

共同海损

蒋跃川 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA



共同海损

蒋跃川 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

共同海损 / 蒋跃川著. —北京:法律出版社, 2009. 6
(海商法博士精品文库)
ISBN 978 - 7 - 5036 - 9626 - 8

I. 共… II. 蒋… III. 共同海损—研究 IV. D996.1

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 085645 号

© 法律出版社·中国

责任编辑/吴 盼	装帧设计/乔智炜
出版/法律出版社	编辑统筹/法律教育出版社
总发行/中国法律图书有限公司	经销/新华书店
印刷/北京中科印刷有限公司	责任印制/张宇东
开本/A5	印张/9.25 字数/280千
版本/2009年6月第1版	印次/2009年6月第1次印刷
法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)	
电子邮件/info@lawpress.com.cn	销售热线/010-63939792/9779
网址/www.lawpress.com.cn	咨询电话/010-63939796
中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)	
全国各地中法图分、子公司电话:	
第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908	
上海公司/021-62071010/1636 北京分公司/010-62534456 深圳公司/0755-83072995	
书号:ISBN 978 - 7 - 5036 - 9626 - 8	定价:26.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

前 言

共同海损是海商法上最古老的法律制度之一。今天,虽然不断有学者及有关的利益团体提出应废除共同海损制度;但是,它却仍然在海运实践中发挥着不可或缺的作用,并为各国法律所一致承认和采纳。可以预见,在未来相当长一段时间内,在人们设计出另一种更好的制度以取代它之前,它必将依然存在下去——虽然其本身会因时势的变化而产生相应的变化和调整。

共同海损同时也是海商法上最为复杂的制度之一。正是由于它的复杂和因此而带来的一丝神秘感,使得本人在攻读研究生期间就对它充满了兴趣,并初步有了一些研究心得。

2002年前后,由胡正良教授牵头,组织大连海事大学的几位老师撰写一本《海事法》教材。本人当时已留校任教,亦有幸被邀请参加该书的编写。基于对共同海损的兴趣和一点点的研究基础,本人提出愿意承担共同海损一章的编写工作。经过近三年的资料收集、研究和撰写,最终形成了一个近九万字的稿子。

在2006年年底,司玉琢教授应中国人民大学出版社之约,组织大连海事大学的几位青年教师拟再为本科生写一本海商法教材。本人有幸再一次承担了共同海损一章的撰写工作。由于出版社对该书的总篇幅有所限制,该书的这一章是在上述九万字的稿子的基础上经过压缩形成的,只有四万余字。该书已于2008年8月由中国人民大学出版社出版发行。

在上述两本教材的撰写过程中,本人对共同海损法律制度及共同

2 共同海损

海损理算实践的复杂性有了更深的体会,并深感仅仅靠几万字的内容很难将共同海损制度中的所有内容全面、深入地呈献给读者。观诸国内其他海商法教材,显然由于篇幅上的原因,也存在同样的问题。而国内仅有的一本有关共同海损的专著(即王恩韶和许履刚先生合著的、由大连海事大学出版社出版的《共同海损》一书),再版于1996年,在那之后,《约克—安特卫普规则》已于2004年又经历了一次修改。另外,联合国于2008年11月通过了一部新的《全程或者部分海上国际货物运输合同公约》,该公约对承运人的责任制度作出了较大调整,取消了航海过失免责,并将承运人的适航义务延长到整个航程中。这些变化也必将对船货双方在共同海损制度下的权利义务产生相应的影响。基于上述原因,我便有了在所撰写上述教材内容的基础上,进行扩充,并最终写出一本有关共同海损的专著的想法。我将这一想法与司玉琢教授进行了沟通,他马上给予了肯定和鼓励。于是,我从2008年8月份开始写作,经过半年多的艰辛工作,最终完成了本书。

本书共分七章,分别介绍了共同海损的概念,性质,历史沿革,成立要件,损失形式,理算,共同海损之债的成立、担保、时效、法律适用、过失与共同海损的关系等内容。本书可供海商法、民商法等专业的本科生、研究生在学习、研究海商法时作为参考书籍阅读;同时,也可供航运、外贸及保险业界的人士,从事海事司法实践的法官、律师,从事海商法教学、科研的人士阅读、参考。

