

涉外海难救助的法律适用问题探讨

单娟

(山东科技大学文法学院, 山东 青岛 266590)

摘要:海难救助是人类发展海洋经济过程中重要的保障性因素。对于海难救助的性质应根据不同类型的救助行为分别予以界定,纯救助较符合无因管理的性质,“无效果无报酬”的救助和雇佣救助都符合合同救助的性质。对于不同的涉外海难救助行为也理应适用不同的法律适用原则来确定其准据法。目前我国立法未对涉外海难救助的法律适用专门规定,司法实践中也存在广泛争议,因此理应站在海洋对人类利益的高度、国家系列海洋战略的高度及鼓励海难救助的角度构建和完善相应立法。

关键词:涉外海难救助;定性;法律适用

中图分类号:DF961.9

文献标识码:A

文章编号:1008-7699(2018)03-0065-09

一、问题的提出

人类发展海洋经济过程中,不可避免的要遭受海上风险的威胁和遭受海洋恶劣环境的蹂躏,海洋的风险和威胁远比陆地显得代价高昂。因此,应对海上风险和海洋恶劣环境的海难救助是人类发展海洋经济过程中重要的保驾护航要素,海难救助制度也因此应运而生。早在公元前18世纪的《汉谟拉比法典》内就有关于海难救助责任、救助费用的规定。公元前3世纪的《罗得法》已经发展了一套确定救助报酬以及救助性质按固定比例分配报酬的制度。^[1]海难救助制度作为海商法所特有的一种古老的法律制度其目的在于鼓励人们对遇难的海上船舶、货物以及人命施以救助以避免海上抢掠,以期维护海上生产活动的安全,促进海洋经济的发展。^[2]不仅如此,因为现代海上贸易与海上运输的发展,超级油轮的出现,一旦发生海难事故,可能带来的油污泄露等会给海洋环境带来了严重的破坏,甚至可能影响海洋生态链^[3],给沿岸国乃至整个国际社会带来重大的经济损失。由此,涉外海难救助制度已成为现代海上贸易的重要保障。

我国《海商法》第九章对于海难救助进行了规定,但规定主要围绕“无效果无报酬”救助合同,对于海难救助的范畴及其法律属性尤其是雇佣救助的性质一直以来是困扰学界及司法实践的难题^①。对于救助行为的定性从实体法上将直接影响到救助报酬请求权、救助报酬的分配、救助费用是否具有船舶优先权的性质、能否从保险人处得到赔偿以及能否享受海事赔偿责任限制等一系列法律问题。^[4]与此同时,在涉

收稿日期:2017-11-17

作者简介:单娟(1982—),女,山东泰安人,山东科技大学文法学院讲师,吉林大学法学院博士研究生。

① 2016年由时任最高人民法院副院长贺荣法官审理的“加百利”轮案引起广泛的关注,涉案船舶“加百利”轮遭遇搁浅,船东委托南海救助局进行救助,双方约定:无论是否成功协助出浅,均按时间、人力付费等。船东随后另行雇轮,实施了过驳减载,拖欠获救,但南海救助局要求船东仍按约定支付救助报酬。双方对此发生争议,案件经过广州海事法院和广东高院两审后最终由最高院再审。该案经过两审由最高院再审,被列入2016年十大典型海事案例。本案的争议点分为事实和法律适用两个方面。前提性问题即南海救助局的救助行为应该如何定性?最终最高院将雇佣救助定性为合同救助。最高人民法院〔(2016)最高法民再61号〕,以下简称“加百利”案。

外民商事案件的解决中,法律关系的性质决定其法律适用,因此对于涉外海难救助行为定性不同也将导致法律适用不同,而我国《涉外民事关系法律适用法》及《海商法》均未对涉外海难救助的法律适用问题做出明确的规定。因此随着涉外海难救助案件逐年增加,对于不同类型的海难救助行为的定性,进而根据它们不同的性质确定应适用何种法律适用规则,并最终适用什么法律作为准据法进行规范和调整,无论从立法还是司法实践角度都具有重要的意义。

二、涉外海难救助的定性

由于人们认识事物和处理问题的立场、角度和方法不同,对同一个涉外案件的事实情况所包含的法律关系或法律问题难免会做出不同的定性,归入不同的类别。^[5]人与人之间有这种认识上的差异,国与国之间在关于冲突规则的连接对象的认识方面出现分歧也是势在必然。在国际私法上,识别^①(qualification),又称定性(characterization)或分类(classification),是选择和适用正确、合宜的冲突规则的第一步,也是确定涉外民商事法律关系的准据法的必要前奏,甚至可以说是解决法律冲突的起点。^②识别的第一步就是给具体的实体问题贴上一个标签,相同的问题识别归入不同的法律类别也将直接导致法律适用的不同。关于海难救助的概念、形式、性质等问题,国际社会和各国法律规定的内容不一。因此准确识别海难救助对法律适用具有重要的意义。

