

论海域使用权与传统渔民用海权的冲突

董加伟^{1,2}

(1. 山东大学法学院, 山东济南 250100; 2. 中国海监山东省总队, 山东济南 250002)

摘要:按照权利绝对论的权利概念,权利之间永远不会发生冲突,但在真实世界中权利冲突是客观存在的,自海域使用权诞生以来,其与传统渔民用权之间的冲突就愈演愈烈,实践中相关案例不断出现,理论上相关论争也从未间断。权利领域存在交叉塑造了二者之间冲突的基因,但更深层次的原因在于权属安排的粗疏、冲突规范的不当和行政行为的功利。应加强理论研究,改进顶层设计,推动立法完善,合理界定海域使用权与传统渔民用海权的权利内容,明确界分二者的权利边界,修订完善权利冲突规范,通过法学理论层面溯源清本进而完善制度设计予以根本解决。

关键词:传统渔民用海权;海域使用权;权利冲突;解决路径

中图分类号:D912.6

文献标志码:A

文章编号:1671-4970(2014)04-0084-05

一、引言

财产权利理论家指出,当资源变得稀缺时,就出现和形成了权利制度,并且经济稀缺性是由正的价值所表明的^{[1]19}。海洋是大自然赋予全人类的共同财富,是属于人类共有共享的公共用物,但随着人类活动范围的拓展和活动能力的提升,海洋作为权利标的甚至私权标的在我国已经成为现实。海洋具有资源多样性和功能多宜性等特征,资源多样性决定了海洋利用方式的多样化,功能多宜性则为各种用海权之间并存提供了可能性,而时空交集的存在状态又为权利冲突创造了适宜土壤。虽然在理论层面许多学者并不认同权利冲突命题的存在,有的学者甚至明确提出“被学界搞得沸沸扬扬的权利冲突,实际上是一场误会,是一个伪问题。”^[2]但受权利客体冲突、法律规范竞合、立法技术局限等因素制约,权利冲突不仅是客观存在的,而且是常态的,海域使用权与传统渔民用海的冲突就是一个典型的例子。

自2002年《海域使用管理法》颁布实施、海域使用权诞生以来,关于海域使用权与传统渔民用海权之间的冲突愈演愈烈,实践中相关案例不断出现,渔民群体性上访事件时有发生,理论上相关研究也从未间断,学术界、实务界各有论述。但时至今日二

者之间的冲突仍未得到妥善解决,渔民“失海”事件仍屡见报端,以致有学者对海域使用权创设的必要性和目的提出质疑,如崔建远教授就从海域使用权的目的及功能、适用范围、排他性及与著作权、专利权、股权的类比等角度,郑重论证了海域使用权存在的无用性^{[1]137},孙宪忠教授则结合实践中渔民权益受损的诸多案例,对海域使用权商品化的危害进行了充分揭示,认为海域使用权沦为某些利益集团以破坏性方式掠夺和瓜分海域资源的工具^{[3]436}。那么,海域使用权与传统渔民用海权之间的冲突是不可调和的吗?是什么原因导致了这场持续十余年的权利冲突?这种冲突是否可以从法学理论层面溯源清本进而通过改良制度设计予以根本解决?

二、海域使用权与传统渔民用海权冲突之外在表现

2002年1月1日,《中华人民共和国海域使用管理法》正式实施,一项全新的法定权利——海域使用权也就此问世。将海域国家所有解释为私权意义上的所有权,并在此基础上创设出海域使用权这一他物权,这是我国《海域使用管理法》的一项制度创新。自诞生以来,海域使用权如同一个骄横的小王子一般,挥舞着海域国家所有的尚方宝剑,肆意侵

收稿日期:2014-10-20

基金项目:山东大学自主创新基金项目(IFYT1401)

作者简介:董加伟(1978—),男,山东胶南人,博士研究生,从事海洋执法管理和理论研究。

入渔业权、矿业权、水权、土地承包经营权、国有土地使用权的原有领地,造成了诸多尖锐的利益冲突,特别是对传统渔民等弱势群众的合法权益造成了严重侵害^[4]。为了更加直观地展现海域使用权与传统渔民用权之间的激烈冲突,我们结合实践中的两个案例展开分析。

