

我国渔业法上的渔业权之法律性质分析

朱 娟

(武汉大学 环境法研究所, 湖北 武汉 430072)

摘要:《中华人民共和国渔业法》于 1986 年颁布以来, 经过了 2000 年的修订, 总体上对我国渔业资源的管理、渔民利益的保护都起到了举足轻重的作用。但是, 由于其公法性质及立法当时客观条件的限制, 我国渔业法并未对渔业权制度作出明确规定, 导致实践中对渔业权的性质、特征、内容等方面缺乏明确认识, 影响了渔业法的执行效果。本文拟对我国渔业法上渔业权的法律性质作一定型分析, 确立其为附属物权, 并对这一权利的特征及内容作一简单分析。

关键词: 公共水域; 渔业权; 附属物权

中图分类号: D922.4

文献标识码: A

1 渔业权概念辨析

由于各国立法及实践的不同, 对渔业权的定义及分类也不同。如我国台湾地区将渔业权定义为得从事渔业活动的权利, 故沿袭日本渔业法的规定, 将渔业权分为五种:^[1]

- (一) 区划渔业权: 在固定水域, 以人工设施养殖动植物
- (二) 定置渔业权: 在固定水域, 以固定渔具来采捕水产动植物
- (三) 专用渔业权: 在固定水域形成渔场, 供人入渔
- (四) 特定渔业权: 以渔船在指定水域从事捕捞水产动植物
- (五) 娱乐渔业权: 以渔船载乘客至水域从事游钓活动

其中, 前三种为狭义渔业权。

而我国渔业权则以权利内容为标准来划分, 由养殖权和捕捞权构成。渔业权之以法在特定水域上设定的养殖或捕捞水生动植物资源的权利, 也即在特定水域上进行养殖或捕捞水生动植物资源的行为的权利。

其中, 养殖权是权利人经过批准, 在国家和集体所有的海面、河道、湖泊以及水库的水面从事养殖经营的权利。养殖人应当在规定的水面和养殖种类范围内从事养殖, 应当合理利用水面, 保护渔业环境资源。

捕捞权是公民、法人或其他组织依照法律规定难过, 在我国内水、滩涂、领海以及我国管辖的其他海域从事捕捞水生动植物等渔业生产活动的权利。捕捞权人应当合理利用渔业资源, 在禁渔区和禁渔期内, 禁止捕捞。^[2]

由上述定义可知, 在我国, 渔业权使用的范围包括公共水域(全民所有的水域)和非公共水域(集体所有的或全民所有由农业集体经济组织使用的水域或滩涂), 例如, 依据我国现行渔业法第 11 条的规定, 我国的养殖权事实上被分为两种: 一为依行政许可取得的养殖权, 即单位和个人使用国家规划确定用于养殖业的全民所有的水域、滩涂的; 二是集体所有的或者全民所有由集体经济组织使用的水域、滩涂, 由个人或者集体承包, 从事养殖生产而产生的权利。捕捞权按作业方式可分为定量捕捞权和非定量捕捞权。其中, 定置捕捞权是对特定

水域中天然水产动植物加以采捕并取得所有权的权利。非定置捕捞权与定置捕捞权相对，指以流动性的作业方式采捕天然水产动植物并取得所有权的权利。

尽管养殖权和捕捞权在权利的内容及法律特征上具有明显差异，这在立法上可以有所反映，但本文认为，在法律性质上，两种权利可以统一于渔业权之下，^[3] 故下文的分析中，将统一称为渔业权，而不再区分两个概念。

另外，由于对于非公共水域上的渔业权，在我国理论及实践上几已达成共识，即被归之为物权法上的用益物权，这里就不再赘述这种渔业权的性质，而把重点放在公共水域上的渔业权即渔业法上的渔业权的法律性质的分析。

2 公共水域的公用物性质——渔业权的权利来源

公共财产和私有财产的概念源于罗马法公有物与私有物的概念。罗马人根据物可否为个人所有将物区分为公有物和私有物。罗马法学家盖尤斯在他的《法学阶梯》中有过经典的表述：“那些由人法支配的物品或者是公有的，或者是私有的。”“公有物被认为不归任何人享有，实际上它们被认为是全体的或共同体的。私有物是归个人所有的物品。”^[4] 据此，公有物即是不为任何人所有，而为某个社会共同体的全体成员所共有的物；而为全体人所有的物，实际上是不归任何人所有。因此它是公共性质的。既然不为任何人所有，公有物就存在一个管理、维护利用的问题。这一职责自然落到了公共管理机关身上。在古罗马和现代社会，这种公共管理机关即为国家，但国家是公有物的管理者而不是所有者。