(一)海难救助概念的界定

对于海难救助的概念,英国的 Stowell 勋爵曾说“在任何书上都找不到一个确切的定义”。^③目前对于海难救助从整体上看有广义和狭义之分。广义的海难救助包括对物的救助也包括对人的救助;狭义的海难救助仅指对物的救助。关于对人的救助,人命救助是尊重人权的重要体现,是人类高尚的道德情操,是实行人道主义的行为,而非经营行为。^[6]因此海难救助一般仅指对物的救助。即使包含对人命救助的规定也往往限于在救助物的同时救助人命,人命救助才能有权分享合理报酬。^④

《1910年统一有关海上救助的若干法律规制的国际公约》^⑤(以下简称“《1910年救助公约》”)第1条规定:“海难救助是对处于危险中的海船、海上财产和货物运费的援助和救助,以及海船和内河船相互之间提供的相同性质的服务,并且不论在何种水域提供此种服务。”在《1989年国际海难救助公约》(以下简称“《1989年救助公约》”)中,海难救助的标的被扩大,指在可航水域或其他任何水域中援救处于危险中的船舶或任何其他财产的行为。《日本商法》第800条规定:“在船舶或载货的全部或一部遇到海难时,无义务而实行救助者,可以就救助效果请求相当的救助费。”我国《海商法》第171条规定:“本章规定适用于在海上或者与海相通的可航水域,对遇险的船舶和其他财产进行的救助。”由此可见我国《海商法》规定的海难救助是狭义的对物救助,将海难救助界定为对物的救助也符合目前实际和对于海难救助立法的本意。

① 学理上通常使用识别一词,我国《涉外民事关系法律适用法》将识别称为“定性”,该法第8条规定:“涉外民事关系的定性,适用法院地法律”。

② 转引自陈卫佐:《比较国际私法》,法律出版社2012版,第167页。

③ Stowell. *The Governor Raffles* [1818]2Dods. 14. at p. 17.

④ 英国《商船运送条例》第544条规定:“救人应有请求报酬之权利”。瑞典《海商法》第16章海难救助第1条规定:“任何救助或协助救助沉船或遇险船舶、船载货物或任何其他从属于此种船舶或货物的财产的人,具有获得救助报酬。在导致救助产生危险中,营救或协助营救任何人员的任何人员,有权获得一定份额的报酬”

⑤ 该公约于1910年9月23日在布鲁塞尔签署,1913年3月1日正式生效

⑥ 该公约于1989年4月28日在伦敦通过,1996年7月14日正式生效(根据公约第19条第1款规定,在第15个缔约国加入公约1年后生效)。我国是该公约的缔约国,并于1993年12月29日经八届人大第五次会议批准正式加入,同时对公约第30条第1款的(a)(b)(d)三项作出了保留。

(二)海难救助性质的定性

从实践中的具体做法看,对海难救助的形式或分类也存在一定的分歧。狭义的观点认为海难救助包括纯救助和合同救助^①;广义的观点主张海难救助包含纯救助、合同救助、法定救助^②和强制救助^③^[7]。由此对于不同类型的救助行为其法律性质也存在不同的定性。对于义务救助和强制救助一般认为是法律强制性的规定,不属于私法范畴^[8],因此该类法律关系也不存在法律适用的问题。但笔者认为对于义务救助和强制救助实际上也可能产生损害赔偿责任和救助报酬请求权,海商法理应对该行为进行相应的调整,进而也就在涉外义务救助和涉外强制救助中产生法律适用的问题。但考虑到目前两类救助行为中产生的民事法律关系较为少见,本文暂不对该两类行为的性质和法律适用问题进行讨论。

1. 纯救助

纯救助是海难救助最初的形式,是在海难发生后救助者往往未经请求就实施救助行为,救助双方未签订任何协议,救助成功获得报酬,不成功无报酬。由于无合同存在往往容易引发争议,因此已经很少使用。但如果被救助船上已无人或者救助者上前救助而被救助船未明确表示拒绝时仍属于纯救助行为。

