

当代海权视角下我国海上巡航机制重构的法律保障

程洁玲, 司玉琢

(大连海事大学 法学院, 辽宁 大连 116026)

摘要:当代海权作为一个更加包容且内涵更加丰富的战略选择,要求我国海上巡航机制形成以维护国家海洋主权和管辖海域安全、保障非我国管辖海域海洋权益、参与全球海洋治理以及构建海洋命运共同体为价值的内容体系。在国际法和国内法的双层构架下,此种重构面临缺乏完备的国际法以及体系化的国内法的双重制约,这不利于海上巡航新价值体系的实现。应从国际法的践行、完善与融合,国内法的体系化完善以及法律实施机制的优化保障三个层面,具体推进我国海上巡航机制重构的法律保障。

关键词:海权;海上巡航;体系重构;法律保障

中图分类号:D993.5

文献标识码:A

文章编号:1000-5242(2020)03-0111-07

收稿日期:2019-11-08

作者简介:程洁玲(1982—),女,安徽潜山人,大连海事大学法学院博士研究生;司玉琢(1937—),男,辽宁朝阳人,大连海事大学法学院教授,博士生导师。

DOI:10.15991/j.cnki.411028.20200507.001

引言

海上巡航作为一种海上的巡逻航行机制,是各国管控海洋、实现其海权战略的重要手段。而海权内涵的发展反过来也深刻影响着各国海上巡航机制的演变,海上巡航的功能设定、海域范围、执行方式都深受海权认识的影响。在传统意义上,我国对海上巡航机制的理解和运用多局限于基于沿海海域安全保障需要的海上行政执法范畴。但随着参与海洋开发、利用活动的不断扩展和深入,我国在全球海洋秩序建设和维护中的利益诉求日益多元化和复杂化,当代我国海权的内涵已经大大扩展,由此,作为海权保障和实现机制的海上巡航机制也亟待重构。

在海上巡航机制的改革和具体实践中,法律的保障作用至关重要——如何在国际法律秩序和国内法律体系中为海上巡航机制寻找和提供充分的法律依据,并在扩展的海上巡航过程中保持巡航的合法性,是与海上巡航机制重构本身同样重要的问题。从既有的研究来看,虽然越来越多的学者关注到当代海权内涵的变化,也关注到当代海权与海洋法律之间的紧密联系,但在具体的海权保障机制领域,尤

其是在海上巡航领域,相关的机制完善以及法律保障研究仍很匮乏。有鉴于此,本文以当代海权的新内涵对海上巡航机制的新要求为出发点,探讨海上巡航机制重构的法律保障,以求为我国海上巡航机制的重构和价值实现提供更加明晰、完备的法律指引。

一、当代海权的新内涵与海上巡航机制的重构

海权概念在各国的海洋战略中被广泛运用,海权的构建也是各国海洋战略中最核心的内容。但海权概念在最初只是海军战略的产物,海权更多的是从海上军事实力的角度加以阐述,并辐射到与之相关的“海权要素”,如地理位置、自然结构、领土范围、人口数量、民族性格、政府特征等。^①这种较为狭窄、带有历史局限性的海权观,实际已经与当前国际海洋秩序的发展要求以及我国的海洋战略主张存在差异,当代海权已经被赋予新的内涵。

(一)当代海权的新内涵

传统的海权论突出海军能力建设,具有排他性、

^① 阿尔弗雷德·赛耶·马汉著,欧阳瑾译:《海权论》,北京:中国言实出版社,2015年,第23页。

对抗性和战略性三个主要特点。^①但随着科学技术的发展以及国际治理方式的演变,各国对海洋的利用方式、利益诉求、治理机制已经远远超出军事的范畴。同时,随着全球变暖、海洋环境污染、海盗等全球性非传统安全挑战的加剧,各国在海上合作的必要性和意愿也不断加强。在此基础上,当代海权的内涵正发生着深刻的变化:一方面,海权在内容构成上呈现综合性的发展态势,海权不仅包括国家在海上的主权与权力,还包括国家在海洋通道安全维护、海洋科技实力、海洋环境保护能力等方面的机制与力量,不仅强调权力(权利)属性的部分,也关注义务(责任)属性的部分;另一方面,在海权的实践方式上,通过海军实力保障海洋控制能力不再是海权实践的唯一主线,通过海洋法律制度实现海权的规则竞争优势愈发受到重视,海上合作的领域和层次也正在不断拓宽和深化,海权的排他性竞争正逐步转向竞争与合作的统一。

