. (2020-03-24)[2020-06-24]. <https://baijiahao.baidu.com/s?id=1662026071867494467&wfr=spider&for=pc>.
- [10] 辽宁海警局成功查获一艘走私货轮[EB/OL]. (2020-05-01)[2020-06-24]. <https://new.qq.com/omn/20200501/20200501A0M3YU00.html?pc>.
- [11] 王吉春. 海洋生态环境犯罪的刑事程序法规制研究[J]. 中国环境管理干部学院学报,2018,28(6):33.
- [12] 曹兴国. 海事刑事案件管辖改革与涉海刑事立法完善——基于海事法院刑事司法第一案展开[J]. 中国海商法研究, 2017,28(4):47.
- [13] 吴帅丽. 海事刑事案件专门管辖法律问题研究[D]. 大连:大连海洋大学,2019:26-27.
- [14] 王珂. 论海上刑事案件的专门管辖[J]. 公安海警学院学报,2019(3):9.
- [15] 张文广. 改革和完善我国海事审判制度的几点建议[J]. 中国海洋大学学报(社会科学版),2017(2):12.
- [16] 张念宏. 海上油污刑事责任研究[D]. 上海:华东政法大学,2017:74.
- [17] 王李娜. 我国海洋环境犯罪立法研究[D]. 青岛:中国石油大学,2016:7.
- [18] 杨宁,黎宏. 论污染环境罪的罪过形式[J]. 人民检察,2013(21):5.
- [19] 郝艳兵. 风险刑法:以危险犯为中心展开[M]. 北京:中国政法大学出版社,2012:280.
- [20] 蒋兰香,周训芳. 从传统法益到生态法益——20 世纪各国环境刑法法益保护观的变迁[M]//何勤华. 20 世纪外国刑事法律的理论与实践. 北京:法律出版社,2006:136.
- [21] 吴占英. 污染海洋罪及其刑法调控[J]. 三峡大学学报(人文社会科学版),2005(2):92.
- [22] 于阜民,刘卫先. 海洋生态损害行为刑事责任论[J]. 当代法学,2009(3):27-29.
- [23] 宋风波,王沛. 论海洋环境污染的刑事司法调控[J]. 河北学刊,2014,34(5):182.

^① 《海诉法》第4条规定:“海事法院受理当事人因海事侵权纠纷、海商合同纠纷以及法律规定的其他海事纠纷提起的诉讼。”

张一祯,蒋正雄.第三人海商留置权新探[J].中国海商法研究,2021,32(2):55-64

第三人海商留置权新探

张一祯,蒋正雄

(上海海事大学法学院,上海 201306)

摘要:根据中英两国案例和《中华人民共和国海商法》《中华人民共和国民法典》,将国际海上货物运输纠纷中一些涉及留置权的问题从理论上予以提炼,研究第三人海商留置权的存在及其表现形式,得出其构成要素和效力原则。共列出第三人海商留置权四类十四种情形,其中一部分通过典型的第三人留置权案例推出。在部分构成第三人海商留置权但无法认定其效力的案例中,法院应按照穷尽法律手段最终解决争议的原则,运用确权的方式将双方当事人的利益再分配,而不能将案件推出裁判范围。

关键词:运输合同;第三人;海商留置权

中图分类号:D922.294 **文献标志码:**A **文章编号:**2096-028X(2021)02-0055-10

Discovery on possessory liens exercised by a third party

ZHANG Yi-zhen,JIANG Zheng-xiong

(Law School,Shanghai Maritime University,Shanghai 201306,China)

Abstract:This paper is to clarify the various ways to form the possessory liens on maritime property of a third party and their legal effects from the arguments in the international carriage of goods by sea, based on the cases of China and the U. K. as well as the *Chinese Maritime Code* and the *Civil Code of the People's Republic of China*. The author has discovered 14 kinds of such liens that can be divided into 4 groups, and believed that they should not be pushed out of the jurisdiction even though they are of no legal effects, rather, the interests of both parties should be re-determined.

Key words:contract of carriage;third party;possessory liens

留置权的本义是有条件继续占有的权利,它对抗的是所有权和他人占有的权利,最典型的是民法中同一合同下的占有与留置;第三人留置权则是其扩展。《中华人民共和国民法典》(简称《民法典》)第448条规定^①：“债权人留置的动产,应当与债权属于同一法律关系,但是企业之间留置的除外。”该条文显然将债权与留置物的某种“牵连关系”纳入其中,跳出了留置权人与财产所有人之间的合同范围^②。^[1]

笔者所称之第三人海商留置权,系指与货物及其运输有一定“牵连关系”的权利人对货物、各类运

费和租金实施的留置。它产生于各类班轮运输合同、航次租船合同、定期租船合同以及海上救助、船舶修理合同履行的某些结果之中,容易引起纠纷。较之于同一合同下的留置权,第三人海商留置权在《中华人民共和国海商法》(简称《海商法》)乃至国际公约中都没有相应的规定。直到2007年《物权法》出台,这类争议的解决在立法上才有了一些模糊的依据。有鉴于此,在海上货物运输和租船业务、海难救助、修船合同中,上述“牵连关系”以及第三人海商留置权的实现如何在具体的司法实践中解释和认定,应该成为学界研究的标的。

收稿日期:2021-01-04

作者简介:张一祯(1987-),男,上海人,上海海事大学法学院讲师,航运管理与法律专业博士研究生,E-mail:zpp1027@sina.com;蒋正雄(1956-),男,上海人,上海海事大学法学院教授、博士生导师,E-mail:zxjiang@shmtu.edu.cn。

① 《民法典》第448条对《中华人民共和国物权法》(简称《物权法》)第231条基本没有改动。

② 关于留置财产与债权之间的法律关系,《中华人民共和国民法通则》《中华人民共和国担保法》未予规定,《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》第109条将这一要件定为“债权人对动产的占有与其债权的发生有牵连关系”。

一、形式、构成要素和效力原则

(一)形式

一般而言,留置权存在的基础是权利人对物的直接占有,然而,第三人海商留置权并非完全如此。它可以是直接占有而留置,例如留置货物,也能表现为对他人提出给付请求,例如留置他人根据其合同义务尚未支付的运费或租金。

关于后者,在立法上并没有更多、更直接的条文可以引用,但是于运输业务而言无法避免,且在中国和外国的司法实践中已经存在^①。这种情况通常在定期租船下的班轮运输或航次租船运输中出现,尤其是在转租业务中;也可能发生于无船承运人组织的班轮运输之中。

(二)构成要素——付出

第三人海商留置权的构成要素有两个:一是债务人缺位,二是权利人的付出。前者无需赘述,所有留置的原因皆出于此;后者则与运输业务紧密相关。

国际海上货物运输由船舶、码头、仓储和陆上运输等主要行业组成,辅之以海上救助部门,可分为班轮运输和租船运输(笔者不列多式联运)。然而,就运输合同而言,它仅涉及两方当事人:班轮运输的承运人和托运人;或租船运输的出租人和承租人。此外,从船舶经营上看,可能还包括定期租船的出租人和承租人。由此可见,那么多人为货物付出,而他们中有相当一部分与货方并无合同关系。这些运输合同以外的为货物付出的人,即笔者所指的“第三人”。第三人海商留置权的实施就是在某种程度上保护这些人因付出而应该获得的权益。

1. 在船上的付出

第三人对运输中货物的付出是其海商留置权形成的基础,也是考虑其效力的因素之一。因为实际承运人和港口作业人的付出,货物到达目的港,交付并完成了增值;同样,在救助人的努力下,货物得以保全或部分保全,实现了保值或减损。当付出人利益落空时,应当考虑从货物中得到补救。如果船舶为承运人所有或实际控制,那么承运人的付出因与船东或实际船东身份相吻合而不能计入本节所称的付出之中;反之,后类主体的付出则应该予以考虑。这种付出主要表现在无船承运人运输、航次租船运输和定期租船合同的履行中。

在无船承运人组织的运输中,当货物在船上时,

海运承运人的付出是将货物装船并运抵目的港。在航次租船运输出租人拥有或掌控船舶而不签发提单的情况下,出租人与货主没有航次租船合同关系和提单关系,但是由于货物被装于船舶并处于出租人的实际控制之下,出租人的付出也是显而易见的。此节所指的出租人包括未签发提单的转租出租人(转租人),他们因为契约责任也应被视为对货物有所付出。同样,承租人在不签发提单的情况下,也因其契约责任而应该被认定为有所付出。定期租船是取得船舶、经营船舶的一种手段。定期租船承租人取得船舶使用权后,可以转租,也可以经营航次出租或班轮运输。定期租船下为货物付出的人首先是掌控船舶并实际占有货物而未签发提单的船东。二船东(disponent owner)和其他各转租人为货物的付出是由其合同链下的责任所决定的,其中最后一位转租人即为航次运输出租人或班轮运输承运人。因此,定期租船下为货物付出的人还包括未签发提单的这类航次运输的出租人或承租人。在发生海难时,船方可能请求救助,而当货物获得安全后,救助人的付出不言而喻^②。

2. 在陆地上的付出

第三人对货物在陆地上的付出可以细分为两种,一是货物在港内外仓储或堆放时的付出,二是救助作为第三人对货物的付出。关于前者,笔者提示,应该区别港口作业人或仓储业者作为第三人的身份。在班轮运输中,货物进港前由托运人与港口作业人达成协议并协商费用,因此,这种情况下的留置为同一合同下的留置,不构成港口作业人作为第三人的海商留置权;只有在到达港,相关留置才能成立。在航次租船运输中,与港口作业人签订装卸作业合同的是承租人,可以形成港口作业人作为第三人的海商留置。但是,部分租船合同履行时,卸货港口的安排及费用支付是由收货人负责的,在这种情况下并不存在第三人海商留置。救助人在这方面的付出则是在陆地上保管和照料货物。

(三)效力原则

第三人海商留置权的成立与其效力是两个不同的概念,这与同一合同下的留置权不同。在某些情况下,即使第三人海商留置权成立,权利人也不能通过实施留置以保证自己利益的实现。那么,在法律上认定第三人海商留置权成立的意义何在?笔者认

^① 国外案例可参见 *The Cebu* [1983] 1 Lloyd's Rep. 302; 国内案例可参见袁达伟(YUEN)诉上海澳洋海运有限公司等海上货物运输合同纠纷案[上海市高级人民法院(2011)沪海法商初字第1188号]。

^② 参见 *Hingston v. Wendt* [1876] 1 QBD 367。

为,这主要体现在两个方面:第一,第三人海商留置权一旦成立,可以提示相对人履行配合义务,促使其披露合同细节,让当事人或法院考虑这种留置的效力。第二,即使第三人海商留置权效力不存在,留置行为本身也没有过错,只要权利人及时放弃留置,他对义务人因留置而遭受的损失便不承担责任。

1. 弥补性原则

此处弥补性原则系特别概念,与补偿的含义不尽相同,系指权利人在法律或合同范围内无法直接获得救济而运用法理上、商业上的一些原则、要义、惯例提出保护自己权益的主张,类似英国法下的衡平原则(equity)。实施第三人海商留置是一种补救措施,留置权义务人与权利人不存在支付关系。显然,义务人的“跳档支付”是为了事情的尽快解决,这与其自身利益并不矛盾^①。因此,任何高于义务人本应支付给相关人的费用的请求都是无效的;例如,在运费或租金存在差额的情况下,即便第三人海商留置权下的支付不抵原债务,留置权人也不能以这种不足额为借口而继续请求支付^②。这是第三人海商留置权的第一原则。

2. 收货人不二次支付运费的原则

在留置权人运费、租金或港口费用落空的情况下,权利人实施留置针对的应该是义务人本应支付给其相关人而尚未支付的这类费用。因此,如经义务人证实相关支付已经完成,或不存在,或计入了其他已支付项目,则权利人不应要求义务人二次支付。这是第三人海商留置权的第二原则。

3. 确权——实现留置权的最后途径

某些留置在不适用第二原则的情况下,为了最终解决纠纷,只能通过公平原则确权。确权就是对货物的所有权进行确定,同时也对留置权人的权益进行确定。

二、因运费或租金落空而留置

这种留置权可以被称为实际承运人作为第三人行使的海商留置权。在海上货物运输中,由于船舶的管理和租赁关系(包括定期租船和航次租船),使得船东与承运人的身份分合不定,在这种情况下,船东并不参与运输合同的订立,仅仅根据船舶租赁和管理关系,听从承租人的安排从事货物运输,但是,即便如此,有关适航和妥善与谨慎运输货物的义务

还是由该类船东承担的(履行承运人的义务)。在诉讼中,有一种观点认为,船东是“合作承运人”(co-carrier),应该承担相应责任,有些判决就是基于这样的认识作出的^③。因此,广义上的实际承运人还应该包括这类人^④。

(一) 班轮运费

通常在无船承运业务中才会产生这种因班轮运费落空而实施的第三人海商留置。在实际承运人拥有或管理船舶的前提下,由无船承运人组织的国际海上货物运输会产生两个承运人,即契约承运人(无船承运人)和实际承运人(海运承运人)。在各个合同主体正常履行各自合同的情况下,并不会发生留置的情形,反之,海运承运人作为第三人就可能会留置货物。这种留置的原因之一,即为实际承运人未收到无船承运人应该支付的运费。需要指出的是,有时海运承运人会因货物的合法性问题遭受主权国家对船舶的滞留、罚款引起的损失,进而实施留置,这实际上是一种侵权关系下的留置,不属于第三人留置,笔者不予讨论。

无船承运人组织的班轮运输下海运承运人作为第三人实施的留置具有如下特点:第一,同一票货物下存在两个运输合同(两份提单:House B/L、Master B/L)和三方当事人(托运人、承运人、实际承运人);第二,契约承运人、提单的持有人与留置权人无合同关系;第三,货物与留置权人有“牵连关系”。显然,此项留置符合《民法典》第448条的规定。因此,在中国法下,海运承运人作为第三人对货物的留置权是成立的。但是,该留置权的成立并不意味着留置权人的债权一定能够实现,也不能当然地构成对提单持有人利益的有效抗辩。留置权所担保的债权能否最终实现,取决于产生该债权的运输合同约定及履行结果。换言之,此种情况下《民法典》的适用要顾及《海商法》框架下承托双方应有的权利义务体系。^[2]

《海商法》规定,承运人凭单交付货物。除了提单载明的到付运费和收货人应当支付的救助款项或共同海损分摊外,承运人按约定时间地点交付货物不得附加任何条件。不言而喻,海运承运人要求收货人支付本应由他人(无船承运人)支付的运费后才能提取货物,就是附加了条件。对此,海运承运人

① 参见 *Smith v. Zigurds* [1934] AC 209。

② 参见 *Gardner v. Trechman* [1884] 15 QBD 154。

③ 参见 *The Antares* [1987] 1 Lloyd's Rep. 424。

④ 参见 *The Quarrington Court* [1941] AMC 1234; *Nichimen Co v. M/V Farland* [1972] AMC 1573; *International Produce Inc v. Frances Sal-*
man [1975] AMC 1521。

应持谨慎态度。

留置货物的权利对抗的是提货权,因此,如果提货权不存在或有瑕疵,其对留置权的抗辩功能也无从谈起^①。然而,收货人针对海运承运人的提货权是否存在或是否有瑕疵,需依据具体的放货模式判断。无船承运人组织的运输,其放货模式有两种:无船承运人凭海运提单提货后,凭自己的提单放货给收货人(分别提货),或收货人用无船承运人提单换取海运承运人提单后提货(换单提货);无船承运人与海运承运人达成协议,收货人凭无船承运人的提单直接向海运承运人提取货物(直接提货)。

1. 分别提货与换单提货

显然,在这种模式下,海运承运人作为第三人行使海商留置权针对的是无船承运人的提货权,而在明知无船承运人缺位的情况下,其留置对收货人产生的利害关系是完全可以预料的。但是,此项留置于收货人而言,其提货权并不能对抗,因为其所持的无船承运人提单彰显的提货权并不针对海运承运人,该收货人并不是海运承运人放货的适格对象。因此,虽然货物运输与海运承运人有“牵连关系”,但是,这种“牵连关系”在这方面的功能被明确的提单提示否定了。换言之,对收货人而言,这种情况下并不存在所谓的留置权。

上述争议,从海商法和运输合同及提单方面分析一览无遗,无法形成“牵连关系”。需要进一步指出的是,由于无船承运人提单的持有人无法在诉讼中出示相关证据,证明海运承运人应该放货,因此其诉因也不能成立。笔者认为,应该从两方面展开思路,一是确权,二是公平原则。

确权就是确定双方当事人各自的权利。一是收货人的货物所有权,二是海运承运人对货物的合法占有权。不言而喻,所谓确权之诉,就是要在二者之间作出裁判。在证据确凿的前提下,此项审判实质上是在诉讼双方这样的法律地位上将利益再分配。这就需要适用公平原则^②。

首先可以确定,这是一起双方都有过错的纠纷,而他们的过错同时指向一个人——无船承运人。从商事上讲,该海运承运人将该无船承运人作为商事活动的合作人即作为一种过错,表现在该海运承运人没有就对手的商业资信进行有效的考察。至于收货人的过错,情况比较复杂。收货人的过错承袭了托

运人的过错——托运人作为卖方有着与该海运承运人同样的过错,而收货人本人作为买方也没有对卖方的托运予以关注,例如作出某种限定。

其次,双方在事件中都遭受了损失。海运承运人的损失是运费及其货物在留置期间的仓储费用;收货人的损失则为货物及其预期利益,包括可能的市场损失。为了及时减少损失,双方应该在认识到自己过错的前提下充分协商,承担责任。笔者认为,为公平起见,海运承运人在这种情况下应该抛弃运费的概念,而将自己的请求限于为货物的付出;即应以海运承运人为承运货物而发生的费用为限,包括货物在装卸港的费用,船舶成本等必要项目,而将利润剔除。同样,收货人的请求项目也应该舍弃预期利润和市场损失,以及货物在被留置期间所产生的各类损失。在双方承诺上述权利义务后,货物即可在协商下放行。

2. 直接提货

在这种放货模式下,情况有所不同。海运承运人因自己与无船承运人的协议,已经承诺凭无船承运人提单放货,换言之,海运承运人与无船承运人运输合同的相关内容已经被拟制在无船承运人提单的提货权之中。显然,此时的留置直接针对收货人这样的提货权。笔者认为,在这种情况下,海运承运人交付货物的义务如同无船承运人一样,不能附设海商法以外的任何条件。因此,当收货人用适当的方法披露其合同下的义务已经履行完毕,海运承运人的此项留置即失去继续存在的前提,其效力也自然无从谈起。

需要进一步指出的是,在诉讼中,有时证据会成为请求的羁绊。收货人如果无法获得无船承运人与海运承运人达成的交付协议,或者收货人并不知晓或不能举证这种特殊的放货模式,结果就会不一样了。

3. 留置运费

海运承运人在上述情况下还可以针对收货人实施运费留置。笔者尚未收集到无船承运业中这样的案例,但类似情况在各类租船合同纠纷中时有出现。

在到付运费下,提单持有人本应在提货前或约定的时间向无船承运人支付运费;在无船承运人缺位的情况下,提单持有人的此项义务不应自动消失。因此,面对海运承运人的运费请求,提单持有人应当

^① 参见 *The Mihaios Xilas* [1978] 2 Lloyds's Rep. 186。

^② 此种情形可参见山东翔龙实业集团有限公司诉北方航运有限公司等公司海上货物运输合同纠纷案[最高人民法院(2016)最高法民申530号]。

谨慎处理,弄清法律关系,分辨商业利弊,如果贸然不予置理,将承担法律后果。

即使是预付运费,这种留置也有存在的理由,因为海运承运人并不知晓无船承运人提单的运费细节,只有通过留置才能弄清情况。一般而言,预付运费的支付者并不是收货人,因此,实际承运人行使第三人海商留置权时并没有适格的对象,其法律基础并不存在^①。然而,一旦证实收货人有支付运费的义务或其作为买方尚未支付货款,海运承运人的留置权还是可以成立的。至于其效力,则应参照相关法律和运输合同及提单,按照弥补性原则确定。众所周知,支付运费是托运人在运输合同下的基本义务,而预付运费通常是在装港由托运人支付的,因此,收货人对此并没有义务。海运承运人一旦查证收货人所持提单记载的是预付运费,就应该停止留置运费的主张,及时放货,否则对此后发生的损失应该承担责任。

需要进一步指出的是,上述提货权成功对抗留置权的要诀在于,要求提单持有人支付两次运费不符合法律规定和公平原则。然而,如果货物按照CIF价成交(运费被包括在货款内),而货款尚未支付或全部支付,那么,所谓收货人支付两次运费的说法则不存在了,提货权也就失去了对抗留置权的功能。

(二) 租船运费与租金

此处的租船指航次租船和定期租船业务。租船下第三人海商留置权的特点是:第一,留置的依据来自租船合同,为同一合同下的留置,但是,留置直接影响了收货人的权益,因此,对收货人而言,这也是一种实际承运人作为第三人实施的海商留置;第二,此项第三人海商留置权针对的是义务人的“跳档支付”,其成立适用“牵连关系”的原则,其效力适用不二次支付运费(租金)的原则;第三,收货人根据提单可能已经履行了与留置相关联的义务,抑或无履行义务可言。

这类纠纷从第三人留置权的成立及其效力到法律上最终的裁决都存在认识上的问题。首先,“跳档支付”相关人通常不认可此项义务。显然,这是基于合同关系。但是,英国法院开创了认定这类非

占有留置成立的先河^②。按照其判例,这种留置因租船合同条款而成立,这就意味着无论对“跳档支付”义务人还是货主,留置权利人对此项留置造成的损失不承担责任。这就是笔者所持的留置因“牵连关系”而成立的观点。至于效力,只要义务人存在相关支付义务,他必须满足此项留置权,否则自行承担后果。这就是不二次支付的原则。其次,对不能认定效力的留置(亦即相关人无支付义务或已经履行了支付义务),其法律上的处置更是多种多样,让人莫衷一是。例如:因为无法认定效力,所以留置的成立也变得非法;或认为留置权人应当承担因留置造成的损失;或置这种损失于不顾;或放任纠纷继续而不理两造之请求;等等。

笔者认为,在因留置运费或租金引起的纠纷中,更应该注重适用确权的原则,即将双方的权利义务再次平衡而最终合情合理地解决争议。笔者在前节述及的由无船承运人组织的运输中产生的留置的处理方式,完全可以适用于本案纠纷。

1. 留置权条款辨析

航次租船或定期租船合同中的留置权条款历来受到质疑^③。在航次租船业务中,特别是在现代,承租人是专业行当,因此,承租人通常不会在目的港收货;换言之,承租人不是买方收货人。然而,在各类租船合同格式条款中却有保障出租人权利的留置货物条款。例如,“金康合同”和“巴尔的摩C式”(简称Baltimex)中留置权条款的内容是:如未支付运费、亏舱费和滞期费,出租人可以留置货物和转租运费(sub freight)。显然,争议的焦点在于:货物非为承租人所有,双方在拟订合同条款时如何能有如此的意思表示?部分观点认为,此处的“货物”应该被默示认为是“承租人的货物”,有些判例就是基于这样的认识作出的^④。可这样的解释和判决使得该条款成了有悖于运输业务而无法实施的条款。更有甚者,与此相同的定期租船合同格式条款下存在着两种留置权条款:“纽约土产格式”(简称NYPE)表明出租人有留置货物的权利^⑤,而Baltimex则表明出租人有留置承租人货物的权利^⑥。后者似乎印证了上述默示解释的观点。

笔者注意到,在英国曾经反复发生过截然不同

① 参见 *Kitchener v. Venus* [1859] 12 Moo PC 361。

② 参见 *The Aegnoussiotis* [1977] 1 Lloyd's Rep. 268。

③ 参见 *Turner v. Haji Goolam* [1904] AC 826。

④ 参见 *The Agios Giorgis* [1976] 2 Lloyd's Rep. 192。

⑤ NYPE'46第18条留置权条款规定,在本合同项下的费用未支付的情况下,船东可以留置任何货物和任何转租运费。

⑥ Baltimex中的留置权条款规定,船东的留置仅限于租船人的货物、转租运费和根据提单产生的运费。

的判例。1976年的 *The Agios Giorgis* 案认定 NYPE 所载的“留置货物”应该是“留置承租人货物”,由此裁定出租人的货物留置权不成立^①;可随即在 1977 年的 *The Aegnoussiotis* 案中,法院又认为应该按照条款本身解释合同条文,既然是“留置货物”,当然应该包括非承租人货物^②;然而在 1980 年的 *The Chrysovalandou Dyo* 案中,法院判决的思路又回到了 1976 年^③;及至 1983 年的 *The Cebu* 案法官又推翻了前案^④。^[3] 由于没有上诉,这些都成了悬案,无稳定性可言。

笔者认为,首先,根据《物权法》,留置非承租人货物的相关条款,其文意乃至效力都应该予以认可,因为货物(尽管是非承租人所有的货物)运输与租船合同具有紧密的“牵连性”。出租人运费或转租运费及救助、共同海损等费用落空的情况经常发生,而保障出租人这些权益的弥补性手段就是留置出租人依法占有并为之付出的货物。其次,航次租船提单中合并条款(incorporation clause)的作用就是将租船合同中部分权利义务转至收货人,特别是与收货有关的义务。非但如此,缮制完好的租船提单,其正面有根据哪一份租船合同签发的提示,使得条款的效力不容置疑。在中国更有法律对此予以明确,《海商法》第 95 条规定:“对按照航次租船合同运输的货物签发的提单,提单持有人不是承租人的,承运人与该提单持有人之间的权利、义务关系适用提单的约定。但是,提单中载明适用航次租船合同条款的,适用该航次租船合同的条款。”

2. 出租人作为第三人留置

航次租船合同下签发提单产生两种合同关系,即出租人和承租人之间的航次租船合同关系和承运人与提单持有人(非承租人)之间的运输合同关系。航次租船运输情况下,出租人和承租人可约定由出租人签发提单,这样的模式下,出租人即为承运人,提单转手后,出租人也是提单承运人;双方也可约定由承租人签发提单,此时,承租人为承运人,出租人为实际承运人。在转租的情况下,实际承运人的状态更是扑朔迷离。在航次租船合同正常履行并无事故发生时,实际承运人与提单持有人可以各自行事,互不干涉,即使需要收货人办理诸如安排港口、卸货

等事宜,都会有承租人处置。然而在发生航次租船合同履行偏差或事故时,如果承租人缺位,实际承运人与收货人之间就可能产生纠纷,导致留置的产生。出租人作为第三人行使海商留置权的事因往往是其运费、转租运费、共同海损或救助费用落空。

定期租船合同下则有两种或两种以上法律关系,即出租人与承租人之间的定期租船合同关系和承运人与收货人之间的运输合同关系;如果存在航次租船,则包括航次租船合同关系。当运费、租金、转租运费或转租租金、海难救助和共同海损费用落空时,就会发生出租人作为第三人留置的情况。

3. 承租人作为第三人留置

尽管承租人作为第三人行使海商留置权的情况很少发生,航次租船和定期租船合同中也没有承租人留置条款,但是,承租人也是货物的占有人;如果承租人签发了提单,承租人就是对货物凭证式占有的人,其留置就是同一合同下的留置;如果提单由出租人签发,承租人则为通过对船舶卸货事宜安排而对货物间接占有,就会发生第三人留置。导致承租人对货物实施留置的事实只有一种,即承租人没有收到或收足运费、租船报酬。承租人对货物的这项权利,其实包括了两个留置,即出租人对货物的留置和承租人对货物的留置。对此,当事人特别是出租人应当妥善处理。

船舶不靠港、不卸货,意味着出租人实施了承租人的留置。英国案例中对这种留置方式存在争议^⑤。通常的说法是:留置权对抗的是提货权,在不具备交付货物和提货条件的时间段,所谓留置是不存在的,出租人此举违背了租船合同;对提单持有人来说,承运人和实际承运人违背了运输法规定的谨慎运输或合理速遣的义务。在通常情况下,一旦如此留置,出租人和承租人只有在与提单持有人达成和解协议的前提下才会靠港卸货。

如果说出租人不靠港、不卸货的留置是一种直接的、外在的留置,那么承租人对提单持有人在谈判中表述的留置则是初始留置、根源性留置。提单持有人谈判的对手是承租人而不是出租人,然而,一旦留置不应继续而形成诉讼,造成提单持有人权益受到损害的人不但是承租人,还应该包括出租人。

① 参见 *The Agios Giorgis* [1976] 2 Lloyd's Rep. 192。

② 参见 *The Aegnoussiotis* [1977] 1 Lloyd's Rep. 268。

③ 参见 *The Chrysovalandou Dyo* [1981] 1 Lloyd's Rep. 159。

④ 参见 *The Cebu* [1983] 1 Lloyd's Rep. 302。

⑤ 参见 *The Mihaios Xilas* [1978] 2 Lloyds's Rep. 186。

对出租人来说,比较安全的做法是正常靠港,卸船,然后由承租人实施对货物的留置。在航次租船下,泊位和卸货由承租人负责安排,卸船后放货自然成为承租人的权利,此时留置与出租人无涉,且船舶已经离开码头。在这种情况下,货物虽然处于码头的实际控制之下,然而,码头放货却得听从与其达成港口作业合同的承租人的指令,因此,此项留置从形式上分析是可行的。

三、因海事费用而留置

因海事费用而实施的第三人海商留置权的特点是:法律有着明确的规定,收货人应当支付救助报酬和共同海损费用,然而从合同链上看,应当承担或支付此项费用的当事人是缺位的。认定此项海商留置权的成立与效力的准则依然是“牵连关系”和付出。

(一) 救助报酬

救助后,救助人对获救财产取得留置权,但这是救助合同下的留置权,并非笔者所指的第三人海商留置权。救助产生第三人海商留置权之争出于适用法的冲突。

《1989年救助公约》和《海商法》规定了船东和船长的“紧急代理权”,即船长或船东有权代表货方签订救助合同。由此可见,根据《1989年救助公约》开展的救助,这种争议并不存在。然而,如果适用《1910年救助公约》,情况就不一样。该公约现在依然有效,但是它没有赋予船东和船长此项“紧急代理权”——尽管这一缺项通常可以在司法实践中予以弥补。因此,争议的实质是:如果救助人留置获救货物依据的是救助合同,则货主的合同主体地位不清,也不能体现自愿的救助原则;如果救助人宣称作为第三人实施海商留置权,那么,其成立与效力就丧失了所适用的国际公约和救助合同方面的根据。

救助人在《1910年救助公约》和救助合同之外所应寻求的保护自己利益之路,依然是举证“牵连关系”和付出原则的存在,而如此抗辩并不困难。

(二) 共同海损费用

根据海商法和运输合同,承运人与收货人之间的关系依照提单。收货人凭提单提货,应当支付可能发生的共同海损费用,否则,承运人可以留置货物^①。这种留置是合同下的留置,不属于第三人海商留置权。承运人也不是第三人。在某些关系复杂的运输中,一旦合同链断裂,债务人缺位,相关争议就可能出现;计有:海运承运人针对无船承运人提单

持有人的请求(跳过无船承运人)、航次租船出租人针对再租人的请求(跳过承租人)、未签发提单的航次租船出租人针对收货人的请求(跳过承租人)、定期租船出租人针对再租人的请求(跳过承租人)、定期租船出租人针对收货人的请求(跳过承租人)、未签发提单的承租人针对收货人的请求(跳过再租人),等等。上述请求还包括多次租赁之债权人跳过与其有直接合同关系的债务人向收货人提出的共同海损请求。顺便指出,前节所述救助作为第三人实施海商留置权时,也存在同样的情况,不过情节和种类没有那么多,那么复杂。

收货人分摊共同海损是法定的,也是国际航运惯例。这与收货人承担货物的救助报酬不同,后者经常会引起救助成立与否方面的争议,换言之,收货人的争议在于一项法律原则——自愿。但是,前者并不需要收货人参与。因此,收货人在法律上没有任何拒绝承担共同海损的根据,他只是因为其上位的缺席而依靠断裂的合同链的保护。这并不公平,而这种现象本身说明,在法理上和司法实践中运用第三人海商留置权的理论保护与货物的安全或减损有“牵连关系”并为之付出的人之合法利益是必要的。

四、因港口费用而留置

港口作业人作为第三人的海商留置权的特点是,除了债务人缺位外,港口作业人的身份因货物的进口与出口、班轮运输与租船运输、甚至是否与定期租船相关而变,情况相当复杂。^[4]留置权义务人如果不加辨别,就会陷入抗辩不利的地位,而港口作业人主张的堆存或仓储费用是与日俱增的。

(一) 航次租船港口费用与班轮出口费用

航次租船运输的货物进出口由承租人与港口作业人谈判安排,由承租人承担费用;班轮运输的货物出口费用为托运人与港口作业人协商而成,托运人是港口费用的义务人。如果港口作业人针对船东或货方就航次租船运输中的进出口费用对货物实施留置,或者港口作业人针对船东就班轮运输中的货物出口费用对船舶实施留置,这种权利就是笔者所称的第三人海商留置权。

1. 针对船东的海商留置权

在航次租船运输货物出口中,港口作业人会因船舶到港延迟、发生额外的货物堆存费而留置货物(跳过承租人)。此外,港口作业人在上述情况下也

^① 参见 *Hain SS Co v. Tate & Lyle* [1936] 41 Com Cas 350。

可能留置已装货的船舶(跳过承租人)。在班轮运输下,由于承运人爆舱或其他原因甩箱或甩货,产生额外的货物港口费用,致使港口作业人留置船舶(跳过托运人)。在承租人或托运人缺位的情况下,上述海商留置权的义务人只能是船东。

在上述两种留置中,“牵连关系”和港口作业人的付出显而易见,因此,此项海商留置权的成立并无异议;在考查其效力时,依据“牵连关系”和付出的原则,似乎也在应当认定的范围之内。然而根据海商法和航次租船合同,结果可能不一样。

在留置货物的情况下,港口作业人留置货物,实际上就是拒绝装船。港方这一行为,就与船东的法律关系而言,并无法律或合同方面的过错可言。有鉴于此,港口作业人此项海商留置权的行使,其效力不容置疑。反观船方,在承租人缺位的情况下,其延迟到港的过错导致港口作业人直接遭受损失。因此,船东应在赔偿额外的货物堆存费的前提下争取快速离港,以尽可能减少损失。至于留置船舶,港口作业人在这种情况下留置已经装货完毕的船舶仍应被视为不当之举,应该避免。

按照前节论述,在航次租船运输中,船东与港口作业人并无合同关系,他们在船舶进港和码头作业方面的合作出于承租人的安排。在承租人缺位的情况下,船舶延迟到港使得港口作业人的损失与船东的关系更加紧密、直接,这是事实的一个方面。然而,事实的另一方面是,船舶延迟到港后,港口作业人的装船行为应该被认为是一种放弃实施第三人海商留置权的表示,相应地,船东在这样的前提下接收货物,也表明他选择了不放弃合同而直接承担责任的方式。双方应在搁置争议、继续履行合同方面努力合作,以减少损失。因此,港口作业人如此留置船舶是一种蓄意扩大船东损失的行为,在这种情况下,其海商留置权的效力应该受到质疑。即便留置成立、有效,港口作业人也可能被追究扩大损失的责任。

