

澳门国有海域利用的法律规制

尚珍如¹

摘 要:2015年,国务院令第665号将澳门特别行政区海域面积明确为85平方公里;2018年,澳门特区立法会细则性通过《海域管理纲要法》,从制度框架层面一般性地构建起澳门海域使用、开发和保护的指导性管理制度规范。在此基础之上,《海域使用法》、《澳门海洋功能区划》及《澳门海域规划》的草案工作也在持续推进之中。海域面积明确之前模糊的“习惯水域”使得澳门的涉海立法迟迟不能推进。在梳理澳门现行涉海立法的基础之上,从比较法的角度出发,总结归纳海域之上的立法共识,以期推动澳门海域地有序利用和科学发展。
关键词: 澳门海域 国家所有权 公产 公共信托

一、澳门涉海立法的现实考察

(一) 与澳门海域相关的现行立法

鉴于澳门特别行政区的法律整体上由在澳门特别行政区实施的全国性法律、澳门本地立法和适用于澳门特别行政区的国际条约组成,故而针对澳门海域相关现行立法的梳理从以上3个方面展开:

1. 在澳门特别行政区实施的全国性法律

涉及海域的在澳门特别行政区实施的全国性法律,包括《中华人民共和国领海及毗连区法》和《中华人民共和国专属经济区和大陆架法》。尽管澳门海域在地理位置上属于中国内水,但海域作为国家领土的组成部分,天然被赋予了主权意义,并与国防安全息息相关。

2. 澳门本地立法

涉及海域的澳门本地立法,包括法律、行政法规和法令3方面的内容:

第一,法律层面的相关规定。澳门基本法第7条规定自然资源国家所有,同时赋予特别行政区政府对自然资源的管理、开发之职权;海域正是自然资源的下位概念;第119条

¹ 尚珍如(1990-),女,烟台大学法学院讲师、澳门大学哲学博士(法学),烟台大学海岸带利用制度研究中心研究员。本文为国家社科基金青年项目“健全特别行政区行政长官对中央政府负责制度研究(20CFX013)”的阶段性成果。

规定，特别行政区政府依法实行环境保护。澳门刑法典第 268 条污染罪，用以规制因违反法律、规章之规定或限制，制造水土、空气或噪音污染，而对他人生命、身体健康或巨额财产造成危险的行为。澳门民法典第 193 条规定，可航行或浮游之水道及连同其底土，为公产；不可成为私权标的物，应视为非融通物。环境纲要法规定：水是自然环境的成分，水的构成类别包括毗连水域；污水的产生、输送及最后处理受限于事先的许可，污水的最终处理由生产者负责；污水的收集、储存、运输、消除或中和，应以对人类健康不构成实时或潜在危险及损害环境的方式进行，仅可于限定地点卸置；透过特别法例订定污染限度及针对环境质素的维护和改善所必需之禁止和限制，订定利用自然资源和环境成分以至产生污水的税项。² 海域管理纲要法作为总领澳门海域管理的原则性法律，明确了澳门海域的界限和权利归属，并构建了澳门海域管理、利用和保护的一般原则和制度框架。

第二，法令层面的相关规定。第 19/89/M 号法令《核准〈燃料产品设施安全规章〉》规定，海事当局有权对可能掉进水中之石油产品采取措施，以免其生态构成危险或造成损害。³ 第 46/96/M 号法令《核准〈澳门供排水规章〉》明确了废水之定义，并进行家庭废水、工业废水、雨废水（雨水）之区分；第二编公共排水技术规定，订定澳门地区废水公共排放所应遵守之技术条件，以确保整体之良好运作，并保障公众健康、安全及天然资源；⁴ 第四编屋宇排水技术规定，订定屋宇排水应遵守之技术条件，以确保整体良好运作并维持住宅之安全、公共卫生及舒适。⁵ 第 35/97/M 号法令禁止在海事管辖范围内投掷或倾倒任何可污染水质、海滩或海岸，以及海中植物或动物之物质又或固体或液体废物；禁止在海事管辖范围内投掷或倾倒具有所适用之国际公约及协定所载性质之其他化学物质；禁止船舶或设于海事管辖范围内或外之设施排放物体；港口工业设施或向海里排放废水之其他设施，应配备废水处理系统，并采取措施防止及制止有害物质流入大海。第 49/98/M 号法令列明允许燃放时段、地点，禁止向水里抛燃爆竹，港务局按其海事管辖范围自收到申请 12 个工作日内发出燃放火箭及烟花之准照。⁶ 第 11/99/M 号法令规定，工业执照的申请者应遵守污水

2 详见第 2/91/M 号法律第 7、9、23、27 条。

3 详见第 19/89/M 号法令 - 核准《燃料产品设施安全规章》第 1、7 条。

4 如明文规定禁止排入下水道网络之物品（第 92 条第 1 款）；容许排入下水道网络的家庭废水、工业废水及雨水因下水道网络合流式、分流式之不同而有所区别（第 92 条第 2、3、4 款）；家庭及工业废水之最终目的地应保证其能适当配合周围之环境，特别是对自然资源、公众健康及工程之整体经济之保护（第 126 条第 1 款）；雨水之最终目的地应确保泄水能配合其水位线之特征；而不会导致满溢或泛滥、沿岸及河床之侵蚀及固体物质之堆积（第 127 条第 1 款）。

5 如：列明容许（第 196 条）、禁止（第 197 条）排入废水系统之物质；不同排水系统之分离原则（第 201 条）；家庭废水之通风网应全部独立于楼宇之任何其他通风系统，以预防环境污染（第 207 条）。

6 详见第 49/98/M 号法令 - 规定售卖与燃放爆竹、火箭及烟花之法律制度第 8、9、12、13 条。

及固体废物之处理及其最终弃置地点之规则。⁷ 第 109/99/M 号法令规定了船舶所有人对污染之民事责任及环境损害之定义。⁸

第三, 行政法规层面的相关规定。第 32/2001 号行政法规《民政总署之组织运作》规定, 民政总署管理委员会的权限包括推动及支持旨在保护环境的活动、计划及活动, 并根据法律规定监察环境状况, 尤其是有关废水的排放。⁹ 第 28/2004 号行政法规《公共地方总规章》规定, 除紧急避险的救助工作外, 禁止排放废水或任何污染性液体或任其流到公共地方, 禁止在违反适用的技术规定或规则的情况下将废水排入污水排放系统, 禁止将非来自清洁公共地方的废水或任何污染性液体排入雨水排放系统。¹⁰ 第 14/2009 号行政法规《环境保护局的组织及运作》将环境保护的相关职权授予环境保护局, 具体到海洋生态环境保护, 主要涉及许可污染物的排放申请及订定污染物的排放限值、测量方法及污染物的排放总额。¹¹ 第 22/2015 号行政法规《海上倾倒疏浚物管理制度》规定, 因维护航道、港池及重大海上工程建设而产生的疏浚物须于指定区域倾倒; 在海上倾倒疏浚物, 须事先取得海事及水务局局长发出的许可; 获发许可的私人实体, 须缴付相关费用。此外, 该行政法规也规定了申请许可应提交的材料, 海事及水务局对许可的分析和决定, 倾倒疏浚物的要求, 许可的中止、取消及失效, 以及对行政违法行为的处罚。第 466/2015 号行政长官批示据此在九澳东南划定疏浚物倾倒区。根据第 23/2015 号行政法规, 海事及水务局为具行政自治权的公共部门, 负责协调管理海洋事务及水资源。¹²

3. 适用于澳门特别行政区的国际公约

涉及海域的适用于澳门特别行政区的国际公约可以梳理为综合性国际公约和专门性国际公约两大类。涉及海域的综合性国际公约主要包括 1982 年《联合国海洋法公约》、1992

7 详见第 11/99/M 号法令 - 重新制定发出工业执照之法律制度第 24 条。

8 详见第 109/99/M 号法令 - 核准海上商事之法律制度第 12、272 条。

9 详见第 32/2001 号行政法规 - 民政总署之组织运作第 13 条。

10 详见第 28/2004 号行政法规 - 公共地方总规章第 14 条。

11 详见第 14/2009 号行政法规 - 环境保护局的组织及运作第 3 条。

12 详见第 23/2015 号行政法规 - 修改第 14/2013 号行政法规《海事及水务局的组织及运作》第 1 条。海事及水务局的具体职责之一为: 防控海洋污染、执行海洋环境保护措施和协调海洋的规划与利用(第 4 条第 1 款第 2 至 21 项)。海事及水务局下设附属单位——海事活动厅(第 5 条第 2 款), 海事活动厅下设海事服务处和航道事务处, 海事服务处职权包括但不限于收集弃置船舶及海上漂流物或被海水冲上岸的物价, 统筹打捞工作、清理海上油污等; 航道事务处职权包括但不限于拟定年度疏浚计划并监察其执行情况, 评估海事工程的影响, 清理海上垃圾等(第 11 条)。

