

《海商法》下海难救助制度的架构完善

初北平

内容提要:最高人民法院于2016年提审的“加百利”案,其焦点在于《1989年国际救助公约》与我国《海商法》存在法律冲突以及我国《海商法》是否对固定费用的救助予以适用。其判决理由及所引发的海商法界对于我国《海商法》中海难救助制度的争论点,恰恰是修改之中的《海商法》“海难救助”章的修改问题导向。我国加入《救助公约》的主要理由有二:一是《救助公约》内容总体上对于发展我国救捞力量、参与国际救助市场竞争有利;二是《海商法》与《救助公约》的原则与内容基本一致。基于《救助公约》与《海商法》适用冲突的客观存在和《救助公约》的优先适用性,以及《救助公约》将较长时期保持有效,《海商法》的修改宜确立与《救助公约》保持一致的基本方向。鉴于《救助公约》不排除固定费用救助等自由约定的救助并能够适应海难救助、共同海损以及海上保险的实践需求,《海商法》构建的海难救助法律制度也不宜创设出固定费用救助这一独立的救助模式。

关键词:救助公约 海难救助 《海商法》修改 “加百利”案

初北平,大连海事大学法学院教授。

最高人民法院于2016年在全国庭审直播的海事案件“加百利”海难救助案为当前《海商法》的修改提供了难得的参考案例。^{〔1〕}其审判焦点——固定费用的救助是否适用《海商法》,看似并不复杂,其实质却是对我国《海商法》中海难救助法律制度的全面审视。该案三审判决文书以及学者的观点争鸣将我国海难救助法律制度的研究推向

〔1〕 交通运输部南海救助局与阿昌格罗斯投资公司,香港安达欧森有限公司上海代表处海难救助合同纠纷申请再审案〔(2016)最高法民再61号〕。

纵深。⁽²⁾

固定费用的救助合同已然成为国际救助市场不可忽视的救助合同形式。虽然以“无效果,无报酬”为基础的“劳氏救助格式”(以下简称“LOF”)曾一直占主导地位,并与《1910 年国际救助公约》和《1989 年国际救助公约》(下称“《救助公约》”)相互影响。⁽³⁾但根据国际救助联合会(ISU)最近的年度评论报告,以 LOF 格式签订救助合同的案例在救助收入上呈下降趋势:其在 2017 年的占比仅为 31%,而 2014、2015 和 2016 年的占比分别为 52%、46% 和 33%。尽管以 LOF 格式签订合同的案例在数量上的占比可能有升降,但如果收入总数降低而案件数量增加,则意味着每个案件的救助费用收益率在下降。⁽⁴⁾国际救助市场的发展趋势反映出以“非 LOF 救助格式”订约的救助合同所占市场份额中显著增加,而固定救助费用的合同则是实践中形式多样的“非 LOF 救助格式”的重要一种。

上述理论和实践的争议以及实践的变化趋势必然对《海商法》的修改提出新的挑战。从《海商法》修改研究一年多来的工作进程看,《海商法》“海难救助”章节如何考虑海难救助实践的趋势和变化,是否需在《海商法》中对固定费用的救助做出明确区分,在指导思想上依然存在模糊之处。相关论著以及对征求意见稿的反馈意见对《海商法》第九章制度架构及修改方法论的认识很不统一。本文将《救助公约》与《海商法》的适用关系为视角,分析我国《海商法》下海难救助制度的应然性以及本次修改应该遵循的基本思路。

一 《救助公约》与《海商法》的适用关系

我国是《救助公约》的参加国,《海商法》与《救助公约》的适用关系应如何定位,应是《海商法》修改评估的基准点。

(一) 我国加入《救助公约》的时间及理由

我国缔结国际公约的程序法依据为《中华人民共和国缔结条约程序法》(以下简称

(2) 相关论文包括司玉琢、吴煦《雇佣救助的法律属性及法律适用》,《中国海商法研究》2016 年第 3 期,第 3-11 页;傅廷中《雇佣救助合同的性质及其法律适用》,《中国海商法研究》2016 年第 3 期,第 12-16 页;李海《关于“加百利”轮救助案若干问题的思考》,《中国海商法研究》2016 年第 3 期,第 24-34 页;杜彬彬、张永坚《雇佣救助的法律地位探析》,《中国海商法研究》2017 年第 3 期,第 105-112 页;余晓汉《海难救助合同约定固定费率的法律适用——基于“加百利”轮海难救助纠纷案评述(1989 年国际救助公约)的理解与适用问题》,《法律适用》2018 年第 12 期,第 49-59 页;张文广《雇佣救助的性质及其法律适用——以“加百利”轮海难救助合同纠纷再审案为视角》,《国际法研究》2018 年第 5 期,第 65-79 页;孙思琪《雇佣救助合同法律适用论辩——最高人民法院(2016)最高法民再 61 号民事判决之评释》,《西部法律评论》2017 年第 6 期,第 114-124 页;李天生、徐娟《“无效果无报酬”的法律本质》,《大连海事大学学报(社会科学版)》2016 年第 5 期,第 1-8 页;袁绍春:《论雇佣救助的法律调整——兼论《海商法》第九章的修改》,《中国海商法研究》2018 年第 1 期。

(3) LOF1980 对于《1989 年国际救助公约》的出台具有重要的推动作用,而 LOF1995 又是 LOF1980 在《1989 年国际救助公约》生效之后的修订版本。

(4) 参见 Annual Review of International Salvage Union, 2017 (P10), 2016 (P10), <http://www.marine-salvage.com/pdfs>, 最近访问时间 [2019-01-10]。

《缔约程序法》)。但原交通部、外交部申请国务院派代表赴伦敦参加《救助公约》外交大会并代表政府在会议的最后议定书签字时,《缔约程序法》尚未生效。⁽⁵⁾《救助公约》属于海事公约范畴。海事公约经国际海事组织(IMO) 大会正式通过后,一般都有一段开放签署的时间。在这段时间里,各成员国可根据自己国家的意愿由外交代表在公约上签署而成为签约国。截止到1993年1月31日,已有6个国家批准了《救助公约》,此时公约因未满足“本公约在15个国家表示同意受本公约约束之日后一年生效”的条件而并未生效。《救助公约》根据其内容判断,应属于我国《缔约程序法》第7条第2款中“缔约各方议定须经批准的条约、协定”,因此,该尚未生效的公约需根据《缔约程序法》第7条第3款的规定由国务院提请全国人民代表大会常务委员会决定批准,并由中华人民共和国主席根据全国人民代表大会常务委员会的决定予以批准。最后由外交部办理向条约、协定的保存国或者国际组织交存批准书的手续。批准书由中华人民共和国主席签署,外交部长副署。⁽⁶⁾1993年2月21日,原交通部会同外交部向国务院提交了“关于建议我国加入《1989年国际救助公约》的请示”(以下简称“申请加入公约请示”),此时,《缔约程序法》已经生效,且我国《海商法》也于1992年11月7日公布,并将于1993年7月1日生效。

