

前 言

全国海事审判研讨会自 1992 年以来，已连续举办三十届。在第三十届全国海事审判研讨会论文征集过程中，各海事法院及上诉审高级人民法院高度重视，精心组织，广大干警积极参与，围绕本届研讨会中心主题“以高质量海事司法推动海事审判工作现代化”，结合海事审判实际，深入思考，悉心研究，认真撰写，涌现出一批理论性和实践性兼备的高质量论文。本次研讨会共计收到报送论文 127 篇，经组织评选，共评出一等奖 2 篇，二等奖 4 篇，三等奖 12 篇，优秀奖 12 篇，共计 30 篇。限于篇幅，我们将获奖论文汇编成册。这些论文体现了作者对海事司法审判实践的探索和思考，所提出的思路、观点和对策，有创新和独到之处，具有较高的学术水平和指导价值。

我们相信，全国海事审判条线干警将以第三十届全国海事审判研讨会为新的起点，继续强化问题导向，潜心贯通海事审判理论与实践，创作出更多、更优秀的研究成果，为以海事审判工作现代化支撑和服务中国式现代化作出新的更大贡献，让中国海事审判在迈向建设国际海事司法中心的道路上愈加蹄疾步稳、步履铿锵！

目 录

| | | |
|---|-------------|-----|
| 1. 海事司法船舶处置疑难问题研究——以 N 法院执行实践为样本 | 王 蕴、朱少雄、王晨阳 | 001 |
| 2. 海诉法修改引入海事对物诉讼理论的价值基础与实现路径 | 郝志鹏 | 018 |
| 3. 冲突与平衡：托运人单方解除权的行使及规范 | 罗 春 | 038 |
| 4. 海洋文体活动侵权案件事故原因分析和裁判逻辑重构 ——以 SHEL 模型理论为分析视角 | 匡 浩、李亚男 | 053 |
| 5. 《人民陪审员法》下专门法院人民陪审员制度的运行困境与出路 ——以上海海事法院为样本 | 钱 旭、王凯悦、计茹涵 | 071 |
| 6. 解构与调试：无单放货归责路径再审视 | 嵇钰涵、何永宏 | 088 |
| 7. 船舶碰撞纠纷中的责任主体 | 谭学文 | 105 |
| 8. 浙江渔业经济基本状况调研及渔民权益司法保障 | 宁波海事法院课题组 | 137 |
| 9. 二元制管辖背景下“江河湖海”生态环境一体化专门司法保护的实践表征与发展理路 | 南京海事法院课题组 | 156 |
| 10. 海上货物运输货损类纠纷承运人责任期间相关问题研究 | 郭俊莉、刘振华 | 168 |
| 11. 论我国船舶司法变卖制度的完善——以《北京船舶司法出售公约》为借鉴 | 许少彬、匡 浩 | 192 |

| | | |
|---|---------|-----|
| 12. 船舶的刑事司法拍卖程序研究——以海上走私犯罪中的作案工具船舶为例 | 张冬青、樊羽萌 | 204 |
| 13. 新时代人民法院能动履职视域下海洋牧场海事司法风险防范机制进路分析 | 郑琳琳、巨乐 | 221 |
| 14. 海洋环境侵权案件中海洋生态环境修复的制度完善与司法进路 | 王伟杰 | 232 |
| 15. 实现海事债权担保物权的法律规制与路径选择——以港口经营人行使货物留 置权为视角..... | 石福新、陈兴旺 | 246 |
| 16. 没收供犯罪所用船舶问题探析——以债权人合法权益保护为视角 | 石望韬 | 259 |
| 17. 关于进一步加强长江经济带海事司法服务和保障的调研报告 | 贾石松 | 270 |
| 18. 海域使用权案件审判疑难问题研究 ——《海域使用管理法》施行二十年回顾与展望 | 赵伟 | 281 |
| 19. 海洋执法体制改革与海事行政诉讼体制性应对 ——以海事司法管辖主动调整服务国家重大体制改革为视角 | 陈铭强 | 297 |
| 20. “一带一路”背景下国际班轮公司强制缔约义务适用探析 | 王娜 | 309 |
| 21. 论船舶价款受偿程序的修改和完善 | 龚建华、朱煜韬 | 323 |
| 22. 海事司法辅助决策功能在航运贸易数字化建设中的应用探析 ——以巴西无单放货系列纠纷为分析样本 | 林秦 | 334 |
| 23. 售后回租型船舶融资租赁中船舶所有人的风险检视和破解路径 | 惠林、孙蕾 | 347 |
| 24. 殊途如何同归：债权登记与受偿程序的理解适用分歧与弥合 ——以 29 篇期刊、辑刊文章为考察对象 | 陈福林 | 360 |

| | | |
|---|---------|-----|
| 25. 《北京公约》船舶司法出售证书的国内签发程序研究 | 范峻恺、章超琳 | 374 |
| 26. 预防性海洋环境公益诉讼“重大风险”认定的检视 ——基于渤海湾沉船“粤安运 61”轮海洋环境公益诉讼案的考量 | 曹晓辉、刘树立 | 387 |
| 27. 清防油污作业人费用索赔请求权基础新论 ——兼论直诉油污责任人审理思路 | 吴胜顺、罗孝炳 | 398 |
| 28. 船员带薪年休假立法及举证问题浅析——以海事司法实务为视角 | 谢梦如 | 408 |
| 29. 探索依托地方变通立法加快完善多式联运“一单制”单证物权凭证功能建构 | 李越 | 420 |
| 30. RCEP 视域下中国特殊经济区的投资规则进路 | 蓝天雪 | 433 |

海事司法船舶处置 疑难问题研究

——以N法院执行实践为样本

王蕴、朱少雄、王晨阳*

【摘要】

海事法院具有司法扣押、拍卖船舶的专属职能，海事诉讼程序对于船舶处置的规定与民事诉讼程序对于普通财产的处置要求有较大的差别，相关法规、司法解释多年未曾修订，导致各海事法院在司法处置船舶中的实践操作及司法观点并不一致，个别问题已成为海事法院切实解决执行难中亟待突破的痛点。问题的解决须从实证分析入手，本文梳理了海事法院司法处置船舶中存在的争议问题，深入理解法律文本内涵及价值取向，确定司法处置船舶的执行理念。针对扣押船舶看管、地方法院委托处置船舶、未扣押船舶的拍卖、船舶份额执行、船舶无益拍卖、船舶以物抵债、涉刑船舶拍卖等七个争议问题，提出规范船舶司法处置的对策建议，以期为解决海事执行实践问题和相关法律的完善提供参考。

【关键词】

船舶处置 海事执行 疑难问题 规范建议

船舶司法扣押和拍卖是海事法院的专属职能，扣押船舶法律制度在英国、美国和德国等主要航运国家形成较早，发展很快。20世纪中叶和末期，国际公约中针对统一海船扣押作出制度性规定。20世纪80年代以前，我国除了作为个案处理的扣押船舶，扣押拍卖船舶方面没有形成系统的法律制度。1984年，全国首批六个海事法院成立，海事司法实践快速发展，为扣押船舶法律制度在我国的建立、成熟和完善带来了难得的机遇，并打下了坚实的基础。¹N法院立足江苏江河湖海兼具、案件类型多元等独特优势，在船舶处置领域开展一系列卓有成效的探索实践。但涉船舶处置相关海事法律、司法解释多年未曾修订，部分船舶司法处置中的问题长期未

* 王蕴，南京海事法院党组成员、副院长；朱少雄，南京海事法院南通法庭法官；王晨阳，南京海事法院执行局法官助理。

能解决，影响海事执行质效和相关海事主体的司法获得感。因此，调查分析船舶处置司法实践情况、解决船舶处置难题对于海事法院公正高效发挥船舶扣押、拍卖职能作用、更好保障当事人合法权益、助力切实解决执行难具有重要的现实意义。

一、N 法院船舶司法处置情况与特点

N 法院自 2019 年 12 月至 2023 年 12 月 31 日期间共扣押各类船舶 563 艘，其中实际扣押 97 艘，限制船舶转让、抵押、光船租赁（以下简称“限制处分”）466 艘。实际扣押的 97 艘船舶按照船籍港划分，中国内地籍船舶 78 艘，港澳台籍船舶 3 艘，外国籍船舶 16 艘；按照案件来源划分，N 法院直接受理案件扣押船舶 56 艘，受地方法院委托扣押船舶 41 艘。

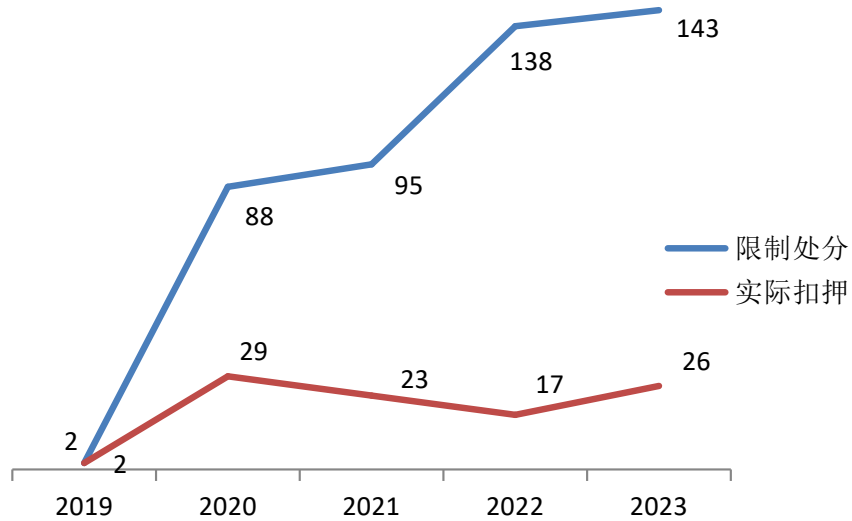


图 1 历年扣押、限制处分船舶数量

¹ 参见关正义：《扣押船舶法律制度研究》，法律出版社 2007 年版，第 1 页。

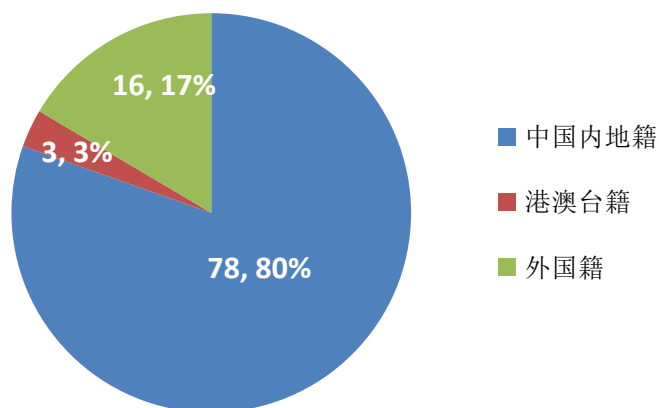


图 2 实际扣押船舶船籍港分布情况

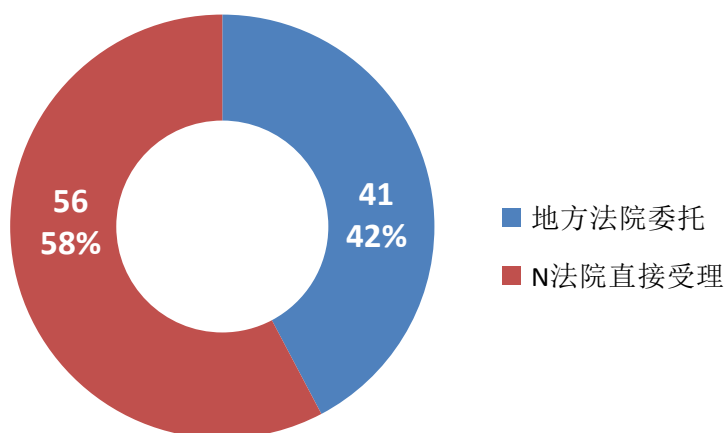


图 3 实际扣押船舶案件来源分布情况

同期，N 法院共拍卖各类船舶 47 艘，成交金额 30106.75 万元。拍卖外国籍船舶及我国港澳台籍船舶 3 艘，成交金额 15600 万元，分别占比 6%、52%；地方法院委托拍卖船舶 33 艘、成交金额 8610.1 万元，分别占比 70%、29%。

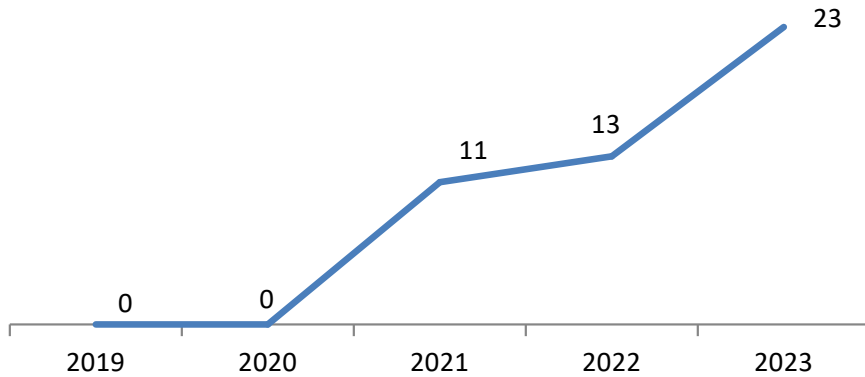


图 4 各年度拍卖成交船舶数量 (艘)

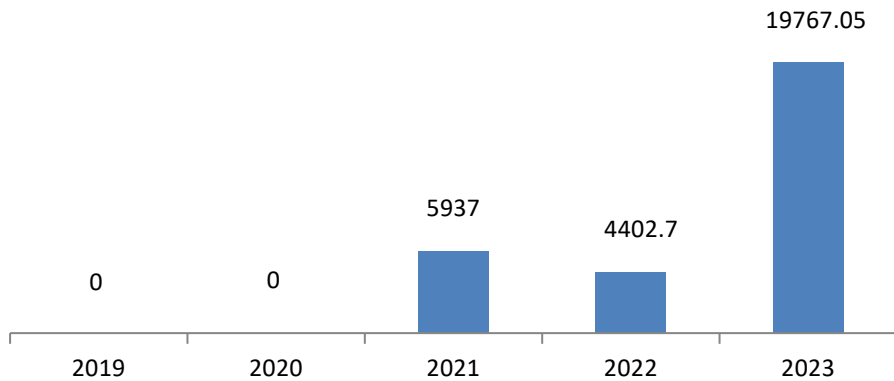


图 5 各年度拍卖成交船舶金额 (万元)

分析上述基本情况和发展趋势，船舶司法处置主要呈以下特点：

(一) 审慎启动船舶扣押²、拍卖措施

航运业是一个高投入、高风险、资金密集型、专业性较强的行业，船舶价值较大，维护保养费用高，一旦被扣押，会给船东带来船期耽误、扣押期间维持费用持续支出等一系列连锁损失。因此，与扣押船舶有关的国际公约、国内海事法律法规都对船舶扣押提出了较为严格的要求和条件。限制船舶处分可以防止船东擅自转让、抵押、光租船舶，并且法院掌握船舶位置后可以随时对船舶实施扣押，因此，部分船

² 如无特别说明，下文“扣押”指“实际扣押”船舶，不包含仅限制船舶转让、抵押、光船租赁的情形。

东在船舶被限制处分后主动履行法律文书确定的义务，法院对船舶采取的法律措施大多止步于限制处分，未进入扣押阶段。通过分析 N 法院扣押和限制处分船舶数量，可以看出扣押船舶数量远小于限制船舶处分数量。一方面申请人的权益通过限制船舶处分足以得到保障，不存在扣押船舶的紧急情形，另一方面，在执行阶段会优先选择房产、车辆等财产进行变价，轻易不启动船舶处置变价程序。

（二）处置船舶类型多样、价值较高

N 法院扣押、拍卖的船舶几乎涵盖了大部分的船舶种类。从船舶类型来看，既包括散杂货船、油船、化学品船等运输船舶，也包括挖泥船、起重船、浮吊船、浮船坞等工程船舶和渔业船舶；从航区来看，既有内河船舶，也有沿海、远洋船舶；从国籍来看，既有国内籍船舶，也有外国籍船舶，外国籍船舶以马绍尔群岛、喀麦隆、利比里亚、巴拿马、伯利兹等方便旗国家为主。究其原因，江苏航运经济发达，也是化工大省、渔业大省，随着近年来多个国家重大战略在江苏布局，水上工程项目较多，因此涉案船舶种类较多。同时，随着连云港港 30 万吨级航道、长江江苏段 12.5 米深水航道全面建成，京杭运河、连申线苏北段、淮河出海航道等航道条件持续改善，抵江苏港口船舶大型化趋势愈加明显，司法扣押、拍卖船舶的价值也随之增长。

（三）地方法院委托处置占较大比例

从历年来 N 法院船舶处置数据统计可以看出，地方法院委托扣押、拍卖船舶数量分别占 42%、70%，并且还呈逐年上升态势。一方面，江苏作为航运大省，船舶保有量较大，³ 船舶作为一项重要财产，船舶所有人一旦涉诉，地方法院执行中如未发现其他可供执行财产，往往需处置船舶以保障申请执行人权益。另一方面，虽然《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》（以下简称《海诉法解释》）第 15 条规定了地方法院处置船舶需委托海事法院执行，但通过淘宝网、京东网等网络司法拍卖平台可以看出以前存在地方法院自己处置船舶的情形。N 法院成立后，为统一和规范船舶司法处置，江苏省高级人民法院下发通知要求地方法院严格执行《海诉法解释》，⁴ 因此，地方法院委托处置船舶数量占比逐渐上升。

³ 根据《江苏统计年鉴 2022》，截至 2021 年年底，江苏省共登记注册运输船舶 28390 艘，按照航行区域划分，内河船舶 26725 艘，沿海和远洋船舶 1665 艘；按照用途划分，客船 329 艘、客货船 63 艘、货船 24713 艘、拖轮 734 艘、驳船 2551 艘，上述数据不包含内河渡船，以及工作船、工程船，海事、救捞船，农业、渔业等非运输船舶。根据《中国渔业统计年鉴 2023》，截至 2022 年年底，江苏全省共有机动渔船 29373 艘、非机动渔船 62040 艘；机动渔船按照用途划分，生产渔船 28338 艘，辅助渔船 1035 艘（其中捕捞辅助船 795 艘、渔业执法船 240 艘），按照作业区域划分，海洋机动渔船 4147 艘（其中远洋捕捞渔船 43 艘、国内海洋捕捞渔船 3565 艘、海洋养殖机动渔船 329 艘、海洋辅助机动渔船 210 艘），内陆机动渔船 25226 艘。

⁴ 《江苏省高级人民法院关于进一步规范船舶查封、扣押、拍卖有关问题的通知》（苏高法电〔2022〕312 号）。

（四）扣押船舶存在无人管理、逃逸风险

关于扣押船舶后的看管问题，虽然《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》（以下简称《扣卖船规定》）第7条对该问题做了规定，但该条文规定过于笼统，操作性不强。¹N法院扣押、处置船舶案件中内河中小型船舶占据了较大比例，这部分船舶往往由家庭经营，船员多为家庭成员，相较于公司雇佣船员法律意识比较淡薄，船舶扣押后经常出现船员离船上岸无人管理的情形。N法院扣押的船舶中有9艘船舶出现船东拒不看管、由第三方负责看管的情况，均由申请执行人自行联系委托第三方机构看管。实践中船舶扣押后，极个别船东无视法律和司法权威，驾驶船舶逃逸、转移扣押财产，N法院船舶扣押工作中出现1起扣押船舶逃逸，现由公安机关侦查中。⁵

（五）船舶处置成交率、溢价率较高

《最高人民法院关于人民法院网络司法拍卖若干问题的规定》（以下简称《网拍规定》）从制度层面确立了司法拍卖由传统线下拍卖转为网络司法拍卖，规定了人民法院执行过程中有拍卖财产的，应当采用网络司法拍卖方式。因此，自该规定2016年施行以来，各海事法院普遍采用网络拍卖方式实现船舶处置变价，但对于船舶网络拍卖中是否一律应采用评估方式确定保留价、以及是否需要进行船舶检验等问题，各家海事法院做法并不统一。船舶不同于一般动产，设备构造较为复杂，对拍卖船舶进行检验并在拍卖平台公示检验报告更有助于竞买人了解船舶状况。同时，船舶所有人等相关主体对于船舶市场行情也比较了解，准许当事人通过议价方式确定保留价更有利于提升处置效率。N法院在船舶处置中准许当事人进行议价、由当事人协商选择或摇号选择具备船舶检验资质的机构对拍卖船舶进行检验，提升了船舶处置成交率以及溢价率。⁶

二、船舶司法处置疑难问题与困境

（一）扣押船舶看管问题

根据《扣卖船规定》第7条规定，扣押船舶的首要看管责任主体是船东，船东不履行看管义务的，由海事法院委托第三方或海事请求人负责看管。但如何委托船舶看管人、看管人费用如何核定，目前法律和司法解释均无规定。同时，除海事请求人或申请执行人为航运企业或者船员外，其他主体如金融机构，其自身并无资质

⁵ 申请执行人江苏某农村商业银行与被告被执行人翁某某、常州某航运有限公司、刘某某金融借款合同纠纷案，案号（2021）苏72执33号，执行中扣押了涉案“金和828”轮，后该船舶被当事人擅自转移，现由东台市公安局立案侦查中。

⁶ 2019年12月至2023年12月31日，N法院船舶司法拍卖一拍成交率72%，平均溢价率12%。

和能力实施船舶看管工作，在船舶扣押后若船员离船无人看管，一旦船舶走锚，极易发生碰撞、触碰事故，造成严重后果和损失。另外，船舶扣押之后如因无人看管造成第三人损失，第三人如何进行救济，该损失能否进行债权登记、特别是债权登记期间已过的前提下能否进行债权登记，上述问题均没有明确法律规定，在实践中往往难以处理。

船舶扣押之后的看管问题关系到扣押船舶的财产安全以及防止船舶造成水域污染，一旦出现船员下船无人看管的情况，需要申请执行人或者第三方看管的需求往往比较紧迫。笔者认为，对于扣押后船东拒不履行船舶管理义务，确定由海事请求人或第三方看管的程序应该坚持效率、安全、公开、竞争原则。对于看管机构的选定应有明晰、易操作的程序，即首先应由船东看管，船东无力看管的可委托第三方看管；其次船东不履行看管义务，海事请求人或执行案件申请执行人有看管能力且愿意看管的，由其负责看管；海事请求人或申请执行人不看管的，由其委托第三方看管，法院对看管协议和收费标准进行审核；海事请求人或申请执行人拒不委托的，由法院在建立的看管机构名册中摇号确定看管机构。船舶看管协议的内容和收费标准应由法院核准后实施，防止收费畸高损害船东权益，同时应对看管机构进行考核管理，对发现不按照看管协议履行义务的机构按情节严重程度做暂停或永不委托处理。如船舶因无人看管造成第三方损失，该债权确为与船舶相关海事债权，应允许通过债权登记和确认诉讼实现救济，否则该第三方申请扣押法院正在拍卖中、或已成交但尚未交付的船舶，会影响拍卖、交付工作的正常开展。

（二）地方法院委托处置问题

1. 地方法院能否在诉讼中对船舶采取限制处分保全措施

地方法院在执行中不能直接扣押和拍卖船舶，而应委托海事法院执行，对此《海诉法解释》有明确规定，实践中也没有争议。但对于地方法院能否在诉讼中对船舶采取限制处分保全措施，实践中存在两种观点：一种观点认为地方法院在诉讼中不得对船舶采取限制处分的保全措施，这也是目前的主流观点，理由就是《海诉法解释》第15条的禁止性规定。⁷另一种观点认为地方法院在诉讼中可以对船舶采取限制处分的保全措施，理由主要是《扣卖船规定》第1条中对于船舶采取限制处分的依据为民事诉讼法，既然海事法院可依据民事诉讼法对船舶采取限制处分措施，地

⁷ 参见纪玉峰：《空地帶——地方法院涉船诉讼保全的困境》，载 <https://www.huiyelaw.com/news-436.html>，2023年11月21日访问。

方法院也可以依据民事诉讼法对船舶采取限制处分措施。

产生上述分歧的根源在于实践中对海事请求保全、船舶保全的认识不统一以及法律规定的不明确。尽管《海事诉讼特别程序法》（以下简称《海诉法》）第12条对海事请求保全的概念作出了界定，但学界对于其内涵和外延的认识还是很不一致的，《海诉法》对海事请求保全的措施只规定了扣押一种方法。即对船舶的海事保全措施只有扣押，也就是俗称的“死扣”一种，结合《海诉法解释》第29条的规定，在该阶段经海事请求人同意、船舶继续航行完成本航次是船舶“死扣”后采取的一种附属措施。⁸也就是说在2015年《扣卖船规定》施行前，虽然各海事法院均有仅对船舶采取限制处分、即“活扣”的措施，但在法律层面并无相应规定。而对于《海诉法解释》第15条中“船舶保全”概念，如单纯从文义解释角度看，应包含“死扣”和“活扣”，但需注意的，如前所述，《海诉法解释》施行之时，对船舶的海事保全措施法律规定层面只有“死扣”，没有单纯的“活扣”。应从体系解释的角度，将《海诉法解释》第15条中“船舶保全”理解为扣押船舶，即“死扣”船舶更为恰当，理由如下：一是《海诉法解释》出台当时，法律层面并无单独对于限制船舶处分，即“活扣”的规定，直至2015年《扣卖船规定》施行才在法律层面确立了限制船舶处分的地位；二是《海诉法》第27条规定，对船舶实施保全后可以对其限制处分允许船舶继续营运，并对此设置了前提条件“经海事请求人同意”。此处的“对船舶实施保全”显然是实际扣押船舶，即“死扣”，《海诉法》第27条的“对船舶实施保全”与《海诉法解释》第15条中“船舶保全”应为同一含义；三是联系最高人民法院制定的相关政策文件，最高人民法院于2015年7月14日发布了《关于全面推进涉外商事海事审判精品战略为构建开放型经济体制和建设海洋强国提供有力司法保障的意见》，第24条规定地方法院不得以所谓“查封”船舶之名规避《海诉法》的规定，受理当事人在诉讼前或者诉讼中提出的扣押船舶申请。从该条可以看出该意见禁止的是地方法院在诉前或诉中扣押船舶，而此时《扣卖船规定》已施行，单独的限制船舶处分已成为法律层面确认的保全措施，但该意见并未对地方法院诉前或诉讼中限制船舶处分作出禁止规定。

综上，笔者认为地方法院在诉讼中可以对船舶采取限制处分的保全措施，《海诉法解释》第15条中的“船舶保全申请”理解为“船舶扣押申请”更为准确和恰当。

⁸ 参见关正义：《扣押船舶法律制度研究》，法律出版社2007年版，第303、304页。

但要彻底解决该问题产生的争议,还有待于下一步《海诉法》的修改或相关司法解释予以明确。现阶段为解决地方法院诉讼中限制船舶处分的现实需要,可以参考执行中扣押、拍卖船舶的做法,委托海事法院具体实施。

2. 地方法院执行中委托海事法院处置船舶是“事项委托”还是“委托执行”

地方法院涉船舶处置的工作流程一般是通过人民法院执行指挥管理平台的事项委托模块传送委托执行函等材料,海事法院作为受托法院根据委托执行函办理涉船舶执行的事项,符合“事项委托”的特征,并且船舶只是地方法院处置中的财产之一,执行案件还在继续执行中,委托海事法院处置船舶后,并未将原执行案件做销案处理。但另外一方面,船舶的司法扣押、拍卖依法仅能由海事法院办理,也非事项委托明确列明的委托事项,同时海事诉讼相关法律和司法解释对海事法院处置船舶有明确的程序规定,海事法院显然也不能在《最高人民法院关于严格规范执行事项委托工作的管理办法(试行)》规定的事项委托办理期限15日内实施完毕整个拍卖工作。另外,进行船舶处置需要作出法律文书,海事法院只能新立案件,这也有了“委托执行”的特点。因处置船舶产生的执行异议、执行异议之诉由海事法院还是地方法院处理亦尚无定论。

笔者认为,地方法院委托海事法院处置船舶属于一种特殊的事项委托。根据法律及司法解释规定,与执行相关的执行异议、执行异议之诉以及代为析产之诉,均应由执行法院专属管辖。故对于执行异议的处理,如是对船舶处置行为的发起有异议,就应当由委托法院进行处理。其合理性在于,执行异议系因执行法院的执行行为以及该行为所涉及的执行标的而产生,应由委托法院作为执行法院结合执行案件具体情况对此类异议进行审查。但若异议内容是认为处置船舶采取的具体措施、行为违反法律规定,或系案外人主张船舶所有权及其他足以影响阻碍船舶转让、交付的实体权利而提出的异议或者执行异议之诉,应由受托海事法院审理。一方面,该异议虽与委托法院有关联,但受托海事法院在处置船舶时采取的具体行为、措施系独立行为。专门管辖则是规定人民法院根据案件的类型对受理案件进行的分工,海事法院作为审理海事海商纠纷的专门法院,在案外人对处置船舶主张所有权或者提出阻止交付、转让实体权利审查中显然更具专业性和优势。

（三）未扣押船舶的拍卖问题

司法实践中，船舶处置的程序是海事法院先期送达扣押船舶命令，实际扣押船舶，并要求船舶停泊在某港口或水域，实施船检、评估、拍卖、交付等工作。直至交付给买受人之前，如无港口当局因安全或其他客观原因要求船舶移泊，未经法院准许，船舶不得驶离扣押地点。显然，船舶在扣押这段时间内无法营运产生经济效益，反而因在船船员工资、物资供应、停泊支出等会产生一系列的费用。而允许扣押船舶在拍卖成交前继续营运，期间配合法院开展船舶检验、评估、竞买人看样等工作，在减少船东支出、增加运营收入方面有积极意义，部分海事法院对此进行了尝试。另一种情形是，船舶因客观原因停泊在境外无法回国，船东作为被执行人在国内财产不足以实现债权人债权，船舶系船东主要财产，船舶处置变价也是申请执行人唯一希望，法院在对该船舶限制处分后能否在未实际扣押情况下进行拍卖，目前尚无定论。当然上述两种情形下船舶均系登记于国内，法院可以对其采取限制处分措施。

在第一种情形下，准许拍卖船舶在拍卖成交前继续营运，在减少船东扣押期间维持费用、增加营运收入进而增强船东偿债能力方面确有优势，该做法也具有重要的探索意义。笔者认为在社会信用体系仍不完善、船舶监督手段仍然有限的背景下，采取此类探索手段需谨慎。船舶作为一种特殊动产，船舶管理机构通常运用 AIS、CCTV、VTS 等信息化监管手段掌握其行踪，而一旦船东逃避执行，关闭 AIS、低价出售船舶、或利用船舶从事违法犯罪行为，申请执行人权益将无法保护。但如果申请执行人为船员或其他航运主体，能实时参与并直接控制船舶的运营，基于其自身利益的考虑，愿意在船检、评估、看样、拍卖成交后主动配合将船舶驶往指定地点，此种情况下如果申请执行人明确同意、船东提供有效担保可以允许船舶营运，在未实际扣押状态下进行船舶拍卖。第二种情形下，船舶停泊在境外、相关证书到期无法恢复、船况不佳、船东无力修理等客观原因致使船舶不能驶回国内，船舶又系船东主要财产，如法院不进行变价处置，则无法兑现申请执行人胜诉权益，与执行规定中穷尽执行手段要求不符。有观点认为，法院强制出售是指通过扣押程序把担保物船舶变成现金的最后措施。未经扣押的船舶，法院不得出售⁹，但在法院已通知国内登记机关对船舶限制处分后，对该类船舶拍卖面临的重大问题就是能否顺利开展船舶检验、价格评估、消除交付障碍让潜在的竞买人消除疑虑愿意出价竞买，

⁹ 参见沈达明：《比较民事诉讼法初论》，中国法制出版社 2002 年版，第 534 页。

¹⁰ 申请执行人邱某某等 14 人与被执行人启东市某渔业有限公司船员劳务合同纠纷案，案号（2023）苏 72 执 442—455 号。

而这中间需要大量的沟通、核实工作，我们认为如经协调能解决上述问题，在该情形下对船舶未实际扣押进行拍卖能够更好保障当事人权益，N法院一批执行案件涉案2艘船舶停泊在秘鲁无法回国，现正在协调推进拍卖程序。¹⁰

（四）船舶份额执行问题

建造船舶资金投入要求高，经常出现多人共同投资建造一艘船舶营运的情况，在内河船舶及沿海小型船舶中比较常见。一旦其中部分投资者涉及诉讼进入执行阶段，如经法院调查无其他财产可供执行，其在船舶中的份额将面临被拍卖变价的局面。而目前各海事法院对于被执行人在船舶中份额的执行并无统一做法。第一种观点认为应当以船舶整体作为拍卖标的。拍卖船舶中被执行人所占份额的难度远比拍卖整条船舶的难度大，在多个主体共有船舶的情况下，共有人之间往往联系紧密，具有较强的人身属性。¹¹如果仅拍卖被执行人在船舶中所占份额，潜在竞买人对竞买后能否顺利参与船舶营运存在顾虑，会影响竞买积极性，导致船舶多次流拍，其他共有人往往以低于市场行情的价格取得被执行人份额，影响份额所有人的合法权益。第二种观点认为能否整体处置船舶要看被执行人在共有财产中所占的份额，根据《民法典》第301条的规定，只有当被执行人在船舶中所占份额超过三分之二时才应拍卖船舶，否则应该拍卖被执行人所占份额。第三种观点认为无论共有人是否同意拍卖船舶，法院仅能处分船舶中被执行人持有的份额。共有人在船舶中享有的份额不是被执行人的责任财产，若直接拍卖整船，共有人依法享有的对共有份额的优先购买权无法实现。

第一种观点倾向于保护申请执行人的利益，便于高效实现执行目标，体现执行中的效率原则，但直接执行整船容易损害其他共有权人的利益。第二种观点《民法典》的规定系共有人之间的内部约束，法院的强制执行作为司法行为，不应局限于共有人对于处置共有物的内部约束程序。第三种观点尊重保护其他共有人利益，但容易导致竞买人对法院拍卖份额望而却步，最终结果大多是流拍或其他共有人以低于市场行情的价格取得被执行人份额。

统筹考虑维护申请执行人权益、保障各方利益及船舶份额执行效果，笔者认为在执行被执行人船舶份额时，应征求共有人的意见，尽量争取拍卖整船，充分体现船舶及被执行人所占份额的真实市场价值，然后执行被执行人船舶份额比例对应的

¹¹ 参见郝庆进：《对按份共有财产的整体处置规则》，载《人民司法》2020年第23期。

拍卖价款，如不能达成拍卖船舶一致意见时，则应兼顾各方权益，拍卖被执行人在船所占份额。¹²

（五）船舶无益拍卖问题

一般申请拍卖船舶的申请人是申请扣押船舶的海事请求人，但实践中海事请求人的请求权可能为一般债权。如果船舶被拍卖，按照法定的清偿顺序，其可能得不到受偿。¹³ 这里就客观上存在一个无益拍卖问题。无益拍卖是指如果按照拍卖船舶保留价成交，该价款不足以实现优先受偿债权和执行费用，申请执行人也无法在本次拍卖中受偿的情况。从效果来看，浪费了一定的司法资源和时间成本，未能达到实现申请执行人债权的目标，造成程序空转，故我国法律制度对此做了限制规定。¹⁴ 根据《最高人民法院关于人民法院民事执行中拍卖、变卖财产的规定》第6条的规定，无益拍卖的确定流程如下：一是确定标的物的处置参考价和保留价；二是计算优先债权和强制执行费的数额，计算发现数额大于或等于确定的保留价；三是法院将上述计算结果和比较情形告知申请执行人，如经法院告知后申请执行人仍然申请继续拍卖的，法院应当准许，但是应当重新确定新的拟拍卖财产保留价，重新确定的保留价应当高于优先债权和强制执行费用的总金额；四是当发生无益拍卖情形时，若申请执行人坚持继续拍卖，流拍后要承担支付拍卖费用的后果。由此可见，船舶拍卖成交后，普通债权人能否受偿及受偿的多少取决于强制执行费用和优先债权数额的高低，是一种此消彼长的关系。在海事法院处置船舶案件中，由于有船舶优先权这一特殊制度的存在、以及实践中船东不履行船舶看管责任由第三方看管产生的费用优先拨付的情况，容易出现无益拍卖情形。上述情形在地方法院委托处置船舶中更为明显。地方法院委托处置船舶案件的申请执行人往往为普通民事债权人，依照船款分配顺序，在普通民事债权前依次有应优先拨付的费用（包括诉讼费用、拍卖费用、共益费用）、船舶优先权、船舶留置权、船舶抵押权、与拍卖船舶有关的海事债权，如船舶保留价低于优先债权与执行费用之和的，则普通债权受偿的难度更大。

笔者认为与其他财产相比，对船舶无益拍卖的启动应更为严格和谨慎，在拍卖前通过扣押船舶现场笔录询问、向船舶登记机关查询等途径初步了解优先债权情况，合理把握控制第三方看管船舶费用，一旦出现无益拍卖情形，应向申请拍卖债权人

¹² 申请执行人薛某某与被执行人吕某某、周某某船舶营运借款合同纠纷案，案号（2023）苏72执310号。

¹³ 参见王淑梅：《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉特别程序法若干问题的解释的理解与适用》，载《人民司法》2003年第3期。

¹⁴ 参见陈明：《执行程序中限制无益拍卖原则的适用》，载《人民司法（案例）》2016年第11期。

详细释明，防止出现船舶拍卖后债权人无法受偿反而需承担较高执行费用的结果。同时对于明显为无益拍卖、船舶由申请执行人委托第三方看管且看管费用明显偏高的情况要严格审查，防止出现侵害其他当事人合法权益的情形。

（六）船舶以物抵债问题

船舶司法拍卖历经一拍、二拍、变卖仍然流拍的，能否适用以物抵债，法律未明确规定。按照《扣卖船规定》，船舶经一拍、二拍、变卖仍然流拍的，法院可以解除扣押措施。《扣卖船规定》实施伊始，最高人民法院有法官撰文认为，船舶拍卖后所得价款的分配应当与债权登记法律制度相衔接，在所有的登记债权中依照法定的清偿顺序进行分配，不能将船舶直接交给某一个债权人用以抵债，因此在《扣卖船规定》中没有规定以船抵债的制度。船舶如最终难以拍卖变现的，属于担保物丧失了担保价值的情形，法院应当及时解除对涉案船舶的扣押，将船舶发还被请求人。¹⁵ 因此，一直以来大部分观点认为船舶不适用以物抵债。

但在民事执行领域，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第490条，《最高人民法院关于人民法院民事执行中拍卖、变卖财产的规定》第16条、第24条、第25条都规定了以物抵债的适用条件和情形，既有利于保障申请执行人权益，也符合执行程序中穷尽手段兑现胜诉当事人权益理念。如船舶一律不适用以物抵债，容易使很多案件陷入有财产但却又执行不能的尴尬局面，致使申请执行人及其他债权人的合法债权均难以实现。而拍卖船舶未规定适用以物抵债制度，归结于两个原因，其一是船舶价款分配有法定顺序，有船舶优先权等特殊权利，这也是和普通财产分配时最大的区别。其二是将船舶抵债给个别债权人容易损害其他债权人利益。因此，要让船舶以物抵债具有可操作性，就必须解决船舶优先权和法定受偿顺序两个问题，在价款分配中保障船舶优先权人的权利。

对于船舶优先权的问题，在拍卖程序启动前依法发布船舶拍卖公告，向债权人发出通知，载明申报债权的期限、方式等，逾期不申报的，视为放弃在船舶拍卖款中受偿的权利。实践中享有船舶优先权等的海事债权人向法院申报债权，法院对其进行登记、确认。船舶如拍卖、变卖成交，法院则组织召开债权人会议协商船款分配方案，协商一致的由法院依照协商方案出具裁定书，未能协商一致的由法院按照《扣卖船规定》第22条的规定进行分配，扣除先行拨付费用后，船舶优先权人优

¹⁵ 参见罗东川、王彦君、王淑梅、黄西武：《关于〈扣押与拍卖船舶适用法律若干问题的规定〉的理解与适用》，载《人民司法》2015年第7期。

先受偿。保障船舶优先权人利益的前提是船舶处置变价成为船款，而传统以物抵债结果是债权人以流拍价格接收抵债物，对于流拍价高于其债权的补交差价，流拍价低于债权的继续执行。在执行程序中，往往仅出现抵债物这一物的形态，而不会出现抵债价款。在船舶以物抵债中，如能将抵债物以抵债价款的形式出现，船舶优先权人利益即可得到保障。

通过以上分析，笔者认为船舶司法拍卖中可以以物抵债，具体在实施中可按照以下程序：一是船舶经过一拍、二拍、变卖仍未成交；二是接受以物抵债债权人提出以物抵债申请；三是要求接受以物抵债债权人按照船舶最近一次流拍价等额支付抵债价款至法院；四是法院将抵债价款视为船舶拍卖、变卖价款，按照《扣卖船规定》规定分配，接受以物抵债的债权人亦参与分配，其实际分配的价款为抵偿的债务数额，对剩余债务被执行人应当继续履行。如 A 轮经一拍、二拍、变卖仍未成交，变卖流拍价为 100 万元，经债权登记、确认，甲享有船舶优先权，金额为 80 万元，乙享有普通海事债权，金额为 80 万元。现乙愿意接受 A 轮以物抵债，其应按照最近一次流拍价将 100 万元支付至法院，法院分配中甲得 80 万元，乙得 20 万元。乙抵偿的实际债务数额为 20 万元。这种方式和传统以物抵债相比会降低债权人接受以物抵债的积极性，但在船舶流拍面临发还船东的情况下，部分债权人特别是实践中经常作为船舶抵押权人的金融机构往往愿意接受该种方式，以实现部分债权，保障其自身利益。¹⁶

（七）涉刑船舶处置问题

2017 年，宁波海事法院以受理“卡塔利娜”轮刑事案件为开端，开启了我国海事审判“三审合一”新篇章，此后，多家海事法院以指定管辖的方式先后审理了多起海事刑事案件，但对于执行刑事裁判文书处置船舶的研究尚未引起重视。实践中，基于当前各海事法院通过指定管辖受理的海事刑事案件不多，因而海事法院执行本院刑事裁判文书处置船舶极少，较多为接受地方法院委托处置涉刑船舶。对于地方法院执行财产刑中委托海事法院处置船舶案件的处理，尚未形成统一做法。根据《最高人民法院关于刑事裁判涉财产部分执行的若干规定》（以下简称《财产刑执行规定》），刑事裁判涉财产部分的执行是指发生法律效力刑事裁判主文确定的下列事项的执行：（一）罚金、没收财产；（二）责令退赔；（三）处置随案移送的赃

¹⁶ 申请执行人某农村信用合作社与清远市某运输船队等金融借款合同纠纷案，案号（2017）粤 72 执 616 号。

款赃物；（四）没收随案移送的供犯罪所用本人财物；（五）其他应当由人民法院执行的相关事项。有观点认为地方法院在执行财产刑中不应委托海事法院处置船舶，理由是《财产刑执行规定》的依据是《刑法》《刑事诉讼法》，《海诉法解释》的依据是《民事诉讼法》和《海诉法》，《海诉法解释》第15条中地方法院执行生效判决委托海事法院扣押、拍卖船舶中的“生效法律文书”应限于民事法律文书，不包含刑事法律文书。

笔者认为海事法院可以受理地方法院执行财产刑中委托的船舶处置，首先《财产刑执行规定》第16条规定，人民法院办理刑事裁判涉财产部分执行案件，刑法、刑事诉讼法及有关司法解释没有相应规定的，参照适用民事执行的相关法律规定；其次《最高人民法院关于委托执行若干问题的规定》第3条规定，执行标的物是船舶的，可以委托有管辖权的海事法院执行；另外，虽然海事法院目前无直接受理刑事案件的授权，但在地方法院委托的财产刑执行案件中接受委托处理涉及船舶处置的部分工作，也并非受理整个财产刑执行案件。

对于船舶处置后案款的分配，有观点认为海事法院只是接受地方法院在执行财产刑中拍卖船舶，不应进行债权登记，船舶拍卖款扣除保存、拍卖船舶费用、共益费用后应直接交由地方法院分配。笔者认为上述观点值得商榷，首先我国法律将船舶司法扣押、拍卖职能赋予海事法院，主要原因就在于海事法律的特殊性以及对待船舶相关债权的特殊保护，如果海事法院在拍卖中不进行债权登记、对海事相关特殊债权不予处理，其结果显然与地方法院自行处置船舶并无区别。同时《财产刑执行规定》第13条明确规定了被执行人同时承担刑事责任、民事责任，财产不足以支付时的执行顺序，¹⁷笔者认为海事法院在接受地方法院执行财产刑委托处置船舶时，应参照民事执行中拍卖船舶做法，发布公告通知债权人限期申报债权，船舶拍卖款扣除保存、拍卖船舶费用、共益费用后，如有申报确认的海事债权，应与地方法院共同根据《扣卖船规定》第22条和《财产刑执行规定》第13条的规定进行分配，切实保障各当事人合法权益和社会公共利益。

三、规范船舶司法处置的对策和建议

（一）健全船舶处置法律制度体系

一是完善船舶司法处置制度规范。针对船舶处置实践中出现的新问题，及时修

¹⁷ 《最高人民法院关于刑事裁判涉财产部分执行的若干规定》第13条规定，被执行人在执行中同时承担刑事责任、民事责任，其财产不足以支付的，按照下列顺序执行：（一）人身损害赔偿中的医疗费用；（二）退赔被害人的损失；（三）其他民事债务；（四）罚金；（五）没收财产。债权人对执行标的依法享有优先受偿权，其主张优先受偿的，人民法院应当在前款第（一）项规定的医疗费用受偿后，予以支持。

改完善船舶处置类规范性文件，研究制定地方法院委托扣押、拍卖船舶的制度规定，细化衔接流程，优化案件办理的效果和效率。二是推动海诉法早日修订。随着社会发展和科学技术的进步，以及新的法律、担保形式、信息技术的更新，海诉法部分规定已难以满足当前海事审判执行工作需要，船舶处置中的债权登记、拍卖外轮时通知登记机关等问题亟需修订。三是争取更多国家加入《北京船舶司法出售公约》。

《北京船舶司法出售公约》于2023年9月5日在北京签署，¹⁸《公约》填补了船舶司法出售国际效力领域的空白，解决了船舶司法出售跨境承认问题，确保买方通过司法出售取得的船舶所有权在其他缔约国得到承认，对于吸引更多买家参与竞买司法拍卖船舶、高效推动船舶司法拍卖工作意义重大。

（二）发挥法院间协作执行优势

一是联合开展课题研究。各海事法院围绕拍卖公告、船舶检验、价格评估、债权人会议召开、先期费用拨付等方面的问题进行联合研究，通过执行论坛、学术沙龙等形式分享实操案例，共同研讨解决影响船舶处置的难题，进一步统一做法，为相关法律修改提供实践依据。二是强化异地执行协作配合。海事法院作为跨区域管辖的专门法院，加之船舶流动性强，法院干警异地执行扣押船舶工作频繁，协助保障的需求较高。11家海事法院分居沿海、沿江11省市，具有协作配合的天然优势，应当在最高人民法院事项委托基础上，进一步扩大事项委托范围，落实兄弟海事法院异地执行保障，齐力提升船舶司法处置效能¹⁹。三是加强与地方法院的执行协作。在协助办理地方法院委托扣押、拍卖船舶案件过程中，争取地方法院警力、车辆保障，在处理情况复杂、矛盾较大案件时邀请地方法院执行法官参与，综合运用调解、和解等柔性手段，从源头解决矛盾纠纷，最大程序减少扣押船舶对各方当事人权益的影响。

（三）完善创新船舶处置机制

一是延伸执行工作职能，加强涉船舶部门之间交流协作。深化海事司法与行政执法协作，海事行政管理机构在船舶监督、管理等方面有专业优势，建议日常工作中加强业务交流研讨，以解决影响船舶处置工作的实践难题。二是推进执行工作体制机制现代化，提升应用司法拍卖最新理论与实践成果的能力水平。落实执行工作集约化管理，推动司法处置由“办案”向“办事”转变，成立财产处置专门团队，

¹⁸ “2023年服贸会将举办《北京船舶司法出售公约》签约仪式”，载 <https://baijiahao.baidu.com/s?id=1774828317842968204&wfr=spider&or=pc>，2023年10月16日访问。

全力推动执行工作质效提升。在船舶执行中鼓励当事人以议价方式确定船舶处置参考价，评估确定船舶市场价值时允许当事人选择兼具船舶检验和评估资质的机构一揽子实施，鼓励看管人在扣押船舶期间投保船舶看管责任险。²⁰ 三是坚持能动司法，服务保障经济社会高质量发展。在船舶处置中积极践行善意文明理念，审慎启动船舶处置程序，灵活适用活扣押、允许完成本航次等执行措施，积极发挥船舶扣押、拍卖职能作用，提升我国海事司法公信力和国际影响力，²¹ 努力营造市场化、法治化、国际化营商环境，服务保障海洋强国战略和更高水平对外开放。

（四）应用数字科技赋能智慧执行

一是多措并举解决找船难题。加强海事审判网船舶扣押系统的建设升级，充分借鉴交通、海事、海关等主管部门在港口、船舶、货物监管等领域的先进信息系统优势，整合目前多家海事法院各自船舶查控系统功能，解决困扰海事执行中的找船难题。二是完善“总对总”船舶查控功能。目前“总对总”执行查控系统中船舶信息反馈存在当事人辨识不精准、反馈内容信息较少等问题，同时因与交通运输部海事局在线推送链路未打通，无法实现在线扣押、查封，对此多家海事法院进行了探索，但大多局限于本辖区内，建议进一步加大沟通协调，解决“总对总”查控系统船舶查控问题。三是拓展船舶价格评估途径，建立统一的海事司法船舶拍卖询价系统。目前海事法院司法拍卖船舶中确定财产处置参考价主要采用委托评估方式，少数采取当事人议价，原因在于定向询价、网络询价均无反馈、暂无法实施。而当前船舶评估机构采用市场法进行评估的所占比例最高，船舶交易信息较为透明，在线收集同类船舶交易信息具有较强的操作性，建议各海事法院发挥集体智慧，探索建立船舶拍卖询价系统，为不断应用数字科技赋能智慧执行贡献海事力量。

¹⁹ 2023年11月，上海、南京、宁波、武汉四家海事法院在南京共同签署了《长三角海事法院执行联盟战略合作备忘录》。

²⁰ 申请执行人沈某某与被执行人泰州市某航运有限公司合伙协议纠纷案，案号（2023）苏72执312号，法院扣押了涉案“融航机999”轮，首次探索由看管公司为该轮投保扣押期间财产保险。

²¹ 申请保全人某海运有限公司与被申请人某贸易有限公司仲裁财产保全纠纷案，案号（2023）苏72执保116号，法院扣押被申请人所有的利比亚籍“ANNA-MARIN”轮，后基于对中国海事司法的信赖，双方当事人一致同意将合同项下后续纠纷的管辖约定由伦敦仲裁变更为向南京海事法院提起诉讼。

海诉法修改引入海事对物诉讼理论的价值基础与实现路径

郝志鹏*

【摘要】

作为海事法的重要理论基石，海事对物诉讼理论对海事法体系的形成与发展具有独特而显著的历史影响力。从最初的混沌一体到因大陆法系和英美法系殊途前行引发的理论嬗变，大陆法系海事法法理逻辑体系中海事对物诉讼理论出现了真空式缺位。虽然法德两国学者基于诉的利益理论创设出物上请求权进行补位转圜，但仍无法弥补海事对物诉讼基础理论缺乏对大陆法系海事法的缺憾和不足，特别是在程序法领域。同时，随着《北京船舶司法出售公约》等海事国际条约的不断丰富发展，基于国际法国内履约的实践需求，客观上促使大陆法国家海事法制度需要在实然层面面对海事对物诉讼予以部分承认与执行。我国海事法体系正处于几十年未有之大变革时期，在《海事诉讼特别程序法》启动修改之际，建议考虑通过重新引入海事对物诉讼理论推动国内海事法理论创新，进而引领法律制度创新。具体而言，可以重点就海事诉讼司法管辖和海事请求保全两项程序性法律制度予以推进革新。

【关键词】

海事对物诉讼 海诉法 海事诉讼司法管辖 海事请求保全

理论是实践的先导，对于海事法律制度来说，海事对物诉讼理论是海事法体系形成与发展的重要理论基石。回溯其历史脉络可以发现，因大陆法系与英美法系的殊途前行，海事对物诉讼理论大致经历了从混沌一体到非对称演进的发展历程。其中大陆法系海事对物诉讼理论的真真空缺位，一定程度上推进了物上请求权的理论发展，但仍无法弥补海事对物诉讼基础理论缺乏对大陆法系海事法的缺憾和不足。适逢我国《海事诉讼特别程序法》修改之际，借鉴海事国际条约开放共融理念引入

* 郝志鹏，大连海事法院法官。本文系最高人民法院2023年度司法研究重大课题《海外利益司法保护问题研究》（课题编号ZGFYZDKT202316-03）、最高人民法院2022-2023年度司法案例研究课题《我国法院适用条约解释规则的案例研究》的阶段成果。

海事对物诉讼理论，将对海事诉讼司法管辖和海事请求保全两项程序性法律制度的修订完善产生积极的促进作用。

一、海事对物诉讼理论的历史脉络

（一）混沌一体时期

海事对物诉讼理论的历史起源存在罗马法起源说、英国法起源说、中世纪海法惯例起源说的观点分歧。其中，罗马法起源说又存在对物诉讼权利客体说和对物诉讼诉讼结构说，前者可追溯至罗马王政时期古代罗马法“王法”（leges regiae）的所有权保护之对物誓金之诉、¹公元前3世纪末期至公元前2世纪初的所有权衍生权利保护之对物权之诉²和善意占有保护之普布利奇安之诉；³后者则包括罗马共和早期的《十二表法》中的誓金之诉（分对物誓金之诉与对人誓金之诉）与指定派遣法官之诉、通知返还之诉、拘禁之诉和扣押之诉五大法定诉讼类型，即所谓的五种“法律诉讼”（legis actiones），⁴以及发轫于罗马共和中期源于裁判官的司法实践的“程式诉讼”（processo per formulas），⁵如原物返还之诉、请求返还之诉、出质人之诉和质权人之诉。

英国法起源说可分为罗马法对物诉讼理论借鉴说、英国普通法不动产权利之诉起源说和反不出庭程序说。罗马法对物诉讼理论借鉴说主要基于12至13世纪文艺复兴在法律领域的表现和成果，罗马法的复兴对欧洲许多国家的政治和法律制度产生了深刻影响，包括“诺曼征服”后的英格兰教会罗马法。法史学家R·C·范·卡内冈（RC Van Caenegem）认为“已经成为英国生活真正标志的普通法，起初根本不是英国的，它是一种由具有欧洲大陆血统的国王和法官发展成为英国制度的欧洲大陆封建法。”⁶英国普通法不动产权利之诉起源说主要源于英国历史法学派的代表人物梅特兰（Frederic William Maitland）。梅特兰认为，以令状制度为核心的诉讼法是英格兰法律制度的核心，作为英格兰最古老的法院之一，领主法院的建立完全是“占有土地即拥有管辖权”封建原则的具体体现。⁷反不出庭程序说与部分法律史学家对罗马法的历史考据有关，他们在中世纪晚期或现代早期的判例法中没有发现迹象表明存在任何类似于船舶优先权或船舶拟人化的东西是海事法院启动船舶对物诉讼的必要条件。⁸相较于罗马法对物诉讼起源说，一些法律史学家认为，发展于中世纪欧洲大陆的诉讼财产保全以迫使被告出庭应诉的程序，可能是海事对物

¹ 参见费安玲主编：《罗马私法学》，北京：中国政法大学出版社，2009年，第133页。

² 参见【意】路易吉·卡珀格罗西·阔洛内赛（Luigi Caporossi Colognesi）：“所有权和物权：从罗马法到现代”，费安玲主编：《学说汇纂》（第2卷），薛军译，北京：知识产权出版社，2009年，第15-16页。

³ 亦有译文称普布里奇（陈汉译）、布布里其（黄凤译）、普布利西亚那（周相译）。参见【古罗马】优士丁尼：《法学阶梯》（IUSTINIAN INSTITUTIONES），徐国栋译，北京：中国政法大学出版社，1999年，459页。

⁴ 参见【德】孟文理著：《罗马私法》，迟颖、周梅译，北京：商务印书馆，2017年，第48-50页。

⁵ 参见费安玲主编：《罗马私法学》，北京：中国政法大学出版社，2009年，第140页。

诉讼的真正起源,⁹其中古代英国《海事黑皮书》(Black Book of The Admiralty,又译《海军部黑皮书》)中的反不出庭程序(Processus Contra Contumacem)可以作为该学说的直接证明。¹⁰

中世纪海法惯例起源说则以《罗得海商法》《阿玛菲海法》《奥列隆惯例集》《康索拉度海法》《维斯比海法》和《汉萨海法》为代表,认为一般海商法(lex maritime)的发展并非基于实在法,而是源于商船习惯法,这些习惯法对现代海商法的型塑产生了深刻的影响。作为海商法的基础理论之一,海事对物诉讼亦可在中世纪海法惯例的历史足迹中,寻觅到其原始足迹。如《罗得海商法》中的“物”法篇、¹¹《阿玛菲海法》中的船货法、¹²《奥列隆惯例集》中的船舶法与救助法,¹³等。

(二) 非对称演进时期

到了近代,随着大航海时代的到来和资本主义兴起带来的法哲学领域的巨变,海事对物诉讼理论基于大陆法系和英美法系的分野发生了嬗变。

大陆法系基于“诉权-请求权”的体系化理论视阈在对罗马法对物诉讼理论予以继受的基础上进行了创新发展,萨维尼(Friedrich Carl von Savigny)的实体诉权法理论、¹⁴温特沙伊德(Bernhard Windscheid)的诉权剥离理论、¹⁵德根考布(Degenkolb)和奥斯卡·彪罗(Oskar Bulow)的抽象公法诉权论¹⁶以及赫尔维格(Hellwig)和阿道夫·瓦赫(Adolf Wach)的法律保护权理论¹⁷共同搭建起了近代大陆法系以“权利保护”为核心的对物权理论。

英美法系则以英国法为蓝本,在参考罗马法对物诉讼本源理论的基础上,重点吸收中世纪海事商事习惯法中的立法成果,以《海事黑皮书》(Black Book of The Admiralty)为开端,¹⁸以普通法的“权利救济”理念为核心,¹⁹以法律拟制²⁰和船舶“人格化”理论为表征,²¹逐步形成了具有自体化特征的独具特色的海事对物诉讼理论体系;美国法在承继英国海事法模式的基础上,依据联邦宪法获得独立管辖权后,吸收民法和海事商事习惯法的相关观点,以准对物诉讼和择地行诉限制作为海事对物诉讼理论的补充,形成了对物诉讼与对人诉讼并存的制度设计。²²对于中世纪海事商事习惯法来说,因为缺乏行政权威的持续性维系以及商事贸易中心的持续变幻,海事商事习惯法呈现出明显的波动性特征,因此被两大法系予以选择性地承继或融合。

⁶ [比]R·C·范·卡内因:《英国普通法的诞生》,李红海译,北京:商务印书馆,2017年,第169页。

⁷ 参见[英]梅特兰(F.W. Maitland):《普通法的诉讼形式》(the Forms of Action at Common Law),王云霞等译,姜栋、徐国栋校,北京:商务印书馆,2015年,序言第Vi-XV页。

⁸ M. J. Prichard and D. E. C. Yale, Hale and Fleetwood on admiralty jurisdiction, London: Selden Societ, 1993, pp. xxxix-xi.

⁹ William Tetley, "Arrest, Attachment, and Related Maritime Law Procedures," Tulane Law Review 73, no. Issues 5 & 6, June 1999, pp. 1900-1901.

¹⁰ [加拿大]威廉·台特雷(William Tetley):《国际海商法》(International Maritime and Admiralty Law),张永坚等译,北京:法律出版社,第20页。

近现代大陆法商法体系的形成与海事商事习惯法密切相关，因为海事商事习惯法的存在和海事商事贸易的客观需求，欧洲大陆在近代曾建立起专门的海事法庭体系，²³但依赖于王权扩张兴盛一时的海事和商人法庭最终却逐步丧失了其独立司法地位，被纳入到了国家统一的民商事国际司法体系之中。²⁴作为大陆法海商法发展史的缩影，法国 1681 年《海事法令》（Ordinance of 1681）和法国海事法庭最终都在历史的发展进程中被《法国商法典》所代表的民商事法律体系所吸收融合。²⁵德国商法在承继和借鉴《法国商法典》的基础上，结合

《汉萨海法》时期形成并留存于德国本土吕贝克、马格德堡、汉堡等城市的商事习惯法（如《吕贝克法》《汉堡船舶法》等），形成了具有德国特色的商法体系和商事法庭，并最终制定形成了具有广泛影响力的《德国商法典》，其海商法作为《德国商法典》的一部分被独立成编。²⁶

及至当代，伴随着法典化运动的持续拓展和海事商事贸易全球商事份额的重要性递减，大陆法系海事对物诉讼理论进入全面势衰期，并在程序权利领域谋求新的转进。以法、德两国的对物诉讼理论演进为例，法国法以雅各布斯·德·拉瓦尼斯（Jaques de Recigny）、波蒂埃（J. Pothier）、欧利尤（Hauriou）、狄骥（Duguit）、维左兹（Vizioz）、耶兹（Jèze）、莫杜勒斯基（Motulsky）等学者的观点为理论指导，以《法国民法典》和新《法国民事诉讼法典》为制度依托，构建起不同于法国传统上实体权利与诉权不予区分的新诉权体系，对对物诉权进行了重新解构，并基于诉的利益视角对保全性诉讼、²⁷紧急审理程序²⁸和船舶扣押²⁹进行了解读与规范；³⁰德国法以伊曼努埃尔·康德（Immanuel Kant）、拉伦茨（Larenz）、温特沙伊德（Windscheid）、赫克（Heck）等学者的观点为理论指导，以《法国民法典》和《德国民事诉讼法》为制度依托，以实体与程序、³¹债权与物权的双重二元体系为基本框架，³²构建起新的物上请求权理论体系，并以物上请求权的视角对保全程序（包括船舶假扣押）进行了解读与规范，³³并最终促使 2013 年《德国商法典》海商编的重新修订。

²³ 王小波：《〈罗得海商法〉研究》，北京：中国政法大学出版社，2011 年，第 212-221 页。

²⁴ 何勤华主编，陈灵海、柴松霞等著：《法律文明史第 6 卷——中世纪欧洲世俗法》，北京：商务印书馆，2014 年，第 634-647 页。

²⁵ 参见王彦：“《奥列隆惯例集》归属问题初探——基于史源学的考察”，《理论月刊》，2019 年第 1 期，第 100-101 页。

²⁶ 参见陈刚：“萨维尼实质诉讼法理论及其现实意义”，《法律科学（西北政法大学学报）》，2016 年第 6 期，第 72-83 页。

²⁷ 参见 [德] 米夏埃尔·马丁内克（Michael Martinek）：《德意志法学之光 巨匠与杰作》，北京：法律出版社，2017 年，第 42 页。

²⁸ 参见 [德] 康拉德·赫尔维格（Konrad Maximilian Hellwig）：《诉权与诉的可能性 当代民事诉讼基本问题研究》，北京：法律出版社，2018 年，第 16-17 页、第 40 页、第 143 页、第 151-152 页、第 187 页。

²⁹ [德] 康拉德·赫尔维格（Konrad Maximilian Hellwig）：《诉权与诉的可能性 当代民事诉讼基本问题研究》，

北京：法律出版社，2018 年，第 27 页；Adolf Wach, “Der Rechtsschutzanspruch”, Zeitschrift für Deutschen Civilprozeß, vol.32, 1904. p.30.

（三）海事国际条约的分歧弥合作用

在英美法的传播与承继过程中，加拿大、南非、澳大利亚和香港等国家和地区都对英美法下的海事对物诉讼理论进行了局部性的本土化改良和创新，³⁴其中尤以南非关联船扣押制度形成的冲击最为明显，³⁵进一步加速了英美法将对人诉讼引入传统海事对物诉讼理论的进程，并对相关国际法的制定产生了深远影响。因海运商事的全球化特征，针对两大法系间关于海事对物诉讼的争议与分歧，联合国国际贸易法委员会和国际海事委员会先后制定了扣押船舶系列公约和船舶优先权系列公约。就扣押船舶系列公约来说，通过1952年和1999年的两次修订，先后对扣押船舶海事请求权、当事船舶海事请求权人、姊妹船扣押制度、禁止重复扣押原则及例外、扣船法院实体管辖权的争议处理等问题进行了规定。船舶优先权系列公约则通过1926年、

1967年和1993年三次修订，对海事对物诉讼理论的核心问题——船舶优先权制度的各类争议进行了妥协式的调和处理。此外，船舶碰撞系列公约、海事赔偿责任限制系列公约和《北京船舶司法出售公约》的先后制定，对缓和两大法系间海事对物诉讼理论的分歧与争议起到了积极的促进作用。

二、对物诉讼理论基础缺位对大陆法系海事法的桎梏

（一）大陆法系对物诉讼自体性理论的裂变

尽管对物诉讼的“罗马法起源说”得到了众多大陆法学家以及部分英美法学者的支持，但毋庸讳言的是，经过法国、德国等大陆法国家对罗马法的承继与解构，除了个别国家（如奥地利）仍保留着人法与物法二分的民法体系结构外，大多数大陆法国家均选择分别承继法国和德国的立法体例，大致采取人法、物法与债法的三分立法体系。

更为重要的是，随着商法和诉讼法的独立法典化，传统罗马法中民商合一、程序权利与实体权利合一的立法思想脉络，已被完全改变。取而代之的则是以德国法为代表的“诉权——请求权”二元理论结构体系。

¹⁸ L.H.Laing, "Historic Origins of Admiralty Jurisdiction in England", *Michigan Law Review*, Vol. 45, Issue 2 December 1946, pp. 163-182.

¹⁹ [加拿大]威廉·台特雷(William Tetley):《国际海商法》(International Maritime and Admiralty Law), 张永坚等译,北京:法律出版社,第330-331页。

²⁰ [美]小奥利弗·温特·霍尔姆斯(Oliver Wendell Holmes):《普通法》(The Common Law),冉昊、姚中秋译,北京:中国政法大学出版社,2006年,第22-25页。

²¹ 相关观点参见张可心:“英国对物诉讼对我国船舶扣押的借鉴意义”,《人民司法(应用)》,2019年第

10期,第98页;王国强:“英国对物诉讼制度刍议”,《大连海事大学学报(社会科学版)》,2015年第4期,第79页。

²² [美]G.吉尔摩(Grant Gilmore)、C.L.布莱克(Charles L. Black):《海商法》(上),北京:中国大百科全书出版社,2000年,第21-23页。

²³ William Mitchell, *An Essay on the History of the Law Merchant*, London: Cambridge University Press, 1904, pp.46-47.

²⁴ 参见何勤华主编,陈灵海、柴松霞等著:《法律文明史第6卷——中世纪欧洲世俗法》,北京:商务印书馆,2014年,第682-685页。

²⁵ William Tetley, "Mixed Jurisdictions: Common Law v. Civil Law (Codified and Uncodified)", *Louisiana Law Review*, vol. 60, no. 3, 2010, p. 694.

法国法虽然并未如德国法一样对实体权利 (ledroit) 和诉权 (l'action) 进行明确划分, 但自 1976 年法国新民事诉讼法典生效以来, 法国法已实际上在诉权划分领域受到了德国法的显著影响。尽管在法国民事诉讼理论中, 仍有对人诉权 (action confessoire)、对物诉权 (actions réelles) 和混合诉权 (actions mixtes) 之分, 但其与罗马法中对人之诉和对物之诉的自成体系相比, 已更多的侧重于实体权利层面的认定与探讨, 且更多的基于“物权”的话语表达体系, 而非基于“物”的客体本身。到了德国法, 更是连对人诉权、对物诉权这一基本分类模式亦基本摒弃, 代之以债权请求权和物权请求权的新分类体系。即使偶有对物权之学理表述, 亦属于实体物权权利保护层面的权利理论探讨, 与罗马法对物诉讼理论的自体性本源理论相去甚远。

在大陆法的传播、继受和移植过程中, 因语言理解差异和法律文化语境的不同, 对物权的定义和内涵又进一步发生了异变, 被赋予了更加多元化的内容。第一, 对物权被认为是一种针对物本身的权利, 对应的对人权则是以人为对象的权利。第二, 对物权被认为是一种具有支配性的权利, 且该种权利的行使是通过权利人自己的直接支配来实现, 与之对应的是请求他人履行方能实现的请求权, 亦即支配权与请求权的划分。第三, 对物权被认为是一种对世权, 即其权利范围作用于除权利人之外的所有人, 反言之, 即不仅是相对人, 任何第三人都不得侵犯权利人的对物权。第四, 对物权被认为是一种绝对权, 即权利人享有绝对的对物控制权, 对应的概念是相对权。第五, 对物权即物权, 有学者认为对物权向物权的转化是由于日本民法在法律继受过程中将“对物权”省略翻译为“物权”, 亚洲国家在继受和移植日本民法时一并将“物权”的用法予以承继。同时, 因德国法下债权与物权的对立, 债权就取代对人权, 形成了亚洲国家大陆法立法体例债物二分的立法体例。³⁶亦有学者认为, 德国法下得“对物权”是包括有体物、无体物以及其他具有财产意义的物的广义概念, 而“物权”指向之物特指有体物, “对物权”是“物权”的上位概念。³⁷可以说, 当下大陆法中的对物权或对物诉权, 已成为以物的实体权利为核心的物法体系的概括表达, 并无具体的法定诉讼程序予以支撑。

(二) 大陆法国家中世纪海事商事习惯法的一般商法化

除了罗马法的对物诉讼自体性理论外, 中世纪海事商事习惯法亦是大陆法系对

²⁶ 参见王彦: “德国海商法的改革及评价”, 《中国海商法研究》, 2015年第2期, 第77-78页。

²⁷ Voir: C. Chainais, F. Ferrand, S. Guinchard, Procédure civile: Droit interne et européen du procès civil, Dalloz, 33th édition, 2016, n° 177.

²⁸ 张卫平、陈刚: 《法国民事诉讼法导论》, 北京: 中国政法大学出版社, 1997年, 第260页。

²⁹ 张丽英: 《船舶扣押及相关法律问题研究》, 北京: 法律出版社, 2009年, 第16-17页。

³⁰ 参见吴津桦: “法国民事诉权研究”, 《比较法研究》, 2019年第2期, 第317-320页。

³¹ 王洪亮: “物上请求权的诉权与物权基础”, 《比较法研究》, 2006年第5期, 第47-48页。

³² 金可: “债权物权区分说的构成要素”, 《法学研究》, 2005年第1期, 第23页。

³³ [德]康拉德·赫尔维格(Konrad Maximilian Hellwig): 《诉权与诉的可能性 当代民事诉讼基本问题研究》, 北京: 法律出版社, 2018年, 第82页。第50-54页。

物诉讼的重要法律渊源。无论是《罗得海商法》《康索拉度海法》还是《汉萨海法》《海事法令》，其形成与发展均离不开欧洲大陆各沿海城市商人团体在长期跨境贸易过程中形成的商事习惯法的支持和推动，即使是英美法下海事法律体系的形成，亦汲取了大陆法国家中世纪海事商事习惯法的诸多营养。但在大陆法系形成的历史进程中，以《法国商法典》和《德国商法典》的形成和发展为标志，以海事商事习惯法为主要内容的大陆法国家海商法，逐步被逻辑体系更为严谨、适用范围更为广泛的一般商法所吸收和取代，仅以单行条例（如法国）或设立商法典海商编（如德国、日本和韩国）的方式予以部分保留。同时，基于整个民商法权利逻辑体系和法律用语一致性的考量，大陆法国家民商法体系中的海商条例或海商编更多的体现整个法律体系的逻辑内涵，海事海商法大多以民商特别法的方式予以定位，是故传统海事海商习惯法中与现当代大陆法民商法体系不一致的地方，要么予以直接清除，要么予以异化改造，最终形成了大陆法系海商法的民法化特征。也直接导致海事国际公约在确定相关条约内容时，各国参会代表经常会就同一用语的概念和内涵产生较大分歧。对于“对物诉讼”来说，因为民商法法律体系中“对物诉讼”概念和程序的“消亡”，直接导致商法体系语境下大陆法国家海商法成文法中“对物诉讼”传统的“消失”。同时，因为海商法体系的自体性和全球化特征，大陆法国家的海商法律适用仍需要遵循国际通行的一些海事海商准则，例如船舶扣押管辖、船舶优先权制度和海事赔偿责任限制等，而为了与这些国际通行制度相衔接，不可避免的会遗留以船舶为中心的实体法和程序法予以配套保障。因此，在大陆法国家的司法裁判实践中，当责任人身份未明时，仍可以见到以船舶为责任被告的诉讼体例，例如船舶扣押令、海事强制令等。

（三）大陆法系对物之诉和对物权对物诉讼理论基础的正当性检视

从古罗马法时期的诉讼分类开始到现当代大陆法的诉权 - 请求权体系和法典化运动，“权利”始终是罗马法以下法律体系的基础概念和核心诉求。从前文所述罗马法对物诉讼理论的历史发展脉络来看，古代罗马法时期所有权保护之对物誓金之诉的保护客体为所有权，所有权衍生权利保护之对物权之诉的保护客体为所有权衍生物权，善意占有保护之普布利奇安之诉的保护客体为善意占有权，对物誓金之诉和原物返还之诉的保护客体为所有权和正当占有权，通知返还之诉为金钱债权，请

³⁴ [加拿大]威廉·台特雷(William Tetley):《国际海商法》(International Maritime and Admiralty Law), 张永坚等译, 北京: 法律出版社, 第 353-357 页。

³⁵ Angus Stewart, "Characteristics of the Admiralty Action in REM: The Alina II," Australian and New Zealand Maritime Law Journal 25, no. 2, 2011, pp. 237-239.

求返还之诉的保护客体为债权和物权，出质人之诉和质权人之诉的保护客体为质押或抵押权。近现代大陆法诉权 - 请求权理论体系构建时期实体诉权的保护客体为实体权利，请求权保护的客体为民事程序权利，抽象公法诉权的保护客体为原告判决请求权，法律保护权的保护客体是有利判决请求权，对物请求权的保护客体是各项具体物权（如所有权、地役权）和不作为债权（转化为金钱债权），物权请求权的保护客体是所有权、地上权、地役权、用益权、抵押权等具体物权，保全请求权的保护客体是对人执行权和对物执行权。当代大陆法法典化运动时期对物诉权保护的客体为提起所有权、地役权、用益权、抵押权、质押权和留置权等实体权利之诉的法律行为的权利，物上请求权保护的客体为实现物权的权利。

从上述“物”之权利体系的历史演进过程可以看出，“权利保护”，尤其是“实体权利之保护”是罗马法以下大陆法系对物之诉和对物权对物诉讼理论的关键核心，无论诉的名称和种类如何变幻，以“权利保护”为核心的理论内涵从未改变。即使是当代大陆法法典化运动将程序诉权从诉权体系中剥离出来，其存在价值亦是依附和服务于“实体权利保护”这一不变奥义。从这个角度来理解纯正对物诉讼理论在罗马法以下大陆法系的势衰，就不难得出如下结论：第一，“物”与“诉讼”相比，“物之权利”而非“诉讼权利”是罗马法以下大陆法系对物诉讼理论的核心关切；第二，“对物”追求的是“对物之权利”而非“对物之责任”；第三，“对物诉讼”实际上包含了“对物请求程序之诉”和“对物请求实体之诉”两部分内容，海事对物诉讼仅是“对物请求程序之诉”中的一个细小分支。

三、海事对物诉讼理论国内法借鉴的现实意义

（一）明确海事诉讼司法管辖的法理依据

1. 国内法海事诉讼司法管辖的理据现状

第一，权力理论。权力理论的正当性基础源于国家主权理论，司法管辖权一直被广泛认为是国家主权权力在司法管领权领域的具体体现。这种基于属地化的权力控制认定，实际上是基于陆地法的传统认知，在陆地法的语境下，一国主权权力范围内所及人或物，均应置于主权权力控制管辖之下，谓之权力理论。³⁸具体到海事司法领域，在权力理论的支持者看来，海事诉讼司法管辖权是国家主权在海洋和海事领域行使主权权力的具体体现，并进一步因海权论的重新解读和重视而被赋予

³⁶ 冉昊：“对物权与对人权的区分及其实质”，《法学研究》，2005年第3期，第103-105页。

³⁷ 孙宪忠：《德国当代物权》，北京：法律出版社，1997年，第21页。

了更多的政治期许。中国法对于权力理论有着深厚的历史基础,《诗经·小雅·北山》曰:“普天之下,莫非王土,率土之滨,莫非王臣”就是中国历史文化中关于权力理论管辖思想的典型例证。基于陆地法权力理论管辖思想在海洋和海事领域的应用和拓展,主权权力视角下的海事诉讼管辖体系构建观点支持者颇多,但争议亦较为明显,支持者多为传统民法学者,持异议者则多为海事法和国际法学者。

第二,程序理论。国内法程序理论的形成和实践与英国法下的程序理论完全不同。前者完全根源于大陆法系职权主义诉讼模式,认为诉讼的终极目的是在法官实际指挥和控制整个诉讼过程的前提下,追求诉讼案件的实质正义,诉讼管辖作为启动诉讼进程的首要步骤,其根本作用在于方便司法机关和法官根据原告的诉请选择最为适当的管辖方式以实现诉讼案件的公正结果。从一定程度来看,国内法的程序理论与权力理论的基础理念密不可分,其根本驱动仍是司法机关和法官代表的公权力在实现管制权的过程中对案件当事人权益、社会秩序与公益价值的主动维护。总的来说,国内法的管辖程序理论中“地”的因素较为突出,英美法的管辖程序理论中“人”的因素更为明显。对于海事诉讼管辖来说,造成的直接后果是,国内海事诉讼管辖十分注重于主权权利和领土的概念和范畴,但因海事和海洋主权权利界定的复杂化和政治化,导致海事诉讼管辖的国内适用与域外适用界限模糊,争议不断。同时,英美法系对于“人”的因素的过分扩展,不仅冲击了传统海事对物诉讼的立本之基(船舶“人格化”理论),也直接推动了盎格鲁-撒克逊法律体系在国际法领域“长臂管辖”的泛滥,引发世界各国的诟病与不满。

第三,权益理论。权益理论是在权力理论的基础上发展起来的以权利导向替代权力导向的理论新说。一般认为,中国的“权力—权利”观转向的鲜明标志在于权力本位宪法到权利本位宪法的转变。³⁹而权利本位宪法的确立与中国“依法治国”战略的提出及“法制”向“法治”、“人治”向“法治”执政理念的转换密不可分。党的十八大以后,习近平总书记在总结提炼党和国家长期法制建设、改革和发展实践中的理论和实践经验,创新性的提出了以人民为中心的习近平法治思想,进一步对“法治”理念的内涵和外延进行了充分扩展,法律之治、良法善治、和谐秩序、文明表征成为习近平法治思想中“法治”理念的新注解。⁴⁰在此背景下,随着中华民族伟大复兴中国梦、“一带一路”建设、海洋强国战略等国家重大理论与制度

³⁹ 参见吴一鸣:“论我国国际民事诉讼管辖权之理论基础的偏失与纠正——兼评《民事诉讼法》的修改”,《新疆社会科学》,2007年第5期,第77页。

创新的不断提出与实施，以人民权益和国家利益为中心的权益理论逐步取代传统的权力理论成为指导中国司法体系改革的核心理论驱动。权力理论和程序理论视角下的某一方面的政治利益、行政利益、商业利益或社会利益被更为广泛的人民利益、民族利益和国家利益的综合理念所取代。对于海事诉讼管辖来说，外在表现就在于职权主义诉讼模式下的属地管辖核心体系已经大幅吸收当事人主义诉讼模式的相关理念，最低限度联系、协议管辖、国际礼让、对等司法、国际协作等原则和理念正被越来越多的应用于国内和涉外司法实践，制度体系改革带来的司法实践大发展正在倒逼海事诉讼管辖理论体系实现进一步的有效整合和理论创新。

2. 国内法海事诉讼司法管辖理论存在的问题

第一，理论创新滞后于实践发展。党的十八大以来，在海洋强国战略的指导下，发展海洋经济、保护海洋环境、维护海洋权益、保障海上安全成为中国涉海战略的重要内容。海事司法因海而生、向海而兴，是国家经略海洋、管控海洋的重要组成部分，承担着维护国家海洋权益、服务保障国家战略、繁荣海洋产业经济、保护海洋生态环境等重要责任与使命。最高人民法院于2015年正式提出建设国际海事司法中心目标后，通过加强海事司法为国家海洋战略目标的实现提供助力成为新时代司法工作的新任务和新课题。因此，最高人民法院自2016年起先后颁布了《关于海事法院受理案件范围的规定》《关于海事诉讼管辖问题的规定》和《关于审理发生在我国管辖海域相关案件若干问题的规定（一）（二）》四个专项司法解释。相比之前，司法解释新规扩大了海事案件的受案范围，将原来的63项案件类型增加到了108项，对海事行政案件类型进行了细化，新增了海事刑事案件的管辖规定，内容涵盖航运、贸易和海洋等相关产业和经济法律关系，为海事诉讼管辖实现民事、行政、刑事“三审合一”提供了上位法依托。有鉴于此，从最高人民法院到各海事法院，围绕海洋强国战略和“三审合一”的海事司法改革进路，一直在积极探索具体的制度配套和实践支撑，并且这种探索随着国家自贸区（港）战略的加快落实，呈现出特色各异、各有侧重的局面。例如宁波海事法院依托宁波舟山港的经贸优势和“三审合一”的试点基础，积极探索海事司法在涉外经贸领域的司法服务作用；海口海事法院依托海南全域自贸区和自贸港的战略支持以及南海区域前沿的区位特色，努力在服务保障国家重大战略发展和维护国家主权权益之间找准自身定位、寻

³⁹ 宋晓：“域外管辖的体系构造：立法管辖与司法管辖之界分”，《法学研究》，2021年第3期，第174-176页。

⁴⁰ 张文显：“习近平法治思想的理论体系”，《法制与社会发展》，2021年第1期，第6-10页。

求司法突破；上海海事法院依托上海长三角经济带龙头区位优势，锚定国际海事司法服务中心建设目标，深耕涉外海事司法服务竞争领域，助推上海国际航运中心建设；北海海事法院依托广西“中国-东盟战略合作伙伴关系”建设契机，探索区域多边司法服务协作；大连海事法院依托东北、辽宁振兴国家战略、大连东北亚国际航运中心建设和辽宁自贸区建设，着力于为东北亚陆海大通道建设完善司法服务保障；武汉海事法院和南京海事法院则立足于长江经济带建设，致力于长江内河运输、江海直达运输和长江海洋生态保护的司法服务保障；其他各海事法院亦基于其所在区域的战略导向和实际需求各自制定了符合自身特点的发展规划，并且在司法实践层面取得了良好成效。相比司法实践的“突飞猛进”，在法理支撑方面，国内法海事诉讼司法管辖的理论创新稍显不足。面对海事诉讼领域不断扩大的管辖范围和内容，现有的基于权力理论和程序理论形成的海事诉讼管辖理论架构并不能很好的满足司法实践领域对于海事诉讼管辖扩张以及与国际规则高度接轨的实际需求。同时，作为新兴的权益理论，虽然迎合了国际国内权利本位体系法律制度构建思潮的基本方向，但其更多的贴近于一般民法领域的概念与逻辑，未能彰显海事诉讼管辖领域相关问题的特殊性。

第二，理论体系无法达成逻辑自洽。尽管权力理论、程序理论和权益理论都以职权主义诉讼模式为核心的公法性作为其基本特征，并且从其发展进程来看逐步呈现出“公退民进”的基本方向，但从其内部理论结构演进来看，并未形成足以自洽的逻辑体系。职权主义诉讼模式的公法性特征尽管与海洋法的多数领域较为契合，但与海商法重商主义的历史传统隔阂明显。从管辖方面来看，国内海事诉讼管辖主要适用《海事诉讼特别程序法》和《民事诉讼法》的有关规定，部分特殊案件如海事赔偿责任限制相关纠纷案件还需要适用《海商法》的规定，《海事诉讼特别程序法》《民法典》和《海商法》没有规定的，适用其他法律、行政法规的规定，如果涉及到我国缔结或者参加的国际条约与国内法对涉外海事诉讼有不同规定的，适用国际条约的规定，但声明保留的条款除外。海事法院受理的案件类型为海事侵权纠纷、海商合同纠纷和其他海事纠纷。从上述海事诉讼管辖规范体系设计可以看出，国内法下的海事诉讼管辖界定其实是处于一种不确定的模糊状态。其一，以地域为划分标准，强调中华人民共和国领域内海上或通海水域的涉船或涉及运输、生产或

⁴¹ “习近平主持召开中央全面依法治国委员会第二次会议并发表重要讲话”，《改革与开放》，2019年第5期，第130页。

⁴² 如肖永平：“‘长臂管辖权’的法理分析与对策研究”，《中国法学》2019年第6期，第52-65页；李庆明：“论美国‘域外管辖’：概念、实践及中国因应”，《国际法研究》，2019年第3期，第3-23页。

作业的海事侵权或海商合同纠纷案件均由海事法院一审管辖，判断地域内的标准包括财产所在地（含船舶所在地）、被执行人住所地、合同履行地、仲裁机构所在地、船籍港所在地、处理海事事故主管机关所在地、船舶油污事故发生地、油污损害结果地、采取油污措施地、港口作业地等；其二，以当事人为划分标准，除了国内当事人的当然管辖外，赋予国外当事人的协议管辖权以实现国内法的域外适用；其三，以案件类型为划分标准，采取广义认定方式，将涉船、涉海、涉港、涉主要内水运输与生产、作业相关的侵权、合同、行政甚至是试点刑事类案件通过法律规定专属管辖的方式交由海事法院一审管辖。总的来说，现有的海事诉讼管辖理论以地域为标准的划分方式相对占据主导地位，但其远未达到可以总揽其他海事诉讼管辖理据的程度，更像是在地域管辖的基础上，为了其他特殊权益（如生态保护、经贸秩序、航运安全、海外利益）的保障需求在不断的增加套用其他理论甚至是直接通过强制立法的方式进行领域扩充。就其效果来看，在未能充分考量海事与海洋诉讼案件基本特征迥异的基础上，简单套用大陆法民法体系惯用思维以对海事和海洋领域的诉讼案件进行统一规制，无疑会陷入“逾淮之橘”的适用困境。

第三，海事司法方向定位不明引发理论基础紊乱。海事司法的发展离不开海洋，想要正确认识海事司法的定位，必须深刻理解海洋的基本属性，海洋的基本属性可以归纳为五个方面：其一，主权属性，我国拥有300余万平方公里的海洋国土，包含领海和毗连区、专属经济区、大陆架等拥有管辖性权利的海域以及南海诸岛和各类低潮高地等，现在面临着极其复杂的国际形势，而且自南海仲裁案以来有进一步恶化的趋势。作为主权宣示的最重要一环，司法管辖权的有效行使对维护海洋主权有着无可替代的重要作用。其二，通道属性，我国虽然是海洋大国，但又是海洋地理不利国，海运交通要道基本掌握在其他国家手中（如马六甲海峡），加上美国“岛链包围”与重返亚太战略的实施，保障海上通道安全将会一直成为我国的战略重点。其三，资源属性，海洋是天然的宝库，是大自然的馈赠，渔业资源、生物资源、能源资源等均是一国经济社会发展重要的自然基础和战略保障。其四，环境属性，作为占据地球71%面积的海洋，对于任何国家来说，其环境的好坏直接影响着人类社会生存与发展的基础，渔业、旅游业等涉海产业均离不开良好的海洋生态环境，对沿海城市和居民来说就更是如此。其五，国防属性，自鸦片战争始，中国近代百

⁴⁹ [德]萨维尼：《法律冲突与法律规则的地域和时间范围》，李双元等译，武汉大学出版社，2016年版，第47-50页。

年的屈辱历程已经证明了保卫海洋的重要性。在当今时代，这种重要性有增无减，且一直在不断更新与补充。其六，经济属性，保障涉海经济和贸易的稳定发展，就是保障国内东部区域经济发展的引擎安全，也是保障全国国民经济发展稳定大局的重要基石。海事司法的立足点、未来发展的创新点就在于围绕海洋基本属性进行体制与机制创新。从现有的权力理论、程序理论和权益理论来看，其定位着眼点主要在于海洋的主权属性，对于海洋的其他基本属性并未进行深入的理论适配研究，理论基础稍嫌紊乱。

3. 理论引入对完善国内海事诉讼管辖体系的价值

第一，拓宽国内海事诉讼管辖与国际海事规则的对接路径。现有的国际海事规则因受盎格鲁-撒克逊权力体系影响，普通法的痕迹颇深。在国际法的语境下，管辖的概念和内涵与普通法系类似，同时包含了立法、司法和执法三种管辖方式，除执法管辖权一般与各国领土主权范围界限较为一致外，立法管辖权和司法管辖权的域外延伸却较为普遍，其中尤以美国表现最为明显，民事、商事和刑事方面均有涉猎，谓之以“长臂管辖”，其形成的管辖权扩张压力随着国际竞争的加剧而持续增长。为了应对这种压力，我国国家领导人提出了加快推进国内法域外适用法律体系建设的目标。⁴¹ 基于此，很多学者通过不同视角提出了诸多的理论分析框架，但亦产生了各类理论纷争。总结起来，国内学者目前的分析进路主要有两种，一种仍然延续了主权理论的思路，从国家管辖权的角度来论证域外管辖的边界和国际合法性，其主要研究对象和参考范例为美国法上的管辖权理论和实践。⁴² 该种分析思路的缺陷在于混淆了立法管辖和司法管辖的界限，忽视了立法和司法领域在理论基础上的区分。第二种分析进路的着眼点在于国内法的域外效力或域外适用，包括境内司法机构和执法机关以国内法支配境外人、物和行为以及境外司法机构或执法机关适用中国法支配境外人、物和行为。该种分析思路弊端在于忽略了冲突规范在国内法域外适用中的指引作用，单纯强调国内法的强制域外适用，理论依据薄弱。此外，第二种分析进路的着眼点主要放在了立法管辖权层面，相较于立法来说，法律的司法适用的作用不应当被忽略。对于海事诉讼管辖来说，其既有海洋法领域的公法成分，又有海事法领域的私法内容，如果说通过现有的权力理论、程序理论和权益理论构建国内海洋法的域外管辖法律适用体系尚可以参考美国法的体系构建方式，那么在

⁴¹ 张丽英：“淡化船舶拟人处理对减少扣船管辖冲突的作用”，《中国海商法年刊》，2009年第1-2期，第94-96页。

国内海事法的域外管辖法律体系构建方面，则仍应回归到萨维尼理论体系的“冲突规则说”，即将私法从法律体系中进行了单独剥离，不再纠结于法律的域外效力，而是以法律关系为原点，追问法律关系与法律适用之间的冲突规则。⁴³在此前提下，引入国际海事规则领域的海事对物诉讼理论，可以有效的降低国内法冲突规则适用引发的与国际规则间的不相兼容情形。特别是在海商领域，基于普通法基础形成的现代海事对物诉讼理论体系与我国国内基于大陆法系形成的海事诉讼理论体系本就存在隔阂，如果仍以大陆民法体系视角下的公法视角推动海洋和海事领域的统一域外管辖适用，无疑将进一步加剧国内法域外适用形成的国际规则融入阻力。以公私二法划分为基础，在维持公法领域传统理论基础的同时，在海事私法领域引入海事对物诉讼理论将有效拓宽国内海事诉讼管辖与国际海事规则的对接路径。

第二，奠定国内海商事领域诉讼管辖规制体系的理论基础。对于海事对物诉讼理论在管辖领域的引入，国内学界持有两种截然不同的观点：一种观点认为，我国作为承继大陆法系理论与制度体系的立法体例，没有必要专门引入海事对物诉讼理论，不仅与立法传统相悖，而且容易造成法律体系内部的法律混乱。代表性观点如张丽英教授，其认为，海事对物诉讼理论的典型代表船舶“人格化”理论的形成具有特殊的历史背景，英美法早期通过对船舶的拟人化其目的是为了通过扣船实现确保受损方的权益得到及时补偿，但通过对物诉讼的方式扩展管辖权又极易造成更多的管辖冲突。以船舶碰撞管辖案件为例，如果是一般的碰撞类侵权案件，通常以当事人所在地和侵权行为发生地法院作为有权管辖法院，不会选择侵权行为物作为确定管辖权的连结点因素，但是在船舶碰撞管辖案件中，因为海事对物诉讼理论的存在，扣船地成为海事诉讼案件管辖中独有的管辖联结点。为了解决各国有关船舶责任承担法律规则差异产生的管辖权冲突问题，船舶碰撞系列公约基本确立了平行管辖的原则以充分保障原告（扣船申请人）诉权和各国立法自主权，但也催生了“择地行诉”（forum shopping）的泛滥，从而在实质层面人为提升了原告方的诉权优势。⁴⁴此外，鉴于船舶的流动性和管理松散型特征，涉船管辖联结点纷繁复杂，船舶停靠的所有港口所在地均可能成为诉讼有权管辖地，同时，方便旗船舶和姊妹船扣押制度的存在进一步增加了船舶管辖冲突的几率。因此，海事对物诉讼理论国内引入反对者认为，船舶“人格化”理论的存在是基于特殊历史时期的特殊产物，虽然其

⁴³ 黄宇、邓晗：“船舶碰撞责任的承担主体——中美海商法的比较研究”，2009年第4期，第55-61页。

⁴⁴ 杨树明：“英美海诉讼中的对物诉讼制度及对我国的借鉴意义”，《河北法学》，2010年第3期，第33页、第37页。

曾经为航运业的发展作出了重大贡献，但已不能适应当代的时代需求，而且英国法下海事对物诉讼理论的发展亦已逐步开始摒弃船舶“人格化”理论，而取而代之的程序理论又只是对人诉讼理论的一个变种，只是法律拟制的一种，而非真正的法律原则。另一方面，随着航运科技和全球通讯技术以及国际信息交流机制的发展，船舶航行的风险更加易于掌控，船舶身份的识别亦存在成熟机制，再行过分强调船舶人格化对于推动诉讼程序发展的作用已显得不合时宜。因此，反对者对于海事对物诉讼理论的国内引入并不十分积极。相比上述反对观点，主张积极引入海事对物诉讼理论以完善国内海事诉讼理论体系的学者更为普遍。例如黄宇和邓晗认为，船舶独立承担责任通过多年来的国际航运实践和相关国际公约得到了广泛认可，即使在中国也在部分领域如船舶碰撞方面得到实际应用，但是国内当下理论和立法并不承认海事对物诉讼，即使在船舶碰撞领域，如何确定船舶承担责任，国内海商法亦没有明确规定。经过对中美两国海商法理论与制度实践的对比分析，黄宇和邓晗主张，在更好保障受害人利益方面，美国法下对于船舶碰撞责任主体的泛化规范，特别是船舶本身以及与船舶所有权和控制运营权相关的各类主体的广泛扩张，值得中国国内法予以借鉴吸收。⁴⁵ 杨树明教授认为，海事对物诉讼得以产生和发展，在于其适应客观实践需求的比较优势。海事法律关系所涉法律事实流动性、多变性和跨域性的特征导致纠纷责任人的难以确定性，方便旗制度、单船公司、管船公司等制度的存在以及域外诉讼不便等因素进一步加剧了对人诉讼的难度，正是这些客观存在的实践需求奠定了海事对物诉讼的正当性和合理性基础。对于国内对物诉讼理论引入来说，其前提必须明确真正的对物诉讼与准对物诉讼之间的联系与区别，从我国现有的制度基础来看，海事诉讼法中关于被保全财产地海事法院管辖的规定实际上包含了关于船舶扣押管辖权的真正对物诉讼和关于船载货物保全管辖权的准对物诉讼，为了更好地指导司法实践，需要厘清海事对物诉讼理论引入后的适用边界。⁴⁶

（二）完善海事请求保全程序的理据体系

1. 国内法海事请求保全程序的理据现状

无论是英美法国家还是大陆法国家，海事请求保全制度均是其“海法”领域必不可少的重要法律制度，我国亦不例外。从程序法规范来看，海事请求保全程序在国内海事诉讼法规范中占据了近三分之一的篇幅，其重要性不言而喻，但其理据基

⁴⁵ 李仕春：“民事保全程序基本问题研究”，《中外法学》，2005年第17期，第44-45页。

⁴⁶ 金正佳、翁子明：《海事请求保全专论》，大连：大连海事大学出版社1996年版，252页。

⁴⁷ 周翠：“行为保全问题研究——对《民事诉讼法》第100-105条的解释”，《法律科学（西北政法大学学报）》，2015年第4期，第93页。

础却一直存有民事财产保全理论基础说与海事权利救济理论基础说两种观点之争。

第一，民事财产保全理论基础说。海事请求保全民事财产保全理论基础说的根源在于海商法民法特别法的立法定位。该观点认为，在大陆法视角下，海事请求保全的理论基础为假扣押，而假扣押则是民事保全制度的核心内容。出于法律传统或立法技术的不同，各国的民事保全制度各不相同。例如德国法中的保全程序包括假扣押与假处分，法国法中的类保全程序包括“紧急审理程序”（Juger enrefere）和“依申请作出裁定的程序”（Ordanance sur requerte），日本法则在承继德国法的基础上将假扣押与假处分合二为一施行单行的民事保全法。⁴⁷从国内立法来看，1982年的试行民事诉讼法中的保全措施称为诉讼保全和先行给付。到1991年民事诉讼法时，诉讼保全改为了财产保全并规定了诉前财产保全，先行给付改为先予执行并将其适用范围由财产扩展至行为领域。到2000年《海事诉讼特别程序法》颁行时，海事请求保全被视为民事保全的特殊领域进行了专门规定。民法学家认为，海事请求保全实际上就是民事诉讼法规定的财产保全，并认为海事诉讼法中的海事强制令制度即为民事保全制度中的行为保全。⁴⁸到2007年民事诉讼法第一次修正时，因时间较为仓促，修法幅度不大，主要涉及审判监督程序和民事执行程序领域，呼声较高的行为保全并未纳入2007年民事诉讼法修改议程，但因中国加入WTO后的知识产权法律修改，在随后的著作权法、专利法和商标法中参照TRIPS第50条的规定，引入了类行为保全的“临时措施”。⁴⁹2012年民事诉讼法第二次修正时，其立法说明中明确强调，海事强制令和知识产权诉前禁令的运用，为行为保全制度的成功设计提供了宝贵经验，⁵⁰但其在具体立法中并未完全将行为保全和财产保全进行有效的体系化区分，也未将行为保全与禁止令之间的联系与区别进行明确。⁵¹2015年最高人民法院颁行的司法解释确立了保全程序随案转移的原则。同年，最高人民法院针对船舶扣押与拍卖颁行了专项司法解释，规定海事请求人在船舶扣押后可依海事诉讼法规定向其他有管辖权法院提起诉讼且不影响原扣押船舶法院继续实施保全措施。两种不同规定，在实践中引发了管辖权争议。⁵²2017年民事诉讼法第三次修正时，仅就检察院的履职保障进行了增补，未涉及保全方面。2021年民事诉讼法第四次修正时，因《民法典》已经颁行实施，为了与《民法典》进行衔接协调，民事诉讼法在司法确认、小额诉讼程序、独任制适用、在线诉讼规则、执行申请期限起算点等

⁴⁷ 全国人大常委会法制工作委员会民法室：《〈中华人民共和国民事诉讼法〉条文说明、立法理由及相关规定（2012修订版）》，北京：北京大学出版社，第226页。

⁴⁸ 周翠：“行为保全问题研究——对《民事诉讼法》第100-105条的解释”，《法律科学（西北政法大学学报）》，2015年第4期，第93页。

⁴⁹ 韩海滨：“诉前扣押案件的移送”，《人民法院报》，2016年5月4日，第07版。

⁵⁰ per Lord Wilberforce in *Davy v. Spelthorne B.C.* (1983) 3 ALL E.R. 278, AT P. 285.

多方面进行了修订，但对保全相关内容并未涉猎。因此，在民事财产保全理论和制度规范体系之中，海事请求保全被视为民事诉讼程序的一个组成部分，尽管海事法视角下其存在一定的特殊性，但在理论框架内，海事请求保全理论并未脱离民法思维的范畴。

第二，海事权利救济理论基础说。海事权利救济理论基础说的根源在于英美海事法中普通法权利救济理论在海事领域的理论浸蕴。“救济是至关重要的”是英国法的历史传统，尽管英国法对义务讨论的兴趣要大于权利，但其对救济措施的重视和强调独树一帜，“英国法的特色不在于原理而在于救济”⁵³的法谚广为流传。这一法律传统是由多种力量和因素集结而成，其中衡平法中的禁令体系、17世纪宪政斗争和1688年光荣革命对于司法独立、人身保护权令状和陪审团权力的发展，是形成英美法系普通法权利救济理论的两大源因。英国法学家戴雪（Dicey, 1835-1922）和梅因（Maine, 1822-1888）认为，以权利救济为核心的美国宪法的诞生即来自原英国宪法的原理基础。⁵⁴ 英美法中救济优于权利定位的制度典型之一来自于海事法的“玛瑞瓦禁令”（Mareva injunction）。作为丹宁勋爵（Alfred Thompson Denning, 1899-1999）创设的最为著名的现代禁令，玛瑞瓦禁令在英国及其他英联邦国家的海事诉讼中被广泛适用。美国虽然没有玛瑞瓦禁令，但其亦承认该禁令在整个普通法系中对于资产追查与追回的独特效力。例如美国在2019年7月8日至9日联合国国际贸易法委员会第五十二届会议中提交了《关于召开专题讨论会继而开始着手拟订关于普通法系和民法法系民事资产追查和追回的示范立法条文的建议》，主张应当基于普通法系和民法法系现有民事资产追查和追回的立法和司法“工具箱”，从中选择或探讨建立相关国际示范法律。玛瑞瓦禁令和源自于玛瑞瓦禁令的全球资产冻结令被认为是非常重要且有效的两项工具。⁵⁵ 玛瑞瓦禁令的诞生与20世纪70年代大量单船公司的出现密切相关，因为这些单船公司在利比里亚和巴拿马等国家注册，一旦发生诉讼，受损当事人很难在英国提起诉讼而且判决结果也不能得到有效执行，加之单船公司资产有限且流动性强，提起的诉讼经常会因为原告方无法控制被告财产而不了了之，为了对当事人权利进行更好地救济，玛瑞瓦禁令应用而生。⁵⁶ 可以说，玛瑞瓦禁令的形成过程很好地诠释了海事法历史发展进程中的实用主义和救济本位的立法传统，例如中世纪海法的演进历史就是海事法不断吸

⁵⁴ P. S. 阿蒂亚：《英国法中的实用主义与理论》（Pragmatism and Theory in English Law），北京：清华大学出版社，第17-22页。

⁵⁵ 《美利坚合众国关于召开专题讨论会继而开始着手拟订关于普通法系和民法法系民事资产追查和追回的示范立法条文的建议》，联合国大会文件A/CN.9/996，2019年4月13日，<https://undocs.org/pdf?symbol=zh/A/CN.9/996>。

⁵⁶ P. S. 阿蒂亚：《英国法中的实用主义与理论》（Pragmatism and Theory in English Law），北京：清华大学出版社，第47-50页。

取实践营养、不断适应现实需求的时代印痕。

2. 理论分歧带来的现实困境

第一，民法主导论视阈下船货扣押制度的逻辑自治存在缺陷。民事财产保全理论基础说的基本逻辑是民法主导论“以陆定海”思维模式的具体体现。从前文所述海事对物诉讼的历史演进来看，以船货法为核心的海事法尽管早期沿袭了很多民法的理论学说与制度构建，但在其后期发展过程中已根据海洋运输和海事生产的客观需求，对传统民法的学理与实践进行了改造和革新。以船货扣押为例，虽然在优士丁尼的罗马法大全中收录了关于海事法的内容（如《学说汇纂》第14章）并将大海定性为万民法上的物，以利于海事活动的进行和海商法的发展，⁵⁷但其在某种意义上仅仅是借用了罗马法万民法意义上“物”的概念。正如《优士丁尼文摘》记载所言，罗马帝国的统治者安东尼和奥古斯都均认可海洋中的事务由罗得人的海法来判断，而非由代表陆地君王权威的罗马法来处理。⁵⁸因此，从历史溯源的角度来看，以罗马法为代表的民法体系自始就未将以船货法为核心的海事法融入到民法体系之中。到了中世纪，以《奥列隆惯例集》《康索拉度海法》和《维斯比海法》为代表的“三大海法”更是基本脱离了民法制定法的体系桎梏，而是以服务于商人和海商事贸易实践需求为导向，以习惯法汇编的形式推动海事法的发展。即使是脱胎于大陆法区域商法实践的《汉萨海法》，亦因与其同时空的大陆法立法体系不甚相符，经过短暂的融合尝试后被民法体系取而代之，以海事对物诉讼为主体的海事请求保全程序亦不例外，被代之以假扣押为核心的民法财产保全程序。相较于海事对物诉讼，假扣押的法律理念和法律价值观属于典型的民法体系思维，以追求公平优先的应然公正为目标，兼顾效率，而海事对物诉讼则属于典型的商法体系思维，以追求效率优先的实然公正为目标，兼顾效率。⁵⁹以德国法为例，德国法下的假扣押制度不仅对船舶扣押的管辖权行使范围有所限制，而且不支持光船承租人的船舶扣押。例如德国汉堡法院曾依据《德国民事诉讼法》第916条规定，判决与船舶优先权相关的船舶所有人非同一主体的光船租赁船舶不适用船舶扣押。究其原因，其根源在于现行大陆法系下对人诉讼的绝对化与对物诉讼的排斥化。这一基本问题的存在导致我国以民法思维为主导的船货扣押制度在逻辑自治层面天然存在理论缺陷。

第二，权利救济论基础上海事请求保全的法律自决理据不足。如果说民法主

⁵⁷ 王小波：《〈罗得海商法〉研究》，北京：中国政法大学出版社，第38-39页。

⁵⁸ Justinian, *The Digest of Justinian Volume 1*, translation edited by Alan Watson, Philadelphia: University of Pennsylvania Press, pp. 421.

导论视阈下的海事法适用理论缺陷在于近代大陆法对海事法的肢解所致，海事权利救济论的出现则应归功于英美法国家在承认海法自体论基础上以判例法为核心的法律体系的确立。由于在英美法中没有严格的法律部门分类，灵活的立法模式和实用主义导向的综合性立法应用而生。例如英国的《商船航运法》（Merchant Shipping Act）、美国的《油污法》（the Oil Pollution Act）等，均具有公私法融合、跨领域适用的综合性立法特点。国内支持海法自体论的学者并未照搬英美法的理论与实践模式，而是基于中国的立法体系、立法技术和立法组织方式，探讨打破现行国内海法立法分割、分散和封闭的状态，以构建包括民事、行政、刑事和国际规则在内的综合海法体系。⁶⁰ 探究国内海法自体论的理据逻辑，其可分为三个层面：其一，海法自体性的形成由海洋自然属性决定，由海法的历史演进所推动；其二，在海法的传承过程中，大陆法与英美法选择了不同的发展路径，前者被国家立法所拆解，后者转由判例法为新的核心驱动；其三，国内海法体系的建设仍以大陆法立法传统为主，兼采英美法的制度贡献，以公私法融合的方式构建涉海法律规范自成一体的“大海法”体系。对于海事请求保全程序来说，如果依据上述海法自体论的逻辑理据，其势必将以陆地法的立法模式为参考，形成类一般法化的海事民事诉讼法、海事行政诉讼法和海事刑事诉讼法，或者直接将现有的《海事诉讼特别程序法》扩展为可以囊括三大领域并且自成体系的超级法典。暂且不论在立法需求和立法技术层面有无需求、是否可行，仅就理论承继完整性来看，以大陆法立法模式为核心驱动的海法规范集合体是否真的传承了海法自体论的理论内涵，其说服力存疑。对于国内的海事请求保全理论建设来说，在没有理顺海法自体论的逻辑体系之前，单纯就英美法的现行制度（如玛瑞瓦禁令）进行单项的制度镜鉴探讨，可能会陷入“南橘北枳”的尴尬境地。

3. 理论引入对完善国内海事请求保全理论的价值

民法主导论和权利救济论的分野划之，背后隐藏着的是两大法系发展过程中对于诉的本质的认知差异产生的不同法律文化传统。在民法主导论看来，基于自然法衍生的法律原则和基本准则是一切法律制定的理论基础和价值导向，也就是说既然在陆地法层面存在的法律原则可以有效地指导各法律部门的法律适用，则在海洋法层面应用同样的理论模式和思维方式推动涉海法律的制定与实施，亦不存在逻辑上

⁵⁹ 李伟：“光租船舶扣押与拍卖的法律问题研究——兼评 2015 年《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》第三条”，《社会科学辑刊》，2015 年第 6 期，第 90 页。

⁶⁰ 司玉琢、李天生：“论海法”，《法学研究》，2017 年第 6 期，第 88-89 页。

的缺漏，毕竟无论是陆地法还是海洋法，均需要遵循具有共同法性质的自然法，因此，诉的本质就是不断追寻自然法正义并通过实体法途径进行法的适用的过程。与之相反，在权利救济论看来，法律的生命不在于逻辑而在于经验，法律虽然不可能完全避免理论分析，但过分讲究逻辑推理则会在事实上产生诸多低级错误。⁶¹ 此外，虽然权利救济论强调实用主义、反对理论主义，但并不代表着权利救济论没有其理论根基。在 P.S 阿蒂亚 (P.S. Atiyah, 1931-2018) 看来，法律是一种有目的的事业，任何法律实践均有其背后的隐性理论，以英国法为代表的实用主义传统背后折射的是对理性精英主义的信赖和议会主权理论的反思与重构。⁶² 简单理解，可以称之为对自由主义和个体主义项下理性自然人的法律拟制及对代议制民主制度项下简单多数正义的推崇。具体到海事请求保全领域，民法主导论下的财产保全更多的关注于民法财产保全在海事领域的普适性，兼顾特殊性，权利救济论下的海事请求保全则着力于对海事传统和商人自治权的维护，兼顾公平性。

对于我国的海事诉讼理论构建来说，民法理论与制度的法律体系主导地位目前看来几乎不可撼动，特别是在《民法典》出台之后，但完全以民法思维推动海事法的理论和制度体系构建，则可能会面临事倍功半、水土不服的窘境。因此，以民法理论为主体，适度吸收国际海事法中得到普遍认可的权利救济理论作为将来海事诉讼理论体系的完善进路，几乎是唯一的选择。作为权利救济理论在海事领域的基石理论之一，海事对物诉讼的理论引入对于中和现有理论分歧、增强理论创新、实现理论融合具有独特的价值和意义。表现在海事请求保全领域，其意义在于，其一，在不冲击现有民法财产保全理论的情境下，通过海事对物诉讼程序论对对物扣押的合法性和正当性进行法理解释；其二，以海事对物诉讼理论引入为契机，打通国内海事法与国际海事法的理论隔阂，加强中国海事法的国际竞争力；其三，面对海事司法领域“三审合一”的实践发展需求，海事对物诉讼理论的引入，将有效解决海事法院与地方法院的管辖权之争，并进而为海事诉讼特别程序法的体系化重构提供理论根基。

⁶¹ P. S. 阿蒂亚：《英国法中的实用主义与理论》(Pragmatism and Theory in English Law)，北京：清华大学出版社，第 96 页。

⁶² P. S. 阿蒂亚：《英国法中的实用主义与理论》(Pragmatism and Theory in English Law)，北京：清华大学出版社，第 121-125 页。

冲突与平衡： 托运人单方解除权的行使及规范

罗春*

【摘要】

在国际海上货物运输中，国内的托运人基于目的港无人提货、买方不支付货款等买卖合同的原因，在船舶开航，甚至到达国外目的港以后，在没有预先与承运人对货物退运进行约定的情况下，要求承运人将货物运回国内。如何认定此种情形下托运人的退运请求，承运人能否拒绝，司法实践中存在不同的观点。本文通过归纳审判实践的观点，总结集装箱运输的特点，探究《中华人民共和国民法典》第八百二十九条的立法目的，得出了该条不能直接适用于国际海上货物运输合同退运纠纷，通过对《中华人民共和国海商法》第八十九条进行反对解释可以认定托运人的退运请求不属于行使单方解除权而属于新的要约的结论，并提出了相关法律条文的修改意见。

【关键词】

海上货物运输 托运人 退运 反对解释 海商法修改

一、【引言】

海上货物运输是国际货物贸易的一个通常环节，一般情况下，货物的接收和交付既是承运人履行运输合同责任的起止，同时也是贸易合同履行过程中动产物权变动、货物风险转移的关键点，两种合同在履行环节和权利义务上存在一定的交叉和融合。正常的国际贸易中，贸易双方依买卖合同的约定，由一方负责租船订舱之后，卖方作为货物所有人在装货港将货物交给承运人，再由承运人向卖方签发提单，卖方凭提单按买卖合同中的支付条款结汇。买方在付款赎单后即成为提单的合法所有人。在目的港，买方凭提单向承运人提取货物，成为提单项下的货物所有权人，国

* 罗春，海口海事法院党组成员、副院长。

际货物贸易货物流转程序便告结束。但是，国际贸易市场复杂多变，目的港无人提货、收货人不支付货款等贸易风险屡见不鲜，上述理想状态的贸易模型在实践中正常运行颇为不易。由于贸易合同的买方距离卖方在地理位置上较为遥远，而且涉及不同国家的法律体系和不同的争端解决途径，通过贸易合同来维权的成本在国际贸易中较为高昂。作为托运人的卖方往往转而求诸国内的承运人，行使运输合同下托运人的权利，其中，对运抵国外目的港货物请求承运人予以退运即是典型。

托运人的退运请求是否应得到支持的问题，长期以来存在争议。多数意见认为不应认可托运人享有单方变更权或解除权，承运人得拒绝该退运请求。但裁判理由截然不同：一种观点认为，对《中华人民共和国海商法》（以下简称《海商法》）第八十九条进行解释可以得出托运人对运抵目的港的货物对承运人不享有退运请求权，该退运请求属于新的要约，应由承运人决定是否承诺；另一种观点认为，《海商法》未就航程中托运人请求变更运输合同的权利予以规定，故应适用《中华人民共和国民法典》（以下简称《民法典》）第八百二十九条的规定，并赋予承运人抗辩权，承运人通过行使抗辩权得抗辩托运人的退运请求权。两种观点的分野在于如何解释和适用《海商法》第八十九条。通过归纳审判实践的观点，总结集装箱运输的特点，探究《民法典》第八百二十九条的立法目的，笔者认为目前应当通过对《海商法》第八十九条进行反对解释，并认定托运人的退运请求属于新的要约，承运人可以拒绝。但从根本上解决问题计，应通过《海商法》相关法条的修改，赋予承运人抗辩权，达到海商法问题由海商法调整的体系解释之目的。

二、托运人对运抵国外目的港货物退运请求的司法认定现状

托运人请求承运人将运抵目的港的货物退运，包含了两层意思：一是请求承运人中止运输，不再向原收货人交付货物，原运输合同也不再继续履行，等于向承运人表达了解除合同的意思表示；二是要求承运人将货物从目的港运回起运港，达到重新直接占有货物的目的。托运人可以通过行使运输合同的解除权，也可以通过行使贸易合同下返还货物的请求权，基于不同的请求权基础，都有可能达到重新占有和支配货物的目的。但托运行使请求权能否成功，受制于合同相对性的约束，需要视不同请求权基础的法律关系、要件事实以及法律上的权利义务予以判断。

司法实践中曾存在两种观点，一种观点认为承运人负有退运的义务。理由：其

¹ 宁波海事法院（2012）甬海法商初字第 304 号民事判决认为，涉案货物虽然已经到达目的港，但在交于收货人之前，仍处于承运人责任期间，依据诚实信用原则，承运人有义务协助货主并维护货主的利益；在东方海外公司和东方海外中国公司未证明货物事实上已经无法回运或者其他承运人更适合将货物运回的情况下，应当认为东方海外公司负有处理涉案货物退运事宜的随附义务。

一，依据诚实信用原则，承运人有义务协助货主并维护货主的利益，认为承运人负有处理货物退运事宜的附随义务¹。《海商法》第四十一条规定，海上货物运输合同，是指承运人收取运费负责，其二，海上货物运输的解除权问题适用《民法典》第八百二十九条的规定，托运人享有单方解除权，托运人一但请求承运人返还货物，承运人应予以退运并返还²。

第二种观点认为承运人不负有退运的义务。这是目前司法实践中占多数的意见。这种观点下又分为两种不同的理由，第一种意见认为，海上货物运输的解除权问题应适用《民法典》第八百二十九条，在肯定托运人可以行使请求变更运输合同权利的同时，应赋予承运人抗辩权，承运人可以行使抗辩权，拒绝托运人的退运请求³。另一种意见则认为，海上货物运输的退运问题不适用《民法典》第八百二十九条，而应适用《海商法》第八十九条，对《海商法》第八十九条进行反对解释可以得出托运人对运抵目的港的货物对承运人不享有退运请求权，退运请求属于新的要约⁴。

对这一问题，从一审法院到二审法院，直到最高人民法院，均持有不同的看法。在浙江隆达不锈钢有限公司（以下简称L公司）诉A.P.穆勒-马士基有限公司（以下简称M公司）海上货物运输合同纠纷案中，L公司通过货代向M公司订舱由中国宁波港运输4个集装箱货物至斯里兰卡科伦坡港并要求电放。开航后，L公司提出由于货物发错要求M公司将货物改港、退运，M公司表示无法安排该港，待与目的港确认后再看能否安排退运。随后，L公司又提出将货物原船退回起运港，M公司告知L公司，货物如果要退运，应在目的港由收货人清关后，到海关申请，所以原船退回不具有操作性。L公司再次要求退运，被告知货物已被拍卖。L公司为了追回货物损失，向宁波海事法院提起诉讼，要求M公司赔偿4个集装箱货物的损失。宁波海事法院一审认为L公司因未采取自行提货等有效措施导致涉案货物被海关拍卖，相应货损风险应由该公司承担，故驳回L公司的诉讼请求。L公司不服，提出上诉。浙江省高级人民法院二审认为依据合同法第三百零八条，L公司在M公司交付货物前享有请求改港或退运的权利，故撤销一审判决，M公司赔偿L公司货

²浙江省高级人民法院（2016）浙民终222号民事判决认为，隆达公司于涉案货物交付收货人之前可以向承运人申请变更到达地或返还货物，若马士基公司采取措施配合隆达公司变更或解除合同，则依法可向隆达公司主张相应损失。因此，隆达公司上诉提出其享有改港及退运的权利有相应法律依据，予以支持。

³最高人民法院（2017）最高法民再412号民事判决认为，为合理平衡海上货物运输合同中各方当事人的利益，在托运人可以行使请求变更运输合同权利的同时，承运人也相应地享有一定的抗辩权。如果变更运输合同难以实现或者将严重影响承运人正常营运，承运人可以拒绝托运人改港或者退运的请求，但应当及时通知托运人不能执行的原因。2019年2月25日，《最高人民法院关于发布第21批指导性案例的通知》将本案作为指导案例108号“浙江隆达不锈钢有限公司诉AP穆勒-马士基有限公司海上货物运输合同纠纷案”予以公布，供在审判类似案件时参照。

⁴广州海事法院（2017）粤72民初221号民事判决认为，由于回运货物涉及到进出口货物报关清关等手续，《中华人民共和国合同法》第八百二十九条关于托运人在承运人将货物交付收货人之前可以要求承运人中止运输、返还货物的规定，不能当然适用于本案运输合同。原告请求退运货物，应视为新的要约，除非被告承诺同意，否则被告有权拒绝原告回运货物。

物损失。M公司不服二审判决，向最高人民法院申请再审。最高人民法院认为，合同法与海商法有关调整海上运输关系、船舶关系的规定属于普通法与特别法的关系。根据海商法第八十九条的规定，船舶在装货港开航前，托运人可以要求解除合同。本案中，L公司在涉案货物海上运输途中请求承运人进行退运或者改港，因海商法未就航程中托运人要求变更运输合同的权利进行规定，故本案可适用合同法第三百零八条关于托运人要求变更运输合同权利的规定。基于特别法优先适用于普通法的法律适用基本原则，合同法第三百零八条规定的是一般运输合同，该条规定在适用于海上货物运输合同的情况下，应该受到海商法基本价值取向及强制性规定的限制。托运人依据合同法第三百零八条主张变更运输合同的权利不得致使海上货物运输合同中各方当事人利益显失公平，也不得使承运人违反对其他托运人承担的安排合理航线等义务，或剥夺承运人关于履行海上货物运输合同变更事项的相应抗辩权。为合理平衡海上货物运输合同中各方当事人利益之平衡，在托运行人行使要求变更权利的同时，承运人也相应地享有一定的抗辩权利。遂作出（2017）最高法民再412号民事判决：撤销二审判决；维持一审判决。

最高法民再412号案例已经上升为指导性案例，下级法院在审判类似案件时中应当参照适用、遵循其裁判要旨。笔者十分赞同指导性案例的裁判标准，认为承运人不负有退运的义务，但指导性案例仅能作为裁判文书的说理依据加以引用，而不能作为裁判依据。在现有法律框架下如何解释适用法律仍有进一步探讨的空间和价值。

三、《海商法》与《民法典》关于托运人解除权的规定及适用

对于托运人对运抵国外目的港的货物是否有权请求承运人退运，司法实践中出现截然不同的观点，根本的原因在于司法实践中对事关托运人解除权、变更权的《海商法》第八十九条和《民法典》第八百二十九条的理解与适用存在不同的观点和认识，进而导致在“找法”的过程中，面临应该适用特别法（《海商法》），还是一般法（《民法典》）的问题。

托运人对已运抵国外目的港的货物要求承运人退运，其实质是请求承运人中止运输、返还货物，行使海上运输合同单方解除权。在关于托运人的单方解除权问题上，《海商法》与《民法典》有不同的规定。

⁵ 司玉琢、胡正良、傅延中、李海、朱清、江鹏南：《海商法详论》，大连海事大学出版社1995年版，第137页。

⁶ 司玉琢：《海商法专论》，中国人民大学出版社2007年版，第173页。

⁷ 胡康生：《中华人民共和国合同法释义》，法律出版社2013年版，第513页。

⁸ 文义解释，又称文理解释，指按照法律规范的文字的字面意义、对条文的字词和概念的文字字义来解释法律。

（一）《海商法》关于托运人解除权的规定及适用

《海商法》第八十九条规定：船舶在装货港开航前，托运人可以要求解除合同。但是除合同另有约定外，托运人应当向承运人支付约定运费的一半；货物已经装船的，并应当负担装货、卸货和其他于此有关费用。对该条文如何理解，理论界存在不同认识。有的观点认为，该条文规定了在船舶开航前托运人任意解除合同的赔偿责任⁵，在海上货物运输合同情况下，对方受到的损失往往很难计算，故对海上货物运输合同的托运人或承租人任意解除合同的赔偿责任作了特别的规定。该观点不认为该条文规定了托运人的任意解除权，相反，该条是规定托运人如果任意解除合同将承担什么赔偿责任。有的观点认为，该条规定有权提出解除合同请求的当事人只能是托运人，且是请求权，不是解除权，不能认为这是托运人对合同的“任意解除”，而且解除合同的要求应在船舶开航之前提出⁶。还有观点认为，托运人的解除要求，承运人必须同意，因此仍为单方任意解除⁷。可见，《海商法》第八十九条是否规定了托运人的单方任意解除权，学界对该条规定究竟作何理解，至少存在以上赔偿责任说、解除请求权说和任意解除权说三种观点，有的认为这是对托运人解除权的限制，主要明确其赔偿责任；有的认为这是托运人的权利，这种权利是请求权还是形成权又存在观点之间的分野。不同的观点导致《海商法》第八十九条究竟是权利条款还是义务条款的理解产生分歧，为了深入探究《海商法》第八十九条权利义务的性质和内容，应运用法律解释学的方法进行分析论证。

从文义解释⁸角度来。《海商法》第八十九条前半句“船舶在装货港开航前，托运人可以要求解除合同。”本条在解除合同之前加上了“要求”二字，“要求解除合同”与“解除合同”是否有区别，不同的理解法律效果上相去甚远。正如前文所述，解除请求权说认为，该条规定托运人有权提出解除合同请求，且是请求权，不是解除权，不能当然产生解除合同的法律效果。任意解除权说认为，托运人的解除要求，承运人必须同意，因此仍为单方任意解除。两种观点之争集中于解除合同之前加上了“要求”二字，如何理解此处的“要求”？从文义上看，要求并法律专有名词，与“请求”相比，更具有单向性、强制性、不可协商性，从文法上可以理解为强调托运人单方行为的特征，本条亦未提及承运人在何种情况下得抗辩此种“要求”，故本条解除合同之前加上了“要求”二字，并不影响本条赋予托运人单方解

除权的性质。

从体系解释⁹角度来看。《海商法》第八十九条被置于《海商法》第四章第六节“合同的解除”之章节，该节含第八十九条、第九十条¹⁰、第九十一条¹¹三个条文，第八十九条和第九十条分别规定了托运人要求解除合同和承托双方均可以解除合同的条件和法律后果；第九十一条规定了因不可抗力等原因在邻近地点卸载视为承运人履行合同的情况。所以，法条之间的逻辑关系是清楚的，第八十九条规定的是托运人单方解除的情况，第九十条是承托双方均可解除合同的情况，第九十一条是考虑海上货物运输的特殊风险，船长有权在邻近目的港的安全港口或者地点卸载货物的规定。不论是第八十九条规定的单方解除，还是第九十一条规定的双方均可解除，都是以解除意思表示达到对方即生效，产生合同权利义务终止的法律效果。所以赔偿责任说、解除请求权说均难谓符合体系解释的立法逻辑，任意解除权说更加符合本条的体系结构，笔者较为赞同。所以，从体系解释的角度，可以认为《海商法》第八十九条赋予托运人单方解除权，是属于形成权性质的权利。

从比较其他法律来看。1992年11月7日，全国人大常委会通过《海商法》，并于1993年7月1日施行。同时期施行的并于1993年9月2日经全国人大常委会修订的《中华人民共和国合同法》（已随着当时的《中华人民共和国合同法》的颁布而废止）在第三章经济合同的变更和解除部分，第二十六条第一款规定：“凡发生下列情况之一者，允许变更或解除经济合同：一、当事人双方经协商同意，并且不因此损害国家利益和社会公共利益；二、由于不可抗力致使经济合同的全部义务不能履行；三、由于另一方在合同约定的期限内没有履行合同。”该条款所用的“允许”意为许可，隐含的主语为行政主管部门，体现了当时的立法技术更多体现“公法”的思维方式和行政管理性的特征，而从列举的可变更和解除的类型来看，已经被现在的《民法典》第五百六十二条和第五百六十三条所涵盖，因此本条的“允许变更或解除经济合同”的法律效果等同于当事人可以协商变更、解除或者依法单方解除合同。类比当时有效的《中华人民共和国合同法》对于合同的变更和解除所采用的字词，基于同样的道理，《海商法》第八十九条前半句“托运人可以要求解除合同”中的“要求”二字，并非前述解除请求权说所持的“不能当然产生解除合同的法律效果”之观点，亦非赔偿责任说所持的不强调托运人的权利而强调托运

⁹ 体系解释，系将被解释的法律规范放在整部法律中，乃至整个法律体系中，联系此规范与彼规范的相互关系来解释法律，阐明法条真义。

¹⁰ 《海商法》第九十条规定：船舶在装货港开航前，因不可抗力或者其他不能归责于承运人和托运人的原因致使合同不能履行的，双方均可以解除合同，并互不承担赔偿责任。除合同另有约定外，运费已经支付的，承运人应当将运费退还给托运人；货物已经装船的，托运人应当承担装卸费用；已经签发提单的，托运人应当将提单退还承运人。

¹¹ 《海商法》第九十一条规定：因不可抗力或者其他不能归责于承运人和托运人的原因致使船舶不能在合同约定的目的港卸货的，除合同另有约定外，船长有权将货物在目的港附近的安全港口或者地点卸载，视为已经履行合同。

人任意解除合同的赔偿责任，而应当认为，“要求”二字与“允许”二字一样，不因此而影响当事人的权利，“托运人可以要求解除合同”的含义就是托运人可以行使单方解除权，而无需承运人的同意。

从权利行使条件来看。结合以上的分析，虽然得出了《海商法》第八十九条赋予了托运人单方解除权，但并非没有任何限制和制约。我们回到文义解释，从该条的设置的权利行使的条件上，只能得出该托运人单方解除权限于“船舶在装货港开航前”。至于船舶开航后，托运人是否仍然享有此种权利，语焉不详，从字面上无法推导出肯定或者否定的结论。故审判实践中，如果从文义解释的法律适用方法来看，主流的观点认为《海商法》第八十九条，甚至整个《海商法》对于托运人就船舶开航后是否享有单方解除权没有作出明确规定。根据《中华人民共和国立法法》第九十二条的规定，同一机关制定的法律、行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例、规章，特别规定与一般规定不一致的，适用特别规定。《海商法》作为调整海上货物运输的特别法，对此问题没有特别规定，按照法律适用的一般原则，在这个问题上似乎应适用一般法，即《民法典》的相关规定。但这仅仅是从文义解释角度得出的结论，是否存在对《海商法》第八十九条其他解释方法的适用余地，还有值得探讨的余地。

（二）《民法典》关于托运人解除权的规定及适用

关于合同的解除权，《民法典》合同编第七章合同的权利义务终止部分设置了约定解除和法定解除两种方式。《民法典》第五百六十二条规定，当事人协商一致，可以解除合同。当事人可以约定一方解除合同的事由。解除合同的事由发生时，解除权人可以解除合同。这个条文是当事人约定解除合同，终止合同权利义务的基本内容，也是立法和司法倡导的解除方式。因为根据民法意思自治原则，当事人既可以在法律规定的范围内自由缔结合同，也可以在法律规定范围内自由解除合同。

《民法典》第八百二十九条规定，在承运人将货物交付收货人之前，托运人可以要求承运人中止运输、返还货物、变更到达地或者将货物交付给其他收货人，但应当赔偿承运人因此受到的损失。一般而言，运输合同作为一种涉他合同、为第三人利益的合同，主要目的是为贸易合同的履行而服务。作为贸易合同卖方的托运人，在很多情况下是货主，是货物所有权人。在货物交付收货人之前，所有权一直属于

作为卖方的托运人。在贸易合同无法正常履行的时候，为了避免运输过程中货物毁损灭失的风险，确有必要向承运人行使货物控制权，承运人在占有和控制货物期间，对此负有协助托运人行使货物控制权的义务；同时，所有权作为物权的核心内容，具有绝对权、对世性的特征，包含权利人全面和直接支配标的物并排除他人干涉的权利，托运人要求恢复对货物的直接支配，也是所有权的权能，法律应当对所有权的支配权能予以肯定和支持；再次，由于贸易合同已经无法正常履行，使得为贸易合同服务的运输合同已经变得没有意义，停止运输也是作为托运人的卖方行使同时履行抗辩权、终止贸易合同权利义务关系的表现形式，停止运输、挽回损失也是国际贸易市场中理性经济人的正常判断，为了节约运输成本和运力，避免无效、无意义的运输行为浪费社会资源，一定条件下应赋予托运人单方合同变更权和解除权，应该说，这是《民法典》第八百二十九条的立法目的之所在。有观点认为，本条是关于托运人变更或者解除权的规定，即托运人有权变更或者解除合同，并可以不经承运人同意，承运人也无权过问对方变更和解除合同的原因，只要托运人提出变更或解除合同，均予以变更或解除¹²。从本法条的文义上看，只要满足“货物交付收货人之前”这一条件，托运人即可以行使解除权，从而要求承运人退运货物。理论界还有观点进一步认为，本条赋予托运人变更或者解除合同的权力，这种变更和解除权，与《海商法》第八十九条、《中华人民共和国民用航空法》（以下简称《民用航空法》）第一百一十九条的规定类似¹³。

《民用航空法》第一百一十九条第一款规定，托运人在履行航空货物运输合同规定的义务的条件下，有权在出发地机场或者目的地机场将货物提回，或者在途中经停时中止运输，或者在目的地点或者途中要求将货物交给非航空货运单上指定的收货人，或者要求将货物运回出发地机场；但是，托运人不得因行使此种权利而使承运人或者其他托运人遭受损失，并应当偿付由此产生的费用。与《民法典》第八百二十九条相比，《民用航空法》第一百一十九条第一款并未赋予托运人无条件的解除权，而是附加了不得因行使此种权利而使承运人或者其他托运人遭受损失的条件，并在该条第二款规定了规定，托运人的指示不能执行的，承运人应当立即通知托运人。相当于赋予了承运人在托运人的指示不能执行时的抗辩权。

从法律适用一般原则、托运人请求权基础来看，根据《民法典》第八百二十九

¹² 胡康生：《中华人民共和国合同法释义》，法律出版社 2013 年版，第 513 页。

¹³ 中国审判理论研究会民事审判理论专业委员会编著：《民法典合同编条文理解与司法适用》，法律出版社 2020 年版，第 583 页。

条规定，承运人负有将运抵目的港的货物退运义务的观点具有法律依据，似乎问题已经有了明确的肯定的答案。然而，来自航运实践的质疑从未消停，代表承运人的船公司认为，运抵目的港的货物退运，涉及不同国家海关、检验检疫、税收等一系列行政管制，难以做到随时可以退运货物，而且一船货物后面跟着庞大的货主，为了一单货物贸易纠纷，船期也不能即时更改，《民法典》第八百二十九条规定的托运人的解除权的行使面临现实障碍。实际上，我国对国际海上货物运输与国内水路货物运输的法律适用实行双轨制的现实情况，已经说明了两种运输方式的巨大差别，国际海上货物运输方式有其独特之处，如果无视这一差别，直接用调整国内水路货物运输的《民法典》来规范国际海上货物运输的具体法律问题，将难以避免法条理解适用与海运实际情况存在巨大偏差的悖论。

四、《民法典》第八百二十九条规范国际海上货物运输合同的局限性

国际海上货物运输是承运人收取运费，将托运人的货物经海路从国内起运港运至国外目的港的运输。现代国际海上货物运输普遍采取了班轮运输、集装箱运输的方式，并且通过提单等运输单证实现提货权的流转。《民法典》第八百二十九条规定的托运人单方解除权在国际海上货物运输退运纠纷中，面临若干矛盾。

（一）单方解除权与单证运输之间的矛盾

海上货物运输通过提单等运输单证的流转，代表货物运输的各个阶段，托运人或提单持有人通过控制提单实现控制货物，因此海上货物运输又称为单证运输。由于提单具有背书转让的功能，提单所证明的运输合同可以在托运人和被背书人、提单持有人之间转让，而《民法典》第八百二十九条并未考虑海上货物运输单证运输的特点，仅规定托运人可以要求承运人中止运输、返还货物、变更到达地或者将货物交付给其他收货人，将推导出托运人将提单转让后，仍可请求承运人返还货物的不可思议的结论。

（二）单方解除权与班轮运输之间的矛盾

班轮运输一般是指轮船公司按照固定的航线和船期，停靠固定的港口，按照固定的运费费率标准进行的国际海上货物运输。海上货物运输，特别是国际班轮运输具承运人需面向众多托运人和收货人、运输货物量大、航程预先拟定、航线相对固定等特殊性的特点，托运人要求改港或者退运的请求除了运输航次本身的限制外，还受制

于海关、检验检疫等政策，任意的退运或改港，将会妨碍承运人的正常营运秩序，也会有损其他货物的托运人或收货人等其他第三人的合法利益。基于公平原则、诚实信用原则，要求承运人无条件服从托运人退运或者变更运输合同的请求，是难以得到支持的。而《民法典》第八百二十九条并未考虑班轮运输的实际，特别是一个承运人在一个航次中，可能要面对众多托运人的情况，如果为了满足其中一个托运人的退运请求，而导致对其他托运人、收货人的违约，不管从经济成本还是从法律风险来说都是承运人难以承受的，也对其他托运人、收货人极不公平。

（三）单方解除权与货物进出口实务操作之间的矛盾

集装箱运输出口货运程序包括订舱、确认、发放空箱、整（拼）箱货装运、交接签证、装船出运等环节，进口程序包括卸船准备、付费换单、卸船拆箱、交付货物、空箱回运等环节，均涉及海关、税务、商检、卫检以及海事、边防检查等部门。国际海上货物运输是由我国港口运至国外港口，在货物抵达目的港完成卸货的情况下退运，涉及到我国与外国海关对进出口货物的检验检疫、监管和关税的负担等，货物能否退运并非承运人单方面所能决定，《民法典》第八百二十九条的规定在货物海上货物运输中存在事实上的障碍。如果强制要求承运人在收货人不提货的情况下将货物退运，承运人需要承担配合货物在国外检验检疫、出口报关等义务，有可能承担货物在回运途中产生的毁损灭失的风险，这与承运人在原运输合同项下的主给付义务是不相符合的。

正是基于此，最高人民法院在（2017）最高法民再412号案中认为：“在海上货物运输合同下，在海上货物运输合同下，托运人并非可以无限制地行使请求变更运输合同的权利，承运人也并非在任何情况下都应无条件服从托运人请求变更运输合同的指示。为合理平衡海上货物运输合同中各方当事人的利益，在托运人可以行使请求变更运输合同权利的同时，承运人也相应地享有一定的抗辩权。”该指导性案例通过公平原则合理平衡海上货物运输合同中承托双方的利益，赋予承运人抗辩权，以此抗辩托运人的单方解除权，从而实现个案的矫正正义，既要坚持“特别法没有规定应适用一般法”这一法律适用原则，同时又要兼顾国际海上货物运输的特殊性，考虑海上货物运输合同承托双方的利益平衡，不失为一个两全之策。但毕竟《民法典》第八百二十九条仅规定了托运人的变更权，并未规定承运人享有抗辩权，

通过公平原则赋予承运人抗辩权，另外亦可考虑对《海商法》相关条文进行解释或修改，使承运人的抗辩权具有具体明确的在特别法意义上的法律依据。

五、《海商法》关于托运人解除权条文的解释及修改方案

笔者认为，基于海上货物运输的特殊性和承托双方的利益平衡，通过体系解释来适用《海商法》第八十九条，对托运人的解除权重新审视，赋予《海商法》第八十九条新的内涵和外延，可以较好地坚持“特别法有规定的，应适用特别法”这一法律适用一般原则。具体理由如下：

（一）《海商法》作为调整海上货物运输的特别法，应优先予以适用

正如前文所述，虽然仅从《海商法》第八十九条的文义上，确实只能得出本法条仅规定船舶在装货港开航前，托运人得行使解除权的意思。在《海商法》增设相关条文以赋予承运人抗辩权的修改方案尚阙如的情况下，《海商法》第八十九条仍然存在进一步解释的空间和可能性，可以考虑对其进行解释后满足符合调整这类法律问题的“大前提”，以充分利用现有立法资源。

（二）《海商法》第八十九条存在反对解释的必要性

反对解释，作为体系解释的一种具体方法，系指依照法律规定之文字，推论其反对之结果，借以阐明法律之真意者而言，亦即自相异之构成要件，以推论其相异之法律效果而言。¹⁴《海商法》第八十九条规定：“船舶在装货港开航前，托运人可以要求解除合同。”该规定非常简单，直观地理解，法条存在不周延的弊端，仅规定了开航前托运人可以要求解除合同，那么开航以后托运人的解除权是否同样成立，本条未置可否，语焉不详，之后的条文同样没有交代。如何理解这一法条不周延的问题？经过前述分析的海上货物集装箱运输的流程可知，开航是海上货物运输中一个重要环节和时间点，国家对出口货物海关监督检查、检验检疫、原产地证明文书发放等各种管制，全部在开航之前实现，而且海上班轮运输航程预先拟定、航线相对固定，一旦开航，短期内船舶将难以再次靠泊起运地，承运人签发的提单须注明船舶开航时间。不管处于法律的、政策的，还是经济的、技术的原因考虑，把托运人的解除权限制在开航前，具有充分且必要的理由。而且司法实务界也从来就不乏支持本条反对解释合理性的观点¹⁵，认为托运人要求解除合同是指托运人有责任的情况，例如未组织货源、买方弃货、停止发货等等，其要求解除合同，只能在

¹⁴ 傅旭梅主编：《中华人民共和国海商法诠释》，人民法院出版社 1995 年版，第 173 页。

船舶开航前提出，船舶开航后托运人原则上不能解除合同。如此一来，本文开头提出的问题便有了相对合情合理的答案。

不管《海商法》立法者出于什么原因考虑，该法第八十九条在条文文义上的不周延系不争之事实，属于法律“违反计划的不圆满性”的法律漏洞，这是作为成文法的《海商法》难以避免的局限性。如此一来，通过反对解释适用《海商法》第八十九条，赋予该条全新的生命和适用的空间，既实现了对规范海上货物运输合同托运人解除权这一特殊问题的特别法调整，实现了法律适用一般原则的逻辑自洽，又合理平衡了海上货运委托双方的权利义务关系，从根本上回答和解决了本文开头提出的问题。

（三）与承运人原运输合同的主给付义务相矛盾

当货物运抵国外目的港后，一般应当接受当地海关的监管，然后等待收货人办理清关、提货手续。如果收货人不为上述清关、提货事宜，持有提单的托运人也不到目的港为货物清关，承运人不能够擅自为货物办理清关手续。若要将货物重新运回装货港，就应当以收货人或者托运人履行清关、提货手续为前提。而一旦货物被清关提取后，原运输合同自然履行完毕。实际上，承运人在将货物运抵目的港后，已经完成了将货物从一地运至另一地的主合同义务，托运人要求承运人回运货物，已经超出了原运输合同的约定，由于双方事先并没有对回运货物作出约定，托运人的请求系在原运输合同之外提出了新的要约，除非承运人承诺同意，否则承运人有权拒绝回运货物。

（四）修改《海商法》以明确承运人抗辩权

运用反对解释的方法适用《海商法》第八十九条，实在用好目前《海商法》现有立法条文资源的前提下所选择的权宜之计，不得已而为之。在修改《海商法》已经提上议事日程的今天，对《海商法》第八十九条的修改和重新厘定其调整范围和解释空间可谓势在必行。《海商法》修改征求意见的过程中，托运人的变更权、解除权的请求权基础问题，以及最高人民法院发布的108号指导案例的裁判要旨及时转化为法律规定的问题，引起了业界充分的重视，最新的《海商法》修订征求意见稿第九十七条¹⁶作为新增条文引人注目，新增条文在肯定货物控制权对于保障托运人的正当利益和国际贸易顺利开展的重要意义的同时，也注重平衡船货双方的权利

¹⁶ 最新的《海商法》修订征求意见稿第九十七条第一款规定：“在承运人责任期间内，托运人可以书面通知承运人变更卸货港或者将货物交给其他收货人，但是应当赔偿承运人因此遭受的损失。”第九十七条第二款规定：“有下列情形之一的，承运人可以拒绝托运人的要求，但是应当立即通知托运人：（一）承运人无法满足托运人的变更要求，或者满足此种要求将影响承运人正常营运；（二）承运人预计满足托运人的变更要求将产生额外费用或者使承运人遭受经济损失，要求托运人提供相应担保，托运人未提供担保；（三）托运人未按照承运人要求提交已签发的运输单证。”第三款关于发货人行使权利的条件问题，不在本文探讨的范围内，故本文不一一列举和分析。

义务，针对托运人此项权利设置一定的条件。如果能够修改法律，则新增条文更能从根本上解决《海商法》第八十九条的法律规定不周延的问题，而无需在每一个海上货物运输合同退运纠纷案件中都要针对《海商法》第八十九条进行法律解释后才能适用。为了避免在海上货物运输退运纠纷中，因对《海商法》第八十九条和《民法典》第八百二十九条不同理解导致相同案件不同判决结果，建议及时修改《海商法》第八十九条，并新增赋予承运人抗辩权的条文。

《海商法》第八十九条，修改条文建议稿如下：

“第八十九条 船舶在装货港开航前，托运人可以解除合同。但是除合同另有约定外，托运人应当向承运人支付约定运费的一半；货物已经装船的，并应当负担装货、卸货和其他与此有关的费用。

“船舶开航后，除本法另有规定外，托运人不得解除合同。”此修改方案，一方面，建议删除在本条文中并不体现法律效果的“要求”的用语，与《民法典》第五百六十二条、第五百六十三条关于合同解除权的表述一致，明确此处的解除权为单方解除权、形成权，凭托运人解除合同的意思表示到达承运人即可产生解除合同的法律效力，避免在理解上出现赔偿责任说、解除请求权说等容易产生分歧的空间；另一方面，可从根本上解决《海商法》第八十九条的法律漏洞问题，既明确了托运人的单方解除权仅限于船舶开航前，开航后托运人无权随意解除合同，但又留下法律另有规定可以解除合同的但书，以备审判实践中承托双方之需，而无需在每一个海上货物运输合同退运纠纷案件中进行法律解释适用。

新增条文，修改条文建议稿如下：

“在承运人责任期间内，托运人可以书面通知承运人变更卸货港、将货物交给其他收货人或运回起运港，但是应当赔偿承运人因此遭受的损失。

有下列情形之一的，承运人可以拒绝托运人的要求，但是应当立即通知托运人：

- （一）承运人无法满足托运人的变更要求，或者满足此种要求将影响承运人正常营运；
- （二）承运人预计满足托运人的变更要求将产生额外费用或者使承运人遭受经济损失，要求托运人提供相应担保，托运人未提供担保；
- （三）托运人未按照承运人要求提交已签发的运输单证。”

首先，笔者原则上赞同最新的《海商法》修订征求意见稿关于托运人变更权和货物控制权的新增条文方案。新增条文与《民用航空法》第一百一十九条的立法精神不谋而合，充分考虑了国际班轮运输不同于国内水路货物运输的特殊性，以及承运人满足托运人变更卸货港、退运货物请求的困难，契合国际班轮运输航运实践需求。其次，以上新增条文的方案，与《民用航空法》第一百一十九条的内容相比较，对该条第二款规定的托运人的指示不能执行的情形进行了类型化的列举，更具有可操作性。第三，与《民法典》第八百二十九条相比，以上新增条文让承运人行使抗辩权留有选择的余地，如果满足在中转港码头可以装卸托运人的整箱货等客观条件的情况下，承运人可以满足托运人的退运请求，但必然产生额外费用，承运人可以要求托运人提供担保的情况下安排退运，对于承运人新增额外费用的权利保护多了一层保障。而《民法典》第八百二十九条仅规定托运人应当赔偿承运人因此受到的损失。第四，除了“变更卸货港或者将货物交给其他收货人”规范托运人的合同变更权的内容外，还应当明确“退运”这种体现托运人在开航后行使货物控制权的内容，不属于单方解除权的范围，而应考虑承运人在当时的实际情况。以上新增条文，与《海商法》第八十九条并行不悖，第八十九条规范船舶在装货港开航前，托运人具有单方解除权。新增条文将规范船舶开航后托运人退运、变更卸货港或者将货物交给其他收货人的情形，如此，《海商法》第八十九条规范不周延的问题得到了弥补，不必在具体纠纷案件中再通过反对解释的方式适用《海商法》第八十九条造成的裁判文书说理冗长，达到了国际班轮运输退运问题由特殊法调整的目的。最后，本条款所列明的承运人可以拒绝托运人的要求的几种情形，例如“满足此种要求将影响承运人正常营运的”是否成立，有赖于承运人的举证，而并非承运人提出该理由即当然抗辩成立。如何认定“满足此种要求将影响承运人正常营运的”等情形，还需要结合航运实践和司法实践具体问题具体分析。

六、结语

在海上货物运输，特别是国际班轮运输方式中，如何认定托运人对货物的控制权以及与此相关的单方解除权，如何适用法律是审理此类型纠纷案件的关键。本文通过分析国际海上货物运输的特点、单证流转的特点、外贸货物进出口的实务操作要求，论证了《民法典》第八百二十九条关于托运人在承运人将货物交付收货人之

前可以要求承运人中止运输、返还货物的规定,不能直接适用于国际海上运输合同;通过反对解释来重新审视《海商法》第八十九条的含义和适用余地,并在此基础上论述了《中华人民共和国海商法(修订征求意见稿)》修改方案的必要性和合理性,将海上货物运输中产生的专门问题还给《海商法》来规范和调整,在特别法规范的层面上解决托运人解除权和承运人抗辩权的权利行使请求权基础问题;在《海商法》尚未修改的情况下,明确托运人在货物运抵目的港的情况下不享有单方解除权,其退运请求已经超出了原运输合同的约定,应视为新的要约,承运人有权拒绝;探讨了海上货物运输合同履行过程中货物退运纠纷的处理规则,有效防止贸易合同中的当事人出于节省诉讼成本和避免法律风险的角度考虑,将贸易合同的风险一概转移到运输合同中来解决。

海洋文体活动侵权案件 事故原因分析和裁判逻辑重构

——以 SHEL 模型理论为分析视角

匡浩 李亚男*

【摘要】

在海洋强国战略背景下，海洋文体活动丰富群众生活的同时也成为海洋经济发展的重要一环。然而，海洋文体活动侵权案件却时有发生，在司法实践中存在着难以查清事实、缺乏统一裁判逻辑来认定相关主体的责任、对侵权人是否完整履行相关义务等方面有着不同的裁判观点。本文以 SHEL 模型理论为分析视角，梳理导致事故发生过程前后四个维度之间的系统性关系。在事实评价阶段重点从因果关系和过错方面重新梳理，在责任评价阶段考察责任阻却事由，重新构建海洋文体活动侵权案件认定的“两阶段”的审理思路，以期为海洋文体侵权案件的审判构建新思维尽绵薄之力。

【关键词】

海上侵权 SHEL 模型 责任分配

一、问题的提出

我国海洋文体活动方式呈现出多元化特点，从海上摩托艇、游艇、观光船、邮轮等海上涉船类休闲出游，到海上游泳、潜水、垂钓等娱乐项目，越来越多的游客选择更加刺激和高风险的海上娱乐项目。但随之而来的是较高的安全事故发生率，并导致侵权责任事故的发生，引发相关的侵权责任纠纷。其中最重要原因，就是海洋文体活动受海洋独特的气候和环境的影响很大，以及海洋文体活动本身的高风险性和风险隐蔽性。

目前学界对文体活动侵权案件的研究集中于对《民法典》规定下的自甘风险认定和法律适用，¹从文体活动的定义到风险、从自甘风险的法律沿革到司法适用都

* 匡浩，青岛海事法院海事庭法官；李亚男，上海海事大学国际法学硕士研究生。

进行了较为详述的研究。但是缺少对海洋类文体活动这个更为特殊领域的研究，尤其在司法实践中，导致此类案件侵权事故的具体原因常常难以查清，使得法院在审理此类案件时缺乏统一裁判逻辑认定相关主体的责任，存在着不同的裁判观点。

因此，有必要对相关法律制度和司法实践进行深入研究，以期形成明晰的裁判模式，促进该行业蓬勃发展。具体来说，如何控制或减少海洋类文体活动侵权案件的发生，在侵权发生后何如用统一的裁判逻辑认定相关主体的责任，这些是当前重要且亟待解决的问题。

二、 审视：海洋文体活动侵权责任认定的现状考察

（一）法律规定：一般侵权规则下的特殊风险适用

通过对相关法律规范的梳理可以发现，我国对于海洋文体活动的规定散见于相关法律、行政法规、地方性法规以及相关司法解释等规则之中，并且没有针对此类案件侵权的统一具体规定。具体来说，《中华人民共和国民法典》侵权责任编对一般的侵权案件进行了基础性规定，明确了过失相抵原则（第 1173 条）、自甘风险原则（第 1176 条）、精神损害赔偿（第 1183 条）、安全保障义务人责任（第 1198 条）、高度危险场所安全保障责任（第 1243 条）等规定，这些规定对海洋文体活动侵权案件的预防和审理提供的重要制度保障不言而喻。此外，《最高人民法院关于海事法院受理案件范围的若干规定》中对海事侵权纠纷案件的范围做了非穷尽的列举式规定；²《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》和《最高人民法院关于审理旅游纠纷案件适用法律若干问题的解释》（2020 年修正）等相关司法解释中，也对相关海洋文体活动的侵权损害赔偿等进行了相关的规定。

通过对上述现行法律规范的分析可以得出：首先，海洋文体活动侵权案件并没有被包含在《民法典》侵权责任编中的特殊主体侵权责任类型中。然而，其本身的却兼具海事侵权、旅游类侵权和海洋本身高风险的特殊性。其次，海洋文体活动侵权责任的主体中的侵权人可能包括船舶驾驶人、船舶所有人、合同相对方、海域管理者、活动组织者等多方主体，给海洋文体侵权案件的审理带来了较大的难度。其侵权责任构成要件，以传统的四要件为主，即加害行为、因果关系、主观过错、损害事实四要件，以过错原则为基础，侵权责任的减免，包括受害人自甘风险、不可抗力、受害人故意等原因。最后，关于责任承担方式，常见的侵权责任承担方式为

¹ 如：韩勇：《〈民法典〉中的体育自甘风险》，载《体育与科学》2020 年底 4 期；杨立新，余孟卿：《〈民法典〉规定的自甘风险规则及其适用》，载《河南财经政法大学学报》2020 年底 4 期；曹权之：《民法典“自甘风险”条文研究》，载《东方法学》2021 年底 4 期。

人身损害赔偿，可以主张包括医疗费、误工费、护理费、营养费、交通费、住院伙食费，根据损害情况不同还可以主张伤残或死亡赔偿金、残疾辅助器具费、被扶养人费用、精神损害抚慰金等相关费用。因此，在法律没有单独规定和司法实践需要的矛盾下，有必要对其进行分析重新梳理。