然而,在前节所述的班轮运输出口中发生的第三人海商留置,情况可能有所不同。第三人海商留置权的要义是存在“牵连关系”和权利人的付出。在这样的纠纷中,前者清楚可见,而后者却被班轮承运人破坏了。因此,可以将这种情况下港口作业人行使第三人海商留置权的行为看成是一种追责。对此,船方应当谨慎行事,应该看到港口作业人针对这笔费用完全可以用其他滞留船舶的方式追讨,例如扣船。扣船程序繁琐,费用庞大,是公权力实施的后

果;而留置则显得便利,不会发生法律费用,其实质就是双方谈判解决分歧。

2. 针对收货人的海商留置权

在航次租船运输中,卸货港事宜由承租人安排、付费,这就形成了港口作业人针对收货人行使海商留置权的基本条件,然而,其效力却存在很大问题。

虽然从“牵连关系”和港口作业人的付出上看,港口作业人作为第三人的留置可以成立,可是,从法律关系上分析,相应的支付关系应该是建立在港口作业人与承租人之间,而如果让收货人支付卸货港的费用就意味着让收货人二次付费,这与第三人海商留置权的原则不符。因此,此项留置的效力不能予以认定。但是,如果收货人作为买方尚未支付或全部支付货款,收货人作为此项第三人海商留置权的义务人应该承担相应责任,然后与承租人结算。

顺便指出,收货人在这种情况下提货,所出示的凭据可能并不齐全、有效;例如,只有提单而没有承租人与港口作业人签署的港口作业合同,或者只有港口作业合同而没有支付凭证,甚至只是出示了国内货物买卖合同。此时,收货人的索赔权有了缺陷,从中也暴露了收货人作为最终买方与承租人(可被推定为国内卖方)在交易方面的缺陷——没有关注并结清提货地(港口)的费用问题,而这个问题又直接导致了港口作业人的债权受到损害。因此,即便港口作业人作为第三人的海商留置权的效力无法认定,收货人仍然应该承担相应的责任。

(二) 班轮进口费用

在与港方签订的班轮协议中,船方承诺承担所有的货物在港期间的仓储与堆存费用;对超时间堆放的费用,船方委托港方在放货时向收货人收取。因此,港口作业人在收货人未支付相关费用时留置货物,也可以是一种第三人海商留置权行使的结果。这是一种最常见的第三人海商留置权,也是没有争议的留置——毕竟收货人的过错和港方的损失是实实在在的。

然而,在极少数案例中可能发生一种有趣的纠纷。例如,船东因计划经营困难或其他情况(如瘟疫或城市封闭)或准备申请破产而不再办理提货手续,造成收货人不能及时收货而使得港口作业人遭受堆放费用损失。在这种情况下这类费用的收取或减免,除了应该根据破产管理人指示或港口所在地政府关于疫情的指令外,还应根据双方的过错大小决定责任的承担。换言之,港口作业人的不作为可能成为其收取或收足费用的羁绊。

五、附带留置

顾名思义,附带留置就是因留置他物而涉及另一物被留置。在海上货物运输中,这样的留置有两种,一是为了留置船舶而附带留置了货物,二是为了留置船舶而附带留置了燃料。这两种留置皆因修船工程款未付而引起,由修船厂实施。显然,留置修理后船舶是基于修船合同,并非第三人海商留置;而被附带留置的货物或燃料则为一种第三人海商留置。前者在适用中国法的情况下不会存在任何争议,而后者却无法律规定,容易引起纠纷。这种留置的特点是:法律上无规定,事务流转上却有根据;权利人没有主观意图,财产方却遭受了实在的损失;在司法实践中又不得不认定此项留置的成立。

显然,这种留置又带有很强的附带性。只要留置船舶的权利人行为得当,其附带留置财产的行为本身就无过错可言。然而需要指出的是,有些情况下船厂与船方所争议的事实并非基于未支付修船费用或支付不能,而是涉及价格的高低、材料的真伪、质量的优劣或对修理合同的不同理解。在这种情况下,船厂应当谨慎处理,因为一旦留置船舶不成立,留置财产的行为与结果便无所依附,货方向船方追偿不成,则其相关损失就只能由厂方承担了。

附带留置下,被附带留置的财产所有人如果认为将其财产与船舶及时分离更能产生效益的话,该财产所有人应该承担费用安排其他船只将货物或燃料及时取走,而留置权人应该清醒地认识到该项留置在法律上的意义,配合留置权义务人妥善处理,否则其行为也会给自己带来法律上不利的后果。一旦拒绝承担配合义务,那么,从这种状态发生之日起,船厂将承担因货物损坏、财产市价跌落或上涨而对义务人造成的损失。

(一) 附随义务

在留置期间,妥善保管留置物是权利人行使留置权的一项附随义务,故修船厂在留置期间,应对船载货物或燃料负妥善保管责任。笔者在此特别提醒,船东或承运人在运输合同或定期租船合同下对货物或燃料也有保管义务,而这两项保管义务是交叉和互补的。

1. 防盗义务

根据海商法的一般原则,承运人应当将货物安全地运抵目的港并完成交付义务,而定期租船合同下的船东也有妥善保管承租人燃料的义务;再从留置权一般理论上,留置权人对留置物的安全负责也是不容置疑的。由此可见,这两项义务具有重叠

性,然而,如果作进一步分析就可以发现,这种重叠性只是表面的。

首先,这两项义务的内涵不同。承运人或船东履行义务的场所限于船上,而船厂则在船外履行对留置物的安全义务;船方通常以船艺和设备保管货物或燃料,而船厂对义务的履行仅限于对船舶周围水域的安全负责。

其次,履行安全义务的水准不同。承运人或船东对留置物只要尽到谨慎与妥善管理的义务即可被免去责任;此外,如果发生海盗或骚乱行为,也可申请法定免责;而船厂对留置物则应该承担过错责任,只有在不可抗力的情况下才能豁免。例如,就海盗而言,船方通常履行驱散、监视、报警及清点残局等义务即可获得免责,而船厂需显示更多、更强的防御力量(如专职防御人员、设备及御敌效果等)方可免去责任。

2. 管理货物

承运人和船东有管理货物和燃料的义务,这在留置期间也不例外。通常的管理措施包括通风、控制冷冻货温度、防止危险品燃烧、爆炸、毒害、腐蚀及放射等。显然,船厂对承运人或船东此项管理义务的履行应当提供方便,否则就可能陷入纠纷。

船厂在这种情况下基本的配合义务其实只有一项——供电。值得思考的是,双方本来就因为支付不能或不足而产生留置,而供电行为无疑增加了债权债务,这使得有些船厂“望而生畏”。对此,船厂应当全面细致地考虑船舶及其运输的状态。在通常情况下,码头或修理厂为作业或修理中的船舶供电是一项基本义务,而纠纷中的船舶既然处于留置之中,留置权人必然对其安全有一份责任。船厂应该清楚,船载货物的通风、控温与货物乃至船舶安全关系重大,特别在修理款项纠纷不大的情况下实施留置,此项疏忽可能会导致意想不到的后果。

(二) 其他义务

1. 通知义务

船厂在留置期间,除了履行保管义务外,还应当及时通知货主。显然,这也是承运人或船东的义务,但是,船厂履行此项义务有着其本身的意义。随着留置的产生,货物或燃料在事实上也处于船厂的控制之下,因此,应该从留置权人的基本义务出发考虑留置物权利人的利益,更何况这是一种附带留置。特别是当留置状况不能立即解除的情况下,船厂履行通知义务显得更加必要。

船厂没有合适的留置物权利人的相关联系方式

时,应该按照法律关于履行合同的一般要求解决其履行义务中碰到的问题。船厂可以将其通知意图告知船方,让后者转告;或向船方询问其履行通知义务的适当的联系方式。由此,船厂准确地将自己履行义务的配合人纳入范围,即便没有履行到位,也属于配合人之不作为使然。

2. 配合释放留置物的义务

既然是附带留置,那就表明留置权人没有实施该项留置的直接理由和意图,因此,当留置物权利人提取留置物时,船厂应当配合。此项义务包括允许留置物的相关人员进入船厂、使用船厂场地或管理水域、转口船舶靠泊或接近船舶作业,还包括有偿供电或提供作业人员等事项。

(三) 留置发生的费用

1. 配合留置物方产生的费用

这部分费用应该由留置物的相关人支付,不支持船厂将其加叠在原有的债务中。只要船厂对船舶的留置成立,这部分费用最终将由依据船舶修理合同实施的船舶留置权义务人承担;如果相关留置不成立,则这部分费用也无从谈起。

2. 二次留置

船厂在对船舶实施留置过程中发生的费用应当由船方承担,这一点并无异议。需要探讨的是第三人海商留置权义务人是否也应该承担相应部分。该问题在货物或燃料与船舶分离的当口应该予以考虑,在船方发生支付困难时更要关注。

前文已述,留置中的船舶通常需要供电,而供电量的大部分用于货仓和集装箱控温;换言之,供电是船厂在为货物付出。这引出了一个非常有趣的现象:供电申请人是船方,而主要受惠人是留置物的相关人,由此形成了第三人海商留置权的基础——如果留置物的相关人不支付费用,则船厂可以实施第三人海商留置权。这可被称为二次第三人海商留置,即在附带留置中套上了针对附带留置物的第三人海商留置。有鉴于此,根据前述之第三人海商留置权一般原理,留置物的相关人无疑应当支付这笔

费用。不言而喻,其他留置中发生的费用,会因其不可分割性,很难形成二次第三人海商留置。

六、结语

根据以往的中国和国外的判例,笔者梳理并推理了四类十四种第三人海商留置的情形,统计如下。

第一类,实际承运人作为第三人实施的海商留置。此类留置共计八种情形,包括:第一,班轮运输下,因无船承运人欠付实际承运人运费而留置货物;第二,班轮运输下,因无船承运人欠付运费而留置预付运费;第三,班轮运输下,海运承运人因无船承运人欠付实际承运人运费而留置到付运费;第四,租船运输下,船东(出租人)因未收到运费、转租运费、共同海损费用、救助费用而留置货物;第五,租船运输下,承租人因未收到运费、转租运费、共同海损费用、救助费用而留置货物;第六,航次租船运输下,船东(出租人)因未收到运费、转租运费、共同海损费用、救助费用而留置运费;第七,定期租船运输下,船东(出租人)因未收到租金、转租租金、共同海损费用、救助费用而留置租金;第八,在无船承运人组织或定期租船下开展的运输中,合同链断裂,承运人缺位,实际承运人因未收取共同海损费用、海难救助费用而留置货物。

第二类,海难救助作为第三人实施的海商留置。此类留置仅存在一种情形,即适用《1910年救助公约》时,海难救助人对获救货物的留置。

第三类,港口作业人作为第三人实施的海商留置。此类留置共计三种情形,包括:第一,港口作业人对船东、货方就航次租船运输中的进出口费用对货物的留置;第二,港口作业人对船东就班轮运输中的出口费用对船舶的留置;第三,港口作业人对收货人就班轮运输中的进口费用对货物的留置。

第四类,修船厂作为第三人实施的海商留置。此类留置共计两种情形,包括:第一,修船厂因留置船舶而留置船上所载货物;第二,修船厂因附带留置中套上了针对附带留置物的二次第三人海商留置。

参考文献:

- [1] 周洁. 在司法实践中检讨中国的商事留置权[J]. 中国海商法研究, 2015, 26(2): 81-87.
- [2] 陈文清. 论货运代理企业的责任形态[J]. 中国海商法研究, 2012, 23(4): 35-39.
- [3] 蒋正雄. 论海商留置权的行使[M]//上海海事大学海商法研究中心. 海大法律评论(2005). 上海: 上海社会科学院出版社, 2006: 188-189.
- [4] 郝志鹏, 孙光. 论港口经营人行使留置权的法律困境与出路[J]. 中国海商法研究, 2018, 29(4): 9-14.

陈诗婷,何丽新.港口经营人法律地位的判例探析[J].中国海商法研究,2021,32(2):65-77

港口经营人法律地位的判例探析

陈诗婷¹,何丽新²

(1. 北京大学法学院,北京 100871;2. 厦门大学法学院,福建 厦门 361005)

摘要:近年来,涉及港口经营人的法律纠纷日趋增加,但中国立法对港口经营人的规定漏洞尚存,导致其法律地位不明、权利义务不清,故亟需借鉴各国司法实践经验,明确港口经营人的法律地位。针对中国港口经营人法律地位的争议,建议采取实证分析的方法,通过考察两大法系的174个典型案例,即可得出中国应将港口经营人作为独立合同人进行专门性立法的结论。《中华人民共和国海商法(修订征求意见稿)》应当删去针对港口经营人的专门条款,并将港船关系和港口经营人的权利义务等事项留待新《中华人民共和国港口法》进行调整。

关键词:港口经营人;法律地位;判例分析;两大法系

中图分类号:D922.294 **文献标志码:**A **文章编号:**2096-028X(2021)02-0065-13

On legal status of port operators by case analysis

CHEN Shi-ting¹, HE Li-xin²

(1. Law School, Peking University, Beijing 100871, China; 2. Law School, Xiamen University, Xiamen 361005, China)

Abstract: Legal disputes concerning port operators have been increasing in recent years. However, there are still loopholes in the provisions of Chinese laws and regulations on port operators, which lead to uncertain legal status as well as unclear rights and obligations of them. Therefore, it is urgent to learn from the judicial practice of countries around the world. By analyzing both the legal theory and judicial practice in 174 typical cases from two legal systems, it is more reasonable for China to use “independent contractor” as the legal status of port operators and enact special legislation. Therefore, regulations aiming at port operators in *Chinese Maritime Code (Draft Revision for Comments)* should be deleted, leaving the legislative matters such as the relationship between carriers and port operators and the rights and obligations of port operators to the new *Law of the People's Republic of China on Ports*.

Key words: port operator; legal status; case analysis; two legal system

港口是中国面向世界的窗口,港口作业之复杂多样、港口经营之困难重重、港口风险之难以预料,都要求国家法律法规给予更为完善的规定。在中国先后废止了若干效力低下的部门规章之后,港口货物作业的司法纠纷几乎陷入了无法可依的尴尬局面。因此,《中华人民共和国海商法》(简称《海商法》)修订进程中,港口经营人的法律地位认定成为了各界关注的热点,港口经营人是否纳入《海商法》调整及具体如何调整等问题备受关注。中国大量学

者已经在剖析国际公约和他国立法的基础上,就以上问题作出回应,但至今尚无研究从判例角度出发,论述港口经营人法律地位。笔者通过对两大法系代表性国家的典型判例进行收集,分析司法判例下港口经营人的法律定位,为《海商法》和《中华人民共和国港口法》(简称《港口法》)的修订提供全新的外国实证视角。为此,笔者选取了英美法系的代表性海运大国——英国、美国、加拿大和澳大利亚,以及大陆法系的代表性国家——德国、日本和韩国的

收稿日期:2020-12-01

基金项目:2018年度国家社会科学基金项目“《海商法》修订中重大问题研究”(18BFX208)

作者简介:陈诗婷(1997-),女,福建厦门人,北京大学法学院宪法与行政法专业硕士研究生,E-mail:690844936@qq.com;何丽新(1966-),女,福建闽清人,法学博士,厦门大学法学院教授、博士生导师,E-mail:helixin@xmu.edu.cn。

共174个有港口经营人参与的货损案例。

一、理论界的港口经营人法律地位之争

“港口经营人”一词来源于《1991年联合国国际贸易运输港站经营人责任公约》(简称《港站经营人公约》),在中国1995年《国内水路货物运输规则》(已失效)、2001年《港口货物作业规则》(已失效,简称《港规》)和2003年《港口法》中均有出现。2000年后随着海事司法实践中港口经营人纠纷数量的日益增加,理论界就港口经营人的法律地位展开激烈讨论,延续至今,现就主要观点总结如下。

观点一,认为港口经营人是承运人的受雇人或代理人。^[1-2]该观点作为早期主流观点,体现出中国在国际条约本土化过程中的拿来主义倾向:首先,中国早期对国际公约的翻译混淆了“servant of”与“employed by”,忽视了中国民法背景下对受雇人身依附性的较高要求;其次,该翻译无视了中国民法下的代理理论与英美法系中“agency”的区别,未意识到普通法系国家对代理的认定与大陆法系国家之间存在的重大差异。目前,受雇人说已被摒弃,但代理人说仍在改良中寻求新发展。但是,现行海商法下非集装箱货物运输中承运人的责任期间与港口经营人并无重合,若以承运人的代理人作为定性,必然出现责任承担上的矛盾。

观点二,认为港口经营人是美国法下的“履约承运人”。^[3]¹¹⁸2005年以后,开始有学者提出参照1999年《美国海上货物运输法》(简称COGSA),把港口经营人定性为“履行、承诺履行或者组织履行运输合同项下契约承运人的任何义务的人”,^[4]³⁸⁷⁻³⁸⁸该概念包含承运人的雇佣人、代理人 and 独立合同人,故港口经营人必然被涵盖其中。^[5]但是,独立合同人的独立性与承运人体系本身存在本质矛盾,两概念的兼容性尚待讨论。

观点三,认为港口经营人是实际承运人,并对船方和货方委托的港口经营人作区分定性。^[6]根据《汉堡规则》第1条第2款^①的规定,实际承运人无法涵盖货方委托的主体。此外,港口经营人作为无法发生位移的陆上主体,是否“从事货物运输或部分货物运输”争议极大。从目的解释的角度,立法者在创设这一概念之际,从未考虑纳入任何无法发

生物理移动的陆上主体,因此任何强行扩张其内涵的说法都难以自圆其说。

观点四,认为港口经营人是大陆法系民法理论下的“履行辅助人”。^[7]⁸⁰⁻⁹⁰《德国民法典》第278条和第831条的规定^②将债务履行辅助人分为法定代理人和使用人(含意定代理人),囊括了受雇人、代理人 and 独立合同人等前述所有定义。因此有学者提出借鉴大陆法系经验,将港口经营人定性为“独立型陆上履行辅助人”,甚至明确归入“使用人”的范畴。^[8]尽管此从理论上此定性并无问题,但是中国缺乏相应的民法土壤,在立法和司法层面都难以实现。

观点五,认为港口经营人是《鹿特丹规则》中的“履约方”项下的“海运履约方”。^[9]⁵³,^[10]³⁶⁻³⁷,^[11-12]2007到2015年期间中国学界兴起一股“鹿特丹狂潮”,有观点认为应在《海商法》中全面引入海运履约方体系。但是,《鹿特丹规则》尚未生效,部分条款争议性极大,在《鹿特丹规则》前景未明之际,中国不宜盲目移植。^[13-14]

观点六,认为港口经营人是独立合同人。^[15]独立合同人是“承担某种工作并达到约定的结果,但在实际完成此项工作时能够发挥自身能动性,而不受委托人指令或控制的人”。^[7]⁸⁶该观点强调港口经营人与船方或货方独立订立契约,应该获得与船货双方对等的独立地位,更加贴合当代港口经营实践,同时更符合国际立法趋势,但是需要在立法中加以明确。

因此,依据对港口经营人与承运人之间关系判断的不同,上述对港口经营人的定性可分为三类:第一类,依附性定性,即突出港口经营人对承运人的依附性,包括承运人的受雇人、代理人以及承运人的履行辅助人。第二类,承运人概念的扩张,即将港口经营人划入最广义的承运人体系中,包括履约承运人和实际承运人。第三类,独立性定性,将港口经营人置于整个海上货物运输中,作为船港之外的独立第三方,包括海运履约方和独立合同人。理论上,上述定性范围存在重叠:履行辅助人能够涵盖所有其他定性。履约承运人和海运履约方的范畴略窄于前者,是否包含受雇人和代理人尚存争议。其余的概

① 《汉堡规则》第1条第2款规定:“‘实际承运人’是指受承运人委托从事货物运输或部分货物运输的任何人,包括受托从事此项工作的任何其他人。”

② 《德国民法典》第278条规定:“在与债务人自己的过错相同的范围内,债务人必须对其法定代理人 and 债务人为履行其债务而使用的人的过错负责,不适用第276条第2项的规定。”第831条(为履行辅助人而负的责任)规定:“(1)为某事务而使用他人的人,对该他人在执行事务中所不法加给第三人的损害,负赔偿责任……”

念之间则相互交错,只有受雇人和独立合同人在两大法系中均无交集,代理人仅在大陆法系中与独立合同人无法兼容。

对港口经营人法律定位的理论探索有助于为立法提供更多选择,但是中国司法实践中,由于相关立法的长期滞后导致缺乏统一认定标准,问题频发。此时对各国判例进行比较研究的重要性不言自明——只有通过直观的对比参照,方能探究国内司法裁判问题之本,同时借鉴他国有益司法经验。在普通法国家,判例作为正式法律渊源,法院判决的要旨提炼、历史变迁和整体分析都极具价值。西方国家港口私营化改革较早,相关判例数量庞大,其中许多重要判决在直接塑造国内法的同时还间接地对国际公约的起草发挥作用。即便在大陆法系国家,法官仍须在审判中通过法律解释和法律选择等方式发挥能动性。因此,不同法系的判决中蕴含着丰富的法理资源及实践成果,能够为中国的立法选择提供有益指导。

二、英美法系判例中的港口经营人

笔者从英美法系国家中选取了美国、英国、澳大利亚、加拿大四个具有代表性的海运大国,并通过关键词搜索的方式在 Westlaw Next 数据库(next. westlaw. com)和 Informa i-law 数据库的“劳氏法律报告”(Lloyd's Law Reports)板块中选取了 108 个重要判例。案件重要性的判断标准在于 Westlaw 数据库对案件作出的分级评价,以及被西方知名学者在相关论文中提及的次数。判例的同一性基础在于均涉及法院对港口经营人的法律地位认定。因此,其基本案情均为港口经营人在参与国际货物运输作业的过程中发生货损,遭到以下三种类型起诉:合同之诉、侵权之诉和托管之诉。

美国及欧洲沿海国家的港口民营化集中在 19 世纪末期,由此,涉及港口经营人法律地位认定的案件从 20 世纪开始激增,并在 20 世纪中后期达到顶峰,故下文的判例选择集中在 20 世纪。近年来,由于海运行业的萎靡和海运合同的完善等原因,相关案件数量有所下降且极少在遵循先例的基础上有所突破,故笔者对普通法系国家 21 世纪案件选取数量较少。此外,由于美国具有在世界海运业的霸主

地位和相关立法的先行优势,故笔者将其与其他英联邦国家进行区分,单独进行归纳研究。

(一) 美国判例中的港口经营人

在美国法院,与港口经营人法律定性相关之案件的主要争议点皆为“喜马拉雅条款”的效力,法官多在遭遇“喜马拉雅条款”的适用问题时才对港口经营人的法律地位进行讨论,以判断其是否包含于提单条款当中。关于“喜马拉雅条款”本身的效力争议,法院的态度从 *A. M. Collins* 案^①之后的大力支持到 *Herd* 案^②之后的严格把控,再到 1972 年 *Secret Machine* 案^③之后的逐渐放松,后由联邦最高法院在 *Norfolk Southern Railway v. Kirby* 案^④中盖棺定论,即突破合同默契原则,承认“喜马拉雅条款”的有效性。

笔者选取了 61 个以国际海上货物运输中的港口经营人为被告的美国判例,其中的 18 个判例,原告提起托管之诉,故法院根据普通法托管理论认定港口经营人为货方的(次)受托管理人,除非证明自己无过错,否则在其占有货物期间应对货物的毁损灭失承担赔偿责任。在剩余的 43 个判例中,近半数法院判决认定其为承运人的代理人,近三分之一的判决认为其为独立合同人。比较特别的是,法院在 4 个判例中作出承运人代理人兼独立合同人的认定。最后,在早期判例中,有 4 个法院判决将港口经营人认定为承运人的受雇人。从中能够看出,除托管之诉中港口经营人当然作为受托管理人应诉之外,在侵权之诉中,法院通常认定港口经营人为承运人的代理人或独立合同人,而对此二者之间的关系,不同法官理解存在差异,但这并不妨碍对港口经营人享有提单权利的确认及保护。

在 1929 年的 *New York & Hastings Steamboat Company* 案^⑤中,Godard 法官认为港口经营人为承运人的受雇人或者代理人,至于二者有何区别对案件并无影响,因为海上货物运输法规定了“受雇人或代理人”的权利义务,显然无意区分二者。1953 年,在 *A. M. Collins* 案^⑥中,Rives 法官将港口经营人认定为承运人的代理人并排除了同时作为受雇人的可能,表明其意识到港口经营人的独立性增强,其与承运人签订的合同性质并非劳动合同或劳务合

① 参见 *A. M. Collins & Co. v. Panama R. Co.*, 197 F.2d 893 (1952)。

② 参见 *Robert C. Herd & Co. v. Krawill Mach. Corp.*, 359 U.S. 297, 301, 1959 AMC 879, 882-83 (1959)。

③ 参见 *Secret Mach. Corp. v. S. S. Tiber*, 450 F.2d 285 (1971) A.M.C. 815。

④ 参见 *Norfolk Southern Ry. Co. v. Kirby*, 542 U.S. 935 (2004) 542 U.S. 935, 124 S.Ct. 2926 (Mem), 159 L.Ed.2d 810, 72 USLW 3767。

⑤ 参见 *New York & Hastings Steamboat Company*, 1929 WL 60297 (1929) 1929 WL 60297, 1929 A.M.C. 1472。

⑥ 参见 *A. M. Collins & Co. v. Panama R. Co.*, 197 F.2d 893 (1952)。

同。虽然“受雇人”在普通法中范围极广,但是使用代理人可以避免因受雇人对承运人的人身依附性要求而造成的争议,甚至能够将部分“受承运人指导而非指挥”的独立合同人包括在内。此后的大量案件中,法院均作如此考量。直到1954年的 *Ford Motor v. Jarka* 案^①,Schweitzer 法官明确指出代理人包括独立合同人,且不必区分受雇人和代理人,以上三个概念同时适用于港口经营人。随后在1957年的 *Coffee Growers of Colombia v. Isbrandtsen* 案^②中,Edgar 和 Nathan 法官首次区分了代理人 and 独立合同人,认为港口经营人由于其履行的是承运人在海运合同项下的义务而无法成为独立合同人。1959年的 *Herd* 案^③中,法官将港口经营人定义为代理人,背后的重要原因在于英美法关于代理的先例众多且论述清晰,法官能够从其他类型的案件中找到大量依据,而受雇人和独立合同人的概念边界在美国法乃至整个英美法系判例法中难以达成统一。19世纪70年代之后,随着“喜马拉雅条款”中涵盖的主体扩展到独立合同人,越来越多的美国法院开始抛弃受雇人和(或)代理人的概念,仅认定港口经营人为独立合同人,以避免对代理人理论的过度依赖而造成造法能动性局限。

值得注意的是,在美国法院的判决中,代理人与独立合同人的概念相互交错。法官主要依据港口经营人与承运人的合同关系和其作业性质是否包含在承运人在运输合同项下的义务之中进行判断。多数美国法官认可代理人 with 独立合同人的兼容关系^④,但少数案件中法官强调了二者的区别,其判断标准在于港方作业过程中多大程度上受到承运人的监督和控制。例如,在 *La Salle Mach. Tool v. Maher Terminals* 案^⑤中,承运人将货物交给港口经营人装船,未在现场指派人员或者作出任何指示,港口经营人装船错误导致货损,此时并非代理人 and 独立合同人。相反地,在 *Brown & Root v. M/V Peisander* 案^⑥和 *Koppers Co. v. S/S Defiance* 案^⑦中,港口经营人在承

运人的一般控制和监督下转移或装卸货物,承运人实际参与其中,扮演监督者的角色。如前所述,由于代理人概念的包容性强、先例众多且往往出现在提单“喜马拉雅条款”之中,所以法官倾向于作此种认定以减少歧义和适用提单的障碍。

(二) 英联邦国家判例中的港口经营人

笔者选取了英联邦国家的47个判例,包括17个英国判例、21个澳大利亚判例和9个加拿大判例。受普通法传统的影响,此类案件类型以托管之诉为主,法院对港口经营人定性的直接论述较少,其中3个早期案件中,港口经营人被认定为受雇人,6个案件中被认定为代理人,其余情况下皆被认定为次合同人及次受托保管人。值得注意的是,英国的所有案例均为托管之诉,法院皆认定港口经营人为(次)受托保管人。

英国受到普通法传统理论的禁锢,在突破合同相对性、赋予“喜马拉雅条款”法律效力的问题上相对落后于美国和其他英联邦国家,但是托管理论的发展弥补了这一不足。早在18世纪初,英国就逐步发展出一套完整的托管责任体系^⑧。在国际货物运输中,托运人作为委托保管人(bailor)将货物委托承运人保管,此时承运人是受托保管人(bailee);此后承运人又作为委托保管人将货物转委托港口,授权港口成为自己的受托保管人兼托运人的次受托保管人(sub-bailee)。托管关系强调物的占有转移,与所有权归属无关,所以即使承运人不享有货物所有权,或者所有权转移至收货人,也不影响次托管(sub-bailment)关系的存在。货物卸下后,港口经营人自然成为收货人的受托保管人。托管理论以其独特的优势灵活地解决了四方主体之间因为缺乏合同关系导致的诉权受限问题,创设出合同之诉和侵权之诉以外的全新诉讼路径。

值得关注的是,在著名的 *Midland Silicones v. Scruttons* 案^⑨中,一审 Diplock 法官否认了港口经营人纳入承运人的可能,并总结出提单下对港口经营

① 参见 *Ford Motor Co. v. Jarka Corp.*, 134 N. Y. S. 2d 52 (1954) A. M. C. 1095。

② 参见 *National Fedn. of Coffee Growers of Colombia v. Isbrandtsen Co.*, 17 Misc. 2d 113 (1957) N. Y. S. 2d 392。

③ 参见 *Robert C. Herd & Co. v. Krawill Machinery Corp.*, 359 U. S. 297 (1959) A. M. C. 879。

④ 参见 *Tokio Marine and Fire Insurance Co. v. Nippon Yusen Kaisha Lines*, 466 F. Supp. 212, 213 (W. D. Wa. 1979); *Hyundai Marine & Fire Insurance Co., Ltd. v. Pyongtaek*, 2016Da213237 (2016)。

⑤ 参见 *La Salle Mach. Tool, Inc. v. Maher Terminals, Inc.*, 452 F. Supp. 217 (1978) A. M. C. 1374; *Afir. La Salle Mach. Tool, Inc. v. Maher Terminals, Inc.* 611 F. 2d 56, 1980 A. M. C. 1187。

⑥ 参见 *Brown & Root, Inc. v. M/V Peisander*, 648 F. 2d 415 (1981) 1982 A. M. C. 929。

⑦ 参见 *Koppers Co., Inc. v. S/S Defiance*, 542 F. Supp. 1356 (1982) A. M. C. 1404; *Afir. Koppers Co., Inc. v. S/S Defiance*, 704 F. 2d 1309 (1983) A. M. C. 1748。

⑧ 最早的先例参考 *Coggs v. Bernard*, 2 LD. RAYM. 909 (1704)。

⑨ 参见 *Midland Silicones v. Scruttons*, Lloyd's Rep Vol. 1 Q. B. (Com. Ct.); 289-304 Lloyd's Rep Vol. 1 571-587 C. A.; Lloyd's Rep. 365 at p. 371; H. L.

人保护的两种思路:一是“明示合同理论”(express contract theory),即承运人作为装卸公司代理人,代表装卸公司与托运人签订合同;二是“默示合同理论”(implied contract theory),装卸公司占有货物时,其与货主之间默示合同开始生效。英美法系法官充分利用代理理论的灵活性,反其道而行,将承运人视为港口经营人的代理人,而前提在于对隐名代理的认可。

相比之下,澳大利亚法院早在1951年的 *Waters Trading Company v. Dalgety* 案^①中便认定港口经营人为独立合同人。本案中Owen法官还对先例中的港口经营人身份进行总结,笔者称之为“双重身份理论”——第一种双重身份是指在大洋洲早期判例中,法院多将港口经营人同时认定为承运人的受雇人和代理人,在作为受雇人的同时还发挥着代理人的功能。第二种双重身份是港口经营人在作出侵权行为时,既是承运人的代理人也是收货人的代理人。收货人的代理人地位对装卸公司并无好处,还因此承担无限侵权责任,所以法院判决时往往将其视为承运人的代理人,这体现出法院在维护商业稳定方面的权衡,提供倾向性保护。

同案中,Herron法官对“代理人”作出如下解释:“‘代理人’一词指的是船东在履行合同的正常过程中可能要求其履行合同的某一部分的人,而不能仅限于与船东的受雇人一样在侵权诉讼中使船东承担责任的人”,也就是说,代理人的判断标准并非承运人是否为之承担法定替代责任,而是是否受承运人之托实际履行运输合同中的义务。综上,澳大利亚法官在司法实践中区分了承运人的受雇人、代理人 and 独立合同人,同时将代理人理论进一步完善。

(三) 英美法系判例总结

第一,承运人雇用(employ)港口经营人开展海上运输合同下的作业,此处的雇用并无对人身依附性的严格要求,两主体间的具体关系主要依据港口作业的性质进行区分——当承运人对港口经营人的作业起指挥和支配作用时,则港口经营人是承运人的受雇人;若承运人仅作为“港口监督人”(wharf

watcher)或“保险员”(insurer)提供装卸或存储货物的指导,则港口经营人是承运人的代理人。此外,部分普通法法官希望通过将提单中“承运人”的概念进行扩张解释以纳入港口经营人^②,这恰恰体现出前文中笔者归纳的关于港口经营人定性的第三种思路。但是,英美法系最终摒弃了上述观点,其最主要的原因在于港口经营人并非海上货物运输合同的当事人,而是通过作业合同实际加入了承运人提单下运输义务的履行。因此,现代港口实践排除了将港方视为传统承运人或承运人的受雇人的可能。中国在摒弃受雇人说的同时,也不宜直接引入“履约承运人”这一在美国本土都尚未充分论述和发展的概念。

第二,港口经营人是(次)受托保管人。根据英美法系特有的托管理论,港口经营人从接收货物并对货物享有实际控制之时起,成为承运人的受托保管人及托运人的次受托保管人,在承运人的责任期间终止且货物的控制权尚未转移至收货人及其代理人期间,港口经营人转变为收货人的受托保管人。因此,对于港口方占有并实际控制货物期间发生的货损,货方有权提起托管之诉。此类传统的普通法理论在中国无适用空间,借鉴意义不足。

第三,港口经营人是托运人的次合同人,是具有独立性的合同主体。次合同人包括但不限于船舶(承运人除外)的所有人、经营人和租船人、装卸工、码头和集团经营人、公路和铁路运输经营人以及承运人直接或间接雇用的任何独立承包商^③。港口经营人同时也可以作为承运人的代理人,此处的“代理”包含意定代理和不为中国民法所认可的隐名代理,即凡是“双方约定一方代表另一方行事且受其必要控制而产生的信托关系”(fiduciary relation)均包含其中,而不以向第三人表示为必要条件^④。在澳大利亚著名的 *York Production* 案^⑤中法官指出,“在商业世界中使用的‘代理人’是一个根据情况而有不同含义的词”^⑥,可见“代理人”一词在英美法系中的灵活性之大、涵义之宽泛模糊。Herron法官在 *Waters Trading Company* 案^⑦判决中叙述:“‘代理

① 参见 *Waters Trading Company, Ltd. v. Dalgety & Co., Ltd.*, Lloyd's Rep. [1951] Vol. 2 N. S. W. Sup. Ct.

