



国际视野内海事公法和私法的分隔与聚合

傅廷中*

目次

- 一、公私法合一：古代海事法的萌芽阶段
- 二、公私法分立：近代海事立法的变革
- 三、公私法适度聚合：当代海事立法的新趋势
- 四、对未来的思考与展望
- 五、结论

摘要 在全球视野内，海事公法和私法经历了合一、离散和相对聚合的几个阶段。古时实行的公法与私法合一的粗犷模式虽然适应了当时的生产方式和航运经济基础，但毕竟不具科学性；现代条件下实行的公、私法分立的模式固然实现了法的调整具体化，但也在一定程度上导致了制度之间的不衔接。近年来，因应海洋事务和海运活动的新变化，海事公法和私法在一定程度上又呈现交叉和聚合的态势。基于这种新变化，在海事法的研究中似应倡导功能主义和实用主义相结合的理念，采取“领域法学”和“部门法学”相结合的方法，在遵循部门法分工的基础上，促进海事公法和私法制度的有机协调。

关键词 海事公法 海事私法 离散 聚合 领域法学

在英文表述中，“Maritime law”是一个总括性的概念，有“海法”“海事法”“海事基本法”等不同的称谓。^{〔1〕}实际上，海事法有广义和狭义之分，广义上的海事法泛指涉海的法律，^{〔2〕}其中既包括公法也包括私法，既包括实体法也包括程序法，^{〔3〕}既包括国际法也包括国内法，既包括成文法也包括国际惯例。狭义上的海事法（亦即海商法）则仅指调整平等主体之间在海事

* 清华大学法学院教授。

本文系国家社会科学基金重大项目“完善我国海洋法律体系研究”（15ZDB178）研究成果的一部分。

〔1〕 See Bryan A. Garner ed., *Black's Law Dictionary*, 8th Edition, Thomson West, 2004, p. 988.

〔2〕 航海、造船、海上运输、海损事故处理等均属于海上活动的范畴。参见辞海编辑委员会编纂：《辞海》（1999年版），上海辞书出版社1999年版，第2635页。

〔3〕 这里所说的程序法是指依据《民事诉讼法》的基本原则并兼顾海事诉讼的特点而制定的《海事诉讼特别程序法》。

活动中发生的民事权利义务关系的法律，其调整对象包括船舶物权关系、海上运输合同关系、海难救助合同关系、船舶租赁合同关系、海上保险合同关系和海事侵权关系。在我国，关于海事法的称谓有一个有趣的现象，即在立法层面使用的是“海商法”的名称，但在理论研究和实务中，又经常使用“海事法”这一表述方式。此种现象易使人们误认为“海商法”与“海事法”的含义一致，只是表述方式不同，进而将《海商法》中的制度建构理解为海事法体系的全部，其实不然。无论从法的架构还是从具体内容上来看，我国《海商法》中确立的制度只是海事法这个庞大体系中的一个组成部分，若将《海商法》中的制度建构解释成海事法体系的全部，其结果是把诸如海上交通安全、海洋环境保护、海上财产打捞、海洋开发与利用等项制度排除在海事法的体系之外，其结果是以偏概全。

就全球范围而言，海事法从萌芽阶段到体系的形成已有千百年的历史，其间经历了公私法合一、分道而行、及至目前的相对聚合几个阶段，海事法在发展的过程中呈现这样的轨迹并非偶然，而是由海事活动的内在规律所决定的，这一点已被史实证明。

一、公私法合一：古代海事法的萌芽阶段

早在上古时期（公元前3000年左右至公元5世纪初），在古埃及、巴比伦、印度、希腊和罗马等地就有了海上贸易活动，航商们在长期的海事活动中创造并积累了一些习惯做法，这些做法经过后世人们的总结、整理和编纂，形成了一些被业界认可的行为准则，在著名的《查士丁尼安学说汇编》中收录的《罗德海法》（Rodian Sea Law）就是一个典型的例证。当然，这一时期的所谓海事法只能被理解为萌芽阶段，其主要表现形式是按照君主的旨意确认的航海惯例和海事判例，现今被学者们经常提及的《汉谟拉比法典》（Code of Hammurabi）就是巴比伦第一个王朝的汉谟拉比国王（公元前1792—1750）在位时期颁布的一系列敕令，并且经过人们的整理和汇编而形成的文件，其中搜集了自其登基以后颁布的重要敕令，并篆刻在巴比伦民族神马尔达克庙宇内的一座闪长岩石柱上（内含288个条款）。《汉谟拉比法典》是被研究东方历史的法国学者让·樊尚·施伊尔于1901年在苏萨的一根石柱上发现的，目前，该法典保存在法国的卢浮宫博物馆。《汉谟拉比法典》融涉海的民事、行政、刑法规范于一体，其中，民事条款主要包括海上交易和相关海商事务的规定，例如船舶和货物的冒险抵押贷款、船舶租赁等；行政条款主要包括物价和关税等；至于类似刑事法规范的条款则包括惩治海上袭击、抢劫和盗窃等行为的規定〔4〕

至中古时期（又称中世纪），随着航海事业的发展，为了规范海上贸易活动中的各种关系，欧洲各国普遍加大了编纂和整理海上贸易惯例和海事判例的力度，相继产生了几部名称各异但影响较大的海事惯例或判例的汇编，例如12世纪流行于大西洋沿岸地区的《奥列隆惯例集》（又称《奥列隆法》—Les Oleron），14世纪在地中海地区具有重要影响的《海事判例集》（又称《康索拉底法》—Le Consolato），15世纪在瑞典的果特兰岛维斯比城编撰而成的《维斯比法》（Laws of Visby），以及曾经流行于英国的《海事黑皮书》（Black Book of the Admiralty）等，这些文件对规范当时的海上贸易活动均发挥了不可低估的作用。然而，在当时的条件下，人类对海

〔4〕 参见中美联合编审委员会编：《简明不列颠百科全书》（第3卷），中国大百科全书出版社1985年版，第679页。



洋的认知程度有限,早在15世纪末,意大利的航海家哥伦布虽然从事了四次远航,亲眼见到并且登上了巴哈马群岛之一,但其对自身的这一发现所具有的重要意义并不知晓,而是误以为到达了印度附近的某个岛屿。^{〔5〕}当其按照土著居民的指引,穿过巴哈马群岛抵达古巴时,还以为进入了日本的海域。^{〔6〕}直至1521年,葡萄牙航海家麦哲伦率领的船队完成了环球航行,才使哥伦布在航海中的发现从理论上得到了证实。由于条件所限,彼时的所谓海事立法,只是依君王的意志对海上贸易活动中的习惯性规则给予的确认,与现代意义上的海事立法不能同日而语,以前述的《维斯比法》为例,其名称中虽然使用了“法”的称谓,采用的却是复数(Laws)的表达方式,换言之,此种“法律”在本质上只是对若干规则的汇编,因而不可能像现代立法那样做出公法和私法的区分。

任何客观事物的发生和发展,必定有其主、客观原因,古代的海事法之所以能够以各类规范共存一体的形式存在,是由两个方面的原因所决定的。

(一) 基于防范海上风险的共同目标

自古以来,人们就把“航海事业”与“海上冒险”(Marine adventure)相提并论,古时有人曾就“何种船舶最安全”这个问题问及古希腊七位圣贤之一的阿那哈斯,答曰:最安全的船舶是“离开海洋的船舶”,^{〔7〕}这一回答幽默而精准地道出了航海事业的固有特征。在当时的条件下,人们在制定规则时的关注点主要集中于对海上风险的防范和应对。据此,人们通过总结经验,创设出航海活动中应遵循的具有公法特征的行为规则;为了在充满风险的航海活动中调整当事人之间的权利义务关系,一些具有私法特征的规则也相继产生,史上曾经流行一时的船货冒险抵押制度就产生于这个时期,在这一制度下,船舶所有人以其所有的船舶和船载的货物作为抵押物以取得贷款,并以船舶安全完成预定航程作为返还贷款及其高额利息的条件。伴随着这一制度的产生,共同海损制度也在业界得到普遍的承认。进入近代社会以来,类似于冒险抵押贷款这种古老的制度虽然已被废弃,但是,人们将海运视为高风险行业的观念并未发生根本的改变,并且仍然影响着当代的立法,以求在公平分担风险的前提下实现当事方之间的利益均衡。^{〔8〕}

