

# 论海法

司玉琢 李天生\*

---

**内容提要：**古海法和中世纪海法是调整航海贸易中发生的民事、行政、刑事关系的习惯法。自体性是海法最为本质的特征，其根基在于海法渊源上的习惯起源性和内容上的规范关联性，决定因素是海洋环境的特殊性和海上活动的共通性。近代大陆法系国家将海法肢解纳入陆上各法律门类，导致理论和实践的缺位与误解。英美法系国家则通过以判例法为核心的法律体系的构建，辅以衡平法，有效地维系了海法的自体性特征，促进了国际海事法律的发展。当代海法自成独立体系具备自发秩序的理论基础，符合其超越陆法与国内法约束的系统特性，是中国在“海洋世纪”推进功能立法的战略需求。新时代背景下，中国海法迫切需要创新。创新路径首先是立法创新，通过立法技术和立法组织方式创新促进海法独立体系的构建，以体系化的海法规范全面彰显海洋权益；其次是司法创新，扩大海事法院管辖范围，逐步实行“三审合一”，设立高级海事法院；最后是创建独立的海法学学科，培养面向海洋的复合型法律人才。

**关键词：**海法 自体性 海法典 三审合一 海法学

---

随着中华民族伟大复兴的推进，中国正在逐步走向世界舞台的中央，海洋是中国在此历史进程中必须重视和大有作为的领域。近年来，我国学者提出的海法（Sea Law, Maritime Law）的概念，<sup>〔1〕</sup>引起了社会的广泛关注。海法的历史发展如何？海法有何本质特征？我国为何要引入海法这一概念？中国海法体系及其实现路径如何创新构建？这是本文要试图

---

\* 作者均为大连海事大学教授。

本文是2015年度国家社科基金项目“‘21世纪海上丝绸之路’战略的电子港航法律制度保障研究”（15BFX193）的中期成果。

〔1〕 海法，“是以海洋为客体，调整其上社会关系的法律总称”。司玉琢：《面向海洋世纪，确立海法研究体系》，《中国社会科学报》2010年6月8日第2版。在不同时期和各个研究主题中，学界关于海法的界定、英文名称等方面的论述略有不同，参见司玉琢等：《试论海法独立学科体系》，《航海教育研究》1997年第1期，第68页以下；汤喆峰、司玉琢：《论中国海法体系及其建构》，《中国海商法研究》2013年第3期，第6页以下；司玉琢：《海上丝绸之路战略的海法体系保障》，《光明日报》2015年8月8日第8版；司玉琢、李天生：《中国海法典编纂论纲》，《国际法研究》2015年第4期，第3页以下；初北平、曹兴国：《海法概念的国际认同》，《中国海商法研究》2015年第3期，第16页以下。

回答的问题。

## 一、海法的历史考察

在国际上，海法的称谓历史悠久，公元前 9 - 8 世纪就有《罗德海法》(The Rhodian Sea-Law)。中文“海法”一词，是由英文 Maritime Law 翻译而来。<sup>[2]</sup> Maritime Law 的词义是非常广泛的，“涵盖私法（典型的是调整租船合同和提单的规定），以及公法（例如取得船舶国籍的条件，船舶适航的管控），甚至包含某些国际法的规则（比如，领海水域无害通过权，国有船舶在外国港口免于扣押的豁免权）”。<sup>[3]</sup> 日本学者认为，“‘海法’一词也常常被用于与海事相关的一系列法律的统称。19 世纪初之前，……可以说‘海法’与‘海商法’在概念上并无区别。现今，作为统称，相对于包括公法与私法二者在内的‘海法’而言，‘海商法’多被认为是以私法为中心的‘海法’的一个部门。”<sup>[4]</sup> 大陆法系国家使用“海法”(Maritime Law, droit maritime, Seerecht) 一词较多。尤其值得一提的是，法国普遍使用“海法”这一用语，并延续至今。<sup>[5]</sup> 基于历史沿革上的理由，英美国家解释“海法”时常常会把公法也包括在内。<sup>[6]</sup>

### (一) 古海法考察

在古代，涉及海法内容的法典有：《汉谟拉比法典》(约公元前 1780 年)、<sup>[7]</sup> 《苏美尔法律手册》(约公元前 1700 年)、<sup>[8]</sup> 《摩奴法典》(约公元前 2 世纪至公元后 2 世纪)、<sup>[9]</sup>

[2] 当前我国也将海商法翻译成为 Maritime Law，为了有所区别，可将海法翻译成 Sea Law (或 Sea-Law)。参见前引 [1]，司玉琢、李天生文，第 4 页 (该页注 2)。

[3] See Thor Falkanger, Hans Jacob Bull & Lasse Brautaset, *Scandinavian Maritime Law: The Norwegian Perspective*, Oslo: Universitetsforlaget, 2d ed., 2004, p. 23.

[4] [日] 中村真澄、箱井崇史：《日本海商法》，张秀娟等译，法律出版社 2015 年版，第 1 页。

[5] 同上书，第 2 页 (该页注 2)。

[6] 同上。加拿大著名海商法专家威廉·台特雷 (William Tetley) 在其《国际海商法》一书中认为，海商法是一个完整的法律体系，包含了公法 (如海洋法、海洋污染法、国家主权豁免权和海上犯罪等) 内容。参见 [加] 威廉·台特雷：《国际海商法》，张永坚等译，法律出版社 2005 年版，第 2 页。在美国海商法专家的著作 (如 Robert Force, *Admiralty and Maritime Law*, Washington D. C. : Federal Judicial Center, 2004, p. 149. 以及 Thomas J. Schoenbaum, *Admiralty and Maritime Law*, Minn. : West Group Publishing, 4<sup>th</sup> ed., 2004, chapter 13.) 中，都对违反强制引航义务承担刑事责任等进行了阐述。

[7] 该法典在第 234 条至第 240 条、第 275 条至第 277 条涉及了有关海事立法的内容：(1) 规定了船舶建造、船舶租赁、沉船时的责任分配、船舶碰撞时的责任分配、雇用海员应付工资等问题；(2) 规定了不同船舶租赁的价格问题。See *Hammurabi's Code of Laws (circa 1780 B. C.)*, <http://www.admiraltylawguide.com/documents/hammurabi.html>, 2017 年 9 月 14 日最后访问。

[8] 《苏美尔法律手册》记载了有关苏美尔人法律的内容。其中以下内容涉及海事立法：(iv42 - v11) 部分规定了背离船舶原定航线时的责任问题；(v12 - 20)、(v21 - 26) 部分规定了在租用船舶时破坏船舶及船舶沉没的责任；(v27 - 31)、(v32 - 36) 部分规定了船舶碰撞时的责任；(v37 - 44) 规定了船舶租赁时租金的支付。See *Sumerian Laws Handbook (circa 1700 B. C.)*, <http://www.admiraltylawguide.com/documents/sumerian.html>, 2017 年 9 月 14 日最后访问。

[9] 《摩奴法典》是印度最古老的法律文献，共有十二章，其中纯粹法律的篇幅约占全书的四分之一，反映了古印度的法文化和社会经济状况，对印度后世法律有重要的影响。该法中有关海事贸易的立法内容主要体现在第八卷中，包括：(1) 货物 (第 399 - 403 条)；(2) 航海专业人员薪酬与运费 (第 156、157、404 - 406 条)；(3) 关于船舶损害共同赔偿的规定 (第 408、409 条)。参见世界著名法典汉译丛书编委会编：《摩奴法典》，法律出版社 2000 年版，第 258 页，第 294 页。

《查士丁尼法典》与《学说汇纂》(公元529年至公元565年)、<sup>[10]</sup>《巴西里卡法典》(第53卷,公元880年)。<sup>[11]</sup>这几部法典涉及部分海法内容,还未构成海法的体系。应该说,在古海法中,最有代表性的应该是罗德人在航运实践中创设、整理和颁布的《罗德海法》。早在公元前约900年,罗德人就是爱琴海和地中海一带的海上主宰,以其组织纪律的严明和海上力量的强大著称。基于罗德人丰富的海上活动实践而出现的《罗德海法》,作为一部“国际法”(the law of nations),<sup>[12]</sup>适用范围不仅涵盖雅典城和爱琴海岛屿,还包括整个地中海沿岸的国家和地区。《罗德海法》已经是完整的法典,形成了独立的海法体系,对后世的影响极其深远,一般认为海商法即起源于《罗德海法》。<sup>[13]</sup>公元前9-8世纪的《罗德海法》没有保留下来,遗散在罗马学者的相关著述之中,这些著述与希腊文的海法汇编成为后世学者发掘、整理、研究《罗德海法》的基础。中世纪后发掘整理的《罗德海法》于1561年在瑞士的巴塞尔出版,后又于1596年在法国的法兰克福出版。后世整理出版的《罗德海法》结构受罗马法影响,也分为人法、物法和债法三个部分。<sup>[14]</sup>包括弃货法部分的23个条款在内,该法共96个条款,其中民事条款约64条(纯海事海商条款52条),行政条款24条,刑事条款8条。

古海法的特点有:第一,起源的实践性。人类对海洋的利用源远流长,航行、贸易实践发展到一定程度,自然需要体现在作为文明重要组成部分的法律之中。第二,适用范围

[10] 《查士丁尼民法大全》是罗马法的集大成者,包括《查士丁尼法典》、《学说汇纂》、《法学阶梯》和《新律》,这些法典包含了很多与海事海商有关的规范。《学说汇纂》中,与海事活动有关的规定主要集中在第14章第1节和第2节。第1节主要是有关针对船东诉讼的规定(C Concerning the Action Against the Owner of a Ship),包括规定船长的任命、工作职责、船东的诉权等内容。第2节是《罗德海法》中弃货的有关规定(C Concerning the Rhodian Law of Jettison),包括共同海损及分摊等内容。See *Justinian's Digest-Book XIV (Title I-II)* (529-565 A. D.), <http://www.admiraltylawguide.com/documents/digestxiv.html>, 2017年9月14日最后访问。

[11] 《巴西里卡法典》(Basilica or Basilika)也被译成《巴西尔法典》。罗马法中保留了一些同现代相通的重要的海法规范。西罗马帝国灭亡后,东罗马帝国继承了罗马法中的海法部分,并把与海法相关的规定汇总在《巴西里卡法典》。由于这种继承编纂的关系,通常认为《巴西里卡法典》和《学说汇纂》一样,仍属于古海法而不是中世纪海法。参见何勤华、魏琼主编:《西方商法史》,北京大学出版社2007年版,第211页;蒯振坤:《中世纪欧洲海商法研究(11至15世纪)》,华东政法大学2013年博士学位论文,第26页(该页注1);前引[4],中村真澄等书,第5页。

[12] See James Kent, *Commentaries on American Law*, Vol. II, New York: O. Halsted, 1827, p. 511. “the law of nations”有“万国法”、“国际法”等不同译法。詹姆斯·肯特认为“国际法”(the law of nations)汇集了已有的习惯做法、贸易惯例和发展中的文明守则与商业规范,称格老秀斯为国际法之父(the father of the law of nations)。See James Kent, *Commentaries on American Law*, Vol. I, New York: O. Halsted, 1826, p. 3, p. 15. 詹姆斯·肯特将海法阐释为“一般国际法”(the general law of nations),见本注James Kent书(第2卷),第509页。本文将“the law of nations”译为“国际法”。