② 参见 *Home Ins. Co. v. Philadelphia Piers*, 100 F. Supp. 348 (1951); *Cabot Corp. v. S. S. Mormacscan*, 441 F. 2d 476 (1971) A. M. C. 1130.

③ 参见 *Nipponkoa Ins. Co., Ltd. v. Wallenius Wilhelmsen Lines*, A. S. 2003 A. M. C. 1907.

④ 参见 Restatement (Second) of Agency s. 1 (1957), 源自 *Graceline Inc. v. Todd Shipyards Corporation*, Lloyd's Rep. [1975] Vol. 1.

⑤ 参见 *Sanderson York Production v. Gilchrist Watt and Sanderson*, Lloyd's Rep. [1970] Vol. 2.

⑥ 参见 *Colonial Mutual Life Assurance Society Ltd. v. Producers & Citizens Co-operative Assurance Co. of Aust. Ltd.*, 46 C. L. R. 41, at p. 50; *International Harvester Company of Australia Pty. Ltd. v. Carrigan's Hazeldene Pastoral Co.*, 100 C. L. R. 644, at p. 652.

⑦ 参见 *Waters Trading Company, Ltd. v. Dalgety & Co., Ltd.*, Lloyd's Rep. [1951] Vol. 2 N. S. W. Sup. Ct.

人’一词指的是船东在履行合同的正常过程中可能要求其履行合同的某一部分的人,而不能仅限于与船方的受雇人(employed by carrier)一样在侵权诉讼中使船东承担责任的人。装卸公司通常是以独立合同人的身份开展装卸业务的独立公司,但同时也是承运人的代理人”。综上,英美法系法官在适用代理规则时往往基于对本国代理规则的宽泛性,意欲在最大程度上保护港方权益。而《中华人民共和国民法典》(简称《民法典》)对代理的规定严格,没有必要出于相同考量而将港口经营人定性为代理人,否则将限缩其范围。

此外,为了突破合同默契原则而使“喜马拉雅条款”适用于港口经营人,英美法系的法官们还对港方和船方、港方和货方之间的关系另辟蹊径,通过“默示同意”^①、第三方受益合同^②和前文的“双重身份理论”等方式,为“喜马拉雅条款”的适用提供理论支撑。相比之下,中国法院对“喜马拉雅条款”的态度不明,由于种种原因,该条款在中国的实际适用空间几乎为零。故通过肯定“喜马拉雅条款”的效力来保护港口经营人,无需特别立法的观点在中国没有可行性。而在货方委托港口进行运输相关作业的情形下,港口经营人的权利义务主要根据双方之间的港口作业合同进行判断,不存在成文法对受货方委托的港口经营人加以规制,其责任限制的享有等权利通过完善的“喜马拉雅条款”进行保护。

三、大陆法系判例中的港口经营人

(一)德国

《德国商法典》第四编第四章即为德国海商法,根据其中第436条和第437条的规定,一旦港口经营人在德国法院被认定为“承运人的受雇人”或“实际承运人”即可享受法定责任限制。2013年最新修订的《德国商法典》第509条^③在原有基础上进一步

明确了实际承运人的概念及权利义务关系。中国有学者指出,新德国海商法下提供货物搬运、仓储服务的码头经营者并非实际承运人,而提供装卸服务的码头经营者则视为实际承运人。^[16]

笔者通过在Beck-Online数据库(beck-online.beck.de)中进行各种关键词检索并对结果进行筛选,将不同审级法院就同一案件作出的判决进行合并,最终得到在判决主文中对港口经营人进行法律定性的10个典型案例。10个判例中有8个明确将港口经营人认定为履行辅助人,其余2个判例中法院认定其为承运人的代理人。

实践中,德国法院判决普遍将港口经营人认定为“Nebenintervenientin”,中文直译为“辅助干预者”,法律意义上即为“履行辅助人”,在特定案件中法院将其定义为“承运人在准备或正在进行运输时使用的次合同人”^④,理论上,由于履行辅助人的定义宽泛,故港口经营人被理所当然地划入其中。“Hilfsperson”(译为助手或助理)和“Subunternehmer”(译为次合同人)也通常被用于指代港口经营人。

值得关注的是,德国法院在部分案件中将港口经营人认定为承运人的“Vertreter”(译为代理人),其经典判决主旨为“承运人对其代理人的过失承担责任”^⑤。德国法院对于港口经营人及承运人的关系论述尤为详细,法官在判决中反复强调承运人对其“辅助者”或“代理人”的无条件替代责任。无论是运输前的港口储存导致货物受潮,或是装货过失致使运输途中货物毁损灭失,还是卸货过程中过失货损,亦或是货物的无单交付,承运人须为港口经营人的过失负责,除非港口经营人存在重大过失或者故意。个别情形下,承运人承担全部责任后甚至无法向港口经营人追偿,例如2006年的码头错装货物

^① 美国代表性案例参见 *Wilson v. Darling Island Stevedoring and Lighterage Company, Ltd.*, [1956] 1 Lloyd's Rep. 346, followed. 港口经营人在海上运输合同订立时是承运人的被代理人,即承运人代理港口经营人与货方缔约,而货方则对此默示同意,这种隐名代理在普通法国家普遍受到认可。由此,港口经营人成为海上货物运输合同的隐形当事人。英国代表性案例参见 *Midland Silicones v. Scruttons*, Lloyd's Rep Vol. 1 Q. B. (Com. Ct.); *Pioneer Container*, [1994] 1 Lloyd's Rep. 593 at p. 603, col. 2; [1994] 2 A. C. 324 at p. 344C/G.

^② 参见 *Ryan Stevedoring Co. v. Pan-Atlantic Steamship Corp.*, 350 U. S. 124, 76 S. Ct. 232; *Crumady v. Joachim Hendrik Fisser*, 358 U. S. 423, 428, 79 S. Ct. 445, 448, 3 L. Ed. 2d 413 (1959); *Waterman S. S. Corp. v. Dugan & McNamara, Inc.*, 364 U. S. 421, 81 S. Ct. 200, 5 L. Ed. 2d 169 (1960); *Williams v. Pennsylvania R. R. Co.*, 313 F. 2d 203 (2d Cir. 1963)。港口经营人是海上货物运输合同的第三方受益人(债权受益人),作为合同利益第三方可以享受合同中债务人承诺对其履行的债务,即提单中规定的各种抗辩。

^③ 《德国商法典》第509条(实际承运人)规定:“(1)对于运输期间造成的任何货物灭失或损坏,如果全部或部分运输系由承运人之外的第三人履行的,那么该第三人(实际承运人)应对此负与承运人相同的责任。(2)任何与托运人或收货人之间的合同约定,且据此对承运人的责任扩大化的,只有在实际承运人以书面形式同意的情况下,才能对实际承运人发生效力。(3)根据件杂货运输合同对承运人成立的抗辩和异议,对于实际承运人同样适用。(4)承运人和实际承运人作为连带债务人负责。(5)如果请求权是针对实际承运人的属员或船舶乘务人员提出的,准用第508条的规定。”

^④ 参见 2NJOZ 2017, 938. BeckRS 2016, 116079. BGH, Urt. v. 1. 12. 2016-I ZR 128/15。

^⑤ 参见 BeckRS 2009, 21136.; BeckRS 2013\10680; ECLI:DELGDARMS:2010:0108. 150363. 07. 0A; BeckRS 2016, 128414。

案件和2018年的起重机绑扎失误货损案件^①。不难发现,德国在处理承运人和港口经营人的关系时基本适用雇主责任,这导致货方直接起诉港口经营人成为徒劳,船港双方无法直接承担连带责任,追偿与否取决于港口与船方的协商,这是大陆法系与英美法系判例最典型的区别。

另一个问题在于,2009年的案件^②中承运人给予港口经营人错误的指示而导致卸货过程中的汽车损坏,法院认定港口经营人作为承运人的代理人无需直接承担合同责任,由承运人承担责任并享受责任限制后再向港口经营人追偿。然而在2019年的相似案件中,同样是港口卸货失误导致货物撞击损坏,法院却认定承运人无法享受责任限制,承担全部赔偿责任后可向港口经营人全额追偿^③。可见,在港口经营人法定责任限制缺失的情况下,其诉讼风险把控存在困难,承运人能否享受责任限制成为其赔偿金额大小的关键,不合理之处尽显。

(二) 日本

2018年《日本商法典》修订后,从事国际海上货物运输的船舶和当事人适用1958年《日本国际海上货物运输法》、国际公约以及《日本商法典》第二编第八章“运输营业章”和第三编“海商”。根据1992年最新修订的《日本国际海上货物运输法》,当且仅当港口经营人被法院认定为承运人的受雇人之时,方可享受法定免责和责任限制。类似地,最新的《日本商法典》第588条“承运人受雇人的责任”中规定了承运人的受雇人在侵权情形下与承运人享有相同的免责和责任限制,除非是出于受雇人的故意或重大过失。

笔者通过在Westlaw-Japan数据库中进行与法条关联的判例检索,得到与港口经营人在国际海上货物运输中法律地位认定相关的11个代表性判例,其中有3个早期判例视其为“承运人的代理人”,4个判例中明确将港口经营人认定为“使用人”,4个仅使用“履行辅助人”对其进行定性。

早在1996年,东京地方裁判所就将无单放货的港口经营人认定为承运人的“使用人”,故承运人不

可脱离责任。法院认为“承运人的‘使用者’是指承运人为履行自己的债务而使用的人,即指履行辅助人,不限于承运人和雇佣关系中狭义的受雇人,也包括独立合同人、代理人等履行辅助人”^④。2000年东京地方法院判定港口经营人是独立于承运人的代理人,不能认为二者之间就每种货物的交付具有指挥和监督关系,故承运人无需承担雇主责任。承运人并无共同侵权行为,亦不必承担连带责任^⑤。2004年,东京地方法院再次就类似案件给出判决,认定港口经营人是承运人的履行辅助人和当地代理人,由于港方的员工在违法期间并不是在履行承运人海上货物运输合同下的义务,故承运人不必为其承担雇主责任,上诉后东京高级法院维持原判^⑥。可见,早在21世纪初,日本法院便否定了港口经营人是承运人的受雇人,视港口经营人为承运人的代理人,同时将其归类为履行辅助人项下的“使用人”。

除无单放货判决以外,日本其他类型的港口货损案件判决基本与德国法院一致:在承运人责任期间内发生的一切货损,不论港口经营人于其中扮演何种角色都统一认定为承运人的履行辅助人,由承运人承担替代责任后自主进行追偿^⑦。有趣的是,在2010年的装载货损案件中,货主起诉承运人在日本的代理人和港口装卸公司因装载问题导致货损。承运人的日本代理人因提单项下的法院选择条款而逃脱日本法院管辖,但本地装卸公司则根据日本民法侵权规定承担不受限制的侵权赔偿责任^⑧。这样一来,港口经营人在国际海运承运人通过各式各样的提单条款享受便利的同时,独自面临更多的商业风险。

(三) 韩国

根据2007年8月最新修订的《韩国商法》第五部分“海事”第798条第(2)款的规定,承运人的受雇人或代理人在特定条件下享有承运人的抗辩和责任限制,且对承运人以外的实际承运人同样适用。值得注意的是,法条原文中使用“사용인”的字样,中文直译为“使用人”,而韩国国家法令信息中心公布

① 参见 ECLI:DE:OLGHE;2006:0629.12U100.05.0A.;BeckRS 2009,21182;BeckRS 2018。

② 参见 NJW-RR 2009,1479 BGHZ 181,292 MDR 2009,1120。

③ 参见 BeckRS 2018,39158 TranspR 2019,285。

④ 参见 1996年东京地方裁判所ら8(ワ)1355,WLJPCA10290009。

⑤ 参见 2000年东京地方裁判所へい11(わ)15507,2000WLJPCA10120001。

⑥ 参见 2004年东京地方裁判所へい14(わ)4953,49532004WLJPCA04260002。

⑦ 参见 2009年东京地方裁判所へい19(わ)29620,2009WLJPCA09258007。

⑧ 参见 2010年东京地方法院へい19(わ)33008,2010WLJPCA06048007。

的英文范本却将其翻译为“employee”,即《海商法》中的“受雇人”,故其涵盖范围远远小于履行辅助人理论中的“使用人”^①。

笔者通过在韩国国家法令信息中心(law.go.kr)网站上进行法条关联判例检索和关键词检索,得到判例21个,并从中筛选出法官在判决主文中明确认定港口经营人法律地位的案件共9个,9个判例中法官均将港口经营人认定为独立合同人。

早在1992年的91(다)4249号判决^②中,韩国大法院承认“喜马拉雅条款”的效力并利用一个宽泛的术语履约助理(이행보조)将港口经营人纳入其中。此后,在2007年(다)4943号案件^③中法院再次确认了“喜马拉雅条款”的效力和适用可能性。本案中韩国大法院判定其作为独立合同人不能援用《韩国商法》有关承运人的抗辩和责任限制。但是,法院认为,只要货物的灭失、毁损或者迟延交付不是由于港口经营人的故意或者明知可能造成损失而轻率地作为或者不作为造成的,则可依据“喜马拉雅条款”规定援用承运人的责任限制。因为“喜马拉雅条款”的约定与海上运输的特殊性危险相关,不仅在国际上通用,而且也与运输委托人承担的运费相牵连。

在2001年(다)75318号判决^④中,法院将《韩国商法》第789条中的“受雇人或者代理人”解释为“根据雇佣合同或者聘用合同等接受承运人的指挥监督而履行业务的人,不包括不存在指挥监督关系而根据自己的判断并按照自己的意志和方式完成工作的独立合同人”,判定港口仓储保管人作为独立合同人不属于该法条所指的受雇人或者代理人,因此不能援引承运人的抗辩和责任限制^⑤。在2014年韩国大法院的23320号判决^⑥中法官再次引用了前案判决,判定港口经营人败诉并无法享受提单责任限制。由此,中国有观点认为,虽然韩国理论界长期存在着与中国相似的“受雇人或代理人说”和“实际承运人说”,但是“独立合同人说”一直占据主导

地位,并影响韩国司法实践。^{[17]118}

不难看出,韩国大法院在几十年的司法实践中对港口经营人的法律定性不断限缩,最终确认其为独立合同人而非其他。虽然其没有法定的免责与责任限制,却因为“喜马拉雅条款”的普遍适用而得到一定的保护。因此有学者指出,中国可学习韩国经验,通过认定“喜马拉雅条款”的效力给予港口经营人保护而无需修改或新设法律加以专门规定。^{[17]116-118}

(四)大陆法系判例总结

第一,大陆法系国家普遍认可港口经营人为承运人的履行辅助人,并进一步细分为使用人。港口经营人辅助承运人履行其在海上货物运输合同中的义务,承运人为其承担无条件的替代责任。由于“受雇人说”已被摒弃,“实际承运人说”存在巨大争议,法官更倾向于使用更加完善的传统民法理论认定承运人与港口经营人之间的关系。

第二,大陆法系国家在早期判例中认定港口经营人是承运人的受雇人^⑦。如前文所述,鉴于包括德国、日本等国家在内的大陆法系国家对“受雇人”的范围定义广泛,并不局限于通过劳动合同受用人单位雇佣的人,故港口经营人作为承运人的受雇人解释空间较大。^{[4]987}法官进行扩大解释的目的在于填补当时海商立法的漏洞,直接依据法律明确承运人与港口经营人之间的关系,并分配其责任。

第三,少数判例中法官认定港口经营人是实际承运人^⑧。《德国商法典》同中国一样,借鉴了《汉堡规则》中的实际承运人规则,并在最新的海商法中加以明确,但是在司法实践中法官的意见尚待统一。

值得注意的是,在大陆法系国家的司法判例中存在一个共同困境,即原告在诉的类型竞合时只可择一起诉,这与英美法系下能够以不同诉的种类对不同被告提起同一诉讼的模式差异明显。这样一来,要么港口经营人成为侵权之诉的主体,依赖成文

① 《韩国商法》第798条(适用于非合同索赔)规定:“(1)本节中关于承运人赔偿责任的规定也适用于因承运人非法活动造成的损害赔偿责任。(2)当向承运人的受雇人或代理人提出与海上货物运输有关的损害索赔时,如果损害是由于受雇人或代理人履行其职责而引起的,则受雇人或代理人可以援引承运人享有并可能提起的抗辩和责任限制。但是,如果损害是由于受雇人或代理人的故意或其轻率地作为或不作为造成的,则受雇人或代理人应当对货物损坏或延迟交付负责,不得援引承运人的抗辩和责任限制。”

② 参见1992年韩国最高法院91(다)4249号判决。

③ 参见2007年3月10日韩国大法院2007(다)4943号判决。

④ 参见2001年9月19日韩国大法院2001(다)75318号判决。

⑤ 参见2014年5月16日韩国大法院2012(다)23320判决。

⑥ 参见2014年5月16日韩国大法院2012(다)23320判决。

⑦ 参见2004年东京高等裁判所平16(ネ)3028号,2004 WJPCA12150005。

⑧ 参见德国案例 BeckRS 2018,39158 TranspR 2019,285。

法的规定享有责任限制等法律保护,且货方的证明责任过重导致不公;要么货方的起诉被法院以主体不适格驳回,港口经营人间接享有责任限制。此外,虽然托管(bailment)理论起源于罗马法中的承保责任(receptum),却在大陆法系的演变历史中逐渐消失,成为普通法系国家的“专利”。货主在成文法无规定的情形下无法主张港口经营人在普通法下的管货义务,这使大陆法系的货方陷入了起诉二选一的困境,并且极少发生对港口经营人的提单条款适用的讨论。

比较而言,德国以其商法典为依据形成了相对严密的规范体系,有关港口经营人的责任承担问题皆可通过对上述条文的解释予以解决;日本法借鉴德国经验,履约承运人的体系长期运行;韩国在司法实践中另辟蹊径,是对大陆法系传统理论的突破。《民法典》和各类商事规范中均无履行辅助人的相似规定,直接引入履行辅助人概念一则并无必要,二则引起混乱。不妨借鉴韩国经验,从既有框架中跳脱出来,确认港口经营人的独立地位并就相关问题专门解决。

四、中国判例中的港口经营人

笔者在“北大法宝”(pkulaw.com)数据库中检索关键词“港口经营人”,截至2020年9月7日共得判决416篇。笔者从相关判例中筛选出以港口经营人作为被告的国际海运货损案件,剔除了港口行政纠纷、港口人身损害等无关判决,同时将不同级别法院对同一案件的判决视为一个。由此共收集到36个在判决主文中直接或间接涉及港口经营人在国际货物运输中法律地位和法定权利义务的判决。

中国法院通常回避对港口经营人的定性问题,或者认为没有必要说明。故在36个案件中,仅有以下5个判决明确了港口经营人的法律性质。

第一,港口经营人是承运人的受雇人。代表性案例为2001年“福建顶益食品诉中远集装箱案”^①,本案法院否定港口经营人是实际承运人的观点,认定港口经营人为承运人的受雇人,以此判决承运人承担替代责任,驳回原告对港口经营人的诉求。此外,在此前的1999年“中国外运广东湛江储运诉香港利昌隆案”中,^[18]法院也是出于类似的考虑将港口经营人定义为承运人的受雇人。法院此举既能合

理驳回原告对港口经营人的诉讼请求,也可直接对港口经营人适用《海商法》第四章的规定。

第二,港口经营人是承运人的代理人。在2014年“中材供应链诉洋浦华泓船务案”^②中上海市高级人民法院认为:“可以认定宝钢股份在本案中系根据承运人洋浦公司的委托操作涉案货物到达码头后的装卸船作业,并将货物交付给收货人,其应为洋浦公司的代理人。”由于两被告在交付货物方面并无过错,驳回了货方的诉讼请求。法官根据承运人和港口经营人之间委托代理合同的性质,将履行交货义务的港口经营人视为承运人的代理人。

第三,港口经营人是独立合同人。代表性案例为2000年“浙江东方诉以星轮船案”^③,法院将港口经营人定性为独立合同人并否认了其作为承运人的代理人之可能,其目的在于否定承运人与港口经营人承担连带责任,进而以合同关系不存在为由驳回原告对港口经营人的诉讼请求。截至目前,中国法院仅在此一个判决中明确将港口经营人定性为独立合同人。

第四,港口经营人是《海商法》下的实际承运人。此类判例同样仅有一个,即2010年“烟台环球码头与烟台冰轮股份有限公司上诉案”^④。山东省高级人民法院支持原审青岛海事法院根据本案中港方的申辩,认可其性质为实际承运人,目的在于使《海商法》中的责任限制条款适用于港口经营人。2016年原交通部废止了大量司法实践中长期适用的部门规章,导致法官不得不回归《海商法》,寻找港口经营人的权利义务规定,而实际承运人体系成为最优选择。

中国法院之所以对港口经营人定性不一,主要原因包括法律法规的缺失、法官司法能动性低下、涉外案件的特殊性和审判效率的压力等。从判决结果来看,中国面临着和德国与日本相同的局面,即港口经营人在诉讼中直接承担责任的可能性微乎其微,需要承运人进行事后追偿。造成这种局面的原因如下:首先,法律法规对港口经营人的作业标准规定不健全,导致对“过失”和“重大过失”的判断标准模糊,判决所依据的法律法规各不相同。其次,收货人和托运人地位尴尬且举证困难。当货方与港口经营人无合同关系时,港口作业合同下的规定无法直接

① 参见大连海事法院(2001)大海法商初字第246号民事判决书。

② 参见上海高级人民法院(2014)沪海高民四(海)终字第67号民事判决书。

③ 参见宁波海事法院(2000)甬海商初字第218号民事判决书。

④ 参见山东省高级人民法院(2010)鲁民四终字第87号民事判决书。

适用于第三方,货方只可提起侵权之诉。然而,证明侵权的构成要件比较困难,多数案件中货方并未全程跟进货物到港后的相关作业,因此处于不利地位。最后,与此类案件相关的举证责任分配充满争议。多数货方代表都认为《港规》第45条^①确立了港口作业货损举证责任倒置的原则,但当时的法官普遍不认可此种观点。如今《港规》已被取消,关于举证责任分配和港口作业过失标准彻底陷入无法可依的状态^②。

与英美法系国家不同的是,在中国,“喜马拉雅条款”鲜少成为案件的争点,在笔者收集的36个案例中仅有3个案例有所提及,且均以驳回原告诉讼请求终了,尚未涉及条款效力认定。原因主要有如下几点:首先,如前文所述,港口经营人能够预料法院将驳回货主对其的诉讼请求。其次,法院在承运人和港口经营人都存在过错的情况下会判决承运人承担责任后向港口经营人追偿,当承运人享受责任限制,港口经营人也就间接适用了承运人的法定责任限制。最后,在侵权之诉中,判决结果不是因为货方处于劣势难以证明港口经营人存在过失被驳回诉讼请求,就是港口经营人明显存在过失,故法院将其定义为重大过失或重大疏忽从而排除责任限制的适用。归根结底,还是因为中国货方主体多数情况下无法对港口经营人提起合同之诉导致。

五、司法判例对中国港口经营人相关立法的启示

(一)港口经营人的法律定性为独立合同人

首先,港口经营人并非实际承运人,《海商法(修订征求意见稿)》(简称《征求意见稿》)中的规定不合理。仅从司法实践的角度来看:第一,英美法系法官早期所有将港口经营人纳入承运人体系的尝试均以失败告终,这为“喜马拉雅条款”的效力扩张奠定了基础。^[19]西方海运大国普遍认同港口经营人为独立合同人,同时利用代理和托管理论明确其权利义务以及与其他海运主体间的关系。虽然COGSA将港口经营人纳入履约承运人范畴的举动似乎表明美国试图将港口纳入广义承运人的体系中,但是法院在实际判决中由于诉讼类型和法律选择等原因极少引用此法条,而是坚持在先例的指引下强调

港口经营人的独立性。第二,在大陆法系中,虽然德国新商法的修订将实际承运人融入其中^③,但从现有判例上看,将港口经营人定性为实际承运人的司法实践尚待观察,法院仍可依据民法规范将其定性为履行辅助人。此外,日韩国内法中均未出现“实际承运人”的字眼,并且不论在理论界还是实务界,港口经营人是实际承运人的观点都占少数,韩国法院更是直接认定港口经营人为独立合同人,并承认“喜马拉雅条款”的效力以保护货方委托的港口经营人。综上,即使在大陆法系,实际承运人说也备受质疑,中国若一意孤行,将港口经营人定性为实际承运人,将在实践中造成更多混乱,并给航运实践带来更多不确定因素。^[20]纵观海商司法实践发展历程,将港口经营人等其他履行承运人海运义务的主体与承运人进行分离是立法的共同趋势,具体体现在至今仍被广泛适用的《海牙—维斯比规则》中对独立合同人作排除性规定。此外,仅从《汉堡规则》的条文无法推知实际承运人包含港口经营人,故港口经营人作为实际承运人的观点从立法与司法实践角度均缺乏说服力。

其次,不宜引入其他概念来定性港口经营人。除了实际承运人和独立合同人之外,中国有学者还提出将实际承运人用其他包容性更广的概念进行替换,如履约承运人或海运履约方,^{[3]117-120,[9]53-56,[10]40}这些概念能够将所有除承运人以外履行承运人运输合同下义务的其他第三人涵盖其中,取代实际承运人制度。笔者认为,中国确应借鉴履约承运人制度对实际承运人的定义进行修改,但是直接引入该制度将造成《海商法》修改难度大幅增加,且在租船合同领域需要进行广泛调整。此外,贸然移植他国法中的概念将导致副作用,且不论是履约承运人还是以之为原型的海运履约方都无法将货方委托的港口经营人纳入其中。此外,多数国家对《鹿特丹规则》持观望态度,尚无任何根据该规则作出的司法判决。故在《鹿特丹规则》真正生效之前,中国立法不可冒进,直接引入海运履约方制度的观点不宜采纳。

最后,港口经营人是独立合同人,需要单独立法加以规制。独立合同人是英美法下一个古老的概念,根据1958年美国代理法第二次重述,独立合同

① 《港规》第45条规定:“港口经营人对港口作业合同履行过程中货物的损坏、灭失或者迟延交付承担损害赔偿责任,但港口经营人证明货物的损坏、灭失或者迟延交付是由于下列原因造成的除外:(一)不可抗力;(二)货物的自然属性和潜在缺陷;(三)货物的自然减量和合理损耗;(四)包装不符合要求;(五)包装完好但货物与港口经营人签发的收据记载内容不符;(六)作业委托人申报的货物重量不准确;(七)普通货物中夹带危险、流质、易腐货物;(八)作业委托人、货物接收人的其他过错。”

② 参见最高人民法院(2015)民申字第905号民事判决书。

③ 参见《德国商法典》第509条。

人是“与另一人订立合同为他做某事,但不受另一人控制,也不受另一人在履行承诺时对其身体行为的控制权的制约的人。他可能是,也可能不是代理人”^①。显然,现代港口经营人是独立合同人,其在作业过程中受到承运人的指导或提示而非控制,尤其是身体上的履行。从中国立法现状来看,引入这个概念并无阻碍,唯一的争议在于英美法系下的代理与中国民法中的代理存在显著差异,在中国代理人与独立合同人相互排斥,代理人是以被代理人名义行事、可能受到代理人物理控制的主体。有学者认为独立合同人必须完全独立于承运人而不能受到一点指示或者指导,^[21]这与英美法系的观点大相径庭,且不符合实际情况。

显然,港口经营人作为独立于船货双方的第三方主体,需要专门立法加以规制,而目前最便捷可行的方式无疑是修订《港口法》,将与港口经营人相关的规则纳入其中,不论是船方还是货方委托。

(二)在《港口法》中明确与港口经营人相关的重要规范

如前文所述,港口经营人既非承运人的受雇人或代理人,更不是实际承运人的一部分,故在现有《海商法》规范的基础上纳入港口经营人并无捷径。在认定港口经营人为独立合同人的前提下,将其纳入《海商法》第四章是不合理的。

第一,由于港口经营人并非运输合同当事人且港口作业合同性质争议极大,世界主要航运国家均未在国内运输法中对港口经营人法律地位作出明确规定。相比之下,大陆法系则倾向于以单独行政立法的形式规定港口作业的相关事宜。若强行让港口经营人作为船货两方之外的独立主体出现在《海商法》第四章,并无任何立法参考,过度标新立异。

第二,港口经营人通过与承运人或者货方签订港口作业合同的形式参与海商货物运输,但港口作业合同并非海上货运合同的一部分,其本质为委托合同。而《海商法》的调整范围是海上运输关系和船舶关系,对于港口经营人是否真正参与“海上”货物运输争议尚存,更何况港口作业的专业性和特殊性使其内容与货物运输合同差异巨大。

第三,将港口经营人独立成章或成节纳入《海

商法》中将打破原有的立法体例,使中国海商法出现逻辑混乱,不论将其置于何处都会引起争议。港口经营人本就不是海上运输中的关键主体,其与船货双方的关系又错综复杂,若按照委托人对其进行区分,则货方委托的港口经营人在立法中会显得孤立而突兀。

第四,在尚有其他立法手段的情况下,没有必要将港口经营人强行加入《海商法》中,引发新一轮的争议和法律适用问题。中国大可以将港口经营人和港口作业相关内容在专门性立法《港口法》中加以明确,如此一来大大节约了立法成本,避免日后对《海商法》的再度调整。虽然在当前《港口法》订立过程中对港口民事权利入法争议极大,但时过境迁,港口作业实践和可适用的法律都发生了重大变化,如今再次修改的阻力将会减小。

从各国判例的共性来看,司法实践中需要《港口法》加以明确的基本问题如下。

第一,港口经营人的定义。欲成为港口经营人,无需与任一方签订明确的港口作业合同,而是通过实际履行承运人在国际货物运输合同项下的义务来实现,散装货物运输也不例外。中国须摆脱旧《港规》中的循环定义,参考《鹿特丹规则》进行规定。

第二,港口作业合同的类型和性质。多数情况下作业合同存在且直接决定了委托方与港口方之间的权利义务关系。港口作业类型关系到法院管辖权和法律适用,该问题在《联合国国际贸易运输港站经营人赔偿责任公约》(简称《港站经营人公约》)和现行《港口法》《港口经营管理规定》中均有规定,笔者将其总结为广义装卸^②、驳运和运输仓储^③三大作业。

第三,请求权的竞合和连带责任的承担。中国对诉讼竞合的择一要求造成了中国货损案件中针对港口经营人的诉求经常因合同关系不存在遭到驳回。对此,大陆法系国家通过规定承运人为其履行辅助人承担无过错的替代责任进行解决,而英美法系法院通常判决承运人与港口经营人承担连带责任。笔者认为,当承运人和港口经营人中任一方的过失是导致货损的唯一原因时,二者承担不真正连带责任。船港一方若造成货损,就应该在责任限制

^① 参见 Restatement (Second), Agency § 2(3) (1958)。具体论述详见 *Consolidated Housecraft, Inc. v. United States*, 170 F. Supp. 842 (E. D. N. Y. 1959); *United States v. Olympic Provision & Baking Co.*, 282 F. Supp. 819 (S. D. N. Y. 1968), aff'd 393 U. S. 480, 89 S. Ct. 708, 21 L. Ed. 2d 688 (1969)。

^② 此处指最广义的“装卸”,含装前卸后港区内的货物运输、集装箱的拼装拆箱等,涵盖积载、平舱、隔垫、港扎等配套服务。

^③ 此处含待装卸时的港口临时堆放和卸货后待提期间。

范围内直接承担全部的货损责任,无法承担的部分再由另一方承担;当双方都存在无法免责的过失时,则应该认定为《民法典》第1171条所规定的聚合因果关系而导致的真正连带责任,此时双方根据过错的比例进行赔偿和相互追偿。

第四,归责原则和举证责任分配。笔者认为,中国法院不应再固守侵权责任四要素或者原《合同法》及《港规》下的严格责任原则,《港口法》对港口经营人的有关规定应与《海商法》对承运人的归责原则一致,即统一适用过错推定并以此为基础分配举证责任。

第五,针对货方委托的港口经营人,应在意思自治的基础上,同样作为独立合同人适用未来《港口法》中关于港口经营人权利义务的规定,尤其是享有责任限制和诉讼时效等法律对港口经营人的必要保护。

从赋权角度来看,国际和国内立法中,承运人通常享有四大保护:责任限制、免责事由、诉讼时效和留置权,这些法定权利在《港站经营人公约》《鹿特丹规则》和已失效的《港规》中均有体现。新《港口法》也应优先给予港口经营人类似的保护。

首先,港口经营人的责任限制应该明确纳入新《港口法》之中,其具体数额、适用和丧失应该与《海商法》中的承运人和实际承运人保持一致,在干散货运输中实际损失难以达到限额的现实,不足以打破此国际惯例,立法不宜过度地向港口经营人倾斜。同时必须规定不论在侵权之诉或合同之诉中均适用责任限制。其次,参照原《港规》第45条规定港口经营人及其受雇人、代理人的免责事由。再次,港口纠纷所适用的诉讼时效期间应遵循《征求意见稿》调整为2年,并明确规定时效开始的时间节点。保留《海商法》关于向第三方追偿的90日追偿期限及其起算点。最后,港口经营人的留置权须在《港口法》中加以规定。即作业委托人以担保的方式满足自身提货需求,并要求港方在担保完成的情况下,根据合同的约定和港区的作业习惯将货物从集装箱内取出并及时完成交付。对于自己租赁的集装箱等运输器具,原则上港口经营人不得留置。

参照中外各国立法和国际公约,针对港口经营人的专门性法律规定除法定权利以外,还包括港口作业的一般性义务和港口经营人的责任承担。港口经营人在作业和货物保管过程中的基本义务应在法律上有所体现。尤其是约定不明的情况下,《港口法》应当对原则性标准进行规定。值得注意的是,

司法实践中的疑难纠纷通常发生在交付环节,特别是港口经营人无单放货。对此,法律应该明确港口经营人凭提货单放货的义务和保函的效力问题。港口经营人的责任规定包括责任期间和责任范围:首先,责任期间应参照原《港规》,与承运人的责任期间类比,规定为“由港口经营人接收到交付”的期间,同时进一步明确接管货物和交付货物的标准;其次,港口经营人的责任范围应当包括货物的毁损、灭失和迟延,至于赔偿的范围首先应尊重当事人合同自治,以损失的可预见性为标准进行限定。

(三)《海商法》的修订应与《港口法》相配套

《海商法》的修订应考虑与未来立法的衔接,为此《海商法》在《征求意见稿》的基础上还需进行以下调整。

第一,取消将港口经营人并入实际承运人的做法,将《征求意见稿》中所有涉及港口经营人的条款加以调整:《征求意见稿》第4.2条中“港区”的定义存在争议,不宜用于定义港口经营人;删除《征求意见稿》第4.27条。在整个《海商法》中不宜出现“港口经营人”一词。

第二,修改《征求意见稿》第4.6条。应该统一集装箱与非集装箱承运人的责任期间为“接收货物时起至交付货物时止”,使其能够完整涵盖港口作业期间。这样一来,即使非集装箱货物的运输绝大多数是货方委托港口经营人,承运人的责任期间也不会缩短,港口经营人独立承担全部货损风险的可能性降低。目前《海商法》仍对非集装箱货物采用“钩至钩”期间,这与全球立法趋势不符。在诉讼中,货方证明货损发生在港口经营人的责任期间存在较大难度,所以,承运人的起诉可能性始终是对货方权益的必要保障。