对于纯救助行为的法律性质,有三种观点:一种认为是不当得利行为,该观点认为救助者在没有法定或约定的救助义务时使用自己的力量和费用,使被救助者获利,被救助者构成不当得利。^[9]反对者认为不当得利之利益应返还,而在海难救助中救助报酬与获救价值并不对等;同时海难救助的设立目的是鼓励海难救助行为与不当得利的目的截然不同。另一种认为是无因管理行为,该观点认为救助者无法定和约定义务,为被救助者管理照料财产上的紧急事务,被救助者由此而支付必要的费用,符合无因管理的构成。^{[7]204}反对者认为无因管理是管理人在被管理人不在场的情况下独自为被管理人管理实务,而海难救助是救助者与被救助者合作进行的行为;而且无因管理之债权范围与海难救助的报酬请求权范围所依据的标准和根据也并不一致。还有观点认为是一种“准合同”^{[10]377},当事人之间虽未达成合同关系,但当事人之间有意思表示的一致,不能认为是默示合同但可以认为是特殊的准合同形式。本文认为对于纯救助行为,无论是认为是不当得利之债还是无因管理之债,其债务原因都是法律规定的。大陆法系(特别是日本)甚至认为海商法是针对纯救助制定的。^④整体上看,虽然传统的民商法无因管理之债是基于补偿不得请求报酬,而纯救助行为之债取得报酬请求权,但从无因管理的构成而言其符合无因管理的基本特征;同时随着现代法律制度的不断发展,对于无因管理人能否行使报酬请求权多数国家在法律上也未作明文规定,我国学界也有不少观点认为从无因管理制度设置的立法目的而言,管理人无权提出报酬请求权但若法律另有规定的情况除外。因此可以认为是特殊的无因管理行为。

2. “无效果无报酬”的合同救助

“无效果无报酬”的合同救助是指目前海难救助最典型的一种形式,发生海难后救助双方签订救助合同,但因为海难的危机性,救助方和被救助方一方面无法就救助事项开展细致的协商,另一方面为避免

① 对于雇佣救助是否是合同救助的一类理论上又存在两种观点,一种认为合同救助仅指“无效果无报酬”的合同救助,而对于雇佣救助则认为是海难救助的类型,而仅是海上服务合同的一种。

② 是一种职务行为,常见于船员雇佣合同中约定船员对本船的救助义务条款和船舶碰撞后的互相救助,相关国际条约和国内立法一般都规定义务救助者不能请求报酬。但在船员违反法定义务及船舶碰撞后一方违反互助义务的情况下则会产生损害赔偿的问题。对于船舶碰撞后互相救助基本原则是不得请求报酬,原因主要是一方面人道主义要求,另一方面如若可以请求报酬,无疑给某些人故意制造碰撞创造条件。但如若一方船舶违反海难救助义务,一般通说认为应使用事实发生地法或船籍国法为据法。对于其他船舶是否对遇难船舶有救助义务,观点不一。

③ 是指政府主管机关根据相关法律或规定实施的救助行为。对于国家主管机关对财产进行的海难救助是否有权获得救助报酬的问题,各国国内法对此规定并不一致,有三种做法:完全肯定国家行政机关有此种权利与补偿;有条件的肯定国家行政机关有此种权利与补偿;否定国家行政机关有此种权利与补偿。

④ 英美法系认为,海商法不仅适用于纯救助而且也包括合同救助,我国《海商法》没有区分,一般我国学者认为《海商法》第九章适用于纯救助和合同救助。

“乘人之危”显失公平合同的缔结,双方在救助结束后根据救助效果来确定救助报酬的一种方式。^[11]因其特殊性,在实践中产生了一些标准合同如英国的“劳氏救助标准合同”(Lloyd's Open Form)、中国海事仲裁委员会的救助合同标准格式(CMAC1994)。^[12]

对于该类救助行为因为基于合同的约定,故对其性质一般界定为合同。只有极少数观点认为绝大多数的救助合同是由船长与救助者签订的,并不能代表货主的一致,救助人与货主之间不受船长所签订合同的约束^{[2]27}。另外,还有一种新的观点认为海难救助属于特殊事件,是特殊行为不能用传统的民法来解释其法律性质,只能说海难救助的性质即海难救助是海事法中的特殊行为。^[2]

3. 雇佣合同救助

雇佣合同救助又被称为实际费用救助,是指救助人与被救助人在救助前或者救助过程中通过订立雇佣合同,约定由救助者救助处于危险中的船舶及其他财产,并根据救助者实际支出的相关费用和所花的时间来计算救助报酬。^[13]救助方只要按合同约定从事一定海难救助作业,即可获得报酬,而不论救助有无效果。

