



渤海管理立法研究

“985工程”哲学社会科学创新基地 中国海洋大学海洋发展研究院资助
教育部人文社会科学重点研究基地



渤海管理法的体制问题研究

Study on System Issues of Bohai Management Law

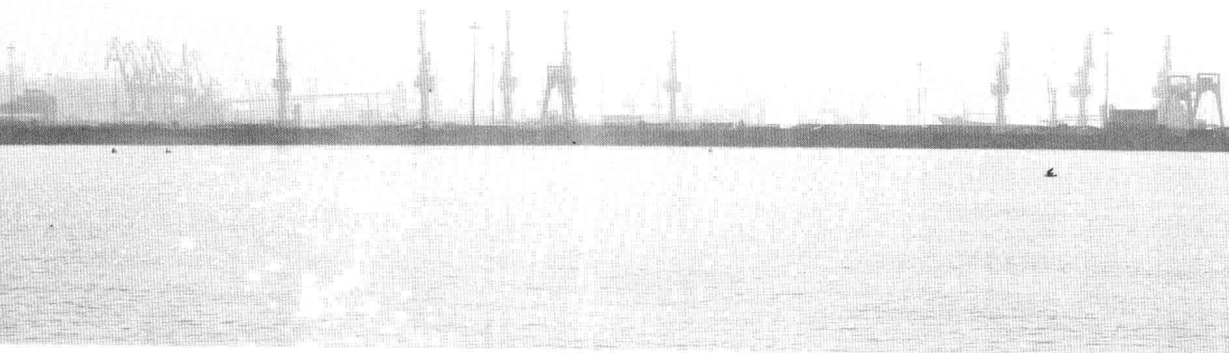
徐祥民 李冰强 等著



人民出版社



渤海管理立法研究



渤海管理法的体制问题研究

徐祥民 李冰强 等著



人民出版社

责任编辑:张 立
装帧设计:周涛勇
责任校对:吕 飞

图书在版编目(CIP)数据

渤海管理法的体制问题研究/徐祥民 等著. -北京:人民出版社,2011.12
ISBN 978-7-01-010384-6

I. ①渤… II. ①徐… III. ①渤海-环境保护-立法-研究 ②渤海-
资源保护-立法-研究 IV. ①D922.66

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 227554 号

渤海管理法的体制问题研究

BOHAI GUANLIFA DE TIZHI WENTI YANJIU

徐祥民 李冰强 等著

人民出版社 出版发行

(100706 北京朝阳门内大街 166 号)

北京新魏印刷厂印刷 新华书店经销

2011 年 12 月第 1 版 2011 年 12 月北京第 1 次印刷

开本:710 毫米×1000 毫米 1/16 印张:16

字数:270 千字 印数:0,001-3,000 册

ISBN 978-7-01-010384-6 定价:35.00 元

邮购地址 100706 北京朝阳门内大街 166 号
人民东方图书销售中心 电话 (010)65250042 65289539

作者简介

徐祥民, (1958—), 又名徐进, 山东汶上人, 历史学博士, 法学博士, 中国海洋大学教授、博士生导师、法学院院长, 兼任教育部人文社会科学重点研究基地、“985”哲学社会科学创新基地中国海洋大学海洋发展研究院研究员, 中澳海岸带管理研究中心共同主任, 中国法学会理事, 中国环境资源法学研究会副会长, 山东省法学会副会长等学术职务。多次主持并完成国家社科基金项目、教育部人文社会科学重大攻关项目等多项。在《中国社会科学》、《法学研究》、《中国法学》、《文史哲》等刊物发表学术论文百余篇。论文多次被《新华文摘》、《中国社会科学文摘》、中国人民大学《复印报刊资料》、《高等学校文科学报文摘》等转载。享受国务院特殊津贴, 获得首届中国法学优秀成果奖和山东省有突出贡献的中青年专家、山东省高等学校教学名师等称号。

