

Study on the Legal System on Commercial Development of Uninhabited Islands in China

Qi Shao

Zhejiang Capital Equity (Zhoushan) Law Firm, Zhoushan Zhejiang
Email: shaoqi@celg.cn

Received: Mar. 15th, 2016; accepted: Mar. 30th, 2016; published: Apr. 7th, 2016

Copyright © 2016 by author and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

Abstract

The topic of commercial development of uninhabited islands was heating up with the Island Protection Law of People's Republic of China enacted. However, as the Island Protection Law and relevant administrative regulations have not put into practice for a long time, the legal regulations are far away from perfect, which lead to some difficulties in understanding and operation. This paper tries to clarify the concrete steps on the commercial development of uninhabited islands and provide some reference for the practice by combing out and interpreting the existing legislation, and combining the relevant expositions on legal system of the concept, ownership and the use of uninhabited islands. This paper contains six chapters, Chapter 2 "Overview of Uninhabited Island" clarifies the basic concept and legal features of uninhabited island, and introduces the geographical information of the distribution of the uninhabited islands in China; Chapter 3 "Establishment and Development of Uninhabited Island Legal System" mainly addresses the sources of law of the ownership and use right of uninhabited island, and introduces the development of Chinese legal system and foreign legislation of uninhabited island; Chapter 4 "Analysis of the State of the Legislation on Commercial Development of Uninhabited Islands in China" systematically introduces legal system on the development method of uninhabited islands, acquisition of use right on commercial development, management of activities of commercial development and transference of use right of uninhabited islands by analyzing the laws and regulations of uninhabited islands in China, in order to provide legal guidance for relevant participants when they commercially develop uninhabited islands; Chapter 5 "Improvement of Legal System on Commercial Development of Uninhabited Islands in China" makes recommendations on the system which should be improved urgently by centering on ambiguity, incomplete and unpractical legal system on uninhabited islands.

Keywords

Uninhabited Islands, Right of Use, Commercial Development and Use

我国无居民海岛经营性开发法律制度研究

邵琦

浙江京衡(舟山)律师事务所, 浙江 舟山

Email: shaoqi@celg.cn

收稿日期: 2016年3月15日; 录用日期: 2016年3月30日; 发布日期: 2016年4月7日

摘要

随着《中华人民共和国海岛保护法》颁布, 关于无居民海岛的经营性开发利用的话题逐渐升温。但由于《海岛保护法》以及关于无居民海岛开发利用的一些行政规章实施时间较短, 还存在配套不齐全、规定不完善、体系不严密等诸多问题, 造成理解和操作上的障碍。本文试图通过对现有的无居民海岛法律规范的梳理和解读, 并结合对无居民海岛的概念、所有权和使用权等相关法律制度的论述, 厘清无居民海岛经营性开发利用的相关内容和具体步骤, 为无居民海岛的开发利用的实务提供一些借鉴。本文共由六章组成, 第二章“无居民海岛概述”, 主要是明确无居民海岛的基本概念和法律特征, 介绍我国无居民海岛分布的相关地理信息; 第三章“我国和国外无居民海岛法律制度介绍”, 从我国建国以来关于无居民海岛的立法情况, 概括我国无居民海岛法制建设发展的几个阶段, 同时对其他国家和地区无居民海岛法律制度进行了简单介绍, 扩展对无居民海岛法律制度的认知视野, 为我国无居民海岛的法制建设理论和实践提供借鉴; 第四章“我国无居民海岛经营性开发立法现状分析”, 阐述我国无居民海岛所有权、使用权制度的法律渊源, 并通过对我国当前涉及无居民海岛法律规范的解读, 对无居民海岛开发利用的方式、经营性开发使用权的取得、经营性开发活动的管理以及使用权的流转等法律制度进行系统的介绍, 旨在为相关主体参与无居民海岛经营性开发提供法律指导; 第五章“我国无居民海岛经营性开发法律制度的完善”, 主要是针对我国关于无居民海岛相关法律规定不明确、配套不齐全、操作性不强的现状, 对亟待完善的一些制度, 提出建设性的意见。

关键词

无居民海岛, 使用权, 经营性开发利用

1. 引言

随着《中华人民共和国海岛保护法》的颁布和一系列与之配套的规范性文件出台, 面对土地资源日益稀缺、成本居高不下的现实, 社会对于无居民海岛的开发利用的关注度越来越高。

然而我们不得不面对的另一个现实是, 尽管《无居民海岛保护与利用管理规定》制定已有十年, 但由于理论研究的滞后, 关于无居民使用权的性质、取得的方式和程序、使用权的流转及限制等一些基本的法律概念和法律属性尚不明确, 对于无居民海岛开发利用的实践仍举步维艰。因此, 有必要从理论和实务操作两个角度对无居民海岛开发利用过程中涉及的相关法律问题进行深入的和阐述。

2. 无居民海岛概述

根据 1995 年我国海岛资源综合调查统计结果,我国拥有面积在 500 平方米以上的海岛 7372 个,面积在 500 平方米以下的海岛和岩礁近万个,海岛陆域总面积近 8 万平方千米,海岛岸线总长 14,000 多千米。按海区分布统计,渤海区内海岛数量占总数的 4%,黄海区占 5%,东海区占 66%,南海区占 25%。按离岸距离统计,距大陆岸线 10 千米之内的海岛数量占总数的 70%,10~100 千米的占 27%,100 千米之外的占 3% [1]。

2.1. 无居民海岛的定义和特征

依照《中华人民共和国海岛保护法》的规定,海岛“是指四面环海水并在高潮时高于水面的自然形成的陆地区域”,而“无居民海岛是指不属于居民户籍管理的住址登记地的海岛”¹。因此,海岛上有无户籍登记是划分有居民海岛和无居民海岛的标准。在我国近两万个岛屿中,有人居住的岛屿有 400 多个(不含港、澳、台地区),其余均为无居民海岛。

