



## 导读

本期法律述评介绍了英国法院的两个最新案例、上海自由贸易区的仲裁规则以及最高人民法院关于独立保函纠纷司法解释的征求意见稿。

英国高等法院审理的“*Glory Wealth*”案涉及包运合同的损害赔偿计算问题，该判决指出，如果守约方自己没有继续履行合同的能力，则无法向违约方提出赔偿要求。

“*Carterpillar v John Holt*”案涉及买卖合同中所有权保留条款对货款索赔权（action for price）的影响，英国上诉法院在判决中认为，如果卖方保留了货物的所有权，那么它可能会丧失向买方提出货款支付的索赔权利。

2014年4月8日，上海国际仲裁中心发布了《中国（上海）自由贸易区仲裁规则》。该仲裁规则将于2014年5月1日正式实施，这是中国首部自贸区仲裁规则，吸收了当前国际知名仲裁机构的一些成熟经验，增加一些创新性的规定，如临时措施、紧急仲裁庭、仲裁员开放名册制等。

最高人民法院正在着手制定审理独立保函纠纷的司法解释，目前已经完成了向社会征求意见的程序。金融危机以来，有关独立保函的纠纷频发，发生了不少随意止付的情况，该司法解释的制定，对于统一裁判尺度，维护我国金融业的国际形象具有重要意义。

## “*Glory Wealth*” 包运合同案

包运合同 — 租家毁约 — 损害赔偿计算 — 船东的财务状况和损失赔偿的关系

### 基本案情

2008年8月19日，Flame SA与*Glory Wealth Shipping Pte Ltd*订立了为期三年（2009—2011年）、每年6载的散装煤炭包运合同，前者在合同下的身份是租家，后者是船东（二船东）。

租家未能依照合同的约定宣布2009年第5和第6两载货物的laycan，以及整个2010年度的6载货物的laycan，构成了毁约，船东因此终止了合同。根据合同价和当时市场价的差价，船东的损失约为550万美元。

租家认为由于金融危机的影响，当时船东的财务状况非常糟糕，如果租家按时宣布了待运货物的laycan，船东也将没有能力提供船舶以履行合同。因此，他们认为，除非船东能证明他们当时有能力履行合同，否则没有权利索赔损失。

仲裁庭支持了船东的损害赔偿请求。仲裁庭认为，在租家毁约的情况下，船东有权解除合同并索赔损失，但租家毁约后船东的履约能力不应予以考虑，也就是说，租家无权要求船东举证其实际具备履约的能力。



## 高等法院判决

租家认为仲裁庭的上述裁决存在法律上的错误 (error of law)，因此向英国高等法院提出了上诉请求。

高等法院的Teare法官认为，根据合同法的“补偿原则”，违约赔偿的目的是将守约方的地位恢复至如同合同得以履行时的地位。因此，在假设违约方能依约履行的情况下，如果守约方事实上却无法履行其相应的合同义务，那么守约方不应得到赔偿。

Teare法官认为，根据“Golden Victory”一案（2007，英国贵族院）的判决，如果在一方违约后发生的情形（比如该案中发生的战争）足以使违约方合法地解除（或摆脱）合同，则守约方的索赔权利应该相应地受到限制。

Teare法官进而认为，根据“谁主张，谁举证”的原则，作为守约方和索赔方的船东有义务证明它所遭受的实际损失，包括应该证明如果当时租家继续履行合同的话，根据盖然性的原则 (on balance of probabilities)，它是否有能力履行它所承担的那部分义务（即派船承运货物）。在这个问题上，Teare法官认为仲裁庭存在适用法律的错误。

但是，就事实认定部分，仲裁庭在其裁决中认为，即使当时租家没有违约，船东也应具有履约的能力。因此，尽管仲裁庭在适用法律上发生了错误，高等法院并没有驳回仲裁庭的最终决定（即船东有权索赔因租家毁约而造成的实际损失）。

