

## 船东针对承租人毁约的损害索赔（无现成市场）

作者：御用大律师，Andrew Baker

---

### 引言

若船东因承租人毁约而终止了定期租船合同，且存在“现成市场”供船东重新为该船舶订约，船东损害赔偿的计算方式（或者通常计算方式，或初步证据计算方式）为根据毁约的租船合同应付租金率与现成市场租金率之间的差值，适用于毁约之后合同履行期尚未履行的部分（简称“尚未履行的合约期”）。这即为此环境下的“合同-市场计算方式”。

2008 年第四季度海运市场的灾难性价格崩溃引发的纠纷已测试了现成市场现有损害赔偿金计算方式的极限。由此出现了一个重要且关乎原则的“后续市场问题”：合同/市场计算是否仅适用于被废除的租船合同被终止时存在现成市场的情况？若届时并没有现成的租船市场，例如船东订约了一或两次现付航次，如果在航次结束时市场状况已正常化，那么合同/市场的计算应该这时开始衡量尚未履行的合约期的损失吗？

### 基本分析

若存在现成租船市场，我们按照  $(C - M) \times P$  计算损害赔偿（ $C$  为被废除合同的租船费率， $M$  为市场费率， $P$  为尚未履行的合约期），因为： $(C - M) \times P = (C \times P) - (M \times P)$ 。

船东起诉要求损害赔偿，因为将不能获得  $(C \times P)$ 。这即为他们因毁约而承受的损失，也即他们请求赔偿的原因。但他们同时也获得重新使用船舶的自由，因为无需继续受被毁约的合同的约束来安排船舶。该获益或利益的价值应在评估适宜赔偿时被考虑在内，与损失的租船收益进行抵免结算。因此，合同-市场计算方式上有损害赔偿时， $(M \times P)$  起到估价作用。市场费率  $M$ （乘以尚未履行的合约期）可评估船东无需继续根据被废除租船合同使用船舶的获益价值。

关于参考现成市场对于相关货物或服务的价格或价值以评估损害赔偿的规则，当然不是定期租船合同所特有的。对于商品销售案件，自 1893 年开始就有成文法律规范此类规则。现行法律为《货物买卖法 1979》项下第 50（3）和 51（3）款，明确规定这些规则仅用于实施而不是取代基本原则。损害赔偿金的计算为“在正常情况下由于……违约而直接以及自然导致的估计损失”（第 50（2）和 51（2）款）。若存在现成市场，损害赔偿的初步计算应根据“合同-市场”和“市场-合同”分别确定。该常见规则不会构成或反映不同的或独立的计算方式。

所以，该常见规则从来不只是商品销售合同的产物，Robert Goff 法官将其视为定期租船案例的指引也不奇怪：“Elena d'Amfco” [1980] 1 Lloyd's Rep.75（船东之违约）。

在 *Elena d'Amico* 案例中，由于船东在交付后 15 个月即 1973 年 3 月违约而导致一个 3 年期租船合同终止。承租人没有替换合同，而是要求对方赔偿他们本可从被终止的租船合同中获取的利润，计算方式当中有参照 1974 年当时非常高的市场费率。仲裁员 Christopher Staughton 御用大律师将承租人损害赔偿限制

为毁约时可获得的更换合同与原合同的差价，差价计算采纳毁约时的市场费率。他的判决随后得到了法院的支持。仲裁员认为承租人的行为是合理的，他们采取并执行了一种合理的对市场的评估。然而，他说“承租人行为的结果对我来说不合理[这个词被 Robert Goff 法官解释为‘不可接受’]。“根据他们对市场的判断，更换船舶是不恰当的，但在该判断被后来事件证明是错误时，他们向船东索赔若他们做出不同判断本可获得的利润。”Robert Goff 法官表示：

