

争议专属经济区内

熊

内容提要 争议专属经济区因国家间权利主张冲突而产生,维权行政执法具有强化行政管辖权、维护海洋权益等积极意义,但为了履行国际义务、适应海洋战略以及服务周边外交政策,在考量违法行为主体、性质与程度等因素的基础上,我国海上执法主体应在争议专属经济区内对执法方式和强度进行自我克制和约束以开展适度性执法。而适度性执法需遵循比例、平等以及对等原则,并从限定主体、选择方式、降低强度以及避免武力使用等方面加以实施。我国在争议专属经济区内的维权行政执法实践体现了适度性,但应继续推行适度性执法,。争议专属经济等

10.14111/j.cnki.zgfx.2016.05.005

律观点或
其中权利主张中
后主权、主权权利、管辖权

维权执法

上执法有刑事执法

持针对海上违法行为开

本包括刑事执法以及行政许可、海难

权益,海上执法主体从事的维护海洋权益的执

》和我国相关法律、法规的规定,海上行政执法的对象已

飞机。但是从我国《国家海洋事业发展规划纲要》(2008年)和《国

“十二五”规划》的内容分析,维权执法强调强化管辖海域的实际控制,维护国家海

而从我国海上维权执法实践分析,其目的也是为了实施海上监管,以维护国家

权益,如黄岩岛和钓鱼岛维权执法。由此可见,我国海上维权执法的对象具有涉

针对具有外国国籍的船舶和飞机而开展的执法。但由于船舶是从事海上经常

的主体,是《公约》中国家管辖权的重点^⑥。因此,本文中的维权行政执法是指我

行政执法主体在争议专属经济区内,依法对从事海上违法行为的外国船舶开展

执法活动。

议专属经济区内的维权行政执法对于维护我国海洋权益,保障海上安全与海域

利具有重要的意义。第一,维权行政执法是执法主体实施的法律适用活动,体现

行政管辖权,因而有利于制止、惩罚破坏海洋资源和海洋环境等海上违法行为,

护我国在争议专属经济区内的海洋权益。第二,海上秩序和海洋安全是开展海

执法的重要目的,而争议专属经济区内的维权行政执法有助于遏制非传统安全

护海上通道安全,从而为我国21世纪海上丝绸之路等海洋战略的实施提供了

第三,依据《公约》第74条第3款之规定,虽然争议当事国有不影响最终划界“临

的义务,但如果一方当事国抑制或者放弃在争议海域内行使管辖权,则会对争

的最终划界产生不利影响。^⑦而长期、持续的维权行政执法有助于强化我国对争

经济区的行政管辖,进而维护我国在专属经济区划界中享有的合法权利。

(一) 争议专属经济区内维权行政执法的依据与方式

1. 维权行政执法的基础和依据

前所述,争议当事国对争议专属经济区提出权利主张的依据是《公约》,而国内法

专属经济区争议状态的原因。因此,《公约》赋予的主权权利和管辖权以及我国

的规定,为我国开展争议专属经济内的维权行政执法提供了基础和依据。

议专属经济区内的国家权利。依据《公约》第56条之规定,国家对专属经

对海洋环境的保护和保全等事项

开发专属经济区自然资源的一切权利,包括

⑥ 立刚:《国家海洋管辖权研究》,载《法治研究》2014年第8期。

⑦ 引② 龚迎。

和对违法、犯罪行为进行追究的权力。管辖权是行政执法权的基础,《公约》明确规定国家在专属经济区内享有对自然资源的主权权利和管辖权。此外,《公约》第 94 条规定的“对船舶的管辖权”,以及第五部分中规定的“管理”、“管制”、“检查”、“调查”、“紧追”等权力,均属于行政执法权。因此,我国在争议专属经济区内享有的管辖权,为开展维权行政执法提供了基础。

二、维权行政执法的国内立法。争议专属经济区内的维权行政执法属于国内行政法范畴,虽然《公约》规定的主权权利和管辖权为维权行政执法提供了基础,但“国际法权利必须经过明确的国内法授权才可以得到行使”^⑨,而我国进行了《公约》的国内立法,从而为争议专属经济区内的维权行政执法提供了依据,如根据《专属经济区法》之规定,我国在专属经济区内享有 3 个事项的管辖权,并可对专属经济区内外国船舶的违法行为采取登临、检查、扣押等必要措施并行使紧追权。此外,根据 2013 年《国务院机构改革和职能转变方案》的规定,重组后的国家海洋局整合了原有四个海上执法队伍和职责。虽然我国目前缺乏中国海警海上行政执法的专门规定,但《渔业法》、《海洋环境保护法》以及《公安机关海上执法工作规定》等规定的海上行政管辖权,又为中国海警开展争议专属经济区内的维权行政执法提供了依据;而《海上交通安全法》、《防治船舶污染海洋环境管理条例》等法律、法规,为我国海事机关开展争议专属经济区内的维权行政执法提供了依据。