李冰强, (1974—), 山西运城人, 山西大学法学院讲师, 中国海洋大学环境与资源保护法学专业博士研究生, 主要从事经济法学、环境法学的教学与研究工作。主持、参与国家社会科学基金项目、山西省留学基金项目和山西省软科学研究项目等多项, 在《中国法学》、《法学论坛》、《当代法学》、《中国行政管理》、《晋阳学刊》、《山西大学学报》等刊物发表学术论文 20 余篇。

资 助

国家海洋局政策法规和规划司

“985工程”哲学社会科学创新基地
教育部人文社会科学重点研究基地

中国海洋大学海洋发展研究院

前 言

一

中国海洋大学无疑是中国海洋研究的最重要的学府,也是中国海洋法研究的最重要的学府或最重要的学府之一,然而,作为这个学府中的一名教授,一名学科带头人,在接到研究渤海特别法这个任务时,我却丝毫都没有接受平常一桩小案那种“驾轻就熟”的感觉。虽然我积极拥护为渤海制定特别法的倡议,是为渤海立法的主张者,但当组织力量研究渤海立法的任务摆在面前的时候,我突然感觉茫然不知所措。为什么要为渤海立法?我开始怀疑我自己的主张。是为防治渤海污染,为保护渤海生态,为渤海资源的可持续利用,还是为了所有这一切?倡议为渤海立法时或支持为渤海立法的倡议时,头脑中对为什么要为渤海立法似乎很清楚,现在又不清楚了。适用于渤海管理的法还不够多吗,有那么多适用于渤海管理的法还不够用吗,这原本是别人问过的问题,甚至就是我被问的问题,现在成了我问我自己的问题。渤海没有治理好,没有保护好,问题出在执法不力上。如果能够解决执法不严、违法不究的问题,不愁渤海环境得不到改善。这样的判断虽然难以验证其真伪,以往也没有把它们看做是“过不去的火焰山”,但在承担了研究渤海立法的任务之后,它们却长时间地在我脑海里浮来漂去,使我一时难以再对为渤海立法的主张树立起曾经有的信心。

这些都不是迫使我放弃为渤海立法的主张的问题,但却都是值得每一个持应当为渤海立法主张的人思考回答的问题。这些问题以及其他与渤海立法相关的重大问题如果不能解决,为渤海立法的主张的合理性就要打折扣。正是出于这样的考虑,我在接受渤海立法研究任务之初既没有忙于回答渤海法的制度设计问题,也没有“先入为主”地为渤海立法的合理性、科学性找根据,更没有动手

起草渤海法的条文,而是花了很大的工夫梳理渤海立法中的,或者说制定渤海法需要解决的重大问题。渤海管理法的体制就是我梳理出来的重大问题之一。

二

为什么对渤海立法要作体制的思考?这项思考或许被认为是多余的。其实这一思考一点都不多余。我这样说绝不仅仅是因为学界和海洋管理实务界对海洋管理体制多有议论,而是因为体制问题,或者说体制问题所属的一个更具包容性的问题是立法需要解决的两项任务之一。

立法活动的主要任务概括起来有两项:一项是规范设计,包括设计行为规范、设计制度,重要的和不重要的,基本的和非基本的,调理规范体系、制度体系等。另一项是保障设计,包括执行机关设计,执行机关体系设计,执行机制设计,包括监狱等“物质附属物”和法律运行的其他物质、技术、人员条件等的设计。在大多数情况下,人们较多地关注了前一项任务,而对后一项任务却投入力量不足。

立法是怎样一项工作?一般的回答是:创制行为规范的活动。这个回答看起来没有错,因为所有的立法毕竟都要产生用以约束或引导人们行为的规范。但这个回答又是远不全面的。当人们说法律是具有国家强制性的行为规范时,这句话透露了这样的信息,即法律这种行为规范,从而也就是立法所创制的行为规范,是一定外部条件下的规范。这种行为规范要想具有国家强制性,它要么适应已有的外部条件,要么自己创设某种外部条件。^①这里所说的外部条件是指那种使法律的国家强制性可以表现为直接的国家强制的条件。最常见的是负有执行所立之法的职责的国家执法机关这种条件。那些被称为“一纸空文”的法律文件之所以不是真正的法律,不是因为它们不具备法律文件的形式要件,而是因为,更准确些说,常常都是因为它们没有获得使自己成为法律的那种外部条件。立法者不能不考虑把自己所创制的文字形式的规范变成具有国家强制性特