年《生物多样性公约》¹³ 和 1992 年《联合国气候变化框架公约》¹⁴。涉及海域的专门性国际公约主要涉及环境污染、船舶海事及海上交通等方面，具体包括：1969 年《国际干预公海油污事故公约》，1969 年《国际油污损害民事责任公约》，1972 年《防止倾倒废物及其他物质污染海洋的公约》及其修正案，1973 年《干预公海非油类物质污染议定书》，1973 年《国际防止船舶造成污染公约》及 1978 年议定书、1997 年议定书及其修正案，1974 年《国际海上人命安全公约》及 1978 年议定书，1983 年《国际散装运输液化气体船舶构造和设备规则》及其修正案，1983 年《国际散装运输危险化学品船舶构造和设备规则》及其修正案，1985 年《散装运输危险化学品船舶构造与设备规则》及其修正案，1989 年《控制危险废物越境转移及其处理巴塞尔公约》及其修正案，1990 年《国际油污防备、反应和合作公约》，1993 年《国际船舶安全操作和防止污染管理规则》及其修正案，1993 年《散货船和邮轮检验期间的强化检查方案指南》及其修正案和《2001 年国际控制船舶有害防污底系统公约》，1998 年《关于在国际贸易中对某些危险化学品和农药采用事先知情同意程序的鹿特丹公约》，1999 年《国际安全运输船载包装辐照核燃料、钚和高水平放射性废物规则》及其修正案，2000 年《有毒有害物质污染事故防备、反应与合作议定书》，2001 年《关于持久性有机污染物的斯德哥尔摩公约》及其修正案，2001 年《国际燃油污染损害民事责任公约》和 2013 年《关于汞的水俣公约》等。

（二）现行立法的文本分析：海域管理与海域保护

纵观澳门现行有效的这 40 余个不同层级的涉海法律文本，内容基本上可以从海域管理和海域保护两方面进行简单归类。

1. 海域管理职能部门架构呈现分散化

根据海域管理纲要法，现阶段澳门海域管理的主管实体主要包括海事及水务局和环境保护局。¹⁵ 其中，海事及水务局是海洋综合管理的主管实体，负责行使海事当局权力，促进发展海事活动以及协调管理海洋事务及水资源。¹⁶ 环境保护局是海域环境保护的主管实体，下设环境污染控制厅和环境规划评估厅。环境污染控制厅负责防治、检查、监察和控制污染，

13 1992 年《生物多样性公约》序言指出保护生物多样性的基本要求，是就地保护生态系统和自然环境，维持恢复物种在其自然环境中生存力的群体。生物多样性包括陆地、海洋和其他水生生态系统及其所构成的生态综合体，包括物种内部、物种之间和生态系统的多样性（第 2 条）。缔约国应尽可能并酌情采取适当程序，要求就其可能对生物多样性产生严重不利影响的拟议项目进行环境影响评估，以期避免或尽量减轻这种影响，并酌情允许公众参与此种程序（第 14 条）。

14 1992 年《联合国气候变化框架公约》提及，缔约方考虑到共同但有区别的责任，及发展优先级、目标和情况，应承诺拟订和详细制定关于沿海管理……的适当的综合性计划（第 4 条）。

15 详见第 7/2018 号法律第 6 条。

16 详见第 23/2015 号行政法规 - 修改第 14/2013 号行政法规《海事及水务局的组织及运作》。

发出环境执照等工作；环境规划评估厅负责研究、规划、管理和评估环境，以及监测环境成分等工作。¹⁷ 此外，市政署化验所通过网站定期向社会和公众发布水质监测报告、地球物理暨气象局负责向澳门海事及水务局发布台风及强风警告通知、消防局负责船舶灭火以保障航海安全。

为全面启动澳门特别行政区海域管理的工作，确保各公共部门及实体互相配合，澳门特别行政区政府于 2016 年 6 月成立了由行政长官领导的跨部门内部统筹委员会，同时亦推动开展了《澳门特别行政区海域利用与发展中长期规划（2016-2036）》的研究工作。¹⁸ 为进一步妥善推动海域管理及发展，第 57/2017 号行政长官批示设立“海域管理及发展统筹委员会”，并明确其职权及其组成。海域管理及发展统筹委员会，隶属行政长官运作、并由其担任主席，负责：检视海域管理情况；推动开展研究及统筹海域管理及发展的整体规划及专项计划的编制及执行，以制定有关政策；推动制定海域管理及使用方面的法规；在其职权范围内订定方针及发出指引。¹⁹ 提交澳门立法会的《海域管理纲要法》法案最初文本，拟“设立”海域管理统筹机关，负责海域政策的制定，协调和推动执行海域管理事务，并订定方针及发出指引。但法案未能确定该统筹机关的命名、组成和运作，由于欠缺立法标的，故该条文在后续的修改文本中变更为“由海域管理统筹机关负责海域政策的制定，协调和推动执行海域管理事务，并订定方针及发出指引”。所谓的“海域管理统筹机关”则解读为第 5/2017 号行政长官批示所设立的海域管理及发展统筹委员会。²⁰ 该统筹机构能在多大程度上发挥协调沟通的作用，效力层级为何，仍有待于澳门未来用海实践的检验。

2. 海域保护：来自陆地来源污染及国家管辖海底活动污染之挑战

根据 1982 年《联合国海洋法公约》，缔约国政府负有保护和保全海洋环境之一般义务，应在适当情形下采取必要措施防止、减少和控制海洋环境污染；公约还逐条列举了海洋污染的详细类型，包括：陆地来源污染，海底活动造成的污染（国家管辖的海底活动和“区域”内的活动），倾倒造成的污染，来自船舶的污染，来自或通过大气层的污染。缔约方政府对于以上污染均有义务制定相关法律和规章，防止、减少和控制海洋环境污染。²¹ 以此为分类标准考察澳门现行涉海法律文本，倾倒造成的污染可由第 35/97/M 号法令、第 22/2015 号行政法规及相关国际公约规制，来自船舶的污染主要由国际公约规制，来自或通过大气层

17 详见第 14/2009 号行政法规 - 环境保护局的组织及运作。

18 详见第 57/2017 号行政长官批示。

19 《特区政府设立“海域管理及发展统筹委员会”》，载澳门特别行政区旅游局网站，网址：<https://mtt.macaotourism.gov.mo/201705/cn/contents/3/658.html?1493464164>，访问时间：2022 年 1 月 7 日。

20 参见澳门立法会第二常设委员会：《第 1/VI/2018 号意见书》，第 37-39 页。

21 See United Nations Convention on the Law of the Sea, articles 192, 194 & 207-212.

的污染主要由第 1/2008 号行政法规、第 12/2014 号行政法规、第 30/2016 号行政法规规制；²²而针对陆地来源污染和国家管辖海域活动造成的污染，则存在立法缺位，无相关法律对此二类污染进行规制。立法缺位的主要原因在于澳门海域明确以后，该区域纳入澳门法律的管辖范围，原本适用于该海域的《中华人民共和国环境保护法》《中华人民共和国海洋环境保护法》《中华人民共和国水污染防治法》等相关法律因未列入《澳门基本法》附件三而不能继续适用。同时，澳门现行的海域保护立法分布零散，并不能覆盖 1982 年《联合国海洋法公约》所列举的所有涉海污染类型。

若将污染类型与澳门的用海实践相对应，陆地来源污染主要来自污水排放，国家管辖海域活动造成的污染主要来自工程用海。据相关实证调查，澳门海水的污染主要是由澳门当地排放污水所引起的。澳门目前共有五座污水处理设施，包括澳门半岛污水处理厂、凼仔污水处理厂、路环污水处理厂、澳门国际机场污水处理站、及澳门跨境工业区污水处理站，²³污水经处理后由排污口排入附近海域。根据澳门环境保护局的相关资料，考察以上污水处理设施的日平均污水处理量，澳门半岛污水处理厂多次出现超量处理。梳理澳门现行立法对排污的法律规制，主要包括：澳门刑法典第 268 条之污染罪、环境纲要法、澳门供排水规章、第 35/97/M 号法令、公共地方总规章、海上倾倒疏浚物管理制度等。这些法律法规主要规制污水的收集阶段以及有毒有害物质的禁止排放，²⁴但对于经由污水处理厂处理之后的污水如何排放，却存在法律规制的空白。同时，环境纲要法中提及的环境执照，水体污染物之排放限值、测量方法和排放总额，污染物排放执照，排污收费等相关制度并无具体的法律条文规定，仅属制度规划或立法设想阶段。

22 第 1/2008 号行政法规 - 进口新重型及轻型摩托车应遵守的气体污染物排放限值的规定；第 12/2014 号行政法规 - 水泥制造工业场所的空气污染物排放标准及设施管理规定；第 30/2016 号行政法规 - 在用车辆尾气排放污染物的排放限值及测量方法。以上 3 项行政法规主要规定了空气污染物排放标准及排放限值，因与海洋环境保护的相关法律并不直接相关，故并未在法律梳理部分列举，在此予以说明。

23 参见澳门环境保护局网站，网址：<http://www.dspsa.gov.mo/place2.aspx>，访问时间：2021 年 12 月 8 日。

24 如家庭废水、工业废水和雨水不同的收集标准、容许和禁止排入的物质名单等。

国家管辖海底活动造成的污染主要涉及海岸工程²⁵及海洋工程²⁶建设所衍生的污染,在澳门主要体现为填海造地。对工程用海污染的规制,澳门现行立法也呈现出缺位状态。环境纲要法已经提及需要推行环境影响评估制度,但至今未得以推行。²⁷澳门环境保护局发布了《需进行环境影响评估的工程项目类别清单(试行)》(2017版),该清单自2018年6月10日起采用。其中规定,涉及海域使用的各类型建设项目,需符合《中华人民共和国环境影响评价法》《中华人民共和国海洋环境保护法》及《海洋工程环境影响评价技术导则》(GB/T 19485)等相关要求进行。

