

海上拖航合同“互撞免赔条款”的效力认定

文/徐春龙 周田甜^①

摘 要我国《海商法》是民法的特别法，在调整海商事权利义务关系时，应优先适用《海商法》的相关规定。《海商法》第7章第162条确立了海上拖航损害赔偿合同约定优先原则，为海上拖航领域国际标准合同中常见的“互撞免赔条款”（Knock for Knock）的适用提供了空间。但是，《海商法》不存在对该条款效力的评价规则。对于该条款的效力，应适用一般民事法律规则予以评价。在评价该条款的效力时，宜充分尊重海上拖航领域的行业惯常操作实践，为该条款的适用预留空间。

关键词 海商法 海上拖航合同 互撞免赔条款 效力认定效力评价规则

一、案例分析样本

（一）基本案情

2016年10月15日，C公司与B救助局签订拖航协议，约定由B救助局提供“南海救115”轮将C公司所属的“泰鑫1”轮从海南大洲岛海域拖带至湛江大黄江防台锚地躲避台风“莎莉嘉”。其中第4条为责任与免责约定。该条第（3）款约定，不论是否由于C公司、其工作人员或代理人、船长、船员的疏忽或任何过失而发生以下情况，均由B救助局单独承担责任，并对C公司、其工作人员或代理人、船长、船员无追索权：（a）无论任何原因造成的拖轮或拖轮上任何财物的灭失和损坏。（b）由于与拖轮接触或由于拖轮形成的障碍对他人财产造成的灭失和损害。（c）拖轮残骸清除、移位、照明或设标的费用以及清除拖轮造成污染的一切责任。该条第（4）款约定，不论是否由于B救助局、其工作人员或代理人、船长、船员的疏忽或任何过失而发生以下情况，均由第三人单独承担责任，并对B救助局、其工作人员或代理人、船长、船员无追索权：（a）无论任何原因造成的被拖物或被拖物上任何财物的灭失和损坏。（b）由于与被拖物接触或由于被拖物形成的障碍对他人财产造成的灭失和损害。（c）被拖

^①徐春龙，广州海事法院珠海法庭庭长；周田甜，广州海事法院海事庭四级高级法官。

物残骸清除、移位、照明或设标的费用以及清除被拖物造成污染的一切责任。当日，“南海救 115”轮正式起拖“泰鑫 1”轮前往湛江港。拖带过程中因恶劣的气象、海况影响，主拖缆两次发生崩断，后经多次尝试接拖均不成功，“泰鑫 1”轮漂移至硃洲岛附近礁石搁置，2 个月后成功脱浅，造成“泰鑫 1”轮船底多舱破损进水，机器浸水损坏。C 公司曾于 2016 年 9 月 22 日向 A 保险公司投保“泰鑫 1”轮船船舶保险一切险。C 公司就本次事故向 A 保险公司要求理赔，A 保险公司于 2017 年 9 月至 12 月共向 C 公司支付 3500 万元保险赔款，依法取得代位求偿权后提起诉讼，请求 B 救助局向其支付 3500 万元及其利息。

（二）裁判理由概述

本案争议焦点为：B 救助局能否依据其与 C 公司订立的海上拖航协议第 4 条约定的“互撞免赔条款”免除其过失赔偿责任。

广州海事法院一审认为：涉案海上拖航协议的免责条款并非格式条款。根据《海商法》海上拖航合同一章的规定，拖航合同当事人可通过约定免除民事赔偿责任。虽然 B 救助局违反了适拖的法定义务，但该义务可通过合同约定有效的免赔予以免除。因此，“泰鑫 1”轮的损失按约定应由 C 公司单独承担，B 救助局不应承担。遂判决驳回 A 保险公司的诉讼请求。

A 保险公司不服一审判决，提起上诉。广东省高级人民法院二审认为：涉案拖航协议第 4 条第（4）款是否合法有效，应结合第 4 条的全部条款予以理解认定。第 4 条第（1）款及第（4）款约定 B 救助局负责自身船舶人员伤亡的赔偿责任及对“泰鑫 1”轮的损失不负赔偿责任。第 4 条第（2）款及第（3）款则约定 C 公司负责自身船舶人员伤亡的赔偿责任及对“南海救 115”轮的损失不负赔偿责任。从上述第 4 条约定的全部内容来看，B 救助局与 C 公司各自负责自己船上人员伤亡的赔偿责任，并免除对方对于自己船舶损失的赔偿责任。第 4 条约定的 B 救助局与 C 公司权利义务是相互对等，不存在加重对方责任的情形。且从第 4 条第（4）款约定的表述来看，B 救助局被免除的是因“疏忽或任何过失”造成“泰鑫 1”轮的损失，而没有免除 B 救助局故意或重大过失的赔偿责任。

