# 中国海商法研究

### CHINESE JOURNAL OF MARITIME LAW

- ◆正当程序视阈下信用修复机制研究
- ◆习近平法治思想中的全球海洋治理理论及实现路径
- ◆外国军舰在俄罗斯北方海航道领海的无害通过:理论、实践与借鉴
- ◆船舶优先权的消灭



2021

(总第70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 3 期(总第 70 期) 2021 年 9 月

#### CHINESE JOURNAL OF MARITIME LAW

Quarterly, Started in 1990 Vol. 32 No. 3 (Serial No. 70) Sep. 2021

主 管 中国国际贸易促进委员会

**. 办** 中国海商法协会 大连海事大学

主 编 司玉琢

编 辑 中国海商法研究编辑部

出版发行 大连海事大学出版社有限责任公司

出版地 辽宁大连凌海路1号

邮 编 116026

电 话 (0411)84729316

电子信箱 hsf-nk@ 163. com

印 刷 大连海大印刷有限公司

**Responsible Institution:** China Council for the Promotion of International Trade

Sponsor: China Maritime Law Association

Dalian Maritime University

Chief Editor: SI Yu-zhuo

Edited by: Chinese Journal of Maritime Law

Published and Distributed by: Dalian Maritime University Press

Co., Ltd. (Linghai Road 1, Dalian, China)

**Post Code**: 116026

**Telephone**: (0411)84729316

**E-mail**: hsf-nk@ 163. com

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

ISSN 2096-028X

CN 21-1584/D

【特楇】
------

英文审校:谷 浩

正当程序视阈下信用修复机制研究 解志勇,王晓淑(3)
【习近平法治思想研究】
习近平法治思想中的全球海洋治理理论及实现路径 唐 刚(12)
【海洋法专题】
外国军舰在俄罗斯北方海航道领海的无害通过:理论、实践与借鉴 ····································
【专论】
船舶优先权的消灭 宋淑华,赵劲松(45) 邮轮公司对旅客人身伤亡的赔偿责任限制 ——基于类型结合合同的视角
邮轮公司对旅客人身伤亡的赔偿责任限制 ——基于类型结合合同的视角
邮轮公司对旅客人身伤亡的赔偿责任限制 ——基于类型结合合同的视角 —— 基于类型结合合同的视角 —— —— —— —— —— —— —— —— —— —— —— —— ——

### [Features]

Research on the credit reparation mechanism; the perspective of due process
[Research on Xi Jinping Thought on the Rule of Law]
The global ocean governance theory in Xi Jinping Thought on the Rule of Law and its realization path TANG Gang(12)
[Monographic study on law of the sea]
Foreign warship's innocent passage through the territorial sea of Northern Sea Route; theory, practice and reference
"Functionally stranded" admissibility in UNCLOS dispute settlement; issues and countermeasures JING Ming, JIANG Fen(33)
[Articles]
A study on the extinction of maritime lien
Limitation of the cruise line's liability for loss of life or personal injury to passengers
—from the perspective of type combined contract
Legal regulation of state aid for shipping industry
Analysis on the justification of bringing the biosecurity into the marine legislation and its system construction WANG Chong(69)
Legal paths of uninhabited islands' ecological governance in China from the perspective of the concept of ecosystem integrity
Institutional conception of private armed escort in China from the perspective of maritime security demands
PENG Xian-wei, LONG Cheng (90)
On the possibility of administrative lawsuit in maritime accident investigation
Improvement of the "notice-takedown" rule in China's copyright law under China-US Economic and Trade Agreement

解志勇,王晓淑.正当程序视阈下信用修复机制研究[J].中国海商法研究,2021,32(3):3-11

### 正当程序视阈下信用修复机制研究

解志勇1.王晓淑2

(1. 中国政法大学 比较法学研究院,北京 100088; 2. 中国政法大学 法学院,北京 100088)

摘要:信用修复与信用惩戒均为建设社会信用体系的重要制度,前者为后者提供了必要的退出程序。但信用修复机制因启动条件的实体内容不确定造成行政裁量空间过大,因运行程序粗疏造成对失信主体的程序性权利保障不足,因未能兼顾公共利益与信用主体的合法权益造成修复效果偏离预期。鉴于此,在正当程序原则的指引下,信用修复机制的启动需要满足三个条件:信用主体已经在主观意愿和实际行动上及时纠正失信行为、消除不良影响,其失信信息已经满足相应的披露期限,并且依法作出了守信承诺。此外,还需要在补足制度供给的基础上,以"谁评价、谁修复"为原则规范信用修复主体及其权限,以权利保护和权力制约为前提统一信用修复的核心流程,以实现修复效果为追求采取差别化的信用修复方式.以公正救济为目的提供信用修复异议程序。

关键词:信用修复机制;正当程序;信用惩戒机制;权利保障

中图分类号:D922.1 文献标志码:A 文章编号:2096-028X(2021)03-0003-09

#### Research on the credit reparation mechanism; the perspective of due process

XIE Zhi-yong<sup>1</sup>, WANG Xiao-shu<sup>2</sup>

College of Comparative Law, China University of Political Science and Law, Beijing 100088, China;
 School of Law, China University of Political Science and Law, Beijing 100088, China)

Abstract: Credit reparation and credit punishment are both critical mechanism of a social credit system. For the latter, the former supplies the appropriate departure procedures. However, the credit reparation mechanism allows for too much administrative discretion due to the ambiguous physical content of the activation conditions, provides insufficient procedural rights protection for untrustworthy people due to the harsh functioning processes, results in credit reparation mechanism effect deviated from expectations due to the fact that the public interest and the legal interest of the credit subject are not taken into consideration by the process. Therefore, guided by the principle of due process, the activation of the credit reparation mechanism must fulfill three requirements: the dishonest person has corrected the dishonest behavior in a timely manner based on subjective will and actual actions, and has attempted to eliminate the negative effects, and the dishonest information has met the corresponding disclosure period, and he has made a promise to keep. In addition, the system's supply must be supplemented, credit reparation entities and their powers must be regulated based on the principle of "who evaluates, who repairs", and the core credit reparation process must be unified on the basis of balancing rights protection and power restriction, and differentiated credit reparation procedures are adopted because of the pursuit of restoration effects, and fair remedy is offered through objection processes.

Key words: credit reparation mechanism; due process; credit punishment mechanism; rights protection

2019年7月、《关于加快推进社会信用体系建 设构建以信用为基础的新型监管机制的指导意见》

收稿日期:2021-07-30

基金项目: 2018 年度国家社会科学基金重大项目"中国特色国家监察理论构建、制度创新与实践运行研究" (18ZDA135), 2018 年度国家社会科学基金重点项目"对监察委员会的监督制约体系研究" (18AFX006)

作者简介:解志勇(1970-),男,山东泰安人,中国政法大学比较法学研究院院长、教授,E-mail:xiezhhiyongyu@sina.com; 王晓淑(1995-),女,山东菏泽人,中国政法大学法学院行政法学专业博士研究生,E-mail:wangxiaoshu2020@sina.com。

(国办发[2019]35号)提出要"探索建立信用修复机制";允许在规定期限内纠正失信行为、消除不良影响的失信市场主体,通过接受诚信教育、主动作出守信承诺并按规定履行相关社会责任的方式进行信用修复。[1]在信用修复完成后,各地区各部门会按照相应的程序及时停止公示其失信记录,终止实施信用惩戒措施。

正当程序原则,又称正当法律程序(the Due Process of Law)<sup>①</sup>。在程序上关注国家机关权力行使和政策执行的方式、步骤、顺序和时限,保证权力在既有的轨道上公正运行;在实体上关注惩戒措施所依据的法律规范内容的合理性,实现对权力的规制和对公民基本权益的保障。信用修复机制需要经正当程序原则在程序和实体上的双重检验,才能确保既能有效修复社会诚信环境、又能合理保障失信相对人合法权益。

信用修复可以定性为负担性行政行为的废止和产生消极事实影响的措施的停止,对完成信用惩戒目的、实现信用体系建设发挥着积极意义。但囿于制度供给不足,其实践运行中依旧存在突破合理性边界、甚至是违背合法性的问题。追本溯源,信用修复是信用惩戒过程中的最后一环,是确保信用工具正当适用的重要制度,需要将其纳入法治化轨道中予以检视,使其严格遵守正当程序原则的限制。

### 一、信用惩戒机制中信用修复的意涵

基于正当程序原则,当失信主体已经纠正失信 行为并且履行相应的义务时,即信用惩戒措施的事 实依据发生变化时,失信主体可以申请启动信用修 复程序,退出信用惩戒名单,维护其合法权益。

### (一)在惩戒全过程实现程序正义

任何一种法律制度,当然地包括信用惩戒制度 在内,都必须通过法律程序的具体运作才能得到实 施。信用监管机关通过日常监管等方式收集相对人 的信用信息,依照具体的标准审慎地作出信用评价 决定并向社会公布,惩戒相对人的失信行为。但实 体法的事前规范与司法的事后审查存在"挂一漏 万"或过于滞后的缺陷,需要通过正当程序控制行 政权力的正常运行,保障人民的生命、自由与财产。

与传统行政法学往往只静态考察行政行为最终的法律效果、忽略该法律效果的形成过程所不同,行

政过程论主张对行政活动整体进行动态考察:在宏观层面,强调每一个行政行为都是一系列不断运动、目的单一、紧密关联、时间连续的过程;<sup>[2]</sup>在微观层面,强调程序中的每一个环节和阶段都具有特殊的法律意义。<sup>[3]</sup>以行政过程论为研究范式来分析行政行为,能将一些复杂的新型行政行为分析得更为清晰,防止其逃逸于传统行政法学理论的盲区。

对于信用惩戒措施的有效规制,既需要按照行政活动的一般运行逻辑考察其最终的法律效果,又需要从微观层面对其进行阶段化切割与梳理,<sup>[4]</sup>施以相应的法律规制。在对信用惩戒措施的研究中导入行政过程论的理念,对信用惩戒措施进行过程性审视,将其拆分为"归集""评价""公布""修复"四个阶段,并合法有效地规范每个过程行为,能够更好地关注相对人在被惩戒过程中的地位和利益诉求,最大限度地保障信用主体的合法权益,确保惩戒权的正当运行。

因此,若缺少信用修复机制,信用惩戒制度便缺少退出程序,难以实现程序正义。那么,什么样的程序才是正义的?程序工具主义认为,程序只是实现实体法的手段,一种法律程序的好坏在于它能否实现良好的结果。[5]信用修复机制能够避免相对人永远或长期承受信用惩戒措施带来的不利后果,给了相对人主动纠错、积极守法、改过自新的机会,帮助实现"营造诚信社会环境"的目的。程序本位主义认为,程序本身是否符合客观的正当性、合理性标准同样重要。若信用惩戒措施只规定了如何列入、却没有涉及退出程序,惩戒名单只进不出,则会有所偏废,欠缺合理性。可以说,信用修复是相对人享有的程序性权利,是实现程序正义的基础要求。

### (二)对相对人合法权利的保障

"现代行政法"的终极目的是保障相对人的合法权益、使之免受不法行政的侵害,以及一旦发生这种侵害后,负责为相对人提供充分、有效的救济。<sup>[6]</sup> 而这种公法性质的救济,必须通过正当程序约束行政权的方式来实现。一方面,信用主体被从正向赋予了法定的程序性权利,包括一定的程序抵抗权,<sup>[7]</sup>当信用惩戒相对人认为惩戒主体违反了法定程序、侵犯了其程序权利、公布了错误信息,相对人有权通过申诉、复核等途径拒绝履行信用惩戒决定

① 有学者指出,美国宪法上的"the Due Process of Law"应当被理解为"正当法律过程"而不应是"正当法律程序",因为从法院对这一条款的理解和适用看,该条款既具实体性内容,又具程序性内容。参见王锡锌:《正当法律程序与"最低限度的公正"——基于行政程序角度之考察》,发表于《法学评论》,2002 年第 2 期,第 23 页;刘东亮:《还原正当程序的本质——"正当过程"的程序观及其方法论意义》,发表于《浙江社会科学》,2017 年第 4 期,第 103 页。

并修复信用。另一方面,信用修复机制可以在惩戒 末端环节确保相对人的名誉、自由、财产等实体性权 利得到充分的保护,提高信用惩戒机关作出惩戒决 定的成本,倒逼该机关若无正当的目的和充分的理 由、不得影响相对人的实体权利。并且,信用修复机 制为失信主体提供了通过纠正失信行为即可重新获 得社会信用评价的机会,保证公权力机关对信用主 体权益的限制是有限度的。

对于诚信社会建设来说,信用修复是求取信用 监管最佳效果和失信主体权益保护之间的平衡点、 是实现法律所追求的公平正义目的的压阵一环:第 一,信用修复机制有助于确保信用监管措施所追求 的目的是正当的。公示失信信息的目的在于"营造 诚信社会环境",失信事由解除后,信用主体希望能 够尽快退出信用惩戒记录,重新融入诚信社会环境 以助于解除对其生活、经营的不利限制,所以完善的 退出程序与纳入程序同等重要。第二,信用修复机 制有助于确保信用监管目标达成。如果没有修复机 制,对失信相对人来说制裁效果是无尽的,反而会对 诚信社会环境与社会信用体系建设产生负面影响。 第三,信用修复机制有助于确保国家公权力行使的 手段是必要的,即在实现公共市场管理秩序的同时, 对基本权利造成的侵害最小,能够将信用惩戒的期 限和幅度控制在必要范围内。因此,信用惩戒机关 应当在相对人符合解除惩戒标准后,及时更新信用 信息。

信用惩戒措施通过向社会公布失信名单或采取其他惩戒措施的方式,使相对人承受名誉受损、资格受限、生产经营活动受阻等不利后果,需要设计必要的程序降低被滥用的风险。《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》提出了"提高立法质量"、实现"良法善治"的要求,提出法治国家建设应当从形式法治主义向实质法治主义转型。<sup>[8]</sup>信用惩戒措施日益受到公共行政的青睐,信用修复机制能够在末端引领其不断优化升级,约束其中权力的行使,保障其中权利的实现,为实现"良法之治"奠定坚实的基础。

### (三)对社会公众知情权的维护

修复机制运行中对信用信息的动态更新,保障 了公众对应公开信息的知情权,维护了信用监管体 系的良性运转。公众将以失信者新的信用状态为参 考,更客观地作出是否与其交往、交易的决定。

首先,信息公示机制涉及公权力的运作,有很强的公信力,因此,公权力机关公示的信息内容会影响

公众决定是否与信用主体交往或交易。在失信主体信用修复之前,公权力机关通过官方信用信息平台公示失信信息,揭示失信人违法行为。被公示出的失信信息天然地带有强公信力,吸引社会公众快速注意被曝光的行为及对象,引发公众及时作出排斥与失信人交易、拒绝购买其商品、制造舆论压力等行为,对相对人的惩戒效果十分显著。在信用修复之后,信用修复主体与其他相关主体在官方信息平台以删除、标注或其他方式修改相对人的信用状态;市场主体会基于对公权力机关的信任,把官方信息平台反映的信用主体信用状况作为评判对方的标准。

其次,信用主体的信用状态随时都有可能发生变化,因此,公众需要公权力机关确保数据得以及时更新、提供真实准确的信用信息作参考。信用信息是公权力机关在司法或者执法活动中收集、记录的客观数据和资料,通过官方信息平台、以法定的形式和程序向社会公众公示,如在信用中国网站、最高人民法院官网以及国家企业信用信息公示系统开设失信信息公示栏、信用信息修复通道等。若缺少信用修复机制及时更新数据,市场主体可能会依据虚假或不完整的信息判断失误,选择错误的交易、交往对象,承受不必要的损失。

罗尔斯的程序正义学说指出,严格遵守的程序 所产生的结果必定是合理的结果。<sup>[9]</sup>涉及公权力运 作的信息修复机制通过对失信信息的删除、标注等 方式,动态披露失信主体的守法状态,保证数据的真 实和准确,确保公众的知情权不受侵害,在程序层面 上保障以信用信息为基础的社会活动的有序开展。

### 二、信用修复机制运行现状之实证考察

信用修复机制运行所依据的的规范主要以地方性法规、规章、规范性文件为主,并且多处于"试行"或"暂行"状态,甚至仅仅是在相关规定中通过一两项条款承认信用修复机制的存在,有待于进一步提高和完善。

### (一)信用修复的相关规定

启动信用修复的首要条件是失信者已经履行了 法定或约定义务,或就其违反义务的行为承担了责 任。[10]信用修复的直接目的是引导失信主体主动履 行法定义务,除法律、法规和党中央、国务院政策文 件明确规定不可修复的失信信息外,失信主体均可 申请信用修复。[11]现有规范中,信用修复主要有三 个启动条件:第一,相对人是否已履行法定义务。在 国家层面对信用修复条件的统一规定是要求相对人 纠正失信行为,履行法定义务,并作出一定努力消除 其失信行为产生的负面影响。第二,相对人的失信信息已经满足相应的披露期限。相对人向修复主体提出申请时,其失信信息公示需要已经过经过了规定的期限,大多数地方立法中直接规定为6个月、1年等,也有地方立法授权于公共信用信息提供单位来规定具体期限<sup>①</sup>。另外,相对人自其纠正行为之日起一定期限内未再发生同类失信行为,才能向信用修复主体申请信用修复<sup>②</sup>。第三,相对人是否作出信用承诺并受其约束。对于信用承诺的相关规定,各地要求的严格程度各不相同。有的地方要求将提交信用承诺书作为申请信用修复的必要条件,并向社会公开承诺内容<sup>③</sup>,有的地方规定信用主体作出的信用承诺还需要得到失信认定部门的认可<sup>④</sup>。

除启动条件外,各地立法实践中对禁止进行信用修复的情形也作出了规定,大致可分为三种类型。第一种类型是特定严重失信行为或损害特定权益的失信行为不被允许进行信用修复,必须得到严格惩罚。第二种类型是由于信用主体申请信用修复的次数突破了一定的限制性条件而排除信用修复的适用,一般来说,在信用修复后一定时间内再次受到同类信用惩戒的,不予信用修复⑤。第三种类型是由于法律、法规、规章另有规定的其他情形而排除信用修复的适用,比如对于已进入破产程序的企业,应当依据破产清算相关法律法规进行处理,不再进行信用修复⑥。

### (二)信用修复机制的一般程序

尽管不同地区的具体规定有所差异,但是信用 修复的核心程序存在一定的共性。

第一步,申请。相对人须向信用修复主体提出信用修复书面申请,申请材料除申请人的基本信息外,有些地方还要求申请人提交《信用承诺书》,以及信用信息平台出具的信用信息查询报告,或者信

息主体已经纠正失信行为、消除不良影响的相关证明材料等。

第二步,受理。信用修复主体向申请人出具受理通知书或不受理决定书,有些地方仅对信用修复申请材料进行形式审查,受理符合条件且材料齐全的信用修复申请<sup>①</sup>;而有些地方将"诚信约谈"作为受理申请的必要条件,规定信用修复主体须在收到申请后约谈相对人,听取其纠正整改情况,对申请人是否整改到位、是否符合信用修复条件作出认定<sup>®</sup>。

第三步,决定。信用修复主体对信用主体的实际情况进行审核,出具信用修复决定书或不予信用修复决定书,并遵循行政行为作出的一般要求将决定书送达至相对人。除送达相对人外,信用修复决定书还应当报送至公共信用信息管理平台或"信用中国"网、行业信用网站等官方媒体平台,进行公示<sup>⑤</sup>。

第四步,修复。信用修复主体依据信用修复意见实施信用修复。多数地方依据信用修复决定直接实施修复,如删除相应的失信信息、不再将申请人作为信用惩戒对象等;但有些地区还需要信用修复主体将信用修复意见报送至地方公共信用信息平台进行复核或备案,并公示一定期限后方可实施修复<sup>⑩</sup>。

第五步,数据处理。公共信用信息管理平台等相关信用网站对信用信息进行数据处理,将进行信用修复后的信用信息移出不良信息范畴,禁止对修复前的失信信息再次共享或使用。

通过梳理,可以总结出信用修复机制在地方上 先行先试的基本流程,也反映出信用修复的运行缺 少规范的程序性规定,难以保证修复过程合法合理、 修复结果正当。

### (三)不确定法律概念引发的行政裁量危机

信用修复的最低条件是要求信用修复申请人"停止失信行为、纠正失信行为、消除不利影响",主

① 如《浙江省公共信用信息修复管理暂行办法》第5条第(二)项规定,各省级公共信用信息提供单位可结合本行业实际制定不良信息修复期限,但原则上自不良信息认定之日起修复期限应满1年及以上。

② 如《镇江市企业公共信用信息基础数据库失信记录修复办法》第7条第(二)项规定,自纠正失信行为之日起,2年内未再发生同类失信行为。

③ 如《吉林省公共信用修复管理暂行办法》第8条将信用承诺作为参考因素而非必要条件纳入考量;《郑州市信用修复管理暂行办法》第6条规定,一般失信行为信用修复必须符合下列条件……(四)失信主体须提交《信用修复承诺书》,并通过"信用郑州"网站向社会公开。

④ 如《宿迁市法人和自然人信用修复办法(试行)》第7条规定,信用主体须自觉接受相关部门诚信约谈,并作出不再发生类似失信行为的承诺,得到失信行为认定部门认可。

⑤ 如《南京市环境失信行为信用等级管理暂行办法》第7条规定,5年内同一类失信行为已修复1次的不再予以修复。

⑥ 如《三亚市法人和自然人信用修复管理办法(试行)》第9条第(二)项规定,企业已经进入破产程序的,不得予以信用修复。

<sup>(7)</sup> 如《陕西省公共信用信息平台行政处罚信息信用修复工作流程(暂行)》第7条相关规定。

⑧ 如《厦门市建设用地和规划建设工程信用信息管理办法》第35条信用修复流程相关规定。

⑨ 如《北京市文化和旅游行业失信信息信用修复与异议处理办法(暂行)》第13条相关规定。

⑩ 如《天津市信用信息异议处理与信用修复办法(征求意见稿)》第16条相关规定。

要目的是预防和制止失信行为的损害结果进一步扩大,充分保护社会公共利益。但是,"纠正失信行为""消除不良影响"都是模糊、宽泛的不确定法律概念,缺乏一个统一的判断标准,可能会造成行政裁量权的滥用。

行政裁量是法律法规赋予行政机关在履行职责中在法定框架内能够自行判断的弹性空间,是能够自由作出行政决定的权利。<sup>[12]</sup>由于信用修复机制所涉及的执法管理领域广泛,且涉及问题复杂、专业性要求高,应当授予公权力机关根据具体情况自行决定的行政裁量权。当然,信用修复主体所享有的行政裁量权是有限的,若信用修复机关缺乏必要的监督与制约,其裁量空间过大,会容易造成行政权力滥用、行政决策不公、行政执法恣意。<sup>[13]</sup>应当通过正当程序来控制信用修复机制中的行政裁量权、进而控制行政行为的运行。<sup>[14]</sup>

公权力机关对申请人是否满足信用修复条件的 判断具有主观性,并且信用修复机制控权乏力,机关 一旦作出了错误行为,难以被审查也难以被推翻,这 决定了信用修复裁量权更容易被滥用。如果相对人 已经改过自新、积极消除负面影响,但是信用修复机 关为了减少工作量而提高"消除不良影响"的判断 标准,或者因收受贿赂而降低"消除不良影响"的判断 标准,会作出显失公平的决定。因此,在信用修复 领域成文规范不健全的情况下,对修复条件的裁量 应当受到合法性和合理性的限制,减少公权力机关 行政裁量空间。

总之,正当程序是通过规范权力运行的程序来规制行政权力的运行,既能够制约行政权的过分行使,保障行政行为的正当性,又能够规范权力合法行使,给行政机关保留一定的裁量空间,确保行政效率和灵活性,为完善信用修复机制提供指引。

# 三、以程序正义为导向的信用修复启动 条件设计

在一个完善的社会信用体系中,相对人应当有权修复信用。信用惩戒机关应当及时对确有错误的信息进行更正,在相对人符合解除惩戒标准后更新信用信息。诚信社会信用建设的一大要义就是权益保障:不仅保障守信者的权益,更应当保障相对人的权益。因此,信用修复机制必须沿着兼顾公共利益与相对人合法权益的设计思路,在实体与程序方面实现权利保护和权力制约的平衡,要求相对人同时

满足以下三大条件。

### (一)纠正失信行为、消除不良影响

纠正失信行为、消除不良影响是信用修复的实体要求,是允许修复失信相对人信用状态的基础性要求。信用惩戒措施的启动是由于相对人作出了失信行为,信用监管机关通过社会舆论对其施压、限制或剥夺其部分权力或资格,[15]倒逼企业诚信经营、个人诚信行为。因此,信用监管机关不仅要在作出惩戒决定时谨慎地考虑惩戒决定是否能够实现或有助于实现行政目的,实现这个目的所采取的手段、方式是否正确、适当,而且要在惩戒行为已经产生实际影响后,及时判断失信评价所依据的事实或者认定标准、依据是否发生改变,动态调整信用信息。

根据《社会信用体系建设规划纲要(2014—2020年)》(国发[2014]21号)、《国务院关于建立完善守信联合激励和失信联合惩戒制度加快推进社会诚信建设的指导意见》(国发[2016]33号)等文件的要求,包含信用惩戒措施、信用修复机制在内的所有信用监管措施的总目标是"促进市场主体依法诚信经营,维护市场正常秩序,营造诚信社会环境"。因此,要想判断相对人是否"纠正失信行为、消除不良影响",就要判断相对人在接受信用惩戒后作出的纠正行为,是否能够"促进市场主体依法诚信经营,维护市场正常秩序,营造诚信社会环境",并且在严格保障社会公众利益的前提下尽量放松该判断标准。

首先,需要判断相对人是否已经及时纠正失信 行为。信用惩戒措施通常会明确提出相对人应当在 一定期限内完成的义务,如要求未按时纳税的纳税 人完成相应补缴义务<sup>①</sup>。虽然失信行为对社会信用 秩序造成的损害是不可逆的,即使纠正失信行为可 能也无法使破镜重圆,但是只要相对人主动作出有 利于恢复被破坏的信用关系的行为时,如及时补缴 税款,就应当认定相对人在主观意愿和实际行动上 及时纠正了失信行为。

其次,还需要以成本收益分析的方法,对信用修复机制损益因素进行适当量化,在此基础上判断何种纠正行为的方法更有助于促成社会福利最优。<sup>[16]</sup>应当判断纠正行为所带来的利益是否大于失信行为造成的损害与信用修复所消耗的成本的总和。相对人要想消除不良影响,应当通过履行相应的义务承担实现相关利益的责任,在分析成本收益后修复损

① 参见《国家税务总局关于纳税信用修复有关事项的公告》(国家税务总局公告 2019 年第 37 号)。

失、尽可能消除影响。

8

最后,在判断是否消除影响时,应针对影响程度 不同的失信行为设置松紧不同的识别标准。严重危 害人民群众身体健康和生命安全、严重破坏市场公 平竞争秩序和社会正常秩序、拒不履行法定义务严 重影响司法机关和行政机关公信力、拒不履行国防 义务等严重违法失信行为<sup>①</sup>,几乎无法消除影响,需 要严格限制修复机制的启动;而对于一般失信行为, 只要惩戒措施起到了合理而适度的威慑作用,相对 人承担了一定的失信成本并在主观意愿和实际行动 上都力图消除不良影响,就应当予以信用修复。

### (二)满足相应级别的信息披露期限要求

信息时代下数据高速流通,信用监管机关一旦将失信信息公布于众,则很难撤回,即使相对人对失信行为进行了纠正、弥补,在技术上也不能真正彻底地删除数据,实现失信信息真正"被遗忘"的目的。[17]但是信用信息是动态的,当失信信息满足披露的期限要求后,不应当再成为对信用主体产生消极影响的媒介,这是启动信用修复机制的程序性条件。

相较于其他方式,被遗忘权的行使是实现信用信息自决最为直接的方式,<sup>[18]</sup>明确失信信息披露的时长则是保障被遗忘权的最为有效的进路。被遗忘权的法理基础之一是私生活安宁,强调当下不受打扰或未来不受威胁,<sup>[19]</sup>是动态自我对现代信息技术威胁的合法回应。失信信息披露的时间标准应针对不同的失信行为进行综合考量、分类设置。目前一般做法是将失信记录保留5年<sup>②</sup>,5年内未再发生失信行为的,可以申请移出名单。在期限届满后,之前的失信信息就不能成为信用评价或信用惩戒的依据.原则上不应再对相对人产生负面影响。

当然,失信记录的时长也可以灵活调整。比如对在商业领域作出违法失信行为的自然人,其造成的危害一般是比较轻微的,可以考虑采用较短的记录期限,如1至2年<sup>③</sup>;若在重点监管领域失信情节严重,在社会上产生了很大的负面影响,可以设置较长时间的记录期限,甚至可以划入保留时间标准最长的等级,如船舶发生较大等级及以上水上交通事

故,承担责任船员的失信记录期限长达 5 至 7 年<sup>④</sup>; 另外,对于主动纠正自己的失信行为的,或者有多项 失信行为的,信用监管机关可以视具体情况对记录 期限进行缩短或延长<sup>⑤</sup>。

### (三)完成信用修复守信承诺

守信承诺逐渐成为了信用修复申请的一个法定程序,<sup>[20]</sup>相对人必须依法作出承诺后才拥有修复申请权。这体现了正当程序原则的基本内涵,即依法享有程序地位的相对人可以通过程序来行使其程序权利,也可以通过程序使其基本权利具体化。

守信承诺是相对人遵守诚信原则,对信用修复的自主承诺、自行负责,应当是信用修复机制启动的程序性要求。民法上的诚信原则被认为是"帝王条款",<sup>[21]</sup>在行政法语境下经类推适用、直接适用的发展变迁后,逐渐确定了行政法律关系中双方主体之间行使权利、履行义务时应当保持诚实信用的通识。诚然,诚信原则具有双面性,不但拘束行政机关,人民亦受有拘束,<sup>[22]</sup>相对人在依法作出承诺后,将受到守信承诺的约束,若再作出失信行为,会依照有关法律、法规规定与守信承诺内容接受行政执法部门给予的惩戒,并依法承担相应责任。

从价值层面上来说,信用修复守信承诺制度能够推进社会信用体系建设、强化公民诚信守法责任意识。现代社会信用关系不断扩展,交易、交往的双方可以通过网络了解对方的信用状况,因此,如果一个相对人遵守了守信承诺、守信现状较好,与其交易、交往的风险就会相对较低,相对人可以自主预测其行为、进行社会活动,促进现代社会信用关系的发展,久而久之将会出现良性循环,营造浓厚的诚信氛围和主流价值,全面提升社会的诚信水平。

从工具层面上来说,现代行政要求实现一定的效率价值,信用修复守信承诺制度能够促进信用监管措施规范化、自动化,减少人为因素,保证公平和效率的协调。一般来说,信用修复守信承诺书会要求相对人承诺"若违背上述承诺内容,自愿接受相关行政处罚信息按最长公示期向社会公示,自愿接受有关违背承诺情况通报和公示,并承担相应的法律责任"<sup>⑥</sup>,这显然能够提升执法监管的效率,成为

① 参见《国务院关于建立完善守信联合激励和失信联合惩戒制度加快推进社会诚信建设的指导意见》(国发[2016]33号)。

② 参见《征信业管理条例》(中华人民共和国国务院令第631号)第16条及《严重违法失信企业名单管理暂行办法》(国家工商行政管理总局令第83号)。

③ 参见中国航空运输协会《民航旅客不文明行为记录管理办法(试行)》。

④ 参见《海事信用信息管理办法》(海政法[2017]202号)。

⑤ 参见《最高人民法院关于修改〈最高人民法院关于公布失信被执行人名单信息的若干规定〉的决定》(法释[2017]7号)第2条。

⑥ 参见《承诺书推荐模板》,访问网址: https://www.creditchina.gov.cn/xycn/cnstjmb/202011/P020201111505479968224.docx,最后访问日期: 2021 年 7 月 14 日。

了是否受理修复申请的重要考量因素。

在信用修复主体设置守信承诺的内容方面,虽可不拘泥于具体的失信行为,但仍要受到一定程度的合理限制,应当与具体的失信行为有实质性关联。第一,信用修复主体必须考虑该守信承诺能否实现或有助于实现行政目的,实现这个目的所采取的手段、方式是否正确、适当。比如对关于环境保护类的失信行为,不应将与失信行为无关联的慈善捐助荣誉记录作为信用修复的条件。第二,信用修复主体不仅需要进行价值判断和选择,还需要考虑诸多的技术标准要素。[23]从形式上说,相对人除了可以承诺不再作出类似行为之外,还可以承诺在一定期限内参加信用培训、志愿服务、积极履行义务等活动,以最大限度地证明其纠正行为的态度已达到信用恢复的程度。在统一基本格式的情况下,信用修复主体应当给予相对人一定限度的自由承诺权。

### 四、信用修复机制的修构

国家发改委于2019年4月30日印发了《国家 发展改革委办公厅关于进一步完善"信用中国"网 站及地方信用门户网站行政处罚信息信用修复机制 的通知》(发改办财金[2019]527号),将行政处罚 信息划分为涉及严重失信行为的行政处罚信息和涉 及一般失信行为的行政处罚信息,并分别规定了信 息范围、公示期限、修复规则。后来,在《国务院办 公厅关于进一步完善失信约束制度构建诚信建设长 效机制的指导意见》(国办发[2020]49号)"建立健 全信用修复配套机制""提高信用修复效率"的要求 下,国家发改委总结各领域信用修复工作积累的有 益经验,针对实践中存在的信用修复配套机制不完 善、修复效率有待提高等问题,设计了包含行政处罚 信息在内的范围更广的信用修复机制,并于2021年 5月12日公布《信用修复管理办法(试行)(征求意 见稿)》公开征求意见。该征求意见稿虽然声明将 所有对信用主体信用状况具有负面影响的信息都纳 入调整的范畴内,但在分则中仍仅规定了行政处罚 信息信用修复的条件和程序,并仅提供了将信用主 体移出名单,终止失信信息公示,以及标注、屏蔽或 删除失信信息等修复方式,没有具体规定一个科学、 合理、有效的信用修复机制。无论是信用监管主体 还是相对人都需要有法可依,因此信用修复机制的 法治化才是解决上述问题的"定海神针",才能为从 业主体、执法部门、司法机关提供坚实的规范基础和 行为依据。

### (一)信用修复主体及其权限

实践中,各地信用修复的受理主体并不是唯一的,相对人可以直接向原失信信息提供单位提出申请,也可以通过"信用中国"网站或者各地公共信用信息服务中心提交修复申请。这种"多方受理"的模式存在增加信用修复成本、增加相对人的申请负担等问题,应当尽快建立"一方综合受理、后台分类审批、多方协作配合"的新模式,由县级以上信用修复机关主导,各公共信用信息公示平台协同配合,提升信用修复机制的整体效率。

要想实现"一窗受理、集成服务",首先应当明 确信用修复机关即信用修复的受理主体,是指接受 相对人信用修复申请、审查信用修复材料并且作出 修复决定的单位。以"谁评价、谁修复"为原则,受 理单位一般是作出失信评价、作出惩戒决定的单位, 例如对社会法人或自然人违法、失信行为作出信用 惩戒行为的行政机关。这些行政机关拥有最权威、 全面的信用信息,可实现对失信信息的集中管理与 实时更新。为改变信用修复申请窗口"遍地开花" 的现状,应当由信用修复机关统一接收修复信用申 请,并在各省市政务服务中心内开设信用修复申请 窗口,开通网上申请渠道,经充分审查后作出修复决 定。其次,要完善信用修复主体与数据处理主体的 协调联动机制,建立统一备案、及时通知的共享数据 库,实现信用修复申请与处理一体化。"信用中国" 网站、各省市公共信用信息服务中心、国家信用中心 等数据处理主体应当在收到信用修复主体同意修复 的意见后,及时撤下、修改或以其他方式对公示的信 用信息进行处理。信用修复的数据处理环节要求信 用修复信息快速共享至全国信用信息公示平台,在 程序上保障信用信息在全国范围内实现动态变动, 保障相对人的信用得以恢复。这会直接帮助相对人 对个人信誉的及时补救,促进其正常生产生活以及 社会和市场信誉的恢复。

### (二)统一的信用修复核心流程

信用修复主体对相对人进行信用修复,采取依职权和依申请的方式。法律、法规、规章规定失信信息公示、惩戒措施实施满足一定期限的,或者信用修复机关认为对相对人权益有重大影响的,信用修复机关应当依职权予以信用修复。

此外,如果相对人已经实质上改变了信用状态,就有权向信用修复机关提出申请,在程序上更正信用公示信息,修复信用状态。依职权信用修复流程可以参考行政机关依职权公开政府信息的流程设

计,不再赘述;依申请信用修复机制因涉及文书的使 用规则等更为繁琐,此处作简要展开。

依申请信用修复机制的起始点是信用信息异议机制, [24]《征信业管理条例》和《个人信用信息基础数据库管理暂行办法》(中国人民银行令[2005]第3号)规定,信用信息主体如果认为征信机构采集、保存、提供的信息存在错误、遗漏的,有权向征信机构或者信息提供者提出异议,要求更正。在此基础上,国家发改委、中国人民银行于2017年联合发布了《关于加强和规范守信联合激励和失信联合惩戒对象名单管理工作的指导意见》(发改财金规[2017]1798号),鼓励和支持自主修复信用,以期实现相对人自我纠错、主动自新的良性循环。

信用修复申请人提交修复申请书、守信承诺书 及其他材料时,信用修复主体应同时审查是否符合 修复的形式条件,对于材料不全的,当场一次性告知 应补正资料,保障相对人的程序性权利。现代行政 程序要求行政机关提高行政效率和降低行政成本。 受理申请后,专门负责审查信用修复的部门对上述 证明材料进行实质性审查,提出是否同意修复信用 的意见,并及时在公共信用信息平台上公示。

此外,在删除失信信息的同时也应当解除对相对人资格的限制,因为具体执行资格限制措施的主体不限于作出惩戒决定的行政机关,还可能是协助执行或联合执行的其他行政主体、社会组织或市场主体,如商务部、中国铁路总公司、某行业协会、某个公司等,所以要特别关注对限制资格类信用惩戒措施解除信息的通知,及时在信用信息公示平台上共享数据,及时通知协助或联合执行信用惩戒措施的主体,对于同一失信行为实现一处修复、处处修复。

### (三)差别化的信用修复方式

信用修复最直接的方式是删除失信信息,即将信用改良者从失信名单中剔除。删除修复主体的失信信息,可以及时停止对修复主体名誉和信用上的持续贬损,保护相对人对其个人信息的有效控制,控制隐私和个人信息的外泄。这种直接删除失信信息的方式目前最为常见,但是其修复效果是存疑的:即使信用修复机关在公共信用信息查询平台上删除了失信信息,也无法保证这些信息被其他市场主体保存、传播和使用。[25]因此,应当补充多种信用修复方式,对失信程度不同的行为分别采取差别化的修复

方式,构建更科学有效的信用修复规则。

第一,删除式修复适用于一般失信行为信息。 相对人满足信用修复启动条件后,信用修复机关通 过删除失信信息<sup>①</sup>、通知公示平台撤销失信信息来 恢复其信用,这是信用修复的一般方式。

第二,严重失信行为信息影响范围广、强度大, 应在满足修复条件后,经修复主体审议决定,适合采取标注式修复方式。一方面,标记式修复方式能够 保障公众知情权,因为严重失信行为对社会秩序造成了破坏,这些记录都应当供公众所参考;另一方面,标记式修复方式能够为相对人提供必要的救济,确保他人查看相对人信用状况时能获知相对人已经纠正失信行为、消除不良影响、作出守信承诺,不影响以后对其信用状况作出准确判断。修复主体作出信用修复决定后,将通知数据处理主体在失信信息上进行标注,标注内容可以是"已整改到位,不再进行惩戒"等,并且在全国范围内实现数据共享。

第三,如果失信行为未达到严重程度,且相对人 认为删除失信信息也无法改善申请人的信用状况 的,可以向修复主体申请自主解释式修复。经信用 部门同意后,信用主体可以直接在相对应失信信息 的正下方作解释,或者单独发布"本人声明"等信息 进行自主解释,且在全国范围内公开。

### (四)信用修复异议程序

第一,如果信用修复申请人认为行政机关作出的不予修复决定有误,造成自己的合法权益受损,有权向该机关提出书面异议并提交相关证明材料,信用修复主体必须按照专门异议处理程序进行调查和处理。信用修复主体的纠错应当迅速,尽量减少对相对人合法权益的侵害。

第二,收到材料后,信用修复主体专门负责复核 异议的部门对上述证明材料进行重新核查。如果核 查结果证明不予修复决定无误,信用修复主体将书 面告知相对人此异议的处理结果;如果不予修复决 定有误,信用修复主体需要在书面告知相对人后,及 时通知信用信息处理主体与协助或联合执行信用惩 戒措施的主体等,尽快解除对相对人的限制。

第三,若不予修复决定确有错误,使得相对人的 权利受到了事实上的侵害,相对人可以申请国家赔 偿。信用惩戒措施不仅影响了相对人的交易机会、 准入门槛,更贬损了其名誉、降低了其社会评价,还

① 如根据《最高人民法院关于公布失信被执行人名单信息的若干规定》,失信被执行人积极履行生效法律文书确定义务或主动纠正失信行为的,人民法院可以决定提前删除失信信息。

有可能侵害到一部分人的人格尊严,使其在精神层面上受到打击。所以已经申请修复、但被错误地拒绝修复的相对人可以申请财产上的赔偿,也有权申请精神抚慰金,还可以申请相关主体公开道歉。不过,哪些情形属于赔偿范围、受损权益应当如何衡量、精神损害赔偿的赔偿标准等仍待详细规定。

第四,异议申请被驳回后,若相对人不服,还可以提起行政诉讼,请求法院定纷止争。除传统救济途径外,一些学者还提出应当适用预防性行政诉讼,允许相关公民、法人或其他组织依据法律的预防性,在即将受到不予修复带来的不必要、无法补救的侵害时提起行政诉讼,阻止这种未来侵害的发生。[26]

第五,对程序权利的保障不应影响实体公正的 实现,更不应成为相对人规避或延缓实体惩戒措施 实施的借口。因此,在信用修复主体核实查验异议 期间,信用惩戒措施不暂停执行。

### 五、结语

信用监管工具的运行过程牵涉多种权力运行的合法性、合理性问题,尤其是大量信用监管规范错误地将违法和失信完全等同,一味地扩大涉信领域,<sup>[27]</sup>更需要加快推进社会信用体系的制度建设。中共中央在《法治社会建设实施纲要(2020—2025年)》中再次强调信用建设是国家治理体系和治理能力现代化的重要一环,部署了建立信用修复机制和异议制度、鼓励和引导失信主体主动纠正违法失信行为诚信建设长效机制等任务。只有立足现实,在正当程序原则的指引下完善信用修复机制,方可使信用惩戒措施真正实现约束权力和保障权利的目的,在兼顾公共利益的前提下最大限度地保障信用主体合法权益,形成有序、稳定的诚信社会环境。

### 参考文献:

- [1]连维良. 积极作为 大胆创新 扎实推进新型信用监管落地见效[J]. 中国信用,2019(8):10.
- [2] 江利红. 行政过程的阶段性法律构造分析——从行政过程论的视角出发[J]. 政治与法律,2013(1):140.
- [3]周佑勇. 作为过程的行政调查——在一种新研究范式下的考察[J]. 法商研究,2006(1):130.
- [4] 范伟. 行政黑名单制度的法律属性及其控制——基于行政过程论视角的分析[J]. 政治与法律,2018(9):98.
- [5] 周佑勇. 行政法的正当程序原则[J]. 中国社会科学,2004(4):118-119.
- [6] 崔卓兰. 论确立行政法中公民与政府的平等关系[J]. 中国法学,1995(4):63.
- [7]王锡锌. 行政行为无效理论与相对人抵抗权问题探讨[J]. 法学,2001(10):19.
- [8]李树忠. 迈向"实质法治"——历史进程中的十八届四中全会《决定》[J]. 当代法学,2015,29(1);3.
- [9]约翰·罗尔斯. 正义论[M]. 何怀宏,何包钢,廖申白,译. 北京:中国社会科学出版社,1988;86.
- [10] 刘俊海. 信用责任:正在生长中的第四大法律责任[J]. 法学论坛,2019,34(6):14.
- [11] 国办文件"规范完善失信约束制度": 不得随意增设惩戒措施或加重惩戒[EB/OL]. (2020-12-18) [2021-04-14]. http://www.xinhuanet.com/politics/2020-12/18/c\_1126879227. htm.
- [12] 姜明安. 论行政自由裁量权及其法律控制[J]. 法学研究,1993(1):62.
- [13] 王万华. 法治政府建设的程序主义进路[J]. 法学研究,2013,35(4):111.
- [14] 黄学贤. 正当程序有效运作的行政法保障——对中国正当程序理论研究与实践发展的学术梳理[J]. 学习与探索, 2013 (9):64.
- [15] 王伟. 失信惩戒的类型化规制研究——兼论社会信用法的规则设计[J]. 中州学刊, 2019(5): 47.
- [16] 戴昕, 张永健. 比例原则还是成本收益分析法学方法的批判性重构[J]. 中外法学, 2018, 30(6): 1525.
- [17]郑志峰. 网络社会的被遗忘权研究[J]. 法商研究,2015,32(6):54.
- [18] 兰登·温纳. 自主性技术:作为政治思想主题的失控技术[M]. 杨海燕,译. 北京:北京大学出版社,2014:12.
- [19] 蔡培如. 被遗忘权制度的反思与再建构[J]. 清华法学,2019,13(5):177.
- [20]张鲁萍. 公法视域下的信用承诺及其规制研究[J]. 哈尔滨工业大学学报(社会科学版),2020,22(5);24.
- [21]霍布斯. 利维坦[M]. 黎思复,黎廷弼,译. 北京:商务印书馆,1985:100.
- [22]李惠宗. 行政法要义[M]. 台北:元照出版公司,2012:143.
- [23] 卢护锋. 信用修复的实践误区及其立法应对[J]. 广东社会科学, 2020(6): 230.
- [24]刘瑛. 信用修复的法理依据及类型化实施研究[J]. 中国信用,2019(12):115.
- [25] 戴昕. 声誉如何修复[J]. 中国法律评论,2021(1):138.
- [26]解志勇. 预防性行政诉讼[J]. 法学研究,2010,32(4):172.
- [27]沈岿. 社会信用体系建设的法治之道[J]. 中国法学,2019(5):41.

唐刚. 习近平法治思想中的全球海洋治理理论及实现路径[J]. 中国海商法研究,2021,32(3):12-20

### 习近平法治思想中的全球海洋治理理论及实现路径

### 唐 刚

(武汉大学 国际法研究所,湖北 武汉 430072)

摘要: 习近平法治思想中的全球海洋治理理论主要包括建设海洋强国; 共同建设"21 世纪海上丝绸之路"; 发展蓝色伙伴关系; 构建海洋命运共同体, 推动全球海洋治理体系变革等内容。它不仅发展了马克思主义海洋治理理论、弘扬了中国传统优秀的海洋治理观、丰富了当代中国的海洋治理思想, 而且还为全球海洋治理变革提供指引、为解决海洋争端贡献中国智慧、为建立新的海洋秩序指明方向。加强相关理论的解读和宣传, 凝聚全球海洋治理共识; 积极参与全球海洋治理变革, 贡献中国智慧与中国方案; 坚持共商共建共享原则, 通过对话协商解决海洋争端; 彰显担当、责任与使命, 推动全球海洋治理国际合作, 这是实现习近平法治思想中的全球海洋治理理论的路径选择。

关键词:习近平法治思想;全球海洋治理理论;海洋强国战略;共同建设"21世纪海上丝绸之路";海洋命运共同体

中图分类号:D993.5 文献标志码:A 文章编号:2096-028X(2021)03-0012-09

# The global ocean governance theory in Xi Jinping Thought on the Rule of Law and its realization path $TANG\ Gang$

(Institute of International Law, Wuhan University, Wuhan 430072, China)

Abstract: The global ocean governance theory in Xi Jinping Thought on the Rule of Law mainly includes the implementation of the maritime power strategy, jointly building the "21st Century Maritime Silk Road", the development of blue partnerships, the construction of a community with shared future for ocean, promotion of global ocean governance systems reform. It not only promotes the development of Marxist ocean governance theory, promotes the excellent traditional Chinese ocean governance theory, enriches contemporary China's ocean governance theories, but also provides guidance for global ocean governance reforms, contributes Chinese wisdom to resolving ocean disputes, and points out the direction to the establishment of a new maritime order. Strengthening the interpretation and publicity of related theories to build consensus on global ocean governance; actively participating in global ocean governance reform and contributing Chinese wisdom and Chinese approach; adhering to the principle of extensive consultation, joint contribution and sharing, and resolving maritime disputes through dialogue and consultation; highlighting responsibility and mission, promoting international cooperation in global ocean governance, are the realization path of the global ocean governance theory in Xi Jinping Thought on the Rule of Law.

**Key words:** Xi Jinping Thought on the Rule of Law; global ocean governance theory; maritime power strategy; jointly build the "21st Century Maritime Silk Road"; a community with shared future for ocean

2020年11月16日至17日,中央全面依法治国工作会议正式确立了习近平法治思想,并将其明确为全面依法治国的指导思想。[1] 习近平法治思想包

括国内法治和涉外法治,兼顾国内治理和国际治理, 包涵了丰富的国际法内容,<sup>[2]</sup>而在国际治理层面,全 球海洋治理无疑是其中的重要组成部分。21 世纪

收稿日期:2021-06-30

基金项目:2018年度国家社会科学基金重点项目"南海仲裁案后的南海法律问题研究"(18AFX026),2019年度国家社会科学基金重大研究专项"基于中国立场的海洋争端解决机制实证研究"(19VHQ008)

**作者简介:**唐刚(1987-),男,湖南邵阳人,武汉大学国际法研究所国际法专业博士研究生, E-mail: tanggang998@126. com。

被誉为"海洋世纪",然而随着人类对海洋开发利用程度的加深,海洋岛屿主权争夺与海洋划界争端、海洋环境污染与破坏、海上恐怖主义活动、海盗问题、过度捕捞、国际海底区域资源勘探开采等问题日益凸显,全球性海洋问题的频发催生了全球海洋治理。[3]党的十八大以来,习近平总书记高瞻远瞩,准确把握全球海洋治理大势,在多个不同场合就中国如何有效参与全球海洋治理作出系列重要论述,逐步形成习近平法治思想中的全球海洋治理理论,这既是习近平新时代中国特色社会主义思想理论创新的重要成果之一,同时又是中国参与全球海洋治理的行动指南。在该理论指导下,中国将更加积极主动地参与全球海洋治理体系变革,并为全球海洋治理作出应有的和更大的贡献。

### 一、习近平法治思想中的全球海洋治理 理论的主要内容

# (一)建设海洋强国,维护国家主权、安全和发展利益

中国既是陆地大国,同时又是海洋大国,中国大 陆海岸线长度约1.8万千米,根据《联合国海洋法公 约》的规定,中国主张管辖的海域面积约达 300 多万 平方千米,[4]拥有广泛的海洋利益。事实上,"海洋 事业关系民族生存发展状态,关系国家兴衰安 危"。[5]21世纪又被誉为海洋世纪,海洋与人类生产 生活以及一个国家的经济社会发展密切相关,建设 海洋强国也是中国特色社会主义事业的重要组成。 2012年党的十八大报告首次提出"建设海洋强国" 的构想,这为加快建设海洋强国、维护中国的海洋权 益指明方向。党的十八大以来,习近平总书记准确 把握时势、科学判定中国海洋治理新形势以及全球 海洋治理新情况,对建设海洋强国作出系统论述,并 强调:"建设海洋强国是中国特色社会主义事业的重 要组成部分。"[6] 该论述将建设海洋强国纳入中国 特色社会主义事业的范畴,有利于凝聚共识、提高思 想站位、整合各方力量、统筹推进海洋强国建设。随 着中国经济社会发展,中国对海洋资源勘探开发和 利用进入新阶段。在此背景下,习近平总书记统筹 国内国际两个大局,就加强海洋事务管理、建设海洋 强国作出更加深入的论述。例如,2017年10月,习 近平总书记在党的十九大报告中明确要求"坚持陆 海统筹,加快建设海洋强国"。[7] 2018年4月12日 在海南考察时的讲话中,习近平总书记再次指出: "一定要向海洋进军,加快建设海洋强国。"[8] 总之, 习近平总书记的这一系列重要论述,既回应了建设 海洋强国需要解决的现实问题,又为中国建设新型海洋强国指明了方向、提供了根本遵循,<sup>[9]</sup>对维护国家主权、安全和发展利益也具有重要现实指导价值。

# (二)共同建设"21世纪海上丝绸之路",增进海上互联互通

海上丝绸之路是中国对外联系、发展经济贸易、 开展友好往来的重要通道。进入21世纪以来,随着 经济全球化深入发展,世界各地的联系日益紧密,古 老的海上丝绸之路也重新焕发魅力与生机。2013 年10月3日.习近平总书记在印度尼西亚国会演讲 时提出共同建设"21世纪海上丝绸之路"的构想,并 深刻指出:共同建设"21世纪海上丝绸之路"需要 "坚持讲信修睦、坚持合作共赢、坚持守望相助、坚持 开放包容"。[10]共同建设"21世纪海上丝绸之路"是 "国际法上一种国际合作的新型态",[11]是"中国在 新的历史发展时期,作为负责任大国向国际社会提 供的公共产品",[12]旨在促进合作,增进海上互联互 通,它顺应经济全球化浪潮和海洋经济发展趋势,为 全球海洋治理搭建新的平台与合作纽带。自 2013 年该倡议被提出以来,共同建设"21世纪海上丝绸 之路"得到国际社会的广泛认同和积极参与,并在海 洋经济发展、海洋文化交流、海洋科研与执法合作等 领域取得早期成果,形成共同建设"21世纪海上丝 绸之路"的良好开端,也为推动全球海洋治理提供新 思路与新方案。

### (三)发展蓝色伙伴关系,增进各国在海洋事务中的协助与协调

2017年6月5日,在联合国海洋大会的第一天, 中国政府首次提出构建"蓝色伙伴关系"的倡议,以 增进全球海洋治理的平等与互信,推动构建更加公 正、合理与均衡的全球海洋治理体系。构建"蓝色伙 伴关系"不仅是全球海洋治理的热门话题之一,而且 还是习近平法治思想中的全球海洋治理理论的重要 组成。习近平总书记指出:"要促进海上互联互通和 各领域务实合作,积极发展'蓝色伙伴关系'"。[13]24 "蓝色伙伴关系"指以海洋领域可持续发展为目标, 在相互尊重、合作共赢的基础上建立的伙伴关系,它 强调共担责任、共享利益,增进各国在海洋事务中的 协助与协调,注重蓝色经济和绿色发展,推动海洋资 源可持续利用、海洋文化交融和海洋生态文明建设。 习近平总书记强调,要"推动蓝色经济发展,推动海 洋文化交融,共同增进海洋福祉。"[13]244 全球海洋面 积虽然广袤、资源丰富,但如果过度开发、忽视海洋 环境保护,最终必将危及人类的生存与发展。因此,

要落实可持续发展理念,将发展海洋经济与生态文明建设结合,深化在海洋资源利用、海洋科技研发、海上交通运输等领域的合作,推动构建"蓝色伙伴关系"。<sup>[14]</sup>要突破全球海洋治理困局,积极参与海洋法律法规的制定,在新的海洋秩序构建中发挥更大作用。与其他国家共同开展海洋生态环境治理,深化与其他国家在海上传统与非传统安全领域的合作,加快海洋治理领域专业人才的培养步伐,不断增强在全球海洋治理议程设置、舆论引导、决策参考等方面的能力,推动构建中国—欧盟、中国—东盟、中国—太平洋岛国、中国—北极国家、中国—东盟、中国—太平洋岛国、中国—北极国家、中国—南美国家五大"蓝色伙伴关系"。<sup>[15]</sup>总之,"蓝色伙伴关系"是一种新型的海洋治理模式,<sup>[16]</sup>它既为全球海洋治理提供中国智慧与中国方案,又为构建公正合理的全球海洋治理体系提供动力与正能量。

# (四)构建海洋命运共同体,推动全球海洋治理体系变革

2019年4月23日,习近平总书记正式提出海洋 命运共同体这一重要理念,"我们人类居住的这个蓝 色星球,不是被海洋分割成了各个孤岛,而是被海洋 连结成了命运共同体",[13]463 海洋命运共同体既是 人类命运共同体理念在海洋领域的具体实践,又是 中国参与全球海洋治理的基本立场与方案。习近平 总书记指出:"大家应该相互尊重、平等相待、增进互 信……携手应对各类海上共同威胁和挑战,合力维 护海洋和平安宁。"[13]463 海洋命运共同体倡导树立 共同、综合、合作、可持续的新海洋安全理念,坚持平 等协商的争议解决理念,[17]140-142 为全球海洋治理体 系变革提供新方案。作为负责任的大国,中国将以 更加积极的姿态参与全球海洋治理。习近平总书记 在多个场合强调,要"提高我国参与全球治理的能 力",[18]448 这为提高中国参与全球海洋治理能力指 明方向。而海洋命运共同体既是对全球海洋问题的 有力回应,又是中国参与全球海洋治理的基本立场 与方案,将其融入全球海洋体系变革,"有利于维护 海洋的和平与安宁、共同增进海洋福祉:促进世界各 国承担保护海洋、保护地球的重要责任,"[19]对加强 海洋生态环境保护、推动全球海洋治理合作、维护各 国海洋权益也具有重要意义。

二、习近平法治思想中的全球海洋治理 理论的重要价值

#### (一)理论价值

1. 发展了马克思主义海洋治理理论 在马克思主义经典原著中, 虽然没有一篇文章 专门论述全球海洋治理,但在马克思、恩格斯的著作中却零星地分散着有关全球海洋治理的论述,并且这些论述是全面而深刻的。[20]

15世纪后期,随着新大陆发现和新航路开辟, 世界各地的联系日益紧密,葡萄牙、西班牙、荷兰、英 国等西方国家为拓展海外市场、传播宗教,将目光投 向广袤的海洋。新航路的开辟和地理大发现不仅使 部分西方国家在海外拥有殖民地,而且还打开了国 际市场,促进国家实力强大,也为资本主义发展积累 原始资本,欧洲贸易中心随之转移至大西洋沿岸。 得益于优越的地理位置,英国迅速成为大西洋航路 中心。在国家的鼓励和支持下,英国等西方国家从 海上迅速向外扩展,并率先完成工业革命,推动社会 生产力巨大发展。在此背景下,马克思和恩格斯看 到了利用海洋改变世界格局的巨大力量,也开始思 考海洋在国家富强和经济社会发展中的作用。马克 思指出:"资本主义生产方式只有在世界市场才能得 到最充分的发展。"[21]在人类传统的生产生活中,对 海洋的开发和利用局限于近海。随着工业革命兴起 和资本主义发展,发展海洋运输成为拓展世界市场 的迫切需要。资本主义在发展中正是重视海洋开发 利用和航运业发展,从而拓展海外市场、推动生产力 极大提升。马克思指出:"世界市场使商业航海业和 陆路交通得到巨大发展,这种发展又反过来促进工 业发展。"[22]从这里可以得知,马克思已认识到海洋 与经济发展之间存在相互推动、相互促进的关系。 然而,远洋运输业发展在给英国等资本主义国家带 来巨额财富和丰富劳动力的同时,也面临海盗等威 胁,于是资本主义国家开始意识到发展海军、保护远 洋运输的重要性,英国等国开始建立起强大的海军 来保护远洋运输,马克思将英国的强大归结为"殖民 地、海军和贸易"。[23]

习近平法治思想中的全球海洋治理理论对马克思全球海洋治理理论进行了深化与发展。习近平总书记指出:"海洋事业关系民族生存发展状态,关系国家兴衰安危。"<sup>[5]</sup>"海洋经济发展前途无量。建设海洋强国,必须进一步关心海洋、认识海洋、经略海洋,加快海洋科技创新步伐。"<sup>[13]243</sup> 习近平总书记的这些重要论述,不仅继承了马克思主义海洋治理理论,而且还推动了马克思主义海洋治理理论的发展。

习近平法治思想中的全球海洋治理理论还继承 并发展了马克思主义生态观。马克思强调加强生态 保护的重要性,强调人与自然建立和谐统一的关系。 马克思指出:"自然界是不依赖任何哲学而存在的; 它是我们人类(本身就是自然界的产物)赖以生存的基础。"<sup>[24]</sup>马克思在肯定人与自然的密切联系的基础上,强调加强环境保护的重要作用,因为生态环境恶化会压缩人类的生存与发展空间。因此,我们在经略海洋、发展海洋经济的同时,要遵循可持续发展观念,实现发展海洋经济与加强海洋环境保护的有机统一。综上,习近平法治思想中的全球海洋治理理论继承并发展了马克思主义生态观,强调在发展海洋经济时要加强海洋环境保护,保持海洋生态环境的稳定与平衡,实现可持续发展,"要高度重视海洋生态文明建设……为子孙后代留下一片碧海蓝天。"<sup>[13]244</sup>

### 2. 弘扬了中国传统优秀的海洋治理观

中华民族历来热爱海洋、敬畏海洋,在开发和利 用海洋过程中,形成了中国传统优秀的海洋治理观。 例如,儒家所倡导的"天人合一"观,强调在人与自 然的交互过程中,应主动协调人与自然的关系,寻求 人与自然共存共融。又如,道家的"道法自然"观, 强调宇宙万物由"道"衍生而来,"道"的运行也须遵 守自然规律,人类要尊重并顺应自然规律。习近平 总书记指出:"我们要像对待生命一样关爱海 洋。"[13]244 这正是儒家"天人合一"观、道家"道法自 然"观在海洋治理领域的具体体现,强调人与海洋的 共存共融,要求人类在开发和利用海洋过程中,也要 尊重海洋、合理利用海洋资源:尊重自然规律,对海 洋资源应取之有节、用之有度。此外,佛家的"众生 平等"观强调世间万物是平等的,人类要善待万物、 保护万物。关于如何推动构建海洋命运共同体,习 近平总书记指出:"大家应该相互尊重、平等相待、增 进互信",[13]463"各国应坚持平等协商……推动涉海 分歧妥善解决"。[13]244 这既是海洋命运共同体的规 划和行动指南,又是佛家"众生平等"观的具体体 现。总之,习近平法治思想中的全球海洋治理理论 内容丰富、博大精深,弘扬了中国传统优秀的海洋治 理观。同时,中国传统优秀的海洋治理观也为习近 平法治思想中的全球海洋治理理论增添了深厚的文 化底蕴。

### 3. 丰富了当代中国的海洋治理思想

新中国成立之初,面对国内外的严峻形势和复杂局面,毛泽东同志为维护国家海洋主权和安全,从战略高度来审视国家海洋建设,提出将沿海地区作为"临海防线"的战略决策。他在仔细研究中国周边海域安全现状的基础之上,明确提出"要建立一支我们自己的海军",并随即组建北海、东海和南海舰

队,同时收回海运主权,着手建立海洋制度,严厉谴 责西方敌对势力对中国的海上封锁和禁运。[25] 同 时,中国政府还积极开展维护海洋领土和领海主权 的活动,例如,1958年中国政府发表《中华人民共和 国政府关于领海的声明》。总之,毛泽东海洋治理理 论形成于当时特定的时代背景,侧重于发展海上军 事力量.对维护和捍卫国家海洋主权、推动建立海洋 制度具有重要意义。以邓小平同志为核心的党的第 二代领导集体审时度势,科学判定和平与发展是当 今时代的主题,提出近海防御战略,在处理海洋争端 时坚持"搁置争议、共同开发"的方针。以江泽民同 志为核心的党的第三代领导集体明确提出:"一定要 从战略的高度认识海洋,增强全民族的海洋观 念。"[26] 江泽民同志强调, 要提高全民族的海洋意 识、发展海洋经济、提高海洋资源综合管理能力、完 善海洋资源使用制度。在此期间,中国政府还批准 了《联合国海洋法公约》,颁布了《中华人民共和国 领海及毗连区法》《中华人民共和国专属经济区和 大陆架法》《海域使用管理办法》等,以更好地维护 海洋权益,也为解决涉海争端提供法律依据。以胡 锦涛同志为核心的党的第四代领导集体提出构建和 谐海洋的发展理念,将发展海洋经济上升为国家战 略,并坚持以和平方式解决海洋争端、维护世界和 平。2012年在党的十八大报告中,胡锦涛同志还首 次提出"建设海洋强国"的战略构想。[27]

总之,新中国成立以来,历代中央领导集体都非常重视全球海洋治理。习近平法治思想中的全球海洋治理理论继承了当代中国的海洋治理思想,例如,从"临海防线"的战略决策到"加快建设海洋强国";从"搁置争议、共同开发"到共同建设"21世纪海上丝绸之路";从发展海洋经济到发展"蓝色伙伴关系";从构建和谐海洋到构建海洋命运共同体等。这些理论不仅与党的十八大之前的海洋治理思想一脉相承,而且还立足于新情况、新形势和新需要,拓展并丰富了当代中国海洋治理思想,也为全球海洋治理贡献中国智慧与中国方案。

### (二)实践价值

### 1. 为全球海洋治理变革提供指引

海洋不仅为人类提供物质和能源,而且还是国家赖以生存和发展的战略空间。随着人类对海洋开发利用程度加深,尤其是 1982 年《联合国海洋法公约》开放签署以来,不同国家之间的海洋权益争端日趋激烈。[28]岛屿主权归属和海洋划界争端、海洋环境污染与生态破坏、海盗与海上恐怖主义活动、国际

海底区域资源勘探开发等,都对全球海洋治理变革提出新要求。在此背景下,国际社会更多关注的是影响力与日俱增的中国将给世界带来什么,中国将在全球海洋治理变革中扮演怎样的角色。为回应国际社会的关切,中国有必要阐明立场并为全球海洋治理贡献方案。在此背景下,习近平法治思想中的全球海洋治理理论应运而生,该理论既是中国参与全球海洋治理的集中表达,也为全球海洋治理变革提供指引,有利于寻求和扩大不同国家之间的利益交汇点,推动各国分享海洋经济发展的成果,推动构建更加公正、合理、公平的全球海洋治理体系,并引领全球海洋治理迈人新时代。[29]

