

诺亚之风

2021/12/27 刊

目录

以案说法—并入租约中的首要条款.....	4
谈谈中英两国法律对民事纠纷中“机会损失”的归责与定损.....	9
浅析海事赔偿责任限制制度.....	12



以案说法—并入租约中的首要条款

原创：李 川

在航运实务操作中，我们会与各类合同条款打交道，譬如经常能够在提单背面条款中看到的首要条款（Clause Paramount），其是指在提单中约定本提单适用某一国际公约（如海牙维斯比规则）或公约相应的某一国海上货物运输法，海商法等。虽然海牙维斯比是为统一世界各国关于提单的不同法律规定并确定承运人与托运人在海上货物运输中的权利和义务而制定的国际协议，但海牙维斯比规则也可以通过明示，即利用“首要条款”的形式被并入到出租人与承租人的租约中，譬如我们能够在一些常见的租约格式 NYPE time charter form 或 Asbatankvoy form 等中看到此类首要条款。下文我们将结合具体的争议纠纷案例处理，浅析租约中的首要条款对出租人和承租人的权利义务产生的影响，以及各方如何利用此条款维护自身权益。



案例 1 背景：A 轮在期租下，在海上航程中发生海上碰撞事故，此事故直接导致船舶被扣留 3 天时间，随后船舶被解扣恢复航程。在被耽误 3 天时间的情况下，为完成原定的前往下一港口的时间计划，租家指示船舶用比租约 warranted speed 更高的航速完成该航次，更高的航速导致了额外的燃油消耗。租家主张，1），船舶被扣留 3 天时间，按租约停租条款，扣 3 天时间的租金及燃油消耗。2），在后续航程中因更高的航速导致的额外燃油消耗，作为租家遭受的损失向船东索赔。

诺亚天泽保险经纪

青岛市崂山区香港东路 195 号上实中心 7 号楼 6 楼（邮编 266061）

电话：+86 532 82971085 | 邮箱：marine@tnzconsult.com

网址：<http://www.tnzconsult.com>

2



案件处理：海牙维斯比规则包含了一系列的承运人免责事项，其中最重要的一项是“Neither the carrier nor the ship shall be responsible for loss or damage arising or resulting from... (a) act, neglect, or default of the master, mariner, pilot or the servants of the carrier in the navigation or in the management of the ship...”，该案的期租租约中并入了首要条款，船东即有权享受海牙维斯比规则规定的所有承运人免责事项，结合本案事实情况，船东有权按“error in navigation”作为免责事项来抗辩租家的主张 2)，即本案碰撞事故本身并不是因为船东违约造成，租家依据租约停租条款扣 3 天时间的租金及燃油消耗的主张 1) 已经是租家能够获得的全部救济，除非租家能够举证船东有其他违约行为，不然租家无权索赔其他如主张 2) 的损失。



案例 2 背景：A 轮在期租下，在交船后的营运中船上锅炉和配套设备发生故障，为了保持船舶的适航性能，A 轮随后安排紧急修理，但修理占用的时间打乱了租家安排的营运导致一些预期收益丧失，租家遂向船东提出各项额外损失索赔。

案件处理：在英国普通法下，期租下船东有义务向租家交付一艘适航的船舶，这种适航的义务是绝对的，如果在交船时船舶不适航，船东即违约，无论船东是否有过失。该案的期租租约中并入了首要条款，按海牙维斯比规则，英国普通法下绝对的适航义务就转变成了，只有船东在船舶开航时开航前未谨慎处理使船舶适航（exercise due diligence to make the ship seaworthy before and at the beginning of the voyage），船东才会违约。即本案如果船东能够证明，船东已经合理的做了所有一个有技术熟练的且精明谨慎的船东应该做的船舶检验、修理及准备来确保船舶的



适航性，并且上述工作都是通过合理的技术和技能完成的，船东就有可能成功抗辩租家的损失索赔。

综上，从出租人的角度出发，通常建议在期租租约中并入首要条款，以使出租人可能有权享受海牙维斯比规则规定的所有承运人免责事项，并且绝对的适航义务将降低至在船舶开航时开航前谨慎处理使船舶适航。

