



海上执法比例原则研究

徐鹏◎著



上海交通大学出版社
SHANGHAI JIAO TONG UNIVERSITY PRESS



国家出版基金项目
NATIONAL PUBLICATION FOUNDATION

海洋强国出版工程

海上执法 比例原则研究

徐 鹏 著



上海交通大学出版社
SHANGHAI JIAO TONG UNIVERSITY PRESS

内容提要

海上暴力执法一直为国际社会所关注。在涉及海上执法活动的诸多问题中,海上执法应遵循的原则与程序仍存在模糊之处,特别是武力使用及紧追更是成为问题的焦点。海上执法为何要遵循比例原则,在紧追、登临、检查等具体海上执法中如何适用比例原则,在海上执法中使用武力时应遵循何种标准等,皆需深入探讨。针对上述问题,本书依据国际法特别是国际海洋法,参考国际司法案例以及不同国家或地区执法规范展开分析,对海上执法中适用比例原则进行了系统与客观的研究。

图书在版编目(CIP)数据

海上执法比例原则研究 / 徐鹏著. —上海: 上海交通大学出版社, 2015
ISBN 978 - 7 - 313 - 14362 - 4

I. ①海… II. ①徐… III. ①海洋法—行政执法—研究 IV. ①D993.5

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 312536 号

海上执法比例原则研究

著 者: 徐 鹏

出版发行: 上海交通大学出版社

邮政编码: 200030

出 版 人: 韩建民

印 制: 杭州富春印务有限公司

开 本: 787 mm×960 mm 1/16

字 数: 370 千字

版 次: 2015 年 12 月第 1 版

书 号: ISBN 978 - 7 - 313 - 14362 - 4/D

定 价: 130.00 元

地 址: 上海市番禺路 951 号

电 话: 021 - 64071208

经 销: 全国新华书店

印 张: 33.25

印 次: 2015 年 12 月第 1 次印刷

版权所有 侵权必究

告读者: 如发现本书有印装质量问题请与印刷厂质量科联系

联系电话: 0571 - 64361028

前 言

海上暴力执法一直为国际社会所诟病，“新星”号事件再次引发了人们对海上执法活动的关注，俄执法机构滥施武力的行为不仅造成多人死亡的严重后果，也违反了海上执法的习惯国际法。诚然，为维护国家权益，各国有权在管辖海域内实施执法措施以制止违法活动，其中不可避免的会对执法对象造成损害，但问题的关键并非是否形成了损害，而是采取的执法措施是否适当。本书的目的即是探讨如何以比例原则为指导和规范海上执法活动。

本书首先以海上执法的法律渊源着手，围绕《海洋法公约》对海上执法的国际法依据进行讨论，对沿海国在不同海域所享有的权利进行了梳理，并回顾了比例原则的发展以及论述海上执法应当遵循比例原则；其次，本书讨论了海上执法措施实施中如何适用比例原则，结合美国等国家或地区的海上执法规范与比例原则具体内涵，对海上执法中的紧追、登临检查、逮捕等措施进行了详细论述；最后，本书对海上执法中的武力使用问题进行了详细的论述，结合国际法律文件和国际司法案例，以比例原

则为指导对海上执法武力使用的程序及标准进行了全面的分析。

海上执法活动更倾向于实践引导理论的发展,本书在关注理论分析的同时,更侧重于实际操作层面的探讨。努力实现理论与实践的结合,而更侧重于操作规范的介绍和归纳。本书可供有关海上执法及海洋管理机构人员,在实施海上执法措施时参考使用。

目 录

导论	1
第一章 海上执法概述	27
第一节 海上执法的概念及特点	27
第二节 海上执法的法律渊源	32
第三节 海上执法的机构、事项和措施	82
第二章 比例原则及其在海上执法中的应用	132
第一节 比例原则的内涵	132
第二节 海上执法中比例原则在国内法的导入	141
第三节 海上执法比例原则在国际法的导入	174
第四节 海上执法措施的比例原则分析	190
第三章 紧追的比例原则分析	202
第一节 紧追及其比例原则分析	202
第二节 与紧追相关的措施	
——接近权和命令停船的比例原则分析	221