### 2. 为解决海洋争端贡献中国智慧

在当前的全球海洋治理领域,传统安全和非传 统安全相互交织,不同国家之间的海洋争端依然存 在。进入21世纪以来,随着全球化发展和对海洋开 发利用程度加深,海洋争端有愈演愈烈之势。全球 海洋治理问题的频发,不仅影响海洋可持续发展,而 且还给世界和平安宁带来不稳定因素。因而如何妥 善解决海洋争端、维护国家利益,是对每个国家智慧 的考验。习近平法治思想中的全球海洋治理理论蕴 含丰富的内容,为解决海洋争端贡献中国智慧。例 如共同建设"21世纪海上丝绸之路"的提出,为全球 海洋治理合作搭建新平台,该理念坚持合作共赢、守 望相助,摒弃冷战思维,积极倡导综合安全、共同安 全、合作安全的新理念,有利于增进与海上丝绸之路 沿线国家在海洋非传统安全领域的合作,推动达成 更多共识,从而冷却海洋争端。[30]又如,在推动构建 海洋命运共同体的论述中,习近平总书记指出:"各 国应坚持平等协商 …… 推动涉海分歧妥善解 决",[13]244 并倡导"走互利共赢的海上安全之路,携 手应对各类海上共同威胁和挑战,合力维护海洋和 平安宁"。[13]243 此外,习近平总书记还指出:"要坚持 用和平方式、谈判方式解决争端,努力维护和平稳 定"、[6]"中方将……通过和平方式处理同有关国家 的领土主权和海洋权益争端"。[31]这些重要论述既 是习近平法治思想中的全球海洋治理理论的重要组 成,同时又为解决海洋争端贡献中国智慧。

### 3. 为建立新的海洋秩序指明方向

在西方国家的历史和现实中,充斥的是马汉海 权霸权论。随着时代的变化与发展,西方国家的这 种传统海洋战略理论越来越不适应当前全球海洋治 理需要。当今世界,推动构建海洋的综合利用,倡导 共同安全观,实现共同发展、利益共享是大势所趋。 习近平法治思想中的全球海洋治理理论吸收了马克思主义海洋治理理论的丰富营养,准确把握全球海洋治理变革的新形势以及中国海洋事业发展的客观规律,具有历史必然性。[32]同时,习近平法治思想中的全球海洋治理理论还从中国传统优秀的海洋治理观的层面出发,吸取儒家"天人合一"观、道家"道法自然"观、佛家"众生平等"观等传统文化精髓,坚持走和平发展道路,倡导共同利益观,遵循可持续发展观,"坚持通过和平、发展、合作、共赢的方式,扎实推进海洋强国建设",[33]努力化解分歧、消除误判,寻求和平、合作,为建立新的海洋秩序指明方向。

# 三、习近平法治思想中的全球海洋治理 理论的实现路径

当今世界正经历百年未有之大变局,中国通过和平崛起,正在日益走近世界舞台的中央,中国也将在世界舞台上发挥更大作用。习近平总书记指出:"要推动全球治理变革,推动构建人类命运共同体。"[34]而全球海洋治理是全球治理的重要组成,且离不开先进理论的指导。为更好地参与全球海洋治理体系变革、推动全球海洋治理合作、维护海洋权益,需要以习近平法治思想中的全球海洋治理理论为指引,持续为全球海洋治理贡献中国智慧与中国方案,推动中国在建立新的海洋秩序中发挥更大的作用力和影响力。

### (一)加强相关理论的解读和宣传,凝聚全球海 洋治理共识

作为全球海洋治理的新方案,习近平法治思想中的全球海洋治理理论不管在理论上还是在实践中,都具有重要意义。同时,一种新的理论要想被国际社会所认可与接受,首先应加强解读、作好宣传,使之为更多国家所了解、所接受,进而引领大家的行动。"越是中国的,就越是世界的",因此,要加强对习近平法治思想中的全球海洋治理理论的解读和宣传,将中国的全球海洋治理的理念、主张、成功实践和经验在国际层面加以宣传和推广,以提升中国在全球海洋治理体系变革中的话语权。

一方面,要创新宣传推广和传播的手段,"着力增强舆论宣传能力",<sup>[18]450</sup>综合运用学术研讨会、互联网、杂志、报纸等多种渠道和媒介"讲好中国故事",向国际社会阐述习近平法治思想全球海洋治理理论中的建设海洋强国、共同建设"21世纪海上丝绸之路"、发展蓝色伙伴关系、构建海洋命运共同体、推动全球海洋治理体系变革等内容,以提升国际社会对该理论的认同。2020年11月5日至6日,首届

"海洋合作与治理论坛"在海南省海口市举行,来自 28个国家、地区的500余名专家学者、驻华外交官、 前政要及相关涉海国际组织代表以线下、线上相结 合的方式与会,论坛旨在建立一个关注全球海洋问 题、探讨海洋治理、推动国际海洋合作的国际学术平 台。<sup>[35]</sup>类似的国际学术研讨会是解读和宣传习近平 法治思想中的全球海洋治理理论的重要平台,今后 应创造更多机会举办类似的国际学术研讨会,吸引 更多国家的专家学者参会,并以此为契机更加系统 和全面地阐述习近平法治思想中的全球海洋治理理 论,向国际社会传递中国参与全球海洋治理的理念 和主张,从而推动各国专家学者达成更多共识,使其 为更多国家所认可与接受。

另一方面,要充分发挥高等学校、科研院所等智 库作用,大力打造法治社会建设理论研究基地,[36] 并合作开展全球海洋治理的科学研究,加快专业人 才培养步伐。例如,在高等院校成立习近平法治思 想研究中心、举办"学习贯彻习近平法治思想理论研 讨会"等,以研究中心为平台、以举办研讨会为契机, 系统阐述习近平法治思想中的全球海洋治理理论, 扩大受众、凝聚共识,宣传中国经验、讲好中国故事。 习近平法治思想全球海洋治理理论中的海洋命运共 同体理念消除了西方"海权论"的霸权与欺凌行为, 坚持平等协商、同舟共济、权责共担、利益共享的基 本原则,蕴含可持续发展观、新安全观、共同利益观 等,[37]兼顾大多数国家利益,为全球海洋治理贡献 中国方案,得到越来越多的国家和国际组织认可,逐 步成为全球海洋治理共识。为深化互信,进一步凝 聚全球海洋治理共识,有必要与其他国家开展全球 海洋治理的科研合作,共同进行海洋生态环境保护、 海洋科研等方面的人才培养,共同分享智力成果。 还要培养"熟悉党和国家方针政策、了解中国国情、 具有全球视野、熟练运用外语、通晓国际规则、精通 国际谈判的专业人才"。[18]450 要充分发挥高等院校 的作用,培养更多掌握国际法学、国际政治、国际关 系、外语等专业知识的综合型人才,吸纳更多优秀学 者加强相关理论研究,资助更多优秀学者积极参与 全球海洋治理的学术研讨会、开展相关课题研究、发 表更多高水平的学术论文等。总之,通过合作开展 科学研究、加大专业人才培养力度,能增进了解、深 化互信,不失为凝聚全球海洋治理共识的有效途径。 在此基础上还能与其他国家相互学习,最终凝聚全 球海洋治理共识,推动形成规则体系和话语体系,提 升中国在全球海洋治理的话语权和影响力。[38]

### (二)积极参与全球海洋治理变革,贡献中国智慧与中国方案

长期以来,中国对全球海洋治理的参与度不高。 而习近平法治思想中的全球海洋治理理论蕴含着丰 富的内容,为中国参与全球海洋治理变革指明方向、 提供动力。习近平总书记指出:"我们要积极参与全 球治理,主动承担国际责任。"[18]449 目前,中国是世 界上第二大经济体,也是联合国安理会五大常任理 事国之一。中国的国际影响力与日俱增,在国际舞 台上发挥越来越大的作用,[39]中国应该以积极姿态 参与全球海洋治理,并贡献中国智慧与中国方案,始 终做全球海洋治理的维护者、海洋可持续发展的推 动者。例如,要"向海洋进军,加快建设海洋强 国",[40]扎实推进海洋强国战略、发展蓝色经济、强 化海洋科技创新。同时还要重视发挥现代科学技术 的作用,增加对海洋生态环保、防灾减灾、预警能力 和水平建设的支持,从而有效应对海洋危机事件,维 护海洋和谐与安宁,为全球海洋治理作出更多贡献。

各国在全球海洋治理中的行动还离不开规章制 度的约束。因此,要增进各国的联系与合作,加强相 互间的交流协商,推动形成更多有约束力的规章制 度。在全球海洋治理规章制度建设方面,习近平总 书记指出,要"积极参与制定海洋、极地等新兴领域 治理规则,推动改革全球治理体系中不公正不合理 的安排"。[18]448 中国在参与全球海洋治理规则制定 中,应改变以前参与度不足、作用不明显的局面,以 崭新姿态参与全球海洋治理规则的制定。例如,在 国际海底区域"开采法典"制定中,中国应发挥"引 领国"的作用,将海洋命运共同体理念融入其中,继 续坚持全人类共同继承财产原则,协调各方利益,对 "开采规章"和"环境规章"的草案文本提出具体的 修改建议。比如在第13条明确规定承包商的专属 权和优先权:在第54条中明确规定监督费用由海管 局承担。在"环境规章"草案文本中,有必要进一步 明确"环境管理和监督计划"与其他战略管理计划、 区域管理计划的关系;设置"适应性管理制度",并 考虑该制度实施后对承包商权益的救济方案。[41]又 如,推动制定国家管辖外海洋生物多样性养护和可 持续利用制度,为养护和可持续利用海洋生物多样 性提供法律依据,完善国家管辖外海洋生态环境保 护制度,应对海洋环境恶化与资源退化危 机。[17]145-146 在"区域"生物遗传资源分配上,唤起国 际社会的"命运共同体意识",坚持资源共享、责任 共担、规则共建,构建公正、合理的分配制度。[42]又

如,在参与南极治理规则制定时,要维护以《南极条 约》为核心的南极治理规则体系的稳定性及连续性, 持续冻结各国在南极的主权要求,并为创新南极的 和平利用规则而不断努力。[43] 而在参与北极治理规 则制定时,要维护以《联合国海洋法公约》为核心的 北极治理规则体系,并朝着冻结北极各国的外大陆 架申请、保持北冰洋国家管辖范围以外的公海法律 地位,维持主张国际海底区域作为全人类共同财产 的方向而努力。[44]同时还要发挥中国的安理会常任 理事国、国际海事组织理事国、南极条约协商国、北 极理事会的正式观察员国等身份优势,在南极和北 极的航运、环保、旅游、资源开发等领域主动提出自 己的议题,[43]使其顺利进入相关议程的讨论,并逐 步转化为极地治理共识,推动极地治理规则不断完 善,努力改变其中的不公正不合理安排,为世界上大 多数国家发声,维护大多数国家利益。此外,海洋命 运共同体是习近平法治思想全球海洋治理理论的重 要组成.又是人类命运共同体理念在海洋领域的具 体实践。因此,将习近平法治思想中的全球海洋治 理理论融入全球海洋治理规则体系,要"着力增强规 则制定能力、议程设置能力"。[18]450 目前,人类命运 共同体理念已多次被写入联合国的文件当中,生动 诠释着中国担当,也向国际社会阐明中国立场。在 全球海洋治理规则制定时,比较可行的方法是,今后 在全球海洋治理的文件签署、宣言或规则制定中,要 尽可能写入共同建设"21世纪海上丝绸之路"、发展 蓝色伙伴关系、构建海洋命运共同体等方面的内容, 提高中国在全球海洋治理规则制定中的参与度和话 语权,阐明中国立场、提供中国方案,并使之逐步成 为全球海洋治理的共同方案。

## (三)坚持共商共建共享原则,通过对话协商解决海洋争端

共同建设"21世纪海上丝绸之路",增进海上互联互通是习近平法治思想中的全球海洋治理理论的重要组成。"一带一路"是"丝绸之路经济带"和"21世纪海上丝绸之路"的简称,自 2013 年"一带一路"倡议被提出以来,截至 2021 年 1 月 30 日,中国与171个国家和国际组织,签署了 205 份共建"一带一路"合作文件,<sup>[45]</sup>并且这些文件均强调坚持共商共建共享原则。当前,共商共建共享原则逐步获得国际社会的普遍认可,具有普遍约束力并被适用于国际法各个领域。<sup>[46]</sup>因此,在落实习近平法治思想中的全球海洋治理理论的进程中,也要坚持共商共建共享原则,共同建设"21世纪海上丝绸之路"、构建

海洋命运共同体,共同迎接风险、应对挑战,拓展全球海洋治理的深度与广度,推动形成全球海洋治理的共同方案。"要坚持共商共建共享原则,使关于全球治理体系变革的主张转化为各方共识,形成一致行动。"[18]449 有必要在发挥现有合作机制的基础之上,针对当前全球海洋治理的主要风险和挑战,推动完善全球海洋治理合作机制。例如,完善全球海洋生态环境与保护治理机制、深海远洋立法、极地新规则等,健全区域海上安全合作机制,增强打击海盗、海上恐怖主义、海上走私等犯罪活动的实效,并合理平衡海洋保护与可持续利用,加强海洋治理机制协同增效和普惠,[47]共同应对全球海洋治理的挑战,让更多国家共享全球海洋治理成果。

此外,要妥善管控涉海分歧,坚持对话与协商, 和平解决海洋争端。海洋命运共同体理念强调对话 与协商、管控分歧、和平解决海洋争端, 习近平总书 记指出:"各国应坚持平等协商,完善危机沟通机制, 加强区域安全合作,推动涉海分歧妥善解决。"[13]464 事实上,当前在全球海洋治理领域,和平解决争端已 成为基本原则,它与《联合国海洋法公约》第279条、 第280条规定的"用和平方法解决争端"是一致的, 这是中国一贯主张的立场与坚守的原则,也是海洋 命运共同体理念的基本要求。因此,在解决海洋争 端中,要推动各国树立海洋命运共同体理念,相互尊 重、合作共赢,坚持对话与协商,妥善管控分歧,不断 寻求最大公约数、扩大合作面,加强协调合作,"走互 利共赢的海上安全之路,携手应对各类海上共同威 胁和挑战,合力维护海洋和平安宁",[13]463 共同推动 构建公正合理的全球海洋治理体系。然而在争端解 决中,对于根据《联合国海洋法公约》附件七提起的 滥诉,中国政府必须慎重对待,根据《联合国海洋法 公约》及相关国际法文件,向国际社会作出有理有利 的阐释,[48]坚持不接受、不参与、不承认、不执行的 立场。事实上,在争端当事国滥诉、国际司法机构缺 乏管辖权的前提下,争端当事国完全可以采取不应 诉、不参与、不承认的策略,这也是争端当事国的正 当权利。[49]此外,共同建设"21世纪海上丝绸之路" 倡导亲诚惠容、以邻为伴、与邻为善,在全球海洋治 理中落实该理念,要深化与周边海上邻国就海洋事 务的合作,继续推动共同建设"21世纪海上丝绸之 路",为周边海上邻国提供更多制度供给与公共产 品.[50] 深化在海洋资源勘探开发、海上搜救、打击海 上犯罪、海洋生态环境保护、海洋科学技术开发等领 域的互信与合作,推动情报信息共享,冷却并化解海

洋争端,最终为和平解决岛屿主权归属争端、海洋划界争端等创造有利条件。

### (四)彰显担当、责任与使命,推动全球海洋治 理国际合作

当前,全球海洋治理面临着岛屿主权归属与海 洋划界争端、海平面上升、海盗、海上恐怖主义活动、 海洋环境污染与破坏等问题,[51]所有国家都必须携 起手来、共同应对,增进就全球海洋治理的国际合 作,共担责任、共享成果。在推动落实习近平法治思 想中的全球海洋治理理论的过程中,要用该理论指 导实践,彰显负责任的大国形象,改变以前被动参与 全球海洋治理的局面,积极推动全球海洋治理国际 合作。从争取和维护国家利益的角度出发,寻找不 同的利益共同体,统筹推进国内法治和涉外法治,善 于运用法治参与国际事务,充分保障各方权益,维护 和平友好的国际关系,[52]推动全球海洋治理国际合 作。例如,在国家管辖海域外生物多样性(BBNJ)养 护与可持续利用协定、国际海底矿产资源开发规章 制定等深海远洋立法,南极环境保护与生物勘探、北 极生态环境保护与科学合作等极地新领域规则制 定,气候变化对海洋的影响、海洋垃圾处理、海洋酸 化和水下噪音防治等海洋新兴问题预防规则的制定 中,<sup>[47]</sup>将海洋命运共同体理念融入其中,并加强宣传和推广,在不同国家之间达成更多共识,推动形成更多可操作性强的规则。<sup>[53]</sup>又如,增进区域海洋事务的协调与协作,努力化解分歧,寻求最大公约数,推动构建区域海洋命运共同体,形成示范效应,进而更好地协调各国行动,深化全球海洋治理国际合作,携手应对全球海洋治理的新挑战,推动构建和平、友好、合作之海。

### 四、结语

习近平总书记针对全球海洋治理这一重大课题,以马克思主义政治家、思想家、战略家的睿智与气魄,谋划全球海洋治理的中国方案,为全球海洋问题找到一条行之有效的治理思路,<sup>[54]</sup>并逐步形成了习近平法治思想中的全球海洋治理理论。新时代背景下,为了让习近平法治思想中的全球海洋治理理论更好地发挥现实作用,应注重加强相关理论的学习、宣传和贯彻,深刻领悟其丰富内涵,并积极参与全球海洋治理变革,通过对话协商解决海洋争端,推动全球海洋治理国际合作,使其真正落实到位,让习近平法治思想中的全球海洋治理理论绽放时代风采、闪耀智慧光芒,也为推动全球海洋治理体系变革贡献中国智慧、提供中国方案。

#### 参考文献:

- [1]中国国际私法学会课题组. 习近平法治思想中的国际法治观[J]. 武大国际法评论,2021,5(1):1.
- [2]柳华文. 论习近平法治思想中的国际法要义[J]. 比较法研究,2020(6):1.
- [3]叶泉. 论全球海洋治理体系变革的中国角色与实现路径[J]. 国际观察,2020(5):75.
- [4]全永波,周鹏,王心.海洋权益管理与中国之实践[M].北京:经济日报出版社,2015:152.
- [5]蔡东海. 习近平在辽宁考察:深入实施创新驱动发展战略[N]. 辽宁日报,2013-09-02(1).
- [6]习近平在中共中央政治局第八次集体学习时强调 进一步关心海洋认识海洋经略海洋 推动海洋强国建设不断取得新成就 [N]. 人民日报,2013-08-01(1).
- [7]习近平. 决胜全面建成小康社会夺取新时代中国特色社会主义伟大胜利[M]. 北京:人民出版社,2017:23.
- [8]建设海洋强国,习近平从这些方面提出要求[EB/OL]. (2019-07-11)[2021-04-08]. http://cpc. people. com. cn/n1/2019/0711/c164113-31226894. html.
- [9]中共国家海洋局党组. 实现中华民族海洋强国梦的科学指南——深入学习习近平总书记关于海洋强国战略的重要论述 [J]. 求是,2017(17):25-27.
- [10] 习近平. 习近平谈治国理政(第一卷) [M]. 北京:外文出版社,2014.
- [11] 杨泽伟. 论 21 世纪海上丝绸之路建设对南海争端解决的影响[J]. 边界与海洋研究,2016,1(1):104.
- [12] 石静霞. "一带一路"倡议与国际法——基于国际公共产品供给视角的分析[J]. 中国社会科学,2021(1):156.
- [13] 习近平. 习近平谈治国理政(第三卷) [M]. 北京:外文出版社,2020.
- [14] 吴蔚. 构建海洋命运共同体的法治路径[J]. 国际问题研究,2021(2):104.
- [15] 樊纲, 胡振宇, 张洪云. 从战略高度推进蓝色伙伴关系建设开辟"十四五"全球海洋治理新境界[EB/OL]. (2020-06-23) [2021-04-11]. http://m. szeconomy. com/nd. jsp?mid=321&id=492&groupId=28.
- [16] 侯丽维, 张丽娜. 全球海洋治理视阈下南海"蓝色伙伴关系"的构建[J]. 南洋问题研究, 2019(3):61-62.
- [17]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,2019,33(5).
- [18] 习近平. 习近平谈治国理政(第二卷) [M]. 北京:外文出版社,2017.

- [19] 陈娜, 陈明富. 习近平关于海洋命运共同体重要论述的科学内涵与时代意义[J]. 邓小平研究, 2019(5):70-71.
- [20]魏斌. 习近平海洋强国战略思想研究[D]. 杭州:浙江师范大学,2017:15.
- [21]马克思. 资本论(第一卷)[M]. 中共中央马克思恩格斯列宁斯大林著作编译局, 译. 北京:人民出版社, 2004:411.
- [22]马克思,恩格斯. 马克思恩格斯文集(第二卷)[M]. 中共中央马克思恩格斯列宁斯大林著作编译局,编译. 北京:人民出版社 2009·32.
- [23]马克思,恩格斯. 马克思恩格斯文集(第六卷)[M]. 中共中央马克思恩格斯列宁斯大林著作编译局,编译. 北京:人民出版社,2009:95.
- [24]马克思,恩格斯. 马克思恩格斯选集(第四卷)[M]. 中共中央马克思恩格斯列宁斯大林著作编译局,编译. 北京:人民出版社,2012;228.
- [25]张俏. 习近平海洋思想研究[D]. 大连:大连海事大学,2016:33-35.
- [26] 陈万军,司彦文,冯春梅. 60 年碧海铸剑,春晖万里映海疆——党中央、中央军委关心人民海军建设和发展纪实[N]. 人民日报,2009-04-23(5).
- [27]胡锦涛. 坚定不移沿着中国特色社会主义道路前进 为全面建成小康社会而奋斗[N]. 人民日报,2012-11-18(1).
- [28] 薛桂芳.《联合国海洋法公约》与国家实践[M]. 北京:海洋出版社,2011:57-58.
- [29]马金星. 全球海洋治理视域下构建"海洋命运共同体"的意涵及路径[J]. 太平洋学报,2020,28(9):1-2.
- [30] YANG Z. Building the 21st-Century Maritime Silk Road: its impact on the peaceful use of the South China Sea[J]. China and WTO Review, 2016, 2(1):89.
- [31] 习近平. 携手开创亚洲安全和发展新局面——在亚信第五次峰会上的讲话[J]. 人民日报,2019-06-16(2).
- [32]王建友. 习近平建设海洋强国战略探析[J]. 辽宁师范大学学报(社会科学版),2019,42(5):112.
- [33] 王宏. 海洋强国建设助推实现中国梦[N]. 人民日报,2017-11-20(7).
- [34]习近平在中央全面依法治国工作会议上强调 坚定不移走中国特色社会主义法治道路 为全面建设社会主义现代化国家提供有力法治保障[N].人民日报,2020-11-18(1).
- [35]全球海洋治理体系面临前所未有的危机[EB/OL]. (2020-11-07)[2021-04-13]. http://www.nanhai.org.cn/news\_c/1262/35/2, html.
- [36]中共中央印发法治社会建设实施纲要(二〇二〇—二〇二五年)[N]. 人民日报,2020-12-08(1).
- [37]李国选. 海洋命运共同体对西方海权论的超越[J]. 浙江海洋大学学报(人文科学版), 2019, 36(5); 18-21.
- [38] 唐刚. 人类命运共同体理念融入全球海洋治理体系变革的思考[J]. 南海学刊, 2021, 7(1):64.
- [39] 黄进. 习近平全球治理与国际法治思想研究[J]. 中国法学,2017(5):6-7.
- [40] 习近平在海南考察时强调 以更高站位更宽视野推进改革开放 真抓实干加快建设美好新海南[EB/OL]. (2018-04-13) [2021-04-15]. http://www.gov.cn/xinwen/2018-04/13/content\_5282285. htm.
- [41] 杨泽伟. 国际海底区域"开采法典"的制定与中国的应有立场[J]. 当代法学, 2018, 32(2): 31-33.
- [42]李志文. 国家管辖外海域遗传资源分配的国际法秩序——以"人类命运共同体"理念为视阈[J]. 吉林大学社会科学学报, 2018,58(6):36.
- [43] 杨华. 中国参与极地全球治理的法治构建[J]. 中国法学,2020(6):215.
- [44] 吴迪. 北极地区 200 海里外大陆架划界法律问题研究[J]. 极地研究,2011,23(3):223.
- [45]中华人民共和国商务部. 商务部召开 2020 年商务工作及运行情况新闻发布会[EB/OL]. [2021-04-18]. http://www.mofcom.gov.cn/xwfbh/20210129. shtml.
- [46] 杨泽伟. 共商共建共享原则: 国际法基本原则的新发展[J]. 阅江学刊, 2020, 12(1): 86-89.
- [47] 国际海洋法的发展及中国主张——外交部条法司贾桂德司长在"海洋法发展、挑战与前瞻"国际研讨会上的主旨演讲 [EB/OL]. (2020-04-09) [2021-04-20]. https://www. 163. com/dy/article/G74P2PRS0511KMS0. html.
- [48] 高圣惕. 论中菲南海仲裁案之"无效性"[J]. 国际问题研究,2015(5):89.
- [49]张华. 俄罗斯不应诉"北极日出号"案及其对中国的启示[J]. 俄罗斯研究,2014(6):33.
- [50] 杨泽伟. "一带一路" 倡议与国际规则体系研究 [M]. 北京: 法律出版社, 2020: 179-182.
- [51] 黄惠康. 国际海洋法前沿值得关注的十大问题[J]. 边界与海洋研究,2019,4(1):6-7.
- [52] 卓泽渊. 习近平法治思想要义的法理解读[J]. 中国法学,2021(1):24-25.
- [53]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): 111.
- [54] 孔庆江. 习近平法治思想中的全球治理观[J]. 政法论坛,2021,39(1):3.

王泽林. 外国军舰在俄罗斯北方海航道领海的无害通过: 理论、实践与借鉴[J]. 中国海商法研究, 2021, 32(3): 21-32

### 外国军舰在俄罗斯北方海航道领海的无害通过: 理论、实践与借鉴

### 王泽林

(西北政法大学 国际法学院,陕西 西安 710063)

摘要:自20世纪60年代美国军舰在北方海航道领海航行受阻后,外国军舰在该航道领海的航行冲突至今未能解决。对于外国军舰是否享有领海的无害通过权这一问题,从苏联到俄罗斯立场经历三次转变,俄罗斯目前虽然承认外国军舰享有该项权利,但是2019年制定的法规草案要求外国军舰通过北方海航道的领海需向俄罗斯提前通知,对原先的立场作出修正。《联合国海洋法公约》对这一问题规定模糊,国家在实践中形成三种做法,分别是事先批准、事先通知和无需批准或通知。规范军舰无害通过领海的习惯国际法并未形成,中国坚持军舰进入中国领海需要事先获得批准,这一立场近年持续遭到美国的挑战。俄罗斯的实践操作以及对国际规则的解释和利用对中国处理相关争端具有借鉴意义。

关键词:军舰:北方海航道:领海:无害通过权:冰封区域

中图分类号:D993.5 文献标志码:A 文章编号:2096-028X(2021)03-0021-12

### Foreign warship's innocent passage through the territorial sea of Northern Sea Route: theory, practice and reference

WANG Ze-lin

(School of International Law, Northwest University of Political Science and Law, Xi' an 710063, China)

Abstract: The disputes of foreign warships navigation in the territorial sea of Northern Sea Route have not been resolved since the navigation of US warships was blocked in the 1960s. Regarding the question of whether foreign warships enjoy the right of innocent passage in the territorial sea, after three changes in the position from Soviet Union to Russia, Russia currently recognizes that warships have the right of innocent passage. But the new draft rule of 2019 would require a notice before the start of the proposed passage through the territorial sea in the Northern Sea Route. The *United Nations Convention on the Law of the Sea* is vague on this issue, states have formed three ways in practice, namely prior approval, prior notification and without any approval or notification. The customary international law has not been formed. China insists that foreign warships need to get prior approval before enter China's territorial sea. This position has been constantly challenged by the United States in recent years. Russia's operations in practice, and its interpretation and use of international rules are of important reference for China to resolve related disputes.

Key words: warship; Northern Sea Route; territorial sea; right of innocent passage; ice-covered areas

北方海航道是邻接俄罗斯北方海岸水域中的一条航道,它属于北极航道东北航道的一部分,俄罗斯2013年制定的法律将该水域命名为"北方海航道水域",包括内海水、领海、毗连区和专属经济区,其中

北方海航道水域的领海是指从北方海岸领海基线量 起 12 海里范围之内的水域。

外国船舶在"北方海航道水域"航行需遵守 俄罗斯2013年制定的《北方海航道水域航行规则》

收稿日期:2021-06-25

基金项目:国家海洋局极地考察办公室极地战略研究项目(JDB20210201)

作者简介:王泽林(1973-),男,河南三门峡人,法学博士,西北政法大学国际法学院副教授,E-mail:westlaw@126.com。

(Rules of Navigation on the Water Area of the Northern Sea Route),依据该规则,外国船舶在抵达该北方海航道水域的15天之前需要向俄罗斯提出申请,并经批准后才能驶入该水域航行,美国于2015年向俄罗斯提出抗议,认为上述要求违反国际法,[1]526 其中存在的一个争议是外国军舰是否需要遵守该规则的要求,因为该规则被纳入1999年《俄罗斯商船法》(Merchant Shipping Code),而该法仅适用于商船,其第3条第2款明确排除军舰和政府船舶的适用。[2]

### 一、外国军舰在北方海航道领海航行的 争端缘起与发展

美俄在北方海航道关于军舰领海无害通过的问题争论已久,如果从 20 世纪 60 年代算起已有近六十年的争端史。

1965年9月美国军舰"北风"号准备驶入北方海航道的维利基茨基海峡而遭到苏联的强烈抗议,苏联认为该海峡水域是苏联的领水,美国军舰驶入就是侵犯其领土;1967年8月美国军舰"东风"号和"艾迪斯托"号准备穿越该海峡,又遭到苏联阻止而被迫绕行。[3]由于苏联的强硬立场,美国于1967年后就停止派遣军舰驶往北方海航道,从此北方海航道的航行争端除一些零星的外交抗议外就长期处于沉寂期,但是美国的立场一直没有改变。

2018年法国海军的"罗纳"号军舰在未向俄罗 斯告知也未寻求使用俄罗斯破冰船的情况下,于9 月1日从挪威的特罗姆瑟出发并于9月17日抵达 美国阿拉斯加的"荷兰"港,[4]作为一艘北约成员国 家的军舰,历史上第一次穿越北方海航道并通过维 利基茨基海峡,[5]这次航行是否与俄罗斯协商并无 明确的官方公开信息,但是俄罗斯方面的消息称这 次航行没有通知俄方并且是在没有破冰船协助的情 况下独立进行的。[6]这一事件致使俄罗斯计划加强 对外国军舰在北方海航道航行的管理,2018年11 月俄罗斯国防管理中心负责人米哈伊尔・米津采夫 (Михаил Мизинцев)表示,2019年外国军舰只能在 向俄罗斯国防部提前通知后才能在北方海航道航 行.[7]2019年3月俄罗斯国防部提出修改国内法 令,制定《外国军舰和其他政府船舶为非商业目的 在俄罗斯联邦的领海、内水、海军基地和海港驻扎军 舰的基地航行和停留规则的修正案》(简称《修正 案》草案),《修正案》草案规定了外国军舰进入北方海航道水域的领海必须提前45天通知俄罗斯等一系列条件。

2019 年美国重提启动军舰的自由航行行动, [8] 美国欧洲和非洲海军司令部及北约盟军那不勒斯联合部队司令部司令詹姆斯·福戈(James Foggo)在 2 月告诉媒体,俄罗斯应当停止对北极水域的"主导","俄罗斯认为北极是它的领域,但它确实是一个国际领域,这就是为什么我们认为它应当保持自由和开放的原因所在"。[9] 另据报道,2020 年 5 月美国四艘海军军舰进入巴伦支海,2020 年 6 月法国一艘军舰驶入巴伦支海,美法两国以此来彰显航行自由。[10]

# 二、苏联/俄罗斯关于外国军舰无害通过 领海立场与立法的变化

因苏联解体之后,俄罗斯继承苏联的国际法主体地位,苏联时期的相关立场、政策和立法延续至俄罗斯时期,故本部分有关俄罗斯的立场和立法从苏联时期开始阐述。

### (一)苏联/俄罗斯的立场变化

苏联/俄罗斯的立场可以分为三个阶段。

第一个阶段是苏联早期的立场,这可以从 1924 年共和国革命军事委员会颁发的命令(Order of the Revolutionary Military Council of the Republic)中得以 一窥,该命令要求"外国军舰在领海应当享有航行 的权利,但是不得停泊、训练、演习和开火等",这一 立场也可从 1929 年苏联提交给次年召开的海牙会 议预备委员会关于领海的问卷调查回复<sup>①</sup>中得到佐 证,苏联回复"自由通行,包括商船和军舰,已规定 在第 2 段",[11]48 军舰有无害通过领水的合法权利。 因此,在这一时期苏联的立场是支持外国军舰在本 国领海享有无害通过权,而且在实践中也没有发生 违反这一立场的事件。

第二个阶段是 20 世纪 50 年代,在 1955 年联合国国际法委员会第七届会议期间,苏联委员提议沿海国有权要求外国军舰在进入本国领海前需提前获得批准和通知,即商船有权通过,军舰需要事先授权,因为军舰具有"威胁"性,<sup>[12]</sup>在 1958 年第一次联合国海洋法会议上苏联代表确认和坚持了这一立场<sup>②</sup>,导致《领海及毗连区公约》对此问题未作出明

① 参见 Reply of the USSR to the Questions Drawn up by the Preparatory Committee , League of Nations Doc C. 74(b). M. 39(b). 1929. V (L. N. Pub. 1929. V. 13) , p.  $3_{\circ}$ 

② 参见 Summary Records of the 42nd Meeting, 3 UNCLOS I. 1958 D 129。

确规定,而仅在第23条"适用于军舰之规则"规定 "任何军舰不遵守沿海国有关通过领海之规章,经 请其遵守而仍不依从者,沿海国得要求其离开领 海"。尽管如此,苏联在批准该公约时仍提交保留, 声明"关于第23条,苏联政府认为沿岸国有权对外 国军舰通过其领海的航行制定授权程序"<sup>①</sup>。

第三个阶段是 20 世纪 80 年代至今。二战结束后,美苏两国因意识形态形成对立阵营,在各种问题上持对立立场,包括军舰的无害通过问题。1962 年古巴导弹危机发生后,苏联开始加强海军建设,到20 世纪 70 年代中期,苏联海军已经发展成为一支强大的全球性远洋海上力量,[13]为了本国军舰的航行权利,在第三次联合国海洋法会议期间,苏联的立场又一次出现反转,与美国达成统一,苏联主动提交议案建议军舰也同样享有领海的无害通过权<sup>②</sup>。苏联解体后,俄罗斯继续维持苏联在第三次联合国海洋法会议中关于军舰享有领海无害通过权的立场。

### (二)苏联/俄罗斯的立法变化

苏联的国内立法随着其立场的变化而作出相应 修改,俄罗斯的立法也是如此。

#### 1. 苏联时期的立法

1924年苏联的法令反映了其第一阶段的立场, 这一法令也与那个时期的国际法保持一致。

苏联第二阶段的立场改变影响到国内立法,随后其国内的一系列立法都反映了这一新的立场。1960年制定的《苏联国家边界保护法》(Statute on the Protection of the State Boundary of the Union of the Soviet Socialist Republics)规定外国军舰进入其领海需要获得事先授权,特别是第16条规定外国军舰至少要提前30天申请并获得事先授权才能通过苏联的领海。

苏联在第三次联合国海洋法会议中改变立场后,又回到第一阶段的立场,其国内的立法也相应进行了修改。1982 年制定、次年生效的《苏联国家边界法》(Law on the State Boundary of the U. S. S. R.) 第13 条最后一段规定"外国军舰……以部长会议

规定的形式在苏联领水中无害通过",为了执行这部法律,苏联 1983 年制定《关于外国军舰在苏联的领水、内水和港口航行和逗留的规则》(Rules Concerning the Navigation and Sojourn of Foreign War Vessels in the Territorial Waters [Territorial Sea], the Internal Waters and Ports of the U. S. S. R.),规定具体的流程,其中第 8 条规定"在遵守苏联关于领水(领海)的规则、法律和规章,以及遵守苏联加入的国际条约的情况下,外国军舰享有无害通过苏联领水(领海)的权利"<sup>3</sup>,这一明确规定甚至超越了《联合国海洋法公约》(简称《公约》)的规定,因为《公约》并没有专门针对军舰作出如此明确的无害通过的规定。

但是该规则的第12条却留下模糊的解释空间,该条第1段规定"外国军舰如果不进入苏联的内水或港口,其目的是穿过苏联的领水(领海),通过通常是用于国际航行的海道,则无害通过被允许"<sup>④</sup>。然后在第3至4段列举了五条海道,其中两条在波罗的海,两条在鄂霍次克海,一条在日本海。

第12条产生两个问题,一是外国军舰是必须在已公布海道的领海才能行使无害通过权,还是在未公布但可能有海道的领海也可以行使无害通过权? 二是列举的五条海道是示例性的列举,还是穷尽性的列举?<sup>[11]44</sup>如果作严格性解释的话,那么在苏联没有列举海道的领海中,外国军舰就无法享有无害通过权。因此,有学者认为苏联在当时实质上并不承认军舰享有穿越领海的无害通过权。<sup>[14]</sup>

针对上述问题,美国为了测试苏联的立场,于 1986 年对苏联实施第一次"航行自由计划"行动,两 艘美国军舰于 3 月 13 日进入克里米亚半岛附近的 苏联领海,苏联反应强烈,指控美国的这一行动具有"攻击性和挑衅性",但是却没有给出清楚的法律理由。1988 年 2 月 12 日,美国派出同样的军舰到上述同样的地点执行同样的任务,这一次发生了震惊世界的苏美军舰相撞事件。撞舰事件说明苏联如果在本国某领海没有指定海道的话,外国军舰在该领

① 参见516 United Nations Treaty Series 205,273(7477)(1966)。

② "Subsection D ('Rules applicable to warships') provided that the rules contained in subsection A (rules applicable to all ships, including innocent passage) were applicable to foreign warships."参见 The Draft Articles Submitted by the USSR to the Conference (USSR Draft Articles on the Territorial Sea), UN Doc A/CONF. 62/C. 2/L. 26 (29 July 1974), 3 UNCLOS Ill 1975, p. 203。

<sup>3</sup> Article 8: "Foreign warships enjoy the right of innocent passage through the territorial waters [territorial sea] of the U. S. S. R. subject to the observance of the provisions of these Rules, the laws and rules of the U. S. S. R. concerning the regime of the territorial waters [territorial sea] of the U. S. S. R., and also subject to the observance of the international treaties of the U. S. S. R."

④ Article 12 (Sea Lanes and Traffic Separation Schemes): "1. Innocent passage of foreign warships through the territorial waters [territorial sea] of the U.S.S.R. for the purpose of traversing the territorial waters [territorial sea] of the U.S.S.R. without putting in to internal waters or ports of the U.S.S.R., is permitted by way of sea lanes, customarily used for international navigation."

海就不享有无害通过权。

撞舰事件促使美苏两国就此问题展开谈判, 1989年9月23日两国达成一项联合声明(Joint Statement by the United States of America and the Union of Soviet Socialist Republics),声明两国协调本国的法规和实践以与《公约》的规定相符,同时双方签署《关于无害通过的国际法规则的共同解释》(Uniform Interpretation of Rules of International Law Governing Innocent Passage,简称《共同解释》),该解释第2条明确规定"所有船舶,包括军舰,不论其货物、军械或推进方式如何,均根据国际法享有无害通过领海的权利,无需事先通知或批准",随后苏联修改国内法规,使其与该《共同解释》保持一致。

#### 2. 俄罗斯时期的立法

苏联解体后,俄罗斯继续坚持苏联的立场,1998年制定的《俄罗斯联邦内海水、领海和毗连区联邦法令》(Federal Act on the Internal Maritime Waters, Territorial Sea and Contiguous Zone of the Russian Federation)第12条规定:"外国船舶、外国军舰和其他政府船舶依据本法令、一般接受的国际法原则和规则以及俄罗斯联邦作为缔约方的国际条约,享有通过领海的无害通过权。"

该法令同时也在第 14 条规定:"船舶在北方海 航道的航线上航行……包括维利基茨基海峡、绍卡 利斯基海峡、拉普捷夫海峡和桑尼科夫海峡,应当遵 守本联邦法令、其他联邦法律、俄罗斯联邦作为缔约 方的国际条约和俄罗斯联邦政府批准并在《航海通 告》中公布的北方海航道航行规章。"因此外国军舰 在俄罗斯的领海仍然享有无害通过的权利,但对于 北方海航道领海的外国军舰航行制度留下特别规范 的立法空间。

随后,俄罗斯 1999 年依据该法制定的《外国军舰和其他政府船舶为非商业目的在俄罗斯联邦的领海、内水、海军基地和海港驻扎军舰的基地航行和停留的规则》(Decision of the Government of the Russian Federation No. 1102 of October 2,1999 on the Rules for Navigation and Visits of Foreign Warships and Other State Vessels used for Non-Commercial Purposes in the Territorial Sea, in the Internal Waters, at Naval Fleet Bases, Naval Stations and Sea Ports of the Russian Fed-

eration)第27条也相应地规定船舶享有无害通过俄罗斯领海的权利,但对于军舰的无害通过方式未如《共同解释》中规定得那样清楚。

俄罗斯于 2019 年制定《修正案》草案,适用于外国军舰和用于非商业航行的其他政府船舶<sup>①</sup>。《修正案》草案适用于特定的领海,即"俄罗斯联邦北方海航道水域的领海",指从新地群岛到白令海峡之间的北方海岸的领海,其对外国军舰在该领海行使无害通过权规定了一系列条件,主要是:通知义务,外国军舰若计划无害通过俄罗斯北方海航道水域的领海,应当在航程开始之前不少于 45 天通过外交途径向俄罗斯提交通知;遵守义务,外国军舰应当具有破冰防护能力,遵守特殊预防措施以及涉及航行安全和保护海洋环境免受船舶污染(与北方海航道水域有关)的要求;在北方海航道水域的领海和内水中实施冰区强制领航,必要时对在北方海航道水域领海和内水航行的外国军舰实施强制破冰船服务<sup>②</sup>。

### 三、军舰领海无害通过制度的国际法发 展与争议

大多数的沿海国希望控制本国海岸附近更多的水域,而一些海洋强国则从贸易和军事等因素考虑持续寻求更多的海洋通道开放以享有航行自由,<sup>[15]211</sup>军舰的领海无害通过制度正是在二者的博弈之下逐渐形成。

### (一)各个时期的国际法编纂

1930 年国际联盟主持召集海牙国际法编纂会议,虽然会议没有通过关于领水的公约,但"最后法案"(League of Nations, Conference for the Codification of International Law, Final Act)第12条规定:"一般而言,沿岸国不能禁止外国军舰在本国领海航行以及不能要求外国军舰事先通知本国或获得授权。"这一条款客观反映了当时国际社会的共识,但是考虑到在该会议中,美国等一些国家反对军舰享有无害通过权,因此"一般而言"这一术语使得这一规定具有模糊性,换言之,如果有的国家不认可军舰的无害通过权也并不违反国际法。

在 1958 年第一次联合国海洋法会议召开之前, 国际法委员会被要求起草相关条款,该委员会 1954 年的草案第 26 条规定"除特殊情况外,军舰应当享

① 2013年《关于北方海航道水域商业航运政府规章的俄罗斯联邦特别法修正案》适用的船舶对象基本为商船,而外国军舰和用于非商业目的的政府船舶是否适用 2013年《北方海航道水域航行规则》存在争议,这也是美国 2015年对《北方海航道水域航行规则》提出抗议的内容之一。

② 参见《修正案》草案的文本内容,访问网址:https://regulation.gov.ru/projects#npa=89000。

有领海的无害通过权,不需要事先批准或通知",但 1956年该委员会又认为"在遵守事先批准或通知的 情况下沿岸国可让外国军舰通过其领海"①,在第一 次联合国海洋法会议上,由于参会国家的意见以及 实践不一致,最终通过的《领海及毗连区公约》对军 舰的领海通过制度未有规定。

在第三次联合国海洋法会议上,海洋强国主张 军舰享有无害通过权,但其他国家特别是发展中国 家强调为保护海岸安全的重要性,需要对军舰的无 害通过施加事先批准,或至少是事先通知的义务,并 提出相关的议案,但未被采纳,最终 1982 年《公约》 如同1958年《领海及毗连区公约》一样,对军舰是 否享有无害通过权没有明确给出肯定或否定的答 案,[16]198《公约》在第二部分第三节"领海的无害通 过"的 A 分节使用的标题是"适用于所有船舶的规 则",在该标题下第17条规定:"在本公约的限制 下,所有国家,不论为沿海国或内陆国,其船舶均享 有无害通过领海的权利。"这一规定也是《领海及毗 连区公约》规定的延续②,但这一规定为各国提供了 不同的解释空间。

### (二)《公约》规定的解释争议

对于军舰是否享有《公约》规定的无害通过权, 存在不同的解释。

第一种解释认为《公约》第17条明确规定"所 有船舶",因此军舰(和其他用于非商业航行的政府 船舶) 当然享有无害通过权, 但是潜水艇和其他潜 水器须在海面上航行并展示其旗帜<sup>3</sup>.无害通过不 需要提前通知或取得沿海国的许可,因为《公约》规 定沿海国不得妨碍外国船舶无害通过领海,特别是 依据《公约》制定的本国任何法规不应"对外国船舶 强加要求,其实际后果等于否定或损害无害通过的 权利"4。"科孚海峡案"的裁决在某种程度上支持 这种解释,在该案中阿尔巴尼亚认为外国军舰和商 船若未经其许可不能通过其领水<sup>⑤</sup>,但国际法院在 裁决中认为在和平时期,假如外国军舰的通过是无 害的话,则依据国际习惯,军舰有权通过两端连接公 海的用于国际航行的海峡,并不需要沿海国的授 权<sup>⑥</sup>。另外,美苏1989年的联合声明和《共同解释》

明确两国认为《公约》规定的所有船舶包括军舰享 有领海无害通过的权利,不需要事先通知或批准,由 此可见两国承认第一种解释。第一种解释得到部分 国家的支持,甚至在第三次联合国海洋法会议的闭 幕会议上,会议主席徐通美声称:"我认为《公约》关 于这一点是清楚的,军舰如同其他船舶一样,享有通 过领海的无害通过权,不需要向沿岸国事先通知或 获得事先批准。"[15]216

25

第二种解释认为《公约》授权沿海国对外国军 舰通过本国领海可以施加必要的条件,但是各国对 于施加何种限制存在不同的理解,这首先体现在联 合国海洋法会议的谈判中,部分国家认为外国军舰 通过本国领海会在本质上损害沿海国的安全,因而 军舰的通过就不可能是无害的通过,因此提议需要 事先告知或授权。最后,一些国家在批准《公约》时 发表声明,要求外国军舰进入或通过其领海之前,需 要事先告知或获得批准,但同时另外一些国家对这 些声明提出反对。[17]一些学者认为《公约》第38条 过境通行权和第53条群岛海道通过权中用的术语 是"所有船舶"(all ships),而《公约》第17条无害通 过权的中用的术语是"船舶"(ships),所以前者是指 所有类型的船舶,而后者是指军舰以外的船舶。[18]58

第三种解释认为《公约》对此没有达成一致意 见,所以仅依据《公约》的规定无法解决这一问题, 因此应当适用习惯国际法,[16]204《公约》的序言也明 确"确认本公约未予规定的事项, 应继续以一般国 际法的规则和原则为准据"。

#### (三)习惯国际法的解读

1930年国际法编纂会议中的23个国家对这一 问题进行讨论,其中4个国家支持事先批准或通知, 15个国家支持不设置特别条件的无害通过,1个国 家认为这是当时国际法存在争论的问题,[18]62 争论 一直持续到第三次联合国海洋法会议结束,仍然未 能解决。

因此,现有的国际条约对军舰是否享有领海的 无害通过权无明确规定,这一问题的解决还需要从 习惯国际法进行解读。国际法委员会在2016年 通过的《关于习惯国际法的识别的结论》草案结论二

① 参见 United Nations, Yearbook of International Law Commission 1956, pp. 276-277。

② 《领海及毗连区公约》第三节(无害通过权) A 分节(适用于一切船舶之规则) 第14.1条规定: "除本公约各条另有规定外,所有国家, 不论其是否为沿海国,其船舶均享有无害通过领海的权利。"

③ 参见《公约》第20条。

④ 参见《公约》第24条第1款。

⑤ 参见 Corfu Channel Case, Judgment of April 9th, 1949; I. C. J. Reports 1949, p. 27。

参见 Corfu Channel Case, Judgment of April 9th, 1949; I. C. J. Reports 1949, p. 28.

"两个构成要素"规定"要确定一项习惯国际法规则的存在与内容,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"<sup>①</sup>。因此,在习惯国际法中军舰是否享有领海的无害通过权需要从两个构成要素即各国实践和法律确信进行判断。

26

从习惯国际法的构成要素分析,国家实践的分歧和司法裁决的缺乏亦导致军舰领海的无害通过制度至今无法形成习惯规则。

各国的实践和法律确信在签署《公约》的时候 最容易得到证实,部分国家通过发布声明或宣告的 方式表示其对这一问题的立场。

在这些国家中,大约有 40 个国家要求外国军舰进入本国领海之前需要:或是事先通知本国<sup>②</sup>,这其中大多数国家未规定具体的时间要求,但也有国家明确规定了具体的通知时间;或是事先取得本国的批准<sup>③</sup>。[19]这意味着外国军舰必须得到本国的事先同意才能进入本国领海航行。

其他一些国家认为外国军舰进入本国领海不需要事先通知本国或事先获得本国批准,例如英国、意大利、德国和荷兰等在签署或批准《公约》时声明军舰与商船享有同样的无害通过权,《公约》的非缔约国美国也持同样的立场和实践。

另外,在国家实践中也会发生立场上的变化,除前文提及的苏联/俄罗斯外,美国也曾发生立场变化,在1910年"北大西洋渔业仲裁案"中美国前国务卿代表美国声称"外国军舰未经许可不能进入这个区域(领水),因为它们具有威胁",但美国后来却坚持主张外国军舰享有领海无害通过权。

综上所述,各国实践并不相同,目前缺乏国际社会一致的实践,无法构成习惯国际法对实践"广泛并且实质一致"的要求<sup>④</sup>,因此关于军舰的领海无害通过制度尚未形成习惯国际法规则。<sup>[20]</sup>

# 四、俄罗斯国内法规与国际法的冲突与解决

俄罗斯目前的国内法规承认外国军舰在本国领海享有无害通过权,但是《修正案》草案计划对通过北方海航道领海的外国军舰设置提前通知这一条件,这一条件是否违反国际法上的义务,以及俄罗斯如何解释这一规定在本部分进行阐述。

### (一)是否违反美苏双边条约下的义务

倘若 2019 年 3 月的《修正案》草案生效,由于《俄罗斯联邦内海水、领海和毗连区联邦法令》规定的无害通过权至今并未修改,从法理上而言俄罗斯依然承认外国军舰享有无害通过权,但是外国军舰的无害通过权却因为《修正案》草案的生效而导致在俄罗斯的不同领海中产生两种航行制度:一是外国军舰在北方海航道水域的领海通过需要提前报告,并要接受俄罗斯的强制领航和必要时的强制破冰船服务;二是在俄罗斯的其他领海通过实行"无需事先通知或批准"的无害通过制度。

《修正案》草案引发了俄罗斯是否违反对美国 条约义务的争议。笔者认为,俄罗斯通过国内立法 实行两种模式的外国军舰领海无害通过制度,违反 了与美国缔结的条约义务。在《共同解释》中,苏联 明确同意所有船舶包括军舰均根据国际法享有无害 通过领海的权利,无需事先通知或批准,俄罗斯继承 该条约,倘若实施《修正案》草案,让美国军舰在北 方海航道水域的领海航行实行提前报告制度,显然 违反双边条约中遵守承诺的义务。条约必须遵守是 条约法的一项基本原则,[21]诚实信用是国际交往的 基石、《维也纳条约法公约》第26条明确规定有效 的条约必须由当事国善意履行,条约必须遵守原则 也是国际法的基本原则、《联合国宪章》序言明确规 定各国要尊重条约而起之义务。即使是1998年的 《俄罗斯联邦内海水、领海和毗连区联邦法令》为北 方海航道制定特别法规留下空间,但也不能以此为 理由违反双边条约的义务,对此可以适用《维也纳 条约法公约》第27条的规定——"一当事国不得援 引其国内法规定为理由而不履行条约",在废除或 宣布不继承条约之前,俄罗斯难以摆脱上述条约 义务。

### (二)是否违反《公约》规定的义务

倘若实施《修正案》草案,俄罗斯也可能违反《公约》规定的义务。因为美苏的联合声明要求两国修改本国法律,以符合《公约》关于无害通过的规定,而苏联/俄罗斯随后制定的国内法令明确规定军舰享有无害通过权,而该无害通过权不需要外国军舰的事先通知或申请批准,这意味着俄罗斯和美国

① 联合国国际法委员会于2016年6月2日举行的第3309次会议审议并通过起草委员会《关于习惯国际法的识别的结论》草案案文。

② 这些国家有克罗地亚、埃及、芬兰、圭亚那、印度、韩国、利比亚、马耳他、毛里求斯等。

③ 这些国家有阿尔及利亚、安提瓜和巴布达、孟加拉国、巴巴多斯、缅甸、柬埔寨、佛得角、中国、刚果、格林纳达、伊朗、马尔代夫、阿曼、巴基斯坦、罗马尼亚、圣文森特和格林纳丁斯、塞舌尔、索马里、斯里兰卡、苏丹、叙利亚、阿拉伯联合酋长国、越南、也门等。

④ "State practice, including that of States whose interests are specially affected, should been both extensive and virtually uniform in the sense of the provision invoked."参见 North Sea Continental Shelf Cases, ICJ Judgement of 20 February 1969, Paragraph 74。

对《公约》规定的军舰无害通过权达成一致的解释。

1998 年制定的《俄罗斯联邦内海水、领海和毗连区联邦法令》也明确规定外国军舰依据俄罗斯联邦作为缔约方的国际条约,享有领海的无害通过权,作为《公约》的缔约国,俄罗斯对《公约》的解释是其国内立法的基础,而这种解释不仅来自于其自身的历史立场,也来自于当年美苏冲突之后达成的对这一问题的明确解释,但是《修正案》草案推翻本国之前对《公约》的解释与适用,如果实施《修正案》草案的话则违反"遵守承诺"这一传统法律上的义务,违反国际法上的"禁止反言"原则。

至于俄罗斯认为《修正案》草案的国际法依据来自于《公约》第234条的授权,似乎可以推导出一个结论,即《修正案》草案不会违反对美国的条约义务或者先前关于《公约》军舰无害通过权解释的义务,笔者认为1982年《公约》通过,而苏联与美国1989年达成的声明和《共同解释》均没有提及《公约》第234条的问题,直到2019年制定《修正案》草案才在立法的解释性说明中阐述这个理由,因此从时间顺序而言这一推论难以成立。

### (三)俄罗斯主张符合国际法的依据分析

俄罗斯显然不会认可其国内立法违反国际法的 义务,在俄罗斯的立法解释中,《公约》的冰封区域 条款<sup>①</sup>是制定《修正案》草案的国际法依据,依据该 条款制定的国内法规具有国际法上的合法性。

俄罗斯在制定《修正案》草案的解释性说明中声称,为行使俄罗斯联邦的权力,根据第 234 条的规定,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范围内冰封区域对海洋的污染,这意味着为了保护北极海洋环境,俄罗斯有权利依据《公约》第 234 条的授权制定北方海航道水域领海的外国军舰通过制度,但这一主张依然存在法理上的争议,具体如下。

1.《公约》第234条适用于北方海航道领海的 争议

《公约》第234条适用于"专属经济区的冰封区域范围",对于该范围的理解,一种观点认为仅限于专属经济区的冰封区域,不应该包括领海与内水;另一种观点认为应包括从专属经济区的外部界限到沿岸国的海岸线之间的所有水域,因此包括专属经济区、领海和内水等水域,[22]有学者认为《公约》第66

条和第 234 条在很大程度上都是加拿大、苏联和美国起草的,第 66 条规定的范围很清楚,即"专属经济区外部界限向陆一面的一切水域",第 234 条的规定虽然不完美,但是该条表述为在专属经济区的范围内,那应该也意味着是指专属经济区向陆地一面的所有水域,故而包括领海、内水和海峡。[23]

俄罗斯认为《公约》第234条适用的范围包括 北方海航道的领海,正如俄罗斯在《修正案》草案的 解释性说明中声称的那样。

《公约》第 234 条的适用范围存在争议可能会导致以下后果:如果认为不适用于沿岸国的领海,则"冰封区域"沿海国制定的法律和规章只能适用于专属经济区,而不能适用于领海,因此俄罗斯的《修正案》草案缺乏其在解释性声明中所阐述的这一国际法依据,而俄罗斯将冰封区域条款适用于领海将会压缩甚至剥夺其他国家在北极航道的航行自由权。[24]

也有学者认为,对"冰封区域"适用范围不管是 采取广义或狭义的解释,沿岸国均无权在其领海内 采取限制航行的措施,<sup>[25]</sup>《公约》第 234 条明确规 定,沿海国制定的"法律和规章应适当顾及航行", 这意味着不能完全阻止外国船舶在"冰封区域"航 行,但也意味着《公约》规定的专属经济区航行自由 制度也不能完全适用于"冰封区域",如果该区域也 视为包括领海的话,则无害通过制度也不能完全 适用。

所以,对《公约》第234条的适用范围的解释具有非常重要的意义,即使该条适用于北方海航道水域的领海,外国军舰享有的无害通过权是否受到一定限制?如果受限,该限制能否以"提前通知""强制领航"作为航行的条件,是否超越授权的范围,这是随之产生的另一个未决问题。

2.《公约》第234条授权范围的争议

《公约》第234条的授权范围主要存在以下两个争议。

一是《公约》第 234 条是否授权沿海国要求外国船舶航行需事先获得批准或通知。

俄罗斯 2013 年的《北方海航道水域航行规则》和 2019 年的《修正案》草案的国际法依据都是《公约》第 234 条的授权。俄罗斯的国内法规确定,外国船舶在北方海航道水域的航行是建立在俄罗斯的

① 《公约》第234条规定:"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范围内冰封区域对海洋的污染,这种区域内的特别严寒气候和一年中大部分时候冰封的情形对航行造成障碍或特别危险,而且海洋环境污染可能对生态平衡造成重大的损害或无可挽救的扰乱。这种法律和规章应适当顾及航行和以现有最可靠的科学证据为基础对海洋环境的保护和保全。"

授权基础之上,无论是外国船舶事先获得许可,还是军舰需要事先通知,都会与《公约》规定的航行制度发生冲突。针对事先许可的要求,美国曾于 2015 年向俄罗斯抗议:"美国支持北方海航道规则是以航行安全和环境保护为目标,赞成俄罗斯在促进北极航行安全和环境保护方面的兴趣。"但是美国认为该规则的部分内容违反国际法,这其中包括"要求外国船舶取得俄罗斯许可后才能进入、航行于俄罗斯的领海和专属经济区……对于外国享有主权豁免的船舶缺乏任何明确的豁免规定"。[1]527

美国认为《公约》第 234 条允许沿海国在其专属经济区的冰封区域制定和实施法律规章,但这些法律规章必须是为防止、减少和控制来自于船舶的污染,必须是无歧视性的而且必须适当顾及航行。美国并不认为《公约》第 234 条能证明沿海国对外国船舶行使航行自由权利时要求事先通知或批准是正当合法的。另外,美国还认为随着北极条件的不断变化,北极沿岸国把《公约》第 234 条作为国内立法的法律理由可能将会变得不堪一击。

二是《公约》第 234 条是否优先适用于其他条款中的船舶豁免权。

《公约》第 32 条明确规定军舰和其他用于非商业目的的政府船舶享有豁免权,另外《公约》第 236条规定:"本公约关于保护和保全海洋环境的规定,不适用于任何军舰、海军辅助船、为国家所拥有或经营并在当时只供政府非商业性服务之用的其他船只或飞机。"因此,即使沿海国依据《公约》第 234 条的授权制定有关海洋环境保护和保全的国内法规,但这些法规不能适用于享有主权豁免的船舶,美国要求俄罗斯确认其关于北方海航道航行的国内法规应当不适用于享有主权豁免的船舶。[26]

如果从法理上进行分析,《公约》第236条的规定适用于整个《公约》涉及保护和保全海洋环境的规定,沿海国依据《公约》第234条的授权而制定的国内法规也不能违反该条规定,《公约》第236条作为一项排除性条款,与其他条款相比具有优先适用性,这是美国以该条为依据向俄罗斯提出抗议的主要原因。

俄罗斯对美国的抗议并无直接回复,反而以通过《修正案》草案的方式间接表明其态度,即俄罗斯认为在北极"冰封区域"的领海内,《公约》第 234 条优先于《公约》第 236 条适用,如果寻找这种优先适用解释依据的话,《公约》第 234 条位于第 236 条之前是一个原因,但这个解释并无说服力,而相对具有

说服力的理由是:早在《公约》通过以及生效之前,加拿大和俄罗斯已经制定相关的国内法规,在实践执法中对西北航道和北方海航道的外国船舶的航行实施通知和授权式的管理,换言之,国家实践的时间早于《公约》的生效时间,《公约》第 234 条嗣后确认这两个国家实践符合国际法,《公约》第 236 条不能否定先前的国家实践,因此《公约》第 236 条与《公约》第 234 条发生冲突时不具有优先适用性,而是支持国家实践的《公约》第 234 条具有优先适用性。

另外,从《公约》制定时人类对北极认识的局限性、北极气候环境的变化对人类影响以及保护北极环境的重要性等方面考虑,《公约》第234条也具有优先适用的道理,这种观点在《修正案》草案解释性说明中也有类似的表述。总而言之,如何解释《公约》第234条是国际社会面临的一个问题。

### 五、俄罗斯的实践对中国的借鉴意义

俄罗斯关于外国军舰领海无害通过权的立场、 实践以及法律解释对中国的立场和实践具有一定的 参考价值。

### (一)中国对军舰无害通过的立场、立法与实践

因为代表权问题中国没有参加 1958 年的第一次联合国海洋法会议,同年 8 月 23 日中国人民解放军发起金门炮击,美国派出舰队在台湾海峡集结,<sup>[27]</sup>在这种特殊的环境下,中国于 1958 年 9 月 4 日发布《中华人民共和国政府关于领海的声明》(简称《领海声明》),其中第 3 条规定:"一切外国飞机和军用船舶,未经中华人民共和国政府的许可,不得进入中国的领海和领海上空。"依据这一声明,若外国军舰未经中国政府批准进入金门的领海,则视为对中国领土的侵犯。这是中国第一次公开军舰领海无害通过的基本立场,为今后参与第三次联合国海洋法会议谈判以及国内立法奠定实践基础。

中国恢复联合国的席位后参加第三次联合国海洋法会议,在军舰领海通过的问题上,中国坚持领海的无害通过只适用于商船,而不适用于军舰,军舰需要提前通知或事先获得批准才能无害通过沿岸国的领海。<sup>[28]</sup>中国和其他国家的提案因为遭到海洋强国特别是美国和苏联的反对,最终未被会议采纳。<sup>[16]201</sup>

1996年5月15日中国批准《公约》,就军舰的领海无害通过问题发表声明:"中华人民共和国重申,《联合国海洋法公约》有关领海内无害通过的规定,不妨碍沿海国按其法律规章要求外国军舰通过领海必须事先得到该国许可或通知该国的权利。"

中国的这一立场也体现在国内立法中。1992年2月25日通过并施行的《中华人民共和国领海及毗连区法》第6条规定:"外国军用船舶进入中华人民共和国领海,须经中华人民共和国政府批准。"美国当年即对此提出抗议。[15]219

在实践中,中国的这一立场主要遭到美国的挑战。美国自 1979 年开始实施"航行自由行动",分别通过外交干涉、行动宣告和双多边磋商谈判对海洋"过度主张"的国家进行挑战。<sup>[29]</sup>针对中国,据统计美国军舰自 2015 年至 2019 年擅闯南海岛礁 12海里水域已累计 21次(2015 年 1次,2016 年 3次,2017 年 5次,2018 年 5次,2019 年 7次),<sup>[30]</sup> 2020年达到 9次,<sup>[31]</sup> 2021年截至 5月已有 3次<sup>①</sup>,据统计,美国自 1992 年以来对中国的海洋权益挑战除2007至 2010年未涉及军舰领海的无害通过须获得事先批准外,<sup>[32]</sup>其他年度的挑战均涉及中国这一立场,"航行自由"适用的范围是公海和专属经济区,不适用于国家主权管辖的海域,无害通过与航行自由混为一谈的主张得不到《公约》规定、司法裁判以及法理的支持。<sup>[33]</sup>

美国军舰在南海针对中国的挑战,实际上是达到多重目的的混合性挑战,2019年9月13日美国"韦恩·迈耶"号导弹驱逐舰非法闯入西沙群岛12海里水域,美国海军第七舰队的新闻发言人莫姆森在一份声明中称,这既是挑战中国对军舰无害通过的限制,也是挑战中国1996年宣布的西沙群岛直线基线,<sup>[34]</sup>由于中国南沙岛礁尚未公布领海基线,美国军舰进入这些岛礁12海里水域还起到挑战中国岛礁法律地位主张的作用,这也被美国于2020年6月1日向联合国秘书长提交的照会<sup>②</sup>所证实,在该照会中美国反对中国在这些分散的岛屿之间主张内水,反对将这些岛屿视为群岛主张海洋区域,反对这些岛礁适用直线或群岛基线,反对不符合《公约》第121条第1款的地物主张海洋权益。

## (二)俄罗斯实践对中国处理外国军舰领海无害通过争端的借鉴意义

苏联曾经与中国持同样立场,但立场的改变以 及国内立法依据的解释对中国处理与其他国家的军 舰领海无害通过争端具有一定的借鉴价值。

### 1. 俄罗斯的立场转变对中国的启示

俄罗斯(苏联)关于军舰是否享有领海无害通过权的立场发生过多次变化,表现为承认—反对—承认—承认(修正)的路径,中国的立场自 1958 年发布《领海声明》之后没有变化,一直表现为不承认,反对外国军舰于本国领海在未经许可的情况下享有无害通过权。

苏联海军舰队在 20 世纪 60 年代末发展成为世界上强大的海上力量,因此就不难理解苏联为何与美国持同样的立场,现代化的海军需要走向远洋承担全球性的使命,实施海军存在、战略威慑和海洋控制等任务。<sup>[35]</sup>对于中国而言,经过几十年的发展,海军军舰从无到有,由弱到强,据美国国会的报告,中国的军舰截至 2019 年总数达到 335 艘,<sup>[36]</sup>数量位居全球第一,中国海军已从传统近海防御转向承担更多的全球责任,其参与的亚丁湾护航对于保护商船航运安全起到重要作用。

苏联立场转变的原因对中国而言也具有相似性,如果从第三次联合国海洋法会议算起,其转变立场至今已有近四十年,从结果上看立场的转变并未对俄罗斯造成不利的影响。中国作为一个近北极国家,维护中国军舰以及其他政府船舶在北极的航行活动权利,才能"维护我国在……极地的活动、资产和其他利益的安全"<sup>3</sup>,这也是中国实现海洋强国建设目标的重要保障,中国可以全面慎重评估立场转变之后可能发生的后果,考虑维持抑或转变现有的立场。