因此,如有学者所言,现代海权已经不仅是国家的海军力量建设以及制海权的单层次问题,而且更重要的问题是维护国家领土主权和海洋权益,实现对海洋的综合利用和开发,并参与全球海洋治理的进程,现代海权一定是更为包容且内涵更为丰富的战略选择。^②

(二)海权新内涵下我国海上巡航机制的重构

当代海权内涵的新发展也深刻影响着我国海权战略的选择与实践——在“海洋强国”战略、“21世纪海上丝绸之路”倡议、海洋命运共同体理念的实施和构建中,都承载着上述海权新内涵的要素和要求。与之相适应,我国在海上力量和海上机制的构建、布局也在发生深刻变化,这包括作为重要海权保障和实现机制的海上巡航机制。

历史上,我国的海上巡航机制的构成如下:原海监队伍负责我国管辖海域的全面巡航监视工作,对侵犯我国海洋权益、非法使用海域、损害海洋环境与资源、破坏海上设施、扰乱海上秩序等违法行为进行查处;海事局负责海上交通方面的巡航,对相关海域内的航行、停泊、作业、开发利用、生产安全等进行监督管理;渔政负责渔业方面的巡航,主要对海上渔业活动实施监督管理,对违法捕鱼等行为进行管理与打击;公安海警部队负责海上犯罪方面的巡航,主要防范和打击海上的违法犯罪活动,负责海上刑事案件的取证和侦破,对海上治安进行监督管理,参与安全维权方面的国际合作;海关缉私部门负责打击海上财产型犯罪方面的巡航,负责查办重、特大走私犯罪案件,并通过国际合作打击走私行为;海军负责国

防方面的巡航,其主要职责在于保卫领土主权,维护海洋权益。不过,在2013年《国务院机构改革和职能转变方案》通过之后,海警局整合原海警、海监、渔政、缉私的职能,我国的海上巡航机制也随之重新整合。在未来,我国的海上巡航将形成由海警局、海事局以及海军共同负责、分工合作的新局面。

当然,由于海警的机构编制尚未完成,我国海上巡航机制的重构也尚未成型。本文认为,为与当代海权的内涵和要求相适应,未来我国海上巡航机制的价值体系和内容体系应包括如下三个层次:

第一,维护国家海洋主权和管辖海域安全。虽然海权的内涵在当代已经更为丰富,但国家海洋主权和国家管辖海域的安全仍是一国海权最基础的部分,也是海上巡航机制最基本的职责所在。通过常规性和非常规性的海上巡航对我国管辖海域实施有效管控,既是国家海洋主权所赋予的权力,也是承担主权范围内国际义务和政府职责的要求。基于此价值目标的海上巡航,既包括出于维护管辖海域航行秩序、防止违反国际法和我国法律的危害行为等的行政执法巡航和军事巡航,也包括出于宣示海洋主权目的对争议海域进行的战略性巡航。

第二,保障非我国管辖海域的海洋权益。随着我国开发利用海洋资源、参与全球海洋事务的触角延伸,我国的海洋权益也早已超出我国管辖海域的范畴。海上经贸与能源运输通道安全、深远海资源开发、公海的安全与和平利用等,都事关我国的重大利益,需要我国通过包括海上巡航在内的机制加以保障。基于此目的的海上巡航,在当前主要表现为应对海盗、海上恐怖主义威胁的海上护航,以及出于战略需要的远洋巡航等。

第三,参与全球海洋治理,推动构建与其他国家合作共赢的海洋命运共同体。促进海上互联互通和各领域务实合作、共同增进海洋福祉的海洋治理理念是我国所践行的“海洋命运共同体”理念的重要组成部分,^③海上巡航机制无疑也承担着这方面的职能。尤其在海上航行安全、作业秩序维护等低政治敏感领域的海上巡航合作,是各国推动海上互信与合作的突破口,有助于为建立合作与包容性的海洋关系提供试验场。基于此目的的海上巡航,当前主