本书最终得以完成并出版,要感谢我的导师、长辈司玉琢教授。没有他的鼓励,我恐怕没有勇气和信心去写作本书;而没有他的倾力支持,本书也将无法出版。我还要感谢胡正良教授,他对本书的初稿提出了许多宝贵的意见和建议。香港德理有限公司的王德超先生向我提供了海损理算实例,在此也致以诚挚的谢意。

由于本人水平有限,本书一定存在很多错讹或不足之处,敬请读者批评指正。

蒋跃川

2009年2月于大连

目 录

第一章 共同海损概述	1
第一节 共同海损的概念	1
第二节 共同海损的理论基础	3
第三节 关于共同海损的两大理论派别	15
第二章 共同海损制度的历史沿革	22
第一节 共同海损制度的起源及在欧洲各国的发展	23
第二节 共同海损制度的国际统一及《约克—安特卫普规则》	30
第三节 共同海损制度在我国的发展历史	53
第三章 共同海损的成立要件	56
第一节 同一海上航程	57
第二节 共同危险/共同安全	64
第三节 共同海损行为必须是有意的	74
第四节 共同海损行为必须是“合理的”	79
第五节 特殊的牺牲或者费用	83
第六节 对共同海损成立要件问题的一点补充	90
第四章 共同海损损失的形式	92
第一节 共同海损牺牲	92

2	共同海损	
第二节	共同海损费用	134
第五章	共同海损理算	170
第一节	共同海损理算概述	170
第二节	共同海损损失金额的计算	186
第三节	共同海损分摊价值的计算	196
第四节	共同海损分摊金额的计算	204
第五节	几种特殊情况下的共同海损理算	205
第六章	共同海损分摊之债	209
第一节	共同海损之债的成立	210
第二节	共同海损之债的担保	213
第三节	过失与共同海损的关系	222
第四节	共同海损分摊请求权的时效	237
第五节	共同海损的法律适用	243
第六节	共同海损分摊额的返还	256
第七章	对共同海损制度的评价及展望	257
附录一	《1994 年约克—安特卫普规则》与《2004 年约克—安特卫普规则》中文译文及其对比	262
附录二	共同海损理算书实例	281

第一章 共同海损概述

第一节 共同海损的概念

共同海损(General Average, G. A., G/A)一词,其含义有广义和狭义之分。

广义的共同海损是指共同海损法律制度,即由共同海损行为、共同海损损失、共同海损理算以及共同海损分摊等内容所构成的海商法上特有的一种损害负担法律制度。

狭义的共同海损是指海损之一种。所谓海损(Average),是指在海上运输或者其他海上活动中,因船舶、货物或海上设施等海上财产遭遇海上危险或发生海上事故,而造成的上述财产或其他海上财产的灭失或者损坏,或者产生的费用及其他经济损失,以及所造成的人身伤亡。就财产性质的海损而言,根据其产生原因的不同,^[1]可将其分为单独

[1] 也有学者认为,单独海损和共同海损是根据海损的性质不同而作的划分。参见王恩韶、许履刚:《共同海损》,大连海事大学出版社1996年版,第3页。

2 共同海损

海损(Particular Average, P. A., P/A)和共同海损,^{〔1〕}并分别适用不同的损害负担原则。凡是由于自然灾害、意外事故、战争或恐怖活动、其他不可抗力以及不法行为等原因所直接造成的财产的灭失或者损坏,以及产生的费用或者其他经济损失,为单独海损。对于单独海损,原则上应由受害方先独自承担损失。但是,如果按照海上运输合同的约定,或者当无合同约定时,按照所适用的法律的规定,此种损害应由其他人承担损害赔偿责任的,受害方可向该人要求损害赔偿。而当船舶、货物以及其他海上财产遭遇不可抗力、意外事故或者不法行为等而面临共同危险时,船长往往被赋予了决定并采取适当的措施,以摆脱危险,或者尽量减轻危险造成的损害的权利。^{〔2〕}此时,如果船长在其权限内采取的此种措施造成了船舶、货物或其他海上财产的损害或进一步的损害,或者因此而支付了额外费用,则这些因船长所采取的人为的救险措施所造成的损害和产生的费用,被称为共同海损,这就是狭义的共同海损。