维权行政执法的方式

根据《公约》的规定,针对争议专属经济区内的违法行为,海上行政执法主体可以采取的方式包括检查、调查、处罚、罚款、扣押、扣留、登临以及紧追等;除此以外,我国还规定了驱逐、责令改航、清除、没收以及强制救助等执法方式。在上述行政执法行为中,有事实行为,也有法律行为。其中行政事实行为包括调查、检查、监视以及巡逻等,它们不产生特定的法律效果。而依据《公约》第 110 条和第 111 条之规定,登临是为了“查核”和“检查”,紧追是在发出停驶命令信号后方可开始,执法主体实施登临行为和紧追行为没有直接处分外国船舶的权利义务,没有产生法律上的效果,因而不属于行政法律行为。需要指出的是,虽然上述事实行为是行政执法主体在执法过程中采取的不产生法律效果的执法方式,但它们是执法主体作出行政命令、行政处罚等法律行为的前提,即发现并确认海上违法行为。

根据我国国内法的规定,执法主体可以采取的具有法律意义的执法方式包括行

^⑨ 王铁崖:《国际法》,第 485 页。

^⑩ 王铁崖:《国际法》,第 485 页。

^⑪ 王铁崖:《国际法》,第 485 页。

^⑫ 《中国海洋法学评论》2005 年第 1 期。

^⑬ 《中国海洋法学评论》2005 年第 1 期。

^⑭ 《中国海洋法学评论》2005 年第 1 期。

^⑮ 《中国海洋法学评论》2005 年第 1 期。

^⑯ 《中国海洋法学评论》2005 年第 1 期。

^⑰ 《中国海洋法学评论》2005 年第 1 期。

^⑱ 《中国海洋法学评论》2005 年第 1 期。

^⑲ 《中国海洋法学评论》2005 年第 1 期。

^⑳ 《中国海洋法学评论》2005 年第 1 期。

^㉑ 《中国海洋法学评论》2005 年第 1 期。

^㉒ 《中国海洋法学评论》2005 年第 1 期。

^㉓ 《中国海洋法学评论》2005 年第 1 期。

^㉔ 《中国海洋法学评论》2005 年第 1 期。

^㉕ 《中国海洋法学评论》2005 年第 1 期。

^㉖ 《中国海洋法学评论》2005 年第 1 期。

^㉗ 《中国海洋法学评论》2005 年第 1 期。

^㉘ 《中国海洋法学评论》2005 年第 1 期。

^㉙ 《中国海洋法学评论》2005 年第 1 期。

^㉚ 《中国海洋法学评论》2005 年第 1 期。

^㉛ 《中国海洋法学评论》2005 年第 1 期。

^㉜ 《中国海洋法学评论》2005 年第 1 期。

^㉝ 《中国海洋法学评论》2005 年第 1 期。

^㉞ 《中国海洋法学评论》2005 年第 1 期。

^㉟ 《中国海洋法学评论》2005 年第 1 期。

^㊱ 《中国海洋法学评论》2005 年第 1 期。

^㊲ 《中国海洋法学评论》2005 年第 1 期。

^㊳ 《中国海洋法学评论》2005 年第 1 期。

^㊴ 《中国海洋法学评论》2005 年第 1 期。

^㊵ 《中国海洋法学评论》2005 年第 1 期。

^㊶ 《中国海洋法学评论》2005 年第 1 期。

^㊷ 《中国海洋法学评论》2005 年第 1 期。

^㊸ 《中国海洋法学评论》2005 年第 1 期。

^㊹ 《中国海洋法学评论》2005 年第 1 期。

^㊺ 《中国海洋法学评论》2005 年第 1 期。

^㊻ 《中国海洋法学评论》2005 年第 1 期。

^㊼ 《中国海洋法学评论》2005 年第 1 期。

^㊽ 《中国海洋法学评论》2005 年第 1 期。

^㊾ 《中国海洋法学评论》2005 年第 1 期。

^㊿ 《中国海洋法学评论》2005 年第 1 期。

、行政处罚等。《海上交通安全法》第30条和第31条规定的责令停航、改航、停止作业等属于行政命令；《专属经济区和大陆架法》以及《渔业法》规定的责令停止作业、吊销职务证书以及驱逐^①等均属于行政强制措施而采取的强制手段。其中《海洋环境保护法》第71条规定的责令限期改正、责令停止作业、责令限期拆除等措施以及《海南省沿海边防治安管理条例》第48条规定的暂扣涉渔渔具等强制措施；而《海上交通安全法》第48条规定的强制打捞清除以及《防治船舶污染海洋环境管理条例》第42条规定的清除、打捞、拖航、引航、过驳等必要措施，则属于行政强制执行。此外，根据《公安机关海上执法工作规定》第9条的规定，海上行政执法主要以使用武力。