“在考虑被提交意见‘这些利润损失可通过损害赔偿从船东处索回’时，在我的判决中有关货物买卖的案例.....已提供了指导。例如.....未交付的案子中，因货物未能在规定日期交付或者合同被毁约。买方在这种情况下必须决定是否买进，若打算买进是否应该立即买进或等待一段时间之后再买进。法律观点为，通常若有争议货物在应该被交付的时候存在现成市场，而买方决定不在该日买进（买方可全权决定），那么买方不可将此决定的后果责任推卸给卖方。若买方决定晚些买进，那么可能.....会用比货物应交付之日的现成市场价格更高或者更低价格买进。但是，若买方必须以更高价格购买，那么通常就不能向卖方索要额外费用。换言之，若买方由此节省下一笔费用，那么该笔费用通常不能被计入以降低卖方应给的损害赔偿。”

在被问及判决原因时，Robert Goff 法官回答：（i）“只有在索赔事项与原告的作为或不作为存在因果关系时才能在法律中构成损失减小措施”；（ii）“.....若存在现成市场，但是却未利用该现成市场，那么该项不利用现成市场的决定通常为根据[原告]对市场的评估而做出的独立决定，与违约无关.....。...其决定发生在已有错误的背景下，但其不“来自于那个[失败的]交易”（使用 Viscount Haldane [*British Westinghouse* [1912] AC 673 at 689 中]所采用的表达方式）；以及（iii）“至于降低[被告]的违法过错对其造成的影响的考虑出发，其决定是否合理或是否明智，这并不重要。重要的是这项决定与该过错无关。”

所以，原告不是因不合理的行为增加了损失而被剥夺了获得损害赔偿的权利。而且，这当中存在内置相互关系：若原告未利用现成市场，且费率发展趋势不利于原告，原告的可补偿性损害赔偿则不增加；但若费率发展趋势有利于原告，原告的可补偿性损害赔偿则不减少。若原告本可以在市场中替换合同但却没这么做，这便是“原告自身做出的与（被告）过错无关的经营决策；并且该决策后果应由原告自己承担”；原告未能利用现成市场的这一决策“（用白话说）是原告自己的责任：这不是因[合同违约人]产生的受损或获盈利的决策”（*Kaines v. Osterreichische* [1993] 2 Lloyd’s Rep. 1, 根据 Bingham LJ at 11 rhc），这是一种“他为自己得利益而做的投机...不管市场走向如何”。

Toulson J 法官在 *Dampskibsselskabet “Norden” A/S v. Andre & Cie SA* [2003] EWHC 84 (Comm), [2003] 1 Lloyd’s Rep. 287 案例中根据“*Elena d’Amico*”推论：“广泛原则（为）.....若合同因一方违约而解除，且该方的未履行义务种类存在一个现成市场，使得无过失一方获取替代合同，则无过失一方的损失一般根据其替代合同下的财务状况相比其在原合同下的财务状况的落差来衡量”，并补充道：

“原理为在这样的情形下，该衡量指标代表了可被公平合理地视为因违约而自然产生（即根据事情的一般过程）的损失.....。这是公平合理的，因为其反应了有过失一方应负责的过错以及在违约时给无过失一方带来的经济损失。有过失一方剥夺了无过失一方在原合同项下履约的利益（且无过失一方同时被免

除自身未履行的义务)。替代市场的可用性使得无过失一方的损失能有市场估价,并且在交易中划清界限。”

所涉及的该“相互关系”源于英国法律有关减小损失的基本相互关系,即在可选择相似业务进行订约时决定不这么做,不管该决定是否会导致损失或利益,均由无过失一方承担:为减小损失而采取的合理步骤或许达到或不达到降低损失的预定效果;若达到,便限制了损害赔偿——对于采取损失减小以避免的损失,其不会获得损害赔偿;若未达到,且最终遭受的损失增加,则增加获得的损害赔偿相应被放大,因为原告已采取合理措施来降低违约对经济的负面影响,且该违约行为仍足以是损失增加的原因。

