

## 《海洋基本法》的立法要素与范式考量

李志文,冯建中

(大连海事大学 法学院,辽宁 大连 116026)

**摘要** 我国《海洋基本法》的立法体例,是制定该部法律所必须面临的一个前见问题。在明确我国海洋法立法体例要考量要素的基础上,分析学界对体例确定问题的分歧,并借鉴外国《海洋基本法》的立法体例以及相应的制度构建,提出我国《海洋基本法》应采取折衷式的立法体例,并在此基础上,采纳框架式立法方式予以制定,包括国家海洋战略和政策、海洋管理体制、国家管辖海域、海洋活动、国家海洋安全以及国家管辖外海域的海洋权益六个部分。

**关键词** :《海洋基本法》;立法要素;折衷式立法模式

中图分类号 :D993.5

文献标识码 :A

文章编号 :1002-3240(2019)03-0133-09

随着各国将海洋战略逐步置于重要的地位,国际海洋事务也日趋繁多及复杂。我国作为世界上最大的发展中国家,近些年涉海活动范围不断扩大,涉海事务也逐渐增加。在这一背景之下,需要相应的法律法规对这些活动予以调整及规范。然而,尽管我国目前制定和颁布的涉海法律法规数量众多,立法领域也相对较广,但却无法真正地解决我国海洋法律专门性不足、操作性欠缺等相应问题,为此,我国需要系统地制定一部《海洋基本法》。十三届全国人大常委会将《海洋基本法》列入需要抓紧工作、条件成熟时提请审议的二类立法项目。<sup>[1]</sup>而确定一部法律的立法体例是该法在制定中需要解决的一个问题,具有基础性及前提性意义。因此,应对所要制定的《海洋基本法》的立法体例进行缜密的研究,并形成体系化的制度构建思路,以希冀能够为这一立法计划提供更多的理论支持。

### 一、立法体例的考量要素

立法体例确定的要素,是该法在进行体例构建时所必须考虑的基本内容。它既是形成一部基本法所必须考虑的前提性问题,也是设计具体规范之前所必须明确的基本范畴。

#### (一)立法体例的一般性因素考量

立法体例是一国在进行立法设计时首先要面临的问题,并由此决定该法的具体制度构成,而立法体例的确立深受一国的历史、文化和立法传统的影响。

1.文化要素的根本性。现代立法文化要素中往往强调西式立法或立法的国际性,而忽略了中国本身的文化特性与要素的要求。一国的立法环境是一部法律构建时国家所处的立法背景,也是该部法律构建的基础。无论

收稿日期 2019-01-20

基金项目 辽宁省“兴辽英才计划”项目(XLYC1804006)、辽宁省社科基金“我省海洋维权执法对策研究”(L16AFX001)、国家海洋局海域管理技术重点实验室开放基金项目“专属经济区及大陆架海域综合管理政策制度研究”(201708)

作者简介 李志文(1963-),女,辽宁朝阳人,大连海事大学法学院副院长,教授,博士生导师,主要从事海洋法、海商法研究;冯建中(1980-),山东烟台人,大连海事大学法学院国际法学博士研究生,主要从事海事法研究。

是英美法系国家,还是大陆法系国家,一部法律体例的构建不单是为该法本身的需要,还应从该国法律体系整体出发来考虑并顾及到此法与彼法之间的衔接,包括语言逻辑以及制度设计之间的衔接。<sup>①</sup>如果一部法律的体例与该国国内其他立法之间差异悬殊,即是一种与国内立法环境相悖的表现,这不仅不利于该法的适用,对于该国整体立法体系而言也是一个不协调的元素。<sup>②</sup>因此,国内立法环境背景不仅是该部法律本身构建之必要所在,也是该法所存在于一国法律体系之下的最终落脚点。

2.立法技术的成熟性。不同国家在创立一部法律时除了要考虑一国立法背景之外,还要结合本国实际的立法水平并做出正确的定位。如果本国立法技术十分成熟,那么相应的法律法规的条文数量就会多而全面,且衔接的较为妥当;而如本国立法技术处于进阶和起步阶段,那么对于这些立法技术及经验还存在欠缺的国家而言,立法体例的确定就不宜过于细致和铺展,而应相对纲领化。此外,明确一国立法技术及经验还能为本国立法提供正确的借鉴指引,以便于选取与本国立法技术及经验相近国家的海洋立法,从而避免差距过大。国家在进行立法活动时,不可避免的需要参考其他立法先进国家的做法,而在参考的过程中,本国需要结合自身现有的立法技术及经验来选择适合自身的体例,而不是盲目的借鉴发达国家的立法,以至于忽略了自身所处的实际立法水平及经验丰富程度。<sup>③</sup>

3.立法目的的长远性。国家立法目的及效率要求对一国采纳何种立法体例有着明显的影响,如果一国设计一部法律是一个体系化、长远化的项目,其旨在全面覆盖该法所调整的全部领域,则国家对该部法律立法体例就应该选择具有全面覆盖性以及细致性的方式,与此同时其立法时间也往往较长。相反,如果一国的一部法律在设计过程中具有应急性,对效率有着较高的要求,则在体例选择上就应更加侧重于纲领式或宣言式,进而避免太过详尽,以苛求全面调整各个领域并做到不留死角。