[13] 参见上引James Kent书(第2卷),第511页。

[14] 人法篇的内容主要包括船上工作人员的薪酬与职责、乘客与货主的权利义务、海盗问题三大方面。物法篇的内容主要包括有体物和无体物。有体物涉及船舶(含船舶运费、船舶份额、船舶属具、船舶适航、船舶定金、船舶租赁、船舶损坏、船舶失踪和船舶灭失等)和货物(含谷物、葡萄酒、油料、丝绸、珍珠、麻布、金币和银币、奴隶等)两方面;无体物涉及船舶所有权、货物所有权、海运借款与担保物权等内容。债法篇的内容包括债的一般理论、契约之债、准契约之债和私犯之债四种。债的一般理论涉及定金、事变与延迟;契约之债涉及海运借款、货物的寄存与保管、船舶租赁、货物运输与承揽租赁、海事合伙五个方面;准契约之债在《罗德海法》中仅涉及共同海损一种情况;私犯之债则含盗窃、抢劫、侮辱、过错行为产生之债。参见王小波:《〈罗德海商法〉研究》,中国政法大学出版社2011年版,第212页以下。由于《罗德海法》在悠久历史中被不同地区引入、转译,在欧美学界,《罗德海法》的英文名称用法上有时也存在差异,但使用最普遍的是“The Rhodian Sea-Law”,如Walter Ashburner, *The Rhodian Sea-Law*, New Jersey: the Lawbook Exchange Ltd., 2001。除王小波《〈罗德海商法〉研究》一书外,中文一般译为《罗德海法》。

的区域性。公元前8世纪前后的航海贸易,受船舶技术和通讯不发达的制约,只能活跃在一定的海域之内。但是,海洋航行贸易一直在不断超越单个政权管辖范围,调整的法律也要与之相适应。早期政权立法的法条内容、涵盖范围无法适应跨境航行贸易的迅速发展;反映航海贸易内在规律、非政权立法的《罗德海法》应运而生,并得到地中海沿岸的普遍接受。第三,规范的自足性。《罗德海法》调整的范围涵盖海上国际贸易法、海上运输法、海上刑法、海上劳动法、海上公法等内容。

## (二) 中世纪海法考察

现代海法基础的建立始于中世纪。在西罗马帝国后,随着商业的复兴,对海法的需求也越发明显,位于地中海的阿玛菲、热那亚、比萨、威尼斯、马赛、巴塞罗那,位于北海的维斯比、汉堡、吕贝克等以海港为中心的城市国家逐步形成,各种海事习惯法随之产生。约从11世纪后期开始,这些国家相继制定了与海法有关的城市法(条例)。在这些城市法的基础上,中世纪诞生了一些具有影响力的海法,它们超越城市间所存在的差别,日益彰显出逐步趋于统一的倾向。这些海法主要有:《特拉尼海事条例》(Maritime Ordinances of Trani,约公元1063年)、<sup>[15]</sup>《航行法》(The Navigation Code,公元1150年)、<sup>[16]</sup>《巴塞罗那航海条例》与《巴塞罗那海商法》(The Barcelona Navigation Act of 1227, The Barcelona Maritime Code of 1258)、<sup>[17]</sup>《康索拉度海法》(Consolato del mare, The Consulate of the Sea,公元1494年)、<sup>[18]</sup>《奥列隆惯例集》(The Rules of Oleron,约公元1266年)、<sup>[19]</sup>《维斯比海法》(Wisby Seerecht; The Sea-Laws of Wisby,公元12-13世纪)与《哥特兰海法》(Gotland Sea Law,公元12-13世纪)、<sup>[20]</sup>《佛兰德海法》(Sea-Laws in Flanders,公元15世纪上

[15] 该条例规定了共同海损、承运人的法定撤销权、船员的权利和义务、船长职能以及无主物解决办法等。See Travers Twiss, *The Black Book of the Admiralty*, Vol. IV, London: Longman & Co., Paternoster Row; Trubner & Co., Ludgate Hill; also by Parker & Co., Oxford; Macmillan & Co., Cambridge., A. & C. Black, Edinburgh; and A. Thom, Dublin, 1876, pp. 523-543. 11世纪末,几乎与《特拉尼海事条例》出现的同一时期,在意大利阿玛菲出现了另一部著名海商事法律《阿玛菲海法》(the Amalphan Table,也有译为《阿玛斐法典》)。参见前引[11],何勤华等主编书,第263页;《中世纪海法:阿玛菲海法》,黄永申译,《中国海商法研究》2017年第1期,第87页以下。

[16] 法国阿尔勒地区的《航行法》涉及渔民的义务、关税费用的公开、载货船舶的权利、航行中的船舶应当遵守的规则以及船员对本船的救助义务等问题。See *Port of Arles: The Navigation Code (1150)*, <http://www.admiralty-lawguide.com/documents/arles.html>, 2017年3月6日最后访问。

[17] 《巴塞罗那航海条例》主要对于航行区域进行了一定的限制,对国内运输船舶和国外运输船舶作了不同的规定,并规定了对违反行为的处罚。See *James I of Aragon: The Barcelona Navigation Act of 1227*, <http://www.admiraltylawguide.com/documents/barcelona1227.html>, 2017年9月6日最后访问。《巴塞罗那海商法》更侧重于船员和船舶的规定,该法规定了船员管理、船员待遇、船员配备、船舶属具配备、载货方式、船舶遇难以及随船人员权利等内容。See *James I of Aragon: The Barcelona Maritime Code of 1258*, <http://www.admiraltylawguide.com/documents/barcelona1258.html>, 2017年9月17日最后访问。

[18] See Stanley S. Jados (trans. & ed.), *Consulate of the Sea and Related Documents*, <http://libro.uca.edu/consulate/consulate.htm>, 2017年9月28日最后访问。

[19] See *The Rules of Oleron (circa 1266)*, <http://www.admiraltylawguide.com/documents/oleron.html>, 2017年9月17日最后访问;《奥列隆惯例集》,王彦译,《中国海商法研究》2016年第3期,第93页以下。

[20] 英国学者特威斯(Twiss)将《维斯比海法》的哥本哈根文本(保存在the Copenhagen MS.,即“哥本哈根文献”之中,哥本哈根皇家图书馆第3123号法律手稿)以《哥特兰海法》为标题编入《海事黑皮书》(*The Black Book of the Admiralty*)第4卷中出版。参见前引[11],英振坤文,第116页;《维斯比海法》,王彦译,《中国海商法研究》2017年第1期,第95页以下;前引[15],Travers Twiss书,第55页。

半叶)、<sup>[21]</sup>《苏格兰海法》(Scotland Sea Law, 公元14世纪70-80年代)、<sup>[22]</sup>《汉萨城镇条例》(The Laws of the Hanse Towns, 约公元1597年)。<sup>[23]</sup>在这些城市法或条例中,最有代表性的是中世纪三大海法——《奥列隆惯例集》、《康索拉度海法》和《维斯比海法》。

《奥列隆惯例集》是西欧和北欧地区的第一部海法,该惯例集不仅在法国得到适用,而且先后传播到现在的比利时、荷兰和德国等国家。《奥列隆惯例集》对船长、船员、船舶以及货损等都作了相关规定。“最让奥列隆岛负有盛名的不是岛上丰富的物产,而是以该岛命名的海法。在海商事立法史上,该法律汇编地位十分重要。”<sup>[24]</sup>该法典共35条,其中民事条款17个,行政条款16个,刑事条款2个。<sup>[25]</sup>

《康索拉度海法》收集了地中海沿岸地区适用的海事习惯和审判机构的判决。<sup>[26]</sup>该法典最初是用加泰罗尼亚语编纂的,之后被译成西班牙语、意大利语等多国语言,并对这些国家产生了深远影响。<sup>[27]</sup>该法是综合性法典,条款较多,包括海上善良习惯251个条款,军舰等杂项规定36个条款,程序性条款47个。从条款的法律属性看,既有船舶指挥与管理、船长船员的权利义务等行政法内容,也有运输合同等民事法律内容,还有与船舶内部秩序相关的刑事责任的刑罚条款,是民刑合一的法典。

《维斯比海法》总计70个条款,其中民事条款52个,行政条款17个,剩余1个为刑事条款。刑事条款是第61条:“如果船员弃船,并携带从船长处获得的财物而逃,船长抓住该船员,若其他两名船员确定该船员发生了前述事实,该船员应被处以绞刑。”

中世纪海法与《罗德海法》具有一脉相承的联系。同时,随着航海贸易的发展,形成了更为完整的体系,在地中海以及欧洲海域沿岸得到广泛的适用,其立法内容的丰富性、完整性、先进性都达到了历史高峰。

中世纪海法是在古海法基础上发展而成的,具有古海法的大部分特征。中世纪海法发展形成的新特征主要有:第一,惯例的编纂性。古海法的显著特征之一是习惯的起源性,而中世纪海法在习惯起源的基础上,更多的是将具有高度适用效力的习惯、惯例进行编纂或汇集成判例集。第二,适用的扩展性。中世纪海法是更为发达的航海贸易文明积累的产物,适用范围从地中海向欧洲更为广泛的海域沿岸扩展。第三,体系的独立性。中世纪海

[21] 《佛兰德海法》组成了《哥特兰海法》第二部分的25个条文(第15-39条)。前引[15], Travers Twiss书,前言, p. xxvii, p. xlvi.

[22] 《苏格兰海法》共有十五章,由一个总则和十四章组成。该法对船舶所有人的权利、商业买卖、水手、引航员甚至海盗行为都作了相应规定。See William Welwod, *The Sea-law of Scotland, Shortly Gathered and Plainly Dressit for the Reddy Vse of All Seafairingmen*, <https://quod.lib.umich.edu/cgi/t/text/text-idx?c=eebo;idno=A14934.0001.001>, 2017年9月17日最后访问。由于该书年代久远,原书名中“law”拼写法为“lavv”。

[23] 亦译为《汉萨海法》或《汉萨城邦航行法典》。因为汉萨同盟在其历史上以发达的商业和城镇联盟闻名,故通常将其翻译为《汉萨城镇条例》。其核心内容是与地区商业和贸易相关的海商事法律。See *The Laws of the Hanse Towns (circa 1597)*, <http://www.admiraltylawguide.com/documents/hanse.html>, 2017年9月26日最后访问。

[24] See Estine Cleirac, *The Ancient Sea-laws of Oleron, Wisby and the Hanse-Towns, Still in Force*, trans. Guy Miegé, London: J. Redmayne, 1686, p. 3, [http://www.furthark.com/hanseaticleague/src\\_pri\\_sealaws.shtml](http://www.furthark.com/hanseaticleague/src_pri_sealaws.shtml), 2017年9月27日最后访问。

[25] 《奥列隆惯例集》留存有不同版本,还有25个条款的版本。参见前引[19],王彦译《奥列隆惯例集》,第93页以下。

[26] 参见王彦:《康索拉度海法评述》,《中国海商法研究》2017年第2期,第107页以下。

[27] See J. M. Pardessus, *Us et coutumes de la mer, ou Collection des usages maritimes des peuples de l'antiquité et du moyen age*, tome premier, Paris: Imprimerie royale, 1847, p. 5.