案例 1:1999 年,山东省威海市环翠区沟北村部分渔民同村委会签订了海域承包合同,承包期 8 年(到 2007 年到期),2003 年 12 月底,渔民按照惯例去威海市海洋与渔业局办理渔业养殖证续证手续,却被告知政府因区划变动暂时停止办证,要其等候通知。2004 年 4 月 22 日,威海市政府以原有养殖证已于 2003 年 12 月 31 日到期为由,宣布威海湾现有筏架养殖和网箱养殖为非法养殖,要求渔民在 6 月 20 日前自行拆除养殖设施。2006 年 9 月 24 日到 27 日,威海市环翠区政府以非法养殖为由,对其管辖的威海湾 246.7 hm² 的网箱渔业养殖区进行了集中清理和拆迁,对“拒不从”拆迁的渔民实行强制拆迁,对个别阻碍拆迁的渔民施行行政拘留。面对渔民的愤怒和媒体的质疑,当地主管部门给出的答复是:《海域使用管理法》明确规定海域的所有权属于国家,任何海域使用必须得到国家的认可和批准,没有海域使用证就属于非法用海,政府有权取缔,该案件中的渔民没有海域使用证,就属于非法养殖^[5]。

案例 2:2002 年 5 月,广西壮族自治区钦州市根据《海域使用管理法》的有关规定,将茅尾海 23.3 hm² 浅海滩涂进行拍卖,该区域是钦州牡蛎、青蟹的育苗场,也是当地渔民传统流刺网作业场所。拍卖按照价高者得的原则,由 5 家个体户拍得该块海域的海域使用权,而当地靠近海养殖为生的一千多名传统渔民则失去了祖祖辈辈赖以生存的作业场所。据了解,目前沿海地区拍卖海域的事件逐渐增多,一些地方甚至把海域拍卖作为海域使用权制度改革的一种经验加以推广^[6]。

以上两个案例中的权利冲突都不复杂,案例 1 属于海域使用权与传统渔民用权之间的直接冲突,争议的核心在于在先的传统渔民用海权的效力确认问题;案例 2 中两种权利冲突的重点则在于,在海域使用权的分配过程中如何处理传统渔民用海权与商业性用海权的关系,这两个案例及其他无数个同类

案例的结果是完全雷同而令人心酸的,即传统渔民的合法权益遭到漠视,传统渔民用海权的合法地位未能得到承认,由此带来的后果是我国每年确权的渔业用海面积逐年减少,根据国家海洋局《海域使用管理公报》(2002-2010)公布的数据,2006—2010 年渔业用海面积比 2005 年分别减少 48 830.96 hm²、19 951.39 hm²、42 638.94 hm²、90 991.42 hm²、77 316.36 hm²^[7]。

三、海域使用权与传统渔民用海权冲突之原因分析

结合上述两个案例,我们着手探究一下海域使用权与传统渔民用海权之间的冲突原因。

1. 海域使用权与传统渔民用海权的效力范围存在交叉

根据《海域使用管理法》的规定,海域使用权是单位和个人根据有关海洋行政机关的许可,在我国享有主权权利的特定海域进行 3 个月以上排他性用海活动并取得收益的权利,海域是海域使用权的客体,也是其存在的前提条件之一。而传统渔民用海权是沿海区域以生计型渔业作为生活方式或主要生活来源的渔民及其集体依法利用特定海域从事特定渔业活动并获取收益的权利,是传统渔民赖以为生、世代相袭的一种具有独立性、经济性、人权性和人身性的基本权利,得到了国际渔业法和世界主要沿海国的确认和保障。海域是传统渔民用海权的作用对象,同样也是其存在的前提条件之一。对比《海域使用管理法》第 2 条^①和《渔业法》第 2 条^②的规定可以得出结论,传统渔民用海权和海域使用权可以同时存在于我国的内水和领海区域,二者在空间上存在交叉;同时依据《海域使用管理法》第 25 条之规定,海域使用权包含传统渔民养殖用海权,传统渔民海洋捕捞权、海洋休闲渔业权的行使也都必须不同程度地占有和使用特定的海域,而海域是各种类型海域使用权的权利客体,因此在特定情形下传统渔民用海权的作用对象与海域使用权的权利客体存在重合的可能,两种权利在行使过程中会产生空间和时间上的交集,这是导致二者之间发生冲突的客观因素。

