

教育部人文社会科学研究青年基金项目资助(批准号:05JC820051)

海域使用权制度研究

THE RIGHT SYSTEM OF USING SEA AREA

张洪波 著

HEUP 哈尔滨工程大学出版社

教育部人文社会科学研究青年基金项目资助(批准号:05JC820051)

海域使用权制度研究

THE RIGHT SYSTEM OF USING SEA AREA

张洪波 著

 哈尔滨工程大学出版社

内 容 简 介

海域产权制度是海域利用的基础,也是沿海经济的重要支柱,目前它已经成为各国普遍关注的重点。本书围绕以下两个核心问题展开:一是深入分析海域使用权的基础理论;二是围绕海域使用权的取得、流转和消灭制度,提出进一步完善海域使用权法律制度的具体建议。本书共分八章,分别为:海域使用权概述、海域使用权的客体、海域使用权登记制度、海域使用权的设立、海域使用权的流转、海域使用权的消灭、海域使用权与渔业权的冲突及协调、围填海造地。另外,为保证论述的完整性,本书还增设了一个附录,即自然资源利用权对民法物权理论的发展。

图书在版编目(CIP)数据

海域使用权制度研究/张洪波著. —哈尔滨:哈尔滨
工程大学出版社,2015. 8
ISBN 978 - 7 - 5661 - 1111 - 1

I. ①海… II. ①张… III. ①海域使用管理法 - 研究
IV. ①D993. 5

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 182289 号

出版发行 哈尔滨工程大学出版社
社 址 哈尔滨市南岗区东大直街 124 号
邮政编码 150001
发行电话 0451 - 82519328
传 真 0451 - 82519699
经 销 新华书店
印 刷 哈尔滨市石桥印务有限公司
开 本 787mm × 1 092mm 1/16
印 张 9.5
字 数 235 千字
版 次 2015 年 8 月第 1 版
印 次 2015 年 8 月第 1 次印刷
定 价 25.00 元

<http://www.hrbeupress.com>

E-mail: heupress@hrbeu.edu.cn

前 言

伴随科技的进步,海洋在近、现代社会日渐具有重要的战略意义。海洋的价值不仅仅体现在为沿海国家提供了丰富的物质资源,更重要的是带来运输的便利,使得沿海地区逐渐成为经济和文化中心。各国越来越重视海洋权益,依靠近代国家确立的“三海里”领海以及“公海航行自由”的习惯性规则,已经无法解决沿海国家对于海域权属的争议。于是,在1982年联合国召开大会通过了《联合国海洋法公约》,确立了沿海国对内水和12海里领海的主权权利、对200海里专属经济区和大陆架的管辖权利,以及公海航行自由原则。该公约于1994年生效,我国于1996年批准加入该公约。由于《联合国海洋法公约》明确规定了沿海国对内水和领海享有完全的主权权利,使得海域成为与土地性质一样的国家领土。我国也因此增加了近38万平方公里的国土面积。

对于海域的管理,多数沿海国家承袭传统,主要以渔业权制度解决海域利用问题。我国则开世界之先河,确立了海域使用权制度。1993年国家海洋局和财政部联合发布了《国家海域使用管理暂行规定》,初步确立了海域使用权以及海域有偿使用制度。2001年全国人大常委会制定并通过了《海域使用管理法》,并于2002年1月1日起实施。该法确立了海域使用权制度、海域使用规划制度、海域有偿使用制度、海域使用论证制度、海域使用环境影响评价制度等海域使用管理制度,海域使用管理制度完全模仿土地设置。其中海域使用权是海域使用管理制度的核心,它也是本书研究的主要目标。

海域使用权旨在确立海域空间利用权的归属,并不包含海域中所蕴含的资源,它是以“空间”归属为核心的产权制度,迥异于他国的以“资源”归属为核心的产权制度。但是,各国的土地制度受传统习惯、政治体制等影响较大,情况非常复杂。以土地为模板设置的海域使用权制度,除了继承土地的复杂传统之外,还要处理海域与土地性质差异所导致的不同,所以在海域使用权实施中必然会遇到许多难题,本书主要目的是帮助解决这些难题。本书的内容围绕以下两点展开:一是深入分析海域使用权的基础理论;二是围绕海域使用权的取得、流转和消灭制度,提出进一步完善海域使用权法律制度的具体建议。

本书的出版得到了教育部人文社会科学研究青年基金项目资助(项目批准号:05JC820051),在此深表谢意。

著 者

2015年6月

目 录

第一章 海域使用权概述	1
一、海域使用权的概念	1
二、海域使用权的特征	3
三、海域使用权的性质	5
四、海域使用权的种类	10
五、海域使用权人的权利和义务	13
六、海域使用权的保护	15
第二章 海域使用权的客体	20
一、海域概述	20
二、海域的范围	22
三、海域的区分利用	27
第三章 海域使用权登记制度	34
一、海域使用权登记的概念及特征	34
二、海域使用权登记的性质	36
三、海域使用权登记的功能	37
四、海域使用权登记的类型	38
五、海域使用权登记的程序	41
六、登记机关职责和责任	44
第四章 海域使用权的设立	47
一、海域使用权设立概述	47
二、海域使用权设立方式及程序	51
三、海域使用金	57
四、海域使用论证	65
第五章 海域使用权的流转	78
一、海域使用权的转让	78
二、海域使用权的抵押	85
三、海域使用权的出租	95
第六章 海域使用权的消灭	100
一、海域使用权消灭原因	100
二、海域使用权的征收	102
第七章 海域使用权与渔业权的冲突及协调	109
一、渔业权概述	109
二、渔业权与海域使用权冲突的表现	110
三、“事权分离”解释模式及其弊端	112

