

文章编号: 1674 - 5205(2015)02-0162-(012)

# 南海涉外侵权中我国渔业权制度的需求、供给和创新

宁清同

(海南大学法学院, 海南 海口 570228)

**摘要** 我国渔民的南海渔业权频频遭受涉外侵害,侵权人多为代表国家意志的外国国家机关,侵权之本质在于侵占我国南海岛礁和海域,渔业权与主权不可分割,因此南海渔业权制度须能承担维护南海主权、激励渔民行使其南海渔业权、抗衡代表外国国家意志的涉外侵权等功能。但现行制度由于设立和流转过于僵化和保守、行政保护乏力、对侵权外国渔民的执法和司法机制缺失、涉外侵权之法律责任畸轻、我国渔民损害赔偿没有保障等原因,难以适应和满足南海渔业权保护的特殊需求。我国应通过行政法规或部门规章、地方性法规模式形成南海专门法律体系,应确立不卑不亢的南海原则,应在渔业权的设立与流转、司法体制、损害赔偿、行政保护、激励与保障、保险机制、区域协作、渔民联合作业、管理机制、国际法保护等方面大胆进行制度创新。

**关键词** 南海; 涉外侵权; 渔业权; 南海主权

**Abstract:** The fishery right of Chinese fishermen in South China Sea frequently suffered foreign invasion, most of the infringers are foreign organs representing the will of the state, the essence of tort is to occupy islands and waters in the South China Sea, fishing rights and sovereignty is inseparable, so the fishery right system for the South China Sea must undertake such functions as maintaining the sovereignty of the South China Sea, encourage fishermen to exercise their fishery right in the South China Sea, and counter the foreign-related infringement on behalf of the will of foreign nations. However, the current system is difficult to adapt to and meet the special requirements of fishery rights' protection of the South China Sea, because the establishment and circulation is most rigid and conservative, administrative protection is short of the support of power and law enforcement, and judicial mechanisms for the foreign fishermen infringer do not exist, foreign-related tort liability is not severe, and so on. China shall establish a special corresponding legal system for the South China Sea by innovative administrative regulations or departmental rules and local regulations in line with international law and customs.

**Key Words:** South China Sea; foreign-related tort; fisheries right; the sovereignty of the South China sea

中图分类号: DF521 文献标识码: A

DOI:10.16290/j.cnki.1674-5205.2015.02.016

南中国海自秦汉以来就是我国渔民从事渔业生产的传统渔场,一直延续至今,我国早已对南中国海实施有效管辖,周边国家长期以来并无异议。南海渔业已经成为我国拥有南中国海及其岛屿之主权的历史基础。但是 20 世纪后半期开始,越菲等国出于掠夺海洋资源的需要,一改过去承认我国南海主权的做法,不仅对某些岛屿和海域提出了所谓的主权要求,

而且对我国前往南海上述海域捕捞作业的渔民实施袭扰、抓捕、扣押。上述涉外侵权行为严重损害我国渔民之渔业权以及人身权和其他财产权,更直接侵犯我国南海主权。现行渔业权制度难以适应南海维权之需要,故本文拟对我国渔业权制度的供给、需求和创新进行一些初浅探讨,以期对保护南海渔民合法权益和我国南海主权略尽绵薄之力。

## 一、南海涉外侵权中我国渔业权制度的特殊性及其需求

### (一) 南海渔业权面临涉外侵权的严重侵害

自 20 世纪 70 年代以来,南海某些周边国家为了掠夺南海的渔业和矿产资源,攫取丰厚的政治和经济利益,非法对我国南海海域提出了主权要求,并且强行占领了为数不少的岛屿,同时以多种手段对我国南

收稿日期: 2014 - 10 - 20

基金项目: 司法部国家法治与法学理论研究项目(13SFB2030)“涉外侵权中我国南海渔民捕捞权保护制度研究”;海南大学青年项目(qnjj1260)“中国渔民在南海的安全问题及其对策”

作者简介: 宁清同(1963—),男,湖南省攸县人,海南大学法学院教授。

海传统渔场以及在此从事渔业生产的我国渔民频繁地实施侵权行为。菲越印马等国在南海持续实施的抓捕我国渔民的事件,不仅严重侵犯了我国南海主权,也给我国渔民的人身权、渔业权以及其他财产权造成了重大损失。主要表现在以下几个方面:

第一,我国渔民实际捕鱼区域日趋缩小。我国虽然对南海诸岛及其附近海域拥有无可争辩的主权、管辖权和历史性权利,但由于多方面的原因,南沙群岛中的众多岛礁自20世纪70年代以后被他国实际占有,事实上已经形成多国军事占领的武装割据格局。我国渔民为了躲避侵占国的抓捕,只能暂时退出传统的捕鱼海域。

第二,南海渔业资源遭受严重破坏。由于越菲等国侵占我国南海部分岛礁和海域后,一方面对我国渔民实施抓捕等侵害行为,以阻止其前往我国南海传统渔场捕鱼;另一方面却大力扶持本国渔民在南海从事捕捞作业,甚至鼓励或纵容其本国渔民对南海渔业资源进行掠夺性捕捞。这些国家不仅没有采取合理的养护措施,还违反了我国的渔业资源养护规定。如:我国为保护渔业资源每年会施行休渔期制度,但在我国渔民依法休渔时其他国家渔民却在捕鱼;我国对捕捞工具的规格也有明确规定,但他国渔民却在我国海域使用违规网具捕鱼,甚至使用炸鱼、毒鱼等国际禁止使用的捕捞工具或方式。“南沙海域的大量鱼类资源也遭到一些国家的掠夺,年偷捕量和掠捕量相当于我国的年渔生产量。”<sup>(1)</sup>“2011年,越南在南海仅金枪鱼捕捞量就达11万吨左右,创汇3亿美元。而我国南海三省区的金枪鱼捕捞量仅为300吨。”<sup>(2)</sup>中越两国金枪鱼捕捞量的差距如此之大,虽然也有其他原因,但与越南的掠夺性捕捞脱不了干系。越南渔民在捕鱼作业时通常会采取“杀鸡取卵”式的捕捞方式,大小鱼类“一网捞尽”,而且大大超过捕捞限额,过去几年在沿海捕捞的渔业产量将近160万吨,但越南政府允许捕捞的数量却只有60万吨;菲律宾渔民大量使用刺网、钓具、环网、鱼栅、缠刺网、三层刺网、小型拖网、陷阱网等捕捞工具和方法,甚至使用炸药捕鱼,既破坏了生态环境,也损害了渔业资源。<sup>(3)27</sup>

第三,侵权国渔民进入我国南海海域非法捕鱼事件增加。近年来,周边国家渔民越来越频繁地非法进入我国南海传统渔场捕鱼,对我国渔民之渔业权构成严重侵害。其主要原因有三:一是越菲等国肆无忌惮地非法扣押、抓捕我国渔民,其直接目的就是希望我国渔民难以在九段线内的传统渔场从事渔业活动,甚至最终完全退出,以造成其事实上控制相关岛礁和海域的事实。这种涉外侵权行为在客观上确实起到了

很大的作用。2011年12月20日羊城晚报记者在农业部南海区渔政局采访时获悉,北斗卫星监控系统显示,在南沙作业的中国渔船只有21艘,而广东、广西、海南三省区现有渔船9万多艘,南沙渔业的高峰期有900多艘渔船常年作业,仅2011年领取南沙捕捞许可证的渔船约500艘。<sup>(4)</sup>20世纪70年代以前台湾在南海的年捕捞量最高可达万吨以上,主要为外海金枪鱼类,然而此后由于南海侵渔事件频发,台湾赴南海作业渔船已被迫大幅减少。<sup>(5)</sup>可见,我国渔民实际作业的南海传统渔场在不断萎缩,依法取得的渔业权在南海涉外侵权高发海域难以正常行使,甚至根本无法行使。二是侵权国政府通过对我国渔民经常实施非法扣押、抓捕,并迫使其暂时甚至永久性退出我国南海传统渔场,从而为其本国渔民非法进入我国传统渔场从事捕捞作业提供了有利条件。侵权国政府还采取了各种措施,直接或间接地鼓励和支持本国渔民进入我国管辖的南海海域非法捕鱼。这不仅直接导致侵权国渔民非法捕鱼事件的增加,更造成侵权国实际控制相关海域的假象。三是我国政府长期以来严格遵守“搁置争议,共同开发”的原则和睦邻友好的外交政策,本着互利互惠、和平相处的愿望,对外国渔民的非法捕鱼行为采取了过份宽容的态度。面对外国政府针对我国渔民动辄扣押、抓捕的做法,总是希望通过以德报怨的方式换取侵权国政府的改变和良心发现,对非法捕鱼的外国渔民基本上没有依法处罚,甚至听之任之。这在客观上助涨了外国渔民非法捕鱼的嚣张气焰。