第三,在第四章中进一步完善托运人和收货人的法定权利义务,为保障港方权利、明确港口义务提供依据。此举重点在于同步加强对两种托运人的权利保障,尤其是实现卖方在FOB情形下的各类请求权、明确收货人的提货义务和承运人的放货标准等。

第四,《征求意见稿》中依然坚持不完全过失责任原则。此规定遵循了《海牙—维斯比规则》,但与《港站经营人公约》和《鹿特丹规则》等国际公约和发达海运国家的国内法背道而驰。如上文所述,中国应在《海商法》和《港口法》中引入过错推定原则,对在承运人和实际承运人管货期间发生的货损作过错推定,货方仅需证明货物发生在二者的责任期间,后由船方对法定免责事由的存在进行证明。

六、结语

港口是国际货运的重要枢纽,港口经营人却因其作业性质长期被视为承运人的附庸,为立法所忽视。判例分析最为直观地呈现了实践中的问题,同时展现出两大法系不同国家对港口经营人法律地位认识的转变。总体而言,重视港口经营人的利益保障和船货港三方平衡是各国的普遍共识。

海商法所特有的国际性要求中国立法者在此次修法过程中最大程度地与世界接轨、与各国共通,切不可因追求特色而过度超前,甚至标新立异。这就需要更多的比较法研究并对国际立法予以选择性适用,同时适当借鉴他国的司法经验和立法成果。近年来,《港站经营人公约》和《鹿特丹规则》等重要国际立法已经为港口经营人法律定位的统一提供了借鉴。正如澳大利亚法官 Stephen 在 *The New York Star* 案^①中所说:“任何接近或影响国际贸易法律的统一性的东西无疑都是难以实现的,最可能通往统

一的道路在于国际公约和随后的国家立法。国际公约和国际立法要先行,国内的案例才能实现统一。”

海商法的实践性要求所立之法必须切实可行,其最终的目的在于促进经济的活力和海运业的复苏,为近年来疲软的海上运输行业注入一剂强心针。^[22]法律的条文应该更多地尊重合同自由,切不可出于保护的原意而对任何一方主体限制过度,在非技术方面作方向性引导即可,更重要的是三方利益的平衡。

笔者坚持认为港口经营人作为独立合同人,其作业规范、责任限制、留置权、责任期间、免责和归责原则等问题应该在《港口法》中独立且全面地体现,同时《海商法》的配套修改须借此次修法机遇提前完成。此路径是在借鉴两大法系司法实践经验后得出的最佳举措,也是世界海上货物运输立法的一次合理创新,唯有如此才能在保持海商法稳定性的前提下,最大程度地与国际立法相衔接。

参考文献:

- [1] 朱家麟. 论港口经营人的法律地位[J]. 水运管理, 2000(8): 30-34.
- [2] 李璐玲. 受承运人委托的港口经营人之法律地位辨析[J]. 政治与法律, 2010(8): 112-123.
- [3] 余妙宏. 论港口经营人的法律地位[J]. 浙江万里学院学报, 2005(1).
- [4] 韩立新, 王秀芬. 各国(地区)海商法汇编(中英文对照)[M]. 大连: 大连海事大学出版社, 2003.
- [5] 傅志军. 港口经营人法律地位浅析[J]. 珠江水运, 2009(6): 41-43.
- [6] 司玉琢. 中国海商法下港口经营人的法律地位[J]. 昆明理工大学学报(社会科学版), 2007(5): 90-96.
- [7] 傅廷中. 论港口经营人在国际贸易运输中的法律地位[J]. 清华法学, 2008, 2(5).
- [8] 夏元军. 海上货物运输法中“承运人的代理人”之真实身份考察[J]. 中国海商法年刊, 2011, 22(3): 61-69.
- [9] 黄应军. “联合国运输法公约”对港口经营人的重大影响[J]. 中国港口, 2008(8).
- [10] 韩立新. 《鹿特丹规则》对港口经营人的影响[J]. 中国海商法年刊, 2010, 21(3).
- [11] 王肖卿. 从船货利益平衡视角看国际货物运输公约[J]. 中国海商法研究, 2020, 31(3): 86.
- [12] 张建军. 《鹿特丹规则》下港口经营人的法律地位[J]. 水运管理, 2010(8): 24-28.
- [13] 蒋跃川. 在中国《海商法》中引入“海运履约方”制度的若干问题论析[J]. 甘肃政法学院学报, 2011(5): 130-135.
- [14] 李璐玲. 《鹿特丹规则》对我国港口经营人的影响[J]. 法学杂志, 2013(1): 116-124.
- [15] 刘冰, 耿新颖, 柳强. 试析港口经营人在海上货物运输中的法律地位[J]. 中国水运(理论版), 2007, 5(1): 211-212.
- [16] 王彦. 德国海商法的改革及评价[J]. 中国海商法研究, 2015, 26(2): 77-80.
- [17] 马炎秋. 中韩港口经营人责任限制制度比较研究[J]. 大连理工大学学报(社会科学版), 2015, 36(3).
- [18] 中国外运广东湛江储运公司与香港利昌隆贸易有限公司海运提单项下货物侵权损害赔偿纠纷上诉案[EB/OL]. [2020-03-13]. http://www.pkulaw.cn/case/pfnl_a25051f3312b07f342a1f4a471eb080b0d4a79c2f25978a3bdfb.html.
- [19] BALDWIN K. A carrier by any other name: is it time to expand definition of a COGSA carrier[J]. Tulane Maritime Law Journal, 2010(35): 33.
- [20] 邱维勇. 货运代理对《海商法》修改的关注点[J]. 中国远洋海运, 2019(12): 54.
- [21] 杨沛欣. 海上货物运输中港站经营人的法律地位研究[D]. 大连: 大连海事大学, 2010: 6-8.
- [22] 张守国. 修法是为了推动行业更好地发展[J]. 中国远洋海运, 2019(12): 48.

^① 参见 *The New York Star*, Lloyd's Rep. [1979] Vol. 1 Aust. Ct. p. 35.

朱小菁. 论海上货物运输合同中收货人的界定[J]. 中国海商法研究, 2021, 32(2): 78-83

论海上货物运输合同中收货人的界定

朱小菁

(厦门海事法院 福州法庭, 福建 福州 350025)

摘要: 收货人在海运合同中的地位十分重要, 关系到交付货物这一海运合同核心内容的履行。但在关于收货人的界定上, 存在立法过于简单、审判实践标准多元等问题。针对上述问题, 从中国海运立法关于收货人的定义入手, 分析收货人提取货物的权利依据及其与提单持有人的关系。采用案例分析法, 以不同运输单证为类别, 选取司法实践中各级法院的典型判例, 梳理归纳法院识别收货人的标准。在此基础上, 结合英美国家立法及国际公约的比较分析, 提出完善收货人界定的建议: 立法上, 应在《中华人民共和国海商法》中修改收货人定义, 明确提取货物的权利依据, 厘清收货人与提单持有人的关系; 司法实践中, 应统一收货人识别标准, 谨慎依据贸易合同识别收货人, 注意电子提单下收货人的识别, 审慎认定持有提单是否合法。

关键词: 海上货物运输合同; 收货人; 运输单证; 提单持有人

中图分类号: D922.294 **文献标志码:** A **文章编号:** 2096-028X(2021)02-0078-06

Definition of consignee in the contract of carriage of goods by sea

ZHU Xiao-jing

(Fuzhou Tribunal, Xiamen Maritime Court, Fuzhou 350025, China)

Abstract: The concept of consignee is very important in contract of carriage of goods by sea, which may impact the performance of the core content of such contract. However, problems exist in identifying consignee, such as too simple legislation and diversified criteria in judicial practice. In order to address the above problems, this paper starts with the definition of consignee in maritime law of the P. R. China and analyzes the basis for consignee's right to take delivery of goods and its relationship with the holder of bill of lading. Case analysis is used by selecting typical precedents of local Chinese courts at all levels in terms of different categories of transportation documents, for the purpose of summarizing the criteria for identifying consignee. On this basis, combined with the comparison and analysis of Anglo-American countries legislation and international conventions, this paper puts forward suggestions on improving the definition of consignee: firstly, the definition of consignee should be amended in the *Chinese Maritime Code* so as to specify the basis for the right to take delivery of the goods and clarify the relationship between consignee and holder of bill of lading; secondly, courts should unify the criteria for the identification of the consignee, carefully identify consignee according to the trade contracts and pay special attention to the issue of identification of consignee under electronic bill of lading, prudently determine whether the holder of a bill of lading has the legal basis.

Key words: contract of carriage of goods by sea; consignee; transport documents; holder of bill of lading

承运人向收货人交付货物是海上货物运输合同 (简称海运合同)^①最核心的履行内容。关于收货人 在海运合同中的法律地位, 理论界和司法实践多有探讨,^[1]但对于收货人的界定却较少涉及。《海商

收稿日期: 2020-10-14

基金项目: 最高人民法院 2018—2019 年度案例研究课题“我国港澳台地区最新司法案例研究——司法视野下的域外法查明制度比较研究”(2018SFAL016)

作者简介: 朱小菁(1980—), 女, 福建厦门人, 厦门海事法院福州法庭审判员、四级高级法官, E-mail: 4504405@qq.com。

① 笔者所探讨的海上货物运输合同是指《中华人民共和国海商法》(简称《海商法》)第四章所规范的跨境海运合同, 根据第2条第2款之规定, 不包括中华人民共和国港口之间的海上货物运输。笔者所探讨的收货人并非仅指运输合同或运输单证中书面记载的收货人, 而指根据《海商法》规定的“有权提取货物的人”。

法》对于收货人的定义过于简单,亦未将其与提单持有人加以清晰区分,导致司法实践中对收货人的识别存在标准多元的现象。贸易类型的多元化、运输单证的现代化、运输环节的链条化等又令海上货物运输中收货人的认定更加复杂。准确界定收货人,对于海运合同的履行具有重要意义,对促进国际贸易、维护航运秩序也有着现实意义。

一、中国立法对收货人的定义过于简单

(一) 现有立法就收货人定义存在的问题

1. 《海商法》关于收货人的定义未明确权利依据

根据《海商法》第42条第(四)项的规定,收货人为“有权提取货物的人”。该定义未对何为“有权”作进一步解释,即对收取货物所依据的权利未加明确。该条款位于第四章“海上货物运输合同”,是否可理解为收货人收取货物的权利基于海上货物运输合同?如果是,收货人并非订立运输合同的主体,如何依据运输合同而享有提取货物的权利?可见,明确提取货物权利的依据是界定收货人的重要因素。

2. 《海商法》就收货人与提单持有人的关系规定不清晰

在海上货物运输中,提单持有人是和收货人关系密切的概念,要清楚界定收货人,还应对二者关系予以厘清。

根据《海商法》第71条对“提单”所作的定义,提单是承运人据以交付货物的凭证^①。据此,持有提单的人可以凭借提单要求承运人交货,而根据上述对收货人定义的介绍,收货人也“有权提取货物”,因而提单持有人与收货人之间究竟为何关系?从该法第77条的规定看,收货人包含在提单持有人范围之内^②,但从该法第78条的规定看,这两类主体又处于并列地位^③,可见,《海商法》对二者之间的关系未予明确。更为复杂的是,电子商务的发展催生出“电子提单”这一新型运输单证,电子提单控制主体与收货人之间的关系也是探讨收货人界定时无

法回避的问题。

(二) 收货人与提单持有人关系之辨析

1. 运输单证为海运单时的收货人

要厘清收货人与提单持有人之间的关系,应首先厘清海运合同与提单之间的关系。根据《海商法》第71条,提单是海运合同的证明。该法第80条同时明确了运输单证包括提单以外的不可转让的单证。在海运实践中,最常见的不可转让单证即为海运单(sea waybill)。海运单是证明海上运输货物由承运人接管或装船,且承运人保证将货物交给指定的收货人的一种不可流通的书面运输单证。海运单不需要凭单提货,海运单上记名的收货人只需证明身份,承运人即可交货,常存在于航程较短的运输中。^{[2]73}因此,当海运合同运输单证为海运单时,并不存在“提单持有人”。学者将之概括为“认人不认单”,海运单下货物的交付不是凭单证本身,而需要证明提货人是海运单上所记载的收货人。^[3]

2. 运输单证为纸质提单时的收货人

当运输单证为传统纸质提单时,收货人与提单持有人之间的关系又当如何判断?首先,应当探讨提单持有人的范围。实践中,提单分为记名提单、不记名提单和指示提单。记名提单,指的是提单正面载明收货人名称的提单;不记名提单,指的是提单正面未载明收货人名称的提单;指示提单,指的是提单正面载明凭指示交付货物的提单。^{[2]75}根据《海商法》第79条之规定,记名提单不得转让,不记名提单可不经背书即转让,指示提单经过记名背书或者空白背书转让。《海商法》对提单持有人并未作解释,但综合《最高人民法院关于审理无正本提单交付货物案件适用法律若干问题的规定》(简称《无单放货司法解释》)第1条、第2条来看,提单持有人应涵盖上述三类提单的实际持有者,承运人均应当凭单交货^④。值得注意的是,“承运人均应凭单交货”并不意味着只要是持有提单的人均可凭单提货。已有判例表明,指示提单若存在背书不连续的情况,法院还将对提单持有人获得提单的来源进行

① 《海商法》第71条规定:“提单,是指用以证明海上货物运输合同和货物已经由承运人接收或者装船,以及承运人保证据以交付货物的单证。提单中载明的向记名人交付货物,或者按照指示人的指示交付货物,或者向提单持有人交付货物的条款,构成承运人据以交付货物的保证。”

② 《海商法》第77条规定:“除依照本法第七十五条的规定作出保留外,承运人或者代其签发提单的人签发的提单,是承运人已经按照提单所载状况收到货物或者货物已经装船的初步证据;承运人向善意受让提单的包括收货人在内的第三人提出的与提单所载状况不同的证据,不予承认。”

③ 《海商法》第78条规定:“承运人同收货人、提单持有人之间的权利、义务关系,依据提单的规定确定。收货人、提单持有人不承担在装货港发生的滞期费、亏舱费和其他与装货有关的费用,但是提单中明确载明上述费用由收货人、提单持有人承担的除外。”

④ 《无单放货司法解释》第1条规定:“本规定所称正本提单包括记名提单、指示提单和不记名提单。”第2条规定:“承运人违反法律规定,无正本提单交付货物,损害正本提单持有人提单权利的,正本提单持有人可以要求承运人承担由此造成损失的民事责任。”

审查,即对其是否为合法提单持有人进行认定^①。换言之,持有提单的人需在合法持有的情况下才具有提货权,此时,该提单持有人与收货人便发生重合。

3. 运输单证为电子提单时的收货人

随着电子商务在国际贸易、国际货物运输领域的发展,提单种类发展出“电子提单”这一新类型。电子提单系以电子手段通过计算机网络传递的按约定的电文标准组成的提单信息数据。具体来说,是指信息传递方将提单信息转换为数字信号后在计算机网络中传递,最后由接收方计算机处理还原为原信息,提单的缮制、修改、流转、储存等一切过程都在计算机内进行,瞬间即可完成。^[4]

电子提单不以纸张为载体,电子提单中的收货人又当如何确认?中国立法虽尚未规定电子提单^②,但已有不少学者就此作出了探讨。有学者认为,电子提单记载的收货人在收到承运人的到货通知电信以后,可以凭借该通知和身份证明,向承运人换取提货单并提取货物;^[5]也有学者认为,“对于电子提单而言,重要的是某一当事人对其占有和控制是否合法。因而,需要对电子提单的合法持有人或受让人的身份进行确认,让承运人能够在任何时点确定控制电子提单并享有权利的人。”^{[6]68} 综上可知,电子提单收货人首先应确认其身份,其次应证明其控制电子提单的合法性,而控制电子提单的合法性与不同的电子提单流转模式息息相关,需区分不同的流转模式进一步认定不同的合法控制标准。

通过上述分析,可以就收货人提取货物的权利依据归纳如下:若运输单证为纸质提单,收货人凭借合法取得并持有的提单主张提货;若运输单证为海运单,收货人凭借海运单中收货人的记载和身份证明提货;若运输单证为电子提单,收货人凭借其合法控制电子提单的身份主张提货。

二、中国司法实践对收货人的识别标准多元化

(一) 运输单证为海运单时的识别

如前所述,海运单不具有转让性,收货人似乎只要证明其为海运单上记载的收货人即可提货,然而司法实践中却并非如此。

1. 以海运单的记载为主,辅之是否实际行使提货权利加以印证

如最高人民法院审理的欧尼罗曼国际货运代理(上海)有限公司与A. P. 穆勒-马士基有限公司海上、通海水域货物运输合同纠纷再审案,法院认为“欧尼罗曼国际货运代理(上海)有限公司不仅是海运单记载的收货人,其还积极行使了收货人的权利,以实际行动认可了海运单的记载”,据此认定了欧尼罗曼国际货运代理(上海)有限公司的收货人地位。可见,最高人民法院并非仅以海运单记载为唯一标准,同时还就海运单记载的主体是否实际行使提货权利对该记载是否符合事实进行印证^③。

2. 通过是否持有海运单、是否同意被记载为海运单收货人进行识别

如上海海事法院审理的A. P. 穆勒-马士基有限公司诉河南省通许县金澳货源有限公司海上货物运输合同纠纷案,虽然案涉海运单将被告记载为收货人,但法院认为原告(承运人)在与托运人订立海运合同时,未经被告同意即将其记载为收货人,且无证据证明被告收取过运输单证或提货单证,最终认定被告并非案涉海运合同的收货人。该案与前一案件的识别标准有所不同,虽然被告是海运单书面记载的收货人,但最终法院以被告并未同意将自己记载为收货人,也从未持有过海运单为由,认定其并非收货人^④。该案以被告未同意记载为由否定其收货人身份,体现了法院认为收货人是运输合同第三人,因此合同不应随意为第三人设定义务,除非征得第三人同意之观点。但笔者认为,这一否定性标准系将收货人提取货物视为义务而非权利,违背了收货人定义中“有权提取”的权利定性,存在可商榷之处。

(二) 运输单证为纸质提单时的识别

1. 运输单证为可转让提单时收货人的识别——指示提单

第一,通过贸易合同识别。如最高人民法院审理的久鸿贸易会社与兴联(香港)海运有限公司海上货物运输合同纠纷再审案,虽然争议焦点并非对收货人的认定,但法院仍对案涉收货人的识别作出了说明,认为“结合香港铁盟和青岛金源出具的《情

① 参见浙江省高级人民法院宁波奥燃新能源科技有限公司与以星综合航运有限公司海上货物运输合同纠纷案[(2011)浙海终字第101号民事判决书]。

② 在北大法宝法律法规数据库以“电子提单”为关键词进行搜索,结果为0。

③ 参见(2018)最高法民申3348号民事裁定书。

④ 参见(2013)沪海法商初字第1747号民事判决书。

况说明》、涉案提单(提示提单)的记载以及进口货物报关单等其他证据,可以认定香港铁盟与青岛金源之间存在购销合同关系,青岛金源为涉案货物的收货人”,该案中,法院认定收货人的因素包含对贸易合同买方的认定^①。

第二,结合提单记载、持有的事实及贸易术语进行识别。如北海海事法院在审理潮州市亚太能源有限公司诉华阳国际海运有限公司、中国人民财产保险股份有限公司江苏省分公司、宏州船务有限公司海上货物运输合同纠纷一案中,案涉提单为指示提单,法院认为根据《海商法》第42条第(四)项“收货人,是指有权提取货物的人”的规定,原告作为货物买方,以CFR贸易术语成交,其既是案涉提单上载明的通知人,也通过完成信用证支付取得了正本提单并据此向承运人提货,故原告是收货人”。可见法院在认定收货人时综合考虑了贸易术语、提单记载及提单持有等事实^②。

第三,结合提单持有人是否合法持有提单进行识别。浙江高级人民法院审理的宁波奥燃新能源科技有限公司(简称奥燃公司)与以星综合航运有限公司(简称以星公司)海上货物运输合同纠纷案^③中,奥燃公司虽持有提单,但提单背面无托运人PROJECT公司之背书,仅有美洲发展公司的背书,该司是否为涉案提单的合法持有人成为本案的焦点。法院经审理认为:“涉案提单为指示提单,须经背书方可转让,但提单背书显示背书人为美洲发展公司,而缺乏托运人PROJECT公司的背书。奥燃公司主张通过银行合法取得提单,并提供了与美洲发展公司的销售合同、发票、装船通知书,证明美洲发展公司作为货物的卖方有权转让提单……由于双方当事人均认可提单记名的托运人PROJECT公司为货运代理,而美洲发展公司的名称记载于提单‘备注/出口或其他信息’栏,结合现有证据可以认定美洲发展公司为涉案货物的卖方,故其有权背书转让提单,奥燃公司为合法的提单持有人。”本案中,法院在双方就奥燃公司持有的指示提单在背书不连续的情况下是否可提货有争议的情况下,通过对持有

人如何获得提单以及背书人是否有权转让提单进行了审查,在确认其为合法持有提单后肯定了其有权提货。

2. 运输单证为不可转让提单时收货人的识别——记名提单

如中远集装箱运输有限公司与深圳腓尼基国际物流有限公司青岛分公司、深圳腓尼基国际物流有限公司等海上、通海水域货物运输合同纠纷案中,案涉记名提单记载的收货人是腓尼基国际物流有限公司。一审法院青岛海事法院认为:“在中远公司为实际承运人的海上货物运输合同关系中,MTSLOGISTICS系订舱托运人,埃及T公司为交货托运人。提单记载的收货人腓尼基国际物流有限公司未履行公司登记程序,因此该公司不具备法律意义上的主体资格。上海腓尼基英文名称与腓尼基国际物流有限公司的英文名称具有相似性,且该公司明确表示其系MTSLOGISTICS在中国的合作伙伴,货物运抵目的港后,上海腓尼基在中远公司出具给MTSLOGISTICS的提单副本上签章,并向中远公司换取提货单的行为表明,上海腓尼基系该运输合同项下的收货人。”一审法院通过被告在提单副本签章、向承运人换取提货单等行为,将其识别为收货人。但该案二审法院山东省高级人民法院持相反观点,认为:“上海腓尼基在3050号提单副本上加盖公司印章,青岛腓尼基以该加盖印章的提单副本至中远公司处换取提货单,没有法律意义,中远公司将提货单给付青岛腓尼基,并不意味着上海腓尼基、青岛腓尼基对中远公司具有提货义务。上海腓尼基、青岛腓尼基并非我国海商法规定的具有向承运人履行及时提货义务的收货人。”否认了被告签章、换取提货单行为的法律效力,不认为其为收货人^④。值得注意的是,二审法院在这个案例中将收货人解释为“海商法规定的具有向承运人履行及时提货义务”的人。

3. 运输单证为电放提单^⑤时收货人的识别

审判实践中,罕见关于“电子提单”的相关案例。在中国裁判文书网搜寻的案例中,即便相关证据名称为“电子提单”,实则多为电放提单^⑥。如山

① 参见(2016)最高法民再17号民事判决书。

② 参见(2014)桂民四终字第44号民事判决书。

③ 参见(2011)浙海终字第101号民事判决书。

④ 参见(2015)鲁民四终字第152号民事判决书。

⑤ 电放是海上货物运输中的一种交易习惯,指承运人在不签发正本提单或者收回已经签发的全部正本提单的前提下,以电子邮件、传真或者电报等方式通知其目的港代理将运输的货物交付给托运人指定的收货人。

⑥ 在中国裁判文书网以“电子提单”“收货人”作为关键词搜索,结果有21个,除去非海商海事纠纷的案件,相关案件所涉提单均非笔者所讨论的电子提单,而为电放模式签发的提单。

东省高级人民法院审理的优特埃国际物流(中国)有限公司与迪马克轮胎(青岛)有限公司海上货物运输合同纠纷上诉案中,法院认为:“迪马克青岛公司与优特埃公司通过电子邮件的形式发送了提单样本,但未签发正本提单,优特埃公司接收了迪马克青岛公司的货物并完成了运输,双方之间形成海上货物运输合同关系,……结合涉案运输合同的订立过程和履行看,双方采用电放的放货模式,优特埃公司只有接到迪马克青岛公司的指示才能放货。即使电子提单样本上约定了收货人,优特埃公司在未接到迪马克青岛公司的电放指示和放货保函的情况下,也不应放货给收货人,否则无法保证托运人的权利^①。”可见,在上述涉及电放提单的案件中,法院对收货人的识别并非仅基于提单样本的记载,而是综合考虑了案涉海运合同的订立和履行情况。

上述列举的案例或许只是管中窥豹,但因所涉运输单证各异,也体现了不同审级法院的认定,在一定程度上仍然有助于了解司法实践中收货人的识别标准。概括来说,法院在认定收货人时发展出了以下标准:在运输单证为海运单的情况下,法院一般根据海运单的记载来识别收货人,但记载并非唯一标准,同时需就是否主张提货、是否同意被记载等加以印证;在运输单证为纸质提单的情况下,无论该提单是否可转让,法院一般以是否持有提单作为最重要的判断标准,同时结合贸易合同、提单记载、当事人持有提单是否具有合法依据、当事人行为是否具有提取货物的法律意义等意思表示加以判断;在运输单证为电放提单的情况下,法院并不仅根据收货人的身份予以认定,还需结合运输合同的约定和履行以审查记载的收货人是否有权提取货物。

与《海商法》对收货人的界定相比,司法实践中收货人的识别更加复杂,需综合运输单证的种类和记载,托运人、承运人及收货人^②的行为、意思表示,运输合同的履行等多种因素综合判断,甚至还需要借助与运输合同相关联的贸易合同加以识别。笔者认为,上述识别标准应有主次之分,应当围绕提货权利依据,首先依据运输合同的约定、运输单证的记载和合法持有等识别收货人,再辅助其他标准加以认定。尤其是通过贸易合同识别时,应持谨慎态度,以

防在运输合同纠纷中审理贸易合同,以货物所有权人的识别替代收货人的识别,导致法律关系的混淆。

三、完善中国收货人界定的思考

(一)在《海商法》中修改收货人定义,明确提取货物的权利依据

1. 明确《海商法》中“有权提取货物”的权利依据

在《海商法》中,收货人适用于所有类型的运输单证,包括提单、海运单和电子运输单证。因此,收货人的权利依据应涵盖各种运输单证下提取货物的权利。笔者认为,此部分规定可参照《鹿特丹规则》关于收货人的定义。《鹿特丹规则》第1条将收货人定义为“根据运输合同或者根据运输单证或电子运输记录有提货权的人”^③,该定义覆盖了上述各种运输单证,可将之借鉴,再结合中国司法实践中的借助单证记载、持有单证的事实及运输合同履行等标准,将《海商法》第42条第(四)项收货人的定义修改为“根据运输合同或根据运输单证或电子运输记录有权提取货物的人”。2018年交通运输部公布的《中华人民共和国海商法(修订征求意见稿)》将收货人定义为“根据海上货物运输合同或者运输单证有权提取货物的人”。此处虽无电子运输记录,但因意见稿中对“运输单证”的定义已涵盖“电子运输记录”,实则与上述建议异曲同工。^[7]

2. 在涉及提单法律关系的专门立法中规定提单持有人概念

关于提单持有人的概念,宜借鉴美国做法,在专门规制提单的法律中根据单证的不同类别予以规定。《1916年美国联邦提单法》第122条^④“定义”中将提单持有人定义为“实际占有提单并享有提单权利的人”。因提单持有人与收货人并非完全一致,在定义时应强调“实际占有”这一事实状态,至于是否可凭借提单提取货物,以及是否为合法持有,则为其与收货人之间的关系,可在具体权利义务规定中体现,不一定必须在定义中予以体现。综上,中国宜将提单持有人定义为“实际占有提单的人”。

3. 在《海商法》中明确收货人与提单持有人的关系

如上所述,关于收货人与提单持有人的关系,可

① 参见(2017)鲁民终415号民事判决书。

② 此处指运输单证中记载的收货人。

③ 原文如下:“‘Consignee’ means a person entitled to delivery of the goods under a contract of carriage or a transport document or electronic transport record.”

④ 《1916年美国联邦提单法》通常又被称为《波默林法》(Pomerene Act),由美国国会在1916年8月29日制定和通过,编纂于《美国法典》第49卷第801章,该第122条在《美国法典》中位于第80101条。

在《海商法》第四章运输单证一节,增加“若提单持有人合法持有提单,电子提单接收人合法控制电子提单,并凭据提单向承运人主张提货时,其可作为收货人,享有提取货物的权利”,以此厘清收货人与提单持有人之间的关系。至于“合法”的识别标准,由法官在审判实践中根据案涉不同运输单证的情况,就持有的来源加以认定。

(二)在司法实践中统一收货人识别标准

司法实践中应发挥类案检索的参考作用,努力统一识别收货人的标准,即收货人为依据运输合同、运输单证或电子运输记录而有权提取货物的人,并注意厘清提单持有人与收货人的关系,审慎认定判断提单持有人是否合法持有提单的标准。

1. 谨慎依据贸易合同识别收货人

在司法实践中,有些法院结合贸易合同的约定,将合同买方识别为收货人。但此举一方面将在运输合同法律关系中审理买卖合同关系,容易导致两类法律关系混淆;另一方面可能发生识别的偏差。在运输单证为可转让提单情况下,提单持有人具有凭单提货的权利,但并非必为贸易合同的买方。因此,在审理海运合同纠纷时,应谨慎使用贸易合同进行识别,或者将其作为辅助识别标准,在依据上述权利依据仍无法识别时予以考量。

2. 注意电子提单下收货人的识别

电子提单具有较多流转模式,如 CMI 模式、Bolero 模式,在审理具体海运合同纠纷时,应根据运输合同双方的具体约定和履行,判断具体的流转机制,从而判定有权提取货物的人。如在 CMI 模式中,密钥持有人的法律地位就如同纸质提单的持有人,在

其主张提货时便可成为收货人^①;〔6〕⁶⁹在 Bolero 模式中,应根据核心电讯平台的指示和权利登记处的登记判断电子提单的合法持有人^②。〔6〕⁶⁹

3. 审慎认定提单持有人持有提单是否合法

提单持有人一般可凭单提货,但当海运合同当事方及关系方就持有人提货权提出质疑时,法院应对持有人是否合法获得提单予以审查。值得注意的是,当提单背书不连续、承运人就提单持有人是否可提取货物有异议时,法院不能仅以提单背书不连续就认定持有人为非法持有^③,而应结合案涉贸易合同履行情况、付款票据、提单记载等就持有人如何获得提单、背书人是否有权转让提单等进行审查,从而认定提单持有人是否合法持有提单,进而认定提单持有人是否可凭单提货。

四、结语

《海商法》对收货人的定义过于简单,司法实践中对收货人的识别存在多元标准,导致在认定收货人上存在法律困惑。经过前文分析,可就完善收货人界定得出以下结论:第一,立法上,应在《海商法》中修改收货人定义,明确提取货物的权利依据,在涉及提单法律关系的专门立法中规定提单持有人概念,在《海商法》中厘清收货人与提单持有人的关系;第二,司法实践中,应统一收货人识别标准,谨慎依据贸易合同识别收货人,注意电子提单下收货人的识别,审慎认定提单持有人持有提单是否合法。只有从立法及司法实践两方面完善收货人之界定,方能为厘清收货人与海运合同当事人之间的权利义务奠定基础,促进海上货物运输的有序高效运转。

参考文献:

- [1] 司玉琢. 海商法专论[M]. 4版. 北京:中国人民大学出版社,2018:175-176.
- [2] 张丽英. 海商法[M]. 4版. 北京:中国政法大学出版社,2015.
- [3] 李小年.《鹿特丹规则》对不可流通运输单证的法律协调[J]. 中国海商法年刊,2010,21(1):42.
- [4] 马迁. 电子提单面临的法律问题及其立法建议[J]. 理论探索,2007(6):154.
- [5] 傅廷中. 关于电子提单的业务与法律问题[J]. 世界海运,1998(6):51.
- [6] 郭鹏. 电子商务环境下的权利证券化——以电子提单为视角[J]. 武汉大学学报(哲学社会科学版),2013(4).
- [7] 交通运输部关于《中华人民共和国海商法(修订征求意见稿)》公开征求意见的通知[EB/OL]. (2018-11-05)[2020-01-04]. http://www.mot.gov.cn/yijianzhengji/lishizhengji/201811/t20181105_3109902.html.

① 国际海事委员会(CMI)于1990年制定《CMI电子提单规则》。该规则是以密钥为中心进行操作的,持有密钥的人享有一系列权利,包括收取货物、指定收货人、替换收货人、就与货物有关的问题指示承运人以及将其对货物的控制权或所有权转让给他人。

② Bolero即“提单电子登记组织”(Bill of Lading Electronic Registry Organization),其法律地位是承运人的代理人。Bolero主要通过一个核心电讯平台和一个权利登记处工作,核心电讯平台是各当事人相互间电子信息交流的平台,权利登记处则储存电子提单持有人的登记记录,管理各当事人间与电子提单有关的权利义务关系。

③ 上海市高级人民法院审理的先锋出口公司等诉奥迪塞斯航运贸易公司等公司海上货物运输合同纠纷案中,法院认定“先锋公司持有的提单为伪造提单;美匡公司持有的提单未经有效连续背书,故其无权取得提单记载的货物权利”,即直接以背书不连续认定美匡公司无权提货。该案因基本事实不清、法律适用有误,已被最高人民法院提审[(2018)最高法民申571号民事裁定书],但目前尚未查询到结案文书。

黄晶. 中国水路货物运输案件司法诉讼现状、特征及启示——基于中国裁判文书网案例的实证分析[J]. 中国海商法研究, 2021, 32(2): 84-91

中国水路货物运输案件司法诉讼现状、特征及启示

——基于中国裁判文书网案例的实证分析

黄晶

(上海海事大学 法学院, 上海 201306)

摘要:通过对中国裁判文书网所检索到的水路货物运输合同纠纷案例进行分析比对,发现在司法实践中此类案件多由基层人民法院审理,法院管辖权对案件审理结果影响重大,适用《中华人民共和国民法典》第一编“总则”和第三编“合同”不能满足司法审判的需要,此类案件审理参照已废止的《国内水路货物运输规则》效果良好,通过司法解释、合同并入《国内水路货物运输规则》、推行内河航运标准合同不能完全解决当前所存在的法律问题,需要《中华人民共和国海商法》修订时对水路货物运输予以规制。

关键词:水路货物运输;司法诉讼;裁判文书

中图分类号:D922.294 **文献标志码:**A **文章编号:**2096-028X(2021)02-0084-08

The situation, characteristics and enlightenment of judicial litigation of the cases of domestic carriage of goods by waterway

—an empirical study based on cases published by China Judgements Online

HUANG Jing

(Law School, Shanghai Maritime University, Shanghai 201306, China)

Abstract: Through analyzing and comparing the cases of domestic carriage of goods by waterway retrieved from China Judgements Online, it is found that in judicial practice, such cases are mostly tried by the basic people's courts, and the court's jurisdiction has a significant impact on the trial results. The application of the General Provisions Part and the Contracts Part of the *Civil Code of the People's Republic of China* cannot meet the needs of judicial adjudication and trial thereof by reference to the abolished *Regulations on Domestic Carriage of Goods by Waterway* proves effective. Applying judicial interpretations, incorporating *Regulations on Domestic Carriage of Goods by Waterway* into contract and making inland waterway standard contracts cannot solve the existing problems completely. It is suggested that special rules be made for the domestic carriage of goods by waterway in the revised *Chinese Maritime Code* in the future.

