

中国海法典编纂论纲

司玉琢* 李天生**

摘要:《中华人民共和国海商法》(以下简称《海商法》)通过和实施以来,社会已经发生了深刻的变化。《海商法》与国际国内的立法发展不相适应,存在着内容服从形式的缺陷。为了顺应海洋战略新形势,遵循海法的内在性规律,契合海法的现代化特征,我国应当尽快编纂中国海法典。编纂中国海法典应坚持开放性、前瞻性、协同性原则。海法典编纂的第一步是修改《海商法》相关条款,整合司法解释;第二步是扩大其适用范围,增加航运贸易发展与海洋时代所需要的规范内容,将涉海相关民事、行政、刑事法律规范及相应程序统一纳入海法典。

关键词:《海商法》 海法 海法典编纂 编纂动因 编纂原则

引言

近十多年来,学术界和实务界都已发出修改《中华人民共和国海商法》(以下简称《海商法》)^①的声音,《海商法》的修改问题是多年来讨论的热门话题。但是,《海商法》应该如何修改,学者们的认识并不统一,大致上可以归纳为下列几种观点:大改(对《海商法》条文大量增删,从而改变现有框架结构)、中改(在不改变现有框架的前提下增设一些原来所没有的法律制度)、小改(不改变《海商法》的框架结构,仅对原有的条文作少量的增删或局部的改动)^②。本文认为,当下修改《海商法》不应当再局限于修修补补的微调,而应当将具有关联性、一体性的涉海法律法典化,用相对长的一段时间来完成中国海法典的编纂。

本文海法典编纂所称的“海法”,是指具有海上特殊性的与运输或者作业有关的民事、行政

* 司玉琢,教授,博士生导师,大连海事大学原校长,大连海事大学海法研究院名誉院长,国际海事法律研究中心顾问,国际海事委员会(CMI)提名委员会委员,中国海商法协会顾问,中国海事仲裁委员会顾问。

** 李天生,教授,博士生导师,法学博士,大连海事大学学术委员会委员。

① 《中华人民共和国海商法》于1992年11月7日第七届全国人民代表大会常务委员会第二十八次会议通过,1992年11月7日中华人民共和国主席令第六十四号公布,1993年7月1日起施行。

② 梁慧星:《关于修改〈中华人民共和国海商法〉的建议》,中国法学网, <http://www.iolaw.org.cn/showNews.asp?id=21329>,最后访问时间:2015年5月7日;司玉琢、胡正良:《我国〈海商法〉修改的必要性》,载《中国海商法年刊(2002)》,第1-9页;傅廷中:《论我国海商法修改的基本原则与思路》,载《现代法学》2006年第5期,第150页;梁慧星:《修改〈中华人民共和国海商法〉的诉求与时机》,载《中国海商法年刊》2012年第2期,第3-4页;孙文楨:《微观视角下的〈海商法〉修改》,载《国际商务研究》2011年第1期,第58-60页。

和刑事法律规范的总称,是狭义范畴的海法。而广义范畴的海法则可以涵盖所有的涉海法律。^①海法典编纂应集中于具有内在一体性、显著特殊性以及实践迫切性的内容上,其他与海上运输、海洋作业的联系不是非常直接的涉海法律,则不需要也不宜囊括在本文所探讨的海法典编纂之中。关于海法体系、理论所包括的重要内容——海洋法,国家有关部门正在力推制定“海洋基本法”,如果“海洋基本法”制定成功,我国海洋法将具有比较系统的立法体系,就不需要纳入海法典编纂之中;如果不制定“海洋基本法”,则可以将海洋法相关内容进行补充完善,统一纳入海法典编纂,并通过海法典编纂确立海洋法方面的基本规则。基于目前的情况,本文暂不讨论将海洋法纳入海法典编纂的问题。

海法典编纂所指的海法,英文名称是 Maritime Law,^②对应的汉语有“海商法”、“海事法”或者“海法”等不同的表达方式。^③其含义是非常广泛的,在一部法律中,既有民事法律规范,又有行政的和刑事的法律规范,体现出海法的一体性特征。^④中国海商法起草时,直到1992年6月7日稿,还有行政和刑事责任的条款,^⑤此时,英文表述为“Maritime Law”应该是恰当的。当《海商法》于1992年11月7日最终通过时,已经删除了所有的刑事责任条款和大部分的行政责任条款,基本上是一部调整平等主体的民事关系的法律,此时,定名为“海商法”尚可以接受,但英文名称再使用“Maritime Law”,至少是对“Maritime Law”做了限缩的翻译。^⑥

法典编纂属于立法活动,是指对属于某一法律部门的全部已有和应有的规范性法律文件进行内部加工,使之成为一部系统化的新法典的活动。^⑦海法典编纂,就是删除或修订相关法律规范中已经过时的或不适合的部分,消除相关法律、法规互相重叠和矛盾的部分,增加海事发展所需要的内容和规范条款,填补空白,统括与海事相关的具有海上特殊性的民事、行政、刑事法律规范,统一与海事相关的实体法、程序法,形成一部系统、兼容的新的海法典。这样既可以避免频繁立法带来的资源浪费,又可以避免各法律、法规、司法解释之间的不协调,并有利于为我国发展海洋经济、建设海洋强国、建设“21世纪海上丝绸之路”战略提供法律保障。

- ① 广义的海法包括所有涉海的法律规范,如国家干预海洋经济的法律规范、保护海洋环境的法律规范、涉及海上战争的法律规范等等,广义的海法作为应用体系和理论范畴是合适的,但是随着时代的发展,法律所调整的社会关系日益多元综合,任何法典编纂都不可能、也不适合囊括一切相关的法律规范。
- ② 如果将海洋法纳入海法典编纂,则海法典的“海法”对应的英文名称仍可进一步斟酌,比如可以考虑借鉴《罗德海法》的英文名“The Rhodian Sea-Law”,命名为“Sea-Law”。
- ③ 韦经建:《海商法》(修订版),吉林人民出版社1996年版,第1页。
- ④ 如著名的《罗德海法》就一体化包括民事、行政、刑事规范,内容涉及海事贷款、船舶碰撞、共同海损、海难救助、船员船舶管理、船长和船员刑事责任等特殊的海事法律制度。有文字记载的《罗德海法》大约是在公元6—8世纪通过私人编纂而成的。参见Walter Ashburner, *The Rhodian Sea-Law* (New Jersey: the Lawbook Exchange LTD, 2001), p. LXXV。《罗德海法》因地中海东南部的罗德岛而得名,是在地中海贸易往来日益频繁的大背景下,产生于拜占庭帝国的成文法典。有学者将《罗德海法》译为《罗德海商法》。参见王小波:《〈罗德海商法〉研究》,中国政法大学出版社2011年版,第212—221页。
- ⑤ 参见《中华人民共和国海商法(草案)》1992年6月7日稿,第5条第2款:“船舶非法悬挂中华人民共和国国旗航行的,处以罚款;情节严重的,对直接责任人员依法追究刑事责任。”
- ⑥ 参见司玉琢:《司玉琢海商法论文集》,法律出版社1995年版,第21—22页。
- ⑦ 青峰、罗伟:《法律编纂研究》,中国法制出版社2005年版,第5页。但本文认为,随着社会、经济的高度发展,各种法律关系日益复杂化、综合化,法律部门只能是相对的划分,法典编纂不可能将某一领域的全部规范都纳入其中,也不可能均按大陆法严格划分的法律部门进行编纂,海法就是典型的例子。