① 夏立平,云新雷:《论构建中国特色新海权观》,《社会科学》,2018年第1期。

② 邓妮雅:《国际法律新秩序下中国海权战略的选择》,《中国海商法研究》,2019年第2期。

③ 姚莹:《“海洋命运共同体”的国际法意涵:理念创新与制度构建》,《当代法学》,2019年第5期。

要表现为区域性的联合巡航或护航机制,如中韩海上执法机构为共同维护中韩暂定措施水域渔业生产秩序而开展的联合巡航。

综上,未来我国的海上巡航机制,应当构建以维护国家海洋主权和管辖海域安全为基本出发点,以保障非我国管辖海域的海洋权益为重要职责,以促进与其他国家海上合作为延伸使命的价值体系,并在海警局、海事局、海军的紧密配合下,形成以海上执法巡航和常规性军事巡航为基础,以战略性(宣示性)巡航、海上护航、与他国联合巡航等为重要支撑的内容体系。

二、我国海上巡航机制重构的法律框架与挑战

理念和价值是制度构建的基础,而理念与价值的实现也离不开制度的保障,尤其是法律制度的保障。随着包括《联合国海洋法公约》在内的国际海洋法规则的逐步确立,国际海洋法治的进程被不断推动,各国的海权博弈越来越多地在法律框架所提供的权力(权利)、义务(责任)的话语范式下进行,这决定了我国海上巡航机制的价值与内容体系重构同样需要依托相应的法律框架与制度支撑。

(一)法律框架:国际法与国内法的双层架构

基于新时期我国海上巡航机制的价值设定与内容涵盖,海上巡航机制的法律框架也必然是国际法与国内法的双层架构:国际法为各国在不同海域的海上巡航活动提供共同的法律规则——为各国海上巡航提供依据和边界,协调各国的权力(权利)、义务(责任),避免冲突;国内法则是明确本国海上巡航主体事权、具体权力(权利)义务(职责)以及执行程序 and 协调机制的法律依据——为各国海上巡航提供国内法上的正当性证成,合理配置资源,提高海上巡航机制的效率。

在国际法层面,我国参加的国际公约以及普遍认可的国际习惯、一般法律原则等构成对我国具有约束力的国际法律框架。^①其中,基于有约必守的国际法原则,我国参加的国际公约是我国海上巡航应当遵守的最主要的国际法渊源,具有最直接的约束力,其主要分为两类:一类是多边和区域性国际公约。例如,我国于1996年批准加入的《联合国海洋法公约》为各国在本国管辖海域(包括内水、领海、毗连区、专属经济区、大陆架)以及非本国管辖海域(包括他国管辖海域、公海)规定了不同程度的巡航权力和应当遵守的行为规范,为我国海上巡航提供了最基本的规则框架。需要注意的是,一国在本国管辖海域所享有的海上巡航权力,常常与他国在非本国

海域海上巡航应当受到的限制或遵守的行为规范是相对应的。如沿海国在本国领海中基于领土主权所享有的广泛的巡航权力以及管辖权,这意味着他国在沿海国的领海开展海上巡航将受到极大的限制。再如,我国于1991年批准加入的《制止危及海上航行安全非法行为公约》及《制止危及大陆架固定平台安全非法行为议定书》,为基于制止海上犯罪活动和恐怖活动,维护船舶和海上航行安全目的而进行的海上巡航提供了法律依据。另一类则是双边国际条约。该类国际条约虽然只约束特定的缔约双方,但其通常具有更强的针对性和可操作性,能够在两国之间就多边和诸边国际条约无法达成共识或者细化规定的海上巡航事项做出制度安排。例如《中华人民共和国政府和大韩民国政府渔业协定》中就相关海域渔业活动联合监督检查措施的初步安排。

就国内法层面而言,虽然我国的相关法律规定中很少直接出现“巡航”的表述,但包括《领海和毗连区法》《专属经济区和大陆架法》《海上交通安全法》《海洋环境保护法》《渔业法》《海关法》等法律中有关我国海洋主权、海洋权益、监管职责、法律责任等的规定,实际也为我国相关部门开展海上巡航提供了法律依据。同时,在法律之外,包括《中华人民共和国海事局水上巡航工作规范》《专属经济区渔政巡航管理规定》《公安机关海上执法工作规定》《关于海警执法有关问题的通知》等规范性文件或者具有实践指导价值的文件,为我国海上巡航活动的开展提供了更为具体的指引。

