

何丽新,郑乃容. 国际贸易制裁风险的承保问题探索[J]. 中国海商法研究,2020,31(3):12-24

国际贸易制裁风险的承保问题探索

何丽新,郑乃容

(厦门大学 法学院,福建 厦门 361005)

摘要:在当今美国鼓吹单边主义的经济环境下,单边制裁对世界的影响越来越大。国际贸易业、航运业是受制裁影响最严重的领域,引发了买卖合同与运输合同的履行风险,给当事人带来严重的经济性损失,但无论是传统的海上保险抑或是贸易保险均未将其纳入承保范围。国际贸易制裁引起的损失属于可量化的财产性损失,制裁风险具备可保风险的全部要件,当事人各方存在法律上承认的保险利益,具备合法性,应纳入传统保险的承保范围。国际贸易制裁风险的承保问题研究,为中国在复杂的国际环境下,摆脱单边主义、稳定对外经贸、维护多边贸易体制、实现贸易强国战略提供了切实有效的解决路径。

关键词:经济制裁;国际贸易制裁风险;可保性

中图分类号:D922.284 **文献标志码:**A **文章编号:**2096-028X(2020)03-0012-13

Exploration on underwriting issues of international trade sanction risk

HE Li-xin, ZHENG Nai-rong

(Law School, Xiamen University, Xiamen 361005, China)

Abstract: In today's economic environment where the United States advocates unilateralism, with the development of economic globalization and trade globalization, the impact of unilateral sanctions on the world is increasing. The international trade industry and shipping industry are the areas most affected by the sanctions, which leads to the risk of the performance of the sale contracts and transportation contracts, causing serious economic losses to the parties, which however not included in the coverage by either traditional marine insurance or trade insurance. The losses caused by international trade sanctions are quantifiable property losses. The sanctions risk has all the elements of insurable risk. The parties have insurance benefits recognized by law and have legality, which should be included in the coverage of traditional insurance. Specifically, the arrest of ships and cargoes due to sanctions should be covered by the insurance of vessel and cargo seizures, the loss of contract benefits caused by international trade sanctions can be included in the coverage of trade insurance and covered by contract performance insurance. The study on the underwriting of international trade sanctions risks provides a practical and effective solution for China to get rid of unilateralism, stabilize foreign trade, maintain the multilateral trading system, and realize the strategy of becoming a powerful country in a complex international environment.

Key words: economic sanctions; risk of international trade sanctions; insurability

经济制裁对国际贸易产生了巨大的影响。不仅是对被制裁国经济贸易的影响,而且A国制裁B国,也可能影响C国与B国之间的国际贸易,使得C国与B国的贸易合同因A国的制裁无法履行

或履行后会遭受巨大损失。当今世界,美国利用其独特的经济优势而发起单边制裁,尤其是经济制裁,影响着国际贸易、金融服务、运输、保险等多个领域,^[1]给多个行业带来了极强的不确定风险。保险

收稿日期:2020-05-23

基金项目:2018年国家社科基金项目“《海商法》修订中重大问题研究”(18BFX208)

作者简介:何丽新(1966-),女,福建闽清人,法学博士,厦门大学法学院教授、博士生导师,E-mail:helixin@xmu.edu.cn;郑乃容(1997-),男,台湾新竹人,厦门大学法学院民商法专业硕士研究生,E-mail:458730184@qq.com。

作为成熟的风险转嫁工具,无疑是应对制裁风险的最佳利器。经济制裁风险的承保问题研究,为国际贸易合同项下的损失救济提供可能,如该风险项下的利益不被可保利益所认可,将导致合同陷于“违法”的窘境,使美国可依据其制裁法案对中国企业进行肆意打击,造成进出口贸易及航运业的巨大损失。当下,制裁项下的风险承保研究对中国及中国企业应对美国制裁、摆脱美国制裁威胁、避免重大经济损失具有重要意义。

一、国际贸易制裁下合同履行风险的类型化

国际贸易制裁风险发生在经济制裁中。对于经济制裁,《联合国宪章》第41条有如下定义:“指对违反国际法律、规则或者实施危害或威胁国际和平与安全的行为采取的非武力的、但能够对目标国家产生一定影响从而迫使其改变行为政策的措施或手段。”经济制裁在实践中常被经济实力强大的国家作为打击、削弱其他国家政治、经济和军事实力的手段,主要使用经济强制办法,包括贸易禁运、资产冻结等,对竞争对手或敌人进行报复、惩罚或遏制,以迫使竞争对手或敌人改变行为并按照其设想行事。

按照适用对象分类,经济制裁可分为初级制裁与次级制裁。一般意义上的初级制裁(primary sanction)只适用于制裁发起主体的本国国民和进入发起国领域的非本国国民。如联合国制裁、欧盟制裁等都属于基于国际法普遍认可的属地管辖和属人管辖原则的初级制裁。而次级制裁属于初级制裁的域外适用,指制裁发起国禁止第三国及其个人和实体与被制裁国进行某些特定的交往,意在迫使第三国对被制裁国采取与它同样的制裁措施,将单边制裁强制转化为多边行为。国际贸易制裁是经济制裁中专门针对国际贸易领域的主要手段。国际贸易制裁风险指国际贸易领域中的次级制裁风险,即在国际贸易中因违反他国的制裁法案而面临的被他国制裁的风险,具体制裁措施包括但不限于船舶及货物的扣押扣留、付款冻结、海外资产冻结、列入制裁名单、禁止金融活动、限制贸易往来等。这些措施对国际货物运输、国际货物买卖及航运业造成重大影响,给大量进出口企业及航运公司造成严重的合同履行风险。

在国际贸易中可能涉及的主体有买卖双方、船舶所有人、光船承租人、托运人、收货人等。不同的主体在整个环节中面临的风险是不同的,根据次级制裁的手段及方式,结合当下次级制裁的现状,以国

际贸易中次级制裁下受影响的财产种类进行划分,主要分为两类:船舶和货物。在对这两类财产采取扣押或没收的同时,美国还将对违反其制裁法案的相关主体处以民事罚款,并对该企业采取禁止交易或禁运等措施。不论采取的是何种制裁手段,国际贸易制裁风险之于进出口企业以及参与运输的各方都围绕着买卖合同和运输合同这两个合同法律关系展开。

在两种合同履行风险的基础上,针对制裁措施采取的不同情况进行细分,可分为船货被扣押和船货未被扣押两种情况。

(一) 买卖合同的履行风险

在船货被扣押的情况下,对货主而言:第一,可能面临货物所有权的丧失。当然,也并不必然会发生“全损”的后果,在缴纳罚款后可能有机会对货物进行解扣。对于一些具有期限性的货物(如生鲜、水果类),可能由于扣押产生一定的价值减损。第二,货物被扣押导致买卖合同无法履行,合同目的不能实现而产生履行利益损失或者因合同无法履行致使合同解除产生信赖利益损失。在货物被扣押同时发生付款遭冻结的情形时,买卖双方面临“钱货两空”的风险。第三,在船货被扣押后,货主可能面临美国当局的民事罚款。

在船货未被扣押的情况下,由于制裁可能导致买卖合同的履行显失公平。主要体现为因制裁直接导致的履约风险增加或履约成本上升,使合同发生权利义务失衡,合同原定的交易条件显失公平,继续履行合同将对合同一方明显不利且可能造成该方的经济损失。如由于制裁直接导致运输成本增加,或者为了避免制裁不得不变更既定的运输线路或付出特殊费用,或货物来源于美国由于制裁导致成本上涨,都属于由于制裁给合同当事人造成的经济损失。

(二) 运输合同的履行风险

如果是船货均被扣押,第一,直接影响到船舶所有人的利益,使其对船舶的物权遭到侵犯。当然,扣押并不一定意味着对所有权的永久丧失,有可能仅为暂时失去控制权,在缴纳一定罚款后,仍有可能“解扣”。第二,对于运输合同中的托运方和承运方,货物无法到达目的地或者无法按时到达目的地都会带来履行利益的损失。这部分损失可能包括运费、完成运输的期待利益等。第三,为履行运输合同的信赖利益损失也是船舶被扣导致的重大损失之一。具体可能包括:船员费用、油费、装卸费等运输成本。第四,承运人可因违反次级制裁法案面临美