就近岸海域的生态环境保护而言,澳门面临着现实与立法的双重压力。中国政府基于对《联合国海洋法公约》义务的履行,对《中华人民共和国海洋环境保护法》等相关法律陆续进行了相应的完善和修改,而由于澳门海域明确导致的原有相关法律不能继续适用,特别行政区政府应当加紧相关海域保护立法以填补法律空白。在比较法维度上,为追求发展而忽视环境保护以致污染出现,而后进行环境污染治理并不断修正污染治理的路径,这是环境污染治理的常态性表现。为改善澳门海域环境计,在现有立法基础上透过域外经验之整合,逐步实现澳门海域污染的有效治理与防治。

25 海岸工程建设项目,是指位于海岸或者与海岸连接,为控制海水或者利用海洋完成部分或者全部功能,并对海洋环境有影响的基本建设项目、技术改造项目和区域开发工程建设项目。主要包括:港口、码头,造船厂、修船厂,滨海火电站、核电站,岸边油库,滨海矿山、化工、造纸和钢铁企业,固体废弃物处理处置工程,城市废水排海工程和其他向海域排放污染物的建设工程项目,入海河口处的水利、航道工程,潮汐发电工程,围海工程,渔业工程,跨海桥梁及隧道工程,海堤工程,海岸保护工程以及其他一切改变海岸、海涂自然性状的开发工程建设项目。详见《中华人民共和国防治海岸工程建设项目污染损害海洋环境管理条例》第2条。

26 海洋工程,是指以开发、利用、保护、恢复海洋资源为目的,并且工程主体位于海岸线向海一侧的新建、改建、扩建工程。具体包括:(一)围填海、海上堤坝工程;(二)人工岛、海上和海底物资储藏设施、跨海桥梁、海底隧道工程;(三)海底管道、海底电(光)缆工程;(四)海洋矿产资源勘探开发及其附属工程;(五)海上潮汐电站、波浪电站、温差电站等海洋能源开发利用工程;(六)大型海水养殖场、人工鱼礁工程;(七)盐田、海水淡化等海水综合利用工程;(八)海上娱乐及运动、景观开发工程;(九)国家海洋主管部门会同国务院环境保护主管部门规定的其他海洋工程。详见《中华人民共和国防治海洋工程建设项目污染损害海洋环境管理条例》第3条。

27 参见彭峰著:《环境法律制度比较研究》,法律出版社2013年版,第119页。

二、理论学说：公产制度与公共信托理论

（一）罗马法上的共享物与公有物

根据罗马法，海洋及海滨²⁸属于共享物。对于海洋的利用，罗马法主要就捕鱼和建筑进行了规定。“根据自然法，空气、流水、大海及海滨是共享物”，“大海如空气一样，为全人类所共享，在海上建造的建筑物归建筑者所有”，但不允许“有害于大海或海滨”，“在海上建筑之物为私有物，被大海淹没之物为公物”，“海滨是公共的，不是国民的可有物，而是源于自然物，至今不属于任何人”，“在海上捕鱼的人，可以在海滨建造可栖身的棚屋”，可以针对禁止在海上钓鱼提起“侵害之诉”。²⁹“一切河流和港口都是公共的。因此，在港口或河流中捕鱼权，为一切人所共有。”³⁰海滨除进行基于公共使用的捕鱼外，亦可进行建筑，但需要获得当局的批准并不妨碍公共使用。个人在享用共享物时若造成侵犯属人身侵犯，以“侮辱之诉”论之。³¹共享空气和水的权利如同皇帝的权威一般，是至高无上的。³²任何私人对海滨的使用不得排除其他人的类似使用。³³在很长一段历史时期内，地中海作为罗马帝国的内湖，不存在利益上的冲突。基于此，罗马法学家认为海洋对所有人自由开放，为全人类共有。囿于特定时代的科学技术水平，海洋及海滨并不是罗马法时代的稀缺资源，而是呈现开放状态，供公共利用；在罗马法的文献中，对海的认知，也存在着共享物和公有物的混同，即海洋及海滨不属于任何人、其上不能成立具有法律意义的所有权或者海洋及海滨之上不能成立私法上的所有权。罗马法海洋共享物的概念引申发展就是后世“海洋自由论”的雏形。³⁴以罗马法共享物的概念为基础，大陆法系和普通法系分别发展出公产理论及公共信托理论来规制海域的利用。

28 海滨是最大海浪所及之处。参见 D.50,16,96, pr.。[意]桑德罗·斯契巴尼选编：《民法大全选译·物与物权》，第10页。

29 参见 D.1,8,2,1, D.43,8,3,1, D.1,8,10, D.41,1,14,pr., D.1,8,5,1, D.47,10,13,7, [意]桑德罗·斯契巴尼选编：《民法大全选译·物与物权》，第8-12页。

30 参见 I.2,1,2.。[古罗马]优士丁尼著：《法学阶梯》，第111页。

31 参见 D.43,8,2,8.。[意]桑德罗·斯契巴尼选编：《民法大全选译·物与物权》，第10页。

32 See *Livingston v. Van Ingen*, 9 Johns, 1812, p.517.

33 See W. W. Buckland, *A Text - Book of Roman Law from Augustus to Justinian*, Cambridge University Press, 1965, p.183.

34 See Shekhar Ghosh, *Law of the Territorial Sea: Evolution and Development*, South Asia Books, 1989, p.33.

(二) 大陆法系的公产³⁵ 理论

1. 法国法上的公产理论

公产与私产的概念可追溯至罗马法“公有物”(res publicae)与“君主所有物”(res principis)之区分。³⁶ 罗马法对全体市民的公共金库(aerarium)和属于皇帝的国库(fiscus)进行了区分,即金库属于公法调整,国库属于私法调整。³⁷ 现代意义的公产理论则在19世纪后首先由学说提出,后为法院判例接受、最终出现在成文法中。罗马法上公有物的概念为后世封建领主所有权和国王所有权所吸收。³⁸ 在法国大革命前的旧制时期,区别于一般私人的财产,国王的财产³⁹ 受到特殊保护,即国王的财产不能转让、不能作为时效取得之标的。此时期并未进行公产、私产之区分,国王的全部财产都等同于现代理论上“公产”之概念;法国大革命时期,根据自由主义和国民主权思想,国王的财产成为国民的财产(domaine national),属于全体国民所有,能够转让和时效取得。此时期亦未进行公产、私产之区分,国民的财产等同于现代理论上“私产”之概念;法国民法典第538-541条规定了公产的范围,⁴⁰ 尽管存在着第538条之“公产”(domaine public)与第541条之“国家所有”(domaine de l'Etat)的不同用语,但二者在意义上没有区别,⁴¹ 法国民法典也没有明确对这些财产制度作出规定。⁴² 在《法国民法典》出台的时代,国有财产并未进一步区分为公产和私产,公

35 道路、河川、海岸等具有公共使用职能的存在,大陆法系发展出了在其之上的“概括性概念”。参见[日]盐野宏著:《行政组织法》,杨建顺译,北京大学出版社2008年版,第236页。具体到海域,法国法以公产(domaine public)视之,德国法则以公物(Öffentliches Sache)视之。澳门法承袭深受法国公产理论影响的葡萄牙法律,考虑到澳门法的用语习惯,此处将法国法之公产理论与德国法之公物理论笼统称之为公产。

36 See Ana Raquel Gonçalves Moniz, *O Domínio Público*, Almedina, 2006, p30.

37 参见高富平:《建立国有资产分类规范的法律体系》载《华东政法学院学报》2000年第5期,第32页。

38 参见高富平著:《物权法原论》(上),中国法制出版社2001年版,第258页。

39 泛指国王的一切财产,包括有体的动产和不动产,具有经济价值的无体财产以及税收在内。

40 第538条规定,由国家负责管理的道路、公路与街道,可航运或可漂流的江河、海岸、海滩、港口与小港口、停靠锚地,广而言之,不得具有私有财产权性质的法国领土之任何部分,均视为公产不可分割之部分。第539条规定,无主财产,或者死后无继承人的人的财产,或者继承人放弃继承的财产,归于公产。第540条规定,军事要塞与堡垒的门、墙、壕、垒,亦属公产。第541条规定,不再属于军事要塞的地段、工事或墙垒,亦为公产。此种财产,如未经有效转让,或者其所有权未因时效而丧失时,均属于国家。详见《法国民法典》(上册),罗结珍译,法律出版社2005年版,第451-452页。

41 19世纪初有极少数学者认为,法国民法典中的“公产”“国家所有的财产”是不同的法律范畴,国家所有的财产是国家的私产。这种解释是后世公产理论研究者为探寻学说开端的法律依据而附加给法国民法典的。See Andre de Laubadre, *Traite de Droit Administratif*, tome 2, Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence, 1980, p128.