对于雇佣合同救助的性质有两种不同的主张,一种观点认为是海难救助中合同救助的一种特殊形态,另一种观点则认为其不是海难救助而是海上服务合同。^[14]笔者认为,雇佣救助行为是一种不同于传统“无效果无报酬”救助合同的海难救助合同。第一,主张雇佣救助不是海难救助的主要观点认为海难救助应该由四要素组成即救助标的为法律所认可、救助标的处于海上危险之中、救助者没有救助义务、救助取得有益的效果。该观点主张海难救助合同的核心是“无效果无报酬”原则^①,而雇佣救助不实行这一原则。但《1989年救助公约》第12条第1款和第2款同时规定“有效果的救助作业方有权获得报酬。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”^②。因为《1989年救助公约》为任意性规范,对于“另有规定”应该如何理解是各国条约解释面临的问题,但也意味着条约并不禁止其他另行规定。^[15]我国《海商法》179条规定:“救助方对遇险的船舶和其他财产的救助,取得效果的,有权获得救助报酬;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。”该条不应认为是确定我国海商法以“无效果无报酬”作为海难救助合同的基本原则,上述条款只是对“无效果无报酬”海难救助合同的具体规定,条款中明确说明三种情形下即使未取得效果也可能取得报酬,因此“无效果无报酬”救助合同只是海难救助合同的一种类型,不能因此而否定其他海难救助合同的形式。第二,对于雇佣救助不是海难救助合同,有学者主张我国《海商法》第九章主要是围绕救助报酬的,第180条将海难救助报酬确定予以法定化,也就意味着合同约定报酬的形式不是《海商法》第九章所表述的海难救助的形式。对于该主张,笔者认为是对第180条立法目的的误解,第180条将救助报酬法定化的前提是针对第179条的“无效果无报酬”救助合同情形下减少因未约定而引起的不确定性,同时既鼓励救助行为也对被救助方利益予以保护的一种平衡做法。^③不能简单的认为合同约定报酬未体现第九章的多数条款对救助报酬的规定而认为不是海难救助。第三,《1989年救助公约》中将救助作业定义为在可航水域或其他水域中援救处于危险中的船舶或任何其他财产的行为或活动。^④我国《海商法》虽未对救助作业确立定义,但规定了海难救助制度适用的范围即“适用于海上或者与海相通的可航水域,对遇险的船舶和其他财产进行的救助”。^⑤由此可以公约及《海商法》中对海难救助的构成要件只包含了救助活

① 该观点主张从古至今海难救助一直是遵循“无效果无报酬”的基本原则,形成了特殊的区别于任何其他救助形式的海难救助法律制度,并且“海难救助”一词已成为海商法中具有特定含义的专用术语。

② 瑞典和挪威的法律则规定,在对遇险船舶或遇险船舶或船上货物或对附属于该船舶的财产或货物进行了施救或协助的任何人,均有权取得救助报酬。

③ 海难救助本身源于实践,理应以平衡和效益为基本宗旨。

④ 参见《1989年救助公约》第1条(a)项。

⑤ 参见《海商法》第171条。

动须发生于海上或与海相通的水域、被救财产处于危险中、救助的标的是船舶或其他财产三种含义,也就意味着允许救助方和被救助方自行约定救助报酬的确定方式。^[4]¹⁴最后,随着现代海上交通海洋经济的发展,海难事故的频发,“无效果无报酬”已经不利于海难事故的救助,不能固守在传统的理论中,《1989年救助公约》确定的宗旨即鼓励对处于危险中的船舶和其他财产以及对环境安全构成威胁的事件进行有效的救助。实践中劳氏救助合同和我国海事仲裁委员会的救助合同都增加了“特别补偿条款”。在英美法下,合同救助大多从性质上按照海难救助合同予以对待,而不论有无效果。比如在1898年美国The Elfrida案中,Brown法官将海难救助分为三类:无效果无报酬的自愿救助、无效果无报酬的合同救助、任何情况下都要支付一定金额或费率的合同救助。在“加百利”案中我国法院也确定雇佣救助合同是海难救助合同。因此无论是从理论上还是现实实践,将雇佣救助合同认定为海难救助合同都符合现代海事立法和司法的应有之义。

三、涉外海难救助的法律适用原则的确定

国际海洋经济及海运几十年来一直处于不断发展中,虽然《1910年救助公约》《1989年救助公约》等国际公约在海难救助领域发挥主要的作用,但并不是所有的国家都是公约缔约国,缔约国也往往在一定范围内予以保留,公约也并未涵盖所有现实问题;同时各国法律对于海难救助的规定诸如概念、范围、类型、救助报酬请求确定分配等问题上不尽相同,因此关于涉外海难救助的法律适用问题即准据法如何选择是一个各国理论、立法和司法上重要的问题。学理上可以归纳为法院地法原则、领水国法原则、船籍国法原则、事实发生地法原则、意思自治原则、最密切联系原则等。正如前文分析,海难救助存在不同种类的划分,不同类型的海难救助行为又可以定性为不同的法律行为,因此在分析海难救助的法律适用原则确定(准据法的确定)上就应该根据法律性质的不同分别确定法律适用原则。