国当局的民事罚款。

与买卖合同中的情况相同,在船货未被扣押的情况下,同样发生运输合同的履行显失公平的境况。次级制裁导致运输合同的履行风险增加或成本上升,使原定的合同丧失对价,对一方造成不公平的结果。最直接的影响就是运输成本的上升,导致原定的运费过低,使得承运人失去获益可能。对于承运人而言,为避免该船舶运载的货物因次级制裁而遭到扣押,改变航线或者变更目的港或者提前将货物卸载所付出的费用也应属于受制裁影响的经济损失。这与之前买卖合同中提到的情况一样,不同的是费用的承担对象。在买卖合同中,受影响的是负责运输的一方;在运输合同中,受影响的是承运人。然而由于海上运输的特殊性,承运人不一定是买卖合同中负责运输的一方,所以虽然情况相同,但应根据费用承担者的不同进行区分。

采取海运的多为大宗货物,多个货主的情况极为常见。在一次航行中,可能存在多个买卖合同,如果船舶被扣押,可能对该航次下所有的买卖合同都造成影响。而所有买卖合同行为都违反次级制裁法案的可能性极低,这时就存在大量的“被牵连者”。对于这些“被牵连者”来说,虽然他们未违反制裁法案,但都因船舶扣押遭受损失。

通过以上对合同履行风险的梳理,可见由于制裁引起的合同履行风险已然构成履行合同义务及实现合同目的的实质障碍。各国合同立法均对阻却合同履行的事由以及法律后果进行了详尽规定,判断制裁风险是否属于法律规定的阻却合同履行的特殊事由是定性合同状态的关键。国际贸易制裁风险对合同的影响在法律层面上可归类为以下三种:合同无效、合同履行受阻、可变更或可解除合同。

1. 合同效力问题

不论是英美法系抑或是大陆法系,违反法律、行政法规、公共政策的合同都将被认定为无效合同。在制裁情况下,合同可能因违反制裁法案被认定为无效合同。这里主要指初级制裁的范畴,即在国际

贸易中合同一方为美国实体或个人或依据美国法律设立的公司或者美资公司,其签订的合同因违反制裁法案,符合法定的“合同无效”要件,而归于无效。如美国某石油公司与伊朗石油公司签订石油买卖合同,从伊朗进口石油,此时该买卖合同因违反美国制裁法案导致合同无效。此处无效是指,在签订合同时就违反美国制裁法案,如果是在合同签订后才发布制裁法案则属于另一种情况。

此种无效属于合同的绝对无效,合同双方当事人美国公司、伊朗公司合意严重违法而致使合同无效,在美国法下双方均无权要求“返还财产或恢复原状”。^[2]次级制裁下,受影响的第三方实体为非“美国人”,自不必遵守美国法律,合同不会因违反美国制裁法案而归于无效,合同效力不受制裁影响。

2. 合同履行受阻问题

英国普通法下规定了合同受阻原则,^[3]指在合同成立之后,发生了非由于当事人可控制的事件,使得继续履行合同变得不可能,或继续履行合同和双方原先设想的完全不同或继续履行不合法,在这种情况下,合同得以解除,当事人也不用再履行合同下的义务^①。对合同受阻而言主要是基于外部原因的变化导致合同无法正常履行,但英国法对合同受阻进行了严格限制^②,在制裁的情况下想成立合同受阻十分困难^③。由于制裁导致的合同履行艰难、履行风险上升及履行成本增加属于自我导致的受阻(self-induced frustration),难以成立合同受阻。制裁下可能导致合同履行受阻的情况主要包括:第一,法律变化引起的合同履行受阻;第二,付款被冻结导致合同履行受阻;第三,船舶、货物被扣押导致合同履行受阻。第一种情况主要体现在初级制裁的范畴,如美国公司向伊朗出口用于开采石油的设备,在合同签订后因美国对伊制裁,导致继续履行将违反制裁规定,使合同受阻。但因法律变化而导致合同受阻的认定遭到严格限制,其必须影响到合同的根本,而仅仅是中止或者部分影响合同的履行是不够的^④。第二种情况属于次级制裁的范畴,付款可能

① 参见 *The Wai Lee Firm v. Ku Chung Ming* (1911) 6 HKLR 146。

② 合同受阻原则的适用有很多限制,包括:(1)一方违约导致发生某事件,并不能导致合同受阻;(2)一方故意选择导致的后果,并不能导致合同受阻;(3)一方过失(negligence)造成的后果,通常不能导致合同受阻;(4)合同已明确约定相应事项的后果,不能导致合同受阻。

③ 根据英国普通法,在没有免责约定的情况下,即使执行合同的外部条件发生了重大变化,合同受阻的主张也很难成立。航运方面最生动的例子是1967年苏伊士运河因为埃以的“六日战争”而封闭,许多船东不愿绕道好望角去履约(时间和费用猛增),便以合同受阻为托词撤船。但是英国仲裁庭和法院审理了十几个相关的案子,无一不是船东败诉,合同受阻不能成立。参见杨良宜:《海上货物保险》,法律出版社2010年出版,第323页。

④ 例如一个9年的建筑物租赁合同并没有因为政府短时间内施加在建筑物上的限制而受阻。转引自 *Cornelius v. Banque Franco-Serbe* [1942] 1 KB 29,另见 *Arab Bank Ltd v. Barclays Bank* [1954] AC 495。

被冻结可以成为主张合同受阻的理由,如合同双方当事人约定的付款方式需使用美资银行、外国银行在美国的代理账户或转递账户或使用美元账户进行结算或支付,付款可能被美国当局冻结,此时合同受阻。第三种情况主要指在货物运输途中因违反次级制裁被整船扣押,此时合同履行受阻。

在国际货物运输中,因法律变化而导致合同履行受阻也可能涉及到次级制裁,比如航次租船合同中的船东系“美国人”,承租人为第三方实体,在租约签订后美国对A国发布制裁禁令禁止美国船舶载货前往A国,导致租约受阻。此种情况属于因初级制裁影响到了第三方实体,可归结为一种变相的次级制裁。如此时货物尚未装船付运,合同在受阻后自动解除,船东无权收取运费。但如果在合同受阻时货物已经在装船运输中,此时合同受阻并被解除,对已装船货物的处置就成了一大问题。船东作为承运人仍负有照管货物的责任,^{[4]395}但船东可以采取将货物提前卸载在“安全”港口等合理措施,因此而产生的费用由承租人承担。租船合同受阻后,由于航次租船合同不适用 *Law Reform (frustration contract) Act*,且在一般的国际贸易买卖中,船东通常会要求运费预付才肯签发提单,根据英国法下的预付运费规则,船东在收到预付运费后,即使航次中途受阻,即船舶到不了卸货港,这笔钱也不用退回给承租人。^{[5]259}如该租约下的提单采用的是FOB贸易术语,那么买方作为承租人不仅损失了运费,还需负担由于货物提前卸载产生的特殊费用,同时承担由于提前卸货带来的损失。如果是CIF买卖,那么由于货物装船付运后,风险已经转嫁给了买方,卖方仅须负担由于提前卸载货物产生的额外费用,而制裁引起的航程受阻不属于保险的承保风险,由提前卸货导致的损失(可能发生全损或部分损失)买方无法寻求保险人赔付,只能自己承担。

在航次期租(TCT)中,如果船东系“美国人”,在租约订立后,美国对A国启动制裁,禁止美国船舶载货前往A国,同时将对租用美国船舶载货的前往A国的承租人实施制裁,而租约约定的刚好又是前往A国的航次,此时租约受阻。租约受阻将导致托运人与承租人订立的运输合同一并受阻,此情形属于初级制裁与次级制裁一并导致了合同受阻。运输合同受阻后,货物将被承运人提前卸载,该费用由托运人承担,而运费基于运费预付规则不予退回,对托运人而言,损失是运费以及提前卸载产生的费用。对买卖合同的影响与前段所述一致,不构成受阻,此