2. 俄罗斯对国际法和国内法的解释和运用方式 对中国的意义

俄罗斯制定《修正案》草案,对军舰无害通过北方海航道领海适用提前报告制度,宣称国际法依据来自于《公约》第234条的授权,这种解释具有正当性,因此如何解释《公约》的第234条成为确定俄罗斯这一修正立场合法与否的关键因素。对中国而言,虽然无法适用《公约》的这一条款,但是借鉴俄罗斯的这一做法,对于如何合理地阐释《公约》的相关条款具有积极的意义。

俄罗斯在已经承认外国军舰享有无害通过权立 场的同时,仍然能够在其国内法中预留在特殊海域

① 2021年2月5日美国"麦凯恩"号导弹驱逐舰非法闯入中国西沙领海,2月17日美国"罗素号"非法闯入中国南沙群岛,5月20日美国"威尔伯"号非法闯入中国西沙领海,进行所谓的"自由航行"行动。

② 参见 Letter dated 1 June 2020 from the Permanent Representative of the United States of America to the United Nations addressed to the Secretary-General o

③ 参见《中华人民共和国国家安全法》第32条。

的领海制定例外规则的空间,同时在《公约》中找到可以支撑其做法的第 234 条作为国际法依据,尽管在该条的解释上仍然存在重大的争议,但俄罗斯灵活利用和解释国际法,再通过制定国内法的方式反制外国军舰非无害通过的方法值得借鉴。

中国一直坚持外国军舰不享有领海的无害通过 权,国内立法目前没有改变空间,因此应当重视无害 通过的国际法规则解释。需要强调的是《公约》对 军舰是否享有无害通过权的问题没有明确规定,各 国实践也不一致。以亚洲为例,一些国家仍然需要 外国军舰的事先通知或批准,例如韩国要求外国军 舰应当提前通知本国<sup>①</sup>,朝鲜 1977 年发表声明要求 外国军舰需要事先获得批准,<sup>[15]224</sup> 越南要求外国军 舰提前通知本国<sup>②</sup>,印度尼西亚、日本、菲律宾、马来 西亚和文莱的国内立法对这一问题没有规定,因此 这些国家的立场取决于其在实践中的应对方式,菲 律宾在实践中要求外国军舰事先获得批准,其他三 个国家尚未就军舰的无害通过问题发生过争端。

《公约》的规定不明、国家的实践不一以及学者的观点分歧充分说明美国坚持的《公约》规定军舰享有无害通过权的解释存在逻辑谬误。从习惯国际法的角度而言,目前也未形成明确的军舰领海无害通过制度。中国是军舰未经批准即可行使领海无害通过权的一贯反对者,即使形成中国反对的习惯国际法规则,该规则对中国亦无法律上的拘束力。

3. 俄罗斯的实践应对方式对中国的借鉴意义 通过考察俄罗斯(苏联)的立场与国内立法变 化,会发现俄罗斯虽然在 1989 年之后承认外国军舰 在本国领海享有无害通过权,但却在实际的执行中 声称依据《公约》采取一些特别手段阻止外国军舰 在其领海,特别是俄罗斯认为重要敏感的领海无害

通过,近期的实践主要表现为两个冲突事件。

一是 2020 年 11 月 24 日美国军舰"约翰·麦凯恩"号驶入俄罗斯远东地区的彼得大帝湾附近海域,美国声称其军舰实施航行自由行动计划,表明不承认该海域是俄罗斯的领海和"历史性海湾"。俄罗斯则声称俄罗斯军舰对美国军舰发出警告后美国军舰驶离俄罗斯领海,但美国并不认可俄罗斯的这一说辞,美国声称其军舰继续在国际水域正常行动。[37]俄罗斯外交部于 11 月 27 日通过军事外交渠

道向美国交涉,声称美国军舰驶入彼得大帝湾的领海两公里多,在这一水域,船舶必须遵守国际法和俄罗斯关于和平通过其领海的立法,而美国军舰蓄意违反法律,通过航行来质疑彼得大帝湾的国际法律地位,是旨在破坏和平与秩序的公然挑衅。[38]

二是 2021 年 6 月 23 日英国军舰"保卫者"号驶入克里米亚的领海,俄罗斯声称对英国军舰鸣枪示警,投掷炸弹将其驱离。俄罗斯曾于 4 月宣布克里米亚附近的领海三块区域从 4 月 24 日至 10 月 31 日暂停外国军舰和政府船舶的无害通过,<sup>[39]</sup>英国军舰违反该通告是俄罗斯对其驱逐的法理依据之一。

俄罗斯的应对举措笔者认为适用《公约》以下条款的可能性最大。依据《公约》第 19 条的规定,外国船舶"通过只要不损害沿海国的和平、良好秩序或安全,就是无害的",并列举 12 种行为属于非无害,其中第 12 种行为是"与通过没有直接关系的任何其他活动"。另外《公约》第 18 条规定外国船舶无害通过的航线有三种,分别是:单纯地穿过领海,并且不进入沿海国的内水或停靠于内水以外的泊船处或港口设施;驶往内水或停靠这种泊船处或港口设施;从内水或停靠的泊船处或港口设施驶出。

首先就美英军舰航行的航线而言,美国军舰"约翰·麦凯恩"号驶入彼得大帝湾的领海,说明该舰是朝向湾内航行,而外国军舰若未受到沿海国的邀请或批准,显然无法进入该国内水或停靠于泊船处或港口设施,因此也很难得出结论该舰只是单纯地穿过俄罗斯的领海;英国军舰"保卫者"号从航线来看确定是单纯地穿过克里米亚的领海。

其次就俄罗斯反对并采取驱离动作的《公约》依据而言,针对美国军舰:一是美国军舰违反《公约》第18条,美国军舰的通过航线并不符合三种航线之一;二是美国明确声称不承认俄罗斯彼得大帝湾的"领海"和"历史性海湾"法律地位,所以美国军舰航行不是以"通过"为目的,违反《公约》第18条规定的"通过"的意义;三是美国军舰的航行以反对俄罗斯的海洋权利主张为目的,因此被俄罗斯定性为挑衅行为,违反《公约》第19条的"不损害沿海国的和平、良好秩序或安全"的规定,以及"与通过没有直接关系的任何其他活动"的规定。针对英国军舰:一是违反俄罗斯依据《公约》第25条③设定的暂

① 参见 Territorial Sea Law No. 3037 of the Republic of Korea。

② 参见 The Law of the Sea of Vietnam, signed 21 June 2012 (entered into force 1 January 2013), Art 12。

③ 《公约》第 25 条第 3 款规定:"如为保护国家安全包括武器演习在内而有必要,沿海国可在对外国船舶之间在形式上或事实上不加歧视的条件下,在其领海的特定区域内暂时停止外国船舶的无害通过。这种停止仅应在正式公布后发生效力。"

时停止部分领海外国军舰和政府船舶无害通过的通告,英国军舰通过的领海海域俄罗斯已于4月宣布至10月31日之前外国军舰暂停无害通过,英国故意违反这一通告;二是英国宣称通过的海域是乌克兰的领海,这种挑衅违反《公约》第19条,英国军舰的行为损害俄罗斯的和平、良好秩序或安全。

中国可以借鉴俄罗斯的上述做法和解释。美国军舰在中国南海频繁实施"航行自由行动",驶入中国南海岛礁的领海甚至内水,不但违反《公约》第 18 条所规定的无害通过的三种航线,而且美国明确宣布航行也是抗议中国对海洋权益的过度主张,因此美国军舰的航行本质上不是中美两国关于军舰是否享有无害通过权的理论与实践之争,而是美国以军舰航行这种方式挑衅和反对中国的海洋权益,违反《公约》第 19 条规定的"不损害沿海国的和平、良好秩序或安全"的宗旨,同时也违反该条列举的不得实施"与通过没有直接关系的任何其他活动"之规定。

### 六、结语

《修正案》草案公布至今已近两年仍未生效,因此,该草案的主要目的更像是向国际社会发出一个

强烈的政治信号,阻止其他国家对俄罗斯模糊的主张进行挑战,另外这个草案即使通过,也不大可能获得国际社会的承认。<sup>[40]</sup>假设俄罗斯通过这部草案,从其角度而言也有《公约》和国内法的依据,如果在实践中严格执行的话,从俄罗斯的实践操作来预测,必然会引发强烈的冲突。

中国与俄罗斯的情形有所区别,因为中国不承 认军舰的无害通过权,因此在实践中以外国军舰未 获得事先批准为由应对外国军舰在中国领海的挑衅 行为,而俄罗斯因为承认军舰的无害通过权,所以在 实践中只能寻找《公约》规定的无害通过例外情形, 例如指责外国军舰违反《公约》第 25 条暂停外国军 舰无害通过的规定,违反《公约》规定的无害通过的 航线方式,违反无害通过的目的等。

因受立场和国内立法所限,在实践中针对外国军舰非经事先批准而通过中国领海的行为,除依据《公约》和国内法规坚决反对之外,对其中以挑衅中国的领土主权和海洋权益,挑衅地区的和平、良好秩序与安全为目的的航行,中国应当坚决以其违反《公约》的相关规定为国际法依据,采取必要的措施,维护国际法的权威和国家的权益。

### 参考文献:

- [1] GUYMON C D. Digest of United States practice in international law[EB/OL]. [2020-12-05]. https://2009-2017. state. gov/documents/organization/258206. pdf.
- [2] Кодекс торгового мореплавания ( КТМ РФ) [ EB/OL ]. [2020-05-06]. https://base.garant.ru/12115482.
- [3] PHARAND A. Innocent passage in the Arctic [J]. The Canadian Yearbook of International Law, 1968(6): 3-60.
- [4] STAALESEN A. Russia sets out stringent new rules for foreign ships on the Northern Sea Route [EB/OL]. (2019-03-08) [2020-05-06]. https://www.arctictoday.com/russia-sets-out-stringent-new-rules-for-foreign-ships-on-the-northern-sea-route.
- [5] US Navy plans to send surface vessels through the Arctic [EB/OL]. (2019-03-12) [2020-05-06]. https://www.arctictoday.com/us-navy-plans-to-send-surface-vessels-through-the-arctic.
- [6] Arctique: le passage nord-est franchi pour la première fois par la marine [EB/OL]. (2018-10-02) [2020-12-10]. https://france3-regions. francetvinfo. fr/bretagne/finistere/brest/arctique-passage-nord-est-franchi-première-fois-marine-1551014. html.
- [7] Иностранные военные корабли не смогут ходить по Севморпути без уведомления [EB/OL]. (2018-11-30) [2020-12-11]. https://www.kommersant.ru/doc/3818209? query = % D0% 9C% D0% B8% D0% B7% D0% B8% D0% BD% D1% 86% D0% B5% D0% B2.
- [8] U. S. Navy to stage Arctic 'freedom of navigation' operations [EB/OL]. (2018-12-27) [2020-12-11]. https://www.washington-times.com/news/2018/dec/27/us-navy-stage-arctic-freedom-navigation-operations.
- [9] GEHRKE J. 'It's nobody's lake': US admiral warns China and Russia over Arctic [EB/OL]. (2019-02-20) [2020-12-11]. https://www.washingtonexaminer.com/policy/defense-national-security/its-nobodys-lake-us-admiral-warns-china-and-russia-over-arctic.
- [10] SUCIU P. Russian Northern Fleet reports tracking French frigate in Barents Sea [EB/OL]. (2019-06-09) [2020-12-11]. https://news.yahoo.com/russian-northern-fleet-reports-tracking-111800408. html.
- [11] FRANCKX E. The U. S. S. R. position on the innocent passage of warships through foreign territorial waters [J]. Journal of Maritime Law and Commerce, 1987, 18(1).
- [12] Summary records of the 307th Meeting [M]//Yearbook of the International Law Commission 1955 (Volume I). New York: United Nations, 1960:145.

- [13]陈丽芬,李伟华. 苏联海军腾飞催化剂[EB/OL]. (2015-09-07)[2020-12-11]. http://www.cssn.cn/jsx/jszk\_jsx/jsjs\_jsx/201509/t20150907 2149400. shtml.
- [14] JUDA L. Innocent passage by warships in the territorial seas of the Soviet Union: changing doctrine [J]. Ocean Development & International Law, 1990, 21(1):112.
- [15] TON A. Innocent passage of warships [J]. Asia-Pacific Journal of Ocean Law and Policy, 2016, 1(2).
- [16] ZOU K. Innocent passage for warships: the Chinese doctrine and practice [J]. Ocean Development and International Law, 1998, 29 (3).
- [17]路易斯·B. 宋恩,克里斯汀·古斯塔夫森·朱罗,约翰·E. 诺伊斯,等. 海洋法精要[M]. 2 版. 傅崐成,等译. 上海:上海交通大学出版社,2014;120-121.
- [18] SHAO J. The question of innocent passage of warships after UNCLOS III[J]. Marine Policy, 1989, 13(1).
- [19] BALLESTER G R. The right of innocent passage of warships; a debated issue [J]. Revista de Derecho Puertorriqueño, 2014, 54 (1):104-105.
- [20] 葛淼. 论军舰的无害通过问题[J]. 中国海商法研究,2019,30(2):31.

32

- [21] Report of the International Law Commission to the General Assembly [M]//Yearbook of the International Law Commission 1966 (Volume II). New York: United Nations, 1960:211.
- [22] PHARAND D. The Arctic waters and the Northwest Passage; a final revisit[J]. Ocean Development and International Law, 2007, 38(3):47.
- [23] OXMAN B. Legal regimes of the Arctic: 40 American society of international law proceedings [C]//RICHARDSON E. Proceedings of the Annual Meeting. Cambridge University Press, 1988: 334.
- [24] 杨显滨. 北极航道航行自由争端及我国的应对策略[J]. 政法论丛,2019(6):96.
- [25] SHUSTERICH K. International jurisdiction issues in the Arctic Ocean [J]. Ocean Development and International Law, 1984, 14 (3):252.
- [26] Territorial regimes and related issues [EB/OL]. [2021-03-11]. https://2009-2017. state. gov/documents/organization/258187. pdf.
- [27] 曲星, 钟龙彪. 当代中国外交[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2012: 78-79.
- [28] ZOU K. China's maritime legal system and the law of the sea[M]. Leiden: Martinus Nijhoff, 2005:59.
- [29] 贾宇. 南海航行自由:问题、规则与秩序[J]. 亚太安全与海洋研究,2019(3):59.
- [30]邢广梅,汪晋楠. 美国南海"航行自由行动"与军舰无害通过问题研究[J]. 亚太安全与海洋研究,2020(1):75.
- [31] 美军舰闯入南海挑衅次数逐年增加! 时间轴回顾全程[EB/OL]. (2020-12-24)[2020-12-25]. https://v. qq. com/x/page/u3215n7ahoi. html.
- [32]包毅楠. 美国军舰擅闯我国南海岛礁邻近海域的国际法实证分析[J]. 太平洋学报,2019,27(6):54.
- [33]高健军. 航行自由的含义和适用范围——《联合国海洋法公约》项下法庭实践的考察[J]. 法商研究, 2021, 38(1): 200.
- [34] BROWNE R, JIANG S, GAFAS M. US Navy warship challenges Chinese claims in the South China Sea[EB/OL]. (2019-09-13) [2020-12-10]. https://edition.cnn.com/2019/09/13/\_politics-zone-injection/us-warship-south-china-sea/index. html.
- [35] RAUCH E. Military uses of the ocean [J]. German Year Book of International, 1985(28):233-235.
- [36]美国会报告详解中美海军对比[N]. 环球时报,2019-12-25(13).
- [37] USS John S. McCain conducts freedom of navigation operation [EB/OL]. (2020-11-24) [2021-01-18]. https://www.navy.mil/ Press-Office/News-Stories/Article/2425878/uss-john-s-mccain-conducts-freedom-of-navigation-operation.
- [38] Statement by the Foreign Ministry in connection with a US Navy destroyer entering the territorial sea of the Russian Federation [EB/OL]. (2020-11-27) [2021-02-11]. https://www.mid.ru/en/foreign\_policy/news/-/asset\_publisher/cKNonkJE02Bw/content/id/4461705.
- [39] Navigational warnings (No 17/2021) [EB/OL]. [2021-06-11]. https://structure.mil.ru/files/morf/military/files/ENGV\_2117.pdf.
- [40] SOLSKI J. New Russian legislative approaches and navigational rights within the Northern Sea Route [J]. The Yearbook of Polar Law, 2021, 12(1):250.

荆鸣,蒋奋.《联合国海洋法公约》争端解决中可受理性的"功能性搁浅":问题及应对[J],中国海商法研究,2021,32(3):33-44

### 《联合国海洋法公约》争端解决中可受理性的"功能性搁浅": 问题及应对

荆鸣1.蒋奋2

(1. 大连海事大学 法学院,辽宁 大连 116026;2. 宁波大学 法学院,浙江 宁波 315211)

摘要:可受理性在海洋争端解决中具有抑制强制程序扩张适用的独立理论功能,实践中这一功能无从发挥。在《联合国海洋法公约》实践中,裁判机构对可受理性或敬而远之,或作时而严格、时而宽松的解释,造成可受理性"功能性搁浅"。《联合国海洋法公约》下可受理性的外延不明晰,涉及请求国资格的可受理性障碍解释空间过大,是导致其"功能性搁浅"的表面原因。实效主导海洋争端解决的逻辑是可受理性"功能性搁浅"的根本原因。基于此,《联合国海洋法公约》条款明确覆盖的可受理性障碍可与管辖权异议一并提出,与《联合国海洋法公约》条款以外国际法原则相关的可受理性障碍应单独明确提出。此外,衡平法原则偏袒小国的隐患需额外重视。

关键词:《联合国海洋法公约》;可受理性;"功能性搁浅"

中图分类号:D993.5 文献标志码:A 文章编号:2096-028X(2021)03-0033-12

### "Functionally stranded" admissibility in UNCLOS dispute settlement: issues and countermeasures

JING Ming<sup>1</sup>, JIANG Fen<sup>2</sup>

(1. Law School, Dalian Maritime University, Dalian 116026, China; 2. Law School, Ningbo University, Ningbo 315211, China)

Abstract; Admissibility has an independent theoretical function of restraining the expansion of compulsory procedures in maritime dispute settlement, which could not play its role sufficiently in practice. In the UNCLOS practices, the admissibility issues were either avoided or given strict/loose interpretations, which results in the "functionally stranded" admissibility. The concept of admissibility under UNCLOS is not clear enough, especially the admissibility barriers related to the qualification of the launching state, which makes the superficial cause of "functionally stranded" admissibility. The effectiveness dominating maritime dispute settlement constitutes the root of "functionally stranded" admissibility. The admissibility barriers clearly covered by UNCLOS provisions can be raised together with the objections against jurisdiction; and the admissibility barriers related to international legal principles outside UNCLOS should be raised separately. The equity principles inclined to small states require additional attention.

Key words: UNCLOS; admissibility; "functionally stranded"

可受理性(admissibility)是除管辖权外国际争端解决中有关管辖争议的另一焦点。<sup>[1]</sup>知名学者沙尼(Shany)将其表述为用以评价特定机构行使管辖权是否适当的一般框架(as a general framework for deciding upon the propriety of exercising such power)。<sup>[2]</sup>顾名思义,可受理性不同于管辖权问题,它更多地关

系到管辖权的行使,而非是否存在。争端解决的实践中,首先默认影响可受理性的事由不存在,诉至某机构的争端及各项请求都被推定为具有可受理性,只有抗辩管辖权的一方明确提出这些事由,才有可能影响可受理性。[2] 国际法院的官网将可受理性障碍概括为争端不存在、争端是政治争端非法律争端、

收稿日期:2021-01-24

基金项目:2017年度国家社会科学基金重大项目"中国海权发展模式及海洋法制完善研究"(17ZDA145),2018年度国家社会科学基金重大项目"构建人类命运共同体国际法治创新研究"(18ZDA153)

作者简介: 荆鸣(1994-), 女, 辽宁辽阳人, 大连海事大学法学院行政法专业博士研究生, 联合国粮农组织渔业与水产司实习研究人员, 纽约大学亚美法研究中心助理研究人员, E-mail: mj2164@ nyu. edu; 蒋奋(1981-), 男, 浙江宁波人, 法学博士, 宁波大学法学院教授, E-mail: jiangfen@ nbu. edu. cn。

未用尽当地救济,以及请求国不具有诉讼能力四类情形,<sup>[3]</sup>基本涵盖了影响可受理性的主要事由。

海洋法争端解决中,可受理性问题也应具有独立于管辖权的,阻却强制程序发生的理论功能定位。《联合国海洋法公约》(简称《公约》)第十五部分"争端的解决"没有对可受理性问题作出明确规定,导致这一问题在《公约》框架下争端解决的实践中莫衷一是。帝汶海调解案中澳大利亚提出了有关可受理性的抗辩,但未提出清洁手原则(clean hands doctrine),调解委员会(简称委员会)主动援引清洁手原则,对其进行解释,回避了可受理性障碍对《公约》强制程序的限制。可受理性的这一处境在其他实践中也颇为常见,阻却强制程序扩张适用的理论功能在实践中没能充分发挥,笔者称这一现象为"功能性搁浅"①。

在海洋法争端解决的著述中,可受理性长期处于研究的边缘地位。然而,近年来《公约》争端解决框架下附件七仲裁已呈现被滥用的态势,中国的重要海洋权益也险些受其困扰,仅从管辖权层面试图阻拦《公约》强制程序的扩张,似乎有些力不从心。因此,有必要从实践中的需求出发,对可受理性问题展开研究。

# 一、可受理性的"功能性搁浅":理论和实践的错位

可受理性障碍在海洋争端解决中理应具有独立 地位,作为区分于管辖权的另一安全阀,防止强制程 序的扩张。然而,《公约》生效以来的实践中被告从 未成功提起可受理性抗辩阻却强制程序。可受理性 在《公约》争端解决的实践中陷入"功能性搁浅",与 其理论功能定位明显错位。

### (一)可受理性问题的理论分类及功能定位

沙尼的定义揭示了可受理性与管辖权问题的本质差异,不同于针对特定机构的管辖权障碍,可受理性是针对争端或诉求而言的,阻却司法程序的功能对所有国际司法机构都适用,具有理论上的一般性。可受理性的本意是某一事项在实体、程序上均能通过司法途径解决,不存在因为这一事项在实体、程序方面的特殊性造成其无法通过司法途径解决的情

形。<sup>[1]</sup>一个争端或诉求不可受理,意味着争端或诉求所涉事项不应通过司法途径解决,或由于程序缺陷,暂时还不能通过司法途径解决。对于前一种情形,原告理论上不能将该争端诉诸任何司法机构;对于后一种情形,程序缺陷消除之前,原告也不能诉诸任何司法机构。

实体意义上的可受理性障碍与程序意义上的可 受理性障碍阻却司法程序的功能存在差异。在国际 法院列出的四类不可受理的情形中,争端不存在、争 端是政治争端非法律争端这两类是实体意义上的可 受理性障碍,是终局(或接近终局)的可受理性障 碍,只要争端的本质不变,不可受理的状态将一直持 续,并实质地阻却司法程序的发生。未用尽当地救 济,以及请求国不具有诉讼能力是程序意义上的可 受理性障碍,如果日后程序上的要求得到满足,这类 障碍是可能消除的。原告用尽当地救济后争端仍未 得到解决,再诉诸国际争端解决程序,有可能启动相 应的司法程序。除官网列举的四类外,实践中,联合 国安理会介入也曾被视为影响可受理性的因素<sup>②</sup>。 国际法院有意避免作出与安理会相左的判决,安理 会的介入曾阻却司法程序进行。以上事由中,是否 用尽当地救济根据客观事实较易明确。争端的存 在、法律争端的存在都很难通过有限的证据反驳。 请求国的诉讼能力是一个相对主观的、实践中可作 各种解释的事由。请求国不具有《公约》明确规定 的资格的情况在实践中近乎不存在,提起抗辩的一 方往往援引五花八门的原则,认为这些原则能成为 可受理性障碍,阻碍原告提起相应诉求。

### (二)帝汶海调解案对可受理性的处理

时间较近的帝汶海调解案中,澳大利亚提出的可受理性抗辩理由主要有二:其一,另一正在进行的司法程序可能对本案产生实质影响;其二,如受理此案,将直接导致对此前协议的违背<sup>3</sup>。两项理由存在逻辑上的层进关系,而且都与两国间在先的"非强制协议"(简称在先协议)<sup>4</sup>《特定海上安排条约》(简称《安排》)相关,委员会在处理时也采实用主义立场,未将二者视作泾渭分明。这两项事由对应至上述分类,都更接近于请求国提起程序的能力和

① 环境学者曾用白鳍豚"功能性灭绝"呼吁关注,笔者参考使用"功能性搁浅"的概念。参见《国际先驱导报:白鳍豚功能性灭绝,人类活动是元凶》,访问网址:http://www.cas.cn/xw/cmsm/200709/t20070905\_2696684.shtml。

② 在尼加拉瓜和针对尼加拉瓜的军事和准军事活动案(简称军事和准军事活动案)、洛克比空难引起的《蒙特利尔公约》解释和适用问题案中都有涉及。同时、《1998年国际刑事法院罗马规约》将安理会的介入视为可受理性问题,也有一定的借鉴意义。

③ 参见 Timor-Leste/Australia Conciliation, Decision on Australia's Objections to Competence (the Competence Decision), Sept. 19, 2016, para  $93_{\circ}$ 

④ 指《公约》第281条中争端方自行选择用于谋求解决争端的,具有优先争端方选择的和平方式、排除强制程序功能的协议。

资格。

## 1. 敷衍了事——回应暂时搁置程序的请求

澳大利亚认为两国间存在《安排》,该协议的效力正在另一仲裁程序中等待决定。即使该协议可能被认定为无效,在该结论作出前也应推定为有效,委员会至少应搁置(stay)此案,待确认该协议效力后再考虑是否受理<sup>①</sup>。委员会承认其无权决定协议的效力,但认为调解程序无需等待另一程序的决定。东帝汶并未请求委员会判断协议的效力,所以不会出现两个程序导致矛盾结论的尴尬局面。该协议的效力如何对本案的可受理性没有实质影响<sup>②</sup>。

委员会的上述回应太过敷衍,而且逻辑上过于跳跃。推理中最为关键的一步依赖一个奇怪的预设,只要有关同一问题的两个平行的程序不会导致矛盾的结论,A程序就不影响该问题在B程序中的可受理性。这一命题在现存的国际法规则中近乎找不到依据。澳大利亚提出这一请求是想为其下一个主张——委员会受理此案将导致违背在先协议进行铺垫。就一般逻辑而言,欲表达违背一个在先协议会影响可受理性,确实需要考虑在先协议的效力问题。委员会通过表达协议的效力对东帝汶的诉求的可受理性没有影响,产生了将二者截然割裂的效果。

2. 声东击西——偷换导致违背在先协议的主张澳大利亚提出,委员会受理此案,会直接导致东帝汶背弃在先协议义务这一行为被合法化;东帝汶认为协议无效,其中的义务不需履行,背弃之并无不妥。奇怪的是,两国均未提出的清洁手原则实质地影响了本案有关可受理性的决定。澳大利亚提出的受理此案将使东帝汶因背弃协议获益的问题,在委员会看来是常设国际法院默兹河改道案涉及的清洁手原则的另一形态<sup>3</sup>。本案和默兹河改道案涉及的清洁手原则的另一形态<sup>3</sup>。本案和默兹河改道案同在探讨"对双方有争议的协议的可能违背"(alleged breach)在《公约》争端解决中的法律后果(significance)。委员会的推理为先类比,再反驳:荷兰和比利时为保证默兹河有足够的水用于航行和灌溉,签

订双边条约以控制用水,荷兰指控比利时违规取水,但自身存在类似行为,其指控未能得到支持<sup>④</sup>。正如澳大利亚提出的,本案中协议的效力在另一仲裁程序中待定,对协议的可能违背不是一个确定事实,而清洁手原则尚不足以使"对一个效力不确定的协议的可能违背"阻却强制程序,故不影响本案中东帝汶诉求的可受理性<sup>⑤</sup>。

委员会的推理一定程度上还依赖另一重要的国际法原则"约定必须遵守"。澳大利亚提出的受理此案将纵容东帝汶对协议的背弃,是提醒委员会注意,如开一国立约后企图反悔并重新谈判之先,不利于国际条约实践的可预见性。这一风险确实存在,如果准许反悔的门槛过低,可能致使很多谈判前功尽弃,也影响日后缔约国进行双边谈判,谋求解决争端的意愿。委员会认为清洁手原则还无法触及对一个效力待定的协议的可能违背,从中可解读出一个确定有效的条约才受"约定必须遵守"的保护这一意思。委员会没有提及这一影响深远的国际法原则,亦考虑到了国际社会的接受程度。

清洁手原则的作用与善意原则(good faith)类 似,用以阻止自身行为同样恶劣甚至更恶劣的原告 从被告的恶劣行为中得到补偿,在国际法中表现为 阻止为不法行为的国家从其他国家相同或类似的行 为中获益。[4]这一原则在实践中虽然屡见不鲜,但 较多出现在个别意见或反对意见中,很少被用作判 决的主要依据。澳大利亚的可受理性抗辩字面上与 清洁手原则并无联系,委员会主动援引并类比适用, 有司法能动之嫌,不符合严格意义上的合法性原则。 另外,清洁手原则也非默兹河改道案的核心问题,委 员会就这一部分的引述有些以偏概全,引述的是哈 德逊(Hudson)法官的个别意见<sup>⑥</sup>,并非主流的裁决 结论。该案中比利时提出反诉,双方的诉求最终都 未得到支持,更大程度上是基于双方的诉求在涉案 协议中都找不到确切依据<sup>⑦</sup>。清洁手原则在该案的 审理思路中未发挥主导作用。委员会夸大了这项衡

① 参见 Timor-Leste/Australia Conciliation, Decision on Australia's Objections to Competence (the Competence Decision), Sept. 19, 2016, para 87。

② 参见 Timor-Leste/Australia Conciliation, Decision on Australia's Objections to Competence (the Competence Decision), Sept. 19, 2016, para 89。

③ 参见 Timor-Leste/Australia Conciliation, Decision on Australia's Objections to Competence (the Competence Decision), Sept. 19, 2016, para  $90_{\circ}$ 

④ 参见 Timor-Leste/Australia Conciliation, Decision on Australia's Objections to Competence (the Competence Decision), Sept. 19,2016, para 90, citing Case Concerning the Diversion of Water from the River Meuse (Netherlands v. Belgium), Judgment of 28 June 1937, PCIJ Series A/B, No. 70, at 4, para 25。

⑤ 参见  $\mathit{Timor-Leste/Australia\ Conciliation}$ , Decision on Australia's Objections to Competence (the Competence Decision), Sept. 19, 2016, para 92。

⑥ 参见 Diversion of Water Judgment, Separate Opinion of Judge Hudson, at 77-81, para 323-328。

② 参见 Diversion of Water Judgment, Separate Opinion of Judge Hudson, at 77-81, para 94, para 153。

平法原则在该案中的作用,这容易引起对该案价值倾向的误解。衡平法原则在实质正当性方面具备天然优势,因此常被一些裁判机构用来矫正司法中对形式合法性的过度执着而引起的不公平。但默兹河改道案的结论并非偏好衡平法中的正当性,而是严格遵循形式合法性的。

委员会的声东击西实质变更了澳大利亚的抗辩 内容,将"受理此案可能导致违背在先协议"偷换为 "受理此案将导致东帝汶从反悔中获益"。这一对 被告抗辩内容的实质修改既未告知被告,也未征求 其同意。修改后的诉求更为主观,更容易归入东帝 汶的诉讼资格问题,解释空间较大。委员会事实上 绕开了可受理性对帝汶海调解案程序的影响,使可 受理性无从发挥作用。

# (三)《公约》其他裁判机构判断可受理性的 实践

自 1994 年《公约》生效以来,第十五部分第二节的强制程序被频繁提起。<sup>[5]6</sup> 表 1 部分展示了可受理性与一些较为著名的实践的管辖权裁判结论的相关性,包括被告未应诉的南海仲裁案和"极地曙光"号仲裁案。

表 1 《公约》生效以来存在管辖权争议的案件——可受理性与裁判结论的相关性

当事国/案件名	裁判机构	发起/结案时间	被告是否提出可受理性抗辩 /是否影响管辖权阶段裁判
喀麦隆 v. 尼日利亚 领土和海域边界案	国际法院	1994年3月29日/1998年6月11日	是/否
圣文森特和格林纳丁斯 v. 几内亚 第一、二号"赛加"号案	国际海洋法法庭	1997年11月11日/1997年12月4日	是/否
澳大利亚、新西兰 v. 日本 南方蓝鳍金枪鱼案	国际海洋法法庭	1999年7月30日/1999年8月27日	是/关联微弱
智利 v. 欧共体 剑鱼案	国际海洋法法庭	2000年12月18日/2009年12月16日	基本未涉及
爱尔兰 v. 英国 MOX 发电厂案	国际海洋法法庭	2001年11月9日/2001年12月3日	基本未涉及
马来西亚 v. 新加坡 填海造陆案	国际海洋法法庭	2003年9月4日/2003年10月8日	基本未涉及
巴巴多斯 v. 特立尼达和多巴哥 海域划界仲裁案	附件七仲裁庭	2004年2月16日/2006年4月11日	基本未涉及
圭亚那 v. 苏利南 海域划界仲裁案	附件七仲裁庭	2004年2月24日/2007年9月17日	是/否
毛里求斯 v. 英国 查戈斯群岛案	附件七仲裁庭	2010年12月20日/2015年3月18日	是/否
阿根廷 v. 加纳 "ARA 自由"巡航舰仲裁案	国际海洋法法庭	2012年11月14日/2012年12月15日	是/否
菲律宾 v. 中国 南海仲裁案	附件七仲裁庭	2013年1月22日/2016年7月12日	(未应诉)基本未涉及
荷兰 v. 俄罗斯 "极地曙光"号仲裁案	附件七仲裁庭	2013年10月4日/2017年7月10日	(未应诉)间接涉及/否
马耳他 v. 圣多美和普林西比 "一路向前一体"号仲裁案	附件七仲裁庭	2013年10月22日/2019年12月18日	是/否
巴拿马 v. 几内亚比绍 "贞洁 G"号案	国际海洋法法庭	2011年1月5日/2014年4月14日	是/否
东帝汶 v. 澳大利亚 帝汶海调解案	附件五委员会	2016年4月11日/2018年5月9日	是/否

上述实践中,南方蓝鳍金枪鱼案、喀尼领土和海域边界案被告提出争端不存在;第二号"赛加"号案和"贞洁 G"号案提到未用尽当地救济;其余案件有关可受理性的抗辩都可归为请求国资格问题。裁判机构的处理路径主要有三:其一,回避可受理性争议,以其他理由判断管辖权;其二,对可受理性障碍作严格解释,认为被告的抗议达不到标准;其三,是第二个路径的反向表现,即对原告具有起诉资格所需满足的相应条件作极为宽松的解释。

## 1. 有关争端存在及用尽当地救济的抗辩

仅南方蓝鳍金枪鱼案的结论是无管辖权,但与可受理性的关系微乎其微。该案中日本认为《南方蓝鳍金枪鱼保护公约》对该争端的覆盖足够全面,日本与新西兰、澳大利亚在该协议下解决争端即可,《公约》意义上争端已经不存在(moot)<sup>①</sup>。自愿程序的优先适用是否直接导致该争端不具有可受理性,这一问题存在理论争议<sup>②</sup>。法庭不认同争端不存在的说法,但未就优先程序与可受理性的关系发表意见<sup>③</sup>,采取回避态度。法庭依据第 281 条作出无管辖权的结论,但并非是可受理性阻却了强制程序发生。

除南方蓝鳍金枪鱼案外,喀尼领土和海域边界案也属于曾签订在先协议的情形,尼日利亚据此提出不存在争端<sup>④</sup>。国际法院认为尼日利亚未阐释协议的来龙去脉和内容,论证不够充分<sup>⑤</sup>。这是对可受理性的"高门槛"解释,即对确实存在的障碍需要被告以足够令人信服的方式提出,才纳入考虑。第二号"赛加"号案中,几内亚认为原告没有用尽当地补救方法<sup>⑥</sup>。《公约》第 295 条对用尽当地救济作出了规定,国际海洋法法庭只需对这一条文作宽松解读,就不再影响原告资格。"贞洁 G"号案中,几内亚比绍基本重复了第二号"赛加"号案的抗辩理由,

国际海洋法法庭的应对逻辑也如出一辙①。

## 2. 部分有关请求国资格的抗辩

有关请求国资格的抗辩可大体分为三类:涉及一般法律原则的适用的、涉及《公约》特定条文的解释或适用的、不涉及明确的一般国际法的。最后一类往往不好判断是否属于可受理性问题,很少被裁判机构重视或充分论证,经常被纳入管辖权问题一并处理。裁判机构对前两类的处理,则是通过或回避,或进行时而严格、时而宽松的解释路径实现的。

裁判机构对案件涉及的一般法律原则如何处 理? "ARA 自由"巡航舰仲裁案中,加纳提出该争端 没有达到需作出临时措施的紧急程度(urgency),国 际海洋法法庭如作出临时措施,有违必要和适当原 则(necessity and appropriateness)<sup>®</sup>。法庭将管辖权 与可受理性连同该案的实体问题一并判断,案情符 合迅速释放的一切事实特征,这一原则无法阻却临 时措施作出。法庭没有直面必要和适当原则与可受 理性的关系。而圭苏海域划界仲裁案中,苏里南提 到了委员会主动适用的清洁手原则。仲裁庭引用默 兹河改道案哈德逊法官的个别意见时指出,这一原 则的精髓在于衡平法救济对制止持续性侵害的价 值。虽然圭亚那也存在违法行为,不具有清洁之手, 但届时圭亚那的侵害已经停止,不是侵害仍在继续 的情况,故不适用这一原则<sup>9</sup>。这相当于为清洁手 原则的适用确立"高门槛",使之无法适用。

裁判机构对案件涉及的《公约》条文如何处理? 较常见的是《公约》第 283 条,裁判机构对该条文的解释非常宽松。查戈斯群岛案中,英国提出争端方尚未就争端交换意见,因此该争端不具有可受理性。仲裁庭认为《公约》对交换意见作出规定,是为避免被告对争端太过惊讶而无法作出适当的回应,至于

① 参见 Southern Bluefin Tuna Case (Austl. v. Japan, N. Z v. Japan), Award on Jurisdiction and Admissibility, UNCLOS Annex VII Tribunal (August 4,2000), para 40(c)  $_{\odot}$ 

② 符合自愿程序的情形,且自愿程序具有理论上的优先地位,并不代表裁判机构受理诉求就一定导致出现两个矛盾的结论,或一定导致违背"一事不再理";笔者倾向于认为符合第 281 条的自愿程序真正开始,才有可能影响可受理性,如尚未付诸自愿程序,只能视作针对管辖权的抗辩。

③ 参见 Southern Bluefin Tuna Case (Austl. v. Japan, N. Z v. Japan), Award on Jurisdiction and Admissibility, UNCLOS Annex VII Tribunal (August 4,2000), para 46。

④ 参见尼日利亚的第五项到第八项初步反对意见, Case Concerning the Land and Maritime Boundary (Cameroon v. Nigeria), Preliminary Objections, ICJ Judgment of June 11,1998, at 285-286。

⑤ 参见 Case Concerning the Land and Maritime Boundary (Cameroon v. Nigeria), Preliminary Objections, ICJ Judgment of June 11, 1998, at 317, para 93。

⑥ 参见 The M/V "Saiga" (No. 2) Case, Counter Material (St. Vincent and the Grenadines v. Republic of Guinea), ITLOS, (Oct. 16, 1998), para 79-89。

② 参见 The M/V "Virginia G" Case, Judgment, (Panama v. Guinea-Bissau), ITLOS, (April 14, 2014), para 93-160。

<sup>®</sup> 参见 The "ARA Liberad" Case , Request for the Prescription of Provisional Measures under Article 290 , para 5 (Argentina v. Ghana) , Written Statement of the Republic of Ghana , (Nov. 28, 2012) , para  $2_{\circ}$ 

⑨ 参見 Award in the Arbitration regarding the Delimitation of the Maritime Boundary, (Guyana v. Suriname), Arbitral Tribunal, (Sept. 17, 2007), para  $417-421_{\circ}$ 

交换意见需要涉及哪些内容,只要提到谋求解决争端的方式就应满足<sup>①</sup>。"极地曙光"号仲裁案中,仲裁庭认为《公约》第 283 条甚至不要求争端方的沟通触及争端的实体问题<sup>②</sup>,这难免让人产生"走过场"的疑虑。"一路向前一体"号仲裁案中,仲裁庭参考了这一解释,在沟通极为有限的情况下作出了交换意见已完成的认定<sup>③</sup>。争端方只要就争端进行过沟通,就被视为已经交换意见。这一"低门槛"解释使《公约》第 283 条从未在实践中成为真正的可受理性障碍。

# 二、可受理性"功能性搁浅"的原因和症结

裁判机构对可受理性抗辩谈虎色变,或作"高门槛"解释;对第 283 条来者不拒,极为宽松。这些处理路径造成可受理性"功能性搁浅",对上述实践的管辖权结论影响极小。笔者以实践为基础,归纳可受理性"功能性搁浅"的表面、深层原因,并反思其中的困境和隐患。

# (一)《公约》下可受理性与管辖权外延界限 不明

《公约》第 288 条对管辖权问题作出了专门规定,但未提及可受理性问题。实践中可受理性的"功能性搁浅"一定程度上可归因为这一问题的外延并不明确,与其他管辖权抗辩存在交织。

# 1. 狭义的管辖权争议与可受理性争议的理论 区别

管辖权(jurisdiction)在拉丁语中的表述是 jus dicere,指法律上的某种权威或资格,广义的管辖权还包括国家管辖权、行政管辖权等,狭义的管辖权多指司法管辖权,即以法院为代表的司法机构审理案件和作出裁判的权力和能力。[6] 国际争端解决中,管辖权表现为国际司法机构具有审理某一特定争端,并对其作出裁判的合法性依据。国际司法机构对某一争端或诉求不具有管辖权,意味着该机构对特定争端或诉求缺乏审理需要的合法资格或能力。A 机构对某一争端不具有管辖权,原告如诉诸 B 机构, B 机构可能有管辖权。管辖权障碍针对特定机

构而言具有特定性。

《公约》第 288 条前两款规定第十五部分的裁判机构对涉及《公约》的解释或适用、与《公约》目的有关的国际协定的解释或适用的争端具有管辖权。结合管辖权障碍的特定性,成立特定机构的文件是解释该机构管辖权的最权威依据。《公约》框架下的管辖权争议可概括为依据《公约》第十五部分提出,与《公约》或涉及《公约》目的之国际协定的解释或适用相关的,针对这一部分裁判机构的审理权限和资格的异议。这些异议即使可能与可受理性抗辩交织,也应被视为管辖权问题。

## 2. 实践中身份较为明确的管辖权异议

上述实践中,除被告未应诉的两案,其余案件被告均正式提出管辖异议。"极地曙光"号仲裁案中,俄罗斯以外交照会的方式向荷兰表达了不接受仲裁程序的立场,仲裁庭在第4号程序令中将其视为管辖权抗辩<sup>④</sup>。南海仲裁案中,中国虽发布了关于管辖权问题的立场文件,<sup>[7]</sup>但未将其作为答辩状,仲裁庭也未将其视为答辩状;由于声明中表达管辖权存在争议的内容可能引起下一轮辩论,于是产生适用《程序规则》第25条第2款<sup>⑤</sup>的效果,声明中管辖权争议的内容仍可能在后续程序中充当抗辩理由。这些异议或立场的理由,与可受理性(争端本身)相关的包括三类:第一,争端的本质属性不适格;第二,涉及争端的自愿程序应优先适用;第三,直接提出争端缺乏可受理性。

第一类理由强调争端不是《公约》第 288 条前两款中的有关《公约》解释或适用的,或与《公约》相关的其他协议的解释或适用的争端,而是经包装的其他争端(如领土争端)或混合争端。圭苏海域划界仲裁案、查戈斯群岛案、南海仲裁案涉及这一问题。第二类强调《公约》第十五部分第一节中的自愿程序具备优先性,认为争端方的协议符合第 281条或第 282 条,能排除强制程序。南方蓝鳍金枪鱼案、剑鱼案、MOX 发电厂案、新马填海造地案及巴特海域划界仲裁案涉及这一问题。二者都是较为典型的管辖权争议,既符合《公约》第288条对属物管辖

① 参见 Chagos Marine Protected Area Arbitration (Mauritius v. United Kingdom), Award of 18 March 2015, PCA, para 382。

② 参见 Arctic Sunrise Arbitration (Netherlands v. Russian Federation), Award on the Merits of 14 August 2015, PCA, para 151。

③ 参见 Duzgit Integrity Arbitration (Malta v. São Tomé and Príncipe), Award of 5 September 2016, PCA, para 199。

④ 参见 The Arctic Sunrise Arbitration, para 41。仲裁庭如此判断的依据是《程序规则》第 20 条第 3 款。

⑤ 《程序规则》第25条第2款规定:"若争端一方不出庭或对案件不进行辩护,仲裁庭将邀请出庭一方就仲裁庭认为其提交的诉状中尚未被阐述或阐述不充分的具体问题提交书面论证,或由仲裁庭就这些问题提问。出庭一方应在邀请之日起3个月内就仲裁庭指定的问题提交补充书面陈述。出庭一方的补充陈述应传达给缺席一方供其评论,该评论应在补充陈述传达之日起3个月内作出。在《公约》及其附件七以及本规则授权范围内,仲裁庭可以采取其认为必要的任何其他措施赋予争端各方提出其主张的充分机会。"

权的规定,也符合针对机构的特定性要求。这两类理由尽管是就争端自身提出的,但直接落入《公约》对管辖权的规定,而且与争端方独特的谈判历史紧密相关。这一独特性与可受理性障碍的一般性并不符合。可受理性问题在后者中间接涉及,在帝汶海调解案、南方蓝鳍金枪鱼案中都充当了可受理性抗辩的逻辑前提,但管辖权争议更为直接。

## 3. 被告"能驳就驳"的抗辩策略

《公约》没有对可受理性问题作专门规定,被告不懂得如何运用这一抗辩,裁判机构也难以处理,是可受理性"功能性搁浅"的表面原因。诸多被告碍于知识和时代的局限,并不清楚可受理性的外延界限,采取"能驳就驳"的应诉策略,非但没能澄清这一问题,反而加剧了理论混乱。因没有成功先例,被告似乎也不敢期待一个争端仅因为缺乏可受理性被裁判机构拒之门外。因此,可受理性在被告的管辖抗辩中出现频率极高,但相关论证并不充分,有关这一问题的深入理论研究也较为匮乏。被告有关可受理性的诸多抗辩中,有一些经斟酌辨析后并非可受理性问题。

喀尼领土和海域划界案中,尼日利亚提出的抗辩既有一般国际法的内容,也有与《公约》条款解释和适用相关的内容,多处表达同时提到管辖权与可受理性。原告未努力达成划界协议是否属于可受理性问题?国际法院的推理分两步走:其一,双方的划界争端同时涉及巴卡西半岛的主权问题,属于同时触碰两项法律争议的争端,这类争端中,两项争议的先后次序应由法院决定①;其二,《公约》对第73条和第84条下的事项规定了预先协商(prior negotiations)的义务,但按照《国际法院规约》(简称《规约》)第36条,预先协商的义务不应视为可能影响法院管辖权或案件可受理性的声明(declarations)的一种②。该案中国际法院将《规约》置于《公约》的争端解决机制之上,当争端依照《规约》具有可受理性时,从《公约》条款而来的争议可忽略不计。

第二号"赛加"号案中,几内亚提出"赛加"号与 船旗国缺乏《公约》第 91 条第 1 款要求的真正联系 (genuine connection)<sup>3</sup>;与《公约》具体条款相关的 问题应属于狭义的管辖权范畴。几内亚还提出该船 的船员并非原告的国民,原告保护船员的请求缺乏 国际法依据<sup>4</sup>。这不贴近一般法律原则,也不涉及 明确的《公约》条文的诉求,是否是可受理性问题存 在争议,法庭对此近乎避而不谈。类似地,"ARA 自 由"巡航舰仲裁案中,加纳提出扣押该舰的直接原 因是在开曼群岛注册的 NML 公司享有对阿根廷政 府的到期债权,所涉争端是纽约州法和加纳法的冲 突造成的,是个冲突法问题,无关《公约》的解释和 适用<sup>5</sup>。这一抗辩也并不意外地被忽略了。

## 4. 可受理性"受制于"裁判机构的现实矛盾

可受理性障碍根源于争端或诉求,如某争端或 诉求不具有可受理性,理论上任何裁判机构都无法 受理。然而某争端或诉求是否具有可受理性,实践 中又由裁判机构来判断。可受理性问题的理论独立 性与其实践中受制于裁判机构的情况存在固有冲 突。这一问题的外延又不甚明确,裁判机构也很难 胸有成竹。正常情况下,裁判机构对其自身的管辖 权具有更强的自信心和话语权,对某一争端或诉求 在一般意义上是否具有可受理性,则略显底气不足, 不愿作出不可受理的笼统结论。这也是爱惜羽毛的 表现,避免遗人太过草率的印象。

以不具有可受理性终结的实践在《公约》下尚未得见,在其他国际争端解决的实践中也极为罕见。而极为罕见的实践在国际社会中引起的效果也并不理想。西南非洲案(第二阶段)中,国际法院以诉求对原告的权利或利益无影响(have no legal right or interest)为由作出不具有可受理性的裁决,造成其权威在相当长的时间内备受质疑,国际法院因此陷入20年的实际停滞状态<sup>⑥</sup>。《公约》1994年生效时,这一事件的阴影还未完全退去,强制程序的裁判机构对可受理性的判断就更为临渊屡薄。

① 参见 Case Concerningthe Land and Maritime Boundary (Cameroon v. Nigeria), at 320-321, para 105-107。

② 参见 Case Concerningthe Land and Maritime Boundary (Cameroon v. Nigeria), at 321-322, para 108-109。

③ 参见 The M/V "Saiga" (No. 2) Case, Counter Memorial (St. Vincent and the Grenadines v. Republic of Guinea), ITLOS, (Oct. 16,1998), para 56-72。

④ 参见 The M/V "Saiga" (No. 2) Case, Counter Memorial (St. Vincent and the Grenadines v. Republic of Guinea), ITLOS, (Oct. 16,1998), para 73-78。

⑤ 参见 The "ARA Liberad" Case, Request for the Prescription of Provisional Measures under Article 290, paragraph 5, (Argentina v. Ghana), Written Statement of the Republic of Ghana, (Nov. 28, 2012), para 2,

⑥ 此后的 20 年里主权国家和国际社会明显对国际法院缺乏信任,出现大量被告拒绝到庭的现象,直至 1986 年尼加拉瓜诉美国军事活动案实体判决作出,才有所改观。参见 Robert Kolb; The International Court of Justice, HART Publishing 2013 年出版,第 1152-1154 页。

## (二)实效主导海洋争端解决的逻辑

40

可受理性问题的外延不明仅是其"功能性搁浅"的表面原因,裁判机构希望促成争端解决的主观考量才是深层原因。实效原则长期主导海洋争端解决的逻辑,在沃尔夫鲁姆(Wolfrum)法官的演讲之后更为甚嚣尘上,在多项实践中为强制程序的扩张适用推波助澜。

#### 1. 实效的便利性和优越性

不可否认的是,裁判机构处理一项争端的实效是国际社会评价其权威的重要标尺。西南非洲案中国际法院难得地秉持司法克制,却遭来对其权威的猛烈质疑。就管辖权的结论而言,上述案件中仅南方蓝鳍金枪鱼案结论为无管辖权,其余案件裁判机构均确立了管辖权并进入实体审理阶段,也在一定程度上反映出《公约》裁判机构对实效的执念。在可受理性问题外延不明,可能与管辖争议存在交织的情况下,与其花费相当的时间厘清这一界限,裁判机构更倾向于回避这一问题,借助其他问题的推理回应管辖权异议。这一做法既能节省时间,也能免遭不作为、不创造实效的批评。

举例而言,裁判机构对第 283 条的解释极为宽松,与对其他可受理性障碍的或严格解释、或避之不及的态度大相径庭。这一态度是实效主导其逻辑的表现。《公约》强制程序的启动很多时候出于单方意愿,附件七的仲裁程序尤其如此。被告即使积极应诉,配合参与了强制程序的全过程,内心的真实想法也颇为抗拒。交换意见是一项双向义务,需要被提起争端的一方配合才能完成。如果交换意见的义务未履行能阻却强制程序,会极大地增加争端方恶意拒绝或延迟交换意见的可能性。裁判机构出于对实效的执念,只得在严格和宽松的解释方法之间来回跳跃。

#### 2. 实效的相对性和局限性

实效究竟如何,可以从不同维度得出不同结论,没有绝对的评判标准。查戈斯群岛案仲裁庭裁决英国违反《公约》的相关条款,同时建议争端方在主权框架内,针对该海洋保护区进行谈判,以就海洋环境保护达成能接受的安排;而英国也承诺在查戈斯群岛未来不作军事用途的情况下将其主权归还毛里求斯<sup>①</sup>。这一结果看似皆大欢喜,却使此前的仲裁近乎流于形式,增进了争端方就同一问题重新进行谈

判的动力,也暴露了仲裁的实效不过尔尔。南海仲裁案再次呈现这一尴尬局面,实体裁决公布后中国仍然坚持不接受、不参与的立场,但对菲律宾总统杜特尔特推进的新一轮和平谈判表示欢迎,并对菲律宾各项事业进行热心的援助,争端的最终解决仍需回归双边谈判的轨道。

《公约》附件下的不同强制程序的制度定位不 同,评判其实效的标准也相应不同,帝汶海调解案的 实效可谓十分乐观。附件五强制调解本身就是一种 制度化的谈判,委员会的任务无非是组织、鼓励并推 动争端方的对话,在必要时提供协助以促成争端的 最终解决。[8]程序参与的强制性与结果接受的自愿 性有机统一是强制调解的显著特点,委员会只能帮 助争端方厘清争议核心并催化相互妥协的意愿,不 能发挥能动作用,更不能左右争端方的意思自治②。 在委员会的协助下,澳大利亚与东帝汶迅速达成并 签署了大陆架和专属经济区划界协议,也明确了帝 汶海资源开采问题上的未来合作框架<sup>3</sup>。除大日升 管道建设,双方在帝汶海的一系列争端可以说都通 过调解得到实质解决,也为日后双边关系建设打下 良好基础。争端方对最终达成的协议均表示欢迎和 愿意遵守,此案因此被一些学者评价为未来海域划 界的标杆式范例。[9] 但这一乐观的结局有其特殊 性,无法复制,也不宜放大。

#### 3. 放大实效的困境和隐患

将实效奉为圭臬,在理论和实践中问题重重,绝非上策。首先,裁判机构在判断管辖权与可受理性时,对强制程序能否产生解决争端的实效不能精准确定,只能根据有限的事实证据推测。当证据明显有限甚至不足时,进行这一推测的逻辑极为不周延。在管辖权与可受理性存在交织的情况下,如裁判机构对管辖权已有初步判断,过度强调实效更容易造成对可受理性问题的忽视。帝汶海调解案和南方蓝鳍金枪鱼案中争端方曾签订在先协议,已尝试协议中的一些途径未能解决,不代表其他途径无法解决;经年累月的谈判未能解决,也不代表再次谈判仍无法解决。所谓实效的考量更多是一种不得不管的"强迫症"式的使命感,而非争端能通过强制程序得到妥善解决的理性分析。

更为致命的是,这一使命感经沃尔夫鲁姆法官的"官宣"后急剧膨胀。一些裁判机构已很难辨认

① 参见 Chagos Marine Protected Area Arbitration (Mauritius v. United Kingdom), Award of 18 March 2015, PCA, para  $544_{\circ}$ 

② 参见《公约》附件五第一节第 4 条、第 10 条及第二节第 3 条。

③ 参见 Timor-Leste/Australia Conciliation, Press Release No. 14。

其推理中病态的逻辑不周延,暴露希望以一纸文书 改变历史的造法冲动。2021年1月28日作出的毛 里求斯与马尔代夫海洋划界案管辖权争议判决中, 国际海洋法法庭代为宣布国际法院咨询意见的权威 的行为震惊国际社会<sup>①</sup>。国际裁判机构作出的司法 决定是国际法的辅助渊源,理论上仅约束争端方,即 仅具有功能性造法的效果,不产生先例的示范效应, 更不能以个案发展国际法。[10]然而,《公约》生效 后,第十五部分第二节的强制程序被频繁提起,附件 七仲裁已具备相当程度的强制属性。[5]6-7 个别裁判 机构组成人员在短时间内经多次任命,上述不周延 的逻辑被重复适用,病态的结论也随之反复出现。 存在瑕疵的功能性造法逐渐向畸形的规范性造法靠 近<sup>②</sup>[11]可受理性的命运恐将由"功能性搁浅"蜕变 为"终身性雪藏",再无人问津。这对于海洋争端解 决乃至国际法的发展极为危险。

### 4. 实效与合法性的对立统一关系

国际法的运行整体上仍以主权国家的意志为基础,司法活动中的造法行为在合法性和正当性方面存在先天赤字<sup>3</sup>。<sup>[12]</sup>就功能性造法而言,如某争端方始终明确坚持不接受裁判机构的强制程序,裁判机构还强行管辖并作出裁判结论,将直接挑战作为国际法运行基础的国家同意原则(consent)。而主权国家的同意是裁判机构作出有效裁判,形成有效射程的合法性和正当性基础。这一基础的匮乏无法通过实效进行补强<sup>④</sup>。一个强制程序无论如何有效,不该由其管辖的事项也不能因其有效而当然地由其管辖。即使争端解决中个案实效发展到极致,功能性造法的合法性和正当性赤字仍无法解决。

对实效的考量有其积极作用,但考量实效应放 眼长远。实效性与合法性、正当性的关系并非此消 彼长,而是相互影响,共存共生<sup>⑤</sup>。<sup>[13]</sup>为追求短期实 效,暂时回避可受理性障碍,就个案而言可能有助于 解决当下争端。然而,以牺牲合法性和正当性为代 价追求实效的处理方式如被频繁重复,长远看来将 侵蚀《公约》相关制度,更无从保障个案的有效射 程。[14]50 盲目推崇实效原则不值得提倡。

## 三、可受理性"功能性搁浅"问题的应对

可受理性在实践中的"功能性搁浅"与其外延在《公约》下不明确有关,但更深层次原因在于实效在争端解决整体逻辑中根深蒂固。放大实效将纵容强制程序的扩张,挑战主权国家同意原则,危害国际法的发展。为应对上述困境,笔者提出如下对策。

## (一)厘清《公约》下可受理性问题的外延

可首先为可受理性问题的外延划定一个大体界限,澄清其理论独立地位。参考国际法院已认可的五类情形(含安理会介入),笔者认为《公约》中与可受理性相关的条款主要包括第十五部分第283条交换意见的义务、第291条使用程序的机会、第293条适用的法律、第295条用尽当地补救方法、第298条适用第二节的任择性例外[第1款(c)项涉及安理会介入],以及第十六部分"一般规定"中第300条城意和滥用权利。

#### 1. 各条款与可受理性的关系

请求国诉讼资格是一个较为主观、解释空间较大的程序性事项。笔者将这类条款单独分析,其余一并分析。当《公约》条款涉及可受理性问题时,这些潜在的可受理性障碍都同时落入《公约》第288条规定的属物管辖权范畴。这些条款涉及的事项既可能构成管辖权争议,又可能成为可受理性争议。

第一,涉及请求国资格的条款应如何处理? 第291条是对有能力使用本部分程序的主体的直接规定,"对各缔约国开放",同时"仅依本公约具体规定对缔约国以外的实体开放"。实践中,非缔约国提起强制程序的案件尚未得见,而且非缔约国可以通过加入《公约》排除这一条文对可受理性的限制。因此,这一规定更多是形式意义上的。第283条的交换意见在程序意义上有其价值。由于争端方是否积极交换意见影响到原告能否就这一争端提起相应程序,可以说交换意见是涉及请求国资格的条款。第293条是对裁判机构的法律适用要求,第1款规定只能适用《公约》和与《公约》不相抵触的一般法

① 参见 Dispute Concerning Delimitation of the Maritime Boundary between Mauritius and Maldives in the Indian Ocean (Mauritius/Maldives), Case No. 28, Preliminary Objections Judgment, Jan. 28, 2021, para 166。

② 仅应该约束个案的功能性造法,如可能改变各国对某一问题的规范性预期,则可能产生规范性造法的效果,这也是特殊国际法与普遍国际法的区别。

③ 按照实证主义传统,主权国家才是名正言顺的造法主体。

④ 参见 Status of Eastern Carelia, Advisory Opinion, July 23,1923, P. C. I. J. Ser. B,5, para 27,国际法院指出: "One of the fundamental principles of the Court's Statute is that it cannot decide a dispute between States without the consent of those States to its jurisdiction." 另见 East Timor (Portugal v. Australia), June 30,1995, I. C. J. Rep. 90, para 26。

⑤ 特莱维斯(Treves)曾提出,裁判机构的结论正当性与三个因素关联密切,分别是裁决权威的来源、裁决程序的公正性、争端方对裁决结论的满意度。

律原则;第2款规定经争端方同意,可以适用公允和善良原则。如果裁判机构适用了这两款规定以外的规则和原则,或适用第2款中的公允和善良原则时没有征得争端方同意,也可能构成可受理性障碍。这关系到裁判机构管辖权的行使,同时关系到请求国已经提起争端后继续进行程序的资格。第300条规定缔约国应诚意履行根据本公约承担的义务,应以不致构成滥用权利的方式,行使本公约所承认的权利、管辖权和自由。如果任一争端方滥用权利,违背这一条规定,滥用权利的争端方提起争端将面临障碍,这也应属于可受理性问题。

第二,请求国资格以外的条款应如何处理? 第283条对交换意见的规定还涉及请求国资格以外的可受理性问题。其字面意思隐含"存在一项法律争端"的前提。第1款"如果缔约国之间就本公约的解释或适用发生争端"隐含了"需存在争端"这一前提,第2款"如果解决争端的程序已经终止,而争端仍未得到解决"隐含"争端是一项法律争端"这一前提。这是国际法院列明的前两类实体意义上的可受理性问题。第295条对用尽当地救济的规定与国际法院列举的基本一致,强调《公约》争端解决机制的补充性功能定位。第298条以例外的方式排除了强制程序对一些情况的适用,第1款(c)项提及国际法院的实践中也曾出现安理会介入的情况。

# 2. 应对《公约》条款对可受理性的影响

当《公约》条款与可受理性问题的对应十分确切,不涉及其他国际法原则时,被告提出针对管辖权的抗辩就可基本覆盖相应条款涉及的可受理性问题。中国在面临类似情境时,也可紧扣《公约》条款,直接针对裁判机构的管辖权提出异议,在提出管辖权异议的同时,一并提出可受理性抗辩。

第一,应对《公约》条款覆盖的可受理性问题,应紧扣管辖权异议。第 283 条规定的交换意见还关系到争端解决的实效。因此,裁判机构在实践中对于交换意见的认定具有明显的倾向性。我们在面临其他国家的挑衅诉讼时,如对交换意见的请求置之不理,可能产生在《公约》程序性义务的细节上贻人口实的风险。对于这类请求,可以适时适度回应,通过非常简洁的形式就争端进行沟通,谨慎措辞,同时明确表达对强制程序的不接受态度,就争端内容进行的沟通不能代表我们对后续程序的任何态度。依照《公约》第 293 条对适用的法律的规定,国际法原则可能作为裁判机构审理案件的依据,但裁判机构适用的国际法原则不能与《公约》相抵触,而且以公

允和善良原则为依据进行裁判需经争端方同意。 《公约》没有规定提起程序的争端方不能为性质相 同或类似的不法行为,第300条对诚意履行和禁止 滥用权利的规定虽然在内容上相关,但需要提起争 端的一方的行为达到滥用权利的程度。如果一方存 在类似的不法行为,但没有达到滥用权利的程度.清 洁手原则的适用就可能造成与《公约》内容的抵触。 因此,帝汶海调解案和圭苏海域划界仲裁案涉及的 清洁手原则可归入第2款中的公允和善良原则,这 一原则的适用应当经过当事方同意。帝汶海调解案 中,委员会未经争端方同意,主动援引清洁手原则的 做法存在争议。未来如面临类似情形,我们可主张 裁判机构适用法律违背《公约》第293条,据此对其 进行抗辩。海域划界属于可通过第298条的声明排 除的情形,中国已依据该条第(1)款(a)项(i)目作 出相应的声明。如恐日后再生争端,可选择合适的 时机,再以声明方式明确意图排除的事项,并将导致 对中国不利裁判的事项尽可能纳入其中。

第二、《公约》条款涉及的一般法律原则、需针 对具体情形作个案分析。第 293 条和第 300 条除关 系到请求国资格问题,还分别在法律适用、争端方行 为两个方面涉及一些与《公约》相符合的重要国际 法原则对争端方的约束。这一问题未被国际法院单 独分类,但在实践中频频出现。文明国家认可的国 际法原则在《维也纳条约法公约》中是一项独立的 国际法渊源,其对可受理性的影响也不容小觑。但 与《公约》中相应条款相较,国际法原则呈现明显的 模糊性。哪些国际法原则可能与可受理性问题相关 非常难以划定,只能通过对实践的考察和梳理,具体 分析每一原则与可受理性问题的相关性。圭苏海域 划界仲裁案与帝汶海调解案的裁判机构都涉及清洁 手原则对可受理性的影响,足见这一原则在可受理 性问题中的重要性。上述实践涉及的善意原则、必 要和适当原则对于请求国提起、继续程序的资格也 具备一定影响。笔者从帝汶海调解案的推理中解读 出的"约定必须遵守"原则,也具备重要的程序意 义。这些原则只有在与《公约》不冲突或可能冲突 但当事方同意时,才能作为裁判依据,影响争端的可 受理性。与这些原则相关的可受理性障碍,因为涉 及《公约》条款,也与管辖权异议具备一定的联系, 但这种联系不及上一类紧密。这些原则涉及的可受 理性障碍呈现的理论独立性较为明显,建议独立提 出,这样可以避免裁判机构回避可受理性障碍,将 其直接纳入管辖权异议打包处理。

### (二)总结国际法原则在实践中的适用规律

除上述原则,还有哪些国际法原则可能影响可 受理性?这一研究已超出《公约》内容的范畴。

1. 总结国际法原则在实践中的适用规律的必要性

以清洁手原则为代表,诸多国际法原则具有较强的衡平法色彩。衡平法原则强调的公平和对等对弱者存在一定程度的袒护,在没有更为清楚明确的规则时,这类原则很可能对小国有利,大国反而动辄得咎。这类原则的内容又较为模糊,裁判机构有很大裁量空间,被告明知牵强附会,却又有口难辩。在一些问题上采取模糊处理的策略似乎对中国有利<sup>①</sup>,[15]但这一问题不然,因为裁判机构重视实效,偏好行使管辖权,继续强制程序。在可受理性问题的外延不明晰的情况下,如不澄清可能被作为裁判依据的《公约》以外的国际法原则,可受理性就更容易被裁判机构用于对管辖权的兜底和补缺。

因此,我们适时发声,及时提醒裁判机构《公约》允许的国际法原则外延界限,对预防其他国家恶意诉讼及被提起恶意诉讼后在程序阶段维护中国的各项权利,进而捍卫实体海洋权益极为必要。

2. 实践中《公约》未作规定的国际法原则的 适用

在《公约》框架下,清洁手原则在圭苏海域划界 仲裁案和帝汶海调解案中都有适用。在《公约》以 外,国际法院的实践中这一原则出现频率较高,大多 数实践将这一原则作为可受理性障碍独立处理。其 源头默兹河改道案中,哈德逊法官提到寻求衡平法 救济的当事国自身也须问心无愧,国际法不能堂而 皇之地背离公平原则<sup>②</sup>。在军事和准军事活动案、 在被占领巴勒斯坦领土修建隔离墙的法律后果的咨 询意见案(简称隔离墙咨询案)、伊朗诉美国石油平 台案(简称石油平台案)中,这一原则都被视为可受 理性问题,并被作为独立问题延伸和扩展。

军事和准军事活动案中,施韦伯(Schwebel)法官提出尼加拉瓜发起针对萨尔瓦多的武装攻击,原告的手并不清洁,但在其他法官看来,尼加拉瓜发起的攻击与美国之后对尼加拉瓜的攻击不可同日而

语,所以清洁手原则不适用,不影响可受理性<sup>③</sup>。这相当于对清洁手原则的"高门槛"解释,要求提起程序的原告曾为的不法行为与被告的行为在损害结果上接近或对等。隔离墙咨询案中,以色列认为修建隔离墙是为阻止针对以色列及其居民的暴力行为,而巴勒斯坦对这些行为负有责任,因此不应通过国际法院寻求针对其不良行为的后果的救济。国际法院认为,咨询意见是经联合国大会请求面向大会作出,而非面向某一国家,一国的手不清洁不足成为拒绝请求的理由<sup>④</sup>。这相当于宣布清洁手原则只适用于诉讼程序,不影响咨询程序的可受理性。石油平台案中,美国援引伊朗的不法行为,请求法院驳回伊朗的诉求,而没有主张该案不可受理<sup>⑤</sup>。国际法院认为美国没有明确提出针对可受理性的抗辩,因此未考虑清洁手原则对可受理性的影响。

这些实践表明清洁手原则是影响可受理性问题的独立事由。被告在作出可受理性抗辩时,需单独、明确地提出,才可能被裁判机构考虑。但这一可受理性障碍门槛较高,且仅适用于特定程序,很难真正阻碍强制程序。帝汶海调解案也有类似情形,清洁手原则从未主导任何一项实践的审理思路,基本都出现在个别意见或反对意见中,可见裁判机构对这一原则的立场整体上较为克制。正常情况下,这一原则无法就可受理性问题呼风唤雨。

应妥善运用国际法原则进行可受理性抗辩。清洁手原则的实践较为充分,当自身存在不法行为的原告提起挑衅诉讼时,我们可提出这一原则,在抗辩理由中将其与管辖权异议分离,明确而独立地强调原告行为造成损害的程度之大、状态之持续,足以影响可受理性。而隔离墙咨询意见案、石油平台案中,有关可受理性的抗辩没有得到支持,和被告提出这一原则的方法瑕疵有关。如在未来面临类似情形,我们需格外注意这一原则的使用方法,明确独立地提出针对可受理性的抗辩,同时需注意这一原则的适用范围。在其他争端方使用这一原则,提出可受理性问题的方法存在瑕疵时,也可考虑及时指出其使用方法的疏漏,借助既有的实践提醒裁判机构该争端方的律师水平,从应对格调上占据上风。

① 如历史性权利内涵和外延争议较大,长期以来模糊处理已成习惯,诸多学者认为这一战略有合理性,也有学者认为应适时表达。

② 参见 Diversion of Water Judgment , Separate Opinion of Judge Hudson , at 78 , para 324。

③ 参见 Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua, at 85, para 157。

④ 参见 Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion of 9 July 2004, I. C. J. Reports 2004, at 163-164, para 63,64°,

⑤ 参见 Case Concerning the Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America), Judgment of 6 Nov. 2003, I. C. J. Reports 2003, at 177, para 29.