船长所采取的上述措施,称为共同海损措施或者共同海损行为(General Average Act)。^{〔3〕}例如,当船舶在海上搁浅、船体有断裂的危

〔1〕 一些教科书及著作中将海损分为全部损失和部分损失,而将部分损失再分为单独海损和共同海损。参见王恩韶、许履刚:《共同海损》,大连海事大学出版社1996年版,第3页;邱锦添:《海商法》,五南图书出版公司,第402页。这种划分方法显然是受了英国《1906年海上保险法》的影响。但是,笔者认为,这种划分方法的科学性值得商榷。海上保险中所指的全部损失仅指保险标的的全损,而不是指船舶和货物的全损;因此,仅仅是船上某一票货物的全损亦可成立海上保险上的全部损失。而根据损失发生的原因,此种损失当然亦可成立共同海损。如果上述论者所指的全部损失不是指保险法上的全部损失,而是指船舶和货物的全损,则如果其系自然灾害所引起,同样可以成立单独海损。总之,将海损分为全部损失和部分损失是根据损失的程度所作的划分,这种划分方法与根据损失发生的原因将海损分为单独海损和共同海损的方法是相互独立的,其间并无什么瓜葛。另请参见赵德铭主编:《国际海事法学》,北京大学出版社1999年版,第531页。

〔2〕 船长的此种权利,往往由海上货物运输合同、适用于此种合同的法律或者航运惯例所赋予。

〔3〕 除船长外,船舶所有人及其代理人甚至第三方所采取的措施是否也可成立共同海损行为,各国有不同的看法及判例,详见本章第三节。

险时,为了避免船舶和货物的全损,船长下令将某些货物抛投入海以减轻搁浅程度,并同时雇用拖轮将船舶拖带出浅。此种情况下,被抛投入海的货物的损失以及支付的拖轮费用即属于共同海损,而船长所采取的抛货以及雇用拖轮拖带出浅的行为即为共同海损行为。

由于共同海损是为了船、货以及其他财产的共同安全或者共同利益而造成,因而应由共同海损行为的所有受益方按照各自获救财产的价值比例共同承担。这被认为是海商自然法的公平原则的要求,^[1]不仅一直被公认为最古老的航海惯例之一而得到普遍遵循,也为近代和现代各国的海商立法所一致承认。

我国《海商法》第193条第1款规定:“共同海损,是指在同一海上航程中,船舶、货物和其他财产遭遇共同危险,为了共同安全,有意地合理地采取措施所直接造成的特殊牺牲、支付的特殊费用。”第199条第1款又规定:“共同海损应当由受益方按照各自的分摊价值的比例分摊。”可以认为,这两款的规定构成了我国《海商法》上共同海损的定义。

第二节 共同海损的理论基础

一、关于共同海损理论基础的各种学说

如前所述,遭受共同海损损失的一方,有权要求各受益方按照他们各自的获救财产的价值比例分摊其损失。然而,此种要求分摊损失的权利是基于何种法律基础产生的,它又是一种什么性质的权利,^[2]却

[1] [美] L. J. 布格拉斯:《共同海损——1974年约克—安特卫普规则,美国法律和惯例》,叶伟膺、黎东发等合译,中国国际贸易促进委员会法律事务部内部资料1984年版,第5页。

[2] 在大陆法系下,请求分摊共同海损的权利显然是一种债权请求权。但大陆法系下的债权根据其发生原因,又可分为合同之债、侵权之债、无因管理之债、不当得利之债以及其他非典型之债。本书此处所要研究的此种权利的性质,指的就是此种权利属于上述哪一种债权请求权的问题。