处不多作赘述。

对于第三种情况,因船舶、货物被扣押而导致的合同履行受阻,此处主要指运输合同的履行受阻,买卖合同不一定成立合同受阻。在CIF/CFR买卖中,卖方将货物付运后,风险自动转让给了买方,在运输过程中货物如果因扣押而“损坏”“灭失”,不影响卖方必须及时提供付运单证,而买方也必须作出货款的支付。在通常情况下,买针对货物的损坏或灭失可以向承运人提出索赔或向保险人要求赔付,但由于次级制裁导致的扣押不属于承保范围,承运人也无须负责,所以买方只能自己承担损失。如果是FOB买卖,风险同样在货物装船后已经转嫁给买方,买方同样需要支付货款,在运费预付规则下,买方作为承租人也无法取回运费,同时还将承担货物“灭失”的损失。此时,买卖合同虽未受阻,但买方因运输合同受阻而蒙受损失。

当然,由于船舶或货物被扣押而导致买卖合同受阻的情况也存在,不过极为罕见。如采用DES贸易术语的买卖合同,在运输途中由于船舶、货物被扣押,造成货物“灭失”,此合同下卖方的合约责任与承诺就是将货物运到卸货港交给买方,而次级制裁引起的扣押使得卖方无法履行该义务,此时合同受阻。合同受阻后,买方如果还未支付货款可以不必支付,如果已经支付货款,可以依据 *Law Reform (frustration contract) Act*, Section 1(2)的规定,取回在合同受阻前已经支付的货款。卖方可依据 Section 1(2)的规定先行扣除其为履行买卖合同而花费的使费(货物运输、包装等成本),再将剩下的钱退还给买方。^{[5]246}

综上,在国际贸易中制裁在一定条件下可导致合同受阻,主要体现为运输合同履行受阻,对于买卖合同一般无法构成受阻,但会给买卖合同下承受货物运输风险的一方带来损失。

3. 转换为可变更或可解除的合同

在国际贸易制裁中,买卖双方签订的买卖合同及承运人与托运人签订的运输合同仅在违反各方本国法律时才发生合同无效的法律后果,所以无论该合同违反除本国以外的任一国家的制裁法案都不会被归于无效。而国际制裁风险又对合同履行造成影响,如前所述造成履约风险增加或成本上升,使合同丧失对价,或使合同陷入履行不能、履行艰难之境地。当这类情况造成合同丧失对价,陷入履行不能或履行艰难时,大陆法系下当事人可援引不可抗力或情势变更要求解除合同或变更合同。英美法系下

如果合同约定了不可抗力条文,在符合条文约定的情况下,当事人可以对合同进行解除。

然而履行风险使合同陷于受阻或可变更、可解除之状态,一方面导致合同双方权利义务处于不确定状态,另一方面使各方面临财产性损失。合同受阻的法律后果有以下几点:终止合同并免除当事方在合同下的进一步责任;使合同自动解除,不需要双方一致同意,也不需要一方作出宣告;受阻成立后,双方都没有赔偿责任。即合同受阻后双方都无需再履行合同约定的剩余义务。前述已经分析制裁导致的合约受阻,主要体现为运输合同受阻,而由于国际货物运输中形成的运费预付规则,根据英国法,如果合同受阻时货物已经付运,受阻后托运人也无法取回运费,并且还需承担由于提前卸货产生的费用。在运输合同受阻后,在国际贸易通常采用的单证买卖中,货物付运后风险转嫁给了买方,运输合同受阻不影响买方履行支付价款的义务,买方将承担货物无法到达卸货港或货物在中途“灭失”的损失。而这部分损失由制裁引起,不属于保险的承保范围,也不属于承运人责任,无法进行转嫁。

可见,合同受阻后,托运人以及国际货物买卖中的买方将面临庞大的财产损失。

如依据情势变更或不可抗力使合同解除,双方权利义务终止,任何一方不再负有履约义务。而《中华人民共和国合同法》(简称《合同法》)规定了在合同解除后尚未履行的终止履行,已经履行的,根据履行情况和合同性质,当事人可要求恢复原状、采取其他补救措施,并有权要求赔偿损失^①。此处“尚未履行的,终止履行”可称为“免除效果”,^[6]一方面免除以后应履行的合同义务,另一方面在一些特殊情况下如因不可抗力导致标的物灭失则免除托运人的运费支付义务^②。此时对于托运人来说发生货物灭失之财产减损,对于承运人而言丧失运费收入。此处所指“恢复原状、采取其他补救措施”,可归结为一种“返还”义务。在一定程度上可起到对双方损失的填补的作用,但一些特殊情况下仅能填补一方的损失,如因不可抗力导致标的物灭失则受领人

无物可返,如因标的物自身瑕疵或当事人的违约行为导致灭失受领人也不承担返还义务^③,而此时标的物所有人仍需承担返还价款之义务^④。基于以上分析,可得出结论:合同解除后的“返还义务”视情况不同,可能是双向返还义务,也可能是单向返还义务。^[7]然而“要求赔偿损失”又以“违约”“合同一方过错”为前提,在制裁情况下当事人援引不可抗力或情势变更使合同解除,无权要求合同当事方赔偿合同履行利益及信赖利益损失。所以,在制裁情况下,合同解除也仅起到“扬汤止沸”的作用,合同当事人仍面临巨大的财产性损失。

二、国际贸易制裁风险的经济性

制裁由一国发起,属于一国的政府行为,某种程度上说具有一定的政治性。有学者认为,^[8]制裁系一国政府基于政治原因对他国采取的一种政治手段,具有浓厚的政治性,所以制裁风险属于政治风险的范畴。^[9]如果将制裁风险归结于政治风险,那么制裁风险引起的财产性损失就属于因政治风险引起的损失,无法产生民事损害赔偿问题,不属于一般保险的承保风险。申言之,厘清制裁风险是否属于政治风险、准确界定制裁风险的性质对其经济属性的论证尤为重要。

在保险法项下,一般意义的政治风险主要指海外投资者、跨国公司所面临的由于东道国与母国(甚至第三国)政治、经济、安全等关系发生变化、东道国政治和社会的不稳定以及政策变化而导致其投资或经营活动受到影响的可能性。这种政治风险包含外交因素、政局因素、政策因素以及法规因素。常见的如战乱、征用、政府违约、恐怖主义以及其他政府行为。制裁毫无疑问属于政府行为,而采取这种行为的原因与一国的政治、经济密切相关,从这点来看,制裁风险与上述提到的政治风险具有相似的构成要件,但如以此直接认定制裁风险属于一种政治风险则过于武断。

依上述政治风险的定义,判断制裁风险是否属于政治风险的关键在于承受风险的主体与制裁的发起主体之间的关系。海外投资者、跨国公司与东道

^① 《合同法》第97条规定:“合同解除后,尚未履行的,终止履行;已经履行的,根据履行情况和合同性质,当事人可以要求恢复原状、采取其他补救措施,并有权要求赔偿损失。”

^② 《合同法》第314条规定:“货物在运输过程中因不可抗力灭失,未收取运费的,承运人不得要求支付运费;已收取运费的,托运人可以要求返还。”

^③ 《合同法》第148条规定:“因标的物的质量不符合质量要求,致使不能实现合同目的的,买受人可以拒绝接受标的物或者解除合同。买受人拒绝接受标的物或者解除合同的,标的物的毁损、灭失的风险由出卖人承担。”

^④ 《合同法》第231条规定:“因不可归责于承租人的事由,致使租赁物部分或者全部毁损、灭失的,承租人可以要求减少租金或者不支付租金;因租赁物部分或者全部毁损、灭失,致使不能实现合同目的的,承租人可以解除合同。”