可受理性的"功能性搁浅"也非百害而无一利。 我们对此应采扬弃之策,趋利避害,察觉裁判机构有 造法冲动时,适时提醒该机构帝汶海调解案之前大 多数实践对于这一原则的克制立场。在实效的主导 下,可受理性障碍在海洋争端解决中发挥的作用极 为有限。在遭遇一些国家的不法挑衅时,如坚持避 之不及,谈虎色变,可能会放大《公约》实效的反作 用,在后续谈判中被赢得有利裁决的一方漫天要价。 为此,在厘清可受理性问题在《公约》框架下、《公 约》以外的国际法原则中外延的基础上,某些情况 下可考虑以《公约》相关制度为武器,及时提出初步 反对意见,有力抗辩裁判机构的管辖权和争端诉求 的可受理性。若裁判机构置若罔闻,明显背离《公 约》要义和《维也纳条约法公约》解释规则,其结论 在国际法上难以形成有效射程,[14]49-50 不具有功能 性造法的实效,届时仍可据此拒绝执行。

最后,不能忽视衡平法原则可能偏袒弱小国家这一情况。尽管可能作为裁判依据的衡平法原则数

量上并不多,但仍可能导致对中国不利的裁判。

第 32 卷

## 四、结语

委员会作出的管辖权与可受理性决定中,多处推理颇具争议。委员会主动引入清洁手原则,回避可受理性障碍,导致强制程序扩张适用。有关可受理性的研究长期未受重视,造成实践中的困惑久久无解,可受理性"功能性搁浅"一直持续。

海洋争端解决中,实效至上的审判逻辑增加了促成畸形规范性造法的风险,但对于间接调整国际社会的严重不均衡也具备一定积极意义。[16]然而,较之众多隐患,这一微弱的积极意义能在多大程度上推动国际社会向较为均衡的方向演进,实在很难预估。笔者还原可受理性的理论功能定位在帝汶海调解案及其他《公约》实践中明显脱节的现状,归纳可受理性在海洋争端解决中"功能性搁浅"的原因,反思其中的问题并试图厘清《公约》内外可受理性问题的外延,希望为中国妥善应对当下局势、在关键时刻抗辩管辖权增添一把利器。

## 参考文献:

44

- [1]王林彬. 论国际法院管辖争议中的可受理性问题[J]. 新疆大学学报(哲学社会科学版),2007,35(3):57.
- [2] SHANY Y. Questions of jurisdiction and admissibility before international courts [M]. Cambridge: Cambridge University Press, 2016;8.
- [3]王铁崖. 国际法[M]. 北京:法律出版社,1995:568-569.
- [4] CHENG B. General principles of law as applied by international courts and tribunals [M]. Cambridge: Cambridge University Press, 1953:155.
- [5]刘衡.《联合国海洋法公约》附件七仲裁:定位、表现与问题——兼谈对"南海仲裁案"的启示[J]. 国际法研究,2015(5).
- [6] GARDER B A. Black's law dictionary [M]. London: Thomson West, 1999:867.
- [7] China's position paper on South China Sea[EB/OL]. (2014-12-07) [2019-12-31]. http://www.chinadaily.com.cn/china/2014-12/07/content\_19037946. htm.
- [8] MERRILLS J G. International dispute settlement M. 5th ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2011:65.
- [9] SCHLEICH A M. The historic 2018 Maritime Boundary Treaty between Timor-Leste and Australia [EB/OL]. [2019-12-31]. https://css.ethz.ch/content/dam/ethz/special-interest/gess/cis/center-for-securities-studies/resources/docs/ISPSW-573%20Sch lei ch. pdf.
- [10] 张华. 反思国际法上的"司法造法"问题[J]. 当代法学,2019,33(2):137-149.
- [11] 奥本海. 奥本海国际法(第一卷第一分册)[M]. 詹宁斯, 瓦茨, 修订. 王铁崖, 陈公绰, 汤宗舜, 等译. 北京: 中国大百科全书出版社,1995:24.
- [12]古祖雪. 国际造法:基本原则及其对国际法的意义[J]. 中国社会科学,2012(2):127.
- [13] TREVES T. Aspects of legitimacy of decisions of international courts and tribunals, in legitimacy of international law[M]. South Carolina; Springer, 2008; 171.
- [14] 荆鸣. 论南海仲裁案实体裁决中岛屿和岩礁判断基准的瑕疵[J]. 中国海商法研究,2018,29(1).
- [15] JING M. Seeking an appropriate expression of "historic rights" in the law of the sea[J]. The Foundation of Law and International Affairs Review, 2020(1):84-101.
- [16] CRAVEN M. What happened to unequal treaties? The continuities of informal empire [J]. Nordic Journal of International Law, 2005(74):335,382.

宋淑华,赵劲松. 船舶优先权的消灭[J]. 中国海商法研究,2021,32(3):45-52

# 船舶优先权的消灭

# 宋淑华1.赵劲松2

(1. 三亚邮轮游艇研究院,海南 三亚 572000;2. 哈尔滨工业大学(深圳) 智能海洋工程研究院,广东 深圳 518055)

摘要:《中华人民共和国海商法》第29条规定司法拍卖导致船舶优先权消灭。为厘清船舶优先权消灭、船舶优先权客体消灭以及船舶优先权客体转移三者之间的区别,运用船舶代位性原则,对两百多年来英美法的相关海事判例逐一进行梳理和分析,得出结论为司法拍卖只能产生豁免被拍卖船舶的船舶优先权客体法律地位这一法律后果,不能消灭拍卖前附着其上的既有船舶优先权。因此第29条的规定应予修改,并提出修改建议。

关键词:船舶优先权:船舶优先权客体:船舶代位性:权利消灭

中图分类号: D996. 19 文献标志码: A 文章编号: 2096-028X(2021)03-0045-08

### A study on the extinction of maritime lien

SONG Shu-hua<sup>1</sup>, ZHAO Jin-song<sup>2</sup>

(1. Sanya Institute of Cruise and Yacht, Sanya 572000, China; 2. Intelligent Marine Engineering Institute, Harbin Institute of Technology (Shenzhen), Shenzhen 518055, China)

**Abstract**: It is provided under Article 29 of *Chinese Maritime Code* that the maritime liens attached to a vessel being judicially sold are extinguished. For the sake of distinguishing the extinction of maritime liens from that of the objects of maritime liens, by adopting the rationale of substitutes of ships, and comparing the rules set up by relevant leading authorities under English and American admiralty case law in the last two hundred years with those studies by Chinese domestic scholars, the result shows that maritime liens attached to the vessel before a judicial sale are not extinguished by the judicial sale, from which the vessel will enjoy her immunity only while those maritime liens exist, based on which amendments to Article 29 are proposed for further discussion.

Key words; maritime lien; objects of maritime liens; substitutes of ship; extinction of legal rights

## 一、问题的提出

船舶优先权是设立在产生享有船舶优先权的海事请求的船舶(简称当事船舶)之上的一种特殊担保物权,担保义务人履行其法定义务、合同义务和侵权责任。合同生效或者侵权行为发生时,产生船舶优先权。但是,船舶优先权何时消灭?按照《中华人民共和国海商法》(简称《海商法》)第21条、第26条和第29条的规定,五种原因可以导致船舶优先权消灭:第一,船舶优先权所担保的海事请求权消灭,其所享有的船舶优先权随之消灭;第二,船舶优先权

产生之后一年内未行使,船舶优先权消灭;第三,当 事船舶灭失或者丧失船舶法律地位,不再构成《海商 法》第3条规定的船舶,也就不再适用《海商法》的 相关规定,包括有关船舶优先权的规定,因此,船舶 优先权消灭;第四,为保护船舶交易,中国法律规定 了船舶优先权催告程序,法院应船舶买受人的申请, 依法发出要求船舶优先权人登记债权的公告,自公 告之日起满六十日不行使的,船舶优先权消灭;第 五,当事船舶经法院强制出售,船舶优先权消灭。

上述规定中的第五项原因并不周延。司法拍卖的目的是将船舶优先权所针对的当事船舶变现,以

收稿日期:2020-11-25

基金项目: 2015 年度国家社会科学基金重大项目"完善我国海洋法律体系研究"(15ZDB178)

作者简介:宋淑华(1964-),女,辽宁丹东人,法学博士,三亚邮轮游艇研究院研究员,E-mail:bpplaw@126.com;赵劲松(1963-),男,辽宁丹东人,哈尔滨工业大学(深圳)智能海洋工程研究院教授,E-mail:zhaojinsong@hit.edu.cn。

便在船舶优先权人之间,以及船舶优先权人和非船 舶优先权人之间进行分配。因此,在司法拍卖之后 当事船舶变成卖船价款,申请人所享有的船舶优先 权依然存在,否则就不存在船舶优先权人可以享有 针对卖船价款优先受偿的权利:与此同时,经过司法 拍卖的船舶,不再是该既有船舶优先权的客体,该既 有船舶优先权人不能再针对被拍卖的该艘船舶行使 其所享有的既有船舶优先权。这也表明即使船舶被 拍卖,该既有船舶优先权依然没有被消灭;司法拍卖 仅仅永久免除被拍卖的当事船舶的船舶优先权客体 法律地位,也即经司法拍卖之后,该艘船舶不再是该 项船舶优先权的客体。如果按照《海商法》第29条 的规定,船舶拍卖之后海事请求权人所享有的这一 既有船舶优先权消灭,那么在对卖船款进行分配时 海事请求权人依然享有优先受偿的权利就缺乏法律 基础了。因此,《海商法》的前述规定所消灭的究竟 是船舶优先权本身,还是船舶优先权客体?[1]800 这 是笔者所要讨论的问题。

从特定的海事请求与其所享有的船舶优先权之 间的关系来看,船舶优先权的消灭总的来讲可以分 为以下几种情况:第一,债权人享有的海事请求权消 灭,其所享有的船舶优先权随之消灭,当事船舶的船 舶优先权客体法律地位丧失①:第二,债权人享有的 债权没有消灭,但不构成海事请求,也就不存在船舶 优先权:因为船舶优先权根本就没存在过,也就谈不 上船舶优先权消灭的问题了。按照《中华人民共和 国海事诉讼特别程序法》(简称《海诉法》)第21条 的规定,非因海事请求不能申请扣押船舶。因此,在 这种情况下,行使非海事请求的债权不能申请扣押 船舶<sup>②</sup>;第三,债权人享有的海事请求没有消灭,但 船舶优先权消灭(如一年内没有行使),当事船舶的 船舶优先权客体法律地位丧失,债权人还是可以像 普通海事请求权人一样申请扣押船舶,只是不能主 张船舶优先权;第四,债权人享有的海事请求没有消 灭,船舶优先权也没有消灭,船舶优先权客体从当事 船舶转移到为释放被扣押的当事船舶所提供的担 保,或者当事船舶被拍卖所得的卖船价款等代位物 上, 当事船舶的船舶优先权客体法律地位丧失, 债权 人不可以再申请扣押该船舶,但可以针对代位物主 张船舶优先权。

笔者从船舶优先权客体的角度,根据与船舶优 先权消灭相关的事由,结合英美判例法<sup>③</sup>,对上述问 题逐一进行研究,以便厘清在什么情况下船舶优先 权消灭,什么情况下船舶优先权客体法律地位消灭 或者转移而船舶优先权本身没有消灭。

## 二、所担保的海事请求消灭或部分消灭

在中国法下,船舶优先权主要表现为特殊的担保物权,因此,当船舶优先权所担保的主债权消灭时,该主债权所享有的船舶优先权随之消灭。主债权是否消灭,主要存在以下六种情况。

# (一)付清全部债务

根据船舶优先权的从属性,<sup>[2]</sup>如果债务人向船舶优先权人付清了全部欠款(包括清偿、抵消、提存、免除、混同<sup>④</sup>等),<sup>[3]</sup>那么主债权消灭,船舶优先权也随之消灭;此时,当事船舶丧失其船舶优先权客体法律地位。<sup>[4]</sup>

## (二)付清了部分债务

如果债务人向船舶优先权人履行部分债务,那 么这部分债务所享有的船舶优先权归于消灭,未消 灭的部分还可以针对其客体(即当事船舶)行使。<sup>[5]</sup>

## (三)向第三人支付价款

如果债务人没有向船舶优先权人付清全部欠款,而是向第三人支付相应的款项,即使船舶优先权人对此知情、默认甚至同意,也不构成船舶优先权消灭。例如,即使作为用工单位的船东将船员工资支付给用人单位船员劳务公司,而与船员签订合同的船员劳务公司没有向船员足额支付工资,尽管船东已经将全部船员工资支付给船员劳务公司,依然不发生船舶优先权消灭的法律后果,当事船舶作为船员所享有的船舶优先权的客体的法律地位依然存在。此时,船员可以向船员劳务公司提起违约之诉,同时申请扣押船舶,行使船舶优先权。因此而遭受损失的船东,可以向责任人(即船员劳务公司)追偿。

#### (四)债权转让

海事请求权人将船员工资⑤等海事请求权转让

① 参见《海商法》第21条。

② 针对非海事请求而言,只有在船东破产的情况下,依据《中华人民共和国破产法》(简称《破产法》)的规定船舶作为破产财产,债权人才能申请扣押、拍卖船舶。但此时的船舶扣押和拍卖与船舶优先权法律制度无关。

③ 《海商法》中"船舶优先权"的英文译文为 maritime lien,与英美法中的 maritime lien 并非完全相同。为了加以区分,笔者将英美法中的 maritime lien 翻译为"海事优先权"。

④ 债的混同是指债权债务同归一人,使债的关系消灭的事实。混同是债消灭的原因之一。参见张辉:《船舶优先权法律制度研究》,武汉大学出版社 2005 年出版,第 217 页。

⑤ 船员工资所享有的海事优先权可以转让。参见 D. R. Thomas, Maritime Liens, Stevens & Sons 1980 年出版, 第 175 页。

给第三人<sup>①</sup>时,根据《海商法》第27条的规定,这一海事请求所享有的船舶优先权也随之转移或代位。[6]57

# (五)第三人垫付

第三人为海事优先权人垫付债务人欠付的款项,是否能向债权人那样享有船舶优先权,是一个比较有争议的问题。例如,船东或者船舶管理公司欠付船员工资,船员外派公司垫付船员工资,是否享有船员本应享有的船舶优先权?

英美法通常认为,在征得法院同意的前提下,为船员垫付工资的一方,可以享有船员本应享有的海事优先权。<sup>[7]</sup>但是,如果没有征得法院的同意,第三人自愿为船员垫付船东欠付的工资,是否享有船员应享有的海事优先权存在争议。

在 The William F. Safford<sup>2</sup>、The St. Lawrence<sup>3</sup> 和 The Tagus<sup>4</sup>等案件中,法院支持自愿垫付工资的第三人依照"准代位原则"(quasi-subrogatory doctrine)享有船员本应享有的海事优先权。但是,在 The New Eagle<sup>5</sup>、The Louisa<sup>6</sup>、The Janet Wilson<sup>7</sup>、The Cornelia Henrietta<sup>8</sup>、The Fair Haven<sup>9</sup>、The Lyons<sup>6</sup>和 The Andalina<sup>6</sup>等案件中,法院却作出了相反的判决,即没有征得法院的同意,第三人自愿为船员垫付船东欠付的工资,不享有船员应享有的海事优先权。这种判决的不确定性直到 1917 年的 The Petone 案<sup>6</sup> 否定了"准代位原则",并为后来的判例所采纳,方才得以解决。

在 1921 年英国 The James W. Elwell 案<sup>®</sup>中,涉案船舶的经纪公司 McLeod & Hill 为涉案船舶的船员支付了 200 英镑的工资,向法院主张海事优先权。

法院认为:该公司错误地认为可以像船员一样享有海事优先权,其主张不能得到支持;除非这一垫付工资行为得到法院的首肯。这一原则得到其后 1964 年英国 *The Leoborg* (*No.* 2)案<sup>强</sup>的认可。

在1970年英国 The Berostar 案<sup>⑤</sup>中,涉案船舶Berostar 轮的抵押权人因船东未还款,申请扣押该船舶,船员因担心所欠付的工资得不到赔偿而拒绝离船。原告申请法院同意其为船员垫付工资,以避免该船舶因船员拒绝离船而产生进一步的费用。法院同意原告的请求,并表示可以就垫付的船员工资受让海事优先权。类似的,在1972年英国 The Vasilia案<sup>⑥</sup>中,涉案船舶 Vasilia 轮的抵押权人申请法院同意其为船员垫付欠付工资以遣散船员,法院同意了抵押权人的这一请求。

如果垫付的不是船员工资,而是其他款项,则英国法院比较一致的判决<sup>©</sup>是自愿垫付款项的第三人不享有海事优先权。

如果法院判船舶优先权不能转让,那么原船舶 优先权的权利主体依然构成船舶优先权的权利主 体,垫付款项的第三人并非船舶优先权权利主体;原 权利主体与责任人之间的法律关系,以及原船舶优 先权的客体都不发生变化。

## (六)接受了担保

如果债务人向船舶优先权人提供担保,那么海事请求所赖以生存的法律关系,就转为船舶优先权人与担保人之间的法律关系,船舶优先权所担保的海事请求消灭,船舶优先权随之消灭。对此,司玉琢教授认为"船舶优先权的债权人接受债务人的担保",船舶优先权消灭<sup>®</sup>;[6]59张辉教授则认为:"船

- ② 参见 The William F. Safford, (1860) Lush. 69。
- ③ 参见 The St. Lawrence, (1880) 5 P.D. 250。
- ④ 参见 The Tagus, [1903] P. 44。
- ⑤ 参见 The New Eagle, (1846) 4 Not. Cas. 426。
- ⑥ 参见 The Louisa, (1848) 3 W. Rob. 99。
- ⑦ 参见 The Janet Wilson, (1857) Swab. 261。
- ⑧ 参见 The Cornelia Henrietta, (1866) L. R. I. A. & E. 51。
- ⑨ 参见 The Fair Haven, (1866) L. R. I. A. & E. 67。
- ⑩ 参见 The Lyons, (1887) 6 Asp. Mar. Law Cas. 199。
- ① 参见 The Andalina (1886) 12 P.D. 1。
- ② 参见 The Petone, [1917] P. 198。
- ③ 参见 The James W. Elwell, [1921] 8 Ll. L. Rep. 115。
- ④ 参见 The Leoborg (No. 2), [1964] 1 Lloyd's Rep. 380。
- ⑤ 参见 The Berostar, [1970] 2 Lloyd's Rep. 403。
- ⑩ 参见 The Vasilia,[1972] 1 Lloyd's Rep. 51。
- ① 参见 The St. Lawrence, (1880) 5 P.D. 250。

① 这一转让是否有效,涉及债权理论和《中华人民共和国合同法》的相关规定。参见韩立新,宋海华:《人身专属性视域下的船舶优先权的转让与代位》,发表于《中国海商法研究》,2013年第1期,第3-10页。

<sup>®</sup> 但是,这一观点是不周延的。享有船舶优先权的债权人接受债务人的担保并释放船舶,按照前文根据《海商法》第21条、第26条和第29条总结的五项船舶优先权消灭的规定,必不产生船舶优先权消灭的法律后果,而仅仅产生当事船舶的船舶优先权客体法律地位消灭的法律后果;享有船舶优先权的债权人不能再向当事船舶主张船舶优先权,但是依然可以针对放船担保主张船舶优先权。

舶所有人交付票据以清偿债务的,在该票据兑现之前,船舶优先权并不消灭",该票据兑现之后船舶优先权人的债权得到了赔偿,其所享有的债权归于消灭,船舶优先权也就随之消灭。<sup>[8]</sup>

在 1827 年英国 The William Money 案<sup>①</sup>中,船东 在伦敦,船东的代理在印度加尔各答向船员支付工 资时,原告二副 William Moakes 先生为携带方便,一 部分工资接受的是现金,另一部分是一张船东的票 据。后来船东没有按照这一票据支付这部分工资, 原告向法院主张海事请求权。法院判原告本可以接 受现金作为工资,但是他选择接受票据,就放弃了其 享有的海事优先权。这一判决支持了前述司玉琢教 授的观点,与张辉教授的观点不一致。

对此,笔者认为,船舶优先权人接受的票据或者 担保,要么是作为债务人清偿海事债权的一种方式, 要么是为清偿海事债权而提供的一种担保,应按照 船舶代位性原则,视为是当事船舶的一种代位物,船 舶优先权的客体从当事船舶转移到这一代位物之 上,从而使得当事船舶丧失其船舶优先权客体法律 地位。

# 三、自船舶优先权产生之日起满一年不行使

中国法为海事优先权规定了一年的除斥期间,<sup>[9]</sup>英美法规定了相应的怠于履行原则(doctrine of laches),即海事优先权人如果怠于履行,可能会导致海事优先权消灭<sup>②</sup>,判断是否构成怠于行使海事优先权没有明确的标准,由法官就个案作出判断。在 1872 年 *The Two Ellens* 案<sup>③</sup>中,法官认为怠于行使海事优先权可能会使权利人丧失这一权利。对比 1831 年 *The Nestor* 案<sup>④</sup>,法官并不严格要求权利人必须尽速行使这一权利。

在 1884 年 The Rio Tinto 案<sup>⑤</sup>中,涉案船舶 Rio Tino 轮欠付伦敦的供应商提供的燃煤款项,当地的海事法院判供应商提供的燃煤构成必需品,享有海事优先权<sup>⑥</sup>,并且没有因为怠于行使海事优先权而丧失这一权利,因此尽管涉案船舶被原船东转让给

新船东,新船东又将该轮转让给扣船时的船东,前后经过两年之久,供应商依然享有海事优先权。

由此可见,英美法一方面并不苛求权利人立即 行使海事优先权,甚至认为设立海事优先权制度的 原因之一恰恰是为不至于因权利人立即行使权利导 致船舶因被扣押而无法完成其航行;但另一方面,权 利人也不能无限期地怠于行使这一权利。

相比之下,中国法对于船舶优先权规定了严格的一年除斥期间,在对船舶优先权人提供保护的前提下,由于这一制度的秘密性,<sup>[10]48</sup> 又对其加以限制,体现了这一制度安排的周密性和合理性,同时也使之更加明确、更具确定性和可操作性,符合船舶优先权的便利性原则。

按照英美判例法,对于海事合同关系产生的海事请求而言,其所享有的海事优先权产生的时机是在合同生效之时<sup>②</sup>。然而,以船员索赔欠付工资所享有的海事优先权为例,船员在船工作时间有可能超过一年,或者因为疫情等原因无法及时更换船员导致船员在船时间超过一年。因此,如果自船员派遣合同生效之日(即船舶优先权产生之日)起一年内未行使,船舶优先权就消灭,对船员而言不公平。对此,司玉琢教授等学者认为应改为一年的除斥期间"自其从船上离职之时起算"。[11]113

此外,船舶被国家征用期间,为了保障征用目的得以实现,必须要对船舶优先权人为行使船舶优先权而申请扣押船舶的行为加以限制,禁止船舶优先权人在船舶被征用期间或者履行国防交通义务期间申请扣押船舶。与此相对应,也要允许将这段时间从上述规定的一年除斥期间中扣除。因此,要对《海商法》第29条第2款的规定加以修改,特别是在2017年颁布《中华人民共和国国防交通法》(简称《国防交通法》)之后,这一修改更具现实意义。[12]

## 四、船舶所有权转移

## (一)船舶买卖

船舶赠与和买卖均不产生船舶优先权消灭的法

① 参见 The William Money, [1827] EngR 859, (1827) 2 Hag Adm 136, 166 E. R. 193。

② 参见 Cotemar S. A. De C. V. v. Beaufort, (2016) 190 F. Supp. 3d 577, 2016 AMC 1402。

③ 参见 Donald Johnston and others v. John Alexander Black, The Two Ellens, [1871] L R 3 Ad. & Ecc 345, [1872] UKPC 12, (1872) L. R. 4 P. C. 161, 17 ER 361, 8 Moo PC NS 398。

④ 参见 The Nestor, (1831) 1 Sumn. 73,1831 U.S. App. Lexis 165,18 Fed. Cas. 9。

⑤ 参见 The Rio Tinto, [1884] 9 P. D. 356, 9 App. Cas. 356。

⑥ 当时英国法承认必需品供应商就船东、船长欠付的必需品供应款项可以享有海事优先权,现在这一原则已经不再适用了。

⑦ 参见 Harmer v. Bell, The Bold Buccleugh, (1852) 7 Moore PC 267,13 ER 884, [1843-60] Eng. Rep. 125; The Rio Tinto, [1884] 9 P. D. 356, 9 App. Cas. 356; The James W. Elwell, [1921] 8 Ll. L. Rep. 115; TTT Stevedores of Texas, Inc. v. M/V Jagat Vijeta, (1983) 696 F. 2d 1135。

律效力,<sup>[6]59</sup> 这是由船舶优先权的粘着性(或称依附性、附随性)决定的。<sup>[6]59,[10]48</sup> 但若船舶优先权人事先同意这一转让,则丧失其所享有的船舶优先权。

如果船舶是经过商业拍卖而非司法拍卖出售的,不产生消灭船舶优先权的法律效力。

## (二)经国家强制力处分的船舶

## 1. 海事法院的司法拍卖

应海事请求人的申请,海事法院依据《海事诉讼特别程序法》可以扣押、拍卖当事船舶;经司法拍卖的船舶不再构成船舶优先权客体<sup>①</sup>,拍卖前所附着的既有船舶优先权没有被司法拍卖所消灭<sup>②</sup>,只是当事船舶丧失其既有船舶优先权的客体法律地位。对此,屈广清教授等学者称之为相对消灭。<sup>[13]</sup>因此,《海商法》第 29 条的相关规定不够周延,应予修改。

如前所述,船舶被扣押之后,如果债务人提供充分、有效的担保,法院就应当释放船舶,船舶也因此永久丧失其该项既有船舶优先权的客体法律地位;该项船舶优先权的客体从当事船舶转移到代位物——放船担保之上。同样,如果债务人没能提供充分、有效的担保来释放被扣押的当事船舶,法院就会依当事人的请求或者依职权对被扣押的当事船舶实施拍卖,拍卖所得价款替代当事船舶成为船舶优先权的客体。

不论是被扣押的当事船舶,还是放船担保或者 卖船款,都构成海事法院行使海事管辖权的依据。 如果船舶被释放之后,放船担保也被返还给当事人, 或者卖船款被分配,船舶优先权随之消灭<sup>3</sup>。

## 2. 公法拍卖和行政罚没

因公法原因拍卖当事船舶是否能产生消灭船舶 优先权的法律后果,各国法律规定不尽相同。英美 法下因公法的强制拍卖,不能消灭海事优先权,<sup>[6]59</sup> 尽管也有观点认为此时构成"国家原始取得船舶所 有权,其上优先权消灭"。<sup>[6]227</sup> 对此,傅廷中教授认 为:"因为《海商法》中只规定法院强制出售船舶,才 能消灭船舶优先权,而国家其他机关变卖船舶的行 为则不能达到消灭船舶优先权的效果。"<sup>[10]58</sup>

同样的,《中华人民共和国海关法》(简称《海关法》)第82条规定:"……专门或者多次用于走私的

运输工具,予以没收……";第 92 条规定:"人民法院判决没收或者海关决定没收的……走私运输工具……由海关依法统一处理,所得价款和海关决定处以的罚款,全部上缴中央国库"。因此,如果船舶因为走私等行为被海关没收,也因为不满足消灭船舶优先权的条件,船舶优先权依然存在。

在上述两种情况下,公法拍卖所得价款或者没收的走私船舶,均应在船舶优先权人的合法权益得到保护之后,再行上缴国库。

# 五、设立海事赔偿责任限制基金

设立海事赔偿责任限制基金能否导致船舶优先 权消灭,对这个问题学术界争议颇多,通说认为船舶 优先权"因责任人设置责任限制基金而消灭"。<sup>[6]59</sup>

由于按照《海商法》第 29 条的规定,设置责任限制基金并不产生船舶优先权消灭的法律后果,同时《海商法》第 30 条也仅仅规定行使船舶优先权不能影响海事赔偿责任限制规定的实施。因此,不论是限制性债权还是非限制性债权,其所享有的船舶优先权都没有消灭。其中,限制性债权所享有的船舶优先权的客体,从当事船舶转移到基金之上,不同性质的船舶优先权所针对的客体是基金的不同的部分。[14]

## 六、船东破产

《海商法》第 29 条规定的船舶优先权因"船舶经法院强制出售"而消灭,其中的"法院"为几乎所有的国内海商法教材和著作默示解释为海事法院",而非破产法院;同时,即使是破产法院在将船舶当作破产财产来处理进行拍卖时,由于其处理的主要不是海事请求,因此,也不需要适用《海诉法》进行拍卖,也就不会按照《海诉法》规定的程序发布公告,要求对该船舶(而不是对破产船东)享有债权的任何人到破产法院登记债权。即使海事请求人来登记债权,如果其仅仅是对该船舶享有船舶优先权,但债务人并非破产船东,而是其他人,破产法院也无法进行登记、审理和分配卖船价款。

这就带来了一个问题:由破产法院依照破产程 序拍卖的船舶,是否产生消灭一切附着在该船上的 船舶优先权的法律后果?如果不产生这一后果, 那么就与《海商法》第29条的上述规定相悖;如果产

① 即使扣船法院没有承认域外海事优先权,其对船舶进行司法拍卖的程序依然导致全部海事优先权消灭,同时被拍卖船舶不再构成任何拍卖前的既有优先权的客体。参见 The Trenton,(1880) 4 F. 657。

② 参见 Castrique v. Imrie, (1870) L. R. 4 H. L. 414。

③ 参见 American Bank of Wage Claims v. Registry of Dist. Ct. of Guam, (1970) 431 F.2d  $1215_{\circ}$ 

④ 包括国外对海事案件享有管辖权的法院,如美国的联邦地区法院和英国高端法院后座法庭等。

生这一后果,那么对于船舶优先权人可能不公平。

在1927 年 The Goulandris 案<sup>①</sup>中, Carston 轮为一位埃及人所有,发生海难时英国 Ocean Salvage & Towage Co. 公司对其进行救助,之后在该轮驶往埃及途中船东破产,埃及破产法院将该轮作为破产财产出售给希腊船东,并更名为 Goulandris 轮。后者再次航行到英国时,救助人向英国法院申请扣押Goulandris 轮,新船东希腊公司对此提出抗辩,理由是该轮经埃及法院拍卖,已经消灭了一切海事优先权,包括原告救助报酬所享有的海事优先权。对此,法官认为,由于在埃及对船舶的拍卖是在破产法院委托下进行的,而非对物诉讼中的船舶拍卖,因此,原告救助人享有的海事优先权不消灭。

对此,笔者认为,在船舶优先权归海事法院专门管辖与船东破产归破产法院集中管辖发生冲突时,应回归船舶优先权制度船舶拟人化的本源<sup>②</sup>,[15-19] 先由海事法院按照海事程序的规定对当事船舶进行司法拍卖,并在卖船款中对船舶优先权人、船舶留置权人和船舶抵押权人的债权进行分配,余款移交给破产法院,<sup>[1]1000</sup>纳入破产财产,按照破产法规定的程序,在其他全部债权人中进行分配。

# 七、行使船舶优先权之前的客体变更

船舶优先权的重要特征是:合同之债所享有的船舶优先权产生于合同生效之时<sup>3</sup>,侵权之债所享有的船舶优先权产生于侵权行为发生之时;船舶优先权自产生之日起并不发生任何效力,直至权利人申请扣押船舶以行使船舶优先权时,才溯及到其产生伊始。因此,在申请扣押船舶之前,船东对船舶具有完全的处分权,即使是出售船舶,也不需要征得船舶优先权人的同意。

在船舶优先权产生之后,到申请扣押船舶之前,

船舶产生的孳息(包括运费和租金)应当归船东所有,而不应归船舶所有,或者说不应构成船舶的一部分,因此,也就不构成船舶优先权的客体。

如果在这期间对船舶属具进行了更换或者维修,那么纳入船舶优先权客体范围的属具,以申请扣押船舶时的状态为准,而非以产生船舶优先权时的属具状态为准。<sup>[20]</sup>

## 八、船舶灭失

傅廷中教授认为:"财产的灭失,仅仅意味着法律关系的客体消灭而不是法律关系内容的消灭,因此,财产灭失以后债权债务关系仍然存在。……船舶灭失不意味着海事请求权的消灭,只要处在诉讼除斥期间的期间内,海事请求人均可依法主张自己的权利。"[10]58 因此,以下仅讨论船舶优先权是否消灭、船舶优先权客体地位是否丧失的问题,对于海事请求权问题不再赘述。

## (一)报废船舶

根据《老旧运输船舶管理规定》第 3 条,报废船舶是指永久不能从事水路运输的船舶。报废船舶是否构成《海商法》第 3 条规定的"船舶",中国法律并没有明确的规定。张辉教授认为,报废船舶"是指船舶因使用期满或遇重大事故受损无法修复"导致"船舶被废弃,按照各国船舶登记法的规定,应予注销登记"的船舶。就其船舶优先权法律地位而言,张辉教授认为"优先权并不消灭"。[6]59

在美国法下,如果由于法律的规定使得船舶不具备运营资质,往往视为其依法退出<sup>④</sup>"航行"<sup>⑤</sup>,构成"死船",<sup>[21]</sup>丧失船舶法律地位,不再构成海事优先权客体。

笔者认为,尽管《海商法》对此没有明文规定, "海船"也应狭义理解为依法可以在海上或者可航

① 参见 The Goulandris,(1927) 27 Ll. L. Rep. 120, [1927] P 182。

② 参见 The Vrouw Judith, [1799] EngR 580, (1799) 1 C Rob 150, 165 E. R. 130; The Adonis, [1804] EngR 339, (1804) 5 C Rob 256, 165 E. R. 767; The Nestor, (1831) 1 Sumn. 73,1831 U. S. App. Lexis 165, 18 Fed. Cas. 9; The Volant, [1842] EngR 451, (1842) 1 W Rob 383, 166 E. R. 616; Harmer v. Bell, The Bold Buccleugh, (1852) 7 Moore PC 267, 13 ER 884, [1843-60] Eng. Rep. 125; The John G. Stevens, (1898) 18 S. Ct. 544, 42 L. Ed. 969, 170 U. S. 113

③ 参见 The Nestor, (1831) 1 Sumn. 73,1831 U.S. App. Lexis 165,18 Fed. Cas. 9; Harmer v. Bell, The Bold Buccleugh, (1852) 7 Moore PC 267,13 ER 884, [1843-60] Eng. Rep. 125; The Rio Tinto, [1884] 9 P. D. 356,9 App. Cas. 356; The James W. Elwell, [1921] P. 351,15 Asp MLC 418。

④ 参见 The C. Vanderbilt, (1898) 86 F. 785; Beard v. Marine Lighterage Corporation, (1924) 296 F. 146; Hawn v. American Steamship Co., (1939) 107 F. 2d 999, 1940 AMC 120; West v. United States, (1959) 1960 AMC 15; Noel v. Isbrandtsen Co., (1961) 287 F. 2d 783, 1961 AMC 611; Amoco Oil v. M/V Montclair, (1985) 766 F. 2d 473。

⑤ 参见 The C. Vanderbilt, (1898) 86 F. 785; The Poznan, (1925) 9 F. 2d 838; Merchant Marine Insurance Co., Ltd. v. North of England P&I Association, (1926) 25 Ll. L. Rep. 446; Davis v. Chas. Kurz & Co., (1973) 483 F. 2d 184, 1974 AMC 1862; Canada v. St. John Shipbuilding & Dry Dock Co. Ltd., 1981 CanLil 2614; Steedman v. Scofield, [1992] 2 Lloyd's Rep. 163; The Von Rocks, [1998] 2 Lloyd's Rep. 198; Gibbs v. Mercantile Mutual Insurance (Australia) Ltd., [2003] HCA 39; (2003) 214 CLR 604; Cyber Sea Technologies, Inc. v. Underwater Harvester Remotely Operated Vehicle, [2003] 1 FCR 569, 2002 FCT 794 (CanLil); R. v. Goodwin, [2006] 1 Lloyd's Rep. 432 (C. A.), [2005] EWCA Crim 3184, [2006] 2 All E. R. 519, [2006] 1 WLR 546, [2006] 2 All E. R. (Comm) 281, [2005] All E. R. 1110

水域航行的船舶<sup>①</sup>,[22]而不应广义理解为依法不能在海上航行,仅仅是因为从上游顺河而下漂流<sup>②</sup>到海上的内河船也包含在"海船"的范围之内。即依法不能在海上航行的船舶不应包含在"海船"的范围内,因此也不构成船舶优先权的客体。

## (二)全损

## 1. 实际全损

"船舶因海难沉没,如果不能打捞或予以修复"或者"遭遇火灾焚毁等情形,船舶形体消灭,客观上丧失其存在,则船舶优先权因无所附着而归于消灭"。[6]216-217

### 2. 失踪船舶

《海商法》第 248 条规定,船舶在合理的时间内 未从被获知最后消息的地点抵达目的地,除合同另 有约定外,满两个月仍没有获知其消息的,为船舶失 踪。船舶失踪视为实际全损。因此,失踪满两个月 之后的船舶不构成船舶优先权客体,船舶优先权 消灭。

## 3. 推定全损和委付

推定全损是保险法中与实际全损相对应的概念,"指保险标的在保险事故发生后,受损程度虽未完全损毁,但已无法补救,故按完全损失处理的情况"。<sup>[23]</sup>"委付是海上保险特有的一种法律行为,是指海上保险标的发生推定全损时,被保险人将保险标的所有权包括全部权利和义务转移给保险人,而请求保险人按照全部保险金额予以赔偿的一种法律行为",<sup>[24]</sup>其中包括让渡保险标的物。<sup>[25]</sup>

船舶发生推定全损,将已经不值得修复的保险标的物——船舶,让渡给船舶保险人,船舶也就不再构成船舶抵押权的客体。因此,按照《海商法》第20条的规定,船舶抵押权人有权对船东获得的保险赔偿优先受偿。从中可以看出,此时已经让渡给保险人的标的物——船舶,不再构成《海商法》第3条意义上的"船舶",因此也就不构成船舶优先权的客体,船舶优先权消灭。

## (三)残骸和拆解中的船舶

船舶灭失,船舶优先权消灭。因此,船舶残骸不 构成船舶优先权客体。

对于拆解中的船舶而言,张辉教授认为:"优先 权并不消灭,即使其被拆解。"<sup>[6]59</sup> 美国判例法的确 有判例认为海事优先权即使在船舶已拆解的情况下也不消灭,依然依附于拆解的钢板之上,权利人仍可对钢板行使其权利。<sup>[6]59</sup> 孙瑛等人认为:"船舶……拆解成的钢板只要还具有交换价值,仍可以作为船舶优先权的客体。"<sup>[26]</sup>对此,司玉琢教授在承认《海商法》对此没有作出规定的同时,认为"船舶灭失应是指海商法意义上的船舶已不复存在,包括船舶拆解……或全部毁坏而无法成为担保物权标的的事实。船舶拆解成钢板,已不再是海商法意义上的船舶,当然不能作为船舶优先权的标的,因为,船舶优先权的唯一标的是海商法意义上的船舶。"<sup>[6]59</sup>

不仅如此,如果拆解中的船舶也构成船舶优先权的客体,会带来许多实际问题。例如,优先权人向法院申请扣押拆解中的废钢船,法院如何对正在拆解的废钢船进行保全等。因此,笔者赞成司玉琢教授的观点,拆解中的船舶不构成《海商法》第3条意义上的船舶,不具备船舶优先权的客体法律地位,船舶优先权按照《海商法》第29条的规定因船舶灭失而消灭。

## 九、结语

笔者简要讨论了船舶优先权消灭这一法律问题,《海商法》的现行规定将船舶优先权的消灭与船舶优先权客体地位的消灭混为一谈,应予澄清。因此,建议将《海商法》第29条修改为:

"船舶优先权,除本法第二十六条规定的外,因下列原因之一而消灭,

(一)具有船舶优先权的海事请求,自优先权产生之日起满一年不行使。但是,本法第二十二条第一款第(一)项规定的海事请求,一年期限自海事请求人从其任职的船舶上离船之日起算;

#### (二)船舶灭失。

前款第(一)项的一年期限,不得中止或者中断,但是依照法律不允许扣押船舶的期间不应当计算在内。

经法院强制出售的船舶不再构成既有船舶优先 权的客体。"

这一修改明确了以下几个问题:第一,船舶优先 权作为一种特殊的担保物权,只有依据法律的规定 才得以消灭。第二,法律规定的船舶优先权消灭的 情形只有《海商法》第 26 条和第 29 条。因此,《海

① 包括登记为内河船但依法可以在海上航行的船舶,例如可以在长江口和珠江口航行的内河船。

② Nicholson v. Chapman 案中,一些松木捆绑在一起,从河里漂流到了海上,被 Nicholson 救起,英国法院判 Nicholson 不享有海事优先权,因为被救物不构成船舶。参见 Nicholson v. Chapman,[1793] EngR 1598,(1793) 2 H Bl 254,126 E.R. 536。

商法》第 30 条的规定、《海关法》和《破产法》等其他 法律的规定,都不能产生船舶优先权消灭的法律后 果。第三,本条规定的是船舶优先权消灭的情形,而 不是丧失船舶优先权客体法律地位的情形。第四, 船舶优先权的除斥期间是自船舶优先权产生之日起 算,不是自具有船舶优先权的海事请求产生之日起 算。第五,考虑到船舶优先权的特殊性,对船员依据 第 22 条第 1 款第(一)项所享有的保护,作出了特 别的规定。说明船员离船之日与产生船舶优先权之 日是不同的法律概念,但是考虑到船员工作的特殊 性,对其加以特殊保护。这一点对于当前疫情的情 况下船员长期不能下船,不能行使其船舶优先权,显得尤为重要。第六,"法律不允许扣押船舶的期间"是为了在船舶被国家征用或者执行《国防交通法》等规定的任务和责任期间,不应当因为权利人行使船舶优先权而遭到司法扣押,为了同时对权利人加以保护,规定将这段时间不计算在除斥期间之内。第七,明确了船舶经司法拍卖之后,附着其上的既有船舶优先权没有消灭,但是该船舶不再构成这些既有船舶优先权的客体,其客体法律地位丧失。从而解决原有规定中,将船舶优先权消灭与丧失船舶优先权客体地位混为一谈的问题。

# 参考文献:

- [1]G. 吉尔摩, C. L. 布莱克. 海商法(下)[M]. 杨召南, 毛俊纯, 王君粹, 译. 北京: 中国大百科全书出版社, 2000.
- [2] 陈宪民. 新编海商法教程[M]. 北京:北京大学出版社,2011:53-54.
- [3]司玉琢. 海商法[M]. 北京:法律出版社,2008:44.
- [4] MEESON N, KIMBELL J. Admiralty jurisdiction and practice [M]. 4th ed. London: Informa, 2011; 20.
- [5] CURTIS G T. A treatise on the rights and duties of merchant seamen, according to the general maritime law, and the statutes of the United States M. Boston; Little, Brown & Co., 1841;319.
- [6]司玉琢. 海商法专论[M]. 北京:中国人民大学出版社,2007.
- [7] THOMAS D R. Maritime liens [M]. London; Stevens & Sons, 1980; 187.
- [8]张辉. 船舶优先权法律制度研究[M]. 武汉:武汉大学出版社,2005:228.
- [9]傅廷中,王文军. 论船舶优先权的物上代位性[J]. 中国海商法年刊,2006,17(1):90-91.
- [10]傅廷中. 海商法论[M]. 北京:法律出版社,2007.
- [11]司玉琢,李志文.中国海商法基本理论研究[M].北京:北京大学出版社,2009.
- [12]宋淑华,赵劲松,傅廷中. 我国战略海运能力保障体系研究[J]. 上海行政学院学报,2015,16(1):88-97.
- [13] 屈广清. 海商法[M]. 大连: 东北财经大学出版社, 2009: 23.
- [14]赵劲松,宋淑华. 船舶优先权与责任限制的冲突与协调[J]. 中国海洋大学学报(社会科学版),2021(1):71-78.
- [15] HOLMES O W. The common law M. 3rd ed. Boston; Little, Brown & Co., 1881; 28.
- [16] PRICE G. Maritime liens [J]. Law Quarterly Review, 1941, 57 (227):409.
- [17] SUTTON T. The deodard and responsibility for death [J]. Journal of Legal History, 1997, 18(3):44-45.
- [18] WISWALL F L. The development of admiralty jurisdiction and practice since 1800; an English study with American comparisons [M]. Cambridge; Cambridge University Press, 1970; 162-163.
- [19] GILMORE G, BLACK C L. The law of admiralty M. 2nd ed. Perry; Foundation Press, 1975; 589-594.
- [20]宋淑华. 界定船舶属具的法律标准[M]//薛桂芳. 海洋法学研究(第二辑). 上海: 上海交通大学出版社, 2018; 21-27.
- [21] 宋淑华. 论"死船"是否构成船舶优先权客体[J]. 中国海商法研究,2018,29(2):62.
- [22] 宋淑华,赵劲松. 内河船舶法律地位辨析[J]. 航海技术学刊,2017(2):1-16.
- [23] 贾林青. 海商法[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2000: 402.
- [24]何丽新,饶玉琳. 海商法[M]. 厦门:厦门大学出版社,2004:17.
- [25] 贾林青. 海商法[M]. 2 版. 北京: 中国人民大学出版社, 2010: 368.
- [26] 孙瑛,宋建侠. 船舶优先权客体范围比较与研究[J]. 中国水运(学术版),2006,6(8);249.

吴煦, 孔德兵. 邮轮公司对旅客人身伤亡的赔偿责任限制——基于类型结合合同的视角 [J]. 中国海商法研究, 2021, 32(3): 53-60

# 邮轮公司对旅客人身伤亡的赔偿责任限制

——基于类型结合合同的视角

# 吴 煦.孔德兵

(大连海事大学 法学院,辽宁 大连 116026)

摘要:近年来,国内邮轮旅游发展快速,邮轮旅游事故引发的民事纠纷也相应增多,然而,对于邮轮公司对旅客人身伤亡及其赔偿责任限制的问题,理论上存在较大分歧,司法适用中仍存在不确定性。针对中国邮轮旅游的包销模式现状,以类型结合合同为视角,将邮轮合同定性为混合合同进而适用法律,并参考关系契约理论和现行法律规定,对邮轮公司作为事实承运人享有《中华人民共和国海商法》下承运人单位赔偿责任限制的权利进行全面详细的论述。同时从保护处于弱势地位的旅客角度出发,建议进一步明确邮轮公司丧失赔偿责任限制权利的情形,提高承运人赔偿责任限额。

关键词:邮轮合同;关系契约理论;旅客人身伤亡;赔偿责任限制

中图分类号:D996.19 文献标志码:A 文章编号:2096-028X(2021)03-0053-08

#### Limitation of the cruise line's liability for loss of life or personal injury to passengers

—from the perspective of type combined contract

WU Xu, KONG De-bing

(Law School, Dalian Maritime University, Dalian 116026, China)

Abstract: In recent years, the domestic cruise tourism has developed rapidly, and civil disputes caused by cruise tourism accidents have increased correspondingly. However, there are still great differences in theory and uncertainty in judicial application on the issue of the cruise line's limitation of liability for passenger casualties. In view of the current situation of the underwriting mode of cruise tourism in China, from the perspective of the type-combined contract, the cruise contract is defined as a mixed contract before the law is applied. Referring to the theory of relational contract and current legal provisions, a comprehensive and detailed discussion that the cruise line, as a de facto carrier, has the right to limit the liability under the Chinese Maritime Code is made. At the same time, from the perspective of protecting passengers in a disadvantaged position, it is recommended to further clarify the circumstances under which the cruise line loses its right to limit liability and increase the carrier's liability limit.

Key words: cruise contract; relational contract theory; passenger casualties; limitation of liability

近年来,随着中国邮轮旅游产业快速发展,邮轮旅游事故引发的民事纠纷也相应增多,其中邮轮旅客人身损害纠纷因关涉旅客生命安全引起广泛关注。在羊某某诉英国嘉年华邮轮有限公司人身损害

责任纠纷案(简称羊某某案)、蒋某某诉皇家加勒比 RCL邮轮有限公司人身损害责任纠纷案等典型案件 中均涉及邮轮公司的赔偿责任限制。因此,如何理 解邮轮合同的性质、如何确定邮轮公司的法律地位、

收稿日期:2021-01-09

基金项目:2018 年度司法部国家法治与法学理论研究项目"智能合约研究"(18SFB2041)

作者简介: 吴煦(1974-),男,江西上饶人,大连海事大学法学院副教授、硕士生导师,国际海事法律研究中心成员,E-mail: scott\_wuxu@ dlmu. edu. cn; 孔德兵(1997-),女,黑龙江伊春人,大连海事大学法学院海商法专业硕士研究生,E-mail: kdboner1941@ 163. com。

邮轮公司在承担邮轮旅客人身伤亡责任时能否享有 法律规定的赔偿责任限制等问题都需要加以明确, 这对公平妥善处理邮轮旅客人身损害责任纠纷案件 具有重要意义。

## 一、邮轮合同的性质

当前中国邮轮旅游主要是出境旅游,邮轮公司也以外商投资为主。受中国政策限制的影响<sup>①</sup>,外商投资旅行社不得经营中国内地居民出国旅游业务,邮轮公司大多需要通过有资质的国内旅行社进行邮轮船票的销售,由此形成了中国邮轮旅游的包销模式。在该模式下,旅行社直接与旅客签订邮轮合同,但中国现行法律中并不存在邮轮合同这一典型合同。基于邮轮旅游的特性,邮轮合同兼具旅游合同和海上旅客运输合同的内容,因此目前对于邮轮合同的性质尚存在争议。

## (一)区分合同说

对于邮轮合同如何定性,有观点认为,在当前中 国邮轮旅游船票包销模式下,中国邮轮旅游实践中 不存在一体性的邮轮合同,邮轮旅游的基础合同不 符合混合合同的特征,因此应当区分不同的合同关 系,分别加以认定。[1]49

所谓旅行社包销,即是指在邮轮船票开始销售之前,旅行社会与邮轮公司提前议定邮轮舱位的价格,通过预付一定价款的方式获得邮轮公司提供的全部或者部分舱位。根据市场需求,旅行社在订购到邮轮舱位以后将设计出相应的邮轮旅游产品,然后再将邮轮船票与其提供的定价旅游产品,如岸上观光、签证、领队等旅游服务项目一同捆绑销售给旅客。这种包销模式在目前中国邮轮旅游市场中占有98%以上的份额。[2]旅行社取代邮轮公司成为旅客直接面对的邮轮旅游经营者,由此形成了邮轮旅游旅行社、邮轮公司和旅客之间的三方法律关系,分别对应三个基础合同,即邮轮旅行社与邮轮公司之间的邮轮船票包销合同、旅行社与旅客之间的邮轮旅游服务合同和邮轮公司与旅客之间的由船票证明的海上旅客运输合同。

据此,支持此种观点的学者认为邮轮合同在性质上并非属于一个合同。邮轮旅游服务合同、邮轮船票证明的海上旅客运输合同分别规定邮轮旅游涉及的旅游、运输两个方面的事项,两个合同总体上泾渭分明,内容不存在交叉。[1]50 旅行社和邮轮公司分

别在旅游服务合同和海上旅客运输合同中居于邮轮旅游经营者的民事法律地位。认为实践中存在一体化邮轮合同的观点是目前理论研究对于邮轮旅游法律关系最为突出的误区,认为邮轮合同属于混合合同本质上是对当前中国邮轮旅游经营模式及其基础法律关系的重大误解。[1]50

笔者认为,在邮轮合同定性上主张区分邮轮旅 游下涵盖的各基础合同,首先值得肯定的是该种观 点对中国邮轮旅游包销模式现状下邮轮法律关系的 准确定位。在两组法律关系下承认同时成立邮轮旅 游服务合同和海上旅客运输合同进而分别适用法 律,分别认定邮轮公司的法律地位,解决邮轮旅游下 的各种纠纷就似乎是法律关系更为清晰、法律适用 更为便利的一种方式,也是该说定性邮轮合同的价 值所在。但在邮轮旅游中,笔者无法完全认同此种 在邮轮合同定性上将旅游服务与运输服务绝对割裂 划分的做法。且该种区分实际上否定的是中国邮轮 旅游包销模式现状下邮轮合同在形式上的混合性和 一体性,而并未否认伴随新兴邮轮旅游产业而生的 邮轮合同在本质上的混合性。此外,中国邮轮旅游 包销模式的垄断现状亦有被打破的可能。从长远来 看,邮轮公司直接面对旅客销售船票,与旅客形成邮 轮法律关系,与国际邮轮旅游的成熟做法接轨才是 中国邮轮旅游的发展追求。如果未来中国法律或对 外开放政策有所改变,邮轮合同的双方当事人将是 邮轮公司与旅客,此时邮轮合同势必同时涵盖旅游 和运输的内容,合同的混合性亦不能因为不存在一 体化邮轮合同而遭到否定。

## (二)混合合同说

区别于上述区分合同说的观点,对于邮轮合同的性质,还有学者认为邮轮合同属于混合合同的一种,具有一元性和混合性,形成了混合合同说。该说认为邮轮旅游下仅成立一个以旅客运输为主体的邮轮旅游合同。<sup>[3]</sup>该说主要否认的是在邮轮公司与旅客之间除邮轮合同外还另行存在一个海上旅客运输合同。

根据《中华人民共和国海商法》(简称《海商法》)第107条的规定,海上旅客运输合同是指"承运人以适合运送旅客的船舶经海路将旅客及其行李从一港运送至另一港,由旅客支付票款的合同";其中承运人是指"本人或者委托他人以本人名义与旅

① 《旅行社条例》第23条规定:"外商投资旅行社不得经营中国内地居民出国旅游业务以及赴香港特别行政区、澳门特别行政区和台湾地区旅游的业务,但是国务院决定或者我国签署的自由贸易协定和内地与香港、澳门关于建立更紧密经贸关系的安排另有规定的除外。"

客签订海上旅客运输合同的人"。据此,邮轮合同 具有以下不同于海上旅客运输合同的特点。

第一,海上旅客运输合同应当是由承运人本人 或者接受承运人委托的他人以承运人本人名义直接 与旅客签订的。<sup>[4]</sup>在邮轮旅游包销模式下,邮轮公 司作为实际履行旅客运输义务的承运人并未与旅客 直接签订海上旅客运输合同,旅行社也是以其自身 名义与旅客签订合同,而非以船方代理人的身份。 因此,有学者认为,船票包销模式下无法认定游客与 邮轮公司之间存在海上旅客运输的直接合同 关系。<sup>[5]</sup>

第二,"从一港运送至另一港"的表述表明《海商法》第五章规定的"海上旅客运输"应是指异港运输的情况,即始发地与目的地不能为同一地点。邮轮旅游中,旅客乘坐邮轮到达目的港实现旅游目的后,往往需乘坐同一邮轮返回始发港,也即邮轮运输旅客是一种"同港往返"的运输行为,邮轮往返所形成的"闭环路线"视为一个航程,因此难以被海上旅客运输合同的定义所涵盖。[6]

第三,对于传统海上旅客运输,旅客客票可以作为合同成立的凭证。邮轮旅游运输下,邮轮公司所提供的服务已不能再被视为简单的海上位移,而是以海上位移服务为基础的旅游一体化服务,许多与旅游服务相关的权利义务无法在制式简单的邮轮船票上得到完整体现。因此,邮轮船票能否成为适格的海上旅客运输合同的证明仍有待进一步论证,仅就目前制式的邮轮船票而言,其合同证明功能无法得到完备的实现。

需要说明的是,随着邮轮合同理论研究的进一步发展,混合合同说学者亦认同目前中国邮轮旅游包销模式下存在的三方主体关系,分歧在于对邮轮合同标的的认定。区分合同说认为旅游与运输二者界限清晰,而混合合同说认为邮轮旅游下两种标的合二为一趋于同质化,故旅客不能与旅行社和邮轮公司就同一合同标的分别订立两个不同的合同。笔者较为赞同混合合同说,但混合合同说未能回应目前实践中不存在一体化邮轮合同的问题,嗣后在邮轮合同的法律适用上也未能给予清楚的解释。

## (三)笔者的观点

基于对邮轮合同标的唯一的认同,笔者倾向于 将邮轮合同定性为一种混合合同,具体而言属于混 合合同中的类型结合合同。据此考察混合合同的定 义,其是指由数个典型或非典型合同的部分而构成 的合同,在性质上属于一个合同。<sup>[7]</sup>其中,类型结合 合同作为混合合同的一种,是指合同当事人一方负有多项给付义务,这些义务分属于不同的合同类型,但各项义务之间不分先后、轻重而处于同等重要的地位,而另一方当事人仅负有一项单一的对待给付义务或者不负有任何对待给付义务。在中国邮轮旅游包销模式下,旅行社与旅客签订邮轮旅游服务合同,履行该旅游服务合同义务需要依托邮轮进行海上运输。邮轮运输作为邮轮旅游服务的载体,贯穿合同义务履行的全过程,而不再处于一种辅助性地位,由此区别于其他普通旅游合同项下的单一运输服务。旅行社负有安排陆上观光和海上邮轮旅游行程的义务,旅客仅向旅行社一次性交付旅游费用,而无需二次购买邮轮船票。

至于认为目前中国实践中不存在一体化邮轮合 同,旅行社与旅客之间签订的邮轮旅游服务合同不 涵盖旅客运输内容的观点,笔者认为完全可以从混 合合同的合同形式角度对此现状加以解释。合同有 典型合同与非典型合同之分,不同类型合同的内容 可混合于同一合同之中成为一项混合合同,但除了 合同的内容可以混合,实际上合同的形式也同样可 以混合。合同自由不仅包含内容自由,还代表着形 式自由,因此合同的形式可部分表现为书面形式,其 余部分则可以口头等形式加以体现。在中国,合同 原则上要求采取书面形式,自旅游视角看,《中华人 民共和国旅游法》(简称《旅游法》)第58条规定了 包价旅游合同应当采取书面形式,并且列举了该合 同所应包括的内容:第59条规定了旅行社在旅游行 程开始前的义务,即应当向旅游者提供旅游行程单。 旅游行程单是包价旅游合同的组成部分。这些规定 的目的就是为了让旅游者在签订旅游合同并受其约 束之前(或者在旅游行为开始前),便可获得充分的 与旅游相关的信息。在邮轮旅游的场合下,目前还 未有将邮轮运输条款详尽载入邮轮旅游服务合同中 的规范做法。旅客与旅行社签订合同,从旅行社处 获得邮轮船票以及邮轮旅游相关信息,或者尽管是 由邮轮公司向旅客发放邮轮船票,无论采取纸质船 票还是"电子房卡"、手机二维码等形式,其上都无 法载有全部的运输条款。因此在旅游行为开始前, 旅客获取邮轮旅游信息的首选对象仍然是旅行社, 旅客在邮轮上发生财产、人身损害纠纷后起诉对象 的第一选择也是旅行社,那么仅根据邮轮旅游书面 合同未覆盖运输事项条款而将旅行社从邮轮运输关 系中完全涤除显然是不恰当的。

因此,对于邮轮合同的性质问题,基于对合同标

的的不可分割性的认同以及对实践中不存在一体化 "邮轮合同"的回应,笔者倾向于将其定性成一种混 合合同。而在混合合同的法律适用问题上, 笔者认 为.混合合同法律适用的"结合说"理论可为该问题 的解决提供有益思考。根据"结合说",混合合同适 用法律时,需要发现各种典型合同的法律要件的不 同法律效果,对这些效果寻求结合,最终确定混合合 同的法律适用。[8] 具体而言,首先应解构该混合合 同的各个组成部分,以邮轮合同为例,其合同内容可 分解成两部分,分别是与一般旅游服务合同无异的 陆上旅游服务的部分以及邮轮在海上提供旅游服务 的部分。其后,在法律适用上,前者应当寻找其所能 依据的典型合同规范,即目前《旅游法》中旅游服务 合同的相关规定,并在旅游服务合同的规定不能解 释或者规定空白的情况下进一步适用其上位法、一 般法的规定,如《中华人民共和国民法典》总则编、 合同编的相关规定。而对于后者,又可以进一步解 构为两部分,其一是因不具有海上特殊风险而与陆 上旅游活动无异的海上邮轮旅游服务,其二则是具 有海上特殊风险的海上邮轮旅游服务。对于第一部 分,其法律适用同上文提及的陆上旅游服务部分的 法律适用相同。唯需讨论的是第二部分,针对第二 部分,其所能依据的典型合同规范,中国现行法下关 系最为契合的即是《海商法》中对海上旅客运输合 同的规定。但由于《海商法》在最初制定之时并未 能预见到邮轮旅游的发展及其特殊性,因此海上旅 客运输合同一章自然无法包含针对邮轮旅游旅客运 输及相关服务的专门性条款,加之中国邮轮旅游包 销模式的三方主体现状使得邮轮纠纷中各利益主体 对邮轮合同关系的法律适用存在巨大分歧,该部分 内容直接依据相应典型合同规范进行法律适用就存 在着理论和实践上的障碍。但笔者认为,在现有法 律制度安排下,该障碍并非不能通过法律适用及解 释技巧加以解决,选择适用《海商法》仍不失为是一 种循次而进的较优方式。

# 二、邮轮合同下邮轮公司的法律地位

# (一)关系契约理论对邮轮合同关系的解释

邮轮合同可被定性为混合合同,针对上文述及的法律适用问题,可用关系契约理论作进一步阐释。

第一,从关系契约理论的核心范畴来看,麦克尼尔认为,契约来源于社会,契约的一切要素都与社会相关,排除社会关系所进行的纯粹的理论抽象是不切合实际的。如果当事人订立合同时与其所处的社会语境相分离,忽视了当事人之间的身份和关系,那