第八章 围填海造地	118
一、围填海造地概述	118
二、我国的围填海造地概述	119
三、其他国家的围填海造地	123
四、围填海造地中海域使用权与土地使用权的转化	125
五、我国围填海制度的完善	129
附录 自然资源利用权对民法物权理论的发展	132
一、自然资源利用权的名称与权利类型	132
二、自然资源利用权与传统用益物权的差异	133
三、自然资源利用权与其他物权的关系	135
四、自然资源利用权对民法物权理论的几点启示	138
参考文献	141

第一章 海域使用权概述

伴随科学技术的进步和人类支配海洋能力的增强,海洋在人类生存和发展上已经占有越来越重要的地位。1982年《联合国海洋法公约》确认了沿海国对于海洋享有的各项权利,其中包括对于内水和12海里领海享有与土地一样的主权权利,以及对于200海里的专属经济区和大陆架享有的管辖权利。该公约1994年生效,我国1996年批准了该公约,因而增加了约38万平方公里的蓝色国土。虽然相比陆地面积的总量,增加的海域面积相对值并不大。但是,近代经济是围绕海洋发展起来的,绝大多数重要城市都集中在海洋沿岸,海域所具有的辐射效应,使得它的实际价值远比增加38万平方公里的面积更为重要。

海域产权制度是海域利用的基础,也是沿海经济的重要支柱,目前它已经成为各国普遍关注的重点。我国财政部与国家海洋局于1993年联合发布了《国家海域使用管理暂行规定》,初步确立了海域使用证和海域使用金制度。在前述规章基础上,2002年制定《海域使用管理法》,该法参照土地使用管理的经验,以海域使用权制度为核心,确立了海域使用总体规划、海域有偿使用、海域使用论证等海域使用管理制度。2007年,我国《物权法》确认了海域使用权,明确了它的用益物权地位。除此之外,出于管理需要,还出台了一系列行政规章和政府管理文件。以海域使用权为基础的海域使用管理制度已经初步确立。由于海域使用权制度是我国首创,其他国家尚无先例,尚有许多问题值得研究。

一、海域使用权的概念

《海域使用管理法》并未给海域使用权下定义,学术上则众说纷纭。^① 鉴于海域使用权制度是我国首创,海域使用权的定义需要从《海域使用管理法》的规定本身寻找。《海域使用管理法》第2条规定:“在中华人民共和国内水、领海持续使用特定海域三个月以上的排他性用海活动,适用本法。”第3条规定:“海域属于国家所有,……单位和个人使用海域,必须依法取得海域使用权”。根据上述两条规定,海域使用权应该是指民事主体在一定期限内占有、使用、收益国有特定海域的排他性权利。海域使用权的概念可从以下几个方面来理解。

^① 现将主要的定义整理如下:(1)海域使用权系指经行政机关(国务院、省市、县人民政府)核准,在一定期限内利用某一特定海域,排他地从事开发利用活动并享受其利益的权利(崔凤友:《海域使用权的物权性分析》,《政法论丛》2001年第4期);(2)海域使用权是指民事主体基于县级以上人民政府海洋行政主管部门的批准和颁发的海域使用权证书,依法在一定期限内使用一定的海域的权利(崔建远:《海域使用权制度及其反思》,《政法论坛》2004年第11期);(3)海域使用权是民事主体(自然人、法人或者其他组织)在一定期间内对属于国家所有的特定范围的海域所享有的为某种特定目的而进行的占有、使用和收益的民事权利(李永军:《论海域使用权的物权性》,载尹田:《中国海域物权的理论与实践》,中国法制出版社2004版,第100页);(4)海域使用权是权利主体依法取得的在一定范围内支配特定海域的权利(李永军:《海域使用权研究》,中国政法大学出版社2007年版,第35页);(5)海域使用权为民事主体依照法律的规定或合同的约定所享有的对特定海域的占有、使用和收益的权利(叶知年:《海域使用权基本法律问题研究》,《西南政法大学学报》2004年第5期);(6)海域使用权是指海域使用者依法享有对国有海域的占有、使用、收益和处分的权利(毛亚敏:《海域使用权初探》,《杭州商学院学报》2004年第3期);(7)陈甦:《中国的海域使用权制度及其对物权法的新发展》,载尹田:《中国海域物权的理论与实践》,中国法制出版社2004年版,第54页。

(一) 海域使用权为民事权利

海域使用是与土地一样的民事权利。在资源价值上,作为地球表面的组成部分,海域是与土地同等重要的宝贵财富。在法律的位阶上,《海域使用管理法》与《土地管理法》为同等地位的法律,都是由全国人民代表大会常务委员会制定的。在法律规范的内容上,法律是将海域使用权作为土地使用权同等重要的民事权利加以规定的,这一方面表现在海域使用权制度在取得、流转以及保护等制度上借鉴了《土地管理法》的成功经验;另一方面《物权法》第122条更是明确规定:“依法取得的海域使用权受法律保护”。海域使用权作为民事权利当无异议。

(二) 海域使用权的主体是自然人、法人和其他组织

《海域使用管理法》规定的海域使用权主体是“单位和个人”。《海域使用管理法》第3条第2款规定:“单位和个人使用海域,必须依法取得海域使用权”。第16条规定:“单位和个人可以向县级以上人民政府海洋行政主管部门申请使用海域。”笔者认为,“单位和个人”这一用语在法律领域尤其是私法领域并不规范,也不代表特殊含义,不过是习惯用语的沿用而已。所谓的“单位和个人”应该指一般民事主体,即自然人、法人和其他组织。法律上对海域使用权的主体无特殊限制。