（二）司法现状：事实认定的困境与裁判的不统一

通过对中国裁判文书网进行检索，分别以“海上、通海水域人身损害责任纠纷”、“违反安全保障义务责任纠纷”、“旅游合同纠纷”等为案由，分别搭配关键词“钓鱼”、“游泳”、“潜水（以及浮潜）”、“快艇”、“摩托艇”、“游船”等相关词语，结合全文“海上”进行检索，排除非海上以及雇佣、劳动、劳务、帮工、海上客运等非旅游或休闲娱乐的案件，得到78个判决。（见表1和图1）

表 1 海上文体活动侵权案件案由分布

| 案由 | 件数 |
|-----------------|----|
| 海上、通海水域人身损害责任纠纷 | 38 |
| 旅游合同纠纷 | 26 |
| 违法安全保障义务责任纠纷 | 4 |
| 群众性活动组织者责任纠纷 | 1 |
| 生命权、健康权、身份权纠纷 | 1 |
| 船舶触碰损害责任纠纷 | 4 |
| 侵权责任纠纷 | 3 |
| 违反安全保障义务责任纠纷 | 1 |
| 共计 | 78 |

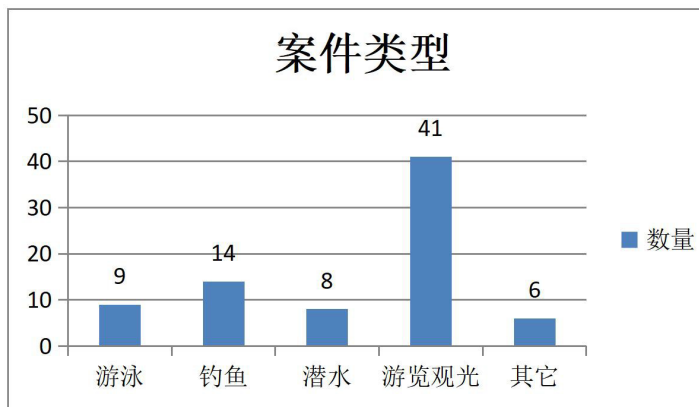


图 1 案件具体类型情况

² 张勇健、王淑梅、余晓汉在《〈关于海事法院受理案件范围的规定〉的理解与适用》中认为海事侵权泛指在海上或者通海可航水域发生的，涉及船舶的，或者在航运、生产、作业过程中发生的针对非合同关系的人身、财产权益损害所提起的民事诉讼。

通过研读裁判文书得出此类案件的特点：

1. 案件类型种类多且较为集中在“海上、通海水域人身损害责任纠纷”和“旅游合同纠纷”，也进一步说明海洋文体活动侵权兼具海事侵权和旅游合同侵权的特点。因此，需要进一步理清海事侵权与旅游侵权中最重要海上风险和文体活动风险。2. 主体众多，法律关系复杂，设计船舶类的海洋文体活动侵权将会涉及更多主体，事实理清和相关主体之间的关系确定将会更加复杂，需要认定在侵权方和受害者之间是基于何种权利或义务需要对此事故发生负有法律责任。3. 责任的认定和承担比例是争议的集中点，首先需要明确受害者需要侵权赔偿责任还是违约赔偿责任，这两类不同立法规定所确立的赔偿请求权不同，其保护目的、适用条件、法律后果也并不相同；³ 其次需要对受害人、侵权人的主观和过错进行考察；最后，需要对客观环境进行考察，以此综合评价责任的分配发生。在对近些年相关案件的梳理中发现，一、二审法院因为对发生侵权事故的原因的认定和对相关主体的义务划定存在差异，导致了相关案件的责任分配不同（见表 2）。

因此，有必要对海洋文体活动侵权案件的原因进行查清。

表 2 二审法院改判具体情况

| 终审案号 | 基本案情 | 一审认定 | 二审认定 |
|--------------------------|--------------------|-----------------------|-----------------------|
| (2017) 浙民终 684 号 | 乘坐游船游玩，未停稳，在码头摔落受伤 | 原被告分别承担 60% 和 40% 的责任 | 原被告分别承担 40% 和 60% 的责任 |
| (2019) 川 17 民终 886 号 | 在邮轮上的卫生间遇风浪受伤 | 原被告各自承担 50% 的责任 | 原被告分别承担 30% 和 70% 的责任 |
| (2019) 渝 05 民终 5450 号 | 在乘坐快艇过程中遇风浪颠簸受伤 | 原告对事故承担全部责任 | 原被告分别承担 70% 和 30% 的责任 |
| (2019) 粤民终 970 号 | 在乘坐游艇过程中遇风浪颠簸受伤 | 被告不用承担责任，驳回原告起诉 | 改判被告承担赔偿责任 |

由此引出的司法困境：裁判有分歧，缺乏统一裁判逻辑。从上诉率、改判率来看：78 件案例中有 28 件上诉，达到 36%，其中有 10 件二审法院进行了改判，占总案件数的 13%（见图 2）。其中，一些侵权事故的发生原因较为隐蔽，一审没有理清事故因果关系，导致当事人不认可其判决的责任划分而进行上诉。从侧面反映出海洋文体活动侵权案件事实查明的困难和重要性。因此，需要梳理清案件发生的原

³ 高志宏：《惩罚性赔偿责任的二元体系与规范再造》，载《比较法研究》2020 年第 6 期。

因，即认定事故的因果关系链。

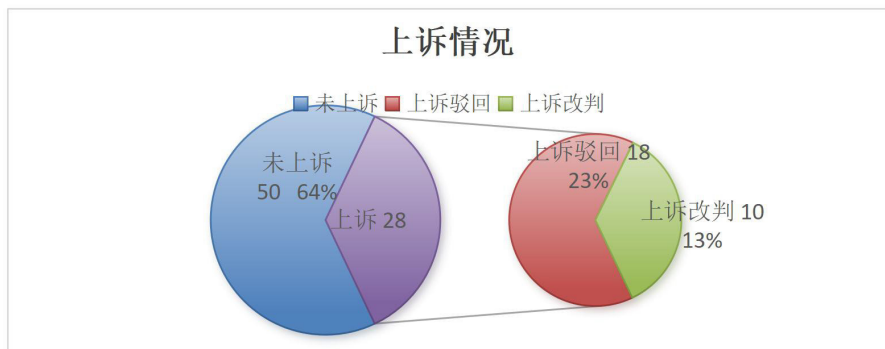


图 2 案件上诉情况

在同样是受害人在乘坐快艇过程中遇到风浪颠簸导致参与人受伤的案件中，有的法院仅考量侵权事故发生的因果关系，在此次事故是否仅由风浪导致的，以此来判断被告是否需要承担责任；有的法院重点从被告是否尽到自身应尽的义务，即驾驶人和所有人是否尽到谨慎的操控来审查；还有的法院在原告存在明显过错时简单认定为原告自甘风险从而得出判决，缺少对其它因素的审查。

因此，在面对更加复杂的海洋文体活动侵权案件时，亟需一种新的裁判逻辑来理清相关侵权责任的考量对象和之对应的责任关系，以此来规范审判过程和控制相关侵权案件的发生，以期促进海洋类休闲娱乐业的进一步发展。

三、 反思：海洋文体活动侵权案件的特殊性

海洋文体活动兼具海洋环境的外部风险和文体活动本身的内部风险，使得海洋文体活动侵权案件具有特殊性。

(一) 海上风险的特殊性

海上风险主要是指在海上发生的自然灾害和意外事故。⁴ 海上风险与一般在陆地上的风险最大的特点在于其发生自然灾害和意外的可能性更高，应对风险更加困难，风险造成得损害也更大。自然灾害是主要指由于外部环境的变化导致的、没有及时应对的事故。一般常指恶劣气候、海浪、大风等人力不可抗拒的灾害。(见表 3) 意外事故主要是指由于相关人员没有事先预料到，但是作为一个小心谨慎的从业人员和活动的参与人员已经在主观客观上尽力也依旧无法避免的事故。

⁴ 参见白世真：《构建海上风险评估系统框架的设想》，载《航海》2021 年第 3 期。

⁵ 凌平、王清：《论体育运动的风险与体育保险》，载《北京体育大学学报》2003 年第 5 期。

表 3 海上主要风险及事故原因

| 主要海上特殊风险 | 主要发生原因 | 典型案件 |
|----------|------------|------------------|
| 溺水 | 盲目自信 | (2022)鲁72民初1767号 |
| 搁浅、触礁 | 海底地质、环境不熟悉 | (2021)粤72民初491号 |
| 颠簸 | 风浪或操作不当 | (2019)粤72民初125号 |
| 沉船 | 大风或海浪 | (2020)鲁72民初108号 |
| 碰撞 | 疏于瞭望避让不及时 | (2018)粤72民初189号 |
| 爆炸 | 操作或设备 | (2020)津民终1311号 |
| 失踪 | 坠海难以救助 | (2021)浙72民初1084号 |

海洋文体活动侵权案件通常是由于自然灾害和意外事故的双重原因导致的，其最主要的原因是受海洋环境的影响明显。通常，在遇到台风海浪等恶劣天气或者水域能见度较低的环境下，安全事故发生的可能性会更大。因此，在审理该类案件中不仅考虑到天气、水域等环境因素，还要考虑是否属于意外事故，进行对受害者和侵权者对该风险的主观认知和客观应对行为等情况综合考察。

（二）文体活动的高风险

文体活动的风险具有客观性、损害性和可预测性，⁵包括自然风险、技术风险、设备风险等。海上文体活动一般包括海上垂钓、海上游泳、潜水、海上驾驶、海上观光等，这些活动可以分为涉及船舶类型的非涉及船舶类型的两种基本类型。不同类型的活动所具备的风险系数大小不同，对相关主体所要求的注意义务大小也随之不同。

涉船的文体活动可以进一步根据船舶的大小将其分为大型船舶活动和小型游艇活动。通常来说，大型船舶（如大型游艇、观光船等）抵御海洋风险的能力更强，其船上环境更加接近陆地，即使遭受碰撞其自身抵抗能力也较强。因此，在大型船舶上的文体活动风险相对较小，相关人员的安全保障义务也较低。小型舰艇（如摩托艇、快艇、小游艇等）容易受到风浪等影响，不稳定性较高，在搭乘或驾驶小型舰艇的过程中，面临的较大，抵御碰撞的能力较低，人员容易受伤，需要相关人员有着较高的安全保障义务。在不涉及船舶的海洋文体活动中，参与人员直接接触海洋环境，具有很高的危险性，不仅需要相关人员具备很高的安全保障能力，还要求参与活动的人本身经验丰富、专业，对自己面临的风险有着清晰的认知。

海洋文体活动需要参与人自身具备相关资质和有经验，相关人员做好安全保障

⁵ 王新明、闫友勋：《基于 SHELL 模型的空管工作中的人为因素研究》，载《科技信息》2013 年第 4 期。

义务，相关设备和器具功能状态良好，这样才能应对好海上的外部风险和文体活动本身的内部风险。

四、 梳理：在 SHEL 风险分析模型视角下理清事故原因

SHEL 模型是由 Edwards 教授在 1972 年首先提出，后经 Hawkins 教授修改而成，该模型被广泛应用于研究人为因素的框架。SHEL 模型由 Software（软件）、Hardware（硬件）、Environment（环境）和 Liveware（主体）4 类模块构成。⁶ 其结基本构模型。（见图 3）

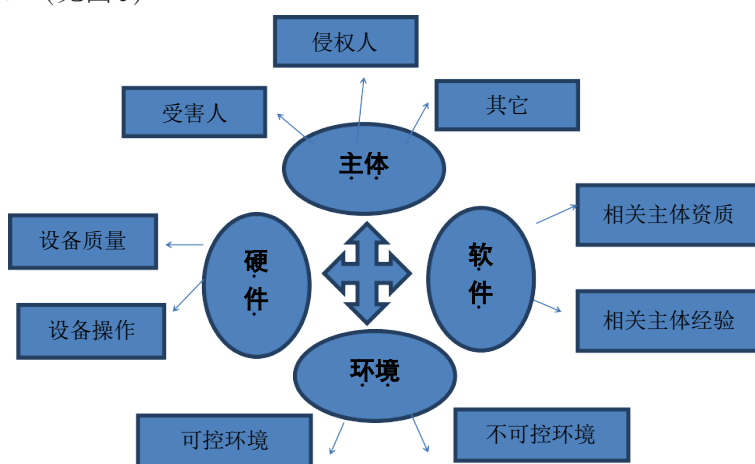


图 3 SHEL 模型示意图

从上述 SHEL 模型示意图中可以看出，该模型以主体为中心，和周围的要素构成模型整体，本文分别从主体、软件、硬件、环境四个方面依此进行认定。其中，主体是整个逻辑系统中最重要的模块，因为软件、硬件以及环境都需要人这个特定的主体来掌控或者判断。

（一）SHEL 模型在海洋文体活动侵权事故中的适用

将该 SHEL 模型适用在海洋文体活动侵权案件中，主要把受害者和侵权者分别放在中间的主体位置上，然后逐一认定外部软件、硬件、环境要素。其中，主体除了受害者和侵权者，还可能包括驾驶者、活动组织者、侵权公司、海域安全责任人、保险人等多方主体；软件主要指对相关人员的管理以及驾驶人的资质和经验等；硬件主要指对相关船舶设备、活动辅助器具等的操作、运用；环境主要指与侵权事故

⁷ 郑向敏、范向丽、宋博：《都市旅游安全研究》，载《桂林旅游高等专科学校学报》2007 年第 2 期。

有关的海洋自然环境。在此模型中，重点考察人和各个要素的连接以及在其中的作用，四要素之间构成的四界面可以帮助更好的理清侵权责任事故发生的原因，可视化的找出侵权事故的原因。一方面可以帮助相关主体完善缺陷，提升活动参与人的安全性；另一方面，也可以在侵权事故发生后帮助梳理事故原因，更加科学的进行责任分配。考虑到海洋文体活动侵权案件的特殊性，在以下 SHEL 模型中的考察将会适当进行调整。此外，在考察各要素之间的关系时，将从不同要素的不同主体和事故类型来进行分析。

（二）主体要素：风险事故的核心参与者

这个要素一般被认为是最重要的一个要素，其主要指侵权事故中所有人员的主观态度和客观行为以及他们之间共同作用产生的结果。以下从受害者和侵权者等不同主体角度来进行分析。

1. 以受害者为中心。文体活动过程中，作为休闲娱乐和接受服务的一方，除了少数追求刺激自甘风险的人，都希望自己的人身安全得到充分保障。海洋文体活动侵权事故发生的重要原因之一就是受害人本身的不安全行为和不安全意识。⁷因此，考察这类侵权事故发生过程中受害人对事故发生原因产生的作用，理清受害人作为风险控制需求者与其他主体之间的关系十分重要。

以侵权者为中心。在海洋文体活动侵权案件中，船舶类海洋文体活动和非船舶类海洋文体活动的侵权者不同。船舶类海洋文体活动侵权者主要是船舶驾驶人；非船舶类海洋文体活动侵权者一般包括合同相对方、海域管理人、活动组织者、第三人等。通常来说，在船舶类的案件中，大部分受害人都和侵权人之间存在着合同关系，其中较为典型的是旅游合同；在非船舶类的案件中，侵权者可能是海域管理人⁸、同行者⁹、先行义务人¹⁰、合同相对人¹¹等。

3. 其他主体。主要包括保险方。在风险社会中，保险作为社会风险分散的最为重要的制度，具有举足轻重的地位。¹²在（2017）冀 09 民终 3912 号案件中，旅游公司为游客投保将风险进行了分散；除此之外，在（2019）粤 72 民初 125 号、（2020）湘 0111 民初 10661 号、（2019）陕 0103 民初 1486 号、（2018）赣 02 民终 520 号等案件中，最终法院都判决由保险公司承担对原告的赔偿责任。

⁸ 例如，在（2022）鲁 72 民初 1767 号案件中，受害人在威海港内潜水溺亡，原告对海域管理人相关港口公司提起诉讼。

⁹ 例如，在（2022）沪 02 民终 817 号案件中，受害人和朋友相约在马尔代夫进行潜水活动时不慎溺亡，原告对一起参见潜水活动的同行者提起诉讼。

¹⁰ 例如，在（2017）鲁 72 民初 784 号案件中，受害人相约出海钓鱼，在船上饮酒后不慎被他人酒后推搡掉入海中死亡，法院判决共同饮酒的人也需要承担相应的责任。

¹¹ 例如，在（2018）沪 0115 民初 23424 号案件中，受害人在塞班岛浮潜面罩脱落呛水并失去意识，对旅行社提起违约之诉，法院判决被告违法合同的安全保障义务，需要承担相应责任。

¹² 甘芳、秦海彬：《网约车平台侵权责任认定规则的反思与重构——以风险控制与风险分配为分析视角》，载《人民法院为服务新发展阶段、贯彻新发展理念、构建新发展格局提供司法保障与民商事法律适用问题研究——全国法院第 33 届学术讨论会获奖论文集（下）》，国家法官学院科研部承办 2022 年。

（三）软件要素：风险事故的基础保障

这个要素主要是考察相关人员的资质和经验，如对相关信息的判断，对相关规章制度和操作标准的执行，在事故发生后及时救助积极应对等。从客观上看，要求相关服务的提供者如驾驶人要按照行业要求和相关法律规定进行操作和服务，相关人员要具备从业资质；从主观上看，要求相关人员在服务、操纵和执行过程中做到从业人员一般的谨慎和小心的态度，在事故发生后及时救助积极应对。因此，软件要素对事故的防范和事故发生之后的责任认定具有重要意义，在审理过程中必须对其进行考察。

例如，在（2018）粤72民初189号两摩托艇相撞案件中，被告之一过度相信自己的驾驶技术，以为仅凭掌控方向就能成功避让前进方向上的障碍物，存在过于自信和疏忽大意的过失，被判决负80%的责任；在（2017）浙民终684号案件中，由于船上没有监控，无法查明原告是自己跳船还是摔下船，二审法院依据调查笔录等证据认为被告作为船舶所有人，并无营运资质，也未尽到充足的安全保障义务，对于原告受伤应承担主要责任；在（2018）粤72民初1910号案件中，法院认定被告工作人员在搭载原告的过程中未实时注意风浪情况、保持安全行驶速度，对造成原告人身伤害的后果有直接的因果关系，故被告对给原告造成的人身损害应承担赔偿损失的违约责任。

在上述案件中，被告分别是疏忽大意对海上的交通情况判断错误、没有相关运营资质并且没有对船舶进行规范管理、没有注意到海上风浪情况安全航行，这些导致事故发生的原因是典型的软件要素方面存在问题。因此，对于从事海上文体活动的相关从业人员来说，有必要提高从业人员的专业素养，保证相关人员具有相关资质，加强对相关规章制度和操作标准的执行。在法院梳理侵权事故发生的过程中，将软件要素的考察纳入审理认定的过程中，将会更加清晰的梳理出案件发生的脉络。

（四）硬件要素：风险事故避免的前提

在这个要素中，船舶等相关设备和器具是硬件的典型的代表。此时，船舶和相应的设备作为风险的载体，不仅其本身需要符合生产规范和能够正常使用，还需要操作人员进行规范谨慎的操作，否则就容易导致事故的发生。就船舶类文体活动来说，需要做好船舶风险管理，通过对海上风险的识别、评估，选择有效的管理手段，

¹³ 范济秋：《船舶海上风险管理的研究》，载《航海技术》2010年第6期。

处理海上风险，以获得船舶的安全保障。¹³ 具体来说，需要做到事前预防风险、事中尽量避免风险、事后通过保险等来转移风险。对非船舶文体活动来说，相关辅助器具的提前检验和熟练掌握非常重要，例如在潜水活动的氧气瓶、钓鱼活动中的钓鱼器具等。

例如，在（2020）津民终 1311 号案件中，原告购买游艇出海钓鱼发生爆炸，原告方未能举证证明其经过了专门的技术训练、培训和考试，并取得了相适应的适任证书，因此，一审法院认定游艇爆炸与自身死亡存在一定过错，应减轻侵权人的责任。在（2020）湘 0111 民初 10661 号案件中，被告安排的快艇驾驶人因驾驶不当造成原告腰椎受伤。

上述两个案件是人与硬件没有契合的代表，分别是原告作为游玩者自己本身对船舶操作不符合规范；被告的驾驶人驾驶不当导致事故发生，它们都是硬件要素导致的事故发生。因此，对于从事海上文体活动的相关从业人员来说，船舶等相关设备和器具的标准和可靠是保障海洋文体活动顺利进行的前提。在法院梳理侵权事故发生的过程中，硬件要素的认定也是必不可少的。

（五）环境要素：风险事故的重要诱因

环境构成包括可控环境系统和不可控环境系统，具体包括自然因素、航道与码头状况、交通条件以及他船条件等。¹⁴ 这个要素包括不利的天气、危险的海洋环境等自然环境和航道港口条件等人为环境。自然环境的影响包括受到恶劣的天气和海底礁石等的影响；人为环境的影响包括航线的偏离以及对港口码头的的环境误判导致发生碰撞等的影响。由此通常会导致船舶搁浅、触礁、沉没、碰撞、爆炸，以及受害人被碰撞、受颠簸、溺亡、失踪等侵权事故的发生。

因此，这个要素要求参与海上文体活动的所有人员都必须有着提前预见海上风险的可能性，提前做好相关预防准备，做好应急处理方案。如果在明知在活动进行时将具有较大的海上风险，例如台风、大浪等，活动参与者依旧坚持相关文体活动，将有可能被认定为自甘风险，其行为在环境要素下将是导致侵权事故的主要原因。

例如，在（2018）辽 72 民初 288 号案件中，被告驾驶的海钓船在大雾天气航行，未采用适合当时环境和情况的一切有效手段保持正规的瞭望、未应用安全航速行驶、未按规定鸣放雾号，法院判定其对事故负 80% 的责任。在（2020）鲁 72 民初 108 号

案件和（2020）鲁72民初109号案件中，都是被告搭载原告一行人出海钓鱼，途中遇大风浪，导致船舶侧翻，两案的原告坠海死亡。在（2020）鲁民再480号案件中，船舶遇暗流侧翻；（2022）鲁72民初1938号案件中，船舶遇浪颠簸导致原告受伤。

这些事故发生的重要原因之一都是因为驾驶人员没有正确准备和应对好严酷的海洋自然环境，没有提前预见海上风险的可能性，提前做好相关预防准备，做好应急处理方案，最终导致了事故发生。由于海洋文体活动涉海的重要特点，导致了所有的相关侵权事故都和海洋环境密不可分，不同的是海洋环境对事故发生作用的大小不同。因此，不论是海洋文体活动的参与者，还是从事海洋文体活动的服务者，都需要对海洋保持敬畏之心，提前做好相关的准备工作，尽量避免恶劣的海洋天气，做好应对措施。在法院审理过程中，也需要将事故发生前和发生时的相关环境纳入审查范围。

通过上述分别对主体、软件、硬件、环境四个因素及其互相之间构成的四个界面的分析，可以逐一对海洋文体活动事故的原因进行分析，可视化的找出侵权事故的原因。此外，还可以帮助相关主体提升安全管理和服务，提升游客的安全性。

五、 重构：“两阶段”逻辑进阶式审判法

传统的一般侵权案件纠纷审理中，认定侵权责任的成立通常以侵权责任构成四要件为标准，从加害行为、因果关系、主观过错、损害事实四个方面分析，足以解决大多数普通侵权案件。由于海洋文体活动侵权案件最重要的特点是海洋风险，其具有风险高且隐蔽性强的特点。因此，在海洋文体活动侵权案件的审理中，有必要对此类案件的审判思路进行新的逻辑理顺，将认定侵权事故的因果关系、相关责任主体的主观过错以及责任阻却事由作为审理此类案件的重点。

“两阶段”审理分别从事实评价阶段和责任评价阶段进行分阶段认定，构建出从事实到规范，从规范到责任，从责任再到事实的审理逻辑，将事实贯穿整个审判过程。在“两阶段”的过程中不断回溯事实，结合前文的SHEL模型下理清的基本事故原因，在事实理清的前提下，在海洋文体活动侵权案件审理思路中将因果关系认定和相关主体主观过错两个方面作为重点，运用因果链的认定方法去认定此类案件事故的因果关系，综合考虑相关主体的过错，以期在司法实践中达到更好的效果。

¹⁴ 胡甚平、方泉根等：《大型船舶航行的风险分析与风险控制》，载《中国航海》2006年第3期。

（一）事实评价阶段之一：因果关系认定——因果链

由于海洋文体活动事故的隐蔽特殊性，有些事故原因难以完全查清，给司法实践带来了困境（见表4）。

表4 因果关系难以查明的案件

| 案号 | 基本案情 | 事故责任划分 |
|------------------|---------------------------------------|--------------------------|
| (2021)浙72民初1084号 | 相约海钓，自行选择礁点，失踪溺亡 | 原告承担90%的责任，活动组织人承担10%的责任 |
| (2022)辽民终479号 | 原告在渔船上滚落楼梯摔伤住院治疗一个月左右死亡，司法鉴定也无法查明死亡原因 | 原被告分别承担30%和70%的责任 |
| (2019)粤民终970号 | 一审认为无法证明受伤在游艇上；二审法认定是在游艇上遇风浪颠簸受伤 | 由原告承担全部责任改判为原告承担70%的责任 |
| (2021)湘12民终47号 | 游船上颠簸受伤，其后又没有进行及时必要的救治，最终死亡 | 原被告分别承担30%和70%的责任 |

因此，需要对因果关系进行重点考察。因果关系作为传统四要件的构成之一，其认定具有非常重要的作用，其主要功能在于：确定责任的成立、排除责任的承担、确定责任的范围。¹⁵此外，因果关系除了查清事故原因之外，还与赔偿性损害之间具有必要联系。¹⁶因此，需要法院充分查明事故经过，结合诉讼当事人提交的证据和辩诉以及法院调取的相关证据对因果关系进行逐一审查。依据两阶层理论，在理清整个事故发生的流程之后，需要首先进行到事实评价阶段，对侵权事故中各方主体的行为进行因果关系及其大小认定。

法律对某个推定做了明确规定，则为法律上的推定。¹⁷在事实因果关系不明的情况下，需要对法律上的因果关系进一步进行梳理，对因果关系的举证进行分配（如图4），以此来解决事实上的因果关系无法查明的情况。考虑到海洋文体活动的特殊性，在涉及船舶的文体活动中，船舶所有人和驾驶人对于船舶环境和交通环境具有主导地位，在此种情况下，其在很大程度上掌控者参与人的安全，在事故发生后，受害人难以调取证据举证证明其在船上遭受了损害。因此，在涉及船舶的文体活动

侵权案件审理过程中,可以借鉴医疗事故损害中的因果关系的举证责任导致的规定。在无法查明受害人遭受的损害与活动的关联时,按照一般常理和逻辑推演,如果参与人在活动之前身体健康没有损伤,在参加活动之后受伤了,此时受害人仅需证明自身在活动之前健康即可,可以初步证明损害与侵权行为存在因果关系。

此时,负有安全保障义务的主体具有主导地位,其想要抗辩需要按照前文的SHEL模型从软件、硬件和环境方面举证。在软件方面,其需要举证证明船舶驾驶人具有资质和经验,并且在服务、操纵和执行过程中做到从业人员一般的谨慎和小心的态度,在事故发生后及时救助积极应对;在硬件方面,其需要证明该船舶和相关的设备设施符合生产国家和行业规范,能够正常使用;在应对环境要素方面,其已经提前做好海上风险的应对措施并做好了相关预防准备和应急处理方案。

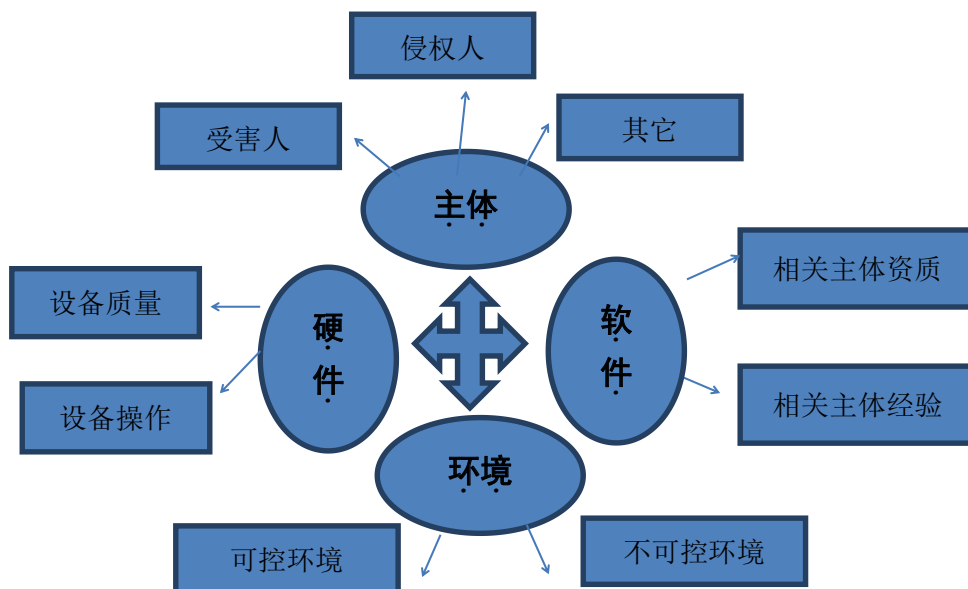


图 4 因果关系认定

例如,在(2019)粤民终970号案件中,双方对原告腰部受伤是否发生在船上产生了争议,二审法院依据原告在出游前身体健康,出游时遭遇颠簸,出游后就医骨折,结合证人证言和其他相关证据,综合认定侵权事故发生在被告船上,被告具

¹⁵ 王利明:《我国侵权责任的体系构建——以救济法为中心的思考》,载《中国法学》2008年第4期。

¹⁶ 参见阳庆德:《私法惩罚论以侵权法的惩罚与遏制功能为中心》,载《中外法学》2009年第6期。

¹⁷ 王社坤:《环境侵权因果关系推定理论检讨》,载《中国地质大学学报(社会科学版)》2009年第2期。

有安全保障义务，需要承担责任。在本案中，被告无法举证证明其在软件要素方面已经做到对原告等参与人的谨慎照料和关心，在经历颠簸之后，原告提出自己腰部不舒服，但被告相关人员没有采取任何措施，也没有进一步作为。正是由于被告没有对软件要素方面尽到相关义务，所有需要承担此次事故的相应责任。

在非船舶的文体活动中，由于此时参与人本身知道自己面临的风险很大，其需要对自己参加高风险活动的行为负责。因此，此类情况下，需要重点考量 SHEL 模型下的主体要素。受害人需要举证证明自己在活动中没有遵守相关规则，没有不安全行为和意识，否则，需要承担相应责任。例如，在（2019）渝 05 民终 5450 号案件中，被告多次提示原告注意安全，不要坐船头，要坐稳扶好。被告已经尽到一定的安全保障义务，虽然对行船中原告的危险行为未能及时发现并有效制止，但原告的不安全行为和 unsafe 意识才是事故发生的主要原因，因此，原告需要对事故承担主要责任。

（二）事实评价阶段之二：过错的认定

在因果关系的客观认定后，需要对当事人的主观过错进行认定。当事人的主观过错主要指当事人违反其本应承担的义务，对事故的发生起到了重要的作用。

1. 受害人的过错：具有隐蔽性

活动人参与海洋文体活动，其自身需要有着较高的注意义务，需要有安全意识和安全行为。根据前文划分的风险不同等级，在不同船舶、不同类型的海洋文体活动中，活动参与人其需要保持安全注意义务也不同。参加大型船舶（如大型游艇、观光船等）的文体活动时，参与人仅需要按照指挥活动，不脱离集体即可；参加小型舰艇（如摩托艇、快艇、小游艇等）活动时，参与人需要严格按照要求，遵守规则，尤其是当其进行自驾活动时，自身需要具有经验，需要保持高度注意义务，需要严格遵守航行区域和行驶路线等；参加不涉及船舶的海洋文体活动（如游泳、潜水等），参与人员直接接触海洋环境，具有很高的危险性，要求参与人本身经验丰富、专业，对自己面临的风险有着清晰的认知，时刻保持高度警惕应对各种风险。

此外，活动人的自身体质也需要纳入考察范围，主要包括活动人的健康状况、年龄、体质，甚至是性格等。相关研究表明不同个体特征的旅游者可能发生的海洋旅游安全事故类型具有较明显差异。¹⁸ 例如，老年人在海洋类的旅游活动中因身体素质较差，容易发生疾病突发和意外受伤事故。还有研究表明由于兴趣、气质和性

¹⁸ 王璐、皮常玲、郑向敏：《中国海洋旅游安全事故时空特征分析》，载《热带地理》2022 年第 7 期。

格等的差异，旅游者往往表现出不同的个性心理特征，如焦虑、冲动、盲目自信、麻痹大意等消极心理；也有认真、谨慎、细心等积极心理。¹⁹ 消极的心理会对事故的发生起到一定的推动作用，也需要对事故的发生承担相应的责任。因此，健康状况差、年龄大、体质弱、具有特殊体质等情况时，受害者本身具有一定过错，即明知自身情况还参加高风险活动，但此时仅能相应减轻被告人的责任，不能简单认定为受害人自甘风险，由此免除责任人的义务。（见表5）

表 5 受害人体质缺陷的案件

| 案号 | 受害人情况 | 损害原因 | 责任划分 |
|--------------------|-----------------|-------------|--------------|
| (2017)京0105民初5896号 | 60周岁以上或患有疾病 | 在邮轮上败血性休克死亡 | 原告自己担责 |
| (2019)川17民终886号 | 腰间盘突出，有骨质疏松等病症 | 邮轮的卫生间遇风浪受伤 | 原告自行承担30%的责任 |
| (2019)粤72民初142号 | 老年性骨质疏松症，腰椎体楔形变 | 在游艇上遇风浪颠簸受伤 | 原告无需承担责任 |

2. 侵权人的过错：需综合衡量后严格认定

考察侵权人的过错，需要从主观和客观两个方面进行。主观方面，侵权人在此次事故中是否谨慎小心、客观上，其是否具备相应资质、事前有无对极端环境的预防、有无相应提示和警示、事后是否积极的救助等方面。对侵权人主客观的要求都源于其的负有安全保障义务或者先行行为导致的义务。

安全保障义务。安全保障义务并非绝对的杜绝风险实现的义务，而仅是合理防范避免风险实现的义务，因而安全保障义务要求合理且可能。²⁰ 安全保障义务适用于不作为侵权。²¹ 但是，在判断相关主体是否已经履行安全保障义务时，在审理过程中存在不同的观点。就相似案情或同一案件，不同的法院认为被告应履行的安全保障义务也并不相同，对其应对事故赔偿责任承担的份额划分也不同。例如在(2019)京03民终14040号案件中，法院认为被告作为旅游服务专业机构，虽然提供的合同等均对水上活动的注意事项进行了告知，但对于具体在快艇乘坐过程中的再次告知义务及安全保障措施，未能提供充分证据证明，最终认定双方承担同等责任。

¹⁹ 邹巧柔、谢朝武：《旅游者安全行为：研究源起与国内近十年研究述评》，载《旅游学刊》2013年第7期。

此外，海域管理人也可能因违反安全保障义务而需要对事故承担责任。例如，在（2020）辽 0803 民初 914 号案件中，法院认为被告二作为海域安全保障人，法院认定其未能举证证明事故发生时其在有限的抢救时间内对死者立即采取了临时救治措施参与救助，在一定程度上影响了对张某的有效抢救，本院据此认定其没有完全尽到合理限度内的安全保障义务，在其责任范围内应承担 10% 的责任。

本文认为，应当统一裁判逻辑，审查被告是否在旅行前和旅行时进行了充分的安全告知和提醒义务，在事故过程中是否尽到了作为行业一般正常服务者的管理义务，即发生危险事故时，在不危及其自身安全的情况下，及时对相关人员的的行为进行劝阻；在一般无明显危险的情况下，不能苛责被告要时刻关注每一个可能面临潜在危险的人。旅行游玩者自己也应对自己安全义务负责，必须自己能够认识到危险并小心谨慎，在侵权事故发生后，其本身也应承担一部分责任。如果被告履行了上述义务，在没有其它过错和因素的情况下，其只需承担小部分的责任即可。例如，在（2022）沪 02 民终 817 号案件中，原告以群众性活动组织者责任纠纷为案由提起诉讼，余某和两被告相约潜水，均是具有证书的专业人员，余某在潜水中不慎溺亡，原告要求被告为同行人员配备急救人员、准备急救设备，已超出其应尽合理义务。法院最终判决被告不承担赔偿责任。

先行行为导致的义务。先行行为并非民法本有概念，而是借用刑法理论，用以说明不作为侵权中的作为义务来源。²²先行行为不同于一般的注意行为，在海洋文体活动中，行为人需要对自己的行为产生的危险事故负责。例如在（2017）鲁 72 民初 784 号案件中，原被告六人相约出海钓鱼，原告与其他三人在船上喝酒，后原告耍酒疯被同乘人劝阻后推搡不慎坠海溺亡。在法院判决中，最终认定和原告共同饮酒的另外两名被告也需承担 5% 的责任，因为其对损害的发生具有一定的因果关系，属无过错责任，要承担补偿责任。

无论是安全保障义务还是先行行为导致的义务，都要求在审理过程中考量侵权人的过错程度，将侵权人的作为或不作为纳入事故的原因当中。

（三）责任评价阶段：责任阻却事由

在理清案件事实和侵权事故发生原因之后，对事故过程中各方主体要素进行违法性判断。在这一评价阶段需要对各方主体的行为进行违法性审查，对侵犯人身损

²⁰ 刘召成：《违反安全保障义务侵权责任的体系构造》，载《国家检察官学院学报》2019 年第 6 期。

²¹ 刘召成：《安全保障义务的扩展适用与违法性判断标准的发展》，载《法学》2014 年第 5 期。

害案件进行违法责任阻却事由审查。我国民法规定了一般侵权的违法阻却事由包括：依法执行职务、正当防卫、紧急避险、受害人同意、受害人过错、第三人过错、不可抗力和意外事故。²³ 当案涉侵权主体在事故过程中存在一般侵权的违法阻却事由时，其可以少承担或不承担侵权赔偿责任。通常来说，民事人身损害侵权赔偿不以侵权人的主观恶性为必要，但是可以依据相关方的主观态度来适当对责任的划分进行调整。以下主要从不可抗力、单方免责、第三人介入等方面进行讨论。

1. 不可抗力

不可抗力具有客观性，与当事人主观意志无关，但在认定不可抗力事件时，要看当事人主观上是否尽到了合理的注意，据此来判断当事人主观上有无过错。²⁴ 不可抗力的认定往往十分困难。在（2020）沪01民终2977号案件中，被告主张游船系因不可抗力（超过十级大风、暴雨及超过五米的巨浪）原因导致翻沉，法院经审查认为其应当知晓事发时涉案海域处于季风季节，且当天已有预警，并非属于不可预见、不可避免的情况。游船在遇到风浪发生翻倒时，也并不必然导致沉船，游船翻倒也并不必然导致旅游者溺亡，故不属于不能克服的情况。因此，在认定是否属于不可抗力的情形时，需要对事故前和事故中的相关情况、案涉海域、类似情形等方面综合考虑，对不可抗力的适用需要严格认定。

2. 单方免责无效

《民法典》第四百九十六条规定了格式条款应当遵循公平原则，并采取合理的方式提示对方注意相关条款，并且予以说明，否则无效的规定。因此，在格式条款以及单方免责声明是无效的。例如，在（2019）京0116民初780号案件中，被告公司虽以原告事前签订的相关文件以及原告事发后签署《承诺书》为由，抗辩原告的诉请，但法院认为该《承诺书》属于格式条款，其中关于被告公司的免责内容应属无效，需对此次事故承担80%的责任。

3. 自甘风险

明知风险、自愿参与、固有风险和无故意无重大过失是构成自甘风险的要件。²⁵ 有观点认为自甘风险的概念是建立在受害人自愿且充分了解其可能遭受的损害的基础之上的，因此，受害人也免除了行为人预防相关风险的义务。²⁶ 但是，在海洋文体活动侵权案件中，原告自身参加高危险活动，是否就此能够免除相关人的安全

²² 汪倪杰：《论先行行为与安全保障义务的关系》，载《法学》2022年第9期。

²³ 赵微：《民事侵权与刑事犯罪的理论对接》，载《学习与探索》2003年第2期。

²⁴ 刘凯湘、张海峡：《论不可抗力》，载《法学研究》2000年第6期。

保障义务，对此，司法实践中有着不同的观点。（如表6）

表 6 原告存在重大过错的案件

| 案号 | 事故原因 | 法院认定 | 原告责任 |
|---------------------|------------|------------------------|------------|
| (2017)渝0103民初12809号 | 快艇风浪颠簸受伤 | 原告未能充分注意自身安全 | 承担10%的责任 |
| (2019)粤72民初125号 | 快艇风浪颠簸受伤 | 被告未尽到安全保障义务 | 不承担责任 |
| (2020)川0105民初6036号 | 登船过程受伤 | 摔倒地非特殊，无极端恶劣条件等，且他人未受伤 | 承担80%的责任 |
| (2020)沪0104民初2856号 | 游艇换乘中手被夹伤 | 危险显而易见，应尽注意义务，应避免扶在栏杆上 | 应承担70%的责任 |
| (2021)湘12民终47号 | 颠簸受伤后无及时救治 | 年岁高（61岁），不宜海上游玩，自身存在过错 | 原告承担30%的责任 |

对于自甘风险的考察，决不能从单方面来进行认定，仅以受害人存在自甘风险的可能性就认定其对事故要承担全部责任，还需要从活动风险性、参与人员的专业性、事故的可预见性、受害人身体情况以及受害人主观的过错等多方综合认定。

结语

以SHEL模型理论为分析视角，能够较为清晰的梳理导致事故发生过程前后四个维度之间的系统性关系。在理清事实的前提下，重新梳理海洋文体活动侵权案件认定的“两阶段”的审理思路，首先，对事实评价阶段的因果关系、当事人的过错和其违反的义务进行认定；其次，在责任评价阶段重点考察相关的责任阻却事由是否成立，能否减轻被告的责任；最后，对各方主体责任划分因素进行综合考虑，更加全面的认定此类侵权案件得事故发生原因以及各方责任承担，达到较为清晰统一的裁判逻辑，更好的快速准确的审理此类案件。通过构建出从事实到规范，从规范到责任，从责任再到事实的审理逻辑，将事实贯穿整个审判过程，将因果关系认定和相关主体主观过错两个方面作为重点，运用因果链的认定方法去认定此类案件事故的因果关系，综合考虑相关主体的过错，在司法实践中可以达到更好的效果。

²⁵ 韩勇：《〈民法典〉中的体育自甘风险》，载《体育与科学》2020年第4期。

²⁶ 王利明：《论受害人自甘冒险》，载《比较法研究》2019年第2期。

《人民陪审员法》下专门法院 人民陪审员制度的运行困境与出路

——以上海海事法院为样本

钱旭 王凯悦 计茹涵*

【摘要】

专门法院受理的案件涉及大量专门性事实及法律问题，在适用《中华人民共和国人民陪审员法》吸纳人民陪审员参与案件审判的过程中，面临了不同于普通法院的制度约束与实践困境。本文从人民陪审员制度的现有规则出发，以上海海事法院为例，结合知识产权法院、金融法院等专门法院的审判实践，进行归纳和反思，指出困境与因由，探索可转化、可操作、可指导审判实践的优化模式，并以本课题调研成果为基础，转化形成《海事法院实施人民陪审员制度相关事项问答（建议稿）》文件，供海事法院及其他专门法院在引入人民陪审员参审时予以参考，有效发挥人民陪审员在专门法院案件审理中的重要作用，以民主、公正、高效的专门领域司法响应审判工作现代化具体工作要求，服务保障中国式现代化。

【关键词】

专门法院 人民陪审员 专家陪审员 数字法院

引言

人民陪审员制度与新中国的成立相生相伴，是保障人民群众参与司法的重要途径。新时代背景下，该制度更是被赋予了促进司法公正、增进司法效能的深远内涵。然而，包括海事法院、知识产权法院、金融法院等在内的专门法院，在适用当下人民陪审员制度时，面临了诸多超越普通法院适用逻辑的困境，非但未能充分释放制度优势、助力专门法院高质高效处理案件，反而在落实过程中一定程度牵制案件审理效率。

* 钱旭，上海海事法院海事审判庭副庭长；王凯悦，上海市浦东新区人民法院自由贸易区法庭法官；计茹涵，上海海事法院海事审判庭法官助理。

一、专门法院人民陪审员制度的运行现状与评价

（一）制度溯源

2018年4月27日颁布生效的《中华人民共和国人民陪审员法》（以下简称：《人民陪审员法》）首次以专门立法形式对人民陪审员制度的运行予以规范。该法的实施，是中国特色社会主义法治建设的坚实一步，也是保障公民民主权利、推进司法民主建设新的里程碑。

2023年8月1日生效施行的《最高人民法院关于具有专门知识的人民陪审员参加环境资源案件审理的若干规定》（以下简称：《具有专门知识的人民陪审员参加环资案件审理规定》）首次对有专门知识的人民陪审员做出了规定，人民法院审理的第一审环境资源刑事、民事、行政案件，符合人民陪审员法第十五条规定，且案件事实涉及复杂专门性问题的，由至少一名具有专门知识的人民陪审员参加合议庭审理¹。

而专门法院人民陪审员制度则未出现在现行法律或司法解释中。2011年8月31日颁布生效的《最高人民法院关于海事法院人民陪审员选任工作的意见（试行）》（以下简称：《海事法院人民陪审员选任工作意见》），也仅仅提及了海事法院人民陪审员的选任、使用等事项²，解决了海事法院作为中级法院适用人民陪审员的程序问题，并未涉及在审理专门性案件时适用人民陪审员制度的相关规则。

（二）实践现状——以上海海事法院为例

1、无权限提请选任人民陪审员

从级别来看，专门法院属于中级法院。中级人民法院受理的案件需要由人民陪审员参审的，在其辖区内基层人民法院的人民陪审员名单中随机抽取确定³。而专门法院与辖区内基层人民法院无上下级关系，因此在适用“辖区内的基层人民法院”的概念时存在一定桎梏。

尽管《海事法院人民陪审员选任工作意见》对“辖区”的概念予以了变通，提出海事法院的人民陪审员人选在其所在城市符合条件的公民中产生⁴。但是，全国十一家海事法院所在城市均为直辖市或地级市，相关的基层人民法院数量众多，该意见难以得到有效落实。

当前规则下，上海海事法院在适用人民陪审员制度案件审理时，视其本部所在

¹ 参见《最高人民法院关于具有专门知识的人民陪审员参加环境资源案件审理的若干规定》第一条。

² 参见《最高人民法院关于海事法院人民陪审员选任工作的意见（试行）》第一条至第三条。

地——上海市浦东新区为对标的基层，人民陪审员人选来源于上海市浦东新区人民法院的人民陪审员名册。

2、对人民陪审员专业性要求高

专门法院以其专门性特征立身，案件事实及法律适用均具有极强的专业性。人民陪审员参加三人合议庭审判案件，既参与事实审，也参与法律审⁵。人民陪审员参加七人合议庭审判案件，则仅进行事实审⁶。而法律适用应当在人民陪审员与法官共同认定的事实基础上进行，因此人民陪审员对事实发表意见的重要性更显突出，人民陪审员在事实认定上发表符合专业认知的看法尤为重要。

《具有专门知识的人民陪审员参加环资案件审理规定》的出台也是对这一需求的正面回应。该规定明确提出，人民法院审理的第一审环境资源案件，案件事实涉及复杂专门性问题的，至少需要一名具有专门知识的人民陪审员参加合议庭；中级人民法院审理的环境资源案件，至少需要一名具有专门知识的人民陪审员参加，并组成七人合议庭⁷。

海事法院专门管辖海事海商案件，除了具备涉海要素，大量案件还涉及船舶碰撞损害、养殖损害、海洋工程建设、救助打捞等专业性问题，即使是审判经验丰富的海事法官，在审理过程中也需要借助鉴定等方式认定案件事实。若合议庭组成人员中配置具有专门知识的人民陪审员，则能够在案件审理过程中，针对专业性事实的调查、证据保全的决定、证据交换和勘验、生态环境修复方案的审查、调解或和解协议的审查等事项提供专业意见。

3、对人民陪审员参审需求量大

专门法院主要审理第一审案件。一审案件中，涉及群体或公共利益 / 人民群众广泛关注 / 社会影响较大 / 案情复杂的案件，由人民陪审员和法官组成合议庭进行审理⁸；如果是可能判处较重刑期的刑事案件 / 民事或行政公益诉讼案件 / 涉及社会公共利益或公众安全的案件，则还需要由人民陪审员和法官组成七人合议庭进行审理⁹。

而较之基层人民法院，以及仅对重大涉外案件、在本辖区有重大影响案件进行一审的中级人民法院，专门法院管辖的地域范围更广，受理复杂、重大影响案件的数量更多，对人民陪审员参与案件审理的需求并不逊于甚至远高于前面两者。

除了满足前述条件的传统海事海商案件之外，上海海事法院自 2021 年首次受

³ 参见《中华人民共和国人民陪审员法》第十九条第二款。

⁴ 参见《最高人民法院关于海事法院人民陪审员选任工作的意见（试行）》第一条。

⁵ 参见《中华人民共和国人民陪审员法》第二十一条、第二十二条。

⁶ 同前注。

理涉海洋自然资源与生态环境保护民事公益诉讼，截至 2024 年 3 月，共受理 62 件该类案件。由于涉及公共利益，需要由人民陪审员和法官组成合议庭进行审判，并且，该类案件是根据民事诉讼法提起的公益诉讼案件，需要由法官与人民陪审员组成七人合议庭进行审理。随着近年来国家对破坏海洋自然资源与生态环境的打击力度逐步加大，海事审判“三合一”改革正在稳步推进，审理过程中对人民陪审员的需求将会越来越大。

（三）评价分析

1、人民陪审员制度的价值取向

我国的人民陪审员制度沿袭的是大陆法系的陪审员参审制，人民陪审员与法官共同参与案件审理，进行事实认定并适法作出判决。人民陪审员制度天然就具备的公正、民主和教育等正向功能，但是其主要价值在于实现司法民主化。¹⁰

党的十八大以来，人民陪审员制度有了更为前沿和丰富的内涵及意义，除了体现司法民主的基本价值外，在新的时代背景下，还拓展了促进司法公正和助力案件审理等新功能，已然呈现出体系化的特征，并随着《人民陪审员法》的实施而得到集中体现和快速发展。¹¹《人民陪审员法》第一条便开宗明义，该制度的宗旨在于保障公民依法参加审判活动、促进司法公正、提升司法公信¹²，即实现司法民主、司法公正与司法效能。

2、专门法院人民陪审员制度的适用效果

（1）在司法民主方面

无论是否为专门法院，“人民性”始终是社会主义司法的本质属性¹³，人民陪审员制度是广大人民群众参与司法的重要路径，但专门法院未享有提请选任人民陪审员的独立权限，在人民陪审员的选任渠道、选任程序等方面都受到一定程度的约束。出于专业性的考虑，专门法院可以在权限范围内选任相关领域专家担任人民陪审员，然而专门法院管辖区域内专家数量有限，专门领域圈层有限，一旦有两位或多位专家在同一案件中处于不同法律地位，若缺乏合理的任职回避规则，则难以确保专家陪审员意见公允，而选任其他区域的专家作为人民陪审员，又缺乏法律支撑，并且难以操作。种种客观因素导致专门法院在保障人民群众参与司法、监督司法的过程中，遭遇诸多阻力与不便。

⁷ 参见《最高人民法院关于具有专门知识人民陪审员参加环境资源案件审理的若干规定》第一条、第八条。

⁸ 参见《中华人民共和国人民陪审员法》第十五条。

⁹ 参见《中华人民共和国人民陪审员法》第十六条。

(2) 在司法公正方面

专门法院的设立初衷是审理专门类型案件，专门案件的专业性不仅体现在适用法律层面，同时也体现在事实层面，专门法院审判专业化最大的技术难点就是对事实的认定。普通人民陪审员不是专门性问题领域的专家，却要对专业性的事实进行认定并做出裁判，这种主体和行为不相适应性是制约专业化审判的一个关键因素¹⁴，在专门法院复杂程度较高的案件中，普通人民陪审员不具有专门领域的相关知识和实践经验，仅运用常规逻辑方法对事实进行认定，并不能为查明事实提供有力的智力支持，专业审判缺乏保障，难以实现实体公正。

(3) 在司法效能方面

专门法院对人民陪审员的参审需求量大，但是由于客观要素的缺乏，不仅致使高需求得不到满足，反而对司法治理产生负面影响。一方面，囿于现有可用的人民陪审员名册人员少，参审的程序效率低，当同一时间范围内积累多起需要人民陪审员参审时，除案件实体因素外，案件排期还需要考虑人民陪审员的时间安排等现实问题；另一方面，受制于人民陪审员专业性不足，其在参审过程中难以独立发表具有专业性的判断和意见，参审的实体效率低，治理能级难以提升。

综上，在时代变化下，为严格贯彻落实《人民陪审员法》，在专门法院审判工作中更好发挥人民陪审员制度的价值目标，专门法院在适用人民陪审员制度时，应当坚持以人民陪审员与法官职权分明为现实基础，搭建起一种事实审与法律审有效结合、专业与经验相得益彰、常识判断与专业见解双管齐下的人民陪审员多元结构体系。¹⁵

二、专门法院人民陪审员制度的运行困境与因由

(一) 参审作用的实质发挥

1、选任环节方面

不同于基层人民法院的设立基于行政区划，专门法院的性质天然决定了其设立打破了行政区划的限制。专门法院的辖区往往跨区、市，甚至跨省，而设立在直辖市的专门法院又难以确定与之对标的基层人民法院，根据现有规则进行人民陪审员的选任存在多重现实壁垒，既不能直接套用基层人民法院的选任方式，也无法参考中级人民法院的选任逻辑。

2、案件适用方面

¹⁰ 卞建林、孙卫华：《通向司法民主：人民陪审员法的功能定位及其优化路径》，《浙江工商大学学报》2019年第4期。

¹¹ 陈卫东：《人民陪审员法的价值评析与实施展望》，《人民司法（应用）》2018年第22期。

人民陪审员参与审理的案件特点可总结为：涉及群体利益或公共利益、社会影响大、案情复杂。专门法院的案件中，海事、知识产权、金融等案件却普遍触及群体或公共利益，且涉外性强，易出现较大的社会影响，不仅案情复杂，还具有典型的专业属性和技术属性，按照现有制度，专门法院中相当大比例的案件均应当选任人民陪审员参与审理。

3、参审结果方面

但普通人民陪审员参与专门法院案件审理，反而容易导致司法背离民主性，人民陪审员制度走向形式化，参审作用难以得到实质发挥。一方面，专门法院的法官经过专业方面法律培训，具备专门案件审理经验，在处理一般性专业问题时，足以依靠自身专业水平妥善处理案件；另一方面，普通人民陪审员对专业性案件事实缺乏认识，导致许多人民陪审员在法官面前没有足够的自信表达自己的观点和意见，只能盲目跟随法官的意志和决定，而法官基于避免出现错案和提高审判效率等因素，也会默许这种情况发生，进而使得人民陪审员在审判过程中功能虚化¹⁶。

（二）专门问题的准确处理

1、专门问题包括法律问题与事实问题

专门法院是为专门管辖特定类型案件而设立的人民法院。¹⁷所谓对案件的专门管辖，根据《中华人民共和国人民法院组织法》规定，除了源自特殊领域（军事法院），大部分均是基于其专门性诉讼内容而形成（例如海事法院、知识产权法院、金融法院等）¹⁸，旨在发挥专门法院对特定领域专门问题的裁判权威，实现专门法院形成专业裁判、统一专业司法的价值导向¹⁹。这里所称的专门问题，除了法律问题之外，还包括事实问题。对案件事实做出准确认定是保证裁判正确、实现司法公正的必备要件。

2、专门案件的事实问题难以运用日常生活经验推定

普通法院所受理案件的事实常常与人民群众的日常生活紧密相关，人民陪审员在参与事实审时可以依据生活经验与公序良俗进行评判，而对于特定领域的专业问题，则需要在掌握专门知识的基础上，从特定的证据中提取有价值的信息，才能进行专业性的分析和论证，仅依靠日常生活的惯例、常识无法做出评价²⁰。

3、法律问题的处理需以准确的事实认定为基础

¹² 参见《中华人民共和国民事诉讼法》第一条。

¹³ 尹振国：《引导人民群众依法有序参与司法》，《人民法院报》2018年2月4日第2版。

¹⁴ 参见郑汝伟：《构建我国环境资源案件专家陪审机制研究——兼谈设置专家陪审委员会进行事实审机制构想》，《山东审判》2017年第33期。

无论是参与三人合议庭还是七人合议庭,人民陪审员的重要作用是参与事实审,而法律适用应当在人民陪审员与法官共同认定的事实基础上进行。由此,人民陪审员对事实发表意见的重要性更显突出。尤其是专门法院审理的案件专业属性强,普通的人民陪审员缺乏专业知识,难以支撑其准确进行事实认定,更是难以在法律适用过程中发挥必要作用。

(三) 司法效能的有效提升

1、专家角色的引入

专门法院案件事实复杂、专业程度深、参审难度大,庭前准备、庭审以及庭后工作时间普遍较长。在案件事实涉及专业性争议,法官难以独立处理时,往往还需要鉴定人、专家辅助人等专业人员参与,提供专业意见,审判效率因此受到牵制。

2、专家意见的中立性

鉴定人、专家辅助人等相关人员并非合议庭组成人员,尤其专家辅助人等由当事人申请参与庭审的人员,由于其所处的诉讼地位并非中立,尽管专业知识无利益倾向,但是其依据专业知识所提交的专业意见往往具有偏向性,所以意见证据间产生冲突不可避免,而冲突得不到解决就可能陷入重复鉴定的恶性循环²¹,造成当事人不必要的讼累。

3、专家意见的采信

由于法官不具备对专家意见进行实质审核的专业知识,法官依据鉴定人、专家辅助人等人员提供的专业意见作出判决时,易导致采信意见的说理性和说服力降低,进而降低了当事人对判决的认可度,突出表现就是一审服判息诉率等案件审判质量受到影响。²²

三、专门法院人民陪审员制度的完善建议与构想

(一) 专门法院人民陪审员制度适用的因地制宜:选任扩大与适用限缩人民陪审员制度系公民广泛参与司法的有效路径,其广泛性体现在:一是应保证选任的人民陪审员可以代表普通公众;二是应保证人民陪审员在参与案件审理中发挥实质性作用。对专门法院而言,为实现上述目的,在人民陪审员的选任条件、选任方式、选任数量、参审规则、考核培训等方面,则应因地制宜。

1、专门法院人民陪审员选任的扩大

¹⁵ 廖永安、刘方勇:《社会转型背景下人民陪审员制度改革路径探析》,《中国法学》2012年第3期。

《最高人民法院关于人民陪审员制度改革试点情况的报告》中认为“中级人民法院对人民陪审员的需求不高，单独进行随机抽选的必要性不高”，故建议“中级人民法院直接从辖区基层人民法院的人民陪审员名单中随机抽取，以此确定参审案件的人民陪审员人选”。《人民陪审员法》第十九条也采纳了该建议。然而，海事法院等专门法院虽然级别上属于中级法院，但在审级上仍为一审法院，对人民陪审员的数量需求远大于一般中级法院，上述建议并不当然符合专门法院审判实际。

在《人民陪审员法》下，当前专门法院的人民陪审员主要由其辖区内的基层人民法院的人民陪审员名单中随机抽取部分，再应具体案件需要而在该部分人民陪审员中随机抽取组成合议庭²³，如海事法院现任期内的20名人民陪审员均来自浦东新区人民法院的陪审员名册。在该20名人民陪审员中，年参审案件量呈严重两级分化，个位数年参审案件量与近百年参审案件量的人民陪审员数量相当，另存在从未参审过本院案件的人民陪审员。相较于本院年合议案件量，人民陪审员总数与参审量均难以科学有效匹配，“形同虚设”和“形同法官”的不良状态并存，这也在一定程度上反映出专门法院人民陪审员制度适用的普遍痛点。

依法民主、公开公正、协同高效是人民陪审员选任的基本原则²⁴。为进一步落实人民陪审员制度的民主性和公正性，同时兼顾专门法院特殊需求，保障专门案件审理的效能。本文认为，专门法院的人民陪审员选任权限和选任数量均应予以适当扩大。

(1) 关于选任权限

参照《海事法院人民陪审员选任工作意见》精神，宜作以下完善：第一，专门法院应有权限独立选任人民陪审员。专门法院人民陪审员的选任范围应及于该法院辖区内的符合《人民陪审员法》人民陪审员担任条件的所有公民，而限于仅抽取特定基层人民法院已任命的人民陪审员。此举既能较好地满足作为一审法院的专门法院对人民陪审员的较大需求，又能减少对基层选任人民陪审员的影响，避免出现人民陪审员参审两院冲突的尴尬，同时扩展了公众作为人民陪审员参审案件的机会和路径。

第二，专门法院应有权限接收并审查人民陪审员的任职申请。专门法院应有权会同相关司法行政机关等部门接收并审查担任人民陪审员的推荐和申请，确定人民

¹⁶ 翟李鹏：《专家陪审制度的研究》，《证据科学》2017年第25期。

¹⁷ 何帆：《新时代专门人民法院的设立标准和设置模式》，《中国应用法学》2022年第3期。

陪审员人选并提请任命。专门法院对本院人民陪审员的需求有着更充分的了解，对客观上是否适宜作为本院人民陪审员的情形更能第一时间把握，故应赋予其与基层人民法院同等的接收并审查推荐的权利，既能分担基层人民法院在人民陪审员审查方面的工作量，缓解基层人民法院案多人少的矛盾，又能保证与司法行政机关的协助配合更高效精准。

第三，专门法院应有权限提请任命专家陪审员。专门法院还应有权根据审判需要，选择并提请任命具有专门知识的专家陪审员。由于专门法院没有同级人大，以上任命仍应由候选人的工作单位所在地、户籍所在地或者经常居住地的基层人民法院提请同级人民代表大会常务委员会任命。

(2) 关于选任数量

专门法院选任的人民陪审员总数，可以参照关于基层人民法院人民陪审员选任数量的规定，以本院法官数量三倍为基准，结合本院审判案件的需要动态调整，既能保证从具有广泛性、代表性的不同阶层中按需抽选，最大化制度价值，又能避免人民陪审员数量不足导致参审案件不均衡、“编外法官”以及制约审判效率等问题。

2、专门法院人民陪审员制度的适用限缩

专门法院以审理专业案件为主，此类案件多专业性强、复杂度高、事实认定和法律适用均有其特殊性，对审判人员的专业知识运用能力有一定要求，相较于普通民事甚至刑事纠纷，朴素的道德情感和社会常识认知的运用空间更为有限，甚至有时会得出与专业判断截然相反的结论。故在专门法院的案件审理中，人民陪审员的作用发挥受限，越是疑难复杂影响力大的案件，受限问题体现得越为明显。故本文认为，专门法院在吸纳人民陪审员参加案件审理时，应在法律法规框架下结合具体案由、案情、争议、事实认定和法律适用难度、人民陪审员概况等予以适当限缩，具体表现为以下三个层面。

(1) 公益诉讼必须吸纳

《人民陪审员法》第十五条第一款第一项和第十六条第二项均体现了该原则。人民是依法治国的主体和力量源泉，人民陪审员参加案件审判是代表广大人民群众参与行使国家审判权，其重大意义在于使普通群众与职业法官分享司法权，使民意能够流淌其中，更好地体现裁判的公平公正。²⁵ 故对于公益诉讼案件，必须吸纳人

¹⁸ 参见《中华人民共和国人民法院组织法》第十五条。

¹⁹ 谷佳慧：《我国专门法院的发展困境与模式构建：以“地位—功能”为中心》，《政治与法律》2023年第9期。

²⁰ 翟李鹏：《专家陪审制度的研究》，《证据科学》2017年第25期。

人民陪审员参审。

公益诉讼选择吸纳合议庭组成属于法院的职权范畴，是法院独立行使审判权的重要体现。对于法律没有明确规定必须吸纳人民陪审员参审的公益诉讼，法院可以依照职权或依当事人申请决定是否吸纳人民陪审员参审以及决定参审的人民陪审员数量。

(3) 专业案件定向吸纳

在审理专业案件时，专门法院应准确把握评估人民陪审员参审的难度和效果，有针对性地从专家陪审员中按专业需要分类、随机抽取专家陪审员参审，同时督促审判长正确履行相关指引和提示义务，做到对专业案件定向吸纳人民陪审员，以落脚于“审”代替追求于“陪”，真正发挥人民陪审员制度的效用和优越性。

3、专门法院人民陪审员的培训与考核

依照法定程序担任人民陪审员，是公民的一项权利，也是一项义务。人民陪审员作为法律赋予的、人民群众参与司法的重要形式之一，其作用和地位不可替代。因此，人民陪审员在依法参加案件审理、监督诉讼活动、享有参审保障的同时，也应依法履行参审义务、遵守审判纪律、积极参与法治宣传。为保证人民群众真正享有合法权利和承担相应责任，必须加强人民陪审员制度建设。《人民陪审员法》《人民陪审员培训、考核、奖惩工作办法》等均对此做出了相关规定。

(1) 对专门法院人民陪审员的培训

作为以一般公民身份参与案件审理的人民陪审员，应充分珍惜其以民众的独特视角和朴素价值对案件审查判断的优势和特点，不宜对照法官的标准对其法律素养提出过高要求。对人民陪审员的培训重点应落脚于任职操守、庭审规则和法律认知，引导人民陪审员遵守审判纪律与法官操守，知悉诉讼程序与审判流程，了解裁判规则与判断思路，知晓法律原则与法律常识等。

对于在专门法院参加案件审理的人民陪审员，该培训内容还应包含该专门类别案件所涉特别实体法和特别程序法的基本知识，以保障人民陪审员在专门法院的参审能力，从而确保参审质量和参审效率。

(2) 对专门法院人民陪审员的考核

与之相对应，对人民陪审员的考核应着重关注人民陪审员是否具有怠于履职、

²¹ 参见翟李鹏：《专家陪审制度的研究》，《证据科学》2017年第25期。

²² 同前注。

徇私舞弊、泄露审判秘密等违法违纪行为，如实记录、全面反映人民陪审员参审的真实情况，为后续制定人民陪审员培训计划和完善人民陪审员制度提供参考。

(二) 专门法院人民陪审员制度的特殊形态：专家陪审员制度的适用专家陪审员，系指具有专门知识的专家作为人民陪审员参与案件的审理，旨在帮助法官共同处理诉讼所涉专门性问题。

1、专家陪审员制度的适用现状

《人民陪审员法》虽然并未就专家陪审员制度做出明确的专门规定，但该制度的适用在我国已积累了一定的理论基础，并落成了一定的有益尝试。

(1) 理论基础

早在 1991 年，最高人民法院在《关于聘请技术专家担任陪审员审理专利案件的复函》中即阐明“第一审专利案件，可以根据案件所涉及的技术领域，聘请有关方面技术专家担任陪审员”的观点。2023 年，为依法妥善审理环境资源案件，规范和保障具有专门知识的人民陪审员参加环境资源案件审判活动，最高人民法院发布了《具有专门知识的人民陪审员参加环资案件审理规定》，其中所提及的“具有专门知识的人民陪审员”即为本文所称的“专家陪审员”，该规定为专家陪审员制度的适用和发展提供了重要依据和参考。

(2) 有益实践

2016 年，上海海事法院任命十名来自航运业、保险业、船舶建筑业，就职于海事局、高等院校等单位的专家学者担任上海海事法院首批专家陪审员。该批专家陪审员基于其精湛的专业技能、丰富的实务经验，为海事法院审理海事海商领域的专门案件审判工作提供了有力的技术支持。此外，专家陪审员在金融领域、知识产权领域、环境资源领域也有较多的成功尝试。

2、专家陪审员制度的优势与不足

相较于一般的人民陪审员，专家陪审员优势显著，尤其对于专门法院而言，专家陪审员制度作为人民陪审员制度的一种特殊形态，其在实质效果层面有效弥补了人民陪审员制度在专门法院的力不从心，在理论和实践中均取得了广泛支持和有益尝试。专家陪审员制度在专门法院的适用优势主要体现在以下三个方面。

(1) 有利于专业性案件专业问题的准确解决

²³ 参见《中华人民共和国人民陪审员法》第十九条。

²⁴ 参见张嘉军：《人民陪审员制度：实证分析与制度重构》，《法学家》2015 年第 6 期。

由《人民陪审员法》关于人民陪审员选拔条件和评议规则²⁶的规定可知，相较于法律适用，在案件事实认定方面我们对人民陪审员有更多的期待，毕竟“认定事实，每为适用法律之前提。”²⁷无论是海事、金融还是知识产权，专门法院涉案件事实的认定大多与专业问题的解决息息相关。在专业问题的解决上，专家陪审员显然比一般人民陪审员、甚至比法官更加专业可靠，更能为专业问题的准确解决提供智力支持。进而，专家的专业性能够有效避免合议庭因认知局限造成的偏颇误判，有利于专业性案件的裁判结果更能为相关行业和公众信服，司法公信力进一步提升²⁸。如在一起船舶修理引发产品质量纠纷的案件中，因涉及齿轮及齿轮箱运转等轮机工程的相关专业技术知识，上海海事法院邀请具有丰富修造船经验的专家陪审员助力高效调处多起船舶建造合同纠纷²⁹，均取得良好法律效果和社会效果。

(2) 有利于专业性案件诉讼进程的高效推进

诉讼参与者中的专家证人、专家辅助人，诉讼程序中的评估、鉴定、征询等，都是辨明专业性问题的常见方式，其引入和适用遵循特定流程，耗费相当的时间和物力。专家陪审员既具备丰富的专业知识，又能全面直接接触证据，在专业性问题的辨明上独具优势。专家陪审员一方面能直接高效输出专业性见解，正向推动审判效率；另一方面能对案件评估、鉴定等的必要性给出专业性建议，反向削减冗余程序。在审判实践中，专家陪审员对诉讼进程的推进效果毋庸置疑。

(3) 有利于专业性案件中人民陪审员作用的实质性发挥

人民陪审员的选任排除了对法律专业人士的选择，旨在为司法案件的审理提供群众视角。然而实际运行中，常常存在人民陪审员由于对案件事实和法律认识不充分、对自身观点不自信，从而不主动、不愿意、不独立发表意见的“陪而不审”“审而不议”的情形，该情形在专门法院专业性案件的审理过程中尤为突出。而专家陪审员作为专业人士，对专业问题的见解往往较法官更深入更独到，参与审议的意愿和能力也更强³⁰，进而能够对合议庭案件审理，特别是事实认定部分发挥实质性作用。

诚然，在诸多优势之外，选择基数有限、中立性问题等客观因素仍然是专家陪审员优势发挥的主要制约因素，包括专业性意见的分歧、行业利益的牵扯与冲突等，需以专家陪审员制度的构建和完善来应对，详见下文论述。

3、专门法院专家陪审员制度的构建和完善

²⁵ 最高人民法院政治部：《〈中华人民共和国民事诉讼法〉条文理解与适用》，人民法院出版社 2018 年版。

²⁶ 参见《中华人民共和国民事诉讼法》第二十条至第二十三条。

专家陪审员制度不是一项凭空而起的制度，其根植于人民陪审员制度，系人民陪审员制度的特殊形态，在专业性案件的审理上弥补了人民陪审员制度的不足，在专业法院更具生长的土壤。关于专家陪审员的选任与维护、专家陪审员的参审规则和方式等方面仍缺乏明确的规定和成熟的样板，有待进一步探索完善。

专家陪审员的选任与维护，是专家陪审员制度的核心问题，是维护专家陪审员中立性的前提条件。本文认为，在当下《人民陪审员法》下，专门法院专家陪审员的选任范围可限于相关行业的行政主管部门、科研院所、高等院校、企业、社会组织等单位从业三年以上的专业人员，由其个人申请或所在单位、行业协会等推荐，由各专门法院依据审判需要，经与司法行政部门协商，确定不同领域专家名额和候选人提请任命，就专家陪审员单独建库，定期维护专家陪审员的数量和资质，保证专家陪审员的代表性和权威性。如海事法院可就船舶碰撞、共同海损、货损货差、海洋环境资源等领域分别选任一定数量的专家陪审员，以便有针对性地吸收不同领域的专家陪审员参与不同专业性案件的审理。

专家陪审员的参审规则和方式，是专家陪审员制度的主要内容，是维护专家陪审员中立性的重要保证。是否吸纳人民陪审员参加审理、是否吸纳专家陪审员参加审理，除法律强制性规定外，法院有权依职权决定，当事人也有权申请³¹。对参加案件审理的专家陪审员，应严格遵守在专家陪审员名库分类随机抽取的原则，遵守回避制度，严格区分专家陪审员和专家证人、专家辅助人、鉴定人等的身份区别和参审方式，在充分尊重专家陪审员发表意见和表决的权利的同时，不应免除合议庭法官适当指引、充分评议和客观裁判的职责，亦不应因专家陪审员的引入而减损当事人依法申请有专门知识的人辅助诉讼或提起评估鉴定的权利。

（三）与专门法院数字法院建设的有效衔接：人民陪审员全流程网上办案功能的嵌入便民化、数字化、智能化，以科技创新推进数字法院和一站式诉讼服务中心建设，既是当下司法发展新形势下的必然要求，也是实现高效审判的必由之路。在人民陪审员制度的适用方面，数字法院建设为人民陪审员参审提供了更广阔的渠道和更便捷的方式。

1、在线阅卷

依托数字法院电子卷宗同步生成技术，人民陪审员可以作为合议庭成员，随时

²⁷ 李学灯：《证据法比较研究》，五南图书出版公司 1992 年版，序部分。

²⁸ 参见陈光中：《略谈司法公信力问题》，《法制与社会发展》2015 年第 5 期。

²⁹ 参见上海海事法院：《船舶修理引发产品质量纠纷，专家陪审员为审判注入“技术含量”》，

<https://shhsfy.gov.cn/hsfyytwx/hsfyytwx/spgk1356/spdt1420/2018/06/27/2c93809964402df401644088a86b0181.html>，最后访问时间 2023 年 10 月 28 日。

随地在线完成卷宗查阅，促进人民陪审员对案件材料形成更全面充分的了解，高效参审参议。打破了囿于纸质卷宗的查阅限制，人民陪审员无需提前预约赴法院查阅卷宗，也解决了传统阅卷情况下，如遇客观障碍当庭才能查阅卷宗的问题。

2、在线开庭

互联网在线开庭的发展和推广，在便捷当事人诉讼的同时，也让人民陪审员参加庭审的时间更机动灵活，减少了因参加庭审而对人民陪审员生活、工作的影响，特别是对于在职的人民陪审员，其参审的成本得以有效降低，参审的积极性大大提高。

3、在线评议

人民陪审员作为合议庭中的一员，其履责尽职不仅体现在庭审，更应体现在评议。与以往法院线下评议模式相比，在线评议节约了人民陪审员来往法院的交通时间，合议庭可以随聚随议，多次充分评议。人民陪审员可以在线发表评议意见，在线完成对评议笔录的确认和数字签名。

此外，基于全流程网上办案功能的支持，人民陪审员跨区域参审案件变得简单可行，从而为专门法院对人民陪审员，特别是专家陪审员的选择扩展了空间，不同专门法院和基层人民法院之间可以有条件地共享专家陪审员名库，使疑难复杂的专业性案件全国专家“会诊”变得可能，赋予了人民陪审员制度效用新时代新的实现路径。

以上海海事法院为例，作为专门法院，上海海事法院在专业化审判、数字化赋能方面一直坚持推动将数字法院建设成果切实运用到案件全流程办理之中。2017年6月，全国第一家数字法院实践基地——智慧海事法院（上海）实践基地挂牌成立。2022年至今，在人民陪审员参审的案件之中，已逾80%是通过互联网在线完成，初选人民陪审员的参审率显著提高。

四、课题成果转化

据本课题研究成果提炼形成《海事法院实施人民陪审员制度相关事项问答（建议稿）》，供海事法院及其他专门法院在引入人民陪审员参审时参考。（见附件）

³⁰ 参见何家弘：《中国陪审制度的改革方向》，《法学家》2006年第1期。

³¹ 参见高翔：《陪审员参与民事案件事实认定程序构建论》，《现代法学》2018年第3期。

附件：

海事法院实施人民陪审员制度相关事项问答（建议稿）

一、问：海事法院选任人民陪审员的权限范围？

答：第一，海事法院人民陪审员的选任范围应及于该法院辖区内的符合《人民陪审员法》人民陪审员担任条件的所有公民，而限于仅抽取特定基层人民法院已任命的人民陪审员。第二，海事法院应有权会同相关司法行政机关等部门接收并审查担任人民陪审员的推荐和申请，确定人民陪审员人选并提请任命。第三，海事法院还应有权根据审判需要，选择并提请任命具有专门知识的专家陪审员。第四，由于海事法院没有同级人大，以上任命仍应由候选人单位所在地、户籍所在地或者经常居住基层人民法院院长提请同级人民代表大会常务委员会任命。

二、问：海事法院人民陪审员的数量设置？

答：海事法院选任的人民陪审员总数，可以参照关于基层人民法院人民陪审员选任数量的规定，考虑不存在上级抽选需求，以本院法官数量三倍为基准，结合本院审判案件的需要动态调整。

三、问：人民陪审员参与海事法院案件审理的基本原则？

答：《中华人民共和国人民陪审员法》第15条就需要人民陪审员参加合议庭审理的案件类型作出了规定：一是涉及群体利益、公共利益的；二是人民群众广泛关注或者其他社会影响较大的；三是案情复杂或者有其他情形，需要由人民陪审员参加审判的。

海事法院对吸纳人民陪审员参审的案件范围，以公益诉讼必须吸纳、私益诉讼选择吸纳、专业案件定向吸纳为原则，有权在法律法规框架下结合具体案由、案情、争议、事实认定和法律适用难度、人民陪审员概况予以适当限缩。

四、问：人民陪审员参与海事法院案件审理的案件范围？

答：是否吸纳人民陪审员参加审理、是否吸纳专家陪审员参加审理，除法律强制性规定外，法院有权依职权决定，当事人也有权申请。

五、问：担任海事法院专家陪审员的资格条件？

答：海事法院专家陪审员的选任可限于相关行业的行政主管部门、科研院所、

高等院校、企业、社会组织等单位从业三年以上的专业人员，由其个人申请或所在单位、行业协会等推荐，由海事法院依据审判需要，经与司法行政部门协商，确定不同领域专家名额和候选人提请任命，就专家陪审员单独建库，定期维护专家陪审员的数量和资质，保证专家陪审员的代表性和权威性。

如海事法院可就船舶碰撞、共同海损、货损货差、海洋环境资源等领域分别选任一定数量的专家陪审员，以有针对性地吸收不同领域的专家陪审员参与不同专业性案件的审理。

六、问：担任海事法院专家陪审员的特殊资格要求？

答：首先，专家陪审员也是人民陪审员，不具有身份上的特殊性。其次，专家陪审员制度的设立目的在于解决案件审理中专门性事实查明的特殊困难，因而必须符合具备海事法院所管辖案件领域专门知识的基本要求。再次，考虑到各地实际情况，不宜对专家陪审员的资格设置过高的标准，即只要达到一定程度的专业性即可。最后，专家陪审员既可以是“专门领域相关行政主管部门、科研院所、高等院校、企业、社会组织等单位从业三年以上”的现职人员，也包括符合上述条件的离任、退休等人员。

七、问：海事法院选任专家陪审员参与案件审理的程序？

答：对参加案件审理的专家陪审员，应严格遵守在专业名库随机抽取的原则，遵守回避制度，严格区分专家陪审员和专家证人、专家辅助人、鉴定人等的身份区别和参审方式，在充分尊重专家陪审员发表意见和表决的权利的同时，不应免除合议庭法官适当指引、充分评议和客观裁判的职责，亦不应因专家陪审员的引入而减损当事人依法申请有专门知识的人辅助诉讼或提起评估鉴定的权利。

八、问：人民陪审员任职前的培训内容？

答：第一，对人民陪审员的培训重点应落脚于基本的操守、规则和法律常识，帮助人民陪审员遵守审判纪律与法官操守，知悉诉讼程序与审判流程，了解裁判规则与判断思路，知晓法律原则与法律常识等。第二，基于人民陪审员身负重任，在合议庭中对裁断事实和适用法律均有权发表意见，对于在专门法院参加案件审理的人民陪审员，该培训内容还应包含该专门法院涉特别实体法和特别程序法的基本知识，以促使人民陪审员进一步提高在专门法院的参审的能力，从而进一步提升参审

质量和参审效率。

九、问：对人民陪审员的考核要求？

答：对人民陪审员的考核应着重关注人民陪审员是否具有怠于履职、徇私舞弊、泄露审判秘密等违法违纪行为，如实记录、全面反映人民陪审员参审的真实情况，以为后续制定陪审员培训计划和完善人民陪审员制度提供参考。

解构与调试： 无单放货归责路径再审视

嵇钰涵 何永宏*

【摘要】

无单放货纠纷案件审理中，承运人会基于提单效力、因果关系构成以及航运、交易惯例等事项提出抗辩，但往往难以获得法院支持。究其原因，司法实践难以突破无单放货即违反凭单放货法定义务的固定思维，在提单效力、请求人权利基础等方面存在不足，归责过程事实考察趋于片面。鉴于无单放货对国际货物流通的现实价值，以及国际贸易及信贷融资形态多元化的发展态势，司法实践在无单放货责任认定过程中应把握好个案情形及当事人真实意思表示，按照请求人的诉因选择合理审查其权利基础，在充分考察涉案贸易流程、信贷融资安排等事实，以及特殊类别货物海上运输交付特点等航运惯例的基础上，准确认定损失原因，进而对承运人是否应当担责任作出合理判断。

【关键词】

无单放货 提单效力 权利基础 因果关系

一、无单放货典型案件及司法审查现状

案例1及关联案件：舜天公司与苏普尔公司签订《委托代理进口协议》，由舜天公司代理苏普尔公司进口化学品，承运人万邦公司在苏普尔公司未目前学界对文体活动侵权案件的研究集中于对《民法典》规定下的自甘风险认提供提单的情况下将货物交付给苏普尔公司，舜天公司未能收回货款，遂提起诉讼向万邦公司主张无单放货赔偿责任。¹

案例2及关联案件：承运人三富会社浦顺公司出具的保函将货物交付给浦顺公司，浦顺公司提取货物后从开证银行恒丰银行处取得了一套正本提单，并将该正

* 嵇钰涵，南京海事法院海商审判庭法官助理。何永宏，江苏省高级人民法院民四庭法官。

本提单交还给三富会社，浦顺公司资金链断裂未能清偿恒丰银行垫付的提单项下的货款，恒丰公司提起诉讼向三富会社主张无单放货赔偿责任。²

案例 3：岚山中行与广信公司之间存在长期的贸易融资合作关系，广信公司多次向原告岚山中行申请开立信用证用以对外购买聚合级丙烯。承运人中远公司接受凌洲公司保函，将货物交付给无单提货人广信公司，岚山中行作为提单持有人起诉承运人中远公司，要求其承担无单放货责任。

| 案名 | 承运人抗辩事由 | 法院是否支持 | 最终裁判结果 |
|-----|--|--|----------|
| 舜天案 | 1. 近洋运输化工品无需凭借正本提单放货系航运惯例。 | 未支持 | 承运人承担责任 |
| | 2. 舜天公司与苏普尔公司签订的《委托代理进口协议》约定，舜天公司可以留置苏普尔公司所有的财产包括提单下的货物，案涉货物归苏普尔公司所有。虽然舜天公司持有提单，但案涉提单的物权功能已经被忽略。 | 未支持 | |
| | 3. 舜天公司默许苏普尔公司在 2000 万元的额度内先行提货，等货物加工出售再补足此前拖欠的贷款，且苏普尔公司多次在无正本提单情况下从多个承运人处提取货物，舜天公司默许无单放货。 | 未支持 | |
| 恒丰案 | 1. 近洋化工品运输无单放货已经成为航运惯例。 | 裁判说理肯定了该惯例，但并非裁判结果主要依据 | 承运人不承担责任 |
| | 2. 银行取得正本提单时无单放货行为已经发生，银行的质权自始不存在。 | 未支持 | |
| | 3. 恒丰银行向浦顺公司交还一份正本提单之后，其享有的质权不能对抗承运人，不具有主张侵权责任的权利基础。 | 支持 | |
| | 4. 银行交还正本提单以及浦顺公司在信贷合约下违约是银行损失的真实原因。 | 裁判说理阐述了银行交还提单行为与其损失的关系，但并未提及银行损失与贷款人失信 | 贷违约之间的关联 |

¹ 上海中船重工万邦航运有限公司与江苏舜天国际集团机械进出口有限公司、第三人盐城市苏普尔化学科技有限公司海上货物运输合同纠纷案，武汉海事法院（2015）武海法商字第 01633、01634 号，二审湖北省高级人民法院（2019）鄂民终 1218、1219 号民事判决，再审（2020）最高法民申 2397、2385 号案件。

² 恒丰银行股份有限公司上海分行诉三富海运株式会社海上货物运输合同纠纷案，南京海事法院（2020）苏 72 民初 678、679 号，二审江苏省高级人民法院（2021）苏民终 1926、1986 号案件。

³ 中国银行股份有限公司日照岚山支行与深圳中原龙鹏液化气运输有限公司海上货物运输合同纠纷案，武汉海事法院（2018）鄂 72 民初 883 号，二审湖北省高级人民法院（2019）鄂民终 798 号。

| 案名 | 承运人抗辩事由 | 法院是否支持 | 最终裁判结果 |
|-----|--|--------|---------|
| 岚山案 | 1. 岚山中行与广信公司之间存在长期的贸易融资合作关系，案涉货物不具备长期岸罐储存条件，货到目的港后，通常由广信公司安排货物进口报关并凭贸易对家给予承运人保函在目的港直接提取货物。 | 未支持 | 承运人承担责任 |
| | 2. 广信公司以转卖所得来归还岚山中行的垫付款，一旦发生欠款，岚山中行除通过实现融资协议下的各种债权担保外，还存在着以融资欠款转为流动资金贷款的模式将应收账款转换成流贷。案涉提单仅作为结汇单据，而不作为信用证项下垫付货款的担保。 | 未支持 | |

以上三起典型的无单放货案件可以看到：

（一）承运人违反法定义务抗辩较难获得支持

实践中承运人的抗辩理由集中在三个角度：1. 有关提单效力及表征权利的抗辩，即无单放货后提单不再表征特定权利、请求人虽持有提单但并不享有主张无单放货责任的权利基础；2. 请求人的损失与承运人无单放货行为之间不具有因果关系；3. 请求人知晓或默认特殊类型货物海上货物运输无单放货的惯例或是知晓或默认无单交货的习惯。通常而言，作为主张赔偿责任的一方，请求人仅需提供全套正本提单来证明承运人本应向其交付货物，并证明其因未收到货物而遭受损失，举证责任即告完成。另一方面，除非存在法定免责事由，承运人因违反凭单交货的法定义务，法院一般会认定承运人构成无单放货。承运人经常提及的上述三个方面的抗辩理由，尤其是第2、3类型较难获得法院支持，裁判说理通常以证据不足等原因予以驳斥。案例2中虽然法院对承运人的第2、3项类别的抗辩给予一定确认，但从该案裁判说理的整体内容看，目的仅在于补强主要裁判理由，案例2最终认定承运人不承担责任的主要原因在于，承运人已经收回了一份正本提单，原告银行提起无单放货之诉时并未持有全套正本提单，法院认定其不具有主张无单放货责任的权利基础。

（二）对提单效力认识补足影响权利审查

案例1中，承运人抗辩称，基于出口代理协议，原告舜天公司即出口代理人持有的提单不具有“物权功能”。案例2中，提单流转至原告恒丰银行处时，案涉提

单项下货物已经由承运人无单放货，故承运人抗辩称原告恒丰银行的权利质权自始不存在。针对恒丰银行交还了一套正本提单给无提单提货人的事实，承运人进一步抗辩称恒丰银行缺乏提起无单放货侵权之诉的权利基础。提单究竟表征何种权利？无单放货之诉中的原告究竟能否凭借非全套正本提单向承运人主张无单放货赔偿责任，可以提起违约之诉吗？这些问题在裁判文书中未见明确观点。学界和实务界长久以来关于提单是物权凭证还是债权凭证的讨论，导致司法者和当事人对提单的效力认定模糊，甚至很多情况下会出现表述上的不统一，如“物权凭证”“所有权凭证”，对无单放货案件审判而言，缺乏对提单效力问题清晰的认识，会间接影响到请求人在无单放货案件中的诉因选择、抗辩理由，以及法院基于不同诉因对请求人举证义务的分配与审查，最终会影响裁判结果。

（三）承运人归责依据事实趋于片面

依据现有司法实践，法院审查无单放货案件的基本思路如下：一是正本提单持有人权利是否完整，即是否持有全套正本提单；①二是承运人是否存在无单放货行为，且是否存在法定免除责任的事由；②三是关于正本提单持有人的损失是否存在。虽然提单签发和流转、货物运输、交付等事实是无单放货案件的审查重点，但无单放货案件往往会涉及到除海上货物运输关系之外的其他法律关系。案例1涉及委托进口代理关系，正本提单持有人系外贸代理人。案例2中涉及信用证关系，案例3中承运人主张开证行和开证申请人之间还存在流动资金贷款关系，正本提单持有人系银行。案例1由于委托进口代理法律关系项下委托方违约，作为非违约方的代理人依据运输合同关系主张承运人无单放货赔偿责任。案例2、3由于开证申请人违约，正本提单持有人银行基于提单主张承运人无单放货赔偿责任。从目前司法实践来看，法院对承运人责任认定的路径还是总体围绕着违反法定凭单放货义务这一主线来进行，对于运输法律关系以外的事实，如买卖合同、信贷合同涉及的事实，法院在裁判中似乎尚未给予足够重视。

二、无单放货后正本提单效力认定与调试

提单的效力问题是审理与海上运输合同相关纠纷的基础。无单放货案件的特点在于，承运人放货行为可能先于提单流转至权利人。在这种情形下，提单效力应当如何理解？

① 上海海事法院关于《无单放货纠纷类案办案要件指南》规定，审查原告的重要依据是“原告需要提交全套正本提单，表明其是唯一的合法权利主体”。

② 例如《无单放货司法解释》第七条、第八条。

《最高人民法院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》(以下简称《无单放货司法解释》)第三条规定,正本提单持有人向承运人提起违约或侵权之诉主张赔偿责任。从文义上看,该规定的隐含前提是:即便无单放货已经发生,正本提单仍具有效力,那么这是否意味着案例2承运人提出的抗辩,“既然货物已经无单交付,提单流转至银行便无法产生设立质权的效果”,当然不成立?事实上,提单效力何时终止,又以何为限,在很多国家都存在争议。

(一) 大陆法系绝对说和代表说之分野

大陆法系国家通常认为,提单交付可产生与货物交付具有同等效力。^①但承运人是否实际占有货物,也即货物是否已经交付,是大陆法系国家不同学说之间提单是否具有效力的分歧所在。^②

绝对说认为,提单交付是货物占有转移的绝对方式,是民法占有转移方式以外来自商法的特别占有取得方式,即便承运人丧失对货物的直接占有,提单的交付仍可等同于货物交付。^③由此,在提单持有人获得提单晚于承运人无单放货的情况下,提单的流转仍可以视为货物占有的移转,提单持有人可以依据基础法律关系享有物权,例如货物所有权或质权。与绝对说不同,代表说认可提单交付与货物交付形成同一效果,但以货物属于承运人占有为基本前提。^④这也意味着在承运人向无单提货人交付货物后,提单的移转不再发生产生等同于货物占有转移的效果,正本提单持有人即便持有提单,也与占有货物并不等同。我国台湾地区即采用代表说观点,“倘运送物已遗失或被盗用,而不能回复其占有,或已为第三人善意受让取得者,则载货证券持有人纵将载货证券转让与他人,亦不发生货物所有权移转之物权效力”。

(二) 英美法系国家的立场

英国法官戴蒙德认为,如果承运人凭保函将货物交付提单就不再是 document of title (为保证准确性,本文笔者不就 document of title 这一概念进行翻译,^①这将极大地降低提单作为 document of title 的价值,也将减少提单对于银行家和其他信赖其作为担保的人的价值,将给欺诈以可乘之机。^②也有学者表示,如果承运人违反运输合同约定,且托运人对承运人违约行为表示接受(承运人接受托运人提供的保函无单放货的情况正属于此种情况),从原则上来说这样的提单不应再是 document of title,但从政策上来说仍应当认定为 document of title,否则将损害已付款善意提单

^① 参见王文军:《提单物权效力的法律构成》,载《清华法学》2010年第4期,第104-105页。

^② 同上。

^③ 参见张特生:《海商法实务问题专论》,五南图书出版公司1998年版,第170-176页。

^④ 参见张新平:《海商法》,中国政法大学出版社2002年版,第216页。

^⑤ 参见梁宇贤:《海商法精义》,作者自刊1996年版,第168页,转引自王文军:《提单物权效力的法律构成》,载《清华法学》2010年第4期,第105页。

受让人的权利。^③另有学者明确指出，为了保障货物错误交付后正本提单持有人的权利，只有在货物交付给真正权利人时，提单才会失去效力。否则，正本提单持有人将无法寻求救济，这也确保承运人不会因为提单的流转永远处于不安全的状态（因为很有可能承运人凭保函放货给真正权利人，且提单一直未能收回）。^④

而就成文立法而言，英国《1992年海上货物运输法案》从提单持有人合同诉权的角度确认了货物交付后提单的部分效力。英国法律委员会认为，承运人一旦交付货物，提单就不再是“仓库的钥匙”，^①但这并不影响提单持有人仍享有诉权。^②鉴于此，该法案第2(2)条规定，货物交付后，持有提单的人不能凭借提单要求承运人交付货物，但如果正本提单持有人收到提单是基于货物交付前的约定或安排，正本提单持有人仍享有对承运人的合同诉权。^③英国《1992年海上货物运输法案》特别还对货物交付后仍享有合同诉权的正本提单持有人的范围作出了限制，目的在于避免那些虽持有人提单但并不真正享有商业利益的主体向承运人提起诉讼。^④

（三）强调当事人合意在认定提单效力过程中的作用——以新加坡判例为例

新加坡上诉法院近期在 the luna 一案中，^⑤基于当事人之间的合意，认定案涉提单既非运输合同的证明，也非 document of title。因此卖方凭借正本提单向承运人无单放货责任的主张不成立。本案中，卖方以 FOB 的方式向买方销售燃油，案涉燃油被装载到承运人的燃油驳船上。在装载过程中，承运人签发了正本提单，但案涉提单一直由卖方持有。之后，买方未能支付款项，卖方基于其持有提单申请扣押承运人的燃油驳船。新加坡上诉法院认为，应结合提单签发的背景情况，贸易合同的签订情况来综合认定提单效力。本案中，一是卖方给予买方 30 天的信用期限以支付款项，使他们能够在此期限内出售燃油并使用销售收入在期限内支付卖方；二是货物价款支付并不借助于提单的交付，买方依据卖方开具的发票及货物数量证书付款；三是案涉销售合同未涉及提单。基于上述事实，法院认为，在买卖双方之间，买方无需凭借正本提单提货，买方能够在燃油装载到燃油驳船上后立即处理和转售燃油。同样，卖方也并不以来提单作为其价款风险的担保。因此，案涉提单并不具有提单的传统功能，卖方也不能凭借该提单去主张承运人承担赔偿责任。

上述案例体现的裁判精神与英国学者的观点不谋而合。托德教授曾表示，虽然提单的效力与货物是否已经交付或是货物是否交付给真正权利人有关，但判断提单

^① 为保证准确性，此处笔者不就 document of title 这一概念进行翻译。

^② the Future Express [1992] 2 Lloyd's Rep 79, p. 99

^③ Guenter Treitel and F. M. B. Reynolds, Carver on Bills of Lading, London: Sweet & Maxwell, 2017, para. 6-039.

^④ Paul Todd, Bills of Lading and Bankers' Documentary Credits, London: Informa, 2007, para 7.86

的效力更应当关注当事人的意图，如果通过当事人提供的证据、特定贸易的交易习惯等其他信息，可以得出当事人仍希望通过提单来转移货物占有，进而发生货物所有权或其他担保权利的效果，^①那么提单就仍应当是 document of title。

（四）反思与小结

由以上可见，大陆法系的绝对说更符合我国《无单放货司法解释》第三条的立场，提单并不会因货物是否已经交付而失效。英美法系国家对货物交付后提单效力的不同观点让我们关注到如下两个问题：一是在无单放货场景下，是否要对提单效力加以限制？如果提单效力未作任何限制，那么在诸如国际链条买卖的情况下，承运人是否会在很长一段时间或永远陷于贸易领域的风险之下？笔者认为，我国法律未像《1992年海上货物运输法案》作出明确限制，但依据《无单放货司法解释》第十四条规定，正本提单持有人以承运人无正本提单交付货物为由提起的诉讼，明确了无单放货案件适用《海商法》第二百五十七条一年诉讼时效规定，这样安排可以在一定程度上避免承运人因提单的无限次流转而长期处于被追索的风险中。

二是在我国法律语境下，提单效力是否也会受到当事人合意的影响？如果当事人主张特定的商业习惯，认为正本提单持有人持有提单并非以间接占有货物为目的，或者否认当事人不再借助提单完成货物占有移转以至实现货物所有权转移的效果，我国司法者是否可以据此认定提单并不具有其传统效力？案例3中，承运人虽主张根据广信公司与岚山支行的交易往来，提单仅系结算凭据，但法院对此未予支持。笔者认为，The Luna一案的裁判结果表明，提单在特定场合下存在突破其传统功能的可能性。提单并非一经签发便需要表征特定权利，提单效力的起点和终点均是商业共识所赋予的。提单能否作为权利依据的核心仍在于当事人遵照传统交易惯例，依据提单流转来实现承运人实际占有之下货物的移转，并在通常情况下伴随着货物所有权或其他担保物权的移转或设立。如果法官基于当事人之间交易历史的相关证据，足以认定当事人并不依赖提单去完成货物占有转移，并且也不借助提单权利凭证功能确保货物交付安全等，那么在特定当事人之间提单效力的认定可以具有适度弹性，法官甚至可以在证据充分的情况下突破提单传统功能对提单的效力予以认定，相应地，承运人无单放货的行为也应当给予与提单效力匹配的司法评价。

^① 依据笔者理解，英国法下提单作为 document of title 的重要意义就是持有提单即可要求承运人向其交付货物，英国《1992年海上货物运输法案》作此规定，实质是否定了货物交付后提单作为 document of title 的效力。

^② The Law Commission and The Scottish Law Commission (LAW COM. No. 196), Rights of Suit in respect of Carriage of Goods by Sea, para. 2.42.

^③ 英国《1992年海上货物运输法案》第2条。

^④ The Law Commission and The Scottish Law Commission (LAW COM. No. 196), Rights of Suit in respect of Carriage of Goods by Sea, para. 2.43-44.

^⑤ [2021] SGCA 84.

三、无单放货案件请求人权利基础认定及调试

《无正本提单司法解释》第三条允许正本提单持有人依据违约之诉或侵权之诉向承运人主张无单放货赔偿责任，但司法实践对于正本提单持有人提起无单放货之诉权利基础的认定，有疏于区分违约之诉和侵权之诉，趋于形式审查权利的倾向，究竟违约之诉和侵权之诉对请求人的权利审查能否适用同一标准？持有全套正本提单是否当然是认定请求人享有权利基础的依据？银行主张权利质权源于何处，应如何审查？这些疑问将在这一部分作以审视。

（一）违约之诉请求人的权利审查：请求人系全套正本提单合法持有人

对于《无单放货司法解释》规定正本提单持有人有权选择违约之诉要求承运人承担无单放货赔偿责任，正本提单持有人主张违约责任，实质是基于提单所证明的海上货物运输合同，要求承运人承担未凭单交货的违约责任。此处请求人的权利来源于正本提单本身，因此提单的合法流转是请求人基于违约之诉主张权利的前提。在《无单放货司法解释》（征求意见稿）中，曾有意见认为该司法解释第二条中正本提单持有人应有所限制，只有合法途径取得正本提单的人，如经托运人背书转让的指示提单持有人，才有权向承运人提起无单放货之诉。^①笔者认为，上述关于合法提单持有人的定义对于审查以违约之诉主张承运人无单放货责任的原告是否具备胜诉的权利基础具有参考意义。此外，请求人是否持有全套正本提单也关涉其权利是否完整，如果请求人无法提供全套正本提单，不应认定具有提起无单放货违约之诉的权利基础。

（二）侵权之诉请求人的权利审查：请求人享有物权

依据《民法典》第一千一百六十五条规定：“行为人因过错侵害他人民事权益造成损害的，应当承担侵权责任。”无单放货侵权之诉的前提是承运人侵害了正本提单持有人的民事权益，而在无单放货案件语境下，民事权益可以进一步解释为物权，即请求人应证明相关物权受到侵害，才能基于侵权之诉向承运人主张无单放货赔偿责任。

我国学界已基本形成一致的意见认为，提单流转表征货物占有转移，鉴于此，在我国法律框架内解释，提单的交付可以满足动产物权变动的成立要件。依据我国物权变动理论，提单的物权变动需要依靠当事人转移物权的意思表示，尤其是货物

^① 为保证准确性，此处笔者不就 document of title 这一概念进行翻译。

^② the Future Express [1992] 2 Lloyd's Rep 79, p.99

^③ Guenter Treitel and F. M. B. Reynolds, Carver on Bills of Lading, London: Sweet & Maxwell, 2017, para.6-039.

^④ Paul Todd, Bills of Lading and Bankers' Documentary Credits, London: Informa, 2007, para7.86

的所有权变动。在货物所有权变动的问题上，当事人的合意是可以排除基于交付发生物权变动的重要原因。如果当事人约定了交付以外的移转时间，其结果是，既然货物的交付不产生所有权变动的效力，那么提单的交付也不能产生所有权变动的效力，因为提单的物权效力只是将提单的交付与货物交付在效力上划上等号，除此以外别无其他功效。^①既然提单流转并不当然带来货物所有权转移，那么正本提单持有人则并非当然享有货物所有权或其他担保物权，因此，持有全套正本提单的当事人并不当然有权提起无单放货之诉，而持有非全套正本提单的当事人又有可能是真正的权利人，因此权利人是否持有全套正本提单不应作为认定侵权之诉的请求人是否具有权利基础的依据。

对于无单放货侵权之诉的请求人究竟应作何种要求，司玉琢认为，提单持有人以侵权为诉因，向承运人提起侵权之诉，必须承担举证责任，第一，证明自己享有所有权；第二，正本提单持有人要证明承运人对货物所有权知情，否则不应认定承运人承担责任。原因在于，对于能够作为侵权行为处理的违约行为，除法律有明确规定情况以外，通常必须是一方合同当事人故意违反法定义务，而致合同另一方当事人以损害，而且这种损害往往是比较严重的。^②笔者赞同司玉琢教授认为的请求人应证明其享有物权的观点，但并不限于所有权。如果提起诉讼的主体是银行，银行应当证明其享有相应的质权。对于请求人还需证明承运人对于请求人享有的物权知情的观点，笔者认为依此观点请求人举证责任过重，毕竟承运人明知凭单交货法定义务，却接受保函无单放货，其行为已满足侵权责任构成中的故意要件，故不对请求人附加此要求。

对于正本提单持有人何时取得物权，是否需要在货物在错误交付前取得物权，英国学者指出，正本提单持有人只有取得相关物权，哪怕取得物权于货物错误交付后，正本提单持有人即有权向承运人提起违法占有之诉（conversion）（类似于我国法律下的无单放货侵权之诉），因为大多数提单持有人最终都会获得货物的所有权，这一安排可以扩大请求索赔主体的范围。^③笔者认为，该观点符合实践情形，恰好回应了案例2中承运人提出的抗辩，即正本提单持有人银行并不需要在无单放货之前取得权利质权，无单放货在先也并不影响银行取得相应的物权，只要银行在提起侵权之诉时证明自身拥有质权，即可以向承运人提起无单放货侵权之诉。

^① Paul Todd, *Bills of Lading and Bankers' Documentary Credits*, London: Informa, 2007, para. 7.87

^② 参见王伟：《无正本提单交付货物的法律和实践》，法律出版社2010年版，p153。

^③ 参见王文军：《提单之物权效力辨》，载《法学论坛》2009年第5期，第98页。

^④ 参见司玉琢：《海商法专论》，中国人民大学出版社2007年版，第280页，转引自王钧：《解读“无单放货”最新司法解释》，载《中国海商法年刊》，2009年第1-2期，第34页。

（三）委托代理关系中请求人的权利审查

代理人违约之诉与实际损失在存在委托代理关系时，实践中存在两种情况：一种情况是代理人受到实际损失，正如案例 1 所述情形；另一种情况是代理人并未遭受实际损失。依据《无单放货司法解释》第二条规定，正本提单持有人需要受到损失，才有权向承运人主张无单放货赔偿责任。在存在委托代理关系时，如货运代理、外贸代理，代理人本身并非一定遭受损失，但代理人却又是提单记载的收货人或托运人指示的收货人，此时代理人还能提起无单放货诉讼吗？考虑到代理人并非实际受损的现实，《1992 年海上货物运输法案》第 2（4）条作出规定，如果与单证相关的货物的权益或权利的持有人不是提单的持有人，作为代理人的提单持有人有权行使法定的诉权，其权利范围与被代理人所享有的权利相同^①。我国法律框架下并无类似规定，因此当存在委托代理关系时，如要求正本提单持有人却遭受损失，则代理人代被代理人主张无单放货赔偿责任的路径可能会受阻。

2. 代理人能否提起侵权之诉？

在存在委托代理关系的场合下，代理人作为正本提单持有人，实质系间接占有货物，并不享物权，此时代理人可以基于侵权之诉向直接占有人承运人主张赔偿责任吗？我国《民法典》物权编并未承认间接占有制度，在承认间接占有的部分国家，允许间接占有人向直接占有人主张占有保护请求权。而我国并未承认多重占有制度的复杂结构，因此代理人在间接占有货物时，并不能向直接占有人主张占有保护请求权，而只能依据与直接占有人承运人之间的合同关系（基于提单）主张权利，间接占有货物的代理人并不具有提起侵权之诉的物权基础。^①

基于以上反观案例 1，本案舜天公司是苏普尔公司出口代理，舜天公司基于委托代理关系持有提单，双方约定舜天公司仅可以享有货物留置权。因苏普尔公司违约导致价款损失的情况下，舜天公司不可能从苏普尔公司处取得代为向承运人索赔的权利，另一方面我国留置权的标的只有动产，并不包括单证等权利，且留置权系法定，舜天公司仅凭持有正本提单并不享有任何物权，因而舜天公司并不具有向承运人提起无单放货之诉的权利基础。本案法院仅凭舜天公司持有正本提单即认定其具备提起无单放货侵权之诉的权利基础是值得商榷的。

^① 第六十条 在跟单信用证交易中，开证行与开证申请人之间约定以提单作为担保的，人民法院应当依照民法典关于质权的有关规定处理。在跟单信用证交易中，开证行依据其与开证申请人之间的约定或者跟单信用证的惯例持有提单，开证申请人未按照约定付款赎单，开证行主张对提单项下货物先受偿的，人民法院应予支持；开证行主张对提单项下货物享有所有权的，人民法院不予支持。在跟单信用证交易中，开证行依据其与开证申请人之间的约定或者跟单信用证的惯例，通过转让提单或者提单项下货物取得价款，开证申请人请求返还超出债权部分的，人民法院应予支持。前三款规定不影响合法持有提单的开证行以提单持有人身份主张运输合同项下的权利。

（四）请求人的权利质权的审查

1. 银行权利质权的来源

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉有关担保制度的解释》第六十条第一款规定：“在跟单信用证交易中，开证行与开证申请人之间约定以提单作为担保的，人民法院应当依照民法典关于质权的有关规定处理。”司法实践和学界对于银行对正本提单持有人享有的权利质权已基本形成一致认识。但问题是，银行究竟是以何种方式获得的权利质权？

依据最高院建行荔湾分行一案的观点，^①银行是基于其与开证申请人之间的约定，确立了其权利质权人的地位，但笔者认为银行如何通过合意方式设定权利质权，仍需厘清。

开证申请人向开证银行申请开立信用证并约定开证银行可以享有权利质权时，开证申请人一般尚未取得货物的所有权，此时开证申请人的行为可以理解为是对其将要取得的货物所有权的处分。因此，如果开证申请人与国外卖方在国际买卖合同中就货物所有人进行保留，此时可能产生这样一种情形，即虽然提单已流转至开证银行，但开证申请人尚未取得货物所有权，因此无权为银行设立权利质权，但一般而言，但凡开证行支付了价款，开证申请人的所有权就不应存有疑问。

因此，在无单放货案件审理中，法院应当对国际买卖合同相关约定有所关注，以便判断开证申请人是否设立权利质权的所有权基础，在此基础上判断开证银行是否享有相应的权利质权。如果国际买卖合同约定适用某国法律，这可能会涉及适用外国法认定货物所有权转移情况的问题。如果开证申请人始终未取得货物所有权，那么开证行则无法获得权利质权，开证行即便是正本提单持有人，也无权以侵权之诉向承运人主张无单放货赔偿责任。

银行交还单证后的权利认定实践中，开证银行为了进口商货物流通需要，往往会续作进口押汇业务，或基于与进口商形成的信贷协议，先行将正本提单交付给进口方进行提货，此种情形下，银行的主要目的是借单给进口商，协助其进行货物销售，这一行为会产生何种法律效果值得关注。在福建兴业银行厦门分行诉厦门新宇软件股份有限公司等信用证代垫款一案中^②，法院认为，银行将提单交付给开证申请人，系放弃担保物权。上述案例 2 也存在类似情形，该案法院认为，银行交还正本提单

^① The Law Commission and The Scottish Law Commission (LAW COM. No. 196), Rights of Suit in respect of Carriage of Goods by Sea, para. 2.27.

^② 参见石佳友：《物权法》占有制度的理解与适用，载《政治与法律》2008 年第 10 期，第 33 页。

^③ 中国建设银行股份有限公司广州荔湾支行与广东蓝粤能源发展有限公司等信用证开证纠纷再审判决书，最高人民法院（2015）民提字第 126 号。

^④ 福建高级人民法院（2002）闽经终字第 14 号。

的行为不足以对抗承运人，其隐含之意是，虽然银行交还正本提单并不导致其质权消灭，但该行为导致银行享有的权利质权不具有对外公示性，因此不足以对抗第三人承运人。该观点符合《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》第八十七条的规定。

从商业现实角度出发，银行将正本提单交付给开证申请人，其目的却系善意，有利于协助开证申请人进行货物转售，及时获得价款偿还银行。但如果银行将正本提单交付给开证申请人，其享有权利质权将因缺乏公示性而不能对抗第三人，一旦开证申请人破产，银行将与开证申请人的普通债权人一样，不再享有担保物权。如果开证申请人进一步将货物（可能连同提单）转让于第三人，开证申请人将失去货物的所有权，设立权利质权的来源也将不复存在。在这一问题上，英国实践与我国司法实践殊路同归。英国法院认为，无论银行是否将正本提单交还给买家，并不影响银行享有的质权（pledge），银行交还提单给开证申请人的行为可以理解为，开证申请人作为银行的代理人为其转售货物。^①但如果开证申请人进一步的将货物转售并且不诚信地侵占出售所得价款，善意的第三人买方所取得货物所有权不应受到银行的干扰。^②

有学者指出，我国《民法典》关于权利质权公示方法并没有考虑到特别法下相关权利流转的方式。比如，记名提单不可以转让，指示提单背书转让，不记名提单无需背书即可转让，而《民法典》规定任何提单均可以设定质权，且公示方法皆为“质押协议+权利凭证的交付”，并不区分提单种类，提单质权的公示与提单流转的方式并不协调。^③笔者赞同这一观点，由于现行规定提单质权的公示方式单一，亦不符合提单流转的一般规则，导致银行交还正本提单即被认为失去对外公示性。未来立法能否在这一问题上进行突破性构造，比如要求指示提单需背书设质，一旦提单上有“质押背书”的记载，物权外公示性则可以得到保证。值得注意的是，信用证关系项下提单设质是一个反向的过程，开证申请人与开证行达成质押合意时提单尚处于签发形成阶段，而提单又是经开证行流转至开证申请人，因此开证申请人究竟何时何地有权在提单上进行质押背书，是否可以允许银行在交还提单时要求开证申请人进行质押背书？这些最终都需要立法者给出答案。

① North Western Bank Ltd. v John Poynter, Son, Mac Donalds [1895] A.C. 56.

② Paul Todd, Bills of Lading and Bankers' Documentary Credits, Informa, 2007, para. 6. 43-47.

③ 参见陈本寒：《我国〈物权法〉上权利质权公示方法之检讨》，载《法学》2014年第8期，第127-128页。

① 参见程啸：《侵权责任法》，法律出版社2021年第三版，第240-241页。

② 参见初北平：《我国保险因果关系判断路径与规则》，载《中国法学》2020年第5期，第265页。

四、无单放货责任因果关系认定及调适

正如案例 2、3 所呈现,近年来,承运人在无单放货案件(尤其是侵权之诉)中试图借助贸易合同、信贷合同项下的相关事实来进行抗辩。在国际贸易、融资信贷形式越发多元化的当下,承运人无单放货无疑是加速物流通效率、减少货物延滞费用的重要依赖,正本提单持有人利益在各类信贷产品叠加作用下获得了多重保障,在此背景下,究竟应当如何评价承运人的无单放货行为?又应当如何认定承运人无单放货行为与正本提单持有人损失之间的因果关系?

(一) 因果关系的理论与内涵

从比较法视野出发,英美法系国家通常对事实原因与法律原因进行区分,前者经常使用“but for”规则,即如果没有被告行为,原告的损害是否会发生,来进行认定;①后者则是按照法律评价体系挑选出的事实原因法律原因,可以视为法律根据赔偿的需要对事实原因进行裁剪的结果,它侧重从为基于法律或公共政策等原因而对事实原因进行判断、筛选。②事实因果和法律因果的区分能更有助于区分事实因素和价值因素。在判断法律因果关系时通过引入价值因素的考量而确立责任范围,这有助于使问题明晰而简洁。①另一方面,事实上的因果关系与法律上的因果并不能截然区分,这在立法上有许多体现,比如当事人延迟履行后发生不可抗力,不免除其违约责任,延迟履行情况加之不可抗力,损失发生原因多重,不免除违约责任的规则设定即是体现了法的政策。②

以德国为代表的大陆法系国家认为,判断责任成立因果关系应采用条件说,其判断标准类似于上述“but for”规则,条件说是对损害发生原因进行一种自然科学意义上的检测,所有对于权益被侵害这一结果出现不可或缺的条件都是原因,因果关系链条容易过度延伸,责任范围也过于宽泛。鉴此,德国法下又提出了相当因果关系说,我国学者王伯琦将相当因果关系说精辟归纳为:“无此行为,虽必不生此损害,有此行为,通常即足生此种损害者,是为有因果关系。无此行为,必不生此种损害,有此行为通常亦不生此种损害者,即无因果关系”。③这一理论为我国学界和实务界普遍接受。④

法律上的因果关系说和相当因果关系说具有同质内涵,我国学者甚至对两者进行统一评价。王利明教授认为,相当因果关系说的主要优点在于,该学说允许法官

① 参见张新宝、张小义:《英美侵权法中的因果关系——法律传统和法律政策视角下的考察》,载《私法》2013年第1期,第195-228页。

② 参见崔建廷:《因果关系在违约责任中的地位及其学说演变》,载《江海学刊》2022年第5期,第156页。

③ 参见王伯琦:《民法债编总论》,台湾编译馆1956年版,第77页,转引自程啸:《侵权责任法》,法律出版社2021年第三版,第246页。

④ 参见程啸:《侵权责任法》,法律出版社2021年第三版,第246-252页。

作出一种法律上因果关系的判断，它并不要求受害人对因果关系的证明达到如同科学哪些精确的地步，法官可以根据一定的法律上的价值判断来确定因果关系的存在，这不仅可以减轻受害人对于因果关系的举证负担，法官可以基于对于案件的具体情况、法律规定、经验、常识等进行一定的自由裁量。^①

（二）无单放货案件因果关系认定的价值厘清

1. 凭单交货制度的传统价值

在国内法层面上，凭正本提单交付货物最初被认为是一种商业惯例。^②究竟为何实践会产生此种商业惯例，一种观点侧重于从权利的角度进行解释，认为提货人持有单证才可表征其具有提货权利，相反未持有单证，则不具有提货权利。^③另一种解释是挪威学者布雷柯斯的观点，他强调凭单放货有助于承运人和收货人之间身份识别。^④随着《汉堡规则》出现，国际上产生了被若干国家共同接受的、统一的关于提单的定义。至此，提单是“承运人保证据以交付货物的单证”这一观点逐步获得国际共识，承运人凭正本提单交付货物的义务亦逐步明晰。我国《海商法》采用了《汉堡规则》关于提单的定义，我国法律语境下凭单交货也因此成为承运人的法定义务。大陆法系和英美法系国家也广泛接受了凭单交货规则。^①

从传统意义而言，凭单放货模式存在多维价值。一是降低承运人识别货物权利人的风险。凭单交货模式下只要承运人向正本提单持有人交付货物，其义务即告终结。^②其最大优势在于，承运人并不需要对正本提单持有人是否真正享有货物权利进行判断。凭单交货模式隔断了承运人与贸易、信贷法律关系之间的关联。二是维系融资担保权利。国际贸易买卖双方通常会依赖信用证进行价款支付，买方作为开证申请人与开证银行达成协议，后者为前者开立信用证，履行第一付款责任，前者以其享有权利的提单进行质押，作为履行付款义务的担保。凭单交货模式是银行在开证申请人违约、破产情形下实现担保物权的重要依赖。三是维持国际贸易秩序。国际贸易中的卖方可以通过控制提单控制货物，进而确保货款的安全，而买方基于对凭单交货模式的信任，积极向银行付款赎单，促使交易完成。

商业格局变化：基于效率、效益的无单放货需求

随着航运业的发展，海上货物运输周期大大缩短，与此同时，贸易和金融领域的行业规则复杂繁琐，导致贸易单证的流转速度非常缓慢。^①在近洋运输领域，货

^① 参见王利明：《侵权责任法研究》（上卷），中国人民大学出版社 2010 年版，第 385-386 页。

^② 参见【英】施米托夫：《国际贸易文选》，赵秀文译，中国大百科全书出版社 1993 年版，第 471 页。

^③ Kum v. Wah Tat Bank Ltd. [1971] 1 Lloyd's Rep. 439.

^④ 参见【挪威】布雷柯斯著：《国际航运中法律选择新发展》，侯军、侯广燕译，中国城市经济社会出版社 1996 年版，第 186 页。

到单未到的情况普遍存在。对海上运输的参与者来说，尤其是近洋运输、国际链条买卖中，凭单放货模式放大了单证迟延对贸易参与者的影响，也催生出实践中的无单放货行为。在国际贸易中，货物到港能否直接无单提货，开始成为国际贸易卖方与买方议价的重要筹码，比如，GAFTA FORM 100 版本（2012年4月1日）第12条款约定，^① 买卖方均可以通过向承运人出具保函提货。在石油、化工品贸易领域，无单放货已经基本成为行业惯例，而从事国际链条买卖的进口商对无单提货模式更是无比依赖，因此无单放货的存在有其必要性。更为值得关注的是，在信贷融资领域，提单对于银行的担保功能在逐步削弱，银行似乎不再是单纯地凭借提单实现其担保利益的出借人，层出不穷的信贷产品以及各种叠加复杂信贷安排，帮助银行实现风险分散以及信贷利益最大化。融资银行甚至开展进口押汇、信托收据等金融服务，在进口商未付款的情况下，允许进口商借单转售。

以上事实足以说明，传统凭单放货制度下所保护的利益主体，逐渐参与、融入、默许承运人无单放货行为，以此维系贸易融资链条的效率与效益，而承运人只是该链条中涉及货物交付的一个环节。在贸易融资链条顺畅稳定的情况下，承运人即便无单放货也无人诟病，然而一旦贸易商资金困难或破产，贸易链条贸易、信贷合同出现违约，承运人违反法定凭单交货的行为便成为正本提单持有人的，在此现实背景下，司法实践承运人无单放货的责任认定是否需要作出改变？

（三）认定不构成因果关系的国际实践

近期英国和新加坡法院多个案件中法院均认定承运人无单放货与正本提单持有人损失之间因果关系不成立。^①以 The Sienna 一案为例，^②本案涉及石油运输，持有正本提单的银行在贸易商未偿还借款的情况下向承运人主张无单放货责任。法官认为，首先，评判承运人无单放货与银行损失之间是否存在因果关系要看在平衡各种可能性以后，鉴于承运人无单放货，银行是否可以通过对货物实现其享有的担保权利来收回借款，故而法院需要评估承运人无单放货对银行担保权利的影响。鉴于案涉正本提单持有人银行已经就提单项下货物投保了足额的信用保险，法官认为提单的担保权利已经不再重要。其次，即便由银行作出是否要无单放货的决定，虽然现有证据不能表明银行是以一种支持或默许的态度对待承运人无单放货，但也不能表明承运人指令或允许无单放货，现有证据可以表明，银行无论在何种情况下，均会

^① 比如，《荷兰民法典》第 8:481 条规定，提单持有人要求承运人向其交付货物，在提单持有人提取货物前，有义务在提单上标注免除承运人责任，并将正本提单交还给承运人。《挪威海商法案》第 304 条规定，收货人只有在持有提单的前提下要求承运人交付货物，收取货物后，收货人要出具收据。《希腊海事私法典》第 173 条规定，承运人在收到收货人出示的提单和收货人的书面收据证明以前，没有义务交付货物。英美法系国家则通过判例对凭单交货规则予以确认。英国法院认为，作为一个原则，船东只能允许提单持有人的提货请求。新加坡法院认为，如果承运人在提单持有人未出示正本提单的情况下交付货物，承运人将构成违约或对真正货物权利人的侵权，即便该无单提货人是记名提单载明的收货人。

^② 《无单放货司法解释》第五条规定：“提货人凭伪造的提单向承运人提取了货物，持有正本提单的收货人可以要求承运人承担无正本提单交付货物的民事责任。”该条是可能的例外情形。

允许承运人无单放货，因此银行提单下的损失总是会发生。基于上述理由，本案法官认定故银行的损失与承运人的无单交货行为并没有法律上的因果关系。

在类似案情的 The STI Orchard^①和 The Maersk Princess^②案件中，承运人凭借原告银行并未将提单作为担保手段以及银行对无单放货默许态度，成功对抗了原告银行要求承运人承担无单放货赔偿责任的诉讼主张。在 The Sienna 案中，上诉人银行在庭审中表达了对于法院支持承运人进行因果关系抗辩的担忧。银行表示，如果承运人的因果关系抗辩总是获得支持，那么银行未来融资业务如何开展？对此鲍伯韦尔大法官解释到，传统规则的适用有时要让步于实践产生的结果，因果关系的判断最终还是要忠于个案事实。可以想象，基于上述案件的裁判结果，未来融资银行重新审视其担保安排，以及是否要在信用证等业务中明确银行不允许无单放货的态度。但问题是，如果石油、化工品运输失去了银行对无单放货的容忍，这些行业的运行模式又将如何维系？

（四）反思与小结

虽然尚不可预估上述案例的裁判结果是否会对行业产生现实影响，但英美法系国家在个案中所表达的裁判思想足以表明，随着司法实践对航运现实的认识加深，司法者开始越发关注承运人对正本提单持有人损失的原因力，并不希望承运人总做“替罪羊”。与其将这种转变理解为司法实践对承运人凭单放货法定义务的弱化，不如说是司法实践越发关注当事人使用提单的真实意愿，尊重航运贸易运转的现实状态，宽容对待承运人无单放货行为。如果依据当事人之间的交易状况可以断定融资银行持有提单的本意并非在于其担保价值，对于正本提单持有人银行事后向承运人主张提单权利的场景下，英美法系的司法实践通过借助因果关系的自由裁量空间，调整了承运人必就无单放货行为负责的裁判尺度。

对比我国司法实践，虽然案例 3 中承运人抗辩称，广信公司以转卖所得来归还岚山中行的垫付款，一旦发生欠款，岚山中行除通过实现融资协议下的各种债权担保外，还存在着以融资欠款转为流动资金贷款的模式将应收账款转换成流贷，但法院最终并未认可上述抗辩事由。承运人抗辩不予支持的根本原因在于我国司法实践仍旧以承运人违反法定义务为基本出发点，在因果关系认定欠缺对于案件全部事实和当事人本意的考察，未形成基于案件的具体情况、法律规定、现实运行机理等各

① UCP 600 第 34 条，关于信息传递和翻译的免责。

② 如果在船舶达到目的港时买方不能提供单证，卖方应当提供其他替代性的单证或保函以确保买方能够及时提货，由此产生的费用由卖方承担。如果卖方不能提供其他替代单证或保函以便买方及时提取货物，买方可以自行出具保函进行提货，产生的费用也应由卖方承担。为了履行上述合同约定，国际买卖合同中的卖方，作为托运人/承租人通常会向承运人出具保函，要求承运人无单放货。

方面因素的因果关系认定路径。笔者认为，承运人无单放货因果关系的判断，不能简单机械地以承运人是否实施无单放货行为和正本提单持有人是否存在损失两个方面为考察重点，因果关系认定应当在相当因果关系理论框架内，基于对政策、社会价值以及航运现实的综合考虑进行认定，比如特殊货物贸易海上运输及交付的特点应当作为航运惯例在因果关系认定中着重考虑。司法者还应当关注到现实世界商业运行逻辑的更新和变化，把握和理解贸易、运输、融资各环节的运行机理，加强对个案当事人具体贸易流程、融资安排等各方面行为的审查以当事人使用提单的本意，这样才能准确行使认定因果关系的自由裁量权。

五、结语

《海商法》实施的三十年间，我国航运、贸易、金融各个领域发生了翻天覆地的变化，海运承运人是国际贸易、金融信贷活动的重要纽带，重新审视承运人责任认定问题意义重大。我国作为航运大国，不仅需要资金、技术等硬实力，更需要优良的营商环境、先进的司法方法等软实力。司法者应时刻关注国际贸易、运输、融资的发展变化，平衡好现行规则与现实需求的关系，切实保证国际贸易、国际运输、金融信贷各方参与者的利益。

① The Sienna [2023] EWCA Civ 471; The STI Orchard [2023] 1 Lloyd's Rep 22; The Maersk Princess [2023] 1 Lloyd's Rep 508.
② [2023] EWCA Civ 471.

船舶碰撞纠纷中的 责任主体

谭学文*

【摘要】

碰撞责任主体的认定系船舶碰撞案件审理最基础的前置性问题。一方面，碰撞责任主体争议具有争议类型集中、权属分离引起纠纷多发频发等特点。另一方面，休闲旅游船舶碰撞、特定航行阶段船舶碰撞、碰撞引起油污损害、体育赛事船舶碰撞等带来新情况新问题也值得研究。根据法律适用的不同，船舶碰撞可分为涉海船的船舶碰撞和非涉海船的船舶碰撞，两者适用不同的责任主体认定规则。非涉海船的船舶碰撞，应适用民法典侵权责任编的有关规定，由侵权行为人承担侵权责任。同时，针对挂靠船舶、共有或合伙经营船舶、特定航行阶段船舶、休闲旅游船舶、体育赛事船舶、非漏油船舶等，应采取特殊的责任主体认定规则，并处理好碰撞之诉与保险之诉之间的关系。交通运输部征求意见稿保留了海商法第八章的基本框架与制度逻辑，且仅对两个条文完善了相关文字表述，船舶碰撞责任主体的裁判规则需通过司法解释等方式予以确立。如此，可以确保责任主体的认定规则保持相应的弹性和张力，以适应不断变化和发展的海事审判实践。

【关键词】

船舶碰撞 责任主体 海船 非海船

在船舶碰撞纠纷中，碰撞责任主体的认定、碰撞责任比例的划分、碰撞损失的认定系案件审理的三大核心问题。其中，碰撞责任主体的认定系最基础的前置性问题。当然，不容否认的是在某些情形下船舶碰撞的权利主体认定亦存在困难。¹但司法实践中，更多的诉争类型体现为对责任主体的争议。本文的写作在于通过对当前海事审判态势进行分析，对船舶碰撞责任主体争议的基本特点进行梳理，采用类型分析

* 谭学文，广州海事法院深圳法庭法官。

方法对碰撞责任主体的一般规则和特别规则进行归纳和提炼，并结合海商法修改对相关裁判规则建构提出意见建议，以期能对丰富和发展海事审判实践有所助益。

一、船舶碰撞纠纷中责任主体争议的基本特点

针对近年来船舶碰撞案件的受案类型进行分析，当前海事司法实践中船舶碰撞责任主体纠纷呈现出以下突出特点：

船舶碰撞责任主体的争议类型较为集中。由于《最高人民法院关于审理船舶碰撞纠纷案件若干问题的规定》（以下简称《船舶碰撞规定》）第四条 2 的规定较为明确，司法实践对海船之间、海船与内河船之间的船舶碰撞的责任主体争议不大。实践中的责任主体争议主要发生在内河船之间、不满 20 总吨的小型船艇之间发生的碰撞纠纷。由于上述碰撞纠纷不适用海商法，相关责任主体的认定需遵循侵权法的一般规则，各地法院对船舶登记所有人、实际所有人、船舶经营人的责任承担存在差异，裁判尺度并不统一。

船舶登记所有与实际所有相分离引起的纠纷多发频发。登记所有与实际所有相分离主要包括船舶未登记、船舶挂靠、光租未登记等情形。造成这种分离的原因较为复杂，有些系基于建造、买卖等形成的事实物权关系，有些系以挂靠形式开展船舶经营，有些系船舶所有人的风险意识较弱未及时办理光租登记等，不能一概而论。人民法院在审理此类纠纷中需要兼顾合法权益保障、航运秩序维护、生态环境保护等价值，正确认定碰撞各方的责任。

涉渔船、游艇、海钓船舶等新类型碰撞的责任主体争议亟待法律规制。近年来，渔业船舶从事跨渔区捕捞作业引起的追逐、围堵等船舶碰撞案件时有发生³，外国籍或无国籍船舶非法进入我国海域捕捞等引起的船舶碰撞案件也可能出现，会带来责任主体认定及法律适用的新问题。随着滨海旅游业的发展，涉游艇、帆船、舢板等休闲旅游船舶的碰撞事故逐年增长，海钓⁴、潜水、飞渔等旅游项目的开发附带衍生出船东、旅行社、经营者等责任主体的新争议。上述问题均亟待立法及司法加以规制。

特定航行阶段的船舶碰撞带来责任主体识别的新问题。典型船舶碰撞多发生于海上航行阶段，实践中引航、试航等特定航行阶段的船舶碰撞也偶尔发生，给碰撞责任主体的识别与认定带来新的问题。例如，《海商法》第三十九条规定：“船

¹ 例如，涉及第三人的财产损失或人身损害的权利主体，直接受害人或间接受害人的认定，权利主体与责任主体的混同等问题。

² 该条规定：“船舶碰撞产生的赔偿责任由船舶所有人承担，碰撞船舶在光船租赁期间并经依法登记的，由光船承租人承担。”

³ “粤阳西渔 96403”轮与“闽狮渔 06692”轮船舶碰撞案，参见广州海事法院（2018）粤 72 民初 243。

⁴ 19 号民事判决，广东省高级人民法院（2019）粤民终 1978、1989 号民事判决。

长管理船舶和驾驶船舶的责任，不因引航员引领船舶而解除。”但在司法实践中，因引航员的重大过失导致碰撞事故发生，而法律规定引航员不对船舶碰撞承担赔偿责任⁵，与社会公众的法律认知相悖。处于研发测试或试航阶段的船舶发生碰撞事故，可能面临船舶所有人与船舶设计者的责任区分问题。

船舶碰撞引起的油污损害的责任主体及责任形态亟待明确裁判规则。在早年的“闽燃供2”轮漏油案⁶中，“闽燃供2”轮和“东海209”轮在珠江口碰撞发生漏油，广州海事法院一审依据国际公约判决漏油船方承担赔偿责任，非漏油船方不直接承担责任，广东省高级人民法院二审依据《民法通则》判令漏油船方与非漏油船方承担连带赔偿责任，但海事界对非漏油船方是否应直接承担赔偿责任这一问题争议较大。在“达飞佛罗里达”轮漏油案⁷中，最高人民法院对国际公约没有规定的事项即非漏油船方的责任适用《海商法》《侵权责任法》等国内法及其司法解释的规定，确立了非漏油船一方的油污损害赔偿赔偿责任及其相关的责任限制与责任限制基金分配规则。但该观点与海商法修改课题组成员的意见不一致⁸，与交通运输部海商法修改征求意见稿也不一致⁹，相关争议尚未完全解决，有待通过修改海商法、制定司法解释或者发布指导性案例等方式予以明确。

船舶碰撞叠加船舶共有及多层次投资等因素所带来的责任主体认定困难。在审查共有船舶外部债务承担时，经常涉及船舶所有权虚假登记、借名登记、船舶挂靠等情形，容易引发责任主体识别、实际船东与登记船东债务划分及先后顺序等疑难问题，建立在民间多层次投资或合股集资基础上的船舶共有关系可能会法律关系更加复杂。¹⁰存在多层次投资关系的船舶发生碰撞，不仅会给法院带来追加当事人的繁琐程序及诉讼拖延，也会产生责任主体识别上的困难，亟待司法实践进一步加以总结和研究的。

体育赛事船舶碰撞的责任主体规则亟待重构。近年来，深圳、三亚等地陆续出现因游艇、帆船等体育赛事船舶在参加竞技体育比赛中发生碰撞而诉诸法院的案件。与传统的碰撞不同，此类碰撞发生于相对封闭的赛事海域，参赛船舶需遵循主办方的赛事公告及竞赛规则，碰撞行为可能会被组委会认定为犯规进而影响碰撞方的成绩取得。¹¹该类诉讼的纠纷解决模式（体育仲裁抑或海事诉讼）、适用法律（海商法、侵权法抑或自甘冒险规则）等与传统的碰撞纠纷存在较大区别，在责任主体

⁵ “EAST POWER”轮与“和河”轮碰撞案，参见上海海事法院船舶碰撞案件审判与航行安全情况通报（2015.1-2019.3）。“梦幻之星”轮与“博运018”轮碰撞案，参见广州海事法院2014年度海事审判情况通报。

⁶ 参见广州海事法院（1999）广海法事字第150号民事判决书、广东省高级人民法院（2000）粤高法经二终字第328号民事判决书。

⁷ 交通运输部上海打捞局与普罗旺斯船东有限公司（Provence Shipowner Ltd）、法国达飞轮船有限公司（CMA CGM SA）、洛克韦尔航运有限公司（Rockwell Shipping Limited）海难救助与船舶污染损害责任纠纷案。参见宁波海事法院（2015）甬海法商初字第442号案，浙江省高级人民法院（2017）浙民终581号案，最高人民法院（2018）最高法民再368号案。

方面也应面临是否仍适用海商法的相应规则、主办方、组委会能否成为责任主体等问题。人民法院在审理此类纠纷中，应更多地彰显对体育自治原则的尊重，裁判理念应更多地体现体育竞技精神。

船舶碰撞责任主体与周边衍生制度的衔接需求更加迫切。船舶碰撞与申请设立海事赔偿责任限制基金、申请确认和行使船舶优先权、债权登记与确权诉讼、海上保险等周边制度存在紧密关联。其中，关于内河船舶、港澳航线船舶能否享有船舶优先权、能否设立责任限制基金等问题曾长期困扰海事司法实践，该争议最终通过最高人民法院以个案批复、内部讲话、会议纪要等形式达成裁判共识。但船舶碰撞责任主体制度与周边制度的衔接仍有待加强，如多船碰撞、船舶登记所有人与实际所有人分离情形下有权设立基金的主体，船舶碰撞引起的海上人身损害案件中能否追加保险人作为被告，侵权之诉与保险之诉的衔接等问题。

无人船碰撞带来责任主体认定及诉讼程序方面的新情况。近年来，无人驾驶船舶技术得到快速发展，逐步从理论设想阶段进入研发测试阶段，对传统航运模式将产生重大影响。未来，就无人船之间、无人船与非无人船之间发生碰撞，应适用何种类型的航行规则尚有待研究，相应的责任主体认定规则也与传统船舶碰撞存在不同。无人船发生碰撞既可能是岸基人员操控船舶、管理船舶方面的原因，也可能是第三人非法侵入无人船计算机控制系统的原因，或者可能是无人船的设计缺陷、控制系统的固有漏洞及产品质量瑕疵等方面的原因。¹²因不同原因导致的碰撞导致的责任主体并不相同，将产生诉讼主体合并及分离的新情况新问题。

二、船舶碰撞责任主体确定的一般规则

根据是否属于《海商法》第三条规定的船舶¹³，船舶碰撞因适用法律不同可分为涉海船的船舶碰撞和非涉海船的船舶碰撞。前者适用《海商法》，后者适用《民法典》，两者适用不同的责任主体认定规则。船舶碰撞侵权责任的主体问题实际上就是要确定法律规定中的承担碰撞责任的“船舶”所代表的“人”，而确定船舶碰撞侵权责任主体，应回归侵权责任的理论来确定。¹⁴

⁸ 如海商法修改课题组“船舶污染损害赔偿”组组长韩立新教授认为船舶燃油污染损害的责任主体包括船舶所有人、光船承租人、船舶管理人和船舶经营人，且同一船上存在上述不同主体时，各主体应承担连带责任，燃油污染损害和其他财产损害同时发生时，与其他财产损害适用同一个海事赔偿责任限额。参见韩立新在第二届海事法治圆桌会议上的发言，载：<https://www.163.com/dy/article/EDN3VL9F0514C1P1.html>

⁹ 参见征求意见稿第 13.6 条：“船舶碰撞引起一船污染物泄漏造成污染损害的，除依照本法第 13.3 条的规定不负赔偿责任外，应当由泄漏污染物船舶的所有人承担污染损害赔偿赔偿责任。该船舶所有人承担污染损害赔偿赔偿责任后，有权按照本法第九章的规定向碰撞责任方追偿。”

¹⁰ 参见宁波海事法院船舶共有情况审判情况通报（2016-2018）。

¹¹ “白鲨号”游艇与“中国杯 24 号”游艇碰撞案。参见广州海事法院（2017）粤 72 民初 874、1020 号案，广东省高级人民法院（2019）粤民终 635、636 号案。

（一）涉海船的船舶碰撞

涉海船的船舶碰撞主要适用《海商法》及船舶碰撞司法解释的规定。《海商法》第八章基本上是参照我国参加的《1910年碰撞公约》制定的，照搬了公约中由过失船舶承担责任的规定，该公约主要源于英国的对物诉讼制度，将船舶作为承担损害赔偿责任的主体。而我国采取的是对人诉讼的制度，只能对责任人提起诉讼，船舶本身不是承担民事责任的主体，不能作为被告。海商法修改交通运输部征求意见稿改变了《海商法》的原有表述，将责任主体限定为有过失的一方或各方¹⁵，表述更为严谨。因此，在我国，船舶碰撞的主体系“人”而非“船”。

最高人民法院于2005年颁布的《第二次全国涉外商事海事审判工作会议纪要》第130条规定：“船舶所有人对船舶碰撞负有责任，船舶被光船租赁且依法登记的除外。船舶经营人或者管理人对船舶碰撞有过失的，与船舶所有人或者光船承租人承担连带责任。但不影响责任主体之间的追偿。船舶所有人是指依法登记为船舶所有人的人；船舶没有依法登记的，指实际占有船舶的人。”《船舶碰撞规定》第四条规定：“船舶碰撞产生的赔偿责任由船舶所有人承担，碰撞船舶在光船租赁期间并经依法登记的，由光船承租人承担。”根据上述规定，海船之间、海船与非海船之间发生碰撞的责任主体原则上系船舶所有人，例外情形下系处于租赁期间且依法登记的光船承租人。目前，司法实践也是按此规则确定涉海船碰撞的责任主体的。光船承租人承担碰撞责任的主要理由有：在光船租赁合同中，船舶所有人将没有配备船员的空船出租，仅仅保留了船舶的所有权，由承租人配备所有船员，负责使用和经营船舶，船舶的航行安全也由光船承租人负责，此时船舶的占有、管理和使用经营权都暂时转移给了承租人，对外所发生的风险和责任也应当由光船承租人所承担；光船承租人是该船舶的实际经营者、受益人和代表，受到船舶侵害的其他人通过登记可以比较容易找到对该船舶负责的所有人和光船承租人，如果船舶的责任另有他人，不利于保护受害人的利益；将光船承租人作为船舶碰撞的责任主体，也与海商法中船舶优先权、海事赔偿责任限制及海事诉讼特别程序法中扣押拍卖船舶等规定相符，否则会产生不协调和体系违反的问题等。

长期以来，未依法登记的光船承租人是否应承担碰撞损害赔偿是司法实践中的疑难问题。¹⁶《船舶碰撞规定》出台后，这一问题基本上得到解决，即未依法

登记的光船承租人无需对碰撞损失直接承担责任，相应的碰撞责任仍由船舶所有人承担。但学术界存在不同观点，认为未依法登记的光船承租人也系碰撞责任主体。¹⁷在司法实践中，仍有部分案件认定光船承租人应承担碰撞责任¹⁸，裁判尺度亟待统一。在光租未登记的情形下，由于缺乏权利外观公示，碰撞相对方或第三人找到光租人颇费周折，故由船舶所有人承担侵权责任有利于保护被侵权人。此外，由船舶所有人承担责任也可以与船舶优先权、海事赔偿责任限制、海上保险等制度相协调。因此，当事人请求未依法登记的光船承租人与船舶所有人承担连带责任的，应予以释明，指引其选择船舶所有人提起诉讼。当事人坚持请求未依法登记的光船承租人与船舶所有人承担连带责任的，不予支持。

（二）非涉海船的船舶碰撞

非涉海船的船舶碰撞主要包括内河船之间的碰撞、不满 20 总吨的小型船艇之间的碰撞、商船与军事船舶、政府公务船舶之间的碰撞等。内河船、不满 20 总吨的小型船艇不属于《海商法》定义的船舶，不能适用《海商法》关于船舶碰撞的法律规定。上述船舶之间的碰撞主要适用《民法典》侵权责任编及其相关司法解释的规定。《民法典》第 1165 条规定：“行为人因过错侵害他人民事权益造成损害的，应当承担侵权责任。依照法律规定推定行为人有过错，其不能证明自己没有过错的，应当承担侵权责任。”内河船舶之间碰撞的责任主体主要系行为人，核心是侵权法上的“自己行为自己责任”规则，即行为人应对其过错致人损害的行为埋单。这背后也蕴含着危险发生理论、危险控制理论、获益报偿理论等法理基础。¹⁹在内河船碰撞中，行为人主要是指控制使用船舶的人，类似于船舶经营人。一般情况下（不包括船舶挂靠经营），内河船碰撞的侵权责任应由侵权行为人承担，非侵权行为人实施的船舶登记所有人不承担船舶碰撞侵权责任。

已完成转让、交付但尚未完成变更登记的非海船发生碰撞，登记所有人不承担侵权责任。《全国海事法院院长座谈会纪要》第二条第二项规定：“未经船舶所有权登记的船舶买受人不能以其不是船舶登记所有人为主张免除对他人应当承担的民事责任或者义务，即当该船舶没有其他登记所有人时，买受人应当独立承担船舶对第三人的侵权民事责任和义务；当该船舶有其他登记所有人时，由登记所有人承担对第三人的侵权民事责任和义务。买受人对在接受或掌管该船舶之后发生的对

¹² 如有学者认为因无人船本身存在缺陷导致船舶碰撞事故时，被侵权人可以按照《海商法》向船舶所有人、管理人追究责任，也可以直接按照《侵权责任法》中产品责任向无人船的生产者、销售者请求侵权损害赔偿；若无人船因其零部件、软件系统存在缺陷导致船舶碰撞，则被侵权人可向无人船零部件、软件系统的生产者、销售者请求侵权损害赔偿。参见徐锦堂、翟燕珊：“无人船合法性与责任承担问题研究”，载广州市法学会编：《法治论坛》（总第 54 辑），中国法制出版社 2019 年版，第 102 页。

¹³ 该条规定：“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”。

第三人的侵权民事责任亦有过错的，承担连带责任。”该纪要规定船舶在无登记所有人时，由船舶买受人即实际所有人对第三人承担侵权责任可谓正确。但该纪要规定在船舶已转让但尚未办理变更登记时，原则上仍由船舶登记人承担对第三人的侵权责任与侵权法的自己责任理念不符。该规定已被后来实施的《侵权责任法》《民法典》等法律所取代。船舶是在买受人实际占有、管理、控制和使用期间发生碰撞事故，侵权责任应当由行为人即买受人承担。登记所有人未实际占有、管理、控制和使用船舶，未实际实施侵权行为，不是侵权行为的行为人。²⁰

2. 因政策原因转让交付后未办理过户手续的非海船发生碰撞，登记所有人不承担侵权责任。一些内河船舶因长年未办理船舶检验、方便领取柴油补贴款等原因在转让后未办理过户，船舶仍登记在原所有人名下，若船舶发生碰撞，则应认定船舶的实际所有人和经营人为责任主体。“粤江城渔运 89619”船的登记所有人为吴福祥，该轮自 2012 年 9 月开始就未按规定办理船舶检验，吴福祥于 2014 年 10 月将该轮转让给黄玉坤，黄玉坤于 2014 年 10 月 30 日将该轮以 15 万元的价格转让给梁添喜，买卖协议上还特别注明，因该轮按现有政策不能办理过户手续，黄玉坤对梁添喜以后办理年审签证等手续需提供协助。法院生效判决认为虽然“粤江城渔运 89619”船登记在吴福祥名下，但是梁添喜提供了证据显示吴福祥已经将该船转让给黄玉坤，黄玉坤又将该船转让给梁添喜，因此梁添喜为船舶的实际所有人，应承担相应的侵权责任。²¹

未实际经营船舶的登记所有人不承担侵权责任，相应责任由船舶经营人及船舶实际所有人承担。宁安华驾驶的“南澳旅游 009”轮与刘岳清驾驶的无名渔船发生碰撞，造成渔船上的刘少群落水。法院生效判决认为，在碰撞船舶均为 20 吨以下船舶时，不能依据《海商法》以及《船舶碰撞规定》的规定认定责任人，而应当根据《侵权责任法》的规定认定责任人；宁安华及刘岳清作为各自船舶实际出资人以及驾驶员，对船舶碰撞存在过错，深圳市东部南澳服务旅游有限公司（“南澳旅游 009”轮的被挂靠人）违反船舶运营的安全注意义务，也具有过错；宁安华是“南澳旅游 009”轮的实际使用和出资人，而不是廖玩飞雇佣的员工，故廖玩飞虽然作为“南澳旅游 009”轮的登记所有人，但对本案事故不具有过错，不应当承担赔偿责任。²²

4. 未办理登记的“三无”船舶的实际所有人及经营人应承担侵权责任。“三无”

¹⁴ 张宏凯：《船舶碰撞侵权责任研究》，大连海事大学 2019 年博士学位论文，第 79 页。

¹⁵ 该征求意见稿第 9.4 条规定：“船舶发生碰撞，是由于一方的过失造成的，由有过失的一方负赔偿责任。”第 9.5 条规定：“船舶发生碰撞，碰撞的各方互有过失的，各方按照过失程度的比例负赔偿责任；过失程度相当或者过失程度的比例无法判定的，平均负赔偿责任。互有过失的各方，对碰撞造成的船舶以及船上货物和其他财产的损失，依照前款规定的比例负赔偿责任。碰撞造成第三人财产损失的，各方的赔偿责任均不超过其应当承担的比例。互有过失的各方，对造成的第三人的人身伤亡，负连带赔偿责任。一方连带支付的赔偿超过本条第一款规定的比例的，有权向其他过失方追偿。”

船舶是指无船名船号、无船舶证书、无船籍港的船舶。²³ 这类船舶因为违反国家法律的强制性规定，难以取得船舶登记，在发生碰撞时，“三无”船舶的实际所有人和经营人应对碰撞承担责任。²⁴ 如此可以发挥裁判规则的导向作用，引导“三无”船舶逐步退出市场经营，服务清理、取缔“三无”船舶的社会治理，维护海上安全生产作业及海上航行安全秩序。

船员和船舶经营人之间形成劳动或劳务关系，因船员的过错导致的船舶碰撞，船员一般不是责任主体。船舶碰撞侵权领域就大量存在着责任主体与行为主体分离的现象，因为对于船舶的运营和驾驶，大多数的船舶所有人不可能都由本人来进行，往往需要雇佣他人驾驶和管理船舶。²⁵ 船长、船员在驾驶、管理船舶中的侵权行为导致碰撞事故发生，根据《民法典》1191条²⁶或1192条²⁷的规定，由雇佣船长、船员的用人单位或接受劳务的一方承担侵权责任，此即侵权法上的替代责任规则或转承规则。这是因为船长、船员受船舶所有人等用人单位选派，并根据后者的指令驾驶船舶、管理船舶，船长、船员等在执行工作任务过程中产生的风险，按照风险与利益相一致的原则，理应由船舶所有人等承担；船舶所有人等作为用人单位，经济状况更好，负担能力更强，让其承担损害赔偿赔偿责任，能够更好地实现填补损害的目的，更有利于维护受害者的利益；这也有利于船舶所有人等在选任船长、船员时能够尽到相当的谨慎和注意，并加强管理和监督。²⁸ 实践中，法院对原告诉请船员直接承担侵权责任均不予支持。如“佰舸”游艇是20总吨以下的船舶，不属于《海商法》规定的海船，法院依照《侵权责任法》认定赔偿义务人。“佰舸”游艇的船舶所有人是佰舸公司，李兵是触礁事故发生时的驾驶员，因李兵是佰舸公司的法定代表人，根据《侵权责任法》第34条规定，佰舸公司应对本案事故造成李开亮死亡承担侵权责任。李兵提出的其是佰舸公司的员工，在执行工作任务过程中发生本案事故，其不是承担责任的主体的抗辩，法院予以支持。²⁹ 根据法律规定，用人单位或接受劳务的一方在承担责任后可向有故意或者重大过失的船员追偿，但在司法实践中较少遇到相关的追偿案例。

值得注意的是，非海船碰撞导致的人身损害，传统的观点认为两船构成共同侵权，应承担连带赔偿责任。而最近的司法观点认为碰撞双方承担的是按份责任而非连带责任。张伟驾驶雇主邱震的游艇“自由之星”轮，与董静波驾驶的无名海钓小

¹⁶ 如“通天顺”轮与“天神”轮碰撞案，广州海事法院一审判决未登记的光船承租人与光船出租人承担连带赔偿责任。“Cape May”轮与“畅达217”轮碰撞案，上海海事法院（2008）沪海法海初字第74号民事判决，上海市高级人民法院（2010）沪高民四（海）终字第74号民事判决。

船在惠州三门岛东北角水域发生碰撞。惠州港口海事处出具的事故责任认定书认定两轮过错相当，负同等责任。“自由之星”轮登记在杨玲名下，杨玲与邱震系夫妻关系，各方当事人对事故责任人应为邱震和董静波并无异议。广州海事法院依据《侵权责任法》第八条规定，认定邱震和董静波二人对事故损失承担连带赔偿责任。广东省高级人民法院则认为本案游艇与无名小船发生碰撞，系双方过失行为，但双方对此并无意思联络，而只是行为关联的共同侵权。且现有证据不足以证明碰撞双方的单独侵权行为都足以造成全部损害，故根据《侵权责任法》第十二条的规定以及事故责任认定书，改判由邱震、董静波对本案损失各承担 50% 的赔偿责任。³⁰

三、船舶碰撞责任主体确定的特别规则

（一）挂靠船舶

船舶挂靠在国内水路运输较为常见，内河船舶、不满 20 总吨的小型船艇等多采取船舶挂靠方式经营。根据《最高人民法院关于国内水路货物运输纠纷案件法律问题的指导意见》（以下简称《水路运输指导意见》），船舶挂靠是指没有运营资质的个体运输船舶的实际所有人，为了进入国内水路货物运输市场，规避国家有关水路运输经营资质的管理规定，将船舶所有权登记在具有水路运输经营资质的船舶运输企业名下，向该运输企业交纳管理费，并以该运输企业的名义从事国内水路货物运输活动的一种经营方式。《水路运输指导意见》第 12 条规定：“挂靠船舶因侵权行为造成他人财产、人身损害，依据民法通则、侵权责任法、海商法和有关司法解释的规定，挂靠船舶的实际所有人和被挂靠企业应当承担连带责任。”因此，无论是涉海船碰撞，还是内河船舶之间的碰撞，挂靠人和被挂靠人都承担连带责任。

司法实践中，人民法院根据上述规则一般认定挂靠人和被挂靠人对船舶碰撞损害承担连带责任³¹，但在裁判说理方面存在以下细微差别：

认为挂靠人与被挂靠人之间的内部协议不得对抗第三人。例如，“顺利 77”轮在追越“桂平南货 3933”轮的过程中发生碰撞事故，造成两船不同程度受损，“桂平南货 3933”轮的三层驾驶室全损，船尾、驾驶室严重变形，工作艇沉没，船员石礼耀受伤。广州海事法院认为“顺利 77”轮作为追越船在本次碰撞事故中负全部责任，被告黄伟明、顺利船务公司作为“顺利 77”轮登记的船舶共有人，应对原告石礼耀的人身损害承担连带赔偿责任。黄伟明是“顺利 77”轮的实际所有人，顺利船务

¹⁷ 在学术界，多数观点认为未登记的光船承租人仍应系船舶碰撞的责任主体。参见初北平：《船舶碰撞的责任主体识别》，载《人民司法》2008 年第 9 期。曲涛：《光船租赁登记对认定船舶碰撞责任主体之影响》，载《中国海商法年刊》，2010 年第 3 期。唐粒粒：《光船租赁下船舶碰撞责任主体问题研究》，大连海事法学 2016 年硕士学位论文。

