

ISSN 2096-028X

CN 21-1584/D

中国海商法研究

CHINESE JOURNAL OF MARITIME LAW

- ◆ “谁漏油谁赔偿原则”的历史考证及其在碰撞事故中的运用
- ◆ 构建海洋命运共同体与维护海洋安全的辩证思考及实现路径
- ◆ 《民法典》下合同对第三人效力规则在船舶优先权制度中的优化适用
- ◆ 新冠肺炎疫情期间国际海员换班难的法律问题与应对

1

2022

(总第72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 33 卷 第 1 期(总第 72 期)
2022 年 3 月

CHINESE JOURNAL OF MARITIME LAW
Quarterly, Started in 1990
Vol. 33 No. 1 (Serial No. 72)
Mar. 2022

主 管	中国国际贸易促进委员会	Responsible Institution: China Council for the Promotion of International Trade
主 办	中国海商法协会 大连海事大学	Sponsor: China Maritime Law Association Dalian Maritime University
主 编	司玉琢	Chief Editor: SI Yu-zhuo
编 辑	中国海商法研究编辑部	Edited by: Chinese Journal of Maritime Law
出版发行	大连海事大学出版社有限责任公司	Published and Distributed by: Dalian Maritime University Press
出 版 地	辽宁 大连 凌海路 1 号	Co.,Ltd. (Linghai Road 1, Dalian, China)
邮 编	116026	Post Code: 116026
电 话	(0411)84729316	Telephone: (0411)84729316
电子信箱	hsf-nk@163.com	E-mail: hsf-nk@163.com
印 刷	大连海大印刷有限公司	Printed by: Dalian Haida Color Printing Co.,Ltd.

ISSN 2096-028X
CN 21-1584/D

【船舶污染专题】

- “谁漏油谁赔偿原则”的历史考证及其在碰撞事故中的运用 司玉琢,吴 煦(3)
- 论船舶内河污染强制责任保险制度
——兼评《船舶内河污染损害民事责任保险实施办法(征求意见稿)》 阎 语,何丽新(15)

【海洋法专题】

- 构建海洋命运共同体与维护海洋安全的辩证思考及实现路径 张琪悦(26)
- 新冠肺炎疫情对南极条约体系实施与履约制度的挑战及其应对 郑 凡(38)
- BBNJ 国际造法中的“一揽子交易”:作用与局限 孟令浩(49)

【民法典专题】

- 《民法典》下合同对第三人效力规则在船舶优先权制度中的优化适用 李志文,柴芳玲(60)
- 《民法典》动产抵押权登记对抗规则的解释论 莫杨燊(68)

【专论】

- 新冠肺炎疫情期间国际海员换班难的法律问题与应对 胡正良,李雯雯(81)
- 海事行政“责令类”行为定性的规范审视 谭 波(93)
- 水上交通事故责任认定研究 郑 琳(102)

期刊基本参数:CN21-1584/D * 1990 * q * A4 * 112 * zh * P * ¥ 15.00 * 1500 * 10 * 2022-03 * n

英文审校:谷 浩

[Monographic study on ship pollution]

- Historical research on the principle of “the one who leaks oil pays the compensation” and its application in collision accidents SI Yu-zhuo, WU Xu(3)
- Study on the compulsory liability insurance scheme for inner land vessel pollution
—with additional discussion for *Measures for Inner Land Vessel Pollution Liability Insurance (Exposure Draft)* YAN Yu, HE Li-xin(15)

[Monographic study on law of the sea]

- Dialectical thinking and implementation path of building maritime community with a shared future and maintaining maritime security ZHANG Qi-yue(26)
- The challenge of the COVID-19 pandemic to the implementation and compliance mechanism of the Antarctic Treaty System and the corresponding solutions ZHENG Fan(38)
- The “package deal” in BBNJ international law-making; function and limitation MENG Ling-hao(49)

[Monographic study on the Civil Code]

- Optimal application of the rules of effectiveness of contracts to the third party under the *Civil Code* in the maritime lien system LI Zhi-wen, CHAI Fang-ling(60)
- Interpretation of the confrontation rules of registration of chattel mortgage in the *Civil Code* MO Yang-shen(68)

[Articles]

- International seafarers’ shift crisis during COVID-19 pandemic; legal issues and countermeasures HU Zheng-liang, LI Wen-wen(81)
- Normative review on the characterization of ordering acts in maritime administration TAN Bo(93)
- Study on liability confirmation in water traffic accidents ZHENG Lin(102)

司玉琢,吴煦.“谁漏油谁赔偿原则”的历史考证及其在碰撞事故中的运用[J].中国海商法研究,2022,33(1):3-14

“谁漏油谁赔偿原则”的历史考证及其在碰撞事故中的运用

司玉琢,吴 煦

(大连海事大学 法学院,辽宁 大连 116026)

摘要:《1969年国际油污损害民事责任公约》确立了漏油船舶所有人的严格责任,漏油船舶所有人被确认为公约下油污损害的唯一责任人。若漏油事故是由第三方船舶碰撞侵权造成的,油污受害人只能按照公约的规定向漏油方请求油污损害赔偿。对于油污损害造成的油类本身灭失或损害,其所有人可以碰撞法律关系向非漏油船请求碰撞责任赔偿,但以不影响任何一方的责任限制为条件。船舶碰撞事故造成一船漏油时,油污受害方的诉讼请求可能同时涉及两个海上侵权民事法律关系:或者是船舶油污法律关系和船舶碰撞法律关系,或者是船舶油污法律关系和一般环境侵权法律关系。根据相关国际公约或者国内法的规定,在涉及责任限制时,油污法律应该优先适用。若油污法律不予调整,属船舶碰撞法调整范围的,碰撞法优先于一般法适用。船舶油污法和船舶碰撞法都不适用时,方有适用一般法的空间。

关键词:油污损害;油污民事责任公约;船舶碰撞;严格责任

中图分类号:D922.294 **文献标志码:**A **文章编号:**2096-028X(2022)01-0003-12

Historical research on the principle of “the one who leaks oil pays the compensation” and its application in collision accidents

SI Yu-zhuo, WU Xu

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

Abstract: CLC 1969 establishes the strict liability of the owners of oil spilling ships, and the owners of oil spilling ships are recognized as the sole responsible persons for oil pollution damage under the Convention. If an oil spilling accident is caused by a third-party ship collision infringement, the victims of oil pollution can only claim compensation for oil pollution damage from the oil spilling party in accordance with the provisions of the CLC. The owner of the loss or damage of the oil in the oil pollution may claim compensation for the collision liability from the non oil leaking ship according to the collision legal relationship, provided that it does not affect the limitation of liability of either party. When a ship collision accident caused a ship to leak oil, the claims of the victims of oil pollution may involve two civil tort legal relations at the same time: either the legal relationship of ship oil pollution and the legal relationship of ship collision, or the legal relationship of ship oil pollution and the legal relationship of general environmental tort. According to relevant international conventions or domestic laws, oil pollution laws should take precedence when it comes to limitation of liability. If the oil pollution laws do not adjust it, when it belongs to the adjustment range of the ship collision laws, the collision laws take precedence over the general laws. If neither the ship oil pollution laws nor the ship collision laws are applicable, there is room for the application of the general laws.

Key words: oil pollution damage; CLC; ship collision; strict liability

《1969年国际油污损害民事责任公约》(*International Convention on Civil Liability for Oil Pollution*

Damage, 1969, 简称 CLC 1969) 问世后,油污法律关系与碰撞法律关系便成为两个各自独立又相互关联

收稿日期:2022-01-08

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:司玉琢(1937—),男,辽宁凌源人,大连海事大学法学院教授,E-mail:siyuzhuo@foxmail.com;吴煦(1974—),男,江西上饶人,大连海事大学法学院副教授,E-mail:scott_wuxu@dlmu.edu.cn。

的海上侵权法律关系。在油污法律关系中,漏油方对油污受害方承担严格责任,遵循“谁漏油谁赔偿原则”(polluter-pays principle)^①;在碰撞法律关系中,实行过失归责原则,双方互有过失时按过失比例承担财产损害赔偿赔偿责任。实践中,如果因第三人全部或部分过失碰撞致他船漏油造成污染损害,“谁漏油谁赔偿原则”还是不是船舶油污损害赔偿的基本原则?在船舶碰撞致油污损害案件中,油污受害方的诉讼请求将同时涉及两个侵权法律关系,哪一法律优先适用?对于这些问题,目前实务界和学术界存在一些不同的看法。笔者试图从 CLC 1969 制定的过程出发,探寻公约确立严格责任下的“谁漏油谁赔偿原则”的本意,并对因碰撞产生的油污侵权的法律适用提出一些看法。

一、“谁漏油谁赔偿原则”的历史考证

“谁漏油谁赔偿原则”是指发生海上船舶漏油事故时,由漏油船舶所有人按照法律规定的严格责任进行赔偿,并给予其责任限制的法律制度。

(一)“托利·勘庸”(Torrey Canyon)号漏油事件催生了 CLC 1969

1967年3月18日“托利·勘庸”号漏油事件^②震惊了世界,原政府间海事协商组织(IMCO)^③于同年5月5日成立法律委员会,专门研究船舶油污损害赔偿的法律问题。1967年8月25日法律委员会完成了初步报告,对国际社会关切的船舶污染责任基础、责任限制、强制保险、适用范围等问题进行了研究^④,于同年11月罗马会议后提交了研究报告^⑤,并嗣后向各国发出了调研问题单,共收到18个国家的答复^⑥。1968年2月29日至3月1日,法律委员会工作组对这些回复进行梳理后,将其提交里斯本会议^⑦。在前期调研和各国答复中,关注的核心问题有三个:第一,谁应该是船舶油污的责任主体?第

二,责任基础是严格责任还是过错责任?第三,责任限制和强制责任保险如何实行?工作组认为,根据各国的回复,在以下两个方面有可能达成妥协:第一,除非船舶所有人证明自己没有过错,否则应承担船上所载油类(或危险、有毒物品)的燃烧或爆炸造成的损害的赔偿责任,并承担公共当局和其他人为防止或减少由此造成的伤害或损害而合理采取的保护措施的费用。第二,此类赔偿可以在《1957年船舶所有人责任限制国际公约》(*International Convention Relating to the Limitation of the Liability of Owners of Sea-Going Ships, 1957*,简称LLMC 1957)的框架内进行责任限制,但应该提高公约的限额。

在前期调研中,虽然对新公约调整的对象、责任基础和责任限额等有分歧,但大部分国家支持制定一个独立的船舶油污民事责任公约(简称CLC)。在这种情形下,原政府间海事协商组织决定成立相应的工作组起草公约草案,其目的为创设船舶油污民事责任独立的法律体系。

(二)CLC 1969 制定过程中责任基础的演变

1968年7月10日,国际法律委员会草拟了公约的初稿。初稿第2条^⑧规定:“船舶所有人应对其船舶在缔约国一方领土内对财产造成的任何污染损害负责,除非他能证明泄漏不是由其本人或其受雇人、代理人在船舶的操作、航行或管理中的过失造成的。”第3条^⑨规定:“除根据本公约的规定向有关船舶所有人提出赔偿请求外,不得在任何缔约国的法院提出污染损害赔偿请求。本规定不得损害船舶所有人对第三方的任何追偿权。”1968年9月26日,公约初稿对第2条和第3条进行了细微的修改,修改后分别如下^⑩:“船舶所有人对船舶造成的污染损害应负赔偿责任,除非他能证明泄漏不是由其本人或其受雇人、代理人在船舶的操作、航行或管理中的

① “谁漏油谁赔偿原则”也称“谁漏油谁负责原则”,笔者仅探讨油污民事责任,因此使用“赔偿”一词更为准确。

② 1967年3月18日,利比亚籍超级油轮“托利·勘庸”号触礁失事,标志着现代极其严重的原油泄漏事故的开始。

③ 政府间海事协商组织成立于1959年1月6日,1982年更名为国际海事组织(IMO)。

④ 参见1968-document-1 TC-1,第72页。文中CLC 1969制定过程中的文件均出自IMO官网。

⑤ 参见1968-document-1 TC-2,第98页。

⑥ 这十八个国家提交的答复文件为:挪威 TC-3、芬兰 TC-4、瑞典 TC-5、德国 TC-6、丹麦 TC-7、英国 TC-8、荷兰 TC-9、意大利 TC-10、希腊 TC-11、日本 TC-12、法国 TC-13、比利时 TC-14、西班牙 TC-15、南斯拉夫 TC-16、阿根廷 TC-17、瑞士 TC-18、美国 TC-20 和爱尔兰 TC-21。

⑦ 参见1968-document-3 TC-20,第144页。

⑧ 参见1968-document-4 TC-22,第132页。原文为:“Art 2. The owner shall be liable for any pollution damage caused by his ship to property within the territory of a Contracting State unless he proves that the escape was not caused by his fault or that of any person, whether or not his servant or agent, concerned in the operation, navigation or management of the ship.”

⑨ 参见1968-document-4 TC-22,第134页。原文为:“Art 3. No claim for compensation shall be made in the courts of any Contracting State otherwise than against the owner of the ship concerned and under the provisions of this Convention. Nothing herein shall prejudice any right of recourse of the owner against third parties.”

⑩ 参见1968-DOCUMENTATION-V TC-24,第172页。

过失造成的。”“除非按照本公约的规定,否则不得向船舶所有人提出污染损害赔偿。本规定不得损害船舶所有人对第三方的任何追偿权。”随后,挪威(文件编号:TC-T-1)、英国(文件编号:TC-T-2)、日本(文件编号:TC-T-3)、爱尔兰(文件编号:TC-T-4)^①提出了各自的修改意见。1969年3月30日,国际海事委员会在东京召开了会议,大会工作组提供了一份以过失责任为基础的公约草案。在初稿第2条的基础上增加了“船舶所有人还应对故意从其船舶排放的油类造成的任何污染损害负责”^②。第3条增加了“不管是根据本公约或是其他规定,均不得对船舶本身、船舶所有人的受雇人或代理人、光船承租人、定期承租人或航次承租人或其中任何一人的受雇人或代理人提出针对此种损害的索赔”^③。

从公约草案可以看出:第一,漏油船舶所有人应承担油污的损害赔偿责任,其归责原则是过失责任原则,且实行举证责任倒置。第二,受损方只能依据本公约的规定向船舶所有人提出油污索赔,不能以其他诉因提起一般法的诉讼。第三,受损方不能以油污或者其他诉因向船舶、船舶所有人的受雇人或代理人以及承租人或承租人的代理人提起诉讼。第四,船舶所有人在按照公约赔偿之后,享有对第三人的追偿权。

1969年3月31日,东京会议继续讨论公约草案,爱尔兰代表肯尼法官对草案的过失责任提出了强烈的批评^④:“我们起草的公约必须使沿海国和船只都能遵守。沿海国将不会接受一个不是严格责任的公约,例如油轮因飓风搁浅,或油轮在公海与货船相撞,因油轮无过错,故受损方不能获得赔偿。”意大利代表贝林吉里教授附议说^⑤:“公约第3条的规定允许受害方向对碰撞负有责任的非油轮方采取行动,但公约目前的措词让人理解为,只要证明已尽了应有的努力,就能免除船舶所有人的责任。在这种情况下,不明来源造成的所有损害结果都将由受害人承担。……如果两艘船舶因共同过失而碰撞,油污受害方可以共同起诉他们,其中非油轮所有人在这种情况下支付赔偿,他将通过行使代位权获得向基金索赔的权利。这显然不符合公约起草人的意

图。”会议的讨论非常激烈,几个国家的提案均被否决,会后公约起草委员会拟定了新草案(文件编号:TC-T-7),对原草案内容进行了修改和补充。其中,草案第2条仍然坚持船舶所有人对油污应负过失责任且实行举证责任倒置,但第3条根据比利时、英国和意大利的提案(文件编号:TC-T-5)作了较大的修改,规定“不得根据本公约的规定就污染损害向船舶所有人以外的任何人提出索赔。但是,本规定不影响向船舶操作、航行或管理相关人员以外的其他人员提出任何索赔或船舶所有人行使任何追偿权”^⑥。

1969年4月4号上午,英国代表在会上说明了修改理由:“先前起草的案文没有明确规定根据公约的规定船舶所有人应当承担责任。”意大利代表贝林吉里教授补充说:“原草案这一条的措词出现错误,正确的应该是:根据本公约,不得就污染损害向除船舶所有人和根据本公约规定以外的任何人提出索赔。”其言下之意为,原第三稿草案的措词,可能会让人理解为除了船舶所有人外,受害方还可以就油污损害向其他人索赔。经过讨论,会议主席总结大家的观点:“本条要达到的目标是:第一,该条款应确保船舶所有人不会被以一般法(ordinary law)^⑦起诉;第二,该条款应确保光船承租人不会作为船舶所有人的替代而被起诉。”随后,他任命伯奇·雷纳森、范德费茨和贝林吉里对第3条进行重拟。

当会议陷入僵局时,公约起草委员会成员德夫林勋爵指出,在公约起草过程中,国际法律委员会起草了一个以过失责任为基础的版本,爱尔兰起草了一个以严格责任为基础的版本,投票支持国际法律委员会草案的有7票,支持爱尔兰草案的有6票,弃权的有6票,所以采用了过失责任这个版本的公约草案供大家讨论。随后,爱尔兰代表发表了长篇讲话,多方面论述了只有对海商法中的过失责任原则进行改革,采用严格责任制才能让大部分国家加入公约,公约才真正具有生命力,这种做法被称之为海事解决方案(maritime solution)。工作组随后对第2条(文件编号:TC-T-9)和第3条(文件编号:TC-T-11和TC-T-14)进行了多次修改,最后形成了TC-T-16

① 爱尔兰提出要让货主承担严格责任。

② 参见1969-DOCUMENTATION-III,第44页。

③ 参见1969-DOCUMENTATION-III,第44页。

④ 参见1969-DOCUMENTATION-IV,第10页。

⑤ 参见1969-DOCUMENTATION-IV,第88、90页。

⑥ 参见1969-DOCUMENTATION-V,TC-T5,第74页。

⑦ 这里的一般法指的是common law或civil law,因为各国法系不一样,所以笔者用ordinary law一词来表示。

的文本^①。实际上,这种文字上的修改是难以成功的,道理很简单:公约第2条规定的是过失责任,第3条又想将油污索赔对象限制为船舶所有人,不得以油污损害为由向其他人索赔,这二者本身就是冲突的。

尔后,挪威提交了对第3条的修改草案^②:“除按照本公约的规定外,不得向船舶所有人提出污染损害索赔。本公约不影响对船舶所有人以外的人提出针对此种损害的索赔。但是,船舶所有人及其受雇人或代理人以及船舶承租人及其受雇人和代理人就同一事件引起的索赔所承担的赔偿责任总额不得超过第5条第1款所述的数额。本公约的任何规定均不得损害对油污损害负责人的追偿权。”

1969年4月4日下午,国际法律委员会主席德夫林勋爵先对原公约草案的规定进行了阐释^③:“根据公约草案第2条,船舶所有人是承担漏油赔偿责任的唯一主体。草案第3条第一句的目的是确保船舶所有人不会根据一般法被起诉。他只能根据公约被起诉,因此他享有公约规定的抗辩和责任限制^④。第二句中根据本公约或其他法律规定,不得对船舶本身、船舶所有人和承租人的受雇人或代理人……提出针对此种损害的索赔的规定,旨在确保承租人也不能根据一般法被起诉。第三句话规定的代位权是为了确保船舶所有人有权根据一般法起诉可能对损害负责的第三方。因此,船舶所有人因某艘船与其船相撞而承担责任时,该船应承担部分责任,他有权根据一般法起诉该船舶。”德夫林勋爵对公约草案第3条的诠释获得大家普遍的赞同,他的发言也表明了对挪威提案的反对。挪威的提案初衷是要将“喜马拉雅条款”运用在漏油船舶所有人的受雇人、代理人和承租人身上,但从措词上看,实际上允许受害人按一般法向船舶所有人以外的人提起油污索赔,这就和公约起草的初衷“船舶所有人是承担漏油赔偿责任的唯一主体”背道而驰了。最后,挪威提案因

12票反对、9票支持、1票弃权而被否决。会议继续对各国的提案进行逐项表决,倒数第二项是爱尔兰TC-T-25号提案。该提案建议公约采取严格责任,但是态度从坚持油污由货主承担严格责任(撤回的TC-T-23号提案)转向由船舶所有人、货主或船舶所有人和货主共同承担严格责任。德夫林勋爵发言表示完全支持爱尔兰提案,并认为公约应从整体上考虑条款的拟定。在随后进行的表决中,爱尔兰提案获19票支持,0票反对,4票弃权。会议主席宣布将爱尔兰提出的严格责任制纳入草案,经修订后将公约草案提交大会表决。

(三) 公约“谁漏油谁赔偿原则”的最终确立

1969年11月10日,在布鲁塞尔会议中,对责任基础的分歧依然存在。究竟采用严格责任还是过失责任的僵局,终于在1969年11月24日被打破。当时根据英国代表团的建议达成了一项妥协,并得到许多其他代表团的支持,即公约应以船舶所有人的严格责任为基础,强制保险和责任限额为每吨1900法郎,最高限额为2.1亿法郎。^[1]随后,草案在英国代表团建议的基础上进行了修订,最后呈现的是将原草案第2条、第3条合并,增加了几款后的版本。1969年11月29日,CLC 1969在布鲁塞尔会议上被表决通过。

公约的责任基础主要体现在合并后的第3条。公约第3条第1款在原公约草案第2条的基础上增加了除外规定(第2款和第3款),表明了漏油船舶所有人承担油污损害赔偿的严格责任,但非绝对责任。此外,会议也同意了比利时的建议,考虑在公约外让货主建立一个基金来补充赔偿油污所造成的损害。根据斯堪的纳维亚各国代表团的提议,会议通过了一项决议,提请原政府间海事协商组织不迟于1971年召开一次关于设立国际基金的国际法律会议。公约中的严格责任意味着除了第2款和第3法定免责事由外,不管船舶所有人是否有过错,他将

① 原文为:“Article 2 The owner shall be liable for any pollution damage resulting from the escape of oil from his ship, unless he proves that the escape was not caused by his fault or that of any person, whether or not his servant or agent, concerned in the operation, navigation or management of the ship; the owner shall also be liable for any pollution damage caused by oil intentionally discharged from his ship.”“Article 3 No claim for pollution damage may be made against the owner otherwise than in accordance with this Convention. No claim for such damage, under this Convention or otherwise, may be made against the ship itself, the servants or agents of the owner or against a demise, time or voyage charterer of the ship or the servants or agents of any of them. Nothing in this Article shall prejudice any right of recourse of the owner.”

② 参见1970-DOCUMENTATION-I-TOKYO,第63页。

③ 参见1970-DOCUMENTATION-I-TOKYO,第12页。

④ 参见1970-DOCUMENTATION-I-TOKYO,第48页。公约草案(TC-T-16)第2条规定:“船舶所有人应当对因船舶溢油而造成的污染损害承担责任,但证明溢油不是由其本人或者与船舶的操作、航行或者管理有关的任何人(不论其受雇人或者代理人)的过失造成的除外;船舶所有人还应对故意从其船舶排放的油类造成的任何污染损害负责。”第3条规定:“除依照本公约的规定外,不得向船舶所有人提出污染损害索赔。根据本公约或其他规定,不得对船舶本身、船舶所有人的受雇人或代理人、船舶的光船承租人、定期承租人或航次承租人或其中任何一人的受雇人或代理人提出针对此种损害的索赔。本条款的任何规定均不得损害船舶所有人的任何追偿权。”

是公约下唯一的责任主体。

CLC 1969 第3条第2款规定,船舶所有人如证明损害系属于以下情况,便不得使其承担油污损害责任:这里的“(a)由于战争行为、敌对行为、内战、武装暴动,或特殊的、不可避免的和不可抗拒性质的自然现象所引起的损害”,是大会秘书处起草增加的;“(b)完全是由于第三者有意造成损害的行为或不作为所引起的损害”,这段文字没有出现在草案上,却出现在最终文本上,是英国代表建议在国际法律委员会的草案上增加的;“(c)完全是由于负责灯塔或其他助航设施管理的政府或其他主管当局在履行其职责时的疏忽或其他过错行为所造成的损害”,也是在英国代表建议下增加的,该款甚至在大会上都没有经详细讨论就一致通过了。

CLC 1969 第3条第3款规定:“如果船舶所有人证明,污染损害完全或部分是由于遭受损害的人有意造成损害的行为或不作为所引起,或是由于该人的疏忽所造成,则船舶所有人即可全部或部分地免除对该人所负的责任。”这一款最初的措词将免除赔偿责任的范围仅限于遭受损害的人有意造成损害的行为或不作为所引起污染的情况。由于这是不太可能发生的,所以前苏联代表建议增加受害人疏忽的表述,该建议在全体委员会第十八次会议上获得批准。对公约第3条第2款、第3款的免责事项,船舶所有人负有举证责任。

CLC 1969 第3条第4款^①是根据原公约草案的第3条第1款修改而来的:“除按照本公约规定外,不得向船舶所有人提出污染损害赔偿要求。根据本公约或其他规定,不得向船舶所有人的受雇人或代理人提出污染损害索赔。”第一句是禁止对船舶所有人按一般法提出公约外油污损害的起诉;第二句目的在于防止受害方绕过船舶所有人依据公约或一般法去告他的雇佣人员或代理人。^[2]

CLC 1969 第3条第5款是原公约草案的第3条第2款规定:“本公约的任何规定均不得损害船舶所有人对第三方的任何追偿权。”当然,结合前面几款

来看,这种追偿权并非是按照公约的油污侵权关系进行追偿,而是按照一般法下的侵权或合同关系而提起。公约第3条第4款、第5款都是在原来公约草案中存在的,不过对于将喜马拉雅条款扩展适用到船舶经营人、管理人和承租人上的建议并没有被大会采纳。

截至目前,CLC 1969 已发展至《修正 1969 年国际油污损害民事责任公约的 1992 年议定书》(IMO Protocol of 1992 to Amend the International Convention on Civil Liability for Oil Pollution Damage, 1969, 简称 CLC 1992),成员国已经超过了 130 个,成为名副其实的“国际性”公约,其确立的严格责任下的“谁漏油谁赔偿原则”以及与之相配套的强制保险制度已为后续类似的国际公约普遍接受^②。

二、“谁漏油谁赔偿原则”的成因

公约起草过程中自始至终坚持漏油船对油污负责这一基本立场。在 1968 年涉及托利·勘庸事件的初步报告中,工作组就认为^③:“假设漏油完全是由于另一艘船的疏忽引起的碰撞所致。如果油轮负有严格责任,并且有责任保险基金可用,受害者将只向油轮寻求赔偿。油轮是否有权对违规船舶进行追偿?乍看起来,似乎公约应当对此保持沉默。根据一般法,它应该让油轮享有此权利,不管这些权利是什么。毫无疑问,肇事船舶应承担碰撞导致的所有一般后果,但可以说,如果让它承担货油泄漏的后果,它实际上将成为从事极其危险活动的受害者,就像其财产受到伤害一样。”在公约的制定过程中,从各国代表的发言可以看出,即使是在过失责任原则下,让漏油船舶所有人成为油污责任的唯一承担方也是公约草案的主要目标。但基于过失责任原则和让漏油船舶所有人承担责任的目标在逻辑上存在矛盾,因此,不管公约草案第2条、第3条的措词如何修改,总是无法让人满意。不过,在大会确定了以船舶所有人的严格责任为原则来重新拟定公约条款时,一切技术问题就迎刃而解,海运领域一个全新责任基础的公约便应运而生了。我们不禁要问,为什

① 原文为:“No claim for compensation for pollution damage shall be made against the owner otherwise than in accordance with this Convention. No claim for pollution damage under this Convention or otherwise may be made against the servants or agents of the owner.”翻译为:“不得要求船舶所有人对本公约没有规定的污染损害作出赔偿。不得要求船舶所有人的雇佣人员或代理人对本公约规定的或其他污染损害作出赔偿。”通过前文对公约制定过程的研究,该翻译将公约第一句的两层意思(一是不能要求船舶所有人承担公约规定赔偿外的责任,二是油污受害人不能撇开公约的规定,将油污损害按照一般法去起诉漏油船舶所有人)中的第二层的意思弱化了。同样,第二句的翻译也存在这个问题,将油污受害人不能按照公约或一般法去起诉船舶所有人的受雇人和代理人这层意思弱化了。

② 后续的类似公约是指《1996 年国际海上运输有毒有害物质损害责任和赔偿公约》(简称 HNS 1996)和《2001 年燃油污染损害民事责任国际公约》(简称 BUNKER 2001)。它们都承继了船舶污染损害赔偿的严格责任原则下的“谁污染谁赔偿原则”以及与之配套的强制保险制度。

③ 参见 1968-DOCUMENTS-I, TC-1, 第 91 页。

么公约采用严格责任下的“谁漏油谁赔偿原则”才能获得各国的接受和符合实践的需求呢?

(一) 过失责任不足以保护油污受害方

CLC 1969 产生之前,船舶油污损害民事责任没有形成独立的法律制度,其损害赔偿请求的依据包含在海事赔偿责任限制公约(简称 LLMC)或相应国内法之中,责任限额都较低。例如 LLMC 1957 的责任限额只有每公约吨 3 100 金法郎,其中人身基金每公约吨 2 100 金法郎,财产基金只有每公约吨 1 000 金法郎,其中人身基金不足以赔偿的部分,还得按比例从财产基金中分配。在各国国内法中,当时普遍适用船价制或金额制,船舶的责任限额也较低。“托利·勘庸”号事件唤醒了世界,为船舶油污创设独立的严格的责任制度,大大提高油污损害责任限额势在必行。如果仍旧实行过失责任,就势必要对所有的海船实行油污强制责任保险制度,或者取消船舶所有人的责任限制,这种方法显然要大大增加船舶所有人的负担和风险,在海事实践中是行不通的。因此,让漏油船舶所有人承担油污严格责任并给予责任限制就是公约必然的选择。也就是说,在海洋环境损害案件中,不论污染者是否有过错,除了法定的免责事项外,只要对海洋环境造成了污染损害,污染者就要承担损害赔偿赔偿责任,即使完全是或者部分是由于第三方的过失造成的污染损害,也不解除污染者的损害赔偿赔偿责任。^[3]¹¹¹¹“谁漏油谁赔偿原则”实际是国际海洋环境污染严格责任原则的必然结果^①。

CLC 1969 第 3 条第 1 款规定:“除本条第 2 款和第 3 款规定者外,在事故发生时,或者如果该事故系由一系列事件构成,则第一个此种事件发生时的船舶所有人,应对船舶因该事故而造成的任何污染损害负责。”根据本条规定,在油污法律适用的条件下,如果不存在公约第 3 条第 2 款和第 3 款规定的免责情形,漏油船舶所有人(及其责任保险人或者财务担保人)是唯一的责任主体,非漏油船不可能成为油污责任的主体,而只能是漏油方追偿的主体。

BUNKER 2001 第 3 条第 1 款也作了与 CLC 同样的规定^②,只是船舶所有人的概念除登记所有人外,还包括了光船承租人、船舶经营人和管理人。与 CLC 相比较,就责任主体而言,BUNKER 2001 中船舶所有人的范围有所扩大,在此范围内仍然遵循漏油船舶所有人是污染损害赔偿的唯一责任主体。也就是说,“谁漏油谁赔偿原则”中的“谁”,在 CLC 下是指船舶所有人本人^③,在 BUNKER 2001 下是指船舶登记所有人、光船承租人、船舶经营人和管理人,“谁”的范围有所不同,但“谁漏油谁赔偿原则”没有改变。与 CLC 不同的是,因 BUNKER 2001 的船舶所有人包含多人,当燃油污染责任涉及其中两个以上的责任人时,BUNKER 2001 第 3 条第 2 款规定多人之间承担连带责任^④。

(二) 为船舶所有人设置责任限额和强制保险

让漏油船舶所有人承担油污损害责任,目的并不是让其承担无限责任,而是创设一个独立于 LLMC 之外的,且与 LLMC 相较责任限额有大幅提高的船舶油污损害民事责任制度,从而给予受害人更大的保障。在公约制定过程中,曾有国家提议,CLC 1969 不需要单独设定责任限额,可以通过提高并直接适用 LLMC 1957 的责任限额使问题得以解决,但最终还是决定设定单独的限额,并以当时伦敦市场上保险公司愿意承保的最高额 2.1 亿法郎为限,按当时市场上大型油轮的吨位估算,提出每吨位大约 1 900 法郎(最后公约采用了每吨位 2 000 法郎)。

在确定了单独的责任限额后,还需要强制责任保险制度作保障,否则油污受害方仍然可能无法获得公约规定的赔偿。根据 CLC 1969 的规定,载运 2 000 吨以上散装持久性油类物质的油轮船船舶所有人,以本船的油污责任限制为基础强制投保油污险^⑤,BUNKER 2001 规定 1 000 总吨以上的船舶所有人必须以本船的海事赔偿责任限制为基础强制投保燃油污染险^⑥,这些规定都是与油污责任主体的地位相匹配的。同时规定油污受害方可以直接起诉油污责任保险人或财务担保人^⑦,“这一制度能够使

① 参见 CLC 第 3 条、BUNKER 2001 第 3 条、《中华人民共和国海洋环境保护法》(简称《海洋环境保护法》)第 89 条、最高人民法院《第二次全国涉外商事海事审判工作会议纪要》第 149 条第 1 款。

② 除外规定在 BUNKER 2001 中是指第 3 条的第 3 款、第 4 款。

③ CLC 规定的“船舶所有人”是指登记为船舶所有人的人,如果没有这种登记,则是指拥有该船的人。但如船舶为国家所有,而由在该国登记为船舶经营人的公司所经营,“船舶所有人”即指这种公司。

④ BUNKER 2001 第 3 条第 2 款规定:“根据第 1 款规定,如果有一个以上的人负有责任,他们将负连带责任。”

⑤ 参见 CLC 第 7 条第 1 款。《中华人民共和国船舶油污损害民事责任保险实施办法》第 13 条第(一)项也有类似规定,并对载运散装持久性油类物质的油轮没有吨位的限制。

⑥ 参见 BUNKER 2001 第 7 条。《中华人民共和国船舶油污损害民事责任保险实施办法》第 13 条第(三)项也有类似规定。

⑦ 参见 CLC 第 7 条第 8 款、BUNKER 2001 第 7 条第 10 款。

对漏油船舶的索赔通过对其保险人或其他财务担保人的直接诉讼来得到实施”,^{[3]1110}从而保证“谁漏油谁赔偿原则”的实现。如果法律规定对非油轮也实行强制投保油污责任险,则不仅增加了非油轮所有人的经济负担,同时也缺乏可操作性,因为其无法确定对碰撞的对方油轮将承担多大的油污责任。所以,法律没有规定也不应规定本船应为载运持久性散装货油的他船投保油污责任险。不仅如此,当油污受害方直接向非漏油船索赔油污损害时,法律明确规定非漏油船的海事赔偿责任限制排除 CLC 下的油污损害索赔的适用,以便与“谁漏油谁赔偿原则”相一致^①。作为油污法律制度的重要组成部分——油污赔偿责任限制和油污赔偿基金的二元赔偿机制,也使得油污受害方尽量得到充分的赔偿。

综上,“谁漏油谁赔偿原则”是船舶所有人的严格责任、责任限制和强制保险三位一体制度的核心,是对责任基础比较凝炼的结果,并不意味着漏油船舶所有人在任何情况下都要承担所有的损害赔偿。根据 CLC 的规定,其含义如下:第一,按照公约的油污索赔,漏油船舶所有人是唯一的责任主体,受害人不能向第三人提起公约下的油污之诉;第二,漏油船舶所有人如果有 CLC 第 3 条第 2 款规定的免责事由,则不需负责;第三,油污受害人不能向漏油船舶所有人提起公约之外的一般法诉讼,也不能向船舶所有人的受雇人、代理人(BUNKER 2001 还包括了光船承租人、船舶经营人和管理人)提起公约的油污之诉和公约外的一般法诉讼;第四,漏油船舶所有人可以在赔偿了油污损害后,向第三人侵权方(如碰撞方)或合同方(如承租人)提起代位求偿之诉,该诉也非公约下的油污之诉,而是按照碰撞侵权法或者合同约定提起。

三、“谁漏油谁赔偿原则”在船舶碰撞事故中的运用

(一) 船舶碰撞中油污受害方的请求权基础

诉,因请求权基础不同而不同,说到底请求权构成要件和具体法律关系的不同。诉的理论中,当事人要素是主观要素,诉讼标的是客观要素;满足全

部诉的要素才构成可以提请裁判的诉;要素是区分此诉与彼诉的依据;要素相同的,是同一个诉,要素不同,则构成不同的诉。多个当事人要素或诉讼标的的要素的场合则存在应否合并审理的程序问题。

《最高人民法院关于印发修改后的〈民事案件案由规定〉的通知》(简称《通知》)规定,同一诉讼中涉及两个以上法律关系的,应当依当事人诉争的法律关系的性质确定案由,均为诉争法律关系的,则按诉争的两个以上法律关系并列确定相应的案由。据此,如果两船碰撞造成其中一船漏油将涉及《通知》中案由第 196 项“船舶污染损害责任纠纷”、第 193 项“船舶碰撞损害责任纠纷”(或者第 377 项“环境污染责任纠纷”)。

如前述,自 CLC 1969 问世后,油污法律关系与碰撞法律关系便成为两个各自独立又相互关联的海上侵权法律关系,漏油船与油污受害方构成油污侵权法律关系,非漏油船与漏油船构成船舶碰撞法律关系^②。非漏油船与油污受害方之间的法律关系存在两种情况:第一种情况,根据《海商法》第 169 条第 2 款的规定,“碰撞造成第三人财产损失的,各船的赔偿责任均不超过其应当承担的比例。”根据《最高人民法院关于审理船舶碰撞和触碰案件财产损害赔偿的规定》第 4 条、第 6 条的规定^③,碰撞造成的第三人财产损失不限于船上财产,油污损害也属于《海商法》规定的第三人财产损害,则油污受害方与非漏油方之间也是碰撞法律关系,适用《海商法》第八章船舶碰撞规定。第二种情况,根据《1910 年统一船舶碰撞某些法律规定的国际公约》(简称《碰撞公约》),碰撞造成的第三人财产损害仅限于船上的财产,船舶以外的财产损失不属于公约调整的范围,油污受害方的损失除油类本身的灭失损害之外,预防费用和环境损害属于船舶和船上财产之外的财产损失,不受公约调整,^[4]应适用一般法——《中华人民共和国民法典》(简称《民法典》)侵权责任编(第七章环境污染和生态破坏责任)。^[5]

当油污受害方同时向碰撞双方提起油污损害赔偿

① 《1976 年海事赔偿责任限制公约》(Convention on Limitation of Liability for Maritime Claims, 1976, 简称 LLMC 1976)第 3 条规定:“本公约的规定不适用于:……(2)有关 1969 年 11 月 29 日签订的国际油污损害民事责任公约,或者实施中的该公约修正案或议定书中规定的油污损害的索赔;……”,《中华人民共和国海商法》(简称《海商法》)第 208 条第(二)项也有同样的规定。

② 《海商法》第 165 条规定:“船舶碰撞,是指船舶在海上或者与海相通的可航水域发生接触造成损失的事故。”

③ 《最高人民法院关于审理船舶碰撞和触碰案件财产损害赔偿的规定》第 4 条规定:“船上财产的损害赔偿包括:船上财产的灭失或者部分损坏引起的贬值损失;合理的修复或者处理费用;合理的财产救助、打捞和清除费用,共同海损分摊;其他合理费用。”第 6 条规定:“船舶碰撞或者触碰造成第三人财产损失的,应予赔偿。”

偿请求时,将同时涉及两个法律关系^①:要么是漏油方的油污法律关系和与非漏油方的碰撞法律关系,要么是漏油方的油污法律关系和与非漏油方的一般侵权法律关系。法院应以并列的两个案由进行立案,并列案由立案并不意味着对民事诉讼法规定的诉的合并的条件有所突破^②,更不能理解为当事人不同、法律关系不同、法律事实不同、法律程序不同的案件可以合并审理。因此,案由是否采并列的形式取决于诉争法律关系是否能够合并审理的实质。

根据《中华人民共和国民事诉讼法》第55条第1款的规定,合并审理的情形应该满足共同诉讼条件:即“当事人一方或者双方为二人以上,其诉讼标的是共同的,或者诉讼标的是同一种类,人民法院认为可以合并审理并经当事人同意的,为共同诉讼”。比如在油污法律关系中,原告当事方是二人以上,诉讼标的又是共同的,符合共同诉讼要件,人民法院认为可以合并审理并经当事人同意,符合共同诉讼的要件^③。但是,关于油污之诉与碰撞之诉是否能合并审理这一问题,从共同诉讼成立的要件来看,它是不具备的,具体理由如下。

第一,不符合当事方一方或者双方为二人以上的要件,油污受害方与漏油方和与非漏油方分别是两个独立的海上侵权法律关系的责任主体,即赔偿义务人为不同法律关系指向的不连带的不同主体,不是必要共同诉讼^④;两个法律关系适用的法律、归责原则、责任限制、基金设立及分配程序各不相同,是不能也无法在一个案件中交叉适用的。在两种法律制度各自调整的范围内,既不能在碰撞法律关系

中主张油污责任(如油污受害方向非漏油船主张油污责任),也不能在油污关系中主张碰撞或者一般侵权责任(如油污加害方主张按碰撞责任比例承担责任或者根据一般法规定主张第三方的过失也免除自己的油污责任^⑤),更不能在同一油污案件中,油污受害方在以油污法律关系向漏油方请求赔偿全部油污损害的同时,又以碰撞或者一般侵权关系要求非漏油方承担油污损害责任^⑥。

第二,不符合诉讼标的是共同的要件,对漏油方的请求是油污损害赔偿请求,包括预防措施费用和环境损害(含利润损失);而对非漏油方的请求是碰撞损害赔偿请求,不含预防措施费用和环境损害赔偿^⑦。

既然不符合共同诉讼要件,也就不具有合并审理的基本条件,只能以并列的两个案由进行立案,经法庭向原告释明后择一先行“一案一诉”审理。

实务中,油污受害方往往把漏油方与非漏油方一起告上法庭,当油污受害方的诉讼请求同时涉及碰撞法律关系和油污法律关系,分别适用碰撞法(《碰撞公约》)和油污法(CLC, BUNKER 2001)时,哪一种法律关系所涉及的法律优先适用?《碰撞公约》第10条规定:“……本公约的规定不以任何方式影响各国现行的有关限制船舶所有人责任的法律……”,根据这一规定,碰撞法不应妨碍 CLC 或者 BUNKER 2001 责任限制的适用^⑧。即使法院首先审理了碰撞关系,确定了碰撞双方各自的碰撞责任比例和赔偿数额,此判决仍然还是不可执行状态,因为碰撞双方的赔偿数额应不得影响双方的责任限制的

① 碰撞法律关系下,污染损害受害方应仅指污染损害中的油类自身灭失或损害的所有人,其与非漏油方构成碰撞法律关系。环境损害的受害人或者支付了预防措施费用的债权人,其请求不属碰撞损害赔偿范围,不适用碰撞法,与非漏油方不构成碰撞法律关系。

② 诉的合并是指法院将两个或两个以上彼此之间有牵连的诉合并到一个诉讼程序中审理和裁判。诉的合并的条件是彼此独立的几个诉在主体或客体上具有关联性。

③ 《最高人民法院关于审理环境侵权责任纠纷案件适用法律若干问题的解释》第5条第1款规定:“被侵权人根据民法典第一千二百三十三条规定分别或者同时起诉侵权人、第三人的,人民法院应予受理。”

④ 必要共同诉讼是指当事人一方或者双方为两人以上,诉讼标的是同一的,法院必须合并审理并合一判决的共同诉讼。合并审理并合一判决,是指对于共同诉讼,法院必须适用同一诉讼程序进行审理,并对共同诉讼人的权利义务作出内容相同的裁判。这是由必要共同诉讼中诉讼标的同一性决定的。

⑤ 《海洋环境保护法》第89条第1款规定:“造成海洋环境污染损害的责任者,应当排除危害,并赔偿损失;完全由于第三者的故意或者过失,造成海洋环境污染损害的,由第三者排除危害,并承担赔偿损失。”《民法典》第1233条对此进行了修改:“因第三人的过错污染环境、破坏生态的,被侵权人可以向侵权人请求赔偿,也可以向第三人请求赔偿。侵权人赔偿后,有权向第三人追偿。”

⑥ 参见“达飞佛罗里达”轮再审案,最高人民法院(2018)最高法民再368号民事判决书。最高人民法院最终判决漏油方依据油污法承担100%的油污责任,同时判决非漏油的碰撞一方依据碰撞法承担50%的油污责任。为使赔偿总额不超过油污受害方的请求额,法院再次调整比例,最终漏油方承担2/3的油污损害赔偿赔偿责任,非漏油方承担1/3的油污损害赔偿赔偿责任。显然,此判决改变了油污法“谁漏油谁赔偿”的基本原则,改变了非漏油方只承担碰撞责任、不承担油污责任的碰撞法律规定。从程序上看,也不符合合并审理的要件。

⑦ “达飞佛罗里达”轮再审案判决并没有考虑预防措施费用和环境损害损失不属碰撞损害的赔偿范围。

⑧ 根据《最高人民法院关于审理海事赔偿责任限制相关纠纷案件的若干规定》第14条、第15条的规定,责任限制不构成独立的诉。责任限制权利仅是责任人的抗辩权,抗辩对本诉具有依附性,原告撤诉后,抗辩也就不复存在,被告只能在本诉原告诉讼请求范围内抗辩要求减轻或免除自己的责任。在中国法下,船舶污染责任限制适用的法律依附于船舶污染事故适用的法律。因此,《碰撞公约》第10条规定的碰撞法不应妨碍 CLC 或者 BUNKER 2001 责任限制的适用,实际上是不妨碍 CLC 或者 BUNKER 2001 的适用。

实施。在责任限制还没有确定之前,双方最终的碰撞赔偿责任是无法实现的。以 BUNKER 2001 为例,漏油方赔付受害方 100% 燃油损害之后,以碰撞法律关系向非漏油方代位求偿,代位求偿的数额要同非漏油方本事故中产生的其他海事赔偿限制性债权一起按比例分配非漏油方的海事赔偿责任限制的限额。油污案件尚未审理时,代位求偿的数额是无法确定的,碰撞关系所确立的碰撞赔偿责任也是不可执行的。

在美国,因碰撞产生油污损害也遵循特别法优先于一般法的原则。美国虽然没有加入 CLC,但是其国内法《1990 年美国油污法》(简称 OPA 90)也规定了严格责任原则,不过免责事由和 CLC 不同^①。〔6〕在 2009 年加巴里克诉劳林海事(美国)公司一案^②中,“丁托马拉”号和“梅尔·奥利弗”号拖曳的 DM-932 号驳船在密西西比河相撞,导致驳船中的石油泄漏到河中。包括清污人在内的 18 名索赔人在路易斯安那州东区提起诉讼,要求碰撞各方的船舶所有人共同赔偿碰撞造成的 OPA 90 下的油污经济损失。船舶所有人提出异议,以这些损害可优先适用 OPA 90 得以赔偿为由,要求驳回索赔方根据一般海商法(general maritime law)提出的所有损害赔偿要求。这个案子中法院面临的问题是:是否要求索赔人将根据 OPA 90 提出索赔作为其专属救济办法,还是认定 OPA 90 不是优先适用而是补充适用的,这将使索赔人有权选择根据一般海商法而不是 OPA 90 提出索赔。〔7〕加里巴克地区法院认定:根据 OPA 90 可追偿的所有一般海商法索赔,特别是《美国法典》第 33 卷第 2702 节中的损害赔偿^③,均被 OPA 90 优先考虑,因此法院批准了被告提出的基于 OPA 90 的优先适用效力而驳回一般海事索赔的动议,同样,被 OPA 90 第 123 条损害赔偿涵盖的所有其他索赔也都被驳回^④。

英国是 CLC 1992 的缔约国,并通过《1995 年英

国商船航运法》将其转化为国内法,而且这些规定都是强制性的,当事人不能通过协议排除其适用。〔8〕如果油污受害方向船舶所有人和责任保险人起诉的话,船舶所有人和责任保险人可以根据《1995 年英国商船航运法》第六部分第三章第一节(将 CLC 1992 纳入)的规定对油污索赔责任进行限制。英国法官在 *The “Aegean Sea”* 一案中认为,鉴于 CLC 1992 的责任限额远大于 LLMC 1976 的限额,以及 LLMC 1976 第 3 条(b)项的油污除外规定,是为了确保漏油船舶所有人不会主张 LLMC 1976 下较低的限额,从而让这些 CLC 下的油污索赔按照 CLC 处理^⑤。因此,笔者在 i-law 等数据库上检索英国劳氏法律报告的油污索赔案例,尚未发现油污受害人直接起诉碰撞方的案例,现有对第三人索赔的案例基本上是漏油船舶所有人在赔偿后向第三方根据保险合同、租约或侵权法律关系进行追偿的案例。

在中国,当油污受害方的诉讼请求同时涉及油污法律关系和一般侵权法律关系,分别适用油污法(CLC, BUNKER 2001)和一般法(《民法典》)时,根据《中华人民共和国立法法》(简称《立法法》)第 92 条针对一般法与特别法关系的规定,“特别规定与一般规定不一致的,适用特别规定”,即油污法(CLC, BUNKER 2001)优先适用。特别法没有规定或者没有不同规定的,适用一般法。

综上,当船舶碰撞造成一船漏油,油污受害方的诉讼请求涉及到两个法律关系时,不论是一般法与油污法还是碰撞法与油污法,都不得妨碍油污法律的适用。

(二) 污染损害受害人中谁有权向非漏油船主张损害赔偿

根据 CLC 1992 第 1 条第 6 款的规定,“污染损害”系指:(1) 油类从船上溢出或者排放在船外引起的变质所造成的灭失或者损害,不论此种溢出或者

① “It has added important qualifications (in the case of acts or omissions of third parties), omitted some defences (government negligence) and included additional grounds for making the defences inoperative (failure to report, failure to assist or co-operate or to comply with orders). In this way the defences have been significantly narrowed.” 参见 Colin M. De La Rue: *Liability for Damage to the Marine Environment*, Lloyd's London Press 1993 年出版,第 119 页。

② 参见 *Gabarick v. Laurin Maritime (Am.) Inc.*, 623 F. Supp. 2d 741, 743 (E. D. La. 2009)。

③ 原文为:“33 U. S. C. § 2702(a) Notwithstanding any other provision or rule of law, and subject to the provisions of this Act, each responsible party for a vessel or a facility from which oil is discharged, or which poses the substantial threat of a discharge of oil, into or upon the navigable waters or adjoining shorelines or the exclusive economic zone is liable for the removal costs and damages specified in subsection (b) of this section that result from such incident.”

④ 类似的判例还有: *National Shipping Co. of Saudi Arabia v. Moran-Mid Atlantic Corp.*, 924 F. Supp. 1436 (E. D. Va. 1996), affd 122 F.3d 1062 (4th Cir. 1997); *In re Settoon Towing*, 2009 WL 4730971 at (E. D. La. 2009)。

⑤ 参见 *The “Aegean Sea”* [1998] Vol. 2 Lloyd's Law Reports, pp. 53-54. 原文为:“Given the fact therefore that the limits of the CLC were much greater than the limits of the 1976 Convention, art. 3 was intended to ensure that the shipowner could not claim the lower limit under the 1976 Convention for claims within the CLC and that claims under the CLC should be dealt with under that Convention.”

排放发生在何处(油类的灭失或损害);(2)对环境损害除利润损失外,应限于已实际采取或将要采取的合理措施的费用(环境损害);(3)预防措施的费用及预防措施造成的新的灭失或损害(预防费用)。现在的问题是:上述三种不同性质的受害人,谁有权向碰撞的非漏油船提起污染损害赔偿请求?在提起赔偿请求时,有没有条件限制?

1. 谁有权向非漏油船提起污染损害赔偿请求

根据 CLC 和《碰撞公约》的规定,不是所有污染损害的受害人都有权向非漏油方提起污染损害赔偿请求。《碰撞公约》第1条规定,船舶碰撞的赔偿范围仅限于“船舶或船上财物或人员遭受的损害”,不包括环境损害和预防环境污染费用。即使按照《最高人民法院关于审理船舶碰撞和触碰案件财产损害赔偿的规定》,对船舶之外的第三人财产损失也适用船舶碰撞法律规定,船舶碰撞的赔偿范围仍然是限定在碰撞直接造成的财产损失之内。对于直接损失的理解,笔者认为应包括为避免财产损失的扩大而采取措施相继发生的损失,^[9]如碰撞后救助危险中的船舶的救助报酬,但仍然是限定在救助财产的范围,而不是救助环境。因此,碰撞造成的污染损害中,只有油类本身的灭失或损害属于碰撞法律调整的范围,换言之,只有散装货油或者燃油的所有人有权依据碰撞法向非漏油船主张碰撞损害赔偿^①。环境损害(包括利润损失)的受害人以及支付了预防措施费用的债权人均无权向非漏油方提起油污损害之诉。

2. 以碰撞损害为由向非漏油方提起侵权之诉的限制条件

散装货油或燃油所有人以碰撞损害为由向非漏油方提起的侵权之诉并非是无条件的,其限制条件是《碰撞公约》第10条的规定,即“本公约的规定不得以任何方式影响各国现行的有关船舶所有人责任限制的法律”。如果影响了责任限制的法律,请求人依据碰撞公约提起的请求将受到限制。比如,情况一,因散装货油或燃油的所有人提起油类灭失或损害赔偿请求,使得非漏油船的限制性债权的总额超出了该船责任限制的限额,影响了其他限制性债权人的受偿数额,此时,便构成了公约第10条规定的“影响了船舶所有人责任限制的法律”,该请求将受到限制;情况二,由于散装货油或燃油损害从污染损害分离出来,使得原本超过 CLC 或者 BUNKER 2001

责任限额的索赔总额变为不超过了,改变了油污责任限制赔偿数额,如果是散装货油损害,油污基金二次补偿也不需要了,影响了 CLC 责任限制的法律,该请求也将受到限制;当然,还可能存在着第三种情况,即散装货油或者燃油损害从污染损害中分离出去后,既影响了 LLMC,也影响了 CLC,是上述两种情况的结合。

总之,环境损害和预防费用均不属于船舶碰撞的损害赔偿范围,非漏油船即使是油轮也不会承担超出碰撞损害赔偿范围的污染损害责任。只有散装货油或燃油的所有人可以依据碰撞法律关系向非漏油船提起碰撞损害赔偿请求,并以不影响任何一方的责任限制为条件。

(三)油污受害方满足什么条件可适用国内一般法

CLC 作为调整船舶污染海洋环境的特别法,全面系统地构建了船舶污染海洋环境的民事法律制度,与原则性规定的海洋环境一般法相比较,几乎不存在特别法没有规定而适用一般法的空间。只有 CLC 或 BUNKER 2001 不适用或不予调整的情形,方有适用一般法的可能。具体情况包括:(1)油污法律关系中所依据的 CLC 或 BUNKER 2001 没有规定;(2)根据公约的规定,漏油船船舶所有人免责;(3)油污损害索赔超出漏油船船舶所有人责任限制和基金补偿,且没有其他可适用的索赔渠道;(4)漏油船船舶所有人故意不履行其支付义务;(5)超过油污时效期间。^[10]

例如,第一种情形,船舶溢出的油类并非 CLC 规定的油类或燃油,此时公约不予调整,受害人可以依照其他公约(如 HNS 1996)或国内法(海洋微塑料污染相关法律)进行索赔。^[11]第二种情形,根据公约,如果漏油完全是由于船舶所有人免责的情形造成的,受害人可以以碰撞或其他侵权为由向侵权方进行索赔。第三种情形,受害人向漏油方索赔,但是未能得到足额受偿,则他对碰撞造成的散装货油或燃油的损失未得到满足的部分,可以再向碰撞方以船舶碰撞为由进行索赔。此时,碰撞船舶承担的是比例过失责任。第四种情形,油污受害人因漏油方的原因导致权利无法行使,只能依碰撞法或一般法向第三人直接起诉。第五种情形,受害人因自己的原因丧失油污索赔的胜诉权,只能退而求其次,以碰

^① 一般情况下,由于严格责任和油污责任限额较高,散装货油的所有人不会放弃对漏油方的诉讼请求而去起诉责任限额较低的碰撞方。但理论上和特殊条件下是存在这种情况的。

撞法或者一般法向第三人索赔。总之,污染损害的责任主体首先是漏油船舶所有人,在该所有人免责或者油污法律不适用时,方可寻求其他救济途径^①。

CLC 第3条第1款规定了漏油船舶所有人是公约下油污责任的唯一承担者,公约第3条第4款规定了油污受害方“不得向船舶所有人提出本公约规定外的污染损害赔偿请求。根据本公约或其他规定,不得向船舶所有人的受雇人或代理人提出污染损害赔偿请求”。结合这两款来看,公约既不允许油污受害人向船舶所有人提出公约外的一般法之诉,也不允许油污受害人向第三方提起公约内的油污损害赔偿之诉,这是在公约制定过程中一再强调的要点。亦即,除漏油船舶所有人免责原因外,漏油船舶所有人是唯一的责任主体,非漏油船再不可能成为油污法下的责任主体,只能是碰撞或其他法律关系的主体。

需要说明的是,漏油方和非漏油方之间是碰撞法律关系,《海商法》中的碰撞法规定作为特别法,优先于一般法《民法典》适用。在互有过失的碰撞案件中,碰撞双方对第三方的责任是过失比例责任,不是连带责任。因此,不适用《民法典》第178条第3款规定的连带责任,也不能适用《民法典》第1233条规定的“因第三人的过错污染环境、破坏生态的,被侵权人可以向侵权人请求赔偿,也可以向第三人请求赔偿。侵权人赔偿后,有权向第三人追偿”,这里的被侵权人请求赔偿的损害明显都是指同一性质的污染环境、破坏生态的损害,而油污损害和碰撞损失的性质和内涵是不相同的,不具连带责任的基础。CLC 已明确规定第三方的过失并不免除漏油方的责任,只有第三方的故意才免除漏油方的责任,自然就再无适用一般法——《民法典》中环境侵权连带责任的空间^②。

CLC 第3条第5款规定:“本公约的任何规定不得影响船舶所有人向第三者追偿的权利”。“追偿”在公约中用的英文是“recourse”一词,笔者认为,这里的追偿指的是代位追偿,该追偿权应以污染受害人对第三人的享有的权利为限,不同于因连带责任或连带债务产生的追偿。在油污损害和碰撞法律关系中,漏油船与非漏油船之间,既不存在油污损害

的连带责任,也不存在碰撞财产损害的连带责任。准确地说,这种追偿是 CLC 规定漏油船舶所有人替碰撞方偿还碰撞侵权债务后的代位求偿权。这在《1971 年设立国际油污损害赔偿基金公约》第9条第1款上得到印证,该款规定:“对于本基金按照本公约第4条第1款为油污损害赔偿的任何数额,本基金可通过代位(subrogation)取得受偿人按照责任公约享有的针对船舶所有人或其担保人的权利。”据此,如果油污船舶所有人(往往是基金)赔偿了油污损害以后,其向碰撞方代位求偿时,其追偿范围当然仅限于碰撞方需要承担的碰撞损失而非油污损害。

有观点认为,CLC 和 BUNKER 2001 只规定了漏油方的赔偿责任,但不能由此反向推断其他任何人不应负责,该条款并无排除其他责任人的含义,因此,留有适用国内法的空间^③。这个结论是对一般规定与特别规定关系的误用。因为任何一个国际公约或者国内法都有明确而严格的适用范围。就 CLC 和 BUNKER 2001 而言,其调整范围限定在污染加害方和污染受害方之间的权利义务关系,如果第三方与油污法律关系没有任何牵连的话,本就不应该“规定第三人的油污责任”,换言之,第三人的油污责任应该由调整该人的法律去规定,而不是由油污法律来调整,如同足球运动规则不调整篮球运动员的行为一样。作为非漏油一方的船舶碰撞责任人,其承担的是碰撞责任,不是油污责任,也就是说,碰撞的法律规定不是作为一般法的海洋环境污染法的特别法而存在,不适用特别法没有规定适用一般法原则。

综上所述,CLC 是调整漏油方与污染受害方平等主体之间权利义务关系的特别法,CLC 不会也不应该调整与油污法律关系无涉的第三人的责任,漏油方的赔偿责任事项在 CLC 中已有明确规定,不存在适用碰撞法和国内一般法的空间。只有油污法和碰撞法均不适用的情况下,方有适用国内一般法的空间。

四、结语

“谁漏油谁赔偿原则”是船舶污染损害赔偿的基本原则,整个油污法律制度的构建都是围绕这一基本原则设计的,以达到保护海洋环境和保护油污受害方的目的。在油污法律关系存续期间,这一

^① 油污受害人选择放弃油污索赔的权利只索赔船舶碰撞的损失是行不通的:一是清污等间接损失在船舶碰撞法下不予赔偿;二是油污受害人众多,包括清污方、养殖受害人等,要求其一致放弃油污损害索赔不现实。

^② 参见最高人民法院(2018)最高法民再368号民事判决书。

^③ 参见最高人民法院(2018)最高法民再368号民事判决书第39页。

原则优先适用^①。

油污受害方的诉讼请求可能同时涉及两个海上侵权民事法律关系:或者是船舶油污法律关系和船舶碰撞法律关系,或者是船舶油污法律关系和一般环境侵权法律关系。根据相关国际公约或者国内法的规定,在涉及责任限制时,油污法律应该优先适用,油污法律不予调整,属船舶碰撞法调整的,碰撞法优先于一般法适用,船舶油污法和船舶碰撞法都不适用的,方有适用一般法的空间。

船舶碰撞事故造成一船漏油,污染损害包括油类本身的灭失或损害、环境损害(含利润损失)和预防措施费用。根据《碰撞公约》的规定,只有油类灭失或损害的所有人有权依据《碰撞公约》对非漏油船主张损害赔偿请求,环境损害和预防措施费用因

不属船舶碰撞赔偿范围,其受害人或债权人均无权对非漏油船主张损害赔偿请求。

BUNKER 2001 与 CLC 比较,除 BUNKER 2001 没有独立限额和二次基金补偿以及船舶所有人的主体范围有所不同外,其他有关油污民事责任的规定与 CLC 是一致的。

漏油船向非漏油船的碰撞方行使代位求偿权时,其代位的权限应以油污受害方对该第三方享有的船舶碰撞法上的权利为限,即油污受害方对非漏油的碰撞第三方享有的权利,是索赔碰撞造成的船上的财产灭失和损害(或者依据司法解释不限于船上的财产灭失和损害),不包括对环境损害(含利润损失)和预防措施费用损失的索赔,不加区别地令非漏油船承担油污赔偿责任是不妥的。

参考文献:

- [1] BERLINGIERI F. International maritime conventions (Volume 3): protection of the marine environment [M]. London: Informa Law Press, 2015: 230.
- [2] ABECASSIS D W, JARASHOW R L. Oil pollution from ships: international, United Kingdom and United States law and practice [M]. 2nd ed. London: Stevens & Sons Press, 1985: 200-201.
- [3] RUE C D L, ANDERSON C B. Shipping and the environment: law and practice [M]. 2nd ed. London: Informa Law Press, 2009.
- [4] 司玉琢. 海商法专论 [M]. 4 版. 北京: 中国人民大学出版社, 2018: 270.
- [5] 李莹莹. 海洋生态侵权诉讼若干问题 [J]. 中国海商法研究, 2019, 30(3): 15-17.
- [6] RUE C M D L. Liability for damage to the marine environment [M]. London: Lloyd's London Press, 1993: 119.
- [7] BROUSSARD S J. The Oil Pollution Act of 1990: an oil slick over Ronins Dry Dock [J]. Loyola Maritime Law Journal, 2010, 8(1): 172.
- [8] JACKSON D C. Enforcement of maritime claims [M]. 4th ed. London: Lloyd's London Press, 2005: 613.
- [9] 司玉琢, 吴兆麟. 船舶碰撞法 [M]. 2 版. 大连: 大连海事大学出版社, 1995: 112.
- [10] TETTENBORN A, KIMBELL J. Marsden and Gault on collisions at sea [M]. 15th ed. London: Sweet & Maxwell, 2021: 370.
- [11] 张相君, 魏寒冰. 海洋微塑料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): 93-95.

^① 碰撞致燃油污染损害,适用 BUNKER 2001 时,与适用 CLC 的重要不同是,BUNKER 2001 没有自己的独立限额,油污受害方提出油污损害索赔时,同一事故如有其他财产损失,如船舶、货物等损失,油污损害索赔要与其他财产索赔共享一个限额,如果没有海事赔偿责任限制的国际公约或者国内法适用的话,燃油污染的责任主体的责任限制有可能落空,承担无限责任。除此之外,BUNKER 2001 与 CLC 在处理油污受害方与油污受害方的权利义务方面没有本质的区别。

阎语,何丽新.论船舶内河污染强制责任保险制度——兼评《船舶内河污染损害民事责任保险实施办法(征求意见稿)》[J].
中国海商法研究,2022,33(1):15-25

论船舶内河污染强制责任保险制度

——兼评《船舶内河污染损害民事责任保险实施办法(征求意见稿)》

阎语,何丽新

(厦门大学法学院,福建厦门 361005)

摘要:内河航运及保险市场的特殊性、复杂性均决定了船舶内河污染责任保险在纯市场机制下难以自发形成最优效果,强制模式成为必然。强制保险立法目的和功能的实现,对内受限于保险合同的规范化,对外则受制于对保险人风险管控和偿付能力的保障。对于前者,《船舶内河污染损害民事责任保险实施办法(征求意见稿)》规定应通过准确限定投保人及承保范围、允许分期缴纳保费、保障保险人费率调整权及合同解除权、细化费率浮动规则、补充被保险人施救义务、明确环保部门协同职责等方式予以完善;对于后者,《船舶内河污染损害民事责任保险实施办法(征求意见稿)》规定应加强保险协会的协同作用,通过将保险人自身风险管控融入国家环境风险管理体系、确定保险人享有税收减免及优惠等规则予以回应。

关键词:船舶内河污染责任保险;强制保险;风险管控;协同机制

中图分类号:D922.284 **文献标志码:**A **文章编号:**2096-028X(2022)01-0015-11

Study on the compulsory liability insurance scheme for inner land vessel pollution

—with additional discussion for *Measures for Inner Land Vessel Pollution Liability Insurance (Exposure Draft)*

YAN Yu, HE Li-xin

(School of Law, Xiamen University, Xiamen 361005, China)

Abstract: Because of the particularity and complexity of the inland shipping and insurance market, it is difficult for voluntary inner land vessel pollution liability insurance to maximize its effect in pure market mechanism. Therefore, compulsory liability insurance (CLI) scheme should be introduced to control such risk. Realization of the purpose and function of CLI depends on two factors. Internally, it is limited by the standardization of the insurance contract rules. Externally, it is subject to the protection of the insurer's risk management and solvency. To ensure the insurance contract is properly regulated, *Measures for Inner Land Vessel Pollution Liability Insurance (Exposure Draft)* should limit the scope of the insured and the insured risks, allow premium payment by installment, ensure the insurer's right to adjust premium and to terminate the contract, provide a more detailed insurance rate floating rules, impose the obligation on the insured to rescue after insurance accidents, and enhance the cooperative role of environmental departments. To help the insurer effectively control and pay the risk, the Draft should clarify that the insurance association could also play an important cooperative role in controlling the risk. Moreover, such risk can also be controlled by effectively integrating it into the government's risk management system and implementing tax deduction and preferential rules for the insurer.