一 中国海法典编纂的必要性

(一) 现行《海商法》与国内立法发展不相适应

改革开放特别是1992年建立社会主义市场经济体制后,我国航运贸易迅猛发展。我国《海商法》制定于1992年,在该法实施以后,随着社会情势的不断发展变化,该法在实施中已经显露出某些不足,应该予以修订。^①《海商法》实施的20多年来,国内外立法活动十分活跃。国际社会相继出台了大量国际海事立法,包括《1996年国际海上运输有毒有害物质损害责任和赔偿公约》(International Convention on Liability and Compensation for Damage in Connection with the Carriage of Hazardous and Noxious Substances by Sea, 1996,简称《HNS公约》)、《1999年国际扣船公约》(International Convention on Arrest of Ships, 1999)、《2000年国际船舶安全营运和防止污染管理规则》(International Management Code for the Safe Operation of Ships and for Pollution Prevention, 2000,简称International Safety Management, ISM CODE或《ISM规则》)、《2001年国际燃油污染损害民事责任公约》(International Convention on Civil Liability for Bunker Oil Pollution Damage, 2001,简称《燃油公约》)、《2002年国际船舶和港口设施保安规则》(International Ship and Port Facility Security Code, 2002,简称《ISPS规则》)、《2006年海事劳工公约》(Maritime Labour Convention, 2006)、《2007年内罗毕国际船舶残骸清除公约》(Nairobi International Convention on the Removal of Wrecks, 2007)、《2008年联合国全程或部分海上国际货物运输合同公约》(United Nations Convention on Contracts for the International Carriage of Goods Wholly or Partly by Sea, 2008,又名《鹿特丹规则》)等;欧盟颁布法令取消了班轮公会(Liner Conferences)的反垄断豁免特权;我国也颁布和修订了包括《合同法》《公司法》《物权法》《保险法》在内的诸多新法。国内外立法的活跃充分反映了实践中的新变化,这些立法对航运贸易、海上作业产生了深远影响。因此,有必要通过编纂海法典,借鉴这些立法中合理、先进的内容,适应海法的特殊性、关联性和一体化特征,以保障、促进航运贸易和海洋经济的发展。

(二) 现行《海商法》存在内容服从形式的缺陷

由于涉海法律规范相互间具有密切的关联性,从古老的《罗德海法》时起,涉海法律规范就呈现了一体化特征,即融涉海民事、行政、刑事为一体。^②中世纪三大海法同样也是集民事、行政、刑事为一体的。^③到了现代,出现了广义与狭义海商法(maritime law)之分。我国《海商法》受大陆法系影响,严格按学科门类立法,结果广义的海商法被肢解了,(狭义)海商法归属于民法(学科划分上属于国际经济法)、海上刑法归属于刑法、海洋法归属于国际公法……导致涉海法律的碎片化、边缘化、趋同化,甚至死亡化现象。海上刑法的立法缺失是典型的趋同化和

① 参见梁慧星:《关于修改〈中华人民共和国海商法〉的建议》;司玉琢、胡正良:《我国〈海商法〉修改的必要性》,第1-9页;傅廷中:《论我国海商法修改的基本原则与思路》,第150页。

② 参见王小波:《〈罗德海商法〉研究》,第212-226页。

③ 中世纪三大海法:《奥列隆海法》(The Rules of Oleron)《康索拉度海法》(The Consulate of the Sea)《维斯比惯例集》(也称《维斯比海法》,Rules of Wisby)。

死亡化的例证。原《海商法（草案）》中的刑事条款全部被删除，^①我国《刑法》修改时也没有海上刑法的特别规定，海盗罪、海上恐怖罪在刑法中也找不到相应的条款，呈现死亡化的趋势。当发生海上交通事故，刑法界主流观点认为适用《刑法》第133条——交通肇事罪。《刑法》的交通肇事罪有两个要件：一是适用过失犯罪，二是造成人身伤亡或者公私财产重大损失，满足这两个条件就构成交通肇事罪，判3年以下有期徒刑或者拘役。何谓重大损失？司法解释规定无力赔偿30万元人民币以上损失的就是重大损失。^②按照这样的条件套用海上交通事故，将会使海上交通事故与陆上交通事故趋同化，趋同化的结果是使海上交通事故“泛罪化”，因为90%以上的海上交通事故都是过失导致的，造成的经济损失都是巨额损失。

我国现行的《海商法》是狭义的海商法，其调整的对象仅限于海上运输及与船舶有关的民事法律关系。^③这种立法模式是大陆法系严格划分法律部门的产物，背离了传统海法的内在规律，忽略了海法规范的特殊性、关联性和一体化特征，破坏了海法的整体性。事实上，海法规范之间联系紧密，海法是一个统一的整体。以海上货物运输法律关系为例，这一法律关系可能引发的其他法律关系有：行政机关对船舶进行的检验与登记、船员的劳动权利保障、因船舶碰撞造成的燃油污染、海盗犯罪以及军事武装护航等。这其中涉及民事责任、行政责任以及刑事责任，且这三种责任往往具有很强的关联性，需要将其作为一个整体来考量。从这个角度来看，我国狭义的海商法立法模式不符合海法内容一体化的要求，通过编纂海法典才能从根本上克服这一缺陷。

（三）现行《海商法》不能顺应海洋战略新形势

随着各国对海洋重视程度的不断提高，人类的海洋活动早已突破海上运输的单一性特征，呈多元化趋势。国际海洋开发利用的发展速度越来越快，海洋油气开发、船舶融资、海洋工程、邮轮业等新兴产业日新月异；经济全球化与科技的迅猛发展，给航运贸易带来了深刻的变革；同时，海洋环境、海上安全面临着严峻和复杂的形势。对现行《海商法》具体规范的修订，已经无法满足实践发展的需要。我国确立的发展海洋经济、建设海洋强国战略，要求以改善和提高海洋综合管理能力为根本途径，促进海洋经济的科学发展，落实海洋生态和海洋环境保护，维护我国海洋资源、海洋渔业、海运贸易、海洋工业、海洋旅游业等各方面的权益以及海洋主权权益。在这种宏观新视角下，以海上运输、船舶相关民事关系为调整对象的现行《海商法》，无论怎么修订、完善都是不够的，只有编纂一部综合的、整体的、体系化的海法典，才能更有效地适应海洋综合开发利用与综合管控的需要。此外，从“21世纪海上丝绸之路”战略看，海上互联互通将带动港航基础设施、海洋工业活动、航运贸易物流等方面的深度合作，这必将产生大量超越调整单一运输领域民商事社会关系的法律问题，编纂涉海相关民事、行政、刑事规范合一，实体、程序规范合一的海法典，才能顺应我国面临的海洋新形势。

① 1963年的《海商法（草案）》及1981年重新起草的《海商法（草案）》从1982年5月稿到1991年8月稿均有关于刑事责任的条款，直到1992年11月最后稿才删除了所有刑事责任条款。

② 参见《最高人民法院关于审理交通肇事刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第2条，法释〔2000〕33号，2000年11月10日最高人民法院审判委员会第1136次会议通过。

③ 参见《海商法》第1条，“为了调整海上运输关系、船舶关系，维护当事人各方的合法权益，促进海上运输和经贸的发展，制定本法。”

二 中国海法典编纂的动因

(一) 遵循海法内在性规律

1. 海法的独立起源性

海法起源和应用于海洋之中，要适应海上特殊风险。因此，海法具有鲜明的独立起源性特征。中世纪以前，海上运输面临的自然风险主要是大风浪，人为风险主要是海盗。当船舶航行在海上遭遇上述风险时，与其由风浪将船货吞噬、被海盗掠走，不如请他人前来救助，如果救助成功，当然更愿意给予合理的报酬，久而久之成了大家都遵循的惯例，最终形成了“无效果，无报酬”的海难救助法律制度。^①《罗德海法》(The Rhodian Sea-Law)第64条规定，“船舶在远海颠覆或者毁坏，从船上把任何物品安全救到陆地上的人可得到获救财产价值1/5的报酬。”^②又如，在同一海上航程中，船货或其他财产遭遇共同危险，为了共同安全，有意地合理地采取措施造成的特殊牺牲、支付的特殊费用，由该航程中各受益方按比例分摊，这就是古老的“共同海损”制度。^③有关共同海损的规定，在《罗德海法》73个条款中就涉及15个条款，其中第62条规定，“如果船舶遇到风暴并且抛弃货物，折断帆桁、桅杆和舵柄，损坏船锚和船舵，获救的船舶和货物分摊共同海损。”^④再如，为了鼓励航运业的发展，保护船舶所有人的利益，当发生重大海难事故时，将船舶所有人的赔偿责任限制在一定的范围内，形成至今仍在发挥积极作用的船舶所有人责任限制制度。^⑤