“申请加入公约请示”中阐明的加入理由为三条:一是,我国一贯重视海上救助和环境保护,《救助公约》的宗旨和我国的主张一致;二是,《救助公约》的原则和内容同我国的法律没有冲突。《海商法》有关“海难救助”一章的规定,基本是参照《救助公约》的主要原则和内容制定的;三是,我国有悠久的航海历史,并不断在航运领域加强国际合作,已形成了一支颇具规模的海上力量。加入《救助公约》将在国际上产生积极影响,有利于我国海运业的发展和环境保护,也将为维护我国海上救助作业人员的合法利益提供更完善的法律保障。⁽⁷⁾此后,原交通部受国务院法制局委托起草了“关于寄送提请审议我国加入《1989年国际救助公约》的议案和说明代拟稿的函”,⁽⁸⁾其所附“国务院关于提请审议我国加入《1989年国际救助公约》的议案”中,所列理由与“申请加入公约的请示”完全相同。国务院最终向全国人大常委会提交的“关于提请审议决定我国加入《1989年国际救助公约》的议案”中提及的加入理由为“经审核,《救助公约》的宗旨和主要内容同我国的立场及有关法律、法规的规定是一致的。我国加入《救助公约》,将在国际上产生积极的影响,有利于加强我国在此领域的国际合作,也有利于保障我国海上人员、财产的安全和环境的保护以及海上救助人员的权益。因此,国务院认为,我国现在加入《救助公约》是

(5) 《缔约程序法》于1990年12月28日通过并自公布之日起施行。根据交通部、外交部“关于拟组团出席制定《救助公约》外交大会的请示”〔(89)交外字115号〕(1989年3月14日),根据会议的议事规则,各国与会代表将代表各自的政府签署会议的最后议定书(会议纪要)……有关签署和核准《救助公约》的事宜,待后另行专题报批”。

(6) 值得注意的是,原交通部/外交部“关于建议我国加入《1989年国际救助公约》的请示”似乎履行的是依据《缔约程序法》第11条的“加入”(Accession)程序,而非“批准”(Ratification)程序。

(7) 交外发【1993】176号(1993年2月21日)。

(8) 交函外【1993】363号(1993年6月25日)。

必要的、适宜的。”⁽⁹⁾

1993 年 12 月 29 日,全国人民代表大会常务委员会回函国务院:根据李鹏总理 1993 年 12 月 8 日国函【1993】169 号的来文,第八届全国人民代表大会常务委员会第五次会议决定:中华人民共和国加入《1989 年国际救助公约》。⁽¹⁰⁾ 随后,我国于 1994 年 3 月 30 日向该公约保存人国际海事组织秘书长交存了加入书,同时声明,中华人民共和国根据《1989 年国际救助公约》第 30 条第 1 款的规定,保留该条第 1 款(a)项、(b)项、(d)项不适用该公约的权利。⁽¹¹⁾ 公约生效后即对我国有约束力。国际海事组织秘书长回函确认:“中华人民共和国于 1994 年 3 月 30 日加入该公约。公约尚未生效,相关利益国将被告知中华人民共和国的加入。”⁽¹²⁾ 根据国际海事组织 SALVAGE/Circ. 18 号通函,《1989 年国际救助公约》于 1996 年 7 月 14 日生效。

实际上,由原交通部牵头起草《海商法》草案的时间跨度为 1981 年至 1992 年。而国际海事委员从 1984 年开始讨论制定《救助公约》,至 1989 年该公约通过,这段时间与《海商法》的起草时间高度重合,《海商法》起草委员会有条件充分地参考《救助公约》的条文。1989 年 3 月 14 日,即《救助公约》通过之前,原交通部、外交部向国务院提交的“关于拟组团出席制定《救助公约》外交大会的请示”中,建议我国政府派代表根据议事规则在《救助公约》会议纪要上签字的理由之一是“我国正在制定《海商法》,其中‘海上救助报酬’等章节需要同《救助公约》的规定相协调。”⁽¹³⁾

综上所述,从我国加入《救助公约》的背景看,如果《海商法》与《救助公约》基本原则与内容存在分歧,我国政府很难在不到一年的时间内就完成加入《救助公约》的程序。可以说,《救助公约》与《海商法》的协调一致是我国加入该公约的基础。

(二) 《海商法》应尽量与《救助公约》一致

首先,我国是《维也纳条约法公约》的缔约国,具有善意遵守公约的义务。⁽¹⁴⁾ 在《救助公约》对我国海难救助实务与司法实践没有形成制约的情况下,国内立法的基本框架制度与其保持一致本身就是遵守公约的善意之举。《救助公约》的附件 3 第 2 条(a)项规定“成员国应将其颁布的属于本公约适用范围内的各事项有关的法律、命令、规则的文

(9) 国函【1993】169 号(1993 年 12 月 8 日)。

(10) 人大常(1993)会字第 35 号(1993 年 12 月 29 日)。

(11) 原交通部外事司致函国务院法制局财外司“关于对加入《1989 年国际救助公约》增加保留意见的函”(外组字【1993】129 号)(1993 年 9 月 4 日)中,认为除保留(b)、(d)两项外,还应保留(a)项:救助作业发生在内陆水域,并且涉及的所有船舶均为内陆水域航行的船舶。理由为:1. 内陆水域包括的范围很广,如不做保留,有可能出现在湖、河等水域中船舶产生的救助行为要求适用国际公约处理的情况,与我国司法的传统做法不协调。另外,海上、内河救助行为差异大,将海上规定适用于内河在实际操作和司法实践方面存在困难,如特别补偿。2. 我国目前海上和内陆水域法律制度存在差异。对于海上发生的行为可依照海商法、国际公约和国际惯例处理,法律制度较为完善,而内陆水域主要适用民法通则和合同法,如只在救助方面适用国际公约,而无其他与国际惯例相符合的配套法规的情况下,会产生法律上的冲突。3. 界河上发生的中外船舶的救助一般既不适用国际公约,也不适用国内法,而是通过双边协定处理,不存在不适用公约就无法保障我方利益的情况。