¹⁸ 参见广州海事法院（2017）粤 72 民初 693 号民事判决。该判决认为茂韵 658”作为海船，在确定责任人的时候，可以参照《最高人民法院关于国内水路货物运输纠纷案件法律问题的指导意见》的规定，由登记所有人和实际所有人对责任承担连带责任，船舶的光船租赁人即使未经登记备案，在其光船租赁期间，基于权利义务对等的原则，也应当对船舶的损失承担责任。该案将未登记的光船承租人的责任参照上述指导意见规范的船舶挂靠的方式进行处理，但未论证类推适用的合理性，说理有待商榷。

公司是被挂靠单位，两被告之间签订船舶委托经营管理协议只能约束两被告，不能产生对抗原告的法律效力。³²

在一起船舶触碰鱼排案件中，张允系“贵港富顺 3288”轮的实际所有人。2016年5月10日，张允和富顺公司签订船舶挂靠经营合同，约定船舶挂靠后，经济收支由张允自行支配，自负盈亏，运输经营过程中发生的船舶、船员人身等事故责任和经济损失全部由张允自行负责，张允的债权、债务均与富顺公司无关。2017年8月23日，“贵港富顺 3288”轮因受台风“天鸽”影响走锚，分别先后与“桂藤县货 0999”船、原告李志英所属鱼排及鱼排旁渔船及快艇发生碰撞、触碰，事故造成原告所属的鱼排损坏、养殖的鱼和虾走失。广州海事法院认为，富顺公司是涉案船舶的登记船舶经营人，双方之间存在挂靠关系，富顺公司应对“贵港富顺 3288”轮因侵权行为造成原告的损失承担连带赔偿责任；对于两被告在船舶挂靠经营合同中关于责任承担的约定，仅在两被告之间产生约束力，不能对抗第三人。³³

认为挂靠人与被挂靠人因船舶挂靠经营享受共同利益，故应承担连带责任。“惠丰年 298”自卸砂船装载碎石触碰洪奇沥大桥 25 号桥墩，造成该桥墩断裂、桥面倾斜下陷。该案虽系船舶触碰案件，但判决反映挂靠关系下责任认定的类似观点。广州海事法院认为本案触碰桥梁的侵权行为发生时，尽管两被告惠州市丰年船务有限公司、李瑞萍之间不存在意思联络，但丰年公司作为肇事船舶的登记所有权人，李瑞萍作为该船舶的实际所有者，其对船舶享有共同的利益，该船舶对桥梁造成了损害，两被告应视为共同侵权，应承担连带赔偿责任。³⁴

3. 认为被挂靠人未尽到安全管理责任或违反了安全保障义务。

“茂业船舶 003”交通艇、“潮歌 29”快艇均挂在潮歌公司名下经营，两船在惠州大亚湾霞涌乌山头水域发生碰撞，造成周大喜等游客受伤。广州海事法院一审认为潮歌公司以船舶挂靠方式开展经营，对船舶享有共同的利益，应对“茂业船舶 003”交通艇所有人徐文波、“潮歌 29”快艇所有人黄远雄因侵权造成的周大喜的损害承担连带赔偿责任。广东省高级人民法院二审认为，潮歌公司作为被挂靠人，对于挂靠在其名下经营的船舶应负有安全管理责任，对于乘坐挂靠船舶的周大喜负有安全保障义务。黄远雄未持有相关游艇驾驶资质证明文件、“潮歌 29”快艇未取得相关船舶检验机构的检验证书及有关政府部门的认可文件，涉案两艘船舶在同一

¹⁹ 参见曲涛：《船舶碰撞损害赔偿研究》，大连海事大学博士学位论文。

水面上航行，未能保持安全距离和航速，潮歌公司明显未尽安全管理义务。故潮歌公司具有共同的过错，应承担连带赔偿责任。³⁵

直接援引《水路运输指导意见》第12条规定进行说理。例如，在一起船舶碰撞并触碰基础设施案件中，因受台风“天鸽”影响，被告台山港航公司、郑伟锋共有的“粤广海货9707”轮、被告连泉清所属的“湘平江货0429”轮触碰广州打捞局新会抢险打捞基地南护岸，造成南护岸破损坍塌。“粤广海货9707”轮的登记所有人和经营人系台山港航公司，郑伟锋为实际船东，广州海事法院依照《水路运输指导意见》第12条规定，判令被告台山港航公司和郑伟锋对“粤广海货9707”轮造成的损害承担连带赔偿责任。³⁶但值得注意的是《水路运输指导意见》系“法发”而非“法释”“法复”类型文件，属于司法政策文件而非司法解释，不宜在裁判文书中直接援引。特别是在交通运输部已废止《国内水路货物运输规则》的情形下，人民法院在裁判文书说理时可依据《水路运输指导意见》的精神进行说理，也不宜直接援引该文件的具体规定进行说理。

因船舶碰撞导致的人身、财产损害，挂靠人与被挂靠人被判令承担连带赔偿责任，被挂靠人赔偿后，能否依据挂靠协议向挂靠人追偿？海事司法实践对此存在分歧。有生效判决认为，船舶挂靠协议约定船舶在经营中造成的安全事故及产生的债务等一切责任均由挂靠人承担，因挂靠人实际经营使用船舶，被挂靠人未参与船舶的经营使用，故不属于免除其责任、加重对方责任、排除对方主要权利的格式条款，亦没有显失公平，合法有效。《水路运输指导意见》第12条系挂靠方与被挂靠方在侵权案件中对外承担连带赔偿责任的规定，与船舶挂靠协议关于内部责任的约定并不矛盾，该约定有效，挂靠人未依约向被挂靠人支付赔偿金构成违约，应承担相应的违约责任。法院生效裁判认定船舶的实际经营人与被挂靠人对海上人身损害承担连带赔偿责任，被挂靠人在已完成对受害人及其近亲属的赔偿后，可依据其与挂靠人之间签订的合同向挂靠人追偿。³⁷但司法实践中对船舶挂靠协议的效力仍主要存在三种观点：绝对无效说、相对无效说、依法有效说。绝对无效说或认为船舶挂靠协议违反了法律、行政法规的效力性强制性规定而绝对无效，或因损害社会

²⁰ 参见“天力228”船舶碰虎坑大桥。该案虽系船舶触碰案件，但审理理念与内河船舶碰撞相同。“天力228”船为钢质散货船，船舶登记所有人为李永超、吴家毅。2011年7月27日，李永超、吴家毅与何波订立船舶买卖合同，约定李永超、吴家毅于当日将“天力228”船交付何波使用，使用期间发生一切意外和违法行为等与李永超、吴家毅无关。合同订立后，李永超、吴家毅将该船舶交付给何波，但未办理船舶所有权变更登记手续。2012年9月14日，“天力228”船舶碰虎坑大桥，导致大桥受损。新会海事处认定“天力228”船负全部责任。新会公路公司对李永超、吴家毅及何波提起损害赔偿诉讼。一审判决认为，“天力228”船的登记所有人李永超、吴家毅应承担对新会公路公司的侵权民事责任。何波在触碰事故发生时是该轮的买受人，其在接受或掌管该船舶之后发生的对新会公路公司的侵权民事责任亦有过错，应承担连带责任。二审判决认为，本案船舶为内河船舶，在内河行驶时触碰虎坑大桥，因此，本案触碰事故应根据侵权责任法的规定来确定责任主体。李永超、吴家毅作为船舶登记所有人在本案事故之前已将船舶转让给何波，船舶是在何波实际占有、管理、控制和使用期间触碰了虎坑大桥，根据侵权责任法第六条第一款的规定，本案的侵权责任应当由行为人何波承担。李永超、吴家毅未实际占有、管理、控制和使用本案船舶，未实际实施侵权行为，不是侵权行为的行为人。李永超、吴家毅承担连带责任必须根据侵权责任法第十三条的规定，建立在现行法律对此情况作出明确规定的的基础之上，而查现行的法律对此情况没有做出规定。一审判决依据的《全国海事法院院长座谈会纪要》不属于侵权责任法第十三条规定中“法律”的范畴，因此，新会公路公司请求李永超、吴家毅对本案事故承担连带责任没有法律依据。

²¹ 参见广州海事法院（2017）粤72民初1095号民事判决。

公共利益或因违反公序良俗而无效，或属于通谋虚伪表示或者以合法形式掩盖非法目的的行为而无效。相对无效说认为船舶挂靠协议并非全部合同内容无效，而是部分条款无效或者可变更可撤销。依法有效说认为船舶挂靠协议系一种无名合同，不属于违反法律、行政法规效力性强制规定的合同，也没有违反公序良俗，在其不具有法律规定的无效情形时即属于合法有效的合同。³⁸ 司法实践对船舶挂靠协议的效力如何认定，关系到国内沿海、内河运输安全秩序的建构，亟待通过加强调研，发布司法解释或指导性案例，以统一类案裁判尺度。

（二）共有或合伙经营船舶

在海事司法实践中，船舶共有产生的原因较为复杂。有些是单纯的按份共有，有些是家庭共同经营形成的共同共有，有些是船舶挂靠形成的形式上的共有关系。原则上，共有船舶发生碰撞，应由全体共有人作为一个整体对外承担赔偿责任，即全体共有人先连带承担赔偿责任，部分共有人在承担责任后可按照其内部协议向其他共有人追偿。部分共有人擅自驾驶共有船舶导致碰撞损害的，其他共有人亦应对此承担赔偿责任，其在完成赔偿后，亦有权向具有故意或重大过失的共有人追偿。金帆公司和丁元华共有的“金富达 18”轮和新华公司所属的“新华油 18”轮在汕头南澳岛附近海域发生碰撞，造成“金富达 18”轮及所载货物沉没。广州海事法院判令“金富达 18”轮承担 52% 的赔偿责任，“新华油 18”轮承担 48% 的赔偿责任；金帆公司和丁元华作为“金富达 18”轮的共有人，应当对该轮造成的损失承担连带责任。³⁹

由于《民法总则》和《民法典》关于“农村承包经营户”的概念限定于土地承包经营所形成的法律关系⁴⁰，对于家庭共同经营形成的船舶共有，无法直接运用相应法条对此加以规范。审判实践中，基于夫妻或其他家庭成员关系形成的渔船等生计船舶共有较为普遍，是否应将夫妻双方或所有共有人均认定为船舶碰撞的责任主体？泰华公司所属的“泰华航 678”轮与梁添喜驾驶的渔船发生碰撞，事故造成梁添喜的渔船沉没和其配偶陈转花落水失踪，陈转花经法院宣告死亡。陈转花的父母、子女及梁添喜诉请泰华公司等赔偿死亡赔偿金等损失。在该案中，虽然原告提交的船舶转让协议载明渔船的买受人为梁添喜，但实际上渔船系夫妻共同经营，系典型的夫妻渔船，在其中的一名共有人即陈转花死亡后，法院认定梁添喜为船舶所有人，

³⁸ 参见广州海事法院（2017）粤 72 民初 540 号民事判决。

³⁹ 国务院曾于 1994 年 10 月 16 日批复同意农业部等五部门上报的《关于清理、取缔“三无”船舶的通告》，原交通部也曾颁布《关于实施清理、取缔“三无”船舶通告有关问题的通知》。上述文件规定：海上航行、停泊的“三无”船舶，一经查获，一律没收，并可对船主处船价 2 倍以下的罚款；假冒他船船名和船籍港、伪造船舶证书和登记事项与船舶实际不相符合者，均按“三无”船舶对待。

⁴⁰ 参见广州海事法院（2020）粤 72 民初第 1061 号案。

并判令船舶价值损失由梁添喜一人取得，而死亡赔偿金由五原告共同取得⁴¹，此系出于“死者为大”、简化法律关系等考虑。假若涉案渔船碰撞亦造成对方船舶损害，此时的责任主体有两个即梁添喜和陈转花，由于陈转花已死亡，可由其配偶、父母、子女在死者的遗产范围内的进行赔偿。假设涉案渔船碰撞也造成“泰华航 678”轮损坏，陈转花遭受八级伤残（未死亡），其是否还应与梁添喜对船舶损坏承担连带赔偿责任？此时陈转花兼具权利主体和责任主体双重身份，陈转花作为实际上的船舶共有人，亦应对此承担连带赔偿责任。⁴²

基于船舶挂靠形成的共有关系，无论是经营挂靠，还是管理挂靠，均不具有共有关系的实质内容，此时应适用船舶挂靠的特殊规则确定船舶碰撞的责任主体，即挂靠人与被挂靠人对碰撞损害承担连带赔偿责任。如前所述，被挂靠人承担赔偿责任后，可依据挂靠协议向违约的挂靠人追偿损失。

合伙经营的船舶发生碰撞，按照《民法典》第 973 条关于“合伙人对合伙债务承担连带责任。清偿合伙债务超过自己应当承担份额的合伙人，有权向其他合伙人追偿”的规定及合伙“共享利益、共担风险”的精神，全体合伙人应对碰撞损害承担连带责任。关键在于判定船舶碰撞导致的债务是否属于合伙债务的范畴。所谓合伙债务，是指合伙关系存续期间，为实现共同事业目的，以合伙名义对合伙外的人所承担的债务。而合伙人出于游玩等个人目的，擅自驾驶船舶出海发生碰撞的，不属于合伙债务，而系合伙人的个人债务，该合伙人应向其他合伙人赔偿相应损失。规定各合伙人对合伙债务承担连带责任，主要是基于以下三点考虑：第一，扩大清偿合伙债务的履行担保，有利于债权实现；第二，体现了合伙的本质特征，有利于促进合伙事业发展；第三，有利于督促各合伙人慎重选择合作伙伴，执行合伙事务时加强互助协作、勤勉负责，共同维护合伙的利益，避免承担连带责任，提高合伙的效率。⁴³值得注意的是，合伙人的连带责任是一种法定责任，各合伙人不能通过合伙合同约定免除，即便约定免除，也不得以此对抗债权人；是一种对外的责任，合伙人应当以其个人财产对合伙债务承担责任，不得以合伙债务非因其个人行为而产生为由提出抗辩；是一种真正的连带责任，强调的是各合伙人之间都要对其他合伙人责任财产不足负责，合伙债务未全部清偿前，全体合伙人仍负连带责任。

实践中，对于船舶合伙经营发生的碰撞是否属于合伙债务及是否应按照合伙协

²⁵ 参见张宏凯：《船舶碰撞侵权责任研究》，大连海事大学博士学位论文，第 79 页。

²⁶ 该条规定：“用人单位的工作人员因执行工作任务造成他人损害的，由用人单位承担侵权责任。用人单位承担侵权责任后，可以向有故意或者重大过失的工作人员追偿。劳务派遣期间，被派遣的工作人员因执行工作任务造成他人损害的，由接受劳务派遣的用工单位承担侵权责任；劳务派遣单位有过错的，承担相应的责任。”对应《侵权责任法》第 34 条。

²⁷ 该条规定：“个人之间形成劳务关系，提供劳务一方因劳务造成他人损害的，由接受劳务一方承担侵权责任。接受劳务一方承担侵权责任后，可以向有故意或者重大过失的提供劳务一方追偿。提供劳务一方因劳务受到损害的，根据双方各自的过错承担相应的责任。提供劳务期间，因第三人的行为造成提供劳务一方损害的，提供劳务一方有权请求第三人承担侵权责任，也有权请求接受劳务一方给予补偿。接受劳务一方补偿后，可以向第三人追偿。”对应《侵权责任法》第 35 条。

²⁸ 参见曲涛：《船舶碰撞侵权行为定性之法理分析》，载《东方法学》2020 年第 5 期。

议约定进行损失分摊等问题，司法应保持谦抑、谨慎态度，不要轻易打破相关合伙协议的约定，以维护合伙体的基本功能。如陈伟、陈某彬、姚善福签订合伙股份协议，协议约定：“浙嵎 97506”船总船价 205 万元，陈伟投资 86.7 万元，陈某彬投资 68.3 万元，姚善福投资 50 万元；装石块等运作由陈伟操作指挥，船舶所有权登记在陈伟名下；盈亏结算按照股份进行分配。“浙嵎 97506”船与“三无”砂石船“台联海 18”轮发生碰撞，事故造成“台联海 18”轮沉没，船上 6 人死亡、2 人失踪，“浙嵎 97506”船球鼻艏破损洞穿。陈伟在支付人身损害赔偿款后，起诉陈某彬、姚善福要求按合伙比例对损失进行分摊。陈某彬、姚善福则认为，陈伟违法操作导致碰撞事故发生、“浙嵎 97506”船丧失海事赔偿责任限制，这种违法行为超出合伙人的合伙本意，并非合伙经营过程中产生的亏损，不属于合伙债务；陈伟应自行承担碰撞事故导致的损失赔偿责任，并对其他合伙人就合伙体遭受的损失进行赔偿。宁波海事法院一审认为“浙嵎 97506”船发生碰撞事故、丧失海事赔偿限制责任的原因为船上长期存在的船员不适任、船舶不适员、不办理航行签证及超航区航行问题，陈伟在执行合伙事务时存在违法行为，但陈某彬、姚善福作为合伙人对上述缺陷知情且未提出异议，故合伙体成员对碰撞事故的发生均负有过错，碰撞事故损失属于合伙债务；按照合伙协议，陈伟所占股份为 42.29%，陈某彬所占股份为 33.32%，姚善福所占股份为 24.39%，三方应按股份比例承担对外赔偿责任；综合陈伟在合伙体中的职务、过错程度和各方当事人的股份比例，陈伟对碰撞事故损失承担 60% 的赔偿责任，姚善福承担 16.91% 的赔偿责任，陈某彬承担 23.09% 的赔偿责任。浙江省高级人民法院二审认为本案合伙协议明确约定“一律”按出资比例分担亏损，故对案涉碰撞事故造成的亏损应尊重当事人的约定；鉴于“浙嵎 97506”轮存在船员不适任、船舶不适员以及超航区航行等违法行为，陈某彬、姚善福亦属明知，故三合伙人对碰撞事故的发生负有同等过错；上海海事法院（2014）沪海法海初字第 85 号民事判决考虑到碰撞两船违法行为的程度、过失的轻重以及行为对损害后果原因力的大小，认定“浙嵎 97506”船承担 70% 的侵权责任，陈伟系作为船舶登记所有权人被列为适格被告在该案中应诉，但相应的责任应由三合伙人依据合伙协议的约定共同分担；一审判决认定陈伟对合伙体债务扩大存在过错并应承担相应责任，依据并不充分，应予以纠正，三合伙人应对碰撞事故造成的合伙体债务按

²⁹ 参见广州海事法院（2020）粤 72 民初第 1231 号民事判决。

³⁰ 广州海事法院（2017）粤 72 民初 1060 号民事判决，广东省高级人民法院（2018）粤民终 1252 号民事判决。

合伙份额分摊责任；至于陈某彬和姚善福主张陈伟作为合伙事务执行人还应承担赔偿责任，因三合伙人对本案事故的发生均存在过错，故不应由陈伟另行承担额外的赔偿责任。⁴⁴

（三）特定航行阶段船舶

船舶引航、试航等特定航行阶段船舶发生碰撞，在此情况下，船长和船员指挥、驾驶船舶的行动受到限制，如果发生船舶碰撞，就涉及到责任主体认定的特定问题。

1. 引航中发生碰撞的责任主体。无论是强制性引航还是服务性引航，引航员均负有引领和指挥船舶安全航行的权利义务，但引航员不享有独立指挥船舶的权利。

《海商法》第39条规定：“船长管理船舶和驾驶船舶的责任，不因引航员引领船舶而解除。”当引航员错误决定可能导致严重危险局面时，船长可以推翻引航员的决定，并采取正确行动以避免危险局面的发生。因此，引航发生船舶碰撞，仍由船舶所有人或者光船承租人承担责任，引航员并不承担民事赔偿责任，但其可能需要承担行政责任甚至刑事责任。例如，“加勒比精神”轮碰撞汕头港务集团有限公司的驳船右船尾及触碰码头，造成驳船和码头受损。事故原因系引航员不规范操作，错误下达指令，“加勒比精神”轮不适航、船员不适任，听不懂英语，不能正确执行引航员指令，法院据此判决“加勒比精神”轮所有人承担全部赔偿责任。⁴⁵“金海潼”轮装运棕榈油，在引水员的引领下，准备靠泊湛江外贸码头，但船舶掉头过程中，因航速过大，船艏直角触碰码头，致码头受损。法院判决认为引航员在船上引航期间不享有独立指挥船舶的权力，船长仍负有管理和驾驶船舶的责任，引航员在引航过程中的过失造成的船舶触碰事故，仍应由“金海潼”轮经营者承担相应责任。⁴⁶

2. 试航中发生碰撞的责任主体。船舶建造和部分船舶修理中往往要通过试航检验。有些试航由船舶建造或修理方负责控制驾驶船舶，有些则仍主要由船长、船员指挥、驾驶船舶。在审判实践中，需要根据船舶的控制主体确定试航船舶碰撞的责任主体。一般来说，由船舶建造方控制的试航，由船舶建造方对试航的安全和风险负责，由其作为碰撞的责任主体；如果船长、船员控制的试航，或者主要由船长、船员控制的试航，则由船舶所有人或光船承租人对试航的安全和风险负责，承担试航碰撞过失的赔偿责任。美尔美图公司与苏悦海公司签订船舶试航合同，约定美尔

³¹ 在《水路运输指导意见》颁布前，法院也曾判决被挂靠人对挂靠人的债务承担补充清偿责任。例如，顺港168”轮在涉案事故中存在过错，宏基公司作为“顺港168”轮的所有人，应当向两原告承担损害赔偿。顺泽公司同意“顺港168”轮挂靠在其名下经营，并从中收取管理费，因此，顺泽公司应当对“顺港168”轮经营产生的债务承担补充清偿的责任。参见广州海事法院（2004）广海法初字第12号民事判决。

美图公司聘请苏悦海公司为其新建的“凯吉赛”轮进行试航，并为试航船舶提供安全技术服务，同时约定试航期间苏悦海公司参加试航船员视为美尔美图公司临时聘用人员。“凯吉赛”轮空载试航时与中交三航局公司建设的东导堤建筑发生触碰，造成“凯吉赛”轮搁浅，堤坝不同程度受损。美尔美图公司在赔偿中交三航局公司损失后，向苏悦海公司追偿损失。上海海事法院一审认为，双方已经明确约定试航船员在试航期间视为美尔美图公司临时聘用人员，且船长蔡亚勤在试航期间由美尔美图公司支付报酬，并由该公司负责投保人身意外伤害保险，应当认定蔡亚勤在试航期间系为美尔美图公司提供劳务，苏悦海公司不应为船长的驾船过失承担责任；根据船舶试航合同的约定，美尔美图公司仍为船舶试航安全的第一责任人，涉案试航活动仍由该公司指挥和掌控，苏悦海公司依约配齐了符合试航要求的船员，并提供了相应的船员适任证书，也按照约定组织试航船员进行了培训，并未显示其存在过错，遂判决驳回美尔美图公司的诉讼请求。上海市高级人民法院二审认为，苏悦海公司应当依约向美尔美图公司提供船舶试航中的安全技术服务，确保船舶在试航过程中的安全；苏悦海公司提供的船长的过失，是造成涉案触碰事故的重要原因，在船舶试航过程中，苏悦海公司船长及船员对船舶处于主要的积极的控制地位，与处于协从地位的美尔美图公司相比，应负担更重的过错责任，故苏悦海公司应承担60%的赔偿责任。最高人民法院再审认为，苏悦海公司关于其仅提供介绍船员居间服务的主张和美尔美图公司关于其与船员不存在雇佣关系的主张，均与合同实际约定不符，因该合同对涉案船员雇佣关系的约定存在矛盾和冲突，对船员行为后果的责任主体约定不明，故双方应对船员行为的后果共同承担责任；根据涉案试航合同的约定，美尔美图公司和苏悦海公司均具有对船员进行培训和应急演练的义务，航行安全措施和应急方案的制定亦应当由苏悦海公司会同美尔美图公司共同完成，故双方对航行安全措施制定不当造成的后果应当共同承担责任；涉案试航活动的总指挥为美尔美图公司的工作人员，试航总指挥安全意识淡薄，责任心不强，未将新航道通航及导堤建设情况予以通报，电子海图不能正常使用，是导致事故发生的原因；综合考虑上述多个原因对造成涉案事故损害结果所发挥的作用以及双方当事人对上述原因应当承担的责任，可以认定美尔美图公司在触碰事故中的过错大于苏悦海公司，故苏悦海公司应承担40%的赔偿责任。⁴⁷

³² 参见广州海事法院（2015）广海法初字第161号民事判决。

³³ 参见广州海事法院（2018）粤72民初256号民事判决。

至于漂航、锚泊等特定航行状态下的船舶发生碰撞，由于船长、船员驾驶船舶的行为并未受到限制，船舶碰撞的责任主体认定仍需遵循船舶碰撞的一般规则，在通航密度大的航道上漂航、锚泊的船舶可能需要承担较重的侵权责任。⁴⁸

（四）休闲旅游船舶

游艇、摩托艇、海钓船等船舶的主要用途并非海上运输而是休闲旅游。此类船舶发生碰撞，与一般的碰撞案件相比，可能会涉及旅游经营者、挂靠公司等特定主体的责任问题。

在游艇挂靠经营中，游客遭受游艇碰撞导致的人身损害，构成侵权责任与违约责任的竞合，游客有权选择游艇所有人、挂靠公司承担违约责任或侵权责任。挂靠公司实际提供出海旅游服务的，可认定游客与挂靠公司之间存在旅游服务合同关系，挂靠公司可承担违约责任。萧跃文搭乘游巧岸驾驶的游艇外出海钓，在海钓过程中游艇遭受一艘渔船碰撞，萧跃文头部及肩部受伤，碰撞发生后，肇事渔船驶离现场，在场人员未看清该渔船牌号。萧跃文诉请游艇所有人游巧岸和经营人南澳旅游公司承担赔偿责任。广州海事法院一审认为，萧跃文明确要求承担违约损害赔偿，而南澳旅游公司虽系涉案游艇的登记经营人，但并未参与萧跃文及游巧岸之间合同的要约、承诺以及履行过程，且萧跃文也未举证证明游巧岸是该公司的员工或者存在适用职务代理或表见代理等情形，故萧跃文与南澳旅游公司之间并不存在合同关系，南澳旅游公司不应承担连带赔偿责任。广东省高级人民法院二审认为，本案存在双重法律关系，一是萧跃文和游艇方之间成立的旅游服务合同关系，二是游艇方未尽船舶管理义务，导致萧跃文身体健康受损，构成侵权；萧跃文在一审中明确诉请违约损害赔偿，故应审查萧跃文与游艇的登记所有人、登记经营人之间是否存在旅游服务合同关系。游巧岸是涉案游艇的所有人和实际驾驶人，南澳旅游公司是专门从事旅游服务行业的商事主体，是游艇的登记经营人。游巧岸虽然是游艇所有人，但并非合格的旅游业务经营者，为使游艇能够开展载客观光项目，游巧岸和南澳旅游公司签署挂靠协议将游艇挂靠在南澳旅游公司名下，并约定该船服从南澳旅游公司的调度及管理。涉案纠纷即发生在游巧岸驾驶游艇向萧跃文提供出海休闲服务的过程中，因此应当视为游巧岸和南澳旅游公司共同向萧跃文提供出海旅游服务。根据《最高人民法院关于审理旅游纠纷案件适用法律若干问题的规定》第十六

³⁵ 参见广州海事法院（2021）粤72民初1722号民事判决，广东省高级人民法院（2022）粤民终4213号民事判决。

³⁶ 参见广州海事法院（2017）粤72民初1090号民事判决，广东省高级人民法院（2019）粤民终3033号民事判决。

条⁴⁹的规定，旅游公司和游艇所有人违反旅游安全管理规定载客旅游观光，导致游客遭受人身损害的，旅游公司和游艇所有人应当对游客在游艇上遭受的人身伤害承担连带的违约赔偿责任。⁵⁰

挂靠公司未实际提供出海旅游服务，游艇在出海中发生碰撞导致损害发生，挂靠公司不承担赔偿责任。海钓公司与蔡明签订船舶挂靠协议，约定蔡明以其“蓝天海钓”轮挂靠于海钓公司从事海上休闲垂钓项目。蔡明联系陈爱国请其帮忙开“蓝天海钓”轮载朋友出海钓鱼游玩，该轮与李国军驾驶的“辽长渔 31239”轮发生碰撞，事故导致李国军受伤（经鉴定为八级伤残）。大连海事法院一审认为，蔡明系“蓝天海钓”轮船舶所有人，驾驶员陈爱国系应蔡明之请求为其驾驶船舶，双方并未就陈爱国提供帮助驾驶船舶商定劳务报酬，陈爱国属于帮工性质。按照《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第十三条之规定，其在驾驶船舶过程中造成李国军人身损害的，应由蔡明承担侵权责任。李国军和蔡明虽然均主张“蓝天海钓”轮在事故当时已挂靠于海钓公司，蔡明及陈爱国均为海钓公司工作人员，该航次任务也是执行海钓公司的工作任务，进而李国军提出海钓公司应就其人身损害承担连带赔偿责任，蔡明提出海钓公司应就事故造成的损失承担全部赔偿责任，但双方均未能提供证据证明陈爱国系接受海钓公司指派驾驶“蓝天海钓”轮完成工作任务。根据海事机关在事故当时的调查结果，陈爱国系受蔡明之托帮助驾驶船舶，在此前提下，“蓝天海钓”轮是否挂靠于海钓公司经营，陈爱国是否为海钓公司的员工，均不能确定海钓公司应对本次事故造成的损失承担赔偿责任。因李国军对本次事故的发生亦存在一定过错，可以减轻蔡明的赔偿责任，可认定“蓝天海钓”轮应承担 80% 的责任，“辽长渔 31239”轮应承担 20% 的责任。故蔡明应对李国军的人身损害承担 80% 的赔偿责任。⁵¹

游艇碰撞、触碰等引起的海上人身损害需适用民事基本法律而非海商法的，应区分情形适用共同侵权连带责任、客观结合连带责任、客观结合按份责任等侵权行为类型认定责任主体及其责任份额。除前述“自由之星”轮与无名海钓小船碰撞案外，“蓬游 143”游艇触碰案也较为典型。王志君、王志彬、张绪利三人驾驶无证小木船出海抛锚捞海参。王志彬和王志君潜水捞海参，张绪利在船上负责潜水员供气系统及了望海上情况。张祥春驾驶“蓬游 143”游艇挂上王志君的供气管

³⁷ 参见广州海事法院（2018）粤 72 民初 367 号民事判决，广东省高级人民法院（2018）粤民终 1946 号民事判决。

³⁸ 参见尹忠烈、谭学文：《船舶挂靠关系下被挂靠人的损失追偿》，载《人民司法·案例》2020 年第 5 期。

航行,致使王志君被快速拖带并与游艇发生触碰,供气管被扯断,“蓬游 143”游艇驶离事故现场。后王志君浮出水面,被“蓬游 117”游艇救起,但经抢救无效死亡。“蓬游 143”游艇登记所有人和被挂靠人为海上客运公司,实际所有人和挂靠人为张祥春。王志彬承包涉案海域进行海参养殖,海域使用权属于蓬莱旅游公司,王志彬与王志君系雇佣关系。青岛海事法院一审认为,蓬莱旅游公司并未实施与王志君死亡有因果关系的侵权行为,不是本案的共同侵权人,不承担侵权责任;王志君具有在涉案养殖区从事与养殖相关的水下作业能力,其死亡与其不具备潜水资质无关,王志君不应承担责任;王志彬作为事发海域的承包人和死者的雇主,负对潜水作业安全的注意义务,而其既未设置潜水作业标识,也未提前告知海上客运公司其每日潜水作业的位置范围和时间区间,对事故的发生负有责任;张祥春没有保持正规了望,其以 20 节以上速度航行,违背了避碰规则关于安全航速的规定,导致事故发生,其应当承担侵权责任;王志君的死亡系王志彬及张祥春的共同侵权行为所致,根据《侵权责任法》第八条的规定,二者应承担连带责任,但根据《侵权责任法》第十三条规定,王志君的近亲属有权仅向张祥春主张全部赔偿,海上客运公司接受张祥春船舶的挂靠,应当承担连带赔偿责任;海上客运公司及张祥春在赔偿原告后,可以依法在另案中向王志彬追偿;原告主张张祥春与海上客运公司责任比例为 80%,原告有权处置其权益,故原告可请求张祥春与海上客运公司连带赔偿 909126.33 元损失的 80% 即 727301.06 元。山东省高级人民法院二审认为,根据蓬莱海事局作出的《水上交通事故责任认定书》的认定,张祥春与海上客运公司一方对王志君的死亡应承担 50% 的责任,故改判张祥春与海上客运公司连带赔偿原告 909126.33 元损失的 50% 即 454563.16 元。⁵² 故二审适用《侵权责任法》第十二条认定碰撞双方按照过失比例承担赔偿责任。

游艇经营者在提供服务过程中因碰撞、触碰导致损害发生的,应承担侵权责任,受害人自身存在过错的,适用过失相抵规则,可酌情减轻或免除船舶所有人及经营人的责任。丰顺公司员工刘海元在海滨浴场驾驶游艇拉载乘客行驶过程中,与正在浴场东侧防鲨网外围游泳的杜军发生碰撞,导致杜军伤残。游泳者杜军为高抬手,手露出水面泳姿,刘海元在驾驶游艇过程中,始终未发现游泳者,在碰撞杜军后,亦未察觉碰撞事故的发生,继续驾驶游艇搭载乘客观光,直至回到岸边。天津

³⁹ 参见广州海事法院(2007)广海法海初字第107号民事判决。

⁴⁰ 《民法典》第55条规定:“农村集体经济组织的成员,依法取得农村土地承包经营权,从事家庭承包经营的,为农村承包经营户。”第56条第2款规定:“农村承包经营户的债务,以从事农村土地承包经营的农户财产承担;事实上由农户部分成员经营的,以该部分成员的财产承担。”

⁴¹ 参见广州海事法院(2017)粤72民初1095号民事判决。该案判决梁添喜一人取得船舶价值赔偿有待商榷。涉案渔船属于夫妻共有财产,渔船的50%价值应属于陈转花的遗产范围,由五原告按照《继承法》的规定分配。

⁴² 参见陈世珠、洪秀英与王玉琼、梁南帝等海上人身损害赔偿责任纠纷案。

海事法院一审认为，刘海元驾驶快艇系从事丰顺公司职务行为，该行为系从事丰顺公司的生产经营活动，因此丰顺公司应对杜军的人身损害承担赔偿责任。驾驶员刘海元未能运用良好船技保持谨慎驾驶，未及早发现游泳者并采取有效措施避让游泳者，导致事故发生，对该起事故负主要责任。游泳者杜军在非划定泳区下海游泳，未尽到安全谨慎义务，负次要责任。故杜军自行承担 20% 赔偿责任，丰顺公司承担 80% 赔偿责任。天津市高级人民法院二审维持原判。⁵³

（五）体育赛事船舶

帆船、皮划艇等体育赛事船舶发生碰撞与一般的船舶碰撞存在较大区别。参赛船舶的主要目的是为了参加竞技体育比赛或体育活动，并非主要从事海上运输的船舶；主办方一般会发布赛事公告，参赛各方对比赛中的风险大体上熟悉和预知，组委会有权对参赛人员的成绩取得、是否构成犯规等进行认定；比赛会在封闭的赛事海域内举行，海事部门通常会发布通航公告禁止非比赛船舶通行，故事故海域并非通航可航水域；参加比赛的运动员或船员可能并不持有专业的船员证书，临时组成参赛队伍参加比赛等。

规模较大的体育赛事一般购买了专门的保险，故在大规模赛事上参赛船舶发生碰撞事故，所导致的损失一般可通过保险理赔等方式得到赔付，较少发生争议。但是，对于游艇帆船协会、俱乐部等组织的小规模、非官方的体育赛事，在比赛过程中发生碰撞，经过主办方、体育行政部门等调解后仍得不到解决的，多会向法院提起损害赔偿之诉。根据《中华人民共和国体育法》第三十二条规定，在竞技体育活动中发生纠纷，由体育仲裁机构负责调解、仲裁；体育仲裁机构的设立办法和仲裁范围由国务院另行规定。⁵⁴但实践中，我国的体育仲裁机构不发达，当事人也不愿意向体育仲裁机构提出申请。人民法院也受理了一些体育赛事船舶发生碰撞的损害赔偿案件。“中国杯 24 号”游艇与“白鲨号”游艇碰撞案较为典型。⁵⁵

2016 年 10 月 29 日，“白鲨号”游艇与“中国杯 24 号”游艇在参加第十届中国杯帆船比赛期间，在深圳市大鹏新区万科浪骑游艇会附近水域发生碰撞，事故造成双方船舶受损。碰撞事故发生后，双方互指犯规，对事故责任和赔偿金额未能达成一致意见，“白鲨号”游艇所有人深圳人防公司，遂向广州海事法院提起诉讼，要求“中国杯 24 号”游艇所有人粤和兴公司，赔偿船舶修理费和船舶价值损

⁴³ 最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组主编：《民法典合同编理解与适用（四）》，人民法院出版社 2021 年版，第 2754 页。

⁴⁴ 参见宁波海事法院（2016）浙 72 民初 2948 号民事判决，浙江省高级人民法院（2017）浙民终 425 号民事判决。

⁴⁵ 参见广州海事法院（2002）广海法初字第 32 号民事判决。

失等，粤和兴公司亦提起反诉。广州海事法院一审认为，根据本届赛事执行的《国际帆联帆船竞赛规则 2013-2016》第十一条，当船只位于同舷风并相联行驶时，上风船应避让下风船。“中国杯 24 号”作为上风船，没有作出避让，违反了赛事规则，构成重大违规，应当负本次事故的主要责任，承担 90% 的赔偿责任，“白鲨号”游艇承担 10% 的责任。一审判决作出后，双方均不服，上诉至广东省高级人民法院。广东省高级人民法院二审认为，本案二审的核心争议为案涉碰撞事故能否适用自甘风险规则免除致害方的赔偿责任？《民法典》确立了自甘风险规则，其第一千一百七十六条规定：“自愿参加具有一定风险的文体活动，因其他参加者的行为受到损害的，受害人不得请求其他参加者承担侵权责任；但是，其他参加者对损害的发生有故意或者重大过失的除外。”根据上述规定，致害人是否需要对其导致的损害承担民事责任，需要判断其是否存在故意和重大过失的情况。竞赛过程中，

“中国杯 24 号”选择大幅度左转的目的，是为了按照竞赛要求绕过左侧浮标，继而前行，而非故意去损害其他船只。其次，“中国杯 24 号”采取向左打舵，是预判可以绕过浮标而不是触碰到“白鲨号”的右后方，说明其当时采取行动判断过失，属于帆船竞赛中的一般风险，不存在重大过失。本案中，双方当事人是在明确知道帆船竞赛的风险性的前提下自愿报名参加该项活动，在竞赛过程中发生了碰撞事故，“中国杯 24 号”虽然违反了竞赛规则，但并不存在故意和重大过失，故本案应当适用“自甘风险”原则。据此，广东省高级人民法院二审改判碰撞损害由双方自行承担。

关于该案的法律适用，由于碰撞发生在相对封闭的赛事海域，一二审法院并未适用《海商法》及《船舶碰撞规定》等法律及司法解释，也未适用《1972 年国际海上避碰规则》，主要系因为体育赛事船舶碰撞与一般的船舶碰撞存在的较大区别，不应适用与主要从事海上运输的船舶发生碰撞的相同处理规则。一二审法院均采用了民事基本法律对碰撞责任进行分析。所不同的是一审法院运用《侵权责任法》，并结合赛事规则⁵⁶，对参赛双方的责任按过错比例进行认定。而二审认为本案为体育竞技过程中产生的碰撞事故，不同于一般的船舶碰撞侵权行为纠纷，不宜以违反

⁴⁶ 参见广州海事法院（2008）广海法初字 247 号民事判决。

⁴⁷ 参见上海海事法院（2014）沪海法海初字第 92 号民事判决，上海市高级人民法院（2015）沪高民四（海）终字第 93 号民事判决，最高人民法院（2016）最高法民再 330 号民事判决。

⁴⁸ 参见“三井策略”轮与“珍河”轮碰撞案。广州海事法院（2012）广海法初字第 301 号、（2013）广海法初字第 565 号民事判决。法院认为“珍河”轮漂航的位置，处于极有可能发生碰撞危险的交通要道；漂航当时恰逢大雾，能见度极为不良，最低能见度低于 500 米，“珍河”轮应当预见其难以通过肉眼被他船较早发现的可能，应根据《1972 年国际海上避碰规则》第三十五条“能见度不良时使用的声号”的规定，鸣放能见度不良情况下相应声号；“珍河”轮在发现“三井策略”轮后，应根据《规则》第十九条“船舶在能见度不良时的行动规则”和第七条“碰撞危险”的规定，通过雷达、AIS 和 VHF 等系统观察及早判定是否正在形成紧迫局面和（或）存在碰撞危险，并按《规则》第八条“避免碰撞的行动”的规定，及早动车并采取有效避碰行动，而不应盲目等待他船避让。而“珍河”轮未履行其应有的避碰义务，且上述不作为一定程度导致了碰撞事故的发生，应承担相应的责任。法院根据海事调查报告的主次责任划分，最终认定“珍河”轮承担 20% 的赔偿责任。

避碰规则即构成过错和侵权进行认定，而应充分关注体育竞技中的正当风险和竞技活动的特殊性。衡量致害方有无故意或者重大过失，是否违反竞赛规则当然是一个重要的要素，但是，仅违反规则并不必然构成故意或者重大过失。帆船竞赛中，获得最有利的风速、风向，保证帆船高速前进，赢得比赛是参赛者的共同心态，也是该项竞技运动存在一定风险的原因，为鼓励体育竞技精神，不宜对参赛者课以过于严格的谨慎注意义务，更不宜仅以违反规则作为故意或者重大过失的评价标准，而应结合比赛的固有风险、比赛的激烈程度、犯规者的技术水平、犯规者对规则的熟悉程度、犯规动作的意图等因素对致害方的主观意图进行综合分析判断。⁵⁷ 二审据此认定“中国杯 24 号”在比赛中并不存在故意和重大过失，根据《民法典》自甘风险的规定，深圳人防公司和粤和兴公司均不得请求对方承担侵权责任。

该案生效判决适用自甘风险规则认定竞技体育中发生船舶碰撞的责任规则，即碰撞双方均不得请求对方承担侵权责任，这意味着在此类碰撞中一般并不存在责任主体的问题（致害方存在故意或重大过失的除外），碰撞双方均无需就对方的损失承担赔偿责任。但致害方故意或重大过失导致参加者遭受损害，仍应承担侵权责任，此时致害方也系船舶碰撞的责任主体。此时，可根据前述非涉海船的船舶碰撞的责任主体认定规则进行处理。

由该案延伸出的一个问题是：如果参赛双方均请求竞赛的组织者承担责任的话，竞赛组委会、主办方等是不是船舶碰撞的责任主体？根据《民法典》第 1198 条 58 的规定，竞技体育的组织者、体育赛事的经营者如果未尽到安全保障义务，造成他人损害的，应当承担侵权责任。比如，游艇俱乐部在清理赛事海域、维护保护设施等方面存在问题导致碰撞事故发生的，应当承担侵权责任。但针对竞技体育中因激烈的对抗比赛导致碰撞发生的，碰撞双方若适用自甘风险规则免责，在相关组织者、经营者已尽到安全保障义务的情况下，也不宜认定其对碰撞损害承担责任。

（六）漏油船与非漏油船

船舶碰撞导致货油或燃油泄漏系碰撞案件的特殊形态。此类纠纷叠加了船舶油污、船舶碰撞和一般环境侵权等三重法律关系，在责任主体认定上较为特殊。司法实践中，长期以来，对于船舶碰撞致一船溢油由谁承担责任的问题，裁判尺度很不统一，有的认为应由溢油船承担责任，有的认为应由溢油船与非溢油船按碰撞比例

⁴⁹ 该条规定：“旅游经营者准许他人挂靠其名下从事旅游业务，造成旅游者人身损害、财产损失，旅游者请求旅游经营者与挂靠人承担连带责任的，人民法院应予支持。”

⁵⁰ 参见广州海事法院（2015）广海法初字第 329 号民事判决，广东省高级人民法院（2015）粤高法民四终字第 219 号民事判决。

承担责任，有的认为应由溢油船与非溢油船承担连带赔偿责任。⁵⁹ 学术界对此也存在很大争议。⁶⁰ 最高人民法院于 2011 年 1 月发布的《关于审理船舶油污损害赔偿纠纷案件若干问题的规定》（以下简称《油污司法解释》）第四条规定受损害人可以请求泄漏油船舶所有人承担全部赔偿责任。由于“可以”一词具有较大的解释空间，在《油污司法解释》出台之后，判决溢油船承担责任的比例有小幅提升，说明《油污司法解释》对于统一指导司法实践起到了一定的作用，但效果并不是很明显；司法实践中存在的同案不同判问题，会导致清污单位在船舶油污损害赔偿问题上选择诉讼主体和选择诉讼法院时可能会采取不同的策略。⁶¹

2013 年 3 月 19 日，“达飞佛罗里达”轮在距长江口灯船东北约 124 海里处东海专属经济区与“舟山”轮发生碰撞，导致“达飞佛罗里达”轮船体结构严重损坏，共计 613.278 吨燃料油泄漏。事发后，上海海事局组织指挥上海打捞局、东海救助局等 11 家单位对涉案事故采取了救助、清防污作业，产生应急处置费用。经过长达五年多的诉讼，虽已有生效判决认定涉案两船应对本次事故各承担 50% 的碰撞过失责任，但对于应急处置费用的赔偿问题，在经过宁波海事法院一审、浙江省高级人民法院二审、最高人民法院再审后，最终尘埃落定。

⁶² 最高法再审认为，本案应当适用我国加入的相关国际公约，公约没有规定的事项适用国内法及其司法解释的规定，有关国际公约和国内法分别对污染者与第三人实行无过错责任原则、过错责任原则的基本内涵，即污染者负全责，另有过错者相应负责，因此漏油船“达飞佛罗里达”轮应承担全部赔偿责任，非漏油船“舟山”轮也应当按照其 50% 的碰撞过失比例承担污染损害赔偿赔偿责任。学界有观点认为，最高法再审判决准确认定《燃油公约》仅规定漏油船方面的责任，非漏油船一方的污染损害赔偿赔偿责任承担问题应当根据国内法予以解决，并开创性提出漏油船承担全部赔偿责任、非漏油船在碰撞过失比例范围内承担赔偿责任的解决方案，巧妙地解决了可能的重复赔偿问题，更有利于油污受害人就所遭受的应急处置费用等损失得到尽可能充分的赔偿。⁶³ 但也有观点认为油污受害方与漏油方和与非漏油方分别是两个独立的海上侵权法律关系的责任主体，两个法律关系适用的法律、归责原则、责任限制、基金设立及分配程序各不相同，是不能也无法在一个案件中交叉适用的；在两种法律制度各自调整的范围内，既不能在碰撞法律关系中主张油污责任（如油

⁵¹ 参见大连海事法院（2018）辽 72 民初 288 号民事判决。

⁵² 青岛海事法院（2014）青海法海事初字第 15 号民事判决，山东省高级人民法院（2016）鲁民终 2011 号民事判决。该案无法确定“蓬游 143”游艇是否为海船，判决同时适用避碰规则、碰撞司法解释及侵权责任法进行说理，法律适用较为混乱。

污受害方向非漏油船主张油污责任），也不能在油污关系中主张碰撞或者一般侵权责任（如油污加害方主张按碰撞责任比例承担责任或者根据一般法规定主张第三方的过失也免除自己的油污责任），更不能在同一油污案件中，油污受害方在以油污法律关系向漏油方请求赔偿全部油污损害的同时，又以碰撞或者一般侵权关系要求非漏油方承担油污损害责任；油污受害方对漏油方的请求是油污损害赔偿请求，包括预防措施费用和环境损害（含利润损失），而对非漏油方的请求是碰撞损害赔偿请求，不含预防措施费用和环境损害赔偿；最高法再审判决漏油方依据油污法承担100%的油污责任，同时判决非漏油的碰撞一方依据碰撞法承担50%的油污责任，为使赔偿总额不超过油污受害方的请求额，法院再次调整比例，最终漏油方承担2/3的油污损害赔偿赔偿责任，非漏油方承担1/3的油污损害赔偿赔偿责任；显然，此判决改变了油污法“谁漏油谁赔偿”的基本原则，改变了非漏油方只承担碰撞责任、不承担油污责任的碰撞法律规定，该判决也没有考虑预防措施费用和环境损害损失不属于碰撞损害的赔偿范围，从程序法看，该案也不符合合并审理的要件。⁶⁴

关于上述问题，余晓汉法官撰文指出，关于船舶碰撞引起的油污事故中非漏油船舶的所有人归责相关问题，《1992年油污公约》和《2001年燃油公约》仅规定了漏油船舶的所有人的无过错责任，而没有规定有过错第三人对油污受损害人的责任。油污受损害人有权依据《民法典》第1233条的规定请求船舶碰撞中的非漏油船舶的所有人按照过失比例承担油污损害赔偿赔偿责任。油污受损害人同时或者单独起诉碰撞两船所有人，其案由均只应定为船舶污染损害责任纠纷。⁶⁵

根据最高人民法院《关于统一法律适用加强类案检索的指导意见（试行）》要求，人民法院在审理案件时，应当进行类案检索；检索到的类案为指导性案例的，应当参照作出裁判，但与新的法律、行政法规、司法解释相冲突或者为新的指导性案例所取代的除外。“达飞佛罗里达”轮案虽然在2020年入选最高人民法院发布的海事审判典型案例，但尚未入选指导性案例，并无强制适用的效力。但在海商法修改或新的司法解释出台前，人民法院还是尽量依据类案同判的精神参照“达飞佛罗里达”轮案作出裁判。

（七）船舶碰撞与海上保险

在船舶碰撞案件中，保险人的诉讼地位较为多变，或作为原告，或作为被告，

⁶⁴ 参见天津海事法院（2019）津72民初595号民事判决，天津市高级人民法院（2020）津民终1438号。

或作为第三人。在保险人已赔付碰撞船舶一方时，其可以作为原告就已赔付部分向碰撞相对方提起保险代位求偿之诉。⁶⁶ 在保险人尚未赔付时，其可能作为共同被告在碰撞案件中被诉请承担相应赔偿责任。⁶⁷ 在部分碰撞案件中，当事人也可能申请保险人作为第三人参与诉讼。但需要强调的是，保险人并非碰撞方，其并未实施船舶碰撞侵权行为，其本身并不是船舶碰撞损害责任纠纷的责任主体。

在船舶碰撞保险代位求偿案件中，根据《最高人民法院关于审理海上保险纠纷案件若干问题的规定》第十四条“受理保险人行使代为请求赔偿权利纠纷案件的人民法院应当仅就造成保险事故的第三人与被保险人之间的法律关系进行审理”之规定，人民法院不必对海上保险法律关系进行审理。但在非保险代位求偿案件中，如保险人作为被告的案件，人民法院仍需对船舶碰撞法律关系和海上保险法律关系均进行审理。此时，面临诉的合并与分离的问题。

实践中，碰撞船舶已投保了责任保险，碰撞一方申请追加保险人承担保险责任，人民法院是否应当允许？《中华人民共和国保险法》第六十五条规定：“保险人对责任保险的被保险人给第三者造成的损害，可以依照法律的规定或者合同的约定，直接向该第三者赔偿保险金。责任保险的被保险人给第三者造成损害，被保险人对第三者应负的赔偿责任确定的，根据被保险人的请求，保险人应当直接向该第三者赔偿保险金。被保险人怠于请求的，第三者有权就其应获赔偿部分直接向保险人请求赔偿保险金”。关于何为“应付的赔偿责任确定”和“被保险人怠于请求”，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国保险法〉若干问题的解释（四）》[以下简称《保险法解释（四）》]第十四条⁶⁸、第十五条⁶⁹予以明确。一般而言，在船舶碰撞案件一审程序中，直接判决碰撞船舶责任保险的保险人向对方船舶的船舶所有人或光船承租人承担赔偿责任，并不满足“应付的赔偿责任确定”的条件。因为被保险人对第三人应负的赔偿责任并未经生效民事裁判文书所确定，即被保险人仍享有上诉的权利。由于被保险人对第三人的赔偿责任，并不一定属于责任保险合同约定的保险责任范围，保险人在承担保险责任之前，仍需要审查该赔偿责任即责任保险的保险事故是否属于保险责任范围，责任保险合同是否在有效期内以及是否存在免赔额、免赔率等情况，以最终确定保险责任的承担。⁷⁰ 保险法解释（四）第十四条第二款亦赋予了保险人按照责任保险合同确定赔偿责任的权利，平衡保护了保险

⁶⁴ 有观点认为此类纠纷应由体育仲裁机构主管，人民法院并非专业的体育仲裁机构，不应受理此类纠纷。

⁶⁵ 参见广州海事法院（2017）粤72民初874、1020号案，广东省高级人民法院（2019）粤民终635、636号案。

人和被保险人的权益。基于上述考虑，人民法院在审理船舶碰撞案件时不宜同意原告提出的追加保险人作为共同被告的申请，被告方申请追加保险人作为共同被告的，也不宜准许。⁷¹

但在一些案件，人民法院出于一揽子解决争议的考虑，判决被保险人及保险人对侵权损害承担连带赔偿责任。此时，人民法院可以根据当事人的申请追加保险人作为共同被告，但在实体审理时应同时审理侵权法律关系和保险法律关系，应依据保险合同确定是否属于保险责任范围、是否存在除外责任、免赔额等问题。南澳大众公司与曾美玲签订休闲船舶服务协议，南澳大众公司向曾美玲提供办证、代买保险、培训船员等服务。南澳大众公司协助曾美玲就“南澳旅游 375”游艇向天安保险公司投保，天安保险公司出具了投保人和被保险人均为南澳大众公司的保险单。管文志乘坐曾美玲所有的“南澳旅游 375”游艇出游，因出游当日浪大发生颠簸，管文志腰部受伤，下船后到医院经急诊确诊为骨折，故诉请曾美玲、南澳大众公司、天安保险公司等赔偿损失。法院生效判决认为曾美玲系涉案游艇的登记所有人、实际所有人及经营者，应对管文志承担侵权责任。涉案游艇并未以南澳大众公司的名义对外经营，没有证据显示曾美玲与南澳大众公司之间成立挂靠关系，南澳大众公司在本案中也不具有过错，故其不应当承担侵权责任。本案事故造成的损害属于天安保险公司承保范围，曾美玲与天安保险公司均拒绝对管文志赔偿，管文志对天安保险公司提起诉讼要求其直接向管文志支付保险金于法有据。涉案保险单约定精神损害赔偿不属于保险赔偿范围，每次事故人身伤害绝对免赔额为 500 元或损失金额的 5%，以高者为准，该两款约定并不违反法律规定，应认定有效。据此，天安保险公司应向管文志支付的保险赔款为 152,228.68 元（赔偿额 165,240.72 元 - 精神损害赔偿金 5000 元 - 免赔额 8012.04 元），对保险赔款之外的 13,012.04 元应由曾美玲向管文志支付。⁷²

（八）无人船碰撞

关于无人船的民事责任，研究者关注较多的是无人船的所有人、管理人、经营人的侵权责任及无人船的生产者、销售者的产品责任。⁷³

无人船碰撞与一般船舶碰撞存在不同的是可能涉及设计者的责任问题。⁷⁴

* 对于无人船的设计缺陷导致的碰撞事故，无人船的设计者应担责。如果是无

⁵⁶ 按照部分学者观点赛事规则系“软法”或“民间法”等范畴。

⁵⁷ 二审承办法官在电视节目中进一步指出，“中国杯 24 号”游艇在竞赛中左转弯为了绕过浮标、“抢风头”，并不存在故意和重大过失。参见广东省高级人民法院：《湾区融法 | 竞技体育的“风险”》，载：<http://www.grtn.cn/life/folder220/folder261/2022-03-08/3065550.html>

人船操控系统的固有缺陷导致无人船的操纵出现根本故障进而导致事故发生的，无人船的系统开发者和设计者应对此承担责任。由于《产品质量法》规定的主要是生产者和销售者的民事责任，对于无人船的设计者可以参照《民法典》关于技术开发合同的相关规定确定设计者的责任。因此，无人船的设计者对生产者等主体主要承担的是违约责任，其不对碰撞相对方直接承担责任。生产者、销售者在承担产品责任后，可以向设计者追偿损失。而无人船的研发工程师一般受聘于相应的研发公司，对此应当按照雇佣或劳动合同关系，根据替代责任规则，由研发公司承担责任，工程师一般不直接承担相应的民事赔偿责任。否则，这对研发工程师而言法律责任过重，将导致其在研发、设计时畏首畏尾、不敢创新，不利于无人船产业的蓬勃发展。研发工程师面对高额的索赔请求也通常缺乏赔偿能力，要求工程师承担赔偿责任对受害人保护程度也没有明显增加。

对于无人船设计者的责任认定要注意区分设计缺陷对事故发生的原因力。如果船舶碰撞事故是多种因素叠加产生的，不能一概判定无人船设计者承担全部责任。例如，如果岸基操控人员有能力修复系统故障而未修复，则船舶所有人需要承担责任；如果岸基操控人员未按操作说明正常使用，则船舶所有人需要承担责任。⁷⁵ 对此，需要综合运用因果关系认定学说如相当因果关系说对事故原因进行分析，进而确定无人船设计者的责任份额。如果无人船的操控系统存在重大漏洞，而设计者未及时修补漏洞进而导致了碰撞事故的发生，可以认定系统漏洞与碰撞事故之间存在因果关系。如果无人船的操控系统存在一定漏洞，但同时岸基人员存在操控不当的行为扩大了漏洞，对此要注意分析多种因素叠加的原因力。

针对无人船的设计者要规定相应的免责事由。无人船的研发属于高度风险性的事业，司法裁判的尺度需要注意衡平受害者权益保障与鼓励创新发展的关系，注重

⁵⁸ 该条规定：“宾馆、商场、银行、车站、机场、体育场馆、娱乐场所等经营场所、公共场所的经营者、管理者或者群众性活动的组织者，未尽到安全保障义务，造成他人损害的，应当承担侵权责任。因第三人的行为造成他人损害的，由第三人承担侵权责任；经营者、管理者或者组织者未尽到安全保障义务的，承担相应的补充责任。经营者、管理者或者组织者承担补充责任后，可以向第三人追偿。”

⁵⁹ 参见广州海事法院审理的“津油 6”轮与“建设 51”轮碰撞案、“闽燃供 2”轮与“东海 209”轮碰撞案、“通天顺”轮与“天神”轮碰撞案、“MSC 伊伦娜”轮与“现代促进”轮碰撞案、“明辉 8”轮与“闽海 102”轮碰撞案、“宏浦 35”轮与“亚洲香港 26”轮碰撞案、“梦幻之星”轮与“博运 018”轮碰撞案等。宁波海事法院审理的“诺贝尔”轮与“四航奋进”轮碰撞案、“闽龙渔 2802”轮与“带件”轮碰撞案、“达飞佛罗里达”轮与“舟山”轮碰撞案、“佳丽海”轮与“秀美天津”轮碰撞案、“建兴 67”轮与“港辉”轮碰撞案、“HENG RUN”轮与“万利 8”轮碰撞案、“佐罗”轮与“艾灵顿”轮碰撞案等。上海海事法院审理的“长阳”轮与“浙长兴货 0375”轮碰撞案、“宁连海 606”轮、“宁东湖 680”轮与“泰联达”轮碰撞案、“海德油 9”轮与“浙海 156”轮碰撞案等。厦门海事法院审理的“丰收”轮与“金海航”轮、“千和 12”轮与“厦港拖 3”轮、“新南方 818”轮与“润恒达”轮碰撞案等。青岛海事法院审理的“金玫瑰”轮与“金盛”轮碰撞案、“世纪之光”轮与“海盛”轮碰撞案、“Oriental sunrise”轮与“Hamburg bridge”轮碰撞案等。天津海事法院审理的“塔斯曼海”轮与“顺凯 1 号”轮碰撞案等。大连海事法院审理的“千岛油 1”轮与“川崎凌云”轮碰撞案等。

⁶⁰ 相关研究详见韩立新、司玉琢：《船舶碰撞造成油污损害民事赔偿责任的承担》，载《中国海商法年刊》，2003 年第 6 期；赵劲松、赵鹿平：《船舶油污损害赔偿中的诉讼主体问题》，载《中国海商法年刊》，2004 年第 6 期；马得懿：《船舶碰撞法新形态》，载《政法论丛》，2005 年第 11 期；司玉琢：《从因果关系要件解读船舶碰撞致油污损害的请求权竞合》，载《中国海商法年刊》，2008 年第 1 期；韩立新：《船舶碰撞油污损害承担连带赔偿责任的法理分析——兼评最高人民法院 2005 年纪要》，载《辽宁大学学报》，2008 年第 7 期；韩立新：《油污损害赔偿中非溢油方的责任主体地位探析》，载《河北法学》，2008 年第 9 期；朱强：《船舶污染侵权法上的严格责任研究》，中国方正出版社 2008 年版，第 153-161 页；欧阳振远：《审理油污案件的法律问题分析及解决》，载《中国海商法年刊》，2010 年第 12 期；曲涛：《船舶碰撞致油污损害赔偿请求权的选择及分析》，载《人民司法》，2013 年第 8 期等。

⁶¹ 参见廖兵兵：《船舶碰撞溢油责任主体司法实践研究》，载《中国海事》2022 年第 1 期。

司法裁判对无人船行业的引领和导向效应。值得注意的是，迄今为止，国际上也没有形成无人船舶船级检验的成文标准，船级社对无人船舶技术正处于逐步了解和熟悉阶段，为无人船舶进行检验并签发证书还需要比较长的过程。⁶⁶ 由于无人船相关的技术标准及航行规范仍处于研讨的阶段，国际上还未形成统一、通用的标准的背景下，司法裁定对无人船的设计者科以严格责任并不恰当。因此，应当对无人船的设计者规定相应的免责事由。例如，根据《民法典》第 1175 条“损害是因第三人造成的，第三人应当承担侵权责任”，对于黑客非法侵入无人船操控系统导致的碰撞事故，或者证明无人船被海盗，沦为恐怖分子的作案工具等情形，无人船的设计者应当免责。参照《产品质量法》第 41 条第 2 款“生产者能够证明有下列情形之一的，不承担赔偿责任：（一）未将产品投入流通的；（二）产品投入流通时，引起损害的缺陷尚不存在的；（三）将产品投入流通时的科学技术水平尚不能发现缺陷的存在的”规定，无人船的设计者因受当前技术水平限制产生的设计缺陷则不能由其承担赔偿责任。

四、海商法修改视域下船舶碰撞责任主体的规则建构

（一）交通运输部征求意见稿的相关内容

2023 年 9 月 7 日，海商法修改正式列入十四届全国人大常委会立法规划的第一类项目即条件比较成熟、任期内拟提请审议的法律草案。海商法修改进程明显加快，获审议通过已指日可待。与其他章节相比，“船舶碰撞”一章在交通运输部征求意见稿中的变化不大。但在修法过程中，存在以下特别考量：

一是是否将海商法第八章“船舶碰撞”规定适用于内河船之间的碰撞。海商法修改课题组建议将海商法第八章适用于内河船之间的碰撞，理由主要有：内河船舶数量众多，在船舶碰撞事故中占有较大的比例；内河通航水域，航道狭窄、水况复杂，所涉碰撞法律关系更为复杂，单纯依照一般法规范的调整，存在明显不足；内河船舶之间的碰撞事故归属海事法院管辖，我国各海事法院在此积累了丰富的经验，将船舶碰撞的规定适用于内河船之间的碰撞，不存在司法实践上的困难，相反更便于定纷止争。但是，课题组亦认识到只有对海商法“船舶”的概念进行扩大后，方可适用于内河船之间的碰撞。而内河避碰规则与海上避碰规则存在一定区别，将内河船舶碰撞纳入海商法可能与与其他制度产生冲突，产生体系违反问题。在讨论过程

⁶² 参见宁波海事法院（2015）甬海法商初字第 442 号案，浙江省高级人民法院（2017）浙民终 581 号案，最高人民法院（2018）最高法民再 368 号案。

⁶³ 张春昌，帅月新：《船舶碰撞溢油污染损害赔偿认定认定的法律问题——以“达佛罗里达”轮与“舟山”轮碰撞污染事故应急处置费用纠纷案的再审为例》，载《中华海洋法学评论》，2020 年第 3 期。

中，反对将内河船纳入海商法 77 的声音也不少，相应海商法第八章也不应适用于内河船碰撞。海商法交通运输部征求意见稿最后维持了海商法第八章的基本架构，但未放弃将内河船纳入海商法的船舶概念，争论还将继续。

二是如何完善船舶碰撞责任主体的相关表述。课题组曾尝试在修法中引入“实际控制人”这一概念，将海商法第一百六十八条修改为“船舶发生碰撞，是由于一船的过失造成的，由有过失的船舶所有人、光船承租人或者其他通过船长、船员实际控制船舶的人负赔偿责任。前款规定不影响本法有关船舶优先权规定的适用”。课题组认为引入“实际控制人”的理论可以解决确认责任主体的相关问题，比如试航中的船舶发生碰撞、未来无人船的碰撞以及船舶融资下的船舶碰撞问题等。实际控制人的范围可以包括船舶所有人、光船承租人、船舶经营人、船舶管理人、船舶融资租赁承租人、船舶建造人等主体。“实际控制人”的引入，也可以体现立法的前瞻性，同时，为司法解释留下一定的空间，维护法律的稳定性。但是，“实际控制人”系弹性很大的法律概念，贸然引入海商法制度体系可能会带来解释和适用方面的新问题。在船舶所有人和实际控制人分离的情形下，实际控制人与海商法船舶优先权制度、海事赔偿责任限制制度、海上保险制度等存在不协调的情形，如都通过上述增加但书的方式予以弥补，也会造成法律条文的累赘与适用上的不便。

三是是否将互有过失船舶碰撞中人身伤亡中的“第三人”表述删除。对于上述“第三人”的范围，司法实践中曾有两种不同的理解。前者认为“第三人”是指本船船员、旅客之外的人，即“第三人”不包括本船船员、旅客；后者认为“第三人”包括本船船员、旅客。2008 年制定颁布的《船舶碰撞规定》第 5 条明确规定“因船舶碰撞发生的船上人员的人身伤亡属于海商法第一百六十九条第三款规定的第三人的人身伤亡”，故司法实践已统一了对该问题的认识。课题组曾认为可以将海商法第 169 条第 3 款的条文修正为“互有过失的船舶，对碰撞造成的人身伤亡，负连带赔偿责任。一船连带支付的赔偿超过本条第一款规定的比例的，有权向其他有过失的船舶追偿”。但“第三人”的范围完全可以通过司法解释予以明确，修改海商法的相关表述，并无必要。

四是如何修改完善船舶过失的有关表述。海商法第 168、169 条表述的是“一船的过失”“互有过失的船舶”等，体现出对物诉讼的痕迹。海商法修改需进一步完

⁶⁴ 参见司玉琢、吴煦：《“谁漏油谁赔偿原则”的历史考证及其在碰撞事故中的运用》，载《中国海商法研究》，2022 年第 1 期。

⁶⁵ 余晓汉：《船舶碰撞漏油事故中非漏油船舶的所有人过错归责相关问题辨析》，载《国际法研究》2023 年第 2 期。

善“船舶过失”相关条文表述，与我国侵权责任法律制度体系协调一致。交通运输部征求意见稿将“一船的过失”改为“一方的过失”，将“有过失的船舶”改为“有过失的船舶一方”，将“各船的赔偿责任”改成“各方的赔偿责任”，以此缓解原来船舶过失、船舶承担碰撞责任这种对物诉讼理念在中国法下的不协调性。征求意见稿的上述修改与民法典等民事基本法律保持了一致。

由此可见，交通运输部征求意见稿保留了海商法第八章的基本框架与制度逻辑，仅对两个条文作了部分文字修改，完善了相关表述。按照这一修法思路，船舶碰撞责任主体的相关规定在海商法中的表述是“宜粗不宜细”，采用船舶碰撞的“一方”“各方”的表述，无疑会为司法解释留下相应的空间，为司法实践中责任主体的新情况新问题留下法律解释和法律发展续造的空间。

（二）船舶碰撞责任主体的裁判规则

在深入分析当前海事司法实践的基础上，按照涉海船碰撞与非涉海船碰撞的类型区分的审判思路，笔者对船舶碰撞责任主体的裁判规则总结和提炼如下：

1. 根据碰撞船舶是否属于海商法第三条规定的船舶，船舶碰撞因适用法律不同可分为涉海船的船舶碰撞（碰撞双方或各方船舶至少一方是海商法第三条规定的船舶）和非涉海船的船舶碰撞（碰撞双方或各方船舶均不是海商法第三条规定的船舶）。前者适用海商法及《船舶碰撞规定》的有关规定，后者适用民法典侵权责任编的有关规定。

2. 涉海船的船舶碰撞产生的赔偿责任应由船舶所有人承担，碰撞船舶在光船租赁期间并经依法登记的，由光船承租人承担。当事人请求未依法登记的光船承租人与船舶所有人承担连带责任的，应予以释明，指引其选择船舶所有人提起诉讼。当事人坚持请求未依法登记的光船承租人与船舶所有人承担连带责任的，不予支持。

3. 当事人请求侵权行为人承担非涉海船碰撞的侵权责任的，应予支持。当事人请求未实施侵权行为的船舶登记所有人承担非涉海船碰撞的侵权责任的，一般不予支持，但存在船舶挂靠经营等情形的除外。

4. 已完成船舶买卖、交付但尚未完成变更登记的非涉海船碰撞，当事人请求占

⁶⁶ 参见青岛海事法院（2018）鲁72民初1254号民事判决，山东省高级人民法院（2020）鲁民终703号民事判决，（2020）最高法民申6026号民事裁定；广州海事法院（2017）粤72民初1069、1131号民事判决，广东省高级人民法院（2019）粤民终633、634号民事判决，最高人民法院（2020）最高法民申6910、6940号民事裁定；厦门海事法院（2016）闽72民初1082号民事判决，福建省高级人民法院（2019）闽民终1016号民事判决，最高人民法院（2020）最高法民申2577号民事裁定；广州海事法院（2017）粤72民初1003号民事判决，广东省高级人民法院（2018）粤民终2628号民事判决，最高人民法院（2020）最高法民申1847号民事裁定；厦门海事法院（2012）厦海法事初字第61号民事判决，福建省高级人民法院（2014）闽民终字第1103号民事判决，最高人民法院（2017）最高法民再62号等。在存在保险关系时，互保协会也可以作为原告。参见广州海事法院（2018）粤72民初243、419号，广东省高级人民法院（2019）粤民终1978、1979号民事判决，最高人民法院（2021）最高法民申279、310号民事裁定。

⁶⁷ 参见厦门海事法院（2018）闽72民初341号民事判决，福建省高级人民法院（2019）闽民终43号民事判决、最高人民法院（2020）最高法民申6405号民事裁定。

有使用船舶的买受人承担侵权责任的，应予支持。当事人请求未占有使用船舶的登记所有人承担侵权责任的，一般不予支持，但存在船舶挂靠经营等情形的除外。

5. 因政策原因转让交付后未办理过户手续的非涉海船碰撞，当事人请求占有使用船舶的实际所有人承担侵权责任的，应予支持。当事人请求登记所有人承担侵权责任的，不予支持。

6. 登记所有人为自然人的非涉海船碰撞，当事人请求未参与船舶实际经营的登记所有人承担侵权责任的，一般不予支持，但因租赁、借用船舶发生碰撞事故且登记所有人对损害的发生有过错等情形的除外。

7. 挂靠船舶因侵权行为造成他人财产、人身损害，当事人请求挂靠船舶的实际所有人和被挂靠企业承担连带责任的，应予支持。

8. 合伙船舶发生碰撞，船舶碰撞导致的债务系合伙债务的，当事人请求全体合伙人对碰撞损失承担连带责任的，应予支持。有充分证据证明部分合伙人出于游玩等个人目的，擅自驾驶非海船发生碰撞，因此导致的碰撞损失不属于合伙债务。

9. 引航失误发生船舶碰撞，当事人请求船舶所有人或者依法登记的光船承租人承担侵权责任的，应予支持。当事人请求引航员或引航机构承担船舶碰撞侵权责任，不予支持。

10. 船舶试航阶段发生碰撞，需根据船舶的控制主体确定碰撞责任主体。由船舶建造方、修理方控制的试航，当事人请求船舶建造方、修理方承担侵权责任，应予支持；由船舶定作方、委托维修方或买受人控制的试航，当事人请求船舶定作方、委托维修方或买受人承担侵权责任，应予支持。

11. 在非涉海船的游艇挂靠经营中，游客遭受游艇碰撞导致的人身损害，构成侵权责任与违约责任的竞合，游客有权选择游艇所有人、被挂靠企业承担违约责任或侵权责任。游客请求游艇所有人、被挂靠企业承担侵权责任并请求两者承担连带责任的，应予支持。游客请求游艇所有人、被挂靠企业承担违约责任，且被挂靠企业实际提供旅游服务的，可认定游客与被挂靠企业之间存在旅游服务合同关系，被挂靠企业亦可承担违约责任。被挂靠企业未实际提供旅游服务，游艇发生碰撞导致损害发生，当事人请求被挂靠企业承担违约责任的，不予支持。

⁶⁸ 该条规定：“具有下列情形之一的，被保险人可以依照保险法第六十五条第二款的规定请求保险人直接向第三者赔偿保险金：（一）被保险人对第三者所负的赔偿责任经人民法院生效裁判、仲裁裁决确认；（二）被保险人对第三者所负的赔偿责任经被保险人与第三者协商一致；（三）被保险人对第三者应负的赔偿责任能够确定的其他情形。前款规定的情形下，保险人主张按照保险合同确定保险赔偿责任的，人民法院应予支持。”

⁶⁹ 该条规定：“被保险人对第三者应负的赔偿责任确定后，被保险人不履行赔偿责任，且第三者以保险人为被告或者以保险人与被保险人为共同被告提起诉讼时，被保险人尚未向保险人提出直接向第三者赔偿保险金的请求的，可以认定为属于保险法第二款规定的‘被保险人怠于请求’的情形”。

12. 体育赛事船舶在封闭的赛事水域发生碰撞,可结合组织者、经营者发布的赛事规则、比赛的固有风险及激烈程度、犯规者的技术水平及对规则的熟悉程度、犯规动作的意图等综合判断碰撞双方是否存在故意或重大过失。若碰撞双方均不存在故意或重大过失,依照民法典第一千一百七十六条规定,碰撞双方均不得请求对方承担侵权责任。

船舶碰撞并发生漏油的,碰撞责任主体的确定应适用我国加入的相关国际公约,公约没有规定的事项适用国内法及其司法解释的规定,即污染者负全责,另有过错者相应负责。当事人依据我国已加入的相关国际公约请求漏油船承担全部赔偿责任的,应予支持。当事人依据民法典侵权责任编及相关司法解释同时请求非漏油船按照碰撞过失比例承担污染损害赔偿责任的,应予支持。

⁷⁰ 最高人民法院民事审判第二庭编著:《最高人民法院关于保险法司法解释(四)理解与适用》,载人民法院出版社2018年第1版,第295页。
⁷¹ 《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第七十三条规定:“必须共同进行诉讼的当事人没有参加诉讼的,人民法院应当依照民事诉讼法第一百三十二条的规定,通知其参加;当事人也可以向人民法院申请追加。人民法院对当事人提出的申请,应当进行审查,申请理由不成立的,裁定驳回;申请理由成立的,书面通知被追加的当事人参加诉讼。”船舶碰撞法律关系与海上保险法律关系本质上属于不同的诉讼标的,并不是必要的共同诉讼,可不予准予被告的追加共同被告的申请。

⁷² 参见广州海事法院(2018)粤72民初1891号民事判决,广东省高级人民法院(2019)粤民终970号民事判决。

⁷³ 参见王欣、初北平:《研发试验阶段的无人船舶所面临的法律障碍及应对》,载《中国海商法研究》2017年第3期。徐锦堂:《无人船合法性与责任承担问题研究》,广州市法学会编:《法治论坛》(2019年第2辑),中国法制出版社2019年版第90-105页。

⁷⁴ 由于无人船尚未投入民用市场,实践中尚未出现无人船碰撞的相关案例,本部分仅限于理论探讨。

⁷⁵ 王国华、孙誉清:《无人船碰撞相关的责任》,载《上海海事大学学报》2019年第2期。

⁷⁶ 王欣、初北平:《研发试验阶段的无人船舶所面临的法律障碍及应对》,载《中国海商法研究》2017年第3期。

⁷⁷ 参见余晓斌:《〈海商法〉修改不宜纳入内河船舶和内河运输》,载<http://weixin.ship.sh/news/info/31284>。

浙江渔业经济基本状况 调研及渔民权益司法保障

宁波海事法院课题组*

前言

浙江省作为我国海洋大省，海域面积 26 万平方公里，海岸线总长约 7518 公里，海岛数量占全国总数的 40%，居全国第一。其渔区发展海洋渔业经济具有独特的自然资源、良好地理位置优势以及巨大的发展潜力。2021 年 5 月 20 日，党中央、国务院正式印发《关于支持浙江高质量发展建设共同富裕示范区的意见》，赋予浙江为全国推动共同富裕提供省域范例的重任。2023 年中央一号文件提出要建设现代海洋牧场，发展深水网箱、养殖工船等深远海养殖。因此浙江在打造“海上粮仓”、建设“智慧牧场”、推动海洋渔业经济提质增效方面，有引领共同富裕的先决条件和责任使命，同时也存在巨大挑战与机遇。

长期以来渔民在农村总人口中所占比重较小，三渔问题（渔业、渔村、渔民）没有引起足够重视，对其理论研究甚少，相比其他产业，渔业曾长期处于较边缘化的状态。从近几年的海事审判实践中也可看出，目前还普遍存在渔业纠纷频发、渔民维权意识弱、权益保障措施不足等问题。另一方面，随着海洋开发活动的日益频繁，生态平衡遭到破坏，浙江省近岸海域污染日趋严重，资源与环境的刚性约束成为制约渔业可持续发展的主要因素。

在此背景下，本课题组聚焦渔民权益司法保障这一目标，适时开展“浙江渔业经济基本状况及渔民权益司法保障”调研，梳理浙江渔业与渔民生计现状、渔民权益相关纠纷审判实践，分析渔民权益纠纷产生与多发的原因，结合浙江渔业及渔民实际，根据浙江高质量发展建设共同富裕示范区要求，围绕人民法院特别是海事法院在渔民权益保障中的职能定位、新时代更好保障渔民权益的新路径等方面提出完善建议，既能丰富当前对渔民权益保障的理论研究基础，也能为推动渔民健康发展，创

* 课题主持人：李锋，宁波海事法院党组成员，副院长。课题组成员：史红萍、胡立强、肖梓李、杜欣。

建和谐渔区、“无讼渔区”、共同富裕渔区，助力海洋渔业经济蓬勃发展贡献司法智慧。

一、渔民权益涉及民生：浙江渔民生计现状调研

（一）渔民范围的界定

渔民¹，简言之是指以捕鱼为职业和收入来源的人。渔民和农民最根本的区别在于从事生产活动时所利用的生产资料不同，渔民所从事的生产活动包括捕捞、养殖和水产品加工，所使用的生产资料主要包括渔网和渔船，所运用的劳动资料和面对的劳动对象主要包括海洋、江河与湖泊。渔业²，是渔民通过捕捞、养殖和加工，以取得水产品的社会产业部门。狭义的渔业仅指捕捞业和养殖业，广义的渔业还包括渔船、渔具、渔用仪器的修造与供应、水产品加工、贮藏、运输、销售等。我国是世界渔业大国，渔业总体产业规模庞大，水产品产量和渔船数量均居世界首位，以2021年为例，即使面对新冠肺炎疫情和国内外经济发展复杂多变形势的双重影响，全国渔业经济仍保持着持续回暖，水产品产量稳步增长，消费市场供需两旺，水产品进出口贸易量额双增，渔民收入呈现较快增长。³

渔业经济产值概况。统计数据显示，2021年我国全社会渔业经济总产值29689.73亿元，占我国农业总产值的10%以上，同比2020年增长7.78%。其中渔业产值415158.63亿元，占比51.1%，同比2020年增长12.14%。渔业产值中，海洋捕捞产值2303.72亿元，海水养殖产值4301.70亿元，养殖产品与捕捞产品的产值比例为81.7:18.3。水产品总产量6690万吨中，远洋渔业产量224.65万吨，占水产品总产量的3.36%，同比下降3.03%。上述数据反映出显著提高的产业融合水平，而远洋渔业资源仍需大挖潜能。

渔业人口概况。我国渔业人口众多，渔业从业人员遍布沿海各省市，但渔民在全国农村总人口中所占比例长期较低。近年来随着渔业生产机械化水平的提高，渔业方式结构调整，中国渔业人口数量呈现下降趋势。我国2005年有渔业乡镇811个、渔业村20530个、渔业劳动力1374万人、渔业人口近2000万，此后总体缩减，2020年中国渔民人口数量从2016年的1973.41万人下降至1720.77万人，共减少了252.64万人。2021年，再次下降至1634.24万人，减少86.53万人，下降5.03%。渔业人口中传统渔民517.16万人，减少38.28万人，下降6.89%。渔业从业人员

¹ 在线汉语词典注释渔民为以捕鱼为业的人，百度百科注释为以捕鱼为职业和收入来源的人。

² 百度百科注释渔业，又称水产业，是人类利用水域中生物的物质转化功能，通过捕捞、养殖和加工，以取得水产品的社会产业部门。

³ 见农业农村部2021年全国渔业经济统计公报。

1184.63 万人，减少 54.96 万人，下降 4.43%。

渔船数量情况。长期以来，渔船规模过大与渔业资源衰减的矛盾成为制约我国捕捞业绿色发展的重要因素。早在 1987 年，国家就对海洋捕捞渔船数量和功率实行总量控制制度，先后下达“八五”、“九五”、“十五”和“十二五”期间“双控”管理 5 目标。2017 年底，明确“十三五”期间全国压减 2 万艘海洋捕捞渔船的总任务，并于 2019 年提前一年完成压减任务。而至 2021 年末全国渔船总数为 52.08 万艘、总吨位 1001.58 万吨。

1. 渔民收入情况。2020 年全国渔民人均纯收入 21837.16 元，2021 年为 23442.13 元，比上年增长 7.35%，尚未突破 3 万元的“天际线”。而 2021 年我国农村居民人均可支配收入仅为 18931 元，反映渔民收入一定程度上要高于农民，但不同渔区差异较大，其中浙江省渔民收入通常高于全国平均水平。

2. 渔业诉讼当事人。曾经以来，渔民靠海为生，靠天吃饭，是劳动力中的弱势群体。我国一直将渔业作为农业的一小部分，与农林牧并列，相比其他产业，渔业曾长期处于较边缘化的状态，渔业、渔村、渔民的“三渔”问题频发。不少实行渔业股份合作制的渔区出现了新情况、新问题，主要有渔船重组、兼并、转让过程中出现的“渔老大”大股东与小股东之间利益失衡的矛盾。贫富两极出现一定程度的分化，成为渔民权益纠纷的重要表现形式之一。对于渔船雇佣合同关系，无论是作为雇佣方的渔船船东，或者以其他经营方式运作渔船的渔船经营人，还是作为受雇方的渔业从业人员，均是广义上的渔民概念，是船员劳务合同纠纷、海上人损责任纠纷的主要当事人。

（二）浙江渔业生产经营现状

浙江省是陆域小省，却是海洋大省，海域面积 26 万平方公里，相当于陆地面积的 2.6 倍，海岸线总长约 7518 公里，海岛数量占全国总数的 40%，均居全国第一。作为渔民重要生产场所，中国有黄渤海、舟山、北部湾和南部沿海四大渔场。其中浙江的舟山渔场位于杭州湾以东，是中国面积最大的一个渔场，是浙江、江苏、福建和上海三省一市的传统作业区域。自古以来，舟山渔场以渔业资源丰富而闻名，但浙江省渔业生产状况也出现因资源短缺、海洋污染等的一系列问题，为此浙江省渔业生产管理部门采取了相应措施来振兴渔业经济可持续发展。

⁴ 2021 年度渔业经济总产值包括渔业产值 15158.63 亿元、渔业工业和建筑业产值 6155.16 亿元、渔业流通和服务业产值 8375.93 亿元，三个产业产值的比例为 51.1:20.7:28.2。

⁵ 渔船“双控”，指控制海洋捕捞渔船数量和功率总量，实现零增长、负增长，由农业部报请国务院同意对沿海各省（区、市）下达阶段性控制和压减指标。

1. 深入实施统一禁渔规定。浙江省严格贯彻落实国家海洋伏季休渔制度，2021年海洋休渔禁渔规定在延续2018年以来伏休规定的基础上作相应调整。2021年3月起，钱塘江、甬江、椒江、甬江、苕溪、运河、飞云江、鳌江等八大流域首次统一禁渔，对涉及8大干流和64条支流全面禁止除娱乐性游钓以外的其他所有作业生产，其中对苕溪和京杭大运河干流实施全年禁渔，其他水系禁渔时间统一为3月1日至6月30日。今年，农业农村部印发《关于2023年调整海洋伏季休渔制度的通告》，浙江省延长部分海域4类渔船休渔时间。从2023年起，东海海域休渔作业类型为除钓具外的所有作业类型，以及为捕捞渔船配套服务的捕捞辅助船，休渔时间统一为5月1日至9月16日，而不再区分时间政策。

2. 重点实施帆张网渔船整治。浙江省严格贯彻“双控”管理要求，提出到2020年全省国内海洋大中型捕捞渔船压减至12082艘、总功率2852611千瓦以内的目标任务。“十三五”期间，全省成功压减国内海洋捕捞机动渔船2580艘、功率430337千瓦。仍以舟山为例，这里的帆张网渔船主要集中在岱山和嵊泗两个海岛县，舟山嵊泗县为此重点开展以帆张网渔船整治两年攻坚三年清零行动，通过“集中攻坚、综合整治、减转结合、疏堵并举”，加快实施减船转产行动，力争在2024年底实现帆张网渔船全面清零、渔民顺利转产、渔区社会稳定的目标。

3. 深入开展海上“一打三整治”和渔船安全专项整治。浙江自2017年起开展为期三年的渔场“一打三整治”专项执法行动，依法打击涉渔“三无”船舶和违反伏休规定等的违法生产经营行为，同时全面开展整治渔船“船证不符”、禁用渔具和污染海洋环境的行为。加强渔船进出渔港管理，严格实施渔船进出渔港报告制度。严格落实公务船定点值守，切实做好秩序维护、安全护航、应急救援。严格事故险情报告，高效处置海上渔船突发事件。严格落实属地管理责任，加强渔船回港休渔途中安全管控，督促船东船长认真履行安全主体责任，确保全面休渔前海上渔船平安有序按时回港休渔。

4. 全面调整渔业油价补贴政策。自2015年6月财政部、农业部发布《关于调整国内渔业捕捞和养殖业油价补贴政策促进渔业持续健康发展的通知》（财建〔2015〕499号），对国内渔业油价补贴政策作出调整6年以来，浙江省积极推动国内油价补贴政策改革，将油价补贴转移成为渔业生产成本补贴，而后再发展为渔业发

⁶ 为解决“三渔”问题，2006年起，国家在海洋捕捞领域实施渔业油价补贴政策。但从2015年起油补政策调整：2015年度渔业油价补贴标准比2014年度降低30%左右，2016至2019年度，捕捞渔船的油价补贴标准，分别在上一年度的基础上逐年递减约18%。自2018年起，对达到限制使用船龄的老旧捕捞渔船，不再发放补贴；自2020年起，对作业类型为拖网的捕捞渔船，从事双船有翼单囊拖网（双船底拖网）、单锚张网张网（帆张网）、单船有囊网（三角虎网）作业的渔船，不予补贴。

展补助资金。2022年浙江省财政厅合计下达渔业发展补助资金113192万元,用于支持国家级海洋牧场、渔业基础公共设施、现代渔业装备设施、渔业绿色循环发展等项目建设,地方性渔业发展补助则分别用于支持减船转产、“海上千万工程”、渔船精密智控等重点工程和项目建设,此外对遵守渔业资源养护规定的近海渔船发放渔业资源养护补贴、近海渔民减船转产、水产养殖业绿色发展、渔业信息化等与渔业发展。同时,重点支持海洋捕捞渔民减船转产。

5. 清理整治异地挂靠船舶。挂靠渔船问题由来已久、成因复杂,整治所涉部门多、区域广,政策性强、实施难度大。根据“船籍港地与船舶实际所有人户籍地相一致”的捕捞许可基本原则,浙江省依法整治“挂靠渔船”,全面清除挂靠渔船数量。严格依港管船,按船籍港实施营运检验,清理整治“异地挂靠”挂靠渔船。专业团队开展渔船现场勘验,对“异地挂靠”渔船逐船登临勘验是否“船证相符”“证业相符”,按期完成“异地挂靠”渔船清零硬任务,进一步规范渔船管理工作,切实保障渔民群众生命财产安全。

6. 切实保障渔民转产转业。为降低捕捞强度,支持渔民转产转业政策,早在2002年国家就出台海洋捕捞渔民转产转业扶持政策。浙江省制定《浙江省海洋渔船减船转产实施方案》,在全国较早推开海洋捕捞渔民转产转业工作,老旧、高危渔船纷纷“下岗”。为减少减船转产对渔民转产产生的冲击,政府出台相关优惠政策,鼓励“减船转产”渔民以股份制合作方式参与渔船、商渔船的生产经营,鼓励他们从事深远海养殖、陆基设施化养殖或者跨行业自主创业。2014年浙江省还以渔业油价补贴资金的80%为基数,在发放渔业油价补贴之余,将其余部分统筹用于渔民减船转产、渔民民生保障、渔业生态环境保护、渔业公共支撑保障体系建设等工作。

（三）渔民共同富裕的责任意义

浙江省富裕程度较高、均衡性较好,具备开展共同富裕示范区建设的基础和优势。自2020年10月29日党的十四五规划明确“支持浙江高质量发展建设共同富裕示范区”以来,2021年5月20日党中央、国务院又正式印发《关于支持浙江高质量发展建设共同富裕示范区的意见》,赋予浙江为全国推动共同富裕提供省域范例的重任。海洋是高质量发展的战略要地,今年中央一号文件提出,建设现代海洋牧场,

⁷ “海上粮仓”是指依托丰富的海洋及内陆水生生物资源,利用现代科技和先进生产设施设备,通过人工养殖、增殖、捕捞及后续加工、贸易等行为,将近海、深海、远海和可利用国际公海开发建设能够持续高效提供水产食物的“粮仓”,实现种粮于海、产粮于海、存粮于海。

发展深水网箱、养殖工船等深远海养殖。在打造“海上粮仓”、建设“智慧牧场”、推动海洋渔业经济提质增效方面，浙江有引领共同富裕的先决条件和责任使命。

1. 浙江渔业具有带领共富的基础条件

(1) 浙江渔民面对的机遇与挑战。浙江领海和内水面积 4.4 万平方公里，海岛总数居全国第一，蕴藏着无穷发展潜力，这是其特色和优势。通常渔业经济与捕捞产能成反比。一度以来，浙江省渔业生产经营处于低、小、弱、散的状况，缺乏市场竞争能力，与产业化、组织化、规模化发展目标存在较大距离。近几年来，浙江以创建“渔业转型发展示范区”为目标载体，不断创新渔业资源管理模式，实现渔业“减量增收”，有力促进了渔业转型发展。以 2018 年为例，浙江的国内海洋捕捞产量 287.4 万吨，同比减少 7.1%，而渔民人均纯收入 27653 元、同比增长 11.3%，位居全国第一。远洋渔业作为传统优势产业，其产业发展一直走在全国前列。在此过程中，浙江以创建国家级海洋牧场示范区和实施渔业油价补助专项转移支付项目等为主要抓手，大力推进以人工鱼礁为重点的海洋牧场建设，有效推进渔业经济的持续发展。

(2) 浙江渔业法律制度政策全面规范。我国渔业法规规定的主要渔业制度有：渔业许可制度、禁渔制度、渔业资源保护和增殖制度、渔业水域环境保护制度、渔船渔港管理制度、渔业监督管理制度等。近年来浙江围绕全面贯彻落实《国务院关于促进海洋渔业持续健康发展的若干意见》，制定了数量众多的渔业地方性法规。如，浙江省委省政府制定《关于修复振兴浙江渔场的若干意见》、浙江省财政厅浙江省海洋与渔业局出台《关于调整浙江省国内渔业油价补贴政策的通知》等。《浙江省渔业捕捞许可办法》明确对渔业捕捞业实行船网工具控制指标管理和渔业捕捞许可证制度。《浙江省渔业管理条例》《浙江省渔港渔业船舶管理条例》都对浙江省养殖业、捕捞业、渔业环境保护、水产品质量安全、渔业资源增殖保护、渔港规划与建设、管理、渔业船舶管理、渔业船舶安全作业和救助及其法律责任等内容进行细化规范。科学的地方性立法、广泛的行业规范性法规，为渔业经济的健康发展奠定了良好基础，也为浙江渔业经济的守正创新创造了积极条件，浙江渔业经济以海洋经济牵头引领的方式继续走在全国前列。

2. 浙江加快推进渔业共富的责任重大

⁷ “海上粮仓”是指依托丰富的海洋及内陆水生生物资源，利用现代科技和先进生产设施装备，通过人工养殖、增殖、捕捞及后续加工、贸易等行为，将近海、深海、远海和可利用国际公海开发建设成能够持续高效提供水产食物的“粮仓”，实现种粮于海、产粮于海、存粮于海。

浙江省富裕程度较高、均衡性较好，在探索解决发展不平衡不充分问题方面有着显著成效，浙江渔业负有先行先试、推进共富的责任使命。

(1) 人均可支配收入要达到共同富裕的基础目标。共同富裕的基础目标是人均可支配收入。浙江渔民收入通常高于全国平均水平。早在 2017 年浙江省宁波市渔民人均纯收入就首次突破 3 万元，在全国渔区中名列前茅。2018 年浙江省渔民人均纯收入 27653 元，同比增长 11.3%，位居全国第一。最新公布的 2022 年数据，浙江省全体居民人均可支配收入为 60302 元，其中农村常住居民人均可支配收入为 37565 元。虽无直接可比性，也基本可见渔民的收入尚未达到人均水平线。浙江的目标是到 2025 年农村居民人均可支配收入达到 4.4 万元，浙江渔民收入有待继续提升。

| 年份 / 项目 | 当前 全国渔民 | 2018 年 浙江渔民 | 2019 年 浙江渔民 | 2020 年 浙江渔民 | 2021 年 浙江渔民 |
|--------------|------------|----------------|----------------|----------------|----------------|
| 人均纯收入 (元) | 23442.13 | 27653 | 29852.6 | 29192.3 | |

(2) “海上粮仓” “数字渔场” 要达到共同富裕的未来目标。

“海上粮仓” 7 要实现种粮、产粮、存粮于海。养殖渔业经济置于农业一个极小的分支，渔业在共同富裕的建设比重、技术支撑、引领作用方面占比依然较小。为解决近浅海增养殖压力过大、空间不足等问题，科学提升渔业在大农业范围内的比重，浙江省积极贯彻水产绿色健康养殖要求，全面实施水产种苗工程，设立水产新品种选育专项，并重点提出建设数字渔场，发展深远海养殖新模式，打造“蓝色粮仓” 新空间，推进海水养殖向深远海智能化、工程化发展，实现水产养殖从近浅海走向深远海，打造海洋牧场“浙江样板”。

(3) 渔民转产“上岸” 要达到共同富裕的期望目标。渔民转产是必经之路，有益于渔业的发展。然而由于渔业从业人数少，国家制定政策时更偏重于大部分的群体情况，渔民利益保障未被单独考虑，渔民社会保障体系建设并不完善。为确保渔民减船不减收入，转业不失业，浙江省出台《关于加快推进海洋捕捞渔民养老保障工作的指导意见》，为失海渔民参照失地农民提供补助。全省渔区各地也出台扶持政策，如出台政策鼓励减船转产渔民从事休闲渔业、自主创业、转产航运等，“休渔不休业” 渔民投身民宿、餐饮、旅游等行业成为“新渔人”，这些“上岸” 渔民

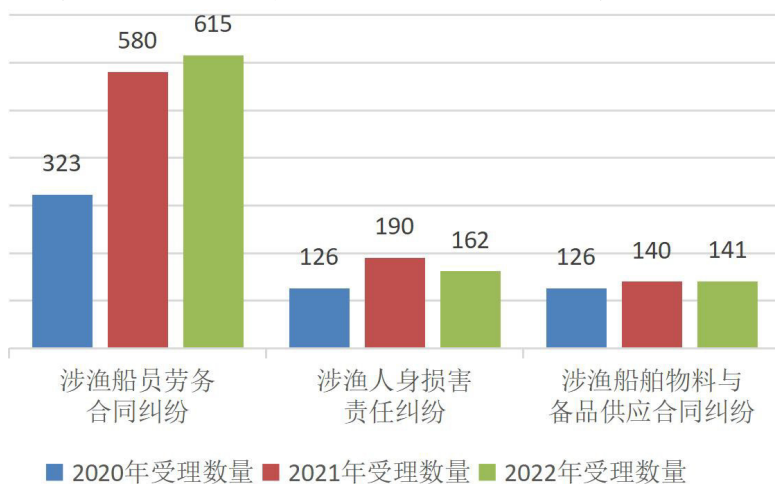
⁸ 船员劳务合同纠纷是船员起诉追讨劳务报酬或与工资相关的纠纷，诉讼请求主要是请求支付工资及遣散费等费用，并确认前述债权享有船舶优先权，近两年也出现船东起诉船员要求返还预付工资的情况

是乡村振兴的中坚力量，在全面推进共同富裕中大显身手。浙江省率先取消户籍限制，渔民可按规定参加企业职工基本养老保险，享受相应待遇。此外，浙江省财政厅鼓励和引导各地统筹使用中央油补资金，因地制宜出台或完善海洋捕捞渔民养老保障实施方案，推动海洋捕捞渔民的养老保险与职工养老保险无缝衔接，建立健全渔民民生保障机制，促进渔区生产安全和渔民生活稳定。

二、渔民权益保障之现状：渔民权益相关纠纷的审判实践

（一）近三年宁波海事法院受理涉渔案件的情况

2020-2022年三年间宁波海事法院受理与渔业生产有关的各类案件共3040件（不含特别程序与执行程序案件），约占同期受理案件总量的47.7%。通过对这三年来受理的涉渔案件类型的分析，排名前三的分别为船员劳务合同纠纷⁸、海上人身损害责任纠纷、船舶物料与备品供应合同纠纷。2020年宁波海事法院受理涉渔船员劳务合同纠纷323件，占同期船员劳务合同纠纷的67.4%；2021年580件，占同期同类案件的82%；2022年615件⁹，占同期同类案件的85.6%；



2020年受理涉渔人身损害责任纠纷126件，占同期海上人身损害责任纠纷的82%；2021年190件，占同期同类案件的76%；2022年162件¹⁰，占同期同类案件的74%；2020年受理涉渔船舶物料与备品供应合同纠纷126件，占同期船舶物料与备品供应合同纠纷的85.7%；2021年140件，占同期同类案件的75.3%；2022年141件¹¹，占同期同类案件的68.1%。（见图表1）。

⁹ 实际上2022年涉渔船员劳务合同纠纷应在900件以上，但近三分之一的案件在诉前化解，未进入诉讼程序。

¹⁰ 由于2022年深化诉源治理工作，同样有大部分涉渔人身损害责任纠纷在诉前化解，未进入诉讼程序。

¹¹ 2022年实际受理案件未增长同样也是由于诉前化解。

船舶买卖合同纠纷、船舶共有纠纷、船舶修理合同纠纷、船舶营运借款合同纠纷、船舶抵押合同纠纷等几类案件中涉及渔业生产的也较多，宁波海事法院受理涉渔船舶买卖合同纠纷（船舶权属纠纷、船舶共有纠纷通常因股份转让引起，故归入此类统计）2020年59件，占此类案件的26.5%；2021年46件，占此类案件的21.3%；2022年59件，占此类案件的27.4%。受理涉渔船舶修理合同纠纷2020年24件，占比52.2%；2021年29件，占比49.2%；2022年42件，占比73.7%。受理船舶营运借款合同纠纷2020年20件，占比71.4%；2021年51件，占比91.1%；2022年39件，占比88.6%。受理涉渔船舶抵押合同纠纷2020年17件，占比63%；2021年29件，占比54.7%；2022年39件，占比73.6%；受理涉渔船舶碰撞损害责任纠纷（含船舶触碰责任纠纷、船舶损坏空中、水下设施损害责任纠纷）2020年9件，占比39.1%；2021年22件，占比50%；2022年20件，占比71.4%。受理涉渔船舶建造合同纠纷2020年7件，占比33.3%；2021年8件，占比36.4%；2022年29件，占比56.9%。受理涉渔保险合同纠纷2020年3件，占比11.5%；2021年5件，占比14.7%；2022年3件，占比7%（见图表2）¹²。

图表 2：2020-2022 年宁波海事法院受理涉渔案件统计表

| 案件类型 \ 年份 | 2020 年 | | 2021 年 | | 2022 年 | |
|--------------|--------|---------|--------|---------|--------|---------|
| | 受理数量 | 占同类案件比例 | 受理数量 | 占同类案件比例 | 受理数量 | 占同类案件比例 |
| 涉渔船舶买卖合同纠纷 | 59 | 26.5% | 46 | 21.3% | 59 | 27.4% |
| 涉渔船舶修理合同纠纷 | 24 | 52.2% | 29 | 49.2% | 42 | 73.7% |
| 船舶营运借款合同纠纷 | 20 | 71.4% | 51 | 91.1% | 39 | 88.6% |
| 涉渔船舶抵押合同纠纷 | 17 | 63% | 29 | 54.7% | 39 | 73.6% |
| 涉渔船舶碰撞损害责任纠纷 | 9 | 39.1% | 22 | 50% | 20 | 71.4% |
| 涉渔船舶建造合同纠纷 | 7 | 33.3% | 8 | 36.4% | 29 | 56.9% |
| 涉渔保险合同纠纷 | 3 | 11.5% | 5 | 14.7% | 3 | 7% |

¹² 其他涉渔纠纷通过海事确权案件解决的、通过非诉程序解决的不列入本报告统计数据，而海上养殖损害责任纠纷、渔船承包合同纠纷历年发生数量极少，本报告统计数据也不作分析。

从以上数据来看，各类涉渔纠纷近三年普遍呈现大幅增长趋势，反映出渔业生产不景气，因船员工资及人身损害赔偿具有船舶优先权，加上现在诉讼便利，船员通过及时诉讼，除少部分事故船外，通常都能如愿拿到工作或损害赔偿，但对渔船所有者与经营者却造成很大压力，他们只能穷尽所有途径借款还债，最终可能甚至拍卖船舶，渔民称其为“破产”。宁波海事法院2020年拍卖涉渔船舶16艘、2022年21艘，2022年达到43艘。让人感到意外的是涉渔保险合同纠纷近三年一直保持个位数，且在同类案件中占比较低，一方面说明涉渔事故发生绝对数量可能并没有增长，另一方面说明渔业保险赔偿标准比较明确，到位比较及时，很少因保险赔偿问题产生争议或发生纠纷。

（二）近年来渔民“转贫”的相关案例

近年来，海洋渔业发展面临着捕捞产能过剩、渔业资源持续衰退、劳动用工短缺、用工成本高企、渔业比较效益下降、渔民收入骤减等问题，制约了海洋渔业进一步发展，与此同时，渔民退出渠道较为有限，转产转业难度大。此外，远洋渔业作为浙江省传统优势产业，产业发展一直走在全国前列，但浙江省在海上加油、劳务引进、物资供应以及市场、金融服务、海上运输体系构建以及境外基地建设等方面还只是起步阶段。远洋水产品加工、市场体系也还不健全，没有形成自己的终端品牌产品和营销网络，同时面临缺少政策与资金扶持、吸引力不足等现实阻力，导致越来越多的渔民非但未实现共富，反而转向贫困。

台州市温岭市石塘镇渔民吴某某在2012年集资800多万元打造了“浙岭渔29821”船，吴某某占股65%并担任船长，负责从事捕鱼，其妻子的弟妹参股35%。自2019年始，经营不善，加上渔业生产补贴减少，逐渐从举债经营到抵押房产。2021年度生产结束后，部分股东退股，吴某某最终也结束经营并于2022年4月25日将“浙岭渔29821”船出售，但因其在此期间欠下的债务引发亲戚之间的矛盾，激化成讼，抵押的房产也被法院拍卖。

舟山市岱山县衢山镇渔民孔某某，自2010年起经营一艘流刺网渔船“浙岱渔06718”，前几年经营效益尚可，不仅还清了债务，还在舟山新城购置了高档商品房。但自2019年起，逐步举债经营，婚姻关系也因经济矛盾而破裂。2020年生产结束后，船舶弃置在码头无人管理，最终由法院拍卖，仅偿还了所欠下船员工资，船舶抵押

1. 实际上2022年涉渔船员劳务合同纠纷应在900件以上，但近三分之一的案件在诉前化解，未进入诉讼程序。
2. 由于2022年深化诉源治理工作，同样有大部分涉渔人身损害责任纠纷在诉前化解，未进入诉讼程序。
3. 2022年实际受理案件未增长同样也是由于诉前化解。

贷款分文未还，购置的新商品房一天未住，也被抵押银行申请拍卖。

象山县石浦镇渔民裘某某长期从事渔业生产，自身经济状况一般，引入股东戴某某共同经营“浙象渔 40055”船，并以该船舶作为抵押向银行贷款 150 万元，家中房产也作抵押，以及其他借款共约 70 万元用于生产经营。2021 年 11 月 10 日，“浙象渔 40055”船在回港途中，遭不可抗拒外力冲击突然沉没，裘某某与其他 6 名船员全部失踪并在之后被宣告死亡。裘某某一家除失去亲人外，生活也顿时陷入困境。

（三）渔民权益纠纷产生与多发的原因

近年来随着经营状况逐年下行，相关涉渔纠纷也随之增长。除了渔业资源持续减少衰退、国家对国内渔业生产的补贴减少这两个原因外，渔民文化素质不高、法律风险淡薄、维权意识薄弱、未规范进行渔业生产、转产转业困难、海上事故频发、用工等各类成本高企、渔业生产效益下降、渔业生产经营管理方式传统落后等原因成为了纠纷多发的主要原因。

渔民法律意识薄弱，纠纷预防观念不强。许多渔民风险防范意识不足，未规范使用渔船船员劳务格式合同，认为其条款内容复杂，纠纷产生后双方就劳务合同关系是否存在、工资发放标准等方面的争议突出且举证困难，不利于当事人维护自身合法权益。如调研中发现，虽然我院和当地政府大力推广渔船船员劳务格式合同，但很多渔船经营者或船员仍不愿使用，依旧习惯于口头约定双方权利义务，在发生争议时无据可查，极易酿成纠纷。此外，许多远洋渔船以挂靠、光租等方式经营，虽然登记的船舶所有人、经营人、管理人等都是具有船舶经营管理资质的公司，但船舶的实际船东与经营者是自然人个人，容易在安全管理、岗前培训、规章制度制定等方面存在疏漏，就容易产生纠纷，在未事先通过签订书面劳务合同来约定权利义务责任的情况下，一旦纠纷发生，在确定挂靠、共有关系以及具体责任人，确定法律责任以及在依法保护利益受损方权益基础上兼顾船东的生产经营需求、谨慎采取船舶扣押措施方面都存在极大困难，不利于纠纷基层化解与诉前调解。再例如，渔船由多人共有的情况在浙江渔区大量存在，但往往登记为一人所有，一旦登记所有人转让或抵押船舶，其他共有人的权利势必受损，因此产生的纠纷并不罕见，由于此类案件涉及群体及第三人利益，处理起来非常棘手。

老船员文化素质不高，新船员地域结构发生变化。船员文化素质普遍较低，即

4. 其他涉渔纠纷通过海事确权案件解决的、通过非诉程序解决的不列入本报告统计数据，而海上养殖损害责任纠纷、渔船承包合同纠纷历年发生数量极少，本报告统计数据也不作分析。

使作为一船之长的渔船老大，不但普遍年龄较大，而且在文化水平上，大部分都在高中学历以下。以“中国第一渔村”桐照村为例，当地目前有渔民 5500-6000 人，本地渔船船员几乎都在 40 岁以上，高中学历以下，而年轻一代的船员大都来自外地。那些年岁较长的本地船员与船东之间往往属于同村或邻近地域的亲朋关系，船东与船员同吃同住同生产，互相照顾，产生纠纷后更倾向于协商解决。然而现在基本都是通过劳务市场招聘，船员来自五湖四海，与船东之间不存在亲近的基础社会关系，导致利益短视化，关系也趋于紧张，一旦利益不合就容易产生纠纷，并且在纠纷处理方式上也更倾向于诉讼解决。但因受基础教育和年龄影响，他们在诉讼活动中往往不能冷静、理智处理，也不能清楚讲述纠纷发生的前因后果，对法院的司法行为配合度不高，导致矛盾纠纷极易激化。另一方面，他们在新事物的接收能力上也有所欠缺，仍然习惯于通过传统的诉讼模式来主张诉求，而对近年来兴起的线上诉讼模式接受度较低。例如在审判实践中经常遇到船员即使人手一部手机，但很多不会智能使用，操作“人民法院在线服务浙江”小程序、ODR 解纷码平台、共享法庭 2.0 系统等解纷平台不熟悉，不利于司法活动的开展。

生产管理及人员培训方式传统，未适应新情况变化。海洋渔业生产本身存在较大人身风险，海况不良、台风等自然因素引发的安全事故及船舶碰撞、渔具损坏等意外事件时有发生，管理上本就存在较大困难。而传统的渔业生产管理方式相对松散，渔船船东安全生产意识不强，雇用船员较为随意，对从业资格等要求不高。如前所述，由于渔船已很难在传统渔区招到足够船员，不少外地务工者进入此行业，但对这些海洋“素人”的培训、监管却没有及时跟上。有些内地务工者往往只经过三四天的简单集中学习即开始上船作业，不仅技能生疏，心理上对海上作业的艰苦和枯燥也完全没有准备，为人身损害事故和雇佣纠纷多发埋下了隐患。譬如，近年来时有船员因不适应海上生活，出海不久即消极怠工或要求返航上岸，甚至多个船员串联起来罢工，渔船经营者深为所苦。这些事件的发生一方面固然反映渔船经营者在劳动力雇佣市场上渐趋弱势，另一方面更反映出渔业生产管理方式、船员培养模式没有适应渔业从业者的地域结构变化而进行调整，仍是传统的粗放式管理，边干边学的船员培养模式。

外来渔船船员增多，渔业生产能力参差不齐。以往船员多来自于当地沿海地区

渔民，具备行业传统知识。随着沿海经济发展及人口流动，渔船船员中外来务工人员明显增多。还是以“中国第一渔村”桐照村为例，当地 5500-6000 名渔民中，外地渔民占比 60%。从我院近五年的审判实践中也可发现，2018 年我院受理的涉渔船员劳务合同纠纷案件中，来自外省的渔船船员大约占比 67%，2019 年 55%，2020 年 65%，2021 年 71%，2022 年 58%，可见近些年外地渔船船员占比均较大。他们往往缺乏海上作业必要的技能、经验和自我保护意识，加上渔船船东多为自然人，客观上不具备提供船员完善的培训条件，因此极易发生渔业生产作业事故。如远洋渔业生产中有新船员突然失踪，近年来也经常会出现船员提出辞职并签下保证书后，回到国内却以受伤或者克扣工资等为由向法院起诉的案例，导致雇佣条款或者保证书的内容逐渐“苛刻”以便于船东保障自身权利，但也因此引发更多矛盾纠纷。

渔业生产效益下降，渔民抗风险能力差。近年来，除了柴油价格居高不下、劳务支出逐年上升外，渔业生产其他资料如网具价格、维修价格也有较大的提高，船上如导航通讯类设备也在增加，渔获价格虽有提高，但受消费水平的限制，像本地重要的海货品种如螃蟹、鲳鱼的价格几乎到了天花板，但产量却下降严重，收益远远抵不上成本的增加，很多生产者不得不靠借贷来维持生产，又增加了利息支出。此外，作为生产单位的渔船，虽然这十几年来在质量、吨位、航行设备方面有了很大提升，但基本生产作业方式、渔货销售模式、组织者的管理能力上并未有根本性提升，导致营收不理想。由于渔业经营者的经济承受能力的下降，各种纠纷处理难度加大，经济纠纷协商空间越来越窄，即使通过司法程序，将来裁决也很难完全执行。如刘某某、唐某某诉冯某某主张船员工资案，冯某因经营不善，欠下很多债务，渔船也已拆解，刘、唐两人胜诉后，判决完全执行到位的可能性几乎为零。

“诉讼黄牛”充当掮客，加大调解难度。船员一些事故发生后，伤者刚到医院治疗，就有“黄牛”找上门，主动把理赔的事揽上，夸大赔偿数额，骗取受伤船员的信任，签订风险代理合同，有的高达赔偿数额 20%。为了能顺利拿到代理费，诱导船员漫天要价，拒绝调解。还有一些其他债权债务纠纷，也有一些“诉讼黄牛”介入，怂恿提起诉讼，降低调解的可能，增加诉讼的费用。

三、渔民权益保障之路径：致力于走向共同富裕

（一）渔民权益保护的政策支持

1. **加强顶层设计。**从宁波建设海洋渔业强市的战略高度，提高对高质量发展现代渔业的认识，重新审视渔业经济的地位和作用，把发展渔业纳入重要议事日程。深化规划编制工作，根据宁波实际，高度重视、深化细化现代渔业“十四五”规划，明确海水养殖、渔港经济区建设、渔船更新改造、数字渔业、海产品精深加工、远洋渔业发展目标和定位，明确从制度层面保障渔业发展空间，提供政策保障力度。

2. **建立健全长效机制。**建立渔业安全生产会商机制，定期组织相关渔业管理部门、重点渔村、涉渔企业、互保协会、船东船长等商讨研究渔业安全生产工作，修订切实可行的规章和制度。建立领导定期下基层调研工作机制，倾听渔民呼声，及时研究解决渔民反映的焦点问题，消除存在的安全隐患。建立简政放权和网上审批机制，允许大部分渔业审批权利下放到县级渔业主管部门审核办理，同时开展网上渔业审批，方便渔民审批和办证。

3. **推进渔业互保建设。**政府加大对渔业互保事业的支持力度，保障渔业互保财政补贴资金及时到位，鼓励支持渔业互保单位在做好风险保障之外，还实行常态化免费配送救生衣、补助救生筏以旧换新、奖励海上抢险救人、无理赔安全奖励、组织渔民安全宣传教育、补助示范渔船改造等一些列惠渔举措，提供融资担保、渔船质量检测、救生筏检修等服务，从财政补贴渔业保险中提取部分资金建立风险基金，用于弥补重特大渔业事故损失，减少受损渔民的经济损失和家庭压力。协助发起成立渔业服务中心等组织，积极推进渔业组织化基层建设，促进渔业精细化管理。

4. **促进水产品精深加工与销售。**针对当前渔业生产效益下降，渔民抗风险能力差的问题，建议出台发展水产品精深加工的扶持政策，在市科技专项基金中安排水产品精深加工专项资金，用于鼓励水产品精深加工企业开发、引进先进设备和技术。对优势企业予以奖励，优先申报国家政策扶持项目。鼓励支持推进产品标准化建设，发挥现有行业优势，制定具有国际竞争力、高于现行国家标准的企业内控标准。同时抓住国家鼓励对外投资的机遇，做好“走出去”的文章，在大力发展远洋渔业的同时，鼓励企业在海外建立集捕捞、冷藏加工、渔船修造、补给等于一体的综合性远洋渔业基地，做好相应产地捕捞品的加工和销售，把加工好的产品直接投放到国际市场，缩短产品周期，提高产品的利润空间，提升渔业生产效益。

5. **保障老旧渔船减船转产。**政府继续实行老旧渔船减船拆解与主机功率指标

回收减船政策，允许老旧拖网渔业船舶大修理、原拆原建或合并更新，进一步提高老旧渔船质量安全性和抗风险能力。同时出台金融优惠、财政补助等政策，提升现有渔船生产性设备，配置船用海水制冰机、船用冷水机、船用保鲜机组，有效提高水产品的质量和价值。分批实施老旧渔船更新和改造计划，完善渔船更新标准，制定《宁波市示范渔船改造实施方案》，加快推动安全与通讯导航设备、海上互联网、捕捞作业“机器换人”的实施应用。针对部分地区仍然采取以拖网为主的传统海洋捕捞作业方式，建议农业农村部可适当允许二艘拖网渔船改造一艘拖网渔船。

（二）渔民权益保护的司法保障

1. 聚齐涉渔纠纷多元化解合力。渔事纠纷调处工作涉及渔区社会的各个方面，需要海事法院、渔业管理部门、渔民和其他社会组织的共同努力。海事法院在审理涉渔案件时应当秉持“司法为民”宗旨，在查清事实、分清责任的基础上化解纠纷。尤其是审理渔船船员人身损害案件时，应尽可能向当事人了解代理情况，对本可调解而因“诉讼黄牛”主动揽案而提起的纠纷，要查明代理费用，如代理费用过高坑害当事人的坚决予以司法处罚。渔业捕捞协会要充分发挥渔民社团组织的“老娘舅”作用，推动纠纷就地化解。渔业互保机构要充分发挥渔船船东互助保险制度对推动纠纷诉前调解的积极作用。渔业行政主管部门要采取有效措施，通过各种有效途径，强化对渔民的培训教育与渔船安全监管，要把社会治安管理相关规定、海上渔事纠纷发生后当事双方应该正确采取的措施以及调解处理的相关程序等作为渔民职业培训的重要内容，增强渔民的法制意识、安全生产意识和协商解决渔事纠纷的意识。

2. 完善涉渔纠纷多元调解协同机制。司法部门要畅通矛盾纠纷多元调解渠道，加强矛盾纠纷多元调解工作组织保障，建立分层次、多元化的纠纷解决机制。一是要强化诉前调解。深化海事法院与基层调解组织之间的沟通协作，充分发挥基层调解组织的“重要前哨”作用，推动更多渔民纠纷通过基层调解组织化解，同时形成较为统一的调解标准，使人民调解、法院调解对相同类型纠纷的处理保持一致，提高纠纷处理效率及公信力。对于调解无法解决的船舶优先权等问题，可建立调解机构与法院之间的诉调衔接快速通道，依法确保劳务与人身损害赔偿的法定船舶优先权利。二是强化司法援助。司法援助机构可针对涉渔纠纷设立专门部门，与海事法院建立常态化联系，便捷渔民获取司法援助的途径，提供更具海事专业性的援助服务。

3. **推动建立海上渔事纠纷调处组织网。**建议聚焦渔业纠纷多发海域，联合政法委、公安、司法、海洋渔业等部门广泛布局调解组织网。定位偏远渔村设立诉调服务点，实行“1名法官+1名法官助理”“一月一驻点指导、有需要可随时申请”的“随驻”模式化解纠纷；选择专职调解员与兼职调解员组成调解队伍，打造“涉渔纠纷专业调解室”，专门化解涉渔纠纷；选取大型加工船组建“海上流动调解室”，进行海上流动巡回调解，实现海上有纠纷，船上来调解，同时依托5G通信技术与远程视频会议系统，实现海陆远程联动，减少渔民上岸交通成本，助力海上纠纷及时就地化解。充分利用调解组织网遍布基层一线的优势，保障调解员或调解组织在事故发生后，纠纷形成前及时介入调解，讲清责任和赔偿，给受伤船员吃“定心丸”，减少“诉讼黄牛”的介入，推动纠纷顺利化解。

4. **推广使用渔船船员劳务格式合同。**针对当前多发的渔船船员劳务合同群体纠纷和劳动者权益纠纷特点，基于多数合同文本由雇主一方或劳务中介机构提供，其合同条款不尽完善，且船员在签订合同时往往处于弱势地位的现状，海事法院应结合司法实践，联合行业协会或有关主管部门制定、完善并推广使用统一规范的渔船船员劳务合同或实行相关合同备案审核制度，在签订书面合同方面形成有效的督促机制，提升渔民的风险防范与安全意识，减少因劳务双方约定不明而产生的纠纷。

5. **统一海上人身损害赔偿标准。**根据渔船船员起诉的请求权基础不同，在从事劳务过程中受到伤亡后赔偿项目亦有不同。航运公司、劳动派遣单位等对其签订劳动合同的自有船员发生伤亡的，一般会参保船东责任险并根据合同及《工伤保险条例》的规定进行处理，船员较少直接诉至海事法院。但仍有较大数量的船员因调解未果或因未签订合同，向海事法院提起诉讼。在审理此类纠纷时，法律有明确规定船员可主张赔偿的项目，但工伤与普通人身损害的赔偿标准与项目却争议较大。建议出台《关于审理海上人身伤亡损害赔偿纠纷案件的若干意见》，在维护当事人合法权益的同时，兼顾地区经济发展和生活水平差异，确保裁判尺度统一。对于船员因非职业疾病或不明原因死亡而提起的诉讼，依法根据赔偿权利人的实际损失和赔偿义务人的经济情况，责令雇主给予船员一定的经济补偿。

（三）浙江渔业经济的共富未来

严格规范船员劳务市场体系。船员劳务市场上中介机构、派遣机构鱼龙混杂、

少有规范,造成船员劳务合同关系界定不清、工资标准争议较多,更有与船员“争利”者,侵害船员的合法权益。对该类机构,一方面应加强监督、规范,另一方面可设立非盈利性的渔船船员劳务中介机构,为渔民寻找劳务机会提供方便、实惠服务。对于渔业生产管理方式传统,管理监督不到位的问题,职能部门应加强安全作业监管,建立健全保障体系,做好上岗前培训,严禁无资质人员上船作业。浙江省渔业主管部门近年来针对“三无”船舶开展了专项整治活动,在多地已收到实效,应借此东风规范渔船经营、生产活动,宣传并树立安全生产的观念。对于海上作业不可避免的风险,建议健全完整的保障体系,建立多元化的风险分担机制,完善人身强制保险、商业保险体制。船东应有意识地参保,一方面保障渔民能及时获取赔偿,另一方面能使船东等责任方减轻经济负担并保证正常生产经营。

数智打造“互联网+渔业”新业态。筹建以大数据、物联网等信息技术为支撑的“渔船+N(金融、信贷、APP、服务等)”现代渔业服务模式,打造“互联网+渔业”新业态。推动宁波市数字经济系统场景在渔业经济上的应用,提高市场流通效率,降低经营成本,促进小生产与大市场的对接,建立市级渔业信息发布平台,结合大数据平台,将渔船、渔运船第一时间上传渔业捕获品信息及时进行预订销售,统筹确定渔船回港时间,保证交易市场渔获物供应稳定,错峰销售,从而解决海洋捕捞与市场信息不对称问题,推动渔业电商平台建设,实现提质增价、减量增收。加强产地市场信息服务,建设国内国际双循环海产品重要枢纽,改造提升中国水产城市场硬件和经营模式,建立全国有影响力的水产品大市场。运用大数据建立船员资源数据库,减少船员流动,方便船东招工和渔民就业。

* 推动渔业公司化经营管理转型升级。建议政府牵头大型国有公司、上市公司与浙江省渔船建立捕捞、加工、销售一体化的渔业公司,发挥大公司稳定的销售渠道和现代企业管理优势,建立真正意义上精密型海洋渔业捕捞产业化公司,发展“公司+渔船+洋地运销+电商”等渔业经营模式,改变现有海洋捕捞低散、无序、经营机制落后的弊病。通过融资平台,引导鼓励有实力的渔民和企业收购兼并渔船,组建公司化、规模化船队进行生产经营,提高渔船编组生产稳定性,确保海洋捕捞生产安全可靠,实行公司化管理制度(捕捞日志记录),保证水产品质量安全可追溯。

加大海洋环境资源保护力度。针对渔民在禁渔期出海打鱼,对海洋资源造成破

坏的问题，建议政府与渔民联动，强力推进形成保护海洋渔业资源的合力。建立渔民举报奖励制度，充分发挥渔民信息灵、情况熟悉、分布广的优点，推动渔民互相监督。建立渔业执法队伍和群众力量联合护渔机制，加大对不同海区交界海域的执法检查和省区间联合行动。统一不同海区、不同捕捞作业渔船休渔时间，从根本上杜绝桁杆拖虾等渔船擅自改变为单拖网作业和跨海区生产行为的产生。禁止船主跨海区投资建造渔船，跨海区渔船停泊实行申报制度，严禁渔船异地休渔。修改完善渔业法规，进一步加大对违规捕捞行为的处罚，建立渔船“不敢偷”、“不想偷”、“不能偷”的处罚机制和力度。建立渔业诚信体系，在渔业贷款、柴油补贴等采取不同信用等级考核制度，推行诚信有奖、违法失信处罚办法。建立全国海洋渔船大数据，所有海上作业渔船活动情况都能在监控系统内查找发现。

结语

浙江省作为我国海洋大省，其渔业渔区与全国其他沿海地区渔区相比极具浙江特色——肩负着共同富裕的远大使命与重大责任。首先在自然环境与政策措施上有共同富裕的先决条件，浙江海域面积 26 万平方公里，海岸线总长约 7518 公里，海岛数量占全国总数的 40%，均居全国第一，具有独特的自然资源与良好地理优势。在政策措施上聚焦修复振兴浙江渔场、调整渔业油价补贴、渔业捕捞许可、渔港渔业船舶管理、渔业管理等重点问题制定了众多渔业地方性法规，全面规范渔业法律制度政策。其次在努力方向上有共同富裕奋斗目标，渔民人均可支配收入要达到共同富裕的基础目标、“海上粮仓”“数字渔场”建设要达到共同富裕的未来目标、渔民转产“上岸”要达到共同富裕的期望目标。

尽管浙江渔业具有带领共富的基础条件，但从浙江省近几年渔民权益相关纠纷审判实践中可以看出，实现渔区共同富裕还面临巨大挑战。一是渔业纠纷多发，近三年宁波海事法院受理与渔业生产有关的各类案件共 3040 件（不含特别程序与执行程序案件），约占同期受理案件总量的 47.7%，且普遍呈现大幅增长趋势。二是渔民权益保障薄弱，渔民文化素质普遍偏低，法律风险意识淡薄，维权意识薄弱，未规范签署渔船船员劳务合同，缺乏正规上岗培训，渔船生产相关规章制度不完善。三是渔民权益纠纷产生与多发的原因纷繁复杂，包括捕捞产能过剩、渔业资源持续衰退、劳动用工短缺、用工成本高企、渔业比较效益下降、经营管理方式传统、监

督管理不到位、渔民转产转业难度大等。

为充分保障渔民权益，推动渔民健康发展，创建和谐渔区、“无讼渔区”、共同富裕渔区，助力海洋渔业经济蓬勃发展还需要从政策支持、司法保障、共富未来等方面多管齐下，协同发力。一是要在政策支持方面提高对高质量发展现代渔业的认识、加强顶层设计，建立健全渔业安全生产会商、渔业审批权限下放等长效机制，加大对渔业互保建设的支持力度，出台发展水产品精深加工扶持政策，打造自己的终端品牌产品和营销网络，提升渔业生产效益。二是要在司法保障上聚齐涉渔纠纷多元化解合力，完善涉渔纠纷多元调解协同机制，畅通矛盾纠纷多元调解渠道，推动建立海上渔事纠纷调处组织网，促进渔业纠纷及时、就地化解，推广使用渔船船员劳务格式合同，统一海上人身损害赔偿标准，加大渔民权益司法保障。三是要在共富未来上严格规范船员劳务市场体系，加强渔业生产监督管理，数智打造“互联网+渔业”新业态，高水平建设现代化渔业经济，推动渔业公司化经营管理转型升级，提升渔业生产规范化与高效性，加大海洋资源保护力度，推进海洋渔业可持续发展。

二元制管辖背景下“江河湖海” 生态环境一体化专门司法 保护的实践表征与发展理路

南京海事法院课题组*

【摘要】

推进“江海联动”生态环境一体化专门司法保护是实现“陆海统筹”司法保护的有效实践路径。司法实践中，已形成流域一体化、海洋一体化、江海联动一体化等生态环境专门司法保护模式。但流域与海洋生态环境保护对象的差异、价值取向的不同、体制机制的区别导致“江海联动”司法保护的协作性不紧、联动性不强、一体化程度不高等问题。在明确一体化保护不是单一化保护，而是联动一体的保护，专门化保护不是一家专门法院专门保护，而是相对集中、互联互通保护的基础上，不断深化江河湖海生态环境一体化专门司法共赢保护理念，探索构建更加符合生态环境规律的“江海联动”生态环境专门审判体系，达到生态环境司法保护体制机制上的专门、司法协同上的联动一体共享，方能充分发挥一体化、专门化司法保护江河湖海生态环境的作用。

【关键词】

江河湖海 江海联动 生态环境 一体化保护 专门司法

引言

党的二十大报告指出，要推进美丽中国建设，坚持山水林田湖草沙一体化保护和系统治理，统筹产业结构调整、污染治理、生态保护、应对气候变化，协同推进降碳、减污、扩绿、增长，推进生态优先、节约集约、绿色低碳发展。推进高质量发展，江河湖海是资源禀赋，也是发展之基。江苏是全国唯一同时拥有大江、大河、大湖、大海的省份，海岸线长 954 千米，433 千米长江横穿东西，757 千米大运河纵贯南北。区域内有淮、沂、沭、泗、秦淮河等大小河流 2900 多条，湖泊 290 多个。

* 课题主持人：花玉军，南京海事法院党组书记、院长。课题组成员：周杨明、刘颖、姬美修、赵伟、刁赞。

近年来，凭海跨江、拥湖枕河的江苏一直把生态文明建设摆在“强富美高”新江苏现代化建设突出位置。

生态环境保护事关民生福祉，绿水青山蓝海离不开司法护航。近年来，全国各地各级法院坚持改革不懈怠、创新不止步，持之以恒推进生态环境专门司法保护机制，在组织建设、制度建设、机制建设、队伍建设等方面采取了一系列重要举措，卓有成效。本文立足当前生态环境司法保护实际，总结改革经验，分析问题，提出建议，以期为新时代推进江河湖海生态环境一体化专门司法保护机制构建提供参考建议。

一、江河湖海生态环境一体化司法保护的实践做法

江河湖海共同组成的水生态系统，在此基础上，形成人与“山水林田湖草”的生命共同体。各种自然因素与相互关系交织，决定着生态系统的治理更加需要具备一体性、协同性、专业性的司法体制和运行机制。目前，各地司法机关严格贯彻落实最严格制度、最严密法治要求，立足江河湖海生态环境特征，遵循流域与海洋的自然统一性和要素复合性，在江河湖海生态环境一体化专门司法保护的实践道路上取得了较为丰硕的探索成果。

（一）流域一体化保护的司法实践

以流域为主的江河湖生态环境一体化“专门”司法保护模式。因环境媒介易流动、污染物易扩散，导致案件事实的连接点不仅限于某一行政辖区，按照原有行政区域的管辖模式无法有效适配生态环境案件的审理。因此，许多省份在省级区域内设立多家环境资源法庭集中管辖一定区域范围内的环境案件。如江苏在全国率先构建“9+1”环境资源审判改革，在长江、灌河、洪泽湖、太湖等地按流域设立环境资源法庭，实现江河湖“专门”司法管辖模式。江西在全省三级法院环境资源审判机构体系上，着力推进重点流域区域管辖审判体系建设，在“五河一江一湖”流域和部分重点区域设立11个环境资源法庭；湖南在全省设立湘江、洞庭湖、东江湖、资水、沅水、澧水和湘中环境资源法庭，跨行政区划集中管辖流域内水污染、生物多样性保护和土壤污染等一审环境资源案件，对涉流域、区域生态环境案件集中管辖，实现省级区域内的司法保护一体化。然后再按照流域之间省份与省份协作模式，形成流域生态环境的一体化司法保护主流模式。如在汉江流域，陕西省汉中中院、

¹ 贺蓉：《〈环境保护法〉与〈海洋环境保护法〉陆海统筹的方案与建议研究》，载《海洋环境科学》2021年第5期。

² 李莹萍：《陆海统筹背景下生态环境保护法律规则和制度体系的重整》，载《中州学刊》2021年第6期。

安康中院、商洛中院、西安铁路法院，河南省南阳中院、郑州铁路法院，湖北省十堰中院、汉江中院、武汉中院及武汉海事法院共同签署《汉江流域环境资源审判协作框架协议》。在金沙江（向家坝库区、溪洛渡库区）流域，四川省屏山县法院、雷波县法院，云南省昭通市永善县法院、水富市法院、绥江县法院共同签署《金沙江流域（向家坝库区、溪洛渡库区）“金丝带 2+3”环境资源司法保护协作框架协议》。在长江上游流域，重庆、四川、贵州、云南省高院共同签署《环境司法协作框架协议》。在长江全流域，最高法院牵头，重庆、上海、浙江、江苏、安徽、江西、湖北、湖南、四川、贵州、云南等 11 个省市以及青海高院共同签署《长江经济带 11+1 省市高级人民法院环境院审判协作框架协议》，形成长江整体流域生态环境的一体化保护。

（二）海洋一体化保护的司法实践

以海域为主的海洋生态环境一体化专门司法保护模式。海事司法是经略海洋管控海洋的重要组成部分，各家海事法院立足海洋生态环境保护司法实践，深入研究海洋生态环境保护问题，努力构建共治共享的海洋环境保护新格局。海事法院之间，在一定海域内加强司法协作，形成南海、东海、黄海、渤海我国四大海域的一体化保护模式，共同维护好海洋生态环境。如天津海事法院与大连、青岛海事法院签订《渤海生态环境保护司法协作机制框架协议》；宁波海事法院与上海、南京、厦门海事法院共同签署《共同保护东海海洋资源与生态环境框架协议》；北海海事法院与广州海事法院、海口海事法院签署《北部湾—琼州海峡海洋环境资源司法保护合作协议》。与其他单位之间，广泛开展合作，进一步提升海洋环境资源司法保护协作力度，共同致力于以最严格制度保护海洋环境资源。如海口海事法院与海南省人民检察院一分院签署《关于共建海洋环境资源司法保护协作机制的备忘录》。广州海事法院与广州市检察院联签《关于加强海洋自然资源与生态环境公益诉讼协作的意见》。

（三）江海联动一体化保护的司法实践

加强陆海统筹、江海联动，一体化推进江河湖海生态环境专门化司法保护是当前及未来司法改革的新趋势。以江苏为例，立足流域保护与海洋保护系统性、整体性特点，形成“专门法院+专门法庭”司法联动一体治理江河湖海生态环境新格局。在秉持“海事法院主要管辖海洋生态环境案件，环境资源法庭主要管辖流域环境案件”的基础上，强化联动、一体统筹、交叉管辖、共同治理，在不同的司法体系上“求

³ 邱秋：“多重流域统筹协调：《长江保护法》的流域管理体制创新”，载《环境保护》2021年第49期。

⁴ 吴昂：“论生态环境法典编纂中纠纷解决机制的构建”，载《中国应用法学》2022年第2期。

同存异”，更加注重专门化治理，更加注重一体化保护。如南京海事法院深度融合海事司法权威性和海事行政专业性，会同海事部门、地方政府部门强制打捞“江东货 558”沉轮，保护长江航道安全，保护江豚保护区生态环境。依法妥善审理批量涉长江“三无”船舶海事行政案件，有力支持长江“三无”船舶清零行动，严厉打击在长江上非法从事清舱抽残、采砂捕捞等行为。高效移泊“高诚 5”危化品船，支持长江沿线中小船厂清理、过驳作业区清理，消除长江生态环境威胁，妥善审理涉长江沿线航道、港口、码头工程纠纷，规范长江岸线整治工程建设，均是保护长江流域生态修复的重要缩影。南京环境资源法庭建立连云港海洋牧场、在沿海地区道路设立野生动植物出没警示牌，在黄海湿地等地设立生态环境损害司法修复基地，开展人工鱼礁、海岸线环境治理等修复项目；灌河流域环境资源法庭审理的“伏季休渔期海洋渔区使用地笼网非法捕捞鳗鱼案”；长江流域第二环境资源法庭审结的兴化 10 余家造船厂不服生态环境局行政处罚案，均是保护海洋生态环境的重要举措。水是流动的，走出江河湖海保护生态、治理环境污染的“怪圈”，一个关键因素在于要破解“各吹各的号，各唱各的调”理念，形成“保护流域就是保护海洋，保护海洋就是保护流域”的一体化保护理念。

二、“江海联动”生态环境一体化专门司法保护的实践问题

“江海联动”生态环境一体化专门司法保护，不是单一化保护，也不是将江河湖海所有生态环境案件归口到某一家环境资源法庭或某一家海事法院单独司法保护，而是要在立足原有“江河湖”与“海洋”生态环境案件性质不同的基础上，进行联动、强化一体保护。

（一）保护对象的不同导致协作性不够高

“江河湖”与“海洋”的自然环境天然特性决定着司法保护模式上存在着差异，影响协作性。一是海域面积辽阔，海岸线长，流动性是其最鲜明的特点，流动的海洋导致其生态利益整体无法分割，其在损害恢复过程中难以判断个人或集体行为对海洋生态环境的影响程度到底有多少深，这也是海洋环境与流域环境最大的区别之一。二是海洋具有强大的自净恢复能力，导致部分在流域环境系不可恢复性损害但在海洋生态系统中可能转变成可恢复性损害，不可恢复性损害的判断在实践中难以具有准确的标准和界限，单凭理论方法计算得出的抽象数字很难满足污染损害所确

⁵ 吕忠梅、张忠民：《环境司法专门化与环境案件类型化的现状》，载《中国应用法学》2017年第6期。

定的赔偿范围。三是海洋生态环境案件主要源于因船舶排放、泄露、倾倒油类或其他有害物质，以及海上生产、作业或拆船、修船作业造成海域污染等。因此，因保护对象性质不尽相同，海洋与江河湖生态环境案件必然分属于两个不同司法机关管辖，不同的管辖模式从而造就了流域与海洋生态环境保护存在“单打独斗”的现象，如何从生态环境一体化司法保护角度加强江海联动保护协作是值得思考的新问题。

（二）价值取向的不同导致联动性不够强

“江河湖”与“海洋”的不同司法保护价值取向决定着司法保护模式上存在着差异，影响联动性。立法上，生态环境法律规则体系方面的问题更突出，因流域环境与海洋环境保护对象、方式、定位等不同，制度层面形成了作为一般法的《环境保护法》和作为特别法的《海洋环境保护法》两套环境保护法律体系¹。从一体化保护角度来说，一是法律缺乏陆海一体化保护的宏观指导，制度支撑不够。无论是《环境保护法》还是《海洋环境保护法》都没有明确陆海统筹的理念，制度和措施在统筹方面的考虑也不充分；二是陆海立法分割导致联接不畅。陆地上的生态环境保护立法体系以《环境保护法》为综合法，包括《水污染防治法》《大气污染防治法》《固体废物污染环境防治法》《土壤污染防治法》《环境噪声污染防治法》等重要的环境保护单行法组成；海洋方面的生态环境保护立法体系以《海洋环境保护法》为综合法，包括《海洋石油勘探开发环境保护管理条例》《海洋倾废管理条例》《防治海洋工程建设项目污染损害海洋环境管理条例》《防止船舶污染海域管理条例》等法规组成。两套法律在适用上往往互相排斥。三是陆海生态环境保护立法的制度框架设计、管制措施和标准要求等有一定的差异，导致法律适用过程中出现内耗和矛盾冲突。²陆海法律规则体系之间的协调与兼容成为江海联动一体化保护的重要现实问题。

（三）保护体制的不同导致一体化不够深

“江河湖”与“海洋”的不同司法保护体制决定着司法保护模式上存在着差异，影响一体化。司法上，流域与海洋的生态环境司法保护存在着脱节和不协调现象，导致生态环境司法保护目标和效果一定程度地消减。以江苏为例，“江河湖海”生态环境案件的审理主要是依托“专门法院+专门法庭”模式进行集中管辖，该模式从司法保护效果来看，已能基本满足流域生态整体性特征对司法资源整合的需求。但

⁶ “保护微笑江豚 共建生命长江——南京海事法院江豚保护区沉船处置案纪实”，载 https://mp.weixin.qq.com/s/i1g1FVZgud7_ulamZ8yWRg，2023年8月10日访问。

⁷ “江苏首例养殖用海强制执行正式启动”，载 <https://jnews.xhby.net/v3/waparticles/f651b9bf19c641a4a0956797f00b57c9/rWeJkgrZQeJmwo86/1>，2023年8月10日访问。

在运行过程中还存在程序衔接上的问题。“9+1”机制下的流域生态环境案件一、二审已基本实现了“专门化”审判，解决了传统的以行政区划为依托的环境司法管辖方式容易导致的环境保护碎片化、责任追究局限化、环境修复片面化等问题，但还尚未建立起环境专门法院，一体化专门保护程度欠缺。海洋生态环境案件一审虽已实现专门法院管辖，但上诉的二审案件由该省高院哪个审判庭负责审理尚未统一，如海洋自然资源与生态环境行政公益诉讼案件上诉后是由环境资源庭审理、行政审判庭审理还是由专门审理海事海商案件的民四庭审理？海洋生态环境损害刑事公益诉讼案件上诉后是由刑事审判庭审理还是由民四庭审理，尚未明确，出现“一审专门二审不专门”现象，既影响生态环境案件的专门化审判，也影响着一体化司法保护目标的实现。

三、“江海联动”生态环境一体化专门司法保护的实践机理

生态系统的整体性与治理碎片化的矛盾仍是流域治理的重要瓶颈，构建“江海联动”生态环境一体化专门司法保护机制，是全面推进江河湖海统筹发展战略法治化的现实要求，也是对破解流域环境保护与经济发展痼疾的实践探寻。

（一）一体化保护是实现“江海联动”保护的核心要义

生态系统具有整体性，流域与海洋的各种自然要素水、大气、土壤、森林、植被相互关联，上下游、左右岸、干支流互联互通，一旦某一要素受到大面积破坏或污染会导致整个生态系统遭到损害。流域与海洋生态系统不会因为管辖范围的划分而改变其发展规律。要解决这一矛盾，加强流域内法院协同合作，加强流域法庭与海事法院合作，形成一体化司法保护是实现陆海统筹保护的有效途径。

一体化保护不是单一化保护。不能将所有环境案件单一归口到某一家法院专门保护。比如为贯彻《长江保护法》，成立一家长江环境法院，为贯彻《黄河保护法》，成立一家黄河环境法院，那么为贯彻《海洋环境保护法》，是否要在全国成立一家海洋环境法院？不考虑流域与海洋环境案件的不同性质，仅仅为了管辖而归口，这既不符合现有司法体制模式，也不符合生态环境司法保护规律，更可能因管辖范围过大、区域过广、案件过多，造成“顾头不顾尾”，不仅无法有效实现江河湖海生态环境的专业化审判，反而可能带来反作用。³

一体化保护是联动一体的保护。更强调的是在秉持原有体制机制、法律规则基

³ “通力协作 多元共治 | 江苏省交通运输厅、江苏海事局、南京海事法院联合召开贯彻落实长江保护法新闻发布会”，载 https://mp.weixin.qq.com/s/_oqrmLSdgC1_yLn3DBu6Cg，2023年8月10日访问。

础上开展联动一体保护。生态环境纠纷的产生原因复杂，损害的成因往往难以判断。纠纷类型多样，既有人身损害又有财产损失，也包括对生态环境本身的损害。此外，纠纷涉及的主体广泛，既包括公民、法人，也包括以生态环境部门、自然资源部门等为代表的国家机关，还包括代表国家维护权益的检察机关等各方的参与。生态环境纠纷的解决方法和过程也较为复杂，而法律规则并不是孤立存在，法院与法院之间、行政机关与行政机关之间、法院与行政机关之间都不能“各自为政”，而是要从纠纷特点和解决规律上，加强联动，及时稳妥解决出现的生态环境问题⁴。

（二）专门化保护是实现“江海联动”保护的制度支撑

“江河湖”与“海洋”生态环境的整体性要求保护应当是一体的，对司法来说，一体化保护的最佳方式则是专门化保护。

专门化保护要实现体制机制上的专门。一是成立环境专门法院。环境审判机构专门化已实现了从无到有，但现有的环境审判机构在名称、设立方式、组织形式和主管等方面仍存在差异。有名称为环境保护法庭，也有生态保护法庭。设立方式上，有完全新设的“创立式”环保法庭，也有在原有审判机构上增加或扩大其职能的“改造式”法庭。组织形式上，有在相关业务庭设立环境案件合议庭，有设立专门的环境案件审判庭或环保法庭。在流域生态环境保护的专门化程度上还有所欠缺。在省域范围内，根据流域环境特点，成立环境专门法院，再加强各环境专门法院的一体协作，是流域生态环境司法保护的理想状态。二是实现生态环境案件“三合一”专门归口审理模式。如海洋生态环境案件还未实现由海事法院“三合一”办理。流域生态环境案件由“二合一”模式，如贵州、河南、青海等，也有“三合一”模式，如江苏、福建、重庆等。案件类型的分散管理，既不利于裁判尺度的统一，也不利于生态环境的一体化保护⁵。

专门化保护要实现司法协同上的联动。内部司法协同联动上，流域环境法庭之间、流域环境法庭与海事法院之间，要在纠纷化解机制、审判事务、审判资源、司法信息等方面加强协作，打通多方参与治理江河湖海共享信息平台。在跨域取证，裁判标准尺度统一、审判执行协作等方面加强合作，注重司法程序及程序正当，将协作经验转化为制度性成果，实现审判机构的专门化、体系化。形成从“多网分立”到“联动共治”“多元协作”的江河湖海司法保护协同治理工作机制。外部司法协

⁴ 吕忠梅：“习近平法治思想的生态文明法治理论”，载《中国法学》2021年第1期。

同联动上，要紧紧依靠地方党委政府，充分发挥司法职能作用。与生态环境、自然资源、农村农业、财政、公安、检察、海警等相关机关部门共同协作，在证据采集与固定、案件协调与和解、判决监督与执行等方面做好衔接配合，明确环境损害赔偿磋商、公益诉讼等生态修复赔偿金使用管理模式。共同设立修复基地，完成保护工作的持续跟踪、动态掌控、闭环管理。注重分析研判，从司法案件中发现苗头性、共性问题，及时向政府相关部门反馈，做好环境治理风险评估，跟踪督促反馈成果，筑牢“江海”联动司法治理保护屏障。

（三）“江海联动”是一体化专门司法保护的有效路径

保护对象的差异、价值取向的不同、体制机制的区别客观上会影响“江海”生态环境一体化司法保护，但正因存在这些差异，才要在差异因素的基础上进行“江海联动”一体化保护，处理好“江海”二元管辖模式与一体化保护、专门化保护的关系是做好江河湖海生态环境司法保护的重点内容。

一体化保护是相对集中的专门化保护。一体化保护要在考虑江河湖海各方面的因素后形成的一定区域内的相对集中管辖保护。为何不能由单一专门法院进行司法保护？一是司法资源配置、诉讼便利性因素。一家法院管一条江、一条河、整个海洋，过度集中的管辖，司法资源配置难以适配。办案时间、路程消耗等问题，反而会导致诉讼的不便，不仅有当事人诉讼的不便，还牵涉到跨省域机关办案的不便。如公益诉讼的检察院需要跨区域提起诉讼等。二是司法体系历史因素。在机构编制大幅压缩的大背景下，成立新的专门法院实际存在一定难度。有专家学者提出，可以将原有海事法院改制成环境法院，但专门法院并不是将原有法院“改头换面”就可称之为环境案件的专门法院，专门法院的专业，体现在多年审判经验积累基础之上，多年形成的司法体系也不能随意推倒重来，将过多原本不属于自己管辖范围的案件纳入审理，会导致原有专门职能的淡化。进行省域范围内的“环境资源法庭主管‘江河湖’+海事法院主管‘海’，辅之特殊类型案件的交叉管辖、联动一体”的生态环境专门司法管辖模式是当前陆海统筹司法保护的最优路径之一。现有的“江海”二元管辖模式有其合理性、科学性、现实性。流域环境案件与海洋环境案件规则的不同，由各自具备优势的审判机构审理实际更为专业。比如海事案件的特别程序问题，船舶油污损害赔偿的期间损失和永久性损失问题，海事责任限制和海洋公

益债权的限制性问题、漏油船舶的扣押问题等等，

专门化保护是互联互通的一体化保护。“江海”二元管辖模式并不是割裂的，反而更加需要两家单位的互联互通。一方面，根据目前的“两高”《关于办理海洋自然资源与生态环境公益诉讼案件若干问题的规定》，海洋自然资源与生态环境损害赔偿诉讼、因此由检察机关提起的民事公益诉讼、海洋生态环境行政公益诉讼已明确由海事法院管辖，但因海事法院尚未有刑事案件管辖权，故而破坏海洋生态、海洋水产资源、海洋保护区的环境刑事案件及刑事附带民事公益诉讼案件仅部分通过试点指定管辖方式由海事法院管辖，大部分此类案件是由属地环境资源法庭管辖。另一方面，长江、大运河等流域范围内的船舶污染案件是由海事法院管辖。除因船舶排放、泄露、倾倒油类或其他有害物质，以及海上生产、作业或拆船、修船作业造成海域污染由污染发生地、损害结果地或采取预防污染措施地的海事法院管辖外，对海洋环境污染原因涉及陆地各类开发利用排污、交通运输、旅游等来自陆源污染从而造成的海洋生态环境案件，按照“两便原则”——便于当事人诉讼、便于法院审判，应当向属地法院提起海洋环境案件诉讼。因此，“江河湖”的保护不能没有海事法院的参与，“海洋”环境的保护也不能缺少环境资源法庭的参与。二者在部分环境案件类型办理上更应发挥“互联互通、联动一体”的作用。

四、“江海联动”生态环境一体化专门司法保护的实践路径

实现“江海联动”生态环境一体化保护既要在保护理念上达成共识，也要继续探索完善“江海联动”的生态环境审判体系，不断增强生态环境司法保护的一体化、专门化，才能最大化发挥一体保护的司法效应。

（一）深化生态环境一体化专门司法共赢保护理念

深化“大生态”司法保护理念。“江海联动”生态环境一体化专门司法保护模式要在对生态系统的整体性、系统性及其内在规律科学认识的基础上，统筹考虑现有司法体制机制，系统整合现有司法保护手段，充分体现系统化、综合化司法保护环境理念，对江河湖海环境实施一体化司法保护治理。深化生态环境司法保护的一体理念。抓实生态环境合作保护的关键环节。一是在纠纷或环境污染事故发生的“前端”，行政机关加强环境监管，及时预防潜在环境风险，遏制环境问题发生。⁶ 行政机关对于执法过程中发现的犯罪行为应及时收集证据并移送至司法机关。二是在

诉讼已经开始或环境污染事故已经发生的“中端”，行政机关利用其环境科学知识、专业技术手段等在证据转化和司法鉴定上作出专业意见，对于司法机关认定违法行为、赔偿范围等有参考价值。三是在诉后执行或生态环境恢复的“后端”，行政机关协助人民法院执行生效裁判⁷，同时及时转化案件办理成果，聚焦防治环境污染和生态环境保护修复等内容，联合发布江河湖海生态环境保护工作举措和典型案例。深化生态环境司法保护的协同理念。司法与行政协作是生态环境保护司法“大协作”的重要内容，开展协作的同时要避免司法行政化，保持司法机关依法公正独立裁判。在司法与行政执法协作机制的基础上，继续细化案件审理举措，加强公检法司法机关与环境保护行政机关生态环境保护的全链条协作配合，签订司法与行政协作框架协议或备忘录。通过共建信息化平台、创建失信联合惩戒机制和多元解纷机制、联合召开新闻发布会、定期召开协作会议等方式，在服务大局、执法办案、纠纷化解、社会治理等方面精诚协作，促进江河湖海生态环境一体化保护司法执法水平双提升。⁸

（二）探索构建“江海联动”的生态环境审判体系

由于环境损害对生态造成的影响具有扩散性、长期性和潜伏性，传统的地域管辖规则无法完全适应这些特点，须在“江河湖”相对集中管辖与“海洋”专门管辖模式的相互协调下，构建联动体系，深化江河湖海生态环境纠纷审理的更专门化，从而更加一体的保护生态环境。

实现从“专门法院+专门法庭”向“专门法院+专门法院”转变目标。我国环境纠纷的专门管辖规则已基本形成，多数环境法庭已基本实现“三合一”的审理模式。但当前环境“专门法庭”设置于地方法院之内，从实际功能效用来看已有别于传统法院审判组织的构造，将环境“专门法庭”升格为环境专门法院，受理跨区域的环境案件更有利于保障审判权行使的统一性。设置环境法院与海事法院强化江河湖海生态环境案件审理联动，共同审理江河湖海生态环境纠纷案件，可较好地处理交叉管辖问题，实现对“江河湖海”生态环境“两位一体”化专门司法保护。

实现“江河湖”与“海洋”生态环境案件一、二审专门化审理。在确定海事法院和环境法院级别建制和案件管辖范围基础上，一、二审法院的专门化也需进一步增强。比如，流域环境资源法庭要进一步完善专业化环境诉讼审判组织，吸纳具有专业环境知识的人作为专家陪审员等。海事法院要增设环境资源审判庭，组建具有

环境知识背景的专业化审判团队。考虑到环境审判职能统一需求，省法院要明确环境资源审判庭统一审理海事法院上诉的生态环境二审案件，并可视案件情况和特点再设置类案专业合议庭，有效集聚专业化优势，为江河湖海一体化保护提供坚实的司法保障基础。