此外,需要注意的是,有关海上巡航的国内法规则与国际法规则之间存在着必然的互动关系:一方面,国内法不能违反对我国具有约束力的国际法,并且国内法的一个重要任务就是将国际法“国内化”;另一方面,国内法可以在国际法的框架下对国际法的规则进行细化和补缺,同时成熟的国内法规则也是国际法发展的重要来源——国内法规范的普遍性意义经过一定的法律实践后可以扩展为国家之间共同遵循的法律规范。^②

(二)法律挑战:国际法与国内法的双重制约

虽然上述国际法与国内法为我国海上巡航提供了基础的法律框架,但该法律框架尚难言完备,相关

^① 《国际法院规约》第38条所罗列的可供国际法院援引适用的裁判依据通常被视为是具有拘束力的国际法渊源。根据该条,司法判例以及各国权威最高之公法学家学说在一定条件也可成为国际法的渊源。

^② 李龙,汪习根:《国际法与国内法关系的法理学思考——兼论亚洲国家关于这一问题的观点》,《现代法学》,2001年第1期。

海上巡航活动的开展在国际法和国内法下仍面临一系列的挑战。

1. 国际法的不完备性

虽然以《联合国海洋法公约》为代表的国际海洋法体系在近现代已经有了很大的发展,但这套国际法规则体系距离为各国海上巡航活动提供完备的依据和界限仍存在很大的差距:一方面,数量日益增多的国际条约虽然在国际事务的覆盖面以及受其约束的国家范围上不断扩大,但其是众多国家利益协调的产物,为使公约得以通过,对一些规定进行简单化、模糊化、原则化处理在所难免,因此,国际条约本身并不是体系健全、内容完备的法律文件,反而可能产生大量的条约解释问题。^①另一方面,国际条约之外的其他国际法渊源则面临确定性与权威性不足的困境,难以为国际社会提供一个内涵清晰、为国际社会普遍认可的行为规则。以国际习惯为例,哪些资料可以成为证明国际习惯的依据,达到何种实践和确信程度的做法可以被认定为国际习惯等问题,一直缺乏明确的标准,实践中仅仅依据若干欧美强国的国家实践所总结的国际习惯缺乏能够代表全球意志的正统性。^②

上述国际法的不完备性在海上巡航领域同样存在,其中最具代表性的即为海上巡航中相关船舶航行自由的权利与界限问题。作为国际海洋法领域一项最为古老的原则,虽然航行自由已经获得普遍承认,没有国家公开反对这一“公共产品”。^③但对于不同类型的船舶在不同海域的航行自由界限,由于相关公约以及国际惯例的模糊性,实践中不同国家一直存在不同理解,进而带来对相关海上巡航活动的合法性争议。以中国和美国对于美国军舰在我国南海的航行自由争议为例,美国政府长期以来坚持领海之外就是国际水域(包括毗连区、专属经济区和公海),各国在领海之外享有与公海等同的“航行自由”权利,^④且包括军事巡航在内的军舰通过属于《联合国海洋法公约》未予明确禁止的行为,据此认为包括军舰巡航在内的相关活动不受沿海国的限制。而中国则认为根据《联合国海洋法公约》第86条对公海的界定方式,专属经济区等相关海域不能被视为如同公海的“国际水域”,沿海国有权基于安全之目的对专属经济区等管辖海域的军舰航行进行管辖,要求它们遵守事先告知、不间断通行、不损害沿海国安全利益等义务。

此外,相比于国内法,当前国际法的体系仍是一个初步构建的框架,相关国际法规则在涵盖的事项范围上尚难言全面和深入。例如,在南海区域,受领

土主权和海洋权益争议、各国执法体制和力量差异以及域外力量介入等因素的影响,目前该区域相关国家开展海上执法合作的进展仍然比较缓慢,也缺乏有效的区域执法合作协调、沟通平台和机制。^⑤这导致区域性的海上巡航合作缺乏基础的法律框架。