依据《海商法》第一百五十七条规定，在起拖前和起拖当时，拖轮及被拖物均应处于适拖状态。“泰鑫 1”轮触礁搁浅事故发生的原因主要归责于恶劣的气象、海况影响造成两次断缆，“南海救 115”轮和“泰鑫 1”轮各自亦存在一定的过错。B 救助局对于“泰鑫 1”轮因事故所造成的损失不存在故意或重大过失的情形。依据《海商法》第一百六十二条规定，B 救助局与 C 公司约定了免除 B 救助局因过失造成“泰鑫 1”轮损失的赔偿责任，B 救助局无需对“泰鑫 1”轮触礁搁浅事故造成的损失承担赔偿责任。

A 保险公司不服二审判决，申请再审。最高人民法院再审认为：根据《海商法》第一百六十二条规定，当事人可以就拖航过程中遭受的损失自行约定赔偿责任，在拖航合同没有约定或者没有不同约定时，适用该条第一款规定的过失责任。“南海救 115”轮在起拖前和起拖当时，持有有效拖航证书且配备了相应的船员及拖航索具。案涉事故发生的原因主要归责于恶劣的气象、海况影响造成两次断缆，即使 B 救助局在配备备用拖揽问题上存在过错，亦不是造成事故的主要原因。B 救助局对于案涉事故造成的损失不存在故意或重大过失，根据 B 救助局与 C 公司签订的拖航协议书中约定的免责条款，B 救助局无需对“泰鑫 1”轮触礁搁浅事故造成的损失承担赔偿责任。原审判决并无不当。遂裁定驳回 A 保险公司再审申请。

二、“互撞免赔条款”不宜被认定为格式条款

涉案海上拖航协议第 4 条关于责任与免除责任的约定属于海上拖航领域的“Knock for Knock”条款。该条款一般译为“互撞免赔条款”。该译法与“互撞免赔条款”最初出现行业摩托车保险业密切相关。^①该条款一般内容是：合同当事人对自身财产的损失、人身伤亡自行承担责任，即使这种财产损失、人身伤亡是由对方当事人的作为、不作为或违约导致的。“互撞免赔条款”常与“相互补偿条款”合并使用，该条款的核心内容已被国际救助同盟、欧洲所有人协会和波罗的海国际航运理事会（BIMCO）共同推荐的国际海上拖航协议（包括日租格式和承包格式）^②、日本航运

^①韩赞斐：《“互相免赔”原则研究——以 SUPPLYTIME 2017 第 14 条（a）款为例》，载《中华海洋法学评论》，2019 年第 4 期，第 116 页。

^②波罗的海国际航运公会海工服务船舶标准定期租船合同（代号为 SUPPLYTIME，目前版本为 2017 年修订版）。相对于 BIMCO 的驳船租用标准合同 BARGEHIRE、重大件运输标准合同 HEAVYCON、国际海上拖航航租协定 TOWCON、国际海上拖航日租协定 TOWHIRE、项目标准合同 PROJECTCON，SUPPLYTIME 中处于“母合同”

交易所制定和推荐的日本拖航合同格式、中国海洋工程服务有限公司的拖航合同格式、中国拖轮公司的拖航合同格式(日租格式)等吸收使用。^①“互撞免赔条款”的实质是各方当事人基于风险与责任分摊,通过相互约定若干免责事项与不可免责事项,取代原有的基于过错的责任承担方式。^②“互撞免赔条款”已被波罗的海国际航运理事会视为架构 SUPPLYTIME 的核心原则。^③