首要条款涉及的各类事宜远远不限于上文提及的 2 个案例所能包含的内容，上文仅为其中部分内容的分析探讨。

上述观点仅在学术研究中供各方参考。如有具体案件，需咨询业内专业人士意见。我司作为专业的保险经纪人，可以为客户提供专业的指导和建议，如有需要欢迎随时联系我们。

本文仅供读者参考，如需帮助请联系我们或咨询专业律师。

电话：0532-82971085

邮箱：claim@tnzconsult.com

info@tnzconsult.com

marine@tnzconsult.com



谈谈中英两国法律对民事纠纷中“机会损失”的归责与定损

原创：刘卫东

民事，商务纠纷中无论是侵权还是违约，侵权人或违约人应该承担赔偿责任已经无可争议（Incontrovertible），按照英国法的“复原原则”，赔偿的程度（quantum of damage）在侵权情况下应该恢复到到侵权没有发生一样；在违约情况下会是假设合同被顺利履行了一样去衡量损失额。中国法下也基本遵循了“复原原则”。我国《民法典》第 179 条规定了承担责任方式有“恢复原状”和“赔偿损失”；第 584 条规定赔偿额应相当于因违约所造成的损失，包括合同履行后可以获得的利益。如此，在侵权或违约责任（Tort liability or default liability）已经确定的情况下，侵权人和违约人对受害人的赔偿限度（Quantum of damage）也就有了一个明确的指引（Indication）。

如果侵权或违约发生后受制于一个“第三人”的因素或变数，会带来对侵权人，违约人的赔偿程度难以确定的问题。因为第三人主宰着损失是否发生，或至少决定着损失程度。比如，一位参加选美决赛的选手因为她的经纪人忘记告诉她参赛时间，使得这位选手丧失了获奖机会。该选手如果起诉其经纪人，经纪人的违约责任成立是确凿无疑的，但是经纪人是否需要赔付，或者到底应该赔偿多少是要取决于第三人，即选美评委们的评审结果。而该选手因为没有实际参加，难以判断该选手如果参加，是否会获得大奖，小奖或不会获奖。如果评委认为她应该获奖，遵循“复原原则”，经纪人的赔偿程度就是选手丧失的奖金，如果评委认为该选手没有获奖的任何机会，经纪人的赔偿程度为零。选手连其事先为参赛的准备花费也难以向经纪人索赔成功，因为即使按时参赛，如不能成功获奖，为参赛所做的准备花费同样要发生和耗费。



再比如，原告律师忘记了在诉讼时效内为原告递交起诉状，使得原告的一个 1000 万元的诉请还没有发起就胎死腹中，该律师的违约责任或侵权责任是确定的，但是到底应该赔偿多少并不是那么简单。在这个纠纷中，该原告的 1000 万元诉请是否能得到实现或实现多少，是需要第三人法庭和该案的被告的抗辩来决定的。显然要求有责任的律师赔偿原告 1000 万是不科学的。

以上需要受制于第三人的变数的来确定侵权人，违约人的赔偿程度在英国法下被称为“机会损失”（Loss of chance）。当机会损失产生时，司法机关不能因为诱因中含有侵权或违约就一笼统地，世俗地判定侵权人，违约人承担全部损失金额，而是要尽可能合理地根据有关情节，专家意见和“因果关系”去核定一个应该赔偿的尺度，通常是一个百分比。英国法支持“机会损失”原理在司法中的应用，法院和仲裁庭会结合这一原理判定损失金额，而不是简单地让有责任的被告承担全部责任。

在一个适用英国法的仲裁案中，A 向 B 索赔丧失的利润损失。缘由是，经过竞标，B 和 C（都是海运公司）同时得到了货方 D 的许可去承运 D 常年大量进出口的货物。在合作合同中有一个条款，约定 D 对给 B 或 C 的货物有绝对的任意决定权（而不是平均分配）。B 虽然是出面竞标者，但是事先已经另行约定好竞标成功后具体的运输由合作伙伴 A 去实施，利润由 A 与 B 分成。后来两家起了矛盾遂引发了该仲裁。仲裁庭主张结合“机会损失”这一原则去考虑会来自 D 的变数，不可以按照 A 的全部诉请去衡量因为 B 的违约（没有按照原来的分成约定去给 A 相应的利润）来确定 A 的损失（quantum of damage）。因为 B 到底能从 D 那里得到多少运量，A 随后能从该运量中分得多少利润要完全取决于 D 的变数（不能排除 D 会在后来把全部运量都给了 C）。

在另一个国际经贸仲裁案子中，原告欧洲某公司（买方）因为中国某公司（卖方）违约没有提供约定的产品，向中国公司提起了巨额索赔。理由是原告计划用那批产品去国际卫生组织投标，以取得一个利润很高的常年供应合同，但由于中国公司的违约，该机会落空。中国卖方指定的仲裁员杨良宜先生不认为原告的诉请应该得到全部支持，他成功地说服了英籍首席仲裁员聘请了熟悉国际卫生组织评标方面的专家对欧洲原告的竞标成功率做出分析。仲裁庭一致同意原告是否能够获得那份供应合同需要取决于第三人国际卫生组织的变数。而这个变数（机会损失）不排除仅有 10%