4.立法定位的层级性。采纳何种立法体例同样要考虑国家立法机关对这部法律的定位及其层级安排。如果设立一部基本法,则其立法体例就不应过于细致铺展,而要具有纲领性;<sup>④</sup>而如果设立一部基本法律,则其立法体例就应该相对具体,而不能过于抽象和纲领化。<sup>⑤</sup>同时,立法体例的确立还要反映出该法所反映的利益层次和范围层级。利益的层次不同、事项上的包容性不同,其位阶及效力等级就不同,所采纳的立法体例也就随之要有所区别。对于层级较高的法律,在立法体例的确定过程中就要具有统领性和全面性,而对于层级较低的就应要更加细节性和铺展性。

## (二)特殊要素

确定我国《海洋基本法》所采用的立法体例,应在一般性要素考量基准的基础上,充分结合我国目前所处的海洋立法实践形势而判定。

1.立法环境单行式。从目前我国立法环境来看,我国国内大多部门法的立法体例是以设立单行式法的方式来调整具体的法律关系,这包括众多单行法律、法规以及条例。这表明,我国国内目前尚不存在一部真正意义上的法典,也并不存在一部完全的纲领化、抽象化的法律规范。据此,如果将视角聚焦于一部具体的法律法规,其立法体例大多趋于两者之间的折衷体例,多数以“总则——分则——附则”为主线。其中总则一般包括了立法目的以及相应的原则性问题,分则部分就该法调整范围内比较重要的问题进行具体规范,而附则主要规定该法的生效时间以及与其他法规之间的衔接问题。而对于在执行或适用法律过程中产生的具体问题,一般以下位法的行政法规、部门规章以及相应的司法解释为补充。

2.立法范式散显式。从我国立法技术及经验这一角度出发,我国目前的海洋立法技术处于进阶阶段:一方面,我国海洋单行式立法已经较为丰富,基本覆盖并调整了涉海领域的具体事务;另一方面,我国目前无任何一

①关于立法体例设计的背景考量,参见聂卫锋:“中国民商立法体例历史考——从晚清到民国的立法政策与学说争论”,载《政法论坛》2014年第1期,第113-118页。

②关于立法体例选取与本国其他立法之间的结构性对接问题,参见王娣:“我国强制执行立法体例与结构研究”载《法学评论》2014年第6期,第161-164页。

③关于立法过程中的借鉴问题,参见杨立新:“我国侵权法草案对国外立法经验的借鉴”载《中国法学》2009年第5期,第128-131页。

④所谓基本法,即是一个国家或地区拥有最高效力的法律,实际作用于宪法相同(如香港基本法、澳门基本法),调整国家政治权力配置关系。

⑤所谓基本法律,即指由全国人大制定、层级位于宪法之下的法律,主要对国家政治、经济和社会生活某个领域重大和全局性事项作出规定。

个法律部门形成了较为成熟的法典化立法形式,以法典式制定一部基本法律仍然处于经验较为匮乏的现状。因此,在这样的一个相对矛盾的环境下,我国的海洋立法技术及经验是属在涉海领域内单行立法较为完备的基础上,向综合性立法技术逐渐迈进的进阶式阶段。

3. 维权的前瞻性与效率性。从我国制定《海洋基本法》的目的及效率来看,以制定一部综合性海洋立法为目的的呼声及要求愈发迫切,且对立法效率提出了一定的要求。这主要体现在两个角度:其一,在立法部门里,综合性海洋立法的制定正在进行之中。2015年9月,国务院办公厅发布的《国务院2015年立法工作计划》中以及《国务院2016年立法工作计划》中,制定一部综合性的《海洋基本法》均位列其中;<sup>[2]</sup>2018年9月十三届全国人大将该法列入二类立法项目中,《海洋基本法》的立法工作正在稳步进行之中。其二,在维权层面上,综合性海洋立法是为维护海洋权益的需要。近年来,我国在东海及南海海域与周边国家的矛盾不断升级,周边国家利用国内法以及国际仲裁等方式对我国合法权益进行挑衅,以越南为例,在该国的《海洋基本法》中就堂而皇之地将属于我国主权部分的岛屿划归于它的管辖范围之内。<sup>[3]</sup>在这样严峻的背景下,我国海洋立法的呼声强烈,这不仅是立法层面上的客观需要,也是我国维护自身海洋权益的主观目的。

4. 立法间的关联性。我国《海洋基本法》调整海洋利用和海洋事务管理关系,它属于国家海洋政治及经济活动中的一项基本关系,并不涉及到国家政治权力的配置。根据国家立法定位及层级的要求,其符合作为基本法律的立法法要求,应该定位为基本法律。另外,我国《海洋基本法》调整海洋事务各方面关系,反映的海洋利益范围更加广阔,包容性更强,可以与现有海洋法律之间形成上位法与下位法的关系。因此,《海洋基本法》是其他涉海法律的上一层级立法,对其他涉海法律具有引领性作用,其他涉海法律法规的制定和修改应以《海洋基本法》为依据,不能与之相背离。