涉案互撞免赔条款借鉴于波罗的海国际航运理事会海上日租拖航标准合同(TOWHIRE)。从国际航运实践来看,虽然在拖航领域存在着载明“互撞免赔条款”的不同版本的拖航标准合同,但“互撞免赔条款”并不具有强制性,均可由当事人协商增减。因此,涉案互撞免赔条款不宜被定性为《合同法》第三十九条规定的“当事人为了重复使用而预先拟定,并在订立合同时未与对方协商”的格式条款,不能适用《合同法》第四十条第二句“提供格式条款一方免除其责任、加重对方责任、排除对方主要权利的,该条款无效”的规定否定效力。^④

三、《海商法》没有认定“互撞免赔条款”效力的法律规则

对于《海商法》是否存在认定“互撞免赔条款”是否有效的效力评价规则。一审法院认为,《海商法》作为特别法,没有明确规定“互撞免赔条款”无效时该条款即有效。二审法院则适用《合同法》第五十三条认定“互撞免赔条款”的效力。笔者认为,《海商法》第七章“海上拖航合同”没有认定“互撞免赔条款”是否有效的效力评价规则。

第一,《海商法》第七章没有《海商法》第四章“海上货物运输合同”第四十四条“海上货物运输合同和作为合同凭证的提单或者其他运输单证中的条款,违反本章规定的,无效。此类条款的无效,不影响该合同和提单或者其他运输单证中其他条款的效力。将货物的保险利益转让给承运人的条款或者类似条款,无效”的规则。根据《海商法》第一百六十二条第三款“本条规定仅在海上拖航合同没有约定或者没有不

地位。参见: Natalya Dolgikh, *Chartering of Survey Vessels on Terms of 2005: Some Legal Implications*, Norway: University of Oslo, 2010.

^①傅廷中:《海商法论》,法律出版社2007年版,第305页。

^②Simon Rainey, *The Construction of Mutual Indemnities and Knock-for-knock Clauses in Bareboat and Andrew Tottenborned, Offshore Contracts and Liabilities*, London: Informa Law, 2015, pp. 70~71.

^③ Simon Rainey, *The Law of Tug and Tow*, 3rd edition, London: Informa Law, 2011, p. 259.

^④参见:袁绍春:《论海上拖航合同中的免责条款》,载《中国海商法年刊》,2001年第12卷,第195页。

同约定时适用”的规定，虽可得出《海商法》第一百六十二条是任意性规定的结论，但不能反向推论《海商法》第七章包括第一百五十七条等其他条款为强制性条款。因为在起草第一百六十二条时，最初准备参考波罗的海国际航运理事会等制定的拖航标准合同的精神，拟规定承拖方因过失造成被拖方以及第三方的损害，均由被拖方承担。但考虑到引入此类条款显失公平。故参照海上货物运输合同承运人承担过失责任的免除，免除航海过失及救助过失造成的被拖方的损失。同时为了不影响拖航合同当事人的合同自由，规定该条为任意性条款。^①2019年12月30日交通运输部第30次会议审议通过并提请国务院审议的《中华人民共和国海商法（修改送审稿）》（以下简称《送审稿》）第一百八十四条（对应《海商法》第七章“海上拖航合同”第一个条文第一百五十五条）增加了第三款，该款规定“本章规定仅在合同没有约定或者没有不同约定时适用。”《送审稿》第一百八十四条的修改意见从侧面说明目前主流的观点仍认为《海商法》第七章的法律条文均属于任意性规定，而不属于强制性规定。

第二，《海商法》第一百五十七条不是效力性评价规则。有观点认为，《海商法》第一百五十七条有关承拖方负有“适航、适拖”的义务的规定属于效力性强制性规定，如海上拖航合同约定排除承拖方负有适航、适拖义务的，该约定应被认定为无效。^②主要理由是：首先，《海商法》第一百五十七条关于承拖方的“适航、适拖”义务选择的措辞是“应当”。因此，该条应被认定为是强制性规定。^③其次，承拖方负有的适航、适拖义务，直接关系到维护海上交通安全及拖航安全，涉及到航运的公共利益，不应允许当事人通过协议约定免除违反适航、适拖法定义务所产生的赔偿责任。如承拖方违反该法定义务，无论与被拖方之间是否存在免责条款，均因违反该条规定而无效，承拖方应承担赔偿责任。笔者认为，前述观点值得商榷。1.《海商法》规定的承拖方的“适航、适拖”义务是“谨慎处理”义务，而非“绝对保证义务”。在国际海上拖航领域，最初对于承拖方的适航、适拖义务采取的是“绝对保证义务”说。^④但