在 Hanifu v. Middleweeks (2000) Lloyd' s Rep PN 920 一案中，原告是一位被保险人，起诉某保险公司。他的律师因为延误了法定程序，导致案件被法院撤销。被保险人遂提起了另一个诉讼（An additional law suit）诉该律师要求赔偿。英国高院分析了第一个诉讼，认为当时被告的保险公司有几点很好的抗辩。遂认为即使法定程序没有被延误，原告对保险人的诉讼没有被撤销，原告原本不应该丧失的“机会损失”约为 12%，后来上诉庭仅给予了略微的提高，判定该机会损失为 20%，也就是说，该疏忽的律师所仅承担原告索赔金额的 20%

在 Vesta v. Butcher (1989) 1 Lloyd' s Rep 331 一案中，被保险人是一家养鱼场。保单中有一个每天 24 小时都有人值班看护的承诺性保证条款（Promissory Warranty Clause）。意味着该保证如果被违反，被保险人便得不到赔偿。后来被保险人发现做不到这一点，就向保险人 Vesta 公司成功申请免去了这项保证。Vesta 遂请其保险经纪人 Butcher 向伦敦的再保险人提出同样的修改要求，但是经纪人 Butcher 忘记了此事。

后来该养鱼场因为一场暴雨发生了鱼儿全部流失的损失。保险人赔偿后请求再保险人理赔。再保险人拒赔（因为在再保险合同中那个保证条款还在）。于是原保险人起诉经纪人 Butcher 指责其疏忽，没有尽到“合理小心谨慎”的责任。被告经纪人抗辩说原告也有错，就是在不明确保单是否已经被修改的数月内自己没有去主动跟进复查。法院经过审理判定双方都有责任，但保险人 Vesta 的责任更高，Vesta 承担 75% 责任，经纪人 Butcher 仅承担 25% 责任。该案一直上诉到英国最高法院，最高法院维持了原判。

上述纠纷的发生都是因为第三人的变数尚没有水落石出。如果该变数提前尘埃落定，司法机关就没必要聘请专家们去评审“机会损失”的几率，而是根据现成的变数结果，结合“因果关系原则”作出判定即可。





中国民事法律中并没有针对“机会损失”归责定损的明文法条，因此在司法实践中法院会比较简单地不再考察和分析“机会”与损失的定量关系，往往会做出相对简单的裁判。在（2020）京 03 民终 11395 一案中，被告违背合作合同私下另立一家公司去销售同类产品，产生了违约和侵权竞合责任。原告主张被告赔偿市场机会损失 50 万元。但客观情况是，由于市场并不稳定，即使没有被告的违约，原告是否能够实现 50 万元的销售利润并不是一个确定的事实。中国法院仍然全额支持了原告的索赔。判定被告承担全部机会损失。

在（2016）粤 01 民初 128 号国际贸易纠纷案中，原告某香港公司错误地申请广州某法院查封了被告某阿联酋公司在广州存放的保税货物，并由广东某担保公司提供了诉讼保全担保（反担保）。后来经过一审法院查明，原告的起诉和查封在责任方认定方面有误因此应该承担被告的损失（主要是法律费用和仓储费等）。但是法院没有支持被告反诉中提出的 55 万美元的“机会损失”索赔，原告的担保人就此项索赔躲过一劫。事实上被告的货物被查封期间丧失了交易机会是明显的，如果市场行情有利于卖方，被告的商机损失也是肯定的，只是需要法院给出一个量化而已。

但是，最高人民法院的判决使得我们看到了中国司法实践对“机会损失”索赔认识的客观公正。在（2016）最高法民终 802 号案中，最高法院推翻了某省高级人民法院一审对原告机会损失索赔的不利判决，支持了机会损失索赔请求，而且根据市场情况，将一审原告的机会损失金额量化为原请求金额的 10%，由妨碍了原告行使盈利机会的被告承担。