(12) 国际海事组织秘书处 1994 年 4 月 7 日函。

(13) (89)交外字 115 号(1989 年 3 月 14 日)。

(14) 《公约》第 26 条,“条约必须遵守:凡有效之条约对其各当事国有拘束力,必须由各国善意履行。”

本及其他文件送交本组织”；(c)项进一步规定，“本组织将其收到的Ⅱ(a)项下的任何文件通知各成员国。”上述附件3虽然并未要求各国国内法须与公约相一致，但表达了公约对于各成员国实施本国法时应与公约相协调并使其国内法对各成员国保持公开透明的愿望。

其次，如果《海商法》与公约的确存在冲突，则不仅与我国加入《救助公约》的初衷相违背，更会给《救助公约》或《海商法》的适用带来困扰。《救助公约》第2条规定“就公约所涉事项在缔约国提起诉讼或者仲裁时，公约即应适用。”因此，对于在我国提起的有关海难救助作业诉讼或仲裁的案件，除内陆水域内航行船舶之间的救助，公约也应适用。⁽¹⁵⁾《救助公约》的适用范围与其他公约相比具有很大的特殊性，其直接以“在缔约国提起诉讼或者仲裁”作为确定公约适用的连接点，这大大简化了公约是否被适用的判断进程，也增加了公约被适用的机会。

国际上调整合同争议的以该连接点为基础的国际公约并不多见。以《联合国国际货物销售合同公约》为例，其第一条“适用范围规定”为“本公约适用于营业地在不同国家的当事人之间所订立的货物买卖合同：(1)如果这些国家是缔约国；或(2)如果国际私法规则导致适用某一缔约国的法律。”该公约是否能够成为货物买卖合同争议的准据法，首先取决于该缔约国的法律能否根据冲突法规则被确定为准据法。如果合同中双方当事人约定其他非缔约国的法律，则公约的适用将被排除。而对于在我国提起诉讼或仲裁的有关海难救助争议，当事人也可能约定适用中国法或者直接约定中国《海商法》，例如“加百利”案即约定适用中国法。此种情形下，根据《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》第3条的规定，应适用中华人民共和国法律作为处理本案实体争议的准据法。⁽¹⁶⁾据此，《海商法》作为特别法首先成为解决本案的实体法（包括冲突规范）。此时《海商法》的适用与《救助公约》的适用产生冲突，须进一步通过适用冲突规范确定其适用的位阶。《海商法》第268条规定，中华人民共和国缔结或者参加的国际条约同本法有不同规定的，适用国际条约的规定。由此，此种情况下至少对于涉外因素的海难救助争议，如果《救助公约》与《海商法》第九章的规定不一致，应首先适用《救助公约》的规定；公约没有规定而作为特别法的《海商法》有具体规定或规定具体规则的，可以适用《海商法》；《海商法》没有适用的，则可以适用一般法的规定。⁽¹⁷⁾因此，《海商法》如果在基本制度层面与《救助公约》不一致，最终结果是导致《海商法》的适用空间大大受限，同时在适用时要区分开《海商法》与《救助公约》的不同规定也会带来不确定性。“加百利”案的争论实际已

(15) 《救助公约》第30条允许缔约国加入公约时作出保留：对内陆水域内航行船舶之间和所有的利益方都是该国国民等海难救助纠纷的适用。中国加入公约时仅就前者作出保留。可以理解为：其一，立法机关的意图是对于非内河上的救助，即使完全发生在中国航运主体之间，也适用公约的规定；其二，《海商法》第172条第1款所界定的海船与其他船艇之间的救助事项，与公约第30条的第一项保留事项并不相符；其三，内陆水域内航行船舶之间的救助事项，明显不属于《海商法》第九章的调整范围。

(16) 《涉外民事关系法律适用法》第3条规定，当事人依照法律规定可以明示选择涉外民事关系适用的法律。

(17) 《涉外民事关系法律适用法》第2条规定，涉外民事关系适用的法律，依照本法确定。其他法律对涉外民事关系法律适用另有规定的，依照其规定。

经证明业界对于二者冲突的法律后果的认识存在重大差异。

再次,从《救助公约》生效以来国际社会的评价来看,《救助公约》在相当长的一段时间内可能不会启动修改。国际海事委员会(CMI)虽然在 2011 年的工作组报告中提议对“环境污染”中的地理范围是否应参考《联合国海洋法公约》扩展到专属经济区、⁽¹⁸⁾公共当局的救助报酬索赔、⁽¹⁹⁾货方担保的提供、⁽²⁰⁾创设“环境救助奖励”⁽²¹⁾以及人命救助的索赔⁽²²⁾等方面对《救助公约》进行修改,但这些议题没有在成员国海商法协会中取得绝大多数的支持意见。⁽²³⁾国际救助联合会(ISU)在 2012 年发布的关于修改《救助公约》的“立场报告”,其提议与前述国际海事委员会的工作报告几乎一致。但在国际救助联合会近四年的年度报告中,其法律咨询报告没有提出对《救助公约》进行修改的诉求,⁽²⁴⁾之后国际海事委员会工作组也未就上述议题进一步协调并形成统一的修改意见。由此可以预见,针对《救助公约》的修改进程将非常缓慢,其中备受关注而又涉及救助制度架构的环境救助问题,国际海难救助界可能通过修改船东互保协会补偿条款(SCOPIC)以及 LOF 格式条款来予以解决。而上述国际海事委员会的工作报告以及“立场报告”中提及的修改议题,在国内法中也无率先调整的必要:一方面,创设环境救助奖励的国际性极强,我国国内法现阶段不宜率先作出突破;另一方面,就其他修改议题,即使将来《救助公约》予以修改,其对我国《海商法》下的海难救助法律框架也不会产生较大影响,因此,我国《海商法》的修改与《救助公约》保持一致并不会在未来表现出严重的滞后性。当然,此种一致性不妨碍《海商法》在不与公约发生冲突的情形下对某些领域作出具体规定。