2. 传统渔民用海权的法律地位不明确,相关权利冲突规范缺失

其一,截至目前我国《渔业法》及相关法律规范

①《海域使用管理法》第 2 条第 1 款规定:“本法所称海域,是指中华人民共和国内水、领海的水面、水体、海床和底土”。

②《渔业法》第 2 条规定:“在中华人民共和国的内水、滩涂、领海、专属经济区以及中华人民共和国管辖的一切其他海域从事养殖和捕捞水生动物、水生植物等渔业生产活动,都必须遵守本法”。

并未对包括传统渔民用海权在内的渔业权做出明确规定,因此学界对行政主管部门颁发的养殖证、捕捞许可证等许可从事渔业生产活动的证件的性质存有争议,有的认为属于权利凭证,并据此认为我国立法确认了渔业权,有的则认为这些证件并不具备权利凭证的作用,因此也不承认我国存在渔业权,案例1中行政主管部门即否认渔业权的存在,认为渔民持有的养殖证并不能证明其具有在特定海域合法从事养殖生产的资格。此外,即使是认同渔业权成立的学者,也比较一致地认为我国的渔业权制度存在权属主体虚置、权属状态不稳定等明显缺陷^[8]。其二,虽然我国《海域使用管理法》第22条规定了海域使用权与传统渔民用海权的冲突解决规则,但态度并不坚决,仅规定在特定情形下可以将海域使用权确定给农村集体经济组织或者村民委员会,由其成员承包用于养殖生产,但既然是“可以”,那也就并不排斥“不可以”。因此,在确定海域使用权的归属时,可以确权给传统渔民组成的集体经济组织,也可以通过拍卖等方式将其确权给经济实力更强的其他主体,案例2中当地政府采取拍卖的方式将海域使用权确权给个体户的行为,虽然剥夺了当地传统渔民世袭相传的用海权,但却并不违反甚至符合《海域使用管理法》的相关规定,这种状况更加凸显了目前我国海洋与渔业资源权属规范互不衔接,甚至相互冲突的现实,为渔民失海这一悲剧事件增添了一些讽刺意味。因此,关于传统渔民用海权法律地位及权利冲突处理规则的法律规定不完善是导致传统渔民用海权与海域使用权产生冲突的制度因素。

3. 行政主管部门功利性的行政处理行为

根据《海域使用管理法》第19条、20条的规定,海域使用权的取得方式包括行政许可、招标和拍卖3种方式,招标或者拍卖方案由海洋行政主管部门制订,报有审批权的人民政府批准后组织实施,招标或者拍卖工作完成后,依法向中标人或者买受人颁发海域使用权证书,中标人或者买受人自领取海域使用权证书之日起取得海域使用权。如同案例2所展示的那样,在实践中传统渔民依赖海域作为维持生计的一种基础条件,其经济实力大都十分有限,以至有学者认为传统渔民在社会地位上还弱于农民,属于弱势群体中的弱势群体^{[3]1-3}。因此,在通过招标或者拍卖方式分配海域使用权时传统渔民往往处于劣势,很难在与投资主体的财力竞争中胜出从而取得海域使用权,但地方政府从理性经济人的角度出发,在地方财政增收的压力(或者说动力)下,在海域归国家所有的“尚方宝剑”保护下,在缺乏明确的强制性法律规范制约的环境下,则偏好于采用招

标或者拍卖的方式分配有限的海域使用权,从而获得较高的经济收益,案例2就是一个典型的例子。在这种制度和实践背景下,我国沿海各级政府出于经济利益的考量,纷纷按照“价高者得”的原则分配海域使用权的行为就不难理解了,这种看似不合理的行政行为可能与行政主体的地位并不相称,但却合法合规,而各级政府的这种纯功利性的行政处理行为也正是导致海域使用权与传统渔民用海权产生激烈冲突的直接因素。