综上所述，可以看到，无论是适用中国法还是英国法律，司法机关或运用“机会损失”原理，或运用因果关系规则，会考虑受害方的机会损失。而违约方，侵权方多数场景下都是提供服务的一方。他们很有可能会被法院判决承担机会损失的一定比例。因此，为客户提供专业技能服务的银行，保险公司，律师所，审计所，会计师事务所，建筑设计所，经纪公司和处于合同链条中间的中间商们需要更加专业，审慎，勤勉和尽责。当然，如果造成了他人的机会损失，负有责任的服务方也有机会据理抗辩，避免承担全部责任和损失金额，毕竟结合中外案例可以看到，即使机会损失产生，法律还是认为受害方自己的过失比例大于服务方，受害方自己去尽勤勉谨慎，恪尽职责的主体地位和法定义务不能被服务方的过失完全覆盖的。

本文仅供读者参考，如需帮助请联系我们或咨询专业律师。

电话：0532-82971085
邮箱：claim@tnzconsult.com
info@tnzconsult.com
marine@tnzconsult.com



浅析海事赔偿责任限制制度

原创：刘璐

虽然国际公约和各国海事立法对海事赔偿责任限制没有给出明确定义，但是综合各国学者的论述和分析该制度的内容，海事赔偿责任限制可以概括是指船舶所有人、船舶经营人和承租人等责任主体依据法律的规定有权将海损事故导致的某些财产损失和人身伤亡的赔偿责任限制在一定范围内的法律制度。

允许船东可以去限制责任是十分独特的做法，因为其他行业没有类似的规定。为何航运业中的船舶所有人等相关方会有如此优待，其中最有说服力的一个说法想必是这属于历史遗留下来的做法，建筑在一个个惨痛的案例上，与时俱进。很多时候船舶脱离船东的掌控由其雇员操控，不比岸上行业，雇主无法亲自监督，船舶一开航，在无法通讯的年代，船东只能去完全依赖他的雇员。而且，航运属于高危行业，事故多发且往往巨大，为了鼓励船东不打击他们的雄心壮志，促进海洋事业的发展，海事赔偿责任限制在一步一步完善与确定。以至于时至今日，该制度也没有过时，没有被倡议取消，相关的国际公约继续被很多国家承认，大家并没有对历史遗留下来的做法不满。中国虽然没有参与、签署相关的国际公约，但是这套制度依然被使用，中国《海商法》第十一章，整整一章规定了海事赔偿责任限制。其他国家，如美国也像中国一样，有自己的一套责任限制制度。



笔者曾遇到一起冷冻鱿鱼被污染的货损事故，由于事发时船舶在航行中，无法第一时间处理，待到卸港时，污染加重，导致索赔金额高达四千万人民币，船方立即启用责任限制，计算出责任限额约 180 万美金，并出具相关保函，使得船舶得以继续营运，大大减轻了船东责任。

另一方面，上述案例也说明在海上责任保险中责任限制也起到了十分重要的作用。在杨良宜先生的书中曾阅到船东互保协会经常说它们能去提供无

诺亚天泽保险经纪

青岛市崂山区香港东路 195 号上实中心 7 号楼 6 楼 (邮编 266061)