^①司玉琢、张永坚、蒋跃川：《中国海商法注释》，北京大学出版社2019年版，第249页。

^②梁惠雅：《论海上拖航合同中承拖方的适拖义务——对现行免责条款的反思》，载《云南大学学报》，2016年第3期，第91页。

^③屈志一：海上拖航法律问题研究，大连海事大学博士论文，2014年，第47页。

^④在1911年以前，英美判例都趋向于承拖方负有适航、适拖的绝对义务。参见：Simon Rainey. The law of tug and tow and offshore contracts(3rd ed). London: Informa Law&Finance.2011:37；还可参见：The “Undaunted”案和 The “Marechal Suchet”案。

在 1911 年 The “West Cock” 案后，英美判例更倾向于承拖方负有“谨慎处理”的适航、适拖义务。^①我国《海商法》第一百五十七条采用的也是“谨慎处理”说。承拖方仅负有谨慎处理的相对义务，而不负有提供一艘绝对适航、适拖的拖轮的绝对义务。

^②因此，《海商法》第一百五十七条关于承拖方负有“谨慎处理”义务不宜被认定为一种效力性强制性规定。2. 结合《海商法》第七章的立法过程以及《送审稿》的条款，

《海商法》第七章与第六章“船舶租用合同”的所有条文均可当事人意思自治排除。如果海上拖航合同约定承拖方可对不适航、不适拖造成的损失免责。此种情形下，《海商法》第一百五十七条也因其任意性规定的属性可被当事人排除，该条无法评价类似免责条款的效力。3. 承拖方违反“谨慎处理”的适航、适拖义务并不必然违反航运公共秩序。因为被拖物的处于被动状态，海上拖航相较于海上货物运输具有更大风险性，如果承拖方未尽“谨慎处理”的适航、适拖义务，确易导致被拖物脱离，对海上航运产生一定的风险。但是，此种潜在的风险是否必然转化为现实，与合同条款是否具有合法效力无关。即使承拖方存在《海上交通安全法》第四十五条规定的未采取特殊的安全保障措施等违法行为导致拖轮不适航、不适拖，承拖方承担的责任也是《海上交通安全法》第九十一条第二款规定的禁止进出港、被暂扣有关证书、文书或者被责令停航、改航、驶往指定地点或者停止作业以及该法第一百零六条规定的被处于一定数额的行政罚款。前述法律责任的性质属行政法律责任。而且《海上交通安全法》未赋予该法第四十五条、第九十一条第二款具有否定当事人海上拖航合同效力的效力性强制性规定的地位。因此，与《海上交通安全法》第九十一条第二款具有同等功能的《海商法》第一百五十七条也不具备效力性强制性规定的地位，“互撞免赔条款”无论是否违反该条规定的“适航、适拖”义务，均不能因为违反该条本身而被认定为无效。

第三，《海商法》第一百六十二条不是效力性评价规则。该条规定的意旨在于尊重当事人的意思自治，允许当事人通过合同约定不同于该条规定的“过失责任原则”和承拖方的免责事由。但该条并没有规定当事人通过意思表示达成的其他归责原则或

^①The “Minnehaha”案、The “Smeilji”案、The “Alle&Evie”案，转引于屈志一：海上拖航法律问题研究，大连海事大学博士论文，2014 年，第 50-51 页。

^②司玉琢、张永坚、蒋跃川：《中国海商法注释》，北京大学出版社 2019 年版，第 249 页。

者承拖方的其他免责事由（比如承拖方或被拖方对其故意或重大过失造成的损失免除赔偿责任）必然产生合法效力。双方当事人约定的不同于第一百六十二条的条款的效力评价，仍需借助于效力性评价规则予以认定。

另外，《海商法》其他章节也没有评价“互撞免赔条款”效力的规则。“互撞免赔条款”属于海上拖航合同项下的当事人约定条款，而海上拖航合同在《海商法》单独成章，虽然《海商法》第一章“总则”、第十一章“海事赔偿责任限制”、第十三章“时效”、第十四章“涉外关系的法律适用”也有部分条文调整海上拖航合同项下的部分权利义务内容，但前述四章的法律条文均不涉及对“互撞免赔条款”效力的认定。因此，通过对《海商法》条文的梳理，可以得出《海商法》没有认定“互撞免赔条款”效力的法律规则。

