

海商法修改探讨之船员权利保护

杨运福¹、江帆²

摘要：海上运输是我国经济发展过程中最重要的一条通道，船员作为海上运输的执行人，在海上运输中一直扮演着重要的角色，为我国航运事业的发展起到了重要作用，但是其权利却在很多时候得不到有效保护。《海商法》作为我国航运法律领域的“龙头法”，已经实施超过27年，已经有部分内容不能适应当前和今后航运活动对法律的需要，亟待通过修改以其适应航运等的发展。借此机会，本文对船员权利保护进行初步探讨，以望在《海商法》修订时能考虑解决船员权益的保护问题。

关键词：海商法修改、船员权利保护

一、海商法修改的必要性及船员职业现状

目前，全球贸易的90%是通过海运完成，我国进出口货运总量的90%也是通过海上运输进行，我国在航运、贸易、港口、船员、航运保险和造船等领域均处于大国地位。2019年，我国货物贸易进出口总值31.54万亿元人民币，其中，出口17.23万亿元，进口14.31万亿元。³海上货物运输在我国的经济的发展过程中，扮演着不可取代的重要角色。

《中华人民共和国海商法》（以下简称《海商法》）自1993年7月1日施行起，为我国航运事业保驾护航，至今已实施了超过27年，在此期间，国际、国内的航运经济形势、航运政策、航运实践以及相关立法都已经发生了深刻变化，《海商法》的滞后性逐渐显现。滞后性是法律的局限性之一，主要表现为法律与其社会生活条件的脱节。⁴法律是稳定的，但绝非一成不变。法律的修改，是指立法主体对现行法实施变动，使其呈现新面貌的专门活动。法律修改的任务在于对现行法的内容加以修缮改动，通过此种活动使法律臻于立法主体预期达到的状况。⁵

¹ 杨运福：广东恒福律师事务所主任和高级合伙人，兼任了中国海商法协会海事法律专业委员会副主任委员、中国航海学会海运法规研究专业委员会副主任委员、全国律师协会海商海事专业委员会副主任、中国海商法协会常务理事、广东省律师协会海事海商物流法律专业委员会主任等20多个职务，我国“海商法”修改课题组成员，知名资深海事律师。手机/微信：1390 2206 928。

² 江帆：广东恒福（上海）事务律师事务所律师，手机/微信：173 1755 0676。

³ 《海关总署2019年全年进出口情况新闻发布会》，中华人民共和国中央人民政府网站，http://www.gov.cn/xinwen/2020-01/14/content_5468996.htm，最后访问时间：2020年10月15日。

⁴ 参见徐国栋：《民法基本原则解释：成文法局限性之克服》，法律出版社2001年版，第181页。

⁵ 参见周旺生：《立法学》（第2版），法律出版社2009年版，第499页。

我国注册船员数量位居世界第一，总量超过 140 万人。每年外派海员超过 14 万人。交通运输部《中国船员发展规划(2016—2020 年)》中明确指出：“船员在建设海洋强国、推进‘一带一路’、服务长江经济带，促进水上交通运输发展等方面发挥着重要作用，为我国国民经济和社会发展做出了突出贡献，是国家重要战略资源。国际海事组织曾经对船员这一特殊职业进行过非常生动的描述，即“没有海员的贡献，世界上一半的人会受冻，另一半人会挨饿”。然而必须指出，由于海上作业的艰苦条件和危险性，船员是公认的风险高、作业苦的特殊职业。2016 年 12 月 28 日，载有 23 名中国船员的“联合女神”号在印度霍尔迪亚港被扣押，并同时存在长期拖欠船员工资等情形，船员权益保障问题再度引起广泛关注。

因我国《海商法》制定较早，直到《海商法》实施十多年后，我国第一部《劳动合同法》才问世，导致海商法中缺少船员就业、社会保障等船员权益保障的具体规定。船员权益保障作为当代国际海事立法的重点所在，我国《海商法》中却缺乏船员劳动合同、社会保障和其他权益保障等内容的规定，严重影响船员权益维护，甚至有时会受到严重的侵害，这种情况在实践中造成了志愿从事船员业务的人员数量减少。可见，船员法律关系的明确、船员劳务纠纷及人身伤亡损害赔偿纠纷的妥善解决，将对我国航运持续发展产生直接影响，甚至对我国的航运发展及经济发展产生重要影响。因此，保护外派船员的权利，完善我国有关船员的立法意义重大。