根据我国无居民海岛的分布、资源和环境等因素,我国无居民海岛具有以下特征:

1) 陆域面积较小

我国无居民海岛的面积普遍较小,在我国近万个陆域面积小于 500 平方米的海岛,因不具备居住条件,都是无居民海岛。而在面积大于 500 平方米的 7300 多个岛屿中,除了 400 多个较大的海岛是有人居住的,大部分也是面积不足 1 平方千米的无居民海岛。

2) 自然资源贫乏

尽管无居民海岛的自然资源类型通常包括海岛上土地、森林、河流、矿产海域、滩涂、岸线等资源,但由于无居民海岛大都面积较小,所以与有居民海岛相比,其资源比较贫乏。

3) 生态环境脆弱

由于无居民海岛与大陆隔离,面积狭小,地理结构简单,物种来源稀少,一方面,表现在物种单一,环境稳定性差,易遭受损害;另一方面,无居民海岛与周边海域的生态系统融为一体,成为周边海域整个生态系统的有机组成部分[2]。

2.2. 我国无居民海岛的价值

无居民海岛不但是国土面积的组成部分,而且其独特的地理位置,兼具海洋和陆地的自然资源,构成了无居民海岛重要的经济、历史、科研、生态、军事和政治价值。

1) 经济价值

无居民海岛拥有的土地、森林、河流、矿产、滩涂、岸线等自然资源,均是可以直接利用的资源,海岛及周边海域海还可能蕴藏着丰富的渔业、矿产和旅游资源。而以无居民海岛为基地,可以延伸相关海洋产业的开发半径,为远海海洋资源开发创造有利条件。

2) 历史文化价值

有些无居民海岛并非从来都是荒芜之地,保留了人类生活、抵抗外族入侵、名人政要到访等人文古迹和历史遗存,具有一定的历史文化价值。

3) 生态科研价值

无居民海岛由于与大陆隔离,人迹罕至,这种相对封闭的自然环境,使得有些稀有的或濒临灭绝的动植物物种得以保留;有些无居民海岛地质成因和地质构造独特,地貌景观丰富。因此,无居民海岛往往具有重要的生态保护和科研价值。

¹ 《中华人民共和国海岛保护法》第 2 条、第 57 条。

4) 政治军事价值

我国有些无居民海岛，是我国领海的基点，一个无居民海岛的主权归属有时可以决定这个海岛周围 200 海里为半径的海域主权归属，有些无居民海岛是国防军事要地，是国家安全的重要屏障，具有及其重要的政治军事价值。

3. 我国和国外的无居民海岛法律制度介绍

3.1. 我国无居民海岛法律制度的建设进程

关于我国无居民海岛法律制度形成和发展的进程大致可分为三个阶段。

1) 《无居民海岛保护与利用管理规定》实施之前

我国在 1958 年 9 月颁布了《关于领海的声明领海及毗连区法》、1998 年 6 月颁布了《专属经济区和大陆架法》，这两部法律主要是有关海洋权益的规定，在此期间，关于海岛环境保护及开发利用没有专项立法，只是在《中华人民共和国海洋环境保护法》、《海洋自然保护区管理办法》、《自然保护区条例》等法律、法规中有所涉及。这一阶段我国对无居民海岛的保护和开发利用基本处于无法可依的状态，管理混乱，开发无序。

2) 《海岛保护法》实施之前

随着 2003 年 7 月 1 日国家海洋局、民政部和总参谋部联合制定的《无居民海岛保护与利用管理规定》的实施，我国有了第一部专门调整无居民海岛的保护和开发利用的法律规范。但是，作为一个部门规章，立法层级较低，其效力带有明显的局限性，无法对无居民海岛的开发利用进行有效管理。

3) 《海岛保护法》实施之后

《中华人民共和国海岛保护法》于 2010 年 3 月 1 日起正式施行，这是我国首次通过立法加强海岛管理。根据《海岛保护法》的授权，国家海洋局陆续出台了《无居民海岛使用金征收使用管理办法》、《无居民海岛使用权证书管理办法》、《无居民海岛使用申请审批试行办法》、《无居民海岛使用权登记办法》和《关于在无居民海岛周边海域开展围填海活动有关问题的通知》等部门规章和规范性文件，与《海岛保护法》配套，此外，各省还陆续制定了一些地方性法规和规章，如《山东省无居民海岛使用金征收使用管理办法》、《浙江省无居民海岛使用金征收使用管理办法》和《厦门市无居民海岛保护与利用管理办法》等。从此，无居民海岛的保护和开发利用进入了一个有法可依、有章可循的新阶段。

2011 年 11 月 11 号，我国首次对位于浙江象山县的无居民海岛——大羊屿采用公开拍卖的方式出让 50 年使用权，这对《海岛保护法》的实施具有标志性的意义。

3.2. 其他国家和地区无居民海岛法律制度介绍

日本颁布的涉及无居民海岛的法律有《日本奄美群岛振兴开发特别措施法》、《日本小笠原群岛振兴开发特别措施法》、《日本孤岛振兴法实施令》和《日本孤岛振兴法》等。目前日本的无居民海岛大多因为面积、交通等原因被规划为森林、公园或原始自然保护区[3]。

韩国制定了《岛屿开发促进条例》、《国家岛屿发展规划》和《韩国岛屿开发促进法》等，对无居民岛屿的开发利用活动进行规范。韩国的海洋水产部负责国内无居民海岛的开发利用和环境保护。

美国没有针对无居民海岛开发、利用和保护的专门法律，关于无居民海岛法律制度的相关规范散见于涉海和环保法律。对于那些生态情况比较特殊的岛屿，专门制定相应的保护管理法规，如得克萨斯州《山姆洛克岛管理计划》(Shamrock Island Management)、佛罗里达州《威顿岛保护方案》(Weedon Island Preserve)等。