## 简评

在2007年的“Golden Victory”案中，英国贵族院以多数意见判决认为，在一方毁约而导致合同终止，合同终止以后的情形（只要是在判决前发生）都可作为核算损害赔偿的相关因素加以考虑。在该案中，租家毁约以后导致一个几年的租约被终止。船东索赔剩余租期的损失。但是，在案件的诉讼过程中，发生了第二次海湾战争，而根据租约的规定，租家有权在发生战争的时候解除合同。法院认为，租家毁约所造成的损失只应计算到战争爆发时为止，因为如果合同当时继续履行，则租家无疑会在战争爆发时解除合同，因此，此后的损失船东无权索赔。

Teare法官认为，根据“Golden Victory”案的判决精神，确定违约损害赔偿的关键是如何确定违约时残存的合同的实际价值，而这不仅需要考虑到违约方有权解除合同的情形（如“Golden Victory”案中的战争），也要考虑到守约方是否有能力依约履行合同。Teare法官认为，证明有能力继续履约的责任在守约方。我们认为，这个举证责任的分配似乎并不见得合理。但是，本案的一个启示是，违约损害赔偿并不是简单的算术演算，而是需要考虑包括守约方履约能力在内的众多因素。

## “Carterpillar v John Holt” 经销协议案

经销协议 — 所有权保留条款 — 货款索赔权 — 英国1979年《货物买卖法》第49条的解释



## 基本案情

FG Wilson (“FGW”，卡特彼勒集团全资子公司) 与John Holt Liverpool (“JHL”) 订立发电机设备 (包括零配件和售后服务等) 的经销协议 (Distributorship Agreement)，约定由JHL作为FGW在尼日利亚的独家经销商。经销协议并入FGW的标准合同条款。其中规定，货款应在发票出具后30日内支付。但FGW和JHL后来将付款期限变更为发票开具后第五个月的25号前。

此外，经销协议的“所有权和风险”条款规定，货物的所有权在货款全部付清之前不转移给JHL (*title shall not pass to Buyer until Seller has received payment in full for the products and all other goods or services agreed to be sold by Seller to Buyer for which payment is then due*，即所有权保留条款)。同一条款还规定，在所有权转移之前，JHL应以代理身份 (fiduciary agent) 持有货物，JHL有权销售或使用相关货物，但收入应归FGW名下。

2009年6月，FGW出具了货款发票，称当时拖欠的货款约为1200万美元。2009年12月7日，FGW致函JHL，请求其支付上述货款，并称这些货款在2009年11月25日已到期 (即发票开具后第五个月的25号)。但是，JHL始终没有支付款项。

2011年1月19日，FGW致函JHL，要求JHL根据“所有权保留”条款返还货物。但是，JHL告知货物已经转售给他们的尼日利亚公司，且该尼日利亚公司已经为货物支付税款

无法退货。

FGW向JHL提起请求支付货款的诉讼。JHL认为，根据英国1979年《货物买卖法》第49条的规定，请求支付货款的前提是所有权已经转移给买方，而本案中由于所有权保留条款的原因，所有权从未转移给JHL，因此FGW无权请求货款。

## 英国法院判决

在高等法院的判决中，Poplewell法官认为，货物的所有权已经在货物被JHL转售给其尼日利亚公司的时候转移给JHL。因此，根据英国1979年《货物买卖法》第49条第1款的规定 (第49条的规定如下引)，在“货物所有权已经转移给买方”的情况下，作为卖方的FGW有权提出支付货款的索赔。

*(1) where, under a contract of sale, the property in the goods has passed to the buyer and he wrongfully neglects or refuses to pay for the goods according to the terms of the contract, the seller may maintain an action against him for the price of goods;*

*(2) where, under a contract of sale, the price is payable on a day certain irrespective of delivery and the buyer wrongfully neglects or refuses to pay such price, the seller may maintain an action for the price, although the property in the goods has not passed and the goods have not been appropriated to the contract.*