① 当然,创制外部条件常常都需要“适应”已有的外部条件。

点的行为规范的外部条件问题。^①

渤海立法研究还不是立法活动,但却是为立法机关的立法作准备的活动,这一研究不能不考虑如何使拟议的纸上规范获得使之变成具有法律效力的法律规范的外部条件问题。

三

从操作层面来看,拟设的行为规范与使之成为法律规范的外部条件之间的关系可以概括为法律与法律的执行者之间的关系,或者说是“法与人”的关系。这种关系常常表现为一定的国家立法与一定的国家机关之间的关系。如果没有侦查、起诉、审判机关的存在,刑事法律制定得再严酷,这种形式法律也只能成为前述的“一纸空文”。如果没有负责土地管理的国家机关,没有负有管理土地职责的国家机关,土地管理法规定得再详尽也难以实现其所预期的土地管理目标。立法上的“法与人”的关系的存在提醒我们,要制定渤海立法必须先给这部法律安排执行者,而研究渤海立法必须先考虑把将要产生的法律交给谁来执行。不做这样的安排的立法是盲目的立法活动,不做这样的研究的法案设计是不负责任的闭门造车。

在我们的思考与具体的渤海立法中的“人与法”关系相遇时,我们很容易接受这样的结论,即关于体制的思考不是多余的,因为海洋管理体制,从而也就是海洋执法体制一直存在着问题,这些问题也一再被人们议论。

四

立法的保障设计层面必然涉及“人与法”的关系,而这一关系会波及已经存在的法律,从而形成“法与法”的关系。这里的“法与法”的关系是拟议立法与已经存在且正在发生效力的法律之间的关系,是新法与旧法之间的关系。

在一个非初建的国家,尤其是在法治国家,创制法律往往都是在既有法律构

① 具体的立法机关可能不考虑其所创制的行为规范的外部条件问题,但这不等于立法不需要一定的外部条件,不能说明立法不需要考虑使拟设行为规范如何取得国家强制力的支持的问题。

成的法制环境中开展的活动。这种法律创制活动中的保障设计已经不再是简单的“人与法”关系。在大多数情况下,业已成立的法制体系或法治体系已经构筑起了必要的有时甚至是强有力的执法体系等外部条件。这种外部条件的成立有时会使新的立法创制无须再考虑保障设计问题。但是,法制建设中已经建成的执法体系等外部条件即使已经十分完备,也无法彻底免除对新的立法活动进行保障设计的任务。首先,用以调整由社会发展创造的新事务的立法需要创设新的保障条件。比如,基因管理是新的管理事务,国家为这项新的管理事务制定法律时,那拟议的法律便需要有与之相应的管理机关体系,尽管在基因管理成为一项政府管理事务之前国家行政机关体系,从而也就是国家行政执法机关体系已经过了反复的调整、强化等完善过程。同样,只有不到百年历史的环境法,它的产生过程是与国家环境保护机关的建立和加强相伴随的。没有环境保护执法机关,环境保护法这个新法律部门就会沦为“一纸空文”。其次,拟议立法需要在已存的外部条件中选择哪一保障体系作为依靠,从法制体系内部来看,就是在已存的行政执法等保障条件中选择哪一个法律部门的保障体系作为自己的保障体系。比如,航空这种交通方式与公路、铁路交通相比是后起的,在国家为后起的交通形式立法时,这后立的法就存在是以交通部门为执行保障还是以国防部或其他军事机构为执行保障的选择。在存在交通法和国防法或其他军事管理法的情况下,航空交通法的创制就需要回答新的空交法与旧的交通法和国防法的关系问题。上述两种情况对拟议的法来说就是两种选择,而这也是体制问题,即新法的运行体制问题。新的立法可以选择依附于原有立法的保障体系,这种情况可以叫做附属运行;也可以选择单独创设保障体系,这种情况可以叫独立运行体系。除此之外,新的立法还可以有第三种选择,即交叉运行。所谓交叉运行是指,新法的运行既依靠原有立法的执行力量,同时也依靠新法自己创设的执行力量。^①