国具有直接而密切的法律关系。海外投资者将其资本投资于东道国,以求取投资收益;跨国公司在东道国设立分公司或分支机构从事生产经营活动,以获取收益。二者皆与东道国产生直接联系。而对于次级制裁而言,风险承受主体与制裁发起主体并未产生任何直接联系,仅与其制裁的对象产生联系。在国际贸易中,A国的卖方与C国的买方成立买卖合同关系,因违反了B国对C国的制裁而遭受制裁风险,此过程中A国的卖方与B国并未有直接联系,属于B国与C国之间的第三方主体。从这个角度进行分析,制裁风险并不是纯粹意义上的政治风险,其仅具有与政治风险相似的特征。

如前所述,由国际贸易制裁引起的合同履行风险给合同当事人带来遭受损失的可能,无论是船舶、货物被扣押或没收引起的直接财产损失还是合同项下的履行利益、信赖利益损失,抑或是受制裁影响导致的履约额外支出都可归结为因制裁风险引起的财产性损失。此类合同履行风险又构成履行合同义务、实现合同目的的实质障碍,进一步影响合同的状态,使合同陷于“受阻”“可变更、解除”之境地。

在英美法系下,成立合同受阻十分困难,前述提及的法律变化、船舶及货物被扣押仅能导致运输合同受阻,而在预付运费规则下,即使合同受阻,托运人仍面临损失,而运输合同受阻并不会导致买卖合同受阻,但会给买卖合同中承担运输风险的一方(通常是买方)带来损失。

在预付运费规则下,托运人通常需要预付运费,大部分航次租船合同使用的标准格式都会注明“freight deemed earned on shipment”,无论货物是否消失“cargo loss or not”,所以即使中途航程受阻货物无法到达卸货港或中途“灭失”,已付运费都不予退回,^{[4]260}这是合同双方提前对风险分摊进行约定。而在通常使用的CIF/CFR术语下,货物运输风险在货物装船后就转嫁给了买方,所以即使卖方作为托运人损失了运费,但也不会影响到买方支付货款,所以这部分损失已经得到了对价。但如果货物需要提前卸载,中间产生的费用属于托运人的额外损失,这部分损失可以进行预估,通常不会大到难以计算,具备经济性,有转嫁给保险人的可能。而买卖合同项下,买方将面临货物付运后无法到达卸货港或在运输途中“灭失”的损失,此情形类似于航程终止保险及传统海上货物运输保险的理赔范围,但由于制裁不属于承保风险而无法获得赔付,可见该风险本身就具有经济性,航程终止可根据货物提前卸载导致

的市场价差进行计算,而货物则根据其本身的价值进行赔付。

而如果当事人援引不可抗力条文(如果有)或以不可抗力、情势变更为由请求解除合同,在一定意义上可起到减少损失的效果,但可能仅可针对一方的部分损失,无法顾及双方的全部损失。

且当事人依英美法系援引不可抗力条文,或依大陆法系以不可抗力或情势变更为由请求解除合同,希望免除后续履行义务,并不一定能获得法院认可。由于制裁风险性质的模糊性,法院可能根据不同情况,作出不同的判决。

在英美法系下,成立合同受阻十分困难,非因法律变化或船舶被扣押等严重影响合同履行的事件一般无法成立合同受阻。英美法系未规定不可抗力,履约风险上升、成本增加等均属于多花费金钱和时间可以解决的问题,尚未严重到构成合同履行受阻,根据英国法不影响合同约定的义务,仍需要严格履行。但订约自由下容许合同双方拟定不可抗力条文,针对履行期间出现双方不可以完全合理预见的情况或不想接受的重大改变,尚未达到严重影响合同履行导致合同受阻的情形时,可以自由决定风险的分摊及应对。英美法下的不可抗力条文通常约定,在发生了条文列明的当事人不可控制的特定事故阻止一方履行合同时,其中一方可以解除合约,或可以全面或部分不履行合约承诺,或可以暂停履行合约,或可以延长履行期限。制裁属于政府行为,应归结为一般不可抗力条文所列明的事项之一,但制裁导致的成本上涨或风险增加依英美法系无法起到“阻止”合同履行的作用,履行难度增加或成本上升不能解释为“阻止”的情况。所以,此情况无法援引不可抗力条文解除合同,除非拟定的不可抗力条文明确采用“造成不经济”(rendered uneconomic)的措辞,即规定如果由于不可抗力列明的事项导致亏本可以解除合同,但此种约定极为罕见。因此在一般情况下,如果制裁导致履行成本上升、风险增加,依英美法系即使存在不可抗力条文,可能也难以援引该条文解除合同。英美法系下的不可抗力条文强调对未来遭遇意外事件的风险分摊,不可抗力条文的适用的前提是双方已经在合约中针对某个可以预见的突发事件的类别、范围、严重程度,完整规定了双方应该如何分配风险或善后,如果条文存在空隙,措辞和用字没有非常清楚和有针对性则不能适用。而不可抗力条文适用的法律后果不同于受阻“杀死”合同那般极端,可以是约定部分不履行、延后履行或

在一段时间后赋予一方解除合同的权利。^{[5]287}可见,不可抗力条文下的风险可能给合同当事人造成的损失在拟定不可抗力条文规定风险分摊时就已然进行了量化,这部分损失已经处于合同当事人考虑的范畴内,即使发生也无须以直接解除合同的方式减少损失,具有经济性。而不可抗力条文通常使用的“阻止”一词不能被解释为“履约风险增加、成本上升”,意味着其尚未严重到阻止合同履行的程度,无疑具有经济性。即使不可抗力条文改用“妨碍”或“造成不经济”,明确将制裁引起的风险增加、成本上升包括在内,同样具有经济性。

大陆法系下,以“不可抗力”为由对合同履行进行抗辩以达到解除合同的效果是多数人的选择,然而对于制裁风险是否构成民法下的不可抗力,学界一直未有定论。“不可抗力”与“情势变更”都可以作为免除合同后续履行义务、解除合同的抗辩理由,但二者仍存在极大不同。不可抗力作为法定的合同解除条件,对于合同的解除具有绝对效力,而情势变更原则的适用以消除合同双方显失公平的结果为目的,优先考虑在最大的限度范围内维持原有合同关系。如果存在变更合同的可能,优先对合同进行变更,只有在变更合同仍无法消除双方显失公平的结果时,才考虑解除合同。依不可抗力之性质,如果制裁风险被认定为不可抗力,则意味着给当事人造成的财产性损失难以量化,仅能通过解除合同进行“止损”。相对而言,情势变更留有余地,可通过变更合同条款对双方权利义务进行调整以消除双方显失公平的境况,合同仍存在继续履行之可能,可调整意味着造成之财产性损失可以量化。所以厘清制裁风险属于不可抗力抑或是情势变更,是定性制裁风险经济性的关键。

不可抗力,指不能预见、不能避免且不能克服的客观情况。不可抗力条款中列举的情形一般包括政府行为(act of government),即因政府的立法、司法、行政等行为导致合同不能履行时,义务方不承担责任。在大陆法系项下,不可抗力被作为法定的免责事由,主要根据法律规定的性质进行界定,表现形式有自然灾害,如台风、洪水、冰雹等;社会异常行为,如战争、罢工、骚乱等;而制裁是否属于不可抗力,存在一定争议,应分情况讨论。在实践中,不可抗力与

情势变更往往难以明确划分。

《关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(二)》(简称《合同法解释(二)》)规定了情势变更原则^①,但未列明哪些情况属于情势变更,且明确将不可抗力引起的情势变更排除在外。通常认为构成客观情势的主要有重大经济事变、战争、重大政治事变、法律和政策调整、罢工等情形。

