

doi:10.16060/j.cnki.issn2095-8072.2022.05.004

渔业资源养护措施的域外适用及我国因应

赵青

(同济大学法学院, 上海 200092)

摘要: 20世纪90年代以来,以美国和欧盟为代表,国家将国内法中的渔业资源养护措施适用于领海、毗连区、专属经济区和大陆架之外的公海。在这一背景下,公海船旗国专属管辖原则在渔业领域受到冲击,国家可以根据国际习惯法或国际条约的规定,使本国渔业资源养护措施具有域外效力,并通过行政执法和司法措施域外适用其国内渔业资源养护措施。我国是公海渔业强国,他国渔业资源养护措施域外适用将严重影响我国公海渔业产业升级进程。明确国家域外适用国内渔业养护措施的法律界限,拒绝域外适用滥用,利用国际法和域外适用国内法对外国管辖的我国渔船进行救济,对我国渔业的长期稳定发展至关重要。

关键词: 生物资源养护;公海;管辖权;国内法域外适用

中图分类号: D996.9/DF969 **文献标识码:** A **文章编号:** 2095 - 8072(2022)05 - 0052 - 18

一、引言

我国公海渔船数量和渔获量均居世界前列,公海渔业对保障我国粮食安全有重要战略意义。^①近年来,他国高度关注我国公海渔船的行为是否符合其国内渔业资源养护规则,并欲对违规渔船采取执法措施。2019年,阿根廷渔业协会以违反养护规则为由,呼吁阿政府拒绝对我国公海渔船提供港口服务;^②2020年,美国众议院认为“中国向美国出口通过非法的、不报告的和不受管制的捕捞获得的水产品,会对美国水产行业构成不正当竞争”,^③要求美国国际贸易委员会对自我国进口的鱼类制品进行审查,评估此类进口对美国造成的经济损失。^④我国公海渔船遭遇他国执法的风险加剧,这对我国公海渔业的发展带来挑战。

现有研究主要关注我国承担的渔业资源养护的国际义务,而尚未研究他国渔业养护规则对我国公海渔船的域外适用(郭文路等,2002;刘小兵和孙海文,2008;张晏瑜,2015;邹磊磊和密晨曦,2016)。本文将研究国家渔业资源养护措施的域外

① 农业部渔业渔政管理局发布“十三五”全国远洋渔业发展规划[EB/OL]. (2017-12-15)[2020-08-16]. http://www.yyj.moa.gov.cn/yyyy/201904/t20190428_6248320.htm.

② Argentine fishing industry against granting facilities to the Chinese fleet in the South Atlantic. (2019-07-06) [2020-09-06]. <https://en.mercopress.com/2019/07/06/argentine-fishing-industry-against-granting-facilities-to-the-chinese-fleet-in-the-south-atlantic>.

③ Andrea Shalal, U.S. lawmakers request probe on impact of illegal seafood imports. (2019-12-20) [2020-10-20]. <https://www.reuters.com/article/us-usa-trade-seafood/u-s-lawmakers-request-probe-on-impact-of-illegal-seafood-imports-idUSKBN1YN2VT>.

④ United States International Trade Commission, “Seafood Obtained via Illegal, Unreported, and Unregulated Fishing: U.S. Imports and Economic Impact on U.S. Commercial Fisheries”, Investigation No. 332-575, January 27, 2020.

适用，厘清国家域外适用和区域渔业组织养护行为的关系，分析国家域外适用渔业资源养护措施的法律依据，分析外国可对我国渔船采取的域外适用方式，为我国渔船对外国域外适用渔业资源养护措施提供应对建议。

二、“域外适用”的含义

国内法域外适用指国家将具有域外效力的法律适用于其管辖领域之外的人、物和行为的过程，既包括国内行政机关执行国内法的行为，也包括国内法院实施司法管辖的行为（廖诗评，2019a:21；李庆明，2019:7）。本文所讨论的“域外”，指的是国际法上的“管辖领域”之外。管辖领域的范围要大于“领土”，不但包括一国领陆、领水、领空，也包括专属经济区、毗连区、大陆架，以及悬挂该国国旗的船舶（李庆明，2019:5）。之所以将悬挂一国国旗的船舶纳入一国管辖领域之内，是因为在国际习惯法中，公海船旗国专属管辖原则将船舶及船舶上人、事、物的管辖权全部赋予船旗国。^①

域外适用是一种行为，而这种行为合法与否取决于国家是否享有域外管辖权。按照管辖权的功能，域外管辖权可分为规范管辖权、执行管辖权和裁判管辖权（廖诗评，2019a:22）。规范管辖权指国家以自己的国内法为标准，判定私主体行为的合法性的权利。执行管辖权指国家采用行政执法措施，使国内法对私主体产生实际效果的权利（James，2012）。裁判管辖权指一国国内法院决定是否受理案件的权利，以及作出判决和裁定的权利。国家通过行使规范管辖权确立对域外行为的管辖，域外适用就有了法律依据，其结果就是本国国内法产生符合国际法的域外效力；国家行使执行管辖权和裁判管辖权，使域外效力实际发生，这个过程就是域外适用。简言之，域外管辖是域外适用和域外效力的前提，域外适用和域外效力则是域外管辖的实施过程和结果（廖诗评，2019b）。

不同于国际法对域外管辖权的一般规定，作为公海领域特别法的船旗国专属管辖原则对国家域外管辖权进行了严格限制。国际海洋法法庭在2019年的“北极星号案”、仲裁庭在2020年“艾瑞克·莱谢号案”中明确指出，公海船旗国专属管辖原则既禁止非船旗国在公海行使执行管辖权，也禁止其行使规范管辖权。^②即，原则上，任何国家都没有对公海非船旗国活动的域外管辖权，不得以域外适用的方式使国内法对他国船舶的公海活动产生效力。但是，任何原则均有例外。国家可以通过条约允许非船旗国对公海活动行使管辖权，也可以就非船旗国管辖权形成国际习惯法。当这种例外规则存在时，国家在公海享有一定的域外管辖权，国家在域外管辖权范围内进行的域外适用符合国际法。当作为域外管辖权基础的例外规则不存在，或者国家超越域

^① *The Case of the S.S. Lotus (France v. Turke)*, Judgement. P.C.I.J. (ser. A) No. 10, 1927, p. 25.

^② *The M/V "Norstar" Case (Panama v. Italy)*, Judgment, Case No.25, para. 224; *The 'Enrica Lexie' Incident (Italy v. India)*, Award, PCA Case No. 2015-28,2020, para. 527.

外管辖权范围行事时,国家在公海域外适用国内法的行为违反国际法。

基于以上理论基础,本文中渔业资源养护措施的域外适用的内涵是,国家将规定渔业资源养护措施的国内法适用于未悬挂该国船旗的渔船的公海捕捞活动,使其国内法对他国渔船的公海捕捞活动产生效力。以域外适用的连接点为标准,现有的渔业资源养护措施域外适用行为可分为三类:以属人为连接点的域外适用、以进口市场地为连接点的域外适用和以港口地为连接点的域外适用。以属人为连接点的域外适用指国家将国内渔业资源养护措施适用于参与或帮助公海捕捞的活动的本国自然人和法人。以港口地为连接点的域外适用指国家将国内渔业资源养护措施适用于申请入港的外国渔船。以进口市场地为连接点的域外适用指国家将国内渔业资源养护措施适用于欲进入本国市场的外国渔船公海捕捞渔获。