四、适用民事效力评价规则认定“互撞免赔条款”效力

《海商法》属于民法的特别法，具有很强的涉外性、国际性，且在制定相关规则时，为了与国际接轨，充分借鉴了当时的国际公约（含未生效的）、海事惯例、标准合同。但《海商法》作为主要调整海上运输和船舶活动中产生的平等主体之间的经济关系的法律，仍属于民商事法律范畴，海商法的合理定位是民法的特别法，^①而不宜独立于民法典自成一脉。过分强调海商法的独立性和绝对自体性既没有理论基础，也没有实践支撑。^②还会使对海商法的研究游离于法的体系之外，将海商法封锁在孤立的空间，脱离整个法学理论体系的支撑，有可能成为无本之木、无源之水。^③因此，对于《海商法》中一些植根于特定的实践基础、有别于传统民商法的自体性制度（比如承运人的责任限制等制度）应以《海商法》规定为准，尊重《海商法》的价值理念和技术规则。但是，对于《海商法》没有明确规定的事项，应适用普通民事法律规定予以

^①胡正良、孙思琪：《论我国民法典编纂对《海商法》修改之影响》，载《烟台大学学报（哲学社会科学版）》，2016年第25页。

^②关于我国《海商法》坚持绝对自体性面临的困境可参见曹兴国：《海商法自体性研究》，大连海事大学博士论文，2017年。

^③张永坚：《法之家庭的游子——我国海商法的回归与发展》，北京大学法学院海商法研究中心：《海商法研究》第5辑，法律出版社2001年版，第222页。转引自何丽新：《论新民商立法视野下《中华人民共和国海商法》的修订》，《中国海商法年刊》，2011年第6期，第52页。

调整。^①诉诸“互撞免赔条款”的效力，因《海商法》没有效力评价规则，应适用民事法律的相关规定。

五、“互撞免赔条款”中关于“故意或重大过失免除赔偿责任”的约定应被认定为无效

涉案“互撞免赔条款”基于平保上海公司与北车公司的要约与承诺被载入海上拖航合同。从该条款约定的权利义务内容看，其性质属于免除或减少当事人赔偿责任的“免责条款”。因此，认定该条款是否具有合法效力时，应优先适用《民法典》认定免责条款效力的相关规则。《民法典》第五百零六条“合同中的下列免责条款无效：（一）造成对方人身损害的；（二）因故意或者重大过失造成对方财产损失的”是认定免责条款效力的规则。

涉案“互撞免赔协议”约定的承拖人或者租用方可以免除的是对方（含工作人员或代理人、船长、船员）因“疏忽或任何过失”而发生的相关损失。从 BIMCO TOWCON（目前为 2021 版本）第 22（b）（i）关于租用人的免赔责任、第 22（b）（ii）关于拖轮方的免赔责任使用的措辞来看，免除的是对方因“任何违反合同、疏忽或其他过失”（any breach of contract, negligence or any other fault）造成的特定损失。

^②TOWHIRE（目前为 2021 版本）第 18.2（a）关于租用人的免赔责任、第 18.2（b）关于拖轮方的免赔责任，采取的措辞与 TOWCON2021 一致。^③前述标准合同与涉案“互撞免赔协议”的差异在于比涉案“互撞免赔协议”少了“违反合同”这一项免责事由。二审法院认为涉案“互撞免赔协议”中的“疏忽或其他过失”在范围上不包括“故意或重大过失”，故认定该条款有效。笔者赞同“疏忽或其他过失”在范围上不包括“故意”，但认为“其他过失”包括“一般过失”与“重大过失”。涉案“互撞免赔条款”约定的因“重大过失”造成的特定损失，承拖方或租用人均不可免除赔偿责任。但根据《民法典》第一百五十六条“民事法律行为部分无效，不影响其他部分效力的，

^①比如最高人民法院指导案例 108 号浙江隆达不锈钢有限公司诉 A.P.穆勒—马士基有限公司海上货物运输合同纠纷案，就是在《海商法》没有明确规定托运人对货物是否享有控制权的情况下，通过适用《合同法》第五条、第三百零八条，明确了海上运输托运人在遵循公平原则的情况下享有依法要求变更运输合同的权利。