澳大利亚大陆周边拥有众多的岛屿，为保护其丰富的岛礁资源，实现人与环境的和谐共存，澳大利

亚十分重视无居民海岛环境保护和生态系统平衡，并以此作为其制定法律的宗旨。多年来澳大利亚通过单行立法形式，将需要保护的单个或特定的无居民海岛划定为自然保护区或国家公园，进行保护。在日常管理过程中，充分利用民间组织的力量，协助政府对无居民海岛进行保护。

而我国的香港特别行政区，它是由大屿山岛、香港岛等 200 余个大小岛屿聚合而成的岛群。与我国浙江、山东、福建、广东、海南等海岛大省具有很多共性，因此，香港特别行政区对无居民海岛的保护、利用经验非常值得我们借鉴。依照《香港特别行政区基本法》的规定，香港行政区内的无居民海岛资源属于国家所有。香港的海岛土地利用与海岛环境保护分属不同的政府部门管理。特区政府下设的房屋与规划地政局负责土地、资源的管理、保护、分配、利用，环境保护署统一负责涉及环境保护的相关事务。对于无居民海岛，香港政府认为此类岛屿面积、交通等因自然条件限制，不宜进行商业性开发，而是规划以公园和自然保护区为主，积极致力于人类、海岛、海洋间经济、环境的和谐共存[4]。

4. 我国无居民海岛经营性开发立法现状分析

由于我国对无居民海岛的立法起步较晚，理论研究和实践均不够丰富，目前，我国《海岛保护法》及其配套法律规范对于无居民海岛经营开发利用已经有了一套基本的制度，但基本的法律概念和具体的内容、措施，亟待进一步梳理和明确。

4.1. 无居民海岛的所有权和使用权

研究无居民海岛开发利用的相关法律制度，首先应当明确无居民海岛的所有权、使用权的法律属性，以及所有权和使用权分离等基础法律理论。

1) 我国无居民海岛的所有权和使用权的法律渊源

《海岛保护法》和《无居民海岛保护与利用管理规定》均明确规定，无居民海岛属国家所有。这一法律规定的渊源是基于我国《宪法》的规定，我国《宪法》第九条规定：“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；由法律规定属于集体所有的森林和山岭、草原、荒地、滩涂除外。”我国《物权法》第四十五条规定：“法律规定属于国家所有的财产，属于国家所有即全民所有。”

根据民法学理论，所有权包含占有、使用、收益和处分四项权能。因而，国家依法对无居民海岛享有占有、使用、收益和处分等权利。无居民海岛使用权是指非所有者依法占有、使用和收益的权利。其作为自然资源法体系中的一项权利，也可以通俗地称之为“开发权”，它具有土地使用权、采矿权、海域使用权等自然资源权利的共性[5]。非所有权人取得无居民海岛的使用权后，便拥有了对无居民海岛进行开发利用的权利，这种权利具备以下法律特征：

- ① 它是在国家财产所有权中分离出来的一项权能，它是一种“他物权”；
- ② 它只包含了所有权的一部分权能，同时，权利人在行使权利时要受到一定的限制；
- ③ 它是一项独立的物权一旦取得便独立于所有权而存在，享有对财产的直接支配权和排他权，并有权对抗第三人(包括所有权人)；
- ④ 它具有与不动产权利和自然资源权利的普遍特性。

然而，对无居民海岛经营性的开发利用，是以整体无居民海岛资源作为客体，这些资源包括岛上的土地、水流、森林、地下矿藏以及岛周围海岸线、滩涂、海域，等等，它可能是某项单一的权利，如土地使用权，也可能是几项、甚至诸多的权利，如同时存在林业权、海域使用权、淡水资源使用权、采矿权和渔业权等。这些权利的原始权属都归于所有权人——国家，但根据物权法理论，用益物权大都是以个人所有权为基点，其价值在于平衡个人所有和用益物权人的利益[6]。无居民海岛的特殊之处在于它独

特的属性和价值定位，既要保护使用权人的利益，同时也要兼顾到国家经济利益、国防利益和环境、生态保护等公共利益，其使用权的取得与变动不是按照民法典或物权法所规定的物权变动的一般方式，而是按照行政法或民事特别法的要求进行的。

2) 无居民海岛使用权性质的特殊性

自罗马法以降，民法学家普遍遵循物权法定原则，认为物权的种类、内容必须由民法典或者其他民事普通法作出明文规定。《中华人民共和国物权法》对土地承包经营权、建设用地使用权、宅基地使用权和地役权四类用益物权都以单独一章加以规定，而对于海域使用权、探矿权、采矿权、取水权、水域、滩涂从事养殖、捕捞的权利等在用益物权的“一般规定”进行了规定，但并未涉及无居民海岛的使用权。因此，关于无居民海岛的使用权是否属于用益物权，在理论界存在较大的分歧。但是，根据《物权法》对用益物权给出的定义：“用益物权人对他人所有的不动产或者动产，依法享有占有、使用和收益的权利”²，我们不妨将无居民海岛的使用权视作是国家为实现自然资源充分利用而形成的一种“特殊”的用益物权。

3) 无居民海岛使用权的范围

无居民海岛作为一种自然资源，法律已经明确规定其所有权属于国家，无居民海岛使用权本质上就是国家将自然资源所有权的部分权能让渡给非所有权人，由使用权人行使，符合财产所有权权能分离的特征。如前所述，由于无居民海岛的特殊性，决定了其使用权涵盖了多种自然资源使用权，主要包括：