三、国家域外适用和区域渔业组织养护的关系

(一) 国内法中的养护措施和区域渔业组织的养护措施

《联合国海洋法公约》第118条要求:“各国应互相合作以养护和管理公海区域内的生物资源。凡其国民开发相同生物资源,或在同一区域内开发不同生物资源的国家,应进行谈判,以期采取养护有关生物资源的必要措施。为此目的,这些国家应在适当情形下进行合作,以设立分区域或区域渔业组织。”《联合国鱼类种群协定》第8条规定:“沿海国和在公海捕鱼的国家应根据《联合国海洋法公约》,直接地或通过适当的分区域或区域渔业管理组织或安排,就跨界鱼类种群和高度洄游鱼类种群进行合作。”第7条规定:“有关沿海国和本国国民在毗邻公海区内捕捞这些种群的国家应直接地或通过第三部分所规定的适当合作机制,设法议定在毗邻公海区内养护这些种群的必要措施。”这些规定说明,区域渔业组织有权颁布公海渔业资源养护措施。这些措施可以作为区域渔业协定的一部分。

区域渔业组织规定的渔业资源养护措施的义务主体是国家,而不是渔船和渔民。例如,以中国、欧盟以及其他23个国家为成员的中西太平洋渔业委员会在规定渔业资源养护措施时,使用了“委员会的每个成员应当确保”的表述。^①因此,区域渔业组织的养护措施不能适用于从事公海捕捞的自然人和法人。

与区域渔业组织的养护措施相比,国内法养护措施的义务主体不同。国内法中养护措施的义务主体是自然人或法人,因此,这些措施可以适用于私主体。例如,我国《渔业法》第38条规定:“使用炸鱼、毒鱼、电鱼等破坏渔业资源方法进行捕捞的,违反关于禁渔区、禁渔期的规定进行捕捞的,或者使用禁用的渔具、捕捞方法和小于最小网目尺寸的网具进行捕捞或者渔获物中幼鱼超过规定比例的,没收渔获物和违法所得,处五万元以下的罚款;情节严重的,没收渔具,吊销捕捞许可证;情节特别严

^① Conservation and Management Measure on Minimum Standards for Port State Measures, Conservation and Management Measure, 2017, art.8.

重的，可以没收渔船；构成犯罪的，依法追究刑事责任。”该条直接规定了自然人、法人在违反养护措施时的法律责任，可见，养护措施的义务主体是从事捕捞活动的自然人和法人。

适用主体是国内养护措施和区域渔业组织养护措施的本质区别。除此之外，二者的内容可以相同或相似。国家可以直接把区域渔业组织的养护措施写入国内法。但这并不意味着，区域渔业组织的养护措施天然在国内产生效力。本质上，区域渔业组织的养护措施是通过国家的国内法，才对自然人和法人产生效力。就纳入和转化的方式而言，各国方法不一。有的国家概括地规定国际法中的养护规则应当被遵守。例如，美国《雷斯法案》第3372款禁止个人和法人占有、取得、转运、进口和销售任何违反条约规定所捕捞的渔获。^①有的国家将某个区域渔业组织的养护措施认定为国内法。例如，韩国将《南极海洋生物资源养护公约》直接认定为国内法，其最高法院可以直接援引公约作为裁判的法律依据。^②有的国家参考了区域渔业组织养护措施的内容，制定新的国内养护措施。例如，加拿大首先在《沿海渔业保护法》第5.2条规定外国渔船上的渔民不得违反西北大西洋渔业组织的养护规则，^③然后在《沿海渔业保护条例》中对养护规则及其执行规则作细化规定。^④

需要注意的是，无论是转化还是纳入，变为国内法的养护措施与区域渔业组织的养护措施仍是两个独立的范畴。因为，在转化或纳入的过程中，国家会对区域渔业管理组织养护措施的适用范围、具体内容作出自己的解释，同时，也有可能对其进行修改。例如，在国际法院审理的西班牙与加拿大关于渔业管辖权的争端中，西班牙指出，加拿大虽然声称自己的《沿海渔业保护条例》是对西北大西洋渔业组织养护措施的适用，但实际上该国内养护条例扩大了西北大西洋渔业组织养护规则的适用范围，因此该国内养护措施与西北大西洋渔业组织的养护措施是两个不同的规则。^⑤

（二）国家域外适用养护措施和承担区域渔业组织规定中的养护义务

区域渔业组织规定的养护义务要求国家采取一定的养护措施，但是养护义务本身并没有规定国家出台养护措施需要在多大的范围内适用。颁布并适用渔业资源养护措施是国家的义务，但是选择在多大的范围内适用渔业资源养护措施是国家的权利。国家也可以选择仅将养护措施适用于悬挂该国船旗的渔船，这同样满足了区域渔业协定养护义务的要求。

的确，一些区域渔业组织明确要求国家通过域外管辖的方式履行养护义务，但这并不意味着国家的域外管辖此时只能是一种义务，而不能同时作为一种权利。在法律中，权义复合性行为并不罕见；就国际法而言，享有域外管辖权与承担管辖义务并不

^① Lacey Act, USC Title 16, 1900, sec.3372.

^② *Coast Line S.A. v Minister of Maritime Affairs and Fisheries*, [2007] 4 KORSCD 374, 2007, para.1.

^③ Coastal Fisheries Protection Act, R.S.C., 1985, c. c-33, last amended 2007, sec. 5.2.

^④ Coastal Fisheries Protection Regulations, C.R.C., c. 413, last amended 2014, secs.21,22,23,46.1.

^⑤ Spain, Application Instituting Proceedings, *Fisheries Jurisdiction (Spain v. Canada)*, Jurisdiction of the Court, 1995, p. 2.

冲突。管辖的性质可以是权义复合行为。从这个意义上讲,并非所有的域外适用行为都基于单方主张,国际法可以对国家施加域外管辖义务,这种义务性规则同时授予了国家进行此种域外管辖的权利。

有学者在研究域外管辖理论时明确指出,在某种程度上,进行域外管辖也是国际法主体的义务,这种义务尤其表现在国际刑事条约法、习惯国际法和国际人权法中(屈文生,2021)。在实践中,管辖作为权义复合性行为的典型例子是国家在域外进行刑事管辖的行为。《制止核恐怖主义行为国际公约》第11条第1款规定:“被指控罪犯在其境内的缔约国,不将该人引渡的,无论犯罪是否在其境内实施,均有义务毫无例外地不作无理拖延,将案件送交其主管当局,以便通过该国法律规定的程序进行起诉,主管当局应以处理本国法律规定的任何其他严重犯罪的方式作出决定。”有学者将该条解释为同时确立了或引渡或起诉义务和普遍管辖权(马呈元,2013)。《中华人民共和国刑法》第9条规定,对于中国缔结或者参加的国际条约所规定的罪行,中国在所承担条约义务的范围内行使刑事管辖权的,适用本法。学者将这种我国根据条约义务而进行的管辖同时归类于“我国以普遍管辖权为基础的域外适用规则”(廖诗评,2019a:24)。

四、养护措施域外适用的国际法依据

(一) 国际习惯

1. 一般惯例要素

国际习惯法具有“一般惯例”(general practice)和“法律确信”(opinio juris)两个要素。国家、国际司法机构和国际法学者已经达成共识,在识别任何一项国际习惯法时,必须同时确定这两个要素,缺一不可。^①

在判断渔业养护措施域外适用是否成为一项国际习惯法中的权利时,应首先判断这种适用行为是否形成一般惯例。一般惯例主要以国家实践的形式体现,在某些情况下国际组织的实践也可以构成一般惯例,其他行为体的实践虽然无法构成一般惯例,但也与考察国家和国际组织的实践相关。一般惯例中的“一般”,指实践具有普遍性、一致性和代表性。其中,普遍性并不要求所有国家都采用这项惯例。而且,普遍性对实践的数量并没有固定的要求,实践的数量能否满足普遍性的要求需根据个案确定。同样,一致性也不要求所有实践完全统一。国际法院在“尼加拉瓜和针对尼加拉瓜的军事和准军事活动案”(“尼加拉瓜案”)中指出,惯例无需与待确定的国际习惯法规则完全一致。国家实践只需大体一致即可,与待确定的国际习惯法规则不一致的实践应被视为违反该规则,而非作为确立一项新规则的证据。^②另外,一般惯例要求

^① United Nations, Report of the International Law Commission, 2018: Chapter V, Part E, Conclusion 2.