资产阶级革命后的 1804 年《法国民法典》在财产分类一章中的“财产与其占有人的关系”一节，基本上区分出属于私人的财产和不属于私人的财产。不属于私人所有的财产分为公共所有财产和区、乡共有财产。其公共财产的范围除了罗马法归入公用物中的个别物（如空气）外，基本上与罗马法中人法物中能够的非交易物^[5] 相吻合。《法国民法典》把公共财产纳入到与民法典（私法）规范不同的法律规范中，这便是行政法或公法规范。

许多国家的渔业法都具有以下两个共同特点：一是将其适用范围限于公共水域，二是对于这种在公共水域上设定的渔业权，规定其取得或设定的前提是国家行政机关的行政许可。

公共水域指其上未设有排他支配权、供一般公众使用的水域，其性质属于民法上的公用物，即“为一般公众使用的物”^[6] 公共水域作为公用物，可分为两种情况：^[7] 其一，水域上不设所有权的情形，在这种情形下，水域就类似于民法上所谓公有物，没有人对之具有排它的支配或使用权利，当然，可供一般公众进行使用。如日本，水域未成为所有权的对象。^[8] 日本河川法有规定河流属于公共财产，^[9] 且依照日本最高法院的判决：“海，自古以来，以自然状态，供一般公众共同使用，即所谓的公用物，”“海不是土地，不是所有权的对象。”^[10] 其二，水域上设定国家所有权，但仍供一般公众进行使用的情形：如智利民法典第 589 条规定“其所有权属于整个国家的财产，谓‘国有财产’。国有财产的使用如属于全体国民，谓‘公用国有财产’或‘公共财产’。”第 595 条又规定“所有水域为公用国有财产”，可见，智利的所有水域所有权均属国家，但其使用则属于一般公众。

我们现在所使用的国家所有权概念被引入了私法领域，我国《民法通则》对其加以规定，《中国物权法征求意见稿》也并未舍弃国家所有权的概念。现行通说认为，所有权是所有制在法律上的反映，故在社会主义公有制前提下，出现了国家所有权与集体所有权。在我国，国家所有与全民所有的概念并未区分。如我国宪法第 9 条：“矿藏，水流，森林，山岭，草原，荒地，滩涂等自然资源都属于国家所有，即全民所有。”因此，这种对于公共水域的所有权，也并不意味着国家如私人所有权一般对这些水域具有排它性的支配权，而只是更多地意味着国家对这些水域的特殊的管理权。国家所有权本身就是一种不同于私人所有权的特殊所有权，其行使的目的不能如私人所有权那样为了特定主体的利益的，而只能是为了公共的利益。国家在行使对公共水域的所有权时，也不应为特定人的利益对其进行随心所欲的处分；更不应在公共水域上随意性的排他支配权，从而损害一般公众对这些水域本应该享有的利用的权利。

相反，国家在行使这种所有权时，必须以便利或至少不妨害公众对公共水域的利用权为其出发点 and 依据。进一步说，按照传统的自由主义国家起源学说，个人权利——包括公众对公共水域的利用权在内——都是先于社会及国家存在的神圣的自然权利，国家的存在及其权利和权力的创设都来自于公众的同意和赋予。其目的只是为了公众能更好地享有并实现这种自然权利。^[11] 总而言之，公共财产或者民法上的公用物，如本文所说的公共水域，应供一般公众进行利用，国家原则上不能为特定人的利益于其上设定妨害公用的排他权利。

3 行政许可——渔业权产生的直接动因

公共水域属于公用物，即使有的国家规定为国家或全民所有，仍然未排除公众共同使用的权利，但这种权利还并非就是渔业权。各国目前一般都规定在此等水域经营对资源影响较大的渔业的。须经过渔业管理部门许可，即通过行政许可制度来对渔业经营进行行政管理，而对公众的渔业自由加以限制。这时渔业权才真正作为一种权利为法律所宣告。

从事法律规定或政府指定的渔业，必须取得渔业权。而取得渔业权必须以经过政府许可为前提。之所以如此，主要是基于以下诸方面的考虑：^[12]