（三）增强生态环境一体化司法保护专门化

建立专门的环境诉讼程序，这既是“江海联动”生态环境司法一体化保护的内在必然要求，也是其能否实现的关键所在。《海洋环境保护法》《长江保护法》等法律法规已从实体法角度为江河湖海生态环境的保护提供了依据。在此基础上，我们需探索构建专门化的环境诉讼程序，一是要在现有刑事、民事、行政三大诉讼程序基础上根据环境资源案件的特征作出特别安排，通过建立完善程序衔接机制打通刑事、民事、行政三大传统诉讼程序之间的壁垒，如环境刑事附带民事公益诉讼程序，环境公益诉讼与环境私益诉讼的衔接制度，生态环境损害赔偿诉讼和环境公益诉讼的衔接程序等。二是要结合水域环境案件的复杂性和科学性特征，通过构建完善多层次的程序机制促进环境诉讼程序专门化。如构建环境诉讼举证责任有限倒置制度，根据当事人举证能力强弱、距离证据远近等因素灵活选择采用举证责任正置制度和倒置制度；如扩大环境公益诉讼原告的主体资格范围，赋予沿海沿江的企业、涉海群众个人提起环境公益诉讼的资格，调动社会公众力量更好实现对水域生态环境公共利益的保护；同时，在环境责任构成、因果关系成立规则、针对性的责任方式和执行手段、环境公益诉讼规则、诉讼时效规则等方面也需相应创设特殊规则。

（四）加强生态环境专门司法一体化保护协同共享

作为生态文明法治建设核心理念的生态文明思想，生态自然观、生态协同观和生态合作观构成了体现“生命共同体”的法理命题，既包括坚持“山水林田湖草”是一个生命共同体的理念，又包含秉持人与自然是生命共同体的理念，同时也有人类命运共同体理念的强调⁹，其中体现的价值内核为江河湖海生态环境司法一体化保护提供理论依循。

统一案件裁判尺度。一是建立司法机关间协作的制度规则。法院与检察院、公安机关各司法机关在准确把握司法权边界的基础上，订立涵盖证据采集与固定、案件协调与和解、判决的监督与执行等内容的司法协作协议或规则，指导各司法机关

共同解决环境纠纷。二是建立定期会商联络机制。区域内各司法机关围绕环境审判工作需求，确定本单位负责联络的部门和人员，负责协作事项的具体落实以及日常对口联络工作，做好生态环境保护司法协作中的事务性和服务性工作，畅通法院、检察和公安机关三部门之间乃至不同层级办案机关之间的信息壁垒。定期召开多主体参与的联席会议，共同交流复杂环境公益诉讼案件、生态环境犯罪疑难问题等，探讨保障生态环境一体化保护的司法着力点，依法履行工作职能，维护江河湖海生态环境健康发展。三是统一司法裁判尺度，提高司法裁判质量。建立生态环境保护专门法院、检察院、专家组成的专业裁判机制，其中涉及的专家可参照仲裁员公开选聘制度，建立区域内生态环境专家智库，通过引入社会专业力量提高司法机关对专业证据的认识，推动司法机关对疑难复杂、社会关注度高、具有公益性专业性的生态环境纠纷作出具有指导意义的裁判，促进生态环境保护司法裁判尺度统一。

集成共享资源成果。一是搭建生态环境保护司法协作智慧平台。信息化手段已经逐渐成为生态环境司法保护的利器，人民法院信息化建设让审判执行更加智能高效，让司法服务更加触手可及。运用大数据、人工智能等技术手段，整合区域内法院、检察院、行政机关等已有的信息化建设成果，充分运用各单位掌握的数据信息，建成包含跨网段视频对话、案件讨论、文件传输以及财产线上查控等功能，提升法院间协作效率，为法官办案提供智能化辅助。二是建立人员交流互动机制。在传统实地考察、经验交流等工作协作基础上，探索人员跨单位交流机制。短期可采取挂职锻炼的方式进行有规划的、分批的交流任职；中长期可通过建立跨单位任职激励机制，合力打造生态环境保护高素质司法队伍。三是加强教育培训资源共享。利用法院、检察院等与专业院校的长期交流关系，在学术研讨、业务培训、人才培养等方面开展深度合作，协调联系、邀请专家授课，采取线上或线下形式共同举办培训活动，积极促进司法实践和理论学界的融合发展。

海上货物运输货损类纠纷 承运人责任期间相关问题研究

郭俊莉 刘振华*

【摘要】

海上货物运输合同货损类纠纷中，责任期间是认定承运人承担责任与否的重要因素，其适用与货损区段密切相关。基于相关判例，对承运人责任期间及其货损定域问题进行研究。在责任期间部分，探讨了国际海上集装箱货物接收至交付、非集装箱货物装船至卸船的责任期间起讫以及国内水路货运承运人责任期间等问题，并从对象要素、状态要素和义务要素三方面分析了责任期间构成。在货损定域部分，提出比较法和排除法。在装货港货物状态明确的情况下通过比较卸货港时货物状态确定货损区段；在装货港货物状况不明的情况下，根据货物状态、货损原因和义务履行情况排除货损可能区段，最终确认真正货损区段，认定货损是否在承运人责任期间内。对实践中常见的一些当事人举证、抗辩和检验报告效力认定要件等情况亦进行了方法论上的总结。

【关键词】

海上货物运输 承运人责任期间 货损定域 检验报告效力认定

一、海上货物运输中承运人责任期间概念解构

（一）海上货物运输中承运人责任期间概述

承运人责任期间是海上货物运输合同纠纷中的重要概念。从历史的角度来看，其在1924年《关于统一提单若干法律规定的国际公约》（简称《海牙规则》）初有涉及，后作为正式的法律术语，最早出现于1978年的《联合国海上货物运输公约》（简称《汉堡规则》）。

我国亦在立法层面明确提出了责任期间的概念。《海商法》第46条中兼采《海

* 郭俊莉，青岛海事法院审判委员会委员、海商审判庭庭长；刘振华，青岛海事法院海商审判庭法官助理。

牙规则》“船至船”原则和《汉堡规则》“港至港”原则¹，规定了一种复合式的“责任期间”，即承运人对集装箱装运的货物的责任期间，是从装货港接收货物时起至卸货港交付货物时止，货物处于承运人掌管之下的全部期间；承运人对非集装箱装运的货物的责任期间，是从货物装上船时起至卸下船时止，货物处于承运人掌管之下的全部期间。²而对原油等特殊非集装箱货物即散装液体货物，承运人责任期间为装货港船舶输油管线与岸罐输油管线连接的法兰盘末端时起至卸货港船舶输油管线与岸罐输油管线连接的法兰盘末端时止，货物处于承运人掌管之下的全部期间。³

对于《海商法》第46条中承运人责任期间的性质和适用范围，根据《海商法》第44条的规定，结合文义解释的原则，应均系强制性规定。⁴又因《海商法》第2条第2款规定，《海商法》第四章并不适用于我国港口之间的海上货物运输，因此，前述期间系针对国际海上货物运输而言。对国内水路货物运输，现行《海商法》《民法典》等中均未作专门规定。⁵考虑到水路货物运输具有高度的同质化特点，国内水路货物运输承运人同国际海上货物运输承运人一样，也应有对应责任期间。并且，虽然现有法律规定中没有明确提出国内水路货物运输承运人责任期间的概念，但这并不意味着该区段承运人可以不受责任期间的约束。结合我国《民法典》第832条规定，“运输过程”即承运人接受货物时起至交付货物时止的期间（运输期间），应被认定为民法典下的国内水路货物运输承运人最低限度的责任期间。⁶而这在我国海商法修改稿中也有体现。⁷

（二）海上货物运输中承运人责任期间起讫分析

国际海上集装箱货物：接收—交付责任期间

1. 法条中“接收”与“交付”的主体范围。根据《海商法》第46条规定，装货港接收货物与卸货港交付货物的主体应是承运人。但实践中因承运人多为公司法人，很多情况下还是境外注册成立的公司法人，故多是通过其雇用或委托的装卸公司、仓库或码头管理机构或代理人、船长等接收和交付货物。⁸而对此，根据《民法典》第162条、第170条的规定，承运人受雇人、代理人等接收或交付货物行为所产生的法律后果及于承运人，可视为承运人已接收或交付货物。同样，承运人装

¹ 《海牙规则》未对集装箱运输承运人的责任期间作具体规定。一般将其第1条第5项关于“货物运输”的定义，即“自货物在装货港装上船时起，至卸货港卸离船舶之时为止”，作为《海牙规则》的责任期间来理解。《汉堡规则》第4条第1款规定：“按照本公约，承运人对货物的责任期间包括在装货港，在运输途中以及在卸货港，货物在承运人掌管的全部期间。”

² 对于含海运区段的国际多式联运货物，签发国际多式联运提单的承运人即多式联运经营人，其责任期间规定在《海商法》第103条，无需区分集装箱货物或非集装箱货物，均为接收货物时起至交付货物时止。但虽然其责任期间与国际海上集装箱货物运输中承运人责任期间起讫一致，但其所涉区段除包含海运区段外，实践中还可能包含接收货物后的仓储期间、堆场装卸期间、各种运输方式转换期间、目的港或目的地的仓储期间等诸多时间节点。并且即使多式联运经营人非海运区段实际承运人，也并不影响其根据《海商法》第103条、第104条（国际多式联运）或《民法典》第839条（国内多式联运）的规定对全程运输承担相应的赔偿责任。

³ 参见最高法院《关于南京石油运输有限公司与华泰财产保险股份有限公司石家庄分公司海上货物运输保险代位求偿一案有关适用法律问题的请示的复函》；相关案例有（2015）沪海法商初字第2175号、（2016）粤72民初1563号、（2017）鄂72民初5号、（2020）浙72民初182、183号民事判决书。

货港接收货物和卸货港交付货物的对象也不限于托运人和收货人本人，其代理人、受雇人等亦可代表货方交付或接收货物。

2. 货交目的港当局能否视为交付。司法实践中，因承运人在装货港接收货物对象而发生的争议较少，争议较大的主要集中于交付环节承运人将货物交付目的港当局的情况，即：货交目的港当局能否视为货物交付、承运人责任期间终止？对此，参照《最高人民法院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》第7条的规定精神看，承运人货交目的港当局掌管、可视为交付应至少满足两个条件：一是卸货港所在地存在必须将货物交付给当地海关或港口当局的法律规定；二是到港货物已交付给当地海关或港口当局。而对此，承运人一方负有举证责任。如果无法证明两项条件具备，则不能视为承运人已在目的港向收货人依约交付了货物。

3. 承运人收回提单或发出放货指令能否视为交付。货到目的港后收货人一方往往会持有提单等运输单证向承运人提货，承运人在收回单证后发出放货指令。那收回提单、发出放货指令能否等同于货物交付呢？对此，司法实践中存在支持和否定两种对立观点。⁹ 本文认为，虽然实践中承运人收回提单并发出放货指令，货物具备交付条件、收货人便具备提货条件，但承运人在后续实际交付过程中仍负有向正确的收货人交付货物以及相应期间内的管货义务等，故《海商法》第46条中规定的货物交付在性质上是一种行为，唯物理上实际交付才属于法律意义上的交付。也正因如此，货物到港后，唯承运人向收货人收回提单并发出放货指令，且收货人已从目的港提取货物，承运人方能视为已履行目的港交货义务¹⁰。¹¹

4. 不同运输方式条款下承运人责任期间分析。国际海上货物运输中，承托双方

⁴ 《海商法》第103条规定的含海运区段的国际多式联运经营人“从接收到交付”的责任期间同样系强制性规定。而立法层面之所以赋予国际海上货物运输责任期间以强制属性，一方面系因国际海上货物运输具有流动性、涉外性和风险性等特点，故而包括我国在内的各国海商法中都规定了承运人的特殊责任制度；另一方面，则是因《海牙规则》等国际公约也都规定了承运人的强制责任期间，在该期间内承运人不得以特约免除或减轻运输责任，故为更好适应《海牙规则》等和海上货物运输法的强制性规定，准确界定《海商法》规定的责任制度对承运人的强制适用期间，我国对国际海上货物运输引入强制性责任期间。对此，承运人必须遵守。

⁵ 1996年，原交通部发布的《国内水路集装箱货物运输规则》第11条第1款规定：“承运人对集装箱货物的责任期间，是指从装货港接收集装箱货物起至卸货港交付集装箱货物时止，货物处于承运人掌管之下的全部期间。”但该规则后被2001年实施的《国内水路货物运输规则》所废止。而后者中并未保留该条款且已于2016年废止。因此，目前，国内水路货物运输主要适用《民法典》第三编第十九章第三节货运合同（原《合同法》第十七章运输合同第三节货运合同）的规定，尤其是《民法典》第832条（原《合同法》第311条）等规定，其中均未提及责任期间一词。

⁶ 承运人接受货物时起至交付货物时止的期间应被认定为民法典下的国内水路货物运输承运人最低限度的责任期间原因如下：其一，从文义解释的角度看，该条明确规定，对该期间内的货物损坏，除存在不可抗力等免责事由外，承运人应承担损害赔偿赔偿责任。这与《海商法》第46条“在承运人的责任期间，货物发生灭失或者损坏，除本节另有规定外，承运人应当负赔偿责任”的立法原意十分接近。均表明，承运人须对该期间内的货损负责。其二，从司法实践看，该条文被大量适用于国内水路货损纠纷中，并被赋予承运人责任期间的属性加以适用。不少判例显示，在当事人无特别约定的情况下，不论是国内水路集装箱货物（参见（2016）津72民初1006号、（2018）粤72民初1041、1042号、（2019）鄂72民初3163号民事判决书），还是非集装箱货物，承运人仅需对发生在运输过程中的货损承担责任（参见（2017）鄂72民初277号、（2020）沪72民初484号民事判决书），承运人接收至交付货物、货物处在承运人掌管期间的货物风险由承运人负担（参见（2018）鄂72民初1667号民事判决书）；若货损未发生在运输过程，则承运人无须承担责任（参见（2019）粤72民初2378、2380号民事判决书）。以是，本文认为，国内水运承运人从接到交付的运输期间是其负有的最低限度的责任期间，且同国际海运承运人责任期间一样，具有强制属性。针对含海运区段的国内多式联运经营人的责任期间，《民法典》亦未作出规定，但从《民法典》第838条的规定看，全程运输本质上亦为多式联运经营人接收货物时起至交付货物时止的期间，亦即多式联运经营人最低限度的责任期间。

⁷ 2018年11月交通运输部发布的《海商法（修订征求意见稿）》第5.5条规定“承运人对货物的责任期间，是指从装货港接收货物时起至卸货港交付货物时止，货物处于承运人掌管之下的全部期间。”后来的2020年5月《海商法（修改送审稿）》虽稍有调整，但其第54条、第119条仍规定，“承运人的责任期间是承运人或者实际承运人为运输而接收货物时起至货物交付时止，货物处于承运人或者实际承运人掌管之下的全部期间。前款规定，不影响承运人就非集装箱装运的货物，在装船前和卸船后所承担的责任，达成任何协议。”

⁸ 参见姚新超：《论海运承运人的责任期间及其管货义务》，载《国际贸易问题》1997年第5期。

根据货物情况往往还会约定不同的运输方式条款。¹²而不同运输方式条款下,承运人从接到交的责任期间在地点和货物状态方面亦会有所差异。¹³其中,堆场到堆场(CY-CY)运输条款下承运人责任期间自装货港堆场接收货物时起至卸货港堆场交付货物时止。¹⁴通常而言,集装箱货物自进入装货港码头闸口,即处于承运人责任期间内。¹⁵如果货物在装箱完成后、交付承运人指定堆场前出现货损,不属于承运人的责任期间¹⁶。¹⁷实践中,该条款主要针对整箱货,通常系货主装箱、拆箱。¹⁸也正因如此,在适用该条款时,若当事人无明确约定,一般以“整柜占有移转”作为接收、交付的认定标准,¹⁹;装货港装箱和目的港拆箱期间不属于承运人责任期间。货运站到货运站(CFS-CFS)运输条款下承运人责任期间自装货港集装箱货运站接货时起至卸货港集装箱货运站交货时止²⁰。²¹实践中主要针对拼箱货²²。一般而言,在合同双方无特别约定的情况下,承运人在集装箱货运站内对货物进行装箱、拆箱的期间也属于承运人责任期间。即以“单件货物占有移转”作为接收、交付的认定标准²³。故而,相较于堆场到堆场条款,该条款下承运人责任区间通常有所延伸。²⁴

国际海上非集装箱货物:装上船—卸下船期间

1. 不同装卸方式下承运人责任期间分析。除散装液体货物外,对如何理解传统散装货物装船、卸船,实践中认定标准多样。²⁵总体上看,在使用载货船舶装卸设备进行装卸作业时,一般以吊钩或吊杆挂起货物确认装船和卸船。²⁶承运人责任期间始于货物装货港挂上吊杆或吊钩时至卸货港脱离吊钩或吊杆时止²⁷,但特别约定除外。²⁸在船舶无装卸设备而是货方委托港方使用岸上设备进行作业的情况下,关于装船、卸船有“货物越过船舷”和“装货港脱钩、卸货港挂钩”两种观点。²⁹对此,本文认为,在装货港货物越过船舷、未脱离吊钩时,以及卸货港货物挂上吊钩脱离船舶至越过船舷时,其均处于港方控制之中,在无特别约定情况下,不处于承运人责任范围,因此应以装货港脱钩、卸货港挂钩作为认定承运人责任期间起讫标准³⁰。³¹

2. 非集装箱货物“装前卸后条款”对承运人责任期间的影响。

《海商法》第46条第2款规定,对非集装箱装运的货物,承托双方可就承运人在装船前和卸船后所应承担的责任达成任何协议,即“装前卸后条款”。该条款下,承托双方既可约定承运人对装前卸后承担责任,也可约定不承担责任,或部分

⁹ 有观点认为,承运人收回正本提单,可使其作为承运人的责任终止,即收货人换单提货,承运人就完成了交付义务(参见(2019)浙72民初1275号民事判决书);但也有观点认为,收回提单、发出放货指令不能等同于货物交付(参见(2017)浙72民初2265号民事判决书)。

¹⁰ 参见(2017)浙72民初2266号民事判决书。

¹¹ 如果承运人虽收回提单并发出放货指令,但货物后来因在目的港被冒领灭失或因承运人协助提货并安排区段运输时发生货损等情况而无法向收货人交付,那么此时应认定承运人未向收货人交付货物、应负赔偿责任(参见(2017)浙72民初2265号民事判决书)。

¹² 在集装箱货物运输业务中,承运人或其代理人等通常可以在货主的工厂或仓库、集装箱堆场、或集装箱货运站等场所接收或交付货物。因而,集装箱货物的接收和交付方式包括:门到门(DOOR TO DOOR)、门到场(DOOR TO CY)、门到站(DOOR TO CFS)、场到场(CY TO CY)、场到门(CY TO DOOR)、场到站(CY TO CFS)、站到站(CFS TO CFS)、站到场(CFS TO CY)和站到门(CFS TO DOOR)九种运输方式。

承担责任等。但无论如何约定，只要该条款系当事人真实意思表示，且不违反法律、行政法规强制性规定，均应被认定有效。³²但承运人与非货方（比如租家）间关于装前卸后的约定只约束其合同相对方，对货方不具有约束力³³。

3. 非集装箱货物法定责任期间对承运人“交付义务”的影响。对非集装箱装运的货物，承运人法定责任期间虽结束于交付前，但这并不意味着免除了承运人在卸货港交付货物这一重要的合同义务。《民法典》第811条有关承运人交付义务的规定亦印证了交付货物系承运人在运输合同项下的一项法定义务，无关承托双方装前卸后条款。因此，承运人交付货物的义务不因承运人责任期间的终止而终止，承运人责任期间终止并不能免除承运人交付货物的基本义务。在司法实践中，法院一般亦不会采纳当事人有关“非集装箱货物交付义务不在《海商法》规定责任期间内不受《海商法》调整”的抗辩。

国内水路货物运输责任期间的司法实践分析

1. 当事人约定具体运输方式条款的情况。实践中，比较常见的是水路货物运单约定堆场到堆场（CY-CY）这一运输条款的情况。³⁴此时，承运人责任期间为装货港堆场接收货物时起至卸货港堆场交付货物时止。³⁵其中水路运输期间³⁶属于承运人责任期间；但货物在装货港进入堆场前、或在卸货港离开堆场至收货人仓库期间³⁷，或货物已由收货人签收并认定承运人已履行交付义务情况下卸货港堆场存放期间³⁸，则均不属于承运人的责任期间。

2. 当事人约定装卸条款的情况。运输合同当事人之间没有明确约定具体的运输方式，但约定了起运港和目的港及相应的装卸条款，此时承运人责任期间应综合该

¹³ 除单一形式的海上货物运输外，含海运区段的多式联运在实践中也是非常普遍。多式联运经营人的法定责任期间为接收货物时起至交付货物时止。其中有关接收与交付行为的界定除地点要素外，其他均可参照国际海上集装箱货物承运人的责任期间加以认定。而实践中此类运输方式下涉及的运输条款多为堆场到门、门到堆场、门到门等，有关承运人责任期间的认定仍需结合相关运输条款判断。但总体上看，多式联运全程中涉及的海运、陆运区段以及中转港期间均为多式联运经营人的责任期间（参见（2018）浙72民初1376号、（2019）粤72民初957号、（2019）鄂72民初1352号民事判决书），但承运人提供收货人已

自行提货并安排陆路等运输的有效证据或存在承运人可免责的事由除外（参见（2016）沪72民初2556号民事判决书）。以船货双方约定门到门运输条款为例，因该运输方式下是承运人由托运人工厂或仓库接收整箱货物并负责运输至收货人工厂或货仓整箱交付收货人的运输方式（整箱交整箱接），故货物装载是由托运人负责，不属于承运人责任（参见（2016）津72民初1006号民事判决书）。

¹⁴ 参见陆钰：《运输合同变更对承运人责任期间与保险合同关系的影响》，载《航海》2013年第4期。

¹⁵ 承运人提供集装箱的情况下，托运人按照承运人发送的订舱确认单的要求，在指定的地点提取了集装箱，将其装载货物的集装箱归还指定地点，等同于承运人在装货港接收了货物（参见（2018）粤72民初560号民事判决书）。

¹⁶ 参见（2017）沪72民初302号民事判决书。

¹⁷ 该术语下，若货物在装货港堆场、中转港堆场、运输过程、目的港卸货过程或货交给目的港码头至被提取期间出现货损，均属于发生在承运人责任期间内（参见（2017）沪72民初3445号、（2019）粤72民初1777号、（2019）粤72民初2230号、（2019）粤72民初2262、2264号、（2020）沪72民初388号民事判决书）。

¹⁸ 整箱货（Full Container Load, FCL），即货主货物满箱以箱为单位托运，通常货物由托运人装好箱并加锁、铅封交至码头堆场，承运人在目的港码头堆场将整柜交付给收货人，故装箱、拆箱都是由托运人、收货人完成。同时，由于货物系货主装箱，故承运人签发提单时也往往注明“Shipper's Load Count and Seal”。当然，当事人亦可协议约定由承运人来完成装箱与拆箱工作。在此情况下，承运人对在装箱、拆箱过程中产生的货损也要负责，但相应的运费也较高。故该运输方式下由承运人负责装箱、拆箱的情况较为少见。

¹⁹ 参见陆钰：《运输合同变更对承运人责任期间与保险合同关系的影响》，载《航海》2013年第4期。

²⁰ 该术语下，自货物接收至交付期间的运输、卸货等过程均属于承运人责任期间（参见（2017）粤72民初552号、（2018）沪72民初4481号、（2019）闽72民初404号、（2019）沪72民初408号民事判决书）。但该技术下，货物一旦离开码头货运仓库，比如码头货运仓库至收货人仓库之间的运输，就不属于承运人的责任期间（参见（2017）沪72民初944号民事判决书）。

²¹ 需要注意的是，国际海上货物运输中，无论采用何种运输方式条款，承运人责任期间均应满足接收和交

装卸条款加以认定。实践中因卸货期间发生货损而引发的纠纷较为常见，质言之：
 ①如果合同约定“托运人负责起运港和目的港装卸工作”，则货物装船、卸货期间原则上不属于承运人的责任期间。³⁹②但如果合同同时明确约定了承运人协助装卸作业的义务，而承运人没有完全履行该义务⁴⁰，则承运人仍应对货损承担一定责任，货物装卸期间在一定意义上也属于承运人的责任期间。⁴¹③但若没有明确约定承运人协助装卸作业义务的具体内容，仅约定“托运人承担装卸费……承运人经其允许卸货”，则货损发生在托运人安排卸货期间受损，承运人仍不负赔偿责任⁴²。④如果合同约定“原装原卸”的装卸方式，⁴³承运人对其接受其卸货指令配合卸载期间非因承运人原因发生的货损，亦不负赔偿责任。⁴⁴

3. 当事人约定适用《国内水路集装箱货物运输规则》《国内水路货物运输规则》的情况。这在实践中十分普遍⁴⁵，虽然这些规定均已废止，但在当事人明确约定适用的情况下，法院通常认定前述规则作为合同条款的一部分、并入合同中适用。其中《国内水路集装箱货物运输规则》第11条明确规定了承运人对集装箱货物的责任期间为装货港接收货物起至卸货港交付货物时止。⁴⁶《国内水路货物运输规则》虽未同其一样就责任期间进行明确规定，但从已有判例看，在当事人无特别约定的情况下，如果合同明确载明适用该规则，那么承运人责任期间也系装货港接收货物时起至卸货港交付货物时止。⁴⁷

4. 当事人仅约定起运港与目的港的情况。此时承运人责任期间主要根据起运港、目的港进行判断。通常而言，起运港装载期间⁴⁸、运输期间⁴⁹、中转港期间⁵⁰、临时停靠作业期间⁵¹、卸货期间等承运人掌控货物的期间均属于承运人责任期间。此外，有时当事人为使合同约定更加清晰，还会以连接词形式完善合同条款。比如，运输

付货物的地点处于装货港和卸货港范围。而包含海运区段的国际多式联运虽同样以接收和交付作为责任期间起讫，但不要求地点位于装货港和卸货港。

³⁹ 拼箱货 (Less Than Container Load, LCL)，即承运人接受货主托运的数量不足整箱的小票货后，根据货类性质和目的地进行分类整理，把至同一目的地的货集中到一定数量拼装入箱的情况。通常拼箱货的分类、整理、集中、装箱（拆箱）、交货等工作在承运人码头集装箱货运站内进行。

⁴⁰ 参见陆钰：《运输合同变更对承运人责任期间与保险合同关系的影响》，载《航海》2013年第4期。

⁴¹ 实践中，因堆场到堆场术语通常对应 FCL/FCL 方式，场站到场站术语通常对应 LCL-LCL 方式，故此类纠纷中有时当事人会将两者混淆并藉以抗辩。本文认为，FCL-FCL、LCL-LCL 方式本质上属于货物交接方式，但其更多强调的是承运人是否拆箱、集装箱是否整箱交接，与 CY-CY、CFS-CFS 运输方式所代表的含义并不完全相同。虽然学界有时将此类运输方式称为交接方式，但其实并不准确。以 CY-CY 条款为例，虽然其通常对应 FCL-FCL 方式，但当事人对此完全可通过约定的方式予以改变，唯收货人目的港提货后则不属于承运人责任期间不变，故而两者之间不能完全等同（参见（2017）浙72民初2265、2266号民事判决书）。

⁴² 比如，在使用船上设备进行装卸的情况下，货物装上船至少可以有四种理解：①货物被吊离开地面；②货物被吊过船舷；③货物被吊至甲板上或与舱口垂直的舱底；④货物被放在在预定积载位置上。而其中对应的承运人责任期间开始时间并不相同。按先后顺序，第一种的开始时间最早，第二种次之，第三种再次之，第四种最晚。至于卸货，也不同程度地存在着一些不同的理解。

⁴³ 参见廖六莹：《物流运输管理实务》，四川人民出版社2008年版，第178-179页。

⁴⁴ 参见李敬伟、张慧芳：《海运集装箱运输承运人责任期间研究》，载《上海保险》2011年第3期。

⁴⁵ 在使用载货船舶自带装卸设备进行装卸作业时，除非有特别约定，承运人只对货物被吊离地时起至货物被吊离落地时止这一段时间内的货损负责。

⁴⁶ 多数学者认为以货物越过船舷为标志，确认“装船”和“卸船”，即“舷至舷 (Rail to Rail)”原则，承运人责任期间开始于货物在装货港吊起越过船舷（接触船体）时起至货物在卸货港越过船舷时止（参见廖六莹：《物流运输管理实务》，四川人民出版社2008年版，第178-179页；蒋正雄：《国际货物运输法》，人民交通出版社1991年版，第32-34页；姚新超：《国际贸易惯例与规则实务》，对外经济贸易大学出版社2012年版，第161-163页）。但也有观点认为，此种情况也应适用“物到物”规则，只不过是货物在装货港船上脱离吊钩时起至货物在卸货港被挂上港机吊钩脱离船舶时为止（参见最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组编著：《中国民法典适用大全·涉外商事海事卷（二）》，人民法院出版社2022年版，第624-625页）。

合同中约定“起止地…舱底至…”表明装船期间非承运人责任期间，责任在托运人；⁵² 合同约定“运至某码头”⁵³，运输和卸货过程属承运人责任期间。⁵⁴ 合同约定“由某码头运至某码头”或“从某港运至某港”，承运人收货后至交货前均属承运人责任期间⁵⁵。⁵⁶

（三）海上货物运输中承运人责任期间内容

1. 对象要素：责任期间是原因期间还是结果期间？

根据《海商法》第46条第1款“……在承运人的责任期间，货物发生灭失或者损坏，除本节另有规定外，承运人应当负赔偿责任”的规定，《海商法》中的“责任期间”在内容上针对的是货物发生灭失或者损坏的期间，强调期间内货损的结果性，而非造成货损的制因性，故属于结果期间。⁵⁷ 但《海商法》第46条的规定不意味着货损事实非在承运人责任期间内发生、而造成货损事件的原因则是在该期间内产生的情况下承运人可免责。实践中很多导致货损事件的原因与损失的结果未必是同时发生。⁵⁸ 对此，司法实践中，一般认为即便货物灭失或损坏结果发生在承运人责任期间外，但只要货方能举证证明货损系因该期间内可归责于承运人的原因造成，那么，除非具有法律规定的免责情形，否则承运人仍应承担赔偿责任⁵⁹。

2. 状态要素：什么是货物处于承运人掌管？

国际海上货物运输中，无论是集装箱货物、还是非集装箱货物，⁶⁰ 承运人的责任期间均要求“货物处于承运人掌管之下”，即满足货物的状态要素。而对于如何理解货物处于承运人掌管？学界、实务界观点基本统一，即承运人掌管货物是指对货物的占有和控制。承运人通过其雇用或委托的装卸公司、仓库或码头管理机构，或其代理人等对货物的掌管以及船长、船员等在运输途中对货物的掌管，均可视为承运人掌管货物⁶¹。如果货损发生时货物控制权并非在承运人处，⁶² 且货损原因也非发生在承运人责任期间内，那么应认定货损非发生在承运人责任期间，⁶³ 承运人无需承担赔偿责任。⁶⁴

3. 义务要素：承运人违反的是什么义务？

承运人的责任期间是承运人违反义务需要负法律责任的期间。⁶⁵ 那么，该期间

⁵⁰ 该标准下海运过程均属承运人责任期间（参见（2017）津72民初519号民事判决书）；货物从码头至港口堆场及港口堆存或收货人仓库期间不属于承运人责任期间（参见（2017）辽72民初110号民事判决书）。

⁵¹ 实践中，有观点认为，无论使用船吊、岸吊，只要卸货港卸货过程中未越过船舷，那么此时发生的货损就应认定为发生在承运人责任期间内，其实并不准确。

⁵² 如果承运双方约定承运人对装前卸后或装前卸或卸后承担责任，此时可视为承运人责任期间延伸。反之若约定承运人不承担任何责任，则货方需依法向装前卸后过程中掌管货物的装卸公司、仓库经营人等提出货损索赔。

⁵³ 参见（2017）辽72民初110号民事判决书。

内承运人违反的义务应当包含哪些内容呢？众所周知，承运人在海上货物运输合同中的义务，既有法定义务、又有约定义务。其中，前者又包括使船舶适航的义务、管货义务、运输义务等。而管货义务与运输义务又往往被视为海上货物运输合同项下承运人的主给付义务。实践中，有观点认为责任期间是合同义务期间⁶⁶；有观点则认为是主给付义务期间⁶⁷，亦有观点认为是管货义务期间⁶⁸。

对此，首先从不同合同义务对应起讫点分析，合同义务期间、主给付义务期间以及管货义务期间对应的时间范围与责任期间并不一致。⁶⁹其次从义务对合同目的实现的重要性及其常为货损诱因的客观实际看，责任期间中对应的义务应当包含并贯穿法律规定的最低限度的管货义务和运输义务等主给付义务和其他法律义务，以及当事人约定的涉该期间的合同义务。虽然《海商法》仅对在承运人责任期间内发生货物灭失、损坏的情况进行了规定，但不能片面理解为承运人在责任期间内仅对管货义务的过失承担赔偿责任。承运人在责任期间内所承担的义务不仅仅是管货义务。承运人履行海上货物运输合同义务的期间应按照合同约定确定，在该期间内，承运人对任何一项合同义务都必须严格履行，不得以《海商法》规定的责任期间为由免除其责任。⁷⁰因此承运人责任期间对应的义务应当是该期间内承运人所负有的全部义务，其中既包含法定义务、又包含约定义务⁷¹。

二、责任期间中货损定域问题之一般认定：比较法

承运人责任期间能否适用与海上货物运输纠纷中货损区段密切相关。⁷²实践中，除当事人对此无异议⁷³或货损区段清晰⁷⁴的情况外，⁷⁵大量案件中存在当事人对货损区段有争议或货损区段不明的情况。此时基本的裁判思路是根据法律推定原则，通过比较装货港时的货物状态和卸货港时的货物状态判断货损发生区段⁷⁶，即比较法。⁷⁷

（一）前提性问题：原告诉称货损区段的确认

海上货物运输货损类纠纷，尤其是国际海运中，经常会出现原告货物在出运至目的港后因政策、货物性质或货损等原因又退运至原起运港、而原告在货物退运后又起诉货损的情况。且通常出运阶段的承运人与退运阶段的承运人为同一承运人。此时，明确原告诉称货损发生区段，应当是法院在审理该类纠纷中必须解决的前提

⁶⁴ 参见(2016)沪72民初16号、(2016)沪72民初2208号、(2017)沪72民初3421号、(2018)粤72民初1041、1042号、(2018)粤72民初1286号、(2019)粤72民初2378、2380号、(2019)沪72民初3123号、(2019)沪72民初2208号民事判决书。

⁶⁵ 参见(2018)粤72民初1041、1042号民事判决书。

⁶⁶ 参见(2016)沪72民初16号、(2016)沪72民初2208号、(2017)沪72民初3421号、(2018)粤72民初1286号、(2019)沪72民初3163号民事判决书。

⁶⁷ 参见(2019)沪72民初3123号民事判决书。

⁶⁸ 参见(2019)粤72民初2378、2380号民事判决书。

⁶⁹ 参见(2017)鄂72民初1454号民事判决书。

⁷⁰ 比如，承运双方在合同中约定，承运人装卸期间有义务主动做好防损、防水、防雨准备工作，但承运人未及时了解天气状况、协助码头保证货物装卸期间的安全，最终产生货损。

性问题。因出运托运人原则上对出运过程不享有索赔权，仅为退运阶段收货人有索赔权，故其作为原告起诉承运人承担责任的一般应认定为系针对退运阶段发生的货损事实。⁷⁸但在作为出运收货人和退运托运人的案外人向出运托运人和退运收货人的货方即原告出具货物权益转让书或代位函的情况下，应认定原告对出运和退运阶段均享有索赔权，法院应根据原告主张确定待审查的货损区间。⁷⁹

（二）起点：装货港时的货物原始状态认定

1. 装货港承运人签发的提单证明效力

清洁提单的证明效力认定。清洁提单，即承运人在提单上没有任何货物外表状况不良批注的提单⁸⁰，是司法实践中原告证明装货港货物状况良好的主要证据。根据《海商法》第76条、第77条的规定，如果在装货港货物装船出运时承运人签发了清洁提单，应视为货物表面状况良好；⁸¹承运人负有向收货人按照提单记载的货物状况交付载运货物的义务。⁸²但因货物状况是否良好具有一定的专业标准，不应要求船长、船员同时是所装运的各类货物的专家。故所谓表面状况良好仅意味着在目力所及的范围、货物是在外观良好的情况下装船的，不排除货物存在内在瑕疵及其他目力不及的缺陷。⁸³也正因如此，一些案件中货方还会同时提交《货物品质证书》⁸⁴《检验检疫证书》⁸⁵予以补强，证明货物装船时处于良好状态。⁸⁶

不清洁提单的证明效力认定。不清洁提单，即提单上有货物表面状况不良批注的提单。⁸⁷针对此类提单的效率审查，主要有两个层次。一是承运人行使提单批注权的合法合理性考查。具体包括：主观上承运人是否尽到谨慎注意义务；客观上核对方式的现实可行性及经济性。⁸⁸如前所述，因客观条件等所限，承运人有能力或确定能够批注的范围并非能够无限扩大，因此，实践中不清洁提单批注多表现为形容货物外观状态的批注。⁸⁹二是卸货港发生货损是否系因批注范围内的项目和内容，及承运人义务履行情况的审查。若目的港交付货物时货损因可归因于批注记载的情况而产生，且承运人已妥善履行义务，则承运人不负赔偿责任⁹⁰。

记载有不知条款的提单证明效力认定。⁹¹不知条款通常存在于托运人将集装箱货物交给承运人运输时已经封箱，承运人对货物品名、标准、包数或件数、重量或

⁴¹ 参见(2017)鄂72民初1454号民事判决书。

⁴² 参见(2019)鄂72民初1504号民事判决书。

⁴³ 承运人经货方允许或按货方指令卸货时，货物因货方指令卸货发生货损不属于承运人责任期间。

⁴⁴ “原装原卸”的装卸方式下货抵目的港后选择符合卸载条件和时间、安排卸货事宜由托运人负责。此时，托运人决定卸货表明其已在卸载前对船舶受载货物进行了初步检验，状态正常，因托运人安排承运船舶卸载表明对卸载时间、气象及设备有了充分的了解和准备，承运人接受其卸货指令配合卸载并无过错（参见(2018)鄂72民初634号民事判决书）。

⁴⁵ 比如，当事人在合同约定“承运人与托运人之间的权利、义务关系和责任界限按《国内水路集装箱货物运输规则》《国内水路货物运输规则》的有关规定办理”的情况。

⁴⁶ 在合同明确记载并入《国内水路集装箱货物运输规则》的情况下，承运人在装货港接受货物后至装船前（集港期间）、运输期间以及卸货港卸货至交付收货人前均属于承运人责任期间（参见(2021)辽72民初503号民事判决书）。

⁴⁷ 参见(2018)闽72民初855号、(2018)鄂72民初1168号、(2019)闽72民初286号民事判决书。

体积无法核对的情况。⁹² 在货损纠纷 纠纷发生时承运人亦常以此为由进行抗辩。对此类条款的效力审查同 不清洁提单一样。一是对承运人提单批注权的审查。只不过相对特殊 的是，记载不知条款的提单通常针对集装箱货物，虽打开集装箱并将 箱内货物卸出核对在物理上可能，但从商业角度来说是不合理的⁹³，因此这不能作为打破承运人不知条款效力的理由。⁹⁴ 二是对货损是否 系因批注范围内的项目和内容及承运人义务履行情况的审查。如果货 损货差系因批注范围内的项目和内容，且目的港集装箱外表状况良好，一般认定承运人适当履行货物运输义务，在批注的项目和范围内承运人可免责，但有证据证明承运人存在过失的除外⁹⁵。

2. 其他运输单证和涉货物品质的运输合同条款的证明效力

其他运输单证的证明效力分析。⁹⁶ 海运单、水路货物运单等其他类型的运输单证亦可证明装货港时的货物情况⁹⁷，承运人亦享有相应的批注权。以水路货物运单为例，承运人有权在运单批注货物受损情况，也有权要求装货人对货损情况予以确认以作为承运人免责的证据；如果运单⁹⁸ 未加注有货损情形等异常记载、或不良批注、或声明，则说明货物在起运港装船时完好、不存在货损。⁹⁹

涉货物品质的运输合同条款的证明效力分析。提单等运输单证虽然作为运输合同的证明在实践中被大量适用，但在国内水路货物运输中还存在大量承托双方订立书面运输合同的情况。其中一些还涉及关于货物品质等方面的约定。对此，在这些约定系当事人真实意思表示、且不违反法律、行政法规强制性规定的情况下，可以作为判断货物发货时的质量标准 and 承运人交付货物的质量依据。但买卖合同中买卖双方关于发货规格的约定，除非已作为货物品质证明交付承运人，否则对非合同相对人的承运人并没有约束力。¹⁰⁰

装货港货物交接清单、装卸作业签证、货物证书等证明效力

除提单等运输单证外，装货港货物交接清单、装卸作业签证等亦可作为货物在装上船时是否完好的初步证明。¹⁰¹ 如果承运人签发的装船前货物交接清单¹⁰² 或装货港的装卸作业签证¹⁰³ 等未批注有货损等异常记载或不良批注或声明，即说明货

⁴⁸ 参见 (2016) 鄂 72 民初 701 号民事判决书。

⁴⁹ 参见 (2016) 鄂 72 民初 1812 号、(2017) 粤 72 民初 359 号、(2017) 闽 72 民初 9 号、(2018) 鄂 72 民初 1117 号民事判决书。

⁵⁰ 参见 (2019) 津 72 民初 656、657、658 号民事判决书。

⁵¹ 参见 (2021) 辽 72 民初 47 号民事判决书。

⁵² 参见 (2018) 鄂 72 民初 634 号民事判决书。

⁵³ 参见 (2019) 鄂 72 民初 804 号民事判决书。

⁵⁴ 参见 (2019) 鄂 72 民初 804 号民事判决书。

⁵⁵ 参见 (2018) 鄂 72 民初 755 号民事判决书。

⁵⁶ 但若合同约定“由某码头运至某码头”或“从某港运至某港”的同时，当事人另行约定装后卸前为承运人责任期间，则对装船、卸货期间发生的货损、承运人也不负赔偿责任（参见 (2019) 鄂 72 民初 1307 号民事判决书）。

⁵⁷ 针对《海商法》第 46 条规定，一方面，从国际公约的规定看，无论是首次提出责任期间概念的《汉堡规则》，还是其后的《鹿特丹规则》，均未将货损原因期间排除在承运人责任期间之外。《汉堡规则》规定的责任期间专指“原因期间”；而《鹿特丹规则》中的责任期间则是既包含原因期间、又包含结果期间。

物在起运港装船时完好¹⁰⁴，承运人在接收货物时不存在货损。¹⁰⁵此外，装货港检验检疫证书、品质证书等，也可以作为货物符合相关标准、¹⁰⁶装船时品质良好的证明¹⁰⁷。装货港货物检验报告亦然，但其审查标准相对于装货港货物证书更为严格，涉及检验报告的形式、检验的主体、检验的时间、检验程序等诸多因素、需要综合判断分析，故本文将在第四部分详述。

（三）终点：卸货港时的货物状态认定¹⁰⁸

1. 是否在合理期限内通知承运人发生货损的事实

（1）《海商法》第81条中“7日”与“15日”的通知时限。《海商法》第81条规定，除非货物受损是隐性的、非显而易见的，否则在承运人向收货人交付货物时，收货人应当场确认货物状况并立即将货物灭失或者损坏的情况书面通知承运人。¹⁰⁹反之，若货损情况非显而易见，则需以货物是否为集装箱货物为标准区分认定：对非集装箱货物，收货人应在货物交付次日起7日内通知承运人；对集装箱货物，收货人则应在交付次日起15日内通知承运人。¹¹⁰如果货方未在前述期间内将货损“后果事实”¹¹¹书面通知承运人，视为承运人已按运输单证记载交付货物及货物状况良好的初步证据¹¹²。在货方其他证据也不足以证明货损发生在承运人责任期间内的情况下，货方应承担举证不能的法律后果¹¹³。¹¹⁴但非所有情况都按《海商法》的7日和15日确定通知时限，特定条件下可缩短为交货当时¹¹⁵。

（2）《海商法》第82条中“60日”的通知时限。¹¹⁶实践中，货损有时还以承运人迟延交付损失的形式表现。¹¹⁷而对货物迟延交付，《海商法》第82条¹¹⁸规定了迟延交付经济损失60日的通知时限。由是实践中产生了这样一种观点：承运人自向收货人交付货物的次日起连续60日内，若未收到收货人就货物因迟延交付造成经济损失而提交的书面通知，可作为免除承运人货损赔偿责任的依据。¹¹⁹对此，本文认为，《海商法》第82条规定的经济损失通常认为系指市场损失、生产损失

我国《海商法》责任期间仅规定“结果期间”显然与国际层面立法并不接轨，并一定程度上混淆了“货物灭失或损坏”与“造成、促成货物灭失或损坏的事件”两者间的关系。另一方面，从平等保护船货双方合法权益的角度看，我国《海商法》有关“结果期间”的规定并不符合责任期间的应有之义。因承运人过失造成或促成货物灭失、损坏的事件或情形发生在责任期间内，不论这些损失的结果形态是否能够在责任期间内即时发现还是事后发现，承运人都应对其过失造成的货损承担赔偿责任，否则便存在侵害货方合法权益之嫌。为更加符合现实需要，《海商法》中承运人的责任期间应当既包括造成货物灭失、损坏的情形发生期间，也应包括货物灭失、损坏的结果发生期间。换言之，只要在该期间内，发生了①造成、促成货物灭失、损坏的事件，或②货损结果形态，除非承运人能够举证证明其无过失或者具有法律规定的免责事由，否则承运人就应当对货损发生承担赔偿责任。从2018年11月的《海商法（修订征求意见稿）》和2020年5月的《海商法（修改送审稿）》中均将现行《海商法》第46条第1款后半部分予以删除的情况看，也表明未来对承运人责任期间结果性的突破，为原因期间适用创造了可能。

¹⁰⁸ 参见郭萍、高磊：《海运承运人责任期间之研究——兼谈对〈中华人民共和国海商法〉相关规定的修改》，载《中国海商法年刊》2011年第3期。

¹⁰⁹ 参见（2014）沪海法商初字第1159号民事判决书。

¹¹⁰ 结合《海商法》第46条规定，证明货损发生于承运人责任期间，举证责任在货方；只要货方能证明货损发生在承运人责任期间内，那么，其便无需再举证证明货物受损原因（参见（2015）武海法商字第939号、（2018）沪72民初574号、（2017）津72民初519号、（2017）辽72民初107号、（2019）闽72民初253号、（2021）辽72民初503号民事判决书）。但需注意的是，如果货损检验发生在承运人责任期间外，那么此时，货方还需举证证明其在收货后至货损检验期间没有发生损失扩大的情形。如果货方无法举证证明货损发生区段、抑或案涉货损原因系在承运人责任期间内、而货损事实发生在承运人责任期间外，此时，如前所述，应结合货损原因来判断承运人是否需要承担赔偿责任。而对此，根据“谁主张，谁举证”的原则，货方应举证证明货损系由于承运人应负责的原因造成；若无法证明，则应承担举证不能的法律后果，承运人可免除赔偿责任。司法实践中，部分判决未区分货方是否已完成货损发生在承运人责任期间内的举证责任，而是直接认定货方应举证证明货损是因可归则于承运人的原因、亦即承运人不可免责的原因造成，这其实都是不准确的。仅在案涉货损区段不明或货损事实发生在承运人责任期间外的情况下，货方才对货损原因负有举证责任。

等损失,海上货物运输中的货物灭失、损坏并不包含在该条款所规定的经济损失之列,其不应适用《海商法》第82条的规定,而应适用《海商法》第81条的规定。¹²⁰未在交付货物次日起60日内提交损失通知,并不意味着承运人货损责任的免除,而仅代表着承运人迟延交付所产生的经济损失赔偿责任的免除。

(3)《海商法》第50条中“60日”的交付时限。《海商法》第50条第1款、第4款规定,国际海上货物运输中承运人未能按明确约定交付货物超过60日,即可直接推定货物灭失。¹²¹该条款适用的前提是承托双方明确约定交付时间。¹²²但实践中很多当事人未就货物交付时间作出约定。此时,考虑到航运市场通常将班轮运输时间视为惯例,故货方根据承运人网站公示的船期对货物交付时间作出测算应被认定为属于合理预期,在无证据表明承运人存有不合理绕航等不可免责之过失而导致货物迟延交付的情况下,货方根据《海商法》第50条的规定主张货物灭失,应当予以支持。¹²³

2. 目的港当局禁令、销毁货物通知和收货人拒收的效力

(1) 目的港当局禁令和销毁货物通知的效力分析。海上货损类纠纷尤其是国际海上货物运输中常涉及出运与退运两个环节。其中,出运阶段货物到达目的港被退运的原因常是因为目的港发出的禁令,当然有时还可能直接因货物性质等原因被通知限期销毁。但不论禁令还是销毁通知,在纠纷发生时都常被货方作为证明发生货损的证据提交。此类证据能否证明货损发生,本文认为需结合证据内容具体分析,不能一概而论。通常禁令表明货物不符合其国家进口标准,不能直接得出货物损坏或贬值的结论¹²⁴,而销毁通知证明力相对较高。¹²⁵

目的港收货人拒收的效力分析。与目的港禁令相似,目的港收货人拒收也是货物被退运的一个重要事由、且也常被货方作为证明发生货损的证据举证。对此,本

¹²⁰ 参见姚新超:《论海运承运人的责任期间及其管货义务》,载《国际贸易问题》1997年第5期。

¹²¹ 承运人受雇人、代理人受雇或者受委托的期间均属于承运人责任期间的一部分,承运人责任期间包括承运人及其受雇人和代理人掌管货物的全部期间。实践中,就国际海上集装箱货物,承运人从接到交,货物基本全部处于承运人掌管之下;而在接收和交付阶段,只要处于承运人占有控制,无论货物是否在船上,均可视为承运人掌管之下。国际海上运输的非集装箱货物则相对复杂,需结合船货双方有关装前卸后协议等综合判断。

¹²² 参见(2016)沪72民初78号民事判决书。

¹²³ 对于涉海运区段的国际货物多式联运,虽然我国《海商法》对货物是否应当处于多式联运经营人掌管之下未作专门规定,但参考1980年《联合国国际货物多式联运公约》第14条“本公约所规定的多式联运经营人对于货物的责任期间,自其接管货物之时起至交付货物时为止……在上述期间,货物视为在多式联运经营人掌管之下”的规定,并结合航运习惯及司法实践,通常认为多式联运经营人的责任期间也要求货物必须处于多式联运经营人掌管、控制之下,只不过此时多式联运经营人不是通过其代理人、受雇人等对货物进行控制,而是通过与其订立区段运输合同的承运人实现对货物掌控。

¹²⁴ 主流观点认为,责任期间不是承运人承担责任的时间界限,因此并非期限届满承运人就不承担民事责任。在一些著述中,有学者通过关于责任与期间的推理,得出作为一般法律概念的承运人“责任期间”应当是指承运人违反合同义务而应承担民事责任的时间期限,此期间届满承运人就不应承担民事责任的观点。本文认为,该观点表述并不准确。首先,合同义务可以附有期限,即当事人仅在约定的或规定的时间范围内负有合同义务;但责任的承担不应该有时间限制,只要按照法律规定应当承担责任都应当随时承担赔偿责任;否则完全可以用法定的诉讼时效去解决。其次,按通常理解,承运人的“责任期间”被包含在承运人的合同义务履行期间内,而合同义务履行完毕后若一方存在违约行为、对方享有依据《民法典》《海商法》等主张违约方承担责任的权利。因此,责任期间时间届满即排除承运人货损赔偿责任显然并不可取。最后,在承运人责任期间时间跨度内,货方尚未收到货物,此时显然也并不存在即时向承运人索赔货损损失的客观条件。从立法背景上看,我国设立承运人责任期间的初衷是明确哪些时间段内发生的货物损坏承运人日后应当承担赔偿责任,而非承运人仅在该时间段里承担赔偿责任。因此,责任期间是承运人违反义务应负责责任的期间,并非承运人承担责任的时间界限。

¹²⁵ 参见朱增杰、吴焱宁、张永坚等:《国际海上运输三公约释义》,中国商务出版社2007年版,第35页;姚新超:《论海运承运人的责任期间及其管货义务》,载《国际贸易问题》1997年第5期;高磊:《国际海上货物运输承运人责任期间问题研究》,大连海事大学2010年硕士学位论文论文。

文认为收货人拒收并非一定意味着货损事实的发生，实践中买卖合同双方间的各种原因均有可能导致收货人拒收行为的发生。因此，单纯举证证明收货人拒收无法证明货损发生的事实。考虑到我国司法实践中目的港拒收多发生于国外港口，后期取样、举证难，故一旦发生货损，货方应及时固定证据和现场，尤其是在收货人未经检验即拒收的情况下，托运人在目的港对货物进行必要的检验而后考虑货物退运事宜是较为适当的。¹²⁶

(3) 目的港货物交接清单、货物签收单的效力

目的港货物交接清单、货物签收单¹²⁷等是货物交付的凭据¹²⁸，可以作为目的港是否发生货损的初步证明。尤其是对于国内水路货物运输中一些显而易见的货物损害（比如大面积水湿、锈蚀）而言，适用十分普遍。举例来讲，如果经船货双方等共同盖章确认的货物交接清单未批注货物水湿、锈蚀等任何货损问题，那么，可以推定货物在目的港交货时未发现货损情况。¹²⁹反之，如果船货双方在货物交接清单上批注有货物受损的情况¹³⁰，即可以证明目的港货物发生损坏的事实。

(4) 目的港理货凭证、货运记录或扣减运费事实的效力

目的港理货凭证和货运记录的效力分析。理货凭证是船舶载运货物在港口交接当时的数量和状态的原始记录¹³¹，因此也可作为证明目的港货物状态的初步证明。¹³²而目的港货运记录亦然，凡是货物在运输过程中发生货损的，货方均有权并要求承运人填制货运记录，因此，货运记录不仅是认定目的港货损事实¹³³、分析货损事故发生原因和确定责任方的根据，也是货方向承运人要求赔偿货损的重要依据之一。在具体案件中，法院在审查后往往也会予以采纳。

扣减运费事实的效力分析。根据《海商法》第69条规定，支付运费是货方在海上货物运输合同项下的一项重要义务。我国并未明确规定运费不得扣减原则。因此，实践中常会产生货方因各类原因扣减运费的情况。其中，货损纠纷中也常伴随着运费扣减的情况，故司法实践中有一种观点认为，货方要求赔偿货损并扣除运费的情况可进一步印证货损发生的事实。¹³⁴对此，本文予以认可，但应注意的是，

⁶⁷ 有判决认为，国际海上集装箱货物运输中，承运人应在其责任期间内合理、谨慎地履行运输和保管货物的义务，确保货物按照提单记载完好地交付（参见（2016）沪72民初3185号、（2017）沪72民初944号民事判决书）。承运人未能合理、谨慎地履行运输和保管货物的义务，应在货物灭失的责任范围内承担赔偿责任（参见（2019）闽72民初972号民事判决书）。

⁶⁸ 有判决认为，《海商法》第46条规定，承运人对于集装箱装运的货物的责任期间，是指从装货港接收货物时起至卸货港交付货物时止，货物处于承运人掌管之下的全部期间；承运人仅在此责任期间内，对因管货不当所造成的货物灭失或者损坏负赔偿责任（参见（2018）鲁72民初1152、1153、1155号民事判决书）。

⁶⁹ （1）承运人的合同义务期间。是从海上货物运输合同成立时起至承运人全部合同义务履行完毕（货交收货人）时止。其不同于合同期间（或合同存续期间），后者是运输合同的有效期间、从合同签订之日起到合同终止时止。而在我国海上货物运输合同采用诺成合同立法例的情况下，托运人通常在合同生效之后一段时间后才将货物交付承运人运输，因此，承运人合同义务期间的范围一般要长于海上货物运输中承运人的责任期间。（2）承运人的管货义务期间。从《海商法》第48条“承运人应当妥善地、谨慎地装载、搬移、积载、运输、保管、照料和卸载所运货物”的规定看，是从装载货物时起至卸载货物时止。这与《海商法》规定的承运人对非集装箱货物的责任期间一致，但却不能完全覆盖《海商法》中承运人对集装箱货物的责任期间。（3）承运人的主给付义务期间。即承运人运输义务和管货义务期间。其中，管货义务期间，如前所述，是货物装载至卸载期间。而运输义务期间即运输期间，是承运人接收货物时起至交付货物时止的期间，不同于运输期限（为了限定权利义务实际履行的期限），是对运输阶段的客观描述。因此，承运人主给付义务期间整体上覆盖了承运人接收货物时起至交付货物时止的时间范围，与我国《海商法》规定的承运人对集装箱货物的责任期间范围一致。

⁷⁰ 参见高磊：《国际海上货物运输承运人责任期间问题研究》，大连海事大学2010年硕士学位论文。

该类扣减运费事实本身并不能作为证据直接使用，亦即不能直接推定货损发生的事实，而是主要作为案件中认定相关事实的辅助参考。

(5) 目的港检验报告

目的港检验报告能否作为认定目的港货损的依据，也涉及检验报告的效力认定问题。并且，在个案中也常会存在与货物交接清单等证据材料同时出现的情况。虽然有时这些材料均由一方提供、彼此互为补充藉以增强承运人责任期间内发生货损的事实和原因。¹³⁵但有时则是，船货双方一方提供检验报告、一方提供交接清单，且双方因分别出于维护自身利益的考虑，导致两份证据间出现记载相矛盾的情况。此时有关证据的选择与认定，本文在第四部分具体分析。

三、责任期间中货损定域问题之特殊认定：排除法

通过比较装货港和卸货港时的货物状况，虽一般可确定货损区间，但囿于部分案件货方无法提供货物装箱前完好¹³⁶的证据，导致案件出现货损定域难的情况。¹³⁷此时，对可能的货损区段的排除便成为货损定域的关键。基于已有判例，货损区段排除法主要有三种。¹³⁸

(一) 从货物状态排除可能的货损发生区段

从货物状态排除可能的货损发生区段，即：通过分析各关联区段货物物理空间上的状态，从而逐一排除可能的货损发生区间、确定货损准确发生区段，并认定该区段是否处于承运人责任期间的方法。其中，有关各区段货物物理状态的分析，实践中主要表现为三方面。

(1) 货物自身的表面状况：如前所述，货物表面状况是指在目力所及的范围所能观察到的货物情况，此处也不例外。如果在某一区段内，货物表面状况良好，那么，即可以排除货损发生在该区段的可能性。比如，货物在中转港中转时，相关报告或记录显示货物表面状况无异常，¹³⁹那么此时货物在中转港发生货损的可能性就可以被排除。

⁷¹ 因合同义务期间从合同成立时起，时间跨度要超过法律规定的承运人责任期间，因此，不宜将责任期间称之为合同义务期间，以免产生歧义。
⁷² 目前承运人主给付义务中的管货义务期间无法涵盖承运人整个责任期间。主给付义务为债之关系固有、必备，并用以决定债之关系类型的基本义务，故其贯穿承运人责任期间是为必须。而对此，承运人的运输义务期间是符合的，但管货义务期间却存在承运人已接收货物、但货物装箱前以及货物卸船后至交付收货人前却不承担管货义务的“责任空白”。考虑到管货义务系承运人负有的重要义务，将接收至装载、卸载至交付阶段从承运人管货义务期间剥离易与其他运输区段送法脱节，且无法周延保障当事人权益，故《海商法》相关规定应作调整。《海商法（修订征求意见稿）》《海商法（修改送审稿）》也正是考虑到了这一点，均在原条文基础上补充规定“承运人应当妥善地、谨慎地接收、装载……卸载和交付所运货物。”
⁷³ 参见（2016）鲁 72 民初 1214 号、（2019）闽 72 民初 972 号民事判决书。
⁷⁴ 参见（2016）鲁 72 民初 1215 号、（2016）津 72 民初 1006 号、（2017）粤 72 民初 552 号、（2018）鄂 72 民初 1117 号、（2019）闽 72 民初 972 号、（2019）闽 72 民初 404 号、（2019）粤 72 民初 2378、2380 号、（2019）津 72 民初 656、657、658 号、（2019）鄂 72 民初 1099 号、（2020）粤 72 民初 885 号民事判决书。
⁷⁵ 从以往实践看，“货损区段清晰”的情形多存在于因船舶发生碰撞或触礁事故而引发的货损。比如，船舶碰撞致船舶破损进水或沉没、航行途中因触磁水下不明物沉没等。这种情况下，不仅货损原因、区段明确，实践中通常还会有相关部门出具的事责任认定书等予以佐证，因此争议较小。
⁷⁶ 国际海上集装箱货物运输中，如有证据证明货物在装货港交与承运人时状况良好，但在卸货港交付时发现货损货差，此时即可推定损失发生在承运人的责任期间。再比如，国内水路货物运输中装货港货物完好，而卸货港理货、卸货或交接时发现货损，即可推定货损发生在海上运输区段（参见（2016）粤 72 民初 721 号、（2016）鄂 72 民初 2102 号、（2017）沪 72 民初 3421 号民事判决书）。
⁷⁷ 该方法除针对单一的海运区段承运人可以适用外，对负责多式联运或其他全程运输的承运人所负责的运输区段亦可参照适用。

(2) 货物的外部环境状况：环境一词内涵宽泛，从货损区段认定的角度看，货物外部环境状况主要体现为：港区地面或舱底等区域是否干净清洁、船舱是否通风透气、空间是否密闭以及气候状况等。举例来讲，若卸货港进行岸桥一钩双箱卸货作业时，整个过程并无液体洒落情况、港口区域地面干净，但涉案集装箱与另一规格相近的集装箱却在该过程中出现明显重量差，集装箱接近空箱状态，此时便可认定货损发生在卸货作业开始前、排除卸货过程中发生货损的可能性。¹⁴⁰

其他货物状况：比如，货物的集装箱铅封是集装箱装货后为确保货物安全而上的锁扣，一般配有唯一的封号且与提单记载一致并且其一经正确锁上，除非暴力破坏则无法打开。故铅封的检验和完好对于船货双方间流转交付整箱货物具有重要的凭据作用，通过对承运人接收货物时的集装箱铅封号和条形码与交付货物时的进行对比、或查看集装箱铅封是否完好等，即可初步推断出货损区段。¹⁴¹

(二) 从货损原因排除可能的货损发生区段

从货损原因排除可能的货损发生区段，即：通过对照已知的货损原因，分析各区段内发生该货损的可能性（包括是否符合自然规律或具有高度盖然性等），从而逐一排除可能的货损发生区间、确定货损准确的发生区段的方法。以因水湿引发的货损纠纷为例。

【自然规律 1】：水湿包括自上而下产生的水湿和自下而上产生的水湿两种。通常而言，自下而上被浸泡而产生的水湿一般发生于船载货物进入海（江河）水的环境条件下；而自上而下被浸泡而产生的水湿一般发生于台风、降雨等环境条件下，水路运输区段、陆路运输区段、堆存期间等均有可能。故而，若查明案涉系自上而下被浸泡而产生的水湿，则货损大概率系因降水导致，此时若全程仅目的港堆场堆存期间存在降水，那么有理由认定货损系在此时形成。¹⁴²

【高度盖然性 1】：如果货物已经全部水湿，货损过程无法判断，那么此时则需要综合分析各运输区段的运输时间、环境条件（气候状况）、突发情况等因素综合判断。比如，水路运输中，装货港、卸货港堆场等非水路运输区段无暴雨等可能

¹⁴⁰ 参见(2018)鲁72民初1155号民事判决书。

¹⁴¹ 如果原告并未向承运人主张退运阶段运输中发生货损，则可认定系出运阶段运输合同履行中发生的货损争议（参见(2017)鲁72民初1748号民事判决书）。但退运阶段不当然属于出运承运人的责任期间（参见(2019)辽72民初276、277号民事判决书）。考虑到退运托运人要求出运承运人将集装箱货物运送给发货人，已经构成另一个海上货物运输合同关系，故而在就货物退运、出运承运人未签发正式运输单证，也无证据证明船、货双方就回运事项另行签订了运输合同的情况下，发货人即退运阶段的收货人要求承运人就退运过程中可能的管货不当承担赔偿责任，已经超出了运输合同关系的范畴（参见(2018)沪72民初1189号民事判决书）。出运承运人不应就因此而增加的运输期间内发生的货损负责。

¹⁴² 参见王国征：《合同纠纷证明责任研究——基于买卖合同等4种合同的分析》，中国法律图书有限公司2020年版，第178-180页。

¹⁴³ 参见(2016)闽72民初908号、(2016)沪72民初499号、(2019)辽72民初825号、(2019)沪72民初3479号、(2020)津72民初181号民事判决书。

¹⁴⁴ 参见(2019)辽72民初825号民事判决书。

发生水湿的情形，那么，从高度盖然性分析，货损事故发生在水路区段可能性较大。

【自然规律 2】：在排除天气等不良因素影响的情况下，对于海河联运或江海联运而言，因同为水路运输，运输中都存在发生货物进入海（江河）水的可能性，故通过水湿形态判断货损发生区间不可行。此时一般通过对受损货物取样、进行硝酸银检测等加以判断。一般认为，检测结果为阳性，则货损系海水导致；¹⁴³反之则为江河运输区段。

（三）从义务履行情况排除可能的货损发生区段

从义务履行情况排除可能的货损发生区段，即：通过比较分析承运人和作为货方的托运人或收货人的义务履行情况，来排除可能的货损发生区间、确定货损发生区段的方法。这在因功能性集装箱失温引发的货损中十分普遍。

承运人的合同义务履行情况。如前所述，无论是国际海上货物运输还是国内水路货物运输中，承运人均负有在责任期间内妥善保管、运输货物的义务，因此，在货损可能发生区段多个或货损发生区段不明的情况下，承运人的义务履行情况便成为了判断货损可能发生区段的一个重要考量因素。而如何认定承运人是否依约履行了该项义务，应以满足货物安全管理的要求为必要¹⁴⁴。¹⁴⁵

（2）货方的义务履行情况。海上货物运输中货方负有的义务类型多样，包括妥善包装、提供约定的货物、货物运输手续的办理及托运危险货物的特殊义务等等。但不论何种义务，若因货方未妥善履行此类义务造成的货损，货方均不能向承运人主张货损赔偿。¹⁴⁶此外，货损发生后即承运人责任期间外，货方还负有法定减损义务；若货方未采取适当措施致使损失扩大，根据《民法典》第 591 条的规定，其不得就扩大的损失向承运人请求货损赔偿。¹⁴⁷

（四）货损发生区段认定中出现的两种特殊情况分析

货损原因杂糅承运人责任期间内外因素的情况。通过前述货损区段分析方法，

⁸³ 承运人签发清洁提单与否，应建立在根据通常的观察方法以及通常应当具备的知识用肉眼或者其他通常的、合理的检验方法，仅从外表所能观察到和发现的货物表面状况，货物内在品质、质量不在此列（参见（2020）鲁 72 民初 1236 号民事判决书）。因此，承运人签发的清洁提单仅系货物表面状况良好的证明，不构成对货物质量状况良好的自认，也不代表货物品质不存在问题（参见（2018）鲁 72 民初 1155 号、（2020）鲁 72 民初 1236 号民事判决书）。

⁸⁴ 参见（2016）闽 72 民初 908 号民事判决书。

⁸⁵ 参见（2018）鲁 72 民初 1110 号民事判决书。

⁸⁶ 参见（2018）鲁 72 民初 1110 号民事判决书。

⁸⁷ 根据《海商法》第 75 条的规定，承运人在三种情况下有权在提单上作出批注：①明确知道托运人提供的信息与货物的实际情况存在明显不符的情况（比如“水湿”“污损”“锈蚀”）；②有合理根据怀疑提单的记载与货物的实际情况存在不符的情况（比如托运人集装箱货物申报的是纺织品，但承运人接收货物时看到有沙土从箱缝隙流出）；③承运人没有适当的方法核对提单记载的情况。其中，前两种就货物的外表状况加不良批注的提单通常被称为“不清洁提单”；第三保留性批注被称为“不知条款”，按国际商会《跟单信用证统一惯例》“除非信用证另有相反规定，否则银行将接受含有‘发货人装载并计数’或‘内容据发货人报称’或类似文字的条款的运输单据”的规定，批注有不知条款的提单，并不能视为不清洁提单。

⁸⁸ 参见最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组编著：《中国民法典适用大全·涉外商事海事卷（二）》，人民法院出版社 2022 年版，第 775 页。

⁸⁹ 参见王国防：《合同纠纷证明责任研究——基于买卖合同等 4 种合同的分析》，中国法律图书有限公司 2020 年版，第 178-180 页。

⁹⁰ 参见孙思琪：《海上货物运输法教程》，法律出版社 2022 年版，第 262 页。

⁹¹ 比如，清洁提单记载的货物温度应视为承运人接收货物时货物温度为该温度，系承运人对于交付货物的保证，但货物在运抵目的港后发现温度不合格，那么可以认定货物失温发生在承运人的责任期间（参见（2019）浙 72 民初 836 号民事判决书）。但反过来讲，若承运人在签发提单时已就货物温度过高作出批注，且货方

有时会得出货损发生既与承运人责任期间内承运人义务履行情况有关、又与责任期间外发生的其他原因有关的结论。比如，大豆货损发生与装船前货物品质、运输过程通风、到港后迟延卸货均有关¹⁴⁸；钢材装船前、海运途中、卸船后三个阶段均有造成锈蚀的情况¹⁴⁹等。此时，通常的裁判思路是：在无免责事由的情况下，承运人应按比例对其责任期间内发生的损失承担责任。¹⁵⁰

2. 货损区间最终无法查明的情况。货损定域之比较法、排除法虽通常情况下能确定货损发生的真实区段，但实践中仍存在不小比例的货损区段通过各种办法仍无法查明的案件。此时，一般的裁判思路是：因无法证明货物受损系在交付承运人掌管期间发生，根据《民事诉讼法》第67条第1款以及《民诉法解释》第90条的规定，货方应当承担举证不能的法律后果¹⁵¹，对其诉讼请求不应予以支持。¹⁵²

四、货损定域中检验报告效力认定问题

（一）货损检验报告效力认定之要件构成

司法实践中，针对货损检验报告¹⁵³的效力认定，主要是从报告形式、检验主体、检验时间、检验程序、定损结论等五方面进行分析。其中，有的判决是围绕某一项标准对检验报告的效力进行认定，有的则综合其中几项要件进行分析¹⁵⁴。那么，这五项检验报告效力认定要件的关系是什么？本文认为，从深层次上讲，这涉及的其实是要件本身的性质认定。而对此，可从要件对报告效力认定的影响方面入手，将要件划分为“对检验报告效力会产生影响和发挥作用”的效力型要件，及“对报告效力认定不会产生作用”的非效力型要件两类。而从已有司法判例看，以效力型要件为主。而对效力型要件，司法实践中还存在着“潜在的”二级分类，即以要件缺失是否必然导致报告效力丧失为基准，将之分为绝对效力型要件与相对效力型要件。其中，前者缺失必然导致检验报告效力丧失，而后者缺失仅能一定程度上削弱检验报告的效力、并不能达到直接否定报告效力的程度。本文接下来亦将以此为基础，结合审判实践，对这几类要件进行具体分析。

无其他证据证明货损发生在承运人责任期间，此时，因不能排除承运人接收货物前货物温度过高导致货损的可能，故货方要求承运人赔偿的诉讼请求应予驳回（参见（2018）鲁72民初1568号民事判决书）。

¹⁴⁸ 在提单中多表现为“发货人装货和计数”“货物是由发货人负责装箱、计数并加铅封”“由托运人自行装箱、封箱并运至承运人指定堆场”等记载。参见最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组编著：《中国民法典适用大全·涉外商事海事卷（二）》，人民法院出版社2022年版，第775页。

¹⁴⁹ 只要承运人尽到合理谨慎的义务仍无法查明货物情况，那么，此时承运人有关不知条款的批注效力应予认可，而对此，承运人负有举证责任。
¹⁵⁰ 最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组编著：《中国民法典适用大全·涉外商事海事卷（二）》，人民法院出版社2022年版，第774-775页；李敬伟、张慧芳：《海运集装箱运输承运人责任期间研究》，载《上海保险》2011年第3期；（2017）津72民初112号民事判决书。

¹⁵¹ 如果有证据证明货物损坏原因是承运人违反海商法第47、第48条规定的义务，承运人援引“不知条款”主张免除其赔偿责任的，法院将不予支持（参见《全国法院涉外商事海事审判工作座谈会会议纪要》第57条）。以是，在提单记载有“不知条款”的情况下，即便货物在卸货港交付或卸货时确实发生货损，也不能贸然断定货损就发生在承运人的责任期间内（参见（2017）津72民初112号民事判决书）。提单批注权是承运人的一项权利。未作批注的提单，根据《海商法》第77条的规定，是承运人已经按照提单所载状况收到货物的初步证据；如果承运人应加批注而未作批注，则表明承运人权利的放弃，其向善意受让提单的包括收货人在内的第三人提出的与提单所载状况不同的证据将不予承认（参见（2015）厦海法商初字第1085号民事判决书）。

（二）形式要件方面

1. 是否公证认证。2019年修订的《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》（以下简称《民事诉讼证据规定》）施行前，法院通常根据2008年民事诉讼证据规定第11条第1款的规定，域外形成的检验报告经过公证认证才可作为认定货损发生的依据。但在该规定于2019年修订后，这一要求发生了变化。根据2019年规定第16条第1款的规定，因此类境外形成的检验报告一般不属于公文书证，故履行公证认证手续已非此类检验报告效力认定的强制要求。也正因如此，公证认证在检验报告的认定中属于非效力型要件。

2. 是否为原件。根据2019年《民事诉讼证据规定》第11条及第90条第5项的规定，若一方提交的报告非原件，在对方不予认可的情况下，该报告将被不能单独作为认定案件事实的依据。¹⁵⁵因此，该形式要件属于效力型要件，更进一步讲是绝对效力型要件，但报告为原件本身并不能保证报告效力一定会得到认定，还应结合其他标准予以综合判断。

3. 是否鉴定人必须出庭。《民事诉讼法》第81条规定，经人民法院通知，鉴定人拒不出庭作证的，鉴定意见不得作为认定事实的根据。对此，虽结合《民事诉讼法》证据章、从体系解释的角度看，该条文似是适用双方共同委托鉴定或法院指定鉴定机构的情况，但从举重以明轻及检验报告专业性的角度看，当事人单方委托鉴定的情况亦应予以适用。即鉴定人是否出庭接受质询虽然并非检验报告效力认定的必要形式，但经通知拒不出庭则检验报告效力将不被予以采信。故鉴定人出庭也构成检验报告效力认定¹⁵⁶中的相对效力型要件。

（三）主体要件方面

委托检验主体。当事人提交的检验报告系单方委托检验¹⁵⁷、还是共同委托¹⁵⁸，对报告证明效力也会有一定影响。一般认为，一方单方委托的检验报告，证明力明显不及含船方、货方代表共同参与或签章的检验报告。¹⁵⁹但单方委托作出的报告并非绝对没有证明效力，还应综合检验报告内容、时间等要素加以认定。若该报告系单方委托，且报告存在数据来源无法证明¹⁶⁰或检验人与委托方存有利害关系¹⁶¹等情况，则该报告不应采信。¹⁶²故从性质上看该要件属相对效力型要件。

参与检验主体。检验机构在对货物进行检验时，各方当事人是否在场参与检验，

¹⁵⁷ 参见（2021）辽72民初503号民事判决书。

¹⁵⁸ 参见（2018）鄂72民初1117号民事判决书。

¹⁵⁹ 参见（2016）粤72民初721号、（2017）鄂72民初1856号、（2018）鄂72民初1117号、（2018）琼72民初45号民事判决书。

¹⁶⁰ 参见（2017）鄂72民初5号民事判决书。

¹⁶¹ 参见（2017）沪72民初265号民事判决书。

¹⁶² 参见（2018）沪72民初937、938号民事判决书。

对最后做出的检验报告的效力也会有一定影响。这在单方委托检验的情况下尤为明显，从另外一个角度讲实际上对应着委托人的通知义务。以货方单方委托检验的情况为例。货方若决定委托检验应及时通知承运人。¹⁶³在货方未通知承运人或其他公正第三方进行联合检查和各次货物检验¹⁶⁴或承运人未对检验予以确认¹⁶⁵的情况下，检验机构所作检验报告的中立性与客观性都会受到质疑，且通常被认定在程序上不具有公正性¹⁶⁶。¹⁶⁷但未通知进行联合检验，并不必然导致该报告没有证明效力¹⁶⁸。¹⁶⁹故而该要件属于相对效力型要件。

检验机构和检验人资质。检验机构、检验人的资质问题也是法院审查检验报告效力必然会考量的一个因素。¹⁷⁰通常认为，如果检验机构或检验人没有就涉案货损进行检验的资质和能力，那么其作出的检验报告将不具有证明效力。这同样适用于实践中与之比较类似的专家意见。¹⁷¹正因如此，资质这一要件在性质上属于缺失则必然导致报告无效的绝对效力型要件。但检验机构和检验人具有相应的资质也不必然导致该报告的效力可以被认定，具体还需结合报告内容进行综合判断。司法实践中对一些存在单方委托检验¹⁷²、或未通知被告参与检验¹⁷³、抑或被告未出庭应诉¹⁷⁴等情形的案件，法院直接根据报告系具有资质的第三方作出而认定其效力，其实有点过于绝对。

（四）检验时间方面

货损检验时间的一般性分析。收货人收到货物后，应及时查验货物。若收货当时发现货损即通知现场查勘、并对货损情况予以记载，一般认为足以证明货损发生的事实。¹⁷⁵但若货物在脱离承运人掌管后进行检验¹⁷⁶，因检验发生在承运人责任期间外，此时货方应证明在该延长的区段内没有发生货损或损失扩大，否则仅凭由此作出的检验报告不能证明货损产生在承运人责任期间¹⁷⁷。¹⁷⁸因此，检验时间构成报告认定上的效力型要件。是否第一时间安排检验¹⁷⁹、是否存在迟延安排检验¹⁸⁰等都会对报告效力产生影响。¹⁸¹

承运人责任期间外进行货损检验的合理时间认定。实践中虽然货方提货时对货

¹⁶³ 参见（2017）沪72民初3421号民事判决书。

¹⁶⁴ 参见（2018）鄂72民初1117号、（2018）琼72民初45号民事判决书。

¹⁶⁵ 参见（2017）鄂72民初1856号民事判决书。

¹⁶⁶ 参见（2019）沪72民初3023、3024、3025、3026、3027号民事判决书。

¹⁶⁷ 参见（2016）闽72民初908号、（2017）鲁72民初1337号民事判决书。

¹⁶⁸ 无论是国际海上货物运输、还是国内水路货物运输，在货物装货港状况良好的情况下，货物到达卸货港后的货物状态，将很大程度上决定了货损可能发生的区间、甚至可直接判断出货损发生的区间。比如，装上船时货物完好，集装箱在卸货港堆场提货时，发现存有破损、货物泄漏情况，可知货损发生在运输、卸货或码头堆存过程中（参见（2017）沪72民初265号民事判决书）。比如，货物在冷冻条件下运输，自起运至交付，出现腐烂变质的情况，可认定货损发生于承运人责任期间（参见（2015）厦海法商初字第1085号民事判决书）；再比如，货物装上船时状态良好，而双方当事人均认可货物运抵卸货港后发现货物受损，此时可以认定货损事实发生于承运人承运货物期间（参见（2017）鲁72民初1337号民事判决书）。

¹⁶⁹ 参见（2017）沪72民初3024号民事判决书。

¹⁷⁰ 在一些国际海上货物运输货损纠纷中，有货方主张，其已按照《海商法》第81条的规定履行了货损通知义务，因此，关于货损事实的举证责任应转移至承运人。那么，诸如《海商法》第81条规定的通知时限届满是否意味着货损举证责任的转移呢？本文认为，通知时限届满并不意味着举证责任的转移。该条款所规定的通知时限，其目的在于督促收货人及时就货损向承运人提出异议和索赔，从而降低收货人的举证责任，进而减少收货人的索赔难度（参见（2017）津72民初112号民事判决书）。发出货损通知并不意味着

物受损情况进行当场检验可避免出现事实争议。但因很多海上运输货物有外部包装,收货人若要提货前检验,必然需拆除包装、然后重新包装、加固。¹⁸² 这些都会产生费用损失、并缺乏可行性。故很多情况下货方收货后发现货损并开始检验都是在承运人责任期间外进行。此时若因收货人未使货损在提货前得到明确,就使承运人不负赔偿责任,显然有失公允。¹⁸³ 以是,应从公平的角度进行责任分担,不应机械地将“收货人在提货的同时对货物进行检验”视为及时检验。只要货方能证明时间事由合理、距货方接收货物时起时间不过长¹⁸⁴、符合通常情况下该类货损发现和检验的时间标准,且期间内未发生损失扩大的情况,那么该报告效力仍然可予以认可。

185

(五) 检验程序与内容方面

1. 货损检验的形式。实践中货损检验的形式主要包括实地查勘与书面审查两种。前者即检验人到受损货物现场进行的检验;后者则是检验人通过审查受损货物书面资料所作的检验。一般而言,实地查勘、现场检验所作检验报告的效力要高于书面审查有关资料所作出的检验报告;而未经现场查勘所作检验报告的效力,通常很难为法院所直接采信。也正因如此,检验报告是否是基于检验人在勘查现场搜集的第一手资料、检验人是否实地查勘、并根据受损货物实际状况最终出具,是检验报告效力认定中又一重要的绝对效力型要件。¹⁸⁶

2. 检验的范围与现场情况。(1) 货损检验的范围:包括对货物表面状况的检

着一定发生货损,而没有发出通知也不代表一定没有发生货损,两者之间其实并不等同。因此,即便发出了货损通知,货方仍应举证证明货损发生的事实;如果货方未能证明,而承运人亦对货损发生不予认可,那么,货方仍将承担举证不能的法律后果(参见(2016)粤72民初17号、(2018)粤72民初1041、1042号、(2018)辽72民初605号、(2018)鄂72民初156号、(2019)辽72民初757号、(2018)鄂72民初1469号民事判决书)。

¹¹¹ 参见(2019)粤72民初2199号民事判决书。

¹¹² 参见(2018)粤72民初1299号、(2019)粤72民初2231号民事判决书。

¹¹³ 参见(2018)粤72民初1299号民事判决书。

¹¹⁴ 货方未通知承运人并不必然导致货方丧失货损索赔胜诉权,但其胜诉的充分条件是必须提供更为有力的证据推翻承运人已交付状况良好货物的初步证据(参见(2019)粤72民初2199号民事判决书)。而该举证责任对货方而言无疑是很大的,尤其对散装液体货物更甚。但如果货方能提供充分证据证明货损发生在承运人责任期间,那么,承运人有关货方通知逾期、货物完好的主张,法院亦将不予支持(参见(2019)粤72民初2262、2264号民事判决书)。

¹¹⁵ 比如,在收货人收货当时完全有条件有能力读取冷藏集装箱数据并确认货物是否存在温度异常的情况下,收货人未对货物提出任何异议,直至收货7日后才通知货物在运输过程发生温度异常,而此时集装箱早已另行投入运营,无法读取集装箱运输当时的数据记录,此时对该不利后果应由货方承担(参见(2017)沪72民初3024号民事判决书)。

¹¹⁶ 关于货方在国内水路货物运输中的货损通知义务。《海商法》第81条的规定虽不适用于国内水路货物运输,但与国际海上货物运输中的收货人一样,国内水路货物运输中的收货人亦应举证证明货物交付时已经受损。如果货方在提货时或卸货完毕当时未就货损、货物的数量和质量提出异议、甚至直至收到诉状时承运人从未获得任何有关货损索赔的主张,应视为承运人已完好交付货物、货物状况良好(参见(2018)鄂72民初634号、(2018)闽72民初855号、(2019)沪72民初2208号民事判决书)。而这在已失效的《国内水路货物运输规则》中也有明确规定。其第68条第2款规定:“收货人在提取货物时没有就货物的数量和质量提出异议,视为承运人已经按照运单的记载交付货物,除非收货人提出相反的证明”。但同国际海上货物运输一样,收货人在提取货物时或在合理期间内没有就货物的数量和质量提出异议,只是承运人完好交货的初步证明(参见(2016)沪72民初16号、(2016)沪72民初1784号民事判决书)。收货人提货时未提出货损异议或未及时报告货物出险,并非意味着承运人不承担货损责任、货损没有发生在承运人责任期间内(参见(2016)浙72民初1638、1639、1640、1641、1642、1643号、(2019)沪72民初3123号民事判决书)。只要货方能证明货物确实受损,货方仍可依据该事实向承运人主张索赔。比如,在经暴雨侵袭后集装箱是否被浸泡过,从外观已无法判断,故收货人堆场提货时未提出异议,只能是货物完好交付的初步证明,而非最终证明,在现有其他证据足够证明货损系因运输期间暴雨引发的情况下,承运人有关收货人提货时未提出异议应视为完好交付的抗辩不能成立(参见(2019)沪72民初3123号民事判决书)。但若货方在货物交付较长时间(比如一年后)才向承运人提出货损异议或以货物卸载较长时间后第三方发出的《索赔函》主张赔偿,且无法提供其他足以证明货损主张的证据,则货方证据证明力显属不足,其诉请亦无法得到支持(参见(2018)鄂72民初634号、(2019)沪72民初757号民事判决书)。

¹¹⁷ 参见(2019)沪72民初44号民事判决书。

¹¹⁸ 《海商法》第82条规定:“承运人自向收货人交付货物的次日起连续六十日内,未收到收货人就货物

验与对货物内部品质的检验两种。若货方主张货损，但提交的检验报告仅对货物表面状况进行了检查，没有对货物本身的品质进行检验，那么单纯根据该报告无法证明货物在收货人提取时已发生损坏的事实。¹⁸⁷ (2) 检验现场的情况：即货物检验当时的状态和存放、保管货物的客观环境等。诚然，不宜课以货方以较高的第一现场发现货损的义务，但收货人仍应尽量确保在其或第三方仓库存储的货物尽量保持与其刚刚收到货物时相近的原始状态。¹⁸⁸ 如果货物原始状态被破坏，那么，检验报告的效力也将大打折扣。因此检验范围与现场情况也构成了报告效力认定中的相对效力型要件。

3. 样品的取样送检程序。样品的取样送检，包括装货港样品的取样送检和卸货

因迟延交付造成经济损失而提交的书面通知的，不负赔偿责任。”

¹¹⁹ 参见(2019)沪72民初44号民事判决书。

¹²⁰ 参见最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组编著：《中国民法典适用大全·涉外商事海事卷(二)》，人民法院出版社2022年版，第805页。

¹²¹ 参见(2019)浙72民初1485号民事判决书。

¹²² 一般而言，海上货物运输中的托运人与承运人就货物目的港的交付时间达成一致合意，承运人承诺并保证货物于明确约定的时间在卸货港交付，即可视为货物运输明确约定的交付时间(参见(2019)沪72民初44号民事判决书)。

¹²³ 参见(2019)浙72民初1485号民事判决书。

¹²⁴ 参见(2017)鲁72民初1748号民事判决书。

¹²⁵ 比如，因食品品质不合格而做出的销毁通知，更能证明货损发生的事实(参见(2018)鲁72民初1110号民事判决书)。

¹²⁶ 如果收货人未经货物检验即提出拒收货物并要求退运和实际进行了退运，那么在无其他证据证明货物已在出运航程中受损的情况下，因货损是否发生承运人出运期间并不明确，货方极有可能将承担举证不能的法律后果、相关诉讼请求将被驳回(参见(2018)沪72民初1189号民事判决书)。

¹²⁷ 参见(2017)沪72民初3024号民事判决书。

¹²⁸ 参见(2018)闽72民初855号民事判决书。

¹²⁹ 参见(2018)闽72民初855号民事判决书。

¹³⁰ 参见(2018)鄂72民初1117号民事判决书。

¹³¹ 参见孙家庆：《物流运输管理》，大连海事大学出版社2016年版，第267页。

¹³² 比如，理货凭证显示货抵目的港理货时发现集装箱漏油，可初步证明目的港出现货损的事实(参见(2017)沪72民初3421号民事判决书)。

¹³³ 参见(2017)津72民初854号民事判决书。

¹³⁴ 参见(2016)沪72民初16号民事判决书。

¹³⁵ 参见(2018)沪72民初937、938号民事判决书。

¹³⁶ 参见(2017)沪72民初3024号民事判决书。

¹³⁷ 参见(2018)鲁72民初1155号民事判决书。

¹³⁸ 实践中，货损发生区段认定中的比较法与排除法既可以单独适用，也可以彼此组合适用，以提高货损发生区段认定结果的准确性。比如，在货物发生严重霉变的情况下，经查明海运阶段承运人未做好通风散热工作、使船舱内部散热透气不良；而陆路运输时间短，且未曾遭遇恶劣天气，不具备短时间内造成严重霉变的客观条件，此时可以推定货损发生于海运阶段承运人掌管货物期间(参见(2016)沪72民初1784号民事判决书)。

¹³⁹ 参见(2020)津72民初181号民事判决书。

¹⁴⁰ 参见(2017)沪72民初265号民事判决书。

¹⁴¹ 比如，承运人接收的货方装箱的集装箱货物与在卸货港交付的集装箱货物两者铅封号码及条形码一致且铅封完好，未遭损坏，可证明集装箱在运输途中未经私自开封。但若货方在仓库装箱时的集装箱铅封与在装货港交付承运人的集装箱铅封不一致，那么，可合理推断集装箱在装箱完成后、交付给承运人指定堆场前，就已经被拆箱并替换了铅封，而该期间不属于承运人的责任期间(参见(2017)沪72民初302号民事判决书)。

¹⁴² 参见(2019)沪72民初3123号民事判决书。

¹⁴³ 参见(2017)津72民初710号、(2017)津72民初854号民事判决书。

¹⁴⁴ 参见(2016)粤72民初721号民事判决书。

¹⁴⁵ 以货方诉称冷藏集装箱温过高引发的货损纠纷为例。(1)使用承运人箱情况下的承运人管货义务分析：如果承运人箱在承运人责任期间内运转正常，箱温记录符合托运人要求，箱内温度并无异常，亦无证据表明集装箱存在其他瑕疵，则承运人已履行了其管货义务，其提供了适货集装箱并按约定设定好温度，因无过失，不应对其货损承担赔偿责任；但反之，箱温设置或承运人箱质量只要有一项不符合要求并引发货损，那么承运人就应承担赔偿责任(参见(2016)沪72民初2388、2389号、(2018)鲁72民初1155号民事判决书)。(2)使用货主箱情况下的承运人管货义务分析：如果承运人在责任期间内已按约定要求设定集装箱温度，妥善、谨慎地履行了管货义务，货损系因集装箱自身故障瑕疵等非承运人原因所致，那么，承运人可免除相应的赔偿责任。但反之，若承运人未将集装箱插电制冷或按该要求设定温度，且亦无证据证明货主集装箱自身存在故障，则可认定货损发生于承运人责任期间内，承运人应负赔偿责任(参见(2016)浙72民初2348号民事判决书)。需要单独指出的是，关于箱温记录的证明与认定。无论是使用货主箱、还是承运人箱，箱温记录对于货损原因的证明均是关键。实践中，集装箱在运输期间的箱内温度，一是可根据托运人在装箱时在集装箱内随货放入的温度记录仪记录的数据判断，二是可根据集装箱自身制冷系统所记载的温度记录判断(参见(2020)鲁72民初1897号民事判决书)。但除此之外，当事人能否对集装箱箱温记录的形成和读取作出合理说明也是司法实践中该箱温记录能否被采纳的一项重要标准(参见(2016)沪72民初2388、2389号民事判决书)。如果一方提供了箱温记录，但无法就箱温记录的形成和读取作出合理说明、且对方当事人亦不予认可，那么该箱温记录的证据效力和证明力可能无法予以认定。

¹⁴⁶ 以冷藏集装箱货物为例，如果装箱、铅封由货方进行，则货方应对箱内货物状况负责；若因货方在装箱前未对货物进行预处理、即热装箱，那么对交付后发现的货损，不能行认定系发生于承运人掌管货物期间内(参见(2018)鲁72民初1152、1153号民事判决书)。

¹⁴⁷ 如果货物系在承运人责任期间内因承运人原因发生失温，而在收货人接收货物后集装箱一直保持通电状态、温度正常，此时，可以认定货方不存在因温度一项致使货损扩大的过失，货损应全部认定为发生在承运人责任期间内，承运人应负赔偿责任(但存在免责事由规定的情形除外)(参见(2019)沪72民初3023、3024、3025、3026、3027号、(2020)鲁72民初1897号民事判决书)。但反之，如果收货人提箱后未及时进行冷藏插电，因此时不能排除货损系因收货人提箱后未插电的原因造成，故不应行货损系承运人掌管期间管货不当所致(参见(2018)鲁72民初1152、1153号民事判决书)。

¹⁴⁸ 参见(2020)鲁72民初1236号民事判决书。

¹⁴⁹ 参见(2019)闽72民初255号民事判决书。

港样品的取样送检两种。但不论何种类型，基本的程序要求是所检测的样品应为各方联合取样所得。¹⁸⁹ 货方单方向实验室送交样本不符合检验程序要求¹⁹⁰。唯各方共同监督下的取样、封样、保管和拆样，才能确保程序的合法性，避免单方更换样品等违法违规行为，确保检验结果的准确性。¹⁹¹ 故而该要件在报告效力认定方面属绝对效力型要件，样品取样送检程序不合法会导致检验报告的效力丧失。

（六）定损结论方面

作出结论的依据。定损结论的作出应建立在对可能导致货损的原因和情况等

¹⁵⁰ 参见（2019）闽72民初255号民事判决书。

¹⁵¹ 《民诉法解释》第90条虽然规定当事人对自己提出的诉讼请求所依据的事实，应当提供证据加以证明……当事人未能提供证据或者证据不足以证明其事实主张的，由负有举证证明责任的当事人承担不利的后果。但海上货物运输货损类纠纷中，不之一方用以证明其主张的证据，其并不掌握、但对方当事人掌握的情况。此时，如果因负有举证责任的一方当事人没有证据，就承担不利的法律后果，显然对其有失公允，也会使判决结果丧失正义性。故而，法院通常情况下会要求控制证据的对方当事人提供。但部分当事人有时会在该证据对己不利的情况下拒绝提供，并由此使负有举证责任的一方进一步陷入证明困难或证明不能的境地。考虑到放任此类“举证妨碍行为”将严重损害一方当事人的合法权益并极大地破坏司法公信力，故而《民事诉讼证据规定》在第95条作出专门规定以遏制此类行为。该条款规定：“一方当事人控制证据无正当理由拒不提交，对待证事实负有举证责任的当事人主张该证据的内容不利于控制人的，人民法院可以认定该主张成立。”由是，在一方无正当理由拒绝提供证据的情况下，若负有举证责任的当事人认为该证据对控制人不利，法院可以认定该事实成立，并由控制人承担相应的不利后果。

¹⁵² 有的案件中货物运输涉及多个水路阶段和不同的承运人，因无法排除前一承运人运输阶段发生货损的可能性，故货方诉请前一阶段承运人应承担赔偿责任的诉请不予支持（参见（2017）沪72民初2328号民事判决书）。再比如，货方提交的运单、公估报告等证据，均不能证明货损发生于区段承运人所属船舶实际承运期间，故货方诉请无事实和法律依据（参见（2020）鄂72民初484号民事判决书）。再比如，货方提供的《现场勘查记录》《公估报告》《赔付协议书》对于事故发生的时间存在四种完全不一致的描述，且均是来自同一主体的单方陈述，无法查明事故发生的具体时间，受损货物是否全部交付承运人也无法查明，故货方诉请不能予以支持（参见（2018）鄂72民初1667号民事判决书）。

¹⁵³ 从理论上讲，索赔人对卸货港承运人交付货物时出现货损的证明，最理想的证据就是具有资质的检验机构对货物灭失或损坏的事实出具的检验报告或专家报告，或者由收货人与承运人进行联合检查或者检验。并且实践中法院有时亦会在承运人未提供相反证据的情况下直接根据检验报告认定货损区段和原因。故其重要价值不言而喻。从总体上看，这些货损报告在实践中表现为“检验报告”“公估报告”“鉴定意见”“鉴定报告”等诸多名称。并且，除“公估报告”（实践中常被称为保险公估报告）通常系由海上货损代位求偿纠纷中的货物保险人提供外，其他类型报告的提供和出具机构并不固定、且十分多样。考虑到无论何种类型，因其本质上涉及到的都是针对货物状况的检验，故本文接下来以“检验报告”为统称进行分析，过程中也会对个别名称报告实践中出现的特殊情况予以分析。

¹⁵⁴ 通过对已有判决的研究，综合适用前述要件的形态多样，包括但不限于：①送检样品是否为联合取样所得+是否共同委托检验+检验人是否出庭+检验机构是否现场勘验（参见（2019）鄂72民初768号民事判决书）；②检验机构资质+参与检验主体+检验时间+是否单方送交样本（参见（2016）浙72民初2798号民事判决书）；③是否共同委托+参与检验和确认的主体+定损结论+检验时间（参见（2017）沪72民初2328号民事判决书）；④检验时间+参与检验主体（参见（2019）粤72民初2231号民事判决书）；⑤检验机构资质+检验机构是否现场勘验（参见（2021）沪72民初102号民事判决书）；⑥检验机构是否现场勘验+检验机构资质+检验程序是否规范+定损结论（参见（2018）津72民初29号民事判决书）；⑦参与检验的主体+定损结论+检验机构是否出庭；⑧检验时间+是否对检验报告内容提出异议（参见（2018）沪72民初4481号、（2019）沪72民初408号民事判决书）；⑨检验机构是否各方均认可+样品取样、封样、保管和拆样的程序是否合法（参见（2016）沪72民初499号民事判决书）；⑩参与检验的主体+检验时间（参见（2019）津72民初643号民事判决书）。

¹⁵⁵ 参见（2018）鲁72民初1568号民事判决书。

¹⁵⁶ 参见（2019）鄂72民初768号、（2019）粤72民初2199号民事判决书。

¹⁵⁷ 参见（2017）沪72民初2328号民事判决书。

¹⁵⁸ 参见（2016）沪72民初499号、（2019）鄂72民初768号民事判决书。

¹⁵⁹ 参见（2015）武海法商字第939号民事判决书。

¹⁶⁰ 参见（2018）鲁72民初1110号民事判决书。

¹⁶¹ 参见（2015）厦海法商初字第1085号、（2019）粤72民初2231号民事判决书。

¹⁶² 参见（2018）鲁72民初1110号民事判决书。

¹⁶³ 参见（2019）沪72民初3023、3024、3025、3026、3027号民事判决书。

¹⁶⁴ 参见（2016）浙72民初2798号、（2019）津72民初643号民事判决书。

¹⁶⁵ 参见（2017）沪72民初2328号民事判决书。

¹⁶⁶ 参见（2019）粤72民初2230、2231号民事判决书。

¹⁶⁷ 若委托检验的货方无法说明没有通知对方参加检验的原因，则应承担由此带来的不利后果；反之，若承运人未能参与检验的原因系因自身过失等原因导致，则承运人应承担由此可能产生的不利后果（参见（2019）粤72民初2199号民事判决书）。

¹⁶⁸ 参见（2019）粤72民初2262、2264号民事判决书。

¹⁶⁹ 没有各方共同参与的检验，其证明效力明显弱于在各方监督下对货物所做的检测报告，在两者存在矛盾时常以后者为准，尤其是在存在现场抽样送检的情况下（参见（2016）沪72民初499号民事判决书）。

¹⁷⁰ 参见（2016）浙72民初2798号、（2018）津72民初29号、（2021）沪72民初102号民事判决书。

¹⁷¹ 若一方提交的专家意见，但未证明该专家身份及资质的证据，那么在对方不予认可的情况下，一般对该专家意见不予采信（参见（2017）鲁72民初1337号民事判决书）。

¹⁷² 参见（2016）闽72民初908号民事判决书。

¹⁷³ 参见（2016）浙72民初1638、1639、1640、1641、1642、1643号民事判决书。

¹⁷⁴ 参见（2019）辽72民初825号民事判决书。

¹⁷⁵ 参见（2016）沪72民初16号民事判决书。

¹⁷⁶ 比如，约定责任期间为装货港货运站到卸货港货运站，在货物已经送抵收货人仓库的情况下进行的检验就属于期间外检验。

¹⁷⁷ 参见（2017）沪72民初944号、（2018）津72民初1287号民事判决书。

¹⁷⁸ 实践中，对于散装液体货物，法律规定“收货人提供的岸罐重量检验证书，除非经承运人同意，否则不具有证明散装液体货物交货数量的效力”，便是考虑到了岸罐重量检验证书记载的数据系对岸罐实施计重而获得，此时已超出了承运人对于散装液体货物运输的责任期间，故在未经承运人同意且对方不认可的情况下，不能仅凭重量证书证明承运人交付货物时的情况（参见（2016）粤72民初1563号民事判决书）。

进行客观的论证与分析，有必要的推理过程¹⁹²的基础上，并应符合日常生活经验法则和行业习惯。¹⁹³如果检验机构认定货损的依据都是货方提供的相关数据或与案件存在利害关系的第三方提供的材料，且未对货物内部情况进行现场查勘，那么在无其他证据材料予以佐证的情况下，该报告将无法证明货损发生的事实¹⁹⁴。¹⁹⁵故而定损依据在报告效力的认定上也属绝对效力型要件。

结论适用的范围。（1）鉴定的事项范围：即申请人申请鉴定的内容，往往都会在报告中载明并决定着报告适用的范围。从已有实践看，其有时是关于承运人责任区段内发生货损的认定，但有时还囊括非承运人责任期间内发生的货损，这在保险公估报告中尤为明显。针对后者中有关该保险期间内所有损失的结论不应均归结于承运人。¹⁹⁶（2）报告的用途：对检验报告效力也会产生一定影响，具体需结合报告内容进行分析判断。比如在一些仓储公司出具的检验报告中，仅载明货损事实、未记载具体情况，且同时注明“此报告仅供通知”，则此时该报告仅能证明货物破损但不具有定损和定责的效力。¹⁹⁷（3）结论的表述：实践中检验报告结论的表述或采用确定性的表述或采用非确定性的表述。¹⁹⁸虽然无论何种表述，对检验报告的效力、法院均需综合审查，但可以确定的是对非确定性的结论¹⁹⁹，法院一般是无法直接采信的。因此，该要件在性质上更倾向于相对效力型要件。

针对实践中出现的检验报告与货物交接单等记载相矛盾的情况，应在分别审查两者是否符合证明要件的基础上，尤其重点通过对检验报告要件的分析认定²⁰⁰，来排除并确定货物情况所应依据的标准。²⁰¹

¹⁷⁹ 参见(2017)沪72民初2328号、(2018)沪72民初4481号、(2019)粤72民初2231号、(2019)沪72民初408号民事判决书。

¹⁸⁰ 参见(2016)浙72民初2798号民事判决书。

¹⁸¹ 未能在第一时间进行勘验，将降低检验报告记载内容的客观性及可信度，可能无法作为定案依据，彼时将仅对第三方机构处理出险事故的过程有一定证明作用（参见(2017)沪72民初2328号民事判决书）。

¹⁸² 参见(2017)沪72民初944号民事判决书。

¹⁸³ 参见(2017)沪72民初944号民事判决书。

¹⁸⁴ 参见(2019)津72民初643号民事判决书。

¹⁸⁵ 考虑到货方在接收货物后联系安排检验机构等事宜必然会花费一定时间，由此导致的货物到达货方处时间与检验时间间隔几天等情况是合理的（参见(2019)沪72民初3023、3024、3025、3026、3027号民事判决书）。但对于一些收货后过长时间才进行的检验（比如货到卸货港后近半年才作出的检验），因检验时客观条件发生改变的可能性很大，故报告本身的证明力已大大削弱，在没有充分证据予以佐证的情况下通常不会被予以采信（参见(2016)沪72民初499号民事判决书）。

¹⁸⁶ 参见(2017)沪72民初3024号、(2018)津72民初29号、(2019)鄂72民初768号、(2019)鄂72民初768号、(2021)沪72民初102号民事判决书。

¹⁸⁷ 参见(2017)晋72民初1748号民事判决书。

¹⁸⁸ 比如，集装箱货物若检验时货物已从箱内卸出，集装箱也被转移、非开箱时的第一现场，且收货人拆箱卸货与检验人员到场检验也相距一定时间，那么该报告记载内容的客观性及可信度大大降低，报告的证明力也会被削弱（参见(2017)沪72民初2328号民事判决书）。

¹⁸⁹ 参见(2016)沪72民初499号、(2019)鄂72民初768号民事判决书。

¹⁹⁰ 参见(2016)浙72民初2798号民事判决书。

¹⁹¹ 参见(2016)沪72民初499号民事判决书。

¹⁹² 参见(2017)鲁72民初1337号、(2018)津72民初29号、(2018)粤72民初1041、1042号、(2021)辽72民初503号民事判决书。

¹⁹³ 举例而言，在日常生活经验法则方面，如检验报告认定内河运输货物遭受淡水水湿，且排除了货物内河运输过程中进水的可能性，而集装箱集港后装船前降水量非常大，此时便可合理判定受损近因是在装货港集港期间被雨水浸泡（参见(2021)辽72民初503号民事判决书）；在行业习惯方面，如不能仅以收货人只进行过一次的打版测试就认定货物发生品质变化导致价值贬损等（参见(2019)粤72民初2199号民事判决书）。

五、结语

承运人责任期间作为海上货物运输货损纠纷发生时承运人承担责任与否的重要标尺，其认定与识别一定程度上影响着整个海上货运体系的动态平衡和良性发展。本文藉由已有海上货损类纠纷判决中提炼出的裁判规则，并与相关法律规范结合，以立体化地方式呈现出承运人责任期间的法律适用体系，以期为今后类似纠纷处理提供可供参考的方法论，并能有效引导社会一般法律认知，从而真正意义上实现“案结事了、定分止争”。

¹⁹⁴ 参见（2017）沪72民初3024号民事判决书。

¹⁹⁵ 若检验人所做报告有货物交接清单、检测照片、码头卸货照片、集装箱货运记录等予以佐证，而对方亦无法提交足以推翻的相反证据，那么，该报告可以证明或推定货损是否发生（参见（2016）沪72民初16号、（2020）津72民初181号、（2021）辽72民初47号、（2021）辽72民初503号民事判决书）。而实践中诸如货物湿损所采取的确酸银检测、集装箱门底边处的水密检验等等也都是检验报告结论作出的客观论证方法和手段之一（参见（2018）粤72民初1041、1042号民事判决书）。

¹⁹⁶ 因货方保险人的保险区间通常涵盖装前、海运途中、卸后三个阶段，因此其委托作出的公估报告常会涵盖上述所有区间内发生的货损，而非完全针对承运人责任期间，故而虽然该报告能作为保险人和货方间保险理赔的依据，但不能将该保险期间内的所有损失均要求承运人承担（参见（2019）闽72民初255号民事判决书）。

¹⁹⁷ 参见（2017）沪72民初944号民事判决书。

¹⁹⁸ 货损检验报告结论的确定性表述有“货损系因……造成”；非确定性的表述有“所称仅为货损为……原因的可能性较大”。

¹⁹⁹ 参见（2017）沪72民初2328号民事判决书。

²⁰⁰ 实践中，虽然部分判决有时直接根据前述某一要件、便对检验报告的证明效力予以认定，但通过前述分析可知，仅通过某一要件就确认检验报告的效力其实是有待商榷的。因为几乎没有哪一个要件，是只要具备、便可直接得出检验报告内容可予采纳的结论。考虑到检验报告一经采信、则将对案件事实的认定以及最终当事人的责任承担都产生很大的影响，故，建议在分析检验报告效力时，宜分别从前述形式要件、主体要件、检验时间、检验程序、内容以及定损结论五方面进行综合判断，以避免因过于单一或相对简单的认定而对当事人合法权益产生不利的影响。

²⁰¹ 比如，目的港集装箱货物交接单，经审查确认系相关机构就涉案货物出具、且为原件，其显示集装箱目的港交接时完好无损、铅封完整无误；而检验报告显示发生货损，但该报告存在查勘系在收货人仓库进行，或承运人未被通知参与检验，抑或检验时间距离收货人签收货物时间较长等情形，此时，因检验报告内容存疑，故应适用集装箱交接清单的记载（参见（2018）津72民初1287号、（2019）津72民初643号民事判决书）。

论我国船舶司法变卖制度的完善

——以《北京船舶司法出售公约》为借鉴

许少彬 匡浩*

【摘要】

《北京船舶司法出售公约》于2023年正式签署。船舶司法变卖作为公约调整的对象，具有清除船舶债务负担以及实现执行效率的双重价值，但是我国船舶司法变卖制度存在着实体法律效力不明确以及程序规则不清晰双重问题，应从实体维度明晰船舶司法变卖具有“清洁物权”的法律效力，并允许径直适用船舶司法变卖程序的存在。径直适用船舶司法变卖应区分如下两种情形，分别完善：一是意定方式下的径直适用，以登记债权人的同意为条件；二是法定方式下的径直适用，以存在“特殊情形”作为条件。

【关键词】

船舶司法变卖 经法院批准的不公开出售 “清洁物权” 《北京公约》

引言

船舶司法出售方式包括船舶司法拍卖与船舶司法变卖。《中华人民共和国民事诉讼法》（简称《海诉法》）对司法拍卖船舶作了专门规定，却缺乏有关船舶司法变卖的规定。实践中，以司法变卖方式处置船舶的法律依据为《中华人民共和国民事诉讼法》（简称《民诉法》）、《关于人民法院民事执行中拍卖、变卖财产的规定》（简称《拍卖、变卖规定》）以及《关于扣押与拍卖船舶适用法律若干问题的规定》（简称《扣押与拍卖船舶规定》）。《民诉法》《拍卖、变卖规定》关于司法变卖的规定主要是针对一般财产，不能满足船舶的特殊性需求。而《扣押与拍卖船舶规定》虽是专门关于船舶司法出售的司法解释，但该解释仅规定了司法拍卖流拍后的船舶司法变卖，对于是否可以直接适用船舶司法变卖以及如何适用，

* 许少彬，厦门大学法学院博士研究生；匡浩，青岛海事法院法官。本文系2020年度国家社科基金“新时代海洋强国建设”重大研究专项（批准号20VHQ013）阶段性成果。

未作规定。目前，联合国国际贸易法委员会（UNCITRAL）通过的《北京船舶司法出售公约》（简称《北京公约》）规定的船舶司法出售（judicial sale）除了包括司法拍卖外，还包括经法院批准的不公开出售（court-approved private sale of ships）¹。经法院批准的不公开出售与司法拍卖的公开出售相对应，来源于英美法系国家的司法实践，与我国船舶司法变卖具有相同的内涵，对完善我国船舶司法变卖的有关规定具有一定的借鉴意义。

一、船舶司法变卖的内涵

一般而言，司法变卖是指不经竞价，由执行法院直接将执行标的物以相当的、合理的价格予以出卖的变价方式。²根据现行《民事诉讼法》第247条规定：“财产被查封、扣押后，执行员应当责令被执行人在指定期间履行法律文书确定的义务。被执行人逾期不履行的，人民法院应当拍卖被查封、扣押的财产；不适于拍卖或者当事人双方同意不进行拍卖的，人民法院可以委托有关单位变卖或者自行变卖。”司法变卖应具有如下特点：（1）辅助性。司法变卖主要适用于不适合司法拍卖或者当事人双方不同意司法拍卖的特定情形，多数情形下司法出售仍以公开的司法拍卖为主；（2）非公开性。司法变卖是按约定的价格直接将船舶出售给特定的买方，无需经过公开的招投标过程；（3）强制性。司法变卖属于法院的强制执行措施，在被执行人不履行义务时，由法院采取强制处分被执行人财产的行为。

辅助性和非公开性的特点，使得司法变卖与司法拍卖相互区别，但强制性又使得两者相互联系。两者间的相互关系随着认识的深入，不断演变。1982年《民事诉讼法（试行）》规定变卖作为财产的唯一变价方式。³但是，当时出台的司法解释，即1987年最高人民法院《关于强制变卖被扣押船舶清偿债务的具体规定》规定的船舶变卖，实际操作程序却为司法拍卖。可见，当时的立法并未严格区分司法变卖和司法拍卖。1991年的《民事诉讼法》除了规定司法变卖外，还明确了司法拍卖作为财产的变价方式。司法变卖与司法拍卖成为一种并列关系，不再是包含与被包含的关系。⁴1998年最高人民法院《关于人民法院执行工作若干问题的规定（试行）》首先提出司法拍卖优先于司法变卖适用。⁵2005年最高人民法院《拍卖、变卖规定》重申了司法拍卖优先适用，司法变卖仅在特定情形下适用的原则。⁶2012年的《民事诉讼法》以法律形式首次明确了司法拍卖与司法变卖的关系，即原则上优先适用司法拍卖，仅在在特

¹ 该制度在不同国家或地区有着不同的名称，在英国称为“court-approved private sale of ships”“fast track”“quickie sales”“private court sale”“private treaty sales”；在新加坡被称为“truncated”“directed judicial sale”。为了更直观理解该制度含义，参考中国法制出版社出版的2001年版《英汉法律词典》第876页关于“private sale”的翻译为“不公开出售”，本文将选取“court-approved private sale of ships”这一表述并统一翻译为“经法院批准的不公开出售”。

² 参见江伟主编：《民事诉讼法》（第三版），高等教育出版社2008年版，第493页。

定情形下适用司法变卖。⁷2017年《民事诉讼法》保留了2012年《民事诉讼法》的规定。不同时期的法律规定反映了司法变卖与司法拍卖的关系经历了包含与被包含，并列，再到司法拍卖为主、司法变卖为辅的互动关系。

船舶司法变卖具有一般财产的司法变卖所具有的基本特点，可将其定义为：不经竞价，由执行法院直接将被扣押的船舶以相当的、合理的价格予以出卖的变价方式。船舶司法变卖与船舶司法拍卖互动关系亦应遵循一般财产的司法变卖和司法拍卖之间的演变关系，即现行船舶司法出售应坚持以司法拍卖为主、司法变卖为辅的原则。相较于一般财产的司法变卖，针对船舶的司法变卖又具有特殊性。为了鼓励航运业的发展，各国多从立法上赋予船员工资、海难救助报酬等几类海事请求权以船舶为担保的优先受偿权，又称为船舶优先权（maritime lien）。此类权利具有“对物性”，未经法定除权程序，⁸将依附并跟随船舶所有权的转移而转移，容易使善意的买受人所买受的船舶因原船东所欠的债务而遭受扣押。此外，船上通常还存在种类繁多的海事请求权。为了促进船舶流转和融资，船舶司法变卖能否产生清除船舶债务负担的法律效力无疑至关重要，而普通财产的司法变卖并无此需求。

从域外法角度观察，纳入《北京公约》调整的、英美法下称之为经法院批准的不公开出售，是指法院同意申请人将船舶以事先协议好的价格卖给指定买受人，买受人取得的船舶不再负担有任何债务的出售方式。⁹该出售方式上在性质、实施目的、实施方式上与我国的船舶司法变卖相同。首先，在性质上，两者都是法院的强制执行措施，并非基于债务人自愿而出售船舶。其次，在目的上，两者都是为了高效地处置船舶，减少船舶价值的贬损或避免看船费用的攀升，以维护当事各方的利益。最后，在实施方式上，两者具有非公开性的特点，都是以协议价格将船舶卖给指定的买受人。因此，我国的船舶司法变卖与经法院批准的不公开出售船舶的内涵是一致的。¹⁰经法院批准的不公开出售已纳入《北京公约》的调整范围¹¹，换言之，若将来公约对我国生效的话，我国船舶司法变卖应属于公约的调整范畴。

二、船舶司法变卖价值的双重面向

船舶司法变卖的实施将引起船舶物权的设立、变更和消灭，船舶司法变卖问题并非纯粹的程序问题，而是兼具有程序和实体双重属性。完善船舶司法变卖具有实现实体正当和程序正义的双重价值。

³ 参 1982年《民事诉讼法（试行）》第93条、第172条以及第175条。

⁴ 参 1991年《民事诉讼法（试行）》第223条及第226条。《民事诉讼法（2007修正）》两者仍然为并列关系。

⁵ 参 1998年最高人民法院《关于人民法院执行工作若干问题的规定（试行）》第46条规定。

（一）实体价值：买受人的“清洁物权”

对一般动产财产的执行，通常是以债务人对财产享有所有权为基础，随着财产所有权人的变更，债权人便丧失了对特定动产的进行主张的权利。而就船舶进行强制执行的部分海事请求权具有一定的“对物性”，不因船舶所有权的转让而消灭。这使得船舶司法变卖法律效力应区别于一般财产的司法变卖。若有关船舶司法变卖法律效力的规定不清晰，势必打击买受人及其融资方买船的积极性。因此，船舶司法变卖是否能够实现清除船舶债务负担（简称“清洁物权”）的实体价值，显得至关重要。

就域外立法而言，经法院批准的不公开出售船舶具有“清洁物权”的法律效力。在英国，经法院批准的不公开出售船舶兼具有当事人意思自治买卖船舶和司法拍卖船舶两种出售方式的优点，曾颇受欢迎。¹²在新加坡、加拿大以及我国香港特别行政区的海事司法实践中，亦存在此种制度。在美国，则是以成文法方式直接进行规定。¹³英美法系下经法院批准的不公开出售，具有“清洁物权”的法律效力。¹⁴

在大陆法系国家，以非公开方式司法出售船舶同样具有清除船舶债务负担的功能。如马耳他法律明确规定，当事人通过该方式取得的船舶所有权为“清洁物权”。¹⁵在荷兰，允许抵押权人向法院申请以不公开的方式直接将船舶卖给第三人，此种买卖的法律效力同司法拍卖一样，买受人取得的船舶所有权皆为“清洁物权”。¹⁶此外，在葡萄牙以及挪威国家，无论是公开的司法出售还是非公开的司法出售，两者在法律效力上是一致的。值得注意的是，在法国法下，尽管法律规定尚不明确，但是有学者认为在法官监督下的非公开船舶出售所产生的法律效力，应区别于基于当事人意思自治而进行的船舶买卖所产生的法律效力。¹⁷

《北京公约》第2条a款规定，船舶的“司法出售”包括由法院监督和批准实施的公开拍卖或非公开协议的方式两种，其中非公开协议的方式，就是本文所指的经法院批准的不公开出售。上述规定意味着，将来公约生效后，按照公约规定进行的经法院批准的不公开出售，其所产生的“清洁物权”法律效力，应获得缔约国承认。《北京公约》凝结着国际海商法界就船舶司法出售国际效力问题所达成的共识，应成为各国制定相关国内法时重要的参考资料。¹⁸

（二）程序价值：维持费用的最小化

⁶ 参 2005 年《关于人民法院民事执行中拍卖、变卖财产的规定》第 2 条及第 34 条。

⁷ 参 2012 年《民事诉讼法（2012 修正）》第 247 条。

⁸ 根据《海商法》第 29 条第 1 款第 2 项规定，船舶优先权因强制出售而消灭。

效率原则是民事强制执行所要彰显的首要原则，对效率价值的追求诠释了民事执行权力运行的正当性和合理性，¹⁹是正当程序的应有之义。船舶司法变卖程序的适用是法的效益价值的体现。相较于船舶司法拍卖程序耗时长、成本高的缺点，船舶司法变卖不公开特点，使其程序运行具有高效、便捷、低成本的优点。船舶看管期间每日都将产生大量的看船费用，包括但不限于船员工资、燃油费、淡水费、码头费等。看船成本的攀升，将导致船舶出售价款中可供债权人最终分配的部分减损。船舶司法拍卖耗时长，快则两、三个月，慢则半年甚至一年，长时间的扣押船舶无疑将产生高昂的看船成本。相反，船舶司法变卖程序较为灵活，耗时短、费用低的优点。

船舶司法拍卖注重的是公平、公正原则，而船舶司法变卖程序则是注重效率原则。两者价值导向并不相同，相互独立。在国际立法实践中，相较于公开的船舶司法拍卖，经法院批准的不公开出售在法律地位上同样是独立的。根据《北京公约》第2条关于司法出售的定义，经法院批准的不公开协议出售与司法拍卖是并列关系，公约草案用词为“or”，两者共同构成《北京公约》拟调整的船舶司法出售方式。

值得注意的是，为了发挥经法院批准的不公开出售的效率价值，同时，兼顾法的公平、公正原则，下述国家分别从适用条件及适用程序两个方面对其适用加以限制：

就适用条件方面，英国法院在2013年The Union Gold案中，²⁰改变了以往宽松的做法，判定拟出售的船舶仅在“特殊情形”时，方能采取不公开的方式进行出售。该做法随后被新加坡法院效仿。新加坡法院在The Turtle Bay案²¹及The Sea Urchin案²²，同样以不存在“特殊情形”拒绝当事人不公开出售的申请。采取类似做法的还有大陆法系的葡萄牙。葡萄牙允许在“情况紧急”的情形下，法院可径直适用司法变卖的方式处置船舶。²³

就适用程序方面，主要存在于美国、马耳他及荷兰等国家的国内立法中。美国规定了法院批准协议出售船舶的，应通知利害关系人，并在指定报刊上公布出售协议；出售协议公布后，若法院收到高于拟出售价格10%或以上的报价，则法院可以拒绝批准私人协议出售。船舶出售价格同样应以无利害关系的评估师对船舶评估价为参照，必须高于或等于评估价的三分之二。²⁴马耳他同样要求出售申请人提供独

¹⁹ Angele Azzopardi, Court-Approved Private Sales of Ships and Vessels: An Analysis (LL.D), University of Malta, 2015, P. 17.

²⁰ 笔者曾就我国船舶司法变卖是否符合公约调整的经法院批准的不公开出售这一问题向《北京公约》中国代表团中的两位专家分别请教，两位专家各自表示他们个人看法认为我国船舶司法变卖应当是符合公约经法院批准的不公开出售这一规定，一旦公约最终对我国生效，我国船舶司法变卖将会纳入公约的调整范围。

²¹ 工作组在第36届会议报告的补充报告中(文件号A/CN.9/WG.VI/XXXVI/CRP.1/Add.1)指出由于经法院批准的不公开出售方式在多个国家存在，建议修订司法出售的含义以体现包括此种出售方式。《北京公约》将船舶司法出售定义为“由法院或其他公共机构下令、批准或确认的，以公开拍卖或经法院监督和批准的不公开的方式进行并将收益分配给债权人的船舶出售。”

立且信誉良好的第三方出具的船舶评估价。申请人拟出售价格不得低于评估价。法院会组织召开听证会，对于评估价格的合理性进行判断。如果法院、债务人或其他债权人提出充分的证据证明存在比现行出售价格更高的价格，法院将会拒绝批准不公开出售。²⁵ 在荷兰，申请人应在计划出售日前一个星期向法院提交其与第三人拟将签订的出售协议。在协议评估期间，如有出售价高于申请人拟出售的价格，法院可以拒绝申请人的申请。²⁶ 此外，根据《北京公约》的规定，司法出售获得国际效力的前提是该司法出售应按照公约第4条的规定，向指定人员按照要求内容发送通知。

前述限制，无论是要求申请人提供船舶评估价，或组织关于评估价的听证或在指定的报刊上刊登出售协议以接受报价更高的要约，主要围绕确保出售价格的合理性展开，以防止因出售程序不公开而损害其他债权人利益。

三、对船舶司法变卖制度的双向检视

片面强调船舶司法拍卖优先适用的原则，使得船舶司法变卖的价值未能得到充分重视。下文将从实体和程序两个维度分别对我国船舶司法变卖有关规定进行检视。

（一）船舶司法变卖法律效力的实体性检视

我国《海商法》仅规定司法拍卖具有消灭船舶优先权的法律效力，而对于抵押权、光船租赁权等海事请求权是否消灭的问题并未做规定。但是，海商法学者多数观点认为船舶司法拍卖具有“清洁物权”的法律效力。²⁷ 然而，对于船舶司法变卖将产生何种法律效力，法律未做规定，理论亦鲜有讨论。由于无法认定船舶司法变卖方式具有清除船舶债务负担的法律效果，实践中已经产生相应的纠纷²⁸。船舶司法变卖法律效力规定的缺失，必然妨碍船舶司法变卖的适用。

（二）径直适用船舶司法变卖的程序性检视

在现有法律框架下，关于船舶司法变卖的适用情形分两种：一是船舶司法拍卖流拍后所适用的船舶司法变卖；二是无需经过船舶司法拍卖，而是直接以司法变卖

¹² 据统计，于1999-2000年期间，在英国抵押权人申请出售31条船舶中有23条采取该方式出售，引自：Angele Azzopardi, Court-Approved Private Sales of Ships and Vessels: An Analysis (LL.D), University of Malta, 2015, p.46; Direct Sale Of An Arrested Ship: Is It Over? [https://eosis.rajahtann.com/eOASIS/lu/pdf/2013-09-Direct-Sale-Of-An-Arrested \(1\).pdf](https://eosis.rajahtann.com/eOASIS/lu/pdf/2013-09-Direct-Sale-Of-An-Arrested%20(1).pdf), 2021/2/21.

¹³ 《美国法典》(United States Code, USC)第28章第2001和2004节。

¹⁴ Paul Myburgh, 'Satisfactory for its own Purposes': Private Direct Arrangements and Judicial Vessel Sales, <https://ssrn.com/abstract=2921700>, 2022/5/15.

¹⁵ 马耳他《民事诉讼组织法》第364条明确规定，买受人通过经法院批准的不公开出售的方式取得的船舶将免除船舶出售之前的一切债务负担，所有对船舶的主张将转移至船舶出售价款上。

¹⁶ Lief Bleyen, *Judicial Sales of Ships*, Springer International Publishing Switzerland, 2016, p.136.

¹⁷ Gilles Gautier, *Judicial sales of vessels and priority of claims, France Part III, Maritime Law Handbook*, Edited by Christian Breitzke, Jonathan S. Lux, Kluwer Law International, 2021, p.11.

¹⁸ 李海：《国际海事委员会的最新成果：〈北京草案〉》，载《中国海商法研究》2014年9月第3期。

¹⁹ 董少谦：《民事强制执行法论纲——理论与制度的深层分析》，厦门大学出版社2009年版，第46页。

方式处置船舶,本文称之为径直适用的司法变卖。关于前者,《扣押与拍卖船舶规定》规定得较为明确,²⁹不再做进一步分析。对于后者,《海诉法》《扣押与拍卖船舶规定》未作出规定。司法实践中,关于径直适用船舶司法变卖的法律依据为《民事诉讼法》及《拍卖、变卖规定》。《民事诉讼法》第247条规定了不适于拍卖或者当事人双方同意不进行拍卖的被查封、扣押的财产,人民法院可以委托有关单位变卖或者自行变卖。《拍卖、变卖规定》第31条细化了《民事诉讼法》第247条的规定,明确法院可径直适用司法变卖的情形为如下两种:一是,经当事人双方及有关权利人同意,下文称之为意定方式下可径直适用的船舶司法变卖;二是财产本身性质特殊、难以保存,如对于金银及其制品、当地市场有公开交易价格的动产、易腐烂变质的物品、季节性商品、保管困难物品或是保管费用过高的财产,下文称之为法定方式下可径直适用的船舶司法变卖。

(三) 意定方式下可径直适用的船舶司法变卖应取得同意的债权人范围不明确

船舶上通常负担着错综复杂的法律关系,如基于船舶优先权、留置权以及抵押权产生的船舶担保物权关系,基于船舶光船租赁、船舶经营和管理产生的类似用益物权的法律关系,³⁰还有基于运输合同等法律关系产生的普通海事债权债务关系等,牵涉的利益主体众多。不同法律关系下,债权人所享有的债权,受偿序位不同。意定方式下可径直适用的船舶司法变卖,应取得同意的债权人范围多大?实践并不一致。如在福建某借款合同纠纷执行复议案³¹中,当事人双方达成司法变卖船舶的执行和解协议,而后根据该和解协议进行船舶司法变卖。该案意思自治主体为执行申请人与被申请人双方。在湖南某金融借款合同纠纷案³²中,买受人与申请人及被申请人三方协商一致,以司法变卖方式出售船舶。该案意思自治主体除了申请人和被申请人外,还包括买受人。在湖北某船舶买卖合同纠纷执行一案³³中,因申请人未交纳船舶检验费、评估费,导致涉案船舶司法拍卖程序被迫中止。之后,被申请人征得船舶抵押权人、申请人和其他部分债权人同意后以司法变卖方式直接处置船舶。该案意思自治主体为执行申请人、被申请人以及部分债权人。可见,实践中关于应取得同意的债权人范围,并不统一。

²⁹ The Union Gold, [2013] EWHC1696. 1.

²¹ The Turtle Bay, [2013] 4 SLR615, para. 35 and 38. 在The Turtle Bay案中,新加坡法院认为船舶扣押期间看管成本较高问题,并不构成“特殊情形”。但是对于看管成本较高的问题,法官似乎也留下了开口,在看管成本过分高于的情形下,仍可以批准不公开出售船舶。应当说当存在过分高于情形时,如长期扣押的看管成本接近船价或船舶出售后可得收益将大部分用于抵扣看管成本,此情形应构成“特殊情形”,若法院能够批准以不公开出售船舶的方式尽快处置船舶,更符合全体债权人的利益。

²² The Sea Urchin, [2014] SGHC 24.

²³ Manuel P. Barrocas, Judicial sales of vessels and priority of claims, Portugal Part III, Maritime Law Handbook, Edited by Christian Breitzke, Jonathan S. Lux, Kluwer Law International, 2021, p. 11-12.

²⁴ 详参《美国法典》(USC)第28章第2001和2004节。

²⁵ 马耳他《组织和民事诉讼法》第358-364条。

²⁶ Lief Bleyen, Judicial Sales of Ships: A Comparative Study, Springer International Publishing Switzerland, 2016, p. 138.

（四）混淆了流拍后的船舶司法变卖及法定方式下径直适用的船舶司法变卖

流拍后的船舶司法变卖不同于法定方式下可径直适用的船舶司法变卖。前者侧重于考虑执行穷尽原则，以最大限度实现债权人的债权，后者主要是出于效率原则的考虑。实践中，司法拍卖流拍后再行适用司法变卖是常态，³⁴ 由此容易使人误解船舶司法变卖的适用需要以司法拍卖的适用为前提条件，进而忽视可径直适用船舶司法变卖的方式。国内某海事法院曾发布的《拍卖、变卖船舶有关规定》第 18 条规定：“实行‘拍卖优先’原则，扣押船舶只有在两次拍卖不成的情况下，才能采用变卖的方式。”³⁵ 前述规定否定了可径直适用船舶司法变卖的情形。实践中，如在 The Glorysea 轮执行案，³⁶ 在看船成本高企的情形下，法院仍坚持以司法拍卖方式处置船舶，耗时半年之久，历经三次司法拍卖流拍之后，方考虑以司法变卖方式处置船舶。如前文所言，《海诉法》《扣押与拍卖船舶规定》并未否定可径直适用的船舶司法变卖。尽管《民事诉讼法》《拍卖、变卖规定》的相应规定针对的是一般动产财产的司法变卖，但也允许直接适用司法变卖的方式处置财产。船舶司法变卖的适用需要以司法拍卖流拍为前提的认知没有法律依据。

四、船舶司法变卖制度的完善

船舶司法变卖兼具实体性和程序性，为了充分利用好该出售方式，应从实体性规定以及程序性规定分别进行完善。

（一）明确“清洁物权”之实体法效果

尽管现有法律没有相应的规定，但是基于正当和合理性要求，船舶司法变卖应具有“干净船”法律效果。首先，船舶司法变卖具有国家强制性，强制性是船舶司法变卖与当事人自由买卖的最主要区别。船舶司法变卖属于船舶的强制变价措施，被执行人是被动出售船舶用以清偿债务的。在这一点上，船舶司法变卖与司法拍卖并无本质不同。两者都是基于法院的强制变价要求，使得依附于船舶之上的请求权被迫转移到对船舶出售价款的主张和分配上，进而达到涤除船舶所附债务负担的目的。因此，无论是司法拍卖或者司法变卖前的债务人都无权再就司法拍卖或司法变卖前的债务向新船东进行主张。³⁷

其次，根据文字解释方法，船舶司法变卖具有清除船舶优先权的法律功能。《海商法》第 29 条³⁸ 规定船舶优先权经过“强制出售”后消灭。该条“强制出售”

³⁷ 海商法学会答复国际海事委员会问卷调查，认为我国船舶经司法出售后具有“清洁物权”法律效力。See Commentary on Answers to the Third Group of Questions, <https://comitemaritime.org/wp-content/uploads/2018/05/Summary-and-Comments-on-Third-Group-of-Questions-by-Louis-Mbanefo.pdf>, 2022/12/1.

³⁸ 参见李晓枫、高俊涛：《我国船舶司法拍卖规范的冲突与调适》，载《中国海商法研究》2014 年第 4 期。

移植于《1993年船舶优先权与抵押权国际公约》。公约关于“强制出售”英文表述为“forced sale”，而司法出售英文表述为“judicial sale”，两者的含义并不等同。³⁹“强制出售”的语义范围大于“司法出售”，还包括行政机关主导的强制出售，如海关出售罚没的船舶。⁴⁰司法出售又可分为司法拍卖和司法变卖，所以，“强制出售”范围当然地包括司法变卖。由此推知，船舶司法变卖同样具有清除船舶优先权的法律效力。

再次，根据“举重以明轻”的原则，若船舶司法变卖具有消灭法律保护力度最强、受偿顺序最为优先的船舶优先权的法律效力，显然，船舶司法变卖也应具有清除包括船舶留置权及船舶抵押权在内的其他海事请求权的法律效力。

最后，符合司法出售体系的逻辑自洽性要求。主流观点认为船舶经司法拍卖后成为“清洁物权”。根据现有规定，允许司法拍卖流拍后采取船舶司法变卖方式处置船舶，在此情形下，司法拍卖是适用司法变卖的前置程序，若前置程序可取得“清洁物权”法律效果，而后续采取的司法变卖措施却无法取得相同的法律效果，显然，逻辑上无法自洽。在船舶司法拍卖不成交的基础上进行的司法变卖，是依法强制拍卖船舶的特殊方式，司法变卖后的船舶价款用来对登记债权进行清偿，也是按照法定的债权受偿程序进行清偿。所以，司法变卖的效力和司法拍卖的法律效力是等同的。⁴¹

船舶物权关系具有高度涉外性的特点，明确船舶司法变卖具有“清洁物权”的法律效力，符合保护善意买受人的原则需要，有利于维护船舶物权关系的稳定，也符合国际主流立法需求。

（二）完善可径直适用的船舶司法变卖规则

《拍卖、变卖规定》第31条规定的可径直适用司法变卖的情形仅是针对一般动产财产，将其适用于船舶，并不合适。建议将来《海诉法》修改时，可考虑借鉴域外国家关于经法院批准的不公开出售有关规定，从以下两种情形分别完善我国可径直适用司法变卖的条件。

1. 意定方式下，应明确取得同意的债权人范围

意定方式体现了尊重当事人意思自治原则。尽管司法出售是依靠国家强制力作为保障的强制执行措施，是一种公法行为，但其目的是为了救济民事主体受损的权利，最终解决纠纷。在司法出售措施的选择上，适当尊重当事人意思自治，有利于

³⁹ 《扣押与拍卖船舶规定》第13条：“对经过两次拍卖仍然流拍的船舶，可以进行变卖。变卖价格不得低于评估价的百分之五十。”

⁴⁰ 此类法律关系是否可以称为“船舶用益物权”，学界尚无定论。

妥善解决纠纷。《拍卖、变卖规定》第 31 条规定的适用条件是“经当事人双方及有关权利人同意”，船舶上负担有多层次且优先效力不同的债权债务，“有关权利人”如何界定，显得至关重要。在前述福建某借款合同纠纷执行复议案中，由于执行法院未能取得有关债权人同意，仅依据当事人双方的同意便径直适用船舶司法变卖，致使该债权人对执行法院的司法变卖行为提起复议申请。

对于应取得同意的债权人的范围，有些国家或地区根据船舶出售价款是否足以清偿全部债务进行区分。对于足以清偿的，直接依据申请人与被申请人同意即可，无须取得其他债权人同意；对于不足以清偿的，由于涉及到债权人利益分配问题，在此种情形下，除被申请人以及买受人外，还应取得债权人的同意。⁴² 债权人主要是指已登记的债权人。⁴³ 基于操作的可行性，在我国取得同意的债权人范围可参考《海诉法》第 33 条规定⁴⁴ 关于船舶司法拍卖通知主体的规定，即包括已知的船舶优先权人、已登记的抵押权人。此外，还应当包括其他持有生效的可执行文书的债权人。值得注意的是，当事人或者其他债权人的此种同意应当以明示的意思表示为准，默示意思表示不构成明确同意。新加坡法院在 The Turtle Bay 案的观点便认为没有其他对物诉讼请求人站出来主张权利的事实不构成债权人的明示同意，不是批准不公开出售船舶的原因。⁴⁵

2. 法定方式下，以存在“特殊情形”作为可适用的条件

尽管《拍卖、变卖规定》第 31 条对于一般动产财产可径直适用司法变卖的情形进行了规定，但是该规定无法囊括船舶所面临的特殊风险。该规定仅限于以下情形：“对于金银及其制品、当地市场有公开交易价格的动产、易腐烂变质的物品、季节性商品、保管困难物品或是保管费用过高的财产”。前述情形适用于船舶，并不合适，主要理由如下：（1）船舶毫无疑问不属于“金银及其制品”；（2）船舶属于特定物，每艘船舶的类型、尺寸、船龄等参数各异，几乎不存在“当地市场有公开交易价格”；（3）也很难将船舶归类为“易腐烂变质的物品”“季节性商品”。

（4）就“保管困难物品”“保管费用过高的财产”的情形而言，可否适用于船舶，值得疑问。如新加坡 The Turtle Bay 案中，⁴⁶ 法院便认为看管费用过高问题不构成“特殊情形”，不应批准以非公开方式司法出售船舶。退而言之，即使最后一种情形可

³¹ 福建省华侨友谊外贸经营公司与福建福州农村商业银行股份有限公司、福建融通船务有限公司借款合同纠纷执行复议案，案号：（2014）闽执复字第 3 号案。

³² 湖南衡东农村商业银行股份有限公司与谭冬云、陈美平等金融借款合同纠纷执行案，案号：（2018）湘 0424 执 639 号之一案。

³³ 张利杰、何恒江船舶买卖合同纠纷执行实施类执行案，案号（2019）鄂 72 执 774 号一案。

以适用，但海上风险远比陆上风险复杂，若仅将可允许径直采用司法变卖处置船舶的情形限定为“保管困难物品”“保管费用过高的财产”这两种情形，现实意义不大。

由于海上风险特殊，难以就是否允许径直适用司法变卖的情形做周全的列举式规定。因此，可借鉴英美法的规定，以“特殊情形”作为可径直适用的条件。对于何为“特殊情形”，⁴⁷由于个案案情千差万别，交由法院自由裁量，更符合航运实践的需要。正如斯特凡·格伦德曼 (Stefan Grundmann) 等人指出，“只有在完全、准确把握了重要案件事实，权衡所有相关论据的情形下作出的判决，才是一个充分具备理由的好判决”。⁴⁸若固守《拍卖、变卖规定》第 31 条适用条件，显然无法满足船舶的特殊要求。

为了防范径直适用船舶司法变卖程序的非公开性特点对不公平原则的可能损害，可从如下方面作进一步规制：（1）要求申请人提供信誉良好的第三方出具的船舶评估价。如前文所述，美国、马耳他等国家，要求申请时，应提供第三方出具的船舶评估价，拟协议出售的船舶价格不得低于评估价。由于我国的船舶司法拍卖亦应当经过评估，⁴⁹因而，在船舶司法变卖程序中引入评估要求，可行性强。（2）就申请人提供的船舶出售价组织听证。如马耳他法律规定，法院接受申请后 10 日内应组织利害关系方就出售价格合理性进行听证，法院认为出售价格不合理的，可另行委托评估。

结语

作为公约调整的经法院批准的不公开出售来源于英美法系国家，在域外国家有着比较成熟立法和司法实践。中国作为《北京公约》的发起国，在积极参与公约谈判的同时，应当充分借鉴。该制度同我国船舶司法变卖内涵相同，正值我国《海商法》《海诉法》修改之际，对标公约调整内容，借鉴域外法的成熟经验，对完善我国船舶司法变卖有关规定，无疑具有重要的现实意义。由于船舶司法变卖具有程序和实体双重价值，应从实体和程序两个维度对船舶司法变卖进行检视，指出我国国内立法上存在着船舶司法变卖的适用效果不明确的实体性问题以及适用条件不清晰、适用规则不完善的程序性问题。对此，建议借鉴域外法关于经法院批准的不公开出售制度的成熟经验，明确我国船舶司法变卖具有“清结物权”的实体法律

⁴⁴ 如“丰顺 1898”轮执行案中，案号（2015）武海法执字第 00196-2 号，申请人以实现担保物权为由请求处置船舶，经两次司法拍卖流拍后，法院才以变卖方式处置船舶。在某船员劳务合同纠纷案中，案号（2015）琼海法执字第 541 号案，涉案船舶经过两次司法拍卖流拍后，法院才进行司法变卖。在安徽某银行与某航运公司申请执行案中，案号（2019）皖 1122 执恢 205 号之五，涉案船舶经第一轮司法拍卖流拍后，因申请人与债务人及买受人达成以司法变卖方式处置船舶的协议，最终才得以以司法变卖方式迅速处置船舶。

⁴⁵ 人民法院诉讼资产网，网址 https://www.rmfsyssc.gov.cn/statichtml/rm_xw_detail/2012/02/29/722.shtml，访问时间 2022/12/9。

⁴⁶ （2020）沪 72 执异 8 号。

效果，并在程序法上允许在当事人及登记债权人同意以及存有“特殊情形”时，可径直适用船舶司法变卖。

³⁷ 参见李晓枫、高俊涛：《我国船舶司法拍卖规范的冲突与调适》，载《中国海商法研究》2014年第4期。

³⁸ 《海商法》第29条第1款规定：“船舶优先权，除本法第二十六条规定的外，因下列原因之一而消灭：（一）具有船舶优先权的海事请求，自优先权产生之日起满一年不行使；（二）船舶经法院强制出售；（三）船舶灭失。”

³⁹ 从其他公约关于“强制出售”的解释进行佐证，也无法得出“强制出售”等同于司法拍卖。如1982年《内河航行船舶登记公约及司法拍卖议定书》对“forced sale”一词进行了解释，该公约议定书二规定“forced sale”是指为满足申请人的索赔或任何其他权利而根据缔约国法律规定的出售船舶的任何措施（英文原文：“Forced sale” means any measure provided for under the law of a Contracting Party with a view to the sale of a vessel to satisfy a claim or any other right appertaining to the applicant.）。根据该公约议定书对强制出售的定义可知，其范围是指各帝国内法允许采取的强制出售船舶的任何措施，并不限于司法拍卖的方式。

⁴⁰ 参见李海：《对船舶司法出售国际承认若干问题的思考》，载《中国海商法年刊》2009年1月。

⁴¹ 关正义：《船舶扣押法律制度研究》，法律出版社2007年版，第202页。

⁴² 台湾地区《强制执行法》第114-2条第（3）项规定：“船舶得经买受人、债权人及债务人同意变卖之，并于买受人缴足价金后，由执行法院发给权利移转证书。”第114-2条第（4）项规定：“前项变卖，其卖得价金足以清偿债权人之债权人，无须得其同意。”

⁴³ 葡萄牙法律规定，申请人提议的出售价格或买受人，得到被告（船东）和已登记债权人的认可；或者被申请人（船东）提议的出售价格或买方，得到被执行申请人和已登记债权人的认可，法院可批准以不公开出售方式处置船舶。See Manuel P. Barrocas, *Judicial sales of vessels and priority of claims*, Portugal Part III, *Maritime Law Handbook*, Edited by Christian Breitzke, Jonathan S. Lux, Kluwer Law International, 2021, p. 11-12.

⁴⁴ 《海诉法》第33条第1款：“海事法院应当在拍卖船舶三十日前，向被拍卖船舶登记国的登记机关和已知的船舶优先权人、抵押权人和船舶所有人发出通知。”

⁴⁵ *The Turtle Bay*, [2013] 4 SLR615, para. 38.

⁴⁶ *The Turtle Bay*, [2013] 4 SLR615, paras. 35 and 38. 在*The Turtle Bay*案中，新加坡法院认为船舶扣押期间看管成本较高问题，并不构成“特殊情形”。但是对于看管成本较高的问题，法官似乎也留下了开口，在看管成本过分高于的情形下，仍可以批准不公开出售船舶。应当说当存在过分高于情形时，如长期扣押的看管成本接近船价或船舶出售后可得收益将大部分用于抵扣看管成本，此情形应构成“特殊情形”，若法院能够批准以不公开出售船舶的方式尽快处置船舶，更符合全体债权人的利益。

⁴⁷ 在英国*The Union Gold*案中，法院认为唯一获得批准的*Union Pluto*轮存于船况老旧、难以找到买家及维系船上船员工作的“特殊情形”。在加拿大*The Nel*案中，联邦法院认定的“特殊情形”则是船载货为硫磺，如不及时快速地处置船舶，船舶将被腐蚀。这两个案件“特殊情形”都是根据个案案情作出判断，前者主要是基于维护船员工作的稳定，后者基于船舶价值的贬值考虑，很难事先定义。

⁴⁸ *Stenfan Grundmann/Hans-W. Micklitz /Moritz Renner, Privatrechtstheorie*, Bd. 1, Mohr Siebeck, 2015, S. 5. 转引自柳建龙：《论基本权利竞合》，载《法学家》2018年第1期。

⁴⁹ 我国《海诉法》第34条规定。

船舶的刑事司法拍卖程序研究

——以海上走私犯罪中的作案工具船舶为例

张冬青 樊羽萌*

【摘要】

扣押及拍卖船舶是民事诉讼中常用的保全及执行手段之一，《中华人民共和国海事诉讼特别程序法》及其司法解释以“清洁船舶”制度为中心，就船舶这一特殊动产上有关债权的处置程序已经形成较为完善的法律规定。但在刑事诉讼领域，船舶的司法拍卖程序研究却遭到了理论与实务界的“冷遇”。本文将就海上走私犯罪下的作案工具船舶为切入，通过与民事司法拍卖展开对比研究，探讨对有关规范进行民刑移植的可行性，重构船舶的刑事司法拍卖程序，并尝试就民刑规范转致提出具体立法建议。

【关键词】

船舶 刑事司法拍卖 特殊没收 保安处分 民刑转致

引言

民事诉讼保全与执行程序中的船舶司法拍卖，作为保障和实现请求人合法债权的重要手段，以“清洁船舶”理论为核心，已形成较多研究成果，并在我国司法实践中建立了较为成熟的实体和程序规范。但是，在刑事诉讼领域，被判决没收船舶的司法拍卖程序却一直存在理论研究空白，有关问题在海上走私犯罪案件中尤为突出。由于海上犯罪的特殊性，此类案件呈现出案发规模大、隐蔽性强、反复性高和法益侵害大的特点，且常常以船舶为作案工具。《中华人民共和国刑法》（以下简称《刑法》）第六十四条规定，“违禁品和供犯罪所用的本人财物，应当予以没收”。由于船舶保管困难、看管成本高昂，刑事实务中均面临没收后司法拍卖的问题。但是，现有刑事诉讼有关立法中，并未针对船舶就拍卖程序做出明确规定，即使根据

* 张冬青，青岛海事法院党组成员、纪检组组长；樊羽萌，青岛海事法院法官助理。

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》（以下简称《刑诉法解释》）第五百三十二条，就刑事裁判涉财产部分的执行，参照适用民事执行的有关规定，也会因《中华人民共和国海事诉讼特别程序法》（以下简称《海诉法》）及其司法解释同《中华人民共和国海关法》（以下简称《海关法》）有关规定衔接不畅的问题，导致在刑事没收后，就船舶有关债权人的权利处分及海诉法“清洁船舶”程序是否适用于刑事司法拍卖存在极大争议；在执行机关的选择上，选择海关等扣押机关还是海事法院尚不统一；在执行程序上，是否应当履行债权登记、确权诉讼及分配程序同样缺少明确的程序法依据。

2022年，中国海警局部署开展打击海上走私“净海2022”专项行动中，全年共查获涉嫌走私案件471起，涉及案值高达21.8亿元。¹案涉船舶的没收及司法拍卖将对众多与船舶有关的案外债权人利益产生影响，有关实体及程序立法的完善具有极为重要的现实意义和紧迫性。本文将以上海走私犯罪为例，从船舶民事司法拍卖的法理基础出发，经横向对比，分析与刑事司法拍卖程序的异同。并通过《刑法》第六十四条没收作案工具的性质开展理论分析，就其没收后果进行重构，论证在船舶司法拍卖领域进行民刑规范转致的理论基础和可行性。

一、船舶民事司法拍卖的法理基础

民法领域的船舶司法拍卖程序作为一种特殊的海事诉讼程序，是指具有管辖权的海事法院通过法定程序，以向社会公开竞价的方式，对被扣押的船舶进行处分的过程。虽然海上走私犯罪等刑事司法拍卖的法律基础与民法领域的船舶司法拍卖存在明显区别，但二者都需要解决船舶之上原有的优先权、留置权、抵押权等民事债权的存续问题，并针对相应的拍卖后果进行程序设计。因此，在对海上走私犯罪中的船舶刑事司法拍卖进行探讨时，可以以现有的、相对成熟的民事诉讼中的船舶司法拍卖理论为基础，展开参照对比分析。

（一）船舶民事司法拍卖的理论基础：以“清洁船舶”为中心

在我国，船舶民事司法拍卖程序一般经请求人申请启动，由海事法院执行。与普通商业拍卖中买受人同原所有人自愿建立的买卖合同关系不同，司法拍卖程序因海事法院的介入而具有了强制性，这就导致理论界对船舶司法拍卖的性质认定形成了不同观点。以早期德、日为主的学者认为²，船舶司法拍卖属于私法行为，虽然

¹ 《中国海警打击海上走私“净海2022”专项行动战果丰硕》，载中国日报网，<https://baijiahao.baidu.com/s?id=1756422822072606358&wfr=spider&for=pc>，访问日期2023年1月30日。

² 向明华：“船舶司法拍卖的内涵及其法律性质辨析”，载《重庆工学院学报》2009年第8期。

拍卖程序的启动不由所有权人决定，但国家机关主导拍卖程序的权力基础还是船舶原所有人的物权，其本质仍是原所有人与拍卖买受人订立买卖合同，因此仍应受到传统民法理论中买卖合同相关规定的限制，船舶上的负担随拍卖转移，买受人取得瑕疵担保请求权，如《日本民法典》第五百六十八条即对基于《民事诉讼法》拍卖行为的担保责任进行了明确规定³；第二种观点认为，船舶司法拍卖属于公法行为⁴，是国家机关基于公法赋予的权力采取的强制出售，其本质是对被扣押船舶采取的财产保全措施和强制执行措施，船舶买受人自司法拍卖后即原始取得了船舶的所有权，与船舶有关的权利处分不再以原所有人和买受人的自愿合意为要件；第三种折衷说则认为，船舶司法拍卖一方面在海事法院等公权力机关的主导下，具备公法行为属性，另一方面拍卖流程中的买受人与原所有人之间成立的是与一般商业拍卖类似的、双方法律地位平等的买卖合同关系，拍卖的法律后果与私法说一致。

笔者认为，民事司法拍卖作为一种公权力主导下的保全和执行程序，拍卖行为并非源自原所有人的自愿委托，而是具有公法强制性。且对于买受人而言，司法拍卖相较一般商业拍卖具有更高公信力。因此，有关买卖行为应当被认定为公法行为。如果依照私法说或折衷说，在司法拍卖程序中允许船舶上的负担随拍卖转移，将会给司法拍卖后买受人取得的物权带来极大不确定性，这显然与司法拍卖的公信力相悖。而在刑事执行中，司法拍卖的公法属性更加明确。此时，被判决没收的船舶所有权因司法机关行使刑罚权，已不再归原所有权人所有，原所有权人与买受人间更无法形成法律地位平等的买卖合同关系，在拍卖结果上同样应与普通买卖行为产生区分。

与一般的财物不同，船舶之上可能会附着多种债权，依据我国海商法，各类船舶优先权在通过法定程序确认前，甚至会始终处于性质和数额均不明确的状态。一方面，如果司法拍卖程序不对这些债权加以解决，将会导致市场中的购买者由于担忧这些潜在的债权风险，不敢参与船舶竞拍，或者不会在竞拍中给出较高竞价，产生程序空置的负面影响；另一方面，司法拍卖程序下的船舶物权系依据法律规定发生的转移，此时船舶买受人应当原始取得该船舶的所有权。为了平衡好原船舶所有人，船舶之上的优先权、留置权、抵押权等债权人，以及司法拍卖买受人的三方利益，同时解决上述债权存续与转移的问题，即形成了具有海事诉讼特色的“清洁船舶”

³《日本民法典》，刘士国、李宪魁等译，中国法制出版社2018年版，第141页。

⁴陈桂明，侍东波：“民事执行法中拍卖制度之理论基石——强制拍卖性质之法律分析”，载《政法论坛》2002年第5期。

制度。

在船舶司法拍卖私法说和折衷说的语境下，船舶之上的债权不会因司法拍卖产生强制变化，除非原所有人与买受人特别约定，否则船舶上的所有负担将随所有权一起转移至买受人，即承继主义观点。此时，买受人将可能以较低的价格竞买到船舶，但拍卖程序的流程也会因梳理和明确债权变得复杂冗长，交易风险也将随之增加。对其他债权人而言，还将面临因船舶多次流转产生的无法确认所有人的风险。可见，从拍卖的结果出发，承继主义亦说明了私法说与折衷说存在的缺陷。持船舶司法拍卖公法说的学者则大多主张采取涂销主义，即应当通过法定程序使得船舶买受人最终原始取得其上无其他债权的、“清洁的”船舶物权，以充分保证船舶司法拍卖的市场活力，实现其作为一种财产保全和强制执行措施的程序目的。我国在《最高人民法院关于海事法院拍卖被扣押船舶清偿债务的规定》中就采取了涂销主义的做法：“拍卖船舶结束后，海事法院应在前述报刊上刊登公告，说明船舶业已公开拍卖给买方，船舶所有权及其风险自移交时起已经转移，买方对船舶在移交以前所负的债务不承担任何责任”。该司法解释虽然已于2002年失效，但已经成为我国海事司法实践中的通说。在承继主义和涂销主义以外，公法说下还存在剩余主义的观点，即只有当船舶的评估拍卖价高于司法拍卖的费用加上优先于申请人的债权之和时，才能够进行司法拍卖，防止因拍卖价格较低导致优先权以及海事请求人的债权等权利无法得到充分保障。例如，英国在司法拍卖船舶前，将委托有关机构结合船舶的类型、船龄和状况等“现状”对船舶进行评估，形成保留价（reserve price），拍卖中如果最高出价低于该保留价，将重新进行拍卖。⁵此外，还有部分国家采取了两种处理方式相结合的立法模式。例如，德国即兼采了涂销主义与剩余主义，其《强制拍卖与强制管理法》（ZVB）中规定，在对悬挂德国国旗的船只进行司法拍卖时，需要遵守“最低出价”（geringste Gebot），即船舶的最低成交价必须能涵盖司法出售的费用加受偿顺序在拍卖船舶申请人之前的所有债权人的债权数额；而对于悬挂外国国旗的船舶，则无需遵循该规定。⁶

对比公法说下的涂销主义和剩余主义两种立法模式，剩余主义希望通过设置拍卖底价，避免因船舶拍卖价畸低导致债权人利益受损、拍卖目的无法实现的问题。但在实践中，船舶拍卖评估价的确认存在极大不确定性，如果评估所得的拍卖底价

⁵ Gilles Gautier, *Judicial sales of vessels and priority of claims, France Part III*, *Maritime Law Handbook*, Edited by Christian Breitzke, Jonathan S. Lux, Kluwer Law International, 2021, p.7, 11.