法的调整内容、调整方法都更为丰富。在漫长实践中，中世纪海法成功吸收了各个方面的惯例与判例，成为具有广泛适用性的独立海法体系。正如沃姆瑟总结的那样：“海商法是商人们自己发展起来的，它不是各地王侯们的法律。”<sup>[28]</sup> 这些商人们自己发展起来的法，还调整一些特定刑事法律关系，如中世纪三大海法中包含的刑事条款。

综合古海法和中世纪海法的特征，中世纪之前的海法概念可概括为：商人们在长期航海贸易实践中逐步形成的，具有独立的习惯起源性，调整航海贸易中发生的民事、行政、刑事关系，具有自体性本质特征，为地中海及欧洲海域沿岸普遍认可、具有广泛适用效力的习惯法。<sup>[29]</sup>

## 二、海法的自体性及其成因

作为独立体系的海法，在悠久的历史演进过程中，充分显示出其具有强烈的自体性（一体性）特征。海法的自体性，是指海法所具有的适应海洋活动规律的自主生成、整体关联、相对自足、长期独立的特征，是人类从事海洋活动过程中针对海洋自然环境、社会环境自发形成有效规则的产物。自体性是海法最为本质的特征，其发展演变的进路也构成海法发展演变的主要线索，它与同时代“革命带来的变化，以及由民族间的敌对关系所造成的开裂没有任何关联，海法处于社会混乱的漩涡之中也是一成不变的，即使是到30世纪后还是会以航海交通最初的姿态出现”。<sup>[30]</sup> 一直以来，特别是中世纪前，海法不仅占据着先驱者的位置，设有独立的法院，还具备较高程度的自给自足的性质。正因为如此，里佩尔（Ripert）针对17世纪编纂的《海事王令》论述道：“海法有着独立的注解人员、独立的法官以及独立的法院，不受外界影响，不丧失特色，完全维持了一种独立的状态。”<sup>[31]</sup>

### （一）自体性的表征

海法自体性的表征，一是海法起源独立，而且很多海法的制度还成为陆上法律制度的来源，如保险法就来源于中世纪的海上保险法；二是海法效力通行，海法的效力一直在随着航海贸易的发展不断扩展适用范围；三是海法体系独立，海法一直具有集民事、行政、刑事于一体的法律属性，所不同的是古海法的自体性体现在同一部法律中，而近现代海法的自体性体现在海事法律体系中。

从中世纪及之前的众多海法中，都可以清楚地看出海法的自体性。《罗德海法》和中世纪三大海法都涵盖了当时调整航海贸易关系所需要的较为完整的内容；1150年法国阿尔勒

[28] [美] 沃姆瑟：《法》，纽约，1949年版，第500页。转引自[英] 施米托夫：《国际贸易法文选》，赵秀文选译，中国大百科全书出版社1993年版，第6页。

[29] 从《学说汇纂》（Justinian's Digest）中可以了解到，海法在其发展高峰时期是何等的独立。某人向安东尼皇帝提出一个关于船舶在伊卡里亚岛失事后遭到抢劫的诉讼，寻求得到解决，但安东尼皇帝回答道：朕诚为陆上之主，但海法乃海上之主，让这一诉讼由我们的法律所接受的《罗德海法》来决定吧，只要我们的制定法没有相反的规定”。See Justinian's Digest-Book XIV (Title I - II) (529 - 565 A. D.), <http://www.admiralty-lawguide.com/documents/digestxiv.html>, 2017年9月28日最后访问。

[30] See J. M. Pardessus, *Collection de lois maritimes: antérieures au XVIIIe siècle*, tome premier, Paris: Imprimerie royale, 1845, p. 2.

[31] See Georges Ripert, *Droit maritime*, Paris: éditions Rousseau et Cie, quatrième édition. 1950, tome premier, p. 52.

地区的《航行法》涉及关税费用的公开,对于关税的产生、形式作了相应的规定;1227年的《巴塞罗那航海条例》主要对航行区域进行了一定的限制,对国内运输船舶和国外运输船舶作了不同的规定,并规定了违反相关条款时可能会面临的处罚;1494年的《康索拉度海法》规定了有关武装船舶捕获与被捕获的内容,这些有关海洋公法的规定具有重要的影响力,甚至到了18世纪,这部法律仍被权威的英国法学家视为普遍的国际法的一部分。<sup>[32]</sup>这些例证都说明,中世纪及之前的海法内容不局限于单纯的民商事规范,还包含行政、刑事甚至国际法性质的规范,具有内容上的完整性和自足性。

事实上,现代法学理论著作对此也有论证。美国学者威格摩尔在他的现代比较法学的奠基之作——《世界法系概览》中,将世界法律制度分成16个法系,其中就包括海法系。<sup>[33]</sup>威格摩尔还在该著作的第十三章中,专门就海法系发展演变的历程及其内在规律进行了系统的论述。可见,海法一直是作为一个单独自洽的法系出现的。

## (二) 海法自体性的成因

海法之所以呈现自体性特征,源自内部和外部两方面的原因。

1. 内部层面,海法在渊源上的习惯起源性和内容上的规范关联性是其自体性的根基。

第一,海法的习惯起源性。中世纪及之前的海法在性质上大多是习惯法体系,它不是由国家或者君王制定的,而是由商人们遵循着“个别规则—普遍规则—习惯”的路径,将海上航行和贸易习惯逐渐上升为习惯法,并自发地编纂在一起,自觉遵守。在若干个连续出现的法典中,“其显著特征是作为单一的、明确的、连续的海事习惯发展的统一性”。<sup>[34]</sup>正是由于其习惯法属性,海法缺乏保障其实施的国家强制力,其适用和遵守很大程度上靠当事人自觉。从现代国家的眼光看,这是海法的历史局限性,但是从历史和海法实践来看,海法的适用效力是普遍、广泛的。这种状况充分说明,在海洋这个世界相通的空间里,真正符合海上规律、融化到文明理念深处的规则,自会因其深得人心而得以实行。

例如,作为海法体系重要组成部分的海商法中,“无效果,无报酬”<sup>[35]</sup>的海难救助法律制度的历史形成,就体现了海商法的特色。受科学技术水平的限制,中世纪以前,人类的海上航行具有极大风险,遭遇海浪或海盗的情形非常普遍。在这些危险情况下,即使给予对其进行救助的人一定的报酬,也远胜于船毁人亡。随着时间的推移,这种实践逐步演化为众所遵循的惯例,并被确定为专门的法律制度。<sup>[36]</sup>因此,海商法的许多制度,寻本溯源,既非基于民法的基本理论,也非民法的一般原则在海上的自然延伸,而是具有鲜明的起源独立性和规范的习惯性特征。正如法国商法学家帕尔德斯(Pardessus)所认为的那样,海商法具有世界性(统一性)、不动性和习惯法起源性三个特征。<sup>[37]</sup>

[32] See Jessup and Deák, *Neutrality: Its History, Economics and Law; I. The Origins*, 1935, 149 et seq. Columbia University Press. 转引自[美]阿瑟·努斯鲍姆:《简明国际法史》,张小平译,法律出版社2011年版,第25页。

[33] 参见[美]约翰·H.威格摩尔:《世界法系概览》,何勤华等译,上海人民出版社2004年版,第2页。该书中文版将原书英文“the maritime legal system”翻译成“海事法系”,本文译为“海法系”。

[34] 同上书,第772页。

[35] “无效果,无报酬”,是指救助方对遇险的船舶和财产实施救助,取得效果的,有权获得救助报酬;未取得效果的,无权取得救助报酬。参见我国海商法第179条。

[36] 《罗德海法》第64条规定:“船舶在远海颠覆或者毁坏,从船上把任何物品安全救到陆地上的人可得到获救财产价值1/5的报酬。”前引[14],王小波书,第219页。

[37] 参见前引[27],Pardessus书,第1页以下。

第二，海法规范的关联性。海法规范的关联性源于海上发生的各种社会关系之间具有难以分割的紧密联系。利用船舶从事的海上活动，多同国际法、行政法、劳动法、经济法、民商法之外的法规有着密切的联系。至少，在对海商法进行研究时，不能对包括公法在内的这些法规视而不见。<sup>[38]</sup> 在涉海案件中，基于同一涉海法律关系这一基础，民事、刑事和行政案件往往具有很强的关联性。例如，索马里海盗引起的法律问题不仅是刑事问题，也与海上保险有关（赎金列为共同海损）。同样，一起海上油污污染事件，除了涉及油污损害赔偿的民事责任，违法行为还会产生行政罚款等行政责任，还有可能触及刑事法律责任。<sup>[39]</sup> 船舶碰撞后逃逸，造成重大人身伤亡，确定碰撞民事责任的责任比例，会直接影响到刑事责任的量刑。为履行一份海上货物运输合同，从海上运输必备的船员、船舶、货物，到海上运输可能遇到的海难救助、海事借贷、共同海损、船舶碰撞、海盗、捕获等，这些内容构成海上活动的必要组成部分，相互交织、影响，可以且适于组织在一起形成一个整体。

2. 外部层面，海洋环境的特殊性和海上活动的共通性是海法自体性的决定因素。

第一，海洋环境的特殊性。发生在海洋上的一切活动，与陆地不同，具有特殊的海上风险。即使是18世纪产业革命所产生的影响及海运环境的变化，使得这种特殊风险有所削弱，但海上风险的本质没有改变，只要地球上的海水没有枯竭，这种特殊风险就会存在。对于海商法所调整的船舶和海上运输来说，风险的存在是绝对的。基于这种风险而产生的特殊制度与陆上活动并无多少关联，是在意识到海上活动所处的特殊环境的基础上形成的。如今，依然留存于海商法中的各种特殊制度，需要立足于这些制度的历史发展去理解，并以此为前提，重新探讨其在今天所具有的意义。即使与陆上所面临的风险相比差距有所改变，也不能说这些特殊制度在本质上发生了变化，只能说这些制度在今天所具有的意义发生了变化。比如，海商法赋予船长至高无上的公权力与私权利，是为掌控船舶这块“浮动领土”的风险环境与安全秩序而产生的特殊需要，且这种需要随着法律秩序的日益繁复而相应提升。因此，各国海商法均作出规定，船长除基于雇佣合同负责船舶的正常营运外，还肩负着公证、管理、准司法等职能，也承担相应的民事、刑事和行政责任。<sup>[40]</sup> 到了近现代，海洋环境的特殊风险又出现了新的变化，比如，海上运输、海洋油气开发导致的巨大污染风险，船舶大型化、快速化导致的碰撞安全风险，有毒有害物质运输作业对人身和环境的威胁，等等。海洋环境的特殊性及其风险是海法自体性产生的客观原因。