电话: +86 532 82971085 | 邮箱: marine@tnzconsult.com

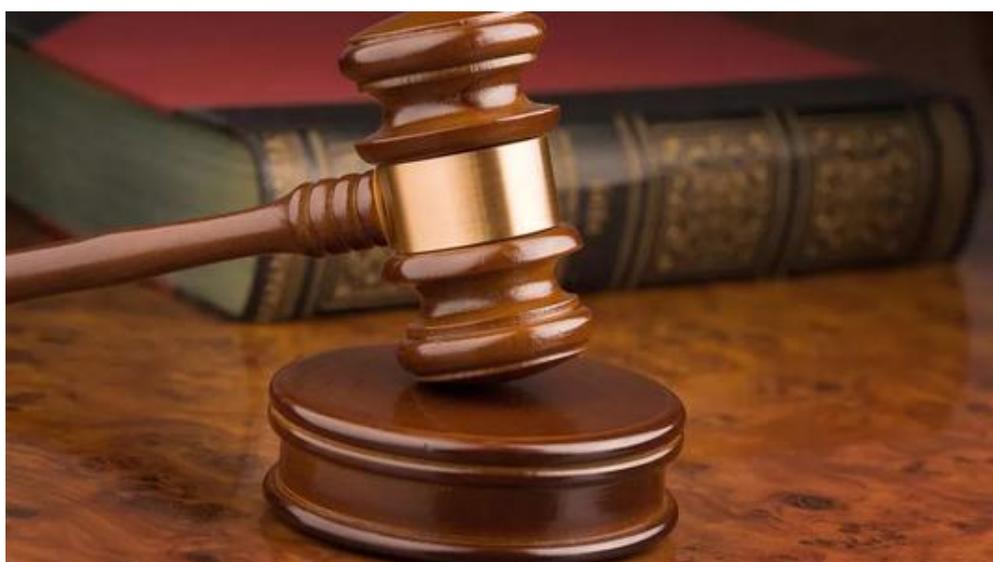
网址: <http://www.tnzconsult.com>

10



限的责任保赔是因为船舶能去适用责任限额。对于某种海上风险，海上保险人在决定是否对其承保时，需要一个基本的测算来评估该风险造成损失的概率，海事赔偿责任限制制度通过将船舶所有人等责任主体的赔偿责任限制在一定限度内，可以使保险人能够相对准确地计算一个已经投保的船舶所有人可能承担的最大责任，增强了保险人对他所面临的责任风险的可预见性，满足他将此种风险作为一种险种进行承保的基本条件，进而不断发展和完善相关的保险业务。进一步讨论，如果船东责任太大，失去了责任限制，会不会责任保险承担不了，从而没有保险市场。由于责任保险人信誉良好，受害方请求其赔偿损失往往更便捷有效，倘若保险人不能享受责任限制或者因船舶所有人丧失赔偿责任限制而不能请求限制赔偿责任时，保险人的承保风险会加大，这不利于海上责任保险制度的发展，所以在船舶责任人适用责任限制请求权时必须保证责任保险人的此种权利，这从根本上保证了海上责任保险的可行性，且有利于航运的健康发展。

海事赔偿责任限制对于船舶所有人等相关方来说可谓是一张“免死金牌”，不过任何事物都有两面性，在涉及到公共利益或高度危险的人身伤亡和海洋环境侵权行为方面，确有必要采用提高赔偿责任限额的方式来保护海洋环境、保障受害人的利益、促进航运业的健康发展。



例如，在船舶油污损害方面，1969年《民事责任公约》规定的责任限额是按照船舶吨位计算的每吨位2000金法郎，但是在任何情况下责任人的赔偿总额都不能超过2.1亿金法郎。此后，该公约的1976年议定书对责任限额做了修改，其最大的突破就是将金法郎改成特别提款权，但是本质上并没有提高赔偿责任限额。直到1992年《民事责任公约》出台后，赔偿责任限额才有了实质性的改变，被大幅提高到不超过5000吨的船舶责任限额为300万特别提款权，而超过5000吨位的船舶其赔偿责任限额除了包括前项规定的以外每一吨另外加420特别提款权，同样公约也规定了任何情况下不能



超过最高的赔偿责任限额为 5790 万特别提款权。油污方面的国际公约虽然逐渐提高赔偿责任限额，但是始终坚持限制责任人的赔偿责任。

同时，2010 年《HNS 公约》规定强制船载有毒有害物质的船舶责任人投保强制责任保险，但是我国并没有将此类物质列入海上强制责任保险的范围中，而我国处理该类污染损害案件一般倾向于依据我国《海商法》中海事赔偿责任限制的相关规定。例如“大勇”轮案造成 638 吨苯乙烯泄漏，严重污染海洋环境，但是上海海事法院依据《海商法》海事赔偿责任限制的规定，最终判定该案海损的赔偿限额为 417,333 特别提款权，折合 526,594.95 美元，这远低于上海市环保局、上海海事局为救助、治理海洋环境支出的费用，这显然不太合理。

目前我国规定的海事赔偿责任限额与 2010 年《HNS 公约》相比过低，若按照此种责任限额进行赔偿将对受害人相当不利。笔者认为，船载有毒有害物质应当借鉴油污赔偿责任限制的规定从一般海事赔偿责任限制中独立出来，因为与油污造成的污染损害相比，有毒有害物质造成的损害可能更为严重。我国应该根据我国实际情况，借鉴油污责任限制的规定，为船载有毒有害物质建立特殊的赔偿责任限制制度，提高船舶责任人的责任限额，使受害人能得到合理的保障。

上述文章仅供读者参考，如需帮助请联系我们。

电话：0532-82971085
邮箱：claim@tnzconsult.com
info@tnzconsult.com
marine@tnzconsult.com

[免责声明] 本文仅代表作者个人观点，与诺亚天泽保险经纪月刊无关。诺亚天泽保险经纪仅翻译、转载，免费分享给大家，其原创性以及文中陈述文字内容和图片未经本刊证实，对本文以及其中全部或者部分内容文字、图片的真实姓名、完整性、及时性本月刊不作任何保证或承诺，请读者仅做参考。如果因此而产生法律纠纷，与诺亚天泽保险经纪月刊无关。如涉及侵权等相关事宜，请联系我们会在第一时间删除。