(三) 海域使用权是使用国有特定海域的权利

海域使用权是成立在海域使用价值上的权利。海域使用权成立后,海域使用权人有权对海域占有、使用并获得收益,并且可以处分海域使用权。海域属于国家所有,广义上来说,任何人使用的都是国有海域。但对于《海域使用管理法》颁布实施之前由集体经济组织和村民委员会占有并发包的海域,依法要确权给集体经济组织或村民委员会,并由集体经济组织成员承包。由于《海域使用管理法》规定的规则,没有针对集体经济组织和村民委员会的海域使用权,以及集体经济组织成员的海域承包经营权,所以,这里的国有海域不包括确权给集体经济组织和村民委员会的海域。另外,国有海域的范围只包括内水和领海,内水和领海的海域空间包括水面、水体、海床和底土。根据《联合国海洋法公约》的规定,沿海国只对内水和领海享有完全主权权利,这与领土享有的完全主权权利一样。而在专属经济区和大陆架的主权权利仅限于特定事项,公海则不享有任何主权权利。

海域使用权的对象海域必须是特定的。特定海域一方面是指某一宗可以特定化,并且可以进行公示的海域;另一方面是指特定的海域空间,不包括海域内部资源,如渔业资源、矿产资源等。海域使用权如土地使用权一样,只是确定空间使用权的归属,如欲取得渔业、矿产等资源,还需要另外取得捕捞权、采矿权等相应的权利。

(四) 海域使用权是具有排他性的权利

海域使用权的排他性包括两方面内容:一是排除所有人及他人干涉。这是由海域使用权的支配权属性决定。支配权都具有排他性,但与其他支配权如人格权和知识产权等不同,海域使用权排除包括所有人在内的任何人干涉,而人格权和知识产权等不存在所有人干涉问题。二是内容相冲突的两个以上的海域使用权不能同时成立在同一宗海域上,如同一宗海域不能设置两个以养殖为目的的海域使用权,也不能设置一个以养殖为目的的海域

使用权,然后再设置一个以建设为目的的海域使用权。当然,不相冲突的权利则可以同时成立在同一宗海域之上,如海域使用权与海域抵押权。关于海域使用权的排他性应当注意以下两个问题:

(1)海域使用权与海域役权并存问题。海域役权是指为其他人或者不动产的便利而使用特定海域的权利。海域役权并非《海域使用管理法》中规定的海域使用权,不具有排他性,所以海域役权可以与海域使用权并存。

(2)区分海域使用权并存问题。所谓区分海域使用权,是指在同一宗海域上下空间垂直地存在的两个以上的海域使用权。如某人取得一宗海域的使用权,并利用水面和水体从事海上养殖作业,而另一人取得该宗海域的底土使用权铺设通信电缆,该两个主体取得的就是区分海域使用权。之所以存在区分海域使用权,一方面是源于社会需要;另一方面是海域的多用途性和客体的复合型所决定的。区分海域使用权并不违反海域使用权的排他性,因为两个海域使用权的权利行使互不影响。区分海域使用权不过是海域平面利用到立体利用发展的一个缩影。

(五)海域使用权是有期限的民事权利

与他物权属性相适应,海域使用权有期限限制。海域使用权的期限限制包括最低和最高期限限制。海域使用权的最低期限是三个月,这是根据养殖完成所需要的最短周期。海域使用权的最高期限因用途而不同,根据《海域使用管理法》第25条规定,海域使用权最高期限按照下列用途确定:①养殖用海15年;②拆船用海20年;③旅游、娱乐用海25年;④盐业、矿业用海30年;⑤公益事业用海40年;⑥港口、修造船厂等建设工程用海50年。海域使用权期限届满可以续期。

二、海域使用权的特征

对于海域使用权的特征学理上也未达成共识。^①笔者认为,海域使用权具备如下特征。

(一)海域使用权具有概括性

学者大多认为海域使用权是一概括性权利。但是对于海域使用权的概括程度见解不一,有学者主张,海域使用权是与土地使用权并列的上位概念^②;还有学者主张,海域使用权之下存在着丰富多彩的具体用益物权,不仅包括养殖用海权以及工程用海权等,还包括其

^① 关于海域使用权的特征,学理上的概括各不相同。如有人认为,海域使用权的特征包括:(1)海域使用权是民事权利;(2)海域使用权是物权;(3)海域使用权是他物权中的用益物权;(4)海域使用权的客体是特定海域;(5)海域使用权是一种概括性的权利;(6)海域使用权是一种不动产物权;(7)多种海域使用权可以同时存在同一特定海域上。(参见李永军:《论海域使用权的物权性》,载尹田:《中国海域物权的理论与实践》,中国法制出版社2004年版,第101-102页)。有人认为:海域使用权的特征包括:(1)海域使用权的派生性;(2)海域使用权的从属性;(3)海域使用权的直接性;(3)海域使用权的期限性;(4)海域使用权取得的有偿性。(参见崔凤友:《海域使用权的物权性分析》,《政法论丛》2001年第4期)。有人认为,海域使用权特征包括:(1)海域使用权是一种民事权利;(2)海域使用权具有从属性;(3)海域使用权的行使客观上受很多限制。(毛亚敏:《海域使用权初探》,《杭州商学院学报》2004年第3期)。有学者认为,海域使用权据以派生的海域所有权具有概括性;海域使用权的客体具有空间性;海域使用权的期限具有长期性;海域上的用益物权可由海域使用权统一概括。(陈甦:《中国的海域使用权制度及其对物权法的新发展》,载尹田:《中国海域物权的理论与实践》,中国法制出版社2004年版,第56页)。

