

# 海上保险条款取代共同海损制度的可行性研究\*

徐 峰

(上海海事大学,上海 201306)

**摘 要:**随着我国《海商法》修改进程的深入,共同海损制度在海运实践中的价值也受到越来越多的质疑。回顾共同海损的历史变迁,不难发现:该制度本身依然具有不可替代性,无法完全为保险法所覆盖。因此,共同海损制度应予以保留,从而体现《海商法》的公平性。但小额共同海损理算制度可以为海上保险合同条款所取代,以“小额共同海损条款”与“共同海损吸收条款”的形式出现,以体现《海商法》的效率性。

**关键词:**共同海损;保险合同条款;效率性;公平性

**中图分类号:**DF961.9

**DOI:** 10.3969/j.issn.1672-9846.2019.04.004

**文章编号:**1672-9846(2019)04-0018-04

**开放科学(资源服务)标识码(OSID):**



近年来,我国《海商法》的修改工作不断推进,学术界与实务界对第十章“共同海损”是否应当保留产生分歧。事实上,这种争议自2000年初交通部启动《海商法》第一次修改论证以来始终存在。从2018年11月交通部发布的《海商法(修订意见稿)》中不难发现,共同海损制度依然存续,且并未作出重大修改。但在海运实践中,随着海上保险制度的愈发完善,共同海损制度适用的范围越来越小。在过去十年间,中国国际贸易促进委员会海损理算处所处理的共损案件不超过十起,这很难不让人怀疑该制度存在的价值。对于这种小概率发生的事件,《海商法》是否还有必要设置专门的机制予以调整与规制,在《海商法》修改进程中,是否还有必要对此予以关注与重视,如果取消共同海损制度,现有海上保险的种类能否完全覆盖该制度缺失所留下的空白。本文主要从共同海损制度存续的合理性与不可替代性入手,分析海上保险合同中小额共同海损理算条款取代共同海损制度的可行性,最后从法经济学的视角对共同海损制度与海上保险法之间的关系进行解读。

## 一、共同海损制度本身的不可替代性

共同海损是指船舶与货物在同一航程中面临共同危险时,承运人采取合理的措施所造成的特殊牺牲或支付的特殊费用。有不少学者曾经站在民法的视角对制度做出解释,产生了“无因管理说”“合同说”“不当得利说”与“代理说”等理论<sup>[1]</sup>,但是更多学者认为共同海损分摊的权利不是来自于合同,而是来自于《海商法》本身。在早期的航海冒险中,由于海上保险市场尚未成型,共同海损制度就是最原始的海上保险,公共承运人相当于海上保险人。共同海损的最初表现形式仅限于“货物的抛弃”,之后逐步扩展至“扑灭火灾造成的损失”“有意搁浅”“救助报酬”与“修理费用”等,这种“舍小求大”的海运实践几百年来为航运市场所推崇,最终形成了《约克·安特卫普规则》(以下简称YAR)这一为承托双方所普遍遵循的民间规则。梳理该制度的历史发展脉络不难发现,该制度的产生离不开早期航运保险制度滞后与航海技术落后的大环境:对于巨大的海上风险,承运人在采取抛货、切除锚链等自救措施之后,只能依托

\* 收稿日期:2019-11-23

**基金项目:**上海市艺术科学规划重点课题“上海邮轮文化培育与法律保障研究”(编号:ZD2018G01);上海市人民政府决策咨询研究重点专项课题“长三角自贸区航运政策联动与创新研究”(编号:2019-AZ-006);中国法学会世界贸易组织法研究会“WTO框架下中国自由贸易港法律创新研究”(编号:CLS2018WTOZX09)。

**作者简介:**徐 峰(1988-),男,上海市人,上海海事大学法学院讲师,硕士生导师,博士,上海海事大学马克思主义海洋文明与中国道路研究中心成员,主要从事海商法研究。

“共同海损”这一风险分摊机制要求受益方分摊损失。

在航运技术日益发达、海上保险制度越发完善的今天,该制度依然是不可取代的。事实上,在YAR 1994通过之后,国际海上保险联盟(IUMI)曾建议废除共同海损,但随着YAR 2004的采用,共同海损制度得以保留。因为此概念已经在各大海运国家国内的商法中得到承认或者为航运实践所认可,如果废除共同海损制度,双方则需要达成一项协议或者在海上运输合同中订入该条款,自行约定放弃共同海损。可见,一旦共同海损被废除,无论是法律上还是合同中,任何划分船货双方风险,处理货物灭失和损坏的机制将要被重新设计,这种改变将会带来不确定性,需要耗费漫长的时间与付出高昂的代价,并且主要是通过航运国家各自的法律体系进而实现<sup>[2]</sup>。而在YAR 2016起草过程中,围绕共同海损制度存废的一次问卷调查的结果再一次显示:绝大多数的国家都不支持共同海损的废除。在回答“从长远来看,是否存在一些方面,共同海损制度成为海上冒险领域的阻力而非海上贸易活动的推动力量?”这一问题时,较为一致的回答是:“共同海损制度并未成为海上贸易的阻力,因此,该制度应当继续保留。”