[38] 田中誠二：《海商法詳論》，勁草書房1985年版，第1页以下。

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

[40] 我国海商法以及《船员条例》（2007年通过，2017年第四次修改）中都没有船长承担刑事责任的具体条款。1947年日本船员法（2014年6月修改）第十四章罚则第122-135条专门规定了船长和船员应承担的刑事责任和行政处罚责任（[www.houko.com/00/01/S22/100.HTM](http://www.houko.com/00/01/S22/100.HTM)，2017年11月16日最后访问）。英国现行的1995年商船航运法（Merchant Shipping Act）规定船长船员有第58条、第59条违法行为的，被起诉后处以不超过2年的监禁或罚款或两者并处。第246条规定，船长可以使用武力阻止任何人未经许可登上或企图登上失事、搁浅或遇难船舶（See Merchant Shipping Act 1995，<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1995/21/contents>，2017年9月30日最后访问）。1999年俄罗斯联邦商船航运法典（2017年修改）第67条赋予船长维持船上秩序的职责。第69条规定，如果船上发生犯罪行为，船长应行使审讯机关的职能，有权监禁犯罪嫌疑人（<http://docs.cntd.ru/document/901732423>，2017年9月30日最后访问）。



第二,海洋活动的共通性。中世纪及之前海法的自体性特征与当时海上活动的模式类同有直接的关系。当时,海上活动基本是以海上船舶运输为中心,且航行的海域相对有限,涉及海洋主权等方面的法律关系并不突出。船舶航行在海上,经常发生的、能够预见到的社会关系,除了运输合同产生的民事关系外,还有船舶安全、船员管理、恶劣天气或可能遭遇海盗等,一部法律就可以调整海上运输中所发生的所有社会关系。《罗德海法》基本涵盖了上述全部内容。到了近现代,海洋活动的内容日益繁复,模式不再单一,因海洋整体性、世界性的特点而在协调一致方面提出了更高的要求。例如,海洋公法方面,基于航行自由的领海无害通过权制度,基于安全保障的非领海登临检查权制度,基于海洋环境保护的公海污染干预(《1969年国际干预公海油污事故公约》及《1973年干预公海非油类物质污染议定书》)等,都需要相关各国、各参与主体同步合作;海洋私法方面,海上保险、海上标准合同、海上民事责任规则等,则更是高度共通。

很明显,人类开发利用海洋的能力和程度已呈几何式增长,日益庞杂、应接不暇的海法规范,关联的广度和深度已不可同日而语;科技和社会组织方式的进步虽然较大程度上减少了海上自然风险,却始终没有改变人类在浩瀚的海洋面前渺小的感慨;任何海洋活动,都仍然必须依靠船舶或类似功能的载体,以及具有共通性的海洋活动基础技术规则与作业技艺,而海洋社会关系的协调一致也空前重要。由此可知,海法的自体性不仅没有消失,而且当代海洋事务的发展已促使海法的自体性得到了升华,即当代海法自体性的表征更为广泛,成因更为复杂,面临的环境更为特殊多变,建立的关联更为立体共通。

### 三、海法的传承与割裂

#### (一) 主权(民族)国家立法对商人习惯法的冲击

公元前9-8世纪的《罗德海法》、中世纪三大海法没有随着历史的变迁而沿袭下来,一个主要原因是,中世纪后,欧洲主权(民族)国家广泛兴起,加之交易活动的频繁以及海洋活动的多元化,国家立法逐渐取代了区域性的习惯法。

##### 1. 商人习惯法及其流变

中世纪前的海法是较为典型的商人习惯法。这是经过长期历史发展而形成的“商业惯例”体系。与当时封建王朝的地方性法律相比,其有如下特征:(1)不受国家疆界限制,在各国商人间得到广泛适用;(2)掌管它的法官由商人们自己选出;(3)它的程序不受形式限制,比较简单;(4)公平、合理的原则被强调适用于处理案件。<sup>[41]</sup> 它被施米托夫称为旧的商人习惯法,实际上是一整套国际习惯法规则,普遍适用于那些往来于文明世界各港口、各集市之间进行商业交易的国际商人团体。<sup>[42]</sup>

20世纪以来,特别是二战后,随着国际贸易的蓬勃发展,又出现了“现代商人法”或“新的商人习惯法”概念。“现代商人法”的发展与主权国家联系紧密,得到了各主权国家

[41] 参见沈达明、冯大同:《国际贸易法新论》,对外经济贸易大学出版社2015年版,第2页。

[42] 参见前引[28],施米托夫书,第226页。

的同意或认可，并在此基础上发展而来。原因在于，近代以来，国家主权的概念是世界秩序的基础，构成了法律渊源的根基，故“现代商人法”的国际性应与国家主权的概念保持协调一致。区别于中世纪及之前的商人习惯法，“现代商人法”形式上表现得更为正式，是由制法机构精心制定的，体现为国际公约、示范法以及国际商会等组织公布的文件。<sup>[43]</sup>“现代商人法”要成为法的渊源，其前提是能够得到国家法的认同，并且限定在国家法的框架内。<sup>[44]</sup>显然，“现代商人法”是民族国家立法和司法主权意识兴起的结果。此前历史上形成的自成体系的海法，其作用机理与“现代商人法”存在本质的差异。

“现代商人法”没有完整准确的定义，通常被表述为“从事国际商事交易的人们普遍遵守的原则和规则”。这些原则和规则内容各异，但共同表现是：均为各国立法认可或承认，且只能在“主权国家同意和许可的情况下”，通过各国在国内的法庭、仲裁庭进行适用。<sup>[45]</sup>漫长历史进程中形成的各种海法体系，逐渐被“主权国家同意和许可”的各种适用限制所瓦解。

在主权（民族）国家立法的冲击下，现代商人法作为独立自主的法律秩序已不可能，<sup>[46]</sup>作为处理案件争议所适用的法律时，其可适用的范围也非常狭窄，一般只能作为补充国内法空白的国际习惯。当然，也有学者将国际统一立法、一般法律原则、国际贸易惯例、国际标准合同示范条款等诸多要素作为现代商人法的渊源，<sup>[47]</sup>从这个角度看，由于原则、惯例等在实践中难以完全背离，且常作为国内立法的重要内容，因此17世纪后国家立法中的海法在一定程度上传承了其历史精神。这主要是因为，历经漫长的历史时期，从世界范围来看，海上活动逐步形成了反映自身独特规律并适应海上实践要求的基本原理、规则，这种特殊性较强的活动所展现的高度共性以及法律对实践的广泛尊重和吸收，共同促成了历史精神的传承。

## 2. 国家立法对中世纪海法的拆解

进入17世纪以后，欧洲近代民族国家迅速勃兴，中世纪海法被统一的国家立法所替代。法国最早开始了近代极为重要的海法典编纂活动。受命于路易十四的宰相（财务大臣）柯贝尔（J. B. Colbert）设置了专门的委员会对各地海港进行长期调查，并在此基础上于1681年8月完成了著名的《海事王令》（Ordonnance de la Marine du mois d'août 1681）的编纂。该法典共713条，包括“海事裁判所（amirauté）的官吏（法官）及其管辖”（第1编）、“同海上活动相关的人员与船舶”（第2编）、“海事契约”（第3编）、“港口、海岸、锚地及海岸治安”（第4编）、“海上渔业”（第5编）。它不仅包括私法规定，还囊括了公法的规定。<sup>[48]</sup>这部海法典在法国适用了一百多年，不仅被欧洲诸国所仿效，欧洲之外的许多国家和地区也将其列为重要的法源。<sup>[49]</sup>

[43] 参见前引〔28〕，施米托夫书，第247页。

[44] 参见姜世波：《当代商人习惯法理论的发展述评》，《时代法学》2011年第2期，第25页。

[45] 参见前引〔28〕，施米托夫书，第135页。

[46] 参见郑远民：《现代商人法理论的提出及其对我国的影响》，《法学评论》2002年第3期，第42页。

[47] 参见徐国建：《现代商人法论》，《中国社会科学》1993年第3期，第85页以下。

[48] 参见箱井崇史（訳）：《1681年フランス海事王令試訳（1-3）》，《早稻田法学》81卷4号（2006），第411页以下；82卷1号（2006），第207页以下；82卷2号（2007），第175页以下。

[49] 参见前引〔4〕，中村真澄等书，第6页。

然而,进入19世纪后,欧洲大陆各国现代海法典编纂活动的立法背景发生了变化,<sup>[50]</sup>并在法典编纂中严格遵循公法、私法分立原则。至此,一直以来维系一体形式的海法典,随着1807年法国商法典的制定宣告解体,<sup>[51]</sup>其中有关私法的大部分内容被编入该法典第2编的“海商”(Commerce maritime)之中。海法中公法的内容被剔除,海上刑法、海上行政法等公法内容为一般部门法所吸纳,或者制定了隶属于部门法的相关单行法。海法中不同属性的公私法规范分别被陆法的不同法律部门所吞噬。法国的分散式海法立法模式直接影响了很多大陆法系国家的立法,德国、比利时、日本、韩国等许多国家都借鉴这种模式对海法进行了改造。可以看出,大陆法系国家进入近代以来,由于国内法取代了中世纪及之前的习惯法,使得原本在一定区域内实现统一的海法规范,又出现了不统一的状况。

## (二) 判例法系传承模式

英美法系国家通过以判例法为核心的法律体系的构建,保护了海法内容相对于陆法的特殊性,维系了海法的自体性特征,再辅以衡平法、制定法,以多元构成的法律体系维护了海法较之于陆法的核心独立性。判例法的最大优势在于不受立法滞后和立法模式的影响,始终保持其灵活性和与时俱进的动力。大陆法系拘泥于概念法学精致的“金字塔体系”,其海法内容需要到各个部门法中寻找自己的位置,而在英美法系中,由于没有严格的部门法划分,海法的自体性得到了较好的传承。以英国为例,其1894年制定的商船航运法(Merchant Shipping Act)就是一个结合航运公法和私法内容的综合性立法。该法经数次修订,一直沿用至今,现行版本为1995年商船航运法。该法在内容上大致包括船籍、船舶登记、船舶安全、船长船员、船东的责任、污染防治、沉船沉物打捞、灯塔、渔船、海难救助、执行官及其权力、事故的询问和调查、相应的法律程序等各种性质的规范,是英国调整海上活动的基础性法律。美国也和英国一样采取普通法形式,但值得关注的是,美国自建国起,就表现出对海权和涉海法律的高度重视,美国宪法第3条规定:“司法权之范围应涉及触犯本宪法与合众国各种法律包括成文法和衡平法之一切案件,涉及合众国已经缔结或将来缔结之条约之一切案件……涉及海事司法与海运司法之一切案件……”<sup>[52]</sup>美国自建国至今颁布的一系列涉海法案成为其海法体系的重要内容,如1851年船舶所有人责任限制法(the Limitation of Vessel Owner's Liability Act)、1920年船舶抵押法(the Ship Mortgage Act)、1920年公海死亡法(the Death on the High Seas Act)、1920年海事诉讼法(the Suits in Admiralty Act)、1925年公务船法(the Public Vessels Act)、1990年油污法(the Oil Pollution Act)等等。<sup>[53]</sup>上述制定法多为针对海上某一领域的综合性立法,如1990年油污法就包含有民事赔偿、环境公益诉讼、行政管制、刑事处罚等诸多方面的条款,具有公法、私法融合的特点,如从大陆法系的视角考察,难以区分其具体属于哪一部门法,但却很好地实现了保护海洋环境的法律功能。