(二) 与海上贸易的经营与管理体制相匹配

就海上贸易的经营体制而言,古时的海上贸易可用“商航一家、船货一体”八个字加以概括,彼时的航运业是由一些“商人船东”(兼具贸易商和航运业者身份的人)所经营,他们用自己的船舶运输自己的货物,实行旅行式经商,如若发生货运事故,一切后果自负。^{〔9〕}因应这种经营体制,在15世纪,英国的水险市场上甚至出现了将船舶和货物合并承保的“S.G.保险单”,其中,“S”指船舶(Ship),“G”则是指货物(Goods)。^{〔10〕}在这种体制之下,不可能存在承运

〔5〕 参见同上注,第333页。

〔6〕 参见李纯武、寿纪瑜等编:《简明世界通史》(上册),人民教育出版社1981年版,第309页。

〔7〕 转引自郭瑜:《海商法的精神——中国的实践和理论》,北京大学出版社2005年版,第68页。

〔8〕 2016年5月,国际海事委员会在纽约召开的第41届大会上通过了修订后的共同海损理算规则——《约克·安特卫普规则》,其中的第一条(Rule A)仍将船货共处一处的航程表述为“Common Maritime Adventure”,即共同的海上冒险事业。

〔9〕 参见杨良宜编著:《航运实务丛谈》(第一册:提单),大连海运学院(今大连海事大学)出版社1994年版,第3-4页;周成华主编:《欧洲简史》,吉林大学出版社2010年版,第56页。

〔10〕 See Jonathan Gilman et al., *Arnould's Law of Marine Insurance and Average*, 16th Edition, Volume 3, Sweet & Maxwell, 1997, p.4.

人和托运人的概念之分，更不可能就公法和私法划出明确的界限。^{〔11〕}

就海上贸易的管理体制来讲，古时对海上贸易的管理也和其他行业的管理一样，实行的是司政合一的模式，此种管理体制必然导致公、私法制度的界限不明。进入17世纪以后，随着中央集权制陆续在各国得到确立，流行于海运界的习惯做法逐渐被国家的法律取代。在欧洲，最初对海事立法起到引领作用的是法国，该国的财务大臣J. B. Colbert受命于国王路易十四，对全国各个港口的情况进行调查研究并着手进行法律编纂，于1681年8月颁布了著名的海事法典——《路易十四海事敕令》，日本的学者称之为《路易十四大海法》。^{〔12〕}该法典由五编、713条组成：第一编“海事法院的法官及其管辖权”、第二编“与海上活动相关的人员与船舶”、第三编“海商契约”、第四编“港口、口岸、锚地及海岸的治安”、第五编“海上渔业”。从制度的结构安排和内容上不难看出，法国的这部海事法典实际上是公私法合一的产物，其功能既包括对海事活动的管理，也包括对契约关系的调整；在规范的形式上既包括实体法规范，也包括程序法规范；法典的调整对象既包括海上运输，也包括海上渔业；法典的内容既包括对船员和相关从业人员的管理，也包括对海上和口岸的治安管理；从法律规范的性质上来看，既包括民事规范，也包括行政法规范甚至还有一些刑事法规范。根据这些特征可以认定，《路易十四海事敕令》是一部典型的融公法和私法于一体的海事法。因应这种体制，法国在当时还设立了专门的法院并配备了专业化的法官，从立法到司法都形成了鲜明的“自体性”特征，无须借助其他部门法即可调整海上活动中发生的各种关系。^{〔13〕}

论及我国古代的情形，大体上也呈现同样的特征，自唐代初期开始，沿袭了汉晋时期的做法，各个港口所在地的地方官员同时兼任管理海上贸易的职责。后来，随着贸易规模的扩大和地方行政事务的增多，由地方官员兼管海上贸易的模式已不能适应形势的需要，于是设置了专门管理海运和贸易的行政官员——市舶使，负责传达皇帝就海运和贸易问题发布的命令和旨意。^{〔14〕}至宋代时，朝廷中又设立了专门管理海运贸易的机构——市舶司，市舶司集海关、港务、代理、外贸等大权于一身，在船舶和货运代理事务中则是扮演了官商的角色。^{〔15〕}在这种管理体制下，也不可能有公法和私法之分。

透过国内外的上述史实，便不难理解在古代的海事立法中缘何出现公、私法制度共存一体的现象。

二、公私法分立：近代海事立法的变革

进入近代社会以来，随着科技水平的提高，人类认识世界和改造世界的能力不断增强。至18世纪末叶，全球大部分地区的主要海岸线，包括南、北美洲的大西洋沿岸、南美洲的太平洋沿岸、非洲的整体海岸轮廓以及南亚和东亚的海岸，均已为人类所探知。尤其是在欧洲地区，

〔11〕 参见同前注〔9〕，周成华书，第56页。

〔12〕 参见〔日〕中村真澄、〔日〕箱井崇史：《日本海商法》，张秀娟、李刚、朴鑫译，法律出版社2015年版，第6页。

〔13〕 Ribert教授在论证《路易十四的海事敕令》时曾指出：“海法……不受外界影响，不丧失特色，完全维持了一种独立的状态。”参见同前注〔7〕，郭瑜文，第54页。

〔14〕 参见王杰：《中国古代对外航海贸易管理史》，大连海事大学出版社1994年版，第49-50页。

〔15〕 参见〔日〕桑原隲藏：《蒲寿庚考》，陈裕青译，中华书局1954年版。



人们对地理知识的了解已经超越了本国的海域，例如，俄罗斯人认识了西伯利亚，西班牙人和葡萄牙人的视野扩展到了墨西哥以及中美洲和南美洲的部分地区。虽然北美洲的太平洋沿岸还有大部分未被探明，但可以肯定的是，至这一时期止，欧、美地区的人们已经对全球大部分海岸线有了基本的了解，由此促使海上的航线不断延长。由于海上贸易的规模不断扩大，原有的经营体制已经不适应新型的生产方式，至此，施行已久的“商航一家、船货一体”的体制完成了历史使命。伴随着这种变化，海事公法与私法制度也实现了分离。

（一）海事公法与私法分流的缘起

科学的发展和航海技术的进步为人类征服海洋、利用海洋创造了条件，人类所从事的海上活动呈现多样化、大型化和复杂化的特征，由此对海事立法提出了更高、更具体的要求，此时，不可能再奢望用一部综合性的类似于工具书式的法典来调整海上活动中发生的各种关系，海事法体系内的制度分工便成为一种必然的结果，尤其是在进入19世纪以后，欧洲大陆诸国陆续展开了现代法典的制定，而且在制定的过程中秉承了公法与私法分立的原则。值得一提的是，1804年法国的拿破仑《民法典》和1807年《商法典》的产生，对海事公法与私法的分立起到了重要的引领作用。在制定商法典时，原来包含在《路易十四海事敕令》中的一些具有私法性质的内容被抽取出来，经过整理和修订，作为“海商”篇纳入《商法典》中。与这种立法改革相呼应，该国在司法层面也采取了相应的举措，继而取消了海事法院。

（二）海事公法与私法分立的基本模式

近代的海事公法和私法虽然发生了分离，但在不同法系和不同的国家，分立的模式则有所区别，概括起来，有如下两种基本模式：

1. 以英国为代表的保持海事法自体性特征的分立模式

作为一个岛国，英国对海洋的重视程度高于世界上任何国家，在历史上，该国一方面在军事上依靠皇家海军的力量成功地保护了不列颠诸岛免遭外敌入侵，另一方面又在经济上依托海洋发展对外贸易，^[16] 海事立法在该国始终居于重要的地位。研究历史可以发现，英国早期的海事法本来受民法法系的影响较大，在爱德华三世时期（1327—1377）英国首创海事法庭，法庭创立初期的主要职责是处理海盗问题，此后，海事法庭的管辖权被不断扩大，其他的海商、海事争议也被纳入其中。值得提及的是，彼时的海事法官和海事律师所接受的均是罗马法的传统训练，法庭在处理争议时采用的也是将商人习惯法和民法同等适用的方式，^[17] 而且适用的是普通的民事诉讼程序。^[18] 但是，至1670年时，海事法院的管辖权受到了一定的限制，其管辖范围被限定在公海上发生的侵权案件，海商合同争议案件，在国外发生的针对船舶抵押贷款合同争议而提起的对物诉讼案件，针对其他海事法院所做判决的强制执行案件，以及船员提起的薪酬请求案件等。^[19] 随着审判实践的发展，海事案件的特殊性逐渐凸显，法庭在审理案件时，开始转向适用先前的海事判例，而不再遵循民法的原则，由此摆脱了大陆法系的影响并形成了独立

[16] 参见 [英] 布赖恩·莱弗里：《海洋帝国》，施诚、张珉璐译，中信出版集团2016年版，“前言”第XI页。

[17] See Leon E. Trakman, *The Evolution of the Law Merchant: Our Commercial Heritage, Part 1: Ancient and Medieval Law Merchant*, 12 *Journal of Maritime Law and Commerce* 1, 1-24 (1980).