四、海域使用权与传统渔民用海权冲突的解决路径

1. 解决路径之现有学说及其评析

面对海域使用权与传统渔民用海权在实践中的不断冲突,国内学者从理论层面提出了不同的解决方案,概括起来可分为四类:一类可称为“渔业权取消说”,认为海域使用权的物权性质不容置疑,而渔业权的法律地位并不明确,可以通过取消渔业权保留海域使用权,从而达到消除两种权利冲突的目的^[9];一类可称为“渔业权分解说”,主张对渔业权进行分解,将其中的养殖权并入海域使用权,将捕捞权归入自然资源使用权,仍受渔业法调整^[10];一类可称为“渔业权优先说”,主张采用利益衡量方法平衡海域使用权和渔业权的冲突,通过社会基本价值、既定法律秩序、公共政策等方面的利益衡量,主张海域使用权与渔业权发生冲突时应服从于渔业权的需要^[11];一类可称为“特别法优先说”,从解释论的架构出发,认为在海洋渔业领域《渔业法》为特别法,《海域使用管理法》为普通法,依据特别法优先于普通法的规则,应优先适用《渔业法》,确保渔民的养殖权优先实现^{[1]132-133}。

纵观上述各家学说,笔者认为,通过取消或分解传统渔民用海权来解决其与海域使用权之间的权利冲突,在理论上固然是简便、快捷的一种方式,实际上却并不可行,这是因为:①传统渔民用海权是一项确定存在的法定权利,虽然我国现行法律法规中未明确规定传统渔民用海权,但从前文的分析可以得出结论,我国《渔业法》、《海域使用管理法》等法律及法治实践对传统渔民用海权是承认的,其法律地位是不容置疑的。因此,认为我国不存在渔业权的“渔业权取消说”在立论基础上即先天不足,有学者更依据制度经济学中的“路径变迁依赖”理论揭示了“取消说”的不合理性^[12];②海域使用权与传统渔民用海权尽管在权利实施层面有所交叉,但二者不能互相替代。传统渔民用海权是传统渔民为维持生计利用海域从事渔业生产活动的行为自由,而海域

使用权是一种类似于国有土地使用权的用益物权,其主要目的在于调整海域利用关系,但对海域利用的具体方式并不关注,在权利内容上也无法满足传统渔民用海权利实现的具体要求,因此“渔业权分解说”也不可取;③取消或分解传统渔民用海权会导致法律适用的错位。传统渔民用海权一旦取消或分解,本应由《渔业法》调整的渔业用海活动势必将由《海域使用管理法》来规范,然而后者并不具备调整渔业关系的方法和功能,因为渔业活动和其他用海活动的内容大相径庭^[13],由此将导致权利的外形与内容产生错位,扭曲正常的社会生活关系,轻则效益不佳,重者使社会关系遭到破坏,阻碍社会的发展^{[1]134-135}。此外,在传统渔民用海权未得到法律明示确认、边界不清的情况下,“渔业权优先说”或“特别权优先说”也难以有效解决其与海域使用权之间的冲突。为此,必须首先在立法上尊重传统渔民利用海域谋生的世袭性权利,明确确认传统渔民用海权,合理界定其权利内容和权利边界,并在相关法律法规中明确规定权利冲突规范,确定切实可行的冲突解决规则,才能真正解决这场持续十几年的权利之争。

2. 解决路径之探索

尽管我国在海域权属的制度安排方面确有缺陷,但笔者并不赞同因此就完全否定海域使用权的创设意义,应该承认,海域使用权及其基础上的海域有偿使用制度的创立和实施,引入了海域产权的概念,提升了海域资源的配置效率,在一定程度上规范了我国近海海域的用海秩序,促进了海域的科学利用和现代化管理,扭转了海域使用无序、无度、无偿的混乱局面。至于其与传统渔民用海权及相关权利的激烈冲突是由海域所具有的资源复合性和功能多宜性等因素决定的,其主要原因在于法律制度安排上的粗疏与执行实践中的失当,应该通过修订立法、完善制度、改进执法等途径予以解决,单纯采取取消某种权利来避免冲突的思路是不可取的。