^②BIMCO:CONTRACTS AND CLAUSES, <https://www.bimco.org/contracts-and-clauses/bimco-contracts/towcon-2021>, 浏览日期：2022 年 8 月 25 日。

^③BIMCO:CONTRACTS AND CLAUSES, <https://www.bimco.org/contracts-and-clauses/bimco-contracts/towhire-2021>, 浏览日期：2022 年 8 月 25 日。

其他部分仍然有效”的规定，承拖方和租用人约定的“因疏忽或一般过失”导致的损失互相免除赔偿责任的约定有效。

从国际海上拖航的司法实践看，对于是否以合同自由认定“互撞免赔条款”绝对有效，也存在争议。莫里森（Morrison）认为，“若将关于是否适航的争议引入这个直率又粗鲁的原则，会减少‘互撞免赔’协议的效力”。^①他在 Smit International Deutschland GmbH v. Josef Mobius Baugesellschaft GmbH 案^②的判词中称，“互撞免责条款是不公平的，但是在分配风险和责任方面是有效的；即使在偶发事件的情况下，拖船或者被拖船对事故负完全责任，其责任分配依赖于拖船和被拖船与第三方发生碰撞时，也是适用的。……标准合同的意图不允许适航条款产生的争议对危险的分配产生影响。……^③英国法院 2008 年审理的 The “A Turtle” 案^④中，“互撞免赔条款”分配责任风险的功能得到充分体现。该案中，拖船所有人与被拖方达成协议：拖船“Mighty Deliverer”轮所有人与租用人约定使用国际海上拖航协议（总承包）TOWCON 标准合同，拟由该拖轮将租用人的钻井设备由巴西经开普敦拖往新加坡。但在拖航作业中，因拖船“Mighty Deliverer”轮燃料用尽，该轮遂断开拖缆任由钻井设备在海中漂流而全损。法院判决认为：虽然承拖方违反了 TOWCON 第 13 条关于起拖阶段谨慎处理的适航、适拖义务，也违反了尽最大努力履行拖航的义务。但是，根据 TOWCON 第 18 条^⑤第 2 款（b）（i）项的约定，拖船所有人对钻井设备的损失免除责任。从 The “A

^① [2001] EWHC 531 (Comm), p. 20.

^② Smit International Deutschland GmbH v. Josef Mobius Baugesellschaft GmbH (judgement 7 June 2001; L.M.L. N. 564).

^③ 部分判词如下：“The knock for knock agreement is crude but workable allocation of risk and responsibility; even where the tug or tow is wholly responsible for the accident liability depends entirely upon the happenstance of which of the two collided with the third party. Where damage is caused to an innocent third party during a tow it may often be difficult to ascertain whether the tug or tow or both were at fault. So far as the innocent third party is concerned provided he receives full satisfaction, the identity of the tortfeasor is unimportant. But if there were disputes between tug and tow, with each blaming the other, absent the agreement there would be a risk that the third party would have to institute proceedings and await judgement before receiving compensation. Thus, an innocent third party himself receives benefit from this type of knock for knock agreement. Further, either the tug or the tow can deal with and settle the third party claim, as the indemnity provision will apply to ensure that as between tug and tow, the risk is borne by the appropriate party under either 18(2)(b). The tug may deal with and settle a third party claim where the tow must bear responsibility and, vice versa. But the settlement must be reasonable. ...I am inclined to the view that the intention behind the standard form contract was not to permit seaworthiness arguments to intrude into the allocation of risk. To a limited extent, this conclusion is in accordance with the express wording of sub-clauses 1(a) and 2(b) where the draftsman has apportioned responsibility whether or not the same is due to breach of contract. This suggests that the apportionment regime was not posited upon the assumption that there was not breach of clause 12 of 13 as the case might be, but rather was regardless of whether those clauses were broken.”转引于屈志一：《海上拖航法律问题研究》，大连海事大学博士论文，2014 年，第 156 页。

^④ The A Turtle [2009] 1 Lloyd's Rep. 177.