Key words: liability insurance for inner land vessel pollution; compulsory insurance; risk management and control; cooperative mechanism

收稿日期:2021-09-27

基金项目:2018年度国家社科基金一般项目“《海商法》修订中重大问题研究”(18BFX208)

作者简介:阎语(1990—),女,河南开封人,厦门大学法学院助理教授,E-mail:yanyu@xmu.edu.cn;何丽新(1966—),女,福建福清人,厦门大学法学院教授,E-mail:helixin@vip.sina.com。

一、问题的提出

伴随着内河航运的飞速发展,内河环境污染问题日益突出。^[1]自2000年起,内河船舶污染事故频发,但由于内河港口普遍未建立起完善的船舶污染物管理设施,加之直排现象严重,对水环境造成了严重威胁。船舶内河污染责任保险对于防范内河污染风险及赔偿污染所造成损失的重要性日益凸显。^[2]

2013年《危险化学品安全管理条例》(简称《危化条例》)第57条第2款及2015年《中华人民共和国防治船舶污染内河水域环境管理规定》(简称《防污规定》)第11条第2款均要求内河运输危险化学品及油类物质的船舶所有人或经营人“应当”投保船舶污染损害责任保险^①。此外,《危化条例》第92条第2款规定,对于未投保的船舶所有人或经营人应依照《中华人民共和国内河交通安全管理条例》(简称《内河交通安全管理条例》)第67条由海事管理机构责令限期改正或处以罚款。但由于上述规定尚无针对承保机构、投保范围、投保额度、监管和信息公开等内容的实施细则,法律责任也不足以产生威慑,监管人员缺乏查验船舶保险单据并实行强制措施的法律依据。因此,投保污染责任保险的内河船舶寥寥无几,船舶内河污染责任保险的强制性难以得到保障。^[3]保险市场更是存在标准不统一、低价竞争、保障不全面、理赔困难等问题,严重阻碍了该保险的发展。

为确保船舶内河污染强制保险(简称内强险)的有效实施,2017年交通运输部开始启动《中华人民共和国船舶油污损害民事责任保险实施办法》(简称《实施办法》)^②的修订工作,重点之一就是整合沿海及内河水域船舶污染责任保险的规定,尽快建立此类保险的实施细则^③。但2020年《中华人民共和国海商法(修改送审稿)》(简称《海商法(修改送审稿)》)则未延续沿海及内河共同规定的思路,其第十二章第255条仅要求船舶登记所有人应对第247条规定中的“发生在我国管辖海域和与海相通的可航水域”所造成的污染损害投保责任保险,内河船舶并不适用此项规定。

由于现有立法尚未涵括内强险的适用规则,为有效弥补立法不足,也为进一步配合《中华人民共和国长江保护法》(简称《长江保护法》)中的原则性规定^④,交通运输部于2021年8月发布了《船舶内河污染损害民事责任保险实施办法(征求意见稿)》(简称《实施办法(征求意见稿)》),针对内强险及其监管出台了细化规定。在值得肯定的同时,也应注意到《实施办法(征求意见稿)》尚未通过,有关规则也仍有可改进之处。

现有研究在探讨内河船舶污染风险管理体系建构时,常仅关注于命令与控制机制,如颁布环境标准、设立许可证及改善船舶清污设备等;^[4]对船舶污染责任保险,尤其是强制责任保险作为污染风险管理机制的优越性缺乏论证^⑤。对强制保险模式的风险及其防范亦论述不足,存有道德主义色彩浓厚、片面强调法律移植的倾向,未能聚焦法学要义的规则建构。因此,如何改进中国目前的内强险制度,完善《实施办法(征求意见稿)》之规定,从而有效弥补强制保险模式下保险内部规范及外部风险防范机制的不足,成为笔者探讨的重点。

二、内强险的理性审视

为满足《危化条例》及《防污规定》的要求,避免内河船舶污染事故影响公众利益、破坏内河水域环境,也为转移企业的责任风险,内强险制度的建立有其必要性。但在探讨该制度时,常被忽略的问题是:强制保险模式是否真正具有制度优越性?其是否存在一定风险?笔者拟从反思中国目前内强险的实践僵局入手,通过考察强制保险模式的优越性及固有风险,重估该保险模式的存在意义与价值。

(一) 内强险的实践僵局

第一,内强险的覆盖面较窄。《危化条例》第57条第2款、《防污规定》第11条第2款均仅要求“运输危险化学品”的船舶所有人或经营人应购买内强险。2013年修订后的《实施办法》第2条则将船舶油污损害民事责任保险的投保人限定于船舶所有人,而排除船舶经营人;保险标的范围则限定在“油类物质及1000总吨以上的非油类物质”所产生

① 交通运输部发布的《中华人民共和国防治船舶污染内河水域环境管理规定(征求意见稿)》中曾设置“船舶污染责任及强制保险”专章,但正式发布时,此章节因“条件不成熟”而被删除。

② 现行《实施办法》则仅适用于中国管辖海域内航行船舶。

③ 参见《交通运输部关于十三届全国人大二次会议第2845号建议的答复函》(交海建字[2019]47号)。

④ 《长江保护法》第51条第1款规定:“国家建立长江流域危险货物运输船舶污染责任保险与财务担保相结合机制。具体办法由国务院交通运输主管部门会同国务院有关部门制定。”

⑤ 仅有少数研究聚焦于强制责任保险制度本身。参见罗辑:《中国船舶污染强制责任保险相关规则的探讨》,发表于《中国海商法研究》,2010年第1期,第97-101页。

的污染损害责任风险。但《实施办法》仅适用于中国管辖海域内航行的船舶,并不适用于内河船舶。这导致目前仅有大型航运公司运输危险化学品的船舶及油船投保内强险,小型航运公司常出于成本和利益考虑而不愿投保。^[5]此外,中国内河船舶种类繁多、运载货种范围广泛,运输大宗货物、干散货的内河船舶同样具有较高风险,理应投保内强险。但实践中此类船舶常投保全损险(即第一方损失保险),而非内强险(即第三方责任保险)。因此,内强险的覆盖面始终较低,违章、冒险运营情况普遍。为提升内强险的覆盖率,充分转移污染责任风险,《实施办法(征求意见稿)》第4条应明确规定运输危险化学品、油类物质、大宗货物、干散货等具有较高污染风险的船舶,均应投保船舶内河污染责任保险。

第二,内强险的投保意愿较低。原因有二:一方面,不同于海上航运,内河航运常由单船完成,如在长江运输中,90%以上的货物均由个体船民完成。^[6]污染风险大的个体船东由于对内强险了解较少,并受限于财力而不愿购买内强险;另一方面,对于少数营运主体为公司的内河船舶,由于受到公司独立人格及股东有限责任的双重保护,亦倾向于不购买或不足额购买内强险。因此,从与投保意愿的契合程度来看,《实施办法(征求意见稿)》第5条将船舶吨位与投保额度挂钩,根据吨位大小确立差异化的投保额度底线是较为合理的,这有益于提升船东的投保意愿。但该条文中对21总吨以下的船舶所确定的最低保险限额过低,仅相当于《实施办法》第6条所确定的最低限额的一半,应予以上调。

第三,内强险的供给不足。原因有三:一是内河船舶环境污染损害具有潜伏性和“长尾效应”,损害与污染间因果关系认定复杂,导致保险人在风险识别和控制上存在困难。二是在相关法规中,关于船舶碰撞导致的油污损害在双方船舶互有过失时的责任主体并不明确^①,加之司法裁判中对保险人责任范围的恣意扩张,^[7]加重了责任边界的不确定性,进一步削弱了保险人的风险管控能力。三是内河船舶

污染损害的清污费用及修复渔业、海洋资源损害所需费用时常远超受害人的有形财产损失,污染者无法偿付的情况时有出现,导致保险人承保船舶内河污染风险时出现全损的概率极高。此外,近年来内河运力过剩,个体船舶常通过降低船员配备、超载等违法手段取得经营成本上的优势,^[6]保险市场中“劣币驱除良币”的问题严重。上述问题交织叠加,对保险人的承保意愿造成极为负面的影响。基于此,《实施办法(征求意见稿)》第17条虽对保险人科以较为严格的赔付义务,并设置相应罚则^②,但未从根本上解决内强险的供给不足问题。恰恰相反,在污染者(即被保险人)赔偿责任边界不确定性的基础上,片面强调保险人的赔付义务,实则有损于保险人的承保积极性。

第四,内河船舶污染损害的赔偿体系并不完善。对载运持久性油类的海船造成的油污损害已构建起以强制责任保险和油污损害赔偿基金为基础^③,以海事赔偿责任限制(或船舶油污损害赔偿责任限额)^④为辅助的多层赔付机制。但相较而言,内河船舶污染损害事故的受害人却缺乏多层赔付机制的保障。然而,这一问题并未得到《实施办法(征求意见稿)》的重视,建议增加条文明确应参照海上油污损害赔偿基金的相关规则,逐步建立起适用于内河的船舶污染损害赔偿基金制度。

综上,尽管内强险在实践中的运行效果并不理想,强制性亦存在不足,导致其无法有效地分散风险、提供经济补偿,但不能以此否定该保险优越性。

(二) 内强险的优越性

第一,内强险机制本身既可通过差异保费、自担保、浮动费率等规则的设置进行风险分化,形成对污染风险的事前防控;还可通过赔偿被保险人损失、对污染风险进行转移和分散,形成对保险事故的事后防控,在风险防控体系中有其独特价值。

第二,内河污染事故具有巨灾属性,且事故所造

① 参见《中华人民共和国海洋环境保护法》(简称《海洋环境保护法》)第90条,《中华人民共和国海商法》(简称《海商法》)第八章、第十一章,《中华人民共和国民法典》第1229条、第1231条。

② 《实施办法(征求意见稿)》第17条规定:“从事船舶内河污染责任保险的保险机构若在规定期限内拒不履行赔付义务,海事管理机构可将其列入不诚信名单,同时通报银行保险监督管理机构;……在此期间其新签发的保险证明或其他财务担保视为无效。”

③ 《船舶油污损害赔偿基金征收使用管理办法》第2条规定:“本办法适用于在中华人民共和国管辖水域内接收从海上运输持久性油类物质的货物所有人或其代理人,……”第15条规定:“船舶油污损害赔偿基金用于以下油污损害及相关费用的赔偿、补偿:(一)同一事故造成的船舶油污损害赔偿总额超过法定船舶所有人油污损害赔偿责任限额的;……(三)船舶所有人及其油污责任保险人或者财务保证人在财力上不能履行其部分或全部义务,或船舶所有人及其油污责任保险人或者财务保证人被视为不具备履行其部分或全部义务的偿付能力;……”

④ 《最高人民法院关于审理船舶油污损害赔偿纠纷案件若干问题的规定》第5条规定:“油轮装载的持久性油类造成油污损害的,应依照《防治船舶污染海洋环境管理条例》《1992年国际油污损害民事责任公约》的规定确定赔偿限额。油轮装载的非持久性燃油或者非油轮装载的燃油造成油污损害的,应依照海商法关于海事赔偿责任限制的规定确定赔偿限额。”

成的生态环境损害具有公共性。因此,若仅强调事故受害人应主动购买第一方损失保险则易引发“搭便车”问题——未购买保险的受害人仍可享受内河水域带来的自然及运输资源红利,而修复和补救成本则由购买保险的受害人及参与污染治理的地方政府承担。由于内强险是对污染者赔偿责任承保的第三方责任保险,其可在一定程度上规避“搭便车”问题。

第三,内强险不仅符合“成本—收益”意识,也更契合“污染者付费原则”。一方面,经责任保险合同内部的风险管控对潜在的污染者形成事前威慑,较之于在污染事故发生后对受害人进行巨额赔偿和对受损环境进行长期补救,前者的成本显然较低。^[8]另一方面,在事故发生后,内强险也可促使投保的污染者利用保险人的资金支持,补救、清污及赔偿^①。因此,内强险有利于促使污染者内部化(internalize)污染的“外部成本”(external cost),激励其采取事前风险防控措施并减少污染活动。

(三) 内强险的潜在风险

尽管内强险存在诸多优点,但其并非不会引发一定的风险,反对在内河船舶污染领域引入强制保险模式的原因也在于此。

第一种反对观点基于保险人的实际承保能力而提出。其主张由于内强险较为新颖,保险市场关于保险标的的风险信息和理赔经验数据常常缺失,因此强制模式缺乏可行性^②。此外,由于现行内强险的保费普遍较高,如一艘200吨左右的内河小型船舶,一年所需缴纳的保费超过1万元,此时,若强制要求内河船舶投保污染责任保险,无疑会加重船东经济负担,长此以往,必将不利于内河航运的发展。

第二种反对观点认为内强险虽有助于赔偿受害人损失,但由于转移了责任主体的赔偿负担,其也会相应地削弱污染损害赔偿责任对责任构成要件的需要,甚至有碍于赔偿责任谴责与预防功能的实现。^[9]此外,强制保险会不可避免地引发道德风险及逆向选择问题。^[10]首先,船东可能会因投保污染责任保险而放松对船舶的管理,减少污染管理安全成本的投入,引发道德风险。其次,污染风险较大的内河船

舶存在更为迫切的投保需求,而污染风险较小的内河船舶的投保意愿并不强烈。因此,可能出现高风险的内河船舶通过内强险向低风险的内河船舶转移经济负担,并进行以损害内河环境为代价的冒险和寻租行为,使低风险船舶被挤出保险的风险池,最终造成逆向选择的危险。

第三种反对观点认为就投保人或被保险人而言,由于强制保险的合同条款常高度统一化、标准化,可能导致个体投保人或被保险人的差异化需求无法被满足。

笔者认为上述反对理由均有待商榷,具体理由如下。

第一,通过公权力“自上而下”地推行内强险,有助于形成规模经济效益(economies of scale),降低运行成本,提升保险风险池的运行效率。^[11]¹⁵³此外,强制模式还可促使政府与保险人共享信息,提升保险人的风险管控能力。对此,《实施办法(征求意见稿)》第15条第1款要求国家海事管理机构联合保险监管机构建立起“跨行业电子数据交换平台,汇集并共享船舶污染损害责任保险与财务担保信息”,此举有助于发挥内强险的规模效应及风险管理作用,因此应予以肯定。

第二,强制模式下所固有的道德风险问题及逆向选择风险并非无法预防。保险人可通过有效手段进行风险分化(如合理厘定保险费率、细分保险池、规定奖惩机制),并采取适当的措施在确保强制责任保险赔偿功能实现的同时,最大程度地规避强制模式对污染赔偿责任构成要件等要素所造成的不当减损^③。《实施办法(征求意见稿)》第5条及第12条规定,中国船舶内河污染责任保险的保险费率应在考量船舶污染风险的基准之上设立,并应逐步建立起保险费率浮动机制。该规定不仅有助于确保强制责任保险模式下保险人充分发挥其风险分化能力,利用自身的风险管理优势与污染赔偿责任制度形成有效“互补”,更有助于保险人充分运用保险工具加强环境风险管理。

第三,内强险虽欠缺个性化,但强调标准化并无碍于内强险之根基——投保人可通过牺牲部分个人

① 《中华人民共和国保险法》(简称《保险法》)第57条第2款规定:“保险事故发生后,被保险人为防止或者减少保险标的的损失所支付的必要的、合理的费用,由保险人承担;……”

② 《交通运输部关于十三届全国人大二次会议第2845号建议的答复函》中有如下表述:“内河船舶污染民事责任保险是一项全新的保险,发展时间相对较短,经营管理方式尚未成熟,……保险行业也需要探索建立适当机制,充分调动行业资源,扩大承保能力,满足内河船舶污染保险市场的需求。”

③ 如何通过特定机制消弭责任保险所带来的不利风险始终是责任保险制度所关注的重点议题。参见邹海林:《责任保险论》,法律出版社1999年出版,第44页。

需求的方式,享受规模经济效应所带来的保费优惠。因此,投保人的个人效用并未受到大幅度减损。但应注意对保险人而言,内强险市场可能由于缺乏竞争约束,而出现保险人忽视运行成本,导致保费上涨的情形。此次《实施办法(征求意见稿)》就忽视了内强险制度所隐含的保费上涨风险。而该风险一方面可通过鼓励多元主体承保船舶内河污染责任保险、逐步开放域外保险机构进入国内市场^①、鼓励多元竞争的方式予以规避;另一方面,也可通过政府对保费进行补贴的方式予以应对^②。

综上,保险市场发展不成熟、保险需求较低及会消减污染损害赔偿责任的预防效力是内强险制度的固有风险。但这些风险并无法构成反对强制保险模式引入的强力理由,强制模式所带来的信息共享优势及规模效应足以正当化其引入。此时,促成内强险目的和功能实现的核心命题,已由论证强制模式的优越性,转为探讨如何规范保险合同条款及加强保险人内部的风险管理以更适配投保人或被保险人的保障需求,以及如何通过外部辅助机制充分保障投保标的具有可保性并提升保险人的风险管控能力和偿付能力,以下将就此予以详述。

三、强制保险模式的内部规范化

中国内强险制度目前仍难以为继的原因之一是对投保人及承保范围的规定并不合理。因此,应首先对投保人及承保范围作出准确限定,以精准满足投保人的保险需求及提升保险人的保险供给水平。

(一) 限定投保人范围

限定投保人范围可为保险人承保内强险提供正向激励。这是因为船舶污染风险及其危害程度因船龄、货种、航线等因素而呈现明显差异,限制投保人范围,有利于保险人精准估算风险,并灵活调整费率。此外,限定投保人的范围,还增加了保费的投入成本,提高了内河船舶运输行业的营运门槛,这不仅有利于淘汰高危船舶,还有助于净化内河航运市场环境。

而对投保人范围进行限定,事实上涉及对高危环境风险行业的界定。对此,中国立法已有涉及:《中华人民共和国水污染防治法》第46条明确规定了“严重污染水环境的工艺名录”及“严重污染水环

境的设备名录”;《中华人民共和国大气污染防治法》第19条、《中华人民共和国固体废物污染环境防治法》第33条及第75条亦有此规定。故内强险投保船舶的范围界定宜参照上述规定,将投保船舶限于“装载、运输具有环境高危风险物质”的内河船舶。但应注意对于高危船舶范围的限制,在保险推行初期不宜过宽,应以当下对内河环境最具威胁的船舶为基准进行划定。在生态较为脆弱的内河流域,成批量运输如原油、化学品、大宗货物、干散货等危险货物的船舶均属于高危船舶。因此,建议《实施办法(征求意见稿)》第4条将船舶内河污染责任保险投保船舶的范围限定为“从事高度危险作业的船舶”,并授权环保部门依据环境影响评估的结果进一步确定应投保的高危船舶的范围,及通过发布部门规范性文件的方式予以定期更换。

此外,还应明确投保内强险的主体。但若仅简单要求“船舶的实际控制主体”投保内强险,由于船舶的实际控制人常难以确定,仍无法避免各主体间相互推诿的现象。因此,应借鉴《2001年燃油污染损害民事责任国际公约》第1条的做法,在《实施办法(征求意见稿)》第4条中明确规定“船舶登记所有人”应负责购买内强险。其中,“船舶登记所有人”系登记或实际拥有船舶的主体;而当船舶为国家所有并由在该国登记为该船经营人的公司营运时,船舶登记所有人则为此公司。

(二) 明确承保范围

传统观点认为限缩保险标的范围可提升强制保险的可保性,减轻保险人的赔付压力,^{[11]160}确保保险供给维持在较高水平。对于船舶内河污染类案件,内强险可保性的提升则意味着将污染所造成的环境自身损害、纯粹经济损失排除在保险赔偿范围之外。但晚近研究却逐渐认识到将上述损失排除在外,不仅无益于提升保险的可保性,还会不当减损对被保险人的保障。^[12]因此,更宜明确污染所造成的环境损害及纯粹经济损失属于内强险赔付的范围,以提升内强险的可保性。

《海商法(修改送审稿)》第248条已将环境损害认定为污染损害的一种重要类型,并明确要求对于环境损害的赔偿“应限于实际采取或将要采取的

① 《实施办法(征求意见稿)》第10条规定可承保船舶内河污染责任保险的主体仅限于在中国境内登记注册的保险公司。

② 对保费进行补贴具有一定可行性。《交通运输部办公厅关于印发〈长江经济带船舶污染防治专项行动方案(2018—2020年)〉的通知》提出,通过财政补贴等方式,扶持安全性高、符合防污染标准及节能减排政策的船舶投入运输市场。江苏省船舶内河污染强制责任保险的运行经验也表明,利用环保专项基金对参保企业进行保费补贴,可成功提升投保率、降低保险的运行成本。对投保船东进行补贴或其他奖励性质的政策倾斜会提高未投保船东参保的积极性。

合理恢复措施的费用”,包括“合理的监测、评估、研究费用”。这为将环境损害纳入船舶内河污染责任保险的保障范围提供了借鉴思路。但目前《海商法(修改送审稿)》所确立的环境损害的评估方式,虽易于赔偿责任人接受并可一定程度上避免抽象估算方法所带来的操作困难和分歧,^[13]但仍较为原则化、可操作性较差。对此,可参考《欧盟环境指令》中的规定,对受损资源恢复费用的评估采用“生物等价分析法”(Habitat Equivalency Analysis,简称HEA)和“资源等价分析法”(Resource Equivalency Analysis,简称REA)。即先量化损害导致的自然资源服务损失;再量化将来补偿修复计划提供的自然资源服务收益,并采用贴现参数将其转化为当前值;最后根据服务价值损失和收益相等,带入数理模型,计算恢复生态环境的范围。上述估算方法不仅在欧盟诸国及美国^①已得到广泛应用,也得到了瑞士再保险公司的认可,^[14]因此具有一定可行性。

明确纯粹经济损失的赔偿范围,亦有助于提升内强险保险标的的可保性。理论界和实务界对纯粹经济损失应予赔偿已逐渐形成共识。《海商法(修改送审稿)》定义“污染损害”时,承认了对环境损害所造成的利润损失应予赔偿;具有广泛影响的《1990年美国油污法》也认为应赔偿纯粹经济损失;《国际油污赔偿基金索赔手册》中则明确规定经济损失只有在“可量化”时才可获赔。诚然,量化纯粹经济损失极其困难,故传统上认为对纯粹经济损失进行赔偿存在违背法益位阶(“利益衡量说”)、引发滥诉之风险。^[15]但近年来,传统学说遭到广泛质疑^②。晚近观点主张对纯粹经济损失赔偿的关键在于构建合理的指标衡量体系。^[16]尤其是对油污事故所致的纯粹经济损失进行赔偿时,可以拓展事故损害的赔偿范围,从而实现在适用海事赔偿责任限制制度前提下

对油污受害人更加充分的赔偿。^[17]

国际油污赔偿基金(简称IOPC Funds)2019年出版的《索赔手册》认为纯经济损失,即财产未遭受污染的所有人由于油污事故而造成的收入损失,仅有在污染与损害或损失间存在“足够密切的因果联系”时,才能够获得IOPC Funds的赔偿^③。具体在衡量是否存在“密切联系”时则应考虑以下因素^④:索赔人经营活动与受污染区域之间的地理距离;索赔人经营活动在经济上对受影响资源或遭受污染的海岸线的依赖程度^⑤;索赔人可选择其他替代供应资源或商机方面的自由度;索赔人的经营活动在受污染影响区域的整体经济活动中所占比重。此外,根据《索赔手册》的规定,在计算纯经济损失的具体数额时,应审核索赔人“在事故发生前3年内的经审计的账目或纳税申报单”(由索赔人提供)或参照“政府部门的统计数据、其他公布信息或实地调查结果”(在索赔人由于经营规模较小而无法提供时),对索赔人在索赔期间的实际经济情况与前期同时段的实际经济情况进行对比,以准确估算索赔人的预期收入损失^⑥。最后,《索赔手册》第3.5条还明确索赔人应采取合理的、与其“拟减少的损害和损失相称”的、适当的预防措施的方式,确保对纯粹经济损失的赔偿不会过分加重保险人经济负担。《实施办法(征求意见稿)》可参照《索赔手册》中对纯粹经济损失的赔偿规则,以构建更为细化的因素衡量体系。

(三) 允许分期缴纳保费

除保险标的范围不明之外,有学者认为,导致保险人承保意愿较低的另一个重要的原因是司法上对保险人承保范围的恣意扩张^⑦。此问题在内强险中也有所体现,对此学界存在以下两种主张。

第一种观点认为应采用“索赔型”(claim-made

① 如美国大气海洋局(NOAA)在评估石油造成的自然资源损害时,就广泛运用了HEA来量化自然资源的服务价值损失及衡量弥补损失所必须的补偿修复计划的范围。

② 持质疑观点的学者认为:侵害纯粹经济利益造成损害的案件同侵害人身、财产权等绝对权造成损害的案件一样,也会造成严重后果,因而在利益衡量时不应将纯粹经济利益置于较低位阶,而应对其提供同绝对权同等水准的保护;目前没有实证数据表明对纯粹经济损失进行赔偿会造成受害者“滥诉”的风险,恰恰相反,纯粹经济损失多数为小概率事件,即使在对该损失赔偿最为宽松的法国,案件数量也并不多。参见Willem H. Van Boom: *Pure Economic Loss—A Comparative Perspective*, 发表于Pure Economic Loss, Springer 2004年出版,第40页。

③ 参见《索赔手册》第1.4.9条。《索赔手册》第3.3条及第3.4条规定,IOPC Funds赔付的纯经济损失主要包括两类:一是捕捞业、海水养殖业和水产加工业的纯经济损失;二是旅游业的纯经济损失。

④ 参见《索赔手册》第3.3.4条及第3.4.1条。

⑤ 以下两种情况“依赖程度”存在显著差别:第一种情况为索赔人直接向游客出售货物或提供服务,其经营活动由于溢油污染区域游客人数的下降而遭受直接影响;第二种情况为索赔人为旅游业提供货物但不直接与游客接触。《索赔手册》认为第二种情况下,污染与索赔人所遭受的损失不存在“足够密切的因果联系”,因此无法满足IOPC Funds的赔偿标准。参见《索赔手册》第3.4.4条。

⑥ 参见《索赔手册》第3.3.11条、第3.3.13条、第3.3.16条、第3.4.5条及第3.4.7条。

⑦ 美国法院在解释保险合同时,常出现忽视保险条款而创造保险人责任的倾向。参见Gail M. Evans, Ursula Spilger: *Just What is Pollution? The Evolution of the Pollution Exclusion on Liability Insurance Coverage for Losses*, 发表于Southern Law Journal, 2009年第1期,第179-198页。中国法院也常通过扩张解释免责条款的方式,迫使保险人赔偿不在其承保范围内的损失。参见马宁:《保险合同解释的逻辑演进》,发表于《法学》,2014年第9期,第74页。

insurance)而非“结果型”(occurrence insurance)保单^①。“索赔型”保单系承保保单生效之前或存续期间内发生的保险事故的新型保单。不同于传统的“结果型”保单,“索赔型”保单由于不要求保险事故发生在合同存续期间内,因此,其可更好地抑制船舶内河污染事故的“长尾效应”,降低保险人所面临的因被保险人赔偿责任认定无法确定所引发的风险,最大限度保障保险人的利益。但“索赔型”保单对被保险人而言却弊大于利。一方面,该类保单对被保险人行使索赔权的要求较高,被保险人的索赔仍必须在保单存续期间内提出;另一方面,该种保单的合法性仍然存疑。法国最高法院就曾以此类保单的回溯期间规定不合理为由,而禁止该类保单的销售。

第二种观点则认为,应允许分期缴纳保费并构建“保费回溯索引”体系(retroactive indexing of premiums)。[18]即允许船舶内河污染责任保险的投保人分两期缴纳保费:前序保费在投保时缴纳;后续保费则在保单生效后一定期间内(又称为“回溯期”)缴纳。前者依据保险人的承保风险确定,后者则参考保险标的在回溯期内的实际变化情况而确定,即回溯期内被保险人的风险评级和功能评级变化情况(feature rating),以及被保险人的索赔频率、数额、保险人的赔付率的变化情况等。

综上,相较于“索赔型”保单,允许分期缴纳保费并构建合理的“回溯期”不仅有利于保险人进行风险管控,还可减少船东一次性缴纳保费所带来的经济负担,对被保险人的保护也更为周延。因此,建议在《实施办法(征求意见稿)》中增加允许投保人分期缴纳保费的条款,并规定妥适的“回溯期”及后续保费的确认方式,以减轻投保人的支付成本,削减保险人承保范围被恣意扩张之风险。

(四)保障保险人风险控制权

在确保内强险的需求与供给的同时,还应确保不过分限制保险人在投保、保险合同存续期间及保险事故发生后的风险控制权,具体实现路径如下。

第一,在投保阶段,应保证保险人可对投保人的污染风险进行评估,并允许保险人在特殊情况下享有拒保权或保险合同解除权。对于前者,可通过环保部门或海事管理机构向保险人共享信息的方式,

辅助保险人进行风险精算,以便正确厘定保费。对于后者,则应先明确保险人原则上无权拒保,但对于投保人故意违反如实告知义务,且该种行为可能会严重影响到保险人对承保风险的估测等涉及保险欺诈的情形,保险人享有合同的解除权。因此,应修改《实施办法(征求意见稿)》第15条第1款,将“环保部门”列为与保险人进行信息共享的主体之一。尔后可参照《机动车交通事故责任强制保险条例》第14条、第15条、第39条以及《海洋环境保护法》第60条的规定,明确内强险的保险人享有合同解除权,但行使该权利应当向海事管理机构报备。此外,还应新增条款明确在合同解除后,海事管理机构应对违反告知义务的投保人提出整改要求进行行政处罚,要求其重新投保内强险。若未能在合理期限内再次取得保险,海事管理机构则有权责令其停产停业。

第二,在保险合同存续期间,应赋予保险人有限的费率调整权和合同解除权,以及细化保险行业协会、环保部门等主体的协同职责。对于一般商业保险,通常由保险监管机构负责制定或审核保险条款;此时,监管机构根据《保险法》第51条之规定,应确保保险人对承保风险具有控制权^②。《实施办法(征求意见稿)》第12条虽已明确规定内强险的保险人应“探索建立保险费率浮动机制”,充分运用保险工具加强环境风险管理,但该规定仍较为粗糙、难以操作。可补充规定:保险人有权要求被保险人在保险存续期间内严格遵守国家有关安全载运、航行等方面的规定,维护保险标的安全;采取合理的风险防范措施,自行或委托专业的第三方对被保险人的船舶、经营活动进行检查;针对检查的结果,保险人有权提出消除或降低风险的合理建议,被保险人有义务根据该建议采取整改措施;保险人还可以基于被保险人未履行安全管理义务而增加保费,并书面要求被保险人进行整改,被保险人未在合理期限内进行整改的,保险人有权解除合同。在赋予保险人上述权利后,还应明确其可以利用环保部门的监管评估信息,实现对承保风险更低成本的控制。如在承保期间,保险人可依据《企业环境信息用评价办法(试

^① “结果型”保单要求保险事故所造成的损害必须在保单有效期内发生,但索赔可在保单有效期内或之后提出。关于“结果型”保单和“索赔型”保单的区别参见 Jaap Spier: *Long Tail (Liability) Risks and Claims Made Policies*, 发表于 The Geneva Paper on Risk and Insurance: Issues and Practice, 1998年第2期,第155页。

^② 《保险法》第51条规定:“被保险人应当遵守国家有关消防、安全、生产操作、劳动保护等方面的规定,维护保险标的的安全。保险人可以按照合同约定对保险标的的安全状况进行检查,及时向投保人、被保险人提出消除不安全因素和隐患的书面建议。投保人、被保险人未按照约定履行其对保险标的的安全应尽责任的,保险人有权要求增加保险费或者解除合同。……”

行)》第31条的规定,通过保险行业协会或保险监管机构,从环保部门获得被保险人的环境信用评级信息,并在保险合同中明确约定若被保险人的信用评级下降到一定程度时,保险人有权依据《保险法》第52条的规定增加保费或解除合同^①。由此,细化和完善内强险的费率浮动机制。

第三,在保险事故发生后,应在《实施办法(征求意见稿)》中补充规定被保险人负有一定的施救义务。即被保险人应采取合理的措施防止损失扩大,并及时通知保险人或聘请专业机构控制污染扩散。由此产生的费用,应由保险人承担。但对于保险人所承担费用具体数额的确定,不宜再参照《保险法》第57条之规定,允许保险人在保险标的损失赔偿金额之外另行计算且最高不超过保险金额的数额。不同于传统保险事故,船舶内河污染事故中,清污费用及受损环境的恢复费用常远超过被保险人的风险控制费用,此等情形下若沿用前述规定,将不利于内河水域环境的保护与修复。因此,保险人对受害人采取施救措施的赔付责任不应受到过分限制。但这并不意味着保险人需要对被保险人采取的所有施救措施进行赔偿,应确保保险人仍有权对清理的程序、费用进行调查评估,以确保其合理性和必要性;而被保险人也应当积极配合保险人调查,并提供相关的查勘定损资料。

四、强制保险模式的外部辅助机制

(一) 削减内河船舶污染赔偿责任不确定性以提升保险供给

环境污染责任保险的保险人承保风险存在不确定性的一个重要原因是立法上对被保险人赔偿责任的扩张与强化。^[19]同理,对保险人赔付责任的不当扩张与强化亦有可能减损保险人对内强险的供给。

有学者主张对保险人赔偿责任的不当扩张与强化,可通过对所有实施污染行为的主体施加共同而非连带的损害赔偿 responsibility 予以缓解;此外,还应确保按照污染者损害行为与损害结果因果关系之可能性的比例来确定责任,而并非简单地将赔偿责任全部“引导”(liability channeling)至船舶所有人^②。这是因为仅要求船东承担污染损害的赔偿责任虽简化了赔偿

责任的认定,确保了保险人偿付能力的集中及受害人获赔的时效性,但却存在诸多问题。其一,剥夺了受害人向船东以外的其他污染者索赔的可能性。实践中,造成内河污染的主体有时并非船舶所有人,光船承租人、船长等主体的操作失误、疏于管理引发的设备故障等原因,均有可能引发污染。其二,在航行中,光船承租人等实际污染者的行为往往不受船舶所有人的控制。此时,若仅由船舶所有人承担污染损害的赔偿责任,则间接加重了保险人的赔付责任(保险人原本只需承担船东的责任风险,现在却要间接承担所有相关人员的责任风险)。长此以往,会导致内强险运营成本上涨,打击保险人承保内强险的积极性。

因此,对于多方主体所造成内河船舶污染事故,应在不损害连带责任威慑、预防功能的基础上,明确各污染者的责任形态与责任份额,并利用连带责任内部的责任再分配机制,削减被保险人赔偿责任认定的不确定性。具体可参照《最高人民法院关于审理船舶油污损害赔偿纠纷案件若干问题的规定》第3条的规定,对于按照污染数量及污染对环境的危害性等因素能够合理分开的损害,应由各污染者分别承担责任,否则各污染者应承担连带责任;在承担连带责任后,为明确污染者相互之间的责任份额,应根据各主体自身的责任大小确定相应的赔偿数额,并规定连带责任人可行使部分追偿权,即在其履行义务后,有权向其他连带责任人追偿超出自己应赔偿的部分;而仅在难以确定连带责任人各自责任的情形下,才由所有的责任人平均分担赔偿责任。此外,为保障污染事故应急处置及污染受害人获赔的时效性,应在《实施办法(征求意见稿)》中补充规定污染受害人享有直接求偿权。可参照《环境污染防治责任保险管理办法(征求意见稿)》第22条第3款,规定企业怠于向保险人请求赔偿保险金的,受害者可就其应获赔部分直接向保险人求偿。

(二) 加强多元主体外部协同以提升保险人风险管控

当保险人无法精准识别并有效控制承保风险时,逆向选择与道德风险会相继发生,成为内强险持

^① 《保险法》第52条规定:“在合同有效期内,保险标的的危险程度显著增加的,被保险人应当按照合同约定及时通知保险人,保险人可以按照合同约定增加保险费或者解除合同。……”

^② 海上船舶油污损害相关国际公约就采用了“责任引导”的方式,规定海上船舶污染损害的赔偿请求只能向船舶所有人提出。《海商法(修改送审稿)》第249条、第250条也规定原则上应由船舶所有人负担污染损害的全部赔偿责任,并限制受害人向船舶所有人的受雇人或者代理人、船员,以及船舶承租人(燃油污染时光船承租人除外)、船舶管理人或者船舶经营人及其受雇人或者代理人等主体提出赔偿请求,除非污染损害是由以上主体本人故意或者明知可能造成损失而轻率地作为或者不作为所引起的。

续运营的最大阻碍。但内河船舶污染风险具有复杂性,保险市场仍处于发展初期,单凭保险人自身难以完成有效的风险管控,故需要借助多元主体,并充分发挥各主体的优势,进行协作。

第一,应加强保险行业协会的参与。保险人可与保险行业协会共同搜集、整合索赔数据,开展内河船舶污染风险识别与定价技术的研究,完成风险研究控制报告,并以此为基础起草标准化的保险条款,出台承保和理赔业务的技术规范和标准。此外,保险行业协会还可辅助保险人进行沟通和协调的工作,通过与主管机关沟通、协调的方式,获取风险信息,并协助主管机关建立和完善污染的鉴定、评估等辅助机制。此类工作已有先例,如中国保险行业协会曾组织起草过《环境污染责任保险示范条款》,也曾针对医疗责任保险、道路旅客运输承运人责任保险、危险化学品生产责任保险等类别的责任保险发布过承保指引、风控指引和示范调控。因此,加强保险人与保险行业协会间的协同,具有可行性。

第二,应扩展和细化海事管理机构的协同职责。针对内河船舶污染风险的识别、控制和定价,中华人民共和国海事局(简称海事局)曾发布过《船舶污染海洋环境风险评价技术规范(试行)》和《港口建设项目船舶污染环境风险评价专项技术导则》。交通运输部及其下属的规划研究院也曾出台《水上溢油环境风险评估技术导则》《内河区域性溢油风险和应急能力评价方法(征求意见稿)》^①。基于此,在评估船舶内河污染责任保险风险时,海事局及交通运输部应尽快整合现有风险评估体系,并出台覆盖船舶内河各类污染风险的评估指南。与此同时,应允许保险行业协会参与此类指南的起草和制定。对保险人而言,其可充分借鉴海事局及交通运输部颁布的风险评估技术性规范及指南,确保费率厘定与实际风险间存在合理关联。

第三,应确保保险监管机构和环保部门间存在工作对接和信息共享方面的协作。2013年12月,原环保部联合发改委等机构发布《关于印发〈企业环境信用评价办法(试行)的通知〉》,该通知针对环境信用评级的主体、指标和评级对象、评级结果划分、评级信息披露及不同评级结果的奖惩机制等制定了较为详细的规则。保险监管机构可参考企业环境行

为评价体系,监督内河航运企业投保:一方面,保险监管机构可联合环保部门通过现场检查、检测、重点污染物总量控制等方式获取船舶的风险信息,通过奖惩机制促使船东主动提供风险信息,扩大内河船舶企业风险信息的获取渠道;另一方面,对于评级较高的企业,保险监管机构还可联合环保部门采取将其纳入政府采购目录、对其发放环保奖金^②或予以保费优惠等措施,以鼓励企业参保。反之,则可采取限制高风险航运经营行为、提高保险费率等措施对评级较低的企业进行约束。

《实施办法(征求意见稿)》第15条规定了船舶内河污染责任保险的协同主体主要为“海事管理机构”及“交通运输主管部门”。前者主要负责联合保险监管机构进行保险信息数据共享和交换,后者则主要负责与保险监管机构开展联合监管。但除以上两类主体之外,保险行业协会及环保部门亦可协同保险人进行风险管控。因此,《实施办法(征求意见稿)》第15条中应对保险行业协会及环保部门的协同作用予以肯认,可规定“保险行业协会应协同银保监会制定船舶内河污染责任保险承保和理赔业务的技术规范和标准”,以及“银保监会应参照环保部门的企业环境行为评价体系,并联合环保部门尽快出台参保的奖惩机制”。此外,在该条文中还应进一步扩展和细化海事管理机构的协同职责,明确“海事局及交通运输部应尽快整合现有的内河船舶污染风险评估体系,并协同保险监管机构制定风险评估技术性规范及指南”。如此,方可确保内强险的风险管控,消弭强制保险市场的内生性风险。

(三)构建多层次赔付体系以保障保险人赔付能力

由于内河船舶污染风险具有巨灾性,且在赔偿责任严格化、连带责任适用日益扩张的背景下,保险人面临较大的赔付压力。因此,提升保险人的偿付能力、分散内强险市场的偿付风险具有现实意义。

有观点认为,在资本市场发行资产避险型(如船舶内河污染期货和期权)、权益避险型(如船舶内河污染权益看跌期权)或负债避险型(如船舶内河污染债券)的保险风险金融衍生产品有助于保障保险人的偿付能力。^[20]2015年9月发布的《生态文明体制改革总体方案》中曾明确指出:“建立绿色金融体

① 上述规定中常要求评估要参照一定的内因性指标(如环保设施完善状况、环境敏感度、船舶的流量和吨位、危险物质存储量、符合产业政策度、清洁运输水平等),及外因性指标(如风险与事故管理水平),并针对赋予以上指标中不同要素的特定分值进行指标权重。

② 如江苏省淮安市曾出台对参保企业评优鼓励等优惠政策,在予以鼓励的同时,市财政还每年从污染防治资金中拿出30万元给投保企业及工作突出的县(区)环保局作为奖励。

系……加强资本市场相关制度建设,研究设立绿色股票指数和发展相关投资产品,研究银行和企业发行绿色债券,鼓励对绿色信贷资产实行证券化。”该规定为船舶内河污染相关绿色金融产品的开发和創新提供了依据。美国及欧盟诸国关于巨灾风险债券的实践经验也表明,保险风险金融衍生类产品已逐渐趋于成熟和完善,并对提升保险人的偿付能力颇有助益。中国未来可仿效这些国家的做法,先开发负债避险型的内河船舶污染(或船舶污染)债券,因为较之于其他保险风险金融衍生类产品,债券的发行和交易程序较为简单,风险也较小。^[21]在积累了一定经验之后,再借助期货交易所、产权交易所在风险证券化方面的专业服务能力、市场基础和交易结算经验,试点期权与期货等其他类资产避险型或权益避险型保险风险金融衍生类产品。

但在内强险市场不成熟的情况下,贸然发行上述保险金融衍生类产品极有可能引发系统性风险——保险衍生品可能缺乏流动性、透明性、竞争性,加之购买者主要为原保险公司或再保险公司,衍生品市场因而可能缺乏市场活性。为应对此风险,保险监管机构可通过增强保险衍生品市场透明度以及禁止市场操控的方式,确保衍生品的投资者适格。^[22]此外,保险监管机构还可通过促进衍生品标准化并集中清算的方式,规范其销售。

保险人的赔付能力还可通过建立污染损害赔偿基金的方式予以保障。内强险的立法目的在于补偿受害人损失,而并非对其损失予以全面赔偿,较高的保险赔偿金不仅会使保险人面临较大赔付压力,还会大幅提高保险费率,不利于保险市场发展。因此,对于超出保险人赔偿责任限额的部分,可通过污染损害赔偿基金进行赔偿^①,以缓解保险人的赔付压力。但需注意在基金设立时,应避免要求所有的征收对象按统一标准缴纳基金费用,如要求基金费用仅与船舶载运的持久性油类总量挂钩。该种规定方式虽有助于减少容易引发油污损害的航运活动,因为货主或其代理人可能会为了少缴纳基金费而减少持久性油类的载运总量。但此种规定方式却忽略了不同船舶间防污安全等级的差异,导致船舶缺乏使用更安全防污措施的正向激励。^[23]更适宜的方式是建立“船舶内河防污风险的安全综合评价机制”,对载运有毒有害物质的船舶的设备、船员、航行环境、

管理等众多污染损害风险的影响因素予以综合考量,运用数理模型,科学地将内河船舶划分为不同安全等级,并按照该等级厘定基金征收费率。

最后,保险人的赔付能力还可通过允许保险人寻求适度的公共财产支持的方式予以保障。如前所述,保险人承保船舶内河污染责任保险的意愿较低,保险池规模较小,保险人在定价和确定承保范围方面困难重重。若对保险人进行税收抵扣或减免不仅可大幅提升保险人的承保意愿,还兼具正当性及可行性:一方面,内河污染防治公益色彩浓厚,对污染的整治直接影响到沿线经济的发展,船舶内河污染责任保险因此具有公共物品(public goods)的属性,对承保该保险的保险人进行税收抵扣或减免,是公权力机关承担国家环境保护义务的应有之义;另一方面,税收减免、抵扣的有效性已在英国、德国、美国等国家的实践中得以证实,^[24]中国亦有此提议^②。因此,对船舶内河污染责任保险人采用税收减免和抵扣在中国存在适用的空间。

综上,建议《实施办法(征求意见稿)》中增加条文明确以下内容:第一,应加强资本市场相关制度建设,研究设立船舶污染债券,鼓励对绿色信贷资产实行证券化;第二,应尽快建立船舶内河污染损害赔偿基金,建立船舶内河防污风险的安全综合评价机制以确定基金费用的征收,并授予财政部、交通运输部依据船舶油污损害赔偿需求、持久性油类物质的货物到港量以及积累的船舶油污损害赔偿基金规模等因素对基金费用予以调整的权力;第三,应减免保险人增值税,在征税后向保险人返还该保险业务的所得税,或允许保险人将涉及该保险的业务成本支出按照一定比例进行税额抵扣。

五、结语

内强险制度不仅可在船舶污染事故发生后为受害者提供补偿,为因污染造成的环境损害的恢复提供资金支持,还可在事故发生前激励投保人采取预防性的安全措施,其优势地位及独特价值毋庸置疑,应被视为防治船舶内河污染风险、促进内河航运市场规范化的优先选项。但目前内强险仍面临着保险覆盖范围不合理、供给与需求不足、配套赔付机制欠缺等实践僵局,导致该保险的强制性无法有效实现,其立法功能与独特价值受损。目前《实施办法(征

^① 中国已在海船油污损害赔偿基金建立方面积累了一定经验。参见《船舶油污损害赔偿基金征收使用管理办法》第6条。

^② 《国家发展改革委关于加大工作力度确保实现2013年节能减排目标任务的通知》中明确提出要“梳理节能减排有关税收政策,推动落实……节能节水环保产品税收优惠政策”。

求意见稿)》的规定仍有待完善:对内须在平衡保险人承保能力与充分保障投保人的基础上,进一步明确投保人及承保的范围,提升保险标的可保性;对外

则须逐步建立多元渠道并细化相关主体的协同职责,以协助保险人提升对风险的测控水准,确保内险的市场供给。

参考文献:

- [1] 曾辰,易丁.内河船舶防污染面临的问题及对策研究[J].珠江水运,2017(22):57-58.
- [2] 翁献忠.建立内河船舶强制责任保险制度的思考[J].中国水运(下半月),2013,13(8):34-35.
- [3] 李鲁宁,李涛.关于内河船舶污染强制责任保险参保船舶吨位等级设定的研究[J].中国水运(上半月),2016,37(3):26-29.
- [4] 金建忠.船舶污染现状和防止措施[J].中国水运(上半月),2011(7):20-21.
- [5] 李涛,李鲁宁,杨献朝,田玉军.内河船舶污染事故损害赔偿机制[M].北京:人民交通出版社,2018:67-69.
- [6] 侯伟.《海商法》适用内河航运的立法价值目标[EB/OL].(2018-10-15)[2021-09-23].http://www.ccpit.org/Contents/Channel_3529/2018/1015/1072999/content_1072999.htm.
- [7] 马宁.保险合同解释的逻辑演进[J].法学,2014(9):74.
- [8] FAURE M G. Instruments for environmental governance: what works? [M]//MARTIN P, LI Z P, QIN T B, et al. Environmental Governance and Sustainability. Cheltenham; Edward Elgar Publishing, 2012: 1-22.
- [9] 陈飞.责任保险与侵权法立法[J].法学论坛,2009,24(1):24-30.
- [10] AKERLOF G A. The market for "lemons": quality uncertainty and the market mechanism[J]. Quarterly Journal of Economics, 1970, 84(3): 488-500.
- [11] FAURE M G. Economic criteria for compulsory insurance[J]. The Geneva Papers on Risk and Insurance: Issue and Practice, 2006, 31(1).
- [12] WAGNER G. (Un)insurability and the choice between market insurance and public compensation systems[M]//BOOM W H V, FAURE M. Shifts in Compensation Between Private and Public Systems. Vienna; Springer, 2007: 87-112.
- [13] 李伟芳.论我国海洋石油污染中环境损害的范围认定[J].政治与法律,2010(12):117-123.
- [14] 彭真明,殷鑫.论我国生态损害责任保险制度的构建[J].法律科学(西北政法大學學報),2013,31(3):92-102.
- [15] 陈磊.普通法视角的纯粹经济损失[J].清华法学,2010,4(5):106-117.
- [16] BOOM W H V. Pure economic loss—a comparative perspective[M]//BOOM W H V, KOZIOL H, CHRISTIAN A. Pure Economic Loss. New York; Springer, 2004: 143-180.
- [17] 帅月新.国际油污赔偿基金运作机制的借鉴与思考[J].中国海商法研究,2019,30(1):89-97.
- [18] ABRAHAM K S. Environmental liability and the limits of insurance[J]. Columbia Law Review, 1988, 88(5): 942-988.
- [19] RICHARDSON B J. Mandating environmental liability insurance[J]. Duke Environmental Law & Policy Forum, 2002, 12(2): 293-329.
- [20] 梁昊然.论我国巨灾保险风险证券化制度构建[J].求索,2013(2):190.
- [21] 巫文勇.环境污染责任保险衍生品开发与发展[J].江西社会科学,2013,33(12):51-54.
- [22] 楼建波.从CDS看金融衍生品的异化与监管——以瑞银集团诉Paramax案为例[J].环球法律评论,2010,32(1):114-122.
- [23] 王婷婷,于诗卉.分级征收船舶油污基金的合理性和可行性探析[J].人民论坛,2015(36):77-78.
- [24] 方桂荣.信息偏在条件下环境金融的法律激励机制构建[J].法商研究,2015,32(4):63-72.

张琪悦. 构建海洋命运共同体与维护海洋安全的辩证思考及实现路径[J]. 中国海商法研究, 2022, 33(1): 26-37

构建海洋命运共同体与维护海洋安全的辩证思考及实现路径

张琪悦

(上海国际问题研究院 全球治理研究所, 上海 200233)

摘要: 海洋命运共同体理念追求海洋善治与良性发展, 提倡普遍、平等、包容的观念, 实现维护国家海洋利益与促进全球海洋治理的协调统一, 成为中国积极参与海洋议题设置的话语权与规则制定的主导权的表现。海洋命运共同体理念与维护海洋安全存在辩证统一性, 其倡导各国和平利用海上力量, 管控大国竞争引发的潜在风险, 提供公共产品和服务, 有效应对共同面临的海洋安全威胁。未来中国将进一步完善理念构建, 搭建从理论构建到制度设计再到实践落实之间的桥梁, 推动海洋命运共同体理念与国家发展规划相对接, 与国际社会已达成普遍共识的全球治理与人类命运共同体相结合, 参考和平共处五项原则推广过程, 增强海洋命运共同体理念的认可度与影响力, 为推动全球海洋治理塑造中国方案。

关键词: 海洋命运共同体; 海洋治理; 海洋安全

中图分类号: D993.5 **文献标志码:** A **文章编号:** 2096-028X(2022)01-0026-12

Dialectical thinking and implementation path of building maritime community with a shared future and maintaining maritime security

ZHANG Qi-yue

(Institute for Global Governance, Shanghai Institutes for International Studies, Shanghai 200233, China)

Abstract: The concept of maritime community with a shared future is aimed at promoting good ocean governance and development, advocating inclusive, equal and comprehensive thoughts, maintaining a balance in achieving national security interests and realizing global maritime governance, which reflects China's awareness in initiating maritime governance topics and establishing leadership in rulemaking. The concept of maritime community with a shared future and the maintenance of maritime security are dialectically unified. It raises several approaches in maintaining maritime peace and stability, including peaceful use of maritime power for crisis management, and providing public goods and service in controlling risks. In future, China will consider improving the construction of the concept, and building up a bridge from theoretical construction to institutional design and then to implementation and practice. Coordinating with the national development strategies, and the universal consensus of global governance and a community with a shared future for mankind, as well as referring to the propaganda of the Five Principles of Peaceful Coexistence, the concept of maritime community with a shared future would be gradually approved and universally recognized, and would be applied as a proposal with Chinese wisdom and characteristics.

Key words: maritime community with a shared future; maritime governance; maritime security

海洋命运共同体理念是习近平新时代海洋强国战略的重要组成部分,也是人类命运共同体理念在海洋领域的适用与表现。海洋命运共同体理念的内在

在逻辑在于倡导各国以共同的身份和视角看待海洋问题,基于共识而产生认同感和归属感,推动实现全球海洋治理的目标。海洋命运共同体理念的提出标

收稿日期: 2022-01-04

基金项目: 2021 年度国家社科基金青年项目“保障‘南海行为准则’有效实施的法律问题研究”(21CFX053), 2021 年度中央社院统一战线高端智库课题“人类命运共同体理念与中国世界秩序观的转型”(ZK20210162)

作者简介: 张琪悦(1992—), 女, 辽宁沈阳人, 上海国际问题研究院全球治理研究所助理研究员, E-mail: zhangqiyue@siis.org.cn.

志着中国参与全球海洋治理的程度加深,不仅能够解决本国海洋发展中面临的问题,也为全球海洋治理提供宝贵的中国智慧、中国方案、中国路径。

海洋命运共同体理念提出的意义在于,中国有意识地建立起以本国为主导的海洋叙事方式,强化在海洋领域的话语权与领导力,以建设者的姿态更加积极地参与全球海洋事务、推动海洋议题设置、促进海洋规则的完善、构建公正合理的海洋新秩序,体现出中国作为海洋法治的维护者、海洋秩序的构建者、海洋可持续发展的推动者的角色所应当具备的大国责任和担当。

笔者将海洋命运共同体理念的构建与实践作为研究对象,特别将该理念在海洋安全领域运用的辩证统一性作为切入点,通过该理念体现出的中国特色,强调中国注重以普遍、平等、包容的方式追求海洋治理这一核心思想,实现维护国家海洋安全与促进全球海洋治理的协调统一。随后,探讨该理念在维护海洋安全实践方面的有效路径,针对实践中的困境提出解决方案,对于国际社会普遍担忧的中国通过海洋命运共同体理念的提出可能造成“修昔底德陷阱”“金德尔伯格陷阱”的看法作出回应。

一、构建海洋命运共同体理念与维护海洋安全存在辩证统一性

海洋安全已超出国家主权边界。海洋的跨国性特点决定了海洋问题关乎各国的切身利益。面对海洋安全威胁,任何国家都不能独善其身。各国休戚与共、安危与共、责任与共。尽管各国尝试给予“海洋安全”这一概念明确的定义,但始终未能对此形成一致性的表达。各国普遍认识到,“海洋安全”作为涵盖公共与个人主体的海洋活动的综合性概念,意味着各国需要应对所有的海洋安全威胁。“海洋安全”概念存在模糊性,反而有利于国内各机构与不同国家间开展协调工作,摒弃各组织机构间因职责权限差异,各国间因领土主权与海洋划界争端、对法律规则的不同解释所引发的矛盾冲突。各国对于“海洋安全”的既存共识将为开展海洋安全合作奠定基础。

(一) 海洋安全事关各国重要的利益关切

维护海洋安全是各国发展海洋事业的前提和基础。海洋的跨国性和流动性意味着海洋安全问题有赖于各国共同应对。海洋安全范畴的综合性与广泛性及问题的严重性意味着海洋安全问题事关各国重要的利益关切。

从国际法角度,海洋安全问题根源于海洋地物

的领土主权与海洋划界争端,以及由此延伸出对海洋权利的争夺。各国基于维护本国海洋权利和安全利益的考虑,对于他国开展特定海洋活动的合法性存在争议。这类争端的产生不仅源于历史因素,也是基于各国根据《联合国海洋法公约》(简称《公约》)所能主张的海洋权利范围与他国的权利主张存在冲突,由此表现为各国对于争议海域的实际控制与海洋权利的争夺。这类问题在法律层面反映为各国对于海洋法重要条款的解释和适用存在差异,对于特定的海洋争端存在不同的认知和判断,对于在追求本国海洋利益与维护全球海洋安全与良好秩序达成平衡的构想存在不同的解决思路。^[1]

从国际关系角度,在海洋领域,各国面临的传统安全与非传统安全风险均有所增加。传统安全问题通常由各国发展海洋力量、实施海洋战略、参与海洋竞争所导致,其实质是各国因存在海洋战略竞争和国家利益对立所引发的争端,往往涉及人为因素。外国在中国周边海域逐渐增加的军事活动对于中国维护国家主权、保障海洋安全、维护信息安全造成威胁。近年来,各国面临的非传统安全问题比重也持续上升。海上违法犯罪活动、海洋生态环境与资源破坏、防灾减灾与自然灾害救助、海上搜寻救助与人道主义救援等问题更加突出。相比于传统安全,非传统安全往往具有长期性、跨国性、突发性特点,有赖于各国建立长期稳定的合作机制、落实密切的合作项目来实现。

以上国际法和国际关系视角中的传统安全与非传统安全问题不仅是中国正在面临的海洋安全挑战,也是需要各国共同应对和解决的问题。由于国际社会不具备统一的海洋安全合作机制,这就需要各国以共同的视角、共同的利益、共同的行动落实协调统一的行动机制,构建更加密切的合作机制,自觉落实自我克制,实现危机管控,并在此基础上建立信心与信任,从而在解决本国海洋安全问题的同时,也实现维护各国共同的海洋安全利益诉求的目标。

(二) 海洋命运共同体理念构建有利于维护海洋安全

维护海洋安全是海洋命运共同体理念的重要内容。海洋命运共同体理念在设计之初就包含着各国共同维护海洋安全的含义。该理念涵盖多个层次与多个方面。其中,“共谋海洋安全”的表述反映出维护海洋安全始终作为海洋命运共同体理念构建的重要目标。中国通过海洋命运共同体理念的构建,推动各国深化海洋安全合作,共同维护海洋和平安宁,

满足安全作为各国在海洋事务中首要的利益关切。维护海洋安全能够为各国开展海洋活动提供更多的物质性和精神性保障,^[2]这也反映出中国顺应国际发展大势,在海洋治理理念中强调构建“持久和平”和“普遍安全”的海洋秩序的目标。^[3]

在海洋命运共同体理念的框架下开展海洋安全合作具有广阔的前景。无论是当下还是未来,各国在海洋安全方面的共同利益增多、相互依存程度加深。该理念将为多国实现海洋安全对话、开展海洋安全合作与实践、解决海洋安全问题搭建重要平台。以海洋命运共同体理念作为思想支撑,以共同的安全利益作为合作的基础与导向,各国在维护海洋安全方面正逐步建立与落实切实可行的制度化机制和合作平台,实现维护国家和世界海洋安全的目标,推动全球海洋安全治理的良性发展。

(三) 维护海洋安全有利于促进海洋命运共同体理念构建

“海洋安全”这一概念本身就包含着政治与军事博弈的内涵。各国在维护本国海洋安全时,势必会采取维护和巩固自身海洋利益的行动,由此可能对其他国家造成潜在威胁。共同体理念的核心在于倡导各国将维护共同理念、共同价值、共同身份作为思维导向。按照这一思维逻辑,海洋命运共同体理念将在一定程度上与各国在发展海洋战略、争取海洋利益、开展竞争博弈中造成的安全威胁存在对立与冲突。

然而,以上看似对立的逻辑问题能通过如下思路解决。一是强化共同体意识,摒弃狭隘的利己主义观念,兼顾本国利益和全球海洋利益,以共同体的视角塑造各国共同的海洋安全意识,建立共同的价值目标,协调各国海上安全面临的矛盾冲突。二是以共同体的思路,倡导各国开展良性竞争,将博弈与对立转变为合作共建与互利共赢,在各国之间构建共同的安全、寻求共同的利益、应对共同的挑战、承担共同的责任,绝不能牺牲别国安全谋求自身所谓绝对安全。以上思路意在管控因人为因素所导致的海洋安全危机,降低传统海洋安全造成的风险。

非人为因素导致的海洋安全问题更容易成为各国共同合作解决的目标。在面对此类海洋安全威胁时,没有任何一个国家能凭借一己之力妥善应对海上安全挑战,而是有赖于国际社会群策群力、协同治理、共同解决。全球海洋事务整体性、综合性的特点,需要各国从全球治理的格局出发,从整体角度审视海洋安全问题。在海洋命运共同体理念的感召

下,各国应当基于共同目标,不断提升海洋安全合作的层级,增强安全合作的可行性和执行力,共同抵御安全威胁、预防安全风险、解决安全问题,从而实现共享收益、共担风险、统筹兼顾,^[4]在共同解决安全问题的同时,实现人海和谐的目标。

维护海洋安全对于构建海洋命运共同体理念也能起到反向促进作用。“共谋海洋安全”是海洋命运共同体理念的重要组成部分,各国基于对海洋安全的落实,也能反过来促进海洋命运共同体理念构建。海洋安全问题的解决能够为海洋命运共同体理念的实施奠定基础与前提,提供有益借鉴,增强理念的说服力,提升理念的影响力,为理念的适用提供更多实例,并能不断丰富其内涵。

因此,构建海洋命运共同体理念与维护海洋安全之间存在逻辑一致性,并不存在逻辑断裂。海洋命运共同体理念在海洋安全领域的运用也标志着全球海洋治理的基本范式正在发生深刻变化。各国从注重海洋权利的竞争与博弈,逐渐转变为更注重海洋利益的平衡与在多领域开展合作。海洋命运共同体理念为各国携手应对共同的安全挑战提供了可行的路径,也彰显出中国愿意与世界各国共同维护海洋和平与安宁,实现合作共赢的大国责任和担当。

二、海洋命运共同体理念在维护海洋安全中体现出中国特色

与西方传统海洋强国长期发展海洋文化与海洋战略不同,中国作为传统陆权国家,提出海洋治理理念具有标志性意义,反映出中国国家总体发展思路 and 战略布局正在发生深刻变化,不仅注重海洋事业的发展,而且将视野从近海防御扩展至远海防卫,反映出新时代中国海洋观的转变与成熟。这种转变引发了国际社会的广泛关注。个别国家将其解读为,中国通过构建海洋命运共同体实施雄心抱负,以此获取海洋战略竞争优势,挑战传统海洋强国的地位和权威。这种担忧主要出于主观臆想。与这些国家将本国海洋发展利益凌驾于他国的海洋利益之上的做法不同,中国更加注重引导海洋竞争沿着良性轨道开展,以普遍、平等、包容的海洋理念共同促进海洋发展,搭建国家与全球海洋治理间的桥梁。^[5]

(一) 避免对海洋的绝对控制,追求海洋善治与发展

传统的海权论与西方世界的海洋思想,无论处于何种历史时期,都体现出零和博弈、单边主义、丛林法则等特点。19世纪末20世纪初,马汉的“海权

论”三部曲将对于海上核心通道的控制、成规模的远洋军事力量投送、对海洋霸权的争夺共同列为国家战略能力建设的核心要素,成为引导和支持海洋强国扩大军事力量规模、提升影响力和控制力的思想基础。后续西方传统的海权论和海洋观在此基础上发展,通过追求对海洋的实际控制、对海道和重要战略据点的争夺、对海洋资源的掠夺,使海洋成为大国地缘战略博弈的主战场。^[6]

这种观念一直延续到当代,在以美国为代表的传统海洋国家的观念中有体现。2007年发表、2015年修改的《21世纪海权合作战略》将美国的海洋安全政策核心表述为:前沿存在、威慑、海洋控制、力量投射、人道主义援助/灾难响应、海军的战斗功能,将政策归纳为“管理全球财产与抑制共同威胁”。战略特别提出,海军的前沿存在对于增强盟国和伙伴国家的关系非常必要。只要安全环境能够基于商品的自由流动而创造开放的经济体系,那么就应当保护美国自然资源,增进稳定性、震慑冲突、回应侵略。^[7]这些理念成为美国海权思想的精神支柱,也反映出美国增强海上力量优势的思路始终存在。美国将海洋安全作为海洋治理的重要组成部分,通过整合国内与国际的法律、政策、基础设施建设实现这一目标。^[8]

2019年美国特朗普政府发布《自由开放的印太:推动共同愿景》。报告提出的“自由开放的印太”这一理念看似强调海洋自由,倡导在国际法框架下开展合作、实现自由开放的未来,实则希望建立起基于共同价值的国家联盟^①,应对海洋崛起国家对守成国家的挑战。在规则层面,为避免国际海洋法规则的束缚,美国选择置身《公约》之外,但却利用《公约》规则对抗他国正当且合法的海洋维权行为,积极推行海洋霸权战略,扰乱国际海洋秩序。^[9]此外,美国为了推行全球海域的霸权,开展“航行自由行动”,创造了游离于《公约》体系之外的“国际水域”这一概念,挑战部分国家所谓的“过度的海洋权利主张”,为推行国家海洋战略而促成新规则的制定与改变。这才是美国作为真正追求海洋霸权的国