Key words: domestic carriage of goods by waterway; judicial litigation; judgment documents

中国水路货物运输市场庞大且发展迅速^①,^[1] 笔者将通过对中国裁判文书网所收录的水路货物运输与之相应的是水路货物运输合同纠纷的大量涌观。 输案例进行比较分析,探究中国水路货物运输案件

收稿日期:2021-02-05

基金项目:国家社科基金后期资助项目“《海商法》修改基本理论与主要制度研究”(16FFX010)

作者简介:黄晶(1982-),女,湖北孝感人,上海海事大学法学院讲师,航运管理与法律专业博士研究生,E-mail:huangjing@shmtu.edu.cn。

① 《2019年交通运输行业发展统计公报》中的数据表明,主要水系内河航道通航里程分别为:长江水系64 825公里,珠江水系16 495公里,黄河水系3 533公里,黑龙江水系8 211公里,京杭运河1 438公里,闽江水系1 973公里,淮河水系17 472公里。全国港口拥有生产用码头泊位22 893个,其中沿海港口生产用码头泊位5 562个,内河港口生产用码头泊位17 331个。截至2019年末,全国港口拥有万吨级及以上泊位2 520个,其中沿海港口万吨级及以上泊位2 076个,内河港口万吨级及以上泊位444个。全国万吨级及以上泊位中,专业化泊位1 332个,通用散货泊位559个,通用件杂货泊位403个。

司法诉讼的现状与特征,并提出相应的启示和建议,为水路货物运输法律的完善提供参考。

一、水路货物运输案件司法诉讼现状

以中国裁判文书网为平台,运用高级检索功能,于 2021 年 1 月 25 日以下列条件进行检索:第一,全文检索“水路货物运输合同纠纷”;第二,案件类型“民事案件”。

(一) 案件地域分布和增长情况

2008 年至 2020 年水路货物运输案件在各省、直辖市、自治区的数量分布上有所差异,除去由最高人民法院审理的 8 件案件,具体如图 1 所示。由此可见,水路货物运输案件在江苏省、天津市和湖北省的发生率排名前三,安徽省、山东省和浙江省的案件发生率分列四至六位。

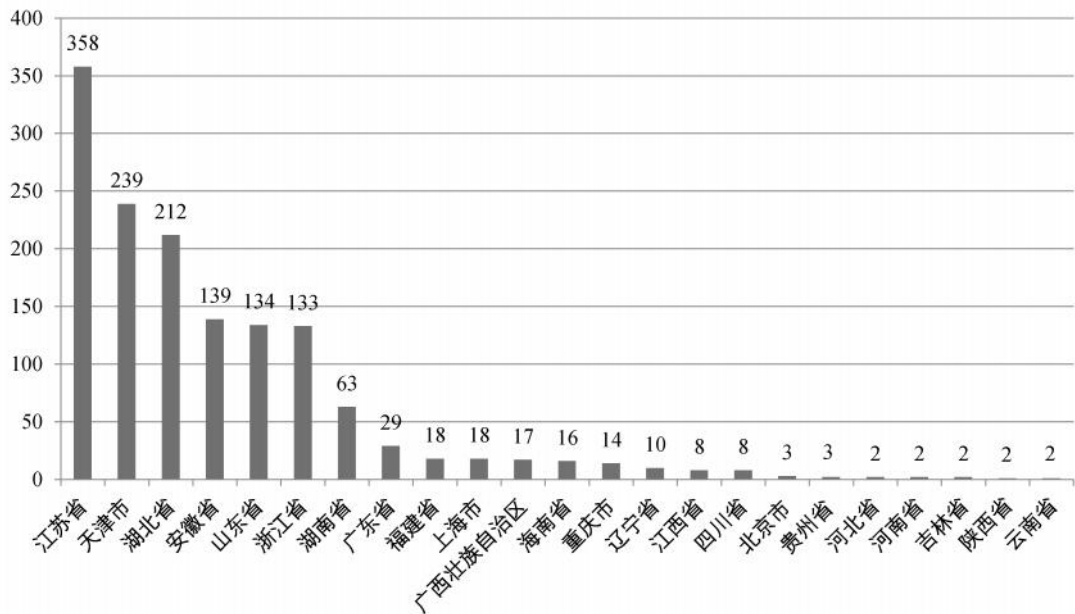


图 1 水路货物运输案件省份分布

结合交通运输部公布的 2020 年水路货物运输量的数据,货运量居前七位的为安徽省、浙江省、广东省、江苏省、上海市、天津市和湖北省,^[2]从中也可看出在水路货物运输案件比较多的省份,水路货物运输量也比较大。

就每年的案件数量而言,2012 年之前案件数量增减幅度较为平稳,从 2012 年到 2014 年案件数量显著增加,2015 年至 2020 年案件数量比 2014 年有所下降,但是较 2013 年之前还是显著增加,具体如图 2 所示。

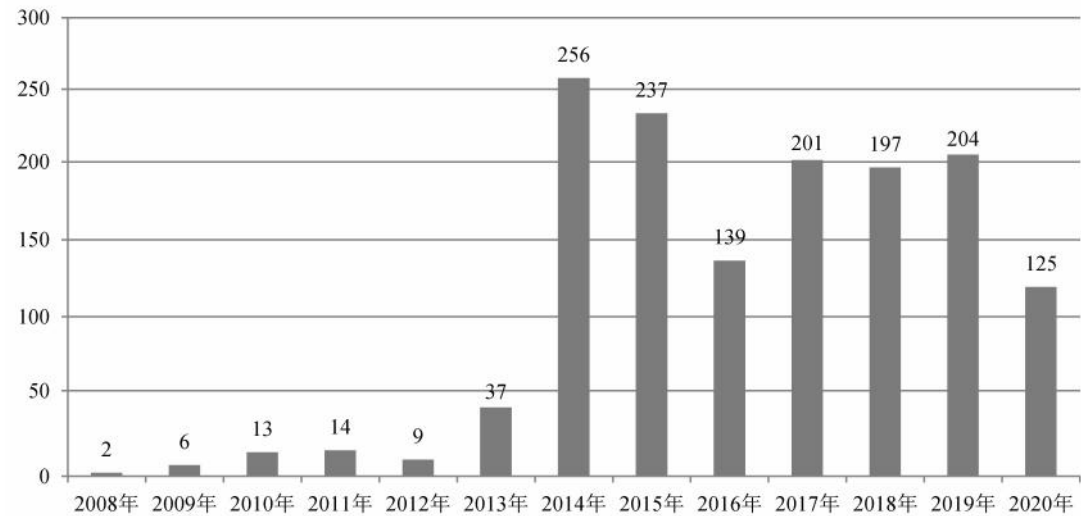


图 2 水路货物运输案件量分布

2004 年全年客运量完成 18 145 万人次,旅客周转量完成 66.4 亿人公里;水路货运量完成 17.94 亿吨,货物周转量完成 40 411.8 亿吨公里,其中内河完成 8.79 亿吨,沿海水路货运量完成 4.96 亿吨,远洋完成 4.19 亿吨;全国港口货物吞吐量完成 40.7 亿吨,其中外贸完成 11.5 亿吨,集装箱吞吐量完成 6 180 万标准箱。^[3] 2019 年水路全年完成客运量 2.73 亿人,旅客周转量 80.22 亿人公里;完成货运量 74.72 亿吨,货物周转量 103 963.04 亿吨公里,其中内河运输完成货运量 39.13 亿吨、货物周转量 16 302.01 亿吨公里;沿海运输完成货运量 27.27 亿吨、货物周转量 33 603.56 亿吨公里;远洋运输完成货运量 8.32 亿吨、货物周转量 54 057.47 亿吨公里。^[1] 由此可以看出经过 15 年的发展,中国水路货物运输市场发展迅速,与之相应,水路货物运输合同纠纷也随之增长。

(二) 案件审理法院的分布和二审案件情况分析

在统计的所有案件中,基层人民法院审理的案件数量为 677 件,占比 47.0%;中级人民法院审理的案件数量为 617 件,占比 42.8%;高级人民法院审理的案件数量为 138 件,占比 9.6%;最高人民法院审理案件数量为 8 件,占比 0.6%。在所有审理案件的中级人民法院中,普通中级人民法院占比 30.4%,铁路运输法院占比 1.1%,海事法院占比 68.5%。从上述数据可以看出,水路货物运输案件主要由基层人民法院进行审理,由海事法院进行审理的案件占比为 29.4%。

按照前文所述条件检索的案件总量为 1 440 件,除去申请诉前证据保全和诉前财产保全的案件,其中二审案件为 281 件,再审案件为 2 件,审判监督程序案件为 47 件,具体如图 3 所示。二审案件的比率为 19.5%。二审案件、再审案件加上审判监督程序案件三者的比率为 22.9%。因而,约有 22.9% 的案件当事人不满意一审的判决结果。所有的二审案件结案方式分为四类,分别为维持原判、撤回上诉、发回重审、改判。其中维持原判的案件为 183 个,占比 65.1%;撤回上诉的案件为 40 个,占比 14.2%;发回重审的案件为 27 个,占比 9.6%,改判案件为 31 个,占比 11.0%,其中完全撤销一审判决的案件为 20 件,部分撤销一审判决的案件为 11 件。

(三) 《国内水路货物运输规则》在水路货物运输案件中的适用情况

2016 年 5 月 30 日,原交通部发布的 2000 年

《国内水路货物运输规则》(简称《货规》)被废止。在《货规》废止前,尽管《货规》效力层级较低,但在处理水路货物运输的司法实践中起到了非常重要的作用。根据中国裁判文书网检索的案件数据统计,2011 年至 2016 年参照《货规》予以审判的判决书共 221 份,其中 2011 年 7 份、2012 年 4 份、2013 年 11 份、2014 年 69 份、2015 年 69 份、2016 年 61 份。同时,在中国裁判文书网上以“水路货物运输”为案由,以“民事案件”为案件类型,检索得到的判决书共 913 件,其中 2011 年 24 份、2012 年 14 份、2013 年 48 份、2014 年 272 份、2015 年 292 份、2016 年 263 份。综合以上数据,从 2011 年至 2016 年在水路货物运输合同纠纷的案件中,《货规》的引用率分别为 29.2%、28.6%、22.9%、25.4%、23.6% 和 23.2%。这一比例看起来不高,但考虑到水路货物运输案件主要由基层人民法院进行审理,由海事法院进行审理的案件占比为 29.4%,而基层人民法院在审理水路货物运输合同纠纷案件时很少适用《货规》,在检索的案例中仅有 6 件基层人民法院审理的案件参照了《货规》。所以如果只是单独统计海事法院审理的案件,《货规》的适用率为 50.9%。

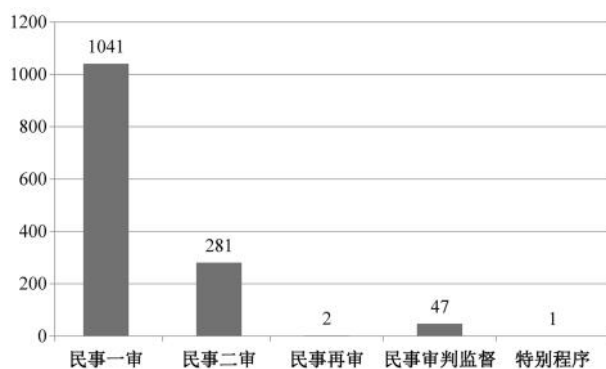


图 3 水路货物运输案件审级类型分布

在检索的案例中可以发现,《货规》被废止后,部分判决书中仍然可以见到《货规》的出现,根据合同自愿原则,《货规》由双方当事人约定适用,一般在运单中双方当事人约定承运人、实际承运人、托运人、收货人的有关权利、义务适用《货规》。根据 2012 年《最高人民法院关于国内水路货物运输纠纷案件法律问题的指导意见》(简称《指导意见》)第 1 条、第 2 条的规定,案件除适用《中华人民共和国民事诉讼法》(简称《民法通则》)、《中华人民共和国合同法》(简称《合同法》)等法律的有关规定外,还可以按照《货规》有关规定确定当事人的权利义务。《货规》被废止后,这一做法仍在延续。例如,2017 年武

汉海事法院在(2017)鄂72民初1103号民事判决书中写明,涉案水路货物运单载明天海公司为货物的托运人,且约定托运人与承运人之间的权利、义务关系适用《货规》。《货规》虽然已被废止,但当事人自愿选择以其作为确定托运人与承运人之间的权利、义务关系的依据,并不违反法律规定。

二、水路货物运输案件的司法诉讼特征

(一)水路货物运输纠纷中法院的判决主要依据《合同法》

对在中国裁判文书网站上检索的2008年至2020年案例进行分析,可以发现,《合同法》的适用最为频繁,占比65.9%。《中华人民共和国民事诉讼法总则》(简称《民法总则》)与《民法通则》的适用共同占比11.4%^①,《货规》《指导意见》和《中华人民共和国海商法》(简称《海商法》)的适用分别占比6%、6%和3%。

2021年1月1日《合同法》失效,《中华人民共和国民法典》(简称《民法典》)第三编“合同”第十九章“运输合同”与《合同法》第十七章“运输合同”的规定并无大的区别,《合同法》第十七章在立法时主要考虑到公路运输、内河运输领域的运输合同在《合同法》出台前没有法律予以规范,而《合同法》要对所有运输方面的合同都有所规范,《合同法》总则以及运输合同一章的规定是对《中华人民共和国铁路法》《中华人民共和国民用航空法》和《海商法》这三大运输法的补充,《民法典》继续沿用了这一做法,^[4]运输合同一章都是对一般运输合同的原则性规定,并且不可能对国内水路运输合同作出全面的具体规定。

以金东纸业公司与重庆轮船公司、重轮乐山公司、九五船运公司多式联运合同纠纷一案^②为例,此案是2017年6月武汉海事法院发布的服务和保障“长江经济带”发展的典型案例。^[5]2011年6月,重轮乐山分公司将金东纸业公司向案外人四川金安浆业购买的漂白纸浆以汽车、驳船分批运至宜宾市天原码头后,重轮乐山分公司与四川佳轮航运公司签订运输协议,后四川佳轮航运公司与九五船运公司

联系,货物装载于九五船运公司所属的“九五118”轮并签发了运单,载明托运人为金安浆纸业、收货人为金东纸业公司、承运人为重轮乐山分公司、承运船舶为“九五118”轮。“九五118”轮起航后由于船舶驾驶人员操作不当和临危处置不当造成单方水上交通事故,货损高达981万余元。此案争议焦点一是九五船运公司是否为实际承运人,一审武汉海事法院根据《货规》第3条^③,认为金安浆纸业托运涉案货物后无论经过几次转委托,九五船运公司作为“九五118”轮的船舶所有人和经营人均为该区段的实际承运人。争议焦点二是九五船运公司对货损是否承担连带责任,武汉海事法院根据《货规》第46条的规定^④,认为重轮乐山分公司作为承运人,九五船运公司作为实际承运人应当对货损及利息承担连带赔偿责任。

九五船运公司不服一审判决,向湖北省高级人民法院提起上诉。九五船运公司认为:第一,根据合同相对性,收货人金东纸业不是涉案多式联运合同的当事人,也未通过权利受让取得多式联运合同托运人的权利,因此不是适格的原告;第二,《货规》是交通运输部发布的部门规章,必须符合《民法通则》和《合同法》的规定,但《合同法》并没有规定实际承运人的连带责任。二审法院认为,重轮乐山分公司签发的运单注明“承运人、实际承运人、托运人和收货人的有关权利、义务适用《货规》,这说明《货规》被并入运单的约定中,承运人、实际承运人、托运人和收货人的有关权利、义务均适用《货规》”^⑤。根据《货规》第44条的规定^⑥,收货人有权利就运单上所记载的货物损坏、灭失向承运人索赔;根据《合同法》第311条、第317条的规定,被上诉人重轮乐山公司作为本案多式联运经营人,对涉案货物全程运输享有承运人的权利并承担承运人的义务,除了存在法定免责事由外,其应对运输过程中的货损、灭失承担赔偿责任。根据《合同法》第321条的规定,货损发生于多式联运某一运输区段的,多式联运经营人的赔偿责任和责任限额适用调整该区段运输方式的有关法律规定。本货损发生属于内河运输区段,

① 其中在2017年10月1日之前,适用的均为《民法通则》,在2017年10月1日之后,《民法总则》适用的次数为56次,而《民法通则》有37次。

② 一审案号为(2012)武海法商字第00012号。

③ 《货规》第3条第(五)项规定:“实际承运人是指接受承运人委托或者接受转委托从事水路货物运输的人。”

④ 《货规》第46条规定:“承运人与实际承运人都负有赔偿责任的,应当在该项责任范围内承担连带责任。”

⑤ 二审案号为(2013)鄂民四终字第00039号。

⑥ 《货规》第44条规定:“收货人有权就水路货物运单(以下简称运单)上所载货物损坏、灭失或者迟延交付所造成的损害向承运人索赔;承运人可以适用本规则规定的抗辩理由进行抗辩。”

可以适用《货规》,九五船运公司需要承担连带赔偿责任。二审维持了原判。

九五船运公司向最高人民法院申请再审。最高人民法院认为,《货规》是专门调整水路货物运输的规范性文件,有关当事人的权利义务可参照确定,根据《货规》第44条的规定,金东纸业作为收货人有权就货物损失向承运人重轮乐山分公司索赔,而承运人亦有权援引《货规》的规定予以抗辩;《货规》赋予收货人独立的请求权既符合航运惯例,亦顺应商业贸易发展需求,避免金东纸业公司因并非订立合同的一方当事人在已支付货款取得所有权的情形下,仍需依赖托运人主张货损赔偿,徒增诉累;实际承运人虽与货主无直接的合同关系,但货物系在其负责的运输期间因违反法定义务造成损失,实际承运人依法应对货主承担侵权责任;依据《货规》令九五船运公司和重轮乐山公司承担连带责任并无不当^①。最高人民法院驳回了九五船运公司的再审申请。

通过对上述典型案例的分析可知,《货规》较好地解决了水路货物运输最具争议的三个焦点问题:一是实际承运人的识别,二是承运人和实际承运人连带责任的认定,三是收货人向承运人索赔的权利。《货规》被废止后,在国内水路运输的法律、法规或司法解释出台前,只能根据《民法典》第三编“合同”和《指导意见》对其进行调整。

首先,适用《民法典》第三编“合同”,没有实际承运人的概念,只能作为合同法中第三人履行合同的情形。^[6]根据《民法典》第593条的规定,货主只能对缔约承运人提起赔偿请求,不能对实际履行运输的第三人提起赔偿请求。在此情况下,只能是缔约承运人赔偿托运人的损失之后,再另行依据合同向实际承运人追偿,这无疑会增加诉累,且对于托运人而言实际承运人作为船东往往比缔约承运人更具有赔偿能力。

其次,船舶“适航”和“合理绕航”如何处理。船舶作为水路货物运输工具,跟其他运输工具相比,具有适航性的要求,但是,《民法典》第三编“合同”中并没有对运输工具适航性的规定。如果适用《民法典》第三编“合同”来调整国内水路运输合同关系,

对国内水路货物运输承运人就没有保证船舶适航的义务要求,无疑会增加国内水路货物运输风险。此外,《货规》第33条规定了船舶的合理绕航^②,而《民法典》第812条没有明确的规定^③。因此,《货规》被废止后,没有法律赋予承运人合理绕航的权利,因而产生承运人是否需要对因合理绕航造成的货物灭失、损坏或迟延交付承担违约责任的问题。

再次,托运人责任如何认定。《货规》针对具体货物种类规定了详细的托运要求,如“散装货物”“以件运输货物”“需要具备运输包装的货物”“运输过程中需要饲养、照料的活动物、有生植物以及尖端保密物品、稀有珍贵物品和文物、有价证券、货币等”“笨重、长大货物和舱面货物”“易腐货物”“木(竹)排”等。《民法典》第三编“合同”第十九章第三节关于货运合同的规定则过于原则,仅仅涉及托运人托运“易燃、易爆、有毒、有腐蚀性、有放射性等危险物品”时的义务,没有涉及其他特殊物品时的具体义务。如果仅仅依据该章的规定,特殊货物发生货损时如何认定托运人的责任,便成为一个没有明确法律依据的问题。

(二)水路货物运输案件主要由基层人民法院审理

从前文统计数据分析中可知水路货物运输案件由海事法院进行审理的占比为29.4%,大部分水路货物运输案件由基层人民法院进行审理,导致司法实践中同样一个有关货物运输合同是否有效的案件,如果在基层法院审理可能确定为有效,在海事法院审理可能确定为无效。由不同的法院管辖会导致同一案件的审理结果不同,甚至截然相反。

例如郝书兵与林利、溧阳市力祥航运有限公司、江苏申特钢铁有限公司(简称江苏申特公司)、上海申特型钢有限公司(简称上海申特公司)水路货物运输合同纠纷一案^④,一审法院为溧阳市人民法院,二审法院为常州市中级人民法院。江苏申特公司、上海申特公司与林利、船户及船代理于2013年10月1日签订了货物运输合同,根据合同内容托运人为江苏申特公司、上海申特公司,并由其支付运输费用;林利系受江苏申特公司、上海申特公司的委托,负责船户或船代理运输的组织管理、调度和运费结

① 再审案号为(2014)民申字第1617号。

② 《货规》第33条规定:“承运人应当按照约定的或者习惯的或者地理上的航线将货物运送到约定的到达港。承运人为救助或者企图救助人命或者财产而发生的绕航或者其他合理绕航,不属于违反前款规定的行为。”

③ 《民法典》第812条规定:“承运人应当按照约定或通常运输路线将旅客、货物运输到约定地点。”

④ 一审案号为(2017)苏0481民初4510号;二审案号为(2018)苏04民终742号。

算支付工作;承运人为郝书兵等各船户或船代理。林利辩称,根据《指导意见》,没有取得国内水路运输经营资质的承运人签订的国内水路货物运输合同应被认定无效。一审法院和二审法院在本案货物运输合同是否有效的争议上均认为:该《指导意见》中明确国内水路货物运输纠纷是指由海事法院专门管辖的沿海和内河水路货物运输纠纷,而本案不属于此种类型,不适用《指导意见》,不能依据上述规定因承运人没有国内水路运输经营资质而认定合同无效。

在邱大华与盛育锋水路货物运输合同纠纷一案中,一审法院为昆山市人民法院,二审法院为苏州市中级人民法院。双方当事人签订运输合同,由邱大华为盛育锋提供搅拌运输服务,盛育锋按照合同约定的标准支付相应的费用。盛育锋认为邱大华不具有水上运输相关资质,违反《国内水上运输管理条例》的规定,双方之间的运输合同应属无效。一审法院和二审法院均认为^①,《国内水上运输管理条例》系管理性行政法规,违反该行政法规并不必然导致签订的运输合同无效,邱大华虽无船舶及相关运输资质,但其安排他人实际履行了与盛育锋的运输合同,其主张的运输费用应予支持。

在由天津海事法院审理的郜国彬、于峰水路货物运输合同纠纷案^②中,于峰与郜国彬于2017年5月20日签订海运合同。天津海事法院认为,本案中涉案“金方海777”轮的船舶登记所有权人为方舟公司,郜国彬并非涉案船舶的所有权人,亦没有国内水路运输经营许可证,不具有水路运输资格,其与于峰签订《海运合同》违反了《国内水路运输管理条例》关于经营水路运输业务应当取得水路运输业务经营许可证件的强制性规定,依照《合同法》第52条的规定,应认定为无效。

(三) 依据司法解释水路货物运输合同纠纷诉讼时效为一年

《民法典》第一编“总则”第188条规定:“向人民法院请求保护民事权利的诉讼时效期间为三年。法律另有规定的,依照其规定。”国内水路运输合同不适用《海商法》第257条一年诉讼时效的规定,因而诉讼时效应该为三年。

有关水路货物运输合同诉讼时效,最高人民法

院在2001年5月24日公布的《最高人民法院关于如何确定沿海、内河货物运输赔偿请求权时效期间问题的批复》(简称《批复》)中明确规定:“根据《中华人民共和国海商法》第二百五十七条第一款规定的精神,结合审判实践,托运人、收货人就沿海、内河货物运输合同向承运人要求赔偿的请求权,或者承运人就沿海、内河货物运输向托运人、收货人要求赔偿的请求权,时效期间为一年,自承运人交付或者应当交付货物之日起计算。”在司法实践中法院也都是依据《批复》确定此类案件诉讼时效期间为一年。

诉讼时效是指权利人在法定期间之内不行使权利即丧失请求法院依据诉讼程序强制义务人履行义务的权的法律制度,^[7]其对于水路货物运输纠纷的解决和维护行业有序发展有重要意义,检索的案例中水路货物运输合同纠纷中对诉讼时效有争议的情形不在少数。以中外运湖北有限责任公司(简称湖北外运)与武汉中远海运集装箱运输有限公司(简称武汉中远)海上、通海水域货物运输合同纠纷一案为例,该案经过一审、二审和再审,最后在诉讼时效争议上维持了一审法院的判决。此案是包括内河运输、沿海运输和陆路运输的多式联运,且货损具体发生在哪一个运输区段无法判断,因此一审法院认为在诉讼时效问题上不应直接适用《海商法》的相关规定和《批复》的一年诉讼时效,应适用《民法通则》普通诉讼时效二年的规定^③。

时效制度存在之理由,其一在于维持社会秩序,其二则是为免证据久已湮没造成举证困难。^[8]目前公布的《中华人民共和国海商法(修订征求意见稿)》[简称《海商法(修订征求意见稿)》]将国际海上货物运输和国内水路货物运输的诉讼时效期间规定为二年^④。随着《民法典》生效,最高人民法院废止了116件司法解释,但上述《批复》仍然有效,在《民法典》已将诉讼时效从《民法通则》规定的二年改为三年的背景下,水路货物运输的诉讼时效继续为一年确有不合理之处,诉讼时效过短会导致权利人权利保护期过短,从而得不到充分的赔偿。

三、水路货物运输案件实证分析之启示

(一) 水路货物运输发展需要高位阶的立法

通过前文的分析可知,水路货物运输具有其特殊性,仅依据《民法典》的一般规定进行调整并不能

① 一审案号为(2015)昆张民初字第00257号;二审案号为(2017)苏05民终551号。

② 案号为(2017)津72民初815号。

③ 案号为(2017)鄂72民初1856号。

④ 《海商法(修订征求意见稿)》第15.1条第1款规定:“就国际海上货物运输和国内水路货物运输发生在承运人、实际承运人与托运人、收货人或运输单证持有人之间的请求权,诉讼时效期间为二年,自货物交付或者应当交付之日起计算。”

满足现实需要,《民法典》第三编“合同”第十九章对运输合同的规定共34条,除去第二节旅客运输和第四节多式联运合同的条文,针对内河货物运输的条文共计18条。^{[9]13}如前文所述,这些条文并不能解决承运人与实际承运人连带责任、船舶合理绕航、船舶适航等水路货物运输特殊性所出现的问题。《货规》虽已经被废止,但在实践中运单仍然订明适用《货规》,说明其对国内水路货物运输的重要作用。

有观点认为,在内河运输在民法框架内无法解决的情况下,可以通过司法解释和合同自由原则将《货规》并入适用。^{[9]14}司法解释在中国的司法实践中一直占据重要地位,甚至被认为是一项极具中国特色的制度安排,^[10]它的出现是由立法者的法律供给与司法者的司法需求间的缺口决定的,立法与司法间的缺口越大,解释的空间也就越大。^[11]但是,司法解释是在法创制已经完成基础上的法律阐释活动,^[12]《中华人民共和国民事诉讼法组织法》第32条和《中华人民共和国立法法》(简称《立法法》)第104条第1款均确认最高人民法院对属于审判工作中具体应用法律的问题进行解释的合法性。《立法法》第104条第1款强调司法解释“应当主要针对具体的法律条文,并符合立法的目的、原则和原意”。如果司法解释缺乏具体法律条文依据,就存在司法解释“立法化”问题。所以,意欲通过司法解释来补充如此之多的内河运输的内容并无正当性权源。^{[9]13}

按照合同自愿原则将《货规》并入国内水路货物运输合同或运单,由于合同内容是当事人双方互相协商、利益平衡的结果,所以并不能保证每个国内水路货物运输合同都能将《货规》并入其中。另外,2020年12月17日武汉航交所发布了长江(内河)航运标准合同,并与从事长江航运的企业签署了授权书,授权企业使用。合同标准化能够简化合同谈判流程,节省时间和缔约成本。虽然这是目前国内水路货物运输几乎无法可依情况下的一个选择,但标准合同是否能够得到广泛使用,要看各方企业的接受度。

《货规》是原交通部发布的部门规章,因其效力等级低,在司法实践中只可在判决书说理部分引用论述,不能作为裁判文书引用的法律依据,但其规定确实解决了水路货物运输纠纷的很多实际问题。《货规》被废止后,国内水路货物运输的专门立法缺位。然而,国内水路货物运输作为中国航运业的重要部分之一,需要明确的法律规范予以保障。法律

的稳定、刚性对调整社会主体行为和关系具有积极作用,^[13]国内水路货物运输需要高位阶的立法。这将有利于保障和促进国内水路货物运输市场的健康发展。

(二) 水路货物运输纳入《海商法》调整

为解决国内水路货物运输的实践需要,针对水路货物运输单独立法是最理想的方案,但考虑到中国立法资源有限,单独立法至少在短期内并不现实。但从前文的数据分析可知,随着多式联运的发展、江海直达运输新局面的到来,水路货物运输的发展迅速,随之而来的是相关案件量的增长,如何更客观地权衡各方法益,最大限度地实现案件的程序正义和实质正义?^[14]这需要强有力的法律保障。关于将来修改后的《海商法》能否适用于水路货物运输的问题,在《海商法》修法研究中引发了社会各界的广泛争论。

支持的观点认为,《民法典》第三编“合同”的规定对沿海、内河运输并不具有针对性,在沿海、内河货物运输的特殊法律的制定尚无计划的情况下,通过《海商法》修改填补这一领域的立法空白具有必要性和紧迫性;一部完善的沿海、内河运输法律对于中国江海直达等多式联运的发展、长江经济带的发展以及沿海、内河水域的开发与可持续发展都具有重大意义。^[15]反对的观点认为即使《海商法》修改要扩大第四章的适用范围,该范围也仅能扩大至沿海货物运输,而不宜扩大至内河运输。中国内河情况复杂,内河运输风险、承运人责任等均与海上货物运输存在不同,无法实现统一。

交通运输部于2020年1月形成了《中华人民共和国海商法(修改送审稿)》[简称《海商法(修改送审稿)》],经报送国务院后批转至司法部。司法部在2020年5月针对法院、律师事务所、航运相关企业等单位征求意见。《海商法(修改送审稿)》将国内水路货物运输合同作为第四章第七节“国内水路货物运输合同”,采用“最小双轨制”,参照已废止的《合同法》和《货规》的规定,并订立援引条款,即具体规定本章第一节至第六节有关国际海上货物运输合同的规定中哪些可以适用于国内水路货物运输合同。

笔者赞同将国内水路货物运输纳入修改后的《海商法》的调整范围。由于国际海上货物运输合同与国内水路货物运输合同有着很多的共性,将来修改后的《海商法》将国内水路货物运输合同作为第四章“海上货物运输合同”的第七节具有合理性,

除援引第一节至第六节可适用于国内水路货物运输合同的条款外,第七节作出了国内水路货物运输合同的特别规定,主要针对承运人归责原则、免责事项和运输单证。此外,国内水路货物运输案件应当统一由海事法院管辖,避免同一性质案件由基层人民法院和海事法院审理出现不同结果的局面。诉讼时效可以依据《海商法》第257条确定,因为《海商法》是特别法,其规定优先于《民法典》第一编“总则”中诉讼时效的规定。

四、结语

通过前文分析,可以得出以下结论:第一,适用《民法典》第一编“总则”和第三编“合同”不能满足水路货物运输合同纠纷司法审判的需要,此类案件

审理参照已废止的《货规》效果良好,通过司法解释、合同并入《货规》、推行内河航运标准合同不能完全解决当前所存在的法律问题。第二,国内水路货物运输案件应当统一由海事法院管辖,避免同一性质案件由基层人民法院和海事法院审理出现不同结果的局面。第三,《海商法》修改将国内水路货物运输合同作为第四章“海上货物运输合同”的第七节具有合理性,除援引第一节至第六节可适用于国内水路货物运输合同的条款外,第七节作出了国内水路货物运输合同的特别规定,主要针对承运人归责原则、免责事项和运输单证。水路货物运输合同的诉讼时效适用作为特别法的《海商法》的规定。

参考文献:

- [1] 中华人民共和国交通运输部. 2019年交通运输行业发展统计公报[EB/OL]. (2020-05-12)[2020-12-11]. http://xxgk.mot.gov.cn/jigou/zhghs/202005/t20200512_3374322.html.
- [2] 中华人民共和国交通运输部. 2020年12月全国港口货物、集装箱吞吐量[EB/OL]. (2021-01-21)[2021-02-02]. http://xxgk.mot.gov.cn/2020/jigou/zhghs/202101/t20210121_3517383.html.
- [3] 中华人民共和国交通运输部. 关于2004年水运经济运行情况及2005年形势分析的通报[EB/OL]. (2005-02-16)[2018-06-12]. https://xxgk.mot.gov.cn/2020/jigou/syj/202006/t20200623_3313319.html.
- [4] 黄薇. 中华人民共和国民法典释义(中)[M]. 北京:法律出版社,2020:1494-1495.
- [5] 黄晶. 我国《海商法》对国内水路货物运输的适用[J]. 上海海事大学学报,2018,39(1):107.
- [6] 崔建远. 合同法学[M]. 北京:法律出版社,2015:126.
- [7] 马俊驹,余延满. 民法原论[M]. 4版. 北京:法律出版社,2010:244-245.
- [8] 孙思琪. 《民法总则》视野下海事诉讼时效制度完善论纲[M]//上海海事大学海商法研究中心. 海大法律评论(2016—2017). 上海:上海社会科学院出版社,2020:253.
- [9] 吴煦. 《海商法》修改背景下的国内水路货物运输之立法模式选择[J]. 中国海商法研究,2019,30(1).
- [10] 洪浩. 法律解释的中国范式:造法性司法解释研究[M]. 北京:北京大学出版社,2017:12.
- [11] 黄忠. 论民法典后司法解释之命运[J]. 中国法学,2020(6):55.
- [12] 姚建宗. 关于司法解释的分析与思考[J]. 现代法学,1992(3):27.
- [13] E. 博登海默. 法理学:法律哲学与法律方法[M]. 修正版. 邓正来,译. 北京:中国政法大学出版社,2004:402.
- [14] 江必新. 司法审判中的价值考量[J]. 法律适用,2020(19):44.
- [15] 侯伟. 关于将内河货物运输纳入《海商法》调整范围的立法建议[J]. 中国海商法研究,2017,28(3):13.