船舶常被习惯地称为“浮动领土”，^⑥尽管我国国际法学界一般不赞同这种说法，但是在海上航行的船舶是一个特殊的活动空间，从古代海法开始一直到今天，船长都被赋予了有关刑事、行政方面的权责，海法中包含一系列的刑事、行政法律规范。这些规范的起源都是独立的。

海法特殊的法律制度都是基于航运、海上作业的客观需要，经过反复实践，先形成民间惯例，最终形成国际惯例或者上升为国际公约和各国的国内法。海法的许多制度既非基于民法理论

① “无效果，无报酬”(No cure no pay)是指救助方对遇险的船舶和财产实施救助，取得效果的，有权获得救助报酬；救助未取得效果的，无权取得救助报酬。参见我国《海商法》第179条。

② 王小波：《〈罗德海商法〉研究》，第219页。

③ 参见我国《海商法》第193条、第199条。

④ 王小波：《〈罗德海商法〉研究》，第219页。

⑤ 因享有责任限制的权利主体已扩大到救助入、船舶经营人等，所以船舶所有人责任限制已改为海事赔偿责任限制。参见中国《海商法》第11章。

⑥ 关于船舶是“浮动领土”，我国学者一般不承认这一提法。如，“其一，将船舶视为船旗国领域的延伸与我国参加的有关国际公约不符。其二，坚持船舶是船旗国领域的延伸，与国际法基本原则不符。”陈忠林：《关于我国刑法属地原则的理解、适用及立法完善》，载《现代法学》1998年第5期，第23页。并参见张梅生：《船舶不是船旗国的浮动领土》，载《航海》1985年第6期，第26页。国外有立法例认可船舶是“浮动领土”的观点，如《日本刑法》第1条规定：“本法适用于在日本国内犯罪的一切人。对在处于日本国外的日本船舶或者日本航空器内犯罪的人，亦适用本法。”该法典用一个条文规定领土原则，并在同条规定根据领土原则对船舶上的犯罪确立刑事管辖权，表明该法典视船舶为领土。《意大利刑法》有条件地将本国船舶视为本国领土。该法典第4条规定：“在刑事法律的意义，共和国领域以及其他一切受国家主权支配的地点是国家领域。意大利的船舶或飞机，无论处于何地，均被视为国家领域，除非它们根据国际法受外国本地法的管辖。”邵维国：《论海上国际犯罪的船旗国管辖原则》，载《吉林大学社会科学学报》2007年第6期，第80页。

而产生,也非民法的一般原则在海上的自然延伸。因此,海法具有鲜明的起源独立性和规范的习惯性特征。

2. 海法规范的特殊性

海法在立法目的、法律原则以及具体内容上都与陆法^①存在着显著的差异,海法规范具有鲜明的特殊性。

海法规范的特殊性随处可见,其许多法律制度是陆法所不具有的。如前述的海难救助制度、共同海损制度、海事赔偿责任限制制度,以及船舶优先权制度等等,^②这些特殊的法律制度不仅陆法中没有,而且也是一般法律理论所不能完全解释的。海上货物运输合同虽然在陆法中能找到对应的货物运输合同内容,但具体规范上仍有很大的差别。比如,驾驶船舶和管理船舶的过失造成货物损失,承运人可以免除赔偿责任;^③除承运人本人的过失造成的火灾外,因承运人的受雇人、代理人的过错造成的火灾,引起的货物损失,承运人也可以免除赔偿责任,^④这种看似不合理的免责,至今已沿用一个多世纪,^⑤究其原因是海上特殊风险决定的。尽管随着科技进步,人类抗御自然风险的能力不断提高,这种特殊性在逐渐减弱,但是,只要有海水存在,这种特殊性就不会消失。此外,海法规范的特殊性还体现在技术性强的特点上。海上活动不可避免地伴随着陆地上所不具有的特殊风险和作业难度,这使得海事司法所裁判的涉海法律关系,包括相关的刑事、行政法律关系,往往涉及众多的专业术语、技术规范以及其他专业知识。因此,海事司法的过程常常也是专业技术判断的过程,海事法官仅仅掌握一般的法律知识是远远不够的。

3. 海法规范的关联性

法律规范的关联性,是指法律体系中的不同法律分支,既具独立性,又具相关性,各法律分支之间存在“相互关联或相互作用”的关系。

通常而言,受到刑事制裁的犯罪行为首先应当构成民事侵权,侵权人在被追究刑事责任的同时,一般也要承担民事责任,这意味着基于同一涉海法律关系而引发的民事、行政和刑事案件往往具有很强的关联性。如海上货物运输法律关系中,其适航问题与船舶法定检验、入级、船员配备等相关,还与港口国监督相关。又如一起海上油污事件,既产生油污损害赔偿的民事责任,同时还会伴随着行政罚款等行政责任,还可能触犯刑事法律规范。^⑥即使不在同一部海法中,涉海法律规范的关联性依然是客观存在的。如菲律宾渔船到我国南海管辖水域捕鱼,既涉及公法,也

① 本文为论述方便,将陆地上适用,不涉及海上特殊性的法律规范泛称为“陆法”。

② 船舶优先权制度是指海商法特别规定某些海事债权受到法律的特别保护,对当事船舶的拍卖价款优先受偿的权利。参见《海商法》第2章第3节。

③ 航运实践中将此项免责称为“航海过失免责”。参见司玉琢主编:《海商法》(第3版),法律出版社2011年版,第111页。

④ 参见《海商法》第51条第2项。

⑤ 航海过失免责和火灾过失免责是1893年美国《关于船舶航行、提单以及与财产运输有关的某些义务、职责与权利的法案》(An Act Relating to Navigation of Vessels, Bills of Lading and to Certain Obligations, Duties and Rights in Connection with the Carriage of Property,简称《哈特法》)首次创设,后被1921年的《海牙规则》吸纳,一直沿用至今。

⑥ 《刑法》第338条规定,“违反国家规定,排放、倾倒或者处置有放射性的废物、含传染病病原体的废物、有毒物质或者其他有害物质,严重污染环境的,处三年以下有期徒刑或者拘役,并处或者单处罚金;后果特别严重的,处三年以上七年以下有期徒刑,并处罚金。”该条是2011年2月25日通过的《刑法修正案(八)》的规定,已于2011年5月1日起实施。

涉及私法；索马里海盗，既涉及刑法，也涉及海商法（赎金列为共同海损）。

4. 海法规范的自成一体性

海法规范的自成一体性特征是由海法规范的关联性决定的，这使得海法成为统一的整体。中世纪以前的海上活动基本是单一的海上船舶运输活动，由于通讯不发达，欲保证这块“浮动领土”的安全与正常秩序，必须赋予船长至高无上的公权力与私权利，即船长除基于雇佣合同负责船舶的正常营运外，法律还应赋予船长诸如对船舶和船员的管理职能、公证职能、准司法职能等，^① 船长同时承担相应的民事、行政和刑事责任。这就是海法自成一体的根本原因。因此，在同一部调整海上运输关系的海法中，既有民事法律规范，也有行政法律规范，又有刑事法律规范。

这一规律已被古代、中世纪、现代的立法广泛证实。《罗德海法》共73个条款，其中民事条款41个（纯海事海商条款29个），行政条款24个，刑事条款8个。^② 中世纪三大海商法之首——《奥列隆海法》共35条，其中民事条款17个，行政条款16个，刑事条款2个。^③ 《康索拉度海法》是一部内容全面、具体的中世纪海商法，约有300个条文，基本包含了海商法涵盖的范围，如货物、旅客运输，租船合同，海上保险，海上劳动，船舶建造、融资、买卖等商事法内容，还包括了共同海损、海难救助、船舶碰撞等海事规则内容。此外，该法典还规定了类似于破产法、公司法、武装船舶的捕获与被捕获等方面的内容，基本可满足调整当时海上贸易活动的需要。^④