家,为了获取海洋利益和对海洋的有效控制而惯常采取的举措。

类似地,日本在对海洋安全概念的理解中,更注重确保海上通道的自由使用,以更好地维护海洋秩序^②。印度在海洋安全方面的利益集中在环境保护、船员安全、渔业管理、资源管理、反恐、法律执行、海军行动、威慑等方面,并将海洋领域的威慑描述为海军在和平时期的重要角色^③。澳大利亚将安全威胁界定为“可能会对国家利益产生潜在危害性后果的行动”,特别明确了澳大利亚对于以下8个种类的海洋安全问题的格外关注:在保护区开展非法的活动、非法勘探开发自然资源、海洋污染、禁止进出口、未经授权的海上抵达、对生物安全的妥协、海盗抢劫或暴力行为、海上恐怖主义^④。东盟国家对海洋安全的关注更集中于打击海上跨国犯罪这一重要问题,其中非传统安全的威胁增加^⑤。但在东盟成员国层面,南海争端成为中国与东盟国家改善南海关系的重要阻碍,再加上东盟奉行“大国平衡”的对外政策,引入域外国家干涉,为中国周边海域特别是南海问题带来不稳定因素。由此可见,各国在海洋安全关注的事项中存在一定重合,在谋求共同的安全利益过程中存在一定的思想基础与物质条件。但各国在维护海洋安全的同时,更倾向于将自身或团体的安全利益放在首位,造成国家之间的安全博弈和对立。

中国在充分认识海洋力量竞争、博弈、对立性的基础上,基于对当今世界国际格局的思考,跳出单边主义、冷战思维、强权政治的思维窠臼,避免将追求对海洋的绝对控制作为发展目标,不将海上力量的排他性和海洋博弈的零和性作为唯一思路,转而将努力建设海洋强国(maritime power)作为发展目标,追求合作、开放、共赢的海洋发展模式,构建相互尊重、公平正义、合作共赢的新型国际关系,将超越国家利益的海洋善治作为发展目标,避免西方担忧存在“修昔底德陷阱”的政治逻辑所引发的强国必霸、争霸必战、两败必衰的竞争模式,避免将传统海洋强

① 参见 United States Government: *A Free and Open Indo-Pacific, Advancing a Shared Vision*, 访问网址: <https://www.state.gov/wp-content/uploads/2019/11/Free-and-Open-Indo-Pacific-4Nov2019.pdf>。

② 参见 Cabinet Office: *The Basic Plan on Ocean Policy, Phase III*, 访问网址: https://www8.cao.go.jp/ocean/english/plan/pdf/plan03_e.pdf。

③ 参见 Prakash Gopal: *India's Conceptualization of Maritime Security*, 访问网址: <https://amti.csis.org/australias-conceptualization-of-maritime-security>。

④ 参见 David Letts: *Australia's Conceptualizations of Maritime Security*, 访问网址: <https://amti.csis.org/australias-conceptualization-of-maritime-security>。

⑤ 参见 Dita Liliana: *ASEAN Conceptualizations of Maritime Security*, 访问网址: <https://amti.csis.org/australias-conceptualization-of-maritime-security>。

国与新兴海洋力量之间的关系视为竞争和对立关系。正如中国在多个国际场合反复强调的,无论国际局势怎样演变,中国绝不称霸,而是持续塑造世界和平、实现世界和平发展。这一观念成为新时期中国构建海洋思想与海洋文化的一部分,也是中国从传统的基于陆地的国家转变为陆海兼备的国家的进程中,塑造中国海洋发展的新特色。

(二) 摒弃竞争与排他性, 提倡普遍、平等、包容性

不同于大航海时代海洋强国注重对海洋的绝对控制,有别于当代海洋大国在战略竞争中强化军事同盟、扩张势力范围、维护盟友安全,海洋命运共同体理念致力于构建和平、合作、包容、和谐的环境,通过实施该理念达成各国的共同愿望,实现全球海洋安全治理的目标。海洋命运共同体理念的普遍、平等、包容性主要表现在以下方面。一是不对意识形态设限。海洋命运共同体理念破解意识形态的对立,避免将国家的政治体制作为判断是否将其纳入海洋安全合作范畴的前提条件。二是不对与华关系设限。海洋命运共同体理念从未将他国与中国的双边关系作为推进海洋事务合作的前提条件。以上两点反映出海洋合作具有包容性特征。三是不对地理范围设限。中国从未将非周边国家与内陆国和海洋不利国排除在合作范围之外,反映出海洋命运共同体下的合作具有普遍性。四是不对发展程度设限。中国避免将发展中国家与欠发达国家排除在合作范围之外,真正体现出合作的平等性。以上四个特征反映出中国为扩大海洋命运共同体理念的共识,建立最广泛的合作对象,寻求国际社会更多的理解与支持,最大限度地求同存异,避免形成一国安全而他国不安全,一部分国家安全而另一部分国家不安全的局面;不能以牺牲别国安全而谋求自身所谓的绝对安全。^[10]

(三) 实现国家海洋安全与全球海洋利益的协调统一

国家和国际海洋治理不仅是平行线,也有机会形成良性的双线互动,其连接点有两个:第一个连接点是已经达成国际社会共识的“全球治理理念”。中国将国家海洋发展理念与实现全球海洋治理相结合,将维护国家海洋安全与维护全球海洋安全相统一,将构建海洋命运共同体理念作为实现全球海洋治理目标的中国路径,最终实现国家与全球的海洋安全和海洋治理的协调统一。第二个连接点是运用于构建海洋命运共同体的中国的国家总体安全观。

自2014年中国首次提出国家总体安全观以来,这一国家安全体系已经逐渐发展成为涵盖16种国家安全的综合概念。国家总体安全观中包含的政治安全、国土安全、军事安全、经济安全、生态安全、资源安全、核安全、深海安全能够适用于维护海洋安全领域,有助于构建互信、互利、平等、协作的新海洋安全观。

2015年9月,习近平主席出席第七十届联合国大会一般性辩论并在讲话中提出:“我们要摒弃一切形式的冷战思维,树立共同、综合、合作、可持续安全的新观念。”^[11]可见,国家总体安全观不仅与构建海洋命运共同体理念中维护海洋和平安宁的核心观念相一致,而且与建设新型国际关系中相互尊重、公平正义、合作共赢的理念相契合,从而实现维护国家安全与构建新型国际关系的协调统一。

以全球治理理念和国家总体安全观作为支撑,海洋命运共同体理念能够实现国家治理与全球治理的协调统一。中国在维护本国海洋安全、推动海洋发展与海洋治理的进程中,也能对全球海洋安全的制度建设与规范塑造起到积极促进作用,努力建立和维护普遍安全的国际海洋新秩序,为全球海洋安全的改善创造了新的机遇,并在此过程中促进海洋和平和可持续发展。积极推动全球海洋安全治理,既是中国国家发展战略实施的重要构成和现实任务,也是全球海洋安全治理开展和取得实际成效的实际需要,^[12]最终有助于实现国家海洋事业的发展与全球海洋治理的协调统一。

三、构建海洋命运共同体理念是维护海洋安全的有效路径

海洋命运共同体理念不仅仅是“清谈馆”,更应当切实落地,具有可行性与可操作性。海洋命运共同体理念应当能够为规则的制定和落实、制度的建设和完善提供方向性指导,并且针对可能出现的新情况和遇到的新问题提供解决方案。^[13]

尽管海洋命运共同体理念的受众是全人类,但由于主权国家和国际组织共同构成国际社会最重要的主体,能够作为理念落实中最有效的主体。在军事层面,各国发挥海上武装力量的作用,通过海军外交为维护国家和国际社会的海洋安全提供有力的保障;在执法层面,通过海警、海事局层面的交流与合作,共同推进海上行政执法合作;在国际组织层面,利用既有合作平台或根据实际需要构建新的平台,增进对话与合作,实现危机管控,增强信心与信任。

(一) 军事层面:海军外交与和平运用将发挥重要的作用

2019年4月23日,在青岛集体会见应邀出席中国人民解放军海军成立70周年多国海军活动的外方代表团团长时,习近平主席首次提出海洋命运共同体这一重要理念。^[14]提出的场合意味着海洋命运共同体理念的贯彻落实有赖于发挥海军的重要作用。海军作为国家海上力量主体,对于维护海洋和平安宁和良好秩序负有重要责任,特别是能够维护国家统一、领土主权,保障海洋权利,有效预防和遏制来自海上的潜在威胁,有效应对区域和全球的海洋冲突。^[15]海军也是适宜执行国家对外政策的工具。海军外交能够成为实现海洋和平、安全与良好秩序的重要途径。各国积极探索海军力量的非战争运用,限制海军以非和平的目的使用武器,仅在必要情况下保留震慑性外交的可能性,有助于发挥海军在维护海洋和平稳定中的积极作用。

在海洋命运共同体理念的指引下,海军可以通过以下路径实现维护海洋安全的目标。一是通过联合军事演习起到的预防性外交的作用,减少战略误判、增进信心与信任,强化合作并弱化战略冲突。^[16]二是开展海军舰艇友好访问、海军领导人互访和人员交流、海上军事行动与维和行动,深化与友好国家海军间的联系。三是通过保障国际航道安全,提供更多的海上公共服务,共同应对海上安全威胁。^[17]四是不断扩大与深化海上安全合作,特别是围绕国际维和、救灾救援、海上反恐、反海盗等海洋公共安全领域,通过远洋护航、联合搜救、震慑性外交等方式,有效起到维护海洋安全的作用。^[18]

例如,自2008年以来,中国海军的亚丁湾护航行动有效震慑打击了海盗行动,保护过往船只安全,通过海军外交树立了良好的国际形象。中国根据国际规则与授权,在国家管辖范围外的水域行使非传统安全的任务,为维护海洋安全尽到大国责任,这样的方式得到了国际社会的高度称赞。^[19]与中国海军力量的和平运用形成鲜明对比,美国国防部2020年出版的《军事及相关术语词典》以“建立和维护海洋控制”作为海军定位,期待海军力量有能力“毁灭敌国海军力量,压制敌国海上贸易,保护重要海上航道,建立军事优先性”,^[20]其强调争取绝对优势与建立海上控制的核心目标,是建立海上霸权的体现。

(二) 执法层面:海上执法合作成为管控危机的有效途径

海洋执法力量的高效运作是提升海洋安全治理

能力的关键。海洋执法是海洋立法与法律实施之间的桥梁,对于实现海洋治理将发挥重要作用。作为海洋命运共同体理念的提议国,中国始终将海上执法能力建设摆在突出位置,使行政主体的责任更加明确,执法过程更加规范,既要使执法能力得到实质增长,也要在合理限度下降低行政执法的成本;同时,积极开展政府层面海上执法力量的交流合作。

例如,2016年10月,当菲律宾单方面提起的南海仲裁案刚落下帷幕,菲律宾总统杜特尔特访华期间,与中国海警局共同签署《中国海警局和菲律宾海岸警卫队关于建立海警海上合作联合委员会的谅解备忘录》,针对海上安全治理展开积极合作,探索海上合作机制的构建,管控长期以来因“法律战”所造成的危机。^[21]2017年11月,在中菲海警的首次工作会晤中,两国明确提出共同致力于打造“海上安全命运共同体”,^[22]能够起到加强海上联系、实现危机管控的作用。

随着中国与周边邻国海上执法活动的事项和范畴不断拓宽,执法机构因业务联系而开展的交流、培训、合作也将在海洋防灾减灾、海上搜寻救助、海上公共产品提供、海上联合执法等领域发挥作用。各国通过海上行政执法力量的联络、交往与合作,有效传播善意、减少冲突与对立,^[23]共筑海上安全。

(三) 责任层面:中国主动承担提供公共产品的大国责任

命运共同体理念既包含“安全共同体”“利益共同体”含义,也具有“责任共同体”的内涵。非传统安全是各国共同面临的挑战。海洋领域安全类的公共产品与公共服务的需求量大,但也始终面临总量供给不足、分布结构失衡、使用不尽合理的情况。^[24]任何国家都不能凭一己之力解决这些问题。

中国在提出海洋治理理念后,主动承担起“对世义务”,破解了“金德尔伯格陷阱”中预设的国家自身发展壮大的同时,未能承担起与之相匹配的公共产品与国际责任的困境。相反,中国积极担负起与国家能力相匹配、与实际需要相契合的全球安全治理公共产品,承担起维护全世界海洋安全的国际责任和义务。

中国提供的国际公共产品包括物质类和精神类。物质类体现在中国通过南海岛礁建设活动修建大型灯塔、风向标,为海上搜救、防灾减灾、航行安全、渔业生产、海洋科研提供国际公共服务与保障;^[25]通过“北斗”卫星导航系统,实现维护海上安全、稳定、航行自由的目的。精神性的公共产品表现

为中国不断提出全球治理和海洋治理理念。这些理念是基于对国际形势的判断,经过充分论证,具有理论价值与实践可行性的方案,也是中国积极承担国际责任的体现。

目前,全球公共产品供给体系仍面临不少误区,例如政治敏感度较低的领域的产品较多、敏感度较高的领域的产品相对较少;近岸海域的产品较多、国家管辖范围外海域的产品相对较少。^[26]为完善国际公共产品的提供,实现构建海洋命运共同体的目标,中国将对如下种类的公共产品进行重点积累:海洋航道测量、导航与海图绘制、海洋气象预报与自然环境监测、海洋卫星通讯、海洋应急救援。^[27]各国在上述议题上提供国际公共产品与服务,有助于推动全球善治,更好地实现维护海洋安全的目标。

四、海洋命运共同体理念面临的困境

海洋命运共同体理念无论在理念构建还是在实践运用中均存在不少困境,成为制约其未来发展的重要因素,有待后续完善和解决。这些困境包括前文提及的各国在海洋领域开展战略竞争和资源争夺的现状与海洋命运共同体理念存在矛盾和冲突,以及各国需要共同应对的海洋问题层出不穷,由此为海洋命运共同体理念的实施增加了难度。不仅如此,从海洋命运共同体理念的构建到具体落实之间还有漫长的距离。在该理念推进的过程中,如何协调不同国家的利益,成为现阶段中国应对的重点。

(一) 海洋命运共同体理念仍需进一步构建与完善

海洋命运共同体理念作为中国提出的全球海洋治理理念,在国家领导人的讲话中反复提及,并第一时间得到多国海军高官的支持与媒体的肯定性报道。虽然各国官方声明中对于海洋命运共同体理念背后所体现的价值观表示支持,但仍然难以将其作为国际社会普遍恪守的原则和行为规范。海洋命运共同体理念目前仍然缺乏国际社会的认同和积极响应,也对后续对外工作的开展造成阻碍。究其原因,部分源自于海洋命运共同体理念的内涵和制度的构建尚未完成,不仅容易导致国际社会对于该理念的理解仅停留于表面,缺乏深入分析,也不利于国际社会围绕该理念开展理论研究、制度转化以及实践落实。

(二) 外界担忧海洋命运共同体理念制造中国威胁

外界存在担忧的声音,认为中国提出海洋命运共同体理念,实则意在制造中国威胁。这种叙事方

式实际上是将中国视为对美国霸权力量的威胁,将正在崛起的中国力量视为对区域和全球的威胁,反而将以美国为首的政治联盟视为区域和平、稳定、繁荣、自由的保护者。在这样的叙事角度下,中国被定位为挑战西方国家作为全球主导力量的革命力量,正努力成长为区域和全球的领导者的角色,始终保持对外投射硬实力的风险和威胁。一旦这种局面得到国际社会的默许,美国及其盟国就将采取进一步行动,“平衡”中国在国际社会的力量,以强化“基于规则的国际秩序”为名义,保障以美国作为主导的全球秩序、经济体系、军事联盟、政治框架。将中国的和平发展曲解为中国制造威胁,将成为海洋命运共同体理念在国际社会推广的重要阻碍。^[28]

(三) 海洋命运共同体理念需要协调各国利益差异

各国海洋文化和国家制度千差万别,表现为在安全领域关注的重点不同,安全利益和实际诉求也多种多样,不同的主权国家在海洋安全领域存在意愿分散化、诉求差异化、方式多样化的特点。各国所处的发展阶段不同,国家实力、科技水平、发展规模存在差距,海洋治理能力和水平参差不齐,在国家利益与行为方式上存在差异,再加上国家行动也受到国内法制约,由此对协调国家之间的海洋安全利益造成阻碍。

例如在南海沿岸国中,越南、菲律宾强调避免因单边行动改变地区现状,马来西亚、文莱更加注重满足经济利益,印度尼西亚因所处特殊地理位置更强调维护海上航道安全。为此,在观念层面,各国应当尽一切努力寻求最大共识,探索更多的共同利益,明确更多的共同目标,以此作为开展海洋安全合作的思想基础。在能力层面,各国可根据实际需求,共同增强海洋能力建设,深入推进海洋安全治理。在国内因素层面,各国应当明确海洋安全合作在国家整体战略布局中的定位和作用,并在此基础上协调国内政策与国际合作,在达成共识的前提下,推动国际合作的顺利开展。

五、海洋命运共同体理念所处困境的破解

为解决上述问题,海洋命运共同体理念的构建与落实需要强化国际社会对海洋命运共同体理念的共识和身份认同;增强协调分歧的能力,在此过程中增进他国对于中国海洋治理理念的理解与信任,站在全球化的格局和视野处理问题,避免因过度注重自身利益,或依赖特定的利益团体,导致国际格局的割裂,从而影响全球海洋安全合作的作用和效果。

(一) 理念构建:完善海洋命运共同体理念体系的构建

海洋命运共同体理念的提出、规则的制定、实施的细化、制度的落实、秩序的构建,可通过国家出台概念性文件或颁布白皮书完成。一是增强海洋命运共同体理念本身的体系化建设,明确其主要内容、实施意图、法律基础、实践方式、评价体系、预期目标,使内涵更丰富和完善。二是探索海洋命运共同体理念落实的路径,包括考虑在该理念项下是否应当提供政策支持,建立配套的法律制度予以规范。三是强化积极正向的宣传效果,增强外界的理解与信任,减少误解和误判。四是推动制度对接,推动海洋命运共同体理念与国际社会已经达成广泛共识的“21世纪海上丝绸之路”“蓝色伙伴关系”相协调,与国际法规则相协调,促进海上互联互通和各领域务实合作,推动蓝色经济发展,促进海洋文化交融,共同增进海洋福祉。中国将积极发挥现有合作机制的作用,拓展合作项目的实施范围、路径与可能性,使其得到有效贯彻落实,产生更多积极的合力。

(二) 思想认同:逐渐争取国际社会理解认同

由于各国的地缘结构、民族习性、海洋战略不同,海洋文化和海洋发展理念存在差异。中国基于共同思想、共同身份、共同发展及传统文化构建的海洋命运共同体理念与绝大多数国家将本国意志作为海洋政策的出发点,以竞争和博弈的思路对待海洋发展与海洋治理的主张存在差异。即使面对全球公域的共同问题,特别是可能触及本国利益的问题,大多数国家也更倾向于将自身利益放在首位,运用竞争、博弈、对立的思维看待问题,对待合作仍然存在动力和意愿不足的情形。这是海洋命运共同体理念在思想认同维度上面临的困境。对此,可以尝试从以下路径予以解决。

第一,从国际社会已经达成广泛共识的全球治理理念入手,将海洋命运共同体理念的构建视为全球治理理念在海洋领域的体现,成为中国运用多边思路和多样化路径解决海洋问题的路径。海洋命运共同体理念作为中国实现全球海洋治理目标的中国路径,也成为中国为实现全球治理这一普世价值和共同理想所贡献的中国智慧和方案。

第二,从已经逐渐得到国际社会认可的人类命运共同体理念入手,将海洋命运共同体理念作为人类命运共同体理念这一综合性概念在海洋领域的运用。人类命运共同体理念得到国际社会认同也经历了循序渐进的过程。2017年至2021年,人类命运共

同体理念已经连续五年写入联大决议中,成为用以解决具体国际问题的理念。作为人类命运共同体理念在海洋领域的适用,海洋命运共同体理念也可以遵循前者推广的思路,在国际场合反复发声,争取更大范围的共识。

第三,为使外宣工作顺利推进,中国可以设置阶段性的目标,循序渐进地扩大海洋命运共同体理念的实施范围。对此,可以参考中国提出的和平共处五项原则的外交政策得到国际社会认同响应的过程:先与邻国从解决具体问题入手,推动海洋命运共同体理念在中国周边国家施行,增强其实践价值和可操作性;开展区域小多边海洋安全合作,加强与周边国家的互相理解与信任,将周边海域打造成构建海洋命运共同体理念的试验田;扩大海洋安全合作范围,增强海洋命运共同体理念适用的广泛性,得到更加广泛的认同;在推动信任机制构建的同时,促进双多边海洋安全合作的有效实施,^[29]使其发挥预期作用。长此以往,中国提出的海洋治理理念将被国际社会理解和接受,最终成为处理海洋问题和规范国际关系的重要准则。

(三) 利益协调:适用海洋命运共同体理念协调不同国家利益

海洋治理主体的多元化与利益的差异化特征决定了海洋命运共同体理念的实施需要对各国利益予以协调,才有助于形成互相协同合作的有效机制。尽管海洋命运共同体理念并不能直接推动国际规则的落实,也不能直接提供有效的合作机制,但从观念层面协调各国的利益;协调国际和区域规则,有效利用国际和区域组织机构,落实国家之间双多边海洋安全合作机制,推动法律规则与组织制度的有效实施。

在观念层面,首先,海洋命运共同体理念倡导各国树立大局观念和全局意识,摒弃狭隘的利己主义和博弈对立的思维局限,树立海洋治理的共同理想,明确面对海洋问题的共同责任,解决海洋治理的共同挑战,实现共担海洋风险的安全机制。其次,海洋命运共同体理念鼓励各国理性地看待差异,树立求同存异的理念,寻求最大公约数,加强共识的稳定性,为实现共同价值和共同利益奠定基础。再次,海洋命运共同体理念敦促各国平衡好大国与小国、处在不同发展阶段国家间的权利分配,辩证地看待当前利益与长远利益,特别是在议题设置、资源分配、规则制定等问题上,能够充分反映出发展中国家的利益关切,实现各国家和团体之间的利益平衡,增进

共同的福祉。最后,海洋命运共同体理念推动各国增强海洋安全合作的动力,建立更加完善的利益机制、激励机制、奖惩机制,有助于海洋安全合作的落实。

在国际规则层面,为了更好地协调国家间的利益,海洋命运共同体理念为各国适用并完善海洋规则,推动国际组织良好运作提供契机,特别是在海洋规则的构建与国际组织的合作中有所体现。在海洋法规则层面,海洋命运共同体理念并不意在构建一套新的法律规则,但却能对现有法律起到整合适用的作用。中国与周边海洋邻国开展海上安全合作具有充分的法律基础。《公约》的诸多条款也能为海洋安全合作的实施提供充分的法律依据。例如沿海国和海洋使用国改进助航和安全设备,防止、减少、控制船舶污染;沿海国和各主管的组织应当对于海洋生物资源的养护和管理开展合作;各国有义务对于海难或航行事故开展调查合作;各国在开展海上或上空搜寻救助服务时,应当增进区域性安排与邻国合作;各国应当尽最大可能开展合作,以制止在公海上或任何国家管辖范围以外的海盗行为;各国应当制止船舶违反国际公约在海上从事非法贩运麻醉药品和精神调制物质的行为。

在综合性的国际公约之外,专门性的国际公约也为海上联合执法活动提供法律依据。例如根据《联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约》,缔约国应尽可能充分合作,依照国际海洋法制止海上非法贩运药物,并可请求其他缔约国协助。各国打击海上违法犯罪的行动需要依据《公约》,也可依据《联合国打击跨国有组织犯罪公约》及补充议定书。综合性与专门性的国际法规则以及各国签署的双多边的海洋安全合作协议能为海上军事力量与海上行政执法主体开展安全合作提供充分的法律基础。

此外,中国也正在积极塑造规则,维护海洋秩序,保障海洋安全。在国内立法层面,自2021年以来,《中华人民共和国海警法》制定并实施,其中“国际合作”章节鼓励中国与他国开展海上执法国际合作活动,并为合作提供法律依据。《中华人民共和国海上交通安全法》的修改也完善了中国海上执法部门维护海上安全的实体与程序规范。海洋命运共同体理念的实施既能促进现有合作条文的落实,又能根据实践需要,制定新的立法规则,为维护海洋安全提供法律依据。

在国际组织的制度化建设层面,海洋命运共同体

理念为国际组织促进各国开展海洋安全合作提供更坚实的组织基础和制度依据。国际海事组织(IMO)作为联合国专门负责海上航行安全和防止船舶造成海洋和大气污染的专门机构,其成员国已达175个,具有相当的广泛性和普遍性,为各国维护海洋安全、保护海洋环境提供制度支撑。其中,海洋安全委员会(MSC)为助航、船舶的建造与装备、安全人员配备、防止碰撞规则、处理危险货物、海洋安全程序和要求、水文资料、航海日志和航行记录、海上伤亡调查、打捞和救助,以及其他直接影响海上安全的任何事项提供详细的规范。海洋环境保护委员会(MEPC)为防止和控制海洋安全污染提供组织保障。

在全球性的国际海事组织之外,中国并未参与正式、全面的国际安全和海洋安全组织,其中一个重要的原因在于,中国奉行不结盟的政策。中国的海洋安全合作大多为非正式机制,往往基于共识和制度性安排实现,通常由中国与他国的双多边合作和在国际组织开展海洋安全合作完成。其中较为典型的是中国与东盟国家通过高官会、联合工作组会实现危机管控;自2016年8月起,中国将《海上意外相遇规则》(CUES)、外交高官热线平台适用于南海,起到维护南海安全的作用。

中国也积极塑造基于国际法的规则和秩序。中国与东盟国家正着手磋商的“南海行为准则”中的危机管控条款也能起到维护海洋安全的作用,特别是在“促进海洋务实合作”条款中,各方均有意愿维护海上航行与通讯安全,有效防止船舶碰撞;建立海上信息互通与技术共享机制,保障海上搜救活动的顺利实施;共同打击海上恐怖主义和跨国有组织犯罪,包括但不限于非法贩运药品、海盗和海上武装抢劫、非法贩运武器、非法捕鱼等,确保南海的和平、安全、稳定。

由此,尽管海洋命运共同体理念并不能直接解决海洋安全领域的问题,但能为中国与他国开展海洋安全合作提供思想基础和制度保障,促进新的海洋规则和海洋秩序的建设,既能反映各国共同的愿望,又能培育安全共识,加强各国间的联系与合作,实现共同的安全需求。

(四) 国际合作:增强外界对中国的安全信任

尽管中国在国际经济合作中已经取得丰硕成果,但仍在外交、军事、安全等领域缺乏国际社会的信任。以中国周边国家为例,各国始终存在经济上依赖中国、政治上依赖美国的状况。

美国加强与东盟国家关于海上安全合作的事例不胜枚举。例如,随着2019年《美菲共同防御条约》^①重新启动,根据该条约第5条,针对任何一方本土、太平洋上的岛屿、拥有管辖权区域内的部队、船舶、飞机的武装冲突均被视为对另一方的武装攻击,意在使各国依约采取共同行动应对共同危险,维护各国和平与安全。同年9月,新加坡与美国签署增强双边战略伙伴关系协议,为保持美国在东南亚地区的军事存在和永久承诺,允许美军进入新加坡空军和海军基地,为过境人员、飞机、船只提供后勤支持^②。类似的条约、协议或备忘录均可作为美国将其影响力投射到南海的重要举措。美国海岸警卫队多年来一直与越南、菲律宾、马来西亚、印度尼西亚等南海沿岸国通过提供装备、联合演习或训练等方式保持密切联系,共同在南海开展行动^③,表面上是为加强海洋能力建设,实际上是为声索国站台,对中国形成战略竞争与威慑,与维护海洋安全的初衷背道而驰。

尽管周边国家与美国等西方国家开展军事和安全合作的频率和强度增加,但周边国家也很清楚域外国家的意图,对明显“夹带私货”的行动表达不满。2021年9月,当美国海军“卡尔·文森”号航母打击群进入南海,开展所谓的“海洋安全行动”时,东南亚国家在圆桌论坛上对美国国防部官员将此次行动定性为“保护海洋主权和资源,应对海上恐怖主义、武器扩散、跨国犯罪、海盗、环境破坏、海上非法移民”的说辞表达强烈质疑:打击群在域内国家存在争议的专属经济区内行动,其真实目的是否意在保护他国主权?是否针对恐怖主义和海盗行动开展执法行为^④?在周边国家对西方国家提供海洋安全服务仍持质疑态度的前提下,中国以海洋命运共同体理念倡导各国跳脱利益团体的桎梏,以更广阔的格局维护全人类共同的海洋安全利益拥有更广阔的契机。

中国在认识到全球海洋安全博弈的大背景下,提出构建海洋命运共同体这一治理理念,并不意在敦促各国选边站队,而是为各国实现海洋和平安宁提供更多可供选择的治理路径和合作方案,增进全

球的战略互信和协同行动,增强各国在海洋安全、军事、政治、外交领域对中国的信任程度,使全球海洋安全治理具有更强的包容性,能够满足多元化的需求,促使各国最终走上互利共赢的海上安全之路。

(五) 影响扩大:争取议题的话语权与主导权

海洋命运共同体理念作为中国参与全球海洋治理的思想基础,成为中国海洋治理层面的基本立场、价值观和方法论的综合体现,^[30]也表明中国较以往更加注重海洋议题创设能力、话语权设置能力、规则制定能力。中国海洋治理理念的提出打破了西方传统海权论和现阶段“基于规则的国际秩序”的垄断。中国也逐渐改变了仅在实践环节参与“事后博弈”的方式,力图改变由发达国家和传统海洋强国主导的规则制定与海洋治理理念构想,转而积极参与“事前博弈”,将在海洋领域的竞争前置为理念和规则的制定,针对海洋治理理念的构想、海洋规则的完善、海洋秩序的构建,积极提出中国的建议和要求。中国不仅能够参与国际规则的制定,还要进一步对国际海洋法律制度的变革提供方向指引和价值指导,^[31]可以考虑从以下路径着手。

第一,积极寻求国家海洋发展利益与国际社会利益的契合点,将中国的合理诉求放在更大的格局和更高的站位下合理表述,将中国面临的问题作为国际社会共同议题的组成部分,将此类问题的解决纳入国际议题的讨论与国际话语权的创设中。^[32]

第二,发挥“一轨外交”与“二轨外交”相结合的优势。一方面由国家领导人在国际场合强化海洋命运共同体理念,并对理念的内涵、价值、目标加以阐述;另一方面由专家学者对外发声,通过在国际会议发言、撰写媒体文章、著书立说等方式,不断增强中国的叙事能力,讲好中国参与全球海洋治理的故事,增强海洋命运共同体理念的国际传播效果,提升话语权与影响力。

第三,寻找国际社会的广泛支持。例如争取外国驻华大使与政要的肯定性表态;将海洋命运共同体理念落实在双多边协议、备忘录、联合公报中,作为国家间海洋合作的背书;争取将海洋命运共同体

① 参见 *Mutual Defense Treaty Between the United States and the Republic of the Philippines*, 访问网址: <https://ph.usembassy.gov/wp-content/uploads/sites/82/Mutual-Defense-Treaty-Between-the-United-States-and-the-Republic-of-the-Philippines.pdf>。

② 参见 *Singapore and the US Renew Memorandum of Understanding*, 访问网址: https://www.mindef.gov.sg/web/portal/mindef/news-and-events/latest-releases/article-detail/2019/September/24sep19_nr。

③ 参见 Dale Rielage: *Coast Guard; Wrong Tool for the South China Sea*, 访问网址: <https://www.usni.org/magazines/proceedings/2017/september/coast-guardwrong-tool-south-china-sea>。

④ 参见 John Bradford: *Maritime Security Conceptualizations in Southeast Asia; the Implications of Convergence and Divergence*, 访问网址: <https://anti.csis.org/maritime-security-conceptualizations-in-southeast-asia-the-implications-of-convergence-and-divergence>。

理念体现在国际组织决议、联合国文件、国际司法机构的判决和裁决中;争取国际媒体的肯定性报道,增强海洋命运共同体理念在国际法学界、国际政治研究中的认可度。

六、结语

海洋命运共同体理念的特点在于:避免对海洋的绝对控制,追求海洋善治与良性发展;摒弃海洋发展的竞争性与排他性,提倡普遍、平等、包容的海洋治理理念;实现国家海洋安全与全球海洋治理的协调统一。

海洋命运共同体理念的构建与落实彰显出中国作为新兴海洋大国,正逐渐完成从理念的遵守者到制定者、从维护者到引领者、从实践者到创造者、从接受者到供给者的转变。中国为全球海洋治理提供公共产品与公共服务的过程,正是中国主动承担起与自身能力和作用相匹配的国家责任、构建公平正义的海洋秩序的体现,表明中国正在积极提升海洋议题设置的话语权与规则的引领权。

维护海洋安全是构建海洋命运共同体理念的重要组成部分,更是各国首要的利益关切。然而,维护海洋安全与构建海洋命运共同体理念之间存在辩证统一性。面对传统安全威胁,中国将通过发挥海军的非战争作用,实现海警局、海事局等行政执法机构的作用,共同管控海上危机,避免因国家竞争而加剧潜在的海洋安全威胁,有效避免“修昔底德陷阱”。面对非人为因素引发的海洋安全问题,各国通过国际公共产品与公共服务的提供,更有效地应对海洋环境恶化和自然灾害等威胁,实现共同的海洋安全利益,避免“金德尔伯格陷阱”的出现。

尽管海洋命运共同体理念并不能直接推动国际规则的落实,也不能直接提供有效的合作机制,但能从观念层面协调各国的利益,最大限度地争取利益

共识;协调国际和区域规则,有效发挥国际和区域组织的价值,例如通过国际海事组织、东盟等,落实双多边海洋安全合作机制,推动海洋法律规则与组织机构的有效运作,维护海洋安全。未来有待各国在明确共同诉求的基础上,以合作的姿态共同应对海上问题,寻求切实可行的路径,通过国际规则的制定与落实,以国际组织提供制度性支撑与合作平台,推动海洋命运共同体理念实现从顶层设计到具体制度的落实与发展。

海洋命运共同体理念在推行中仍面临不少困境,有待在理论构建与具体实践中予以完善。例如,中国未来可以考虑由国家出台概念性文件或颁布白皮书,丰富和完善理念构建;搭建从理论构建到制度设计再到实践落实之间的桥梁,推动海洋命运共同体理念与“21世纪海上丝绸之路”“蓝色伙伴关系”及现有国际规则相对接,确保海洋命运共同体理念通过具体实施项目落地,并具有可行性与可操作性,更好地起到内宣和外宣的效果。

为增强海洋命运共同体理念的思想认同,中国可以将海洋命运共同体理念与国际社会已经达成普遍共识的全球治理理念,以及在联合国大会和安理会决议中得到认同的人类命运共同体理念相结合,将其作为中国在海洋治理领域的运用,增进各国对海洋命运共同体理念的理解与认同。中国也可以参考和平共处五项原则的外交政策得到国际社会认同的过程,从与周边国家解决具体问题入手,逐渐增强海洋命运共同体理念适用的地理范围与事项范畴。最终,中国在争取更多国际共识、协调国家间利益、增强安全互信的基础上,赢得议题设置的话语权与规则制定的主导权,将中国关注和面临的海洋安全问题与全球海洋治理的共同关切相契合,实现维护国家利益与全球治理的协调统一。

参考文献:

- [1] BATEMAN S. Solving the “wicked problems” of maritime security: are regional forums up to the task? [J]. Contemporary South-east Asia, 2011, 33(1): 26-28.
- [2] 傅梦孜, 陈旸. 对新时期中国参与全球海洋治理的思考[J]. 社会科学文摘, 2019(2): 33.
- [3] 吴蔚. 中国涉海法律制度建设进程及全球海洋治理[J]. 亚太安全与海洋研究, 2021(6): 65.
- [4] 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): 85.
- [5] 万祥春. 中国特色海洋共同安全观研究[M]. 上海: 上海社会科学院出版社, 2020: 3.
- [6] 朱锋. 从“人类命运共同体”到“海洋命运共同体”——推进全球海洋治理与合作的理念和路径[J]. 亚太安全与海洋研究, 2021(4): 17-18.
- [7] KUEHN J T. Carriers and amphibious: shibboleths of sea power[J]. Journal of Advanced Military Studies, 2020, 11(2): 107.
- [8] CONWAY J T, ROUGHEAD G, ALLEN T W. A cooperative strategy for 21st Century seapower[J]. Naval War College Review, 2008, 61(1): 9.

- [9] 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): 107.
- [10] 李抒音. 改善国际安全治理的行动指南[N]. 解放军报, 2018-11-03(4).
- [11] 习近平. 携手构建合作共赢新伙伴 同心打造人类命运共同体[N]. 人民日报, 2015-09-29(2).
- [12] 张景全, 吴昊. 全球海洋安全治理: 机遇、挑战与行动[J]. 东亚评论, 2020(2): 86-87.
- [13] 薛桂芳. “海洋命运共同体”理念: 从共识性话语到制度性安排——以 BBNJ 协定的磋商为契机[J]. 法学杂志, 2021, 42(9): 65.
- [14] 李学勇, 李宣良, 梅世雄. 习近平集体会见出席海军成立 70 周年多国海军活动外方代表团团长[N]. 人民日报, 2019-04-24(1).
- [15] CHANG Yen-chiang. The “21st Century Maritime Silk Road Initiative” and naval diplomacy in China[J]. Ocean and Coastal Management, 2018, 153(1): 149.
- [16] 邵建平. 新安全观视域下的中国—东盟海上联合军演[J]. 南洋问题研究, 2019(2): 49.
- [17] 孙凯. 海洋命运共同体理念内涵及其实现途径[N]. 中国社会科学报, 2019-06-13(5).
- [18] 杨震. 提供公共产品, 守护海上安全[N]. 中国海洋报, 2019-08-06(2).
- [19] ERICKSON A S, STRANGE A M. Ripples of change in Chinese foreign policy? Evidence from recent approaches to nontraditional waterborne security[J]. Asia Policy, 2014(17): 96.
- [20] Department of Defense. DOD dictionary of military and associated terms [M]. Washington D. C.: Department of Defense, 2020: 190.
- [21] 闫岩. 抹黑中国《海警法》无益海上安全合作[N]. 环球时报, 2021-02-10(14).
- [22] 徐正源. 构建“海上安全命运共同体”: 中国推进海上安全治理的根本路径[J]. 教学与研究, 2019(2): 50.
- [23] 王荣亮. 海洋战略视野下中国健全海洋立法、维护权益的必要性研究[C]//《上海法学研究》集刊(2021年第1卷 总第49卷)——上海市法学会国家安全法治研究小组文集, 2021: 122.
- [24] 崔野, 王琪. 全球公共产品视角下的全球海洋治理困境: 表现、成因与应对[J]. 太平洋学报, 2019, 27(1): 60.
- [25] 余敏友, 张琪悦. 南海岛礁建设对维护我国南海主权与海洋权益的多重意义[J]. 边界与海洋研究, 2019, 4(2): 49.
- [26] WEISSMANN M. Understanding power (shift) in East Asia: the Sino-US narrative battle about leadership in the South China Sea [J]. Asian Perspective, 2019, 43(2): 223-248.
- [27] 杨震, 蔡亮. “海洋命运共同体”视域下的海洋合作和海上公共产品[J]. 亚太安全与海洋研究, 2020(4): 78.
- [28] ZHANG Wei-bin, CHANG Yen-chiang, ZHANG Liang-fu. An ocean community with a shared future: conference report[J]. Marine Policy, 2020, 116: 4.
- [29] 宫笠俐, 叶笑晗. “海洋命运共同体”视域下的东亚海洋安全信任机制构建[J]. 东北亚论坛, 2021, 30(5): 110.
- [30] 何田田. 国际法秩序价值的中国话语——从“和平共处五项原则”到“构建人类命运共同体”[J]. 法商研究, 2021, 38(5): 61.
- [31] 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.
- [32] 金永明. 新时代中国海洋强国战略治理体系论纲[J]. 中国海洋大学学报(社会科学版), 2019(5): 29.

郑凡. 新冠肺炎疫情对南极条约体系实施与履约制度的挑战及其应对[J]. 中国海商法研究, 2022, 33(1): 38-48

新冠肺炎疫情对南极条约体系实施与履约制度的挑战及其应对

郑 凡

(四川大学 中国西部边疆安全与发展协同创新中心, 四川 成都 610065)

摘要: 面对新冠肺炎疫情的冲击, 各国普遍对南极渔船、科考船及科考站采取了严格限制与“外来人员”接触的防疫措施, 但此类国家防疫措施与南极条约体系下的条约实施与遵守制度存在冲突。《南极条约》下的视察制度与《南极海洋生物资源养护公约》下的观察与检查制度规定他国指派的观察员或检查员有权登船或自由进入科考站, 并且在属人管辖的原则下, 被检查或被视察国家的防疫措施不能直接适用于这些“外来人员”。由此可能会产生“拒绝”或“干扰”视察与检查的情况, 进而引发争端。这些冲突进一步凸显了南极条约体系实施与履约制度内在的“重国家实施、轻集体实施”“重评估、轻处置”等结构性不平衡及其弊端。面对疫情长期化的趋势, 中国不仅需要采取加快南极立法、制定并通告南极防疫政策等国内措施, 还需通过南极国际治理机制合作应对新冠肺炎疫情的挑战, 推动共建人类卫生健康共同体与南极人类命运共同体。

关键词: 南极治理; 国际公共卫生事件; 人类卫生健康共同体; 南极人类命运共同体

中图分类号: D993.5 **文献标志码:** A **文章编号:** 2096-028X(2022)01-0038-11

The challenge of the COVID-19 pandemic to the implementation and compliance mechanism of the Antarctic Treaty System and the corresponding solutions

ZHENG Fan

(Collaborative Innovation Center for Security and Development of Western Frontier China,
Sichuan University, Chengdu 610065, China)

Abstract: Facing the COVID-19 pandemic, countries have generally adopted prevention measures for Antarctic fishing vessels, scientific research ships and scientific research stations that strictly limit the contact with “foreign personnel”. However, there are conflicts between such national prevention measures and the implementation and compliance mechanisms under the Antarctic Treaty System. On the one hand, the inspection system under the *Antarctic Treaty* and the observation and inspection system under *The Convention on the Conservation of Antarctic Marine Living Resources* stipulate that observers or inspectors appointed by other countries have the right to board ships or to enter scientific research stations freely. On the other hand, under the principle of personal jurisdiction, the prevention measures of the inspected countries cannot be directly applied to these “foreign personnel”. As a result of such conflicts, “rejection” or “interference” situations may appear in inspections and lead to disputes. These conflicts further highlight the inherent structural imbalances and drawbacks of the implementation and compliance mechanisms under the Antarctic Treaty System such as “relying on national implementation but ignoring collective implementation” and “emphasizing evaluation but lacking follow-up actions”. Facing the prolonged trend of the COVID-19 pandemic, China not only needs to adopt domestic measures such as speeding up national legislation on Antarctic activities, formulating and notifying prevention and control measures, but also should cooperate through the Antarctic governance mechanism to meet the challenge of the COVID-19 pandemic with the aim of jointly building a community of common health for mankind and an Antarctic community with a shared future for mankind.

收稿日期: 2021-09-02

基金项目: 2020 年度国家社科基金重大研究专项(20VHQ010)

作者简介: 郑凡(1986—), 男, 四川成都人, 四川大学中国西部边疆安全与发展协同创新中心副研究员, E-mail: look_into@126.com。

Key words: Antarctic governance; international public health events; community of common health for mankind; Antarctic community with a shared future for mankind

自新冠肺炎疫情在全球蔓延以来,各国的南极活动大幅减少,这种局面在一段时间内起到了防止新冠病毒进入南极区域的效果。然而在2020年12月22日智利位于南极洲南极半岛的贝尔纳多·奥伊金斯·里克尔梅基地(Base General Bernardo O'Higgins Riquelme)出现新冠肺炎疫情后,疫情对南极治理的影响越发复杂^①。考虑到冠状病毒一般能够在-20℃的条件下存活长达两年的特性,南极地区很可能成为全球抗疫胜利的最后拼图。^[1]在这一长期性背景下,各国适用于南极渔船、科考船及科考站等设施的防范疫情“外源”输入的国家防疫措施与南极条约体系下要求允许他国人员登临船只、进入科考站的实施与履约制度之间的冲突越发凸显。笔者将从《南极海洋生物资源养护公约》(简称《养护公约》)下国际科学观察员制度与检查制度以及《南极条约》下视察制度的设计与实践出发,分别探讨国家防疫措施与这些履约与执行制度间的冲突及其表现形式,进而在总结共性的基础上,探讨新冠肺炎疫情对南极条约体系实施与履约制度内在结构的冲击。并结合南极条约体系与国际卫生法的相关规定,为中国通过国内法规与国际合作两条路径应对新冠肺炎疫情对南极条约体系的挑战,推动共建人类卫生健康命运共同体与南极人类命运共同体提出建议。

一、新冠肺炎疫情对南极捕鱼观察与检查制度的挑战

由于船舶空间狭小封闭且医疗条件有限,新冠病毒传播风险高,各国普遍基于船旗国管辖的原则对船舶防疫实施了较严格的要求,如中国海事局2021年8月4日发布的《船舶船员新冠肺炎疫情防控操作指南(V7.0)》中特别要求严格控制船岸人员交流以及船员与外来人员的接触。但是从事远洋捕鱼的渔船面临着一类特殊的“外来人员”,即非船旗国在各区域渔业管理组织法律框架下派遣的观察员

或进行登临执法的检查员。《养护公约》中要求对在公约区域内从事捕鱼活动的渔船与科考船进行登船“观察和检查”的规定便属于这种情况。并且,南极海洋生物资源养护委员会并未像美洲间热带金枪鱼委员会(Inter-American Tropical Tuna Commission)、中西部太平洋渔业委员会(Western and Central Pacific Fisheries Commission)等区域渔业管理组织那样因新冠肺炎疫情的影响,暂停或豁免观察员制度的适用。有必要首先梳理《养护公约》下的观察和检查制度,进而分析这些制度的强制性与船旗国防疫政策之间的冲突以及其在南极捕鱼活动中的具体表现形式。

(一)《养护公约》下观察和检查制度的设计与实践

在20世纪70年代南极磷虾捕捞快速发展的背景下,南极条约协商国于1978年第二届南极条约协商特别会议第二期会议上同意在南极条约体系下缔结《养护公约》,该公约于1980年签署、1982年生效。如有学者所指出的,南极条约协商国在谈判过程中的主要关切点,除养护磷虾外,还有在《联合国海洋法公约》最终达成之际,避免南极领土声索国与非声索国之间就《南极条约》所覆盖的南纬60度以南海域的法律地位产生冲突。^[2]《养护公约》第1条规定的公约适用区域为南纬60度以南和该纬度与构成南极海洋生态系统一部分的南极辐合带之间区域,第4条则承袭了《南极条约》的“冻结领土声索”条款。乍看之下,《养护公约》的适用区域在法律地位上似乎是公海,特别是《南极条约》第6条论及了各国在南纬60度以南范围内所享有的“对公海的权利”。但实际情况是,《养护公约》的适用区域内存在着南极领土声索国的领海与专属经济区声索,其中12海里领海声索的效力模糊^②,基于南极大陆提

^① 此次疫情被认为是智利海军萨亨托·阿尔德亚舰访问该基地导致。另有研究指出,早在2020年3月新冠病毒便极有可能已随出现疫情的“格雷格·莫蒂默”号等游轮进入南极地区。参见 Alvin J Ing, Christine Cocks, Jeffery Peter Green: COVID-19; in the Footsteps of Ernest Shackleton, 发表于 Thorax, 2020 年第 8 期, 第 693-694 页。

^② 领海是国际习惯法中的既有制度,但《联合国海洋法公约》将领海宽度扩展至12海里,南极领土声索国中澳大利亚、新西兰、法国、阿根廷及智利先后据此提出扩展领海宽度的主张。国际社会对这些领海主张的反应并不像对南极领土声索国的专属经济区主张或外大陆架主张那样强烈,例如澳大利亚官方声称其领海与毗连区的主张已得到“国际承认”。这些领海主张法律效力的模糊性体现在:一是基线不明确,如澳大利亚在主张扩展领海至12海里时,模糊地称测算领海宽度的基线“基于国际法或由声明”划定,但在南极大陆海岸线受冰川覆盖的特殊地理条件下,如何适用基线制度是颇有争议的问题。在2016年关于基线的声明中,澳大利亚也未对“南极领地”的基线作出进一步明确。二是学术界不断对这些主张提出质疑,认为依据《联合国海洋法公约》提出的扩展领海主张属于《南极条约》第4条所禁止的“扩大现有要求”。参见普雷斯斯科特,斯科菲尔德:《世界海洋政治边界》,海洋出版社2014年出版,第364-367页。

出的专属经济区主张遭到国际社会反对^①,基于南纬60度以北的岛屿提出的专属经济区主张“侵入”公约区域^②。换言之,南极治理的核心问题,即主权声索与国际合作治理之间的张力自伊始便伴随着《养护公约》,这也正是笔者探讨新冠肺炎疫情影响的一个着眼点。

《养护公约》第7条建立了南极海洋生物资源养护委员会,该委员会经由成员国一致同意制定的渔业资源养护措施因体现了《养护公约》第2条所引入的预警原则与以生态为基础的路径,常常被视作同类区域性措施的典范^③。在所述《养护公约》区域法律地位模糊的背景下,由缔约国合作实施的条约实施与履约制度是区域性措施能够有效执行的保障。

《养护公约》第21条首先重申了船旗国管辖的原则,缔约国应尽力采取适当措施确保该公约与南极海洋生物资源养护委员会通过的养护措施得到遵守,相关国内措施应通报委员会^④。第24条则补充性地规定了由非船旗国执行的观察和检查制度,以“促进实现本公约的目的和确保本公约各项条款得到遵守”。这两项制度虽然并列在同一个条款中,但法律基础与性质并不相同。在1984年南极海洋生物资源养护委员会第三次会议上,英国提出观察制度的功能应局限于收集渔获数据以“促进公约的目的”,而检查制度则旨在“确保公约得到遵守”。观察和检查制度的后续发展也沿循了这一路径,从设计实施细则的谈判过程可以看到,观察制度的法律基础被确定为《养护公约》第15条,即南极海洋生物资源养护委员会下设的科学委员会在“收集、研究和交换公约所适用的海洋生物资源的信息”方面的职能,这些信息是制定养护措施的基础。检查制度的法律基础则是《养护公约》第24条关于“检查依据本公约制订的措施的遵守情况”的规定。^[3]同时,南极海洋生物资源养护委员会于1988年设立了“执行与遵守常设委员会”,其职权包括审议检查制度与观察制度并提出建议,这也保障了这两项于1989年开始正式实施的制度能够不断发展。

在当前有效的《南极海洋生物资源养护委员会

国际科学观察方案文本》(Text of the CCAMLR Scheme of International Scientific Observation,简称《国际科学观察方案文本》)与《南极海洋生物资源养护委员会检查制度文本》(Text of the CCAMLR System of Inspection,简称《检查制度文本》)中,观察制度与检查制度有如下不同:一是实施程序不同。国际科学观察的适用需经派遣国与接收国先行达成双边协议,其中由双方约定国际科学观察员在海上或在指定港口登船。缔约国所指派的检查员则有权任意登临出现在公约区域内的渔船或渔业研究船,指派方与船旗国也可通过双边协议将检查员配置于船上(《检查制度文本》第III段)。二是科学观察员与检查员的法律地位有所不同。国际科学观察员在船上的待遇以非歧视为原则,同时有义务“遵守他们作业所在船只上既有的习惯与秩序”,有义务“不违反接收方法律与法规所确立的要求,或适用于所有船员的一般性行为与安全规则,只要这些规则不妨碍观察员基于本方案的职责”,但当国际观察员违背上述义务时,接收方即船旗国不享有处罚权,而应由指派方“依据其国内法采取及时且适当的行动”(《国际科学观察方案文本》第E段)。《检查制度文本》则明确规定检查员“唯独”受指派方管辖。三是职权不同。《国际科学观察方案文本》附件一详细规定了科学观察员为“观察与报告公约区域内捕鱼活动”应进行的取样、记录与报告工作。2011年制定、2019年修订的《科学观察员手册》再次申明了“观察员不具有执法权”,不要求观察员对所获取的数据进行评估或解释。^[4]检查员则依据《检查制度文本》明确具有查明渔船或科考船的捕鱼活动是否遵守委员会所制定的渔业养护措施的职权,有权(authority)检查渔获、渔网以及其捕鱼设备,并查阅捕捞记录。若发现存在违反养护措施的证据,“船旗国应采取措施进行起诉并在必要的情况下给予处罚”(《检查制度文本》第VI段、第XI段)。

尽管有上述不同,但在实践中,观察制度与检查制度同样具有“强制性”,国家所采取的疫情防控措

① 南极领土声索国中澳大利亚、法国、阿根廷及智利沿其在南极大陆的领土声索提出了有违《南极条约》第4条的“新的”专属经济区主张,这些主张立即遭到了国际社会的反对。

② 南纬60度以北的岛屿不受《南极条约》“冻结领土声索”条款的影响,由这些岛屿产生的专属经济区在一定范围内伸入了《养护公约》的公约区域,在这些重叠区内,渔业资源的开发利用与管理养护实际是在国家主权之下进行的。参见陈力,等:《中国南极权益维护的法律保障》,上海人民出版社2018年出版,第80页。

③ 当前生效的渔业资源养护措施主要包括:禁止使用特定类型的渔网,就犬牙鱼、银鱼、磷虾及副渔获设置捕捞量限制,设立海洋保护区,针对非法、不报告和不管制捕鱼的限制转载措施与市场措施等。

④ 在南极海洋生物资源养护委员会所制定的具体措施上,船旗国管辖性质的措施包括船旗国对渔船准入的授权与监管以及对违约行为的处罚等。

施可能与之产生冲突,即一方面是非船旗国观察与检查的强制性,另一方面是船旗国在卫生领域的主权权利(《国际卫生条例》第 3 条)。在观察制度方面,国际科学观察员已被南极海洋生物资源养护委员会通过各项具体的养护措施强制普及。南极海洋生物资源养护委员会针对不同鱼类种群与不同捕鱼活动,对观察员的部署作不同要求,虽然仍为由本国公民担任且遵照《国际科学观察方案文本》执行相同任务的本国观察员留有适用空间,但总体趋势是不断扩大国际科学观察员的覆盖面。在适用于 2020 至 2021 年度的养护措施中,针对犬牙鱼捕捞,要求在整个捕鱼期的所有捕鱼活动中至少有一名国际科学观察员在船上,并在可能的情况下,再部署一名(国际或本国)观察员;^[5] 针对磷虾捕捞,要求在整个捕鱼期的所有捕鱼活动中至少有一名国际科学观察员在船上,或者任何其他观察员;^[6] 其他如底层捕鱼活动、在“科学研究特殊区域”(special areas for scientific study)内的科学研究捕鱼活动等均要求至少有一名国际观察员在船上。^[7] 就检查制度而言,《检查制度文本》规定,任何出现在公约区域内的渔船与科考船均有义务允许检查员及其“适当的助手们”登船。如果该船只拒绝或干扰检查员的登临检查活动,检查员应出具详细报告,该报告经指派方提交南极海洋生物资源养护委员会秘书处,秘书处在 15 天内传递船旗国,船旗国则应就此依据国内法采取起诉与处罚措施,相关结果应报告南极海洋生物资源养护委员会,在处罚完成前,船旗国应确保该船舶不得在公约区域内捕鱼(《检查制度文本》第 V 段、第 VII 段、第 XI—XIV 段)。据南极海洋生物资源养护委员会统计,2019 至 2020 年度各缔约方共执行了 17 次海上登临检查。^[8]

(二) 疫情防控措施与渔船观察与检查制度间的冲突

联合国粮农组织于 2020 年 5 月发布的问卷调查报告表明,全球绝大多数区域渔业管理组织都认识到或面临着疫情对“渔业监控、管控与监督”所造成的挑战,特别是“对旅行与进入港口的国际性禁止以及在检查期间潜在的病毒传播威胁对(检查)活动的限制”,以及“由于海上观察员登船的困难,在一些区域对(观察员)覆盖面的要求已经降低,而在另一些地区已不得不暂停海上观察员”。^[9] 具有代表性的是,美洲间热带金枪鱼委员会于 2020 年 4 月 16 日率先以通讯而非会议的方式一致通过了《COVID-19 大流行期间船上观察员作业豁免程序》(后又

于 2020 年 12 月 21 日延长有效期),序言中指出:“认识到在世界各地,为了防止这种疾病的传播,各国不得不通过限制人员的国内和国际流动来作出反应,这直接影响了有义务在船上携带观察员的船只在船上配置观察员。”^[10] 在豁免程序上规定,临时豁免不构成全面中止船只携带观察员上船的义务,而是依据审批程序针对每艘船和每次航行逐例授予。

《养护公约》下的观察和检查制度与国家防疫措施之间的冲突包括以下几种具体表现形式:第一,国际科学观察员可能受到指派方的旅行限制政策的影响,进而接收方的渔船或科考船无法满足南极海洋生物资源养护委员会养护措施中关于捕鱼活动应当配置国际科学观察员的要求。第二,指派方与接收方在个人防疫措施与标准上的不同,造成国际科学观察员在船上遭到“歧视”或者难以开展工作。对此,依据《国际科学观察方案文本》对科学观察员法律地位的规定,国际科学观察员应当遵守“接收方法律与法规所确立的要求”,换言之,应当遵守船旗国对个人防疫措施与标准的要求;船旗国(接收方)与指派方还可在双边协议中事先对相关问题作出安排。第三,检查员指派方与船旗国之间在个人防疫措施与标准上的不同,造成检查员及其助手被拒绝登船,或者船长拒绝“为检查员履行职责提供适当的协助”。这组冲突尤其突出,例如《农业农村部办公厅关于进一步做好远洋渔船防范境外新冠肺炎疫情输入工作的通知》中要求中国远洋渔船“遇到相应区域渔业组织开展执法检查或派遣观察员的,应要求对方做好健康检查和防护措施”,这一要求明确了中国配合观察与检查制度的原则性意愿,但具体就《养护公约》下的检查员而言,检查员“唯独”受指派方管辖,中国渔船对其的“要求”并无约束力。在这组冲突中,如果被检查的渔船或科考船中出现检查员认为属于“拒绝”或“干扰”检查的行为,其法律性质难以认定;检查员若就此依据《检查制度文本》第 VII 段出具报告,则又应由船旗国“依照其国内法”判断是否应当采取“起诉或处罚”等行动。

概括而言,上述冲突既给人员(包括船员与观察员或检查员)造成生命健康风险,也会使《养护公约》目的受损,需要通过国际合作与协调的方式妥善解决。在 2020 年 10 月 27 日至 30 日召开的南极海洋生物资源养护委员会第 39 次会议上,新冠肺炎疫情的影响问题曾被提出,但未达成一致。美国的一份提案呼吁由南极海洋生物资源养护委员会统一制定关于疫情期间部署观察员的政策,提案中的核心

措施是当国际科学观察员由于疫情不能够成行时,可由本国观察员替代,同时要求扩大港口国检查的覆盖面。中国、日本以及韩国支持该提案并指出“需要维持科学数据的收集,在大流行期间为确保船员与观察员的安全,也需要灵活性”,俄罗斯则以疫情存在变化并且“没有该提案也有能力部署国际科学观察员”为理由反对,提案遂未获通过。^{[11]23} 基于笔者对《养护公约》下观察制度的分析,既有规则下疫情对部署国际科学观察员的影响很大程度上能够通过接收方与派遣方在实施国际科学观察制度的双边协议中作事先约定的方式予以克服,但疫情的长期性未在本次会议上得到充分重视。如笔者引述过的,南极海洋生物资源养护委员会关于国际观察员的各项要求当前仍都有效。另外,值得注意的是,中国代表在会议上点出了疫情下更为棘手但尚无安排的问题——如何应对检查制度中检查员“应采取的必要防护措施和健康检查”与船旗国就疫情“应采取的预防性安排”之间的冲突。

二、新冠肺炎疫情对南极视察制度的冲击

自新冠肺炎疫情蔓延以来,南极条约协商国普遍对其南极科考站采取了严格的防疫措施。美国为防止新冠病毒传入其南极科考站,自2020年4月便要求对前往南极的科考队成员采取检测与隔离措施。^[12] 智利贝尔纳多·奥伊金斯·里克尔梅基地疫情爆发后,美国南极科考主管部门美国国家科学基金会称:“美国科考站将继续坚持不交换人员或接受游客。”^[13] 但是,此类杜绝人员交换、往来的疫情防控措施与南极条约体系下的义务存在潜在冲突,特别是与《南极条约》第7条以及《关于环境保护的南极条约议定书》(简称《环保议定书》)第14条下的视察制度存在冲突。

(一)《南极条约》下视察制度的设计与实践

《南极条约》在冻结领土声索的同时也就排除了由领土主权派生出的属地管辖,^[14] 如何确保条约所设立的和平利用、非军事化、无核化等原则和宗旨得到遵守成为了一个关键问题。《南极条约》随即确立了以属人管辖为原则、视察制度为补充的条约实施制度。

《南极条约》第7条设立的视察制度规定,南极条约协商国有权指派观察员,观察员有“完全的自由在任何时间进入南极的任何一个或一切地区”进行视察活动,包括所有工作站、设施和设备,以及在南极停靠的船只和飞机。观察员作出的报告应提交南

极条约协商会议上的各缔约方代表。南极条约缔约国还有权“于任何时间在南极的任何或所有地区进行空中视察”。有学者指出,《南极条约》谈判过程揭示出,视察制度的目的有二:一是保障条约非军事化与无核化的原则得到遵守,二是保障第3条中所规定的交换南极科考信息的义务得到履行。^{[15]105} 《南极条约》第8条进一步明确了依据第7条视察制度指派的观察员与依据第3条进行交换的科学人员以及这些人员的随从人员,只受其所属缔约方的属人管辖,由此也进一步“破除”了缔约方基于科考站等实际存在而主张或实施属地管辖的可能性。在《南极条约》生效后,视察制度在多个方面有了进一步的发展。

第一,《环保议定书》第14条承袭并发展了《南极条约》第7条所设立的视察制度。《环保议定书》对视察制度的发展,首先在于促使其性质发生变化,从起初借鉴国际核军备控制条约,旨在落实《南极条约》中非军事化与无核化条款的实施制度,向南极条约体系下的履约评估制度转变,视察的目标扩大到促进南极条约体系下的环境保护规范与措施得到遵守。^[16] 其次,《环保议定书》第14条为视察程序作了增补,具体包括:补充实施方式——除南极条约协商国单独或联合指派观察员实施视察外,还可以通过南极条约协商会议上指派观察员的方式实施视察;改进视察报告提交、评议与公开的程序——视察报告应首先提交视察所涉的缔约国,在所涉缔约国得到机会进行评论后,报告及对报告的评论应递送所有缔约国和环境保护委员会,并经南极条约协商会议审议后公开。在《环保议定书》生效后,《南极条约》下的视察与《环保议定书》下的视察二者已整合,实践中一并进行。1995年南极条约协商会议通过了关于“南极视察清单”(Antarctic inspection checklists)的决议,对南极科考站等设施、船舶、废弃站点等对象的视察活动有了相对标准化的框架。

第二,视察实践覆盖非政府活动。《南极条约》未对旅游等非政府活动作出明确规定,在此后的发展中,南极商业旅游规模不断攀升,对南极生态环境的影响以及随之而来的法律问题受到普遍关注。对南极商业旅游的视察主要通过两种方式进行:一是在对南极条约协商国科考站点的视察中涵盖相关信息,针对南极科考站的“视察清单”第21项为“游客与非政府活动”,具体包括游客的数量、相关管理办法以及旅游造成的环境影响等;二是对旅游船的视察,依据《南极条约》第7条的规定,视察可直接适用

于缔约国的船只,对于缔约国包租的船只则需经船主明确同意后实施视察。^[17]

第三,出现了由非缔约方实施的“评论访问”(review visits)。绿色和平等国际环境组织效仿视察制度,组织实施了大量非正式的“评论访问”。这些活动所提供的信息与正式视察形成参照,并且覆盖面更广,涉及许多从未被视察的场所与设施,因此也受到南极条约协商会议的重视。^[18]

(二) 疫情防控措施与南极视察制度间的冲突

新冠肺炎疫情实际已对视察制度造成程序性影响。美国于2020年2月7日至10日对意大利马里奥·祖凯利站(Mario Zucchelli Station)、韩国张保皋站(Jang Bogo Station)以及中国在建南极罗斯海科考站实施视察。澳大利亚于2020年1月5日至2月2日对韩国张保皋站、中国在建南极罗斯海科考站、德国冈瓦纳站(Gondwana Station)、中国泰山站、俄罗斯青年站(Molodezhnaya Station)以及白俄罗斯山夜站(Mountain Evening Station)进行视察。美国与澳大利亚官方分别于2020年2月12日与2020年3月14日特别论及视察报告将呈交拟于2020年5月召开的南极条约协商会议。^[19-20]但在第43次南极条约协商会议因疫情原因延期一年,且未开展实质性在线会商工作的情况下,美国与澳大利亚未遵守《环保议定书》第14条第4款所规定的视察报告应“由下届南极条约协商会议予以审议并于其后公开”的程序,分别于2020年5月与9月在其政府网站发布了本次视察的“报告”。

上述美国与澳大利亚于2020年实施的视察活动本身未受到新冠肺炎疫情的影响。但在新冠肺炎疫情大流行后,鉴于南极科考站医疗条件欠缺、南极气候条件致使人体免疫力下降的客观条件,各国普遍就南极科考站与科考活动采取了严格的疫情防控措施,如自2020年3月,“根据疫情防控要求,长城站禁止所有旅游团队登岛访问,同时禁止外来车辆及人员进入站区”。^[21]由此产生的国家防疫措施与南极视察制度间的潜在冲突有以下表现形式。