- ① 渔业资源得合理利用与保护以及可持续发展的观念。
- ② 渔业产业的结构调整与促进，如日本韩国用渔业法专章规定渔业或水产调整。
- ③ 渔业资源的公平分配。渔业资产既然为公用物，当然应该保障一般公众的利用权，因而需防止资源垄断和资本集中的情形的发生。

和典型的物权不同，渔业权不能依物权的一般取得方式（如法律行为，时效，先占）而产生，其取得根据只能是行政许可。由此可见，对于养殖和捕捞的行政许可属于确权行为，是渔业权的效力根据。据此，我们可以认为，渔业权的设立自作出行政许可之日起设立。^[13]

渔业权关系到渔业者合法权益的保护，尤其是渔民的生存权，因此，在行政许可是设定渔业权的根据的情况下，如何对此种公权力加以约束，并避免其随意性对渔民造成不安，是渔业权制度构建的关键。

对行政许可之授予权的限制，主要可通过两种方式实现。

其一是规定渔业权批准的优先顺序，对此，应该充分认识到渔业对沿海，沿河，沿湖地区居民在谋生就业方面的重要地位，并尊重渔民在悠久渔业历史中形成的“习惯”权利，以法律形式确定沿岸渔民尤其是依赖渔业为生的渔民优先取得渔业权的资格。

其二为借鉴其他国家的立法例，规定主管机关应根据特定水域的资源现状及其开发和保护或保育与渔业调整上的需求，参考国防的需要，土地的经济利用，环保的需要，船舶的航行，矿产的开发，水底管线的铺设及其他公共利益的需要，拟定渔业规划，每年定期公告，并据此作出是否给与许可的行政决定。

4 渔业权是一种附属物权

4.1 渔业法上的渔业权具有物权的特征

一般认为物权必须符合以下几个特征或构成要件：1. 直接支配性。即物权是一种与请求权相对而言的支配权，权利人得依自己的意思，无需他人的意思或行为的协助，既可实现其权利内容。2. 排他性。其在同一标的物上，不能同时成立两个以上内容互不相容的物权。^[14] 3. 保护的绝对性。其一，物权是一种绝对权，权利人得要求世间一切人对其享有的这种支配权予以尊重。一切人均负有不得侵犯该支配权，妨害该支配权的义务。其二，物权具有无上请求权效力。被任何人侵害该支配权或有侵害之虞时，权利人均有主张排除侵害，恢复原状。

而公共水域上的渔业权也符合一般物权的法律特征。

渔业法上的渔业权也具有物权的特征：^[15]

(1) 渔业法上的渔业权也是一种支配权，具有直接支配性

这种渔业权在各国渔业法上，均指在特定水域，特定水域，特定时期，经营特定渔业的权利，其权利人享有在许可范围内采捕获养殖水产动植物的利益。在此权利范围内，权利人可直接在特定水域经营特定渔业并取得其利益，而无需借助他人的协助，因此，这种渔业权并非请求权，而是一种支配权，具有直接支配性。

(2) 该种渔业权也具有排他性

比如台湾学者认为“在同一水域上不能同时存在两个或两个以上性质不相容的同种或异种渔业权”，如在特定水域上已经存在渔业权，此时，当然不允许再设立一个在性质上妨害前者实现其内容的渔业权。

(3) 该种渔业权也具有保护的绝对性

其一，该种渔业权也是一种绝对权或对世权。渔业权一旦设立，包括行政机关在内的一切他人均负有尊重该权利、不得妨害权利人行使并实现其权利的义务。其二，该种渔业权在其利益的实现受到妨害或有遭到妨害之虞时，当然可请求预防或排除该妨害，这种效力与物权请求权的效力并无不同。

4.2 渔业法上的渔业权又有不同于一般物权的特征

首先，渔业权人对特定水域的支配并不像物权的支配性那样具有完整性与全面性，渔业权人对核准的水域，仅能在核定的渔业权的程度、时限与范围内进行支配，这种支配也并非对水域的直接支配权，而只是水域的利用权。

其次，这种渔业权在特定水域也不具有完全的排他性。由于公共水域是一种公用物，水域利用方式的多样性，即使在核定的水域，渔业权人也不得排除他人以不损害其权利的方式利用水域，如航行、游泳等。