因此若船东未利用现成的可重新为被废除部分订约的市场,而是做出完全合理的交易决策来订立一种不同类型的约定——减小损失和因果关系的概念不能在选择结果良好时限制船东获取损害赔偿,同时又在该选择结果不良时妨碍船东获得其全部实际损失的补偿。

### 后续市场问题

在一次性货物买卖的经典、简单案例中,由于过失卖方在履约期满日未能进行交付或者交付被买方拒收,若替换购买或销售(视情况而定)可立即确定则其“现成市场”规则显然适用。但“立即确定”并不是必需的:

在 *Petrotrade v Stinnes Handel* [1995] 1 Lloyd's Rep. 142 (FOB 条款下销售汽油,买方违约) 案例中, Colman 法官认定“此产品的有限需求量……意味着将需要花费两周时间将其全部卖掉”。而且更具体的是,尽管合同规定单次交付为 10000 公吨,“一个合理的贸易商若以在合理时间内处理此批货物为目标,会按照 1000 到 3000 吨的小批货物形式销往德国市场并在[该违约]的两周内完成此项工作,[但]可能无法在如此短的时间内以整批货物形式重新卖掉,并且……不会尝试这么做”。这仍然足以确立现成市场,并且《货物买卖法 1979》第 50 (3) 款的初步证据规则也适用。可通过在两周内一系列的分批销售来合理实现的价格,正如法官所述,为实现该目的“市场或当前价格”。

若在买方违约后重新销售将按整批销售并且可以实现,但需要数周时间来安排,现成市场仍然存在,尽管“市场或当前价格”将会是日后销售情形下可实现的净价格 (*The Azur Gas* [2006] 1 Lloyd's Rep. 163)。

后续市场问题正测试着这方面规定的弹性程度。这第一次出现于“*Kildare*” [2011] 2 Lloyd's Rep. 360, 即关于散装干货船 5 年连续航次租船的案例。承租人毁约,船东于 2009 年 1 月初终止租船合同,该合同还有 4 年尚未履行的合约期。船东未针对尚未履行的合约期重新订约,而在最初阶段在现货市场交易了该船舶。David Steel 法官断定船东无法在对方违约后马上重新订约,但按普遍看法他们本可以稍后做这项工作(具体从何时起可以这么做是一个可争议的问题,但对于目前的讨论不重要)。船东辩称,从可以为船舶合同尚未履行的合约期在当时现成市场上重新订约以时起,损害赔偿应参考该市场的费率来确定,无论船东选择或在将来可能选择做什么不同决定。承租人辩称该“现成市场”规则仅在违约时有一次被列为适用或不适用的机会,并且若当时无市场,后续市场仅在船东不可合理地不利用该市场时才有相关性。David Steel 法官同意承租人观点:——

“64. ....Zodiac 认为.....若市场在较晚日期出现,且可让船东为未履行  
合同期订立新期限租船合同,则剩余期间的损害赔偿应基于相同基础进行评估,  
因为任何替代合同将构成独立投机。

65. 若随后出现适用于(更短的)未履行合同期的市场,而船东不利用  
这个市场,那么我认为其并不代表这一决定是与过失性解约无关的经营决策。  
因为在违约时接受市场费率已经是合理的减小损失措施.....

66. 通过此机制,后续市场活动将不会被予以考虑。船舶在终止日期  
后何时完成任何现付航次只是机遇问题,航次的结束时间其实可能使船东错过  
现成市场的出现。总之,我认为船东不需要在每次现付航次结束时回到期限市  
场,或者为遇见长期租船市场而放弃短期租船市场。”

在“Kildare”案例中,A比M大,因此争辩“现成市场”规则的“仅一次”相关  
性是有利于承租人的利益的(共计2000万美元)。然而,David Steel法官的推  
理暗示这并不能影响该原则问题的答案。因此,若船东在有机会针对(剩余的)  
被废除部分重新订约,但选择不这么做而带来不利结果,那么根据David Steel  
法官的推理,承租人的责任将会因为该决定而被放大。