第一,若是因防疫政策要求,南极条约协商国拒绝接受对科考站或船舶的现场视察,将引发争端。不同于《养护公约》下的《检查制度文本》对渔船或科考船拒绝登临检查后的处置程序有明确规定,《南极条约》与《环保议定书》均未对拒绝接受检查的情况作出明确规定。因此,拒绝视察将构成被视察国

与指派国之间就“条约解释或执行”产生的争端,需进入《南极条约》第11条与《环保议定书》第18条规定的争端解决程序。

第二,即便被视察国接受对科考站或船舶的现场视察,视察制度的内在模糊与不完善之处也会被防疫需求放大,进而引发分歧甚至争端。首先,视察制度是否存在“预先通知”程序?从规范的角度来看,视察制度中未规定对于具体视察活动的预先通知程序^①,《南极条约》第7条第2款明确规定观察员“有完全的自由在任何时间”进行视察。但在实践中,为便利视察的开展,普遍会向视察所涉科考站作提前通知,但提前的期限并不统一。如美国在2020年的视察中,于2月6日经“雪龙”号通知中国在建的南极罗斯海科考站并于2月7日实施空中视察、2月9日实施现场视察,对韩国张保皋站的视察则提前约20小时经电子邮件通知。^[22]在各国普遍适用的防疫措施中,均对病毒检测等健康检查措施有时间期限要求,且个人健康状况等相关信息应提前申报,这显然与视察制度存在一定冲突。其次,实施视察的观察员人数及其随从人员没有限制。执行视察活动的人数问题在谈判阶段就被提出,^{[15]106-107}但《南极条约》与《环保议定书》均未予以明确,并且关于《南极条约》第8条所论及的随从人员也无进一步的细则。各国的疫情防控措施普遍会对“聚集性活动”的规模作一定要求,这可能会与视察制度存在冲突。

第三,观察员指派国与视察所涉的南极条约协商国在个人防护措施与标准上的不同,造成视察不能按照“视察清单”完整实施。首先,《南极条约》第8条第1款明确规定了观察员及其随从人员“在南极洲时行使其职能的一切行为或不行为,只服从其作为国民所属的缔约国的管辖”,因此,视察所涉的南极条约协商国不能对观察员及其随从人员在个人防护措施上作出有约束力的要求。其次,当双方个人防护措施与标准不一致时(如是否佩戴口罩、保持怎样的距离等),视察所必须的问询交流难以开展。如前所述,在《环保议定书》生效后,视察所涉的对象向环保措施以及非政府活动扩展。因此在开展具体视察活动时,除实地观察外,还需与科考站人员进行当面问询。若视察报告将因防疫措施不一致而问询难以开展的情况认定为被视察国未尽“充分

^① 《南极条约》第7条第1款只规定了指派方应将观察员的姓名通知其他《南极条约》缔约国,对其任命的终止也应给以同样的通知。2019年南极条约协商会议对于这一程序作了补充规定,明确应通过南极条约秘书处进行传递。

合作”义务(《环保议定书》第14条第3款),被视察国则可依据《环保议定书》第14条第4款进行“评论”,进而形成“各执一词”的局面,甚至引发争端。虽然视察报告应“由下届南极条约协商会议予以审议”,但该审议因并无明确的程序及相应的法律效力,而更多停留在外交层面。

三、新冠肺炎疫情对南极条约体系实施与履约制度内在结构的冲击

前文分析了国家疫情防控措施与《养护公约》下国际科学观察员与登临检查制度、《南极条约》与《环保议定书》下视察制度之间实际存在的以及潜在的冲突。除此之外,新冠肺炎疫情对南极条约体系实施与履约制度还有更深层次的挑战,令既有实施与履约制度内在结构的不平衡及其弊端更为凸显。

(一) 南极条约体系实施与履约制度内在结构的不平衡

条约的实施,指的是缔约方为履行其条约义务而颁布和实行的各项相关法律、条例、政策以及其他措施和行动。^[23]国家实施是条约实施的主要方式,但随着国际法的发展,一些重要的全球性多边条约也规定了合作实施或集体实施的制度,如《国际原子能机构规约》规定了以视察制度为安全保障措施的集体实施制度(第12条),《执行1982年12月10日〈联合国海洋法公约〉有关养护和管理跨界鱼类种群和高度洄游鱼类种群的规定的协定》规定了包括非船旗国登临检查在内的合作执法制度(第20条至第23条)。从国际环境条约发展出的履约制度(或者称履约机制),旨在为条约不遵守问题提供一种比传统争端解决制度更为温和的促进条约遵守的办法。一般而言,履约制度具有非对抗性和透明度,由“履约委员会”的机构设置、核查履约情况的制度以及应对不履行时的帮助性与惩罚性措施等部分构成。^[24]笔者将南极条约体系下的观察与检查制度、视察制度统称为“实施与履约制度”是因为这些制度兼具了合作实施制度与履约制度的性质。若将《南极条约》视为以非军事化与无核化为目的的军控条约,则其第7条下的视察制度具有与《国际原子能机构规约》下视察制度相似的实施制度性质,在《环保议定书》第14条承袭了《南极条约》第7条后,视察制度又兼具了履约制度的性质。就“观察与检查”制度而言,二者并存于《养护公约》第24条内,但在实践中转化为两种法律基础与性质不同的

制度。科学观察员制度不仅是科学研究性质的数据收集制度,检查制度也不仅是合作执法制度,二者又因观察报告与检查报告构成南极海洋生物资源养护委员会“履约评估程序”及委员会年度发布的《履约报告》的信息来源,因此还具有履约制度性质。^[25]

《南极条约》第4条冻结领土声索后,南极条约体系内存在着国家管辖与国家合作治理之间的张力,在这一视角下,南极条约体系的实施与履约制度呈现出一种不平衡的结构。首先,在主体上,国家实施与集体实施之间不平衡。建立在冻结领土声索基础上的南极条约体系排除了属地管辖(在海洋生物资源领域即沿岸国管辖),因此南极区域也常常被视作国际合作治理的“示范区”。但如有学者评论的,《南极条约》显然没有为南极建立起“监管体系”。^[26]南极条约体系的实施与履约制度仍以国家为核心,《南极条约》第10条、《养护公约》第21条、《环保议定书》第13条均强调了由缔约国的国内法规与措施实施条约。在既有的合作实施制度实际也都转化为国家实施。视察制度中,观察员由南极条约协商国指派其公民担任,《环保议定书》生效后,“由南极条约协商会议上指派观察员”实施视察的方式从未实践过。在第40届南极条约协商会议对改进视察制度的讨论中,利用该集体实施方式成为了主要共识。在观察与检查制度中,观察员与检查员同样由南极条约协商国指派其公民担任,并无关于集体实施的安排。其次,在程序上,对不履约的评估与处置不平衡。南极条约体系下的履约制度以评估不履约情况为重点,如检查制度与视察制度具有核查履约情况的功能,南极海洋生物资源养护委员会及其下设“实施与履约常设委员会”、南极条约磋商国会议也承担了审议报告、评估报告的职能。但是,关于不履约情况的应对或处置程序,要么欠缺明确规定,如《南极条约》下的视察制度,要么欠缺集体性或合作性处置的办法,如《检查制度文本》所体现的,应对不履约仍需要由船旗国依据国内法处置。再者,在法律关系上,多边与双边不平衡。《南极条约》《养护公约》《环保议定书》均为多边条约,但既有的实施与履约制度实践过程中,均体现为观察员或检查员派遣国与接收国之间的双边关系。国际科学观察员须经由双边协议实施,检查与视察制度的本质则是“相互视察(检查)”。这一不平衡的特征,可谓是前述两组不平衡结构的结果:南极条约协商会议与南极海洋生物资源养护委员会因欠缺应对不履行行为的职权而“缺席”。

(二) 新冠肺炎疫情凸显了南极条约体系实施与履约制度的弊端

对于南极条约体系实施与履约制度本就不平衡的结构,新冠肺炎疫情及各国的防疫措施进一步凸显了其中的弊端。首先,在疫情背景下,“重国家实施、轻集体实施”的弊端表现为:由国家实施检查或视察,若双方未就防疫措施达成一致,极易导致双方怀疑对方“权利滥用”,进而产生对彼此的不信任。站在国家防疫措施旨在保护本国公民生命健康的角度上,疫情下他国实施的检查与视察存在导致新冠病毒传播的风险,被检查或视察国家可能视派遣国的行为为“权利滥用”。站在检查与视察制度旨在促进条约遵守的角度上,派遣国则可能视被检查或视察国家的国家防疫措施为“歧视性政策”,构成“权利滥用”。其次,“重评估、轻处置”的弊端表现为:由于欠缺集体应对或处置“不履约”的程序,在因国家防疫措施而产生“拒绝”或“干扰”视察或检查的情况下,“拒绝”或“干扰”的性质如何判定存在不确定性。若渔船、科考船或科考站出现被检查员或观察员认为属于“拒绝”或“干扰”检查或观察活动的行为,在现行制度“重评估、轻处置”的结构下,检查员或观察员应报告,但这些记录“拒绝”或“干扰”行为的报告具有何种效力并不清楚,因此极易因“各执一词”而产生争端。再者,由于南极条约体系下的实施与履约制度在实践中会转化到双边关系中,指派国与接受国之间国家防疫措施与标准不一致对检查与视察制度的妨碍尤其难以解决,由此将进一步削弱检查与视察制度的有效性。值得注意的是,上述因国家防疫措施差异所凸显出的弊端,在引入《国际卫生条例》的视角后依然存在。如《国际卫生条例》所明确规定的,“国家具有主权权利根据其卫生政策立法和实施法规”(第3条),世界卫生组织就疫情防控所提出的卫生措施“建议”不具有约束性(第1条、第15条、第16条),并且各国可以“透明和无歧视的方式”采取额外的卫生措施(第42条、第43条)。[27]换言之,即便世界卫生组织关注南极疫情,甚至提出相关卫生措施建议,仍需要从事南极活动的国家就新冠肺炎疫情对南极条约体系实施与

履约制度的上述挑战进行协调、达成具体安排。

在全球疫情长期化的趋势下,若不能妥善应对前述国家防疫措施与南极条约体系下实施与履约制度间的种种冲突,将会产生更极端的影响:一是产生“变相”的属地管辖,如发生科考站长期拒绝接受视察的情况;二是造成南极活动的无序,如在国际科学观察员无法到位、检查不能有效开展的情况下,渔船不遵守南极生物资源养护委员会的各项养护措施。在后一种情况下,同样会催生属地管辖,毕竟南极领土声索国从未放弃其领土声索。例如,*Humane Society International Inc v. Kyodo Senpaku Kaisha Ltd*案^①凸显了一个关键问题,即在对海洋生物资源的国际合作治理失败时(该案中是由《国际捕鲸管制公约》规制的鲸类),南极领土声索国便倾向于寻求国家管辖的路径^②。

四、化解冲突的路径及中国可采取的措施

在当前南极条约体系的框架下,要应对所指出的种种冲突,首先需要各国善意履行义务、行使权利,包括南极条约体系下的权利义务以及国际卫生条约下的权利义务。其次,还需要各国通过各项南极国际合作治理机制,在南极防疫、抗疫上更为积极开展合作与协调。国家海洋局2017年发布的白皮书性质的《中国的南极事业》已提出打造南极人类命运共同体的目标,面对全球疫情,习近平主席提出了共同构建人类卫生健康共同体的倡议,[28]这也为中国分别从国内措施与国际合作两条路径应对南极疫情及其对南极条约体系的挑战提供了指引。

(一) 中国就南极疫情可采取的国内措施

第一,加快中国南极立法进度,应对疫情长期化趋势。2018年中国已启动南极立法进程,将“南极活动与环境保护法”列入第十三届立法规划一类立法项目。面对疫情长期化的新形势,亟需完善相关国内法与国际法的衔接。首先,应在“南极活动与环境保护法”的序言部分明确提出共建南极人类命运共同体的宗旨。新冠肺炎疫情对南极条约体系的冲击,关涉到南极条约体系的核心问题,即国际合作治理与国家管辖之间的平衡问题。在一些西方国家不

① 参见 *Humane Society International Inc v. Kyodo Senpaku Kaisha Ltd*, 12005 J FCA 664 (27 May 2005)。

② 针对日本渔业公司 *Kyodo Senpaku Kaisha Ltd* 因持有日本政府发放的“科学研究捕鲸”许可,“逃脱”《国际捕鲸管制公约》下的禁止性义务,持续在南极沿岸捕鲸的行为,澳大利亚民间组织 *Humane Society International* 依据澳大利亚国内法《环境保护与生物多样性养护法案》向澳大利亚联邦法院提起诉讼。该案的核心问题便是澳大利亚是否可在“南极领地”的“鲸鱼保护区”(其法律基础即为专属经济区)内对非本国公民或法人执法。最终,虽然澳大利亚联邦法院支持了诉讼请求,要求被告不得“杀害、伤害、捕捉或侵扰澳大利亚鲸类保护区内的三种鲸鱼”,但该判决未获被告尊重。参见 Ruth Davis, *Enforcing Australian Law in Antarctica: the HSI Litigation*, 发表于 *Melbourne Journal of International Law*, 2007年第1期。

断以疫情问题抹黑中国的背景下,中国更需要通过国家实践巩固并提升南极条约体系中的国际合作治理原则。其次,“南极活动与环境保护法”对“南极”的界定应同时衔接《南极条约》第6条与《养护公约》第1条,不可割裂南极条约体系下的陆海关系、南极生态系统整体性以及南极活动的共性。中国的南极立法需避免偏重南极大陆或某项南极活动的倾向,而应全面覆盖《养护公约》所界定的区域及其中的活动。再者,“南极活动与环境保护法”中应衔接视察制度与观察和检查制度。中国只于1990年与2015年实施过《南极条约》下的视察,却在过去十年里几乎每年都被他国视察。视察制度与观察和检查制度是南极条约体系实施与履约制度中的内在部分,中国在积极通过属人管辖、船旗国管辖原则遵守条约义务的同时,也需要进一步明确主动实施视察、观察及检查活动的权利与程序。在疫情背景下,无论中国是实施还是接受视察、观察及检查均需要有相应的法律保障。

第二,科学制定各项南极活动的防疫措施,履行通知与信息交换的义务。如前文已论及的,中国已制定多项与南极活动相关的防疫措施,但为保障南极活动中的人员生命健康,仍需要结合南极的自然条件,为各项南极活动科学制定专门性的防疫措施。与此同时,中国应履行南极条约体系与国际卫生条约下相互叠加的通知与信息交换义务,通报这些专门性防疫措施。首先是《南极条约》第3条第1款中所规定的“有关南极洲科学项目计划的情报”的信息交换义务,以及第7条第5款中向其他缔约方事先通知本国南极活动计划的通知义务。虽然这些条款没有对信息交换与通知的详细程度作出明确规定,但鉴于疫情对南极活动的所造成的实质影响,应将疫情防控措施作为中国南极活动相关信息的内在组成部分。其次是国际卫生法领域关于卫生法规及卫生措施的通知义务,如《世界卫生组织组织法》第63条要求“每个会员应就其本国已发表的有关卫生方面的重要法律、规章、官方报告与统计,及时送交本组织”,《国际卫生条例》第6条第1款规定缔约国应通报“为应对这些事件所采取的任何卫生措施”,等等。若中国南极科考站、船只在接受观察与检查、视察时遭遇因国家防疫政策不一致所导致的冲突,中国的事先通知与信息交换实践也有助于避免不必要的摩擦。在更宏观的层面,通知与信息分享义务也是构建人类卫生健康命运共同体与南极人类命运共同体的内在法律意涵。^[29]

(二) 中国在国际合作路径上可采取的措施

个体防疫需要减少接触甚至隔离,但全球疫情需要国家间合作应对。面对新冠疫情,既有的南极国际治理机制尚未发挥应有的作用。原定于2020年5月25日至6月4日举行的第43次南极条约协商会议因疫情原因延期至2021年6月,致使国际社会就新冠肺炎疫情对南极各方面影响的认识与反应严重滞后。国家南极局局长理事会(Council of Managers of National Antarctic Programs)虽针对新冠肺炎疫情制定了指南,但仅向成员开放,也未见实效。中国以共建人类卫生健康命运共同体与南极人类命运共同体为宗旨提出南极抗疫合作的倡议,具体包括:倡议进行新冠病毒在南极特殊自然条件下生物学规律的合作研究,分享研究成果;倡议各国在疫情背景下善意行使南极条约体系下的各项权利;倡议通过南极合作治理机制协调各国在南极活动上的防疫政策与措施,合作应对疫情对南极条约体系的挑战。中国可采用的具体措施有如下几项。

第一,推动制定适用于南极活动的共同防疫措施指南,共建公共卫生应急处置合作机制。国家防疫措施与各项南极条约体系实施与履约制度的冲突中,最难应对的表现形式是由所涉双方防疫措施与标准不统一所导致的冲突。因此,制定共同防疫措施指南不仅是新冠肺炎疫情大流行下的当务之急,也是在南极活动复苏期间保障南极条约体系实施与履约的必要措施。中国应在南极条约协商会议、南极生物资源养护委员会会议等国家间平台上推动制定适用于南极活动的共同防疫指南。在具体制定过程中,可建议邀请世界卫生组织、粮农组织、国际海事组织等联合国专门机构,以及国际南极旅游组织协会等非政府组织参与,维护南极国际合作治理格局的开放性不因疫情受损。面对疫情的长期化趋势以及南极地区医疗卫生条件有限的现状,中国还可推动共建应对突发疫情的南极公共卫生应急处置合作机制。该合作机制的建设应当深度挖掘中国既有合作实践中在请求与响应机制、共同防疫措施遵守、能力保障与建设、经费支持与费用分配等方面的经验。

第二,推动制定前述南极条约体系下实施与履约制度在疫情下的替代性执行办法。在国际科学观察员制度的适用上,中国可建议南极海洋生物资源委员会借鉴美洲间热带金枪鱼委员会所适用的个案审批豁免程序。在《国际科学观察方案文本》框架下,国家防疫措施对适用国际观察员制度的影响可

通过指派方与接收方事先约定予以应对。对于仍可能出现的因指派方限制旅行的国家防疫措施而造成国际科学观察员不能成行的情况,通过个案审批豁免配置国际科学观察员,同时以本国国民出任的观察员作为补充的方式足以克服。美国提案中要求全面提升港口国检查标准的替代性措施,存在风险与应对措施“不成比例”之嫌。在检查制度上,中国可建议采取以下替代性措施:一是鼓励适用《检查制度文本》第III段中既有的通过指派方与船旗国双边协议将检查员配置于船上的实施方式,以此事先化解因指派方与船旗国防疫措施不统一而引发的问题。二是加快空中检查等既有实践的规范化进程,探索其他非接触性的检查手段。《养护公约》缔约国之间已出现通过飞机空中监视渔船的实践,但因这种检查手段欠缺明确的规范依据,俄罗斯等国曾提出质疑。^{[11][14]}在疫情背景下,空中检查作为登临检查的替代性方式显然在防疫上具有优势,但若广泛适用,则需先行制定规范,明确其程序与效力。在视察制度上,首先《南极条约》第7条第4款规定的空中视察应不受疫情影响,中国可明确提出将之作为疫情下实施视察的主要方式。其次,如“南极视察清单”所表明的,视察活动中相当一部分工作是通过问询方式收集被视察方在环境保护等方面的实践信息,因此中国可提出在因疫情导致视察制度难以适用的背景下,各南极条约协商国应通过明确提供查询信息渠道等方式,提升履行信息分享义务的力度。

第三,面向全球疫情好转后的南极活动恢复期,推动完善南极条约体系实施与履约制度。新冠肺炎疫情对南极条约体系下实施与履约制度造成了挑战,同时也揭露、放大了这些制度的既有不足。除前述替代性措施外,中国还应以共建南极人类命运共同体为宗旨,着眼于如下关涉到南极条约体系实施与履约制度中国国家执行与国际合作治理平衡的问题,并提出“中国方案”:一是如何推动非缔约国的

履约。《南极条约》第10条明确规定:“每个缔约国承诺作出符合联合国宪章的适当努力,以达到任何人都不得在南极洲从事违反本条约的原则或宗旨的任何活动的目的。”对该条款的实施是应建立在“缔约国”与“非缔约国”的身份划分之上,还是建立在进一步改革南极国际治理机制、削弱其“俱乐部”性质的基础之上?二是如何进一步实施与完善《环保议定书》规定的由南极条约协商会议指派观察员的集体视察方式。由此指派的观察员是代表南极条约协商会议这一国际治理机制,还是观察员国籍所属的国家?三是在南极条约秘书处的基础上,南极条约体系机制化发展的过程中,是否应设立“履约委员会”等机构?若设立,其职权又应如何设置?

五、结语

新冠肺炎疫情对南极条约实施与履约制度的挑战包括多个层面的法律冲突。首先是适用于南极活动的国家防疫措施中限制与外来人员接触的要求与南极条约实施与履约制度中要求“强制性”登临、进入与接触的冲突;其次是在实施视察制度与观察与检查制度时,因指派方与接收方两国防疫措施不一致而产生的冲突;再者是国家防疫措施保护公民健康的法律价值与南极条约体系的条约目的之间潜在的冲突。为化解这些冲突,应对新冠肺炎疫情对南极条约体系的挑战,在国家层面,“善意”行使国际条约下的权利与履行相应义务是关键,既包括南极条约体系下的权利与义务,也包括国际卫生法下的权利与义务(特别是确保卫生措施非歧视性的义务,以及关于卫生措施的通知义务)。在国际层面,则需要各国通过各项南极国际治理机制为南极疫情防控作出特别安排,包括制定共同的防疫标准、为实施与履约制度设计替代性实施方式等。新冠肺炎疫情的冲击在凸显出南极条约体系实施与履约制度既有的不平衡结构与弊端的同时,也为推动改革完善南极条约体系实施与履约制度提供了契机。

参考文献:

- [1] HUGHES K A, CONVEY P. Implications of the COVID-19 pandemic for Antarctica[J]. *Antarctic Science*, 2020, 32(6): 433-434.
- [2] ANDRESEN S. *The Convention for the Conservation of Antarctic Marine Living Resources (CCAMLR): improving procedures but lacking results*[M]//MILES E L. *Environment Regime Effectiveness: Confronting Theory with Evidence*. Cambridge: The MIT Press, 2002: 407.
- [3] RAYFUSE R. Enforcement of high seas fisheries agreements: observation and inspection under *the Convention on the Conservation of Antarctic Marine Living Resources*[J]. *The International Journal of Marine and Coastal Law*, 1998, 13(4): 587-588.
- [4] CCAMLR. Scientific observer's manual: krill fisheries, version 2020[EB/OL]. (2020-02-17)[2021-08-02]. <https://www.ccamlr.org/en/document/science/scientific-observers-manual-%E2%80%93krill-fisheries-%E2%80%93-version-2020>.
- [5] CCAMLR. Conservation measure 41-01 (2020)[EB/OL]. [2021-08-02]. <https://cm.ccamlr.org/measure-41-01-2020>.

- [6] CCAMLR. Conservation measure 51-06 (2019) [EB/OL]. [2021-08-02]. <https://cm.ccamlr.org/measure-51-06-2019>.
- [7] CCAMLR. Conservation measure 22-06 (2019) [EB/OL]. [2021-08-02]. <https://cm.ccamlr.org/en/measure-22-06-2019>.
- [8] CCAMLR. Report of the thirty-eighth meeting of the commission [R]. Hobart: CCAMLR, 2019: 114.
- [9] FAO. The impact of COVID-19 on fisheries and aquaculture: a global assessment from the perspective of regional fishery bodies [R]. Rome: FAO, 2020: 5.
- [10] CITA, IATTC. Memorandum [EB/OL]. (2020-12-21) [2021-08-02]. https://www.iattc.org/PDFFiles/AIDCP/_English/AIDCP_COVID%2019%20Pandemic%20Exemption%20Procedure%20for%20the%20Operation%20of%20On-Board%20Observers-2020.pdf.
- [11] CCAMLR. Report of the thirty-ninth meeting of the commission [R]. Hobart: CCAMLR, 2020.
- [12] NSF. Update: how USAP is responding to COVID-19 challenges and planning for the upcoming season [EB/OL]. (2020-04-27) [2021-08-02]. https://www.nsf.gov/news/news_summ.jsp?cntn_id=300461.
- [13] The coronavirus has reached Antarctica. Now it's on every continent [EB/OL]. (2020-12-23) [2021-08-02]. <https://www.npr.org/sections/coronavirus-live-updates/2020/12/23/949552848/the-coronavirus-has-reached-every-continent-after-positive-cases-in-antarctica>.
- [14] 陈力. 论南极条约体系的法律实施与执行 [J]. 极地研究, 2017, 29(4): 535.
- [15] HANEVOLD T. Inspections in Antarctica [J]. Cooperation and Conflict, 1971(2).
- [16] JOYNER C C. Recommended measures under the *Antarctic Treaty*: hardening compliance with soft international law [J]. Michigan Journal of International Law, 1998(2): 416.
- [17] 屠景芳. 南极视察机制探究 [J]. 复旦国际关系评论, 2017(2): 178.
- [18] ASOC, UNEP. A review of inspections under Article 7 of the *Antarctic Treaty* and Article 14 of its protocol on environmental protection, 1959-2001 [EB/OL]. [2021-08-02]. <https://www.asoc.org/storage/documents/Meetings/ATCM/XXVI/ip-118.inspections.pdf>.
- [19] U. S. Department of State. United States conducts inspections in Antarctica [EB/OL]. (2020-02-12) [2021-08-07]. <https://2017-2021.state.gov/united-states-conducts-inspections-in-antarctica/index.html#:~:text=February%2012%2C%202020%20A%20team%20of%20U.S.%20government,on%20or%20just%20prior%20to%20February%2011%2C%202020>.
- [20] Australian Antarctic Program. Australia conducts treaty inspection of six antarctic stations [EB/OL]. (2020-03-14) [2021-08-09]. <https://www.antarctica.gov.au/news/2020/australia-conducts-treaty-inspection-of-antarctic-stations>.
- [21] 最后一片“净土”被新冠攻破 长城站还好吗? [EB/OL]. (2020-12-25) [2021-08-09]. <https://baijiahao.baidu.com/s?id=1687036064625152517&wfr=spider&for=pc>.
- [22] United States Antarctic inspection (February 2020) [EB/OL]. [2021-08-12]. <https://www.state.gov/wp-content/uploads/2020/09/United-States-Antarctic-Inspection-2020-508.pdf>.
- [23] UNEP. Guidelines on compliance with and enforcement of multilateral environmental agreements [EB/OL]. (2020-03-14) [2021-08-09]. <https://wedocs.unep.org/bitstream/handle/20.500.11822/17018/UNEP-guidelines-compliance-MEA.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.
- [24] 朱鹏飞. 国际环境条约履约机制研究 [J]. 法学杂志, 2010, 31(10): 17-18.
- [25] MILLER D G, MURRAY E. The CCAMLR compliance evaluation procedure [J]. Australian Journal of Maritime & Ocean Affairs, 2019, 11(1): 1-36.
- [26] TAMM S. Peace vs. compliance in Antarctica: inspections and the environment [J]. The Polar Journal, 2018, 8(2): 333-350.
- [27] 彭先伟, 吴亚男. 新冠病毒疫情下的邮轮检疫处置问题初探——以国际卫生法为视角 [J]. 中国海商法研究, 2020, 31(1): 21-22.
- [28] 习近平. 团结合作战胜疫情 共同构建人类卫生健康共同体——在第73届世界卫生大会视频会议开幕式上的致辞 [N]. 人民日报, 2020-05-19(2).
- [29] 张乃根. 构建人类卫生健康共同体的若干国际法问题 [J]. 甘肃社会科学, 2021(3): 79-80.

孟令浩. BBNJ 国际造法中的“一揽子交易”:作用与局限[J]. 中国海商法研究, 2022, 33(1): 49-59

BBNJ 国际造法中的“一揽子交易”:作用与局限

孟令浩

(浙江大学 光华法学院, 浙江 杭州 310008)

摘要:在国际谈判中,“一揽子交易”是一种经常用来促成妥协和达成共识的谈判方法。BBNJ 国际造法的“一揽子交易”基于挽救并推动进程的主观原因和基于议题间关联性的客观原因得以运用,兼具谈判方法和整体性程序安排两种属性。从国际法的角度来看,“一揽子交易”能够对将来达成的 BBNJ 国际协定起到维护完整性、增进统一性、保持稳定性和提升普遍性重要作用。随着 BBNJ 国际造法的深入推进,“一揽子交易”的局限也逐渐显现,日益面临着来自正当性、合理性及效率性方面的挑战。中国应当积极采取应对措施,不断提高自身运用“一揽子交易”影响和塑造国际造法的能力。

关键词:BBNJ 国际造法;“一揽子交易”;条约保留;习惯国际法

中图分类号:D993.5 **文献标志码:**A **文章编号:**2096-028X(2022)01-0049-11

The “package deal” in BBNJ international law-making: function and limitation

MENG Ling-hao

(Guanghua Law School, Zhejiang University, Hangzhou 310008, China)

Abstract: In international negotiations, “package deal” is a negotiation method that is often used to promote compromise and reach a consensus. In BBNJ international law-making, “package deal” is applied based on the subjective reasons of saving and promoting the process and the objective reasons of relevance between issues, and has two attributes: negotiation method and whole procedural arrangement. From the perspective of international law, “package deal” can play an important role in maintaining the integrity, promoting unity, maintaining stability and promoting universality of BBNJ international agreement to be concluded in the future. With the deepening of BBNJ’s international law-making, the limitations of “package deal” have gradually emerged, increasingly facing challenges from legitimacy, rationality and efficiency. China should put forward corresponding suggestions to improve its ability to influence and shape international law-making by using “package deal”.

Key words: BBNJ international law-making; “package deal”; treaty reservation; customary international law

“一揽子交易”(“package deal”)是国际谈判中经常使用的谈判策略和技巧之一,它的基本特征是在谈判中将两个或多个议题联系在一起进行讨论,以便通过谈判达成的解决方案能够平衡整体的得失并能够被双方或各方接受,这种方法在多边谈判中尤为盛行。^[1]在国家通过条约或习惯等方式,制定、承认、修改和废止国际法规范的国际造法活动中,^[2]“一揽子交易”已经不再囿于国家层面运用的谈判

方法,而是演进为一种国际造法的整体性程序安排,不仅能够促成各方达成共识,还能够更深层次地塑造国际造法的结果并进一步影响其适用效果。长期以来,国际造法对“一揽子交易”的广泛运用,充分说明了其在国际造法中的重要价值。随着“百年未有之大变局”下国际力量对比的深刻变化与国际秩序的加速变革,“一揽子交易”在国际造法中扮演的角色将会愈发关键。

收稿日期:2021-12-15

基金项目:2021 年度教育部哲学社会科学研究重大课题攻关项目“坚持统筹推进国内法治和涉外法治重大问题研究”(21JJD031)

作者简介:孟令浩(1993—),男,山东淄博人,浙江大学光华法学院海洋法专业博士研究生,E-mail:menlinghao@zju.edu.cn。

当前,在国家管辖范围外生物多样性(简称BBNJ)养护与可持续利用的国际造法中,作为整体性程序安排的“一揽子交易”同样也获得了运用并取得一定成效。^[3]然而,随着谈判的深入推进,“一揽子交易”的结构却愈发呈现出不平衡的状态^①,少数分歧明显的议题开始阻碍整体进程的发展,可能会危及BBNJ国际协定的最终达成。这不仅对参与BBNJ国际造法的各方提出了严峻的政治与法律考验,也引起了对“一揽子交易”本身的重新审视与反思。因此,梳理BBNJ国际造法中“一揽子交易”的提出过程及原因,剖析其发挥的作用、存在的局限以及提出有关应对建议,对中国深度参与BBNJ国际造法及提升运用“一揽子交易”影响和塑造国际造法的能力具有重要的现实和理论意义。

一、BBNJ国际造法中“一揽子交易”的提出过程与原因分析

(一) BBNJ国际造法中“一揽子交易”的提出过程

2004年11月7日,第59届联合国大会通过了第24号决议,决定设立工作组,启动BBNJ国际造法进程。自2006年2月13日工作组召开第一次会议开始至2015年1月23日召开最后一次会议并向联合国大会提交BBNJ国际协定建议草案为止,工作组在近十年的时间里前后共召开了九次会议,而在2011年召开的第四次工作组会议上,各方达成了“一揽子交易”^②。

起初,“一揽子交易”并没有直接被确立为BBNJ国际造法的整体性程序安排,而是先作为一种谈判方法被用来促成妥协。2011年6月3日,在工作组第四次会议上,77国集团/中国、欧盟、墨西哥联合递交了一份提案,提及了处理作为“单一承诺”(a single undertaking)的“海洋遗传资源包括惠益分享”“诸如划区管理工具的养护措施包括‘海洋保护区’和‘环境影响评价’”“能力建设和海洋技术转让”等事项的法律框架进程。^{[4]6}在这份联合提案中,77国集团/中国、欧盟与墨西哥就BBNJ国际协定的主要内容达成了内部交易,互相承诺支持对方关注的优先事项,即欧盟主导推动制定《联合国海洋法公约》

(简称《公约》)执行协定及其海洋保护区制度的立场获得了77国集团/中国的支持。作为交换条件,欧盟支持77国集团/中国所主张的海洋遗传资源及其惠益分享问题。随后,这项交易又扩展至环境影响评价和能力建设与技术转让等内容,最终形成“联合提案”(又称“妥协文本”)。^[5]

与此同时,美国也递交了一份提案指出BBNJ国际造法应当讨论在《公约》建立的框架基础上制定一项新的国际协定,而不是对《公约》执行协定的可能发展,该提案获得了俄罗斯和加拿大的支持。但是,美国的提案内容主要是对将来达成的BBNJ国际协定性质的不同意见,其并没有对“联合提案”的内容提出实质性反对,只是反对将“海洋保护区”和“环境影响评价”视为养护措施,并对“一揽子交易”将海洋遗传资源的惠益分享问题单独列出表示了担忧。^{[4]6}除此之外,其他国家在工作组会议中均未对“联合提案”提出实质性反对。从当时的情况来看,运用“一揽子交易”所达成的“联合提案”获得了几乎所有参与方的认同,“一揽子交易”实际上具备了成为整体性程序安排的共识基础。

随着“联合提案”获得普遍共识,BBNJ国际造法的参与方也相应地调整自身立场,以77国集团/中国为代表的广大发展中国家开始提及海洋遗传资源的惠益分享和支持欧盟推动的海洋保护区及其他事项,以欧盟为代表的“海洋环保派”转而明确支持建立海洋遗传资源的获取及其惠益分享国际制度,以美国为代表的“海洋利用派”也表示接受制定海洋遗传资源惠益分享以及能力建设与技术转让国际制度的可能性。^{[4]7}各方立场的调整促成了更大范围的“一揽子交易”。正如菲律宾在工作组会议中解释的那样:“联合提案代表了绝大多数发达国家和发展中国家的共识,‘单一承诺’表明需要对BBNJ采取整体性的方法。”摩纳哥认为联合提案在凝聚共识方面起到了重大作用,南非也赞扬联合提案中的“一揽子交易”内容形成了“巧妙的平衡”。^{[4]6}最终,参与工作组会议的各方通过协商一致的方式,承认和接受了BBNJ国际造法应当“一揽子处理”上述四项

① 在2019年11月由自然资源部海洋发展战略研究所和厦门大学南海研究所共同主办的“国家管辖范围以外区域海洋生物多样性的国际立法学术研讨会”上,外交部条约法律司黄颖妮副处长在题为“BBNJ国际协定谈判总体进展”的主旨报告中指出了谈判中存在的主要共识和分歧之处。

② 2011年,工作组在向联合国大会提交的《研究国家管辖范围以外区域海洋生物多样性的养护和可持续利用有关问题的不限成员名额非正式特设工作组的建议》中明确指出:“这一进程涉及国家管辖范围以外区域海洋生物多样性特别是海洋遗传资源的养护和可持续利用,包括分享惠益问题,还涉及划区管理工具等措施,包括海洋保护区、环境影响评估、能力建设和转让海洋技术;……”访问网址:<http://daccess-ods.un.org/access.nsf/Get?Open&DS=A/66/119&Lang=C>。

议题^①。“联合提案”作为工作组会议建议呈交联合国大会审议,从而灵活地完成了通向“一揽子交易”问题的谈判。^{[4]6}2011年11月24日,第66届联合国大会通过第231号决议,明确赞同工作组会议提出的建议^②。至此,BBNJ国际造法通过联合国大会决议的方式,正式确立了“一揽子交易”的整体性程序安排地位,使其不再仅是BBNJ国际造法中欧盟、77国集团/中国等个别谈判参与方所采用的一种谈判方法,而是成为BBNJ国际造法中所有参与方都必须遵守的一种整体性程序安排。自此之后,联合国大会又分别在第69/292号决议和第72/249号决议中再次确认了2011年“一揽子交易”作为整体性程序安排的地位^③。

(二) BBNJ 国际造法中运用“一揽子交易”的原因分析

历史上,早在第三次联合国海洋法会议期间,“一揽子交易”便得到了充分运用,其贯穿于《公约》制定过程中的所有工作,为《公约》的高品质作出了最明显的贡献。^{[6]49}在BBNJ国际造法中,继续沿用“一揽子交易”主要出于以下两个方面的原因。

1. 主观方面:基于挽救并推动 BBNJ 国际造法进程的考虑

一方面,BBNJ国际造法面临着“开局即僵局”的严重困境。2006年2月13日至17日,工作组在纽约联合国总部召开了第一次会议,其中关于“海洋遗传资源的法律属性”之类的处于《公约》空白之处且在政治与法律上均高度敏感的问题一经提出,会议气氛立刻变得紧张起来^④。受此影响,第二次和第三次工作组会议均没有取得预期进展。正是在这

种情势之下,欧盟与77国集团/中国主动合作提出“联合提案”。事后看来,“一揽子交易”对于挽救当时的谈判僵局起到了无可替代的重要作用。此后,BBNJ国际造法在“一揽子交易”所设定的轨道上有条不紊地推进,“一揽子交易”为各方在后续的BBNJ国际造法中展开实际合作提供了新的机会。^[7]

另一方面,BBNJ国际造法面临着“推进困难”的潜在危险。在BBNJ国际造法的工作组会议阶段,相关参与方和议题的数量就已经超出工作组的正常处理范围。第二次工作组会议时有超过300个参与方参加,而到了第三次工作组会议时仍然有大约200个参与方参加,参与方更是提出涵盖渔业、海上倾倒有毒废物、深海石油开采、海洋科学研究等众多与BBNJ存在关联性的议题,并且各方利益在如此广泛的议题上普遍存在着分歧^⑤。因此,继续就各项议题进行“分项”谈判势必难以取得成效,造成谈判效率的低下。第三次海洋法会议上运用“一揽子交易”的部分原因就在于议题的广泛性、复杂性以及大量国家的参与使谈判进程难以早日完成,^{[6]49}这与BBNJ国际造法所面临的情况类似。对此,BBNJ国际造法运用“一揽子交易”可以使各方相互之间较为有效地了解对方的底限、关注点和重要利益,^[8]形成谈判中的主要利益集团并先行在内部进行协调,从而使各方更容易接受在“分项”谈判方式下原本不愿接受的协议成果。^[9]

2. 客观方面:基于 BBNJ 国际造法中议题间关联性的考虑

从现实角度看,各种海洋问题之间存在相互关联性,理应作为一个整体进行处理。这种观念已经

① BBNJ工作组会议采取了协商一致的决策原则,工作组会议向联合国大会提交载有“一揽子事项”的建议是在协商一致的基础上通过的。根据会议记录文件的描述:“下午晚些时候,共同主席利因扎德(Lijnzaad)提交了一份来自‘友好小组’的修正建议草案。代表们以协商一致的方式通过了建议,包括启动法律框架进程。共同主席利因扎德随后就新建议草案征求反馈意见,要求秘书长编制一份与BBNJ相关的现有文书清单。阿根廷对这一清单的敏感性表示关切,并在欧盟的支持下提议将这一建议纳入共同主席的会议摘要,以便在大会关于海洋法的年度决议的谈判中采纳。代表们表示同意,然后以协商一致方式通过了关于工作组任务和未来会议的其余建议。77国集团/中国将协商一致的建议描述为一项切实的成果。共同主席利因扎德于下午6时20分宣布会议结束。”访问网址:<https://enb.iisd.org/download/pdf/enb2570e.pdf>。此外,BBNJ筹备委员会与政府间会议也同样采取了协商一致的议事规则,联合国大会第69/292号决议要求“筹备委员会应竭尽一切努力,以协商一致方式就实质性事项达成协议”,而联合国大会第72/249号决议也同样要求政府间会议“应秉诚并尽一切努力,以协商一致方式商定实质性事项”。

② 参见联合国大会第66/231号决议,访问网址:https://www.un.org/en/development/desa/population/migration/generalassembly/docs/globalcompact/A_RES_66_231.pdf。

③ 2015年6月19日,联合国大会在69/292号决议中决定:“通过谈判处理2011年商定的一揽子事项所含的专题,即国家管辖范围以外区域海洋生物多样性的养护和可持续利用,特别是作为一个整体的全部海洋遗传资源的养护和可持续利用,包括惠益分享问题,以及包括海洋保护区在内的划区管理工具、环境影响评估和能力建设及海洋技术转让等措施;……”2017年12月24日,联合国大会在72/249号决议中再次决定:“谈判应处理2011年商定的一揽子事项中确定的专题,即国家管辖范围以外区域海洋生物多样性的养护和可持续利用,特别是作为一个整体的全部海洋遗传资源的养护和可持续利用,包括惠益分享问题,以及包括海洋保护区在内的划区管理工具、环境影响评估和能力建设及海洋技术转让等措施;……”

④ 参见IISD: *Earth Negotiations Bulletin (MBWG Final)*, 访问网址:<https://enb.iisd.org/download/pdf/enb2525e.pdf>。

⑤ 参见联合国大会第A/61/65号决议,访问网址:<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N06/277/50/PDF/N0627750.pdf?OpenElement>。

深入人心,得到了国际社会的广泛认可。早在1969年12月15日,联合国大会通过的第2574A号决议^①就曾确认:“与公海、领水、毗连区、大陆架、上覆水域以及国家管辖范围以外的海床和洋底有关的问题之间紧密相连。”实际上,海洋问题的相互关联性也直接导致了第三次海洋法会议上“一揽子交易”概念的诞生。^[10]追本溯源,海洋问题的相互关联性是“一揽子交易”产生并得以运用的现实基础。

在BBNJ国际造法中,各项议题之间也具有较强的关联性,已经达到一种“我中有你,你中有我”的密切程度,有必要作为一个整体进行考虑。具体而言,海洋遗传资源及其惠益分享主要聚焦于各国的开发利用活动,而此类活动稍有不慎则有可能对BBNJ造成损害,因此十分有必要在相关活动开展之前引入环境影响评价。为了能更好地开发利用那些位于特别脆弱生态环境中的海洋遗传资源,同样需要按照一定的标准选划一定范围的特殊区域,并且对这片区域实行比其他区域更为严格的保护,这就是包括海洋保护区在内的各种划区管理工具的意义之所在。在此基础之上,又可以进一步引出能力建设与技术转让问题,因为对于大多数发展中国家来说,通常缺乏利用和保护国家管辖范围外海洋遗传资源的技术能力和专业人员,为了帮助发展中国家更好地履行养护海洋生物多样性的义务和提高发展中国家利用海洋生物多样性的能力,必然也要对“能力建设和技术转让”议题进行磋商。^[11]因此,围绕着BBNJ养护与可持续利用的宗旨,“一揽子交易”中的四项议题之间存在着千丝万缕的联系。在这样的现实面前,BBNJ国际造法运用“一揽子交易”即变得顺理成章,而且这种相互关联性本身也有助于各方进行互惠的交换。^[12]

二、BBNJ国际造法中“一揽子交易”的作用

在BBNJ国际造法中,“一揽子交易”能够直接对具体条文产生重要影响。BBNJ国际协定的内容是谈判各方反复进行“讨价还价”的结果,代表着一种建立在妥协基础之上的共识。在有些情况下,为了尽可能达成妥协,谈判各方可能还需要在条文中有意使用一些模糊性的表述来掩盖不可调和的分歧。^[13]从总体上来看,“一揽子交易”达成的各项条

文之间相互联系,互为彼此存在的条件,共同构成一个不可分割的整体,从而在整体上将BBNJ国际协定塑造为具备一定独特性的“一揽子协定”。

(一)通过禁止保留维护BBNJ国际协定的完整性

条约保留的需要通常源自于多边条约制定过程的性质,^[14]而实践中越来越多的条约,特别是那些作为“一揽子交易”结果而产生的条约,明确规定保留是不予准许的。^[15]例如,《公约》第309条、《国际刑事法院罗马规约》第120条、《建立世界贸易组织马拉喀什协定》第16条第5款等均规定禁止保留。原因在于一旦允许保留,将会破坏条约作为“一揽子交易”产物的性质。“一揽子交易”试图确保建立一个总体平等的秩序,在这个秩序之下各国在享有权利和利益的同时也必须要承担随之而来的责任和义务。^{[6]53}因此,谈判各方运用“一揽子交易”的目的在于使任何缔约方必须完整地接受条约所有内容的支配。如果不加限制地允许保留,将损害条约的完整性。^[16]根据《维也纳条约法公约》第2条第1款(丁)项的规定,保留的目的在摒除或更改条约中若干规定对该国适用时之法律效果,因此一项“声明”的目的在摒弃或更改条约中若干规定……之法律效果就是保留。^{[17]648}由此可得,保留的目的主要有两项:一项是摒弃或排除条约规定;另一项是更改条约规定。然而,二者均会损害“一揽子交易”使权利义务整体上相称的意图。保留的排除目的所具有的使保留国免于承担条约义务的效果,与“一揽子交易”所秉持的缔约方必须“全盘接受”条约所载权利义务内容的意图相违背。保留的更改目的不仅实际上单方面修改了建立在谈判共识基础之上的“一揽子交易”的内容,而且还从根本上改变了谈判中进行“一揽子交易”时自身的承诺或出价条件。因此,不论是从保留的排除目的还是更改目的来看,条约允许保留都将会导致“一揽子交易”的失败,“一揽子交易”也将不再是“一揽子”或“交易”。^[18]有鉴于此,大多数参与方均默认BBNJ国际协定禁止保留,几乎不对条约保留事项进行任何实质讨论。《根据〈联合国海洋法公约〉的规定就国家管辖范围以外区域海洋生物多样性的养护和可持续利用问题拟订的协定案文草案修改稿》(简称《草案修改稿》)^②第63条也规定

^① 参见联合国大会:2574 (XXIV) — Question of the Reservation Exclusively for Peaceful Purposes of the Sea-Bed and the Ocean Floor, and the Sub-soil thereof, underlying the High Seas Beyond the Limits of Present National Jurisdiction, and the Use of Their Resources in the Interests of Mankind, 访问网址: https://legal.un.org/diplomaticconferences/1973_los/docs/english/res/a_res_2574_xxiv.pdf。

^② 访问网址: <https://undocs.org/zh/a/conf.232/2020/3>。

“对本协定不得作出保留或例外”。可见, BBNJ 国际造法中的“一揽子交易”通过禁止保留的方式, 将有力维护 BBNJ 国际协定的完整性。

(二) 通过排除对第三方的效力增进 BBNJ 国际协定的统一性

在条约的第三方效力问题上, 国际社会普遍遵循的是“条约对第三方无损益”(pacta tertiis nec nocent nec prosunt)。换言之, 条约一般不得为第三国创设义务或权利, 除非经过该国的同意。这不仅是《维也纳条约法公约》的明文规定, 还同时是一项被公认的习惯国际法的规则。根据《维也纳条约法公约》第 35 条和第 36 条的规定, 条约对第三方规定权利或义务存在两个条件: 第一, 条约当事方具有为第三方规定权利或义务的意图; 第二, 第三方同意这种权利或义务, 其中根据条约对第三方规定权利或义务的不同, 对第三方同意的要求也存在差别。不论如何, 当事国具有为第三方规定权利或义务的“意图”都是赋予条约第三方效力的重要前提。然而, 在有些情况下, 作为条约当事国意图的唯一权威和最新表现,^[17]⁶⁶³ 条约文本的表述难以使人判断缔约国是否具有为非缔约国规定权利或义务的意图。以《公约》为例, 有的条文规定的主体是“缔约国”, 而有的条文却规定“所有国家”, 除此之外还使用了大量“沿海国”和“各国”的表述。这完全可能导致非缔约国出于自身利益需要, 随意行使条约规定的权利, 拒绝或逃避承担条约规定的义务, 造成条约在第三方效力方面的混乱。

对此, “一揽子交易”的运用可以明确排除对第三方的效力。在第三次海洋法会议中, 秘鲁大使曾指出^①: “‘一揽子交易’排除了对《公约》的任何选择性适用, 任何国家或国家集团都不能通过提及《公约》的个别条款来合法地主张第三国的权利或援引第三国的义务, 除非该国或国家集团本身是《公约》的缔约国。”这里的“任何国家”显然是指包括非缔约国在内的所有国家。第三次海洋法会议主席许通美(Tommy Koh)在具体提到对 200 海里以外大陆架的权利时更是指出^②: “非本公约缔约国的国家不能援引第 76 条的好处。”因此, 有学者认为《公约》条文使用的“所有国家”或“每个国家”的表述反映了

一种假设, 即所有国家都将是《公约》的缔约国, 而不是意图赋予第三方权利。^[19]与《公约》类似, 《草案修改稿》在第 4 条、第 14 条、第 18 条、第 21 条、第 24 条等条文中均使用了“各国”的表述。但即便如此, 在没有缔约国其他相反意图的明确表示下, BBNJ 国际协定同样将排除对第三方的效力, 即第三方不能根据 BBNJ 国际协定的个别规定主张权利或援引义务, 而这无疑将有效增进 BBNJ 国际协定适用的统一性。

(三) 通过限制修正保持 BBNJ 国际协定的稳定性

条约的修正(amendment)关系到条约本身的稳定性, 而为了使条约适应各种情况的变更, 时常有修订(包括修正与修改)的必要, 但条约的稳定性和条约必须遵守原则在国际社会中也是必要的。^[20]所以, 条约的稳定性与灵活性应当维持在一个平衡的状态下。因此, 条约修正不仅是法律问题, 而且还从根本上是政治与外交问题。^[21]实际上, 条约由于“一揽子交易”的运用而成为一个不可分割的整体后, 条约的灵活性便不得不向“一揽子交易”作出让步, 即条约修正规则必须充分顾及到“一揽子交易”背后所包含的政治妥协, 因为这种政治妥协稍有不慎则可能被具有选择性的条约修正所破坏。^[22]从现实出发, “一揽子交易”形成了各方权利义务的相对平衡状态, 随意提出任何条约修正案都可能因为打破原有的平衡状态而引发连锁反应, 招致其他缔约国的反对或不断提出新的修正。因此, 运用“一揽子交易”产生的条约通常倾向于采纳一套较为复杂和严格的修正规则, 以保护“一揽子交易”及其背后所达成的政治平衡^③。

作为同样运用“一揽子交易”的 BBNJ 国际协定来说, “一揽子交易”对其条约修正规则产生的最大影响体现在条约修正案的通过条件上。正如上文所述, BBNJ 国际造法中的“一揽子交易”是在协商一致的基础上达成的, 这必然要求对于“一揽子交易”的任何修正也理应遵循协商一致的程序。因此, 《草案修改稿》为修正案通过规定了一个较高条件, 其在该第 65 条第 2 款规定: “缔约方会议应尽一切努力就

① 参见 United Nations: 183rd Plenary Meeting, 访问网址: https://legal.un.org/diplomaticconferences/1973_loos/docs/english/vol_17/a_conf62_sr183.pdf。

② 参见 United Nations: 193rd Plenary Meeting, 访问网址: https://legal.un.org/diplomaticconferences/1973_loos/docs/english/vol_17/a_conf62_sr193.pdf。

③ 例如, 《公约》《国际刑事法院罗马规约》以及《建立世界贸易组织马拉喀什协定》都规定修正案必须经过协商一致才能通过, 以及这几个具有代表性的条约还同时规定了较为严格的修正案生效的条件。

以协商一致方式通过任何拟议修正案达成一致意见。若已用尽所有努力但仍未达成共识,则应适用缔约方会议通过的议事规则中规定的程序。”值得注意的是,针对第65条的规定,美国在最新的逐条提案中甚至更进一步,建议仅保留协商一致原则,反对适用其他任何决策规则。可见,在协商一致原则的支配下,顺利通过一项BBNJ国际协定的修正案将变得十分困难,各方意在通过增加修正难度的方式保持BBNJ国际协定的稳定性。

(四) 通过促进习惯国际法的发展提升BBNJ国际协定的普遍性

从主体意义上来说,国际法的普遍性主要是指所有国家都要受到其约束。^[23]作为当前国际法最主要渊源的条约却仅能约束缔约方,天然地存在这种普遍性的不足。然而,当条约规定逐渐发展成为习惯国际法时,便能够因为具有约束第三方的效力而获得普遍性。^[24]在1969年的“北海大陆架”案中,国际法院曾经较为具体地总结出条约规定获得习惯国际法地位的四项条件^①。在条约向习惯国际法发展的过程中,可以从国家实践与法律确信两个方面考察“一揽子交易”的作用。

从国家实践层面来看,形成习惯国际法的国家实践一般应当具备数量上的广泛性与代表性、一定时间上的经过以及实践上的一致性,而经过“一揽子交易”所达成的BBNJ国际协定能够满足上述条件提供更为有利的基础。首先,“一揽子交易”因其“议题联结”的本质,相对而言更容易吸引和接纳数量更多而且更为复杂的利益诉求,促进BBNJ国际协定得到各国的广泛参加。从既有实践来看,运用“一揽子交易”而达成的多边条约通常得到了大多数国家的参加,这为形成新的习惯国际法提供了数量方面的基础^②。其次,“一揽子交易”的过程本身就是利益相关方进行“利益交换”的过程,而运用“一揽子交易”达成的BBNJ国际协定至少有大部分利益受到特别影响的国家的参与,从而具有相当程度的代表性。否则,“一揽子交易”便缺少赖以存在的必要性。最后,“一揽子交易”使得大多数规则构成一个相互勾连的整体,有助于增强国家实践的

一致性,而任何不一致的实践则将有损于“一揽子交易”所形成的平衡状态。

从法律确信层面来看,主要在于判断各国是否是出于遵守一项法律规则而不是出于礼节、方便、传统等原因进行国家实践。尽管法律确信的确定是一项极为复杂的工作,需要在结合各种具体因素的基础上进行综合判断。但是,在诸多因素之中,条约本身能够成为法律确信存在的证据。一方面,“一揽子交易”能够产生禁止保留的作用,其有助于法律确信的产生。法律确信要求各国意识到条约规则本身的约束力,而若国家具有提出保留而不适用某项条约规则的权利,便不能认为其具有这种约束力^③。另一方面,“一揽子交易”还产生了排除对第三方效力的效果,第三方只能转而在习惯国际法层面寻求适用相关规定的法律基础,例如,美国作为《公约》的非缔约国,长期以来都是将《公约》作为一般国际法进行遵守的。^[25]这个过程也能够体现出一定的法律确信。因此,BBNJ国际造法中的“一揽子交易”有助于“法律确信”的形成。

综上,“一揽子交易”能够在一定程度上通过促进习惯国际法的发展提升BBNJ国际协定的普遍性。

三、BBNJ国际造法中“一揽子交易”的局限

(一) BBNJ国际造法中“一揽子交易”的正当性局限

从国际造法正当性(legitimacy)的角度来看,“一揽子交易”无法保障所有参与方都能公平地表达意愿。在国际法上,正当性被用来通过引入“正义或公平”等价值观念来加强国际法的道德说服力。^[26]国际造法的正当性源于那些受到国际法约束的国家认为其是通过正确的程序产生的,^[27]这要求在理想状态下,国际造法是建立在国家同意原则基础之上的,并且能够充分反映所有参与方的利益。正当性的缺乏不仅会使得国际造法进程受到影响,而且还会导致缔约国遵守国际法的意愿降低。从表

① 第一,条约规定具有根本上的规范创设性,使其能够构成一般法律规则的基础;第二,条约得到广泛和具有代表性国家的参加,其中包括那些利益受到特别影响的国家;第三,国家实践具有广泛性和实质的一致性,足以证明一项法律规则或法律义务得到了普遍承认;第四,一定时间的经过,尽管是短暂的。参见 *North Sea Continental Shelf Cases (Federal Republic of Germany/Denmark; Federal Republic of Germany/Netherlands)*, [1969] ICJ Rep 3, pp. 41-44。

② 到目前为止,《公约》已经有168个缔约方,而1998年达成的《国际刑事法院罗马规约》也已经有123个缔约方。

③ 参见 *International Court of Justice; Separate Opinion of Judge Fouad Amoun*, 访问网址: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/51/051-19690220-JUD-01-06-EN.pdf>。

面上来看,“一揽子交易”确实以“整体互惠”(overall reciprocal)的方式扩大了各方,尤其是弱势方的谈判筹码,^[28]一定程度上体现了谈判中的平等原则,使得各谈判参与方不论大小强弱,均具有参与出价与利益交换的权利。但是,在谈判的过程之中,“一揽子交易”也在一定程度上以表面上的平等掩盖了现实上的不平等,处于强势地位的国家可以利用“一揽子交易”从处于弱势地位的国家那里获取不成比例的让步,^[12]使这些国家同意原本不愿意接受的条款。

在 BBNJ 国际造法中,诸如最不发达国家(least developed countries)、小岛屿发展中国家(small island developing states)、非洲集团(African group)等相对处于弱势地位的参与方的利益诉求并没有因为“一揽子交易”的运用而得到充分保障。从“一揽子交易”所涉及的四项议题来看,上述这些处于相对弱势地位的发展中国家在代表其利益诉求的“海洋遗传资源及其惠益分享”和“能力建设与技术转让”议题上从发达国家处“换取”的让步较为有限。例如,在“海洋遗传资源的货币惠益分享”方面,绝大多数发达国家均反对分享“货币惠益”,而仅将其中的“惠益”限定为“非货币惠益”。在“能力建设与技术转让”方面,发达国家在同意进行能力建设与技术转让的同时,也限定了这种行为只能基于“自愿”而绝非强制。对此,瑙鲁代表太平洋小岛屿发展中国家(PSIDS)反对道:“确信并从经验中认识到仅靠自愿资助是远远不够的。”密克罗尼西亚联邦更是指出:“一定要有货币资助,否则什么都不会发生。”^[29]相应地,为了最低限度地维持这些议题继续处于“一揽子交易”之中或者继续推动 BBNJ 国际造法进程,处于弱势地位的发展中国家较少针对“划区管理工具”和“环境影响评价”议题提出实质性的反对。尽管从更高的层面看,在国家管辖范围外的区域设立公海保护区和实施环境影响评价旨在对全人类的环境利益进行保护,发展中国家固然也可以从其中受益,然而许多发展中国家还面临着严峻的生存与发展问题,其利用 BBNJ 提出的合理诉求也理应得到充分尊重与保障。在“划区管理工具”和“环境影响评价”议题中,有些发展中国家在一些可能对自身利益产生不利影响的内容方面并没有提出明确的反对。例如,太平洋小岛屿发展中国家明确支持划区管理工具的永久性,在 2020 年 2 月 20 日提交的逐

条评论意见中,只有菲律宾等少数发展中国家对此提出了反对,而其他大部分发展中国家则保持沉默。不论是否存在固定的审查机制,永久性的划区管理工具显然会变相缩减发展中国家将来海上活动的空间,从而在不同程度上限制发展中国家对海洋的合理利用。又如,非洲集团、太平洋小岛屿发展中国家支持战略环境影响评价^①,77 国集团基于惠益分享的考量也可能继续与欧盟捆绑在一起。^[30]但是,BBNJ 协定纳入“战略环境影响评价”无疑会使发展中国家承担不合理的环境义务,加重其负担。中国代表团曾指出对包括中国在内的大多数发展中国家来说,开展战略环境评估并非易事。^[31]由此不难看出,BBNJ 国际造法中的“一揽子交易”对于促进公平谈判所起的作用较为有限,处于相对弱势地位的广大发展中国家并没有充分借助“一揽子交易”争取到更多的正当权益。

(二) BBNJ 国际造法中“一揽子交易”的合理性局限

从国际造法合理性(rationality)的角度来看,国际造法所设定的宗旨与目标起到总括性衡量国际造法的规则、程序及安排的合理性程度的作用。就是说,若国际造法的规则、程序及安排对于实现国际造法的宗旨与目标起到消极影响,则这些规则、程序及安排本身的合理性是值得怀疑的。BBNJ 国际造法中的“一揽子交易”缺乏确定性,难以准确界定各方达成的共识范围,由此导致谈判参与方试图在“一揽子交易”所形成的妥协之上纳入新的议题时特别容易引发争议,并且各方在争议过程中往往以本国利益诉求为依归,而不考虑议题本身是否有助于促进国际造法宗旨与目标的实现。

一方面,尽管在 BBNJ 国际造法中,“一揽子交易”所达成的“一揽子事项”被联合国大会决议反复提及,但是“一揽子事项”的具体范围仍然难以进行界定。例如,海洋遗传资源的知识产权问题引发了各方的争议,有些参与方支持 BBNJ 国际协定以符合世界知识产权组织的方式处理海洋遗传资源的知识产权问题,而欧盟、日本、美国、中国和俄罗斯等参与方则认为 BBNJ 国际协定不应当对该问题进行规定^②。严格来看,“一揽子事项”中的“海洋遗传资源及其惠益分享”议题并没有明确将知识产权问题排除在外,而主张排除知识产权问题的国家则通常认

① 参见 IISD: *Earth Negotiations Bulletin (BBNJ IGC 2 Final)*, 访问网址: <https://enb.iisd.org/download/pdf/enb25195e.pdf>。

② 参见 IISD: *Earth Negotiations Bulletin (BBNJ IGC 1 Final)*, 访问网址: <https://enb.iisd.org/download/pdf/enb25179e.pdf>。

为该问题不属于“一揽子事项”的范围。又如,各方对“战略环境影响评价”是否应当纳入 BBNJ 国际协定存在争议,而背后的原因在于各方对“一揽子事项”中“环境影响评价”议题的理解存在偏差,有些参与方认为“战略环境影响评价”属于“环境影响评价”议题的一部分,因而属于联合国大会决议中所载“一揽子事项”的授权范围,而另一些参与方则认为“战略环境影响评价”与“环境影响评价”存在本质不同,“一揽子事项”中的“环境影响评价”议题不包括“战略环境影响评价”。因此,正如有的代表团在工作组会议中对“一揽子交易”提出的质疑中指出的那样:“2011 年商定的‘一揽子事项’只不过描述了拟处理的主要议题,没有具体说明新文书将涵盖哪些活动^①。”

另一方面,“一揽子交易”不仅无法对议题范围进行准确界定,还为谈判参与方通过自行解释“一揽子事项”的范围,排斥或拒绝纳入某些议题提供了借口。BBNJ 国际造法中的“一揽子交易”在提前框定谈判范围的同时,也排除了各方对于其他相关和更具有合理性议题的关注和讨论。在这个过程中,各方对于“一揽子事项”范围本身的争议往往盖过了对纳入新议题合理性的讨论。这也从整体上导致 BBNJ 国际造法固守既定的范围,不能及时回应和包容新出现的各种问题,特别是可能致使谈判偏离当初所设定的促进 BBNJ 的养护与可持续利用的宗旨与目标。从目前来看,气候变化、海洋酸化、海洋噪音、海洋塑料污染等均会对 BBNJ 产生严重的影响,但现有 BBNJ 国际造法中的“一揽子交易”并未将上述议题作为优先考虑的事项。^[32]《草案修改稿》目前仅较为笼统地从一种方法和特定目标的角度对气候变化与海洋酸化进行了规定,其第 5 条规定:“为实现本协定的宗旨,缔约国应遵循下列各项:……(h) 一种建立生态系统抵御气候变化和海洋酸化的不利影响的能力和恢复生态系统完整性的办法;……”,第 14 条规定划区管理工具包括海洋保护区的目标包括“重建和复原生物多样性和生态系统,目的包括增强其生产力和健康,建立抵御压力的能力,包括抵御与气候变化、海洋酸化和海洋污染有关的压力”。除此之外,海洋噪音与海洋塑料等其他威胁到 BBNJ 的议题则没有体现在《草案修改稿》之中。

(三) BBNJ 国际造法中“一揽子交易”的效率性局限

从国际造法效率性 (efficiency) 的角度来看,不断提高国际造法的效率始终是国际社会所追求的重要目标。一个漫长的国际造法进程,不仅难以保证相关规则的时效性和针对性,而且还会给参与国际造法的各国提供重新思考并修改自身立场的机会,加剧国际造法的复杂性。随着谈判的深入,“一揽子交易”在效率方面的局限愈发明显。在很多情况下,“一揽子交易”所促成的共识往往是一种最低限度和暂时性的共识,其无法有效应对意见分歧严重、内部利益分化巨大的情形,^[33]从而在促使各方达成更高层次的共识方面显得无能为力。

就最低限度的共识而言,“一揽子交易”难以调和谈判各方在核心利益上存在的冲突和矛盾。“一揽子交易”的本质是各国通过“议题联结”而进行“利益交换”,但是这种利益交换一定是以不损害本国的核心利益为底线的。BBNJ 国际造法中海洋遗传资源的法律属性问题因为涉及到各方的核心利益而迟迟无法达成共识:一方面,发展中国家坚持适用人类共同继承财产原则,反对发达国家垄断开发利用海洋遗传资源的技术及所获收益;而另一方面,发达国家坚持适用公海自由原则,其根本目的是排除其开发利用海洋遗传资源的障碍,利用技术优势抢占先机。双方在核心利益上存在着严重的对立冲突。在这种情况下,“一揽子交易”便难以促使各方在核心利益上达成“交易”。