## 二、《海洋基本法》立法范式的选择分歧

究竟制定一部什么样《海洋基本法》,伴随着现实需求和呼声,学界针对我国海洋立法体例也有不同的见解,进而形成了一定的分歧。

### (一) 体例择取的分歧

我国学界对于《海洋基本法》立法体例应如何择取形成了两种不同的观点,且主要是围绕着应采纳纲领式立法体例,抑或是详尽式立法体例而展开。

1. 《海洋基本法》应采纳纲领式立法体例。有观点认为,我国《海洋基本法》应当规定的内容包括立法目的、海洋基本方针政策、海洋综合管理和实施我国海洋基本政策的措施,即纲领式的立法体例。<sup>[4]</sup>采纳这一立法形式的支撑理由主要有以下两点:第一,是为提升公民海洋意识的需要。我国作为一个与周边国家海洋权益争端众多的地理不利国,制定并通过一部《海洋基本法》需要公众的广泛参与,并增强其海防和海权的观念。基于此,采纳纲领式立法的形式能够有利于将这种呼吁通过政策的方式表达于规范之上,对唤醒我国公民海洋意识大有裨益。相反,其他两种形式都侧重于调整具体领域内的海洋事务,而把国家的海洋基本战略和政策蕴于这些规范之中,其呼吁性和调动性体现的并不明显。第二,我国详尽式立法技术仍不成熟。尽管我国近年来对海洋发展战略日益重视,但不能否认的是,我国与大部分发达国家的海洋立法技术仍然有一定的差距。<sup>[5]</sup>如果直接采纳他们所采纳的详尽式立法形式,必然会产生立法时间长久,进而延误我国《海洋基本法》的出台时间,且容易在学界和立法界产生更大的争论,因此不宜操之过急。

2. 《海洋基本法》应采纳详尽式的立法形式。另有观点认为,我国《海洋基本法》的体例应采纳详尽式立法体例,其中总则部分规定该法的立法目的、立法原则以及相应的基本政策,分则部分主要规定海洋经济、海洋资源开发、海洋环境保护、海上执法安全、海洋文化和海洋国际事务六个部分。<sup>[6]</sup>理由:第一,该体例是我国立法上的一种常态形式。我国现有立法较少采纳单纯的纲领式立法形式,尽管有相应的纲领式立法,也是蕴于详尽式立法体例之中,并非纯粹的纲领化;第二,该体例能够有效地汲取两种不同形式的有用之处。采用详尽式立法体例,能够有助于同时对纲领式立法以及详尽式立法体例进行充分的学习与研究,汲取其中有用之处为我国立法所借鉴而在采纳详尽式立法体例的过程中,一国不必完全的详尽化,程度掌握比较灵活决定了采纳这一体例的国家有更多的设计空间。

## (二)折衷式立法范式的可能

笔者认为,学界就我国《海洋基本法》立法体例择取的不同讨论,对我国海洋立法体例的选择有着积极的作用:一方面,无论是认同纲领式立法体例,抑或是认同折衷式的立法体例,两者都能正确反映出我国《海洋基本法》立法体例的择取方向。无论是从成本及效率的角度出发,还是从立法经验的角度出发,分散式的海洋立法终究不是一种可取的形式,需要及时予以替代。另一方面,两种争论都反映出我国《海洋基本法》立法背后的价值目标。无论是纲领式立法形式,还是详尽式的立法形式,其立意均符合我国《海洋基本法》立法导向。我国制定《海洋基本法》不仅需要唤醒公众海权意识,还需要从技术上择取一个相对稳妥且有经验可循的方式。然而,现有学界的研究也存在一定的局限性:

第一,现有研究将纲领式立法体例与详尽式立法体例完全予以剥离。尽管现有的研究并没有直接说明这两种体例之间的区别,但是从两种不同观点所给出的制度构建上可以看出,目前的研究将纲领式立法体例与详尽式立法体例予以了剥离。一方面,采纳纲领式立法体例的学者直接以“立法目的、立法原则以及相应的基本政策”为制度构建线索,而采纳详尽式立法体例的学者直接以“海洋经济、海洋资源开发、海洋环境保护、海上执法安全、海洋文化和海洋国际事务”等具体的制度构建为线索,两者之间对立性太过于明显。

第二,忽略了对外国海洋法立法体例的系统分析与借鉴。目前从学界的研究来看,我国《海洋基本法》立法体例的择取很大程度是基于本国国情予以考量的,尽管这是确定立法体例的关键一环,但是却并非唯一的环节。系统地分析与借鉴欧美发达国家以及周边国家的海洋法立法例,也是十分重要的一个研究过程。然而,目前的研究对于外国海洋法立法例的分析与借鉴仍然不够,需要进一步予以补充。

## 三、比较视角下我国《海洋基本法》立法进路

在众多域外国家中,欧美国家已经制定了海洋法,其中英国及加拿大的《海洋法》已经形成了较为成熟的法典化立法体例。与此同时,我国周边国家也相继制定海洋法,并将维护该国海洋权益等根本性事项纳入到本国海洋立法中。据此,我国在制定《海洋基本法》时,对域外国家海洋立法进行充分的分析及借鉴实有必要。

### (一)域外国家海洋立法进路的类型分析

在参选外国海洋法立法体例时,主要基于以下两点考量:第一,海洋强国的海洋法立法。海洋强国一般是属欧美国家,这些国家的海洋法的立法实践具有悠久的历史,其立法技术较为成熟,其中较为典型的国家有英国、美国以及加拿大,<sup>[9]</sup>一些先进的立法经验的借鉴可以避免走弯路。第二,周边国家海洋法立法。我国与周边国家存在相应的海权争端,从维护我国海洋权益的角度出发,我国《海洋基本法》制定过程中也需要分析周边国家的海洋立法。<sup>[7]</sup>纵观我国周边国家,海洋法立法体系较为完善的是属日本以及越南。

