“失海”渔民的权益缺失与法律救济*

全永波

摘 要 “失海”渔民作为新弱势群体，其基本权利渔业权存在制度上的缺失，并与海域使用权在权利设置上存在冲突，进而造成了救济的困难，因此从立法上国家应完善渔业权制度，制定渔民特别权益保护法，从程序上加强“失海”渔民权益的法律救济。

关键词 “失海”渔民；渔业权；法律救济

近年来，开发海洋经济在大力促进国家和区域性经济社会迅猛发展的同时，也造成了一定的开发与保护海洋资源的失衡，尤其是对海洋环境、海洋渔业等造成了较大影响，并对从事海洋渔业捕捞的渔民造成了“失海”现象。众多渔业人口将不得不从赖以生存的海洋寻找新的生存空间。各地政府和社会在政府保障和救济等领域加强对“失海”渔民的救济，却无法从根本上解决大多数“失海”渔民作为新弱势群体的弱势状态，其重要原因是法定权益的缺失，以及在与其他权益的碰撞中造成了救济的困难，因而需从法律制度层面解读渔民的权利，进而逐步解决诸如渔业权、海域使用权等诸权利在冲突中建立新的权利架构，为“失海”渔民的权益保护提供根本性的支持。

一、“失海”渔民权益缺失的现状与法理解读

(一)“失海”渔民权益缺失的现状

1.“失海”渔民的海域使用权和渔业捕捞权受损比较严重

我国领海的归属权为国家所有，各级政府在代位国家行使海洋管理权时，根据需要可以决定海洋的用途或变更海洋的使用性质。而对于渔民尽管是使用海洋进行渔业捕捞的主体，但是，政府在作出变更海洋渔业捕捞使用性质时，相关决策的作出渔民没有参与讨论的机会，实践中更没有征求渔民意见，因此，由于对渔民利用水面、滩涂从事渔业生产的权利重视和保护不够，导致侵害渔民权益的事件时有发生。一些地方违背渔民意愿，对水面、滩涂进行流转或以招标拍卖形式出让；有的甚至强行收回或强迫渔民放弃养殖水面使用权或承包权，强迫流转，侵犯渔民的承包经营权；有些开发项目占用渔民养殖水面而不补偿或只给予少量象征性补偿；一些条件较好的养殖水域和重要的鱼虾贝类繁殖场被侵占，致使祖祖辈辈以渔业为生的渔民失去了生产作业场所。由此可见，部分地方政府对渔民权利的漠视使渔民渔业权受损严重。

2.“失海”渔民的经济权益受到较大的损害，正常生活保障权利受到影响，部分渔民成为新“弱势群体”

由于渔民的海域使用权和渔业捕捞权得不

* 本文是浙江省教育厅课题《舟山市弱势群体权益保护研究》的研究成果，项目编号 20050114。

到应有的重视和保障而遭单方损害，政府在相关就业安置措施又显得滞后的前提下，渔民经济收入形成真空，导致了渔民的经济利益遭受损害。以渔业捕捞作为经济依托的“失海”渔民，相比较20世纪80、90年代，他们在沿海地区的经济地位迅速下降。目前，相当一些“失海”渔民已经负债。经济利益受损害也给“失海”渔民的医疗和子女求学等造成连带性影响问题，已越来越成为沿海地区一个较大的社会现实问题，“失海”渔民在近年已经成为沿海地区新的弱势群体。

(二)“失海”渔民权益缺失的内在原因分析

渔民权益缺失从权益管理视角分析，则存在以下困境。

1.国家对海洋管理的多头化和条块分割，以及对海洋实行多途径的开发是造成渔民“失海”的必然原因

渔民“失海”和由“失海”导致他们各项权益受损是由国家(政府)和社会原因造成的。国家和各级政府对海洋实行多途径开发是现代化经济建设的必然趋势，而这一趋势是造成渔民捕捞性“失海”以及各项权益受损的必然性。

2.法律的缺失和对渔民权利和利益没有被重视是造成渔民“失海”和权益受损根本原因

至今，我国尚未制定“渔民海洋使用权利保障法”和“渔民渔业捕捞权益保障法”等相关法律，渔民的海洋使用权和渔业捕捞权只有在国家《宪法》和《海域使用管理法》等相关法律架构下的一种变通性权利享受，而这种便通性的权利弹性较大，缺乏专门的法律确定性，其法律保障性相对比较弱化。因此，这是造成渔民“失海”和权益受损的根本原因。