^② 关涛:《海域使用权问题研究》,《河南省政法管理干部学院学报》2004年第2期。

他各种类型用海权,如捕捞用海权、临时用海权以及海役权等^①。我们原则上赞同海域使用权具有概括性,但不支持在太宽泛意义上理解海域使用权,海域使用权只包括养殖用海与建设用海两种类型的概括性权利。

(1)不能将海域使用权理解为与土地使用权并列的上位概念。单纯从字面含义上看,海域使用权与土地使用权是同等层次的概念,但在实质内容上海域使用权却比土地使用权的范围小得多。土地使用权包括建设用地使用权、土地承包经营权、地役权等,而海域使用权至少不包括海域承包经营权和海域役权。土地使用权是学理上的概念,海域使用权是法律上的概念。使用海域使用权这一概念是否合适确实值得商榷,但不能将不同领域的两个概念相混淆。

(2)海域使用权也并非是全部海域用益物权的总称。海域使用权至少不包括临时用海权以及海域役权。海域用途的确广泛,但全部使用海域的权利都通过一部法律来规定并不现实。性质迥异的权利类型不宜通过一部法律加以规范。虽同属于海域上的用益物权,但海域承包经营权是通过集体经济组织发包设定的,承包者多数是集体经济组织的成员,在权利的取得、流转、公示方式等方面遵循着与海域使用权完全不同的规则。不管是所有人还是海域使用权人设定的海域役权,都不具有排他性,海域役权的规则也与《海域使用管理法》中的海域使用权的规定相去甚远。《海域使用管理法》第52条规定,临时的排他用海权参照有关规定办理临时海域证的规定,这足以说明法律上将临时用海权排除在外。

(3)海域使用权的概括性只是相对的,是相对于建设用地使用权的单一性而言的。土地上的基本用益物权根据用途分为建设用地使用权与土地承包经营权。建设用地通常需要设定建设用地使用权,农业用地只能设定土地承包经营权,建设用地使用权与土地承包经营权完全适用不同的规则。海域上的权利配置相对要复杂一些,海域上的基本用益物权也可以分成海域使用权和海域承包经营权。海域承包经营权只以养殖用海为目的,但是海域使用权不但包括建设项目用海,还包括农业目的的养殖用海。也就是说,在权利的组成上,相比建设用地使用权,海域使用权不但包括建设用海,还包括养殖用海,具有一定的概括性。

(二)海域使用权的客体具有特殊性

海域使用权的客体为海域。海域在许多方面表现出了与土地不同的特点。首先,海域空间的构成具有复杂性。海域非仅指单一的海水水体,不但包括水面、水体,还包括海床和底土,甚至还应该包括海上空间。《海域使用管理法》第2条规定:“海域包括内水和领海的水面、水体、海床和底土”。其次,海域具有多用途性。海域空间的复杂性决定了海域具备多种用途,如养殖、海底电缆、海底隧道、跨海大桥等。第三,海域中的水体具有流动性。第四,海域除具有重要的经济价值外,在环境、国防等方面也具有更重要的战略意义。

(三)海域使用权具有复合性

海域使用权的复合性表现在三个方面:一是客体的复合性,海域是不同性质的水面、水体、海床和底土共同构成的空间;二是内容上的复合性,设定海域使用权的目的可以是多样的,不限于单一内容,如养殖用海和建设用海都可以设定海域使用权;三是空间利用上的复合性。海域使用权可以平面分割利用,每一宗海域可以设定一个海域使用权,海域还可以纵向分割区分

^① 李永军主编:《海域使用权研究》,中国政法大学出版社2007年版,第62-66页。

利用。也就是说,一宗海域不但在横向上可能存在数个海域使用权,而且在纵向上立体的不同层面上也可能存在数个海域使用权。海域之所以可以区分利用是由海域构成上复杂性以及多用途性决定的。人类不但可以利用水面,还可以利用不同深度的水体,甚至可以利用海床和底土,不同位置海域的利用常常互不影响,如海水养殖与海底电缆的铺设等。

(四) 海域使用权具有更强的社会性

1. 海域使用权负环境保护义务

我国专门制定有《海洋环境保护法》,海域使用权的设定和行使应当符合该法规定。《海域使用管理法》中还规定了更为具体的环境保护措施,如对填海、围海等改变海域自然属性的用海活动的严格控制(《海域使用管理法》第4条)。海洋功能区划的编制必须符合海域的区位、自然资源和自然环境等自然属性,并且需要保护和改善生态环境,保障海域可持续利用,促进海洋经济的发展(《海域使用管理法》第11条);海域使用权人发现所使用海域的自然资源和自然条件发生重大变化时,应当及时报告海洋行政主管部门(《海域使用管理法》第24条);海域使用权终止后,原海域使用权人应当拆除可能造成海洋环境污染或者影响其他用海项目的用海设施和构筑物(《海域使用管理法》第29条)。

2. 海域使用权负有国防安全的义务

我国沿海海域都处在海防前沿,战略地位十分重要,在军事用海附近不合理的海域使用,往往会危及国防安全。《海域使用管理法》注重国防安全的保护,如:海洋功能区划的编制应当注意保障国防安全,保证军事用海需要(《海域使用管理法》第11条);因国家安全的需要,原批准用海的人民政府可以依法收回海域使用权(《海域使用管理法》第30条);使用特定海域不足三个月,可能对国防安全造成重大影响的排他性用海活动,应当办理临时海域使用证(《海域使用管理法》第52条)。