^② *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Judgment of Merits, 1986: para. 186.

作出实践的国家或国际组织具有代表性。在考察代表性时，应注意利益特别相关的国家，但是，在某些情况下，规则可能对所有国家的影响相当。一般实践可以通过多种形式体现，这些形式包括外交行为和来往公文、与国际组织通过的决议或国际组织会议有关的行为、与条约有关的行为、执行行为，包括国家的“实地”行为、立法行为和行政行为以及国内法院裁决等（刘韵清，2020）。可见，国际条约、国际组织与国际会议决议和文件以及国内实践均可以作为一般惯例的表现形式。以下，本文将根据一般惯例的构成标准，研究含有渔业资源养护措施域外适用规定的国际条约、国际组织与国际会议决议和文件以及国内实践，考察各类域外适用渔业资源养护措施的行为是否成为一般惯例。

（1）以属人为连接点的域外适用

就国际条约而言，作为海洋领域适用范围最广的条约，《联合国海洋法公约》第117条规定，所有国家均有义务，为该国国民采取，或与其他国家合作采取养护公海生物资源的必要措施。但是，关于该条是否赋予国家公海上的属人管辖权，公约制定过程中的国家意见和公约制定后的学者解释存在分歧。一些国家和学者认为，该条中的“national”一词仅指悬挂一国旗帜的船舶，而不包括从事公海捕捞活动的自然人和法人。^①另外一些国家和学者认为，该条中的“national”一词指自然人及法人；同时，该条虽然是义务性条款，但其隐含的前提是国家有对其从事公海捕捞的自然人和法人进行域外管辖的权利。^②由此可见，以《联合国海洋法公约》作为属人管辖权的依据仍有争议。

一些区域渔业组织以渔业协定的方式承认了属人管辖权。例如，由中国、欧盟以及其他23个国家所签署的《中西太平洋高度洄游鱼类种群养护和管理公约》第23条第5款规定：“渔业委员会的每一成员应尽最大可能，采取措施确保其国民以及其国民拥有或控制的、在公约区域捕鱼的渔船遵守本公约的规定。委员会的每个成员应尽最大可能，调查其国民或由其国民拥有或控制的渔船违反规定本公约或委员会通过的任何保护和管理措施的行为。”^③作出类似规定的条约有：《北太平洋公海渔业资源养护和管理公约》（包括中国和其他6个缔约国）、《南太平洋公海渔业资源养护和管理公约》（包括中国、欧盟和其他12个缔约国）、《南印度洋渔业协定》（包括中国、欧盟和其他3个缔约国）。

国际组织和国际会议决议和文件中的属人管辖权规定也不可忽视。联合国粮农组织于2001年通过了《关于预防、制止和消除非法的、不报告的和不受管制捕捞的国际行动计划》，该计划反映了104个国家和欧盟的实践。^④计划第9条指出，国家对公

^① 支持这种观点的国家有：马耳他，A/AC.138/53, p. 14, article 6, footnote 12；加拿大，A/CONF.62/SR.172, p. 115, para.11；美国，A/AC.138/SC.II/L.9, article 7.b；厄瓜多尔、巴拿马和秘鲁，A/AC.138/SC.II/L.54, p. 3, Article K。

^② Japan, A/AC.138/SC.II/L.12, p. 8, art. 5.2.

^③ Convention on the Conservation and Management of Highly Migratory Fish Stocks in the Western and Central Pacific Ocean, 2004, art.23.5.

^④ FAO, Report of the twenty-fourth session of the Committee on Fisheries, FAO Fisheries Report. No. 655, 2001: pp. x, 1, 23.

海渔业的属人管辖权是客观存在的,而且这种管辖和国家对悬挂该国船旗的渔船的管辖不能混为一谈(Diane, 2006)。计划第18条指出,属人管辖权指国家可以就其国民公海捕捞活动制定国内法。计划第21条要求,国家应在最大程度上对在其管辖范围内的国民所从事的非法的、不报告的和不受管制捕捞的行为进行处罚。国家在联合国大会中也采取了相同的做法。在联合国大会第74/18号决议中,成员国一致同意国家对参与和帮助公海捕捞活动的本国自然人及法人享有管辖权。^①可见,国际组织和国际会议的文件反映了普遍和有代表性的国家属人管辖实践。就区域性组织的决议和文件而言,南极海洋生物资源养护委员会^②和国际大西洋金枪鱼资源保护委员会^③允许国家在公海上对其国民域外适用渔业资源养护措施;就国内实践而言,柬埔寨^④、厄立特里亚^⑤、秘鲁^⑥和美国^⑦这些没有加入相关国际条约的国家,也将渔业资源养护国内法适用于该国从事公海捕捞的国民。

综上,国家对从事公海捕捞的本国自然人和法人适用国内法的实践具有普遍性。虽然体现这种实践的国际条约数量有限,但是,联合国粮农组织、联合国大会决议充分体现了该实践的普遍性和代表性。同时,该实践的内容具有一致性。无论是在国际条约、国际组织和国际会议决议还是国内法中,国家以属人为连接点进行域外适用的模式均表现为,国家将国内法中的渔业资源养护措施适用于该国参与和帮助公海捕捞的自然人和法人,并对违反养护措施者采取司法或行政措施。

(2) 以进口市场地为连接点的域外适用

就国际条约而言,《关税与贸易总协定》(GATT)第20条g款规定,世界贸易组织(WTO)成员可以采取为保护可用竭的自然资源有关的措施。截至目前,该协定已有包括欧盟在内的164个成员和单独关税区。在“美国—禁止某些虾和虾类产品进口措施案”中,^⑧上诉机构进一步阐述了该条的适用范围。首先,包括鱼类在内海洋生物属于可用竭的自然资源。上诉机构认为,“可用竭”的自然资源和“可再生”的自然资源并不是互斥概念,现代生物科学的经验教训表明,原则上可以“再生”的有生命物种“往往由于人类的活动,在某些情况下确实可以耗尽、用竭和灭绝”(左海聪,2008)。其次,上诉机构认为,当成员与域外资源存在充分联系时,成员可以根据GATT第20条g款享有域外管辖权。其实,早在WTO成立之前,GATT专家组在

① UNGA, Sustainable Fisheries, including through the 1995 Agreement for the Implementation of the Provisions of the United Nations Convention on the Law of the Sea of 10 December 1982 Relating to the Conservation and Management of Straddling Fish Stocks and Highly Migratory Fish Stocks, and Related Instruments, Res 74/18, paras. 84–85.

② Scheme to promote compliance by Contracting Party nationals with CCAMLR conservation measures, Conservation Measure 10–08, 2017, art.1.

③ Recommendation by ICCAT to Promote Compliance by Nationals of Contracting Parties, Cooperating Non-Contracting Parties, Entities, or Fishing Entities with ICCAT Conservation and Management Measures, recommendation 06–14, 2007, art.1.

④ Law on Fisheries, Unofficial Translation Supported by ADB/FAO TA Project on Improving the Regulatory and Management Framework for Inland Fisheries, 2007, article 51.

⑤ The Fisheries Proclamation, Proclamation No.176/2014, 2014, art. 35.7.