第四章 登临检查的比例原则分析·····	228
第一节 登临检查的国际法规定·····	228
第二节 登临检查前的比例原则分析·····	235
第三节 登临检查中的比例原则分析·····	245
第四节 特殊登临检查程序的比例性考虑·····	258
第五节 临检之后的处理及法律责任·····	266
第五章 逮捕的比例原则分析·····	270
第一节 逮捕前的调查措施 ——搜查及其比例原则分析·····	270
第二节 船舶的逮捕和扣押中的比例原则分析·····	282
第三节 人员逮捕的比例原则分析·····	296
第六章 海上执法中武力使用的比例原则分析·····	305
第一节 武力使用的范畴·····	306
第二节 国际关系与海上执法武力使用的区分·····	324
第三节 海上执法武力使用的国际国内法制与比例 原则·····	333
第四节 海上执法武力使用的国际国内实践与比例 原则·····	340
第五节 海上执法武力使用的比例性考虑及标准·····	348
结论与建议	
推动以比例原则为指导的海上执法活动的国际 统一·····	369

附 录

附录一：《公海公约》·····	387
附录二：《联合国海洋法公约》相关条款·····	397
附录三：《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》(UNFSA)相关 条款·····	445
附录四：《执法人员行为守则》·····	455
附录五：《执法人员使用武力和火器的基本原则》·····	461
附录六：《美国海岸警卫队关于武力使用的规范》·····	468
缩略语表 (Abbreviations) ·····	490
参考文献·····	492
索引·····	516
后记·····	521

导 论

一、研究背景和目的

(一) 研究背景

1. 论题的缘起及海上执法中的非法武力使用问题

本书的写作缘起于“新星”号事件。2009年2月15日在国际航行水域,一艘悬挂塞拉利昂国旗的中资船舶“新星”(New Star)^①号受到俄罗斯海上执法机构的武力攻击并沉没。据新华社消息,1月29日,“新星”号载4990吨大米抵达俄罗斯濒临日本海的纳霍得卡港,在卸货过程中,与俄罗斯收货人发生纠纷并遭扣船。在办理离港手续遥遥无期的情况下,“新星”号决定铤而走险。2月12日23点30分,“新星”号在夜色中悄悄起锚^②。

① 2006年8月,吉瑞祥(中国香港)船务有限公司向浙江通宇公司租下了一艘造价2000万元,载重5000吨的货轮(船号“鑫通宇108”),并将货轮改名为“New Star”(新星),悬挂塞拉利昂国旗。

② “新星”号沉船事件始末:当时本有更合理解决手段[EB/OL]. <http://news.sina.com.cn/c/2009-03-04/005917328416.shtml>, 2009-11-2.

据俄罗斯媒体报道称,2月13日,俄边防部门派出的边防巡逻艇追上“新星”号,要求该船返航,然未得回应。之后,俄罗斯边防巡逻艇向该船首部和尾部开火。在此次事件中,俄军共开火515次且该船水线下遭到射击。在遭受攻击后,“新星”号被迫返航。由于受到猛烈炮火的袭击,船体受损严重,于2月15日凌晨在返航途中沉没。事发之时,“新星”号16名船员中,包括船长在内的8名船员获救,8名船员失踪,其中有7名为中国船员、1名为印尼船员^①。

消息传来,舆论哗然。各方的评论莫衷一是,有人认为是“新星”号理亏在先,怪不得俄罗斯^②;也有专家质疑俄罗斯实施紧追权的位置以及在公海拦截并击沉外国船舶的合法性^③。但根据各方的报道,均一致认为“新星”号违反了俄罗斯关于外国船舶进出其港口的法律,并在俄执法机构命令停船的情况下,仍向公海逃跑,其行为应受到责难。

笔者的心情与所有的人相同,即为本次事件中失踪(极有可能已丧失生命)人员表示哀悼,特别是其中还有7位同胞,更是为此感到痛心。虽然“新星”号违反俄罗斯港口法规在先,但执法机构所采取的措施导致8人失踪(或死亡)以及船舶沉没的结果就无可非议吗?即便一个最为朴实的理由,这种结果也绝不是合理的,即一次行政性违法需要用8条人命予以惩罚吗?

^① 新星号事件距事发已超20天,事故处理仍在继续[EB/OL]. <http://news.sohu.com/20090308/n262672309.shtml>, 2009-11-2.

^② “新星”号沉船事件之我见[EB/OL]. <http://bbs.chnqiang.com/viewthread.php?tid=93488>, 2009-11-2.

^③ 张召忠,“新星”号沉没的三大悬案[J]. 兵器知识, 2009, 4A: 卷首语.