后续市场问题的出现只在类似“Kildare”案例中在违约日期无现成市场的  
情况下出现。“Kildare”案例中船东选择的现场订约仅可被视为因承租人而引起,  
而不是船东为自己的独立投机,因为船东除了找非类似业务订约别无选择。由  
于他们别无选择只能选择非类似业务订约,承租人违约的因果效应仍在持续,  
妨碍了针对船东损失进行的市场估价,从而阻碍双方在交易中划定界限。因此  
大约在终止后第一次重新订约结束时将船舶再次投入市场这一决定是源自船东  
的违约,而非船东的独立贸易决策。

在这一点上可偏离“Kildare”案例的机会出现在Blair法官面前,即“Wren”  
[2011] 2 Lloyd’s Rep. 370。在本案中,船东和承租人签订了一份租期为36个  
月的定期租船合同,期满时间为2011年6月。该租船合同于2008年11月因承租  
人毁约而终止,留下了大约两年半的尚未履行的合约期。仲裁员判定当时无现  
成市场供船东以期间为标准订立新合约。但是,到了2009年6月/7月时已出现  
了一个现成市场可供剩余的两年进行订约。实际上该船舶在2009年7月时已不  
受违约后初始现场贸易的约束,且本可利用该市场但并未如此做。针对船东的  
索赔,仲裁员裁决为,毁约期截至2009年7月第一部分赔偿为 $(C - A) \times P$ ,剩  
余两年的赔偿为 $(C - M) \times P$ 。

Blair法官允许承租人上诉,判决将仲裁裁决发回仲裁员以针对尚未履行的  
合约期全部适用 $(C - A) \times P$ 的计算方法来重新评估和作出裁决。他将“Elena  
d’Amico”案例视为权威分析,但强调其明确地(实际上确实)仅处理那些在违  
约日期时或前后存在现成市场的案例。他同意David Steel法官对“Kildare”案例  
的推论,并补充:在他看来,通过参考后续市场(当违约日期无市场时)来应  
用现成市场规则“背离了‘受害方之可得到赔偿应能使其财务状况处于如同该合  
同已被履行一样’这一原则”。然而,这似乎与“Elena d’Amico”案例不一致,因  
此后续市场问题不应被视为依据“Kildare”和“Wren”案例解决。

### 实践性

若损害赔偿不是通过参考现成市场等效订约的价位来进行评估的,即原始  
合同被毁约时无现成市场且依据“Kildare”案例,损害赔偿将是 $(C - A) \times P$ ,而非  
 $(C - M) \times P$ 。则仲裁员的实践焦点可能集中于对A的评估。

在这个意义上，当评估损害赔偿时，毁约的租船合同之尚未履行的合约期已经成为过去。与此同时，A 作为船舶的实际替代收益是过去的事实问题，需要依据船舶的实际被使用情况的证据和航次分析来证明。如果觉得船东的表现不如预期好，那么违约的承租人应当提出这一点(这也需接受调查和判定并且需要事实和专家证据)，正如任何其他对没有减轻损失的指控的一样。船东是否合理地尝试发现收益良好的替代合同？他们是否在找到的替代合同之间进行了合理的选择？若任何一个问题的答案为否，承租人是否可以证明船东借此降低了在合同履行期被废除部分本可获得的船舶收益？如果可以，那么可以证明到什么程度？

在具体案件中回答这些问题或许多少有些复杂。但这些问题并没有什么特别神奇之处，在原则上与其他任何仲裁员在双方对于过去所发生事情观点不一致时可运用的事实调查方式并无不同。