[18] See Sir. William Searle Holdsworth, *A History of English Law*, Volume 5, Methuen & Company, 1924, p. 127.

[19] See Sir. William Searle Holdsworth, *A History of English Law*, Volume 1, Methuen & Company, 1903, p. 557.

的体系。^[20] 英国的《商船航运法》可谓海事法体系中的“龙头法”，有学者称之为英国的“海法典”。^[21] 一百多年来，《商船航运法》虽经多次修定，但仍然发挥着统领该国海事立法的作用。从上述意义上说，英国虽然不具有以海商法命名的法典，但以《商船航运法》为统领而制定的若干成文法以及在长期的审判实践中积累的经典判例，在事实上构成了一个完备的海事法体系。英国之所以至今还能够保持国际航运中心、海上保险中心和海事仲裁中心的地位不动摇，一个重要的原因就是立法和司法实践中维护了海事法体系的自体性特征，从而使一些因部门法分工的限制而无法解决的争议能够得到有效的解决，对此，可以该国法院在审判实践中创设的货物买卖法与货物运输法的对接机制为例说明之。如所周知，在货物买卖法制度下，当买方不履行或者不能履行义务时，卖方有权停止货物的运送和交付，但由于货物买卖合同中约定的交易条件不同，卖方的此种权利能否得到实现却具有很大的不确定性。例如，买卖双方在合同中如果约定了 CIF 价格条件，则卖方即负有安排船舶将货物运抵目的港并交付给买方的义务，倘若买方不履行或不能履行其在买卖合同下支付货款的义务，则卖方（同时也是运输合同下的托运人）有权依据运输合同的约定，向承运人下达停止货物运输或者停止向收货人交付货物的指令。但是，如若合同中约定的是 FOB 价格条件，情况则不同。在此种价格条件下，须由买方自行安排船舶到卖方处接运货物，此时，只有买方才是运输合同项下的托运人，即使卖方有合理的理由认为买方不履行或者不能履行其在买卖合同下的义务，也无权依据运输合同请求承运人停止运送或停止交付货物。在此种情况下，如果严格按照部门法的分工，则由于货物的卖方不具有运输合同当事人的地位，其对于已经处于海上运输阶段的货物便失去了控制的权利，在处理与此相关的争议时，法官们常常纠结于是适用合同法还是适用侵权责任法的问题。但是，在保持了自体性特征的英国海事法体系中便不存在这样的问题，在诉讼过程中，法官可以海运提单为媒介，将货物买卖法与货物运输法有机地联系在一起，凭借其造法职能，将卖方在买卖合同项下的权利延伸适用于海上运输阶段。^[22] 由于海事法自体性特征的优势，此种立法模式在英联邦国家的海事立法中得到了普遍的采纳。

2. 摒弃海事法自体性特征的公民法分立模式

自近代以来，在大陆法系国家的立法中，海事法的自体性特征被逐步淡化甚至被否定，海事法制度被拆解并归于不同的部门法。具体而言，这种分立的模式又分为两种类型：

(1) 民商分立体制下的公民法分立

实行此种模式的国家以法国、德国和日本为代表。法国是大陆法系海事法的发源地，但在 1807 年，该国颁布了《商法典》，并将 1681 年《路易十四海事敕令》中具有私法性质的规定加以整理和修订，作为《商法典》中的第二编——海商编，原海事法体系中具有公法性质的制度也同时从法典中移出。德国的海商立法要稍晚于法国，并且通过两步完成。在该国的立法中，有关调整海上商事活动的内容最初被置于旧商法中，并对斯堪的纳维亚各国的立法产生了重要的影响。直至 1897 年，德国颁布了新的《商法典》，其中的绝大部分内容沿袭了旧商法的规定，并将调整商事活动的内容加以整理，海事法作为《商法典》的第四编，先后于 1937、1972、

[20] 转引自 [加] 威廉姆·泰特雷：《国际海商法》，张永坚等译，法律出版社 2005 年版，第 14 页。

[21] 参见同前注 [12]，中村真澄、箱井崇史书，第 9 页。

[22] 英国 1979 年的《货物买卖法》第 44 条规定：“如果买方成为无偿债能力的人时，则已经脱离对货物的占有且未取得货款的卖方有权对处于运输途中的货物恢复占有。”



1986、1998、2001、2013年进行了多次修订。在修订《商法典》的过程中还先后吸收了1924年《关于统一提单若干法律规定的国际公约》（《海牙规则》），修改《海牙规则》的1968年议定书（《维斯比规则》），以及1976年《海事赔偿责任限制公约》等重要海事公约。至于日本的海事立法，原来被规定在1890年颁布的旧商法典中，该法典基本上是复制了德国旧商法中的制度（包括海商法制度），由于人们对此存在较多的争议，故延至1898年7月1日才得以施行。然而，就在颁行的次年，日本即颁布了新的商法典，海商编则作为第五编被规定在商法典中。一百多年来，日本的商法典虽经多次修订，但关于海商法制度仍然被保留在商法典当中。

（2）民商合一体制下的海事立法

我国是典型的实行民商合一体制的国家，海商法被界定为民法的特别法。然而，回顾历史可以发现，确定这样一种合一的体制实际上是经历了一个较为漫长的过程。早在20世纪50年代初期，我国开始制定《海商法》时，立法机关借鉴了前苏联的立法模式，力求以海商法典全面调整海事活动中发生的各种关系，甚至在1963年提交的《海商法（草案）》中，仍将立法的宗旨确定为“维护海上船舶的安全和促进航海贸易的发展”。^[23]该草案中所说的促进航海贸易的发展，是就其中的民事法律规范而言，而“维护海上船舶的安全”则显然是指海上交通安全管理制度。直至1992年《海商法》通过之前的最后一个草案当中，还保留着一些行政法规范。^[24]由此可见，长期以来，制定一部融民事和行政法规范于一体的综合性海商法典的理念一直在影响着我国的立法，当然，《海事法》的制定最终还是服从了部门法的分工，所有的具有行政法规范性质的条款一律从法典中予以剥离，使该法典成为真正意义上的民法的特别法。

从外在表现来看，海事立法的法典化似乎强化了海事法体系，但在实际上却导致了海事法制度的碎片化，首先，从法的作用上来看，海商法的功能仅限于调整平等主体在海上商事活动中发生的权利义务关系，至于海事行政关系只能以单行法规的形式体现；其二，即使就法律所调整的商事关系而言，也仅仅被限定在海上客货运输合同、船舶租赁合同、海难救助合同、海上保险合同等特定的领域之内，至于船员劳务合同、海上财产打捞合同、船舶建造合同、船舶融资租赁合同以及海洋勘探与海洋开发等商事合同均被排除在外，继而被归入法的不同分支部门。

（三）海事公法与私法截然分立的结果

按照现代部门法分工的原则，将公法与私法制度加以区分自然体现了立法的科学性，然而，从另一个方面来看，海上的生产或商务活动（尤其是具有涉外因素的海事活动）毕竟具有陆上活动无法比拟的特征，这些特征可以概括为涉外性和专业性。^[25]如果在立法中忽略这些特征，过分地依赖与之相关的部门法，势必会使某些制度被遗漏，从而在法律中出现空白地带。事实证明，在现行的立法模式下，一些本应在《海商法》中规定的条款被省略，致使某些争议适用《海商法》无法调整，而适用民法或者行政法又找不到相应的法律依据。就目前的情况来看，至少已经显露出如下弊端。

1. 海商法制度与国际法不衔接

长期以来，为规范海事活动，国际组织制定的涉海条约可谓浩如烟海，现已形成以1982年

[23] 司玉琢：《海商法专论》（第三版），中国人民大学出版社2015年版，第1页。

[24] 《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。”