⑥ Decreto Supremo, N°032–2003–PRODUCE, 2003, arts. 9,11.

⑦ Lacey Act, USC Title 16, 1900, sec.3372.

⑧ *United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products*, WT/DS58/AB/R, 1998, para. 128.

“第二金枪鱼案”中指出，可用竭的自然资源包括域外资源（朱颖，2012）。在“美国—禁止某些虾和虾类产品进口措施案”中，上诉机构继承了“第二金枪鱼案”中专家组的观点，认为只要域外生物与采取措施的成员间存在充分的联系，例如，该生物会洄游至成员管辖海域内，该成员就可以根据第20条g款行使域外管辖权。该案判决显示，GATT的164个成员，可以根据该协定第20条g款的规定，将国内法中的养护措施适用于公海中与其有充分联系的渔业资源。就GATT的成员数量和地域范围而言，以进口市场地为连接点的域外适用满足普遍性和代表性的要求。事实上，对少数没有加入GATT的国家而言，也有国家通过国内法，主张了自己对拟进入该国市场的他国公海渔获适用本国渔业养护措施的权利。例如，黎巴嫩和厄立特里亚出台了国内法，禁止进口通过违反该国养护规则所捕捞的公海渔获。^①

并且，以进口市场地为连接点的域外适用满足一致性要求。这些实践以GATT第20条g款的要求为行为模式。根据第20条g款“与限制国内生产或消费同时实施”的规定，成员对他国公海渔获适用的养护措施不是针对他国的“特别立法”，这些养护措施同样适用于适用措施国国内的捕捞活动。同时，在根据GATT第20条g款进行域外管辖时，成员应同时遵守GATT第20条序言的要求，即在域外适用过程中避免任意或不合理的歧视。具体而言，进行域外适用的国家会与所有出口国就该国国内养护规则的理解和适用进行协商。进行域外适用的国家会考虑其他成员的具体情况，而不以“一刀切”的标准适用该国养护规则。

（3）以港口地为连接点的域外适用

就国际条约而言，《关于预防、制止和消除非法、不报告、不管制捕鱼的港口国措施协定》（《港口国措施协定》）是最直接的规定港口国域外管辖权的国际条约，目前已经有包括欧盟在内的69个成员。该协定第9条规定：“收到根据第8条所提供的相关信息并收到可能要求提供的其他信息来确定申请入港的船舶没有从事非法、不报告和不管制捕鱼或支持此类捕鱼的捕鱼相关活动后，缔约方应决定准予或拒绝该船舶进入其港口并将其决定告知该船舶或其代表。”该协定第11条规定：“缔约方应根据其法律法规并参照包括本协定在内的国际法，拒绝该船舶利用其港口对鱼品进行卸货、转运、包装和加工，和使用其他港口服务，特别包括加燃料和补给、维修和进坞，如果缔约方有适当理由相信该船舶在相关时间内从事非法、不报告和不管制捕鱼或支持此类捕鱼的捕鱼相关活动。”另外，《执行1982年12月10日〈联合海洋法公约〉有关养护和管理跨界鱼类种群和高度洄游鱼类种群的规定的协定》（《联合国鱼类种群协定》）第23条规定：“港口国有权利和义务根据国际法采取措施，提高分区域、区域和全球养护和管理措施的效力。港口国采取这类措施时不得在形式上或事实上歧视任何国家的船只……国家可制定规章，授权有关国家当局禁止渔获上岸和转

^① Lebanon, “Resolution No. 15/1 of 2004 Concerning the Legal Standards for Fishing, Transport, Purchase and Import of Fish, Crustaceans, Seashells and Conchs in Lebanon”, 2004, arts.1,2; Eritria, “The Fisheries Proclamation”, Proclamation No.176/2014, 2014, art.9.3.

运。”目前该条约已有包括欧盟在内的91个成员。^①

区域渔业组织的决议也广泛许可了以港口地为连接点的域外适用。这些区域渔业组织包括：蓝鳍金枪鱼保护委员会、地中海渔业一般委员会、西北大西洋渔业组织、东北大西洋渔业委员会、东南大西洋渔业组织、印度洋金枪鱼委员会、南极海洋生物资源养护委员会、中西太平洋渔业委员会、南太平洋区域渔业管理组织、国际大西洋金枪鱼资源保护委员会。^②在没有加入授权港口国管辖的国际条约和区域性渔业组织的国家中，坦桑尼亚^③、哥伦比亚^④、墨西哥^⑤、基里巴斯^⑥、巴布亚新几内亚^⑦、科威特^⑧、马绍尔群岛^⑨在国内法中规定了港口国管辖。由此可见，以港口地为连接点的域外适用具有普遍性和代表性。

国家以港口地为连接点的域外适用实践也具有 consistency，这种行为模式是，国家将国内的渔业资源养护规则适用于他国公海渔船，禁止违法捕捞的渔船入港、禁止已入港的违法渔船在港内进行卸货和转运，以及对入港渔船进行登临检查。

2. 法律确信要素

国际习惯的第二个要素是法律确信。法律确信要求国家认为一个行为是依法可以或必须实施的，而其动机并非是礼貌、睦邻友好、政治权益、便利或传统等原因。

(1) 以属人为连接点的域外适用

国际组织和国际会议的决议可以作为确定国际习惯存在的重要证据。国际法委员会在关于国际习惯识别的报告中明确指出，“法律确信可以从各国对那些虽然不具备约束力，但旨在明确或隐含地宣布现行规则的案文所持态度中加以推断。”（刘韵清，2020）其中，联合国大会的决议是证明法律确信存在的重要证据。^⑩在“尼加拉瓜案”中，国际法院指出，国家同意联合国大会的决议是国家接受该决议中规则有效性的表现，这种接受暗示了国家对决议中的规则构成国际习惯法的法律确信。^⑪

① Parties to the UNFSA. [2022-01-19]. https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXI-7&chapter=21&clang=en.

② Resolution for a CCSBT Scheme for Minimum Standards for Inspection in Port; Regional Scheme on Port State Measures to Combat Illegal, Unreported and Unregulated Fishing Activities in the GFCM Area of Application, REC.MCS-GFCM/32/2008/1; Conservation and Enforcement Measures 2020, Chapter VII; Scheme of Control and Enforcement 2020, Chapter V; System of Observation, Inspection, Compliance and Enforcement 2019; Recommendation by ICCAT on Port State Measures to Prevent, Deter and Eliminate Illegal, Unreported and Unregulated Fishing”, 18-09; Port Inspections of Fishing Vessels Carrying Antarctic Marine Living Resources, Conservation Measure 10-03; Conservation and Management Measure on Minimum Standards for Port State Measures, Conservation and Management Measure 2017-02; Conservation and Management Measure on Minimum Standards of Inspection in Port, CMM 07-2019.

③ The Fisheries Regulations, G.N. No. 308 of 28/8/2009, 2009, art.56.7.

④ Resolución 1026 de 2014, Diario Oficial No. 49.226, 2014, artículo 33.

⑤ Ley General de Pesca y Acuicultura Sustentables, artículo 63,73,74.

⑥ Fisheries Act (including amendments), 2015, arts.3, 12, 20.

⑦ Fisheries Management (Amendment) Act, 2015, art. 63.

⑧ Report submitted in accordance with paragraph 17 of General Assembly resolution 59/25, to assist the Review Conference to implement its mandate under paragraph 2, Article 36 of the United Nations Fish Stocks Agreement, A/CONF.210/2006/1, para. 282.

⑨ Title 51 (Fisheries) Amendment Act of 2011 (PL 2011-63), art. 506.

⑩ International Law Commission, Third Report on Identification of Customary International Law, A/CN.4/682, 2015: para. 46.