3. 海域使用权的设定和行使不能影响海上交通安全

海上交通安全攸关个人生命和财产利益,在与海域使用权发生冲突时应当优先保护。《海域使用管理法》重视海上交通安全的保护,如:海洋功能区划的编制应当注意保障海上交通安全(《海域使用管理法》第11条);使用特定海域不足三个月,可能对海上交通安全造成重大影响的排他性用海活动,应当办理临时海域使用证(《海域使用管理法》第52条)。

4. 海域使用权应担负国际法的无害通过义务

根据《联合国海洋法公约》的规定,不论沿海国或内陆国,所有国家船舶均享有无害通过领海的权利。所谓“通过”是指为了以下两个目的通过领海的航行:一是穿过领海但不进入内水或停靠内水以外的泊船处或港口设施;二是驶往或驶出内水或停靠这种泊船处或港口设施。通过应继续不停和迅速进行。通过包括停船和下锚在内,但以通常航行所附带发生的或由于不可抗力或遇难所必要的或为救助遇险或遭难的人员、船舶或飞机为限。所谓“无害通过”是指只要不损害沿海国的和平、良好秩序或安全就是无害的。

三、海域使用权的性质

(一) 关于海域使用权性质的各种学说

1. 公权说

该说认为公权为公法上所规定的权利,海域使用权规定于《海域使用管理法》,而《海域

使用管理法》系属公法,海域使用权设定又是主管机关基于《海域使用管理法》所为的行政处分,因此,海域使用权为公权。除此之外尚有“公物特许利用说”,该说认为海域使用权的标的是一种公物,而公物则系供公众使用,因此海域使用权只是一种经主管机关同意的公物使用权,是一种公权。^①

2. 兼具公权、私权说

该说认为海域使用权是一种兼有公、私属性的权利。其公权性体现在海域使用权人所承担的行政义务或社会性义务,如权利获得的审批程序、开发利用方式的限制、为公共利益可以收回、保护环境和可持续发展的义务等;其私权性体现在海域使用权人对特定海域的“排他使用”,海域使用权人与国家之间的民事法律关系等。该学说的根据在于海域使用权具有产权性质,而产权具有公益与私益的双重价值,经济与环保的双重功能。^②

3. 私权说

这是目前大部分学者所主张的观点,但是对于海域使用权是何种性质的私权尚有不同的认识。其又可以分为自然资源使用权说、准物权说、特许物权说和用益物权说。

(1)自然资源使用权说。该说认为海域是一种重要的自然资源,海域使用权同土地使用权、矿业权一样也是一种自然资源使用权。^③

(2)准物权说。一些学者认为传统的渔业权性质上为准物权。而传统渔业权包含海域使用权中的海域养殖权。所以实质上将海域使用权当作准物权对待。也就是说海域使用权非民法上的物权,但在效力方面与物权相近,在法律上可以视为物权并准用《物权法》的有关规定。^④

(3)特许物权说。该说认为海域使用权具有物权性,但属于特别法规定的物权,称特许物权更为合适。^⑤

(4)用益物权说。该说认为海域使用权具备用益物权的一般要素,符合用益物权的特征,因而应该属于用益物权。

(二)各种学说评析

1. “公权说”评析

“公权说”的理由是无法令人信服的,公权与私权不是以规定该权利的法律,也不是根据权利指向的客体,而是根据权利本身的内容来划分的。公法中确定私权的现象很普遍,如建设用地使用权(原国有土地使用权)就是规定在《土地管理法》中的,但理论和实践中没有人否认建设用地使用权的私权性质。权利指向客体的公物性质更无法说明权利的公权性质,我国土地属于国家和集体所有,海域属于国家所有,土地和海域性质上都是“公物”。也正因为国家和集体自身无法实现这些“公物”的使用价值,才在其上配置权利,将土地和海域交给私人来使用。这样,建设用地使用权、土地承包经营权、海域使用权等就都成为以

① 刘兰:《海域使用权法律性质探析》,《学术交流》2005年第1期。该文作者认为海域使用权具有较强公共性,为一种公法上规定的具有较强公共性的私权。

② 巩固:《海域使用权法律性质的辨析》,《中国海洋大学学报》(社会科学版)2006年第5期。

③ 卞耀武:《中华人民共和国海域使用管理法释义》,法律出版社2002年版第6页。

④ 李开国:《民法基本问题研究》,法律出版社1997年版,第293、294页。张俊浩:《民法学原理(修订第三版)》(上)中国政法大学出版社2000年版,第397页。

⑤ 王利明:《中国物权法草案建议稿及说明》,中国法制出版社2001年版,第413页。

占有、使用和收益为主要内容的私权,成为《物权法》乃至民法规范的主要对象之一。

2. “兼具公权、私权说”评析

通过兼具公权、私权双重属性的观点使我们看到了海域使用权所具有的“排他使用”的私权属性,这是其正确的一面。但因为海域使用权担负“社会义务”,就认为海域使用权具有公权属性并不恰当。“所有权负担社会义务”这是一百年以前的《德国民法典》就已经确立的一项原则。不能就此说得出结论《德国民法典》确立的所有权兼具公权与私权的双重属性。私权都负有社会义务,而且国家为公共利益需要可以对私权进行征收,这是任何国家都认可的行为。海域使用权负担所谓“行政义务”也无法表明海域使用权具有双重属性,审批方式并非海域使用权取得的唯一方式,海域使用权也可以通过合同方式取得,不能就此说审批取得的海域使用权具有公权属性,通过合同方式取得海域使用权就不具有公权属性。在现实生活中,许多私权都是通过国家审批方式授予的,如矿业权、专利权等。海域的使用受到较多限制也不能表明海域使用权具有公权属性,自由是相对的,私权自其产生时起就受到限制,而且随着社会的日益发展,私权受到限制日渐增加,我们也不能就此认为私权已经越来越具有公权属性了。不论受到多少限制,私权依然是私权,它不会变成如言论自由、选举权和被选举权一样的公权利。