国际法的不完备性对海上巡航带来的合法性争议,使得我国海上巡航机制的价值实现面临两方面的掣肘因素:一方面,我国在本国管辖海域对他国海上巡航的管制容易因国际法理解的差异而带来冲突或紧张局面;另一方面,国际法层面的理解差异不仅要求我国在非我国管辖海域的巡航也需特别注意对巡航界限的把握,而且还将成为我国在海上巡航领域构建与其他国家海洋命运共同体的障碍。

2. 国内法保障的体系化缺失

如果说国际法的不完备性带来了国家间有关海上巡航的合法性争议,那么我国国内法中有关海上巡航规定的体系化缺失导致我国海上巡航的价值实现缺乏完善的实体法与程序法保障。具体而言,这种体系化缺失体现在以下三个层面:

第一,海上巡航法律制度顶层设计的欠缺。作为一项涉及多个职能部门、多种形式和内容的综合性机制,海上巡航机制的理想构建路径是先在立法层面对该机制做出顶层设计,就该机制的实施主体、实施主体间的权责划分以及联动协调机制等问题进行明确,然后再按照此种整体规划进行具体的机制构建与制度细化。但这显然不是我国实然的路径选择,甚至直至今日,旨在“明确我国的海洋基本政策,理顺法律关系、消除法律冲突、弥补重要制度的缺失以及建立协调海上执法制度等问题”^⑥的《海洋基本法》仍迟迟无法出台。^⑦这也使得我国海上巡航在过去一直面临多头管理,各部门间缺乏明晰的职责

① 曹兴国:《南海仲裁案视角下的国际司法:扩张性、局限性及中国参与》,《太平洋学报》,2018年第10期。

② 禾木:《当代国际法学中的“一般国际法”概念——兼论一般国际法与习惯国际法的区别》,《中山大学学报》(社会科学版),2014年第5期。

③ Myron H. Nordquist, etc. (eds.), *Freedom of Navigation and Globalization*, Leiden / Boston: Brill Nijhoff, 2015, 5.

④ 钟振明,徐成:《“航行自由”概念与南海问题上的中美分歧》,《同济大学学报》(社会科学版),2017年第6期。

⑤ 吴士存:《深化南海合作共建蓝色家园》, http://www.nanhai.org.cn/review_c/358.html, 2019年11月10日。

⑥ 高之国:《制定我国海洋基本法的必要性与可行性(上)》,《中国海洋报》,2010年11月5日。

⑦ 《海洋基本法》自2014年起就被全国人大常委会列入立法规划,但进展缓慢。

分工,进而导致海上巡航的整体性欠缺和效率低下。虽然2013年后海警局整合了部分海上执法力量,统一负责打击海上违法犯罪活动、维护海上治安和安全保卫、海洋资源开发利用、海洋生态环境保护、海洋渔业管理、海上缉私等方面的执法巡航任务,但其与海事局以及海军之间的分工协调机制尚未建立,尤其是海警局和海事局在维护海上航行秩序以及海洋生态环境保护等方面的职能存在一定的重合,如何协同合作仍缺乏清晰的法律指引。在此背景下,当前我国的海上巡航机制实际已经形成机构改革倒逼立法的状态,实践中对于能够明晰、协调各部门职能的立法指引需求强烈。

第二,法律规定过于原则。虽然近年来面对不断升温的海洋权益争端,我国海事主管机构的巡航区域已经由港区近岸海域扩大到我国专属经济区和大陆架海域,海警局以及海军也依照国际公约和国内法不断扩大自身巡航海域范围,但相关法律依据却存在过于原则和宽泛,缺乏具体的、具有可操作性的法律规范作为指导的缺陷。例如,作为海上交通安全管理领域的“基本法”《海上交通安全法》,对于主管机构的巡航职权和具体的巡航执法内容及程序缺乏规定,这导致海事、海警等主管机关在我国管辖海域开展巡航时,只能依据《领海和毗连区法》第10条、第14条第1款和《专属经济区和大陆架法》第10条等原则性条文的规定,严重影响主管机关在我国毗连区、专属经济区等管辖海域实施分类管理的有效性。再如,虽然我国《专属经济区和大陆架法》第12条以及《海事局水上巡航工作规范》《公安机关海上执法规定》等对登临权做出了规定,但对于行使登临权的海域范围及其区别、具体的登临程序、登临的手段与责任等都没有具体的规定,使得实务上缺乏具体的执行依据。^①