就暂时性的共识而言,“一揽子交易”导致将某一特定规则纳入整个“一揽子事项”的共识可能掩盖了对该规则本身的反对,^[34]各方立场的调整不代表彻底改变或放弃原有优先诉求,而更多的是出于谈判需要暂时搁置。例如,欧盟曾经对发展中国家提出的人类共同继承财产原则建议进行淡化处理,强调确定海洋遗传资源的法律地位并不是处理惠益分享问题的先决条件^②。但是,该原则得到了广大发展中国家的坚持与强调,并被明确写入《草案修改稿》第 5 条,该条规定:“为实现本协定的宗旨,缔约国应遵循下列各项:……(c) 人类的共同继承财产原则;……”这引起了包括欧盟在内的众多发达国家的反对,欧盟在最新的文本提案中要求删除人类共

^① 参见联合国大会:Letter dated 13 February 2015 from the Co-Chairs of the Ad Hoc Open-Ended Informal Working Group to the President of the General Assembly, 访问网址:https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N15/041/82/PDF/N1504182.pdf?OpenElement。

^② 参见联合国大会:Written Submission of the EU and its Member States, 访问网址:https://www.un.org/depts/los/biodiversity/prepcom_files/rolling_comp/EU_Written_Submission_on_Marine_Genetic_Resources.pdf。

同继承财产原则^①。由此可见,当初达成的“一揽子交易”可能仅代表一种策略性妥协,各方并没有完全从实质上改变所持的立场。

在上述局限的影响之下,“一揽子交易”容易引起议题间的谈判失衡问题,进而从整体上影响谈判效率。早在第三次海洋法会议时,这种局限性已经初步显现,当时第二委员会和第三委员会的工作便曾受到第一委员会进展缓慢的限制。^[35]目前来看,这种局限性在 BBNJ 国际造法中仍然未得到妥善解决,各方在“划区管理工具”和“环境影响评价”两项议题上业已具备相当广泛的共识,但是在“海洋遗传资源”和“能力建设与技术转让”两项议题上的分歧仍然十分明显并且难以调和。若“海洋遗传资源”议题和“能力建设与技术转让”议题不能达成共识,将会直接拖累 BBNJ 国际造法的整体进程,已经具有共识基础的其他议题也会因此而搁置。

四、中国应对 BBNJ 国际造法中“一揽子交易”的建议

BBNJ 国际造法中“一揽子交易”所逐渐显现的上述局限,反映出 BBNJ 国际造法已经进入到关键阶段,各方在核心利益上的博弈已经趋于激烈。但是,这并不意味着各方会放弃“一揽子交易”,回到第一次联合国海洋法会议时期进行“分项”立法的状态。现在,对“一揽子交易”中的任何议题进行单独谈判都会更加难以达成共识,而且“分项”立法也有悖于议题之间相互关联的客观事实,从而在根本上不符合所有国家的共同利益。因此,中国代表在 BBNJ 国际协定谈判第三次政府间大会上指出:“各方应充分发挥政治和法律智慧,不断弥合分歧,平衡推进联大决议授权谈判的‘一揽子’议题”。^[36]中国在顺应当前趋势的同时,可以采取如下措施加以应对,以增强在 BBNJ 国际造法中的话语权与影响力,推动建立公平合理的国际海洋秩序。

第一,中国应当积极运用“一揽子交易”,充分发挥其作用,为自身及广大发展中国家在 BBNJ 国际造法中争取更多的正当权益。尽管目前“一揽子交易”显现出一定的局限性,但是从总体上来看,其背后所蕴含的理念在本质上契合互谅互让的国际合作原则。作为中国新时代对外关系领域的根本性指导思想,^[37]人类命运共同体理念可以借助“一揽子交易”在 BBNJ 国际造法中得到发扬。一方面,“一

揽子交易”所体现出的将各种问题进行联系而从整体上加以解决的理念,有助于促使各国在 BBNJ 国际造法的过程中意识到解决单一问题和追求单个国家利益的局限性,促进各国真正树立起命运相连的共同体意识。另一方面,“一揽子交易”使每个谈判参与方的立场都成功地转化为一种可以交易的谈判筹码,以用来换得彼此间的妥协,而这种从现实出发的“利益交换”可以更加有效地促成共识,最终实现合作共赢。因此,“一揽子交易”为中国在 BBNJ 国际造法中推动构建人类命运共同体提供了较为可行的方法。中国要善于将相关主张或利益诉求与其他议题进行联结,以此为条件积极争取其他参与方的支持或让步。例如,当前可以尝试主张将强制性的能力建设与技术转让同战略环境影响评价进行联结,以支持将强制性的能力建设与技术转让纳入战略环境影响评价为条件换取发达国家对强制性能力建设与技术转让的同意。由于这二者本身就存在一种相辅相成的关系,从而在一定程度上具备进行议题联结的正当性与合理性。通过这种方式,可以促进发展中国家与发达国家在具体议题上的合作共赢。

第二,中国应当积极采取措施防范 BBNJ 国际造法中的“一揽子交易”可能对自身权益产生的负面影响。在很多情况下,“一揽子交易”所达成的共识并不代表着所有参与方的真实意愿,因为大多数参与方在“一揽子交易”的过程中都要或多或少地接受一些自身原本不愿意接受的内容。特别是,为了尽可能地达成妥协,还会有意使用一些较为模糊的语言表述,加之“一揽子交易”又会产生禁止保留的效果,在这些因素的共同作用下,特别容易引发有关条约解释与适用的国际争端。例如,《公约》本身存在一些明显的模糊或空白之处,参与谈判的各方不愿意或没有能力处理和解决这些棘手的问题,最后成为《公约》中被故意留下的模糊空间。^[38]实践中,《公约》第 310 条有关领海无害通过权的规定,便曾经多次引起各国对于军舰是否享有此种权利的争论。这种国际争端的存在往往会使中国的权益处于不稳定的状态之下,甚至会严重损害到中国的权益。对此,中国应当格外谨慎并且尽可能地准确估计在 BBNJ 国际造法中每项议题上的得失,避免轻易接受具有模糊性的内容,或者至少在接受之前要求对方

^① 参见联合国大会:AOSIS Textual Submission On President's Revised Text 2 February 2020,访问网址:https://www.un.org/bbnj/sites/www.un.org/bbnj/files/textual_proposals_compilation_-_15_april_2020.pdf。

就相关文本内容进行可能的澄清与解释。同时,中国也应当及时发表“解释性声明或说明”,对于那些自身“不情愿”接受的条款作出符合自身利益的解释性声明,从而在后续可能引发的国际争端中提前占据道义与法理上的主动权。

第三,中国应当积极探索完善“一揽子交易”的方案,为推动BBNJ国际造法进程的发展贡献智慧。客观上来看,“一揽子交易”仅是阻碍当前BBNJ国际造法进程的部分原因,而根本原因还是在于各方在核心利益上的分歧。将BBNJ国际造法进程受到拖延的责任全部归于“一揽子交易”有失偏颇。在短时间内,各方在BBNJ国际造法中的利益分歧可能难以消弭,但是通过对“一揽子交易”进行适当的调整或灵活变通,至少可以为各方进一步的谈判磋商提供机会,帮助各方增强互信和对于BBNJ国际造法的信心。随着BBNJ受到日益严重的威胁,BBNJ国际造法越早达成共识便越有利于各方据此展开相应的行动。从推动构建人类命运共同体的高度来看,BBNJ国际造法最终关系到全人类治理海洋生物多样性的共同利益,各方应当在谈判中树立双赢、多赢、共赢的理念,不可急于求成,也不宜无限期拖延。一方面要避免因为急于求成而忽视甚至牺牲广大发展中国家的正当利益诉求,另一方面也要循序渐进地扎实推进合作,防止BBNJ国际造法受到过分拖延后,陷入失败难产的境地。在严格坚持利益平衡的前提下,各方可以在协商一致的基础上,对“一揽子交易”中分歧严重的议题暂时作出一些原则性的规定,要求各方在BBNJ国际协定通过后的一定时限内通过适当的机制,如授权全体缔约方会议等机构再次进行磋商补充。这或许是一种防止BBNJ国际协定被“一揽子交易”所长期、整体搁置

的折中务实的方案。实际上,BBNJ国际造法中已经出现了类似的提议,例如,有代表团表示支持纳入“授权条款”,BBNJ国际协定生效后由科学技术机构或缔约方大会进一步明确战略环评内涵,并制定规定细则^①。最后,值得注意的是,不仅要警惕少数国家通过这种方式变相突破“一揽子交易”整体均衡推进各项议题的要求,也要确保被授权的机构在成员构成上具有充分的代表性、透明度和体现民主原则,防止被少数国家所操纵。只有将整体上平衡兼顾各方利益诉求和适当原则化处理分歧相结合,才能够既维持BBNJ国际协定作为“一揽子交易”的完整性,又能够促进各方对已经达成共识的内容采取实际行动,稳步推进对BBNJ的养护与可持续利用。

五、结语

BBNJ国际造法中的“一揽子交易”经历了从谈判方法到整体性程序安排的转变。在成为整体性程序安排之后,一方面,各方必须在“一揽子交易”所设定的议题范围内进行谈判磋商,在不断的“讨价还价”中寻求并达成一种政治与法律上的微妙平衡。另一方面,BBNJ国际协定的属性将被打上“一揽子协定”的深刻烙印,获得在完整性、统一性、稳定性和普遍性方面的提升。“一揽子交易”实际上具有强大的制度价值与生命力,其国际造法中发挥着广泛的作用,不仅能够促成各方达成共识,还能够深层次地塑造国际造法的结果。中国的主张或利益诉求在通过“一揽子交易”成功融入国际造法后,能够获得来自国际法规范层面较为持久而稳定的保障。中国应当重视对“一揽子交易”的运用,不断提高运用“一揽子交易”的能力与水平。

参考文献:

- [1] GRANT J P, BAKER J C. Encyclopaedic dictionary of international law [M]. 3rd ed. New York: Oxford University Press, 2009:452.
- [2] 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,2012,4(2):127.
- [3] RICARD P. Marine biodiversity beyond national jurisdiction: the launch of an intergovernmental conference for the adoption of a legally binding instrument under the UNCLOS [J]. Maritime Safety and Security Law Journal, 2018, 19(4): 87.
- [4] IISD. Earth negotiations bulletin (MBWG 4 final) [EB/OL]. (2011-06-06) [2021-06-01]. <https://enb.iisd.org/download/pdf/enb2570e.pdf>.
- [5] 李洁, 张湘兰. 国家管辖外海域生物多样性保护国际法规范的完善[J]. 中国海商法研究, 2016, 27(2): 28.
- [6] 迈伦·H·诺德奎斯特. 1982年《联合国海洋法公约》评注(第一卷) [M]. 吕文正, 毛斌, 唐勇, 译. 北京: 海洋出版社, 2019.
- [7] TOLLISON R D, WILLETT T D. An economic theory of mutually advantageous issue linkages in international negotiations [J]. Inter-

^① 参见 IISD: *Earth Negotiations Bulletin (BBNJ IGC-3 FINAL)*, 访问网址: <https://enb.iisd.org/download/pdf/enb25218e.pdf>.

- national Organization, 1979, 33(4): 425-449.
- [8] 王中美. 论 WTO“单一承诺”之变革[J]. 国际论坛, 2012, 14(1): 62.
- [9] 徐崇利. 经济全球化与国际经济条约谈判方式的创新[J]. 比较法研究, 2001, 4(3): 67.
- [10] BEESLEY A. The negotiating strategy of UNCLOS III: developing and developed countries as partners—a pattern for future multi-lateral international conferences? [J]. Law and Contemporary Problems, 1983, 46(2): 183-194.
- [11] WRIGHT G, ROCHETTE J, GJERDE K, SEEGER I. The long and winding road: negotiating a treaty for the conservation and sustainable use of marine biodiversity in areas beyond national jurisdiction [EB/OL]. [2021-06-01]. <https://www.iddri.org/sites/default/files/PDF/Publications/Catalogue%20Iddri/Etude/20180830-The%20long%20and%20winding%20road.pdf>.
- [12] 徐泉. WTO“一揽子承诺”法律问题阐微[J]. 法律科学(西北政法大学学报), 2015, 33(1): 149.
- [13] BYERS M. Still agreeing to disagree: international security and constructive ambiguity[J]. Journal on the Use of Force and International Law, 2021, 8(1): 93.
- [14] AUST A. Modern treaty law and practice[M]. 3rd ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2013: 120.
- [15] 安托尼·奥斯特. 现代条约法与实践[M]. 江国青, 译. 北京: 中国人民大学出版社, 2005: 118.
- [16] 松井芳郎, 佐分晴夫, 坂本茂树, 等. 国际法[M]. 4版. 辛崇阳, 译. 北京: 中国政法大学出版社, 2004: 34.
- [17] 詹宁斯, 瓦茨. 奥本海国际法(第一卷第二分册)[M]. 王铁崖, 等译. 北京: 中国大百科全书出版社, 1998.
- [18] NELSON L D M. Declarations, statements and ‘disguised reservations’ with respect to the *Convention on the Law of the Sea* [J]. American Journal of International Law, 2001, 50(4): 767.
- [19] LEE L T. The law of the sea convention and third states[J]. American Journal of International Law, 1983, 77(3): 548.
- [20] 李浩培. 条约法概论[M]. 2版. 北京: 法律出版社, 2003: 366.
- [21] MCNAIR A D. The law of treaties[M]. Oxford: Oxford University Press, 1961: 534.
- [22] FREESTONE D, ELFERINK A G O. Flexibility and innovation in the law of the sea—will the *LOS Convention* amendment procedures ever be used? [M]//ELFERINK A G O. Stability and Change in the Law of the Sea: The Role of the *LOS Convention*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2005: 218.
- [23] 蔡从燕. 国际法的普遍性: 过去、现在与未来[J]. 现代法学, 2021, 43(1): 92.
- [24] 安东尼奥·卡塞斯. 国际法[M]. 蔡从燕, 等译. 北京: 法律出版社, 2009: 208.
- [25] MANDSAGER D. The U. S. freedom of navigation program: policy, procedure, and future[J]. International Law Studies Series, 1998, 72: 18.
- [26] BOYLE A, CHINKIN C. The making of international law[M]. New York: Oxford University Press, 2007: 24.
- [27] FRANCK T M. Legitimacy in the international system[J]. American Journal of International Law, 1988, 82(4): 705-706.
- [28] PETERSMANN E U. The GATT/WTO dispute settlement system: international law, international organizations and dispute settlement[M]. London: Kluwer Law International, 1997: 54.
- [29] TILLER R, SANTO E D, MENDENHALL E, NYMAN E. The once and future treaty: towards a new regime for biodiversity in areas beyond national jurisdiction[J]. Marine Policy, 2019, 99: 240.
- [30] 施余兵, 陈帅. 论战略环境评估在 BBNJ 国际协定中的适用性[J]. 中华海洋法学评论, 2020, 16(4): 8.
- [31] 郑苗壮. BBNJ 国际协定谈判中国代表团发言汇编[M]. 北京: 中国社会科学出版社, 2019: 56.
- [32] TILLER R, NYMAN E. Ocean plastics and the BBNJ treaty—is plastic frightening enough to insert itself into the BBNJ treaty, or do we need to wait for a treaty of its own? [J]. Journal of Environmental Studies and Sciences, 2018, 8(4): 412.
- [33] 盛建明, 钟楹. 关于 WTO“协商一致”与“一揽子协定”决策原则的实证分析及其改革路径研究[J]. 河北法学, 2015, 33(8): 54.
- [34] HARRIS D J. Cases and materials on international law[M]. 3rd ed. London: Sweet & Maxwell, 1983: 286.
- [35] TANAKA Y. The international law of the sea[M]. 3rd ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2019: 35.
- [36] 中国代表在国家管辖范围以外区域海洋生物多样性国际协定谈判第三次政府间大会上的一般性发言[M]//中国国际法学会. 中国国际法年刊. 北京: 法律出版社, 2019: 562.
- [37] 张辉. 人类命运共同体: 国际法社会基础理论的当代发展[J]. 中国社会科学, 2018(5): 44.
- [38] SCOVAZZI T. 《联合国海洋法公约》框架内、外(在某些情况下)国际海洋法的新进展[J]. 中华海洋法学评论, 2020, 16(3): 13.

李志文,柴芳玲.《民法典》下合同对第三人效力规则在船舶优先权制度中的优化适用[J].中国海商法研究,2022,33(1):60-67

《民法典》下合同对第三人效力规则在船舶优先权制度中的优化适用

李志文,柴芳玲

(大连海事大学 法学院,辽宁 大连 116026)

摘要:船舶优先权作为《海商法》特有的一种担保物权类型,其转让与代位规则的行使存在着理论争议。《民法典》下合同对第三人效力规则的完善,尤其是第三人代为清偿法律地位的明确,为船舶优先权的行使开拓了新路径,松动了某些特定的船舶优先权绝对禁止转让模式。然而,当前第三人代为清偿规则在船舶优先权制度中的相关规则运用及法律适用还存在不协调之处,人身属性海事请求权的转让与代位直接牵动着船舶优先权的行使。鉴于此,有必要从规则识别转向制度关联,在遵循《民法典》基本价值理念的同时,注重《海商法》规则的内生动力,从制度、理论及实践层面协调《民法典》和《海商法》之间的适用冲突,以在制度框架内实现二者的优化适用。

关键词:第三人代为清偿;船舶优先权转让与代位;规则适用

中图分类号:D923.6 **文献标志码:**A **文章编号:**2096-028X(2022)01-0060-08

Optimal application of the rules of effectiveness of contracts to the third party under the *Civil Code* in the maritime lien system

LI Zhi-wen, CHAI Fang-ling

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

Abstract: Maritime liens, as a unique type of security property rights in the *Chinese Maritime Code*, have persistent theoretical disputes over the exercise of the rules on its transfer and subrogation. The improvement of the rules of the effectiveness of contracts to the third party in the *Civil Code*, especially the clarification of the legal status of the third party paying off on behalf of others, opened up a new path for the exercise of maritime liens and loosened the absolute prohibition of the transfer of some specific maritime liens. However, there are still inconsistencies when the rules of the third party paying off on behalf of others are applied in the system of maritime liens, and the transfer and subrogation of personal maritime claims directly affect the exercise of maritime liens. In view of this, it is necessary to shift from rule identification to system association, while following the basic values of the *Civil Code*, pay attention to the endogenous power of the *Chinese Maritime Code*, and coordinate the application conflicts between the *Civil Code* and the *Chinese Maritime Code* from the institutional, theoretical, and practical levels in order to realize the optimal application of the two within the institutional framework.

Key words: the third party paying off on behalf of others; transfer and subrogation of maritime liens; application of rules

一、问题的提出

船舶优先权在中国立法和理论上被定位为船舶担保物权,它附属于《中华人民共和国海商法》(简

称《海商法》)所规定的特定海事请求权。船舶优先权所担保的五类海事请求都具有或部分具有财产属性,属于债权请求权范畴。在发生第三人垫付船舶优先权担保的海事请求相关费用的情况下,第三人

收稿日期:2021-05-30

基金项目:辽宁省“兴辽英才”哲学社会科学领军人才项目“构建海洋命运共同体的法律制度和机制研究”(XLYC1804006)

作者简介:李志文(1963—),女,辽宁朝阳人,大连海事大学法学院教授、博士生导师,E-mail:liw_dmu@sina.com;柴芳玲(1993—),女,陕西汉中,大连海事大学法学院研究生,E-mail:1150386322@qq.com。

因此介入海事请求权人与债务人(包括船舶所有人、光船承租人、船舶经营人)之间的海事债权债务关系,由此涉及合同对第三人的效力问题。《中华人民共和国民法典》(简称《民法典》)出台之前,理论界曾将原《中华人民共和国合同法》第64条、第65条视为合同对第三人效力规则的原型,并就合同对第三人的效力问题形成了利他契约说、交付说、利益第三人合同说等诸多学说,其中最鲜明的争议在于第三人代为清偿能否成为合同对第三人效力规则的应然范畴^①。而《民法典》赋予了第三人代为清偿以正式法律地位,并在第524条^②规定了具体行使规则和法律效果,回应了学理上的这一分歧,并为该规则在《海商法》船舶优先权制度中的适用提供了思路。鉴于第三人代为清偿规则与船舶优先权制度在体系上存在着一般与特殊规则的适用差别,故而需要准确厘清两种规则之间适用的衔接关系及在衔接适用过程中出现的问题,并有针对性地寻求优化途径予以协调。

二、合同对第三人效力规则在船舶优先权制度中适用的规范关联

合同对第三人效力规则属于《民法典》合同编的调整范畴,而船舶优先权则专属于《海商法》船舶物权的规范范畴,二者看似呈现物债两种不同的状态,实则既有联系又有区别。

(一) 债权外部化之合同对第三人效力

《民法典》下合同对第三人效力规则主要集中于对第三人履行的合同、由第三人履行的合同和第三人代为清偿,而在对第三人履行的合同与由第三人履行的合同中,第三人的权利义务并未受到实质影响,债权人与债务人之间的合同效力不及于外部第三人。相反,《民法典》第524条所规定的第三人代为清偿规则存在行为和结果上的债权外部化效力,债权人与债务人之间的债权债务关系对第三人产生了法律约束力。从行为效力角度来看,第三人代债务人向债权人履行债务的行为是基于债务人与第三人之间存在的合法利益关系,或因第三人自愿清偿^③,^[2]或因债务加入或其他合法事由,此时第三

人的权利义务与合同履行利益之间产生了实质关联性,第三人对自己的履行瑕疵需承担相应的合同责任。从法律效果来看,第三人代为履行债务后产生的是外部债权让与的法律效果,即第三人代替原债权人的地位而成为新的债权人,原债权债务关系开始对新债权人产生合同约束效力。因此,债权外部化特征贯穿于第三人代为清偿规则行使的整个过程,对第三人权利义务产生实质性影响,这也成为它区别于向第三人履行的合同、由第三人履行的合同之所在。

(二) 物权债权化之船舶优先权

物权债权化是指某些物权本身的特征有所弱化,转而呈现出债权的属性,常见的物权债权化包括登记对抗主义下未登记的物权、具有债权属性的担保物权等。^[3]《海商法》第22条规定的船舶优先权是一种发挥担保功能的优先受偿权,从体系上看,其与船舶所有权、船舶抵押权共处一章,共同形成特殊动产船舶的物权体系,因此船舶优先权的上位概念仍是物权。但不可否认的是,船舶优先权不可离开海事请求权而单独存在,其为船舶优先权人与债务人之间债的担保,因此,船舶优先权本身的物权属性有所弱化。船舶优先权所担保的五类海事请求中,工资、劳动报酬等给付请求及人身伤亡赔偿请求本身带有一定的人身属性,但对该类海事请求的救济措施都指向了债权请求权。除此之外的其他三类(包括港口规费、海难救助款项及侵权财产损害赔偿)均属于财产性的债权请求权,自不待言。通过分析不难发现,附随于海事请求而存在的船舶优先权具有物权债权化的共通之处。

(三) 第三人代为清偿规则与船舶优先权的内在同一与外在差异

第三人代为清偿与船舶优先权虽属不同领域的制度,但因《民法典》与《海商法》之间的关系而使二者在具体运用中产生了联系,这一关联性主要体现在功能、目的和行使规则具有同一性。

第一,二者功能相同。第三人代为清偿看似属于债务履行的分支,实则发挥着担保功能,第三人本

① 第三人代为清偿,又称之为第三人代为履行或第三人清偿,在《民法典》赋予第三人代为清偿以法律地位之前,该规则在立法上长期处于分散状态,缺乏统一的规范体系,并常常与由第三人履行的合同规则产生适用上的混淆,二者的不明界限导致该规则始终处于模糊地带。

② 《民法典》第524条规定:“债务人不履行债务,第三人对履行该债务具有合法利益的,第三人有权向债权人代为履行;但是,根据债务性质、按照当事人约定或者依照法律规定只能由债务人履行的除外。债权人接受第三人履行后,其对债务人的债权转让给第三人,但是债务人和第三人另有约定的除外。”

③ 民法学界对第三人自愿清偿行为的性质认定存在不同的见解,或认为是赠与行为,或认为是无因管理。依笔者来看,认定第三人自愿清偿性质的关键在于把握合法利益的范畴界定,即在债务人与第三人之间存在着法律规定、当事人约定或此外其他合法的代为清偿利益关系,至此赠与行为与无因管理行为的区分对于第三人自愿清偿规则的行使没有实质影响。

不属于合同之债的当事人,但当其代替债务人向债权人履行债务后,便具有了向债务人追偿的权利。海事请求权与船舶优先权为主从关系,船舶优先权的从属性及优先受偿性决定了其所发挥的是担保物权的功能。

第二,二者目的相同。第三人代为清偿是基于债务人与第三人之间的合法利益关系,由第三人履行债务,以保障债权人债权的如期实现;船舶优先权的目的是在债务人未按照约定或法律规定履行债务时,凭借该担保性权利实现特定海事请求权。因此,二者的目的均为保障债权的实现。

第三,二者行使规则相同。第三人代为清偿债务会发生债权让与的法律效果,受让债权的第三人享有代位权。同样,第三人代为垫付由船舶优先权担保的特定海事请求相关费用后,即发生海事请求权转移的效果,作为从权利的船舶优先权也随之转移,受让海事债权及船舶优先权的第三人即可依此向债务人行使代位权。

当然,第三人代为清偿与船舶优先权制度之间也存在着差别,如在行为主体上,第三人代为清偿的主体为合同以外的第三人,船舶优先权的行使主体包括海事请求权人;在权利属性上,第三人代为清偿属于债权范畴,而船舶优先权本身属于担保物权范畴,但在其发挥担保功能时,也显示出一定的物权债权化特征等。可见,二者之间的差异仅为形式意义上的区分,不足以影响第三人代为清偿规则与船舶优先权制度的内在联系。

三、第三人代为清偿规则与船舶优先权制度之间适用的衔接关系

《民法典》对第三人代为清偿规则的确认,为《海商法》船舶优先权的行使奠定了理论根基,二者从清偿债务行为到债权转让及代位规则的衔接与融合,破除了担保人身属性债权的船舶优先权绝对禁止转让的限制。

(一) 识别依据:船舶优先权制度中第三人垫付费用的行为属于第三人代为清偿

第三人垫付费用的情形不仅存在于民事领域,在航运领域中也较为常见。在《海商法》第22条所设定的五类海事请求中,海事请求权人主张由债务人或侵权人履行债务或者承担责任而未能取得预期的效果,此时第三人的介入恰巧能够打破僵局。由此,需要对该第三人垫付费用的行为性质加以准确认定,并适用相应的法律规则予以规制。

中国海事理论界对于第三人垫付费用的行为的性

质认定莫衷一是,存在着债权转让、债务承担、债的概括承受等不同观点。^[4]⁴⁶ 笔者认为,在识别第三人垫付费用的行为性质时,不应仅以行为本身作为单一判断标准,还应该从第三人与原债权债务之间的关系以及原债权债务对第三人的效力角度出发,寻求第三人垫付费用的合法依据。而《民法典》所确认的第三人代为清偿能够在前提基础、规则效力上与第三人垫付费用的行为保持高度一致性,第三人垫付费用的行为由此成为第三人代为清偿在海事领域的具体应用。

第一,合法利益关系是第三人垫付费用的成因。第三人代替债务人清偿债务往往是出于对二者之间存在的某种合法原因的考量,以使债务人摆脱债务缠身的困扰。而海事领域中第三人代为垫付费用时也存在着此种考虑,无论基于何种原因,允许第三人垫付费用的实质性前提是第三人与海事债务人之间存在合法的利益关系,第三人对债务的履行,也是为了促使其与债务人另一关联的债权债务关系的履行,从而为了避免共同利益受损而为之垫付行为。例如在航运实践中经常会遇到船方因经营不景气无力向船员支付工资,而由承租人代替船方向船员支付工资的情形。^[5] 据此,第三人垫付费用的行为涉及船舶优先权权益转让时,第三人与海事债务人之间利益关系的合法与否成为影响海事债权人权益实现的核心因素。

第二,原海事请求权的基础关系对垫付费用的第三人产生法律约束力。此处所指的海事请求权基础关系是指在船舶优先权担保之下存在于海事请求人与债务人或侵权人之间的违约或侵权法律关系,这是海事请求权发生的基础原因。基于合同相对性原理及侵权责任规则的限制,原海事请求权基础关系原则上对第三人不产生法律约束力,但是在第三人的权利义务受该请求权基础关系影响时,可对其产生相应的约束力。同样,第三人本不是《海商法》第22条所确定的海事请求的直接当事人,其代替海事债务人或侵权人偿还债务或支付赔偿的行为也非加入债务人的行列,而是作为债权债务关系以外的第三人承担债务的履行。第三人代为清偿债务的行为直接影响债权的实现,此时原债权债务关系当然对其产生约束力,这也是第三人代为清偿原有样态在海事请求中的具体展现。

(二) 规则承接:船舶优先权的转让依附于第三人代为清偿

按照不同的划分标准,船舶优先权担保的海事

请求权分为合同之债与侵权之债、具有财产属性之债与具有人身属性之债。根据《民法典》物权编及《海商法》第21条的规定,担保物权所担保的是主债权债务关系,这里的债权债务能否包含具有人身属性之债在内,还有待商榷。但是,按照《海商法》第22条所确定的标准,船舶优先权担保的五类特定之债并未作前述债权性质上的具体区分,由此,在第三人代为垫付费用之后,船舶优先权的转让也应遵循主债权的可流通性,同时需要明确的是此种债的转让是海事请求权的转让而非债务承担。

第一,第三人代为清偿债务后发生债权让与后果。债权让与是在不改变债的内容的前提下,债权人将其债权转移给第三人享有的一种债的变更类型。第三人代为清偿的后果可以从债权让与的定义中抽练出两方面的内涵。其一,第三人代为清偿因债权让与而实现了原债权人的债权。债权让与仅改变债的主体,因此海事请求权人受领第三人的清偿仅实现的是自己在海事债权债务中所应取得的债权。反之,若以第三人清偿债务为由直接确定原债权债务关系消灭,无疑是容忍债务人不履行债务的行为,容易滋生不诚信行为,同时第三人的权益保护也会陷入困境。其二,第三人因受让海事请求权而取代了原债权人的地位。原海事请求人的债权实现后,清偿债务的第三人即可依照《民法典》第524条第2款之规定受让原海事请求权,包括权利之上存在的瑕疵、从权利等,自此第三人当然取代了原海事请求人的地位,并成为新的债权人。可见,第三人代为清偿船舶优先权所担保的海事请求吸收了《民法典》第524条第2款关于债权让与的特定规则,同时在让与目的上更加突出海事权益保护的特色。

第二,船舶优先权随债权的转让而发生相应的转移效果。担保财产属性债权的船舶优先权具有当然的流通性,而担保人身属性债权的船舶优先权因受到主海事债权请求权性质的影响,在理论规则运用上屡受重创,由此担保人身属性债权的船舶优先权能否转让成为理论争议的焦点所在,并经历了三个不同的发展阶段:第一阶段的“垫付费用与优先权

分离说”^①认为垫付费用并不能发生船舶优先权的转让,^[6]这看似为海事请求权人的利益实现确立了双重保障,但对第三人而言,却缺乏了垫付费用的动力,实际上并不利于对海事债权人的保护。第二阶段的“有偿转让说”^②将船舶优先权担保的具有人身属性的债权转让作为特殊情形予以认定,代垫费用的第三人只有附加有偿条件才能受让海事请求权。^{[4][7]}如此一来,原债权人的债权即会出现二次受偿问题,增加了第三人的负担,对第三人极度不公平。第三阶段的“新债权债务产生说”^③另辟蹊径,^[7]巧妙地化解了具有人身属性债权在《民法典》与《海商法》之间的适用冲突,但也直接回避了这一难题的解决,对第三人利益的保护略显薄弱。

由此可以看出,学界多将船舶优先权的转让放在某个单独的规则中予以分析,忽略了债权转让一般规则与船舶优先权转让目的的联系及海事审判实践对船舶优先权转让理论的导向作用。如“海隆公司诉荣耀公司船舶优先权纠纷案”“利比里亚籍‘奥维乐蒙’轮船员劳务合同纠纷系列案”“梁某某等诉钻石国际邮轮公司船员劳务合同纠纷系列案”等典型案例中^④,裁判结果均认可垫付费用的第三人可以基于债权转让就债务人的船舶享有船舶优先权。此外,《最高人民法院关于审理涉船员纠纷案件若干问题的规定》(简称《涉船员纠纷案件若干规定》)第9条专门规定了船员工资、劳动报酬等人身债权的可转让规则。出于司法解释及海事审判实践的回应,人身伤亡赔偿的海事请求权转让也应当与工资、劳动报酬等人身债权及其他三类财产债权的转让保持规则适用上的一致性。

(三)效果转换:第三人行使代位的效力及于船舶优先权

在船舶优先权发挥担保物权功能的情况下,因主海事请求权的转让,从权利也附带转让,故而垫付费用的第三人取得代位是船舶优先权转让的应然结果。

第一,第三人垫付费用后取得的是债权代位。

① “垫付费用与船舶优先权分离说”认为,享有优先权的仅是海事请求权人,第三人先行垫付船员工资、劳动报酬等费用,不发生权利转移的法律效果。

② “有偿转让说”认为,海事请求权人与第三人之间约定的等额有偿转让担保具有人身属性债权的船舶优先权协议有效。

③ “新债权债务产生说”指出,第三人代为垫付人身属性的船员工资后发生原债权实现的法律效果,船舶优先权随原海事债权的消灭而消灭,此时第三人取得一个新的债权债务关系。

④ 三个案例均来源于2020年最高人民法院发布的关于船员权益保护的典型案例。此外,与此裁判理由及结果一致的案例还包括“莆田市海通劳务派遣有限公司诉被告石狮市祥达船务有限公司船员劳务派遣合同纠纷案”“远东国际租赁有限公司诉东营盈瑞海运有限公司船员劳务合同纠纷案”,具体案情分别参见厦门海事法院(2015)厦海法商初字第762号民事判决书、上海海事法院(2016)沪72民初841号民事判决书。

债权代位的行使规则有别于求偿权:在权利性质上,债权代位是在债权转移的情况下,第三人承受原海事债权的效果,而求偿权是基于原债权的实现而产生的存在于第三人与债务人之间的新债权;在法律效果上,第三人垫付费用后代位行使的船舶优先权因海事请求权的转让而一并转让,此时当事人之间存在主债和担保双重法律关系,而求偿权则通常只存在于主债权债务关系之中,无担保可言。《海商法》中第三人垫付费用后取得的应该是债权代位权,而非求偿权,此时债权代位权是基于第三人垫付费用的清偿行为而发生。在比较法上,就清偿有正当利益者,因其清偿而当然代位债权人的债权,此为法定清偿代位^①;对债的履行有利害关系之第三人代为清偿者,在其清偿之限度内承受债权人的权利,但不得有害于债权人利益,此为约定清偿代位^②。《民法典》第524条将第三人代为清偿的情形规定为法定清偿代位,并将第三人对债务履行具有合法利益和债权让与作为衡量法定清偿代位的条件。《海商法》中为海事请求权人垫付费用的第三人代位行使原海事请求权人的权利,属于行使代位权的情形。虽然《海商法》未对清偿之后的代位问题加以明确,但是从《民法典》第524条的一般规定中可以解释出,海事债权人与垫付费用第三人之间债权让与关系发生之时,也伴随着代位的发生,债权让与的效力经向债务人通知而发生约束债务人的效果。

第二,船舶优先权的代位是海事请求权效力扩张的结果。按照日本学者的观点,债权人代位权是债权效力之一种,以债权存在为前提,^[8]此种解释不无道理。无论是清偿代位还是债权人代位权,均突破了合同的相对性,将债权的效力扩大及于第三人。而在存在债权担保时,基于主债权与从权利之间的依附关系,第三人行使从权利是主债权效力扩大的表现。英国和美国的判例都承认船舶优先权的代位,但是在英国,第三人自愿垫付款项后就船舶优先权的享有存在着限制,即垫付行为须获得法院的认可。^[9]《涉船员纠纷案件若干规定》规定了垫付船员工资、劳动报酬等费用的第三人可以请求确认受让的海事请求权或行使船舶优先权,此种确认和行使的合法依据来自于海事请求权或船舶优先权背后所隐藏的清償代位。当垫付费用的第三人以受让债权为由向债务人主张债的履行时,海事债权的效力直接扩及船舶优先权的代位范畴之列,即垫付费用的

第三人代位行使主债权时,也伴以船舶优先权的随之代位。在海事债权难以实现时,第三人可因代位取得船舶优先权而优先受偿,由此提高第三人垫付相关海事费用的积极性。

四、第三人代为清偿与船舶优先权制度之间的规则适用之冲突

船舶优先权是《海商法》专有规则,因船员工资、劳动报酬等债权,人身损害赔偿及港口规费海事请求权在性质上不同于海难救助及财产损害赔偿请求权,故而出现第三人垫付费用情形时,此三类海事债权与民事规则衔接过程中难免出现不协调之处。

(一)第三人代为清偿后与其代位行使船舶优先权的范围上存在着不协调之处

垫付相关海事费用的第三人代位行使船舶优先权的范围应当以其实际垫付的数额为准,在此范围内才具有合理性。由于《民法典》第524条对此并没有作出明确规定,造成实务中有的第三人以要求海事请求权人放弃一定范围的海事请求为前提进行垫付和代为清偿,其后通过债权和船舶优先权的转让和代位,主张全部海事债权。而在船员外派中也存在着不规范的认知和操作。通常船员劳务外派的情形下,由船员雇佣单位向船员外派机构支付佣金和船员工资,再由外派机构将工资支付给船员。^[10]但某些外派公司在先行支付船员工资后,采取鱼目混珠的手段,将自身应得的佣金混同于船员工资,以一揽子请求的方式主张船舶优先权,从而谋取法定权利之外的特殊利益。^[11]由于《海商法》未对该类行为予以明确的效力规则,在实践中存在着海事法院默许船员外派企业请求工资支付及行使船舶优先权的情形,导致第三人将不属于船舶优先权担保的普通债权纳入了船舶优先权的适用范围,并通过代位行使船舶优先权而优先实现了债权,这在一定程度上损害了其他船舶优先权人的利益。可见,第三人代为清偿后,对代位行使债权及船舶优先权范围的模糊认识助长了第三人对船舶优先权的肆意使用,也为其在法律灰色地带寻求了可乘之机。

(二)人身债权转让规则发生适用上的冲突

对于船舶优先权担保的具有人身属性的海事债权能否转让,此前海商法学界多依据原《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(一)》第12条,直接否定了人身损害赔偿、工

① 参见《日本民法典》第500条、《法国民法典》第1251条、《瑞士债法典》第110条、《意大利民法典》第1203条等。

② 参见《日本民法典》第499条、《法国民法典》第1250条、《意大利民法典》第1201条等。

资、劳动报酬等债权的可转让性。而《民法典》对可转让债权的范畴作了概括性规定,既未明确列举也未完全限定,由此工资、劳动报酬等费用及人身损害赔偿的海事请求能否转让无法找到直接对应的法律条文。在长期的交易活动中,人们默认了此等海事请求权的人身属性,依据不可转让的债权性质予以处理。然而在一些第三人代为清偿相关费用的情况下,船舶优先权的转让和代位日趋缓和,不再绝对地被否认。这种认识和处理的方式,除考虑海事请求权本身的性质外,还侧重利用船舶优先权平衡海事请求权人、债务人及第三人之间的利益关系。但这同时也带来了对同一性质的债权转让采取不同处理方式的问题,导致了债权转让规则适用上的混乱。

(三)港口规费海事请求及附随的船舶优先权代位规则尚不明晰

关于港口规费请求之下的船舶优先权代位困境集中在其行政行为的属性上,理论上认为港口规费的收取主体为行政机关,即使第三人垫付缴纳费用也不能代位行使行政机关的职权。《海商法》就代位问题只字未提,对此完全遵循《民法典》中的代位权规则予以处理恐有不妥。如果第三人垫付费后无法就清偿的债权予以追偿,也无法获得船舶优先权的担保,那么第三人规则的运用效果会大打折扣,不仅会影响第三人积极性,而且也会使海事请求权人再次陷入债权无法实现的困境。在司法案件审判过程中对此也出现了不同的声音,如“江门市中新拆船钢铁有限公司诉庆达海运有限公司海事债权确权纠纷案”^①与“华亚海运公司与五星福建船务有限公司船舶租用合同纠纷案”^②针对垫付费用的第三人代位行使港口规费的船舶优先权问题作出了截然相反的认定。由此可见,港口规费所附带的船舶优先权究竟能否代位行使的问题暂时只停留在理论和实践层面进行探讨,无法寻求到直接相关的法律依据。

五、第三人代为清偿对船舶优先权制度优化适用的协调进路

第三人代为清偿与船舶优先权在债的转让及代位规则上有其融合之处,但是在规则衔接运用的过程中也出现不同程度的困境,因此应当在正确处理好《民法典》与《海商法》关系的基础上,作好具体规则之间的协调,尤其是关于垫付费用第三人在船舶优先权的转让与代位问题上的优化配置。

(一)制度层面:以《海商法》规则为核心,以相关司法解释及《民法典》规则为补充

《海商法》自1993年实施至今未曾修改,不可否认的是其中诸多规则已然无法解决理论层面的争议及司法实践中遇到的难题,故而转向适用《民法典》中的具体规定,但海商法领域的特殊性,又反衬出《民法典》中某些规定无法全盘适用的问题。因此需要正确认识二者之间的关系,并以相应的司法解释作为具体规则的补充加以适用。

1.厘清《民法典》与《海商法》之间的关系

《海商法》的修改工作已经列入《十三届全国人大常委会立法规划》之中,在《关于〈中华人民共和国海商法(草案)〉的说明》中也明确指出该法属于特别的民事法律。^[12]因而,现行《民法典》与《海商法》属于一般法与特别法的关系,二者在体系地位与价值理念上具有共通性。^[13]但是这种认识仅是站在整体层面的概括认定,细化到具体规则适用中可以发现,诸如船舶优先权的转让与代位若全然适用《民法典》中的一般规则,会与自愿、公平理念相悖。因此,理应保持《海商法》规则的特殊之处。

处理船舶优先权这类特殊问题时,应当加强价值理念与具体规范的双重协调。其一,在价值理念上,与《民法典》基本价值理念保持一致,但是在此之外还应允许《海商法》扩充利益保护的范围,例如对垫付费用的第三人及其他相关人的利益均应加以考虑。其二,在具体规范上,应当先适用《海商法》及相关司法解释的规范,无法律规定时,还应当考虑适当参照海事惯例,而后再适用《民法典》中的一般规定。2018年11月《中华人民共和国海商法(修订征求意见稿)》(简称《海商法(修订征求意见稿)》)第2.19条、第2.23条对船舶优先权原有的制度设计作了些许调整,涉及了船舶优先权的转让和代位问题,如将第27条所规定的海事请求权“转移”修改为“发生转让或代位”,明确了船舶优先权的适用范围,增加了船舶优先权的行使方式,这意味着船舶优先权的转让及代位规则应当优先遵循《海商法》的特别规定,对于不明确之处可以结合《民法典》中的一般规定予以解决。

2.以司法解释的方式填补船舶优先权转让与代位规则空缺

船舶优先权虽作为海商法中的船舶物权制度,

① 参见广东省高级人民法院(2015)粤高法民四申字第64号民事裁定书。

② 参见北海海事法院(2017)桂72民初347号民事判决书。

但却被视为《民法典》物权制度中的另类。因《海商法》的模糊规定招致了船舶优先权性质认定之争,还引发了转让与代位不确定的连贯效应。即便《海商法(修订征求意见稿)》承认了船舶优先权的转让与代位,但未对其具体规则予以明确界定,由此人身属性海事请求之下船舶优先权的转让与代位又再次陷入《民法典》一般规则的迷局之中,为此实有必要为船舶优先权的适用建立一套完整的规则体系。鉴于《海商法》的修订需协调《民法典》及相关法的体系模式,保持二者之间的互塑性^①,^[14]避免条文及具体规定之间的重复,因此,关于船舶优先权的细化规则可以以司法解释的方式加以补充。《涉船员纠纷案件若干规定》已对第三人垫付船员工资、劳动报酬等费用后船舶优先权的转让与代位问题进行了相应规定,后续应当重点结合船舶优先权的设立目的及基本规则,对人身损害赔偿、港口规费等海事请求及船舶优先权的转让和代位担保内容加以明确,尤其要将该规则与《民法典》债权人代位权相区别,以避免其与债权人代位权之间的混用,引发不必要的法律适用纠纷。

(二) 理论层面:以可转让与代位为原则,不可转让与代位为例外

《民法典》在确定债权让与及代位规则时设定了一般与特殊规定,即债权可以转让或代位,但存在除外情形。而在《海商法》中从未出现类似的规定,这也就意味着海商规则中可以在条文基础之上采用意思自治的方式确立同等规则,以实现《海商法》与《民法典》在船舶优先权适用上的协调。

1. 回归《海商法》第27条寻找船舶优先权的转让依据

《海商法》第27条规定船舶优先权从属于海事请求权,并随海事请求权的转移而转移。可见,债权与债权请求权是依据不同的划分标准所作的分类,具体而言债权是请求权的类型之一,^[15]而海事请求权与债权本身存在些许差异,债权注重债本身的性质、存在与否,为静态意义上的概念;而海事请求权侧重于债的变更、消灭等过程,为动态意义上的概念。第三人未介入海事请求权人与债务人之间的海事债权债务关系时,海事请求权人享有的是债权及债权请求权;而第三人垫付费用之后,原本由海事请求权人享有的债权消灭,但债权请求权依然存在。此外,《民法典》债权让与中所禁止转让的是债权而

非债权请求权,因此不宜认为人身损害赔偿及船员工资、劳动报酬等费用给付的海事请求权及船舶优先权具有当然的不可转让性。从《海商法》第27条规定中可以看出,海事请求权的转移是不区分人身属性或财产属性的,《海商法(修订征求意见稿)》中也继续坚持《海商法》的现有规定,故而理论界关于不可转让的人身专属性债权争论在船舶优先权制度之下并不存在特例,而人身损害赔偿、船员工资、劳动报酬等海事请求不具有《民法典》意义上的人身属性,属于《海商法》的一般规则,应当适用第27条的规定,认可五类船舶优先权的可转让性。

2. 以约定代位或任意代位的方式化解船舶优先权代位困境

为保护垫付人对其所垫付的费用的追偿权,约定代位或任意代位的合法存在可以弥补《海商法》在船舶优先权代位制度上的空缺。以约定代位或任意代位的方式破解船舶优先权代位之困境,主要体现在两个方面:其一,优化《民法典》第三人清偿代位规则与《海商法》空白条文之间的适用。《民法典》第524条所确定的代位权属于法定清偿代位,约定代位可作为法定清偿代位权的特殊情形加以适用。而船舶优先权制度中,第三人代为履行后所取得的代位权难以在《海商法》中找到相应的法律依据,故而应沿用《民法典》第524条的规定予以处理。同时,从对垫付费用的第三人权利救济角度考虑,既然《海商法》未曾对第三人垫付行为作出强制性规定,第三人垫付与否完全出于自己的意愿,那么海事请求权人债权实现之时,理应允许第三人与海事请求权人之间以约定代位的方式实现其代偿债权。其二,有助于解除人身属性船舶优先权代位之禁止。船员工资、劳动报酬及人身损害赔偿等海事请求的人身属性之认定不是《海商法》规范的结果,而是基于《民法典》第三人代为清偿代位规则的特殊规定。既然约定代位并不违反法律的强行性规则,自然不能产生无效的效果,由此,通过约定代位,船舶优先权禁止代位的争议不攻自破。此外,任意代位是德国、日本立法的产物,成立任意代位必须征得债权人的许可,第三人垫付费用后债权人已然获得应得利益,此时征得债权人许可的条件对于第三人来说难度较小,其与债权让与的时间可保持同步,也可后于债权让与而发生。总体来讲,任意代位可以解决船舶优先权代位缺乏明确法律依据的难题。

^① 《海商法》与《民法典》的互塑性是指二者在体系上互为影响及互相制约的属性。

(三)实践层面:发挥指导案例及典型案例的指引作用

船舶优先权转让与代位规则在实践层面的应用出现了不同程度的偏差,法官运用概括的法律规定进行价值评价时难以把握裁判的尺度,可能导致裁判结果偏离船舶优先权转移规则的基本设置。对此,最高人民法院的指导性案例及典型案例能够把握同类案件的裁判方向,可帮助各级法院准确适用法律规定。一方面,吸收指导性案例及典型案例中对船舶优先权转让与代位规则的准确理解。前文提及的船员劳务合同及港口规费等案件中涉及的船舶优先权问题多是因第三人垫付费用的产生了纠纷,不同法院针对类似案件作出了截然相反的判决,裁判说理中虽然各有陈词,但是在法律规则的准确适用上还有着理解上的差异。而指导性案件的裁判要旨能够综合法律规定、立法目的及利益平衡等多方因素作出较为公正的审判。另一方面,准确选用符合案件事实的法律依据进行裁判。针对船舶优先权的转让与代位一类案件,因《海商法》仅对海事请求

“转移”作出简要规定,那么“转让与代位”能否被评价为“转移”,较难认定。因此个别法院在审理案件时直接采用民事规则予以裁判,导致了部分海事请求权及附随的船舶优先权禁止转让和代位的结果,故而参照指导性案例及典型案例的说理部分来指引案件裁判,能够有效避免法官陷入适用《海商法》与《民法典》二选一的难题中。

六、结语

船舶优先权的争议焦点集中在人身损害赔偿及船员工资、劳动报酬等海事请求权的转让与代位问题上,由此引发了《民法典》第三人代为清偿与《海商法》船舶优先权规范之间的适用冲突。通过分析,笔者认为《海商法》第22条所列举五类海事请求权的转让与代位在遵循《民法典》基本价值理念的基础上,均应回归《海商法》概括规则中找寻相应的法律依据。人身属性债权与海事请求权之间存在着一定的联系,在第三人垫付费用的情形下,《海商法》一般规定认可了海事请求权及船舶优先权的转让,理应按照该规定进行处理。

参考文献:

- [1]冉克平.民法典编纂视野中的第三人清偿制度[J].法商研究,2015,32(2):36.
- [2]王利明.债法总则[M].北京:中国人民大学出版社,2016:275.
- [3]温世扬,武亦文.物权债权区分理论的再证成[J].法学家,2010(6):44.
- [4]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[J].中国海商法研究,2013,24(1).
- [5]王炜.垫款人取得船舶优先权的相关问题分析[J].水运管理,2004,26(6):21.
- [6]尹伟民,刘云龙.关于外派船员人身伤亡赔偿问题的探讨[J].当代法学,2002,16(8):159.
- [7]司玉琢.海商法专论[M].3版.北京:中国人民大学出版社,2015:47.
- [8]奥田昌道.新版注释民法(10)II[M].东京:有斐阁,2011:685.
- [9]徐新铭.船舶优先权[M].大连:大连海事大学出版社,1995:99-100.
- [10]徐俊.从船员劳务合同角度思考《海商法》有关船员规定的修改[J].中国海商法研究,2013,24(3):34-36.
- [11]傅廷中.论船舶优先权制度建构下的船员权益保护[J].环球法律评论,2010,32(3):43.
- [12]杨景宇.关于《中华人民共和国海商法(草案)》的说明[EB/OL].[2021-05-06].http://www.npc.gov.cn/wxzl/gongbao/1992-06/23/content_1479244.htm.
- [13]孙思琪,胡正良.《民法典》对于《海商法》修改影响论要[J].国际法研究,2021(1):49.
- [14]马得懿.作为补充型特别民法之海商法的丰富性与体系性[J].社会科学战线,2016(8):211.
- [15]王利明.论债权请求权的若干问题[J].法律适用,2008(9):21.

莫杨桑.《民法典》动产抵押权登记对抗规则的解释论[J].中国海商法研究,2022,33(1):68-80

《民法典》动产抵押权登记对抗规则的解释论

莫杨桑

(中国政法大学 民商经济法学院,北京 100088)

摘要:《民法典》第403条在动产抵押权的设定上采取登记对抗主义。动产抵押登记对抗规则宜在区分权利多重转让和优先顺位争夺两种场合的基础上作类型化解释。动产抵押登记与不动产登记效力迥异,其不具有公信力,作用在于公示权利负担和分配优先顺位。未登记的动产抵押权虽然在对抗力上有所欠缺,但其性质仍属物权。澄清第三人的具体范围需要在客观和主观两个方面建构限定标准并加以运用,一方面将未经登记也可对抗和即使登记也不得对抗的第三人予以排除,另一方面将未经登记不得对抗的典型第三人类型进行陈列。通过正面列举和反面排除相结合的方式,第三人范围的图景可得以清晰、全面地呈现。

关键词:动产抵押权;登记对抗主义;第三人范围;优先顺位

中图分类号:D923.2 **文献标志码:**A **文章编号:**2096-028X(2022)01-0068-13

Interpretation of the confrontation rules of registration of chattel mortgage in the *Civil Code*

MO Yang-shen

(Civil, Commercial and Economic Law School, China University of Political Science and Law, Beijing 100088, China)

Abstract: Article 403 of the *Civil Code* has adopted the doctrine of registration antagonism in the establishment of chattel mortgage. The doctrine of registration antagonism of chattel mortgage should be interpreted typologically on the basis of distinguishing multiple rights transfer and priority competition. Chattel mortgage registration is very different from estate register in terms of effectiveness. It does not have public trust, and its function is to publicize the burden of rights and allocate priority. Although the unregistered chattel mortgage is lacking in antagonism, its nature is still a property right. Clarifying the specific scope of the third party requires shaping and applying the qualified standards in both objective and subjective aspects. On the one hand, excluding those third parties who can be confronted without registration and those who cannot be confronted even with registration; on the other hand, enumerating typical third parties who cannot be confronted without registration. Through combination of positive enumeration and negative exclusion, the scope of the third party can be clearly and comprehensively presented.

Key words: chattel mortgage; the doctrine of registration antagonism; the scope of the third party; priority sequence

动产抵押权制度在动产担保交易制度中处于基础性的地位,中国立法机关在编纂《中华人民共和国民法典》(简称《民法典》)的过程中虽未采纳某些学者提出的统一动产担保物权体例的编纂建议^①,但仍基于功能主义的担保观念,以动产抵押权为典范建构起统一的动产担保权设立、公示及优先顺位规

则,而这主要是通过统一适用登记对抗规则实现的。《民法典》第403条确立的动产抵押权登记对抗规则不仅涉及动产抵押权的设立与公示,也关联着动产抵押物的转让、动产抵押权与其他担保物权的优先顺位等问题,还与所有权保留交易以及融资租赁交易的登记对抗规则遥相呼应,共同形塑动产担保交

收稿日期:2021-12-29

基金项目:2020年度国家社科基金一般项目“《民法典》中的参照适用条款研究”(20BFX103)

作者简介:莫杨桑(1995—),男,广西藤县人,中国政法大学民商经济法学院民商法专业博士研究生,E-mail:1594172373@qq.com。

① 相关建议见董学立:《我国意定动产担保物权法的一元化》,发表于《法学研究》,2014年第6期,第115页。

易规则的一体化。因此,准确地理解与把握动产抵押权登记对抗规则是解读中国动产担保交易制度的关键,探讨该规则的解释与适用具有重大的理论价值与实践意义。笔者拟在深植于大陆法系登记对抗主义传统理论的基础上,借鉴《美国统一商法典》(Uniform Commercial Code,简称UCC)等代表国际动产担保交易立法发展趋势的法律文件,就动产抵押权登记对抗规则的理解与适用一陈管见,期能有助于动产抵押权登记对抗规则的协调与运行,为学理研究和司法实践提供有益借鉴。

一、动产抵押登记对抗的效力构造

(一) 登记对抗理论构造的检讨与解构

建构统一的理论构造以解释中国法上所有在登记对抗模式之下发生的物权变动,历来是民法学界关注的焦点。通观中国当前致力于建构统一的登记对抗理论构造的诸学说,均以日本民法的有关理论为借鉴对象,这其中又以龙俊提倡的信赖保护·权利外观说和郭志京提倡的第三人主张说最具影响力。龙俊认为,自立法目的和逻辑构成两个层面展开评价,信赖保护·权利外观说不仅最符合立法意旨,而且在中国法的框架内最为自洽。^{[1]142-144}郭志京则认为,登记对抗规则的本意是赋予第三人否定未经登记的物权变动效力的权利,而信赖保护说却着力于解释第三人取得物权的权源,这显然偏离了该制度的重心。自中国财产权的体系构造,登记对抗规则与善意取得制度等第三人信赖保护机制的关系,以及第三人的主观范围等三个维度综合考量,第三人主张说是更符合制度本意的选择。^{[2]100-104}

笔者认为,信赖保护·权利外观说与第三人主张说均非妥当的理论构造,各有严重的逻辑缺陷。就信赖保护·权利外观说而言,其一方面将第三人的主观限定为善意,另一方面又承认登记簿的公示公信力,此二者本身即相扞格。登记簿具有公信力意味着第三人可以充分地信赖登记的内容,除查阅登记簿之外无须另行负担调查真实权利状态的义务,而将第三人的主观限定为善意则喻示着对其科以较高的调查义务,且赋予登记簿以较为薄弱的信赖,这显然是相互矛盾的。再者,如前所述,该说的核心在于解释第三人取得物权的依据,实质上偏离了登记对抗制度的重心。就第三人主张说而言,其在第三人未行使否定主张之前对物权变动完全效力的肯认将

产生某些不良后果。若第三人不知晓在先物权变动的存在,将被动地承受否认权之未行使所造成的损失。若第三人知晓不利于己的物权变动但未在合理的时间内行使否认权,既有的物权配置格局将长期处于不稳定的状态,不利于合理的交易预期的形成和稳固的物之支配秩序的维持。因此,第三人主张说亦应予以否弃。

物权变动模式深刻地植根于物权观念之中,是物权观念的动态表达与延伸。^[3]“意思主义+登记对抗”的物权变动模式发轫自法国民法,是以不动产为核心建构而成的。法国法中的物权观念以支配性为基础而未将绝对性视为本质特征,物权的变动更多地作为相对人之间的私人事务,即使未以一定的公示方式彰显于外,也不会对市场秩序形成妨害。^[4]但权利人要使其享有的物权取得对抗第三人的效力,需要藉由登记对外公示物权的归属与变动,以透明物权交易关系,避免第三人遭受莫测之损害。此外,由于法国在不动产交易领域并无即时取得制度的适用,为解释在权利多重转让场合中买受人取得物权的根据,尚需借助不完全物权观念。^[5]因此,“意思主义+登记对抗”的物权变动模式是和基于支配权和请求权的区分而划分物债及承认不完全物权观念的财产法体系相适应的。1898年《日本民法典》编成之时,既继受德国物债二元严格区分的财产权体例,承认了物权的绝对性和排他性、一物一权等物权法原则,又将法国式的“意思主义+登记对抗”物权变动模式予以保留,在构建对抗理论构造时遭遇解释困境也就不足为奇^①,日本对抗理论构成学说值得中国借鉴的正当性存疑。退一步讲,即使日本法上的对抗理论构造在其本国法的制度框架内运转自如,移植过来也必将和中国民法体系不相适应。这种不适应的原因如下。

首先,日本民法上的对抗理论构造和法国法一样均是围绕经典的不动产二重让与模型演绎而成的。而且,由于日本并不承认不动产登记簿具有公信力,也未构建适用对象是不动产的善意取得制度,登记对抗规则还需调整真正权利人和第三人之间的利益冲突,因此无论何种理论构造均须对第三人的权利来源问题作出回应。反观中国法上的登记对抗主义,除主要涉及权利多重让与的以准不动产物权

^① 日本探讨对抗理论构成的学说,具有典型代表性的就有债权效果说、相对无效说、不完全物权变动说、第三人主张说、信赖保护说、法定制度说、法定证据说以及二阶段物权变动论等8种,其中信赖保护说分为权利外观说(又称筱塚说)和限制的信赖保护说(又称半田说)两个分支。学理上的分歧充分显示了解释上的困境。

变动为代表的登记对抗之外,尚有涉及权利优先实现的以动产抵押权的设定及优序为代表的登记对抗,以日本法上围绕二重让与建构的理论构造来解释前者具有一定的合理性,用于解释后者则显然不妥。故而,借鉴日本民法理论构建统一的对抗理论构造而一体适用于解释《民法典》上所有的登记对抗规则的构想不过是一个虚幻的法律神话。

其次,《民法典》第311条承继原《中华人民共和国物权法》(简称《物权法》)第106条创设的适用范围既包括动产也涵盖不动产的善意取得制度,登记对抗模式之下善意第三人自无权利人处取得物权的信赖保护通过前述制度已得切实保障,如以日本法上未能与第三人权源问题完全脱离的对抗理论构造解释中国法上的登记对抗规则,势必将混淆登记对抗与善意取得之间的制度分工,违背形式意义上体系强制的要求^①。

中国法上登记对抗规则的解释,应当根植于物权二元严格区分的财产权体例^②,顾及多元混合继受的特点,并注意保持既有民法制度之间的体系和谐性和逻辑一致性,以类型化的思路展开。具体而言,涉及权利多重转让的准不动产、土地承包经营权、土地经营权以及地役权的登记对抗可融入善意取得制度之中,^{[6]216}转化为善意取得制度中的“善意”“物权取得”等要件的具体判断基准。笔者探讨的主要涉及权利优先实现的动产抵押权登记对抗则应当自UCC第九编“动产担保交易法”中探源,在兼顾大陆法系登记对抗传统理论的基础上,实现对动产抵押登记的效力、未登记的动产抵押权的具体功能以及未经登记不得对抗的第三人范围的妥当解释。如此,解释对抗规则时可以在不依靠任何理论构造的前提下进行,没有必要为了片面追求理论的精致性、含括力和解释力而强行塑造任何所谓的登记对抗理论构造,“破彼执著,乃见真实”。应当在摒弃对抗理论构造不当影响的情况下探讨动产抵押权登记对抗规则的解释论。

(二) 动产抵押登记的法律效力

一贯以来,中国并无以成文法明定动产抵押登记之效力的立法传统,此次《民法典》编纂亦予以沿续。立法的缺失致使解释论上倾向于将不动产登记

的效力规则嵌套于动产抵押登记之上。不动产登记具有设权效力、权利正确性推定效力和公信力(善意保护效力),动产抵押登记却难以作等同化解释。

首先,动产抵押登记不具有设权效力。根据《民法典》第403条,动产抵押权因双方当事人之间的合意即可设定,登记与否并不影响其成立或生效,而是决定其是否产生对抗第三人之效力。学界就动产抵押登记不具有设权效力亦早已形成共识。^[7]

其次,动产抵押登记也不具有权利正确性推定效力和公信力。推定效力主要在民事诉讼程序中发挥作用,旨在分配证明责任,^[8]其以登记状况与真实权利关系的高度一致为前提。推定力是公信力的基础,公信力是对推定力的进一步拓展。公信力可令信赖物权公示而为交易者在公示之物权与真实之物权不一致的情况下,仍可基于对公示的信赖而取得物权,此种对交易安全的保护是以牺牲真正权利人的利益而实现的,也必须以公示可准确地反映真实的权利关系为基础,否则将造成实际权利人大面积地失权,^{[6]217}动摇物权的归属秩序。中国现行动产抵押登记制度却无法为登记推定力与公信力的形成提供稳固的现实基础。第一,自2021年1月1日起,中国已建成统一的动产和权利担保登记系统,将原本归市场监督管理总局承担的部分动产抵押登记(包括生产设备、原材料、半成品、产品)改由中国人民银行统一承担,但机动车、船舶和航空器等特殊动产的抵押登记仍由原特殊动产登记系统负责,由此形成普通动产和特殊动产分置的二元动产抵押登记体系。就普通动产登记而言,根据《国务院关于实施动产和权利担保统一登记的决定》和中国人民银行发布的《动产和权利担保统一登记办法》,中国建立的动产和权利担保统一登记制度采用声明登记制,由登记申请人在基于互联网的电子化系统上自主完成登记,仅需提交当事人基本信息、对担保物的概括描述以及登记期限等最小限度的内容即可,不强制要求登载主债权金额、担保范围等基础交易文件的内容。同时在审查方面,登记申请材料的真实性、完整性和合法性由登记申请人自行判断,并自负其责。征信中心既无须实质性地调查和验收登记申请人提

^① 形式意义上的体系强制要求在讨论民法问题的过程中,必须意识到看似不相关的民法制度常常会存在逻辑上的关联,这种逻辑上的关联经常表现为某一民法制度的设计,会产生“路径依赖”的效用,会在逻辑上限定其他民法制度设计的可能性。参见王轶:《对中国民法学术路向的初步思考——过分侧重制度性研究的缺陷及其克服》,发表于《法制与社会发展》,2006年第1期,第92页。

^② 最高人民法院也认为,尽管《民法典》未将债法总则独立成编,将传统债法的内容分别规定在合同编和侵权责任编之中,但《民法典》关于财产权的规定仍是建立在区分物权和债权的基础之上的。参见最高人民法院民事审判第二庭:《最高人民法院〈民法典〉担保制度司法解释理解与适用》,人民法院出版社2021年出版,第469页。

交的登记申请材料的真实性、合法性,亦不用对物权的类型、权属及物理状况等内容作详尽的核查,仅需就登记申请人提交的材料实施形式上的表面审查即可。就特殊动产登记而言,虽然根据修订后的《机动车登记规定》^①第32条、《中华人民共和国船舶登记条例》第20条以及《中华人民共和国民用航空器权利登记条例》第7条的规定,特殊动产办理抵押登记需要提交所有权登记证书、基础交易合同等一系列证明文件,但是此类登记更多是为实现公法上管制的需要,带有浓厚的行政管理色彩,又属于行政法上的确认类登记,并不直接对民事主体的权利义务发生处分效力。^[9]因为不要求登记机关负有高度审慎的实质调查义务,所以实践中车管所、海事局以及民航局等特殊动产的行政管理机关为节省成本、提高效率也均实施形式审查。^[10-11]在形式审查之下,登记簿难以较高的几率反映真实的权利状况。第二,动产抵押权的设定、移转、变更和消灭采行登记对抗主义,登记并非物权变动的生效要件而仅为对抗要件,导致动产抵押权的变动无法与登记簿上的状态相联动,登记簿上载录的抵押权既可能已归属于另一民事主体,也可能尚未产生或已经归于消灭,由此,动产抵押登记的推定力和公信力无法获得实体法保障。第三,鉴于公信力的适用将使权利的虚像代替实像,牺牲真正权利人的利益而谋求交易安全的维护,因此,如欲赋予登记簿以公信力,一方面要尽力抑制登记机关工作人员过失的发生,另一方面在真正权利人因登记事项错误而遭受损害时,应使其获得充分的救济,而对此妥当的做法是建立以国家信用为担保的错误登记损害赔偿制度。^[12]目前,中国的动产和权利担保统一登记系统仅对因系统故障或无法使用产生的错误负责^②,而机动车、船舶及航空器等特殊动产登记机关的登记错误赔偿责任更是处于法无明文规定的境地^③,在此情形下承认动产抵押登记的公信力显然并不妥当。综上,动产抵押登记不具有设权效力、权利正确性推定效力和公信力。