3. “私权说”评析

海域使用权性质上属于私权应当是毋庸置疑的。但是将其定性为“自然资源使用权”“准物权”和“特许物权”并不合适。首先,有学者正确地指出,自然资源使用权说从宏观上对海域使用权进行了性质定位,指出其自然资源使用权的整体属性,这是其可取之处,但这种定位方式过于宽泛,法律属性明显不足。自然资源使用权应当是土地使用权、海域使用权、水权、采矿权等的共同的上位概念,将海域使用权笼统地定性为自然资源使用权,难以体现海域使用权自身所具有的法律特征,容易使人将海域使用权与其他自然资源使用权相混淆,也无益于用益物权体系的构建。^①其次,以准物权定性海域使用权也不合适。“准”字的汉语含义是“程度上不完全够,但可以作为某类事物看待的。”^②法律中使用的语言大体可以分为两类:一类是生活普通用语;一类是法律专门语言。不管是生活普通用语,还是法律专门语言,其含义范围都不能超出语义的基本范畴。也就是说,准物权并非物权,这类权利程度上不完全符合物权的特点,但是可以作为物权来对待。学理上或者将权利物权(如权利质押权和权利抵押权等)称为准物权,或者将权利取得权(如优先购买权、期待权等)称为准物权,或者将探矿权、采矿权、捕捞权等称为准物权。将上述权利定性为准物权应该是准确的,这些权利都不具备物权的典型特征,或者在权利客体方面,或者是在权利的内容上,这些权利都与物权存在差异。而海域使用权与这些准物权差别明显,不论是权利内容、还是权利客体,甚至取得和保护方式上都符合典型物权的特征。最后,海域使用权也非特许物权。学理上通常将探矿权、采矿权、捕捞权等权利称为特许物权,^③因为这些权利的取得通常需要经过特别的行政许可。特许物权是准物权的另外一种称谓,这两个称谓所指称的权利内容相同,区别在于特许物权从称谓上承认了这些权利的物权属性,后者是否承认则

① 刘宝玉,崔凤友:《海域使用权研究》,载尹田:《海域物权的理论与实践》,中国法制出版社2004年版,第135页。笔者也曾经撰文探讨过自然资源利用权,主要是指渔业、探矿、捕捞等。其实海域使用权与他们是不同的。具体内容参见本书附录。

② 中国社会科学院语言研究所词典编辑室编:《现代汉语词典》,商务印书馆1983版,第1525页。

③ 也常被称为准物权或者是特别法上的物权。

有不同的理解^①,至少从语言的本源含义上看应该非属物权,但由于这些权利与物权较为类似,可以作为物权看待。海域使用权与探矿权、采矿权、捕捞权等存在显著差异,并非特许物权已如上述。^②

(三)海域使用权是典型的用益物权

1. 海域使用权具备用益物权的本质属性和基本特征

所谓的用益物权是指直接支配他人之物而利用其使用价值的定限物权。^③ 用益物权与担保物权是最重要的他物权。用益物权与担保物权的区别在于前者是支配他人之物的使用价值,担保物权是支配他人之物的交换价值。也就是说,支配他人之物的使用价值是用益物权的本质属性。海域使用权就是权利人支配国有海域的使用价值的权利,符合用益物权的本质属性。一般说来,用益物权具备如下四个特征:①用益物权的内容是利用物的使用价值;②用益物权的客体以不动产为限;③用益物权是具有独立性的权利;④用益物权的实现通常以占有标的物为前提。海域使用权完全符合上述四个特征,海域使用权的内容是利用海域的使用价值,海域在一定的空间范围看具备不动产的特点,海域使用权具备独立性,不以其他权利的存在为前提,并且海域使用权的实现通常以占有标的物为前提。

2. 海域与土地共同具有的空间资源属性也决定海域使用权为典型的用益物权

海洋与陆地具有不同的自然属性。海域与陆地具有不同的物质构造,陆地固定不动,海水则变动不居。海洋和陆地为人类提供着不同的资源。尽管自然属性上它们存在巨大差异,但在对人类生存空间资源的提供上而言,二者却是相同的。法律上关注的正是二者空间的归属和利用。也就是说,土地与海域上的权利配置目的都是确定空间的归属和利用,而不包括依赖土地和海域空间而存在的其他自然资源。就这一点而言,海域与土地上的权利属性不应该有本质上的差异。传统的用益物权是围绕着土地设立的,与土地具有相同法律属性的海域上的权利也应该属于典型的用益物权。

3. 我国立法上也一直将海域上的使用权与土地上的使用权作为同样的用益物权对待

我国土地使用权和海域使用权正式被确立为独立的物权类型的时间几乎是同步的。1986年,我国通过了《土地管理法》,尽管当时仅仅是作为土地所有权的一项权能,但土地使用权制度已经明确确立。1993年,国家海洋局和财政部经国务院批准颁布了《海域使用管理暂行规定》,在明确“海域属于国家所有”基础上提出了“海域使用权”的概念,并建立海域使用审批和有偿使用法律制度,初步建立了海域使用权制度。尽管《土地管理法》与《海域使用管理暂行规定》并非同一位阶,前者是法律,后者是行政法规。^④ 但《海域使用管理暂行规定》对于海域使用权制度确立的基础作用是不容置疑的。