#### 1. 纲领式的立法

采纳纲领式立法体例的国家,比较有代表性的是属日本和美国。日本《海洋基本法》一共有40条法律条文,主要的制度部分包括立法目的、基本计划、基本政策的实施以及海洋管理机构等相应的内容。<sup>[9]</sup>美国海洋法本身所采取的立法模式也即纲领式的立法模式,共计7个条文,立法内容为通过设定国家委员会,保护人身和财产不受自然和人为威胁、履行渔业资源和其他海洋、近海资源的保护管理等内容。<sup>[10]</sup>

采纳纲领式立法体例主要有以下两个特点:其一,纲领式立法体例是一种相对政策化、宏观化的立法模式。该立法体例下条文数目少而精炼,主要规定一国海洋基本计划、基本政策以及基本方针导向,其内容较为宏观且覆盖面比较具有针对性。这也意味着,在纲领式立法模式的带领下,一国国内还存在着众多配套实施的涉海法律法规,以对海洋基本法所不能涵盖的具体领域进行细致的规范。<sup>①</sup>其二,纲领式立法模式具有根本性,对其他相关涉海法律法规有着统领的作用。以纲领式立法模式制定海洋基本法,其必定只重在那些与涉海活动相关的,且具有指导性、根本性的问题。基于这一特点,在一国海洋基本法之下的任何一部涉海的法律法规的制定或修改都应该遵循该基本法的相关规定,不能与之相违背。

<sup>①</sup>例如1977年《渔业养护与管理法》将美国的渔区从其12海里扩展至200海里,参见John M. Armstrong, Peter C. Ryner. Ocean Management: Seeking a New Perspective. p.17.

## 2. 详尽式的立法

采纳详尽式立法的国家有代表性的是属英国、加拿大以及越南。英国是采取详尽式海洋立法方式的国家,其2009年英国《海洋法》共计11个部分325条,其内容包括海洋管理组织、专属经济区、英国海域和威尔士地区等制度等多个方向。<sup>[11]</sup>加拿大《海洋法》也是属详尽式的立法模式,在该法中共有109条并可划分为3个部分:加拿大的海域、海洋管理战略以及部长的权力、责任和作用。<sup>[12]</sup>与前两国所相似的是,越南《海洋法》则比较居中,该法一共七章55条,其中第一章是“总则”部分,主要规范了该法所体现的一般性问题以及越南本国的海洋政策,而其余几个具体的领域分别是:越南海域、在越南海域的活动、发展海洋经济等六项。<sup>[13]</sup><sup>①</sup>

详尽式的立法体例主要有以下三个特点:其一,侧重于全面地调整涉海活动中所产生的法律关系。采纳详尽式立法例国家的海洋法,其章节及规范内容较多,包括但不限于海洋管理组织及其职责、海上行政执法内容、海洋生态保护及渔业管理、海上科学研究等。这种立法体例主要存在于海洋意识根深蒂固且海洋战略思想体系较为完备的国家,在适用过程中往往可以直接在本国海洋基本法中得以寻求依据。其二,将本国的海洋基本计划及政策蕴于规范之中。尽管详尽式立法内容覆盖比较全面,但这并不意味着采纳详尽式立法国家不存在本国的海洋基本计划及政策。这种立法体例往往将本国的海洋基本计划及政策蕴于规范之中,并通过条文的形式表达出来,具有一定的隐蔽性或非直接性。<sup>[13]</sup>其三,可进一步划分为法典式立法以及折衷式立法。与纲领式立法不可二次划分所不同的是,详尽式立法体例还可再次划分为法典式立法以及折衷式立法两种。法典式海洋立法形式存在于英国、加拿大等欧美发达国家之中,其条文可达上百条,覆盖面广且细致。而折衷式海洋立法形式比较典型于越南,其条目数量介于纲领式立法与法典式立法之中,以总则的方式引领该法纲领性部分,最后择取本国海洋立法中最为重要的若干事务予以具体规范。

## 3. 两种立法例的比较及制度共性

通过对外国《海洋基本法》立法体例间划分及其特点的分析,笔者认为,无论是英国、加拿大、越南以及韩国所采用的详尽式立法体例,还是其余国家所采用的纲领式立法体例,两者均有相应的利弊:

详尽式立法体例是一种细致且成熟的立法体例,为其实践中的具体适用带来直接且便利的依据,能够细致且全面地规范涉海法律法规中的大部分事务,避免再次针对具体领域进行海洋立法的重复性工作。详尽式立法体例是一种归宿性的立法体例,在一国立法技术成熟且完备的情况下,制定详尽且体系化的海洋法典则是一种趋势所在,它能够有力地避免立法工作者的再次劳动,在适用法律过程中能够清晰易读,直接明确。然而,这种立法体例也有一定的缺陷。由于一国的海洋战略和计划是通过所设定的具体制度中表现出来,因此,详尽式立法体例无法清晰地表达并突出国家关于海洋事务上的政策方针,而对于绝大多数发展中国家来说,规范技术的不成熟也易顾此失彼,进而存在无法达到应有效果的立法风险。

而纲领式立法体例言简意赅,负有统领性和根本性,能够有利地将民众的呼吁通过政策的方式表达于规范之上,对唤醒一国公民海洋意识大有裨益。然而纲领式立法模式在调整具体领域内的海洋事务中时却深显力度不足,进而不得不依靠众多其他配套实施的法规予以协助。因此,采纳纲领式立法的国家不得不面临与国内其他涉海法律法规之间的衔接问题,从而给一国立法工作增添了负担。