42 参见[法]弗朗索瓦·泰雷、菲利浦·森勒尔著:《法国财产法》(下),罗结珍译,中国法制出版社2008年版,第663页。

产在内涵上等同于国家所有权。这一点可以从第 539 条得到佐证，即无主财产，或者死后无继承人之人的财产，或者继承人放弃继承的财产，归于公产。⁴³

1833 年法国学者普鲁东受民法理论启发在《论公产》(*Traite du Domaine Public*)一书中，首次对公产理论进行了系统的阐述：政治共同体的财产，有一些是供一般公众使用的公共的财产，是受到特殊保护的非生产性财产；另外还有一些共同体所有的财产，本质上与私人所有的财产一样，是私产，是生产性的、可以用以谋取利益的财产。⁴⁴ 普鲁东关于“用于公众的某些财产上不得设定私人权利”之观点，在 19 世纪后期很快为学术界和司法界所接受，即行政主体的财产在法律上区分为公产和私产两类，一类不能转让、不能通过时效取得，不适用私法规则；一类则受私法所支配。此阶段所谓公产是指依其自然属性而供公众使用的财产，如道路、河川等不能成立私人所有权的财产。⁴⁵ 因其自身的公共利益属性，行政机关无需多加干预，只对其进行保存和维持即可。20 世纪以后，公产理论继续发展，除依其自然属性而供公众使用的财产属于公产外，公产的范围还扩张到行政主体为公共利益指定作为公用的财产。公产的判断标准不再局限于自然属性，而是根据其所履行的功能决定。行政主体的义务也不仅仅是保存和维持公产，还应当采取更主动的措施。⁴⁶ 由于公共事业的概念过于宽泛，所以对其加以限制：要求所涉及的财产依其性质或者通过专门安排与服务的目的相适应时，才是“服务于公共事业”，例如港口、要塞等。⁴⁷

20 世纪以后的公产制度不完全排除政府可以取得收益，公产制度与经济收益不再对立，因此公产制度发展成为非常复杂的制度，失去最初的一致性。公产与私产的区分亦随之复杂化，逐渐呈现出区分相对化的趋势。公产范围内的财产种类繁多，且依其自身性质不同而呈现出差异性，因此公产法律制度的适用不是不加区分的统一适用于全部公产，而是根据公产自身的天然差异和法律规定，确定出不同保护程度的法律制度。例如，道路桥梁、军事要塞适用行政法的范围较之其他公产更广，而一般行政机关使用的公用物受行政法支配的范围则相对较小。⁴⁸ 公产与私产之间具体的划分是相当困难的，但仅就最基本的划分标准而言，其原则又是简单的：当财产直接为公众使用或服务于公众时，其即为公产。⁴⁹ 法国学者狄骥认为，公产制度因其相对性而以等级不同的梯形结构呈现，没有完全一致的公产制度。⁵⁰ “在不同的历史阶段或时期，公产的范围和地位有不同特点，财产的公共性质或强

43 《法国民法典》(上册)，第 451 页。

44 See J.B.Proudhon, *Traite du Domaine Public*, p.241.

45 参见参见[法]弗朗索瓦·泰雷、菲利浦·森勒尔著：《法国财产法》(下)，第 665 页。

46 参见王名扬著：《法国行政法》，北京大学出版社 2016 年版，第 236-237 页。

47 参见参见[法]弗朗索瓦·泰雷、菲利浦·森勒尔著：《法国财产法》(下)，第 665 页。

48 参见王名扬著：《法国行政法》，第 235-237 页。

49 See Philippe Malaurie et Laurent Aynes, *Cours de Droit Civil*, Les biens, 2e ed., CUJAS, 1992, p.55.

50 Leon Duguit, *Traité de Droit Constitutionnel*, Tome 3, Hachette Livre BNF, 2018, pp.348-351.

或弱。但就法国近代财产制度的发展来看,公产的发展与国家在经济生活的干预有直接联系,国家干预越多,公产的数量就越多,其地位就越重要。”⁵¹

公产的所有权暗含两个问题:第一,是否存在公产所有权?第二,公产所有权是否等同于民法上的所有权?

第一,是否存在公产所有权?对公产所有权的认识经历了19世纪否定说到20世纪肯定说的发展过程。否定说认为,公产向公众开放使用,而所有权是独占、排他的权利,二者不兼容;传统所有权的内涵包括使用、收益和处分的权能,而行政主体不能处分公产、不能从公产中获取收益。因此,行政主体享有的是保存公产的警察权力,而非所有权。肯定说则认为,公产与所有权的不兼容是相对的,私人所有权的绝对性经由所有权社会化已经有所削弱,且公产也具备不同程度的所有权权能,比如行政主体最低限度地享有公务公产的使用权。随着公产制度的发展也出现了从公产的利用中获益的情况,以及公共利用对公产转让的限制本身就意味着公产所有权的存在,当公共使用目的废除时,行政主体得进行转让。一味的否认公产所有权的存在,无法解释诸如公产致害之赔偿等问题。公产不仅是为了公共利益而存在的财产,更是一种集体财富。⁵²

第二,公产所有权是否等同于民法所有权?行政主体对公产所有权的形式限于公共使用或公务使用的范围。这种所有权的理论基础为何,法国学术界有两种观点。第一种观点认为公产所有权就是民法上的所有权,只是因为提供公共使用,而受到行政法上的限制,在公共使用范围内排除民法的适用;当公共使用目的废除时,行政主体当然恢复民法上的所有权。也就是说公共使用的目的是所有权为公共利益而承担的一种役权,公产所有权本质上是一种民法所有权。第二种观点认为公产所有权是行政法上的所有权。以公务公产为例,行政主体既是所有者,又是所谓役权的主体。一个法律主体不能自己对自己主张役权。公共使用不是公产所有权的限制,而是公产所有权的一种表现,在公共使用所必要的范围内排除私法的适用,公产所有权与公共使用是一个不可分离的整体。公产所有权的观念来自民法,因而与民法所有权有一定的相似之处,但经由行政法的改造,已如行政合同一般,成为行政法上的公所有权。⁵³所谓公产一元论即是如此。但值得注意的是,法国法坚守的公产一元论立场随着公产制度的复杂化发展,也出现了例外的突破情形,如1994年7月25日法律更加自由地开放了对国家公产设置物权的可能性,这种权利可以转让、转移、设置抵押并应当进行公告,被认为是一种特殊的是地上权。⁵⁴在《法国民法典》之外,法国立法机关制定了一系列有关公产的法律,如《国有财产法典》,《关于海上公产的法律》,《关于

51 尹田著:《法国财产法》,法律出版社2009年第2版,第99页。

52 参见王名扬著:《法国行政法》,第244-246页。

53 同前注,第246-247页。

54 参见[法]弗朗索瓦·泰雷、菲利浦·森勒尔著:《法国财产法》(下),第663-664页。

河流公产的法律》。后诸如《法国民法典》第 538 条及《国有财产法典》等,被 2006 年的《公法人财产法典》所取代。《公法人财产法典》将公产的范围从不动产扩张到动产。⁵⁵

2. 德国法的公物理论

尽管奥托·迈耶努力试图在德国引进法国法上的公产概念,但最终未能被德国所接受,⁵⁶德国公物制度是以民法所有权为基础进行构建,为实现公物的利用而设定公法之限制。所谓公物,是指直接被确定服务于公共使用以及行政使用的物,这是一种特别公法上的权利地位,公物在其目的约束范围内受公法调整。⁵⁷因此,就其属性而言,公物较之私法之物,并无特殊,“是民法中属于公法人的财产……公物原则上适用民事法律,但在某些方面,特别是公共适用上,又与公法约束相重叠”⁵⁸。“教学楼、市影剧院、水体和公路因此属于《民法典》意义上的财产,无论它们属于行政主体还是私人,都是一样。”⁵⁹区别于法国的公产一元论,日本学者大桥洋一将德国的公物理论称为二元化模式,即以其统一的民法上的所有权制度为前提,公物应当适用私法关于物权的法律规范,但为了确保公物的利用而设定了公法上的限制。⁶⁰具体到海域,德国私法理论认为,“国家对海域的所有权同样具有民法上的所有权的性质和效力,但是出于海域的公共利益和公共使用的需要而限制其私法上的效力,如海岸属于国家所有,但是由于其公共使用的性质排斥了所有权本身所具有的排他性占有和所有物保全请求效力”⁶¹。

当然,在法律移植的过程中,法国法和德国法对其他国家的影响并非完全的泾渭分明。以日本为例,日本《道路法》借鉴德国法,原《河川法》则参考法国法,但修改后肯定河流私人所有权,在此层面上更接近德国法。故而,日本的公物法受到法国法之公所有权学说和德国法之修正的财产权学说的混合影响发展起来的。⁶²