由上可知，公共水域上的渔业权并不是完全的物权。

4.3 渔业法上的渔业权属于一种附属物权

尽管目前学界对其法律性质有多种不同意见，本文认为把它定性为附属物权更为合适。附属物权的含义，按照德国学者的观点，这种行使“并不像其他物权那样随意”、“不能表现为典型的物权”的民事权利，就是附属物权。这里，“不能表现为典型的物权”主要表现为受到公法的广泛限制。首先，受到具有行政法性质的渔业法的规范。其次，由于这种渔业权在公共水域上设定，而公共水域及其水生资源是当代社会极为重要的自然资源。因此，这种渔业权必须经过主管部门的行政许可方得设立或取得，而不能因时效、优先或习惯而取得。同样，这种渔业权的内容、范围及其行使方式都必须由主管部门的行政许可进行核定。

其实，对于一种权利，定义为公权抑或私权，由公法调整还是私法调整或者共同调整都不是最重要的，关键是在这种定性下，能否有效的保障权利的实现及限制权利的滥用。

参考文献：

- [1] 黄异. 渔业法规[M]. 台北: 渤海堂文化公司, 1998. 转引自黄异《物权化的渔业权制度》
- [2] 王利明主编. 中国物权法草案建议稿及说明[M]. 北京: 中国法制出版社, 2000.
- [3] 事实上, 不少国家和地区并没有区分养殖权和捕捞权, 比如日本、韩国和我国台湾地区
- [4] 盖尤斯. 法学阶梯[M]. 黄风译. 北京: 中国政法大学出版社, 1996. 转引自高富平. 中国物权法: 制度设计

和创新[M]. 北京:中国人民大学出版社, 1999

[5] 包括(a)公用物,即因其性质不宜为个人占有、控制或实行经济管理的、因而放任由大家使用的物,如空气、流水、海洋等;(b)公共物,指出于公共福利目的为所有公民普遍使用的物,如街道、公共道路、公共河流等;(c)团体物,同公物一样为某一共同体的居民使用,如剧场,竞技场,公共建筑,其所有权常属公共团体或法人。在现代社会,凡是在一国范围的公用物,除了阳光,空气一类不可为人类占有的物外,基本上归并到共有物或视为公共财产。

[6] 中国物权法研究课题组编. 中国物权法草案建议稿[M]. 第 63 页.

[7] 金可可. 渔业权基础理论研究[A]. 环境资源法论丛第 4 卷[C]. 北京:法律出版社, 2004. 301.

[8] 农业部渔业局编. 台湾渔业权与渔业立法研究[R]. 第 83 页

[9] 裴丽萍. 水权制度初论[M]. 中国法学, 2001,(2):92.

[10] 同[8]

[11] 斯特劳斯. 政治哲学史(下)[M]. 转引自[7]

[12] 同[7]

[13] 徐涤宇. 我国渔业权立法的对策和建议[A]. 环境资源法论丛第 4 卷[C]. 北京:法律出版社, 2004.

[14] 王泽鉴. 民法物权: 通则、所有权[M]. 第 60 页

[15] 主要有(1)物权说,韩国法;(2)附属物权说,德国法;(3)准物权说,日本法和我国台湾法;(4)特殊物权说,梁慧星;(5)用益权说,温世扬。

[16] 孙宪忠. 德国当代物权法[M]. 北京:法律出版社, 1997. 35-37.

Legal Nature Analysis of the Fishery Right of *Law on Fishery* of Our Country

ZHU Juan

(Research Institute of Environmental Law of Wuhan University & SEPA,, Wuhan 430072, China)

Abstract: Since " *Fishery Law of the People's Republic of China* " issued in 1986, through the revision in 2000, it has all generally played a very important function on the control over fishery resources of our country and protection of fisherman's interests . But because of its public law nature and the restriction of the objective condition at that time, *Fishery Law of PRC* has not made the clear regulation to fishery's right system , has caused the lack of understanding of the respects , such as nature , characteristic , content to fishery's right ,etc. in fishery law of our country in practice and has influenced the execution result of the fishery law. This text plans to do certain analysis to the legal nature of fishery's right on the fishery law of our country, establishes that it is a subsidiary real right and does a simple analysis to characteristic and content of this right.

Key words: public waters; fishery right; subsidiary real right

收稿日期: 2005-10-20

基金项目: 教育部人文社会科学研究规划基金资助项目

作者简介: 朱娟(1982-),女,河南人,武汉大学法学院环境资源法学 2004 级硕士研究生。