渤海立法不是对一项新的尚无法律加以规制的管理事务制定法律,它不具

① 行政管理领域里的法律门类很多,这些门类的法律一般各自都有自己的执行力量。在这个意义上,它们是各自独立运行的。但是,在宪法体制下不同的行政机关系统又都统属于统一的国家行政系统,而这个系统又统一地承担了保障国家行政性或具有行政性的法律的执行的任务。在这个意义上,行政管理领域中不同门类立法的运行与统一的国家行政法(或可表现为行政法总则、行政基本法等)的运行又是相交叉的。

备不受干扰地创设保障体系的条件。但是,不具备不受干扰地创设保障体系的条件不等于不可以创设自己的保障体系。这两个判断给渤海立法提出了一项任务,一项体制选择的任务。渤海立法,不管是出于污染防治的考虑,还是出于资源保护、生态保护等的考虑,都必然涉及与已经存在的污染防治法、资源法、生态法等的关系问题。这也是渤海立法工作中的一项任务,一项体制选择的任务。

五

在法治国家,法律家族增加新成员不仅会引起新法与旧法的关系,而且还可能带来政治国家的不同部门、不同地方之间关系的变化。能源法无疑与矿产管理部门有关,在存在水电资源的国家,自然会发生与水利部门的关系;在存在海洋潮汐能资源的国家,与海洋管理部门也难以“断绝”联系。在没有能源法时,矿产资源管理部门、水利部门、海洋管理部门各干各的事,按照国家管理体系内的分工各司其职,而国家一旦制定能源法,这几个部门之间的关系就必然会受到影响。不管它们各自的分工最终是否需要改变,立法者都需要对它们之间的分工、合作、协调等等加以考虑。制定新的立法需要考虑其与国家机关体系、职权分工之间的关系,这一层关系可以概括为“法与政府格局”的关系。新的立法对“法与政府格局”关系的考虑,从而在既有“格局”中选择或重新建构一种支持体系,这也是个体制问题。

渤海管理法的制定无法回避“法与政府格局”关系。“五龙闹海”的提法说明现行制度存在着权力交叉或重叠的现象。在这个已经出现权力重叠的领域内制定新法,这个新法即使不再创设新的执行机关,也需要在重叠的权力中或者作出选择,选择某一种执行机关作为自己的执行者;或者对重叠的权力加以整合,用整合后的权力来支持其运行。拟议中的渤海法是创设新的执行力量,还是选择现有的执行力量中的一种力量,抑或是整合现有的执行力量?不管是哪种选择,这项立法都必须先行解决其与现有“政府格局”之间的关系。

六

制定渤海法必然会遇到“法与人”的关系、“法与法”的关系、“法与政府格

局”的关系。立法机关无法回避这些问题,立法的研究者不能回避这些问题。为了解决这些问题,或者说是尝试解决这些问题,我们实施了这一项研究,即关于“渤海管理法的体制问题”的研究。我们希望这项研究能先解开我们自己心中的谜团,让我们对制定一部怎样的渤海法重新变得清楚,使我们更有勇气回答在已有那么多立法的情况下为什么还要为渤海立法,让我们对渤海没有治理好究竟应归罪于立法不完备还是执法不严格有更能让别人信服的解答。我们希望这项研究能为国家立法机关制定渤海法扫除理论障碍,提供参考方案。