2001年,全国人大常委会通过了《海域使用管理法》,并于2002年1月1日开始实施。

① 关于准物权是否为物权我国学理上有是与不是不同的看法。

② 学者对特许物权这一称谓尚有不同意见,因为有些“特许物权”并非经过特别的行政特许,而是基于其他事实产生(崔建远:《准物权的理论问题》,《中国法学》2003年第3期)。这是有道理的,我国的探矿权和采矿权就可以通过招标、拍卖的竞争方式取得。

③ 房绍坤:《用益物权基本问题研究》,北京大学出版社2006年版,第4页。

④ 依照2000年的《立法法》第61条的规定,只有国务院颁布的才是行政法规。而在立法法颁布实施前,依照1987年《行政法规制定程序暂行条例》(已经失效,为2002年《行政法规制定程序条例》取代)第15条的规定,国务院发布和由国务院批准、国务院主管部门发布的都属于行政法规。

《海域使用管理法》正式明确了海岸线是海域与陆地的分界线。这样,《土地管理法》和《海域使用管理法》的适用范围覆盖了我国全部的领土。土地使用权制度与海域使用权制度也就并列成为确立地球表面空间归属和利用的法律制度。2007年通过的《物权法》第122条规定:“依法取得的海域使用权受法律保护”。

4. 用益物权的时代性和本土性决定了将海域使用权定性为用益物权不存在理论障碍

用益物权体系在不同历史时期表现出很大差异,不同的国家也有完全不同的用益物权制度,这是因为用益物权采用何种体系完全取决于该国的经济制度。如罗马法中的用益物权体系反映了高度发达的奴隶制商品经济的需要,而《法国民法典》和《德国民法典》所规定的各种用益物权形式,为调整资本主义商品经济关系提供了十分精巧的法律工具。用益物权体系的构建还受着本国历史、文化、民族传统等方面的影响。这两方面的因素决定一国在制定用益物权体系时不必过于受理论和他国制度的影响,而应该是根据需要出发制定用益物权体系。正如有关学者指出,我们构建用益物权体系时,必须从中国的实际情况出发,体现出本土性的特征。脱离中国社会生活的法律制度,即使该制度设计得再完善,它也是没有价值的。^①我国将海域使用权确立为与土地使用权并列的用益物权,就是基于我国公有制以及使用土地和用海的传统。土地属于国家和集体,海域属于国家,相似的所有权形式决定完全可以采取类似的价值实现方式。而将集体经济组织成员使用的海域确权给集体经济组织用于承包,则是充分考虑了用海的传统。

(四) 海域使用权的用益物权设计的重要意义

鉴于海域与土地具有地表资源的属性,以及我国立法过程中对《土地管理法》的借鉴,论证海域使用权的典型用益物权属性并不困难。更为重要的是,赋予海域使用权物权属性具有重要意义。正如有关学者指出,论证海域使用权是一种用益物权是可能的,论证其不是一种用益物权也是可能的。关键在于哪一种制度结论更为符合制度建设的目的。^②

1. 赋予海域使用权用益物权属性可以充分协调国家、集体和个人的利益

国家是海域的唯一所有人,海域的价值依靠集体和个人来实现。通过海域使用权制度,国家可以直接将海域授权给个人使用,或者是先授权给集体经济组织,然后由集体经济组织为本集体经济组织成员设定海域承包经营权。这样,国家、集体和个人在法律关系上就很清楚,各自利益都能够得到充分实现。

2. 赋予海域使用权用益物权属性可以使海域资源得到充分利用

相比债权的期限较短、不能阻止违约行为的发生相比,赋予海域使用权典型用益物权的效力,不但可以保证海域的使用相对具有较长的期限,而且所有人只有基于公共利益需要才可以收回海域使用权,不会因为所有人的违约行为而使海域使用权处于不确定状态。这样可以有效地防止对资源的短期开发行为,避免掠夺性开发,有利于海域资源的可持续利用。

3. 赋予海域使用权用益物权属性可以使海域资源流转顺利实现

资源流转的前提是产权清晰。赋予海域使用权以用益物权效力可建立较为清晰的产权关系。此外,与债权流转相比,物权的流转更便捷,不需要特别考虑如何建立合适的公示

^① 房绍坤:《用益物权基本问题研究》,北京大学出版社2006年版,第4页。

^② 尹田:《中国海域物权的理论与实践》,中国法制出版社2004年版,第5页。

方式以及如何保障债务人利益等问题,海域资源的流转可以顺利实现。

4. 赋予海域使用权用益物权属性可以有效地抵制他人尤其是所有人对海域使用的干涉

物权是绝对权、对世权,任何人都负有不得干涉的义务。一旦有人侵害海域使用权,海域使用权人可以直接基于物权被侵害得到保护。此外,赋予海域使用权用益物权属性还可以抵制所有人对海域使用的干涉。这方面的意义尤为重要,因为我国实践中所有人干涉使用人的情况比第三人的侵害还要普遍。作为用益物权,海域使用权是对海域所有权的限制。这些限制表现在:海域使用权成立后有优先于海域所有权的效力;国家在行使海域所有权时,不得妨碍海域使用权人行使权利;国家不得随时改变海域使用权人的义务内容;海域使用权依法成立后,所有人不得随意收回等。