第四,我国渔民的人身和财产安全受到严重威胁。20世纪90年代以来,越菲等国在南沙海域干扰、袭击、抓扣我国生产渔船的行动不断升级。主要表现在:抓扣手段凶狠;袭击海域扩大,遍及整个南沙;追袭时间延长;处罚越来越严厉。如:菲律宾在开发南沙海域渔业资源时,经常干扰我国渔民在南沙海域正常的渔业生产,甚至撞沉中国渔船,逮捕、枪杀中国渔民。我国渔民不仅渔业权受到严重侵害,而且人身和财产安全也很难得到保障。

第五,我国渔民的南海渔业权收益和相关产业收益大幅减少。正是由于越菲等国经常性袭扰、扣押、抓捕我国前往南海传统渔场捕鱼的渔民,迫使我国渔民暂时甚至长久性地退出了相当多的传统渔场,实际捕捞作业的海域面积严重缩减,其渔业权无法行使或者额外成本急剧上升。此外,由于侵权国渔民非法进入我国传统渔场捕鱼,且实施掠夺性捕捞,使得我国渔民的捕获量和优质鱼的比重双双大幅下降。由此必然直接导致我国渔民以南海传统渔场为作业

区域的渔业权收益大幅减少,相关产业也大受影响。

## (二) 南海渔业权制度的特殊性

由于我国渔民在南海的渔业权面临着复杂、频繁、野蛮的涉外侵权,因而其权益保护呈现出诸多特殊性。东海、黄海等海域可能也存在着渔业权涉外侵权事件,但其案件数量、发生频率、地域范围、侵权后果、侵权方式和手段、侵权强度、解决难度等,都远不及发生在我国南海海域的涉外侵权。其特殊性主要表现在以下方面:

首先,保护渔业权与维护主权融为一体。由于我国南海与多个国家相邻,侵害渔业权行为虽然形式上复杂多样,但其共同特征在于,侵害渔业权的行为必然同时侵害我国主权,甚至可以说,侵害渔业权只是表面现象,侵占我国南海主权才是侵权行为的真正动机。因此,南海渔业权保护与主权已经不可分割,渔业权就是主权的重要组成部分,保护渔民的渔业权与维护我国南海的主权不仅目标一致,而且已经完全融为一体,保护渔业权即是维护南海主权,维护南海主权就必须保护渔业权。

其次,渔业权损害主要来自涉外侵权。在南海海域,侵害我国渔民渔业权的行为主要就是周边一些邻国以政府的名义实施的,其目的在本质上也是为了最终侵占我国南海部分岛屿和海域的主权。或者是由于邻国渔民在我国南海非法捕鱼从而侵害了我国渔民的渔业权。此种侵权不同于发生在国内当事人之间的侵权行为,其特殊的涉外性导致处理侵权案件的难度极大地增加了,尤其是损害赔偿的执行难度。

再次,涉外侵权的行为人主要是代表国家意志的外国国家机关。在实施侵害我国渔民渔业权的行为人中,主要是外国国家机关,包括警察或其他行政机构甚至军队。这就决定发生在南海的渔业权侵害案件具有以下特点:第一,侵权行为所使用的手段不仅是暴力的,而且是国家暴力;第二,侵权行为会披着合法的外衣,即以执法者的身份实施;第三,侵权行为所造成的损害一般会比较严重,一般会涉及人身权、财产权、渔业权等多个方面。

最后,涉外侵权来自多个国家。由于我国南海与多国相邻,以越菲为首的多个国家事实上已经侵占了我我国南海部分岛屿和海域,为维持其既得利益,这些国家必然都会在一定程度上对我国渔民实施抓捕等侵权行为,因此,我国渔民在南海之渔业权所受到的涉外侵害来自菲越马等多个国家,虽然这些国家不是统一行动,但态度和措施基本相同。而且某些国家有统一行动的企图,将来不排除会有统一的行动。此外,上述国家的渔民在其本国政府支持下纷纷进入我

国南海领域捕鱼,也对我国渔民的渔业权构成了侵害。这些因素交织在一起,无疑增添了处理的复杂性。我国黄海和东海与他国相邻海域,虽然也会发生渔业纠纷甚至侵权案件,但通常不会牵涉主权,且我国与韩、日分别签有渔业协定,对类似事件通常都是按照协议处理。

## (三) 南海涉外侵权中我国渔业权制度的特殊需求

南海渔业权保护的的特殊性决定了我国普通意义上的渔业权制度难以有效保障我国渔民在南海的渔业权权益,更谈不上通过保护渔民之渔业权,实现维护我国南海主权之目的。南海渔业权涉外侵权的特殊性表明:以维护南海渔业权和南海主权为宗旨的渔业权制度创新十分紧迫和必要,且南海渔业权制度有着特殊的功能需求。

第一,须能充分宣示和有效维护我国对南海诸岛及附近海域的主权、管辖权及历史性权利。南海系由我国渔民最早发现、最早居住和最早开发,自古以来就是我国的传统渔场,南海渔业是我国对于南海诸岛及其海域享有主权的历史起源。目前我国南海主权受到严重侵害和挑战,主要表现形式之一,就是某些周边国家对我国在南海正当行使渔业权的渔民非法实施抓捕等侵权行为,同时采取各种特殊扶持政策,有组织、有预谋地鼓励本国渔民进入我国南海传统渔场,掠夺我国渔业资源。这种侵权行为表面上是对渔民之渔业权的侵害,但其本质却是对我国南海主权的侵犯。因此,有效地保护我国渔民在南海之渔业权,就是在维护我国对南海之主权;相反,我国渔民之渔业权如果得不到保护,任由外国政府和渔民侵害,本质上就是对我国主权的践踏。因此,南海问题的本质是主权尤其资源主权。菲越等国之所以在20世纪70年代后纷纷改变原来承认我国南海主权的态度,转而相继提出主权要求,根本原因是自然资源在现代社会的重要性日益提升,对国家经济发展的意义也今非昔比。南海丰富的渔业资源和石油、天然气、可燃冰等海底矿产资源,更让菲越等国垂涎欲滴、蠢蠢欲动,进而采取了各种不正当手段实际占领了我我国南海的一些岛礁,控制了部分海域。我国渔民在南海传统渔场的捕捞权之所以受到外国政府和外国渔民的严重侵害,正是源于相关国家对我国南海主权的非法要求。在南海渔业权的制度设计中必须始终牢记:保护渔民在南海传统渔场的渔业权与保护我国南海主权是不可分割的,甚至是一个问题的两个方面。如果没有主权问题,渔业权受到涉外侵害的可能性不大,即使有也不会如此复杂;同时侵害渔业权必然也侵害我

国南海主权。所以,保护渔业权的措施必须在本质上有利于宣示和维护我国南海主权,这应当是在南海渔业权保护的制度创新中遵循的出发点。

第二,须能有效保护我国渔民在南海海域的渔业权及相关权益。保护国民的正当权益是法律的根本宗旨,这当然包括渔民之渔业权。基于南海渔业权涉外侵权的特殊情况,渔业权保护主要应考虑两个方面:首先是如何强化南海渔业权之行政保护,尽可能防患于未然,即避免涉外侵权之发生,此为渔业权保护的最好状态。其次是如何建立南海渔业权涉外侵权的特殊救济机制,以使受害渔民能够得到实际的损害赔偿等,由于南海问题存在复杂的国际因素,渔业权遭受涉外侵权的概率非常高,且渔民在涉外侵权中通常会在人身权、渔业权及其他财产权等各个方面遭受严重损害,甚至精神上都会产生难以愈合的创伤,且普通救济方法和手段无济于事,因此南海渔业权保护的制度供给必须充分考虑这一特殊性,并据此设计特殊的侵权救济机制,以便有效弥补受害人的财产损失。