YAR 2016最为重要的一项改革就是将“救助报酬”重新纳入“共同海损”的范畴,但为此设定较为严苛的条件,根据规则六第2款的规定,救助报酬只有在满足“(1)在后来的航程中,发生事故或其他情况致使财产遭受损失或损坏,从而导致获救价值和分摊价值之间有显著的差异;(2)在获救财产中有数额很大的共同海损牺牲……”等情形之时才能被认可。实际上,在规则起草之时,对于救助报酬是否重新为共同海损所覆盖也产生一定的争议,如国际航运公会(ICS)和波罗的海国际航运公会(BIMCO)认为应当恢复1994年的方案<sup>[2]</sup>。芬兰代表团认为,救助报酬在共同海损中占有的比重较大,构成共同海损不可分割的一部分。欧洲国际理算师协会(AMD)也认为,救助费用应列为共同海损以求公平分摊。与此相对应的,IUMI主张排除救助费用的观点。

上述两种观点的冲突主要体现为“效率”与“公平”之间的价值对立。主张将救助报酬纳入共同海损的观点更注重理算与分摊的公平;而主张将救助报酬排除出共同海损的观点则注重效率,

认为救助报酬的理赔应当交由保险法覆盖,相比共同海损的理算过程,海上保险理赔无疑更为便捷与高效。因此“效率”与“公平”之间的冲突,在某种程度上也体现了海上保险法与共同海损制度之间的差异。

而YAR 2016的使命就是打破这种僵局,在“公平”与“效率”之间寻求一个平衡点,而这种平衡是建立在ICS与IUMI的妥协的基础之上,公约的最终文本则是采用了“原则纳入+例外规定”的立法模式,即原则上将救助报酬纳入共同海损,但如果未满足“救助价值与分摊价值之间存在显著差异”或者其他条件的话,救助报酬依然由相关保险人全额承担,而不应经过共同海损的分摊。换言之,规则的立法模式体现了“公平优先,兼顾效率”的价值,这种折衷的立法方案以共同海损制度的适用为原则,以保险法的适用为例外。

## 二、海上保险“小额共损条款”取代共同海损制度的可行性

共同海损制度与保险法的理念相比,相同点是两者均有效分散了承运人的风险,在船舶遭遇海难事故时,尤其是船货双方面临共同危险时,这种机制与制度安排赋予承运人采取共同海损措施的权利,规避该风险所带来的严重后果,所付出的代价就是适当的船货牺牲与适量的费用,并且该部分损失可由受益方分摊。但两者的关键区别就在于:保险法对于损失分摊的理算相对简单,只要确定了损失金额,就由其中一方当事人承担全部赔偿责任,而共同海损的理算过程较为复杂,经专业理算人员计算,在船货双方之间进行分摊。因此,对于小额共同海损的理算与分摊,由海上保险合同相关条款取而代之具有一定的可行性。

梳理共同海损制度的起源与变迁,不难发现,该制度的形成与扬弃并非一朝一夕,因而取代方式的选择也应本着谨慎的态度,慎重考虑。引入成熟的海上保险合同条款无疑是明智而又稳妥的办法。一来,海上保险“分散风险”的理念与共同海损的原则相契合;二来,当前保险人已致力于将共同海损引入海上保险,形成了一套行之有效的规则。但是当前保险法上的实践仅限于小额共同海损条款,并未扩展至所有共同海损事件,毕竟在共损金额较为庞大的案件中,由保险人承担全部的共损分摊是不公平与不明智的,不利于保险市场的健康有序发展。

### (一)“小额共同海损条款”与“共同海损吸收条款”之概述

目前海上保险单中较为常见的有“小额共同海损条款”与“共同海损吸收条款”。“小额共同海损条款”指对于标的额较小的共同海损事故,承运人不必先宣布共同海损,之后再向货方请求分摊共损损失,而是按照保险合同的约定,直接向保险人索偿,保险人在一定额度内予以赔付。这种做法直接省去了宣布共损之后繁琐的理算过程,直接由船方保险人偿付共同海损的损失,而不是由受益的船货双方的保险人共同分担,貌似不公平,但考虑到保险赔付额度较小,理赔效率较高等因素,其受到保险人与被保险人的青睐。