⑪ *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Judgment of Merits, 1986, paras. 188-191.

联合国大会第74/18号决议以“管辖权”(jurisdiction)来描述国家在域外对参与和帮助违法捕捞的国民采取措施的行为。这证明,参与决议的国家认为国家以属人为连接点进行养护措施的域外适用是依法可以行使的,其行为动机是对法律权利的认识。考虑到该决议在联大一致通过,该决议可以作为国家普遍就属人管辖权达成法律确信的证据。另外,联合国粮农组织的《关于预防、制止和消除非法、不报告和不管制捕捞的国际行动计划》也可以反映国家普遍的法律确信,该计划由104个国家以及欧盟参与制定,并得到了上述成员的一致同意而得以通过。^①

(2) 以进口市场地为连接点的域外适用

条约在识别法律确信中的作用不可忽视。但是,并非所有条约都可反映国家的法律确信。如果一个条约的条款没有表现出国家对这一权利适用于非条约缔约国的暗示,那么,该条约必须获得“几乎普遍”(near-universal)的接受,才能作为国际习惯的证据。^②否则,国家批准条约的行为只能显示其对条约成员之间法律关系的确信,而不能显示其对该条款具有适用于所有国家的效力的确信。

由此,授权以进口市场地为连接点的域外适用尚未得到国家普遍的接受。绝大多数国家进行域外适用的依据是GATT第20条g款,但是,该条约成员国尚未达到几乎普遍的程度。在已有的司法实践中,被认定为包含国际习惯的法律确信的条约成员众多,达到190个国家以上,几乎覆盖了国际社会的全体成员。^③但是,GATT目前有164个成员,数量尚不满足“几乎普遍”的标准。而且,除了GATT,只有《禁止在南太平洋使用长漂网捕鱼公约》(4个缔约国)^④授权国家以进口市场地为连接点进行域外适用。可见,授权以进口市场地为连接点进行域外适用的区域性条约数量很少,它们的成员也无法达到对国际社会成员几乎普遍地覆盖。

除了条约之外,并没有普遍接受的国际组织文件对以进口市场地为连接点的域外适用作出规定。同时,在没有加入GATT的国家中,也只有少数国家出台了国内法,授权以进口市场地为连接点的域外适用。因此,这种域外适用的权利并没有得到国家普遍的法律确信,尚未构成国际习惯法。

(3) 以港口地为连接点的域外适用

《港口国措施协定》第4.1条规定:“缔约方根据国际法对其领土内港口行使主权权利,包括拒绝船舶入港的权利。”据此,条约成员国事实上将渔业资源养护规则的域外适用看作国家主权,即承认这种管辖权对非条约缔约国也适用。另外,蓝鳍金枪鱼保护委员会、南太平洋区域渔业管理组织、中西太平洋渔业委员会、国际大西洋金枪鱼资源保护委员会的文件中明确规定:“本决议不应被解释为影响成员国根据国

^① Report of the twenty-fourth session of the Committee on Fisheries, FAO Fisheries Report. No. 655, 2001: pp. x, 1, 23.

^② United Nations, Report of the International Law Commission, 2018: Chapter V, Part E, p. 145.

^③ *Partial Award: Prisoners of War, Ethiopia's Claim 4*, 1 July 2003, UNRIAA, vol. XXVI (Sales No. E/F.06.V.7), para. 31; *Prosecutor v. Sam Hinga Norman*, Decision on Preliminary Motion based on Lack of Jurisdiction (Child Recruitment), Case No. SCSL-2004-14-AR72(E), 2004, paras. 17-20.

^④ Convention for the Prohibition of Fishing with Long Driftnets in the South Pacific, entered into force in 1991, 1899 UNTS 3, art.3.

际法对其港口行使主权,包括拒绝其入境的权利。”^①这说明,除了《港口国措施协定》的成员之外,以上4个区域渔业组织的成员也对港口国以拒绝违法渔船入港的方式,域外适用其国内渔业资源养护措施的合法性进行了确认。考虑到以上4个区域渔业组织以及《港口国措施协定》的成员众多,除28个内陆国外,几乎覆盖了所有国家,因此,国家对这种域外适用措施的合法性给予了充分的法律确信。

但是,国家对于港口国是否有权根据本国国内法,拒绝违法捕捞的公海在港内卸货转运,以及对所有入港公海渔船进行登临检查并未达成一致。没有证据证明国家对这一权利表达了积极的法律确信,此时,国家对该权利的反对进一步动摇了该实践成为国际习惯法的基础。例如,欧盟在2000年对智利提起诉讼,指控智利以违反国内法中的养护规则为由,拒绝欧盟公海渔船在智利港内卸货和转运的做法违反公海自由原则。^②

综上,目前有两种对渔业资源养护措施的域外适用以国际习惯为基础。第一种是以属人为连接点的域外适用,国家可以对其参与和帮助公海捕鱼的国民适用其国内法中的养护规则;第二种是以港口为连接点的域外适用,国家可以对欲进入其港口的船舶适用其国内法中的养护规则,国家只能以拒绝入港这一方式进行适用。

(二) 国际条约

如前所述,并非所有的域外适用的法律基础都是国际习惯。此时,尚未构成国际习惯的域外适用需以国际条约作为法律依据,否则,这种域外适用违反国际法。目前,允许国家域外适用渔业资源养护措施域外适用的条约包括全球性条约、区域性条约和双边条约。

如前所述,全球性条约是渔业资源养护措施域外适用的重要依据。就我国而言,我国尚未加入《港口国措施协定》,但是加入了GATT。由此,GATT成员可在遵守该协定第20条要求的前提下,对我国渔船的公海渔获施加进口限制措施。

区域渔业组织通过的区域渔业协定是最普遍的渔业资源养护措施域外适用的依据。在我国加入的区域渔业组织中,有权管辖公海渔业的组织或协定有:南极海洋生物资源养护委员会、国际捕鲸委员会、亚太渔业委员会、中白令海狭鳕资源养护与管理公约、美洲国家热带金枪鱼委员会、北太平洋渔业委员会、北太平洋海洋科学组织、南太平洋区域渔业管理组织、中西太平洋渔业委员会、国际大西洋金枪鱼资源保护委员会、印度洋金枪鱼委员会和南印度洋渔业协定。这些区域渔业组织基本覆盖了我国公海渔区。其中,授权成员国进行港口国管辖的有:南极海洋生物资源养护委员会、南太平洋区域渔业管理组织、中西太平洋渔业委员会、国际大西洋金枪鱼资源保

^① Resolution for a CCSBT Scheme for Minimum Standards for Inspection in Port, 2018, art.1.1; Conservation and Management Measure on Minimum Standards of Inspection in Port, CMM 07-2019, para.33.

^② *Case Concerning the Conservation and Sustainable Exploitation of Swordfish Stocks in the South-Eastern Pacific Ocean (Chile v. European Community)*, Constitution of Chamber, Order 2000/3, 20 December 2000, p. 1.