痛心之余,笔者在翻阅资料时发现,这绝不是一件孤立而鲜见的事件,从俄罗斯、日本到东南亚各国,再到美国、拉丁美洲国家,均时常发生海上执法导致船毁人伤的事件,现列举数起案例如下:

(1) 1994年5月20日,阿根廷击沉越界捕鱼的我国台湾籍渔船“金源兴”号;

(2) 1994年10月5日,俄罗斯执法机构击沉日本渔船“宝来丸68”号^①;

(3) 2001年12月24日“神秘船”事件中,日本海上保安厅击沉不明国籍船舶,造成15名船员丧生^②;

(4) 2003年1月30日,印尼海军击沉4艘越界捕鱼的菲律宾渔船,扣押49名渔民^③;

(5) 2005年9月19日,印尼海军炮击我越界捕鱼船只“福远渔132”号,造成我方船员1人死亡,2人受伤^④。

对外国船舶动辄紧追逮捕,甚至开枪开炮致人伤亡、击沉船舶在世界各国的海上执法中几乎每天都在发生。据我国台湾对外渔业合作发展协会(OFDC: Overseas Fishery Development Council in Taiwan)统计,仅我国台湾渔船于2001至2010年

① 日本外交与战后日苏、日俄关系[EB/OL]. <http://www.cqzg.cn/viewthread-615621.html>, 2010-10-19.

② 孙盛林. 15名船员全部丧生 日本击沉疑船说不清[EB/OL]. <http://news.sina.com.cn/w/2001-12-24/427723.html>, 2010-10-19.

③ 印尼海军击沉4艘菲律宾渔船 拘捕49名菲渔民[EB/OL]. <http://news.sina.com.cn/w/2003-01-30/085642344s.shtml>, 2010-10-19.

④ 马哲. 鲜为人知情况,福远渔132号渔船产权人扑朔迷离[EB/OL]. <http://news.qq.com/a/20050923/000696.htm>, 2011-6-11.

10年间,在世界各地总计有215艘被各沿海国执法人员攻击或逮捕^①。

事实上,海上执法武力使用早已为国际社会所关注,其导致船毁人伤的后果也久为人们所诟病。从1929年的美加“孤独者”号案,到1997年联合国海洋法庭“赛加”号案,都引起了国际社会的高度关注,并通过国际司法的方式阐释或发展了涉及海上执法的部分国际习惯规则,为今天的各国执法提供了指导。

2. 其他违反国际法的海上执法问题

实际上,由于武力使用的危害性最为明显,所以容易引起国际社会的关注。然而,武力使用仅是海上执法出现问题的冰山一角。海上执法中的登临检查、搜查、船舶的逮捕和人员的逮捕以及船舶或物品的扣押等,同样是问题多多,而且造成的损失并不亚于非法的武力使用。如因不合理的登临检查(如要求改变航线至港口检查)而引起的航行利益损失(滞期损失)、非法的船舶搜查造成的损害(过度的破坏性搜查)以及在船舶逮捕过程中对个人财产、船舶物品及设备的劫掠,以及对船舶不合理的延期拘留等。下述案件即是联合国海洋法庭最新受理的涉及非法执法的案例:

2010年11月24日,圣文森特和格林纳丁斯共和国因“Louisa”号事件,向联合国海洋法庭对西班牙提起诉讼。“Louisa”号是一艘悬挂圣文森特和格林纳丁斯国旗的船舶,于2006年2月1日被西班牙执法机构逮捕并扣押至今。

^① 而同期却仅有一打的渔船被海盗袭击或劫持。另外,许多船舶受到了沿海国执法人员的恶劣对待,遭到武力攻击,甚至劫掠,因此,傅岷成教授认为,对于全球的海员来说,各国海上执法人员的非法执法所造成的损害,甚于海盗。

依据圣文森特和格林纳丁斯的诉讼请求书,“Louisa”号原本在西班牙加的斯湾(Golfo de Cadiz)从事涉及油气探测和记录的科学研究。西班牙以该船违反了本国历史遗产或海洋环境保护法为由,将其逮捕并扣押于圣玛利亚港,至今已逾五年,期间未许可该船保释。请求书主张,该船的科学研究曾获得沿海国西班牙的允许。请求方认为,西班牙违反了《联合国海洋法公约》(United Nations Convention on the Law of the Sea: UNCLOS)第73、87、226、245和303条的规定,并请求法庭裁决,西班牙的行为已对其造成了不少于1千万美元的损失^①。