大成律师事务所 2014年4月

JHL对高等法院的判决提出了上诉。审理该案的上诉庭由三位法官（Patten, Floyd和Longmore法官）组成。Patten和Floyd法官认为货物所有权并没有转移给JHL，而Longmore法官持不同看法。Patten和Floyd法官认为，合同中的“所有权保留”条款已经确定了所有权的归属，即只要买方不付款，则货物的所有权就一直归卖方所有。该条款进一步明确了在所有权没有转移的情况下，买方对卖方的义务，包括持有货物、转售货物或使用货物等，而买方的角色仅仅是卖方的代理。

Longmore法官则同意一审法官的意见，认为货物的所有权在被JHL转售给其尼日利亚公司时已转移给JHL。他认为，将JHL解释为FWG的代理并不符合他们之间多年以来业已形成的商业关系。

上诉庭最后以多数意见判定，JHL在转售货物时仅仅是FGW的代理，货物所有权仍属于FGW，因此FGW对JHL的货款请求不能满足1979年《货物买卖法》第49条第1款的条件，因而，FGW要求支付货款的请求应予驳回。

然而，根据《货物买卖法》第49条第2款的规定，如果买卖双方约定了具体的支付时间且已到期，则即使货物的所有权尚未转移给买方，卖方仍有权请求买方支付货款。本案中，FGW的标准条款原本约定JHL应在出具发票后30天支付货款。但双方随后对付款时间作出了变更，导致什么时候是付款期限产生了不确定性。在案例报道中，双方似乎并没有讨论《货物买卖法》第49条第2款的适用问题，也许FGW在索赔中并没有依赖该款规定。

## 简评

在货物买卖合同中，如果发生买方违约不支付货款的情况，卖方的救济一般是请求买方支付货款或（在货物已经交付的情况下）请求返还货物。通常来讲，请求买方支付货款是比较直接和有效的索赔方式。

但是，为了保障在买方发生财务困难（如破产）的情况下卖方的权利，买卖合同中通常会加入一条“所有权保留条款”，规定如果买方不支付货款，则货物的所有权不转移给买方。但是，如上述案例所显示的那样，根据英国货物买卖法的相关规定，当货物的所有权没有转移给买方时，卖方提出货款索赔的权利是受到限制的。

我们认为，如果买卖合同中约定了所有权保留，那么作为卖方来讲，还有必要在合同中明确约定买方付款的具体时间（即付款义务到期日）。这样，在做到保留所有权的同时，卖方仍有权提出支付货款的索赔。

当然，请求支付货款只是索赔的一种方式，另一种常见的索赔方式为违约损害赔偿。和损害赔偿相比，请求支付货款的便利之处在它可以省却举证具体损失的麻烦，而且从程序上讲，索赔方可以直接申请法院做出简易判决（summary judgment）。就本案而言，尽管FGW无法在货款支付索赔中获胜，但应该不影响其根据损害赔偿的方式要求JHL赔偿其损失。

据我们所知，本案已被允许上诉至英国最高法院，我们将



持续关注并对进展情况进行报道。

## 上海自由贸易区仲裁规则解读

作为中国（上海）自由贸易区（“自贸区”）争议解决及法律保障的重要制度性安排，上海国际仲裁中心（同时使用“上海国际经济贸易仲裁委员会”的名称）于2013年10月22日设立了自贸区仲裁院，为涉自贸区法律纠纷提供仲裁服务。2014年4月8日，上海国际仲裁中心发布了《中国（上海）自由贸易区仲裁规则》（“《自贸区仲裁规则》”）。《自贸区仲裁规则》将于2014年5月1日正式实施。这是中国首部自贸区仲裁规则，标志着自贸区制度创新取得了新突破。

《自贸区仲裁规则》借鉴了当前国际知名仲裁机构的一些成熟经验，在中国现行商事仲裁规则的基础上增加一些创新性的规定，如临时措施、紧急仲裁庭、仲裁员开放名册制、合并仲裁、友好仲裁及小额争议程序等。本文将对《自贸区仲裁规则》中的主要创新规定作简要介绍。