么合意就可能产生严重的缺陷,即它会忽视乃至于 否认实际上能够产生契约权利和义务的非基于合意 的渊源。[9]75 在邮轮合同关系下,旅客仅与旅行社签 订书面合同,旅客支付对价,由旅行社向旅客提供邮 轮旅游服务,并以邮轮公司实际提供邮轮海上旅客 运输服务活动为载体。在笔者看来,旅行社与邮轮 公司对旅客义务的承担是同源性的,都来自于旅客 购买邮轮旅游服务的行为。签订合同之时,旅客与 旅行社形成合同关系,但并非与邮轮公司不产生任 何关系,就邮轮合同整体而言,邮轮公司与旅行社应 被视作是一体的另一方当事人,对旅客履行提供邮 轮旅游服务的义务,这符合作为正常理性社会人的 缔约期待。关系契约理论强调缔约双方主体的关 联,它在肯定当事人之间明确合意的作用和地位的 基础上,又进一步指出合意范畴在契约理论中不能 比较全面、深刻地揭示已经发生、正在发生和未来将 要发生的契约现象。契约作为特定结合关系,超越 了合同确定的权利义务约定,是一个动态发展的关 系共同体。[10]尽管未在旅行社与旅客之间的书面合 同之内明确约定,但邮轮公司对旅客承担的邮轮旅 游运输的义务,以及旅客登轮出海所涉及的与海上 旅客运输相关的一系列大大小小的事项,无论是航 行安全、航程变更,亦或是人身、财产损坏,都应自书 面签订旅游服务合同之时被当然纳入至邮轮合同之 中。嗣后在邮轮合同的法律适用上,排除依照旅游 服务合同应适用《旅游法》规定的内容,从邮轮合同 中解构出的与海上旅客运输相关的内容,则均应直 接适用海上旅客运输合同的规定。

第二,从关系契约理论的实质主义方法论来看, 法律适用的正当性标准不仅是形式的,还是实质的。 关系契约理论具体的制度主张是,契约法应回应具 体的缔约实践,使契约实践尽可能地获得法律上的 认可和意义。[9]92 由于人的有限理性,当事人不可能 在合同订立时就预见到所有的未来事件,否则在具 体的缔约关系中当事人完全可以对所有条款作出妥 当安排,也就是说合同必然是不完备的。这种不完 备会带来订立契约的不确定性,所以需要法律制度 为这种不确定性提供一个合理预期,使契约当事人 的目的和意图能够实现。随着邮轮旅游业的发展, 邮轮旅游各方主体经过演化都需要不同的权利,法 律本应通过相应立法将这些权利赋予不同主体以保 障邮轮旅游业的持续发展。但在立法资源有限的情 况下,法律发展往往滞后于实践,很可能在未来一段 时间内无法出台完备的邮轮旅游法律,或者无法将

邮轮旅游完整地纳入至某一现行法律体系之下。那么针对邮轮旅游,现有的《海商法》和《旅游法》中界限清晰的规则完全可以得到适用,最大程度地保障各方当事人的权益。

第三,从关系契约理论的价值追求层面来看,其多元的价值导向,不论是促进合作还是追求公平,亦是邮轮合同下各方关系所追求的,这种契合尤其体现在邮轮合同的纠纷解决上。关系契约论指出,一些内在于当事人之间的关系而未于契约协议中明确显现的内部规范有可能成为相互之间责任的一部分。为了较为清晰地理解中国的纠纷解决方式,麦克尼尔在其《中国的契约——法律、实践以及纠纷解决》一文中还提出了"关系性纠纷解决方式"这一概念。在这种方式下,尽管纠纷解决者所借用的规范出自不同的地方,但是来自于关系本身的规范却被给予了最多的尊重。[11]

以关系契约理论来解释邮轮合同关系,笔者认为,当发生邮轮合同纠纷时,无论旅客是去诉邮轮公司还是旅行社,其依据都应当是邮轮合同关系。而邮轮公司与旅客之间形成的事实上的海上旅客运输关系属于邮轮合同关系中的一部分,是邮轮合同法律适用将《海商法》海上旅客运输一章作为典型合同规范的依据。

#### (二)邮轮公司的法律地位

1. 邮轮公司在旅游服务合同下的法律地位

依据混合合同的法律适用,邮轮合同下的部分 内容适用《旅游法》的规定,此时旅行社是与旅客产 生旅游服务合同关系的相对人,而邮轮公司仅居于 履行辅助人的法律地位。考察履行辅助人的内涵, 《旅游法》第111条规定"履行辅助人是指,与旅行 社存在合同关系,协助其履行包价旅游合同义务,实 际提供相关服务的法人或自然人";《最高人民法院 关于审理旅游纠纷案件适用法律若干问题的规定》 (简称《旅游纠纷司法解释》)第1条规定"旅游辅助 服务者,是指与旅游经营者存在合同关系,协助旅游 经营者履行旅游合同义务,实际提供交通、游览、住 宿、餐饮、娱乐等旅游服务的人"。根据以上法律规 定,认定某一民事主体是否构成"履行辅助人"需要 考察两项基本条件,一是该主体应当与旅行社或旅 游经营者之间存在合同关系,二是该主体应当协助 旅行社或者旅游经营者实际履行提供旅游服务的义 务。邮轮旅游包销模式下,邮轮公司与旅行社之间 存在船票包销合同,邮轮公司亦是协助旅行社实际 提供邮轮旅客运送服务的行为主体,符合"履行辅 助人"的内涵,因此可被认定为是履行辅助人。

2. 邮轮公司在海上旅客运输合同下的法律地位 依据关系契约理论对邮轮合同关系的解释以及 混合合同的法律适用,对于与海上旅客运输相关的 邮轮旅游服务的部分,邮轮公司作为与旅客产生海 上旅客运输合同关系的相对人,其具有《海商法》下 承运人的法律地位。

在中国邮轮旅游的三方主体中,旅行社和(或) 邮轮公司作为旅客起诉要求承担赔偿责任的对象, 若仅邮轮公司可援引《海商法》下承运人的赔偿责 任限制,就会造成实践中旅客大量起诉旅行社的情 况。邮轮公司与旅行社之间的责任分配及承担是否 公平,也会影响对邮轮公司承运人地位的承认。因 此,还需要回应的关键问题是旅行社在这部分的法 律适用以及其与邮轮公司之间的责任承担。笔者认 为,在邮轮合同关系中,旅行社不能从邮轮运输关系 中被完全涤除,不论是对旅客义务的履行还是责任 的承担,旅行社与邮轮公司都应被视为是一体的另 一方。在《海商法》没有明确规定,立法资源又有限 的情况下,处理邮轮合同下与海上旅客运输部分相 关的纠纷时,旅行社可准用《海商法》海上旅客运输 一章的规定。法律准用制度是基于类似问题类似处 理的法律规则要求,对具备法律制度或规范形式外 观的事项,在法律未作详尽规定时,适用既有的规范 处理。让旅行社准用海上旅客运输的规定,通过此 种立法技术将旅行社对旅客的赔偿责任以及旅行社 可享有的限制赔偿责任等权利都纳入法律的调整框 架之内,不至使其无法可依,无从处理。而在邮轮公 司与旅行社之间的责任承担上,笔者倾向于由法律 规定二者的连带责任关系,视二者为一个整体对旅 客承担终局性责任。类似于产品生产者、销售者对 消费者的责任承担,二者之间本属于不真正连带责 任关系,但法律出于对消费者权利的保护,准用了连 带责任规范处理生产者和销售者之间的责任承担, 赋予了消费者选择的权利。因此,笔者认为,在邮轮 合同关系中也可以赋予旅客这样的权利,并在《旅 游法》和《海商法》中明确邮轮公司与旅行社之间的 追偿规则,进一步明晰各方责任。

通过法律准用制度使旅行社可以适用《海商 法》的规定,在责任限制的享有问题上同邮轮公司 保持一致。同时规定邮轮公司与旅行社对邮轮旅客 人身伤亡的连带赔偿责任,由此平衡邮轮旅游三方 主体在旅客人身伤亡赔偿纠纷中的利益关系,破除 承认邮轮公司在海上旅客运输合同下承运人法律地 位的实践障碍。

三、邮轮公司在不同法律关系下的赔偿 责任限制

# (一)邮轮公司在海上旅客运输合同关系下的 赔偿责任限制

## 1. 邮轮公司的责任期间

邮轮公司提供的旅客运输等邮轮旅游服务适用《海商法》第五章海上旅客运输合同的规定。根据《海商法》第111条的规定,海上旅客运输的运送期间是自旅客登船时起至旅客离船时止,也就是说,邮轮公司责任期间应当为从旅客开始登船至旅客完全离船的整个区间。但邮轮旅游不同于一般海上旅客运输的特殊之处就在于,邮轮公司在运送过程中通常还要经停多个地点以满足旅客下船到岸上观光旅游的要求,这就使邮轮公司原本要负担责任的连续期间出现了断点。在中国邮轮旅游的包销模式下,邮轮公司实际上并不负责旅客陆上观光的环节,那么邮轮公司的责任期间就理应排除旅客下船到岸上观光游览的期间。

对于责任期间,2018年11月交通运输部公布的《中华人民共和国海商法(修订征求意见稿)》(简称《2018征求意见稿》)增加了如下规定:"但旅客在中途挂靠港离船至同一挂靠港再次登船期间不包括在承运人责任期间,除非合同另有约定。"2019年9月的修改意见对该条的部分表述又进行了调整,表述为:"海上旅客运输的载运期间,自旅客登船时起至旅客离船时止;客票票价含接送费用的,载运期间包括承运人经水路将旅客从岸上接到船上和从船上送到岸上的时间。"笔者较为赞同第一种修改方案,考察《1974年海上旅客及其行李运输雅典公约》第1条第8款第a项的规定,运输期间是指"旅客和(或)其自带行李在船舶上的期间,或登、离船舶期间",此种表述能够解决邮轮旅游中邮轮公司责任期间不连续的问题,应对邮轮旅游的特殊性。

## 2. 邮轮旅客人身伤亡的界定

邮轮公司对在其责任期间内发生的旅客人身伤 亡的赔偿责任适用《海商法》的规定。但诸如旅客 在楼梯上滑倒、食物中毒、泳池溺水等人身伤亡事 故,尽管是在邮轮上发生的,却因为缺少了海上风险 因素而不能当然适用《海商法》的规定。

海商法作为一个独立的法律部门,其各项制度 的产生和发展都无法背离海商法自诞生以来的精神 内核,即以制度设计平衡海上风险带来的利益失衡。 这种海上风险包括船舶在海上进行运输或者从事其

他活动时遇到的各种风险,例如由自然原因造成的 台风、海啸、恶劣天气等,由人为原因造成的碰撞、战 争、海盗等。海上运输活动的高风险性和特殊性决 定了在多数关涉海上运输的活动中不能也无法直接 适用陆上的法律制度。海洋环境较之陆地环境的显 著差异仍使得任何与海上运输领域相关的法律制度 设计都必须要考虑到海上要素的差异性和区别 性。[12]海上风险是确定《海商法》适用的极为重要 的衡量因素之一,海商法以及海事请求、海事纠纷的 特殊性均与海上特殊风险存在密切联系,[13]因此, 海上人身损害不应简单理解为发生在海上的人身损 害,而应理解为由海上特殊风险造成的人身损害。 邮轮旅游中,现代邮轮被看作是"海上移动式五星 酒店".旅客在邮轮上进行的休闲娱乐行为大多无 异于陆上的普通民事活动。旅客滑倒、摔伤等所造 成的人身伤亡大多不具有海上风险因素,不属于船 舶航行、运营、作业等活动直接造成的人身损害,仅 是损害发生于正在航行、运营的船舶之上。因此邮 轮旅游下,发生在邮轮公司责任期间内但又不具有 海上特殊风险因素的旅客人身伤亡,不属于《海商 法》的调整范围,应当排除《海商法》的适用。

## 3. 邮轮公司对旅客人身伤亡的赔偿责任限制

对于旅客在邮轮上发生的人身伤亡,邮轮公司应依照《海商法》第五章海上旅客运输合同的规定承担赔偿责任。根据《海商法》第114条和第117条的规定,邮轮公司作为承运人在其责任范围内因过失造成邮轮旅客人身伤亡的,邮轮公司应当负赔偿责任并可享有单位赔偿责任限制。邮轮公司援引承运人单位赔偿责任限制的基础是与旅客之间的海上运输合同关系,但鉴于邮轮旅游人身伤亡纠纷的实际处理中,邮轮旅客还会基于侵权关系请求损害赔偿,因此笔者建议采纳《2018征求意见稿》对第五章海上旅客运输合同损害赔偿请求权基础的规定,即规定了违约与侵权竞合的情形,不论请求人是根据合同还是根据侵权行为提起损害赔偿,承运人均有权援用该章规定的抗辩理由和赔偿责任限制。

# (二)邮轮公司在旅游服务合同关系下的赔偿 责任限制

## 1. 邮轮公司对旅客人身伤亡的赔偿责任

现代邮轮旅游中,旅客在邮轮上进行的普通休 闲娱乐活动与邮轮运送服务二者是可比量齐观的要 素,尤其在一些无目的航线的邮轮旅游里,邮轮本身 就是旅客旅行的目的地,带有"景区"性质。对于在 邮轮上发生的无关运输及海上特殊风险的旅客人身 伤亡事故,应依照在《旅游法》下确定的邮轮公司的 法律地位来承担赔偿责任。因此,根据《旅游法》 第70条和第71条的规定,若是由于履行辅助人即 邮轮公司的原因造成旅客人身损害的,旅客可以要 求邮轮公司承担赔偿责任。旅行社先行承担责任 的,有权向邮轮公司进行追偿。

## 2. 邮轮公司对旅客人身伤亡的赔偿责任限制

对于确由邮轮公司原因造成的旅客人身伤亡,邮轮公司作为邮轮旅游服务合同下的履行辅助人要依法承担赔偿责任,但不应享有赔偿责任限制。笔者认为,就邮轮公司享有赔偿责任限制的正当性来说,海事法律制度的正当性主要来源于海上特殊风险的存在。海上运输活动较一般的民事活动而言,作为承运人的船公司要承担比陆上运输更重的责任风险。海上运输的特殊性需要特殊的法律制度对其进行调整,这是责任限制制度的价值追求。但是对于旅客滑到、摔伤、泳池溺水等人身伤亡事故,虽然是在邮轮上发生,但因不与海上风险相关而与一般陆上旅游活动造成的人身损害事故无异,那么对于此种旅客人身伤亡,如果让邮轮公司享有赔偿责任限制似乎有违公平,亦不利于对旅客利益的保护。

# 四、责任限制的确定

## (一)责任限制主体

邮轮合同下的责任限制主体,是指依据《海商法》要对旅客承担因海事特殊风险因素造成的人身、财产损坏责任的赔偿义务人。根据《海商法》第109条<sup>①</sup>、第114条第1款<sup>②</sup>以及第121条<sup>③</sup>的规定,邮轮合同下能够援引责任限制的主体有:第一,承运人,即履行邮轮海上旅客运输义务的邮轮公司,以及在海上旅客运输部分中得以准用《海商法》具体规定的旅行社;第二,实际承运人,即接受邮轮公司委托从事邮轮海上旅客运送或部分运送的人;第三,承运人的受雇人、代理人。邮轮不同于普通客、货船舶,其上配备了大量具有服务性质的海乘,比如前台接待员、演员、主持、厨师、仓管员等,这些人员作为邮轮公司的受雇人,也有权享有责任限制;第四,实际承运人的受雇人、代理人。

#### (二)责任限制事由

邮轮合同下邮轮公司得以享有责任限制的事

由,根据《海商法》第114条的规定包括因邮轮公司自身过失导致的旅客人身伤亡或财产损坏,也包括因邮轮公司的受雇人或代理人在受雇或受委托范围内过失造成的损害。对此需要注意的是,第一,能够享有责任限制的邮轮公司过失必须是由海上特殊风险导致的。第二,在过失的认定上,对于旅客的人身伤亡和财产损失,不论是因何种事故造成的,只要邮轮公司或其受雇人和代理人不能提出反证,即视其为有过失。

## (三)责任限制金额

承运人对国际海上旅客人身伤亡损害赔偿的责任限制,适用《海商法》第 117 条的规定,也即在每次海上旅客运输中,每名旅客不超过 46 666 特别提款权。国内港口间海上旅客人身伤亡损害赔偿的责任限制,适用《中华人民共和国港口间海上旅客运输赔偿责任限额规定》,即每名旅客每次 4 万元人民币。《2018 征求意见稿》对承运人在每次海上旅客运输中的赔偿责任限额予以提高,将对旅客人身伤亡的赔偿责任限制与《1974 年海上运输旅客及其行李雅典公约的 2002 年议定书》规定的最低限额25 万特别提款权相挂钩,即旅客人身伤亡的,每名旅客不超过25 万特别提款权。在《1999 年统一国际航空运输某些规则的公约》中,承运人对旅客的责任及责任限额分为两个层次,以10 万特别提款权为界限。

对此,出于人命本位的理念以及对旅客人身权利的保护,笔者认为应当提高责任限额。经过二十年的经济发展,当初制定的责任限额显然已经过低,不能对旅客进行充分的赔偿。但《1974 年海上运输旅客及其行李雅典公约的 2002 年议定书》所规定的25 万特别提款权的限制过高,与当前国内的赔偿水平不相适应。因此建议可折中《1999 年统一国际航空运输某些规则的公约》规定的10 万特别提款权与《1974 年海上运输旅客及其行李雅典公约的2002年议定书》规定的25 万特别提款权,以17 万特别提款权作为提高限额的基线,在此基础上再予以适当增加或者减少。

#### (四)责任限制的丧失

邮轮公司承担旅客人身损害赔偿责任可依据

① 《海商法》第109条规定:"本章关于承运人责任的规定,适用于实际承运人。本章关于承运人的受雇人、代理人责任的规定,适用于实际承运人的受雇人、代理人。"

②《海商法》第114条第1款规定:"在本法第一百一十一条规定的旅客及其行李的运送期间,因承运人或者承运人的受雇人、代理人在受雇或者受委托的范围内的过失引起事故,造成旅客人身伤亡或者行李灭失、损坏的,承运人应当负赔偿责任。"

③ 《海商法》第121条规定:"承运人将旅客运送或者部分运送委托给实际承运人履行的,仍应当依照本章规定,对全程运送负责。实际承运人履行运送的,承运人应当对实际承运人的行为或者实际承运人的受雇人、代理人在受雇或者受委托的范围内的行为负责。"

《海商法》的规定享有承运人的单位赔偿责任限制, 但这种享有并非是无限度的,法律也同时规定了承 运人丧失责任限制权利的情形。《海商法》第118 条第1款规定了对于旅客的人身伤亡,如果是由于 承运人的故意或者明知可能造成伤害却轻率地作为 或不作为造成的,承运人不能援引赔偿责任限制。 对此实践中亦能找到法院判决的支持。在羊某某 案<sup>①</sup>中,双方争议的焦点之一便是被告是否可以享 受承运人赔偿责任限制。被告主张其作为承运人, 依据《海商法》或者中国加入的《1974年海上旅客及 行李运输雅典公约》,有权享有承运人的赔偿责任 限额 46 666 特别提款权,约折合人民币 433 700 元。 法院审理最终肯定了英国嘉年华邮轮有限公司作为 承运人的法律地位,可以享有承运人的赔偿责任限 额,但认为该被告作为涉案邮轮经营者,未尽到对旅 客的安全保障义务,构成赔偿责任限制的丧失,其无 权再享有责任限制的利益。

《海商法》对赔偿责任限制丧失的规定反映了 法律保护旅客生命安全的价值取向。在羊某某案 中,被告现场工作人员针对未穿戴任何救生设备且 无大人看管的儿童进入泳池,无任何询问或者劝阻 等有效的防范和管理,采取了放任态度,且涉案邮轮 在一年前已经发生过成年旅客溺亡的情况,而被告 亦不能证明事后其采取过任何改进或补救措施。对 于邮轮旅游来说,邮轮公司要负有比一般旅客运输 承运人更重的安全保障义务,如果邮轮公司没有尽 到合理范围内的安全保障义务,甚至对旅客人身安 全漠不关心,则应当丧失限制赔偿责任的权利。

## 五、结语

通过前文可得到以下结论:第一,在中国邮轮旅 游包销模式下,邮轮合同可被定性为混合合同。在 发生邮轮旅客人身损害纠纷时,可依据混合合同的 法律适用,解构邮轮合同的内容进而分别适用其典 型合同规范的规定。第二,以关系契约理论解释邮 轮合同关系,邮轮公司作为事实的承运人,其与旅客 之间形成的海上旅客运输关系被包含在邮轮合同之 中。邮轮合同下,海上旅客运输服务等内容适用 《海商法》海上旅客运输合同一章的规定,邮轮公司 具有承运人的法律地位,旅行社可通过法律准用制 度适用该章规定。第三,邮轮公司作为承运人,对于 在其责任期间内发生且具有海上特殊风险因素的旅 客人身伤亡,享有《海商法》规定的承运人单位赔偿 责任限制。邮轮公司作为履行辅助人对邮轮上普通 休闲娱乐活动造成的旅客人身伤亡不享有赔偿责任 限制。第四.从保护处于弱势地位的旅客角度出发, 建议由法律规定邮轮公司与旅行社之间的连带责任 关系并适当提高承运人赔偿责任限额。

## 参考文献:

- [1]孙思琪,金怡雯, 邮轮旅游邮轮公司法律地位之认定[J], 世界海运, 2018, 41(4).
- [2]孙思琪.《海商法》修改视角下邮轮旅游法律制度构建[J].大连海事大学学报(社会科学版),2017,16(6):10.
- [3]陈琦. 邮轮旅游法律规制的理论困境与制度因应[J]. 大连海事大学学报(社会科学版),2018,17(6);12.
- [4] 司玉琢. 海商法专论[M]. 4版. 北京: 中国人民大学出版社, 2018: 210.
- [5] 陈易,何丽新. 论邮轮船票包销模式下旅行社的法律地位[J]. 中国海商法研究,2019,30(4);25.
- [6]郭萍. 邮轮合同法律适用研究——兼谈对我国《海商法》海上旅客运输合同的修改[J]. 法学杂志,2018,39(6);78.
- [7]韩世远. 合同法总论[M]. 4版. 北京:法律出版社,2018:73.
- [8]廖盛林. 混合合同法律适用问题的类型化研究[J]. 福建法学,2012(1):46.
- [9]孙良国. 关系契约理论导论[M]. 北京:科学出版社,2008.
- [10] 张艳. 关系契约理论对意思自治的价值超越[J]. 现代法学,2014,36(2):77.
- [11]郑辉. 关系契约: 理论构建与现实考量[D]. 重庆: 西南政法大学, 2011: 40.
- [12] 曹兴国. 海商法自体性研究[D]. 大连:大连海事大学,2017:67.
- [13] 孙思琪. 邮轮旅客人身损害纠纷的司法实践——基于我国海事法院首例判决展开[J]. 青海师范大学学报(哲学社会科学版),2019,41(1):49.

① 参见上海海事法院(2016)沪72 民初2336号民事判决书。

蔡莉妍. 论航运产业的国家援助制度及其法律规制[J]. 中国海商法研究,2021,32(3):61-68

# 论航运产业的国家援助制度及其法律规制

# 蔡莉妍

(集美大学 海洋文化与法律学院,福建 厦门 361021)

摘要:作为"建设海洋强国"战略的重要支柱产业,航运业在经济发展中起着至关重要的作用。伴随着全球贸易政策的不确定性和经济下行风险,航运业的发展面临诸多挑战。为了维持本国航运业的竞争优势和健康发展,针对航运产业的国家援助措施并不鲜见。从国家援助制度广泛存在于航运业的经济学基础入手,分析中国航运产业国家援助制度的发展现状、援助类型及存在的问题。构建中国航运产业国家援助制度应在厘清援助的目标价值基础上,明确合法援助措施的判定标准并完善公平竞争审查机制,将其纳入法治化运行轨道,以实现国家援助对航运业的积极促进作用。

关键词: 航运产业; 国家援助; 法律规制

中图分类号:D922.294 文献标志码:A 文章编号:2096-028X(2021)03-0061-08

## Legal regulation of state aid for shipping industry

CAI Li-van

(College of Marine Culture and Law, Jimei University, Xiamen 361021, China)

Abstract: As an important pillar industry of the strategy of "building a maritime power", the shipping industry plays an important role in the economic development. With the uncertainty of global trade policy and the risk of economic downturn, the development of shipping industry is facing many challenges. In order to maintain the competitive advantage and healthy development of shipping industry, the state aid measures for shipping industry are not uncommon. Starting from the economic basis of the widespread existence of the state aid in the shipping industry, this paper analyzes the development status, types and problems of the state aid system in China's shipping industry. To construct the state aid system of China's shipping industry, we should specify the target value of the aid, clarify the criteria of legal aid measures, improve the fair competition review mechanism, and bring it into the legal operation track, so as to realize the positive role of state aid in promoting the shipping industry.

Key words: shipping industry; state aid; legal regulation

近年来,全球经济环境复杂多变,航运业在复苏的路上艰难爬坡。除了需要承受传统的负向因素,如全球气候环境、海员短缺等带来的下拉力,受新冠肺炎疫情影响,全球性企业停工形成的中长期经济萧条,加剧了世界性需求萎靡以及贸易保护主义,在未来较长时间内将对航运业形成明显的冲击,并通过产业关联和传递效应波及整个航运上下游产业链。为了维持航运业的良性发展,全球多个国家及

地区纷纷出台航运扶持措施。2018年1月,新加坡制定33.9亿美元海洋运输业转型发展规划,旨在保障新加坡未来全球航运枢纽地位。2019年12月,欧盟批准了5个国家(塞浦路斯、丹麦、爱沙尼亚、波兰和瑞典)的航运援助计划,通过实行吨位税和海员发展计划,提高欧盟航运企业的全球竞争力。2020年2月,深圳市交通局发放了4.1亿元港航产业资助资金,助力港口航运企业复工复产。2020年6月,

收稿日期:2021-08-25

基金项目:福建省社会科学基金项目"区块链技术应用的法律规制研究"(FJ2020B018),集美大学国家基金培育计划项目"基于区块链技术应用的法律规制研究"(SP202102)

作者简介:蔡莉妍(1983-),女,江西南昌人,法学博士,集美大学法学院副教授、硕士生导师,E-mail:saili16@163.com。

芬兰政府提供 2 500 万欧元支持受疫情影响而遭重 创的航运交通业。

国家援助是指一国政府通过各种直接或间接措 施,对国内特定地区或特定产业提供的财政支持。 主体为中央或地方政府以及由国家委派的任何机 构,包括公共事业单位和国有控股银行。2018年8 月,自然资源部、中国工商银行联合印发的《关于促 进海洋经济高质量发展的实施意见》提出,中国工 商银行将力争未来5年内为海洋经济发展提供 1000亿元融资额度。国家对航运产业的援助制度 由来已久,在经济学上有形形色色的理论对其进行 解读。从成本分析来看,作为资本密集型的航运业 规模效应明显,航运企业往往将资本向盈利性较高 的航线配置。既存竞争者的规模经济与范围经济加 剧了市场的进入障碍,降低了市场竞争程度。政府 可以通过对特定对象的援助以激励支线运输以及减 少援助对象进入市场的额外成本,具有正当性和合 理性。[1]从战略性贸易理论来看,航运业在一定程 度上服务于本国的政治、经济、军事政策,而非单纯 地追求经济利润,具有强烈的国家保护色彩。[2] 符 合本国国情的产业政策是非均衡发展和争取动态比 较优势的内在要求。[3]尽管国家援助制度的正当性 得到了理论上的支持,但仍然存在扭曲竞争的情况。 正如经济合作与发展组织(简称 OECD)所指出的, 在平衡国家援助措施的积极与消极后果的情况下, 应当满足"更少与更优的特定国家援助"(less and better targeted state aids)之目标,在精确的经济分析 基础上,采用更为透明,非歧视性以及更低成本的替 代性措施,设计补偿机制与事后评估机制,以限制国 家援助措施的消极后果。[4]

# 一、航运产业实施国家援助的应然性 考察

作为一种损耗政府公共资源的财政行为,国家援助的表现形式具有多样性,包含了直接补贴、税收优惠、资本参与、低息贷款、加速船舶折旧、国家担保等减轻受助企业正常预算费用的各种措施,旨在提高本国的产业竞争力。由于国家援助通过人为减少受助企业本该承担的财政负担,或者维持、扩大受助企业的市场份额,使得受助企业相较于未获援助的同业竞争者取得更有利的竞争地位,影响公平自由

的竞争秩序。然而,单靠市场并非优化资源配置的最佳手段,竞争的双面性决定了竞争本身是一种熊彼特式的创造性毁坏过程<sup>①</sup>,需要国家在市场失灵时介入干预。因此,国家援助成为实施国家组织经济职能的必要工具。

国家援助广泛存在于航运业的经济学基础在于:一方面可以缩短市场内的时空距离,通过降低运价,外移市场边界,扩大市场范围,争取更多的市场份额;另一方面可以提高边际效益,实现规模经济。从政策因素的作用来看,降低边际成本的路径主要有两种:一是对特定企业和生产部门给予财政支持,改变竞争态势调整供求关系;二是通过调整供求关系进而反向调节价格,影响成本。[5]值得指出的是,国家援助不同于国家投资。投资是一种利益导向性行为,即经济人在分析考虑各种风险因素后,将资产投放于市场并预期在一定时间内取得投资收益的行为。政府也可以实施符合私人投资理性的资产经营行为。这与具有政策性和社会性的国家援助存在本质区别,换句话说,如果公共财产没有受到损失,则不构成国家援助。

基于航运业的战略属性,航运领域的国家援助并不罕见。援助理由主要有三点。

第一,航运业具有移动性和无界性的特点,高度的国际化使其面临激烈的国际竞争。运力过剩的经营困境加上资本杠杆的挤压,以及行业去产能的渠道狭窄,迫使航运企业通过不断的兼并重组以谋求生存,然而,生产要素流动的不充分导致信息传递的迟滞,进而面临失业及资产流失的风险。[6]为了维护因市场相对饱和、生产过剩而丧失增长动力的航运业尤其是船舶制造业,有必要进行一定形式的国家干预。

第二,抵消和平衡受到援助的外籍船公司之竞争优势。按照制度经济学的相关理论,国家竞争优势除了表现为技术效率优势,还取决于政府是否能够提供一套有效约束与激励的制度体系。<sup>[7]</sup>外部的制度优势会给一国政府带来竞争压力,要想在国际航运市场的激烈竞争中脱颖而出,与其被动反应,不如为争取市场份额和国际可流动要素进行制度的积极调整。因此,国家援助作为制度竞争的重要手段,有助于推动静态比较优势向动态竞争优势的转化.

① 熊彼特创造性破坏理论,是美籍奥地利经济学家约瑟夫·熊彼特(Joseph Alois Schumpeter)提出的经济学理论,熊彼特将企业家视为创新的主体,其作用在于创造性地破坏市场的均衡(他称之为"创造性破坏")。他认为,动态失衡是健康经济的常态(而非古典经济学家所主张的均衡和资源的最佳配置),而企业家正是这一创新过程的组织者和始作俑者。通过创造性地打破市场均衡,才会出现企业家获取超额利润的机会。

进而提升整个航运产业的综合竞争力。

第三,鼓励和吸引本国资本的外籍船回归。随着船舶运营成本的不断攀升,船舶所有人难以满足本国籍船舶的严格登记要求,加之较高的税赋标准,使得越来越多的船舶移籍海外,到实行开放登记的"方便旗"国家登记。为了提高本国籍船舶的航运竞争力,改善海运环境,稳定海员队伍,以提供优惠税制为主要手段的国家援助措施,可以帮助航运企业在较为稳定的营商环境中规划企业的发展战略,并且刺激和促进本国船员和其他航运辅助业从业人员的就业,为其提供职业发展的途径和渠道。

# 二、航运产业给予国家援助的实然性分析——以欧盟为例

中国航运立法中鲜见关于国家援助制度的规定,只在部分行政性法规或地方性法规中有零散规定,没有明确国家援助行为与航运市场的关系,缺乏界定援助行为合法与非法的法律标准、操作指南和救济路径,对于援助范围的确定和援助措施的监督具有较大的模糊性和不确定性。从域外立法经验来看,国家援助制度强调透明度要求,对受益人、援助金额和援助目的需进行详细说明,使其他市场主体有能力进行合规性监督,从而提高援助成效并将其控制在合理范围。根据2004年欧盟《海上运输国家援助指南》,[8] 航运企业获得国家援助应具备如下构成要件。

第一,援助对象的特定性。即援助对象仅限于海上运输活动。依据欧盟第 4055/86 号条例第 1 条和第 3577/92 号条例第 2 条,海上运输包括国际海上运输(成员国港口之间以及成员国与第三国港口或离岸设施之间的货物或旅客运输)和沿海运输(同一成员国境内各港口之间的货物或旅客运输)。此外,如果一年内超过 50%的工作时间在有效地从事海上拖航作业和深海清淤作业,作业拖轮和挖泥船也属于获得援助的范围。

第二,对非援助对象的船舶经营活动应采取账户分离原则。例如在港湾内使用的港作拖轮,其目的主要是辅助机动船靠离码头,因此不构成上述的"海上运输",不应从援助中受益。为了防止非海运活动从国家援助中间接受益,以及避免其他部门的竞争扭曲,欧盟委员会往往要求成员国采取隔离措施(ring-fencing measures),如基于长臂原则对商业交易进行验证和确认,以及在适格对象与非适格对象之间公平分担资本和费用支出,公平分配营运收入等。

第三,国家援助中的财政优惠主要针对欧盟船舶所有人或者欧盟籍船舶的经营收入。第 3577/92 号条例第 2 条对"欧盟船舶所有人"(Community shipowner)主要是从三个方面进行界定:船舶所有人的国籍属于欧盟成员国;依据成员国法律成立,主要经营场所位于成员国境内;欧盟成员国国民在欧盟区域外设立的航运企业,由其享有有效控制权,并悬挂成员国船旗。欧盟籍船舶应满足欧盟相关船舶安全和技术标准,并且需要证明对欧盟经济活动和就业的积极贡献。值得指出的是,财政优惠措施同样可以给予取得船舶所有人授权而全面负责船舶运营的船舶管理人,前提是其管理的船舶大部分是欧盟籍船舶。此外,如果船员个人所得税和社会保险均向欧盟缴纳,也可以通过减少船员收入所得的税率和计税基数来使受助对象获得特定优惠。

第四,国家援助具有积极性、合理性和必要性。首先,评估援助措施对振兴欧盟航运产业的政策目标是具有积极效应的,包括增加就业机会、提高海运安全、改进航海技术、促进沿海运输、巩固海洋产业集群、增强整体竞争力等。其次,成员国政府在实施国家援助时应遵守"比例原则",注意援助措施对竞争的破坏和扭曲应控制在合理、必要的限度内,如果存在明显的不合理因素,如国籍、地域歧视,或者援助数额超出企业所需,则不应纳入豁免范畴。再次,成员国政府需证明援助措施的不可或缺性,即非援助措施的实施效果有限,援助措施对实现经济目标具有高效性。

# 三、中国航运产业国家援助制度的类型 及面临的现实困境

国家援助的常见类型有补贴或税收优惠、低息贷款、国家担保,以及对国有企业的注资行为等。<sup>[9]</sup> 欧盟《海上运输国家援助指南》将涉及海上运输的国家援助措施进行了列举,具体包括:减少船舶吨税(tonnage tax)、减少劳动力相关成本(labor-related costs)、船员救济、投资特许、支持对航运人才的技术培训等。<sup>[8]</sup>截至 2019 年底,在上交所和深交所上市的航运、船舶海工和港口相关企业总计 74 家。上市公司年报主要有两个会计项目记录国家援助措施:税费返还和政府补助。前者利用税收政策影响纳税人的实际收入,进而调节纳税人的行为活动,主要形式有税收抵免、投资抵免,减税等税收优惠措施。该部分数据通过年报"现金流量表——税费返还"条目获取。后者反映企业收到的各项补贴和支持,如财政补贴、环保补贴、技术改造补贴、科技支持、政府

奖励、贴息资金以及出口支持等,这部分数据通过公司年报"营业外收入——政府补助"条目获取。

#### (一)税收优惠措施

税收优惠措施不同于具有普遍意义的税率设定措施,如果税率调整不区分行业和地区,就不会使特定企业获得相对竞争优势,这种普遍税收政策不属于国家援助的范畴。作为国家援助的税收优惠措施必须使特定行业或区域的企业获得了额外的利益和竞争优势,因此,一项税收政策需经过与宏观税收政策的比较之后方能判定是否为国家援助。[10] 航运税收优惠措施主要有船舶吨税制和船员个人所得税的减免。

#### 1. 船舶吨税

传统意义的船舶吨税是针对船舶使用海上航标 等助航设施的行为设置的税种,本质上属于行为 税①。由于航运业的主要资产——船舶和船员具有 较高的流动性,加之各国船舶登记制度的差异,决定 了航运企业在进行船舶登记时会比较选择最适合的 经营环境,由此产生船舶出籍问题。然而随着船舶 的外移,一方面会影响政府的税收收入,另一方面也 会导致丧失对船队的实际控制能力,最终影响到本 国航运业的健康发展。为此,世界各海运大国纷纷 引入替代企业所得税的现代船舶吨税制度(简称吨 税)以减轻航运企业的税收负担,增强其国际竞争 力。这种吨税制度不同于《中华人民共和国船舶吨 税法》(简称《船舶吨税法》)所界定的船舶吨税,其 属于所得税,是依据船舶的净载重吨位估定征收,税 率一般低于通常意义的企业所得税,被认为是一种 隐性补贴,本质上是防御性的而非战略性的,作为航 运发达国家对本国籍船与方便籍船竞争时的利益保 障手段。

采用吨税制具有明显的溢出效应,即除了直接 受益的远洋运输业之外,还可以促进相关航运辅助 业的发展,增加本国船员的就业机会。然而,吨税制 带来的税负降低是以增加财政成本为代价的,因此 有可能刺激避税,给公平竞争的市场环境带来潜在 风险。[11]此外,尽管航运企业可以在吨税制和企业 所得税二者之间自由选择,但是一经选择就意味着 无论盈利与否,均需缴纳吨税,而且在一定期限内不得随意变动税收征管方式<sup>②</sup>。适用吨税的航运企业往往还会被要求满足一定的附加条件,如海员培训、雇佣本国船员等。

《船舶吨税法》第 9 条对于船舶吨税免税范围的规定过于狭窄,例如,渔业船舶仅限于养殖、捕捞船舶,不包括水产运输船、冷藏加工船等渔业辅助船,不利于远洋渔业的发展。跨境航运企业相较于国际同行来说,承担的税负压力更重,需要缴纳的税种有船舶进口关税、增值税、车船税、船舶吨税、企业所得税等。繁杂和严苛的税收规定阻碍了方便旗船的回归,不利于扩大中国的船队规模和维护国家的经济安全和国防安全。因此有必要引入国际通行的船舶吨税制度,为中国航运企业创设公平的竞争环境,提高国际竞争力。

## 2. 船员个人所得税

船员个人所得税减免的原因在于船员职业的税负指数过高,导致不合理的"水陆差",在利益的驱动下船员纷纷"弃海登陆"。职业收入与职业风险的倒挂不仅不利于保住及扩展现有船员队伍,而且会制约本国航运业的发展空间。因此,为了避免船员流失,许多国家对船员个人所得税都实行较大幅度的减免优惠政策。船员个人所得税的减免不仅有助于增加船员的实际收入,而且可以减轻航运企业的劳动力成本,进而增强外部竞争优势。

根据欧盟《海上运输国家援助指南》,在船籍国为欧盟成员国的船舶上工作的船员,其社会保障费和个人所得税允许减免,甚至可以达到全额减免的幅度。欧盟将这类国家援助行为纳入竞争法的适用除外范围,欧盟成员国享有不违背公共政策目标的税收自主权。例如,《2003 年英国所得税法》第五部分第六章(Deductions from seafarers'earnings)规定,英国居民船员在一个纳税年度内离开本国在外航行超过183 天,可得到全额税收减免。[12] 法国的船员税收优惠政策分为免征个税制和减免社会保障费两种。前者适用于船员是法国居民且连续12个月内在符合条件的船舶上工作(船舶在法国国际登记中心登记)至少183天,其工薪所得免税。后者适用

① 关于船舶吨税的性质,学术界存在较大争议,有学者认为船舶吨税属于财产税,是针对入境船舶按其吨位计征的一种税,参见张守文:《财税法学》,中国人民大学出版社 2016 年出版,第 265 页;有学者认为其属于行为税,征税对象是进口船舶占用航道及各项港口设施的行为,参见欧阳天健:《后立法时代的船舶吨税法律制度再探讨——兼论中国航运业结构性减税的路径设计》,发表于《大连海事大学学报(社会科学版)》,2018 年第 5 期,第 2 页;也有学者认为船舶吨税与关税类似,是一种由海关征收的"进出口税",参见刘剑文,熊伟:《财政税收法》,法律出版社 2015 年出版,第 395 页。

② 吨税一般有"锁住期限"的规定,一旦选择适用吨税,在锁住期限内不得变动,以防止企业趋利避害,逃避税收征管。吨税也有免税的规定,但针对的是不直接产生收益的情形,例如遇难船舶、军事船舶等。

于法国籍船且船员是法国居民,社会保障费由船公司承担三分之二,船员承担三分之一。船公司的部分可以通过补助金免除,船员的部分由船公司代缴<sup>①</sup>。丹麦则结合船舶登记地来实施税收减免措施,对丹麦国际船舶登记中心(Danish International Ship Register,简称 DIS)和非 DIS 登记的船舶(20 总吨以下的商船、军舰、渔船、邮轮以及国内旅客运输船除外)加以区分对待。在 DIS 船工作的船员,其工资薪金可以免征个税;在非 DIS 船工作的船员可以享有每年 56 900 丹麦克朗<sup>②</sup>的个税扣除额<sup>③</sup>。通过这种船员个税减免政策大幅增加了 DIS 登记船舶的总载重吨位,强化了竞争优势。

目前,中国对船员征收个人所得税的法律依据 除了《中华人民共和国个人所得税法》(简称《个人 所得税法》)及《中华人民共和国个人所得税法实施 条例》以外,主要是1999年《国家税务总局关于远 洋运输船员工资薪金所得个人所得税费用扣除问题 的通知》,其中规定远洋运输船员的工资薪金所得 采取"按年计算、分月预缴"的方式计征。自 2006 年1月1日起,中国远洋运输船员可享受的所得税 减除费用标准由 4 000 元/月提升到 4 800 元/月,并 且从2011年9月1日开始,基本扣除额之上的月工 资由原来的 5% 至 45% 九级超额累进税率调整为 3%至45%七级超额累进税率。2019年1月1日 起,修订后的《个人所得税法》全面施行,以往岸上 人员按照 3 500 元扣除,远洋船员按照 4 800 元扣 除,现已进行统一,所有公民的收入所得均按照 5 000 元扣除。2019 年 12 月 29 日、《财政部、税务 总局关于远洋船员个人所得税政策的公告》明确, 自 2019 年 1 月 1 日起至 2023 年 12 月 31 日,一个 纳税年度内在船航行时间累计满 183 天的远洋船 员,其取得的工资薪金收入减按50%计入应纳税所 得额,依法缴纳个人所得税。远洋船员与岸上人员 在所得税上起征基数差距的缩小,导致船员的实际 收入下降。按照中国现行税法,中国籍船舶以及在 中国籍船舶上工作的船员,相较于外籍船以及外籍 船船员要缴纳更多的税,导致中国船员流失严重,也 给中国航运企业带来沉重的薪酬负担,不利于营造 公平的竞争环境。

## (二)海运补贴

海运补贴政策是国家对本国海上运输业实行扶 植、资助的重要手段,主要包括营运补贴、拆船补贴、 造船补贴等。营运补贴是对经营重要外贸航线的本 国海运业给予营运差额补贴,使各项营运费用与外 国海运业的同项费用保持平衡,以增强竞争力,提高 盈利水平。例如、《2013年美国国防授权法案》 第3508 节将现行的《海事安全计划》(Maritime Security Program, MSP) 延长到 2025 年 9 月 30 日,其 中规定,美国政府为美国商船提供每年1亿8600 万美元(2012年至2018年)、2亿1000万美元 (2019年至2021年)、2亿2200万(2022年至2025 年)的营运补贴(Operating Differential Subsidy. ODS)。目的是建立一支高效的,兼具商业利益和军 事价值的民营船队,以满足国防和其他安全要 求。[13]法国、意大利、西班牙、日本也都有相应的补 贴政策,作为各自航运振兴计划的有机组成部分。

拆船补贴是具有海上运输经营资格的本国籍船舶在被拆解更新之后,可获得一定补贴的政策。旧船拆补可以使船舶所有人在短期内取得营业外收益,同时促进船舶工业转型升级、优化运力结构,提高航运企业船舶技术水平,降低平均船龄和单位油耗量。

造船补贴是政府无偿给予造船业的资金支持, 以降低国内建造船舶的价格,促进国内造船业的发 展,扩大本国的船队规模。作为一种常见的海运补 贴,许多国家都通过税收、担保、贷款等多种手段对 本国造船企业进行扶植,除了直接给予船厂的显性 资助之外,还包括对船舶建造相关的各类原材料、设 备、技术等提供的财政支持。例如依据印度政府 2015年12月正式批准通过的鼓励印度船舶修造业 发展的提案,印度国营和私有船厂可以获得政府补 贴,资助方案期限为10年,资助额每3年下降3个 百分点,最初3年为20%,按照合同价格与公平价格 中较低者计算。通过国家资助方案,旨在刺激增加 印度造船业的接单量。[14]中国工业和信息化部制定 的《船舶配套产业能力提升行动计划(2016— 2020)》也明确规定,为了实现造船强国的战略目 标,必须加快提高船用设备研制与服务能力,全面突

① 法国涉及船员税收优惠的法律规定有:《法国国际登记法案 2005-412 号》第7条、第10条,《法国税法通则》及《法国船员养老金给付办法》。

② 2020年11月3日丹麦克朗对人民币的汇率为1丹麦克朗兑换1.045元人民币。

③ 参见 Taxation of Seafarers Act (Seafarer Taxation Act) (LOV nr 386, Lov om beskatningafsofølk), Executive Order on Taxation of Seafarers (Executive Order, No. 653 of 28 June 2005)。

破船舶配套产业发展瓶颈。<sup>[15]</sup> 为此,需要综合运用船舶信贷、产业投资基金、保险补偿机制等财税金融政策以加大支持力度,提供有效资金保障。

尽管海运补贴是航运大国发展本国航运业的重 要手段,但是,所采取的补贴措施应置于全球化背景 下加以考虑,应符合《服务贸易总协定》(简称 GATS)和《补贴与反补贴措施协议》(简称《SCM 协 定》)的规定,将补贴限制在达到既定目标所需的限 度内,并且满足透明度要求。[16]例如在欧盟于韩国 造船补贴争端案中,世界贸易组织专家组认为韩国 进出口银行提供给三湖重工、大东造船、现代重工等 本国船厂的完工前贷款计划 (pre-shipment loan, PSL)和预付款偿付担保计划(advance payment refund guarantee, APRG)构成与出口业绩相关的专项 性补贴,与《SCM 协定》第3.1条和第3.2条相违 背,因此认定为禁止性补贴①。该案给中国船舶出 口贸易带来的启示在于,中国应建立符合 GATS 和 《SCM 协定》的政府支持体系,对航运补贴的设定尽 量规避禁止性补贴或可诉性补贴所具有的特征。就 中国目前提供给船舶行业的补贴结构来看,主要是 在新建船舶领域提供的船价补贴和政策性优惠信 贷。[17] 较之造船强国的全方位补贴政策仍显薄弱和 不足,给中国造船业的健康发展形成掣肘。以欧盟 造船补贴政策 2003/C317/06 号规则为例,其向造船 业提供的补贴包括培训补贴、微量补贴、中小企业补 贴、结构重组补贴、环境保护补贴、创新投资补贴、就 业补贴、地区补贴和科研开发补贴等,这些补贴措施 对欧盟船舶企业提供了有力的保障,使欧盟航运业 免受或少受国外同行的恶性竞争影响。

# 四、完善中国航运产业国家援助制度的 对策与建议

从制度经济学的视角来看,国家援助可以将微观层次的竞争优势转化为宏观层次的制度优势,因此出于产业政策和战略目标的考虑,许多航运发达国家都采取程度不一的国家援助措施来助推本国航运业的发展。这种外在的人为干预影响了市场的资源配置,具有跨境负外部性,所以有必要对国家援助施加一定的限制,以控制在合理的范围。2019年9月,OECD下设的国际运输论坛(International Transport Forum)发布了一份关于海运补贴对欧洲航运业影响的研究报告。[18]报告通过评估不同类型海运补贴的效果,认为海运补贴政策至关重要,但是,应明

确补贴的附加条件,对船员就业、海事培训和环境标准采用更为严格的评价体系,以提高援助资金的利用价值以及在保护国内就业、工业碳税、防止海洋环境污染等方面的效率。作为一种普遍的产业政策工具,对援助措施的分析需要评估市场失灵和竞争扭曲,通过权衡目标价值加以判断。

## (一)厘清航运产业国家援助制度的目标价值

为了确保增长导向的产业政策得到合理使用, 避免追求目标的狭隘性,中国航运产业国家援助制 度的根本目标是服务于中国航运业的整体利益,优 化运力结构,构建现代水运集疏运体系,加强水运基 础设施建设,提升岸线资源管理和航运信息化水平, 贯彻绿色安全发展理念,增强航运企业综合竞争力, 促进航运业健康、快速、可持续发展。2019年10月 30日,国家发改委修订发布了《产业结构调整指导 目录(2019年本)》,本次产业结构调整目录涉及到 的航运产业的鼓励类项目中包括船舶方面,如散货 船、油船、集装箱船适应绿色、环保、安全要求的优化 升级,以及满足国际造船新规范、新标准的船型开发 建造等17项:水运方面如港口码头建设、电子信息 技术建设与应用以及绿色环保等15项:综合交通运 输方面如综合交通枢纽建设与改造等8项。现代物 流方面如现代供应链创新与应用,多式联运转运设 施建设,多式联运快速转运换装设备、标准化运载单 元的研发推广应用等 10 项。[19] 因此, 为了确保援助 措施的包容性和有效性,应使国内航运企业在公平 透明的机制下获得扶持和帮助,构建一个既包括优 惠措施又包括其他竞争优势的发展框架。加快航运 援助制度的法规建设,研究制定航运援助制度的适 用条件和效果评价体系。按照国家全面推进"海上 丝绸之路"和海运强国战略的总体要求,完善相关 管理制度,强化标准约束。在供给侧结构性改革的 背景下,弱化政府对产业和要素市场的干预,加快推 进"负面清单"管理,将资源自主权还给企业,有助 于航运企业规模化和集约化发展。航运产业国家援 助制度应通过"强主体、优管理、促服务",加快航运 要素优化与结构调整,完善统一开放、竞争有序的航 运市场。

## (二)明确航运产业合法援助措施的判定标准

如前文所述,航运援助制度有其存在的合理性, 无论产业转型升级、绿色低碳技术创新还是基础设 施建设,都需要政府通过财政政策进行引导,体现了

① 参见 Korea—Measures Affecting Trade in Commercial Vessels (WT/DS273), WTO Report of Panel, 2005. 3, p. 62。

对自由竞争与经济安全这两种价值的兼顾,但是为了规避援助措施给相关市场带来的消极影响,需要明确合法航运援助的判定标准。例如欧盟为了评估援助措施的积极影响(促进欧洲共同利益)和消极影响(扭曲竞争和贸易),在《国家援助行动计划》中引入了"平衡测试"(balancing test),通过指南等方法细化对国家援助的监管规则。[20]

就中国航运产业而言,对航运和港口物流公司 的国家援助制度的适用主要考虑以下要素:(1)明 确性:援助措施对中国航运业的整体利益具有明确 贡献。(2)必要性:援助措施所起到的实质性贡献 是通过市场机制无法获得的,能够纠正市场失灵。 例如航运企业要实现绿色低碳发展转型缺乏相关利 益驱动,无法通过市场自发形成,需要由政府发挥行 政手段来实施。(3)适当性:援助措施是实现利益 目标的适当政策工具。(4)激励性:援助措施激励 受助企业开展与原有商业行为不同的行为,这种改 变后的行为是企业在没有援助的情况下不会采取或 者在相当有限的情况下或采用不同方式才会作出, 例如,根据《老旧运输船舶和单壳油轮提前报废更 新实施方案》,很多船企在政府拆船补贴政策的激 励下增加了拆船数量,改善了盈利状况并调整了航 运企业的运力结构。(5)比例性:援助金额必须是 实现目标的最低数额。(6)竞争性:援助措施对竞 争与贸易造成的消极结果必须被充分限制,不应排 挤私人投资,不应强化受益者的市场力量,不应只给 予选定的受益者。(7)透明性:援助措施的对象和 相关信息必须公开。如欧盟委员会开发了一个信息 技术平台——透明度奖励模块(Transparency Award Module, TAM), 要求所有成员国对超过50万欧元的 国家援助奖励项目的受益人和援助金额进行编码和 公开。

航运企业作为逐利性的市场竞争者,其资源往往向盈利性市场投入,可能导致部分区域缺乏足够的航线服务。为维持区域层次的经济与社会发展,国家一般通过航线补贴对特定航运公司进行补偿从而履行公共服务义务,但是,这种补偿数额必须在施加公共服务义务之前,以客观和透明的标准予以确定,不得在事后进行修正。通过对竞争产生严重影响的补贴行为进行规制符合中国市场化改革的整体方向,故基于经济利益和对国际航运市场形势的考量,应根据中国经济转型这一特定历史时期既定的产业政策目标,来合理界定航运产业国家援助制度的法律空间,既不应不适当地扩大援助范围,也不应

过早地排除或限制这一制度的适用。为此,针对中国航运产业国家援助制度存在的语焉不详、法律漏洞和弹性过大等问题,应从立法技术层面加以完善,以期达到"制度设计的合理与适度"之目标。

# (三)构建航运产业国家援助制度的公平竞争 审查机制

随着国际航运市场的自由化,各国由于发展阶 段、承运人的竞争力和地理位置的差异,仍然需要保 留援助措施以保证其参与国际航运服务的生存空 间。除了应采取透明有效的措施并配以明确的判定 标准,以保证援助措施不会扭曲市场竞争之外,还应 完善国家援助制度的公平竞争审查机制。2016年 国务院发布了《关于在市场体系建设中建立公平竞 争审查制度的意见》,2021年国家发改委、财政部、 商务部、市场监管总局、司法部修订了《公平竞争审 查制度实施细则》,为国家援助的实践中引入公平 竞争审查机制提供了相应的法律依据。其中,第三 章审查标准分别从市场准入和退出标准、商品和要 素自由流动标准、影响生产经营成本标准和影响生 产经营行为标准四个方面对援助制度的公平竞争审 查进行规定。虽然审查标准强调的是不得违法给予 优惠措施,但实际中界定违法行为并非易事,难以产 生真正的执法效力。此外,公平竞争审查制度以政 策制定机关自我审查为原则,但制定机关存在审查 对象模糊、审查标准的涵盖性不足、审查保障机制的 缺失等问题,导致公平竞争审查实践的形式化与低 效化。[21]

由于中国长期推行航运产业振兴和扶持政策, 在针对援助措施的公平竞争审查方面,首先,可以从 目前侧重的技术可行性(technical viability)分析转 向政治合理性(political legitimacy)分析,即任何假 定均衡的援助控制制度都应当考虑援助所追求的预 期公共政策目标和援助产生的积极外部影响。例 如,对船舶高科技环保设备的更新迭代可以由国家 财政补贴支持,但这些补贴可能超过了它们所提供 的实际利益。在对船舶尾气脱硫系统实行补贴之 前,有必要对其他替代措施的实施效果进行分析,如 油品差价补贴以及船舶税费减免是否会更有效地实 现减少空气污染的普遍利益。换言之,绩效评估制 度的引入有助于了解各项援助措施的实施效果,并 通过绩效评价所获取的信息对产业政策进行恰当的 修正与调整。[22] 其次,以竞争中性原则为指导完善 国家援助监管保障机制。2019年,李克强总理在全 国两会政府工作报告中指出:"按照竞争中性原则,

在要素获取、准入许可、经营运行、政府采购和招投标等方面,对各类所有制企业平等对待。"对阻碍资源优化配置的竞争非中性行为进行法律规制,是推进产业结构优化升级和国家治理能力现代化的内在要求。[23] 因此,一方面应从成本分摊机制和成本利润率的合理评估测算入手,避免企业利用交叉补贴,获得竞争业务的定价优势;另一方面建立"以信息公开为前提,以数字化监督为工具,以多主体监督为手段"的有效制衡机制,通过搭建国家援助信息平台,对企业所获得的援助措施进行有效监督并提供评价反馈机制。

# 五、结语

总之,实现航运产业国家援助的法治化,应加强对援助资金的监管,明确援助的目标价值,提高援助资金的使用效益,使航运援助措施更多为公共政策目标服务,例如英国"吨位税"附加了"培训要求",挪威和葡萄牙明确了补贴应向清洁船只倾斜。建立公平竞争审查机制,通过分析援助措施对经济主体的行为,特别是对受助企业的成本收益结构所产生的影响,以及对同等效率竞争对手带来的阻碍,来评估航运援助措施的合理性与必要性。

## 参考文献:

- [1] SYS C. Is the container liner shipping industry an oligopoly? [J]. Transport Policy, 2009, 16(5):259-270.
- [2]於世成.美国航运管理法律法规汇编[M].北京:北京大学出版社,2008:226.
- [3] 蔡莉妍. 论航运领域滥用市场支配地位行为的判定标准及其法律规制[J]. 中国海商法研究,2019,30(4):101-109.
- [4] OECD. Competition, state aids and subsidies 2010 [EB/OL]. [2020-06-20]. https://www.icao.int/sustainability/Compendium/Documents/InternationalOrganisations/OECD%20STATE%20AIDS.pdf.
- [5]段爱群. 竞争政策和补贴政策的目标冲突及中国的策略[M]//王晓晔. 经济全球化下竞争法的新发展. 北京: 社会科学文献出版社,2005:141.
- [6]王晓晔. 市场失灵时的国家干预——欧盟竞争法中的国家援助[J]. 国际贸易,2000(3);53.
- [7]张小蒂,王焕祥. 制度竞争:从比较优势到竞争优势[J]. 学术月刊,2003(9):19.
- [8] Commission communication C(2004) 43—community guidelines on State aid to maritime transport(2004/C 13/03) [EB/OL]. [2020-06-20]. http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/? uri=CELEX;52004XC0117(01)&from=EN.
- [9] 王晓晔. 欧共体竞争法[M]. 北京: 中国社会科学出版社, 2007: 269-273.
- [10] 周牧. 欧盟国家援助制度研究[D]. 北京:中国社会科学院,2012:60-61.
- [11]赵书博. 吨税研究述评[J]. 税务研究,2014(10):91.
- [12] Income Tax (Earnings and Pensions) Act 2003 [EB/OL]. [2020-06-20]. https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2003/1/contents
- [13] National Defense Authorization Act for Fiscal Year 2013 [EB/OL]. [2020-06-20]. https://www.shearman.com/~/media/Files/Services/Iran-Sanctions/US-Resources/Statutes/2-Iran-Freedom-and-Counter-Proliferation-Act. pdf.
- [14]补贴 20%! 印度公布造船业国家资助方案[EB/OL]. (2015-12-25)[2020-06-20]. http://www.eworldship.com/html/2015/ShipbuildingAbroad\_1225/110350. html.
- [15]工业和信息化部关于印发《船舶配套产业能力提升行动计划(2016—2020)》的通知[EB/OL]. (2016-03-14)[2020-06-20]. http://gxw.nc.gov.cn/ncgxw/zcfg/201603/9f59321e71824bc1b016e8cfd045cbef. shtml.
- [16] 马得懿,王幸子. 我国航运补贴的制度构架[J]. 国际经贸探索,2011,27(11):56.
- [17]高翔. 欧盟—韩国造船补贴国际争端对我国船舶出口贸易发展的启示[J]. 国际贸易问题,2007(9),37.
- [18] ITF. Maritime subsidies: do they provide value for money? [EB/OL]. (2019-09-17) [2020-08-25]. https://www.itfglobal.org/en/reports-publications/maritime-subsidies-do-they-provide-value-money.
- [19]中华人民共和国国家发展和改革委员会. 产业结构调整指导目录(2019 年本)[EB/OL]. (2019-10-30)[2020-09-03]. http://zfxxgk. ndrc. gov. cn/web/iteminfo. jsp? id = 16602.
- [20] State Aid Action plan—less and better targeted state aid: a roadmap for state aid reform 2005—2009 [EB/OL]. (2005-06-07) [2020-09-12]. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/? uri=CELEX%3A52005SC0795&qid=1603756971431.
- [21]张一武. 公平竞争审查制度的形式化问题研究[J]. 中国价格监管与反垄断,2020(8):19.
- [22]姚海放. 论政府补贴法治:产业政策法、财政法和竞争法的协同治理[J]. 政治与法律,2017(12):18.
- [23]王岭,刘相锋. 竞争中性视域下的政府监管研究[J]. 广东社会科学,2020(5):46.

王崇. 生物安全纳于中国涉海立法的证成与规范考量[J]. 中国海商法研究,2021,32(3):69-75

# 生物安全纳于中国涉海立法的证成与规范考量

# 王 崇1,2

(1. 中山大学 法学院,广东 广州 510275; 2. 南方海洋科学与工程广东省实验室(珠海),广东 珠海 519080)

摘要:中国涉海立法的逻辑体例与包容程度使与生物安全有关的法律法规得以纳入其中。生物安全规范与中国涉海立法之间既有关联性,又具切合性,其为《中华人民共和国生物安全法》的直接授意,也从理论上将人类卫生健康共同体与全球海洋治理相互衔接。这种纳入从立法路径上来看有单行式立法、综合式立法以及嵌入式立法三种模式,但目前这种纳入仍面临着载体的缺乏以及构建样态的不稳定等问题。为此,在结合现行中国立法环境背景、目的、效率、定位以及制度体量等因素的基础上,建议出台一部《海洋生物安全管理条例》,并特别规范《中华人民共和国生物安全法》所关注的重要领域中的国家生物安全发展战略及政策、海洋生物安全的管理体制、海洋生物多样性维护以及海洋生物技术研发。

关键词:生物安全:涉海立法:海洋公共卫生:管理体制

中图分类号:D922.14 文献标志码:A 文章编号:2096-028X(2021)03-0069-07

## Analysis on the justification of bringing the biosecurity into the marine legislation and its system construction

WANG Chong<sup>1,2</sup>

(1. Law School, Sun-Yat-Sen University, Guangzhou 510275, China; 2. Southern Marine Science and Engineering Guangdong Laboratory (Zhuhai), Zhuhai 519080, China)

Abstract: The logical style and inclusiveness of our country's marine legislation have enabled laws and regulations related to biosecurity to be included. Biosecurity norms and marine legislation are both related and relevant. They are the direct inspiration of Biosecurity Law of the People's Republic of China and theoretically connect the human health community with global ocean governance. There are three models for this kind of inclusion, which are single-line legislation, comprehensive legislation and embedded legislation. However, this inclusion still faces problems such as the lack of carriers and the instability of the structure. To this end, based on the current environmental background, purpose, efficiency, positioning, and institutional size of our country's legislation, it is recommended to introduce the Regulation on the Marine Biosecurity Management, and focus on several important areas within Biosecurity Law of the People's Republic of China, such as the national biosecurity development strategy and policy, the management system of marine biosecurity, the maintenance of marine biodiversity, and the research and development of marine biotechnology.