前述这些涉及非法武力使用或其他违反国际法的执法行为,傅崐成教授称之为针对外国船舶的非法的、未通报和未受管制的“IUU”(Illegal, Unreported and Unregulated)执法活动。这些问题的出现,与当今国际社会缺乏统一的海上执法规则密切相关,它造成了各国执法的各行其是及执法规范的混乱。

然而,笔者还注意到另一个倾向,即由于缺乏统一的国际执法规则,使得沿海国不能很有效地维护本国的海洋权益。

3. 海洋权益的合法维护问题

问题的分析,不能以一种倾向掩盖另一种倾向,或以一种极端代替另一种极端。前述的违法执法是一种极端现象,而现实中还存在另一种极端现象,即对于本国合法的海洋权益未能有效地维护。换言之,海上执法中违反国际法的行为是作为不当,

^① ITLOS, *MV Louisa Saint Vincent and the Grenadines v. the Kingdom of Spain*; Request for the Prescription of Provision Measures under Article 290, Paragraph 1, of the United Nations Convention on the Law of the Sea[EB/OL]. http://www.itlos.org/start2_en.html, 2011-6-11.

而海洋权益未能有效维护是不作为或未有效作为。

1) 海洋资源的维护

海洋资源的维护包括生物和非生物资源的维护,主要是在本国内水、领海、专属经济区及大陆架内的渔业资源、石油、矿产、风能、太阳能以及水下文化遗产等,国际法赋予沿海国对这些资源享有专属管辖权。然而,我国执法机构在维护这些权益方面做得还远远不够。近年来,南海周边国家在我断续线内有100多口生产油井,年产油气2000万吨油当量,仅越南每年就盗采原油800万吨^①;我南海岛礁有数十个为周边国家非法侵占;国外盗捞、破坏我南海水域内的水下文化遗产事件时常发生。

渔业资源的维护不仅是要防止外国渔船的非法侵入,同时,还应保护本国渔船的合法捕鱼权。然而,经常见诸报端的是,我国的渔船在我国管辖水域内遭到外国执法船只的驱赶、攻击、逮捕,甚至造成人员伤亡的事件^②。

2) 海上打击犯罪

第一,打击海盗。据韩国国土海洋部统计,2011年前3个月全球共发生142起海盗劫持与袭击事件,同比猛增111.9%。

^① 周正平. 中越南海油气争议区资源遭多国瓜分[EB/OL]. <http://news.xhby.net/system/2008/07/24/010303401.shtml>, 2011-6-11; 山旭. 痛心! 中国南海每年流失2000万吨油气资源[EB/OL]. http://military.china.com/top01/11053250/20110524/16558095_6.html, 2011-6-11.

^② 程刚,李译. 越南炮艇攻击我渔船[EB/OL]. <http://news.sina.com.cn/o/2003-10-01/0350849302s.shtml>, 2011-6-11; 2010年9月发生于我国钓鱼岛附件的中日撞船事件,我方渔船“闽晋渔5179”号船员被日方抓扣;越南武装舰船在南沙海域非法驱赶中国渔船[EB/OL]. <http://www.sina.com.cn>, 2011-6-10.

其中索马里海域发生的海盗事件达 97 起,同比增加了 2 倍。而南海水域从 2010 年开始,又进入了海盗猖獗时期,几乎每隔一天发生一起海盗袭击事件。依据 IMO 网站公布的消息,仅 2011 年 5 月南海就有 17 起海盗袭击的报告^①。可见,虽然国际社会在海盗打击方面作出了努力,但还远远不够,索马里的海盗袭击不降反猛增,南海的海盗活动又再次“沉渣泛起”,这说明各国在打击海盗的执法努力方面,还不能满足国际航行安全的需要。

第二,打击走私及毒品贩运。由于船舶不易监控以及运载量大的特点,海上走私及毒品贩运是走私与贩毒的重要渠道。虽然因海上走私与毒品贩运关涉国家经济稳定和人民生命健康,并一直为各国所严厉打击,但由于海域监控及海上执法存在较大的困难,对于此类犯罪的打击各国虽付出较多努力,但成效不甚理想。