另外,海法的传承性在英美法系的判例法中也得到了很好的体现。法官在审理海事案

[50] 立法背景的变化主要表现在造船技术和无线电通信的飞速进步,19世纪60年代开始普遍以钢铁船舶代替木制帆船,19世纪末蒸汽机船舶得到普及。这些科技进步使海上风险有较大的降低,与海上风险相关联的特殊海上法律制度相应地受到影响,而陆上法律的发展开始影响海法的特殊制度。

[51] 参见前引[4],中村真澄等书,第7页。

[52] [美]汉密尔顿、杰伊、麦迪逊:《联邦党人文集》,附录合众国宪法,程逢如等译,商务印书馆1995年版,第460页。

[53] 参见前引[6],Robert Force书,第2页。

件时,可以从古海法的条文中抽象出原则,在具体案件中予以适用。英国历史上著名的曼斯菲尔德勋爵(Lord Mansfield)在1759年审理 Luke et Al' v. Lyde 一案时,就参考了《罗德海法》、《奥列隆惯例集》、《维斯比海法》等诸多海法典,并得出结论:“海法并非特定国家的法律,而是各国共同的法律”。<sup>[54]</sup>而在1991年美国一个海事案件的判决中,法官还直接引用了《奥列隆惯例集》的条文,以论证引水员地位不同于船员。<sup>[55]</sup>

英美法系对海法的良好传承,反过来促进了世界范围内海法的大发展。船舶抵押、碰撞引起的船舶留置权、对物(船)诉讼等诸多制度,都源于普通法系的贡献。<sup>[56]</sup>如今,这些制度大多已制定为国际公约且生效,并被大陆法系国家国内法所吸收。<sup>[57]</sup>

### (三) 海法割裂的原因与问题

#### 1. 割裂的原因

海法独立体系的割裂源自两方面的共同作用。一是长期以来形成的不少国家重陆轻海的惯性思维,海法的发展往往为陆法的发展所掩盖。尽管人类开发利用海洋的能力不断增强,海洋活动呈现多元化的趋势,但在近代社会复杂性增大并最终导致整个社会系统的功能分化中,相对于陆上科技与工业的发展,人们认为海洋的社会功能并没有形成足够独立的社会子系统。因此,要求出现适应并调整这一社会子系统,解决各种涉海的特殊社会关系问题,使法律属性分化的必要性并不迫切。<sup>[58]</sup>二是主权(民族)国家立法演进的管理便捷需要。随着私有制和商品经济的产生和发展,以及出于对民主政治和对法律治理操作简便与理解容易等方面的考虑,大陆法系国家在构建本国法律体系的过程中,普遍遵循公私法分离、按调整方法和调整对象分门别类构建的原则与方法,而很少采用按照法律的适用空间进行分类的构建模式。

在上述两方面原因的作用下,虽然1999年俄罗斯联邦商船航运法典、1994年挪威海商法和1994年瑞典海商法等较好地体现了海法的自体性特征,仍存在海法的自体性特征在一些国家被抛弃和忽视的情况,如1807年的法国商法典只继承了1681年《海事王令》的私法部分。海法中不同属性的公私法规范被肢解到陆法的不同法律部门。

#### 2. 海法割裂导致的问题: 缺位与误解

大陆法系将原本自成独立体系的海法肢解纳入陆上各个法律门类的做法,在当时的历史情况下,对构建整个法律体系的逻辑概念结构起到了一定的作用。但是,由于适应海上特殊风险和活动规律的海法理论、规则包含了太多独特内容,难以用陆上法律逻辑体系予以调洽,海法的大量内容只得被淡化或弃之不顾。事实上,大陆法系的立法情况表明,在海法各部分内容并入以陆上立法为中心构建的法律体系的过程中,海法规范的独立性和特殊性也往往被忽略,渐渐被淡忘。以德国在其商法典中吸收狭义海商法的情况即德国商法典第五编“海商”为例,海商法表现出来的特殊性,并没有得到足够重视和充分理解;商法学术论著中也基本不涵盖海商法的内容,如卡纳里斯的《商法》以及施密特的经典体系

[54] See Luke et Al' v. Lyde (1759) 2 Burrow 882, 97 E. R. 614.

[55] See Helen Ehret Bach et al. v. Trident Steamship Company, Inc. et al., 1991 A. M. C. 928.

[56] See William Tetley, *Maritime Law as a Mixed Legal System*, 23 Tul. Mar. L. J. 320 (1999).

[57] 参见前引〔6〕,台特雷书,第20页。

[58] 参见曲阳:《卢曼〈法社会学〉述评》,《华东政法学院学报》2001年第2期,第72页。

性著述《商法》中，都未包含海商的内容；通常的注释性文献中则更难觅海商法的“踪迹”。<sup>[59]</sup>法国的情况与德国相类似，海商法和其他商事法律构成了商法的主要内容。<sup>[60]</sup>因此，将海法的私法部分（海商法）作为商行为法的一部分规定在商法典中的模式可以说并不成功。有观点认为，这种模式造成法典技术障碍，从而导致了海法的碎片化、边缘化甚至“死法化”现象。<sup>[61]</sup>以我国海商法为例，海商法变成了民法的特别法，<sup>[62]</sup>海商法中被取消的刑事条款未体现在我国现行刑法中。<sup>[63]</sup>新形势下出现的海上恐怖活动、海盗等犯罪行为，在刑法中也缺乏相应规定。

海法被割裂的直接后果是产生了理论和实践的缺位与误解。以海法中独有的纯救助制度为例，纯救助是指“船舶遇难后，未曾向救助方请求外来救援，救助方自行救助的行为，如果救助获得成功，救助方有权获得救助报酬”。<sup>[64]</sup>现代海难救助中，虽然合同救助占了主要部分，但是纯救助并没有被法律否定和排除，在航运实践中也时有发生。<sup>[65]</sup>海商法以及我国参加的《1989年国际救助公约》均规定，海难救助的构成要件为“被救物为法律所承认、被救物处于危险之中、救助是自愿行为、救助有效果”。法律并没有对海难救助规定主观要件，而且，如果被救助人不支付报酬，救助人可以合法留置获救的财产。<sup>[66]</sup>理论界对海难救助的性质进行了各种解读，有无因管理说、不当得利说、准契约说等，上述学说皆不能较好地解释纯救助。<sup>[67]</sup>如无因管理，无因管理人仅可主张必要的费用，属于补偿性质，而海难救助则是“无效果无报酬”，一旦有效果，不但报酬远高于补偿费用，救助人对获救物还有留置权。海难救助源于航海实践，海难救助行为的认定应直接依据海法而非民法。对海难救助性质界定上的偏差，很容易引起理论和实务界的争议。

又如，对于海上交通事故，刑法学界有观点认为，刑法第133条规定的交通肇事罪同样准用。<sup>[68]</sup>该罪有两个构成要件：一是行为人存在过失；二是造成人身伤亡或公私财产的重

[59] 参见卢谌：《〈德国商法典〉：解构抑或重构》，《德国研究》2014年第2期，第48页（该页注3）。

[60] 参见[法]勒内·达维：《英国法与法国法：一种实质性比较》，潘华仿等译，清华大学出版社2002年版，第163页。

[61] 参见李求轶：《日本海法生成与体系研究》，《中国海商法年刊》2006年第17卷，第326页。

[62] 参见杨景宇：《关于〈中华人民共和国海商法（草案）〉的说明》，[http://www.npc.gov.cn/wxzl/gongbao/1992-06/23/content\\_1479244.htm](http://www.npc.gov.cn/wxzl/gongbao/1992-06/23/content_1479244.htm)，2017年9月16日最后访问；郭日齐：《我国〈海商法〉立法特点简介》，载交通部政策法规司、交通部交通法律事务中心编：《〈海商法〉学习必读》，人民交通出版社1993年版，第43页。

[63] 1992年6月7日报送全国人大常委会的《中华人民共和国海商法（草案）》（国函〔1992〕63号）第5条（非法悬挂我国国旗航行）、第174条（碰撞后不予救助）、第182条（违反海上人命救助义务）等均有刑事责任的规定，并有具体量刑，但最终全部被删除，以留待修改刑法时规定。但刑法修改时并没有考虑海上刑法的特殊性。

[64] 参见司玉琢：《海商法专论》，中国人民大学出版社2015年版，第263页。

[65] 2001年发生在我国的一起纯救助案件中，原告作为过路船，发现被告承保的渔船被撞后船舱大量进水，有沉没的危险，而且遇难船上无人，原告联合附近其他几艘船舶将遇难船拖至岸边，使其脱离危险。这种自行救助，虽然未经遇险船舶所有人或船长同意，但按照纯救助的法律制度，被救助方仍然应支付报酬。最终此案在大连海事法院主持下调解结案，被告一次性给付原告20万元的救助报酬。参见刘铁男、郭凌川：《是纯救助还是拾遗》，《法律适用》2003年第5期，第63页。

[66] 我国海商法第188条第3款规定：“在未根据救助人的要求对获救的船舶或者其他财产提供满意的担保以前，未经救助方同意，不得将获救的船舶和其他财产从救助作业完成后最初到达的港口或者地点移走。”

[67] 参见前引〔64〕，司玉琢书，第263页。

[68] 参见焦艳鹏：《论水上交通肇事及其危险行为的入罪标准》，《法学》2012年第9期，第142页以下；阎二鹏：《海上犯罪的立法规制之模式构想》，《海南大学学报（人文社会科学版）》2013年第2期，第67页；冯金银：《交通肇事罪认定中的几个问题》，《政法论坛》2004年第4期，第109页。

大损失。“公私财产的重大损失”在《最高人民法院关于审理交通肇事刑事案件具体应用法律若干问题的解释》（法释〔2000〕33号）中界定为“负事故全部或者主要责任，无能力赔偿数额在30万元以上”。满足上述两个要件即构成该罪，处3年以下有期徒刑或者拘役。虽然2016年《最高人民法院关于审理发生在我国管辖海域相关案件若干问题的规定（二）》（法释〔2016〕17号）对几种涉海非法行为的“情节严重”或“情节特别严重”情形作出了规定，部分解决了量刑标准的问题，但由于所涉非法行为类型局限于非法进入我国领海（第3条），非法在禁渔区、禁渔期或者使用禁用的工具、方法捕捞水产品（第4条），非法采捕珊瑚、砗磲或者其他珍贵、濒危水生野生动物（第5条），非法收购、运输、出售珊瑚、砗磲或者其他珍贵、濒危水生野生动物及其制品（第6条）等，该司法解释主要是针对我国管辖海域有涉外因素的案件等特殊情况，对于改善海法割裂现象所能发挥的积极作用还很有限。在当代海洋活动载体条件下，船舶、平台、货物价值高昂，海上交通事故中由人为过失因素所引起的事故常常占据90%以上，而每次事故的经济损失都可谓“巨额”，这将不可避免地造成海上行为“泛罪化”。显然，这是海上刑事关系从海法体系割裂出去所导致的典型误区。