⁶ Jan Erik Poetschke, “Judicial Sale of Ships in Germany— As an example of a Civil Law Concept”, available at: <https://comitemaritime.Org/work/judicial-sale-of-ships/>, last visiting:1,8,20123

偏高，也会产生船舶无法拍卖的风险，导致所有债权人的权利全部面临无法通过拍卖船舶实现的风险。但无论是涂销主义，还是剩余主义，为了使船舶买受人最终获得“清洁”物权，都必须经过严格的司法程序，以在除权的同时充分保障相关债权人的利益。

（二）船舶民事司法拍卖中的程序保障

关于拍卖的执行机关。考虑到船舶拍卖程序的高度专业性，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》（以下简称《海诉法解释》）规定，民事诉讼程序中的船舶司法拍卖由海事法院执行，其他法院在民事执行程序中需要拍卖船舶的，也应委托海事法院进行。

关于拍卖的具体程序。在司法拍卖的除权过程中，应充分保障有关债权人的权利，首先就是要保障债权人就拍卖程序启动的知情权。因此，我国《海诉法》规定，海事法院在对船舶进行司法拍卖前，需要通知已知的相关方，并向社会发布拍卖公告，公告中除了对拍卖船舶的基本情况公示外，还应告知与该船舶有关的债权人，于通知期限内向海事法院申请债权登记，否则将视为放弃从该船舶拍卖价款中受偿的权利。有关债权已经得到法院生效文书确认的债权人在向法院申请债权登记后，可以直接参与船舶拍卖价款的分配；其债权尚未经生效文书确认的债权人则需要在债权登记后，向海事法院提起确权诉讼，由对债权的性质和金额进行实体审查后，再参与价款分配。此时，被准予登记的债权人将根据法定顺序，依据判决等生效文书确定的债权金额参与船舶拍卖款的分配，保障债权人自船舶价款的获偿权。通过以上公告、债权登记、确权诉讼及分配程序，在平衡船舶拍卖程序中各方权利的前提下，保障买受人自司法拍卖中获得“清洁船舶”。

（三）船舶司法拍卖规范的民刑移植障碍

以上可见，当前民事诉讼领域的船舶司法拍卖程序已经形成较为完整的理论体系，但该程序若想直接移植到刑事诉讼执行程序中，仍存在诸多阻碍。从法律适用上看，我国现有的船舶司法拍卖程序立法以海事海商等民法规范为主，在刑事司法拍卖中直接参照适用仍缺乏明确的法律依据。从拍卖的目的上看，民事诉讼中，海事法院依请求人申请扣押船舶是为了实现债权。此时，船舶司法拍卖的实体与程序立法均是为了在平等民事主体间进行利益分配，即在最大限度清偿债务的同时，清除

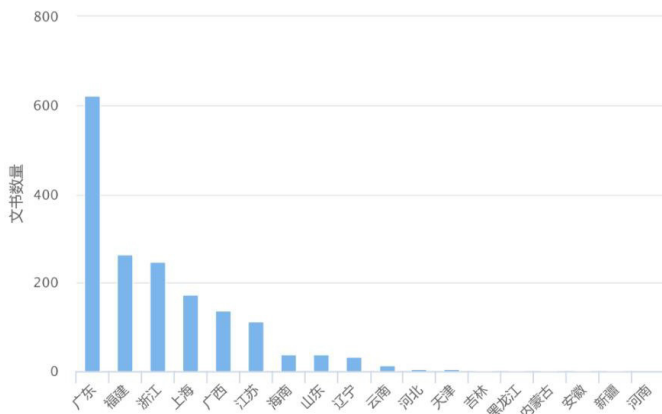
买受人负担，实现各方民事主体的利益平衡。而在海上走私等刑事案件中，侦查、起诉和审理阶段扣押作案工具船舶是为了查明案件事实，判决没收是国家刑罚权的体现，是为了实现惩罚和预防犯罪的刑事价值目标而对原有船舶物权的突破。从拍卖后果上看，虽然买受人最终获取的都是“清洁物权”，但民事诉讼中“清洁船舶”制度必须经过合法的除权程序方能实现，而《刑法》第六十四条规定的特殊没收是否会导致船舶上的一切权利全部消灭尚存争议，因此对公告、债权登记、确权诉讼等程序的必要性亦有不同观点。从拍卖的主体上看，刑事司法拍卖中的执行机关并不统一，当前我国《海关法》赋予了海关对被扣押的作案工具船舶先行变卖的权力，没收判决作出后，判决法院也可能将船舶委托海关执行拍卖。海关作为行政执法机关，其无法参照执行海诉法中的债权登记和确权诉讼等程序。

| | 拍卖机关 | 拍卖依据 | 拍卖程序 |
|--------|--------|------------------|----------------|
| 民事司法拍卖 | 海事法院 | 《海诉法》 《海诉法解释》 | 债权登记、确权诉讼及分配程序 |
| 刑事司法拍卖 | 海关或海事法 | 不明确 | 不明确 |

表一 民刑司法拍卖的规范对比

因此，在船舶的刑事司法拍卖程序中，若从“清洁船舶”制度出发，期望以民事司法程序为参考，就必须以上述差异为切入，分析程序借鉴的可行性。

二、走私工具船舶刑事司法拍卖的现实困境



图一 文书地区统计图

通过在“中国裁判文书网”“OpenLaw”等网站以“船舶”“走私”“没收”

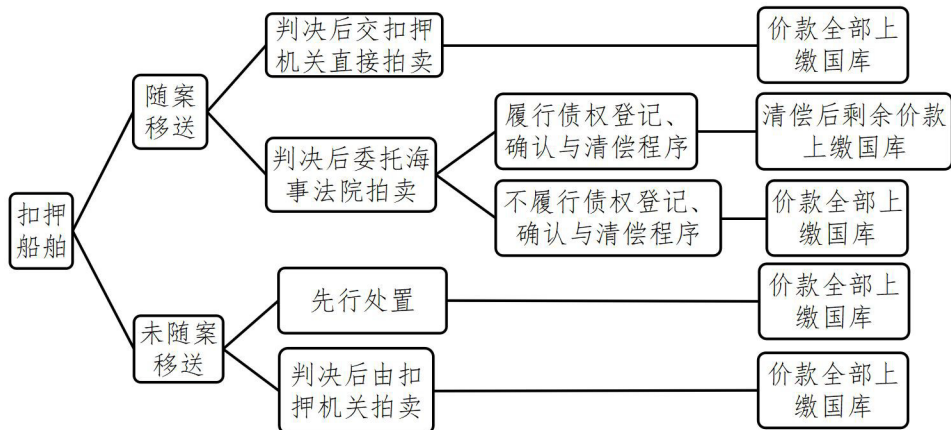
作为关键词进行检索,共检索出文书 2075 份,审理法院主要集中在广东、福建、浙江、上海、山东等沿海省市。通过对以上刑事判决书进行分析,判项中对涉案船舶的处置方式主要有以下两种表述:一是判决对扣押在案的船舶予以没收,全部上缴国库,并明确由海警局、海关等扣押机关执行⁷;二是判决对船舶予以没收,但未明确后续处理的机关及方式⁸。进一步查找对应的船舶拍卖公告发现,前一判决方式中的船舶,既有随案移送的船舶,也有未随案移送的船舶;后一判决方式中的船舶,在执行阶段,除由扣押机关处理外,还有部分法院依据《海诉法解释》第十五条,选择委托船籍港所在地或船舶所在地的海事法院进行拍卖。其中,大多数法院都选择由扣押机关对没收船舶进行拍卖、所得价款全部上缴国库,被委托交由海事法院拍卖的走私犯罪作案工具船舶数量极少。对于委托海事法院拍卖的船舶,就是否应当履行《海诉法》中规定的海事请求权登记、确认与清偿程序,在实务中也存在不同观点。

以笔者所在青岛海事法院接受委托的一起执行案件为例。2021 年 10 月,山东省高级人民法院在一起涉外走私普通货物罪案件中,判决对扣押在案的泰国籍“诺丹娜·安德里亚”号货轮予以没收。2022 年 6 月,山东省潍坊市中级人民法院作为执行法院委托青岛海事法院对该轮予以司法拍卖。“诺丹娜·安德里亚”轮作为青岛海事法院接受委托拍卖的第一艘被生效刑事判决没收的作案工具船舶,合议庭在案件处理阶段曾出现过三种不同观点:第一种观点认为,因《海诉法》只调整海事海商纠纷,作出刑事判决的法院可以径行予以拍卖涉案船舶,不用委托海事法院处理;第二种观点认为,应当依据《海诉法》及《海诉法解释》,委托海事法院拍卖,在拍卖的同时,还需对船舶有关的债权履行海事请求权登记、确认与清偿程序等法定程序,在保障案外债权人利益的同时实现买受人获得“清洁物权”;第三种观点认为,虽然作出生效刑事判决的法院委托海事法院对船舶进行拍卖,但刑事案件中是否能适用《海诉法》及《海诉法解释》尚且存疑,且根据《刑法》第六十四条“没收的财物和罚金,一律上缴国库”之规定,作案工具船舶在被刑事判决没收后已经被国家原始取得,其拍卖款项应当直接返回委托法院上缴国库,这也与走私案件中交由海关依据《海关法》第八十二条、第九十二条对走私船舶先行拍卖时的法律后果相一致。上述争议,暴露出当前走私工具船舶刑事司法拍卖面临的实体与程序困境。

⁷ 例如, (2022) 闽 01 刑初 41 号、(2020) 鲁 10 刑初 44 号刑事判决书。

⁸ 例如, (2021) 浙 09 刑初 29 号, (2020) 浙 03 刑初 165 号、193 号, (2020) 苏 07 刑初 24 号刑事判决书。

(一) 问题表象：处置机关和处置依据不明



图二 实践中被扣作案工具船舶的几种处理方式

“诺丹娜·安德里亚”案中合议庭的三种处理意见，基本囊括了我国当前司法实践中对没收作案工具船舶的不同处理观点。首先，是对执行船舶拍卖程序机关的分歧。船舶价值高昂、流动性大，其作为一种特殊动产，具有准不动产的特性，以登记作为取得的方式。基于这些特点，对船舶的拍卖必须达到特殊条件，并遵循专业的程序。也正是由于船舶拍卖程序的高度专业性和特殊性，各国才在立法实践中将船舶的拍卖程序与拍卖后果同普通财产的司法拍卖进行了区分规定，我国《海诉法解释》第十五条明确，民事诉讼中海事法院是唯一有权对船舶进行拍卖的司法机关。但在海上走私案件中，《海关法》第九十二条规定，人民法院判决没收或者海关决定没收的船舶等走私运输工具，“由海关依法统一处理，所得价款和海关决定处以的罚款，全部上缴中央国库”，将海关也列为有权执行拍卖的主体。这是否意味着在刑事司法拍卖中，不再以海事法院为唯一执行机关，可以由判决法院选择委托海关或海事法院执行，甚至可以自行组织船舶拍卖？其次，是对执行拍卖的程序法依据的分歧。《刑法》第一百五十一至一百五十四条规定了走私犯罪，针对其中供犯罪所用的犯罪分子本人财物，《刑法》第六十四条明确“应当予以没收”，且没收的财物应当“一律上缴国库，不得挪用和自行处理”；《海关法》第八十二条规定，“专门或者多次用于掩护走私的货物、物品，专门或者多次用于走私的运

输工具，予以没收”。上述规定是否表明，即便由海事法院履行拍卖程序时，也不应再以《海诉法》为程序法依据，允许与船舶有关的债权人自船舶拍卖款中受偿，而应当将拍卖所得的全部价款直接上缴国库？此时虽然买受人获得的仍是无负担的“清洁物权”，但这也导致船舶之上的所有债权都会因刑事没收而直接归于消灭，其中就包括船员工资、人身伤亡的赔偿请求等权利，这明显将严重违背保护人权与人道主义的原则，存在有违刑法正当化要求的嫌疑。

（二）原因分析：没收犯罪工具的性质之争

无论是在民事诉讼还是在刑事诉讼中，司法拍卖的船舶买受人最终获得的都应是“清洁船舶”。但是，由于理论与实务界对没收犯罪工具的性质认定不一，导致作案工具船舶在被判决没收后，其上与船舶有关债权是作为没收这一刑罚的后果直接消灭，还是同民事司法拍卖类似需要通过法定程序达到除权效果，存在着极大争议。

当前，就《刑法》第六十四条中没收供犯罪所用的本人财物的性质，主要存在“刑罚说”和“保安处分说”两种观点。在刑罚与保安处分的双轨体系下，二者均为刑法规范的法律后果，但承担着不同的立法分工——刑罚是犯罪分子因其犯罪行为导致的惩罚后果，而保安处分是基于具体对象存在的法益侵害性做出的预防措施。由于二者间立法目的的区别，对没收供犯罪所用的本人财物的不同定性将导致其在规范方式和限度原则上也出现显著差异。

1. 刑罚说：

有观点认为，剥夺供犯罪所用的犯罪分子本人财物，本身就属于对其财物的剥夺，会令犯罪分子产生剥夺性的痛苦，这一惩罚效果在船舶这类价值巨大的财产上尤为明显。德国法中认为没收有“让任何故意的违法投资，一去不回”的作用⁹，并且这种刑罚没有违反宪法对合法财产权的保护，因为“一旦财产权人以犯罪方式行使其财产权，即背离使用财产之社会义务，超出宪法保障财产之合理限度而属财产权之滥用，不再受宪法保障。这也符合权利不得滥用，滥用者不受保障的一般原则”¹⁰。海上走私犯罪中犯罪分子的主观目的就是为了通过走私行为获利，而没收船舶能够以财产刑的方式给犯罪分子带来剥夺性痛苦，这也构成了其报应的正当性基础。另一方面，如果将没收供犯罪所用的本人财产定性为刑罚，则没收判决应当符合责任主义，其适用限度和没收范围将被限制在犯罪行为对应的罪责程度内，

⁹ 林钰雄：《没收新论》，元照出版社有限公司2020年版，第54页。

¹⁰ 张 伟：《论犯罪工具没收的范围》，载《法学杂志》2023年第2期。

这也更有利于实现罪刑相适应。持“刑罚说”观点的学者认为，将特殊没收归于保安处分，可能导致凡是供犯罪所用的本人财物均被一律没收，失去裁量的余地，从而导致处罚过重。¹¹在“刑罚说”的语境下，没收作案工具船舶作为一种财产刑，应当适用《刑法》“刑罚”一章下第六十条的规定，即“没收财产以前犯罪分子所负的正当债务，需要以没收的财产偿还的，经债权人请求，应当偿还”。此时，附于船舶之上的各项债权，并不必然因没收判决而归于消灭，只要当事人履行请求的程序，就应当以船舶拍卖价款进行偿还。因此，依据“刑罚说”，船舶作为一种普遍附着各类债权的特殊载体，在海上走私犯罪中作为犯罪工具被刑事判决没收后，应当委托海事法院通过公告、债权登记、确权诉讼等程序对其上负担的正当债务进行偿还，偿还后的剩余价款再依照《刑法》第六十四条上缴国库。

2. 保安处分说：

另有观点认为，没收犯罪工具船舶作为一种特殊没收，其本质是出于特殊预防的需要，用以防止犯罪的再发生。《意大利刑法典》将没收作案工具排除在主刑和附加刑之外，并在第二百四十条将没收财产归于“财产保安处分”的类别之下：“对于下列物品，一律决定予以没收：2) 其制造、使用、携带、持有和转让构成犯罪的物品，即使在没有宣告处罚判决的情况下”¹²。《日本刑法典》也在第七十四条中明确：“在其物属于犯罪人以外的人所有的情形下，只有当其物可能再组成犯罪行为或再供犯罪行为使用，或者其他在保安上具有没收的必要时，才可以实行前项的没收”¹³。对于没收的正当性基础，保安处分说认为，当犯罪工具被罪犯用于犯罪活动、对犯罪行为产生促进作用时，其作为犯罪分子个人财产的合法性就已经被否定，由“物”转化为“恶物”，此时的犯罪工具已经有别于犯罪分子的其他财产，且保持着在未来对刑法保护的法益持续侵害的紧迫危险。诚然，在海上走私犯罪中，价值巨大是船舶这一运输工具的固有属性，因此在该类案件中判决没收，必然会给犯罪分子带来经济利益上的损失，但这只是没收诸多后果中的一部分，仍不足以否认没收作案工具这一特殊没收的目的是实现特殊预防。相反，这恰恰是没收作案工具作为特殊没收手段同一般没收存在的本质区别——如果只是为了给被告人带来经济上的惩罚，《刑法》第五十九条没收财产的一般没收就足以达到这一目的，且不会产生当作案工具价值高昂时处罚后果违反罪责原则的难题。另一方面，在刑事实

¹¹ 张明楷：“论刑法中的没收”，载《法学家》2012年第3期。

¹² 《最新意大利刑法典》，黄风译，法律出版社2007年版，第87页。

¹³ 《日本刑法典》，张明楷译，法律出版社2006年版，第133页。

务中，也并不是所有的犯罪工具都如船舶一般，可以通过没收给被告人带来这种财产剥离性的痛苦。用以故意伤害的菜刀、用以纵火的打火机、用以诈骗的电话等作案工具，虽然也都能以价格衡量，但对这些经济价值微弱的“财产”予以没收的原因，还是为了防止这些犯罪工具被犯罪分子再次使用，降低再犯的可能性。

船舶作为一种海上运输工具，并不像违禁品一般本身即具有危害公共安全的危险性，因此在对其进行评价时，不应直接给予完全否定的态度。但在海上走私犯罪中，船舶作为运输工具又往往会被反复用于犯罪活动，在犯罪实施过程中对法益侵害起到了决定性作用，因此仍具有较高的防御必要性。不同于“刑法说”，在“保安处分说”的体系下，没收作案工具这一特殊没收并不必然遵循责任主义，甚至“其设定意图首先就是避开罪责原则产生的限制”¹⁴，保安处分因为“不包含刑罚那样的对犯罪人身的责难，而只遵循特殊预防的目的，对犯罪进行‘矫正’，保护公众不受犯罪的威胁……它不以罪责为标准，所以罪责既不是其必要前提，也不能决定其幅度”¹⁵。既然保安处分无需再严格遵循罪责相适应的刑罚原则，那么其是否就不存在程度限制了？的确有观点认为，《刑法》第六十四条中对供犯罪所用的本人财物“应当没收”并“一律上缴国库”的规定即说明，没收判决作出后，国家就已经对该财物原始取得，由于保安处分的唯一目的是防止未来法益侵害的继续发生，且该犯罪工具作为财产的合法性已经因犯罪行为被作否定评价，根据公法优于私法的原则，原所有权人的权利将因特殊没收而全部丧失，案外债权人的权利亦因该没收消灭。但多数观点认为，保安处分作为法益保护原则的产物，其中本就必然存在着法益衡量。无论是在立法还是在审判实务中，当刑法后果对某一法益造成侵害时，其前提必须是出于保护更高价值的法益，因此保安处分仍应当符合比例原则，以“防止立法泛滥与刑法谦抑性所不具有的硬约束力”¹⁶，即在没收犯罪嫌疑人本人所有的犯罪工具时，其法律后果应当同时具备妥当性、必要性和相称性¹⁷。这就要求，在能实现作案船舶被再次用于走私犯罪的前提下，只要其他对船舶享有优先权、抵押权等债权的相关主体是出于善意，对作案工具船舶的没收及拍卖就不应给其造成更多的、难以预料的损害。

（三）实践后果：案外债权人救济途径缺失

¹⁴ 【德】冈特·施特拉腾韦特、洛塔尔·库伦：《刑法总论I——犯罪论》，杨萌译，法律出版社2006年版第19页。

¹⁵ 张明楷：“论刑法中的没收”，载《法学家》2012年第3期。

¹⁶ 姜涛：“比例原则与刑法积极主义的克制”，载《学术界》2016年第8期。

¹⁷ 按照通说，比例原则包括三个原则：（1）妥当性，即所采取的措施可以实现所追求的目的；（2）必要性，即除采取的措施之外，没有其他给关系人或公众造成更少损害的适当措施；（3）相称性，即采取的必要措施与其追求的结果之间并非不成比例（狭义的比例性）。（转引自张明楷：《法益保护与比例原则》，载《中国社会科学》2017年第7期。）

实体上，对没收犯罪工具的处罚性质存在质疑；程序上，现有法律未对船舶的刑事司法拍卖作出明确规定。导致当前司法实践中交由海事法院通过海事请求权登记、确认与清偿程序拍卖的走私工具船舶数量极少。绝大多数船舶在海关缉查扣押或法院判决后，被海关等扣押机关直接拍卖，导致包括船舶担保物权在内的案外债权人失去救济途径。

1. 债权人的知情权无法实现

在民事诉讼领域对船舶进行司法拍卖时，海事法院应当向已知的利益相关方发出通知，并以公告形式通知其他与船舶有关债权人，以充分保障有关债权人对拍卖程序启动的知情权。但在刑事案件的侦查、起诉阶段，相关案件信息基于查明犯罪事实的需要通常处于保密状态，案件审理期间和判决作出后，部分案件信息虽然有可能被依法公开，但公开时限和渠道十分有限，加之船舶所有人被采取刑事强制措施，案外债权人很难在执行终结前获悉船舶将被依法没收并拍卖的相关事宜，更遑论寻求权利救济。

2. 债权人就船舶价款的受偿权无法实现

即便案外债权人在刑事案件审理阶段，及时获知了船舶因涉及海上走私犯罪被扣押、面临被没收拍卖的现状，但在海警局、海关等扣押机关执行拍卖的情形下，一方面部分案外债权人的债权尚未经生效裁判文书确认，另一方面案外债权人就船舶拍卖提出异议的程序法依据不明。一旦扣押机关依照《刑法》第六十四条和《海关法》第八十二条的字面解释，在船舶成功卖出后，全部款项直接上缴国库，将导致包括船舶上的优先权、留置权、抵押权等债权失去担保，其他债权人也将失去自船舶价款中受偿的保障。

三、海上走私犯罪中船舶刑事司法拍卖的路径重构

（一）实证根底：没收犯罪工具的保安处分定性

“刑罚以过去的行为罪责为前提及上限，保安处分则与行为人的罪责无关，而以行为人未来的危险性为基础”¹⁸。从《刑法》的规则体系来看，第五十九条第一款中规定了作为附加刑的“没收财产”——“没收犯罪分子个人所有财产的一部或者全部”，此外又在第六十四条规定了对“供犯罪所用的本人财物”的没收。从表述内容来看，前者与后者存在包含关系，此时既然《刑法》又另行对“供犯罪所用

¹⁸ 时延安：“隐形双轨：刑法中保安处分的教义学阐释”，载《法学研究》2013年第3期。

的本人财物”的没收进行规定，就说明后者在立法目的上与前者存在差异。

对比“刑罚”和“保安处分”两条规范路径，虽然从最终结果看，刑罚通过制造剥夺性痛苦、维护法的秩序也能产生保护法益的效果，而保安处分亦可能在实现犯罪预防目的的同时形成威慑和报应性的附加结果，即二者似乎通常都能同时产生一般预防和特殊预防的作用，但这种交叉却并非必然，因此从惩处效果的角度无法对二者进行准确区分。但是，当从立法目的出发对二者展开对比，则可以明确，刑罚的目的是对犯罪者产生报应后果，因此其刑罚后果应当与犯罪行为的严重性相符；而保安处分仅仅是出于防止未来法益继续受侵害的预防目的，因此无需遵循罪责原则，而应当引入比例原则实现法益平衡。

“没收财产的对象应是犯罪关联物之外的合法财产，具有‘赎罪’的意味，而刑事没收的对象恰恰是犯罪关联物，其合理性在于‘取缔不法状态’，不具有惩罚的性质”¹⁹。犯罪工具相较于《刑法》第五十九条中的一般个人财产，其特殊性就在于对犯罪活动具有帮助和推动作用。从这一角度出发，对犯罪工具这一特定用途财产进行没收，其主要目的显然更倾向于防止不法侵害的继续发生。因此，笔者认为在对《刑法》第六十四条的理解上，更宜采取“保安处分说”的理论观点。此外，刑事立法应当满足谦抑性原则，其规定的制裁后果不能无限度地扩张。因此即便在“保安处分说”的语境下，特殊没收仍应当符合比例原则，即没收能够带来预防效果、没收导致的后果应当与没收达到的预期预防效果成比例，且在实现预防作案工具在未来继续被用于犯罪活动这一目的的同时，尽量避免或减少对其他相关善意主体权益的损害。当船舶被用以走私等违法犯罪活动时，犯罪分子对该作案工具所有的合法性基础虽然已不复存在，但善意的案外债权人对该财产的合法权利却无法因犯罪分子的走私行为被否定。根据刑责自负的原则，刑法不应对无辜的案外人所有的财产进行处分，如果想要突破案外人在船舶之上的债权这一财产权益，必须存在能够导致其权益被作否定评价的其他事实，且相关事实同样需要通过法定程序审理确认后，方能产生其有关债权无法从船舶拍卖款中受偿的不利后果。事实上，即便在判决没收作案工具后，先履行海事请求权登记、确认与清偿程序，再就剩余船舶价款全部上缴国库，也不会降低其作为保安处分的预防效果。另一方面，船舶价值巨大，其上的权利义务关系通常十分复杂，从保障市场秩序和法的安定性角度出发，

¹⁹ 阮齐林：《刑法学》，中国政法大学出版社2008年版，第300页。

对船舶享有期待利益的债权人而言，船舶的具体用途往往超出了其控制能力和了解范畴，而如果一旦船舶被其所有人用于违法犯罪活动就令有关债权失去从船舶受偿的保障，无疑会使有关主体不敢将债权保障置于船舶之上，产生物权空置风险，甚至影响与船舶有关的市场交易的正常开展。因此，将没收作案工具船舶视为国家原始取得，拍卖所得价款不经海事请求权登记、确认与清偿程序全部上缴国库，不仅无法在降低未来法益危险上实现更好效果、违背比例原则，而且也不利于市场交易安全的保障与法的安定性的实现。

| | 拍卖程序启动时与船舶有关的债权 | 买受人取得的船舶物权 |
|--------|-----------------|------------|
| 民事司法拍卖 | 存续 | 清洁物权 |
| 刑事司法拍卖 | 存续 | 清洁物权 |

表二 民刑司法拍卖前后的权利转变对比

综上，《刑法》第六十四条规定的特殊没收，不应产生与被没收船舶有关的债权全部消灭的后果。即，在明确了没收犯罪工具“保安处分说”且引入比例原则的前提下，船舶作为犯罪分子本人所有的作案工具被判决没收后，其上案外人债权的存续情况与民事诉讼不存在本质区别。因此，若想实现向“清洁船舶”的转变，亦应经过与民事诉讼类似的法定程序，船舶司法拍卖的民刑规范移植具备理论基础。

（二）原则确立：拍卖主体一元化

当前，刑事判决法院既可以选择由海关组织拍卖、变卖没收船舶，也可以选择委托海事法院拍卖、变卖没收船舶，导致同一判决的法律后果可能因判决法院的任意选择产生巨大差异。通过前文的实实现状分析不难发现，在海上走私犯罪类案件中，作案工具船舶虽然经常被判决没收，但像“诺丹娜·安德里亚”轮一般被委托给海事法院代为拍卖的船舶却并不多见，该案甚至是青岛海事法院自1984年成立以来受理的第一起同类执行案件，绝大多数作案工具船舶都被交由扣押机关代为处置。但海关作为行政执法机关，事实上无法履行海事请求权登记、确认与清偿程序，在处理走私作案工具船舶时，或依据《海关法》在人民法院判决前经所有人申请先行变卖，或在人民法院判决没收后再依据刑事判决书和《海关法》组织变卖，变卖所得的价款全部上缴国库。因此在明确船舶司法拍卖民刑移植的可行性和必要性后，拍卖主体亦应从立法上进行统一。

船舶作为一类特殊财产，既然需要在执行没收时履行海事请求权登记、确认与清偿程序，在拍卖机关的确认上就只能选择有权作出债权登记裁定与确权判决的海事法院。海关作为行政执法机关，既没有确认债权的权力，也不具备相关处理经验。此时《海关法》九十二条有关拍卖主体的规定，显然已经无法实现对案外债权人的保护。而既然在拍卖作案工具船舶时仍需履行海事请求权登记、确认与清偿程序，此时海事法院相较地方法院执行拍卖具备的各方面优势仍然存在。因此，无论是判决前的前置处置程序，还是判决后的执行程序，拍卖机关都宜与民事诉讼一致，统一委托海事法院执行。

（三）参照转致：船舶司法拍卖规范的民刑移植

肯定了特殊没收不会导致善意的案外债权人权利消灭的前提、确立了船舶司法拍卖均交由海事法院执行的原则后，船舶刑事司法拍卖最终达成“清洁船舶”所需的除权程序实际上已与民事司法拍卖无疑。因此，在填补这一刑事诉讼立法空白时，无需再就拍卖流程、利害关系人知情权保障、债权受偿顺序等内容重新制定冗长复杂的规范，可以通过在相关立法中增加转致条款的方式，实现船舶司法拍卖规范的民刑移植。

1. 参照移植明确拍卖执行机关条款

（1）刑事判决作出前：

在海上走私犯罪案件中，只有作为审判机关的法院有权依据《刑法》决定对作案工具船舶的没收。刑事侦查过程中的强制措施和侦查措施并非终局的处分结果，但由于船舶本身的特殊性，如果自侦查阶段即被扣押，并由扣押机关长期保管直至刑事判决作出处分，长期闲置不用或保管不当将可能导致船舶之上的重要部件性能下降。此外，船舶看管需要由专业的机构开展，看管费用高昂，同样将导致船舶价值贬值。因此，船舶的先行处置措施的确具有必要性。此时，可以在《海关法》第九十二条下就船舶作出特别规定：对依法先行变卖的运输工具船舶，应当委托船籍港所在地或者船舶所在地的海事法院执行，变卖所得价款由扣押机关保存。

（2）刑事判决作出后：

在刑事判决执行阶段，船舶需要开展的除权程序与民事执行中基本无异，因此可以直接比照《海诉法解释》第十五条，在《刑诉法解释》第二十一章第四节“刑

事裁判涉财产部分和附带民事裁判”的执行立法中明确：人民法院为执行生效法律文书需要拍卖船舶的，应当委托船舶港所在地或者船舶所在地的海事法院执行。

2. 延续当前刑事司法拍卖的启动方式

在犯罪行为尚未被生效判决确认、船舶是否属于作案工具无法认定时，船舶的先行变卖只能以所有人提出申请为前提。对此，《海关法》已在第九十二条第一款中明确。而在刑事判决作出后、判决执行阶段，可以由判决法院直接委托海事法院执行船舶拍卖。因此，针对船舶刑事司法拍卖的启动方式，无需另行规定，适用《海关法》第二十九条第一款和刑事诉讼的一般规定即可。

3. 增加刑事司法拍卖的程序法依据转致条款

出于保安处分下比例原则的要求，在刑事司法拍卖时，应当充分保障案外债权人的知情权，并允许善意的案外债权人通过海事请求权登记、确认与清偿程序先行自船舶拍卖款实现自身债权。现有的《海诉法》《海诉法解释》已经形成成熟的程序法规范。虽然《刑法解释》第五百三十二条中规定，“刑事裁判涉财产部分，刑事诉讼法及有关刑事司法解释没有规定的，参照适用民事执行的有关规定”，但该规定较为笼统。因此，可以在《海诉法》船舶的扣押与拍卖一节增加明确的转致条款：刑事执行程序中拍卖没收船舶，可以参照本节有关规定。以此直接实现对案外债权人知情权、求偿权的保障，以及“清洁船舶”制度在刑事司法拍卖的合法适用。

结语

当前，刑事诉讼领域对被没收船舶的司法拍卖程序存在理论研究和立法空白。其中，由于理论界对《刑法》第六十四条的不同理解，导致在刑事判决没收后，与作案工具船舶有关的案外债权人是否能自船舶拍卖价款中受偿存在不同观点。

本文认为，没收作案工具以实现社会防御为目的，具有“保安处分”的属性，在判决与执行上，应当依照比例原则，在实现降低作案工具被再次用于违法犯罪活动可能性的同时，减少对案外主体权利的侵害。这种处理方式也与当前一些学者对一般性的财产偿还观点一致，例如，张明楷教授就认为，“应当在人民法院作出没收财产的判决后，判决执行前，经债权人请求，返还给债权人。在这种场合，人民法院应当审查债务的正当性，由于没收财产还没有执行，故偿还的主体依然是被告人，而不是国家机关”。²⁰因此，虽然海上走私犯罪案件中船舶作为犯罪工具被

²⁰ 张明楷：“论刑法中的没收”，载《法学家》2012年第3期。

判决没收，但其并未在判决作出时被国家原始取得，其上与船舶有关的债权并未灭失，应当可以通过海事请求权登记、确认与清偿程序得到受偿。可见，犯罪工具船舶被判决没收，在执行规则的完善与重构上，既要满足一般特殊没收的程序要求，又要基于船舶这一特殊动产特点进行特殊规定。海事法院作为民事保全与执行程序中，唯一有权拍卖扣押船舶的司法机关，在多年实践中已经形成成熟的处置经验。有关拍卖的程序规范也已在我国民事司法拍卖程序中形成了较为成熟的立法规定，可以通过参照转致等方式，将《海诉法》《海诉法解释》等民事诉讼领域规范移植到刑事诉讼中。本文虽然以海上走私犯罪为例，但有关结论却可以扩大至所有涉及船舶为作案工具的海上刑事犯罪中，对船舶司法拍卖中的民刑交叉问题形成参考。

当前，我国正在建设海洋强国的道路上大步前进。构建以海事法院为中心、参照民事诉讼的规定启动船舶刑事司法拍卖程序，将在实现特殊没收犯罪预防目的、保护国家海洋安全的同时，充分保障案外债权人合法权益、维护海上经济秩序。通过推动司法统一性建设、优化司法资源配置，在持续推进的海事审判“三审合一”改革中发挥积极作用。

新时代人民法院能动履职 视域下海洋牧场海事司法 风险防范机制进路分析

郑琳琳 巨乐*

【摘要】

2023年4月,张军院长提出新时代人民法院能动履职理念,强调要把能动履职贯穿新时代新发展阶段审判工作的始终,要求人民司法工作应主动参与到社会治理之中。海域是国家重要领土资源,海洋牧场建设是海洋强国的重要部署。本文将新时代人民法院能动履职理念与海洋牧场建设中存在的海事司法风险防范相结合,论述海事法院如何在践行能动履职的过程中主动履职尽责、参与海洋牧场建设,实现司法职能与社会管理间的良性互动。

【关键词】

能动履职 海洋牧场 社会治理

一、新时代人民法院能动履职与社会治理理论概述

能动履职,亦称“积极司法”,与“司法克制”相对,是指人民法院在执法办案中,要变被动为主动,发挥法院和员额法官的主观能动性,避免呆板办理案件、机械理解法律,以彻底化解纠纷为最终目的,采取多种方式灵活办理案件。

(一) 新时代人民法院能动履职理论沿革及其对社会治理意义

1. 新时代人民法院能动履职理论沿革

能动履职理念早在抗日革命期间即得以体现,马锡五审判方式即此时期能动履职的生动体现。2009年,王胜俊在江苏调研时提出“能动履职”理念,并将其特征概括为服务性、主动性、高效性。¹历经十余载发展,能动履职理念不断践行、发展并延伸,司法环境发生了变化,要求能动履职理念亦进行相应更迭。

*巨乐,大连海事法院哈尔滨法庭庭长;郑琳琳,大连海事法院法官助理。

¹参见2009年8月28日,王胜俊在江苏高院调研座谈会上的讲话。

2023年4月,最高人民法院院长张军提出新时代人民法院能动履职理念,是指审判机关在依法履行法定职责时,心怀“国之大者”,积极进取、担当作为,发挥司法审判职能作用,及时回应服务保障大局需求、人民群众“公正与效率”关切和一体推进法治国家、法治政府、法治社会建设需要,以更好地做实为大局服务、为人民司法,服务保障高质量发展,推进中国式现代化。²新时代人民法院能动履职强化了法院的主体责任,要求法院及干警不拘泥于审判本身,而应通过审判主职主业履职过程中助力于社会管理;提前了工作介入时间,如诉源治理、营商环境构建方面;通过部门联动深挖矛盾根源,如家事审判、破产审判、海域使用权规范管理等领域,从根本上化解类案纠纷。

2. 新时代人民法院能动履职的社会治理意义

新时代能动履职是人民法院回应社会治理的需要。我国正处于深刻变革时期,社会关系不断衍生、变化,涉诉纠纷具有以下特征:类案较多,个体与群体诉求相近,不断发展的信息媒介引发群体性效应,个案处理结果可能导致社会性争议。在案件审理过程中绝不可机械的就案论案、只看表面、刻板运用法律,而应提升站位,着眼政治层面、社会层面,对全部法律关系进行梳理、评判。在各种复杂的诉求中挖掘最广大、最根本的诉求,在多种合理的诉求中寻求法理与现实的均衡,力求案结事了。通过诉源治理、多部门联动,实现“办理一案、治理一片”效果。

新时代能动履职是人民法院参与构建社会治理现代化发展的需要,要求法院工作提升站位,将个案审理置于服务中心大局、服务高质量发展之中,通过能动服务为构建中国式现代化提供司法保障。

新时代能动履职是人民法院保护社会实质权益的需要。人民群众日益增长的权益保护需求、社会不断发展的营商环境构建需求,要求法官在适用法律的过程中,灵活地、创造性地解释法律、适用法律,尽可能地满足当事人的合理诉求,营造社会法治氛围。基于成文法所固有的滞后性,难以与复杂的社会关系一一对应,司法者在面对模糊的法律条文时,能够发挥能动性,固守法治本心的同时,放眼社会治理层面,深入挖掘矛盾纠纷根源,从而彻底化解纠纷的同时,取得良好社会效果和政治效果。³不仅个案当事人对审判结果认同,且对社会治理起到指引的作用,提升司法公信力和权威性。

² 参见最高人民法院微信公众号 2023 年 7 月 9 日文章《把能动履职贯穿于工作全过程各方面》。

（二）新时代人民法院能动履职参与社会治理路径分析

1. 落实溯源管理，开展部门联动机制。新时代能动履职要求法院主动参与社会治理，通过提前介入，对可能产生纠纷的社会关系进行梳理，将矛盾纠纷化解在基层，从而减少诉至法院的案件。基层法院常遇到的案件多与民生息息相关，基层群众性自治组织对民生类案件纠纷渊源、症结等了解清楚，但因其不具备行政命令、经济工具、信息工具、行政处罚等常规性行政机关管理职能，无法通过强制力主动化解纠纷。司法机关可以以案件为媒介，通过部门间的沟通协调，最大化激发基层组织作为“第一道防线”在纠纷预防和化解中的职能作用。

2. 发挥司法建议功能实效。司法建议是法院进行案件审理过程中或审理后对类案进行梳理，对企业经营存在的问题进行合规化审核、对行政机关在制度、政策落实中存在的问题提出的健全制度、规范管理、填补漏洞等建议。司法建议是法院参与国家和社会治理的重要方式之一，也是法院担当司法职责的重要体现。

3. 注重利益衡平，探索能动裁判。法官裁判过程中在法律判断三段论的基础上充分考社情、民意，将法律与能够反映社会意蕴、朴素善良的愿望的公共政策、道德习俗等这些法的非正式渊源结合起来，平衡各方面的利益，弥补规则与价值之间的缝隙，并在此基础上最终通过法律语言合理吸纳民意，从而更好地实现法律的社会功能和司法的社会价值。⁴

4. 总结纠纷类型，统一裁判尺度。统一法律适用标准，才能保证公正司法，提高司法公信力。统一裁判尺度，一是要法官深入对法律及司法解释的理解，参与最高院日常对法律适用难点培训，才能把握立法思维，精准对症纠纷难点；二是对未形成统一观点的案件，应申请审判委员会参与，对法律适用争议率先在法院内部形成统一，再逐步扩大区域内统一；三是强化“法答网”平台应用，对类似分期解决通过纵向上下级法院间的沟通及横向区域间的对比，综合判定。

二、海洋牧场理论概述

（一）海洋牧场概念及经营模式

“海洋牧场”是指在一定海域内，采用规模化渔业设施和系统化管理体制，利用自然的海洋生态环境，将人工放流的经济海洋生物聚集起来，像在陆地放牧牛羊一样，对鱼、虾、贝、藻等海洋资源进行有计划和有目的的海上放养，是国家治

³ 顾培东：中国法治的自主型进路[J]. 法学研究，2010，32(01):3.

理和社会治理的重要部署之一。我国自 1970 年左右开始海洋牧场的建设实践，至今已从简单的人工鱼礁和增殖放流发展为较为成熟的产业化、规模化、智能化管理体系。

根据不同角度，海洋牧场可分为不同类别，本文着重从是否盈利角度对海洋牧场类别划分进行介绍，将海洋牧场划分为公益型和经营型两类。

公益型。公益型海洋牧场即以政府为主体，牵头组织牧场建设，其增设目标即建设海域生态化环境，提升海洋生物资源储备，从而实现对海洋生物多样性的保护。公益型海洋牧场的典型是政府组织建设的青岛市崂山湾公益性海洋牧场。公益型海洋牧场的优点是能够总海洋区域整体出发，统筹规划区域海洋功能类别，不仅单一保护海洋生物，还能综合推进渔业发展、观光休闲、促进就业等多方面共赢。以崂山湾海洋牧场为例，在成本投入层面，政府作为牵头主体保障兴建牧场的资金投入，在监督管理层面，设置了专职部门公益牧场建设指挥部负责实施。公益型海洋牧场的优点在于能够将政府的组织力度和企业的市场灵敏性相结合，缺点在于政府主导下，可能影响经营机动性。⁶

营利型。营利型海洋牧场即以企业为建造主体，其目标是兼顾环境改善和资源优化的同时，推动企业长期可持续发展，创造经营收入，带动区域经济，普惠当地渔民。大连獐子岛海洋牧场为例，系以企业为开发主体的典型。其特点是：主体多样化，以海域使用权获批为前提，既有企业、渔民，也有其他社会资本准入，通过对海洋占用，实现对海洋牧场的建设、生产，市场化经营产品，最终达到经济效益创收目的。当然，营利性海洋牧场的本质仍是构建可持续发展的海洋生态，生态效益与营利目标共同推进。⁷

（二）建设海洋牧场对国家治理和社会治理的意义

我国海洋面积广阔，渔业资源丰富，有条件建设海洋牧场的海域众多。经过多年以来的发展，围堰养殖、筏式养殖和网箱养殖等已发展为较为普遍和成熟的养殖模式，海洋养殖业具有广阔的经济前景，但也存因手段粗放导致的环境破坏、渔业资源消耗过速等问题。党的十九大以来，我国不断深化供给侧结构性改革，促进高质量发展，发展建设新型海洋牧场已成为我国发展绿色生态经济、储备渔业资源、转型产业结构的重要策略之一。在改革过程中，由于新型经济业务涌现和传统经济

⁶ 公丕祥：《社会管理创新：能动履职的新作为》[J]，《法律适用》，2012，（06）：2-6。

业务面临转型带来的人格权、物权、债权、股权和其他投资性权利纠纷日益增多，明确和统一裁判标准、完善裁判规则，准确界定各主体权利义务，维护社会诚信与市场秩序，具有重要作用和意义。

三、海洋牧场建设过程中，存在的海事司法纠纷风险

笔者以“海洋牧场”为关键词，在中国裁判文书网上进行搜索，共搜到各类文书 339 篇，其中刑事案由案件 14 篇、民事案由 243 篇、执行案由 33 篇、国家赔偿案由 2 篇、行政案由 37 篇，本文将着重对民事类案由进行归纳，结合大连海事法院辖区内民事纠纷类型，对海洋牧场建设过程中可能发生的海事司法风险进行了分析。

（一）海域使用权纠纷

随着我国海洋经济的不断发展，海域使用权已然作为一种商品进入到市场经济运行过程中，其交易主体是中央与地方县级以上政府及所属海洋行政部门、单位和自然人，客体即区域海域的经营使用权。在国家与承包者直接进行海域承包行为即海域使用权的一级市场，承包者对承租海域再次进行流转，便形成了海域使用权的二级市场。建设海洋牧场需要对二级市场上流转的海域使用权权属进行回收，再流向一级市场进行资源分配，在此流转过程中，易导致海事司法风险发生。

1. 海域租赁合同效力问题。海域使用权证书是海域使用权的法律凭证。政府若需要收回海域使用权可以采取两种方式：一是基于公共利益或者国家安全的需要，原批准用海的人民政府可以在海域使用权期满前收回，但应对海域使用权人给予相应的补偿；二是在海域使用权期满后不予续期。对于第二种方式，不需动用财政资金予以征收补偿，有利于社会稳定可持续发展，是政府采用的主要收回海域使用权方式。海域使用权承包、转包、分包合同纠纷的发生具有地域性和群体性的特点，容易引发集体信访案件，关系到地方稳定和社会治理效果。

近年来，因海洋牧场建设引发了一系列海域使用权到期不能续期，无法继续养殖或非法养殖的纠纷。此类纠纷大多发生于二级市场的流转过程中，审判难点主要在于，一是政府发布征收海域公告及腾退公告后，二级市场的出租人和承租人海域使用权租赁合同未到期，在此情况下，如何认定合同效力的问题；二是实践中，政府发布海域腾退的公告到实际占用海域存在一定监管空白期间，通过法院判决，

⁵ 杨红生，丁德文：海洋牧场 3.0：历程、现状与展望 [J]，中国科学院院刊，2022，37（06）。

海域使用权租赁合同因无法继续履行解除合同，承租人实际仍未按时腾退海域，其自解除合同至实际腾退海域期间是否应支付租金或减少损失赔偿额的问题。

2. 纠纷性质争议，进而涉及管辖法院判断问题。海域使用权是行政许可的特许物权，具有很强的行政管理特点，在权利取得、转让、管理等方面涉及到行政许可行为。与此相关的案件类型主要既有民商事也有行政类纠纷。民商事纠纷主要系平等主体间关于海域使用权权属的争议，行政纠纷主要系行政机关在履行审批职责时产生的争议。需要说明的是，海域使用权征收补偿纠纷既可能是行政纠纷，主体为行政机关与行政相对人，也有可能是民商事纠纷，平等主体间产生的纠纷。大连海事法院的行政纠纷实行集中管辖，统一由本部海商庭受理，各派出法庭无管辖权。

通过案例检索发现，其他海事法院受理过平等主体间的海域使用权征收补偿纠纷。平等主体间的征收补偿通常是征收机关所属的企业与海域使用权证持有人签订。此类补偿合同性质上属于海域使用权占用补偿，并非发生于从事行政管理职能的行政机关与处于被动地位的行政管理相对人间的行政合同。补偿合同大多系经协商一致后签订，因此类合同发生争议，根据《最高人民法院关于海事法院受理案件范围的规定》，海事法院对此案件具有管辖权，应适用民事诉讼程序解决。与征收补偿相区别的养殖筏清理行为，专属于行政机关的行政行为，即便委托了行政机关所属的企业，亦并非民事侵权行为，不属于民事案件受案范围。⁶

（二）海上人身损害责任纠纷

与传统养殖模式不同，海洋牧场面积广、集中投放人工鱼礁和增殖鱼苗，尤其是公益型海洋牧场，以政府为主体进行构建，管护大多归地方农业局、渔政等部门，因精力及人力的限制，后续经营监管出现乏力。对捕捞人员缺乏统一管理及培训，海上养殖易发生人身损害责任事故，进而导致纠纷。⁹

船员与雇主间大多为雇佣关系，此类案件的审判难点主要在于，一是关于“误工费”中“固定收入”的理解存在争议，如能证明劳务双方确存在固定期限合同与固定工资，雇员合同期内受伤，能否按照剩余合同期间主张误工费；二是海事法院辖区，涉及派出庭分散于各地区，有时甚至跨省域，在此情况下，关于“受诉法院所在地”理解存在争议，尽管派出庭隶属于海事法院本部，但辖区人身损害发生地不同，关于派出庭如何适用“受诉法院所在地”计算标准存在争议。

⁶ 杨帆：辽宁省海洋牧场建设现状与对策研究 [D]，大连海洋大学，2023。

⁷ 马跃：经营性海洋牧场建设开发理论与实践研究 [D]，大连海洋大学，2022。

（三）海洋牧场平台自身安全导致的纠纷

海洋牧场平台通常作用是生态环境检测、生态观光、休闲垂钓等，现已建成自升式、漂浮式、移动式等多种运营模式的平台。但其作为海洋经济发展中新生的产物，在其建造、经营和保险过程中，因法制的落后性，相关制度可能未能及时建立，导致海洋牧场平台不能依法登记。基于上述原因，导致安全隐患的存在：首先，平台建造流程不齐备，无证经营，建造质量难以保障；其次，部分平台经营者存在使用非营运性船舶进行运送游客，此类船舶无法有效监管，可能存在超载、游客登临平台未穿救生衣等安全隐患；三是部分平台经营者安全管理制度不健全，消防意识不足，可能导致火灾危险发生。¹⁰

此类案件的审理难点在于海洋牧场平台性质未定的情况下，对其管理、规范、保险理赔等不能以船舶简单的予以机械化对待和处理。如在青岛海事法院审理的（2018）鲁72民初1924号案件中，保险公司以投保的保险标的与事故中沉没的海洋牧场平台在性质、材质、用途、地址、风险程度上存在明显不一致，无法认定火灾事故中沉没的海洋牧场平台系保险标的，且海洋牧场平台未未经过渔业主管部门的平台检验，未进行消防验收，存在重大安全隐患为由提出拒绝保险理赔抗辩。

（四）其他纠纷

在海洋牧场养殖过程中，易导致发生海事司法风险的主要有：一是因未及时发布航行通告、设置明显浮漂及警告标示等，导致船舶误入航行区，对于此类纠纷，可结合双方过错程度，划分责任比例；二是海域清退过程中，因拖拽养殖筏导致的箱体碰撞，发生不必要损失。海洋牧场建设过程中，承租工程类船舶进行作业过程中可能导致船舶租用合同纠纷、光船租赁合同纠纷，建造海洋牧场平台过程中可能导致船舶建造合同纠纷、海上拖航合同纠纷、海洋开发利用合同纠纷，人工鱼礁与航行船舶发生碰撞的船舶碰撞责任纠纷。

四、海洋牧场海事司法风险防范进路分析

“发展海洋经济”和“建设海洋强国”是党的二十大报告提出的要求，建设海洋牧场是国家治理和社会治理的重要一环。海事法院负责审理海事和海商一审案件，服务国家海事司法建设，在办理涉海洋牧场案件纠纷过程中，要能动履职，多措并举，积极融入国家治理和社会治理。

⁸ 参见辽宁省高级人民法院（2022）辽民终360号民事裁定书。

⁹ 袁华荣，陈丕茂：广东省海洋牧场发展现状、问题与对策[J]. 广东农业科学，2022，49（07）.

（一）海事司法理论方面

1. 深入理解法理，统一裁判尺度

2023年12月5日起正式施行的《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉合同编通则若干问题的解释》（以下简称《合同编司法解释》）第十六条，就《民法典》第一百五十三条“但书”部分进行了补充说明，条文延续了《民法典》中关于强制性规定的表述，未将效力性强制规定与管理性强制规定作出区分。最高人民法院在对此作出解释说明，一是部分效力性强制规定标准不清晰，未达成共识，易导致审判尺度不统一；二是部分情况下，合同是否有效，是裁判者根据案件实际进行综合判断的结果，而非原因；三是自效力性强制性规定理论提出后，导致实践中公法上的强制性规定被直接认定为系管理性强制规定。¹¹《合同编司法解释》第十六条列举了五种不导致民事行为无效的强势行规定情形，分别为影响轻微、维护公权益目的，维护公平目的，维护诚信原则，均系原则性指引。该条文的表述，从理论层面，明确了合同效力认定的原则方向；从实践层面，赋予了法官更多的自由裁量权，这与法官自由心证的内涵相一致：在依据法律条文的前提下，法官通过内心良知、逻辑判断对案件进行综合判定。基于上述分析，关于海洋牧场建设中，海域征收公告并不必然导致海域使用权租赁合同无效，应依据物权、债权两方面法律规定，结合不同情形，综合判定合同效力：

一是违反行政法规强制性规定，合同无效，责任自担。海域使用权租赁合同如发生于征海公告发布之后，不存在《合同法解释编》第十六条规定的五种情形，系当事人双方明知违背强制性规定而订立的合同，恶意串通，如认定合同有效，则损害社会公共利益，违背社会公共秩序，因而合同自始无效。值得注意的是，在双方各自过错各自承担的情况下，出租人大多仅返还租金即可，而承租人需承担腾退海域、拆除设备等责任，故笔者认为，基于公平原则，出租人亦不应因此而得到受益，应向出租人返还租金的同时，支付全国银行间同业拆借中心公布的贷款市场报价利率。

二是情势变更情形，合同解除，依法裁判。如因海洋牧场建设导致海域被征收，系合同履行的基础条件发生了变更，非因承租人原因导致租赁物无法使用，出租人不存在过错，双方合同依法解除。关于合同解除的时间，笔者认为，如承租人虽未明确提出合同解除，但向出租人索要剩余期间租金的情况下，应视为提出合同解除

¹⁰ 江倩，李丽丽，徐梦琪：《经略海洋背景下海洋牧场若干法律问题析——以威海市海洋牧场为例》[J]，《世界海运》，2019，42(01):47-52。

请求。

三是征海公告及腾退海域公告发布后，承租人未在限期内清退海域，出租人此时已丧失占有海域基础，不应收取租金因而获益；承租人行为系非法占海，应承担相应民事风险及行政处罚风险。关于民事风险，笔者较为赞同的观点是：在此期间发生的对养殖物侵害的民事纠纷，应划分为合法的养殖成本与非法的预期收益两部分，根据双方过错划分，侵权者仅就非法养殖成本部分进行比例赔偿。¹²关于行政风险，承租人此时行为系非法占海行为，应承担相应行政处罚风险。依据《合同编司法解释》第十六条第三款规定，民商事审判中，尽管法院仅就民事纠纷进行审理，但如果发现当事人的违法行为未经处理，应向有关行政管理部门发出司法建议。

在海域使用权类纠纷的审理中，一方面要正视海域使用权租赁合同为继续性合同的性质，解除合同的效力不能溯及既往，合理利用自由裁量权，在司法裁判中注重利益平衡，避免厚此薄彼和顾此失彼，争取达到政治效果、社会效果和法律效果的有机统一；另一方面要尊重物权法定原则，克服就案办的思想，注重规则与价值的有机统一。

2. 强化“法答网”平台应用力度，形成上下贯通、内外结合的问题解决体系大连海事法院鲅鱼圈法庭通过法答网提问的方式，向辽宁省高级人民法院提出关于审理海上人身损害责任纠纷案件中“固定收入”“法院所在地”的理解与适用问题。辽宁省高级人民法院迅速在法答网上作出回复，并就相关问题前往大连海事法院进行统一调研讲解。现大连海事法院本部及五个派出法庭已就上述问题统一了裁判尺度：一是关于“固定收入”的计算，如果能够证明船舶劳务关系中，双方存在固定期限合同与工资，因船员受伤导致无法按约定完成剩余合同期限内劳务，属于雇员的实际损失，应按照规定进行误工期计算；二是关于“关于受诉法院所在地”的理解适用，大连海事法院所在地上一年度城镇居民人均可支配收入有辽宁省和大连市两个标准，大连标准显著高于辽宁标准，一般情况下，大连海事法院本部受理的案件可适用大连标准，如派出庭受理的案件可适用辽宁省标准，但依据侵权责任赔偿填平原则，法院可根据受害人的住所地、经常居住地等情况以弥补受害人的实际损失为目的适用上述具体标准。

3. 在裁判文书的撰写方面，重视释法明理

¹² 参见最高人民法院二庭、研究室负责人就民法典合同编通则司法解释答记者问，载于最高人民法院微信平台公众号，2023年12月5日。

对于利用自由裁量权的法律依据、确定责任比例的因素等予以充分的说明，在法律判断三段论的基础上充分考社情、民意，既要遵照法律条文的规定，又要将法律解释与能够反映人民群众朴素善良的愿望的道德习俗等这些法的非正式渊源结合起来，关注法律原则和法律精神的运用，平衡各方面的利益，弥补规则与价值之间的缝隙，通过法律语言合理吸纳民意，从而更好地实现法律的社会功能和司法的社会价值。

（二）海事司法实践方面

1. 建立联动机制，完善海洋牧场生态补偿制度

海洋牧场生态补偿制度既包括广义上指污染环境的补偿，狭义上指对海洋生态功能的补偿，即对为保护和恢复海洋牧场生态环境及其功能而付出代价、作出牺牲的单位和个人的经济补偿。建立海洋牧场生态补偿制度能够确保海洋牧场各方均衡受益，避免因公共利益的实现过程中，造成个人权利的受损。海域使用投入较大，收益预期较长，海事司法风险一旦发生，标的额较高，无论对于个人经营者还是企业经营者都是巨大的打击。建立部门联动机制，尤其是海事法院与海洋行政管理部门、渔政监督部门的联动协调机制，通过部门联动协调机制与管理部门对接，了解行政部门作出相关规范性文件或具体行政行为的法律依据，避免司法行为与行政行为在服务保障经济社会发展大局上形成认识上的偏差，对于生态补偿方式可通过分析海事诉讼案件类型有的放矢地进行处理，笔者认为，政策允许情况下，通过征收公告按照养植物生长周期，给予海域承租者足够时间腾退海域，并辅助以阶段性监管措施，在海域腾退阶段采取统筹腾退等方式避免不必要的损失发生，或能实现管理者与经营者的生态补偿效率共赢。

2. 建立“三所联动”机制，促进纠纷原地化解

上述海事司法风险类型可见，合同的性质、效力、履行、解除方面的争议往往发生在平等主体之间，依法可以通过调解结案。对于海域使用权、海上人身损害责任纠纷类案件，应完善海事法院与当地村民委员会、司法所的沟通协调，形成“三所联动”有效机制，从法理和情理两方面着手调解案件，一次性化解纠纷。

3. 落实司法建议，主动融入社会治理

最高人民法院于2012年就加强和规范司法建议工作印发《关于加强司法建议

¹² 董士玲，裴培，王宁：违法使用海域案件审判疑难问题研究[A] 江苏省法学会海商法学研究会 2022 年年会优秀论文集[C]. 江苏省法学会海商法学研究会，2022:8.

工作的意见》,规定了个案司法建议书、类案司法建议书和综合司法建议书等司法建议书的类型。海事法院在办理涉海洋牧场建设纠纷案件过程中,发现合同存在法律漏洞和法律风险的,针对个案中反应的具体问题提出有针对性的法律意见、制发司法建议,是应用个案司法建议书的具体措施;发现一定区域内规范性用海和用海行政审批等存在管理性漏洞的,针对该类案件中反应的普遍问题或经济社会发展中存在的普遍性、系统性问题制发司法建议,是应用类案司法建议书和综合司法建议书的具体措施。在海洋牧场建设中通过制发司法建议促进合法、规范用海,是海事法院创新司法建议形式、规范司法建议程序、增强司法建议效果、切实提升司法建议工作水平的重要手段,也是海事法院依法履行司法建议职责、延伸审判职能、提升司法能力和司法公信力,主动融入社会治理的重要体现。

五、结语

新时代人民法院能动履职理念,赋予了人民法院和法官更多的司法职责,要求人民法院及政法干警主动延伸司法职能,融入国家治理、社会治理。海域是最重要的国家资源之一,如何推动海洋牧场建设和治理,具体践行新时代能动履职理念,在能动履职与司法独立间寻求恰当的均衡点,是未来海事法院及法官在参与海洋牧场建设时需要着重考虑的问题。

海洋环境侵权案件中海洋生态环境修复的制度完善与司法进路

王伟杰*

【摘要】

海洋生态环境修复已经成为海洋生态环境侵权案件的主要责任形式之一。然而，在海事法院审理海洋生态侵权案件中，对海洋生态环境修复的适用仍存在诸多问题。本文通过对海洋生态环境修复的问题提起、海洋生物生态修复的基本问题、海洋生态侵权案件中的现实困境与隐忧以及海洋生态环境修复司法路径的完善对司法实践中海洋生态环境修复问题进行了分析，对完善海洋生态侵权案件中的海洋生态修复制度进行了讨论，并提出可行性建议。

【关键词】

海洋生态环境 生态修护 《民法典》

一、问题的提起

当前，海洋生态修复已经成为海事法院审理海洋环境污染和生态破坏案件适用的主要责任形式。《民法典》第一千二百三十四条规定违反国家规定造成生态环境损害，生态环境能够修复的，环境侵权人在合理期限内承担修复责任。¹近年来，有关生态环境修复的司法解释也日益完善。例如，《最高人民法院关于审理森林资源民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》将补种树木、恢复植被、恢复林地土壤性状、投放相应生物种群等方式作为森林生态环境遭受破坏的生态修复责任形式。²在海洋生态环境保护领域，我国《海洋环境保护法》也将海洋生态修复作为海洋侵权责任形式。³在新时代生态文明建设实践深入推进的背景下，海洋生态环境修复逐渐被司法实践认可，作为海洋环境污染和生态破坏的责任形式。例如，宁波海事法院审理浙江省温州市人民检察院诉宋某某海事海商纠纷公益诉讼案中，判令被

* 王伟杰，宁波海事法院法官助理。

¹ 《民法典》第一千二百三十四条。

告宋某某承担海洋渔业资源和生态损失修复费用，或在案发海域附近以增殖放流一定数量的大黄鱼育苗的形式修复生态环境。⁴

尽管在海洋生态环境侵权案件中部分法院对海洋生态环境修复作出有益尝试，但司法实践中海洋生态环境修复并不是普遍的责任形式，各地海事法院法院对适用海洋生态修复作为海洋生态侵权责任的 做法并不统一。法院较少采用生态修复作为海洋生态侵权的责任形式，而更愿意直接判令侵权人承担生态环境损害赔偿。事实上，如何正确适用海洋生态修复是海事法院面临的一个共同课题。生态修复作为《民法典》第七章规定的生态侵权责任，其具体适用基于法官对案件的整体把握和案情的具体分析。海事法院对海洋生态环境修复责任的理解和把握在实践中并无统一标准。另一方面，海洋生态环境修复较简单的金钱赔偿更为复杂，具体修复的执行过程涉及多部门协作，因此程序更加复杂。加之法律未明确规定海洋生态修复的具体规则和程序，法院在生态侵权案件中要承担更多监管责任，法院准确适用海洋生态修复责任难度较大。此外，海洋生态修复的适用条件也是司法实践的难题，对海洋生态修复是选择适用还是强制适用，我国法律并无硬性规定。海洋生态侵权案件中，当事人是否可以自主选择海洋生态修复？若当事人提出海洋生态修复方案，法院是否应当准许？以上问题法律都暂未给出明确答案。

如果对所有的海洋环境侵权案件都简单适用生态环境损害赔偿和惩罚性赔偿，那么《民法典》及相关司法解释规定的生态修复就会变得毫无意义。目前，我国海洋环境侵权公益诉讼大部分由检察院提起，以调解为主要结案方式，法官审理结果一般基于检察院起诉意见，法院在审理海洋公益诉讼案件中能动性不足。随着我国生态文明建设持续深入，海洋生态环境修复理应成为海洋环境侵权责任的有机组成部分。

海洋生态环境修复症结在于现行法律规定的模糊性和海洋生态环境修复的复杂性。法院适用海洋生态环境修复的原则和标准尺度不一，司法实践中海洋生态修复适用依赖法官个人判断和法院的习惯路径，一些法院更倾向于直接判令侵权人支付生态损害赔偿金。海洋生态环境修复较陆地生态修复更为复杂，海洋生态损害评估难度大，专业性要求高，因此法院受检察机关和专业评估机构外部影响较大。法官缺乏相关专业知 识，只能依靠专业机构评估，一般不会就检察机关或专机构提供的

² 《最高人民法院关于审理森林资源民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》第十七条。

³ 《中华人民共和国海洋环境保护法》第一百一十四条规定：“对污染海洋环境、破坏海洋生态，造成他人损害的，依照等法律的规定承担民事责任。同时，明确生态环境能够修复时，应当承担修复责任并赔偿生态环境服务功能损失；生态环境不能修复时，应当赔偿生态环境功能永久性损害造成的损失”。

⁴ 参见（2021）浙 72 民初 1300 号。

评估结果做出修改或否定性评价。

在海洋生态环境保护日益活跃的背景下，法官在审理海洋生态环境案件中具备较宽松的自由裁量权，因此海洋生态修复也逐渐成为一种灵活新颖的环境侵权责任形式，海洋生态修复相关司法实践的规范性角色日趋增强。法院在审理海洋生态环境侵权案件中，既要坚持保护海洋生态环境这一价值导向，避免在“立法+行政”模式主导下的司法缺位，又要避免我国环境司法能动的隐忧，积极回应公众对海洋环境保护的关切。为此目的，本文从司法实践角度出发，在环境司法能动性活跃的背景下，考察当前我国海洋生态修复的问题所在，并提出相关建议。

二、海洋生态环境修复的基本问题

（一）海洋生态环境修复责任之厘清

正确适用海洋生态环境修复责任，要区分生态环境修复和生态损害赔偿两种责任形式。海洋生态环境修复和生态损害赔偿都是海洋环境遭到污染或者生态破坏，侵权人应当承担的侵权责任形式，两者是并列关系。《民法典》第一百七十九条规定承担民事责任的方式主要有停止侵害、排除妨碍、恢复原状、赔偿损失、赔礼道歉等。《民法典》第一千二百三十四条和第一千二百三十五条对生态侵权案件的责任形式同样做了规定。其中，就责任形式而言，《民法典》第一千二百三十四条规定的生态环境修复责任是恢复原状；第一千二百三十五条则规定了生态环境损害赔偿范围。《民法典》第一千二百三十五条第四款规定了消除污染、修复生态的费用。根据《最高人民法院关于审理环境侵权责任纠纷案件适用法律若干问题的解释》第十三条，环境侵权责任包括停止侵害、排除妨碍、消除危险、修复生态环境、赔礼道歉、赔偿损失等民事责任。第十四条规定，如果侵权人在期限内未履行环境修复义务的，人民法院可以委托其他人进行环境修复，所需费用由侵权人承担。例如，在破坏森林的案件中，侵权人非法砍伐树林，法院可以判决当事人在原采伐地补植一定数量树木，在一定期限内进行抚育，若不能修复，判令其承担生态资源恢复费用。由此推理，修复生态环境和生态环境损害赔偿是两种并列的不同责任形式，且生态环境损害赔偿的范围要大于生态环境修复。如果当事人不履行生态环境修复责任，法院应当判令其承担消除污染、修复生态的费用。换言之，如果侵权人能够修复生态环境，可以不用承担生态赔偿损失。不过，在生态环境案件中海洋生态遭受

⁵ 参见《生态破坏民事公益诉讼中，如何承担修复责任？》，https://mp.weixin.qq.com/s?biz=MzI0NTA5MTU2Mg==&mid=2651839751&idx=3&sn=02f682268b9c984c26_e7c0d8f94ad9248chksm=f2a8a082c5df29940c5bd2b70398925b8d4b2bd66fd4d6c315270642d2634c27dee227200da1&scene=27，2024年1月1日最后访问。

⁶ 吕忠梅，窦海阳：《以“生态恢复论”重构环境侵权救济体系》，载《中国社会科学》2020年第2期。

⁷ 刘士国：《民法典“环境污染和生态破坏责任”评析》，载《东方法学》2020年第4期。

破坏，必然意味着当事人还需要承担因海洋生态环境破坏造成的临时性损失以及其他损失。

就法律逻辑而言，海洋生态环境修复是生态环境损害赔偿的前置条件。有观点认为，修复生态环境是实现生态环境损害民事救济的核心责任，目的在于使受损的生态环境得以及时修复，在适用上具有优先于损害赔偿的顺位。⁵还有观点认为，在环境损害事件中，金钱赔偿不能实现为人提供必要生存环境的目标，只能是不得已的选择，修复生态环境才是最必要的救济方式。⁶修复以可能和必要为前提，以恢复其生态服务功能为标准，替代修复是修复的特殊情况。⁷在当前司法实践中，部分法院直接判决海洋生态环境侵权案件中的侵权人承担生态环境损失费用，实际上忽视了对海洋生态环境修复的可能性思考，在逻辑上缺少对海洋生态修复环节的判断，存在混淆海洋生态修复和生态环境赔偿之间区别的风险。

（二）海洋生态环境修复的定义和目的

正确适用海洋生态修复，需厘清海洋环境生态修复的定义。我国《民法典》第七章虽规定环境污染和生态破坏的侵权责任，但并未对生态修复作出具体定义。我国《海洋环境保护法》多次提到修复海洋生态，但大部分为规范性表述，并未给出其具体定义。例如，《海洋环境保护法》第三十六条规定，维护和修复重要海洋生态廊道。第三十七条规定，恢复海洋生物多样性，修复改善海洋生态。第四十二条规定，海洋生态修复应当以改善环境、恢复生物多样性和生态系统基本功能为重点。尽管该法未能明确给出具体定义，但根据内容表述，可以推出海洋生态修复应当是恢复生物多样性和生态系统功能为主要目的。欧盟《环境责任指令》确立了生态修复以“基线条件”为主要参考标准。“基线条件”是指根据现有最佳信息估计，如果环境损害没有发生本会存在的自然资源受损时的状况。⁸在此基础上，《环境责任指令》定义“修复”是指将受损的自然资源恢复到基线条件，消除任何对人类健康产生不利影响的重大风险。⁹我国是海洋大国，现阶段受涉海从业人员法治意识不高和追逐利益的因素影响，海洋生态环境破坏情况时有发生，对海洋生态健康发展和我国民众的健康都产生重大影响。目前我国海洋侵权的表现形式多样，侵权主体包括自然人和法人，表现形式既包括非法捕捞珍稀野生动物等生态破坏情形，也包括向海洋排放污水、倾倒工程垃圾等违法行为，侵权形式具有多样性特征。结

⁸ 参见 DIRECTIVE 2004/35/CE OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 21 April 2004, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A02004L0035-20190626>, 2024年1月1日最后访问。

⁹ 同前注。

合我国《海洋环境保护法》和海洋生态环境保护现状，可以将海洋生态环境修复认定为海洋生物或海洋生物依赖的生存环境遭到破坏后，通过采取人工干预措施，使遭受破坏的生物多样性和生态系统功能重新达到海洋生态环境遭受破坏之前的状态。

海洋生态环境修复应包含双重目的：一是对遭受破坏的海洋生态环境进行物理修复；二是回应公众对海洋生态环境保护的期待。除了恢复原有的海洋生态环境，海洋生态环境修复还有对社会公众的认知教育功能，即通过对海洋生态环境的修复，司法可以回应社会公众对海洋生态环境保护的期待，对公众保护海洋生态环境具有指导和教育意义。法院在审理海洋生态环境侵权案件时坚持能动司法理念，依法审理海洋公益诉讼案件，可以以司法裁判为牵引强化海洋环境保护，织密织牢海洋生态环境司法保护网。

海洋生态环境修复是以最终恢复原来海洋生态为最终目的，生态环境修复不应与惩罚性目的混同。尽管我国《民法典》包含环境侵权惩罚性赔偿的规定，但惩罚性手段不应是海洋生态环境修复的目的。我国法律规定侵权人在一定期限内不履行环境修复义务，人民法院可以要求承担修复费用。据此来看，海洋生态环境修复并不具有惩罚性。因此，部分法院在审理海洋生态侵权案件时简单地将环境损害赔偿、惩罚性赔偿和生态环境修复相混同，没有厘清生态环境修复的目的。欧盟《环境责任指令》提到了生态修复的三个目的，即主要补救目的、补充性补救目的和补偿性补救目的。“主要补救目的”是将受损的自然资源恢复到或接近基线条件。¹⁰“补充性补救目的”是指如果受损的自然资源没有恢复到其基线状态所采取的补充补救。“补偿性补救目的”是指补偿待恢复的自然资源的临时损失。¹¹《民法典》虽然没有对生态修复不同目的进行区分，但是在第一千三百五十条中也作出了类似的规定，本质上是以恢复生态环境为主要目的。

海洋生态环境修复是对公共利益遭受损失后的补救措施。救济公共利益损害是保障环境安全、实现可持续发展的立法宗旨所必须。¹²有观点认为，环境修复的目标应该包括两方面的内容：一是修复受到损害的自然生态系统；二是修补由于自然生态系统受到损害而导致的人与自然之间和人与人之间关系的损害。¹³因为环境侵权的“二元性”或者侵权责任的“双重性”，必然要求环境侵权救济除了对个人的财产以及人身损害进行传统的损害赔偿之外，还要对生态环境本身的损害进行救

¹⁰ 同注 8。

¹¹ 同注 8。

¹² 吕忠梅，窦海阳：《以“生态恢复论”重构环境侵权救济体系》，载《中国社会科学》2020 年第 2 期。

济。¹⁴ 因此，海洋生态修复不仅仅是补救公共财产损失，还应当修复人与自然之间的关系。

（三）海洋生态修复的形式

海洋生态环境修复明显能够解决财产救济作为海洋生态侵权案件中救济方式的局限性。与财产救济方式相比，海洋环境生态修复形式没有限制。当事人除了金钱给付之外，还可以通过劳务代偿、委托第三方修复等方式进行。当前司法实践中，海洋生态侵权案件中劳务代偿也被法院认可。就损害性质而言，生态环境损害很少能通过金钱损害得到充分补救，而且生态损害往往是永久性的或长期的。因此，不应当把金钱作为唯一制裁侵权人的方式，还应综合考虑案情因素进行衡量，通过多种形式进行补救。法院作为国家公权力机关，自然应当承担保护环境的义务。¹⁵ 法院代表公众对破坏海洋生态环境的侵权人进行制裁，通过判令侵权人对海洋生态环境进行修复而不是付钱了事，可以达到实现公共利益的效果。有观点认为，生态破坏导致生态服务功能破坏，已不限于私益，而扩大到公益范畴。¹⁶ 事实上，环境污染和生态损害侵害了国家利益和集体利益，生态环境修复增加了环境侵害的违法成本。除了付出金钱赔偿以外，侵权人还需承担社会声誉、时间等成本，能更好地实现生态环境侵权的制裁效果。我国《民法典》第一百七十九条规定，承担民事责任的方式可以是恢复原状，可以单独适用，也可以合并适用。¹⁷ 如果生态环境修复无法弥补海洋生态环境损失，法院还可以通过要求侵权人承担生态损害赔偿和惩罚性赔偿进行补充。海洋生态环境修复不意味与海洋生态环境损害赔偿需要二选一。

（四）生态环境修复的优点

海洋生态环境修复是对海洋生态环境侵权行为救济的一种高效手段。当代社会已进入“环境时代”或“生态文明时代”，环境治理模式由传统的“管控—压制型”治理模式向现代“参与—回应型”的治理模式转变。¹⁸ 尽管生态修复属于公法还是私法范畴仍有争论，但都承认环境侵害案件损害的是社会公众的利益，国家规定的机关和法律规定的组织有权代表社会公众对环境侵权行为提起诉讼。有观点认为，公法框架下生态环境修复责任呈现的效能大于私法框架下的效能。实际上，公法救济与私法救济仅是途径不同，不能通过效果进行比较，行政救济效果未必大于私法救济。《民法典》框架下海洋生态环境修复是对公法救济的一种补充，在展现司法

¹³ 李华萍：《环境修复目标的法律分析》，载《法学杂志》2016年第3期。

能动性、扩大社会公众参与以及可持续环境保护制度的建立方面，海洋生态修复责任具有独特作用。

海洋生态环境修复能有效节约成本。在部分损害结果不严重的海洋生态侵权案件中，当事人自行修复最大程度减少当事人的经济负担，提高经济效率。检察机关办理破坏森林资源的民事公益诉讼案件，如当事人愿意以补植复绿的方式进行生态修复的，那么检察机关就没有必要让当事人缴纳生态修复的费用。¹⁹有观点认为，生态修复会降低侵权人的责任。对此观点，完全可以通过专业机构的科学评估避免。侵权人的环境责任包括生态修复费用、生态服务功能损失、环境损害处置费用等在内的各类环境赔偿，并且“生态修复费用”以受损环境的“恢复原状”为标准进行计算，不会减轻侵权人的侵权责任。²⁰

海洋生态环境修复能有力提升侵权人的环境法治意识。当事人修复海洋生态环境体现了“谁污染、谁治理”的原则。海洋生态环境修复责任中侵权人不是承担金钱赔偿责任后就退出，通过海洋生态环境修复，侵权人参与生态修复方案制定，在此过程中付出时间成本，提升了海洋生态环境保护意识，防止再犯风险。有观点认为当事人修复环境存在二次污染风险。²¹事实上，在司法实践中大部分的案件并不涉及十分专业的生态环境修复，例如滥砍滥伐树木，侵权人通过补种树木即可实现；非法捕捞海产品案件中，侵权人按照一定数量增殖放流即可实现海洋生态环境修复。如果对海洋生态环境修复方案不加甄别，就会陷入因噎废食的困境。即使侵权人要求自行修复受破坏的生态环境，修复方案也要经过法院和检察院进行审查，就修复方案进行论证。对于不可能进行生态修复的海洋生态环境，法院可以判令侵权人通过替代性方式进行修复。如果需要专业性要求较高的海洋生态环境修复，法院可以判令侵权人委托第三方专业机构进行。

海洋生态环境修复有利于创造更多海洋生态环境侵权救济新模式。如前文所述，在海洋生态环境侵权案件中，法院秉持生态恢复性司法理念，综合考量海洋生态环境损害的事实以及修复可行性、侵权人责任履行能力等因素，可以通过多种形式履行海洋生态修复责任。在侵权人金钱履行能力不足情况下，法院可以创新履行模式，通过多种形式进行海洋生态环境修复。例如，厦门海事法院通过“海洋碳汇+替代性修复”民事责任承担方式，解决被告赔偿能力弱引发的执行难困境，通过机制创

¹⁴ 吕忠梅，窦海阳：《以“生态恢复论”重构环境侵权救济体系》，载《中国社会科学》2020年第2期。

¹⁵ 陈海嵩：《国家环境保护义务的溯源与展开》，载《法学研究》2014年第3期。

¹⁶ 王利明：《环境民事公益诉讼不能主张惩罚性赔偿》，载《广东社会科学》2021年第1期。

新，丰富了海洋环境侵权的海洋生态环境修复机制。²²

三、海洋生态侵权案件中的现实困境与隐忧

（一）海洋生态环境修复目标偏离

海洋生态环境修复目的是为了对海洋生态环境进行修复，但司法实践中，法院对环境是否进行修复关注度不高。海洋生态环境修复概念的模糊容易导致海洋生态环境修复目标偏离。在此情况下，法院在审理海洋环境侵权案件中过于专注环境损害赔偿，而忽视对海洋生态环境的修复，导致原本受到损害的海洋生态环境在遭受破坏以后很可能得不到有效修复。

有人认为根据实体法生态环境修复责任可能的实施路径大体上可以分为公法和私法两类，应构建行政主导、诉讼补位的生态环境修复责任运行体系。²³ 这种观点过于强调行政部门的主导地位。在司法实践中，相关海洋环境保护部门在检察机关发布公告后，没有主动对环境侵权人进行起诉的情况并不少见。在法院判决后，检察机关对海洋生态环境修复是否进行监督法院也无从知晓。一些海洋生态环境修复资金被划入检察院或者财政账户后，并没有实际用于受损害的海洋生态环境修复。司法实践中的生态环境修复费用很可能会“名不副实”，甚或演变成筹集资金治理环境污染的借口，导致逐渐偏离生态环境恢复的目标。²⁴

（二）生态修复费用范围把握困难

海洋生态环境侵权案件中，法院最常见的责任承担形式是生态损害赔偿和赔礼道歉。诚然，海洋生态环境修复不可避免的带来实践中可操作性问题。海洋生态修复具有一定专业性，相较于陆地生态环境修复而言，海洋生态环境的修复对专业性要求更高。缺乏相关指导，法院对海洋生态修复的内涵和范围把握难度增加。尽管司法实践中可以通过专业机构评估推断出海洋生态环境修复的大致范围，但如果评估机构评估价值过高，会给侵权人带来更多的金钱履行压力，不符合比例原则，容易导致侵权人履行困难；如果评估价值过低，又不能满足海洋生态环境保护需要。海洋环境也具有公共财产属性，对海洋生态环境的破坏也应视为对国家财产的损害，如果法院评估不到位，就会导致国家财产的损失。

此外，生态修复与惩罚性赔偿是否能够同时适用？对此，学者持不同观点。有学者认为，环境修复责任只能通过公益诉讼的方式来实现，而惩罚性赔偿是以私益

¹⁸ 史玉成：《环境法学核心范畴之重构：环境法的法权结构论》，载《中国法学》2016年第5期。

¹⁹ 周翔，张旭勇，吴家根：《生态环境保护领域公益损害赔偿金使用研究——基于检察公益诉讼视角》，载《第四届全国检察官阅读征文活动获奖文选》。

²⁰ 巩固：《大同小异抑或貌合神离？中美环境公益诉讼比较研究》，载《比较法研究》2017年第2期。

诉讼的形式来实现，两者无法兼容。²⁵ 惩罚性赔偿意味着环境侵权人在承担环境修复责任之外，还需要承担惩罚性赔偿责任，两者并用可能违反了比例原则，将过分加重侵权人的负担。²⁶ 有学者认为，惩罚性赔偿的损害填补功能依旧不可或缺，生态环境惩罚性赔偿并不当然承担惩罚功能，只有在相关处罚不足以满足过罚相当原则时，才有必要发挥其惩罚功能。²⁷

（三）海洋生态环境修复程序复杂

海洋生态修复不是海洋生态侵权的必然责任形式。人民法院在审理海洋生态环境侵害案件时，可以根据根据专业机构的鉴定意见或者参考检察机关的起诉意见，合理确定海洋生态修复方案和具体要求。从成本效益分析，法院不适宜取代行政机构对生态修复进行过多介入。²⁸ 法官精通法律而非科学知识，因此应当尊重专业机构和专家意见。然而，在司法实践中，可能存在由于程序复杂，导致法官在面对海洋生态侵权案件中为追求效率，直接判令侵权人承担环境损失赔偿的情况。

法院并非完全依赖辅助机构，而是占据主导地位。这是因为法院不仅仅要从技术层面分析案情，还需要综合考虑案件的要素，包括当事人的经济能力、认罪认罚的态度以及生态环境危害性大小等因素。宁波海事法院受理公益诉讼起诉人浙江省舟山市人民检察院与被告刘某某、袁某某海事海上纠纷公益诉讼一案，尽管在说理部分提及根据法律规定应环境侵权人当承担修复生态、赔偿损失、赔礼道歉等民事责任，但在判决时只判令侵权人承担环境损失费、惩罚性赔偿、登报赔礼道歉。²⁹ 宁波市人民检察院和宁波市海事法院关于印发《关于共建海洋自然资源与生态环境保护公益诉讼司法协作机制的意见》中第六条规定了双方共同配合提升海洋自然资源与生态环境损害赔偿和生态修复金的执行到位率。第七条规定积极探索多种修复方式，探索引入劳务代偿制度，并积极尝试推行修复方式的多元化。可见，尽管海事法院在探索生态修复十分谨慎，但已经开始探索进行多种形式的生态修复。

（四）海洋生态环境评估鉴定机构不足

目前，具备海洋生态评估资质的机构较少。以浙江省为例，入册全省法院对外委托机构名录的涉海洋生态类的评估机构仅有3家，每家机构的职业人员最多不超过3人。³⁰ 当前，检察院委托的评估机构作为证据，侵权人很少提出反对意见。如果侵权人对专业评估机构的鉴定报告不认可，是否可以自行委托评估机构进行评估，

²¹ 张馨元：《〈民法典〉生态环境修复责任规范属性及实现框架》，载《哈尔滨工业大学学报（社会科学版）》2023年第3期。

²² 参见：《福建省宁德市人民检察院与林某某等海洋自然资源与生态环境民事公益诉讼案》，网址：<https://www.chinacourt.org/article/detail/2023/06/id/7375156.shtml>，2024年1月1日最后访问。

现行法律并没有明确规定。如果被告对评估机构评估结果不予置否，法院应当如何认定？以上问题都需要法院在司法实践中进行明确。部分法院已经开始探索在生态环境审判案件中进行创新，通过聘请专业人员参与案件调查，加强评估的专业性。例如，福建省高级人民法院制定《关于推广生态环境审判技术调查官制度助力打造美丽中国示范省的意见》，对生态环境审判技术调查官制度，对生态环境调查官的选任条件、选任程序以及参与诉讼活动的具体流程等主要问题予以明确和细化。

（五）生态修复资金运用和管理不规范

海洋生态环境侵权案件中生态环境修复资金的管理一直被广泛诟病。司法实践中，如果侵权人承担海洋生态环境修复费用，法院判决侵权人将生态修复资金打入法院账户或者检察院指定账户，即视为侵权人义务履行完毕。在此情况下，法院对生态环境修复资金使用状况无法进行监管，存在侵权人履行上的监管漏洞。

如果侵权人支付的生态修复基金没有用来对破坏的海洋环境进行修复，生态修复资金面临专款未专用风险。以宁波海事法院在2019年至2023年间审理的154件海洋环境公益诉讼案件为例，宁波海事法院关于生态损害赔偿资金有以下几种情况：一是在判决书没有载明生态损害赔偿资金的支付方式和途径。二是在判决书或者调解书中要求侵权人支付渔业和生态环境损害赔偿金，该赔偿金直接支付到检察院指定账户，或者判令侵权人支付资金到国库账户，资金上缴国库（直接支付至政府财政账户）。实践中，部分检察院没有专门用于公益诉讼的生态环境修复资金账户，法院无法对生态环境修复资金进行监管。生态修复资金上缴国库的方式显然并不合理，该笔资金无法直接用于生态环境修复。三是法院判令侵权人将生态修复资金付到第三方，委托第三方对遭破坏的海洋生态环境进行修复。例如，判令侵权人将生态环境修复资金支付至养殖优质种苗选育研究所账户，由研究所对海洋环境修复。此做法一定程度上实现了对海洋生态环境的修复，较直接上缴国库的做法更为合理。

生态修复资金应当严格规范目的、用途。生态修复资金本质上是侵权人因环境污染或生态破坏给环境造成损害后的责任形式。所用的资金没有用于生态修复，意味着受破坏的海洋环境没有进行修复，法律目的没有实现，环境遭受损害的权利没有得到救济。在生态修复资金划归财政账户以后，很难期待行政部门会组织力量对

²³ 王楠、李冰强：《完善生态环境修复责任 谱写中国式现代化新篇章》，载《人民法院报》2023年10月26日第5版。

²⁴ 王小钢：《生态环境修复和替代性修复的概念辨析——基于生态环境恢复的目标》，载《南京工业大学学报（社会科学版）》2018年第18期。

涉案的生态环境进行修复。对于生态修复资金的使用，侵权人和社会大众也有权进行监督，相关部门应当及时公布生态修复资金使用情况。若有关部门不履行生态修复责任，法院、当事人和有关部门可以进行监督。

四、海洋生态环境修复司法路径的完善

（一）树立正确的海洋生态修复观

当前，我国海洋活动日益活跃，所面临的海洋环境破坏风险与日俱增，海洋污染和海洋生态破坏可能对环境对人类健康产生毁灭性影响，但往往保持隐形。对侵权人而言，海洋环境破坏有利可图，但很难发现、起诉和惩罚，对生态环境、社会公众健康和国民经济造成重大损害。因此，完善我国海洋生态环境司法保护体系是海事法院的重要课题。

法院应成为海洋环境保护的主体，在海洋生态保护体系中不能缺位。实际上，目前海洋生态环境侵权案件中检察院占据主体地位，如果检察院不履行海洋生态修复监管责任或者监管不到位，海洋环境保护体系就无法完善，单纯依赖生态损害赔偿已经无法实现政治效果、社会效果、法律效果的有机统一。当前，我国海洋生态文明建设已经进入新阶段，完善海洋生态保护司法体系需要创新形式，通过加强司法能动性，保障海洋生态修复落实。法院通过持续创新认购碳汇等多种环境资源审判裁判执行方式，探索生态环境修复费用和赔偿资金的管理、使用方式，已经成为我国环境保护的司法成功案例。³¹

从审判职能角度而言，司法机关通过完善海洋生态环境司法保护体系，大力促进海洋生态环境修复，服务保障海洋生态环境建设大局。通过创新海洋生态环境修复深化司法指引，司法机关在审理海洋环境污染和生态破坏案件裁判标准上可以充分发挥司法能动性。

（二）明确海洋生态环境修复适用原则

法院在考虑是否应当进行生态修复时，应当根据具体案情审查海洋生态修复是否可行，这些可行性包括生物学可行性、社会可接受性、财务可行性。在确定海洋生态修复可行后，根据具体案情制定生态修复方案。虽然法院在审理案件中拥有自由裁量权，法院这种自由裁量权必须在一定程度上受制于生态环境恢复的目标、恢复生态学的基本原理和生态环境鉴定评估技术政策。³² 欧盟《环境责任指令》中列

²⁵ 王利明《〈民法典〉中环境污染和生态破坏责任的亮点》，https://wenku.baidu.com/view/4c384f2acc84b9d528ea81c758f5f61fb73628d3.html?_wks_1709020645148&bdQuery=%E7%8E%8B%E5%88%A9%E6%98%8E+%E7%94%9F%E6%80%81%E4%BF%AE%E5%A4%8D%E8%B4%A3%E4%BB%BB，2024年1月1日最后访问。

²⁶ 同前注。

²⁷ 参见：《生态环境惩罚性赔偿金与罚金可并处适用》，https://www.spp.gov.cn/spp/11yj/202206/t20220608_559173.shtml，2024年1月1日最后访问。

²⁸ 秦天宝：《司法能动主义下环境司法之发展方向》，载《清华法学》2022年第5期。

举了多项补救方案应当考虑的因素，包括对公共健康和安全的影 响、实施成本、成功可能性、将在多大程度上防止未来的损害、对自然资源的益处程度、相关社会、经济和文化问题以及当地特有的其他相关因素等。法院还应当坚持成本效益原则，即成本可行性，确保经济上具有可行性，符合比例原则。法院要确保正确有效实施合理的成本，包括评估环境损害的成本、行动的替代方案以及行政、法律和执法成本、监测和监督等成本。《最高人民法院关于审理生态环境损害赔偿案件的若干规定（试行）》第十二条规定，受损生态环境能够修复的，人民法院应当依法判决被告承担修复责任，并同时确定被告不履行修复义务时应承担的生态环境修复费用。生态环境修复费用包括制定、实施修复方案的费用，修复期间的监测、监管费用，以及修复完成后的验收费用、修复效果后评估费用等。原告请求被告赔偿生态环境受到损害至修复完成期间服务功能损失的，人民法院根据具体案情予以判决。

（三）确立正确的海洋生态修复流程

法院在审理海洋生态侵权案件中，首先应当对案件进行全局把握，根据检察院起诉情况判断是否能够修复、修复的成本效益如何，据此判断是否应当适用海洋生态修复。在确定可以通过海洋生态修复的情况下，如果当事人要求进行海洋生态修复，法院可以依法判令当事人承担海洋生态修复责任。

在制定海洋生态修复方案时，法院、检察院应当邀请专业机构或者专家学者，对修复方案进行评估，要求侵权人参与修复方案的制定，在协商一致的基础上，确定海洋生态修复方案。在恢复之前的临时损失应当计算入生态损害赔偿，修复方案应当载明生态修复的履行期间。此外，侵权人还应当向法院缴纳保证金，若侵权人在规定的期间内不履行，保证金将会没收。

法院应当挑选合适的海洋生态修复机构。海洋生态环境修复的机构必须具备资质，法院和检察院可以制定海洋生态环境修复机构名单，侵权责任人可以在名单范围内选择具有资质的修复机构。修复机构根据法院判决，制定修复方案，并经法院和检察院确认，在一定期限内对受损的海洋生态环境进行修复。侵权人将海洋生态修复资金打入法院账户，由法院支付给第三方机构。

法院应当制定海洋生态环境修复的监管机制。侵权人履行海洋生态修复的监管机关应当是法院和检察院。法院和检察院应当对生态环境修复的全过程进行监管。

²⁹ 参见（2022）浙72民初2230号。

³⁰ 参见《宁波海事法院海洋生态司法环境溇湖情况通报（2020-2022年）》。

若侵权人委托第三方机构修复的，第三方机构应当向法院和检察院及时通报修复进展。生态环境修复完毕后报法院和检察院，并由法院和检察院并对海洋生态环境修复结果进行监督。

（四）提供多元的生态修复方式

司法实践中，在侵权人无法履行海洋生态环境修复情况下，法院可以给侵权人提供其他可替代的修复方式。

劳务代偿。全国各地法院已经开始将劳务代偿作为生态破坏的修复的替代方式之一。劳务代偿是当事人暂时无法履行金钱赔偿义务的一种补充兜底。如果侵权人有金钱履行能力，法院是否可以判令当事人适用劳务代偿，法律上并没有明确规定。就法理而言，侵权人选择劳务代偿并不违反法律规定。不过，劳务代偿是以修补生态损失为最终目标，实行海洋生态修复，需要制定修复方案，购买工具，劳务代偿并不能完全填补生态修复所需费用，并且劳务代偿必须以不减轻侵权人侵权责任为前提。在侵权人具备生态修复的能力时，劳务代偿作为海洋生态修复的主要形式需要慎重考虑。尤其是，侵权人有金钱履行能力却不愿意履行海洋生态修复责任，法院可以不采取劳务代偿责任形式，直接判令侵权人承担生态修复责任。在涉及公益的情形下，权利人对赔偿请求权的处分，无论是放弃还是减让请求额等，均应当受到限制，从而避免因权利处分导致的第三人与公共利益的不当减损。海洋生态环境侵权案件中，侵权人出于对个人经济利益追求，破坏了海洋生态环境，对公共环境造成损失，本质上是侵犯了公共利益，因此，在侵权人有能力承担金钱责任修复生态环境时，法院不应通过劳务代偿减轻侵权人的责任。

委托第三方修复。海洋生态环境修复较为专业，而侵权人一般也不具备海洋生态修复专门知识。如果侵权人不具备生态修复能力，法院可以判令侵权人通过委托第三方修复的方式进行生态修复。第三方修复必须具有资质，具备海洋生态修复的能力。法院、检察院、侵权责任以及第三方机构应当通过协商机制，制定海洋生态修复方案。替代性修复。如果海洋生态环境已经无法修复或者修复效益不高，可以通过替代性修复进行。例如，司法实践中有法院判令侵权人购买碳汇进行替代性修复。例如，福建省宁德市人民检察院与林某某等海洋自然资源与生态环境民事公益诉讼案中，厦门海事法院主持各方当事人就案涉损失赔偿达成“海洋碳汇+替代

³¹ 《中国环境资源审判（2022）》及典型案例、《中国环境司法发展报告（2022）》
<https://www.court.gov.cn/zixun/xiangqing/402452.html>，2024年1月1日最后访问。

³² 王小钢：《生态环境修复和替代性修复的概念辨正——基于生态环境恢复的目标》，载《南京工业大学学报（社会科学版）》2019年第1期。

性修复”的调解协议。被告连带赔偿海洋生态环境损害修护费用中部分款项由被告以自愿认购海洋碳汇的方式分三年履行，剩余赔偿款项由被告通过公益性劳务代偿方式履行，期满后劳务不足以抵偿的，仍需承担赔偿责任。

（五）生态修复资金资金监管

针对当前海洋生态修复资金监管存在的问题，法院应当与检察院、行政部门协调，明确生态修复资金的使用和监管流程。检察机关的账户用途不清、上缴国库的生态修复资金没有用于生态修复等问题需要多部门协同解决。明确海洋生态资金监管是海洋生态修复的有力保障。可以通过在法院建立海洋生态环境修复专用账户，由法院直接支付给第三方修复机构。通过法院生态修复专用账户对生态修复资金进行监管，具备三个方面的明显优势：一是确保专款专用，海洋生态修复资金明确用于修复遭破坏的海洋生态环境。二是强化监督，当事人不履行海洋生态环境修复责任，法院可以直接委托第三方机构进行修复，防止侵权人逃避法律责任。三是提升公信力。法院及时公布生态环境修复资金使用情况，有利于增强社会公众对司法保护生态环境的信心，提升司法公信力。

五、结语

随着我国生态文明建设的深入，海洋生态保护司法规则体系和保护机制不断完善。海事法院通过开展海洋生态环境保护的司法实践创新，有力提升了海洋环境审判的专业化水平。在此背景下，海洋生态环境修复理应成为海事法院审理海洋环境侵权案件的多元选择之一。通过不断规范和完善海洋生态侵权案件中的海洋生态修复制度，强化法院与涉海相关主管部门合作机制，能够有力推进海洋环境一体保护机制，完善海洋生态修复的司法保护体系，织牢海洋生态环境保护网。

实现海事债权担保物权的 法律规制与路径选择

——以港口经营人行使货物留置权为视角

石福新 陈兴旺*

【摘要】

基于物权流转，港口货物具有物权所有权人与港口作业合同债务人相分离的特点，这导致提货权和留置权的冲突。提单持有人基于货物所有权享有向港口经营人提取货物的权利，港口经营人基于留置权可以拒绝交付货物，货物所有权人为提取货物需垫付或者代付港口作业和仓储保管费用以消除留置权。港口经营人拒绝交货或者交货不能应承担赔偿货值损失义务，而交付货物则留置权落空。货物所有权人提货权和港口经营人留置权的冲突，以及港口经营人为避免承担货值赔偿责任而交付货物却致使留置权落空的矛盾，需要对港口货物留置权进行法律规制。实体法上应对港口货物留置权确定留置范围并设定行使期间，以避免货物在港口长期储存产生高额保管费抵消其市场价值。程序法上应对港口经营人行使货物留置权规定具体可行的方式并明确其附随义务，以促使货物合法交易和快速流转。

【关键词】

港口经营人 留置权 法律规制 行使期间 路径选择

一、问题的提起

当前，海洋生态修复已经成为海事法院审理海洋环境污染和生态破坏案件适用的主要责任形式。《民法典》第一千二百三十四条规定违反国家规定造成生态环境损害，生态环境能够修复的，环境侵权人在合理期限内承担修复责任。¹近年来，有关生态环境修复的司法解释也日益完善。例如，《最高人民法院关于审理森林资源民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》将补种树木、恢复植被、恢复林地土壤性状、投放相应生物种群等方式作为森林生态环境遭受破坏的生态修复责任形式。

*石福新，天津海事法院副院长，二级高级法官；陈兴旺，天津海事法院法官。

² 在海洋生态环境保护领域，我国《海洋环境保护法》也将海洋生态修复作为海洋侵权责任形式。³ 在新时代生态文明建设实践深入推进的背景下，海洋生态环境修复逐渐被司法实践认可，作为海洋环境污染和生态破坏的责任形式。例如，宁波海民事主体依法享有物权。物权是权利人依法对特定的物享有直接支配和排他的权利，包括所有权、用益物权和担保物权。本文主要探析海事债权担保物权和港口经营人货物留置权的法律规制和实现路径。

（一）海事债权担保物权和港口经营人货物留置权

海事债权是因海商合同、海事侵权行为以及海事海商法律的其他规定，权利人请求特定义务人为或者不为一定行为的权利。担保物权是债权人所享有的，为确保债权实现在债务人或者第三人所有的物或者权利之上设定的，就债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现担保物权的情形，优先受偿的他物权。担保物权的基本属性是物权，基本性质是对担保物的支配权，而非债权请求权。担保物权具有从属性，是从权利，从属于主债权而存在。担保物权担保其债权享有优先受偿权，以担保债权的实现为目的。海事债权担保物权主要包括以船舶、船载货物、船用物料、海运集装箱、港航设备设施、海洋开发利用设备设施等财产为担保物的担保物权。

¹ 留置权、抵押权、质权是担保物权的主要类型。抵押权和质权属于意定担保物权，是当事人根据其意思而设定的担保物权。留置权属于法定担保物权，即具备法律规定的条件或者原因而当然发生的担保物权。根据《中华人民共和国民法典》（以下简称民法典）第四百四十七条的规定，留置权是指债务人不履行到期债务时，债权人所享有的留置其已经合法占有的债务人的动产，并就该动产优先受偿的权利。海事债权留置权是海事债权担保物权的重要类型，司法实践中以船舶留置权、船载货物留置权、港口经营人货物留置权最为常见。港口经营人货物留置权，是指港口经营人在对于货物装卸、驳运、储存以及装拆集装箱等作业费用的债权已经到期，但作业委托方或其他应当支付作业费用的人未支付也未提供适当担保的情形，留置合法占有的货物，对该货物进行折价、拍卖或变卖，并从折价款或者拍卖、变卖所得价款中优先受偿的权利。² 在港口货物作业和保管仓储情形下，港口经营人作为债权人是留置权人，港口货物为留置财产。通俗地讲，港口经营人是指在港区内从事货物装载、卸载、搬移、保管等作业的人。³ 港口经营人的港口货物作业，既有

¹ 参考《最高人民法院关于海事法院受理案件范围的规定》第 105 条的规定。

可能基于承运人或者其代理人的委托，也可能基于收货人或者其代理人的委托，并因此对港口经营人产生不同的权利义务。

（二）港口经营人货物留置权和承运人船载货物留置权

在法律范畴上，船载货物与港口货物涵盖的范围具有一定的重合性，根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》第十九条规定，船载货物的范畴是处于承运人掌管之下，尚未装船或者已经装载于船上以及已经卸载的货物。意即承运人将卸船的货物交付给收货人（签发提货单）之前，存储在港的货物尚处于承运人掌控之下，依然还属于船载货物。此时，储存在港的货物既是港口货物，又是船载货物。从理论上讲，此时的货物承运人和港口经营人均有可能对货物行使留置权，承运人通过掌控提货单的签发来控制货物，港口经营人则是货物的实际控制方。不过，在实践中，港口作业和仓储保管合同通常对货物约定30天至90天不等的免费仓储保管期，并且在超过免费仓储保管期后还约定有港口作业费和仓储保管费的履行期限，并约定有货物留置权和处置权，而且货物在港口经营人的实际控制之下，货物仓储保管时间越长带来的仓储保管费收益越高，对港口经营人而言，通常情况下不但不急于行使留置权，反而往往怠于行使留置权，除非货物仓储保管费即将超过货值，或者货物属于危化品、宜腐宜变质物品等不宜长时间储存的物品。所以，实践中，承运人对船载货物的留置权与港口经营人对港口货物的留置权通常并不发生直接冲突。本文主要探讨港口经营人对港口货物留置权的行使，本文下文中的港口货物留置权一般是指港口经营人货物留置权。

二、港口经营人交付货物与行使货物留置权的冲突

（一）提单持有人提货权与港口经营人货物留置权相冲突

以进口货物为例，提单持有人作为收货人和货物所有权人，凭提单向港口经营人提货，但港口经营人主张港口作业费用和仓储保管费用以及留置权，拒绝放货。如天津港交易市场有限责任公司与天津远航国际矿石码头有限公司港口货物保管合同纠纷案。⁴法院判决要求港口经营人码头公司将存储于其堆场的从某轮卸载的货物交付提单持有人交易市场公司。而港口经营人对提单持有人另行诉讼主张港口作业和仓储保管费用以及货物留置权。从法律规定分析，留置权可以对抗提货权，从而使交付货物无法兑现，除非先行消灭留置权。因此，提单持有人既提货权人不得

² 胡正良，顾寅：《港口经营人货物留置权之剖析（上）》，载《中国港口》2023年第8期，第56页。

³ 参考《海商法》（修改稿）第50条第6项的规定。

不支付港口作业和仓储保管费用以消除留置权以换取提货。此案产生的根源在于该案第三人既货物的起初买家某物流公司欠付货款和运费，并将货物卖于其他方，货物经多次转卖最终由交易市场公司购买，但货物在交易中一直没有真正交付和转移占有，从而引发了一系列诉讼，致货物到港后长时间仓储保管于港口未能提货。经多年诉讼，仓储保管费用已与货物价值相差无几，而纠纷的始作俑者与码头公司签署港口作业和仓储保管合同的物流公司已经破产清算，提单持有人或者港口经营人向其追偿港口作业和仓储保管费用已无实际意义。

实践中，与港口经营人订立港口作业和货物仓储保管合同的公司往往是贸易公司，并无债务履行能力。这是港口经营人更注重行使港口货物留置权的根源，而非仅仅依据港口作业和货物仓储保管合同向港口作业委托人主张债权。此类情形下带来了若干消极后果，一是提单持有人的提货权落空，或者为了提货而额外负担了高额港口作业和仓储保管费用；二是货物能否交付、提取，留置权是否会行使均长时间处于不确定状态，从而引发诸多诉讼，且各个诉讼相互关联，纠纷长时间无法最终解决，待纠纷解决完毕货物价值已不抵持续增长的仓储保管费用；三是港口经营人怠于行使留置权，货物长时间仓储保管于码头，未能到港后及时流转进入终端消费市场，降低了货物周转率和使用率，并产生高额仓储保管费用，大大抵消了货物的实用价值。

（二）交付货物或赔偿货值损失义务与行使留置权相冲突

港口经营人不但是收取装卸费和仓储保管费并享有货物留置权的债权人和留置权人，同时也是交付货物或者赔偿货值损失的债务人。在行使留置权和履行交货义务或赔偿货值损失相冲突的情形下，港口经营人亦面临两难选择，特别是在港口作业委托人不具有港口作业费用和仓储保管费用债务履行能力的情况下。如天津港散货物流有限责任公司与悦达供应链管理江苏有限公司，第三人北京古道宏盛物流有限公司、第三人天津港中煤华能煤码头有限公司海事海商纠纷案。⁵ 该案判决煤码头公司向供应链公司交付货物，如不能交付货物，则按货物市场价格以货币方式替代履行。煤码头公司作为码头经营人，对涉案货物享有留置权，但行使留置权的后果是不能交付货物则按照货物价值承担赔偿责任，在留置权的主债权即港口作业和仓储保管费用与货值相差无几的情况下，如果选择交付货物，则留置权落空，如果

⁴ 参见（2019）津民终 232 号民事判决书和（2021）津 72 民初 208 号民事调解书。

选择行使留置权，则按货值承担赔偿责任。在此情形下，无论最终应承担港口作业费用和仓储保管费用的债务人有无履行能力，从担保物权实现的角度看，意味着留置权这一担保物权在事实上落空。

提货权或者货物交付义务与留置权冲突的化解，可从完善港口货物留置权的行使期限和行使方式入手，对港口货物留置权进行法律规制。

三、港口货物留置权的行使期限

（一）为留置权设定行使期限的法理基础

法理上，任何权利都有法定范围和界限，故法又限制权利。法对权利的限制并不是对一定范围或界限内的行为即国家许可和保障的行为的限制，而是对此范围或界限外的行为的限制。法对权利的限制就是为人们设定与人们的权利相联系的不作为的义务。⁶在德国民法上，留置权的性质为债务履行抗辩权，并非担保物权，因此适用消灭时效的规定。但是，作为担保物权的留置权，则与之不同。担保物权的消灭时效和债权的消灭时效并不相同。例如，我国台湾地区“民法”第一百四十五条规定：“以抵押权、质权或留置权担保之请求权，虽经时效消灭，债权人仍得就其抵押物、质物或留置物受偿。”依此规定，留置权人的权利并不因为债权超过消灭时效而当然行使不能。《民法典》没有规定留置权的行使不受时效限制的例外。但是，留置权也不能无期限存在，在主债权因诉讼时效经过而变为自然债权之后，基于担保物权的从属性，这时的留置权也应丧失法律保护。从根本上讲，立法上有必要明确留置权的权利行使期间。在法无明文规定的情况下，基于公平原则和物尽其用的考虑，实践中也要结合社会经验法则确定相对合理的权利行使期间。⁷值得注意的是，该行使期间的性质不是诉讼时效期间，因为担保物权并不适用诉讼时效制度，否则有违传统民法理论。⁸该行使期间的性质同于《民法典》第四百一十九条对抵押权行使期间“未行使的，人民法院不予保护”的规定，类似于“除斥期间”或者“失权期间”。其法律价值取向在于防止留置权人躺在权利上“睡眠”，推动留置物的流通，使留置物更好地发挥其市场价值。

（二）为留置权设定行使期限的立法基础

《民法典》第三百九十三条规定，有下列情形之一的，担保物权消灭：（1）主债权消灭；（2）担保物权实现；（3）债权人放弃担保物权；（4）法律规定担

⁶ 参见（2022）津72民初228号民事判决书和（2023）津民终659号民事判决书。

保物权消灭的其他情形。第(4)项“法律规定担保物权消灭的其他情形”之规定给法律为留置权设定行使期限预留了立法余地。《民法典》第四百一十九条规定,抵押权人应当在主债权诉讼时效期间行使抵押权;未行使的,人民法院不予保护。

《民法典》第四百三十七条规定,出质人可以请求质权人在债务履行期限届满后及时行使质权;质权人不行使的,出质人可以请求人民法院拍卖、变卖质押财产。出质人请求质权人及时行使质权,因质权人怠于行使权利造成出质人损害的,由质权人承担赔偿责任。可见,对于抵押权,《民法典》规定了与主债权诉讼时效期间相同的行使期间。对于质权,《民法典》规定出质人可以请求质权人在债务履行期限届满后及时行使质权,以及质权人怠于行使权利的赔偿责任。《民法典》第四百五十三条对留置权作了如下规定:留置权人与债务人应当约定留置财产后的债务履行期限;没有约定或者约定不明确的,留置权人应当给债务人六十日以上履行债务的期限,但是鲜活易腐等不易保管的动产除外。债务人逾期未履行的,留置权人可以与债务人协议以留置财产折价,也可以就拍卖、变卖留置财产所得的价款优先受偿。留置财产折价或者变卖的,应当参照市场价格。且第四百五十四条规定:债务人可以请求留置权人在债务履行期限届满后行使留置权;留置权人不行使的,债务人可以请求人民法院拍卖、变卖留置财产。第四百五十七条又规定:留置权人对留置财产丧失占有或者留置权人接受债务人另行提供担保的,留置权消灭。由此可见,《民法典》虽然规定了留置财产后的债务履行期限,债务人在债务履行期限届满后对债权人行使留置权的督促权和请求法院对留置物予以拍卖、变卖权,以及留置权因丧失占有和接受替代担保而消灭的制度,但并未规定留置权的行使期间或者怠于行使留置权的赔偿责任。

(三) 承运人船载货物留置权的行使期间司法实践

虽然现行法律对留置权未设定行使期间,但海事司法实践中已将留置权行使期间理论予以应用。例如新鑫海航运有限公司、武汉弈帆工贸有限公司海上、通海水域货物运输合同纠纷一案。⁹判决认为,航运公司作为承运人,明知涉案货物长时间无人提货,应该依法及时行使和实现留置权,避免损失扩大。航运公司并未采取有效措施及时处理涉案货物以弥补和降低损失,而是一直等待至海关拍卖货物。因此,在航运公司怠于行使法定和约定义务情形下,其要求工贸公司或其他方承担诉

⁶ 邹瑜:《法学大辞典》,中国政法大学出版社1991年版,第12页。

⁷ 最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组:《中华人民共和国民法典物权编理解与适用(下)》,人民法院出版社2020年版,第1306页。

称产生和扩大的费用显然不当。¹⁰显然，虽然该司法裁判观点无明确的法律规定可以引用，但从论理上引用了留置权行使期间的理论，认定承运人怠于行使留置权应承担损失产生和扩大的责任。

四、港口货物留置权的行使方式

（一）《民法典》规定的留置权行使方式

《民法典》第四百五十三条规定了3种留置权行使方式：（1）留置权人与债务人协商以留置财产参照市场价格折价受偿；（2）留置权人自行委托拍卖机构拍卖留置财产，以所得价款优先受偿；（3）留置权人参照市场价格自行变卖留置财产，以所得价款优先受偿。《民法典》第四百五十四条规定了1种留置权行使方式：债务人请求人民法院拍卖、变卖留置财产，以所得价款优先受偿。另外，《民法典》第四百五十五条规定，留置财产折价或者拍卖、变卖后，其价款超过债权数额的部分归债务人所有，不足部分由债务人清偿。

（二）申请提存可以达到实现港口货物留置权的效果

《民法典》第四百五十条规定，留置财产为可分物的，留置财产的价值应当相当于债务的金额。该规定将可分物的留置权行使限于与债务相当的金额，即不能超额留置，这也大大降低了留置权人行使留置权的意愿，因为每过一段时间处置一部分留置财产远不如一次性解决所有问题高效。但将行使留置权和申请提存作为“组合拳”来用，可以达到将仓储保管货物一次性“清盘”的效果。

在港口货物作业和仓储保管经济活动中，港口经营人不但享有收取装卸费和仓储保管费的权利，同时负有保管货物和依约或者依仓单或者依提货单交付货物的义务，从保管、交付货物义务的角度讲，港口经营人是债务人，港口作业委托人或者仓单持有人或者提货单持有人是债权人。然而，货物或者仓单或者提货单的转让并不在港口经营人的掌控之下，并且有很大可能与港口作业委托合同既仓储保管合同相脱离，港口经营人往往并不知晓真正的货物所有权人是谁，仓储保管合约期届满后，货物所有权人基于货物贬值或者买卖纠纷等因素怠于提取货物，港口经营人基于货物贬值不抵装卸费和仓储保管费、货物为危化物品或易腐易变质物品、仓储保管费市场价值上扬等因素考虑，亦有可能作为交付货物的债务人请求债权人提货，而在不知晓债权人是谁的情形下，有可能申请提存货物。虽然《民法典》没有将提

¹⁰ 参见（2020）最高法民再110号民事判决书。

存作为行使留置权的方式予以规定，但申请提存可以达到实现留置权的效果。提存是指由于债权人的原因而无法向其交付合同标的物时，债务人将该标的物交给提存机关而消灭债务的制度。

《中华人民共和国海商法》（以下简称海商法）第八十八条规定，承运人根据本法第八十七条规定留置的货物，自船舶抵达卸货港的次日起满六十日无人提取的，承运人可以申请法院裁定拍卖；货物易腐烂变质或者货物的保管费用可能超过其价值的，可以申请提前拍卖。拍卖所得价款，用于清偿保管、拍卖货物的费用和运费以及应当向承运人支付的其他有关费用；不足金额，承运人有权向托运人追偿；剩余的金额，退还托运人；无法退还、自拍卖之日起满一年又无人领取的，上缴国库。该规定即类似于《民法典》规定的提存制度。《民法典》第九百一十六条规定，储存期限届满，存货人或者仓单持有人不提取仓储物的，保管人可以催告其在合理期限内提取；逾期不提取的，保管人可以提存仓储物。《民法典》第五百七十条规定，有下列情形之一的，难以履行债务的，债务人可以将标的物提存：（1）债权人无正当理由拒绝受领；（2）债权人下落不明；（3）债权人死亡未确定继承人、遗产管理人，或者丧失民事行为能力未确定监护人；（4）法律规定的其他情形。标的物不适于提存或者提存费用过高的，债务人依法可以拍卖或者变卖标的物，提存所得的价款。第五百七十一条规定，债务人将标的物或者将标的物依法拍卖、变卖所得价款交付提存部门时，提存成立。提存成立的，视为债务人在其提存范围内已经交付标的物。第五百七十三条规定，标的物提存后，毁损、灭失的风险由债权人承担。提存期间，标的物的孳息归债权人所有。提存费用由债权人负担。第五百七十四条规定，债权人可以随时领取提存物。但是，债权人对债务人负有到期债务的，在债权人未履行债务或者提供担保之前，提存部门根据债务人的要求应当拒绝其领取提存物。债权人领取提存物的权利，自提存之日起五年内不行使而消灭，提存物扣除提存费用后归国家所有。但是，债权人未履行对债务人的到期债务，或者债权人向提存部门书面表示放弃领取提存物权利的，债务人负担提存费用后有权取回提存物。从上述规定可见，港口经营人申请提存港口货物，不但能实现债权受偿、节省保管成本及费用，而且能有效规避保管风险。当然，港口货物并非真正提存于提存部门（法院、海关或者港航管理局等相关部门），而是可以依法拍卖或者参考市场价值

⁹ 参见（2018）鄂民终 870 号民事判决书。

¹⁰ 参见王淑梅主编：《海上货物运输合同纠纷案件裁判规则》，法律出版社 2021 年版，第 254 页。

予以变卖，从而在到期债务获得清偿后将剩余的所得价款予以提存。

（三）申请实现担保物权程序

《中华人民共和国民事诉讼法》（以下简称民事诉讼法）第二百零七条规定，申请实现担保物权，由担保物权人以及其他有权请求实现担保物权的人依照民法典等法律，向担保财产所在地或者担保物权登记地基层人民法院提出。第二百零八条规定，人民法院受理申请后，经审查，符合法律规定的，裁定拍卖、变卖担保财产，当事人依据该裁定可以向人民法院申请执行；不符合法律规定的，裁定驳回申请，当事人可以向人民法院提起诉讼。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第三百六十一条规定，实现担保物权案件属于海事法院等专门人民法院管辖的，由专门人民法院管辖。

五、港口货物留置权的法律规制

（一）明确港口经营人的法律地位和权利义务

《海商法》修订已进入立法议程。《民法典》第四百四十七条和第四百四十八条等条款对留置权的规定并不十分契合海商经济活动实际。现行《海商法》滞后于《民法典》，应增加关于港口经营人章节，一是明确港口经营人的法律地位，明确其是承运人的委托人还是收货人的委托人，还是独立于委托人具有独立地位的港口经营人；二是增加规定港口经营人、港口作业委托人与货物所有权人的权利和义务，包括港口经营人的货物留置权，无人提取货物的处置权，损失索赔权以及港口经营人对货物的交接、保管、交付义务，港口作业委托人和货物所有权人的提货、索赔、货物处置权及供货、接货、交费义务等条款；三是增加港口经营人的法律责任条款，包括责任期间、责任范围、归责原则、责任限制等条款。

（二）明确港口经营人货物留置权的范围

《海商法》修订不仅应对第八十七条关于承运人船载货物留置权的范围予以明确，还应增加规定港口经营人对港口货物的留置权并明确其留置权的范围。关于港口经营人港口货物留置权的范围，首先，对留置财产不应限制为《民法典》第四百四十七条规定的“债务人的动产”，因为在港口货物作业和仓储保管活动中，在港口作业委托人是承运人及其代理人的情况下，港口货物作业和仓储保管合同的债务人是承运人，但承运人一般不是货物所有人，除非其在卸货前已经合法留置了

¹¹ 参见（2004）沪高民四（海）终字第132号民事判决书。

船载货物且尚未将货物转让。在港口作业委托人是提单记载的收货人及其代理人的情况下，收货人很有可能在货物到港后甚至货物运输途中已将货物转让于其他方，提单记载的收货人已不是真正的货物所有权人，甚至因货款纠纷或者运费、滞期费、船期损失、租船纠纷等造成仓单和提货单分离，不但港口货物作业和仓储保管合同的债务人亦不是真正的货物所有人，而且仓单持有人亦很可能不是真正的货物所有权人。并且，在无特别约定的情况下，对提货人是否为提货单记名的收货人，港口经营人不负有查明义务。¹¹ 所以，对港口经营人港口货物留置权的范围，不应限制为“债务人的动产”。其次，关于《民法典》第四百四十八条“应当与债权属于同一法律关系，但是企业之间留置的除外”的规定，在港口货物的商事留置方面，应明确规定虽然该商事留置并不要求留置权的产生与债权的产生属于同一法律关系，但在不属于同一法律关系的情形下，港口经营人留置的动产必须是债务人的动产，如在不确定该动产是否属于债务人所有的情况下行使了留置权，如该动产不属于债务人所有，则因非法留置造成的损失，应由留置人对动产所有人等相关方承担赔偿责任。

（三）增加港口经营人货物留置权行使期间的规定

关于港口经营人货物留置权行使期间，应规定港口货物留置权人应当在债务履行期限届满1年内行使，未行使的，人民法院不予保护，或者不得对抗货物所有权人提取货物。并参考《民法典》第四百三十七条第二款的规定，增加规定债务人请求港口货物留置权人及时行使留置权，因港口货物留置权人怠于行使权利造成的损失，由港口货物留置权人承担。增加规定港口货物留置权行使期间的规定，可以避免留置权人为了收取保管仓储费用而怠于行使留置权，从而影响货物快速周转和高效利用。

（四）明确港口经营人货物留置权行使方式

与《海商法》修订增加关于港口经营人章节相对应，《中华人民共和国民事诉讼法》（以下简称海事诉讼特别程序法）修订应增加关于港口货物交付、扣押和拍卖章节，明确港口货物提货、交付、扣押与拍卖等事项，并明确港口经营人行使港口货物留置权的方式。结合前文所述，行使港口货物留置权可以具体规定为如下方式。

¹² 《德国民法典》第二百二十九条规定：为自助目的而取走、灭失或毁损物的人，或为自助目的而扣留怀疑有逃跑嫌疑的义务人，或制止义务人对其有义务容忍的行为进行抵抗的人，在不能及时取得机关援助，并且不立即处理即存在无法实现或严重损害妨碍实现请求权的危险时，其行非为不法。

1. 港口经营人与港口作业委托人协商以留置财产参考市场价格折价受偿

协商参考市场价格以留置财产折价受偿是《民法典》第四百五十三条规定的方式之一。民事行为中意思自治优于法律规定，只要民事行为不违反法律规定，不损害国家利益、社会公共利益和他人合法权益。虽然港口货物的所有权有可能不属于港口作业委托人，但留置权是对物权而非对人权，是担保物权而非债权。如果有相关方以所有权等理由对折价受偿提出异议，可以提供担保消灭留置权，或者代为履行主债务消灭主债务（此时代为履行主债务的人可因债权转移依法取得债权）。其实，参考市场价格对留置物折价，该行为本身一般并不会损害到其他方合法权益，更何况，留置权尚优于抵押权等优先受偿。需注意的是，港口经营人与港口作业委托人协商以留置货物参考市场价格折价受偿，如已知货物所有权另有其人，应通知所有权人参与协商，因为所有权人可以提供担保消灭留置权，或者代为履行主债务消灭主债权，从而保留其货物所有权。这是参考市场价格协商以留置财产折价受偿方式行使留置权的附随义务。

2. 港口经营人自行委托拍卖机构拍卖留置财产以所得价款优先受偿

港口经营人自行委托拍卖机构拍卖留置财产以所得价款优先受偿亦是《民法典》第四百五十三条规定的方式之一。留置权是法定担保物权，并非必须经由法院确认才享有，留置权的行使亦并非必须经由司法程序才能行使。从法理角度而言，留置权可因担保范围的不同而分为一般留置权和特殊留置权。特殊留置权亦称法定留置权，指法律为保护债权人利益，直接规定债权人享有留置的权利。特殊留置权的行使本身就是民事权利自力救济的具体表现之一，是一种民事自助行为。自力救济是指民事权利主体对其享有的和行使的民事权利在受到非法损害或妨害时，以其力量加以自我保护的民事行为。《德国民法典》第二百二十九条¹²规定的特殊留置权即属于自力救济行为。将行使特殊留置权作为自力救济手段，与公力救济相比具有及时性、高效率、低成本优越性，符合港口经济追求的在港货物快速流通、集约高效价值目标，可以有效弥补公力救济的不足，从而保障债权的实现，维护债权人的利益，在不能实现相关方协商一致折价受偿的情形下，是港口经营人行使留置权的优先选择。《民法典》仅对一般留置权的定义、要件、效力、消灭等作了规定，未对特殊留置权的行使作具体明确的规定。《海事诉讼特别程序法》的修订可以将港口

¹² 参见（2014）广海法初字第403号民事判决书。

货物这一特殊留置财产作为特殊留置权的内容进行明确规定，允许港口经营人将港口货物留置并自行委托拍卖机构进行拍卖以实现其优先受偿权。

3. 港口经营人参照市场价格自行变卖留置财产以所得价款优先受偿并将剩余价款提存

港口经营人参照市场价格自行变卖留置财产以所得价款优先受偿并将剩余价款提存，这是将《民法典》第四百五十三条规定的留置制度和第九百一十六条规定的提存制度相结合的做法。自行变卖通常适用于标的物为易燃易爆易变质等不宜长期存储或者长期储存将失去使用价值的物品，或者储存成本过高以及不及时提取将被海关等监管部门没收的物品等。由于具有自行处置的必要性和紧急性，因而港口经营人可以参照市场价格自行变卖留置财产以所得价款优先受偿，并将剩余价款提存。由于处置的紧急性，不能仅限于处置与主债权金额相当的留置财产。港口经营人此时不但是港口作业费和仓储保管费的债权人和留置财产的留置权人，同时也是负有保管和交付货物义务的债务人，作为债务人，可以依照提存制度将所有货物一并处置，在优先受偿债权后将剩余价款提存，提存部门可以是法院，或者海关（例如货物为进出口监管货物），或者是港航管理局（例如货物为内贸货物或者危险货物）。

4. 港口经营人或者其债务人申请法院扣押、拍卖、变卖留置财产根据《民法典》留置权制度、提存制度，《民事诉讼法》申请实现担保物权制度，并参考《海商法》第八十八条目的港无人提货承运人对货物留置处置的规定，无论是港口经营人还是港口作业委托人（债务人），均可申请法院扣押、拍卖、变卖留置财产，以所得价款优先受偿港口经营人的债权，价款超过债权数额的部分归债务人所有，不足部分由债务人清偿。如前文所述，《海事诉讼特别程序法》的修订，应对扣押、拍卖、变卖港口货物作出具体规定，在第三章“海事请求保全”第三节“船载货物的扣押与拍卖”后，增加第四节“港口货物的保管、提取、交付、扣押和拍卖”。明确港口经营人、港口作业委托人和货物所有权人等各方权利义务，亦使司法机关扣押、拍卖、变卖港口货物有法可循。

（五）港口经营人行使货物留置权的附随义务

除协商留置财产折价受偿和变卖留置财产受偿需通知已知的货物所有权人参加

协商外，行使留置权应进行通知和公告，将留置货物的相关情况，包括留置货物的名称、数量、品质、存放地点，担保的主债权金额和到期时间，港口作业委托人名称，运载该货物的船舶名称、航次、卸港日期，仓储保管期限及收费标准，以及拟采取的留置权行使方式和时限等通知委托人、已知的收货人和利益相关方。

（六）不得行使留置权的情形

除依约不得留置的货物不得行使留置权外，在留置货物被海关、公安机关或司法机关查封、扣押后，解除查封或扣押之前，未经查封、扣押机关同意，港口经营人不得对货物行使留置权，不能对货物采取折价抵债、委托拍卖或者自行变卖等处置措施。关于查封、扣押期间的仓储保管费用，《中华人民共和国行政强制法》第二十六条第三款规定，因查封、扣押发生的保管费用由行政机关承担。因此，行政机关扣押期间产生的包括堆存费在内的保管费用，港口经营人无权直接向承运人或者委托人收取。¹³ 法院因民事案件在诉前或者诉讼中扣押货物期间产生的仓储保管费用，港口经营人不应向港口作业委托人主张，而应根据生效法律文书确定承担方及金额，该事项未列入诉讼请求未予确定的，由保全申请人另行起诉。在执行阶段查封、扣押被执行人所有的港口货物的，查封、扣押期间的仓储保管费由被执行人承担，在拍卖或者变卖后作为扣押、拍卖费用先行拨付。

没收供犯罪所用船舶问题探析

——以债权人合法权益保护为视角

石望韬*

【摘要】

船舶被法院认定为供犯罪所用的财物，依照刑法的规定应予以没收并上缴国库，犯罪人偿还债务的能力可能会因此削弱，其债权人的合法权益因此也会受损。如今理论研究的缺位、现行法律规定的桎梏以及救济途径的缺失，债权人欲请求以被刑事没收的船舶偿还犯罪人所负的债务障碍重重，其合法权益缺乏保障。没收供犯罪所用的本人财物属于一种保安处分，根据比例原则的要求、对其实现特殊预防目的的路径的考察、利益平衡的考虑，在没收供犯罪所用的本人财物时保障债权人的合法权益具有正当性；通过对《刑法》六十四条规定的限制解释可以破除法律规定的障碍。在具体的保障路径方面，应在确认适格的债权人、船舶并确立由人民法院主导对船舶的刑事没收的基础上，完善具体的保护路径。

【关键词】

供犯罪所用的财物 船舶 债权人

一、问题的提出

案例：甲自有船舶一艘。甲欠乙钱若干，甲向乙提供该船作为抵押物担保其债务并在海事部门办理了该船的抵押登记。后因甲使用该船进行走私活动被海关抓获后被法院判刑，其船舶亦被法院认定为犯罪工具由海关没收并进行拍卖。丙通过拍卖获取了该船。乙主张自身有权就该船的拍卖所得优先受偿，后因乙提出异议，且丙办理登记的依据文书并非人民法院出具，海事部门迟迟未为丙办理船舶所有权登记。

*石望韬，广州海事法院法官助理。

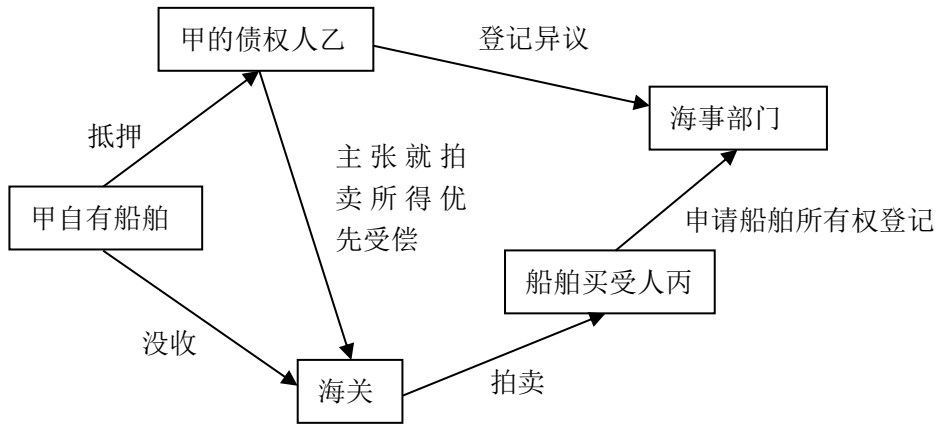


图 1: 案例

我国《刑法》第六十四条对供犯罪所用的本人财物的没收做了规定。¹ 供犯罪所用的本人财物经常被等同于犯罪工具，这种说法并不准确。供犯罪所用的本人财物包括犯罪工具和组成犯罪行为之物。² 所谓组成犯罪行为之物即某些犯罪的构成要件所要求包含的特定的“物”，例如危险驾驶罪中规定的机动车、行贿罪中规定的财物、倒卖文物罪中规定的文物，若缺乏这些“物”则不符合构成要件，不能构成相应的犯罪行为。相反犯罪工具并不属于犯罪的构成要件，例如故意杀人罪中犯罪人是否使用工具杀人并不影响该罪名的成立与否。在一个犯罪行为中可能同时存在犯罪工具以及组成犯罪行为之物，例如前文案例中甲自有船舶是其走私的工具，其使用船舶走私的货物即为组成犯罪行为之物。但无论是犯罪工具还是组成犯罪行为之物都属于《刑法》第六十四条规定的没收范围之内。对于供犯罪所用的财物，为贯彻罪责自负原则，保障第三人的合法权益，该规定将没收的范围限制在“本人财物”范围内，即着眼于保护第三人对被用于犯罪的财物的所有权。同时，没收供犯罪所用的本人财物还会损害第三人的合法债权，例如在上述案例中甲所有的船舶被海关刑事没收并拍卖后，因抵押物的灭失导致乙的合法债权的不能依法实现。在本案中，乙能否主张因没收甲的船舶损害其合法债权的实现为由，向海关要求以拍卖款优先保障债权实现的主张，本质上是被刑事没收的财物能否用于优先偿还犯罪

¹ 《刑法》第六十四条规定：“犯罪分子违法所得的一切财物，应当予以追缴或者责令退赔；对被害人的合法财产，应当及时返还；违禁品和供犯罪所用的本人财物，应当予以没收。没收的财物和罚金，一律上缴国库，不得挪用和自行处理。”

² 张明楷：《论刑法中的没收》，载《法学家》2012年第3期。

人合法债务的问题。该问题在法律规定上缺乏依据,在司法实践中更没有相应的程序。

因此,笔者将尝试以此案为研究样本,探讨没收供犯罪所用船舶时对债权人权益保障的相应理论依据;同时在平衡对债权人合法权益的保护以及没收供犯罪所用的船舶之犯罪特殊预防目的的实现之间,提出具体的保护路径。

二、问题的反思

如今在利用被没收供犯罪所用的财物偿还犯罪人债务存在缺乏理论支持、法律桎梏、救济途径缺失等问题,而用供犯罪所用船舶偿还债务方面同样受到上述问题困扰。

(一) 理论支持的缺位

关于涉案财物的没收制度,理论界关注点在于能否突破我国《刑法》第六十四条所规定的供犯罪所用的本人财物应当予以没收的规定,即将供犯罪所用的本人财物一律予以没收改变为仅就部分予以没收,以及关注应采取什么样的标准判断供犯罪所用的本人财物是否应予以没收上。在这方面理论界取得较多的研究成果,也逐渐在应突破我国《刑法》第六十四条的规定方面取得共识。而司法实务界则比理论研究走得更远,早在在审判中践行。例如有法院在司法实践中出现以没收供犯罪所用的本人财物与犯罪人所犯罪行的社会危害性不相适应,显失公平为由决定对供犯罪所用的本人财物不予没收的情况。³除此之外理论界还对“本人财物”的理解问题进行了较多讨论,争论的焦点简单可归纳为“本人财物”是指犯罪人具有完整、独立所有权之物,还是指犯罪人合法持有之物。至于对没收供犯罪所用的本人财物时是否能对第三人的债权予以保护,何种债权应当予以保护,如何对第三人的债权进行保护,这些问题少有被谈及。

总的来说,该问题在理论界遭到冷遇致使其在司法实践中也不被重视。究其原因,笔者认为主要是因为普遍存在认为没收供犯罪所用的本人财物是属于立足犯罪行为所造成的客观“害”,通过剥夺财物所带来的痛苦阻却再次犯罪的可能性的观点。⁴若在没收供犯罪所用的本人财物之后,为了保障第三人的合法债权而利用犯罪人被没收的财物帮其偿还债务,就无法给犯罪人带来痛苦,进而起不到特殊预防的效果。与此同时,相比起在刑法学、刑事诉讼法学研究中对如何保障人身权益的广泛探讨,而对犯罪人特别是作为第三人的债权人的财产权益的保护则未受到足够

³ 参见吴燕、赵祥东:《“供犯罪所用的本人财物”的认定与没收》,载《刑事审判参考(第45集)》,法律出版社2006年版,第56页。

重视。理论研究的缺位，导致立法、司法实践长期缺乏相应的理论指导。

（二）法律规定的桎梏

《刑法》第六十条规定：“没收财产以前犯罪分子所负的正当债务，需要以没收的财产偿还的，经债权人请求，应当偿还。”但没收财产与没收供犯罪所用的本人财物不能混为一谈。没收财产性质上属于附加刑，只能适用于《刑法》明文规定可以判处没收财产的犯罪，从《刑法》分则的规定来看其主要适用于危害国家安全罪、破坏社会主义市场经济秩序罪、侵犯财产罪、贪污贿赂罪；⁵而没收供犯罪所用的本人财物从《刑法》对其规定上看属于第四章刑罚的具体运用中，其适用范围包括《刑法》规定的全部犯罪。因此，债权人不能根据《刑法》第六十条的规定主张以被没收的供犯罪所用的本人财物偿还债务。

表 1：没收财产与没收供犯罪所用的本人财物的对比

| | 性质 | 在《刑法》中所处章节 | 适用范围 | 没收后的处理 |
|--------------|------|-----------------|----------------------------|------------------------------------|
| 没收财产 | 刑罚 | 第三章刑罚第八节没收财产 | 《刑法》分则第一章、第三章、第五章、第八章规定的犯罪 | 上缴国库；经债权人申请可以用以偿还没收财产之前犯罪分子所负的正当债务 |
| 没收供犯罪所用的本人财物 | 未作规定 | 第四章刑罚的具体运用第一节量刑 | 《刑法》规定的全部犯罪 | 一律上缴国库，不得挪用和自行处理 |

对于供犯罪所用的本人财物，我国《刑法》第六十四条在应当一律予以没收之余，还特别强调：“没收的财物和罚金，一律上缴国库，不得挪用和自行处理。”若使用被没收的供犯罪所用的本人财物向债权人偿还债务，有违反该规定挪用或自行处理没收的财物之嫌。在对船舶的刑事没收中欲保障第三人的合法债权，应参照《刑法》第六十条的规定允许以被没收的供犯罪所用的船舶偿还债务，挣脱我国《刑法》第六十四条的桎梏。

（三）救济途径的缺失

第一是制度上未能保障债权人的知情权。刑事裁判文书仅向相关方送达，而裁判文书网上公开也在实践中也不及时，况且存在不予公开的情形，债权人难以及时知晓裁判结果，往往容易错过寻求救济的最佳时间。第二是适格的主体不明。是否

⁴ 参见胡成胜、王莉：《犯罪工具没收的权属限制和量度限制》，载《人民检察》2017年第23期。

⁵ 张明楷：《刑法学（第五版）》，法律出版社2016年版，第540页。

犯罪人所有的债权人是否可以寻求救济？如果不是，那究竟是何时形成的债务、何种性质的债务的债权人才有相应的权利？第三是债权人寻求救济的时间不明。根据刑事诉讼法司法解释第二百七十九条第二款的规定在审理中案外人对查封、扣押、冻结的财物及其孳息的权属有异议的时候人民法院才应听取其意见，对存在其他异议的案外人的意见人民法院是否应听取、何时听取则未有规定。第四是债权人寻求救济的对象不明。刑事裁判涉财产部分的执行有权机关除了人民法院外，还可能是其他行政机关。例如上述案例中根据《海关法》第九十二条第二款⁶的规定海关有权对供犯罪所用的本人财物进行处理。存在“多头管理”的情况下债权人难以确定自己提出申诉的对象，而“多头管理”伴随的权责不清问题也容易导致出现不同有权机关之间互相推诿的现象。除此之外，“多头管理”还模糊了没收供犯罪所用的本人财物行为的司法执行属性，造成了执行过程中的程序衔接不畅。例如在前述案例中，丙拍卖取得船舶后依据海关出具的文书前往海事部门办理船舶登记，而《船舶登记工作规程》规定海事部门应根据法院送达的协助执行通知书生效裁判文书。即使乙不提出异议，海事部门为丙办理船舶登记也存在障碍。第五则是救济的程序不清。收到债权人异议的人民法院或者行政机关作出决定的时限、在存在异议时是否中止执行、能否申请复议等实施细则根本无明确规定。刑诉法司法解释第五百三十二条的规定，刑事裁判涉财产部分的执行中刑事诉讼法及其司法解释没有规定的参照适用民事执行的有关规定。但刑事执行与民事执行存在一定的差异，仅凭该概括性、兜底性的规定无法解决两者衔接的问题，更无法为司法实践中面临的各种复杂情况提供指引。

三、正当性证成

欲在没收供犯罪所用船舶中保障债权人的权益，允许以被罚没的供犯罪所用船舶偿还债务，必须解决其是否正当的问题。关于该问题笔者从以下几个方面进行考虑。

（一）关于没收涉案财物的法律性质

关于没收涉案财物的法律性质，存在刑罚说、保安处分说、对物的强制处分措施说几种。所谓刑罚说简而言之是将没收涉案财物视作刑罚中的没收财产的一种形式。保安处分是着眼于行为人所具有的危险性格，为了保持社会治安，同时以改善行为人为目的，而施行的一种国家处分。⁷保安处分说认为没收涉案财物属于对物

⁶ 《海关法》第九十二条第二款规定：“人民法院判决没收或者海关决定没收的走私货物、物品、违法所得、走私运输工具、特制设备，由海关依法统一处理，所得价款和海关决定处以的罚款，全部上缴中央国库。”

的保安处分。对物的强制处分措施说则认为，没收涉案财物是一种《刑法》之外的强制处分措施，是以物为出发点，基于违法犯罪行为造成的具体实施，与行为人的身危险性（包括罪责）无关，即使因为被告人逃匿、死亡或者缺乏刑事责任能力而无法判处刑罚，也不影响犯罪所得没收的进行。⁸

笔者认为，没收涉案财产具有浓厚的保安处分的色彩，其法律性质上应属于保安处分。从涉案财产的没收与没收财产在《刑法》中的规定、适用范围、没收的对象等方面来对比，都难以将没收涉案财产视为没收财产的一种。虽说采纳刑罚说在保障债权人权益方面更有优势，即债权人可以直接根据《刑法》第六十条的规定要求以没收的涉案财物偿还债务，但其对于没收涉案财物的法律性质的解释过于牵强，逻辑上也难以自洽。至于对物的处分措施说与保安处分说之间无实质区别，两者均是着眼于特殊预防的非刑罚方法的没收，也均不以有责为前提，可以视为同一种观点。没收供犯罪所用的本人财物属于没收涉案财物的其中一个方面，其法律性质自然也是保安处分。

（二）关于比例原则的引入

保安处分在具体适用时不要求如刑罚般在犯罪人责任的范围内做裁量，仅需考虑特殊预防的需要。虽然保安处分不受罪责刑相适应原则的约束，但其仍然需要符合比例原则。对于保安处分的适用是否符合比例原则应遵循适当性、必要性、均衡性三阶审查。适当性原则审查手段是否有助于目的实现；在此基础上，必要性原则要求在所有相同有效实现目标的手段中必须选取最温和、对权利损害最小的手段；最后，均衡性原则进一步审查手段产生的损害与目的追求的利益之间的平衡性。⁹

根据法律法规的规定，如今没收供犯罪所用的本人财物一律均应上缴国库。在考虑现行没收供犯罪所用的本人财物制度这一保安处分是否符合比例原则的问题，也应结合没收的目的并遵循以上三个阶段进行审查。在适当性方面，没收供犯罪所用的本人财物并禁止以其偿还债务毫无疑问有助于实现特殊预防的目的，一方面犯罪人被没收财物后会感受到痛苦，另一方面其也无法再次利用被没收的本人财物再次进行犯罪。在必要性方面，现行做法除损害了犯罪人对其财物的所有权外，同时也损害了第三人通过主张以被没收之物来实现其债权的权利。为实现其特殊预防，在损害规制对象的权利之余还损害第三人的合法权益，使得善意第三人因为他人的

⁷ 张明楷：《刑法学（第五版）》，法律出版社2016年版，第638页。

⁸ 转引自朱斌、于红梅：《刑事涉案财物没收的司法认知与适用》，载《中国检察官》2021年第21期。

过错受到处罚，有将第三人作为预防其他人犯罪的工具之嫌，侵害了第三人的人格尊严。这无论如何也称不上是“实现目标的手段中最温和、对权利损害最小的手段”。在均衡性方面，现行做法也未能平衡好没收供犯罪所用的本人财物之损害后果与其追求的特殊预防目的。综上所述，经过比例原则三阶审查可得，在现行没收涉案财物制度不符合比例原则。

（三）关于没收中特殊预防的实现路径

没收供犯罪所用的本人财物的目的是为了实现在特殊预防，在这一点上没有争议。那么，其是如何实现特殊预防的效果呢？比较普遍的观点认为是通过剥夺犯罪人的财物给其带来痛苦，进而阻却犯罪人再次犯罪。若持此观点则会认为若允许利用被没收的犯罪所用的本人财物进行偿还债务，犯罪人在丧失自身财物的同时也减少了自身负担的债务，会削弱犯罪人受到的痛苦，不利于实现特殊预防的目的。因此持该观点的人会对于在没收供犯罪所用的本人财物中保障债权人的权益，允许以被没收的财物偿还债务持负面的态度。但没收供犯罪所用的本人财物不会被单独使用，在被没收财物的同时犯罪人往往也会被判处一定的刑罚。通过给犯罪人带来痛苦来达到阻却犯人再次犯罪应主要通过通过对犯罪人施以适当的刑罚来实现。而在存在刑罚的情况下保安处分起到的吓阻应当是辅助性、补充性的。不宜颠倒刑罚与保安处分在特殊预防方面的主次作用。笔者认为，没收供犯罪所用的本人财物是通过剥夺犯罪人再次使用该财物进行犯罪的机会，以实现特殊预防的效果。将被没收的供犯罪所用的本人财物用以偿还债务，犯罪人也无法再次使用该财物进行犯罪，不会削弱其特殊预防的效果。退一步来说，纵使确实对特殊预防的效果进行了削弱，从功利以及尊重人权的角度来看也不应该就此损害债权人的合法权益。

（四）从没收财产刑罚的类推

人民法院在对犯罪人量刑时，综合考虑一般预防与特殊预防的需要，在法定的量刑幅度内决定具体的刑罚适用。质言之，人民法院判处的刑罚已经满足对犯罪人特殊预防的需要的。在犯罪人被判处主刑及没收财产的情况下，主刑以及作为附加刑的没收财产共同对犯罪人产生特殊预防的效果，但债权人仍可以根据《刑法》第六十条仍规定请求以没收的财产偿还犯罪人所负的债务。可见，立法者认为以被刑罚没收的财产为犯罪人偿还债务并不会削弱没收财产这一刑罚的特殊预防的效果；

⁹ 蒋红珍：《比例原则适用的范式转型》，载《中国社会科学》2021年第4期。

又或者说立法者认为虽然这一做法削弱了刑罚的特殊预防的效果，但其保障了债权人的合法利益，经利益衡量后认为削弱其特殊预防的后果也是可以接受的。根据《刑法》第六十条的规定，我们可以通过同样的考量得出没收供犯罪所用的本人财物中也应该允许以犯罪人被没收的财物偿还债务。需要特别说明的是，上述类推解释有利于犯罪人，并不违反罪刑法定原则。

四、路径构建：船舶刑事没收制度完善

根据前文的论述，允许以供犯罪所用的船舶清偿债务以保障债权人的合法权益具有其正当性、合理性。而完善相应的对船舶刑事没收制度，特别是在制度中添加债权人保障方面的内容具有紧迫性。这不意味着可以不加甄别地将所有的被没收的船舶用于偿还犯罪人的全部债务，仍需对有权请求受偿的债权人加以一定限制。另外，在制度构建时存在《刑法》第六十四条规定的障碍。笔者认为应从以下几个方面完善相应的制度。

（一）限制解释：破除法律桎梏

如前文所述，《刑法》第六十四条关于“没收的财物和罚金，一律上缴国库，不得挪用和自行处理”的规定是在以被认定为犯罪工具的船舶清偿债务中最大的障碍。笔者认为可以通过合理地解释解决该问题，而非通过修改刑事立法的方式实现目的。唯有通过以规范目的作为解释指导原则，并且将解释结论限制控制于刑法条文的字面含义内，实现解释结果妥当性的实质解释，才能合理解决刑法适用问题。¹⁰ 具体而言，可以通过对该规定限制解释来破除其桎梏，即将其解释为：“没收的财物和罚金，一律上缴国库，国家机关及其工作人员不得挪用和自行处理。”即将该规定的规制对象限制在没收财物、收取罚金的国家机关及其工作人员，将其他的主体排除在其规制对象之外。事实上，有能力“挪用和自行处理”被没收的财物和罚金的主体也仅可能是具体执行的国家机关及其工作人员，其他主体获取被没收的财物和罚金无论如何也称得上“挪用”和“自行处理”。违反该规定对应的犯罪也应是《刑法》第三百六十九条规定的私分罚没财物罪。对该规定的限制解释并未超出刑法条文的字面含义，在结果上破除了保障债权人利益的法律方面的障碍，所以说是妥当的。

（二）适格的债权人

¹⁰ 转引自冯文杰：《比例原则视野下犯罪工具没收的实质解释》，载《法学家》2022年第2期。

首先，债权人与犯罪人之间存在正当的债务。因违法行为所负的债务，例如因赌博、嫖娼、购买毒品等所欠债务等，均不属于正当的债务、不在法律保护之列。无法证明自身与犯罪人存在正当债务的，不能主张以犯罪人被没收的供犯罪所用的财物偿还其债务。

其次，债权人与犯罪人之间存在的正当债务应当发生在犯罪人供犯罪所用的船舶被生效裁判确认没收之前。需要强调的是，本文所述的对债权人保障是以其债权实现的合法权益因犯罪人供犯罪所用的财物被没收而受损为前提的，无损害则无保护之必要。如在债务发生之前没收犯罪人供犯罪所用的船舶，则没收的行为并未损害债权人的合法权益，因此这种情况下债权人无权主张保护其债权。

再次，犯罪人的其他财产无法偿还债务。如犯罪人的其他财产足以向债权人偿还债务的，则说明没收犯罪人供犯罪所用的船舶并未实质损害到犯罪人还债能力，债权人同样不能主张就此受偿。

最后，债权人应当在法定的时间内向执行没收的国家机关主张。如果债权人怠于行使自身权利，无正当理由超出时限申请以犯罪人被没收的供犯罪所用的财物偿还的，应不予支持。

而债权人对于被没收的犯罪人供犯罪所用的船舶是否享有担保物权、是否享有船舶优先权不应影响其适格与否的认定，仅应影响债权人的受偿顺序。

（三）以法院为主导

如前文所述，现行法律法规规定有权对供犯罪所用的财物进行处理的国家机关除人民法院外还包括部分行政机关，这种“多头管理”的管理模式带来权责不清、衔接不畅等诸多弊端。确立法院在执行没收涉案财物的主导，便于对被没收的财物进行规范处理，减少不同机关间衔接不畅带来的问题。对于出现外籍船舶被没收并出售的情况，由法院以外的机关进行船舶出售，也不便于根据《北京船舶司法出售公约》开展国际司法合作。而具体到负责对供犯罪所用船舶进行没收的法院，笔者认为应当根据对船舶的处置情况作以下区分。如船舶无法重新投入合法运营，如“三无”船舶、严重受损无修复价值的船舶，仅能作为废船或者废料出售的，可直接由地方法院进行处理。如船舶可以重新投入合法运营的，决定整体进行拍卖出售的，则应委托当地海事法院进行拍卖。船舶所有人作为特殊的动产，往往存在多种类型

的债权债务，行政机关甚至地方法院难以厘清其中错综复杂的关系。相反海事法院对于拍卖船舶具有较为完备的法律法规作为依托以及丰富的经验；与海事部门、船检部门在船舶的司法拍卖方面也有一套成熟的衔接机制，少有出现买受人无法办理过户等情况出现，得到买受人的充分信任。在司法实践中，地方法院在民事案件中对于船舶的执行也往往委托海事法院执行，在对船舶的刑事没收上委托海事法院进行处理也有成熟的制度路径可以参照借鉴。

（四）具体的程序

笔者基于对债权人的各项合法权益的保护，参照民事诉讼的相关规定，对处理供犯罪所用的船舶的程序做以下建议：

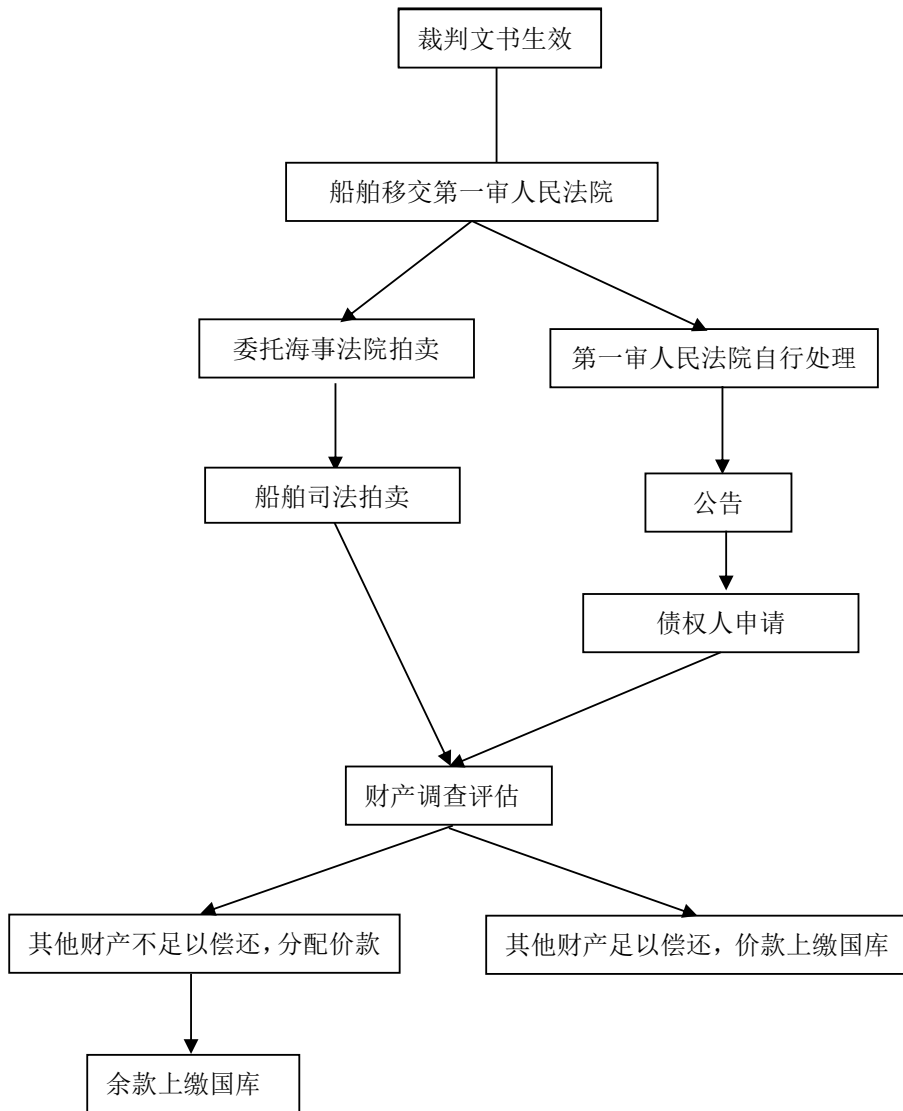
一、启动与评估。在刑事裁判生效、供犯罪所用的船舶移交第一审人民法院后，人民法院应对船舶的处置作初步的评估。如认为船舶状态良好，可重新投入合法运营的，则委托当地海事法院进行拍卖；如认为船舶无法投入合法运营，只能作为废船出售或者只能拆解后出售废料的，则由第一审人民法院进行处理。