第三,须能激励我国渔民积极、大胆地获取并行使其南海渔业权。如前所述,由于菲越等国对我国在南海南部传统海域从事捕捞作业的渔民和渔船经常实施抓捕扣押等侵权行为,导致很多渔民不敢赴上述海域行使其应有的捕捞权或养殖权,虽然高峰期曾有900多艘渔船常年作业,2011年领取南沙捕捞许可证的渔船约有500艘,但当年年底仅有21艘在南沙作业,形势极不乐观。因此,我国南海渔业权立法应当采取一系列旨在鼓励我国渔民赴南海传统渔场行使其渔业权的措施,这既是为了保护和推动我国南海的渔业生产,有序开发和利用我国南海的渔业资源,促进海洋经济的正常发展;更可以通过我国渔民在南海行使渔业权的实际,形成有效控制南海的客观状态,最终助力于维护我国南海主权及其他权利。

第四,须能有效地抗衡外国政府的公权力损害。南海渔业权涉外侵权事件主要系菲越等国动用公权力实施,包括海洋行政执法部门、边防警察甚至军队,且涉及多个国家,与这些持有外国公权力的侵权人相比,我国渔民的力量相差十分悬殊,处于绝对劣势的地位,仅仅依靠常规的保护手段和保护力量,基本上难以发挥作用。如在南海渔业权涉外侵权案件中,侵权人在国外,且多为外国国家机关,如果按照一般的民事诉讼程序,即使受害人胜诉了,也难以得到实际的赔偿,因为对方国家的司法部门不可能在执行中提供协助,甚至根本不会承认我国法院的判决。因此,有必要根据南海涉外侵权中外国公权力高度介入的

实际情况,制定保护、监管和救济的机制、力量和手段等。

第五,须能切实保护我国南海的渔业资源及其生态系统。我国南海渔业资源十分丰富,这是开发南海渔业生产的物质基础,也是渔民实现其渔业权的基本前提,因此,保护南海渔业资源及其生态系统,既是保护渔民在南海之渔业权的需要,也是南海渔业可持续发展的根基。此外,保护我国南海传统渔场的渔业资源及其生态系统,对于保护我国从北部湾传统渔场退出的渔民继续享有渔业权也具有重要意义。根据《中越北部湾海域划界协定》和《中越渔业合作协定》,我国将大片北部湾传统渔场让给了越南,对北部湾渔业生产造成了很大的冲击,我国有近万艘渔船被迫从北部湾西部传统渔场退出,渔民为了国家权益做出了很大的牺牲。政府应当妥善安排这些渔民在其他海域继续从事渔业生产,多数渔民只能转移到南海海域进行渔业生产。为保护南海渔业资源及其生态系统,首先应当要求我国渔民在南海的渔业生产严格遵守相关法律法规之规定,如捕捞方式、捕捞工具、休渔区、休渔期等,相对而言这是比较容易完成的任务。其次就是有效防止外国渔民进入我国南海海域进行捕捞作业,尤其要杜绝掠夺性捕捞,这是更为困难也更为重要的任务,因为,南海某些周边国家不仅纵容、扶持本国渔民侵入我国南海海域捕鱼,而且经常采用我国法律和相关国际公约禁止的捕捞工具和捕捞手段,更未遵守我国关于休渔保护的规定,这些非法捕捞行为侵害了我国主权和渔民的渔业权,也对我国南海渔业资源和生态系统构成了严重的威胁,应予取缔。

上述几个方面是我国渔业权制度适应南海维权需要所必须考虑的主要因素,也是构建南海海域渔业权制度的基本功能、主要目标和指导思想。如果南海海域的渔业权制度创新不能满足上述条件,就不可能有效地保护我国渔民在南海的渔业权,更无法维护我国对南海海域的主权及其权益。

## 二、南海涉外侵权中我国渔业权制度的供给现状及其不足

### (一) 制度供给的现状

渔业权是指渔民和渔业企业在特定水域从事养殖或捕捞作业的权利,南海渔业权即我国渔民和渔业企业在南海九段线以内的我国领海、毗连区、专属经济区内从事养殖或捕捞生产的权利。现行渔业权制度主要包括养殖权和捕捞权两个部分。捕捞权是指公民、法人或者其他组织依照法律规定,在我国内水、

滩涂、领海以及我国管辖的其他海域从事捕捞水生动物和植物等渔业生产经营的权利。<sup>(6)167</sup>依此类推,养殖权则是指自然人、法人或其他组织依法在一定水域从事养殖水生动物和植物等渔业生产经营的权利。渔业权的制度供给可以概括为国内法和国际法两个方面。

我国国内法上关于渔业权的制度供给主要集中在《物权法》、《渔业法》、《渔业法实施细则》等法律法规,取得和行使渔业权均须遵守这些法律法规之规定,依法取得的渔业权也受上述法律法规之保护。此外,《领海及毗连区法》、《专属经济区和大陆架法》等法律也与渔业权有着不可分割的联系。

《物权法》第123条规定,依法取得的“使用水域、滩涂从事养殖、捕捞的权利受法律保护”,从而首次将渔业权明确纳入自然资源物权范畴。《渔业法》等虽然也有关于渔业权之规定,但主要是从行政管理角度进行考量的,因此《物权法》对养殖、捕捞权利的规定,是我国渔业权制度的实质性进步。

养殖权的法律形式是养殖证,获得养殖证即表明取得了养殖权。《渔业法》第11条规定了养殖证的申请与审批制度,《渔业法实施细则》第10-12条和《水域滩涂养殖发证登记办法》第5-11条对养殖证的申请、受理、核发、登记等做了比较详细的规定。依《水域滩涂养殖发证登记办法》第13条,国家所有依法由农民集体使用的海域,以家庭承包方式用于养殖生产的,养殖权在承包期内可以转包、出租、入股、转让、互换等方式进行流转。同样,捕捞权的法律形式是捕捞许可证,《渔业法》第23条规定了捕捞许可证的申请、审批和发放制度,且明确要求“捕捞许可证不得买卖、出租和以其他形式转让”;《渔业法实施细则》第15-18条对捕捞许可制度进行了更具体的规定,农业部的《渔业捕捞许可管理规定》对捕捞许可证的申请、发放、管辖等制定了详细规则。

关于渔业权的法律保护,除了适用民事权利保护的一般制度外,《渔业法》及其《实施细则》、《渔业行政处罚规定》等法律法规包括着一些可适用于在南海涉外渔业侵权中保护我国渔民渔业权的条款。依据《渔业行政处罚规定》第6条,外国渔民在我国南海海域如有毒鱼炸鱼、敲古作业、使用电力捕鱼、擅自捕捞国家规定禁止捕捞的珍贵、濒危水生动物、使用小于规定的最小网目尺寸的网具进行捕捞、违反禁渔期(休渔期、保护期)或禁渔区(休渔区、保护区)规定进行捕捞等侵权行为,没收渔获物和违法所得,处以罚款,并可没收渔具,罚款数额依据情节从五百元至五万元不等;第8条还规定,对未取得捕捞许可证擅

自进行捕捞的,没收渔获物和违法所得,可并处罚款,情节严重的可没收渔具;海洋机动渔船,按主机功率处罚。

由于我国管辖的南海海域在行政区划上大部分属于海南省,故其地方性立法也是南海渔业权制度供给的重要组成部分。海南省颁布的《实施〈中华人民共和国渔业法〉办法》中关于养殖证、捕捞许可证的规定适用于我国南海,但是该《办法》只是在第14条和第23条中进一步明确了相关权利证书的申请、审核、发放等具体细则,并未针对我国南海的特殊制度需求设计新的规则。