尽管两种立法体例本身各有利弊,但是从制度设计这一层面出发,以立法体例的不同为划分的域外各国海洋立法中仍可归纳出某些制度的共性,这对借鉴域外国家海洋法立法体例并构建我国《海洋基本法》的制度而言将大有裨益。

其一,以纲领式立法体例为引领的制度共性。在纲领式立法体例的引领下,采用这种体例的国家在制度构建时一般通过国家海洋基本计划与政策的形式予以表达,这里涉及的制度主要有一个共性点:明确本国海洋管理体制。<sup>②</sup>采纳纲领式立法体例的国家往往非常重视本国海洋管理体制的构建,并将这部分单独作为制度的重要一部分。<sup>③</sup>尽管不同国家的海洋政策及方针存在一定的差异,但是明确本国海洋管理体制,厘清涉海行政机关之间的职权划分是纲领式立法国家海洋法规范的共性所在。

其二,以详尽式立法体例为引领的制度共性。在详尽式立法体例的引领下,不同国家根据自身国情的需要会

<sup>①</sup> 参见越南《海洋法》第22条、42条、47条。

<sup>②</sup> 这种做法比较典型的即是日本《海洋基本法》,美国的《海洋法》也存有对相关部门基本职责的规范,但是其海洋基本计划以及基本政策往往则是通过相应补充文件予以表达。

<sup>③</sup> 参见英国2009年《海洋基本法》的第一部分,加拿大《海洋法》的第二部分,越南《海洋法》的第四部分。

选取不同的涉海领域进行规范,因此,从总体的布局角度出发各个国家差异性比较明显。然而,尽管存在不同,但是这些国家海洋基本法也能体现出共性的部分:本国特殊海域的划界及其相应制度。<sup>①</sup>这表明,采纳详尽式立法国家的章节设计里特别注意本国涉海管理部门及其相应职权的明确及规划,并且对于本国海域内所存在的具有地缘政治因素的海域内进行相对的分隔,做出进一步的调整,从而设计出属于这部分海域内的特殊制度。

## (二)域外各国海洋基本法立法体例对我国的借鉴

通过分析外国海洋基本法的立法体例及制度构建,笔者认为,我国《海洋基本法》在设计过程中,需要批判式的借鉴其中的有益部分,并从中择取出符合我国立法实践及实际情况的立法体例。

### 1.立法模式上:不应采纳纲领式立法体例

笔者认为,在美国与日本所采纳的纲领式立法体例以及英国、加拿大、越南、韩国所采取的详尽式立法体例之间,我国《海洋基本法》应借鉴详尽式立法体例,而不能采用纲领式立法体例,这主要是基于以下原因:

第一,不能解决我国海洋立法的现存问题。我国现有的海洋立法多为各海洋部门单独立法,包括领海、专属经济区和大陆架、海洋资源开发利用、海域使用、海上交通、海洋工程、海洋环境和生态保护等方面,数量多而繁杂,欠缺统领海洋方面的法律,各法之间的衔接和协调有失周全,更有一些海洋领域呈现立法空白状态。而纲领化立法过于抽象和宏观,对具体制度的操作性不强,无从解决我国现有海洋立法的上述问题。

第二,不利于提升我国民众的海洋意识。目前我国民众的海洋和海权意识较为淡薄,国家海洋局《2011年国民海洋意识调查报告》显示,受访民众对我国管辖海域面积的认识只有10.7%,对领海、专属经济区等相关概念的认识更低于5%。<sup>②</sup>而对领海主权及国防问题仍有约10%的人表示漠然。<sup>③</sup>在当今海洋周边局势日益紧张、海洋经济逐步发展的情况下,我国需要唤醒全体国民的海洋意识,引导民众爱护海洋和关注海洋事务,积极参与到具体的涉海活动中,形成正确的海洋观和海洋维权理念。而纲领式立法因其欠缺具体海洋制度的规定,规范的行为指引性较弱,不能有效地起到提升我国民众整体海洋意识的作用。

第三,我国尚无以纲领式对法律层级进行立法的先例。我国现有大多部门法大多以单行法律的方式调整具体的社会关系,呈现“一般规定——具体制度——附则”结构。通常由“一般规定”明确制定该法的立法目的、适用范围、基本原则及其他一般性问题,通过“具体制度”调整相关领域内的重要问题,以“附则”规定该法的生效时间。这种规范结构的立法比较明确、细致,覆盖面较广,已为民众和法律工作者所熟悉。而纲领式立法却在我国的立法实践中较少运用,不容易被认知。

### 2.制度构建上:汲取两种立法体例中制度的共性部分

在制度层面上,笔者认为可以考虑对两种立法体例中制度共性的部分,汲取有益成分予以借鉴。

第一,将“本国管辖海域”借鉴至我国《海洋基本法》之中。由于我国基于某种历史因素或地缘政治因素存有某些特殊海域(例如我国南海),因此,我国在主张这部分海域主权时应需在本国的《海洋基本法》中予以重点的回应。对于这部分而言,2009年英国《基本法》中为我们提供了良好的借鉴模式,主要在于它所强调的一种理念,即:在坚持公正与平等原则的同时,对不同地区采取了不同的管理办法,以充分的尊重不同地区的特点。笔者认为,至少让调整具有历史性因素的海域规范在我国《海洋基本法》中占据一席之地,并对管理该部分海域内的相关海洋法问题进行清晰的界定和厘清,其做法还是具有一定的必要性。