第三,法律规定的协调性不足。如前所述,我国的海上巡航是一个由多个部门分工合作的体系,各部门的任务和权限各有不同。由此带来的问题是,如果实际巡航过程中巡航主体发现的损害我国海洋权益的行为并不属于或者超出其职责范围和权限,则可能带来执法的困境或不便。例如,海事局在远洋巡航过程中发现走私、偷渡、贩毒等刑事违法行为时,不能采取制止或人身强制措施,导致巡航执法的有效性和及时性受到影响。同时,海上巡航部门与其他行政、司法机构的衔接机制也是目前有待构建和完善的环节,例如海警局在渔政巡航中抓扣的外国渔民、渔船需要移交司法部门处理,而这一衔接环节的实际操作缺乏规范化的机制加以保障。

三、我国海上巡航机制重构的法律应对

显然,上述国际法与国内法的缺陷构成我国海上巡航机制实现其海权保障价值的挑战,需要我们做出法律应对。

(一)国际法的践行、完善与融合

尽管很多时候,国家确实是在基于自身的权力、为了自身的利益而影响着国际法的方向和进程,但是国家始终用公正和善良的名义提出自身的国际法主张和观念,而从来没有赤裸裸地将私利摆在国际法的内容之中,这种利益仅仅是潜伏在国际主张背后的隐身者。^②因此,无论现有有关海上巡航的国际法存在何种缺陷,我们都无法弃之不理,如何妥善地践行、完善并使之与我国法律体系更好地融合,是未来我国海上巡航机制实现其价值目标的重要问题。为此,需要做到以下三点:

首先,应注重对既有海上巡航国际法规则的一贯践行和话语权构建。对国际法的妥善运用以善意践行国际法规则为基础。我国作为负责任的海洋大国,负有善意践行对我国具有约束力的国际法规则的义务,这也是我国进一步谋求在全球海洋治理中话语权的基础。特别值得注意的是,在海上巡航领域,在运用相关国际法规则维护我国海域安全和秩序的同时,需要综合考虑我国在全球海洋治理中不断发展的诉求。例如就航行自由的解释而言,据称我国军舰、潜艇、科学考察船在2000年以后也多次在日本、美国等国的专属经济区或国际海峡活动,行使航行权或过境通行权。^③因此如学者所言,航行自由也是我国国家利益之所在,我国应改变过去对航行自由的被动防范和消极抵触的心态,以更加积极、开放和包容的态度来对待航行自由。^④这实际对我国践行海上巡航的国际法规则提出了更高的要求,即我们应当着眼长远,并注重在我国管辖海域和非我国管辖海域对相关国际法规则运用的一贯性。同时,考虑到现有国际法体系的不完备性和模糊性,我国应当从海洋命运共同体理念以及我国海洋权益

^① 和先琛:《我国海上登临的实践与立法》,《海洋开发与管理》,2013年第8期。

^② 何志鹏:《国际法在新时代中国的重要性探究》,《清华法学》,2018年第1期。

^③ Raul Pedrozo, Preserving Navigational Rights and Freedoms: The Right to Conduct Military Activities in China's Exclusive Economic Zone, *Chinese Journal of International Law*, 1 (2010).

^④ 杨泽伟:《航行自由的法律边界与制度张力》,《边界与海洋研究》,2019年第2期。

维护的实践需求出发,积极参与到对这些国际法规则的解释和发展中,提出并推广我国对有关海上巡航国际法规则及其争议的理解与解决之道,从国际海上巡航规则的被动接受者转化为主动解释者、创新者,构建我国的规则话语权。

其次,应致力于拓宽海上巡航国际合作的法律框架。在海上巡航领域积极开展国际合作,包括在争议海域与域内国家开展低政治敏感性的海上巡航合作,如基于打击海盗、维护航行安全目的的海事安全巡航。这是有效管控海域争议、规避冲突风险的突破口,也是实现海上巡航推动构建与他国海洋命运共同体价值的需要。当然,只有建立了清晰的、各方有共识的制度规则,才有合作的存量和基础。为此,我们可以在现有海事合作机制的基础上(如中国—东盟海事磋商机制会议),通过签订多边、双边协定的形式,拓宽海上巡航机制国际合作的法律共识与框架,构建双边或者区域联合巡航规则。同时,此种过程也是我国逐步确立、输出、塑造我国有关海上巡航的主张及国际话语权的重要途径和契机。