二 《海商法》与《救助公约》的不衔接

长期以来我国海商法界似乎形成了一种印象,《海商法》的制定参照了《救助公约》草案并与其内容基本保持了一致,只是将公约内容转化为国内法某一章节时对条文结构和顺序进行了整合,并针对国内海难救助实践和立法现状进行措辞调整和内容保留。但实际上,《救助公约》与《海商法》在内容上存在不可忽视的差异。

(一) 对救助合同的规制

《救助公约》第 2 条对公约的“适用范围”做了规定:本公约适用于在一缔约国提起的有关公约所辖事项的诉讼或仲裁。其所辖事项,可依据《救助公约》第 1 条中有关“救助

(18) 《1989 年国际救助公约》第 1 条。

(19) 《1989 年国际救助公约》第 5 条。

(20) 《1989 年国际救助公约》第 13.2 条。

(21) 《1989 年国际救助公约》第 14 条。

(22) 《1989 年国际救助公约》第 16 条。

(23) Report on the IWG's on Salvage Convention meeting held in London on 13th May 2011, <https://comitemaritime.org/work/salvage/>,最近访问时间[2019-01-20]。

(24) 参见 Annual Review of International Salvage Union, 2017, 2016, 2015, 2014, <http://www.marine-salvage.com/documents/>,最近访问时间[2019-01-20]。

作业”、“船舶”、“财产”等定义来界定。但这仅解决了公约是否被选择作为准据法适用。可以称为公约适用范围的第一个维度。在公约被选择为准据法的前提下,公约的哪些条款可以被具体适用,或者从另外一个角度说,公约的强制适用与救助合同的“合同自由”呈现何种逻辑关系,则是公约适用范围的第二个维度。公约第6条第1款的规定“除合同另有明示或默示的规定外,本公约适用于任何救助作业。”⁽²⁵⁾从公约起草讨论的记录文件可以总结出,以下情形都将适用公约:(1)无论在海船上、在岸上进行的海上救助作业;(2)无论是专业救助还是非专业救助;(3)无论是以LOF格式等“无效果,无报酬”条件签订的救助合同还是按日支付报酬的救助合同;(4)无论是有明确合同的救助还是没有合同的自发救助。此外,公约的现有措辞体现出两个特点,一是最大限度地给予救助合同双方“合同自由”,二是即使没有合同的明确规定,例如自发救助中的默契,也可以按照默示的规定排除公约的适用。⁽²⁶⁾可见,《救助公约》通过“最大限度的订约自由”(Plenary freedom of contract)机制规避了“海难救助”与“海上服务”如何划定界限的负累。与此同时,《救助公约》并没有对于何种明示或者默示约定可以排除公约的适用作出任何的限制。从公约起草讨论的记录看,除强制适用的条款外,只要救助合同就双方的法律关系有所约定,公约就不强制适用。当然,如果双方当事人意图就所从事的救助作业所产生的法律关系整体排除公约的适用,仍将受到《救助公约》中强制适用条款的限制。

《救助公约》第6条第3款规定,“本条不影响第7条的适用,也不影响防止或减轻环境损害的义务。”⁽²⁷⁾第7条是规定胁迫、危险或费用过高的情形下合同废止或变更的情形,而“防止或减轻环境损害的义务”则是公约第8条第1款(b)项和第2款(b)项所规定的内容。也就是说,救助合同将受到《救助公约》第7条和第8条第1款(b)项和第2款(b)项的限制。与公约上述限制条款相比较,我国现行《海商法》第176条仅规定了法院或者仲裁机构变更合同的情形“有下列情形之一的,经一方当事人起诉或者双方当事人协议仲裁的,受理争议的法院或者仲裁机构可以判决或者裁决变更救助合同……”。⁽²⁸⁾1985年《海商法》国务院送审稿第103条仍有“宣告无效”的规定“对于在危险中一方受到危险而达成的任何协议,经该方请求,如受理争议的机构认为该协议条款不合理,可以宣告无效或予以变更。”⁽²⁹⁾1992年国务院提请全国人大常委会审议的《海商法》草

(25) 参见 Article 6 Salvage Contracts: 1. This Convention shall apply to any salvage operations save to the extent that a contract otherwise provides expressly or by implication.

(26) 参见 The Travaux Préparatoires of the 1989 Salvage Convention, Published by CMI Headquarter Mechelsesteenweg 196, 2018 ANTWERP, Belgium, pp. 182 - 187.

(27) 《救助公约》中还规定了其他公法性质的强制性义务,如第5条关于公共当局控制的救助作业的规定;第9条关于沿海国的权利的规定;第10条第1款关于船长对救助海上人命所负有的义务,第2款关于缔约国应对船长前述义务的履行采取必要措施,第3款关于船舶所有人对船长救助人命的义务不承担任何责任的规定;第11条关于缔约国应考虑救助方与当局的合作的规定等,这些规定都不属于救助合同当事人之间约定的事项,故并不受《救助公约》第6条的规制。

(28) 法院或者仲裁庭变更合同项下的救助款项的依据可以是《救助公约》的第13条或《海商法》的第180条所确立的鼓励救助原则以及所列举的10个因素。

(29) (85)交办字1737号(1985年9月18日)。

案第184条基本移植《救助公约》第7条的内容,将法院和仲裁机构的合同撤销权包含在内:“受理争议的海事法院或者仲裁机构可以裁定或者裁决救助合同无效或者加以变更。”⁽³⁰⁾但在全国人大审议期间,该条文被修改并删除了“撤销”合同的内容,据司玉琢教授回忆,主要原因是当时认为合同撤销权应由法院行使,不应赋予仲裁机构过大的权力。⁽³¹⁾考虑到我国仲裁制度等长足发展以及现行《合同法》第54条皆规定了合同变更和撤销的情形,《民法总则》第150条和第151条也规定了可撤销的民事法律行为,⁽³²⁾我国《海商法》第176条在修改时增加法院或仲裁机构的合同撤销权,与《救助公约》保持一致更为合理。

《救助公约》第6条第2款规定了船长或船舶所有人法定的签约代表权:“船长有权代表船舶所有人签订救助合同。船长或船舶所有人有权代表船上财产所有人签订此种合同。”该条文的法律效果是:一旦船长或船舶所有人行使了该代表权,则无需征得船上财产所有人的同意,该救助合同将约束船上财产所有人。“加百利”案如果适用《救助公约》,则需要考量的问题是,船东通过其上海代表处与救助人签订的救助合同是否行使了代表船上财产所有人签订救助合同的权利?这需要进一步追问救助合同中是否包含了此种意思表示。也就是说,尽管船长或者船东有此代表权,但也应该通过合同或者合理的方式表明是否选择行使了此项权利。否则,该救助合同不能约束船上财产所有人。同时,如果救助合同中存在关于行使或不行使此种订约权的明示约定,根据《救助公约》第6条的规定,此种约定因不违反强制性规定而具有法律效力,进而,公约中有关船上财产所有人的救助报酬的支付义务也将随之发生变化。