二、船舶处置。由第一审人民法院处理的，则依照一般的刑事没收程序进行，但也应对外公告，指定债权人在规定时间内申请以被没收的财产偿还并提供债权的证据。由海事法院拍卖的，则依照船舶的司法拍卖程序对船舶进行拍卖。

三、犯罪人财产的调查评估。一方面人民法院应要求犯罪人对自身财产进行报告，另一方面可以通过各种途径进行调查。经调查评估犯罪人其他财产确实不足以偿还其所有已知债务的，才允许以被没收的供犯罪所用的船舶偿还债务。

四、价款的分配。债权人可以协商价款的分配方案，如协商不成的，在支付完处理费用后余款由人民法院按照相关法律规定的顺序进行分配。清偿债务后仍有余款的，应当上缴国库。

图 2：处理供犯罪所用的船舶的程序



关于进一步加强长江经济带 海事司法服务和保障的调研报告

贾石松*

长江是中华民族的母亲河，是我国重要的战略水源地、生态宝库和黄金水道，是中华民族永续发展的重要支撑。2020年11月，习近平总书记在南京主持召开全面推动长江经济带发展座谈会，要求“使长江经济带成为我国生态优先绿色发展主战场、畅通国内国际双循环主动脉、引领经济高质量发展主力军”，这是新发展阶段推动长江经济带高质量发展的根本遵循。为贯彻落实好党中央决策部署，有效服务国家重大战略实施，为长江经济带高质量发展和长江大保护提供更加有力的司法服务和保障，武汉海事法院党组书记、院长贾石松带领调研组一行，先后前往江苏、安徽、湖南、湖北、重庆、四川、云南等省市，对长江流域海事司法工作开展调研，并形成了调研报告。

一、武汉海事法院在长江经济带发展中的职责与使命

武汉海事法院是改革开放的产物，自1984年成立以来，其命运就与长江流域经济社会发展紧密相连。随着长江经济带发展战略的深入推进以及《长江保护法》的全面施行，武汉海事法院作为长江流域专门法院的重要地位也更加凸显。

（一）长江航运经济在长江经济带发展中的重要作用

长江经济带覆盖上海、江苏、浙江、安徽、江西、湖北、湖南、重庆、四川、云南、贵州等11个省市，面积约205.23万平方公里，占全国的21.4%，人口和经济总量占据全国“半壁江山”。长江经济带横跨中国东中西三大板块，是具有全球影响力的内河经济带、东中西互动合作的协调发展带、沿海沿江沿边全面推进的对内对外开放带，也是生态文明建设的先行示范带，其生态地位突出，发展潜力巨大，在践行新发展理念、构建新发展格局、推动高质量发展中发挥着重要作用。综观长江经济带发展的总体布局和总体要求，长江航运经济无疑在其中发挥着重要作用，

* 贾石松，武汉海事法院党组书记、院长。

不仅是长江经济带发展战略得以持续高效发展的依托，并且是连接长江经济带东西走向和南北走向不同经济圈的重要纽带。

2013年7月，习近平总书记在视察武汉新港阳逻集装箱港区时强调，长江流域要加强合作，充分发挥内河航运作用，发展江海联运，把全流域打造成黄金水道。长江干线连续多年成为全球内河运输最繁忙、运量最大的黄金水道。据统计，截至2021年，长江流域各省市内河航运货物量占全国内河航运货物总量的89%。沿江85%的外贸货物运输主要依靠长江航运来实现。沿江钢铁产量占全国36%，石化产量占全国28%，汽车产量占全国47%，火电装机容量占全国16%。沿江大型企业生产所需80%的铁矿石、72%的原油、83%的电煤依靠长江航运保障。长江干线港口累计完成货物吞吐量33亿吨，在全国港口货物吞吐量中占比为22.7%。其中，完成外贸货物吞吐量4.5亿吨。全行业从业人员超过200万人，间接带动就业超过1000万人。

与此同时，长江航运经济在经营模式上也日臻健全和完善。在传统干散货运输的基础上，集装箱运输、滚装运输等特种运输形式日益普遍，长江干线各港口之间的全程直达运输已成常态，江海直达运输、海江直达运输以及船舶与公路、铁路和航空等不同运输形式之间的多式联运正呈高速发展态势，极大地提高了运输效率。绿色发展理念也已经融入到长江航运经济发展的各方面和全过程，绿色航道、绿色港口、绿色船舶建设遍布整个长江水系。

（二）沿江省市在长江经济带发展中的积极作为

通过此次调研走访发现，沿江各省市正积极践行习近平总书记关于长江经济带发展的重要指示精神，在国内国际双循环相互促进的新发展格局中找准各自定位，主动向全球开放市场，沿江省市目前开行中欧班列线路30余条，长江经济带已基本实现国内和国际循环的有机衔接，展现国际经济合作竞争新气象。

以调研组到访的省市为例，长江上游地区的云南省水富市，随着“万里长江第一港”水富港的扩能建设，以及乌东德、白鹤滩、溪洛渡、向家坝等4大电站库区的形成，已建有航道570公里，航运业发展迅速，向西直达印度洋，向东直通上海，是“一带一路”重要节点，正积极融入长江经济带发展。四川宜宾港近年来吞吐量快速增长，腹地范围快速拓展，从宜宾本地拓展到金沙江、岷江全流域和川滇黔结

合部 800 公里半径范围，宜宾港已逐步成为长江干线和金沙江、岷江流域干支中转的核心枢纽，长江起点航运物流中心已经初具雏形。四川泸州港国家水运临时开放口岸成功续期 5 次，稳居四川第一大港，稳定运行长江内支航线及日本、韩国近洋航线，每周航行密度近 15 班，常态开行铁水联运班线 4 条，今年 1-6 月集装箱吞吐量突破 8.85 万标箱，同比增长 28.35%，蝉联中国港口海铁联运集装箱码头前 10 名，国内国际“双循环”物流通道体系不断完善。重庆依托西部陆海新通道、长江黄金水道和中欧班列三大国际物流通道，实现与世界各大经济体的互联互通和深度经贸合作，已经成为中国内陆最重要的对外开放窗口之一。此外，今年 8 月，四川省与重庆市联合印发《共建长江上游航运中心实施方案》，提出要加快形成以重庆长江上游航运中心为核心，以泸州港、宜宾港等为骨干，其他港口共同发展的总体格局，力争到 2025 年成为“一带一路”、长江经济带、西部陆海新通道联动发展的战略性枢纽。

长江中游地区，湖北省积极构建立体交通，依托长江黄金水道建设综合立体绿色交通走廊，湖北国际物流核心枢纽项目、郑万高铁湖北段、汉十高铁、武汉长江中游航运中心、长江中游“645”工程、汉江千吨级航道等一批基础设施重点项目加快实施，武汉、宜昌、黄石等主要港口实现铁路进港、一级及以上公路通达。湖南长沙、益阳等地，以湖南自贸区建设为节点，利用海空公铁联通长江经济带和粤港澳大湾区，完善立体化交通枢纽功能，正积极构建国际投资贸易走廊。

长江下游地区，安徽水运产业发展历史悠久，船舶交易十分活跃，芜湖港作为全国内河第三大集装箱港、安徽首个亿吨大港，直通 50 多个国家和地区，正打造成长江下游集装箱转运中心、国家级航运要素大市场。江苏南京抢抓长江经济带发展、“一带一路”建设、长三角区域一体化发展等多重国家战略叠加机遇，在京沪、宁西、宁芜等铁路运输大通道交汇点上，利用东西双向、海陆统筹、通江达海的区位交通优势和制造业集群优势，正朝着成为具有国际影响力的区域性航运与物流枢纽目标迈进。

（三）武汉海事法院的职责使命

武汉海事法院是经最高人民法院和交通部批准，于 1984 年 5 月设立的专门法院，是我国最早成立的六家海事法院之一，1999 年 7 月成建制移交湖北省委、省政府和

省法院共同管理，二审法院为湖北省高级人民法院。

1. 管辖区域。其管辖区域历经多次调整，从最初的江苏省江阴鹅鼻嘴至重庆市江津兰家沱之间的长江干流，后调整为江苏浏河口至四川宜宾合江门之间的长江干流。2016年2月，根据《最高人民法院关于海事诉讼管辖问题的规定》（法释〔2016〕2号），管辖区域调整为宜宾合江门至江苏浏河口之间长江干线及支线水域。2019年10月南京海事法院成立，管辖区域调整为上起四川省宜宾市合江门、下至安徽省和江苏省交界处的长江主干线，及相应的与海相通的可航支线水域，管辖面积覆盖云南、贵州、四川、重庆、湖北、湖南、陕西、江西、安徽等八省一市。

2. 受案范围。根据《最高人民法院关于海事法院受理案件范围的规定》（法释〔2016〕4号），武汉海事法院受案范围为其管辖区域内发生的海事侵权纠纷、海商合同纠纷、海洋及通海可航水域开发利用与环境保护相关纠纷、其他海事海商纠纷及海事行政案件、海事特别程序案件（包括执行案件）等六大类108种案件。该规定的最大特点在于将水域开发利用、环境保护案件以及海事行政案件纳入海事法院专属管辖，进而使武汉海事法院的受案范围与国家整体发展战略保持高度一致，有利于武汉海事法院充分发挥自身优势，更好地为长江经济带生态优先、绿色发展整体战略提供优质、高效的司法服务。

3. 履职情况。武汉海事法院自1984年成立至2022年6月，共审结各类案件44813件，立案标的额人民币1808.24亿元，当事人遍布全国各地及五十多个国家和地区，有效维护了中外当事人的合法权益。根据沿江不同地区航运经济发展水平、海事海商案件发案率以及对外开放程度等不同特点，武汉海事法院在长江上、中、下游的重庆、湖北宜昌、安徽芜湖设有三个派出法庭，各派出法庭根据法院统一部署就地审理案件。随着长江流域不同经济形式对外开放的不断深入，外轮进江已成常态、对外贸易更加频繁，武汉海事法院通过大量涉外案件的审理，在有效解决法律冲突、航行规范冲突等方面，积累了丰富的审判经验。这些经验的积累，不仅是有效维护中外当事人合法权益的重要保证，同时也是促进我国航运经济法治建设不断健全和完善的重要财富。

二、武汉海事法院在长江经济带发展中的司法实践

武汉海事法院成立近四十年来，在上级党委、人大的正确领导下，在长江沿线

海事行政机关、地方法院的大力支持和帮助下，以及港航企业、相关法律服务机构的监督下，通过大量案件的审理，成功探索出一条契合长江航运经济发展客观需要，并且能够有效促进长江航运经济不断发展的司法之路。

（一）在统一长江海事司法标准上作出了积极探索

一方面，独立行使专属审判权。武汉海事法院跨行政区划的管辖模式，有效破解了地方保护主义这一长期困扰长江航运经济发展的司法痼疾，完善了长江水系司法管辖权。武汉海事法院的二审法院为湖北省高级人民法院，在组织关系和审判权的行使上独立于沿江不同省市以及沿江中央和地方海事行政机关，这一特殊机构形式能够有效保证武汉海事法院在依法行使专属审判权时的相对独立性，最大程度地避免地方保护主义和行业保护主义对案件审理的不利影响。另一方面，强化了长江水系司法标准的统一。武汉海事法院充分利用全水系行使司法管辖权的有利条件，在统一全院裁判尺度的前提下，通过具体案件的审理、深入理论研究、加大法治宣传等多种有效方式，使统一执法标准和司法标准融入到每一件具体案件之中。

（二）为长江经济带法治建设作出了积极贡献

一是坚持质量第一的审判标准。武汉海事法院始终坚持质量第一的审判标准，秉持公平、正义的司法宗旨，使各方当事人的合法权益得到全面有效的维护，赢得了社会各界的广泛赞誉。二是坚持长江海事司法研究。武汉海事法院通过请示、调研以及发布典型案例等形式，总结出一套较为系统的理论成果，为长江航运经济法律体系的构建打下了坚实基础。例如，长期困扰海事、海商审判实践的涉外法律冲突、多式联运和相继运输、船员合法权益维护、公司化经营管理、环境污染和生态保护以及船舶间接碰撞等焦点、难点问题，已经得到了有效化解。与此同时，针对我国内河相关技术标准不统一、不规范等实际问题，武汉海事法院在船舶适航性认定标准、船舶碰撞责任认定标准、“三无”船舶责任承担标准以及船舶吃水与维护水深之间的关系等方面已经形成了统一的裁判尺度，得到业界的广泛认同。三是坚持法治宣传。武汉海事法院通过具体案件的审理以及大力推广理论研究成果等方式，使得长江海事法治理念融入到了长江航运经济发展的各个方面，一大批以海事、海商、海事行政和环境保护为研究对象的法律研究机构、法律服务机构和法律服务人员不断涌现。

（三）健全了长江海事司法服务形式

一是开创性地设立派出法庭。为最大程度地满足沿江不同地区司法需求，1992年，武汉海事法院在全国十家海事法院中，率先在南通设立了第一个派出法庭，随后又陆续在南京、常熟、宜昌和重庆市设立了四个派出法庭。2019年南京海事法院成立后，南京、常熟、南通三个法庭撤销。为更好服务长江下游地区航运经济发展，武汉海事法院报请最高院批准及时设立了芜湖法庭，确保了长江上、中、下游各有一个派出法庭的布局。武汉海事法院各派出法庭的设立不仅保证了长江水系司法标准的统一，同时极大地便利了当事人诉讼，提高了办案效率。据统计，各派出法庭每年审理的案件占全院总量的70%以上。二是培养了一大批全能型法官。海事、海商案件相对于其他民商事案件，有其特殊性，不仅涉及船舶运输、船舶建造、船舶操纵、水文气象和对外贸易等专业知识，而且这类案件在适用一般民事法律规范的同时，也适用海商法以及国际条约、国际惯例等特殊法律制度，因此，在长期的司法实践中，武汉海事法院还培养了一大批既熟悉海事、海商法律知识，又熟知与船舶航运相关的各方面专业技能的专业人才。三是不断加强长江海商法学会建设。长江海商法学会成立于1989年，作为中国法学会直属的全国性法学社团，多年来，学会本着“立足长江、辐射全国”的定位，积极吸纳国内知名海商法专家学者和高级实务人才，会员覆盖高等院校、科研院所、行政执法部门、港航、保险、金融、律师事务所等相关领域的部门和单位。学会坚持理论联系实际的良好学风，紧紧围绕国家一系列重大战略，聚焦长江经济带高质量发展中的理论与实务前沿问题开展研究，形成了很多有价值的研究成果，多次被评为全国先进社会组织、全国优秀社会团体。

三、长江经济带海事司法存在的问题

武汉海事法院历经近四十年发展，对于推动长江流域法治建设、有效促进长江航运经济在新的历史条件下不断发展作出了应有的贡献。进入新的历史阶段，长江经济带高质量发展和长江大保护对武汉海事法院提出了新的更高的要求，长江经济带海事司法面临的诸多问题亟待研究解决。

（一）长江流域海事司法管辖权不统一

长江流域的整体性、船舶航行的跨航区性以及水污染的流动性等自然因素，决

定了海事司法管辖权必须集中统一配置在跨区域的审判机构。在 2019 年南京海事法院的成立之前，武汉海事法院对整个长江水系行使统一司法管辖权，随着南京海事法院的成立，长江流域司法管辖权自此被分割行使。若长江沿岸省市纷纷效仿，在当地设立海事法院，长江流域司法管辖权将会进一步分化，从而影响整个长江流域的司法统一。并且，国家水利部、交通运输部、生态环境部等在武汉设立了长江水利委员会、长江航务管理局、长江海事局、长江航运公安局、长江流域生态环境监督管理局等机构，对长江干流统一行使行政管理权和行政执法权，而海事司法权的分段行使，将会带来一系列问题和矛盾，比如，司法地方保护主义的出现、裁判标准尺度不统一、行政执法与海事司法在相互衔接和相互配合上出现困难等等。

（二）海事法院专属管辖受到挑战

一是地方法院违规受理案件的现象仍有发生。长江水系的船舶数量占全国船舶拥有量的 75% 以上，每年引发的各类海事海商纠纷占比亦较大。从中国裁判文书网公开的文书中可查询到，沿江地方法院每年仍受理了大量海事海商案件。派出法庭中除芜湖法庭管辖区域限于安徽省内，重庆、宜昌法庭管辖区域均跨行政区划。由于法治宣传不到位，当事人或不知道武汉海事法院专属管辖，或因到派出法庭诉讼距离太远、交通不便、上诉审须在武汉进行等诸多诉讼成本问题，转而向地方法院诉讼。而因地方法院违规受理海事案件导致委托执行扣押、拍卖船舶的案件数量增多，大大增加了武汉海事法院与其他法院之间的沟通协调成本，既不利于矛盾纠纷的及时化解，也有损法律的严肃性和权威性。二是长江流域环境资源类案件管辖存在交叉。目前，长江经济带涉及的 11 个省市都设有专门的环境资源审判组织，但相互衔接和协调不足，跨行政区划的环境资源案件管辖出现“争着管”“不愿管”“管不好”的现象。江西成立的鄱阳湖环资法庭，与武汉海事法院环境资源案件管辖存在交叉，江苏指定 9 家基层法院集中管辖全省流域生态功能区环保案件，成渝也在呼吁设立长江生态法院，这都对武汉海事法院行使长江流域生态环境保护专属司法管辖造成不小的挑战。

（三）派出法庭力量严重不足

一是受案数量与法律授权极不相称。最高法院颁布的司法解释明确规定武汉海事法院对管辖区域内的所有海事海商案件、水污染案件及海事行政案件享有专门、

集中管辖权，武汉海事法院本应大有作为，但受人员编制、经费等条件限制，实际上各派出法庭对管辖区域内的案件未能做到应收尽收，导致法律授权的跨区域优势和受案范围优势没有充分彰显。二是法庭布局与职能定位极不匹配。武汉海事法院跨区域管辖功能的发挥主要依赖于派出法庭，随着长江经济带、长江大保护战略的纵深推进，现有三个派出法庭的布局远不能满足长江沿线日益增长的司法需求，导致派出法庭快速能动司法作用难以得到充分发挥。当前，沿江各省市航运业发展迅速，矛盾纠纷逐渐增多，司法需求迫切，四川泸州、湖南岳阳、江西九江等地方党委政府多次商请武汉海事法院在当地设置派出法庭，以促进当地城市功能完善、营商环境水平提升，武汉海事法院虽有积极回应，但推进工作进展缓慢。三是审判力量与司法效率不相适应。多年来，武汉海事法院人员编制并未随管辖区域和受案范围的变化而增加，加上干警驻庭时间过长、交流任职渠道不畅等因素，导致中青年干警流失严重，审判力量严重不足。各派出法庭在信息化建设、基础设施建设方面还不完善，尚不能达到智能化标准法庭的要求，案件审理周期长、矛盾化解率低、司法质效不优等问题日益凸显，在一定程度上制约人民群众的司法获得感。

（四）内河航运立法滞后

受各种因素的影响和限制，现阶段长江航运经济法治建设的速度和规模，与内河航运经济发展过程中的法律需求仍存在较大的差距，至今没有一部能够全面、有效调整长江航运经济发展过程中产生的各种民事法律关系的专门法律。而现行海商法不能调整内河运输过程中的法律关系，导致内河航运经济不同主体在权利义务上无法可依，不能有效维护各方当事人的合法权益，在一定程度上制约了我国内河航运经济的发展。现阶段，我国内河航运经济亟需制定一部专门法律。

（五）沿江司法和行政执法协调联动机制不够健全

因武汉海事法院管辖区域涵盖了八省一市，在审判执行工作中难免需要地方党委政府以及相关部门的协调和支持，虽然前期已与长江沿线多个地方党委、政府、司法机关建立联系、签订合作框架协议，但联动协调机制仍不健全。例如，异地执行联动机制不畅，执行力量薄弱，“找船难、扣船难、看船难、卖船难、交船难”的问题十分突出；对拒不履行生效判决、裁定罪等犯罪行为移送对口机关、司法拘留的羁押场所不明；与长江水利委员会、长江航务管理局，长江流域公安、海事、

海关、边防及金融机构、不动产登记等部门的信息互通尚未实现，一定程度上影响司法效率，进而影响武汉海事法院作为专门法院的司法权威。

四、加强长江经济带海事司法服务和保障的对策建议

站在新的历史起点上，为有效发挥武汉海事法院固有优势，进一步加强长江经济带海事司法服务和保障，现提出以下对策建议。

（一）统一长江流域司法管辖权

对内河水系行使统一司法管辖权，是有效促进内河航运经济发展以及内河生态保护的重要保证，武汉海事法院对整个长江水系行使专属管辖权，是长江航运经济得以不断发展的必然选择。一是对长江船舶航行规律的有效尊重。航行长江水系的各类型船舶，其航行区域不受行政区域限制，只有由相对独立的海事法院对整个长江水系行使专属管辖权，才能保证司法标准的统一，最大程度地根治地方保护主义这一司法痼疾，平等保护各类船舶的合法权益。二是与行政机关的管辖区域保持一致。长江干线的海事行政事务由交通运输部所属不同行政机关统一行使行政管辖权，在管辖区域上，武汉海事法院的司法管辖权与行政机关的行政管辖权保持高度一致，两者将在互相监督、互相促进、互相支持的基础上，更有效地保障长江航运经济在法治的轨道上不断发展。三是武汉具有不可替代的地理优势。武汉素有“九省通衢”的美誉，不仅是长江经济带核心城市、中部崛起战略支点、全面改革创新试验区，同时也是中国内陆最大的水陆空交通枢纽和长江中游航运中心，是华中地区唯一可直航全球五大洲的城市。单就长江水系航运经济而言，武汉的地理优势更为明显，其恰好位于长江干流的中心位置，上可直通巴蜀，下可直达东海，左可顾及河南、陕西，右可兼顾湖南、江西。

（二）全面落实武汉海事法院专属管辖

随着长江经济带发展战略的全面推进，以及《长江保护法》的颁布实施，我们不应质疑沿江部分省市设立生态法庭或者环境资源审判庭的良好初衷，但是，更不应回避最高人民法院关于海事法院管辖范围的明确规定，以及武汉海事法院在长江经济带发展和长江大保护战略中所承担的司法责任。为进一步明确专属管辖，武汉海事法院应当积极作为。一是进一步明确环境资源类案件审理范围。结合《长江保护法》的实施情况开展调研，进一步强调和重申武汉海事法院对长江流域环境资源

案件的专属管辖，确保全流域司法裁判尺度的统一，避免地方保护主义对案件审理的影响。二是与沿江地方法院建立诉讼服务协作机制。今年，武汉海事法院已报请湖北省法院出台《关于进一步规范海事诉讼管辖的通知》，明确了由武汉海事法院专属管辖的六大类 108 种案件，各地法院不得违规受理。今年 3 月起，武汉海事法院领导带队，先后赴重庆、四川、湖南、安徽等地调研，并报请湖北省法院与沿江各高院签订合作框架协议，就规范海事诉讼管辖，开展立案、诉讼服务、多元解纷、营商环境建设等方面建立司法协作机制。下一步，武汉海事法院将与沿江地方法院加强协作，严格执行受案范围规定，加强管辖告知和案件移送，共建司法便民联络站，开展审判辅助事务协作，不断优化司法资源配置，为长江沿线人民群众提供方便快捷的司法服务。

（三）加强派出法庭建设

为进一步加强长江流域海事司法服务和保障，必须坚持用长远的眼光和发展的视野通盘筹划，下一步，武汉海事法院将积极向湖北省委、省法院请示汇报，并希望湖北省委、省法院报请中央政法委、最高人民法院就武汉海事法院派出法庭建设工作给予支持。一是积极谋划新设派出法庭。武汉海事法院结合沿江各省市围绕长江经济带、一带一路、长江黄金水道重点工程建设情况，以及武汉海事法院的职能定位和沿江海事司法需求实际，拟在四川省泸州市、湖南省岳阳市、江西省九江市三地设立派出法庭，法庭级别为正处级，三个派出法庭按照满足合议庭人数配齐审判力量，需要增加 18-20 名政法专项编制，目前正在抓紧推进报批事宜。二是着力强化现有派出法庭建设。利用智慧法院建设契机，提升派出法庭的信息化建设和应用水平，完善线上线下诉讼服务体系，开通网上立案、网上办案、电子送达等功能，为法庭驻地人民群众提供“一站式”诉讼服务，最大限度降低当事人的诉讼成本。三是加强巡回审判庭设置。在新设派出法庭尚未落实的情况下，通过新设巡回审判庭的方式来满足司法需求，作为派出法庭的重要补充形式，利用当地提供的办案和办公场所，就地收案、就地审案，最大程度减少当事人的诉累。同时，探索巡回审判与信息化建设应用相结合，推广车载巡回科技法庭、移动背包科技法庭等新型巡回审判方式，让人民群众获得更好的诉讼服务体验。

（四）推动内河航运立法

长江航运经济在法治轨道上有序发展对于推动长江经济带高质量发展和长江大保护具有重要意义。下一步，武汉海事法院将积极参与相关立法，推动相关法律规则的制定。一是积极参与海商法的修改工作。以海商法修改为契机，积极派员参与交通运输部组织的海商法修改研究工作，提出海商法修改应当扩大适用于内河运输和内河船舶，争取将内河法律关系纳入海商法调整范围。二是积极参与多式联运立法。2021年12月25日，国务院办公厅印发了《推进多式联运发展优化调整运输结构工作方案（2021-2025）》，将大力发展多式联运上升为国家战略。交通运输部法制司已经启动了多式联运立法的调研工作。联合国贸法会对多式联运单证的物权效力也进行立项研究。武汉海事法院将主动对接，积极参与相关国际国内立法研究工作。三是推动出台具有指导意义的裁判规则。要充分发挥内河海事审判的独特优势，认真梳理总结内河海事审判中积累的丰富经验，特别是长江流域环境资源保护和水资源开发利用等方面的经验，起草具有指导意义的裁判规则和指引，争取在最高人民法院民四庭的支持下上升为司法解释，进一步统一内河海事司法裁判尺度，真正实现长江流域海事司法统一。

（五）建立更为高效的联动机制

武汉海事法院派出法庭和巡回审判庭各项工作的正常开展，离不开沿江各级党委、人大、政府和相关部门的大力支持和帮助。下一步，武汉海事法院将在湖北省委、省法院的领导和协调下，加快完善沿江司法联动机制。一是主动融入地方党委统一领导的工作大局。及时向地方党委、人大、政府汇报法庭建设和审判执行工作开展情况，争取获得全方位支持。充分发挥派出法庭司法“前沿哨”“桥头堡”作用，参与地方基层社会治理，将更多矛盾纠纷化解在源头，服务当地经济社会发展，营造法治化营商环境。二是建立信息共享机制。加强与海事、公安、检察、行政执法机关在信息数据共享、案件线索移交等方面的衔接，利用大数据、区块链、人工智能等信息技术，构建上下贯通、横向联通的长江经济带服务“一张网”。三是继续推进“1+N”海事司法与行政执法协作机制建设。加强与海事行政部门在信息互联互通、业务学习研讨、干部交流锻炼、开展法治宣传等方面的合作，构建多层次、宽领域、高效率的协作新格局，进一步增强长江流域依法治理能力，提升海事执法司法队伍的战斗力和战斗力，共同为长江航运经济的发展保驾护航。

海域使用权案件审判 疑难问题研究

——《海域使用管理法》施行二十年回顾与展望

赵伟*

【摘要】

在经济社会发展与生态环境大保护趋势背景影响下，海域使用权类纠纷案件近年来逐渐呈现不断上升趋势。《海域使用管理法》及《海域使用权管理规定》虽为海域使用权类纠纷司法裁判提供了明确指引，但因立法时间较早，部分规定较为原则简单，已无法满足当下司法裁判需求。随着新的法律颁布，海域使用权的取得、成立、流转、终止、补偿、收回等既有规则也已无法涵盖司法实践需要，需要从海域使用权法律性质、审核审批、流转方式、法律责任等方面内容加以修订完善，以适应日新月异的海域市场和实现海域市场的法治现代化。

【关键词】

海域使用权 海域使用管理法 退渔还湿 疑难问题

2002年1月1日施行的《中华人民共和国海域使用管理法》(以下简称《海域法》)加强了海域使用管理，促进了海域的合理开发和可持续利用，有效维护了国家海域所有权和海域使用权人的合法权益。施行二十年来，海域使用权案件呈现出以下新特点：一是养殖用海案件多，其他类型案件少。按照用途，海域使用权可分类为养殖、拆船、旅游娱乐、盐业矿业、公益事业等用海以及港口修造船厂等建设工程用海等，从南京海事法院2020年至2023年受理案件类型来看，90%以上均是养殖用海类海域使用权纠纷；二是案件标的额差距大，小额案件占据主导。受理案件标的额最大的达2.5亿元，但超过70%的案件标的额低于20万元。三是案件“鱼小刺多”“刺大卡喉”现象突出，化解难度大。案件事实认定日益复杂，民事案件与行政案件交织，审理周期长，调解撤诉率低，多以判决方式结案，提起上诉率高，

* 赵伟，南京海事法院法官助理。本文系江苏省高级人民法院2023年度重点调研课题《海洋生态环境修复法律制度完善研究》的阶段性研究成果。

“案结事不了”现象严重。

一、《海域法》施行以来的新情况

以南京海事法院 2019 年 12 月至 2023 年 8 月受理的案件为分析样本，该院共受理海域使用权类纠纷 838 件，总标的额达 176.2 亿元。其中，民事案件 444 件，上诉率 65.49%，行政案件 394 件，占全院行政案件的 91.19%，败诉率 35%，纠纷类型多为无证养殖、违反使用用途、转让或出租海域未履行审批登记手续、企业分立或合并变更使用权人未履行批准手续以及海域使用权期限届满前提前收回补偿纠纷等。从海域使用管理实践来看，《海域法》施行以来出现了以下新情况：

一是《海域法》需要与新出台的法律、司法解释相适应。《海域法》施行于 2002 年，之后出台了《物权法》《民法典》《环境影响评价法》等新民商事法律，与之紧密相关的《土地法》也历经了几次修改，《海域法》需要与新出台的相关法律对海域使用权的认定、表述及尺度保持统一，以保证法律适用的统一性。如《海域法》第 2 条对海域作出了定义，但对海岸滩涂性质未予明确，在关于土地的划界标准上，与《土地管理法》存在争议。再如《海域法》第 19 条、第 20 条规定的海域使用权自“领证”时取得，该规定与《物权法》第 14 条规定的不动产物权自“登记”时取得的物权公示原则相悖。海域使用权作为不动产物权的一种类型，其取得、变动应当以登记公示为要件¹。

二是《海域法》需要与新业态经济模式发展变化相呼应。2022 年全国海洋生产总值已达 9.4 万亿元，占国内生产总值的比重为 7.8%，成为我国经济的重要组成部分之一²。海洋强国战略和“一带一路”倡议的提出，全面提升了海洋在社会发展中的作用。与此同时，海岸、海域、海岛等资源也迎来了开发利用的新阶段。新型海域养殖模式与滨海旅游业发展等对海域使用权发展也提出了新的要求。海域使用权已逐渐打破“平面化”使用管理制度体系，进入了立体分层使用配置模式，根据海域使用空间划分海域水面、水体、海床、底土等使用权权利配置模式³。故而《海域法》规定原有的用海类型已与新业态经济模式发展不相匹配。如就海域使用权登记问题来说，一是原有的登记模式已经无法适用海域开发需要，以立体空间分层依据起止深度登记海域四至边界会逐渐取代“二维平面”关系式的划定用海四至边界的海籍模式；二是海域上下构筑物及附属物设施的登记需要。对构筑物及附

¹ 谭柏平：《〈海域使用管理法〉的修订与海域使用权制度的完善》，载《政法论丛》2011 年第 6 期。

² 来源于自然资源部《2022 年中国海洋经济统计公报》。

³ 崔旺来、陈梦圆、贺义雄：《海域使用权立体分层设立若干问题研究》，载《海洋开发与管理》2022 年第 9 期。

属物设施不给予登记，不仅难以确定产权归属，且“退海”时还会出现“违法构筑物”的定性，限制了资产的正常出让，制约了海域资产的利用深度。

三是《海域法》需要与新生态环境保护理念变化相照应。我国绵延近2万公里的海岸线上，存在着滩涂、河口、海草床、珊瑚礁等诸多滨海湿地，涉及海域使用权问题。《海域法》第1条即表明了立法目的和价值取向，旨在“加强海域使用管理”，强调“促进海域的合理开发和可持续利用”，但却忽视了经济发展与环境保护之间的平衡关系，原有的立法理念已无法满足我国海洋绿色经济发展和海洋环境保护现实需要。2015年，中共中央国务院在《关于加快推进生态文明建设的意见》中指出，加强海洋生态环境保护，确定不同海域主体功能，控制海洋开发强度，最大程度减少对海域生态环境的影响，加强海洋环境治理、海域海岛综合整治、生态环保修复，有效保护重要、敏感、脆弱的海洋生态系统⁴。随着海洋强国战略的实施，如何在发展蓝色产业、蓝碳交易与搞活海域使用权的同时，既要保护好海洋生态环境，也要妥善化解好“征海”“退海”纠纷，是当前最值得关注的问题之一。全国沿海省份近年来海域使用权的“征海”现象越来越多，由于现行法律、行政法规对滩涂和海域的规定较为简单、原则，导致在提前收回过程中产生大量争议纠纷。如沿海滩涂海域被划入国家级自然保护区，地方推行“退渔还湿”政策，提前收回养殖用海，导致海域使用权租赁合同纠纷集中爆发。在执行政策过程中，部分行政机关作出行政行为时，未履行法定程序，侵害了当事人的陈述申辩权，以及在联合整治违法用海行为过程中，对强制拆除用海设施的行为既未作出行政决定，也未申请强制执行，程序上违法现象明显。

二、《海域法》施行后海域使用权案件新问题

（一）关于海域使用权取得问题

1. 海域使用权成立时间。《海域法》规定的“领证”之日为海域使用权取得之时，与《民法典》物权编的物权法理论基本规则相冲突，应与《民法典》保持一致，修改为“自海域使用权登记之日起，正式取得海域使用权”。理由有三：一是关于不动产物权变动，我国法律法规确立是登记要件主义原则。《民法典》第214条规定了不动产物权变动的生效时间以及设立、变更、转让和消灭。按照法律规定，应当登记的，自记载于不动产登记簿时发生效力。《海域法》第6条规定，国家建

⁴ 王小军：《论我国〈海域使用管理法〉的修订》，载《中国环境管理》2017年第4期。

立海域使用权登记制度，依法登记的海域使用权受法律保护。海域使用权作为一种特殊的不动产物权，也应以登记为成立要件，其取得及变动应以登记公示为要件⁵。二是“领证”作为取得海域使用权要件会引发违法“用海”或重复“用海”问题。比如可能会出现未及时“领证”而已用海，或因特殊原因未“领证”，而管理机关将已批准的用海项目另授他人的情形。三是公告仅是审批过程中的单一环节而非物权公示。《海域法》虽有公告制度，但未明确作为物权变动公示方法的登记制度，作为不动产物权变动的法定公示方法，登记在《海域法》中尚未明确规定，海域使用权的登记与变动审批是相对独立的程序制度。因此，海域使用权的正式取得，既不应该是从行政机关批准时成立，也不应是从“领证”时成立，而应自海域使用权证记载之时发生效力。

2. 海域使用权登记。通常情形下，登记是海域使用权发生物权变动的必要条件。海域使用权变动经登记公示后，发生变动效果，确定具体权属。初始登记是对项目用海基本情况的第一次登记，可分为：一是对《海域法》施行后批准新用海项目的登记；二是对《海域法》施行前已用海项目的确权登记。变更登记包括：一是使用权人的变更登记，如自然人、企业或因继承而进行的变更登记；二是用途、使用期限的变更登记等；三是因法院裁判引起的使用权转移登记等。注销登记是指海域使用权终止的情形，包括：一是政府依法收回使用权；二是使用权期限届满，未申请续期或续期申请未获批准；三是部分项目已由海域使用转换为土地登记等。在某村委会诉杜某海域使用权纠纷一案中⁶，在海域使用权登记制度实施之前，村委会依法将其经营管理的养殖用海承包给本村村民杜某。登记制度实施之后，杜某取得《海域使用权证书》。虽村委会与杜某又另行签订合同约定使用海域的权利义务，但杜某在支付部分海域使用费之后，以村委会无权享有海域使用权为由拒绝履行合同。虽杜某通过初始登记获得《海域使用权证书》，但并不代表村委会的海域使用权归于消灭，杜某获得《海域使用权证书》的前提是基于村委会通过合同授权杜某承包使用村委会的经营管理用海，根据《海域法》第22条的规定，在《海域法》施行前已由农村集体经济组织经营、管理的养殖用海，使用权仍可归集体经济组织所有，并可承包给集体成员用于养殖生产。

（二）关于海域使用权续期问题

⁵ 见上海海事法院（2017）沪72民初2554号民事判决书。

⁶ 见大连海事法院（2021）辽72民初1453号民事判决书；辽宁省高级人民法院（2022）辽民终75号民事判决书。

1. 海域使用权续期。在黄某诉灌云县自然资源和规划局不予延续海域使用权行政许可一案中⁷，黄某原海域使用权期间届满之日为2017年2月5日，但黄某于2018年1月17日才向自然资源和规划局提交书面续期申请。《海域法》第26条规定，办理海域使用续期的有关手续，海域使用权人应当至迟于期限届满前2个月向原批准用海的人民政府申请续期，若在期限届满前2个月未提出申请的，则视为海域使用权人在海域使用权届满后放弃使用该海域的权利。海域使用权人在提出申请时，还应当提交相应的书面申请材料。原海域使用权的取得不论是通过申请、审批取得，还是通过招标或者拍卖取得，其进行续期申请的程序和要求相同。如果因公共利益和国家安全需要使用该海域的，原批准用海的人民政府也可以不批准海域使用权人的续期使用申请。黄某怠于行使续期权利，根据《海域法》第29条规定，海域使用权期满，未申请续期或者申请续期未获批准的，海域使用权终止。若讼争的海域使用权已到期，且行政机关尚未再对海域使用权进行批准登记，就尚未审批登记的海域使用权发生争议的，诉请确认海域使用权归其所有的诉讼请求依法不属于人民法院受理民事案件的范围⁸。

2. 海域使用权续期申请超过法定期限。《海域法》第26条规定的“应当至迟于期限届满前二个月”提出续期申请，但文义上对“截止日期”理解存在一定歧义，有观点认为是“期限届满前二个月前”，也有观点认为是“期限届满前二个月内”。此外，通常法律法规规定的期限采用“60日前”或“60个工作日内”的表述，而极少用月份的表述，因而关于“二个月”的认定也很难明确，无法断定是60日、61日亦或是62日。在江苏渔禾岛紫菜种植有限公司诉盐城市大丰区自然资源和规划局不予受理海域使用权延续申请一案中⁹，海域证2020年6月30日到期，公司于2020年5月29日申请续期。申请续期时间处于“期限届满前二个月内”。行政机关认为续期申请已超过法定受理期限，并作出不予受理决定。法院认定原告提出续期申请超过了法定申请期限。因此，司法实践中采用“期限届满前二个月前”的观点。但法院同时认为，《海域法》第26条虽然规定了提出续期申请的期限，但并未将不予受理规定为逾期提出续期申请的法律后果，目的在于督促申请人及时行使权利。同时，为行政机关留出必要的审查期限，但也并不意味着每一续期申请都必须要求2个月的审查期限，也不意味着逾期申请即失去权利。实践中，对部分轻

⁷ 见江苏省连云港市中级人民法院（2019）苏07行终105号行政判决书。

⁸ 见南京海事法院（2022）苏72民初1497号民事裁定书。

⁹ 见南京海事法院（2020）苏72行初73号行政判决书；江苏省高级人民法院（2021）苏行终1538号行政判决书。

微超期提出续期申请的，行政机关也进行了受理并批准续期¹⁰。

3. 海域使用权出让合同中约定到期后不再续期。《海域法》第26条规定，海域使用权在海域使用期限届满前有权申请续期。但海域使用权出让合同约定使用期限到期不予续期的，该约定是否可以有效排除第26条的规定？在江苏瑞达海洋食品有限公司诉盐城市大丰区人民政府等海域使用权行政许可纠纷案中¹¹，双方签订的三份合同第10条均约定合同期满，海域使用权不予续期。原告取得的海域使用权证书亦载明终止日期及海域到期后不再续期。首先，“到期不予续期”条款为双方约定。双方签署出让合同时，无欺诈、胁迫行为存在，意思表示真实，基于自愿作出的约定应自觉遵守。其次，《海域法》第26条属于任意性规定。形式上看，强制性规定通常在行为模式后加上不利的法律后果或使用“禁止”“必须”等术语，直接要求相关主体作为或不作为，而第26条赋予行政机关一定的自由裁量空间，行政机关出于保护公共利益的考量可拒绝续期申请。从规范目的上看，申请续期的权利旨在充分利用国家海洋资源，促进社会经济和自然生态协调发展，第26条属于可以由双方当事人约定排除适用的任意性规范。最后，限制出让海域使用权具有合理性。行政协议事先约定“到期不予续期”是行政机关基于比例原则，衡量公共利益和海域使用权人的利益作出的合理性的行政行为，同时也符合民法典绿色原则的要求。事先约定收回不仅有助于根据现实情况维护海洋生态环境，更便于行政机关后续对可使用海域进行具体研判，以维护行政相对人的合法利益。因此，行政机关在依法行使职权的情况下，可根据合同约定拒绝使用权人的续期申请。

行政机关在海域使用权期限届满后超期作出续期审批行为的效力。在戚某诉威海市人民政府、山东省人民政府海域使用权行政许可及行政复议一案中¹²，戚某与水产公司签订海区租赁合同，租赁期限为2003年1月1日至2017年12月30日。海域使用权书记载批准用海时间为2002年9月1日至2012年8月31日。

2012年2月17日，管委会向市政府提交收回涉案海域使用权的请示。市政府始终未作出是否收回的决定。2012年8月7日，水产公司向海洋渔业局提交续期申请等材料。2014年7月11日，海洋渔业局才向市政府报送涉案海域使用权的请示。2014年7月17日，市政府作出同意续期批复，同意延长至2018年12月31日，并审核发证。戚某不服，经行政复议后向法院起诉，请求撤销市政府作出审核发证的

¹⁰ 蔡甜：《逾期提交海域使用权续期申请并不当然丧失续期申请权》，载《人民司法》2023年第11期。

¹¹ 见上海海事法院（2019）沪72行初19号行政判决书，载《最高人民法院公报》2020年第8期。

¹² 见威海市中级人民法院（2015）威行初字第5号行政判决书；山东省高级人民法院（2016）鲁行终字第56号行政判决书。该案荣获全国法院系统2016-2017年度优秀案例分析二等奖。

行政行为。法院最终判决市政府审核发证的行为违法，但不撤销该行政行为。该案涉及行政机关超期作出续期审批行为的效力认定和合法性评价问题。从本案裁判可知，行政行为的合法性和效力性并非完全对应。行政机关在行政许可期限届满后超期作出准予续期许可决定的行为符合《行政许可法》第50条第2款“视为准予延续”的规定精神，且准予续期许可决定不违背公共利益时，应认定其效力。但对于超过法定期限作出许可决定的行政程序应给予确认违法评价。

（三）关于海域使用权流转问题

1. 无证对外出租海域的合同效力。在陈某诉范某海域使用权纠纷一案中¹³，范某与村委会签订承包合同后，又与陈某签订租赁合同，将其中300亩转包出租给陈某，后因涉案海域涉及工程项目开发被征用，村委会告知范某后续不再签订发包合同，导致陈某利益受损。该案中，出租方在明知未合法取得海域使用权的情况下，与承租方签订海域使用权租赁合同，违反了《海域法》中关于“使用海域必须依法取得海域使用权”的强制性规定，此规定涉及国家用海市场秩序，在规范法律行为时应认定为效力性强制规定，因此，双方签订的租赁合同因违反了上述效力性强制规定而应被认定无效，出租方应当返还因非法行为获取的利益。但也有观点认为，《海域法》第42条规定了非法占用海域的后果，是对实施用海法律行为的主体资格、资质的要求，对违法用海者加以规制，以遏制其违法行为，并不禁止法律行为本身，海域使用权证是海洋行政主管部门为加强海域使用管理所实施的一种行政许可，违反规定未经批准用海引发的法律责任是退还海域，恢复原状，没收违法所得。因此，无证用海并不必然导致民事法律行为无效¹⁴。

2. 流转期限超出权证期限的流转合同效力。海域使用权流转在养殖用海领域较为常见，多以实际经营者与权利人签订承包合同或租赁合同的形式呈现。转包转租情况较为普遍。在该类流转合同中，通常实际经营者为了能够持续经营，约定的合同期限都较长，有的甚至约定20年的承包租赁期限。而《海域法》所规定的养殖用海的最高期限为15年，实践中证载期限甚至很少有达到最高期限的，通常批准用海年限以5年、10年居多。当流转关系中的一方基于经营利益考虑而主张合同部分无效，即超出证载期限的部分无效，其主张能否成立，则对双方利益影响重大。对此问题，司法实践中的裁判观点并不统一，有的法院认为超出证载期限的部分无

¹³ 见南京海事法院（2021）苏72民初779号民事判决书。

¹⁴ 见南京海事法院（2022）苏72民初1404号民事判决书。

效，理由是超出有效期限后再实施养殖的行为属于无证养殖¹⁵。如此认定并不符合“促进海域的合理开发和可持续利用”的立法本意，不利于交易关系的稳定，依据现行法律规范，应当确认流转合同有效，即超期部分亦应有效。一是《海域法》第26条规定了海域使用权的续期制度，除特殊情况外，到期后应当申请续期，如在合同履行过程中发生海域使用权证书到期无法续期以致影响对案涉海域进行使用，并导致其合同目的无法实现的情由，则当事人可通过解约等方式予以救济；二是《海域法》第25条的规定，应视为管理性强制规范，而非效力性强制规范，流转合同的此项约定并不构成对效力性强制规范的违反。

3. 海域使用权的合同主体。海域使用权的行使方式包括转让、出租、抵押和作价入股承包。在法律关系识别上，不能仅以合同名称或者海域使用权人登记发生变更作为认定海域使用权转让的绝对依据，而应结合合同的具体内容判断是转让、租赁或者承包等其他法律关系。海域承包是指农村集体经济组织将海域使用权发包给其他经济组织成员的情形。海域使用权的转让，是指转让人将海域使用权完全让与受让人，受让人据此对海域享有占用、使用、收益和处分的权利。在承租人、次承租人未履行返还海域义务情形下，出租人既可以基于租赁合同，也可以基于物权请求权，要求承租人和次承租人对返还海域及支付超期使用费承担不真正连带责任。承租人在出租人履行了支付义务后，可依法向次承租人追偿¹⁶。

4. 以招标方式出租海域经营权。按照《海域法》第20条规定的海域使用权取得方式的逻辑，海域使用权出租也可采用招标方式。关于海域使用权出租合同关系成立与否。首先，若海域使用权人自行或委托第三人向社会发布招标公告，应视为要约邀请。其次，参与招标人作为意向承租人就出租海域进行承租报价，应视为要约，最后，若参与招标人作出了有效的承诺则出租合同关系成立。在一起以招标方式出租海域使用权纠纷案件中¹⁷，中标人开标时已确认承租人身份，且已缴纳1.8万产权交易费，故而租赁合同关系成立。后因投标人在被确定为承租方后未能在交易文件规定的时间内与招标人签订《出租合同》，也未能在规定的时间内按交易文件规定支付租金，根据招标文件的规定，交易保证金不予退还。

（四）关于海域使用权收回、终止问题

1. 因政策调整提前收回海域使用权。部分海域使用权租赁合同履行期间，因生

¹⁵ 见峨眉山市人民法院（2019）川1181民初2566号民事判决书。

¹⁶ 见大连海事法院（2021）辽72民初71号民事判决书。参考大连海事法院2022年海事审判白皮书。

¹⁷ 见南京海事法院（2022）苏72民初1411号民事判决书。

态环境政策调整，使用在先的海域滩地会被纳入自然保护区范畴，部分承包租赁的海域会被要求实施“退渔还湿”整改，拆除养殖设施设备，恢复海域滩涂原貌。因合同未到期，承包方与政府机构会因补偿问题产生争议，既而造成部分地区政府采取强制拆除方式拆除养殖设备、注销海域使用权证，提前收回海域使用权，更进而导致承包方起诉政府机构，要求确认政府强拆行为违法并要求赔偿相关损失，或起诉政府平台公司要求解除合同，赔偿经营损失、收益损失、占用补偿费损失、承担违约金等¹⁸。因此，在合同履行过程中，因国家环保政策收紧、当地政府实施“退渔还湿”政策并注销权属证书、采取强制拆除等措施客观上已导致合同无法继续履行，当事人也无法准确预见此重大情况，若当事人主张依据情势变更要求解除合同的，可依据公平原则进行审查确认。依法判决解除合同的，当事人的责任承担不应以违约责任为基础，而应根据公平原则，综合考量合同的履行情况、当事人的过错以及损失弥补情况等多方因素，对各方产生的损失在当事人之间进行分担。

2. 损害公共利益的海域租赁合同无效。部分地方政府为落实国家海洋环境保护、海域管理等法律法规的规定及中央环保督察、国家海洋专项督察和“绿盾”专项行动工作要求，开展专项整治行动，发布通告要求国家级自然保护区及缓冲区养殖用海需全部腾退并实施生态修复，并要求整治区域内所有养殖户立即停止养殖、退出养殖区、恢复海域原状。租赁期未届满的，提前终止租赁协议，对受影响的单位和个人依法给予补偿，租赁期届满的，无条件服从整治需要。整治范围内仍在从事生产经营活动的养殖户移交占用的海域、清捕在塘养殖产品，不得新增投入，亦不得改变现状，否则因此造成的损失不予补偿。海域整改系因环保要求的公共利益需要而开展，养殖户应当配合，如规定期间内未停止养殖活动、拆除全部生产设施、地面构筑物 and 硬质护坡，未撤离整治区的，将对其采取法律措施，恢复海域原状等。因此，在相关海域功能调整后，原先签订的海域使用权租赁合同会因违反《自然保护区条例》第28条¹⁹的强制性规定而无效²⁰，基于保护社会环境公共利益需要，原先用于水产养殖的海域因对环境造成不利影响不得再对外出租用于水产养殖，但可用于对环境具有修复作用或无害的种植、管护等。

3. 行政行为程序违法但因涉及重大社会利益不予撤销。在天津晟鑫泰科技有限公司诉天津市规划和自然资源局责令限期拆除一案中²¹，晟鑫泰公司取得村委会、

¹⁸ 见南京海事法院（2021）苏72民初481号民事判决书，江苏省高级人民法院（2023）苏民终617号。

¹⁹ 《自然保护区条例》第28条第1款规定，“禁止在自然保护区的缓冲区开展旅游和生产经营活动……”。

²⁰ 见南京海事法院（2022）苏72民初1250号民事判决书。

²¹ 见天津海事法院（2021）津72行初3号行政判决书。

街道办同意，在其海域开发渔光互补光伏发电项目，并报行政审批局备案。后，海洋局函告晟鑫泰公司，告知其项目位于海洋生态红线区内，不同意建设，并作出《责令停止违法行为通知书》和《责令限期拆除构筑物及附属设施的通知》，要求根据《海域法》第39条规定，恢复海域原状。因《拆除通知》未告知当事人依法享有的权利、救济途径，没有给予行政相对人陈述、申辩的权利，违反了法定程序，依法应当撤销。但法院考虑到，如果撤销《拆除通知》，将会对社会公共利益造成重大损害，依据法律明确规定，决定不予撤销。这既强调了对正当程序原则的坚守，也体现了司法审判对滨海海域湿地的保护，彰显了人民法院保障新时代生态文明建设的决心。

4. 海域征收后的补偿主体、对象和程序。关于征收补偿主体，根据《海域法》的相关规定，应为原批准用海的县级以上人民政府。然实践中，存在街道办、社区甚至开发投资公司与权利人签订征用补偿协议的情形。此类情况下，实际补偿主体仍应为县级以上人民政府。关于征收补偿对象，通常情况下应为海域使用权人，即已颁发的使用权证上记载的权利人。但实践中，转包或多层转包的现象较为常见，致使使用权人与实际经营者不一致的情形。海域实际经营者虽不是证载项下的使用权人，但依法对其因投资而形成的财产享有所有权，故也具备获得补偿的权利²²。海域实际经营者基于承包合同或者民事转让合同向作为补偿主体的行政机关主张补偿时，行政机关通常以难以查明实际经营者应当享有的权益，而直接向登记使用权人予以补偿，实际经营者可依据转让合同或者承包合同提起民事诉讼，取得行政机关已向登记使用权人发放的收回海域使用权补偿款从而获得救济²³。关于征收程序，《海域法》未对提前收回海域使用权的程序作出规定，各省市主要是通过地方性法规和政府规章对收回海域使用权的具体组织实施加以规范，大致程序为：（1）发布收回海域使用权公告；（2）办理海域使用补偿登记；（3）签订海域使用权补偿协议；（4）支付海域使用补偿相关费用。当事人应重点关注公告、委托评估等环节的合法性，可通过起诉要求确认违法和撤销补偿决定等方式维护自身合法权益²⁴。

三、完善海域使用权制度的对策建议

《海域法》对我国海洋法治建设具有重要意义，实践多年以来，存在一些问题已不适应当前经济社会发展需要。立法理念上 应从原先的“重发展”向“重保护”

²² 见南京海事法院（2022）苏 72 民初 1651 号民事判决书。

²⁴ 见上海海事法院（2016）沪 72 民初 2420 号民事判决书。

转变，权利定位上应更加强调海域使用权的私权性和物权性，审批管理上应提高行政效率、理顺、简化项目审批程序，加强对海域使用权人的合法权益保护，积极拓展权属管理范围，将海上空间纳入客体保护范围。

（一）完善海域使用权法律性质

法治的核心是权利的保障性与权力的制约性，换言之，是规范公权力，保护私权利。海域使用权本质上是物权形式的一种，是以特定海域为客体，并对其直接支配且享有利益的内容。海域使用权按照法定程序取得，受法律当然保护，任何单位和个人不得以任何非法方式进行侵犯或干涉。

学界对海域使用权法律性质存在分歧，代表性有三种：一是公权说。认为海域是供公众使用权的公物。因此，海域使用权仅是经公权力机关同意后才可创设的公物使用权。二是私权说。至于属于何种性质的私权，又存在不同认识。一种认为是类似于土地使用权、矿业权、渔业权等权利的自然资源使用权²⁵；一种认为是由特别法所创设的准物权或特许物权，效力方面与传统物权相似，在法律上被视为物权，但又不等同于传统的民法上的物权²⁶；还有一种认为性质上符合用益物权²⁷。三是兼具公私权双属性说。从经济学角度认为海域使用权具有产权性质，但也承载着环境保护功能，具有公公益双重价值，在法律上兼具公私权双重属性²⁸。虽其法律性质存在争议，但不可否认的是学者们普遍认为《海域法》公法色彩浓重，《民法典》第247条规定了海域国家所有权，第328条规定了海域使用权属于用益物权，规定过于笼统。要形成一套科学规范的海域使用权法律制度，建议在修订《海域法》过程中，围绕海域使用权法律性质加以完善，丰富海域使用权的民事权利内容、流转方式、权利保护等法律规范，进一步强化《海域法》私法氛围。

（二）完善用海项目申请审批内容

1. 明确不予审批用海情形。《海域法》第4条、第6条、第10条规定了行政机关对海域使用的审核内容，包含材料提交是否符合、海洋功能区划是否符合、海域使用论证结论是否可行，但并未明确对于哪些用海申请应当进行审批或应当不予审批。建议《海域法》明确不予审批的情形。一是根据《海域法》的一般规定不予审批。如对不符合海洋功能区划和海域使用规划的，破坏海洋生态环境、自然资源和生态平衡的用海项目不予审批。二是违反社会公共利益的用海项目不予审

²⁵ 卞耀武、曹康泰、王曙光：《中华人民共和国海域使用权释义》，法律出版社2003年版，第6页。

²⁶ 王利明：《中国物权法草案建议稿及说明》，中国法制出版社2001年版，第413页。

²⁷ 刘兰：《海域使用权法律性质探析》，载《学术交流》2005年第1期。

²⁸ 巩固：《海域使用权法律性质探析》，载《中国海洋大学学报（社会科学版）》，2006年第5期。

批。如妨碍航行、危害海岸 堤坝等公共安全的、在自然保护区或缓冲区从事经营项目的、在重点工程项目区域内开采海砂的以及军事管理区等用海项目不予审批。三是兜底情形。法律、法规规定禁止的其他用海项目。

2. 修订用海项目审批权限。《海域法》第 18 条规定了用海项目的类型和面积实行中央人民政府与地方政府分级审批。实践中,有部分项目²⁹为获取用海申请,规避上一级政府审批,采取“化整为零”方式报地方政府审批,严重违反《海域法》的相关规定。《海域法》修订时,应当进一步规范拆分用海项目的问题,明确规定“同一类型用海项目不得分散报批”“同一用海项目不用用海类型的,应当按整体受理审查审核报批”。

3. 增加环境影响评价内容。《海域法》第 16 条第 2 款规定了用海申请应当提供的书面材料类型。其中第(2)点海域使用权论证资料尚未明确是否包含环境影响评价材料。《环境影响评价法》实施后,对规划建设的项目均应对环境影响进行分析预测,提出预防措施,并跟踪监测。海域使用作为规划建设项目内容之一,也应进行环境影响评价。建议《海域法》修订时将海域使用环境影响评价单列,与《环境影响评价法》保持一致。

(三) 完善围填海造地管理制度

1. 关于换发证。围填海造地有两种方式,一种是采用物理手段对部分海域进行围填海的人工添附,另一种是受地转偏向力和洋流运动的影响,自然添附向海延伸形成的土地。《海域法》第 32 条³⁰规定了填海形成的土地权利所属及应当履行的“换证”程序。但因《海域法》与《土地管理法》部分内容存在冲突,在一定时期内,部分地区填海形成的土地采取重新办理用地审批手续方式,且要求缴纳土地出让金³¹或收缴海域使用金³²等。但“换发证”的意思是在原先已拥有合法权利的基础上,变更或更换权利证书,而非重新赋予权利,要求重新办理用地审批手续与《海域法》规定相冲突,建议《海域法》修订时明确围填海换发证程序。

2. 关于使用期限。《海域法》未规定围填海成陆地的使用期限,会给主管机关管理造成一定的障碍,建议在修订时加以明确。因无论是人工填海还是自然形成的土地,实际上均是在原先海域的基础上发生的属性和功能的改变,新的土地使用权权利来源于旧的海域使用权。因此,围填海形成的土地使用期限应当是原海域使用

²⁹ 2022 年,福建省平潭县实施“幸福洋二期围垦工程”,平潭县政府为规避《海域法》规定,将一万多亩的用海项目分解为 7 块,并以刘某等 7 个自然人名义上报审批,福建省政府作出(2003)368 至 374 号等 7 个文件批准了用海申请。

³⁰ 《海域法》第 32 条规定:“填海项目竣工后形成的土地,属于国家所有。海域使用权人应当自填海项目竣工之日起三个月内,凭海域使用权证书,向县级以上人民政府土地行政主管部门提出土地登记申请,由县级以上人民政府登记造册,核发国有土地使用权证书,确认土地使用权”。

³¹ 2004 年,广东省海洋与渔业局发布的《关于印发加强我省填海造地管理的通知》(粤海渔[2004]146 号)第 7 条第 2 款规定,“……按土地管理有关规定实行有偿使用,办理土地使用权出让手续,缴纳土地出让金……”。

³² 2018 年,广东省国土资源厅、广东省海洋与渔业厅发布的《关于加强围填海成陆土地利用和管理若干问题的通知》(粤国土资规字[2018]2 号)(已失效)第 2 条规定,“……结合用地性质、成陆土地价差等情况,制定地方海域使用金征收标准,按规定收缴海域使用金,避免国有资产流失”。

权的剩余使用期限。期限届满后，土地使用权应当重新取得，土地使用权出让金应当重新交纳。

3. 关于造地指标。《海域法》第4条规定了国家严格管理围填海等用海活动的基本原则，但仅是原则性规定，缺乏实际操作制度支撑。围填海造地项目在一定时期内为沿海区域发展、沿海城市工农业布局提供了保障、拓展了空间。但缺乏充分论证调研的过度围填海活动不仅利用效率低下，同时给沿海自然生态环境造成的破坏不容忽视。目前，国家已基本全面停止新增围填海项目审批，江苏针对围填海历史遗留问题，如省级政府审批的集中连片开发的开放式旅游娱乐、已有围海养殖等要用海区域，以县级为单位编制区域整体海域使用论证报告，单位或个人申请用海时不再进行海域使用论证等。对“未批已填”围填海历史遗留问题，简化用海程序审查，可同步提交海域使用申请和竣工验收申请，市级先行开展验收审查，获批后省一级直接下达验收批复³³。因此，《海域法》在修订时既要考虑增加解决“未批已填”围填海历史遗留问题的内容，也要明确规定“未来围填海活动实现国家统一计划、统一编制、统一验收”等内容。

（四）完善海域使用权流转方式

1. 关于一级市场流转。海域使用权一级市场流转中采用申请审批方式取得证书的超过总数80%³⁴以上，此类非竞争出让方式虽能提高效率，但不利于市场主体公平竞争。（1）扩大出让方式。申请与审批作为获取海域使用权的最主要方式，在《海域法》第三章单独成章，是《海域法》浓厚的行政管理色彩体现。但与其类似国有建设用地使用权一级市场流转中，“招标、拍卖、挂牌”三种出让方式适用率达90%³⁵以上。因此，从利于海域使用权市场竞争、市场监管和分散交易成本的角度，建议将《海域法》第三章“海域使用权申请与审批”修改为“海域使用权的取得”，扩大出让方式适用空间，并借鉴《土地管理法》的相关内容，吸收江浙等省份“招拍挂”相关出让配套制度规定，完善竞争性出让方式的适用条件、适用范围、适用程序、适用主体以及监督管理制度。（2）确立挂牌制度。《海域法》第20条、《海域使用权管理规定》（以下简称《海域规定》）第五章仅规定了招标和拍卖制度，挂牌制度缺位，但挂牌出让海域使用权在一级市场流转中已非常普遍，江苏等沿海各省份早已通过地方立法确立了挂牌制度，并建立起海域使用权交易平台，

³³ 2023年江苏省自然资源厅发布《关于进一步做好用地用海要素保障的通知》。江苏省“未批已填”类围填海历史遗留问题处理方案获得自然资源部同意集中备案。

³⁴ 数据来源于国家海洋局2010年至2015年发布的《海域使用管理公报》。

³⁵ 数据来源于自然资源部（原国土资源部）发布的2011年至2015年《中国国土资源公报》。

依托平台开展挂牌交易。建议增加挂牌制度,统一挂牌出让程序,并细化适用调解、标底价确立、方案编制等,以避免各地方规定的冲突。(3)明确投标资格。

《海域法》第30条规定,同一海域满足2个以上用海意向人的,可采取招标方式,对“用海意向人”并未明确是否包含自然人个人。《招标投标法》第25条第2款规定,仅有科研项目允许自然人投标。因《海域法》规定的不明确,导致大多数地方性法规对投标主体亦不进行范围界定,仅有部分地区明确自然人个人可参与海域使用权招标³⁶。从海域用途类型来看,如养殖类等用海类型实际上由个人开发利用更为高效,个人参与招标更能促进海域使用权的一级市场流转。从法律位阶来看,两部法律属于同一位阶,《海域法》相对于《招标投标法》在效力维度上属于特别法。因此,《海域法》修订时将“用海意向人”明确为法人、自然人和其他组织,并不受到《招标投标法》的限制。此外,关于竞标人数,各地规定不一致,山东、河北等地方与《海域规定》保持一致,设置为下限为2人,浙江、广西等地方设置下限为3人,从保障市场充分有效竞争、保障招标拍卖的公平公正角度考虑,建议《海域法》与《招标投标法》第28条确定的3人为下限保持一致。

2.关于二级市场流转。(1)转让。《海域法》第27条、《海域规定》第34条明确了出让海域使用权应当签订合同,未明确形式。但农村土地承包经营权、建设用地使用权、房地产转让³⁷等均立法明确了转让合同应当采用书面形式。虽海域使用权转让合同可参照《民法典》第467条关于“无名合同”的相关规定,但其转让涉及审批等限制较多,难以适用。为保持与《民法典》合同编等有效衔接,建议《海域法》明确规定转让的合同形式及必要条款。(2)出租。《海域法》未规定海域使用权是否可以出租。《海域规定》第六章详细规定了出租的内容,导致下位法在上位法中找到依据。建议《海域法》修改时吸纳《海域规定》《海域使用权登记办法》关于海域使用权出租的具体内容。(3)抵押。《海域法》未规定海域使用权抵押的相关内容。《海域规定》第41条第2款、第3款,《民法典》第395条第1款第(3)条³⁸明确规定了海域使用权可以抵押。在海域使用权上设立抵押不仅是权利人重要的融资方式之一,对提高海域开发利用度、推进海洋产业发展也具有重大意义,同时更是体现制度设计上对海域使用权加强私权性保护的重要表现。因此,《海域法》应当明确规定海域使用权可以抵押。(4)作价出资。《海域法》未明示规

³⁷ 《农村土地承包法》第40条规定,“土地经营权流转,当事人双方应当签订书面流转合同”;《民法典》第348条规定,“……建设用地的使用权的,当事人应当采取书面形式订立建设用地使用权出让合同”;《城市房地产管理法》第42条规定,“房地产转让,应当签订书面转让合同”。

³⁸ 《海域使用权管理规定》第41条规定,“……海域使用权出租、抵押时……”;《民法典》第395条规定,“……下列财产可以抵押:……(三)海域使用权……”。

定海域使用权是否可以作价出资或入股,从《海域法》第27条第1款³⁹可以推导出海域使用权实际上是可以作价出资的。《公司法》第27条、第28条规定了土地使用权等非货币财产可作价出资,海域使用权与土地使用权类似,均是财产权利的一种形式,应当明确其可作价出资或入股。(5)继承和赠与。《海域法》第27条第3款规定了海域使用权可以依法继承,但未规定继承后的登记问题。

《海域法》未规定海域使用权赠与的内容。《海域规定》第37条以及广西等地方性法规规定了海域使用权可以赠与⁴⁰。建议《海域法》修订时明确规定继承海域使用权的应当申请变更登记,并将赠与的相关内容纳入。

(五) 完善海域使用权法律责任

1. 环境责任。《海域法》第42条规定了关于“恢复海域原状”的法律责任,但“恢复原状”是传统的民事权益损害救济方式,对环境而言,技术层面无法做到完完全全恢复至环境原来的状态。因此,在环境责任中,更为准确的法律责任表述应为“生态环境修复”⁴¹。2024年1月1日施行的《海洋环境保护法》第4条第2款采用的表述也是“海域海岸线和海岛的修复”。此外,“恢复原状”与“生态环境修复”最大区别在于,生态环境修复不是对单一物品的简单修复,而是对生态环境的整体修复,此类修复既需要应对单个环境要素的物理、化学等特性变化,更需要整体把握生态系统原有功能的恢复。所以,建议《海域法》修订时,将“恢复海域原状”修改为“对海域进行生态环境修复或承担生态环境修复费用”。

2. 行政责任。《海域法》第39条虽然规定了海洋行政主管部门履行海域监督检查职责时,除有权要求被检查单位或个人提供有关文件资料、就有关问题作出说明、进行现场勘查外,还有权责令停止正在进行的违法行为,但就强制手段而言仍然缺乏权威有效的行政强制措施。因而,在日常海洋行政执法过程中,《海域法》设立的行政强制措施略显软弱无力。为实现海洋行政执法的预期效果,应当将《行政强制法》第9条规定的查封、扣押、冻结以及限制人身自由等强制措施种类增补至《海域法》中。《海域法》第42条、第46条规定非法占用海域或非法改变海域用途的行政处罚罚款基数按照“应缴纳的海域使用金”5倍至15倍之间罚款;未经批准或骗取批准围填海的,按照“应缴纳的海域使用金”10倍至20倍之间罚款。若因海域使用金标准调整,计算罚款相应也会分段计算,可能导致不同企业或个人

³⁹ 《海域法》第27条第1款规定,“因企业合并、分立或者与他人合资、合作经营,变更海域使用权人的,需经原批准用海的人民政府批准”。

⁴⁰ 《海域使用权管理规定》第37条规定,“海域使用权有出售、赠与、作价入股、交换等情形的,可以依法转让”;《广西壮族自治区海域使用管理条例》第36条规定,“海域使用权依法转让、抵押、出租、继承、赠予(与)的,应当向原不动产登记机构办理变更、抵押等相关登记手续……”。

⁴¹ 赵伟:《环境民事公益诉讼中恢复原状的法律适用研究》,西南政法大学2018年硕士学位论文。

的同一违法行为 在不同时间段的处罚金额相差过大。此外，若属于《海域法》第35条规定的“免缴海域使用金”情形时，因缺乏基数，则无法计算罚款金额。建议可参照《海洋环境保护法》第97条的规定，采用每米或每平米的作为基数计算罚款，并借鉴《环境保护法》“按日计罚”制度，弥补调节固定罚款金额违法成本过低的问题。

3. 刑事责任。对严重违法用海行为，《海域法》缺乏刑事责任 规制，除《刑法》外，在大部分环境资源单行法中设立刑事责任 并不少见，如《土地管理法》第72条、第73条关于非法转让土地的刑事责任，《渔业法》第38条关于禁渔期、禁渔区捕鱼的刑事责任，《森林法》第39条关于盗伐林木的刑事责任等等。因此，《海域法》修订时，应将严重非法占用海域、严重非法改变海域用途、严重违法围填海等行为在《海域法》中设定刑事责任。

海洋执法体制改革与 海事行政诉讼体制性应对

——以海事司法管辖主动调整服务国家重大体制改革为视角

陈铭强*

【摘要】

2018年开展的党和国家机构改革中，将海洋行政管理权与行政执法权相分离，国家海洋管理制度发生了根本变革。国家转隶组建海警机构、保留海事部门，部分沿海地区整合海洋综合执法队伍等体制改革逐步完成，由上述三支队伍共同行使海上行政执法权的架构已经初步形成。与此对应的是，海事行政诉讼存在海事行政机关的指向不够明确、现有行政案件管辖体制难于适应改革形势发展现实需要、案件管辖与行政诉讼法规定不太相符等问题。上述问题需要通过调整海事行政案件管辖体制予以应对。要在海洋强国战略的指引下，借鉴新型专门法院的案件管辖经验，从调整海事行政案件的管辖入手，依托地方法院行政诉讼集中管辖的方式，按行政诉讼法的规定将一般海事行政案件“放下去”，将特殊类型的案件“提上来”。海事行政案件管辖只有主动适应服务国家重大海洋管理体制改革的，才能在符合行政诉讼法规定的基础上满足现实需要，进而真正为海事法院的顺利转型打下坚实基础。

【关键词】

海洋管理体制 综合执法改革 海事行政诉讼 应对策略

一、前言

2018年2月，党的十九届三中全会通过了《中共中央关于深化党和国家机构改革的决定》和《深化党和国家机构改革方案》，以自上而下的方式开启党和国家机构的全面改革。完善海洋管理制度，特别是加强海上执法维权确保国家海洋强国战略顺利实施，是其中一项重要内容。《深化党和国家机构改革方案》要求，将原国家海洋局（中国海警局）领导管理的海警队伍和相关职能，全部转隶至武警部队。

* 陈铭强，广州海事法院海事行政庭庭长。本文为广东省高级人民法院2023年度全省法院司法统计分析重点课题《海洋综合执法体制改革以来广东省市县三级执法队伍相关行政案件情况分析》阶段性成果（见粤高法明传【2023】237号）。

为保证海警机构的改革于法有据，2018年6月22日全国人大常委会专门作出《关于中国海警局行使海上维权执法职权的决定》，明确由中国海警局统一行使公安机关、有关行政机关相应的执法职权。“但中国海警局履行职责使命还缺乏系统充分的法律依据，迫切需要制定《海警法》。”¹2021年1月22日，全国人大常委会正式通过《海警法》；2月1日，该法正式实施。《海警法》的实施，为海警机构维权执法工作提供了正式的法律依据，已经在全国11个沿海省（自治区、直辖市）设立了分局、直属局，省、市、县三级海警机构，实现沿岸的全线布防和近海、远海的全域布局，属负责海洋综合执法的“国家队”、“主力军”。²

2021年4月29日，全国人大常委会对《海上交通安全法》予以修订，明确规定海事管理机构负责海上交通安全管理的职能，对海上的船舶检验、登记、船员资格、航行安全、事故调查、求助打捞等履行行政执法的职责。另外，《海洋环境保护法》及《防止船舶污染海域管理条例》规定，国家海事行政管理机构负责非渔业、非军事船舶海洋环境污染的监督管理权等。因此，交通运输部海事局继续按“一水一监、一港一监”的原则，分级设立海事管理机构，负责沿海海域和港口、对外开放水域、重要跨省通航内河干线和港口的管理工作，并实施中央垂直管理。³

《中共中央关于深化党和国家机构改革的决定》还赋予地方更多的改革自主权。⁴沿海各省也据此开展了海洋综合执法体制改革。⁵在此之前，地方各省的海上行政执法权，由包括公安边防海警部队、海关缉私警察队伍等中央垂直管理部门和沿海县级以上人民政府设立了相应的渔政、海监执法队伍行使，并接受中央相关部门的业务指导。省市县三级渔政、海监职能部门按级行使相应的管理权、审批权、执法权。而对于其他如海岛管理、海洋环境保护等，虽然也明确了职能部门的相关职责职权，因有的职能部门没有建立专职的执法队伍，存在执法权不甚明了的情况。改革之后，如GD省所设立的地方海洋综合行政执法机构能够直接行使除应由公安机关行使的相关职权之外的海上行政综合执法权，标志着省、市、县级的海洋综合执法的“地方队”的建立。⁶（如图1）

至此，负责海上行政执法活动⁷的海警、海事、地方海洋综合执法等部门共驭海洋的改革正式完成，“群龙治海”⁸的局面宣告终结。有学者坦言，2018年以来的海洋管理改革重塑“综合管理”的思路，是海洋管理体制发生的一场“大变革”，

¹ 王宁：《关于中华人民共和国海警法草案的说明—2020年10月13日在第十三届全国人民代表大会常务委员会第二十二次会议上》，《全国人民代表大会常务委员会公报》2021年第2期。

² 参见《生态环境部举行6月例行新闻发布会》，《中国环境报》2022年6月24日第1版。

³ 任威、乔文明主编：《海事行政与实务》，大连海事大学出版社2016年版，第13-14页。

“昭示着我国海洋治理新纪元的到来”。⁹

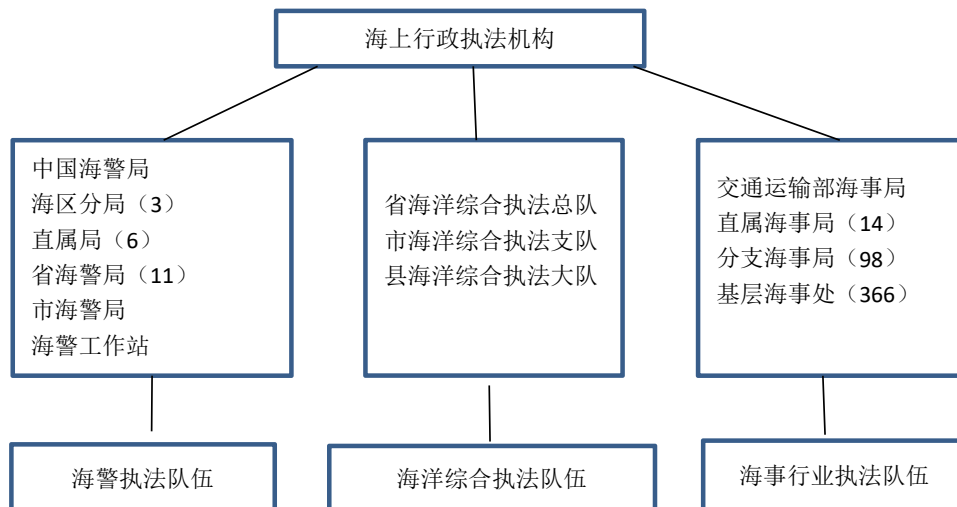


图 1: GD 省海上执法力量配置图

海事法院是对海事案件进行专属管辖的专门法院，属于“行使一审职能的中级人民法院”。海洋综合执法改革完成后，可以预见“涉海行政部门的海上执法力度不断增强，海事行政诉讼案件随之呈现上升趋势”。¹⁰从当前海事法院所受理的行政案件的情况来看，实际上已将海警机构、海洋综合执法队伍行政执法的行政争议都纳入了海事法院的专门管辖的范围。此意味着所有涉海行政案件都由中级人民法院审理，属“提级管辖”。¹¹面对中央与地方海上行政执法力量配置改革带来的压力，海事行政案件的管辖方式难以适应新形势的需要。因此，如何通过调整海事行政案件的管辖方式，让海事法院更好的为国家海洋强国战略、海洋经济发展提供海事司

⁴ 该决定要求：（二）赋予省级及以下机构更多自主权。增强地方治理能力，把直接面向基层、量大面广、由地方实施更为便捷有效的经济社会管理事项下放给地方。除中央有明确规定外，允许地方因地制宜设置机构和配置职能，允许把因地制宜设置的机构并入同级机关对口的机构，在规定限额内确定机构数量、名称、排序等。

⁵ 沿海地区省份根据自身实际开展海洋综合行政执法体制改革，各个地区的执法机构的组织形式略有不同。

如广东省将渔政、海监的执法机构整合为一支队伍，明确为属农业农村部门管理的副厅级机构，集中行使广东省权限范围内的涉海综合执法职责；福建省则在海洋与渔业厅下组建海洋与渔业执法机构，并明确海上生态环境执法工作亦由其负责；而有的地区如河北省，改革进程相对落后，海监、渔政维持原有的体制，分隶属于不同政府部门。转引自李擎洋、郭显合：《央地海上生态环境执法权划分的原则和机制探讨》，《中国地质大学学报（社会科学版）》2021年第5期。

⁶ GD 省成立海洋综合执法总队，“集中行使广东省权限范围内的涉海执法职责”，并将“沿海地区的市县渔政执法队伍更名为海洋综合执法支队（大队），由省海洋综合执法总队实行垂直管理，继续集中行使海洋监察、海岛管理、渔政管理、渔港监督、渔船监督检验、海洋环境保护等执法职责”。参见黄进：《省政府以公告形式确定在全省开展海洋综合执法》，《南方日报》2019年8月30日第A9版；黄鸿基：《广东省海洋综合执法总队正式成立》，《南方日报》2020年11月17日第A9版。

⁷ 有学者认为，执法指的是将法律文本转化为人们实际行为规范。有多种途径可以实现，如制定法律解释、行政规范性文件、行政许可、行政给付、行政征收、行政裁决、行政确认、行政监督检查、行政处罚、行政强制等。参见应松年：《行政法与行政诉讼法》，法律出版社2005年版，第156页。本文所称“海上行政执法活动”，仅指行政监督检查、行政处罚、行政强制等行政执法活动。

⁸ 在开展海洋综合执法改革之前，国内的海洋行政执法实行的是以海洋、渔政、海事、公安边防、海关、国土资源、矿产、文物、旅游、环保、地方人民政府以及石化、石油企业等为主的分散型行业管理模式，而且是管理决策权与执行权两权合一。参见王蔚斌、王海阔：《日美韩海洋执法管理模式对中国的启示》，《人民论坛》2013年第36期。

⁹ 王刚、宋绪业：《海洋综合管理推进何以重塑？——基于海洋执法机构整合阻滞的组织学分析》，《中国行政管理》2021年第8期。

法服务保障，是我们必须面对的课题。本文拟在梳理现阶段海上行政执法权力配置的基础上，分析海事法院面临的主要问题，提出在海洋强国战略指引下，如何更科学的配置海事行政审判资源，确保海事行政案件管辖方式能适应新形势变化。

二、海洋综合执法体制改革后海上行政执法权的主要特点

改革开放初至本世纪初期，国务院各相关部门按职责分别组建海上执法队伍，形成了海上多头执法体制，俗称“五龙”。¹²随着实践的发展，该体制引发不少弊端，应由海上统一执法的方式解决此问题，系实务部门与学术界的共识，但对应如何统一，在目标、路径上则有不同看法。¹³党的十八大以来，党中央、习近平总书记着眼建设海洋强国、维护海洋权益，对海上维权执法体制作出重大改革。¹⁴海洋综合执法体制改革采用重组、保留、整合等方式，在党中央坚强有力的推动下迅速推进。

（一）重组“全域全能型”的海警机构

海警机构由渔政、海监、海关缉私、原边防海警等队伍重组而成。海警法对海警机构的性质和职责、海上维权执法的权限和措施、保障机制、与有关部门的协作机制、国际合作、监督 and 法律责任等，均作出了明确的规定。根据海警法的相关规定，海警机构海上行政执法的主要特点有：一是四级机构覆盖了从中央到沿海地方政府的全领域。海警机构包括中国海警局，沿海地区则按照行政区划和任务区域编设海区分局和直属局，省、市级海警局，海警工作站，其四级设置对应了从中央到地方，与政府相对应的四级机构，并设置了直属局管辖领海之外的海域。二是维权执法活动涵盖了国家管辖的全部海域及其上空。海警机构能在我国管辖海域及其上空开展所有海上维权执法活动，即海警机构维权执法的范围包括了内水、领海、毗连区、专属经济区、大陆架以及我国管辖的其他海域，也意味着对海域、岛礁等从底部、水中的航行物，到上空的飞行物也有执法权。三是履行职责的法律依据包括了全部相关的法律法规。海警机构执法的依据包括法律，行政法规以及各涉海相关职能部门制定的规章在内，即非中国海警局制定的规章，海警机构也要适用并予以执行。四是具有海上行政执法的特殊性。海警法也规定了一些具有海上执法特点、海警特色的行政执法措施，如划定海上临时警戒区、更大裁量权的简易程序、快速办理程序等。（表1）为应对海上多变的形势，海警法还规定中国海警局可制定规章，赋予中国海警局相应的立法权。¹⁵

¹⁰ 张勇健、王淑梅、傅晓强：《关于〈最高人民法院关于海事诉讼管辖问题的规定〉的解读》，《法律适用》2016年第4期。如广州海事法院2016年之后审理的海事行政案件总体上呈逐年上升趋势：2017年21宗，2018年61宗，2019年73宗，2020年102宗，2021年284宗，2022年389宗；2023年回落至91宗。

¹¹ 如经中央全面深化改革委员会批准，根据全国人大常委会授权，2021年8月起最高法院在全国12个省、直辖市开展为期二年的四级法院审判职能定位改革试点。相关文件中明确，海事法院等专门法院“可以参照适用”“关于中级人民法院的规定”。

表 1: 海警机构海上执法特殊行政权力一览表

| 海警机构级别或人员 | 特殊权力 | 具体措施 | 法律依据 |
|-----------|---------------|--|-----------|
| 省级海警局以上 | 划定海上临时警戒区。 | 在规定情形下可在一定区域内限制或者禁止船舶、人员通行、停留。 | 海警法第 25 条 |
| 海警机构执法人员 | 更大的自由裁量权的简易程序 | 可当场作出处罚决定。 | 海警法第 29 条 |
| 海警机构 | 快速办理程序 | 当事人自愿认错认罚, 且对违法事实和法律适用没有异议的, 经书面同意后可简化取证方式和审核审批; 对符合条件的海上行政案件可以适用快速办理程序。 | 海警法第 30 条 |
| 海警机构执法人员 | 先办理后报批 | 情况紧急, 需要在海上当场实施行政强制措施的, 可以先办理, 再补办批准手续。 | 海警法第 32 条 |
| 海警机构 | 特殊证据规则 | 有证据证明当事人在海上实施将物品倒入海中等故意毁灭证据的行为, 给海警机构举证造成困难的, 可以推定有关违法事实成立。 | 海警法第 35 条 |

(二) 保留“全域行业型”的海事部门

作为传统的海事执法机构, 海事部门开展海上行政执法的主要特点有: 一是国际性、涉外性明显。虽然名称可能各不相同, 但世界上几乎所有海洋沿岸国家都设立了海事行政管理机构, 代表国家参与国际海事组织, 履行国际条约义务。如中国海事部门代表国家对中国籍船舶进行检验、船员适任等, 履行有关海上安全以及国际公约所规定的船旗国义务; 作为港口国主管机关审批外国籍船舶进出内水和港口的申请、强制引航、安全和防污检查等。二是技术性、专业性较强。海事行政管理涉及海上大型船舶, 对船舶、船员都有特殊要求, 如对船舶的适航、载运危险货物的安全监督、沿海航标管理、船舶引航、防治船舶污染海洋、海上事故调查等, 都要求适用相应的技术标准, 必须掌握相关专业技能。三是中央与地方双轨制。即分成中央管理、地方管理两个部分, 中央管理部分由中国海事局设立直属海事机构负

¹² 1998 年 10 月 19 日, 经中编办批准, 海洋局设置“中国海监总队”; 1998 年 10 月 27 日, 经国务院批准, 中华人民共和国海事局正式成立, 为交通部直属机构; 1999 年成立海关总署缉私局, 实行海关总署与公安部双重领导体制; 2000 年 7 月, 农业部渔政指挥中心成立; 加上之前改革开放初期成立的公安边防海警队伍, 俗称“五龙”。参见王巧荣:《新时期中国的海洋权益管理》,《毛泽东邓小平理论研究》2014 年第 10 期。

¹³ 张保平:《〈海警法〉的制定及其特色与创新》,《边界与海洋研究》2021 年第 2 期。

¹⁴ 本报评价员:《新时代海警建设发展的里程碑—写在〈中华人民共和国海警法〉公布之际》,《人民武警报》2021 年 1 月 26 日第 1 版。

责,包括渤海、黄海、东海、南海海域及岛屿,沿海港口、对外开放水域和长江、黑龙江等重要跨省通航内河干线,共设立14个直属海事局、98个分支海事局、366个海事处等。中央管理水域以外的水域由地方管理,不涉及海上执法,省级政府设立地方海事机构,共有27个省建立了地方海事管理机构。¹⁶

(三) 整合“省域局部型”的地方海洋综合执法队伍

鉴于全国各地海洋综合改革的进展不同,本文以已经完成改革的GD省为例子以说明。地方海洋综合执法的主要特点有:一是管理权与执法权相对分离。GD省明确将海洋渔业、海域监督、海洋环境、涉海自然保护区海域等行政管理权,仍由原职能部门负责。设立海洋综合执法总队只是“将原来以行业划块分割的执法进行全面整合”,确定其为省内“唯一海洋执法力量,唯一省级行政执法队伍、唯一跨部门综合执法机构”。¹⁷二是省内垂直管理。《GD省关于市县机构改革的总体意见》明确规定,“沿海地区的市县渔政执法队伍更名为海洋综合执法支队(大队),由省海洋综合执法总队实行垂直管理,继续集中行使海洋监察、海岛管理、渔政管理、渔港监督、渔船监督检验、海洋环境保护等执法职责”。¹⁸三是接受海警机构的协调指导。海警法第十五条明确规定,中国海警局及其海区分局对沿海地方政府海上执法队伍开展相关执法工作中,具有协调指导的职能;根据工作需要还可以统一协调其参与海上重大维权执法行动。

三、海事行政诉讼管辖体制存在的主要问题

(一) 海事行政机关的范围有待明确

最高法院《关于海事法院受理案件范围的规定》对海事行政案件的类型明确规定为7项,在79-85项中予以列明。应该说,该司法解释的条文指向的内容、范围、对象等,是相对比较明确的。但对于“海事行政机关”的范围,却没有明确予以列举,导致实践中各方的理解不一,可分为“三种观点、一个做法”。三种观点为:第一种观点认为,“海事行政机关”指的是能在规定地域内作出相应行政行为的行政机关,即海事行政机关包括了海洋、海事、渔业、渔政、(海洋)环保、(海上)交通等政府的职能部门。¹⁹第二种观点认为,“海事行政机关”仅指具有在上述地域内履行“海事行政管理职权”的行政机关,即海事行政机关即指的是海事部门或其他职能部门履行海事职责时才属海事行政机关,其他机关应属涉海行政机关。²⁰

¹⁵ 张保平:《〈海警法〉的制定及其特色与创新》,《边界与海洋研究》2021年第2期。

第三种观点认为，“海事行政机关的具体范围具有不确定性”，在实践中应以“行政行为”作为识别标准，包括具有相应行政管理和执法权限的国家行政机关以及法律法规规章授权的组织。²¹“判断案件是否属于‘海事行政案件’，应当结合行政机关与被诉行政行为涉及的行政管理领域综合考虑。”²²一种做法为，未对海事行政机关的范围作出规定，直接将部分涉海洋的行政案件以指定管辖的方式指定由海事法院审理。²³现实中，因对海洋综合执法主体的界定未跟上形势的变化，有的地方未将海警、海洋综合执法产生的行政纠纷纳入海事司法专属管辖的范围，有的地方法院也因对海事司法专属管辖的规定难于准确把握，予以立案审理，作出裁判。²⁴因此，国家海洋综合执法体制改革之后，海上行政执法力度加大、争议增多，海警机构与地方海洋综合执法队伍履行海上行政综合执法职责，是否属于“海事行政机关”的范畴，还需要在法律上予以明确。

（二）现行体制难以适应形势发展需要

自1984年海事法院设立起，就形成了现行的“三级两审”体制，明确审理海事行政案件的管辖权后也遵循此规则。当前，在国家完成海洋执法体制改革完成后，这一体制在海事行政审判方面的弊端正在显现。一方面，难以适应海洋综合执法重心下沉的压力。中央将海洋执法维权的权力集中由海警机构行使，并构建了从海警工作站到中国海警局的四级执法维权框架；地方也将综合执法的权力集中由地方的海洋综合执法队伍集中行使，也构建了从县到省的三级海洋综合执法框架。海洋执法力量的集中行使，意味着海洋综合执法的力度将大大加强，海洋行政争议将大大增加，行政机关对海事司法支持的渴望将大大加强。²⁵当前海事法院定位和分布格局，要处理大量海洋行政纠纷，将会面临这一体制难以承受的压力。另一方面，难以满足人民群众的海事司法需求。全国11家海事法院分布在全国沿海、沿长江的11个省（自治区、直辖市，河北省由天津海事法院设立的两个派出法庭负责），“形成了专门的海事审判格局，其辐射范围涵盖北起黑龙江、南至南海诸岛以及横贯东西的长江水道在内的中华人民共和国管辖的全部水域和港口。”²⁶从海事司法服务的范围来看，做到了对我国海域的全覆盖。海洋综合执法体制改革之后，执法力度的加强将会产生大量来自基层的行政争议，即使通过增设派出法庭、巡回法庭等，但“一省一院”的海事法院格局，仍存在难以满足人民群众的海事司法需求的问题。

¹⁶ 任威、乔文明主编：《海事行政与实务》，大连海事大学出版社2016年版，第13-14页。

（三）把所有海事行政案件都“提级管辖”并不符合行政诉讼法的规定

海事法院属于行使“一审职能的中级人民法院”。当前海事法院受理一审海事行政案件的法律依据，是最高法院2016年颁发的《关于海事诉讼管辖问题的规定》。根据全国人大常委会1984年《关于在沿海港口城市设立海事法院的决定》规定，“海事法院管辖第一审海事案件和海商案件，不受理刑事案件和其他民事案件。”从条文上看，上述两规定之间并不矛盾。但是，从1989年行政诉讼法颁布时起，就对中级人民法院管辖的第一审行政诉讼案件的范围作出了明确规定。正如前文所述，正是由于海事法院属于中级人民法院的法律地位，所以其是否管辖第一审的海事行政案件，实务界、理论界的争议较大，最高法院也下发了不少司法解释和规范性文件。²⁷（表2）当前，因海洋行政执法大多发生在基层、在近海、在县区，大多由市县级海警机构、市县级海洋综合执法队伍负责，所以海事行政争议也大多发生在基层。全国各海事法院审理了大量以市海警局、海警工作站、市县级海洋综合行政执法支队（大队）为被告的海事行政案件。将所有海事行政案件都“提级管辖”，而且行政案件固有的上诉率高的特点，给上诉审法院行政庭增加了不少二审案件。

表 2. 最高法院关于海事法院是否管辖行政案件的相关规定一览表

| 施行时间 | 规定名称 | 具体内容 | 是否管辖 |
|------------|-----------------------------|---|------|
| 1984.11.28 | 《关于设立海事法院几个问题的决定》 | 因违反有关海事的法律、条例受主管行政机关处罚，当事人不服，在法律规定的期限内起诉的案件；或者在期限内不起诉，期满又不履行，主管行政机关申请强制执行的案件。 | 是 |
| 1991.7.11 | 《关于贯彻执行行政诉讼法若干问题的意见（试行）》 | 专门人民法院不设行政庭，不受理行政案件。 | 否 |
| 2000.3.10 | 《关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》 | 专门人民法院、人民法庭不审理行政案件，也不审查和执行行政机关申请执行其具体行政行为的案件。 | 否 |

²⁷ 黄鸿基：《广东省海洋综合执法总队正式成立》，《南方日报》2020年11月17日第A09版。

| 施行时间 | 规定名称 | 具体内容 | 是否管辖 |
|-----------|-------------------------|---|------|
| 2001.9.18 | 《关于海事法院受理案件范围的若干规定》 | 海事行政案件；海事行政赔偿案件；海洋、通海水域行政机关依法申请强制执行的案件；海事法院受理的行政案件，其上诉审由分管海事海商案件的审判庭审理。 | 是 |
| 2003.8.11 | 《关于海事行政案件管辖问题的通知》 | 海事等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其具体行政行为的案件。 | 否 |
| 2016.3.1 | 《关于海事诉讼管辖问题的规定》 | 海事法院审理第一审海事行政案件。海事法院所在地的高级人民法院审理海事行政上诉案件，由行政审判庭负责审理。 | 是 |
| 2018.2.8 | 《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》 | 专门人民法院、人民法庭不审理行政案件，也不审查和执行行政机关申请执行其具体行政行为的案件。铁路运输法院等专门人民法院审理行政案件，应当执行行政诉讼法第十八条第二款的规定。 | 是 |
| 2018.3.9 | 《关于进一步加强海事行政审判工作的通知》 | 各海事法院要依照《关于海事诉讼管辖问题的规定》，切实履行海事行政审判职能。 | 是 |

（四）不利于坚持和发展新时代“枫桥经验”

习近平总书记在党的二十报告中指出，要“在社会基层坚持和发展新时代‘枫桥经验’，完善正确处理新形势下人民内部矛盾机制”，“及时将矛盾纠纷化解在基层、化解在萌芽状态”。²⁸涉海行政执法对象大多是渔民、渔排养殖户、船员、小型运输船舶等，处于生产生活的第一线；涉海行政违法行为大多为违法用海占海、非法养殖、未经批准围填海、非法捕捞等，类似违法行为易发多发；海上行政执法也存在执法对象相对固定，作为“靠海谋生”的行政相对人，一般不愿意提起行政诉讼，即使提起诉讼所涉及案件往往事实容易查清、法律争议不大；因海域的辽阔、港口的位置等客观地域要求，涉海行政争议发生地域往往在近海或远海，或远离陆地人口聚集的港口区域，与海事法院处于城市的中心地带存在一定的矛盾；同时，

¹⁸ 黄进：《省政府以公告形式确定在全省开展海洋综合执法》，《南方日报》2019年8月30日A09版。

¹⁹ 《上海市高级人民法院关于上海海事法院管辖海事行政案件的规定》持此类观点。在实践中，全国大部分海事法院认为，“海事行政机关”应作广义的理解。本文亦持此观点。

²⁰ 有的学者们在研究中，将“海事行政执法”、“海事行政处罚”指向海事部门。参见高宁：《基于商事和海事行政视角下的船长法律地位分析》，《中国海事》2018年第7期；谭波：《海事行政“责令类”行政定性的规范审视》，《中国海商法研究》2022年第1期。

²¹ 如《宁波海事法院关于海事行政案件管辖若干问题的解答（试行）》认为，应按《最高人民法院关于海事法院受理案件范围的规定》第79-81项所规定的行政行为，比照各相关行政机关权责清单加以确定，具体包括海事、海关、海警、公安、自然资源、生态环境、交通运输、农业农村、港航、水利等行政机关。

涉海行政执法又与行政相对人的切身利益密切相关，有的还与“祖宗海”、滩涂用海等历史遗留问题密切相关，属于典型的基层人民内部矛盾。涉海行政执法的上述特点，需要司法机关与地方政府密切配合，从便民利民的角度发展完善海上“枫桥经验”，将矛盾纠纷实质性化解在基层，解决在一线，进而有效提升涉海群众的司法获得感。

四、海事行政诉讼管辖的应对策略

从试点起算，各地海事法院负责审理海事行政案件已有十多年的时间，积累了大量的审判经验，培养了不少行政审判人才，裁判具有专业性强、涉外人才多、超脱地方、办案公正等特点，为海事行政机关以及行政相对人提供了高质量的海事司法服务。在新时代贯彻落实海洋强国战略、共建“一带一路”、建设高水平对外开放、推进海洋治理体系和治理能力现代化建设中，海事行政审判工作只能加强、不能削弱。

（一）明确海事法院对涉海行政案件的司法管辖权

2018年3月，最高法院正式发文，为海事法院是否管辖海事行政案件的争议划上了句号。²⁹“海事行政管辖权的回归，既是时代发展的需要，也是各方博弈的结果。”³⁰由海事法院管辖海事行政案件，已成学界与实务界之共识，但对“海事行政机关”的范围，则不太明确。当前的国家海洋综合执法体制改革启动于2018年3月，2021年2月基本完成。海事司法是经略海洋、管控海洋工作的重要组成部分；要充分发挥海事审判职能，推进实施海洋强国战略，依法对我国管辖海域内的各类海洋开发利用活动行使海事司法管辖权。³¹因此，最高审判机关要适应国家海洋综合执法体制改革的需要，将提供海事司法服务保障与海上行政执法工作改革配套起来，与国家海洋战略的实施进展同步起来，明确将海警机构、地方海洋综合执法队伍等涉海洋执法机关相关的行政案件纳入海事法院专门管辖范围，从而让海事法院把为国家海洋战略提供司法保障的任务全部承担起来，将涉海行政案件都统管起来。实际上，上述涉海洋执法机关为“海洋事务行政机关”，简称仍为“海事行政机关”，相应规定可不作大的修改，只需明确其范围即可。

²² 如《江苏省高级人民法院关于依法确定海事行政案件受案范围的纪要》明确，履行江苏省内海事、船检、船级社、航道局、海警、航运等具有《最高人民法院关于海事法院受理案件范围的规定》第五条所列行政管理职责的行政机关，以及各行政管理部门依据船舶、海域、渔业、港口等相关法律法规引发的行政案件，均属海事行政案件。

²³ 如《广东省高级人民法院关于指定部分案件由广州海事法院管辖的意见（试行）》直接将涉海洋、海事、渔业、渔政、渔港监督、环境资源保护、交通运输行政管理机关、外经贸主管机关等作出的涉海洋、船舶、船员、国际货运代理业等行政行为的行政案件，指定广州海事法院统一管辖。

²⁴ 杨丽美、郝洁：《〈中华人民共和国海警法〉视野下中国海警局法律制度释评》，《中国海商法研究》2021年第4期。

²⁵ 如2020年各级海警机构共接处警9652起；对海上行政执法全领域拓展，查处行政案件2061起，涉及盗采海砂、非法捕捞、违规用海、破坏海缆等。参见李春林、孙纪伟：《守护美丽海洋 建设平安中国——中国海警局2020年海上执法工作综述》，《人民武警报》2021年1月22日第1版。

（二）按行政诉讼法的规定改革海事行政案件的管辖方式

现在海事法院受理的海事行政案件，就行政诉讼法所规定的级别管辖上来说，大多属于应由基层人民法院审理的范围。但是从目前海事法院所审理海事行政案件的数量上看，海事行政案件并不算太多。那么可能会担心，如果按行政诉讼法的规定，属于海事法院管辖的行政案件的数量会不会太少？这种担心实际上是多余的，海事法院审理海事行政案件数量少的原因是多方面的，很重要的一点是因为法律没有明确规定由海事法院审理所有的涉海洋综合执法案件，导致相当一部分的海事行政案件由地方法院审理；³²而且，行政诉讼案件具有上诉率高的特点，从审判工作经验看，经判决的行政案件当事人双方基本都会提起上诉，进入二审程序，此点也决定了即使把海事行政案件“放下去”，也不会对海事法院审理的行政案件在数量上受到太大的影响。因此，可借鉴新型专门法院的做法，指定由相应的基层人民法院审理一审海事行政案件。³³只要按便民、利民的原则做好制度设计，真正得到老百姓和海事行政机关认可后，海事行政案件将会有较大幅度的提高，也有利于发挥海事法院审理涉海案件专业性强的优势。³⁴

（三）吸收行政诉讼集中管辖改革的经验

根据最高法院要求，全国各省法院开展了行政诉讼案件集中管辖改革，即是将地级市内的行政案件通过指定方式，相对集中到某个基层法院管辖，此举有力的推进了法治政府建设，实践证明是行之有效的。³⁵海事法院可依托此改革，将符合基层法院审理的海事行政诉讼案件，按行政诉讼法的规定“放下去”，相关案件的二审则由海事法院管辖；对具有重大影响或标志性的案件，则可以根据工作需要“提上来”审理。沿海的地级市数量相对有限，意味着海事法院需要面对的集中管辖海事案件的基层法院并不会太多，海事法院原先按区域设立的派出法庭，也能为人民群众就近提供海事司法服务，达到便民利民的目的。同时，根据《行政诉讼法》第十八条第二款规定：“经最高人民法院批准，高级人民法院可以根据审判工作的实际情况，确定若干人民法院跨区划管辖行政案件”，使这一改革安排比较容易得到落实，只要上下级法院达成共识，齐心协力抓落实，海事行政诉讼集中管辖改革在法院系统内部即可完成。这样，将有效增强海事法院对辖区涉海案件的掌控能力，有利于统一海事审判裁判规则。另外，海事法院可依托地方法院完成布点任务，向

³² 张勇健、王淑梅、傅晓强：《关于〈最高人民法院关于海事诉讼管辖问题的规定〉的解读》，《法律适用》2016年第4期。

³³ 参见吴南伟、熊绍辉、彭林：《海事法院受理海事行政案件必要性问题研究》，《法律适用》2007年第12期；安晨曦：《论我国海事行政案件管辖权的归属》，《海峡法学》2013年第1期；许俊强：《海事行政案件管辖之反思——在实然与应然之间》，《海峡法学》2014年第4期。

³⁴ 《高举中国特色社会主义伟大旗帜，为全面建设社会主义现代化国家而团结奋斗》，《习近平著作选读（第一卷）》，人民出版社2023年版，第44-45页。

“新型专门法院”全面转型，为海事法院下一步的改革积累经验，提供参考。³⁶

五、结语

明确并保留海洋行政主管部门相应的海洋管理职责，将海洋行政执法权交由海警机构与地方海洋综合执法队伍集中行使，从而使海洋行政管理权与执法权相分离，是本次海洋综合执法体制改革最重要的特点。这一改革，是对海洋管理体制的全面变革，是国家推进海洋强国战略的重大举措，是国家治理体系和治理能力现代化在海洋治理方面的体现。海事法院是落实海事案件专门管辖制度的主体，是国家行使海事司法管辖权的专门法院。但是，设立海事法院的法律依据、管辖体制的模式、海事海商案件的类型、法院内设机构和管理方式等，均设置于改革开放初期，已难以适应时代发展的需要。海事法院属于行使“一审职能的中级人民法院”的定位，其对海事行政案件的管辖模式，既不符合行政诉讼法的规定，也跟不上新型专门法院的管辖设置方式。相对知识产权、金融法院等专门法院来说，海事法院的案件管辖方式亟需改革。因此，要根据国家海洋管理体制改革的需要，调整海事行政诉讼案件的管辖方式，通过借鉴新型专门法院审理二审案件的方式，按行政诉讼法的规定将一般海事行政案件依托地方法院行政诉讼集中管辖改革“放下去”。同时，这一改革举措也与推行海事法院“三审合一”的探索相契合，将海事法院管辖权的范围，定位于海洋这一特殊空间，为海事法院在组织和职能变革“在观念上以‘海事’为中心过度到以‘海洋’为中心”提供实践支持。³⁷只有这样，海事法院才能适应国家海洋管理体制改革的变革，更好的服务大局，为落实国家海洋强国战略提供更为周到的海事司法服务保障。海事法院自身也能在有效服务保障海洋强国战略顺利实施的同时，完成“从‘水上运输法院’角色转型为全面覆盖‘蓝色国土’的法院”³⁸这一目标。

²⁹ 参见最高人民法院行政审判庭编著：《最高人民法院行政诉讼法司法解释理解与适用（上）》，人民法院出版社2018年版，第64-65页。

³⁰ 郭萍：《厘清海事司法管辖范围助推国际海事司法中心建设》，《人民法治》2017年第5期。

³¹ 罗书臻：《大力加强海事审判工作 推进实施海洋强国战略》，《人民法院报》2015年12月17日第1版。

³² 杨丽美、郝洁：《〈中华人民共和国海警法〉视野下中国海警局法律制度释评》，《中国海商法研究》2021年第4期。

³³ 根据法律规定，知识产权、金融法院等新型专门法院审理地方基层法院上诉的专门案件。如全国人大常委会《关于在北京、上海、广州设立知识产权法院的决定》第四条规定，“知识产权所在市的基层人民法院一审著作权、商标等知识产权民事和行政判决、裁定的上诉案件，由知识产权法院审理。”

³⁴ 海洋综合执法体制改革之后，海上行政执法力度全面加强。如2021年“中国渔政亮剑”系列专项执法行动累计出动执法人员241万人次，检查渔船、渔港、码头、市场、船舶网具修造厂97.2万个（艘），巡查436万余海里，查处违法违规案件4.7万宗，取缔涉渔“三无”船舶1.5万艘。参见《农业农村部有关部门负责人就“中国渔政亮剑”系列专项执法行动答记者问》，《中国水产》，2022年第5期。2022年该专项执法行动力度更大，出动执法人员280.5万人次，水上巡查570.8万海里，查处违法违规案件5.2万件，移送司法处理5096件，取缔涉渔“三无”船1.9万艘，参见《农业农村部举行新闻发布会介绍2022年渔政执法和长江禁渔阶段性成效》，《中国水产》，2023年第4期。从上述数据分析，仅海上渔政执法的力度就如此之大，再加上其他海洋执法，数量会更大。因此，只要明确了海事法院对海事行政案件的二审管辖权，案件数量上是不不会少的。

³⁵ 郭修江：《行政诉讼集中管辖问题研究——〈关于开展行政案件相对集中管辖试点工作的通知〉的理解与实践》，《法律适用》2014年第5期。

³⁶ 参见郑鄂、陈铭强：《论新时代海事法院的改革》，本文荣获2023年7月广东省法学会“深入贯彻党的二十大精神 以习近平法治思想引领中国特色社会主义法治理论创新”主题征文一等奖，未公开发表。

³⁷ 侯猛、代伟：《海洋强国战略背景下的海事法院建设——从“三审合一”模式切入》，《法律适用》2021年第2期。

³⁸ 《最高人民法院民事审判第四庭负责人就〈关于海事法院受理案件范围的规定〉答记者问》，《中国海事》2016年第4期。

“一带一路”背景下国际班轮公司强制缔约义务适用探析

王娜*

【摘要】

“一带一路”建设使国际贸易和海上运输拥有了更大的发展空间。作为“一带一路”建设中的重要海运主体，国际班轮公司承担强制缔约义务的法律依据和适用标准在实践中存在着争议。为回应这一现实问题，有必要探究比较法视野下国际班轮公司强制缔约义务的法律渊源，同时，反思“一带一路”背景下国际班轮公司强制缔约义务的适用。在此基础上，可通过打破限缩型适用标准以回应时代需求、完善海运反垄断法律规范、建立强制缔约相关程序制度等措施来优化国际班轮公司强制缔约义务的适用。

【关键词】

一带一路 国际班轮公司 强制缔约义务 海运市场竞争秩序 海运消费者利益

一、问题的提出

随着全球经济的不断发展、演进，自由市场经济理论所持的绝对契约自由观点的弊端逐渐凸显。尤其是步入19世纪末的垄断资本主义时期之后，绝对契约自由导致实质正义的缺失成为挑战契约自由即正义的力证。个体天然的力量悬殊和政治经济地位差异带来契约磋商中的不平等，强势方往往利用合同自由追求自身利益的最大化，对社会公共利益和实质公平的实现造成影响。此时，如再失去国家规制与调控的必要治理，则合同自由不但不能够成为自由的保障，反倒会成为限制自由的“工具”。¹一旦经济弱者的利益在契约自由的原则下受到了损害，限制契约的自由就显得十分迫切。由此，强制缔约制度应运而生，并体现在一系列法律法规之中。例如，《中华人民共和国海商法》（以下简称《海商法》）第四章虽未对承运人的

* 王娜，大连海事法院法官。

强制缔约义务进行规定，但为了防止海运市场滥用契约自由，维护海运市场秩序，保护作为弱势群体的海运消费者的合法权益，《中华人民共和国民法典》（以下简称《民法典》）第八百一十条明确了从事公共运输的承运人的强制缔约义务，即不得拒绝旅客、托运人通常、合理的运输要求。实践中，从事国际班轮运输的国际班轮公司是否应承担强制缔约义务，一度成为海运理论和实践争议问题之一。2014年9月，最高人民法院公布的海事审判十大典型案例之一，瀛海公司诉马士基公司国际海上货运代理经营权损害赔偿纠纷案（以下简称瀛海诉马士基案）²，经三审终审，一锤定音，认为国际班轮运输系服务于国际贸易的商事活动，不具有公益性和垄断性，马士基公司作为国际班轮公司不负有我国《民法典》第八百一十条（原《中华人民共和国合同法》（以下简称《合同法》）第二百八十九条）的强制缔约义务。³该案三审关于国际班轮公司强制缔约义务的不同观点⁴引发了较大的理论争议。一些观点认为，因个案的特殊性，不宜将该案就马士基公司强制缔约义务的认定普遍适用于所有国际班轮公司的全部业务。

从目前来看，海运贸易系我国对外贸易的主要形式，我国90%的对外贸易是通过海上运输实现的。⁵随着“一带一路”倡议的提出，海上丝绸之路经济带的发展繁荣更加依赖海运市场的健康有序发展。作为海运贸易的重要主体，国际班轮公司对契约自由的充分享有与接受合理规制，本质上系民事主体的意思自治与公平与效率之法益目标之间的平衡。强制缔约义务作为实现上述法益目标的典型制度，就国际班轮公司这一海运主体所涉业务的准确适用关乎强制缔约制度的理论完善和实践发展。因此，立足国际海运市场的时代性和中国法律的本土性，探讨“一带一路”背景下国际班轮公司强制缔约义务的识别和判定理路，对完善强制缔约制度、维护海运竞争秩序、促进海运贸易持续繁荣具有重要意义。

二、比较法视野下班轮公司承担强制缔约义务的法律渊源考察

（一）公共承运人承担强制缔约义务的英美法渊源

1. 班轮公司的公共承运人属性辨析

海上贸易的发展繁荣始于英美法系国家，频繁的海上贸易往来和海运技术发展促进了海上运输法律的产生、发展和演进，故公共承运人概念的产生源于英美法系。在有关中文文献中，英美法上的 common carrier 被翻译为公共承运人。⁶所谓公共

¹ 朱岩：《强制缔约制度研究》，《清华法学》，2011（1）。

² 《海事审判十大典型案例》，《人民法院报》，2014年9月3日第3版。

³ 《中华人民共和国最高人民法院案例公报》（2010）民提字第213号：最高人民法院再审认为，公共运输是指为社会提供公用事业性服务并具有垄断地位的运输。国际班轮运输是服务于国际贸易的商事活动，不具有公益性和垄断性。故不属于合同法第二百八十九条规定的公共运输。

⁴ 《中华人民共和国最高人民法院案例公报》（2010）民提字第213号：一审法院认为班轮公司不是公共承运人，不负有法定强制缔约义务，据此判决驳回瀛海公司的诉讼请求。二审法院认为，马士基公司属于公共承运人，其不接受瀛海公司运输请求，违反公共承运人的强制缔约义务。

承运人，是指以获取报酬为目的，提供面向社会大众的固定路线的运输或展开海上货物运输相关服务，随时准备接受公众货物的承运人。⁷ 班轮运输属于英美法下的公共运输领域，其基本特征为：其一，班轮公司作为公共承运人，将公众的货物按照指定时间从指定地点运至指定目的地；其二，托运人为此支付运费作为合同的对价；其三，公共承运人明示或以行动表明运送货物之目的是赚取运费；其四，公共承运人须接受任何人交付托运的货物，通常无拒运权。⁸ 班轮公司的上述基本特征表明，班轮公司作为公共承运人公开揽货，接受任何人交付运送的货物，除非有充分理由，公共承运人无权拒绝运输任何人的货物。⁹ 故班轮公司负有英美法下的强制缔约义务。

值得注意的是，英美法下的公共承运人并不等同于从事公共运输的承运人。在不同时期、不同海运贸易领域，common carrier 具有多重法律内涵和不同的法律责任体系，其是否具有公共运输的属性也漂泊不定。¹⁰ 其中，当公共承运人在其承运业务涉及公用事业时，有与从事公共运输的承运人的重叠属性。英国亦有在判例中认定特定公共承运人的公共属性之情形，例如，在 BelfastRopeword 案中，common carrier 被描述为“作为公职人员进行运输活动，没有区别地为公众提供承运服务”。¹¹ 该案中的公共承运人是与私人承运人，即 private carrier 相对应的海运贸易主体，承担一定的强制义务，主要表现为运输义务、严格责任和合理收费。¹² 可见，英美法下的公共承运人负担强制缔约义务与其是否属于从事公共运输无关。

2. 班轮公司强制缔约的必要性及其制度回应

全球海运市场的发展历程表明，为在竞争中取得优势地位，班轮运输主体逐渐从单一的班轮公司向班轮公会、联营体或联盟等国际航运组织形式发展。作为公共承运人，其在固定航线上以格式合同与海运委托方缔约，极易形成海运市场支配地位甚至垄断地位，进而控制海上运输资源，侵害处于弱势的海运相对方利益。班轮运输系进出口贸易赖以发展的运输方式，班轮公司或其联盟可能在其运营中滥用海运优势地位实施某种垄断行为，对国家海运市场的竞争秩序造成不利影响。因此，有必要对作为公共承运人的班轮公司在格式合同的制定标准、定价和责任体系上进行严格规制，课以强制缔约义务。以 1924 年海牙规则为肇端，海上货物运输公约下的承运人被纳入严格的责任体系；相应的，借鉴国际公约制定的海商法下的承运

⁵ 朱作贤：《反思当代国际航运反垄断规制的欧美法路径—兼论中国特色模式之构建》，《中国海商法研究》，2015（3）。

⁶ 小奥利弗·温德尔·霍姆斯（Oliver Wendell Holmes Jr.）：《普通法》（The Common Law），冉昊、姚中秋译，中国政法大学出版社 2006 年版，第 164 页；韦经建、姚莹：《公共运输领域中回归契约自由的尝试》，《中国海洋法学评论》，2007 年（1）。

⁷ 唐兵：《两大法系的公共承运人制度浅析》，《水运管理》，2002（2）。

人，是英美上 common carrier 之变种，其或被赋予严格的责任体系，或需承担强制缔约的义务。¹³ 由此可见，赋予班轮公司强制缔约义务实为对保障海运竞争秩序、维护海运消费者合法权益、实现海运市场的实质公平等现实需要的回应。

（二）承运人承担强制缔约义务的中国法渊源

1. 关于承运人承担强制缔约义务的法律演进与学术争论

我国《海商法》第四章作为海上货物运输合同的专门章节，既未引入公共承运人的概念，亦未对承运人的强制缔约义务进行特别规定。有关承运人强制缔约义务的直接规定，最早见于我国《合同法》第二百八十九条。¹⁴ 现《民法典》第八百一十条¹⁵ 则完全延用了《合同法》第二百八十九条的规定，未做修订。《民法典》与《合同法》一脉相承，将负有强制缔约义务的承运人，限定为从事公共运输的承运人。

关于何为从事公共运输的承运人，一度引发理论界和实务界的争论。争论的本质系对何为公共运输的理解不同。如有学者认为，面向社会大众、为社会提供运力的运输属于公共运输。¹⁶ 该观点将从事公共运输的承运人等同于英美法下的公共承运人。另有学者认为，具有从事公用事业和服务于社会公益的特点，且具有非盈利性质的运输才属公共运输。¹⁷ 由此展现了对于何为从事公共运输的承运人的不同理解。

2. 承运人是否承担强制缔约义务在司法实践中的探究

瀛海诉马士基案的一审和二审法院基于上述两种不同观点，对国际班轮公司马士基公司是否属于从事公共运输的承运人作出了不同理解。该案再审查明确，服务于国际贸易的商事活动、不具有公益性和垄断性的国际班轮公司，并非《合同法》第二百八十九条所称从事公共运输的承运人。¹⁸ 《中华人民共和国民法典合同编理解与适用（四）》对《民法典》第八百一十条的释义体现了最高人民法院对该条款下公共承运人的界定标准：公益性即公用事业性，垄断性即非竞争性。其中，公益性表现为，其是与供电、供水、供煤气、供热、电信、医疗等具有公用事业性质的服务行业相类似的，通过向社会公众开放以保障其正常生活的行业；垄断性表现为，遵守法定的市场准入条件，营运价格受到严格管制，交易定型化、价格固定化、合同格式化，由特定海运主体专门经营涉及公共安全的自然垄断性业务。¹⁹ 可见，最高人民法院将公共运输垄断性的特征限定在具有自然垄断性的公共性业务范畴内。

⁸ 威廉·台特雷：《国际海商法》，张永坚等译，法律出版社2005年版，第35页。

⁹ 威廉·台特雷：《国际海商法》，张永坚等译，法律出版社2005年版，第35页。

¹⁰ *Electric Supply Stores v. Gaywood* (1909) 100L.T. 885 at 856 per Pickford J. See also *Benett v Peninsular and Oriental Steam-Boat Co* (1848) 6C. B. 775 per Wild C. J. and *Digest of English Civil Law* (4th ed., 1947), para. 522.

¹¹ *Clark v. Gilbert* (1835). 2.Bing. N. C. 343.

¹² *Clark v. Gilbert* (1835). 2.Bing. N. C. 343.

与此同时，全国人大法工委对《民法典》第八百一十条进行释义时，将公共运输界定为：面向社会公众的，由取得营运资格的营运人所从事的商业运输的行为，主要包括班轮、班机和班车运输，还包括其他以对外公布的固定路线、固定时间、固定价格进行商业性运输的运输行为，公共运输服务对象具有不特定性，承运人要有专门的运输许可，承运人制定了固定的路线、固定的时间、固定的价格及合同形式格式化的特征。

瀛海诉马士基案再审判决观点及最高人民法院对公共运输的界定，将国际班轮公司负担强制缔约义务的业务范畴限定为从事公益性事业；当国际班轮公司仅作为英美法下公共承运人，从事具有完全商业性和高度市场竞争性的海运业务时，因其不涉及我国相关立法和相关部门所意指的公共运输，故不负有强制缔约义务。

三、“一带一路”背景下国际班轮公司强制缔约制度的适用反思

“一带一路”建设的推进为通过海运实现进出口贸易的发展带来广阔前景，竞争有序的海运市场是把握这一机遇的基本保障。“一带一路”所营造的国际贸易环境，给国际班轮运输带来前所未有的中国市场机遇。而强制缔约制度在防止占据海运垄断或优势地位的国际班轮公司过度行使契约自由、维护海运市场良性发展中具有重要价值。由于现行法就强制缔约的规定不够完善，对我国新的政治经济环境的法律回应不够充分，并且已经引发了该制度适用的争议和障碍，进而影响到强制缔约制度价值目标的实现。因此，立足“一带一路”背景反思强制缔约制度适用的理论和实践问题，就成为合理适用强制缔约制度的逻辑起点。

（一）全方位对外开放新形势下的时代性需求有待回应

2015年3月28日，国家发展改革委、外交部、商务部联合发布了《推动共建丝绸之路经济带和21世纪海上丝绸之路的愿景与行动》。²⁰我国进入以“一带一路”作为全方位对外开放新形势的新时代。“一带一路”倡议是我国提出的符合欧亚大陆经济整合的大战略，包括丝绸之路经济带战略和21世纪海上丝绸之路经济带战略，其中，丝绸之路经济带的走向也多处涉及海洋。²¹“一带一路”倡议让国际海运和国际贸易拥有了更大的市场空间，给国际资本进入我国市场提供了更多的可能和便利。值得注意的是，目前，在国际海运市场上占有优势地位的国际班轮公司时常滥用其市场支配地位和契约自由，实施垄断价格、差别待遇、掠夺性定价等垄断

¹³ See *The Democritos* [1976] 2 Lloyd's Rep 149 at p 156.

¹⁴ 《合同法》第二百八十九条：“从事公共运输的承运人不得拒绝旅客、托运人通常、合理的运输要求。”

¹⁵ 《民法典》第八百一十条：“从事公共运输的承运人不得拒绝旅客、托运人通常、合理的运输要求。”

¹⁶ 马得懿：《普通承运人、公共承运人与“从事公共运输的承运人”：渊源、流变与立法探究》，《社会科学》，2016（8）。

行为，而我国法律对国际班轮公司承担强制缔约义务的宽容态度，也使处于海运弱势地位的我国海运相对方和海运消费者的维权面临风险。国际班轮公司是否应当承担强制缔约义务，出现了新海运经济的时代需求和我国本土法律制度供给之间的不协调状态。

我国是进出口贸易大国，常见的贸易形式有 FOB 和 CIF 两种，前者常用于出口贸易合同，后者常用于进口贸易合同。实践中，我国海运企业承运我国进出口货物运量的总体份额偏低，目前仅占到进出口货物总量的 1/4，保障我国经济安全运行的总体能力还不够。²² 进出口货物一般都由国外的贸易方指定具有较大市场份额和海运优势的国际班轮公司完成运输。因此，以马士基公司为代表的国际班轮公司承运我国多数进出口货物或提供相关运输服务。“一带一路”倡议推进过程中，国外资本快速融入我国市场，海运贸易活跃度进一步提升，实力较强的国际班轮公司容易在我国的海运地理市场和运输服务市场形成优势地位。若国际班轮公司滥用市场支配地位，增加操作费项目、提高铅封费标准等，将增加国内货主的贸易成本，破坏海运市场竞争秩序，损害处于海运弱势地位的我国货主的合法权益。此时，如国际班轮公司将契约自由作为规避强制缔约义务的保护伞，我国又缺少回应本国政治经济发展时代需求的强制缔约制度，国内海运贸易主体的利益将难以维护，国内资本服务“一带一路”倡议的贸易安全也难以保障。

（二）相关专门法规定的本土性局限尚需突破

作为规范海上货物运输法律关系的海事特别法，我国《海商法》并未引入公共承运人的概念，亦未明确班轮运输公司强制缔约义务的负担情形。

《民法典》第八百一十条是中国法关于承运人强制缔约义务的唯一直接法律规定。司法实践中，承运人强制缔约义务适用标准也往往参照上述规定。法律适用标准单一，易造成强制缔约制度适用不够周延的情况，加之专门法的相关规定欠完善，导致强制缔约制度在国际班轮运输中的适用存在本土局限性，不利于强制缔约制度价值在海运领域的实现。

1. 相关民事法律制度适用标准固化

原《合同法》第二百八十九条是在《中华人民共和国反垄断法》（以下简称《反垄断法》）缺位的情况下制定的针对具有市场支配地位的从事公共运输的承运人的

¹⁷ 陈亚：《国际班轮公司作为公共承运人的强制缔约义务》，《人民司法案例》，2011（14）。

¹⁸ 一审法院认为，马士基公司作为国际班轮公司从事的是盈利性营业，不属于公用事业的范畴，也不具有社会公益的性质，不承担强制缔约义务；二审法院认为，马士基公司作为向社会公开揽货的国际班轮公司，负有强制缔约义务。参见《中华人民共和国最高人民法院案例公报》（2010）民提字第 213 号。

¹⁹ 最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组：《中华人民共和国民法典合同编理解与适用（四）》（《中华人民共和国民法典第八百一十一条释义》）<http://134.0.192.67/lib/twsys/twsyscontent.aspx?gid=A290592&tiao=811>，2022 年 6 月 22 日访问。

反垄断条款，其立法目的为规范公共运输的市场秩序。

²³ 《民法典》关于强制缔约的规定延用了《合同法》的相关规定。通过本文前述对我国法关于承运人强制缔约义务适用标准的探讨可以窥见，《民法典》与《合同法》一脉相承，采用了公益性和垄断性标准，并且，垄断性标准适用的行业范围也和特定海运主体专门经营涉及自然垄断业务紧密关联。

从《合同法》的施行到《民法典》的施行，其间历经二十余年，我国海运经济发展历经了巨大变革，海洋强国战略、“一带一路”倡议相继提出，国内外海运贸易资本的相互交叉融入以及海运贸易的快速发展给海运市场秩序的法律保障带来新的挑战。现实中，国际班轮公司垄断形态多样，垄断主体并不限于具有自然垄断性的从事公共运输的承运人。事实上，从事公共运输以外的具有公共承运人身份的国际班轮公司，滥用其市场支配地位，以附加不合理交易条件、拒绝交易等方式损害弱势海运消费者利益的情形也时有发生，这不利于我国海运市场实现良性竞争。可见，赋予上述公共承运人强制缔约义务，可以有效遏制海运领域滥用市场支配地位的垄断行为。然而，《民法典》关于承运人强制缔约义务的现有认定标准，却造成非公益性的公共承运人强制缔约义务适用漏洞，这不利于对承运人实施的海运垄断行为进行有效规制。

2. 反垄断法及国际海运条例的可操作性差

目前，我国关于海运领域反垄断的立法主要涉及《反垄断法》、《中华人民共和国国际海运条例》（以下简称《国际海运条例》）。国际班轮公司是否具有市场支配地位并实施滥用该地位的垄断行为破坏海运市场竞争秩序，往往要基于上述法律制度进行判定，但这些法律制度在实际运行中尚存在可操作性方面的问题。

（1）《反垄断法》缺乏直接应用于海运市场垄断认定的标准

《反垄断法》第二十二条列举了包括拒绝交易、差别待遇、附加不合理交易条件等滥用市场支配地位的具体行为；第二十三条明确了认定市场主体市场支配地位的依据要素，包括市场份额、财力及技术条件等综合因素；第二十四条规定了可依据市场份额推定市场主体具有市场支配地位的情形。上述法律规定构成反垄断法关于滥用市场支配地位认定的基本制度。

从这些法律规定的具体内容可以窥见，国际班轮公司是否构成滥用市场支配地

²⁰ 商务部综合司：《〈推动共建丝绸之路经济带和 21 世纪海上丝绸之路的愿景与行动〉发布》<http://zhs.mofcom.gov.cn/article/xxfb/201503/20150300926644.shtml>，2022 年 6 月 19 日访问。

位，需要反垄断执法机构依法进行多因素的综合认定。但现行反垄断法关于滥用市场支配地位认定的制度设计仍缺乏直接应用到海运市场垄断问题的具体认定标准与适用细则。²⁴

(2) 《国际海运条例》在海运市场反垄断认定方面存在一定缺陷

《国际海运条例》第二十一条²⁵和第二十八条²⁶系对从事国际运输的承运人实施不正当竞争、损害海运市场竞争秩序的行为施以规制的直接规定。其中，第二十一条关于滥用市场支配地位的行为类型，仅限于歧视性价格交易或限制性条件交易，涵盖于反垄断法规定的类型之内，未体现国际海运领域的特殊性，而单一的行为类型不利于对国际班轮公司实施滥用市场支配地位行为进行规制；第二十八条对国际班轮公司市场支配地位的推定承继反垄断法的市场份额推定标准，即在市场支配地位的认定上，国际海运条例所设定的市场份额上限是涉及我国港口某一航线总运量的30%。²⁷这一规定将海运竞争的“相关市场”限定为某一航线，然而在实践中，竞争不止在一条航线上进行，其对相关市场的界定存在过于狭隘的问题。2001年马士基公司进入中国后，逐渐发展至十一家子公司或分公司，其业务覆盖我国重点货运区域，在物流、多式联运等领域占据我国海运市场的巨大份额，并在多条稀缺的固定航线上占据市场优势地位。²⁹随着“一带一路”倡议的提出，国际班轮公司为了获得更多竞争优势，往往会结合成班轮公会或航运联盟，如P3联盟。P3联盟是全球集装箱运力排名前三的班轮公司“马士基航运”、“地中海航运”和“达飞轮船”于2013年6月对外宣布成立的为期十年的联盟协议，计划在全球东西主干航线开展合作。³⁰以P3联盟为代表的航运联盟给国际班轮公司在多航线海运市场的市场优势地位的判定带来挑战。《国际海运条例》关于国际班轮公司市场优势地位的推定规则已经难以应对竞争状况日益复杂的海运市场。

可见，《反垄断法》和《国际海运条例》因其在海运市场反垄断认定方面的固有缺陷，难以实现对国际班轮公司利用其市场支配地位排除限制竞争、损害海运公共利益和海运消费者权益的行为进行准确认定，也难以据此对国际班轮公司课以强制缔约义务。

3. 现行强制缔约救济制度有待完善

海运相对方提起诉讼，请求法院判令国际班轮公司负担强制缔约义务，可以

²¹ 《推动共建丝绸之路经济带和21世纪海上丝绸之路的愿景与行动》中指出：丝绸之路经济带重点畅通中国经中亚、俄罗斯至欧洲（波罗的海），中国经中亚、西亚至波斯湾、地中海，中国至东南亚、南亚、印度洋。

²² 《国务院关于促进海运业健康发展的若干意见》明确了四大战略目标和七大主要任务。http://www.maritime-china.com/tjyd/300230.htm. 2022年6月19日访问。

国际班轮公司滥用市场支配地位实施拒绝交易、差别待遇等垄断行为作为请求权基础。依据《国际海运条例》第二十八条的相关规定，国务院交通主管部门对国际班轮公司及其联盟反垄断调查的启动系依照利害关系人申请或自行决定，并未强调反垄断执法机构对国际班轮公司及其联盟反垄断审查的主动性。这种制度安排，既不利于反垄断执法主动服务“一带一路”海运市场建设，以维护海运市场竞争秩序，也不利于海运相对方诉请国际班轮公司负担强制缔约义务时，法院对国际班轮公司相关垄断行为的认定。在海事诉讼程序中，亦未有相关诉讼制度与反垄断执法制度进行衔接。

笔者认为，在反垄断执法部门对国际班轮公司进行反垄断审查并充分认定的基础上，综合衡量被请求承担强制缔约义务的国际班轮公司是否负担该义务，更有利于实现强制缔约制度价值，实现海事司法服务“一带一路”背景下的海运市场建设。故此，应当拓宽国际班轮公司强制缔约义务适用标准，重厘国际海运条例的反垄断实体法规定，完善国际班轮公司强制缔约救济制度的诉讼程序配套规定，建立完整的国际班轮公司强制缔约适用制度。

四、关于国际班轮公司强制缔约义务适用完善的思考

强制缔约制度在遏制国际班轮公司或其联盟滥用契约自由、实施垄断行为、保护海运市场竞争秩序和实现实质公平上具有天然优势。由于适用标准固化、法律规定不够健全、配套诉讼制度尚待完善，目前中国法下国际班轮公司强制缔约制度的适用已不能满足国家政治经济发展的需要，亟需加以完善。

（一）打破限缩型适用标准以回应时代需求

强制缔约在海运主体中的适用，应充分考量海运贸易主体的力量对比，平衡强势主体和弱势主体的利益，维护海运市场竞争秩序，以回应“一带一路”建设的时代需求。故应以强制缔约制度维护竞争秩序、保护弱势消费者合法权益的制度功能为逻辑源头，确定国际班轮公司承担强制缔约义务的标准。

1. 确立海运市场竞争秩序标准

国际航运市场发展变化迅速，“一带一路”的提出在给从事国际海运的班轮公司带来更大机遇的同时，更加开放的海运市场也给其带来竞争上的挑战。为适应新的经济形势，国际班轮公司除了不断拓宽自身市场份额外，也在寻求更为丰富的联

²³ 马得懿：《普通承运人、公共承运人与“从事公共运输的承运人”：溯源、流变与立法探究》，《社会科学》，2016（8）。

营方式。换言之，由于班轮运输航线固定，市场份额占比往往较大，或通过联营协议组成如班轮公会、运输联盟等联营组织，故易在特定航线形成垄断地位或市场支配地位。当上述国际班轮公司或其联营组织构成垄断或形成市场支配地位，控制海上资源、实施提高运价、歧视性交易、控制运力等行为，危害特定海运市场竞争秩序时，应对其施以强制缔约义务。

2. 确立海运消费者合法利益标准

与国际班轮公司及其联营组织缔约的海运消费者，通常指托运人及其货运代理人。相较于在固定航线上具有海运市场支配地位的国际班轮公司而言，托运人或者货运代理人常处于海运缔约、运价议定、交易条件商定上的弱势地位。具有市场支配地位的国际班轮公司或其联营组织对上述海运消费者实施歧视性交易或拒绝交易等垄断行为，将迫使特定托运人及其货运代理人丧失缔约自由，这不利于海运市场中实质公平的实现，或将给海运消费者带来无法预期的损失，损害其合法利益，有碍实质公平的实现。因此，该情形下，国际班轮公司及其联营组织应承担强制缔约义务。

具言之，国际班轮公司承担强制缔约义务有助于强制缔约制度基本价值的实现，有助于回应“一带一路”背景下海运市场竞争秩序维护、海运消费者权益保护以及促进我国海运市场可持续发展的现实需求。因此，应当摒弃从事公共运输的承运人和强制缔约义务的对应关系，将《民法典》下的承运人强制缔约义务的公益性和垄断性标准进行扩大解释：国际班轮公司无论是作为从事公共运输的承运人，亦或是作为普通公共承运人，只要其实施了垄断行为，拒绝托运人或其代理人的缔约请求或履约请求，破坏了海运市场竞争秩序、损害了海运消费者合法利益，均应承担强制缔约义务。

（二）完善海运领域的反垄断法律规范

鉴于反垄断法作为一般法缺乏对以国际班轮公司为代表的承运人垄断行为认定的具体规则，同时也未出台相关适用指南作为适用细则，国际海运条例在对国际班

²⁴ 王秋雯：《国际航运企业与组织滥用市场支配地位行为之竞争规制》，《中国海洋大学学报》，2015年（4）。

²⁵ 《国际海运条例》第二十一条：“经营国际船舶运输业务和无船承运业务，不得有下列行为：（一）以低于正常、合理水平的运价提供服务，妨碍公平竞争；（二）在会计账簿之外暗中给予托运人回扣，承揽货物；（三）滥用优势地位，以歧视性价格或者其他限制性条件给交易对方造成损害；（四）其他损害交易对方或者国际海上运输市场秩序的行为。”

²⁶ 《国际海运条例》第二十八条：“国务院交通主管部门应利害关系人的请求或者自行决定，可以对下列情形实施调查：（一）经营国际班轮运输业务的国际船舶运输经营者之间订立的涉及中国港口的班轮公会协议、运营协议、运价协议等，可能对公平竞争造成损害的；（二）经营国际班轮运输业务的国际船舶运输经营者通过协议产生的各类联营体，其服务涉及中国港口某一航线的承运份额，持续1年超过该航线总运量的30%，并可能对公平竞争造成损害的；（三）有本条例第二十一条规定的行为之一的；（四）可能损害国际海运市场公平竞争的其他行为。”

²⁷ 《国际海运条例》第二十八条：“国务院交通主管部门应利害关系人的请求或者自行决定，可以对下列情形实施调查：（一）经营国际班轮运输业务的国际船舶运输经营者之间订立的涉及中国港口的班轮公会协议、运营协议、运价协议等，可能对公平竞争造成损害的；（二）经营国际班轮运输业务的国际船舶运输经营者通过协议产生的各类联营体，其服务涉及中国港口某一航线的承运份额，持续1年超过该航线总运量的30%，并可能对公平竞争造成损害的；（三）有本条例第二十一条规定的行为之一的；（四）可能损害国际海运市场公平竞争的其他行为。”

²⁸ 朱作贤：《反思当代国际航运反垄断规制的欧美法路径——兼论中国特色模式之构建》，《中国海商法研究》2015（1）。

²⁹ 陈思梦：《班轮公司强制缔约义务研究》，武汉大学，2017.5，第26页。

轮公司垄断行为认定上又有诸多缺陷,故笔者建议,在《国际海运条例》基础上,重启《航运法》的制定,³¹以着力解决《国际海运条例》中不适应“一带一路”建设需求的内容。

1. 拓宽滥用市场支配地位的行为类型

目前,《国际海运条例》第二十一条列明的滥用市场支配地位行为,仅限于歧视性价格交易或限制性条件交易。该条例的施行早于反垄断法,³²虽历经三次修法,但也未完成与《反垄断法》就滥用市场支配地位行为类型的衔接,本质上在海运领域限缩了滥用市场支配地位的行为类型。事实上,海运相对方请求国际班轮公司负担强制缔约义务的请求权基础,往往与国际班轮公司或其联盟不正当拒绝交易、在交易价格和交易条件上差别待遇等行为相关。作为海运领域的特别法,《国际海运条例》关于反垄断的相关规定应以反垄断法为指导,并体现海运反垄断的特殊性。

故应重新修订《国际海运条例》第二十一条,拓宽海运承运人滥用市场支配地位的行为类型,囊括拒绝交易、差别待遇等与强制缔约义务负担相关的多种具体行为。反垄断法在规制滥用市场支配地位的特定行为类型时,充分考虑了相关行为的合理抗辩,在用“不公平的”“没有正当理由”或者“不合理”³³认定滥用市场支配地位的行为时,综合考量了行为的实施、动机、破坏竞争秩序等因素。这为科学认定海运承运人滥用市场支配地位奠定了周延的制度基础。《国际海运条例》可在遵循反垄断法滥用行为和合理抗辩综合认定的制度基础上明确:国际班轮公司滥用市场支配地位,无正当理由不按照其对外公布的路线、时间、价格缔约,实施拒绝交易、差别待遇等行为,损害海运相对方缔约及履约权益的,应承担强制缔约义务。

2. 重厘国际班轮公司滥用市场支配地位认定要素

认定国际班轮公司市场支配地位及其滥用,对于其强制缔约义务的认定具有重要意义。一方面,《国际海运条例》可确定作为公共承运人的国际班轮公司滥用市场支配地位的认定标准:一是滥用的前提是国际班轮公司或其联盟具有市场支配地位,该行为在有效竞争的海运市场环境下不可能实现;二是滥用的后果给相关海运市场的有效竞争带来危害;三是滥用的形式包括剥削性滥用(exploitative abuse)和妨碍性滥用(exclusionary abuse)。³⁴另一方面,《国际海运条例》对国际班轮公司市场支配地位的推定标准为:“服务涉及中国港口某一航线的承运份额,持续1年

³⁰ 朱作贤:《反思当代国际航运反垄断规制的欧美法路径—兼论中国特色模式之构建》,《中国海商法研究》,2015(1)。

超过该航线总运量的30%”。³⁵

海运实践中，竞争不止在一条航线上进行，国际班轮公司间的联盟给国际海运反垄断带来巨大挑战。就此而言，OECD明确指出，相关市场的界定是任何竞争问题分析的出发点。³⁶国际班轮公司或其联盟在海运服务领域相关地理市场和相关产品市场所占份额，系判断其是否具有市场支配地位的重要标准。货物类型、船舶类型、服务种类是界定国际班轮公司相关海运产品市场的重要因素。³⁷与此同时，欧盟《关于海上运输适用〈欧共体条约〉第81条的指南》第3条也规定，相关地理市场是指提供运输服务的区域，大小由一系列位于各服务终端的港口重叠服务区的范围予以确定。³⁸

由此可见，《国际海运条例》应删除国际班轮公司市场份额限于某一航线承运份额的规定，以上述产品市场和地理市场界定因素为指导，明确国际班轮公司市场份额推定所依据的市场区域，在《反垄断法》第二十四条确定的推定市场主体支配地位的市场份额标准下，结合“一带一路”海运市场竞争现状，确定国际班轮公司市场支配地位推定所依据的市场份额标准。

（三）建立强制缔约相关程序制度

1. 确立国际班轮公司反垄断主动审查机制

新修订施行的《反垄断法》第四条强化了竞争政策的基础地位，并提出竞争规则的制定和实施应与社会主义市场经济相适应；第五条强调了行政机关和法律、法规授权的管理公共事务的组织在规则制定中对公平竞争的主动审查。上述新规定充分体现了反垄断立法与时俱进，在充分考虑当前政治经济发展时代需求的基础上，强调反垄断执法和司法的主动性，更利于市场监管权责到位和市场秩序的维护。相应的，海运市场的反垄断立法、执法、司法应在反垄断新规定的指引下，做出符合“一带一路”海运市场建设需求和国家政治经济发展大政方针的调整。作为海运承运人反垄断审查的专门执法机关，交通运输部及其分支机构应当建立国际班轮公司

³¹ 《中华人民共和国航运法》起草工作始于1996年，其间由于我国从计划经济向市场经济转变、加入WTO等重要原因而使得我国航运基本政策作出重大调整，起草工作几度停滞，目前仍处于停滞状态。

³² 《国际海运条例》最初于2001年12月11日经中华人民共和国国务院令335号公布，之后分别经三次修订，现行法为2019年3月2日根据《国务院关于修改部分行政法规的决定》第三次修订后施行；《反垄断法》最初于2008年8月1日施行，现行法经修订于2022年8月1日起施行。

³³ 《反垄断法》第二十二条：“禁止具有市场支配地位的经营者从事下列滥用市场支配地位的行为：（一）以不公平的高价销售商品或者以不公平的低价购买商品；（二）没有正当理由，以低于成本的价格销售商品；（三）没有正当理由，拒绝与交易相对人进行交易；（四）没有正当理由，限定交易相对人只能与其进行交易或者只能与其指定的经营者进行交易；（五）没有正当理由搭售商品，或者在交易时附加其他不合理的交易条件；（六）没有正当理由，对条件相同的交易相对人在交易价格等交易条件上实行差别待遇；（七）国务院反垄断执法机构认定的其他滥用市场支配地位的行为。具有市场支配地位的经营者不得利用数据和算法、技术以及平台规则等从事前款规定的滥用市场支配地位的行为。本法所称市场支配地位，是指经营者在相关市场内具有能够控制商品价格、数量或者其他交易条件，或者能够阻碍、影响其他经营者进入相关市场能力的市场地位。”

反垄断主动审查机制。通过国际班轮公司运输业务、运价、航线、班期、停靠港口等事项的申报,综合国际班轮公司海运市场份额、海运消费者议价能力、海运产品供给种类、资金及技术实力等多方面因素,主动对国际班轮公司是否实施滥用市场支配地位等垄断行为进行审查。审查后,审查部门应出具审查报告,在涉国际班轮公司强制缔约义务的诉讼中,为海运相对方以国际班轮公司滥用市场支配地位不合理拒绝缔约和不当履约提供证据支持。《国际海运条例》应修订其第二十八条的依申请审查或决定式审查机制,明确交通运输部及其分支机构对国际班轮公司反垄断的主动审查职责。

2. 建立海事司法强制缔约诉讼制度

海运主体在海事法院提起诉讼,请求国际班轮公司承担强制缔约义务的,法院应对国际班轮公司是否负有《民法典》、《反垄断法》及《国际海运条例》下的强制缔约义务予以审查。该审查涉及国际班轮公司公益性、垄断性及其是否损害海运市场秩序和海运消费者利益等方面。应建立海事司法强制缔约诉讼制度,加强海事司法和海事反垄断执法的协调与衔接。可在答辩阶段,要求诉讼双方填写涉案国际班轮公司垄断行为调查表,涉及与强制缔约义务关联的具体垄断行为陈述、交通运输部及其分支机构对国际班轮公司进行反垄断审查的相关情况及结论等。国际班轮公司对其涉嫌垄断的拒绝缔约和不当履约行为没有法定豁免事由的,法院应判令其承担强制缔约义务。

五、结语

“一带一路”的提出,尤其是海上丝绸之路经济带建设的推进,为海运经济的发展提供了新的历史机遇和崭新的发展平台。海运系资金密集型和技术密集型产业,国际班轮公司凭借其资金和技术优势,在相关市场上往往处于优势地位。国际班轮公司的正常营运关乎海运市场的蓬勃发展,故相关海运国际公约、海商法律法规较为重视保护国际班轮公司的船方利益。但上述传统法律规范根深蒂固的“商人思维”不利于平衡作为弱势群体的海运相对人利益。实践中,强制缔约义务具有规制过度契约自由的天然属性,能够有效平衡国际班轮公司和弱势相对方的利益,保护海运消费者利益。因此,重构国际班轮公司强制缔约义务适用制度,有利于海运竞争秩

³⁴ 於世成、邹盈颖:《论禁止滥用市场支配地位制度在国际航运竞争法中的运用》,《法学评论》,2006(5)。

³⁵ 《国际海运条例》第二十八条第二项:“国务院交通主管部门应利害关系人的请求或者自行决定,可以对下列情形实施调查:……(二)经营国际班轮运输业务的国际船舶运输经营者通过协议产生的各类联营体,其服务涉及中国港口某一航线的承运份额,持续1年超过该航线总运量的30%,并可能对公平竞争造成损害的;……”

³⁶ 孔祥俊:《反垄断法原理》,北京:中国法制出版社2001年版,第279页。

³⁷ 蔡妍:《论航运领域滥用市场支配地位的行为的判定标准及法律规制》,《中国海商法研究》,2019(4)。

序的维护和海运消费者权益的保护，同时也是完善航运经济法律规范的有益尝试。

³⁸ 参见 Guidelines on the Application of Article 81 of the EC Treaty to Maritime Transport Services , OJ2008 C245/2。

论船舶价款受偿程序的修改和完善

龚建华 朱煜韬*

【摘要】

船舶价款受偿程序是最具海事诉讼特色的海事诉讼程序之一，但《海诉法》对于船舶价款受偿程序的规定存在诸多问题，司法实践中往往引发各方争议。究其原因，在于各项规定的缺失，造成海事法院在船舶价款受偿程序中面临无法可依的困境。《海诉法》的公布与实行发生世纪之交，距今已有二十余年。《海诉法》制定时，缺少配套制度的法律依据。而现如今，《民事诉讼法》及《民事诉讼法解释》已修订多轮，《破产法》等涉及实体法的法规也已更新，《海诉法》对船舶价款受偿制度的规定亟待完善。本文将从船舶价款受偿程序的实践困境出发，提出完善船舶价款受偿程序等相关设想与建议。

【关键词】

船舶价款受偿程序 船舶扣押 破产程序衔接

一、问题的引出

梁某某等人系钻石邮轮国际有限公司所属“辉煌（GLORYSEA）”号邮轮的船员，因被拖欠在船期间工资，以船员劳务合同纠纷为由诉至上海海事法院。案件审理期间，该院依梁某某之申请，依法扣押了停泊于上海港的“辉煌（GLORYSEA）”轮，并委托中远某公司看管该轮，同时明确代为管理期间的船舶维持费用由该公司先行垫付。之后鉴于被申请人消极应诉一直未予提供担保，维持船舶安全和停泊等费用与日俱增，长期扣押存在较多安全隐患等因素，该院依法裁定拍卖“辉煌（GLORYSEA）”轮。期间，该轮经两次流拍后依法进入变卖程序，并最终经三次变卖以3800余万元成交。其后有关“辉煌”轮的债权确权诉讼也陆续确认完结，开

* 龚建华，上海海事法院执行局副局长；朱煜韬，上海海事法院执行局法官助理。

始进入受偿程序,现中远某公司向法院提出申请,表示其在看管“辉煌(GLORYSEA)”轮期间总垫资支出计人民币 2700 万余元,收到法院先行拨付费用共计人民币 1400 万元,故请求法院再次拨付其垫付的船舶看管、维持、供给等费用余款计 1300 万余元。相关债权人获知后,对上述巨额看管费用表示不予认可并提出异议,有的债权人甚至还对当时法院委托第三方看管的行为提出质疑,要求法院予以审查处理。

根据《中华人民共和国民事诉讼法》(以下简称《海诉法》)第一百一十九条及《最高人民法院关于扣押与拍卖船舶若干问题的规定》(以下简称《扣船规定》)第七条相关规定,船舶扣押期间由船舶所有人或光船承租人负责管理,船舶所有人或光船承租人不履行船舶管理职责的,海事法院可以委托第三人或者海事请求人代为管理,由此产生的费用以及为债权人共同利益支付的其他费用,从拍卖船舶价款中优先拨付。本文将以上述案例引出的船舶看管机构委托流程、看管费用先行拨付异议处理等问题为契,来审视讨论现行《中华人民共和国民事诉讼法》(以下简称《海诉法》)规定的受偿程序在实践中的困境和问题,并对《海诉法》修改提出相关建议。

二、船舶价款受偿程序的实践困境

(一) 船舶扣押期间产生的费用与支出颇受争议

鉴于上述《海诉法》以及相关司法解释的规定,在实践中,对于船舶看管期间产生的各项费用优先拨付,一般并不会引起争议,但当船舶拍卖价款无法清偿所有债权,看管费用等优先拨付费用数额又过高时,或者船舶拍卖与受偿并非是在海事案件审判程序中作出,而是发生于执行程序之中时,无法得到任何清偿或足额清偿的债权人往往会对船舶扣押期间实际产生的看管费用与支出持有怀疑态度不予认可,进而提出各种异议。于海事法院而言,在此情况下,在实体上虽然可提供的费用列表是清晰明确的,但仍无法消除相关当事人疑虑,而在程序上该如何应对和处理此类异议,亦是一个存在争议的问题。笔者认为,船舶扣押期间产生的费用与支出颇受争议有多种原因,但其具象化后的深层原因在于船舶扣押的操作流程与细节缺少法律规定。

1、船舶看管人选定程序缺乏细化规定。

《海诉法》并未对船舶扣押期间的船舶看管人作出规定,目前相关规定仅见于

¹ 李艳霞,《何种治理能够提升政治信任?——以当代中国公众为样本的实证分析》,《中国行政管理》,2015年第7期,总第361期,第59-65页

《扣船规定》第七条。在司法实践中，当涉案船被强制扣押，也即所谓的“死扣”时，船舶所有人或光船承租人要么无从联系不予应诉，要么就是无力或不愿承担看管职责，而相关海事请求人大都是缺乏专业看管能力和资质的船员或其他一般主体，亦无能力或意愿先行垫付相关费用来看管船舶，因此，当涉事船舶被“死扣”后，更多的是由海事法院依据上述司法解释之规定，委托第三方进行看管。但此第三方应当具备何种资质，以及此项委托是否属于司法委托？《扣船规定》和其他法律和司法解释并未再作进一步规定和明确，进而在实践中带来以下问题：1、是否应建立全国海事法院统一的看船公司名单库以及相应的摇号制度，以彰显程序的公正公开，并杜绝相关廉政风险；2、是参照委托司法鉴定制度，按照司法委托流程予以操作，还是当前司法实践中所常用的以相关海事请求人为名义委托人，与第三方看管机构签订看管合同，法院实际行使对看管机构进行监督、指导和管理职责，并负责审核和决定最终的看管费用；3、第三方看管机构的具体职责如何界定，是否应为其重大过失承担相应的责任扣减其看管费用？

2、各项费用产生与支出的不确定性。

不同于不动产、车辆、设备等财产，由于船舶本身的特殊性质，船舶被“死扣”后，需要专业人员在船舶上负责监督船舶状态、靠泊安全以及船舶设备的运行情况，因此船舶在被扣押后仍会产生大量看管费用，包括船员薪资、船舶保养与维护费用、评审及检修费用、港口费用、燃油及其他物料费用等。船舶被扣押后，不再产生营运收益，扣押期间的各项费用为“净支出”，费用实际从被扣押船舶的拍卖价款中优先拨付，最终减损债权人的受偿利益。但上述费用的产生几乎不可避免，有时更是数额巨大且难以确定。譬如船员薪资。根据《中华人民共和国船舶最低安全配员规则》和《中华人民共和国海船船员值班规则》等法规规定，船舶靠泊时，仍应当安排适当而有效的值班船员。司法实践中还存在特殊情形以致船舶扣押地并非在港区而在锚地，此时船上的船员配备几乎等同于船舶营运时。且锚地内的船舶因无法连接岸电，须维持船舶主发动机和辅助发动机、发电机继续运作，将产生数额不小的燃料费用。又例如船舶保养维护费用。保养维护对船舶的运行至关重要，在船舶行业中，船舶所有人、光船承租人等会定期检查船体和机舱以确保船舶保持良好状态，出现问题时将及时修复，以免损害扩大影响船舶营运乃至引发重大事故。因