依据《领海及毗连区法》第2条和第3条之规定,东沙、西沙、中沙、南沙等南海诸岛为中华人民共和国领土,在上述岛屿领海基线向陆地一侧水域为我国内水,从领海基线量起向外12海里海域为我国领海,因此我国自然人、法人或其他组织可依法取得在上述海域从事养殖或捕捞作业的权利。此外《专属经济区和大陆架法》第3条规定“中华人民共和国在专属经济区为勘查、开发、养护和管理海床上覆水域、海床及其底土的自然资源,以及进行其他经济性开发和勘查,如利用海水、海流和风力生产能等活动,行使主权权利。”据此,我国自然人、法人或其他组织在我国南海专属经济区海域亦可享有从事渔业生产的权利。

我国海洋渔业权保护的制度供给也源于相关国际条约,尤其《联合国海洋法公约》(以下简称《公约》)。《公约》第56条规定,沿海国在其专属经济区内享有以勘探和开发、养护和管理海床上覆水域和海床及其底土的自然资源(不论为生物或非生物资源)为目的的主权权利,以及关于在该区内从事经济性开发和勘探活动的主权权利;同时享有对人工岛屿或设施和结构的建造和使用、海洋科学研究、海洋环境保护和保全的管辖权。《公约》第61条规定了沿海国在其专属经济区内进行生物资源养护的权利和义务,主要包括:决定其专属经济区内生物资源的可捕量;通过正当的养护和管理措施,确保专属经济区内生物资源的维持不受过度开发的危害;在合理的环境和经济因素限制下,使捕捞鱼种的数量维持在或恢复到能够生产最高持续产量的水平,但应考虑到与所捕捞鱼种有关联或依赖该鱼种而生存的鱼种所受的影响,使其数量维持在或恢复到其繁殖不会受严重威胁的水平以上。《公约》第62条则明确了沿海国在其专属经济区开发利用生物资源的权利,即在不妨害第61条的情形下促进专属经济区内生物资源的最适度利用,决定其捕捞专属经济区内生物资源的能力,并根

据公约规定准许其他国家捕捞可捕量的剩余部分;同时该条款还要求在专属经济区内捕鱼的其他国家的国民应遵守沿海国的法律和规章中所制订的养护措施和其他条款和条件。根据《公约》上述规定,我国在南海享有自然资源主权及相关权利,对所辖海域渔业权实施保护就是南海自然资源主权和权利的重要内容,也是我国政府对国民应尽的义务。

依据国际习惯法和《公约》的相关规定,我国渔民在南海传统渔场应当享有历史性权利。主要是历史性捕鱼权或称传统捕鱼权,即一国国民长期以来习惯于在原为公海的一部分,现在成为沿海国专属经济区或管辖范围的海域从事捕鱼活动,由于该国国民在此海域存在着惯常的捕鱼活动,从而使该国国民在此海域享有继续从事捕鱼活动的权利。<sup>(7)</sup>这种传统捕鱼权不仅早已是国际习惯法上的权利,而且已经通过国际条约、国际法院的判例和国内立法等途径得到成文法的肯定,如:冰岛与英德之间的渔业协议;日本与澳大利亚的渔业协议;1974年国际法院在审理冰岛与英德之间的渔业管辖权纠纷案时,判决冰岛应尊重英德及习惯在该区域内开发渔业资源之国家的既得权利;美国1966年颁布的《设立领海外毗连渔区法》;加拿大1964年颁布的《领海和渔区法》等。<sup>(3)84-85</sup>我国《专属经济区和大陆架法》第14条规定“本法的规定不影响中华人民共和国享有的历史性权利”,它以国内法的形式肯定了历史性权利。

《公约》虽未明文规定历史性权利,但却肯定了“历史性海湾”、“历史性所有权”和“特殊情况”,并赋予“历史性所有权”以“例外条款”之地位。《公约》第62条规定“沿海国在没有能力捕捞全部可捕量的情形下,应通过协定或其他安排,准许其他国家捕捞可捕量的剩余部分”,且应“尽量减轻其国民惯常在专属经济区捕鱼或曾对研究和测定种群做过大量工作的国家经济失调现象的需要”,即要求沿海国在捕捞量允许时尊重和承认他国在本国专属经济区内的传统捕鱼权。《公约》第51条第1款规定:在不妨害第49条的情形下,群岛国“应承认直接相邻国家在群岛水域范围内的某些区域内的传统捕鱼权利和其他合法活动。行使这种权利和进行这种活动的条款和条件,包括这种权利和活动的性质、范围和适用的水域,经任何有关国家要求,应由有关国家之间的双边协定予以规定”。故可认为《公约》间接肯定了历史性权利的特殊性、合理性和合法性。“作为中国的传统水域,中国人民在南海的渔业生产活动长达两千余年,早在《联合国海洋法公约》公布之前就在南海海域内形成了历史性权利,并且在现代海洋法制

度确立之际仍然在国际上受到普遍承认,这一权利不仅符合《联合国海洋法公约》,而且完全符合一般国际原则和规则,具有充分的法律效力。”<sup>(8)</sup>

中国是最早发现、命名和开发经营南沙群岛的国家。远在秦朝我国就已经开始开发岭南沿海地区,确立了南海海权的雏形,汉代我国政府即正式发现南海诸岛并给予命名,长久以来我国政府有效行使着对南海诸岛及其附近海域的主权和实际的管辖权,20世纪70年代以前周边国家也都承认至少默认了我国对南海诸岛的主权。“我国对南海的开发与利用有着漫长的历史,且有充分的史料作为证明依据,故而我国对南海水域的历史性权利是一种本体权利,而传统断续线只是对此权利的一种确认和范围的界定”,“可以从《联合国海洋法公约》、国际法院判例及习惯法原理等多视角分析历史性权利的合法性和正当性”。<sup>(9)70-71</sup>因此,在我国享有主权之南海海域以及享有管辖权之专属经济区内,我国渔民或渔业企业完全可以依据我国法律享有和行使渔业权,并受我国法律之保护,同时其他沿海国也应当尊重我国渔民依据《公约》应当享有的在其专属经济区内的传统捕鱼权。

## (二) 制度供给的不足

渔业权保护在南海涉外侵权中的制度供给不足主要表现在以下方面:

第一,设立与流转制度有待简化、开放。因越菲等国纷纷以各种措施鼓励和扶持本国渔民进入我南海传统渔场从事渔业生产,并以此助力其索取南海主权时,我国对南海渔业权的设立应尽量程序从简、条件从宽,以方便和鼓励渔民申请南海渔业权,实现强化我国南海主权及其他权利之目的。然而依现行规定,受理和审批的机关层级过高,程序过于复杂,养殖证通常由县级以上渔业行政主管部门受理申请、同级人民政府核发;国家所有依法由农民集体使用的海域、滩涂,且以家庭承包方式用于养殖生产的,虽可直接发证登记,但南海涉外侵权海域基本不宜家庭承包;捕捞许可证由县级以上渔业行政主管部门批准发放,但海洋大型拖网、围网作业等的捕捞许可证需由国务院渔业行政主管部门批准发放,即在南沙、黄岩岛海域作业的渔船申请捕捞许可证需农业部批准。此外,捕捞许可证的流转受到严格限制,不得买卖、出租和以其他形式转让。这些规则不符合南海维权的实际需要,难以鼓励渔民赴三沙尤其南沙海域作业,于维护南海主权不利。

第二,对涉外侵权海域渔业权的行政保护力度不够。近年来国家的南海政策也在适当调整,保护南海



主权和渔民权益的力度、方式、投入等都有很大改善。但相对于涉外侵权的强度、频率、手段、后果等来说,目前的保护措施还远远不够,难以保证我国渔民免受涉外侵权之损害,涉外侵权事件远未在根本上得到遏止。如:2014年5月6日上午,“菲律宾海警在南沙群岛半月礁附近抓扣一艘我国渔船及船上的11名渔民”。<sup>(10)</sup>2014年8月6日,菲律宾巴拉望地区法院宣布,去年4月被捕的12名中国渔民“非法捕鱼”罪名成立,船长被判12年有期徒刑,11名船员被判6年至11年不等的监禁;中国渔民每人还被罚款10万美元,渔船也被没收。<sup>(11)</sup>