4 共同海损

长期困扰着各国的学者及法官们。此即共同海损的理论基础问题,或着说是共同海损的法律性质问题。对此,各国学者及法官们基于他们各自国家所拥有的不同的法律传统,试图从不同的角度加以解释,因而提出了不同的观点。此外,即使是在同一个国家或者法律体系下,在不同的历史时期,人们所持的观点也有所变化。现将主要观点和学说介绍一下。^{〔1〕}

(一)当场达成的协议

学者们普遍承认,在共同海损制度发展的早期即它还仅仅是一种航海习惯的年代,要求分摊损失的权利可以解释为来源于船长和货主们在船舶面临危险时当场达成的协议(bargain made on the spot)。当然,现在我们已经无法考证,那个年代,在遇到危险情况时,船长与货主们达成有关抛货的协议(不论是书面的,还是口头的)的几率到底有多高。不过,考虑到当时货主们都随船同行,在损失分摊这种习惯做法被船员和商人们所熟知以后,当场达成此种协议的情况一定是非常普遍的。根据此种协议,一部分货主同意船长将他们的货物抛入海中,以获得船舶和船上其他货物的安全;而船长及其他货主们则同意,在他们的船货获得安全后,他们将分摊被抛弃货物的货主的损失。

事实上,一直到很晚的时期(至少到14世纪前后),在商人们逐渐改变随船同行的传统做法之前,以及在欧洲国家的海商法律中逐步发展出了有关共同海损制度的一些原则(而不再仅仅是罗列损失分摊的几种具体情况)之前,要求分摊共同海损损失的权利显然仍然是主要来源于此种当场达成的协议。一个明显的例证是,产生于12世纪的《奥列隆判例集》所收集的有关共同海损的判例明确要求,船长在采取抛货或者砍断桅杆等共同海损措施之前,应当向货主们说明有关情况,并要求货主们同意船长采取此种措施。而当时欧洲许多城市国家的海商法律中,均纳入了与《奥列隆判例集》所收集的判

〔1〕 对此,另请参见 Lowndes and Rudolf, *The Law of General Average and the York-Antwerp Rules*, Sweet & Maxwell, No. 13, p. 9; 张东亮:《海商法新论》,五南图书出版公司,第432~433页;邱锦添:《海商法》,五南图书出版公司,第407~408页。

例相同的内容。

当然,如今货主们早已不随船同行;而且,今天的船长或船舶所有人们在采取共同海损措施之前,几乎没有去和货主们进行协商的,而主要是依赖法律的既有规定自行采取此种措施。因此,这种当场达成的协议在现如今是不存在的,当然也就无法用以解释现今的共同海损分摊请求权的性质。

(二) 合同说

合同说为英美法系的一些学者所主张,英美等国法院早期所做出的一些判决也支持这一学说。在英美法中,可以认定存在合同的情况相当广泛,即使当事人之间缺乏明确的意思表示,也有可能成立所谓拟制合同或者默示合同(implied contract)。此学说认为,当货方将货物交给船方承运后,在货方与船方之间就推定成立了一份拟制的协议或者合同。如果船货面临共同危险时,货方同意由船方将货物抛弃,但如船货因此而获救,则由船方与货方按照各自获救财产之比例分担被抛弃货物的损失。

在 *Wright v. Marwood*^[1] 一案中,英国法院的 *Bramwell* 法官说:“当按照共同海损的规则为了共同利益而作出牺牲时——正如本案中一样——应当由那些受益方按比例分担。没有必要说明这一规则的起源或者原则,不过,在英国,根据提起此种索赔的方式来看,它看起来应当是来源于一份默示的合同,当事人在该合同中同意由那些受益方来分摊损失。”

但是,在英美国家,有许多权威的观点并不认同合同说。^[2] 如稍后将提到的 *Burton v. English*^[3] 一案中,*Brett* 法官就不认为共同海损分摊请求权是来源于一份默示的合同。而在 *Milburn v. Jamaica Fruit*

[1] *Wright v. Marwood* (1881) 7 Q. B. D. 62.

[2] 除本书中提到的案例外,经常被援引的不认同合同说的有关案例还有:*Hain S. S. Co. v. Tate & Lyle* (1936) 41 Com. Cas 350, *Morrison S. S. Co. v. Greystoke Castle, The Cheldale* [1945] P. 10.