3. 法国公产理论的影响：坚守一元论的澳门法

罗马帝国的民法虽然在起源上是地域性的,但当然地为文明世界和欧洲国家予以慎重地遵行。⁶³就对海域的认识以及公产制度而言,澳门法律继受了深受法国法律影响的葡萄牙

55 参见彭涛：《法国 CGPPP 的公共财产法律制度及其启示》，载《行政法制比较研究》2010 年第 3 期，第 96 页。

56 参见[德]平特纳著：《德国普通行政法》，第 169 页。

57 [德]汉斯·J. 沃尔夫、奥托·巴霍夫、罗尔夫·施托贝尔著：《行政法》（第 2 卷），第 455 页。

58 [德]平特纳著：《德国普通行政法》，第 169 页。

59 [德]汉斯·J. 沃尔夫、奥托·巴霍夫、罗尔夫·施托贝尔著：《行政法》（第 2 卷），第 478 页。

60 参见[日]大桥洋一著：《行政法学的结构性变革》，吕艳滨译，中国人民大学出版社 2008 年版，第 198 页。

61 张翔：《海洋的“公物”属性与海域用益物权的制度构建》，第 102 页。

62 参见[日]大桥洋一著：《行政法学的结构性变革》，第 192 页。

63 See *Livingston v. Van Ingen*, 9 Johns, 1812, p.517.

法律。1933 年葡萄牙宪法首次确立了公产制度,⁶⁴ 第 49 条第 11 款提出了国家公产和国家私产的区分。⁶⁵ 公产特殊的法律地位, 来源于宪法根据其特征而稳定为超法律价值、以防止普通立法者将其窃取。1951 年第 2048 号法律修改了 1933 年葡萄牙宪法, 加入第 161、167 条⁶⁷, 首次在葡萄牙法律中明确提出了海外土地公产和私产的区分。1966 年葡萄牙民法典规定, 公产之物为非融通物, 不能成为私权标的物。⁶⁸ 1976 年葡萄牙宪法明文列举了公产的范围, 并规定规定公产的范围制度、使用条件与界限都应有法律明文规定; 公产的范围包括: 一, 领水及其底土和毗连海底, 湖、潭、可航行或浮游之水道连同其底土; 二, 土地所有权人或地上权人所获承认土地上空以上的空气层; 三, 矿藏、可作医疗的矿泉水源头、地底之天然洞穴(岩石、一般土地及其他常用于建筑的物料除外); 四, 道路; 五, 国有铁路; 六, 法律规定的其他公产。⁶⁹ 关于公产范围的开放性条款并不意味着公产可以任意扩张, 该项立法属于国家议会和政府的权限。⁷⁰ 澳门法上公产的概念主要规定在澳门民法典第 193 条, 该条文整合吸收了 1966 年葡萄牙民法典第 202 条及 1976 年葡萄牙宪法第 84 条之规定, 以明文立法的形式确立了公产一元论的价值立场, 并列明了公产的种类: 道路、海滩, 水沟、潭及可航行或浮游之水道及其底土, 土地所有人或地上权人所获承认之土地上空界限之上之各空气层, 建筑物料以外的矿藏、有医疗作用之矿泉水源头、存在于地底

64 See Ana Raquel Moniz, *O Domínio Público: O Critério e o Regime Jurídico da Dominialidade*, Reimpressão da Edição de janeiro de 2005, Almedina, Coimbra, p. 71.

65 See Catarina Moreira de Lima, *As Limitações ao Direito de Propriedade Privada no Domínio Público Marítimo*, Dissertação de Mestrado em Direito – Ciências Jurídico-Administrativas, Faculdade de Direito da Universidade do Porto, 2015, p.6.

66 See Apud Rui Machete, *O Domínio Público e a Rede Elétrica Nacional*, 61 Revista da Ordem dos Advogados 2001, p.1390.

67 第 161 条规定: 法律须列明在海外的土地地段或其他财产, 因拨归或拨入公产用途, 又或因有利于国家的尊严或国家更高的需求时, 不得予以批给或以其他方式转让; 第 167 条规定: 无主土地、未确定纳入私有财产制度或者公产制度之土地、在有关地区境内之待继承之遗产及不属于他人之其他不动产、以及该地区在境外依法取得或依法属其所有的不动产, 均构成各海外省本身之财产。这两个条文由 1951 年 6 月 11 日第 2048 号法律加入。

68 第 202 条第 2 款: 非融通物不可成为私权标的物, 例如公产之物及因其性质不为个人拥有之物。详见《葡萄牙民法典》, 唐晓晴等译, 北京大学出版社 2009 年版, 第 39 页。

69 详见 1976 年葡萄牙宪法第 84 条-公产: 一、属公产者为: a) 领水, 包括其底土与毗连之海底, 以及湖、潭、可航行或浮游之水道连同其底土; b) 土地所有人或地上权人所获得承认之土地上空, 其界限以上之空气层; c) 矿藏、有医疗作用之矿泉水源头、存在于地底之天然洞穴, 但岩石、一般土地及其他常用于建筑之物料除外; d) 道路; e) 国有铁路; f) 法律归类为属公产范围之其他财产。二、法律应订定何种财产属国家、自治区与地方自治团体之公产范围, 并应订定其制度、使用条件与界限。

70 See J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Almedina, 2018, p.547.

之天然洞穴以及特别法规定的其他公产。⁷¹同时，澳门民法典还暗含了私产的概念，主要体现在第1228条的规定之中，公法人之物在不与特别规范抵触的前提下可以适用民法典之规定。⁷²基于体系解释，此处的物应采狭义解释，限于私产。修改前后的土地法亦明确了非私有土地之上的公产、私产区分。⁷³从葡国法到澳门法，对于公产的法律规制，都始终坚持“法律保留”原则，即公产的权属边界只能通过法律明确。⁷⁴

具体到海域利用，葡萄牙的海域公产制度包括第467/71号法令及第54/2005号法律：海域公产是水域公产的一种，包括沿岸水域和领海，受潮汐影响的内陆水域、河流、湖泊和潟湖，沿岸水域、领海和受潮汐影响的内陆水域的河床，大陆架的海底、包括所有专属经济区，沿岸水域、领海和受潮汐影响的内陆水域的沿岸；水域公产得以准照及批给方式给予私主体专用，最长期限分别为5年及30年；可基于许可在水域公产内开展工程，未经同意不得转让准招或批给所衍生的权利、不得转让或抵押水域公产之上的建设工程及设施；期限届满，批给所涉范围内的工程设施无偿归国家所有，准照所涉范围的工程设施应予以查处。⁷⁵具有基本法限制下参照效力的澳门水域公产法基本借鉴了葡萄牙第467/71号法令，将水域公产的范围界定为海底的土地和沿岸的土地，而不包括水面、水体、底土等更广义

71 详见《澳门民法典》第193条第2-4款：凡不可成为私权标的物者，均视为非融通物，例如属公产之物。下列财产属于公产范围：a) 道路、海滩；b) 水沟、潭及可航行或浮游之水道及其底土；c) 土地所有人或地上权人所获承认之土地上空界限之上之各空气层；d) 矿藏、有医疗作用之矿泉水源头、存在于地底之天然洞穴，但岩石、一般泥土及其他常用于建筑之物料除外；e) 特别法例归类为公产范围之土地及其他财产。属公产范围之财产，其制度由特别法例规范。

72 《澳门民法典》第1228条：属于澳门地区或其他公法人之物之所有权，就其未受特别规范之事宜，亦适用本法典中与该权利本身之性质无抵触之规定。该条规定来源于葡萄牙民法典1304条之规定，属于国家或其他公法人之物之所有权，就其未受特别规范之事宜，亦适用本法典中与该权利本身之性质无抵触之规定。详见《葡萄牙民法典》，第222页。

73 详见第6/80/M号法律第1条-土地按其法律地位的划分：澳门土地得分为本地区公产土地、本地区私产土地及私有财产土地。第10/2013号法律第3条-土地按其所属法律制度划分：一、澳门特别行政区境内的土地，包括国有土地及在澳门特别行政区成立前已依法确认的私有土地。二、国有土地分为公产和私产。

74 See Ana Gonçalves Moniz, *O Domínio Público*, Almedina, 2006, pp.120-123.

75 参见郭度：《关于澳门的水域公产制度》，载唐晓晴主编：《土地法改革的新趋势》，澳门大学2010年版，第188-189页。

的水域资源；⁷⁶ 水域公产得根据公益原因之考量而成为批给的对象，⁷⁷ 具体制度与葡萄牙第 467/71 号法令差异不大。

（三）普通法系的公共信托理论

1. 英国法的公共权利理论

在早期的英国法上，国王的皇权和个人私权直接没有界限，⁷⁸ “国王权力本身就等同于所有权”⁷⁹。国王这种肆意的所有权严重阻碍了公众在通航水域之上的捕鱼、航行、通商等利益，故而在国王与议会不断斗争的过程中，实现了国王公共职能与个人人格的分离。⁸⁰ 在此基础上，狄格斯在研究水下土地转让方案时提出“表面理论”，即海滩及水下土地之所有权表面上全部归国王所有，而非庄园主所有。⁸¹ 黑尔大法官进一步提出，在通航水域之上存在着公共权利、私人权利和国王权利⁸²：公共权利是指，民众有权在水域之上进行通航、游泳、捕捞等非排他的公共利用；私人权利则是指，在不损害公共权利的基础之上，私人得在水

76 详见第 6/86/M 号法律第 1 条：毗连本地区的可通航或可浮载的水域的海床及边缘，以及沙滩、码头、桥式码头、船只升降和清理船底的斜坡或建造和维修平面，均属本地区水域公产。毗连本地区的可通航或可浮载的水域的海床及边缘，即为海底的土地；沙滩、码头、桥式码头、船只升降和清理船底的斜坡或建造和维修平面，即为沿岸的土地。参见前注，第 183 页。

77 详见第 6/86/M 号法律第 11 条 - 专用：属水域公产的土地，可以租赁或使用或临时性占用方式，成为批给的对象。第 12 条 - 批给及准照：一、需要在固定及不能拆除而被视为公益设备内进行投资的专用，是租赁批给的对象，所有其他的专用是准照的对象。二、除总督透过批示宣告公益的专用外，为下列任何目的之专用亦视为公益的：a) 由公法人或行政公益法人及集体利益企业利用公水域；b) 执行与码头经常职能有关连的活动；c) 燃料出售站或道路交通的辅助服务站的设立；d) 被宣告对旅游业有利的旅店或各类单位，以及按可援引法例的规定，被视为旅游组合的建造。第 13 条 - 专用权利的内容：批给及准照，在有效期内，给予其拥有人对构成凭証所载的目的及限制的专利使用权。第 14 条 - 期限：一、批给的最高期限为二十五年，而准照期限为一年。二、在具有合理解释的特别情况，总督得核准超过二十五年期限的批给。三、批给及准照的每一次连续续期，分别不得超过十年及一年。第 17 条 - 期限的告满：一、批给告满时，所作出的工程及固定的设备系无偿地归属本地区。二、准照期限告满后，可拆除的设备应搬离。三、在批给或准照续期的情况，不适用上两款的规定，而有关租金或费用可调整，且不考虑所引进的改善的价值。

78 参见王灵波著：《美国自然资源公共信托制度研究》，中国政法大学出版社 2016 年版，第 11 页。

79 Frederic William Maitland, *The Constitutional History of England*, Cambridge University Press, 1961, p.518.

80 参见王灵波著：《美国自然资源公共信托制度研究》，第 12 页。

81 参见肖泽晟：《公共信托理论与公共财产权保护》，载《财产权与行政法保护——中国法学会行政法学会研究会 2007 年年会论文集》，第 767 页。

82 See Stuart A Moore, *A History of the Foreshore and the Law Relating thereto: with a hitherto Unpublished Treatise by Lord Hale, Lord Hale's "De jure maris", and Hall's Essay on the Rights of the Crown in the Seashore: with Notes, and an Appendix relating to Fisheries*, p.328.