(一) 纯救助行为的法律适用原则

纯救助行为是在救助双方没有合同的前提下,其权利义务往往是因法律规定而产生的,正如前文所述对其性质确定也并不一致,各国在对其准据法的确定上存在较大的差异,往往根据不同的水域划分不同的法律适用原则。

1. 领域(水)内的法律适用原则

对于发生在领域内的纯救助应采用何种原则、适用何国法律为其准据法,一般有三类主张即:法院地法、事实发生地法、船籍国法。^[16]法院地法原则主张,以受理案件的法院地法为准据法。理论上而言,法院地法相较于事实发生地法和船籍国法而言,事实发生地法若在公海和领土有争议的海域就无法解决;船籍国法存在着不同国籍船舶不同的国籍法及大量方便旗的问题。法院地法则具有统一确定性,而且为法院所最为熟悉适用也最为便捷。因此不少的学者主张此观点。^①但是适用法院地法原则导致原告任意选择最有利于自己的法院这一重大缺陷也为诟病。事实发生地法原则主张以事实发生地法为准据法,认为可以维护当地的公共利益。但理论根据因对纯救助法律性质认识不同又有所区别。依据无因管理和不当得利的观点,各国在处理不当得利和无因管理之债时一般以事实发生地法。^[17]如德国《海商法》第133条在领水内由于救助而产生的任何关系受领水国法律的制约。在日本非合同救助在性质上属准无因管理,根据《日本法律适用通则》以事实发生领水所属国的法律作为准据法,但允许当事人通过意思自治协议变更。船旗国法是以船舶所悬挂国旗所属国家的法律来作为某种海事关系法律适用的原则。船旗至今在法律适用中仍然是海事关系法律适用中最重要的适用原则。^[18]该观点认为海难救助不论被救助船

① Valery, Manual de Droit International Prive No. 970; Nussbaum, Deutsches Internationales pricatrecht S. 296.

与救助船的国籍如何应适用船旗国法为准据法。理论上公海上的海难救助以船旗国法为较为一致的做法,因此船旗国法可以保证海难救助无论在公海还是领水内都法律适用一致;同时适用船旗国法直接以救助者与被救助者之关系为问题解决符合海商法的立法目的。^[19]如捷克规定,无论在公海还是领海或内水进行的救助,都适用从事救助行为的船旗国法。但究竟适用救助船的船旗国法还是被救助船的船旗国法,尤其是两船船籍不同且法律规定不一致时,争议较大。

2. 公海上的法律适用原则

海难救助在公海上发生者,救助船与被救助船如同一国籍,则应适用船舶共同国籍国法,理论上基本上并无争论。但如果双方属于不同船籍国,应以何国法律为准据法,理论上存在一定的分歧,主要观点有法院地法和船籍国法。法院地法的主张与领水内的法院地法的主张一致以确定、便捷和公共利益为考量。船籍国法因救助船与被救助船的国籍不同,存在着被救助船船籍国法、救助船船籍国法和重叠适用救助船船籍国法三种不同的主张。主张适用被救助船船籍国,主要基于海商法理论上往往主张船舶是领土主权的延伸,被救助船舶近负担其本国法上所负的义务,而且在报酬的责任承担上以船籍国法更便捷。主张救助船船籍国法,主要是从鼓励救助的观点,救助船没有去了解被救助方国籍法的可能及义务,救助行为理应得到其本国法的认可。如阿根廷《航海法》第606条规定如果海难救助作业发生在公海,适用提供救助服务的船舶的船籍国法。重叠适用救助船船籍国法主要观点即对于海难救助的成立和报酬请求权的范围确立是最为公平的,但实践中如何操作存在难度。

(二) 合同救助的法律适用原则

正如前文所述,本文主张合同救助包含“无效果无报酬”救助合同和雇佣救助合同,二者本身都属于合同的范畴。意思自治原则是各国在合同法律适用原则上首要基本原则。但当当事人没有选择法律时合同法律适用的原则各国并不一致。^①

1. 当事人意思自治原则

当事人意思自治原则在合同领域得到最广泛的承认与运用,几乎是所有国家规定合同准据法的首要原则,是作为私法自治最重要的内容之一的契约自由原则在国际私法领域的反映。在法律选择时间上,签订合同时选择是各国普遍认可的,有的国家准许事后选择。也就意味着在签订救助合同时可以约定适用的准据法,如未约定可在救助行为发生后或结束后选择适用的准据法。在适用地域上各国法律也往往并不区分领域内外,对于明示的法律选择各国毫无例外的予以认可,但对于是否准许默示的法律选择各国的理论和司法实践并不一致。如日本学者认为不论救助合同的订立是在领域内或公海上,当事人可以明示或默示选择的准据法,默示选择应就救助合同全部内容来合理判断。^{[10]389}当然当事人的选择理应受到各国强制性规范、公共秩序保留等因素的限制。在“加百利”案中法院认为各方当事人在诉讼中一致选择适用我国法律,故根据《涉外民事关系法律适用法》第3条的规定适用我国法律审理此案。