### 一、临时措施

根据《自贸区仲裁规则》第三章的规定，临时措施包括财产保全、证据保全、行为保全和法律规定的其他措施。关于行为保全，《自贸区仲裁规则》吸收了2012年修订的《民事诉讼法》中关于行为保全的相关规定。此外，鉴于新《民事诉讼法》增加了仲裁前保全的规定，《自贸区仲裁规则》也允许当事人在提起仲裁前申请临时措施。

在我国传统的仲裁法律制度下，临时措施的决定只能由法院做出，通常是由当事人向仲裁庭申请，再由仲裁庭转交法院做出相关决定。《自贸区仲裁规则》引入了国际通行做法，规定临时措施的决定机构包括仲裁庭和紧急仲裁庭，但前提是临时措施执行地所在国家或地区的有关法律允许仲裁庭作出临时措施决定。因此，根据我国目前的法律制度，如果临时措施执行地在我国境内，则仲裁庭将仍旧无权做出临时措施决定。

### 二、紧急仲裁庭

紧急仲裁庭或紧急仲裁员制度是一项新的制度，它的目的是填补自当事人的仲裁申请被仲裁委员会受理到仲裁庭组成这段时间的管辖真空。如果在这段时间内，当事人需要申请临时措施，可以申请仲裁委员会成立紧急仲裁庭。

决定是否成立紧急仲裁庭的机构是仲裁委员会。如果仲裁委员会同意，则由委员会主任从仲裁员名册中指定一名仲裁员成立紧急仲裁庭。紧急仲裁庭的职权范围与一般仲裁庭的范围相同。紧急仲裁庭在仲裁庭组成之日解散。除非当事人另有约定，紧急仲裁员不能担任该案的仲裁员。

根据目前的收费标准，向紧急仲裁庭申请一项临时措施的费用是10,000元人民币。

### 三、仲裁员开放名册制



我国《仲裁法》第13条要求仲裁委员会设立仲裁员名册，相应地，我国的仲裁机构均采用仲裁员名册制，即当事人只能在仲裁员名册内挑选仲裁员。这种做法制约了当事人挑选仲裁员的自由。《自贸区仲裁规则》采取了开放名册制，即当事人选择仲裁员可不局限于仲裁员名册。

但是，如果当事人选择仲裁员名册外的人士担任仲裁员，应将相关信息提交给仲裁委员会，经仲裁委员会主任依法确认后，方可正式任命。这一审核程序的目的是在保障当事人意思自治的同时对仲裁员的资质进行有效监督。

#### 四、合并仲裁

合并仲裁，是指将两个或两个以上仲裁案件进行合并审理（类似于诉讼程序中的合并审理），从而达到节省成本、防止仲裁裁决相互矛盾的目的。

依据《自贸区仲裁规则》的规定，进行仲裁案件的合并有以下几个前提条件：

- (1) 仲裁标的为同一种类或者有关联；
- (2) 各方当事人同意；
- (3) 经一方申请，由仲裁庭作出是否合并的决定；
- (4) 几个案件的仲裁庭组成人员应完全一致。

合并的仲裁案件通常应合并于最先开始仲裁程序的案件。除非当事人一致请求作出一份仲裁裁决，仲裁庭应对各仲裁案件分别作出裁决书。

#### 五、第三人制度

和诉讼中的第三人制度不同，仲裁程序中加入第三人必须征得所有相关方的同意（通过仲裁协议或事后同意的方式）。《自贸区仲裁规则》将第三人制度引入仲裁规则，就我国而言，是创新之举。根据《自贸区仲裁规则》的规定，第三人可以在仲裁庭组成前或组庭后加入。