徐祥民

2011年5月

目 录

前 言	1
第一章 五龙闹海的来历及其制度根源	1
第一节 “五龙”的来历与“五龙闹海”的发生	1
一、“五龙”及其来历	1
二、“五龙”概念的进一步延伸	4
三、“五龙闹海”的发生	5
第二节 “五龙闹海”的弊端	8
一、不利于我国海洋立法的综合化进程	8
二、违反科学划分管理的规律,造成职能重叠和职能空白	9
三、导致重海洋资源开发、轻海洋环境保护的局面	10
四、增加了海洋执法的协调难度,降低了海洋执法的效率	11
五、提高了海洋执法成本	12
第三节 “五龙闹海”发生的制度根源	13
一、职能管理的含义及其特点	13
二、职能管理下的分散海洋执法体制	14
三、“五龙闹海”——注重单项、单要素的职能管理与海洋 一体化管理之间的矛盾产物	15
第二章 海洋综合管理及其合理性	17
第一节 海洋行业管理在历史上的合理性	17
一、我国主要涉海行业及其管理	18

二、海洋行业管理历史上的合理性	24
第二节 海洋行业管理存在的问题与海洋综合管理的产生发展	25
一、海洋行业管理存在的问题	25
二、海洋综合管理的产生	27
三、沿海国家积极实践海洋综合管理	29
四、我国政府积极响应并实施海洋综合管理	31
第三节 海洋综合管理的合理性	35
一、海洋综合管理的产生体现了人类认知海洋思维方式的转变	35
二、海洋综合管理是一种更具适应性的高层次海洋管理形式	36
三、海洋综合管理是对海洋行业管理的超越	41
第三章 渤海区域立法应当贯彻综合管理的原则	45
第一节 渤海区域立法是海洋管理中的特别法	45
一、渤海区域立法以渤海为特定管理对象	45
二、渤海区域立法不同于我国一般性海洋管理法	49
三、渤海区域立法本质上是综合管理法	50
第二节 解决渤海问题需要实行综合管理	51
一、渤海面临的主要问题	51
二、渤海问题的整体性需要对相关事务进行综合管理	55
三、渤海问题的多源性需要在空间管理范围上实施陆海综合管理	55
四、渤海问题的跨行政区域性需要建立渤海综合管理体制	56
第四章 国外跨边界区域海立法的执行体制	57
第一节 美国旧金山湾与切萨比克湾	57
一、旧金山湾与切萨比克湾的自然地理状况	57
二、旧金山湾与切萨比克湾的环境问题	60
三、旧金山湾与切萨比克湾环境立法及其执行体制	62
四、旧金山湾与切萨比克湾环境立法的执行体制的评价与启示	69
第二节 濑户内海	74
一、濑户内海的自然地理状况	74
二、濑户内海的环境问题	75
三、濑户内海环境立法及其执行体制	77

四、濑户内海环境立法执行体制的评价与启示	83
第三节 澳大利亚的杰维斯湾	86
一、杰维斯湾的自然地理状况	86
二、杰维斯湾环境立法及其执行体制	88
三、杰维斯湾环境立法执行体制的评价和启示	96
第五章 跨国界区域海立法的执行体制	98
第一节 北海	98
一、北海的自然地理状况	98
二、北海的环境问题	99
三、北海治理立法及其执行体制	101
四、实施效果及其评价	104
第二节 波罗的海	105
一、波罗的海的自然地理状况	105
二、波罗的海的环境问题	105
三、波罗的海治理立法及其执行体制	107
四、实施效果及其评价	111
第三节 黑海	112
一、黑海的自然地理状况	112
二、黑海的环境问题	113
三、黑海治理立法及其执行体制	114
四、实施效果及其评价	116
第六章 国内外流域立法的执行体制	118
第一节 莱茵河	118
一、莱茵河流域的自然地理状况	118
二、莱茵河流域的环境问题	119
三、莱茵河流域治理公约及其执行体制	122
四、实施效果及其评价	125
第二节 田纳西河	128
一、田纳西河流域的自然地理状况	128
二、田纳西河流域的环境问题	128