自动产抵押制度继受的模板 UCC 中探源,并结合中国动产抵押登记现状,可知动产抵押登记主要具有以下功能:一是公示物上权利负担,为潜在的

交易相对人提供信息。通过登记可将标的物上附有的权利负担“公之于众,以示众人”,提高动产担保物权的透明度,使潜在的交易相对人可据此探知债务人(担保人)的资信现状,作出最佳的商业判断。^[13]但动产抵押登记仅表明标的物上可能存在或即将设定担保负担,却无法依此确定抵押权是否真实存在、归属于谁以及内容如何,其意义更多地在于提示潜在的交易相对人注意债务人(担保人)的特定财产上可能存在担保权益,^[14]且保障查询权利现状所需最小信息的可获得性。二是确定竞存权利之间的优先顺位。《民法典》第414条第1款充分贯彻了“先登记者优先”规则(first in time rule)蕴含的法理,以登记时间作为确定竞存的动产抵押权之间优先顺位的准据,极大地增强了优先受偿顺位分配的确信性和可预测性,有利于防范虚填、倒签担保合同等现象的发生。^[15]¹⁰⁰

(三)未登记动产抵押权的物权属性

在未登记动产抵押权是否为物权的问题上,分歧颇大。有论者认为,不公示即可设定,在公示之前又无法对抗第三人的动产抵押权不能称之为物权^④。但另有有力学说与之分庭抗礼,认为不可将担保物权的对抗范围与作为完全物权的所有权要求相一致,动产抵押权纵然未登记仍可对抗相当一部分第三人,不失为物权。^[14]⁸⁰澄清此疑惑需要以物权的本质属性为分析的立足点。形塑物权的结构性要素为:绝对权+支配权+有体物,^[16]故而以动产为客体的权利要兼具绝对性和支配性两大结构性要素方可作为物权。笔者认为,未登记的动产抵押权具备物权的本质特征,理由如下。

首先,未登记的动产抵押权具有支配性。在美国法下,根据 UCC 第 9-609 条、第 9-610 条,担保权人在债务人违约之后可在不违背公共秩序的前提下不经司法程序而以私力直接实行担保物权,处分担保物的途径既包括在公开的市场上拍卖,也涵盖以非公开的个别协商方式出售,只要处分在各个方面符合合理的商业交易标准即可。而担保物权在满足 UCC 第 9-203(b) 条规定的条件之时可获得可执行性,登记并不构成条件之一。自美国法的立场考察,

① 修订后的《机动车登记规定》于 2021 年 12 月 17 日发布,2022 年 5 月 1 日实施。

② 参见中国人民银行征信中心构建的动产融资统一登记公示系统里对登记理念的说明,访问网址:<https://www.zhongdengwang.org.cn/cms/goDetailPage.do?oneTitleKey=djyf&twoTitleKey=djln>。

③ 修订后的《机动车登记规定》第 84 条虽然规定了公安机关交通管理部门及其工作人员对当事人的赔偿责任,但这在性质上是行政赔偿责任,而非民事赔偿责任。

④ 论点参见李永军:《民法典物权编的外在体系评析——论物权编外在体系的自治性》,发表于《比较法研究》,2020 年第 4 期,第 62 页;裁判见解参见:“杨德广与福建祥胜物流有限公司借款合同纠纷上诉案”,福建省福州市中级人民法院(2017)闽 01 民终 2265 号民事判决书。

担保权人不因享有的担保权益未登记而失却对担保物的直接支配力。中国继受美国法上的动产抵押制度之初,并未全面引入配套的实行机制,根据原《中华人民共和国担保法》(简称《担保法》)第53条的规定,在协商不成时唯有通过诉讼方能实现抵押权,这种方式成本畸高而效率偏低,饱受学界诟病^①。为矫此弊,原《物权法》第195条^②在实体法层面开辟了抵押权实现的非讼化路径,2012年修正的《中华人民共和国民事诉讼法》在程序法层面对此予以衔接,将“实现担保物权案件”增加为特别程序的一种。自此,抵押权人在债务人未履行到期债务或发生约定的实现抵押权情形时,可直接向抵押物所在地或者抵押权登记地的基层人民法院申请实现抵押权,人民法院以非诉程序审理,仅作形式审查,如无实体性争议即可作出拍卖、变卖抵押物的裁定,由此可省却诉讼程序的繁琐流程,促进抵押权高效、便捷地实现。登记与否并不属于上述非诉程序是否启动的裁量因素。准此以言,中国法下未登记动产抵押权也展现出强大的支配性。

其次,未登记动产抵押权具备物权的绝对性特征。物权并不限于能对抗一切第三人的权利,^[17]仅具一定程度的对世性与排他性也未为不可。物权从所有权到以占有为内容的他物权再到非以占有为内容的他物权,在排他效力上就呈现为一个从强到弱的渐变类型序列。由此可见,对物权对世性和排他性的要求并非一定要与最强大的所有权相等同。实际上,就连最典型、效力最完全的物权——所有权受近代以降所产生的所有权社会化思潮影响,在绝对性上也趋于缓和,在权利的行使上要符合权利不得滥用原则、诚实信用原则的要求,在权利的内容上要忍受相邻关系的限制,如果其上设定有他物权或其已沦为债权的标的,自然也不得对抗他物权人(债权人)权利的正当行使。未登记的动产抵押权虽然在绝对性上有所削弱,却并非不得对抗任何第三人,如下文所述,其不仅在当事人之间发生效力,还可以对抗实质上的无权利人、最为狭义的一般债权人及侵权行为人等第三人,展现出相当程度的绝对性,与债权的性质可以说是泾渭分明。

最后,民法由以抽象概念为基石依形式逻辑的规则建构起来的外部体系,与由体现法之评价基准的各主导性的法律原则及将之具体化的各下位原则相互之间协作形塑的内部体系所组成。^[18]法秩序的

统一性要求民法的内在体系保持价值判断上的一贯性和民法的外在体系维系逻辑评价上的无矛盾性。如果以登记为基准而分阶段区分动产抵押权的性质,在登记之前为债权,登记之后就转变为物权,则未免与《民法典》划分物权与债权的既定评价标准相龃龉,构成对内在体系的悖反。并且,将这项既属于债权也可属于物权的权利安置在《民法典》物权编中,也会形成对物权编外在逻辑体系的破坏。

二、第三人范围界定标准的建构

《民法典》依循原《物权法》的立法传统,未将动产抵押权未经登记不得对抗的第三人范围具体类型予以详细列明,也未给出界定的抽象基准,解释论上对此也是聚讼纷纭。立法的空白与学理的混乱致使裁判经验在认定第三人范围上呈现诸多矛盾分歧,有必要建构合理的界定第三人范围的基准,以促进裁判尺度的统一。界定第三人范围要分两步走,第一步要从客观方面明确登记对抗规则的适用对象,即哪些人应当适用登记对抗规则而哪些人应当排除在外;第二步要从主观方面廓清,若第三人要受到登记对抗规则保护,主观上须满足何种条件。^{[2]104}下文便依此步骤展开,期能厘定妥当的界定第三人范围之标准。

(一)第三人范围客观界定标准的建构

在动产抵押权未经登记时,是将全部的第三人均列为登记对抗规则的适用对象,抑或限定为一部分第三人,其实是在第三人的客观范围上究竟采无限制说还是限制说的问题。这不仅是由法技术层面演绎推理的逻辑结论所决定,也事关一国立法政策的选择。笔者认为限制说更为合理,理由如下:首先,《民法典》在动产抵押权的设定上采登记对抗主义是为了促进交易的便捷,降低中小企业、个体工商户和农业生产经营者的融资担保成本。同时,也考虑到中国幅员辽阔,各地经济发展不均衡,部分位处偏远地区的人办理抵押登记存在困难的现实国情。^[19]如果使未登记的动产抵押权无法对抗一切第三人,无异于将登记对抗主义还原成为登记要件主义,^[20]有碍于立法目的的实现。其次,《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉物权编的解释(一)》第6条在特殊动产未经登记不得对抗的第三人客观范围上已经采纳了限制说的立场,将转让人的债权人排除出第三人的范围之外,基于“同类事

① 对此,方流芳先生有精辟的论述,参见方流芳:《民事诉讼收费考》,发表于《中国社会科学》,1999年第3期,第139-140页。

② 《民法典》第410条对此予以承继。

物相同处理”(Gleichbehandlung)的正义理念,对《民法典》第403条亦应作相同的解释。最后,如果不对第三人范围施加限制,那么凭借违背市场交易基本伦理道德的非法手段窃据登记的不法第三人也能就登记欠缺主张利益,这显然不符合《民法典》的基本价值取向。在明确了限制说的立场之后,需要讨论的是限制的基准如何建构。但中国的民法论著对此少有涉及,纵有论述也难言系统、深入,又因为在全球化趋势之下,市场经济业已成为国际性的经济体制,是世界多元经济的结合点,交易安全之保障及交易风险之预防成为了全世界面临的共性问题。因此,摒弃法域的区隔,借鉴日本在限定未经登记不得对抗的第三人客观范围上的丰富法制经验,具有相当的合理性,也成为中国学者的当然选择。在参酌日本法上趋于主流的正常利益说^①、有效交易说^②以及对抗问题限定说^③的基础上,中国学界分化出三种解释论路径,分述如下。

第一种观点将正常利益说中的“正常利益”明确化为“正常物权利益”,即第三人与抵押权人之间要存在物权关系方属于不得对抗的第三人之列,一般债权人被一概排除在外。其认为,破产债权人、强制执行债权人、参与分配债权人及人身损害债权人等一般债权人虽具有优先保护的特别利益价值,但应在不改变法律条文本义和法律整体逻辑体系的前提下通过其他民法保护机制予以实现。^[21]¹⁹⁰这也是全国人大法工委和最高人民法院的立场。^[21]¹⁸⁸,^[22]

第二种观点认为,是否“具有物的相争关系”是判断是否存在对抗关系的关键,“取得某种物的支配关系”的权利人,无论享有权利的性质是物权还是债权,均属于动产抵押权未经登记不得对抗的第三

人。^[1]¹⁵⁰,^[2]¹⁰⁶这实际上充分采纳了对抗问题限定说。

第三种观点认为,应当将对抗作广义的理解,一切因怠于登记而无法对因信赖登记而具有受保护必要的第三人主张可享受利益的情况均可纳入对抗的范畴,因此,除互相争夺物之支配关系的“狭义对抗问题”之外,还应包含登记仅发挥权利保护功能的“权利保护资格要件”这一情形。将对抗问题限定说和“权利保护资格要件”^④相结合方能实现对因信赖登记而享有正当利益的第三人权利的保护。^[23]

笔者认为,第一种观点将对抗的含义理解得过于狭隘,对抗不仅存在于物权关系之中,对物具有支配关系的债权和抵押权之间也存在着相互争夺标的物的交换价值的情形,为固守物债之分际而将处于相争关系的物权和债权相互冲突的情形排除出对抗的范畴之外,未免落入概念法学僵硬性的窠臼中。中国既有的涉及破产、强制执行的法律、司法解释均未对未登记的担保物权与一般债权之间的效力冲突实施调整,以其他民法保护机制足以为一般债权人的特殊利益提供保护为由,将一般债权人排除出第三人的范围之外,显然不具有说服力。第三种观点也不合理,理由在于:登记在“狭义对抗问题”与“权利保护资格要件”中发挥的作用差异显著,在前者中,登记决定的是权利的存续与优序,而在后者中,登记仅为权利保护的一个重要考量因素,并非缺一不可,通知、公告等方式有时也能起替代作用。登记与否不涉及权利是否消灭,关涉的是第三人可否抗辩权利的延期履行。^[24]将“权利保护资格要件”糅杂入登记对抗规则之中会使该规则偏离重心,导致登记对抗问题泛化从而失却纯粹性,增添诸多理解上

① 此说主张当事人及其概括继承人均不属于第三人,第三人应当限定为对不动产物权的得丧变更能够主张欠缺登记的正常利益者。依此说,就同一不动产依正当权源取得物权者,以及对同一不动产实行查封或就查封申请加入分配的债权人均属于第三人。该说的缺陷在于:正常利益这一概念过于抽象概括,略显空洞,有待司法实践加以具体化、类型化;不能完全排除侵权行为人,侵权人在避免损害赔偿的双重给付上无疑也是具有正当利益的。参见铃木禄弥:《物权的变动与对抗》,社会科学文献出版社1999年出版,第10页;近江幸治:《民法讲义Ⅱ物权法》,北京大学出版社2006年出版,第56页。

② 该说认为设置登记制度的目的在于谋求交易安全,第三人唯有处于有效的民商事交易关系之中方有得到登记制度保护之必要,至于其他的第三人,不动产物权人纵使未经登记也得对抗之。对该说的批判是:虽然该说较正常利益说进一步明确了第三人的范围,完全将侵权行为人排除出去,但是何为“有效的交易关系”仍嫌模糊概括。而且会覆盖租赁权人、特定物债权人及一般债权人等对相争的标的物不具有物权利益的主体。参见铃木禄弥:《物权的变动与对抗》,社会科学文献出版社1999年出版,第12页;近江幸治:《民法讲义Ⅱ物权法》,北京大学出版社2006年出版,第56页。

③ 也被称为“或者吃掉或者被吃说”。此说提出可以主张物权变动无登记者是享有内容与该变动不能同时并存而在逻辑上当然有否定权的人,所以第三人应当限于相互争夺物之支配关系且被认为是信赖登记而展开交易的人。依此说确定的第三人范围比之正常利益说和有效交易说要有所限缩,前述的租赁权人、特定物债权人及一般债权人均不再被认为是《日本民法典》第177条所指的第三人。反对此说的观点认为,将无涉物之支配关系争夺的《日本民法典》第177条之适用一律斥为错误未免过于极端,登记不仅具有公示权利的功能,还具有保护权利的作用,在现实生活中以登记为基准确定交易关系有不可否定的实益。参见王茵:《不动产物权变动和交易安全——日德法三国物权变动模式的比较研究》,商务印书馆2004年出版,第253页。

④ 如果将怠于登记者不能对因信赖登记而具有受保护必要的第三人主张可享受利益的情况称之为“广义对抗问题”,与之相对,互相争夺物之支配关系的情况可称之为“狭义对抗问题”,在“狭义对抗问题”之外“广义对抗问题”之内登记仅发挥权利保护功能的情况又可统称为“权利保护资格要件”。参见铃木禄弥:《物权的变动与对抗》,社会科学文献出版社1999年出版,第20页。

的困难和适用上的复杂性。有关“权利保护资格要件”的问题完全可以通过不当得利以及侵权行为制度加以解决。对第三种观点的批判也揭示了对抗问题限定说无法覆盖全部对抗情形的缺陷并不存在,是最契合“对抗”本意的限定基准。因此,在第三人客观范围的界定上应采对抗问题限定说。

(二) 第三人范围主观界定标准的建构

《民法典》延续了原《物权法》的立法传统,对动产抵押权未经登记不得对抗的第三人施加主观上须为善意的限制。但这不仅与《贸易法委员会担保交易立法指南》《移动设备国际利益公约》等国际法律文件倡导的做法不符,和比较法上的立法潮流相违背,^[25]还和《中华人民共和国民用航空法》(简称《民用航空法》)、《中华人民共和国海商法》(简称《海商法》)等民事特别法的相关规定相扞格^①。对比而言,以成文法的形式将对第三人的主观要求一律限定为善意是一种一刀切的做法,未免失之僵硬,立法上不对此设限可赋予司法裁判和民法解释论更大的塑造空间,从而为发展出妥当并富有弹性的主观界定标准留足余地。为避免《民法典》对第三人主观要件限定为善意所可能带来的弊端,有必要对善意如何解释详加研讨。

目前围绕善意存在两种解释路径:第一种路径是统一解释路径,即对善意的内涵作一元化的解释并将之适用于全部第三人;第二种解释路径是类型化解释路径,即主张区分第三人的具体类型而科以不同的善意要求。这两种路径在涉及否定在先抵押权存在的情形时,对第三人的主观要求均为主观善意^②,它们之间的分歧是:在不涉及权利的得丧而仅关涉权利实现优先顺序争夺的场合,是仍要求主观善意抑或客观善意即可。前者主张,当动产抵押权和其他动产担保权竞存时,即使动产抵押权未登记,但若其存在为在后设定的动产担保权的权利人知晓或应当知晓,则无论在后的动产担保权是否实行登记,均不能优先于先存在的抵押权受偿。后者主张,清偿顺序的争夺并不会导致任何竞存的担保物权消灭,即使某一担保物权在优先的争夺中居于下风,充

其量也只是劣后受偿而已。因此,即使后序担保权人知晓先设定担保物权的存在,仍然属于社会生活的正当竞争范围,在主观上不具有可归责性,第三人的善意应当被解释为客观善意^③,即纯粹由登记与否决定是否善意。^{[14]88,[15]17}笔者赞成类型化的解释路径,理由如下。

首先,在转让动产抵押物的场合,涉及的是标的物上附着的抵押权或租赁权等权利的存续,而在争夺优先顺序的场合,关涉的仅为权利实现的先后顺序,明显在涉及得权失权效果的场合应当比在涉及权利实现优先顺序的场合要施加更加严格的主观要件要求,区分这两种不同的场景而科以不同的主观要求,是贯彻“相同事物相同处理,不同事物不同处理”的正义理念的应有之义。

其次,《民法典》的编纂虽然采取了民商合一的立法体例,但在解释适用《民法典》时仍须辨别法律规定主要调整的是民事关系还是商事关系,并因之采取不同的解释方法。因为民法和商法在基本价值导向上存在重大差异,民法带有强烈的伦理性,优先保障公平原则的实现,而商法却以效益为最高价值目标^④。担保法律制度主要面向商事交易关系,致力于为企业日常生产经营的资金融通提供保障。因此,在解释适用《民法典》的担保法律制度,面对价值冲突问题时,应当秉持效益优先于公平的立场。第一,主要涉及商事利益的竞争清偿顺序的场合,仅要求第三人具有客观善意即可。第二,后序担保物权人即使知晓在先设定的担保物权的存在,并为获取更优越的清偿顺序而实行登记,也不能据此认定其主观上构成伦理性的恶意,其行为仍属于社会生活的正当竞争范围。竞争者之间在某种程度上利用他人的疏忽或过失为自己牟取利益,如果未违背诚实信用原则,民法不应对此施加惩戒,否则将妨碍市场经济中的自由竞争,阻碍资源的优化配置。第三,确定性是现代动产担保交易法优先顺序规则的核心追求,^{[15]95}为保证确定性,优先顺序判定基准应当坚持一元化,并由可识别度高的纯客观因素来决定,

① 《民用航空法》第16条、《海商法》第13条对航空器抵押权、船舶抵押权未经登记不得对抗的第三人也未限定为善意第三人。

② 由于涉及到权利的得丧变更,此处的主观善意在程度上应与中国动产善意取得构成要件中的善意作同等要求,即不知且非因重大过失而不知,参见王利明、王轶:《动产善意取得制度研究》,发表于《现代法学》,1997年第5期,第11页。对此作反面解释和轻重推论可知,观念主义的恶意即明知或应当知道,以及程度更为严重的意思主义的恶意,包括背信恶意等,均不符合主观善意的要求。

③ 客观善意是指推定善意的基础是登记这个客观事实,从一定程度上说,第三人的善意已经为登记这种权利外观所体现,而登记总是客观存在着的,是一种容易被外界以及司法所认知的推定标准,完全不同于那种认为善意就是认定当事人主观心态的观点。参见申卫星:《物权法原理》,中国人民大学出版社2008年出版,第249页。

④ 关于此种观点的代表性文献可参见赵万一:《论民商法价值取向的异同及其对我国民商立法的影响》,发表于《法学论坛》,2003年第6期。

登记日期无疑是上佳选择。如果再引入主观善意作为判定基准,将形成二元判定基准,会导致法律适用的复杂化,增添不确定性,甚至可能因二元判定基准之间的相互对立矛盾而无法排列出确定的优先顺位^①。第四,主观上的善意不仅意味着事实上不知,尚须是非因重大过失而不知,这实际上科以主张主观善意的交易行为人一定的实质调查义务。是否构成客观善意则取决于动产抵押是否登记,除查询登记状况之外,第三人无须负担其他的调查义务。动产种类繁多,数量巨大且流动频繁,易于损耗与被隐藏,进行实质调查的难度较大、成本极高。考虑效率价值,应当尽可能减少甚至免除第三人的实质调查义务,根据登记状况作形式整齐划一的处理,进而减少交易成本并提高交易效率。准此以言,亦应赞成将清偿顺位竞争中的“善意”解释为客观善意的观点。第五,如前所述,中国动产抵押权制度系继受自UCC第九编“动产担保交易法”,于该法中,在确定各个担保物权的优先顺位之时,并不考虑第三人主观的善意与恶意,唯有在处理担保物权人和担保物买受人之间的权利冲突之时,方讨论主观上的善意与恶意,因此,以类型化的思路解释《民法典》第403条中的“善意”,更为契合制度本意。第六,以类型化的思路解释《民法典》第403条中的善意更符合体系解释的要求。根据《民法典》第414条、第415条,当动产抵押权和其他担保物权竞存时,应当根据公示的先后确定优先顺位,无须考虑当事人的主观心理状况。唯有采取类型化的解释路径,将优先顺位竞争场合的善意要求解释为客观善意,《民法典》第403条和《民法典》第414条、第415条之间的规则冲突方能被消弭。此时《民法典》第403条和《民法典》第414条、第415条之间的关系可被理解为一般规则和具体规则的关系,否则只能将《民法典》第414条、第415条理解为是排除《民法典》第403条适用的特别规则^②,在体系融贯性上比之前

一种理解有所欠缺。

三、未经登记不得对抗的第三人范围之限缩

要清晰、完整地勾勒动产抵押权未经登记不得对抗的第三人范围的全景,需要运用前文已建构的第三人范围限定基准,既从反面排除不属于第三人范围者(未经登记亦得对抗之人与纵经登记亦不得对抗之人),也从正面一一陈列未经登记不得对抗的典型第三人类型,详细地诠释对抗的形态。如此,将正面和反面相结合,方能全面地呈现第三人范围的图景。笔者将遵循先从反面排除、再就正面描绘第三人具体类型的思路,展开论述。下面列举的是不属于第三人范围的主体类型。

(一) 未经登记亦可以对抗的第三人

不符合第三人范围的客观或者主观界定标准,因而被排除出第三人范围之外,动产抵押权即使未登记亦可对抗之人,便为未经登记亦得对抗的第三人。主要类型胪列如下。

第一,概括继承人。概括继承人是指对被继承人全部权利义务构成的法律地位从整体上予以承继的人。概括继承人不得以未登记为由而否定物权变动的发生并从中获益,因为概括继承人相当于是被继承人的法律人格在社会生活中的延续,依此身份并结合禁反言原则,其必须尊重被继承人的行为。^[26]

第二,连环交易中的前手。在系争标的物连续转让的过程中,前手既然已经将权利对外转让,负有移转登记的义务,当然应该知晓自己已不是真正权利人,即使其对后续的交易并不知情,也不再具有主张登记欠缺的正当利益。

第三,实质上的无权利人。实质上的无权利人指的是,虽然在外观上享有与抵押权人互相争夺物之支配关系的权利,但实际上并无任何真正权利的人^③。

第四,采取欺诈、胁迫等不公正手段妨碍真正权利人取得登记者,负有协助他人办理移转登记义务

① 相关逻辑推演参见龙俊:《动产抵押对抗规则研究》,发表于《法学家》,2016年第3期,第44页。

② 认为《民法典》第415条构成第403条的特别规定的观点参见海龙:《民法典动产与权利担保制度的体系展开》,发表于《法学家》,2021年第1期,第48页;高圣平:《民法典动产担保权优先顺位规则的解释论》,发表于《清华法学》,2020年第3期,第104页。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉有关担保制度的解释》(简称《担保制度解释》)的起草者甚至认为《民法典》第403条规定的第三人不包括抵押权人、质权人、留置权人等担保物权人,因为担保物权人之间的顺位,根据《民法典》第414条、第415条确立的规则确定即可,无须考虑彼此之间是否为善意,否则有悖于建立统一的可预测的优先顺位规则的目的。参见林文学、杨永清、麻锦亮、吴光荣:《〈关于适用民法典有关担保制度的解释〉的理解和适用》,发表于《人民司法》,2021年第4期,第30-45页。如此甚至否定了《民法典》第403条和《民法典》第415条是一般规定和特别规定的关系,破坏了《民法典》的体系性。

③ 具体包括:(1)通过伪造文书的方式获取登记等登记本身违法情形中的登记名义人。(2)从无处分权限的人(例如表见继承人)处取得权利者及其转得人。(3)因合同无效或被撤销而丧失物权的人。但在撤销的情形中,鉴于撤销是对已经发生的物权变动的溯及性回归,故而,自被撤销合同当事人处受让物权的人,不是实质上的无权利人,未经登记不得对抗之。(4)因合同解除而丧失物权者。(5)因法院裁判而丧失物权者。(6)由于登记程序错误而成为登记名义人的人及其转得人。(7)以通谋虚伪表示的方式取得登记者及其恶意转得人。(8)因主债权之消灭而失效的动产抵押权的登记获得人。

的人,以及其他如果主张登记欠缺的正当利益就违背诚实信用原则者。^[27]

第五,侵权行为人。侵权行为人是指因故意或者过失而侵害他人抵押权的人。首先,侵权行为人不享有和抵押权人互不相容且处于对立地位的权利,未满足对抗问题限定说的标准,应当被排除出未经登记不得对抗的第三人范围之外。其次,如前所述,未登记的动产抵押权仍属于物权,在遭受侵害或有受侵害之虞时,抵押权人享有请求排除妨害进而恢复对抵押权的圆满支配状态的物上请求权。该项请求权的行使不以加害者主观上有故意或者过失为必要,也不问其是否实际知悉抵押权的存在与归属。再次,诚然,在损害赔偿方面,侵权行为人惟有清楚真正的损害赔偿请求权人之所在,方能避免双重赔付的危险,而登记确实是重要的判断标准。但登记在此处起到的是权利保护资格要件的作用,而利用通知等其他方式也可以指明谁是损害赔偿请求权人。此外,运用对债权准占有者偿还债务的法理(《民法典》第546条)也可以妥善地保护信赖利益。综上,将侵权行为人定性为未登记亦得对抗之第三人确有所据。

第六,狭义的一般债权人^①。动产抵押权即使未登记也可以对抗狭义的一般债权人,理由如下:其一,当债务人资信状况良好,足以清偿全部债务时,抵押权人和狭义的一般债权人之间不存在利害冲突,后者主张抵押权因未登记而不具有对抗力并无实益;当债务人资不抵债,其责任财产不足以清偿全部债务时,固然抵押权人和狭义的一般债权人之间利益相冲突,但是当后者未申请查封、扣押抵押物或参与分配或者债务人未进入破产程序时,后者对抵押物仍然仅具有一种抽象的支配可能性,^[28]而未转化成现实的支配,亦即狭义的一般债权人和未登记的动产抵押权人之间并未处于一种对物之支配展开争夺的关系之中,不符合前文确立的第三人范围客观界定标准。其二,将未登记的动产抵押权和不具有支配效力的一般债权置于同一清偿顺位会模糊物债之分际,极大削弱未登记动产抵押权的实际效用,损及立法者在动产抵押权设立上采行登记对抗主义

的制度初衷的实现。其三,债权人与债务人之所以发生交易关系,系信赖债务人以自己的责任财产为基础的信用。债务人的责任财产本就处于变动不居的状态,债权人之债权不能获得足额清偿的风险在债权债务关系产生之初便应预见,债权人在交易当时若担心事后遭遇无法求偿的风险,自可设定担保物权,否则理当自食其果。^[29]况且,债务人用其自身所有的动产为他人设立抵押权时,已经或者即将获取相当于或超过抵押物价值的信贷资金,即使承认未登记动产抵押权的优先受偿效力,也属于对财货变动之下债务人和抵押权人双方权利义务配置格局的正当调整,自整体而言,亦未降低债务人对一般债权人的偿债能力。

(二)已经登记亦不得对抗的第三人

第一,留置权人。根据《民法典》第456条的规定,当动产抵押权和留置权竞存时,无论留置权与动产抵押权在成立上孰先孰后,也不问留置权人在主观上是否是善意,留置权均享有优先受偿的顺位。

第二,正常经营活动中的买受人。为维持企业经营性资产的流通性,防止金融担保交易过度侵蚀日常的民事交易,《民法典》第404条在原《物权法》第189条第2款的基础上踵事增华,将原限定在浮动抵押中适用的“正常经营买受人规则”(buyer in ordinary course of business)的制度辖域扩宽至整个动产抵押的范围,使其上升为动产抵押的一般效力规则。依此规则,买受人在满足了购买的是出卖人在其营业执照明确记载的经营范围内持续销售的商品、支付合理价款、取得抵押财产(取得的方式也包括观念交付中的指示交付和占有改定)、买受人主观善意(此处的善意是一个客观层面的善意,可被涵摄到“正常经营活动”之中)四个要件之后^②,^[30]即使其实际知悉所购买的动产标的物上附有抵押权或者该抵押权已然实行了登记,亦免受在所购动产上设定的抵押权的拘束。

第三,购买价金担保权人。《民法典》第416条增设了购买价金担保权超级优先顺位规则(superiority)。购买价金担保权(purchase-money security interest),又称价款债权抵押权,是指债权人作为债务

① “一般债权”是一个含义复杂的概念,最为广义的“一般债权”系相对于有担保物权保障的债权而言,其范围包括特定物债权、种类物债权和金钱债权;广义的“一般债权”是一个和特定物债权相对的概念,其外延大概指种类物债权与金钱债权;狭义的“一般债权”则是在最为广义的债权概念的范围内将有担保物权的债权、特定物债权、破产债权、扣押债权等排除出去,剩下的最普通、最具有一般性的债权。此处的一般债权人指的是第三个意义上的狭义的一般债权人。参见龙俊:《公示对抗下“一般债权”在比较法中的重大误读》,发表于《甘肃政法学院学报》,2014年第4期,第38页。

② 《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉有关担保制度的解释》第56条第1款从反面对不属于正常经营活动的5种例外情形进行了列举。

人提供信贷资金使后者有能力并在事实上购置了标的物,债务人为担保购买价金而在所购标的物上为债权人设置的担保权。债权人设定的动产抵押权在满足了为担保购买标的物的价款债权而在该标的物上设立、担保权人要在标的物交付后十天内办理抵押登记、同一标的物上竞存的购买价金担保权和其他的担保物权的设立者须为同一人三个要件之后,即可成立购买价金担保权。按照超级优先顺位规则,无论动产抵押权是设立在购买价金担保权成立之前抑或之后,也无论动产抵押权是否已经登记,购买价金担保权根据“超优先顺位规则”均可取得优先于动产抵押权受偿的法律地位。

所有权保留交易和融资租赁交易中的所有权实质上起着担保购置款提供者的价款债权的作用,《民法典》虽未将所有权保留交易和融资租赁交易以实定法的形式重构为动产担保交易,但仍基于功能主义的担保观念,在设立、公示和优先顺位规则上将其等和动产抵押权作同一化处理,因此,所有权保留交易和融资租赁交易应当可以参照适用《民法典》第416条的规定。^[15]所以,所有权保留交易中的保留卖主、融资租赁交易中的出租人若符合上述三个构成要件,亦将成为动产抵押权绝对不可对抗的第三人。

四、未经登记不得对抗的第三人范围之展开

(一) 非正常经营活动中的善意买受人

《民法典》第406条在承认抵押权追及力的基础上允许抵押财产的自由流转,改变了既往限制抵押物转让的立场,是一个重要的立法革新。但如前所述,《民法典》第404条具有阻断动产抵押权追及力的作用,因而,《民法典》第406条的适用范围须限制在非正常经营活动之中。在非正常经营活动中,由于登记与否对买受人的主观善意将会产生不同的影响,应当在区分动产抵押权已登记和未登记两种不同情形的前提下就动产抵押物的转让作类型化分析,分述如下。

当动产抵押权已经登记之时,由于《民法典》第403条在动产抵押上采取登记对抗规则,则查询动产的抵押登记状况当然构成受让人的法定义务。民事主体在购买动产标的物之前自应查询动产的抵

押登记状况以探知所欲购买的标的物上是否附有抵押权,若其因怠于查询而未能发现标的物上的权利负担,自不得主张自己为善意。因此,在动产抵押权已行登记之时,受让人在主观上处于一种知道或者应当知道标的物上有抵押权附着的状态,据此可排除受让人依继受取得的方式取得无负担的所有权的可能性,动产抵押权之追及效力获得保障。

当动产抵押权未经登记之时,受让人通常难以根据标的物本身判断其上是否附有抵押权,为顾及交易效率,也不宜对其科以在查询登记簿之外再作详尽调查的义务,所以此时不可一概维持抵押权的追及力。鉴于《民法典》第406条已经放开了对抵押物转让的限制,抵押人在抵押物的转让上享有完全处分权,其在未经抵押权人同意的情况下转让抵押财产不再以无权处分论处,故而受让人是否取得清洁的标的物也就不再取决于其是否构成善意取得,而应适用《民法典》中动产物权变动的一般规则^①。具体而言,当受让人非为善意时,表明其愿意接受有抵押权负担的标的物,转让结果也应如其所愿;当受让人为善意时,虽然抵押人非属无权处分,但为了保护受让人取得清洁的标的物的合理期待,应当使其获得如同动产善意取得制度适用一般的法律效果的保护。《担保制度解释》第54条第(一)项也体现了相同的立场。

根据如上分析可知,非正常经营活动中的善意买受人是动产抵押权未经登记不得对抗的第三人。此结论也可运用前文建构的第三人范围界定标准得出,分析如下:动产抵押权人和受让人之间处于一种或者受让人承受所取得的标的物上附有抵押权,承担沦为抵押权人行使权利的对象的风险,或者受让人取得清洁的标的物,抵押权人在标的物上享有的抵押权归于消灭的关系之中。二者之间存在物之相争关系,符合第三人范围的客观界定标准。如果动产抵押权未经登记,买受人唯有在主观上为善意之时,方能获得如动产善意取得制度适用一般的信赖保护效果,藉此否定在先抵押权的存在,取得无物上负担的购置物。这也符合第三人范围界定的主观标准。

(二) 已取得移转占有的善意租赁权人

当抵押权和租赁权在同一动产上并存时,由于

^① 参见高圣平,叶冬影:《民法典动产抵押物转让规则的解释论》,发表于《比较法研究》,2020年第4期,第89页。认为应当适用善意取得制度的观点可参见王琦:《论抵押财产转让对抵押权的影响——以〈民法典〉第403、404、406条的协调适用为视角》,发表于《北京航空航天大学学报(社会科学版)》,2020年第5期,第3页。

它们分别支配的是标的物的支配价值与使用价值,二者本可互不相犯。但实行抵押权之时,根据《民法典》第405条确立的“买卖不破租赁”规则,已满足移转占有此一公示要件的租赁权将不受所有权变动的影响而自动存续于标的物之上,这极有可能影响抵押物折价、拍卖、变卖可得的价款。因为买受人通常希望取得的是清洁的标的物,若购置物上附有租赁权无疑将导致买受人不愿或只愿意以较低的价格购买。因此,当租赁关系的存续致使抵押权在实行时无人应买或者所得变价款过低时,抵押权人为圆满地实现抵押权,须以除去抵押物上附着的租赁权负担为必要,从而导致抵押权和租赁权之间发生冲突。冲突的结果是,或者抵押物上附着的租赁权被除去,或者抵押物以附着租赁关系的状态被拍卖、变卖等。此时,已取得移转占有的租赁权人和动产抵押权人处于相互争夺物之支配关系的状态之中,符合第三人范围的客观界定标准。在第三人范围的主观界定标准上,由于涉及到租赁关系这一物上债务的存续与否,对租赁权人要科以较高的主观善意要求。《担保制度解释》第54条第(二)项也规定,当抵押权人可以举证证明承租人知道或者应当知道抵押合同的存在时,“买卖不破租赁”规则将不再适用。综上,已取得移转占有的善意租赁权人是动产抵押权未经登记不得对抗的第三人。

(三) 其他动产抵押权人、质权人

就第三人范围客观界定标准而言,同一标的物上竞存的动产抵押权之间以及动产抵押权和质权之间均为争夺担保权益优先受偿顺位的竞争关系,处于相互争夺抵押物的交换价值之支配的状态之中,符合客观界定标准;在第三人范围的主观界定标准上,如前所述,“善意”要采取一种类型化的解释路径,在仅关涉担保权益优先受偿顺位的竞争的场合,宜将“善意”解释为客观善意,亦即不考虑当事人的主观心理态度,一律交由抵押登记状态决定。若已经实行登记,则未登记或在后登记者均为恶意;若未进行登记,则不问其他当事人知悉与否,均应认定为善意。这实际上将“善意”涵摄到登记之中,除此之

外,未对其他动产抵押权人、质权人的主观心理有所限定。因此,其他动产抵押权人、质权人是动产抵押登记对抗规则的适用对象,属于动产抵押权未经登记不得对抗的善意第三人。

(四) 所有权保留交易中的保留卖主、融资租赁交易中的出租人

在实质担保观的影响之下,《民法典》在所有权保留交易、融资租赁交易上也采取登记对抗规则,为其等与动产抵押交易在设立、公示及优先顺位上适用同一规则奠定了技术前提。基于此,所有权保留交易和融资租赁交易自可准用《民法典》第414条设置的优先顺位规则,所有权保留交易中的保留卖主、融资租赁交易中的出租人亦为动产抵押权未经登记不得对抗的第三人。值得注意的是,如前所述,符合《民法典》第416条购买价金担保权构成要件的保留卖主和出租人是已经登记亦不得对抗的第三人,应从中予以排除。

(五) 法定担保债权人

法定担保债权人系指通过扣押、查封或者其他类似措施取得担保物权的人,^[31]⁸⁴包括破产管理人、查封债权人、扣押债权人及参与分配债权人等。《中华人民共和国企业破产法》和《中华人民共和国民事诉讼法》均未就未登记的动产抵押权能否对抗法定担保债权人作出规定,《民法典》颁行之前的司法实践普遍认为未登记的动产抵押权人可优先于一般债权人受偿,而此处所指的一般债权人包括法定担保债权人^①,但《民法典》颁行之后制定的《担保制度解释》第54条第(三)项、第(四)项及当前学界的主流观点均肯认法定担保债权人属于未经登记不得对抗的第三人^②,笔者以为后者更值赞同,理由如下。

首先,当狭义的一般债权人转化为破产管理人等法定担保债权人时,其对债务人的财产从有抽象的支配可能性转变成具体的支配,和动产抵押权人形成互相争夺物之支配的关系,符合对抗问题限定说的第三人范围客观界定基准。在主观界定标准上,鉴于法定担保债权人和动产抵押权人之间仅涉

① 参见“刘文平、郭伟明、罗哲夫等其他案由执行案”,广东省高级人民法院(2019)粤执复156号执行裁定书;“辽宁辉山乳业集团四合城牧业有限公司、辽宁辉山乳业集团金星牧业有限公司破产债权确认纠纷案”,辽宁省高级人民法院(2019)辽民终1722号民事判决书;“潮州市新燕食品有限公司、南和县恒基涂料有限公司等与吴友士、湖州泽正纺织品有限公司买卖合同纠纷案”,潮州市吴兴区人民法院(2013)潮吴执分初字第2号民事判决书等。部分学者亦持相同见解,参见许德风:《破产法论——解释与功能比较的视角》,北京大学出版社2015年出版,第403-404页;刘竞元:《民法典动产担保的发展及其法律适用》,发表于《法学家》,2021年第1期,第62页。

② 对《担保制度解释》第54条第(三)、(四)项的解读可参见最高人民法院民事审判第二庭:《最高人民法院民法典担保制度司法解释理解与适用》,人民法院出版社2021年出版,第473页;庄加园:《动产抵押的登记对抗原理》,发表于《法学研究》,2018年第5期,第91页;龙俊:《中国物权法上的登记对抗主义》,发表于《法学研究》,2012年第5期,第151页;高圣平:《民法典动产担保权登记对抗规则的释论》,发表于《中外法学》,2020年第4期,第962页。

及优先受偿顺位的争夺,未关涉得权失权效果的发生,所以在主观上仅要求客观善意即可,亦即不需要在实质上考察法定担保债权人的主观心态,善意与否仅凭登记这一客观要素判定。中国学界的有力说认为,基于效率的考虑,主观上不需要区分法定担保债权人是善意抑或恶意。^{[1]151,[2]106}采客观善意说起到的实际效果和善意恶意不问说相差无几。

其次,自动产抵押制度继受的模板 UCC 中探源可知,UCC 第 9-201 条(a)虽然规定按照当事人之间的约定而成立的担保合同可以对抗担保物的债权人,但却存在若干例外情形,UCC 第 9-317 条(a)(2)是为其中之一。^[32]该条规定,担保物权或者农业担保权劣后于在其公示之前即成为法定担保债权人(lien creditor)的人受偿。根据 UCC 第 9-102 条(a)(52)的定义,法定担保债权人包括通过查封、扣押或者其他类似措施取得担保物权的人,以及破产程序中的受托人等。由此,结合 UCC 第 9-102 条(a)(52)、第 9-201 条(a)和第 9-317 条(a)(2)的规定进行体系解释,破产管理人、查封债权人及扣押债权人等法定担保债权人均属于担保物权若未经完善化则不得对抗的第三人。此结论亦可自《美国企业破产法》中寻求佐证。该法第 101 条(36)将司法担保权(judicial lien)界定为以判决、扣押或者封存,或者其他法定或相当的措施或者程序取得的法定担保权(lien)。被称为“强臂撤销权条款”的该法第 544 条(a)(1)规定,在破产程序启动时,破产管理人被赋予一项拟制的司法担保权,其可基于此撤销未完善化(perfection)的动产担保权。自此进一步延伸,查封债权人、扣押债权人等司法担保权人也属于未完善的动产担保权不得对抗的第三人。参与分配债权人和查封或扣押债权人的法律地位相类似,可被解释为通过类似措施取得司法担保权的人。^{[31]83-84}

最后,隐性担保的泛滥会提高债务人的经营杠杆率,破坏金融体系的稳定性,积聚系统性的金融风险^①。因此,促使隐性担保显形化应当是《民法典》时代构建科学的动产和权利担保体系的核心价值目标之一。承认法定担保债权人是未经登记的动产抵押权不得对抗的第三人,在合理的限度内弱化未经

登记的动产抵押权的效力,可以促使动产抵押权人为获得完善的担保权益而实行登记,对动产抵押登记之普及形成正向激励效应,推动隐性担保显形化的价值目标的实现。

五、结语

《民法典》的编纂秉持着清季沈家本修律以来所一以贯之的“折衷世界各国大同之良规,兼采近世最新之学说”^②的立法观念,此举虽可博采众长,但混合继受也导致不同法系或相同法系不同支系的制度、规则以及概念夹杂地糅合在一起,对于民法的逻辑性与体系性均形成了冲击,造成民法内部的制度冲突或体系性瑕疵等不和谐现象的产生^③。这在《民法典》物权编方面的重要体现是分割物权变动效力的登记对抗主义对继受德国潘德克顿法学而形成的物债二元严格区分的财产权体例造成的冲击,和将取自 UCC 第九编的动产抵押制度嵌入大陆法系的担保物权体系之中所带来的规则碰撞。动产抵押权登记对抗规则积淀着上述两重“层累”,还要担负实践统一动产担保交易制度的使命,任重而道远,值得民法学界投以更多关注的目光和倾注更多解释的精力。准确地理解与把握动产抵押权登记对抗规则,一方面要弘扬优化营商环境的立法意旨,另一方面要坚守制度本意与本土化的对立统一。为此,在阐释动产抵押权登记对抗规则之时,既要重点借鉴作为《民法典》动产和权利担保体系变革主要参考对象的 UCC 等国际法律文件的立法经验,也要注意与本国既有的物债二元严格区分的财产权体系、公示要件主义的物权变动模式和第三人信赖保护机制(如善意取得)等制度体系的分工与衔接。循此路径,登记对抗理论构造不应作为动产抵押登记对抗规则解释与适用的前置性理论基石而起作用。动产抵押登记不具有公示公信力,更多的是公示物上权利负担,为可能与担保人发生交易的第三人提供交易信息。未经登记的动产抵押权仍应定性为物权。第三人范围的客观界定标准应采对抗问题限定说,第三人范围的主观界定标准要区分主观善意和客观善意的适用场景而作类型化解释,并在此基础上,描绘出第三人具体类型的全景。

① 关于隐性担保对于一国金融稳定的危害性,参见王乐兵:《金融创新中的隐形担保——兼论金融危机的私法根源》,发表于《法学评论》,2016年第5期,第59页。

② 语出《修订法律大臣沈家本等奏进呈刑律分则草案折》。

③ 相关观点参见刘颖:《中国民法中的“层累现象”初论——兼议民法典编纂问题》,发表于《东方法学》,2015年第2期,第43页。

参考文献:

- [1] 龙俊. 中国物权法上的登记对抗主义[J]. 法学研究, 2012, 34(5).
- [2] 郭志京. 也论中国物权法上的登记对抗主义[J]. 比较法研究, 2014(3).
- [3] 刘经靖. 评《中华人民共和国物权法(草案)》的物权变动二元结构[J]. 烟台大学学报(哲学社会科学版), 2005(3): 296.
- [4] 汪志刚. 意思主义与形式主义对立的法理与历史根源[J]. 法学研究, 2010, 32(5): 90.
- [5] 我妻荣. 新订物权法[M]. 罗丽, 译. 北京: 中国法制出版社, 2008: 158.
- [6] 庄加园. 登记对抗主义的反思与改造:《物权法》第24条解析[J]. 中国法学, 2018(1).
- [7] 王洪亮. 动产抵押登记效力规则的独立性解析[J]. 法学, 2009(11): 91.
- [8] 程啸. 不动产登记簿之推定力[J]. 法学研究, 2010, 32(3): 114.
- [9] 余凌云. 船舶所有权登记的行政法分析[J]. 中国海商法研究, 2021, 32(2): 9.
- [10] 赵光明. 新民法典下机动车抵押登记审查制度之完善[J]. 中国人民公安大学学报(社会科学版), 2021, 37(3): 153-155.
- [11] 司玉琢. 海商法专论[M]. 4版. 北京: 中国人民大学出版社, 2018: 40.
- [12] 朱广新. 不动产适用善意取得制度的限度[J]. 法学研究, 2009, 31(4): 46-47.
- [13] 高圣平. 《民法典》视野下统一动产和权利担保登记制度的构造[J]. 浙江工商大学学报, 2020(5): 40.
- [14] 庄加园. 动产抵押的登记对抗原理[J]. 法学研究, 2018, 40(5).
- [15] 高圣平. 民法典动产担保权优先顺位规则的解释论[J]. 清华法学, 2020, 14(3).
- [16] 金可可. 债权物权区分说的构成要素[J]. 法学研究, 2005(1): 25.
- [17] 克莱夫·巴尔. 欧洲私法的原则、定义与示范规则 欧洲示范民法典草案(第9卷、第10卷)[M]. 徐强胜, 等译. 北京: 法律出版社, 2014: 21.
- [18] 卡尔·拉伦茨. 法学方法论(全本·第六版)[M]. 黄家镇, 译. 北京: 商务印书馆, 2020: 548.
- [19] 黄薇. 中华人民共和国民法典物权编释义[M]. 北京: 法律出版社, 2020: 502.
- [20] 汪志刚. 准不动产物权变动与对抗[J]. 中外法学, 2011, 23(5): 1029.
- [21] 最高人民法院民事审判第一庭. 最高人民法院物权法解释(一)理解与适用[M]. 北京: 人民法院出版社, 2016.
- [22] 全国人大常委会法制工作委员会. 中华人民共和国物权法释义[M]. 北京: 法律出版社, 2007: 412.
- [23] 赵忠丽. 论登记对抗规则下第三人范围的确定[J]. 研究生法学, 2015, 30(2): 21.
- [24] 铃木禄弥. 物权的变动与对抗[M]. 渠涛, 译. 北京: 社会科学文献出版社, 1999: 23-25.
- [25] 张淳. 我国《物权法》第24条适用二题[J]. 法学论坛, 2013, 28(1): 62.
- [26] 尹田. 物权法理论评析与思考[M]. 2版. 北京: 中国人民大学出版社, 2008: 268.
- [27] 近江幸治. 民法讲义Ⅱ物权法[M]. 王茵, 译. 北京: 北京大学出版社, 2006: 62.
- [28] 加贺山茂. 日本物权法中的对抗问题[J]. 于敏, 译. 外国法译评, 2000(2): 24.
- [29] 王泽鉴. 民法学说与判例研究(第一册)[M]. 修订版. 北京: 中国政法大学出版社, 2005: 228.
- [30] 刘文杰. 浮动抵押效力休眠规则研究——《物权法》第189条第2款的理解与适用[J]. 研究生法学, 2014, 29(4): 41.
- [31] 尚连杰. 论我国动产抵押权的对抗力——以“第三人”的范围为中心[M]//《清华法律评论》编委会. 清华法律评论第8卷第1辑. 北京: 清华大学出版社, 2015.
- [32] 美国法学会, 美国统一州法委员会. 美国《统一商法典》及其正式评述[M]. 高圣平, 译. 北京: 中国人民大学出版社, 2006: 125.

胡正良,李雯雯.新冠肺炎疫情期间国际海员换班难的法律问题与应对[J].中国海商法研究,2022,33(1):81-92

新冠肺炎疫情期间国际海员换班难的法律问题与应对

胡正良,李雯雯

(上海海事大学 法学院,上海 201306)

摘要:新冠肺炎疫情期间,沿海国严格的边境防疫管控措施导致国际海员、尤其是外国籍国际海员的正常换班遭遇困境。国际海员换班涉及船舶挂靠、海员上下船和下船的外国籍海员遣返三个环节。以传染病防治和国际海员权利保障的相关国际条约和法律规定为依据,运用公共卫生理论和行政管理理论,分析国际海员换班三环节存在的法律问题,提出国际海员换班问题的应对之策:遵循相关理念和原则,通过循证风险评估提高行政决策的科学性,以国际海员接种疫苗作为其换班的条件,在外国籍国际海员出入境环节授予其适当的旅行限制豁免。

关键词:新冠肺炎疫情;国际海员;换班;法律问题

中图分类号:D922.294 **文献标志码:**A **文章编号:**2096-028X(2022)01-0081-12

International seafarers' shift crisis during COVID-19 pandemic: legal issues and countermeasures

HU Zheng-liang, LI Wen-wen

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

Abstract: Strict entry control measures taken by Coastal States during COVID-19 pandemic have resulted in international seafarers' shift crisis worldwide. The process of international seafarers' shift consists of ship's calling at port, embarking and disembarking of seafarers and repatriation of disembarked foreign seafarers. Based on relevant international treaties and legal provisions on prevention of infectious disease and protection of seafarers' rights, combining the theory of public health with the theory of administration, this paper analyzes the obstacles existing in the international seafarers' shift and puts forward countermeasures that following related idea and principles, conducting evidence-based risk assessment to improve the rationality of administrative decisions. Vaccination for international seafarers should be required as a pre-condition for shift. In the aspect of foreign seafarers' entry-exit, exemption from travel restrictions should be duly granted.

Key words: COVID-19 pandemic; international seafarers; shift; legal issues

海员在船服务时间由海员劳动合同、劳务合同、上船协议等形式的海员就业协议约定。国际劳工组织制定的《2006年海事劳工公约》(Maritime Labour Convention, 2006)标准 A2.5 中限定,海员在船服务时间不得超过 12 个月。《中华人民共和国海员船上工作和生活条件管理办法》(简称《海员船上工作和生活条件管理办法》)第 32 条第(六)项作了相同限定。在国际航行船舶上服务的船员(简称国际海员)的换班包括两方面内容:一是在船上服务时间届

满的国际海员下船遣返(repatriation)休假,二是岸上的国际海员上船接替服务。国际海员可能服务于本国船舶,也可能服务于外国籍船舶。全球新冠肺炎疫情(简称疫情)发生以来,中国和其他沿海国普遍存在外国籍船舶上超期服务的国际海员换班难的问题。相对而言,服务于本国船舶的国际海员在本国港口换班难的问题并不突出。笔者主要讨论的是疫情期间外国籍船舶上国际海员换班难的问题,并以外国籍国际海员换班难问题为重点。

收稿日期:2022-01-06

基金项目:2021 年度国家社科基金青年项目“海上公共卫生法律治理研究”(21CFX019)

作者简介:胡正良(1962—),男,浙江嵊州人,法学博士,上海海事大学法学院教授、博士生导师,上海海事大学海商法研究中心主任,E-mail:zhlu@shmtu.edu.cn;李雯雯(1995—),女,上海人,上海海事大学法学院航运管理与法律专业博士研究生,E-mail:515931723@qq.com。

据统计,全球每月约15万名国际海员需要换班^①。然而根据2021年3月的报道,全球20万名国际海员的正常换班因疫情受到影响^②。通常,安排国际海员换班是航运公司的义务。但是,疫情对国际海员换班造成的阻碍超出了绝大多数航运公司的能力范畴,保障国际海员换班需要国家行政主体的参与。2020年初疫情暴发后,中国交通运输部联合劳动保障、边境管理等部门针对国际海员换班出台了一系列规范性文件^③,体现了中国对国际海员换班问题的重视,一定程度上满足了国际海员在中国港口换班的需求。但新冠肺炎病毒不断出现新变种,可以预见由疫情导致的国际海员换班难问题将持续存在。

国际海员换班可分为三个环节:一是船舶挂靠港口,二是船上海员下船和岸上替班海员上船,三是下船的外国籍海员遣返回国。疫情期间,与这三个环节相对应,国际海员在港口换班受阻体现在三个方面:一是船舶被沿海国拒绝挂靠或者不能及时挂靠,二是船舶靠港后国际海员被禁止下船或者不能及时上下船,三是外国籍国际海员在港口下船后难以遣返。此三方面内容在法律上相应地表现为三个问题:一是在船舶挂靠方面,沿海国行使港口准入权是否应有合理限度?二是国际海员基于“无疫通行”(free pratique)制度享有的上下船权利如何得以保障?三是外国籍国际海员遣返权如何得以保障?

疫情期间保障国际海员换班对于维护海员正当权益、保障船舶航行安全,以及维持全球供应链的畅通具有重要作用。2021年12月10日,《国务院应对新型冠状病毒肺炎疫情联防联控机制综合组关于进一步做好国际航行船舶船员疫情防控工作的通知》(简称《做好疫情防控工作的通知》)发布,提出要“精准做好国际航行船舶海员疫情防控,保障国际海上物流供应链畅通,切实维护海员合法权益”。解决疫情期间国际海员的换班问题,既是贯彻落实国家关于“高度重视疫情期间的船员权益保障工作”的要求^④,也是对国际海员“关键工作人员”(key workers)身份的回应^⑤。笔者以传染病防治中有关

国际海员权利保障的国际条约和法律规定为依据,运用公共卫生理论和行政管理理论,结合疫情期间国际海员在中国换班的实际情况,分析上述三方面法律问题,以及应对措施之完善。

一、疫情期间国际海员换班难的具体法律问题及其原因

(一) 疫情期间沿海国行使港口准入权的限度问题

沿海国准许或拒绝外国籍船舶进入本国港口的权利,被称为港口准入权(port access permission right)^[1]。疫情期间,为防控病毒通过挂靠本国港口的外国籍船舶输入,很多国家通过行使港口准入权,禁止外国籍船舶挂靠或者对其挂靠作出严格限制,体现了沿海国国家主权的行使。

巴拿马籍“港通19”(Gang Tong 19)轮上两名中国籍国际海员患病数月,2021年8月中旬申请挂靠深圳蛇口港换班遭到拒绝,后在香港完成换班。巴拿马籍“楼兰缅因州”(Lowlands Maine)轮于2021年6月28日从美国卡拉玛港出发,7月16日抵达舟山,船上21名中国籍国际海员计划在江阴港下船休假,但考虑到南京疫情可能影响下船,船员申请在舟山港换班休假,但遭拒绝。

上述实例中,沿海国拒绝或限制外国籍船舶进入本国港口,是沿海国行使港口准入权的体现。但是,沿海国若以国内公共卫生安全为由,一概拒绝船上有感染病毒或疑似感染病毒海员的外国籍船舶进入港口,从而使船上海员得不到妥善救治,与国际人权保护原则、合理行政原则相悖。可见,沿海国行使港口准入权应有合理限度。

(二) 疫情期间国际海员基于“无疫通行”制度享有的上下船权利之保障问题

允许国际海员为换班而上下船,是沿海国履行《国际卫生条例(2005)》[*International Health Regulations (2005)*,简称《条例》]规定的授予外国籍船舶“无疫通行”的义务。根据《条例》第1条中的定义,对于船舶而言,“无疫通行”是指允许船舶进入

① 参见国际海事组织第4204号通函件第14号补充件(Circular Letter No. 4204/Add 14 Rev 1)。

② 参见 *Concerns of Rise in Seafarers Impacted by Crew Change Crisis Due to New COVID-Variants*, 访问网址: <https://www.ics-shipping.org/press-release/concerns-of-rise-in-number-of-seafarers-impacted-by-crew-change-due-to-new-covid-variants>。

③ 《交通运输部、人力资源社会保障部关于妥善做好新冠肺炎疫情期间中国籍国际航行船舶在船员换班安排的公告》《交通运输部、外交部、国家卫生健康委关于精准做好国际航行船舶船员疫情防控工作的通知》《交通运输部、外交部、国家卫生健康委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》等。

④ 参见《交通运输部:高度重视疫情期间的船员权益保障工作》,访问网址: <http://www.rmzxb.com.cn/c/2020-04-18/2557461.shtml>。

⑤ 联合国大会第75届会议文件(A/75/L.37)指出:“敦促会员国指定海员和其他海事人员为关键工作人员。”国际海事组织4204号通函件第4号补充件(Circular Letter No. 4204-Add. 4)将国际海员列为“关键工作人员”,以期缓解国际海员换班难困境。

港口、船上人员离岸或登岸、船舶卸载货物或储备用品。《条例》第28条第2款第1句规定:“除第43条或适用的国际协议另有规定之外,缔约国不应当出于公共卫生理由拒绝授予船舶或飞机‘无疫通行’。”其中,就船舶而言,“公共卫生理由”一般是指船舶的卫生状况不符合沿海国的卫生检疫标准。因此,在通常情形,沿海国不得以船舶卫生状况不达标为由,不允许国际海员下船。

但是疫情期间,大量外国籍船舶上的外国籍国际海员虽未感染病毒,仍无法在很多沿海国港口下船换班。2020年3月23日,中华人民共和国海事局副局长杨新宅在国务院联防联控机制新闻发布会上表示,如果14天内有到疫情严重国家停留史的外国籍船员,原则上不安排换班^①。2020年3月30日,交通运输部国际合作司在国务院联防联控机制新闻发布会上表示,所有外国籍船舶不得在中国换班外国籍船员^②。

不仅存在外国籍国际海员下船换班难的问题,也存在中国籍国际海员下船换班难的实例。2021年7月30日,巴拿马籍“弘进”(Grand Progress)轮从菲律宾出发,原定目的港为江苏如皋港,所有船员为中国籍国际海员。因船上多名船员出现发热症状,被目的港拒绝停靠,致使该轮航行途中滞留舟山海域,船员就换班发出求助,引发社会舆论的广泛关注。经过逐级上报,舟山市政府最终于8月8日对该轮船员采取了核酸检测、闭环转运至定点医疗机构救治的紧急救助措施^③。

2021年11月22日发布的《船舶船员新冠肺炎疫情防控操作指南(V8.0)》(简称《疫情防控操作指南(V8.0)》)中提出了分区分级防控的建议,即高风险地区应当“严控登陆,不更换船员”,中风险地区“原则上不更换船员”。可见,疫情期间外国籍船舶上的外国籍国际海员基于“无疫通行”制度享有的上下船权利会受到沿海国为防控疫情而施行的严格管控措施的影响。

疫情期间,沿海国拒绝外国籍船舶挂靠、国际海员上下船的主要原因均源于船员疫情防控工作,具体包括以下三方面内容。首先,换班的国际海员可能成为病毒跨国传播至沿海国的媒介。面对这种境外疫情输入风险,包括中国在内的大多数沿海国采

取严格的疫情防控措施。沿海国为了在国际海员下船前确定其是否感染病毒,需要对船上国际海员进行核酸检测,并对检测结果进行分析,而此种检测只能在船舶到港、卫生检疫人员登船后才能进行,具有一定的技术复杂性,并需要一定的时间。在严防严控疫情境外输入的政策之下,国际海员下船换班申请往往受到严格审查,无形中增加了政府部门的行政成本。有时,卫生检疫和其他政府主管部门出于严防严控和节约行政成本的考量,甚至对国际海员下船换班申请简单地一拒了之。其次,国际海员换班会占用沿海国的医疗资源,包括为港口一线人员提供合格的防护装备,为国际海员提供有效的检测试剂和适当的隔离场所,以及对感染病毒的国际海员进行治疗等。最后,一些航运公司的船上疫情防控措施不到位,国际海员到港后核酸检测呈阳性的数量较多,触发沿海国政府换班熔断机制。对于被采取熔断措施的航运公司,其管理的船舶上的外国籍海员在熔断期间在沿海国不得换班;熔断期结束后,对其船舶上外国籍海员的换班申请加强审核。换言之,外国籍海员在熔断期间难以下船。

(三) 疫情期间外国籍国际海员遣返权之保障问题

遣返权是国际海员的一项核心权利,表现为国际海员在国外港口下船后,享有被安排回到本国的权利。《2006年海事劳工公约》是保障国际海员权益最重要的国际条约,其规则2.5规定,海员有权利得到遣返并无须承担费用,标准A2.5和导则B2.5则规定了国际海员遣返权的具体内容,包括遣返情形、遣返费用、遣返方式,以及公约成员国在安排国际海员遣返过程中应当履行的援助、通知、医治和照料等义务。中国是《2006年海事劳工公约》的成员国,并以行政法规和部门规章的形式规定了国际海员的遣返权。《中华人民共和国船员条例》第27条至第30条分别规定了国际海员的遣返情形、遣返地点、遣返费用,以及遣返权受到侵害时的救济途径。《海员船上工作和生活条件管理办法》第六章专门规定了国际海员的遣返权。

疫情暴发后,很多国家和地区对有疫情严重地区旅居史的人员实施旅行限制(travel restrictions)措施,导致外国籍国际海员为换班而入境沿海国受到

^① 参见《四部门第二次联防联控境外疫情输入有关情况》,访问网址:<https://www.msa.gov.cn/html/HDJL/zxft/20200323/A0B7CD98-B3D3-4170-ACF6-0615BBAAB1B6.html>。

^② 参见《交通部:目前34个口岸开通货运,外籍船员不得在中国换班》,访问网址:https://www.thepaper.cn/newsDetail_forward_6757050。

^③ 参见《“弘进轮”获救背后:国际航运船员“下船难”困局》,访问网址:<https://www.bjnews.com.cn/detail/162886676114509.html>。

较大限制,进一步造成外国籍国际海员的遣返困境。即使已经入境,外国籍国际海员仍要按照换班地疫情防控的要求接受检疫、隔离。2021年5月11日《新型冠状病毒肺炎防控方案(第八版)》发布,要求对入境人员实施14天隔离医学观察措施,有的港口城市甚至对入境的国际海员规定了更高的隔离要求。不仅如此,外国籍国际海员从下船至抵达遣返目的地的过程中可能途径第三国,因而可能面临两个甚至多个国家的旅行限制,进而因两次甚至多次隔离而导致遣返更加困难。基于上述外国籍国际海员遣返难的现实,为避免其在沿海国长期滞留,沿海国甚至将遣返困难作为不允许外国籍船舶停靠本国港口和外国籍国际海员下船换班的理由之一。

疫情期间,外国籍国际海员能否顺利遣返受制于沿海国严格的出入境政策。首先,外国籍国际海员下船后,如果不能直接从下船地点封闭转运至机场乘航班出境或换乘下船地港口的其他船舶出境,则需要按照沿海国入境防疫要求进行隔离。而且,如前所述,国际海员在遣返途中可能需要两次甚至多次隔离。其次,各国旅行限制政策受疫情严重程度变化的影响较大,愿意为国际海员实施旅行限制豁免的国家屈指可数^①。多国政府为避免境外疫情输入,选择暂停国际航班,关闭边境、港口和机场。即使没有暂停国际航班,航班数量也大为减少,出现一票难求的情形。自疫情暴发以来,进出中国的国际航班便是这种情形。因此,外国籍国际海员即使下船,也难以及时返回本国,很可能需要在沿海国或者中间途经的国家滞留较长时间。

二、应对疫情期间国际海员换班难问题的理念和基本原则

沿海国应对疫情期间国际海员换班难的法律问题,应当遵循海洋命运共同体理念,以及国家主权原则、国际人权保护原则、不歧视原则、合理行政原则和国际合作原则。

(一) 海洋命运共同体理念

海洋命运共同体理念是中国参与全球海上公共卫生治理的基本立场与方案,是人类命运共同体理念在海洋领域中的具体实践。习近平主席指出:“海洋孕育了生命、联通了世界、促进了发展。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,各国人民安危与共。”^[2]海运是海洋资源利用的传统方式之一,从2019年疫情暴发前到2021年7月,全球贸易中超过80%的货物通过海运完成,中国进出口货物中海运完成的比例高达94.8%。^[3]国际海洋物流网络内联外通,是开展国际贸易的保障,并且国家间海上公共卫生安全相互依存程度极高。海上公共卫生安全作为非传统海上安全领域,既是海洋命运共同体价值理念推广的试验场,也是“21世纪海上丝绸之路”建设的重点领域。^[4]