申请人或被申请人可以在仲裁庭组庭前申请同一仲裁协议项下的其他协议方加入仲裁程序，由仲裁机构的秘书处做出决定。如果已经组庭，则第三人加入的前提是放弃重新选定仲裁员的权利，并认可已经进行的仲裁程序。最终第三人能否加入到仲裁程序，由仲裁庭决定。

案外人加入仲裁程序时，提出申请的主体可以是仲裁程序当事人，也可以是案外人。案外人加入仲裁程序必须得到仲裁程序当事人和案外人的同意。

#### 六、证据制度

根据《自贸区仲裁规则》的规定，当事人可以对证据事项和证据规则做出特别约定，但这些约定无法予以实施的除外。

《自贸区仲裁规则》对专家证据作出了比较详细的规定，这些规定与2010年国际律师协会（IBA）制定的《国际仲裁取证规则》相符，也符合主要国际商事仲裁机构的通常做法，包括当事人可以申请对专门问题提出咨询或鉴定，专



家人选可以由当事人选定或由仲裁庭指定，专家报告或鉴定意见应及时提供给当事人，并给予他们提出意见的机会等。

## 七、仲裁中的调解

仲裁和调解是解决商事争议的两种独立方式，可以相互结合，并行不悖。但是仲裁员参与调解的弊病在于，仲裁员在调解过程中了解到的信息可能会“污染”仲裁员，从而导致仲裁员不能在调解失败后的仲裁程序中客观地审理案件。《自贸区仲裁规则》增加了组庭前调解这一创新性的规定。

在案件受理后到仲裁庭组成前，如果双方当事人书面同意调解，可由仲裁委员会主任在调解员名册中指任一名调解员进行调解。调解程序不影响仲裁程序的进行。调解程序在仲裁庭组成之日终止。除非双方当事人书面同意，调解员不可担任后续仲裁程序的仲裁员。

## 八、友好仲裁制度

友好仲裁，是指仲裁庭经双方当事人授权，依据公允善良的原则对争议做出具有约束力的裁决。它的特点是仲裁庭是根据公允善良原则、而不是根据法律对案件进行裁决。值得一提的是，仲裁庭不能违反法律的强制性规定和社会公共利益。鉴于目前的司法环境，友好仲裁制度要获得当事人的信赖可能是非常困难的。

## 九、小额争议程序

目前我国的仲裁机构都还没有设立小额争议程序。《自贸区仲裁规则》引进了小额争议程序，适用于争议金额不超过人民币10万元的国内争议案件，也就是说，涉外案件不适用小额争议程序。

适用小额争议程序时，程序期限缩短，如当事人提交答辩和反请求的期限缩短至10日，仲裁裁决作出期限压缩至45天等。审理方式也更为灵活，可以依据当事人提交的书面材料和证据进行书面审理。目前拟定的案件受理费和处理费分别为100元和1,250元。

### 最高人民法院《关于审理独立保函纠纷案件若干问题的规定》（征求意见稿）简介

2013年年底，最高人民法院公布了《关于审理独立保函纠纷案件若干问题的规定》的征求意见稿（“《征求意见稿》”），它的主要内容如下：

#### 一、独立保函的识别问题

根据《征求意见稿》的规定，独立保函是指由担保人依照保函申请人的指示开立的，凭与保函条款相符的付款请求书或其他单据，在保函载明的最高金额内向受益人付款的书面承诺。如果保函载明见索即付，或适用国际商会《见索即付保函统一规则》，或担保人付款义务不受基础法律关系以及其他法律关系影响等，那么法院一般应当认定该



保函为独立保函，但是，如果保函没有载明据以付款的单据条件，或未载明最高付款金额的则有可能被认定为一般的从属性保证。

有意见认为，独立保函的规定应只适用于涉外法律关系中，也就是说，如果独立保函或其所对应的基础法律关系均不具有涉外因素，则不适用保函的独立性原则。我们认为，这种限制是没有必要的。

## 二、独立保函的效力问题

开立独立保函的担保人应该具备相应的行为能力。担保人的主体资格应依照担保人的经常居住地法律予以确认。就我国的担保人而言，它应是具备担保经营业务资质的我国企业、组织或个人，否则独立保函将被认定为无效。