二、保护船员权益所急需解决的问题

2020 年 9 月 27 日，最高人民法院发布了《关于审理涉船员纠纷案件若干问题的规定》，该司法解释对当前船员权益保护所急需解决的几个重要问题进行了初步规范，统一了司法审判标准，同时也为海商法中有关船员一章的修改打下了基础。本文接下来从实务及该司法解释出发，初步探讨一下船员职业中涉船员纠纷的主管、船员劳务纠纷的处理及船员权利的行使这三个方面的问题。

1、涉船员纠纷的管辖问题

就一般的劳动争议而言，依据劳动争议调解仲裁法的规定，“先裁后审”、“一裁两审”是基本的争议解决程序。因船员纠纷时常涉及船舶优先权这一较强的专业性问题，故海事诉讼特别程序法及其司法解释均规定，船员因劳务合同纠纷直接向海事法院提起诉讼的，海事

法院可以直接受理。需要注意的是，在海事立法和海事审判领域，长期以来只有广义的“船员劳务合同纠纷”的概念，该“船员劳务合同纠纷”既涵盖了船员劳务合同（主要包括境外船公司与中国船员、境外船公司与外国船员之间的合同，从事沿海内河运输的个人船东、从事渔业捕捞的个人船东等临时雇用船员提供服务等形式）纠纷，也涵盖船员劳动合同纠纷。两类争议一直是由海事法院直接受理。

随着海事审判实践的发展，出现了船员的诉讼请求不涉及上船服务、与船舶优先权无关的现象。对此，海事审判实践和理论中逐步出现了区分“上船服务”与“非因上船服务”的声音，提出对于船员非因上船服务而产生的劳动争议案件以及非船员与船舶所有人或用工单位因劳动合同发生的争议，因均不涉及船舶优先权问题，属于一般劳动争议案件，应按照劳动法的规定与普通劳动争议案件一样实行仲裁前置。

随着 2016 年《最高人民法院关于海事法院受理案件范围的规定》正式将“船员劳动合同”与“船员劳务合同”进行了区分，对于两类不同性质的争议应分别确定何种不同的争议解决方式，是《海商法》在修改时需要解决的第一个问题。

司法解释第一条规定，对于船员劳动合同纠纷，如果与船员登船、在船工作、离船遣返无关，即争议不涉及船舶优先权问题的，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，按“先裁后审”、“一裁两审”的程序处理。而对于船员劳务合同纠纷，以及与船员登船、在船工作、离船遣返有关的劳动争议，仍应依司法解释第二条，由有管辖权的海事法院受理。该条规定根据船员工作内容性质的不同，将船员劳务纠纷案件进行了分流，既保障了船员权益，又减轻了海事法院的负担，使得海事法院能够专心处理“涉船”案件。

2、船员劳务纠纷中的责任主体

传统的船员劳动关系仅涉及两方当事人，即船员和船东。但是随着中国就业的市场化程度越来越高，中国大多数船员的就业模式发生了从“聘任制”向“雇用制”的转变，即从长期固定职工向自由职业转变，自由海员人数大幅增加。与此同时，中国的船员劳务外派也在不断增加。目前，我国海员的职业范围分为境内和境外，因境内外主体不同，船员的服务范围也存在“内派”和“外派”之分。

船员境内劳务派遣(简称对内劳务派遣)是指船员服务机构将

船员劳务派遣到国内船舶处工作，法律上属于劳务派遣关系。由于境内劳务派遣法律关系中涉及的都是中国主体，因此《劳动法》和《船员条例》都适用。因“内派”与国内一般劳动关系非常相似，实务中也已基本达成一致意见，此处不做过多讨论，本文主要探讨船员外派关系。

《船员服务管理规定》第 22 条规定：“境外船员用人单位不得在中华人民共和国境内直接招用中国籍船员，应当通过符合本规定资质条件的船员服务机构办理。”据此，船员不能直接与境外雇主签订劳务合同，必须通过中国的船员外派服务机构(简称船员服务机构或者外派机构)办理。在船员服务机构的介入下，原来较为简单的法律关系顿时变得复杂。