护委员会、印度洋金枪鱼委员会和南印度洋渔业协定；授权成员国进行属人管辖的有：南极海洋生物资源养护委员会、北太平洋渔业委员会、南太平洋区域渔业管理组织、中西太平洋渔业委员会、国际大西洋金枪鱼资源保护委员会和南印度洋渔业协定；授权市场国管辖的是南极海洋生物资源养护委员会。因此，我国渔船需接受以上区域渔业组织成员根据区域渔业协定进行的域外管辖。

一些国家也会通过双边条约的方式同意其他国家对其渔船进行域外管辖。我国目前只批准了一份相关的双边条约：《中华人民共和国政府和美利坚合众国政府关于有效合作和执行一九九一年十二月二十日联合国大会46/215决议的谅解备忘录》。该条约授权美方在北太平洋公海上，对我国渔船适用美国法中解释和适用联大决议的渔业资源养护规则，并通过登临检查的方式适用美国法。

我国积极参与了公海生物资源的区域性和国际性养护，在国际习惯法的基础上，接受了更多的基于条约的、对我国公海渔船行使的管辖权。本文以下将对我国目前可以对我国公海渔船行使的管辖权进行分析，说明他国可在公海对我国渔船适用何种养护规则，以及可采取的使养护规则对我国渔船产生实际效果的措施。

五、外国可对我国渔船进行养护措施域外适用的方式

（一）行政执法

行政执法是最常见的域外适用方式。根据国际习惯和适用于我国的条约，外国可对我国渔船采取的行政执法措施包括：限制港口服务、对渔获采取贸易限制措施和登临检查渔船。虽然，不同于司法措施，行政执法人员无法扣押船舶和限制船员自由，但是行政强制手段会对渔船在公海上的活动造成不便，增加渔船的运营成本。同时，这些措施会限制渔获销售，减少渔船获利。所以，行政执法措施的实际效果不可小觑。

1. 限制港口服务

限制港口服务指以渔船违反渔业资源养护规则为由，禁止渔船入港或限制在港渔船享受港口服务的行政行为。在没有条约相反规定的情况下，任何国家均有权对我国公海渔船采取这一措施。需要注意的是，国家间关于航行自由的条约可以为这种国际习惯设置例外。在“航行权和相关权利争端案”中，国际法院指出，因为尼加拉瓜和哥斯达黎加达成了关于船舶在穿越两国领土的河流时享有航行自由的条约，所以，尼加拉瓜不能行使其对哥斯达黎加船舶入境的管制权。^①对公海渔船入港问题而言，如何解释条约中国家对他国渔船开放港口的一般承诺至关重要。体现这类承诺的如《中华人民共和国政府和巴布亚新几内亚独立国政府渔业合作协定》第3条：“巴新政府承诺；一、允许中国渔船进入巴新港口补充给养。”该条既可理解为巴新政府完全放

^① *Dispute regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua)*, Judgment, 2009 I.C.J. Reports 213, para. 115.

弃对中国渔船适用其法律进行入港管制，也可被解释为巴新政府只承诺允许符合其设立的入港条件的中国渔船入港。因此，我国应当结合条约谈判时的情况，考虑目前各国普遍对违反养护规则捕鱼的公海渔船采取入港限制的实际，与含有此类承诺的条约当事国协商确定承诺的适用范围。另外，国际习惯同样承认在危难、不可抗力的情况下，即使国家有理由怀疑渔船从事公海违法捕捞活动，它仍有义务接受渔船入港（Erik，2014）。例如，《港口国措施协定》第10条规定：“本协定的任何规定均不得影响船舶根据国际法出于不可抗力或遇险原因进入港口，或阻碍港口国纯粹为向遇险或遇难人员、船舶或航行器提供援助而允许船舶进港。”

在我国加入的区域性渔业协定中，南太平洋区域渔业管理组织、国际大西洋金枪鱼资源保护委员会、印度洋金枪鱼委员会以及南印度洋渔业协定规定了渔船申请入港的具体要求。渔船应及时、充分地向港口国提供有关公海捕捞的授权和活动内容的信息，这些信息将作为港口国判断渔船是否参与违法捕捞活动的依据。^①另外，港口国还会关注渔船是否被其他区域渔业组织列入非法的、不报告的和不受管制的捕捞名单。^②同时，如果港口国作出拒绝入港的决定，港口国应将这一情况告知我国。需要注意的是，南太平洋区域渔业管理组织要求港口国将这一信息同时通知其他成员国，而国际大西洋金枪鱼资源保护委员会和南印度洋渔业协定要求区域渔业组织在收到港口国报告的拒绝入港的信息后，将这一信息在组织网站上公示。^③由此可见，尽管理论上港口国是否采取禁止入港措施由每个国家自主裁量，但是，如果我国渔船被以上区域渔业组织的一个成员国拒绝入港，信息通报使得该国的决定将在一定程度上影响其他成员国对该艘渔船入港请求的决定，有可能引发连锁的拒绝入港决定，造成我国涉事渔船的经济损失和补给困难。

相比之下，禁止在港渔船使用港口服务需要得到船旗国的同意。使用港口服务指包括加燃料和补给、维修和进坞在内的，公海渔船在沿岸港口进行休整的活动。^④对我国而言，南太平洋区域渔业管理组织、国际大西洋金枪鱼资源保护委员会、印度洋金枪鱼委员会以及南印度洋渔业协定授予港口国此种权利。^⑤渔船能否享受港口服务不仅受其所提供的证据的影响，而且受船旗国履行配合港口国调查义务情况的影响。国际大西洋金枪鱼资源保护委员会、印度洋金枪鱼委员会以及南印度洋渔业协定规定，如果港口国询问船旗国渔船在公海上捕鱼活动的合规情况，船旗国应当在合理的时间内确认渔获物是按照相关区域渔业管理组织的要求而捕获的。否则，港口国有权拒绝渔船使用港口服务。^⑥渔船如果想改变港口国的决定，则必须提供比港口国通过

① Conservation and Management Measure on Minimum Standards of Inspection in Port, 2019, art.13[CMM 07-2019]; Recommendation by ICCAT on Port State Measures to Prevent, Deter and Eliminate Illegal, Unreported and Unregulated Fishing, 18-09, 2018, art.16[ICCAT Recommendation 2018]; Port State Measures to Prevent, Deter and Eliminate Illegal, Unreported and Unregulated Fishing, art.7.1[Resolution 16/11]; Conservation and Management Measure establishing a Port Inspection Scheme, 2017, art.6[CMM 2017/08].

② CMM 07-2019, art.17.

③ CMM 07-2019, art.13; ICCAT Recommendation 2018, art.18; Resolution 16/11, art.7.3; CMM 2017/08, art.8.

④ 《港口国措施协定》，第11条。

⑤ CMM 07-2019, art.19; ICCAT Recommendation 2018, art.20; Resolution 16/11, art.7.6; CMM 2017/08, 2017, art.11.

⑥ ICCAT Recommendation 2018, art.22.c; Resolution 16/11, art.9.1.d; CMM 2017/08, art.12.b.

登临检查、与渔业组织和其他国家的沟通所获取的信息更有力的证据。当渔船仅被怀疑涉嫌为其他公海违规捕捞渔船提供人员、燃料等海上物资时，如果该在港渔船能够证明其帮助的公海捕捞渔船在其提供帮助时并不在非法、不管制和不报告捕捞名单之列，在港渔船可免于处罚。^①同时，国际大西洋金枪鱼资源保护委员会、印度洋金枪鱼委员会以及南印度洋渔业协定对限制使用港口服务设置了例外。当渔船所需要的港口服务是为船员安全和健康或船舶安全所必需，或为废弃该船舶时，港口国应当允许渔船使用其港内与上述两项请求相关的服务。^②

2. 对渔获采取贸易限制措施

国家通过对渔获采取贸易限制措施，减少通过违反公海生物资源养护规则而捕捞的渔获进入其市场，减少违规捕捞者的经济收益，从而落实养护规则。具体而言，贸易限制措施包括禁止渔船在港口内对鱼品进行卸货转运等处理，以及限制违规捕捞的渔获进口。