到了现代，随着科技的进步，船舶所有人对船舶的有效控制不断加强，船长的公权力也随之逐渐削弱，但有关涉海的民事、行政和刑事的特别法规范的关联性依然存在。与我国将所有罪名和法定刑都纳入《刑法》的做法不同，海事领域的行政、刑事法律问题，在很多国家都附属于有关行政或民商法规之中，相关行政法律问题与定罪量刑问题可依据行政或民商事法律进行解决。因此，海法自成一体化特征在很多立法例中仍然保留着。例如，《日本商法典》第4编——《海商编》的第1和第2章规定的是有关船舶、船员行政法的规范；在《船舶法》中，第22—29条，规定了9种刑事责任，如非法悬挂日本国旗处船长2年以下有期徒刑或100万日元以下罚金，并没收船舶（第22条），外国船停靠非通商口岸从事沿海运输处船长2年以下有期徒刑或100万日元以下罚金，并没收船舶（第23条）；在《船员法》中设专章规定船员的刑事责任（第14章，第122—135条），如船长滥用职权处两年以下有期徒刑（第122条），碰撞后未尽必要手段予以救助，处船长3年以下有期徒刑或100万日元以下的罚金；船员对上级有暴力或胁迫行为时，处3年以下有期徒刑或100万日元以下罚金（第127条）。^⑤ 《俄罗斯航运法典》是一部最为典型的集实体法与程序法规范于一体，民事、行政与刑事规范并存的广义海商法。该法的民事法律规范除规定类似我国《海商法》规定的内容外，还包括“海运代理合同”（第13章）、船舶油

① 参见《海商法》第35—38条规定。

② 参见王小波：《〈罗德海商法〉研究》，第212—221页。

③ 两个刑事条款分别是：第34条“根据海上习惯，因引航员的过错致船舶灭失，可将其带至绞锚机或者其他地点砍头”；第35条“如果船舶拒绝执行命令落下船帆，并抵抗国王船队的，视为敌人的财物没收船货，随船人员予以监禁”。

④ 参见 Stanley S. Jado, *Consulate of the Sea and Related Documents* (Tuscaloosa: The University of Alabama Press, 1975).

⑤ 参见韩立新、王秀芬编：《各国（地区）海商法汇编》（下卷），大连海事大学出版社2003年版，第657—661页；第689页；第710—712页。

污(第18章)、有毒有害物质的损害赔偿(第19章);该法的行政规范包括:船舶登记、港口国监督、船舶引航、沉没财产打捞、海事声明;该法还包括船长刑事责任的规范。^①

我国《海商法》起草之初是一部综合性法典,但最后仅保留了少量的行政法条款(第4—6条;第3章“船员”),取消了全部刑事责任条款。被取消的刑事责任条款包括下述一些内容:非法悬挂中华人民共和国国旗航行,处以罚款;情节严重的,对直接责任人依法追究刑事责任。船舶发生碰撞,当事船舶的船长在不严重危及本船和船上人员安全时,对相碰船舶和船上人员不予救助,情节严重的,对船长处以两年以下有期徒刑或者拘役(1992年6月《草案》稿第174条)。船长在海上收到遇难信号,在不严重危及本船及船上人员安全的情况下,不尽力救助海上人命,情节严重的,处一年以下有期徒刑或者拘役(1992年6月《草案》稿第182条)等等。^②取消刑事责任条款的原意是“这些问题准备在修改刑法时一并研究”,^③但实际上刑法的多次修改并没有考虑这些特殊的海上刑事责任问题。一体化的广义海商法最终变成了狭义的海商法。

综上所述,海法具有起源的独立性、规范的特殊性、规范的关联性和自成一体性等特征与规律。海法的历史和现实都充分证明了这些内在性规律。在这种内在性规律的作用下,数量繁多且分属于不同法律部门的法律规范形成了内容完整、彼此衔接的海法体系。一个完整的体系化的海法被人为的割裂开来的做法是不合理的,应当遵循海法的内在性规律,科学地编纂海法典,统合特定涉海的自成一体性行为所引发的关联民事、行政和刑事法律关系,以及相应的实体、程序规则。

(二) 契合海法现代化特征

海法的上述特征是基于海上特殊风险而产生,这一基本原理没有改变,但是经济发展和科技进步促进了航运贸易与海上作业的重要变革,海法必然要相应地不断现代化。例如,海难救助的救助报酬与特别补偿、共同海损分摊规则、赔偿责任限额、优先权担保事项等等都在不断的发展变化。这些发展变化要求立法相应更新。

现代航运贸易的发展与融资、航运贸易期货指数等金融、衍生金融紧密地结合在一起,同时航运贸易的生产、运营、管理与高科技紧密地结合在一起。这些新生事物需要通过编纂海法典给予足够的关注。

在世界经济一体化的今天,航运贸易领域更容易出现兼并、集中、垄断和不正当竞争等问题;船员的劳工权益、贸易货物生产环节的人权监督、商品的环保壁垒等等问题,都使得相关法律关系日益复杂化、综合化、国际化。航运贸易领域的现代环境,需要编纂海法典来主动应对。

面对已经到来的海洋时代,各国对海洋资源、海洋权益的争夺日益激烈,我国面临的海洋争端复杂尖锐。随着海上活动的日益频繁,以及活动范围的日益扩大,更多的法律关系交织到了一起。根据最高人民法院的规定,海洋开发利用纠纷案件,其中包括对大陆架的开发和利用(如海洋石油、天然气的开采),海水淡化和综合利用、海洋水下工程、海洋科学考察等纠纷案件由海事法院管辖。这些海洋活动不仅会产生民事法律问题,也会产生行政、刑事法律问题。在我国发

① 参见韩立新、王秀芬编:《各国(地区)海商法汇编》(下卷),第1362—1447页。

② 参见郭福肇:《努力学习,认真贯彻〈海商法〉》,载交通部政策法规司、交通部交通法律事务中心:《〈海商法〉学习必读》,人民交通出版社1993年版,第18—19页。

③ 交通部政策法规司、交通部交通法律事务中心:《〈海商法〉学习必读》,第18页。

展海洋经济、建设海洋强国,以及“21世纪海上丝绸之路”战略下,既要维护涉海主体合法权益,追究侵犯我国海洋权益者的民事、行政甚至刑事责任,在海事司法层面彰显我国海洋主权;又要有体现文明价值的法律规范与法律程序保障,比如对专属经济区、大陆架和公海上发生的海商海事案件的管辖规则、对域外发生海事纠纷的属人管辖规则等,要维护我国海洋权益,同时要有利于维护国际合作秩序。当代海上运输、海上作业相关的法律问题远比过去繁复,编纂一部较为立体的海法典,才能高效解决上述重点难点问题。

总之,海洋时代、金融时代、科技时代、全球化时代等方面的现代化特征,对海法问题产生了广泛深远的影响。与时俱进,凝聚智慧与共识,编纂一部契合海法现代化特征的中国海法典,是历史赋予的使命。

三 中国海法典编纂的原则

现行《海商法》施行以来,前后已有17个司法解释对其进行补充,尽管部分内容有越权立法之嫌,但从司法实践的角度看,这些司法解释基本满足了《海商法》适用的需要。因此本文认为,与其在较短的时间内对现行《海商法》进行小改,消耗一次宝贵的立法资源,不如作一个相对长期的稳妥安排,推进编纂综合性的中国海法典。加之我国正在启动《民法典》的起草,这一定会对《海商法》的修改产生影响,另外,当前我国实务界和学者对《鹿特丹规则》评价不一,难以在较短的时间内取得共识,这也会给修改《海商法》第4章带来一定困难。