船长或船舶所有人的订约代表权是《救助公约》在《1910年救助公约》基础上增加的条款。该条款源于1978年3月16日搁浅的“阿莫柯·卡地兹轮”船长为等待船东同意其与救助人签署劳氏救助合同而错过救助时机的经验教训,目的在于当船舶遭遇海上危险时,为避免船货方的沟通耗时过长或各方为一己私利迟迟不愿尽快签订救助合同而贻误救助时机,赋予船长或船舶所有人充分的代理各方签订救助合同的权利,从而实现公约“鼓励提供及时有效的救助”的宗旨。

但在公约草案的讨论过程中,波兰代表反对在签订非“无效果,无报酬”的救助合同时,赋予船长或船舶所有人代表船上财产所有人签订合同的权力,认为船长和船舶所有人的此种授权应该限制在与公约相一致的“无效果,无报酬”机制之内。德国代表也支持波兰代表的议案,认为此种授权如果不做限制将导致第三方责任很大的不确定性。更多的国家则表示赞成船长和船舶所有人有此权利,比如,日本代表认为此种限制将阻碍船舶

(30) 国务院关于提请审议《中华人民共和国海商法(草案)》的议案,国函(1992)63号(1992年6月7日)。

(31) 原交通部于1981年5月恢复并加强“海商法起草委员会”,司玉琢教授作为“海商法起草办公室”的成员之一,执笔该章,当时的章名为“救助报酬”。

(32) 《民法总则》第150条:一方或者第三人以胁迫手段,使对方在违背真实意思的情况下实施的民事法律行为,受胁迫方有权请求人民法院或者仲裁机构予以撤销。第151条:一方利用对方处于危困状态、缺乏判断能力等情形,致使民事法律行为成立时显失公平的,受损害方有权请求人民法院或者仲裁机构予以撤销。

所有人与救助者签订不同于公约的救助合同;爱尔兰代表认为,对船长在危险时刻选择适当形式订立合同的权利进行限制是不具可操作性的,而且可能对其他无辜方带来影响,船长行使订约代表权可能产生的不公平之处,可以适用公约中具有规则功能的条款予以平衡;荷兰代表认为此种限制会造成救助行动的延误;也门代表认为不能期待船长在紧急状态下确认公约是否给予他授权。最后,波兰代表团提出的对现行《救助公约》第6条第2款的修改提案被压倒性多数否决。⁽³³⁾不难看出,公约条文的意图是,船长或船舶所有人的法定订约代表权,对于非“无效果,无报酬”的救助合同乃至所有非按照公约规定的条件签订的救助合同同样适用。当然,从《救助公约》第6条第2款的措辞本身看,此处的救助合同范围也确实没有任何限定。但该条款承接于第6条第1款之后,其法律后果是,尽管该订约代表权适用于任何救助合同,如果救助合同中对于代表权有明确的不同于公约的约定,则此种约定依然有效。也就是说,该规定并非属于强制性规范,当事人完全可以通过合同条款排除其适用。

《海商法》第175条第2款中船长、船舶所有人的订约代表权从措辞上看与《救助公约》是一致的。但是因为该条文没有类似《救助公约》第6条第1款的上下文呼应,因此从解释结果看更易被归类于强制性规范。这一观点之前已经有学者提出。⁽³⁴⁾这种强制性也导致“加百利”案中二审法院继续适用了《海商法》第183条“救助报酬的金额,应当由获救的船舶和其他财产所有人,按照船舶和其他各项财产各自的获救价值占全部获救价值的比例承担。”⁽³⁵⁾二审法院认为,“在上述规定的适用上,《海商法》并未对不同类型的救助作出区分,故本案合同救助亦应适用。船舶在海上遇险,要求船舶所有人或船长亲自签订救助合同,不利于及时展开救助,也不符合海运实践。《海商法》第175条规定的两个法定代表权,与代理制度并不相悖,故南海救助局关于本案救助合同并非由‘加百利’轮船长或船东签订,上海代表处从未向南海救助局披露其代表货主,本案不适用《海商法》第175条的理由不能成立。”

为鼓励救助而赋予船长或船舶所有人订约代表权有其合理性,但不应禁止船长或船舶所有人(或其保险人)基于商业考虑在合同中做出选择。因此,《海商法》第175条第2款的强制性规定与《救助公约》的任意性规定相背离并没有现实必要,理应在《海商法》中予以修订。而修订的重点在于补充公约第6条第1款的缺失,即通过“除合同另有规定外,本章适用于任何救助作业”的规定,给予当事方最大限度的订约自由。并参照公约第6条第3款以及第7条,对《海商法》第175条和第176条进行相应修改,对订约自由给予适当的限制。

(33) 参见 *The Travaux Préparatoires of the 1989 Salvage Convention*, Published by CMI Headquarter Mechelsesteenweg 196, 2018 ANTWERP, Belgium, pp. 203 - 205。

(34) 参见李海《关于“加百利”轮救助案若干问题的再思考——与余晓汉先生商榷之二》,《海商法资讯》2018年9月7日, www.ii-law.com, 最近访问时间[2019-02-17]。

(35) 交通运输部南海救助局与阿昌格罗斯投资公司,香港安达欧森有限公司上海代表处海难救助合同纠纷申请再审民事判决书,(2016)最高法民再61号,第14-16页。