张相君,魏寒冰.海洋微塑料污染的国际法和国内法协同规制路径[J].中国海商法研究,2021,32(2):92-101

海洋微塑料污染的国际法和国内法协同规制路径

张相君,魏寒冰

(福州大学 法学院,福建 福州 350108)

摘要:针对各国发展石化工业出现的海洋微塑料污染问题,采取文献梳理、比较法和法教义学与法社会学的分析方法,认为海洋微塑料作为法律问题亟需国际法和国内法的一体性回应,提出规范海洋微塑料污染的国际法和国内法具备初步体系化特征,各组成部分互有短长,因此应对此问题的现实路径是各部分间协同;这种协同具有一定基础,但存在其限度;推进现有规则的协同,前提在于澄清海洋环境保护领域国际法和国内法的一元关系,路径上则有理想的缔结全球专门条约、现实的区域条约以及最容易实现的国内立法。

关键词:海洋微塑料;国际法;协同规制;海洋环境;21世纪海上丝绸之路

中图分类号:D996.9 **文献标志码:**A **文章编号:**2096-028X(2021)02-0092-10

Collaborative regulating marine micro-plastics with international and domestic law

ZHANG Xiang-jun, WEI Han-bing

(Law School, Fuzhou University, Fuzhou 350108, China)

Abstract: In view of the problems of marine micro-plastic due to the development of petrochemical industry, this research adopts methods of academic assessment, comparative study, *equity infra legem* and *equity praeter legem*, analyzing that the problem has been an legal issue requiring response from international and domestic law collaboratively. Whereupon, it has been proposed that the international and domestic laws regulating marine micro-plastic are with preliminary systematic characteristics, that the international law, regional law and domestic law have the advantages and disadvantages *per se*, which determines that the most realistic way to respond to the issue is the collaboration among these laws. This collaboration has been recognized in these laws, while which also has their limits. There is a need to promote the collaboration of existing rules, whose precondition is the clarification of the unitary relationship between international law and domestic law in the field of marine environmental protection. The ideal approach is to conclude specific global treaty, and the realistic one is to conclude regional treaties as well as to amend domestic laws.

Key words: ocean micro-plastic; international law; collaborative regulation; marine environment; 21st Century Maritime Silk Road

海洋微塑料污染是基于技术进步和人类行为产生的当代问题,并同时表现在事实和法律层面。作为石化工业产品,廉价便利性使塑料成为许多消费品的“最佳介质”,不易降解性使其成为当下环境保护的痛点。^{[1]560}2004年,科学家正式提出这一术语,^[2]学界基本认可直径小于5mm的塑料颗粒构成

微塑料。^[3]2010年至今,自然科学界对海洋中的微塑料污染形成共识:塑料会进入水体,^[4]在水流和阳光作用下分解为微小颗粒,随着洋流扩散至公海甚至全球海洋系统,^{[5]355-356}并长久地以微塑料形态留存于海洋;^{[1]561}基于生态循环,微塑料又通过海洋生物进入并影响人体健康。2014年,联合国环境规

收稿日期:2020-06-28

基金项目:2018年福建省社科研究基地重大项目“21世纪海上丝绸之路沿线主要国家海洋环境保护合作策略”(FJ2018JDZ041),2020年国家社科基金项目“基于海洋命运共同体理念的海洋环境法治体系性发展研究”(20BFX208)

作者简介:张相君(1978-),女,河南兰考人,法学博士,福州大学法学院国际法教研室主任、副教授、硕士生导师,福建省生态环境厅海洋生态环境保护与治理专家库专家,E-mail:reezj@aliyun.com;魏寒冰(1995-),女,河南禹州人,福州大学法学院国际法专业硕士研究生,E-mail:wei.33@foxmail.com。

划署(UNEP)提出,海洋微塑料是当前面临的最紧迫的环境问题之一,^{[6]177,[7],[8]871,[9]154-155}每个国家和每个人都无法回避,^{[6]176-177,[10]3056-3057}中国也不例外。^{[11]13,[12]74}

一、当代海洋微塑料污染问题

(一) 海洋微塑料污染的事实问题

研究已初步证实微塑料的四方面负影响。第一,对海洋生态的影响。研究估计2050年海洋中的塑料垃圾数量会超过海洋生物。^[13]一些滤食动物会因误食造成进食器官堵塞、形成机械损伤或假的饱食感,导致生长发育畸形、甚至死亡。^{[14]166-167}第二,对人类健康的影响。微塑料会吸附有毒有害的化学物质,比如双酚A(BPA)和邻苯二甲酸盐,^{[15]339}其危害会通过食物链扩大并富集于人类,造成人体新陈代谢紊乱以及内分泌失调,一定程度上引发生殖障碍,甚至会促成癌症病变。第三,对滨海产业的影响。一方面,微塑料对鱼类等造成健康损害,降低捕鱼业商业价值;另一方面海滩和岸线上的废弃塑料会降低其娱乐价值,影响滨海旅游业。第四,微塑料最终会沉入深海洋底,降低海底沉积物的质量。

海洋微塑料污染的严重性,决定了其会催生相关行为规范;而其中涉及生产经营者和消费者之间权利义务、沿海国之间权利义务,以及所有国家对公海微塑料治理的义务等,因此海洋微塑料污染问题须由法律调整。

(二) 海洋微塑料污染的法律问题

人类面临的新问题并非都会转化为法律问题。海洋中的微塑料污染,由于其法律主体意义上的来源难以明确,即无法明确是哪个沿海国、哪个法人或自然人的塑料进入了海洋,因此无法明确法律上的因果关系,即哪个主体负有控制或削减塑料入海的义务、负有清除海洋微塑料的义务,以及因此被侵权的国家和个人应该向谁主张损害赔偿;而且人类的最主要动物蛋白来源也可能受到污染进而引发更大风险。为了处理这种因果关系和控制风险,^[16]法律作为前瞻性和预防性行为规范应予以回应。

海洋微塑料污染既是中国国内法律问题,也是国际法上的问题。从中国的角度看,海洋微塑料污染之所以应受到国内法关注,一是因为中国在实现复兴过程中,向海发展是应有之义,建设海洋强国需要清洁美丽的内水和领海。如苏力教授所言:法律和制度须符合这一代中国人对社会和国家的想象以及情感需求。^[17]这一代中国人的想象和需求在于实现民族复兴、成就美好生活、建设美丽中国,基础则

在于明确意识到的“生态文明建设是关系中华民族永续发展的千年大计”。^[18]二是因为现有法律在规制这一新型污染物上明显力有不逮。^{[8]904-905,924}因此,为实现此千年大计,完善的海洋环境法律体系应基于陆海统筹治理目标,对微塑料污染从陆地防治和海洋防治两方面着手。从国际法层面看,中国在推动构建人类/海洋命运共同体、落实21世纪海上丝绸之路的倡议过程中,须重视海洋环境;中国要推动构建更公正合理的国际治理体系,也应关注海洋环境议题,包括新出现的海洋微塑料污染防治。

(三) 海洋微塑料污染法学研究的学术评估

自然科学界在2010年后尤为重视海洋微塑料污染,^{[6]176}社会科学尤其是法学界的回应有些迟滞。国外一些法学研究者关注了此问题,^{[5]357,[8]873,[9]154,[14]156,[15]332-333}国内部分自然科学家从法学角度关注到此问题,^[19-20]法学界目前只有两篇学术论文和一篇硕士学位论文。^{[11]12,[12]70,[21]12}自然科学研究承认此问题的严重性,承认现有降解技术尚不能实现对海洋微塑料的清除;法学研究承认现有法律在规制此问题上有疏漏,主要从国内法或国际法角度提出了规则完善建议。已有研究共同增进了学界对此问题的理解,并提示法律研究者关注和回应此问题。

笔者从国际法与国内法协同的角度进行研究,依据有三:第一,此问题并不限于一国政治边界,海洋微塑料污染以及由此导致的侵权会同时表现为国际公法和国际私法关系,但其中的责任主体很难判断;尤其是当前国际贸易高频往来的背景下,一国生产经营者的塑料产品被另一国的消费者废弃并进入海洋、自一国进口的海洋生物体内的微塑料对另一国消费者造成累积性损害都是现实,仅从国内法探讨已不足以应对此问题。第二,可规制海洋微塑料的公约大多缔结于20世纪后半期,当时尚未出现海洋微塑料污染问题,相关规则需要适时完善。第三,从法律上应对海洋微塑料污染,需考虑其来源于陆地和海洋且汇集于海洋并最终损害人类健康的特性,而且无论从国内法还是国际法层面看,任何法律主体都无法在此问题上置身事外,^{[10]3056,[21]10-12}这决定了需由国内法和国际法协同规制此问题。

二、协同规制海洋微塑料污染的法律现状检视

(一) 规制海洋微塑料污染的国际法

当前规制海洋微塑料的国际法包括海洋环境相关国际条约和文件,基于约束力可分为硬法和软法。

适用前者需通过解释相关规则实现,后者具有针对性但其适用需要其他硬约束力规则的支持。

1. 规制海洋微塑料污染的硬法

一是主要相关的国际条约,包括规范特定污染物的防止海洋倾废和船源污染的条约,以及综合性的《联合国海洋法公约》。

根据《防止倾倒废物及其他物质污染海洋的公约》第2条,倾倒是“有意”的行为,而所有运载工具正常操作附带的废物或物质处置以及放置于海上的物质则不属于倾倒;公约附件列明的倾倒黑名单中包括“持久性塑料”;《防止倾倒废物及其他物质污染海洋的公约》1996年议定书》确立的倾倒白名单不包括塑料^①,其适用范围从原来的领海扩张至缔约国内水^②。^[22]这意味着公约禁止塑料倾倒,除非发生不可抗力或者规定的其他例外情形;但对几乎所有原生来源以及一定次生来源的微塑料污染则不适用。《关于1973年国际防止船舶造成污染公约的1978年的议定书》(简称MARPOL 73/78)虽然在立法时主要是为了规制石油入海造成的污染,但如其前言所示,规制对象并不“限于油污”,而是针对“任何进入海洋后易于危害人类健康、伤害生物资源和海洋生物、损害休憩环境或妨害对海洋的其他合法利用的物质”^③。之后的附则5禁止将塑料排入海中,但免除了因船舶或其设备损坏造成的塑料意外丢失或丢弃而造成的环境污染责任。^[23]因此,船源微塑料要受MARPOL 73/78的规制。需要注意的是,中国加入时,对附则3/4/5均声明保留。^[24]

《联合国海洋法公约》作为“海洋宪章”,第十二部分为海洋环境的保护与保全提供了基本框架。虽然公约没有明确所规制的污染类型,但根据海洋微塑料的特性和危害性,其符合《联合国海洋法公约》第1条的界定,是人类“直接或间接把物质或能量引入海洋”造成的污染。因此,公约可规制微塑料污染。第十二部分的46个条文,除了如第194条第2款等极为例外的情形,其他条款均可适用。

二是区域条约。全球18个区域海洋中,设立最早的是始于北海并逐渐扩大建立的东北大西洋区域,本区域直接影响了UNEP的区域海洋项目,相关规则一定程度上可代表区域条约发展的方向。区域内管理最初以《防止船舶和飞机倾废废弃物造成海洋污染公约》和《防止陆地污染源污染海洋的巴黎公约》为框架,二者后被《保护东北大西洋海洋环境公约》(简称《OSPAR公约》)吸收和取代。《OSPAR公约》虽未明确规制微塑料,但其适用性非常明确,规范水平甚至可以被认为是有国际硬法规则中最高的。首先,公约对污染的定义与《联合国海洋法公约》一致,包括物质和能量;其次,公约第2条规定了各缔约国单独或联合行动的义务,尤其是本条第5款明确规定公约乃是各方保护海洋的最低义务水平,再结合第7条新型污染防治义务、第21条跨界污染时的协商和合作义务、附件1的风险预防义务、区域委员会制定削减和淘汰计划的责任、附件2第3条确立的倾倒白名单^④,可以看出公约与各成员方的国内法几乎没有效力区别。

2. 规制海洋微塑料污染的软法

一是联合国及其相关机构的文件,这些文件经历了从整体关注到具体规制、明确规制领域和措施的过程。2011年,UNEP将海洋塑料垃圾列为《联合国环境规划署年鉴》三大议题之一;2014年6月,首届联合国环境大会通过了“海洋塑料废弃物和微塑料决议”,提出开展有关海洋塑料废弃物和微塑料的研究;^[25]2015年,UNEP向全球发布《化妆品中的塑料:个人护理是否正在污染环境》报告,呼吁各国逐步禁止在个人护理品和化妆品中添加塑料微珠;同年的《2030可持续发展议程》提出17个可持续发展目标(SDGs),其中SDG14提出“到2025年,预防和大程度减少各类海洋污染”;2020年,UNEP支持发布《塑料污染热点和促成行动国家指南》,协助相关国家和城市明确海洋塑料现状,以促成行动并监测和评估相关干预措施。^[26]

二是主要区域性国际组织的文件,显示出主要国家的控制意愿。2017年,二十国集团(G20)汉堡

① 可倾废物质包括:疏浚挖出物,污水污泥,鱼类废物或工业性鱼类加工作业产生的物质,船舶、平台或其他海上人工构造物,惰性、无机地质材料,自然起源的有机物,主要由铁/钢/混凝土和物理性质类似的无害物质构成的大块物体。参见《防止倾倒废物及其他物质污染海洋的公约》1996年议定书》附件1第1条。

② 参见《防止倾倒废物及其他物质污染海洋的公约》1996年议定书》第7条。

③ 参见MARPOL 73第1条和第2条。

④ 《防止船舶和飞机倾废废弃物造成海洋污染公约》第9条规定:“如果某缔约国在紧急情况时,考虑到本公约附件一所列的某项物质,在遇有并非不可避免的危险及灾害,而又不能存放陆上的紧急情况时,则该缔约国可将之提请委员会商议。委员会得建议存放之方法,或建议采取当时形势下最满意的销毁或处置的办法。该缔约国应向委员会报告根据委员会建议所采取的行动步骤。在此情况下,缔约国有互相援助的义务。”

峰会通过了“二十国集团海洋垃圾行动计划”,将海洋微塑料问题提升到全球治理层面;^{[6]178}2018年,七国集团(G7)峰会期间签署了《海洋塑料宪章》(美国和日本没有签署),承诺重视塑料的生产要素价值,实现产品循环利用;^[27]2019年,G20峰会通过的《大阪宣言》包含了“蓝色海洋愿景”计划,目标是2050年之前使废塑料入海量减为零^①。

(二)中美规制海洋微塑料污染的国内法律和政策

中国和美国是正在实现新一代工业化的海洋大国,并且是石化能源消耗排名第二和第一的国家,因此都很关注海洋微塑料污染。中国选择以既有法律为基础的政策路径;美国选择联邦和州并行立法路径,是在国内立法上进展最快的国家之一。中美的做法显示出政策和法律的不同优势,前者以针对性技术标准规范主要行业,焦点明确;后者普遍规范相关行为,约束力更强。

1. 中国以法律为基础的政策路径

中国将塑料污染作为整体环境问题在相关法律内规制,以《中华人民共和国环境保护法》(简称《环境保护法》)为主,辅之空气、土壤、固体废弃物等方面的法律。^[28]典型的条款是《环境保护法》第6条规定的生产经营者责任以及公民环境保护义务,以及规定于《中华人民共和国固体废物污染环境防治法》第19条和《中华人民共和国清洁生产促进法》第20条的弱义务条款。作为并不具有直接针对性的一般规范,其实际执行力尚不足以应对塑料污染问题。

以上述法律为基础,中国环境政策日益成熟并在一定程度上弥补了法律的短板。在税种绿化、绿色金融、生态补偿等理念的指导下,防范塑料污染的政策相继出台。其特征为从相关行业技术层面设立处理塑料垃圾的标准与规范,规范的环节包括生产、经营到消费全过程。2000年以来,“禁塑令”“限塑令”等政策从生产经营环节控制塑料进入环境,《废塑料回收与再生利用污染控制技术规范》从消费终端减少微塑料的产生。此后,相关政策开始针对更为细化的领域。农业领域的地膜最低标准保障产品

质量和可回收性;快递行业国家标准要求包装采用生物降解塑料;废塑料处理行业规范提高了已建、新建和扩建的相关企业在废塑料处理能力方面的要求;2018年国家发改委调整“限塑令”,对不同生产、生活、消费等情形中使用的塑料制品,分领域、分品类提出政策措施,^[29]并以环保税方式查处多家非法塑料加工行业。

2. 美国联邦与州并行的法律路径

美国联邦规范海洋微塑料污染的法律包括一般法和特别法。一般法主要是三部法律:污染发生后的《清洁水法》(*Clean Water Act/CWA*)和《清洁空气法》(*Clean Air Act/CAA*),以及源头治理的《污染防治法》(*Pollution Prevention Act/PPA*)。前两部法案出台时虽然还未出现微塑料污染,但其对微塑料污染仍具有适用性。^{[30]398}《污染防治法》侧重从企业、政府和公众三方预防污染源的排放。两部特别法包括:2006年的《海洋碎片研究、预防和减少法》(*Marine Debris Research, Prevention, and Reduction Act/MDRPA*)和2015年的《无微珠水域法案》(*Microbead-Free Waters Act/MFWA*)。前者目的在于确定、评估、预防、减少和消除海洋废弃物,解决海洋废弃物对海洋经济、环境和航行安全的不利影响,规定了“防止和清除海洋垃圾计划”以清理包括微塑料在内的海洋垃圾^②。后者颁布了联邦微珠禁令,禁止销售或分销含有塑料微珠的冲洗化妆品,同时还修改了《联邦食品、药品和化妆品法案》,禁止制造、引进或交付含有特意添加塑料微珠的化妆品和洗护用品的州际贸易。^{[14]172-173}

除了联邦法律,以2014年伊利诺伊州立法禁止个人护理品添加微珠为肇始,先后有另外八个州通过了类似立法。伊利诺伊在法律中明确微珠“对州环境带来严重威胁”,“富集环境中已有的有害污染物,危害鱼类和其他构成水生食物链底基的水生物种”^③,^[31]因此应禁止添加,此后其他州也都基于此逻辑相继立法。

(三)既有规则的协同基础和不足

1. 当前规制海洋微塑料污染的法律体系特征

当前规制海洋微塑料的法律具备初步体系化特

① 《大阪宣言》第39条提出:“我们重申,所有国家都需要与相关利益攸关方合作,在国内和国际上采取措施处理海洋垃圾,特别是海洋塑料垃圾和微塑料。在这方面,我们决心迅速采取适当的国家行动,预防和显著减少向海洋排放塑料垃圾和微塑料。此外,展望这些倡议和每个成员国现有的行动,我们分享并呼吁国际社会的其他成员也分享‘大阪蓝海愿景’,作为一个共同的全球愿景,我们的目标是通过一个全面的生命周期,在2050年将海洋塑料垃圾的额外污染减少到零。通过改进废物管理和创新解决方案,减少管理不当的塑料垃圾的排放,同时认识到塑料对社会的重要作用。我们还赞同20国集团关于海洋塑料垃圾行动的实施框架。”

② 参见 Sec. 2, *Marine Debris Research, Prevention and Reduction Act*。

③ 参见 415 Ill. Comp. Stat. Ann. 5/52.5(B)。

征。首先,公约约束力和适用范围与问题广泛性相称,但针对性不足,充满令人痛苦的模糊和令人兴奋的各种可能。^[32]其次,国际软法有广泛适应性和针对性,但约束力不足,从提出治理到具体领域再到国家行动,对微塑料污染的应对具有一种明显的阶段性演进特征。再次,中美作为海洋大国选择以新规则应对此问题,从注重消费环节转向重视生产、经营和消费全过程,但具体途径和立法水平有差异。综言之,已有各组成部分互有短长,这一点决定了目前应对此问题的最好、最现实路径是各部分间的协同适用。

2. 硬法内的协同基础

一是针对特定污染源的国际公约。《防止倾倒废物及其他物质污染海洋的公约》及其议定书在处理与缔约国国内法关系时,采取了国际法与国内法一元论的立场。条约注意到海洋倾倒既发生在一国领域内,也发生在国家领域外,因此条约必须处理与相关国家国内法的协同关系。首先,公约改变了之前国家基于主权随意向海洋倾废的做法;其次,倾倒黑/白名单制度更对缔约国的国内法形成了拘束力;再次,公约适用范围包括领海这一传统上被视为一国领土组成部分的区域,议定书直接在内水适用都说明了国际法对国内法的限制及其效力优先性。MARPOL 73/78 采用了国际法与国内法二元并立的立场。根据第3条,公约尊重各缔约国对自然资源的主权和权利,也不适用于军事船舶以及政府公务船舶,但各国不得危及公约目的的实现,并应为此采取适当措施。

二是综合性的海洋环境保护公约。《联合国海洋法公约》的缔约历史显示公约有明显的协调特征,并采取了柔和的国际法与国内法一元论立场。首先,公约改变了此前海洋环境方面以缔结特定公约应对特定问题的模式,贯穿了既有相关公约,^[33]实现了初步体系化和整体化,并以第237条确保了相互间协调;其次,公约承认保护和保全海洋环境是各国的义务,且主要是依靠国家“个别或联合地采取……必要措施”规制海洋环境污染^①;再次,公约以“全球生态系统和全球航行系统完整性理念”为起点,确认海洋环境保护国际规则和标准优于各国国内法,并在第211条确认这种优先性。

三是以《OSPAR 公约》为代表的区域公约。由于欧盟本身即是缔约方,且大量国家缔约方是欧盟国家,借助欧盟法律体系下的协同经验,本公约明确采用了公约和国内法一元关系的立场。具体条文上,公约第2条是典型的协同公约和成员国国内法的规则,第1款(a)项规定了成员方的守约义务,(b)项规定了各方单独或联合行动并协调政策和战略的义务;第2款规定了各方必须采用的原则;第3款规定了履约时的国内计划和措施,以及适当条件下的时限要求,最新技术要求,履约时的标准。综合公约其他条文看,公约认为与国内法的协同是应有之义。

3. 软法内的协同基础

防治海洋微塑料污染的国际软法明确了风险预防原则^②,承认有必要谨慎对待环境保护以及新出现的譬如海洋微塑料污染问题。由此在关注社会实际经验和真实生活状态的基础上,为海洋环境保护领域国际条约和惯例的发展提供哲学和理论依据。^[34]这些规则一定程度上突破了国际社会的平权型政治结构,超越了国际法与国内法一元或二元关系的论争,将人类整体作为全球环境契约的一方当事人;也对每个主权国家提出相应要求,如《21世纪议程》第八章提出将环境与发展问题纳入各国决策进程,鼓励各国在与国际组织以及国际科学界合作的基础上通过法律和经济激励实现可持续发展。

4. 中美国内法对协同的支持

成功环境规则的特征包括:普遍性、精确性、适应性以及义务性。^[35]这意味着国际环境法在国内法协助下更容易取得成效。

虽然美国行政部门对签署多边条约十分谨慎,而且国内法也会对执行国际条约作出限制,^[36]但美国的环境立法和司法在这一点上还是有可取之处。首先,宪法的最高效力条款一定程度上协调了国际法和国内法的关系;其次,美国环境立法会保持更新,其模式是在法律中不断汲取自然科学研究成果并将技术标准规则化,^[37]与重视自然科学的国际条约具有内在的协调性。联邦法院促成国际规则在国内落实的典型案例,是联邦最高法院审判的马萨诸塞等州诉国家环境保护局(简称EPA)一案^③。此案实体争点在于全球变暖是应该由联邦法院考虑,

① 参见《联合国海洋法公约》第192条至第194条。

② 《联合国里约环境与发展宣言》第15条提出:“为了保护环境,各国应按照本国的能力,广泛适用预防措施。遇到严重或不可逆转损害的威胁时,不得以缺乏科学充分确定证据为理由,延迟采取符合成本效益的措施防止环境恶化。”

③ 参见 *Massachusetts v. EPA*, 549 U.S. 497.

还是应该由国会和行政部门在立法和国际层面回应。判决认为,即便全球变暖关系重大,EPA 规制新机动车排放本身也不会扭转全球变暖,第一步也只是尝试性的,EPA 依法仍然应该规制威胁环境或人类健康的温室气体排放。此判例后来被多次援引,其意义有二:其一是法律更大程度上是对社会问题的关注、包括对国际问题关注的回应;其二基于法教义学和法社会学的平衡,法院倾向于以一元论理解国际公约和国内法的关系。在诸如环保组织等诉美国政府^①、蓝水渔民协会诉国家海洋渔业局^②、阿拉斯加诉克里^③等案中,都可看到法院协调解释相关国际公约和国内法条款的做法。

中国在国际环境条约的国内法转化与落实过程中,实际上采取了“条约优先国内法”的做法。比如《中华人民共和国海洋环境保护法》(简称《海洋环境保护法》)第96条和《中华人民共和国固体废物污染环境防治法》(简称《固体废物污染环境防治法》)第90条^④均体现了对条约相关条款的吸纳;在中国与船舶污染以及相关作业造成污染、船舶事故等相关的条款也是《联合国海洋法公约》《国际清洁生产宣言》等对应内容的体现;《中华人民共和国水污染防治法》(简称《水污染防治法》)中对水污染的定义^⑤与《联合国海洋法公约》和MARPOL 73/78中有害物质的定义也是一致的。以上均体现了中国立法对国际法和国内法协同的支持,也为中国依据国际条约治理海洋微塑料提供了参考。中国司法实践中,诸如《国际油污损害民事责任公约》《国际燃油污染损害民事责任公约》等都会成为法院审理相关案件的依据。除了海洋环境领域,法院也会在其他领域适用《联合国海洋法公约》以及《国际海上避碰规则》的相关条款。在诸如闽霞渔01003号渔船调解协议执行案^⑥、大连远洋水产有限公司诉辽宁省大连海洋渔业集团公司关于船员雇佣合同损失赔偿纠纷案^⑦、上海新兴航运股份有限公司诉上海海

事局行政处罚行政纠纷案中^⑧,均可看到条约的直接适用。

5. 协同基础的限度

已有规则间的协同是当下可选择的现实路径,基于以上分析可知此协同具备一定的现实基础。但是,该路径在理论上受限于国际法与国内法关系论,在现实中受各国内国法优先适用以及发展本国工业需求的多重限制。

具体而言,前文提及的国际硬法和软法,大多确认保护海洋环境的义务受制于主权。这与历史上海洋污染多发生在港口、内水等主权范围内的情形是一致的,但这一方面造成各国对是否批准规制倾倒在源头污染公约的态度并不一致,另一方面造成各国在不同海洋区域的管辖权不一致,二者共同作用导致统一多边公约在规制海洋塑料污染这一新问题上的效果大打折扣。加上沿海国对有管辖权海洋区域的环境要求往往高于公海,而公海实际上又是塑料的“高堆积区”并受限于船旗国专属管辖,但大部分船旗国只希望对本国船舶行使行政、技术方面的管辖权,而不愿意且没有能力管理所航行的海域环境,^{[8]940}最终导致海洋微塑料污染实际上处于国际规则适用的灰色地带。倡议性的软法虽然引导各国重视海洋微塑料污染,但其软约束性使其在各国国内发挥的作用毕竟有限。再加上发展中国家实现本国工业化过程难免大量利用石化能源,且在环境保护这种资本和技术都比较密集的领域中无法形成比较优势,因此将其转化为国内法的意愿也较低。

鉴于此,区域性的《OSPAR 公约》达到的高规范水平具有一定的启示意义,其证明了区域途径的可取性,但也需要注意适用条件,包括最重要的各国完成传统工业化阶段并(开始)转向基于能源清洁型和环境友好型的新发展阶段。

若将海洋微塑料视为我们这一代人遇到的海洋“疾病”,现有规则体系作为可用药品均属广谱抗

① 本案涉及《联合国海洋法公约》、美国欧洲原子能机构《和平利用核能合作协议》等国际条约,参见 *Mayaguezanos por la Salud y el Ambiente v. United States*, 38 F. Supp. 2d 168, 1999 U. S. Dist. Lexis 2139。

② 本案涉及《联合国海洋法公约》《养护大西洋金枪鱼国际公约》等国际公约,参见 *Blue Water Fishermen's Ass'n v. Nat'l Marine Fisheries Serv.*, 226 F. Supp. 2d 330。

③ 本案涉及 MARPOL 73/78, 参见 *Alaska v. Kerry*, 972 F. Supp. 2d 1111 (2013)。

④ 《海洋环境保护法》第96条规定:“中华人民共和国缔结或者参加的与海洋环境保护有关的国际条约与本法有不同规定的,适用国际条约的规定;但是,中华人民共和国声明保留的条款除外。”《固体废物污染环境防治法》第90条规定:“中华人民共和国缔结或者参加的与固体废物污染环境防治有关的国际条约与本法有不同规定的,适用国际条约的规定;但是,中华人民共和国声明保留的条款除外。”

⑤ 《水污染防治法》第102条第1款规定:“水污染,是指水体因某种物质的介入,而导致其化学、物理、生物或者放射性等方面特性的改变,从而影响水的有效利用,危害人体健康或者破坏生态环境,造成水质恶化的现象。”

⑥ 参见(2014)霞调确字第2号确认决定书。

⑦ 参见(2004)大海鲛商初字第12号民事判决书。

⑧ 参见(2015)虹行初字第115号行政判决书。

菌,可于一定程度上回应此问题,但其并非靶向治疗。因此不能仅满足于对已有法律规范的协调,还应探讨如何推进规则间的协同。

三、推进协同规制海洋微塑料污染的国际法与国内法

要推进这种协同,需在方向上重新界定海洋环境保护领域国际法与国内法的关系,在方法上探讨规则发展路径。

(一) 海洋环境保护领域国际法和国内法关系的重新界定

1. 海洋环境保护法的发展要求

在传统国际法理论中,国际法和国内法的关系众说纷纭。^[38]48-50 作为理论,其应发挥有助于人们认识和理解现实背后逻辑的作用,而且其适用性也取决于相关条件的相似性,因此对此问题的回答应视乎现实情况而定。^[38]50-51

海洋环境法律领域的现实如下:首先,海洋环境问题既存在于一国境内又超越国家边境,既属于各国国内事务和共有事务,也属于公共事务;^[39]其次,国际法和国内法的保有海洋环境以实现可持续发展的目的是一致的;再次,在非一元论关系下,同一事项的规则在国际法和国内法上会出现不一致甚至冲突,譬如《联合国海洋法公约》第230条规定仅能对外国船舶在领海之外的违反环境保护法律规章和措施的行为追究民事责任,但在美国的法律中,则会被追究刑事责任,且已有相关案例^①,这种不一致应如何解决尚无定论且影响甚广。基于此,在解决海洋环境问题上,如果坚持国际法和国内法二元论,很可能出现国际规则难以在国内执行或者针对同一问题难以达成国际规则,并最终致使保有海洋环境以实现可持续发展的目的落空,损害国际社会共同体的利益。

并且,传统国际法理论中的二元论存在其隐含前提:国际社会基本特征是联系较弱的平权型、国家是国际法唯一主体、国家间平时往来主要是外交关系等。这几点在当前的国际社会已经发生重大变化,因此二元关系对当前现实的解释力也越来越弱。如WTO法律体系出现的宪政现象、国际体育法中国际规则在国内的直接适用现象,都揭示了在特定领域内国际法和国内法之间的一体性。固然,二者

的一元关系也有前提,包括:领域内强势国际组织的作用、非国家行为体的地位以及国家间的密切互动等,这些在海洋环境保护领域也基本具备。而且如上文述及,海洋环境保护的相关国际条约也有采用一元关系的倾向。

综言之,属于国际法理论问题之一的国际法和国内法关系,在应该发挥有助于我们认识、理解、改造世界的功能方面,在切实考虑本领域具体问题的需求基础上,应以确立其一元关系为方向更为适宜。

2. 国内司法不一致的警示

国际法与国内法关系学说的多元化以及国际和国内规则不一致,也影响到了司法。美国法院在相关案件中,有时会强调国际法和国内法的一元体系。譬如在 *United States v. Ionia Mgmt. S. A.*, 555 F. 3d 303 一案中,法院认为美国的《防止船源污染法》(*Act to Prevent Pollution from Ships/APPS*)规定的船舶确保准确油类记录簿的义务的条款与 MARPOL 73/78 一致^②,因此所有美国(或受美国控制)的船舶均负有此义务^③,外国船舶进入美国时也承担此义务^④。有时会出现地区法院采用二元关系观点但被上诉法院推翻的情形,譬如美国新泽西地区法院判决的遇难船舶是否构成航行威胁而应予移除的案件(*Grupo Portexa, S. A. v. All Am. Marine Slip, Div. of Marine Office of Am. Corp.*, 954 F. 2d 130, 1992)。地区法院面临的关键问题之一是国内法没有规定,可否直接适用相关国际法规则。地区法院采用了一种实证法以及国内法与国际法二元的路径,认为不能直接适用国际法而应适用墨西哥国内法,地区法院判决结果有利于作为被告的美国公司,后被第三巡回上诉法院推翻。类似的分歧在其他的案件中也可见到,譬如上文提及的马萨诸塞州诉 EPA 一案,也存在国际法和国内法一元还是二元的争点。

综上,海洋环境保护中国际法与国内法关系的理论发展以及以美国为代表的国际法在国内法院适用实践发展表明,在海洋环境保护领域,国际法和国内法的关系更适合被确认为是一元。明确这种一元关系,整体上有助于确立国际法中强义务规范的优先地位,并促成国家实践基础上弱义务规范的发展。而且,明确这一一元关系,也有助于解决国际法和国内法的冲突并促成构建共同体。

① 参见 *United States v. Ionia Mgmt. S. A.*, 555 F. 3d 303。

② 参见 33 U. S. C. S § 1912; Any action taken under this Act shall be taken in accordance with international law。

③ 参见 33 U. S. C. S § 1902 (a) (2)。

④ 参见 33 C. F. R. § 151.09 (a) (1)-(5)。

(二) 推进的具体路径

1. 理想路径:推动缔结规范海洋微塑料的国际公约

现有的国际法可通过对概括性条款的解释或者对“污染物”概念的外延进行扩大解释涵盖海洋微塑料污染,但专门解决海洋微塑料污染的公约仍有待被提出,理由有以下几点。首先,这是现实需求,即海洋微塑料污染已切实威胁到每个人和每个国家,已有法律和技术方案尚无法充分回应。易言之,海洋微塑料污染的严重性和普遍性决定了缔结相关国际公约的必要性。其次,这是国际规则发展逻辑的结果。如前所述,政府间国际组织包括联合国、G20、G7等均已关注海洋微塑料问题,并发表了相当数量的宣言和文件。从政府间组织宣言在促成国际环境法发展的历史经验看,这些规则会逐渐得到强化并转向硬法,这也符合国际法发展的趋势和规律。加之美国和中国这样的海洋大国都已选择在国内法律和政策上制定新规则的做法,这难免会逐渐影响其他海洋国家的立法,由此促成国家间相关规则的趋同,并最终促成国际条约的形成。

因此就海洋塑料问题而言,须有一个国际法律框架对其规制。尤其是微塑料作为塑料多次分解之后的产物,其中涉及生产者、经营者和消费者权利义务,沿海国彼此间从清理到预防、减少塑料排放的权利义务,所有国家间突破海洋环境治理主权边界和区域限制在公海上合作预防和治理的权利义务分配,因此需要各国在平等协商基础上制定专门针对海洋塑料污染的国际公约。

2. 现实路径:基于21世纪海上丝绸之路倡议发起缔结区域公约

海洋塑料污染的治理面临一个矛盾,即一方面其属于全球性问题,解决方法应该是国际性的;而另一方面又需要各国通过国内法解决。这不可避免会造成各地区各国家“分块治理”的局面,因此需要区域沟通与共享平台衔接,且随着国际格局的变革,区域秩序的重要性已越发凸显,^[40]中国也应更重视区域秩序的构建。