如果独立保函构成对外担保，那么它就还应符合我国有关对外担保的规定和要求，比如中国人民银行于1996年颁布的《境内机构对外担保管理办法》及其实施细则，包括保函的外管审批和登记。但《征求意见稿》规定，我国境内银行开立的独立保函构成对外担保，当事人以该保函未经外汇主管部门审批或登记为由，主张保函无效的，法院不予支持。

## 三、独立保函的独立性问题

独立保函具有独立性，即独立于基础法律关系。根据《征求意见稿》的规定，如果受益人提交的单据与独立保函条

款之间、单据与单据之间表面相符，担保人即应依据受益人的请求承担独立保函项下的付款责任。除非欺诈例外原则适用，担保人以基础法律关系、保函申请关系以及其他法律关系对付款义务提出抗辩的，法院不予支持。

关于何谓表面相符？《征求意见稿》规定应依据保函所约定的审单标准进行审查；如果保函没有约定的，法院可以参照适用国际商会确定的相关审单标准。其中，《征求意见稿》特别指出，受益人提交的单据与独立保函条款之间、单据与单据之间表面上不等同一致，但并不导致相互之间产生歧义的，应当认定构成表面相符。

## 四、独立保函欺诈问题

根据《征求意见稿》的规定，受益人的付款请求具有下列情形之一的，将构成欺诈：

- (一) 受益人与保函申请人或第三方恶意串通，没有真实基础交易的；
- (二) 受益人提交的单据记载内容虚假或系伪造的；
- (三) 根据独立保函的类型和目的，受益人的付款请求没有可信依据的。

其中“受益人的付款请求没有可信依据”包括了以下一些情形，比如，根据受益人的付款请求及单据的记载内容，担保人没有付款义务的；对基础法律关系争议具有管辖权的法院或仲裁机构终局裁决认定债务人没有付款或赔偿责任的；债务人已完全履行了独立保函保障的债务的；独立保





函所保障的债务不履行事件或风险并未发生的；以及受益人明显滥用付款请求权的其他情形。

但是，止付申请人或原告仅以受益人违约或基础法律关系争议已提起诉讼或仲裁为由请求止付的，法院将不予支持。

## 五、独立保函的止付问题

《征求意见稿》中有关独立保函止付的规定和2006年1月1日施行的最高人民法院《关于审理信用证纠纷案件若干问题的规定》类似。其中，有权提出止付申请的当事人包括保函申请人、债务人、担保人或反担保人。对止付申请具有管辖权的法院是担保人住所地中级人民法院。

关于裁定中止支付的具体标准，《征求意见稿》规定如下：

- (1) 根据止付申请人提交的证据，构成独立保函欺诈具有较高可能性的；
- (2) 如不采取止付措施，将会使止付申请人的合法权益受到难以弥补的损害的。

为了防止司法权力滥用，《征求意见稿》要求法院在所作的止付裁定中包含初步查明的事实和止付理由。而且对于诉前的止付裁定，如果止付申请人在裁定作出后三十日内未依法提起独立保函欺诈纠纷诉讼的，法院应当解除止付裁定。

在审理独立保函欺诈纠纷案件或处理止付申请过程中，法院可以对基础法律关系争议进行必要的有限审查。可以预见，如何合理限制审查的范围将在司法实践中成为一个争议较多的问题。



陈卫东

上海分所合伙人

[weidong.chen@dachenglaw.com](mailto:weidong.chen@dachenglaw.com)



周垠

上海分所律师

[steven.zhou@dachenglaw.com](mailto:steven.zhou@dachenglaw.com)



潘瑞

上海分所律师

[rui.pan@dachenglaw.com](mailto:rui.pan@dachenglaw.com)

大成律师事务所

[shipping@dachenglaw.com](mailto:shipping@dachenglaw.com)