域之上设立财产权；国王权利，是指王室为公共利益而负担的资源管理权。⁸³ 海和海岸属于国王所有，国王既要服从于公共权利又负有管理义务，不能在转让海岸时妨害共同的利用，受让人的私人权利应当服从于公共权利，不能用开发高潮线以上土地的方式开发水下土地。⁸⁴

2. 从 Arnold v. Mundy 案⁸⁵ 到 Illinois Central Railroad v. Illinois 案⁸⁶

1821 年的 Arnold v. Mundy 案为公共信托的司法适用奠定了基础。⁸⁷ 该案是一起美国拉里坦湾牡蛎养殖场通行权的纠纷，被告主张通航河流之上捕鱼的公共权利。对此，法官认为，应当区分作为主权者所享有的权利和作为财产所有人所享有的权利，提出私有财产(private property)、公有财产(public property)和共享财产(common property)的财产区别；受潮汐影响的通航河流、港口、海湾、海滨及下覆底土是共享财产；根据普通法，使用这些共享财产是公众的一项自然权利；主权者基于公众利益而保有和管理这些共享财产，但区别于可以作为国库收入来源的公有财产，共享财产之上不能进行排他的利用。当然，在本案中，法官并未提及公共信托之概念，只是论述了共享财产之上主权者所受限制与约束。该案也被之后新泽西州的案例所推翻，直到 1842 年的 Martin v. Waddell 案⁸⁸，汤普森法官才相对明确提出了公共信托的理论框架，即政府为全体民众之信托而持有共享财产，基于信托义务而不得将共享财产让与私人。1892 年的 Illinois Central Railroad v. Illinois 案被誉为现代公共信托理论的北极星。⁸⁹ 在本案中，菲尔德法官提出，各州在一定范围内可对通航水域及淹没土地享有的权利是基于民众之信托而产生；州政府无权转让具有公共信托的淹没地，除非该转让不会危及公共利益、并能够实际上提升该淹没所承载的公共信托。

3. 萨克斯与公共信托理论的复兴

在萨克斯教授看来，公共信托的历史性支撑在于：“某些利益对每个公民都具有内在的重要性，以至于公民对其的自由理由成为区别于奴隶社会的公民社会的标记”，“某些利益是大自然的恩赐，属于全体公民……每个人都得以自由平等地利用”，“某些资源的公共属性使其不适宜用于私人目的”。⁹⁰ 脱胎于罗马法的公共信托制度基于这样的理性：特定的公

83 See Richard J. Lazarus, *Changing Conceptions of Property and Sovereignty in Natural Resources: Questioning the Public Trust Doctrine*, 71 Iowa Law Review 1986, pp.645-646.

84 参见吕忠梅：《环境权的民法保护理论构造——对两大法系环境权理论的比较》，载《私法研究》2002 年第 1 卷，第 151-152 页。

85 See Arnold v. Mundy, 6 N. J. L.1, 1821.

86 See Illinois Central Railroad Co. v. Illinois, 146 U. S. 387, 1892.

87 See Michael C. Blumm, *Public Property and the Democratization of Western Water Law: A Modern View of the Public Trust Doctrine*, 19 Environmental Law 1989, p.573.

88 See Martin v. Waddell, 41 U. S. 16 Pet, 1842.

89 See Joseph L. Sax, *The Public Trust Doctrine in Natural Resource Law: Effective Judicial Intervention*, p.489.

90 Ibid., pp.484-485.

共财产，如河流、海岸和空气，由政府为公众的自由利用而信托所有。水、空气等与人类生活密不可分的环境要素不是无主物，而是属于全体国民的财产。国民可以将之委托政府管理，政府应当为全体国民利益管理这些财产，未经同意不得自行处理。⁹¹ 在公共信托理论看来，民众在海域之上享有根据州宪章或习惯而继续享有捕鱼权、对海岸的权利，包括但不限于在海岸垂钓、收集藻类、离开海岸而在大海里游泳和沿海岸通行等。⁹²

公共信托的适用范围经由法院的判例由海域扩展到整个自然资源乃至环境领域。⁹³ 公共信托理论在经由美国法的复兴之后，逐渐称为环境保护领域的一大理论基石，立法者及司法者借由公共信托理论实现私人财产权与环境资源公共保护的理性平衡。⁹⁴ “每一世代都从前代人手中以信托的方式继承自然和文化遗产，然后再为未来世代的信托利益而持有这项遗产。”⁹⁵ 全球资源信托和世代间权利衡平成为现代环境法原则的基石。⁹⁶ 公共信托理论的复兴体现为，公共信托不再仅仅是古老的普通法原则、理论，而是呈现出宪法化的趋势；宪法化表现在立法上体现为两种类型，一是为保护公众通航自由的宪法条文，如密西西比、阿拉巴马、田纳西、明尼苏达、南卡罗来纳以及威斯康辛等州的宪法；二是为公共自然资源提供更广泛保护的宪法条文，如宾西法尼亚、蒙大拿、阿拉斯加、夏威夷、路易斯安那等州的宪法。⁹⁷ 从某种意义上讲，公共信托理论是美国民主宪政思想在其自然资源法领域的折射，这也从某种角度解释了为何公共信托理论最早在美国法中得以复兴。公共信托还为大陆法系的公产（包括公物）理论无法解答的跨区域的自然资源纠纷问题，提供了较为可行的整体方案。⁹⁸ 目前，公共信托理论已为加拿大、巴西、厄瓜多尔等美洲国家，印度、巴基斯坦、菲律宾等亚洲国家，以及南非、尼日利亚、乌干达、肯尼亚等非洲国家的立法

91 Ibid., pp.475.

92 The people shall continue to enjoy and freely exercise all the rights of fishery, and the privilege of the shore, to which they have been heretofore entitled under shore, the gathering of seaweed, leaving the shore to swim in the sea and passage along the shore. See *Constitution of the State of Rhode Island and Providence Plantations*, article I, section 17.

93 参见吕忠梅著：《沟通与协调之途——论公民环境权的民法保护》，中国人民大学出版社2005年版，第76页。

94 See Michael C. Blumm & Thea Schwartz, *Mono Lake and the Evolving Public Trust in Western Water*, 37 Arizona Law Review 1995, p.701.

95 [美]爱蒂丝·布朗·魏伊丝著：《公平地对待未来人类：国际法、共同遗产与世代间衡平》，汪劲等译，法律出版社2000年版，第2页。

96 See William A. Garton, *Ecology and the Police Power*, 16 South Dakota Law Review 1971, pp.261-290.

97 参见王灵波著：《美国自然资源公共信托制度研究》，第27页；另参见侯宇：《美国公共信托理论的形成与发展》，第625页。

98 See Kristen M. Fletcher, *Regional Ocean Governance: the Role of the Public Trust Doctrine*, 16 Duke Environmental Law & Policy Forum 2005, p.187.

所采纳。⁹⁹

威斯康星州最高法院在其判决中写道：“水下土地在衡平法上的所有权属于公众，在法律上的所有权属于州政府。”¹⁰⁰ 公共信托财产之上存在两个所有权，即联邦政府或者州政府享有的普通法意义上的所有权和民众享有的衡平法意义上的所有权。所谓普通法意义上的所有权，是指“一种能证明的、明显的所有权、但却并不必然代表了全部、完整的产权和受益利益的权利……对财产的所有权和占有在表面上是完整的，但对财产并无受益利益，后者可能由他人享有”¹⁰¹。政府作为公共信托的受托人，基于全民的委托而为全体人民之利益行使普通法意义上的所有权，政府既负有管理权利、又负有管理义务，且不得放弃，在处分公共信托财产时必须符合公共利益；民众作为公共信托委托人，享有衡平法意义上的所有权，具体表现为公共地役权。¹⁰²

三、实践立法：海域利用模式的归纳分析

（一）作为不动产的海域

基于对各国海域立法名称的观察，可以得出一个粗浅的结论：在立法表达上，尤其是毗连陆地之海域，往往以本地的土地立法为依托或借鉴，以此为基础，在不同程度上展现海域立法的特殊性。在立法的文本表达上，海域多被称为地产、水下土地等。例如，英国的《皇室地产法》则将潮间带及 12 海里领海直接规定为属皇室所有之地产。与此类似的还包括美国及澳大利亚，其海域立法的名称为《水下土地法》。中国台湾地区的土地采广义概念，在范围上包括水、陆及自然资源；¹⁰³ 土地依用途分为建筑用地、直接生产用地、交通水利用地和其他土地四类，与海域相关的渔地属直接生产用地，港湾、海岸、堤堰属于交通水利用地。¹⁰⁴ 在中国法上，根据《海域使用管理法》，海域包括水面、水体、海床和底土。理论

99 See Michael C. Blumm & Rachel D. Guthrie, *Internationalizing the Public Trust Doctrine: Natural Law and Constitutional and Statutory Approaches to Fulfilling the Saxion Vision*, 45 University of California, Davis 2012, pp.760-807.