第三,对侵害南海渔业资源和渔业权的外国渔民缺少甚至没有国家公权力的干预。众所周知,越菲等国渔民在本国政府支持下,纷纷进入我国南海传统渔场进行掠夺性捕捞,严重破坏南海渔业资源,也侵害了我国渔民之捕捞权,然而我国政府对这些掠夺性捕捞的外国渔民极少依法采取执法措施。偶有执法行为,也仅限于驱离或抓扣一段时间再释放,基本上没有追究其法律责任。我国司法机关在南海渔业权涉外侵权案件中完全处于缺位状态,这当然不是外国渔民没有违反我国相关法律,也不是不应该追究责任。笔者认为,对外国侵权渔民的执法不到位和司法缺位在客观上助长了涉外侵权的加剧,甚至由于放弃行使管辖权的机会可能导致主权宣示的弱化和国际社会对我国南海主权的漠视。

第四,对涉外侵权外国渔民能够适用之法律责任畸轻。依我国《渔业行政处罚规定》第6条、第8条之规定,能对非法捕捞之外国渔民适用的罚款,通常只有五百元到一万元,从重处罚最多也是五万元,这一标准与前不久菲对我渔民在判处6年至11年不等的监禁、没收渔船外,每人还罚款10万美元相比,简直有天壤之别。能够追究的相关刑事责任也明显过轻。如《刑法》第340条规定“违反保护水产资源法规,在禁渔区、禁渔期或者使用禁用的工具、方法捕捞水产品,情节严重的,处三年以下有期徒刑、拘役、管制或者罚金。”此条规定的“非法捕捞水产品罪”与菲律宾的“非法捕鱼罪”基本一致,但菲对我渔民的处刑却是6-12年有期徒刑不等,高于我国规定刑数倍。此外,对国内国外渔民适用同一标准,虽然维持了形式上的公平,却违反了实质上的正义,外国渔民的侵权行为不仅损害了渔民之渔业权,破坏了渔业资源,更侵犯了我国南海主权,社会危害性不同,责任怎能相等?

第五,我国渔民在南海涉外侵权中的损害赔偿没有保障。在正常情况下,渔业权如果受到侵害,受害

人可直接要求侵权人赔偿,也可通过诉讼等手段要求侵权人赔偿,且一般都能依法得到赔偿。即便是涉外侵权且侵权人在国外,通常也可通过司法协助要求国外侵权人支付赔偿款。然而在南海涉外侵权中上述途径和手段都无法发挥作用,侵权人所在国不可能给予我国受害人司法协助,甚至根本不会承认我国法院的判决,即使侵权人只是当事国的普通渔民。因为,南海涉外侵权与主权侵略交织在一起,侵权只是实现其侵占南海主权的策略之一,这种涉外侵权是当事国政府所乐见或支持的,甚至多数情况下就是当事国国家机关直接实施的。如果循现行民事权利救济机制,我国渔民在南海涉外侵权中的损害不可能得到赔偿,这不仅对受害渔民极不公平,更会对维护南海主权产生长远的消极影响。

第六,对南海渔业权缺乏有效的激励机制。渔民在遭受涉外侵权海域设立和行使渔业权的状况不仅关系其本人的财产收益,更直接影响着我国对上述海域之主权、主权权利和历史性权利的宣示效果。如果我国渔民上述海域设立和行使渔业权的数量越来越少甚至没有,而越菲等国却越来越多,这就可能给国际社会造成我国对上述海域放弃主权或管辖权,而越菲等国转而实际控制了原属我国管辖海域的假象,这对维护我国南海权益极为不利,故应鼓励渔民设立在南海的渔业权并积极行使之。但我国目前在立法上未能针对南海特殊情况实施有效的激励措施,仅海南省一些县市采取了少量扶持措施,而且国家管理部门对待南海渔业如同其它海域一样,采取了总体控制的政策。如2011年农业部颁布了《关于“十二五”期间进一步加强渔船管理控制海洋捕捞强度的通知》,依其附件《2010-2015海洋捕捞业船网工具控制指标》2015年我国南海海洋捕捞业的船数和功率数不升反降,船控制数2010年为65455艘,2015年为65426艘,减少29艘;功率控制数2010年为3192526千瓦,2015年为3026323千瓦,减少166203千瓦。海南省的船控制数2010年为10106艘,2015年为10115艘,虽然增加了9艘,但其功率控制数却由2010年的549692千瓦,下降到2015年的507368千瓦,减少42324千瓦。显然,目前我国管理部门采取的控制、限制南海远洋渔业发展的措施与维护南海权益之需要背道而驰。

第七,《公约》未能明确规定历史性权利。《公约》虽然间接肯定了历史性权利的存在,但其在此问题上存在的模糊性和间接性不能不说是一个很大的遗憾,这也导致其法律效力和法律意义的折减,甚至客观上促使相关国家之间争议的产生或加剧。我国

是《公约》成员国,应联合所有在此问题上存在共同利益的其他成员国,努力推动《公约》在相关条款上的修改与完善,以使《公约》能够直接、完整地肯定历史性权利之存在,从而强化历史性权利的合法性和正当性。

### 三、南海涉外侵权中我国渔业权制度的创新

#### (一) 适应南海需要的渔业权专门立法

由于南海海域存在诸多特殊性,尤其维护南海主权的特别需要,我国应尽快制定专门适用于南海诸岛及其海域的渔业权立法,以便更有针对性地服务于维护我国南海主权、主权权利和历史性权利。有学者提出的“以渔场划分为基础的捕捞权保护制度”,虽未将南海海域作为完全独立的渔场,但是单独强调了“南沙海域、黄岩岛海域及其他特定渔业资源渔场”。<sup>[12]</sup>这与制定南海专门立法有异曲同工之处。南海渔业权专门立法可采用行政法规或部门规章以及地方性法规的模式。

南海在我国经济发展和国防安全中的地位十分重要。南海总面积达 356 万平方公里,约等于渤海、黄海和东海面积之和的 3 倍,居世界第三位;南海拥有十分丰富的渔业资源、油气资源、可燃冰资源及其他自然资源;南海是我国通往印度洋、大西洋的极其重要的海上运输航线,是我国能源供应和国际贸易不可或缺的主要通道。所以,国家通过部门规章甚至行政法规的形式,制定专门适用于南海海域的渔业权立法和其他相关立法,这在客观上有其必要性,在立法体制和权限上也完全可行。具体可由国土资源部或者国家海洋局牵头颁布实施南海渔业权部门规章,或由其起草立法草案并提交国务院以行政法规形式发布。

根据海南省政府 2011 年公示的信息,其管辖海域达 200 万平方公里,在南海发生渔业权涉外侵权的海域则完全属于海南省管辖,海南省以地方性法规形式颁布南海海域渔业权保护的立法,合情合理。而且海南建省之初国家即赋予其特区立法权,这为其制定南海渔业权专门立法奠定了重要的基础和条件,海南省完全可以据此制定和实施能更好适应南海维权需要,更加灵活、积极、大胆、有效的南海渔业权制度。遗憾的是,海南省虽于 2013 年通过了《实施〈中华人民共和国渔业法〉办法》(修订本),但并没有推出任何新措施。因此,如何充分运用特区立法权健全南海渔业权制度,仍然具有很大的潜力和空间。甚至可以考虑,将特区理论和经验运用于海洋,在南海海域系统地构建我国的海洋特区法律制度。