3.对海洋重开发轻保护是造成渔民“失海”和“潜在性失海”以及他们的各项权益受损的社会原因

国家和各级政府根据经济建设需要对海洋进行必要的开发是国家社会经济发展的重要举措。但实际工作中存在对海洋重开发轻保护，海洋开发与海洋渔业保护显失平衡，因而，这是造成渔民“失海”及各项权益受损的社会原因。

4.国家和各级政府配套救济工作滞后是“失海”渔民各项权益受损的重要原因

救济工作滞后主要表现在：一是在对海洋经济开发中存在片面性，热衷于开发与项目的引进，而对兼顾海洋渔业和渔民利益保护工作相对较弱化。加之海洋开发部门或开发商往往只注重开发方的利益，而轻视受开发影响的失海渔民利益的应有补偿问题等。二是对渔民面临的“失海”问题，以及渔民由“失海”导致各项权益受损等系列问题缺乏应有的认识和必要的预计、考量及认真的研究。三是对海洋渔业面临“失海”困境，以及对“失海”渔民的各项权益受损后相应的亡羊补牢救济对策与措施缺失。对此，广大“失海”渔民对国家和各级政府工作滞后和不力怨言较大。

(三)对渔民渔业权的法理解读

对于渔业来说，渔民以水为生，水面、滩涂是传统渔民赖以为生的生产生活资料，也是他们的生活保障，对水面滩涂使用的权利可以说是他们基本生存的权利。近年来渔民“失海”现象的增加和“失海”后权益得不到保障，法律的缺失和对渔民权利和利益没有被重视是根本原因。渔业权对于渔民而言成为影响其生存发展的重要权利。

我国至今尚未实施渔业权渔业，但在我国现行法律中适用于渔业管理的法律、法规已具有渔业权法律体系的雏形，其所规定的基本内容为我国实施渔业权制度提供了法律基础。这些法律、法规包括宪法、渔业法、土地管理法、民法通则、农业法和渔业法实施细则、土地管理法实施条例、水产资源繁殖保护条例、渔业资源增殖保护费征收使用办法，以及有关中央、国务院文件，

地方性法规等。关于渔业权的性质在我国学术届存在争议，有的学者认为渔业权在我国《渔业法》中是对已经规定的养殖权和捕捞权的总结，立法没有规定渔业权的概念，是立法的缺陷，应当在物权法中加以明确。也有的学者认为渔业权不是一种物权，可以通过取消渔业权这一概念，为了避免渔业权与海域使用权的冲突达到保留海域使用权的目的。

虽然《渔业法》规定了养殖权和捕捞权，也即承认了我国的渔业权制度，但这种权利的存在完全属于行政许可的范畴。传统法学理论认为，渔业权被认为是一种从国家所有权派生的权利，因此渔业权的享有和形式必须符合"国家所有权"的需要。但是，这种认识及其相应立法流弊甚多：首先，这种理论弱化了渔业权的法理基础，给许多公共权力部门侵害渔民权利创造了借口。基于这种理论，在实践上就会产生政府部门权力扩大化的现象，就容易导致有关政府部门滥用行政权力，侵犯渔民权利的情况也愈演愈烈。其次，这种理论将渔业权定义为依据行政指令建立的准物权。这种观念，从表面上看与市场经济国家、一般法制国家的观念是一致的；但是，在一般市场经济和法制国家里，政府部门行使的行政批准权，尤其是在渔业权设立方面行使的行政批准权，并不是国家所有权的体现，所以，依据行政指令建立的渔业权，即使在权利设立方面具有附属于性增权力的特点，但在这种权利设立之后，它和其他的民事权利仍然享有平等的地位。但是，在我国渔业权始终是一直附属于行政指令的权利，无法取得独立的、与其他民事权利平等的地位。这与生俱来的附属性特点，极大地妨碍了渔业权人的权利。因为在行政机构不能依法行政的情况下，或者在有关法制不健全的情况下，渔民只有听从行政的安排，无法积极地主张自己的权利。比如，现在我国的水域管理事实上存在"多头执政"的局面，渔民对于不同机关发出的不同指令都要遵守，渔民怎么做都有错的现象经常发生。最后，这种认识导致渔业权的设权制度不完善。其中主要是渔业权发证的性质不明确。渔业权发证到底是"确权"还是"授权"？对这一问题的答案决定了法律政策对于渔业权的基本态度。如果是确权，则说明渔民的渔业权是一种事实上已经存在的权利，应当在法律上得到保护，发证意味着国家出于资源保护和可持续发展等宏观管理的需要，而对这种原始权利进行确认和保护；如果是授权，则说明渔业权本来并不存在，而在国家授予的。发证意味着国家基于所有者和管理者的双重身份，将渔民本不具有的渔业权授予渔民。在国家授予渔业权之前，渔民就没有权利可言，更谈不上法律的保护问题。而在这个问题上，现行法律未做明确规定。