我国加入的南极海洋生物资源养护委员会、南太平洋区域渔业管理组织、中西太平洋渔业委员会、国际大西洋金枪鱼资源保护委员会、印度洋金枪鱼委员会和南印度洋渔业协定均规定了这一权利。^③港口国依靠船舶提交的和港内登临检查所获的证据，判断渔船是否在公海违法捕鱼，从而确定是否禁止渔船卸载或转运渔获。如限制使用港口服务的规定，国际大西洋金枪鱼资源保护委员会、印度洋金枪鱼委员会以及南印度洋渔业协定同样将船旗国在合理时间内对渔船合规的确认和在港渔船对其所帮助的渔船不在非法的、不报告的和不受管制的捕捞名单上的确认作为判定是否采取禁止措施的证据来源。^④而且，这三个区域渔业组织同样将船员和船舶安全、废弃船舶两项事由作为适用禁止处理鱼品的例外。^⑤更为严厉的贸易限制措施是，国家可以限制违反国内法养护规则所捕捞的公海渔获进入本国市场。但是，对WTO成员而言，限制进口措施必须满足GATT第20条的要求。限制进口措施需要与保护公海生物资源的目标有紧密而真实的联系。例如，在“美国—禁止某些虾和虾类产品进口措施案”中，美国所实行的禁止进口措施目的是为了促使其他国家采用能够保护海龟的捕虾方式，同时，该禁止措施的两个例外也建立在捕虾不会影响海龟生存之上。而且，限制进口的措施不能在适用过程中存在任意或不合理的歧视，或者对国际贸易的变相限制。例如，国家不能给予进口国不同的规则调整期，不能设置不同的转让养护技术的条件，必须设置出口国对限制进口决定进行抗辩的正当程序。可以看出，限制进口违法捕捞的公海渔获受到WTO规则严格限制。需要注意的是，黎巴嫩和厄立特里亚并

^① ICCAT Recommendation 2018, art. 22.d; Resolution 16/11, art. 9.1.e; CMM 2017/08, art.12.c.

^② ICCAT Recommendation 2018, art. 23; Resolution 16/11, art. 9.2; CMM 2017/08, art.13.

^③ Port Inspections of Fishing Vessels Carrying Antarctic Marine Living Resources, Conservation Measure 10-03, 2019, art.7;CMM 07-2019, 2019, art.19; ICCAT Recommendation 2018, art.16; Resolution 16/11, art 7.1; CMM 2017/08, art 6.

^④ ICCAT Recommendation 2018, art. 22.c,d; Resolution 16/11, art. 9.1.d,e; CMM 2017/08, art.12.b,c.

^⑤ ICCAT Recommendation 2018, art. 23; Resolution 16/11, art. 9.2; CMM 2017/08, 2017, art.13.

非WTO成员，这两个国家已出台的限制进口措施不受WTO规则的约束。^①

3. 登临检查渔船

为获取有关渔船公海捕鱼情况的证据，国家会对他国公海渔船采取登临检查措施。这种措施可分为港口内的登临检查和公海上的登临检查。登临检查不是直接的处罚或强制措施，不会对船舶造成直接经济损失。但是，船舶为配合登临检查会遭遇沟通、时间安排上的不便，可能影响正常的捕鱼活动。

港口内的登临检查是普遍执行的执行公海生物资源养护规则的措施。目前，《联合国鱼类种群协定》《港口国措施协定》以及11个允许港口国措施的区域渔业组织均授权成员国采取这一措施。区域渔业组织会对检查人员的资质和行为，以及检查程序作出规定。南极海洋生物资源养护委员会、南太平洋区域渔业管理组织和印度洋金枪鱼委员会甚至要求成员每年必须进行一定数量的检查。

相比而言，公海上的登临检查措施争议较大，国家在公海上对渔船登临检查必须得到船旗国的授权。在区域渔业组织管辖公海内，登临和检查只适用于区域渔业组织的成员之间。^②但是，根据《维也纳条约法公约》第35条，在非成员方书面明示接受的情况下，区域渔业组织的成员可登临检查非成员方的公海渔船。非成员方可申请成为区域渔业组织的“合作的非缔约方”（cooperating non-party）。例如，北太平洋渔业委员会要求，欲取得合作的非缔约方地位的非成员方必须明确接受成员登临检查其公海渔船。^③另外，如果一国加入了《联合国鱼类种群协定》，则该国渔船在未加入的区域渔业组织内，也必须接受组织成员的登临检查。此时，《联合国鱼类种群协定》第21.1条是该协定缔约国对其未加入的区域渔业组织和安排的成员的登临检查权的书面同意（Erik, 2011）。目前，这一例外没有被国家在实践中运用。目前，我国加入的区域渔业组织和协定中，授权成员国进行公海登临检查的有：南极海洋生物资源养护委员会、中白令海峡鳕资源养护与管理公约、北太平洋渔业委员会、南太平洋区域渔业管理组织、中西太平洋渔业委员会、国际大西洋金枪鱼资源保护委员会和《中华人民共和国政府和美利坚合众国政府关于有效合作和执行一九九一年十二月二十日联合国大会46/215决议的谅解备忘录》。如经他国检查，我国渔船有违法情形，他国检查员只能将违法情形通知我国，由我国进行调查并采取强制措施。即使我国渔船有严重违法行为，检查国也只能搜集证据、开展调查而不能采取强制措施（赵青，2020）。

（二）司法措施

司法措施指国家通过国内法院，处罚外国违反国内渔业资源养护措施进行捕捞的

^① Resolution No. 15/1 of 2004 Concerning the Legal Standards for Fishing, Transport, Purchase and Import of Fish, Crustaceans, Seashells and Conchs in Lebanon, 2004, arts.1,2; The Fisheries Proclamation, Proclamation No.176/2014, 2014, art.9.3.

^② Office of Legal Affairs, & Division for Ocean Affairs and the Law of the Sea, "The Law of the Sea: The Regime for High-Seas Fisheries, Status and Prospects", 1992, para. 118.

^③ North Pacific Fisheries Commission 1st Meeting of The Finance and Administration Committee, NPFC-2017-FAC01-Final Report, 2018: annex L, art.3.

渔船和渔民。目前,船旗国仍然垄断对公海渔船行使司法措施的权利。唯一普遍适用的例外是属人管辖权。在其他情况下,如无条约授权,国家不得对外国船舶行使司法措施。如果国家单方决定适用司法措施,那么很可能会引发与船旗国间的国际法律争端。例如,1998年西班牙将加拿大诉至国际法院,要求法院判决加拿大在国内法院起诉西班牙埃斯泰(Estai)号的行为违反国际法。^①

需要注意的是,虽然他国无法直接将我渔船的公海捕鱼行为诉诸司法,但是可以间接起诉我渔船在港口内运输鱼品的行为违反该国生物资源养护规则。例如,在欧盟法院的波尔森(Poulsen)案中,欧盟3094/86号规章第6.1条禁止船舶在特定的公海区域内捕捞、运输和销售三文鱼,所捕三文鱼应立刻放生。^②法院明确这一规则不能适用于非成员国船舶在公海上的捕鱼活动,但可以适用于它们在欧盟管辖水域内“运输和存放”公海内所捕捞的三文鱼的行为。因此,欧盟成员国的国内法院有权在渔船处于其港口和内水时,以该渔船违法装载公海渔获为由,判决没收这些渔获。