再如，海洋、海岛主权权益绝非空泛的逻辑概念，简单的军事力量运用也不是维护海洋权益的首选。海洋主权权益需要靠海洋交通、海洋开发、海域使用等实际存在来表现，海洋主权权益的争夺，更取决于船舶航行、渔船作业、海洋执法等方面的常规实力。在中国面临的复杂海洋争议局势中，海洋主权权益迫切需要依靠提高渔业、建设、航行、海洋监察巡航等一系列开发利用能力和有效管辖来落实保障，这些错综复杂和繁复多样的行为、措施，都需要相应的法律规则来予以调整。实践证明，包括海洋主权行为在内的各类海洋活动，都具有紧密的关联性和不可脱离的载体特征，维护海洋主权权益是海法综合体系的重要功能之一。

近年来，有的大陆法系国家已经认识到肢解海法整体性的弊端以及保留海法自体性的价值。最显著的例子是法国，其于2010年颁布实施的《运输法（Code des transports）》改变了曾经的分散式立法模式，将各种运输方式的立法进行了系统的法典化，将除海上保险法以外的其他与海上运输相关的法律一并纳入该法第五编中。该编分船舶、海上航行、海港、海上运输、海员、国际船舶登记以及海外岛屿七章，涵盖海上运输涉及的民事、行政以及刑事性质的法律规范。除此之外，1999年俄罗斯联邦商船航运法典、1994年瑞典海商法和挪威海商法等也采取综合性立法模式，除了调整海上运输中的民事关系外，同时还调整特定的海上行政和海上刑事关系。<sup>〔69〕</sup>

〔69〕 1999年俄罗斯联邦商船航运法典（2017年修改）第1条开宗明义规定“本法典调整商船航运中发生的各种关系”。第2条对“商船航运”的界定中，明确其调整的商船航运活动包括：1. 货物、旅客及其行李运输；2. 水上生物资源捕捞；3. 海床和底土矿物及其他非生物资源的开发利用；4. 为运输而进行的引航和破冰辅助行为；5. 搜寻、救助和拖航行为；6. 打捞沉没财产；7. 水利技术、水下技术和其他类似作业；8. 卫生、检疫及其他控制；9. 海洋环境保护和保持；10. 从事海洋科学研究；为教育、体育运动及文化之目的的活动；11. 其他目的的活动。该法典对海上活动的调整具有相当强的综合性。此外，该法典第69条规定“船长执行审讯部门的职能”。1994年瑞典海商法（2017年最新修改）第20章为专门的“刑罚条款”，如该章第1条规定：“如果船长未能依据第6章第1条第1款和第2款的规定，确保船舶处于适当的状态，应当对此处以罚金或6个月以下监禁。如果船舶经营人，已经预见或应当预见第1章第9条所指的船舶在适航性上的瑕疵或缺陷，却由于疏忽未予以修复，则应同样适用上述刑罚。当由于船舶之不适航而使预备进行的航次可能给船上人员或货物带来严重危险时，如果船舶经营人在其能力范围内，因疏忽未能阻止船舶开航，则应对其处以罚金或2年以下监禁。挪威海商法2015年修正案也增加了关于刑罚的规定（第506条）。”

鉴往知来,总结海法传承的进程,得到的深刻启示是:尊重海法的自体性特征,海法就得以发展;忽略海法的自体性特征,割裂海法体系,海法就出现碎片化、边缘化甚至“死亡化”。国际海事司法、航运、金融中心为何始于英国并维系至今,与普通法下海法的独特发展历程密不可分。事实上,任何“碎片化的法律”,只有经过合理而科学的梳理、凝炼并构建起体系化的秩序,才能彰显法律的力量。

#### 四、当代海法独立体系的理论证成

##### (一) 基于自发秩序理论的海法独立体系证成

海法独立体系的基础,在于海洋活动、海洋权益存在难以分离的海上特殊风险、技术性与关联性,以及海洋的整体性与国际性,这些要素构成了海洋秩序的理性结构和内在规则。海洋活动以船舶或设施为基本载体,而船舶总是航行在无所凭借的海面上,这些航行区域没有国家和地区等非自然因素的不同。以海商法为例,詹姆斯·欧烁(James Allsop,时任澳大利亚新南威尔士上诉法院院长)认为:“海商法自身具备两个显著特点:第一,海事活动本身具有国际性,这样一个事实,决定了海商法的国际性特征;第二,海商法律制度的产生,是源于海洋及其需要。”<sup>[70]</sup>人类在海洋活动尤其是现代海洋活动中,国际性的交往行动、技术作业标准与合作必然离不开“试错进程”和“成功者生存”的实际探索以及“累积性成长”的模式,<sup>[71]</sup>其中不断演化而成的规范体系就是海法的“自发秩序”。古海法和中世纪海法的实践、理论清晰地印证了这一点。当代面临的问题是,如何对新世纪条件下海洋活动的自发秩序予以适当的回应?根据哈耶克对秩序与规则的区分,虽然某种秩序及其依赖的规则能自发产生,但人们会逐渐学会改进这些规则,而且,经过刻意设计的规则之上也可能建立某种被视为自发的秩序。<sup>[72]</sup>这对当代构建海法理论的启示是,在充分发掘海法内在规律所要求的“自发秩序”及其规则的基础上,针对海洋形势变迁情况,也应积极地主动回应,对价值中立的海洋活动技术性规则、海洋风险应对行动,对国家利益、合作利益相关的事项,要充分发挥主观能动性,研究设计科学的法律方案。

自体性特征是海法理论体系及制度框架的内生秩序的根源。对照海法历史的经验可知,肢解海法的立法模式不应成为我国的立法选择;而判例法不符合我国的立法体例,单行立法也存在弊端。为了回归海法的自体性特征,突出海法体系的特殊性,打破海法立法分割、分散和封闭的状态,凝聚整个海法学界的智慧,构建我国的综合海法体系就成为必然。海法体系包含的法律原则、调整的社会关系以及调整方法等都具有体现其“内生秩序”的体系特性。就海法的法律原则而言,海法体系不可能也不会完全背离对民法和其他部门法原则的借鉴,因为民法和其他部门法的一些原则,都是紧密关联的海洋社会自发秩序的一部分。相反,海法需要不断地关注海洋活动内部产生的秩序,从民法及其他法学学科吸取理

[70] See James Allsop, *Maritime Law-The Nature and Importance of its International Character*, 34 Tul. Mar. L. J. 555, 590 (2010).

[71] See F. A. Hayek, *The Constitution of Liberty*, Chicago: The University of Chicago Press, 1978, p. 56.

[72] See F. A. Hayek, *Law, Legislation and Liberty (I): Rules and Order*, London: Routledge & Kegan Paul Ltd, 1998, p. 31.

论营养,使之健康、可持续发展。<sup>[73]</sup> 现行海洋法律规范因分属于不同法律部门,所调整的社会关系、调整方法相互间的差距较大,且较为单一。在海法体系下,海洋法律规范调整的社会关系,是包括民事、行政、刑事关系以及国家间关系在内的综合关系,而且在调整方法上也将充分体现海法自体性、关联性的本质特征。这种多类型的综合法律关系和动态联合的调整方法,是从海洋活动实践中映射出来的秩序本身,而不是纯粹形式逻辑上的文本概念。

当然,多元化的现代海洋活动现实,决定了海上社会关系难以仅凭一部法律加以完整地调整,而“碎片化的法律”又无法适应海洋世纪的需要。现实的涉海法律模式已暴露出众多弊端,日益强化的现有法律部门界限和结构,已经明显阻隔了海法内部自发产生的秩序互动,切断了海法内部各法律部门之间的关联性,不利于海法的深入和均衡发展。我国海商法的快速发展与海上刑法的缺失就形成了鲜明的对比。学界应以谦虚真诚的态度,回顾海法历史,切实回应海洋现实,努力构建内部和谐、开放合理的当代海法体系。

马克思、恩格斯曾经指出:“一切划时代的体系的真正的内容都是由于产生这些体系的那个时期的需要而形成起来的。”<sup>[74]</sup> 当今所处的时代,正是海洋世纪的时代,正是需要且可以建立完整的海法体系的时代。构建海法独立体系,需要争鸣、探索,需要从历史的海洋习惯秩序变迁、从现实的海洋行为逻辑与经验秩序变化等多个维度,厘清误区、填补缺陷、确立理论、完善规则,推动适应海洋经济发展和海洋战略实施的海法体系构建。

## (二) 海法独立体系的回归与超越

早期的海法大多不是国家立法。习惯法的生成,实际上来源于商人对于用习惯来调整航海贸易关系的迫切需要,进而普遍遵守并赋予其法律意义上的约束力。而海法体系变化规律也与海洋受重视的程度或社会功能地位存在紧密联系。中世纪及之前,海上冒险、航海贸易是获取财富的重要路径,在地中海及欧洲地区,其社会经济中的比重高,因此必须迅速发展海法,以便与其承担的社会功能相适应。中世纪后特别是工业革命后,社会经济的发展重心向陆地转移,海法发展逐渐滞后,因为其承担的社会功能比重在下降。这同样解释了漫长历史过程中以高度农耕文明为主的中国没有发展海法的原因。当代世界,海洋在更大范围内成了政治经济的焦点,所以海法的回归成为必然,而且新的历史环境要求海法必须在回归的理念基础上实现全方位的超越。

第一,突破民族国家的全球化超越。传统主权(民族)国家时代,所有的立法权都由国家行使。法律实证主义认为,体现主权者意志的规则才是法。但随着全球化的来临,这一法律观已经难以解释很多新的现象。海法集中体现了这些问题:今天海法已经具有越来越明显的全球性。某种程度上,各国的海法都要求与全球的海法相一致、相协调、相适应,而从

[73] 参见司玉琢:《海商法教育30年:回顾与展望》,《航海教育研究》2015年第2期,第3页。

[74] 马克思、恩格斯:《德意志意识形态》,《马克思恩格斯全集》第3卷,中共中央马克思恩格斯列宁斯大林著作编译局编译,人民出版社1960年版,第544页。



全球层面来看,全球海法是以调整海洋关系为功能出现的,是全球社会功能分化的结果。<sup>[75]</sup>这使不同国家的海法学界运用类似的语言沟通,而同一国家的海法学界和非海法学界却很少有共同语言。事实上,包含海法的传统商人法一直潜在地以功能为逻辑,旨在处理商人间的交易关系,但主权(民族)国家通过立法对其进行了比较彻底的解构。到了21世纪,显而易见的是,主权(民族)国家的法律结构越来越装不下体现高度自发秩序的海法,海法会依据新的功能形成新的结构,这个结构已经不能再简单地用传统的国家法观念(公法、私法二分或者陆上部门法划分)来定义。海法超越陆法系统的约束、超越国内法的局限,是其新的历史功能的必然要求。