[3] *Burton v. English* (1883) 12 Q. B. D. 218.

6 共同海损

Importing Co.^[1]一案中,Vaughan Williams 法官说:“分摊损失的义务绝不是来源于运输合同。它与运输合同是完全独立的,是根据罗得法的公平法则产生的,而作为海事法律的一部分,它已经并入了英国的国内法。”英国著名的丹宁勋爵(Lord Denning)在 *The Evje*^[2] 一案中也说:“船东向货主提出分摊共同海损的赔偿要求不是由契约‘产生’的,而是‘产生于执行契约的过程中’,它产生于航程中,产生于执行契约时所遇到的海难,而不是契约本身。”^[3]

在今天,几乎所有的提单或者租船合同中都会包含一条共同海损理算条款。正因为如此,不少学者及法院的判决都认为,不管共同海损本来的理论基础为何,在运输合同中已经包含了共同海损理算条款的情况下,分摊共同海损损失的义务已经几乎无例外地成为一种合同义务。正如在 *Sameon Co. SA v. NV Petrofina SA*^[4] 一案中,Staughton 法官所说:“虽然共同海损分摊的义务在性质上是否是一种合同义务还存在很大的争论,但它非常普遍地甚至几乎是一成不变地由合同来管辖。而在本案中,这一义务毫无疑问属于合同义务。”*The Law of General Average and the York-Antwerp Rules* 一书中也说:“……然而,如果当事人之间的合同中包含《约克—安特卫普规则》或者其他与共同海损有关的条款,则此种索赔应属于合同下的索赔。”^[5]

(三)代理说

代理说认为,当船货遭遇共同危险时,船长基于他的职务,被拟制

[1] *Milburn v. Jamaica Fruit Importing Co.* [1900] 2 Q. B. 540.

[2] L. L. R., *The Evje*, 1973, Vol. 1, p. 509.

[3] 转引自[美] L. J. 布格拉斯:《共同海损——1974 年约克—安特卫普规则,美国法律和惯例》,叶伟膺、黎东发等合译,中国国际贸易促进委员会法律事务部内部资料 1984 年版,第 6 页。

[4] *Sameon Co. SA v. NV Petrofina SA*, unreported, April 30, 1997, CA. 转引自 Lowndes and Rudolf, *The Law of General Average and the York-Antwerp Rules*, Sweet & Maxwell, No. 13, p. 16. 该案的合同中约定共同海损按照《1974 年约克—安特卫普规则》理算。

[5] Lowndes and Rudolf, *The Law of General Average and the York-Antwerp Rules*, Sweet & Maxwell, No. 13, p. 17.

或者推定为有权代理船舶所有人及货物所有人对船舶和(或)货物进行适当的处分。因此,其行为应被视为是由船舶所有人或货物所有人自己做出的一样,其后果当然也就应由船舶所有人及货物所有人共同承担。

还有一种观点认为,即使代理说不能解释共同海损的理论基础之全部,它至少也构成了该理论基础的一部分。英国就有不少判例如此认为。^{〔1〕}

(四) 衡平说

衡平说源于《罗得海法》(*Lex Rhodia*)的衡平法则,又称为自然法说。该说认为,对于为共同利益或者安全而牺牲的财物由全体共同利益方分担,完全是基于法律的公平原则,与合同行为无关;如果一方为了共同安全的需要做出牺牲,而其他因此受益的各方却无须做出任何补偿,显然是令人无法接受的。“分摊凭以确立的原则不是契约的结果,而是来自自然法简单明了的命令。”^{〔2〕}

《罗得海法》即吸收了罗得法内容的罗马法,基于公平原则赋予损失方要求进行损失分摊的权利。

这一学说受到了近当代英美法院不少判例的支持,可以说是当今英美法系的通说。在1883年的 *Burton v. English*^{〔3〕} 一案中, Brett 法官