最后,继续加强国内法与国际法的融合。在我国参与全球治理日益深入的当下,我国对于国际法的理解也在发生变化,即国际法已经不再局限于传统的国际公法,而是由包括国际强行法和一般法律原则、对中国有效的国际条约和国际习惯,以及中国法中专门调整各类对外关系的法律法规,其是由国际法规则和部分国内法规则组成的有机整体。^① 在此认识下,我们不仅需要我国所承认的海上巡航国际法规则通过转化或者并入的方式有效融入我国法律体系之中,而且应当在国内法中就相关国际规则未予明确、细化的内容进行扩充,比如前文已经提及的有关登临权、紧追权的具体实施范围和方式。

(二)国内法的体系化构建

在国内法层面,对于海上巡航机制的法律完善,首先在整体上如学者所言,应转变当前重陆轻海、重实体法轻程序法、重近海轻远海的法律格局。^② 以此为方向,应从以下几方面具体着手:

首先,通过《海洋基本法》构建海上巡航机制的顶层设计。海上巡航机制的顶层设计在本质上事关海洋管理体制以及我国海洋权益维护机制的顶层设计,因此需通过《海洋基本法》的制定加以明确。虽然《海洋基本法》历时多年仍未出台,但随着海警局管理体制的逐步理顺^③以及我国海洋管理体制新格局的基本成型,《海洋基本法》的出台时机也在不断成熟。对海上巡航机制而言,《海洋基本法》中相关的内容应当涵盖:第一,海洋管理体制的整体规划,

对海上力量进行合理统筹,明确各自的管理权责,特别是海事局与海警局之间的职能划分,应当尽量清晰;第二,海洋管理协调机制的构建,特别是要加强中国海警局与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;^④第三,国家管辖海域及国家管辖外海域的权利与权益界定,特别对航行自由及其限制予以明确。

其次,推动《海上交通安全法》的修改以及《海警法》的制定研究。如果说《海洋基本法》可以解决我国海上巡航机制的顶层设计问题,则海上巡航的具体制度保障仍需以更为具体的法律来保障。其中,《海上交通安全法》是我国海事局开展海上巡航执法的主要法律依据,且《海上交通安全法》的修改已被十三届全国人大常委会立法规划列为条件比较成熟、任期内拟提请审议的一类项目。从海上巡航的角度来看,现行《海上交通安全法》中有关海洋权益维护的法律制度过于简单,无法为海上巡航机制的价值实现提供充分的制度支撑。为此,结合《海上交通安全法》的修改进程,在修改中应重点补充以下制度:第一,中国籍船舶的域外管辖制度,即对于中国籍船舶在我国管辖海域以外的其他海域发生险情的,我国相关部门可以通过国际协作等方式给予帮助,进而为我国海上护航提供国内法依据;第二,紧追权制度,即在外国籍船舶违反我国海上交通安全或者防治船舶污染的法律、行政法规时,赋予海事管理机构紧追权,并明确具体程序;第三,对外国籍船舶的兜底性管辖权,即在外籍船舶可能威胁内水、领海安全时,海事管理机构有权责令其离开相关海域。同时,作为目前我国海上巡航的另一主要力量,海警局在组建之后仍无专门的、统一的执法依据,相关依据散落在原海警、海监、渔政、缉私相关的法律法规之中,这与海警统一行使相关职能的要求并不相符。对此,已有观

^① 刘仁山:《论作为“依法治国”之“法”的中国对外关系法》,《法商研究》,2016年第3期。

^② 邹立刚:《国家海洋维权执法的巡航圈》,《湖湘论坛》,2016年第3期。

^③ 2018年6月,第十三届全国人民代表大会常务委员会第三次会议通过《全国人民代表大会常务委员会关于中国海警局行使海上维权执法职权的决定》,调整组建中国人民武装警察部队海警总队,称中国海警局,统一履行海上维权执法职责,明确海警局履行除海事外的海上综合执法与海洋维权职责。根据《武警部队改革实施方案》,自2018年7月1日起,海警队伍及公安海警学院整体转隶武警部队,目前正在进行整编工作。