[25] 参见司玉琢主编：《海商法》（第四版），法律出版社2012年版，第5-6页。

《联合国海洋法公约》为统领的公法公约和众多私法公约共同构成的海事公约体系。以《海洋法公约》为例，该公约作为公法性质的公约，其中许多制度设计均涉及船舶，例如船舶的航行权、船舶的国籍、船舶的法律地位、船籍国的义务、国家在不同海域对船舶的刑事管辖权与民事管辖权等。我国作为公约的缔约国自然享有公约赋予的权利并应履行公约赋予的义务，故有必要根据公约中确立的制度在国内法中作出相应的规定。然而，在现行的国内立法中，对该公约中规定的某些制度却未能给予应有的回应，对此，可以船舶非法悬挂国旗的现象为例说明之。根据《海洋法公约》的规定，任何国家的军舰在公海上遇到任何船舶时（享有豁免权的军用船舶和政府公务船除外），若该船舶不悬挂旗帜，或者虽有旗帜而拒不展示，或者虽然悬挂外国旗帜但在事实上却与该军舰同属一个国籍，则该军舰有权登临船舶并实施检查。^[26] 在国际公约的授权之下，国内法中本应规定船舶非法悬挂该国国旗所应承担的行政责任或刑事责任，然而，我国的《海商法》将这一问题留给了《国旗法》和《刑法》去规定，但该两部法律中却没有涉及这一问题。

2. 海商法制度与行政法制度不衔接

船舶是从事海事活动的重要载体，在海事活动中发生的行政关系和民事关系往往相互关联、相互影响，故有必要在立法中予以统筹考虑。然而，在公法与私法截然分立的体制之下，某些在海商法中专有的制度无法在其他的法律中加以规定。例如，按照国际海事惯例，在船舶航行中发生船员或旅客死亡的事件时，如果限于当时的客观条件无法将死者的遗体运回国内安葬，则出于维护船舶卫生和安全方面的考虑，船长有权对死亡时间超过法律规定者在公海上举行海葬（Burial at sea）。^[27] 船长的此种权利本属于行政法上的权利，故按照部门法的分工只能将其规定在行政法规当中。然而，纵观现行的行政法律与法规，却寻觅不到相关的依据。可以设想，当船舶在航行过程中发生船员或旅客或其他在船人员死亡的事故时，倘若船长按照航海惯例对死者举行海葬，势必会引起死者家属的质疑和抗议。法律中的不衔接现象还涉及船长对处理船上治安案件的权限。在我国现行的法律框架之内，对于扰乱公共秩序、妨害公共安全、侵犯人身或财产权利、妨害社会管理、具有社会危害性、依照《刑法》的规定构成犯罪的人，将依法追究刑事责任；尚不够刑事处罚条件的，可由公安机关依照《治安管理处罚法》的规定给予治安管理处罚，处罚的形式包括罚款和行政拘留。此种规定虽然也适用于在我国的船舶和航空器内发生的违反治安管理的行为，但由于公安机关对发生在船上的治安案件鞭长莫及，故只能在立法中将相关的权力赋予船长。然而，现实情况是，此种授权性的规定仅仅见之于《海商法》当中，而在《治安管理处罚法》中却并无相应的授权性规范。^[28] 由此，引发出三个方面的问题：其一，在《海商法》中赋予船长在《警察法》和《治安管理处罚法》下的权力，是否属于法律制度的错位？其二，《海商法》中规定的船长有权采取的禁闭或者其他措施是否等同于公安机关行使的行政拘留措施？如果答案肯定，其权源依据何在？若答案为否定，则所谓的禁闭措施的性质又当如何界定？其三，即使法律中允许船长代为行使公安机关的治安处罚权力，但公安机关采取行政处罚措施的时限是否也应适用于船舶之上？如果答案肯定，则对于航行在茫茫大海中的船舶而言，此种时限的标准又当如何把握？

[26] 参见1982年《联合国海洋法公约》第110条“登临权”。

[27] 参见司玉琢主编：《海商法大辞典》，人民交通出版社1998年版，第709页。

[28] 我国《海商法》第36条规定：“为保障在船人员和船舶的安全，船长有权对在船上进行违法、犯罪活动的人采取禁闭或者其他必要措施，并防止其隐匿、毁灭、伪造证据。”



3. 海商法制度与刑法制度不衔接

在当今条件下,海上交通流密集,船舶在航行期间发生触礁、搁浅或者碰撞等事故屡见不鲜,而航海事故的发生原因又错综复杂,故对海上交通事故的处理应有别于陆路交通事故。然而,现行的《刑法》并未对海上交通事故和陆路交通事故的法律责任作出区别性的规定,在司法实践中若简单地适用《刑法》的规定,并以“交通肇事罪”追究船长的刑事责任,无疑会影响正常的航运秩序,因为船舶在海上的航行与机动车辆在陆路的运行不能相提并论,原因有二:首先,海上交通事故的发生原因具有多重性的特征,有的属于船舶所有人而非船长的过错所致,例如船公司安排不符合安全标准的船舶从事海上运输活动;有的是因船长个人的指挥失误,例如船长对海上的形势缺乏正确的判断并下达了错误的指令;有的是因值班驾驶员个人的疏忽所致,例如,值班船员在航行中没有保持正规的瞭望或者对航海仪器操作有误;有的是因船员之间在工作中缺乏有效的协调,例如驾驶部和轮机部的船员之间配合不当;有的则是由引航员在引领船舶时的疏忽或过失所致。因此,对于发生在海上的交通事故必须区分性质、区分原因、区分环境、区分后果,而不能简单地令船长承担刑事责任。例如,美国的《联邦刑法》即规定,对于海上交通事故的处理,应从事故的责任人和事故造成的后果两个层面加以区分:首先是看造成交通事故的人是船长、轮机长、船员、引航员还是船公司里负责航行事务管理的人员;其次,则是看交通事故是仅仅造成了财产损失还是同时也造成了人身伤亡,对船员一般性的疏忽驾驶行为并不定罪,只有在事故酿成人员死亡时,才会对责任人课以刑罚。^[29]前已述及,由海洋的固有特性所决定,航海事业历来被视为充满风险的事业,正是基于这一原因,无论是在国际海上运输公约还是在各国的国内法中,均体现了对海运业予以保护的理念,并且据此构建相应的制度,包括承运人对船员的航海过失造成的货损免于赔偿的权利、船舶所有人对于船员的海事侵权行为(例如碰撞他船)享有海事赔偿责任限制的权利、为公平分担海上风险而请求货方分摊共同海损损失的权利等。

从理论意义上讲,基于部门法分工的原理,将涉及海上刑事案件的规定置于《刑法》当中无可厚非,但在刑事立法中如果不考虑海上交通的特点而对各种交通事故适用同样的量刑标准,也容易导致海上交通事故的泛罪化。

4. 海商法中某些特有的规则被忽视

海商法中的某些制度属于舶来品,其中适度借鉴了英美法中的制度建构和国际通行做法,对此,可以下列例证说明之。

其一,物权公示原则的例外。根据《物权法》(已失效)中的物权公示原则,物权的变动必须通过法定的公示方式才能发生效力。然而,在适用海商法中的船舶优先权制度时,这一原则却遇到了挑战。所谓船舶优先权,是指特定的海事请求人依照法律的规定,向船舶所有人、光船承租人、船舶经营人提出海事请求时,对产生该海事请求的船舶所享有的优先受偿的权利。^[30]从法律中规定的被请求人的范围和被请求的客体中可以清晰地看出,此种船舶优先权具有担保物权的性质。在英美法系国家,为了充分保护优先权人的利益,当海事请求人行使此种权利时无须通过公式的方式,即可在权利存续的有效期间内选择对自己有利的时间和地点,向法院申请扣押直至拍卖当事船舶,故此种权利具有隐秘性的特征。