关于情势变更与不可抗力之间的关系,学界存在多种观点:有学者认为不可抗力与情势变更的适用在一定程度上会发生竞合。^[10]另有学者认为,^[11]构成情势变更最常见的情形是对价关系障碍,不可抗力是引起对价关系障碍的因素之一。不可抗力对合同的影响是履行不能,而情势变更则造成合同的履行艰难或不必要,导致一方当事人的合同目的落空^②。而司法实践中,一般以“履行不能”的具体因素和履行不能的程度区分不可抗力与情势变更。^[12]综合以上观点,就制裁而言,以履行不能与履行艰难进行界定较为合适,不可抗力已经构成履行不能,此种不能又分为事实不能与法律不能,事实不能如因合同标的物灭失而不能履行,或者因洪水泛滥造成铁路交通中断而不能运输货物等;法律上的不能,是指基于法律规定的履行不能,或者说是指因法律的理由而导致的履行不能,属于民事行为内容违法的问题。而情势变更未达到履行不能的程度,仍属于可能履行,只是继续履行合同对于一方当事人明显不公平或者不能实现合同目的,有违公平原则和诚实信用原则。

以美国制裁伊朗为例,合同当事人一方具有美国国籍或其主要营业地在美国符合“美国人”的定义或者合同标的是源于美国的产品或服务而履行合同又明显违反制裁禁令,此时合同已经陷入履行不能,无疑属于不可抗力;而在次级制裁情况下,合同当事人或其主要营业地以及合同标的都与制裁发起国没有关系,此时合同未陷入履行不能的境地,仅存在被制裁的风险造成履约成本或风险上升,合同仍有履行可能,不构成不可抗力。受次级制裁影响较严重达到履行艰难的程度才属于情势变更。

依大陆法系,制裁非纯粹意义上的不可抗力,对于次级制裁而言,制裁风险不构成不可抗力。由此可得出,在受制裁影响的买卖合同和运输合同中,制

^① 《合同法解释(二)》第26条规定:“合同成立以后客观情况发生了当事人在订立合同时无法预见的、非不可抗力造成的不属于商业风险的重大变化,继续履行合同对于一方当事人明显不公平或者不能实现合同目的,当事人请求人民法院变更或者解除合同的,人民法院应当根据公平原则,并结合案件的实际确定是否变更或者解除。”

^② 参见(2003)佛中法民一终字第130号民事判决书。

裁风险不符合不能预见、不能避免且不能克服的属性,在民法中不属于不可抗力,在特殊的情况下可能成立情势变更,属于可量化的财产性损失。

综上,可对制裁风险的性质作出如下总结:第一,制裁风险存在于民事领域不属于政治风险。第二,制裁风险给风险承受方造成直接经济损失,使合同陷于受阻、可解除、可变更的状态,具有财产损失性。第三,制裁风险不属于不可抗力,特殊情况下可能成立合同受阻或情势变更,属可量化之财产损失,具有经济性。

结合制裁风险的性质综合考量,国际贸易制裁风险引起的财产性损失可视作民事损害赔偿。首先,该风险产生财产减损之后果。其次,损害发生之原因系第三国的“非法”行为而导致。最后,第三国采取之行为不符合国际法,不具备合法性,可视为“私主体”对他人财产之损害,属于民法范畴。

三、国际贸易制裁风险尚未纳入传统保险的承保范围

在国际贸易领域,海上保险及贸易保险是各方当事人用以转嫁风险的主要方式,而在制裁风险盛行的当下,现有险种仍未将制裁风险纳入承保范围。究其原因,一是学界尚未对制裁风险进行确定性,制裁风险的可保性尚存争议。二是海上保险历史悠久,在险种的设计上存在极大的局限性。三是贸易保险属于新近开展的政策性保险,关注的领域有限,存在利益偏向性。

(一)传统海上保险未承保制裁风险

现行的海上保险合同约定的承保危险大体分为两类:普通的危险(水险)和社会性的危险(战争险、罢工险)。按照承保危险的方式,又分为“列明风险”与“一切险”。而制裁风险不具备水险的特性,与社会性的危险战争险具有更多相似的特性。次级制裁对船舶、货物的扣押、扣留措施与第二类战争险承保的“捕获、扣留、扣押、拘禁或羁押”具备类似特征。但在现有的保险条款中,制裁风险一般属于“不承保危险”或者“除外危险”。

首先,一切险不承保制裁风险,2009年版的英国“协会货物保险A条款”中第6.2条明确排除了“捕获、扣押、扣留、拘禁或羁押,和此种行为引起的后果或进行此种行为的企图”。第7.4条排除了出于政治动机行事的任何人员。其次,制裁风险在战争险中也被排除在外。英国“协会货物战争险保险条款”第1.2条将其承保的“捕获、扣押、扣留等危险”限于第1.1条承保的战争、内战、造反等危险引

起者。2009年版的“中国人民财产保险股份有限公司海洋运输货物战争险条款”中第2条第2款也将“根据当权者、执政者、或其他武装集团的扣押、拘留引起的承保航程的丧失和挫折而提出的任何索赔”作为除外责任。战争险第1.2条与一切险第6.2条之间产生了一个空档,如果货物违反了一些国家的行政规定(即使是不为人知的规定)而被羁押、扣留,这种风险被一切险第6.2条排除后也未在协会战争险第1.2条中得到承保,因其与第1.1条列明的战争风险无关就不能得到赔付。简言之,战争险不承保行政行为引起的扣押、扣留等危险,因此次级制裁所采取的扣押、扣留等措施也不属于战争险的承保范围。

但战争险将因政府行政行为引起的扣押、扣留等危险一概排除,有“一棍打死”之嫌,显然未考虑到次级制裁的情况。一般而言,“扣押”或“扣留”是一种战时法律行为,指在战争或敌对状态下限制船舶使用的行为。在非战争状态下,只有被保险人本国政府有权依据本国法律对船舶采取扣押或扣留、没收等措施,此种扣押是被保险人违反本国法律,由本国政府所采取之扣押。此种扣押、扣留是违反本国法律产生的结果,因不具备合法性而被排除在承保范围外。战争险同样排除了一般民事纠纷引起的司法上的扣押,其原因不言而喻,同样是因为该扣押具备司法正当性,因违法不具备保险利益。一言以蔽之,上述两种情况都是由于不具备法律上承认的利益所以被排除在承保范围之外。然而,国际贸易制裁的情况有所不同。2018年,俄罗斯一艘满载物资的货船在韩国釜山港被扣留。原因是其涉嫌违反美国出台的相关制裁法案,非法向朝鲜运送精炼石油产品。这是典型的因第三方实体违反他国制裁法令而遭到制裁的次级制裁实例。首先,实施扣留的政府不是船舶所属国俄罗斯政府。其次,该船舶未违反俄罗斯的法律,也不是因民事纠纷被司法扣留。最后,俄罗斯与美国、韩国并非处在战争状态,也不是敌对关系。更为荒谬的是,采取扣留措施的也非制裁发起国美国,而是韩国。这种扣留是美国长臂管辖权的缩影,在该案中美国对于俄罗斯船舶不存在任何基于法律的管辖权,韩国也同样如此,其颁布的次级制裁更因违反国际法被世界所诟病。而美国的这种做法在历史上是罕见的,与之前提到的两种情况不同,战争险显然无法考虑到此种情况。

上述提到的空档包含的不仅是次级制裁的情况,对于一些易腐或供食用的货物来说,空档的存在

使该类货物暴露在极大的风险下,因其受到扣留或羁押导致货物较易遭受损失。比如肉类受到口蹄疫的影响、家禽类受到亚洲禽流感的影响、果仁受到飞蛾或甲虫的影响。1903年发生在英国的一个案例中,^{[13]332}一批活牛从利物浦运往布宜诺斯艾利斯,但在卸货港检查时被当地政府以该批活牛生病为由拒绝进口,之后阿根廷政府出台了禁止所有英国活牛进口的规定,导致该批活牛被转运到乌拉圭低价出售。货方为活牛投保的保单中列明风险包含“捕获、扣押、扣留、拘禁或羁押”,但法院认为这些列明风险不包括货物因卫生理由而被当地政府拒绝进口或作出禁运,保险人得以拒赔。为了解决这一空档产生问题,1955年英国伦敦保险市场推出了对这种风险的加保即“货物被完全拒绝进口”的保险条款,也就是说在无论货物被以何种理由拒绝进口或禁运,只要其系因政府行为被拒绝进口,保险公司就应当理赔。