二、争议专属经济区内维权行政执法的适度性

（一）适度性之阐释

适度可以理解为程度适当。经济学中的适度性强调经济行为“过大”与“过小”之间的主张^②。法学语境下的适度性则强调对不法行为进行规制时应把握合适、适当的界限^③，以实现法律秩序和公民自由间的平衡。可见，适度性主要强调“过”与“不及”的均衡，以实现相互矛盾事务间的和谐，而均衡与和谐是行为主体的自我行为。维权行政执法的适度性是指执法主体应在法定范围内，通过对执法方式和执法强度进行自我克制与约束，以实现执法目的间的均衡，而基于适度性开展的维权行政执法称适度性执法。

理解争议专属经济区内维权行政执法的适度性时应注意：第一，由于适度性执法属于行政执法，因而其“适度性”必须满足“合法性”的要求，即行政执法权的行使最终结果必须符合我国现有法律、法规和规章的规定，遵循行政执法的一般原则。第二，维权行政执法的适度性是我国海上行政执法主体的自我克制与约束，其来自执法主体的自发行为，而不是外部力量和因素影响的结果。第三，除执法主体的限定外，维权行政执法的适度性主要体现为执法方式与强度的适度性，其中执法方式的适度性强调选择对相对人产生不利影响最小的手段，而执法强度的适度性强调应当在必要范围内。

^①《海南省沿海边防治安管理条例》第47条均规定了违反外国船舶的“驱逐”。驱逐是责令从事违法行为的船舶离开我国管辖海域的行政命令，但实质是对外国船舶违法行为的惩罚，因而属于行政处罚。参见周佑勇《行政处罚法研究》（北京：中国政法大学出版社，2004年），第115页。此外，《海洋环境保护法》第79条规定的责令限期改正、责令停止作业、责令限期拆除等属于“驱逐”。

^②参见周佑勇《适度性测度研究》，载《经济学家》2012年第3期。
^③参见周佑勇《比例原则》，载《法制与社会发展》2003年第4期。也有学者认为其是比例原则的体现，即适度性（或比例性）是法律中的均衡性，并可理解为禁止过度。参见周佑勇《行政法基本原则研究》（北京：中国政法大学出版社，2005年版），第135页。

国内选择, 在
争议状态, 虽然手
方争议当事国的国内法而。

制义务。

的自我克制与约束。

21 世纪海上丝绸之路战略。

21 世纪海上丝绸之路战略是我国建设

举措,而合作是该战略的基本要求,即“海洋

的题中要义。21 世纪海上丝绸之路建设首先应是中国

作的进程”^{①7}。而根据《推动共建丝绸之路经济带和 21 世纪海上

动》的规定,海洋是建设 21 世纪海上丝绸之路的基础与载体。但我国约三分

或为争议海域,其中争议面积最大的海域是专属经济区,这给 21 世纪海上丝绸

设带来了挑战与风险,如沿海国主权和管辖权向海一面的扩张^{①8}。因此,我国需

在争议专属经济区内的维权行政执法,制止海上违法行为,保障海上安全,遏制

变现状的活动,这是 21 世纪海上丝绸之路建设的必然要求;但同时也需要采取

低因争议专属经济区引发的各种风险,避免冲突和对立,推进海上合作,维护地

与稳定,为 21 世纪海上丝绸之路建设提供良好的环境。但维权执法和海上合作

着内在的矛盾,而适度性执法是缓解上述矛盾的有效途径,即通过争议专属经济

适度性执法,既可以维护海洋权益,又可以通过执法权的自我克制与约束,降低

生的可能性,从而为海上合作创造条件,实现维护海洋权益与维护地区稳定间的

周边外交政策的需要

于周边外交政策,习近平主席在 2013 年周边外交工作座谈会上提出,要坚持与

以邻为伴,坚持睦邻、安邻、富邻,突出体现亲、诚、惠、容的理念,以打造周边命

本。其中“亲诚惠容”理念蕴含着包容共进、和谐发展的内涵,而“容”有包容、容

宽容之意,其强调通过行为节制等策略,以寻求和谐或和平的临时解决办法。^{①9}

国以及越南、菲律宾等东南亚国家是我国重要的周边邻国,但也是与我国存在

经济区划界争议的国家。按照周边外交政策新理念的要求,我国应以包容、容忍

容的方式处理与上述国家间的各项事务,其中就包括海上行政执法活动。因此,

上执法主体在争议专属经济区内的自我克制与约束,有助于在维护国家海洋权

出上,配合周边外交政策新理念的实施。

适度性的影响因素

违法行为的主体

①7: EEDDD2 &+3&42,5;) 2 8= 3,/1"/7*,/ / 7\$ " @4D ,- 7\$ " ! "4 F// "K

①8: 102 American Journal of International Law 119, 120 (2008) .