① 土地使用权

《海岛保护法》沿用了《联合国海洋法公约》关于海岛的定义，即“海岛是指四面环海水并在高潮时高于水面的自然形成的陆地区域”，既然存在陆地区域就必然存在土地。因此，无居民海岛使用权毫无疑问包含了岛上土地使用权。但无居民海岛的土地使用权又明显不同于有居民海岛和一般大陆的土地使用权，其权利的行使存在诸多制约。例如根据《海岛保护法》的相关规定：a) 在无居民海岛建造建筑物或者设施，应当按照可利用无居民海岛保护和利用规划限制建筑物、设施的建设总量、高度以及与海岸线的距离；b) 临时性利用无居民海岛的，不得在所利用的海岛建造永久性建筑物或者设施；c) 无居民海岛及其周边海域不得建造居民定居场所；d) 无居民海岛及其周边海域不得从事生产性养殖活动，已经存在生产性养殖活动的，应当确定相应的污染防治措施³。

② 海岸线和海域使用权

由于四周环海，无居民海岛便与海域紧密相连，陆地与海域的分界即为海岸线。近年来，海岸线和海域作为海洋资源重要的组成部分，其生态、经济价值日益得到重视，特别是深水岸线，是建设涉海大型项目的宝贵资源。

无居民海岛使用权的权利范围肯定也包括了岛屿四周的海岸线和岛屿周围一定区域的海域使用权。我国《海域使用管理法》明确“海域属于国家所有，国务院代表国家行使所有权”。同时确立了海域许可使用制度，规定“单位和个人使用海域，必须依法取得海域使用权”。2012年9月，国家海洋局发出的《关于在无居民海岛周边海域开展围填海活动有关问题的通知》，专门对无居民海岛周边海域围填海活动作了具体规定。

③ 矿业权

矿业权由探矿权和采矿权两部分组成，根据我国《矿产资源法》第三条规定：“矿产资源属于国家所有，由国务院行使国家对矿产资源的所有权。地表或者地下的矿产资源的国家所有权，不因其所依附的土地的所有权或者使用权的不同而改变”，“勘查、开采矿产资源，必须依法分别申请、经批准取得

² 《中华人民共和国物权法》第117条。

³ 《中华人民共和国海岛保护法》第32条、第34条、第35条。

探矿权、采矿权，并办理登记”。毫无疑问，无居民海岛的矿产资源属于无居民海岛所有权的组成部分，属国家所有。尽管大陆上的矿业权是一项独立的权利，但无居民海岛使用权与所有权分离后，其蕴藏的矿产资源矿业权不可能单独分离，特别是无居民海岛的使用权人对该海岛的开发利用必须涉及矿产资源开采时，矿业权同时由使用人享有。

然而，矿产资源是一种不可再生资源，且探矿和采矿活动对自然环境影响较大，因此，对无居民海岛探矿权和采矿权应当进行必要的限制。

④ 林权

林权包括林地使用权、林木使用权和林木开采权。我国《森林法》第三条规定：“森林资源属于国家所有，由法律规定属于集体所有的除外”；第十五条规定，用材林、经济林、薪炭林的林木使用权及其林地使用权可依法转让；第三十二条规定，采伐林木必须申请采伐许可证，按许可证的规定进行采伐。对于拥有一定林木资源的无居民海岛，如其拥有的林木、林地性质属于《森林法》第十五条规定范围，则林权应属于无居民海岛使用权的组成部分，归属于使用人。

⑤ 水域(淡水资源)和滩涂使用权

我国《水法》第三条规定：“水资源属于国家所有。水资源的所有权由国务院代表国家行使”。第四十八条规定：“直接从江河、湖泊或者地下取用资源的单位和个人，应当按照国家取水许可制度和水资源有偿使用制度的规定，向水行政主管部门或者流域管理机构申请领取取水许可证，并缴纳水资源费，取得取水权。但是，家庭生活和零星散养、圈养畜禽饮用等少量取水的除外”。而关于滩涂资源的开发利用，我国《土地管理法》、《渔业法》都作了相应规定，早在1988年，国家土地管理局、国家海洋局发布的《关于加强滩涂资源管理工作的通知》，对合理开发滩涂资源作出了原则性规定。因此，无居民海岛使用人开发利用无居民海岛上的水资源和滩涂资源，具有明确的法律依据。

4.2. 无居民海岛使用权运用的方式

尽管《无居民海岛保护与利用管理规定》对无居民海岛经营性开发利用有所涉及，但规定不明确、不完善，也缺乏操作性。《海岛保护法》颁布后，明确了“经批准开发利用无居民海岛的，应当依法缴纳使用金。但是，因国防、公务、教学、防灾减灾、非经营性公用基础设施建设和基础测绘、气象观测等公益事业使用无居民海岛的除外”。这是我国首次以法律形式对无居民海岛的用途予以分类。2010年6月财政部和国家海洋局颁布的《无居民海岛使用金征收使用管理办法》和2011年4月国家海洋局颁布的《无居民海岛使用申请审批试行办法》，进一步对旅游、娱乐、工业等经营性用岛的使用权出让方式和国防、公务、教学、防灾减灾等非经营性用岛的范围作了规定，并十分详尽地对无居民海岛用岛类型界定为填海连岛用岛、土石开采用岛、房屋建设用岛、仓储建筑用岛、港口码头用岛、工业建设用岛、基础设施用岛、观光旅游用岛等十五类。

据此，我们可以把无居民海岛的开发利用区分为经营性和非经营性两大类，经营性的开发利用是指用于以盈利为目的的各类经济活动；而非经营性的开发利用泛指用于国防、公务、教学、防灾减灾、非经营性公用基础设施建设和基础测绘、气象观测等公益事业等用途。

4.3. 无居民海岛使用权的取得

根据《海岛保护法》、《无居民海岛保护与利用管理规定》的规定，单位和个人可依法申请对无居民海岛进行经营性开发利用。申请人作为非所有人，其对无居民海岛开发利用的前提是取得无居民海岛的使用权。然而，国家作为无居民海岛的所有权人将无居民海岛所有权的权能之一——使用权让渡给申请人，应当通过法定方式和法定程序才能完成。