第二,演化的超越。在功能分化的现代社会,每一个社会次系统只履行一个特定的功能,而且这些功能无法相互取代。<sup>[76]</sup>法律系统所履行的独特社会功能是“规范性期望的稳定”。<sup>[77]</sup>海法是不不断演化的,海法包含了稳定与变化两种因素,稳定指的是其预期功能,变化则指随着社会复杂程度的加深而相应改变自身的内部具体结构。对于法律演化,根据卢曼的观点,一方面,由于偶然性和复杂性的聚合是社会发展的根本动力,当复杂性增加时,社会系统的结构就会面临变革的压力。另一方面,结构的变化又成为社会进一步演化的基础。<sup>[78]</sup>海洋活动的复杂性对海洋法律系统结构的调整产生了急迫的需求,而海法系统的科学调整也必将对海洋活动的发展进步提供更好的支持。

卢曼认为,有效性是法律系统的特征值之一,由系统本身通过循环运作而体现其价值,在系统外难以适用,<sup>[79]</sup>这种有效性是系统保持动态稳定性的标志,它必须以自我为中心并始终持续不断地变化。<sup>[80]</sup>就海法而言,历史运作经验清楚表明了其独立系统的有效运作循环,这种循环随着人类利用海洋能力的提高而不断变化,而当代海洋开发利用的爆发式进步,则对海法系统的动态稳定提出了更高的要求,即当代海法必须与时俱进,紧扣海洋情势的变化,形成足够宽广的有效调适弹性,实现体系性的超越发展。

## 五、中国海法的创新需求与路径

### (一) 海法创新的时代需求

奥地利著名法学家欧根·埃利希(Eugen Ehrlich)认为,法律发展的重心不在于国家的

[75] 卢曼构建了社会系统论与法律功能论。该理论强调的是法律体系的划分不应以法律部门为基础,而应以社会需要为基础:“法律的功能问题是与社会系统相联系的,换言之它涉及通过专门法律规范的分立和最终通过一个特殊的法律系统的分立要解决社会系统中的什么问题。”参见[德]卢曼:《社会的法律》,郑伊倩译,人民出版社2009年版,第63页。

[76] 卢曼认为,现代社会系统的功能分化之后形成了众多子系统,现代法律是其子系统之一,“这种制度安排要求每个子系统都具有完全的自主性,因为没有任何其他的子系统能够在功能上代替它”。参见[德]卢曼:《法律的自我复制及其限制》,韩旭译,载《北大法律评论》第2卷第2辑,北京大学出版社1999年版,第446页以下。

[77] 参见前引[75],卢曼书,第67页。

[78] 参见杜健荣:《法律与预期——论卢曼对法律之社会属性的重构》,《云南大学学报(法学版)》2011年第3期,第108页。

[79] 参见前引[75],卢曼书,第51页。

[80] 参见杜健荣:《法律合法性理论的现代走向——以卢曼/哈贝马斯之争为线索》,《云南大学学报(法学版)》2012年第5期,第81页以下。

活动，而在于社会本身，当代也必须从社会本身寻找这种重心。<sup>[81]</sup> 这就是说，社会需要决定体系的内容，社会需要决定法律的重心。当今，海洋世纪、海洋强国和“一带一路”倡议呼唤海法自体性的创新。

面对海洋世纪，在我国海洋战略实施进程中，全球海洋经济、海洋环境、海洋安全问题紧密交织，海洋资源、海洋权益争夺激烈，海法的关联性、海上特殊风险都发生了巨大的变化，海法的自体性内涵、表现和问题都空前复杂。在这样的时代背景下，强化海法的社会功能，维护海洋权益，保护海洋生态环境，发展海洋经济，都对海法体系化产生了迫切的社会需求，也为海法自体性的回归提供了最好机遇。

在建设海洋强国、共建“21世纪海上丝绸之路”、建设海运强国等海洋战略体系和时代背景下，我国涉海事务亟需充足的法律保障。首先，有关南海断续线、低潮高地、岛礁建设、巡航、防空识别区、人工岛屿、海底地形地貌、海洋油气开发等海洋权益的争端，在我国南海、东海、黄海等海域不时涌现。这些问题中既有源于国际立法的空白，亦有源于中国的特殊情况。为有效应对这些问题，必须面向海洋实践、中国实践，促进海法体系的回归与超越。其次，我国海洋战略体系中具有深远历史意义和重大国际影响的，是要逐步实现海上互联互通，推动共建“21世纪海上丝绸之路”。这些都是构建中国海法体系必须高度重视的方面。

在海洋活动多元化的今天，经历了主权（民族）国家立法冲击的海法，已经从“商人习惯法”、区域惯例集的时代，迅速演变为海洋公私权利、海洋社会治理、海洋国际利益等多重关系集合的体系。海上行为的关联性大为提高，海洋活动的技术性极为突出，海上风险的类型日益变化。由于这些客观变迁，作为海法根本规律的自体性，内涵更为丰富，与陆上法律的本质区别也更为明显。因此，海法自体性的回归必须是超越性的，必须以平衡的公、私海洋活动的“自发秩序”和协调的国家、人类海洋利益的“功能”为准则，构建有中国特色的海法理论体系。

## （二）海法立法创新

中国问题，特别是中国海洋问题，已经成为世界关注的焦点。无论从社会经济发展水平还是从面临的海洋格局出发，中国都必须在海洋法治上发展创新，以适应国家海洋战略实施、发展海洋经济和维护海洋权益的需要。其中，海法立法创新是海洋法治的基础。

### 1. 海法立法创新的意义

海法体系的构建有利于增强建设海洋强国的软实力，有利于为海洋经济发展和海洋环境保护提供法律保障；有利于为推动共建“21世纪海上丝绸之路”提供法律支撑；同时，不断充实和完善海洋相关法律的正当性，也有利于为海洋权益维护提供执法和司法保障。对内而言，中国海洋战略的实施推进需要来自法律制度的系统性创新动力，这也是当前最为匮乏的方面。我国按《国务院机构改革和职能转变方案》于2013年3月对国家海洋局进行了重组，将相关海洋管理和执法机构进行了整合，但相应的立法却未及时完善，形成了

[81] 参见[奥]欧根·埃利希：《法社会学方法——关于“活法”的研究》，张菁译，《山东大学学报（哲学社会科学版）》2006年第3期，第12页。

行政机构改革倒逼立法修改的局面。海法体系构建是解决此类现实需求的有效方法。对外而言,在维护海洋权益、发展海洋经济的过程中,尤其是在中国面临海洋权益争端时,统一的海洋法律体系的缺失,不利于对中国海洋权益的保障。海洋执法和海洋司法是保障海洋权益的重要手段,但无论是海洋执法还是海洋司法都要求权源的正当性,即要有明确的法律规定作为依据。构建中国海法体系,有利于以体系化的海洋法律规范全面彰显中国的海洋政治经济权益,并为海洋执法、海洋司法提供法理基础和指导方针。

## 2. 淡化部门法观念以促进海法体系构建

在西方国家的法学著作中,类似我国部门法这样的概念,多用法律结构、法律分类来表达。<sup>[82]</sup>当前我国部门法的划分标准,是20世纪50年代法学界借鉴苏联的标准确立的。提高法律论证的简便性、增强法律系统的可理解性是传统法律部门设置的目的。<sup>[83]</sup>随着时间推移,按照这种标准进行的划分,演变成了一种法学理论、法律制度和法制思维上的偏好和惯例,官方认可也使得部门法的划分具有政策语境下的相当合理性。当前中国特色社会主义法律体系就是按照这种法律部门来划分的。由于这种法律部门的政策合理性和逻辑的根深蒂固,在法学领域,部门法学越来越趋向于稳定、精致且坚固。但对于中国的发展尤其是海洋的大变革时代来说,现有部门法设置显然越来越难以有效地回应。只有尽量淡化部门法的观念藩篱,尽快通过立法技术、立法组织方式创新,构建较为完善的海法体系,才能在教育行政、科学研究管理以及立法司法等诸项功能之间达致制度的结构性平衡。否则,对海法来说,将可能成为制度性的“有效供给不足”。这种供给不足不仅可能表现为数量上的缺失(海法规范缺失),更可能导致时间上的滞后、结构或功能上的失衡以及质量上的不够精良。<sup>[84]</sup>

另外,即使类推采用我国传统部门法划分的调整对象和调整方法标准,构建独立的海法体系也是符合逻辑的。从调整对象上说,海洋相关社会关系依托于海洋这个巨大的空间,而海洋具有整体性和世界性,海洋相关社会关系常常因此具有涉外性;海洋的物理特点,决定了海洋相关社会关系具有高度的技术性,包括人类征服、利用、保护海洋的经验技能与科学技术。从调整方法上说,由于海法内部关联性所形成的自体性特征,海洋相关社会关系具有典型的自发生成多维秩序的特点,调整海洋自发多维秩序的方法必然具有显著的综合性。事实上,由于将海法内容割裂分散到各个现有法律部门,相关海法规范的调整方法没有综合支撑,已经在调整海洋相关社会关系的理论和实践上导致了逻辑和性质上的误解,更导致了某些规范的缺失。从这样的划分标准看,特别是基于当前中国海洋战略推进和世界海洋格局,应尽快通过立法手段促进海法独立体系的构建。

## 3. 立法模式选择:中国海法典

通常而言,单行法、法律汇编和法典是三种典型的法律体系化模式。单行法模式根据

[82] 参见沈宗灵:《比较法研究》,北京大学出版社1998年版,第463页。

[83] 参见刘剑文:《论领域法学:一种立足新兴交叉领域的法学研究范式》,《政法论丛》2016年第5期,第3页以下。

[84] 参见吴强军、郑亚莉:《对法律制度的一种经济学理解》,《政法论坛》2000年第1期,第7页。

特定的标准将某一领域的法律规范细化为不同单元,各单元再经单独立法,并以这些单独立法所构成的微体系为基础建构起完整的法律体系。单行法模式的体系化构建优势在于针对性强、灵活高效,而其缺点则体现于各单行法在分别制定的过程中不仅容易出现形式上的不协调(规则、制度间的重复、遗漏甚至矛盾),而且也很难保持价值上的一以贯之,造成体系化目标的落空。法律汇编是按照调整对象、颁行时间、效力等级等标准将某一领域现存的规范性法律文件按照一定的逻辑顺序编排组织并构成一个集合体。便于查找、简单易行是法律汇编体系化构建模式的优点,但其缺点在于未涉及对现行法律内容的实质性修改或创造新的法律规范,且由于缺少严密的编纂计划和体系安排,这种简单的排列不能化解单行法之间的内在冲突和矛盾。<sup>[85]</sup>