另一方面,“小额共同海损条款”能够在最大限度上避免承运人获取担保。在实践中,目前很少看到船舶险条款未订入此类条款,该条款适用于各类船舶,因为无论对于大宗货物的运输,还是集装箱货物的运输,虽然从某个货主手里获取一份担保对一个散货承运人而言并无太大损失,但如果考虑到共同费用分摊不高的前提,此项行为在商业上依然是不经济的;更何况如果收益方涉及几百家货主,船方逐一获取担保将会是一项耗时费力的工程,这不仅使分摊工作显得不经济,而且也不符合货方的利益。航运实践中的解决方法就是在船舶保单加入“共同海损吸收条款”,换言之,船壳险的保险人愿意全额支付共同海损的分摊,而不仅仅限于承担船舶保险的份额,从而使船东较为便捷与高效地获得共损分摊。

而“共同海损吸收条款”为BIMCO于2002年所发布,其中1.0规定:如果被保险人未宣告共同海损,也未从货物、运费、燃油、集装箱和其他被保险人所占有的财产中索偿相应的救助报酬与特别费用,保险人应全额支付共同海损、救助报酬与特别费用不超过被保险船舶价值的……以较高者为准。但无论依据被保险船舶价值的比例还是固定的给付额度,都不应超过US\$150,000;1.2规定:一旦被保险人按照本条款的规定实现偿付,就不应再向相关财产的利益方索偿共同海损的分摊,海难救助报酬与特别补偿。1.5明确:保险人放弃保险单下的抗辩权利并不减损货物利益方在面对被保险人索赔时的任何抗辩权。1.6规定:如果保险人放弃向货物利益方代位求偿的权利,但如果海损事故是由于货物利益方的过失引起的,这种

放弃声明就不发生法律效力。

### (二)“共同海损吸收条款”被引入船舶险的实践意义

该条款出台之际,恰逢2002年“国际船壳险条款”起草之时,“共同海损吸收条款”即被引入新的国际船舶险条款(以下简称IHC),只要保险人同意,在海损事故发生之后,就会赔付不超过一定额度的理赔金,2003年IHC修改之后,“共同海损吸收条款”的措辞也与BIMCO的版本更加接近。

根据“共同海损吸收条款”40.1的规定,如果保险人已经明确书面同意,除第8条另有规定外,本条下列各款在发生根据YAR 1994或运输合同中的共同海损条款引起共同海损行为的情况下适用。因此,该条款的作用与“小额共同海损条款”基本一致。

杨良宜先生认为,通常船东在航次完成之时,行使留置权以取得货方同意,在共同海损理算完成之后同意去分摊与要求货方提供担保,在此之后,船东委任的海损理算师会去收集有关的资料与各种使费的发票,然后根据YAR进行理算并进行分摊<sup>[3]</sup>。由于海损理算师是这方面的专家,他的收费也并不低。而到了理算之后,也经常会有货方对船舶违约与适航情况提出质疑,阻碍了船东向货方要求分摊的请求,最终该责任由自己的保赔协会承担。更有极端的例子,最终确定的共同海损费用还不及共损理算师所收取的费用,例如,花了100元去理算如何分摊50元,当然这100元也包括在分摊内,变成了船方与货方各自要负担75元,何不干脆船东自己就承受了这50元。当然,船东如果要自己掏腰包,他是不肯这样做的。毕竟最后理算出来分摊给船方的75元是保险人支付,而分摊给货方的75元要么是由货方支付(或他的保险人),要么由船东的互保协会支付(如果船舶不适航)。所以,对于共同海损费用与牺牲较小的案件中,干脆由船东自行承担共损损失更为明智与划算,但真正得益的实际上还是保险人。综合考虑,保险人愿意接受这一条“小金额共同海损条款”。据统计,小金额的共同海损很多。在所有共同海损的案件中,1/3案件是不超过船价的3%,而1/2案件是不超过船价的6%。应该可以说,这种共同海损都应该不去向货方或其他财产利益方要求分摊,因为得不偿失。这大概也解释了为什么共同海损这个行业日趋式微。总体而

言,对于一些只有1/2票货的油轮或干货轮,加上不少货物价格比船舶还要高,就比较值得去宣告共同海损并向货方要求分摊。而货方通常是一些懂行与有财力的贸易商,往往很快就可以去签妥GA Bond与GA Security,根本不需要面对留置货物的问题。但换了是集装箱船舶,可能其装载的好几千个集装箱分别属于不同的货方,加入这种小额共同海损条款尤为重要。