依据联合国毒品和犯罪问题办公室发布的《2010 年世界毒品报告》,以可卡因为例,欧洲吸食人数从 1998 年的 200 万上升到 2008 年的 410 万,其市场价值为 340 亿美元(另一个更大的市场是北美洲,为 370 亿美元),而该类毒品的贩运路线是从美洲的安第斯各国通过西非流向欧洲。我们知道,毒品的运输渠道主要是陆地、海洋和空中,毒品经过如此远的运输,仍能形成如此大的市场,可见在包括海上拦截的毒品打击上存在多么大的漏洞。事实确实如此,报告中指出,以海洛因为例,在该类毒

^① 王忠会. 今年前三月全球海盗事件达 142 起,同比猛增 111% [EB/OL]. <http://lx.114chn.com/NewsHtml/622425/news110503000297.htm>, 2011-6-12; Piracy and Armed Robbery Recent Incidents [EB/OL]. <http://gis.imo.org/Public/PAR/Default.aspx>, 2011-6-12.

品穿越亚洲各国前往俄罗斯的运输中,中亚各国仅截获了其中的5%,而俄罗斯的截获率是4%,东南欧国家对经由本国路线海洛因的截获率还不足2%。毒品运输的过境已经使得过境国的犯罪增加,并导致了社会的动荡,甚至危及了国家的安全和主权^①。

此外,对于某些普通商品的走私在特定地方也逐渐严重。据报道,2011年由于大陆与香港的成品油存在差价,导致油类走私形势严重。在一些偏远的海域,走私交易更是猖獗,令国家税收损失巨大^②。

执法中未能有效维护本国海洋权益,原因是多方面的:本国执法资源匮乏,即便是世界上最为强大的海上执法机构——美国海岸警卫队,也在为执法人员和设备短缺而发愁;执法海域及事项的扩展,如专属经济区的建立以及执行区域性条约,加剧了执法资源的不足;缺乏国际合作,如紧追进入第三国领海时,则因追捕的停止而致使违法船逃脱等。

这些原因都很重要,特别是执法资源匮乏向来都是各国头疼的问题。然而,国际上缺乏统一的执法规则,也是一个不容忽视的因素。正是由于此情形,执法机构或者是无章可循,不清楚自己的权利和义务,或者有可供遵循的国内法,却可能因为违反国际法而导致外交争端,或者是执法效率低下,不能很好利用本

^① 维也纳国际中心. 毒品和犯罪问题办公室《2010年世界毒品报告》表明转向新毒品和新市场[EB/OL], <http://www.unis.unvienna.org/unis/pressrels/2010/unisnar1080.html>, 2010-6-22. 据2009年世界毒品报告,2007年全球约有1.72—2.5亿人至少使用一次毒品。

^② 李昌鸿,郑海龙. 海上走私屡打不绝,网上叫卖平一半[N]. 香港文汇报,2011-5-8(A2).

已缺乏的执法资源。这些可能导致执法人员畏首畏尾,不能有效地制止违法,最终损害了本国海洋权益。

(二) 研究目的

目前,国际社会对于海上执法还没有统一的公约性规定,造成各国海上执法各行其是,一方面是极端作为,暴力执法,而另一方面却又未能有效作为,不能有效维护本国海洋权益。但是,却不能说对于海上执法完全无章可循,因为随着国际社会多年的实践,已经发展了一些国际习惯原则与规则。《国际法院规约》第38条规定,“国际习惯,作为通例之证明而经接受为法律者”,它是并一直是国际法的一个重要渊源。某项原则或规则,一旦被证明为国际习惯,它就具备了法律的效力,所有国家均有义务遵守。

本书的首要目的,即是通过探讨国际国内立法、司法及执法实践,总结出适用于海上执法的习惯原则与规则,以供国际和国内立法与执法参考。为使本书对于执法部门具有参考价值,除部分理论性的探讨外,将着眼于具体操作性规范的介绍和归纳,但又意图避免过于深入技术性的探究而流于琐碎。本书另一目标则涉及比例原则的讨论。作为在众多法律领域均极为重要的原则,对于海上执法领域,比例原则同样具有重要的指导意义,本书试图通过在对比例原则内含深入探讨的基础上,将之融入执法规范中,使之落实于具体实践。

本书的意义在于:第一,确证了比例原则在海上执法中基本原则的地位,在没有具体规定或规定模糊时,应以比例原则作为行为的指导。第二,通过对国际国内立法、司法与执法的实践的研究,总结与发展海上执法的习惯规则,并建议通过国际立法的形式将之确定和推广,以统一各国海上执法规范,促进各国规