如果确定编纂中国海法典,首先应该确立编纂中国海法典的原则。

(一) 开放性原则

海法源于实践,而且具有天然的国际性,大量海法内容都是世界范围内逐渐、共同形成和普遍接受的规则。现代国际海事立法数量庞大、速度快捷,各国针对不断发展变化的海洋事务的立法、判例也层出不穷。编纂我国海法典,应在总结我国实践、理论成果的基础上,在维护我国公民与法人根本利益的前提下,敞开胸怀,深入研究国际及各国立法、判例,充分吸收世界各国经验。同时,还要学习国际上一些具有重要影响力的行业组织的有关经验与做法,以开放的精神编纂海法典。

(二) 前瞻性原则

海法典的编纂不能违背现实的法律需求,否则其解决法律纠纷、稳定法律秩序的功能就无法实现。法律问题会随着现实生活的发展而不断多样化,如果法典的编纂仅着眼于现阶段的法律问题,对于法律问题的发展和多样化不加预判,这样的法典就会很快面临法律滞后的问题。因此,要保持法律的先进性,在进行海法典的编纂时,应以前瞻性的眼光看待海法将要解决的法律问题,使法典保持一定的包容性和弹力,力求将法律滞后的可能性降到最低。

(三) 协同性原则

所谓协同性原则,指的是海法与陆法具有协同性,应做到无缝衔接;海法典所包含的各法律

部门之间,实体法与程序法之间,海上执法与海事司法之间保持协同性。

为了保证海法与陆法的协同性,应理顺一般法与特别法的关系,辨析清楚哪些社会关系应属于海法典调整,哪些应属于一般法调整。特别是涉海行政、刑事关系,需遵循一定的原则,做出明确的规定。

作为调整海上特定法律关系的海法典,其区别于陆上法律的重要特征之一,是海法典里实体法问题与程序法问题往往联系在一起。以扣船为例,扣船的范围涉及实体法问题,而扣船的程序则关涉程序法问题。现行《海商法》对于能否因光船承租人引起的海事请求而扣押船舶没有相关的规定,但《海事诉讼特别程序法》对于扣船的程序性规定是一般性的规定。《最高人民法院关于扣押与拍卖船舶适用法律若干问题的规定》第3条规定:“船舶因光船承租人对海事请求负有责任而被扣押的,海事请求人依据《海事诉讼特别程序法》第29条的规定,申请拍卖船舶用于清偿光船承租人经营该船舶产生的相关债务的,海事法院应予准许。”该司法解释即将扣船的实体法问题与程序法问题一并作出规定。类似的情况还有许多。

因此,海法典的编纂不应拘泥于实体法或程序法的严格划分,应考虑海法的特殊性,将实体性问题与程序性问题在法典中做出协同处理,以避免出现实体问题与程序问题不衔接的现象。首先,要将《海事诉讼特别程序法》及相关司法解释整合纳入海法典。其次,要对海法典调整的、由海事法院管辖的相关海上行政、刑事法律案件的程序法进行统一协调,比如海上刑事案件,在管辖案件的侦查机关(原为公安边防,现为海警等机构)完成侦查后,移送与该侦查机构对应的检察机关审查起诉,该检察机关则向对应辖区的海事法院提起公诉,这也可以考虑通过编纂海法典时直接规定,因为另行修改刑事诉讼法会比较困难。

此外,海法典的编纂也应该考虑海上执法与海事司法管辖的协同。2013年国家海洋局重组后,我国的海上执法队伍仅剩海事与海警两大队伍,在一定程度上实现了海上执法的统一。就海警而言,海警不仅具有行政执法权,也具有刑事执法权。海警执法权责的内容涵盖了原先海监、渔政、海关缉私以及边防的相应部分,行使这些权责所引发的法律问题,有相当一部分是由海事法院管辖的。但海警的综合执法,使得这些法律问题不再是单纯的民事、行政或刑事问题,因为可能会涉及国际公法角度上的主权问题,甚至国家安全等其他问题,从而可能引发海事法院是否可以管辖的疑问。编纂海法典的功能之一就是充分发挥海事司法的优势,推动海事法院管辖体系的协调。如果能通过编纂海法典,推动设立高级海事法院,由高级海事法院来统一管辖海上综合执法引发的相关法律问题,解决以海商问题为主,附带其他行政、刑事问题的争议;甚至解决涉及主权权益、捕获等方面的事项,就可以较为彻底地解决协同问题,同时可以节省诉讼资源。当然,在组建高级海事法院时,需要先解决海事法院现存的管理体制问题。现行海事法院的人员主要是通过公务员考试招录的,这无法保证所招录人员能充分掌握海上相关知识,因而无法保障海事法院人力资源的素质。因此,组建高级海事法院还需要建立一个更为科学的人员选拔机制。

四 中国海法典编纂的体系

(一) 修改《海商法》原有条文

编纂海法典,首先需要根据《海商法》实施以来的客观情况和经验,对其某些内容和条款

进行适当修改,扩大调整范围。通过这种编纂方法,可以填补一些法律空白,解决一些法律制度不合理的问题。

随着海洋矿产资源开发经营活动的迅猛发展,钻井平台的法律问题逐渐凸显,尤其是近年来频发的原油泄漏污染损害事件,使海洋钻井平台的作业安全和环境影响引起国内外的广泛关注。^①目前,国内关于钻井平台的立法尚不完善,钻井平台的责任主体、污染损害赔偿范围、责任限制、强制保险均没有专门法律加以确定。^②《海商法》第3条规定:“本法所称船舶,是指海船和其他海上移动式装置,但是用于军事的、政府公务的船舶和20总吨以下的小型船艇除外。”移动式钻井平台具有自航能力,通常可以认为属于“其他海上移动式装置”,因此,由其引起的相关法律关系应受《海商法》调整。而固定式钻井平台是否能纳入《海商法》的调整范围争议较大。本文认为,海法典需对固定式钻井平台进行适当的调整,主要调整因固定式钻井平台造成的污染和人身伤亡。因为除自航能力的区别外,移动式钻井平台与固定式钻井平台都是海上油气开采装置,二者对海洋环境和人身安全的威胁是相当的,而海洋污染和人身伤亡具有特殊性(如海事赔偿责任限制等),陆上的相关法律法规无法调整这些特殊问题。

在编纂海法典时,可考虑将调整范围的相应部分扩大为“船舶及海上设施”,以涵盖钻井平台。其他海上牧场、海上旅店、海上风力发电设施等等海洋活动新型载体,在某些特定方面的法律关系中也可统一纳入“海上设施”的概念范围,在污染、人身伤亡等方面由海法典的相关规范予以调整。

根据《海商法》第2条的规定,^③我国沿海货物运输合同不适用《海商法》第4章海上货物运输合同的有关规定。调整内河、沿海货物运输的法律、法规、部门规章主要包括《合同法》《国内水路运输管理条例》《国内水路货物运输规则》。沿海和国际海上货物运输法律适用的不同,表明我国海上货物运输领域实行的是双轨制。这两种不同的法律体系的差异主要包括:(1)归责原则不同。国际海上货物运输采用不完全过失责任,沿海货物运输则适用《合同法》的规定,采用严格责任。(2)有无赔偿责任限制不同。发生货物灭失损坏时,国际海上货物运输承运人受到单位责任限制制度的保护。而《合同法》却没有责任限制制度的规定,这意味着沿海货物运输承运人需按照《合同法》赔偿实际损失原则承担赔偿责任。《海商法》通过不完全过失责任、单位赔偿责任限制等为国际海上货物运输承运人设立保护屏障,而同样经营海上货物运输的沿海承运人却无法得到这些法律保护。此外,沿海货物运输承运人与国际海上货物运输承运人在诉讼时效方面也适用不同规定。适用法律的差异客观上导致了国际海上运输承运人与沿海运输承运人的不平等。