^⑤ TOWCON-LUMPSUM 第 18 条共有 3 款，第 1 款规定的承拖方与租用人的相互补偿条款。第 2 款（a）项主要规定的是租用人（含工作人员或代理人）违反合同约定时的免赔条款（也含部分相互补偿条款）。第 2 款（b）项规定

Turtle”案可知，如果完全遵从意思自治，则可能会导致实质的不公平。因此，即使在英国，虽然英国法院不会以承拖方违反“谨慎处理”的适航、适拖义务为由否定“互撞免赔条款”的效力，但出于公平性和确定性原则，还会通过对“互撞免赔条款”进行确定性解释的方式，避免极度的不公平的发生。霍布豪斯（Hubhouse）就认为，商业合同的起草、具体条款的订立，都是法院判决和制定法的基本原则的反映，确定性和公平性是合同条款制定的基本原则，当事人固然可以选择使用不同措辞以使合同条款展现不同含义，但仅有一般措辞且严重缺乏明确性，不足以认定由过失导致的责任无需承担。^①在The Ekha案^②中，上诉院摩碧克（Moore-Bick）法官认为，商业活动中的各方当事人在法律和合同中寻求确定性无可厚非，但实践中存在许多不同做法，影响此目的能否达成。传统方式是先确定各方当事人准确的义务范围，再以一般法律原则为指导，对损失责任进行分配。这与海工服务船舶标准定期租船合同中的责任分配条款不同，仅通过制定责任分配条款而非确定各方当事人准确义务范围就对损失责任进行分配是不合适的。^③因此，虽然“互撞免除条款”是出于必要的商业目的而制定的，且确实需要一些不同的理解方式，但适用于一般免责条款和除外条款的基本原则，同样需要被适用于此类条款。^④

从《海商法》的相关规定以及国际航运实践对于“故意或者明知可能造成损失而轻率地作为或者不作为造成的损失”也持否定态度。《海商法》在海上货物运输合同、旅客运输合同、海事赔偿责任限制基金设立等制度中均对承运人或其受雇人或代理人“故意或明知可能造成损失而轻率地作为或者不作为”持否定态度。前述主体或因“故意”或“明知却轻率”的过失行为造成损失的，无法享有单位责任限额和海事赔偿责任限制的权利。^⑤《1978年联合国海上货物运输公约》（《汉堡规则》）第八条、《联

的是承拖方对于租用人的免赔（也含部分相互补偿条款）。该条规定，无论是否由于拖轮船东及其工作人员或代理人违反合同，疏忽或其他过失而发生以下情况，均由租用人单独承担责任，并对拖轮船东及其工作人员或代理人无追索权。（i）无论何种原因造成的对被拖物或被拖物所遭受的任何性质的灭失或损害。……第3款规定的是除了该标准合同第11条、12条、13条和16条的规定外，拖轮船东和租用人均不应应对另一方的任何原因所引起的利益损失、使用损失、生产损失或其他间接或从属损失承担任何责任。

^① [1994] 1 WLR 221, p. 229.

^② [2010] 1 Lloyd's Rep 543.

^③ [2010] EWCA Civ 691, p. 18.

^④ 韩赞斐：《“互相免赔”原则研究——以 SUPPLYTIME 2017 第 14 条（a）款为例》，载《中华海洋法学评论》，2019 年第 4 期，第 121 页。

^⑤ 参见《中华人民共和国海商法》第五十九条、第一百一十八条、第二百零九条规定。

联合国全程或部分海上国际货物运输合同公约》（《鹿特丹规则》）第六十一条、《2002年海上旅客及其行李运输雅典公约》第十三条、《1976年海事赔偿责任限制公约》第四条的相关规定与我国《海商法》的规定类似。

六、结语

虽然《海商法》允许当事人通过意思自治约定一些有别于民商法甚至有失公平的免责条款，但并不意味着《海商法》不讲求公平、只注重意思自治。海商事实践的特殊性、部分海商事国际条约、国际标准合同的特殊规定，只是在公平价值的表达上更强调效率性。风险责任的约定虽然缩小了公平价值的适用场域，但并不意味着公平远离海商事实践和法律。在《海商法》不存在对相关法律行为（意思表示）效力评价规则时，应当适用民商事法律的效力评价规则认定相关海商事合同条款的效力。当然，在认定此类条款效力时，可综合考量特定海商事制度的产生背景以及国际航运业界的惯常操作，根据我国法律规定，通过合理解释当事人达成的意思表示，合法、合理分配权利义务。