

# 如何理解和谈判 ERPA

——以英国法为背景

何生

基于清洁发展机制（Clean Development Mechanism, CDM）的温室气体减排量交易（为方便起见，以下简称“碳交易”）已形成了可观的市场。与之相关的法律和实务随之也得到迅速的发展。作为交易的核心法律文件的《减排量买卖协议》（Emission Reduction Purchase Agreement, ERPA）不仅是买卖双方（有时也包括项目开发方）谈判的焦点，而且也对双方熟知国际交易的律师和顾问提出了挑战。这其中很大一部分原因源自于碳交易不同于一般的国际货物买卖的特点。但实务的发展不会等待法律提供现成的答案。律师很多时候要和客户一起在未知的水域画出航道。对许多本来就对国际商事交易规则不熟悉的中国 CDM 参与者来说，这未知的水域可能更广，潜藏的暗礁可能更多。虽然关于争夺碳交易定价权的呼声在国内日益增高，但如果不熟悉碳市场，不了解以 ERPA 为核心的碳交易的法律框架，除非中国的卖家彻底垄断 CER（Certified Emission Reduction, 即核证减排量）的供应，否则很难主导定价权。基于此，本文在总结 ERPA 的特点的基础之上，对 ERPA 当中常见的部分重要条款进行分析，并从实务的角度针对其提出谈判的策略和技巧。

## ERPA 的特点

ERPA 属于买卖合同的范畴，CDM 本身的特点决定了 ERPA 所适用的交易必然是跨境的交易。但与一般的国际货物买卖合同相比较，ERPA 至少具有以下特点：

- **可适用的法律框架的缺失。**碳交易的“商品”——减排量，本身并非有形的货物。因此使得为了简化交易成本而经过多年努力发展起来的国际贸易公约和惯例无法直接适用于碳交易。<sup>1</sup> 而 CDM 本身就是国际合作应对气候变化的一项制度创新，因此，各国的国内法也并未专门针对 CDM 碳交易提供直接的法律框架。一些在碳交易设想之时就产生的法律问题，例如减排量的所有权（title）问题，即使到了今天，也没有完美的答案。这使得 ERPA 的演变和发展更多的有赖于买卖双方和他们的律师的创造。最早试水的一方就可能开辟出有利于自己的航道来。
- **金融买家的巨大影响。**金融行业的买家主导了 CDM 交易框架的设立，从而在很多方面影响了 ERPA 的形式和内容。与一般国际买卖不同，CER 的买方相当多的是西方的大的金融机构，而中国则是纯粹的 CER 出口国。金融机构将其在金融交易中一些常见的概念和框架引入到了 ERPA 当中来，从而使 ERPA 比一般的国际买卖合同更加复杂化。<sup>2</sup>
- **英国法（English law）的统治地位。**<sup>3</sup> 也正是因为以上原因，ERPA 更多的是由买家的律师起草，而在管辖 ERPA 的准据法方面，英国法占据了统治性的地位。这既有大部分金融买家都在欧洲的原因，也因为英国法在国际商业交易，特别是金融交易当中长期以来占据的统治性地位。现有的一些 ERPA 的范本，有的是直接将英国法作为

<sup>1</sup> 例如《联合国国际货物买卖公约》、Incoterms、UCP 等。

<sup>2</sup> 例如在 IETA 的 Code of CDM Terms 1.0 当中就引入了 Credit Support Provider 等概念，而且规定了复杂的资不抵债（insolvency）的条款，其中很多概念都常见于金融法律实务。

<sup>3</sup> “English law”和主权意义上的英国并不一致，是指构成普通法（common law）基础的英格兰和威尔士的法律制度。为中文表述方便，本文将 English law 翻译成“英国法”。

了默认的准据法，有的虽然没有直接规定英国法作为准据法，但也是用英国法下常用的概念和商事合同架构来起草的。而在实践当中，英国法几乎已经成了ERPA通行适用的准据法。从英国法的角度来分析和理解ERPA，并且在实践中灵活运用英国法实务的工具和技巧，就成为谈判出一个好的减排量交易的关键。