外派船员劳务纠纷中责任主体较难确定。由于外派机构的必然参与，我国船员外派经常会涉及外籍船东与船员、外派机构与船员及外籍船东与外派机构三种关系。在这样复杂的关系中，当发生外派船员劳务纠纷、外派船员人身伤亡损害赔偿纠纷时，究竟谁是责任主体较难被确定。由于无法明确责任方，船员的合法权利也很难受到真实的保护。造成这种困难的主要原因有，在外派机构与船员签订的合同文本中，经常会看到含有如下内容的条款：“在外籍船东与船员发生纠纷时，由双方自行协商解决”；船员外派机构在船员与其订立合同时，往往强调自己在船员外派中只是中介的身份，其为船员提供的仅为中介性质的服务；在真正发生纠纷时，外籍船东往往以自己与船员之间没有书面合同为由宣称其与船员根本不存任何合同关系，从而达到不负责任的目的。⁶此类纠纷中究竟应当由哪方承担违约责任，在实践中存在较大争议，为了使船员权利在这种情况下得到保护，船员外派劳务纠纷中责任主体的确定显得尤为重要。

在船员外派劳务纠纷中，船员通常依据合同提起违约赔偿。根据《合同法》第 107 条规定：“当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定条件的，应当承担继续履行、采取补救措施或者赔偿损失等违约责任”，该违约责任适用“无过错责任制”。在此种情况下，当发生船员外派劳务纠纷时，只要外籍船东或外派机构有违约行为，在没有合同中约定的免责事由的情况下，违约的外籍船东或外派机构要承担责任，并不要求他们在主观上有过错。在举证责任方面，外籍船东或外派机构必须自己证明是否存在免责事由。船员只需要证

⁶ 张金蕾：《我国外派船员权利保护法律问题研究》辽宁大学学报，第 42 卷第 3 期。

明外籍船东或外派机构有违约行为以及该违约行为给自己造成损害即可。

因船员外派劳务纠纷通常是由于外派船员劳动合同的一方当事人违约造成的，如果外派机构或外籍船东是劳动合同的一方当事人，即外派机构或外籍船东与船员之间存在真实有效的劳动合同，而纠纷的产生是由于其没有履行合同义务导致的，外派机构或外籍船东即应当被确定为责任主体。⁷

3、船员对船舶优先权的确认和行使

海商法规定，船舶优先权通过扣押船舶的方式来行使。但一律要求通过扣押船舶来行使船舶优先权，也引发了一些问题和思考，其中之一就是船员行使优先权的问题。一般来说，船员请求的各项费用的数额较低，与船舶的价值、扣押船舶对船舶造成的不利影响严重不成比例，且船东与船员一般能就拖欠的工资达成分期或延期付款协议。而扣船成本高、手续复杂、且有时受限于外界因素影响，扣船无法实现。因此，实务中逐渐出现了一些将船舶优先权的确认和船舶优先权的行使相分离的做法，即船员仅请求对具有优先权性质的债权进行司法确认，并未同时申请对船舶进行扣押的，予以准许。

这种做法的优点在于，既能保护船员权益，也能允许船舶通过正常持续经营清偿最终债务，对船员和船东均有利。对此当然也有一些反对的声音存在：第一，船舶优先权具有隐蔽性，如允许当事人仅请求确认船舶优先权而不扣船，船舶优先权无法让外人知悉，司法确认的结果并不一定能为外界所知，将可能损害在后发生的其他海事债权人的利益。对船舶进行扣押，也有利于后续债权人了解船舶动态，避免后续债权人为不可预见的船舶优先权承担责任。第二，船舶优先权本质上是一项程序性权利，必须通过扣押船舶这种特定程序来行使。如允许仅请求确认船舶优先权，与船舶优先权的本质不符。在行使优先权的方式上，应公平对待所有具有船舶优先权的债权人。为达到更好的公示效果，以及最大程度避免因其他法院强制出售或者转让公告期届满导致的船舶优先权消灭，船员应通过申请扣押船舶的方式行使船舶优先权。

上述两种观点都具有一定合理性。该问题的实质在于如何平衡船员、船东和其他海事债权人三者之间的利益。综合考虑来看，第一，

⁷ 张金蕾：《我国外派船员权利保护法律问题研究》辽宁大学学报，第42卷第3期。

船舶优先权因船员提供劳动或劳务而产生，即使司法不对相关事实进行确认，船舶担保物权的权利人或将来的买受人在行使相关权利时，船员仍有权提出优先权请求。司法不进行确认并不意味着这些权利不存在或者消失；第二，船员在行使船舶优先权即申请海事法院扣押船舶时，海事法院不可能对船员提出的申请不做任何审查，对海事债权是否与争议船舶相关、海事债权的数额、海事债权的产生时间等核心事实，海事法院允许扣船申请前也存在一个审查和确认的过程；第三，实务中确实存在船员无法知悉船舶下落、船舶在国外不便扣押等客观情况，通过先司法确认的方式可以最大限度保护船员的利益，也不会增加船东和其他债权人的负担。因此，海事法院允许船员在不申请扣押船舶的情况下确认船舶优先权，是减少司法成本、减轻当事人负担、对各方利益均有好处的做法。