此外,第 175 条提及了本法对于“救助作业”的适用,必然涉及对第 171 条中“救助作业”和与救助作业相关联的“船舶”的解读,故而应对第 171 条和第 172 条进行修改而使二者协调一致。《救助公约》对于“救助作业”采用了术语定义方式,我国《海商法》作为国内立法从条文体系考虑宜沿用现有第 171 条适用范围的表述形式,但从实际效果上也算是对“救助作业”进行了界定。不过更值得注意的是,第 172 条下“船舶”的定义与《救助公约》有明显的不同,因为其不仅包括遇险的船舶,也包括用于救助的船舶,而且对救助船舶范围也进行了限定。从遵循鼓励救助的原则以及全球的实际救助力量可能并不充足的现实来看,从事救助作业的用于军事和政府公务的船舶也适用《海商法》更为合理。《救助公约》第 4 条第 1 款授权缔约国对于军舰或国家所有或经营的、根据公认的国际法准则在发生救助作业时享有主权豁免的其他非商业性船舶是否适用公约作出约定,因此,如果《海商法》仅在作为救助标的的船舶适用范围上,排除用于军事和政府公务的船舶,其立法精神将与《救助公约》趋向于一致。⁽³⁶⁾

(二) 救助人的权利

“无效果,无报酬”规则以及“按其获救船舶和其他财产的价值比例进行支付”规则分别规定在《救助公约》的第 12、13 条当中,并在第三章“救助人的权利”的统领之下。因此,对于这两个条文的解释也应置于解决“救助人的权利”的场景之下。

1. 支付报酬的条件

《救助公约》第 12 条的标题为“支付报酬的条件”。该条第 1 款规定“有效果的救助作业方有权获得报酬。”该条款与我国《海商法》第 179 条第 1 款并无不同。《救助公约》第 2 款规定,“除另有规定外,救助作业无效果,不应得到本公约规定的支付款项。”⁽³⁷⁾这带来的疑问是“除另有规定”是指“救助公约”本身其他条款的规定还是指其他立法,抑或是合同的规定?从《救助公约》的上下文看,解释为公约本身更为恰当。当然,如果当事人之间已经订立合同约定了不同于公约规定的救助报酬支付条件,则根据公约第 6 条第 1 款的规定,此种约定将不受《救助公约》的调整。按此种解释,《救助公约》就救助报酬支付条件方面的法律意图是:除特别补偿外,公约旨在以“无效果,无报酬”为基础建立海难救助制度。

我国《海商法》第 179 条规定“救助未取得效果的,除本法第一百八十二条或者其他法律另有规定或者合同另有约定外,无权获得救助款项。”该条文表达的含义与公约相比,就救助报酬取得的条件这一微观层面而言二者并无差异:在本法之下,如果合同另有约定,救助也可以获得救助报酬。但是,《海商法》也允许“其他法律”所规定的救助报酬的支付与“无效果,无报酬”规则相背离。从逻辑上看,《海商法》作为特别法,将救助费用支付的相关规制交由其他法律调整并非最佳的选择。此外,如果位置在前的《海商法》

(36) 《海商法》第 9 章仅第 180 条第 9 款涉及到“用于救助作业的船舶”。

(37) 《救助公约》英文文本规定“Except as otherwise provided, no payment is due under this Convention if the salvage operations have had no useful result.”

第 175 条已给予当事方最大限度的订约自由,有关救助报酬的支付主体以及订约代表权将由双方当事人另行约定。这样,“加百利”案中《海商法》第 183 条“救助报酬由船东和船上财产所有人根据获救财产价值比例分摊”的规定是否适用于固定费用的救助合同之争议就会得到妥善的解决。⁽³⁸⁾该条文再有“合同另有约定”的规定就显然是有所重复。因此,《海商法》与《救助公约》关于此点的不同之处,有必要结合第 175 条、183 条作出与《救助公约》协调一致的修改。为此,《海商法》第 179 条可以分为两款:第 1 款可以明确“无效果,无报酬”的基本规则,第 2 款则可以规定除本章另有规定之外,救助无效果,救助人不应当获得救助报酬。

2. 报酬评定标准

《救助公约》第 13 条规定了“评定报酬的标准”。其中第 1 款规定“确定报酬应从鼓励救助作业出发,并考虑下列因素,但与其排列顺序无关”。值得注意的是,该款规定的评定标准并不局限于该款所列的“十个因素”,还包括确定救助报酬的大原则——鼓励救助作业。《海商法》第 180 条的规定与公约基本相同“确定救助报酬,应当体现对救助作业的鼓励,并综合考虑下列各项因素。”但与公约相比,《海商法》将《救助公约》第 13 条第 2 款拆开来单独作为第 183 条,导致立法效果发生了改变。

《救助公约》第 13 条第 2 款规定“按照第 1 款确定的报酬应由所有的船舶和其他财产利益方按其获救船舶和其他财产的价值比例进行支付,但是缔约国可在其国内法中作出规定,报酬须由这些利益方中的一方先行支付,该利益方有权向其他利益方按其分摊比例进行追偿。本条中的任何规定均不影响抗辩权。”该条款表达了三层含义,一是,以救助者收取救助报酬的权利为中心目标,该条款旨在解决谁是支付主体,而不是救助报酬的支付义务在相关利益方之间如何分配;二是,只有完全根据公约第 13 条第 1 款规定所确定(性质上可归属于根据法律规定),而非根据约定确定的救助报酬,才适用本款设定的规则;三是,两个主体按照比例支付救助报酬的规则,公约并非是强制的,允许缔约国国内法赋予当事方自由约定的权利。⁽³⁹⁾当然,在第三方对救助合同当事方约定的救助报酬标准提出质疑并要求法院或仲裁庭予以裁判时,该条文所列的标准仍应予以适用。

在澳大利亚联邦法院最近审理的 Mount Isa Mines Ltd v. The Ship “Thor Commander” 案中,货方基于船舶不适航向船方追偿其向救助者支付的救助报酬,法院适用了该条文设定的标准认定货方与救助者在救助之后达成的救助费用协议是合理的,并特别强调了“鼓励救助的原则”应予以适用。⁽⁴⁰⁾《海商法》第 183 条虽然也规定了“按获救船舶和其他财产的价值比例进行支付”的规则,但与《救助公约》存在不可忽视的差异:该第 183 条

(38) 交通运输部南海救助局与阿昌格罗斯投资公司,香港安达欧森有限公司上海代表处海难救助合同纠纷申请再审民事判决书,(2016)最高法民再 61 号,第 14-16 页。

(39) 《救助公约》第 13 条并未将支付救助报酬的主体限定为“船舶和船上财产所有人”,而是“船舶和其他财产利益方”。这是因为公约制定时考虑到相关救助费用往往由船舶或货物保险人以及船舶责任保险人承担。

(40) [2018] FCA 1326.