其二,对物诉讼制度的借鉴。对人诉讼是大陆法系国家普遍适用的诉讼制度,依据我国

[29] 参见《美国法典注释》(United States Code Annotated)第1115段。

[30] 参见《海商法》第21条。

《民事诉讼法》（2017年修正）的规定，原告提起民事诉讼的条件之一是必须有明确的被告。受制于这一制度，当请求人在提起诉讼保全或诉前保全的请求时，应明确指出谁是真正的被申请人。在普通的民事诉讼中适用这一制度并无问题，然在海事诉讼中却常常存在困难，因为在海事活动尤其是具有涉外因素的海事活动中，当事人的背景错综复杂，其中不仅涉及船舶的国籍问题，而且还涉及船舶的营运方式，致使海事请求人在短期内难以明确谁是真正的责任人。例如，A国的船舶所有人将其所有的船舶以光船租赁的形式租给了B国的承租人，B国的承租人为租来的空船配备了船员之后，又以定期租船的形式将船舶转租给了C国的承租人；C国的承租人转而又以承运人的身份承运了他人的货物。在此种情况下，虽然C国的承租人是海上运输承运人的身份行事，但从事货物运输的船舶并非为该人所有，船上的船长、船员亦非由其配备，若该船在运输货物的期间里碰撞了他船并酿成货运事故，则对于海事请求人来讲，若要提出诉前保全的申请，根本无从知晓谁应当对碰撞事故承担责任。为了克服这一困难，英国法规定了五种情况下的海事请求人可以针对当事的船舶提起对物诉讼，而不必考虑谁是对海事请求真正负有责任的人。^[31]我国在制定《海事诉讼特别程序法》时，考虑到了海事诉讼中的具体情况，也适度借鉴了英美法系对物诉讼制度的合理成分，在法律中特别规定：“海事请求人申请扣押当事船舶，不能立即查明被请求人名称的，不影响申请的提出。”^[32]

其三，对民事诉讼规则的适度背离。在民事诉讼中，依据“谁主张谁举证”的原则，当事人对自己提出的主张有责任提供证据。^[33]然而，在海事诉讼尤其是关于货物运输的海事诉讼中，这一原则并非绝对地适用。当收货人在目的港提取货物时若发现货物有灭失或损坏的情况，仅凭手中持有的清洁提单即可向承运人索赔而无须证明损失发生的原因，而承运人如欲主张免责，须自行承担举证责任，此种举证责任倒置的做法是海运货物索赔中的一个鲜明的特点。^[34]

由于海事诉讼中存在诸多特殊之处，故在某些情况下须适用一些不同于民事诉讼的规则，而这些特殊规则的适用只有在承认海商法的特殊性这一前提下才可以实现，如若不然，便缺少法律和理论上的依据。

5. 海商法制度的效力被削弱

在海事法的自体性特征被否定的条件下，海上运输合同法、海上保险法、海事侵权责任法、船舶物权法等具有自身特色的制度只能分别被界定为《合同法》《保险法》《侵权责任法》和《物权法》等部门法的特别法制度。至于船员法制度、海上安全管理制度、船舶航行权制度、海上运输管理制度等则隶属于行政法的范畴，凡在特别法中没有规定的，即应按照基本法的原则和制度加以解释，在现行的海事司法实践中，此种情形似有被不断强化的趋势，法院依据《合同法》（已失效）对承运人的责任进行扩张性的解释就是典型的一例。从事国际海上运输的人们

[31] 在海事诉讼中，这五种可以适用对物诉讼制度的情形是：任何基于船舶所有权和股份的持有而引起的请求；任何基于对船舶的共有、占有或者因使用船舶的收益而引起的请求；任何基于船舶抵押或者对船舶费用的承担引起的请求；任何关于船舶或者货物的丧失或者请求返被扣押或被质押的船舶的请求；任何基于船舶优先权或者船舶所生费用的请求。See Nigel Meeson, *The Practice and Procedure of the Admiralty Court*, Lloyd's of London Press Ltd., 1986, p. 9.

[32] 《海事诉讼特别程序法》第25条。根据这一规定，申请人在扣船申请中无须注明被申请人的具体名称，而只须注明“XX轮的船舶所有人”即可视为指明了具体的被申请人。

[33] 参见《民事诉讼法》第64条。

[34] 参见《海商法》第51条。



普遍知晓,无论是1924年的《海牙规则》还是1968年《维斯比规则》,其中均规定,承运人在合同项下承担的赔偿责任仅限于货物的灭失或损坏,但在1978年《联合国海上货物运输公约》(《汉堡规则》)中却突破了这一限制,增加了承运人对货物迟延交付赔偿责任的规定,公约中为“迟延交付”界定了两种类型:一种是在合同中约定了交付时间的条件下,承运人未能在约定时间内向收货人交付货物;另一种是在合同中虽然没有约定交付时间,但是,按照具体情况对一个勤勉的承运人所能合理要求的时间内未能交付货物,也构成迟延交付(有人称此种情况为事实上的迟延交付)。我国虽然不是上述任何一个公约的缔约国,但在制定《海商法》时主要参照了《维斯比规则》,也适当地吸收了《汉堡规则》中的一些合理制度,包括规定承运人迟延交付货物的赔偿责任。^[35]与《汉堡规则》的规定不同的是,我国《海商法》中将迟延交付货物的概念限定在承运人未能在合同约定的时间内交付货物这一种情况,其实质是不采纳事实上的迟延交付这一概念。然而,在我国,由于部门法分工的原因,海上运输合同法中的这一特殊的规定常常被否定,这是因为海上运输合同法被视为《合同法》的特别法,按照特别法与基本法的关系,《海商法》中未予规定的内容,可以适用《合同法》的规定。^[36]

透过上述事例可以看出,由于在立法中过分地强调海事法对基本法的依赖,人们在司法实践中逐渐地习惯于用基本法的理念解释特别法中的制度,以致海事法中的一些制度被虚化,其效力在无形当中被减弱。受这种体制的影响,在法学教育和研究领域,海事法学科的层级也被逐渐降低,此种状况与我国居于的海运大国和贸易大国的地位形成了强烈的反差。

三、公私法适度聚合:当代海事立法的新趋势

近代以来实行的公私法分立模式固然体现了立法的科学性,然而,基于海事活动的特殊规律,海事法律制度中的特殊性也不应被完全否定,在立法中须做到公私法制度的适度兼顾,使体系内部的各项制度之间实现无缝对接。基于此种原因,自20世纪60年代以来,海事公法和私法又开始在“维护海洋环境与安全,服务海洋经济”这一原则之下相向而行。^[37]

(一) 公私法聚合的客观原因

当代海事立法中呈现公私法相对聚合的局面并非偶然,究其原委,主要是以下几个方面。

其一,海事活动中发生的关系纵横交错。随着科技的发展,人类利用海洋、征服海洋的能力不断提高,海事活动已从单纯的客货运输、渔业捕捞等传统领域向着海洋勘探、油气开发、科学考察等新兴领域扩展,在这些活动中发生的行政关系和民事关系往往相互交织,故在立法中须同时兼顾公私法的制度建构,实现平衡发展,避免顾此失彼的现象。对此,可以海事主管机关拥有的公务船舶在海商法中的地位为例说明之。在目前的条件下,用于政府公务的船舶被排除在《海商法》的适用范围之外,其意义是赋予政府公务船在发生海事请求时得以享受司法豁免的权利。^[38]然而,此种规定只注意到了问题的一个方面却忽略了另一个方面,即:如果外

[35] 参见《汉堡规则》第5条。

[36] 参见许俊强:《迟延交付新解》,载金正佳主编:《中国海事审判年刊》,人民交通出版社2000年版。

[37] 1982年《联合国海洋法公约》的序言即明确指出制定公约的目的在于“便利国际交通和促进海洋的和平用途”,有助于“实现公正公平的国际经济秩序”。

[38] 我国《海商法》第3条第1款规定:“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。”

国的商船不法侵害了我国的政府公务船，我国向外国商船所有人的索赔也无法适用《海商法》的规定。类似的问题还可见之于海难救助领域，例如，当政府公务船在海上救助了外国的商船时，由于政府公务船被排除在《海商法》的适用范围之外，其向外国商船提出支付报酬的请求同样于法无据。正是由于考虑到此类特殊情况，在国际救助公约中才授权缔约国可以就此问题在国内法中作出规定，^[39] 据此，我国《海商法》规定：国家有关主管机关从事或者控制的救助作业，救助方有权享受法律中规定的关于救助作业的权利和补偿。^[40] 公约中的授权和我国《海商法》依据授权而作出的相应规定，有力地证明了海事公法与私法制度相互衔接的必要性。