从上述问题可以看出，我们现在亟须对渔业权的法律性质进行重新认识，而对于国家所有权和所谓的两权分离理论则更加需要进行审慎的反思。

除了渔民的渔业权的定性尚处于争论中，海域使用权和渔业权的冲突也使渔民的权利行使造成很大障碍。《海域使用管理法》与《渔业法》分别建立了我国的海域使用管理法律制度和渔业行政管理法律制度。但因二者均涉及海洋资源的管理，因此在调整对象上有所重叠。这种重叠表现在海域使用权与渔业权的冲突方面。因《海域使用管理法》中规定了海域使用权制度，《渔业法》中虽然没有规定渔业权，但从事捕捞、养殖，须取得养殖证、捕捞证，养殖证是养殖权的标志，捕捞证是捕捞权的象征，现实已经说明我国存在渔业权制度。同时，从《渔业法》的有关条文及其他国家的有关立法，还是可以推断出我国《渔业法》是承认渔业权的。综上所述，在我国，使用特定海域进行养殖的权利有两种制度调整：其一为海域使用权；另一个为渔业

权。海域使用权是用益物权；渔业权是准物权。从理论上讲，“准物权”不是物权，但准用关于物权的规定，物权法强调一物一权原则，渔业权既为准物权，当然也受一物一权原则的约束。所以，同一海域不可能既存在海域使用权又存在渔业权，渔业权与海域使用权之间的冲突暴露无遗。这种冲突在现实中的表现就是海域使用权证与养殖证并存；在理论上的表现就是物权法的一物一权原则受到挑战；在立法上的表现为海域使用权与渔业权如何协调。这两种权利的冲突归根到底是由这两种权利的性质造成的，而两证并存则是它们性质冲突的表现，我国现在立法上的论战是为了更好地协调这两种权利的冲突。

二、“失海”渔民权益的现有救济方法评析

“失海”问题既事关海洋渔业的生存与发展问题，又事关“失海”渔民各项权益受损等一系列社会问题。这些问题已经引起各级政府和上级有关部门关注和重视的问题。各级政府和有关学者在揭示和研究这些问题的同时，试图以法律救济、社会救济和出路救济诸方面提出了一些对策与建议，其中核心主要建立健全“失海”渔民各项权利和利益保障机制，对从根本上解决渔民的权益缺失，转变渔民的弱势地位无法起到决定性作用。现有的措施主要包括：

第一，建立“失海”渔民的利益补偿制度。利益补偿是对利益受损者直接有效的利益救济。而建立“失海”渔民的利益补偿制度与沿海地区的社会稳定问题密切相关。

第二，建立“多元型”的“失海”渔民社会保障制度。筹措“失海”渔民的各项社会保障基金问题，建立“失海”渔民各类社会保障资金相关的管理制度，使“失海”渔民在社会救济保障中得到实惠。

第三，凭借港口优势和发展过境渔业等，为“失海”渔民谋求转业和再就业新路子。发展与港口业相配套的海、陆运输业等为“失海”渔民解决转业和再就业；有计划地发展以转业渔民为主体的渔、港、景为特色海洋文化旅游产业等，为“失海”渔民从解决转业和再就业问题，从海洋开发与港口经济互动中促进与区经济发展的良性循环。

分析以上的救济措施，可以发现省各级政府和有关部门已经认识到“失海”渔民从法律、社会、出路等方面实行多渠道的权益救济与保障是摆在面前亟待研究和解决的实际问题，这些问题若能得到妥善解决，必将促进社会的稳定、发展与和谐。但从深的层面分析目前的救济措施存在很大弊端：