1) 使用权取得的程序

世界各国对于无居民海岛的使用权大都采取租赁方式。据了解，美国对无居民海岛使用权普遍采用租赁方式；英国的无居民海岛所有权归皇室所有，但皇室可以将海岛出租给个人获得收益；澳大利亚和新加坡，对无居民海岛使用权基本也是采取出租的方式，新加坡政府还规定将无居民海岛使用权转让给使用者后，使用者接着可自由转让和转租，但原租赁期限不变；印度尼西亚不但允许国内投资者租赁无居民海岛，还鼓励外国投资者租赁，以促进无居民海岛的经济发展。而无居民海岛开发最成功的一个范例，就是马尔代夫，该国每一个无居民海岛的开发，均由一个经济主体向政府租赁后开发建设酒店设施，开展旅游业经营，这种开发模式非常成功，被称为“马尔代夫模式”[7]。

《海岛保护法》规定，开发利用无居民海岛，应当向省、自治区、直辖市人民政府海洋主管部门提出申请，报省、自治区、直辖市人民政府审批。2010年6月财政部和国家海洋局颁布的《无居民海岛使用金征收使用管理办法》规定，旅游、娱乐、工业等经营性用岛有两个及两个以上意向者的，一律实行招标、拍卖、挂牌方式出让。2011年4月国家海洋局颁布的《无居民海岛使用申请审批试行办法》进一步明确：“用于经营性开发利用的无居民海岛，应依法采取招标、拍卖或者挂牌方式出让无居民海岛使用权”。据此可以把无居民海岛的开发利用可分为非经营性和经营性两类，非经营性的开发利用是指用于国防、公务、教学、防灾减灾、非经营性公用基础设施建设和基础测绘、气象观测等公益事业等用途，经营性的开发利用是指用于以盈利为目的经营活动，前者适用“申请加审批”的方式，后者适用“招拍挂”出让的方式。

以“申请加审批”的方式取得无居民海岛的使用权，无疑属于行政许可。但是，与世界其他国家的模式不同，我国通过“招拍挂”方式使投资者获得无居民海岛经营性开发使用权，定义为“无居民海岛使用权的出让”。出让是我国独创的一个法律概念，最早见诸于1990年5月19日国务院颁布的《城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》，其第八条规定：“土地使用权出让是指国家以土地所有权人的身份将土地使用权在一定年限内让与土地使用者，并由土地使用者向国家支付土地使用权出让金的行为”。出让与出租存在明显的区别，以土地出让与土地出租为例，其区别主要表现在：

① 成立要件。土地使用出让取得的权利是一种地上权，地上权是一种物权，其要具有法律上的效力，要求要高于土地租赁，例如登记、书面形式等。

② 存续期间。地上权的存续期间一般要长于土地租赁权。

③ 地租。地上权不以支付地租为必要，但若有地租，则即使有不可抗力妨碍土地使用，地上权人不能请求免除或减少租金。而土地租赁权则必然以支付租金为其要件，而且因不可抗力而妨碍承租人使用土地的，一般可以请求免除或减少租金。

④ 让与性。地上权人一般可以将其权利转让给他人，也可将其权利设定抵押，这是由它的物权特性决定的；而土地租赁权在转让其权利(转租)时会受到许多限制，尤其是土地所有人的允许。

⑤ 土地所有人的义务。地上权人无权请求土地所有人进行土地修缮。而在土地租赁权下，承租人可以请求出租人履行修缮义务[8]。

因此，无居民海岛经营性开发利用的使用权取得方式，沿用了土地使用权出让的概念。

2) 海岛使用金的征收

无居民海岛使用金，是指国家在一定年限内出让无居民海岛使用权，由无居民海岛使用者依法向国家缴纳的无居民海岛使用权价款，不包括无居民海岛使用者取得无居民海岛使用权应当依法缴纳的其他相关税费⁴。

⁴《无居民海岛使用金征收使用管理办法》第2条第3款。

3) 海岛使用权的登记

依照《无居民海岛使用权登记办法》第二条规定，无居民海岛使用权登记是指依法对无居民海岛的权属、面积、用途、位置、使用期限、建筑物和设施等情况所作的登记，包括无居民海岛使用权初始登记、变更登记和注销登记。

目前，我国对无居民海岛使用权登记采取分级登记制，即国家海洋局和省、自治区、直辖市人民政府海洋主管部门是无居民海岛使用权登记机关，国务院批准的用岛，由国家海洋局确权登记，省级人民政府批准的用岛，由省级海洋主管部门确权登记，登记后登记机关颁发无居民海岛使用权证书或者无居民海岛使用临时证书⁵。

与房屋登记相似，无居民海岛使用权登记的类型分为初始登记、变更登记和注销登记，并且将出租和抵押列为应当变更登记的情形。

4.4. 无居民海岛使用权的流转

无居民海岛使用权的流转是指无居民海岛使用权的归属主体发生变更从而使无居民海岛使用权从一个主体转移到另一个主体。但是，这里所谓的流转不包括国家将无居民海岛使用权首次出让的环节。《无居民海岛使用金征收使用管理办法》、《无居民海岛使用申请审批试行办法》等规章均明确规定，经批准，无居民海岛使用者可以转让、出租和抵押无居民海岛使用权。

1) 无居民海岛使用权流转的方式

① 转让

转让是无居民海岛使用权流转的最基本的方式，是指原无居民海岛使用权人放弃使用权、退出无居民海岛使用权的法律关系，使后续使用权人与所有人建立新的使用关系。《无居民海岛使用权登记办法》第十九条规定，依法转让无居民海岛使用权导致无居民海岛使用权人变更的，当事人应当申请变更登记。因此，无居民海岛使用权可以通过合法形式转让。