2. 当事人没有选择法律时的法律适用原则

在当事人没有选择法律时,各国没有统一的做法。主要的法律适用原则有:最密切联系原则、双方共同船籍国法原则、救助船舶船籍国法原则或被救助船船籍国法原则、救助人或被救助人主营业地法原则、领海国法原则等。^[20]如德国《海商法》规定,当事人有自由选择适用法律的权利。在没有法律协议选择时,如果救助地点位于领海或内水,则适用该领海或内水所属国法律。如果救助地点位于公海,则适用被救助船舶的船旗国法。当救助双方具有统一住所或国籍时,适用他们共同的住所地法或国籍法。对于上

① 对同一合同的各个方面的法律适用上存在着同一论与分割论的分歧,同一论主张合同应适用同一法律加以调整;分割论主张对合同的不同问题分别适用不同性质的合同。作为合同的一类海难救助合同无疑也存在着这个问题的考量,但目前各国和学界对此极少论及,一般还是参照一般合同的法律适用处理。

述原则在纯救助中有所论及,基本观点与主张是类似的,在此不做重复。最密切联系原则应以同涉外民事法律关系有着最密切的联系为根据来确定该法律关系的准据法,最早被适用于侵权领域,现今在合同领域为越来越多的国家所采纳。运用最密切联系原则的关键是确定“最密切联系地”,目前在立法和司法实践中大都采用“特征履行方法”来确定最密切联系地。特征履行方法在合同法律适用的原则上一般是指以承担特征履行义务的一方当事人的属人法作为合同准据法。在双务合同中以交付物品、提供劳务等的非金钱履行为特征履行,因为它们体现了该合同的特征。^[21]在海难救助合同中,最密切联系原则也被广泛应用,如美国、希腊、秘鲁、瑞士等国的法律都确认了在没有合同约定时,适用最密切联系地法律的原则。

四、完善我国海难救助法律适用的立法理念和建议

目前《涉外民事关系法律适用法》和《海商法》对海难救助的法律适用问题都没有明文的规定。在司法实践中,海难救助的法律适用问题也是一个较为复杂的问题。对此,本文认为应首先在确定涉外海难救助的法律适用的立法理念的基础上完善相关法律适用制度。

(一)完善我国涉外海难救助法律适用的立法理念

首先应从海洋对人类的重要性的高度来构建。从人类的诞生和发展历史看,人类的产生、繁衍和发展离不开水和海洋,从生命演化论的角度来看,虽然各派学者对生命起源的主张不同,但海洋是地球生命的母亲仍是主流看法。21世纪是海洋的世纪,世界的未来在海洋也已成为本世纪各国的共识。“人类命运共同体”是近年来中国政府反复强调的关于人类社会的新理念。“人类命运共同体”是在追求本国利益时兼顾他国合理关切,在谋求本国发展中促进各国共同发展。^[22]其核心乃是倡导人类共同发展,利益共享。^[23]人类在利用海洋,发展海洋经济的过程中,海难事故可能会带来的财产损失、人命事故及海洋污染,因此在构建涉外海难救助的法律适用制度时,理应站在人类命运共同体的高度保护人类的财产生命,保护海洋环境。

其次应从服务“一带一路”建设和“海洋强国”战略的高度去规划。随着这一系列战略的推进,我国对外开放和实施大规模“走出去”的力度将越来越大,我国对外贸易的90%靠海上运输完成。我国是世界上的航运大国,海运需求第一大国,船队规模位居世界前三,拥有一批大型海运和港口企业,拥有全球三分之一的船员。海洋的风险要远远大于陆地,海难救助是维护海洋运输安全的重要保障,因此在涉外海难救助的法律适用制度上也应站在国家战略的高度去规划。完善的涉外海事法律适用制度也对我国构建国际海事司法审判中心具有积极的意义。

再者应从鼓励海难救助的角度去考量。如前所述,鼓励海上救助、维护航行自由与通道安全符合中国的战略利益。《1989年救助公约》在序言中即明确“相信有必要确保对处于危险中的船舶和其他财产进行救助作业的人员能得到足够的鼓励”;第13条再次强调“确定报酬应从鼓励救助作业出发”。我国《海商法》在鼓励救助方面与公约并无二致。在建设国际海事司法中心的背景下,相应的涉外海事法律适用规则也理应在借鉴国际通行作法的同时,吸收中国的司法经验,形成能被国际航运界普遍接受的“中国经验”“中国规则”。^[24]