①9: 《习近平主席在 2013 年周边外交工作座谈会上提出“亲、诚、惠、容”理念》,载《国际问题研究》2014 年第 4 期。

①10: 晏瑜《论 21 世纪海上丝绸之路的挑战》,载《法律科学》2016 年第 1 期。

①11: 光盛、许利《论周边外交“亲诚惠容”新理念及其实践》,载《国际关系研究》2015 年第 4 期。

议专属经济区内违法行为的主体特征。违法行为的主体特征可划分为四种类型,即普通船舶、军舰、政府船舶以及用于商业目的的政府船舶。而依据《公约》第95条、第96条以及《联合国海洋法公约》第108条,于政府非商业性服务的船舶在专属经济区内,沿海国不能对其行使行政管辖权。但是管辖的完全豁免并不意味着我国不能对其开展任何形式的行政执法。如前所述,争议专属经济区内行政执法的方式可划分为事实行为和法律行为,其中事实行为的方式虽然会产生影响,但并不产生法律效果,不具有法律上的约束力。因此,对军舰以及专用于非商业性服务的政府船舶采取不产生直接影响的事实行为形式的执法方式,与《公约》规定的“管辖的完全豁免权”并不冲突,不影响旗船国的国家主权。因此,我国在争议专属经济区内开展维权行政执法时,应当将军舰以及专用于非商业性服务的政府船舶,与普通船舶以及用于商业目的的政府船舶,在执法主体与方式上进行区分。对军舰和执行政府船舶开展维权行政执法时,执法主体应遵循对等原则,执法方式应限于不对产生直接影响的事实行为的方式。

违法行为的性质

依据《公约》和我国国内法的规定,争议专属经济区内违法行为的表现形式具有多样性,以违法行为的内容为标准,可将其分为违法捕鱼、违法勘探、开发自然资源、破坏海洋环境、破坏人工岛屿、设施和结构、违法开展海洋科学研究、违法铺设或破坏海底电缆、管道、违法进行广播,以及违法对我国船舶进行执法,等等。而违法行为侵害的权利性质会影响违法行为的性质,进而影响维权行政执法的方式和强度。争议专属经济区内违法行为侵害的权利包括主权权利、管辖权以及我国船舶与船员的合法权益,其违法表现形式包括违法捕鱼、违法勘探开发自然资源以及单方面改变现状等行为,属于侵犯我国主权权利的行为;破坏海洋环境、违法进行科学研究以及破坏人工岛屿、设施和结构等行为,侵犯我国在专属经济区内的管辖权;而破坏海底电缆和管道等行为,则属于侵犯我国公民法律权益的行为。不同性质的权利,其功能、作用以及被侵害后产生的影响不同,执法主体自我克制与约束的程度也有所差异,进而影响维权行政执法的适度性。

违法行为的程度

争议专属经济区内违法行为的违法程度也会影响维权行政执法的适度性,进而从实质上影响执法的强度。虽然国家和个人在争议专属经济区内享有的权利具有多样性,违法行为性质的不同,但即使性质相同的违法行为,其对权利侵害的程度不同。一般而言,行为的违法程度越高,执法方式的选择影响就越大,执法的适度性要求也就会随之降低。

^① 我国《海上交通安全法》第50条之规定,船舶是指各类排水或非排水船、筏、水上飞机、潜水器和移动式平台。本文中的“船舶”作广义上的理解。

争议当事人, 且不得损害其他国家的主权。其中只能对“非临时性”勘探活动进行执法, 而对单方招标行为则不能进行执法。非临时性的勘探活动具有长期潜伏的行为, 而临时性的勘探活动和单方招标行为则具有临时潜伏, 因而对维权行政执法的要求不同, 进而影响执法的适度性。执法行为的影响。

对不同性质和形式的违法行政行为, 执法主体可以采取的执法方式具有多样性, 产生不利影响的事实行为和法律行为。但执法方式的不同, 其产生的执法结果相对人权利义务的影响程度存在着差异, 进而会对维权行政执法的适度性产生具体而言, 在争议专属经济区内, 执法主体采取巡航、调查、登临等事实行为的执法时, 其主要为执法过程中采取的执法方式, 这些执法方式会对外国船舶的权产生事实上的不利影响, 但其并不产生法律效果和约束力。而行政命令、行政强制、处罚等负担行政行为, 是海上执法主体运用行政权做出的具体执法决定, 其为设定了义务或者限制、剥夺了相对人的权利, 并产生了法律上的效果和约束力。在上述负担行政行为中, 行政命令、行政强制和行政处罚对相对人不利影响的程度有差异, 因而也会影响执法的适度性。此外, 由于武力对相对人的不利影响最大, 武力使用是执法过程中的最后执法方式, 但其使用程度也会影响维权行政执法。