六、中国应对策略

我国渔政管理部门应厘清相关法律,做好合规应对。在审查渔船公海捕鱼计划时,应该掌握适用于其计划捕鱼活动的外国国内渔业资源养护规则和可采取的执法措施。管理部门应关注其捕鱼区域是否在我国加入的12个公海区域渔业管理组织和《中华人民共和国政府和美利坚合众国政府关于有效合作和执行一九九一年十二月二十日联合国大会46/215决议的谅解备忘录》的适用范围内,合理规划行船路线、人员招聘、合作对象和出口市场。就执法而言,应当明确任何国家都有权以违法捕捞为由,拒绝我国公海渔船入港和在领土内对参与和支持公海非法捕捞的本国人予以处罚;另外,WTO成员可对我国渔船的公海渔获采取贸易限制措施,与我国加入同一区域渔业组织和安排的成员国可对我国渔船采取条约规定的行政措施。对于适格执法主体的执法行为,应敦促我国渔船配合外国执法行为。同时,渔政管理部门应敦促经营者了解执法国国内关于执法程序的规定,准备相关申报材料,配备相关翻译人员以便执法过程中交流,保留他国执法机关检查报告等有关执法过程的证据。另外,渔政管理部门可以加强对公海渔业养护规则的宣传和推广,通畅与其他国家的执法信息交流渠道,对我国渔船进行有效保护。

如果我国渔船和他国执法机关出现纠纷,我国渔船可考虑通过他国国内法进行救济。我国可以对执法主体的资格、对养护规则的理解以及执法是否符合正当程序要求在他国国内进行争议解决。他国对渔业执法活动的救济程序可能是行政复议,即由作出限制措施的渔政机关的上级机关重新审查该措施的合法性。例如,斯里兰卡、马来西亚、南非和墨西哥国内法的规定(Cacaud et al. 2003);也可能是司法程序,即由

^① *Fisheries Jurisdiction (Spain v. Canada)*, Jurisdiction of the Court, Judgment, 1998 I.C.J. Reports 432, para. 10.

^② *Anklagemyndigheden v. Peter Michael Poulsen and Diva Navigation Corp.*, Judgment of the Court of 24 November 1992, Case C-286/90, para. 6.

司法机关审查限制措施的合法性。例如,法国规定了行政法庭以解决渔政执法机关采取行政措施所带来的纠纷。

同时,作为船旗国的我国可以将执法国行使管辖权的行为诉诸国家间争端解决。如果他国没有和我国签订授权行使管辖的条约,且以属人管辖和拒绝渔船入港之外的方式行使对我国渔船的管辖权;或,他国采取超越权限的执法措施时,我国可就相关国家违法延伸管辖权要求他国承担责任;在有管辖权的条件下,如果他国对我国渔船适用单边设置的公海生物资源养护规则。则除他国行使属人管辖权外,我国可以就非法适用单边规则要求他国承担责任。如果该国适用单边措施会对我国造成贸易损害,我国可审查该措施是否符合GATT第20条,要求执法国对违反该条的措施承担责任。另外,当他国执法措施违反区域渔业组织规定的执法程序要求时,我国也可要求执法国就违反正当程序执法而承担责任。解决此类争端既可以依靠在区域渔业组织内的双多边谈判,也可依靠WTO下的争端解决程序进行。

七、结论

追求可持续发展,打击非法捕鱼已经成为公海渔业发展不可逆转的趋势。就公海渔业管理而言,船旗国专属管辖原则的地位逐渐动摇,国家可以根据国际习惯和国际条约将国内法中的渔业资源养护规则适用于公海的外国渔船。目前,以属人为连接点的域外适用和以港口地为连接点、以拒绝入港为适用方式的域外适用已成为国际习惯法;其他域外适用需在条约授权的范围内进行。只有少数的域外适用成为国际习惯,对所有国家均具有效力;大多数的域外适用依旧是条约权利,这些域外适用只能对条约成员国的渔船进行。

根据目前的国际法规则,外国可对我国渔船采取行政执法或司法措施。我国渔业企业和管理部门应顺应他国国内渔业资源养护措施域外适用的趋势,既做好公海生物资源的保护,也要利用法律手段保护自己捕鱼自由和渔业收益。一方面,我们应坚决反对超越国际习惯、国际条约授权范围的域外适用,积极利用谈判和WTO争端解决机制抗议滥用域外适用行为;另一方面,我们应当积极配合他国基于国际条约、国际习惯授权的域外适用,与我国渔业企业和渔民积极沟通,减少执法过程中的矛盾冲突。

参考文献

- [1] 郭文路,黄硕琳,曹世娟.国际渔业法律制度的发展及其对世界海洋渔业的影响分析[J].海洋开发与管理,2002(2):51-57.
- [2] 刘小兵,孙海文.国际渔业管理现状和趋势(一)[J].中国水产,2008(10):30-32.
- [3] 廖诗评.中国法域外适用法律体系:现状、问题与完善[J].中国法学,2019(6):20-38.
- [4] 廖诗评.国内法域外适用及其应对——以美国法域外适用措施为例[J].环球法律评论,2019(3):166-178.
- [5] 李庆明.论美国域外管辖:概念、实践及中国因应[J].国际法研究,2019(3):3-23.
- [6] 刘韵清.预防原则的习惯国际法地位分析[J].国际法研究,2020(4):69-93.

- [7] 马呈元.论普遍管辖权的意义[J].中国政法大学学报,2013(3):25-40+159.
- [8] 屈文生.从治外法权到域外规治——以管辖理论为视角[J].中国社会科学,2021(4):44-66+205.
- [9] 左海聪.GATT环境保护例外条款判例法的发展[J].法学,2008(3):127-134.
- [10] 赵青.区域渔业组织内非船旗国对公海渔船管辖权特征之探讨[J].南海学刊,2020(1):70-79.
- [11] 张晏瑜.国际渔业法律制度的演进与发展[J].国际法研究,2015(5):23-46.
- [12] 邹磊磊,密晨曦.北极渔业及渔业管理之现状及展望[J].太平洋学报,2016(3):85-93.
- [13] 朱颖.从“中国原材料出口限制案”看我国应当如何援用GATT1994第20条(g)款[J].国际贸易问题,2012(6):167-176.
- [14] Crawford, J., *Brownlie's Principles of Public International Law*(8th edition), Oxford University Press, 2012: 456.
- [15] Rayfuse, R. G., *Non-flag State Enforcement in High Seas Fisheries*, Martinus Nijhoff Publishers, 2004,46:349.
- [16] Molenaar, E. J., “Non-participation in the Fish Stocks Agreement: Status and Reasons” , *The International Journal of Marine and Coastal Law*, 2011, 26(2):205.
- [17] Molenaar, E. J., “Port State Jurisdiction” , *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, 2014:9.
- [18] Erceg, D., “Deterring IUU Fishing through State Control over Nationals” , *Marine Policy*, 2006, 30(2):173.

【作者简介】赵 青：同济大学法学院助理教授，法学博士。研究方向：国际法。

The Extraterritorial Application of Conservation Measures Regarding Fishery Resources: Development and Response of China

ZHAO Qing

(Tongji University School of Law; Shanghai 200092, China)

Abstract: Since the 1990s, states, such as the United States and the members of the European Union, have applied the conservation measures in their domestic laws out of the territorial sea, the contiguous zone, and the exclusive economic zone. In this context, the principle of exclusive jurisdiction of flag states on the high seas has been impacted in the field of fisheries. Domestic conservation measures may have extraterritorial effect in accordance with customary international law or international treaties, and may be enforced extraterritorially through administrative enforcement and judicial measures. China is a strong country on the high seas fishing, and the extraterritorial application of conservation measures by other states will seriously affect the upgrading process of China's high seas fishery industry. Clarifying the legal boundaries of the country's extraterritorial application of domestic conservation measures, rejecting the abuse of extraterritorial application, and using international law and the domestic law of the extraterritorial applicable country to provide relief to Chinese fishing vessels under foreign jurisdiction are vital to the long-term stable development of China's fishery industry.

Keywords: conservation of living resources; high seas; jurisdiction; extraterritorial extension of domestic law

(责任编辑：马莹 山草)