制裁风险与其有相似之处,都系政府行为造成的损失,都属于一切险与战争险的空档,且都不属于因违反法律而不具备保险利益的情况,可以采取相同的解决路径对制裁风险进行加保。

(二) 贸易保险未承保制裁风险

在正常的商业贸易中,当事人可以通过投保贸易保险转嫁商业风险,一般商品贸易中普遍面临的主要是负有付款义务的一方怠于支付货款或不支付货款的信用风险。此风险主要由信用保险进行承保,而在信用保险中涉及国际贸易的主要是出口信用保险。在国际贸易领域中,出口商可以通过投保出口信用保险承保其在经营业务过程中因商业风险或政治风险所遭受的损失。出口信用保险是出口国为了保护本国贸易,推动出口贸易,保障出口企业的收汇安全而制定的一项政策性保险。出口信用保险属于由政府开展的非营利性保险,基于国家视野,集中关注国际贸易收支,追求贸易顺差,未关注到卖方在国际贸易中面临的其他风险,且主要立足于对出口商的保护,忽视进口商面临的风险,存在明显的利益偏向性。

出口信用保险作为出口企业用于转嫁风险的有利工具,同样未承保制裁风险。出口信用保险承保的商业风险主要包括由于买方破产或无力偿付债务以及无正当理由的拒收货物或者拒付货款的情况,简言之即承保买方不履行合同约定项下义务的风险。出口信用保险同时承保由于政治原因引起的收汇风险,主要包括三种情况:买方所在国家或地区颁布法

律、法令、条例或采取行政措施;买方所在国家或地区颁布延期付款令;买方所在国家或地区发生战争、内战、叛乱、革命或暴动导致买方无法履行合同。^[14]这三种情况只对由于买方本国的政治原因导致的买方无法履行合同进行承保,而国际贸易制裁风险是由于第三国之政治原因所致,显然不属于三种情况之一。且出口信用保险倾向于对出口商的保护,在国际贸易制裁风险中买卖双方都是风险的承受者。值得一提的是,出口信用保险有时也承保由于货款经过的第三国颁布延期付款令或者开证行所在国家或地区禁止或限制付款的情况。依条款解释,此情况应包括次级制裁中由于使用了美国转递账户或者受美国实体控制的银行账户违反制裁法案导致付款被冻结的情况。但该情况限定在采用信用证支付方式的进出口贸易中或者付款经过的第三国颁布了延期付款令,即开证行为美国或美国作为付款经过的第三国对该笔付款颁布延期付款令。一般而言,如果美国作为付款经过的第三国发现该笔交易违反次级制裁法案,不会采取颁布延期付款令的方式,而会勒令银行直接冻结并禁止付款,这种情况多数都是使用了美国的转递账户或者通过受美国控制的金融实体付款。可以说出口信用保险承保了些许卖方因国际贸易制裁风险而收不到货款的情况,但仅涵盖了极小部分,无法全面覆盖卖方可能遭受的绝大多数制裁风险。且出口信用保险倾向于对出口商的保护,在国际贸易制裁风险中买卖双方都是风险的承受者。

在中美贸易战的特殊国际背景下,中国的许多进出口行业都处于极大的风险中,危机一旦发生,将大大影响整个国际贸易进出口行业以及航运业,因此对制裁风险进行专门保险填补“海上保险”与“出口信用保险”的漏洞对中国的进出口企业乃至整个国际贸易领域都具有重要意义。

四、国际贸易制裁风险属于可保风险

(一) 合法性问题

确定一种风险是否具有可保性,需判断该风险造成的经济损失是否属于法律上确认的利益。在初级制裁的情况下,受辖于制裁发起主体的合同一方当事人,不论是制裁发生在合同订立前还是合同订立后,如因违反制裁法令而遭到制裁进而导致经济损失,该损失系因违法而产生,属于一国对违反其法律的本国公民进行的行政处罚,不具有适法性。

但国际贸易制裁风险属于次级制裁下的风险。在次级制裁中,美国基于其法律对不受辖于美国的

第三国实体采取制裁措施则不属于行政行为,第三国实体的财产受其本国法律保护,在没有违反其本国法律的前提下,任何人无权侵害该实体的财产。根据国际法,美国仅对其受辖范围内的实体或者其国民基于属地、属人管辖原则具有管辖权,美国无权对不在其管辖范围内的第三方国家实体的财产进行侵害。若美国采取制裁措施对该实体的财产进行不法侵害,则该实体对于其财产损失具有法律上承认的利益,具有适法性。

如前述提到的俄罗斯船舶因涉嫌违反美国制裁法案在韩国港口被扣留,属于韩国依据美国制裁法案对于第三国实体的财产进行的不法侵害。首先,该扣留行为侵害了俄罗斯船舶所有人的物权,给船舶所有人造成经济损失。其次,侵犯了货主对货物的所有权,给国际贸易下的买方造成经济损失。最后,这两种经济损失都归结于韩国的不法侵害,可视作为一种民事损害赔偿,属于法律上确认的利益,具有适法性。

(二) 经济性问题

对国际贸易制裁风险财产损失性的界定,是进行风险可保性论证的前提。前述第二部分已对国际贸易制裁风险的经济性进行过论述。在英美法系下,制裁造成的运输合同受阻进而影响到买卖合同下买方对于货物的利益,在货物被扣押的情况下给买方造成经济损失。在大陆法系下,制裁导致的履行风险增加、成本上升给运输合同下的承运人、买卖合同下的卖方带来经济损失,使合同可依情势变更原则进行变更或解除。而制裁风险不属于政治风险,也不能被认定为不可抗力,因此,制裁风险导致的损失具备经济性的结论已不言而喻。

在次级制裁下,美国针对第三方实体的制裁措施无疑属于“非法行为”。前述俄罗斯船舶被扣案件,无论是采取扣留导致的经济损失,抑或是采用民事罚款作为制裁措施都可认定为民事损害赔偿,具有经济性。

在保险中涉及的风险主要指造成经济损失的不确定性,即经济行为处于一种有损失或没有损失的不确定状态,是一种纯粹风险。^[15]次级制裁下的风险无疑属于纯粹风险,即是否受到影响、是否会招致制裁处于不确定状态。而可保风险是纯粹风险的一部分,一般具有三个要件。第一,可保风险必须有造成重大损失的可能,但又不是极大的灾难性损失。次级制裁下有遭受重大损失的可能,如付款被冻结,船舶、货物被扣押,提前卸载货物产生的额外费用

等,但次级制裁造成的损失具有针对性,限于美国的影响力范围内,不会导致灾难性损失。第二,所造成的损失必须是意外的、偶然的,即不是被保险人故意造成的。首先排除被保险人故意,因次级制裁给被保险人造成损失远大于合同履行后的获益,被保险人没有故意陷入次级制裁的动因。其次对次级制裁而言,损失不是必然的。以冻结海外资产为例,假设合同当事人在美国没有任何资产且也未使用美国境内的金融机构进行结算,即使被列入美国制裁名单,美国也无法采取任何措施损害被保险人的利益,且是否会因违反次级制裁被列入名单尚处于不确定状态。假设采取的是扣押船舶、货物的措施,船舶只要远离美国港口及美国下辖的海域,在公海上航行遭遇拦截、扣押的可能性不高,所以损失也不是必然的。第三,可保风险所造成的损失必须是明确的和可以计算的。^[16]次级制裁下,以国际贸易为例,制裁发起国美国境内是可能引发损失的地点,被列入制裁名单时是可能引发损失的时间,制裁造成的损失采用一定的方法都可予以量化。被没收、扣押的货物通常难以赎回,可以推定为全损,为避免制裁而产生的特殊费用,如变更航线多消耗的油费、装卸货物的费用、造成延误的时间价值通过一定的方法也可进行合理估算,提前卸载货物产生的额外费用也可明确计算。并且前述有过论证,制裁风险不属于不可抗力,其引起财产性损失具备可量化性。可见,次级制裁下的国际贸易制裁风险是一种纯粹的可保风险。