面对疫情,国际社会对于海上公共卫生安全享有的共同利益使得全人类成为休戚与共的安全共同体。疫情期间,国际海员换班可能导致疫情跨境传播,从而涉及很多国家共同的海上公共卫生利益。基于公共卫生全球治理的要求,贯彻海洋命运共同体理念便成为解决国际海员换班难问题的现实需要。因此,应对疫情期间国际海员换班难问题,需要遵循海洋命运共同体理念,超越对本国狭隘海洋利益的关切,站在全球各国共享海洋资源,共同发展海洋经济,实现利用海洋造福人类的目标的高度。

(二) 基本原则

1. 国家主权原则

国家主权原则是指国家在国际交往中相互尊重国家主权,彼此承认在其本国领域内按照自己的意志,独立自主地决定对内对外事务的最高权力的国际行为准则。《联合国海洋法公约》(United Nations Convention on the Law of the Sea,简称《海洋法公约》)第2条规定:“沿海国的主权及于其陆地领土及其内水以外邻接的一带海域……”因此,沿海国对其内水享有完整的主权。《海洋法公约》并未明确沿海国对于外国籍船舶的港口准入问题。^[5]但是,港口位于沿海国内水,属于沿海国主权范围。国际习惯法也承认沿海国对其港口享有管辖权。^{[6]280-303}

疫情期间,沿海国对外国籍船舶上国际海员换班活动行使行政管辖权,主要表现为:在其参加的《条例》等其他国际条约规定范围内,依据国内法控制和管理外国籍船舶及船上国际海员,包括允许或拒绝外国籍船舶挂靠、国际海员上下船。国际法不要求沿海国以牺牲本国公共卫生安全利益为代价接纳暴发疫情的外国籍船舶及其海员。即便是以防止

^① 丹麦、法国、德国、希腊、印度尼西亚、荷兰、挪威、菲律宾、沙特阿拉伯、新加坡、阿联酋、英国和美国表示,同意对国际海员实施旅行限制豁免,并通过增加商业航班数量的方式便利海员遣返顺利进行。参见 Sam Chambers: *Thirteen Countries Sign Crew Change Pact*, 访问网址: <https://splash247.com/12-countries-sign-crew-change-pact>。

传染病跨境传播为宗旨的《条例》,也以尊重国家主权为基本原则。《条例》第3条第4款规定:“根据联合国宪章和国际法的原则,国家享有根据其卫生政策立法和实施法规的主权权利。”《中华人民共和国出境入境管理法》第21条第1款规定:“外国人有下列情形之一的,不予签发签证:……(二)患有严重精神障碍、传染性肺结核病或者有可能对公共卫生造成重大危害的其他传染病的;……”这一规定与《条例》第3条第4款规定实质上相一致,均体现了国家主权原则和维护国家公共卫生安全利益的价值取向。因此,应对疫情期间国际海员换班难问题,应当遵循国家主权原则。

2. 国际人权保护原则

国际人权保护原则作为主权国家在国际社会交往中的一项基本原则,要求国家不得妨碍个人行使权利或不为侵犯特定权利的行为,并履行保护和促进人权的积极义务。人权的国际保护理论认为,主权国家应当“按照国际法,通过国际条约或者基于国际习惯,承担国际义务保护基本人权,并在某些方面进行合作与保证及相互监督,禁止非法侵犯这些基本的权利和自由,并促使它们得以实现。”^[7]《联合国宪章》和《经济、社会及文化权利国际公约》(*International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*)都提出了人权保护的要求。《中华人民共和国宪法》第32条第1款也规定:“中华人民共和国保护在中国境内的外国人的合法权益和利益,在中国境内的外国人必须遵守中华人民共和国的法律。”

疫情期间,中国和很多其他沿海国的国际海员换班政策主要针对本国籍国际海员,很多外国籍国际海员在沿海国港口无法换班或者无法及时换班。根据国际人权保护原则,一国既要允许本国籍国际海员换班,也要最大限度地允许外国籍国际海员换班。因此,保障疫情期间外国籍国际海员换班,不仅是履行《2006年海事劳工公约》等国际条约规定的义务,也是国际人权保护原则的要求。

3. 不歧视原则

是否允许国际海员换班涉及国际法原理中的外国人待遇问题。根据国家主权原则,沿海国可以自行决定给予外国籍海员何种待遇,包括国民待遇、最惠国待遇、互惠待遇和差别待遇。其中,差别待遇是

指国家在外国人与本国之间或在不同国籍的外国人之间给予不同的待遇。^[8]不歧视作为人权保障的基本原则,要求“相同情况相同对待”。^[9]

不歧视原则在《世界人权宣言》^①、《联合国宪章》中的人权条款^②、全球性人权条约^③中都有体现。例如,《经济、社会及文化权利国际公约》第12条要求缔约国承认“人人有权享有能达到的最高的体质和心理健康的标准”,达到“预防、治疗和控制传染病”的目标,创造“保证人人在患病时能得到医疗照顾”的条件;第2条第2款规定:“本公约缔约各国承担保证,本公约所宣布的权利应予普遍行使,而不得有例如……国籍……或其他身份等任何区分。”具体到国际海员换班语境中,不歧视原则要求沿海国不对同一国际航行船舶上的不同国籍海员采取差别待遇,例如仅允许本国籍国际海员换班而不允许外国籍国际海员换班。

4. 合理行政原则

合理行政原则是行政法的一项基本原则,是指行政主体在行政裁量权限范围内的活动必须符合合理性价值要求。行政主体应当按法律、法规规定的条件、种类和幅度范围作出行政决定,而且这种决定应当符合法律的意图或精神,符合公平正义等法律理性。^[10]

沿海国应对疫情期间国际海员换班的行动,本质上由代表国家行使行政管理权的行政部门作出,涉及沿海国卫生行政部门和海事行政部门等。这些行政主体在决定是否允许外国籍船舶挂靠、授予“无疫通行”时,需要协调国际海员生命健康权与沿海国公共卫生利益之间的冲突。解决这两种不同法益之间的冲突,应当遵循合理行政原则。在决定是否允许外国籍船舶挂靠、授予“无疫通行”时,需以保护国际海员生命健康和沿海国国内的公共卫生安全为目的,尽可能避免对国际航运秩序造成不必要的干扰,或对国际海员的尊严、人权和自由造成不必要的侵害,从而使沿海国采取的措施所维护的公共利益与外国籍船舶上国际海员的生命健康等权利保持一定的均衡关系。

5. 国际合作原则

合作治理以解决问题为导向,旨在提供临时性的解决方案,具有较高的灵活性,可以尽快回应科

① 参见《世界人权宣言》第1条和第2条。

② 参见《联合国宪章》序言和第1条。

③ 参见《公民权利和政治权利国际公约》第2条、第3条和第26条,《经济、社会及文化权利国际公约》第2条和第3条、《儿童权利公约》第2条、《残疾人权利公约》第5条等。

学、技术的进展。^[11]国际合作主要表现为国家与国家之间或国家与地区之间的合作,包括全球性合作、区域性合作和双边合作。《2006年海事劳工公约》贯彻了国际合作原则,其导则B4.3.11建议各成员国之间在海员的健康保护和事故预防方面进行合作。《中华人民共和国突发事件应对法》第15条、《突发公共卫生事件应急条例》第7条均规定,应对突发公共卫生事件应当积极开展国际交流与合作。

应对疫情期间国际海员换班难问题,沿海国与外国籍船舶的船籍国、国际海员的国籍国需要合作,实现信息和资源共享,协调行动。并且,为了发挥国际组织的作用,沿海国需要与负责指导和协调联合国系统内国际卫生安全的世界卫生组织、负责国际航运安全的国际海事组织、负责国际劳工权利保护的国际劳工组织,以及国际航运的民间组织开展合作,充分利用国际组织的指导和建议,分享全球疫情警报和海员卫生健康信息。

遵循国际合作原则,对于应对疫情期间国际海员换班难问题具有以下两方面的突出作用。

一是有利于对《条例》等国际条约作出一致性解释。国际条约在各国实施往往存在一定差异,各缔约国对条约规范的不同理解会导致条约在各国的适用差异。多边或双边合作机制有利于增加国际条约适用的确定性和可预见性。根据作出解释的缔约国范围不同,条约解释可以分为全体、部分和个别缔约国的解释。其中,全体缔约国的共同解释具有普遍约束力;单个缔约国的解释仅具有拘束其本国的法律效力,对于其他缔约国没有法律拘束力;部分缔约国的共同解释可以拘束作出解释的缔约国。^[12]缔约国通过达成谅解备忘录(MOUs)等形式,可以对国际条约的有关规定达成一致性理解,据以共同采取行动。谅解备忘录不具有法律约束力,因具有私密性和灵活性,在外交、援助、交通等国际关系领域被广泛适用。^[13]为确保海上航行安全,亚太地区19个国家和地区达成《东京备忘录》,以提高合作成员在沿海国对船舶海上航行安全监控方面的区域协调水平。^[14]《条例》第2条指出:《条例》的目的是“以……避免对国际交通和贸易造成不必要干扰的适当方式预防、抵御和控制疾病的国际传播”;第31条第1款允许缔约国“必要时确定是否存在公共卫生危害”;附件一第二部分要求缔约国具备“对嫌疑旅行者进行评估,必要时进行检疫”的能力。其中,

“不必要”和“必要”是带有弹性的表达,存在较大的解释空间。通过达成谅解备忘录等方式,实现对《条例》的统一理解并采取统一行动,可供沿海国在应对疫情期间国际海员换班难问题时参照。

二是有利于弥补《条例》和《2006年海事劳工公约》存在的约束力不足和制度漏洞。面对传染病传播可能造成的公共卫生、甚至社会经济危害,主权国家往往不愿过多地受到国际条约的拘束。^[15]疫情期间,一些国家实施的公共卫生措施明显超出《条例》所允许的限度,主要表现为:没有遵循世界卫生组织关于不实施旅行限制的建议,以及采取《条例》第43条规定的“额外卫生措施”(additional health measures)时未遵循“循证风险评估”的要求。^[16]基于国际关系的考量,主权国家遵循国际条约确定的原则,建立良好的合作机制,可以弥补条约约束力的不足。国际条约是国际社会妥协的产物,在制度设计上往往存在漏洞。针对疫情期间国际海员换班难问题,《2006年海事劳工公约》关于国际海员遣返的规定中,没有规定旅行限制对国际海员的豁免。疫情期间,如果沿海国采取的旅行限制措施不对国际海员进行适当豁免,《2006年海事劳工公约》规则2.5规定的国际海员遣返权就无法得以保障。对此,国际海事组织、国际民航组织和国际劳工组织在2020年5月22日发布的*A Joint Statement on Designation of Seafarers, Marine Personnel, Fishing Vessel Personnel, Offshore Energy Sector Personnel, Aviation Personnel, Air Cargo Supply Chain Personnel, and Service Provider Personnel at Airports and Ports as Key Workers, and on Facilitation of Crew Changes in Ports and Airports in the Context of the COVID-19 Pandemic*^①中指出:“无论国籍如何,应当免除国际海员旅行限制,取消阻止船员在港口下船的限制,并在必要时为紧急遣返提供便利。”此种建议性文件以解决问题为导向,可以填补条约的漏洞,具有较强的实用性,也体现出相关国际组织之间应对疫情期间国际海员换班难问题的合作。

(三) 国际人权保护原则与国家主权原则的冲突与协调

针对疫情期间外国籍国际海员换班难问题,存在国际海员生命健康权益与沿海国公共卫生利益这两种不同法益之间的冲突,其实质是国际人权保护原则与国家主权原则之间的冲突。具体表现如下。

① 访问网址:https://www.itfglobal.org/sites/default/files/node/news/files/ICAO-IMO-ILO_JointStatement.pdf。

一方面,沿海国基于国家主权原则,为了防止外国籍船舶挂靠和国际海员换班造成境外疫情输入,不授予外国籍船舶“无疫通行”,会导致在船上超期服务的国际海员无法换班。船上医疗条件有限,通常没有针对传染病的检测试剂和治疗药物,也无法实现有效隔离。一旦船上暴发疫情,船上所有海员的生命健康均会受到威胁。无法上下船也会对国际海员心理健康造成严重不良影响,使其产生紧张、焦虑等负面情绪。负面情绪会导致机体免疫功能下降,不利于抵抗传染性强的疾病。甚至,在船上超期服务的国际海员因无法换班,虽然没有感染病毒,却出现了不少罹患精神疾病或自杀的情况。这种结果不利于国际人权保护原则的贯彻。

另一方面,沿海国基于国际人权保护原则,允许疫情期间外国籍船舶挂靠和国际海员换班,可能导致境外疫情输入,对沿海国公共卫生安全造成严重威胁,损害沿海国公共卫生利益。如果不加限制地允许疫情期间外国籍船舶挂靠和国际海员换班,不利于国家主权原则的贯彻。

基于上述分析,解决疫情期间外国籍国际海员换班难问题,应当兼顾国家主权原则和国际人权保护原则,而这一目标需要借助利益衡量的手段实现。利益衡量理论认为,不同利益的价值秩序在同一时代、同一社会存在基本共识。如果利益之间的价值秩序较为抽象,应当在具体案件中进行个案式利益衡量。^{[6]133} 据此,沿海国在决定是否接受外国船舶挂靠或授予“无疫通行”时,应当在个案中比较沿海国核心能力与授予外国籍船舶“无疫通行”可能给沿海国带来的疫情输入风险,遵循合理行政原则,基于实际情况作出合理决策。

三、应对疫情期间国际海员换班难问题的措施之完善

疫情全球性暴发以来,中国在国际海员换班方面作了很大努力并取得了很大成绩。根据《厦门海事局2021年第二季度暨上半年水上交通安全形势分析报告及第三季度安全监管工作意见》,自2020年3月9日至2021年6月,厦门港完成外国籍国际海员换班30批次、168人次。另外,据笔者向上海市交通委员会调研,上海港每月完成外国籍海员换班2到3批次,每批次20人左右,对于感染病毒的国际海员,按照2020年4月13日发布的《交通运输

部、外交部、国家卫生健康委等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》安排救助,有效处置检测结果为阳性的国际海员近30人。上述努力和成绩体现了中国对海洋命运共同体理念和前述基本原则的遵循。然而,在应对疫情期间外国籍船舶上国际海员换班难问题方面,中国和其他沿海国需完善应对措施。

(一)对港口准入权予以适当限制

沿海国对外国籍船舶行使港口准入权是国家主权原则的体现。根据《中华人民共和国国境卫生检疫法实施细则》第9条的规定,疫情期间可以关闭本国港口或指定第一入境港口。2021年修订的《中华人民共和国海上交通安全法》(简称《海上交通安全法》)第91条第1款规定:“船舶、海上设施对港口安全具有威胁的,海事管理机构应当责令立即或者限期改正、限制操作,责令驶往指定地点、禁止进港或者将其驱逐出港。”有观点认为,为了充分发挥港口准入权的效能,应当将“港口安全”理解为包括港口所在地的公共卫生安全。^[17] 考虑到该法第40条新增了公共卫生安全方面的规定^①,笔者认为此种理解具有合理性。因此,对于威胁港口所在地公共卫生安全的外国籍船舶,中国政府拒绝其挂靠中国港口或者对其挂靠进行严格限制,具有法律依据。但是,在国际法框架下,沿海国行使港口准入权应受到限制。

一是国际习惯法对于港口准入权的限制。出于人道主义和安全原因,国际习惯法认为遇险(in distress)的船舶有权进入任何外国港口。^[18] 换言之,沿海国应当允许遇险的外国籍船舶进入其港口避险。但是,船舶避险制度一般适用于传统海上风险,即海上航行安全和海洋环境污染的风险。国际海事组织以2003年第A.949(23)号决议通过的《关于需要援助船舶避难地指南决议》(Guidelines on Places of Refuge for Ships in Need of Assistance)仅适用于船舶需要援助、但不涉及生命安全的情况,但对于船舶因疫情而遇险的认定具有一定参考价值。海员或旅客在船上感染病毒,可能导致船舶进入遇险状态。^[19] 疫情期间,一旦海员严重感染新冠病毒,便无法履行职责,且其生命健康安全遇到危险,需要及时得到治疗,同船的其他海员需要接受检疫、甚至隔离,由此导致船舶正常的配员水平受到影响、船舶适航性无

^① 《海上交通安全法》第40条规定:“发现在船人员患有或者疑似患有严重威胁他人健康的传染病的,船长应当立即启动相应的应急预案,在职责范围内对相关人员采取必要的隔离措施,并及时报告有关主管部门。”

法维持时,可以认为船舶已经遇险。沿海国应当允许该外国籍船舶挂靠港口,以及允许感染或可能感染病毒的国际海员下船接受卫生处置、岸上海员上船替代。

二是《条例》对于港口准入权的限制。在公共卫生安全语境下,沿海国行使港口准入权受到《条例》规定的限制。《条例》第28条第1款第1句规定:“除第四十三条或适用的国际协议另有规定之外,不应当因公共卫生原因而阻止船舶或飞机在任何入境口岸停靠。”该条第2款第1句也有类似表述。有观点认为,对于暴发疫情的外国籍船舶,沿海国不能拒绝该船舶挂靠或人员上下船。^[20]然而,笔者认为此种解读是对《条例》第28条第1款的断章取义,同时忽略了《条例》第43条关于沿海国有条件地采取额外卫生措施的规定。

《条例》第28条第1款和第2款对于沿海国港口准入权以及授予“无疫通行”的限制并非是一种绝对限制。考虑到允许暴发疫情的外国籍船舶挂靠后,感染病毒的国际海员需要与沿海国的海关、移民、卫生和海事等主管部门的工作人员以及装卸工人等发生接触,从而可能将病毒传染给沿海国的人员。同时,沿海国可能因不具备相应的处置能力而导致疫情在国内蔓延^①。因此,该条第1款第2句将“入境口岸不具备执行本条例规定的卫生措施的能力”,作为“不应当因公共卫生原因而阻止船舶或飞机在任何入境口岸停靠”的例外情形。“能力”是《条例》第13条规定的公共卫生事件应对能力^②,也即《条例》附件一中所规定的“核心能力”(core capacity)。因此,即使外国籍船舶因国际海员或旅客感染病毒而进入遇险状态,如果沿海国不具备此种核心能力,仍可以拒绝该船舶挂靠。这一规定体现了国家主权原则与国际人权保护原则之间的平衡。

因此,沿海国在疫情期间行使港口准入权,既要对外国籍船舶上国际海员的健康情况进行准确评估,也要考虑沿海国的核心能力。但是,在没有充分证据证明外国籍船舶上国际海员感染或可能感染病毒时,不能拒绝该船舶挂靠。就前述“弘进”轮事件而言,原定目的港如皋港在拒绝该轮挂靠前,应当按

照《条例》第43条的要求,对该轮上具有发热症状的国际海员的健康情况、该轮正常配员水平可能受到影响的程度,以及如皋港当地对该轮海员实施检疫、隔离和治疗所需要的医疗条件进行科学评估,再作出是否允许挂靠的决定。换言之,不进行这种评估而单纯从避免外国籍船舶上国际海员可能给当地公共卫生安全带来威胁方面考虑,就决定拒绝挂靠,有违《条例》规定,也不符合合理行政原则。并且当外国籍船舶上有外国籍国际海员感染或可能感染病毒时,拒绝挂靠不符合国际人权保护原则。

《条例》第43条规定沿海国在满足第1款列明的以下两个条件时,可采取额外卫生措施,拒绝外国籍船舶挂靠,或拒绝授予外国籍船舶“无疫通行”。

一是存在“国际关注的突发公共卫生事件”(public health emergency of international concern,简称突发公共卫生事件)。依据该条第1款的规定,沿海国为了应对外国籍船舶突发公共卫生事件^③,有权“按照其国家有关法律和国际法之下的义务”,采取该《条例》中“原本禁止使用的措施”,又称“额外卫生措施”(additional health measures)。这种措施包括该《条例》第28条第1款所禁止的拒绝外国籍船舶挂靠、第28条第2款所禁止的拒绝授予外国籍船舶“无疫通行”。2020年1月30日,世界卫生组织将疫情列为突发公共卫生事件。突发公共卫生事件带来的危害严重程度显著高于一般公共卫生问题。因而,对于暴发疫情的外国籍船舶,符合适用《条例》第43条规定的第一个条件。

二是禁止国际海员下船“对国际交通造成的限制以及对人员的创伤性(invasive)或干扰性(intrusive)不应大于可合理采取并能实现适当程度保护健康的其他措施”。换言之,禁止国际海员下船的条件之一是:港口国政府采用此种措施对国际海员造成的侵害要比允许国际海员下船等其他可行措施小。然而,这一条件对于暴发疫情的外国籍船舶而言很难满足。这是因为,如果沿海国禁止外国籍船舶上的国际海员下船,无疑会迫使船舶前往其他国家的港口挂靠,从而耽误对已经感染病毒的国际海员的救助,并导致感染病毒的海员数量增加,从而不利于

^① 例如,2020年3月19日,百慕大籍“红宝石公主”号邮轮抵达澳大利亚悉尼港后,船上2647名旅客中有大量旅客未经检测便获准下船,成为澳大利亚较大的感染来源。

^② 《条例》第13条第1款规定:“每一缔约国应当按照附件一的要求尽速,但自本条例对该缔约国生效之日起不迟于五年,发展、加强和维持快速和有效应对公共卫生危害和国际关注的突发公共卫生事件的能力。世界卫生组织应当与会员国协商,发表指导方针以支持缔约国发展公共卫生应对能力。”

^③ 《条例》第1条将“国际关注的突发公共卫生事件”定义为“通过疾病的国家间传播对其他国家构成公共卫生危险”和“可能需要采取协调一致的国家应对措施”。

保护海员的生命健康。

上述第二个条件实质上体现了合理行政原则的要求,即沿海国政府采取额外卫生措施时,应当证明其采取的措施实现了目的与手段之间的平衡。《条例》第43条第2款规定,判断是否执行第1款规定的额外卫生措施,即是否符合上述两个条件时,应当遵循科学原则,以科学证据、现有信息、世界卫生组织的指导或建议为依据。其中,遵循科学原则,以科学证据、现有信息为依据,要求沿海国进行“循证风险评估”(evidence-based risk assessment);以世界卫生组织的指导或建议为依据,要求沿海国考虑世界卫生组织不采取旅行限制措施的建议。^[21]

综上,沿海国在决定是否允许外国籍船舶挂靠、允许感染或可能感染病毒的国际海员下船和岸上船员上船替代时,应当在个案中比较沿海国核心能力与疫情传播风险,基于实际情况作出科学决策。

(二)运用“循证风险评估”提高沿海国政府作出国际海员换班许可决策的科学性

“循证风险评估”是近年来西方发达国家兴起的一种比较前沿的公共政策理论,由此确定的应对措施被称为“循证政策”(evidence-based policy, EBP)。“循证政策”强调运用经过科学程序与实证方法检验的“证据”作为制定政策的依据,增强决策的科学性。^[22]

沿海国政府允许外国籍船舶上国际海员换班是一种行政许可行为。根据行政许可理论,行政许可的内容是国家一般禁止的活动,即在一般禁止的前提下,对于符合特定条件的行政相对方解除禁止使其享有特定的资格和权利。^[23]沿海国政府主管部门在疫情期间对外国籍船舶上国际海员换班的许可,属于事前监督的行政管理方式,具有预防公共卫生危险的重要功能,属于公共政策实施的范畴,因而运用“循证风险评估”具有应然性,有利于保障决策的科学化,符合合理行政原则的要求。同时,运用“循证风险评估”是兼顾国家主权原则和国际人权保护原则,平衡沿海国的公共卫生利益和国际海员的生命健康利益这两种法益的需要。

沿海国应对外国籍船舶上国际海员换班问题而进行“循证风险评估”,主要表现为以下两个方面。

1. 进行“循证风险评估”应综合考虑的因素

一是外国籍船舶上国际海员换班对于沿海国的疫情输入风险。首先,通过溯源管理确定外国籍船舶上的国际海员是否来自高风险国家。为此,要了解船舶起运港或航行期间挂靠的港口所在国是否为

高风险国家。这一信息可以通过船舶的航海健康申报单获得。根据《条例》附件八的要求,船长应当如实填写“航海健康申报单”,其中包括:船舶是否访问过世界卫生组织确定的受染地区;开航后或最近四周内停靠的港口名单以及离岸日期;航行开始以来或最近30天内上船的船员或其他人员的名单,以及在此期间访问的所有港口和国家。如果船上发生海员或旅客感染或可能感染病毒的情况,也应当如实记录。

其次,通过流行病学调查和核酸检测了解国际海员最近一段时间的身体健康状况。国际海员是否感染病毒是影响换班的最重要因素。2020年9月24日发布的《交通运输部、海关总署、外交部关于加强国际航行船舶船员疫情防控的公告》指出,换班登船船员应当持有核酸检测阴性证明。疫情期间,向中国海事管理机构申请换班登船的国际海员需要提交核酸检测结果呈阴性的身体健康状况的证明。在中国,核酸检测结果呈阴性和个人防护措施到位,是国际海员换班登船的最低标准。为了保障换班地的公共卫生安全,当地政府联防联控机制建立工作专班。被允许挂靠的外国籍船舶靠港后,港口所在地海关会同当地卫健委联合进行登船检疫,完成国际海员核酸检测工作。不仅如此,国际海员的疫苗接种情况对于海员健康状况的判断也有重要意义。没有接种疫苗、只接种一针疫苗、接种两针疫苗和已经接种加强针的国际海员,造成疫情从境外输入的可能性由强至弱。因而,外国籍船舶上的国际海员是否已按照中国或者世界卫生组织的疫苗接种要求完成疫苗接种,是中国政府部门考虑外国籍船舶挂靠、国际海员换班的一个重要因素。

最后,应当了解航运公司对国际海员的管理情况,即承担海员换班疫情防控主体责任的航运公司所制定的海员换班离船计划,以及对于在船工作海员疫情防控要求的实施情况。这些情况与判断国际海员是否感染病毒有关,从而关系到外国籍船舶上国际海员换班对于沿海国的疫情输入风险。对外国籍海员在中国港口换班进行评估时,还应当核查航运公司是否已对外国籍海员的遣返行程进行妥善安排。如果外国籍海员遣返需要在下船后搭乘国际航班作为衔接而疫情导致中国没有相应的国际航班,外国籍海员换班的风险较大。

二是港口所在地的疫情处置能力。疫情处置能力主要是指《条例》规定的核心能力中的应对能力。如果有确切证据证明外国籍船舶上国际海员已经感

染或者疑似感染病毒,而港口所在地公共卫生资源紧缺、疫情处置能力弱,沿海国可以拒绝授予外国籍船舶“无疫通行”或者指定其前往该国其他港口挂靠。反之,应当授予外国籍船舶“无疫通行”,允许国际海员换班。根据海关总署公布的《〈国际卫生条例(2005)〉口岸公共卫生核心能力建设达标口岸名单》,2020年度全国共有123个水运口岸具备《条例》框架下的公共卫生核心能力。

2. 进行“循证风险评估”应以监测作为手段

公共卫生理论认为,公共卫生监测是风险评估的基础。^[24]因而,对外国籍船舶上国际海员给沿海国可能带来的公共卫生风险进行评估,需要通过公共卫生监测加以实现。根据世界卫生组织的定义,监测(surveillance)是指持续系统地搜集、整理和分析数据,并及时传播公共卫生信息,以便在必要时进行评估和应对。^[25]有效的公共卫生监测系统可以建立或加强疾病监测系统及早期预警机制,确保早期报告病例,监测疾病趋势,以便及时发现暴发并作出反应,对于控制传染病暴发和蔓延至关重要。^[26]《条例》附件二要求缔约国在入境口岸建立监测系统,通过实验检测确认疫情,为公共卫生事件的风险评估和行政决策提供信息,实现对传染病暴发的早期预警。

公共卫生监测作为一种核心能力,是国家公共治理体系的核心构成要素。^[27]为了指导缔约国发展公共卫生监测等核心能力,世界卫生组织发布了*Guidance Document for the State Party Self-Assessment Annual Reporting Tool*,^[25]以便缔约国对其应对国际疾病威胁和其他健康风险的能力进行自我评估,并将结果发送给世界卫生组织。根据该指导文件,与公共卫生监测直接相关的核心能力包括实验室、监测、入境口岸三方面的能力。其中,实验室能力是指在国内或国际实验室样本分析的基础上,进行检测、调查和应对的能力。具体到外国籍船舶上的国际海员换班,实验室能力体现在沿海国快速检测识别国际海员是否携带新冠肺炎病毒的能力。提高核酸检测效率,可以加快国际海员换班进程,减少对国际海员换班权利的侵害。中国的核酸检测能力能够确保为申请换班的国际海员提供快速有效的核酸检测服务。

现阶段提高中国港口口岸的监测能力,应当着眼于搜集、评估疫情信息的能力和效率。疫情信息

包括船舶航行路线和途径港口的卫生情况等船舶卫生信息,以及国际海员身体健康状况的信息。2000年4月,世界卫生组织建立了全球疫情警报和反应网络(Global Outbreak Alert and Response Network, GOARN)。该网络制定了“国际疫情警报和反应指导原则”,并建立了操作协议来规范远程物流、安全和通信以达到快速动员的目的。根据《条例》第44条第2款的规定,中国可以充分利用国际合作机制,要求世界卫生组织与中国分享全球疫情警报和反应网络捕获的国际航行船舶及船上海员的卫生和健康信息。提高中国港口口岸的监测能力,还应当利用大数据和人工智能技术,发挥算法治理在公共卫生领域的重要作用。^[28]具体实现路径为:国际海员主动填报行程,结合行政主体搜集的疫情信息,实现海员行程信息的大数据积累;将国际海员的行程轨迹和身体健康情况等信息载入机器学习模型后,机器学习模型可以识别影响国际海员感染风险概率的重要信息,通过合理算法,评估国际海员换班的安全性。

(三) 要求国际海员接种疫苗

在防止境外疫情输入成为外国籍船舶上国际海员换班的主要障碍的背景下,要求国际海员接种疫苗有利于在达到最大换班成功率的同时,实现对沿海国公共卫生的威胁最小化,从而平衡沿海国的公共卫生利益与国际海员的个人生命健康权益。

2021年11月,全球海事论坛(Global Maritime Forum)发布的《海王星宣言船员换班指标》(*The Neptune Declaration Crew Change Indicator*)^①显示,2021年8月至11月,国际海员的疫苗接种率分别为15.3%、21.9%、31.1%、41%。这一数据与同期超期服务的国际海员比例变化呈负相关:2021年8月至11月,超期服务国际海员比例分别为9.0%、8.9%、7.9%、7.1%。国际航运协会、国际海事组织、国际劳工组织、世界卫生组织等有关国际组织认可为国际海员接种疫苗的必要性,并多次呼吁优先为国际海员接种疫苗。

据统计,已有31个国家和地区为国际海员提供疫苗接种服务。^[29]《疫情防控操作指南(V8.0)》在“境外疫情防范”部分中指出:“航运公司或船员服务机构应当加强与中国船东协会的对接,推动国际航行船舶船员的疫苗接种工作,提高疫苗接种比例,对新上船的、以及符合接种加强针疫苗的中国籍船

① 访问网址:<https://www.globalmaritimeforum.org/content/2021/11/Neptune-Declaration-Crew-Change-Indicator-November-2021.pdf>。

员努力做到‘应接尽接’。”中国港口已经有为外国籍国际海员接种新冠肺炎疫苗的实例。

笔者认为应当对在中国换班的外国籍国际海员作出接种疫苗的强制性要求。此种要求符合《条例》第31条第1款的规定,即缔约国可以将疫苗接种或提供疫苗接种证明作为个人进入本国领土的条件。这一要求既是国家主权原则的体现,也符合国际人权保护原则。为此,国际海员应当获得在中国接种疫苗的资格,并在上船前接种中国获批接种的疫苗。《疫情防控操作指南(V8.0)》首次提出了“先接种再上船”的原则,并要求“尽量安排接种完加强针疫苗的船员上船”。

(四)适当豁免国际海员旅行限制

根据国家主权原则,一国没有准许外国人入境的义务。沿海国有权自行决定是否实施旅行限制措施,限制感染病毒的外国籍海员入境。但是,对于同一国际航行船舶上的不同国籍海员,在外国籍海员未感染病毒的情况下,仅允许中国籍而不允许其他国籍的海员换班的行为,不符合“相同情况相同对待”,从而违反了不歧视原则。适当豁免国际海员旅行限制,是贯彻不歧视原则、兼顾国家主权原则与国际人权保护原则的体现,有利于解决外国籍国际海员换班难、尤其是遣返困难的问题。

《做好疫情防控工作的通知》提出,“在境内港口换班下船船员按照入境人员进行管理”,实施“14日集中隔离+7日居家健康检测”的隔离政策。这一规定对于外国籍国际海员换班缺乏针对性。外国籍国际海员为了换班而入境沿海国或从沿海国离境,与在沿海国长期居留的外国人相比,虽同为出入境,但前者可能给沿海国带来的疫情输入危害后果更小,因为前者在国内停留时更短,行程更简单,可控性更高。根据外国籍国际海员在沿海国的停留时间、地点等因素作不同对待,作出适当的旅行限制豁免,具有合理性和必要性。因此,有必要在目前《做好疫情防控工作的通知》的基础上,增加外国籍国际海员换班管理方面的内容,即对于核酸检测为阴性、身体状况正常、已经接种疫苗的外国籍国际海员,应当在审查核实后允许其出入境。

在这方面,国际上已有先例。例如,《新西兰海上边界令》第17条第1款规定,乘船抵达新西兰的人员,应当在船上或指定地点进行至少14天的检疫

或隔离。但对于申请换班的国际海员,第26条作出豁免规定:船舶到达新西兰后,对于希望搭乘飞机或船舶离开新西兰的国际海员,如果他们希望搭乘的国际航班没有在其下船的同一天起飞,卫生官员或卫生防护官员必须将这些人员转移到管理设施,直到隔离或检疫完成,或国际航班起飞。第27条还规定,计划从新西兰上船换班的国际海员到达指定安全机场后,应当在合理可行的情况下尽快上船、离开新西兰;如果船舶未在合理可行的情况下尽快离开新西兰,卫生部医务人员或卫生防护人员可将该船员转移至隔离或检疫地点完成检疫或隔离,直到船舶离港。换言之,如果外国籍国际海员在新西兰下船后立即出境,或者入境新西兰立即上船,则完全免受14天的检疫或隔离的限制;即使不能立即出境或上船,检疫或隔离的时间也只是以在新西兰实际停留的期间为准。又如,德国也允许在本国换班的外国籍国际海员直接在机场和港口之间往返,而无强制隔离或检疫要求。^[30]这些国家的做法值得借鉴,对于仅在中国过境、下船后前往遣返目的地或者入境后上船的国际海员,中国可以适当缩短对这些国际海员检疫、隔离的期限,便利疫情期间外国籍国际海员换班。在这方面,中国可以与其他国家达成谅解备忘录,互相向对方国家在国际海员换班方面提供适当的旅行限制豁免。

四、结语

国际海员换班难问题的实质是沿海国的公共卫生利益和国际海员的个人生命健康权益之间的冲突问题。为了解决这一问题,应当遵循海洋命运共同体理念,以及国家主权原则、国际人权保护原则、不歧视原则、合理行政原则和国际合作原则,并解决国家主权原则和国际人权保护原则之间可能存在的冲突,平衡沿海国的公共卫生利益和国际海员的健康利益这两种法益。对暴发疫情的外国籍船舶,中国可以拒绝授予“无疫通行”,但应当满足《条例》第43条规定的采取额外卫生措施的条件。应对国际海员换班难问题,需要进行循证风险评估,并为此目的提高搜集、评估外国籍国际海员疫情信息的能力和效率。中国可以将国际海员按照中国或者世界卫生组织的疫苗接种要求完成疫苗接种,作为允许外国籍国际海员上下船的条件。同时应当在出入境许可和检疫等方面授予国际海员适当的旅行限制豁免。

参考文献:

- [1] 胡斌. 论“港口准入权”滥用对船舶管辖法律制度的冲击[J]. 中国海商法研究, 2014, 25(4): 94.
- [2] 李学勇, 李宣良, 梅世雄. 习近平集体会见出席海军成立70周年多国海军活动外方代表团团长[N]. 人民日报, 2019-04-24(1).
- [3] 黄琼, 何乐舒. 空箱回流难叠加产能过剩隐忧, 中国集装箱制造企业如何应对[EB/OL]. (2022-01-04) [2022-01-05]. <https://www.yicai.com/news/101278971.html>.
- [4] 杨泽伟. 论“海洋命运共同体”理念与“21世纪海上丝绸之路”建设的交互影响[J]. 中国海洋大学学报(社会科学版), 2021(5): 1.
- [5] LETTS D. Can the law of the sea remain afloat during COVID-19? [EB/OL]. (2020-05-27) [2021-10-16]. <https://law.anu.edu.au/research/essay/covid-19-and-international-law/can-law-sea-remain-afloat-during-covid-19>.
- [6] ROTHWELL D, ELFERINK A O, SCOTT K, STEPHENS T. The Oxford handbook of the law of the sea[M]. London: Oxford University Press, 2015.
- [7] 邵津. 国际法[M]. 5版. 北京: 北京大学出版社, 2014: 371.
- [8] 何志鹏, 孙璐, 王彦志, 等. 国际法原理[M]. 北京: 高等教育出版社, 2017: 162.
- [9] 白桂梅. 人权法学[M]. 2版. 北京: 北京大学出版社, 2015: 30.
- [10] 温晋锋, 徐国利. 行政法学[M]. 3版. 北京: 科学出版社, 2015: 22.
- [11] 朱迪·弗里曼. 合作治理与新行政法[M]. 毕洪海, 陈标冲, 译. 北京: 商务印书馆, 2010: 45.
- [12] 韩燕煦. 条约解释的要素与结构[M]. 北京: 北京大学出版社, 2015: 41-43.
- [13] 安东尼·奥斯特. 现代条约法与实践[M]. 江国青, 译. 北京: 中国人民大学出版社, 2005: 35-46.
- [14] 钱媛媛. 21世纪海上丝绸之路背景下亚太地区港口国监控的区域协调问题研究[J]. 中国海商法研究, 2016, 27(2): 108.
- [15] 龚向前. 传染病控制国际法律问题研究[M]. 北京: 法律出版社, 2011: 38.
- [16] HABIBI R, BURCI G L, DE-CAMPOS T C, et al. Do not violate the *International Health Regulations* during the COVID-19 outbreak[J]. The Lancet, 2020, 395(10225): 664-666.
- [17] 邢厚群. 论国际海洋法治视域下我国海上交通安全立法[J]. 社会科学, 2021(6): 108.
- [18] YOSHIFUMI T. The international law of the sea[M]. 2nd ed. London: Cambridge University Press, 2015: 260.
- [19] MORRISON A P. Places of refuge for ships in distress: problems and methods of resolution[M]. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2012: 10.
- [20] KLEIN N. International law perspectives on cruise ships and COVID-19[J]. Journal of International Humanitarian Legal Studies, 2020, 11(2): 282-294.
- [21] WHO. WHO advice for international travel and trade in relation to the outbreak of pneumonia caused by a new coronavirus in China[EB/OL]. (2020-01-10) [2021-10-05]. <https://www.who.int/news-room/articles-detail/who-advice-for-international-travel-and-trade-in-relation-to-the-outbreak-of-pneumonia-caused-by-a-new-coronavirus-in-china>.
- [22] 张云昊. 循证政策的发展历程、内在逻辑及其建构路径[J]. 中国行政管理, 2017(11): 73-74.
- [23] 李林, 吕吉海, 等. 中国海上行政法学探究[M]. 杭州: 浙江大学出版社, 2013: 56.
- [24] BREWSTER R K, SUNDERMANN A, BOLES C. Lessons learned for COVID-19 in the cruise ship industry[J]. Toxicology & Industrial Health, 2020, 36(9): 728-735.
- [25] WHO. Guidance document for the state party self-assessment annual reporting tool[EB/OL]. [2021-10-05]. https://score.tools.who.int/fileadmin/uploads/score/Thumbnails/C-thumbs/SPAR_Guidance_document.pdf.
- [26] WHO. Surveillance in emergencies[EB/OL]. [2021-10-05]. <https://www.who.int/emergencies/surveillance>.
- [27] 郭凤林, 顾昕. 国家监测能力的建构与提升——公共卫生危机背景下的反思[J]. 公共行政评论, 2020, 13(3): 21.
- [28] 唐林垚. 公共卫生领域算法治理的实现途径及法律保障[J]. 法学评论, 2021, 39(3): 99.
- [29] NAMMA. COVID-19 vaccines for seafarers[EB/OL]. [2021-10-05]. <http://namma.org/vaccines>.
- [30] Federal Ministry of Transport and Digital Infrastructure. Maritime labour law (MLC)/crew/crew change[EB/OL]. [2021-10-20]. <https://www.deutsche-flagge.de/en/coronavirus/mlc>.

谭波. 海事行政“责令类”行为定性的规范审视[J]. 中国海商法研究, 2022, 33(1): 93-101

海事行政“责令类”行为定性的规范审视

谭 波

(海南大学 法学院, 海南 海口 570228)

摘要:海事行政“责令类”行为定性依据涉及法律、法规、规章的各级规范的统合。通过《中华人民共和国行政处罚法》的精神框定,可发现海事领域的下位法规范中的“责令类”行为在规整时仍存在大量表述类似而属性不同的现象。立法上的定性不准,导致了司法实践中对“责令类”行为的认定失序。大陆法系国家有关命令性行为的理论对“责令类”行为在中国的理论归类有助益功能。英美法系的令状制度实际上反衬出中国在“责令类”行政命令领域仍有很大制度空间。对海事行政“责令类”行为进行准确定性,需要对海事行政“责令类”行为正名别类,处理好各种“责令类”行为的表述与衔接,对海事行政“责令类”行为的名称也需要进一步模式化,通过完善自由裁量标准以实现“责令类”行为的效果落地。

关键词:海事行政行为;“责令类”行为;责令改正

中图分类号:D922.1 **文献标志码:**A **文章编号:**2096-028X(2022)01-0093-09

Normative review on the characterization of ordering acts in maritime administration

TAN Bo

(School of Law, Hainan University, Haikou 570228, China)

Abstract: The qualitative reference basis of ordering acts in maritime administration involves the integration of laws and norms at all levels, including laws, regulations and rules. Through the spiritual guidance of the *Law of the People's Republic of China on Administrative Penalty*, it can be found that the ordering acts in the lower-level legal norms in maritime field are being integrated, but there are still a large number of similar expressions with different natures of acts. The uncertainty of legislation leads to the disorder of the identification of ordering acts in judicial practice. The theory of ordering acts in civil law countries is helpful to the theoretical classification of ordering acts in China. In fact, the writ system of common law system reflects that there is still a lot of institutional space for ordering administrative orders in China. In order to accurately determine the natures of ordering acts in maritime administration, it is necessary to correct the name and category of ordering acts in maritime administration, deal with the formulation and connection of various ordering acts, further pattern the name of ordering acts in maritime administration, and realize the legal effect of ordering acts through the improvement of discretionary standards.

Key words: maritime administrative acts; ordering acts; order to correct

一、问题的提出

《中华人民共和国行政处罚法》(简称《行政处罚法》)于2021年1月22日修订通过,并于2021年7月15日正式施行。在此次修订之前,《行政处罚法》对“水上”等交通不便地区当场收缴罚款以及将

其交至行政机关的期限虽然有明确规定,但是亦仅有两条相关规定。这实际上表明了中国传统行政法对于涉水类尤其是涉海类的执法模式与原理的关注和研究相对不多。而根据中国建设“海洋强国”的思路,水上行政执法可能与统筹推进国内法治和涉

收稿日期:2021-12-25

基金项目:2020年度国家社科基金一般项目“央地立法权的事权配置思路与行使限度研究”(20BFX033)

作者简介:谭波(1979—),男,河南商丘人,法学博士,海南大学法学院教授、博士生导师,E-mail:281091627@qq.com。

外法治密切相关,其应该成为《行政处罚法》实施时重点关注的领域。海事行政执法是水上行政执法的常见与常规主体,关涉海上和内水。因应《行政处罚法》的修订施行,海事行政领域的相关法律、法规、规章都进行了大幅度修改。比如,按《行政处罚法》对“暂扣行政许可证件”这一处罚种类名称的统合,2021年4月修订的《中华人民共和国海上交通安全法》(简称《海上交通安全法》)在“法律责任”部分将“扣留或吊销职务证书”统一改为具体责任中的“暂扣类”表述。2021年9月交通运输部规章《中华人民共和国海上海事行政处罚规定》(简称《海上海事行政处罚规定》)对此也进行了相应的调整。

“责令类”行为扩容是此次《行政处罚法》修订的另一特色。《行政处罚法》在能力罚中增加了“责令关闭”,与“责令停产停业”相并列,使“责令类”处罚与“限制类”处罚(限制开展生产经营活动、限制从业)和“暂扣(吊销)类”能力罚成为三类较为典型的行政处罚。其中,“责令类”处罚又显得更为多元。以涉海类行政执法为例,“责令”在《海上交通安全法》中出现15次,在《中华人民共和国海洋环境保护法》(简称《海洋环境保护法》)中出现14次,在《中华人民共和国港口法》中出现11次,在《中华人民共和国海警法》中出现10次,在《中华人民共和国渔业法》中出现8次。“责令类”行为影响面庞大,值得关注。

2004年中华人民共和国海事局(简称中国海事局)颁布的《中华人民共和国海事行政强制实施程序暂行规定》(简称《暂行规定》)将“责令立即离岗”“责令临时停航、驶向指定地点”“责令停止作业”“责令停航”“责令改航”“责令离港”“责令重新检验”等七种“责令类”行为都列举为海事行政强制措施。2011年《中华人民共和国行政强制法》(简称《行政强制法》)出台后,中国海事局又在2012年7月印发了《中华人民共和国海事行政强制实施程序规定》(简称《程序规定》),并废止了前述《暂行规定》,对“责令类”行为不再有性质界定,这种从“有定论”到“无定性”的立法态度转变,使得“责令类”行为的性质愈发扑朔。在《程序规定》中“责令”只出现了1次,即在实施水上、水下碍航物或者污染物清除的代履行过程中,如果当事人在场,“责令当事人立即予以清除”,这属于行政强制执行中的阶段性

行为,与前述的行政强制措施在定性上有很大区别,而且《行政强制法》中也并没有类似表述^①。这样一来,海事行政“责令类”行为的性质愈发难辨。

二、海事行政处罚“责令类”行为的再定位

(一)新《行政处罚法》精神的“再引导”

新《行政处罚法》中,“责令类”行为共出现10次,其中三次出现在“法律责任”部分,跟前述《行政强制法》的表述模式相同,另有两处为对“限制行政处罚责任能力人”不予行政处罚时责令相应的监护人严加管教、看管或治疗的要求。除了“责令停产停业”“责令关闭”前后均出现两次外,另有1次为《行政处罚法》第28条,具体内容为“行政机关实施行政处罚时,应当责令当事人改正或者限期改正违法行为”。从产生背景看,第28条曾是对中国有关具体法律法规进行的总结性规定。^[1]对这一表述的理解,《国务院法制办公室对陕西省人民政府法制办公室〈关于“责令限期拆除”是否属于行政处罚行为的请示〉的复函》(国法秘研函〔2012〕665号)中提到,“责令改正或者限期改正违法行为与行政处罚是不同的行政行为”,并在此基础上提出“责令限期拆除”不应当被理解为行政处罚行为。虽然该复函作出了否定式定性,回答了“不是什么”,但同样没有说明“责令类”行为本质上“是什么”。

(二)《海上海事行政处罚规定》中“责令类”行为的多重布局

2015年出台的部门规章《海上海事行政处罚规定》,经历了2017年、2019年和2021年的三次变迁,目前其中仍然存在23处“责令类”表述。作为下位法,《海上海事行政处罚规定》第4条沿袭了《行政处罚法》第28条的精神,其余22处“责令”均分布在第三章“海事行政违法行为和行政处罚”的不同处罚条款之中,其中“责令改正”为13处(12处为“责令改正+罚款”的模式),高度契合《行政处罚法》的精神;“责令限期改正”为2处(含“同时采取补救措施”的规定1处),分别为“责令限期改正+罚款”与“警告/责令限期改正”的模式,虽然“责令限期改正”在法条中与行政处罚的表述排序有所不同,但亦基本符合《行政处罚法》的制度原意。另有两处“责令其限期纠正+罚款”的表述,与“责令限期改正”的用意没有实质区别,但在《海上海事行政处罚规定》

^① 《行政强制法》中所有的“责令类”表述都出现在其第六章“法律责任”之中,所有的表述格式均为“有下列情形之一的,由上级行政机关或者有关部门责令改正”,并在此基础上给予处分或罚款。

中依然没有改为与“责令限期改正”相同的表述^①。

其他6处关于责令的表述依次为“责令其停止活动”(第24条)、“责令停航、停业整顿”(第28条)、“责令停航整顿”(第29条)、“责令停止作业或航行”(第30条)、“责令停止违法行为、限期改正”(第38条)以及“拒不改正的……自责令改正之日的次日起,按照原罚款数额按日连续处罚”(第38条)。如果对比《暂行规定》来看,这些条文中的有些“责令”如“责令停航”“责令停止作业或航行”似可被归为“行政强制措施”,虽然《暂行规定》2012年已被废止,但由于这些“责令类”行为均出现在相应的罚款处罚之前,与前文所述的《行政处罚法》中的规范模式基本相符,可以肯定其不属于行政处罚。而在“责令停航、停业整顿”“责令停航整顿”出现的条文中,其基本的表述和法条逻辑结构如下:“违法→责令改正+罚款→拒不改正的→责令停业整顿/责令停航”。从这样的适用逻辑来看,责令停航整顿应该是比罚款更为严厉的措施。如果这些“责令类”行为仍被归为行政强制措施,那由于其非制裁性,不足以造成这些规定在适用严重程度上的差序格局,因此,“责令停航整顿”应被归为“责令类”行政处罚。这就造成了有些“责令类”表述“同法不同性(质)”的局面,而这种表述基本上差别甚微,尤其是在“责令停航整顿”与“责令停航”“责令停止作业”这种“责—停”式的表述之间。

(三) 其他相关立法中“责令类”行为的并行思考

海事行政部门执法的重要部门法依据是《海上交通安全法》。配合《行政处罚法》的修订,在2021修订的《海上交通安全法》中,“责令改正”出现10次,亦存在不同情形。其中第100条为“责令改正”的单独适用,或然情况是在“情节严重”时罚款。这里的“责令改正”就成了上述海事主体行为不严重时的替代性措施。此时对“责令改正”的定性,按照有些学者的理解,“在违法行为作出之后,责令改正既没有行政指导的任意性,也没有辅以行政强制措施,故而责令改正仅为行政命令的一种。”^[2]

但《海上交通安全法》第91条第3款则是“责令改正,并可以禁止其离港”,由于其针对两种违法行为,因此,可将禁止离港理解为行政强制措施。但“责令改正”的独立适用是否可行?《海洋环境保护法》第88条有类似规定,比如对违反本法规定不编

制溢油应急计划的,予以警告或“责令限期改正”。这里采取的“警告处罚/责令限期改正”很难在实际执法过程中找到执法临界点。这种选用式的适用路径与前述《海上海事行政处罚规定》中并用式的适用路径不太相同,“如何基于同一违法行为,科学、合理、有效行使自由裁量权选择适用对象”,^[3]立法并未交代,也使得这种规范的可预见性降低。相同的是,“责令限期改正”都被排在了“警告”之后。对此,有学者认为存在四种规范类型的“责令改正”,即前置型、独立型、选择型与并处型。^[4]但实际上这种解释的逻辑并不严谨,如果同一概念在同类甚至同一规范性文件中反复出现,都可以用这种思路去解释,只能表明立法在法制统一的基础工作方面尤其是法律语词的统一上仍有改善空间。

(四) 依据《行政处罚法》对“责令限期改正”的统合解释

如果想通过《行政处罚法》来对上述两法的条文进行系统解释,就必须考虑不予(警告)处罚的适用空间。根据《行政处罚法》第33条,违法行为轻微并及时改正且没有造成危害后果时不予行政处罚。这里的“责令限期改正”有期限要求,如被责令人行为本身轻微,并按照海事机关要求的期限改正,且没有造成危害后果,就不予处罚。

《行政处罚法》另外一种新增的情形为“首违不罚”,即初次违法、危害后果轻微并且及时改正的,也可不予处罚,这种情形包含行政机关的裁量权。如果处罚,行政机关可根据《海洋环境保护法》第88条的规定予以警告。但根据《海上交通安全法》第100条,只有在情节严重时才处罚款,而情节不严重时“责令改正”没有相应的替代性处罚。如行政相对人在被“责令改正”时并未改正,是否就属于“情节严重”也未可知,这需要通过海事行政部门内部裁量标准予以明确。《海上交通安全法》第91条第1款规定:“船舶、海上设施对港口安全具有威胁的,海事管理机构应当责令立即或者限期改正、限制操作,责令驶往指定地点、禁止进港或者将其驱逐出港。”从这一条文来看,“限期改正”对应的是“立即改正”,而对于不能“立即改正”的,行政机关判断的时段应缩短,此时行政机关采取行政处罚的条件已具备。在同一部法律中,对于“责令改正”,究竟是要将其再细分为“责令立即改正”与“责令限期改正”两种,还是直接将其等同于“责令立即改正”,需要相对合

^① 分别为《海上海事行政处罚规定》第36条和第37条,与同节的第39条和第41条“责令限期改正”并存。

理的解释。如从汉语的表述习惯来讲,限定增加意味着范围缩小,那“责令改正”应该包含“责令限期改正”。有学者认为“责令限期改正”实质上是“责令改正”的另一种表述方式,主要适用于需要明确规定期限责令改正的情形。^[5]但《行政处罚法》将二者并列起来,实际上是更倾向于认定这是两种不同的情形。从体系化解释的角度来说,将“责令改正”修改为“责令立即改正”更为适宜。“对于行政违法程度较轻的,可以当场纠正的应当当场予以纠正。对于行政违法程度较为严重的,当场改正存在困难的,行政机关应责令当事人限期改正。”^[6]但如果仅仅采取这种逐个击破上述疑难的方法,显然不太现实,有必要总结并对海事行政“责令类”行为进行分门别类的全统合,并结合《行政处罚法》的最新精神予以解释。

根据《行政处罚法》,除“责令改正”外,海事行政“责令类”行为基本上可以分为行政处罚、行政强制(含行政强制措施和行政强制执行)、行政命令三种。如根据是否具有制裁性来判断,可将行政处罚中的“责令类”行为与行政强制中的“责令类”行为分开;如根据行为的目的是为了控制事态还是为了执行事务,又可将行政强制措施与行政强制执行分开,最难认定的是“行政命令式”的“责令类”行为。而“责令(限期)改正”在“责令类”命令行为中最典型。

有学者认为,如根据其责令的内容来判断“责令类”行为,可使其定性相对明确。例如,根据其“合法还是非法”“全面还是个别”“严重还是轻微”对“责令停止类”行为到底是“行政命令”还是“行政处罚”加以区分。^[7]但相比其他“责令类”行为,“责令改正”与“责令限期改正”更不明确,其“法律依据中规定了改正的方式与要求,但是由于法律依据中的构成要件使用的是不确定法律概念,因而即使行政决定书载明了法律依据,相对人可能仍然无法从中知悉责令改正的要求”。^[8]这种“不可知”最有可能造成“威不可测”。

三、对海事行政“责令类”行为定性的案例解读

上述分析只是字面上的解读与诠释,如经由案例分析,会发现“责令类”行为的定性同样有特殊处理倾向与监督应对机制。如有些“责令类”行为明确分属行政处罚或行政强制,那相应的法律规制机制已较为成熟且无争议。笔者仍以“责令改正”为例来重点说明。在海南省高级人民法院(2019)琼

行终403号行政判决书中,法院引用《中华人民共和国内河交通安全管理条例》(简称《内河交通安全管理条例》)的相应条款,认为“责令改正”可作为“强行拖离”这种海事行政强制措施的前期行为。海南省高级人民法院在认定海事领域的“责令改正”时没有采取有学者所说的“行政处罚补充行为说”,^[9]而是更倾向“行政强制(措施)补充行为说”。同样的判断在海口海事法院(2018)琼72行审4号行政裁定书中也曾出现,法院认为海口海事局根据《内河交通安全管理条例》有权对涉案船舶的违法行为责令其改正,对于拒不改正的有权采取强制措施。同样,行政强制执行也有“责令改正”作为其中间环节。在湖北省宜昌市中级人民法院(2019)鄂05行终109号行政判决书中,法院认为宜昌市地方海事行政部门在代履行过程中,依法作出了告知当事人权利义务、责令改正、催告当事人履行、决定代履行等行政程序。此时,“责令改正”是行政执法者具体化行政违法者所应承担的第一性法律义务的意思表示,当行政违法者不主动履行这种意思表示所具体化的义务时,需要通过行政强制执行行为予以实现。^[10]

有些裁判将“责令改正”认定为行政处罚的补充行为。在四川省南充市中级人民法院(2014)南行终字第119号行政判决书中,上诉人认为被上诉人(四川省南充市嘉陵区地方海事处)在没有“责令改正”的前提下就直接作出行政处罚,不符合程序要求,但法院对此未予支持。在广东省高级人民法院(2019)粤行终208号行政判决书中,原审原告同样基于此点理由提出上诉,认为如果海事管理机构作出责令停止航行或者作业后拒不停止而造成严重后果,如造成重大交通事故、污染水域事故,而情节特别严重的情况下,才能(对船舶)予以没收。但法院认为被上诉人已发出《责令船舶停止航行通知书》《海事行政强制措施决定书》,责令涉案船舶停止航行作业,但涉案船舶仍继续违法航行作业,被上诉人作出行政处罚决定具有事实和法律依据。在这两起案件中,“责令改正”不仅是行政处罚的补充行为,且更倾向于实现其程序价值。

但“责令改正”本身也存在其内部的程序要求,如在湖北省高级人民法院(2017)鄂行申107号行政裁定书中,法院认为被申请人(长阳县地方海事局)未经告知程序即作出《责令改正通知书》,违反法定程序。有时《责令改正通知书》的效力还可以被挑战,在湖北省宜昌市中级人民法院(2016)鄂05行

终150号行政判决书中,法院就撤销了地方海事行政部门作出的《责令改正通知书》,在认定事实清楚、证据充分和适用法律法规正确的前提下同时认为其违反法定程序而予以撤销,尽管作为被上诉人的海事行政机关认为“责令改正”的通知只是一种行政管理措施,当事人不应对此有诉权。“责令类”行为有时不是仅可采取一次,在湖南省桃源县人民法院(2018)湘0725行初11号行政判决书中记载了被告(桃源县海事处)在向原告下达《海事行政强制措施决定书》之前,曾三次下达《责令改正通知书》,其中第一次为责令立即停止作业,后两次还按照时间要求和严重程度分别对原告提出了不同的改正内容和要求。

遍观上述案例,司法裁判结果是多元化的,因此不能成为“责令类”行为尤其是“责令改正”行为性质认定的依据。正如有学者列举“性质混同说”时所界定的,“责令改正”在不同的法律条文中具有不同的法律属性:有时是一种行政处罚,有时是一种行政强制措施,有时还体现为行政处罚的附带结果。^[11]这种理论界定侧面反映了司法在立法规定混乱的情况下不得已而同样采取的混乱处理方式。

四、域外经验模式对比及其启示

(一)大陆法系国家“责令类”行为定性的理论基础及其启示

“责令类”行为在大陆法系国家行政法中存在和发展的理论基础主要是各国行政行为的分类理论,其彼此之间具有一定的相通性,也依循各国国情产生不同的理论架构。德国行政法中有命令性、形成性和确认性行政行为的分类,其中命令性行政行为是以命令或禁止令的形式要求特定行为义务(作为、容忍和不作为)。^[12]日本行政法理论上将行政行为分为命令性行为与形成性行为,其中命令性行为是指对国民生来就有的活动自由加以限制,命令其实行一定行为的义务,或者解除该义务的行为,在实务中的分类一般是命令与禁令,即对国民科以进行或不得进行一定行为的义务的行为。^[13]总体来说,以“责令”命名的处罚与强制执行行为更接近于形成性行为,而以“责令”为前提的强制措施与命令,则与命令性行为较为接近。同时,这种分类实际上与大陆法系民法上的“形成权”“请求权”“支配权”等分类有一定相似性。“形成性行为”在德国称“形成私权利的行政行为”,其与“形成权”这种通过个人意思表示而形成一定民事法律关系的权利在法律效果上有相通性,都是促成“形成性结果”的“意思

表示”,只不过有公权意思表示与私人意思表示的区分。如果单纯从法律效果上来说,“责令性”行为其实更类似于民法领域的“请求权”,都是通过己方的意思表示来推动对方的行为,既包括作为,也包括不作为。与“请求权”的不同之处在于,“责令性”行为自带国家权力要素,如不能得到被责令方的回应,就会产生相应的处罚或强制,因此其经常成为行政处罚或行政强制的辅助或前置行为。在情节轻微或得到对方回应的情形下,“责令类”行为还有可能成为处罚的替代。一些学者还专门研究日本“行政机关对社会主体课处改正、停产停业责任”的立法例,“命令事业者……停止违法行为,或转让部分营业以及为排除违反这些规定的其他行为而采取必要的措施”。^[14]从表述上看,这种行政行为也属于“责令改正”与其他行为的选择性适用场合,本质是“排除违法行为而采取的必要措施”。

从命令性行为的外部表现形态来看,其确实存在不同于一般行为的特殊之处。根据《德国联邦行政程序法》的规定,一般命令具有普通行政行为的特征,具有外部效力,是对个案的处理,但又有不同于普通行政行为的法律特征,即它与处理接受者的特殊关系。^[15]从命令性行为的内部分类来看,在中国台湾地区,行政命令被分为职权命令和授权命令,在无法律授权的场合,行政机关可以发布职权命令,但由于法律有授权规定时也比较空泛,因此,授权命令与职权命令并无显著差异。^[16]

虽然从上述大陆法系国家的经验来看,对命令性行为及其理论并无深入的探讨,但在中国当下,尤其是《行政处罚法》已逐渐将“不予处罚”的情形进一步扩张时,“责令类”行政命令的替代功能将得到进一步发挥。而“责令类”处罚与“责令类”强制之间区分的不明确也将进一步影响法治国家、法治政府、法治社会的一体建设,即行政行为本身想要达到的目的与其在社会公众心中所形成的威慑不能完全形成适当的比例关系。而对于执法者来说,更是在具体的场合不易分清自己行为所造成的实际影响——对《行政处罚法》中的“责令停产停业”与海事行政法中的“责令停止作业”“责令停航整顿”这些在表述上区别并不明确的行为种类究竟如何区分?而在具体的权责清单中的责任又如何确定?一旦出现应诉的场合,行政主体如何面对诉讼风险?这一系列问题的产生其实都是“责令性”行为所依托的中国行政命令理论不完善及其与行政处罚、行政强制之间界限不明确所导致的终极后果。

(二)英美法系国家“责令类”行为的制度类比较及其启示

在英美法系国家,比较突出的是法院的令状制度。但从“writ”(令状)一词发展溯源来看,其最初是由文秘署(chancery)以国王的名义签发给郡长(sheriff)、或者法庭、政府官员,要求接收令状的人作为或不作为的命令。令状起初是为了行政管理或司法目的而签发,后来仅为司法目的而签发。^[17]“sheriff”在英国是国王在各郡和部分城市的代表,但在美国就成了县治安官或城镇治安官,属于民选地方官员,有权决定是否执行“mandate”(给某人或某机构的命令)或“mandatory order”(强制性命令,要求积极作为的命令),但“mandate”也经常被作为法院的命令来使用,如从历史演变角度来看这种混同并非偶然。“mandatory order”可包含行政目的,如“sheriff”可基于捍卫宪法权利的理由决定是否执行口罩强制命令(a national mandatory mask order)。目前来看,英国的令状制度主要是法院对低级法院、治安法官或行政官员(有可能是民选官员)发布的各种命令,并保持王室名义。从具体种类来看,禁止令(prohibition)、阻止令(injunction)这种看似在名称上类似强制行政命令的表述,实际上或是撤销行政机关的决定并禁止其再作出违法决定的命令,或是禁止执行违法决定并命令行政机关执行法定义务的命令,或是法院要求诉讼中的一方当事人不为一定行为或为一定行为的命令,而命令的签发可能基于诉讼相对方的申请。总体来说,这种制度实际上由司法权主导,而行政权配合执行或服从司法决定。

就中国司法命令的发展来看,2000年《中华人民共和国民事诉讼法》既是对中国的诉讼保全制度的一种发展,也是与国外阻止令制度接轨的一种尝试,其英译名称是“maritime injunction”。而2017年《中华人民共和国反家庭暴力法》中出现的“人身安全保护令”虽然有公安机关的协助执行,但其实际上也更倾向于“injunction”,而非“prohibition”或英国的人身保护状(the writ of habeas corpus)。这种司法责令行为在中国的专业领域甚至日常生活运行中拓展适用并日益规范化,上述两种命令在各自所在的法律中都有专章规定,且实体适用条件和程序规范完整,反衬出中国的行政责令制度发展相对滞后;而从形式来说,“责令改正”所依托

的《责令改正通知书》并不具备非常规范的形式,其在各地表现形式的繁简不一也决定了并非所有的类似决定都具有可诉性。同时,对于一直以来行政执法力量占据优势的中国来说,是否需要大力发展司法令状制度,其发挥作用的未来空间究竟有多大,其是否可以完全取代行政责令的功能,都是值得反思的问题。而在整个“责令类”行政行为体系中,“责令类”行政命令属于规范性最低的一种,发展方向的不明确和相关制度体系构建的不完整,造成其在各部门行政法中的功能倾向和实际作用相差极大。