〔1〕 支持此观点的判例包括 *The Gratitude* (1801) 3 C. Rob. 240; *The Hamburg* (1864) 2 Moo. P. C. (N. S.) 289, *Morrison S. S. Co. v. Greystoke Castle, The Cheldale* [1947] A. C. 265。不过,对于上述最后一个案例,虽然多数学者认为该案的判决认同了代理说,或者说至少部分承认了代理说;但是也有学者认为,该案的多数法官事实上并不赞同这一观点。他们只承认船长拥有代理船舶所有人和货物所有人与他们(指船舶所有人和货物所有人)之外的第三方签订合同,如救助合同的权利,而并不承认船长拥有在船舶所有人和货物所有人之间建立合同关系的代理权。参见 Lowndes and Rudolf, *The Law of General Average and the York-Antwerp Rules*, Sweet & Maxwell, No. 13, p. 11。

〔2〕 19世纪美国一位法学家对共同海损分摊请求权的来源问题所作的评语。转引自〔美〕L. J. 布格拉斯:《共同海损——1974年约克—安特卫普规则,美国法律和惯例》,叶伟膺、黎东发等译,中国国际贸易促进委员会法律事务部内部资料1984年版,第6页。

〔3〕 *Burton v. English* (1883) 12 Q. B. D. 218。

说:“……要求分摊共同海损的权利是基于什么样的法律产生的呢?在 *Wright v. Marwood* 一案中, *Bramwell* 法官在他的判决中认为,它产生于一份默示的合同。可是,与 *Bramwell* 法官不同的是,我却总是对此抱有巨大的疑问。我不认为它构成了运输合同的任一部分——事实上,它根本就不是来源于合同,而是来源于古老的罗得法,并且已经作为海洋法律被纳入了英国法。它并不是一个合同问题,而是产生于一次共同危险,在此种情况下,自然正义(natural justice)要求所有人都应当分摊为了使整个航程得以幸免于难而被牺牲的财产的损失。”前引 *Milburn v. Jamaica Fruit Importing Co*^[1] 一案等案例,也均采此学说。

值得一提的是,这一学说似乎还可以被称为“法律规定说”。因为持此观点的学说及判例均认为,共同海损分摊的权利来源于古老的罗得法,并且逐渐被各国的国内法所接受,成为他们的海商法律的一部分。这样,损失分摊的权利事实上已经是经由各国法律所赋予的,或者说是基于法律的规定而产生的。正如 *Maugham* 法官在 *Hain S. S. Co. v. Tate & Lyle*^[2] 一案中所说:“(分摊的)权利并不是基于租船合同,而是基于一般海商法(general maritime law)。”

(五)不当得利说

按照大陆法系国家的民法理论,不当得利是债的发生原因之一。所谓不当得利,是指无法律上或合同上的根据,或者虽曾有法律上或合同上的合法根据,但事后丧失了该合法根据,使他人遭受损失而自己获得利益的事实。我国《民法通则》第92条规定:“没有合法根据,取得不当利益,造成他人损失的,应当将取得的不当利益返还受损失的人。”

法国等大陆法系国家的许多学者认为,请求分摊共同海损的权利,在本质上应属于因不当得利而产生的债权。也就是说,船长在船舶和货物遭遇海难时,以牺牲一部分财产而保全其他财产的安全,其他利害关系人因此而获得的利益属于无法律上原因之不当得利,应当由获得

[1] *Milburn v. Jamaica Fruit Importing Co.* [1900] 2 Q. B. 540.

[2] *Hain S. S. Co. v. Tate & Lyle* (1936) 41 Com. Cas 350.

利益的人返还或者由其给予牺牲者以补偿。

虽然学者们对于在英国法中是否存在完善的不当得利 (unjust enrichment) 制度存在疑问,^[1]但是,仍然有英国学者主张共同海损在性质上属于不当得利。例如,英国学者 F. D. Rose 就认为,共同海损制度是“不当得利返还法律的一部分”。^[2]

(六) 利害共同体说

利害共同体说,又称危险共同体说、特殊法律要件说。该说认为,船舶和货物在海上航行中,事实上形成了一个利益共同体或者危险共同体,共同体各方应本着同舟共济的精神,在各自利益范围内,相互担保航行的安全,而对于遭遇的共同危险,亦应由共同体的所有成员分担。^[3]