100 City of Milwaukee v. State, 214 N. W., 1927, p.380.

101 冉昊：《“相对”的所有权——双重所有权的英美法系视角与大陆法系绝对所有权的结构》，载《环球法律评论》2004 年第 4 期，第 452 页。

102 参见王灵波著：《美国自然资源公共信托制度研究》，第 11 页。

103 详见中国台湾地区土地法第 1 条：本法所称土地，谓水陆及天然富源。

104 详见中国台湾地区土地法第 2 条：土地依其使用，分为下列各类。第一类建筑用地；如住宅、官署、机关、学校、工厂、仓库、公园、娱乐场、会所、祠庙、教堂、城堞、军营、炮台、船埠、码头、飞机基地、坟场等属之。第二类直接生产用地；如农地、林地、渔地、牧地、狩猎地、矿地、盐地、水源地、池塘等属之。第三类交通水利用地；如道路、沟渠、水道、湖泊、港湾、海岸、堤堰等属之。第四类其他土地；如沙漠、雪山等属之。前项各类土地，得再分目。

上认为，尽管海水是可以流动的，但海水不应与海床分开讨论，海床和底土是不能移动的，而海域作为一个立体空间，在整体上具有不可移动性，故海域归属于不动产，¹⁰⁵ 这一点体现在立法上，表现为《不动产登记暂行条例》对不动产范围的列举。¹⁰⁶

（二）海域之上基本排除私人所有权

所谓海域之上基本排除私人所有权，是指在立法例上体现为海域公有，或海域之上不成立所有权：

第一，海域公有。海域公有在大陆法系解读为海域国家所有，国家所有权的性质依托不同的理论，解读为公所有权或者修正的财产权；海域公有在普通法系，通过公共信托制度得以落实，具体表现为不同范围的海域归属不同层级的政府乃至王室。法国《公法人财产总法典》以列举的方式说明了国家所有的海洋公产之范围，包括领海的底土、海岸、与海洋相通的湖泊及其底土、满足公共利益和旅游度假使用的土地以及为了确保航运安全和便利、属于公法人的工程和设施。¹⁰⁷ 德国 1951 年《关于联邦水道财产关系之联邦立法》规定，海水水道所有权归联邦，但基于公共使用的性质排除所有权保全请求权。对于领海及其底土的所有权归属，美国联邦和州之间进行了旷日持久的论争，伴随着 1953 年《水下土地法》和《外大陆架土地法》的出台，联邦政府与州政府的这一分歧得到解决，即州享有自海岸线起 3 海里的水下土地，3 海里之外的水下土地属于联邦所有。1988 年美国将领海宽度扩展至 12 海里，但州享有的水下土地的范围并未随着领海范围的扩展而扩展，沿岸州仍只享有领海 3 海里的水下土地所有权，领海 3 海里以外及大陆架的底土及资源所有权均属联邦政府。¹⁰⁸ 区别于美国联邦政府与州政府分享海域的所有权，在英国，根据 1961 年《皇室地产法》，潮间带和 12 海里领海属皇室地产。

第二，海域不是所有权的客体，即海域之上不存在所有权。日本学者美浓部达吉认为：“海及河川等不是私有财产的目的物，无论何人亦不能主张海或河川的所有权。但那不是无

105 参见尹田主编：《中国海域物权制度研究》，中国法制出版社 2004 年版，第 46 页。另见刘保玉著：《物权体系论》，人民法院出版社 2004 年版，第 207 页。

106 详见《中华人民共和国不动产登记暂行条例》第 2 条第 2 款：本条例所称不动产，是指土地、海域以及房屋、林木等定着物。当然，也有学者认为，《海域使用管理法》之海域定义，是基于主权国家对领土的管理和统治，是对国际法领海、内水之规定的国内法转述，而不是对民法上物的概念的延伸和扩张。将《海域使用管理法》之海域定义引入民法体系，会割裂海域和陆域的一体性、造成二者对立。民法上的海域应当视为土地的当然附属。参见彭诚信、钟建华：《海域的民法界定及其权利归属》，载《社会科学战线》2011 年第 9 期，第 173、175 页。

107 参见蔡守秋、鲁冰倩：《析法国行政法中的公产与公众共享物》，载《宁夏社会科学》2015 年第 6 期，第 38 页。

108 参见夏立平、苏平：《美国海洋管理制度研究——兼析奥巴马政府的海洋政策》，载《美国研究》2011 年第 4 期，第 81 页。

主之物，谁亦不能用先占的方式而取得之。因为那是在国家公的支配权之下的东西，除有国家的特别许可者外，是不管何人都不能适法地去占有的。但国家支配海及河川，并不是为了国家之经济的利益，所以不能视为私法上的权利。那无疑是属于公法的。如果把物之包括的排他的支配称为所有权，则国家对海及河川所具有的支配权亦可称为公法上的所有权或公有权。……支配权的作用是以公法的行为——例如公有水面填筑之特许、渔业特许、船舶通航之禁止或许可等——而表现的。”¹⁰⁹ 日本最高裁判所在其 1986 年 12 月 16 日的判决中指出：“海洋自古以来以其自然状态供一般民众共同使用的公共资源，由国家依法统一支配管理，不允许任何特定个人进行排他性支配，因此在原始状态下，不应视为所有权客体的土地。但是，除了人类无法支配的深海以外，海洋从性质上将并非完全不能成为私法上所有权之客体。国家可以通过行政行为区划出特定的范围，使之与其他海面区分开来从而可以进行排他性支配，废止其公用性而归属于私人所有。是否选择这种做法，是一国的立法政策之选择，……而纵观现行法，还没有相关法律允许将海洋的一定范围划为私人所有。”¹¹⁰

海域之上“基本”排除私人所有权，意味着海域的归属以此为常态，但存在例外：根据瑞典相关海域立法，从海岸线起向海延伸 300 米是私人沿岸陆地拥有者的私人海域。¹¹¹ 尽管在瑞典，私人可享有所有权的海域，其宽度范围只有 300 米，但面积的狭小并不影响其成为例外之定性。

（三）经由许可的有偿排他利用

英国《皇室地产法》规定，使用作为皇室地产的海域，诸如建造港口、码头、栈桥、管道，围填海，开采海底矿砂以及水产养殖等，必须获得皇室地产委员会的许可，由其颁发使用证，并须缴纳“地租”。¹¹² 此外，英国的《海岸保护法》亦规定，为保护沿海海岸计，任何因开展与海域相关工程而受益之主体，均有义务向当局缴交费用。¹¹³ 在美国，以 3 海里为界，《水下土地法》和《外大陆架土地法》将水下土地及自然资源的所有权分别划归州政府和联邦政府，政府作为所有权人可以通过招标或出租的方式与承租人订立水下土地承租合同。¹¹⁴

109 [日] 美浓部达吉著：《公法与私法》，黄冯明译，中国政法大学出版社 2003 年版，第 78-79 页。

110 最高裁判所第三小法廷：土地灭失登记处分取消 昭和 55(行ツ)147 昭和 61 年 12 月 16 日，第 3-4 页，载日本裁判所网站，网址：http://www.courts.go.jp/app/files/hanrei_jp/661/052661_hanrei.pdf，访问时间：2021 年 12 月 20 日。

111 崔凤友：《海域使用权制度之研究》，中国海洋大学 2004 年博士学位论文，第 23 页。

112 See *Crown Estate Act*, 1961, article 1,3,4 & 6.

113 See *Coast Protection Act*, 1949, article 7.

114 See *Submerged Lands Act of 1953*, §1301 & §1314. And see *Outer Continental Shelf Lands Act of 1953*, §1334.

此后,美国在《海岸带管理法》中明确了海域使用的一致性原则。¹¹⁵ 法国在《公法人财产法典》中规定,任何打算在海域公产之上建立的建筑或安装项目都需要符合公共利益并事先获得国家授权,且会产生费用的支付;该授权始终是临时的,不稳定的且可随时撤销的;由于自然海域公产不具有接收永久性建筑物或设施的权利,因此必须在国家授权期满后将被占用的附属建筑物恢复为自然状态。¹¹⁶ 日本在《公有水面填埋法》中规定,任何将海域填埋为陆地的行为都必须事先获得都道府县知事的许可。¹¹⁷ 此后颁布的《海岸法》规定,非海岸管理者在海岸保护区内进行某些海域使用活动必须要获得海岸管理者许可,且缴纳占用费或开采费。¹¹⁸ 韩国的《公有水面管理法》详细规定了公有水面使用权的许可、费用、权利义务转让等,¹¹⁹ 且不少条款为中国的《海域使用管理法》所借鉴。¹²⁰

关于海域之上的排他利用,由政府通过许可的方式配置稀缺资源,已经成为世界各国的普遍经验和主流做法。值得一提的是,中国法创设的海域使用权这一用益物权制度。2001年中国颁布了《海域使用管理法》,根据该法,海域属于国家所有,国务院代表国家行使海域所有权;单位和个人使用海域,必须依法取得海域使用权;国家实行海域有偿使用制度;¹²¹ 不同用途的海域使用权,其权利期限也有所区别。¹²² 《海域使用管理法》在相当的程度上借鉴了土地物权制度,基础性地构建起海域使用的制度框架。¹²³ 海域使用权的性质为何?诸如海域使用权是公权还是私权、是准物权还是用益物权等问题¹²⁴,引发了相当程度的学术探讨。这些学术探讨推动2007年《物权法》“在世界范围内第一次以民事基本法

115 See *Coastal Zone Management Act of 1972*, 16 U.S.C. § 1455. Administrative Grants (Section 306), 16 U.S.C. § 1456. Coordination and Cooperation (Section 307) & 16 U.S.C. §1456a. Coastal Zone Management Fund (Section 308).