第二,将“海洋管理体制”借鉴至我国《海洋基本法》之中。我国国内现今在管理海洋这一问题上曾出现诸多权力重叠、职责分管不清的现象。对于这一问题,笔者认为在我国《海洋基本法》之中应予以借鉴并解决。对于这部分而言,英国2009年《海洋法》的第一部分、加拿大《海洋法》的第二部分、越南《海洋法》的第四部分,甚至包括采纳纲领式立法的日本《海洋基本法》里的第四部分里,都存在设立相关的制度用以调整涉海管理部门及其相应的职权划分。据此,笔者认为,我国《海洋基本法》之中可以具体的规范海洋行政主体及其相应职权,用以避免管理海洋这一问题时所出现的权力重叠、职责分管不清的现象。

①参见英国2009年《海洋基本法》的第三部分,加拿大《海洋法》的第一部分,越南《海洋法》的第一部分。

②参见《2011国民海洋意识调查报告》,参见陈韶阳,刘玉龙等:“国民海洋意识的窘境与出路——提高国民海洋意识途径的探讨”,载《海洋信息》2012年第3期,第58页。

③参见《2012年中国国民海洋意识调查总印象》,载《海洋世界》2013年第2期,第12-14页。

## 四、我国《海洋基本法》立法进路的再思考

通过对外国《海洋基本法》立法体例的分析及借鉴以及我国现有海洋法律规范现状,笔者认为,我国《海洋基本法》需要明确在确立详尽式立法体例中更加细致的立法体例,即采纳折衷式的立法体例,并不是法典化地制定一部《海洋法》,而是要把其中最具有基本性的、根本性的、原则性的以及政策性的内容凸显出来。在结构设计上应该要以框架式的方式予以立法,并在这一架构之下进行制度的构建。

### (一)体例选择:详尽式立法模式下的折衷式立法模式

详尽式立法体例下还可再分为“法典式立法体例”以及“折衷式立法体例”。笔者认为,我国《海洋基本法》所采取的立法模式应该是详尽式立法体例下的折衷式立法体例。折衷式立法体例是一种对“法典式立法体例”与“纲领式立法体例”的兼收并蓄,它本质上仍属于“详尽式立法体例”之中,与单纯的纲领化立法有着明显的区别。

第一,折衷式立法体例从某种逻辑而言可以吸取纲领式立法体例的优点。需要明确的是,这两种形式之间虽然不属于同一类型,但也并非完全没有任何关联所在。事实上,折衷式立法体例的第一部分“总则”里往往就包含了纲领式立法中所要规范的绝大部分内容,只是在程度上可能不及纲领式立法体例中所规定的那么细致。然而,纲领式立法体例却无法像折衷式立法体例一样调整在海洋领域内的某些具体的法律关系。因此,从逻辑的角度出发,如果舍弃某些重要领域范围内的调整活动进而完全地将我国《海洋基本法》纲领化,则实属顾此失彼。故笔者认为,纲领式立法体例并不可取,相反折衷式立法体例能够在最大程度地顾及到纲领式立法体例所要体现的相应政策的同时,还能兼具在我国某些重要的海洋事务领域内发挥调整功能,是属一种较为妥当的做法。

第二,折衷式立法体例能够与法典式立法体例相互隔离开。对于折衷式立法体例与法典式体例之间的关系,笔者认为,两者的相似性其实仅停留于是否对某一具体领域内的事务进行必要的规范,除此之外,针对立法后的条文数目、立法技术要求,甚至是立法目的而言,两者都有根本上的差别。折衷式立法体例兼容了纲领式立法体例,并在这一引领之下设计相应的具体制度;而法典式立法体例主要以具体的制度为着眼点,其海洋事务的方针政策需要在这些制度中予以体现,而并没有单独详解。因此,折衷式立法体例与法典式立法体例并没有实质的同一性,从理论上将这两种形式完全独立开也并没有太大的不妥。我国在制定《海洋基本法》的过程中,应尽可能地在其分则部分中规范与我国海洋发展战略紧密相关领域内的海洋事务,突出一些重要性的问题,而不是全面铺展开以求像法典式立法所体现的那样尽可能的做到“不留死角”。

综上所述,我国《海洋基本法》应采取详尽式立法体例下的折衷式立法体例,且这种折衷式的立法体例并非是纲领式与法典式的简单糅合并借鉴,而是一种包含纲领式立法体例,但却又相对独立于法典式立法体例的嵌套式立法体例。

### (二)结构设计:以框架式立法方式制定《海洋基本法》

《海洋基本法》的定位与海洋法律体系具有因应性,这决定我国《海洋基本法》的立法进路既不同于纲领式立法,也有别于详尽式立法,它在调整对象上应当全面覆盖海洋事务各方面关系,在制度设置上宜以框架方式,尽可能囊括海洋法律制度,以此确定海洋法律体系的范畴,并为未来《海洋法典》留有空间。

#### 1.体系性要求

法律的体系性要求《海洋基本法》要囊括全部现行涉海法律规范,并通过某种内在逻辑链条将各个部分相互衔接,形成一个有机联系的统一整体,为其他涉海法律法规寻找应有的归属,弥补现有立法体系分散性、庞杂性等不足,避免某部涉海法律法规游离于《海洋基本法》之外。