Key words: biosecurity; marine legislation; marine public health; management system

作为法学与生物学交叉学科的研究领域,生物安全管理法律体系的建设近来一直是备受关注的议题。2020年10月,第十三届全国人大常委会第二十次会议审议通过了《中华人民共和国生物安全法》(简称《生物安全法》),该法于2021年4月起施行,

包括了十章的内容,对于生物安全风险防控体制、防控重大新发突发传染病、动植物疫情、生物技术研究等进行了详细的规定。《生物安全法》的出台,有助于系统地梳理现存较为零散和碎片化的且与生物安全紧密相关的法律法规,填补了在这一领域里基础

收稿日期:2021-05-01

基金项目:2020 年度国家社会科学基金重大专项(20VHQ005)

作者简介:王崇(1991-),男,黑龙江佳木斯人,法学博士,中山大学法学院助理教授、硕士生导师,南方海洋科学与工程广东省实验室(珠海)研究人员,E-mail:wangch326@ mail. sysu. edu. cn。

性法律的空白。2021年日本核废水排放事件的发生更唤起了学界对此问题的关注。《生物安全法》本身难以细致地、全面地解决在各行各业中所出现的具体问题,其在发挥上位法所应有的"主心骨"式的作用时,也需要相应的配套实施细则和其他下位法律规范予以支撑和辅助。相比于生物安全立法体系而言,中国涉海立法的种类繁多,体系结构与规范的广度都较为详实。生物安全突发事件的溯源地区不仅包括陆地,还会遍及海洋。一方面,海洋可能成为病原体传播的媒介;另一方面,全球海洋环境污染的现状也唤起人们对海洋生物安全风险防范的意识,它使得维护海洋生物安全变得愈发重要和紧迫。据此,在符合《生物安全法》规定的基础上,将与生物安全相关的规范纳于中国涉海立法中以填补这一领域的空缺实有必要。

# 一、中国涉海立法的逻辑体例与包容度

若从法理的角度出发证明与生物安全相关的法律法规适宜纳入中国涉海立法中,首先应考虑中国涉海立法本身的逻辑体例和其包容度,以此来探求与生物安全相关的法律法规纳入这一体系之后所能施展的空间,并保持与其他涉海立法之间的衔接,从而避免矛盾的产生。

## (一)中国涉海立法的理论基础

中国涉海立法,应该强化以海洋法权为核心的 海洋秩序的构建和法律阐释。[1]海洋法权理论、海洋 自由论和海权论属同一维度,均是探讨海洋秩序构 建的相关学说。有学者指出,中国应以海洋法权理 论为基础完善现行海洋立法、以海洋法权理论为导 向发挥软法作用,并在国际海洋法律秩序构建中提 升话语权和主导权。[2]海洋法权理论具有较好的包 容性,它是与国家开发和利用海洋相关的权利并承 担保护海洋之义务的统称。国家在利用海洋的过程 中会产生诸多海洋实践行为,因此而发生的海洋秩 序的变化具有较为明显的动态性和发展性,这也意 味着任何国家既有的海洋法律规则不可能在面对变 化莫测的海洋实践与海洋秩序时一直得以持续适 用,而是在发展的过程中逐步更新自身的体系及规 范结构,并使之保有一定的前瞻性。从2020年席卷 全球的疫情及相应的传播途径来看,以海洋为媒介 进行传播的风险是切实存在的,海洋环境中亦有多 种可同时感染人畜的致病性微生物,从而可能在未 来影响船员及中国沿海居民的健康,[3]而中国现有 的涉海立法中与这些问题相关的法律规范却仍有一 定的空缺,它正逐渐地让我们意识到,在开发和利用 海洋的过程中应注重保护海洋的生态环境,避免成为生物安全风险事件的"培育温床"。

在以海洋法权为理论基础的海洋秩序下,中国 涉海立法的理论思路从技术角度出发有"功能主义 立法论"与"区域主义立法论"两个重要的进路。功 能主义立法论强调海洋功能的划分,并以各种不同 的功能为立法的切入导向,如建立渔业资源利用和 养护功能区、海洋安全维护功能区等,其主要目的是 强调海洋为人类提供的各种服务与用途。[4]《中华 人民共和国海上交通安全法》(简称《海上交通安全 法》)、《中华人民共和国海洋环境保护法》(简称《海 洋环境保护法》)等法律法规是在这一立法理论的 支持下制定的。区域主义立法论则强调按照沿海国 管辖海域的范围来制定相应的法律法规,它与《联合 国海洋法公约》中所划分的几种区域(领海、毗连 区、专属经济区、公海等)密切相关、《中华人民共和 国领海及毗连区法》《中华人民共和国专属经济区 和大陆架法》等是在这一立法理论的影响下制定的。 因此,中国涉海立法的理论基础大体是以海洋法权 为引领和指导,技术上则是以"功能主义立法论"与 "区域主义立法论"为共同进路。

## (二)中国涉海立法的架构与逻辑因应

中国涉海立法的架构与逻辑因应,是新立法元素纳入中国涉海立法之前所必须要考量的前提性要素,它从实然的角度为证成性分析搭建了一个可供论证的体系框架。目前来看,中国涉海法律建设已经初具体系化规模:在法律层面上有《中华人民共和国海商法》《中华人民共和国港口法》等法律,国务院及其委托的部门制定颁布了30多个涉海行政法规,在部门规章层面也有了110余个现行有效的涉海行政规章。对此,有学者认为,以上述法律为核心,以相关行政法规、部门规章、地方性法规为辅助的涉海法律集群已经初步形成。[5]具体而言,中国涉海立法的架构与逻辑因应可以从以下两个维度予以释义。

第一,内部协调。中国涉海立法受"海陆统筹"及"海陆分离"理念的共同影响,常要重视所设立的涉海法律与相对应之"陆法"的协调关系,<sup>[6]</sup>二者间可能互为特别法与一般法,或上位法与下位法,特别是"海陆统筹"理念也强调无需过多地对陆地与海洋加以区分。<sup>[7]</sup>例如,2014年修订的《中华人民共和国环境保护法》(简称《环境保护法》)与 2017年修正的《海洋环境保护法》之间就是一般法与特别法的关系。为此,涉海法律法规在中国法律体系中的

定位需要首先经由内部的协调来厘清其中的"海陆"关系,且有相当一部分涉海法律法规是作为特别 法存在的,这亦是中国涉海立法架构的特点所在。

第二,外部关联。除了内部协调之外,中国涉海立法还深入地对接中国加入的众多国际公约。对于中国已经缔结并加入的国际公约,一般均会以国内立法的方式予以表达和体现,或者直接适用国际公约的有关规定。之所以注重中国涉海立法与国际公约之间的外部关联,其缘由在于避免涉海法律法规与国际公约中的有关规定相矛盾,从而产生适用上的冲突。以海上搜救为例,中国是1979年《海上搜寻与救助公约》的缔约国,而国内诸多沿海省份已出台了海上搜寻与救助条例,加上新修订的《海上交通安全法》,这些与国际公约在技术性的规范上保持了一定的协调性,是相互关联的。

从理论基础与逻辑架构两个方面来看,中国涉海立法体系有着较好的包容程度。一方面,学界和海事实务界在研究相应的法律问题之时不曾将这一体系边界化地处理,涉海法律法规可以随着社会发展的现实需要而适时地作出相应的调整。《生物安全法》第2条第8款也作了开放式的规定,其他与生物安全相关的活动均可落入该法的调整范围。另一方面,中国涉海法律体系的内部是动态协调的,它不仅有涉海的规范元素,还与陆法紧密相连,陆法中的关联性法律规范同样也可以存在于中国的涉海立法中,这就间接地拓宽了中国涉海立法的包容程度,为生物安全纳于其中奠定了坚实的基础。

## 二、生物安全规范纳入中国涉海立法的 证成与因应

在中国涉海立法的逻辑体例与包容度的架构下,生物安全规范是可以纳入其中的,这既出于二者之间的关联性,又得益于二者相辅相成的切合关系,理应深入分析与论证。

## (一)生物安全规范与中国涉海立法间的关 联性

所谓关联性,是指与生物安全相关的法律法规 有必要纳入中国涉海法律体系之中。《生物安全 法》第2条就对这种关联进行了范畴上的表达。根 据该条规定,防控重大新突发传染病、动植物疫情, 防范外来物种入侵与保护生物多样性以及技术上的 研发、应用与管理等问题适用该法。根据《生物安全 法》的有关规定,这种必然性和关联性主要体现在以 下两个方面。

第一,海洋环境本身可能诱发生物安全事件。

尽管目前在全球流行的新冠疫情并不原生于海洋,但为保有一定的前瞻性起见,我们仍需知道海洋环境确实存在着人畜共患的传染性生物,这类生物可能会引发安全问题,从而至少对沿海地区的生物养殖业或周边居民的健康产生一定的影响。有学者对此指出,由于受到恶化的海洋环境的影响,细菌、病毒和寄生虫的致病力出现明显的分化和增强,在沿海地区存在着由致病微生物引起人腹泻、感染和食物中毒的病例。[8]这些事件表明,从维护海洋环境和安全的角度出发,与生物安全相关的法律法规可考虑纳入这些类别的法律体系之中。

第二,海洋环境是生物安全事件传播的载体。如果说海洋环境本身诱发生物安全事件的可能性不足以启动对相关立法的完善,那么海洋作为载体传播细菌和病原体却已切实地发生于这次疫情之中。为此,中国海事部门于2020年制定了《船舶船员新冠肺炎疫情防控操作指南(V1.0)》。同时,邮轮疫情防控问题、海上医疗、海洋外来生物入侵等现象,不仅给海洋生态环境带来较为严重的威胁,更有严重者,还会危及沿海地区人民的安危。[9]而这些活动均可纳入《生物安全法》的调整范围之中,从而与未来可能制定的、与涉海生物安全相关的法律法规之间形成一般法与特别法的关系。

## (二)生物安全规范纳入中国涉海立法的切合性

从实然的角度出发,生物安全规范纳入中国涉海立法之中有着很好的切合性,它主要可体现并证明于以下两个不同的层面之中。

#### 1. 国内法层面:《生物安全法》的直接授意

《生物安全法》第 23 条第 2 款规定:"进出境的人员、运输工具、集装箱、货物、物品、包装物和国际航行船舶压载水排放等应当符合我国生物安全管理要求。"该规定表明,国家已认识到了船舶在航行和进出境的过程中所可能发生的外来生物入侵问题,而调整并解决这些问题的法律法规恰是中国海事行政管理法律体系的重要组成部分,如《海上交通安全法》《海洋环境保护法》等。除此之外,《生物安全法》第 27 条指出,生态环境主管部门应当建立相应的安全监测网络,并完善监测信息报告系统。从主体层面上来看,该法有意将生物安全的监管与生态环境部门相联系,而根据《海洋环境保护法》的规定,恰是这些部门负责全国海洋环境保护工作,并根据该法第 1 条宗旨的规定,承担保障人体健康的职责。因此,至少从海事行政管理的角度看,生物安全

规范与中国涉海立法是存在着切合性的。

2. 国际法层面:人类卫生健康共同体与全球海 洋治理的理论衔接

除了法律的直接授意之外,生物安全规范纳入 中国涉海立法的切合性还植根于理论层面之中。习 近平总书记在面对突如其来的全球公共卫生危机的 现状时发出了"携手打造人类卫生健康共同体"的 重要倡议。有学者认为,打造人类卫生健康共同体, 应该不断提升公共卫生问题在国际议程中的位置, 发挥联合国和世卫组织的领导和协同作用,建立全 球公共卫生治理新秩序。[10] 相对应的,全球海洋治 理是现有国际秩序和海洋秩序的重要内容,而国际 秩序和海洋秩序恰是中国涉海法律体系进行外部关 联时的重要对象。全球海洋治理的应有之义,是主 权国家之间通过一系列的方式,对主权国家管辖或 主张管辖之外的公海、国际海底区域的海洋环境、生 物和非生物开发进行管理。[11] 国家之间就海洋治理 的对象深入地进行沟通与合作,并形成相应的协议 或惯例以约束各方的治理行为,这种做法当然地可 以用于全球海洋公共卫生的治理。笔者认为,二者 之间的逻辑在于,人类卫生健康共同体是对全球海 洋治理理论体系的丰富和发展,它为全球海洋治理 的对象和领域拓宽了国家间进行合作的空间,而全 球海洋治理则是人类卫生健康共同体于海洋环境下 的理论支撑和表达路径。海洋是此次疫情传播的载 体和通道,维护海洋公共卫生安全需要国家间就海 洋公共卫生治理达成合意,以更好地解决当下所面 临的疫情传播危机。

#### (三)生物安全规范纳入中国涉海立法的间隙

尽管从国内法和国际法的层面上,生物安全规范纳入中国涉海立法体系是切合的。然而,这种纳入过程仍存在着很多的间隙,主要体现在以下两个方面。

第一,缺乏一个相对平稳的纳入载体。虽然中国理论界对国家生物安全的法律问题早有一定的研究,但对其重视和关注的程度在 2020 年后却是空前的。《生物安全法》的出台不断地唤起该法在各个行业和领域内具体实施的需要,而该法的配套实施细则、各行各业领域的下位式法律法规却并没有很快地出台和补充,对于各个行业的管制目标、管制工具、主管机关、权利与义务的界定也并不完善和充分。这就意味着,以《生物安全法》为引领和指导所形成的各类、各级别的法律法规仍处于进阶的状态,而并非已然实现体系化的目标。因此,在将生物安

全规范纳入中国涉海立法的过程中可能存在着一个载体上的空白,它需要我们对生物安全规范未来纳入中国涉海立法的体例进行分析与选择,而这既应参考这类规范是如何与其他部门法学(如刑法)结合的,又要从具体的制度上突出涉海立法的一些特殊性所在。[12]在目前各个行业领域以及不同地区的具体实施规范尚处于构建阶段之时,生物安全规范纳入中国涉海立法可能会面临经验不足、载体缺乏的问题,而这也成为了二者之间的一种间隙。

第二,制度构建的样态仍亟待进一步讨论。所谓样态,是指与生物安全相关的规范应该置入于何部涉海法律规范之中,如果应该予以置入,那么应该如何把握规范的方向和尺度。能够考虑其规范的样态,意味着已肯定这种纳入,并且要着重分析这类规范应该以何种体量存在于何部法律规范之中。同时,虽不必过于拘泥于具体制度的安排,但总要把握住一个规范最基本的方向。对于涉海立法而言,与生物安全相关的法律法规既有关联性,又具切合性,但以何种样态存在于其中却仍有待于进一步讨论。

## 三、生物安全规范纳入中国涉海立法的 体例选择与分析

生物安全规范纳入中国涉海立法的体例选择, 是研究其规范样态的前置问题。在选择与分析的过程中,应充分借鉴生物安全规范纳于中国其他部门立法的体例,并回应在纳入涉海立法时应采取或选择哪种体例模式。

## (一)学界对生物安全规范纳入中国各部门立 法的考量

对于生物安全规范如何纳入中国其他各部门立 法的问题,学界主要有三种路径,它们从不同角度回 答了如何纳入这个具体的问题。

第一,单行立法。单行立法是指立法机关以决定、规定、补充规定、条例等名称颁布的、规定某一类或者某一种特定事务的法律。支持单行立法的学者较多,这种做法一定程度上成为了现有研究的主流观点。例如,有学者在论证《中华人民共和国刑法》与《生物安全法》的规范衔接过程中指出,应该重构生物安全犯罪立法思路,采用多元化的生物安全犯罪刑事立法模式,启动灵活的单行刑法立法,重塑独立型的附属刑法立法,以顺利实现两法衔接并达致生物安全犯罪立法的规范化。[13-14]也有学者认为在现行的《中华人民共和国食品安全法》(简称《食品安全法》)与《生物安全法》之下,应单行式地颁布相应的管理规定,如颁布《转基因食品安全管理条

例》,并与《农业转基因生物安全管理条例》规定保持大致的协调,共同作为《生物安全法》的下位法。[15]

第二,综合立法。综合立法是指由一部基础性法律和一系列配套的法律法规所组成的体系化立法模式。有学者以基因编辑海洋生物安全立法为研究的切入点,认为基因编辑海洋生物安全管理法律体系应由一部基础性法律和一系列配套的法律法规构成,分别规定基因编辑生物安全监管的基本准则和具体的规章制度,形成符合中国法律事件的海洋领域基因编辑法律法规体系。[16]由于涉海立法是一个很广泛的概念,单独出台一部或几部单行式立法很难真正地将生物安全规范纳入中国涉海法律体系之中,倒不如由中国自然资源管理部门作为主管部门参与有关事项的立法和管理工作,并最终形成一个综合性的立法体系。

第三,嵌入立法。嵌入立法是指仅修订和完善现存的法律法规,通过补充和设置与生物安全相关的法律法规来完善既有的涉海立法,不另作额外的立法工作。相比于前两种做法,嵌入式立法较为便捷,它只是在现有相关的法律法规里寻找到自身的立足之地,而不谋求"独立门户"。有学者就曾指出,《生物安全法》与其他专门性立法的关系要重点关注以下六个领域:生物多样性立法、生态保护与平衡、野生动植物保护、粮食安全与食品安全、技术研发以及传染病防治与动植物检验检疫立法。[17] 这意味着,现有的生物安全法律法规可以体现于这六个具体领域的立法中,在这些立法中寻找一个适宜引入与生物安全相关的法律法规之所,进而再去考虑它们的具体规范样态。

## (二)择取立法路径所应考量的基本因素与笔 者的择取

三种立法体例均是生物安全规范纳入中国涉海 立法的路径,笔者认为,在进行择取的过程中应该注 意以下三个方面因素。

首先,立法的目的与效率。国家的立法目的及效率对采取何种立法路径而言有着直接且重要的影响,这与该法本身的目的与计划紧密相关。如果设计这些法律法规是一个相对长远的计划,且还要求这些法律法规有相当的高度和站位,那么立法的效率就不宜过快,采用的路径也不能是简单的嵌入式,而要从体系化的角度进行切入。相反,如果一部法律对效率有着较高的要求,且规范较为紧迫,那么在选择上就不宜采取综合立法的路径。

其次,立法的定位及层级。采纳何种立法路径还要考虑立法机关对这部法律的定位。如果将其位阶定位为法律,那么就不宜简单地采取嵌入式,更不可能简单地在某个具体的调整领域内出台实施细则或技术性规范。同时,立法体例的确立还要反应出该法所反映的利益层次和范围层级。利益的层次不同、事项上的包容性不同,其位阶及效力等级就不同,所采纳的立法路径也就随之有所区别。[18]

最后,立法的制度囊括。不同立法路径所能容纳的制度体量是存在区别的。嵌入立法不宜安排更多的制度设计,最好是在现有的体系和逻辑下进行些许的增补或修改;综合立法却是自上而下的,它的制度群是较为庞大的、调整对象以及范围也是广泛的。因此,采取何种立法路径也要密切关注制度囊括的体量,采取适宜的立法路径,而不是单纯和机械地重复。

对于目前的三种路径,笔者更倾向和支持第一 种路径,即单行立法,并建议出台一部《海洋生物安 全管理条例》。一方面,这样的管理规定或细则与 《生物安全法》第23条的规定紧密切合,是贯彻落实 该法的有效路径。结合该条的表述可知,对于进出 境的人员、运输工具、集装箱、货物、物品、包装物和 国际航行船舶压载水排放等生物安全管理出台相应 的实施细则或其他规范性文件,是《生物安全法》本 身的一个要求。这意味着生物安全纳于中国涉海立 法中的定位和层级并不会太高,而且它的设立要与 《生物安全法》之间形成特别法与一般法、下位法与 上位法的关系:另一方面,采用这种立法路径既可以 囊括一定体量的规范,又能兼顾着制定该法的目的 和效率。设立一部《海洋生物安全管理条例》,从体 量来看可以容纳较多的制度,能够较为全面地引入 相应的技术性规定,从而解决包括海洋基因编辑、船 舶压载水排放等在内的一系列具体的问题。同时, 它还能在一定程度上兼顾立法效率,避免采用综合 性的立法而产生过分延迟的现状。

在制定这样一部立法之前,包括中国在内的大多数国家均采用抽象行政行为来处理这些应急突发事件。广义上抽象的行政行为并不一定必然就是"法",但是它是能够发挥法的作用和效力的一般规范性文件,在特定的阶段和范围内也有相应的约束力。例如国家质检总局于2009年发布的《关于印发〈国际航行邮轮群体性疾病突发事件应急处置技术方案〉的通知》,其他国家如新加坡的港口与海事局(Maritime and Port Authority of Singapore)颁布了相

关指令以最大限度地减少并预防新冠病毒通过海洋传播并进入新加坡。<sup>[19]</sup>除此之外,包括中国在内的大多数国家还发布了相应的指南性文件来解决有关问题,例如中国的《关于疫情防控期间针对伤病船员紧急救助处置的指导意见》、英国的《冠状病毒(CO-VID-19)运输和海港指南》(Coronavirus (COVID-19):Transport and Guidelines)等。

设立一部《海洋生物安全管理条例》,还应处理 好此法与彼法的关系,特别是与涉海公共卫生法律 体系间的关系。与海洋生物安全相关的法律规范和 与海洋公共卫生相关的法律规范之间并不是相同 的,而是元素与整体间的逻辑关系。生物安全事件 是海洋公共卫生突发应急事件中的一种,后者所包 含的应急事件中也可能会有来自于非生物性的安全 因素,如物理性和化学性污染,但它们却都可能会产 生公共卫生突发事件,进而影响公民的身体健康。 例如、《环境保护法》和《海洋环境保护法》主要侧重 于调整和规范因非生物性因素所导致的污染,而《食 品安全法》《农业转基因生物安全管理条例》等相对 而言则是侧重于生物性因素方面。因此,在设立这 样一部法律规范时,要注意生物安全与非生物安全 之间的界限,避免混淆。同时,设立一部《海洋生物 安全管理条例》也并非是要绝对地排除其他几种立 法路径,它只是就其中最为集中的、最为突出的几个 问题进行规范,并不是要将其他法律规范中已然成 体系的内容硬拉至这部条例之中。例如,对于涉及 以海洋为媒介传播病原体所可能产生的生物安全风 险等,中国现有的海关检验检疫制度已然能解决其 中的大部分问题。那么对于这类制度而言,没有必 要在这部条例里进行重复性规定。

# 四、中国涉海立法中包容生物安全规范的基本模块

在明确相应的立法路径及体例之后,应着重考虑《海洋生物安全管理条例》的主要内容及该法设立的基本问题。对此,笔者认为除了《生物安全法》本身的体例可供参考之外,常纪文研究员对其范畴的界定也具有重要的借鉴意义。笔者认为,《海洋生物安全管理条例》主要应包含以下几个具体的模块。

#### (一)国家生物安全发展战略及政策

《海洋生物安全管理条例》中应该将国家生物安全发展战略及政策引入其中,并作为该法的第一个部分。这一部分既要与《生物安全法》中总则的部分保持一致,又要考虑海洋环境中的一些特殊的问题。前者包括了立法的目的、适用范围、原则、各

级主体等内容,后者则应强调海洋生物安全的国际合作以及与全球海洋治理的关系。中国应支持与周边国家之间就海洋生物安全问题达成相应的国际合作协议,预防生物安全突发事件以海洋为媒介进行传播,并就船员身体健康状况进行必要的监控,对周边发展中国家应给予一定的医疗帮助,共同践行人类健康命运共同体的理论。

#### (二)海洋生物安全的管理体制

笔者所建议设立的《海洋生物安全管理条例》 还应明确本国海洋生物安全的管理体制,该部分主 要涉及的制度有两个方面。其一,中国海洋生物安 全管理的主体。中国海洋生物安全管理,应由中央 国家安全领导机构负责决策、议事协调,研究制定、 指导实施国家生物安全战略和有关重大方针。在工 作协调以及具体实施机制上,海洋生物安全的管理 应交由中国自然资源部门、海事部门、海关及检验检 疫部门共同进行。其二,中国海洋生物安全管理主 体的协调及其机制。在明确海洋生物安全管理的主 体及其职权的基础上,应该进一步明确这些主体间 的协调及机制的建立。包括自然资源部门、海事部 门、海关及检验检疫部门之间职权的协调配合.与传 统政府管理部门之间的配合以及与相关公众参与主 体之间的沟通与合作。实现这种方式的路径可以通 过设立相应的协调机制来实现,如会议协调制度、信 息共享制度、督查评估制度等,以保障各行政主体间 以及与其他主体间协调合作的顺利进行。

#### (三)海洋生物多样性保护

保护海洋生物的多样性,是维护海洋生态健康 的重要环节,它不仅对保护全球生态环境有着重要 意义,更能有效预防海洋生物安全突发事件的产生。 有学者指出,目前国家管辖海域外海洋生物多样性 保护的国际立法进程正是为中国引领新的国际海洋 法律制度、增加中国在国际海洋法体系中的话语权 提供了机会和可能。[20]设立一部《海洋生物安全管 理条例》并将海洋生物多样性保护作为其中一个重 要的组成部分能有效迎合与对接当下的这一国际立 法的进程,为在此领域内表达中国声音提供坚实的 制度基础。海洋生物多样性保护的法律规范应主要 以生物多样性保护措施为核心,如构建船舶航行特 殊海域制度、防污系统控制制度、船舶压载水控制与 管理制度以及相应的国际合作等问题,这些规范既 与当下国家管辖海域外海洋生物多样性保护的国际 立法保持着步调的一致性,同时也结合了中国目前 一些特定的需求。[21]

#### (四)海洋生物技术研发

中国国家安全部门、科技部门以及自然资源部门等应加强对海洋生物技术研究、开发与应用活动的安全管理,并明确从事这些活动时所必需遵循的伦理原则。从内容上来看,海洋生物技术研发的有关规定应原则上与《生物安全法》第四章的内容保持一致,包括相应的风险防控措施、等级标准、不同等级下的研究规范等。在具体制度构建上,特别是对于等级标准以及相应的研究规范,海洋生物技术研发可结合自身不同研究的特性进行规定。

### 五、结语

在《生物安全法》颁布与出台之际,亟需明确该 法在各立法领域内的实施问题。不同立法领域内对 生物安全的规范要求不尽相同,但终归与防范生物 安全、保障生物技术健康发展紧密相关。目前中国 在生物安全管理领域内法律法规的数量仍不多,这 一领域内所可能引发的侵权责任法、行政法以及国 际法等问题还亟待深入研究,未来与生物安全有关 的法律法规将会在《生物安全法》的指引下更多地 与其他部门立法相结合。

#### 参考文献:

- [1]马得懿. 新中国涉海法治 70 年的发展、特点与应然取向[J]. 暨南大学学报(哲学社会科学版),2019,41(11):27.
- [2]杨华. 海洋法权论[J]. 中国社会科学,2017(9):174.
- [3] BELKIN S, COLWELL R R. Oceans and health; pathogens in the marine environment M. New York; Springer, 2005; 106-110.
- [4] DOUVERE F, EHLER C N. New perspectives on sea use management; initial findings from European experience with marine spatial planning [J]. Journal of Environmental Management, 2009, 90(1):77-88.
- [5]曹兴国,初北平. 我国涉海法律的体系化完善路径[J]. 太平洋学报,2016,24(9):9-16.
- [6]汤喆峰,司玉琢. 论中国海法体系及其建构[J]. 中国海商法研究,2013,24(3):6-13.
- [7] 范金林, 郑志华. 重塑我国海洋法律体系的理论反思[J]. 上海行政学院学报, 2017, 18(3): 105-111.
- [8] 张振冬,王秀娟,朱琳. 海洋环境中病原微生物不同检测方法的比较研究[J]. 海洋环境科学,2011,30(2):292-295.
- [9]刘晨虹. 疫情邮轮的责任困境与海洋法律体系的完善[J]. 中国海商法研究,2020,31(1):3-10.
- [10]李春根,罗家为. 深入理解"人类卫生健康共同体"的逻辑理路[N]. 光明日报,2020-04-21(6).
- [11]吴士存. 全球海洋治理的未来及中国的选择[J]. 亚太安全与海洋研究, 2020(5):4-6.
- [12]秦天宝.《生物安全法》的立法定位及其展开[J]. 社会科学辑刊,2020(3):137-138.
- [13] 吴小帅. 论刑法与生物安全法的规范衔接[J]. 法学,2020(12):46.
- [14]张勇. 生物安全立法中附属刑法规范的反思与重构[J]. 社会科学辑刊,2020(4):64-66.
- [15] 胡加祥. 我国《生物安全法》的立法定位与法律适用——以转基因食品规制为视角[J]. 人民论坛·学术前沿,2020(20): 22-35.
- [16] 毛可佳, 李鸣, 张宝路, 我国基因编辑海洋生物安全立法建议[J], 海洋开发与管理, 2019, 36(3):17-20.
- [17]常纪文. 加快构建国家生物安全法律法规体系[N]. 学习时报,2020-02-17(1).
- [18]李志文,冯建中.《海洋基本法》的立法要素与范式考量[J]. 社会科学家,2019(3):133-141.
- [19] Maritime and Port Authority of Singapore. Extension of precautionary measures to minimize risk of community spread of the coronavirus disease 2019 (COVID-19) in Singapore N. Port Marine Circular, 2020-03-17(17).
- [20]何志鹏,王艺曌. BBNJ 国际立法的困境与中国定位[J]. 哈尔滨工业大学学报(社会科学版),2021,23(1):10-16.
- [21]李凤宁. 国际航运立法应对海洋生物多样性保护的新进展——以海洋生态安全为视角[J]. 武汉大学学报(哲学社会科学版),2011,64(5);76-81.

马金星. 生态系统完整性理念视域下无居民海岛治理法治路径探析[J]. 中国海商法研究, 2021, 32(3): 76-89

## 生态系统完整性理念视域下无居民海岛治理法治路径探析

#### 马金星

(中国社会科学院 国际法研究所,北京 100720)

摘要:实现可持续发展是以生态系统完整性理念推进无居民海岛治理的核心要义。无居民海岛开发利用受生态规律的制约,具有环境与资源一体化的生态特征,该特征决定了无居民海岛治理适合以生态系统完整性理念作为价值基础,而生态系统完整性理念转化为治理体系和治理效能则需要借助法治化路径加以实现。在治理体系层面,以综合立法统摄无居民海岛治理,核心要义是尊重生态系统自身价值和无居民海岛生态系统完整性,统筹无居民海岛环境保护与资源利用规则体系。在治理能力层面,将制度优势转化为治理效能,需要修正无居民海岛监督管理模式,推动无居民海岛治理由社会管理向社会治理过渡,适用"政府和社会资本合作"模式推进无居民海岛生态环境治理,以实现无居民海岛治理制度化、规范化、高效化。

关键词:无居民海岛;综合立法;生态系统完整性;社会治理;政府和社会资本合作

中图分类号:D922.6 文献标志码:A 文章编号:2096-028X(2021)03-0076-14

## Legal paths of uninhabited islands' ecological governance in China from the perspective of the concept of ecosystem integrity

MA Jin-xing

(Institute of International Law, Chinese Academy of Social Sciences, Beijing 100720, China)

Abstract: Sustainable development is the core issue of uninhabited islands ecological governance from the perspective of the concept of ecosystem integrity. The development and utilization of uninhabited islands are restricted by ecological laws and have the ecological characteristics of integration of environment and resources, which determine that the uninhabited islands governance is suitable to take the concept of ecosystem integrity as the value basis, and the concept of ecosystem integrity needs to be solidified through legislation when it is reified as system and capacity for governance. In terms of the system for governance, to promote the integrated management legislation based on the concept of ecosystem integrity, the core essence is to respect the self-value of the ecosystem and the integrity of the uninhabited islands' ecosystem, and to coordinate the island environmental protection and resource utilization rules system. In terms of the capacity for governance, it is suggested to modify the mode of uninhabited islands management, and to promote the uninhabited islands' governance from social management to social governance, and the Public-Private-Partnership should be used in uninhabited islands' ecological governance in order to lead to systematized, standardized and efficient way.

Key words: uninhabited islands; integrated legislation; ecosystem integrity; social governance; Public-Private-Partnership

无居民海岛<sup>①</sup>具有自然资源与生态环境的一体 化属性,海岛与周边海域的生态构成具有完整性。

收稿日期:2021-05-04

基金项目:2020 年度国家社会科学基金青年项目"国际组织在国际海洋法律秩序演进中的功能研究"(20CFX087)

作者简介:马金星(1986-),男,天津人,中国社会科学院国际法研究所助理研究员,中国社会科学院海洋法治研究中心研究人员,E-mail:majinxing@cass.org.cn。

① 无居民(uninhabited)海岛与有居民(inhabited)海岛是依据居民因素标准对海岛类型的划分。《中华人民共和国海岛保护法》(简称《海岛保护法》)第57条第(二)项以居民"户籍管理的住址登记地"作为区分有居民海岛与无居民岛的唯一标准。爱沙尼亚等国海岛立法对于无居民海岛的界定,不仅要求岛上不存在户籍登记系统中的住址,也要求岛上没有惯常居住活动。相关条文内容如下:"Permanent inhabitant, a person who permanently and predominantly resides on a small island and data on whose residence are entered in the population register to the accuracy of a settlement unit located on a small island. "参见 Article 2.6, Permanently Inhabited Small Islands Act (RT I 2003), 2003, Republic of Estonia。

《海岛保护法》规定对无居民海岛实现综合管理, 2019年《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》提出,运用法治思维和法治方式 深化改革、推动发展,完善陆海统筹的生态环境治理 体系①。优化无居民海岛治理,已然是海洋领域推 进国家治理体系和治理能力现代化的重要组成部 分。无居民海岛治理是在综合管理基础上,对无居 海岛的开发利用及生态保护施行系统治理、依法治 理、源头治理、综合施策,因此,无居民海岛治理的行 为对象既包括自然资源开发利用,也包括生态环境 保护。依法治理的核心是推进治理法治化,即经由 构建法治秩序将相关政策主张及具体规则制度化、 规范化、程序化,通过治理理念、规则机制和治理方 式相互配合及补充,提升无居民海岛治理系统性、整 体性、协同性。其中,治理理念是规则机制、治理方 式的本源和基础,在推进无居民海岛治理法治化进 程中,具有牵引和塑造无居民海岛规则机制、治理方 式的作用。自20世纪80年代以来,生态系统完整 性理念逐步成为海洋综合管理领域的主流理 念,[1]87《21世纪议程》明确指出"包括海洋及其临 近的沿海地区在内的海洋环境构成一个环境整体, 需要以一种综合的方式来进行保护和管理"<sup>②</sup>。在 当代,生态系统完整性理念已经成为海洋领域立法 活动及政策制定的价值基础。无居民海岛资源与环 境具有一体化特征,利用与保护相伴而生,海岛资源 开发利用不应损害生态系统完整性和海岛生态环境 承载限度:由于无居民海岛类型千差万别,不同类 型、区位无居民海岛的环境属性也各不相同,海岛生 态环境保护需要明确一般指导意义和具有普遍约束 力的治理理念。生态因素是无居民海岛资源开发利 用与生态环境保护的交集和连接点,以生态系统完 整性理念推动无居民海岛治理法治化进程,是在遵 循法治化评价尺度和标准的基础上,实施多层次多 领域的治理活动,构建互补均衡的现代治理结构,以 规则制度建设提升治理效能,推进无居民海岛治理 现代化。

一、生态系统完整性理念内涵及立法 吸纳

生态系统完整性理念的产生归功于环境伦理理论的革新。环境伦理理论将提高生态系统的完整性

作为公共政策的基本原则,并以此为价值基础确定 公共环境政策的目标,倡导以环境伦理观指导人类 与生态环境之间的关系。

#### (一)生态系统完整性理念的基本含义

生态系统完整性,是指生态群落每个参与主体 以相互依存关系表示的整体性。生态群落中任何一 个关键主体的损坏将破坏整个系统的能量流动,破 坏复杂的食物链网络,从而侵犯了完整性。[2]生态 系统完整性强调生态进程(ecological processes)的 重要性,其重点是保护生物多样性,包括生态系统的 功能、结构、特性和修复能力。[3]一般认为,当代对 生态系统完整性的关注缘起于奥尔多·利奥波德 (Aldo Leopold)所倡导的现代环境伦理。20世纪中 叶,利奥波德在《沙乡年鉴》(A Sand County Almanac)中阐述"完整性"时,认为"……一个事物,当它 表现出保持生态群落的完整、稳定和美的时候,这个 事物就是对的,当它表现为其他的时候就是错误 的"。[4] 1981 年,詹姆斯·卡尔(James R. Karr)、丹 尼尔・杜乐(Daniel R. Dudle)将生态系统完整性定 义为"是支持和保持一个平衡的、综合的、适宜的生 物系统的能力"。此后,1993年史蒂芬·伍德雷 (Stephen Woodley)提出:"生态完整性是生态系统 对其所处的地理区位进行优化(能量输入、水分和 养分留存、定殖历史等),促使生态系统发展的状 态",[5]这是完整性保护思潮演变史上首次出现"生 态系统"视角。[6]1821 其后,在环境及资源政策及立 法领域,生态系统完整被作为一种考虑到包括人类 在内的整个生态系统的治理理念加以讨论,目标是 保障生态系统可持续地为人类提供物质及生态服务 功能,维护生态系统的健康、恢复性及多样性。

生态系统完整性理念内涵具有演进性。由于生态系统本身在物理、化学、生物及其各部分之间的相互作用十分复杂,不同时代、不同学科领域和不同学术观点在界定和解释生态系统完整时,有着不同的研究视角和认识,对生态系统完整有不同的定义,概念内涵也呈现多样化特征。代表性的定义包括:将生态系统完整定义为"支持和维持平衡的、完整的、适应的生物群落的能力,这个群落具有自然生境条件下可比的物种结构、多样性和功能组织的能力";<sup>[7]</sup>或将生态系统完整定义为"生态系统完整性是指在正常干扰范围内维持森林结构、物种组成以

① 参见 2019 年《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》第四部分、第十部分。

② 参见《21世纪议程》第十七章。

及生态过程和功能的进程"。[8] 而上述定义的共同 特征是承认生态系统结构和功能的不同方面,反映 了人类对生物多样性的价值、重要性和作用的主观 认识。虽然不同理论及各国实践对于生态系统完整 性的理解各有侧重,但总体普遍认可"要素—结 构一功能"的分析框架,[6]1822 即在构成要素层面, 不同区域生境所应包含的全部本土野生动植物种群 及其生存环境、景观构成具有完整性:在组成结构层 面,生态系统具有区域自然生境所需包含的所有本 土生物多样性和生态学进程,其结构没有受到人类 活动的不利影响:在功能运行层面,本地物种处在能 够持续繁衍的种群水平,在外部条件不断变化时抵 抗干扰并维持最优化运作,以及继续进化和发展的 能力。[9]概言之,生态系统完整性并非绝对排斥人 类活动介入区域生态进程,其核心是在维持生态、经 济和社会可持续发展的基础上,最大限度地减小或 克制人对环境的破坏作用,实现生态系统在特定地 理区域的最优化状态,以及人与自然的和谐共生。

## (二)环境资源立法对生态系统完整性理念的 吸纳

生态系统完整性概念创设之初系生态学概念, 其后被生态系统管理学作为分析生态系统稳定性和 自组织能力的评价工具,<sup>[10]</sup>并由生态系统管理学领 域跨界进入法学领域。生态系统完整性理念跨界进 人环境资源立法,其现实表象是技术规则法律化,而 实质则是生态价值法律化的发展成果。20 世纪 90 年代以来,在生态保护日趋受到重视的背景下,环境 资源立法内容和法律体系结构方面,有关生态系统 完整理念的立法表述逐渐增多,以生态系统完整为 价值基础、平衡人与自然关系的规则设计,在环境资 源立法中的比重逐步提升。

一是立法价值及理念层面。人类对环境资源的识别和开发利用呈渐进式发展过程,环境资源蕴含的经济价值可以很好地为当地人创造更好的生活、生产条件,凡是能够被人利用的环境资源均是立法设定使用权的客体<sup>①</sup>,[11]274-282 从自然之物转化为法律之物,并赋予其经济属性和经济价值。长期以来由于人类对环境资源生态属性的忽视,已经造成了环境资源的经济性与生态性之间的冲突碰撞。20世纪70年代以来,将人类与其所处的生态环境视为一体,摒弃以往为了人类自身利益而忽视生态环境

保护的"生态正义"价值观在全球范围广泛传播,而 在"生态正义"价值观下如何扭转生态环境恶化的 现状,法学领域给出的回应便是法律生态化。[12]法 律生态化以生态正义等为主要价值取向,即由单纯 注重调整当事人对环境资源进行占有和支配时所产 生的社会关系,扩展至在尊重环境资源自然属性和 经济规律的基础上,考察其中可能涉及的人与生态 系统的关系。[13] 但是,传统法律领域的生态化只是 在局部对生态利益的引入和接纳,二者协同的前提 在于二者之间形成共性的交集。[14] 同样,环境资源 法生态化有具体限定性,即围绕直接支配环境资源 取得经济利益的立法、司法、执法、守法过程中,要求 调整对经济利益的片面倚重,对既定法律价值进行 修正,在局部引入和接纳生态利益诉求。生态系统 完整性理念是生态化的内容之一,在环境资源立法 中吸纳生态系统完整性理念,意图在价值层面肯定 环境资源不是由私主体享有完全支配权的财产,而 是具有公共物品属性,对环境资源的开发利用同时 负担着巨大经济利益和维持人类可持续发展的社会 公共利益。[15] 例如、《2017年荷兰环境与规划法》 (Environment and Planning Act) 制定过程中将生态 系统方法作为主要范式,而生态系统方法要求环境 治理在保持生态系统完整性的同时,整合不同利益 与空间用途。[16]

二是制度规则层面。生态系统完整性理念在立 法中有不同的规范设计,主要包括两类:一类是以地 理区域为基础的制度规则,如自然保护区、功能区划 制度等:另一类是以技术标准为基础的制度规则,如 生态风险监管、环境管制等。总体而言,生态系统完 整性理念规则化是以法律为原本、为基础,其着眼点 和落脚点都在于如何通过制度调整功能上的"进 化",促进和加强对环境资源的法律保护。[17]生态系 统完整性理念的实现依赖于立法对环境资源治理规 则的涵摄,由于生态理念通常被用作环境政策管理 领域的一种评价工具,立法将生态系统完整性理念 贯穿到规则制定、修改和健全过程时,必然需要糅合 生态系统评价指标与管理规则,运用理性的抽象形 成各种形式化的法律概念和规则,适用于环境资源 治理法律关系之中。例如,在美国生态系统完整理 念经由《1972 年美国清洁水法》(Clean Water Act) 被立法首次认可,该法将"恢复和保持国家水域的化

① 人类对于环境资源的开发利用及立法规制由来已久,自然环境在市场交易中同样可以实现其经济价值、成为私法层面财产性权利的客体、对此有学者将其称之为"环境物权"。

学、物理和生物完整性"作为立法的唯一目标①。 《1988 年加拿大国家公园法》(National Parks Act)将 维护生态系统完整性确定为国家公园分区和使用管 理的首要原则,并使用评估生态系统完整性的基本 框架评估各个国家公园的相对生态完整性.[18]该法 将生态完整性定义为"一种被确定为其自然区域的 特征并可能持续存在的条件,包括非生物成份、天然 物种和生物群落的组成以及丰度、变化率和支持过 程"<sup>②</sup>。《1996 年加拿大海洋法》(Ocean Act) 规定了 改变海洋治理的方式,包括,促进和发展政府组织机 能,以加强联邦政府内部和与其他各级政府协调合 作管理海洋:通过实施综合管理,在考虑生态系统完 整性和保护的同时,考虑经济和社会问题,让公民参 与其中:提升管理和公众意识。[19]《加拿大海洋法》 将"考虑生态系统完整性"作为海洋治理方式,实际 上也是认可将生态系统完整性作为一项原则或基本 政策,以指导其改变海洋治理的方式。《2015年桑 给巴尔环境管理法》(Zanzibar Environmental Management Act)<sup>3</sup>第6条规定:"就本法案而言,每个人 在履行本法案赋予他的职责时应考虑以下原则: ·····(c)生态系统完整性原则:·····"<sup>④</sup>。《2009 年 坦桑尼亚水资源管理法》(Water Resources Management Act, Tanzania) 第五节同样将生态系统完整原 则作为基本原则加以规定。《2015年新西兰环境报 告法》(Environmental Reporting Act)则使用了"生态 完整" (ecological integrity)的表述,该法第1部分 第4条将生态完整性定义为"土著生物和非生物特 征及自然过程的全部潜力,在可持续社区、生境和景 观中发挥作用"⑤。

## (三)无居民海岛治理法治化与生态系统完整 性理念的相洽性

无居民海岛治理法治化旨在从国家管辖的无居

民海岛及其周边海域的资源、环境的整体利益出发,通过法治的形式组织协调、综合平衡各方主体在开发利用无居民海岛中的关系,以达到维护国家领土主权和海洋权益,合理开发海岛资源,保护无居民海岛及周边海域生态环境,促进经济持续、稳定、协调发展的目的。

无居民海岛是自然资源与生态环境的复合体。 20世纪60年代末,麦克阿瑟(Robert McArthur)及 威尔逊(Edward Wilson)发表的《岛屿生物地理学》 指出,孤立的岛屿会产生较高的物种特有性,与外部 相对隔绝(isolation)的状态限制了新物种到达岛屿 的可能性,……使岛屿构成独立的生态系统。[20] 20 世纪60年代至今,有关无居民海岛生态系统完整的 研究不断深入,无居民海岛在动植物资源开发利用 中具有的独特价值得到普遍认识和关注。无居民海 岛自然资源与生态环境的一体性具有两层含义:一 是每一个无居民海岛实体都是一个相对完整的自然 地理单元,不存在独立于该岛屿生态系统之外而又 从属于其的地理单元。[21]二是无居民海岛与周边海 域生态构成具有一体化。无居民海岛是海洋资源和 环境的复合区域,生境具有多样性,岛屿陆地、海岸、 岛基和环岛浅海四个生境都具有特殊的生物群落, 被广泛认为是研究生态学和进化生物学基本问题的 模型系统,保护海岛与保护海域内的珍稀动物、植 物、自然景观等密不可分⑥。因而,生态系统完整性 不仅涵摄无居民海岛地理单元内部环境资源体系, 也强调岛屿与周边海域自然生态系统、珍稀野生物 种天然集中分布区、海洋生物多样性等的区域一体 化特征。

20 世纪 80 年代至今,人与自然耦合(nexus)的 思想逐渐在生态系统综合思维中得到重视,基于生 态系统完整性的综合管理思想逐步成为环境资源治

① 33 U.S. Code § 1251(a): "Congressional declaration of goals and policy: Restoration and maintenance of chemical, physical and biological integrity of Nation's waters; national goals for achievement of objective. The objective of this chapter is to restore and maintain the chemical, physical, and biological integrity of the Nation's waters. In order to achieve this objective it is hereby declared that, consistent with the provisions of this chapter."

② Canada National Parks Act, S. C. 2000 c. 32, s. 2(1), 2001: "Ecological integrity means, with respect to a park, a condition that is determined to be characteristic of its natural region and likely to persist, including abiotic components and the composition and abundance of native species and biological communities, rates of change and supporting processes."

③ 坦桑尼亚联合共和国由坦噶尼喀和桑给巴尔两个国家联合组成,桑给巴尔由温古贾岛(又称桑给巴尔岛)、奔巴岛及 20 余个小岛组成。参见中华人民共和国驻坦桑尼亚联合共和国大使馆:《坦桑尼亚桑给巴尔概况》,访问网址:http://tz. china-embassy. org/chn/lqfw/tsgk/t1021064.htm。

④ Art. 6 of Zanzibar Environmental Management Act, 2015: "For the purpose of this Act, every person shall execute his duty assigned to him under this Act in considering the following principles:... (c) the principle of Ecosystem integrity;..."

⑤ Article 4 Part 1 of Environmental Reporting Act 2015: "Ecological integrity means the full potential of indigenous biotic and abiotic features and natural processes, functioning in sustainable communities, habitats, and landscapes."

⑥ 例如《澳大利亚环境与生物多样性保护法》(Environment Protection and Biodiversity Conservation Act 1999)第 344 节(Section 344)规定了赫德岛和麦克唐纳群岛海洋保护区,保护对象包括岛上的文化遗产、独特的底栖和浮游环境特征、不同海洋生物环境类型的代表性部分,及陆地生物的海洋觅食区。参见 Australian Antarctic Division: Marine Reserve,访问网址: http://heardisland. antarctica. gov. au/protection-and-management/marine-reserve。

理的主流思想,并逐步作为指导环境资源立法的基 础理论。[22]为满足无居民海岛可持续利用,主要沿 海国家有关无居民海岛牛杰环境监督管理的职权趋 向于集中化,但集中程度存在国别差异,例如,新西 兰将有居民海岛与无居民海岛生态环境监管职权集 中于环保部①:美国联邦环境保护署在海岛生态系 统的维护方面拥有统一的执法权:[23] 澳大利亚农 业、水利与环境部对赫德岛、麦克唐纳群岛等亚南极 群岛行使专职管辖管理,进入及在群岛从事活动,均 需要得到该部的特别许可;对于其他澳大利亚岛屿 则依据相关立法,行使一般意义上的生态环境保护、 生物资源养护、自然能源开采等监督管理职权:[24] 加拿大无居民海岛生态环境监管集中于环境部,并 根据立法授权负责环境执法与野生生物执法。[25]从 以上国家的无居民海岛管理模式看,无居民海岛利 用及保护监督管理权在外部表征上是相对完整的, 专职机构的管理职能覆盖无居民海岛利用及保护管 理的不同方面。在立法层面,系统治理只有上升到 制度层面、产生法律效力,才有可能将制度优势转化 为治理效能,并满足可持续发展的需求。对此,一些 国家开始反思依据森林、土地、草原、野生动物及植 物等环境要素对海岛环境资源进行拆分式管理、采 取分而治之的立法模式,[1]88-90 沿海国(岛屿国家) 在海洋事务立法以及海洋区域管理方面已出现一种 明显的系统化的趋势,表现为对无居民海岛的利用 与保护采取综合性立法或专门立法,例如《韩国无 居民海岛保护及管理法》《克罗地亚岛屿法》《美国 岛屿保护法》《印度尼西亚海岸带及小岛管理法》 等。[26]可见,系统治理与综合立法具有互为因果和 目标统一的内在联系,无居民海岛治理的法治化过 程就是按照无居民生态系统的整体性、系统性及其 内在规律开展,对相关生态要素进行综合治理的 过程。

# 二、生态系统完整性理念对无居民海岛治理的法治化指引

系统完整是无居民海岛治理中生态要素与依法治理的契合点。海岛的环境资源特性决定了无居民海岛治理适宜以生态系统完整性理念作为价值基础,而生态系统完整性理念也需要通过立法予以固化,在具体的制度规则中体现其合理性与优越性。

#### (一)确认无居民海岛权属制度的生态取向

无居民海岛权属是海岛客体与社会制度相结合 形成的,具体是指关于海岛自然资源所有、使用以及 由此产生的法律后果由谁承担的一系列规定构成的 法律规范系统。无居民海岛权属具有国际法与国内 法两层含义,国际法中的无居民海岛权属确定国家 排他性权利的地理空间范围,国内法中的无居民海 岛权属按照市场经济机制进行资源配置。无居民海 岛作为国家主权支配的客体,具有财产属性和资源 属性,但该种属性并不能直接产生经济价值,需要在 市场经济条件下进行有偿配置和转让,成为一种特 殊的物质产品,具有一般商品的使用价值,能满足人 某种需要,由此发生的财产关系受私法性规范的调 整。无居民海岛由抽象的领土价值转化为能够产生 市场经济价值的财产,全赖国内法中的海岛权属制 度设计。因此,确认无居民海岛权属制度的生态取 向,是从国内法出发确认无居民海岛环境资源的公 共属性,要求权利人在实现无居民海岛经济价值的 过程中,遵循生态环境义务,限制自身行为。此项工 作具体可分为以下两个环节。

第一,识别无居民海岛权属制度的生态属性。 无居民海岛是不同类型自然资源的复合体,其权属 在国内法中从属于自然资源权属,受到当事国土地 权属制度的影响,兼具公法与私法性质,内容包括无 居民海岛所有权与使用权。在无居民海岛国家所有 权(领土主权)高度稳定的情况下,为实现环境资源 的有效利用,国内法将无居民海岛使用权从所有权 中分离出来,使之成为一种相对独立的权利形态并 且能够交易,围绕无居民海岛所设计的自然资源所 有权和使用权的本质是财产权。基于此,一方面要 识别生态环境保护义务的正当性,即传统自然资源 权属制度关注的是发展经济的自由,认为自然资源 是可以任意使用的自由财产,[11]264 权利是自然资源 权属制度的核心范畴,突出权利本位是自然资源权 属制度逻辑推衍中必然导向。课以权利人生态环境 保护义务,要求包括无居民海岛所有人与使用人在 内的权利人承担生态环境保护的义务,即面临对其 行使财产权的限制。因而,能否课以此类义务无疑 是无居民海岛权属制度生态化逻辑推衍中的重中之 重。另一方面要识别生态环境保护义务的内容取

① Article 6(c) (i)(ii), Part 2 of Conservation Act 1987 (Reprinted as at 21 March 2017); "To promote the benefits to present and future generations of (i) the conservation of natural and historic resources generally and the natural and historic resources of New Zealand in particular; and (ii) the conservation of the natural and historic resources of New Zealand's sub-antarctic islands and, consistently with all relevant international agreements, of the Ross Dependency and Antarctica generally."

向,即自然资源权属调整的对象是与人类社会发展 有关的、能被用于产生使用价值,并影响劳动生产率 的自然诸要素。海岛是多种自然资源相互依存构成 的资源综合体,人类对海岛资源开发利用的内容随 着生产力发展而不断更新,开发利用的资源内容不 同,相应的权属内容也不同。把经济活动、权利人的 行为限制在无居民海岛自然资源和生态环境能够承 受的限度内的目的取向能否在无居民海岛权属制度 架构内悉数转化为法律义务,以及如何设计生态环 境保护义务的主要内容与功能,亦需要加以明确。

第二,确认无居民海岛权属制度的生态属性及 内容取向。海岛是陆地却为海洋所环绕,是自然资 源却也是生态环境的组成部分,其作为资源与环境 的综合体,兼具海洋与陆地属性。无居民海岛作为 一类重要的自然资源,对其利用不仅关系着使用权 人的利益,更关乎整个社会的公共利益。尤其是与 有居民海岛相比,无居民海岛具有稀缺性、环境脆弱 性,不同类型、区位无居民海岛的生态环境和资源禀 赋各有不同,这决定了对其经济价值的过度开发会 引起海岛生态环境的破坏,进而损害社会公共利益。 "良好的生态环境是最公平的公共产品,是最普惠 的民生福祉",[27]借用经济学中的产品理论认识无 居民海岛权属制度的生态属性可以发现,无居民海 岛环境资源应属于具有有限非排他性或非竞争性、 介于私人产品和纯公共产品之间的准公共产品 (quasi public good)。进一步而言,在土地公有制 下,无居民海岛为国家所有,其他主体取得的只能是 使用权,即便在土地私有制下,权利人对无居民海岛 环境资源的处分也是受到多重限制的,故而,无居民 海岛可以作为私人产品被加以消费,但消费行为或 过程又受到诸如环境保护、国家利益等诸多限制。 在当代社会本位的话语之下,公共利益作为一种独 立的利益形式也就日益突出。[28]从国别法角度看, 尽管无居民海岛在权属制度上可以为私人所有,但 其具有的海洋权利主张功能、资源使用功能、生态服 务功能具有鲜明的公共利益色彩,一旦上述功能遭 受破坏或价值出现减损,受影响的不仅仅是享有无 居民海岛使用权或所有权的私主体的权利,还包括 社会公共利益,例如,无居民海岛的不当使用导致珍 稀物种的灭绝等。因此,准公共产品涵摄了无居民 海岛治理中的公共利益,无居民海岛权属制度绝非 仅针对某一类人权利数量或质量的保护,从公共利 益着眼,无居民海岛权属应属于国家公共服务的重 要组成部分,是国家治理体系的有机组成部分,给予

无居民海岛法律庇护是对社会公共利益的整体 保护。

### (二)实现无居民海岛治理生态要素的制度化 集合

治理体系现代化是指通过体制机制、法律法规安排,使环境资源利用及保护管理体系日趋系统完备、不断科学规范、愈加运行有效。依法治理是无居民海岛治理体系现代化的基础要件,制度体系则是依法治理的前提保障,以生态系统完整性理念推进无居民海岛治理,必定是建立在具有科学性、合规律性、合理性的良法之上。生态系统完整性理念的价值在于统合环境立法与资源立法的价值取向,改变按照环境资源要素进行二元立法的传统模式,基于无居民海岛系统化治理要求,抽象出环境保护与资源利用共同遵循的一般性规范,用以指导和完善无居民海岛治理制度体系。对此,可以从理念指导、规则构造、路径选择三方面理解。

第一,保护优先在无居民海岛治理中具有优先 序位。对于无居民海岛开发利用而言,若想充分发 挥其经济价值,首先就要保障无居民海岛自然资源 的存量,同时维持海岛生态环境的稳定,才能够保持 海岛资源生产力的持续增长或稳定的可用状态。生 态系统完整性理念就是将生态保护的要求纳入无居 民海岛治理各阶段,使用权人在利用海岛资源及环 境创造经济利益的同时,需承担生态环境保护的义 务,其对岛屿的利用方式、范围与程度都要受到严格 限制,不能造成不应有的生态和环境的破坏。但是, 法律生态化要解决的问题是何种价值应该受到优先 保护,以及在实现不同价值时应优先实现何种价 值。[29] 无居民海岛作为具有多重价值的对象,其利 用与保护在行为模式上呈现价值变量的关系,二者 在立法中不存在恒定的价值序位。课以权利人生态 环境保护义务,不等于极端化环境价值优先和生态 环境保护义务在海岛权属制度中的泛化。无居民海 岛权属制度的生态取向不等于不计代价的生态环境 保护优先,因为,极端化环境优先价值不仅会导致立 法"先天不足"和规则僵化,也会不恰当地缩减行政 机构在无居民海岛管理中的裁量余地,遮蔽无居民 海岛治理的复杂性。故此,生态系统完整性理念对 于无居民海岛治理的既定法律价值与功能在一定程 度上进行了修正,从而在观念和制度局部引入和接 纳生态利益诉求,实现无居民海岛利用与保护的良 性互动。

第二,以系统治理发展无居民海岛治理规则。

习近平总书记从生态文明建设的整体视野提出"山 水林田湖草是牛命共同体"的论断,强调"统筹山水 林田湖草系统治理""全方位、全地域、全过程开展 生态文明建设"。无居民海岛与有居民海岛构成的 海岛生态群落,以及无居民海岛的岛体、滩涂、岛基 以及环岛浅海四个子系统,是一个整体,不宜割裂。 在确认保护优先理念的前提下,必须承认国内法中 自然资源保护与生态环境保护在规制对象、价值取 向上存在差异。自然资源保护属于自然资源立法范 畴,保护对象建立在物质实体基础上,保护内容是维 持及改善资源所具有的使用价值。[30]生态环境保护 属于环境立法范畴,保护对象以环境的生态功能为 基础,立法目的在于保护和改善人类生存环境和自 然环境,防治污染和其他公害,协调人类、社会与环 境的关系,包含解决与预防环境问题和生态破坏问 题两方面的法律规范。如《中华人民共和国刑法》 第六章第六节规定的破坏环境资源保护罪,是对破 坏资源保护罪与破坏环境保护罪的总称,两类犯罪 各有独立的犯罪构成和罚则。然而,区分自然资源 保护与生态环境保护,并不意味自然资源保护与生 态环境保护存在一个程式化的价值排序,在无居民 海岛治理中二者亦具有均等性。因为,无居民海岛 与土地、水、矿产、森林等单一属性自然资源不同,它 是多种资源的复合体,因而无居民海岛管理及立法 天然具有综合性、系统性特征。以环境或资源单一 要素为标准的规则体系适用于无居民海岛管理,只 会人为割裂生态系统之间的内在联系,降低环境资 源治理效能。基于"山水林田湖草是一个生命共同 体"思想实施无居民海岛系统治理,不仅要求从生 态整体主义价值观出发,将无居民海岛生态系统作 为一个整体加以保护,而且也需要从人与自然和谐 共生的角度,将无居民海岛治理与社会公共利益紧 密联系在一起。故而,无居民海岛治理法律规则体 系必须建立在生态环境和自然资源一体化管理、整 体化保护理念之上,以共同的法律理念和价值诉求 连通具体法律规则,指导无居民海岛治理制度体系 构造。

82

第三,技术规则法律化是推动无居民海岛治理的制度路径。生态系统完整性概念的本源在于生态学,即便其后被生态系统管理学作为分析生态系统稳定性和自组织能力的评价工具,其评价标准依然需要与自然科学实证研究保持相洽性和同步性。同样,立法对于生态系统完整性理念的吸纳建立在自然科学意涵基础之上,这也是构建科学的法律制度

体系的基本归宿。实现无居民海岛治理法治化、科 学化,要遵循生态系统管理科学规律,追溯自然科学 对生态系统完整性的理解。例如,无居民海岛治理 中的功能区划、风险预防、管理计划等具体规则,无 一不是发端于生态学和管理学层面,然而,为避免技 术规则的僵化,立法又赋予其一定的灵活性,作为对 可能出现的不合理情况的修正措施,满足功能实现 与技术治理层面对法律规制的需求。进一步而言, 满足制度理性与技术理性相洽的运行逻辑,一方面 需要无居民海岛治理的规范性法律文件的制定、修 改、废止要同时满足基于事实的"合规律性"和基于 效用的"合目的性",[31]即在生态系统完整性理念 支配下,对无居民海岛生态系统空间分布特征及生 态敏感性空间分异现象背后客观规律,有准确的、可 验证的和普遍适用的认知,并且在客观事实和科学 认知基础上采取的立法技术和立法手段,能有效地 实现立法目的;另一方面需要以发展的视角追踪生 态系统完整性实证研究的技术演进,增强法律的预 见性、前瞻性。

第 32 卷

## (三)推动无居民海岛治理生态效能的法治化 运行

治理能力现代化则是运用制度管理环境资源事务,将制度优势转化为治理效能的现代性能力不断强化。以生态系统完整性理念指引无居民海岛治理法治化是一个动态过程,法律体系只是其中的一个重要组成部分,而不是全部。在完善法律体系的同时,还需要将静态的法律规范付诸实施,使法治机器高效良性地运转起来。[32]以生态系统完整性理念擢升无居民海岛治理效能,意在从条块式分割式管理转为系统性综合治理,解决不同主体对同一海岛环境资源主张权利时所发生的冲突或重叠,提高对无居民海岛系统治理和综合施策的能力。对此,需要从如下三方面考虑。

一是治理模式由分离型向综合型转变。生态管理公共性导致了权力的重叠与竞合,以职能部门专业分工为基础的分离型管理模式弊端日渐突出,不断遭到来自学者和管理者的诟病,[33]该模式在实际操作中导致无居民海岛的开发利用及保护间缺乏必要的沟通和协调,[34]各监管机构权限狭窄且分工过细,在进行决策或制定长期发展规划过程中,从部门利益出发作出的决策往往缺乏宏观性把握和综合考量,与无居民海岛的生态系统完整性整体性管理需求无法契合。每个无居民海岛都是相对独立的生态环境地理单元,基于生态系统完整性理念提升无居

民海岛治理效能,需要在综合管理框架内考虑岛屿 资源及环境相关问题,形成一种全方位治理体系和 管理模式。

二是治理方式注重陆海统筹。海岛兼具海洋与 陆地属性,其管理既不同于土地等资源管理,也不同 于森林、海域、水流等自然资源管理。自20世纪80 年代以来,基于生态系统完整性的综合管理思想日 益成为自然资源及生态环境治理的主流,2018年联 合国大会第73届会议上《海洋和海洋法:秘书长的 报告》再次强调:"海洋空间问题,包括在养护和可 持续利用海洋及其资源方面所面临的挑战,彼此密 切相关,需要通过统一、跨学科、跨部门做法进行整 体考虑。……有许多现成的管理工具可促进人类海 洋活动跨部门综合管理方法,例如沿海区综合管理、 海洋空间规划,包括利用划区管理工具和生态系统 方法。"[35]以生态系统完整理念完善无居民海岛治 理既需要立足无居民海岛的陆地、海洋环境资源特 点,对岛屿资源开发、岛屿及其周边海域生态保护等 领域综合调控,也需要协调发挥岛屿经济功能、社会 功能,实现综合效益的最大化。

三是治理内容兼顾岛屿资源及环境。无居民海岛生态系统类型丰富,自然环境发育独特,与外部生态系统的物质流、能量流交换匮乏,具有环境与资源一体性特征。在立法调整内容上,无居民海岛生态环境保护与资源利用针对的客体具有同一性,二者相互结合、交叉,在立法中很难截然分开。[36]采取环境立法与资源立法二元化立法路径的直接后果,是以条块分割的方式规制面积狭小且空间独立的海岛区域,依照不同生态要素设定监管权,实则是从不同方面共同管理无居民海岛的环境资源,由此产生了管理措施的重复或冲突,海岛生态系统的完整性被人为割裂。

## 三、以生态系统完整性理念完善中国无 居民海岛治理的法治路径

以生态系统完整性理念为着眼点完善中国无居 民海岛治理,需要实现无居民海岛治理体系及治理 能力法治化,按照制度理性与技术理性相统一的逻辑,对无居民海岛进行法治化治理,在治理体系层面 形成系统完备、科学规范、运行有效的制度规则体 系,在治理能力层面推动系统治理、综合施策,将法 律规则体系转化为治理效能。

## (一)中国无居民海岛治理与生态系统完整性 理念的差距

中国无居民海岛治理具有依法治理和综合施策 的特征。中国无居民海岛的管理法律体系具有层次 性、《海岛保护法》是中国海岛管理领域唯一一部专 门性"法律",该法规定无居民海岛属于国家所有, 无居民海岛的利用及保护统一由海洋主管部门负 责①。《全国海岛保护规划》按照海岛的区位、自然 资源、环境等自然属性及保护、利用状况,确定可利 用的无居民海岛:可利用的无居民海岛的开发利用 活动适用批准制度,应当遵守相关的保护和利用规 划,采取严格的生态保护措施,规划并适用相应的污 染防治措施,避免造成海岛及其周边海域生态系统 破坏<sup>2</sup>。未经批准利用的无居民海岛适用严格保护 制度,禁止进行生产、建设、旅游等活动3。在《海岛 保护法》之外,无居民海岛治理的规范性法律文件 主要为部门规章,内容涉及无居民海岛测量、命名、 有偿使用、统计调查等事项。除前述中央立法之外, 还有大量的地方性无居民海岛立法,既承担着实施 《海岛保护法》等中央立法的义务,也发挥着无居民 海岛治理的地方自主性。从生态系统完整性理念审 视和评价中国无居民海岛治理,存在如下差距。

第一,无居民海岛治理立法模式。至裔修正。无居民海岛治理立法模式,是指在立法技术上如何处理无居民海岛利用与保护之间的关系。当前中国环境资源立法存在两种模式:一种是对资源利用与生态环境保护分别立法,例如海域利用由《中华人民共和国海域使用管理法》(简称《海域使用管理法》)调整,海域生态环境保护则由《中华人民共和国海洋环境保护法》(简称《海洋环境保护法》)调整;前者以加强海域使用管理,维护国家海域所有权和海域使用权人的合法权益,促进海域的合理开发和可持续利用为立法目的<sup>⑤</sup>、后者以保护和改善海洋环境,保护海洋资源,防治污染损害,维护生态平衡,保障人体健康为立法目的<sup>⑤</sup>。另一种是对资源利用与生态环境保护实施综合立法,例如《中华人民共和国渔业法》(简称《渔业法》)作为"母法"系统规范

① 参见《海岛保护法》第4条、第5条第2款。

② 参见《海岛保护法》第19条第2款、第30条、第35条。

③ 参见《海岛保护法》第28条。

④ 参见《海域使用管理法》第1条。

⑤ 参见《海洋环境保护法》第1条。

"渔业资源的保护、增殖、开发和合理利用"<sup>①</sup>,在该法之下对渔业资源的使用、保护则分别由《渔业资源增殖保护费征收使用办法》《水产资源繁殖保护条例》等"子法"调整,采取此类立法模式的还包括森林立法、淡水资源立法、草原立法等。中国无居民海岛的利用与保护规定在《海岛保护法》中,而该法与上述海域立法和渔业立法模式均不相同。虽然《海岛保护法》名为"保护",但从立法目的<sup>②</sup>和立法内容看,该法既调整无居民海岛及其周边海域的生态系统保护,也规范无居民海岛权属、开发利用原则、主管机关、利用规划、用岛申请等内容;如果从综合立法视角看,《海岛保护法》又缺失无居民海岛使用权的规定,相关规则以部门规范性文件或部门规章的形式加以规定,由此形成"上位法滞后、下位法先行"的模式特征。

第二.无居民海岛集中统一管理模式存在局限 性。依据《海岛保护法》第5条第2款的规定,无居 民海岛的利用及保护统一由国家海洋主管部门(自 然资源部门)负责;该法以"可利用"为标准区分对 待无居民海岛生态环境保护,对于可利用无居民海 岛要求确认污染防治措施,做好污染物无害处理,并 辅之以《中华人民共和国环境保护法》(简称《环境 保护法》)、《中华人民共和国环境保护税法》确立的 环境保护税制度③:未经批准利用的无居民海岛则 维持现状,适用立法一般性规定。这种无居民海岛 分类管理模式在运行过程中存在如下问题:一是可 利用的无居民海岛审批前集中管理与审批后分散管 理并存。依据《无居民海岛开发利用审批办法》第5 条的规定,经国务院、省级政府审批,无居民海岛可 以用于交通运输、工业建设、旅游娱乐、仓储物流等 开发利用活动。申请主体经审批获得使用权以后, 对于无居民海岛治理"回归"至分散管理模式,即无 居民海岛的不同开发利用活动仍需要环保、文旅、交 通、财税等部门批准方可具体实施。在无居民海岛 使用权终止之前,对于其开发利用活动的监管与有 居民海岛监管几近相同,并且权责协调机制的滞后 加重了部门之间的矛盾。二是以利用为标准对海岛 实施区别保护割裂了生态系统整体性。海岛有无居

民与海岛资源环境治理之间没有必然的因果联系。<sup>[37]</sup>例如,葫芦岛(财神岛)属于 2011 年中国公布的"第一批开发利用无居民海岛名录"的海岛,也是广鹿群岛中唯一列入开发利用名录的海岛。<sup>[38]</sup>但实际上早在 1997 年该岛就已经建设度假村,并非单纯的渔业用岛;而在葫芦岛周围既分布着矾坨子等未列入开发利用名录、生物多样性丰富的无居民海岛,也毗邻广鹿岛等有居民海岛。<sup>[39]</sup>《海岛保护法》第 30 条规定从事可利用无居民海岛的开发活动,应避免造成该岛及其周边海域生态系统破坏,实际上,可利用无居民海岛、有居民海岛的生产活动不仅影响了附近无居民海岛的生态环境,<sup>[40]</sup>而且立法对于可利用无居民海岛的开发利用活动对同一生态圈之内的其他无居民海岛的影响也欠缺应有的考虑。