116 See *Principes de Gestion du Domaine Public Maritime*, Ministère de la Transition Écologique et Solidaire website, Retrieved Feb. 5, 2019, from : <https://www.ecologique-solidaire.gouv.fr/domaine-public-maritime-naturel#e1>.

117 参见国家海洋局海域管理司编:《国外海洋管理法规选编》(上),海洋出版社2001年版,第195页。

118 参见前注,第171页。

119 参见卞耀武等著:《海域使用管理法释义》,第81-82页。

120 参见崔凤友:《海域使用权制度之研究》,第22页。

121 详见《海域使用管理法》第3、33条。

122 同前注第25条:海域使用权最高期限,按照下列用途确定:1. 养殖用海15年;2. 拆船用海20年;3. 旅游、娱乐用海25年;4. 盐业、矿业用海30年;5. 公益事业用海40年;6. 港口、修造船厂等建设工程用海50年。

123 参见尹田主编:《中国海域物权制度研究》,第16页。

124 详见崔建远:《海域使用权制度及其反思》载《政法论坛》2004年第6期,第55-64页;尹田:《海域物权的法律思考》载《河南省政法管理干部学院学报》2005年第1期,第129-155页;税兵:《海域使用权制度价值浅析》,载《中国海洋大学学报(社会科学版)》2005年第2期,第6-9页。

的形式”¹²⁵ 确立了海域物权制度。当然对于海域使用权性质的争议也使得海域使用权在《物权法》中仅体现为第 112 条这一个条文。¹²⁶ 甚至在《物权法》以海域使用权规定于用益物权之一般规定部分的体例安排、来明确海域使用权之用益物权性质以后，关于海域使用权性质的探讨也并未结束。¹²⁷ 最新颁布的《民法典》继续保留了物权法的立法模式，在物权编用益物权部分用一个法律条文规范了海域使用权。¹²⁸

四、余论

托克维尔在《论美国的民主》中写道：“我们把视野转向美国，并不是为了亦步亦趋地仿效他所建立的制度，而是为了更好地学习适用于我们的东西；更不是为了照搬它的教育之类的制度，我们所要引以为鉴的是其法制的原则，而非其法制的细节。”¹²⁹ 各国对海域的认识有差异、也有类似，无论何种模式，“都不过是一种理念供立法之时加以参考”¹³⁰。基于特殊历史原因衍生出的“习惯管理水域”使得澳门相关海域立法迟迟无法推进，进而导致现行的海域立法分布零散、偏向技术性规范，且“很大程度上已变得不合时宜”¹³¹。2018 年《海域管理纲要法》的出台，纲领性地构建起澳门海域法律的制度框架，使得澳门海域立法呈现出“原则初俱、规则待补”的发展趋势。因此，比较法视域的研究并不是简单的理论及立法文本之列举，而是基于澳门海域立法的特殊现状，从理论学说和实践立法两个层面进行系统的梳理总结，以期他山之石对澳门未来的海域立法有所借鉴与裨益。

在理论学说层面，对海域的认识，滥觞于罗马法上的共享物，即作为共享物的海域，面向公众开放使用，不归任何个人所有。此后，对海域的认知区分大陆法系和普通法系两条不同的发展进路。大陆法系的理论以法国法一元论之公所有权的公产理论和德国法二元论之修正的私有财产权的公物理论为代表。澳门法律继受深受法国法公产理论影响的葡萄牙法律，在立法中采公产一元论立场。普通法系则以公共信托理论为代表，认为就与人类生存发展息息相关的自然资源而言，每个人都得以为自身生存需要而自由使用这些资源，每个人都是资源的所有者。这种公共所有的权利状态在政府成立后，人们基于对其的信任，而将这些资源委托与政府管理。尽管自罗马法以降，大陆法系和普通法系就海域利用演进

125 税兵著：《超越民法的民法解释学》，北京大学出版社 2018 年版，第 207 页。

126 详见《物权法》第 112 条：依法取得的海域使用权受法律保护。

127 详见王利明：《试论〈物权法〉中海域使用权的性质和特点》，载《社会科学研究》2008 年第 4 期，第 94-100 页。

128 详见《民法典》第 328 条：依法取得的海域使用权受法律保护。就海域使用权的相关规定，《民法典》在其物权编中完全继承了《物权法》的体例安排和条文内容。

129 [法]托克维尔著：《论美国的民主》（上册），董果良译，商务印书馆 2009 年版，第 3 页。

130 [日]大桥洋一著：《行政法学的结构性变革》，第 193 页。

131 澳门立法会第二常设委员会：《第 1/VI/2018 号意见书》，第 12 页。

出公产理论和公共信托理论这两条看似截然不同的理论进路，但二者在划定公共利益和私人利益的界限及利益冲突的平衡上又呈现出异曲同工的价值取向，都是以自然资源为介质界定个人与国家（政府）之间的关系。¹³² 无论是公产理论还是公共信托理论，其理论对象之上因为公共利益、共同福利而产生公权力的介入，私人财产权在其之上的客观表达受到限制，即海域等自然资源之上所承载的利益，既不是纯粹的公共利益、也不是纯粹的私人利益，而是并存着这两种利益。¹³³ 特别是在海域、海洋的概念区分之下，随着科学技术进步而带来的对海洋利用能力的提升，海域的经济价值日益凸显，由此产生的私法权利也日趋显现，即海域之上的权利构造表现为公共地役权和私人财产权的并存。¹³⁴ 公共地役权具有控制所有权¹³⁵的性质，由政府为保证公共利益而控制资源；私人财产权则应在符合公共用途的范围内得以实现，基于所承载的公共利益有所不同，而受到不同程度的挤压，在某种意义上是一种剩余财产权¹³⁶。

在实践立法层面，海域的相关立法呈现出以下特点：第一，客体识别。海域视为不动产，适用不动产的相关法律规则，甚至将之视为土地处理，基本借鉴或准用土地的相关法律制度。第二，权利归属。海域之上基本排除私人所有权，即要么海域公有，要么海域之上不成立所有权。第三，海域的排他利用需得到许可并支付对价，且受到公共利益之限制。在中国，海域的排他利用更进一步，依托《宪法》《海域使用管理法》《民法典·物权编》构建出了海域使用权这一新型的用益物权制度。第四，通过海域管理和保护来保障和限制海域的利用，具体表现为：在海域管理层面，呈现出从分散到集中的部门统筹与陆海统筹；在海域保护层面，呈现出国际法与国内法相互影响的发展趋势。

区别于先验存在的土地，人类对海域的认识是基于特定的历史发展条件而不断加深的，从完全的自由到有限度的自由，从传统基于捕鱼、航行的公共利用到在不损害公共利益的

132 参见朴勤：《公共信托、国家所有权与自然资源保护：美国经验与中国发展》，载《科学社会主义》2013年第6期，第153页。

133 如何理解海域之上所承载着复杂的公共利益和个人利益？在这一点上，可以借助庞德的理论进路来加以理解。庞德为我们提供了一种解读路径：庞德认为，利益先于并不依赖于法律而存在，法律秩序和制度所保护之利益可分为个人利益、公共利益和社会利益，法律的任务在于确认何种利益被认可与保护、以及应在何种范围内进行。个人利益是指，直接包含在个人生活中并以此种名义提出的要求、需要或愿望，包括人格的利益、家庭关系方面的利益和物质利益；公共利益是指，指包含在政治组织社会生活中并基于其地位而提出的要求、需要或愿望；社会利益是指，包含在文明社会生活中并基于其地位而提出的要求、需要或愿望，包括社会组织安全、保护一般社会资源（包括自然资源）等。See Poscoe Pound, *A Survey of Social Interests*, 1 Harvard Law Review 1943, p37.

134 参见肖泽晟著：《公物法研究》，第125页。

135 参见[美]克里斯特曼著：《财产的神话——走向平等主义的所有权理论》，张绍宗译，广西师范大学出版社2004年版，第297页。

136 参见肖泽晟著：《公物法研究》，第129页。

前提下许可排他利用。现时澳门的海域立法看似门类齐全、自成体系，但实行的效果受制于澳门水域的客观条件，有些内容徒有其表，空有其法，少见实施。¹³⁷ 澳门特别行政区经由国务院令 665 号获得毗连海域之管辖权，这成为澳门未来完善相关海域立法的前提条件。¹³⁸ 在此基础上，经由比较法维度之系统梳理所总结出的海域利用共识，寄望为澳门未来的海域利用提供具有普适意义的立法进路。

137 参见许昌：《论澳门水域法律性质的调整及管理制度的相应变化》，第 49 页。

138 参见吴宏岐：《澳门海洋文化形成与发展的地理环境》，载《南国学术》2019 年第 1 期，第 35 页。