#### 2.稳定性要求

法律稳定性要求其一经制定和公布实施,就必须要保持其严肃性和权威性,维持其效力于适当的时期保持不变。稳定性要求《海洋基本法》实施后不能朝令夕改、变动频繁。因此,《海洋基本法》立法之初,就应考虑其科学性,通过预先科学的体系框架设计,为今后相关领域的海洋立法找到上位法依据。而在当今我国立法资源紧张的情况下,更要避免应急式立法,防止因制度设置不周全而不断修法。

#### 3.现实紧迫性的应对

基于维护我国海洋权益及发展海洋经济的迫切需要,目前我国制定《海洋基本法》具有现实的紧迫性。对此,《海洋基本法》在立法时还要考虑现实的可行性,协调好该法的现实紧迫性与立法的科学性、体系化的关系,

在制度设计上不能太过细致。而过分纠结该法的科学性,会延缓其立法的进程,不符合现实所需。

#### 4.《海洋基本法》的未来考虑

从长远的角度来看,我国《海洋基本法》的未来走向应该是《海洋法典》,这不仅代表了国家立法技术的成熟,而且也是海洋法治化的必然要求。然而,基于现实紧迫性而制定的《海洋基本法》无法做到两全。为此,较为有效的方式是借助框架式立法,搭建海洋法体系,在该法实施后,通过不断积累经验,逐步细化《海洋基本法》中的制度,健全和完善各涉海法律,待条件成熟时编纂《海洋法典》,走上法典化的必由之路。

#### (三)制度构建 我国《海洋基本法》的基本模块

在折衷式立法体例以及框架式立法设计方式的前提下,笔者认为,我国《海洋基本法》应该具体包含以下六个基本模块:

##### 1.国家海洋发展战略及政策

基于折衷式立法体例的要求,我国《海洋基本法》中应将国家海洋战略和政策引入其中,并将其作为该法之第一部分。具体而言,我国海洋发展战略应包括以下三个方面:(1)意识上:全面提升民族海洋战略意识,着力塑造“宽领域”、“全民族”视野下的海洋意识;(2)经济上:制定高效益、可持续开发和利用海洋资源的经济战略,全方位的提升国家海洋开发利用之科技水平;(3)政治上:设计维护国家海洋权益,解决海洋权益争端之海洋政治战略,运用海洋法律法规等手段,在和平协商、互相协作的基础上解决我国海洋权益争端,维护我国自身海洋权益,而从政策上,我国《海洋基本法》应明确我国海洋发展政策,包括海洋规划体系、海洋资源管理、产业发展、海洋公共服务、海洋科学技术以及海洋文化与教育政策六个方面。

##### 2.海洋管理体制

我国《海洋基本法》应明确本国海洋管理体制,权责不清的现状。该部分所涉及的制度有二个方面:(1)我国海洋行政主体及其职权。我国《海洋基本法》中应予以明确,我国海洋行政执法主体包括了中国海警局及中国海事局。其中,中国海警局的职能包括撤裁前“海监、渔政、边防、缉私”四个海上行政执法主体的所有职能,包括渔业行政执法、海岛保护行政执法、海上治安执法、海洋环境保护等。中国海事局的职能集中于海上交通领域,主要包括水上安全、防污、船检及航海保障四项内容。(2)我国海洋行政主体的协调及机制。在明确我国海洋行政主体及其职权的基础上,应该明确我国海洋行政主体间的协调及机制的建立。包括中国海警局及中国海事局之间职权的协调配合、与相关政府管理部门之间的配合以及与相关公众参与主体之间的沟通与合作。为实现海洋行政主体之间的有效协调,可以设立相应的协调机制,如会议协调制度、信息共享制度、督查评估制度等,以保障两局之间及与其他海洋行政主体间协调合作的顺利进行。

##### 3.国家管辖海域

该模块可分为两个部分:(1)国家管辖海域的范围。国家管辖海域的范围包括内水及领海、群岛水域、毗连区、专属经济区及大陆架的界限及划分方法。(2)国家管辖海域范围内的权利。在明确国家管辖海域范围内的基础上,还应明确于这一范围之上的权利,包括国家本身所享有的历史性权利、船舶在领海内的无害通过行权、在毗连区管制区和专属经济区内的自由航行权及限制等。

##### 4.海洋活动

由于我国《海洋基本法》应具有明显的基本性,并且我国在对不同领域内的涉海活动均具有特定的法律法规予以调控。故而笔者认为,我国《海洋基本法》中可以设立“海上活动”作为一个统一的部分,将各个具体领域中涉及主要海上活动内容的法律法规进行梳理,并强调各个具体调整领域内的一般性、政策性内容,进而把不同领域内的从事涉海活动的内容相统筹,使之具有基本性和完整性。其作用在于其能够为我国以后其他涉海法律法规的制定或修改提供类似于“宪法性”的标杆,其他涉海法律法规的制定或修改应该符合我国《海洋基本法》中的相关规定,对与这些规定相违背或不相适应的,应进行修改或删除。具体而言,海洋活动应包括以下四项内容:

(1)海洋渔业活动。海上渔业活动包括了渔业养殖、捕捞以及增殖三个子活动,我国《海洋基本法》中应明确海上渔业活动的管理方针,在此基础上重点调控远海渔业捕捞问题,完善捕捞范围、许可、限额等制度。