(二)完善我国海难救助法律适用的建议

目前我国司法实践中法院或仲裁通常的做法是对于合同救助因为《海商法》之于《涉外民事关系法律适用法》具有特别法的地位,因此适用关于合同救助的法律规定即《海商法》第269条:合同当事人可以选择合同适用的法律,法律另有规定的除外。合同当事人没有选择的,适用与合同有最密切联系的国家的

法律。^①但是,我国《海商法》第269条的规定过于简单,对于纯救助的法律适用原则应是什么?当事人意思自治原则可否适用于纯救助行为?救助双方具有共同国籍或住所地等情况时可否优先适用其共同本国法?发生在公海上的不同国籍间的救助如何解决?我国做为《1989年救助公约》的缔约国,公约规定在缔约国提起的诉讼或仲裁应适用该公约,如何确定该公约与当事人自主选择法律的关系等等一系列问题需要解决。对此,国内学界的观点并不一致,^②司法实践中做法也不一。^[25]因海难救助在海商法中的重要地位,在我国相关立法上针对海难救助法律关系制定专门的法律适用规则极为必要,而且不同的根据对于海难救助不同类型的不同定性,其法律适用规则也不应一概而论,而应针对不同的类型分别制定不同的法律适用规则。

本文认为在纯救助中,对于双方船舶所有人同属于某一救助公约的缔约国所有时,应优先适用该救助公约的规定。除此之外,对于发生在一国领域内的纯救助,应适用领域所属国法律;当双方船舶所有人具有相同国籍或共同惯常居所地时,应适用共同本国法或共同经常居所地法;当双方船舶所有人不具有相同国籍应适用救助方的本国法。对于发生在公海上的救助,当双方船舶所有人具有共同国籍或共同惯常居所地时,应适用共同本国法或共同惯常居所地法;当双方船舶所有人不具有相同国籍应适用救助方的本国法。这种制度设计主要围绕船舶所有人来构建法律适用原则,船舶所有人概念的引入有利于避免日益增加的“方便旗”现象。共同国籍和共同惯常居所地是属人法的体现,船旗国法在海事法中的重要地位无需阐释,惯常居所地是住所地法原则发展的产物,现为两大法系不同程度地接受并呈扩大适用之势是与其自身具有的特点、功能分不开的,我国在《涉外民事关系法律适用法》中大量采用惯常居所地作为连接点符合当代国际私法的立法精神,因此在海难救助法律适用中引入惯常居所地作为连接点也是发展的必然。救助方本国法是作为救助方所熟悉的法律,在海难救助中因情况紧急,救助方不可能也没有时间去了解被救助方国的法律,因此救助方本国法作为准据法更符合鼓励海难救助的立法精神。

对于合同救助行为,首先应适用意思自治原则。《1989年救助公约》第6条第1款明确规定:“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”。由此可见,虽然我们是公约的缔约国,但公约不禁止当事人明示或默示的约定。^[26]我国《海商法》第269条规定:“合同当事人可以选择合同适用的法律,法律另有规定的除外。合同当事人没有选择的,适用与合同有最密切联系的国家的法律”。因此目前无论是“无效果无报酬”合同还是雇佣救助合同,在当事人没有合同约定的情况下,我国法院或仲裁庭应在公约管辖范围内适用公约有关规定。公约没有规定的,应适用与合同有最密切联系的国家的法律。最密切联系原则赋予了法官较大的自由裁量权,但是在确定最密切联系地时应考虑哪些连接因素是实践中较难以把握的问题。《涉外民事关系法律适用法》第41条规定:“当事人可以协议选择合同适用的法律。当事人没有选择的,适用履行义务最能体现该合同特征的一方当事人经常居所地法律或者其他与该合同有最密切联系的国家的法律。”特征性履行方法引入涉外民商事关系中,因此在涉海外海难救助合同的法律适用中引入特征性履行方法作为最密切联系原则的判定标准是对法官自由裁量的合理限制,在一定程度上可以实现了形式主义与实质主义的平衡。

五、结语

综上所述,《海商法》自1993年实施至今未作任何修改,航运实践已经发生了许多新变化,国际国内

① 较为典型的代表性案例即“菊石轮案”,http://www.pkulaw.cn/case/pfml_1970324837850648.html?match=Exact,2017年10月22日访问。

② 在2000年《国际私法(示范法)》和2002年《民法(草案)》中对海难救助的法律适用的基本观点:除当事人另有约定外,在一国领海、内水内发生的海难救助,应适用救助作业地法;在公海上发生的海难救助,适用救助船舶的船旗国法;国籍相同的船舶之间发生的海难救助,适用共同的船旗国法。在2010年中国国际私法学会《涉外民事关系法律适用建议稿》中也有基本同前所述的观点。