#### (二) 不卑不亢的处理南海问题之原则

基于“韬光养晦”之治国方略和国家的长远发展目标,我国政府早在 1991 年就针对南海问题提出了“搁置争议、共同开发”的基本原则。然直到今天仍“收益甚微”,共同开发事实上成了“周边国家与西方发达国家”的共同开发。<sup>[13]</sup>面对越、菲等国强占我国南海岛礁、屡屡抓捕和扣押我国渔民等侵略行径和挑衅行为,也一再选择了忍让和妥协,甚至在和越南的北部湾协定中,我国同意让出大面积海域包括一些岛屿,然而并没有息事宁人,换来的却是这些国家的得寸进尺和肆无忌惮。2002 年签署《南海各方行为宣言》以来,我国一直努力寻求以和平手段解决争议,“从未诉诸武力或以武力相威胁”,“也没有采取任何使争议复杂化、扩大化和影响和平与稳定的行动”,但“南海周边国家却持续采取政治的、经济的、军事的手段”,“不断谋求既得利益最大化,不断推动南海问题国际化”。<sup>[8]</sup>

所谓前事不忘,后事之师。远如宋朝对周边一些少数民族丧失原则的求和,清朝对西方列强的一再割地赔款,近有我国在东北、华北对日本侵略的步步退让,历史早已告诉我们,忍让和妥协未必能换来长久的和平,却更可能使对方欲壑难填、永无止境的索取。二战时英美等国采取的“绥靖”政策也没能阻挡法西斯军队的侵略,却最终引火烧身,祸及自己。可见,事关领土完整和主权尊严,事关本国公民的生命和财产安全,如果只是局限于被动的抗议和单方退让,丝毫无益于国家发展大局和国民权益保护。相反,1949 年以来每当我们对侵犯我国主权和领土完整的行为采取坚决、果断的反击时,都创造和维持了很长时期的和平,为我国经济建设、政治稳定提供了较好的国际环境。如抗美援朝战争、中印边界自卫反击战、珍宝岛自卫反击战、西沙群岛自卫反击战等。我们不轻言战争,更不能挑起不正义战争,但盲目地反对和害怕战争、以为战争必然破坏长远的社会稳定和经济发展同样是错误的,有时它是实现和平稳定和发展的必要手段和代价。“韬光养晦”决非无原则的示弱和退让,不能失去最起码的底线。在南海问题上应当坚持“强化主权,积极开发,推动合作,争取和平”,而非单方面寻求或等待共同开发,更不能为了和平丧失主权。

#### (三) 便捷开放的渔业权设立与流转制度

为鼓励渔民在南海涉外侵权易发海域从事渔业生产,应当构建简便、开放、灵活的渔业权设立和流转制度。第一,拓宽申请人范围,允许大陆其他省市、台湾地区甚至外国人申请在三沙海域从事渔业作业,但



优先保证琼、粤、桂等省渔民的需要。第二,下放审批权,凡申请在三沙海域从事养殖或捕捞作业的,养殖证和捕捞许可证直接由三沙渔业主管部门受理并核发证书,但外国渔民须经国家渔业主管部门批准。第三,尽快启动捕捞权流转机制,捕捞权出让原则上采用招标、拍卖等方式,在保证琼、粤、桂渔民作业需要并结合渔业资源和海域实际的前提下,允许包括台湾地区在内的其他省区甚至外国的渔民和渔业企业进入三沙海域从事渔业作业。“渔业权是财产权”,甚至澳大利亚法院都承认“捕捞许可证本身是可以为之支付很多金钱的、有价值的财产”,“许可证在本质上具有所有权的性质”。<sup>[14]</sup>因此,“捕捞权属于私有产权”,“允许捕捞许可证的转让,更能实现资源的最优配置”。<sup>[15]</sup>第四,适当放宽三沙海域的捕捞限额和船网工具控制指标,国家宜单独对三沙海域设定指标和限额,并对上述海域适当增加和放宽,也应给海南省更多更大的船网工具控制指标审批权限和捕捞限额审批权。因为这些指标和限额“是一种国家政策资源,是一种控制捕捞强度”的手段,<sup>[16]</sup>而在三沙海域恰恰应当放松控制。第五,设立渔业权退出机制,即获取渔业权后在规定时间内不行使,或达到其他法定条件,即丧失权利,避免出现海域“闲置和浪费”、“增加渔业权人的投资风险、阻碍渔业发展、缺少激励机制”等现象。<sup>[17]</sup>

#### (四) 运转正常的渔业权司法体制

国家的海洋管辖权主要包括三个部分:海洋立法权、海洋执法权和海洋司法权。后者即是“国家的司法机关享有根据法定职权和法定程序,具体适用法律处理所管辖海域的案件的专门活动的权力”。<sup>[18]</sup>而包括传统捕鱼权在内的渔权即是海权,“是海权的一项重要内容和主要表现形式”。<sup>[19]</sup>因此,我国司法机关对发生在南海的涉外侵权案件行使管辖权并依法判决,既是国家南海主权和管辖权的体现,也是其应有内涵。

即使最后可能无法执行,但其司法效果和主权意义远胜于司法的不作为。因此,我国司法机关对发生在我国南海的涉外侵权案件应当积极行使管辖权,并采取必要的便民措施。在我国渔民提起的侵权损害赔偿之诉中,法院可减免诉讼费用或允许在得到赔偿后补交,并适当简化对举证的要求,因在涉外侵权中渔民处弱势地位,有些证据无法保留或采集;对外国渔民非法捕捞或者破坏渔业资源之行为,有关部门应提起资源损害赔偿之诉。对非法捕捞或破坏渔业资源、情节严重、构成犯罪的行为,或者外国国家工作人员严重侵害我国渔民人身或财产,构成犯罪的行为,

检察机关应依法提起公诉;即便因客观事由无法执行,亦应保留在条件成熟时随时执行的权力。

#### (五) 切实有效的渔业权损害赔偿保障制度

现代民商法从过去的个人本位走向了社会本位,为充分保护受害人之权益确立了无过错责任;当代民商法更是在民事责任的承担上体现出社会化的趋势,即实际承担责任的主体可能不是违法行为人,而是转由社会其他人负责。最突出的表现就是损害赔偿基金制度和民事责任保险制度得到了越来越广泛的应用。前者如1978年10月16日生效的作为《1969年国际油污损害民事责任公约》补充的《设立国际油污损害赔偿基金公约》,我国财政部、交通运输部根据《海洋环境保护法》、《防治船舶污染海洋环境管理条例》的有关规定,2012年联合制定了《船舶油污损害赔偿基金征收使用管理办法》;后者如机动车的责任保险、环境侵权责任保险等。

在南海渔业权涉外侵权中,我国渔民的渔业权甚至人身权、其他财产权通常会受到严重侵害,受害人虽可依现行民事诉讼制度提起侵权损害赔偿之诉,但由于侵权人为外国国家机关,且涉及主权争议,相关国家司法机关不可能承认我国法院的判决,更谈不上协助执行,受害渔民即使胜诉也得不到任何赔偿。因此,为充分调动受害渔民起诉索赔的积极性,也为保护渔民的正当权益,彰显我国的南海主权,有必要建立社会化的损害赔偿制度,包括建立赔偿基金和损害赔偿责任保险。

南海涉外侵权损害赔偿基金专门用于赔偿我国渔民在南海涉外侵权中所受财产损失。基金款项主要由政府提供,同时也接受社会各界捐赠。法院对涉外侵权案件的判决生效后,受害渔民可向基金组织申请先行垫付全部或部分赔偿款,基金组织代付赔偿款后即获得代位向外国侵权人追偿的权利。此项制度可鼓励受害渔民积极要求赔偿,也能实质性地补偿其财产损失,并间接调动渔民赴三沙海域作业的积极性。

建立相应的损害赔偿责任保险是规避和降低南海渔业风险、推动三沙海域渔业发展必须解决的迫切问题。责任保险既可按现行机制运行商业保险,更要开发和设计一些有针对性的政策性保险,以免除渔民的后顾之忧。三沙渔业权政策性责任保险应考虑以下因素:第一,被保险人只限在三沙海域从事渔业生产的渔民或渔业企业;第二,投保自愿,但国家可以优惠措施吸引渔民和渔业企业投保;第三,承保风险仅为在三沙海域渔业作业时遭受涉外侵权的损失;第四,国家适当补贴,主要用于支付保险费,以及保险公