第三.无居民海岛生态环境治理模式滞后。生 态环境治理是指以政府为核心的多元主体针对环境 公共问题,通过采用各种制度、技术和工具等途径来 共同合作以实现环境治理目标的过程。[41]中国无居 民海岛生态环境治理采用政府单一治理模式,这种 模式的形成与无居民海岛权属制度、治理资金财政 配给等治理要素密切相关,但是在运行过程中也逐 渐显现出一些弊端:一是无居民海岛生态环境治理 驱动单一化。既有无居民海岛生态环境治理采取 "命令—控制"模式,政府(海洋行政主管部门)是唯 一的治理责任主体,而囿于治理成本、治理需求、技 术支持等方面的困境,以及消费主体"搭便车",导 致无居民海岛生态环境治理出现时滞性现象。二是 治理资金机制结构局部失衡。无居民海岛生态修复 资金主要来源于两部分,即中央财政通过一般公共 预算安排的修复基金<sup>④</sup>和造成生态环境损害的单位 和个人(赔偿义务人)缴纳的生态环境损害赔偿 金5。从近年来相关环境公益诉讼司法实践看,半 数以上的加害人被要求承担生态环境修复责任或承 担生态环境修复费用。[42] 现实中,海岛生态环境修 复周期长、难度大、费用高,需要长期稳定的资金供 应,赔偿义务人缴纳的生态环境损害赔偿资金与实 际需求相比, 无异于杯水车薪<sup>⑥</sup>.[43] 而高度依赖 政府财政拨款的治理项目面临资金支付不可持续的

① 参见《渔业法》第1条。

② 参见《海岛保护法》第1条。

③ 参见《环境保护法》第43条。

④ 参见《海洋生态保护修复资金管理办法》第6条第(一)项。

⑤ 参见《生态环境损害赔偿资金管理办法(试行)》第2条、第3条。

⑥ 例如,辽宁省长海县申请获得五个国家级海岛生态修复项目,中央财政资金给予 4.72 亿元支持,平均每个海岛修复需要 0.9 亿元;广东省珠海市三角岛生态修复预算金额高达到 9.8 亿元。

风险。

## (二)以综合立法统摄无居民海岛环境资源 治理

在尊重无居民海岛环境资源分异规律的前提下,从具体的社会事实和管理规则出发进行抽象归纳,将各种实际存在的无居民海岛保护及利用规则涵摄进来,从中抽象出指导和规范无居民海岛管理的基础性法则,对各类权利主体予以统一规范,由综合管理向系统治理、综合施策迈进,这也是无居民海岛环境资源治理综合立法的应有之义。

综合立法是无居民海岛治理单项要素的制度化 集合。"综合立法"的表述在国内学者涉及立法模 式的研究中比较常见,但是不同学者对于"综合立 法"含义的理解存在较大差异,有的学者将综合立 法表述为中央与地方立法、基本法与部门法、制定法 与习惯法的综合:[44]有的学者从立法任务、外部关 系、方法层面、目的层面来界定综合立法的含义:[45] 也有学者从实体和程序两部分来表述综合立法。[46] 从 2009 年至今,全国人大常委会相关工作文件中也 多次提到推进综合立法<sup>①</sup>,但并没有界定何谓"综合 立法"。综合立法兼具立法技术和立法模式的含 义,其要旨在于对相关实体规则的整合,注重规则设 计的一体化。因而,基于生态系统完整性的综合立 法统摄无居民海岛治理,并不意味着必然以制定无 居民海岛单行法作为实践路径,而是借由综合立法 实现无居民海岛治理法治需求的资源整合、供需匹 配和共创驱动。从中央立法与地方立法两个维度 看,完善无居民海岛环境资源治理可以从协调中央 立法与地方立法的关系,鼓励地方立法"先试先行" 入手。

无居民海岛中央立法具有统摄性。具体表现在两个方面:一是无居民海岛中央立法是地方立法的上位法依据,对地方立法具有原则性控制的功能;二是中央立法面对的是不同行政区划、不同环境资源禀赋、不同区位类型的无居民海岛,需要采取相对概括的形式,将适用于海岛利用与保护的原则和规则集中起来.对无居民海岛治理的立法理念、立法目

的、基本原则、制度规则、法律责任等内容作出综合 性、纲领性的规定,以统一的治理理念统筹制定无居 民海岛治理法律规则。在表现形式上, 无居民海岛 治理综合立法既可能是在现有立法框架内把同属于 环境资源的规范进行系统的、完整的、具有内在逻辑 性的阐述,也可能是将无居民海岛治理领域的相关 规范汇集在一起,经过立法技术处理,以法典的形式 呈现。但是,无论中央立法采取哪种编纂方式,无居 民海岛治理综合立法都不是"包裹立法"②。因为, 无论是着眼于现实、从中国法制国情出发,还是立足 于法理、从立法可行性论证,无居民海岛治理综合立 法既不可能将所有涉及无居民海岛利用和保护的实 体性与程序性规范、公法与私法规范纳入一部立法 中,也不可能将森林立法、野生动植物立法、矿产立 法、海域立法、土地立法等部门中涉及无居民海岛保 护及利用的规则抽出纳入综合立法。因此,无居民 海岛治理综合立法需要整理的内容仅仅是无居民海 岛治理实体性规范,"综合"表现尊重无居民海岛生 态系统完整性,注重海岛保护与合理利用的一体化, 规定集中统一管理、跨部门(区域)协调等治理机 制。对于无居民海岛治理综合立法可能涉及的无居 民海岛使用权等私法内容,以及野生动植物、矿产资 源等其他类型自然资源治理问题,一方面,可以通过 指引性规定由其他有关法律法规具体调整,而不是 由综合立法重复规定,避免破坏法的安定性和价值 秩序。另一方面,在"特别法优于一般法"法律适用 原则基础上,可以采取"提取公因式"的方式处理。 如果野生动植物、矿产资源等类型自然资源的利用 及保护与无居民海岛治理耦合而具有特殊性.则需 要综合立法加以具体规定;反之,则应当适用《中华 人民共和国野生动物保护法》《中华人民共和国森 林法》等其他立法的规定。

无居民海岛地方立法不仅是中央立法的有益补充,也是中国法律体系中的重要组成部分。地方立法在中国法律体系构建过程中发挥了"先行先试"的作用,许多中央立法的出台都始于地方立法的经验摸索。[47]中国海岸线漫长,北至辽宁,南抵海南,

① 例如,2016年12月21日《全国人民代表大会教育科学文化卫生委员会关于第十二届全国人民代表大会第四次会议主席团交付审议的代表提出的议案审议结果的报告》提出:"希望有关方面在研究制定互联网商品流通、电子商务等方面综合立法过程中,认真研究吸纳代表意见、建议,统筹衔接食品、药品等特殊商品的监管措施,做好食品、药品网络经销监管制度的具体落实。"《全国人民代表大会环境与资源保护委员会关于第十二届全国人民代表大会第四次会议主席团交付审议的代表提出的议案审议结果的报告》提出:"系统解决流域管理中存在的各种矛盾和问题,迫切需要推进长江流域综合立法。"

② "包裹立法"(packaging legislation),是指为了整体达到一个立法目的,将原本散布在不同法律法规内的相关条文集中至一部立法内,即便这些条文在性质上可能并不一致,例如有的是实体法,有的是组织法,也有可能是救济法性的规定,立法机关在审议时一次性予以修改或增订。在欧美国家及中国台湾地区,"包裹立法"又被称为"公交车式立法"(omnibus legislation)。

不同省份、不同地理纬度无居民海岛的生态结构、社 会经济活动、周边海域状况、开发价值及用途,以及 在实现国家海洋战略中发挥的作用,各不相同。例 如,天津、河北仅拥有个别近岸泥质冲击岛,无居民 海岛面积狭小且与周边海域具有生态一体化特征; 而浙江、福建沿海无居民海岛不仅数量众多、分布广 泛,而且这些岛屿大小不一、功能不尽相同,生态要 素构成也存在显著差异。因此,地方立法在制定之 初,要根据本地无居民海岛的实际情况,既需要与上 位法相呼应、使立法适应本地海岛管理的具体情况, 又需要结合本地的实际情况及无居民海岛管理需 求,在法律框架内对中央立法予以细化、补充和完 善。故而,与中央立法相比,地方立法是以本区域内 无居民海岛治理共性内容为基础,采取具体的形式, 规定适用本区域海岛利用或(和)保护需求的制度 规则。尤其是在面对中央立法原则性强、修改程序 繁杂,甚至存在空白的情况时,地方立法往往需要充 分发挥"地方智慧"和能动性,在解决法律适用空白 的同时,为中央立法积累地方法制经验。例如,2009 年《海岛保护法》出台之前、《宁波市无居民海岛管 理条例》(2004年发布)、《厦门市无居民海岛保护 与利用管理办法》(2004年发布)等地方性海岛管理 立法已经生效实施,为《海岛保护法》中的无居民海 岛管理制度设计积累了宝贵的立法经验。在协调中 央立法与地方立法的关系中,以地方立法推进无居 民海岛环境资源治理,需要满足以下三项合法性条 件:一是不得与上位法相抵触。无居民海岛地方立 法的上位法不仅包括《海岛保护法》等规范海岛利 用与保护的特别法,也包括《中华人民共和国立法 法》(简称《立法法》)、《中华人民共和国行政许可 法》(简称《行政许可法》)等一般法。无居民海岛地 方立法需要满足《立法法》第72条(地方立法不得 与宪法、法律、行政法规相抵触)、《行政许可法》 第15条第2款(地方性法规设定行政许可的排除 性范围)等强制性规定。二是遵循法定程序及规范 化制定程序。即无居民海岛地方立法应当满足《立 法法》第72条第4款、第98条等法律法规有关备 案、批准的程序要件。三是在法律行政法规框架内 发挥地方立法的能动性。在鼓励地方立法对地区无 居民海岛治理中的新问题"先试先行"时,不得对法 律、行政法规的基本原则、专门性规定作出变通性 规定①。

### (三)以系统治理增加无居民海岛集中管理的 协同性

权属制度是中国海岛监督管理机制分野的基础。国家海洋主管部门(自然资源部门)统一负责无居民海岛的利用及保护,在无居民海岛国家所有权制度基础上,修正无居民海岛监督管理模式既存问题,依法对无居民海岛开发利用及生态保护施行系统治理、源头治理、综合施策,可以考虑以系统治理、协调执法补强目前无居民海岛的监督管理模式。

无居民海岛集中管理需要各方联动配合才能形 成整体治理效应。基于"利用名录"对无居民海岛 进行分类管理,是造成无居民海岛审批前集中管理 与审批后分散管理并存的主要原因,也使得无居民 海岛生态环境治理整体性目标回归至"碎片化"的 实现方式。强化无居民海岛的源头治理、综合施策 效能,应当从内部构成与外部协调两方面着手。在 内部构成层面,对同一生态系统内相邻、相连的各类 无居民海岛,可以考虑打破因行政区划、资源要素分 类造成的割裂局面,依照生态系统完整性理念进行 归并。一方面,将无居民海岛审批后原先分散在自 然资源各管理部门的执法权归拢起来,统一由海洋 执法部门来行使环境资源与生态保护领域的执法 权。另一方面,2020年自然资源执法综合监管平台 启用后,实现了自然资源行政执法流程的数字化,借 助大数据分析平台对合并后的执法管理实效采用科 学的量化评价指标,根据评价结果动态调整自然资 源管理部门内部事权分配组合。在外部协调层面, 按照行政效能原则的要求组建综合执法机制。无论 是执法权归并,抑或优化无居民海岛行政主管部门 (自然资源部门)与其他行政主管部门执法机制,落 脚点均在于能否提高无居民海岛治理行政效能。按 照行政效能原则的要求,综合执法机构应获得履职 所需的手段。从无居民海岛执法制度发展脉络看, 自然资源与生态环境执法分散格局的产生和持续, 与行政管理需求紧密相连,不仅有充分的合宪性支 撑,并且得到法律的确认。对此,无论是在制度层 面,还是技术支持层面,协调执法机制比归并执法职 能更为现实。为此,可以考虑在行业执法的基础上, 对列入可利用名录、已经实施开放利用的无居民海 岛,将审批后的末端执法纳入源头决策之中,协同推 动海洋主管部门与其他行业执法部门组建常规联合 执法机制,建立常规的信息共享、共同协商与联合决

策机制,或者针对《无居民海岛开发利用审批办法》 第5条规定的无居民海岛的开发利用活动,在与交 通、旅游等主管部门工作会商机制基础上,组建临时 的专项联合执法机制。

## (四)适用"政府和社会资本合作"模式推进无 居民海岛生态环境治理

面对无居民海岛生态系统及综合治理的复杂性,传统由政府主导的线性管理模式已经不能对无居民海岛治理过程中遇到的问题给出有效的解释和应对方案,<sup>[48]</sup>增加无居民海岛综合施策系统协调度和协同效应,就必须推行社会治理模式,实现多元主体的合作共治。建立健全基于生态系统完整性的无居民海岛治理机制,需要充分调动社会各方力量参与无居民海岛治理,统筹社会各种资源支持无居民海岛治理。2020年《关于构建现代环境治理体系的指导意见》提出"提高市场主体和公众参与的积极性,形成导向清晰、决策科学、执行有力、激励有效、多元参与、良性互动的环境治理体系"。在无居民海岛治理领域,明晰政府主管部门、相关企业、社会公众等各类主体权责,坚持多方共治,这是无居民海岛治理的发展趋势。

"政府和社会资本合作"模式(Public-Private Partnership,简称 PPP 模式)最初作为将社会资本引入社会公共基础设施等领域,弥补政府财政资金的不足,促进基础设施建设的一种项目运作模式。在供给侧结构性改革的推动下,PPP 模式已经拓展至其他公共产品和服务领域。党的十八届四中全会《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》第五部分提出,建立健全社会组织参与社会事务、维护公共利益的机制和制度化渠道。以 PPP模式完善无居民海岛生态环境治理,旨在构建多元主体参与协商共治的秩序结构,体现无居民海岛治理方式的法治化和治理手段的多样性。对此,可以从以下三个方面着手。

一是利用市场机制承接政府提供公共产品和服务的职能。在无居民海岛国家所有制和使用权流转制度的框架内,无居民海岛生态环境治理领域除了公共产品和私人产品之外,还有大量的具有一定排他性但非竞争性(例如无居民海岛生态旅游)的准生态环境公共产品。将 PPP 模式引入无居民海岛治理,采取政府购买服务、混合所有制等多种方式,

目的在于引入社会化生态产品供给模式,引导社会资本投入无居民海岛生态环境修复等,形成多元化的生态环境治理体系。2020年自然资源部《生态产品价值实现典型案例》《社会资本参与国土空间生态修复案例》中,将生态修复方案、土地出让方案一并通过公开竞争方式确定同一修复主体和土地使用权人,并分别签订生态修复协议与土地使用权出让合同,成为优化此类准生态环境公共产品供给的典型模式。该模式在无居民海岛生态环境治理中同样具有适用性。具体而言,在市场化出让无居民海岛使用权的过程中,通过成本补偿机制和使用权出让平台机制,将社会资金引向无居民海岛生态环境治理领域,平衡生态环境治理与关联产业之间的成本收益,以实现准生态环境公共产品的可持续供给。

二是建立无居民海岛生态环境治理磋商协调机制。PPP模式的核心特征在于平等合作、利益共享、风险共担,社会组织既是政府与社会公众沟通、互动的媒介,也是无居民海岛生态环境治理结构的合作主体。PPP模式对无居民海岛生态环境治理的主观能动作用体现在:一方面,通过建立程序和实体磋商机制,确保有关利益相关者和行动者有效参与磋商进程、治理目标和行动决策,以及视情况参与治理方式的执行。另一方面,使得无居民海岛开发利用功能理念从最初以追求经济效益最大化为目的,转移至无居民海岛的可持续利用,限制对无居民海岛经济价值的无限制追求和盲目的开发利用。

三是确立具体的治理绩效标准。在无居民海岛生态环境治理中适用 PPP 模式需要利用指标赋值的方法,实施量化绩效考核,否则离开具体标准空洞地谈论无居民海岛治理体系和治理能力现代化,没有任何实质意义。无居民海岛生态环境治理 PPP模式应当包括定性和定量评价指标<sup>②</sup>,即定性评价指标包括全周期整合程度、风险识别与分配、绩效导向与鼓励创新、潜在竞争程度、政府机构能力、可融资性等六项基本评价指标,用以评价 PPP模式在无居民海岛生态环境治理中的适用性、可执行性。根据生态环境治理需求,定量指标应当包括生态环境要素、经济要素、社会要素、技术要素等四类评价指标,每一类评价指标可以继续被具体量化,例如,生态环境要素评价指标应包括植物覆盖率、存活率、生物多样性等子评价标准。

① 参见 2020 年中共中央办公厅、国务院办公厅《关于构建现代环境治理体系的指导意见》第一部分。

② 参见 2020 年财政部《政府和社会资本合作(PPP)项目绩效管理操作指引》第 18 条。

概言之,通过评价指标的逐级量化,建立反映无居民海岛生态环境治理效能评价体系和外部价值形成机制,促使技术规则制度化。多元主体参与协商共治的治理秩序结构,通过金融杠杆和利益传导机制将社会资金引入无居民海岛治理领域,不仅可以满足政府对无居民海岛生态环境实现系统治理、源头治理和综合施策的需求,突破治理资金筹措、成本投入等问题,也有助于社会组织通过公平竞争参与无居民海岛生态环境治理,在生态环境治理项目与关联产业的融合发展过程中,获得充分的经济补偿。

#### 四、结语

综上所述,无居民海岛治理是在海洋综合管理框架内集中考虑所有与海岛环境资源治理相关的问题,形成一种全方位治理体系,体现系统治理与可持续利用理念。无居民海岛生态系统空间结构及其组分不存在绝对的时间或空间边界,系统结构组分随人为或自然因素干扰而发生变化。以生态系统完整性理念指导无居民海岛治理,按照技术规则与制度理性相统一的逻辑,借助生态系统管理工具对无居民海岛进行法治化治理,既是尊重生态系统空间分布特征及生态敏感性空间分异规律的需要,也是法律与技术规则协同作用、相互补充的体现。

法治是推进无居民海岛治理体系及治理能力现

代化的顶层设计。将无居民海岛环境资源治理擢升 至公共利益层面,以生态理念为基础推动无居民海 岛治理法治化,体现了生态系统完整理念对立法的 指引。在制度层面保障无居民海岛利用及保护行为 的协同性、统一性和有序性、需要运用立法手段、发 挥立法在社会治理中的价值指引和功能评价作用, 增加无居民海岛治理系统协调度和协同效应。以综 合立法作为无居民海岛治理的制度牵引,规范治理 职能配置,协调中央立法与地方立法的关系,鼓励地 方立法"先试先行",消除治理环节有法不依的遁词 和无法可依的盲点。在监督管理模式层面,应当从 内部构成与外部协调两方面着手,修正无居民海岛 集中管理制度,通过协调执法机制对无居海岛环境 资源施行系统治理,增加治理协调度和协同效应。 在应对由政府主导的单向性治理模式所引发的问题 时,应对推动无居民海岛生态治理的动力内生化,充 分调动社会力量的主观能动性,将生态治理与无居 民海岛治理的其他方面有机结合,借鉴 PPP 模式激 发社会治理活力,实现多元主体的合作共治,综合管 理和有序安排无居民海岛环境资源开发和空间利用 的布局、比重和次序,以治理效能发挥制度优势,构 建一个稳定有序、合乎法治逻辑的无居民海岛治理 体系,以源头治理、系统治理及综合施策推动无居民 海岛治理体系和治理能力的现代化。

#### 参考文献:

- [1]王斌,杨振姣,基于生态系统的海洋管理理论与实践分析[J].太平洋学报,2018,26(6).
- [2] WALCK C, STRONG K. Using Aldo Leopold's land ethic to read environmental history: The Case of the Keweenaw Forest [J]. Organization & Environment, 2001, 14(3):261-289.
- [3] WALKER B, HOLLING CS, CARPENTER SR, et al. Resilience, adaptability and transformability in social-ecological systems [J]. Ecology and Society, 2004, 9(2):2.
- [4] KAUFMANN M R, GRAHAM R T, BOYCE JR D A, et al. An ecological basis for ecosystem management [R]. Fort Collins: USDA Forest Service, 1994:14.
- [5] WOODLEY S. Monitoring and measuring ecosystem integrity in Canadian national parks [M]//WOODLEY S, KAY J, FRANCIS G. Ecological Integrity and the Management of Ecosystems. Florida: St. Lucie Press, 1993:155-176.
- [6]魏钰,雷光春. 从生物群落到生态系统综合保护:国家公园生态系统完整性保护的理论演变[J]. 自然资源学报,2019,34 (9).
- [7] 田其云. 海洋生态系统法律保护研究[J]. 河北法学,2005,23(1):27-28.
- [8] GARDNER T. Monitoring forest biodiversity:improving conservation through ecologically responsible management [M]. New York: Routledge, 2012;20.
- [9]黄宝荣,欧阳志云,郑华,等. 生态系统完整性内涵及评价方法研究综述[J]. 应用生态学报,2006,17(11);2196.
- [10] National Academy of Engineering. Engineering within ecological constraints [M]. Washington D. C.: National Academies Press, 1996:97.
- [11] 吕忠梅. 论环境物权[M]//中国人民大学法学院《人大法律评论》编辑委员会. 人大法律评论(2001年卷第一辑). 北京:中国人民大学出版社,2001.
- [12] 陈泉生. 论科学发展观与法律的生态化[J]. 法学杂志,2005,26(5):81.

- 第3期
- [13]李志文,马金星. 我国海域物权生态化新探——理念、实践和进路[J]. 武汉大学学报(哲学社会科学版),2013,66(2);71.
- [14] 张璐. 环境法与生态化民法典的协同[J]. 现代法学,2021,43(2):174.
- [15] MÜLLERA F, HOFFMANN-KROLL R, WIGGERING H. Indicating ecosystem integrity—theoretical concepts and environmental requirements [J]. Ecological Modelling, 2000, 130(1):13-23.
- [16] DE GRAAF K J, PLATJOUW F M, TOLSMA H D. The future *Dutch Environment and Planning Act* in light of the ecosystem approach [J]. Ecosystem Services, 2018, 29:306-307.
- [17] 王继恒. 法律生态化及其矛盾辨思[J]. 甘肃政法学院学报,2010(4):153.
- [18] FLUKER S. Ecological integrity in Canada's national parks: the false promise of the law[J]. Windsor Review of Legal and Social Issues, 2010, 29:89, 112.
- [19] Government of Canada. *Oceans Act* (S. C. 1996, c. 31) [EB/OL]. (2019-07-30) [2021-03-15]. https://laws-lois. justice. gc. ca/PDF/O-2. 4. pdf.
- [20] MACARTHUR R H, WILSON E O. The theory of island biogeography [M]. Princeton: Princeton University Press, 2016; 3.
- [21] 刘超, 崔旺来, 朱正涛, 等. 海岛生态保护红线划定技术方法[J]. 生态学报, 2018, 38(23): 8565.
- [22] LAWFORD R, BOGARDI J, MARX S, et al. Basin perspectives on the water-energy-food security nexus [J]. Current Opinion in Environmental Sustainability, 2013, 5(6):607-616.
- [23] 马得懿. 美国无居民海岛集中管理机制及中国的选择[J]. 财经问题研究, 2013(9):118.
- [24] Department of Agriculture, Water and the Environment. Administrative Arrangements Order made on 5 December 2019 with effect from 1 February 2020 [EB/OL]. (2019-12-05) [2021-03-26]. https://www.pmc.gov.au/resource-centre/government/aaomade-5-december-2019-effect-1-february-2020.
- [25] Environment Canada. Environmental enforcement acts and regulations [EB/OL]. (2019-08-02) [2021-02-23]. https://www.canada.ca/en/environment-climate-change/services/environmental-enforcement/acts-regulations. html.
- [26] 齐连明, 李晓科. 国内外海岛保护与利用政策比较研究[M]. 北京: 海洋出版社, 2013: 19.
- [27]中共中央文献研究室. 习近平关于社会主义生态文明建设论述摘编[M]. 北京:中央文献出版社,2017:4.
- [28] 颜运秋. 论法律中的公共利益[J]. 政法论丛,2004(5):74.
- [29]徐祥民,李海清,李懋宁.生态保护优先:制定海岛法应贯彻的基本原则[J].海洋开发与管理,2006,23(2):66.
- [30] 晏智杰. 自然资源价值刍议[J]. 北京大学学报(哲学社会科学版),2004,41(6):70-77.
- [31] 裴洪辉. 合规律性与合目的性:科学立法原则的法理基础[J]. 政治与法律,2018(10):57-70.
- [32]李林. 坚持在法治轨道上推进国家治理体系和治理能力现代化[J]. 暨南学报(哲学社会科学),2021,43(1):1-9.
- [33] 蔡立辉, 龚鸣. 整体政府: 分割模式的一场管理革命 [J]. 学术研究, 2010(5): 34.
- [34] ARDIANSYAH F, MARTHEN A A, AMALIA N. Forest and land-use governance in a decentralized Indonesia; a legal and policy review [M]. Bogor; CIFOR, 2015; 13-18.
- [35]海洋和海洋法:秘书长的报告[EB/OL]. (2018-09-05) [2021-03-29]. https://undocs.org/zh/A/73/368.
- [36] 马骧聪. 论我国环境资源法体系及健全环境资源立法[J]. 现代法学,2002,24(3);61.
- [37]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);3-5.
- [38]杨璇,王君策. 国家海洋局联合沿海有关省、自治区海洋厅(局)召开新闻发布会公布我国第一批开发利用无居民海岛名录[N]. 中国海洋报,2011-04-15(1).
- [39]《中国海岛志》编纂委员会. 中国海岛志(辽宁卷第一册)[M]. 北京:海洋出版社,2013:338.
- [40]中国将实施十项重点工程解决海岛开发保护问题[EB/OL]. (2012-04-19)[2021-03-09]. http://www.chinanews.com/gn/2012/04-19/3832312.shtml.
- [41] 杨洪刚. 我国地方政府环境治理的政策工具研究[M]. 上海:上海社会科学院出版社,2016;23.
- [42] 吕忠梅,窦海阳. 修复生态环境责任的实证解析[J]. 法学研究,2017,39(3):130-135.
- [43] 苏大鹏, 汪莉. 辽宁长海: 精心呵护海洋牧场[N]. 经济日报, 2020-08-29(6).
- [44]郭武, 党惠娟. 从理念到立法: 综合生态系统管理与综合立法模式[J]. 中国人口·资源与环境, 2009, 19(3): 43-44.
- [45] 王小钢. 论湿地保护综合立法及其主要内容[J]. 林业调查规划,2005,30(6):69.
- [46]秦天宝,虞楚箫. 基因隐私的法律保护限度[J]. 江西社会科学,2015,35(9):136-142.
- [47]钱大军. 当代中国法律体系构建模式之探究[J]. 法商研究,2015,32(2):10.
- [48] 范如国. 复杂网络结构范型下的社会治理协同创新[J]. 中国社会科学,2014(4):98.

彭先伟,龙铖. 海上安保需求视角下发展中国私营武装护航的制度构想[J]. 中国海商法研究,2021,32(3):90-96

## 海上安保需求视角下发展中国私营武装护航的制度构想

彭先伟1.龙 铖2

(1. 北京德恒律师事务所,北京 100033;2. 浙江天册律师事务所,浙江 杭州 310012)

摘要:中国推行"海上丝绸之路"所涉沿线水域存在着不稳定因素,相关中国企业面临安全威胁,存在安保需求。和西方发达国家相比,中国私营安保、武装护航企业的质和量都有较大差距,无法满足中国"走出去"的企业的安保需要。很重要的原因之一是中国现有的法律制度对私营武装护航业务的定位不清,这制约了该行业的健康发展。有必要从供给侧改革角度入手,在承认私营武装护航的合法性、破除相应法律障碍的基础上,设置事前、事中、事后的监管机制,对私营武装护航加以规范化管理,并引导、支持保险公司设立和完善有关责任险种,以促进这一行业的健康发展,更好地护卫中国在海外的利益。

关键词:私营武装护航;海上安保;非法武装组织;供给侧改革

中图分类号: D996. 19 文献标志码: A 文章编号: 2096-028X(2021)03-0090-07

## Institutional conception of private armed escort in China from the perspective of maritime security demands

PENG Xian-wei<sup>1</sup>, LONG Cheng<sup>2</sup>

(1. DeHeng Law Offices, Beijing 100033, China; 2. T&C Lawfirm, Hangzhou 310012, China)

Abstract: There are unstable factors in the waters along the "Maritime Silk Road" in China, relevant Chinese enterprises are therefore facing security threats and have security needs. Compared with developed countries in the west, there is still a big gap between the quality and quantity of private security and armed escort enterprises in China, which cannot meet the security needs of China's "going abroad" enterprises. One important reason is that the current legal system in China is unclear about the providing of private armed escort business, which restricts the healthy development of this industry. From the perspective of supply-side reform, it is necessary to recognize the legality of private armed escort, remove the corresponding legal barriers, set up a pre-regulatory, in-regulatory and post-regulatory mechanism, standardize the management of private armed escort, guide and support insurance companies to establish and improve relevant liability insurance, so as to promote the healthy development of this industry and better protect China's interests abroad.

Key words: private armed escort; maritime security; illegal armed organization; supply-side reform

传统上,武装力量为国家所垄断,国家对武器装备也有严格管控。私营安保往往被视为雇佣军,无论是陆地的私营武装安保,还是海上的私营武装安保(即"私营武装护航"),其合法性在最初并未得到

广泛认可,但近年来海上的私营武装安保逐渐被远洋航运公司、保险公司、国际海事组织和部分国家接受。根据"《蒙特勒文件》论坛"(Montreux Document Forum)<sup>①</sup>2021 年发布的《蒙特勒文件的海运解读

收稿日期:2021-07-26

作者简介:彭先伟(1980-),男,湖北天门人,北京德恒律师事务所合伙人,国际商会 ICC 商法与惯例委员会专家,美国律师协会国际运输法律专业委员会副主任,北京市律师协会海商海事专业委员会副主任,E-mail:pengxw@ delenglaw.com; 龙铖(1994-),男,四川广元人,浙江天册律师事务所实习律师,E-mail:longcheng@ tclawfirm.com。

① 《蒙特勒文件》,即《武装冲突期间各国关于私营军事和安保服务公司营业的相关国际法律义务和良好惯例的蒙特勒文件》(Montreux Document on Good Practices for States related to Operations of Private Military and Security Companies during Armed Conflict),是瑞士政府和红十字国际委员会开展的一项国际项目的成果。作为一个政府间文件,其目的是促进在武装冲突中开展活动的私营军事和安保服务公司对国际人道法和国际人权法的遵守。中国是《蒙特勒文件》的参与国之一。

(2021)》[Elements for a Maritime interpretation of the Montreux Document (2021)],2017 年航运业用于私营海运安保服务的开支在东非是 2.925 亿美元,在西非是 2.137 亿美元。[1] 安保公司成员大多由退役军人组成,武器先进,有的还有政府背景,不仅可为船员进行安保培训,更增加了商船的武装抵抗能力。[2] 从实践情况来看,据了解,截至 2018 年 3 月,没有一艘配备驻船武装保安的船舶被海盗成功劫持。[3] 而且,随着国际公法的理论演变和现实需要,私营武装护航的合法性逐渐为国际社会所接受。包括联合国在内,很多国家、地区的政府相继出台法律文件认可企业和公民开展和私营安保公司的合作,包括武装护航。

中国正稳步推进"一带一路"倡议,而"一带一 路"沿线地区、尤其是"海上丝绸之路"沿线水域的 不稳定因素较多,安全热点问题也较为集中。对中 国而言,基于安保费用和国家层面上的诸多考虑,中 国企业在海外的利益保护不可能依靠国家层面的武 装力量,或者外交领事保护,也不可能完全交给外国 安保公司。最终还是要依靠中国自己的企业,而这 就要求中国私营安保公司能够提供中国"走出去" 的企业所需要的武装安保护航服务。然而,中国私 营安保公司缺乏开展武装护航业务的行业硬实力和 国际竞争力,难以满足"一带一路"倡导下"走出去" 的企业提出的海上安保需求。而且,目前中国在私 营武装护航领域的法律规范缺失,也使得现实需求 与行业发展脱节的问题难以通过法律层面加以解 决。鉴于此,有必要审视中国的实际需要和国内私 营武装护航从业现状脱节的问题,并从国际海事法 相关理论出发,结合现有的国际规范来论证私营武 装护航的合法性,进而提供推动国内私营武装护航 业务健康、有序发展的规制建议。

## 一、"走出去"企业的海上安保需求与中 国私营武装护航的行业现状严重脱节

根据 2021 年 1 月 21 日商务部例行新闻发布会上的介绍,2020 年全年中国对外直接投资 1 329. 4 亿美元,同比增长 3. 3%,对外劳务合作派出各类劳务人员 30. 1 万人,12 月末在外各类劳务人员 62. 3 万人。<sup>[4]</sup>然而需要注意的是,中国海外利益不断增加的同时,其面临的安全风险也在不断增加。"一带一路"沿线的安全风险,特别是"海上丝绸之路"沿途(包括亚丁湾、索马里海域的四个重要航道)面临较大的海盗安全威胁。<sup>[5]</sup>对于通过"海上丝绸之路"创造经济收益的中国企业而言,为应对可能的安全威

胁,海上安保就显得尤为重要。

中国传统的海上安保手段主要是以政府为中 心,与东道国政府积极合作,通过外交、警务、商务、 军事等部门,自上而下地提供保护。需要指出的是, 传统的安保手段并不是中国企业海上安保的最佳选 择。第一,囿于政治、经济等局限,"一带一路"沿途 国家往往是不发达国家,并且战乱频繁,地缘政治矛 盾复杂,很多当地政府并不具备足够的军事实力,特 别是没有可控的武装力量为中国企业提供海上安全 保护。第二,对于通过使馆、领事馆保护这一安保手 段而言,由于驻外使领馆的工作人员数量有限,无法 对海外利益起到很好的保护作用。而且外交途径具 备政治敏感度高、反应不及时、结果不确定性大等特 点,难以频繁使用。[6]第三,军队力量参与"一带一 路"安全保护可能会引发东道国在管辖权、安全主权 等方面的争议。当然,中国经过东道国同意,可以派 遣军舰为中国商船提供亚丁湾护航,但此种护航成 本巨大,且有严格排期,要求商船必须安排好船期, 提早到达汇合地点,在完成交接、登记手续后加入护 航的军舰编队。这样的模式不具备灵活性和可协调 性,也难以应对快速、随机、小规模的海盗袭击。[7]33 此外,中国缺乏足够的远洋战舰,当前长期的亚丁湾 护航任务实际上已经占用了大量的海军作战兵力。 国际航运水道数量众多,以中国目前军事力量的投 放能力难以覆盖多条国际航线进行护航,如果再在 其他航线上开展伴随护航任务,将严重影响海军的 其他训练及战备任务。[8]

中国跨国海上安保行业市场广阔,但中国的私 营武装护航业务并未得到良好发展,难以满足当下 "一带一路"中"走出去"的企业的安保需要。据初 步测算,2014年境外中资企业用于安全方面的开支 在80亿美元以上,而在2015年,中国海外安保的市 场规模超过了100亿美元。[9]截至2017年,中国内 地已注册成立5200余家私营安保公司,安保人员 超过300万名。但是,根据上海社会科学院安全与 危机管理项目联合主任艾雷(Alessandro Arduino)教 授的介绍,有经验、有能力在"海上丝绸之路"沿线 提供海上安保服务的公司不超过30家,提供武装护 航服务的则更少,其中具有国际资质的公司屈指可 数。[10]就整个行业来看,中国提供武装护航的私营 安保公司普遍存在训练不专业、配套设施不齐备、保 安职业素质不高的情况。"与中国私营安保公司相 比,欧美私营安保人员训练有素,有物流、武器、高科 技甚至医疗支持等全面的运作系统,而超过80%的

中国私营安保人员却只接受过基础教育且缺乏国际同行的实战训练及经验。"[11]即使是作为中国业界领头羊的华信中安,其业务能力、培训机制也没有外国私营安保公司专业,护航经验也并不足够丰富。[12]在目前中国的私营武装护航普遍缺乏国际竞争力和行业硬实力的情况下,中国企业很难有选择余地,只能接受外国私营安保公司的昂贵服务。有数据统计,仅在2011年一年,外国的私营安保公司就从中国船公司拿走近4000万美元的私营武装护航服务费,约相当于这些公司2011年总利润的50%。[13]

除了价格昂贵之外,依赖于外国安保企业的武装护航服务往往会面临安保人员与船上人员的语言、文化、价值观等的差异问题,还需要应对雇佣人员对雇主公司进行敲诈、抢劫的危险。[14]45 而且,外国安保人员很容易会为自保而投降,而中国安保人员则会倾向于坚持到底,这会导致外国安保人员出工不出力的现象。值得注意的是,武装护航服务往往涉及企业机密,而外国安保公司有的存在政治背景,因此可能会向其政府出卖中国企业的机密信息。综上所述,让中国的私营安保公司为"走出去"企业提供优质、安全、价格适中的武装护航服务,更加有利于保护海外的中国利益。

# 二、中国的现有法律制度难以解决私营 武装护航行业发展与需求脱节的问题

就私营安保公司能否提供武装护航服务这个问题,中国并未在立法上作出明确规定。在私营武装护航业务的准入资质、服务标准和合理的监管、激励机制等方面的立法缺位,也使得中国无法在制度层面对中国私人武装护航行业加以引导、示范。

首先,中国私营安保公司提供武装护航业务的合法性一直没有得到中国法律的正式承认,这使得中国很多私营安保公司因为对提供武装护航的合法性抱有疑虑,仍然对该业务持观望态度。2020年修订的《中华人民共和国国防法》(简称《国防法》)第29条规定:"国家禁止任何组织或者个人非法建立武装组织,禁止非法武装活动,禁止冒充军人或者武装力量组织。"但该条并未界定"武装组织"的定义,也没有明确该条的适用范围是否仅限于境内。因此,难以确定该条所禁止设立的"武装组织"是否包含提供海上武装护航服务的公司,以及中国主体在境外设立的武装安保公司。理论上讲,中国企业在境外设立的武装安保公司以及所从事的护航活动也有可能被视为非法武装组织、武装活动,并受到相

应的制裁。

2010年,商务部、外交部、国家发展和改革委员 会、公安部等多个部门颁布了《境外中资企业机构和 人员安全管理规定》,目的是"为进一步加强新形势 下境外中资企业机构和人员安全保护工作,保障'走 出去'战略的顺利实施"。然而,该规定仍然遵循传 统的政府为主导的海外安保模式,仅规定了政府部 门、驻外使领馆在负责企业的安全保障事务时应当 承担的义务,并未正面回应"走出去"企业的私营武 装护航需求。直到2015年,中华人民共和国海事局 发布了《私人武装保安在船护航证明签发管理办 法》,第一次明确了有关部门为中国籍的国际航行船 舶签发私人武装保安在船护航证明的申请程序,并 明确了船舶申请办理私人武装保安在船护航证明时 应当向主管机关提供的文件材料(其中包括意欲雇 佣的有资质提供武装护航服务的私营安保企业的相 应资质证明文件)。《私人武装保安在船护航证明 签发管理办法》认可了中国企业雇佣武装保安作为 驻船护卫的合法性,但并未正面回应中国私营安保 公司经营武装护航业务的合法性问题。而且《私人 武装保安在船护航证明签发管理办法》属于部门规 章,法律位阶较低,规定也较为简单,并未涉及国内 私营安保公司经营武装护航业务的准入资质、申请 程序等。

2009 年国务院颁布的《保安服务管理条例》以及 2016 年公安部颁布的《公安机关实施保安服务管理条例办法》均对中国私营安保公司的设立和运营问题作出了规定,也在一定程度上肯定了私营武装守护、押运的合法性。但是,相对武装安保这种可能涉及武装暴力的行为的重要性而言,《保安服务管理条例》的法律阶位层级较低,而且未对中国安保公司如何开展境外安保业务进行明确规定,导致国内主管部门在应对对此能否进行监管、如何进行监管等问题时缺少明确的依据。对于国内有意从事私营武装护航业务的安保公司而言,缺少法律的明确指导和支撑,总会让其心里没底,放不开手脚,无法大有作为。[15]

2019年5月15日,公安部三局发出了《关于组织开展修改〈保安服务管理条例〉调研工作的通知》,其中指出:"越来越多保安企业'走出去'服务我境外企业和重大项目安保工作,《条例》因此出现了一些不适应、不协调和不配套的问题,需要及时修改解决。"在该通知之中,公安部三局列出的调研题目之一就是关于指导规范我保安企业赴海外开展保

安服务的立法建议。<sup>[16]</sup> 2020年11月29日,《国务院关于修改和废止部分行政法规的决定》发布,《保安服务管理条例》也随之进行了修改,但此次修改仅仅将《保安服务管理条例》第22条中的"外商独资、中外合资、中外合作"修改为"外商投资",其他内容并无变化。

总体来看,虽然私营武装护航涉及船旗国以及 公司注册地国等法域的法律监管,但无疑私营武装 护航公司首先要符合注册地国的法律规范。对此, 在2019年5月20日至24日召开的联合国私营军 保公司政府间工作组第一次会议之中,中方代表团 (由外交部、公安部和驻日内瓦代表团组成)即发言 表示:"在加强私营军保公司活动监管方面,各国负 有首要责任确保公司活动合法合规,相关国内法律 和政策的基础性地位应受尊重"(domestic laws and policies of States should be respected as fundamental in this process)。[17]因此,国内法律和政策是私营军事 和保安公司(包括私营武装护航公司)合法合规的 基础。对中国而言,法律规范的不甚明晰是制约中 国安保企业出海进行武装护卫的制度障碍之一,有 必要对此加快立法工作,给安保企业提供更为明确 的法律制度支持。

# 三、对私营武装护航加以引导规制的法律可行性分析

如上所述,中国有着现实的对私营武装护航的 需求,但中国法律对此的空缺可能是阻碍这一行业 的重要因素之一。因此,有必要深入理论研究,从国 内、国际法律的角度进行论证,为这一行业的供给侧 改革提供理论支持。对此,笔者分析如下。

## (一)国际法理论对私营武装护航的合法性的 态度已经逐渐转变

私营武装护航产业在诞生之初,有观点认为其可能会对国家安全主权和国际法上的船舶无害通过权产生冲击,在海上武装冲突法以及"国际人道法"①上可能存在问题,因此在合法性上一直面临质疑。但随着国际理论界研究的深入,学界对于私营武装护航的合法性逐渐达成肯定共识。

就私营武装护航与国家海上安全主权的关系而

言,最早有学者提出,由私营武装承担属于公权力职 能的安全任务,可能会弱化主权,打破国家对暴力的 垄断.[18]在跨国航行中配置武装保安甚至会侵蚀东 道国的安全主权。然而,在20世纪80年代国家安 全职能的"平静革命"<sup>②</sup>后,国际理论对政府安全职 能的认识发生变化,认为包括私营武装护航在内的 私营安保服务实质上属于国家行使安全职能的模式 变化。[19] 政府将武装护航任务外包给私营安保公司 加以执行,并对企业提供的服务加以统筹、管制;私 营安保公司通过国际、国内市场竞争,提升自己武装 护航服务的专业性,并确保安保人员的高素质和服 务的高执行效率。政府通过专业化的分工可以更好 地发挥对于资源的统筹协调能力,将有限的精力集 中在更需要的方面,优化资源配置,提高资源利用 率.[14]44 这样的公私合作是一种进步,也是国家安 全职能的合理延伸。

国际海洋法的自由航行制度明确了船舶在公海 上可以自由航行,在他国领海享有无害通过权 利。[7]148 在私营武装护航诞生之初,由于私营安保 公司与私营军事公司在经营范围上的区分并不明 显,且安保公司对武器管制不充分、人员素质不高, 配备驻船武装保安的船舶在通过东道国领海时可能 会对其领海或沿海港口的和平、秩序、人员及财产的 安全造成损害,因此不适用船只的无害通过权。但 随着相关法理论的态度转变,目前"私营武装护航 是自助权的合理延伸"成为了国际学界的主流观 点。按照国际习惯,"在严格限定的防卫情形中,即 在个体面临'死亡或严重身体伤害的迫近危险'时 使用武力是可以接受的,只要这种措施是合理和必 要的"。[20]在肯定船舶在面对海上威胁时具有自助 权的前提下,配备武装保安可以认为是保护船上的 人身和财产安全的合理手段,而且该手段已经经过 了国际社会的长期实践。如果对私营武装护航加以 充分规制,那么即使配备武装驻船保安的船舶航入 他国领海的范围内,只要不进行有损沿海国主权、领 土完整或政治独立的武力威胁和武力行为,也可以 认为享有无害通过权。

此外,目前国际航运保险行业在审查船舶适航

① 国际人道法是保护战争或武装冲突期间未参与或不再参与敌对行动的人员的规则的总称。国际人道法是国际公法的重要组成部分,它包括一系列规则,用来在武装冲突时保护未参与或已退出战斗的人员,以及限制战争所用的方法及手段。国际人道法有两个分支,即"海牙法"和"日内瓦法"。"海牙法"确立交战各方在战斗方式上的权利和责任,限制交战国所选择交战的手段。"日内瓦法"旨在保障没有参与或已经退出战斗的军事人员,以及并未积极介入敌对斗争的人员,特别是平民。

已经退出战斗的军事人员,以及开木积极介入敌对斗争的人员,特别是平民。 ② 20世纪80年代起,英国、美国等国出于小政府的意识形态和压缩公共预算等考虑,将很多传统上本应当由国家垄断的安全职能移交给私营安保市场,这使得这些国家的私营安保公司能够高速、长足发展。

性时,保险人可能会认为一艘可能经过高风险海域, 但没有配备充分训练的船员或警卫的船是不适航 的,在该船舶遇险后,保险人可能会以船舶不具备适 航性为由,拒绝船方的理赔(包括分摊共同海损)请 求。<sup>[7]141</sup> 因此,就承运人履行适航义务而言,承运人 在船舶上配备受过训练的专业武装护卫符合各方利 益,而这可以从侧面证明私营武装护航的合法性。 从另一个角度讲,航运业的客观情况也需要国家承 认私营武装护航的合法性,否则船舶无法正常通过 海盗敏感区域,国际贸易就很难开展,最终会影响各 国所有国民的利益。

## (二)国际法规范为中国对私营武装护航加以 规制提供了宝贵经验

目前的国际规约对于私营武装护航的合法性暂无明确规定,但基于上述理论变化,国际社会逐渐以软法(soft law)的形式确认了私营武装护航的合法地位,这些国际性的法规范对中国建立与国际接轨的统一规范体系提供了可资借鉴的宝贵经验。

2008年,17个国家在瑞士的蒙特勒城签署了《蒙特勒文件》,该文件旨在确保私营安保公司及有关利益主体遵守国际人权法和国际人道法规定的行为准则,扩大了国际人权法和国际人道法的适用范围,将国际良好惯例适用于非战争与武装冲突期间(也适用于私营安保公司海上武装护航实践)。[21] 2010年部分国家在《蒙特勒文件》的基础上开始推动签署《国际私人安保服务行为守则》(International Code of Conduct for Private Security Service Providers),并随后建立了由国家、产业和社会代表共同参与的国际安保规范协会。[22]

2011年,国际海事组织(简称 IMO)海上安全委员会(简称 MSC)在其伦敦总部举行第 89 届高级别会议,会议通过《船上雇用私营武装保安暂行指南》,针对索马里沿岸、亚丁湾、印度洋等高风险海域上存在的海盗袭击风险,为航行的船舶雇佣私营武装保安进行护航提供指导性的范式。[23] 2012年 5月 16日至 25日,MSC 召开了第 90届高级别会议,会议中表明商船携带武器航行具有无害通过权,并就"私营武装护卫公司的标准和认证程序"委托国际标准化组织(简称 ISO)起草相关的认证标准。此外,MSC 还通过了《致船旗国在高风险海域船上雇用私营武装保安的临时性建议》(MSC. 1/Circ. 1406)以及《致船舶所有人、船舶运营商和船长的在高风险海域船上雇用私营武装保安的暂行指南》(MSC. 1/Circ. 1405),以应对在船上雇用私营武装

保安这一复杂问题。尽管 IMO 出台的指南并无国际法的强制性效力,但仍具有较高的权威性和可适用性,也表明 IMO 对私营安保公司经营武装护航业务保持着积极的态度。

2012 年,联合国安全和安保部(United Nations Department of Safety and Security)颁布了《私营安保公司武装安全服务使用指南》(Guidelines on the Use of Armed Security Services from Private Security Companies)。<sup>[24]</sup>该指南认可了由《蒙特勒文件》和《国际私人安保公司服务行为守则》构建的国际治理框架,这意味着联合国逐渐对私营武装护航的合法性加以认可。<sup>[25]</sup>同年,波罗的海航运公会(简称 BIMCO)公布了海上武装护卫格式合同(简称 GUARDCON),表明自身支持私营武装护航的立场,而 BIMCO 与其他国际组织共同出台的《防范索马里沿海水域海盗袭击的最佳管理实践》(Best Management Practices to Deter Piracy)提供了船只适用武装安保的适用范围和武装安保的行为准则。<sup>[26]</sup>

2015年,ISO 制定了有关海上安保的标准,即《船舶和海洋技术——私人海上安保公司提供船上合同制私人武装保安人员导则(以及合约格式)》[Ships and Marine Technology—Guidelines for Private Maritime Security Companies Providing Privately Contracted Armed Security Personnel on Board Ships (and Pro Forma Contract),ISO 28007-1:2015],这一认证标准是评价私营武装护航是否符合第三方要求的认证标准,并包含了审核和认证程序。该标准的出台使私营武装公司更具合法性,也提高了私营武装护航的质量,进而保证了航经高风险水域的船舶及其人员的安全。

### 四、私营武装护航的规制建议

综合以上分析,笔者认为,为有效保护中国海外利益,促进中国私营武装护航行业的蓬勃、有序发展,有必要以立法的形式确立私营安保公司从事私营武装护航业务的合法性,同时扫除掣肘发展的制度障碍,建立事前、事中、事后的法律监督机制,并引导建立相应激励机制。

## (一)从基础上认可私营武装护航业务的合 法性

从制度供给侧改革的角度讲,首先可以考虑进行的顶层设计是制定相关法律法规,确认驻船护航的私营安保公司不属于非法武装组织,确认其持有枪械的合法性,这是发展此业务的正当性基础。考虑到立法周期较长等问题,目前可以采取的对策是

出台对《国防法》等相关法律的解释,或者制定较为 灵活、效力层级较低的规范性文件(例如《国防法》 实施条例等),确认获得相应许可的私营安保公司 有权依法在境外经营武装护航业务。

#### (二)建立全方位的法律监督机制

针对私营武装护航行业规范尚未完善的现实环境,可以考虑出台相应法律、法规建立私营武装护航行业的事前准入机制。对于已经在"一带一路"沿线提供武装护航服务的私营安保公司,应当做好备案统计工作;对于具备法律所规定的相应从业资质的私营保安公司,应当按照其申请颁发经营许可。同时,中国应参照相应国际标准,制定和公布私营武装护航业务资质的认证标准,并建立相应合格证明的颁发、审核制度,并为专门从事海上武装护航业务的武装保安的培训及从业提供指导性规范。此外,中国还应加快建立对私营安保公司从事武装护航的事中、事后监督制度,针对私营安保公司及其职员谎报资质、滥用武器暴力、无故侵犯生命财产权利等等情形,追究私营安保公司及其职员的民事、行政、刑事责任。

#### (三)引导建立职业责任保险等激励机制

考虑到从事私营武装护航业务所面临的海盗、海难等巨大风险,有必要引导、支持国内保险公司突破传统限制,根据国外已有的保险实践设立护航责任险等险种,为国内私营安保公司积极开展武装护航业务提供后备保障。

首先,私营武装护航本身的特点决定了从事这一行业的人员会面临比常人更多的风险和意外。因此,安保公司在海外武装护卫,其自身的安全以及从业风险问题必须加以重视。武装安保难免涉及使用武力,如造成对第三者的伤害的,私营安保公司还会面临来自第三方的索赔。

其次,外国安保公司一般都与保险公司有深度合作,这也有利于安保公司进一步获取客户信任。从良好惯例的角度讲,购买合适的安保职业责任保险也是国际社会公认的要求。例如,ISO发布的标准《私营安保营运体系——要求以及应用指南》(Management System for Private Security Operations—Requirements with Guidance for Use,ISO 18788-2015)第7.1.2.3条规定:"安保公司应证明其有与风险情

况相对应的保险来保障其风险以及有关责任。当安保公司将有关业务外包的时候,也有必要确保其分包商购买了合适的保险。"再如,GUARDCON第12条保险条款也规定安保公司要参保责任保险。

截至目前,中国保险公司还没有设立与私营武装护航对应的安保险种,安保企业难以通过保险的形式分散安保风险。<sup>[27]</sup>虽然国内部分保险公司已经推出了"保安服务责任保险",但该类险种大多不适用于跨国安保服务,且大部分都会排除因战争、敌对行动、军事行为、武装冲突、罢工、骚乱、暴动、恐怖活动而产生的风险。因此,中国保险监管机构可以在认可私营安保公司合法地位的基础上,对于此种保险的合法性也予以认可,鼓励、引导国内的保险公司设立上述险种,并吸取国外经验、教训,通过法律法规或行业规范的形式为保险公司提供流程化的公示方法和风险评估办法。

### 五、结语

从宏观层面讲,早在2002年,《国务院、中央军委关于推进军队后勤保障社会化有关问题的通知》即指出,把应该而且能够由社会来办的事情交给社会,把担负非军事职能的保障机构交给地方。从现实的角度讲,中国政府不太可能动用军队或者大规模扩大领事保护来护卫中国的海外利益,包括中国商船船队的利益。从实践看来,最为有效可行的路径是通过私营安保公司来护卫,将这部分军队的职能交给专业的武装安保公司来进行,既符合国际法、国际惯例,也符合军队社会化的国家政策。而且,每年中国都有大量的退伍军警,武装安保行业正好可以继续发挥这些退役人员的专业技能和作用。

从航运业微观层面来看,作为全球最大的船东国家之一,中国船队对海上安保服务的需求巨大。而现实情况是,中国鲜有能提供私营武装护航业务的公司,中国的船东不得不将大量的安保费用支付给外国安保公司。从实际利益的角度讲,对中国也是一个损失。而且,如上所述,除了造成外汇流失,对中国船东而言,使用外国安保公司在诸多方面也并不能令人满意。因此,中国有必要建立相关法律制度,完善事前、事中、事后的监督机制,推动发展自己的私营武装安保护航队伍,更好地促进中国船队参与"一带一路"建设。

#### 参考文献:

[1] Chair of the Working Group on the Use of Private Military and Security Companies (PMSCs) in Maritime Security of the *Montreux Document* Forum. Elements for a maritime interpretation of the *Montreux Document* [EB/OL]. (2021-07-24) [2021-07-25]. ht-

tps://www.montreuxdocument.org/media/pdf/reference\_document.pdf.

96

- [2] 李伟. 索马里海盗,"好日子"已到头? [J]. 世界知识,2013(4):48-49.
- [3] 窥视红海行动背后的秘密:海盗、护航和营救[EB/OL]. (2018-03-15) [2021-06-28]. https://www.sohu.com/a/225651261 100080233.

第 32 卷

- [4]2020 年我国企业对"一带一路"沿线非金融类直接投资 177.9 亿美元[EB/OL]. (2021-01-22)[2021-06-14]. http://www.mofcom.gov.cn/article/i/jyjl/e/202101/20210103033348. shtml.
- [5] 崔守军. 中国海外安保体系建构刍议[J]. 国际展望,2017(3):80-81.
- [6]邢瑞利."一带一路"安全治理中的中国私营安保公司[J].西北民族大学学报(哲学社会科学版),2019(2):28.
- [7]李卫海,中国海上航运的安保模式及其法律保障——以应对21世纪海上丝路的海盗为例[1],中国社会科学,2015(6),
- [8]德新海号被劫凸显索马里护航困境[EB/OL]. (2009-10-22)[2021-06-28]. http://news. 163. com/special/00013RCK/CAR-GOCESHI. html.
- [9] 周有强. 中国安保企业出海[N]. 工人日报,2017-08-23(6).
- [10] ARDUINO A. China's private army; protecting the new Silk Road [M]. Singapore; Palgrave Pivot, 2018; 5-6.
- [11] PATTISON J. Deeper objections to the privatisation of military force [J]. Journal of Political Philosophy, 2010, 18(4): 426-427.
- [12] 孙旭东. 关于雇佣中国籍武装护卫护航情况介绍[J]. 航海,2012(5):67.
- [13]姚亚平. 华信中安: 探路中国武装保安护航[J]. 中国远洋航务, 2015(7): 25.
- [14] 林方. 我国发展私营安保业的现实意义及规制措施[J]. 北京警察学院学报,2017(6).
- [15]张阳阳. 我国保安公司开展境外武装安保业务的法律问题思考[D]. 上海: 上海师范大学, 2018:18.
- [16]公安部三局. 关于组织开展修改《保安服务管理条例》调研工作的通知[EB/OL]. (2019-05-15)[2021-07-20]. http://47. 104. 225. 27/UploadFiles/files/20195271550091. doc.
- [17]中国代表团在私营军保公司政府间工作组第一次会议上的一般性发言[EB/OL]. (2019-05-20)[2021-07-20]. https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/IGWG/China.docx.
- [18] SINGER P W. Corporate warriors; the rise of the privatized military industry [M]. Ithaca; Cornell University Press, 2004; 6.
- [19] SHEARING C D, STENNING P C. Modern private security; its growth and implications [M]//TONRY M, NORVAL M. Crime and Justice; An Annual Review of Research. Chicago; University of Chicago Press, 1981; 193-245.
- [20] 塞缪尔·冯·普芬道夫. 自然法与国际法(第一、二卷) [M]. 罗国强、刘瑛、译. 北京:北京大学出版社、2012:287.
- [21] 袁源. 中国私营安保公司海上武装护航的法律规制[D]. 北京:首都经济贸易大学,2018:10.
- [22] 周章贵,艾莱提. 国际安保规制 30 年进程及国际安保行为守则协会成立背景[EB/OL]. (2019-05-07) [2020-07-20]. https://www. 163. com/dy/article/EEJFU3TO05411C2C. html.
- [23] 吴磊明. 国际海事组织海上安全会议通过船上雇用私人武装保安暂行指南[J]. 水运管理,2011,33(8):39.
- [24] United Nations Department of Safety and Security. Guidelines on the use of armed security services from private security companies [EB/OL]. (2012-11-08) [2021-06-28]. https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Mercenaries/WG/StudyPMSC/GuidelinesOnUseOfArmedSecurityServices.pdf.
- [25] 荣璞珉, 曲晟. 对 Enrica Lexie 案所涉刑事管辖争端的分析[J]. 中国海商法研究, 2017, 28(2):82.
- [26] BIMCO, ICS, IGP&I Clubs, INTERTANKO, OCIMF. Best management practices to deter piracy and enhance maritime security in the Red Sea, Gulf of Aden, Indian Ocean and Arabian Sea [EB/OL]. [2021-06-28]. https://www.xindemarinenews.com/xd% 20new/xdad/BPM5.pdf.
- [27] 刘波. "一带一路"安全保障体系构建中的私营安保公司研究[J]. 国际安全研究, 2018, 36(5): 130.

于登君. 论海事调查行为的可诉性范围[J]. 中国海商法研究,2021,32(3):97-104

## 论海事调查行为的可诉性范围

#### 于登君

(中华人民共和国大连海事局,辽宁 大连 116300)

摘要:基于最高人民法院判定海事调查责任认定书影响当事人权利义务的前提,对海事调查行为的性质进行了系统梳理。海事调查并非是一种行政行为,它是多种行为组成的行为链,且行为与行为之间既具有独立性,也具有起承转合的顺序关系。各行为根据产生的不同法律效果,体现出不同的行为性质。对海事调查行为的司法审查,应限于影响当事人权利义务关系的责任判定行为。对于不影响当事人权利义务关系的其他内容,不应纳入司法审查范围。

关键词:水上交通事故:海事调查:可诉性:安全调查

中图分类号:D925.3 文献标志码:A 文章编号:2096-028X(2021)03-0097-08

#### On the possibility of administrative lawsuit in maritime accident investigation

YU Deng-jun

(Dalian Maritime Safety Administration of the People's Republic of China, Dalian 116300, China)

Abstract: According to the ruling of the Supreme People's Court, the confirmation of maritime investigation responsibility affects the rights and obligations of the parties, based on this, the paper systematically sorts out the nature of maritime investigation. Maritime investigation is not an administrative act, it is a chain of various behaviors which are independent and sequential with each other. Depending on the different legal effects, the nature of behavior is also different. The judicial review of maritime investigation should be limited to the liability judgement which affects the rights and obligations of the parties. The judicial review should not include the contents which have no effect on the rights and obligations of the parties.