五、海事行政“责令类”行为定性思路

对海事行政“责令类”行为进行定性不只是为解决单个部门法的问题,其对于盘桓在行政法领域各分支中难题的破解都有示范性的理论与实践意义。

(一)对海事行政“责令类”行为正名别类

如上所言,海事行政“责令类”行为也可分为“责令类”行政处罚、“责令类”行政强制与“责令类”行政命令。但不管是哪一类“责令类”行为,都应该有相对统一的名称,并应贯穿于海事类法律、法规和规章的各层级中。这其中,数量上居多的仍是“责令类”行政处罚与“责令类”行政强制措施,这两类行为的区分仍然可采大陆法系的命令性行为与形成性行为的区分标准,必要时海事领域原《暂行规定》对行政强制措施的认定结论可以作为辅助(的判断标准)。但对行政强制执行的设定必须由法律来进行。而对“责令类”行政命令来说,除依据法定的“责令改正”实施该行为外,也可在无法律依据时发布“职权命令”,这属于行政执法机关本身应有的权能,但从程序上来说,必须符合基础程序性要求。由于“责令类”行为的庞大体量,应在统合的基础上明确行政命令之“有名”行为的理论与实践地位。必要时出台统一的“行政命令法”或在未来的“行政程序法典”或其他相关行政立法领域的法典^①中专设“行政命令”一章,发展行政“责令”的体系,以期与司法“责令”(也包括诸如先予执行、证据保全这种隐性“责令”)之间形成较好的衔接,追求快速解决问题的手段多元化,同时需符合行业领域特点和行业治理需要。

以文字表述上较为接近的语词为抓手进行区分

^① 2021年4月22日,全国人大常委会法工委发言人臧铁伟在记者会上介绍,要围绕“十四五”规划和2035年远景目标纲要的决议,加强重点领域、新兴领域、涉外领域立法工作,研究启动条件成熟的行政立法领域法典编纂工作。参见《全国人大常委会法工委发言人:今年立法项目多于往年》,访问网址:<https://baijiahao.baidu.com/s?id=1697778418146045991&wfr=spider&for=pc>。

是较为有效的办法。按照前文的分析,“责令停航整顿”就属于“责令类”行政处罚,“整顿”在“停航”之后,表达出整个行为的目的已不是单纯的阶段性“停(止)作(业)”,而是为了停止受罚主体的整项“产”“业”链条,这种表述与《行政处罚法》中的“责令停产停业”有接近的性质,且重于一般数额的罚款。而“责令停航”在有些地方的政府权力清单中被列为“行政强制”^①,但没有列示清楚属于行政强制措施还是行政强制执行,由于其法律依据主要是《内河交通安全管理条例》和《中华人民共和国船员条例》(简称《船员条例》),因此,根据其设定依据的可得性,可以反推其属于行政强制措施。《内河交通安全管理条例》“法律责任”章中“责令停航”总共出现6次^②。其情形分别为“责令停航/停止作业+没收”“责令限期改正+罚款→逾期不改正,责令停航/停止作业”“责令限期改正→逾期不改正,责令停航+罚款”“责令改正+罚款→情节严重的,禁止进出港/责令停航+/暂扣适任证件”“责令改正+罚款→逾期不改正,责令停航”“警告+罚款+/责令停航/停止作业”。从上述6种“责令停航”的适用情形来看,“责令停航”作为与“停止作业”和“禁止进出港”相并列的适用举措,其适用更多是在“逾期不改正”的情况下采取的二次纠偏,也会与处罚措施并用(情节严重时),相比“责令(限期)改正”来说,其适用的严重程度要更高。如果将上述“责令停航”理解为行政处罚,从其并列于“禁止进出港”和“停止作业”来看,不像是相对人的能力或资格进行遏制,更像是对其暂时的行为进行控制,这更符合行政强制的特点。在第四种适用情形中,其与“暂扣适任证件”这种行政处罚的并列,让人更容易判断出“责令停航”作为“暂扣类”行为的前期或并列行为,其更接近于行政强制,而非对该类违法行为的“双罚”。

而对《船员条例》第44条来说,主要是名称统一的问题。该条规定:“船舶违反本条例和有关法律、行政法规规定的,海事管理机构应当责令限期改正;在规定期限内未能改正的,海事管理机构可以禁止船舶离港或者限制船舶航行、停泊、作业。”这种“限制船舶航行、停泊、作业”是否能直接等同于“责令停航”,值得考虑。该条款主要是依循了《海上交通安全法》第四章“航行、停泊、作业”的表述,虽然其实际效果达到了“停航”的目的,但表述上应予统

一、规范。

除上述两类之外,更为典型的就是以“责令改正”为代表的“责令类”行政命令,“责令改正”与“责—停”式行为较为接近。“责令停止作业”与“责令停产停业”表面相似,但由于其目的不同,短暂的强制停止与较长期的具备正式格式化文书的处罚决定,实际上也相对容易判断。若要进一步理清“责令改正”与“责令停止类”行为之间的关系,就需要对“责令改正”进行唯一性,即只允许存在一种性质的“责令改正”行为,将其他“责令改正”行为分流为“责令停止类”行政处罚行为或“责令不作为类”行政强制行为,并在此基础上进一步根据其法定依据的可得性加以区分定位。当然“责令类”行政命令行为不限于“责令(限期)改正”,对其他表述接近“责令改正”内容的条文,要看法条在表述和适用时的目的,以此判断其到底是为了制裁的行政处罚,还是为了控制事态、维护秩序的强制措施,抑或是实现执行目标的行政强制执行,或者是单纯为实现相对方作为或不作为之短期现时义务的命令。

(二) 统合各类“责令类”行为的表述与衔接

“责令改正”在海事行政领域中依其适用场合可具化为“责令类”行政命令,但应在适用中明确其与《行政处罚法》的精神衔接,尤其是在其与行政处罚可选择适用的场合,更应明确其作为行政命令适用而取代处罚措施时究竟属于哪一种“不予处罚”的情形,在此基础上配合《行政处罚法》处罚与教育相结合的原则适用。在必要时,对“责令改正”需要进行行政解释,即由国务院统一进行或在行业领域内由相应的最高级别的主管部门进行行政解释。以海事“责令改正”为例,应由中国海事局负责统一解释,其依据是1981年颁布的《全国人民代表大会常务委员会关于加强法律解释工作的决议》。明确“责令改正”与“责令立即改正”的同义关系,区别于“责令限期改正”,将目前现行规范内的“责令限期纠正”统一为“责令限期改正”。

“责令改正”或“责令限期改正”与行政处罚之间有强弱关系,需要衔接,其虽不属于同一类别,但根据现有规范的表述顺序,“责令改正”所形成的威慑一般处于警告之后,罚款之前。“责令改正”作为“责令类”行政命令,既可以出现在“单(责令)命令+

^① 参见太原市政府部门权责清单,访问网址:<http://ty.sxzwfw.gov.cn/icity/icity/proinfo?code=1404-C-01400-140100>。不能单纯以地方的权责清单作为认定行为性质的标准,必要时还需对各地权责清单尤其是其中不一致的内容展开合法性审查和法律清理。

^② 参见《内河交通安全管理条例》第63条、第65条、第67条、第68条、第73条、第80条。

单(责令)处罚”的场合之中,也可以出现在“(责令)命令+罚款→情节严重时的(责令)强制+(暂扣类)处罚”或“(责令)命令+其他处罚→逾期不改正时的(责令)处罚”等多种排列组合的“双责令”场合,甚至可能同时出现两种行政强制措施的同时并用,如《海上交通安全法》第91条第1款规定:“……责令立即或者限期改正、限制操作,责令驶往指定地点、禁止进港或者将其驱逐出港。”当然,这实际上是有先后顺序的行政强制措施的联合适用,即“先停再强制其履行作为或不作为义务”,同条第3款也是此种适例。这种多元化的“责令类”行为的排列组合,如果不能分清其性质,对于“法律责任”的适用就很难完全做到既准确到位,又合乎比例。尤其是出现在“法律责任”部分的内容,如果全都是“责令类”命令与“责令类”强制的规定或组合,不能说是在法条顺位安排和章节归属上实现了准确无误。

另外,“责令改正”作为典型的行政命令行为,行政相对人可以对其提出行政诉讼,相关部门在作出该类行为过程中,如果违反法定程序,一样可能承担败诉的后果。由于“责令改正”作为行政命令的可塑性较强,与其他行为的融合度高,因此,一旦出现这种行为与其他行为的联合适用,其作为行为组成部分是单独发挥实体作用,还是体现其程序价值,需要根据具体案件来决定是单独撤销某一行为,还是一同撤销。

(三) 进一步模式化海事行政“责令类”行为^[18]

前文所述及的只是海事行政“责令类”行为的大类划分原则及其在具体适用中的“组合关系”,对于“责令类”行为来说,真正指导其性质落定的重要因素是其名称的相对统一与规范。名称的模式化有助于对其性质的快速识别与归类。比如,“责令重新检验”明显是对其再次完成作为义务的命令;“责令临时停航”实际上只是对“责令停航”的一种特殊时间状态的要求,没有必要作为单独一类。“责令离港”“驱逐出港”与“禁止进出港”在某些方面达到的效果是一致的,如果出于未来涉外法治应用统一的需要,对外国行政相对方尤其应注意相关术语在名称上的统一性与准确性,特别是如果不是“行政处罚驱逐出境”或“刑罚驱逐出境”的话,采用“责令”比“驱逐”更为合适,而“禁止进出港”要表达的也是一种强制目标,至于具体的过程,则可能以“责令类”表述替代更为合适。另一方面,还必须注意国际海事管理中的统一用语,如“责令改航”中的“改航”即为相对约定俗成的叫法,只有保留并使其保持国际

通用的含义,才更有利于涉海外事行政管理目标的实现。行政行为模式化的道路任重道远,统筹推进国内法治和国外发展也需要理论和实践的齐头并进。

(四) 通过完善自由裁量标准以实现“责令类”行为的落地

行政裁量标准的细化,是“责令类”行为准确适用更为需要的抓手。对于“情节严重”这种往往会导致“升格”的情形设置,一定要考虑裁量标准中的表述与法律原文表述上的统一。特别是“情节严重”将导致从“责令类”命令变为行政处罚,或从“责令类”强制变为刑罚时,就更应该考虑相关的司法解释,而行政解释与司法解释在此时的缺位,则要求裁量标准须经征求意见、专家论证、合法性审查等环节,此时裁量标准的制定具有“外部性”,不单是同性质的“升格”,更是具有外部适用性的条文精神延伸。基于法律保留原则,涉及犯罪和刑罚的情形往往不是裁量标准能够单独涉足的,因此,必须考虑与其他已有的合法依据的衔接与协调。

在《中华人民共和国海事局关于印发〈常见海事违法行为行政处罚裁量基准〉的通知》(海政法〔2021〕266号)所附的《常见海事违法行为行政处罚裁量基准》中,“责令”一词总共出现160次,其中“责令(其)改正”共出现108次,按照具体案由计算为90次。在一些案由中其被作为单独的“处罚基准”予以列示,有时的表述是“责令改正,不予处罚”,对应“从轻”或“一般”的情节。这虽符合《行政处罚法》的精神,但却不太符合“责令改正”本身的定位。“责令限期改正”出现8次,其中与“责令停止违法行为”共同出现2次,这种双责令式的行为是否必要,也可进一步考量。除此之外,其他13种“责令类”行为中,有“责令停止作业或航行”“责令立即停止作业或活动”等这种看似相近的5种行为,名称不尽统一,从处罚基准和内容来看,只有“责令停航”体现于处罚基准中。因此,这种有关“责令类”行为准确性、必要性、统一性的问题都需要通盘考虑,惟此才能保证“责令类”行为在裁量基准的助推下完全“落地”。

六、结语

海事行政“责令类”行为只是涉海行政执法的一个缩影,更多的可能是海事、海警、渔政、生态环境等部门联合执法,^[19]不同部门多种“责令类”行为并用,实际上这也是今后在涉外法治尤其是涉外法治中可能遇到的常见情况。这些原本定性不明的行为

的明确化和规范化,是提升国家治理能力不可或缺的一环。而从种属关系来看,“责令类”行政行为与“暂扣类”行政行为、“限制类”行政行为一样,都只是《行政处罚法》有限列举方式下的一种类型化分类,在庞大的行政行为体系之中,诸如“责令类”行为这种遍及各部门行政法的行为模式并不少见,这恰恰是中国下一步行政领域立法法典化需要完成的前期工作。有时还会出现名为此种行为而实为他种

行为的系统性多元定性结论。^[20]繁杂的部门行政法中,能够找出具有共性的行为特点实属不易,但行政立法的法典中的诸条文却恰源自这种基础性的搜寻式总结研究。只有这样攻破行政行为、行政主体、行政监督救济中的每一个“暗堡”,行政法的大道才能够更加通畅,中国的行政法理论才可真正指导实践,时常漫步于行政法治实践的前端。

参考文献:

- [1] 张正钊,胡锦涛. 行政法与行政诉讼法[M]. 7版. 北京:中国人民大学出版社,2021:157.
- [2] 王贵松. 论行政处罚的制裁性[J]. 法商研究,2020,37(6):24.
- [3] 薛艳华. 环境行政命令与环境行政处罚的错位与匡正——界分基准与功能定位的视角[J]. 大连理工大学学报(社会科学版),2019,40(6):93.
- [4] 叶晓川. “责令改正”的规范性研究[J]. 河北法学,2017,35(8):122.
- [5] 胡建森,胡晓军. 行政责令行为法律规范分析及立法规范[J]. 浙江大学学报(人文社会科学版),2013,43(1):110.
- [6] 周永龙. 中华人民共和国行政处罚法注释本[M]. 最新修订版. 北京:法律出版社,2021:73.
- [7] 曹实. 行政命令与行政处罚的性质界分[J]. 学术交流,2016(2):114.
- [8] 王留一. 论行政行为明确性原则的司法适用与制度实现[J]. 行政法学研究,2019(5):125.
- [9] 杨解君. 秩序·权力与法律控制——行政处罚法研究[M]. 成都:四川大学出版社,1995:53-54.
- [10] 黄镔. 行政执法中责令改正的法理特质与行为结构[J]. 浙江学刊,2019(2):169.
- [11] 李孝猛. 责令改正的法律属性及其适用[J]. 法学,2005(2):55.
- [12] 哈特穆特·毛雷尔. 行政法学总论[M]. 高家伟,译. 北京:法律出版社,2000:207.
- [13] 杨建顺. 日本行政法通论[M]. 北京:中国法制出版社,1998:367-369.
- [14] 孙晋,杨军. 《传染病防治法》行政责令的法律属性和效力[J]. 武汉大学学报(哲学社会科学版),2020,73(3):36.
- [15] 于安. 德国行政法[M]. 北京:清华大学出版社,1999:113.
- [16] 吴庚. 行政法之理论与实用[M]. 增订8版. 北京:中国人民大学出版社,2005:185.
- [17] 薛波. 元照英美法词典[M]. 北京:法律出版社,2003:1424-1425.
- [18] 姜明安. 行政法与行政诉讼法[M]. 7版. 北京:北京大学出版社,2019:155-156.
- [19] 王世涛. 部门行政法的理论基础与体系建构——以海事行政法为视角[J]. 中国海商法研究,2020,31(4):10-11.
- [20] 温学鹏. 论行政强制措施的变异——从行政强制措施的事实损害性特征切入[J]. 重庆理工大学学报(社会科学),2018,32(4):100.

郑琳. 水上交通事故责任认定研究[J]. 中国海商法研究, 2022, 33(1): 102-112

水上交通事故责任认定研究

郑琳

(大连海事大学 法学院, 辽宁 大连 116026)

摘要:水上交通事故调查报告和责任认定书可诉性之争的根源在于调查报告划分了当事人的责任,虽然修订后的《中华人民共和国海上交通安全法》仿照《中华人民共和国道路交通安全法》第73条将责任认定书确定为证据,但并没有实质性地解决争议。理想的水上交通事故调查与处理模式是与国际海事调查规则接轨,理念上应当由“责任制裁”转向“风险预防”,制度上设计独立专业的事故调查委员会进行事故调查,由其出具不含责任划分的技术性安全调查报告,具体的责任认定交由海事管理机构在行政处罚决定书中列明或者海事法院在判决书中认定或重新划分。由于当下事故责任认定书的存在,应当通过解释论的方法将其界定为因果责任,尽量减少产生的不利影响。

关键词:水上交通事故;事故调查委员会;安全调查;责任认定

中图分类号:D922.14 **文献标志码:**A **文章编号:**2096-028X(2022)01-0102-11

Study on liability confirmation in water traffic accidents

ZHENG Lin

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

Abstract: The source of the disputes over the justiciability of maritime traffic accident investigation report and confirmation on the liability is that the investigation report divides the parties' responsibilities. Although the amended *Maritime Traffic Safety Law of the People's Republic of China* imitated Article 73 of the *Road Traffic Safety Law of the People's Republic of China* and admitted that confirmation on liability can be as evidence, it does not substantively resolve the disputes. The ideal mode of investigating and handling marine traffic accidents is to be in line with international maritime investigation rules, and the philosophy should shift from "liability sanctions" to "risk prevention". The system shall be designed for an independent professional accident investigation committee to conduct accident investigation and issue technical safety investigation report without responsibility division, and the specific liability determination shall be specified by the maritime administrative agency in the administrative penalty decision or the maritime court shall determine or re-divide in the judgment. Due to the existence of the confirmation of accident liability, it should be defined as causal liability through the method of interpretative theory so as to reduce the adverse effects.

Key words: water traffic accidents; accident investigation committee; safety investigation; responsibility identification

水上交通事故发生后,海事管理机构接到肇事船舶报告,要前往事故发生现场进行事故的调查和处理。在中国当前的水上交通事故调查体制下,海事管理机构除了查明事故原因,还要进行责任的认

定。一般而言,海事管理机构在进行水上交通事故调查后,会出具事故调查报告,然后据此作出事故调查结论或责任认定^①。由于水上交通事故调查报告一般含有对当事人责任的认定^②,海事管理机构作

收稿日期:2021-12-31

基金项目:2021年度中央高校基本科研业务费专项资金资助项目“水上交通事故责任认定研究”(3132021293)

作者简介:郑琳(1993—),男,江苏扬中人,法学博士,大连海事大学法学院讲师,E-mail:286003746@qq.com。

① 内河交通事故,海事管理机构作出调查结论;海上交通事故,海事管理机构作出责任认定。参见《中华人民共和国内河交通安全管理条例》(简称《内河交通安全管理条例》)第53条以及《中华人民共和国海上交通安全法》(简称《海上交通安全法》)第85条第2款。

② 参见《中华人民共和国海上交通事故调查处理条例》(简称《海上交通事故调查处理条例》)第16条、《中华人民共和国内河交通事故调查处理规定》(简称《内河交通事故调查处理规定》)第29条。

出的行政处罚也多是以此为依据,会对当事人的权利和义务产生间接的实际影响。因此,围绕水上交通事故调查报告以及责任认定书(调查结论书)产生的纠纷是否可诉,一直是实务界和学术界热烈讨论的话题^①。2019年,最高人民法院民事第四审判庭(简称最高人民法院民四庭)在《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》[简称《复函》,法民四(2019)15号]中认为:“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。”该复函打破了以往中华人民共和国海事局(简称中国海事局)和最高人民法院民四庭形成的默契^②,将该争议再次推上风口浪尖。^{[1]131}2021年修订后的《海上交通安全法》,将事故责任认定书明确为处理海上交通事故的证据^③,与《中华人民共和国道路交通安全法》(简称《道路交通安全法》)保持一致,回应了最高人民法院民四庭在《复函》中的质疑。有学者在此基础上论证其证据效力。^[2]也有学者认为,海事调查是多种行为组成的行为链,只有影响当事人权利义务关系的责任判定行为才被纳入司法审查。^[3]值得关注的是,2021年底发布的《全国法院涉外商事海事审判工作座谈会会议纪要》(简称《会议纪要》)中第89点再次明确了海上交通事故责任认定行为不属于行政行为,海上交通事故责任认定书不宜纳入行政诉讼受案范围。海上交通事故责任认定书可以作为船舶碰撞纠纷等海事案件的证据,法院通过举证、质证程序对该责任认定书的证明力进行认定。

《海上交通安全法》的修订以及《会议纪要》的公布能否彻底解决这一争议是值得怀疑的。因为从《道路交通安全法》的修正来看,该问题并没有得到实质性解决,法院和公安机关仍然在进行角力。^{[4]126}同理,在笔者看来,只要海事管理机构在水上交通事故调查报告中进行责任的分配,并出具责任认定书,还是会实际影响当事人的权利义务。即使作为诉讼中证据,也不能一劳永逸地解决问题,当事人只要证明其权利义务受到实际影响,向人民法院提起行政诉讼就仍然有法律的空间。换言之,只是通过简单

地修改《海上交通安全法》等法律法规,并不能从根源上定分止争。或许,改进中国的水上交通事故责任认定机制才是治本之策。

一、水上交通事故调查报告认定责任的弊端及学说纷争

(一)水上交通事故调查报告认定责任产生的弊端

1. 影响海事管理机构安全调查目的的实现

中国目前的水上交通事故调查既是技术调查,又是行政执法调查。^{[5]2}海事管理机构除了要通过技术的手段查明事故的原因,还要对当事人的事故责任进行划分。而且在实践中,海事管理机构对于事故责任划分的重视程度并不低,甚至超过查明事故原因的技术调查。形成上述局面的原因是:一方面,海事管理机构在水上交通事故调查报告中进行细致的责任划分,可以为之后的行政处罚直接提供依据,以减轻执法负担;另一方面,海事管理机构对于责任的精细分配,可以防止自身因为责任划分不当而面临诉讼风险。总而言之,相比于投入更多技术、成本和精力去查明事故原因,海事管理机构进行责任认定所带来的行政收益更为直观和明显。

然而,正是因为中国目前的水上交通事故调查更加倚重责任调查,^[6]其带来的不利后果也是十分明显的,导致调查的初衷已经偏离安全调查。首先对于当事人而言,因为事故调查涉及责任的分配,为了尽可能减轻自身的责任,可能出现伪造证据、虚假陈述等情况,这并不利于甚至可能阻碍真正事故原因的查明。其次,对于海事管理机构而言,进行责任认定需要消耗行政机关大量的精力,在有限的事故调查期限内,必然会影响对事故原因的仔细查明,从长远来看也不利于调查技术水平的提高。最后,由于国际海事组织及其他主要航运国家普遍采用的是“非谴责性”调查,^{[7]147}中国的责任调查举措可能会影响在海事调查领域国际合作的开展。

相比而言,虽然海事管理机构在水上交通事故调查过程中进行责任的划分能够便于后续执法工作

① 相关讨论参见韩立新,吴珊珊:《海事调查及其责任认定的法律属性探析》,发表于《法学杂志》,2014年第1期;屠小宁:《〈内河交通事故调查报告〉诉讼辩惑》,发表于《中国海事》,2014年第5期;刘芳:《论〈海上交通事故调查报告〉的证据效力》,发表于《中国海事》,2009年第7期;余新传:《论内河交通事故调查报告结论的不可诉性》,发表于《中国海事》,2008年第3期;陈海欧:《事故调查报告的法律属性》,发表于《中国水运》,2007年第9期;等等。

② 2006年,最高人民法院民四庭和中国海事局共同出台《最高人民法院民事审判第四庭、中国海事局关于规范海上交通事故调查与海事案件审理工作的指导意见》[简称《指导意见》,法民四(2006)第1号],其中将海事调查报告及其结论意见作为海事法院在案件审理中的诉讼证据。

③ 《海上交通安全法》第85条第2款规定:“海事管理机构应当自收到海上交通事故调查报告之日起十五个工作日内作出事故责任认定书,作为处理海上交通事故的证据。”

的开展,但从长远来看并不利于事故调查水平的提高,反而会因为各种因素影响安全调查目的的实现,是得不偿失之举。

2. 增加海事法院行政审判的压力

水上交通事故调查报告含有责任认定,海事管理机构会单独出具事故调查结论书或责任认定书。如果当事人认为海事管理机构出具的上述文书侵犯自身的合法权益,向海事法院起诉,海事法院是否受理?受理后又如何裁判?这也是一直困扰海事法院的难题。

在支持受理的海事法院看来,法院作为当事人权利救济的最后一道防线,应当发挥司法的保障功能。更何况,当前的水上交通事故调查报告确实含有对于当事人责任的认定,海事管理机构的行政处罚也多是据此作出,确实实际影响到当事人的权利义务。^[8]在当事人向上一级海事管理机构申请重新认定而救济效果不佳的情况下,应当允许法院提供外部救济渠道。

在反对受理的海事法院看来,水上交通事故调查具有很强的专业性和技术性,法官并不掌握相关技能,因此无法进行实质性审查而对当事人事故责任重新判定。^[9]法官应当尊重海事管理机构的裁量权,不应过度干涉海事管理机构作出的具有强烈专业技术色彩的责任认定。如果法院对此敞开诉讼的大门,大量的事故调查报告和责任认定之诉将会涌入法院,法院将会不堪重负。

支持方和反对方的理由都不无道理。这也使得在司法实践中,法院受理或不受理相关行政诉讼的情况都存在^①,并没有形成统一的标准。

3. 困扰当事人救济途径的选择

如果不服海事管理机构作出的水上交通事故责任认定,如何寻求更好的救济途径以保障自身的合法权益,同样困扰着当事人。

如果从《中华人民共和国行政诉讼法》(简称《行政诉讼法》)、《中华人民共和国行政复议法》(简称《行政复议法》)关于受案范围有关规定来看^②,当事人可以对行政机关侵犯其合法权益的行为提起诉讼和复议。换言之,只要对当事人的权利义务构成实际影响的行为,当事人都可以复议起诉。据此,只要当事人认为海事管理机构作出的水上交通事故责

任认定行为对其权利义务产生实际影响,就可以通过行政复议和行政诉讼途径解决。

不过,中央层面的法律、法规和规章,如《海上交通安全法》《海上交通事故调查处理条例》《内河交通安全管理条例》《内河交通事故调查处理规定》并没有对事故当事人的救济途径作出规定。地方性法规有所涉及,如《湖南省水上交通安全条例》第31条规定:“当事人对海事管理机构作出的水上交通事故责任认定不服的,可以在接到事故调查结论后十五日内向上一级海事管理机构申请重新认定。”

如果事故当事人所在省份的地方立法对救济途径进行了明确,当事人选择向上一级海事管理机构申请进行重新认定未尝不可。可如果地方性法规或地方政府规章也没有明确^③,当事人究竟应当选择何种救济途径呢?

正如前文所提及的,当事人向法院提起行政诉讼,会面临法院是否受理的难题。恰巧碰到司法能动性强的法院,当事人或许还有机会和海事管理机构进行司法上的较量,以期盼法院能够对事故责任进行重新分配。如果碰到严格遵循司法谦抑性原则的法院,当事人寻求外部司法救济则会沦为空谈。

如果阻断了当事人向法院寻求司法救济的途径,向上一级海事管理机构重新申请认定效果又如何?且不说在没有中央立法的情况下,有些省份也没有通过地方立法对此明确,事故当事人向上一级海事管理机构申请重新认定,面临无法可依的情况。即使地方立法有所明确,在当前的行政体制下,上一级海事管理机构能否真正发挥层级监督的作用,实现对当事人的内部救济,也是值得怀疑的。

向法院起诉还是向上一级海事管理机构申请重新认定,是事故当事人所发出的“哈姆雷特之问”,始终困扰当事人救济途径的选择。

(二) 学术纷争:“证据说”和“行为说”无助于争议的解决

针对上述难题,来自学术界和实务界的教授、律师、法官和海事管理机构人员也都提出了自己的看法。仔细梳理后可以归纳为两种对立的观点。一种观点是“证据说”,即将海事管理机构出具的水上交通事故调查报告和责任认定书作为诉讼中的证据,

① 例如在“刘朋洁、梁新民案”中,法院就作出不予受理的裁定。参见广东省高级人民法院(2015)粤高法行终字第733号行政裁定书。在“刘义勇与中华人民共和国烟台经济技术开发区渔港监督行政确认上诉案”中,法院在受理后裁定驳回起诉。参见山东省高级人民法院(2014)鲁行终字第104号行政裁定书。

② 参见《行政诉讼法》第12条、《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》第1条、《行政复议法》第6条。

③ 《安徽省水上交通安全管理条例》《山西省水上交通安全管理办法》等地方立法就没有规定事故当事人的救济途径。

当事人不能对此提起行政诉讼;另一种观点是“行为说”,即认为海事机构作出的事故调查报告及责任认定书实际影响到当事人的权利义务,应当允许当事人对此提起行政诉讼。

1. “证据说”的依据

一是规范层面的支撑。《指导意见》第1条第(五)项明确说明:“海事调查报告及其结论意见可以作为海事法院在案件审理中的诉讼证据,除非有充分事实和理由足以推翻海事调查报告及其结论意见。”二是司法裁判的支持。例如,在“亳州市祥瑞航运有限公司与中华人民共和国芜湖海事局交通运输行政管理纠纷案”^①中,法院认为:“被告的《事故结论书-1》是被告海事局依据《中华人民共和国内河交通安全管理条例》的规定履行职责,运用专业技术手段所做出的结论性意见和建议。该结论书可以作为水上交通事故案件的证据使用,并不直接确立事故当事人的权利义务,对当事人的权利义务不产生实际影响。”三是2017年时任最高人民法院民四庭副庭长王淑梅法官的讲话提供了佐证。她在全国海事审判实务座谈会上的总结讲话中专门就“海事行政调查可诉性的问题”进行了总结,认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。四是可以参照道路交通安全领域的做法。在道路交通安全领域,《道路交通安全法》第73条的规定^②以及全国人大法工委的工作答复^③明确将公安交通管理部门作出的交通事故责任认定书作为处理交通事故案件的证据使用。因此,在水上交通事故调查中,也有观点认为应当仿照道路交通事故处理的方法,将水上交通事故责任认定书作为证据看待。^[10]^④五是支持“证据说”的学者从学理层面分析认为:“出具海事调查报告、进行事故责任认定均属于海事调查程序中的一部分,是海事管理机构在处理海上交通事故工作中的一个环节,而非独立、完整的行政行为;事故责任认定不直接确定当事人间的权利义务;行政确认为并不必然可以进行行政复议、行政诉讼。”^[11]

2. “行为说”的理由

一是规范层面的依据。《复函》中明确指出:“依据行政诉讼法及司法解释有关规定,行政机关行使行政职权过程中作出实际影响行政相对人权利义务的行为,均属于行政诉讼受案范围,法律另有规定除外……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。”二是司法案例的支持。在“韩玉山、南阳市卧龙区地方海事处、赵春松为水上交通事故责任认定纠纷案”^④中,法院认为:“被告依据行政职权作出水上交通事故责任认定书,认定了事实,划分了事故责任,对当事人的权利义务产生了直接影响,属于具体行政行为,符合上述规定,属于人民法院行政诉讼的受案范围。”三是学理的论证加持。支持“行为说”的学者认为:“水上交通事故责任认定书对当事人划定了事故责任或者直接明确向当事人责令采取相关行政措施,例如,责令行政相对人整改,可以视为已经成熟的行政行为,则应当具有可诉性。”^[1]¹³⁵

3. “证据说”和“行为说”的观点评析

水上交通事故调查报告和责任认定书的性质还没有明确,中央立法也没有规定当事人的救济途径。因此,围绕“证据说”和“行为说”的争论似乎各有道理,但又无法真正解决争议。

就“证据说”的观点而言:第一,目前的规范依据仅仅是司法解释性质的规范性文件,并不是立法,无法作为行政诉讼的依据或参照,仅仅具有参考意义。第二,虽然在当前的海事审判实践中,有些法院支持“证据说”,但是中国不是判例法国家,法院的案例并没有拘束力,同样仅具有参考意义。此外,其中并没有案例被最高人民法院遴选为指导性案例或公报案例,并不要求其他法院以此为参照,因此没有形成事实上的拘束力。更何况,实践中也有法院作出与之观点截然相反的裁判,法院的裁判要旨仅能作为理由说明论证。第三,时任最高人民法院民四庭副庭长王淑梅法官的讲话只是法律政策的表达,不是正式的法源。第四,道路交通事故责任认定书的“证据说”观点虽然在《道路交通安全法》中有法

① 参见武汉海事法院(2016)鄂72行初6号行政裁定书。类似案例还有“陈伟与中华人民共和国江苏海事局不履行法定职责纠纷案”,参见江苏省高级人民法院(2015)苏行终字第00321号行政判决书;“何芳平与衡阳市地方海事局行政确认纠纷案”,参见湖南省衡阳市中级人民法院(2012)衡中法行终字第161号行政裁定书;等等。

② 《道路交通安全法》第73条规定:“公安机关交通管理部门应当根据交通事故现场勘验、检查、调查情况和有关的检验、鉴定结论,及时制作交通事故认定书,作为处理交通事故的证据。交通事故认定书应当载明交通事故的基本事实、成因和当事人的责任,并送达当事人。”

③ 参见《全国人民代表大会常务委员会法制工作委员会关于交通事故责任认定行为是否属于具体行政行为,可否纳入行政诉讼受案范围的意见》(法工办复字[2005]1号)。

④ 参见河南省南阳市中级人民法院(2014)南行终字第00158号行政判决书。

律依据,但是并没有杜绝争议,相关质疑并没有减少。事故责任认定“作为一种行政确认行为,确实影响到当事人法律责任的承担”。如果仅仅作为证据,“事故认定书的证明力大于其他证据,人民法院一般会直接采信并确认其相应的证明力”,当事人很难在诉讼中推翻,不利于权利的救济。^[12]

就“行为说”的观点而言:第一,《复函》并不是司法解释,不具有普遍约束力。第二,法院的裁判要旨同样只适用于个案,不具有普遍适用性。第三,水上交通事故的调查和责任认定行为,是程序性行为、行政事实行为、过程性行为(中间行为、阶段性行为)还是行政行为、成熟性行为,目前学术界还存在争议,并没有形成通说。此外,学理论证在中国法律体系中同样属于非正式法源,并没有实际的法律拘束力。

综上所述,“证据说”和“行为说”的观点都存在一定的缺陷,观点争鸣并没有实际解决争议。

4. 接轨国际海事调查规则而非仿效《道路交通安全法》第73条

海事管理机构似乎试图通过立法将“证据说”固化以解决争议。最直接的体现就是修订的《海上交通安全法》将事故责任认定书明确为处理海上交通事故的证据。应当说,该条款为“证据说”提供了最直接的法律依据,大部分对“证据说”的质疑理由也将不成立。《会议纪要》对“证据说”的进一步阐述,也似乎表明了法院的立场。然而,与《道路交通安全法》保持一致的“证据说”是否能够彻底解决纷争仍值得商榷。

一方面,《道路交通安全法》采用道路交通事故责任认定“证据说”的做法并没有实质性地解决纠纷。立法只是从表面防止公安交通管理部门成为行政诉讼中的被告,减少应诉风险,更多是一种权宜之计。只要事故责任认定书存在,且对当事人责任进行了分配,当事人就可以认为自身的权利义务实际受到影响,继而能够寻求行政诉讼救济。

另一方面,修订后的《海上交通安全法》仅是将海上交通事故的责任认定书作为证据,没有明确海上交通事故调查报告的性质,特别是当前的海上交通事故调查报告含有对当事人责任的划分,当事人仍然可以认为调查报告错误划分责任侵犯自身权益,而提起行政诉讼。此外,《海上交通安全法》第85条只是部分解决了海上交通事故的责任认定问题,对于内河交通事故而言,海事管理机构出具的事故调查报告和调查结论书并不能等同适用,毕竟

《内河交通安全管理条例》《内河交通事故调查处理规定》并没有配套修改。

在笔者看来,水上交通事故责任认定与道路交通事故责任认定亦步亦趋并非是明智的立法选择。因为《道路交通安全法》第73条自立法以来就一直面临是否掺杂着公安交通管理部门利益考量的质疑,海事管理机构重走老路,显然不利于水上交通事故责任认定水平的提升。《海上交通安全法》在1983年制定之初,对于海上交通事故的处理是“由主管机关查明原因,判明责任”,立法目的在于通过责任制裁维护海上交通安全秩序,符合当时的时代背景,因为《行政诉讼法》还未出台,“行为说”不具备现实操作的可能性。然而,经过几十年航运业的高质量发展和国际交流合作的深化,再加上中国的行政法制不断健全,公民的权利意识不断高涨。将《海上交通安全法》的修订理解为确立以海事机构为主导的单一“证据说”,恐不符合当下保障公民基本权利的法治实践。由于海事管理具有较强的涉外性,海事管理机构应当向国际海事组织和主要海运国家的先进做法看齐,水上交通事故责任认定机制应当与其接轨,领跑在国内事故调查及责任认定的前列。具体而言,改进中国的水上交通事故责任认定机制,应当从理念转换、组织机构、实体内容、法律责任四个方面着手。

二、理念转换:由责任制裁转向风险预防

中国目前的水上交通事故调查侧重于事后的责任制裁,意图通过责任倒逼的方式,迫使事故当事人吸取事故教训、引以为戒,形成威慑效果。不可否认,责任制裁在中国注重秩序管控的社会环境下,确实发挥着一定的作用,但过分强调责任也会产生负面效果。

(一) 责任制裁理念的后果

一是过于注重人的责任而忽视系统的风险。水上交通事故的发生,除了船长、驾驶员等人的因素外,还与系统因素存在密切关联。对于驾驶员的违章驾驶、超载、临危措施操作不当等行为进行责任制裁,只能解决人的问题,并不能克服系统的风险。水上交通事故的调查是全方位的,既要调查人的因素(船舶操纵与人员配备),也需要对于船舶的状况(设施设备)、货物的性质、环境因素(水文、气象、通航等)乃至当时的信息平台 and 应急救援的水平等系统因素进行综合考虑。因此,只通过责任制裁而忽视系统的风险是不全面的。

二是强调个案的责任制裁而忽视整体安全理念

的宣传。应当说,对事故当事人进行责任制裁的威慑效果是明显的,当事人也一定能够吸取事故教训,在今后树立安全驾驶的理念。不过个案的制裁效果毕竟是有限的,对于其他水上运输人员而言由于没有涉及自身,起到的警示效果是不够的。即使扩大反面典型的宣传效果一定程度上能够让从业者心理有所忌惮,但同样只能解决人的问题。更何况,责任制裁并不是法律的唯一动力,^[13]积极的指引和协调同样是安全理念建立的重要保障。过于强调个案的责任制裁而忽视事故原因的全面、客观分析,无法使整体的安全理念得到有效宣传,不利于预防事故的再次发生。

三是可能出现责任不对等的情况而影响安全调查目的的实现。由于责任制裁是中国目前水上交通事故调查最为重视的环节,其除了发挥传统法律制裁的“补偿和定分止争为内容的纠纷解决作用”,^[14]还有着警示、惩戒的作用。如果发生重大的水上交通安全事故,海事管理机构意欲将该事故作为负面典型以起到“警钟长鸣”的效果,很可能加大对事故当事人的责任制裁,甚至造成责任不对等的情况。此外,如果水上交通事故的发生与海事管理机构的管理不当存在一定关联,不排除海事管理机构在责任认定时产生偏差。这些在责任制裁上“花功夫”的做法,必然会影响查明事故原因、预防事故再次发生的安全调查目的的实现。

(二) 树立风险预防的理念

从长远来看,要提高中国水上交通事故的调查水平和处理能力,理念上应当由责任制裁转向风险预防。风险预防,是指针对不确定的风险,面向未来,旨在预防的一种理念。^[15]水上交通事故的发生属于不确定性的风险。每次发生水上交通事故,事故调查部门都应当认真查明事故原因,防止此类事故在未来再次发生。因此,水上交通事故调查应当树立风险预防的理念,具体可以从以下三个方面着手。

一是进行风险评估。风险评估,是“对风险的识别、评价和估算,构成风险分析中的重要一环”。^[16]水上交通事故发生后,可能对未来的事故预防产生诸多风险,事故调查部门无法完全规避。换言之,识别“何种性质的风险”来进行预防,^[17]就显得尤为重要。一般而言,人为因素的风险如驾驶员的违章驾驶,是相

对容易识别的,这是需要重点评估的。对于气象、水文、通航等环境风险,在科学技术能够预测的范围内,应当加以风险评估。此外,对于搜救风险,在救援条件允许的情况下,也是要加以评估的。

二是采取风险预防措施。事故调查部门需要在全部调查结束后,整体考量决定采取哪些风险预防措施。^[18]当前,水上交通事故调查报告中所载明的“安全管理建议”或者称之为“防范和整改措施建议”,本质上就是风险预防措施。风险预防措施应当结合调查后的事故原因以及评估后的风险作出,包括加强船长、船员的安全技能培训和提高应对突发事件的能力;落实船舶企业的主体责任,加强企业的管理;提升船舶设计、建造的质量;提高应急救援的能力;严格恶劣天气条件下的船舶禁限航措施等。

三是注意风险预防的限度,避免过犹不及。水上交通事故发生后所采取的风险预防措施应当符合比例原则。^[19]其一,风险预防措施要符合适当性原则,即有助于预防事故发生目的的实现;其二,风险预防措施要符合必要原则,在诸多防范风险的严格管控措施中要采取对当事人侵害(权益影响)最小的措施;其三,风险预防措施要符合均衡性原则,所采取的风险预防措施与其所达到的目的之间必须合比例,不能在事故风险防范过程中采取“一刀切”的措施。

综上所述,中国水上交通事故调查的理念应当由责任制裁转向风险预防,在此理念的引领下,再展开具体的制度设计。

三、组织机构:建立相对独立专业的水上交通事故调查委员会

(一) 调查与处理相分离的模式确保处理结果的客观公正

中国的水上交通事故的调查和处理一直都是由海事管理机构全权负责。应当说这种集中由专门的行政组织进行调查和处理的模式确实能够提高执法效率。但与之相伴的问题也很明显,那就是海事管理机构权力过大,会形成权力的垄断。如果事故与海事管理机构有“利害关系”,在调查过程中可能出现对责任认定“避重就轻”的情况。此外,当事人处于弱势地位,不仅处理的结果会受到影响,也不利于权利的救济。虽然依据修订后的《海上交通安全法》第85条的规定^①,调查报告和责任认定书是由不同的部门作出,

^① 《海上交通安全法》第85条第1款规定:“海上交通事故调查组应当自事故发生之日起九十日内提交海上交通事故调查报告;特殊情况下,经负责组织事故调查组的部门负责人批准,提交事故调查报告的期限可以适当延长,但延长期限最长不得超过九十日。事故技术鉴定所需时间不计入事故调查期限。”第2款规定:“海事管理机构应当自收到海上交通事故调查报告之日起十五个工作日内作出事故责任认定书,作为处理海上交通事故的证据。”

但在中国当前的海事行政体制下,海上交通事故调查组的成员即海事调查官,一般也是来自于海事管理机构。海上交通事故调查组的工作,仍然由海事管理机构领导,并没有实现调查与处理相分离。

从国外的经验来看,英国的海事调查工作由两个机构负责,海事调查委员会(Marine Accident Investigation Branch, MAIB)负责安全调查,隶属运输部,是一支完全独立的海上事故调查专业机构,该部门不是一个执法机构,也不起诉任何人或追究责任。^[20]¹⁶⁷³ 英国海岸警备队(Maritime and Coastguard Agency, MCA)负责行政调查,包括违法行为的处理。^[21]在日本,水上交通事故的调查和处理也是相分离的,在交通部内设立一个全国统一、相对独立的海事调查机构,即海上事故审查厅(Marine Accident Inquiry Agency, MAIA),负责水上交通事故的调查。^[22]从世界先进海运国家的做法来看,水上交通事故的调查和处理相分离,由相对独立、专业的组织进行技术性调查,能够确保调查结果的真实、准确,再交由专业的海事行政机构进行违法行为的处理,能够保证处理结果的客观公正。^[23]因此,建立相对独立且专业的水上交通事故调查委员会就显得尤为重要。

(二)相对独立的技术安全调查可以避免卷入诉讼

由相对独立且专业的水上交通事故调查委员会进行技术安全调查,除了能够确保调查和处理结果的准确、公正外,还能够避免其卷入到诉讼纠纷中。

水上交通事故调查委员会隶属于海事管理机构,但具有相对独立性。就二者关系而言,水上交通事故调查委员会受海事管理机构的业务指导,是专门调查水上交通事故的内设机构,但是水上交通事故调查委员会对于调查结果具有最终决定权^①。水上交通事故调查委员会由于不是法律、法规或规章授权的具有行政主体资格的组织而无法成为适格被告^②。

水上交通事故调查委员会只负责所有水上交通事故案件的调查环节。水上交通事故调查委员会作为事故调查的常设机构,只负责“收集信息、认定事实”,^[24]最终出具水上交通事故调查报告。该调查步骤是整个事故调查和处理过程中的一个环节,是调查和处理程序中的一个阶段,是未来事故处理行为的预

备和辅助。^[25]因此,作为程序性、中间性、事实性的事故调查行为,^[26]并不是具体的行政行为,也无法成为行政诉讼审查的对象。

水上交通事故调查委员会出具的水上交通事故调查报告由于只包含技术安全内容,而不涉及当事人的权利义务,也就无法产生实际的法律效果。换言之,该调查报告只是一份技术性报告,并不对外发生法律效力,显然不会对当事人的权利义务产生实际影响。水上交通事故调查委员会也不会因为出具的事调查报告而被卷入到诉讼纠纷中。

(三)调查委员会的人员组成方案

中国现行的水上交通事故调查是由海事管理机构成立事故调查组进行调查。不同等级的事故调查组要求配有不同人数的海事调查官^③。应当说,中国目前建立的不同等级的海事调查官制度以及对于海事调查官的任职资格要求发挥了重要的作用。^[27]然而,尽管有一定数量的海事调查官掌握航海、轮机、法学、心理学等方面的知识,但是这样的复合型人才不可能覆盖整个海事调查官队伍。更为关键的是,一旦成为海事调查官,必然疏于航海与轮机实践,在水上交通实践领域的专业水平会随时间推移而有所下滑。

建立相对独立、专业的水上交通事故调查委员会,调查委员会的人员组成同样要有所变革。不可否认,海事调查官是水上交通事故调查委员会的重要组成部分,但同时可以吸纳具有一定航海经验和管理经验的船长、轮机长,以及专业的船舶工程专家等外部人员加入,使调查委员会的组成人员多样化。相比于清一色的海事调查官组成的水上交通事故调查委员会,这样的人员构成独立性也会更强。调查委员会的委员可由海事管理机构在建立的海事专家库中选任,其中非常任的外部委员的人数应当占总人数的一半以上,以实现调查的公信力。当然,对于非常任外部委员的加入,应当严格进行遴选以保证资质,必要时可以建立信用档案。此外,要保障专家独立发表意见,通过票决制的表决方法得出调查结果。^[4]¹³⁹

四、实体内容:技术性安全调查报告不划分责任

(一)国际通行做法

由国际海事组织发布,2010年1月1日生效的

① 水上交通事故调查委员会独立进行调查、不受干扰,由其最终出具的水上交通事故的调查报告是水上交通事故调查委员会集体意志的体现,无需海事管理机构负责人的同意或批准。

② 考虑到改革实施的可能性,在中国目前还不宜将水上交通事故调查委员会完全独立于海事管理机构而定性为社会化的组织或行业协会,相对独立于海事管理机构的机构设置更为合适。

③ 参见《交通运输部海事局关于颁布实施〈海事调查官管理规定〉的通知》(海安全[2008]666号)。

《海上事故或海上事件安全调查国际标准和做法规则》(*International Code of the International Standards and Recommended Practices for a Safety Investigation into a Marine Casualty of Marine Incident*, 简称《国际海事调查规则》)第1.1条规定:“本规则旨在提供一个通用的方法供各国在对海上事故和海上事件进行海上安全调查时采用。海上安全调查不为划分过失或确定责任。本规则所定义的海上安全调查是为了防止将来的海上事故和海上事件而进行的调查。”可以发现,《国际海事调查规则》并不旨在判明和追究责任,而是以防止事故再次发生为目的。另外,该规则第1.2条规定:“海上安全调查应分离于并独立于任何其他形式的调查。但是,本规则的目的并非排除任何其他形式的调查,包括为民事、刑事和行政诉讼进行的调查。”由此可见,《国际海事调查规则》更强调调查的技术性和安全性。^{[7]146}

从世界先进海运国家的做法来看,在英国,海事调查委员会主管海事调查,其调查分为非正式调查、取证调查和初步调查,但无论哪种调查都是由该机构独立作出,不涉及责任划分。^{[28]90} 英国《商船(事故报告和调查)条例》[*Merchant Shipping (Accident Reporting and Investigation) Regulations*]第5条规定了安全调查的目的:“1. 根据本条例对事故进行安全调查的唯一目的应是通过确定事故的原因和情况来防止将来发生事故。2. 确定责任不是调查的目的,除非是达到其目的所必需,也不应归咎于责任。”由此可见,英国海事调查的根本目的是确定事故的原因,针对性地改善海上安全管理,避免下次事故的发生。应当从每次事故中吸取教训,寻找共同的原因和趋势。虽然调查的结果可能意味着责任的承担,乃至面临指控,但至关重要,必须要进行完全独立的技术调查,其目的纯粹是为了提高海上交通的安全性,因为技术调查应当优先于其他任何调查。^{[20]1684} 美国的海事安全调查采取的是双轨制,美国海岸警卫队(United States Coast Guard, USCG)负责对所有海事进行调查。美国国家运输安全委员会(National Transportation Safety Board, NTSB)负责对所有海事中属于“重大海事”的部分进行调查。^{[28]91} 美国海岸警卫队和美国国家运输安全委员会也会展开联合调查。但无论是哪种海事调查,调查报告都不进行责任的划分。^[29] 其中,《联邦法案规则》(*The United States Code, USC*)要求美国海岸警卫队“对海上伤亡和事故的调查以及作

出的决定是为了采取适当措施促进海上生命和财产安全,而不是为了确定民事或刑事责任”^①。《美国法案》(*The Code of Federal Regulations, CFR*)要求美国国家运输安全委员会事故报告的任何部分都不能用于因报告中提到的事项引起的民事诉讼^②。此外,“无罪安全调查”(No-Blame Safety Investigation)已经被澳大利亚交通安全部门(Australian Transport Safety Bureau, ATSB)用于处理严重的海上事故。“无罪安全调查”的基本特点包括废除不自证其罪的特权,并将收集到的证据和最终报告与除安全目的以外的任何其他用途隔离。安全调查的根本目的是找出事故发生的原因,防止事故再次发生,而明确地归咎责任并不是它的功能之一。^[30]

(二) 地方实践中的策略性选择

虽然中国的水上交通事故调查报告要求进行责任的认定,但是在实践中不乏“有些地方的海事管理机构,不愿意在事故调查报告中确定当事人的责任比例,而将该问题留在诉讼中交由法院委托第三方鉴定解决。”^{[31]58} 笔者称其为地方实践中的策略性选择。

海事管理机构之所以不愿意在事故调查报告中进行责任认定,表面看来是担心责任划分不当,被当事人提起行政诉讼,面临败诉的风险。该种策略性选择本质上是海事管理机构的一种“自我保护行为”,“避免陷入司法认定推翻行政认定的窘境”。^{[31]58} 究其背后的本质原因,则是目前由水上交通事故调查报告进行责任的划分存在一定的不合理之处。海事管理机构既要查明事故原因,又要进行责任认定,事故调查的独立性、中立性甚至调查结果的准确性和公正性都有可能受到影响。

地方海事管理机构的策略性选择已经说明当前由水上交通事故调查报告划分责任的做法存在问题。如果说地方海事管理机构在其出具的事故调查报告中不进行责任划分的做法可能涉嫌“违法”的话,那也是一种“良性违法”。

(三) 调查报告的内容构成

如果水上交通事故调查报告不包含责任认定,那应当由哪些内容构成?从目前的法规范要求来看,在内河领域,《内河交通事故调查报告》包括:船舶、浮动设施概况;船舶、浮动设施所属公司情况;事故发生的时间和地点;事故发生时水域的水文、气象、通航环境情况;事故搜救情况;事故损失情况;事故经过;事故

① 参见 49 U. S. C. § 1154(b) (2019)。

② 参见 46 C. F. R. § 4.07-1(b) (2019)。

原因分析;事故当事人责任认定;安全管理建议^①。在海上,《海上交通事故调查报告书》包括:船舶、设施的概况和主要数据;船舶、设施所有人或经营人的名称和地址;事故发生的时间、地点、过程、气象海况、损害情况等;事故发生的原因及依据;当事人各方的责任及依据^②。

在实践中,海事管理机构发布的《水上交通事故调查处理指南》规定调查报告应当包括摘要、事实描述、概述和附录四个部分。摘要是对事故过程的简述、主管机关对事故原因分析的结论,以及有关建议等。事实描述包括当事船舶情况、当事人情况、事故损害情况、事故背景、事故经过、搜寻与救助行动。概述(原因分析、结论和建议)包括证人证词和其他证据的可靠性、违反有关法规的严重性评估、对逐项事件和其他事项的评述、应急部署执行情况的评估、搜救工作的评估、事故原因分析和结论、关于避免类似事故的安全建议、关于采取进一步行动的建议。附录内容由调查人员自行确定,通常是调查人员所收集到的各种证据。^{[5]42}此外,中国海事局制定的《海事调查官手册》要求调查报告的内容包括:调查报告名称、事故和调查概况,船舶、船员和船公司概况,事故水域的通航环境情况,事故证据分析,事故经过,搜救或救助简要情况,事故经济损失和人员伤亡情况,事故原因分析,安全管理建议。^{[32]1}

从《国际海事调查规则》的要求来看,海上安全调查报告应当包括:海上事故或海上事件的基本事实概述,及说明是否导致任何死亡、受伤或污染;安全管理证书所列明的船旗国、船舶经营人、经营人、公司及船级社情况;相关的任何有关船舶的尺度和动力装置细节,以及船员的陈述、工作程序和例如船上工作时间等其他事宜;海上事故或海上事件情况的详细描述;对触发因素的分析 and 评论,包括任何机械因素、人的因素和组织因素;海上安全调查结果,包括确认安全问题、海上安全调查的结论;适用时,旨在防止将来海上事故和海上事件的建议^③。

比较国内的法规范要求 and 实践做法,以及《国际海事调查规则》的要求,应当说目前《内河交通事故调查处理规定》对事故调查报告的内容要求在立法层面还是比较全面的,在原有的《海上交通事故调查处理条例》对事故调查报告的要求基础上,不仅相关的表

述更加科学、严谨,还增加了“事故搜救情况”的要求。不过,对比实践的做法以及《国际海事调查规则》的要求,目前对于“事故证据分析”的规定(物证、书证、当事人的陈述等)并没有在立法中得到反映,建议未来在修改相关部门规章时予以增加。

五、法律责任:视不同情形交由海事管理机构或海事法院认定

虽然水上交通事故调查委员会所作出的事故调查报告不进行具体责任的划分,但是并不意味着在事故的后续处理阶段就不进行法律责任的认定。

(一)海事管理机构在行政处罚决定书中进行法律责任的认定

理想的模式是海事管理机构不单独出具事故责任认定书,将责任认定体现在制裁中。^[33]一般而言,水上交通事故的发生经常伴随着当事人的违法事实,例如违章航行等违反法律规定而给社会造成危害后果的过错行为。当事人有行政违法行为的,就应当追究其行政责任,并给予行政处罚。^[34]海事管理机构要进行行政处罚,同样要结合事故调查报告中的原因分析,依据法律、法规作出行政处罚,这其中就必然涉及到责任的认定^④。因此,海事管理机构完全可以在行政处罚书中进行责任的判定,认定当事人是负主要责任、次要责任、全部责任或双方负对等责任,同时将事故当事人违背的有关水上运输的法律法规、规章或国际公约、规则进行列明。^{[32]14}海事管理机构据此再作出行政处罚。将事故责任认定吸纳进行行政处罚决定书中的好处在于,海事管理机构不会因为单独出具责任认定书的行为而面临诉讼风险,当事人和法院也不用纠结责任认定书的可诉问题。由于海事管理机构通常也需要对于事故中的行政违法行为进行处罚,行政机关作出的行政处罚行为本身就要经受司法的检验,这其实是对行政和司法资源的节约。

不过,修订后的《海上交通安全法》第85条第2款规定:“海事管理机构应当自收到海上交通事故调查报告之日起十五个工作日内作出事故责任认定书,作为处理海上交通事故的证据。”由此可见,中国海事局目前还是坚持海事管理机构单独出具事故责任认定书,通过“证据说”的方式,消解行政诉讼的可能性。

① 参见《内河交通事故调查处理规定》第29条。

② 参见《海上交通事故调查处理条例》第16条。

③ 参见《海上事故或海上事件安全调查国际标准和做法规则(2010年)》第2.12条。

④ 由于事故调查报告已经详细地分析了事故的原因,海事管理机构只需要对原因的作用力大小进行判断,再综合其他因素就能够进行责任的认定。

然而此种方案的法理基础并不充足。目前比较可行的解释方案是,将事故责任认定书中的“责任”解释为“因果责任”,而非“法律责任”,以弥补立法的不足。“因果责任”源于哈特的责任理论,在哈特看来,责任可以分为角色责任、因果责任、法律上的应负责任和能力责任。比如在一起沉船案件中,船长的过失导致沉船,或者说过失与沉船有因果关系,这些不同的说法都是有因果责任的表达法。^[35]已经有学者提出,水上交通事故责任认定书中的责任“不是法律责任,而是基于对事故当事人行为对事故发生的作用力有无和大小的判定”,^{[10]99}其本质就是一种因果责任。此外,结合因果关系二分法理论分析,事故责任认定书只是查明事实,属于事实因果关系,而非法律因果关系。当事人最终是否承担法律责任,需要在因果责任的基础上,结合能力责任等其他责任共同判定。^[36]

因此,即使要求海事管理机构出具事故责任认定书,该认定书所确定的责任也只是因果责任,而非法律责任。海事管理机构要作出行政处罚,在行政处罚决定书中进行法律责任的认定,不能照搬事故责任认定书中的“因果责任”^①,还需要结合当事人的能力责任、违法性认识等其他因素来综合认定。海事管理机构在依法确定对事故当事人的行政处罚时,不可简单地将划定的事故当事人“因果责任”与实施行政处罚对等。

(二)海事法院在判决书中进行法律责任的认定或重新划分

第一种情形,理想的模式是海事管理机构已经在行政处罚决定书中进行了法律责任的认定,当事人对此不服,提起行政诉讼。《行政诉讼法》第77条第1款规定:“行政处罚明显不当,或者其他行政行为涉及对款额的确定、认定确有错误的,人民法院可以判决变更。”法院判决变更行政处罚的行为,必然涉及对于行政处罚的实质合法性审查。因为行政处罚是以法律责任的认定为基准作出的,法院要进行变更,绕不开对法律责任的重新划分。行政处罚书中列明的事故责任认定,是海事管理机构结合专业的知识、技术判断以及法律、法规、规章的规定作出。一般而言,海事法院应当尊重海事管理机构的专业判断,但是涉及

法律适用错误或违反法定程序的,法院有权进行法律责任的重新认定,最终变更行政处罚。不过,由于事故责任认定书的存在,如果海事管理机构在出具事故责任认定书的过程中出现“内部行为外部化”的情形^②,侵犯当事人的合法权益,事故责任认定书突破现有法律框定的证据属性而突变为行政行为,法院存在受理的空间。

第二种情形,海事管理机构没有作出行政处罚行为,当事人之间产生民事诉讼纠纷。由于事故责任认定书的存在,涉及的关键问题就是,法院对于海事管理机构单独出具的事故责任认定书的审查问题。由于事故责任认定书是由独立专业的事故调查委员作出的,其中的责任是一种“因果责任”,具有强烈的专业技术性,法院应尽可能采信海事管理机构的责任认定,这属于海事管理机构的判断余地。除非当事人邀请的第三方机构作出的鉴定意见更具有权威性和参考价值,^{[31]60}且依证据规则对证据资格、证明力进行质证后,符合优势证明标准被法院最终采信,法院方可进行责任的重新划分。

第三种情形,水上交通事故情况严重,引发刑事诉讼。由于事故责任认定书的存在,在刑事诉讼中对于事故责任认定书的审查必然更为严格,因为事故责任的划分会影响到犯罪嫌疑人的定罪量刑。建议引入专家证人制度以及交叉询问方式,禁止强迫犯罪嫌疑人自证其罪,最终排除合理怀疑方能符合可采性标准。

六、结语

水上交通事故调查报告认定责任的做法,是产生调查报告和责任认定书“证据说”与“行为说”纠纷的源头,这也与中国当前事故调查与处理相结合的模式密不可分。理想的事故调查与处理模式,应当在理念上由“责任制裁”转向“风险预防”,在制度设计上由独立专业的事故调查委员会作出不含责任认定的安全性的技术调查报告,再由行政机关作出对违法行为的行政处理,这种调查与处理相分离的模式可确保调查结果的准确以及处理结果的公正。具体的法律责任应当由行政机关在处罚决定书中列明或法院在判决书中进行认定或重新划分。

^① 需要注意的是,依照行政处罚法规的规定,只要事故当事人有依法应当给予处罚的行政违法违章行为,不论其违法违章行为是否构成事故的原因(即是否与事故的发生有因果关系),都应当追究其行政违法的法律责任而实施行政处罚。

^② 在“湖南省沅江市地方海事处与刘成章等行政确认纠纷案”中,法院认为,虽然《水上交通事故调查报告》是地方海事处在执法调查、取证过程中的一个程序行为,应当属于在事故调查阶段制作的内部性质的法律文书,但地方海事处将该调查报告送达给当事人,应当认定为内部行政行为为外化。而该调查报告本身具有涉权性,其对事故的责任进行了认定,同时提出了对事故责任者的处罚意见,并已作为法院判决的依据,对当事人的权利义务产生实际影响。参见湖南省益阳市中级人民法院(2016)湘09行终20号行政判决书。

参考文献:

- [1] 方安安. 论水上交通事故责任认定行为的可诉性及相关制度完善[J]. 法学杂志, 2021(2).
- [2] 吴胜顺, 何其珍. 论海上交通事故调查及其责任认定的证据效力[J]. 世界海运, 2021, 44(8): 33.
- [3] 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.
- [4] 余凌云. 道路交通事故责任认定研究[J]. 法学研究, 2016, 38(6).
- [5] 中华人民共和国海事局. 水上交通事故调查处理指南[M]. 北京: 人民交通出版社, 2002.
- [6] 马金星. 论海事安全调查国际立法发展趋势及启示[J]. 中国海洋大学学报(社会科学版), 2016(5): 34.
- [7] 高波. 海事行政法研究[M]. 北京: 国防工业出版社, 2010.
- [8] 陈海欧. 事故调查报告的法律属性[J]. 中国水运, 2007(9): 38.
- [9] 余新传. 论内河交通事故调查结论的不可诉性[J]. 中国海事, 2008(3): 47.
- [10] 郭峰. 论水上交通事故责任概念: 界定和应用[J]. 上海海事大学学报, 2019, 40(1).
- [11] 韩立新, 吴珊珊. 海事调查及其责任认定的法律属性探析[J]. 法学杂志, 2014, 35(1): 85.
- [12] 万尚庆, 程宏谟. 道路交通事故认定行为法律性质分析[J]. 法学杂志, 2013, 34(11): 76-83.
- [13] 沈宗灵. 论法律责任与法律制裁[J]. 北京大学学报(哲学社会科学版), 1994(1): 41.
- [14] 邓子滨. 法律制裁的历史回归[J]. 法学研究, 2005(6): 68.
- [15] 王贵科. 风险行政的预防原则[J]. 比较法研究, 2021(1): 51.
- [16] 沈岍. 风险规制与行政法新发展[M]. 北京: 法律出版社, 2013: 116.
- [17] 赵鹏. 风险社会的行政法回应: 以健康、环境风险规制为中心[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2018: 111.
- [18] 苏宇. 风险防范原则的结构化阐释[J]. 法学研究, 2021, 43(1): 39.
- [19] 黄学贤. 行政法中的比例原则研究[J]. 法律科学, 2001(1): 76-77.
- [20] LANG J. The investigation of marine accidents: a U. K. accident investigator's view[J]. Tulane Law Review, 2001, 75(5 & 6).
- [21] 刁雪松. 关于我国海事调查体制改革方向的思考[J]. 中国海事, 2019(2): 36.
- [22] 傅玉慧, 吴兆麟. 关于海事调查制度几个问题的探讨[J]. 大连海事大学学报, 1995(3): 41.
- [23] 金秋, 魏琼. 主要海运国家海上事故调查及审判制度的比较研究[J]. 北京工商大学学报(社会科学版), 2007(6): 113.
- [24] 余凌云. 行政调查三题[J]. 浙江学刊, 2011(2): 52.
- [25] 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.
- [26] 黄学贤. 行政调查及其程序原则[J]. 政治与法律, 2015(6): 16.
- [27] 本刊编辑部. “海事调查官”知多少? [J]. 珠江水运, 2015(15): 17.
- [28] 顾维国, 胡甚平. 海事安全调查与案例分析[M]. 上海: 上海浦江教育出版社, 2017.
- [29] JANSSEN J W, KERR J A, KELLER III J W. Marine casualty reporting and investigation[J]. Tulane Maritime Law Journal, 1999, 24(1): 167, 177.
- [30] KAVANAGH J. Marine inquiries: balancing the “no-blame” investigation with the regulatory investigation to achieve marine safety outcomes[J]. Australian and New Zealand Maritime Law Journal, 2008, 22(2): 177.
- [31] 孙辰旻, 黄海. 海事诉讼证据的困境与突破——试论独立海事诉讼证据规则之创设[J]. 人民司法, 2013, 13(9).
- [32] 中华人民共和国交通运输部海事局. 海事调查官手册[M]. 北京: 人民交通出版社, 2011.
- [33] 周水平, 赵玉玮. 关于海上交通事故调查处理中“判明责任”的思考[J]. 中国海事, 2006(6): 50.
- [34] 汪运涛, 徐瑜. 海事调查与分析[M]. 大连: 大连海事大学出版社, 2016: 143.
- [35] 张文显. 二十世纪西方法哲学思潮研究[M]. 北京: 法律出版社, 2006: 472.
- [36] 刘东根. 道路交通事故责任及认定的性质[J]. 行政法学研究, 2002(4): 37.

《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。

敬请通过本刊在线采编系统(<http://zgsh.cbpt.cnki.net>)投稿。

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

ISSN 2096-028X



国内定价：15.00元