司因理赔可能遭遇的亏损损失;第五,具体险种根据涉外侵权可能导致的损害确定,如人身伤害险、船舶损害险、渔业收益损失险等。保险公司理赔后获得代位向侵权人要求损害赔偿的权利。在同时存在赔偿基金制度和保险制度的情况下,优先适用保险理赔;超过保险理赔限额的部分,从赔偿基金中垫付。

#### (六) 全面持续的渔业权行政保护制度

公共权力的保护和救济是保障民事主体合法权益的基本途径和方式,而在南海海域发生的涉外侵权中公力保护尤其重要。社会契约认为“民主社会的政府公共权力机构,实质上是公民通过协商、妥协订约的程序产生的为公民服务的公共权力机构。”<sup>(20)</sup>可见,“政府的权力最终来源于人民,人民通过一定的程序和方式授予政府以必要的权力,进而,该权力的宗旨就只能也应当是维护人民的利益,保障人民充分自由的行使权利”。<sup>(21)</sup>政府保护其国民的正当民事权益乃是应尽之职责。鉴于三沙海域频频发生涉外侵权、渔民损害严重的特殊情况,我国应当全面强化在相关海域的维权执法活动,切实保护渔民的正当权益,使其免受外来侵害。首先,建立常态化护渔机制,对在侵权易发海域从事捕捞作业的渔民实行全程武装保护;主管部门应转变观念、提高认识、加大投入、更新设备、增加人员;渔民出海前将其航行路线、目的海域等告知维权执法部门,渔船达到一定数量以上的,主管部门应当采取护航措施。其次,执法部门必须建立侵权应急处置制度,以便发生涉外侵权紧急事件时能及时采取有效措施,保护渔民权益。再次,强化对侵权易发海域的巡航执法力度,可采取定期或不定期的主动巡航,以便及时发现和制止外国渔民在我海域非法捕捞或破坏渔业资源的侵权行为,以及对没有执法部门护航又遭受涉外侵权的渔民实施临时保护。据报道,“越南政府近日签发命令,从9月15日起,越南渔政监管部队管辖下的所有船只都将配备武器。渔政部队人员将配发手枪、冲锋枪和子弹,渔政船只将配备轻机枪、机枪、14.5毫米口径机枪和子弹。”<sup>(22)</sup>由此可见,越菲等国对我渔民可能实施的涉外侵权只会越来越严重,强化国家维权执法机关对渔业权之保护就显得更加必要。

#### (七) 明确可行的渔业权激励与保障制度

通常情况下,民事权利的取得、行使或放弃,均采用意思自治之原则,即由权利主体自行决定,政府不需要也无必要加以干预。然而南海有其特殊性,前往南海捕捞作业本来成本就比较高,现在又要面临涉外侵权之风险,故渔民的积极性受到严重压抑,我国渔民在行使渔业权的过程中实际上已经受到了涉外侵权

的不当影响和干涉,放弃前往南海捕捞作业并非出自其内心真实的意愿,可视为民法上的意思表示不真实。因此,我国政府此时不能“无为而治”,相反应当采取一系列优惠措施,建立有效的调控和引导机制,鼓励渔民前往南海行使其渔业权。这既可减缓近海资源紧缺的压力,又能防止我国渔民被迫退出南海传统渔场而外国渔民正好趁虚而入,维护我国南海权益,可获多方面的收益。

可以考虑出台以下专门适用于三沙海域的激励与调控措施:第一,建立三沙渔业作业补贴制度。三沙传统渔场尤其南沙渔场远离祖国大陆,天气和海况复杂多变,对渔船性能和渔民技能的要求以及往返航行成本都比较高,还要承担遭受涉外侵权的风险,有必要对在此海域作业的渔民给予额外补贴。第二,建立三沙渔船补贴制度,即对渔民自行建造或购买达到规定吨位和功率等必要条件,且在三沙海域从事捕捞作业的渔船,提供适当财政补贴或贴息贷款;也可采用实物补贴方式,如将我国海军淘汰的一些吨位和功率较大、又能正常使用的舰艇,以优惠条件出售或以扶贫方式直接赠送给渔民,但只能用于在规定海域的捕捞作业,违者收回。第三,建立完善的渔业作业后勤保障机制,重中之重是基地和码头的建设,中央和海南省、三沙市都应以最快的速度、最大的勇气、最强的力度、最优的质量、超常规的方式推进此项建设,根据后勤保障的不同内容,可分别采取国家投资、企业建设和经营,或企业投资并经营、国家提供税收减免、贷款优惠或财政补贴,国家投资、国有单位经营管理等模式。

#### (八) 有序合作的渔业权联合保护与作业制度

我国在南海从事渔业生产的渔民和渔业企业主要来自琼、粤、桂等沿海省区以及港澳台地区,若渔业权实行开放性设计,允许大陆其他省甚至外国渔民进入,则会包括更多地区。面对越、菲等国的涉外侵权,应当建立灵活、有序的联合保护和联合捕捞作业的机制,主要包括地区之间的合作和渔民之间的合作两个方面。

在南海涉外侵权中,各省区应当打破行政区划和行政管辖权的限制,建立沟通顺畅、反应快捷、配合默契的渔业权地区联合保护机制。主要包括以下两个方面:首先是琼、粤、桂等大陆省区之间的合作保护制度,各省相关国家机关根据本省渔民和渔业企业在南海从事渔业作业的实际情况,分别投入一定的护渔力量,实行统一调配、统一护渔,也可包括渔民统一出海作业;其次是陆台合作保护机制,台湾渔民在南海涉外侵权海域作业的渔民很多,且同样深受涉外侵权之

害,大陆与台湾应当本着搁置主权争议、形式多样、互利互惠等原则,积极探索和实施联合护渔<sup>①</sup>。

南海渔业权保护固然应主要依靠和发挥国家机器的作用,但渔民自身力量也不可忽视,只要善加组织,关键时候能起到意想不到的作用。笔者认为,前往涉外侵权易发海域作业的渔民组建常态性的类似专业合作社的合作组织,并实行联合作业,即是一个不错的选择。首先,前往上述海域作业的渔民原则上均应参加合作组织,至少临时性参加联合作业;其次,合作组织管理机构由渔民选举产生,主要负责协调、组织联合作业;再次,相关管理成本,包括管理人员的适当报酬等,可由政府承担;最后,合作组织是开放的,允许渔民临时参加。据新华网海南频道报道,2013年5月6日,海南省第一次大规模赴南沙海域捕捞生产船队在儋州市白马井启航,捕捞船队主要由渔民合作社组织,这是一次探索远海渔业开发组织化、规模化、产运销和补给一体化的生产经营模式的积极尝试,能为今后大规模科学开发南沙渔场积累经验,为实现南沙渔场的常态化生产打下良好的基础。<sup>(23)</sup>

联合作业模式值得在三沙海域渔业生产中全面推广,因为,渔民通过合作组织前往三沙海域进行渔业生产,既便于国家机关实施统一的护渔行动,也能增强渔民的自我保护力量。因此,政府应加强引导和规范,并通过关于合作组织的立法,考虑制定《三沙海域渔业合作组织实施办法》之类的地方性法规,明确合作组织的管理架构及其产生程序、政府扶持措施、吸引渔民参加的办法等,以巩固和完善这一机制。

(九) 与时俱进的渔业权管理机制

南海渔业权管理机制应根据南海渔业发展和海洋维权的需要,与时俱进,适时完善。2013年国务院机构改革中组建了新的国家海洋局,并以中国海警局名义统一开展海上维权执法,这有利于更好地应对海洋管理中面临的新问题和新任务,但对南海来说进一步的改革措施仍然值得研究和期待。

首先,应当改革和完善南海管理体制。目前设于广州的国家海洋局南海分局有必要移至海南省海口或三亚,甚至不排除移设三沙市。因为,南海分局管辖的区域重点在三沙海域,现在管理机构远离其管辖重心一二千公里,自然不是最佳选择。南海分局移设海南,既可体现国家对南海问题的重视,也便于管理机关全面、及时地了解南海情况,并采取合理的应对措施。南海分局宜升为副部级,因南海海域面积约等于渤海、黄海和东海面积之和的3倍;南海拥有十分丰富的渔业、油气、可燃冰等自然资源,是我国能源供