(三) 可保利益问题

由于制裁措施的多样性,国际贸易制裁风险给各方造成的损失也具有多样性,所以在进行保险时,投保人或被保险人对保险标的是否具有可保利益、是否符合保险法规定的保险利益原则是研究制裁风险可保性的重要问题。而投保人或被保险人对保险标的具有利害关系,且该利害关系是已经确定的或者可以确定的是判断是否具有保险利益的关键。^[17]

在海上运输中货物所有权人因货物的丧失遭受经济上的损失,因货物安全或按期运抵目的地而获益,因此货物所有权人对货物具有经济上的利害关系,符合可保利益原则,可以对货物进行投保,这是传统海上保险中最基础的常识。同理,如果美国采取扣押、扣留货物的措施,给货主带来经济损失,可以推定为货物发生全损,货物所有权人同样可以进行投保以转嫁风险。在CIF买卖中,货物运输风险由

买方承担,货物装船后所有权转移给买方,此时买方对货物具有保险利益。卖方负责对货物进行投保,并向买方提供保险单以使买方在发生货损时有权直接向保险人索赔。如果运输途中,因法律变化导致运输合同受阻,买方将承担航程终止货物无法到达目的地的损失,此情形与上述情况相似,买方对货物顺利到达目的地具有保险利益,可由买方投保或按照买卖合同约定由承担投保义务的一方进行投保。

运输合同受阻后,如涉及到提前卸货的情形,托运人需承担提前卸货产生的费用,此部分损失属于运输合同下的风险,与托运人具有利害关系,由托运人进行投保,托运人对该损失具有保险利益。如果托运人为买方,在运输合同受阻后,已付运费得不到对价,在损失货物的同时,对运输合同的期待利益受阻,托运人对于支付运费产生的期待利益具有保险利益,由托运人就已付运费进行投保。

如货物未被扣押,制裁风险导致的履约成本上升同样会对期待利益造成影响,造成利益减损之后果。为避免制裁所付出的特殊费用直接造成期待利益的减少,这部分减少的利益同样具有可保性。在买卖合同中,受影响的一方主要是卖方,卖方负责供货,将承担由于制裁导致的履约成本上升或风险增加的风险,此部分损失与卖方密切相关,由卖方进行投保。在运输合同中,主要的风险承受方是承运人,在货物运输途中,承运人将竭力避免船舶因次级制裁遭到扣押。作为收取运费的一方,运输成本上升或为避免制裁而付出额外的特殊费用将直接损害承运人的利益,所以运输成本上升或避免制裁的额外费用导致的期待利益损失,由承运人进行投保。

综上,国际贸易制裁风险符合保险法下可保性风险的全部要件,当事人各方均对保险标的存在法律上承认的保险利益。

五、国际贸易制裁保险的承保范围

(一) 国际贸易制裁保险的险种分类

在设计保险合同时,应根据不同的风险订立不同的保险合同。根据具体制裁措施的不同,应将国际贸易制裁保险分为船舶、货物被扣留、扣押和船舶、货物未被扣留、扣押两种情况进行探讨。

船舶及货物被扣押引起的损失主要是前述提及的船舶所有人对船舶的物权受损,以及国际买卖中,

承担运输风险的一方(主要是买方)对于货物所有权的丧失。针对这两类损失可设置两类保险:船舶扣押险与货物扣押险。

在船舶货物未被扣押的情况下,可能造成四类损失:第一类为运输合同受阻后,托运人承担承运人提前卸载货物产生的额外费用;第二类为由于制裁导致履约风险增加或成本上升使合同一方的期待利益受损;第三类为运输合同受阻后,国际货物买卖中的买方承担由于航程终止,货物不能抵达卸货港而产生的损失;第四类为当船舶、货物面临被扣押的风险时,为避免制裁变更航线、目的港或提前卸载所付出的特殊费用。第一、二类损失,发生在履行合同的过程中,属于合同项下的损失,此部分以合同履行险进行承保。第三类损失,系因制裁导致航程终止货物不能安全到达卸货港的损失,以制裁终止险承保。第四类损失,作为船舶、货物扣押险的施救费用,属于船舶、货物扣押险的承保范围。

(二) 船舶、货物扣押险

在制裁项下船舶、货物被扣押直接引起所有权、控制权的丧失,导致船舶所有人和货主的实际财产减损。这里的实际财产减损主要指发生财产的实质损失(physical loss),指被保险人对财产的占有权与控制权的失去。在海上货物保险中,占有权与控制权的失去主要是指货物被第三人非法占有或被第三人抛弃或是被留置与拍卖,而以上列举的事项都属于保险的承保范围。然而在制裁中却不那么简单,制裁导致的实际财产减损具体表现在船舶、货物被扣押、没收的情况。次级制裁在学界中被公认是一种违反国际法的行为,而上节提到的韩国基于美国的制裁令对俄罗斯船舶进行扣押明显违反国际法。那这种情况是否属于非法占有?海上货物保险中的非法占有主要指盗窃、扣留和侵占三种情况,这里的盗窃主要指使用武力的盗窃而不是偷偷摸摸的盗窃^①。^{[13]353} Donaldson 大法官认为盗窃应符合以下要件:首先,改变了货物的占有;其次,改变与原来占有人的意愿相悖;最后,占有人无权主张这种占有^②。扣留和侵占其实是一个概念,*Halsbury's Laws of England* 的表述是扣留和侵占主要指对财产的占有,不管该扣留和侵占是合法还是非法,不管占有的人是敌人还是海盗^③。在违反国际法的前提下,韩

① 参见《1906年英国海上保险法》, Rules for Construction of Policy, Item 9: "the term 'thieves' dose not cover clandestine theft or a theft committed by any one of the ship's company, whether crew or passengers."

② 参见 *The "Mandarin Star"* (1969) 1 Lloyd's Rep 293。

③ 参见 Lord Hailsham of St. Marylebone; *Halsbury's Laws of England (Vol 1)*, Butterworths 1973 年出版, para. 870-871。

国政府基于次级制裁扣押俄罗斯船舶的行为应属非法占有。

基于以上分析可得出,因制裁导致的扣押、扣留属于非法占有。所以船舶、货物扣押险应定性为财产保险。船舶扣押险以船舶为标的,由船舶所有人进行投保,由于船舶价值较高,在缴纳罚款后有一定的“解扣”可能,发生“全损”的可能性极低,所以针对船舶应设置一定的赔偿限额,在发生船舶被扣押的保险事故后,根据赔偿限额进行赔偿。赔偿限额的设置可根据船舶的价值、租赁船舶的租金进行确定,同时设置最低赔偿限额与最高赔偿限额,在发生保险事故后,根据被保险人的损失、应缴纳的罚款、被扣押的时间等因素,综合考量理赔金额。

货物扣押险以货物为标的,由负有投保义务的一方(一般为买方,CIF买卖中为卖方)进行投保,可采取在货物“一切险”或“战争险”下加保作为附加险的一种。与船舶不同,货物价值远低于船舶,而美国设置的“罚款”通常高于货物价值,且即使缴纳罚款也不一定能拿回货物,制裁情况下美国对于违反制裁的实体甚至会采取比扣押货物更严厉的打击,所以一旦货物被扣押即视同“全损”。如此便可涵盖由于船舶、货物被扣押对船舶所有人以及买方造成的财产损失。

如果在运输途中得知船舶、货物有被扣押的风险,及时变更航线、目的港或提前卸载货物,有效避免了被扣押的风险,因此而产生的费用可作为船舶、货物扣押险下的施救费用,由保险人承担。此种施救费用属于被保险人采取合理行动避免船舶陷于“危险”,防止货物发生全损或部分损失,在国际船舶保险条文中也常规定“被保险人的施救义务”,符合保险行业惯例,保险人也乐于赔付。