² 最高人民法院执行局，《司法解释理解与适用全集》，执行卷2，第936页

此，在船舶扣押期间，看管人仍应当在保持对船舶最低限度的维护，确保拍卖成功解除扣押后船舶的良好状况（未进入拍卖程序时亦应如此）。然而，上述费用在细化到物料、水电、停泊、维修等具体项目时，其费用支出并无明确的、统一的标准。而船舶扣押的时长又视具体拍卖情况而变化（存在多次拍卖流拍乃至最终变卖的可能），船舶看管地、船舶看管人、船舶看管方法等船舶扣押规范的缺失，加剧了各项费用与支出不确定性。另外，为避免损害各方当事人合法权益，船舶看管应当秉持最低限度原则，但又与看管人妥善看管原则相冲突，这也是造成看管费用不确定性的深层次因素。

3、后物质主义观念下各方当事人的“批判性”

随着后物质主义观念在当代中国的发展，社会公众从原来注重经济、发展、繁荣等物质因素的“物质主义公民”逐渐转向更为关注公民权利、公民自由、公民参与等后物质因素的“批判性公民”¹。因此，公众对政府机关的信任逐渐取决于公权力运行过程中是否合法、清廉，以及是否符合公民权利的实现。这一点也反应在船舶扣押以及后续拍卖流程中。船舶在正常营运期间，船员薪资、船舶保养与维护费用、评审及检修费用、燃油及其他物料费用等各项船舶维持费用与支出由船舶所有人、光船承租人、定期租船人或者航次租船人承担，属于“私权”对“私权”的商业性质经营，权利义务清晰而少有争议。船舶因诉讼纠纷被海事法院扣押后，船舶维持费用易陷入法院“公权”与“私权”的“不信任陷阱”。一旦船舶拍卖所获款项距离实际清偿债权相去甚远，无论海事法院在船舶扣押期间的处理方式是否合理，各方当事人完全可能因自身权利无法完全实现，而进一步批判性地质疑海事法院在船舶扣押、拍卖中程序是否合法、行为是否清廉。与第一、二点结合来看，本质上还是因船舶扣押、看管等环节的操作流程缺少具体的法律规定而导致。

（二）船舶价款分配救济程序缺乏法律规定

根据《海诉法》第一百一十八的规定，船舶拍卖成交后可以通过债权人会议协商的方式就船舶价款的达成分配方案并签订受偿协议。但由于《中华人民共和国海商法》等相关法律已对拍卖船舶价款分配顺位做了较为详尽的规定，即船舶扣押期间维持费用 > 船舶优先权 > 船舶留置权 > 船舶抵押权 > 其他对船债权 > 其他一般债权，各债权人在分配顺位上有着强烈不平等的差异。因此，各债权人实际上难以

¹ 人民网，最高人民法院发布《中国海事审判（2018—2021）》，2022年12月12日

就分配方案达成一致，多数情况下仍由海事法院依照第一百一十八的规定就船舶价款分配方案作出裁决。

目前，《海诉法》及《海诉法解释》并没有对拍卖船舶价款分配的权利救济程序作出规定，这是否意味着《海诉法》第一百一十八规定的船舶价款分配方案裁决为一裁终局制？主流观点认为，根据我国《海诉法》的规定，海事法院可以在案件审理过程中直接裁定拍卖当事船舶，这是《海诉法》作为特别法作出的特有的规定，与民事诉讼法的执行程序编有着根本性的区别，同时《海诉法》第四十三条也规定了在执行程序中拍卖被扣押船舶清偿债务的，可以参照执行，因此船舶价款的分配理论上不属于“执行分配方案”，也就没有基于“执行分配方案”而提出“执行异议”的法律基础。上述观点在理论上并无不妥，但忽视了当前最大的一个现实问题，即在司法实践中常见的是在执行程序中扣押并拍卖被执行人名下的船舶，少数是在案件审理过程中裁定拍卖当事船舶，两种情形下海事法院往往均以“执”字号案件开展船舶拍卖程序。对于各债权人及利害关系人而言，无论船舶拍卖是否实际在执行程序中发生，法院在“执”字号案件中作出的分配方案裁决，以及优先拨付看管费用行为，甚至于法院对看管机构的选定等，理所应当都可以按照民事诉讼法及司法解释的规定提出执行异议甚或执行分配异议之诉。

（三）受偿程序与破产程序衔接不畅

《海诉法》关于船舶拍卖及价款分配程序中确立的债权登记、确权诉讼、债权人会议等制度更接近破产程序，这种制度设计即能在最大程度上确保船舶债权的公平受偿，又能确保买受人获得清洁的船舶所有权，维护市场交易安全，因此在实务界普遍认为其功能与破产程序相当，当然，从本质而言，更应当接近于“物”的破产，而企业破产则是“人（法人）”的破产，两者不尽相同，特别是在债权确认主体、程序以及债权分配顺序上有着较为明显的区别。我们应当注意到，《海诉法》是1999年颁布实施的，彼时破产立法仅见于1986年制定的适用于全民所有制企业的《企业破产法（试行）》，以及1991年修订的《民事诉讼法》第十九章规定的“企业法人破产还债程序”。进入21世纪之后，国家虽然陆续发布了不少部门规章、司法解释，包括2006年颁布适用于所有企业法人的《企业破产法》，但相当长一段时期内，破产司法更多的体现为“政策性破产”，每年全国法院受理的破产案件

⁴ 见（2015）甬海法执异字第23号执行裁定书

数量屈指可数。为服务深化国家供给侧结构性改革，构建高水平社会主义市场经济体制，近年来人民法院大力推进破产审判理念、审判机制、审判体系发展完善，法院受理的破产案件数量也随之出现剧增态势，各种新问题新现象不断涌现。当相关经营不善的航运企业被依法破产清算时，相关法律问题应运而生，其中最主要的问题就是，当海事法院拍卖处置的船舶属于破产航运企业的财产时，海事法院是继续按照《海诉法》规定的受偿程序来分配价款，还是中止受偿程序移送受理破产案件的法院依破产法的相关规定处理？两者如何衔接，目前尚无明确的规定，实践中做法不一，争议较大。

三、船舶价款受偿程序的完善原则

（一）制度构建与司法实践相结合

正如其名，《中华人民共和国民事诉讼法》是应用范围限于海事诉讼层面的特别法。较于一般财产的拍卖与清偿，《海诉法》对于船舶的拍卖与受偿制度有着特殊的规定。例如，一般而言，司法拍卖是指“在执行程序中，人民法院将查封、扣押财产以公开竞争出价的方式，选择出价最高者为应买受人，将标的物变价取得价金的执行活动”⁵，但根据《海诉法》的相关规定，海事法院可以在案件审理过程中裁定拍卖船舶。对于此类不同于一般法的制度设置，一方面不适用法律的一般性规定，另一方面也异于各方当事人的一般性认知，因此更需要对相应运行机制的操作性规则予以明确。笔者认为，在构建特殊制度时，也应当考虑司法实践的可操作性，避免承办人员在参照执行时无法可依，也避免海事法院在面对当事人时难以释明。

（二）查漏补缺与适度解释相结合

从目前来看，虽然在现行《海诉法》框架内可以完成船舶的拍卖与受偿，但海事法院在拍卖船舶及分配价款的实际操作过程中时常出现各种问题和争议，譬如审判部门和执行部门之间的权限分工问题（不同于《民事诉讼法》，《海诉法》未设单独的执行程序编），以及船舶价款受偿的救济程序等。总结而言，船舶价款受偿程序存在的问题包括现行规则的缺位以及现行规则不够明晰。完善船舶价款受偿制度需重视公平性和效率性问题。对于细节性规定的缺位，应当进行详细的扩充增补。对于规则不够明晰的部分，可通过最高人民法院司法解释适度解释或扩充调整范围，

⁵ 张虹，《船舶拍卖后债权登记、确权诉讼、清偿分配相关程序问题研究》，《中国海商法研究》，第30卷第2期，第111页

也可以诉讼指南等方式加以指导。

（三）借鉴相关机制予以改良

无论船舶价款受偿程序是否应引入执行异议救济途径，实务中船舶拍卖程序系在“执”字号案件中运行已是不争的事实，另外，根据2015年颁布实施的《扣船规定》第二十二條相关规定，当船舶拍卖价款支付全部已登记海事债权后仍有剩余时，剩余价款应按照《民事诉讼法》及相关司法解释关于执行财产的一般规定，在与本船无关的债权人之间进行分配。因此，在《海诉法》受偿程序修改完善过程中参照和借鉴《民事诉讼法》及相关司法解释确立的执行异议制度之相关规定，是必要和可行的。同时随着破产立法的不断完善与更新，借鉴破产司法中相关机制的合理做法，亦不失为一条易行而且便于衔接的路径。

四、船舶价款受偿程序的路径设想与建议

（一）优化完善船舶看管机构委托机制

数据显示，全国十一家海事法院在2018年至2021年间扣押船舶共计2717艘，拍卖船舶1252艘。³严格来说，船舶扣押并不属于船舶拍卖程序，但船舶扣押是船舶拍卖必经的前置流程，而船舶扣押期间各项维持费用与支出又切实影响着船舶拍卖与受偿。前文已述，船舶系特殊动产，即使处于扣押状态，也会产生停泊费、燃油费、人员工资等高额费用，本文开头所引述的案例即是如此，根据看管合同约定，月基本看管费用达100万余元。又例如“盛安达68”轮案⁴，宁波海事法院在案件执行过程中对钦州市桂钦海运集团有限公司（以下简称桂钦公司）名下的“盛安达68”轮予以扣押。后钦州市中级人民法院受理关于桂钦公司的破产申请，桂钦公司破产管理人即按照《破产法》第十九条的规定要求宁波海事法院中止执行。宁波海事法院告知其移交船舶处置权之前，须结清前期船舶看管费用和享有船舶优先权的船员工资债权，但桂钦公司破产管理人未予及时答复，造成后续纠纷。在“盛安达68”轮案中，因原船员不愿继续留船工作，桂钦公司也未予答复，宁波海事法院指定案外人温州市瑞洲海运有限公司看管船舶，该轮的月看管费用达人民币15万元。根据淘宝网司法拍卖平台显示信息，该轮直至2016年7月才在第二次拍卖中成交，拍卖成交价格为589万元，此时距离船舶扣押起始已近三年，产生看管费用达500万元左右。

⁶ 吴胜顺，《〈中华人民共和国海事诉讼特别程序法〉债权登记与受偿程序缺陷及制度重构》，《中国海商法研究》，第29卷第2期，第23页

⁷ 注：未在船舶拍卖债权登记公告期内申请债权登记的，视为放弃在本次拍卖船舶价款中受偿的权利；未在海事赔偿责任限制基金债权登记公告期内申请债权登记，视为放弃债权。

实践中不乏此类巨额船舶看管费用引起各方当事人争议的案例。海事请求人申请扣押船舶的目的在于保障海事债权的优先实现，若船舶扣押期间的各项维持费用与支出最终占据船舶价款的较大部分，不但减损当事人合法权益，也影响法院公信力。笔者认为，为避免波及后续船舶价款分配，应当优化完善船舶看管机构委托机制，切实提高船舶看管的公正性和效率性，充分保护各方当事人合法权益。虽然每年全国 11 家海事法院扣押拍卖的船舶总数比较可观，但若以近几年实际拍卖的船舶总数和各家海事法院的实际情况来看，一是数量并不突出，二是地区差异大，有的海事法院每年拍卖船舶达数十艘，有的只有几艘。同时，在所有扣押的船舶中，异地扣押比例较高，各地船员等人工、物料费用标准不够明确。另外，为了降低司法成本以及职责之需，看船机构的看船费用通常会被法院压缩，但看管机构的义务和责任并未因此降低。这就导致出现以下怪像，一方面部分地区的看船机构因成本和盈利测算看管意愿不高，法院在选定看船机构时陷入困境，另一方面相关当事人又对法院选定的看船机构的能力和费用报价提出质疑和异议。笔者认为，解决此问题的根本出路就在于尽快建立全国海事法院第三方船舶看管机构统一名单库，实行摇号制度和定期淘汰制度，保障船舶看管机构委托选定的透明度和公信力。同时在各海事法院辖区设立看船公司名单子库，海事法院异地扣押船舶的，可从当地海事法院辖区内的看船公司名单字库中摇号选定。另外，被选定的看船机构除应按统一的合同范本与委托人签订委托看管合同外，还应在申请结算看管费用时出具详尽的费用结算报告，以供各方查阅审定。

（二）确立船舶价款分配救济程序

前文已述，《海诉法》在船舶价款分配救济程序方面缺乏明确法律规定，导致司法实践中存在争议。有观点认为，可参照《民事诉讼法解释》的相关规定，通过执行异议和执行异议之诉来处理船舶价款分配纠纷⁵；也有观点认为，《海诉法》债权登记与受偿程序独立于民事执行程序，而直接建议《海诉法》在修改稿中直接确定船舶价款分配不适用《民事诉讼法》相关执行参与分配的规定⁶。笔者认为，可从海事诉讼特殊性以及相关法律的发展两个角度出发看待该问题：1、海事诉讼制度的特殊性《海诉法》将船舶价款分配和海事赔偿责任限制基金分配一并归入第十章“债权登记与受偿程序”中进行规定。除第一百一十一条与第一百一十二条分别对在船

⁵ 《立法法》第一百零五条 法律之间对同一事项的新的—般规定与旧的特别规定不一致，不能确定如何适用时，由全国人民代表大会常务委员会裁决。

船舶拍卖债权登记公告期内以及海事赔偿责任限制基金债权登记公告期内未进行债权登记申请的后果作单独规定⁷，以及第一百一十九条第二款对船舶拍卖的清偿顺位作出规定外（该条第一、第三款也为共同规定），该章节其他条款皆为对船舶价款和海事赔偿责任限制基金债权登记与受偿程序的共同规定。也就是说，在制定《海诉法》时，立法者认为船舶价款分配和海事赔偿责任限制基金分配是运行机制基本相同的两个法律程序。按照目前司法界对于海事赔偿责任限制基金分配程序的认识，利害关系人仅可依据《海诉法》第一百零六条，在海事赔偿责任限制基金设立前提出异议。

《海诉法》未规定海事赔偿责任限制基金设立后至分配完毕时当事人的异议制度，故司法实践中对于基金设立后各方当事人提出的异议，海事法院一般不予处理。船舶拍卖和海事赔偿责任限制基金可谓最具海事特色的海事诉讼程序，考虑到海事海商法律制度的特殊性和技术性，拍卖船舶价款的分配程序参照海事赔偿责任限制基金的分配程序，对当事人在分配时提出的异议不予处理的做法有一定合理性。

相关法律制度的发展

制定《海诉法》时，关于执行异议和执行复议程序的立法滞后。

1991年《民事诉讼法》仅规定“案外人对执行标的提出异议的，执行员应当按照法定程序进行审查”，但按照什么样的“法定程序”来进行审查并无下文，这就导致实践中这一条款基本被束之高阁。直至2007年《民事诉讼法》第一次修正时，才真正在法律意义上建立了执行异议复议和执行异议之诉制度。2008年《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉执行程序若干问题的解释》又专门对分配方案异议之诉作出了规定，后又在2014年《民诉法解释》第二十一章执行程序篇中予以吸纳。因此，公布于1999年的《海诉法》未对船舶拍卖后价款分配救济程序作出规定也在情理之中。

以此来看，船舶价款分配救济程序是否适用执行异议，可能还涉及旧的特别法和新的一般法之间的适用问题。按照《立法法》第一百零五条的规定⁸，或许应报由全国人民代表大会常务委员会裁决。当然，究竟是适用新修订的一般法还是适用在前实行的特殊法非本文讨论重点，可暂且予以搁置。关键在于《海诉法》虽属于特别法，需考虑海事诉讼程序的特殊性，但《民事诉讼法》已几经修订，存在制度理念

⁷ 最高人民法院《关于审理企业破产案件若干问题的规定》第四十四条 清算组财产分配方案经债权人会议两次讨论未获通过的，由人民法院依法裁定。对前款裁定，占无财产担保债权总额半数以上债权的债权人有异议的，可以在人民法院作出裁定之日起十日内向上一级人民法院申诉。上一级人民法院应当组成合议庭进行审理，并在三十日内作出裁定。

的优势，对执行异议制度的设置也取得了较好的法律效果。船舶价款分配系对当事人实体权利的重大处分，涉及法律判断与事实判断。从程序正义的理念出发，以“法未明确授权”为由而简单否定当事人的权利救济途径不符合正当程序理念。因此，笔者认为应当对《海诉法》的相关规定予以修改。

不过，这并非意味船舶价款分配的救济途径应当完全参照《民事诉讼法》执行程序篇关于执行异议与执行异议之诉的方式处理。在海事法院委托名单库中的看船机构看管相关船舶情形下，此时的看船机构的地位应相当于拍卖辅助机构，根据最高人民法院关于司法拍卖司法解释第七条的规定，法院可以将拍卖财产的鉴定、检验、评估、审计、仓储、保管、运输等委托社会机构或者组织承担。因此海事法院委托看船机构看管被扣押船舶的行为本质上属于司法委托行为，同时根据《最高人民法院关于确定财产处置参考价若干问题的规定》相关规定，赋予了当事人和利害关系人对评估报告的异议权，并针对不同异议内容规定了相应的处理方式。笔者建议，对于当事人和利害关系人针对看船费用等优先拨付费用提出异议的，可参照《最高人民法院关于确定财产处置参考价若干问题的规定》第二十二条、二十三条之规定，即：对看管机构的资质等程序性内容提出异议的，按执行行为异议处理，当事人提出异议后法院予以审查，对审查结果不服的向上一级法院复议；若是对费用结算报告中的计算标准、计算方法以及支出项目等费用的具体计算过程或结果提出异议的，法院应交看船机构予以书面说明，当事人仍有异议的，法院应交由相关行业协会组织专业复查，并根据专业复查结论认定结算结果或责令看船机构补正。

那么，法院依据《海诉法》第一百一十八条规定就船舶价款分配方案作出的裁决应否赋予类似救济途径这一问题？正如上文所述，《海诉法》确立的船舶价款受偿程序，是一种与破产程序功能相当的特殊程序，既保障了全体海事债权人对船舶的公平受偿，又兼顾了司法效率，因此笔者认为，当出现债权人会议就船舶价款协商不成，法院依法裁定分配方案的情形时，首先并不存在引入执行分配异议之诉的理论基础和实践需要，其次考虑到《海诉法》自1999年实施以来未作任何修改，而近几年来破产司法在审判理念和机制等方面出现了巨大变化，为进一步加强受偿程序的公正性和效率，应吸收破产立法和司法的最新理念和精神，赋予当事人一定的救济途径。笔者建议，可借鉴最高人民法院《关于审理企业破产案件若干问题的

规定》第四十四条⁹的规定，赋予当事人向上一级法院申请复议的权利。

（三）厘清船舶价款受偿程序与破产程序衔接处理方式

当海事法院拍卖处置的船舶属于破产航运企业的财产时，船舶价款受偿程序与破产程序的冲突以及如何衔接，是一个涉及多方面法律问题的议题，限于本文篇幅，不作详细阐述，仅就几个原则性问题提出看法和建议。首先，在当前破产案件集中管辖的大背景下，航运企业，特别是单船企业（指只拥有一艘船舶的航运企业）的破产清算并不适宜集中管辖，而应由企业所在地的海事法院专属管辖，如果船舶的拍卖受偿程序已在相关海事法院进行的，则由该海事法院受理相关债务人的破产清算，这样处理更有利于发挥海事法院的专属审判优势；其次，当船舶价款清偿船员优先权、船舶抵押权等优先性债权后尚有剩余时，是继续对其他普通船舶债权进行分配，还是将剩余的船舶价款归并入破产财产，与其他普通债权人按破产程序的规定予以清偿？笔者认为，船舶价款受偿程序不光是一个与破产程序功能相当的特殊程序，还是一个极其特殊的“对物破产”程序，根据《海诉法》的规定，海事债权人享有申请扣押和拍卖非债务人所有的当事船舶，并就船舶价款依法受偿的权利，此项权利的行使与船舶所有人对案涉债务是否有责任无任何关系，其亦不应受船舶所有人进入破产清算而有所限制或剥夺。

总而言之，在今后《海诉法》的立法修改中，建议通过增设执行程序章节的方式，对审判程序中拍卖船舶和执行程序中拍卖船舶两种不同情形下，审判部门和执行部门之间的权限分工予以明确划分界定，同时明确受偿程序和破产程序的衔接处理原则。另外，要修改完善船舶扣押看管方面的相关规定，特别是法院委托第三方看船机构的适用条件和要求等；建立完善船舶价款受偿程序的救济途径。

海事司法辅助决策功能在 航运贸易数字化建设中的 应用探析

——以巴西无单放货系列纠纷为分析样本

林秦*

【摘要】

在能动司法理念下，海事司法参与社会治理的方式不仅限于提供社会问题发生后的事后补救性司法建议，还包括在社会政策探索之初，从类案中提炼问题及预防性举措，以辅助政府制定社会治理规则。而海事司法此种辅助政府决策功能的应用还有待系统性研究与进一步实践。本文以巴西无单放货系列纠纷类案数据为分析样本，总结出巴西在数字航运建设中关于数字策略执行到位率、大数据分析决策尺度、法律突破的适当性等方面的可提升空间。通过深度检视司法数据，提炼巴西进口贸易流程中的数字化举措反映的司法问题以及我国司法的应对方案，并结合我国航运贸易数字化建设现状，提出一套“小切角+大视角”的辅助决策方案。

【关键词】

航运贸易数字化 巴西无单放货 辅助决策功能

党的二十大报告指出，要加快建设网络强国、数字中国。2023年2月，中共中央、国务院印发了《数字中国建设整体布局规划》，从党和国家事业发展全局和战略高度，提出了新时代数字中国建设的整体战略¹。对此，航运经济领域积极贯彻，正大力构建与推进航运贸易数字化建设。近年来，海事司法在强化数字时代的权利救济上扎实发挥定分止争功能，高效应对航运贸易数字化带来的新问题和新挑战。关于其服务保障功能，主要以发布审判白皮书、案件审理指南、发送司法建议等方式开展，有效指引航运贸易主体规范其行为。但在实践中，鲜有海事法院采取司法辅助决策方式，为航运贸易数字化政策制定提供更进一步的法治保障。并且，在理论研究层面，司法界及学术界所积累的大量成果也仍集中于如何高效审理数字航运

* 林秦，上海海事法院审判监督庭法官助理。

发展下的新类型纠纷，而较少关注法律问题背后的社会治理需求。

海事司法是一座实时汇聚航运前沿问题的资源库，其在辅助航运业发展相关的政府决策中可发挥重要作用。该功能也是海事司法深入贯彻落实张军院长提出的“能动司法”理念²的积极尝试。本文将以前述海事司法中近年来大量出现的巴西无单放货系列纠纷中的数字要素及相关司法数据为分析样本，结合我国当前的数字航运建设现状，以实践问题为导向，为我国航运贸易数字化建设提供决策参考。

一、司法视阈下巴西无单放货系列纠纷的数字要素

（一）海事司法实践难题

近年来，巴西数字化清关政策的不断调整及其在放货体系上的特殊规定，引发了一系列无单放货纠纷。根据巴西法律规定，各国运输至巴西的货物必须强制交付于巴西港口当局³。该规定致使承运人在物理上丧失了货物控制权，难以履行其凭正本提单交付货物的海上货物运输合同项下的基本义务。在此基础上，巴西数字改革中还设置了系统“解锁”、分类通道清关、数字化提单提货⁴等特殊流程。在此类纠纷中，承运人认为其失去货物控制权后已履行不能，不应为港口的无单放货行为承担责任。而货主认为作为物权凭证的全套正本提单仍在其手中，应当向其赔偿货值损失。船货双方均认为自身为“无辜”者。此类案件引发了我国各级法院以及航运界在司法裁判标准上的激烈讨论。

我国参考《汉堡规则》（Hamburg Rules）第4条第2款第（b）（iii）项⁵，在《最高人民法院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》（以下简称《无单放货规则》）第七条中规定：“承运人依照提单载明的卸货港所在地法律规定，必须将承运到港的货物交付给当地海关或者港口当局的，不承担无正本提单交付货物的民事责任。”承运人能否援引此规定免除无正本提单交付货物的责任成为巴西无单放货系列纠纷的争议焦点。

通过在中国裁判文书网中以“巴西”、“无单放货”两个关键词进行检索，查询到99篇裁判文书。其中26篇裁判文书涉及承运人是否承担巴西无单放货责任的认定。根据个案的不同情形，法院支持承运人承担责任的占比57.6%，不支持的占比42.3%。此类案件的纠纷事实及争议焦点基本相同，但因各个法官对事实认定的侧重点及法条理解存在差异，导致类似纠纷虽然已存在数年，但航运界对于如何有

¹ 《中共中央关于党的百年奋斗重大成就和历史经验的决议》，载《人民日报》2021年11月17日。

² 张军：《要把能动司法贯穿新时代新发展阶段审判工作始终》，在国家法官学院2023年春季开学典礼上的讲话，载最高人民法院官网 <https://www.court.gov.cn/zixun-xiangqing-396042.html>。

效作出足以保障自身合法权益的贸易行为感到困惑⁶。为统一裁判规则，最高人民法院于2021年12月发布了《全国法院涉外商事海事审判工作座谈会会议纪要》（以下简称《会议纪要》），并于2023年6月出版了该纪要的理解与适用。《会议纪要》对于承运人援引《无单放货规则》第七条的举证责任予以了详细界定，规范和明确了此类案件的裁判思路。此后，该类案件关于承运人责任的焦点最终落在对承运人是否已丧失货物控制权的事实认定。根据不同案件的具体情形，尤其是承运人对巴西数字化流程的不同行为反馈，将可能会影响案件的最终裁判。

（二）类案捕捉数字要素

表1总结提炼了近几年巴西无单放货系列案在争议事实上涉及数字建设的典型案例，以及在类案中所蕴含的数字建设要素。在大量类案的背后，是巴西数字改革的不完善之处，却也是其数字建设查漏补缺的契机，更是我国在制定航运贸易数字化建设相关举措过程中少走弯路的宝贵素材。

| 案号 | 争议事实 | 数字建设要素 |
|-----------------------|----------------------|-------------|
| (2021) 最高法民申 7603 号 | 关键流程举证不能 | 系统平台查询功能的应用 |
| (2019) 浙民终 1467 号 | | |
| (2018) 最高法民申 3347 号 | | |
| (2020) 最高法民再 171 号 | 承运人“解锁”行为的性质认定 | 权利救济的数字化呈现 |
| (2019) 最高法民申 4943 号 | | |
| (2019) 最高法民申 3189 号 | | |
| (2022) 沪民终 283 号 | | |
| (2019) 浙民终 1467 号 | | |
| (2018) 沪民终 451 号 | 数字提单认定 | 数字提单的适用领域 |
| (2022) 鲁民终 1534 号 | | |
| (2016) 沪 72 民初 1473 号 | 绿灯通道放货影响对承运人货物控制权的认定 | 大数据分析工具的应用 |
| (2017) 浙民终 859 号 | | |

表 1 类案中的数字建设要素

1. 系统平台查询功能的应用

巴西综合贸易系统（SISCOMEX CARGO）用于办理进出口货物相关流程，包括承运人、进出口商、海关人员、运输公司、仓库、银行等在内的不同主体于相应

³ 巴西《港口法》第 23 条规定：“国外进口或出口国外的货物必需在港口或保税港口设施内进出”；巴西《水上货物运输法令》第 2 条规定：“港口实体的监管责任始于货物进入其仓库、堆场或其他指定堆存的地点，直至有效交付船舶或收货人后终止”。

⁴ 下文将予以详述。

⁵ See 《Hamburg Rules》Article 4(2)(b)(iii), “...the carrier is deemed to be in charge of the goods...until the time he has delivered the goods... by handing over the goods to an authority or other third party to whom, pursuant to law or regulations applicable at the port of discharge, the goods must be handed over.”

的环节在该系统中进行操作⁷。该系统曾尝试对货物地理位置进行监控，但实践效果并不理想⁸。在相关案例中，法院基本认可经公正的该系统所查询的流程信息结果，并作为认定案件事实的关键证据。我国《会议纪要》第63条规定对于承运人援引《无单放货规则》第7条提出了较重的举证责任要求。承运人既要提供巴西所在地法律，还需证明依据该法律，其将货物交付给当地港口当局后已经丧失货物控制权的消极事实。在司法实践中，有部分案件系因无法查明货物交付时间以及交付主体，导致承运人尤其是取证能力较弱的承运人因举证不能难以维权。随着巴西综合贸易系统平台的完善，在近两年的此类案件中，承运人关于“将货物交付给当地港口当局”的事实能够通过该系统查询结果予以佐证。

2. 权利救济的数字化呈现

在巴西无单放货案件中，最普遍的争议点是对“解锁”行为的认定。根据巴西《水上货物运输法法令》第7条规定，“船公司在运费付清前，或共同海损款项结清前，有权扣留存放在报税仓库的货物。”该规定是法律赋予承运人在未能如期收到运费的情形下的权利救济途径。巴西综合贸易系统专门针对该条规定作了数字化设置：承运人有权在这两种法定情形发生时在该系统上标记费用待付，在费用已付清的情形下解除标记，也就是此类案件判决书中提到的“上锁”与“解锁”。在大量此类案件中，货主张承运人具有“上锁”的权利表明其仍享有货物控制权。而承运人也利用此种救济权利，要求提货方向其提供正本提单扫描件，确认无误后才进行“解锁”操作，虽然此种行为存在违法的风险⁹。

3. 数字提单的适用领域

2020年，《巴西文件数字化若干技术要求条例》制定了文件数字化的技术标准及要求，以使扫描的文件具有与原始文件相同的法律效力。巴西综合外贸系统网站发布的2020年第17号、18号文¹⁰也明确了正本提单的扫描件具有与正本文件相同的法律效力。据此，曾有承运人主张，正本提单的扫描件应认定为巴西税法法令中的“同等效力文件”，即收货人向承运人提交了正本提单扫描件可认定为履行了凭单交货的义务。在巴西将管货、放货主体归于港口方的特殊规定下，数字提单的适用打破了传统的纸质正本提单交付货物的航运惯例。提单作为物权凭证¹¹，此种做法在一定程度上给予了航运欺诈行为可乘之机。

⁶ 例如，部分船方以内部规定方式强制收货人通过邮件向其提交正本提单扫描件，以试图减小无单放货的风险；部分货主对进口商的资质投保信用保险，以在无单放货时获得货损赔付；船货双方在航运贸易术语、提单正面条款、放货保函等方面不断在作积极尝试。

4. 大数据分析工具的应用

根据巴西 2006 年《税法法令》第 21 条规定,进口清关通道分为绿色、黄色、红色、灰色四种¹²,而通关通道是由巴西综合贸易系统利用大数据分析工具,根据进口商纳税情况、贸易行为、进口货物性质等多种因素随机选择确定¹³。绿色通道的进口商可以自动清关,无需凭正本提单即可提货。巴西港口运用其大数据分析决策结果,决定进口货物的提货权限。从这一点来看,可能阻碍承运人凭单交货义务的履行,提高了其所承担的海上货物运输风险。不过从我国的司法案例来看,在承运人未开展任何辅助巴西港口放货的行为,过程中未存在过错,且进口商资质属于绿色通道类别的特殊情形下,承运人丧失货物控制权的主张很有可能得到法院认可。因为承运人已无任何方式可以防止无单放货后果的发生。况且,巴西的分类通道系通过大数据分析工具所得,其精准性难以确认。

二、数字视阈下巴西航运进口贸易流程的司法检视

上述所提炼的数字建设要素除了要素一涉及宏观的平台建设层面以外,其他要素在巴西航运进口贸易流程中主要体现在承运人在系统“解锁”、进口商绿色通道清关以及收货人凭同等效力文件提货三个风险点,如图 1 所示。在航运贸易实践中,“上锁”、自动清关、凭单交货等数字化特殊流程设置,可能并事实上引发了巴西无单放货纠纷。追根溯源,巴西在其数字改革中的数字策略执行到位率、大数据分析决策尺度把握、法律突破的适当性等方面还有提升空间。

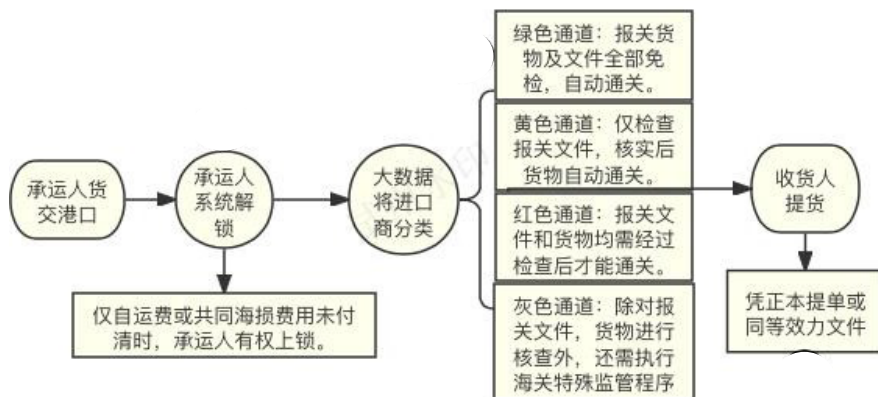


图 1 巴西货物进口流程风险节点

⁷ 陈阳:《巴西海关监管制度研究》,载《海关与经贸研究》2021年第6期。

⁸ Rodrigo Luz, Comércio Internacional e Legislação Aduaneira [M], Editora Jus Podivm 7ed, 2018.

（一）数字策略执行到位率：非两种法定情形仍“上锁”

大量相关案件查明及实践表明，虽然巴西法律规定了仅两种费用欠付的情形下承运人才有权“上锁”，且巴西法院也在遵循该法律，但在实际操作中，仍然存在大量非法定情形却“上锁”、甚至未解锁却被放行的现象。因此，为确保裁判公平合理，关于“上锁”流程能否表明承运人仍有货物控制权的争议，在司法实践中，法院根据个案具体情形来综合判定。例如，在（2019）浙民终422号案件中，承运人未在巴西综合贸易系统中“解锁”，货物仍被巴西港口当局无单放货。法院认为承运人显然已丧失货物控制权，无需担责。而在（2022）鲁民终1534号、（2018）沪民终451号等大部分案中，承运人都为主动解锁，法院通常结合承运人的举证情况进行判定。

数字策略执行到位率是数字化建设成功与否的关键。若无法有效执行，则难以发挥预期效果。网络与传统贸易相结合作为近年来的新兴产物，其中蕴含的国家规制难题值得深入研究¹⁴。巴西进口贸易流程中的“解锁”设置是把法律权利数字化的一项有益尝试。若能通过细化各类监督程序确保其落实到位，那么此种数字化转换才能真正发挥效用。

（二）大数据分析决策尺度：绿色通道自动清关放货

分级分类清关能够有效提高港口操作效率，减少进口流程时间成本，但巴西以大数据分析决策的方式来决定进口商分类等级的做法存在一定风险。第一，大数据分析结果的准确度难以保证。在全球经济运行不稳定的当下，进口商的资质变化幅度大。若没有及时的数据更新及足够的分析矫正，大数据系统所判定的进口商分类未必能与实际风险相匹配。第二，交付货物是国际贸易中的关键一环，该环节出现差错将导致贸易流程的失败。在如此关键的节点，大数据分析应仅作为辅助参考，而不应成为决定性工具，否则将大大提高托运人及承运人的风险。第三，巴西港口并非承运人的受雇人或代理人，也并非任一海上货物运输合同项下的主体，其行为不应干涉航运贸易主体的基本权利与义务。这种依赖大数据分析结果来直接决定进口商的提货方式的制度存在损害船货双方的合法权益的可能性。大数据分析决策有助于提高决策效率，可积极应用于数字航运贸易当中，但在密切影响航运主体权益的关键节点上应慎之又慎。

¹⁴ 参见巴西判例（案件编号：20200000620877-SP）。在该案件中，承运人非以两种法定情形为由擅自锁定货物，被收货人起诉至法院，法院判令承运人立即解锁。

（三）法律突破的适当性：数字提单挑战传统惯例

巴西在港口数字化建设中积极尝试，根据航运主体的反馈不断修改完善相关法律¹⁵。法律的频繁调整曾引发航运界对于巴西港口可以无需正本提单放货的探讨。根据大量类案判决的法律及事实查明，巴西港口仍需凭“正本提单或同等效力文件”提货。据此，当前有许多航运公司制定了以核对正本提单扫描件为解锁前置条件的内部规定，尝试通过数字提单审核放货从而达到其履行凭单交货义务的效果。截至当前，在我国的海事司法审判中尚未出现认可巴西数字提单等同于正本提单的案例。

巴西为解决传统纸质提单效率低的问题的初衷值得肯定，但此项规定在一定程度上挑战了传统的凭单交货的惯例。此种对物权交接有重大影响的法律突破，应当在构建相应完善的保障机制的基础上开展，否则不仅难以实现预期目的，还可能打乱航运市场秩序。在数字技术发展成熟且配套的数字航运流程普及以后，再进行此类数字化改革更为合理。

当然，巴西数字改革也有可供我国借鉴之处。例如，要素一中的系统平台查询功能的应用，实现了运输过程和操作流程的可视化，有助于船货双方及时把握货物运输具体情况，也方便纠纷发生时的取证质证。

三、法治思维下的航运贸易数字化建设路径

当前，航运数字化转型迎来重大发展机遇，在全球数字化转型升级的浪潮中，我国推进航运贸易数字化进程是必由之路¹⁶。从司法实践中提炼出数字建设思路将更贴近航运主体的实践需求，更具备民主性，这也是数字技术之于政府治理的价值所在¹⁷。结合我国各港口的数字化建设实践，本文将对照上述巴西无单放货系列纠纷的检视成果，为我国的数字化建设在微观层面如何有效预防无单放货乱象以及宏观层面如何把握好航运贸易数字化方向，提供针对性的决策参考。

（一）微观层面——我国数字化建设如何预防无单放货乱象

1. 确保数字化服务平台构建的功能发挥

我国当前正在积极建设可信互联的航运贸易数字基础设施，打造高水平国际公共服务平台¹⁸。目前，我国各大港口已经在数字航运建设中深耕多年，取得一定

¹⁰ 参见巴西综合外贸系统网站：<http://siscomex.gov.br/informacoes/importacao/>。

¹¹ 参见《中华人民共和国海商法》第七十一条：“提单，是指用以证明海上货物运输合同和货物已经由承运人接收或装船，以及承运人保证据以交付货物的单证”。

¹² 绿色通道，即报关货物可全部免检，并自动通关；黄色通道，即仅检查报关文件，经核实后，货物自动通关；红色通道，即报关文件和货物均需经过检查后方能通关；灰色通道，除对报关文件、货物进行核查外，还需执行海关特殊监管程序。参见陈阳：《巴西海关监管制度研究》，载《海关与经贸研究》2021年第6期。

¹³ 曾祥，李昕婷：《进口巴西集装箱货物无单放货——承运人无辜吗？》，载微信公众号《航运界》2022年11月23日。

成果。待各类数字化建设逐步应用成熟，我国也必然会构建统一的航运贸易数字化服务平台。要确保航运贸易数字化服务平台切实发挥预期效能，应重视执行效率与需求导向。

执行效率。法律的生命在于实施。执行效率是数字化建设举措扎实落地的关键要素。提高执行效率建议从以下几个方面进行：一是信息数据的及时录入。关于这一点，巴西港口对于我国具有正面借鉴意义。相关司法案例表明，巴西港口数字系统所查询到的流程信息基本与实际情况相符。要把此点落实好，才能防止数字平台建设流于形式。尤其在我国，海上货物运输合同纠纷的诉讼时效仅为一年，数据录入的滞后可能会影响当事人的胜诉权。二是构建与完善快速惩戒或救济措施。巴西法律关于“解锁”的规定之所以存在大量违法行为，是因为在“时间即金钱”的航运业，大多数货方考量到司法诉讼所耗费的时间成本，不会选择维权而是配合承运人指示，得以尽快提货。为有效遏制此种情形，针对违反数字化建设相关法规政策的行为，可以以高效的行政处罚方式予以规范，并为当事人提供向港口申诉的快速救济通道。三是及时制定配套的法规政策。除宏观的法律规定以外，更要制定详细具体的规范，例如行为准则、示范合同、指导原则和执行机制¹⁹等，为航运主体提供有效的行为指引，从而保障数字化服务平台的流畅运行。

需求导向。从防止无单放货纠纷的视角，其需求导向聚焦于可视化预防与举证辅助两个方面。在平台构建之初就以实际需求为建设方向，有助于最大程度发挥平台功能。一是可视化预防。平台构建可参考新加坡航运中心信息平台 PORTNET 的做法，连通货主、货运代理、船公司、船代、运输公司、集装箱码头、银行、保险等港航主体²⁰，实现信息数据的实时共享。通过数字技术的运用，使得政府治理结构从“碎片险较高的关键节点采取有效措施。承运人也能够通过平台及时把控放货情况，谨慎履行凭单交货的义务。二是举证辅助。此类平台系由官方机构把握数据的录入与更新，其数字查询结果具有较高的证据效力。为切实发挥解决司法审判中当事人取证难、法院事实查明难的问题，真正提高纠纷解决的效率，应在合理的范围内不断拓宽数据捕捉领域，让贸易流程痕迹细致化留存。

2. 合理利用大数据分析工具

数字经济下，包括大数据在内的新一代信息应用技术能够提高资源供求配置

¹⁴ See 2017 World Investment Report, Investment and the Digital Economy, http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2017_en.pdf, pp. 156-157, accessed 1 Feb. 2024.

的精准度与效率，促进经济贸易的高效化和公正性²²。但在航运数字贸易中的运用应注重合理性，主要涉及数字航运建设现状与大数据分析能力两个考量因素。

(1) 关于数字航运建设现状的考量

我国的数字化建设应结合我国当前数字航运发展实际情况开展。例如，宁波正在构建口岸信用评价体系，支撑开展企业信用分级分类管理，对A、B类企业适用海关、边检、海事联合检查，可“提前申报”“两步申报”，非布控查验货物抵岸即可放行提离等措施²³。这与巴西对进口商的分级分类管理的举措相似，但宁波的港口政策仅为海关查验部分的规定，能否向进口商放货的决定权还是由承运人所掌控。宁波将大数据分析工具限制在“清关”范畴，而巴西将分析结果直接扩展至放货流程。巴西在其大数据分析工具不足以估量判定进口商的信用的情形下，推广应用分类通关通道是不合理的。宁波的做法更为符合我国当前的航运贸易数字化建设初期的现状。

(2) 关于大数据分析能力的考量

大数据分析工具在数字化建设中的应用限度应取决于其精确程度。“数字贸易的发展依赖于数字技术的支撑”²⁴。在巴西分级分类放货规则下，若大数据分析能力足以做出符合进口商实际资质的判定结果，那么该政策确实能够高效提升清关放货效率。但从绿色通道放货涉及的无单放货纠纷情况来看，其大数据分析结果还亟待完善。我国目前在船舶行为自动识别、船舶轨迹预测、航线运力统计、港口服务能力评估、全球港口信息库建设、海事安全数据挖掘等技术研发上已取得一定成果²⁵，航运大数据分析应用能力正不断提升。例如，在助力港口资源配置领域，洋山港的智能管控系统(I-TOS)充分利用大数据分析工具，实现港口生产计划的自动生成，港口作业流程及资源配置动态优化²⁶。我国的大数据分析工具的应用与巴西港口不同，主要用于对国际航运信息的把握与港口内部的效率提升，不影响航运主体的法律权利义务。当前，此种应用方式在我国是适宜的，建议予以推广。

(3) 数字化提单应紧密结合我国实际予以推进

2024年4月1日，国家标准《进口清关程序简化指南》将正式实施，进一步推进国际贸易便利化进程。该标准参考借鉴UN/CEFACT第13号建议书的相关规则，提出了“无纸化通关”的清关简化模式²⁷。即我国港口在进口清关流程中将与巴西

¹⁵ 巴西财政部《1356/2013 税法法令》对《680/2006 税法法令》进行重大修改，删除了680法令中54条和57条的第1项以及59条的独立段，不要求收货人出具正本提单提货。应业界压力，《1759/2017 税法法令》又恢复了正本提单提货的要求。

港口一样对数字提单与电子提单予以认可。当前，上海港已率先研发推广上海口岸电子 EIR，实现集装箱设备交接单、提货单无纸化的深度应用²⁸，但在数字化提单上还仍保持审慎态度。那么我国会因此发生类似巴西的因数字提单的应用而引发的无单放货系列纠纷吗？数字化提单在进出口清关流程中的承认在我国不会影响货物交付这一最为关键的流程，承运人仍然要履行《海商法》项下凭纸质正本提单交付货物的责任。而在巴西的这种特殊操作模式下，巴西港口本身系凭单交付货物的操作主体，数字化提单的认可将直接影响货物交付结果，大大提升了船货双方所面临的风险。因此，在我国不采取强制交付货物于港口的巴西模式的前提下，数字化提单的应用与发展不会引发类似风险。

此外，马士基、地中海航运、达飞等大型航运企业正大力推进海运电子提单签发与应用²⁹，这将减轻我国即将推进的“无纸化通关”政策的压力。我国港口系统应做好与航运企业系统中的电子提单数据的对接，尤其是在数据安全、真伪识别、操作模式等方面予以高度关注。而关于数字提单的应用，建议待电子提单的“无纸化通关”运行成熟以后，再视我国数字改革成果情况、海商事法律规定的完善以及航运市场的反馈再行探讨。

（二）宏观层面——如何把握好航运贸易数字化方向

航运贸易数字化决策将不断产生与完善，为确保相关决策发挥实效，应当重视以下几个必要路径：

1. 防止干涉航运主体法律权利义务

在社会治理中，政府既不能怠于履行职责，也不能过度干预市场，而是要严格按照法定范围和程序来维护市场秩序³⁰。航运贸易数字化建设不仅是为“打造一流的智慧港口”，更是为通过港口航运转型升级，助推我国的社会经济发展，实现“经济要发展，国家要强大，交通特别是海运首先要强起来”的目标要求³¹。巴西法律强制要求承运人货交港口，剥夺了承运人物理控制货物的权利。虽然允许其在特殊情形下通过数字系统控制货物，但因未执行到位，可能引发承运人无法援引免责条款的后果。而对正本提单持有人而言，此种干涉传统放货模式的政策使其承担了交易不能甚至货物灭失的风险。因此，我国要以此为鉴，数字化建设初期主要以提高贸易流程效率为发展方向，应尽量不干涉航运主体在法律法规项下的基本权利义务。

²⁸ 李倩雯，方舟，陈婷：《上海国际航运中心数字化转型发展的相关建议》，载《中国港口》2022年第5期。

²⁹ Eyal Peer & Serge Egelman, et al., Nudge Me Right: Personalizing Online Security Nudges to People's Decision-Making Styles, *Computers in Human Behavior*, Vol. 109:1, p. 1-9 (2020).

³⁰ 参见《“一带一路”峰会航运贸易数字化合作白皮书擘画新蓝图》，载《人民日报》2023年10月18日。

可采取收集司法建议、研究法律政策、航运市场调研等方式掌握可能引发纠纷的流程节点，并审慎开展此类节点的数字化改革。

2. 做好利益平衡与价值平衡

一方面，要做好船货双方的利益平衡。航运贸易数字化的会对传统的船货双方的权利义务产生细微影响，在制定完善过程中要注重数字化成果以及数字化操作流程的合理分配。在航运贸易数字化建设探索阶段的当下，建议先从线下实务操作的线上数字化转换为基本方向，不改变船货双方在航运流程中原本的权利义务分担。另一方面，要做好效率价值与安全价值的平衡。“效率原则在作为公平的正义中处于从属地位”³²，在追求效率价值的过程中更要重视安全价值。应当关注数字经济下的数据或信息领域的安全问题，发挥风险防控对策的效能³³。要持续加强数据安全防控技术对策研究，谨防商业数据及个人信息的泄露与篡改事故。建议由政府牵头，集合我国航运企业、高校、银行、保险企业等相关主体，做好数据的分层分类管理，构建航运数据分类分级安全管理体系³⁴。

3. 注重与传统航运惯例的衔接

航运贸易数字化建设应秉承审慎态度，不可激进，应注重与传统航运惯例的衔接。一是做好传统航运惯例的数字化转换。我国在推进航运贸易数字化过程中应充分尊重航运市场运行已久的行为规范，顺应航运发展趋势与航运主体实际需求，先把传统航运惯例的数字化转换运行到位。对航运惯例的数字化转换是航运贸易数字化建设的根基。先把基础打牢，才可谈创新。二是循序渐进地推进创新性举措。在坚持传统做法的基础上，任何的创新举措都应进行充分的调查和研判。即使落地执行，也应采取“小范围试点”的方式，在完善矫正过程中形成有效模板。再在全国有计划、有步骤地推广落地。

四、海事司法辅助决策功能的应用方法模型

上文以巴西无单放货系列纠纷为分析样本，应用海事司法辅助决策方法，为我国航运贸易数字化建设提出司法建议。该功能的应用方法如图2所示。

¹⁹ 彭德雷：《数字贸易的“风险二重性”与规制合作》，载《比较法研究》2019年第1期。

²⁰ 张磊，陈晨：《“携手前进”与推动绿色、数字经济发展——新加坡2023年回顾与2024年展望》，载《东南亚纵横》2024年第1期。

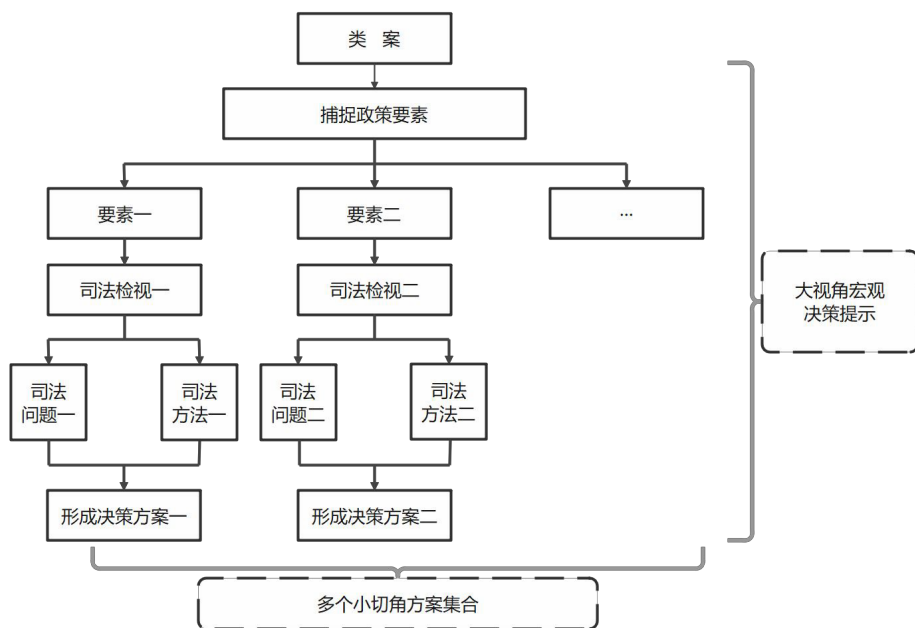


图 2 海事司法辅助决策功能应用方法

（一）从类案中捕捉政策要素

关于类案选取方法，海事司法辅助决策功能发挥的类案类型与统一法律适用中的类案的概念有所不同，更倾向于从社会治理的视角，以特定的社会运行领域或社会现象为分类要素。关于分类细致程度，应当以所辅助决策的政策范畴为参考。类案所捕捉的政策要素通常无法完全涵盖政策所需，可以通过多个辅助决策成果共同助力一个政策。关于要素提取规范，应坚持全面原则。任何与政策问题相关的要素都应予以提炼，即使非普遍性问题。辅助决策的目的是尽可能提出最为详尽的参考依据，而是否足以采纳是政策制定者所决定的。捕捉政策要素作为海事司法辅助决策流程中的第一步，细微的缺失可能会对最终的辅助决策结果产生较大影响。

（二）从要素中提炼司法问题与司法方法

根据所提取的要素，将对类案进行第二次细化。围绕特定的政策要素，进行司法检视，即寻找该要素所引发的具体司法问题。例如，在上文巴西无单放货类案的

²¹ 蒋敏娟，黄璜：《数字政府：概念界定、价值蕴含与治理框架——基于西方国家的文献与经验》，载《当代世界与社会主义》2020年第3期。

²² 赵骏：《“一带一路”数字经济的发展图景与法治路径》，载《中国法律评论》2021年第2期。

²³ 敬雅斌：《加强信用赋能投资贸易自由便利的思考——立足于临港新片区特殊经济功能区建设》，载《科学发展》，2023年第12期。

具体应用中，提炼了“解锁”的数字改革政策要素后，在类案库中抓取“解锁”相关案例，总结出了引发的承运人责任难以认定的司法问题。在找到司法问题后，对类案进行第三次细化，以问题为导向寻找个案的司法解决方法，并汇聚整合。这是形成决策方案的关键一步，司法方法最终将影响决策方案的走向。在提炼司法方法过程中，应遵循“多数意见”，将显然与大部分法官意见相左的特殊案件数据予以剔除，最终形成司法方法的有效数据库。

（三）针对性提出决策方案

针对上一步提炼出的一系列司法问题，并参考相关的司法方法，分别提出具有针对性的预防性举措。例如在上文中，由大数据工具决策的巴西分级分类放货政策引发了无单放货，从类案中提炼出的司法方法为：为实现公平正义价值，在绿色通道无单放货的情形下，若承运人无其他过错，则认定其已丧失货物控制权，可援引《无单放货》第7条免责。参考该司法问题与司法方法，总结出在航运贸易数字化建设中大数据分析空间在时间和空间上的适用范畴，以及价值平衡方法。决策方案的形成在前述分析成果基础上，还应结合政策制定的社会现状予以综合考量。

（四）“小切角 + 大视角”保障决策的实效性与全面性

一方面，通过“小切角”深度分析方法保障决策的实效性。海事司法辅助决策功能的定位并非大而广，而是在坚持高站位的前提下做到小而精，确保每一个辅助决策建议都能扎实发挥预防社会问题的效果。另一方面，在作出每一个辅助决策分支以后，集中所有“小切角”分支成果，整合出“大视角”下的宏观层面的提示，确保辅助决策成果的全面性。“小切角 + 大视角”的决策整合方法有助于给予政策制定最细致的司法视阈下的辅助决策参考。

结语

海事司法辅助决策是海事司法能够实实在在参与到社会源头治理的可行性途径之一，是服务党和国家大局、实现促进经贸航运发展目标、回应司法实践需求³⁵的一项有益尝试。随着相关研究的深入与实践的积累，能动司法的方式将更多元，海事司法服务保障国家战略功能的发挥将取得更多成果。

²⁴ 王健，诸子怡：《全球普惠贸易发展带来的新挑战》，载《经济导刊》2023年第6期。

²⁵ 以上海国际航运研究中心为例，其建立了港航大数据实验室，其发布的各类大数据分析成果得到市场普遍认可。

²⁶ 张欣：《上海智慧港口建设的思考和建议》，载《中国港口》2021年第5期。

²⁷ 章建方，郑文丽，吴绍精，李文武：《国家标准〈进口清关程序简化指南〉解读》，载《中国标准化》2023年第21期。

²⁸ 参见上海口岸电子EIR平台：<https://eeir.sipg.com.cn/>。

²⁹ 《DCSA成员承诺2030年100%采用电子提单》，载《中国航务周刊》2023年第9期。

³⁰ 上海市浦东新区人民法院课题组，余楠，江帆：《中国特色自由贸易港建设的法治框架：目标与路径——以自由贸易港行政监管和司法保障为视角》，载《法律适用》2019年第17期。

³¹ 2019年1月，习近平总书记在天津港考察时所作的重要指示。

³² [美]约翰·罗尔斯：《正义论》，何怀宏、何包钢、廖申白译，中国社会科学出版社1988年版，第310页。

³³ 张守文：《数字经济发展的经济法理论因应》，载《政法论坛》2023年第2期。

³⁴ 徐凯，罗岚，张敏：《数字化浪潮下航运数字化标准体系建设的困境与对策》，载《中国水运》2023年第6期。

³⁵ 胡方：《海商法与中国式现代化》，载《珠江水运》2023年第20期。

售后回租型船舶融资租赁中 船舶所有人的风险检视和 破解路径

惠林 孙蕾*

【摘要】

船舶融资租赁作为航运业的重要融资手段，对航运业的发展起到重要的促进作用。船舶融资租赁涉及多行业、多合同多主体，又受到多种法律规范的规制，船舶所有人面临着较大的风险。为了保障船舶融资租赁业务中船舶所有人的合法利益不受损害，促进船舶融资租赁业务的蓬勃发展，以售后回租型船舶融资租赁业务为切入点，全面分析船舶所有人可能面临的风险，探究防范、降低船舶所有人风险的可行措施。

【关键词】

船舶融资租赁 售后回租 船舶所有人风险 防范进路

一、引言

现代航运业作为畅通国内外物流供应链的关键环节，承担了全球贸易 90% 以上的货运量。但其作为资金密集型产业，所具有的投资金额大、回报周期长等特点，常常使船舶经营人望而却步。船舶融资租赁作为集金融、贸易和租赁于一体的新型方式，在全球金融危机大背景下逆势而起，发展成为航运业仅次于银行贷款的重要融资方式，一定程度上解决了航运业资金融通和风险管理等问题。近年来，我国政府亦出台多项有关船舶融资租赁的政策，旨在促进船舶融资租赁行业的发展、激发船舶融资租赁市场的蓬勃活力，如《国务院办公厅关于加快融资租赁业发展的指导意见》《关于促进金融租赁行业健康发展的指导意见》。在政策层面的大力支持下，越来越多的金融主体如银行、金融公司开始进入船舶融资租赁领域。金融主体虽具有融资租赁的专业背景，但却缺乏航运业专业知识，对相关法律风险知之甚少，更

* 惠林，江苏省高级人民法院审判员；孙蕾，南京海事法院海商庭二级法官助理。

遑论对风险的防范，致使船舶融资租赁纠纷逐步增多。船舶所有人作为出资方，系船舶融资租赁中的重要一环，对船舶所有人权利的保护，对于船舶融资租赁行业和整个航运业的健康发展都起着至关重要的作用。

二、船舶融资租赁的现状

船舶融资租赁作为融资租赁的分支，在现行法律未对船舶融资租赁作出明确定义的情形下，解析船舶融资租赁必然要从融资租赁入手理解。《中华人民共和国民法典》（以下简称民法典）第 735 条对融资租赁合同作出定义：融资租赁合同是出租人根据承租人对出卖人、租赁物的选择，向出卖人购买租赁物，提供给承租人使用，承租人支付租金的合同。由此可以推知，船舶融资租赁即船舶融资租赁的出租人根据承租人对船舶出卖人以及租赁物船舶的选择，向出卖人购买船舶，提供给承租人使用，承租人支付租金的租赁形式¹。由此，船舶融资租赁具有明显的融资和融物双重特征。

（一）船舶融资租赁主要业务模式

根据船舶融资租赁过程中融资款项的来源不同，可将现有主要船舶融资租赁模式分为单一租赁模式和杠杆租赁模式。

1. 单一租赁模式

该种租赁模式下，融资款项均来源于出租人，对出租人的资金要求较高，但优势在于因出资方为单一主体，在出借资金过程中出资方具有绝对话语权，履行过程中会减少沟通协调成本。该模式多为银行或大型金融机构等实力雄厚的主体选择使用。单一租赁模式下，根据船舶的购买来源不同，又可进一步区分为直租和售后回租两种模式，直租模式下船舶卖方为外部第三方，而售后回租模式下船舶卖方即为承租人²。直租为最传统的模式，即出租人作为买方与卖方签订船舶买卖合同，支付对价购得船舶，再与承租人签订船舶租赁合同（见图 1），该模式下是“借钱不见钱”。

¹ 关正义：《论船舶融资租赁法律制度中的几个基本关系》，载《中国海商法研究》2016，第 27 期。

² 于梦瑶：《船舶融资租赁登记法律问题研究》，上海交通大学 2018 年硕士学位论文，第 7 页。

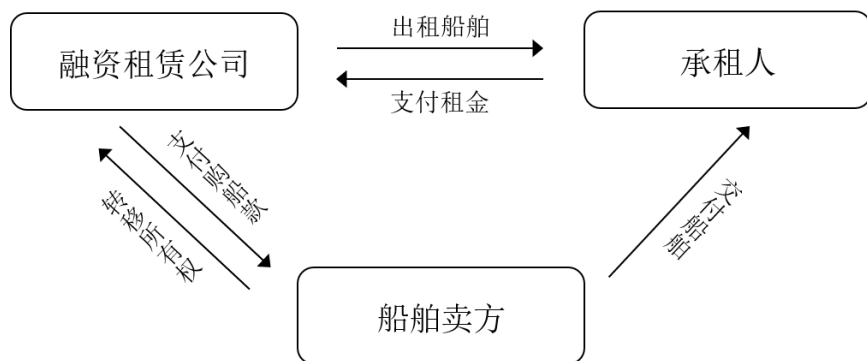


图 1

售后回租模式则将“融资”的作用发挥到极致，采取这种模式的承租人一般拥有自有船舶，只是缺乏资金周转，亟待筹措资金。具体实施方式为承租人先与融资租赁公司签订买卖合同，将船舶出售给融资租赁公司，再与其签订租赁合同，通过占有改定的方式将已售船舶租回继续使用经营的模式（见图 2），该模式下是“借钱且见钱”。在该模式运行初期，很多学者认为其并非真正意义上的船舶融资租赁，实为借款。直至最高人民法院在 [1999] 经终字第 410 号案中认为，售后回租是融资租赁的一种特殊形式，其特殊性在于出卖人与承租人为同一人，这一点并不影响融资租赁回租作为融资租赁的一种形式，它同样具有融资租赁的法律特点，仍应适用有关融资租赁的法律来调整各方当事人之间的关系¹。至此售后回租型融资租赁在实践中得以确认。2014 年颁布的《关于审理融资租赁合同纠纷案件适用法律问题的解释》² 则首次在立法层面确认了售后回租型融资租赁的合法性。该模式下，船舶的承租人与出卖人、出租人与买受人合为一体，承租人日常经营不受影响，又可迅速盘活固定资产增加流动资金，还可改善财务状况和资金结构、改善银行信用条件³，受到较多的船运公司的青睐。

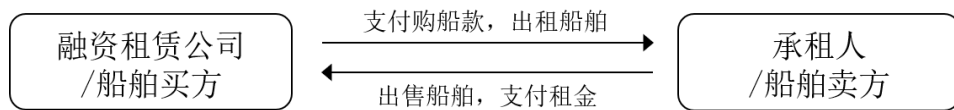


图 2

¹ 王益平：《售后回租的认定难点与识别思路》，载上海市第二中级人民法院官网，

<https://www.shezfz.com/view.html?id=569902&eqid=ec46a6e400003be80000006645c3b1c>。

² 《关于审理融资租赁合同纠纷案件适用法律问题的解释》第二条规定，承租人将其自有物出卖给出租人，再通过融资租赁合同将租赁物从出租人处租回的，人民法院不应仅以承租人和出卖人系同一人为由认定不构成融资租赁法律关系。

³ 浙江建设融资租赁有限公司：《内河船舶融资租赁的市场机会与风险分析》，载浙江省租赁业协会官网 2022 年 5 月 5 日，<https://mp.weixin.qq.com/s?biz=MjMSMDAzNzU1MA==&mid=2650224807&idx=2&sn=26997d4d6a8d0bb756a11b0570e0c689&chksm=be497be6893ef2f0650befbc40e4c4f6e02bd34c48ab3a398681312b30394b197246538b0c76&scene=27>。

2. 杠杆租赁模式

当租赁物价值较高，单一融资租赁公司无法负担的情况，融资租赁公司往往会选择杠杆租赁模式，即以少量自有资金出资，再以租赁物抵押方式向银行等金融机构贷款以补足剩余出资，在租赁物交付承租人后，以承租人支付的租金偿还金融机构贷款（见图3）。该模式下，金融机构的介入，使得融资租赁公司得以分散风险，即使由于船舶所有权和使用权的分离而出现船舶灭失等情形，融资租赁公司的损失也得以大幅减少。

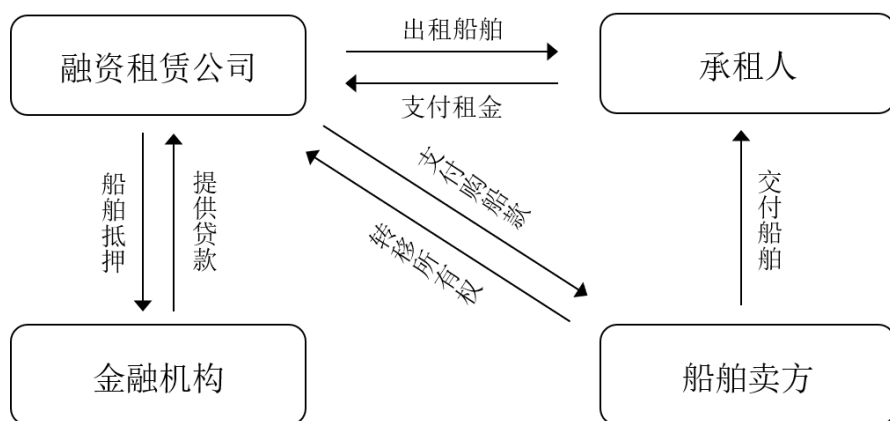


图 3

上述经营模式中，以售后回租型最为普遍，其除了存在传统融资租赁的交易风险之外，还因其特殊的交易架构和机制，产生很多特有的风险，使得船舶所有权人疲于应对。本文拟从售后回租型融资租赁入手，从现行法律规定的缺失，分析该模式下船舶所有权人可能面临的风险及应对措施。

（二）船舶融资租赁现行立法缺位

船舶融资租赁业务发生纠纷时，当事人往往选择查阅相关法律、法规，试图寻找相关法律条文以支持自己的主张。但融资租赁业在我国仍处于发展初期，规制融资租赁业务的单行法《融资租赁法》尚未出台¹。当相关法律规定缺失甚至空白时，当事人在出现纠纷时将无所适从。

1. 民法典中相关规定

而光船租赁中的所有权归属出租人（除非约定有租购条款）。学界在多年的研

¹ 2006年，《中华人民共和国融资租赁法（草案）》曾向社会公布，并公开征求意见，但并未正式出台。

² 关正义：《论船舶融资租赁法律制度中的几个基本关系》，载《中国海商法研究》，2016年第27期。

究中也意识到了海商法中此部分的缺失，并借着海商法修改契机，多次提出建议。2018年海商法修改课题组曾召开船舶融资实务界专场征求意见会，以听取各界对在海商法中增补船舶融资租赁条款的意见。上海海事大学胡正良教授曾在其发表的《我国〈海商法〉修改的基本问题与要点建议》中建议在船舶租用合同章节增设船舶融资租赁合同一节，以规定船舶融资租赁合同的定义，设立船舶融资租赁合同与光船租赁合同相区别的特别规定¹。

3. 相关司法解释

最高人民法院出台的《关于审理融资租赁合同纠纷案件适用法律问题的解释》对融资租赁合同的认定和效力、合同的履行和解除以及违约责任等问题做了相应解释²，明确了融资租赁的相关法律行为和法律后果。但是，并没有对船舶、飞机等特殊动产租赁物予以专门规定。鉴于船舶在法律适用及行政登记均有其明显特点，上述司法解释可以作为解决船舶融资租赁法律适用的基本遵循，却不能成为解决船舶融资租赁纠纷的全部特殊性法律适用。

三、船舶融资租赁中船舶所有人面临的风险

1. 任何融资方式均存在一定风险，船舶融资租赁也不例外。售后回租型融资租赁除普通融资租赁具有的风险外，还因其特殊的交易架构和机制会如前所述，民法典中沿用了原《中华人民共和国合同法》第十四章关于融资租赁合同的相关规定，对普通融资租赁合同的基本法律特征及合同主体的权利义务进行了规定，但船舶作为特殊动产，具有物权特殊性，也涉及大量与船舶相关的海商法上的权利，与一般财产的融资租赁有明显的区别，仅用民法典中的一般规定来解决船舶融资租赁中的纠纷难免显得力不从心²。

2. 其他法律的相关规定《中华人民共和国海商法》（以下简称海商法）作为与船舶相关的专门法，亦未对船舶融资租赁进行明确规定，仅在船舶租用合同章节对船舶租用合同、定期租船合同、光船租赁合同进行了规定。因船舶融资租赁中涉及光船租赁，且实务中船舶登记机关往往将船舶融资租赁的承租人登记为光船承租人，故在司法实践中解决船舶融资租赁纠纷通常适用《海商法》中有关光船租赁的相关规定。但是船舶融资租赁不能简单等同于光船租赁，船舶融资租赁涉及船舶买卖、光船租赁双重法律关系，不宜割裂开来予以考虑；而且船舶融资租赁中租赁期

¹ 胡正良、孙思琪：《我国海商法修改的基本问题与要点建议》，载《国际法研究》，2017年第1期。

² 祝默泉：《船舶融资租赁登记的法律问题研究》，大连海事大学2019年硕士学位论文，第3页。

限届满后船舶所有权通常归属承租人，出现一些特有的风险。

（一）法律关系认定困境

如前所述，售后回租型融资租赁具有明显的“融资”特性，承租人经常以双方之间名为“融资租赁”实为“借款”进行抗辩，具体理由一般为船舶所有权未变更或高值低卖。

1. 未变更船舶所有权登记的法律关系认定

售后回租型融资租赁因承租人和船舶卖方的身份重合，承租人为使用便利，融资租赁公司为避免船舶登记所有权人所承担的法律风险，往往不进行船舶所有权变更登记，仅在合同中约定“合同签订时船舶所有权转移至出租人”。另外，根据我国《船舶登记条例》第二条的规定，“主要营业所在我国境内的企业法人的船舶可在我国登记，但有外商出资的，中方投资人的出资额不得低于50%”，即中外合资企业如外资占比超过50%，其客观上无法在我国境内登记为船舶所有人。故而，认定未变更船舶所有权登记情形下是否形成融资租赁法律关系显得尤为重要。

根据《最高人民法院关于审理融资租赁合同纠纷案件适用法律问题的解释》第一条的规定“人民法院应当根据民法典第七百三十五条的规定，结合标的物的性质、价值、租金的构成以及当事人的合同权利和义务，对是否构成融资租赁法律关系作出认定。对名为融资租赁合同，但实际不构成融资租赁法律关系的，人民法院应按照其实际构成的法律关系处理。”结合检索到的案例¹，可知在审判实践中，法院主要审查判断租赁物是否客观存在且所有权由出卖人转移给出租人，以此来确认法律性质。若无确定的、客观存在的租赁物，亦无租赁物的所有权转移，仅有资金的融通，不构成融资租赁合同关系。回到船舶融资租赁，船舶属于特殊动产，具有动产的特征但又因巨大的经济价值和庞大的外形以及相对固定的所有人而与不动产相提并论，因此国家通过设立登记制度来加强对船舶的监督管理。民法典第二百二十五条规定“船舶、航空器和机动车等的物权的设立、变更、转让和消灭，未经登记，不得对抗善意第三人。”由该条规定可知，我国对特殊动产船舶采取了登记对抗制度而非登记取得制度。因而，只要出租人按照动产所有权转移要求进行交付（包括占有改定），即使船舶并未进行所有权变更登记，亦可认定船舶所有权已经变更，并不影响融资租赁关系的认定。

¹（2020）最高法民终1154号案中，认为“租赁物（不动产）的所有权从未从出卖人处转移至出租人则无法实现真正的融物，亦无法对租赁债权进行担保。该类融资租赁合同仅有资金流转没有融物属性，名为融资租赁实为借贷”。（2016）最高法民终286号案中，认为“没有确定的、客观存在的租赁物，亦无租赁物的所有权转移，仅有资金的融通，不构成融资租赁合同关系。”

2. 高值低卖下的法律关系认定

赁合同司法解释的理解与适用》一书中解释“标的物的价值及租金构成，主要针对的是以价值明显偏低、无法起到担保租赁债券实现的情形，此时仅有融资之实，无融物之实。”《金融租赁公司管理办法》第36条、《融资租赁公司监督管理暂行办法》第17条则规定，售后回租业务中，金融租赁公司或融资租赁公司对租赁物的买入价格应当由合理的、不违反会计准则的定价依据，不得低值高卖。由此可见，现有的法律规定及监管办法均明确不得低值高卖，但未对高值低卖作出规定。本文认为，融资租赁与一般买卖有所区别，一般买卖基本遵循等价交换的原则，但在融资租赁中，出租人的本意并不在于占有、使用租赁物，而是将其作为其租金债权的担保。即使租赁物存在高值低卖的情形，但并不影响租赁物担保租金债权的功能，且承租人低卖租赁物可能与其融资的紧迫性相关，这涉及到承租人在商业活动中对利益衡量。在法律没有明确禁止高值低买且无损害第三方利益的情形下，应尊重当事人的意思自治，认可其合法性，而不应以司法公权力阻碍私权力的行使¹。

（二）承租人擅自处分船舶

如前所述，在某些情形下，出租人并未进行船舶所有权变更登记，即船舶登记所有人依旧为承租人。此时，承租人有可能利用其登记所有人的身份，恶意出售租赁物或抵押船舶以获取利润。船舶作为不动产，其在船舶登记机关进行的船舶所有权登记，具有对外公示效力，相对人依据所有售后回租型融资租赁下承租人将自有船舶以一定价格出售给出租人，再以支付租金的方式获取船舶使用权，出租人的目的系赚取利润，而非购买船舶，故其签订的买卖合同价格不一定与船舶实际价值相符，一般约定的买卖价格会低于船舶实际价格，故而承租人会认为船舶买卖合同因明显的高值低卖而无效，即不具备“融物”的性质。《最高人民法院关于融资租权登记及船舶实际占有、使用情况，在无相反证据的情况下，完全有理由相信出租人具有处分该船舶的权利，在相对人支付合理对价并进相关登记后，则构成善意取得。而出租人作为实际所有人则处于不利地位，仅能向承租人索赔，而无法要求善意第三人返还船舶或取消抵押。2014年《最高人民法院关于审理融资租赁合同纠纷案件适用法律问题的解释》第9条¹和民法典第七百四十五条对此也有明确规定，这就意味着，在船舶融资租赁期间，承租人如果转卖或抵押船舶，第三人有可能依据

¹ 威海荣：《高值低卖售后回租交易应认定为融资租赁》，载《人民法院报》2015年7月22日。

民法典第三百一十一条而获得所有权或抵押权。出租人即使诉至法院,主张买卖合同无效,亦很难得到人民法院支持。虽然该条下半句也规定了例外情形,即当案件满足例外情形中的一种时,出租人的主张也有可能得到支持。例外情形包括:(一)出租人已在租赁物的显著位置作出标识,第三人在与承租人交易时知道或者应当知道该物为租赁物的;(二)出租人授权承租人将租赁物抵押给出租人并在登记机关依法办理抵押权登记的;(三)第三人与承租人交易时,未按照法律、行政法规、行业或者地区主管部门的规定在相应机构进行融资租赁交易查询的;(四)出租人有证据证明第三人知道或者应当知道交易标的物为租赁物的其他情形。²虽然2014年《最高人民法院关于审理融资租赁合同纠纷案件适用法律问题的解释》第9条现在已经废止,但是根据民法典第三百一十一条以及《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉有关担保制度的解释》第五十四条、第六十七条的规定,出租人若主张可以对抗第三人,则需证明第三人非善意,出租人在举证不能的情况下需承担不利后果。即使出租人举证顺利,其主张得到法律的支持,但其付出的人力、物力成本依然不可小觑。

(三) 沉船强制打捞、船舶油污损害风险

船舶融资租赁模式下,船舶所有人与船舶使用人分离,船舶在承租人控制之下,船舶所有人很难对船舶运营中的风险进行规避,一切只能依赖于船舶承租人的安全注意程度,这就导致在现有法律体系下,船舶所有人会因船舶承租人运营中出现的事故而承担不可推卸的法律责任。

1. 船舶所有人的沉船强制打捞义务

船舶发生事故沉没后,如沉船未能被及时打捞,将危及公共航行安全及海上生态环境。故而现有法律法规,对沉船打捞义务主体进行了规定,赋予其强制义务。从国际公约来看,《2007年内罗毕国际船舶残骸清除公约》对我国生效,该国际公约规定船舶残骸确定、标记和清除费用的赔偿责任主体是船舶所有人。从国内立法来看,1957年颁布的《中华人民共和国打捞沉船管理办法》规定打捞主体为沉船所有人;1984年颁布的《中华人民共和国海上交通安全法》及《内河交通安全管理条例》将打捞主体拓宽到沉船经营人,2021年修订的《中华人民共和国海上交通安全法》还将打捞主体拓宽到了沉船管理人。但无论是国外还是国内立法,即使将义务主体

¹ 《最高人民法院关于审理融资租赁合同纠纷案件适用法律问题的解释》第9条规定,承租人或者租赁物的实际使用人,未经出租人同意转让租赁物或者在租赁物上设立其他物权,第三人依据物权法第一百零六条的规定取得租赁物的所有权或者其他物权,出租人主张第三人物权权利不成立的,人民法院不予支持,但有下列情形之一的除外……”

² 李莹莹:《船舶融资租赁权利冲突分析》,载《中国海商法研究》2018年第29期。

拓宽到经营人和管理人，但依旧未免除沉船所有人的打捞义务。换言之，即使在船舶融资租赁情形下，船舶实际由承租人占有、使用，船舶所有人无法控制船舶，但其依旧会因其船舶所有人身份而成为承担责任的主体。

2. 船舶所有人的船舶油污损害责任承担

我国目前尚未制定船舶油污损害民事赔偿方面的专门法，相关的规定散见于各种法律和行政法规之中。在国际公约方面，我国加入的1992年《国际船舶油污损害民事赔偿责任公约》将船舶所有人定为为责任主体，2001年《燃油污染民事责任国际公约》则将“船东”作为责任主体，显然此处“船东”并未将船舶所有人排除在外。《海洋环境保护法》第89条规定“造成海洋环境污染损害的责任者，应当排除危害，并赔偿损失”。《防止船舶污染环境管理条例》亦引用了《海洋环境保护法》的上述规定。《最高人民法院关于审理船舶油污损害赔偿纠纷案件若干问题的规定》第3条则从侧面肯定了船舶所有人承担赔偿责任。¹ 综上，在相关的国际条约或者国内法律中，在发生油污损害的情况下，往往都将所有人作为责任人甚至是第一位的直接责任人，有些责任主体虽然并不明确，但也不能将所有人排除在外²。

（四）优先权、留置权对所有权的冲击

船舶优先权及留置权是《海商法》规定的可能在船舶运营过程中产生的船舶担保物权。船舶优先权及留置权针对船舶而产生，并不因船舶所有人的不同而有所变化。且根据《海商法》的立法本意，无论是船舶优先权还是留置权均优先于出租人的所有权。

1. 船舶优先权的冲击

船舶优先权是指海事请求人依照海商法第二十二条的规定，向船舶所有人、光船承租人、船舶经营人提出海事请求，对产生该海事请求的船舶具有优先受偿的权利。¹ 船舶优先权是附着在船舶上的法定权利，无法通过出租人与承租人的约定而规避，《海商法》第二十二条²对优先权所担保的五种债权予以罗列，一旦出现这五种情形，债权人可以通过向扣押的方式行使船舶优先权。当船舶被法院扣押，出租人面临两种选择，一是向法院提供充分的担保（现金担保或保险公司出具保函）以申请解除扣押或替承租人履行债务，法院在审查后予以解封，但让出租人为承租人承担营运中产生的债务，明显增加了出租人的成本；二是不采取措施，等待法院

¹ 《最高人民法院关于审理船舶油污损害赔偿纠纷案件若干问题的规定》第3条规定“两艘或者两艘以上船舶泄露油类造成油污损害，受害人请求各泄露油船舶所有人承担赔偿责任，按照泄露油数量及泄露油类对环境的危害性等因素能够合理分开各自造成的损害，由各泄露油船舶所有人分别承担责任；不能合理分开各自造成的损害，各泄露油船舶所有人承担连带责任。但泄露油船舶所有人依法免于承担责任的除外。”

² 蔡丽：《船舶融资租赁下船舶所有人面临的特殊风险及其防范》，华东政法大学2020年硕士学位论文，第24页。

裁决，此时法院有可能因船舶长期扣押产生的费用远高于船舶价值等客观原因，依当事人申请对船舶进行拍卖、变卖，那用以担保出租人租金的担保物将不复存在。换言之，优先权一旦产生，在承租人无法妥善解决的情况下，出租人必然面临一定的财产损失。

2. 船舶留置权的冲击

《海商法》第二十五条第二款规定，前款所称船舶留置权，是指造船人、修船人在合同另一方未履行合同时，可以留置所占有的船舶，以保证造船费用或者修船费用得以偿还的权利。船舶留置权在造船人、修船人不再占有所造或者所修的船舶时消灭。在售后回租型融资租赁中，船舶为已建成已交付的船舶，故几乎不存在造船人留置权的问题。但承租人在运营船舶过程中，难免出现船舶进行维修的情况，承租人如不能支付相应维修费用，修船人可以留置所修船舶，而不论船舶所有人是谁。此时，出租人面临与前述优先权一样的抉择，即替承租人履行债务或承担船舶可能被拍卖、变卖的风险，无论何种选择均是对出租人所有权的变相冲击。

四、船舶融资租赁中船舶所有人风险的防范进路

船舶融资租赁由于涉及到不同于一般动产的船舶而不可避免的遇到前文所述风险。出租人只有正视风险的存在，探索寻找合适的风险防范进路，才能最大限度避免损失。

（一）健全船舶融资租赁法律制度和登记制度

船舶融资租赁作为金融、航运的结合产物，所涉专业较多较杂，需要多方面的专业支持。国际著名租赁专家美国的阿曼波先生认为“随着租赁业的诞生，至少有四大支柱影响该行业的发展。它们分别是法律理念、税务、金融会计和行政法规。在这四大支柱之间，特别是法律理念、税务和行政法规之间的细微差别可能对数量、增长以及市场渗透率方面产生积极或消极的影响。”¹然而，对如此复杂的交易，我们现行法律对此并无专门规定。今年正值《海商法》施行三十周年，笔者建议借《海商法》修改契机，可以在其中“船舶租赁合同”章增设“船舶融资租赁合同”一节，对合同特征、权利义务作出明确规定，一则，船舶融资租赁与船舶密切相关，将其设立在《海商法》中，体例设计完整，且在已有法条上进行增加，立法成本尤其

¹ 司玉琢、李志文：《中国海商法基本理论专题研究》，北京大学出版社 2009 年版，第 88 页。

² 《中华人民共和国海商法》第二十五条规定，第二十二条 下列各项海事请求具有船舶优先权：（一）船长、船员和在船上工作的其他在编人员根据劳动法律、行政法规或者劳动合同所产生的工资、其他劳动报酬、船员遣返费用和社会保险费用的给付请求；（二）在船舶营运中发生的人身伤亡的赔偿请求；（三）船舶吨税、引航费、港务费和其他港口规费的缴付请求；（四）海难救助的救助款项的给付请求；（五）船舶在营运中因侵权行为产生的财产赔偿请求。载运 2000 吨以上的散装货油的船舶，持有有效的证书，证明已经进行油污损害民事责任保险或者具有相应的财务保证的，对其造成的油污损害的赔偿请求，不属于前款第（五）项规定的范围。

是时间成本低,可以最快速度出台,以解融资租赁业的燃眉之急;二则,船舶融资租赁虽与船舶租赁有所区别,但不可否认两者亦具有很高的相似性,将船舶融资租赁加入“船舶租赁合同”章,可以补齐该章的缺失,也方便对比二者的异同。²另外,现行船舶融资租赁登记规定缺乏且混乱,亟需完善船舶融资租赁的登记制度。如前所述,出租人未进行船舶所有权变更登记衍生诸多风险。解决该问题,主要路径有二,其一,在船舶所有权证书中设立船舶融资租赁这一登记事项。登记机关根据当事人提供的船舶融资租赁合同,在进行形式审查后,尊重当事人意思自治,在船舶所有权证书上予以记载³。其二,如当事人未在登记机关进行登记,明确当事人亦可在我国人民银行征信中心建立的动产融资统一登记平台进行融资租赁登记。《国务院关于实施动产和权利担保统一登记的决定》规定,自2021年1月1日起,中国人民银行征信中心动产融资统一登记公示系统成为在全国范围内实施动产和权利担保统一登记的平台,并将融资租赁的担保类型纳入登记范围。故中国人民银行征信中心动产融资统一登记公示系统是法定的登记平台,具有对外公示效力。如当事人在其上进行过登记,亦得认可其效力。

(二) 完善租前租后管理制度

出租人在和承租人签订船舶融资租赁合同时,要提前做好租前审核工作,对承租人的经营情况、信用情况予以评估,对风险等级较高的承租人选择不予签订合同或提高租金、设定违约条款等方式来规避风险。签订船舶融资租赁合同后,出租人面临的很多风险都与其不掌握使用权,无法了解船舶运营情况所致。由于船舶融资租赁金额较大,一般都是中长期项目,建议融资租赁期间,出租人与承租人之间保持密切沟通,以便出租人对船舶运营情况有所了解,良好的租后管理可以起到有效预警风险的作用,提高租赁资产质量,保障租赁资产安全。出租人可以采取定期检查和不定期抽查方式相结合,对船舶运营近况、承租人债务情况、船舶抵押等情况进行了解,对航海日志进行必要的检查,与船员进行交流谈话,将收集到的信息进行整合分析,从而判断承租人的偿还能力及船舶运营风险,必要时对船舶安全运营管理提出建议意见,对承租人进行风险提示等。一旦发现承租人存在债务纠纷,及时督促承租人及时履行对第三方的义务,从而最大限度防范承租人因运营不当给出租人造成损害。

¹ 李莹莹:《船舶融资租赁自物权与优先权抵牾问题探析》,载《河北法学》2016年第34期。

² 王国华,海燕:《船舶融资租赁出租人之特殊风险研究——以船舶优先权风险为视角》,载《中国海商法研究》2019年第30期。

³ 田雅倩:《船舶融资租赁登记法律问题的规范性分析——以上海自贸区实践为视角》,载《研究生法学》2016年第32期。

（三）设立履约担保

船舶融资租赁作为商事交易的一种，法律最大限度尊重和保护当事人的意思自治原则。出租人和承租人可在订立船舶融资租赁合同时，可以设立履约担保，如可约定承租人先支付一笔保证金，以防止船舶运营中可能给出租人造成的损失，如无损失发生，在合同期满后出租人返还该笔保证金或冲抵租金。对于船舶优先权、留置权这些无法通过合同约定来避免的法定权利，一旦对出租人造成损失，出租人可以从保证金中直接支取款项抵扣损失，如保证金不足，则出租人有权对不足部分向承租人追偿。保证金制度虽不一定能完全覆盖出租人的损失，但一定程度上可以让出租人在面临风险时不处于完全被动的地步。出租人和承租人在订立船舶融资租赁合同时，亦可以要求承租人提供资信良好的保证人，对承租人在合同期间欠付款项及对出租人造成的损害承担连带保证责任，以防止承租人经营不善缺乏偿债能力。

（四）鼓励保险参与

对于融资租赁下的船舶所有人而言，保险的引入能够有效降低自身风险。通过船舶保险，船舶所有人能够将部分风险转嫁给保险人承担。在有些国家，法律甚至强制规定在船舶融资租赁业务中，承租人有义务依照出租人的要求进行投保。¹虽然我国现有法律对融资租赁业务投保事宜并无相关规定，但双方当事人可以在合同中自行约定，如承租人自负费用为租赁船舶投保必要的保险；或出租人投保后将保费分摊在租金中。船壳险、船东互助保险等险种都是船舶所有人较好的选择。船壳险主要针对船舶全损或部分损毁造成的损失进行理赔，可以最大限度避免租赁船舶受损事，船舶所有人既丧失船舶又无法收回租金的风险。同时，船壳险作为主险，可以投保附加险，常见的附加险船舶油污险对船舶所有人来说非常必要。除了商业保险，船舶所有人还可以船东的身份加入船东互保协会，进行互助保险的投保，我国《海商法》第二十二条规定中的一些项目，如船员遣返费用的给付请求、在船舶营运中发生的人身伤亡的赔偿请求、海难救助的救助款项的给付请求、船舶在营运中因为侵权行为产生的财产赔偿请求等都在船东互保协会的投保范围内，一旦发生上述事项，船舶所有人即可向船东互保协会进行理赔，而不必完全依赖承租人进行损失赔偿。且加入船东互保协会，可以享受作为会员的各项权利以及信息资源的共享，有助于船舶所有人掌握船舶动态和航运市场，从而做到对租赁船舶运营风险的

¹ 《塞尔维亚共和国融资租赁法》第 34 条：“承租人应承担规避办议所规定的风险的租赁物保险责任。”

把控。

五、结语

售后回租型船舶融资租赁在我国现有经济形势下具有较大的发展潜力，为船舶航运带来新的契机，但其特殊性、复杂性也使船舶所有人面临着诸多风险。引导船舶所有人深入了解相关风险，找到最优的防范措施，才能保持金融主体进入船舶融资租赁行业的热情，促进航运金融业健康稳定的发展。

殊途如何同归： 债权登记与受偿程序的 理解适用分歧与弥合

陈福林*

——以 29 篇期刊、辑刊文章为考察对象

【摘要】

《中华人民共和国民事诉讼法》第十章“债权登记与受偿程序”主要包含船舶拍卖款和海事赔偿责任限制基金的债权登记、确权及分配内容，是关系海事债权实现的重要环节。在二十余年的司法实践过程中，该内容在较好完成了其自身使命的同时，也因经济社会迅速发展而体现出了一定的制度兼容性不足和法律滞后性等问题，引发了不少理解适用争论。因此，在梳理归纳总结现有争论的基础上，从微观、中观、宏观三个层面分别提出弥合分歧的机制路径，通过个人思维流程范式、法院内部交流探讨机制、信息互联平台的运用等机制，着力促进债权登记与受偿程序规范的理解和适用统一。

【关键词】

债权登记与受偿程序 海事债权 《中华人民共和国民事诉讼法》

一、百家争鸣：债权登记与受偿程序的争论现状

中国知网收录的涉及海事债权登记与受偿程序的期刊、辑刊文章，能较好反映出实务和理论界对相关程序规范的争点和堵点。截至 2023 年 12 月 12 日，在中国知网中文总库以“海事债权登记”“船舶债权登记”“海事债权受偿”“船舶债权受偿”四组关键词进行检索，共有期刊、辑刊文章 66 篇。经手动剔除重复、无效、不相关文章，共得有效样本文章 29 篇。

（一）总体特征

1. 研究主体以海事法官为主 29 篇文章的作者主要来自司法实务界。就文章作者的职业分布而言，来自法院系统的有 21 篇，占 72.4%（图 1），除 1 篇来自最高

* 陈福林，北海海事法院防城港法庭法官。

人民法院法官撰写的外，¹ 其余 20 篇的作者来自 7 家不同的海事法院，体现出较强的职业化、专业化特点。各海事法院中，来自广州海事法院的有 5 篇，数量最多，其次是宁波海事法院和北海海事法院，各有 4 篇。研究主体除来自法院系统外，还有 6 篇是来自高校师生，1 篇来自律师，1 篇来自一般企业。

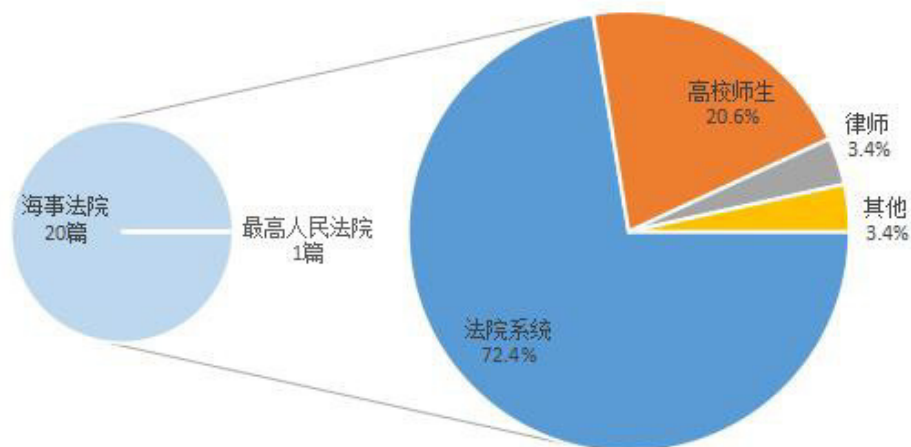


图 1: 研究主体构成图

2. 研究主题涉及范围较广

29 篇样本文章中，共有 13 篇文章主题与《中华人民共和国民事诉讼法》（以下简称《海诉法》）第十章的债权登记与受偿程序相关，其中 5 篇文章的研究主题直接以债权的登记与受偿程序为中心，占总数的 17.2%；另有 8 篇仅以债权登记、确权、受偿中的某一方面为切入点，占总数的 27.6%。另有 16 篇文章的主题虽不是海事债权登记和受偿程序，但其内容包括对登记与受偿程序的解读或观点，占比 55.2%（图 2）。

¹ 罗东川等：《〈关于扣押与拍卖船舶适用法律若干问题的规定〉的理解与适用》，载《人民司法》2015 年第 7 期。

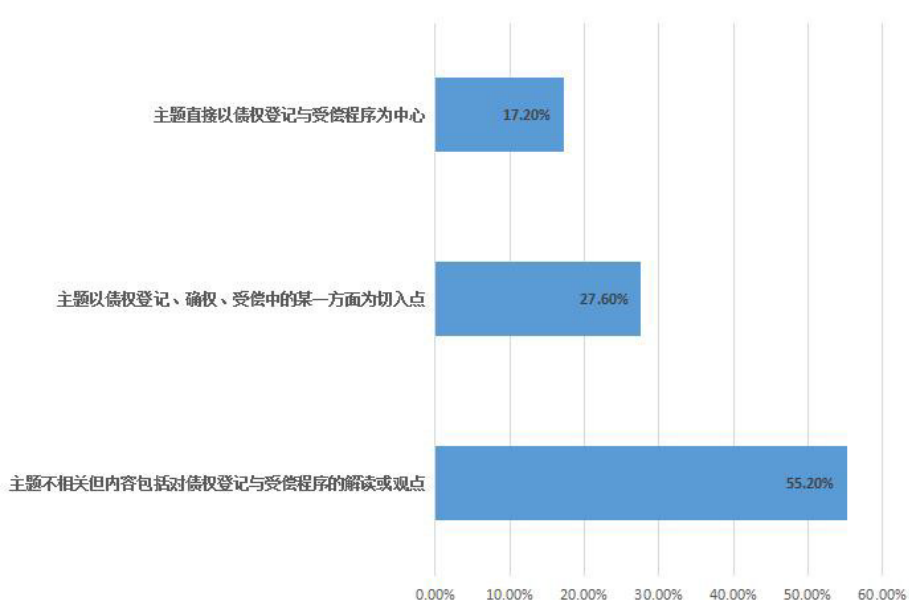


图 2: 文章主题分布图

3. 研究时间跨度较长

样本文章对海事债权的登记与受偿程序的研究时间跨度较长，在《海诉法》颁行前就已存在，且多数文章的发表时间集中在相关司法解释施行后。29 篇文章的发表时间为 1999 年 6 月 15 日至 2022 年 10 月 15 日之间，其中在《海诉法》施行前的有 1 篇；《海诉法》施行后至《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》（以下简称《海诉法司法解释》）施行前的有 1 篇；《海诉法司法解释》施行后至《最高人民法院关于扣押和拍卖船舶适用法律若干问题的规定》（以下简称《扣押拍卖船舶规定》）施行前有 16 篇；《最高人民法院关于扣押和拍卖船舶适用法律若干问题的规定》施行后有 12 篇（图 2）。

² 含知网系统显示的同一篇文章，被刊载或发表于不同期刊或辑刊的论文被引数和下载数。

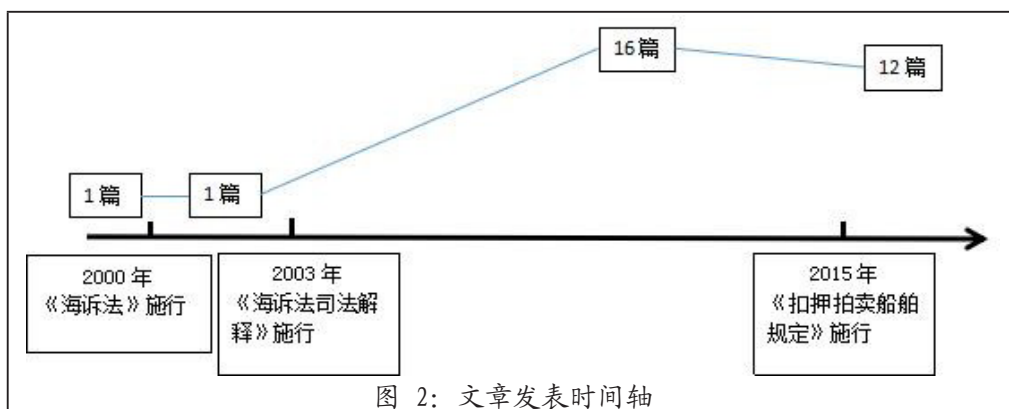


图 2: 文章发表时间轴

4. 下载援引热点相对分散

29 篇文章总共被引 248 次，被下载 8859 次。²从文章的引用和下载数量分布情况来看，债权登记与受偿程序研究热点主要散布在《海诉法》相关章节的实务和修订问题，扣押拍卖船舶相关问题，以及海事诉讼程序与破产程序的衔接三方面(表 1)。

| 被引用文章（前五） | 被引用次数 | 被下载文章（前五） | 被下载次数 |
|--------------------------------|-------|--|-------|
| 《冲突与衔接：当海事诉讼与破产程序并行》 | 35 | 《海事赔偿责任限制程序制度之重构》 | 877 |
| 《〈关于扣押与拍卖船舶适用法律若干问题的规定〉的理解与适用》 | 24 | 《冲突与衔接：当海事诉讼与破产程序并行》 | 647 |
| 《船舶拍卖实务问题研究》 | 19 | 《〈关于扣押与拍卖船舶适用法律若干问题的规定〉的理解与适用》 | 620 |
| 《海事诉讼法登记债权的确权程序中的几个问题》 | 15 | 《中华人民共和国海事诉讼特别程序法》 债权登记与受偿程序缺陷及制度重构 | 471 |
| 《破产程序中涉及船舶执行问题的困境与出路》 | 14 | 《海事诉讼法登记债权的确权程序中的几个问题》 | 438 |

表 1: 文章引用和下载热点表

³ 如徐春龙、陈志志：《海事债权登记与受偿程序的若干问题与完善进路》，载《世界海运》，2022 年总第 328 期。其观点含海事债权的登记范围以《海诉法》第 21 条为准；未到期债权参照破产法规定视为到期债权参与分配；海事诉讼中以破产程序优先，但船舶拍卖款应先按海事债权规则分配，剩余财产再按破产财产分配。

⁴ 如郑秉物：《执行程序中船舶价款的分配》，载《中国海商法年刊》，2009 年 12 月，第 20 卷第 4 期。其观点含海事债权登记范围不限于《海诉法》第 21 条或船舶担保物权；未到期债权、已届诉讼时效债权允许参与债权登记；船东有数个申请执行人的，其中任意一人申请扣押拍卖船舶，其他申请执行人均不用再申请债权登记；申请执行的普通债权人与其他普通债权人按比例受偿船舶拍卖款；对于船舶拍卖款在清偿海事债权后的分配余款，非海事债权的一般债权人谁先申请执行谁先受偿。

⁵ 参见徐春龙、刘亚洲：《确权诉讼改良若干问题探析》，载《中国海商法研究》，2018 年 12 月，第 29 卷第 4 期。

⁶ 参见梁炳扬、姚中伟：《破产程序中涉及船舶执行问题的困境与出路》，载《法律适用》2018 年第 21 期。

（二）问题归类

1. 分歧范围及分布情况

样本文章中，多数文章会同时研究探讨多个问题，各篇文章的观点交集部分，较难形成一致意见。

（1）涉及债权登记的观点中，研究探讨最多的是关于债权登记范围问题。总共有 15 篇文章提出了相应观点，观点分歧较大，其中 1 篇认为只限于船舶优先权、抵押权、留置权，有 5 篇认为应仅限于《海诉法》第 21 条规定的范围，有 9 篇认为不限于前者（含 2 篇认为允许登记的债权包括任何与船舶有关的一般债权）。甚至对于何为司法实务中的通常做法，都有三篇文章得出了不同结论（表 2）。此外，样本文章关于债权登记的观点探讨中，还涉及到债权登记时间、逾期债权和未到期债权是否应准许登记等问题。

| 文章 | 论述内容 |
|--------------------------------------|--|
| 《关于船舶的债权登记与受偿程序》 | 当前实践中，大多数海事法院认定范围较广，几乎包含了所有的债权，如贷款买船的欠款。 |
| 《〈海事诉讼特别程序法〉修订的必要性、可行性及规划建议》 | 与被拍卖船舶有关的债权应包括所有产生于被拍卖船舶的债权，无论是有船舶担保的债权，还是一般债权，是通行的司法观点。 |
| 《〈中华人民共和国海事诉讼特别程序法〉债权登记与受偿程序缺陷及制度重构》 | 对于债权登记范围，实务做法基本采用限于《海诉法》第 21 条规定的海事请求权。 |

表 2: 司法实务认识情况表

（2）在涉及确权诉讼观点中，涉及最多的是应否改为二审终审的问题。涉及该问题的 10 篇文章中，5 篇认为应当修订为二审终审；有 3 篇认为应在原规定基础上做适当的例外修正；1 篇认为应坚持原规定；1 篇仅表达一审终审问题多但未提出是否保留及如何完善的观点（图 3）。此外，样本文章关于债权确权诉讼的观点探讨中，还涉及是否允许调解、管辖法院的确定、与破产法如何衔接等问题。

⁷ 吴胜顺：《〈中华人民共和国海事诉讼特别程序法〉债权登记与受偿程序缺陷及制度重构》，载《中国海商法研究》，2018 年 6 月，第 29 卷第 2 期。

⁸ 吴勇奇：《〈海事诉讼特别程序法〉修订的必要性、可行性及规划建议》，载《海大法律评论》2016-2017。

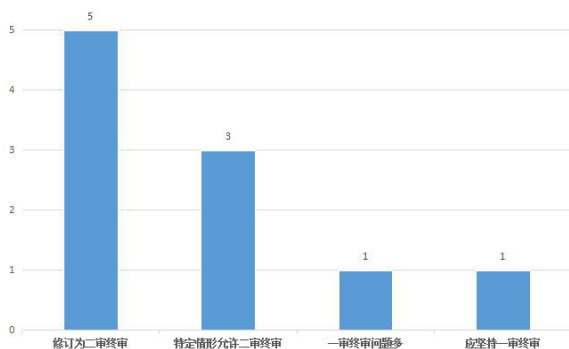


图 3: 确权诉讼终审机制观点分布图

(3) 涉及债权分配问题的文章共有 14 篇，但观点较为分散。争议最大的问题是当船舶价款不够清偿各海事债权时，申请扣押拍卖船舶的普通海事债权人是否比其他普通海事债权人优先受偿，涉及此争论问题的共 5 篇文章，3 篇认为能优先受偿，2 篇认为不能优先受偿（表 3）。此外，样本文章关于债权受偿的观点探讨中，还包括逾期、未到期的不同性质债权是否能受偿及如何受偿等问题。

| 能优先受偿 | | 不能优先受偿 | |
|-------------------------------|--|----------------|---|
| 文章 | 优先受偿理由 | 文章 | 不能优先受偿理由 |
| 《船舶拍卖实务问题研究》 | 1.先寻求法律保护的债权优先保护；2.申请人的债权有保全性质，具有优先性；3.申请人承担了申请错误和船舶扣押期间风险；4.预防债务人伪造虚假债务参与分配；5.参照适用《关于人民法院执行工作若干问题的规定》（试行）第 88 条的规定。 | 《船舶抵押权的登记与实现》 | 损害其他债权人的合法权益。 |
| 《船舶拍卖争议问题的探究》 | 1.优先保护先寻求法律保护的债权；2.若申请人的债权与其他一般债权按比例受偿，会使海事保全措施失去法律意义；3.申请人承担了更大风险。 | 《执行程序中船舶价款的分配》 | 1.《海商法》规定的船舶优先权、抵押权按比例清偿的规定精神适用于一般债权；2.船舶价款的登记与受偿程序相当于船舶的破产，应比照破产债权分配原则按比例清偿一般债权。 |
| 《船舶拍卖后债权登记、确权诉讼、清偿分配相关程序问题研究》 | 1.申请人对船舶资产的保全作出贡献；2.申请人积极行使诉讼主张；3.申请人缴纳并承担了相关的保全费，让众多债权人甚至优先权人受益；4.有利于消除申请人抵触、异议心理，增强司法公信力。 | | |

表 3: 扣押拍卖船舶申请人的一般债权受偿顺位观点分歧表

2. 对实体结果影响情况

多数样本文章探讨和争论的问题，涉及《海诉法》中的实体性规则。《海诉法》作为程序性法律，但某些条文的理解和适用，会直接导致当事人实体权利的实现或丧失。对于这类因理解不同可直接导致法律适用的实体结果偏差的规则，又被称为实体性规则，如对《海诉法》第 111 条关于可登记债权范围的理解和认定不一

⁹ 参见关正义、郭凌川：《海事确权诉讼的审级设置问题》，载《人民司法》2005 年 8 月版。

致会影响债权的实现。在 29 篇文章中有 21 篇包含这类实体性规则的观点讨论，占 72.41%。在这其中有 7 篇文章探讨提出的涉及实体性规则观点达 3 个以上³，甚至有 3 篇文章达 5 个⁴。

3. 争论问题的法律规范程度情况

样本文章研究探讨的范围，既包含现有法律规范的理解适用，也包含法律规范的完善建议。其中针对现有法律规范提出个人理解和适用观点的有 16 篇。对现有法律规定或司法解释，提出删除或修改建议的有 10 篇，如有观点认为债权确权诉讼应继续维持一审终审制，但应适当改良。⁵对尚无法律规定，提出个人处理意见或立法建议的达 26 篇，如针对破产程序中的债权分配问题，有观点认为在破产程序中，一般海事债权与普通债权一样，二者在船舶拍卖款中按比例受偿。⁶

（三）小结

从上述数据分析可知，样本文章对海事债权登记与受偿程序的研究体现出四方面特点。

一是经研究提出的观点多且分散，涵盖了船舶拍卖价款及海事赔偿责任限制基金的债权登记、确权、分配多个方面，观点内容包括对程序规范的理解、适用及改进建议等，并且某些研究与破产程序、抵押权实现等领域存在交叉。

二是对相同问题的研究往往存在较大的理解和认识分歧，甚至有不少相互对立的认识观点，这对统一认识分歧来说存在较大挑战。

三是相关研究的时间跨度长、持续久，但分布不均衡，从文章发表的分布时间与相关司法解释施行时间的对比情况看，司法解释出台后的文章数量反而增多，一定程度上能体现出司法解释的出台并未足以减少海事债权登记与受偿程序的理解和适用争议。

四是大多数文章的研究争论涉及程序规范中的实体性规则，相关程序规范的理解适用可以直接影响实体结果，如无法达到理解适用上的统一，将极易出现“同案不同判”的问题出现。

基于以上特点，努力实现对海事债权登记与受偿程序规范理解和适用统一，具有极大的现实必要性，但同时又任重道远。

¹⁰ 同注释 7。

¹¹ 参见王爱玲：《论船舶拍卖价款中可分配债权的审查》，载《山东审判》2009 年第 2 期；伍载阳、刘乔发：《船舶拍卖实务问题研究》，载《法律适用》，2002 年 5 月，总第 194 期。

¹² 参见张虹：《船舶拍卖后债权登记、确权诉讼、清偿分配相关程序问题研究》，载《中国海商法研究》，2019 年 6 月，第 30 卷第 2 期。

二、问题审视：债权登记与受偿程序的争论消解困境分析

海事债权登记与受偿程序在实践中存在的诸多理解分歧和适用争论，与法律制定时的立法技术局限、制度体系编排，及现今的经济社会发展等多方面因素有关，短期内恐难在法律制度层面进行系统全面解决。

1. 某些规则不够具体明确，逻辑演绎推理难以完全应用

一般而言，法律可通过三段论推理进行适用。但因《海诉法》的“债权登记与受偿程序”一章个别法条的含义也较模糊宽泛，即使是司法解释也采概括性的解释，这就导致法律条文在理解和适用时，容易因人而异产生分歧和冲突。如海事债权的登记范围问题，对于特定的案件事实 S 所涉及的债权，能很容易具体化确定为船舶海难救助费用、船舶营运借款、船舶修理费用等形成的债权，但法定构成要件 T 所谓的“与被拍卖船舶有关的债权”本身未被完整定义，即使《海诉法司法解释》也仅是将之定义为“海事债权”，这就使得小前提的涵摄推理难以进行。这种情况下，更多地只能根据相同或相类似的情形，将某类事实“归属”适用于法律规范的构成要件之下。但这种“归属”，又含有类比或类推的属性，显然难以确保尺度的统一，容易导致相同的法律事实 S 最终适用的法律后果 R 存在差异。如样本文章中，有的提出，在实务中海事债权登记范围通常为《海诉法》第 21 条范围；⁷有的则提出所有产生于被拍卖船舶的债权，即使是一般债权也属于可登记范围，是通行的司法观点⁸。这对于同是因经营船舶产生的借款债权，可能会产生债权登记和受偿准许与否的不同后果。

2. 司法实践中具体案情多样难详尽，容易产生法的滞后性问题

《海诉法》及其司法解释分别于 2000 年、2003 年施行，至今尚未发布新的修订版本。相对于 1991 年施行的《民事诉讼法》及其司法解释在施行之后就已进行了数次的修订，《海诉法》及其司法解释的修订效率明显低得多。面对经济社会的快速发展，难免出现法的滞后性问题。比如确权诉讼的审级和管辖问题，虽《海诉法司法解释》第 89 条也已注意到该问题，并规定已在其他法院进行的二审案件不用移送至登记债权的海事法院，但仍不足以解决司法实践中存在的诸多问题。如申请扣押和拍卖船舶的债权人的诉讼案件是否应实行一审终审的问题不明确，导致实务中有的海事法院改为一审终审的确权诉讼，而有的海事法院则按两审终审的程序

¹³ 参见伍载阳、刘乔发：《船舶拍卖实务问题研究》，载《法律适用》，2002 年 5 月，总第 194 期。

进行审理，造成与涉案船舶的其他海事债权确权诉讼的一审终审存在差异；再如同一债权人的诉讼请求包含不同性质债权，若按现有法律规定，需要就其与涉案船舶有关的海事债权请求，和其他债权请求分别诉讼并适用不同的审级程序，会将同一个案件的诉讼程序割裂开来，容易给审判程序造成困扰和混乱。⁹

3. 债权登记与受偿程序涵盖了非同质性内容，难以面面俱到进行具体详细规定。越是讲求含阔范围宽、兼容性强的法律规范，通常较难规定得过于具体细致。债权登记与受偿程序的内容综合性、融合性较强，不像其他章节只包含某一程序环节内容，而是与《海诉法》第三章“船舶的扣押与拍卖”、第九章“设立海事赔偿责任限制基金程序”等章节直接关联。在内容上包括债权的登记、债权确权和债权受偿程序，在主体上既包含海事赔偿责任限制基金的债权人，也包括与被拍卖船舶有关的海事债权人。由于该章内容包含范围较广，甚至某些是非同质性内容，而该章却只有9个条文，为确保兼容性，某些内容只能作原则性概括性规定。除非对《海诉法》第十章内容进行体系性地拆分和整合，否则难以面面俱到地对某些内容作太细致具体的条文规定。

4. 对其他制度的借鉴改造不足，导致自身规范体系兼容衔接不畅

《海诉法》中的债权登记与受偿程序是基于《最高人民法院关于海事法院拍卖被扣押船舶清偿债务的规定》（以下简称《清偿债务规定》），并借鉴《中华人民共和国企业破产法（试行）》（以下简称《破产法（试行）》）制定的。¹⁰但债权登记与受偿程序相比于《清偿债务规定》和《破产法（试行）》而言，涵盖的内容更为宽泛，需要衔接及融合的程序面更广更复杂。虽在《海诉法》制定时对有关规范作了取舍和特定化的改造，如《破产法（试行）》中的债权人会议的职能，在《海诉法》中主要由海事法院行使；《破产法（试行）》规定破产财产分配完毕后债权消灭，而《海诉法》则规定未在船舶拍卖价款的分配中获得足额清偿的债权人，依然有权向债务人请求清偿债权的权利等等。但某些方面的吸收，却留下了适用难题和衔接冲突，如《海诉法》第116条第2款吸收《破产法（试行）》第16条第3款确立的确权诉讼一审终审制，容易发生前文所述的审级程序混乱，和约定管辖案件难以衔接等问题。

¹⁴ 参见[德]卡尔·拉伦茨：《法学方法论》，黄家镇译，商务印书馆2020年7月第1版第439页。

三、寻径与融合：债权登记与受偿程序理解适用分歧的修正路径构建

《海诉法》的债权登记与受偿程序在实践中存在的诸多理解分歧和适用争论，亟需积极面对和妥善解决。在法律、司法解释无法短时间内全面回应和填补相关争论的情况下，需要建立相应的能从各个层面去弥合理解适用分歧的联动机制，确保裁判结果的统一。

1. 微观层面：构建程序规范理解适用纠偏流程范式，确保裁判结果的准确公正

通过样本文章的分析梳理可知，现如今的海事债权登记与受偿规范虽能满足“基本够用”的需求，但因某些条文存在含义模糊，及法的滞后性等问题，容易造成法律规范的理解适用难以统一。对此，通过构建相应的思维流程图，能为弥合法律规范理解和适用分歧提供重要助力（图4）。

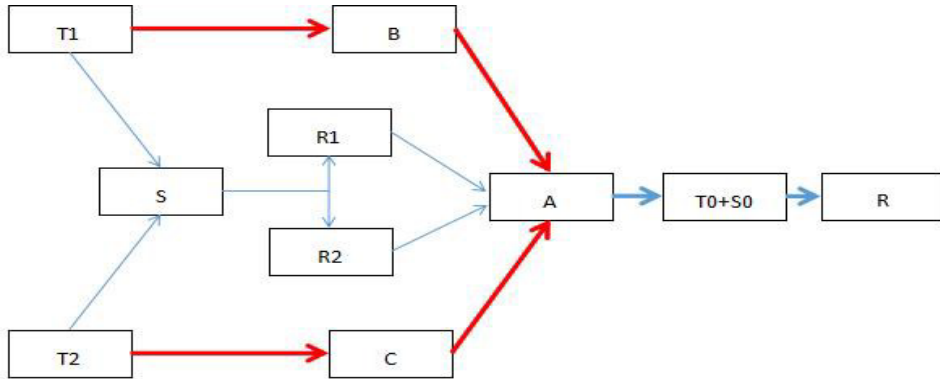


图 4：分歧弥合思维导图

在司法裁判过程中，根据三段论的推理，若对于法律规范内涵较明晰的法条，法定构成要件 T 通常有足够确定的特征能被完整定义，特定的案件事实 S 也就能较精准地判定其是否能涵摄于 T 之下。若涵摄条件满足，此时由案件事实 S 适用法律后果 R 的整个裁判过程和结果，才更符合公平正义目标。

在题述争论问题中，容易产生裁判结果偏差的主要有两种情形，其一是规则不明类案件，其二是规则缺失类案件。所谓规则不明，是指虽然存在有应遵照适用的程序法条文，但因其条文内涵并不十分明确，容易使人在理解上产生分歧，进而在适用后产生不同的甚至是相互对立的裁判结果，此时需要对其进行重新校验后再

¹⁵ 检索时间为 2024 年 1 月 18 日。

作出裁判并在裁判文书中进行释法明理。对应到上图的思维流程，即法定构成要件 T 本身规范不明确，若要实现需求 B，则需将 T 采用 T1 种理解；若要实现需求 C，则需将 T 采用 T2 种理解。此时具体的案件事实 S 分别涵摄于 T1、T2 后，得出不同的法律后果 R1、R2。将 R1、R2 分别和 B、C 所要追求的共同目标 A 进行校验取舍，按更符合 A 的角度去解读 T 和 S，即 T0 和 S0，并在裁判文书中进行释法明理，以此去促进同类案件法律适用和裁判结果统一的实现。

以海事债权登记范围问题为例，当债权发生是因经营船舶而产生的借款时，按样本文章中的争论意见，5 篇文章认为“与船舶有关的债权”仅包括《海诉法》第 21 条规定的海事请求范围，设其为 T1，若严格按照该条的文义理解，此时可登记的债权范围 R1 不包括经营船舶产生的借款；2 篇文章认为债权范围应包含一般债权，设其为 T2，此时可登记的债权范围 R2 可包括经营船舶产生的借款。同一案件因对《海诉法》第 111 条的构成要件理解形成不同的 T1、T2，并因此得出了不同的法律后果 R1、R2。采 T1 的理解主要是为了实现防止虚假债权申报、符合法律的体系解释和目的解释等需求；¹¹采 T2 的理解主要是为了实现公平价值、预防群访群闹等需求。¹²双方的共同目标 A 体现在追求案件的公平正义上。将 R1 和 R2 与 A 进行校验，显然采 T1 种理解，会存在较大不足，故不应当采 T1 种理解。即使采 T2 种理解时，也可兼顾到 T1 的需求，二者也并非完全需要割裂，如《海诉法》第 21 条第 12 项：“为船舶的营运、管理、维护、维修提供物资或者服务”、第 16 项：“为船舶或船舶所有人支付的费用”，与涉及船舶营运的借款事实相比，T1、T2 在一定程度上存在着外延交集。由于《海诉法》及其司法解释均未对海事债权登记范围进行明确的限定，故在具体操作中，可根据当事人的诉辩意见，在裁判文书就前述大小前提进行适当释法明理，对 T0、S0 作出合理的界定和认定，为当事人所信服的同时，也有助于为类案提供参考、有利实现裁判统一。

对于规则缺失类案件，是指现行法律规范，不足以涵盖法律事实 S，以至于出现“无法可依”的问题，由于法官不能拒绝裁判，所以在实务中容易造成裁判结果存在差异甚至是大相径庭。如在船舶拍卖价款不足以清偿所有的债权时，申请扣押拍卖船舶的普通海事债权人是否比其他普通海事债权人优先受偿的问题，按样本文章的争论情况，主要存在两种处理意见，一是可以优先受偿，二是严格按比例受偿。

也就是说在无法可依的情况下，实务中可能存在法官不得已而“造法”的情况，假设在 T1 情况下代表可以优先，其需求 B 是为了促使当事人积极行使权利、补偿扣押拍卖船舶申请人承担的风险等。¹³T2 情况下代表严格按比例受偿，其需求 C 是为了实现公平公正原则、消除其他债权人异议等。实际上两者的共同目标 A 是顺利地公平地执行船舶价款。将结果 R1、R2 与共同目标 A 进行核校可知，似乎双方都并非能绝对顺利地、公平地进行船舶价款分配，应根据具体案件情况而定。比如当死扣船舶前，该船舶找寻困难，只有申请执行人能提供线索使船舶顺利被强制执行时，或申请执行人对看护船舶承担了较大风险、作出了重要贡献时，可考虑参照“悬赏找船”费用和看船费用等标准酌情多分配船款，并合理地向其他债权人做相关解释工作，争取当事人的理解和支持。

2. 中观层面：强化同一法院内的部门职能衔接与法官交流探讨，在法院层面夯实法律规范理解适用统一基础要在同一法院内规范和统一债权登记、受偿程序规定的理解和适用，除了需要在法院内部加强交流探讨外，也需对法院各部门的职能进行更好地整合和衔接。

加强同一法院的法官对类案的交流探讨，是实现同案同判的有力措施，也是提升法院公信力的重要途径。在前文所述思维导图的运用过程中，无论是 T 到 T1、T2 的过程，还是 T1、T2 到 T0 的过程，都可能需要运用到法的文义解释、体系解释、目的解释等法律解释方法。但由于存在追求个案的裁判公正、规范环境发生变化等因素，可能会对法的解释产生影响。甚至于在某些具体个案中，哪种解决方案是“公正的”，也可能相当没有把握。¹⁴对于诸如此类的案件，亟需在同一法院层面加强交流、统一认识。交流探讨的形式可以根据各法院的实际情况采取不同的方式进行，如专业法官会议、审务座谈会、审判联席会等。但为了能让各个法官能尽可能地自由发表意见建议，以实现在更深层次汇集集体智慧结晶，交流探讨平台的设置应尽可能地涵盖到同一法院的所有法官。以笔者所在法院为例，强化案件的交流探讨的重要平台是专业法官会议，其主要由审判管理部门组织，在每个月相对固定的时间由审管办向各部门征集需要上会讨论的案件后，通知全院各部门的员额法官到会对案件进行讨论并提出个人的参考性意见。如果专业法官会议分歧太大，或者类案涉及重大、疑难、复杂、敏感等问题，可进一步提请审委会对案件进行讨论决定。通过专

业法官会议和审委会的有机衔接，既能扩大类案在员额法官中的知悉度和关注度，又能在更大范围上了解掌握各类倾向性意见，有利于规范和统一全院裁判尺度。

对法院各部门的职能进行更好地整合和衔接，是为了防止因职责划分和机制僵化而导致程序法的适用困难窘境。比如在司法实践中，由于船舶拍卖和债权登记公告发布渠道有限，加上执行案件立案受理、债权登记与船舶拍卖分属于不同的法院部门职能，当执行立案时间与债权登记截止时间间隔太短时，法官由于信息不对称的原因将难以及时释明当事人申请债权登记，这就极易出现某些当事人在债权登记期限内只向法院申请了强制执行债务人财产，但却未向法院申请债权登记的情形。如果严格按照《海诉法》第 111 条的规定，那么债权人必会因未申请债权登记而被视为放弃在拍卖船舶价款中受偿的权利，但这与其行为表现和意图明显不符；如果准许债权人参与债权分配，又与《海诉法》第 111 条、第 113 条的规定有所不符。对于这类“有法难依”的案件，需加强法院内立案庭、审判庭及执行局的职能衔接，并参照公司破产公告的形式，对船舶拍卖的债权登记等必要的信息在法院内部进行公告，尽力消除因法院系统内部的职能衔接不畅衍生的法的适用困难问题。

3. 宏观层面：强化法答网、中国海事审判网的运用，促进更宽维度的认识统一。11 家海事法院分布于 11 个不同的省、自治区、直辖市，若要更好的实现裁判尺度统一，需要有一定的案例、数据、观点等的互联共享平台。中国海事审判网和法答网是已在运行的，能为各海事法院所充分运用的重要平台。

中国海事审判网属于综合性互联网平台，有法律资源、审判研究、审执数据等板块，既能为海事法院同仁互通经验成果提供便利，也能为人民群众掌握审判动向等提供便利，若运用得当，将极有利于法律规范的理解适用和裁判尺度的统一，并在传播海事司法声音的同时助推法治化水平提高。但中国海事审判网在反映共性问题上存在一定的不足，如审判案例通常是择优公布，对于敏感、疑难的案件难免出于谨慎考虑而暂不上传，可能会存在不能及时反映当下的热点难点堵点问题。

法答网的特点是实效性高，能较及时掌握各海事法院正遇到的一些实务问题，也能借此掌握到其上诉审高院的解答与本地区实务中是否存在差异，可充分借助此梳理相关问题。如笔者在法答网以“债权登记”为关键词进行检索，在 2023 年 8 月 28 日至 12 月 19 日就已有各海事法院提出 9 个问题，其中 7 个已答复。¹⁵ 但法答网

的海商事问题答题专家主要是各海事法院上诉审高院的法官，其个人解答未必十分详细、全面，且有些问题甚至未得到答复，应用于个案的实践效果也难以被了解知悉。

将法答网与中国海事审判网有机结合运用，既能发挥两个系统的长处，也能更好地避开各自的不足。为此可对法答网中提到的多发性问题及实践中容易遇到的或存在较大争议的问题，在全国海事审判研讨会等各海事法院及其上诉审高院、最高人民法院代表共同参加的会议期间进行研究确定，并选取有代表性的案例发布于中国海事审判网，这不单对债权登记和分配相关理解分歧和适用差异问题进行较好的统一，也能为规范其他海事实体、程序问题提供较好的裨益。

结语

坚持能动司法理念，避免程序空转，实现案件裁判统一，是守护公平正义的内在要求。《海诉法》的修订工作虽已在进行，但鉴于司法实践中关于海事债权登记与受偿程序的理解分歧过于繁杂多样，恐非一两次法律修订就能解决，样本文章中的多数争论恐将仍有持续。

本文从法官个人理解适用法律的思维流程构造、海事法院内部的法官交流探讨，和中国海事审判网、法答网的桥梁纽带作用发挥等方面，提出了解决债权登记与分配程序规范理解适用分歧的构想。希望能抛砖引玉，期待有更多更好的机制路径能被提出和建构，最大程度弥合认识分歧，不断提升案件审判质量，努力让人民群众在每一个司法案件中感受到公平正义。

《北京公约》船舶司法 出售证书的国内签发程序研究

范峻恺 章超琳*

【摘要】

《北京公约》的正式通过为我国海事法院的船舶司法出售实践带了全新的机遇和挑战。公约第5条“司法出售证书”是其核心条款，该签发程序需要通过构建审查制度加以明确和细化。公约允许缔约国自行选择签发模式，海事法院应在基于现有海事司法实践的基础上尊重购买人的意思自治，经购买人申请启动签发程序。公约规定了缔约国以国内法确认船舶司法出售的终局性，在《海诉法》及相关司法解释的框架下，船舶交接后出售程序无法回转，船舶司法出售具有终局性。在满足上述条件后，还需对船舶未来登记进行审查，确保船舶符合境外登记制度，并且登记国应同为《北京公约》缔约国。对于因法律规制、个人信息保护等因素委托他人参与船舶司法出售的购买人，提前披露的可以实际购买人名义签发船舶司法出售证书；如因境外登记制度要求变更船舶所有人，应探索构建衔接、协调制度。对仅因免于扣船而申请签发司法出售证书的，应构建特殊签发程序，并在未来结合实践需求和理论发展，审慎签发司法出售证书。

【关键词】

《北京公约》 船舶司法出售 司法出售证书 签发程序 海事法院

引言

《联合国船舶司法出售国际效力公约》（United Nations Convention on the International Effects of Judicial Sales of Ships）又称《北京船舶司法出售公约》（Beijing Convention on the Judicial Sale of Ships）（以下简称《北京公约》），已于2023年9月5日正式开放签署，这是第一部以中国内地城市命名的国际海事公约，也是一部

* 范峻恺，青岛海事法院法官助理；章超琳，曲阜师范大学法学院讲师。

¹ 《北京公约》第21.1条：“本公约于第三份批准书、接受书、核准书或加入书交存之日起180天后生效。”

² 参见联合国国际贸易法委员会，第六工作组（船舶司法出售）第三十六届会议，船舶司法出售文书草案：附加说明的北京草案第一次修订本秘书处的说明：A/CN.9/WG.VI/JP.84，2019，p4。

凝结了中国海商法人智慧的国际海事公约。《北京公约》规定了较为宽松的生效条件，¹ 中国是公约首批缔约国，研究如何在公约生效后推进公约相关制度在国内落地生根具有十分紧迫的现实意义。

“司法出售证书”（Certificate of judicial sale）作为《北京公约》的核心条款，在缔约国范围内具有船舶出售机关确认的临时物权凭证作用。早在联合国国际贸易法委员会（以下简称“联合国贸法会”）第六工作组（船舶司法出售）第三十六届会议中，立法委员会已达成一项共识，司法出售证书制度优先于可能以其他方式确定船舶所有权的国内法（包括国际私法规则）。² 可见，司法出售证书具有极强的国际法律效力，且《北京公约》要求司法出售证书应当被迅速发送到存放处予以公布，³ 由于司法出售证书所载内容具有准确性、可识别性，签发机关可能会面临司法文书公开和个人信息保护衡平等挑战。⁴ 所以，我国海事法院应当把握司法尺度，审慎签发司法出售证书，既要防止制度滥用导致个人信息泄露，我国海事司法的国际公信力降低，又要避免制度执行过于严苛从而违背我国缔约初衷，造成国际社会对我国履约积极性产生负面评价。由于没有先前的经验可以借鉴，探索构建我国海事法院对司法出售证书的签发制度是我国对《北京公约》实际履约的先决条件。

《北京公约》第 5.1 规定，在根据司法出售国法律赋予船舶清洁物权的司法出售完成后，并且该司法出售的实施符合该法律的要求和本公约的要求，实施司法出售的法院或其他公共机构或司法出售国的其他主管机构应当根据其规则和程序，向购买人签发司法出售证书。因此，船舶司法出售机构签发司法出售证书需要满足三个条件：一是赋予船舶清洁物权的司法出售完成，二是司法出售的实施符合出售国法律和《北京公约》要求，三是根据司法出售国的规则和程序进行签发。先前的研究已经明确，《北京公约》下我国进行司法出售的适格机构为海事法院，经过我国海事法院进行的司法拍卖或变卖的船舶具有清洁物权，我国的司法拍卖的实施同样也符合《北京公约》的要求。⁵ 所以，我国海事法院签发司法出售证书的核心和关键点在于第三点，即应当依据何种规则和程序。解决该问题，是《北京公约》在国内具体转化适用的实践需求，也是我国作为《北京公约》主要缔约国积极探索履约的实际需要，更是保障我国海事司法实践中签发司法出售证书的程序正义的必然要求。

在我国加入《北京公约》之前，我国海事法院司法拍卖船舶程序中，在购买人

³ 《北京公约》第 5.3 条：“司法出售国应当要求将司法出售证书迅速发送给第 11 条所述的存放处予以公布。”

⁴ 参见宋才发：《信息处理者处理个人信息的法律规制、法定职责与侵权责任》，载《学术论坛》2023 年第 5 期。

⁵ 参见范峻恺，章超琳：《外籍船舶司法出售通知规则研究——以〈北京公约〉和〈海诉法〉为对比》，载《大连海事大学学报（社会科学版）》2023 年第 5 期。

完成船舶司法竞买后，需要向购买人出具拍卖成交确认书，在购买人付清全部购船款后，海事法院应主持交接船舶，向购买人出具船舶所有权转移证明并签发拍卖成交裁定，购买人持上述文书向船舶登记机关办理所有权的注销或登记，至此船舶所有权正式转移，司法拍卖程序全部完结。由于《北京公约》是一部崭新的国际公约，我国目前并无签发《北京公约》中司法出售证书的规则和程序。故应当着力于构建签发的程序，重点在于签发条件的司法审查。

一、签发程序的启动：应购买人申请

如何启动签发程序是司法出售证书的先决条件。然而目前，我国尚无相关规定。对此，公约立法工作组先前已进行了充分考虑和讨论并给出了相对明确的结论，有必要结合我国船舶司法出售实践，加以调整和丰富。

（一）缔约国可自行选择签发启动模式

《北京公约》的正式文本虽然没有明确表述司法出售证书的签发需要以司法出售船舶购买人的申请为前提，但在先前的立法草案版本中，“应购买人的请求”一直是司法出售证书签发的必要条件，直到联合国贸法会第六工作组（船舶司法出售）第三十八届会议，有学者提出司法出售证书应自动签发，而不是“应购买人请求”，此观点在会上得到了广泛的支持。⁶在接下来的第三十九届会议中，曾有学者对此做法提出了质疑，特别是当根据签发机构的“规章和程序”进行签发被理解为包括收取费用的情况时。最终，工作组建议支持兼顾自动签发和应申请签发这两种做法，并认为《北京公约》最终版本的第5.1条已经具有此种效力，无需予以修订。此外，“根据其规则和程序”一并涵盖了签发机构自行行事或根据申请行事的情况。⁷

（二）应尊重购买人意思自治

可见，虽然《北京公约》文本虽未明确表述，但实际上立法组在立法过程中充分尊重了各缔约国的国内法差异并给予了缔约国自行选择履约方式的空间。首先可以确认的是，未来我国海事法院签发的司法出售证书在性质上属于司法文书，而司法文书的主要特征之一便是具有直接的法律效力或具有一定的法律意义，⁸只有在满足了以上的条件，签发的司法出售证书才必要和有意义，但购买人和海事法院对“必要”和“有意义”的理解可能会有所不同。此外，司法出售证书的签发本质是保障购买人权益的程序设置，而司法权则因司法程序的保障从而体现对当事人意

⁶ 参见联合国国际贸易法委员会：第六工作组（船舶司法出售）第三十八届会议工作报告：A/CN.9/1053，2021，p6。

⁷ 参见联合国国际贸易法委员会：第六工作组（船舶司法出售）第三十八届会议工作报告：A/CN.9/1089，2022，p16。

⁸ 参见宋健：《新编司法文书学》，中国政法大学出版社2004年版。

⁹ 参见周荃：《金融领域中监管与司法的博弈与融合》，载《法律适用》2020年第8期。

思自治的尊重，⁹部分购买人存在个人信息保护等方面的顾虑或认为无需签发，海事法院应尊重购买人的意思自治，将购买人申请作为签发司法出售证书的前提和必要条件。

（三）应基于现有海事司法实践

首先，《北京公约》第1条规定：“本公约规范赋予购买人清洁物权的船舶司法出售的国际效力”，那么在什么情况下经我国海事法院船舶司法出售最终需要确认其国际效力？现有情形总结如下：第一，所出售船舶的原登记机关或抵押权、光船租赁等对船权的登记机关在境外，此时购买人可能会需要我国海事法院签发的司法出售证书到境外登记机关办理船舶原权属或负担的注销手续；第二，购买人在购得船舶后将于境外船舶登记机关办理船舶所有权、抵押权等权属登记，此时购买人持司法出售证书以证明船舶所有权取得的合法性以及船舶权利负担状况。以上二种情形至少符合一项，才有可能需要我国海事法院签发司法出售证书以确认船舶司法出售具有国际效力。

此外，在《北京公约》签字仪式上，最高人民法院民四庭副庭长胡方曾介绍，从1984年到2023年上半年近40年的时间，我国海事法院共拍卖各类船舶2705艘，其中外籍船舶仅有213艘。¹⁰从我国船舶司法拍卖历史上来看，外籍船舶系我国船舶司法出售标的物中的小众群体，虽然没有关于经我国海事法院拍卖的船舶最终登记去向的权威统计，根据笔者的经验，经我国司法出售的船舶在域外登记的情况同样为少数。故海事法院主动对每条经过司法出售的船舶都签发司法出售证书即没必要，也不合理，不仅会浪费司法资源，还将导致部分司法文书“无用化”。

正如汪习根教授所言，司法的被动性主要表现之一便是司法程序启动具有被动性。¹¹在未来签发司法出售证书程序中，我国海事法院也不应主动签发，而是应经购买人的申请，并以此作为签发程序的启动条件。

二、签发时间审查要素：司法出售的终局性及其判断

联合国贸法会第六工作组（船舶司法出售）第三十七届会议中，德国、国际海事委员会、国际法官协会/亚太法协、国际海运工会/波罗的海和国际海事理事会等国家和组织提出，应当将对司法出售不必再予上诉或不受质疑作为签发证书的一项条件。最终，会上普遍支持《北京公约》以司法出售终局性作为证书签发的必要

¹⁰ 参见《全球顶级海事专家汇聚北京 共叙国际海事法律制度统一》，载微信公众号“最高人民法院”，2023年9月6日。

¹¹ 参见汪习根主编：《司法权论——当代中国司法权运行的目标模式、方法与技巧》，武汉大学出版社2006年版。

¹² 参见联合国国际贸易法委员会。第六工作组（船舶司法出售）第三十七届会议，有关北京草案第二次修订本的评论意见综述秘书处的说明：A/CN.9/WG.VI/JP.88, 2020, p14.

¹³ 参见联合国国际贸易法委员会。第六工作组（船舶司法出售）第三十七届会议工作报告：A/CN.9/1047/rev.1, 2021, p12.

依据，但未就终局性的判断标准提供可操作的指引。

（一）以国内法律作为判断依据

实践中，司法出售证书一旦签发会引发一连串严重且不可逆的影响，此后宣布证书无效也会导致问题变得更为复杂。¹²同时，有学者认为“上诉”这一概念含义不清，可能涵盖各种形式的补救，多种补救形式在司法出售后的几个月甚至几年内仍将存在。最终，立法工作组达成的共识是，船舶司法出售可以通过遵循司法出售国法律规定的签发机构的做法和程序以确保终局性，故应当将该事项留给司法出售国的法律处理。¹³

（二）船舶交接后具有终局性

在我国船舶司法出售程序中，海事法院在收到拍卖船舶的申请并作出准予拍卖的裁定后，应当提前三十日发布公告、通知相关登记机关和对船权利人，除展示与拍卖船舶相关事项外，需释明办理债权登记事项，¹⁴ 债权登记需在拍卖船舶公告最后一次发布之日起六十日内完成，¹⁵ 在船舶拍卖成交后，购买人在付清全部购船款项后，海事法院应当及时组织船舶移交、与买受人签订船舶移交确认书，并发布解除扣押船舶命令，¹⁶ 至此，司法出售标的船舶完成“洗船”。但“洗船”的完成并不代表船舶司法出售程序的完结，船舶司法出售的根本目的是以船舶拍卖价款供相关债权人实现债权，而只有船舶成功出售，原船舶价值被一串具体的数字取代时，对相关债权才有实现的可能。¹⁷ 所以在一定意义上，“洗船”的完成才仅仅是确保实现司法出售船舶目的的开始。但是，由于对船债权的种类、数额往往比较复杂，债权分配的完成往往需要经过数月甚至数年，所以严格意义上来说，船舶司法出售程序也将在标的船舶出售后持续数月乃至数年。

那么，对于司法出售证书的签发而言，《北京公约》第 5.1 条规定的“赋予船舶清洁物权的司法出售”何时完成即船舶司法出售何时具有终局性？本文认为，应当以船舶交接也就是“洗船”完成之时作为公约中船舶司法出售的终局。原因有三。

其一，船舶交接后具有程序不可逆性。《北京公约》第 2.1 条仅对船舶司法出

¹⁴ 《海诉法》第三十二条：“海事法院裁定拍卖船舶，应当通过报纸或者其他新闻媒体发布公告。拍卖外籍船舶的，应当通过对外发行的报纸或者其他新闻媒体发布公告。公告包括以下内容：……”，第三十三条：“海事法院应当在拍卖船舶三十日前，向被拍卖船舶登记国的登记机关和已知的船舶优先权人、抵押权人和船舶所有人发出通知。通知内容包括被拍卖船舶的名称、拍卖船舶的时间和地点、拍卖船舶的理由和依据以及债权登记等……”

¹⁵ 《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 16 条：“海事诉讼特别程序法第一百一十一条规定的申请债权登记期间的届满之日，为拍卖船舶公告最后一次发布之日起第六十日。前款所指公告为第一次拍卖时的拍卖船舶公告。”

¹⁶ 《海诉法》第 38 条：“买受人付清全部价款后，原船舶所有人应当在指定的期限内于船舶停泊地以船舶现状向买受人移交船舶。拍卖船舶委员会组织和监督船舶的移交，并在船舶移交后与买受人签署船舶移交完毕确认书……”

¹⁷ 参见韩立新，姜泽慧：《优化营商环境背景下船舶份额抵押制度完善研究》，载《大连海事大学学报（社会科学版）》2022 年第 2 期。

¹⁸ 《北京公约》第 2.1 条：“船舶的‘司法出售’系指符合下列条件的对船舶的任何出售：

(1) 该出售由法院或其他公共机构命令、核准或确认，并以公开拍卖或由法院监督和核准的非公开协议的方式实施；以及 (2) 该出售所得款项供有关债权人分配。”

¹⁹ 《海诉法》第三十条：“……海事法院收到拍卖船舶的申请后，应当进行审查，作出准予或者不准予拍卖船舶的裁定。当事人对裁定不服的，可以在收到裁定书之日起五日内申请复议一次。海事法院应当在收到复议申请之日起五日内作出复议决定。复议期间停止裁定的执行。”

售的定义进行了较为宽泛的定义,¹⁸在具体程序上较大程度的尊重了缔约国关于船舶司法出售的国内法规定。在我国海事法院在船舶司法出售程序中,《海事诉讼特别程序法》(以下简称《海诉法》)及相关配套司法解释规定了几处程序可以中止或终止的情形,分别是:《海诉法》第三十条、¹⁹第三十一条、²⁰《最高人民法院关于适用〈海事诉讼特别程序法〉若干问题的解释》(以下简称《海诉法解释》)第三十二条、²¹《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》第十四条,²²此外《拍卖法》第二十四条也规定了因买受人悔拍导致程序中止的情形。²³不难看出,以上可能导致船舶司法出售程序中止或终止的全部情形均发生在船舶交接之前,而《海诉法》第四十一条对竞买人恶意串通导致拍卖无效的规定²⁴虽然可以适用于船舶交接之后,但由于竞买人恶意串通可能导致的结果是船舶拍卖价格低于船舶实际价值或市场行情,随着我国海事法院司法拍卖全面实行网拍模式的发展和完善,并且海事法院对于船舶拍卖已积累了相当可观的司法实践经验,竞买人很难在船舶司法拍卖中进行恶意串通。

船舶交接后,原船舶正式被拍卖所得价款取代,无论对于海事法院、购买人亦或是原船舶所有人、债权人等,法律程序回转的渠道也随之关闭。²⁵所以,在经历了漫长的船舶扣押、拍卖程序,海事法院在受理债权登记、查明对船权利人等的基础上成功售出并移交船舶,其结果具有不可逆性。

其二,对于船舶购买人来说,其通过司法拍卖程序支付对价竞得船舶后,需要海事法院出具的法律文书办理船舶注销、登记等手续,通常情况下此需求是较为紧迫的,尤其当以上行动涉及境外船舶机构。而如前所述,海事法院在成功出售船舶并移交后,需要进一步处理债权分配等程序性事项,此过程往往要持续数月甚至数年,例如笔者曾办理的一起外籍船舶司法拍卖案件,²⁶案涉船舶于2020年被青岛海事法院成功拍卖,但由于债权人众多且对债权受偿的顺序等问题存在较大分歧,经过多次召开债权人会议,各方就债权分配达成一致后又因部分境外债权人资格主体合并、分立,直到2023年拍卖所得价款才全部分配完毕。让购买人等待全部程序

²⁰ 《海诉法》第三十一条:“海事请求人提交拍卖船舶申请后,又申请终止拍卖的,是否准许由海事法院裁定。海事法院裁定终止拍卖船舶的,为准备拍卖船舶所发生的费用由海事请求人承担。”

²¹ 《海诉法解释》第三十二条:“利害关系人请求终止拍卖被扣押船舶的,是否准许,海事法院应当作出裁定;海事法院裁定终止拍卖船舶的,为准备拍卖船舶所发生的费用由利害关系人承担。”

²² 《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》第十四条:“依照本规定第十三条变卖仍未成交的,经已受理登记债权三分之二以上份额的债权人同意,可以低于评估价的百分之五十进行变卖处理。仍未成交的,海事法院可以解除船舶扣押。”

²³ 《拍卖法》第二十四条:“拍卖成交后买受人悔拍的,交纳的保证金不予退还,依次用于支付拍卖产生的费用损失、弥补重新拍卖价款低于原拍卖价款的差价、冲抵本案被执行人的债务以及与拍卖财产相关的被执行人的债务。”

²⁴ 《海诉法》第四十一条:“竞买人之间恶意串通的,拍卖无效。参与恶意串通的竞买人应当承担拍卖船舶费用并赔偿有关损失。海事法院可以对参与恶意串通的竞买人处最高应价百分之十以上百分之三十以下的罚款。”

²⁵ 参见初北平:《“卖契”概念应引入我国船舶登记法律》,载《现代法学》2014年第1期。

²⁶ (2020)鲁72民初1845号。

²⁷ 参见侯明明:《中国司法回应社会的方式、策略及其风险与出路》,载《法商研究》2020年第1期。

完结后才可能获得司法出售证书显然是不能接受的，也不符合公众对船舶司法出售有稳定的、可预期的法律效力以及司法效率的期待。²⁷

其三，与现有制度可以衔接。《海诉法》等现有制度已规定了海事法院在船舶交接后应当与购买人签订船舶交接确认书、所有权转移证明书，并作出拍卖成交裁定。先前的实践中，涉及需要进行境外注销或登记的，购买人凭借上述法律文书经公证认证后到有关机关办理，随着《取消外国公文书认证要求的公约》（以下简称《海牙公约》）于2023年11月7日起在我国生效实施，这一情况将有所改变，当船舶登记机关所在国同为《海牙公约》缔约国时，我国法院出具的司法文书只需要外交部门附上证明书即可使用，这也与《北京公约》第5.4条的规定²⁸原则相契合。可见，签发司法出售证书与我国现有的制度并无冲突，司法出售证书进一步将签发的文书具体化、规范化，在购买人进行境外注销或登记时与先前司法实践中所签发的法律文书在签发时间、签发作用等方面具有高度一致性，对我国司法实践不构成全新挑战。

综上，在船舶交接后船舶司法出售具备终局性，海事法院应将此作为文书签发的时间审查要素，进而签发司法出售证书。

三、签发实质审查：船舶具备境外登记可能性

在确认司法出售船舶具有《北京公约》意义上的终局性后，对出售船舶境外登记的可能性进行审查同样是必要的。如前文所述，我国海事法院进行的船舶司法出售最终需要确认国际效力的情形有二，一是出售的船舶在出售前在境外登记，二是出售后将在境外登记，二者符合任意一条即可启动签发司法出售证书程序，其中对于第一种情形的判断相对清晰，并且通常情况下在船舶成交之前业已查明，故不再赘述。本文在此聚焦第二种情形，即海事法院应当首先对登记国/地区进行审查，当登记国/地区为公约缔约国时进而审查相应船舶登记制度。由于审查相关国家是否为公约缔约国较为便捷，而对相关国家的船舶登记制度进行查明相对复杂且困难，设计该审查制度宜遵循司法经济原则。

（一）对登记国/地区进行审查

首先，应当对未来登记国/地区进行审查。在先前《北京公约》立法讨论过程中，立法工作组多数意见对公约“地域范围”的观点有所反复，分歧的核心在于《北京

²⁸ 《北京公约》第5.4条：“司法出售证书和证书的任何译本应当免于认证或类似手续。”

²⁹ 参见联合国国际贸易法委员会：第六工作组（船舶司法出售）第三十六届会议，船舶司法出售文书草案：附加说明的北京草案第一次修订本秘书处的说明：A/CN.9/WG.VI/MP.84，2019，p2.

公约》是否适用于在非缔约国进行的司法出售。在联合国贸法会第六工作组（船舶司法出售）第三十六届会议中，立法工作组认为起草第一次修订本的出发点是，如以条约为形式，则承认制度仅适用于缔约国之间。²⁹ 随后的第三十七届会议虽然最终维持了上述结论，但值得注意的是，中国代表提交的意见书更倾向于“开放式”机制，即该文书适用于在任何国家进行的司法出售，无论其是否为缔约方。同时委员会指出开放式机制将促进实现法律确定性的目标，对非缔约国的司法出售适用该文书仍可能影响系缔约国国民的利益攸关方（例如船舶所有人、融资人和船舶优先权持有人）的利益。³⁰ 由于最终没有形成确定性的结论，第三十九届会议商定将“地域要素”改拟为关于“适用范围”的事项。³¹ 对于船舶司法出售的出售国而言，《北京公约》第3条“适用范围”规定了当司法出售在缔约国内实施时，即可适用《北京公约》。

虽然对于作为缔约国的船舶司法出售机构而言，我国海事法院无需考虑域外船舶司法出售的承认与登记，但由于我国海事法院进行的司法出售适用于《北京公约》，而适用的具象体现在司法实践上便是签发船舶司法出售证书，《北京公约》最终将公约的适用明确为封闭机制，³² 也就是将司法出售证书的效力范围限定在了缔约国范围内，我国海事法院在签发时应对未来登记国/地区进行审查，仅需对未来登记国/地区为《北京公约》缔约国的船舶签发司法出售证书。虽然《北京公约》不排除根据其他制度承认他国实施的船舶司法出售效力，³³ 但上述承认则无需依据船舶司法出售证书进行。当司法出售船舶的未来登记国/地区为非《北京公约》缔约国时，我国海事法院不应对其签发司法出售证书，仅需按现程序依照《海诉法》等规定签发法律文书。

（二）对境外登记制度进行审查

在确定目标登记国/地区为《北京公约》缔约国后，对其相应的船舶登记制度进行审查也是必要的。由于在境外进行新的登记发生在司法出售证书签发之后且具有不确定性，本着审慎的司法理念，海事法院应当要求购买人或申请人提供目标登记机关的船舶登记制度以供审查。《北京公约》第7.1(3)条规定，拟在缔约国登记机关登记的船舶应当符合登记国法律的要求，³⁴ 而不同法域、不同国家对船舶登记的要求有所不同，譬如挪威《国际船舶登记法》第1条规定，“机械动力的客船、

²⁹ 参见联合国国际贸易法委员会。第六工作组（船舶司法出售）第三十七届会议，有关北京草案第二次修订本的评论意见综述秘书处的说明：A/CN.9/WG.VI/ WP.88, 2020, p2.

³¹ 参见联合国国际贸易法委员会。第六工作组（船舶司法出售）第三十九届会议工作报告：A/CN.9/1089, 2022, p8.

³² 《北京公约》第6条：“已签发第5条所述的司法出售证书的司法出售应当在每一其他缔约国具有赋予购买人对船舶清洁物权的效力。”

³³ 《北京公约》第14条：“本公约的规定不排除一国根据任何其他国际协定或可适用的法律赋予在另一国实施的船舶司法出售以效力。”

³⁴ 《北京公约》第7.1(3)条：“将该船舶登记在购买人或后续购买人的名下，前提是该船舶和拟把船舶登记在其名下的人符合登记国法律的要求。”

³⁵ Thor Falkanger, Norway, Survey of Norwegian Maritime Law, in Ignacio Arroyo(ed.), Yearbook Maritime Law, Vol. IV(1990), P.241.

³⁶ V. Victor Hansen, Denmark, Maritime Law, in Lennart Hagberg(ed.), Volume III-A, P128.

货船、气垫船和钻井平台、以及其它浮动装置，可以在NIS登记”，但对申请登记的船舶的吨位与船龄没有限制；³⁵ 丹麦的国际船舶登记制度（DIS）规定了只有20总吨以上的丹麦和欧盟船舶可以在其国际船舶登记处登记；³⁶ 而新加坡的国际船舶登记制度（SIS）虽然对登记船舶的种类与吨位未加限制，但对船龄在18年以上的船舶在申请登记时需提交有关该船船体和机器状况的评估报告。³⁷ 此外，不同国家对登记船舶技术和安全方面的要求也有所不同，挪威要求船舶经其授权的挪威船级社、美国船级社、英国船级社、德国船级社以及法国船级社的检验并获得通过后方能予以登记注册，³⁸ 丹麦则要求经过美国船级社、英国船级社、法国船级社、德国船级社、挪威船级社与日本船级社检验通过的船舶予以登记，³⁹ 德国、意大利、日本、新加坡等国的国际船舶登记制度对于登记船舶的技术与安全状况通常也都有着较为严格的登记要求，并由其认可的具有较好信誉度的船级社来进行相关的检验工作。⁴⁰

综上，由于登记制度的差异最终可能会给司法出售证书的实际法律效果带来不确定性，购买人在申请司法出售证书时应当提供未来登记机关的登记制度，并且提供船舶符合其制度要求以及购买人已作出了与之匹配的必要先前行动的证明。

四、签发对象：允许与购买人存在差异

在满足前述全部条件后，海事法院可以签发司法出售证书。司法出售证书具有临时物权凭证的法律效力，签发对象的差异直接关系到船舶所有权的归属。实践中，海事法院可能会面临实际购买人与成交人不一致的情形。具体而言，海事法院依照《北京公约》附件二司法出售证书范本签发司法出售证书时，证书所载“购买人”可能并非船舶司法出售程序中的成交购买人。

（一）允许实际购买人申请签发司法出售证书的必要性

在《北京公约》生效前进行的船舶司法出售中，就有实际购买人与成交购买人不一致，成交购买人与未来登记所有人不一致的情形。⁴¹ 原因在于，虽然《拍卖法》未排除境外自然人、企业和组织参与我国的司法拍卖，⁴² 但《最高人民法院关于人民法院网络司法拍卖若干问题的规定》却对竞买人的资质进行了限定，即具备完全民事行为能力，⁴³ 当境外购买人参与我国司法拍卖时，无论是自然人或是法人，《涉

³⁵ 参见陈继红，真虹，宗蓓华：《中国“第二船籍登记制度”及其配套政策研究》，载《航海技术》2009年第2期，第79页。

³⁶ Thor Falkanger, Norway, Survey of Norwegian Maritime Law, in Ignacio Arroyo(ed.), Yearbook Maritime Law, Vol. IV(1990), P243.

³⁷ V. Victor Hansen, Denmark, Maritime Law, in Lennart Hagberg(ed.), Volume III-A, P130.