三、争议专属经济区内适度性执法的实施

以专属经济区内的适度性执法是我国行政执法主体的自我克制与约束, 其实施除相应的执法原则外, 还应当遵循执法方式的最小损害、执法强度的最低限度以使用的不可避免。此外, 维权行政执法主体的限定, 缩小军事力量参与执法的范围, 也是我国在争议专属经济区内实施适度性执法的重要内容。

(一) 适度性执法的实施原则

以专属经济区内的维权行政执法属于国内行政执法, 其需要遵循行政执法的一般原则, 如合法性原则、越权无效原则以及正当法律程序原则等。但受维权行政执法的特殊性以及场所等因素的影响, 其还需要遵守比例原则、平等原则以及平等原则。

比例原则是宪法、行政法以及国际法中均有广泛的规定, 其强调手段与目的之间的适度比例, 但其与执法的适度性存有不一致。比例原则强调手段与目的之间的相称性, 而适度性不仅强调手段的选择应与执

① 于世杰:《单方招标利用争议海域油气资源的问题研究》,载《东北亚论坛》2015年第5期。

保持相称。② 妥当性在比例原则的三原则中居于核心地位。从狭义上的比例原则包含妥当性原则和必要性原则。其中妥当性原则要求手段有助于实现目的,且所造成的损害与所要实现的目的相称。必要性原则要求进行利益衡量,不能造成人民过度负担。比例原则在海上执法中的地位,但国际立法实践和司法实践都承认比例原则在海上执法中武力使用应当遵循比例原则。③ 其中《公约》第 60 条规定的“适当措施”及第 194 条和第 196 条规定的“必要措施”体现了妥当性原则的要求,即所采取的措施应当是实现预设目的,如第 194 条第 1 款规定沿海国采取的 necessary measures 应当是“最切实际的方法”,并能“防止、减少和控制任何来源的海洋环境污染”。根

对等原则

等原则是国家主权

国家主张权利,则自身也是

等,其中积极的对等是指两国相互

限制或歧视措施。^{②7}我国行政法中的对等原则

对我国公民的权利加以限制,我国也应采取相应的限制

对等原则是指在争议专属经济区内,如果其他争议当事国对我国船舶

,我国也应对具有该国国籍的船舶采取相同的执法措施,以进行反制。

义专属经济区内适度性执法的对等原则主要体现为执法主体、执法对象、执法方
执法强度上的对等,而不仅仅是执法行为上的回应,如针对争议当事国对我国船
的执法措施,我国不仅应采取与之对应的执法措施,还应根据其执法主体的不
与之对应的执法主体,以实现执法力量和性质上的对等。基于对等原则而对外
船舶采取的反制性执法,与行政法中的报复性执法不同。报复性执法是违反执
基于报复目的而实施的执法,其属于滥用职权的违法行为;而反制性执法是基
主权平等而采取的执法活动,是对外国非法执法行为的回应,体现了国家海上行
又。国际法上的反措施在满足效果与受到的损害相称等条件下,可以排除其非
因此,在争议专属经济区内的行政执法国际实践中,基于对等原则而实施的一
下的反制性执法被认为具有正当性。如在圭亚那诉苏里南案中,苏里南主张其
艇进行驱逐的行为,是针对圭亚那违法行为的合法反措施。仲裁庭没有否认
采取反措施的权利,但是认为其使用武力威胁进行反制不符合国际法,即反措施
限度。^{③0}

2) 适度性执法的实施路径

军事力量的限定

争议专属经济区内,我国海上行政执法力量和军事力量均有权开展维权行政执
军事力量开展海上执法虽然有《公约》以及《领海及毗连区法》等依据,但由于
活动与执法活动界限的模糊性,并可能引发军事冲突,因而很多国家对其实施海
活动进行了严格限制,如在美国的渔业、环保等海事执法中,除法律授权外,军事
不能直接参与搜查、查封、抓捕或类似的行动。^{③1}因此,虽然我国海军参与海上执
正当性与合理性^{③2},且其执法力量、装备水平等方面的优势会提升维权执法