为了建立相对标准的CDM交易的法律文件，一些机构比较早就开始了制定ERPA的示范文本，期望其能够成为市场选择的标准文本。这其中包括了国际减排交易协会（International Emissions Trading Association, IETA）2004年发布的ERPA 2.0和2006年发布的ERPA 3.0和Code of CDM Terms 1.0，<sup>4</sup>世界银行的原型碳基金（Prototype Carbon Fund, PCF）的CER和VER的通则（General Terms），荷兰政府的《核证减排额采购招标协议》（Certified Emission Reduction Unit Procurement Tender, CERUPT），以及在稍近的2007年，一些主要由第三世界国家的律师起草的《核证减排量买卖协议》（Certified Emission Reduction Sale and Purchase Agreement, CERSPA）。这些示范文本或者是标准文本各有特色，并且在不同程度上较多地反映了买家或者是卖家的利益。<sup>5</sup>但这些文本也各有优劣。IETA的ERPA作为最早的标准化的示范文本，得到了较为广泛的使用，但即使是IETA参与ERPA起草的成员，也承认ERPA2.0在反映卖方利益上是不够的。<sup>6</sup>而CERSPA虽然旨在创造更加平衡的，对买方更加有利的框架，并且这些努力也在一定程度上反映在了许多条款当中，但其中也包含了一些从实际效果上对卖家不见得有利的条款。<sup>7</sup>从实际情况来看，IETA的ERPA范本，特别是ERPA2.0，目前看来已成了市场经常使用的主要参照。这些示范文本形式和内容虽有不同，但基本上都包含了定义、前提条件、陈述与保证、买卖双方义务、违约与解约、CER交付与货款支付以及与CDM项目运营相关的条款（例如项目的注册、监测、核查、核证、CER的签发）。这里就其中一些主要条款逐一分析。以下凡提及ERPA，除非特别指出是IETA的示范文本，均是泛指减排量的买卖协议。

## 前提条件条款

前提条件（Conditions Precedent, 简称CPs）是ERPA当中常见，但并非必需的条款。<sup>8</sup>前提条件条款多见于金融、投资交易下的合同当中（例如贷款协议、投资协议、收购协议等），而在一般的货物买卖合同中，相对比较少见。

前提条件，在英国法下又称作“或有条件”（contingent condition），一般是指合同本身或者合同下的全部或者是部分义务生效前必须满足的某些条件。<sup>9</sup>一般在ERPA当中，约定合同本身生效的前提条件的比较少，更多的是约定合同下全部或者是部分义务生效的前提条件。而前提条件的具体内容可根据具体的交易类型以及交易双方谈判实力的不同而有很大的差异，既可以包括对交易方的行为能力（capacity）和授权（authority）的确认，也可以包括

<sup>4</sup> IETA的ERPA 3.0比ERPA 2.0在结构上有较大的调整。将整个交易的法律文件分为了两个相对独立的部分，一个是ERPA 3.0，比较简单。另一个是Code of CDM Terms 1.0。使用者需要从后者当中选取同意的条款，或者是将其另行约定的条款填入ERPA 3.0，从而形成一个完整的合同。这样安排的主要目的之一是为了使其能够适用于不同的CDM项目的不同要求（见 *Primary market carbon purchase contracts for CDM and JI*: Zaman, de Witt Wijnen: [2007] 2 Env. Liability）。

<sup>5</sup> 例如，一般认为，IETA的ERPA更多反映了买家的关注的问题，而CERSPA制定的初衷更多的是考虑了发展中国家的项目业主或者开发者的利益。

<sup>6</sup> 参见 Peter Zaman, *Clean Development Mechanism Contracts and Code*, Carbon Finance, Oct. 2006。

<sup>7</sup> 见下面关于陈述和保证条款的讨论。

<sup>8</sup> 例如，在世界银行的CER和VER的General Terms当中，以及UNEP出版的“Legal Issues Guidebook to Clean Development Mechanism”的示范ERPA当中，都没有有关前提条件的规定。

<sup>9</sup> J Beatson, *Anson's Law of Contract*, 28<sup>th</sup> edn., p.136.