³⁸ 杨海涛，国际船舶登记法律制度研究[D]，大连海事大学，2013：50。

⁴¹ 参见刘奕彤，王云晴：《论船舶买卖中船舶所有权的归属——兼评最高人民法院〈买卖合同司法解释〉第10条》，载《辽宁大学学报（哲学社会科学版）》2015年第3期。

⁴² 《拍卖法》第六十七条：“外国人、外国企业和组织在中华人民共和国境内委托拍卖或者参加竞买的，适用本法。”

⁴³ 《最高人民法院关于人民法院网络司法拍卖若干问题的规定》第十四条：“实施网络司法拍卖的，人民法院应当在拍卖公告发布当日通过网络司法拍卖平台对下列事项予以特别提示：（一）竞买人应当具备完全民事行为能力……”

外民事关系法律适用法》都对其民事行为能力给出了明确的规定。⁴⁴可见，境外自然人和法人的民事行为能力无法得到我国法律的直接认可，⁴⁵也就无法作为直接竞买人参与我国船舶司法出售，境外购买人只能依照《拍卖法》第三十四条的规定⁴⁶委托经我国法律承认具有完全民事行为能力的代理人参与船舶司法出售。实践中，除境外购买人可能委托代理人参与我国船舶司法出售外，还存在境内主体因为保密等原因而委托代理人参与的情形，导致实际购买人与成交购买人不一致。⁴⁷当成交人因上述情形申请对司法出售证书中的“购买人”部分作出有别于成交人的记载时，本文认为，海事法院应当参照《最高人民法院关于人民法院网络司法拍卖若干问题的规定》第十四条的规定，⁴⁸对在竞价程序开始前披露实际购买人的，允许参与司法出售的代理人（成交购买人）以实际购买人的名义申请签发司法出售证书。

（二）与境外船舶登记制度的衔接

不同国家对登记船舶所有权人的要求的差异也会对司法出售证书的签发对象部分带来挑战。譬如作为《北京公约》首批缔约国之一的新加坡，规定只有新加坡公民或新加坡永久居民、在新加坡注册成立的公司（包括外资或本地企业）所有的船舶方可在新加坡进行船舶登记注册；⁴⁹另一《北京公约》首批缔约国之一的利比里亚，则规定了由利比里亚公民或国民⁵⁰所有的船舶有资格在利比里亚进行注册，⁵¹进行类似规定的国家还有许多，不再一一列举。在上述国家进行的船舶登记，要求船舶所有人在登记国设立申请登记人所有的船公司。⁵²实践中，大量购买人选择通过船舶司法出售竞得的船舶在上述国家成立单船公司，以实现在其船舶登记处进行登记的目的。此时，上述单船公司作为船舶登记所有人，不能直接适用《北京公约》中关于后续购买人的概念，⁵³也就无法依照《北京公约》第七条的规定⁵⁴作为后续购买人直接在缔约国的登记机关进行登记，购买人也因此可能产生不必要的负担或付出额外的程序成本。未来可探究建立相关签发审查制度，在符合一定条件的情况下，将船舶司法出售证书直接签发给购买人成立的单船公司，最大限度保障此种情形下船舶购买人的利益。

⁴⁴ 《涉外民事关系法律适用法》第十二条：“自然人的民事行为能力，适用经常居所地法律。”第十四条：“法人及其分支机构的民事权利能力、民事行为能力、组织机构、股东权利义务等事项，适用登记地法律。法人的主营业地与登记地不一致的，可以适用主营业地法律。法人的经常居所地，为其主营业地。”

⁴⁵ 参见石宸谊：《境外法人申请不动产抵押登记问题浅析》，载《中国土地》2018年第11期。

⁴⁶ 《拍卖法》第三十四条：“竞买人可以自行参加竞买，也可以委托其代理人参加竞买。”

⁴⁷ 参见郝维华：《后〈民法典〉时代拍卖法对身份保密义务的适用》，载《中国拍卖》2022年第8期。

⁴⁸ 《最高人民法院关于人民法院网络司法拍卖若干问题的规定》第十四条第（二）款：“委托他人代为竞买的，应当在竞价程序开始前经人民法院确认，并通知网络服务提供者。”

⁴⁹ 《船舶登记注册之先前条件》，载新加坡海事局网站，

<https://www.mpa.gov.sg/singapore-registry-of-ships/about-srs/pre-requisites-for-ship-registration>，2024年2月26日访问。

⁵⁰ “公民”或“国民”一词包括公司、合伙企业和个人协会。

⁵¹ Liberian Maritime Law § 51。（注：《利比里亚共和国海商法》第51条。）

⁵² 参见刘铁利：《香港作为单船公司注册地的优势》，载《中国远洋航务》2006年第8期。

⁵³ 《北京公约》第2.10条：“‘后续购买人’系指从第5条所述的司法出售证书记载的购买人购买船舶的人。”

五、构建特殊签发程序的必要性

实践中，海事法院可能会面临虽然船舶司法出售不符合上文所列必要条件，但仍需对其签发司法出售证书的情形。例如《北京公约》第8条规定了经出示司法出售证书而不得扣船的情形，朱作贤教授也认为司法出售证书的一项重要作用是保护司法出售船舶免于因先前债务而被扣押，⁵⁵这可能会导致海事法院签发司法出售证书范围的扩大。所以，司法出售证书的特殊签发程序设置显得十分必要。

部分司法出售船舶的先前登记和未来登记均为中国，本无需海事法院签发司法出售证书以确认其国际效力，但由于司法出售时无法完全了解、预判船舶过往和未来，加之不同国家的履约方式可能存在差异，虽然经过我国海事法院的船舶司法出售，船舶在国外港口仍有因先前债务而被扣押的风险。例如在“Cerro Colorado”轮案⁵⁶中，“Cerro Colorado”轮因其债务被英国法院拍卖，拍卖之前西班牙使领馆发函给英国法院，声明该船船员已经根据西班牙法律取得船员工资的判决，即使英国法院把船舶拍卖了，船员仍可以通过扣押船舶维护其权利。⁵⁷鉴于此，笔者试提出两种观点供后续探究。

一是在发生类似事件后，经申请人申请补发司法出售证书。在《北京公约》生效前，无论是基于任何国际条约、国际惯例抑或是国际司法礼让，经我国司法出售的船舶鲜有因出售前债务被国外当局扣押的先例。从《北京公约》的适用范围来看，只有当相关当局所在国同为公约缔约国时，司法出售证书才会体现出免于扣船的效力。所以，对于此类小概率事件，我国海事法院无需过度顾及，以被动、中立的角色定位与其他方式共同保障购买人权利和平衡司法实践发展。⁵⁸对此，适当的解决方案是，允许海事法院经购买人申请补发司法出售证书，作为司法出售证书签发的特殊程序。但此做法的弊端是显而易见的，即在船舶将要被扣押或者已经被扣押后，购买人向我国海事法院申请补发司法出售证书，虽然可免于前文所讨论的我国海事法院应当进行的个别审查，但仍将因程序耗时、文书效力认证与流转等问题给船舶所有人（经营人）带来船舶滞留或延误船期等损失，若被扣押时船舶所有人、经营人或光租人非船舶司法出售的相对人时，司法出售证书的签发将因签发对象的变动

⁵⁴ 《北京公约》第7.1条：“经购买人或后续购买人的请求并出示第5条所述的司法出售证书，缔约国的登记机关或其他主管机构应当在不违反第6条的前提下根据其规则和程序，视不同情况：……（3）将该船舶登记在购买人或后续购买人的名下，前提是该船舶和拟把船舶登记在其名下的人符合登记国法律的要求……”

⁵⁵ 参见朱作贤：《〈北京船舶司法出售公约〉之观察与展望》，载《中国远洋海运》2023年第3期。

⁵⁶ The Cerro Colorado, [1993] 1 Lloyd's Rep. 58-59.

⁵⁷ 参见许少彬：《船舶司法拍卖视角下光船租赁效力问题研究》，载《国际经济法学刊》2020年第4期，第149页。

⁵⁸ 参见齐崇文：《浅议法院在多元化纠纷解决机制构建中的角色定位——以“能动司法”与“被动司法”之争为视角》，载《东岳论丛》2011年第3期。

复杂化。

二是经申请在司法出售证书签发的特殊程序中增加对船舶拟从事业务的审查。船舶运输经营通常分为专门在国内沿海地区进行货物运输的船舶（内贸船）和从事国际港口间运输的船舶（外贸船），二者在船型、航线和船舶技术要求等方面有所不同。在司法出售证书签发的特殊程序中，海事法院仅需关注船舶营运的营运范围，显然，仅从事国际港口间运输的船舶会面临在国外港口被扣押的风险。《中华人民共和国国际海运条例（2023 修订）》规定经营国际集装箱船、国际普通货船运输业务的企业法人应将船舶信息备案；⁵⁹经营国际班轮运输业务的，应在申请中提交运营船舶资料，⁶⁰变更运输船舶的，还应当进行公告和备案。⁶¹可见，在从事国际港口间运输前，无论何种类型的业务，船舶所有人/经营人应将从事相关业务的船舶明确和具化，在通过司法出售的方式获得船舶所有权并从事国际港口间运输的情况下，购买人认为船舶存在因先前债务被扣押风险的，可在向相关部门备案或提出申请后向海事法院申请签发司法出售证书。

但在实践中，购买人以通过船舶司法出售竞得的船舶投入运营，通常会变更船名、船舶用途等，导致船舶名称与司法出售时不一致，海事法院事后以新登记船名签发司法出售证书将突破《北京公约》的规定，发送至存放处备案和公示的司法出售证书信息也或将引起歧义，有待进一步探讨。

司法出售证书特殊签发程序的设置，旨在避免在船舶司法出售中不符合一般程序审查的船舶，在后续运营过程中因司法出售前债务被扣押。考虑到免于扣船作为《北京公约》下司法出售证书的重要作用，尽管实践需求较少，但仍有必要设置特殊签发制度，这是保障船舶司法出售购买人利益、维护我国船舶司法出售乃至海事司法权威的应然之举。

结语

《北京公约》作为国际海事法律界的最新成果，如果能够被国际社会广泛接受，将在很大程度上满足我国海事司法审判发展的客观需要。但是，法律的生命在于实施，任何一种制度的创建和适用，都要经过实践的检验，尚未经过实践检验，或者很少实践过的制度，很难说出它的优劣。⁶²海事法院作为《北京公约》适用的最前沿阵地，在对待司法出售证书签发这一核心问题上，应当及时总结现有经验，平衡

⁵⁹ 《中华人民共和国国际海运条例（2023 修订）》第二条：“……经营国际集装箱船、国际普通货船运输业务，应当自开业之日起 15 日内向省、自治区、直辖市人民政府交通主管部门备案，备案信息包括企业名称、注册地、联系方式、船舶情况。”

⁶⁰ 《中华人民共和国国际海运条例（2023 修订）》第十一条：“经营国际班轮运输业务，应当向国务院交通主管部门提出申请，并附送下列材料：……（三）运营船舶资料；……”

⁶¹ 《中华人民共和国国际海运条例（2023 修订）》第十三条：“新开、停开国际班轮运输航线，或者变更国际班轮运输船舶、班期的，应当提前 15 日予以公告，并应当自行为发生之日起 15 日内向国务院交通主管部门备案。”

⁶² 参见司玉琢：《〈鹿特丹规则〉的评价与展望》，载《中国海商法年刊》2009 年。

海事司法本土化与国际化协调发展，探索构建专门的签发审查程序。正如季卫东教授所言，司法实践其实本来就潜伏着概率思考，⁶³ 司法出售证书签发制度的构建，同样应当基于对已然事件概率的分析，对于由于司法出售证书具有免于扣船的效力，从而可能会导致签发范围的扩大这一问题，应当构建特殊签发程序，由此产生的相关问题可以交给未来的实践进行解答。最后，未来在具备一定司法实践积累和有关《北京公约》国内适用理论继续发展的基础上，最高人民法院应当参照《关于执行海牙送达公约的实施办法》的解释模式，牵头出台《北京公约》适用方面的配套制度，形成《北京公约》履约的中国样本。

⁶³ 参见季卫东：《法律与概率——不确定的世界与决策风险》，载《地方立法研究》2021年第1期。

预防性海洋环境公益诉讼 “重大风险”认定的检视

——基于渤海湾沉船“粤安运 61”轮海洋环境
公益诉讼案的考量

曹晓辉 刘树立*

【摘要】

海洋环境一旦受到破坏,面临不可逆转的困境,环境公益诉讼的价值维度主要是维护生态公益,其不应仅对已经受到破坏的海洋环境进行救济,应更多的关注可能发生的海洋生态损害,风险预防应成为环境公益诉讼的实然定位,实践中法院面临的困境是如何正确识别与确认“具有损害社会公共利益的重大风险”,本文从重大风险的司法认定困境、重大风险概念厘定、推进策略以及证明责任方面,结合“粤安运 61”轮沉船海洋公益诉讼案进行论证,期望在生态风险不确定的情形下,为生态利益优于经济利益的“保护优先,预防为主”环境法则的推进及环渤海海洋生态环境治理与司法保护提供新的思路。

【关键词】

预防性海洋环境民事公益诉讼 重大风险 证明责任分配

引言

中共二十大报告指出“大力推进生态文明建设,坚决维护国家安全,防范化解重大风险”¹。法律回应社会风险必然成为法学研究的应有之意,2020年修订的《最高人民法院关于审理环境民事公益诉讼案件适用法律若干问题的解释》(以下简称《环境民事公益诉讼解释》)²将“具有损害社会公共利益重大风险”的情形纳入了民事公益诉讼的受案范围,正式从环境司法救济的后端走向了风险预防的前端,从“治己病”到“治未病”是法院工作回应社会需求的重要体现。

2022年5月施行的《最高人民法院最高人民检察院关于办理海洋自然资源与生态环境公益诉讼案件适用法律若干问题的解释》(以下简称《海洋环境公益诉讼规定》)进

*曹晓辉,天津海事法院执行局法官;刘树立,天津海事法院执行局法官。

¹ 《十九大以来重要文献选编》下册出版,长春日报:2023-02-21(版次:03版)。

² 《论预防性环境民事公益诉讼中“重大风险”的司法认定,韩康宁,冷罗生:《中国人口·资源与环境》:2022-11-14。

一步构建了较为完善、独立的具有中国特色的海洋环境公益诉讼制度，但未回应“重大风险”的认定问题。“重大风险”的司法判定无法完全通过科学的认定进行定性，中间必然掺杂着法官的心证，一方面，我们不能在环境保护领域无限制的扩张适用“重大风险”，造成市场经济主体的风声鹤唳；另一方面，也应起到切实有效的风险预防的目的，在司法层面回应社会的公益需求，不能将“重大风险”束之高阁，造成生态环境的灾难。

一、逻辑起点：津冀海域首例检察机关提起的预防性海洋环境公益诉讼案³

“粤安运 61”轮于 2016 年 7 月在河北省曹妃甸海域发生自沉，该船中剩余的 2.6 吨轻油和 200 公斤机油存在泄露的可能，对航行安全和海洋生态环境造成重大风险。鉴于“粤安运 61”轮沉船可能存在导致海洋生态环境重大污染损害以及危害周边海洋航行安全和营运的风险，且粤安航运公司作为船舶所有人怠于消除沉船的风险。在行政机关未予处置和法律规定的有关公益诉讼主体未提起诉讼的前提下，检察机关从案涉船舶目前处于危险状态的角度出发，考虑海洋生态环境、航行安全以及次生风险进而支持公诉，人民法院坚持“保护优先、预防为主”的原则，判决船舶所有人在限定期限内打捞沉船，消除海洋生态环境面临的危险，突破了“无损害即无救济”的传统侵权损害救济理念，依法保护了海洋生态环境。该案审理的焦点问题是“粤安运 61”轮沉船打捞的必要性，理论维度便是该沉船是否对海洋生态环境存在现实的重大风险，认定重大风险成为预防性海洋环境公益诉讼的关键。

二、现实困境：重大风险认定的模糊化

在案件审理中，粤安航运公司认为在另案中海洋污染损害责任纠纷以及油污防治处理案件已经处理完毕，“粤安运 61”轮的沉没未能对海域环境造成污染损害，也没有证据证明存在油污污染的风险，且该轮的沉没位置未对海上交通安全造成重大风险隐患。天津海事法院采信《曹妃甸“7.2”“粤安运 61 轮自沉事故调查报告》《水上交通事故责任认定书》《唐山市曹妃甸区东锚地北侧沉船案船舶存油专家咨询意见》以及曹妃甸海事局、唐山市农业农村局等出具的证明文件，认定案涉沉船构成重大风险。⁴《环境民事公益诉讼解释》仅对“重大风险”进行了原则性规定，由于缺乏可供操作的立法规范和裁量标准，预防性海洋环境公益诉讼“重大风险”的认定成为本案审理的难点。

³ 来源最高人民法院官网发布的《海洋自然资源与生态环境检察公益诉讼典型案例》，网址 court.gov.cn/zixun/xiangqing/422，2024 年 2 月 20 日访问。

（一）观念层面：“重大风险”概念内涵不清

风险仅是损害发生的可能性，理论界通常依据损害发生的可能性高低划分风险分为“危险、风险和剩余风险”。盖然性发生最高的状态定性为“危险”，通过直观经验就可以对具有较高危害可能性作出判断；发生的盖然性较“危险”低但损害结果客观上亦无法排除的定性为“风险”；几乎不可能发生的小概率事件定性为“剩余风险”。“重大风险”的概念涉及海洋生态保护的专业性问题，考量的法益众多，法官的法律专业性再强，涉及海洋生态保护专业性问题，也需要环境科技领域的专家意见。“粤安运61”轮借助了行政机关、鉴定机构和专家出具的意见，综合分析做出判断，但不可否认的是“重大风险”仍然是一个抽象模糊的概念，让法官无法直接作出判断。

（二）制度层面：“重大风险”诉讼启动证明标准不明、判定基准不清

《环境民事公益诉讼解释》中规定原告提出预防性环境民事公益诉讼需要提交证明“重大风险”的初步证据材料⁵，何种证据可以作为初步证据而具有证明力，原告往往通过其所保护对象的生态重要性作为“重大风险”存在的间接证明，例如本案对渤海湾生态环境保护的重要性。另外，当事人所提供证据与“重大风险”的“盖然性”标准之间也缺乏较为明确因果关系的裁判指引，给法官留下了较大自由裁量的空间，进而导致预防性海洋环境公益诉讼对“重大风险”的判定处于模棱两可的状态。由于诉讼启动风险证明标准不明确及配套制度设计不完善，我国短时间内难以形成“风险管理—冲突管理—危机管理”的完整治理体系。⁶

“重大风险”词语的高度抽象性，涉及强烈的价值比较与判断，《环境民事公益诉讼解释》中的“重大风险”是指诉讼过程中涉及的有效证据材料和当前的科学技术能力作为前提条件，判定对环境可能造成损害风险的可能性，造成法官从损害的可能性、发生损害的严重性、强调其不可逆转性、强调公众的可接受性等方面加以判断“重大风险”，造成“重大风险”判定基准不明。

（三）技术层面：预防性海洋环境评估技术存在欠缺

传统救济性环境公益诉讼是从“已然”损害而做出的司法认定，而预防性环境民事公益诉讼是基于“未然”的风险进行判定，此时所谓的“重大风险”是处于潜伏期的状态，是具体可能性尚处于难以明确的风险。“重大风险”认定是建立在准

⁴ 来源于天津海事法院（2022）津72民初226号民事判决书第3页。

⁵ 最高人民法院关于审理环境民事公益诉讼案件适用法律若干问题的解释》第八条（二）被告的行为已经损害社会公共利益或者具有损害社会公共利益重大风险的初步证明材料。

⁶ 《风险管理视角下预防性环境民事公益诉讼重大风险认定的审视》何伦凤、曾睿，载于《行政与法》，2022年第10期第79页。

确认事实的基础上的，认定事实需要依赖生态环境风险评估、损害鉴定等科学技术。一方面此类技术的运用涉及庞大的经济成本，可能从经济层面考量，科学风险评估鉴定的成本远大于消除危险的成本，例如本案基于沉船对周边海洋生态危害进行风险评估与鉴定，经济成本可能是不可接受的。另一方面由于科学技术的局限性，对“重大风险”进行全面检测是现有技术无法验证的，损害的评估和量化是预防性环境民事公益诉讼的非现实损害性必然面对的困境，对环境风险发生的不确定性进行验证需要长期的时间，国内的环境鉴定往往局限于当下的环境损害鉴定，鲜有对预防性环境风险进行鉴定的案例。

三、概念分析：“重大风险”认定规则的厘定

（一）“重大风险”的判定标准：何为风险

“重大风险”应从“重大”和“风险”两个维度出发，对“重大风险”的范围和内涵进行界定，“风险”的确定是核心，属于定性分析。环境风险本身就具有高度不确定性，加之科学技术及认知的局限性，目前无法提前介入阻碍所有的环境风险，只能以最终实际发生的盖然性为标准，由低到高将环境风险分为“剩余风险”“风险”和“危险”，数学公式表达为：风险程度 = 环境损害程度 × 环境实害发生的盖然性。⁷上文提到的“剩余风险”是指环境损害发生的盖然性较低，且一旦产生损害，其危险程度也轻微的一类风险，这类风险人们难以通过科学技术或者运用经验法则预见，即便能够予以干预却不符合“成本 - 效益”的理性经济人原则，所以并非法律的规制对象。⁸“风险”相比“剩余风险”的实害盖然性和损害程度要更上一个台阶但仍低于“危险”，这种不上不下、模棱两可的地位说明它是一种能够造成一般损害的可能性，也称之为“抽象的危险”。⁹而“危险”距离损害结果仅“一步之遥”，即具有随时可以转化为实际损害的高度盖然性。

预防性海洋环境公益诉讼所规制的“风险”对象应是与预防性责任表现形式“消除危险”相衔接而高度盖然性的“危险”。具体到本案中，唐山市人民检察院提交的证据《唐山市曹妃甸区东锚地北侧沉船案船舶存油专家咨询意见》，显示“粤安运61”轮油柜等储油设备及携带的润滑油、轻油现已属于《国家危险废物名录（2021年版）》第二条规定的危险废物，其在近海沉没并长期在海水中浸泡，存在存油泄漏污染海洋环境和危害周边海域航行安全的重大风险，且粤安航运公司也未能举证

⁷ 郭红欣：《环境风险法律规制研究》北京大学出版社 2016 年版，第 27 页。

⁸ 参见张宝：《从危害防止到危险预防：环境治理的风险转身与制度调适》，载于《法学论坛》2020 年第 1 期。

证明曾对沉船中的残油进行过无害化处理，其不作为行为对周边的海洋生态及航行安全构成极大威胁，已经符合环境“危险”之条件，构成“重大风险”之标准，具有进行预防干预的迫切需要。天津市高级人民法院判决书中也认为粤安航运公司未能排除涉案船舶会导致海洋生态环境污染的“危险”，将“重大风险”认定为“危险”。

（二）“重大风险”的判定依据：何为重大

明确“重大风险”的“危险性”认定标准后，如何认定“重大”成为摆在法官面前的又一问题。法官要依据何种事实来认定当事人的行为构成《环境民事公益诉讼解释》所规定的“重大风险”标准，预防性海洋环境民事公益诉讼认定“重大”与否最为重要的考量因素便是案件当事人的行为事实。

1. 合法性审查—行为内容考量

侵权人的行为是否违反法律规定，是否具有违法性情节是构成“重大风险”的重要考量因素。国家为保护生态环境，对危险废物有明确规定，《国家危险废物名录（2021年版）》第二条规定，具有毒性、腐蚀性、易燃性、反应性或者感染性一种或者几种危险特性，或者不排除具有危险特性，可能对生态环境或者人体健康造成有害影响，需要按照危险废物进行管理的固体废物（包括液态废物），属于名录规定的危险废物。而该名录将废矿物油与含矿物油废物列为第HW08号危险废物，“粤安运61”轮沉没前船上存有轻油约2.6吨，机油约200公斤，依据《中华人民共和国海洋环境保护法》规定，⁹海洋环境污染损害，是指直接或者间接地把物质或者能量引入海洋环境，产生损害海洋生物资源、危害人体健康、妨害渔业和海上其他合法活动、损害海水使用素质和减损环境质量等有害影响。

“粤安运61”轮船所有人沉船不予打捞，存在污染海洋环境的高度盖然性，显然违反了《中华人民共和国海洋环境保护法》，故为防患于未然，法院支持唐山市人民检察院停止侵害、消除危险的诉请。

2. 危险性审查—行为状态考量

在侵权人的行为尚无明显违法情节的条件下，其行为是否具有危险性状态也是法院考量的因素。“粤安运61”轮船所有人在审理中辩称，与“粤安运61”轮有关的海洋污染损害责任纠纷以及油污防治处理纠纷案件已经在天津海事法院以及天津市高级人民法院审理完毕，“粤安运61”轮的沉没未对海域环境造成污染损害。

⁹ 参见刘梦瑶：《预防性环境公益诉讼的理路与进路——以环境风险的规范阐释为中心》，载于《南京工业大学学报（社会科学版）》2021年第2期。

但该船沉没时经估算入海溢油量约为 5 升（该次海上溢油事故已为沃源公司清理处置完毕），粤安航运公司未能举证证明曾对沉船中的残油进行过无害化处理，其溢油的危险状态是持续存在的。

根据《中华人民共和国海上交通安全法》第七条的规定，从事船舶航行、停泊、作业以及其他与海上交通相关活动的单位和个人，依法既享有获得航海保障和海上救助的权利，也应承担维护海上交通安全和保护海洋生态环境的义务。

“粤安运 61”轮虽然不属于海事行政管理机构责令限期打捞的范围，但根据上述法律和行政法规的规定，责任人也应自船舶沉没之日起一年以内提出打捞计划，经批准后尽快打捞。然而“粤安运 61”轮沉没至今已过六年，根据曹妃甸海事局和唐山市渔业管理机构出具的相关说明，该沉船已给周边海域渔船航行和渔业生产的安全带来了不确定的危害和影响，存在着危险。

3. 公共利益审查—行为影响范围考量

“重大”的认定依据应关注危险状态所影响环境的范围，如果危险影响的环境不具备高昂的生态价值与经济价值，影响对象数目较少，该危险将很难被认为具有高度危险性从而被纳入“重大”的范畴。反之，则应纳入“重大”的范畴。“粤安运 61”轮沉船中的存油溢出风险影响的公共利益包括海洋生态环境和渔业生态环境，沉船的存在还会对周边海域渔船航行安全带来重大风险，其影响对象是多元化的，而其打捞成本远远低于对海洋生态环境所可能造成的生态灾难。

“重大”的判断标准也应关注影响公共利益范围的广度，油类物质如果泄露，会随海水飘散，并在海面形成大范围油膜阻碍大气与海水之间的气体交换，影响海洋生物对光照的需求，造成大范围的海洋生物死亡。影响面积较大，涉及较多生态经济利益，该行为便需要纳入“重大”的范畴。¹²

“重大”的判断标准还应考量行为影响的深度。渤海是我国内海，具有特殊的海洋地理环境特征，水域封闭性强，自净能力弱。针对渤海的特殊情况，司法应采取更高保护标准，考虑到区域生态环境承载力，对“粤安运 61”轮沉船事故可能对区域生态环境承载能力造成难以修复的影响，也应将其不打捞行为纳入“重大”的范围。

四、价值衡量：“重大风险”认定之推进策略

¹² 第九十四条 本法中下列用语的含义是：（一）海洋环境污染损害，是指直接或者间接地把物质或者能量引入海洋环境，产生损害海洋生物资源、危害人体健康、妨害渔业和海上其他合法活动、损害海水使用素质和减损环境质量等有害影响。

“重大风险”认定的基础往往是环境风险分析与风险评估，即对环境风险制造的过程、产生的条件、风险发生的概率等进行科学分析。现有的科学技术难以对基于“可能”的“重大风险”进行全面检测。首先，从相对理性的角度，避免法官的过度自由裁量，风险评估、分析在预防性海洋环境民事公益诉讼中仍有运用的必要；其次，在海洋环境公益诉讼中适当引入价值判断，对于涉及公共利益的价值适当予以保护，必然涉及公益与私益的冲突，价值判断是平衡冲突的有效手段；再次，为避免“重大风险”演变为“实际损害”，环保禁止令是否采取，也需要进行价值衡量。

（一）预防性海洋环境公益诉讼“重大风险”认定中引入生态智库机制

预防性海洋环境民事公益诉讼“重大风险”认定环节需要专家辅助人以及专家论证环节，专家辅助人的引入可以作为判决参考的科学依据。预防性海洋环境公益诉讼的不确定性、复杂性，因果关系难以判断性，仅靠裁判者的法律专业知识往往不足以理解其中的风险程度，专家智库的引入可以避免仅靠当事人提供的鉴定结论所引起的裁判倾向性问题，而专家辅助人可以通过独立的第三方鉴定机构制度引入。

“粤安运 61”轮沉船公益诉讼案中虽然没有引入独立的第三方鉴定机构，但法院结合海事行政管理机构的意见和调查报告采信了《唐山市曹妃甸区东锚地北侧沉船案船舶存油专家咨询意见》，进而判定“粤安运 61”轮沉船构成“重大风险”。

（二）预防性海洋环境公益诉讼“重大风险”认定中适当引入价值衡量

环境风险的复杂性、高度不确定性决定在“重大风险”认定中除了依据案件事实作出判断外，审判者还应引入适当价值判断，即审判者在判断行为人之行为是否会引发“重大风险”时除了基于当事人双方提交的证据认定事实外，还需以“重大风险”作为考量因素对不同的价值利益作出衡量，做到“既要在实质意义上平衡环境公益与经济发展之间的张力，又应当兼顾法律的稳定性与可预测性”，既要充分考量公共利益，又要考量裁判的规范意义与实践意义，充分发挥法院作为国家审判机关作用，承担一定的国家防范化解环境风险义务。¹³“粤安运 61”轮海洋环境公益诉讼案从权衡各方利益，保护海洋生态环境，消除污染源及海域航行安全等多方公共利益进行价值判断，对该案中涉及的公益（生态环境利益、海洋渔业资源利益、航行安全利益）与私益（航运公司经济利益）进行价值衡量，最终判定航运公司消除危险、恢复原状是预防性海洋环境公益诉讼引入价值衡量的体现。

¹² 参见曹辰：《预防性环境民事公益诉讼“重大风险”的认定与适用》，载于《环境防治与污染》2022年44卷第五期第690页。

（三）预防性海洋环境公益诉讼“重大风险”认定中引入环保禁止令规则

预防性海洋环境公益诉讼的特殊性，立案阶段法院应采取适当的延伸性措施，如法院立案阶段应依职权进行初步环境调查，对“重大风险”进行分析研判，在不浪费司法资源的前提下，能动司法从环境风险本身的不确定性与变动性的角度出发，判定对于持续性的“危险状态”可能造成的潜在损害发出环保禁止令，避免一般风险演变为重大风险甚至实害型风险可能性的出现。将2022年实施的《最高人民法院关于生态环境侵权案件适用禁止令保全措施的若干规定》引入预防性海洋公益诉讼中，对于侵害海洋生态环境造成“重大风险”的行为及时发出“环保禁止令”，对可能造成海洋生态环境“重大风险”的行为采取保全措施，将“重大风险”消灭或控制在最小的范围内。

五、证明标准：“重大风险”认定中举证责任分配

“重大风险”的司法判定需要厘清举证责任的分配。按照《环境民事公益诉讼解释》第8条规定，起诉时需要提交侵权人的行为已经损害社会公共利益（实害性救济）或者具有损害社会公共利益重大风险的初步证明材料。预防性海洋环境公益诉讼需要起诉方提供初步证据来证明“重大风险”，被告方需要证明自身的行为不会导致“重大风险”的产生，并提供证据，倘若不能“自证清白”，将承担败诉的法律后果。

（一）“规范说”视角下预防性海洋生态环境侵权责任因果关系推定之适用

2010年实施的侵权责任法把环境污染责任因果关系要件作为权利妨碍规则交由侵权人证明，侵权人就“行为与损害之间不存在因果关系承担证明责任”，而被侵权人需要证明损害事实的发生。2014年最高人民法院发布的第11号司法解释《关于全面加强环境资源审判工作为推进生态文明建设提供有利司法保障的意见》（以下简称《环资审判意见》），其中第8条对环境侵权污染案件中证明责任进一步明确，规定原告“提交污染行为和损害之间可能存在因果关系的初步证据”。2015年最高人民法院参照环境侵权责任构成要件出台了《环境民事公益诉讼解释》第8条明确要求，无论是提起实害救济型环境民事公益诉讼还是提起预防性环境民事公益诉讼，都需要原告就被告行为“已经损害社会公益”或者“具有损害社会公益重大风险”提交初步证明材料，上述表述虽未提出因果关系推定之表述，但内涵了因果过关系

¹³ 参见王盛航：《环境侵权因果关系证明的价值判断》，载于《法学论坛》，2020，35（4）：108-115。

推定之适用。

环境损害案件呈现出公益与私益交织及环境公益诉讼与环境侵权诉讼的共通性。¹⁴2015年《环境侵权诉讼解释》第6条规定被侵权人须证明侵害行为与损害结果之间具有关联性，为环境侵权适用因果关系推定作出明确规定，但该解释严格意义上应仅适用于私益诉讼，并不适用于环境民事公益诉讼，直到民法典为回应保护生态环境将原侵权责任法第八章的标题环境污染责任对应变更为民法典侵权责任编第七章环境污染与生态破坏责任，将生态破坏行为纳入侵权责任的规制范围。2020年底，最高人民法院将《环境侵权诉讼解释》第6条对“关联性”基础事实的规定修改为“被侵权人依据民法典第七编第七章的规定请求赔偿的”并添加了“破坏生态”的表述，同时依据2023年9月1日起实施的《最高人民法院关于生态环境侵权民事诉讼请求被告承担环境污染、生态破坏责任的，应当提供被告行为与损害之间具有关联性的证据，才明确因果关系推定的结构表述。《环境民事公益诉讼解释》中规定的“初步证明材料”不足以作为一种事实状态而存在，因为只有“关联性”基础事实被证明后，法官才能推定“因果关系”这一未知结果事实存在，此时不存在因果关系要件事实的证明责任才能转移于侵权人，侵权人倘若要推翻该未知结果事实，必须证明“不存在因果关系”，此时侵权人就不存在因果关系之证明所负担的是本证，¹⁵需要达到“高度盖然性”的标准。

（二）预防性海洋生态环境公益诉讼“重大风险”初步证据“关联性”证明标准应为“优势盖然性”

证明标准，也可表述为证明程度或证明要求，是指法官认定当事人主张所依据的内心确认的最低程度。预防性海洋环境民事公益诉讼规定的“初步证明”应对“重大风险”的构成证明到何种程度即可适用“因果关系推定”，推定对生态环境构成“重大风险”。根据2022年最高人民法院新修改的《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第108条第1款的规定，承担证明责任的当事人对待证事实的举证证明应达到高度可能性的程度。德国学者认为，民事证明标准的四个阶段，1、可能性极低，标准为1%-5%；2、可能性不高，标准为26%-50%；3、可能性较高，标准为51%-75%；4、可能性极高，标准为76%-100%。对预防性海洋公益民事诉讼实行因果关系推定，在一定程度上是从保护生态环境的角度出发为减轻原告证明“重

¹⁴ 参见吴如巧、雷嘉、郭成：《论环境民事公益诉讼与私益诉讼的共通性——以最高人民法院相关司法解释为视角的分析》，载于《重庆大学学报（社会科学版）》2019年第5期。

大风险”的难度。预防性海洋环境民事公益诉讼构成要件“重大风险”实为环境公益处于“危险”状态的科学判断，所以适用因果关系推定，故应将证明标准降低为“较大可能性”，也即“优势盖然性”，¹⁶即法官内心确信事实达到“重大风险”发生概率为51%-75%之间。因为过高的证明标准客观上会对原告的举证能力和案件受理产生负面影响，限制预防性环境民事公益诉讼案件的启动。“粤安运61”轮海洋环境公益诉讼案中，天津高院认为依据唐山市人民检察院提交的专家咨询意见及曹妃甸海事局出具情况说明等证据证明上述轻油及机油系危险废物，如泄漏至海洋中将对海洋生态环境造成严重损害，将导致海洋生态环境污染的重大风险。天津高院认为综合污染环境、破坏生态的行为违法性、油类属于危险废物的性质、环渤海生态环境的特征，沉船历经时间判定被告行为与损害之间关联性已经达到“优势盖然性”，从而判定被告承担打捞责任有效的预防了生态环境可能面临的灾难。

（三）预防性海洋环境公益诉讼排除“重大风险”应达到“高度盖然性”的证据优势

上文提到预防性海洋环境公益诉讼适用因果关系推定原则，侵权人就不存在因果关系之证明所负担的是本证，需要达到“高度盖然性”的标准，意为“法官内心确信事实存在的概率超过80%”。¹⁷被告需要证明其行为具有无损性或“重大风险”无关，¹⁸被告作为“重大风险”的制造者，理应承担更大的证明责任，更重的注意义务，或者说是完全的证明责任，对自身行为是否会影响生态环境甚至对生态环境构成重大风险，应当具有实体法上的判断和防止义务。在原告提供初步证据证明达到“优势盖然性”后，证明责任应由被告承担，对自己行为与重大风险不存在因果关系承担证明责任。此外，预防性环境民事公益诉讼中，主观证明责任与客观证明责任的承担应当相互协调，原被告在证明责任承担范围内履行主观证明责任，在事实真伪不明时，被告应承担不利后果，履行停止侵害、排除妨害、消除危险等法律后果。天津市高级人民法院在“粤安运61”轮沉船公益诉讼案中认为，存在重大风险因素系消除危险请求权成立的初步事实基础，在此基础上仍需考量是否能排除该种风险因素的危险性，如该风险因素可以被排除发生的可能性，或者存在其他更优方式可以完全排除风险因素发生的可能性的，则可形成对消除危险请求权的有效抗辩，进而达到不实施诉请的特定方式而实现消除危险的结果。对于该事项的举证责任问题

¹⁵ 参见刘英明：《中国民事推定研究》，法律出版社2014年版，第80页。

¹⁶ 参见【日】高桥宏志：《民事诉讼法》，林剑锋译，法律出版社2003年版第474-475页。

在于粤安航运公司，粤安航运公司不能证明船体存在不会发生锈蚀的可能性，也无法证明即使船体锈蚀也不会发生轻油及机油泄漏的可能性，故判令粤安航运公司应以打捞涉案沉船方式消除海洋生态环境污染危险。

结语

“粤安运 61”轮沉船公益诉讼案为渤海湾生态环境治理消除了“定时炸弹”，体现了生态风险不确定性情形下生态利益优于经济利益“保护优先，预防为主”的环境法则，为环渤海海洋生态环境治理与司法保护提供了新的思路。环渤海海洋生态环境作为我国海洋生态环境最为复杂的海域，“十四五”规划¹⁹对环渤海海域的生态环境保护工作提出了更高的要求，预防性海洋环境公益诉讼需要积极发挥回应环境风险预防功能，克服既有建构秩序的缺陷，探索出一条切实可行的以预防为主“环渤海”海洋环境司法保护之路，事先将重大风险消除于无形，回应社会公众对海洋环境司法保护的关切。

¹⁷ 参见毋爱斌：《环境民事公益诉讼中国果关系要件的证明》，《中州学刊》2022 年第 9 期。

¹⁸ 参见韩康宁、冷罗生：《论预防性环境民事公益诉讼中“重大风险”的司法认定》，《中国人口·资源与环境》2023 年第 33 卷第 7 期第 211 页。

¹⁹ 具体指《中华人民共和国国民经济和社会发展第十四个五年规划和 2025 年远景目标纲要》

清防油污作业人费用索赔 请求权基础新论

——兼论直诉油污责任保险人审理思路

吴胜顺 罗孝炳*

【摘要】

基于船舶所有人清防油污的民事责任来源于法律规定，清防油污作业人请求船舶所有人偿付清防油污作业费用的权利也来源于法律规定，故清防油污费用请求权系法定的民事请求权。直诉情形下，油污责任保险人可行使船舶所有人对清防油污作业人的抗辩，但不得依据责任保险合同关系行使保险人对被保险人的抗辩。无论清防油污作业人与船舶所有人有无签订作业合同，裁判都应当根据作业本身特性对费用的合理性进行综合审查。

【关键词】

清防油污 清防油污费用 法定请求权 直诉保险人

引言

船舶因海上交通事故沉没，通常会发生沉船清障打捞以及清防油污作业。对于清防油污费用索赔，实务中存在诸多争议，尤其是在直诉油污责任保险人场合，争议的核心在于清防油污费用请求权基础，以及由此延伸出来的油污责任保险人抗辩权问题、费用具体认定问题。《最高人民法院关于审理船舶油污损害赔偿纠纷案件若干问题的规定》（简称《船舶油污司法解释》）第10条对预防措施费用以及预防措施造成的进一步灭失或者损害应当考虑的因素作了列举，但并未明确清防油污费用的请求权的行使。《全国法院涉外商事海事审判工作座谈会会议纪要》第82条规定，“清污单位受海事行政机关指派完成清污作业后，清污单位就清污费用直接向污染责任人提起民事诉讼的，人民法院应予受理。”基本上解决了清防油污人作业人就清防油污费用提起民事诉讼的诉权问题，但仔细推敲仍有两点疑惑：一是

* 吴胜顺，宁波海事法院审判委员会专职委员、二级高级法官；罗孝炳，宁波海事法院研究室法官。

仅肯定了可以通过民事诉讼途径解决，以区别于行政途径，而未从本源上明确清防油污费用的民事请求权基础；二是从相关释义的理由来看，认为赋予清污单位民事诉权，符合相关国际公约的立法、有利于鼓励清污事业的发展、有利于相关配套制度的有效实施，¹更多的是从目的的角度进行解释，与油污责任强制保险、费用合理保护等制度之间，法律适用与解释自洽不足。本文从实例出发，认为清防油污作业人对清防油污费用索赔，是一种法定的民事请求权，并与油污责任强制保险、费用合理认定和保护等相关制度相衔接。

一、据以研究的案例：某工程公司诉某保险公司、某船务公司、曹某某船舶污染损害责任纠纷案²“泰运安”轮为钢质散货船，登记所有人船务公司和曹某某、经营人船务公司。2021年9月18日，该轮向保险公司投保船舶污染责任保险，被保险人为船务公司、曹某某，保险期限自2021年9月28日零时起至2022年9月27日二十四时止，每次事故赔偿限额300万元，主险适用《船舶污染责任保险条款》。2021年10月5日约23时，“泰运安”轮从福建宁德装载3400吨砂开航驶往台州途中，在台州铜锣礁水域附近触礁沉没。海事部门经调查认定事故属单方责任事故，“泰运安”轮负全部责任。

2022年1月3日，“泰运安”轮船东作为甲方与工程公司作为乙方签订“泰运安”轮沉船清障打捞协议，约定由乙方对沉船进行解体清障打捞，之前甲方因沉船后所产生费用，包含台州众和船舶服务有限公司（简称众和公司）的防油污费用等均由甲方承担。之前，众和公司所属的“众和6”和“众和1”于2021年10月5日即到达事故现场。2021年12月25日，工程公司作为甲方与众和公司作为乙方签订沉船打捞及防油污项目合伙协议：由甲方出面与“泰运安”轮船所有人签订打捞及抽油协议，甲乙双方进行合作施工，待甲方从“泰运安”轮船所有人或保险公司处取得防油污款后，再向乙方分配相应份额款项。甲方负责沉船打捞及水下抽油工作，乙方负责处理打捞时的溢油监护和溢油清除工作。2022年5月10日，众和公司出具“泰运安”轮溢油应急行动完工报告，称参照《中国潜水打捞行业协会〈会员自律公约〉及配套文件》，“泰运安”轮溢油应急行动现场清污费用共3216622.12元，船方还未支付任何费用。2022年6月15日，工程公司制作“泰运安”轮水下抽油施工完工报告和“泰运安”轮现场清污及水下抽油工程结算单，称现场清污工程费

¹ 最高人民法院民事审判庭编著《〈全国法院涉外海事海事审判工作座谈会会议纪要〉理解与适用》，人民法院出版社2023年版，第502-505页。

² 宁波海事法院（2022）浙72民初2185号。

用计 3216622.12 元、水下抽油工程费用 3566608.38 元，合计 6783230 元。受保险公司委托，悦之公估于 2023 年 2 月 19 日出具公估报告，称参照交通运输部海事局颁发的《船舶油污损害赔偿基金理赔导则》，经评估，防油污费用 730644 元、抽油费用 790183 元，合计 1520827 元。

工程公司向某海事法院提起诉讼，请求判令：1. 保险公司在船舶污染责任险限额内赔付工程公司 300 万元；2. 船务公司、曹某某向工程公司支付除上述 300 万元保险金外的 3783230 元；3. 船务公司、曹某某就保险公司在保险金中免赔及不赔部分向工程公司完成支付。保险公司辩称：一、工程公司无权将保险公司作为共同被告。二、“泰运安”轮存在缺陷和重大过失，保险公司有权依照保险条款的约定和法律规定不承担保险赔偿责任。三、工程公司无权主张众和公司的费用；保险公司不受清障打捞协议约束，不承担保险赔偿责任。四、工程公司主张的费用并未实际产生、费用标准不合理、未依法依约扣减相关费用；预防措施和救助措施以及清障目的应当区分，并按 50% 的比例进行分摊；工程公司存在怠于履行清障打捞协议的行为，相应部分金额应从费用中扣减。五、保单约定的每次事故免赔额 3 万元应予扣减。被告简称船务公司、曹某某辩称：一、沉船清障打捞协议依法无效。二、其已经投保船舶污染损害责任险，抽油和防油污费用应当由保险公司在保险责任范围内承担理赔责任。三、工程公司所主张的各项费用明显不合理。

海事法院经审理认为：涉案清障打捞协议包括了抽油和防油污的内容，工程公司完成清障打捞施工后，自当有权向船务公司、曹某某要求支付相关费用。船务公司、曹某某在本案诉讼过程中提出，抽油和防油污费用应当由保险公司在保险责任范围内承担理赔责任。据此，工程公司有权提起诉讼直接向保险公司主张清油污所产生的费用。《船舶油污司法解释》第 8 条第 2 款规定，“除船舶所有人故意造成油污损害外，船舶油污损害责任保险人或者财务保证人向受损害人主张其对船舶所有人的抗辩，人民法院不予支持。”保险公司未举证证明船务公司、曹某某故意造成涉案油污损害，其关于依照法律规定或者保险条款约定享有免责事项，包括每次事故免赔额的抗辩，以及“泰运安”轮存在的缺陷和重大过失的抗辩，均是针对被保险人也即船务公司和曹某某提出，依法不得向工程公司主张。涉案抽油和防油污费用经审查认定为 2708540.10 元，未超过船舶污染责任保险限额 300 万元，工程

³ 胡正良主编：《海事法（第三版）》，北京大学出版社 2016 年版，第 217 页。

⁴ 王婷婷、叶舟：“船舶油污事故中强制清污费用请求权基础之证成——以‘中恒 9’轮溢油事故为视角”，载《大连海事大学学报》2019 年第 1 期（第 18 卷）。

公司要求保险公司赔付抽油和防油污费用的诉讼请求，以本案认定的金额为限，予以支持。保险公司关于赔付款中应扣减免赔额、工程公司无权就众和公司的防油污费用进行索赔，以及应区分预防措施和救助措施并进行分摊的抗辩，均不予采信。据此，判决：一、保险公司应在本判决生效后十日内赔付工程公司抽油和防油污费用合计 2708540.10 元；二、驳回工程公司的其他诉讼请求。

本案中，保险公司的抗辩主要集中在作业人对油污责任保险人请求权的行使、油污责任保险人抗辩权范围以及费用认定，在同类案件中具有一定的普遍性。

二、清防油污作业人对油污责任保险人的请求权及其行使

（一）清防油污作业人主张清防油污费用的请求权基础

船舶沉没，一方面可能影响海上通航环境，需要对沉船残骸进行打捞清除，此类打捞清除性质上属于强制打捞，相关费用应通过行政法律关系解决。³另一方面，沉船打捞清除往往会涉及清防油污问题，对于清防油污费用的请求权性质，存在多种观点，有按违约对待的，也有认为是行政代履行的，还有认为是无因管理的。⁴清防油污作业人与船舶所有人签订了作业合同，依违约请求权对待，自可以说得通。但在作业人经主管部门组织或按其指令从事清防油污作业场合，由于缺乏书面合同依据，实务中有将之以存在事实合同关系来对待的，⁵这种做法显然不符合违约请求权的基本原理。行政代履行，属于行政强制执行的一种方式，其前提是行政机关已经作出相应的行政决定并生效，与司法实践中清防油污作业人请求费用的通常情形不符。至于无因管理，从请求权体系上解释，是补充性的，清防油污作业通常基于与船舶所有人之间的合同或者经主管主管部门组织或按其指令，目的是为了防止油污造成海洋环境损害，解释为无因管理，既舍近求远，也于法理不通。

本文认为，作业人的清防油污作业费用请求权是一种法定的民事请求权，包括两个层面的含义：是民事请求权，而非行政法上的请求权；是法定请求权，而非违约请求权或者无因管理请求权。理由如下：

第一，船舶所有人对清防油污的民事责任，来之于法律的直接规定。《中华人民共和国海洋环境保护法》第 89 条第 1 款规定，“造成海洋环境污染损害的责任者，应当排除危害，并赔偿损失；”《中华人民共和国海上交通安全法》（简称《海安法》）第 51 条第 1 款规定，“碍航物的所有人、经营人或者管理人应当在海事管

³ 参见（2014）甬海法商初字第 420 号、（2014）浙海终字第 147 号民事判决书。

理机构限定的期限内打捞清除。碍航物的所有人放弃所有权的，不免除其打捞清除义务。”《中华人民共和国防治船舶污染海洋环境管理条例》（简称《船舶防污染条例》）第41条第1款规定，“发生船舶污染事故，海事管理机构可以采取清除、打捞、拖航、引航、过驳等必要措施，减轻污染损害。相关费用由造成海洋环境污染的船舶、有关作业单位承担。”第48条规定，“造成海洋环境污染损害的责任者，应当排除危害，并赔偿损失；”《1969年国际油污损害民事责任公约》（简称《1969年油污公约》）第3条第1款规定，“除本条第2款和第3款另有规定外，在事件发生时，或如事件包括一系列事故，则在此种事故第一次发生时，船舶所有人应对该事故引起的漏油或排油所造成的污染损害负责。”⁶《2001年国际燃油污染损害民事责任公约》（简称《2001年燃油公约》）第3条“船舶所有人的责任”第1款规定，⁷“除第三和四款规定外，事故发生时的船舶所有人应对由船上或源自船舶的任何燃油造成的污染损害负责。”

第二，作业人请求船舶所有人偿付清防油污作业费用的权利，也来之于法律的直接规定。从国际法层面看，《1969年油污公约》第1条和《2001年燃油公约》第1条都对“预防措施”和“油污损害”或“污染损害”作了定义，“预防措施”是指事件或事故发生后为防止或减轻污染损害而由任何人所采取任何合理措施。“任何人”和“任何合理措施”的用词就清楚表明，预防措施引起的油污损害索赔作为民事责任对待并不以签订合同为条件。从国内法层面看，《船舶防污染条例》第53条规定，“发生船舶油污事故，国家组织有关单位进行应急处置、清除污染所发生的必要费用，应当在船舶油污损害赔偿中优先受偿。”《船舶油污司法解释》第9条也作了类似规定，第11条则进一步明确了预防措施费用和救助措施费用的区分与分摊。结合《1969年油污公约》和《2001年燃油公约》，对《船舶防污染条例》第53条进行分析，可以得出：一是“发生船舶油污事故”包括了可能发生此类事故；二是从事“应当处置、清除污染”的主体既包括国家主管部门也包括经其组织或指令的有关单位和个人，同时属于《船舶油污司法解释》所规定的油污受损害人的范围；三是“必要费用”包括了清防油污之类的预防措施费用；四是“应当在船舶油污损害中优先受偿”包含三个层次，即首先是应当作为民事责任索赔从中受偿，其次是应当在船舶油污损害中受偿，再次是应当优先受偿。⁸

⁶ 《1969年油污公约》于1980年4月30日对我国生效，《修正1969年国际油污损害民事责任公约的1992年议定书》于2000年1月5日对我国生效。

⁷ 《2001年燃油公约》于2009年3月9日正式对我国生效。

法律之所以如此规定,至少可以从以下几方面得到解释:第一,鼓励社会力量参与清防油污,维护海洋生态环境;第二,与船舶油污损害责任强制保险制度、责任限制制度、海难救助特别补偿制度相衔接;第三,避免因情势危急签订显失公平的作业合同;第四,预防措施费用,以必要、合理为限;⁹第五,将强制打捞清除费用包括清防油污费用,定性为民事请求权,符合国际立法趋势。¹⁰ 综上,清防油污作业人经主管部门组织或根据其指令实施预防措施,其费用请求权首先是一种法定的民事请求权,即便未签订作业合同也不影响清防油污作业人提出索赔,这也是此类案件案由确定为船舶污染损害责任纠纷的理由所在。本案中,工程公司以分别与众和公司、船舶所有人签订作业合同的方式一并就众和公司的费用提起诉讼,一定程度上避开了部分费用请求权的问题,但并不影响其仍具有法定请求权,尤其值得注意的是,众和公司参与清防油污在前,与工程公司签订协议在后,如果不以法定的民事请求权作基础,对签订协议之前已经发生的费用予以保护将难以得到合乎法律规定的解释。

(二) 清防油污作业人对油污责任保险人的请求权

《中华人民共和国民事诉讼法》(简称《海诉法》)第97条,从程序法上赋予了船舶油污受害人直接向油污责任保险人或财务保证人提起诉讼要求赔偿油污损害的权利。《海诉法》此条规定,与《1969年油污公约》第7条第8款、《2001年燃油公约》第7条第10款一脉相承,也与上述两个公约以及《船舶防污染条例》所设立的油污责任强制保险制度相衔接。但《海诉法》属于程序法,是否一并赋予了实体请求权,有值疑问。

在现行《中华人民共和国海商法》(简称《海商法》)尚缺乏对船舶油污制度具体规范的情况下,对于清防油污作业人向油污责任保险人或财务保证人直接索赔的实体请求权法律适用问题,可以从以下两个方面得到解释:第一,《1969年油污公约》第7条第8款规定,“对油污损害的任何索赔,可向承担船舶所有人油污损害责任的保险人或提供财务保证的其他人直接提出。”该条第9款进一步规定,“按照本条第1款规定由保险或由其他财务保证所提供的任何款项,应仅用于根据本公约提出的索赔。”《2001年燃油公约》第7条第10款规定,“对根据本公约产生的费用的任何索赔,可向登记所有人责任的保险人或提供经济担保的其他人直接提

⁸ 关于此类费用是否优先受偿,理论上存在争议。

⁹ 《1969年油污公约》第1条第7款;《2001年燃油公约》第1条第7款、第9款;《船舶油污司法解释》

出。”从文义上分析，上述条文中所指的“任何索赔”显然已经包括了实体权利。第二，《中华人民共和国保险法》（简称《保险法》）第65条同样赋予责任保险下受害人直接向责任保险人请求赔偿保险金的权利，既包括程序上的直诉权利，也包括实体请求权，只不过该条对直诉设定了一定的条件。

综上，在法律适用上，能够适用公约的，应当直接适用相关公约，明确清防油污作业人直诉请求权；不适用公约的，则应当根据公约的精神，结合《船舶防油污条例》第53条和《保险法》第65条，对《海诉法》第97条作扩大解释。立法上的问题，可以留待《海商法》修改加以解决。

（三）清防油污作业人请求权之行使

实践中，清防油污作业人行使清防油污费用请求权主要有以下几种方式：一是单独向船舶所有人主张；二是单独向油污责任保险人或财务保证人主张，此情形下，应追加船舶所有人为第三人参加诉讼；三是同时起诉船舶所有人和油污责任保险人或财务保证人。对于前两种情形，法律规定明确，在此不作讨论。第三种方式还可以进一步细分为两种做法：油污责任保险人或财务保证人在保险限额内或保证限额内承担责任，船舶所有人对限额以外的损害承担责任；和油污责任保险人或财务保证人在保险限额内或保证限额内承担责任，船舶所有人对全部损害承担责任。前一种做法，两个公约、《船舶防油污条例》和《船舶油污司法解释》都已经作了相应规定，毋庸置疑。后一种做法，实务中有按不真正连带之债处理的，¹¹是否妥当，仍值检视。油污责任保险或财务担保，从其性质上看，具有担保性，为船舶所有人的油污损害向相关受损害人提供担保；具有受限性，一方面只限于为油污损害提供担保，另一方面只限于所设定的保险限额或担保限额；具有强制性，由法律、法规直接规定，且赋予受损害人直诉油污保险人或财务保证人的权利。将之作为民法上的连带责任保证或者不真正连带之债对待，反而使问题复杂化，与油污责任强制保险制度和直诉制度不甚相符。

三、油污责任保险人对沉船打捞清防油污费用索赔的抗辩权及其范围

《1969年油污公约》第7条第8款规定，“对油污损害的任何索赔，可向承担船舶所有人油污损害责任的保险人或提供财务保证的其他人直接提出。在上述情况下，被告人可不问船舶所有人的实际过失或暗中参与而援用第五条第1款所规定的

第10条、第11条。

¹¹ 胡正良主编：《海事法（第三版）》，北京大学出版社2016年版，第219页-第220页。

责任限制。被告人可进一步提出船舶所有人本人有权援引的抗辩（船舶所有人已告破产或关闭者不在此例）。除此以外，被告人可以提出抗辩，说明油污损害是由于船舶所有人的有意的不当行为所造成，但不得提出他有权在船舶所有人向他提出的诉讼中所援引的抗辩。”《2001年燃油公约》第7条“强制保险与经济担保”第10款作了同样的规定，《船舶油污司法解释》第8条规定也与此类似。直诉情形下，油污责任保险人的抗辩权可区分为两种情况：依据清防油污作业人与船舶所有人之间的油污损害索赔法律关系援引船舶所有人对清防油污作业人的抗辩，和依据责任保险合同关系援引保险人对被保险人的抗辩。

（一）油污损害索赔法律关系下船舶所有人对清防油污作业人的抗辩权

根据《1969年油污公约》第7条第8款和《2001年燃油公约》第7条“强制保险与经济担保”第10款以及《船舶油污司法解释》第8条第1款的规定，受受害人直接向船舶油污损害责任保险人或者财务保证人提起诉讼，船舶油污损害责任保险人或财务保证人可以对受受害人主张船舶所有人的抗辩。上述抗辩权至少包括：一是索赔权是否成立以及索赔权范围的抗辩；二是责任限制的抗辩；三是责任保险赔偿限额的抗辩；四是船舶所有人故意行为造成油污损害事故的抗辩。从法理上讲，既然法律赋予了受受害人直接向油污责任保险人索赔的权利，意味着将受受害人对油污责任保险人的间接请求权转换为直接请求权，对等赋予油污责任保险人依据油污损害索赔法律关系行使对受害人的抗辩权，是种公平合理的制度安排。本案中，保险公司关于清防油污费用合理性以及要求分摊清防油污费用和沉船打捞费用等抗辩，就属于此类抗辩。

（二）责任保险合同关系下保险人对被保险人的抗辩

《1969年油污公约》第7条第8款和《2001年燃油公约》第7条“强制保险与经济担保”第10款以及《船舶油污司法解释》第8条第2款，都排除了此类抗辩权，与油污损害民事责任强制保险制度相适应。法律规定油污损害民事责任实行强制保险，目的是为了地更好地发挥责任保险在防治船舶及其有关作业活动污染海洋环境中的作用，鼓励及时采取预防或减轻油污损害措施，促进海洋环境保护。本案中，保险公司关于其依照法律规定或者保险条款约定享有免责事项，包括每次事故免赔额的抗辩，以及关于“泰运安”轮存在的缺陷和重大过失的抗辩，均是针对被保险人

¹¹ 参见（2021）浙72民初376号、（2022）浙民终321号民事判决书。

提出，故判决认定其不得向清防油污作业人主张。

四、沉船打捞清防油污费用的具体认定

（一）清防油污费用的合理性

《1969年油污公约》第1条和《2001年燃油公约》第1条都规定，“预防措施”是指事故或事件发生后任何人采取的防止或减少污染损害的任何合理措施。由此可见：一是如前所述，预防措施费用请求权是一种法定的民事请求权，不以签订合同或存在生效的行政决定为条件，也未对采取预防措施的主体作出限制；二是与法定请求权相对应，预防措施应是属于合理的，即确实能够起到防止或减少污染损害，因采取预防措施而发生的费用自当也限于合理的范围。进而言之，即便清防油污作业人与船舶所有人签订了作业合同，索赔诉讼中，船舶所有人和责任保险人或财务保证人有异议的，仍应对费用的合理性进行审查。也正因如此，《船舶油污司法解释》第10条对预防措施费用的认定专门进行了规定，即：“对预防措施费用以及预防措施造成的进一步灭失或者损害，人民法院应当结合污染范围、污染程度、油类泄漏量、预防措施的合理性、参与清除油污人员及投入使用设备的费用等因素合理认定。”本案中，工程公司与“泰运安”轮船舶所有人签订沉船清障打捞协议时，显然已经注意到了这一点，并约定，“抽油费用乙方初步报价250万元（不含税），最终总价款以实际工程量为准，由双方另行结算并签字确定。”

（二）清防油污费用“合理性”的认定

这也是此类纠纷中当事人争议最多的问题。实务中，正如本案所呈现的那样，清防油污作业人往往根据《中国潜水打捞行业协会会员自律公约》及其配套计价文件标准主张费用，而油污责任保险人则往往按照《船舶油污损害基金理赔导则》进行计算，并单方委托保险公估。问题在于：一是根据上述两种计价办法计算，结果相去甚远，个案中很难择一适用；二是前者由中国潜水打捞行业协会制定，后者由中国船舶油污损害赔偿基金管理委员会制定，难免受行业利益影响；三是司法实务表明，到目前为止，裁判尚没有将两种计价办法中的任何一种作为法律上所规定的“国家标准”或“行业标准”对待；四是“合理性”是个综合判断的标准，所应考虑的因素不仅包括油污事件或事故客观状况，还包括对污染范围、污染程度等因素的主观判断。《船舶油污司法解释》第10条为沉船打捞清防油污预防措施费用“合

理性”审查设立了一些原则性的标准。在具体认定时，本案作法在一定程度上可资借鉴：一是根据《船舶油污司法解释》第10条确定的原则进行审查。二是鉴于保险公估人员已经作了现场跟踪记录，有关作业时间、设备和人员投入，以公估报告为基础，结合航海日志、完工报告、作业工单等材料，合理进行分析认定。三是对船舶等设施设备投入费用，综合考虑作业的复杂性和应急性。如对于“众和1”轮、“众和6”轮作业费用，结合船舶类型、作业性质和方式、作业期限、市场行情等因素，对公估报告确定的作业费用进行审查并予确认，同时按双方意见确定待命按作业时船舶费用的一半折算，作业或待命累计时间不足12小时的按半天折算；再如，对于抽油设备费用，根据该类作业的专业性、应急性和短期性，认定抽油设备投入作业应给予必要的准备时间，并酌情参考公估报告的计算方式，对相关费用进行审查认定。

五、结语

由于《海商法》未对船舶油污损害责任进行规定，而立法修改尚待时日。清防油污作业与沉船打捞清除往往相伴相生，因此引起的纠纷时有发生，一些问题与争议始终存在。这其中，厘清清防油污作业人对清防油污费用损害赔偿的请求权基础，则是问题的关键所在。只有在明确清防油污费用损害赔偿属于法定的民事请求权的基础上，与之相关的对油污责任保险人或财务保证人的直诉制度，油污责任保险人或财务保证人的抗辩权及其范围，以及对清防油污费用合理性审查等问题，才能迎刃而解、逻辑自洽。

船员带薪年假立法及 举证问题浅析

——以海事司法实务为视角

谢梦如*

【摘要】

带薪年假是船员作为劳动者享有的休假权利，但由于工作性质特殊，船员通常采取综合计算工时制。司法实务中，当船员与企业就是否安排年休假问题产生争议时，双方对年休假的认识差异较大，也经常出现举证不力的情况，对事实认定造成许多客观困难，在法律适用上也存在分歧。本文旨在探析有关船员年休假法律制度相关规定及司法实务中的证据规则，为促进纠纷解决及优化行业环境提出建议。

【关键词】

船员 年休假 立法 举证

一、简介

带薪年假，指的是劳动者在工作达到一定期限后享有的在保留职位和工资基础上的休假，是劳动者休息休假权的体现，有利于缓解疲劳、恢复体力、增加工作积极性。我国企业通常有三种工时制度，即标准工时制、不定时工时制、综合计算工时制。标准工时制下的工作时间是较为固定的，而对于不定时工时制、综合计算工时制而言，原则上平均日工作时间和平均周工作时间应与法定标准工作时间基本相同¹，但实践中对于休假的使用、计算、工资标准等则相对更容易产生争议。

由于工作性质的特殊性，需要连续作业，航运企业在对船员的管理中一般采用的是综合计算工时制，即采用以月、季或年为一个周期，综合计算工作时间²。大部分企业实行“上船有薪，下船无薪”的原则，船员在陆上休假的时间，发放基本生活费性质的基本工资，或称作待派薪³。司法实务中，当船员与用人单位就是否安排年休假问题产生争议时，船员一般都会主张自工作之日起企业均未发放应休未

* 谢梦如，武汉海事法院法官助理。

¹ 《关于企业实行不定时工作制的审批办法》第5条。

² 《交通部关于部属企业职工工作时间实施办法》、《关于对交通部水运和施工企业部分工作岗位实行不定时工作制的批复》、《交通部关于实行集中公体制船员享受探亲假、法定节假日待遇问题的通知》。

休年休假工资，而用人单位的抗辩要么是由于行业特点，已对船员采取集中工作、轮岗和集中休息、轮休等方式安排了休假，要么是已随月工资发放了未休年休假工资，船员的主张不应得到支持。双方对年休假的认识差异较大，也经常出现举证不力的情况，对事实认定造成许多客观困难，在法律适用上也存在分歧⁴。本文目的是对船员年休假的立法及举证问题进行浅析，希望为司法实践提供一些有益的参考。

二、法律制度

带薪年休假制度有悠久的立法渊源，早期在法国、英国等国家相继实施，1936年由国际劳工组织第52号公约转化为国际劳工标准。1970年国际劳工组织第132号公约确立了除海员以外劳动者的带薪年休假标准。关于船员的带薪休假福利，相关公约包括《1926年海员协议条款公约》、《1976年海员带薪休假公约》、《2006年海事劳工公约》（以下简称《公约》）等⁵。我国关于带薪年休假的法律制度体系主要由《中华人民共和国宪法》、《中华人民共和国劳动法》（以下简称《劳动法》）、《职工带薪年休假实施条例》（以下简称《年休假条例》）及两个实施办法⁶组成，同时关于船员年休假由《中华人民共和国船员条例》（以下简称《船员条例》）作出特别规定。我国于2015年批准加入《公约》。总的来说，我国在休息休假上的法律规定吸收国际劳工法规定，但又有所不同。

1、休假条件

根据《劳动法》及《年休假条例》规定，一般劳动者享受年休假的前提是工作满一年⁷。《船员条例》第26条规定：“船员除享有国家法定节假日的假期外，还享有在船舶上每工作2个月不少于5日的年休假。”由此推知，船员享有年休假的前提是达到2个月的最低在船服务期，该规定沿袭了《公约》就船员享有每个月2.5天年休假的规定，但相对来说最低服务期更长。该服务期自上船之日起算，而非签订劳动合同之日。需要指出的是，《劳动法》和《船员条例》存在冲突，《船员条例》作为特别法效力优先，在司法实践上也是如此适用的⁸。但另一方面，《劳动法》作为法律在法律位阶上更高，这可能导致适用逻辑上的矛盾，在立法上有待完善。此外，根据《年休假条例》第4条，当船员请事假超过20天且未扣工资或请病假累计超过规定值时，不享受年休假。

³ 金雪莲：《船员工时及工资制度研究》，大连海事大学硕士论文，2012年。

⁴ 张念宏，王艺翌：《船员维权探讨：权益保障及路径选择》，载《山西青年》，2017年05期。

⁵ 马学玲：《从〈2006年海事劳工公约〉看我国船员聘用合同的完善》，载《世界海运》，2013年第2期。

⁶ 《企业职工带薪年休假实施办法》、《机关事业单位工作人员带薪年休假实施办法》。

⁷ 《中华人民共和国劳动法》第45条：“劳动者连续工作一年以上的，享受带薪年休假。”《职工带薪年休假条例》第2条：“机关、团体、企业、事业单位、民办非企业单位、有雇工的个体工商户等单位的职工连续工作1年以上的，享受带薪年休假（以下简称年休假）。单位应当保证职工享受年休假。职工在年休假期间享受与正常工作期间相同的工资收入。”

⁸ 陶华光、青岛大通国际船舶管理有限公司劳动合同纠纷〔（2021）鲁72民初185号，（2021）鲁民终1356号〕。

⁹ 《2006年海事劳工公约》导则B2.4.1。

2、休假期限

《年休假条例》第3条规定：“职工累计工作已满1年不满10年的，年休假5天；已满10年不满20年的，年休假10天；已满20年的，年休假15天。”一般职工享有的年休假天数按工龄计算，范围在5至15天。而《船员条例》对于船员的年休假期限规定为每2个月不少于5天，亦即船员每年享有的年休假天数不少于30天，用人单位可制定更高标准。这是考虑他们船员工作环境封闭、长期远离家乡，对这一群体给予的特殊保护。在年休假的使用问题上，根据《年休假条例》第5条规定，单位根据生产工作情况对职工年休假进行统筹安排，可以分段也可以集中，但一般不跨年度安排。船员用人单位应当根据工作特点和本单位实际情况进行灵活安排，通过的内部章程及船员劳动合同约定，就年休假的计算、使用、分段与累积、申请与审批等事项作出规定。病假、事假等不计入年休假计算。另外，船员在船舶短暂停靠港口时上岸休息，如《公约》描述的“在履行就业协议期间准许海员的短期上岸休息”⁹，不应计算为年休假期限。

实践中，由于船员工作期间包括在船期和待派期，航运企业对船员的年休假通常没有作出特殊安排，而是通过离船待派的方式直接集中休假，产生假期混同的现象。为了避免争议，年休假、公休期、待派期应当作出区分。劳动者享有的休息日包括双休日和法定节假日，符合条件时享受相应的年休假。对于按年综合计算工时的船员而言，其全年累计应休公休期则为年累计休息日天数（104天）加上法定节假日总天数（11天）¹⁰。较为合理的方式是在船员离船后，开始休带薪年休假，到期后直接衔接进入公休期。当实际公休期超过应休公休期，则自超过之日起开始计算为待派期。如果船员年度累计实际公休期已经达到或超过应休公休期，则应视为不存在应休未休年休假天数。

3、休假报酬

《年休假条例》第2条规定：“职工在年休假期间享受与正常工作期间相同的工资收入。”一般职工在年休假期间获得正常的工资收入。而《船员条例》第26条规定：“船员用人单位应当在船员年休假期间，向其支付不低于该船员在船工作期间平均工资的报酬。”船员年休假的时间亦视作正常提供了在船劳动，而非休息，故享受与在船工作期间相同的工资收入。船员在船期和待派期的工资标准相差较大，

¹⁰ 劳动和社会保障部《关于职工全年月平均工作时间和工资折算问题的通知》（劳社部发〔2008〕3号）：

“年工作日：365天-104天（休息日）-11天（法定节假日）=250天。”

¹¹ 《中华人民共和国船员条例》第25条：“船员用人单位应当向在劳动合同有效期内的待派船员，支付不低于船员用人单位所在地人民政府公布的最低工资。”

¹² 《职工带薪年休假条例》第5条第3款：“单位确因工作需要不能安排职工休年休假的，经职工本人同意，可以安排职工休年休假。对职工应休未休的年休假天数，单位应当按照该职工日工资收入的300%支付年休假工资报酬。”

如果是与单位签订了劳动合同的船员，在待派期一般获得基本工资，标准由公司确定，不低于当地最低工资标准¹³；如果是自由船员，在待派期一般没有工资。实践中，航运企业常常将年休假、法定节假日等统统当作待派期休息，发放基本工资，这就可能产生差额，导致船员权益受损。

对于应休未休年休假工资，用人单位需要支付三倍报酬。根据《年休假条例》第5条第3款规定，对职工应休未休的年休假天数，单位应当按照该职工日工资收入的300%支付年休假工资报酬¹²。这是惩罚性赔偿，也是涉及带薪年休假的劳动纠纷中普遍的诉讼请求。但如果单位发放了正常工资，则应在扣除正常未休年休假期间工资后，按照200%的惩罚性补偿承担责任。在《船员条例》中，尽管对休假期限和休假期间报酬作出了特别规定，但并未提及应休未休年休假的工资，故《年休假条例》及《企业职工带薪年休假实施办法》（以下简称《年休假办法》）在这一事项上的规定，应当作为一般法同样适用。

对于工资标准，《年休假办法》第11条规定：“计算未休年休假工资报酬的日工资收入按照职工本人的月工资除以月薪天数（21.75天）进行折算。前款所称月工资是指职工在用人单位支付其未休年休假工资报酬前12个月剔除加班工资后的月平均工资。在本用人单位工作时间不满12个月的，按实际月份计算月平均工资。”一般职工在诉讼中主张年休假工资时，应当以发生争议前12个月平均工资为计算标准；而对于船员来说，这12个月的范围则要剔除待派期间。另外，如果在工资构成中存在加班工资的话，应当予以剔除。由于船员工作时间不固定，存在双休日和法定节假日需要工作的情况，所以部分航运企业在工资制定中会设置加班工资的部分。加班工资是对额外劳动的补助性工资，不算作正常的工资构成。故应休未休年休假工资 = 在船期间平均工资 ÷ 21.75 × 应休未休年休假天数 × 300%。对于工资基数的选择，应视案件具体情况而定。在易木弟与江门世纪航运有限公司船员劳务合同纠纷¹³中，船员主张以在船工作期间平均工资作为基数计算年休假工资，法院认为合理并予以支持。如果船员并未作出区分，则属于对自己诉讼权利的处分，在计算上也相对更直观简捷，法院应当予以认可。

劳动合同的解除和终止不影响职工的年休假工资请求权。《年休假办法》第12条规定：“用人单位与职工解除或者终止劳动合同时，当年度未安排职工休满应休

¹³ (2018)粤72民初1348号。

¹⁴ 林云新劳动争议再审民事判决书(2017)闽民再152号。

¹⁵ 《工资支付暂行规定》第4条及《关于工资总额组成的规定》第4条、第10条中的“特殊情况下支付的工资”。

未休年休假的，应当按照职工当年已工作时间折算应休未休年休假天数并支付未休年休假工资报酬，但折算后不足 1 整天的部分不支付未休年休假工资报酬。”但该条并未提及职工主动离职的情况，此时单位已经事实上无法安排年休假，如果当年度年休假未休满，是否还需要支付未休年休假工资呢？笔者认为，即使是劳动者单方解除劳动合同也有提前 30 日通知的法律义务，故单位仍然可以在其离职前安排年休假。这种情况下职工仍然享有年休假工资请求权。

对应休未休年休假工资的法律性质，在司法实践中存在两种意见。一种观点认为，它属于劳动报酬。因为它是职工工资组成的一部分，是职工付出劳动力的对价¹⁴。劳动者在应休未休的假期进行了劳动，故与加班工资相同，采用了更高的计算标准。三倍报酬是在“特殊情况下付出劳动力的溢价”¹⁵。另一种观点认为，它属于福利待遇。年休假体现的是《劳动法》第 45 条规定的休息休假权，国家通过法律手段强制要求企业实施休假制度，从而保障职工身心健康¹⁶。笔者认为，应休未休年休假工资应属于福利待遇。从立法目的来看，年休假的工资收入基于法律强制性规定，也是国家为保障劳动者身心健康和企业良性发展而作出的福利性安排¹⁷。年休假由用人单位安排，目的是为了员工休息，而不是让员工劳动从而让用人单位支付未休报酬，只有在应休未休时，才要求单位承担补偿责任。而且职工可以以书面方式放弃年休假，此时用人单位则无需支付 300% 的年休假工资，亦即不是每个劳动者都可以享有三倍工资。

年休假工资性质的定义会产生两个延伸问题。从《劳动法》下对“劳动报酬”的规定来看，劳动报酬是涉及劳动关系存续、员工切身利益的重大事项。权利受侵害程度和救济力度是相匹配的。

第一，企业是否按时足额支付劳动报酬，会影响员工的单方解除权和经济补偿金的请求权。根据《中华人民共和国合同法》第 38 条，企业未按时足额支付劳动报酬的，员工有权单方解除劳动合同并主张经济补偿金。对于“未按时足额支付劳动报酬”，如果严格从字面意思理解，就是指工资没有准时或足额发放，但在司法实践中不宜采用如此严格的标准，否则会给企业造成沉重的风险和负担。实际上有很多客观原因和状况，例如企业因经营亏损而延迟发工资、因故扣减工资等等。从立法目的来看，第 38 条应当主要指的是员工在受到企业克扣、拖欠工资而不得

¹⁶ 陈涛、沂南县人民法院劳动争议民事申请再审审查民事裁定书（2021）鲁民申 11971 号。

¹⁷ 曹燕：《劳动者带薪年休假权利的法理基础与制度前景》，载《人大法律评论》，2016 年第 2 期。

不辞职，而企业存在较大的恶意或过错时，通过立法赋予员工单方解除权和经济补偿金作为救济。但对于应休未休年休假工资，常常是企业和员工之间产生争议的工资部分，不一定会按时定额发放。拖欠年休假工资给员工权益造成的损害程度远不及于拖欠正常工资，如果有所差欠而赋予员工单方解除权的救济，似乎有违诚信和公平合理原则，且容易导致较大的道德风险。故年休假工资不应当属于这里所说的“劳动报酬”，劳动者不能仅以欠付年休假工资为由主张解除劳动合同及经济补偿金。

第二，拖欠劳动报酬的争议不受一年仲裁时效期间的限制。一般劳动争议有法定的仲裁前置程序，且仲裁时效期间为一年，从劳动者知道或者应当知道其权利被侵害之日起算；但是对于企业拖欠劳动报酬的争议，在劳动关系存续期间的不受一年仲裁时效期间的限制，劳动关系终止的则仲裁时效从劳动关系终止之日起算¹⁸。这是对拖欠劳动报酬情形下的特殊保护。但是年休假工资不属于劳动报酬范围，亦不应适用特殊的时效保护，故当员工起诉请求支付多年未付的应休未休年休假工资时，不论劳动关系是否存续，都需要审查是否超过一年的时效。对于存在应休未休年休假的事实，知道或者应当知道其权利被侵害之日为当年度末，故对于申请仲裁当年及上一年度的年休假工资，可以予以保护。

在海事诉讼中，对于船员劳动争议涉及船员登船、在船工作、离船遣返及人身伤亡赔偿的纠纷，由于专业性强且可能产生船舶优先权请求，是不受仲裁程序约束的，可以直接向海事法院提起诉讼¹⁹。在最高人民法院2002年给湖北省高级人民法院的复函中，对此也有所确认²⁰。值得注意的是，目前并无关于劳动合同的诉讼时效的法律规定，此类案件的诉讼时效是适用一般劳动争议仲裁时效还是民事纠纷诉讼时效？笔者认为船员与一般劳动者在权利义务的本质和法律地位上并无不同，法律适用上也应当给予平等的保护，故直接向海事法院起诉的船员劳动争议亦应当类推适用一年的诉讼时效。对于年休假工资是否为海事法院专属管辖范畴，实践中也存在模糊之处。在王永强、青岛远洋对外劳务合作有限公司船员劳务合同纠纷²¹中，王永强就下船期间的工资、防暑降温费、未休年假工资以及经济补偿金提出主张，

¹⁸ 《中华人民共和国劳动法》第79条：“劳动争议发生后，当事人可以向本单位劳动争议调解委员会申请调解；调解不成，当事人一方要求仲裁的，可以向劳动争议仲裁委员会申请仲裁。当事人一方也可以直接向劳动争议仲裁委员会申请仲裁。对仲裁裁决不服的，可以向人民法院提起诉讼。”《中华人民共和国劳动争议调解仲裁法》第27条：“劳动争议申请仲裁的时效期间为一年。仲裁时效期间从当事人知道或者应当知道其权利被侵害之日起计算……劳动关系存续期间因拖欠劳动报酬发生争议的，劳动者申请仲裁不受本条第一款规定的仲裁时效期间的限制；但是，劳动关系终止的，应当自劳动关系终止之日起一年内提出。”

¹⁹ 《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》第8条：“因船员劳务合同纠纷直接向海事法院提起的诉讼，海事法院应当受理。”《最高人民法院关于海事法院受理案件范围的规定》第24条：“海事法院受理案件的范围包括船员劳动合同、劳务合同（含船员劳务派遣协议）项下与船员登船、在船服务、离船遣返相关的报酬给付及人身伤亡赔偿纠纷案件。”《最高人民法院关于审理涉船员纠纷案件若干问题的规定》第1条：“船员与船舶所有人之间的劳动争议不涉及船员登船、在船工作、离船遣返，当事人直接向海事法院提起诉讼的，海事法院告知当事人依照《中华人民共和国劳动争议调解仲裁法》的规定处理。”

²⁰ 《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》（[2002]民四他字第16号）。

²¹ 王永强、青岛远洋对外劳务合作有限公司船员劳务合同纠纷再审民事裁定书（2021）鲁民再8号。

但分别被地方法院和海事法院裁定不予受理，后再审法院认为上述请求“均系其与工作单位存在劳动关系或者劳务关系的基础上产生”，应由海事法院管辖。笔者认为，应休未休年休假工资是与船员提供在船服务相关的报酬，属于海事法院受理案件的范围。而当船员将该部分诉请与其他非登船、在船工作、离船遣返相关报酬的诉请一并向法院提出时，从方便诉讼、节约资源的角度，海事法院亦应当一并受理²²。

4、休假取消

带薪年休假在符合条件的情形下，是可以取消的。第一种是职工主动申请取消。《年休假办法》第10条第2款规定：“用人单位安排职工休年休假，但是职工因本人原因且书面提出不休年休假的，用人单位可以只支付其正常工作期间的工资收入。”司法实务中许多企业会抗辩，员工没有主动申请年休假，故没有安排年休假。但事实上，只有当企业已经安排职工休年休假，而员工因本人原因书面申请不休年休假时，企业才可以取消休假并只支付正常工资，而无需支付加倍工资。在不能证明符合上述条件时，则应按照三倍工资支付年休假工资²³。第二种是经职工同意取消。《年休假办法》第10条规定：“用人单位经职工同意不安排年休假或者安排职工年休假天数少于应休年休假天数，应当在本年度内对职工应休未休年休假天数，按照其日工资收入的300%支付未休年休假工资报酬，其中包含用人单位支付职工正常工作期间的工资收入。”企业在取得员工同意后取消休假，但需要支付三倍工资。

如果未依法取消休假，则企业需要承担法律责任。根据《年休假条例》第7条，如果企业取消休假又不支付年休假工资，则当地政府人事部门或劳动行政部门有权责令其改正，逾期不改正的向职工加付赔偿金。但该条只是原则性规定，并未规定赔偿金标准，也有回旋空间，实践中真正受到相关部门监督的很少。立法上对于职工未休年休假的补偿采取单一的法律后果，并未因不同原因作出区分。企业无论是依据生产状况统筹未安排年假，还是故意规避年休假，所需承担的均为三倍工资给付责任，违法成本并未增加。在比较法来看，国际立法上对于休假取消的规定较为严苛，不允许企业取消员工的休假权利。例如《公约》规定，放弃休假或以金钱补偿的协议无效²⁴。我国并无相关规定，但实践中出现的协议取消年假的情况，法院仍需要认定是否有客观原因、协商过程是否反映员工真实意愿。在邹景春与重庆禾

²² 林艳、中远海运客运有限公司劳动合同纠纷案〔（2020）辽72民初401号，（2020）辽民终920号，（2020）辽72民初879号，（2021）辽民终175号〕。

²³ 洪武仁、湛江市东浩港口服务有限公司船员劳务合同纠纷二审民事判决书（2018）粤民终1643号。

²⁴ 《2006年海事劳工公约》标准A2.4：“除非属于主管当局规定的情况，否则禁止达成放弃享受本标准规定的最低带薪年休假的任何协议。”

丰化工股份有限公司劳动争议案件²⁵中，邹景春在放弃年休假表格签字并领取放弃休假的奖励，一二审法院均认定该放弃有效，但再审法院认定其一直在诉讼中主张该年休假工资，故并未放弃这项休假权利。

三、证据规则

1、举证责任

由于船员工作性质特殊、休假不固定，且部分船公司管理不规范，法律意识淡薄，在船员劳动纠纷中举证难度较大，举证责任的分配十分重要。民事诉讼举证的基本原则是“谁主张谁举证”，故在员工主张应休未休年休假工资时，一些企业抗辩船员应先证明其确未休年休假。他们主要依据的是《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释（三）》第9条：“劳动者主张加班费的，应当就加班事实的存在承担举证责任。但劳动者有证据证明用人单位掌握加班事实存在的证据，用人单位不提供的，由用人单位承担不利后果。”部分法院认为年休假工资的属性是劳动报酬，故劳动者应当对请求权的基础事实承担初步举证责任²⁶；部分法院认为劳动者是否享受到年休假是消极事实，劳动者无法举证，应由用人单位证明²⁷。

笔者认为，年休假工资并不是加班工资，尽管两者采取同样的三倍报酬标准，如前文所述，年休假是劳动者法定的休假权利，用人单位有义务进行统筹安排。在借贷纠纷中，债权人对于只需要证明债权的存在，而债务人则需要对债权已经消灭承担举证责任。同理，劳动者主张单位以不作为的形式未履行法定义务，当其证明自身符合享受年休假条件时，就应当由单位证明其已经履行该义务。从举证难度的现实角度看，年休假天数不同于法定双休日和国家节假日，存在不固定性，且劳动者与用人单位掌握资料不对等，劳动者举证难度更大。而且船舶企业实践上难以采取标准工时制，在区分节假日和工作日时更有难度。但是如果实际安排了年休假，在年休假工资上将和在船工资和待派工资有明显区别，相关证据也由企业人事和财务部门掌握。故由用人单位对此举证更为公平合理。因此，在船员劳动纠纷中，船员只需要证明自己符合休假条件，即在船工作期间达到两个月。对于是否存在应休未休年休假的核心事实，举证责任应首先分配给企业。企业需要证明其实际安排了休假或调休，或者依法取消休假并发放相应年休假工资。如果不能完成举证责任，

²⁵ 邹景春与重庆禾丰化工股份有限公司劳动争议再审民事判决书（2019）渝民再128号。

²⁶ 黄宝红与四平市自来水公司劳动争议二审民事判决书（2020）吉民终247号。

²⁷ 骆芝勇、四川永辉超市有限公司劳动争议再审民事判决书（2018）川民再798号。

则法院应作出对其不利的事实推定。如果企业完成了己方的举证责任，则船员需要提供反证，证明自己一直在船提供劳务，并未休假。当船员有证据证明相关证据由用人单位掌管时，则举证责任转移至企业。

2、证据效力

涉及船员年休假的各种证据证明效力各有不同，法院需要进行综合认定。主要证据包括以下几种：

(1) 关于劳动合同内容：劳动合同、薪酬调整方案、内部休假制度文件等。劳动合同的内容构成劳资双方权利义务关系的基础，通常对船员工时和工资制度作出原则性约定，薪酬调整方案、内部休假制度文件则构成更详细具体的合同内容。在这些文件中，可审查双方对于休假方式及程序、工资构成及发放方式等是否有明确约定。部分企业为规避休假工资问题，会约定工资为“包干工资”，工资构成中约定“年休假金”、加班工资等。当合同中有所约定且与工资表相互印证时，应认可年休假工资已在每月工资中发放²⁸。刘疆福、重庆市泽胜船务（集团）有限公司船员劳务合同纠纷²⁹中，法院认定，刘疆福与泽胜公司签订的《劳动合同书》约定了双方实行以年为单位的综合计算工时工作制，结合刘疆福的工资表明细，其工资组成包括了加班工资、2.5天年休假工资、双休加班工资、节日加班工资等，对于该工资方案，刘疆福直至劳动合同解除前均未提出异议，应视为其接受了上述工资方案。这种情况下，可视为双方对年休假工资数额和发放的认可。同时，根据法律规定，企业规章制度的效力要基于经过民主程序制定并向劳动者公示³⁰，薪酬调整方案、内部制度文件如果没有经过与船员的协商或取得其同意，可能对船员不产生效力。董立舰、中远海运船员管理有限公司大连分公司劳动合同纠纷³¹中，中远公司召开职工代表大会通过《中海客运船舶在船船员工资调整实施细则》并下发、张贴该实施细则，原告签收且未提出异议，法院认定为有效，原告年休假工资应当按照实施细则规定的方法计算，即“月薪标准÷30天×2.5天”。

(2) 关于工资标准及构成：工资表、工资条、银行流水等。这些证据主要证明工资实际发放数额及明细，企业和船员均应妥善保存。《工资支付暂行规定》

（劳部发〔1994〕489号）第6条规定：“用人单位必须书面记录支付劳动者工资的数额、时间、领取者的姓名以及签字，并保存两年以上备查。用人单位在支付

²⁸ 尹海洋、湖南远洋运输公司船员劳务合同纠纷〔（2020）鄂72民初124号，（2021）鄂民终92号〕。黄华福、广东长大工程船舶服务有限公司船员劳务合同纠纷〔（2018）粤72民初267号，（2018）粤民终2051号〕。

²⁹ （2016）鄂72民初1947号，（2019）鄂民终527号，（2020）最高法民申2445号。

³⁰ 《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释》第19条：“用人单位根据劳动法第四条之规定，通过民主程序制定的规章制度，不违反国家法律、行政法规及政策规定，并已向劳动者公示的，可以作为人民法院审理劳动争议案件的依据。”

工资时应向劳动者提供一份其个人的工资清单。”故两年以内的工资支付情况，企业应承担证明责任。实践中，因船员工作时间不固定，不便于领取工资条并签字确认，许多企业没有严格执行工资表或工资条的确认，有时仅是在微信工作群中发送一份记载船员工资情况汇总的 Excel 表格，无公司主管部门或职工签字，有时诉讼中甚至出现原被告提供两份不一致的工资表的情况，这就使得真实性难以认定。而银行流水也不一定能准确反映实际，例如工资里包含补助、加油费等其他费用，有时现金结算或打到船员家属账上等情况。此时需要结合证据综合认定，对于双方均无法证明的事实，根据举证责任分配作出推定。

(3) 关于实际在船时间：船员服务簿、考勤表、船员任职登记信息、航行日志、上下船调令等。船员服务簿是船员的“身份证”，记载了船员的服务资历。每一段服务资历会直观地显示船员上船任职日期、离船日期、地点、职务等，由船长签字、盖船章，证明效力较强³²。但船员服务簿是手工填写的，当船员自身是船长并掌握船舶印章时，真实性可能受到人为影响，当船员非正常离船时也可能出现离船登记缺失的情况。此外，服务资历只能证明该期间船员在船上工作过，不一定代表一直在船上上班，其间休息或休假的时间可能没有明确记载。故法院需要审查船员服务簿的完整性，对真实性存疑的可通过比对前后字迹、要求证人出庭作证等方式核实。

船舶动态管理系统是中国海事局统一管理船舶及船员信息的电子平台。中国海事局《关于进一步规范船员任解职管理工作的通知》（海船员〔2015〕458号）规定，船员上下船时，都需要到船舶停靠港口所属海事处，进行任解职信息登记。在疫情影响下，任解职登记有更便捷的线上方式。2020年2月，我国海事局发布《新冠肺炎疫情防控期间海船船员任解职信息登记办理指南》，宣布船员无需现场办理任解职登记，而是通过船舶进出港报告生成，船舶可以在船舶报告系统里面的船员电子申报系统进行船员登记³³。部分地方海事部门还推出了更便捷的方式，如江苏海事局所属的微信公众号平台“幸福船员”，就可以让船员自行申报、查询。船员任职信息在港口海事主管部门的实时记载，具有公信力，证明效力强。如果船员服务簿记载的上下船时间与船舶管理系统中登记的船员任职信息不一致时，应当以管理系统中记载的信息为准。

考勤表是双方确认工作时间、企业核算工资的重要标准。法院需要核实考勤表

³¹ (2018)辽72民初407号，(2019)辽民终9号，(2019)最高法民申4538号。

³² 王勇：《船员劳务合同纠纷中的几项争议焦点和证据规则》，载《上海法学研究》集刊，2019年第2卷。

的完整性、真实性和表上记载相关人员的身份信息。双方签章确认的考勤表，证明效力较强。另外，相关规定要求用人单位对员工发放工资的书面记录保存两年以上，这实际对企业的举证标准提供了一个参考值。对于服务多年的船员，如果企业在纠纷中提供了两年以上的工资表和考勤记录，可视为达到举证标准。

航行日志、轮机日志、航海日志、调令等能体现船舶每日运行及企业管理船员的情况，可作为辅助证据。此外，有时企业反驳船员提供某证据的真实性，可能提交一些反证证明特定时间是否在岗。例如某段时间内，因船舶修理、海事处罚或者其他原因，船舶处于停航状态，船员不可能在岗工作。又如某期间内，船员往返家中探亲，实际进行了休假³⁴。

通常情况下，这些证据记载的在船时间是一致的，但实务中不一致的情况也可能出现。法院需要综合证据、常理等对船员真实的工作时间进行综合认定。

四、建议

在疫情影响持续、航运市场低迷的大环境下，船员劳动纠纷的案件更为复杂多样，海事司法实务中的类案可以对航运企业产生示范性效应，对于促进航运业有序健康发展、维护社会和谐稳定发挥着重要作用。对此，笔者有如下建议。

第一，立法部门应当完善立法，充分保障船员权利。我国虽已加入《公约》，但并未完全实现立法转化。《船员条例》为交通部出台的部门规章，法律位阶较低，并且囿于权能限制，仅列明船员职业技术性条款，却缺乏专门的保障性条款³⁵。建议提升有关船员行政管理和权益保护法律制度的立法级别，制定系统专门的船员法，解决法规规章与《劳动法》冲突的问题，提高船员休假权保护标准，从而更好地实现公约在国内的适用³⁶。同时，从比较法上来看，建议借鉴英国的船员集体协议制度。英国船员工会将相关法律规定内化于船员集体协议，船员加入的集体协议可以作为船员就业协议³⁷。2009年，为积极履行《公约》，中国海员建设工会和中国船东协会签订了《中国船员集体协议》，形成了船员合同范本，确立了船员的劳动标准。但协议内容尚未得到广泛推行，三方协调机制还有待完善³⁸。建议对照《公约》完善合同内容，同时通过立法的形式确认船员集体协议的效力。还应当更大程度发挥船员工会协调争议、权益保障的职能，尤其在应对紧急特殊情况如行业改革、疫情冲击时，工会可以为船员发声、提供援助，促进平等协商、达成共识，形成良好的

³³ 中华人民共和国海事局：《新冠肺炎疫情防控期间海船船员任解职信息登记办理指南》，<https://www.msa.gov.cn/html/xxgk/tzgg/cygl/20200220/8171F2A8-3080-4A67-9316-E55A2C17FD07.html>，中华人民共和国海事局官网，2020年2月20日。

³⁴ 李长军、中交天津航道局有限公司劳动争议二审民事判决书（2020）鲁06民终37号。

互动关系。

第二，海事法院应当兼顾劳资双方利益，优化法治化营商环境。要根据事实客观认定雇佣主体和劳动关系，要按照证据规则查明案件事实，以法律和事实为依据，坚持公平合理的原则审查双方权利义务，调判结合多元化解纠纷、定分止争。对于行业中用工混乱、侵害船员权益的现象，通过司法裁判进行风险提示，规制企业。在相似案件中把握统一的裁判尺度，既鼓励航运企业完善管理、履行义务，也引导船员了解自身权利、依法主张诉求。

第三，航运企业应加强人事管理，保障船员休息休假权利。部分航运企业管理随意性强，通过人情远近安排岗位等，导致事实难以查清。有时因船上发生事故给公司造成损失、船员与企业管理人员产生矛盾等，就通过不安排工作、调离岗位等方式拖延解除劳动合同，导致船员在长期未获报酬后，起诉公司要求解除合同，并索要高额经济补偿金，使矛盾更加激化。企业应严格按照《劳动法》、《年休假条例》、《船员条例》等法律法规履行自身义务，与船员签订书面劳动合同，对工时工资等作出明确约定，对休假计算、审批、工资等建立详细内部制度，对员工考勤、任解职登记、工资发放等进行完整的书面记录。

第四，船员应增强法律意识，依法维护自身权益。船员在提供劳务的过程中，要充分了解企业的休假制度，协商确定劳动合同内容，注意保存书面证据材料。同时也要秉承平等诚信原则，在合理合法的范围内主张权利，在发生纠纷时积极寻求解决办法。有的船员在与企业发生冲突后，采取一走了之的方式解决，离船数月后直接起诉。在劳动关系存续过程中如果在没有完成休假手续的情况下长期未提供劳务，可能造成旷工的后果，赋予企业单方解除劳动合同的权利，此时对己方更加不利。此外，由于仲裁裁决常常不能形成终局裁决，导致冗长的裁审程序，故在符合法定程序的情况下，建议船员与企业通过签订确认仲裁终裁协议或直接起诉的方式就纠纷解决路径达成一致，以提高效率，尽快解决矛盾。

³⁵ 陈鹏：《浅析〈船员条例〉对国际劳工组织公约国内化的立法实践（上）》，载《中国海事》，2009年第10期。

³⁶ 王国华，孙誉清：《新加坡海事劳工立法及对我国的启示》，载《上海海事大学学报》，2015年第36卷第2期。

³⁷ 英国《2006年海事劳工公约：船员就业协议的指导规则》。

³⁸ 李燕霞，涂梅超，马睿君，李晓峰：《国外船员典型制度对我国船员立法的启示》，载《交通运输研究》，2022年第8卷第2期。

探索依托地方变通立法 加快完善多式联运“一单制” 单证物权凭证功能建构

李越*

【摘要】

通过合同意定为多式联运“一单制”单证赋予物权凭证功能尚存不足和风险，无法可靠实现在途货物的流通转让和担保融资，而通过立法赋权不可或缺却进展缓慢。为规避立法缺位产生的不确定风险，经营主体倾向于在安全“温室”中回避风险，业务高度集中于少量试点企业，诉讼纠纷寥寥无几，典型判例和司法解释难觅素材。地方变通立法作为全国性立法试点探索的有效途径，助推“一单制”单证物权功能建构具有积极性和可行性，具备变通立法权的经济特区等地有理由大胆探索、稳中求进，助推“一单制”改革发展的法治化进程。本文也给出了地方变通立法促进“一单制”单证物权凭证功能建构的一些初步建议。

【关键词】

多式联运 一单制 单证 物权凭证功能 地方变通立法

一、“一单制”物权凭证功能的实现需以“法定”强化“意定”

2013年6月发布的《交通运输部关于交通运输推进物流业健康发展的指导意见》（交规划发〔2013〕349号）中首次提出了“一单制”的概念，但直至2017年国务院印发《中国（四川）自由贸易试验区总体方案》时才首次提出了“试点签发具备物权凭证性质的多式联运提单”，正式开始了对多式联运“一单制”单证物权凭证功能的试点探索，旨在希望“一单制”单证也可如海运提单一样，可靠地实现在途货物的流通转让和担保融资，打破多式联运中的衔接桎梏，最大程度畅通多式联运交通管道、提升“一带一路”海陆贸易活力。2021年国务院印发《关于推进自由贸易试验区贸易投资便利化改革创新若干措施》和《推进多式联运发展优化调整运

* 李越，厦门海事法院法官助理。

输结构工作方案(2021—2025年)》,进一步提出要“加快推进多式联运‘一单制’,探索赋予多式联运单证物权凭证功能”“深入推进多式联运‘一单制’……探索推进国际铁路联运运单、多式联运单证物权化”,明确了“一单制”单证¹物权化的探索方向。2023年交通运输部《关于加快推进多式联运“一单制”“一箱制”发展的意见》进一步阐释了探索单证物权化的部分路径,即“参照海运提单模式,探索推进以铁路为主的多式联运单证物权化……支持铁路企业、货运代理企业、外贸企业、仓储物流企业、银行保险机构等相关市场主体依法订立合同,明确各方权利义务,建立信息验证、全程控货、风险控制的责任机制,在落实控货功能基础上,探索多式联运单证作为提货凭证的唯一性和可流转性”。从这一意见和各地近年探索的实践成果来看,对“一单制”单证赋予物权凭证功能的探索,目前主要是依靠私主体间的意定实现的。从四川、福建、江苏等地自贸区的业务实践来看,一般是通过签订、签发带有指示交付条款的合同或者标准化提单,约定“一单制”单证具有唯一性、可参照海运提单的规则进行背书转让、多式联运经营人作为全程承运人严格控货并凭单放货。表面看来,数以万计的“一单制”提单签发和数亿资金的顺利融资,已经可以证明流转、融资两项需求得到了可靠的实现,但实际上,由于功能实现的基础是意定而非法定,仍有如下问题和风险阻碍着多式联运“一单制”业务广泛、可持续的市场化发展:

(一) 接受单证流通转让的第三方尚存风险

基于物权法定原则,多式联运合同约定或运输单证条款产生的物权凭证功能,其权利属性实为债权而非物权,权利实现的优先级次于物权,其效力又需以合同本体有效为前提,受合同相对性影响范围只能及于合同主体,相关方特别是善意第三人的权利必然处于不稳定的状态。“一单制”单证依约转让后,单证持有人在如下情形中可能面临丧失货权或诉权的风险:

1、多式联运合同或运输单证条款无效或被撤销

“一单制”单证签发之时,合同效力并非板上钉钉。《中华人民共和国民法典》(以下简称《民法典》)第一百四十四条、第一百四十六条、第一百五十三条、第一百五十四条、第四百九十七条等规定了合同无效的情形,第一百四十七至第一百五十一条规定了合同可撤销的情形。多式联运合同或运输单证条款如果整体无

¹ 在国内法语境中,“提单”一词系《海商法》规定下的狭义概念。包括《关于推进自由贸易试验区贸易投资便利化改革创新若干措施》在内的各类政策基本使用的也是“单证”一词,将运单与提单之间的区别模糊化,以回避通过合同创设的多式联运“一单制”提单是否属于法律意义上“提单”的问题。因此,为求严谨,下文均以“‘一单制’单证”指代多式联运“一单制”运作中签发的、具有意定提货权的单证。

效或被撤销，其中向单证持有人授权的条款也自然归于无效。

除国内法外，国际规则或域外法的强制适用也有可能产生类似的效果。尽管国内政策和判例倾向于以指示交付为由认可单程持有人凭单提货的权利，但在《联合国国际货物多式联运公约》至今未生效的情况下，许多国家并不支持多式联运“一单制”单证具备物权凭证功能，如《德国商法典》第448条、第475条、第524条仅规定了内河提单、海运提单、仓单具有物权凭证功能。如需适用这些国家的准据法，单证持有人可能因多式联运合同约定与法律不符而丧失对货物的权利，适用国内法支持该权利主张的判决（裁决）也可能无法被这些国家承认和执行。

而在失去货权、背负损失后，单证持有人在寻求救济时也可能困难重重。由于其并非无效合同的缔约方，合同赋予其作为第三人对债务人违约的独立请求权也随合同失效而消灭，只能起诉其买卖合同的相对方违约，或以第三人撤销之诉的形式请求改变或撤销宣告合同无效的裁决。如果单证持有人基于对单证物权凭证效力的过度信任，在买卖合同中约定交付单证即视为货物已交付，就可能导致单证持有人只能自行承担因疏忽未预计到的货权落空风险。至于第三人能否直接起诉合同无效的过错方承担损失，《民法典》并未明确规定故尚存争议，司法实践会否支持也未可知。

2、托运人依法变更合同项下收货人和货物到达地

《民法典》对一般货运合同的托运人赋予了变更合同项下收货人和货物到达地的权利²。只要承运人尚未将货物交付给收货人，多式联运托运人依照该条规定，即便在“一单制”单证流转至第三人之后，仍然具有控制货物的法定权利，且该条并未注明“另有约定的除外”，因此这一权利未必能利用约定加以排除。这直接导致多式联运经营人（承运人）对在途货物没有充分的控制权，“一单制”单证持有人的提货权随时可能因托运人的干预而被阻却。海运提单则不会出现上述问题，原因是《中华人民共和国海商法》（以下简称《海商法》）海上货物运输合同一节未赋予托运人变更收货人和货物到达地的权利，该法作为特别法，优先于《民法典》第八百二十九条适用。司法实践中虽然对托运人合理的改港、退运诉求也会予以支持，但均建立在托运人尚持有全套正本提单、或提单为指示提单的前提下³，其目的正是为了保护接受流通转让的提单持有人的提货权不受托运人干预。在没有类似

² 《民法典》第八百二十九条规定，“在承运人将货物交付收货人之前，托运人可以要求承运人中止运输、返还货物、变更到达地或者将货物交给其他收货人，但是应当赔偿承运人因此受到的损失。”

《海商法》的多式联运特别法给予保护的情况下，“一单制”单证持有人单纯依靠约定难以可靠排除托运人干预的风险。

3、被海运段提单持有人竞争货物权利

存在海运段的多式联运中，多式联运经营人作为全程承运人签发“一单制”单证的同时，需要在各分支区段作为托运人或收货人，签发或持有各区段的运输单证。当多式联运经营人能够妥善控制各区段运输的单证时，可以保证“一单制”单证在全程都具有提货的唯一性权利。可一旦海运区段的提单因为管理或合作瑕疵摆脱了多式联运经营人的控制（如签发了非记名提单导致提单被转让或丢失、直接以下一区段承运人而不是多式联运经营人作为海运提单收货人等），或多式联运经营人擅自在海运段以提单进行担保融资，导致“一单制”单证持有人和海运提单持有人同时出现并竞争货权的情况，“一单制”单证持有人基于约定创设的货权难以对抗海运提单持有人法定的提货权或担保物权，可能会因此遭受无法预见的损失。

4、无海运段的多式联运发生货损、拒提或无单放货时起诉多式联运经营人

发生货损、拒提或无单放货时，由于“一单制”单证持有人对货物并无法定物权，不能以物上请求权为基础直接向多式联运经营人提起侵权诉讼；由于无海运段的多式联运不适用《海商法》和《最高人民法院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》⁴，而作为一般法的《民法典》合同编仅将向承运人追责的权利赋予托运人和收货人，单证持有人直接起诉作为全程承运人的多式联运经营人缺乏法律依据。因此，单证持有人对多式联运承运人的请求权，只能依靠《民法典》第五百二十二条规定的第三人权利取得机制⁵，依靠多式联运合同的约定获取。然而，并不是合同只约定单证持有人有提货的权利，单证持有人就自然获得对多式联运承运人的请求权。根据前款规定，合同中必须专门地、明确地约定第三人可以直接请求债务人向其履行债务。如果合同对此未做约定或约定不明，第三人对多式联运承运人的请求权仍有落空的风险。

（二）提供担保融资的金融方存有顾虑

金融机构对“一单制”单证物权凭证功能的关切集中在单证质押的合法性上。

《民法典》第四百四十条仅规定了提单可以出质，而提单在国内法语境下专指《海商法》规定的海运提单，在没有法律或司法解释予以扩大的情况下，“一单制”单

³ 《最高人民法院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》第九条规定，“承运人按照记名提单托运人的要求中止运输、返还货物、变更到达地或者将货物交给其他收货人，持有记名提单的收货人要求承运人承担无正本提单交付货物民事责任的，人民法院不予支持”，说明对托运人变更合同项下收货人和货物到达地权利的保护仅限于记名提单，侧面印证了不记名提单和指示提单等可转让提单一旦流转至货运合同以外的第三人，托运人即丧失对货物的控制权利。

证出质缺少法律依据。有一种观点认为，第四百四十条还作出了应收账款等债权可以出质，表明债权亦可质押。司玉琢先生在其著作《海商法专论》中就曾提出海运提单的质押本质上即属于债权质押，是债权物权化之彰显。按此观点，合同赋能的“一单制”单证作为持有人依约提货的债权凭证，理论上具有可用于出质的合理性，但以合理性为由承认其出质效力仍有违背物权法定原则之嫌。因此，银行虽然不愿舍弃高速增长的多式联运融资业务，但对接受“一单制”单证出质依然顾虑重重。2020年4月15日至16日召开的“关于使用铁路提单和贸易法委员会今后可能就多式联运所有权凭证开展工作”专家组会议中，专家们指出，“银行部门不愿接受用纯合同替代办法取代法律承认的贸易单据，这一点体现在电子提单或其他单证方面——根据国际商会的一项全球调查，只有24%的银行接受这些单证，部分原因是缺乏授权立法”⁶。

在不能确信“一单制”单证质押效力稳定可靠的情况下，银行只能转而选择其他途径来降低风险。一种方式是引入第三方金融机构向银行提供融资担保，如在原告重庆孚骐汽车销售有限公司与被告重庆中外运物流有限公司、第三人英飒（重庆）贸易有限公司和重庆物流金融服务股份有限公司物权纠纷案中，托运人为支付货款向银行办理托收押汇，第三方金融公司为托运人向银行提供担保，托运人将单证质押给金融公司作为反担保。这无疑会增加融资成本、降低融资效率。另一种方式是提高融资资质门槛，只选择可靠可信、资本雄厚、控货能力强的融资申请人和多式联运经营人。不难注意到，虽然目前已有大量的“一单制”单证成功得到融资，但这些单证几乎都由大型国有企业、行业专营企业签发，如成都国际陆港运营有限公司、厦门外代国际货运有限公司等，这些企业往往也都是所在地区政府支持的“一单制”试点企业，其签发“一单制”单证的可靠性有政府背书。这显然不利于多式联运行业的市场化、多元化发展。

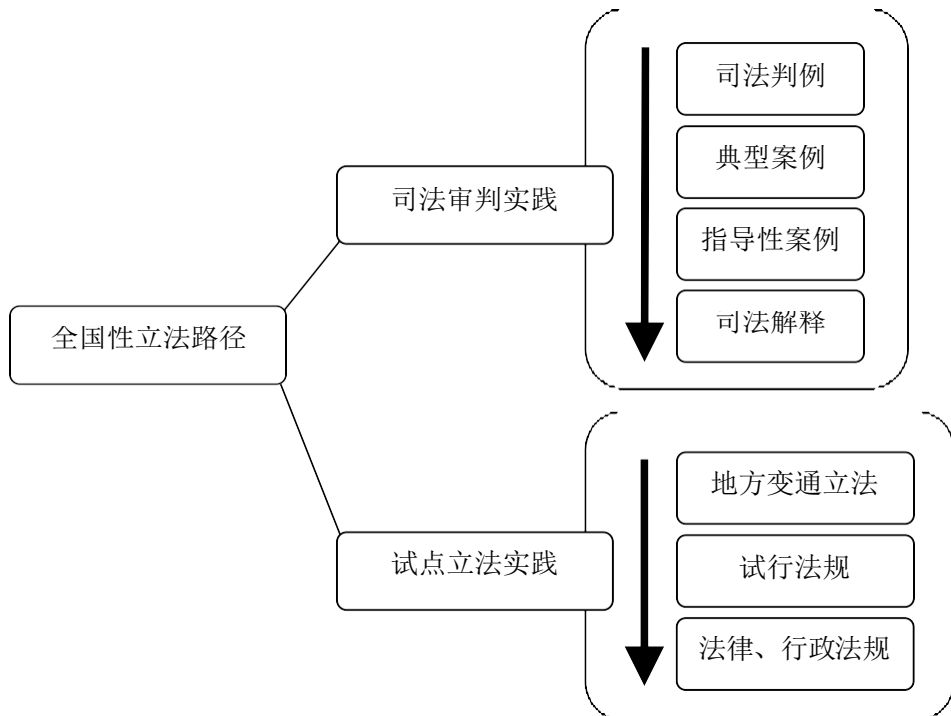
消除风险忧虑，增强市场信心，这是关系“一单制”改革成功与否的关键条件。目前来看，尽管国际多式联运经营行业门槛确实不低，但“一单制”发展逾十年主要业务仍只集中于少数试点企业的事实，在一定程度上说明依靠合同意定赋能的方式并未被运输和金融行业普遍信赖，不足以充分回应“一单制”改革发展的需要。完善对“一单制”单证物权凭证功能的立法不可或缺，只有依法赋权才能从根本上填补合同赋权的缺陷，充分回应行业与经济发展的需要。

⁴ 《海商法》第一百零二条规定，“本法所称多式联运合同，是指多式联运经营人以两种以上的不同运输方式，其中一种是海上运输方式，负责将货物从接收地运至目的地交付收货人，并收取全程运费的合同。”

⁵ 《民法典》第522条第2款规定：“法律规定或者当事人约定第三人可以直接请求债务人向其履行债务，第三人未在合理期间内明确拒绝，债务人未向第三人履行债务或者履行债务不符合约定的，第三人可以请求债务人承担违约责任；债务人对债权人的抗辩，可以向第三人主张。”该条在保留《合同法》第六十四条第一款的基础上，允许第三人直接对债务人违约责任行使请求权。

二、地方变通立法助推“一单制”单证物权功能建构具有积极性和可行性

“一单制”是我国物流与贸易现代化改革的一项重要举措。党的十八届四中全会提出，“实现立法决策和改革决策相衔接，做到重大改革于法有据、立法主动适应改革和经济社会发展需要”，据此，“一单制”改革，特别是对其具有核心影响的单证物权凭证功能建构问题，需要有相应的法律依据及时予以跟进。当然，立法赋予“一单制”单证物权凭证效力绝非轻松简易。全国性法律、行政法规的制定，需要建立在充分的法理讨论和法治实践之上。法治实践可循两条路径：司法审判实践及试点立法实践。前者通过对进入诉讼的纠纷进行司法审判并发布典型案例的基础上，逐步形成司法解释；后者通过区域性、试点性立法观察实施效果，为全国性立法积累经验。



国务院《关于推进自由贸易试验区贸易投资便利化改革创新若干措施》提出，要“通过司法实践积累经验，发布典型案例，条件成熟时形成司法解释，为完善国内相关立法提供支撑，逐步探索铁路运输单证、联运单证实现物权凭证功能”，显

⁶ 联合国国际贸易法委员会第五十三届会议《今后可能开展的关于铁路运单的工作——秘书处的说明》（A/CN.9/1034），第 23 点。

然是从司法审判实践方向上所作的部署。然而现实情况是，与“一单制”不小的业务量级并不匹配的是，目前就“一单制”单证物权效力产生的纠纷少之又少。这或许与“一单制”发展主要业务集中于少数试点企业的“温室效应”有关。立法缺失使得市场倾向于在“温室”中回避风险，而缺少风险和纠纷又导致立法难以获取司法实践的经验和素材。这种“温室循环”往往只能等待业务基数继续增大，抓住偶发纠纷进入诉讼的机会，形成具有指导性的裁判意见，才会被打破，这种被动等待相比于“一单制”改革的高速发展显然效率不足。事实上，自2017年启动“一单制”物权凭证功能探索至今近7年，针对“一单制”单证物权凭证效力的典型案例几无可闻。因此，在继续坚持等待机遇积累司法实践案例的同时，以地方变通立法为代表的试点立法实践路径，或可成为打破“温室循环”僵局的“先手棋”、推动“一单制”改革立法进程的“加速器”。

地方变通立法是指经由《中华人民共和国立法法》（以下简称《立法法》）及全国人大授权，特定地方的立法机关在不违背宪法规定及法律法规基本原则的前提下，对法律、行政法规、地方性法规作出变通规定的中国特色立法制度。目前，具有变通立法权的是民族自治地方（自治州、县）、经济特区（深圳、汕头、珠海、厦门、海南）、上海浦东新区（授权上海市人大及其常委会）和海南自由贸易港（授权海南省人大及其常委会）。民族自治地方的变通立法凸显民族性，旨在适应当地民族的特点，促进国家法律在民族自治地区的实施，与“一单制”改革无涉；经济特区、新区、自由贸易港的变通立法凸显改革性，旨在适应当地改革创新实践发展的需要，为全国性立法先行先试，这恰恰与“一单制”赋权改革工作“专业对口”。相较于通过司法实践积累判例形成司法解释这一路径，通过地方变通立法试点探索为“一单制”单证赋权同样兼具积极性和可行性：

（一）地方变通立法推动国家法治创新具有历史渊源和成功经验

从经济特区的立法实践来看，地方变通立法中具有创新性、改革性的先行先试占有相当大的比例。截至2017年深圳经济特区授权立法25周年之际，深圳市人大及其常委会共制定法规220项，其中先行先试类105项、创新变通类57项，为国家立法提供了宝贵的可复制可推广的经验⁷。在《中华人民共和国公司法》出台之前，深圳特区就制定了《有限责任公司条例》和《股份有限公司条例》；在《公司法》

⁷ 《深圳经济特区授权立法25周年座谈会隆重举行》，载 <https://news.sina.com.cn/c/2017-07-13/doc-ifyiamif2775191.shtml>，2022年7月1日访问。

做出相应修改前，珠海特区的《技术成果入股与提成条例》就已突破无形财产的入股比例限制。在国家法治体系发展完善的进程中，地方变通立法贡献了大量的实践经验和创新做法，充分展现了经济特区、自贸港等变通立法主体在我国改革开放和中国特色社会主义法治发展中的试验田、排头兵和示范区作用。习近平总书记在海南特区成立30周年纪念大会上重申，“经济特区要勇于扛起历史责任……在各方面体制机制改革方面先行先试、大胆探索，为全国提供更多可复制可推广的经验”，地方变通立法作为履行这一使命最核心的法律工具，在多式联运“一单制”改革创新发展中同样可以靠前领航，充分发挥先行先试作用，在司法实践暂时不足的时期大胆探索并为全国性立法积累经验。

（二）地方变通立法可以有限突破《立法法》的法律保留机制

《立法法》第八条规定“民事基本制度”只能制定法律来规范，属于法律保留事项，而为“一单制”单证赋予物权效力，一般认为应属于对民事基本制度的调整，普通地方性立法无权涉及。但地方变通立法可以根据《立法法》和全国人大的授权，在遵循宪法规定以及法律和行政法规基本原则的基础上，对法律、行政法规、部门规章作出变通规定。这种变通显然不应是停留在对现有法律的解释上，而是更多体现在对现有法规的突破和缺失法规的补足上，这符合地方变通立法旨在加强立法在改革中引领推动作用的内在制度逻辑。深圳特区制定《深圳经济特区土地使用权出让条例》对国务院发布的《城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》作出了突破性规定，内容便已涉及基本经济制度这一法律保留事项，但取得了极佳的改革成果。珠海特区在《立法法》颁布后制定的《房地产登记条例》在《中华人民共和国物权法》颁行前10年即确立了房产证与地产权“两证合一”的登记制度，更直接涉及物权凭证效力，其突破性和创新性均不亚于“一单制”单证的赋权。尽管变通的范围和程度必须受到一定的限制，但已经足以为“一单制”单证物权凭证效力的地方性创新试点提供支持。

（三）地方变通立法推动“一单制”

单证物权化符合政策方向尽管《立法法》等对地方变通立法的授权范围相对模糊，一些具有突破性的立法可能引发上级单位的顾虑和社会公众的争议，但在其大原则符合明确政策方向的情况下，可以在相当程度上弥合此类疑虑分歧。深圳市

⁸ 该决定第二条要求：“根据本决定制定的浦东新区法规，应当依照《中华人民共和国立法法》的有关规定分别报全国人民代表大会常务委员会和国务院备案。浦东新区法规报送备案时，应当说明对法律、行政法规、部门规章作出变通规定的情况。”

⁹ 对此不再详述，可参见屠凯：《司法判决中的经济特区法规与法制统一》，载《当代法学》2017年第2期，第31页

2020年通过的《深圳经济特区个人破产条例》一度被批评为违反《立法法》第八条，但该规定显然符合2020年中央发布的《深圳建设中国特色社会主义先行示范区综合改革试点实施方案（2020—2025年）》中关于“推进破产制度和机制的综合配套改革，试行破产预重整制度，完善自然人破产制度”的政策要求。同样，2021年、2023年国务院及其下属多部门联合颁布的有关政策已明确了“一单制”单证物权化的探索方向，能够为地方变通立法推动“一单制”单证物权化这一创新突破提供政策性、方向性的依据。

（四）地方变通立法进行“一单制”单证赋权试点风险可控

对“一单制”单证赋予物权凭证功能的发展方向已在政策层面多次明确，循此而行的地方变通立法在方向上显然不会出现原则性问题。虽然由于我国关于地方变通立法适用界限问题的规定偏于原则化、模糊化，在实践中出现了一些滥用现象，对地方变通立法机制的批评和怀疑一直存在，导致部分特区对具有突破性的地方变通立法愈加谨小慎微，但《立法法》2015年修订后已经创设了针对地方变通立法的备案审查机制，追加了备案时“说明对法律、行政法规、地方性法规作出变通的情况”的要求，强调了对变通情况的专门审查。2023年新修订的《立法法》延续了这一机制，规定“根据授权制定的法规应当报授权决定规定的机关备案；经济特区法规、浦东新区法规、海南自由贸易港法规报送备案时，应当说明变通的情况”。全国人民代表大会常务委员会《关于授权上海市人民代表大会及其常务委员会制定浦东新区法规的决定》等授权决定也作出了相同的要求⁸。因此，地方变通立法对“一单制”单证的赋权探索，仍需接受全国人大及其常委会和国务院的监督制约，即便其内容存在未能预见的问题，也可以在试行过程中及时予以纠正。各级法院亦可在具体案件中运用司法裁量权限，对地方性变通立法进行间接监督⁹。

（五）司法裁判实践中可以且倾向于优先适用地方变通立法

《最高人民法院关于裁判文书引用法律、法规等规范性文件的规定》已明确，地方性法规可作为人民法院裁判文书的裁判依据。变通立法既为“变通”，自然可能与上位法有关内容并不完全一致，但在这些变通内容不违背上位法原则性内容、未悖离正确的政策方向时，应根据“特别法优于一般法”原则优先适用。考虑到地方变通立法总体的趋势是偏向谨慎，变通内容不仅在结果上需要接受备案审

查机制的监督，在制定过程中往往也经过各级有权机关的反复沟通研判，故而法院，特别是变通立法所属地的法院，一般倾向于适用地方变通立法。如著名的深圳“贤成大厦案”中，深圳中院与广东高院均认定《深圳特区企业清算条例》优先于行政法规《外商投资企业清算办法》适用，该案也在1998年被最高院终审维持。2016年谭安利与深圳市公安局罗湖分局行政诉讼案中，深圳市盐田区人民法院也认定《深圳经济特区居住证条例》作为特区变通立法，可以优于《深圳经济特区居住证条例》适用。

（六）地方变通立法可以取得在多式联运全区段适用的效力

大多数多式联运业务的运输区间会跨越多个省市、地区、甚至国家，由于地方变通立法的效力仅及于其属地，涉及物权凭证功能的纠纷如发生在属地以外，则面临该法能否适用的问题。未来如遇多式联运跨越多个经济特区、自贸港，各地的变通立法又存差异，则还面临要适用哪一个地方变通规定的问题。目前我国并无专门法律具体规范和调整地方性法规的区际适用冲突问题，但鉴于港澳地区立法亦可视为一类特殊的地方性法规，而根据司法解释又可参照适用《涉外法律关系适用法》的规定，笔者认为，地方变通立法的适用或也可参照该法原则加以确定。该法第三十八条规定，“当事人可以协议选择运输中动产物权发生变更适用的法律。当事人没有选择的，适用运输目的地法律”；第四十条规定，“权利质权，适用质权设立地法律”。循此原则，就流通转让功能引发的纠纷，可以通过“一单制”单证或多式联运合同中适用地方变通立法的约定取得适用效力；就担保融资功能引发的纠纷，可以通过将质权设立地置于变通立法属地取得适用效力。此外，地方变通立法本身也可以就本法在存在区际冲突时的适用范围、适用条件、纠纷管辖等事项进行详细规定。

三、地方变通立法促进“一单制”单证物权凭证功能建构的路径建议

“稳中求进”应是地方变通立法促进“一单制”物权凭证功能建构的基本导向。改革试点立法的本质意义是在特定时期、特定范围、特定条件下探索突破性机制和政策，这三个“特定”正是为了控制创新风险、尽可能降低对立法体系统一性和稳定性的影响。因此，地方变通立法应以实现改革目标为现实目的，尽可能以最小成本、最低风险换取最接近改革目标的立法成效。因此，这一路径不是简单的在地方

法规中直接规定“一单制”单证具有物权凭证效力，而应是针对目前意定物权凭证功能模式存在的短板进行补强，可包含以下几方面的内容：

（一）“一单制”单证的内容形式、转让规则和签发资质

《海商法》第七十三条、七十九条对提单的内容形式和转让方式进行了详细的规定，而目前“一单制”单证形式多样、内容缺乏统一性，关乎单证流通的转让规则也不明晰，故立法中有必要对单证内容形式和转让规则作出规定，必要时甚至可以将特定格式的标准化单证（背面条款载明转让规则）作为法定要式，以降低因单证内容缺陷引发的争议。中国国际货运代理协会已于2020年6月1日正式制定发布CIFA国际多式联运提单正面样式和背面条款，该单证样式目前已获海关总署授权在乌鲁木齐海关贸易“单一窗口”放行并在“中吉乌”通道上正常运作，商务部在《关于做好2021年国际货运代理行业业务备案等工作的通知》中也鼓励该单证扩大试点使用。该样式或可成为立法中对单证内容形式规定的参考。

鉴于签发“一单制”单证的主体一般为多式联运经营人而非实际承运人，要保障单证持有人凭单提货的预期，签发该单证的主体需要具备全程控货的能力，故而对于其资质能力、企业信用等应设有一定的审查门槛，或至少要求其有能力提供能够覆盖货物失控风险的保险或保证金。

（二）地方变通立法的适用范围及管辖规则

适用范围是地方变通立法的重中之重，关系到法规的效力边界和风险限缩。对地方变通法规的适用范围，《立法法》规定“经济特区法规根据授权对法律、行政法规、地方性法规作变通规定的，在本经济特区适用经济特区法规的规定”，但该规定实则并未明确民事关系中何种要素处于经济特区范围可适用变通规定。循“法无禁止即可为”的原则，在多式联运中单证持有人或签发人所在地、单证签发地、运输始发地、目的地等要素之一在经济特区范围内的，适用变通规定都不算违背《立法法》之要求。但如考虑尽可能保证变通立法得以有限、稳妥地得到适用，变通立法的适用范围有必要加以限缩。前已述及，地方变通立法的适用或可参照《涉外法律关系适用法》的原则加以确定，可考虑规定：就单证流通转让功能引发的纠纷，如单证或合同中约定适用地方变通立法、或全程运输目的地为立法属地，则可适用该法；就担保融资功能引发的纠纷，如质权设立地为立法属地，则可适用该法。如

此规定，一方面以《涉外法律关系适用法》作为参照更为稳妥，另一方面法规适用地和管辖法院所在地基本重合，再结合标准合同或单证背面条款中所作约定管辖，可由更倾向于适用地方变通立法的施行地法院管辖相关纠纷，增强变通法规得以适用的缔约预期。

（三）单证权利条款或单证风险排除条款

在条件成熟的情况下，比照《海商法》关于海运提单的规定，通过正向权利条款赋予符合条件的“一单制”单证持有人全部物权性权利，在立法技术上亦属稳妥，也符合市场主体对“一单制”单证物权功能的期待。但如认为全面赋权步子迈得过大，以反向的风险排除条款为意定赋权“打打补丁”也不失为稳健之法：

1. 规定意定授权条款不随合同自动失效。可参照民法典第五百零七条关于“合同不生效、无效、被撤销或者终止的，不影响合同中有关解决争议方法的条款的效力”规定的思路，规定为保障第三人合法权益和交易信赖，符合条件的可转让“一单制”单证背面条款中，“单证持有人凭单提货”等物权性授权内容，除人民法院依法单独认定无效外，不因合同不生效、无效、被撤销或者终止而自动失效。

2. 授权单证受让人与多式联运经营人（单证签发人）之间可直接起诉。可遵循《民法典》第五百二十二条第二款的精神，规定根据本法或单证背面条款的转让规则取得单证的受让人，受让人可以直接请求多式联运经营人（单证签发人）承担货物短损、无单放货等违约责任，多式联运经营人也可直接请求受让人承担迟延提货等违约责任。

3. 限制多式联运托运人的改港权。可规定多式联运托运人如选择签发可转让的“一单制”提单，则其变更合同项下收货人和货物到达地须经单证持有人书面同意，如未经同意，多式联运经营人对其要求可予拒绝。

4. 明确接受“一单制”单证质押受法律保护。银行是否接受“一单制”单证质押属于其商业选择，不宜径行规定银行必须接受，但可规定“一单制”单证属于《民法典》第四百四十条第一款第（七）项中“可以出质的其他财产权利”，以保障接受此类质押的属地银行在主张权利时，不因“一单制”单证未被列举为可以出质的财产权利而丧失质权。“一单制”单证物权凭证功能建构的终点是法律、行政法规、司法解释，乃至国际规则的专项规定。通向这一终点的路径并不仅有慢慢积累司法

判例这一条“独木桥”。地方变通立法虽然有其适用上的局限性，无法充分解决“一单制”单证物权功能建构中的全部问题，但其成文性、确定性和示范性能够有效增强市场信心、促进交易繁荣，进而为更多主体参与多式联运经营创造条件，反过来也为司法实践提供更为丰富的案例素材，形成双向合力、相互促进的良性循环。厦门经济特区、海南自由贸易港、上海浦东新区等地，既具备变通立法条件、又身为“一带一路”多式联运重要集散地、还设有专门管辖涉海运段多式联运纠纷的海事法院，优势咸备，完全有理由大胆探索、先行先试，将地方变通立法与“一单制”商业习惯培育、单证（合同）标准化设计、司法典型判例积累等做法相结合，多措并举加快“一单制”改革发展的法治化进程，为我国乃至国际多式联运单证效力规则的发展提供可供参考借鉴的样本。

RCEP 视域下中国特殊经济区的 投资规则进路

蓝天雪*

【摘要】

RCEP 和特殊经济区制度均是我国探索进一步对外开放格局的重要战略载体。于我国对外投资法律体系和制度格局而言，RCEP 和特殊经济区制度或可被视为一体两面、相互配套的制度体系。本文主要从 RCEP 规则和我国特殊经济区制度的法律定位、作用途径及积极协同路径展开探讨，在比较已有制度协同国际经验的基础之上，试图就引导特殊经济区制度与 RCEP 规则良性契合提出观点和建议，以形成兼容并包、合纵连横之势。

【关键词】

RCEP 特殊经济区 区域贸易 可持续发展

RCEP（《区域全面经济伙伴关系协定》）和特殊经济区（Special Economic Zones, SEZs）制度均是我国探索进一步对外开放格局的重要战略载体。从法律制度角度看，特殊经济区制度属于我国国内经贸规则的立法制定和调整，法律本质是国际法框架下的国内法创造，体现“国内观国际”的特殊构造；RCEP 则标志着对既有自贸协定进行的一次全面整合和提升，是区域经贸法律一体化的重要里程碑。因此，RCEP 和特殊经济区制度或可被视为一体两面、相互配套的制度体系。但及至目前，我国特殊经济区制度与 RCEP 协定间仍缺乏全面、明确的接洽规则，为巩固、拓宽我国改革开放深化的新格局，有必要进一步研究这两种法律制度工具的建构及衔接，从法治路径着手对标全球经贸规则。

一、RCEP 规则和特殊经济区制度的比较视角

纵观全球，各国在投资实践中常把区域贸易协定和特殊经济区作为促进经济发

* 蓝天雪，北海海事法院政治部法官助理。

展的主要政策工具。与 RCEP 协定相类似的区域贸易协定还有《全面与进步跨太平洋伙伴关系协定》(CPTPP)、《跨大西洋贸易和投资伙伴关系协定》(TTIP)、《欧日经济伙伴关系协定》(日欧 EPA)等。根据联合国贸易和发展会议(UNCTAD)在 2019 年专刊发布的《世界投资报告》数据显示,全球 147 个经济体中活跃着超过 5400 个特殊经济区。1RCEP 规则和特殊经济区制度二者在法律制度定位上的异同,使其在投资实践活动中天然地形成互动关系。

(一) RCEP 协定的国际投资法价值蕴含

RCEP 实行统一、开放、透明的经贸规则体系,显著提升投资规则的明确性和可预期性,通过科学合理的制度环境来提高区域内经济自由化程度,承载着国际投资实践和国际投资条约体系的深刻变化缩影,也即:区域性体制已然成为各方寻求领先优势和国际话语权的重要途径,体现区域内经贸治理规则和自由贸易秩序相统一的新趋势。2RCEP 在全球投资竞争不容乐观的大环境中“应运而生”,是多边主义和经济自由化的重要成果,加快促进国际经济治理规则重塑和多边贸易体制革新:一则,RCEP 以平等、开放、包容、协调为原则,以合理的差别待遇兼顾各成员国差异性,通过求同存异、合作共赢的方式推进区域经济一体化合作;二则,RCEP 代表国际经贸规则变革浪潮的最新趋势,追求更高的开放水平,运作成熟之后可为全球范围内经贸规则改革提供方案和架构参考。

(二) 特殊经济区制度的法律功能定位

首先需要明确的问题是,关于特殊经济区研究范围的普遍定义,以及定义项下的范围特征、实践形式。我国《外商投资法实施条例》第十条第一款界定为:“特殊经济区域是指经国家批准设立、实行更大力度的对外开放政策措施的特定区域”。虽然该定义没有明确核心要素及具体类型³,但不难看出,要达到特殊经济区的标准需要满足以下必要条件:国家设立、特定区域、特殊政策、特殊监管。

实践中,各国基于国情差异、政策考量,发展了种类繁多的区域形式及术语表达,使用不一,常见者如经济特区、自由贸易区、出口加工区、自由经济区(港)等——在此,本文主要结合了 UNCTAD《2019 年世界投资报告》以及多方学者文献研究指向,选择以 Special Economic Zones 作为涵盖所有类型的通用术语,也称特殊经济区,以便为未来广泛发展预设解释空间,同时初步明确特殊经济区的關鍵界定标准:

¹ UNCTAD. World Investment Report 2019: Special Economic Zones [EB/OL]. (2019-06-12) [2022-12-22]. <https://unctad.org/publication/world-investment-report-2019>.

² 刘云亮,卢晋.RCEP 视域下中国特色自贸港国际化建设的法治路径[J].广西社会科学,2022(07):69-78.

其一，明确划分的地理区域；其二，不同于国内普遍区域的投资法律制度；其三，区域内基础设施的建设支持。⁴

与 RCEP 协定代表的区域化体制或多边主义不同，特殊经济区制度一定程度上体现的是由主权国家设立的单边主义属性——孕育自主权国家单方面的法律创造。又因其面向对象是国际投资活动往来，服务于国内外投资主体，需要重点考量、借鉴和引用国际通行规则和国际先进制度。可以理解为，特殊经济区的法律本质是国际法框架下的国内法创造，国际化的法律创新是特殊经济区制度构造的核心。⁵ 特殊经济区“和而不同”的特征也正在于此：一则，特殊经济区先天地带有显著的国内法创制属性；二则，其实践需求客观上塑造了贸易导向的规则协同性和国际趋同性。

因此，RCEP 规则和特殊经济区制度在功能定位、措施途径上存在差异，亦存在目标共性：都旨在通过降低关税及投资成本以促进投资开放格局和自由化程度，因而在相应具体规则设计上具有相似性。

二、RCEP 规则和特殊经济区制度的协同效应

此处“协同”一词并非专门法律术语，特用于描述特殊经济区和 RCEP 规则之间关系。⁶ 根据是否有利于特殊经济区东道国经济治理的标准，可以大致分为消极、积极两面，并对一国特殊经济区以及 RCEP 协定成员国政策产生深远影响。

（一）消极协同效应及潜在冲突

1. 双边 / 多边主义和单边主义的思想碰撞

首先，RCEP 规则与特殊经济区的消极协同效应来源于其背后双边 / 多边主义和单边主义属性的冲突。虽然客观上有部分国际条约与特殊经济区监管相关，如《简化和协调海关程序国际公约》（也称《京都公约》）、部分 WTO 协定等，但它们在体系上是分散的，且仅限于特定监管领域（海关或财政激励措施），大多数区域法律文书对特殊经济区监管问题并未置言。⁷ 特殊经济区制度仍以国家意志和国家利益为指引驱动，与 RCEP 规则区域化、多边化的运作方式存在潜在矛盾。具体而言，成员国间可能开展“逐底竞争”导致区域一体化发展受损

——并非危言耸听：东非国家就曾为盲目保证自身竞争优势、竞相给出更为优厚的特殊经济区制度红利，从而减损了东非经济一体化的发展进程。⁸

2. 制度逻辑与法律功能定位差异

³ 翟东升，朱煜，王雪莹，魏子龙. 从接轨走向引领：双层博弈视角下中国特殊经济功能区的制度试验研究 [J]. 世界政治研究, 2021(04): 27-54+145.

⁴ UNCTAD. World Investment Report 2019: Special Economic Zones [EB/OL]. (2019-06-12)[2022-12-22]. <https://unctad.org/publication/world-investment-report-2019>.

其次，RCEP 规则与特殊经济区的消极协同效应产生于其法律功能定位差异。如前文所述，特殊经济区潜在对象是一切有良好意愿的投资主体及其投资活动；而 RCEP 规则先决主体条件设定为“成员国”。因此不难想象，特殊经济区的优惠政策可能会对 RCEP 规则的先决主体条件产生冲击，利用特殊经济区“境内关外”的特殊法律地位进入 RCEP 框架范围，引发关税避让 (tariff-jumping)、贸易偏移 (trade deflection)。诚然，这一冲击或因法规位阶高低或国家政策释明而有所消减，但不可否认其存在。

另一方面，基于设立时间先后、辐射范围等因素，存在将特殊经济区和 RCEP 规则独立看待的倾向，并不能较好协调：首先，特殊经济区对 RCEP 规则的考虑篇幅有限；其次，特殊经济区所涉及公私行为者的责任各不相同，存在风险。因此，特殊经济区政策和 RCEP 规则之间的一致性并不能得到保证，存在“意大利面条碗”风险，即繁复的规则和标准可能成为 RCEP 成员国的贸易之累。

（二）积极协同效应及协同经验

1. 互为补充的积极协同效应

一方面，RCEP 规则和特殊经济区之间也存在目标共性：都旨在促进投资自由化和便利化，因而在规则设计上具有相似性，如零关税、零壁垒、零补贴的“三零规则”，知识产权的高水平保护等。另一方面，特殊经济区客观的规则协同性和国际趋同性，后设立或经修订的规则文本会吸纳借鉴已有规则文本及精神，并在此基础上进一步实行更高层次的改革开放。

这种发展趋势上的联动影响，使得 RCEP 规则和特殊经济区制度形成了较为显著的互为助力、互为补充的积极协同效应，RCEP 规则可为我国特殊经济区制度法律制度设计提供方向指引，同时我国特殊经济区可发挥其“改革高地”优势，主动对标 RCEP 高标准规则，最终实现两者制度上的接轨和趋同。一则，显著助推我国构建面向全球的高标准经贸网络；二则，可为我国加快构建双循环新发展格局提供关键的机制性合作平台。

2. 积极协同效应的实现路径

此外，积极协同效应很大程度上取决于，在主权领土内如何协调实施特殊经济区政策和 RCEP 规则。

⁵ 范健，徐璟航. 论自由贸易港制度的法律属性——兼论“中国海南自由贸易港法”创制的本土化与国际化[J]. 南京大学学报(哲学·人文科学·社会科学), 2019, 56(06): 43-52+158-159.

⁶ Manjiao Ohi. Regulation of Special Economic Zones Through Regional Trade Agreements: Confronting the Synergy Issue[J]. Journal of International Economic Law, 2021, 24(2): 423-442.

⁷ UNCTAD. World Investment Report 2019: Special Economic Zones [EB/OL]. (2019-06-12) [2022-1 2-22]. <https://unctad.org/publication/world-investment-report-2019>.

其一，考虑到各成员国差异化发展水平所形成的差异化发展需求，

RCEP 设计开放性与非排他性的合作框架，以便吸收、接纳更先进、全面的地区实践。而特殊经济区在部分投资贸易规则上体现出更高的规范标准和丰富经验，其制度“先行先试”和“可复制性”有利于促进创新、包容且永续的经贸增长。

其二，就复杂贸易文本不相称问题上，RCEP 通过构建更加合理化的管理设计整合已有协定文本，结合各成员新的发展需要与国际贸易环境要求，拓展合作内容与范围；各成员可以根据自身需要及发展阶段进行合作的协商，形成包容和负责责任的区域治理环境。

从理论与实践相结合的角度，在区域贸易协定中纳入与特殊经济区相关的保留条款是典型处理方式。如 CPTPP 取消成员国对外国投资的绩效要求，但重申在马来西亚自由工业区经营的公司仍受出口要求约束。⁹《中韩自由贸易协定》将基于特殊经济区的优惠待遇排除在最惠国条款的范围之外，区域贸易协定成员国的特殊经济区政策得以维持。¹⁰非洲大陆自由贸易区 (AfCFTA) 明确重申：“缔约国可以支持建立和运营特殊经济安排或区域，以加速发展”，“受益于特殊经济安排或区域的产品应服从部长会议制定的法规的约束”¹¹。

三、RCEP 视域中我国特殊经济区的规则进路

在 RCEP 规则视域下，区域合作方方兴未艾，经济全球化正朝着新的方向发展，特殊经济区作为全球开放层次最高的区域和新时代引领改革开放举措的新高地“脱颖而出”。对此，有必要进一步关注 RCEP 规则与特殊经济区结合议题。

（一）对国际投资基本秩序的正当理解

国际投资秩序的实体目标在于，通过高标准规则、替代性争端解决机制的引入等，创建稳定透明、可预期的外资法治环境。其程序目标在于，既要全面平衡反映国际社会的多元需求和共同利益，制约强权政治对国际投资秩序的肆意摆布，也要避免因投资者与东道国之间利益失衡而减损国际投资法治价值。¹²

尽管当下对一些既有规则的解释仍或多或少体现出对西方国家先行经验的依赖性，但全球投资格局已今非昔比。新兴市场国家和发展中国家的群体性崛起势不可挡，RCEP、CPTPP、日欧 EPA、《美墨加协定》(USMCA) 等超大型区域贸易协定一定程度上形成经济区域化对经济全球化的补充，并逐步形成全球高标准经贸规

⁹ Farole T, *Special Economic Zones in Africa: Comparing Performance and Learning from Global Experience*, Washington DC: World Bank, 2011.

则的主流体系。国际投资秩序的原则和内容正在逐渐重构，朝着民主化、平等化的普惠方向发展。在 RCEP 区域合作背景下，特殊经济区发展所带来的投资流量并非了无生机的短期单向流动，经济发展应当是创新、包容且永续的。

1. 秉持整体思维的世界观和方法论

我国特殊经济区的设立和治理应当秉持整体思维：一则，主动对标 RCEP 多边合作理念，引导共识理念。尤其是在合作实践中不断丰富发展的“人类命运共同体”思想和“共商共建共享”全球治理方案，其“你中有我、我中有你”的整体世界观、“以世界观世界”的方法论，逐渐为国际社会所认同。“人类命运共同体思想创造了一种新的思考世界的方式，从更高层面去衡量国家本位主义所无法衡量的大规模问题。”¹³ 主要涵义包括：“多边主义的要义是国际上的事要由大家共同商量着办，世界前途命运由各国共同掌握”“坚持以国际法为基础，不搞唯我独尊”“坚持协商合作，不搞冲突对抗”。¹⁴

二则，推进特殊经济区框架内、外各类投资促进措施在时空、体系上的合纵连横，实现外资开放程度和执行规则的内容衔接、标准一致。一是免于徒增投资壁垒，二是建立起互联互通的投资框架体系，确保各投资主体能够充分利用特殊经济区的投资政策，提高运行效率，增强投资竞争优势。就具体作为而言，可以通过整合政府部门、社会组织、行业协会、企业掌握的投资风险信息，提高投资信息深度分析能力，引导协调各投资主体间的合作交流以妥善解决分歧。

2. 坚持可持续发展的理念共识

另一方面，人类社会“可持续发展”（Sustainable Development）已然成为国际社会重要关切，包含经济发展、环境保护和社会发展三个维度的国际法理念，是一个互动、整合和结构性的概念。

在可持续发展方面，RCEP 序言中明确提及希望增强公平的经济发展、创造新的就业机会、提高生活水平、改善人民普遍福利，通过多边合作形成全区域可持续发展的物质、社会与领导力的三重基础¹⁵，着重通过东道国规制权实现可持续发展。¹⁶ 在特殊经济区对接 RCEP 规则的过程中贯彻可持续发展理念，还需要注重符合中国特色和地区实际情况，兼顾本土化需要，入乡随俗、因地制宜。

一方面，基于具体问题具体分析的原理，特殊经济区在法律定位设计上可采取

⁹ CPTPP 第 9.10 条。

¹⁰ 中国-韩国 FTA 第 12.4 条。

¹¹ AFOFTA 货物贸易议定书第七部分第 23.1 条和第 23.2 条。

¹² 张晓君，李文婧。全球治理视野下国际投资法治的困境与变革[J]。法学杂志，2020，41（01）：30-40。

“一般规则+例外规则”的思路来进行:从特殊经济区所在地区实际情况出发,按“一事一议”原则审慎考虑,¹⁷鼓励与促进以RCEP规则、可持续发展贡献为重点的投资。另一方面,接轨高标准经贸规则,不盲目追求一蹴而就、竭泽而渔,设定压力测试的合理试验过渡期,以灵活、渐进、现实和务实的方式更加稳健地参与国际投资活动,推动国际投资规则的重构。

(二) 国内法的创新与协调

当前以美方为核心的自由贸易圈抢占新一代国际经贸规则的制定权,推行符合其主观利益的全球化。为因应这一大变局,破解“规锁”,推动全面对外开放新格局构建,应当联动考虑我国特殊经济区与RCEP规则的协同作用,积极对标RCEP项下高标准经贸规则,根据现代化的法治经验实现本土法律规则的国际趋同,并以此探索我国特殊经济区在区域融合大背景中的协调创新进路。¹⁸

1. 以主动对接国际经贸规则趋势为基本原则

基于RCEP各成员国国情特点,特殊经济区应当从国际视野和全球化视角探索自身发展定位,主动融入中国与东盟FTA、日韩FTA等战略发展需求;主动对接RCEP规则,在特殊经济区率先试行RCEP相关条款,融入更为宽泛的自由贸易规则体系,充分发挥我国的国际影响力,提高规则制定的话语权,以积极状态应对当前中美关系的“压力环境”。

就如何接轨,存在三种具体模式:其一,双轨制:特殊经济区法律制度相对独立于国内普遍领域法律制度,与国际经贸规则接轨,如我国的出口加工区、保税物流园区、综合保税区等。其二,通道制:特殊经济区法律制度与国际投资贸易通行规则相衔接,将成熟经验在国内法律制度中推广复制,如我国自由贸易试验区。其三,单轨制:直接对标国际高水平经贸规则,建立自成一体的政策制度体系,海南自由贸易港属于此类。¹⁹

2. 坚持特殊经济区制度框架和治理模式依法创新

第一,我国特殊经济区在新时期的发展建设以“政策从优”和自主改革创新为原则导向,要发挥好这一法规政策制定上的变通优势,因地制宜。第二,特殊经济区应进一步以RCEP规则为依托,以国家安全和长远需求为导向,先行先试有利于不断扩大开放和深化改革的相关措施。

¹³ 罗欢欣. 人类命运共同体思想对国际法的理念创新——与“对一切的义务”的比较分析[J]. 国际法研究, 2018(02):3-20.

¹⁴ 习近平. 让多边主义的火炬照亮人类前行之路[N]. 人民日报, 2021-01-26(002).

基于上述关切的作为期待：一则，主动回应 RCEP 第十一章知识产权和第十二章电子商务有关条款，敏锐察觉并应用数字技术革命推动贸易发展的革新力量，建设“智慧型”特殊经济区。二则，注重数据信息安全的有效监管，统筹好高质量发展和环境安全的关系，对未涉及的事项率先作出规定，增强特殊经济区制度“先行先试”和“可复制性”的引领和带动功能。

其次，密切关注、必要时调整特殊经济区条约文本内容。静态法治的形式供给与动态法治的实质需求之间的差距恒常存在，尤其是在涉外投资活动领域，层出不穷的现实需求和浪潮涌动的外部环境，国家经济主权建设以及国际社会责任形象建设，都对特殊经济区制度提出了更高的与时俱进的实践要求，抓住国际经贸规则重塑期的历史机遇，形成更高水平的“中式版本”。

一则，特殊经济区文本应汲取 RCEP 规则求同存异、创新包容的内核，尽量全面、平衡、动态地反映特殊经济区框架内各方参与者的多元需求和共同利益，限于形式的固滞文本堡垒必然会一再而三地坍塌。二则，文本内容应当在现有高标准规则的基础上，与最新经贸规则建立联动，以预防规则变动对特殊经济区稳定运行的冲击。

3. 多维度架构特殊经济区外资规制衔接机制

外资管制权是国家经济主权的重要部分，体现对外国投资及投资者的保护与东道国外资规制权的博弈与平衡。²⁰ 契约签订意味着独立自主权利的让渡和交换。在 RCEP 规则中自然也体现了投资自由化与东道国规制权之间的博弈平衡。RCEP 采取“准入前国民待遇 + 负面清单”模式，²¹ 逐步取消业绩要求等准入壁垒，承诺在投资设立阶段给予国民待遇，并通过负面清单列明保留事项和不符措施。我国《外商投资法》亦采取同样思路衔接自由贸易区各国外资管理制度，抵御潜在的海外投资法规风险。《海南自由贸易港法》创造性发挥统筹规划的制度优势，以高位阶的立法规范，协调保障自贸港制度创新的权威性和稳定性。

4. 构建与国际经贸规则相适应的国际商事纠纷化解机制

应当意识到，特殊经济区固然会带来经济活力，但不规范甚至不合法的投资行为也会侵害投资利益、恶化投资环境。系统建立集诉讼、仲裁、调解于一体的、与国际贸易规则体系相适应的多元化纠纷解决机制是必然趋势。²²

RCEP 争端解决方式分为斡旋、调解、调停、合作、磋商和专家组审查，其投

¹⁹ 许勤华，袁森，RCEP 开启区域全面可持续发展进程 [J]. 现代国际关系，2021 (03): 49-55+30.

²⁰ 张乃根，国际法上的多边主义及其当代涵义 [J]. 国际法研究，2021 (03): 3-19.

²¹ 朱福林，自由贸易港建设的国际镜鉴 [J]. 改革，2018 (08): 113-119.

资章节未照搬 WTO 传统协商机制，而是规定缔约方应建立协调投诉机制，尽可能帮助投资者与政府机构友好地解决投资纠纷引发的争议。同时，规定各成员国应在协定生效后两年内开始 ISDS 机制的谈判。²³

实践中，我国各地的特殊经济区已经开展了积极的实践探索，如重庆自贸试验区建立了诉讼、仲裁与调解一站式纠纷解决机制；福建、广东自贸试验区等也采取措施构建多元化纠纷解决机制。²⁴此外，还包括探索设立国际仲裁机构分支机构，明确国际仲裁机构准入标准和条件，促进商事仲裁和商事调解规则的国际化，积极引入外籍调解员；加快跨境服务负面清单的简化，培育多元化的涉外法律服务市；构建特殊经济区法治体系的新内容。²⁵

可见，从地方实践中提炼共性经验，对标国际发展趋势，构建符合我国国情的多元化纠纷解决机制具有较强的科学性和可行性，在法律规则设计上逐步增强规则可预见性和救济性。进而抓住 RCEP 生效的契机，提高国际商事纠纷解决能力，完善多元化商事纠纷解决机制，为引领全球经贸纠纷解决机制做出我国贡献。

四、结语

RCEP 规则与特殊经济区制度都孕育自国际投资格局变革之中，身负革新国际经贸规则体系框架与内涵的使命。在 RCEP 视域下，对我国特殊经济区政策和法律制度建构带来的影响，需要理性、辩证、全面地看待：需加快与国际接轨的进度，推进特殊经济区政策和制度体系更加符合国际新标准，促进区域经济一体化下特殊经济区制度国际化建设的新探索。中国特色特殊经济区制度国际化发展应从法治路径着手，立法先行，先行先试；对标全球经贸规则，注重特殊经济区制度法治体系与国际化接轨；构建与国际贸易规则体系相适应的国际化商事纠纷解决机制，加强区域国际法治合作，推动构建人类命运共同体，在逆全球化背景下对国际经济治理体系做出中国贡献。

¹⁸ 陈利强，陈杰．中国特色自由贸易港“基本法模式”探究[J]．上海政法学院学报（法治论丛），2019，34（06）：1-14．

¹⁹ 彭岳．统筹推进国内法治和涉外法治的制度创新——中国自由贸易区建设的经验与启示[J]．国际法研究，2022（03）：31-51．

²⁰ 沈伟，方磊．比较视阈下 RCEP 对东道国规制权的表达[J]．武大国际法评论，2021，5（03）：1-18．

²¹ 中国自由贸易区服务网：《RCEP 在市场开放方面达成哪些重要共识？商务部这样解读》[EB/OL]．（2020-11-16）[2023-09-03]．http://fta.mofcom.gov.cn/article/rcep/rcepfgd/202011/43531_1.html．

²² 王崇敏，曹晓路．海南中国特色自由贸易港建设的法治创新与立法保障[J]．江汉大学学报（社会科学版），2019，36（01）：14-21+123．

²³ 曹兴国．国际投资争端治理中国内法院的参与与制度应对[J]．济南大学学报（社会科学版），2022（3）：156-164．

²⁴ 陈利强，陈杰．中国特色自由贸易港“基本法模式”探究[J]．上海政法学院学报（法治论丛），2019，34（06）：1-14．

²⁵ 刘云亮，卢晋．RCEP 视域下中国特色自贸港国际化建设的法治路径[J]．广西社会科学，2022（07）：69-78．



第三十届全国海事审判研讨会论文下载