在海上货物运输领域适用不同的法律是由我国过去的特殊国情决定的。在计划经济时期,国家对国内海上货物运输的运力运价进行统一规定,而国际海上货物运输无法计划,只能遵循市场规律,由此导致了国际、国内海运立法的双轨制。但是随着国内货物运输领域的不断开放,沿海货物运输也已经进入市场,可以说,沿海货物运输适用海商法的障碍已经不复存在。^④因此,通过法典编纂统一海上货物运输法律的时机已经成熟。

① 李天生:《海上钻井平台立法利益平衡新探》,载《世界海运》2011年第3期,第32页。

② 李天生:《海上钻井平台立法研究论纲》,载《大连海事大学学报(社会科学版)》2011年第1期,第3页。

③ 《海商法》第2条:“本法所称海上运输,是指海上货物运输和海上旅客运输,包括海江之间、江海之间的直达运输。本法第四章海上货物运输合同的规定,不适用于中华人民共和国港口之间的海上货物运输。”

④ 傅廷中:《论我国海上货物运输法的统一》,载《中国法学》2003年第6期,第85页。

（二）整合司法解释

目前，最高人民法院针对《海商法》中的实体法问题发布了《关于审理船舶碰撞纠纷案件若干问题的规定》《关于审理海上保险纠纷案件若干问题的规定》《关于审理船舶油污损害赔偿纠纷案件若干问题的规定》《关于审理无正本提单交付货物案件适用法律若干问题的规定》《关于审理海上货运代理纠纷案件若干问题的规定》《关于审理海事赔偿责任限制相关纠纷案件的若干规定》等十余项司法解释；在程序法方面，最高人民法院发布了《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》《关于扣押与拍卖船舶适用法律若干问题的规定》，进一步完善了海事诉讼程序制度。最高人民法院这些司法解释和解释性的批复、规定，弥补了法律的不足，对中国的司法实践具有约束力，是全面了解和应用《海商法》《海事诉讼特别程序法》不可忽视的部分。但是，由于最高人民法院作出的司法解释效力等级较低，法律适用的复杂性增加了。在进行海法典编纂时，应当将这些司法解释整合纳入海法典之中，以明确和完善相关规定。

（三）增加新的规范内容

随着经济、社会和科学技术的发展，许多新的法律问题相应产生，对现行《海商法》的适用范围提出了挑战。从海法的关联性和一体性特征来看，《海商法》规范缺位问题更为明显。因此，海法典编纂需增加相应的条款以解决法律缺位问题。

1. 海洋污染与海上人身伤亡法律问题

编纂海法典首先需要增加的规范内容，就是海洋环境污染损害赔偿，以及海上人身伤亡损害赔偿这两部分。这两个部分是国际海事组织“让航行更安全、让海洋更清洁”宗旨的重点内容，是航运贸易、海洋作业的关键法律问题。关于这两个部分，国际公约或国际立法例以及行业实践都已经积累了比较丰富的资源与经验可供参考借鉴。尽管仍然有一些具体问题需要进一步解决，但关于将这两部分纳入海事立法，国际、国内学术界和海事司法界都已经有了比较一致的观点，^① 本文不再赘述。

2. 新兴科学技术带来的法律问题

海洋蕴含着丰富的能源资源，新兴的科学技术为开采这些能源资源提供了必要的技术和装备，海上风力发电、可燃冰开采、潮汐能源开采等海洋工程快速兴起，由此产生了相关的法律问题。运输货物种类、运输工具方式的革新也引发了相关的法律问题。另外，我国已经成为世界最大的信息技术（ICT）生产国、消费国和出口国，并正在成为领先者。^② 新技术的普及与应用，也必然给立法带来挑战。比如，电子商务在国际贸易和航运中的运用，使得《鹿特丹规则》

① 如：“由于国际条约《1996年国际海上运输有害有毒物质责任和赔偿公约》《2001年国际船舶燃料污染损害民事责任公约》不能直接适用于没有涉外因素的船舶污染损害赔偿问题，所以对于油污民事责任的立法，建议在《海商法》中设专章规定”，司玉琢、胡正良：《我国〈海商法〉修改的必要性》，载《中国海商法年刊（2002）》，第6页。“对在《海商法》中应增加海上人身伤亡损害赔偿的专门规定这一主张有必要展开深入的研究”，傅廷中：《论我国海商法修改的基本原则与思路》，第155页。“对于海上侵权环境污染、人身伤亡损害赔偿责任等，应当填补《海商法》中的空白”，何丽新：《论新商立法视野下〈中华人民共和国海商法〉的修订》，载《中国海商法年刊》2011年第2期，第7页。

② 胡鞍钢：《中国赶上第四次工业革命发动期》，新华网，http://news.xinhuanet.com/2013-02/25/c_124381701.htm，最后访问时间：2015年5月20日。

为此设专章“电子运输记录”，以适应航运实践的需要；又如船舶自动识别系统（AIS）技术在航海中的推广，将开启智能航海时代。^①我国已拥有全球规模最大的 AIS 岸基网络系统。据不完全统计，我国已配备各类 AIS 船台的船舶约有 15000 多艘，但“法规、管理方面仍显不足”。^②这些新技术的产生与应用将会带来新的前所未有的法律问题，需要通过立法予以解决。

3. 船员劳动合同法律问题

现行《海商法》对船员的保护较为薄弱，对于船员劳动合同的法律属性没有明确规定。在船员外派的情形下，对船员、船员服务机构和船东之间的法律关系也没有明晰的规定，也未对外派出去的船员提供完善的法律救济。

由于船员职业具有特殊性，船员的劳动具有比陆上工作更高的危险性，船员劳动合同具有不同于一般劳动合同的特点，与船员有关的劳动争议不适用劳动仲裁前置程序，可以直接通过诉讼解决，^③船员劳动合同不能完全套用《劳动法》和《劳动合同法》的规定。因此，编纂海法典应当对船员劳动合同的特殊属性做出明确的规定。

明确船员劳务关系中船员、船员服务机构和船东三方的法律关系，对于处理船员劳务纠纷，维护船员合法权益有着重要的意义，是海法典编纂所要解决的重要问题之一。在这三方主体中，对船员服务机构的规定尤为重要，应明确船员服务机构为居间人的法律地位，限制船员服务机构的职能和经营范围，将其功能限定在为船员提供就业机会，避免船员服务机构兼具多重身份，从而避免船员劳动关系复杂化。同时，应当强化船员服务机构对于外派船员劳动合同的监督功能，监督船员缴纳社会保险、人身保险情况，以确保船员发生工伤事故后的赔偿，对于船东不为船员购买保险的情况，船员服务机构应当拒绝为其安排船员。另外，海法典可以考虑强制规定船公司与外派船员形成劳动关系，以充分保护船员利益。

4. 造船合同法律问题

造船合同的法律属性在英美法系中往往被视为货物买卖合同，但是较之普通货物买卖合同具有一定特殊性，即造船合同标的物不是现有货物，而是尚在生产、建造之中的未来货物。在大陆法系中，造船合同则一般被视为一种建设工程合同或者承揽合同。

我国关于造船合同有买卖合同、承揽合同、建设工程合同等不同观点，合同的不同性质导致了关于在建船舶的归属、撤销权等方面的重要区别。目前我国造船合同主要受《民法通则》《合同法》等调整。但是，《民法通则》《合同法》仅能够为船舶建造法律关系提供一般的、原则性

① AIS 俗称船舶“黑匣子”。自上世纪 90 年代，国际海事组织（IMO）推出 AIS 技术以来，该技术已从最初的防止船舶碰撞发展成为全球性的保障航行安全的基础设施和助航系统，在保证海上航行安全方面发挥了重要作用。

② 曹玲、马艳玲、侯安健：《船舶“黑匣子”为数字航海护航》，中国水运网，<http://www.zgsy.com/GB/Article/ShowArticle.asp?ArticleID=99682&Page=2>，最后访问时间：2015 年 5 月 20 日。