其二，海上风险是影响海事活动的主要因素。海事活动具有高度风险性这是人所共知的事实，无论是在古代还是现代，无论在国外还是在我国国内，海事立法中都始终要考虑到海上风险的因素。从公法的角度来讲，立法的目的是为了防范和控制海上风险；从私法角度而言，则是通过立法建立一种合理的机制，以便通过公平分担风险来实现海事活动当事人之间的利益平衡。在各国的《海商法》中之所以至今还保留着承运人对船员的航海过失免责的权利以及对船上火灾的免责权利，正是这种理念的具体体现。诚然，从宏观角度来看，在当代条件下，由于造船和航海技术高度发展，船舶普遍实现了大型化和自动化，故发生海上事故的几率确有降低，然而，从微观角度来看，越是大型化的船舶，其面临的风险也越大，因为这种大型化的船舶一旦发生海难事故，船舶所有人所遭受的损失也将是灾难性的。从这个意义上说，海上运输业面临的风险不是降低而是进一步增大了。基于此种原因，在海事公法和私法中均把控制和应对海上风险作为共同的关注点，做到彼此呼应、相互衔接。

（二）公私法聚合的基本形式

所谓公法与私法的聚合，并不是说在立法中将二者合为一体，即使在英国这样保持海事法自体性特征的国家，也不可能再回归到公私法合一的时代。这里所说的公私法聚合，是指在兼顾海事活动特殊性的前提下统筹立法，使海事公法和私法的制度在整个海事法体系内有机地衔接起来，避免出现法律上的真空地带。自 20 世纪以来，在国际海事立法中，公私法的聚合主要表现为以下几种形式。

1. 在私法中融入必要的公法条款

在近一个世纪的时间里，为了确保某些私法公约中的制度得以执行，常常将一些具有公法性质的内容纳入其中，例如，为了防止承运人利用自己的强势地位而滥用契约自由原则，进而在海上运输合同中侵害货方的权益，《海牙规则》规定：承运人可以自由地全部或者部分地放弃公约中规定的权利或者豁免，但不得在合同中或者以公约规定以外的方式解除或者减损公约为其规定的义务或者对货物的灭失、损害所应承担的赔偿责任，亦不得凭借货方投保了海上货物运输险的事实而免除承运人在运输合同下的义务和责任，合同中的任何此种条款均应被视为无效。^[41] 又如，在发生船舶油污损害事故的情况下，为了使受害方能够得到充分的赔偿，国际油污损害民事责任公约规定：凡在缔约国登记的载运 2000 吨以上散装油类货物的船舶所有人，必须投保油污责任险并取得保险证明或者其他财务保证，目的在于通过实行此种强制保险的制度，

[39] 参见 1989 年《国际救助公约》第 5 条。

[40] 参见《海商法》第 192 条。

[41] 参见《海牙规则》第 3 条第 8 款和第 5 条。



禁止未经保险的船舶从事油类货物的运输。^[42] 诸如此类的条款在一定程度上均彰显了海事私法中的公法化（亦称合同条款的制度化）倾向。

2. 以公法制度间接地影响私法

法律所调整的社会关系是划分部门法的根本标准，由于公法和私法的调整对象不同，二者的功能有着质的区别，然而，不论是公法还是私法，立法的目的都在于追求公平和良好的秩序。^[43] 从这个意义上说，二者的价值又完全相同。因此，在一个完善的法律体系中，公法与私法制度的设计应当实现高度的契合。在国际的视野内解读当代海事法律体系，可以看出，海事公法和私法中的制度设计基本上实现了这个效果，在此方面，有如下两个典型的例证。

其一，以港口国监控制度间接地促使承运人履行私法上的义务。在《海牙规则》《维斯比规则》等私法公约中，均将船舶适航作为承运人在运输合同项下的首要义务，即：要求承运人做到谨慎处理，使运输合同项下的船舶具备基本的海上航行能力、抗风险能力和适于货物运输的能力，如果承运人未能履行此项义务，则无权主张合同项下的免责和责任限制。^[44] 然而，出于保障海上安全的目的，各国的海上安全管理法中也同样规定了船舶适航的问题，例如我国的《海上交通安全法》（2021年修订）即规定，船长应当在船舶开航前检查并在开航时确认船员适任、船舶适航、货物适载，并了解气象和海况信息以及海事惯例机构发布的航行通告、航行警告及其他警示信息，落实相应的应急措施，不得冒险开航。^[45] 在我国行政法律和法规中之所以作出此种规定，不仅是为海上运输事业提供安全保障，也是为了履行国际海事公约赋予缔约国的义务。几十年来，国际海事组织（International Maritime Organization: IMO）就海上安全的管理问题制定并通过的公约及其议定书多达几十项。为了使公约中确立的各项制度切实得到履行，各缔约国采取了一系列的措施，由此催生了《港口国监控》制度（Port State Control: PSC）。早在20世纪80年代初，以法国为首的欧洲14个国家即率先制定并通过了《港口国监控备忘录》（又称《巴黎备忘录》），其中规定，缔约国应按照国际海事公约规定的标准，对进出缔约国港口的外籍船舶实施与公约规定相符的检查手续，对于不符合安全标准的船舶，得实施滞留和强制性的整改措施。三十多年来，欧洲国家的经验得到了国际海事组织的肯定并在全球范围内得到推广，由此相继产生了《港口国监控拉美协议》《加勒比港口国监控备忘录》《地中海区域港口国监控备忘录》和《亚太地区港口国监控备忘录》（《东京备忘录》）等，至今，港口国监控网络业已覆盖全球。我国作为《亚太地区港口国监控备忘录》的成员国，自然也要履行公约和《备忘录》中赋予的义务，为保证海上交通安全的目的，按照规定的比例对进出我国的外籍船舶实施必要的检查，检查的内容包括初步检查和实质性的检查。初步检查是指检查船舶是否按照公约的要求配备了各种安全证书以及证书是否有效；所谓实质性的检查则是对船舶和船舶设备的现场检查，如果通过初步检查认为船舶不符合国际公约规定的标准，则还要进行实质性的检查，继而对不符合安全标准的船舶采取相应的措施。从表面现象来看，在港口国监控制度下对船舶实施的安全检查只是一种行政措施，但是，由于实施这种检查，也可以达到促进船舶所有人履行运输合同法下使船舶适航义务的效果，因此可以说，在这一点上，海事公法与私法制度的价值目标实现了完美的协调。

[42] 参见1969年《国际油污损害民事责任公约》第7条。

[43] 参见沈宗灵主编：《法理学》（第二版），北京大学出版社2000年版，第71页。

[44] 参见傅廷中：《海商法》（第二版），法律出版社2017年版，第109-111页。

[45] 参见《海上交通安全法》第34条。

其二，以“船岸联系制度”间接地影响承运人在私法中的权利。在各国的海商法中，之所以至今还保留着承运人对船员的航海过失免责这种看似不公平的制度，其中的原因不仅仅是为了使船货双方共担海上风险，而且也是基于船舶营运中的特殊情况。从事海上运输的船舶常年漂泊于海上，船舶所有人不可能像工厂管理工人那样对船员实施现场监督和指导，而船员的任何一点微小的疏忽却有可能酿成重大的航海事故，若要求承运人对船员的任何疏忽或过失造成的后果均承担责任也有欠公允。为此，在海事私法制度中对承运人（公司管理人员）的行为和船员个人的行为进行了必要的切割，对于前者的行为导致的货运事故，承运人须承担赔偿责任，而对后者的过失造成的损失，承运人则可以主张免责的权利。不过，近年来，承运人在私法中的此种免责权利却与公法制度发生了对撞，进而面临潜在的挑战。在20世纪90年代初，国际海事组织（IMO）对历年来在全球范围内发生的重大海难事故进行定量和定性分析，逐渐认识到，关于海上安全的公约在实际履行中的效果并不令人满意，其根本原因是缺乏行之有效的管理体系的支持，因而无法保证船舶的航行安全和海洋污染事故的发生，故于1993年11月在IMO第18届大会上通过了《国际船舶安全营运和防止污染管理规则》（The International Management Code for the Safe Operation of Ships and for Pollution Prevention:《ISM规则》），根据公约的规定，负责船舶营运的船公司与其船舶之间应建立一套科学、系统和程序化的安全管理体系，对于负责船舶安全和防止污染工作的管理、执行以及审核的所有人员，公司应以文件的形式明确规定其职责、权力及其相互关系，并且要求船公司确保为这一管理体系的执行提供足够的资源和岸基支持，此即“船—岸联系”制度。^[46]通过建立这一制度，等于用一条纽带将船员的行为与船公司管理人员的行为连接起来，使船员在公司管理人员的指挥之下发生的航海过失有可能转化为承运人本人的过失，进而丧失其在运输合同项下的免责权利。早在1993年即ISM规则通过的当年，在美国发生的“World Prodigy”轮搁浅一案中，货主便利用公约中的这一制度，将船员的航海过失导致的船舶偏航和搁浅事故解释为船公司为该船设计的操作规程存在缺陷，并以此为依据将船员的过失归结为船公司管理人员的过失，主张承运人无权援引船员的航海过失免责。^[47]同样，对于船舶所有人而言，当然也可以举证证明其妥善地履行了“ISM规则”，进而证明其在船舶开航前尽到了谨慎处理使船舶适航和在航程中妥善管理船舶的义务。^[48]凡此种种，均有力地佐证了海事公法与私法制度的密切关联性。