不像《救助公约》一样与第 179 条(“无效果,无报酬”的报酬支付条件)、第 180 条(报酬评定标准) 顺次相邻,而是间隔了第 181 条(获救价值的定义) 和第 182 条(特别补偿),使得对该条文的解释在“联系上下文”的功能效果有所逊色;更重要的是,失去了与第 180 条的条文关联之后,第 183 条容易被解释为适用于任何非根据第 180 条的条件确定救助报酬的合同,这与《救助公约》第 13 条第 2 款的原意发生背离。如果要维持《救助公约》与《海商法》的一致性,有必要根据《救助公约》对上述条文措辞和顺序布局进行调整。

尽管救助合同大多是由船长或船舶所有人签订,但如果遇险货物价值更高或者遇险船舶的所有人面临财务困难,也可能出现积极签订救助合同的主体可能是货方的情形。《救助公约》中的救助合同机制并未授权货方代表船方订立救助合同,因此,在救助货物的同时也成功救助船舶的情形下,救助费用将由签订救助合同的货方先行支付,并列入共同海损进行理算。⁽⁴¹⁾ 此种做法在海上保险及共同海损实务中已经较为普遍;英国《1906 年海上保险法》中所规定的救助费用与共同海损分摊之间的严格界限,也早被后来的共同海损理算规则所改变,⁽⁴²⁾ 故《救助公约》的现有机制能够与实践相吻合。因此,将原第 183 条修改为第 180 条的第 2 款更为合理。

三 海难救助制度在《海商法》其他章的适用

《海商法》中除第九章“海难救助”外,总共有六章中的 12 个条文涉及“救助作业”或者“海难救助”,包括:(1) 船舶优先权中海难救助款项的给付请求;⁽⁴³⁾ (2) 海上运输中因为海难救助而造成的合理绕航,以及承运人因海难救助而造成的货物灭失损坏的免责;⁽⁴⁴⁾ (3) 租船合同中承租人因出租船舶进行救助而分得部分海难救助款项的权利;⁽⁴⁵⁾ (4) 拖航合同中承拖方因为海难救助而对被拖方的损失免责的权利;⁽⁴⁶⁾ (5) 救助人援引海事赔偿责任限制的权利;⁽⁴⁷⁾ (6) 与救助作业相关的人身伤害或财产损坏的作为限制性债权以及救助款项的请求作为非限制性债权;⁽⁴⁸⁾ (7) 海难救助请求权的

(41) See R. R. Cornah, R. C. G. Sarll & J. B. Shed, Lowndes & Rudolf, *The Law of General Average and the York, Antwerp Rules*, Fifteenth Edition (2018), Thomson Reuters and Sweet & Maxwell, pp.265-269.

(42) 为克服困难并确保更大程度的国际统一性,1974 年和 1994 年《约克-安特卫普规则》第 6 条规定:航程中有关方因救助而支付的费用,不论救助是否根据合同进行,都应作为共同海损,但以救助作业是使在共同航程中涉及的财产脱离危险为限。(Expenditure incurred by the parties to the adventure on account of salvage, whether under contract or otherwise, shall be allowed in general average to the extent that the salvage operations were undertaken for the purpose of preserving from peril the property involved in the common maritime adventure.) 2016 年《约克-安特卫普规则》又做出了调整,其第 6 条(a) 款总体上把救助报酬作为共同海损处理,只是为了简化理算而进行了一些妥协,规定在各方对救助入各自承担合同和法律责任时,原则上不在对救助报酬进行共同海损分摊,除非存在第 5 条(b) 款规定的五种情形。

(43) 《海商法》第 22 条第 4 款。

(44) 《海商法》第 49 条第 2 款 《海商法》第 51 条第 7 款。

(45) 《海商法》第 139 条。

(46) 《海商法》第 162 条第 2 款。

(47) 《海商法》第 204 条、205 条、211 条、212 条。

(48) 《海商法》第 207 条第 1 款、第 208 条第 1 款。

时效。⁽⁴⁹⁾ 可见,“海难救助”与《海商法》中的诸多制度相互关联。进而需要考虑的问题是,在《海商法》与《救助公约》相一致的修改思路下,不同章节中的海难救助是否有不同的法律地位,有关海难救助的规定是否需要区分“无效果,无报酬”救助和固定费用的救助。

海难救助除了作业方式的多样化之外,海难救助合同本身并未作实质区分,仅是救助合同义务实际上被区分为“合同自由约定”和“法律强制性规定”两种情形。而固定费用的救助即是海难救助合同下的权利义务由双方“自由约定”的一种情形,但其也必须符合“对危险中的船舶或其他财产进行援助的行为或行动”,即“救助作业”的基本要件。在前述澳大利亚联邦法院 Mount Isa Mines Ltd v. The Ship “Thor Commander”案中,法官认为,构成海难救助的条件不需要看危险到底有多紧迫,而要看救助标的面临真实的、明显的风险,救助者进行了自愿救助。⁽⁵⁰⁾ 英国学者也认为,“再次强调,不存在一个穷尽所有救助服务的清单。只要满足了海难救助诉因的实质条件,其就有权索赔救助报酬。”⁽⁵¹⁾ 因此,固定费用的救助合同下的救助者,只要主观上期望通过其作业使处于实际危险的救助标的脱离危险,客观上又在《海商法》限定的水域实施了某种救助作业的法律行为,都应属于《海商法》下的海难救助。从交通运输部救捞局的统计看,2013年至2018年间救助作业以“无效果,无报酬”条件签订合同的比例不超过20%。如果其余合同都归类于一般“海上服务合同”,可能与当事人之间的合同目的并不相符。因此,“固定费用的救助”与“无效果,无报酬”的救助相比,差异仅是其救助报酬的确定存在一定程度的自愿性。

从《救助公约》起草讨论会议的记录看,英国《1906年海上保险法》第65条关于“救助费用”不包括被保险人或其代理人或其雇佣的其他人为了避免承保危险而提供具有救助性质的服务所支出的费用的古老做法并未作为一种例外情形被进行特别地考虑。⁽⁵²⁾ 英国海上保险实践在《1910年救助公约》和1989年《救助公约》之后已经有所调整。英国也有学者认为“雇佣服务”(Engaged service)符合《救助公约》下救助作业下的定义。⁽⁵³⁾ 考虑到其他国家也确实存在法律效果各异的“固定费用救助”机制,因此,《救助公约》用合同自由的方案统一各国分歧不失为务实之举。从海难救助的实践看,“无效果,无报酬”

(49) 《海商法》第262条。

(50) [2018] FCA 1326.