四、海域使用权的种类

(一) 狭义的海域使用权与广义的海域使用权

根据海域使用权包含的权利范围不同,可以将海域使用权分为狭义的海域使用权与广义的海域使用权。狭义的海域使用权是指排他地使用海域三个月以上的海域使用权。主要包括建设用海权和养殖用海权。广义的海域使用权是指一切以海域为客体的物权性质的权利,即除狭义的海域使用权外,还包括低于三个月使用期限的临时用海权,使用不具有排他性的海域役权。此外,还包括集体经济组织和村民委员会的海域使用权、集体经济组织成员的海域承包经营权。《海域使用管理法》第22条规定:“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,经当地县级人民政府核准,可以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。”该条解决的是海域宣告国有后,原来习惯上被农村集体经济组织或者村民委员会经营管理的养殖用海依然归农村经济组织或者村民委员会使用,并且可以继续由本集体经济组织的成员承包。这一规定包含了两项权利:一项是农村集体经济组织或者村民委员会享有的海域使用权;一项是由集体经济组织成员享有的海域承包经营权。从《海域使用管理法》看,其中规定的海域使用权规则基本都不适用于上述这两项权利。也就是说,上述两项权利不在狭义的海域使用权范围之内。

区别狭义和广义的海域使用权的意义在于,《海域使用管理法》的规定主要适用于狭义的海域使用权。本书阐述的主要也是狭义的海域使用权。

(二) 建设用海使用权与养殖用海使用权

根据是否用于农业目的,海域使用权可以分为建设海域使用权与养殖海域使用权。建设海域使用权是指在海域上建设建筑物、其他附着物、悬浮物,或者填海、围海,以实现拆船、旅游、娱乐、盐业、港口、造船、铺设电缆等非养殖目的而设立的海域使用权。建设海域使用权是海域使用权的最主要类型。养殖用海使用权是指在为实现在海域上从事水生动物、水生植物的饲养和繁殖活动等养殖目的而设立海域使用权。

区分建设用海使用权与养殖用海使用权的意义在于如下几点:

(1) 两者最高期限限制不同,建设用海使用权的最高期限一般较长,为20年以上,而且不同种类的建设用海使用权的最高期限各不相同,如拆船用海20年;旅游、娱乐用海25年;

盐业、矿业用海 30 年;港口、修造船厂等建设工程用海 50 年。而养殖用海使用权的期限最高不得超过 15 年。

(2)在海域使用金的缴纳上不同。建设用海使用权人除公益性用海以及公用设施用海、国家重大建设项目用海外一般需要缴纳海域使用金。养殖用海使用权经有批准权的人民政府财政部门 and 海洋行政主管部门审查批准,则可以减缴或者免缴海域使用金。

(三)经营性海域使用权与公益性海域使用权

根据取得海域使用权是否以营利为目的,海域使用权可以分为经营性海域使用权与非经营性海域使用权。经营性海域使用权是指以获得一定经济利益为目的而设立的海域使用权。从海域使用的类型上看,海水养殖、旅游娱乐、油气开发、固体矿产开采、盐业、电缆管道、修造拆船等用海多属于经营性用海。经营性用海是海域使用权的主体部分。公益性海域使用权是指以实现公共利益以及其他非营利目的而设立的海域使用权。下列用海一般属于公益性用海:军事用海;公务船舶专用码头用海;非经营性的航道锚地等交通基础设施用海;教学、科研、防灾减灾、海难搜救打捞等非经营性公益事业用海。

区分经营性海域使用权与公益性海域使用权的意义在于如下几点:

(1)在海洋功能区划修改方面。如果公益性用海需要改变海洋功能区划的,可以根据国务院的批准文件修改。而经营性用海除大型能源、交通等基础设施建设用海需要改变海洋功能区划的外,则必须符合海洋功能区划,不能根据需要进行修改。

(2)在取得方式上。公益性海域使用权只能通过审批方式取得。而经营性海域使用权不但可以通过审批方式取得,还可以通过招标、拍卖等其他方式取得。而且,随着海域使用权制度的不断完善,经营性海域使用权将更多的通过审批以外的方式取得。根据《海域使用权管理规定》第 30 条的规定,对于经营性用海,如果同一海域有两个或者两个以上用海意向人的,原则上应当采用招标、拍卖方式出让海域使用权。

(3)在海域使用金缴纳上。公益性用海免缴海域使用金,而经营性用海除公用设施用海、国家重大建设项目用海和养殖用海经有批准权的行政主管部门批准可以减缴或者免缴海域使用金外,必须缴纳海域使用金。

(四)区分海域使用权与普通海域使用权

根据一宗海域垂直上下成立的海域使用权数量,可以分为区分海域使用权与普通海域使用权。所谓区分海域使用权是指在一宗海域的垂直上下成立的两个以上的海域使用权,如在海底成立的电缆布设海域使用权,在同宗海域的水面上成立养殖海域使用权。两个海域使用权区分利用同宗海域的不同空间,从而互为区分海域使用权。所谓普通海域使用权是指在一宗海域的垂直上下设立的一个海域使用权。普通海域使用权是相对于区分海域使用权的称谓。普通海域使用权是海域使用权的常态。

区别区分海域使用权与普通海域使用权的意义在于如下几点:

(1)登记方面的差异。普通海域使用权只要划分四至,按照四至的经纬度就可以实现登记,而且在水面上也可以设置四至标志,登记相对容易。而区分海域使用权登记较为烦琐,不但要登记一宗海域的四至,还需要登记海域的垂直范围,从技术上而言相对困难。

(2)相邻关系上的差异。普通海域使用权的相邻关系是平面上的,主要是一普通海域使用权与四周其他普通海域使用权之间的相邻关系,内容相对简单;而区分海域使用权的