3. 以公法制度对接私法制度

除在立法中采取上述间接措施之外，近年来，在国际法的层面还扩展了公法与私法对接的范围，并加大了对接的力度，典型的例证有二：

例证之一是以赔偿基金公约和管辖权公约对接油污损害民事责任公约。早在1967年3月18日，美国加利福尼亚石油公司的子公司——巴拉姆达油轮公司所有的“托利·堪庸”号大型油轮因在英吉利海峡触礁，导致了6万吨原油溢出并污染海域的重大事故。事故发生之后，英国政府为控制污染范围的扩大，采取了用飞机炸毁船舶、引燃原油以减轻污染的措施。本案在美国法院审理并适用1951年《美国责任限制法》，依据该法的规定，对船舶所有人的赔偿责任实行船价制（以当事船舶在事故发生后的实际价值为限的赔偿制度），但由于该船舶被炸毁之后只

[46] 参见《ISM规则》中的“公司职责与权力”条款。

[47] See 1993 AMC. 1428.

[48] See Aleka Mandaraka-Sheppard, *Modern Maritime Law, Volume 2: Managing Risks and Liabilities*, 3rd Edition, Informa Law from Routledge, 2013, p. 108.



有一艘残值为50美元的救生艇得以留存,若按照船价制赔偿损失,对受害方而言已无实际意义,故最终以和解的方式结案。该案的发生引起了国际社会的高度重视,并以此为诱因,制定了1969年《油污损害民事责任公约》,其中规定了以肇事船舶的吨位为基础确定赔偿限额的方法。然而,尽管该公约得以通过,仍有两个具体的问题未能得到解决,其一,由于事故发生地(英吉利海峡)具有公海的地位,由此产生的问题是沿岸国对在公海上发生油污事故的船舶有无干预的权利?如若加以干预,是否构成对公海自由原则的违反?其二,《油污损害民事责任公约》中虽然确定了对油污损害的赔偿原则和方法,但如果责任方不具备赔偿能力,此种规定的作用何在?为了解决上述问题,国际海事组织在通过1969年《油污损害民事责任公约》的同时,还通过了一个《国际干预公海油污事故公约》,后于1971年又通过了一个《油污损害赔偿基金公约》,前者赋予沿岸国对在公海上发生油污事故的船舶采取必要措施的权利;^[49]后者则规定缔约国应设立油污损害赔偿基金,由海上石油运输的受益者(石油进出口公司)负责缴纳摊款。正是由这两个公法公约的支撑,才使《油污损害民事责任公约》具备了适用的基础和条件。

例证之二,以船舶登记条件公约对接船舶所有权制度。在各国的海事立法中,在船舶所有权的公示效力问题上,有的以登记作为生效的要件,有的则以登记作为对抗要件,近年来,由于国际上实行方便旗制度的国家逐渐增多,一些国家以受理外国船舶的登记作为创汇的重要手段,对船舶所有权的登记不加任何条件的限制或者只是加以象征性的限制,使一些不符合安全条件的船舶在这些国家里寻求到了法律上的避风港。有鉴于此,在1986年2月7日于瑞士首都日内瓦召开的联合国船舶登记条件会议上通过了《联合国船舶登记条件公约》,公约中重申了1958年《日内瓦公海公约》和1982年《联合国海洋法公约》关于船舶与船籍国之间必须“具有真正联系”的原则,从三个方面确定了真正联系的标准:第一,船员与船旗国之间的联系。公约中规定,在申请登记的船舶所配备的船员当中,登记国的国民或者在登记国境内有住所或者有永久居住权的人应占令人满意的比例。第二,船舶与船旗国之间的联系。公约中要求,登记国与登记的船舶之间应具有船舶所有权方面的联系(指对船舶的股份参与)。第三,船公司与船旗国之间的联系。按照公约的规定,船公司须确保在申请船舶登记之前,依照船旗国的法律在该国境内设立公司或者子公司或者公司的营业所。这一具有公法性质的《船舶登记条件公约》与《海商法》中的船舶所有权制度实现了完美的契合,其重要意义在于确保船旗国对船舶实施有效的管理,进而有利于船舶所有权制度的实施。

(三) 公私法适度聚合的客观效果

就当代的海事立法而言,不论是普通法系国家还是大陆法系国家,不论是保持海事法自体性特征的国家,还是将海事法归于民商法领域的国家,实际上都保持了一个共同的特征,即遵循海事活动的内在规律,将公法和私法的制定统筹考虑,以实现相互支撑、彼此呼应的效果,进而凸显了海事立法和司法的鲜明特征。概括起来,其客观效果体现在三个方面:

其一,促进了国内法制度与国际法的有效对接。基于国际海上运输的特征,各国不但力求在海事实体法中尽量与国际通行规则保持一致,而且还致力于构建适合海事诉讼的特殊程序,其中,有的国家是在民事诉讼法中针对海事诉讼的特点确立特殊的程序制度,例如,在日本的《民事保全法》中,就诉讼保全和诉前保全问题规定了两种对船舶的假扣押制度,一种是对船舶进行假扣押登记;另一种是令海事执行官收缴船舶国籍证书并将其交与执行保全的法院。^[50]韩

[49] 参见1969年《国际干预公海油污事故公约》第1条。

[50] 参见《日本民事保全法》第48条第1款。

国的《民事诉讼法》也针对海事诉讼的特点制定了扣押船舶的制度。我国则采取了更加务实的做法，在《海商法》开始实施之后即着手进行海事诉讼的立法，于1999年通过了《海事诉讼特别程序法》，并于2000年7月1日起开始施行。《海事诉讼特别程序法》的内容涵盖了海事诉讼的管辖、海事请求保全、海事强制令、海事证据保全、海事担保、海事诉讼法律文书的送达、海事审判程序、海事赔偿责任限制基金的设立程序，以及海事债权的登记与受偿顺序等项制度。该法的制定和实施不但对《民事诉讼法》起到了重要的补充作用，而且基本实现了与国际海事诉讼制度的统一。

其二，促进了海事审判队伍的专业化。自20世纪80年代初开始，我国即在各主要沿海城市陆续设立了海事法院，并且在海事法院所在省市的高级法院和最高人民法院的民事审判机构中配备海事审判的专业性法官，由此实现了海事审判的一审、二审直至再审的专业化。

其三，促进了海事审判业务的一体化。21世纪是海洋的世纪，面向海洋、发展蓝色经济已成为各国的共同关注点，为了更好地平衡海上贸易中各方当事人的利益，构建起新型的国际航运秩序，2008年12月11日，联合国第63届大会第67次全体会议通过了《联合国全程或部分海上货物运输合同公约》（《鹿特丹规则》），公约中不仅取消了承运人对船员航海过失免责的权利，而且为承运人的船舶适航义务确定了更加严格的标准（将《海牙规则》中为承运人规定的在开航前和开航当时保证船舶适航的义务扩展至整个航程），进而实现了承运人责任体制的根本性改变。此外，在公约中还创设了诸如履约方、货物控制权、单证托运人等项崭新的制度；将公约的适用范围由单一的海上货物运输合同扩展到批量运输合同；将运输单证所具有的海上运输合同证明的功能由纸质提单扩展至电子提单。虽然该公约目前尚未生效，但却昭示了国际海事立法的未来发展趋势。就我国的国内立法而言，为了适应海事活动日益多元化的特点，2015年12月28日，最高人民法院审判委员会第1674次会议通过了《关于海事诉讼管辖问题的规定》（法释〔2016〕2号），并于2016年3月1日起施行。该项规定不仅扩大了海事法院受理案件的地域范围，并且将管辖的案件由单一的海商案件扩大到海事行政案件，在2017年7月份，最高人民法院以外籍船舶撞沉我渔船并导致重大人身伤亡一案为切入点，又开启了海事法院审理海上刑事案件的试点工作，进而在审判队伍专业化的基础上，又向构建民事、行政、刑事三审合一的海事审判体制迈进了一步。