^{②7} 参见《外国法院判决的承认与执行》,载《环球法律评论》2007年第1期。

^{③0} 参见《圭亚那诉苏里南案》,载《国际法评论》(哲学社会科学版)2015年第6期。

^{③1} 参见《国际法委员会年鉴》,载《国际法评论》(哲学社会科学版)2015年第6期。

^{③2} 参见《中国海军遂行非战争军事行动的指挥手册》,宋云霞、尹丹阳、赵福林等译,海洋出版社2012年版,第66页。

^{③3} 参见《中国海军遂行非战争军事行动的法律保障》,载《海南大学学报》(人文社会科学版)2015年第6期。

为了避免...
性,即海军开展结...
本而言,就海军维权执法...
不论其是否为争议当事国的军舰...
我国海军均可以开展维权行政执法,以实现执...
用军事力量对我国船舶进行执法时,我国海军基于对等...
在执法时机上,海军开展维权行政执法应遵循必要性原则,即行政执...
法需要和要求时,海军不参与执法;即使参与执法,其也是辅助力量和保障力量...
是弥补行政执法力量的不足。在执法手段上,其应满足执法手段选择和执法强...
的要求,即海军参与维权行政执法应当避免使用武力,多使用巡航、监视、调查、...
临,以及责令改正等执法方式,并避免或减少使用处罚、强制等执法方式,以降...
事执法而引发的冲突。

执法方式的选择

前所述,我国海上执法主体在争议专属经济区内采用的执法方式具有多样性,且...
法方式对相对人权利影响的程度有差别。就适度性执法而言,在能够实现维权...
法目的的前提下,执法方式应当有一个渐进的过程,即执法主体应优先选择对相...
利不利影响较小的执法方式,当其无法实现执法目的时,再选择不利影响较大的...
式。

本而言,适度性执法对执法方式的要求是:第一,由于事实行为多建立在与相对...
的合作、协议、接受与冲突解决上,能够维护相对人的合法权益和执法权的合理...
因而相对于行政法律行为而言,采用巡航、监视等执法方式,对相对人权利产生...
影响较小。因此,执法主体应首先考虑采取事实行为的方式,而不作出行政法律...
第二,就行政事实行为而言,巡航、监视、调查、登临以及紧追等执法方式中,对相...
利产生的不利影响有直接和间接之分,其中巡航、监视与调查等执法方式产生的...
影响,引发执法冲突的可能性较少;而检查、登临以及紧追等方式会对相对人权...
直接的不利影响,且产生执法冲突以及造成相对人权利损害的可能性较大,如...
第110条第3款和第111条第8款中规定的损失或损害赔偿。因此,行政执法...
不产生法律效果的执法方式时,应当首先选择巡航、监视、调查等执法方式,而...
查、紧追以及登临等产生直接不利影响的执法方式。在实践中,上述执法...
已经在得到了运用,如我国执法人员不再被允许登临检查^{③1}。第二,执法主体在...
制等具有法律效果的行政执法方式时,由于不同执法方式对相对人...
考量。具体而言,责令改正违法行为以及...
义务,但其并不直接处分该义务;而强制和处罚则

③1 岳生:《...》,中国法制出版社2009年版,第888页。

③2 陈爱娣:《...法遭遇嚣张外籍船》,载《国际先驱导报》2015年5月29日第32版。

进行直接、强制性的行政处分。行政处分与行政处罚不同,行政处分是行政机关对内部工作人员的纪律处分,而行政处罚是行政机关对违反行政管理秩序的公民、法人或者其他组织的制裁。行政处罚的种类包括警告、罚款、没收违法所得、没收非法财物、责令停产停业、暂扣或者吊销许可证、暂扣或者吊销执照、行政拘留等。其中,警告、罚款、没收违法所得、没收非法财物、责令停产停业、暂扣或者吊销许可证、暂扣或者吊销执照属于财产罚,行政拘留属于人身罚。因此,基于权利性质和影响程度的考量,行政处分与行政处罚的适用应当有所区别。此外,根据《公约》第73条第3款之规定,对在专属经济区内的外国船舶及其船员,只能进行罚款,不能进行体罚,因而处罚种类的适用还具

执法强度的降低

争议专属经济区内,执法主体开展维权行政执法具有广泛的裁量权,而裁量又包括裁量和选择裁量^③,其中决定裁量涉及是否采取执法行为,如《渔业法》第46条中“可以没收渔获物、渔具”,而选择裁量是在数个执法方式或具体结果中选择一种或者作出某个具体的结果,如《专属经济区和大陆架法》第12条规定的可以采取登船、扣留等必要措施以及《海洋环境保护法》第79条规定的“并处五万元以上五十万元以下的罚款”。适度性执法在执法强度上的要求是,执法主体在裁量范围内应选择对相对人影响最小的执法方式和执法结果,即在决定裁量中选择不采取执法方式,而在选择裁量中采用不利后果最小的方式和结果。需要指出的是,执法方式的选择也会影响执法强度,选择对相对人影响最小的执法方式属于执法强度的适当性,由于前文已对执法方式的选择进行了分析,因而此处的执法强度侧重于执法决定与结果的选择。