(1) 确认传统渔民用海权的合法地位

到目前为止,传统渔民用海权并未得到我国法律法规的明示确认,这是导致其与海域使用权之间的冲突多年未决的根本原因。传统渔民用海权是传统渔民赖以为生的一项兼具人权性、财产性、人身性等多种性质的基本权利,其存在的历史无可置疑,其存在的价值不容置疑。为此,必须尽快在立法上明确确认传统渔民用海权独立存在的法律地位,将《渔业法》第12条、《海域使用管理法》第22条和各沿海省政府规章中对传统渔民用海权默示确认的内容在法律中予以明示确认,在《物权法》或《渔业法》

中明确宣布传统渔民为维持生计利用海域从事渔业活动的自由是一项法定权利,受相关法律法规的严格保护,未有法定事由,未经法定程序,任何团体和个人不得侵犯;明确规定传统渔民用海权的权利内容和权利边界,确立传统渔民用海权的独立地位;明确规定侵犯传统渔民用海权需要承担的法律责任及承担责任的具体方式,为传统渔民用海权提供有效的法律救济。

(2) 完善海洋功能区划制度

海洋功能区划是《海域使用管理法》创立的三项重要制度之一,是海域使用管理的重要依据和基础,是体现了国家的主权、利益、管理原则、发展方向的一项法定的制度^[14]。从海域的整体性、公用性角度考虑,传统渔民利用海域从事渔业生产的活动也应符合国家和沿海各级政府编制的海洋功能区划,以维护国家整体的海洋权益和满足海洋环境保护的要求。但从存在时间上看,传统渔民用海权是一项在前的历史性权利,从权利位阶上看,传统渔民用海权是传统渔民享有的一项带有人权性、人身性的基本权利,因此各级政府在编制海洋功能区划时应该尊重在前的基本权利——传统渔民用海权,而不是相反,要求传统渔民用海权无条件地尊重和服从在后的海洋功能区划制度。否则,沿海各级政府只要变更海域功能区划,即可剥夺特定区域的传统渔民的权。应对《海域使用管理法》第11条“海洋功能区划编制原则”的内容进行修订,将尊重和保障传统渔民用海权明确规定为海洋功能区划编制所应遵循的重要原则之一,在第五款“保障国防安全,保证军事用海需要”之后增加第六款“尊重和保障传统渔民利用海域谋生的历史性权利”。

(3) 修订海域使用权与传统渔民用海权之间的冲突解决规范

既然传统渔民用海权是传统渔民享有的一项为谋生所需的基本权利,是处于权利阶梯中第一位价的固有性权利,那么在其与海域使用权发生冲突的情形下,非因重大公共利益的需要,法律应该尊重和保障传统渔民用海权,即确保传统渔民用海权优先实现。为此,应将《海域使用管理法》第22条修改为“本法施行前,已经由农村集体经济组织或者村民委员会经营、管理的养殖用海,符合海洋功能区划的,应当将海域使用权确定给该农村集体经济组织或者村民委员会,由本集体经济组织的成员承包,用于养殖生产。”同时,对第30条“因公共利益或者国家安全的需要,原批准用海的人民政府可以依法收回海域使用权”中公共利益的具体内容予以列举性规定,避免各级政府或其海洋行政主管部门以公共

利益为由,任意侵犯传统渔民用海权。

(4) 调整渔业用海活动的法律规制

无论是从《海域使用管理法》的制定目的还是从其实际发挥的作用来看,用这样一部海洋行政管理法律来调整渔业用海活动都是不适宜的,《海域使用管理法》所创制的海域使用权也只是一种类似于土地使用权的用益物权,无法反映利用海域从事生产经营活动的具体权利内容,难以对渔业用海活动中发生的法律关系进行及时和有效的调整。因此,应从立法上理顺《海域使用管理法》和《渔业法》之间的关系,在海域利用方面,将《海域使用管理法》作为一般法,将《渔业法》作为特别法,《海域使用管理法》对海水养殖用海等渔业用海活动的法律规制只作原则性的规定,而将具体调整渔业用海法律关系的任务交由更加专业的《渔业法》及相关配套法规和规章来承担,即将海洋功能区划中确定用于渔业生产活动的海域交由渔业法律法规予以规制。同时,应修订海域使用金征收的有关条款,明确规定传统渔民利用海域从事生计型渔业免交海域使用金,如此一来,海域使用权与传统渔民用海权之间的冲突自然消解。