四、对未来的思考与展望

在全球的视野内，海事公法和私法向着聚合方向的发展渐成明显的趋势，当然，此间所说的聚合并非合一的概念，而是基于共同的使命，为实现共同的价值目标，促进海事公法和私法的齐头并进和协调发展。在国际海事立法的大背景下，结合我国政府制定的发展“向海经济”“蓝色经济”的整体战略，我国的海事立法、司法和学术研究似应向着如下的方向发展。

（一）以功能主义和实用主义相结合的方法构建海事法体系

此间所说的功能主义的方法，当然是指传统的按照调整对象划分部门法的方法，此种立法模式的优点是使调整对象清晰而具体，但其缺陷在于某些特殊领域中的特殊情况不能被有效地兼顾。为解决这一问题，我国的保险立法在遵守部门法分工的原则基础上，以该法适用的领域为基本定位，将保险合同法制度和保险业法制度置于同一部法律当中，此种立法模式对于实现商法制度和行政法制度在法律体系内部的有效对接，不失为一种有益的尝试。



当然,海事法作为一个庞大的体系,不可能奢望像保险立法那样,以一部法典调整纵横两个方面的社会关系,但是保险立法中所秉承的理念完全可以为海事立法所借鉴。在立法中可针对海事活动的特殊规律,将商法制度和行政法制度置于一个体系之内(不是一部法律之内)统筹构建,以国际海事组织提出的“令海洋更清洁,令航行更安全”这一根本原则指导海事行政立法;以联合国贸发会议倡导的公平分担海上风险,实现当事方利益的合理均衡为理念,指导海事法体系中商法制度的构建。换言之,以功能主义和适用主义相结合的方法,实现公私法制度在海事法律体系内部的有效衔接。

(二) 以“领域法学”和“部门法学”相结合的方式研究海事法

与功能主义和实用主义方法相结合的立法模式相匹配,法学研究中将“领域法学”和“部门法学”相结合的研究方法也应运而生。所谓领域法学,是指以问题为导向,以特定经济、社会领域中与法律有关的现象为研究对象,融不同学科的研究范式于一体的交叉性、开放性、应用型和整合性的新型法学学科体系。^[51]透过领域法学的研究方法可以看出,此种方法尤其适合于海事法学的研究。

海事活动以船舶为重要载体,而船舶在法律上又具有三个鲜明的、双重性的特征:第一,船舶虽然是物,但在普通法系国家可做拟人化处理;第二,船舶虽然是动产,但在法律上可按照不动产对待(对船舶的买卖须履行登记手续,对船舶可以设定抵押权);第三,船舶虽然是财产所有权的标的物,但又涉及诸多国际公法上的问题。鉴于船舶所具有的这些双重性特征,不应孤立地在公法或者私法的视角内进行研究。在文学界,有人将船舶比喻为一国的“浮动领土”,一些文学作品中甚至还将船长比喻成该领土上的君主。当然,我国的国际法学者并不认同这种说法,认为将船舶视为船旗国领域的延伸既不符合我国参加的国际公约,也有违国际法的基本原则。^[52]但是,在某些国家的法律当中却明确地认可这一点,例如,日本的《刑法》即以领土为标志确定船旗国对该国船上的犯罪具有刑事管辖权。^[53]意大利的法律也有条件地将该国的船舶视为本国领土,《意大利刑法》第4条即规定:“在刑法意义上,共和国领域以及其他一切受国家支配的地点是国家领域,意大利的船舶或者航空器,无论处于何地,均被视为国家领域。”值得注意的是,虽然学界对船舶的法律地位有不同的争论,但是鉴于船舶所具有的特征和船长所具有的行政、民事管理方面的权限,如果单纯地按照传统的方法,以法的调整对象为基准去研究海事法律问题,难免会顾此失彼,而采取领域法学和部门法学相结合的研究方法则可有效地避免此种偏颇。

五、结论

在全球范围内,海事法的发展史可谓久远,在漫长的历史时期里,海事法在欧洲国家尤其

[51] 参见刘剑文:《超越边缘和交叉:领域法学的功能定位》,载《中国社会科学报》2017年1月4日,第5版。

[52] 参见陈忠林:《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11页。

[53] 参见《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。对于处在国外的日本船舶或者日本航空器内犯罪的人,亦适用本法。”

是在英国始终被置于重要的地位，早在 1651 年英格兰议会通过的《航海法》（Navigation Acts）中即开宗明义地指出：“为了促进本国的航运和航海事业，在神意和神佑之下，本国的财富和安定皆源于此。”^[54]但是，相比之下，我国在很长的一个历史时期里对海洋的重要性缺乏足够的认知，古时的封建朝廷只把海洋视为阻止异族入侵的天然屏障，既无探知海外国家的兴趣，更无利用海洋发展经济的主观愿望。^[55]基于这样的认识，我国在历史上错过了许多重要的发展机遇。从严格意义上讲，中国进入现代法治不过百余年时间，其中有条件并真正致力于法治构建的时间也不过三十余年，^[56]具体到我国的海事立法，从框架的设计、制度的构建直到体系的形成也只有二十几年的时间。在这短暂的时间里，我国完成了其他国家在过去几百年的时间里才走完的路程，构建起了相对完善的海事法律体系，由此引起了各海运国家的普遍关注。然而，我国毕竟是从计划经济中脱胎不久的国家，我国的海事立法与传统海运大国相比还有一定的差距，对海事法的研究也显得相对稚嫩，客观地分析我国的海事立法、海事司法和学术研究，确实存在需要完善之处。首先，在立法层面，由于部门法分工的原因，凡涉及海事管理方面的内容均被归于行政立法的范畴，在现代条件下，此种立法模式固然无可指责，然而，由于行政立法与海事立法缺乏有效的衔接，致使一些必要的、需要特殊制定的规则在其他部门法中被忽略，以致出现了许多法律上的空白。其次，在司法层面，由于我国实行民商合一体制，按照部门法的分工，《海商法》被界定为民法的特别法，因此，在近年来的司法实践中出现了一种倾向，一些审判机关忽视《海商法》作为特别法的作用，一味地强调用民法的理念解释海商法的制度，从而在一定程度上导致了《海商法》作用的虚无化。第三，在学术研究领域，受部门法分工的影响，海事法的学科也沦为其他学科之下的附属性学科，使学术研究的空間受到了极大的局限。

上述几个方面的问题与我国作为海洋大国和海运大国的地位形成了强烈的反差，也与实施海洋强国和海运强国的战略不相适应，从这个意义上说，应当对我国海事立法的模式、海事司法的方式和学术研究的范式进行必要的反思。在立法层面，虽然不应当也不可能回归到古时实行的公民法合一的模式，但是，鉴于近年来在全球范围内出现的海事公法和私法制度适度聚合的态势，在遵循部门法分工原则的基础上，以海洋为平台，以问题为导向，采取功能主义和实用主义相结合的立法方法，将不失为一种理想的选择。在司法层面，虽然海商法的适用不能脱离民法的轨道，但海事法制度的特殊性也不应被否定，“用尽海商法原则”的理念应该得到提倡，以便在遵守国际海事通行规则的基础上，实现与国际海事司法实践的有效对接。^[57]在海事法的学术研究中，似应尝试运用领域法学和部门法学相结合的研究方法，以法的调整对象为基础，以问题为导向，整合传统部门法研究的要素，消解海事法与其他部门法之间的效力冲突。

当前，世界的政治和经济格局正在呈现多极化的态势，就海事立法而言，传统的海洋大国和海运大国在国际舞台上独领风骚的局面正在发生变化，我国作为新兴的海运大国，跻身于世界舞台并一展身手的时代正在到来。在海事公法与私法适度聚合的条件下，通过上述路径完善海事立法，改革海事司法，创新海事法理论，无疑是时代赋予我们的使命。

[54] 同前注 [16]，布赖恩·莱弗里书，第 37 页。

[55] 参见 [美] 亨利·基辛格：《论中国》，中信出版社 2012 年版，第 9 页。

[56] 参见高鸿钧等：《法治：理念与制度》，中国政法大学出版社 2002 年版，第 786 页。

[57] 参见同前注 [7]，郭瑜文，第 79 页。