应和国际贸易的主要通道;南海问题最为复杂,管理任务最为繁重,其重要性远非其它海域可比,适当提高规格能更好地满足管理需要。国家海洋主管部门与农业主管部门、海关总署、武警部队、司法机关等在南海维权中如何分工协作,以形成高效、合理的管理机制,仍有待探索和明确。

此外,我国可在三沙海域传统渔场尝试建立生态渔业管理机制。初期可采取“总许可捕捞量(TAC)制度”,即“通过对渔业资源的科学研究,明确生物种群的存量状态,在保护渔业资源可持续开发的基础上,确定每年的最大捕捞量”。<sup>(24)</sup>利用现代卫星导航技术对捕捞渔船出海、归航进行定位,并监测其捕捞量,大体是可行的。但在初期宜实行宽松的总许可量和捕捞量监管,探索生态渔业制度的主要目的在于强化我国对三沙海域传统渔场的管理,同时培育渔民的生态理念和习惯。

(十) 积极主动的国际法保护机制

南海渔业权涉外侵权之侵权人多为外国国家机关,直接代表本国意志,其侵权目的在于最终侵占我国南海海域和岛礁,这不仅是涉外侵权行为,本质上更是侵犯我国南海主权的行为了,体现了我国与侵权人所在国的政治、外交和国防关系,因此,保护我国渔民之渔业权不能只限国内法手段,更应理直气壮地采取积极、主动的国际法措施,充分发挥国际法保护机制的作用,不能陷入被动应付的局面。

在国际法上能采取的措施似包括:第一,妥善运用相关国际公约和国际法理论关于传统捕鱼权的规定,在南海群岛水域,即便某些区域真是其他国家的专属渔区或管辖范围,我国渔民基于《公约》之规定和传统捕鱼海域之历史事实,也应享有传统捕鱼权。第二,妥善运用《公约》第73条关于海洋生物资源管理的规定,菲越马印等国即使在其专属经济区内行使勘探、开发、养护和管理等主权权利,也无权随意对我国渔民实施抓捕、审讯、监禁,确需实施登临、检查、逮捕等措施的,也必须遵守《公约》之相关规定。第三,灵活运用经济制裁措施,对涉外侵权之情节和后果比较严重的,如导致渔民死亡、拒不释放被抓捕渔民、拒不交还被扣押渔船、非法处罚我国渔民等,建议对侵权国给予适当经济制裁。第四,适当运用对等报复措

① 不少学者探讨了两岸南海合作的重要意义、可行性及主要措施,参见李金明《海峡两岸在南海问题的默契与合作》,《台湾研究集刊》2010年第5期,第7-13页;褚晓琳、傅岷成《两岸合作开发南海渔业资源规划研究》,《中国海洋法学评论》2012年第2期,第1-8页;褚晓琳《两岸合作开发南海渔业资源法律机制构建》,《台湾研究集刊》2013年第2期,第42-48页;林红《论两岸在南海争端中的战略合作问题》,《台湾研究集刊》2010年第1期,第67-75页。

施,对经常抓捕、扣押、逮捕我国渔民,或者造成严重后果的国家,我国政府可采取适度的报复措施,如对在我国南海非法捕鱼的侵权国渔民也采取抓捕、扣押、逮捕、罚款、没收船舶等措施。

### 结束语

南海问题错综复杂,一方面,越、菲等国因觊觎南海丰富的自然资源强势角力其中,甚至企图联合东盟国家共同对抗中国;另一方面,美、日、印等国基于各自的战略利益积极参与博弈,他们以各种方式支持

越、菲等国,故意挑拨周边关系,甚至直接出面与中国对抗。然而,南海对于我国政治、经济和国防之重要性,无论如何评价都是不过份的,南海不容有失。因此,宏观立法和决策必须高屋建瓴,着眼长远和全局,采取更加积极、主动和大胆的策略,多管齐下,综合治理;微观管理和执法应当精心策划、周密设计、审慎安排每一次行动、每一项具体制度,务求不动则已,出招必胜。总之,在战略上藐视对手,在战术上重视对手,彻底解决南海问题机不可失、时不我待。

### 参 考 文 献

- (1) 周智慧. 我国南海资源被大肆掠夺 (J). 环境, 2004 (6): 10-11.
- (2) 潘希. 南海如何鱼满仓: 越南金枪鱼捕捞量 360 倍于中国 (EB/OL). (2013-06-15). [http://news.ifeng.com/mil/4/detail\\_2012\\_12/20/20359882\\_0.shtml](http://news.ifeng.com/mil/4/detail_2012_12/20/20359882_0.shtml).
- (3) 魏德才. 渔民与南海 (M). 北京: 法律出版社, 2013.
- (4) 陈道. 中国逾 95% 领证渔船被迫撤出南沙 (N). 东南快报, 2012-02-23 (A19).
- (5) 褚晓琳. 两岸合作开发南海渔业资源法律机制构建 (J). 台湾研究集刊, 2013 (2): 42-48.
- (6) 韩德培, 陈汉光. 环境保护法教程 (M). 北京: 法律出版社, 2011.
- (7) 付玉. 传统捕鱼权应得到认可和尊重 (N). 中国海洋报, 2012-10-24 (4).
- (8) 李国强. 关于南海问题的若干理论问题 (J). 外交评论, 2012 (4): 1-9.
- (9) 吴士存. 南沙争端的起源与发展 (M). 北京: 中国经济出版社, 2010.
- (10) 王晓鹏. 菲律宾拟扣我南海渔民的九重企图 (EB/OL). (2014-09-11). <http://world.people.com.cn/n/2014/0508/c1002-24992807.html>.
- (11) 庄铭灯, 曲翔宇. 菲律宾重判“侵渔”中国渔民 显示南海强硬立场 (EB/OL). (2014-09-11). <http://world.huanqiu.com/exclusive/2014-08/5097004.html>.
- (12) 唐议, 等. 基于《物权法》的中国捕捞权保护制度的探索 (J). 水产学报, 2011 (10): 1589-1593.
- (13) 马志荣, 林苏红. 南海资源开发与岛屿管理政策建议 (J). 开放导报, 2013 (1): 29-31.
- (14) 崔建远. 论争中的渔业权 (J). 法商研究, 2005 (6): 49-61.
- (15) 郭建炜. 关于《物权法》中捕捞权几个理论问题的探讨 (J). 湖北第二师范学院学报, 2010 (5): 66-68.
- (16) 唐建业, 等. 构建我国海洋捕捞权制度的分析 (J). 水产学报, 2009 (3): 527-531.
- (17) 赵万忠. 论我国渔业权的立法完善 (J). 广东海洋大学学报, 2008 (2): 1-5.
- (18) 高智华. 论实施国家海洋管辖权的若干国际法问题 (J). 东南学术, 2009 (3): 93-98.
- (19) 黄硕琳. 渔权即是海权 (J). 中国法学, 2012 (6): 68-77.
- (20) 李红霞. 从社会契约论到契约社会 (J). 理论探索, 2004 (5): 17-18.
- (21) 黄永忠. 论政府权力宗旨的基本内涵 (J). 行政与法, 2003 (3): 16-18.
- (22) 王盼盼. 越南渔政船 9 月 15 日起将配发机枪和冲锋枪 (EB/OL). (2014-08-19). <http://news.hexun.com/2014-08-04/167255999.html>.
- (23) 逢麒麟. 2013 年海南第一次南沙渔业生产维权行动展开 (EB/OL). (2014-09-18). [http://www.hq.xinhuanet.com/finance/2013-05/09/c\\_115700250.htm](http://www.hq.xinhuanet.com/finance/2013-05/09/c_115700250.htm).
- (24) 许罕多. 从挪威渔业制度演进看海洋生态渔业的理论体系及制度框架 (J). 中国海洋大学学报, 2012 (3): 16-22.

( 本文责任编辑 松 明)