五、结 语

海洋是生命的摇篮,是巨大的资源宝库,也是地球生态支持系统的重要部分。随着陆地资源稀缺性的日渐显现,人类将视野转向了浩瀚而脆弱的海洋,海洋世纪于人类而言是又一次征服自然的难得机遇的开启,对海洋而言却是一种难以承载的沉重负担的开始。无论是国际法意义上的海域还是国内法意义上的海域,都是大自然赋予全人类的宝贵财富,欲在法律上对这样一种关乎人类生存繁衍的重要自然资源做出权属安排,必须十分慎重,其“慎”应当体现在权属安排的审慎和对各方利益的综合平衡上,其“重”应该体现在权属规定所应遵循的严格程序和规范位阶上。在当前海洋开发热潮方兴未艾的背景下,面对各种用海权利之间不断冲突的现实,我们不得不再一次从工具主义的视角出发审视法律作为社会关系调节器的作用。笔者认为,我们一方面应该加强海洋立法的统一性和协调性,认真反思人类与陆地“合作”的坎坷经历,按照开发与保护并重的原则,以“人海和谐”为目标,大力加强顶层设计,妥

善安排海洋权属制度,在开发海洋和养护海洋之间寻求人与自然和谐相处之道;另一方面要加强海洋立法的实践性和针对性,因应海域资源日渐稀缺背景下公权力与私权利博弈升级的状况,修订《海域使用管理法》、《渔业法》中海域征用的相关规定,以列举和排除相结合的方式明确界定公共利益的范围,并积极借鉴征地拆迁及移民安置领域公众参与的成功实践^[15],完善告知、评估、听证、协商等海域征用的程序性规定,在平衡公权力与私权利的过程中实现政府与社会的良性互动与共同协作。

参考文献:

- [1] 崔建远. 论争中的渔业权[M]. 北京:北京大学出版社, 2006.
- [2] 郝铁川. 权利冲突:一个不成为问题的问题[J]. 法学, 2004(9): 3-6.
- [3] 孙宪忠. 中国渔业权研究[M]. 北京:法律出版社, 2006.
- [4] 吴春岐. 解决海域使用权与相关用益物权冲突的具体规则和根本途径[J]. 山东警察学院学报, 2008(3): 51-55.
- [5] 黄玉浩. 山东威海渔民“失海”事件始末[J]. 记者观察, 2006(12): 48-50.
- [6] 蔡岩红. 渔民“失海”之忧[N]. 法制日报, 2004-09-08(8).
- [7] 鲍谦, 黄硕琳. 中国渔民“失海”现状的分析研究[J]. 海洋开发与管理, 2012(9): 39-42.
- [8] 刘舜斌. 渔业权制度下构建渔业管理新体系的构想[J]. 中国渔业经济, 2005(6): 48-51.
- [9] 李永军. 海域使用权研究[M]. 北京:中国政法大学出版社, 2006: 202.
- [10] 郑永宽. 海域使用权与渔业权的关系解析[J]. 黑龙江省政法管理干部学院学报, 2005(1): 51-53.
- [11] 全永波. 海域使用权与渔业权冲突中的利益衡量[J]. 探索与争鸣, 2007(5): 52-53.
- [12] 万雅琴. 海域使用权与渔业权的冲突及协调[J]. 邵阳师范高等专科学校学报, 2007(4): 100-102.
- [13] 刘幸, 杨柳林. 渔业权与海域使用权的冲突与协调[J]. 法制与经济, 2009(2): 67-68.
- [14] 卞耀武. 中华人民共和国海域使用法释义[M]. 北京:法律出版社, 2003: 9.
- [15] 蔡萌生, 欧辉明, 陈绍军. 水库移民安置不同阶段的公众参与研究[J]. 河海大学学报:哲学社会科学版, 2013, 15(1): 26-29.