② 抵押

我国《物权法》第一百八十条第一款规定“法律、行政法规未禁止抵押的其他财产”可以进行抵押。目前法律、法规并无居民海岛使用权不得设置抵押的禁止性规定，相反，《无居民海岛使用权登记办法》将抵押列为必须办理变更登记的情形，间接承认了无居民海岛使用权抵押的法律效力，而且抵押须办理变更登记的规定实际上就是办理抵押登记，为抵押权人对抗第三人提供了保障。

当然，抵押并不一定引起无居民海岛使用权的流转，只有当抵押担保的债务无法得到清偿后，才会产生使用权的流转。

③ 出租

同样，《无居民海岛使用权登记办法》将出租列为必须办理变更登记的情形，表明无居民海岛使用权可以出租，而出租这种流转方式是临时的，租期结束，其使用权还是归属原使用权人。如前所述，在英国、澳大利亚和新加坡，国家往往采取出租方式将无居民海岛使用权许可给使用权人使用，而我国规定的无居民海岛使用权出租的方式，不适用于无居民海岛使用权的首次取得，仅限于使用权首次出让以后的二次流转。

④ 继承、出资

《无居民海岛使用权登记办法》也明确了无居民海岛使用权在发生继承的情形下，继承人须办理使用权人变更登记。虽然目前无居民海岛使用权出资的规定，但是，根据我国《公司法》第二十七条规定，股东可以用货币出资，也可以用实物、知识产权、土地使用权等可以用货币估价并可以依法转让的非货

⁵《无居民海岛使用权登记办法》第4条。

币财产作价出资。无居民海岛使用权有确定的经济价值，完全可以用货币估价，而且法律、行政法规也未规定不得出资，因此，无居民海岛使用权应该可以出资入股。既然明确了无居民海岛使用权可以转让，当然也就可以通过赠与、继承等民事行为进行转让。

2) 无居民海岛使用权流转的条件

无居民海岛使用权的流转，应满足下列条件：

① 无居民海岛使用权流转必须按规定办理行政审批手续

无居民海岛使用权人流转使用权应通过法定的审批程序，无居民海岛使用权未经政府主管机关批准，不得对外转让、出租和抵押。

② 流转后新的无居民海岛使用权人应符合法定条件

根据无居民海岛的用途，无居民海岛的使用权人必须具备相应经营资质。而具有特殊用途的无居民海岛使用权人资格当然有其特定的要求，即使是无居民海岛经营性开发利用，由于投资资金需求大、投资周期长、环保要求高等，也需要对使用权人的资金实力、开发资质、商业信用等设置一定的条件。

③ 其他法定条件

无居民海岛使用权的流转应遵守相关法律法规，如按规定应当办理使用权登记手续，等等。

5. 无居民海岛经营性开发利用法律制度的完善

当前，我国对无居民海岛经营性开发利用的推进速度正在加快，为了更好地指导无居民海岛经营性开发利用的实践，对无居民海岛经营性开发利用的相关法律制度，应当进一步加以完善。

5.1. 加快制定地方性的无居民海岛保护规划

《海岛保护法》规定，国家实行海岛保护规划制度。海岛保护规划是从事海岛保护、利用活动的依据。如果没有规划，对无居民海岛的开发利用就成了一句空话。

《全国海岛保护规划》于2012年4月由国家海洋局颁布，这对合理开发利用海岛资源，切实保护海岛生态环境，促进海洋经济发展，具有重要意义。《全国海岛保护规划》的实施，完善了无居民海岛开发利用的法律规范，为地方政府编制当地无居民海岛保护和利用规划提供了依据，从而为无居民海岛的实质性开发利用创造了条件。

以舟山群岛为例，根据《全国海岛保护规划》规定，舟山群岛规划范围包括上海芦潮港灯标至浙江甬江口东侧长跳嘴一线以东的舟山市管辖区域内海岛。该区域共有海岛1258个，其中有居民海岛139个，无居民海岛1119个。规划重点保护两兄弟屿、海礁、东南礁等领海基点海岛；加强五峙山、马鞍列岛、中街山列岛等保护区的建设管理；修复受损海岛及其周边海域生态系统；发展海岛特色生态旅游和生态渔业；完善舟山岛定海西码头、沈家门等中心渔港的配套设施建设；支持港口航运、物流及临港工业发展；支持舟山群岛新区建设⁶。根据这一规划，舟山1119个无居民海岛，除了很少一部分作为领海基点和生态保护区的海岛需要重点保护和管理外，在具备自然条件和经济价值的前提下，其余很大一部分均可列入经营性开发的范围。

但是，根据《海岛保护法》的要求，沿海省、自治区人民政府海洋主管部门应会同本级人民政府有关部门、军事机关，依据全国海岛保护规划、省域城镇体系规划和省、自治区土地利用总体规划，组织编制省域海岛保护规划；沿海直辖市人民政府组织编制的城市总体规划，应当包括本行政区域内海岛保护专项规划。《浙江省无居民海岛开发利用管理办法》已经明确，无居民海岛保护和利用规划应当包括：海岛的地形、地貌和需要保护的自然资源及景观，海岛的用途，海岛各区域、岸线和周边海域的使用性

⁶《全国海岛保护规划》第4条。

质及界线，航道、电力、通讯等基础配套设施，开发利用中需要采取的保护措施。无居民海岛用于旅游、娱乐、工业等经营性开发利用的，其保护和利用规划还应当包括无居民海岛及其周边海域的环境容量要求；无居民海岛及其周边海域生态环境已经受损的，其保护和利用规划还应当包括生态修复的主要措施⁷。

因此，各地应当依据《全国海岛保护规划》，尽快出台当地区域性的海岛保护利用规划，通过规划对具备开发条件、具有开发价值的海岛资源，逐岛制定具体的用途、规划指标和生态、环境保护要求等。这样，随着地方海岛保护规划的出台，有居民、无居民海岛就有了十分明确的功能定位，从而为无居民海岛经营性开发利用提供了合法、科学的依据。