执法决定与结果是执法主体作出的直接处分相对人权利义务并具有法律效力的具体行政行为。其在争议专属经济区内维权行政执法时主要体现为针对海上违法行为作出的警告、行政处罚和行政强制。在行政执法中,执法决定应当与违法行为的事实、性质、情节以及社会危害程度相一致,即执法结果应与违法行为具有相称性,这是争议专属经济区内维权行政执法的基本要求,也是适度性执法的重要内容。但适度性执法在裁量上,还要求执法机关应当在法定幅度范围内,从轻或者减轻对海上违法行为的惩戒。因此,争议专属经济区内适度性执法不仅要求执法决定的相称性,还要求执法决定应当是法定幅度内最轻的不利结果。具体而言,争议专属经济区内维权行政执法的适度性包括:第一,执法决定应当与违法行为的事实、性质、情节以及社会危害程度相适应,不能超过必要的限度。第二,对于违法行为,存在两个或两个以上执法方式或结果时,应选择对相对人影响最小的决定或结果,如根

③ 决定裁量是指执法主体在法定职权范围内,对是否采取执法行为作出选择。参见前引②,姜明安书,第267页。但海上行政执法中,决定裁量与选择裁量有所不同,其并未直接限制公民的人身自由,而是剥夺外国船舶进入我国管辖海域的权利,因此不属于《行政处罚法》第2条第3款规定的“任何其他方式的体罚”。参见前引③,翁岳生书,第261页。

《法》第40条规定,“在作出罚款决定时,应当考虑违法者的经济状况和《海上海事行政处罚规定》第11条规定之情形。”

武力使用的避免

武力使用会涉及执法的方式与强度,在适度性执法中,武力最后使用是对执法方式的要求,而最低限度使用武力是对执法强度的要求。虽然《公约》没有明确规定,但根据《制止危及海上航行安全非法行为公约》第8条以及我国《公安机关海上执法工作规定》第10条之规定,我国海上执法主体在维权执法过程中可以使用武力。但由于武力使用的严重性,这一执法方式必须受到严格限制,即应当尽量避免使用武力(包括武力使用),武力使用是执法方式的最后选择。但是当武力使用具备如下情形时,可以满足执法方式适度性的要求:第一,执法人员或其他人员的人身安全和船舶安全受到威胁而必须使用的,如《制止危及海上航行安全非法行为公约》第8.2条第9款;第二,执法过程中受到了阻碍而必须使用的,包括不使用武力会导致进行威胁的违法者立刻逃逸^{③⑦},如《跨界鱼类种群和高度洄游鱼类种群协定》第22条第1款;第三,执法机关用尽了其他执法方式仍不能制止违法行为的,即武力使用是最后选择,如我国台湾地区“海岸巡防机关海域执法作业规范”第10条第4项之规定,“经警告后的被迫使用”,如在红十字军号案中,调查委员会认为丹麦的炮击是未经明确警告的违法使用武力行为。^{③⑧}

使用武力是最后选择的情况下,还应当使用最低限度的武力,即将使用武力的损害控制在最小范围内,不过度使用武力,这是执法强度适度性的要求。第一,在目的上,使用武力的目的应当是迫使违法船舶停止航行,因而使用武力应针对违法船舶的“舵、舷、舷梯、舷窗、舷门、舷侧或舷侧操作间”^{③⑨},而不是其他区域,以避免造成人身与财产的损失。第二,在结果上,武力使用不能造成不必要的人员伤亡,否则构成过度使用武力。^{④①}此外,根据《执法人员行为守则》第3条及其评注的规定,不应针对儿童使用武力。^{④②}第三,在使用武力时,应尽量避免使用致命性武器,即武力应当遵循渐进层级的使用,否则也会导致过度使用武力,不符合适度性执法的要求。

(Sweet&Maxwell, 1998)。

③⑦ 参见《制止危及海上航行安全非法行为公约》第8条第2款第9项,中国民主法制出版社2012年版,第22页。

③⑧ 参见《制止危及海上航行安全非法行为公约》第8条第2款第9项,中国民主法制出版社2012年版,第22页。

③⑨ 参见《制止危及海上航行安全非法行为公约》第8条第2款第9项,中国民主法制出版社2012年版,第22页。

④① 参见《制止危及海上航行安全非法行为公约》第8条第2款第9项,中国民主法制出版社2012年版,第22页。

④② 参见《制止危及海上航行安全非法行为公约》第8条第2款第9项,中国民主法制出版社2012年版,第22页。

四、争议专属

(一) 我国维权行政执法实践及其评析

1. 黄岩岛维权行政执法实践

虽然我国没有公布南沙群岛的领海基线,但根据菲律宾就中菲南海仲裁案中所提的管辖权要求而向联合国提交的抗议照会以及两国在中菲南海仲裁案中所提的管辖权主张,黄岩岛附近海域属于本文中的争议专属经济区。^⑫2012年4月10日,菲律宾军舰在黄岩岛附近海域抓扣我国渔民,被中国海监公务船制止,双方发生对峙。20日,我国公务船开始在黄岩岛海域进行巡航执法。5月初,我国海军在菲律宾以北吕宋以西太平洋海域举行了军事演习。5月16日,我国宣布南海进入伏季休渔期。6月,菲律宾船只撤离,我国公务船开展定期巡航执法,并有效控制了黄岩岛。