因此,现实路径是基于中国所主导的21世纪海上丝绸之路倡议等区域倡议或组织,为保护沿线国家间共同海洋环境利益缔结区域公约,以公约为制度基础形成区域合作平台,由区域内国家就微塑料治理问题定期沟通,交流关于新型塑料污染问题尤其是微塑料的来源信息、治理经验、处理技术等,实现区域范围内的共享,以区域合作达成国际合作。

区域路径的有效性已得到国内外学者公认,东北大西洋的实践也证明了此路径的可取性。根据公共产品聚合技术理论,海洋环境作为一种国际公共产品,属于总和与加权总和技术的公共产品。^[41]这意味着海洋环境保护既是所有人和所有国家的问题,又是具有典型的“自扫门前雪”特征的问题。即以区域予以治理,则该区域的此类问题就会得到改善。因此适合作为落实海上丝绸之路倡议的具体领域,并支撑中国在此领域获得更大的话语权,强化国际规则转换能力和实现海权诉求。^[42]微塑料治理与科技能力也密切相关,中国可提升国内的地下水处理系统,处理地下水中大部分微塑料,并根据“共同但有区别的责任”原则,与沿线国家就资金和技术援助达成安排,促使沿线国家都能够应对本国的微塑料难题并减少其对海洋环境带来的不可逆的损害,形成良好的区域治理网络。加之中国的经济发展已经开始转向新的工业化阶段,在实现区域化基础上推进海洋微塑料污染的治理也具备日渐增强的现实基础。

3. 单边路径:中国国内法层面的完善

中国作为海洋大国以及工业化大国,尤其应重视利用国内法的单边路径规制海洋微塑料污染。塑料污染以及微塑料污染问题的产生,从源头上体现为生产者对塑料产品的生产以及包装介质的选择,在终端上体现为消费者的使用和弃置。二者对塑料污染的贡献度都很明显,且生产者作为源头应该承担更多责任。中美对塑料的规制也出现了这一转向,这更提示我们在规则构建上同时关注生产者、经营者和消费者。

第一,明确塑料生产者的环境责任。生产者环境责任的扩张,从理论层面看是要求生产者不仅承担传统的产品安全等责任,还需要对从原材料选用、生产设计以及回收利用等的整个生命周期承担相应责任。^[43]⁴⁶⁻⁴⁷瑞典环境学家 Thomas Lindhqvist 在1990年首先提出生产者责任扩张(Extended Producer Responsibility),旨在实现源头控制。^[12]⁷³从现实层面看,扩大生产者责任长期有利于整体生态环境的改善,但短期内加重了生产者负担,可能会受到抵制。此时需要政府以法律规则确定生产者责任如何负担,并以配套规则,包括财政贴息和风险补偿等措施,适当减少相关生产者的税收。可建立绿色发展基金以覆盖企业的环保投入,从而更好地落实生产者责任扩张。从域外经验看,德国1991年的《包装管理条例》即体现了这一理念,条例要求生产者和

销售者对其产品包装的回收、再利用或再循环全面负责。德国的做法也影响到其他国家,^[43]⁴⁷⁻⁴⁸ 当前许多欧洲国家已通过扩张生产者责任增强塑料的循环利用。^[30]⁴²⁸ UNEP、G20 和 G7 的相关文件也都体现了这一点,美国更是直接通过联邦立法禁止在洗护产品、医药产品等产品中添加微珠。因此,基于理论、现实以及规范层面来看,中国的环境法律体系需要以《环境保护法》第6条为核心衍生出更细化的内容,以明确生产者环境责任条款。

第二,明确经营者责任条款。经营者作为连接生产者和消费者的中间环节,在环境保护上也负有责任,即拒绝销售含有微珠的个人护理用品以及免费提供塑料制品等。这一点目前在政策以及实际生活中已经获得经验支持,因此可在适当时间考虑将此条款纳入立法。

第三,通过提高公众意识前置地实现消费者义务履行。消费者的塑料废弃行为是海洋微塑料产生的重要原因,这意味着法律应关注此原因环节的行为。法律的引导除了禁止负面行为外,也应同时重视如何提高公众环保意识,促成更多人履行环境保护义务。在了解污染后果的前提下,随着民众收入

增加,其保护环境和支付环境保护成本的意愿会上升。^[44] 这提醒行政和立法者重视公共教育的内容,并通过规则引导,提高公众对微塑料种类、来源的认识,由此促成消费者自觉抵制一些含有微塑料的商品,前置地实现消费者履行保护海洋环境、维护生态平衡的义务。

四、结语

海洋微塑料污染在过去二十余年已经成为严重的环境问题,但到目前为止,规范这一问题的法律并不足以应对此问题。实现国际法和国内法协同规制海洋微塑料污染是解决问题的必经之路。这种协同既需要体系性利用现有规则,更需要在明确海洋环境保护国际法和国内法一元体系前提下,推动制定专门性国际公约、推进缔结区域公约并形成区域合作机制、完善国内法。其中,尤为重要的就是缔结区域公约以及补阙和完善国内法。完善海洋微塑料治理法律体系是中国对建设海洋命运共同体所负有的责任,可为各国提供应对此问题的系统的法律框架,从而逐渐降低、减少并预防塑料污染,实现保护环境和可持续发展的目标。

参考文献:

- [1] 孙晓霞. 海洋微塑料生态风险研究进展与展望[J]. 地球科学进展, 2016, 31(6).
- [2] 薄军, 陈梦云, 方超, 等. 微塑料对海洋生物生态毒理学效应研究进展[J]. 应用海洋学学报, 2018, 37(4): 594.
- [3] 张晓栋, 刘志飞, 张艳伟, 等. 海洋微塑料源汇搬运过程的研究进展[J]. 地球科学进展, 2019, 34(9): 936.
- [4] 王西西, 曲长风, 王文宇, 等. 中国海洋微塑料污染的研究现状与展望[J]. 海洋科学, 2018, 42(3): 131-141.
- [5] WHITEHOUSE S, MURKOWSKI L. Picking up the pieces: congress's role in combatting the global issue of marine debris[J]. Roger Williams University Law Review, 2017, 22(2).
- [6] 李道季, 朱礼鑫, 常思远, 等. 海洋微塑料污染研究发展态势及存在问题[J]. 华东师范大学学报(自然科学版), 2019(3).
- [7] UNEP. UNEP year book 2014: emerging issues in our global environment[EB/OL]. [2020-06-02]. https://wedocs.unep.org/bitstream/handle/20.500.11822/9240/-UNEP%20Year%20Book%202014:%20emerging%20issues%20in%20our%20global%20environment%20UNEP_YearBook_2014.pdf?sequence=3&BisAllowed=.
- [8] GONCALVES L C S, FAURE M G. International law instruments to address the plastic soup[J]. William and Mary Environmental Law and Policy Review, 2019, 43(3).
- [9] MARCUS E. The plastisphere—the making of a plasticized world[J]. Tulane Environmental Law Journal, 2014, 27(2).
- [10] 王佳佳, 赵娜娜, 李金惠. 中国海洋微塑料污染现状与防治建议[J]. 中国环境科学, 2019, 39(7).
- [11] 王欢欢, 朱先定. 微塑料污染防治法律问题研究[J]. 中国地质大学学报: 社会科学版, 2020, 20(1).
- [12] 李莹莹. 海洋微塑料污染防治法律问题初探[J]. 西安电子科技大学学报(社会科学版), 2018, 28(1).
- [13] SECHLEY T, NOWLIN M. An innovative, collaborative approach to addressing the sources of marine debris in North Carolina[J]. Duke Environmental Law and Policy Forum, 2018, 28(2): 243-258.
- [14] WOOD S F. Move over diamonds—plastic are forever; how the rise of plastic pollution in water can be regulated[J]. Villanova Environmental Law Journal, 2018, 29(1).
- [15] HARSE G A. Plastic, the great pacific garbage patch, and international misfires at a cure[J]. UCLA Journal of Environmental Law & Policy, 2011(29).
- [16] 苏力. 法律与科技问题的法理学重构[J]. 中国社会科学, 1999(5): 60-61.

- [17] 苏力. 问题意识:什么问题以及谁的问题? [J]. 武汉大学学报(哲学社会科学版), 2017, 70(1): 12.
- [18] 新华社. 中共中央关于坚持和完善中国特色社会主义制度 推进国家治理体系和治理能力现代化若干重大问题的决定 [EB/OL]. (2019-11-05) [2020-06-11]. http://www.gov.cn/zhengce/2019-11/05/content_5449023.htm.
- [19] 王菊英, 林新珍. 应对塑料及微塑料污染的海洋治理体系浅析[J]. 太平洋学报, 2018, 26(4): 79-87.
- [20] 张嘉成, 柳青, 张承龙, 等. 海洋塑料和微塑料管理立法研究[J]. 海洋环境科学, 2019, 38(2): 167-177.
- [21] 温维刚. 海洋微塑料问题的国际法规制研究[D]. 北京: 外交学院, 2019.
- [22] 徐鹏. 国际法如何规制海洋倾废? [J]. 中国生态文明, 2019(4): 43.
- [23] GOLD M, MIKA K, HOROWITZ C, et al. Stemming the tide of plastic marine litter: a global action agenda [J]. Tulane Environmental Law Journal, 2014, 27(4): 165-203.
- [24] 关于 1973 年国际防止船舶造成污染公约的 1978 年的议定书 [EB/OL]. [2020-05-30]. <http://treaty.mfa.gov.cn/Treaty/web/detail.jsp?objid=1531876007430>.
- [25] 汉春伟, 闫枫, 李霞. 微塑料污染治理急需重视 [N]. 中国环境报, 2016-05-19(4).
- [26] BOUCHER J, ZGOLA M, LIAO X, et al. National guidance for plastic pollution hotspotting and shaping action [EB/OL]. [2020-06-02]. <https://wedocs.unep.org/bitstream/handle/20.500.11822/33166/NGP.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.
- [27] 刘哲. 《海洋塑料宪章》的主要内容和潜在影响 [J]. 世界环境, 2018(5): 39.
- [28] 王金南, 董战峰, 蒋洪强, 等. 中国环境保护战略政策 70 年历史变迁与改革方向 [J]. 环境科学研究, 2019, 32(10): 1636-1644.
- [29] 2018 年塑料行业新政策法规 [EB/OL]. (2018-02-02) [2020-06-10]. http://www.sohu.com/a/220648365_99921008.
- [30] DIXON S, LEES Z, LESHAK A. The big apple's tiny problem: a legal analysis of the microplastic problem in the N. Y. /N. J. Harbor [J]. Roger Williams University Law Review, 2017, 22(2).
- [31] SCHROECK N J. Microplastic pollution in the Great Lake: state, federal, and common law solutions [J]. University of Detroit Mercy Law Review, 2016, 93(2): 273-291.
- [32] ALLOTT P. Mare nostrum: a new international law of the sea [J]. American Journal of International Law, 1992, 86(4): 764-787.
- [33] 麦伦·H. 诺德奎斯特, 吕文正, 毛彬. 1982 年《联合国海洋法公约》评注(第四卷) [M]. 焦永科, 焦健, 秦莉, 等译. 北京: 海洋出版社, 2018: 17-18.
- [34] 许健. 国际环境法学 [M]. 北京: 中国环境科学出版社, 2003: 64.
- [35] OXMAN B H. The duty to respect generally accepted international standard [J]. New York University Journal of International Law and Policy, 1991(24): 109-159.
- [36] STEWART M. Are treaties always necessary? How U. S. domestic law can give teeth to non-binding international commitments [J]. American Society of International Law Proceedings, 2010(104): 189-193.
- [37] 黄衔鸣, 蓝志勇. 美国清洁空气法案: 历史回顾与经验借鉴 [J]. 中国行政管理, 2015(10): 140-146.
- [38] LANDO K. Who has the final say: the relationship between international, EU and national law [J]. European Journal of Legal Studies, 2018(10).
- [39] 徐祥民. 走出国际法范畴的海洋法——服务于我国海洋基本法建设的思考 [J]. 山东大学学报(哲学社会科学版), 2015(1): 5-9.
- [40] 唐世平. 国际秩序的未来 [J]. 国际观察, 2019(2): 30.
- [41] 吴志成, 李金潼. 国际公共产品供给的中国视角与实践 [J]. 政治学研究, 2014(5): 114.
- [42] 邓妮雅. 国际法律新秩序下中国海权战略的选择 [J]. 中国海商法研究, 2019, 30(2): 21.
- [43] 马洪. 生产者延伸责任的扩张性解释 [J]. 法学研究, 2009, 31(1).
- [44] 王道臻. 外国直接投资的环境效应 [D]. 上海: 上海交通大学, 2011: 12.

刘美,管建强.从区域实践到普遍参与:BBNJ协定下公海治理的条约困境[J].中国海商法研究,2021,32(2):102-112

从区域实践到普遍参与:BBNJ协定下公海治理的条约困境

刘美,管建强

(华东政法大学 国际法学院,上海 200042)

摘要: BBNJ 协定将海洋保护区问题纳入谈判范畴,意在遏制公海治理中“公地悲剧”与“反公地悲剧”的继续演化,缓解公海自由与海洋保护的矛盾,调和主权国家间的利益冲突。然而,囿于条约相对效力原则,除非公海保护区条约所载规则为习惯国际法,否则对非缔约方无拘束力。而习惯国际法的形成有赖于国家实践,即使被认定为习惯国际法,非缔约方仍可依据一贯反对者规则主张不受其约束,此外,国际社会新设例外规则约束非缔约方的动力亦不足。为实现公海保护区的普遍参与,应当在 BBNJ 协定制度构建上突出互利性,增强公海保护区制度与现有公海治理规则的互补性,坚持规则定向与价值导向并重,以条约实践促进非缔约方实践,以破解公海保护区的条约困境。

关键词: BBNJ 协定;公海保护区;条约相对效力;公海治理

中图分类号: D993.5 **文献标志码:** A **文章编号:** 2096-028X(2021)02-0102-11

From regional practice to universal participation: the dilemma of treaties on high seas governance under the BBNJ treaty

LIU Mei, GUAN Jian-qiang

(School of International Law, East China University of Political Science and Law, Shanghai 200042, China)

Abstract: The propose of marine protected areas issue under the BBNJ negotiation, which intends to promote the overall governance of the high seas, helps curb the continued evolution of the tragedy of the commons and the tragedy of the anticommons under the governance of the high seas. It also helps alleviate the contradiction between freedom of high seas and marine protection, and reconcile conflicts of interests between the states. However, unless the rules of the high seas marine protected areas treaties are customary international law, of which the formation depends on the practices of states, the non-parties cannot be bound due to the principle of relative validity of treaties. Even if the relevant rules are customary international law, the non-parties can still claim to be unfettered under the rule of persistent objector. In addition, the international community has a limited impetus to formulate new restricted rules to the non-parties. In order to stimulate universal participation in high seas protected areas, mutual benefits should be highly emphasized in the BBNJ agreement, and the complementarity should be enhanced between the high seas protected area rules and existing high seas governance rules. Besides, rules and value orientations should be equally emphasized, and the non-parties' behaviors should be further constrained by increasing treaty practices. Through the above, the dilemma of high seas protected areas treaties can be possibly resolved.

Key words: BBNJ agreement; high seas marine protected areas; the principle of relative validity of treaties; high seas governance

从 20 世纪 80 年代建立公海保护区的倡议首次被提出,到目前联合国大会已经先后召开三次会议,就包括海洋保护区在内的国家管辖范围以外区域海洋生物多样性的养护和可持续利用问题展开协商和

收稿日期:2020-08-20

基金项目:2018 年度国家社会科学基金重大项目“军民融合战略下海上通道安全法治保障研究”(18ZDA155),华东政法大学优秀博士论文培育项目“平时国际法下军舰海上执法的困境与出路”(2020-1-015)

作者简介:刘美(1995-),男,湖北荆门人,华东政法大学国际法学院国际法专业博士研究生,E-mail:xmlusa@163.com;管建强(1958-),男,上海人,华东政法大学国际法学院教授、博士生导师,中国国际法学会常务理事,中国军事科学院国际军事法制研究院特聘专家,E-mail:380667398@qq.com。

讨论,并初步形成《〈联合国海洋法公约〉关于养护和可持续利用国家管辖范围以外区域海洋生物多样性的协定草案》(*Draft Text of an Agreement under the United Nations Convention on the Law of the Sea on the Conservation and Sustainable Use of Marine Biological Diversity of Areas Beyond National Jurisdiction*,简称《BBNJ协定草案》)^①及其修改稿(简称草案修改稿)^②,公海保护问题一步步被推上国际舞台^③。总体来看,BBNJ协定谈判大致经历了特设工作组(2004年—2015年)、筹备委员会(2016年—2017年)、政府间大会(2018年至今)三个阶段,^[1]根据2020年BBNJ政府间谈判第四届会议公布的草案修改稿,BBNJ协定由12个部分,共70条组成,主要内容涵盖海洋遗传资源及其惠益分享问题、包括海洋保护区在内的划区管理工具等措施、环境影响评估、能力建设和海洋技术转让等,其中第3部分“包括海洋保护区在内的划区管理工具等措施”重点指向国家管辖范围以外的海洋保护区,其中,对海洋保护区的目标、国际合作与协调、确定需要保护的区域、海洋保护区的提案、提案协商和评估、决策方式、执行方式以及监测和审查均作了详细规定。根据草案修改稿第61条规定,缔约国达到一定数量时协定即可生效。事实上,公海保护作为一项基本原则早已被包括《联合国海洋法公约》(简称《海洋法公约》)在内的诸多国际法律文书所明确,但鲜有证据表明其得到大多数国际部门机构的有效适用,除了《BBNJ协定草案》的规定外,尚没有在国际法律与政策文件中具体化,换言之,现有制度并没有为公海保护提供适当的框架。^[2]尽管如此,截至目前已经有四个涉及公海的海洋保护区以单边行动的方式先后建立^④。部分国家或区域性组织采取此类行动既反映出人类对公海治理的诉求,也凸显了国家管辖范围内资源日益耗竭的背景下,随着技术的进步,国家主权在海洋方向进一步扩张的趋势,因而有学者称之为“新海洋圈地运动”。^[3]不过也有学者认为,现有国际法不同程度上限制了选择特定海域进行保护的权利,但并未排除该权利。^[4]客观而言,公海治

理事关国际社会的共同利益,包括公海本身承载的利益,以及海洋保护衍生出的其他利益。为保证公海治理的公平有序,在联合国的主导下,基于《海洋法公约》的制度框架,在BBNJ协定文本中就公海治理达成协议,具有应然性亦有必然性。当前对BBNJ协定下公海保护区问题的讨论大都立足于具体的权利义务平衡与条款设计方面,较少从条约的视角出发,前瞻性、系统性地对BBNJ协定生效后的公海及其海底区域治理问题进行展望。而不管是已有的区域层面达成的公海保护条约,抑或联合国主导下形成的条约草案,无论其最终采取全球、区域还是混合管理模式,都必须回答同一问题,即条约是否有可能约束非缔约方。申言之,就治理效果最大化而言,条约如何实现对全体国际社会成员的最大约束力。本文以BBNJ协定谈判下的公海保护区制度为例,意在以该问题为导向,探明条约相对效力原则下公海治理的困境与出路。

一、普遍参与需求下公海保护区规则构建的背景及意义

《BBNJ协定草案》及其修改稿均将海洋保护区定义为:“一个划定地理界限,为达到特定长期生物多样性养护和可持续利用目标而指定和管理的并提供比周围地区更高程度保护的海区。”公海保护区作为一种将“公海治理”与“海洋保护区”结合的划区管理工具,源起于部分国家和区域性国际组织的单边实践。设立此类海洋保护区有助于保护公海的生态环境,在国际道义上无可厚非,但在国际法上却没有充分的依据,甚至与传统的公海自由原则相左,加之涉及到各国的政治策略、经济利益、法律规制等问题,^[5]更显得法律正当性不足。然而,相较于全球行动,国家或区域性国际组织能够更加迅速地对环境变化作出反应,很大程度上有助于海洋环境的改善。值得注意的是,与《BBNJ协定草案》不同,草案修改稿第5条第1款(c)项明确了国家管辖范围以外区域适用人类共同继承财产原则。尽管该条受到以美国为代表的部分国家的抵制,^[6]但至少应当承认,公海是具有公共物品属性的领域,任何国家不

① 参见 A/CONF. 232/2019/6。

② 参见 A/CONF. 232/2020/3。

③ 《BBNJ协定草案》及其修改稿均在序言中强调,“需要一个全面的全球制度,以更好地处理国家管辖范围以外区域海洋生物多样性的养护和可持续利用问题”。草案及其修改稿第1条第4款中均指出,“国家管辖范围以外区域”是指公海和“区域”。可见,公海以及区域的保护问题是草案及其修改稿指向的重要议题,而公海保护区则是草案及其修改稿第三部分划区管理工具的重要组成部分之一,为方便叙述,本文将国家管辖海域以外的海洋保护区表述为公海保护区,包括水体部分及海底区域。

④ 包括位于地中海的派拉格斯海洋保护区,位于南极半岛西部的南奥克尼群岛南部大陆架海洋保护区,东北大西洋海洋保护区以及南极罗斯海海洋保护区。

得将其据为己有,不得对其行使主权或管辖权。鼓励各国共同应对公海保护问题,不仅契合国际环境法下的国家合作原则,亦能最大程度体现公平正义,有助于在全球治理的语境下实现公海的法治与良治。而在最具代表性与普遍性的联合国大会下开展此项工作,无疑最具有合法性与公信力。事实上,作为 BBNJ 协定谈判中的重要组成部分,公海保护区问题备受瞩目,该协定下的公海保护谈判,意在加强国家间的合作,在充分对话和协商的基础上,通过普遍参与促进公海保护^①。

(一) 遏制公地悲剧与反公地悲剧的继续演化

哈丁(Hardin)认为,人类面临的污染等生态环境问题,是由于公地条件下的过度使用、过度排放和人口激增,即公地悲剧理论。^[7]而迈克尔·赫勒(Michael Heller)提出的反公地悲剧理论则认为,一旦资源分割过于破碎,导致过多的个体享有资源的排他性权利,可能致使资源使用不足。^[8]与之相应,一方面,由于公海不属于任何主权国家,掠夺式开采屡见不鲜,导致海洋生态环境的破坏,深刻印证了公地悲剧理论。另一方面,部分国家或区域性组织开始以保护为名在公海创设自身权利,引人遐想。此类看似占据道德高地的行动,实际上颇有染指公海及其资源的嫌疑,一旦沦为资源划分和占领的工具,完全可能导致反公地悲剧理论下的资源低效率使用。

基于上述理论,公海需要秩序。虽然公海不是任何国家的领土,但其作为国际法客体,并非处于无法律、无政府的状态。^{[9]101-102}事实上,一定法律秩序的存在和遵守,能够保证各国安全有效地行使公海自由的权利。^[10]在公海生态环境问题日益严重的今天,公海秩序主要包括两个方面,其一,为避免公地悲剧,公海需要有序治理,实现由过去不减损海洋生态环境的消极义务向积极采取措施提高海洋生态环境承载力的转向,即由“公海自由”向“公海治理”转变。^[11]其二,基于反公地悲剧理论,公海的治理应当强调有序性,公海作为国家管辖范围以外的区域,不论开发还是保护,都应当尽量避免采取单边行动,防止区域规则取代各国共同参与的全球治理。实践证明,只有在《海洋法公约》的框架下,以联合国职能机构为对话协商平台,在兼顾全人类共同利益的基础上,通过普遍参与,才能既保全公海作为公共物品

的基本价值属性,又实现公海的有序保护。与之相应,BBNJ 协定下公海保护问题谈判,正是为了解决公海无人治理与治理无序化问题,在鼓励各国充分对话协商的基础上,最大程度实现公地治理的效率和秩序,既要防止公地悲剧在公海的持续上演,又要避免公海治理陷入反公地悲剧的困境。

(二) 缓解公海自由与海洋保护的矛盾

公海自由意味着公海不属于并且永远不能属于任何国家主权,任何国家通常没有在任何公海的部分行使立法、行政、管辖或警察的权利。^{[9]101}然而,海洋环境的恶化证明了传统海洋管理方式的不足,日益加剧的海洋环境危机迫切需要新的管理措施和手段。^[12]公海保护区作为“2.0 版海洋保护区”,设立的目的之一就是通过新的管理工具缓解现有国际法框架下公海自由与海洋保护的矛盾。客观而言,公海自由与海洋保护的矛盾始终存在,只不过当人们真正意识到海洋保护的重要性,并在美国阿拉斯加州的冰川湾建立起第一个正式的海洋保护区开始,自由与保护的冲突才日渐加剧,并从国家管辖范围内外溢至公海区域。一方面,公海自由原则肯定了各国的权利,甚至鼓励各国在公海开展活动,而另一方面,相继建立起来的公海保护区却要求限制主权国家在公海上的权利。部分国家或区域性组织的单边划区保护实践,由于缺少国际法依据,甚至与现行的《海洋法公约》相抵触,使得公海使用与保护的矛盾被进一步放大。

不过,公海保护区的设立并非完全没有国际法依据。首先,《海洋法公约》除在第十二部分规定各国有关义务保护和保全海洋环境外,其第 87 条有关公海自由的规定中,同样明确要求各国在行使公海自由的权利时适当顾及其他国家利益。申言之,一国不得对其他国家的海洋环境利益造成损害,当然亦不得减损属于所有国家的公海环境利益。其次,1972 年《联合国人类环境会议宣言》第 21 项原则在肯定国家环境主权的同时,明确各国有不损害其他国家或国家管辖范围以外地区环境的义务。1992 年《里约热内卢环境与发展宣言》在重申该原则的基础上,进一步提出各国应加强合作,对损害行为追究国家责任。最后,国际司法实践也对公海保护予以了肯定。例如,渔业管辖权案中,国际法院判决认为,海洋生物资源的开发应当适当顾及其他国家的

^① 《BBNJ 协定草案》及其修改稿均在序言中提出:“渴望实现普遍参与。”此外,草案及其修改稿第 14 条第 1 款中都强调,包括海洋保护区在内的划区管理工具等措施,其目标是促进一致性和互补性。

权利和全人类的共同利益^①。又如,法国核试验案中,原告方澳大利亚与新西兰均提出,法国核试验危害公海自由,澳大利亚还特别提及了试验对公海环境的污染^②,虽然法院最终未对公海自由与保护作出明确回应,但至少肯定了公海自由不得威胁和损害他国利益以及公海所承载的全人类共同利益。

事实上,已有的公海保护区实践之所以引发各国间的分歧,根源不在于是否应当保护公海环境,而是应当由何者保护以及如何保护。BBNJ协定下的海洋保护区问题协商,最大程度开启了国家间的公海保护合作,尽管仍然可能与部分国家的公海自由立场相冲突,但却为国际社会解决公海保护问题提供了一个绝佳的互动和沟通平台,有助于在不伤及公平正义与公海自由原则的基础上,实现现有国际法规则之间的有效衔接和相互补充,完成该议题由“高政治”敏感度向“低政治”属性的转化,缓解公海自由与保护的矛盾。

(三)调和主权国家间的利益冲突

公海的保护不仅关系到代际平衡,即资源的可持续利用,更可能影响代内平衡,也即公海资源在各国间的公平分配。随着陆地资源的日益枯竭以及人类技术水平的提高,主权国家的权利诉求向海洋方向扩张成为必然。通过建立或者参与建立公海保护区扩大本国或区域性国际组织在该海域治理上的影响力,增强制度性话语权,确立起国家实践,无疑有助于其在资源分配上占据优势。以南极海域的南奥克尼群岛海洋保护区和罗斯海保护区为例,通过南极海洋生物资源养护委员会(简称CCAMLR)的相关实践,不仅巩固了CCAMLR在公海保护区上的引领地位,还为BBNJ谈判下其他公海保护制度的构建提供了范本。^[13]公海环境保护中单边措施的出现,一方面是因为海洋环境保护的国际法还不成熟,另一方面,现有条约及国际法院判决,一定程度上为此类单边措施提供了合法性依据。且就实效性而言,通过在公海保护上小部分国家的率先垂范,当收益显现时,公海保护区能够得以扩张,其他公海使用

国亦将积极响应参与保护。^{[14]526}然而,对非参与方而言,因为事先缺乏公海保护的实践,至少在协商对话的起点上,已经与参与实践的国家产生了差距。部分国家或区域性国际组织之所以热衷于单边开展公海保护区的建设,很难相信没有掺杂利益因素。

公海的公共物品属性加之国家间基于公海的利益主张重叠,导致各国存在潜在的利益冲突,部分国家前期的单边划区保护实践使该冲突进一步升级,倒逼BBNJ协定谈判的开启和深入。而BBNJ协定谈判尤其重视广泛协商一致和普遍参与,如邀请各国和政府间组织及机构协助大会审议相关问题^③,就举行政府间会议设立筹备委员会,联合国会员国、专门机构成员及《海洋法公约》缔约方均可参加^④,该会议向上述所有成员开放,并强调确保尽可能广泛而有效地参加会议^⑤。除此之外,已经公开的《BBNJ协定草案》及其修改稿序言一再重申希望建立一个全面的全球性制度,鼓励各国的普遍参与。鉴于国际社会的无政府状态,以及世界范围内资源的有限,可能导致国际法主体间的冲突,^[15]BBNJ协定谈判通过增强开放性和扩大参与度,旨在最大程度满足各方利益诉求,调和公海问题上的各国间利益冲突。世界自然基金会管理全球海洋保护区的经验表明,政治意愿、法律保障和利益相关方的支持对于保护区的建立、管理与执行都尤为必要,公海上,利益相关方的支持只能通过尊重使用者的合法权利来实现。^{[14]523}然而,从目前针对草案修改稿提交的28份国家或国际组织的修改意见来看,利益协调并不容易,形成一份为各个国家普遍满意的协定文本将是一个艰难的过程。从《海洋法公约》框架下的前两份协定签署批准情况来看^⑥,即使BBNJ协定最终得以达成,其得到广泛参与仍需要一个漫长的过程,如何最大程度发挥生效条约的影响力,真正实现公海治理的普遍参与,将是相当长一段时期内缔约国乃至国际社会必须面对的重大课题。

二、规则约束力不足与公海治理普遍参与需求间的供需矛盾

草案修改稿第14条明确提出,包括海洋保护区

① 《BBNJ协定草案》及其修改稿均在序言中提出:“渴望实现普遍参与。”此外,草案及其修改稿第14条第1款中都强调,包括海洋保护区在内的划区管理工具等措施,其目标是促进一致性和互补性。

② 参见I. C. J. Reports 1973, p. 103 & pp. 139-140。

③ 参见A/RES/66/231, para. 165。

④ 参见A/RES/69/292, para. 1。

⑤ 参见A/RES/72/249, paras. 8-9。

⑥ 一是《关于执行1982年12月10日〈联合国海洋法公约〉第十一部分的协定》(Agreement Relating to the Implementation of Part XI of the Convention of 10 December 1982), 1994年7月28日签订, 1996年7月28日生效;二是《执行1982年〈联合国海洋法公约〉有关养护和管理跨界鱼类种群和高度洄游鱼类种群的规定的协定》(Agreement for the Implementation of the Provisions of the Convention of 10 December 1982 Relating to the Conservation and Management of Straddling Fish Stocks and Highly Migratory Fish Stocks), 1995年8月4日签订, 2001年12月11日生效。截至2020年4月1日,前者已有150个国家和实体签署批准,后者得到包括欧盟在内的91个国家和实体签署批准。

在内的划区管理工具等措施的实施,其目标是加强各国、相关法律文书和框架以及相关全球、区域、次区域和部门机构间的合作与协调,建立一个相互连通且得到有效公平管理的具有生态代表性的海洋保护区系统,促进一致性和互补性。换言之,BBNJ 协定旨在通过补足多边法律框架,为公海保护区提供明确的法律基础和设立原则,建立起能够协调环境与其他价值、促进沿海国与国际机构之间协作的机制。^[16]正如《BBNJ 协定草案》及其修改稿所倡导,一致行动和普遍参与是实现公海有序治理的最佳方案,因此联合国大会致力于促成缔结具有普遍约束力的国家管辖范围以外区域海洋生物多样性养护和可持续利用条约。然而,就目前 BBNJ 协定谈判的进展和各方立场来看,即使协定达成,几乎也不可能在短期内形成普遍约束力,公海治理的普遍参与需求一定程度上仍然会受限于缔约国的数量有限。

(一) 条约相对效力原则制约公海治理的效果

1999 年,由法国、意大利、摩纳哥三国根据《建立地中海海洋哺乳动物保护区协议》建立的派拉格斯海洋保护区是第一个涵盖公海区域的海洋保护区。在随后论证其合法性时,就有学者提出,在三方均未宣布地中海专属经济区的情况下,该保护区实际上落入三方有权宣布的专属经济区范围内,故沿海国对外国船舶有管辖权。^[17]即该条约对非缔约国的拘束力并非来源于条约本身,而是缔约方基于《海洋法公约》实际所享有的权利。通常而言,条约的相对效力原则决定了条约只对缔约方有拘束力,而基于海洋环境的整体性和公海的公共物品属性,要实现公海的良治,必须协调各方利益,保证国际社会普遍参与以及各国行动一致。BBNJ 协定下海洋保护区的谈判意在为各国设立一个共同的行动标准和指南,然而主权国家享有缔约自由,即有权决定是否接受条约的约束。如此可能导致公海保护规则在主权国家范围内的有限适用与公海保护一致性需求间的偏差。

一方面,条约相对性将减损公海治理的实际效果。对缔约方而言,公海保护协议的达成,不会改变公海的公共物品属性,但有助于实现公海由各国均有权利使用向各国均有义务保护的转变,平衡公海利用与保护之间的关系,避免只利用不保护的公地悲剧。对非缔约方而言,基于条约的相对效力原则,缔约方之间达成的公海治理协议无法对其产生有效约束,相关规则无法管控非缔约方的行为,非缔约方

也没有义务遵守缔约方之间达成的任何协定,公海作为公地的无序开发仍将延续,无疑将减损公海保护的实际效果。更为重要的是,条约相对性会导致缔约方与非缔约方之间在公海治理上的权利义务失衡,有违国际法的正义理念。如罗尔斯所说,正义是社会制度的首要价值,正如真理是思想体系的首要价值。^[18]国际法的正义体现为国家间权利义务分配的正义,既要实现一国享有利益与承担责任的匹配,更要促进国家间惠益平衡,在环境法领域,它表示环境利益或负担在不同人群间分配的正义。^[19]公海治理是各国的权利,也是一项普遍性义务,基于正义理念,其制度安排应当有助于实现每个成员根据承担义务能力的大小、获取环境利益的多少而承担相应的义务。^[20]囿于条约相对效力原则,BBNJ 海洋保护区下公海保护的相关规则无法有效约束非缔约方,可能导致非缔约方的“搭便车”行为,使其在享受公海治理的红利同时,又有理由不遵守条约的规定,甚至实际破坏条约下的规则,导致公海治理的无序性,最终减损缔约方乃至全人类的共同利益,这无疑是对国际正义的极大挑战。