也许更有趣的是，在合同尚未履行的合约期还未完全结束时而案件已经准备好进入最终聆讯或书面裁定及仲裁时，仲裁员应该如何对待该时段。但有一点总规则是相同的：这是事实认定的过程，需要参考证据来进行。不同的只是目标：现在不是查明过去已发生的事情；而是调查将来会发生什么事情。仲裁员必须考虑并判断，看双方证据说服他们觉得将有可能发生什么事。

分析这类问题的第一个阶段通常为确定该船舶在尚未履行的合约期内可能会以何种方式被租赁。仲裁员将期望获得关于该船舶自毁约之时起的实际雇佣情况的证明，以及可导致船东在不同可用租赁机会（种类）之间进行选择的船东之理由和交易意向/选择倾向的相关证据。另外，应有专家证据为仲裁员提供独立的观点说明该船舶在尚未履行的合约期（各类）可被雇佣的机会。仲裁员应考虑该看证据使他们认为该船舶可能将如何受租，并相应地做出判断。

在做出了这样的判断后，仲裁员可以开始考虑该船舶大概收入将是多少，他们在此项将需要专家援助。毫无疑问他们会发现没有专家预测是真正可靠的，并且他们只能依据提交给他们的资料尽最大努力。

根据英国法律，仲裁员未经同意无权裁决需要在后期的最终评估中才能确定的付款。双方有权根据《1996 年仲裁法》第 39（1）条授予的仲裁员的该项权利，而这是一种预先救济。若未经同意，那么仲裁员就不可享有此权利（第 39（4）条）。因考虑到仲裁员需要承担避免不必要延误的一般义务（第 33（1）（b）条），所以用尚未履行的合约期仍未结束为由推迟解决一个已经准备好做最终判定的争议通常是不妥的，尽管这是一个需要根据每个个案的不同情况加以判决的问题。证据可能性的平衡原则以及举证责任的概念是足以让仲裁员达成最终裁定的法律工具。仲裁员无需因顾虑现在尽最大努力可做出的最佳评估也许在在将来被实际情况否定而造成的延误，因为仲裁的首要目的就是经过公正的程序最终得以解决纠纷。

最终有两点要注意：首先，如果在毁约期无（实际）市场供船舶重新订约，但在该期间存在一个起作用的 FFA 市场供船东交易将会怎样呢？可能有人会说，根据定义，不可预测的实际未来现金流可以（如果船东选择这么做）通过套期保值转换成固定费率的现金流。可能会有人进一步认为，毁约的订约之固定费率现金流损失能够并且应该借以估价，以便为被毁约的交易立定一个源自市场的界限。英国法律仍在发展其关于应该如何处理实际或可用的套期保值交易的想法，以用于损害赔偿评估。但值得一提的是，其实我们在探讨跟随“Kildare”案例的后果。这涉及到在毁约日期时或前后对可为被废除部分重新订约的任何

市场的否认，而非现成（现货）市场，除了：（a）船东事实上选择进行贸易的市场；或（b）理智船东都会选择进行贸易的市场（如有）。但通过套期保值的被废除部分固定费率有效可用性仅在船东实际套期保值情况下才有相关性（套期保值以作为减小损失措施之一，或者经发现船东不可在合理的情况下不完成此项工作）。

其次，可能有人建议，销售和购买市场可产生一种不同但有效的船东损失估价。假如在评估损害赔偿时，有该船舶的销售和购买市场，船舶可在以下两种状态下出售（a）毁约后原状（b）保证合同履行期被废除部分（的剩余部分）将有毁约的租船费率水平收入的得益。实质上难道（b）减去（a）不就是船东的损失？但应用“*Kildare*”案例再次意味着，当船东合理地选择不同（种类）的船舶用途时，将被废除部分（的剩余部分）与定期业务市场视作无关。然而，如果仍然依附毁约的租船费率，则将由市场来允许销售和购买市场按照上述（b）提高计算。因此，经由销售和购买估价来对船东损失进行估价，是一种用另一种方式运用“*Kildare*”案例告诫我们不要运用的市场数据的方法。