③ 《最高人民法院关于海事法院受理案件范围的若干规定》第 2 条第 25 款规定：“船员劳务合同纠纷案件归海事法院管辖。”而根据《中华人民共和国劳动法》第 79 条及《最高人民法院关于劳动仲裁委员会不仲裁裁决或者作出不予受理通知的劳动争议案件人民法院是否受理的批复》（释〔1998〕24 号）的相关规定，劳动争议案件经劳动争议仲裁委员会仲裁是提起诉讼的必经程序，即劳动合同纠纷应适用劳动仲裁前置程序，因此船员劳务合同纠纷应不应该适用劳动仲裁前置程序在 2002 年前一直存在争议。在 2002 年《最高人民法院关于国内船员劳务合同纠纷案件是否应劳动仲裁前置的请示的复函》中，最高人民法院确认船员劳务合同纠纷案件属于海商合同纠纷案件的一种，此类案件应由海事法院受理，即不必仲裁，可以直接诉讼。在该复函中最高人民法院明确表示“此类案件是极具专业特点的海事案件，应当由海事法院审理。有关船员劳务合同纠纷的案件，当事人向海事法院起诉的，不受本院（法释〔1998〕24 号）文规定的必须经过仲裁程序的限制。海事法院应当受理。”

的行为规范，而造船合同具有一定的特殊性，具有复杂性、技术性的特点，上述法律的原则性规范难以满足调整复杂的造船合同关系的需要。现行《海商法》第14条第1款规定：“建造中的船舶可以设定船舶抵押权。”除该条外，并无其他条款对造船合同法律关系作出调整。但该条规定没有明确船舶抵押人的资格与范围，可能造成权利的滥用。编纂海法典时，对于造船合同应当构建专门的规范体系加以规制。例如，船舶所有权转移、船厂融资的专门性规定，以及在船舶安全、卫生等船舶规格方面的强制性规定。此外，由于船舶往往涉及公共人身财产安全，而船厂拥有造船方面的专业优势，还应当对船厂一方施加默示的质量担保义务，确保船厂所建之船舶不因建造质量问题而不适航。

5. 船舶、海洋工程装备（简称“海工”）融资租赁法律问题

船舶、海工融资租赁法律关系不同于光船租赁法律关系，融资租赁双方权利义务存在一定的不对等性，在这种法律关系下出租人对租赁船舶、海工的所有权有所弱化，其所有权长期处于消极的状态。船舶、海工所有权兼具“期待”所有权和“信用”所有权的特征。船舶、海工融资租赁过程中的所有权往往具有担保性，出租人和承租人之间一般存在所有权保留的约定。

现行《海商法》没有规定船舶、海工融资租赁合同，在规定船舶租用合同时没有将船舶融资租赁合同规定在内。编纂海法典时应为船舶、海工融资租赁合同中当事人之间特殊的权利义务关系作出专门规定。对于现有法律已经作出规定的方面，规定准用性条款即可。

相对于光船租赁登记来说，船舶、海工的融资租赁在船舶登记、权利识别以及融资租赁当事人的权利、风险保障方面也都更为复杂，也需要特殊法律制度予以调整，以促进船舶、海工融资租赁业的发展。在船舶、海工的融资租赁中，出租人拥有的是一种名义上的所有权，应当对其转让所有权、设立抵押权进行较为严格的限制（比如承租人书面同意、承租人严重违约），以保护承租人的融资租赁权。同时，应当限制船舶、海工融资租赁权的注销登记条件。船舶融资租赁的承租人的重要义务之一就是“禁止中途解约”。为保证融资租赁业的正常进行，除非承租人破产、出租人行使解除权等情况，并且得到出租人的事先书面同意，否则不允许承租人办理租赁权注销登记。此外，还应当确立船舶、海工融资租赁中的物权规则，明确承租人使用船舶、海工的规则，将船舶、海工融资租赁与光船租赁区分开。船舶、海工融资租赁期满后，当承租人选择取得所有权时，出租人应当帮助承租人完成其所在国的所有权登记，并办理自己所有权的注销登记。当承租人选择不取得所有权时，承租人的租赁权登记自动失效，原所有权登记自动生效。

6. 新类型海上保险法律问题

目前我国《海商法》中海上保险合同的范围规定较为狭窄，对于船舶建造保险合同和船舶抵押权人利益保险合同并无界定，从而无法明确其法律适用，而这两种保险在船舶融资业务中十分重要。关于其他海上设施、海洋活动的保险问题也没有明确规定。编纂海法典时应当扩大海上保险合同的范围，将实践中已经应用的海上保险合同类型纳入进来，明确其性质及法律适用。按我国规定，船东互保协会（Shipowners Mutual Assurance Association）不是保险公司，不适用保险法，但是船东互保协会与其会员的法律关系涉及很多海上保险问题，编纂海法典时需要重新考虑。

7. 强制打捞法律问题

目前，我国有关沉船沉物强制打捞清除的法律规定散见于众多法律、法规和规章中，主要包括：《打捞沉船管理办法》《海上交通安全法》《海洋环境保护法》《水污染防治法实施细则》以及《内河交通安全管理条例》。对沉船沉物强制打捞清除做出比较详尽规定的是交通部1957年发

布的《打捞沉船管理办法》。该办法包括了沉船沉物的界定、打捞清除的责任主体、强制打捞清除的情形、打捞清除费用的受偿等内容。这些法律法规和文件的相关内容非常零散、不成体系，而且在打捞义务主体、打捞清除范围等方面存在矛盾和冲突，已不能适应实务中复杂的强制打捞清除问题，编纂海法典时应应对沉船沉物强制打捞清除作出明确统一的法律规定。

此外，沉船沉物对航道安全和海洋环境的威胁较大，但沉船沉物的残余价值往往很低，不足以支付打捞清除的费用。因此，责任主体的打捞积极性往往不高，需要公权力干涉进行强制打捞清除，以维护航道安全和保护海洋环境，但由此产生的强制打捞费用常常因数额较大而得不到足额的赔偿。《2007年内罗毕国际船舶残骸清除公约》2015年4月14日已经生效，该公约对打捞清除费用规定了强制责任保险制度，即船舶所有人必须向某一资信可靠的保险人投保，保险标的是依法应当承担的沉船沉物强制打捞清除费用责任，从而保障沉船沉物的强制打捞费用能得到足额补偿。但我国并非该公约的缔约国，且《海商法》也没有关于强制打捞费用的相关规定，存在立法缺位的问题。因此，海法典编纂时，还应当考虑建立强制打捞清除费用强制责任保险制度和沉船沉物强制打捞清除费用基金制度，以解决强制打捞费用问题。

（四）统一实体法与程序法

海法典的编纂应当实现实体法与程序法的统一。随着实体法律制度的不断增加与完善，程序法律制度也应做适当的修改。根据统括海事海商相关的民事、行政、刑事规范思路，在将海商法实体法、海事诉讼特别程序法纳入海法典的同时，要把涉海相关的行政、刑事实体法及与之配套的程序法一并纳入海法典，并相应扩大海事法院的管辖范围。

1. 规定相应行政、刑事问题的实体与程序

随着海上行政活动不断增加，刑事责任不断发生，海上法律关系更加多样。为维护海上正常秩序和安全，沿海国不断强化海上行政执法和航运贸易监管。各国为维护海上权益，纷纷采取措施，打击走私、打击海盗、打击非法捕获的行为。现在的海上活动日益多元、复杂，这要求立法的调整范围要适应这种态势的发展。首先，将有关航运贸易市场监管、反垄断、海上执法等各种涉海特定行政法律规范统一规定在海法典中。其次，参照各国立法与《海上人命安全公约》（International Convention for Safety of Life at Sea，简称 SOLAS）等国际公约，将有关海上犯罪，包括海盗以及船长的刑事责任等相关涉海刑事法律规范统一规定在海法典中。同时，编纂海法典也要规定相应的海事司法管辖及其他程序问题。