Key words; waterborne traffic accident; maritime investigation; lawsuit possibility; safety investigation

2020年3月以前,海事调查责任认定不可诉应该是行政机关和司法机关的共识。最高人民法院民四庭王淑梅法官《在全国海事审判实务座谈会上的总结讲话》(2017年)中第17条"海事行政案件等其他问题"第2项对海事调查可诉性的问题也作出了详细解释,认为《中华人民共和国行政诉讼法》(简称《行政诉讼法》)第2条规定了行政诉权的范围,即行政诉讼针对的是侵犯了当事人合法权益的行政行为。事故责任认定书是行政机关通过调查对当事人责任进行划分的书证,是证据的一种,并不能直接影响当事人的权利义务。如果该认定书确系错误,

当事人可以向上一级机关申请重新认定,也可通过提供足以推翻认定书的证据并由法院在诉讼过程中另行认定。[1]海口海事法院、海南省高级人民法院、广州海事法院、大连海事法院近年来也有多起关于水上交通事故责任认定书不可诉的司法案例<sup>①</sup>。

但在《行政诉讼法》已经修订,《最高人民法院 关于适用〈中华人民共和国行政诉讼法〉的解释》 (法释[2018]1号,简称《行诉法解释》)已经实行, 且没有新司法解释出台的情况下,一份作出于 2019 年5月20日的最高人民法院复函却彻底颠覆了各 界的共识。

收稿日期:2021-04-30

作者简介:于登君(1982-),男,辽宁大连人,公职律师,中华人民共和国大连海事局督察处副处长,E-mail:512951704@qq.com。

① 如海口海事法院(2014)琼海法行初字第 1 号行政裁定书、海南省高级人民法院(2014)琼立一终字第 222 号行政裁定书、广州海事法院(2014)广海法行初字第 7 号行政裁定书、大连海事法院(2017)辽 72 行初 169 号行政裁定书中持该观点。

《最高人民法院民四庭关于对〈交通运输部海事局关于商请明确海事调查结论是否可诉的函〉的复函》[法民四(2019)15号,简称《复函》]观点是很明确的,"将水上交通事故责任认定书排除行政诉讼受案范围没有法律依据"。自该《复函》于2020年3月广为人知以来,至少已有3起针对海事调查提起的行政诉讼案件被海事法院受理并进入了实质审理阶段。因此,之前的司法共识已经被打破,根据该《复函》,"水上交通事故责任认定书"是可诉的。

由于长期以来均认为海事调查是不可诉的,理 论界对海事调查行为的性质与可诉性问题较少进行 全面的分析和研究。现该《复函》既然明确根据海 事调查作出的事故责任认定书是可诉的,就很有必 要对海事调查行为的性质与可诉性问题进行全面的 审视,并明确海事调查行为可诉性的范围。

基于法律制度应具有的安定性和可预测性,笔者以当前司法实践为视角,并遵循以下三个原则来 探讨海事调查的可诉性问题。

第一,尽管《复函》仅系司法复函,并非司法解释,但鉴于其对法院审判工作的影响,"是对司法解释的一种必要的补充,对保障法律的正确使用和审判工作的顺利进行起着不可或缺的指导作用",<sup>[2]</sup>基于《复函》明确水上交通事故责任认定书可诉的前提,进一步讨论可诉的对象及范围。

第二,不能完全颠覆之前所有关于海事调查的 认识。之前关于海事调查的不可诉性共识,是基于 现有《行政诉讼法》及司法解释关于行政诉讼受案 范围的规定,以及当前中国行政法律规范体系下关 于行政行为的定义、种类和性质的认识而得出的,同 时也是基于相同性质的行为(如道路交通事故调 查、安全生产事故调查)应具有适用法律上的统一 性这一基本原理而得出的。因此,不能无限扩大 《复函》的适用范围,而应基于当前中国行政诉讼对 可诉行政行为的基本认识重新审视海事调查的可诉 性问题。

第三,海事调查行为尽管是海事部门依职权作出的,但其法律性质与道路交通事故调查并不完全相同,应考虑中国海事法律规范的涉外性特征。基于国际上对海事调查的共性认识和国内法转化时的规范定义重新审视海事调查行为,确定其行为性质。

海事调查行为并非典型的行政行为,具有多重的法律属性。某些方面具有行政行为的特征,某些方面 不具有行政行为的特征。

### 一、事故调查行为可诉性的判断标准

现行《行政诉讼法》对于行政诉讼受案范围采取了"概括列举式+排除式"的规定方法。《行政诉讼法》第12条规定了12项明确属于行政诉讼受案范围的情形,《行诉法解释》第1条第1款又对行政诉讼受案范围进行了概括性定义<sup>①</sup>;第13条规定了不属于行政诉讼受案范围的四种排除性情形,《行诉法解释》第1条第2款、第2条对该四种情形进行了相关定义和解释,并明确了10种不属于行政诉讼受案范围的情形。

综合《行政诉讼法》《行诉法解释》的规定,可以 把行政诉讼受案范围概括性归纳为:对当事人权利 义务关系构成实际影响的行政行为。从排除式角度 理解,则"非行政行为"和"对当事人权利义务关系 不构成实际影响的行政行为"不属于行政诉讼的受 案范围。水上交通事故调查处理被列入《直属海事 系统权责清单》,尽管对其究竟属于哪种性质的行 政行为尚存在争议,但总体上其应属于行政行为。 因此,判断其是否可诉主要是基于"是否构成对当 事人权利义务关系的实际影响"。因此,对事故调 查行为的可诉性讨论也应围绕"是否对当事人权利 义务关系构成实际影响"展开。

支持水上交通事故调查不可诉的理由如下。一是事故调查报告并不直接确定当事人权利义务关系,其作为民事案件的证据使用,能否最终被人民法院采信,应按民事诉讼证据举证、质证与认证的有关规定,由人民法院根据查明的案件事实决定是否采纳,只有经人民法院确认并依法作出判决后,才能对当事人的权利义务产生实际影响,属于《行诉法解释》第1条第2款第10项的情形<sup>②</sup>。二是认为事故调查属于行政机关内部程序性行为,不产生外部法律效果。事故调查责任认定是调查部门在充分调查的基础上,运用专业技术手段就事故各方的地位和作用及事故发生的因果关系、责任大小等所作出的结论性意见,是处理水上交通事故工作中的一个环节,该行为并不产生外部法律效力,也属于《行诉法解释》第1条第2款第5项的情形<sup>③</sup>。三是事故调

① 该定义并没有采取《行政诉讼法》列举式的方式,而是给出了统一的定义:"公民、法人或其他组织对行政机关及其工作人员的行政行为不服,依法提起诉讼的,属于人民法院行政诉讼的受案范围。"

② 如大连海事法院(2017)辽72行初169号行政裁定书中持该观点。

③ 同上。

查是为作出其他外部行政行为(如行政处罚)而实施的准备、论证行为,是一个过程性行为,属于《行诉法解释》第1条第2款第6项的情形<sup>①</sup>。四是该行为未赋予当事人行政权利或科处行政义务,不具有强制力<sup>②</sup>。

支持水上交通事故调查可诉的理由如下。一是 事故责任认定显著影响当事人权利义务关系。由于 事故责任认定书是行政机关出具的,按照民事证据 规则,具有优先适用效力,在民事诉讼中很难通过证 据规则予以推翻,实际上是显著影响了当事人的权 利义务关系。二是事故责任认定一经作出即直接影 响当事人法律责任的承担,可能使当事人承担民事 赔偿、被行政处理或行政处罚、甚至可能会承担刑事 责任,明显会对当事人权利义务关系产生影响。三 是尽管道路交通事故责任认定系不可诉,但不可诉 之原因并非对当事人权利义务关系没有影响,而是 因为《中华人民共和国道路交通安全法》(简称《道 路交通安全法》)第73条将事故责任认定定性为证 据,且全国人大法工委于 2005 年对《道路交通安全 法》第73条进行了立法解释。而在其他事故调查 责任认定对当事人权利义务关系有影响的情况下, 并没有法律规范对可诉性予以排除。[3]

从最高人民法院当前司法实践的倾向性发展来看,由于类型化行政行为法定分类的缺失,较少通过行政行为的类型判断是否可诉,只要对当事人权利义务关系构成影响即为可诉的倾向性越来越明显<sup>3</sup>。

因此,对于事故调查行为可诉性问题的分析,就可以简化为分析"海事调查过程中哪些行为对当事人权利义务构成实际影响"。包括水上交通事故调查在内的事故调查,就其整个调查过程而言贯穿着多种行为或有法律意义的活动,事故调查本质上是多种手段或行政行为的组合运用,涉及很多元素或要素。而这些元素或要素并非均会影响当事人的权利义务,只有影响当事人权利义务的调查行为方具有可诉性,而不影响当事人权利义务的调查行为不具有可诉性。

### 二、事故调查行为的法律性质

要解决上述问题,不容回避的一个问题是:中国

的海事调查到底是什么性质的行为?根据国际海事组织海上安全委员会2008年通过的《海上事故或海上事件安全调查国际标准和建议做法规则》(简称《国际海事事故调查规则》),海事调查是一种独立于刑事调查、行政调查和民事调查的调查,其宗旨并不在于追究和判明责任,而是防止事故的再次发生。该规则第一部分和第二部分已纳入《国际海上人命安全公约》第 XI 章,于2010年起强制实施。该规则下的海事调查主要在于查明导致事故发生的真实原因和实际状况,以提升海上人命和财产之保护。毫无疑问,《国际海事故调查规则》下的事故调查行为是不可诉的。

但在中国,根据《海上交通事故调查处理条例》,海事调查要查明事故发生的原因,判明当事人的责任,其性质与《国际海事事故调查规则》规定的海事调查并不相同,既包括安全调查,也包括能直接引起法律后果的行政调查。

中国行政法律规范体系下的事故调查的性质在 行政法研究领域所涉甚少,也没有较为统一的共识。 余凌云教授在其《行政法讲义》一书中专门用独立 的章节论述了"行政调查"。<sup>[4]</sup>但其论述的行政调查 是一个非常大的概念,甚至把各类检查行为和即时 强制行为均包括其中,并非仅指事故调查。结合安 全生产事故调查、交通事故调查、海事调查等司法案 例,对事故调查行为性质的认识主要有如下几种 观点。

第一,认为事故调查属于不成熟的行政行为。成熟性原则起源于美国的司法判例,是指行政程序必须发展到适宜由法院处理的阶段,即已经达到成熟的程度,才能允许进行司法审查。[5]《行诉法解释》第1条第2款第6项规定的其实就是不成熟的行政行为。原则上,不成熟的行为司法机关不应审查,即使当事人认为预备性的、中间性的和程序性的决定违法,也应在最后决定作出以后,将其和最后决定一起提请法院审查。

第二,认为事故调查属于行政确认行为。笔者查阅了部分省市公布的政府部门权责清单,发现很多地方的公安部门均将交通事故责任认定作为行政确认事项<sup>④</sup>。<sup>[6]</sup>一般认为,行政确认是一种独立的行

① 如海南省高级人民法院(2014)琼立一终字第222号行政裁定书中持该观点。

② 同上。

③ 最高人民法院(2019)最高法行申10633 号行政裁定书指出:"关于国家市场监督管理总局作出的检查通报,从通报内容和性质上,其不具有强制性,属于行政指导行为,但由于其发布主体具有权威性,发布内容具有很强的针对性,对相关企业的后续处理作出了明确的规定,客观上对天威公司的权益产生了实际影响,故二审认为具有可诉性并无不当。"

④ 如天津市公安局在其职权信息表中将"对交通事故认定及复核"归入行政确认类别。

政行为类型,也是《最高人民法院关于规范行政诉讼的案由的通知》中所规定的案由类型之一。行政确认行为原则上应是可诉的。《复函》明确水上交通事故责任认定书可诉,但并没有对其行为性质进行分析。从各法院支持可诉性的判决分析,似乎倾向于认为水上事故责任认定是行政确认行为。

第三,认为事故调查属于行政调查行为。学界尚未形成对行政调查行为的统一认识。有学者将行政调查定义为行政主体在行政程序开启之后、行政决定作出之前,为了查明案件事实依据职权所进行的资料收集、证据获取的活动。<sup>[7]</sup>还有学者认为,行政调查可以被定义为动态方式实现行政目的并有独立价值的一般性制度。<sup>[8]</sup>不论如何,行政调查的核心在于收集证据、认定事实。就水上交通事故调查而言,"海事管理机构作为行政主体有法定调查权。调查中,通过现场勘验、询问证人、提取证据等一系列过程获取信息、认定分析事实,找出事发原因。从性质上看,它应当属于行政调查的范畴,从调查启动的时机分析,其属于事后调查的类型。"<sup>[9]</sup>

第四,认为事故调查属于准行政行为。而准行政行为的典型形态表现为"受理、登记、证明、确认(认定)、鉴定、答复"等形式。<sup>[10]</sup>如有学者指出:"海事调查取证就是一种准行政行为,而海事处理是一种行政行为。海事调查取证本身并不直接产生法律的效力和后果,但是它对海事处理这一产生法律效果的行政行为有直接影响。"<sup>[11]</sup>吴兆麟教授认为海事行政主体对海上交通事故的调查行为是一种准行政行为。<sup>[12]</sup>

笔者认为,由于水上交通具有国际性,尽管各国海事管理体制不尽相同,但有一个共同的特点,有关海事管理的国内法规很多都是根据国际公约或航运惯例结合本国实际情况转化而来,也有很多海事国内法主要用于实现强制性公约的国内法转化。因此,海事管理的国内法律法规既体现了本国的特殊情况,也体现了国际公约的强制性要求,既有履约性条款,也有国内特殊性条款。中国关于海事调查的法律体系实际上体现了上述特点。

海事部门是代表中国履行海事公约的水上交通 安全主管机关。其既具有《国际海上人命安全公 约》《国际海事调查安全规则》要求的水上交通事故 或事件的安全调查职责,也具有《中华人民共和国 海上交通安全法》(简称《海上交通安全法》)《海上 交通事故调查处理条例》要求的"判明责任"的行政调查职责。因此,中国海事部门组织开展的海事调查应具有两种法律属性,一是安全调查的属性,这是国际公约的强制性要求,也是国际国内对于海事调查开展目的的共性认识<sup>①</sup>,二是行政调查的属性,判明事故各方责任,并在某些情况下提出惩戒性处置的建议。

但长期以来,不管是针对海事调查报告,还是针对事故责任认定,较为共性的认识均是不可诉的。在修订后的《海上交通安全法》生效前,无论是立法层面,还是海事调查的实践层面,都未从法律程序上对两种调查性质进行严格区分。修订后的《海上交通安全法》分别规定了事故调查程序和事故责任认定程序,间接地区分了安全调查和行政调查。在其生效后,事故调查组出具的海事调查报告应当同时涵盖安全调查和行政调查两部分内容。安全调查对事故的组织因素、人的因素和机器因素进行分析论证,向各航运公司和主管机关提出安全管理建议。行政调查对事故责任进行认定。对于行政调查的情况,海事部门应当作出海上交通事故责任认定书,海事调查报告中的行政调查程序就变为了事故责任认定程序的中间环节。

因此,海事调查并不是一种行政行为,它是多种行为的组合,且行为与行为之间既具有独立性,也具有起承转合的顺序关系。各行为作为整体调查过程的某个阶段或某个因素,体现出不同的法律性质。海事调查的主要行为构成如图 1 所示。

从行为法律性质上看,海事调查应是各种行为组成的行为链,各行为根据产生的不同法律效果,体现出不同的行为性质。"对事故信息的报告、接收与立案",具备准行政行为的特征。对事故开展"调查取证",安全调查与行政调查是同步开展的,因此对于围绕事故性质及责任认定而开展的调查取证,应属于准行政行为,是后续处置行为的阶段性行为、程序行为。对于围绕安全调查性质而开展的事故直接原因、间接原因等原因分析旨在防止类似事故再次发生的调查或质询,由于海事部门并不追求行政法律效果,因此应属于行政事实行为。对于"处理程序"的责任认定行为应属于行政确认行为,实施的行政处罚应属于行政指导行为,组织的调解应属于行政调解行为。对调查结果的公开应属于准行政行为。

① 海事调查主要在于查明事故原因,提出安全管理建议,消除不安全隐患,确保航运业的健康发展。

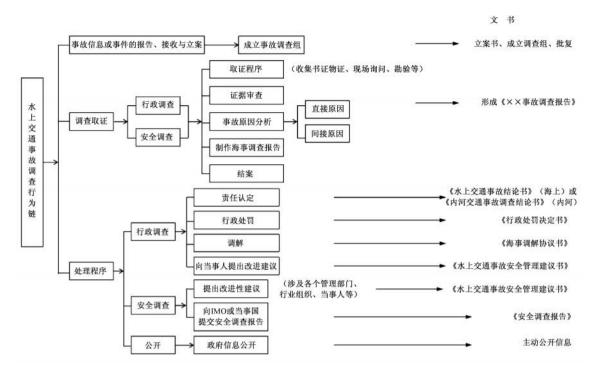


图 1 水上交通事故调查行为链

#### 三、海事调查行为链具有可诉性的范围

综合上述支持可诉性的观点、最高人民法院的 复函、各级法院对水上交通事故和安全生产事故可 诉性的案例,从行政诉讼可诉性的维度来看,海事调 查行为链中具有独立性、终局性和对外性特征并影 响当事人权利义务关系的行政行为具有可诉性,其 他行为并不具有可诉性,具体体现在以下两点。一 是将事故认定为责任事故,且对事故相关方判定了 责任。以向当事人出具水上交通事故结论书作为表 现形式。二是对事故责任方实施具有惩戒性的行政 行为,如行政处罚。

如果海事部门在海事调查行为链中并没有将事故认定为责任事故,也未进行责任划定,那么其事故调查应属于安全调查,不影响当事人权利义务关系,此时海事调查行为链中并没有可诉性的行为。

因此,笔者认为针对海事调查的司法审查应主要着眼于事故责任认定行为,应对"水上交通事故责任认定书"确定的当事人责任进行合法性审查。不能将"水上交通事故责任认定书"等同于"海事调查报告",也不能等同于整个海事调查行为链的所有行为、程序或因素。

#### (一)海事调查报告不具有可诉性

事故调查报告形成于事故调查行为链中的调查

取证阶段,系对调查取证情况的全面总结。海事调查报告在法律性质上不能等同于水上交通事故责任 认定书。海事调查报告系针对水上交通事故调查取证而形成的文书,水上交通事故责任认定书系对当事人处理程序中对事故进行责任认定而形成的文书。因此,当事人有权针对水上交通事故责任认定书提请行政诉讼,诉的标的是行政机关的责任认定行为。海事调查报告并不具有可诉性,理由如下。

首先,就内容而言,海事调查报告涵盖了安全调查的内容,也包括了行政调查的内容<sup>①</sup>。笔者认为,对船舶状况、证书状况、船员状况等哪些要素进行事实性陈述,对事故哪些原因属于直接原因、哪些属于间接原因的归类分析,对事故中船舶、设备或设施存在缺陷的技术性结论,对哪些通航要素进行调查与事实性陈述,对事故重要要素进行选择,对于事故损失的初步核实,搜救情况等属于安全调查的内容,不影响对当事各方的责任认定。与事故发生有关的取证情况、不安全行为分析、事故认定、事故结论等属于行政调查的内容,且具有对当事人权利义务关系的影响性。由于调查活动是一并开展的,有时安全调查与行政调查的内容具有交叉性,对于交叉性的内容官以是否与责任认定有关作为判断标准。

其次,就海事调查程序而言,海事调查报告系对

① 对于安全调查与行政调查的内容如何在司法审查上予以区分,这也是事故责任认定行为可诉后新的课题。

调查取证情况的全面总结,形成于海事调查行为链的调查取证阶段,尚没有产生法律效果,是一种准行政行为。此时,对于安全调查而言,海事调查报告已经对事故原因形成了清晰的结论,对影响事故的不安全因素也予以查清,并形成了向相关主管机关、非当事方但系事故原因相关方的安全管理建议,已经实现了安全调查的主要目的。但对于行政调查而言,尽管海事调查报告也具有责任划定的内容,但该内容在责任认定行为中尚处于中间性、过程性的环节,尚需通过法定程序转化为对当事人构成影响的权利义务。此时具有责任认定内容的海事调查报告,在法律属性上,笔者认为比较接近行政处罚中的"案件调查报告"。

再次,调查报告属于行政行为的内部过程性结 论,尚未具备外化的特征,不具有外部的法律效力。 从之前关于可诉不可诉的共识到《复函》,实际上都 明确指出对相对人权利义务造成影响的是经过外化 的水上交通事故责任认定书,而不是调查报告。最 终,海事部门通过各种法定程序向当事人送达的也 是责任认定书,而非事故报告。《中国行政审判指 导案例(2010版)》的1号案例中,最高人民法院认 为内部过程性行为在外化后方具备可诉性。什么是 外化? 最高人民法院在"安徽国汉建设监理咨询有 限公司、湖北省松滋市人民政府再审案"①中确认, 湖北省松滋市人民政府对安全生产事故调查报告的 批复明确了当事各方的责任,并提出了包括处罚在 内的下一步处置建议,这属于外化的过程。因此,作 出调查报告仍属于内部程序,尚未外化。具体到海 事调查,由于存在向当事人出具水上交通事故责任 认定书的环节,该环节方属于将调查报告外化的行 为,调查报告和上级机关的批复均不属于外化的 过程。

最后,海事调查报告是作出水上交通事故责任 认定书的主要证据,但并非唯一证据,在事故调查中 采集的与当事人各方责任有关的证据均是作出责任 认定的证据。实际上,即使是支持海事调查可诉的 观点,包括《复函》,也没有否定海事调查报告及责 任认定书的证据属性,只是认为海事部门作出的责 任认定影响了当事人的权利义务,且该责任认定很 难通过民事证据规则予以推翻。因此,海事调查报 告除具有对事故警示性的教育、宣传作用外,其对相 对人权利义务影响的内容最终通过责任认定书的形 式体现。从行政调查程序而言,其对事故形成的调查情况系证据。

#### (二)可诉性应限定于责任判定的内容

由于之前的共识是海事调查不可诉,因此没有 形成对海事调查报告性质的统一认识,很多人将海 事调查报告与责任认定书相混淆。海事调查报告中 不涉及相对人权利义务的内容没有外化的过程,而 涉及相对人权利义务的内容通过责任认定书予以外 化,因此行政诉讼应审查的是"水上交通事故责任 认定"行为的合法性,而非整个海事调查行为链的 合法性。

依据《行政诉讼法》及其司法解释,法院应审查 "作出责任认定的主体是否合法、作出责任认定的 程序是否合法、作出责任认定的内容是否合法"等 与责任认定行为有关的合法性问题。海事调查报告 仅作为审查程序合法和内容合法的证据,应通过证 据审查规则围绕"三性"进行审查。

在当前正在审理的 3 起关于海事调查的行政诉讼案件中,就多次出现原告一方对照《海事调查报告》逐页逐句进行质疑,如为什么 A 轮写了最低配员的情况,而 B 轮没有写最低配员的情况? 为什么对 A 当事人用语表述为"安全意识淡薄",而对 B 当事人用语表述为"未保持足够警惕",从语义表达上有倾向性。还有的当事人把对事故直接原因和间接原因的分类、分析视作行政行为,要求海事管理机关举证证明作出此种分类、分析的依据。但事实上,正如笔者反复强调的,海事调查具有多元的法律属性,逐页逐句审查海事调查报告的内容,并不符合行政诉讼应仅对行政行为的合法性进行审查这一原则。

综上,对于海事调查的行政诉讼审查,应审查"责任认定"的合法性,并非海事调查报告的合法性。应通过对包括海事调查报告、事故调查中形成的与责任认定有关的证据等材料,对责任认定的主体职权职责、作出程序和合法性进行审查,不宜不当扩大审查范围。这也是与《复函》关于"水上交通事故责任认定书"可诉的定性、之前学界和司法界关于可诉问题的共识相吻合的。

四、对海事调查责任认定的诉讼审查范 围及不可诉的具体情形

可能会有观点提出质疑,无论是诉海事调查报告还是诉责任认定书,司法审查的范围都是一样的,都是对海事调查整个过程的合法性进行审查。[13]但

① 参见最高人民法院(2018)最高法行再127号行政裁定书。

笔者认为,不同的诉的标的意味着审查内容和审查 方式是不同的。

如果诉的标的是责任认定,司法审查应聚焦于责任认定作出主体的合法性、责任认定程序的合法性和责任认定内容的合法性,此时海事调查报告是作出责任认定的证据之一,应按照证据三性的审查方式进行审查,<sup>[14]</sup>即诉讼审查的范围应限于海事调查中责任认定行为的合法性。但如果诉的标的是海事调查报告,司法审查的范围就会大大延展,也会包括对非责任认定内容的审查,如海事调查报告对事故搜救情况描述是否全面等。此时,司法审查聚焦于"事故调查报告作出主体的合法性、事故调查报告作出程序的合法性和事故报告所有内容的合法性",按照行政行为合法性审查标准进行审查,并非按照证据审查规则进行审查。

当海事部门未作出责任认定时,海事调查行为仍为不可诉。当事人应通过民事诉讼程序解决民事争议。因水上交通事故调查的特殊性,其与道路交通事故和安全生产事故的取证难度不可同日而语,有时根据现有证据材料海事部门无法给出责任认定。但基于《国际海事调查安全规则》关于海事调查安全调查的定性,海事部门应对事故可能发生的原因进行分析,提出相关改进措施和向相关部门提出改进或注意的建议,这属于典型的安全调查基本要求。此时形成的调查报告未划定事故责任,并提出了下一步对当事人惩戒性或负担性的行政处理或处罚建议。该调查报告属于未影响当事人权利义务关系的行为,应为不可诉。

事故责任认定书认定为无责任的当事人不应享有诉权。认定某当事人无责任,则事故责任不影响其权利义务关系,该当事人不应享有诉权。最高人民法院在"胡敬伟诉黑龙江省齐齐哈尔市安全生产监督管理局行政纠纷案"中对此也进行了明确<sup>①</sup>。

在水上交通事故责任认定书为外化性行为时, 上级机关的批复不具有可诉性。与安全生产事故不同,水上交通事故对当事人权利义务关系外化的行 为系出具水上交通事故责任认定书,上级的批复仍 属于内部的程序性行为。

当海事部门未出具责任认定书,但海事调查报 告包括了责任认定或提出下一步行政处罚的具体建 议时,此时的调查报告应具有两种属性,对于影响相对人权利义务的部分也是可诉的,但应按照责任认定书的标准审查。

## 五、关于通过诉讼程序进一步加强对当 事人权益保护的建议

其实海事调查行为是否可诉并不是问题的核心,也不应该是问题的核心。问题的核心在于如何通过正当的诉讼程序依法保障当事人的合法权益。一个不容回避的事实是,行政诉讼之提请基本都是为了解决后续的民事纠纷。行政诉讼程序仅是解决民事纠纷的手段和方式。因此,单纯地使水上交通事故责任认定可诉并不是最优的问题解决方法。

一方面,诉讼成本是比较高的,如包括律师费在内的费用成本,以及当事人为此付出的时间成本。由于海上事故现场还原和证据采集的难度,负全部或主要责任的一方完全可以通过行政诉讼延长另一方获得赔偿时间,增加其获得赔偿的难度。行政程序完结后,该方还可以通过民事程序继续耗费另一方的精力和金钱。这常常会让故意拖延履行其赔付义务的一方获得更多的谈判优势。

另一方面,有一个问题不容回避,主张可诉的观点认为民事程序很难推翻专业的海事调查报告。那么,行政程序就会容易推翻吗?答案是否定的。行政诉讼是对行政行为的合法性审查。除非行政行为明显不合理,否则一般不涉及合理性的问题。对行政行为的合法性评价也应根据调查阶段所能获得的证据。而海事调查是自由裁量空间较大的行为,其法定程序较为简单,主要责任认定因素也均由证据支持。反而不如民事诉讼中,海事调查责任认定仅作为证据使用,与其他证据材料相互印证,就存在的合理怀疑或不一致进一步补充取证。若要从实体上推翻海事调查的责任认定,这两种诉讼程序中显然民事程序是有优势的。

再者,当事人的最终诉求是解决民事纠纷。最保障当事人利益的诉讼纠纷解决机制显然是民事诉讼。假定行政诉讼维持了海事部门的事故责任结论,基于有效判决的羁束力,后续民事诉讼就没有意义了。行政诉讼毕竟是合法性审查,且事故认定的责任属性与民事责任在法律效果上也不能等同。有的法院还运用了行政附带民事诉讼程序,一方面这

① 参见最高人民法院(2018)最高法行申999号行政裁定书。最高人民法院认为:"……本案中,《调查报告》是对克东县水务局在克东县实验小学西侧城建下水工程发生的伤亡事故作出的调查处理意见。《调查报告》认定该事故为责任事故,施工挖掘机司机无特种作业人员资质、施工过程中存在过失系事故直接原因,胡稳作无责任,亦未涉及胡稳作的死亡赔偿问题。因此,《调查报告》并未对胡敬伟的权利义务产生直接影响,胡敬伟提起诉讼,不属于人民法院行政诉讼受案范围。"

并不符合目前行政诉讼关于此程序的适用条件,另一方面如果另一方当事人提出异议,这也很难运作。 毕竟二者的审理方式存在较大差异。

其实海事部门的事故认定责任书之所以很难推翻,主要问题不在于诉讼程序。而在于水上交通事故的特殊性,关于事故的证据很难获取。不要说当事人,海事部门在开展海事调查中所获得证据的充分性和直接性也是远不如道路事故的,这也是水上事故的特殊性决定的。而在民事案件审理过程中,海事法院和当事人均不知道海事部门获得了哪些证据,当事人除了海事调查报告之外,没有其他关于事故的证据,自然很难在民事程序中对事故开展有效的质证。但这本质上是证据问题,而不是诉讼程序问题。如果能解决当事人举证能力受限的问题,民事诉讼显然是更能解决纠纷的方式。

因此,笔者建议应着重强化当事人的举证能力, 让证据在民事程序中充分被质证。各级海事部门可 应法院调取证据的要求或律师调查令,向案件双方 提供调查中形成的所有证据材料,必要时海事调查 官甚至可以作为证人或专家出庭给予解释或意见。 通过强化双方的举证和质证能力,发挥民事诉讼解 决民事纠纷的应有作用,定纷止争。

即使通过行政诉讼撤销了水上交通事故责任认定,民事纠纷解决了吗?行政诉讼毕竟是用于解决行政争议、监督行政机关依法履职的,并不是解决当事人之间的民事争议的。

对公民权益之保护永无止境,让所有的证据全 部在民事诉讼程序中举证、质证,从而划定民事责任 是更符合法律制度的保护。

#### 六、结语

综上,目前中国行政诉讼受案范围取决于三个要素:行政行为的类型、是否影响当事人权利义务关系、法律或法规是否给予排除性规定。当三个要素全部符合,才纳入行政诉讼的受案范围。海事调查报告既不是独立的行政行为,也未直接对相对人权利义务关系产生影响,不具有可诉性。而事故责任认定书经《复函》确认了其对当事人权利义务关系是构成影响的,本应具备可诉性。但新修订的《海上交通安全法》第85条借鉴了《道路交通安全法》第73条的规定,应是属于第三个要素——法律进行了排除性规定。因此,在经过《复函》短暂的可诉性阶段后,可以预见到尽管事故责任认定书对相对人权利义务关系构成了影响,但因《海上交通安全法》进行了排除性规定,将会很快回归到不可诉阶段。

立法之所以作出排除性规定,是因为海事调查 主要解决的仍为民事纠纷,仍应引导当事人或法院 通过调查取证的方式取得充足的证据,通过民事诉 讼程序认定双方民事责任的大小及相应的赔偿责 任。各级海事部门应积极引导、积极配合,向法院或 双方当事人提供所有调查所采集的证据,以民事诉 讼解决民事纠纷。

#### 参考文献:

- [1]王博. 海事法官三十六计: 简粗解读 36 个权威观点之二十六(海事事故责任认定书的可诉性问题) [EB/OL]. (2019-12-16) [2020-07-06]. https://www.ihaiyuan.com/bencandy.php? fid-67-id-244179-page-1. htm.
- [2]人民法院出版社. 解读最高人民法院司法复函[M]. 3 版. 北京:人民法院出版社,2019:120.
- [3]王博. 讲课稿: 打海事行政官司的正确姿势(行政机关篇)[EB/OL]. (2016-05-18)[2020-07-06]. http://mp. weixin. qq. com/s? \_\_biz=MzA4MDQ5NDE1NA = &mid = 2650639347&idx = 1&sn = 9840f4d61fbfb9a1c5d6dd0b8c3d6dc8#rd.
- [4]余凌云. 行政法讲义[M]. 3 版. 北京:清华大学出版社,2020;235-266.
- [5]王名扬. 美国行政法[M]. 北京:中国法制出版社,1995:642.
- [6] 职权信息表[EB/OL]. [2020-07-06]. http://qzqd. tj. gov. cn/detail/1072689.
- [7]章志远. 行政调查初论[J]. 中共长春市委党校学报,2007(1):79.
- [8]周佑勇. 作为过程的行政调查——在一种新研究范式下的考察[J]. 法商研究,2006,23(1):130.
- [9]肖同乐. 水上交通事故调查法律问题研究[D]. 厦门:厦门大学,2017:16-17.
- [10]皮宗泰,王彦. 准行政行为研究[J]. 行政法学研究,2004(1):33-34.
- [11]付玉慧. 海事调查与分析[M]. 大连:大连海事大学出版社,2010:38.
- [12]吴兆麟. 海事调查与分析[M]. 大连:大连海运学院出版社,1993:40.
- [13] 宋华琳. 行政调查程序的法治建构[J]. 吉林大学社会科学学报,2019,59(3):140-142.
- [14] 韩思阳. 行政调查中行政相对人的举证责任[J]. 法学杂志, 2018(5):98-102.

陈喆、解丽敏、《中美经贸协议》"通知—删除"规则与中国网络版权立法回应[J]. 中国海商法研究、2021、32(3):105-112

## 《中美经贸协议》"通知—删除"规则与中国网络版权立法回应

陈 喆1,2 解丽敏2

(1. 西南政法大学 国际法学院,重庆 401120; 2. 中国—东盟法律研究中心,重庆 401120)

摘要:《中美经贸协议》"通知—删除"规则对网络版权保护提出了新要求,具体包括突出侵权阻断的时效性要求、对"恶意"提交通知和反通知课以赔偿义务、调整错误通知的归责原则,并将恢复上架等待期设置为二十个工作日等。《中美经贸协议》中的"通知—删除"规则对中国网络版权立法完善形成一定挑战,其转化实施面临着合格通知的标准过于笼统、对"恶意"提交通知和反通知的惩罚措施缺失、"善意"的判断标准模糊、上架等待期的设置缺位等问题。但从长期来看,《中美经贸协议》"通知—删除"规则的内化过程有助于促进该规则的有效运行,推动中国知识产权法制变革,由此,建议应进一步细化有效、合格通知的条件,引入"恶意"错误通知和反通知的惩罚性赔偿制度,明晰"善意"的判断标准,并对"声明未侵权即恢复上架"的规则进行调整。

关键词:《中美经贸协议》;"通知—删除"规则;网络版权保护;《信息网络传播权保护条例》

中图分类号:D923.4 文献标志码:A 文章编号:2096-028X(2021)03-0105-08

## Improvement of the "notice-takedown" rule in China's copyright law under China-US Economic and Trade Agreement

CHEN Zhe<sup>1,2</sup>, XIE Li-min<sup>2</sup>

School of International Law, Southwest University of Political Science and Law, Chongqing 401120, China;
 China-ASEAN Legal Research Center, Chongqing 401120, China)

Abstract: China-US Economic and Trade Agreement puts forward new requirements for network copyright protection, including highlighting the efficiency of handling infringement notices, imposing compensation obligations on "malicious" notification and counter notice, adjusting the attribution principle of wrong notification and setting the waiting period of recovery to 20 working days. The "notice-takedown" rule of China-US Economic and Trade Agreement is very similar to the copyright legislation of the United States. The "notice-takedown" rule of China-US Economic and Trade Agreement exerts certain pressure on the improvement of China's domestic law, the transformation and implementation of the Agreement is faced with such problems as the standard of qualified notice is too general, the punishment measures for "malicious" submission of notice and counter notice is not clear, the judgment standard of "good faith" of the obligee is vague and the setting of waiting period for recovery is missing. However, in the long run, the internalization process of the "notice-takedown" rule of China-US Economic and Trade Agreement will help to promote the effective operation of the rule and promote the reform of China's intellectual property law. Thus, it is recommended that the conditions of effective and qualified notice should be refined, the punitive compensation system of "malicious" error notice and counter notice should be introduced, the judgment standard of "good faith" should be clarified and the rule of "declaration that no infringement will be restored" should be adjusted.

**Key words:** China-US Economic and Trade Agreement; "notice-takedown" rule; network copyright protection; Regulation on the Protection of the Right to Network Dissemination of Information

收稿日期:2021-05-17

基金项目:2018 年度司法部国家法治与法学理论研究项目青年课题"总体国家安全观视角下贸易限制措施实施的法律问题研究"(18SFB3050)

作者简介:陈喆(1991-),女,福建三明人,法学博士,西南政法大学国际法学院讲师、硕士生导师,中国—东盟法律研究中心研究员,E-mail:416948524@ qq. com;解丽敏(1996-),女,山西阳泉人,中国—东盟法律研究中心研究助理,E-mail: 892338554@ qq. com。

2021年2月1日,习近平总书记在《全面加强 知识产权保护工作 激发创新活力推动构建新发展 格局》一文中指出:"必须从国家战略高度和进入新 发展阶段要求出发,全面加强知识产权保护工作,促 进建设现代化经济体系,激发全社会创新活力,推动 构建新发展格局。"[1] 2020年11月16日至17日, 在中央全面依法治国工作会议中,习近平总书记提 出要"坚持统筹推进国内法治和涉外法治"的要求。 正确处理国内法与国际法的关系,实现国内法与国 际法的有效衔接和良性互动,最大限度运用国际法、 国内法和涉外法,有助于更好地保障和服务国家主 权、安全和发展利益。[2]十三届全国人大三次会议 将"共同落实中美第一阶段经贸协议"写入政府工 作报告,体现了中国继续推动互惠、包容的经济全球 化进程的强烈决心。《中美经贸协议》的履行与涉 外法律关系密切相关,是涉外法治工作的组成部分。 "通知—删除"规则是《中美经贸协议》知识产权章 节的重要问题之一。笔者拟将《中美经贸协议》"通 知一删除"规则与中国版权法进行比较,归纳出中 国现行立法与《中美经贸协议》的差异,并追溯美国 版权法"通知—删除"规则的相应规定,了解《中美 经贸协议》条款内容的来龙去脉,在此基础上,结合 中国具体国情,对《中美经贸协议》"通知—删除"规 则履行对中国网络版权立法带来的挑战进行探讨, 最后从国内法层面提出具体的完善建议。

## 一、《中美经贸协议》"通知—删除"规则 对中国网络版权保护提出的新要求

美国版权产业是美国的支柱性产业之一,中国市场蕴含着美国庞大的经济利益,美国对中国网络版权保护立法始终保持高度关注,在历年《特别 301报告》中多次提出中国对网络平台上盗版的处理存在不足。[3]《中美经贸协议》在中国版权法"通知一删除"规则已经较为完善的基础上,对知识产权权利人的利益保护提出了更高的要求。[4]中国不同法律、法规中的"通知一删除"规则在性质及适用范围上存在差异,因此,首先要明确网络版权领域的法律适用问题。《信息网络传播权保护条例》及《中华人民共和国民法典》(简称《民法典》)侵权责任编对网络版权领域的"通知一删除"规则都进行了规定。但对于接入、传输服务提供者等新型网络服务提供

者的侵权纠纷,由于《信息网络传播权保护条例》没有作出明确规定,应当适用《民法典》侵权责任编。根据《中华人民共和国电子商务法》(简称《电子商务法》)第2条第3款的规定<sup>①</sup>,该法的"通知—删除"规则不适用于网络版权侵权领域。<sup>[5]</sup>由此,在涉及信息网络传播权侵权纠纷时,中国适用的法律为《信息网络传播权保护条例》及《民法典》侵权责任编。将《中美经贸协议》与中国现行网络版权立法进行对比分析,明确其中的差异性问题,是将条约义务转化实施的基础。

### (一)突出侵权阻断的时效性要求

《中美经贸协议》对网络服务提供者删除侵权 作品的时间标准为"迅速",要求实现权利人快速维 权。采取侵权阻断措施的时间标准对于切实保障权 利人的利益格外重要,在权利人作品传播范围广、知 名度高的情况下,迅速采取阻断措施有助于及时止 损、避免损失扩大化。美国在2019年《特别301报 告》中曾指出,中国现行立法中的"通知—删除"规 则不能满足权利人在纠纷处理时效上的要求,对权 利人及时制止侵权行为造成了障碍,《中美经贸协 议》中对"迅速"的侵权阻断时效性的规定正是美国 利益诉求的反映。[6]中国现行立法对网络服务提供 者采取阻断措施的时间要求的表述尚未统一,《信 息网络传播权保护条例》对侵权阻断措施时效性的 表述为"立即"、《民法典》侵权责任编对侵权阻断措 施时效性的表述为"及时"。在司法实践中,网络服 务提供者采取侵权阻断措施的时间成为了相关案件 中的争议焦点之一。例如,在"凯轩与嘉易烤案"② 中,天猫公司指出已经对涉案产品采取下架措施,但 未公布具体下架时间,权利人嘉易烤公司认为天猫 公司删除侵权产品的时间是在庭审前二天,并没有 "及时"采取阻断措施。在"郑某云诉百度侵害作品 信息网络传播权纠纷案"3中,郑某云主张百度公司 采取删除措施的时间已超出了合理期限,遂诉请百 度公司赔偿其经济损失。

## (二)对"恶意"提交通知和反通知课以赔偿 义务

《中美经贸协议》规定应对"恶意"通知和反通知的发出者进行处罚,对双方行为予以限制,以此规制权利滥用行为。与中国网络版权相关立法相比,

① 《电子商务法》第 2 条第 3 款规定:"法律、行政法规对销售商品或者提供服务有规定的,适用其规定。金融类产品和服务,利用信息网络提供新闻信息、音视频节目、出版以及文化产品等内容方面的服务,不适用本法。"

② 参见浙江省金华市中级人民法院(2015)浙金知民初149号民事判决书。

③ 参见广州互联网法院(2019)粤 0192 民初 1539 号民事判决书。

《中美经贸协议》的此项规定有两点较为明显的不 同。首先、《中美经贸协议》提出对"恶意"提交反通 知也要进行处罚,对此中国立法对"恶意"提交反通 知缺乏相应的处罚规定。《中美经贸协议》提出对 "恶意"提交反通知的行为予以处罚,体现了对各方 当事人利益的衡平,有助于在权利人与用户错误行 使通知权的法律后果上实现对等。其次、《中美经 贸协议》特别强调了当行为人主观上为"恶意"时的 惩罚性赔偿责任。《电子商务法》规定了"恶意"通 知的加倍赔偿责任,但在《信息网络传播权保护条 例》及《民法典》侵权责任编都仅规定了权利人错误 通知的法律责任,并没有对"恶意"侵权时的责任承 担作出区分,也没有加倍赔偿责任的规定。《关于 审理涉电子商务平台知识产权民事案件的指导意 见》对《电子商务法》中"恶意"通知和反通知的认定 标准进行了解释说明,该司法解释将明显的主观上 漠视权利的行为纳入"恶意"的行为类型,如提交伪 造、变造的权利证明、提交虚假的鉴定意见,对于 "恶意"的判断采用"明知"而非"应知"的标准,"明 知"强调行为人主观动机的直接故意, 行为人对行 为后果有明确的认识,行为人对于危害后果的发生 处于积极追求的状态。

## (三)错误通知的责任承担应当考虑权利人的 主观状态

《中美经贸协议》规定中国应免除善意提交错 误下架通知的责任,这意味着在认定权利人错误通 知的责任时,不仅应从客观上判断通知是否错误,还 应将权利人发出通知的主观状态是否具有善意纳入 考量。从文本规定来看,《信息网络传播权保护条 例》及《民法典》侵权责任编对权利人施加的责任要 求高于《中美经贸协议》,中国立法以权利人通知造 成错误删除后果的客观事实作为判定错误通知法律 责任的要件,不对权利人主观上是否具有"善意"进 行区分。从归责原则来看,中国立法适用的是严格 责任原则,而《中美经贸协议》适用的是过错责任原 则,只有权利人主观上不具有善意,且客观上构成了 错误的通知,才承担滥用"通知—删除"规则的侵权 责任。[7]错误通知归责原则的差异反映了中国国内 法与《中美经贸协议》立法理念的不同,中国网络版 权立法认为只要是由于错误的通知导致了损害结 果,均需承担赔偿责任,而《中美经贸协议》更加重 视对权利人利益的保护,鼓励权利人积极维权,对于"善意"造成的错误通知不追究责任。

## (四)设定了恢复上架的二十个工作日的等 待期

《中美经贸协议》规定中国应将权利人在收到 反通知后提出投诉或起诉的期限延长至二十个工作 日,根据这一要求,网络服务提供者在收到反通知后 不能立即恢复内容,而只是将反通知转送给权利人, 等待权利人的反应,在二十个工作目的等待期届满 后,权利人未采取后续措施的,网络服务提供者才能 对内容予以恢复。[8]此项规定与中国网络版权的相 关立法规定并不一致,《信息网络传播权保护条例》 采取的是"声明未侵权即恢复上架"的程序,即网络 服务提供者在收到反通知后,应当立即采取恢复内 容的措施,权利人不得再发出侵权通知,通知权和反 通知权的程序就此终结。[9]《民法典》侵权责任编设 置了恢复上架的等待期,但并未对等待期的具体时 间进行明确,而是规定网络服务提供者可在"合理 期限内"采取恢复内容的措施。与中国网络版权立 法相比、《中美经贸协议》规定了一个较长的、确定 的恢复上架的等待期,旨在为权利人进行投诉或诉 讼准备提供充足的时间,以保障权利人的利益。

## 二、《中美经贸协议》"通知—删除"规则 与美国版权法的关系

以上评述的《中美经贸协议》中的"通知—删除"规则与美国网络版权保护制度密切相关。美国希望借助双边经贸协定向中国推行更加严格的知识产权保护标准,以实现对本国著作权人利益的保护。[10]将《中美经贸协议》与美国国内版权法进行比较分析,有助于了解协议相关规定的来龙去脉。

#### (一)美国版权法中对侵权阻断的时效性要求

《中美经贸协议》中有关"迅速"处理侵权投诉的时效性要求源于《美国数字千年版权法》(Digital Millennium Copyright Act,简称 DMCA)第 512 条(c)项的规定。DMCA 第 512 条(c)项规定网络服务提供者在收到侵权通知后,应"迅速"采取侵权阻断措施,但立法并未对何为"迅速"作出明确规定。[11]在司法实践中,美国法院认定"迅速"的标准存在差异,例如,在"Capitol Records 公司诉 VIMEO 公司案"<sup>①</sup>中,法院认为在一天内采取相应措施是足够迅速的,但在"Io 公司诉 Veoh Networks 公司案"<sup>②</sup>中.

① 参见 Capitol Records, LLC v. Vimeo, LLC, 972 F. Supp. 2d 500 (S. D. N. Y. 2013)。

② 参见 Io Group, Inc. v. Veoh Networks, Inc., 586 F. Supp. 2d 1132, 1136 (N. D. Ca. 2008)。

法院认定符合"迅速"要求的合理期限为一周。[12]

108

# (二)美国版权法中"恶意"提交通知和反通知的赔偿责任

一方面、《中美经贸协议》中提出应对"恶意"提 交反通知的行为进行处罚,与 DMCA 第 512 条(f) 款所确定的处罚范围相同。DMCA 第 512 条(f)款 规定:"任何人明知并作出如下实质性的虚假陈述: 内容或活动构成侵权:内容或活动因错误或误认而 被屏蔽或删除,构成虚假陈述,造成损害的应当承担 损害赔偿责任。"(f)款使用了"任何人"这一表述, 意味着"虚假陈述"的赔偿责任对发出通知的权利 人与发出反通知的被投诉人均适用。另一方面, 《中美经贸协议》中将"恶意"作为惩罚性赔偿责任 的条件,此规定与 DMCA 中将"明知"作为追究"虚 假陈述"责任的主观要件相一致。DMCA中的"虚 假陈述"责任强调行为人在发出通知时的主观故 意,即明知自己的陈述是虚假的、错误的,但仍基于 不正当意图发出通知。[13] DMCA 对构成"虚假陈述" 的行为人施以严厉的处罚,其赔偿范围不仅包括被 诉侵权人、实际权利人、网络服务提供者因"恶意" 通知导致的损失,还包括律师费等诉讼费用。[14]

## (三)美国版权法中发出通知时的"善意相信" 要求

《中美经贸协议》中要求因错误通知承担责任时应区分权利人的主观状态,这一条款与 DMCA第 512条(c)款中的"善意相信"要求相一致。在美国版权法中,权利人的主观要件是判断其是否承担赔偿责任的标准之一。[15] DMCA第 512条(c)款与赔偿责任的标准之一。[15] DMCA第 512条(c)款与赔偿责任的标准之一。[15] DMCA第 512条(c)款与赔偿责任的标准之一。[15] DMCA第 512条(c)款与赔偿责任的标准之一。[15] DMCA第 512条(c)款与赔偿责任的表现。其一个方面阐述了对权利人发出通知时的主观"善意"的要求,(c)款要求权利人对他人发出侵权通知时的主观意图必须是善意的,如果权利人在发出通知时"知道"自己的陈述是错误的、虚假的,却仍发出通知,则需承担(f)款规定的"虚假陈述"责任。美国版权法通过规定"善意相信"的主观要件,督促权利人在发出通知时对有关内容是否属于合理使用情形进行初步审查,并以勤勉、审慎的方式行事。[16]

#### (四)美国版权法中恢复上架的等待期

《中美经贸协议》提出将权利人收到反通知后 采取后续措施的期限延长至二十个工作日,此项规 定与 DMCA 第 512 条(g)(1)款中恢复等待期的规 定基本保持一致,但有着细微的差异。首先,《中美 经贸协议》中恢复上架的等待期长于 DMCA 的规 定。DMCA 将恢复上架的等待期规定为网络服务提 供者收到反通知后的十个工作日至十四个工作日内。其次,《中美经贸协议》中权利人在收到反通知后的救济渠道更加丰富,不仅包括向法院起诉,还包括提起行政投诉,而 DMCA 规定的救济渠道仅包括司法诉讼。此外,DMCA 的恢复上架的等待期规定不是强制义务条款,网络服务提供者并非必须等到第十五个工作日才能采取恢复上架措施,可依据个案的不同自行决定何时采取恢复措施。[17]《中美经贸协议》与美国版权法中恢复上架等待期规定的立法考量是相同的,即将权利人与用户之间的版权纠纷引流到司法诉讼或行政投诉的专业渠道,以最终获得确定性结论。

第 32 卷

# 三、《中美经贸协议》"通知—删除"规则对中国网络版权立法的挑战

根据"条约必须遵守"原则,中国作为《中美经贸协议》的缔约方,有义务在国内法层面适用和实施条约。<sup>[18]</sup>《信息网络传播权保护条例》的"通知—删除"规则来源于 DMCA,因此,也不可避免地存在美国法中的先天缺陷。在制度运行过程中,存在着解决网络版权侵权纠纷时效性不足、缺乏对权利人滥用"通知—删除"规则的抑制机制等问题。针对《中美经贸协议》的履行对中国立法提出的挑战,可以变压力为动力,透过现象看本质,分析现行网络版权领域"通知—删除"规则的不足,积极寻求对策,通过制度的完善,更加高效地打击网络盗版侵权行为,防止权利人滥用规则,促进"通知—删除"规则的有效运行,提高知识产权保护工作的法治化水平。

#### (一)有效、合格通知的标准较为笼统

对于《中美经贸协议》提出的侵权阻断时效性 要求,可以通过提高有效、合格通知的标准,提高网 络服务提供者处理侵权纠纷的效率,从而实现履行 条约义务和推动制度完善的目的。但中国现行立法 中对于有效、合格通知具体标准的规定仍较为粗略, 导致网络服务提供者在处理侵权通知时的时效面临 诸多不确定性。形态各异的不合格侵权通知会使网 络服务提供者承担大量的前期审查义务,延误采取 侵权阻断措施的时间。《信息网络传播权保护条 例》要求有效的通知须具备权利人个人信息、侵权 作品信息、侵权网络地址及构成侵权的初步证据。 尽管《最高人民法院关于审理涉电子商务平台知识 产权民事案件的指导意见》第5条对有效、合格通 知的标准作了细化,对侵权通知内容的准确性和真 实性提出了明确要求,但目前立法仍存在缺漏,对于 何为"初步证据"没有作出规定,也未对侵权行为或

侵权程度的描述、主张侵权的理由等作出要求。<sup>[19]</sup>由于这一模糊之处,实践中权利人在通知书中通常不会对侵权问题进行过多的分析论述,使得网络服务提供者很难迅速地对侵权问题的真伪作出判断,影响了处理侵权通知的效率。

# (二)对"恶意"提交通知和反通知缺乏惩罚措施

《中美经贸协议》中提出对"恶意"通知和反通知的发出者进行处罚,在网络版权领域引入"恶意"通知和反通知行为的惩罚性赔偿责任确有必要:首先,惩罚性赔偿通过惩罚"恶意"行为,可达到制裁此种侵权行为的目的,同时又可以产生较强的威胁和预防效果;其次,惩罚性赔偿能够给予启动这一程序的受害人经济上的激励,促使其积极主动地维护自己的法律权利,有助于推进依法治国目标的实现;最后,有利于知识产权领域"通知—删除"规则的体系化,协调著作权、专利权、商标权保护之间的关系。《电子商务法》规定了"恶意"提交错误通知的加倍赔偿责任,《电子商务法》的"通知—删除"规则主要适用于专利权、商标权,但著作权领域也存在着"恶意"滥用权利的情况,惩罚性赔偿规则在著作权领域有适用的现实需求。

但目前《信息网络传播权保护条例》及《民法 典》侵权责任编均未将"恶意"纳入主观过错认定, 也缺乏对"恶意"提交通知和反通知的惩罚性赔偿 责任的规定。在实践中,存在着著作权人滥发虚假、 无效的通知以打击竞争对手、删除不喜言论等情况, 也存在网络用户故意发出虚假或错误的未侵权声明 使所删除的内容迅速恢复,继续进行侵权行为的情 况,阻碍了著作权的传播。但《信息网络传播权保 护条例》及《民法典》侵权责任编并未明确对"恶意" 发出通知和反通知行为的处罚规则,不利于抑制权 利的滥用。《信息网络传播权保护条例》及《民法 典》侵权责任编引入"恶意"发出通知和反通知行为 的惩罚性赔偿规则,有助于更好地保护著作权人和 网络用户的正当利益,从机制上加大对"恶意"滥用 "通知—删除"规则行为人的制约和惩罚,消除知识 产权领域"通知一删除"规则的矛盾,促进制度规则 的统一化。

#### (三)对权利人"善意"的判断标准缺失

在版权法领域引入"恶意"惩罚性赔偿责任,有助于抑制权利人滥用"通知—删除"规则的现象,促

进知识产权领域惩罚性赔偿制度的协调,但中国版权法必须配套地对"善意"的判断标准作出明确,否则现行立法中对权利人"善意"的判断标准的缺失将成为权利人逃避法律责任的漏洞。[20]

《中美经贸协议》中要求将权利人主观状态的 "善意"作为免除赔偿责任的条件,对权利人"善意" 的判断标准是调整错误通知的归责原则要解决的核 心问题。美国在解释"善意"标准时适用了合理使 用审查义务,可为中国所借鉴。美国第九巡回法院 在"Lenz v. Universal Music Corp 案"<sup>①</sup> 中对 DMCA 第512条中的"善意相信"作出司法解释,要求权利 人在发出通知前进行合理使用审查,如果没有这样 做,则不符合"善意相信"的要求,构成"虚假陈述", 应承担损害赔偿责任。合理使用是公众合法自行利 用作品的权利,将合理使用审查纳入对权利人"善 意"的判断标准,意味着权利人既要确保自己没有 对侵权内容作出相关许可,又要确保法律上也未对 其作出相关许可。这一标准能够在一定程度上遏制 滥用通知的行为,保护用户的合法权益。在实践中, 相比权利人,用户大多处于弱势地位,《信息网络传 播权保护条例》要求网络服务提供者在接到权利人 通知后"立即"采取必要措施,在合理使用审查缺失 的情况下,属于合理使用的作品可能被网络服务提 供者迅速删除,用户的二次创作空间被挤压,最终斩 断作品创作的连续性,伤及版权方的根本利益。因 此,将合理使用审查纳入"善意"的标准确有必要。 但美国对合理使用审查评价采取了完全主观的标 准,不足以从根本上治理通知滥用行为,对此我们应 发挥主观能动性,对合理使用审查的评价制度进行 完善,避免"善意"主观要件成为纯粹的形式要求。 在"Lenz v. Universal Music Corp 案"中, 法院指出: "权利人仅需在主观上相信涉案内容构成侵权,不 要求其对合理使用审查的考虑达到客观上合理、正 确的标准。"这一完全主观的标准,使得权利人很容 易以"已考虑过合理使用,但认为不构成合理使用" 为由进行抗辩,而由用户来证明权利人不是真正相 信不构成合理使用,明显超出了其能力范围。[21]

#### (四)恢复上架等待期的设置阙如

《中美经贸协议》中对于恢复上架等待期的设置与《信息网络传播权保护条例》的规定存在较大差异,《信息网络传播权保护条例》中并没有恢复上架等待期的规定,而是采用了"声明未侵权即恢复"

① 参见 Lenz v. Universal Music Corp., et al., Nos. 13-16106, 13-16107 (9th Cir. Sept. 14,2015)。

的做法。在网络版权领域是否应当引入及如何引入 恢复上架的等待期是落实《中美经贸协议》条约义 务应解决的问题。

现行《信息网络传播权保护条例》中采取的"声明未侵权即恢复"的程序,使实践中存在着滥用未侵权声明的现象,在《信息网络传播权保护条例》中有必要引入恢复上架的等待期的规定。立法者在制定《信息网络传播权保护条例》的"通知—删除"规则时,并不指望一纸行政投诉就让平台上的内容消失,权利人若要实现其权利主张,须求助于司法途径,因此规定了"声明未侵权即恢复"的程序。但是"声明未侵权即恢复"的程序在一定程度上虚置了侵权通知的作用,侵权人在提供未侵权声明后即能够继续进行侵权行为,极易导致侵权行为卷土重来,难以实现对实际权利人权利的充分保护,并可能导致整个救济程序陷人无效率状态。

但恢复上架等待期的具体时长的设置应与著作权保护的特点相适应,《中美经贸协议》中二十个工作日的等待期对于著作权权利人来说并不是必需的。相对于专利、商标侵权纠纷,著作权纠纷的证据收集较为简单,权利人通过将涉嫌侵权作品与本人作品的标题、作者信息及主要内容进行比对,即可大致判断是否构成侵权,并不需要二十个工作日的时间才能提起司法诉讼或行政投诉。过长的等待期设置反而可能使权利人怠于诉诸专业的救济渠道,导致网络用户的作品长期处于下架状态,网络用户的正当利益受到损害。

# 四、中国网络版权立法对《中美经贸协议》"通知—删除"规则的回应

《中美经贸协议》"通知—删除"规则对中国网络版权立法形成了一定挑战,但其规定与中国所倡导的"全面加强知识产权保护工作"的目标相一致,有助于促进网络服务提供者提高处理侵权纠纷的效率,完善防止"通知—删除"规则滥用的相关制度。因此,借助落实《中美经贸协议》条约义务的契机,中国可在法律层面对《中美经贸协议》中提出的新要求作出回应,补强现行立法中的疏漏,形成更加符合知识产权领域发展规律的法律制度和体系。

#### (一)细化有效、合格通知的标准

进一步细化《信息网络传播权保护条例》中有效、合格通知的标准,在保证相关规定一致性的同时,适当提高权利人对侵权成立所负担的证明责任,解决网络服务提供者处理侵权纠纷的时效问题。有效、合格的侵权通知书能够帮助网络服务提供者确

定实际权利人并及时了解网络服务中的侵权情况, 在尽可能快的时间内采取删除、屏蔽侵权材料等阻 断措施。第一,权利人的初步证明材料应包含对侵 权事实的描述。权利人通过请求网络服务提供者采 取必要措施来寻求救济的前提条件是侵权事实的存 在,因此,权利人对侵权事实的描述应当包含侵权行 为的方式、损害后果、侵权行为与损害后果之间的因 果关系。初步证明材料的证明程度需达到一般的民 事诉讼的证明标准,即网络服务提供者根据所提供 的证明材料能够确认侵权的可能性较大。第二.权 利人的初步证明材料应包括对受侵害的权利客体的 描述。权利人应对受侵害客体的内容予以详细阐 述,以方便网络服务提供者采取与之成比例的必要 措施。权利人通知合格标准的适当提高能够合理地 减轻网络服务提供者的负担,使其更加准确、全面地 了解侵权行为,进而提高处理侵权投诉的效率。

## (二)引入"恶意"错误通知和反通知的惩罚性 赔偿制度

在《信息网络传播权保护条例》中增加"恶意" 提交通知和反通知的赔偿义务,并对其适用条件、惩 罚性赔偿数额的确定作出规定。

第一.应明确惩罚性赔偿责任的适用条件。首 先、《信息网络传播权保护条例》应规定主观"恶意" 是适用惩罚性赔偿责任的前提条件。目前《关于审 理涉电子商务平台知识产权民事案件的指导意见》 已对"恶意"的认定标准进行解释,经过司法实践检 验后、《信息网络传播权保护条例》应对现行司法解 释中的合理部分进行吸收,在《信息网络传播权保 护条例》中对"恶意"的考量因素作出规定。其次, 应在主观"恶意"之外增加情节严重作为适用要件, 防止惩罚性赔偿的泛化。在适用惩罚性赔偿时应当 遵循谦抑原则,不能轻易通过和使用惩罚性赔偿制 裁行为人。单纯考虑主观要件,过于片面和绝对,可 能导致惩罚性赔偿在"通知—删除"规则中的过度 适用,导致行为人负担加重,影响作品的正常流通与 再创造。[22]同时,将情节严重纳入惩罚性赔偿责任 的适用要件,也有利于促进《信息网络传播权保护 条例》与《中华人民共和国著作权法》(简称《著作权 法》)、《中华人民共和国商标法》(简称《商标法》)、 《民法典》的有效衔接,增强法律之间的一致性。 《商标法》第63条、《民法典》第1185条、《著作权 法》第54条中对惩罚性赔偿责任的规定均以情节 严重为要件,控制惩罚性规则的适用,尽量平衡知识 产权保护与知识流通的关系。

第二,应明确惩罚性赔偿金额的确定方法。著作权被侵犯的数量和规模难以量化,侵权损失边界非常模糊,著作权保护的难点之一在于损失数额难以证明。在惩罚性赔偿金额的确定上,不宜用固定的数额或标准来限定,而应为法官规定一定的考量因素,并赋予法官一定的自由裁量权。惩罚性赔偿数额的确定应与行为人的主观恶意、损害后果的严重程度成比例,不得畸高畸低。在司法实践中,法院需要适当转变有关损害赔偿认定的司法观念,应当接受即使适用三种传统的损害赔偿计算方式也会有不确定的存在,结合当事人提供的证据行使适当的自由裁量权,在符合合理精度的基础上探索恰当的损害赔偿规则,尽可能使法律事实接近客观事实,使惩罚性赔偿制度落到实处。

## (三)调整错误通知的归责原则并明晰"善意" 的判断标准

修改《信息网络传播权保护条例》中权利人错 误通知的归责原则,将权利人发出通知时的主观状 态纳入承担责任的条件,并将合理使用审查义务作 为衡量权利人"善意"的标准。首先,要求权利人在 发出通知时进行必要的合理使用审查,并由其承担 善意的举证责任。在发出错误通知的情况下,如果 权利人能够证明自己为善意时,则可免除其赔偿责 任。其次,"善意"是指权利人在发出通知时,认真 地进行了合理使用审查,基于专业的判断而合理信 赖用户侵犯其知识产权的主观状态。对合理使用审 查结果的评价应适用主观标准,并辅以客观标准。 原则上,满足合理使用审查的要求为权利人在主观 上有理由相信被通知人的使用行为不属于合理使 用,但如果在客观上被通知人的行为明显构成了合 理使用,权利人却仍然发出了通知,应认定为权利人 没有尽到合理使用审查义务,不符合"善意"要 求。[23]此外,权利人在发出通知时应考虑合理使用 的时代背景。在网络 2.0 时代,用户具有读者和作 者的双重身份,用户生成内容成为网络作品的重要 组成部分,普通用户参与创作更多是作为一种参与 社会生活的方式,并非以盈利为目的。[24]因此,权利 人在发出通知时,应将在原作品基础上增加新的表 达、赋予作品新的意义或功能的用户生成内容纳入 合理使用的范围,以更好地发挥著作权法促进作品 传播的作用。[25]

## (四)增设恢复上架的等待期并明确网络服务 提供者的审查义务

对《信息网络传播权保护条例》"声明未侵权即

恢复"的规定作出修改,增设恢复上架的等待期,并 要求网络服务提供者对未侵权声明的证明材料进行 适当审查.权利人在"合理期限内"未提起司法诉讼 或行政投诉的,网络服务提供者应及时恢复内容。 《信息网络传播权保护条例》应对网络服务提供者 对未侵权声明的审查义务作出明确,如果网络服务 提供者只是被动地机械地转送未侵权声明,而不对 声明的内容进行审查,将诱使实际侵权人利用未侵 权声明故意拖延维权程序,导致侵权行为反复发生, 权利人的正当利益持续受损。此外,《信息网络传 播权保护条例》应将权利人采取后续措施的时间规 定为"合理期限内"。《信息网络传播权保护条例》 可借鉴《民法典》侵权责任编中对恢复等待期的灵 活表述,将等待期设置为"合理期限内"。合理期限 的确定应当从规范目的出发,权衡比较期限对权利 人及网络用户双方利益的影响。如作品涉嫌侵权的 可能性较大,则应赋予作品权利人较宽泛的"合理 期限"进行取证、起诉等活动;如网络用户提交由权 威机构出具的不侵权说明、权利比对表等不侵权的 声明,则应适当缩短"合理期限"的时间。同时,在 面对跨国的著作权争议时,可以酌情给予权利人更 长的期限进行司法诉讼或行政投诉的准备.有效地 保障权利人的利益,而在简单的著作权争议中,可以 视具体情况,适当缩短等待期时长,以避免权利人拖 延维权程序。因此,无论是《中美经贸协议》中提到 的二十个工作日,抑或是《电子商务法》中要求的十 五日都应当是网络服务提供者在实际操作中考量的 基础,而非必须遵守的期限。[26]

#### 五、结语

《中美经贸协议》是中美双方在利益平衡的基础上,在推动全球经济持续发展的共同愿景下签订的互惠的、包容的阶段性经贸谈判成果。履行协议承诺的过程,本质上是中国国内法与国际法规则、美国法的又一次互动与对话的过程。[27]提升网络版权保护立法水平,加强知识产权保护,不仅仅是美国的利益诉求,也是推动中国数字经济发展、激发内容创新、促进文化繁荣的重要保障。《中美经贸协议》对"通知—删除"规则进行了详细规定,对中国版权领域立法形成了一定挑战。《中美经贸协议》"通知—删除"规则中有关提高纠纷处理时效、抑制权利人滥用该制度的机制等要求,有助于促进中国相关制度的进一步完善。[28]当前,中国正在从知识产权引进大国向知识产权创造大国转变,应辩证地看待这些条款的具体内容,主动求变,在国内法层面作出回

112

应,细化有效、合格的通知的标准,引入"恶意"通知和反通知的惩罚性赔偿制度,对"善意"的判断标准

加以具体规定,并增设恢复上架的等待期,使中国知识产权立法内容更加科学。<sup>[29]</sup>

#### 参考文献:

- [1]习近平. 全面加强知识产权保护工作 激发创新活力推动构建新发展格局[J]. 求是,2021(3):4.
- [2]张晓君. 坚持统筹推进国内法治和涉外法治[N]. 重庆日报,2020-12-08(14).
- [3]廖丽. 美国知识产权执法战略及中国应对[J]. 法学评论,2015,33(5):130.
- [4]徐明,陈亮.中美经贸协议背景下电商知识产权保护优化路径研究[J]. 国际贸易,2020(3):38-39.
- [5]万勇. 人工智能时代的版权法通知—移除制度[J]. 中外法学,2019,31(5):1257.
- [6] 岳嘉文. 美对华特别 301 报告中的版权问题研究[J]. 电子知识产权,2019(7);27.
- [7]阮开欣. 网络版权法下滥用"通知与移除"程序的规制——兼评美国"跳舞婴儿"案[J]. 中国版权,2015(6):48.
- [8]刘文杰.《电子商务法》"通知—删除"规则之检讨[J]. 北京航空航天大学学报(社会科学版),2019,32(6):14.
- [9]孔祥俊. "互联网条款"对于新类型网络服务的适用问题——从"通知删除"到"通知加采取必要措施"[J]. 政法论丛,2020 (1):52.
- [10] 郑万青. 从 TPP 建议案版权条款看美国的版权扩张政策[J]. 知识产权,2015(1):93.
- [11] URBAN J M, SCHOFIELD B L, KARAGANIS J, et. al. Takedown in two worlds; an empirical analysis [J]. Journal of the Copyright Society of the USA, 2017, 64(4):486.
- [12]董新凯,王树磊. 网络版权侵权中"通知—删除"的合理时间判断[J]. 南京理工大学学报(社会科学版),2017,30(3);8.
- [13]沈一萍. 错误通知的认定及其赔偿责任研究——以《电子商务法》草案送审稿第 54 条第 1 款为中心[J]. 电子知识产权, 2017(3):52.
- [14] YI C. Keeping up with the times; integrating innovations in criminal copyright infringement into the Federal Rules of Criminal Procedure [J]. Journal of Law, Economics & Policy, 2014, 10(2); 492.
- [15] 王烈琦, 唐艳. 论著作权法上"通知—移除"规则的移植问题[J]. 知识产权, 2017(7):44.
- [16] BENON H. A peek under the hood; why lawmakers should strengthen the current DCMA exemption for security and safety research into car software [J]. Hastings Business Law Journal, 2019, 15(1):155.
- [17] 范艳伟,王珏. 电商法来了,平台怎么办? ——论《电子商务法》下电商平台"通知—删除"规则的适用[J]. 北京航空航天大学学报(社会科学版),2019,32(6);22.
- [18] 刘敬东,王路路. 中美经贸协议中的遵守机制研究[J]. 学术论坛,2021,44(1):64.
- [19] 杨立新. 民法典侵权责任编草案规定的网络侵权责任规则检视[J]. 法学论坛,2019,34(3);95.
- [20] 丁丽柏, 陈喆. 论 WTO 对安全例外条款扩张适用的规制[J]. 厦门大学学报(哲学社会科学版),2020(2):135.
- [21] 周念利,李玉昊. 数字知识产权保护问题上中美的矛盾分歧、升级趋向及应对策略[J]. 理论学刊, 2019(4):61.
- [22]王利明. 论我国民法典中侵害知识产权惩罚性赔偿的规则[J]. 政治与法律,2019(8):101.
- [23] 蔡元臻. 论合理使用对滥用通知现象的遏制——美国"跳舞婴儿案"的启示与反思[J]. 知识产权,2019(1):30.
- [24]刘珊,黄琴. 网络用户生成内容版权侵权自治模式的法治化探索[J]. 中国出版,2018(12):62.
- [25] 熊琦. "用户创造内容"与作品转换性使用认定[J]. 法学评论, 2017(3):64.
- [26] 周园, 谭丽玲. 通知删除规则适用之阙如及其完善[J]. 科技与法律(中英文), 2021(3):99.
- [27]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):100.
- [28] 管荣齐. 中美经贸协议下加强知识产权保护的对策建议[J]. 学术论坛, 2021, 44(1):60.
- [29] 马忠法,谢迪扬.《中美经贸协议》与我国知识产权法律应对[J]. 武大国际法评论,2020,4(6):82-83.

## 《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。

《中国海商法研究》主要发表涉海法学论文。为夯实涉海法学研究理论基础,为更多同仁、专家提供学术论文发表平台,本刊每期可发表3篇左右具有理论深度、与海法密切相关、对海法发展起到支撑作用的一般法学的高水平论文。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。投稿信箱 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""万方数据""维普资讯""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15000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
- 中国学术期刊综合评价数据统计源期刊