立法环境有了很大的发展,《海商法》自身也显现出诸多不足与缺陷已不能适应中国海运和经贸事业发展的要求,尽快启动《海商法》的修改工作也是我们推进国际海事司法中心建设、保障海洋强国战略和“一带一路”战略有效实施的重要举措。^[27]因此《海商法》的修改工作也已是理论界、实务界、司法界的共识,体现在海难救助问题上,《海商法》未规定相应的法律适用规则,为涉外海难救助准据法的指引带来了诸多挑战。与此同时探究涉外海难救助的法律适用,需要在明确海难救助的概念及具体类型的进行定性后,再分析其法律适用问题。而《海商法》海难救助仅界定为对物的救助,其基本形式主要包括纯救助、合同救助。同时合同救助不仅应包含第九章中的“无效果无报酬”的合同救助也理应包括雇佣合同救助。在涉外海难救助的法律适用上,针对纯救助与合同救助的不同性质,各国立法和司法实践存在较大的差异。随着海洋经济的不断发展,涉外海事案件逐年增加,海难救助关系不断发展变化,立法的空白使得法院在裁判过程中无法可依,弱化了海事司法的公正性与公信力。我们理应站在海洋对人类利益的高度、国家系列海洋战略的高度及鼓励海难救助的角度构建和完善相应立法。

参考文献:

- [1]威廉泰特雷. 国际海商法[M]. 张永坚,等译. 北京:法律出版社,2005:266.
- [2]刘刚仿. 海难救助法初论[M]. 北京:对外经贸大学出版社,2014:1-28.
- [3]BINNEY B F. Protecting the environment with salvage law: risks, rewards, and the 1989 salvage convention[J]. Washington Law Review, 1990(7):67.
- [4]TETLEY W. Maritime liens and claims [M]. Montreal:International Shipping Publication, 1989:56.
- [5]陈卫佐. 比较国际私法[M]. 北京:法律出版社,2012:170.
- [6]PARENT J. No duty to save lives, no reward for rescue: is that truly the current state of international salvage law?[R]. 2006 Annual Survey of International & Comparative Law, 2006(1):22.
- [7]胡正良. 海事法[M]. 北京:北京大学出版社,2012:306.
- [8]禹华英. 海难救助的性质与法律适用[J]. 西南政法大学学报, 2010(4):51.
- [9]金涛. 海商法[M]. 北京:人民法院出版社,1999:203-204.
- [10]山户嘉一. 海商国际私法论[M]. 东京:有斐阁,1943.
- [11]李天生,徐娟. “无效果无报酬”的法律本质[J]. 大连海事大学学报(社会科学版), 2016(5):1.
- [12]傅廷中. 雇佣救助合同的性质及其法律适用[J]. 中国海商法研究, 2016(3):13.
- [13]傅志军. 雇佣救助——海难救助的新形式[J]. 珠江水运, 2007(6):33-35.
- [14]司玉琢. 雇佣救助的法律属性及法律适用[J]. 中国海商法研究, 2016(3):7.
- [15]DAVIES M. Whatever happened to the salvage convention 1989?[J]. Journal of Maritime Law and Commerce, 2008(8):32.
- [16]ROSE F. Kennedy & Rose: law of salvage[M]. London: Sweet & Maxwell, 2002:578.
- [17]REEDER J. Brice on maritime law of salvage[M]. London: Sweet & Maxwell, 2012: 118.
- [18]威廉泰特雷. 国际冲突法-普通法、大陆法及海事法[M]. 刘兴莉,译. 北京:法律出版社,2003:117.
- [19]侯军. 当代海事法律适用法[M]. 上海:世界图书出版公司,1998:507.
- [20]BRICE G. Maritime law of salvage[M]. London: Sweet and Maxwell, 1993:369.
- [21]李浩培. 李浩培文选-合同准据法的历史发展[M]. 北京:法律出版社,2000:210.
- [22]新华网. 中共首提“人类命运共同体” 倡导和平发展共同发展[EB/OL]. (2012-11-10)[2017-10-11]. [http://cpc. people. com. cn/18/n/2012/1111/c350825-19539441. html](http://cpc.people.com.cn/18/n/2012/1111/c350825-19539441.html).
- [23]张耀. “人类命运共同体”与中国新型“海洋观”[J]. 山东工商学院学报, 2016(5):92.
- [24]张广文. “加百利”轮海难救助合同纠纷再案评析[J]. 法律适用, 2016(8):45.
- [25]屈广清. 涉外海事关系法律适用法立法研究[M]. 北京:人民出版社,2016:798-800.
- [26]韩立新. 海事国际私法[M]. 大连:大连海事大学出版社,2016:192.
- [27]胡正良,孙思琪. 我国《海商法》修改的基本问题与要点建议[J]. 国际法研究, 2017(4):53-55.