至于具体扣押的方式，即“活扣”是否也构成海商法第二十八条规定的船舶扣押，实务界和理论界也一直存在争论。一种意见认为，“死扣”船舶具有对外公示船舶优先权的作用，“活扣”却不能起到这种效果。“活扣”不利于后续债权人了解船舶动态，可能损害后续其他海事债权人的利益。另一种意见认为，“活扣”也具备一定的公示效力，“活扣”有利于船舶继续经营，通过“放水养鱼”，有利于船东清偿包括船员的工资债权在内的各项债权，实现船员利益、船东利益和其他债权人利益的多赢局面。考虑到：第一，船员具有船舶优先权性质的债权产生后，即使因客观原因暂时无法对船舶进行“死扣”，但最新的司法解释已经赋予了船员先行只确认其优先权的权利，船员的利益已经得到了一定程度的保障；第二，对船舶进行扣押后才能进行拍卖，从而最终保障船舶优先权的实现，而对船舶仅采取“活扣”措施，无法实现对船舶的拍卖，从而无法保障船舶优先权的实现。因此，在船舶优先权的行使层面，以对船舶进行“死扣”作为前提，是比较合理的。

三、完善我国船员权利保障的法律建议

1、修订《海商法》，保障船员权利。

由于我国目前关于船员的法律过于原则，相关的法规或司法解释等又过于零散，这些对于船员权利的保护非常不利，因此建议尽快完善我国在船员方面的有关立法。2017年重新启动了海商法的修改，在修订《海商法》有关船员的章节时，可考虑增设船员劳动合同的有

关内容，以实现对船员权利的进一步保护。

2、加强对外派机构的监管

我国现有的船员外派市场不规范，外派机构良莠不齐，这一现状主要是由于缺乏对船员外派机构的有效管理导致的。建议加强对外派机构的监管措施，以保障外派船员的权利。这些措施包括有关部门应当提高外派机构的市场准入资格，明确外派机构的业务范围，建立对船员公开的公共信息平台，使船员外派的信息透明化，以改变目前船员外派市场信息不对称的现状等。

3、健全船员的社会保障制度

由于海上作业的艰苦条件和危险性，与其他职业相比，船员在工作中面临更多的风险，故有必要健全我国有关船员的社会保障制度。鉴于船员职业的特殊性，可考虑将某些商业保险规定为船员的强制保险；在社会保险方面，建议在社会保险的有关立法中结合船员派遣形式的特殊性，明确外派船员在外派期间社会保险应由哪方负责。

四、结语

《海商法》的修改势在必行，法律可以被修改，但应当深思熟虑。

《海商法》修改意义重大，机会来之不易。而船员作为航运事业的领航人，其权益理应有所保障。虽然现在有关船员的法律规定不尽完善，但是越来越多的人已经关注到了这个群体，并且共同努力为相关法律法规的修改和完善献计献策。借助海商法修改的机会，希望能够将船员权益的法律规定落到实处，让船员权益保护能够有法可依。

参考文献：

- 1、徐国栋：《民法基本原则解释：成文法局限性之克服》，法律出版社，2001
- 2、周旺生：《立法学》（第2版），法律出版社，2009
- 3、孟红军．《海商法》修改中关于船员外派的若干法律问题[J]．世界海运，2006(4)：26．
- 4、陈刚、郝勇：《船员劳动权益与社会保障》，武汉，武汉理工大学出版社，2012．
- 5、张金蕾：《我国外派船员权利保护法律问题研究》，载《辽宁大学学报(哲学社会科学版)》，2014(3)。

- 6、张丽英:《从船员雇用方式的变化谈〈中华人民共和国海商法〉有关船员规定的修改》，载《中国海商法年刊》，2011(3)。
- 7、司玉琢，海商法专论（M），北京：中国人民大学出版社，2007.105.