人类海洋活动日趋多样化,以海洋法律规范的分散形式规制海洋发展,显然难以完全适应这一实践需求。改变海洋法律规范的分散状况,最根本的是要认识到海法自体性的重要性,尊重这一本质特征,为海洋法律规范构建独立的法律体系,编纂完整而开放的海法典,以完善的体系来规范与海相关的所有事务,将海洋法律保障网络覆盖至最广。编纂海法典不是对现行海洋法律规范的简单编排,因为海法调整范围并非是各海洋法律规范调整范围的机械加减。体系化的海洋法律规范所调整的范围受这一体系的整体目标所影响,而在统一目标的指导下,海洋法律规范的调整范围可以有效破除分散式海洋法律规范下调整范围的僵化。因此,海法的调整范围是发展的、开放的,有利于适应多元化的海洋发展需求。与理论体系相适应,与国家海洋战略和新世纪世界海洋格局相适应,创建有中国特色的海法立法模式,在逐步调整现有的、补充缺位的、废止过时的单行法律规范的基础上编纂中国海法典,应是最佳选择。<sup>[86]</sup>

海法体系应该包括三个层次:第一层次为涉海“龙头法”,即宪法性海法规范或海洋基本法。这是海法体系的最高层次,包括涉海民事关系、行政关系、刑事关系和国家间关系的原则性法律规范,以及保证这些规范得以实施的保障性规范。第二层次为海法体系中的各项具体内容:海洋法、海上战争法、海商法、海上劳动法(船员法)、海洋经济法、海洋资源开发与保护法、海上安全法、航运法、海洋环境保护法、海上刑法、海上程序法等。第三层次为对应第二层次的法规或部门规章。

海法体系的各项具体内容,向上应与宪法性海法规范、海洋基本法相衔接,遵循宪法性海法规范、海洋基本法的目标和基本法律原则,向下应为法规、部门规章提供法律指导,统筹、协调不同的法规、部门规章。另外,在海法各具体内容之间不以民事、行政、刑事等进行简单划分,而是归纳为大类,这既是对宪法性海法规范和海洋基本法的细化,同时也为海法保留一定的统筹性和概括性,在一定程度上体现海法体系的操作性保障和对法律发展的开放性态度。海法所调整的社会关系不仅包括传统的民事、行政和刑事关系,还包括国家间的社会关系,而且是对海洋相关社会关系的综合立体调整,改变了一般部门法因分门别类所造成的社会关系的单一化调整状况。

[85] 参见王利明:《中国民事立法体系化之路径》,《法学研究》2008年第6期,第67页。

[86] 参见前引[1],司玉琢、李天生文,第3页以下。

### （三）海事司法创新

#### 1. 扩大海事法院司法管辖范围并逐步实行“三审合一”

海事司法体系是海法理论研究的重要问题。我国现有10个海事法院，39个海事派出法庭。2016年，各级法院审理海事案件1.6万件。<sup>〔87〕</sup>随着海洋活动的不断扩大和深入，最高人民法院已将涉海纠纷的诸多案件交由海事法院管辖。

海法历史和海洋活动实践都充分表明，海上民事、行政、刑事法律问题具有高度关联性，海上行为具有符合海洋空间特点的内在决定性规律，面临着特殊的海上风险。因此，由海事法院集中管辖涉海民事、行政、刑事案件的“三审合一”模式，应当成为改革海事案件管辖制度的首选方案。

海事司法“三审合一”有助于避免海事审判的脱节。将海事案件统归海事法院管辖，可以使关联案件由同一法院甚至是同一合议庭审理，这不仅可以免去重复认定事实和协调使用证据的诉累，还可以为关联案件的审判创造良好的沟通机制，大大降低冲突判决产生的可能性，维护司法的权威和统一。同时，赋予海事法院全面的审判职能有助于促使海事法院与相应的海警、检察机关建立起长效的协调衔接机制，保障关联案件处理的畅通。

海事司法“三审合一”有助于优化海事司法资源配置，推动海事司法的全面、协调发展。海事案件专业性、国际性强的特点，决定了办案法官在掌握相关法律知识的基础上，还应熟悉必要的海事专业技术知识以及相关的国际条约、国际惯例甚至是航运规则。由于司法资源的限制，各地方法院不可能培养和配备专业海事法官，海事法院统一管辖海事案件可以给海事行政、刑事案件创造一个专业审判的平台，在节省司法成本和保障审判专业性之间达到最佳的平衡。

海事司法“三审合一”有助于促进海事法律制度的均衡发展。虽然在大陆法系传统下，司法的基本任务是适用法律而非创制法律，但不可否认的是司法对法律发展起着举足轻重的作用。“司法通过作用于法律体系的微观向度、调适过程，通过作用于法与社会联系之构建和成文法固有局限之克服来完善法律体系”，<sup>〔88〕</sup>从我国实践来看，海事立法完善的重要途径之一，就是适时地把成熟的司法解释推动为正式法律。<sup>〔89〕</sup>海事司法“三审合一”在推动海事司法全面、协调发展的同时，亦通过对海事行政、刑事司法的专业化和集中化改造，能提高法官对海事行政、刑事司法的重视程度，有利于形成海事行政、刑事司法的规模化效应，有助于法官发现海事行政、刑事法律的特殊性及当前存在的缺位状态，为海事行政、刑事法律的发展贡献更多的力量。

#### 2. 设立高级海事法院

国家海洋局重组后，我国海上执法力量整合为海警与海事两类，海上执法实现了一定程度的统一。海警具有刑事、行政执法权，执法权责涵盖了原海关缉私、渔政、边防、海

〔87〕 参见《周强：海事司法管辖权覆盖我国管辖全部海域》，[http://www.china.com.cn/lianghui/news/2017-03/12/content\\_40444688.htm](http://www.china.com.cn/lianghui/news/2017-03/12/content_40444688.htm)，2017年9月24日最后访问。

〔88〕 参见江必新：《司法对法律体系的完善》，《法学研究》2012年第1期，第88页以下。

〔89〕 参见李国光：《充分发挥海事司法职能作用，推动海商法律体系完善发展——纪念〈中华人民共和国海商法〉颁布实施20周年》，《中国海商法研究》2012年第3期，第4页。

监的对应部分。海警综合执法范围不但包括行政、刑事、民事问题，还会涉及国际公法上的国家安全、主权权益等其他问题。在逐步实现涉海审判“三审合一”的过程中，推动设立高级海事法院，专业负责海法案件二审及重大案件的一审，有利于提高海法纠纷审判质量，协同解决涉及海洋权益、海洋合作、海洋安全等各个方面的综合法律纠纷。

根据我国海洋战略，最高人民法院提出了“把我国建设成为具有较高国际影响力的国际海事司法中心”的目标。<sup>[90]</sup>在海法的司法体系中设立高级海事法院，不仅是完善海事司法审判体系的需要，也将为建设国际海事司法中心创造重要制度支撑，同时为促进海法理论的发展提供更科学的实践基础。

#### （四）创建独立的海法学学科

当前，人类已经进入了一个对海洋开发利用的新时代——“海洋世纪”。伴随着海洋经济的蓬勃发展、海洋科技的不断创新，人类的海洋活动面临着有别于以往任何时期的深刻变革，对海洋环境造成的挑战也空前巨大，新的海上风险不断呈现，由此产生的新情况、新问题不断累积，引发了大量的复杂多样的新型社会关系，亟需法律加以规范和调整。从法学学科的意义上来考量，海法对海上各种社会关系的调整有其独特视角和现实意义，应成为独立的法学学科——海法学，它是对学科划分中传统分类标准的突破，是以功能标准确定的法学学科。在当前情形下，独立的海法学学科应当尽快设立，以回应“海洋世纪”的时代需求，推动海洋事业不断前进。在独立的海法学学科中，海法学与海法体系的关系是：海法体系是海法学的研究对象，海法学是海法体系的理论基础。确立海法独立的学科地位也是学科创新和人才培养创新的迫切需要。

在我国划分的法学学科体系中，由于长期重陆轻海的认识局限，海法学科建设还比较薄弱，在当代海洋利益急剧凸显和我国海洋形势尖锐复杂的情况下，海法显然是具有重要现实意义的新兴学科。尽快创设海法独立学科，既符合海法的普遍历史规律，又将在中国广泛复杂的海洋实践基础上形成鲜明的中国特色，为中华民族伟大复兴提供重要的经略海洋、管控海洋的保障，为世界法治文明提供中国原创贡献。

海洋事业的实践发展，为海法体系的建构和海法理论的完善提供最直接的动力，而海洋人才又是海洋事业实践发展的基础。因此，复合型法律人才培养是实施海洋战略的根基。鉴于海法规范常常涉及法律以外的海洋专业知识，培养具有海洋专业理论知识与实践经验的复合型法律人才，需要对当前单纯的法学教育予以改进，大力促进法学教育和其他海洋专业教育之间的融合。因此，面向海洋的复合型法律人才培养应当包括两层含义：一是对法律知识的复合培养，即培养的法律人才既要专于海法特殊规范，又要熟稔一般法律规范，在掌握一般法理的基础上把握海法体系下海法规范的特殊性。二是法律与其他海洋专业的复合，即海法与其他涉海专业之间的融合，注重海洋法律与海洋实践的紧密结合。长期以来，由于部门法和学科的固化，中国的法学院校一直缺乏培养海法人才方面的意识，培养海法复合人才更是无从谈起，教育科研远远脱离了海洋政治、经济的实践需要。一个典型

[90] 周强：《深入推进海事审判工作改革，努力建设具有影响力的国际海事司法中心》，《人民法院报》2015年12月5日第1版。

的例证是，法学专业人数多、就业难，但广大的涉外海洋领域优秀法律人才却严重供给不足。确立海法独立的法学学科地位，不但有利于在科学的法学体系上加强不同法学方向之间的互动，还将极大地促进法律与其他海洋专业的融合，同时更有利于提升海法研究单位的实践能力，有利于建设协同研究的海法实践平台和合作机制，培养具备世界眼光和复合能力的海法人才。

---

---

**Abstract:** Ancient sea law and medieval sea law were the customary laws that adjusted civil, administrative and criminal relations in navigational trade. Autology is the most essential characteristic of sea law that originated from its characteristic of customary law and determined by the specificities of ocean environment and the intercommunity of maritime activities. In modern times, continental law countries had divided the sea law into different branches and incorporated them into various legal categories, leading to a large number of vacancies and misunderstandings in both theory and practice. Common law countries, on the other hand, had upheld the autology of sea law by confirming the central role of case law in the legal system and complementing it with equity law, thus promoting the development of international sea law. The contemporary sea law, with its independent system and theoretical basis of “endogenous order” that conforms to the systematic features of transcending “land law” and domestic law, has become the strategic demand of China in promoting the functional legislation in the “Ocean Century”. Against the background of the new era, China urgently needs to make innovations on the sea law, which should start with legislative innovation. The first step it should take is to promote the construction of an independent system of sea law through the reform of legislative technique and legislative organization and give prominence to ocean rights and interests through the systematization of sea law. The next step should be judicial innovation, which means expanding the jurisdiction of maritime courts, establishing the “three in one” mode of trial, and setting up the higher maritime court. The last step is to establish an independent discipline of sea law and train inter-disciplinary maritime talents accordingly.

**Key Words:** sea law, autology, the code of sea law, “three in one” mode of trial, the discipline of sea law

---

---