交易所需的第三方的批准或许可的取得(例如,在ERPA下发改委的项目批准函的获得,CDM项目登记的完成),甚至还可以包括交易一方需要完成的某些事项(例如,令其满意的法律意见的取得和尽职调查的完成)作为前提条件。

前提条件条款和合同的其他条款的不同之处在于,前提条件条款本身并不构成合同方的义务,即使是该条款看上去像是规定了一方的义务。<sup>10</sup> 因此,即使是合同已经生效,当前前提条件未能成就的话,任何一方也无需为此承担违约赔偿责任。<sup>11</sup> 甚至是在法庭认为合同的一方有默示的义务采取“合理努力”(reasonable endeavour)的方式去促成该前提条件的成就的情况下,如果经过合理努力后,条件仍然未能成就,也无需因此承担任何合同责任。<sup>12</sup> 而一旦需要完成该前提条件的条件过了以后,任何一方都可以主张合同的终止。而对于合同其他条款而言,合同一经生效,就产生约束力,一旦不履行,就要承担相应的违约责任。

正是由于这样的法律后果的区别,什么样的条款应当放在前提条件条款下,什么样的条款应当放在合同其他条款下,就需要当事人仔细考虑。不同的前提条件,放在不同的位置,会对合同双方的地位产生根本上的影响。有经验的合同一方,可以通过对前提条件内容以及相应的合同义务的仔细选择、设定,获得有利的地位。例如,如果买方希望CDM项目业主承担完成项目注册的主要义务的话,就不应该将其放置在前提条件条款当中,而是应当将其放在其他合适的条款下面。<sup>13</sup> 如果买方觉得这一条件是如此之重要,以至于必须作为其履行义务的前提条件的话,那么也应该在前提条件规定后,再考虑在合同其他部分加以规定,否则,就无法构成对卖方的约束性义务。当然,这样会让合同显得累赘。一般而言,前提条件越多,合同履行的不确定性就会被放大。比如,有时会看到以买方完成对项目的尽职调查或者是卖方完成对买方的资信的尽职调查作为前提条件之一,这样的结果是,进行尽职调查的一方并无义务进行调查,但如果在规定的时间内未完成调查,或者结果不令其满意,任何一方都可以主张合同终止。

正是由于前提条件条款的这一特点,我们看到了在既有ERPA示范文本中,前提条件条款正趋于减少。<sup>14</sup> 当然,现实的情况是,很多CDM项目下的ERPA当中,还是规定了繁多的前提条件。对于ERPA下的合同各方来讲,在决定采用某一前提条件之前,应该问自己两个问题:第一是该前提条件是否真的有必要?第二,如果有必要,是否将其放置在ERPA下的其他条款下(例如陈述和保证条款,或者是一方的义务条款下)更有利?当然,这些问题的答案很多时候取决于你是买方还是卖方,答案也因此可能完全相反。一般而言,将那些为履行ERPA主要义务所必需的,而且无法仅仅由ERPA各方控制的事项作为前提条件(例如CDM项目注册的完成),应该是对双方有利的。但无论如何,清晰理解不同的前提条件条款不同的法律后果,是决定是否和如何采用前提条件本身的“前提条件”。

## **陈述与保证条款**

<sup>10</sup> 例如以一方完成某些事项为前提条件。

<sup>11</sup> 英国合同法区分“或有条件”和“承诺性条件(promissory condition)。或有条件本质上是可能成就也可能不成就的,而承诺性条件构成承诺方的一项义务,当承诺不能实现时,承诺方就要承担违约责任。参见注9。

<sup>12</sup> 例如以出口许可证的获得作为前提条件(见 *Anglo-Russian Merchant Traders Ltd. V. John Batt & Co. (London) Ltd. [1917] 2 K.B. 679*)。