5.2. 完善无居民海岛经营性开发利用的出让、流转和权属登记法律制度

1) 进一步规范无居民海岛经营性开发的主体资格

由于《海岛保护法》对无居民海岛用途作了明确的界定，而其中非经营性的无居民海岛往往都具有特定的用途，因此其使用权主体也是特定的。关于无居民海岛的经营性开发利用，2003年颁布的《无居民海岛保护与利用管理规定》明确，单位和个人利用无居民海岛，都可以提出申请。《无居民海岛使用金征收使用管理办法》规定，单位和个人利用无居民海岛，应当经国务院或者沿海省、自治区、直辖市人民政府依法批准，并按照本办法规定缴纳无居民海岛使用金。最新实施的《浙江省无居民海岛开发利用管理办法》也规定单位和个人都可以申请开发利用无居民海岛，而且还规定单位和个人开发利用无居民海岛，应当依法缴纳无居民海岛使用金。然而应缴纳使用金就属于经营性开发利用，这就意味着个人也可以成为无居民海岛经营性开发利用的主体。

上述行政规章的规定明显与现行的工商管理法律规范相冲突。根据我国现行的相关法律、法规规定，从事经营活动的必须是依法成立企业法人或其他经济组织。参与无居民海岛经营性开发就是从事经营活动，其主体不但应依法成立，而且还应具备相应的经营资质。这不但是法律的要求，也是无居民海岛经营性开发利用活动有序、健康实施的保证。因此，应当明确只有企业法人或其他经济组织才能成为无居民海岛经营性开发利用的主体。

2) 科学制定无居民海岛经营性开发利用的出让流程

相关行政规章已明确规定，无居民海岛属于经营性开发利用的，其使用权应依法采取招标、拍卖或者挂牌方式出让。出让时不仅要明确海岛的用途(即经营范围)、使用权的范围，也要有详细的规划建设指标要求，更要有周边环境和生态资源同步保护的要求。

今年6月1日施行的《浙江省无居民海岛开发利用管理办法》也明确作出规定，旅游、娱乐、工业等经营性用岛的无居民海岛使用权应当通过招标、拍卖、挂牌等方式取得。以招标、拍卖、挂牌等方式出让无居民海岛使用权的，县(市、区)海洋主管部门应当会同有关部门制订无居民海岛使用权招标、拍卖、挂牌的具体方案，方案的内容应当包括：无居民海岛的位置、面积、现状、使用年限和用途，建筑总量、建筑物高度、容积率、绿地率和使用自然岸线长度等指标要求，基础配套设施情况，环境保护要求和需要采取的保护措施，环境容量要求，开发利用主体资格要求，具体项目和开发利用进度要求，以及省人民政府规定的其他要求⁸。

目前关于无居民海岛经营性开发利用的方案需要加快制定，而且为了确保有序、科学、有效地得到开发利用，应在规划的指导下，分批集中制定方案，以达到基础设施共享、功能布局合理、产业优势互补、区域特色明显的目标。

3) 完善无居民海岛经营性开发使用金缴付和使用期限等制度

取得无居民海岛使用权后，基于应当允许使用权人选择一次性支付或者分期支付无居民海岛使用金，

⁷ 《浙江省无居民海岛开发利用管理办法》第7条。

⁸ 《浙江省无居民海岛开发利用管理办法》第16条、第17条。

以减轻使用权人投资开发的资金压力。

此外,《保护和利用的无居民海岛管理规定》关于无居民海岛开发利用的最长期限不超过五十年的规定,借鉴了其他法律关于自然资源使用权的规定,然而根据无居民海岛的具体情况,应当进一步借鉴土地使用权出让的规定,可以区分开发利用的性质和方式、投资大小、开发周期长短等因素,规定不同的使用期限。

4) 建立和健全无居民海岛使用权及相关财产的权属登记制度

基于《海岛保护法》已明确沿海县级以上地方人民政府海洋主管部门负责本行政区域内无居民海岛保护和开发利用管理的有关工作。因此,通过公开竞标取得无居民海岛使用权的企业,可向当地海洋行政主管部门办理使用权登记。但是,如前所述海岛使用权不是单一的权利,而可能是包含土地、水流、林木、矿藏、海域、滩涂、岸线等多种资源权利的集合。那么,属于无居民海岛使用权范围内的土地、林木、岸线、海域等,以及使用权人在无居民海岛进行经营性开发利用过程中形成房屋、码头等财产,是否可以分别单独办理权属登记,尚无明确规定。虽然无居民海岛上的其他财产的权属界定应该是清晰的,但法律只明确了无居民海岛使用权登记的规定,没有就无居民岛上某个单项财产办理权属登记的规定。如果允许其他财产单独办理权属登记形成单独的财产权,就会发生单独财产权的流转问题,这就会对海岛的整体开发和后续管理带来重大障碍,因此,在目前状态下,除用于房地产开发经营用途的无居民海岛外,其他无居民海岛的权属登记应仅限于海岛使用权。

5) 建立、健全无居民海岛使用权流转制度

《无居民海岛使用金征收使用管理办法》规定,经批准,无居民海岛使用者可以转让、出租和抵押无居民海岛使用权。无居民海岛使用权的抵押是无居民海岛使用权流转的方式之一,是使用权人融通开发资金的重要手段,对无居民海岛经营性开发具有重要意义。

《浙江省无居民海岛开发利用管理办法》明确规定,“无居民海岛使用权依法转让、抵押、出租的,该海岛上的建筑物、构筑物及其附属设施一并转让、抵押、出租”。如果将无居民海岛使用权设置抵押,那么就意味着无居民海岛上所有财产包括开发建设形成的财产所有权均设置了抵押。那么,不以无居民海岛使用权作抵押,能否以该海岛上的建筑物、构筑物及开发过程中形成的其他财产单独设置抵押呢?