(二) 习惯国际法规则的约束力有限

《维也纳条约法公约》(简称《条约法公约》)第 35 条至第 38 条对条约相对效力原则作了例外规定,原则上条约欲对非缔约方设定权利义务,仍然需要非缔约方的同意,但第 38 条为例外规定,即条约所载规则为习惯国际法。现阶段,作为公海保护区法律依据的习惯国际法往往是国际海洋环境法中的一些基本原则,如适当顾及他国利益原则、风险预防原则等,这些原则对公海保护区所起到的规范作用主要停留在指导层面,^[21]从实际效果来看,尚不足以有效规制各国在公海上的活动。因此,在条约不足以形成普遍约束力的情况下,为保证公海治理的有序性和实效性,更具针对性和实践性的习惯国际法规则无疑是《条约法公约》所能提供的绝佳补充。换言之,如果 BBNJ 协定中能够发展出具体的习惯国际法规则,或将有效补充条约相对效力原则导致的规则适用局限。

《国际法规约》第 38 条将习惯国际法表述为“作为通例之证明而经接受为法律者”。国际法委员会在其通过的关于习惯国际法识别的报告中指出,“要确定一项习惯国际法规则的存在及内容,必须查明是否存在一项被接受为法律(法律确信)的一般惯例^①。”即习惯国际法必须具备一般惯例和法

① 参见 A/73/10, p. 119。

律确信两个要素,换言之,必须审视国家的通常实践以及其是否将该实践视为法律层面的权利义务。通常认为一项习惯国际法的形成需要国家的反复实践,因此不太可能在短时间内形成。尽管理论上存在“速成习惯国际法”一说,王铁崖先生也认为,随着国家间交往的日益便捷和频繁,习惯国际法可能在较短的时间内形成,^[22]但该学说并没有获得普遍认同。相反,可以肯定的是习惯国际法基于国家的广泛实践而产生,不可能一蹴而就。至于法律确信,根据国际法委员会的评注,是指国家在采用该惯例时,相信自身是基于一项习惯国际法行事^①。归根结底,习惯国际法的识别不存在一个具体的判断标准,而是建立在大量事实证据之上,这就意味着,一项习惯国际法规则的形成很大程度上必须立足于各个国家的长期实践。而公海保护区实践的起步比较晚,面临相关管理制度不成熟,各个保护区规则不一致,涉及的国家数量有限等问题,即使在BBNJ协定下就公海保护区问题达成有效的共识,也不足以推定某些具体措施构成国家的通常实践。基于传统公海自由观念的根深蒂固,短期内恐怕亦难以形成法律确信,意欲借助条约之外的习惯国际法规则规制非缔约方,至少短期内并不现实。进言之,除了认定相关规则为习惯国际法存在困难外,一贯反对者规则也进一步降低了条约规则以习惯国际法的形式对非缔约方适用的可能,使得习惯国际法本身的适用范围受到限制,对国际社会成员的适用存在例外。理论上,习惯国际法应当平等且普遍适用于国际社会成员,防止违背国际法基本规则的单边行动,但国际社会是一个平权社会,习惯国际法的适用应当保持适当的克制,尤其对于那些一贯反对该规则的国家,理应允许其免受规则约束。因此,即使BBNJ协定下海洋保护区谈判就公海保护确立或者发展出一项习惯国际法规则,非缔约方仍然可以一贯反对者的身份抗辩,从而避免受到此类规则的约束。

(三) 新设例外规则约束非缔约方的动力不足

就实际效果而言,条约相对效力原则的例外除了习惯国际法之外,还包括建立“客观制度”的条约、《联合国宪章》(简称《宪章》)的规定以及国际强行法,三者事实上也可能导致条约规则适用于非缔约方。其中,“客观制度”的条约包括规定非军事化、中立化或国际化的条约,新设国家并规定其义务的条约,规定国际交通水道的条约。李浩培先生认

为,是否构成一项客观制度,应当判断其是否符合全世界的一般利益和各国的主权。^[23]⁴¹² 第二项例外主要指《宪章》下为维护世界和平与安全所作出的规定,通常关涉人类的基本生存权。至于国际强行法,是经国际社会作为整体接受,不得以任何行为背离,并以维护全人类基本利益和社会公德为目的的,具有普遍拘束力的最高行为规范。^[24] 国际法委员会在其发布的《国际法不成体系报告》中列举了一系列具有强行法性质的规则,包括禁止侵略、禁止奴役和奴隶贸易、禁止种族灭绝、禁止种族歧视、禁止种族隔离、禁止酷刑以及适用于武装冲突中的国际人道主义法基本规则和自决权。报告同时指出,只要是国际社会全体接受并公认为不许损抑的规则也具有绝对法的性质^②。从已有的国际司法判例来看,通常基于人道主义和维护人类整体利益而确定。^[25]

从上述三项已有的例外规则来看,大致可以抽象出条约对非缔约方产生拘束力的两项基本构成要素。其一,该条约涉及事项重大,关乎国际社会成员的整体利益,往往指向全人类的基本生存权,要求各国按照规则采取一致行动。其二,仍然强调各国主权平等原则,以各国普遍接受或认可为基础,在为非缔约方“立法”上保持应有的克制。毋庸置疑,条约相对性的例外只是国际间的异常现象,与国家主权平等原则背道而驰。^[23]⁴¹² 尽管有学者认为,在国际环境法领域,主权权威在环境问题的挑战面前正在接受客观事实带来的限制,^[26]但实际上全球环境保护仍无法超越国家主权,是否参与相关条约依然取决于主权国家的利益考量,正如美国先后退出《京都议定书》和《巴黎协定》,以及日本退出国际捕鲸委员会等。亦有学者提出,现代国际立法在某些情况下应当能够违背某些国家的意愿而对其产生约束力。^[27-29]^[30]⁷⁸⁸ 否则无法应对例如环境保护等问题,然而,现有国际法立法范式提出的基本问题是,各国在不同主题下都需要分别同意其义务,而没有一个国家愿意承担比现状更多的法律义务。^[31]⁵⁷⁷ 究其根本,在非合意立法(nonconsensual lawmaking)的语境下,如何为非缔约方设定权利义务,本质上是平衡国家利益与全人类共同利益的问题,只要国家间的界限未被打破,国家主权所表征的国家利益仍会占据主导地位,适当顾及他国及全人类共同利益的义务,道义属性多于法律属性。从目前各国的谈判立场来看,在公海保护理念、具体保护方案、客观利益划分

① 参见 A/73/10, p. 138。

② 参见 Report of the International Law Commission on the Work of its Fifty-eighth Session, ILC, 2006, p. 182。

等方面,还存在很大的分歧,国际社会恐怕没有足够的动力达成一项共识,即在上述三项规则之外,通过增设例外规则实现公海保护区内某些规则对非缔约方的普遍拘束力。现阶段,为公海保护区规则适用保留足够的弹性,仍是国际社会的首选。

三、条约相对效力原则下 BBNJ 协定治理的出路

公海治理的初衷是在满足全人类整体需求的情况下,寻求海洋生态保护的最优解,维护国际社会的共同利益,而非各国利益的简单相加。一方面,公海治理乃至全球环境治理,实际是一损俱损,却非一荣俱荣,需要国际社会的共同参与,并形成有效的管控和约束机制,另一方面,国家有权决定是否缔结或参加条约,即是否接受条约规则的约束。当然,这并不意味着条约的影响仅限于缔约方。在现代国际社会相互依赖性日益加强的情况下,很少有条约会不影响第三国,即第三国实际上也可能得到利益或蒙受损害。^{[23]389} 欲破解条约相对效力原则下公海保护区的治理困境,实现 BBNJ 协定下公海生物多样性养护和可持续利用的普遍参与,应当多举并重。

(一) BBNJ 协定制度构建突出互利性

公海虽然是国家管辖范围以外区域,却与各国利益休戚相关。因此,BBNJ 协定下,欲实现公海保护区的行动一致,必须在制度设计上突出互利性。换言之,鼓励更多国家参与 BBNJ 协定的协商,通过利益协商达成为各方普遍满意的条约文本,为缔约国提供更多合作、分享和发展的机会,从而鼓励更多国家参加条约,促使条约最终文本得到大多数国家的认可和批准,进而使其受到条约约束。此即草案修改稿第 56 条所明确提出的:“缔约国应鼓励本协定之非缔约方成为缔约方并通过与本协定条款一致的法律和规章”。

事实上,条约相对效力原则是国家同意原则在条约适用问题上的具体体现。诺贝尔经济学奖获得者威廉·诺德豪斯教授(William D. Nordhaus)曾评论:“威斯特伐利亚体系导致全球公共物品面临严重问题,一致同意实际意味着无所作为……就今后几十年全球公共物品可能变得越来越重要来看,我们面临的主要挑战是设计一种机制,以克服在威胁生存的问题上对现行国际法现状及自愿性的偏见……国际法必须应对国家主权不能处理重要的国际公共物品这一事实。”^[32] 在诸如公海治理、气候变化、核不扩散等问题上,条约相对效力原则的适用应当得到重新审视,应当尊重国家主权,满足国家的个

别需求,也不能忽视此类国际公共物品上承载的国际社会乃至全人类的整体需求。换言之,国际制度需要反映整体需求与个体需求之间的微妙平衡。^{[31]624}

从经济学角度来看,公海治理的帕累托改进(Pareto Improvement)要求,适用于公海治理的新规则不使任何一方受损,而且至少应当有一方受益。而卡尔多·希克斯改进(Kaldor-Hicks Improvement)则要求国际社会的收益总体上高于损失,即新规则容许部分参与方受损,但其他各国的收益超过该损失。客观而言,公海治理的帕累托改进几乎是不可能的,即 BBNJ 协定下的公海保护区制度难以保证不损害任何一方的利益,事实上各国之所以在规则协商过程中各执己见,也正是出于保护自身既得利益及可期待利益的需要。因此,追求整体受益的卡尔多·希克斯改进更切实际,而无论选择何者,有效且适当地解决问题的方案都不可能始终服务于每个国家的利益,有时最佳的解决方案需要一些国家作出牺牲,而使其他国家受益。^{[30]788} 当然,在公海保护区制度构建的具体路径选择上,与其期待某些国家在利益问题上作出重大让步,更可行的是使规则设计更加具有互利性。借鉴新功能主义理论,任何领域合作的成功都会增强国家间在其他领域进行合作的愿望与信心,^[33] 为促使各国就公海保护区条款达成一致,可以通过在 BBNJ 协定制度构建上突出互利性,在某些特定问题上对特定国家有针对性地施以惠益,从而促成该国在公海保护区问题上作出让步乃至牺牲。例如制度设计上,在海洋技术转让或能力建设方面给予发展中国家一定的优待,而在公海治理方面,则可增加技术转让国或能力输出国的利益权重,适当优先地考虑其诉求。

就实现条约互利性的具体路径而言,应当增强协商信息的访问透明度和公开性,充分发挥联合国大会的平台优势,鼓励国际社会间就 BBNJ 协定的具体条款展开对话和互动,使各个国家及国际组织充分了解彼此在公海治理方面的核心利益,支持个别提案、联合提案和相关国际组织发表提案,为后续有针对性的就相关条款进行协商建立基础。概言之,BBNJ 协定互利性即为缔约国提供更多合作、分享和发展的机会。而随着公海治理的紧迫性加强,公海治理愈加具有合法性,无论是基于舆论压力还是现实利益需要,各国会更有动力接受具有互利性的条约。BBNJ 协定文本作为一个整体最终为国际社会接受的前提,应当是其在不同章节项下回应了

不同国家的关切,兼顾了各国的整体利益,使得各国能够在协定文本中各取所需,真正实现卡尔多·希克斯改进。

(二) BBNJ 协定与现有公海治理规则的互补性

公海保护作为国际环境问题的一部分,实际上突破了传统国际法理论中的纯粹国家利益,彰显了更加一体化的利益诉求。^[34]然而在应对国际环境问题的具体行动安排上,国际社会几乎总是举步维艰,多边主义渠道被堵塞的另一个结果就是部分支持者已经探索了单边路径。^[35]正如前述,部分国家或区域性组织在 BBNJ 协定谈判之前就已经开始了建立公海保护区的尝试,并积累了相当的实践经验。除了现有的四个涉公海海洋保护区之外,国际社会在公海治理方面还存在其他多样化的实践,并形成了相应的规则。具体而言,包括联合国粮食及农业组织的脆弱海洋生态系统(Vulnerable Marine Ecosystems)、国际海事组织的特别敏感海域制度(Particularly Sensitive Sea Areas)、国际海底管理局的环境特别关注区(Areas of Particular Environmental Interest)等。整体来看,在缺乏统一的行动纲领的情况下,公海治理基本呈现出碎片化的状态,而碎片化使得各个机构内的治理充满活力,同时又抑制了机构间的治理,^[31]⁵⁶⁶增加了机构间的协调成本,也提高了公海治理的成本,造成了不必要的资源浪费。

多层次的保护制度只有在所涉及的各种制度及实体为此目的充分合作的情况下才能发挥作用。^[36]实践中,在公海保护区问题上已经有相关的合作先例,例如据以建立东北大西洋海洋保护区的《奥斯陆巴黎保护东北大西洋海洋环境公约》(*The Convention for the Protection of the Marine Environment of the North-East Atlantic*,简称 OSPAR)与东北大西洋渔业委员会(*North-East Atlantic Fisheries Commission*,简称 NEAFC)均致力于东北大西洋的海洋生态环境保护,OSPAR 与 NEAFC 曾先后达成谅解备忘录和集体安排(Collective Arrangement),以解决双方在包括公海海域在内的管辖范围上的重叠问题,通过协商合作避免了相同海域管理措施冲突问题,有效促进了东北大西洋海洋保护区的建立和管理。

事实上,草案修改稿第4条也规定了 BBNJ 协定与《海洋法公约》,相关法律文书和框架,以及相关全球、区域、次区域和部门机构的关系,强调了协定的解释和适用不应妨害现行的相关制度框架,同时第6条第1款明确提出,加强 BBNJ 协定与现行制度框架间的合作。草案修改稿第14条进一步明

确合作的义务及其目标,并在第15条对公海保护区方面的国际合作与协调作出了具体安排。因此,应当加强与相关国际组织的对话与合作,尤其应当重视 BBNJ 协定下公海保护区制度与现行公海划区管理工具之间的协调问题,增强 BBNJ 协定与现有海洋养护和可持续利用规则的互补性,以此提高协定下的公海保护区规则对相关国家的制度吸引力。同时,通过规则互补,实际上也有助于条约对部分非缔约国发挥影响力,以此促进其发挥更普遍的约束力。

(三) 规则定向与价值导向并重

伴随着国际社会整体环境保护意识的觉醒,各国间逐步达成共识,即国际环境保护不仅关乎自身的利益,也与国际社会的整体利益密切相关,这使得国际环境保护具有极强的道德属性,同时具有广泛的价值感召力。

即使 BBNJ 协定下的公海保护区规则不能约束非缔约方,但从联合国大会将该问题纳入讨论范围开始,其价值就已经在国际层面得到了强化。首先,客观上谈判本身为公海保护问题的解决提供了一个契机,足以引起国际社会的关注和重视,使参会各方充分认识到公海治理的重要性、必要性和正当性。对于非缔约方而言,法律约束不足的情况下,条约谈判过程中的政治对话是促进其提高公海治理价值认识的一个有效手段。其次,强化“对一切义务”对非缔约方的道德制约。诚然,一国有义务采取措施保护环境,并不代表其有义务必须接受公海保护条约的约束,^[37]但“对一切义务”不是基于条约,更不是基于权利和义务的对等交换或互惠,而是国际法要求国家遵守的某种共同的规范制度,^[38]尽管有些时候这些要求可能只是原则性、模糊性甚至倡导性的。积极保护和治理公海是每一个国际社会成员的义务。对缔约方而言,就公海治理达成合作协议,其目的不是从特定的其他缔约方处获得利益,而是通过维护人类共同利益来实现自身利益最大化。缔约方依照条约具体规则在公海治理方面的实践,可以为非缔约方履行义务提供比照,强化其公海保护的道德意识,一旦其行为危及公海生态环境,还可能招致严厉的道德谴责。最后,通过海洋保护区下的公海保护规则实践,为非缔约方遵守条约规则营造舆论压力。基斯教授认为,正是由于公众舆论,国际环境法才诞生并迅速发展,^[39]可见,在环境保护领域,公众舆论发挥着重要的作用。以日本退出国际捕鲸委员会并恢复商业捕鲸为例,其行为不仅在国际上招致广泛的批评,甚至国内舆论也对该行为持保留态

度,^[40]而事实上,日本政府此次开放将捕捞范围限于领海和经济专属区,一定程度上也是囿于公众舆论作出的部分妥协。因此,即使公海保护的条约规则无法适用于所有国家,也无碍于其借助公海保护的舆论压力,对非缔约方产生间接约束。

进言之,在价值导向的具体路径选择方面,中国提出的“海洋命运共同体”理念,作为“人类命运共同体”的重要组成部分,为 BBNJ 协定下公海治理的普遍参与提供了绝佳的理论支撑。具体而言,“海洋命运共同体”意识强调的是一种整体利益优先的意识和相互关照的利益协调机制,既彰显了人类社会对“一”的诉求和愿景,也反映了在海洋治理领域对“多”的需求和肯定。^[41]“海洋命运共同体”理念包括海洋安全共同体、海洋利益共同体、海洋生态共同体以及海洋和平与和谐共同体,^[42]^[43]事实上均不同程度体现在《BBNJ 协定草案》文本及其磋商的过程中,全面概括了 BBNJ 协定下公海治理的客观价值导向。无论是 BBNJ 协定下的公海治理议题还是中国提出的“人类命运共同体”理念,均是立足于人类当前共同面临的史无前例的生存与发展问题,正是基于此社会基础,全球海洋治理下的 BBNJ 议题才得以获得国际社会的共同关注,而中国倡导的人类命运共同体理念是对人类主体性的回应,它弘扬坚守全人类命运休戚与共的立场,从而为 BBNJ 制度的构建提供了主体性和价值观念。^[43]^[56]因此, BBNJ 协定倡导的公海治理普遍参与和“人类命运共同体”乃至“海洋命运共同体”理念实际上不谋而合,后者为前者提供了理论基础,指明了具体方向,而前者则是后者的具体实践表现。在重视 BBNJ 协定的规则拘束力同时,在草案磋商过程中体系化融入“人类命运共同体”与“海洋命运共同体”理念,有助于强化价值引导,促进公海治理的普遍参与。

综上所述,在环境保护领域,条约的作用不仅限于对缔约方的拘束力,很大程度上还表现为对环境正义的宣扬和对环保价值的强调。公海保护问题的谈判,除了推动公海保护条约的达成,形成公海治理的合力外,也是对公海治理的价值以及国际间公平正义的明确与强化,进而影响非缔约方的行为选择。中国作为“人类命运共同体”以及“海洋命运共同体”的首倡者,应当利用好 BBNJ 协定磋商的平台,更加积极主动地向国际社会阐明该理论的内容和价值,为 BBNJ 协定草案以及后续磋商注入新的活力。

(四) 以条约实践促进非缔约方实践

国际法源于国家实践,同时又推动国家实践的

发展。条约作为国际法的重要渊源,不仅能够规范缔约方的行为,亦可以推动非缔约方的实践。一方面,就条约对各国实践的影响来看,通过条约谈判过程中各国间的磋商,可以最大程度表明各方立场,在条约的具体实施过程中,又可通过缔约方的实践带动,把相关规则引入非缔约方的实践范畴,或者使其成为非缔约方在公海治理实践中的考量因素,有助于放大条约规则在非缔约方实践中的作用。另一方面,通过缔约方的实践,有助于促成习惯国际法的生成。随着缔约方实践的累积,相关实践在国际社会的影响不断深入甚至形成定式,自然可以孕育出规范层面的遵从感,即法律确信。习惯国际法从来不要所有国家的实践一致,这为公海保护条约规则的扩大适用提供了可能性,通过国际社会的持续实践,沉淀出的规则将更具有普适性。除此之外,在国际法体系中,一国行为的正当性主要依靠与其他国家的行为进行比较来获得,当其他国家的此种行为已经成为一种普遍的国家行为模式,那么这种普遍的行为模式实际上就具有了规范性意义。^[44]换言之,在习惯国际法形成之前,反复的国家实践可以对非缔约方产生一定程度的规范性拘束力。因此,尽管有关公海治理的习惯国际法不可能在短期内形成,甚至国际社会成员亦有可能通过持续反对而主张免受习惯国际法约束,但可以肯定的是,缔约方的实践具有规范性意义,也能够促进非缔约方不同程度地接受条约规则的约束。

作为《海洋法公约》的第三份执行协定, BBNJ 协定旨在为海洋治理提供更加全面有效的行为范式。然而,当前 BBNJ 协定谈判仍然面临诸多分歧与困难,逆全球化下部分国家国际责任感的缺失,以及全球治理的主体多元化所引发的价值冲突,共同构成了 BBNJ 协定最终缔结所面临的现实困境。^[43]^[49]该困境折射出各国立场与利益的分歧,后者又如实反映在条约磋商的过程当中。作为 BBNJ 协定重要组成部分的公海保护区规则最终能否产生普遍的法律约束力,取决于各方核心利益诉求在 BBNJ 协定各个核心议题中能否得到满足,协定的最终达成需要取各国利益的“最大公约数”,通过在不同议题上的利益互换,适当顾及已有的公海保护区方案,促成各国参与以及规则形成。而对于将来协定生效后仍游离于规则之外的非缔约国,通过条约的价值导向及其实践,可鼓励并督促其参与协定下的公海治理,正如作为非缔约国的美国将《海洋法公约》视为其海上行动规范。当公海治理真正从区

域实践走向普遍参与时,习惯国际法的应运而生成为可能,BBNJ协定下的公海保护区规则将不再是对各国海上行为的桎梏,而是更深层次的价值导向,成为对“人类命运共同体”和“海洋命运共同体”理念的践行,进一步促使公海治理突破条约困境。

四、结语

BBNJ协定下的海洋保护区谈判,很大程度上标志着公海治理由无序向有序的转变。然而,条约作为国际法的重要表现形式,是各国妥协的产物,难以满足每个国家的利益诉求。至少目前为止,还不存在一个为所有国家接受的条约,即使是被视为“海洋宪章”的《海洋法公约》,亦有包括美国在内的诸多国家置身其外,更何况被视为其第三份执行议定书的BBNJ协定。在包括公海保护在内的国际环境保护领域,如果坚持要求以在科学上、法律上和道德上的确定性作为与其有关的法律义务的基础,那么当这种法律义务形成的时候或许它已经失去意义了,因为那个时候深远的不可逆转的灾难性的环境损害和危险已经成为了现实。^[45]究其根本,当下的国际法仍然停留在国家本位的阶段,但公海治理需要一个更加包容、开放、互惠的规则。

事实上,中国提出的“人类命运共同体”理念为国际法朝着国际本位的方向发展指明了道路,^[46]即以人类共同利益为目标,寻找更加契合公海治理需求的规则。对中国而言,应当审慎对待BBNJ协定谈判,既要顺应公海治理的趋势,借BBNJ协定谈判

阐述中国的“人类命运共同体”与“海洋命运共同体”理念,又要坚定维护自身的合法合理利益。一方面,应当积极参与和引导BBNJ国际文书的制定,防止部分国家构筑绿色壁垒,保障广大发展中国家的海洋权益。^[47]以“人类命运共同体”以及“海洋命运共同体”理念占据话语优势,在公海治理体系构建的过程中积极深化、丰富海洋命运共同体的内涵,积极应对欧美国家的现有海洋布局,在促进中国海洋强国建设的同时,打造“共商共建共享”的蓝色海洋生态环境保护体系,进而实现中国参与下的全球海洋命运共同体。^[48]另一方面,在制定国家管辖外海域开发规章时,遵守包括《海洋法公约》在内的国际法,充分考虑到BBNJ协定的进展情况,并且尽量与之相衔接,^[42]^[45]切实践行“人类命运共同体”与“海洋命运共同体”的理念,在公海治理方面发挥表率 and 示范作用,同时积累实践经验。概言之,法律制度必须关注某些超越特定社会结构和经济结构相对性的基本价值,^[49]在“人类命运共同体”理念的视域下,公海治理即公海保护区制度指向的基本价值,尽管条约相对效力原则应当得到尊重,但国际社会成员仍有义务积极参与公海治理,条约相对效力原则既不是非缔约方的“避风港”,也不会实质改变公海治理的趋势。就此而言,或许以公海保护区为代表的公海划区管理工具真正面临的不是缔约困境,而是如何实现从区域实践到普遍参与的条约实施困境。

参考文献:

- [1] 郑苗壮. 国家管辖范围以外区域海洋生物多样性国际协定谈判与中国参与[J]. 环境保护, 2020, 48(3/4): 70-71.
- [2] FREESTONE D. The limits of sectoral and regional efforts to designate high seas marine protected areas[J]. AJIL Unbound, 2018 (112): 133.
- [3] 丘君. 悄然兴起的“新海洋圈地运动”[N]. 中国海洋报, 2012-03-02(4).
- [4] PEET G, GUBBAY S. Marine protected areas in the North Sea[J]. International Journal of Estuarine & Coastal Law, 1990(5): 243-244.
- [5] 刘惠荣, 韩洋. 特别保护区: 公海生物多样性保护的新视域[J]. 华东政法大学学报, 2009(5): 142.
- [6] UN. A compilation of textual proposals for consideration at the fourth session[EB/OL]. (2020-03-02) [2020-06-08]. https://www.un.org/bbnj/sites/www.un.org.bbnj/files/textual_proposals_compilation_-_28_feb_2020.pdf.
- [7] HARDIN G. The tragedy of the commons[J]. Science, New Series, 1968, 162(3859): 1245.
- [8] HELLER M A. The tragedy of the anticommons: property in the transition from marx to markets[J]. Harvard Law Review, 1998, 111(3): 677.
- [9] 劳特派特, 修订. 奥本海国际法(上卷, 第二分册)[M]. 王铁崖, 陈体强, 译. 北京: 商务印书馆, 1981.
- [10] 周鲠生. 国际法(下)[M]. 武汉: 武汉大学出版社, 2009: 401.
- [11] 何志鹏. 在国家管辖外海域推进海洋保护区的制度反思与发展前瞻[J]. 社会科学, 2016(5): 104.
- [12] 刘洪滨, 刘康. 海洋保护区——概念与应用[M]. 北京: 海洋出版社, 2007: 95.
- [13] 陈力. 南极海洋保护区的国际法依据辨析[J]. 复旦学报(社会科学版), 2016, 58(2): 163.

- [14] GJERDE K M. Participant report of the expert workshop on managing risks to biodiversity and the environment on the high seas, including tools such as marine protected areas; scientific requirements and legal aspects[J]. *International Journal of Marine and Coastal Law*, 2001(16).
- [15] 廖诗评. 条约冲突基础问题研究[M]. 北京: 法律出版社, 2008: 196.
- [16] SCOTT K N. Conservation on the high seas; developing the concept of the high seas marine protected areas[J]. *International Journal of Marine and Coastal Law*, 2012, 27(4): 857.
- [17] SCOVAZZI T. The mediterranean marine mammals sanctuary[J]. *International Journal of Marine and Coastal Law*, 2001, 16(1): 137-138.
- [18] 约翰·罗尔斯. 正义论[M]. 何怀宏, 译. 北京: 中国社会科学出版社, 1988: 3.
- [19] DOBSON A. Justice and the environment[M]. Oxford: Oxford University Press, 1998: 20.
- [20] 胡中华. 环境保护普遍义务论[M]. 北京: 法律出版社, 2014: 149.
- [21] 罗婷婷, 万芳芳, 范晓婷. 论公海保护区国际法律制度的现状及发展趋势[M]//高之国, 贾宇. 海洋法前沿问题研究. 北京: 中国民主法制出版社, 2014: 234.
- [22] 王铁崖. 国际法[M]. 北京: 法律出版社, 1995: 10.
- [23] 李浩培. 条约法概论[M]. 北京: 法律出版社, 2003.
- [24] 万鄂湘, 石磊, 杨成铭, 等. 国际条约法[M]. 武汉: 武汉大学出版社, 1998: 318.
- [25] 古祖雪, 陈辉萍. 国际法学专论[M]. 北京: 科学出版社, 2007: 110.
- [26] 王曦. 环境与主权[M]//邵沙平, 余敏友. 国际法问题专论. 武汉: 武汉大学出版社, 2002: 313.
- [27] PALMER G. New ways to make international environmental law[J]. *American Journal of International Law*, 1992, 86(2): 273-278.
- [28] HELFER L R. Nonconsensual international lawmaking[J]. *University of Illinois Law Review*, 2008(1): 79-89, 96-123.
- [29] TRACHTMAN J P. The future of international law: global government[M]. Cambridge: Cambridge University Press, 2013: 279.
- [30] GUZMAN A T. Against consent[J]. *Virginia Journal of International Law*, 2012, 52(4): 788.
- [31] MEYER T. From contract to legislation; the logic of modern international lawmaking[J]. *Chicago Journal of International Law*, 2014, 14(2).
- [32] NORDHAUS W D. Paul Samuelson and global public goods[EB/OL]. (2005-01-05) [2020-08-08]. <http://www.econ.yale.edu/~nordhaus/homepage/homepage/PASandGPG.pdf>.
- [33] 潘忠歧. 新功能主义扩溢理论及其批判[J]. *上海交通大学学报(哲学社会科学版)*, 2003(5): 9.
- [34] 刘美. 环境保护议题: 参与北方海航道治理的法律路径[J]. *中国海商法研究*, 2019, 30(2): 64.
- [35] KRISCH N. The decay of consent; international law in an age of global public goods[J]. *American Journal of International Law*, 2014, 108(1): 19.
- [36] VIGNI P. Protecting the environment of polar regions[M]//LENZERINI F, VRDOLJAK A. *International Law for Common Goods*. Oxford: Hart Publishing, 2014: 329.
- [37] 李文杰. 海洋保护区制度与中国海洋安全利益关系辨析[J]. *国际安全研究*, 2019, 37(2): 63.
- [38] PROVOST R. Reciprocity in human rights and humanitarian law[J]. *British Yearbook of International Law*, 1994(65): 386.
- [39] 亚历山大·基斯. 国际环境法[M]. 张若思, 编译. 北京: 法律出版社, 2000: 16.
- [40] 正式“退群”! 时隔31年日本今起重启商业捕鲸[EB/OL]. (2019-07-01) [2020-01-01]. <https://www.newsccvt.net/219news/video.html?videoId=4FE3ECCB-D82F-AEB0-6C1C-0589142E28AA>.
- [41] 杨震, 蔡亮. “海洋命运共同体”视域下的海洋合作和海上公共产品[J]. *亚太安全与海洋研究*, 2020(4): 72.
- [42] 姚莹. “海洋命运共同体”的国际法意涵: 理念创新与制度构建[J]. *当代法学*, 2019(5).
- [43] 江河, 胡梦达. 全球海洋治理与BBNJ协定: 现实困境、法理构建与中国路径[J]. *中国地质大学学报(社会科学版)*, 2020(3).
- [44] 姜世波. 习惯国际法的司法确定[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2009: 105.
- [45] 邵沙平, 余敏友. 国际法问题专论[M]. 武汉: 武汉大学出版社, 2002: 284.
- [46] 车丕照. “人类命运共同体”理念的国际法学思考[J]. *吉林大学社会科学学报*, 2018, 58(6): 19.
- [47] 袁雪, 寥宇程. 基于海洋保护区的北极地区BBNJ治理机制探析[J]. *学习与探索*, 2020(2): 90.
- [48] 张卫彬, 朱永倩. 海洋命运共同体视域下全球海洋生态环境治理体系建构[J]. *太平洋学报*, 2020, 28(5): 102.
- [49] E. 博登海默. 法理学: 法律哲学与法律方法[M]. 邓正来, 译. 北京: 中国政法大学出版社, 1999: V.

《中国海商法研究》简介

《中国海商法研究》(季刊,原名为《中国海商法年刊》)由中国国际贸易促进委员会主管、中国海商法协会和大连海事大学主办。本刊前身《中国海商法年刊》创刊于1990年,2009年5月,经新闻出版主管部门批准改为季刊出版发行,是我国目前唯一公开出版发行的海商法和海洋法等涉海领域法律问题研究的学术期刊。主编由《中华人民共和国海商法》主要起草人之一、著名海商法学专家司玉琢教授担任。

本刊的办刊宗旨是“传播海商法最新研究成果,探讨海商法实际问题,报道立法最新进展,反映海商法最新动态”。根据稿源情况辟有“海商法修改”“《鹿特丹规则》研究”“船舶物权研究”“海上运输法律研究”“海上保险法研究”“海上救助法律研究”“共同海损法律研究”“海事行政法研究”“海上刑法研究”“海洋法研究”“海事诉讼与仲裁”“案例评析”等栏目。本刊用稿实行“双向匿名专家评审”。对有争议的稿件,聘请多位专家把关,以把握期刊的政治性、科学性和创新性。

《中国海商法研究》是中国海商法领域公认的权威性期刊,在办刊过程中,编辑部始终坚持质量第一的原则,严格遵守学术规范,致力于出精品、创品牌,为中国海商法研究与实践提供了宽广的平台。

本刊一般只接受网上投稿。投稿邮箱 E-mail:hsf-nk@163.com。

本刊已加入“中国知网”“中国核心期刊(遴选)数据库”“北大法宝数据库”“超星数据库”等数据库。作者如不同意将文章编入该数据库,请在来稿时声明,本刊将作适当处理。本刊有权对来稿进行技术性和文字性修改,作者如不同意,请在来稿时予以注明。凡在本刊发表的文章,作者文责自负。请勿一稿多投。来稿无论采用与否,均于两个月内给予回复。来稿一经刊用,即赠样本。

《中国海商法研究》来稿要求

文稿请按以下顺序架构:①题目;②作者姓名与作者单位;③摘要与关键词;④与①②③内容相对应的英文翻译;⑤正文;⑥参考文献。正文以12000字或以上为宜。

来稿务必写明作者单位全称、所在省市、邮编及全部作者的出生年、性别、籍贯、职称(职务)、其他情况。如论文为基金项目,应填写国家有关部门规定的正式名称及项目编号。

参考文献为来稿直接引用的内容,请在Word中以“插入—脚注与尾注—尾注”功能在文中对应位置标明,并将文献按格式要求列于文后。著录格式具体如下。

(1)专著著录格式

[序号]著者.书名[M].版本(第一版不写).出版地:出版者,出版年:起止页码。

例:[1]司玉琢.海商法专论[M].北京:中国人民大学出版社,2007:31.

(2)期刊著录格式

[序号]作者.题名[J].刊名,出版年份,卷号(期号):起止页码。

例:[2]郭萍,朱珂.从国际海上货物运输公约的变革看船货双方利益的博弈[J].大连海事大学学报(社会科学版),2008,7(3):1-4.

(3)论文集著录格式

[序号]作者.题名[C]//主编.论文集名.出版地:出版者,出版年:起止页码。

例:[3]陈健.论海事赔偿责任限制与船舶优先权的冲突和协调[C]//李清烈.第二届广东海事高级论坛论文集.大连:大连海事大学出版社,2008:388-391.

中国海商法研究

CHINESE JOURNAL OF MARITIME LAW

- CSSCI扩展版来源期刊
- 中国人文社会科学期刊AMI综合评价（A刊）扩展期刊
- 中国科技核心期刊
- 中国期刊网全文收录期刊
- 中国知网全文收录期刊
- 万方数据——数字化期刊群全文收录期刊
- 维普资讯全文收录期刊
- 中国学术期刊综合评价数据统计源期刊

ISSN 2096-028X



国内定价：15.00元