船舶、货物扣押险承保因次级制裁导致的船舶、货物被扣押的情况,同时承保由于避免制裁而产生的施救费用,如果船舶所有人或货主系“美国人”或由“美国公司”控制的实体则不属于船舶扣押险的承保范围,如果船舶所有人或货主来自制裁发起国美国的协同国,或者所属国同美国签署过配合、认可其制裁法案的协议也不属于船舶、货物扣押险的承保范围。

(三) 合同履行险

合同履行险主要承保由于制裁引起的合同履行风险增加、成本上升所造成的损失,主要包括两类:第一类是运输合同项下的期待利益损失;第二类是买卖合同项下的期待利益损失。第一类损失体现为

因次级制裁导致运输成本(如包装费、材料费、船员费用、油费、装卸费)上升,使得原定运费无法覆盖高昂的履约成本,致使合同权利义务失衡。其中也包括运输合同受阻后,托运人需承担的提前卸货产生的额外费用,该部分费用造成托运人期待利益受损。第二类损失的主要承受方系卖方,如因次级制裁导致货物供应来源出现重大变化、原材料难以取得,以及运输成本上涨等,使卖方难以履行提供货物的合同义务或者难以租船订舱(CIF/CFR买卖中),履行合同需花费比原先更多的金钱及承担更大的风险等,损害卖方合同项下的期待利益。

对于这两类损失的承保,应以合同为标的,在投保时可通过合同条款以及以往的交易记录对期待利益进行合理估算。运输合同项下,由承运人和托运人就其可能产生的期待利益损失风险进行投保。买卖合同项下,由卖方就其履行合同义务可能多花费的金钱及成本进行投保。在发生保险事故时,由被保险人就其多花费的成本及金钱损失的期待利益进行举证,保险人进行合理评估后确定赔付金额,以此转嫁因次级制裁导致的合同履行艰难、履行成本上升造成重大经济损失的风险。

合同履行险承保由于次级制裁引起的合同利益损失,以合同为标的的具体赔偿数额根据实际损失确定。与前述船舶、货物扣押险相同,如果合同一方为“美国人”“美国人控制的实体”等则不属于承保范围,同时不承保被美国初级制裁直接针对的被制裁国的实体或个人。承保范围仅限于合同项下可量化的期待利益损失,对于无形的损失不承保。

(四) 制裁终止险

因法律变化导致运输合同受阻后,国际货物买卖中的买方将承担由于航程终止,货物无法到达卸货港的损失。此情况较为特殊,在运输合同受阻后,承运人将货物提前卸载在非目的港,此时货物未发生全损或部分损失,买方作为货物所有权人不能依据一般的货物运输保险请求保险人赔偿损失,但货物在目的港的价值与在提前卸载的港口的价值可能具有很大差别,且买方需派人前往提前卸载的港口接受货物,中途将持续产生费用使得买方利益受损。

此情形类似海上保险中承保航程终止的保险,即货物由于承保的风险导致航程终止以致于货物不能安全到达保险合同中约定的目的地的风险。英国曾发生一起案例:有一票货物是亚麻籽与小麦,从阿根廷运往德国汉堡,所投保的保险合同中承保了君主禁止的风险。该货物在被装上英国船舶后,一战

爆发使得该货物不可能由英国船舶运到德国。结果这批货物被卸载在英国的利物浦和格拉斯哥,而被保险人将其提走后已经妥善保管,但仍然向保险人主张航程终止的损失,索赔金额实际上是市场的货价损失,即货物如果可以成功运到德国汉堡的市场价格与在英国卸下价格的差价^①。最终该索赔得到法院的支持,法官认为:“当保险合同约定,承保该货物从一个港口运输到另一港口时,保险人的赔付义务不止于货物遭受的直接损失或损坏,保证货物能够到达目的港也属于保险人的义务范围;货物在目的港的价值和在转运港的价值可能具有极大差别。”^{[13]266}同理,因为次级制裁导致货物不能到达目的港而不得不转卖而产生的市场差价,实际上使买方的利益受损,可将之纳入航程终止保险的承保范围。如果在航程终止后货物能够转卖出售并取回部分市场的价格,索赔就仅局限于市场差价,但如果货物是专门为目的港的最终买家定制的,也可能存在没有市场出售的问题,这时可能构成真正全损。

制裁终止险由买方进行投保,承保因次级制裁导致运输受阻后,货物提前卸载而无法抵达约定的

目的港的风险。索赔金额取决于货物在提前卸载的港口与目的港的市场价差。如果该货物是目的港的最终买家定制的特定货物,在提前卸载的港口没有销售的市场,那么货物视同全损,保险人应赔付买方的损失。

六、结语

在美国挑起单边主义的国际浪潮下,单边制裁愈演愈烈,中国每年都有无数企业面临被制裁的风险,而被列入美国制裁名单的中国企业的数量也与日俱增,在涉及国际贸易的进出口行业、航运业,次级制裁的影响正进一步扩大。与传统可保风险相同,制裁风险具备财产损失性,制裁引起的损失属于可量化的财产性损失,制裁风险的各项性质具备可保风险的全部要件,理应将其纳入传统保险的承保范围,为中国企业未来应对制裁风险构建有效的风险规避路径。国际贸易制裁风险的承保问题研究,对中国扩大进出口贸易,摆脱单边主义,实现对外经贸自由化、便利化,推进“一带一路”倡议,构建对外贸易新格局具有重要作用。

参考文献:

- [1] 孙才华. 健全应对美国经济制裁风险机制[J]. 中国金融, 2018(21): 92-93.
- [2] 李文涛. 合同的绝对无效和相对无效——一种技术化的合同效力评价规则解说[J]. 法学家, 2011(3): 74-87.
- [3] 杨良宜. 合约的解释[M]. 北京: 法律出版社, 2015: 779-800.
- [4] 杨大明. 国际货物买卖[M]. 北京: 法律出版社, 2011.
- [5] 杨良宜, 杨大明, 杨大志. 合约的履行、弃权与禁反言[M]. 北京: 法律出版社, 2018.
- [6] 韩世远. 中国的履行障碍法[J]. 私法研究, 2002, 1(1): 61-65.
- [7] 靳羽. 合同解除效果:《合同法》第97条的解释论[J]. 安徽大学法律评论, 2013(1): 40-52.
- [8] 于伟明. 中国对外直接投资的政治风险研究[J]. 时代金融, 2018(35): 365-366.
- [9] 薛静静, 郭巧梅, 薛真真. 基于国际视角中伊石油合作政治风险探讨[J]. 西南石油大学学报(社会科学版), 2011(1): 7-10.
- [10] 王利明. 情事变更制度若干问题探讨——兼评《民法典合同编(草案)》(二审稿)第323条[J]. 法商研究, 2019, 36(3): 5-12.
- [11] 韩强. 情势变更原则的类型化研究[J]. 法学研究, 2010(4): 59-71.
- [12] 李振华. 情势变更若干法律问题研究[J]. 武汉市经济管理干部学院学报, 2002, 16(3): 55-58.
- [13] 杨良宜. 海上货物保险[M]. 北京: 法律出版社, 2010.
- [14] 中国出口信用保险公司. 短期出口信用保险综合保险条款[EB/OL]. [2020-01-05]. <https://max.book118.com/html/2017/0701/119444348.shtm>.
- [15] 陈欣, 王国军. 保险法原理[M]. 北京: 北京大学出版社, 2007: 22.
- [16] 温世扬. 保险法[M]. 3版. 北京: 法律出版社, 2016: 35.
- [17] 谢虹. 保险利益论[M]. 上海: 复旦大学出版社, 2003: 27.

^① 参见 *British & Foreign Marine Insurance Company Ltd. v. Samuel Sanday & Co.* (1916) AC650.