(2)海洋工程活动。海洋工程活动是一个相对比较笼统的概念,其包括了海洋资源开发、海洋空间利用、海洋能源利用以及海岸线利用四个部分。《海洋基本法》应该明确海洋工程活动的进行原则以及相应的行政管理问题。

(3)海洋交通活动。海洋交通活动作为海洋活动中的重要一种,其主要指从事与我国海上交通管理,保障船舶、设施和人命财产安全的相关活动。我国《海洋基本法》应强调并规范海上交通活动,包括规范船舶航行停泊

及作业活动、海洋安全保障活动(包括一般性安全保障活动与应急性安全保障活动)以及船舶防污染等内容。

(4)海洋科研活动。海洋科研活动是属我国海洋活动中的一种,它具体包括了两个方面:第一,一般性海洋科学研究活动。我国《海洋基本法》中应强调我国海洋科学研究活动的进行原则、方式、审批、合作事项等几个方面的内容,使我国海洋科研活动有条不紊地进行;第二,海洋科学考察活动。需要明确科学考察船的法律地位、海洋水文及海洋测量活动以及水下文物的保护活动三个方面的内容。

#### 5. 国家海洋安全

侧重于在维护本国海洋安全的基础上,加大国家之间的安全性合作,打击国际海上犯罪,维护海上和平与稳定。分为以下两个具体的部分:(1)我国海洋安全保障。维护我国国内海洋安全,需要明确海洋安全保障的范畴、制定海洋安全维护计划、创设海上安全保障机制。据此,我国可以引入海上护航机制或设立必要的防空识别区,以保护我国管辖海域内外的安全。(2)国际海洋安全合作。在保障我国国内海洋安全的前提下,需要加大与域外国家之间的海洋安全合作,包括订立海洋安全合作协议、构建海洋安全合作的实体性要素及程序性机制等。

#### 6. 国家管辖外海域的海洋权益

随着国家逐步重视管辖外海域海洋权益的维护,我国《海洋基本法》中也应对这一问题予以回应并设立单独的模块。具体而言,这一部分包括了以下三个方面:(1)公海。公海部分包括了我国对公海的立场、在公海范围内所享有的权利,如公海船舶管辖权利(对公海上对可能存在违法活动的船舶行使登临权、紧追权)以及我国在公海范围内所应履行的义务,如公海资源养护、环境保护义务。(2)国际海底区域资源。主要应展现两个部分:其一,勘探及开发的原则,包括环境保护、维护人类共同财产原则;其二,勘探及开发的合作,包括与国内及国外自然、法人或其他组织之间的合作问题。(3)极地事务。极地部分包括明确我国的南极事务及北极事务,我国在南北极所应享有的权利,承担的义务以及我国的南北极开发政策等。

## 五、结语

我国《海洋基本法》立法体例之塑造,需要综合地考量我国国内所现处的单行式立法环境、我国综合性的海洋立法技术、该法的定位要求以及目前制定该法的目的。在纲领式立法与详尽式立法体例之间,我国《海洋基本法》应采纳详尽式立法体例下的折衷式立法体例,并在框架式设计体系要求之下借鉴域外国家海洋基本法中的制度,以立法确定国家海洋发展战略,将关乎我国海洋主权、海洋权益、海上安全和促进海洋经济发展等重要的海洋事务和海洋活动纳入我国《海洋基本法》的制度构建中,以形成一部综合性的统领海洋法体系的海洋法。

#### 参考文献

- [1] 张绵绵.“十三届全国人大立法规划”[EB/OL].[http://www.npc.gov.cn/npc/xinwen/fgz/fdt/2018-09/10/content\\_2060945.htm](http://www.npc.gov.cn/npc/xinwen/fgz/fdt/2018-09/10/content_2060945.htm), 2018-9-11.
- [2] 李欢.《海洋基本法》等列入国务院 2016 年立法工作安排[EB/OL].2018-04-03.
- [3] 卢卫彬.越南海洋法:立法评析与对策思考[J].大连海事大学学报, 2014(4): 59.
- [4] 于宜法,马英杰,薛桂芳,郭院.制定《海洋基本法》初探[J].东岳论丛, 2010(8): 165.
- [5] TULLIO TREVES.The Law of the Sea the European Union and its Member States [M].Hague :Martinis Nijhoff Publishers, 1997.126-134.
- [6] 马明飞.我国海洋基本法立法的若干问题探讨[J].江苏社会科学, 2016(5): 187.
- [7] 王建廷.我国地方海洋立法技术分析[J].海洋环境科学, 2009(1): 97.
- [8] 金永明.日本的海洋立法新动向及对我国的启示[J].法学, 2007(5): 142.
- [9] 庄玉友.日本《海洋基本法》(中译本)[J].中国海洋法学评论, 2008(1): 128-133.
- [10] DC(USA)eng.An Ocean Blueprint for 21st Century[M].U.S Commission on Ocean Policy, 2004.18.
- [11] BOWDEN.Tourism and the proposed Marine and Coastal Access Act 2009[J].Tourism Insights, 2009(2).
- [12] JUDA L.Changing National Approaches to Ocean Governance the United States ,Canada and Australia [J].Ocean Development and International Law, 2003(2): 161-187.
- [13] DONALD R. ROTHWELL and DAVID L.VANDER ZWANG.Towards Principled Oceans Governance :Australian and Canadian Approaches and Challenges[M].New York :Rutledge, 2006.146-159.

[责任校对 栗红蕾]