(51) See John Reeder, *Brice on maritime law of salvage*, 4th ed. London: Sweet and Maxwell, 2003, p. 105.

(52) 英国《1906年海上保险法》原文: Section 65: Salvage charges. (1) Subject to any express provision in the policy, salvage charges incurred in preventing a loss by perils insured against may be recovered as a loss by those perils. (2) “Salvage charges” means the charges recoverable under maritime law by a salvor independently of contract. They do not include the expenses of services in the nature of salvage rendered by the assured or his agents, or any person employed for hire by them, for the purpose of averting a peril insured against. Such expenses, where properly incurred, may be recovered as particular charges or as a general average loss, according to the circumstances under which they were incurred.

(53) John Reeder 所引述的关于“engaged services”是否可以得到救助报酬的案例基本是在1910年《国际救助公约》生效之前,没有1989年《救助公约》生效之后的案例。See John Reeder, *Brice on maritime law of salvage*, 4th ed., Sweet & Maxwell, 2003, pp. 117 - 120.

的救助也有针对具体的风险条件(Contingency basis)作出与《救助公约》和《海商法》不同约定的做法:尽管救助费用的支付条件为“无效果,无报酬”,但救助费用的评判标准与救助费用的分摊与支付主体做了特别的约定。从这个角度说,在《海商法》中将海难救助区分为“无效果,无报酬”和固定费用的救助并不具有很大的必要性。同时,即使作出此种区分,《海商法》其他章节的相关条款也很难排除对固定费用的救助的适用。尤其在国际上 LOF 格式签订救助合同呈下降趋势的情况下,将《海商法》调整的海难救助限定为“无效果,无报酬”为报酬支付条件的救助,会使实践中相当大比例的海难救助在适用其他章节的相关条款时产生疑问。而且,从国际立法例来看,并未发现有国家专门针对海难救助作此种区分。因此,“《海商法》设置了‘无效果,无报酬’的救助报酬支付机制”与“《海商法》仅调整‘无效果,无报酬’的救助作业”是两个根本不同的命题。

尽管《海商法》中的海难救助具有统一适用于各章的含义,但船舶优先权中海难救助款项的给付请求是否应排除固定费用的救助报酬(或限定为“无效果,无报酬”的救助报酬),或者给予特别的序位安排,不仅在《海商法》修改建议案起草过程中争议较大,围绕“加百利”案的争论中,已有学者建议应在具有政策保护性质的优先权担保项目中将雇佣救助费用予以排除,因为雇佣救助不符合《救助公约》和《海商法》所规定的主观要件——欲获得“无效果,无报酬”原则下的救助报酬,其从性质上判断不属于海难救助,仅属于一般的海上服务合同。⁽⁵⁴⁾ 本文所论述的“固定费用”的救助,虽然比上述“雇佣救助”更强调符合“救助作业”的基本特征,但由于其救助费用的确定属于自由约定的结果,如果双方当事人任何一方都不向法院或仲裁机构变更救助报酬的数额,第三方将缺乏有效的途径对不合理的救助费用提出质疑,这有可能损害其他船舶优先权担保的债权人的受偿利益。因此,固定费用的救助费用即使有必要列入政策性保护的范畴,其在船舶优先权担保的债权中应如何定位,也是《海商法》修改中被广泛关注的重点问题,值得进行专门研究。

四 结 论

《救助公约》下的救助法律体系给予救助合同当事方最大限度的订约自由,并在“救助合同”条款中规定了船舶所有人和船东的代理权以及对订约自由的限制,避免了固定费用救助对于公约的适用之争,同时也与国际海难救助、共同海损以及海上保险实践保持一致。我国加入《救助公约》的主要理由之一是《海商法》与《救助公约》的原则与内容基本一致,但对比分析二者的内容却存在诸多差异。《救助公约》以案件审理地为连接点确定适用范围,导致我国法院或仲裁庭管辖的海难救助案件中《救助公约》与《海商法》具有很大的适用冲突可能性。鉴于我国的诚信履约义务和《救助公约》的优先适用位阶,以及《救助公约》将较长时间保持现状,我国《海商法》关于海难救助章修改的最佳方案是,着

(54) 参见司玉琢、吴煦《雇佣救助的法律性质及法律适用》,《中国海商法研究》2016年第3期,第9-11页。

眼于《海商法》与《救助公约》制度架构的一致性,采用合同自由约定优先与强制规定为辅的总体结构,将救助报酬的支付条件和评定标准做任意性规定,仅在双方没有约定时适用。此外,基于固定费用救助的本质特征在于双方关于救助费用条件的意思自治,其同样受“海难救助”的约束,并区别于一般的海上服务,《海商法》的海难救助章无必要做“无效果,无报酬”救助和固定费用救助的细分。

[Abstract] In the case of M. V. “Archangelos Gabriel”, which was reviewed and heard before the Supreme People’s Court in 2016, the key issues are the conflict of law between International Convention on Salvage 1989 (hereinafter the “Salvage Convention”) and the Chinese Maritime Law and the question of whether the Chinese Maritime Law is applicable to a pre-fixed tariff rates salvage. The reasoning in the judgment and the subsequent discussion on the salvage regulations in Chinese Maritime Law provide a problem-solving orientation for the revision of the chapter on the salvage at sea in the Law. There are two reasons for China’s accession to the Salvage Convention: on one hand, the content of the Salvage Convention in general is conducive to the development of China’s salvage and rescue ability and to China’s participation in the competition in the international salvage market; on the other hand, the principles and content of the Salvage Convention are generally consistent with those of the Chinese Maritime Law. At present, conflicts exist between Chinese Maritime Law and Salvage Convention, in which case the Salvage Convention shall have the priority in application. Considering the presumption that the Salvage Convention will remain in force for a relatively long time in the foreseeable future, it is advisable that, in the revision of its Maritime Law, China should ensure the consistency of the law with the Salvage Convention. Since salvages conducted as per the parties’ agreement, such as pre-fixed tariff rates salvage, are not definitely denied as salvage by the Salvage Convention itself and such kind of salvage can meet the practical demands of salvage at sea, general average, and marine insurance, it is not wise for China to create such an independent category of salvage as pre-fixed tariff rates salvage in Chinese Maritime Law, while the meaning of salvage at sea should nonetheless be clarified therein.

(责任编辑:姚 佳)