^④ 李志文,冯建中:《〈海洋基本法〉的立法要素和范式考量》,《社会科学家》,2019年第3期。

点提出应当制定《海警法》。^①全国人民代表大会常务委员会在2018年6月通过《全国人民代表大会常务委员会关于中国海警局行使海上维权执法职权的决定》时,也明确提及“条件成熟时,有关方面应当及时提出制定、修改有关法律的议案,依照法定程序提请审议”。因此,应加紧对《海警法》的立法必要性、主要应当涉及的制度内容(包括海上巡航的相关内容)、与其他现行法律的衔接等问题开展研究。

最后,部门规章的梳理与整合。我国以往分散的海洋管理体制,使得涉海部门只能就部门所辖事务进行部门立法或行业立法。^②由此制定的部门规章对海上事务的规定亦难免存在交叉、重复、遗漏。为此,以海警局整合海上执法职能为契机,可以对原来分散的、各自为政的部门规章进行梳理,并通过必要的立改废对包括海上巡航内容的部门规章进行制度优化。

(三)法律实施机制的优化保障

法律的生命在于实施,法律的权威也在于实施。^③海上巡航机制重构的法律应对除了法律制度层面的完善之外,还需要配套的法律实施机制加以保障,尤其在《海洋基本法》短时间内无法出台的情况下,法律实施层面的改革完善甚至从某种程度上来说能更快速有效地回应现实需求。考虑到我国海上巡航机制不同于美国等由统一的海上力量加以实践,而由海警局、海事局以及海军分工合作的现实,海上巡航的统一性和协调性是构建的重点。其中,统一性是指不同的巡航主体能够将海上巡航机制作为一个整体加以统筹,对各自巡航的海域、事项进行

合理统筹,以相同的标准实施法律,并通过建立协同机制,在突发事件应对等方面能够统一行动。而协调性则是指不同的巡航主体之间能够相互配合,提高海上巡航的整体性和联动性。通过建立信息共享制度、监督评估制度、会议协商制度等建立有效的沟通互动机制,提高巡航资源的利用效率和实际效果。

结 语

如有学者所言,我国周边的领土争端和海洋权益争端的现状要求我国建立统一的海上维权协调机制,建立更加具体的海域管辖和执法规范,这对国家涉海法律规范的完善提出了更高的要求。^④随着海洋局对海上执法职能重组的逐步完成,与当代海权新内涵相适应的我国海上巡航机制的体系重构在机构改革层面已经迈出第一步,今后我们应当通过国际法与国内法层面的双向努力,在法律层面上固化、推动、保障此种改革效益,为新时期我国的海权战略提供助力。

① 该观点建议通过制定海警法,明确海警领导体制、完善海警机构设置、明细海警执法权限、明确战时海警任务。参见冯江峰:《我国海警法律制度构建研究》,《中国水运》,2015年第12期。

② 任筱锋:《对“国家海洋基本法”起草工作的几点思考》,《边界与海洋研究》,2019年第4期。

③ 肖永平:《全面依法治国的新阶段:统筹推进国内法与国际法治建设》,《武大国际法评论》,2018年第1期。

④ 邓妮雅:《国际法律新秩序下中国海权战略的选择》,《中国海商法研究》,2019年第2期。

(责任编辑 任瑞兴)

Legal Support of the Reconstruction of China's Maritime Patrol Mechanism under Modern Sea Power Perspective

Cheng Jieling, Si Yuzhuo

(Law School, Dalian Maritime University, Dalian 116026, Liaoning, China)

Abstract: As a more inclusive and comprehensive strategy, modern sea power strategy requires the reconstruction of China's maritime patrol mechanism, which shall establish a framework for the realization of value of safeguarding sovereignty of sea and security of jurisdictional sea area, protecting maritime rights and interests of non-jurisdictional seas, participating in global ocean governance, and building a sea community of common destiny. Under the two-tier framework of international law and domestic law, such reconstruction faces dual constraints due to the imperfection of international law and domestic law. The legal support for the reconstruction of China's maritime patrol mechanism should be promoted from three aspects: practice, improvement and integration of international law, systematic improvement of domestic law and the optimization of the law implementation mechanism.

Key words: sea power; maritime patrol; mechanism reconstruction; legal support