事实上，普通法院缺乏管辖海事行政、刑事案件的能力。2001年《最高人民法院关于海事法院受理案件范围的若干规定》（简称《受案范围规定》）^①第3条第40项、第41项规定，将海事行政案件、海事行政赔偿案件纳入海事法院管辖范围，但海事行政案件的类型尚需要细化。《受案范围规定》第3条第39项仅仅提及“海运欺诈纠纷案件”属海事法院管辖。但是2003年最高人民法院《关于海事行政案件管辖问题的通知》又规定，“行政案件、行政赔偿案件和审查行政机关申请执行其具体行政行为的案件仍由各级人民法院行政审判庭审理。海事专门人民法院不审理行政案件、行政赔偿案件，亦不审查和执行行政机关申请执行具体行政行为的案件。”此后，海事法院基本不再审理涉海行政案件。但涉海行政案件往往具有很强的专业性，普通法院法

^① 2001年8月9日最高人民法院审判委员会第1187次会议通过，法释〔2001〕27号。

官一般缺乏海洋、气象、船舶维修、船舶登记、海难救助等方面的专业知识，对案件的事实认定与法律适用均可能产生实质性影响，相比之下海事法院则更具备审理涉海行政案件的能力，^① 海事行政机关也普遍认为海事行政诉讼应由海事法院管辖。^②

我国也没有将相关刑事案件纳入海事法院的管辖范围，这导致我国对海上犯罪疏于刑罚制裁或制裁不合理。如《刑法》第133条规定了交通肇事罪，从最高人民法院《关于审理交通肇事刑事案件具体应用法律若干问题的解释》^③ 可以明显看出，《刑法》该条规定实际上仅限于陆上交通肇事，并没有考虑到水上交通肇事的特殊性。

2014年9月3日，最高人民法院周强院长在“海事审判三十周年座谈会”上提出，“要进一步完善海事法院管辖制度，积极探索将相关海事行政、海事执行案件和其他涉海民事、刑事案件统一纳入海事法院专门管辖范围的新模式”。^④ 编纂中国海法典是与这种新模式同步配套、相互支撑的重要途径。通过编纂海法典，有利于建立所有涉海的、具有特别法性质的民事、行政、刑事案件统归海事法院管辖的海事司法制度，有利于为涉海案件实行“三审合一”提供法律支撑。基于同一涉海法律关系而引发的民事、行政和刑事案件往往具有很强的关联性，将相互关联的案件交由同一法院审理可以有效避免对案件的重复审理，并有效杜绝裁判相互冲突的现象。而且，无论是海事行政案件还是海事刑事案件，大多具有较强的国际性和专业性，由海事法院统一管辖可以发挥海事法院在海商事审判中积累的专业优势，提高涉海行政、刑事案件的审理效率。

2. 规定船舶征收、船货捕获的实体与程序

现行《海商法》遗留了一些尚未解决的问题。如并未明确规定船舶经政府征收后，船舶优先权是否消灭。由于我国《海商法》没有对此作出明确规定，其他国家法律对政府征收行为的性质又有不同观点，因此导致争议。一国的公权力可以根据该国的相关法律法规对商船进行征收，并将被征收商船纳入该国国家财产范围之内，受该国关于国家财产保护法的保护。在我国法律制度下，因公法上的没收、征收、捕获以及海事法院的强制拍卖而取得船舶的方式，属于原始取得。^⑤ 根据民法原理，所有人经原始取得方式取得船舶所有权后，原先附着于该船舶上的权利将随之消灭，即此时的船舶所有权是干净、完整的船舶所有权。但是，公权力的效力仅限于一国内。因此，基于征收而取得的所有权不一定为他国所承认。本文认为，船舶不同于其他动产，具有特殊性，基于船舶征收而产生的争议应当由海事法院管辖。就船舶优先权而言，船舶优先权附随于船舶，随船舶的消灭而消灭，具有附随性、秘密性的特征。公权力征收船舶时，很容易忽略优先权的存在。为保护自身权益，享有船舶优先权的外国当事人必然会极力否认征收的效力，由此引发的船舶征收争议与船舶优先权制度息息相关。船舶优先权是海商法中的一项特殊制度，这类由船舶征收引发的海商争议，应当由具备专门海商法知识的法官审查，即应当将与船舶征收有关的海商争议纳入海事法院的管辖范围。

① 杨婵：《论海事行政诉讼之专门管辖》，载《上海政法学院学报》2012年第4期，第54页；安晨曦：《论我国海事行政案件管辖权的归属》，载《海峡法学》2013年第1期，第114页。

② 据调查，福建省70%的海事行政机关、广东省78%的海事行政机关都要求海事行政案件由海事法院管辖。参见张娜：《海事公益诉讼程序和海事行政案件管辖——第十九届全国海事审判研讨会综述》，载《人民法院报》2010年12月22日，第7版。

③ 最高人民法院2000年11月15日法释〔2000〕33号。

④ 罗书臻：《努力实现海事审判新的历史跨越》，载《人民法院报》2014年9月13日，第1版。

⑤ 司玉琢：《海商法专论》（第3版），中国人民大学出版社2015年版，第27页。

船货捕获类似于船舶征收,是指战时交战方拿捕船货后经捕获法庭确认的法律行为。^① 最早的捕获法庭是在欧洲中世纪末期针对公海上的海盗现象而建立起来的。^② 十三世纪时,英国等欧洲沿海国家致力于建立公海上的良好秩序,打击和拿捕海盗船货,授予主管官员行使指挥船队和分配拿捕船货的权利,并相继设立捕获法庭。捕获法庭的管辖权极广,除在陆地上发生的不经海军协助的拿捕外,其他一切战时拿捕都处于其管辖范围内,且管辖权还及于所有与拿捕行为有关的诉讼,如因拿捕船舶或货物而引起的运费、滞期费、共同海损、损害赔偿等问题。但关于捕获,国际上有一项被普遍接受的古老原则,即拿捕行为必须经过捕获法庭认定合法后才能构成捕获,事实上的拿捕或军事强占本身不能成就合法的捕获。

在我国南海等海域及其他相关海域内,商船、渔船以及船上货物的捕获行为并不是不可能发生,因为“战时”的广义定义可以包括敌对状态,而当我国在南海等海域与某国处于敌对状态时,相关的捕获需要法律制度的规范。尽管捕获本身是战时法问题,但海上船货捕获特别是船舶的捕获,与海商法律制度密不可分。国际通常做法,一般只承认法院判决对船舶物权强制变更的效力,同时对于捕获也强调经过捕获法院的正当程序确认。因此,编纂海法典时,应当对船舶征收、船货捕获的相关问题作相应的考虑。

Theoretical Outline for Chinese Codification of Maritime Law

Si Yuzhuo and Li Tiansheng

Abstract: Since *The Maritime Code of the People's Republic of China* (hereinafter referred to as *Maritime Law*) had been passed and implemented, the society has changed profoundly. *Maritime Law* does not maintain compliance with the legislation of Chinese and international society. In response to the new situation of the ocean strategy, abiding by the inherent law of Maritime Law, conforming to the characteristics of Maritime Law's modernization, we should formulate a Code of Chinese Maritime Law as soon as possible. And the codification of Maritime Law should adhere to the principles of openness, prospectiveness and collaboration. We need to modify the relevant clauses of *Maritime Law* and integrate judicial explanations, enlarge its scope of application and add the legal norms which contribute to trade and shipping development in the contemporary ocean era. All civil, administrative, criminal norms and the corresponding procedures which are related to shipping and marine operations should be integrated into Chinese Maritime Law Code.

Keywords: *The Maritime Code of the People's Republic of China*, Maritime Law, Codification of Maritime Law, Intention of Codification, Principle of Codification

(责任编辑:曲相霏)

① 郭红岩:《“船王求偿案”评析》,载《中国法学》2014年第6期,第276页。

② 郭红岩:《“船王求偿案”评析》,第277页。