### 三、共同海损制度与保险法制度分立与趋同的效率性及公平性评价

经总结,共同海损制度本身并不被取代或消亡,这体现了《海商法》的公平性;而海上保险中的小额共同海损条款在一定程度上取代了共同海损的理算,这也体现了《海商法》的效率性。具体分析如下。

以“成本—收益模型”分析保险合同条款取代共同海损制度的合理性,在法律的制定之后,人们对该法的遵守意愿随着时间的推移与规则的深入实施而开始下降,反映到该法应用于社会生活所产生的成本与收益关系相当于随着边际成本不断增加,边际收益也相应下降。因此,该规则实施的均衡点应当是边际收益等于边际成本的点。正如上文所述,边际分析作为传统经济领域的分析工具,被广泛应用于提高产量,确保产能最大化,但现在则作为决策与立法的理性工具<sup>[4]</sup>。

共同海损制度与保险法之间的关系同样如此,考察共同海损运用保险法的实际经济状态,如果适用保险法所取得的边际成本高于边际收益,说明了就共同海损制度而言,保险法供过于求,过度干预共同海损制度,或者适用保险法投入成本过大。因此,在共同海损领域,海上保险法的适用范围应予以限缩,共同海损制度应当保有自己的特殊性,而不能完全为海上保险法所覆盖。如果适用保险法所取得的边际成本低于边际收益,说明保险法供不应求,其适用范围应予以扩张,在共同海损领域,增加保险法的适用强度。因此海上保险法与共同海损制度的最佳平衡点,是适用保险法所取得的边际收益等于边际成本的点,即应当适度将小额共同海损条款与共同海损吸收条款引入船舶险,保险法应当覆盖小额共同海损领域。

如图1所示,曲线B是保险法规定对共同海损制度产生的边际收益,曲线C是因保险法的规定而产生的边际成本,曲线E是“边际收益”与“边

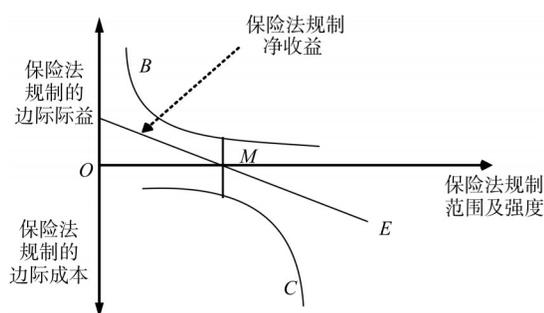


图1 保险法规制边际成本—收益均衡模型

际成本”这两条曲线产生的边际净收益。在M点处,保险法规定的边际收益等于规定的边际成本,于是OM就是保险法对共同海损规制所取得的最优量。显然在M点处,整个共同海损的净收益最大,保险法对其规制所取得的效益也是最大。

综上,对于大额共同海损牺牲或者费用而言,尽管理算的过程耗时费日,但是从公平的角度出发,该制度依然会被予以保留,并不会因此而消亡;就小额共同海损分摊而言,为了提高交易与理算的效率,航运实践中出现了以保险法的制度取而代之的现象,该交易体现了制度经济学上的效率,而这种效率也被成为“卡尔多—希克斯效率”。即以保险法取代共同海损制度总免不了伤及一部分人的利益,例如船舶保险人承担了原来货方保险法应当负担的份额。尽管牺牲了部分人的利益,但是站在社会总体效用的角度,依然有利于提高社会总体福利水平与效率。由此看来,保险法在小额共同海损领域的应用有利于实现经济学上的“卡尔多—希克斯效率”。

### 四、总结

回顾共同海损的历史变迁,可以展望未来:该制度本身依然具有不可替代性,无法完全为保险法所覆盖。因此,共同海损制度应予以保留,从而体现海商法的公平性。但小额共同海损理算制度可以为海上保险合同条款所取代,以“小额共同海损条款”与“共同海损吸收条款”的形式出现,以体现《海商法》的效率性。

#### 参考文献:

- [1] 郭瑜. 海商法的精神:中国的实践和理论[M]. 北京:北京大学出版社,2005:76.
- [2] 国际海事委员会. International chamber of shipping response to CMI questionnaire march 2013 regarding a general review of the rules on general average[EB/OL]. [2019-10-01]. <http://www.comitemaritime.org/Home/0,271,1132,00.html>.
- [3] 杨良宜,汪鹏南. 2003年国际船舶保险条款[M]. 大连:大连海事大学出版社,2008:244.
- [4] HARRISON J L. Law and economics in a nutshell[M]. Minnesota: West Group,2000:28.