在取得无居民海岛的使用权后,使用权人通过经营性开发形成的财产,如果属于动产的,应该可以单独进行抵押。但是,对于海岛上的建筑物、构筑物等不动产,如果允许单独设置抵押,那么当该抵押债权得不到清偿的情况下,抵押权人便会要求处分抵押物进行清偿,于是就会出现无居民海岛使用权人以外的人拥有海岛上不动产的情形,这不但在客观上给权利人行使各自的权利造成障碍,而且由此将会导致无居民海岛使用权和地上建筑物、构筑物等财产所有权主体不一致,在法理上也无法成立。因此,对于无居民海岛开发过程中形成的不动产,不能单独进行抵押,只能作为无居民海岛使用权人资产的组成部分,附随无居民海岛使用权整体设定抵押。

而关于无居民海岛使用权的转让条件,可以参照《城市房地产转让管理规定》关于房地产转让规定,作出相关的限制性规定:其一,转让时无居民海岛使用权人应当缴纳了原始取得时的所有使用金;其二,使用权人在转让时已完成一定比例(房地产为投资总额的 25%)的投资;其三,转让必须符合无居民海岛的出让时的规划要求,包括用途、使用目的和方式;也可以规定转让时使用权人须完成基础设施、公用设施的建设,具备开发条件等。

5.3. 完善无居民海岛经营性开发利用的行政管理方式

无居民海岛的开发利用管理涉及多个不同职能的政府机关,其中包括渔业管理、资源管理、海洋管理、土地管理、环境管理,民政部门和军事机关等多个国家机构和部门。对无居民海岛进行经营性开发

利用,不可避免地需要进行一些基础配套设施、经营设施的建设。按传统的行政许可要求和行政职能划分,对基本建设的项目立项、环境影响评估、水土保持方案评估、土地规划、城建规划、岸线或海域使用权审批等,又会涉及多家行政职能部门的行政审批。多个管理部门同时管理无居民海岛,各个部门之间的权力和利益就会发生冲突,从而不可避免地导致行政效率低下、相对人经营管理成本上升等弊端。因此,常规的行政管理方式与无居民海岛的特殊性明显不相适应,应当建立一个集中、高效的行政管理机构对无居民海岛开发利用进行统一管理。

《海岛保护法》规定,国务院海洋主管部门负责全国无居民海岛保护和开发利用的管理工作;沿海县级以上地方人民政府海洋主管部门负责本行政区域内无居民海岛保护和开发利用管理的有关工作。因此,对于无居民海岛经营性开发利用涉及的一系列行为,应当明确由海洋行政主管部门独家负责管理。在前期管理方式上,可由海洋行政主管部门组织相关部门或专家,根据规划事先制定无居民海岛经营性开发利用的具体方案,并完成综合评估、论证和全部审批手续,然后再推向公开市场进行“招拍挂”。对于这一点,《浙江省无居民海岛开发利用管理办法》已经明确。这样做不但能为竞拍者对开发前景的可行性研究提供明确的依据,而且能为竞拍者省去繁复的前期行政审批环节,节约大量的时间成本。应当说,明确无居民海岛的开发利用活动由海洋行政主管部门独家全程负责管理,简化无居民海岛经营性开发利用的前期审批手续,也是政府简政放权、提高效率的一次很好的尝试。只有打破常规的条条框框,无居民海岛才能真正有效地得到开发利用。

由于无居民海岛与大陆隔离,基础条件差,可利用资源较少,因此,对其进行经营性开发利用,投资成本大,收回投资周期较长。为鼓励投资者开发无居民海岛的热情,应大力简化各项行政审批手续,降低行政审批成本。不能按照由居民海岛和大陆的行政管理思维和模式进行管理。只有这样,才能大力推进无居民海岛经营性开发建设,促进海洋资源的综合利用,繁荣海洋经济。

6. 结论

总之,随着《海岛保护法》以及与之配套相关法律规范的颁布实施,标志着我国无居民海岛开发利用的实践已经走上法制化的轨道。但是,我国对海岛法律制度建设起步较晚,无论是立法的进度、实践的经验,还是理论研究的水平,与我国岛屿众多的国情不相适应。

因此,应当建立一套完整的、适合我国国情和无居民海岛特点的无居民海岛法律制度,作为无居民海岛开发利用的行为准则。无居民海岛实行经营性开发,不能片面追求经济价值,必须坚持生态保护和开发利用兼顾的原则,既要充分发挥无居民海岛应有的使用价值,又要兼顾社会公共利益和海岛及周边生态系统的保护,同时,应及时研究无居民海岛开发过程中发现的新问题,不断完善无居民海岛法律体系,确保我国无居民海岛经营性开发活动健康有序进行。

参考文献 (References)

- [1] 国家海洋局. 全国海岛保护规划[Z]. 北京: 国家海洋局, 2012.
- [2] 伍鹏. 浙江无居民海岛价值体系与保护性开发研究[M]. 北京: 经济科学出版社, 2014: 5.
- [3] 高洋. 中外海岛管理制度比较研究[D]: [硕士学位论文]. 青岛: 中国海洋大学, 2013: 17.
- [4] 郭院. 海岛法律制度比较研究[M]. 北京: 中国海洋出版社, 2016: 127.
- [5] 刘登山. 我国无居民海岛物权性质及立法研究[J]. 海南人大, 2010(3): 20.
- [6] 顾权. 我国矿业权物权化研究论纲[J]. 中国矿业大学学报, 2001(4): 52.
- [7] 高俊国, 夏东兴. 无居民海岛对外开放管理体系研究[J]. 海洋开发与管理, 2006(4): 75.
- [8] 谢在全. 民法物权论(上)[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 1999: 353-354.