三、田纳西河流域管理立法及其执行体制	129
四、实施效果及其评价	133
第三节 淮河	136
一、淮河流域的自然地理状况	136
二、淮河流域的环境问题	138
三、淮河流域治理立法及其执行体制	142
四、实施效果及其评价	147
第七章 渤海特别法的运行体制	150
第一节 法的运行体制	150
一、法的运行体制与法的实施	150
二、法的运行体制类型	154
第二节 渤海特别法应当选择相对独立的运行体制	161
一、区域海洋管理应选择独立运行体制	161
二、现行法律、法规交叉运行体制的弊端	165
三、现有的执法机关系统执法条件的不足	167
四、责任管理体制需要独立运行的执行体制	168
第八章 渤海特别法的执行体制	172
第一节 法的执行体制基本模式	172
一、集中执行体制	173
二、分散执行体制	173
三、集中与分散相结合的执行体制	174
第二节 现行渤海管理相关法的执行体制	175
一、与渤海相关的海洋立法的执行体制	175
二、渤海专门立法的执行体制	180
三、现行渤海管理相关法的执行体制实际运行效果分析	183
第三节 确立渤海特别法执行体制应考量的因素	184
一、执行体制的设置应以实现渤海特别法之立法目的为 首要考量因素	184
二、执行体制的设置应基于渤海自然地理环境的客观现实	186
三、执行体制的设置应综合考虑渤海生态环境问题的形成根源	187

四、执行体制的设置应吸取以往渤海环境治理的经验教训	189
第四节 渤海特别法执行体制设置的基本构想	192
一、执行体制设置应遵循的原则	193
二、方案的选择	194
三、执行机构的设置	196
四、权限与责任	197
五、渤海特别法执行体制与现行渤海管理体制之间的关系与 协调	198
第九章 渤海特别法的执行权模式选择	202
第一节 执行权模式一般原理	202
一、近代行政：“夜警国家”理念下的“授权法模式”	203
二、现代行政与“权力责任法”模式	207
第二节 环境法的执行权模式	210
一、环境法更适合“权力责任法”模式	210
二、我国环境法中的“权力责任法”模式相关规定	212
三、国外环境法中的“权力责任法”模式借鉴	214
四、环境法中“权力责任法”模式的基本特征分析	217
第三节 渤海特别法应采用“权力责任法”模式	218
一、传统“授权法”模式是渤海治理不力的重要原因	218
二、渤海特别法采用“权力责任法”模式的必要性分析	222
三、渤海特别法采用“权力责任法”模式的可行性分析	228
第四节 渤海特别法“权力责任法”模式的构建	229
一、涉及主体	229
二、具体制度	229
三、实现方式	231
参考文献	232
后 记	241

第一章 五龙闹海的来历及其制度根源

一般而言,“五龙”是指中国海上执法力量的五个组成部分:中国海监(隶属国家海洋局)、中国海事(隶属交通运输部)、中国渔政(隶属农业部)、中国海警(隶属公安部)和中国海关。但是由于我国涉海的职能部门众多,“五龙”的外延发生了拓展,不同的学者对“五龙”的界定存在差异。实际上,我国涉海的职能部门远远超过五个,“五龙”只是对涉海职能部门众多的一种比喻和指称。由于众多的海上执法力量和涉海职能部门之间存在职能交叉、责任重叠,在海洋管理中经常发生推诿扯皮现象,造成了管理的混乱和治理的失败,被形象地称之为“五龙闹海”。之所以出现“五龙闹海”这一海洋执法和管理困局,究其原因在于我国目前的海洋管理遵循职能管理,即突出横向切块、纵向管理的管理模式和思路。而现代海洋生态环境的整体性与特殊复杂性要求对海洋实施综合管理,这种现实与理想之间的巨大反差,是出现“五龙闹海”这一现象的根源所在。

第一节 “五龙”的来历与“五龙闹海”的发生

一、“五龙”及其来历

在我国,一般用“五龙”来指称分散的海上执法。所谓“五龙”,是指中国海上执法力量的五个组成部分:中国海监,中国海事,中国渔政,中国海警和中国海关。尽管它们成立的时间不尽相同,其执法的范围和重点也有所侧重,但是其职能都涉及海上执法,因此人们在说明海上执法时,将五支执法队伍比喻为“五龙”。^①

① 部分论著在说明五支海上执法队伍时,用更为具体和形象的标志船来指代“五龙”:海监系列执法船、渔政船、海巡船、海警巡逻艇、海关缉私艇。