1．权益保护和救济的实施主体是政府

如“失海”渔民利益补偿实际上是一项政策性制度。主要由国家和政府对“失海”渔民给予必要的经济利益补偿，其中主要由省（市）以上人民政府或上级有关部门负责政策制定，体现出较有实际的政策效果，同时国家财政转移支付中对此给予倾斜。海洋权益保护可以建立“谁开发、谁负责”补偿办法相结合，使“失海”渔民在海洋开发征用中共同受益，但实际上在实施过程中很难实施，其主要原因为海域使用权作为公共权利的存在，国家对海域的征收以国家补偿的方式给渔民以弥补渔民因“失海”造成的权利损失，故而仍是一种政府行为。

2．权益救济的主要途径是人为而非以法律为依据

在针对“失海”渔民的权益保护不足，地方政府为主体的救济方式必然带有权益救济的主观人为性。因政府作为法律的执行者在未有诸如渔业权利的相关法律完善之前，政府不能单方面突破现有法律的规定，故而权益救济的实施只能是一种不与现有法律相突破的平衡措施，这种措施从其产生之日起就注定是暂时的。

3. 权益救济的实施手段不深入，以临时性和救急性手段为主，只授人以鱼而非授人以渔，救济效果十分有限

因救济方法的兼顾平衡性的特点，渔民的渔业权利的解决只能靠立法的完善，现有的救济方法只能以临时性和救急性手段为主，渔民的主动性无法体现，生活的被动困境难有起色。

三、“失海”渔民权益保障与法律救济

“失海”渔民在社会中属弱势群体，由于诸多原因造成“失海”而导致他们的各项权益受损后并未得到应有的救济和保障，其中，缺乏强有力的法律救济与保障机制是不容忽视的重要方面。从“失海”渔民权益受损的本质来看，关键是渔业权的确认和保障，并可通过完善法律程序予以救济。

(一) 明确渔业权作为渔民权利主体的特有权利

渔业权是渔民固有的生存权利，属于渔民的基本人权的范畴；这种权利作渔民的基本人权，属于第一位阶的权利，其设定不可能也不需要以低位阶的其他权利作为其依据或基础。

渔业权历史悠久，在历史上渔民一直享有渔业权，而且这一权利是世界上公认的；渔业权在漫长的历史进程中基于渔业本身的需要而获得了其天然的正当性。渔业权不是割据国家所有权而产生的。同样，渔业生产活动是渔民获取维持其生命必需的生活资料的手段，而渔业权作为渔民从事渔业生产活动的权利。1966 年 12 月 26 日联合国大会通过的《公民权利和政治权利国际公约》第 6 条规定(中国于 1998 年加入)：“人人皆有天赋之生存权，此种权利应受法律保障。任何人之生命不得无理剥夺”。生存权包括两方面内容：其一是生命权，即任何人之生命不得无理剥夺。其二是生命健康与生活保障权，即为维持其生命所必需的健康和生活资料是最重要的。渔业生产者的渔业活动对渔民本身来讲是为了生存而生产，而渔业获得物对于社会来讲则也是人民的必要生活资料，间接讲渔业权是为人类的生存而存在，该权利当属于第一位阶权利，高于一般的海域使用权的行使。

(二) 完善渔业权法律制度，制定相关渔民权益保护特别法

1. 将渔业权制度融入物权法体系

我国以渔业为生的人口近 6 000 万，是一个渔业大国，因此法律对于渔业的关注应该比其他国家更大些。而现行法律仅有渔业法等行政法规定水面、滩涂养殖使用权，这些法律仅把渔业权当作附属于行政权力的“准物权”或“从属物权”，由于这种解释没有准确地对渔业权进行法律定位，使得广大渔民权益受损害却无法得到有效的保护。因此渔民的权利应该得到法律的全面承认和保护，而不仅仅局限于行政保护。因此，在渔业法律体系中应引入“渔业权”(指依法在特定水域上设定的从事渔业生产经营活动的权利)的法律概念，以弥补渔业法重行政、轻民事、重管理、轻权益保护的不足。

随着我国渔业的发展，养殖业已经成为渔业的重要组成部分，传统地被他人认为是流动性作业的捕捞，也开始向定置化、区域化方向发展，近岸捕捞基本上已成为渔场化作业，这样，在我国不论是养殖权还是捕捞权都已发展成为独立的物权类型。为此，建议我国在物权立法完善过程中应将渔业权规定在物权法中。