2. 钓鱼岛维权行政执法实践

2012年9月10日,日本政府通过了对钓鱼岛实施“国有化”的方针,我国发布了《中华人民共和国政府关于钓鱼岛及其附属岛屿领海基线的声明》。为了体现和加强对钓鱼岛及其附近海域的管辖,我国公务执法船建立了钓鱼岛海域的常态化巡航执法机制,并组织了钓鱼岛领海内的巡航执法。2012年9月11日,我国海监执法船首次对钓鱼岛海域维权巡航执法。2013年7月1日,我国海监船对在钓鱼岛海域进行的日本右翼分子进行了驱离;8月7日至8日,我国海警执法编队对非法进入钓鱼岛海域的日本渔船实施了驱离。在上述维权执法过程中,我国海上执法力量采取取证、警告、责令停止干扰以及驱离等执法方式与措施。^⑬

(二) 我国维权行政执法实践的评析

对我国海上维权行政执法实践分析,其在争议专属经济区的维权行政执法体现了

第一,我国开展的维权行政执法均为反制性执法,是对争议当事国违法行为的回应,而不是主动性执法,即是针对菲律宾违法抓扣我国渔民以及日本政府非法宣布钓鱼岛“国有化”方针的反制措施。第二,维权执法主体均为负有海上行政执法职责的海监以及海警等政府公务船舶,而不是海军,这体现了执法主体上的适度性,以避免事态的发生和争议的复杂化。但为了保障政府公务船舶维权执法的有效性,我国海军也参与了维权执法活动,并形成了“海警(海监、渔政)一线,海军二线”的维权执法模式。第三,坚持不使用武力,而是采取巡航、监视、驱离以及取证等执法方式,体现了对国际人权义务的方式。此外,如前所

^⑫ 参见赵力昌《论国际法院对菲律宾诉中国案的管辖权问题研究》,载《当代法学》2014年第5期。

^⑬ 根据我国海监执法船进行巡航执法的范围包括领海以及专属经济区,其中领海内的巡航执法属于领海维权执法,而钓鱼岛海域的巡航执法主要是指专属经济区内的执法。参见赵力昌《钓鱼岛维权执法模式研究》,载《两岸关系》2013年第10期。

执法人员。但需要指出的是, 在维护区内海洋权益的维护, 当前对违法行为人造成较大的不利影响。

其次,执法合作应坚持互惠互利原则,以双方共同利益为基础,以双方共同关心的海洋环境保护、渔业资源养护、海上交通安全等具体事项上开展执法合作。第三,在执法合作模式上,应根据合作程度的不同,执法合作模式可分为联合执法、合作执法等不同层次。^{④5}除此之外,还有协助执法等合作模式。《中日渔业合作协定》和《中日关于经济鱼类种群协定》第20条第2款规定的协助调查。在执法合作模式的选择上,应坚持循序渐进、易后难的原则,并随着合作的深入,逐级选择合作程度较深的合作模式。在执法合作初期阶段,可以建立简单的违法信息通报制度,如《中韩渔业协定》确立的通报制度。随着合作机制成熟再开展协助执法、联合巡航以及联合执法。第四,在执法合作程序上,应坚持平等性,实行旗船国管辖制度,以避免因国内法的不同而导致违法行为处理的差异,即海上违法行为由违法船舶的旗船国进行管辖,而旗船国的执法机关应将处理结果通报给合作方。第五,建立执法纠纷协商机制。如前所述,合作执法与维权执法具有内在的矛盾与冲突,为了推进海上行政执法合作,合作机制中应当包括执法纠纷调处制度,建立相应的纠纷协调机构,并明确纠纷的解决方案以及各方的义务,减少执法纠纷的产生,避免纠纷的扩大化影响到执法合作的开展。

结 语

专属经济区内适度性执法是我国海上执法主体自我克制与约束而开展的维权执法,其一方面有助于维护我国在争议专属经济区内的海洋权益与海上安全,另一方面有助于减少、管控我国与周边国家的海上分歧与争议,并协调海上维权与维稳之间,进而推进与周边国家的海上合作。适度性执法产生的基础是专属经济区的争议,虽然其满足了《公约》第74条第3款规定的克制义务的要求,但适度性执法的实施更多的是我国海洋战略和外交政策的需要,是我国基于现实需求对海上

行具体分析, 进行具体分析。
究。因此 适度性。
种海上维权行政执法理念
等多种因素进行认定与判断。从实