(七) 紧急避险说

我国有少数学者认为,共同海损行为是一种典型的紧急避险行为,^[4]其目的是以较小的牺牲避免较大的损失。因此而产生的损失,在存在过错人(引起险情发生的人)的情况下,应该由该人承担,而在

[1] 如《元照英美法词典》在“unjust enrichment”词条下说:“但是,英国法采纳不当得利返还原则的程度究竟有多深是值得怀疑的,因为在英国法中多以返还原物 (restitution) 这一术语替代之。”但是,该词典同时也承认,不当得利“是海商法中海难救助与共同海损之债的基础理由”。参见《元照英美法词典》,法律出版社 2003 年版,第 1384 页。

[2] F. D. Rose, *General Average Law and Practice*, 2nd edn, paras 1.14 - 1.20; F. D. Rose, *General Average as Restitution*, (1997) 113 L. Q. R. 569. 转引自 Lowndes and Rudolf, *The Law of General Average and the York-Antwerp Rules*, Sweet & Maxwell, No. 13, p. 17.

[3] 已故我国台湾海商法学者张东亮认为此说为通说。见张东亮:《海商法新论》,五南图书出版公司,第 433 页。

[4] 关于紧急避险,我国《民法通则》第 129 条规定:“因紧急避险造成损害的,由引起险情发生的人承担民事责任。如果危险是由自然原因引起的,紧急避险人不承担民事责任或者承担适当的民事责任。因紧急避险采取措施不当或者超过必要的限度,造成不应有的损害的,紧急避险人应当承担适当的民事责任。”同时,《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见(试行)》第 156 条规定:“因紧急避险造成他人损失的,如果险情是由自然原因引起,行为人采取的措施又无不当,则行为人不承担责任。受害人要求补偿的,可以责令受益人适当补偿。”

没有过错人的情况下,则应由所有受益方共同承担。^{〔1〕}

二、对上述各学说的评价

考察上述诸学说,笔者将对其分别做出评价。

笔者认为,因为提单或租船合同中包含共同海损理算条款而将共同海损分摊义务视为合同义务的观点可称为明示合同说;与此相对应,则可将前述通常意义上的合同说称为默示合同说。这事实上并未真正解决共同海损的理论基础问题。因为共同海损理论基础问题的核心正是要我们回答,为什么即使在合同中并未明确约定的情况下,仍然应赋予遭受共同海损损失的一方以要求共同海损分摊的权利?此外,明示合同说也不能解决遭受共同海损损失的货方向其他受益的货方要求损失分摊的权利。因为在他们之间并不存在任何明示的合同,但货方的此种权利却是被各国共同海损法律规定所一致承认的。

至于默示合同说,笔者认为,强行去拟制或者推定船东与货方之间达成了一项与共同海损分摊有关的协议,显然并没有充分的理论上的依据,而且也多与实践不符。此外,这一理论同样不能解释货方与货方之间要求分摊共同海损的权利的来源。在货方之间,强行去拟制或者推定存在这样一份默示的合同,显然同样令人难以接受。此外,在现今的航运实践中,与货方签订运输合同的多是租船人或者无船承运人,船东与货方之间常常并没有直接的合同关系。在此种情况下,去拟制或者推定船东与货方之间达成了一项与共同海损分摊有关的协议,也是极为牵强的。正是由于默示合同说存在上述缺陷,导致即便在普遍承认默示合同的英美法系国家,这一学说也已经遭到了很多人的批判。而在根本不承认默示合同的大陆法系国家,这一学说则更难获得人们的普遍认同。总之,笔者认为,用默示合同说来解释共同海损的理论基础是难以成立的。

关于代理说,笔者认为,虽然在传统海商法上,船长具有广泛的代理船东实施某些民事行为的默示或者法定的代理权。例如,可以代理

〔1〕 我国学者张佩霖持此种观点。参见顾昂然、王家福、江平:《中华人民共和国民法通则讲座》,中国法制出版社2000年版,第249~250页。