2. 制定渔民权益保护特别法

国家历来十分重视农村政策问题，并通过立法赋予农民长期而有保障的土地使用权，以维护农民的合法权益。农村土地承包法和农业法、草原法都对对农民的土地使用权，包括牧民的草原使用权都做了明确的规定。但尽管中国的渔业人口居世界第一，渔业也是大农业的重要组成部分，而其法制建设还远远未跟上市场经济发展的速度。尤其是对渔民权利的保护不管是从制度

上，还是从现实上都是非常弱小的。如，关于渔民在特定水域的渔业权，即对特定渔业水域的使用权问题，目前仍没有明确的规定；农村土地承包也没有涉及到渔民对公共水域承包的问题。

3.平衡与协调海域使用权与渔业权的冲突

海域物权是行使对国家海域的用益物权，而将渔业权进行解剖则包括养殖权与捕捞权。为了解决和平衡海域使用权与渔业权的冲突，在制度设计时更多实际地兼顾渔民利益。在法律上将渔业权分解后，将养殖权定性为用益物权并包含于海域使用权，有利于对养殖权的合理规范引导，在养殖区域按照现有的《海域使用管理法》进行规范。渔业权中的捕捞权是对自然资源的消耗使用，所以海域使用权与捕捞权是不一样的性质，无法合并吸收，捕捞权应可由渔业法调整规范。当捕捞行为发生在设有海域使用权的海域时而发生权利冲突时，则可考虑用权利冲突理论中的权利位阶理论，或者用利益衡量法学方法确定在利益发生冲突时如何先考虑哪种利益为先。前文已经述及，渔业权作为基本人权是处于第一位阶的权利，按照法学理论，位阶在先的权利应予优先保护，因此海域使用权如在行使过程中不能与渔业权重叠，除与国家利益冲突之外，应以服从渔业权优先为必要。

（三）改革渔民权益保障和救济的程序

从法律制度层面看，渔业权的保护可从私法角度和公法视角保护，但作为弱势群体的“失海”渔民，私权保护需要高昂的救济成本，而公法保护更具有实践价值。对渔业权的公法保护，主要包括权利保护程序和对渔业权之行政变更或撤销的限制及补偿两方面。前一方面主要是通过行政程序制度强化对渔业权的保护，如行政复议、行政损害赔偿、行政诉讼制度等。在现有我国法律所认可的范围内，如何改革渔民权益保障和救济的程序最为现实。现有的渔业法明确渔业权是依行政许可而被创设，但其一经设立即成为私法上的财产权。因此，对渔业权加以行政变更或撤销，须其于公共利益的目的。而对此等变更或撤销予以限制和补偿，自然也属于征收补偿的范围，即公权力机关为公共利益的目的，依法变更或剥夺渔业权力的财产或具财产价值的法律地位，须就被征收人所受的损失给予替代性的、弥补性的补偿。

渔民“失海”从社会发展角度看难以避免，但“失海”的随意性和救济的滞后却主要由于对渔业权法律制度的漠视，当渔民的生存空间——海洋成为行政权可以随时且随意剥夺的时候，渔民的“失海”必然会伴随着一种新的弱势群体的产生。为了规范政府的用海行为，必须重视渔业权的存在，当“失海”渔民成为新弱势群体时，法律也应成为主要的救济手段。

参考文献

1 孙宪忠主编．中国渔业权研究．北京：法律出版社，2006：73

2 李永军主编．海域使用权研究．北京：中国政法大学出版社，2006：202

3 尹田主编．中国海域物权制度研究．北京：中国法制出版社，2004：38

4 崔建远．海域使用权制度及其反思．政法论坛（中国政法大学学报），2004（11）

5 陈锦辉，黄硕琳，倪雪朋．我国实施渔业权制度初探．上海水产大学学报，2003（1）

6 崔建远．关于渔业权的探讨．吉林大学社会科学学报，2003（3）

7 梁上上．利益的层次结构与利益衡量的展开——兼评加藤一郎的利益衡量论．法学研究，2002（1）

8 田茂兴，李桂枝．试论我国渔业权制度的建立．齐鲁渔业，2004（6）

（作者单位　浙江海洋学院公共管理学院）