<sup>13</sup> 例如,视签订ERPA时项目的进展情况,可放在陈述与保证条款或者是卖方义务条款之下,或者作为卖方的承诺条款(Undertaking)规定。

<sup>14</sup> 例如,而在IETA2004年的ERPA 2.0中,前提条件多达九条,而在IETA2006年的Code of CDM Terms 1.0当中,前提条件条款只有四条。在CERSPA 1.0当中,前提条件只有两条。

陈述与保证条款(Representations and Warranties), 有时又称为保证条款 (Warranties), 是英国法 (特别是买卖法) 的独特制度设计, 也是ERPA下常见的、也是非常重要的条款。陈述与保证条款, 简而言之, 就是对事实的陈述, 而这些事实是用来劝诱对方订立合同, 而对方也基于对这些陈述的依赖而订立了合同。陈述与保证条款的应用是与英国合同法下一个重要的概念——误述 (Misrepresentation) ——联系起来的。一旦陈述的内容不实, 就构成了误述, 而被误导的一方, 就可以根据立法的规定<sup>15</sup>或者是普通法的原则,<sup>16</sup> 撤销合同和/或主张损害赔偿。

在ERPA当中规定陈述和保证条款, 可以实现多个目的。在谈判中可迫使另一方披露相关的信息和问题, 在合同订立后如果发现相关的陈述虚假不实, 可以主张违约赔偿并在严重的情况下解除合同。此外, 通过将一方的陈述并入合同, 可以让依赖该陈述的一方获得更多的救济方法, 因为他不仅而且可以主张对方违约, 从而获得违约赔偿, 还可以选择依照上述立法的规定或是普通法(common law)的原则, 撤销合同。<sup>17</sup>

与一般的货物买卖合同不同, ERPA 下的陈述和保证条款通常很广泛, 而且卖方的陈述和保证条款一般也比买方的多。通常可将其分为两大类, 一类是所谓的合法性陈述 (legal representations), 另一类是所谓的商业性陈述 (commercial representations)。合法性陈述一般包括对合同方订约的行为能力 (capacity), 设立和存续的合法性、合同义务的有效性等的陈述和保证, 而商业性陈述通常是对与合同方相关的事实的更进一步、更细致的陈述和保证, 包括无诉讼、无重大不利变化 (material adverse change)、合同标的物的所有权 (title) 以及无权利负担 (encumbrance) 等等的陈述和担保。现有的一些示范性的 ERPA 下的陈述和保证条款都包括了这些内容, 但在形式和侧重点上有所不同, 既有买方和卖方各自陈述的 (例如 IETA 的 ERPA 2.0 和 CDM Terms 1.0), 也包括双方统一陈述然后再各自陈述的 (例如 CERSPA1.0)。由于陈述和保证条款在 ERPA 中的重要性, 一方在做出陈述和保证之前, 需要仔细考虑能否做出这些陈述和保证, 以及怎样做出才合适。在谈判陈述和保证条款时, 除了要了解这些条款的法律意义之外, 以下几点应当特别注意。

首先是, 要注意利用披露条款 (Disclosure) 来限制陈述和保证条件下的义务。这一点对卖家可能更为重要。本来英国法的传统是所谓的“买家自负其责” (Caveat Emptor), 卖家没有义务向买家披露关于他自己或商品的信息, 买家应当自行判断并对其判断负责。<sup>18</sup> 但随着立法<sup>19</sup>以及法律实务的发展,<sup>20</sup> 卖家逐渐承担了越来越多的合同上的披露义务。如上面所说, 陈述和保证条款的目的之一就是迫使对方披露真实的信息和问题, 因此通常在起草陈述和保证条款时, 都会将其规定得很宽泛。因此, 在谈判陈述和保证条款时, 如果将相应的真实的信息用适当的方式披露给对方, 就能够起到限制相应的陈述保证条款的作用, 从而在实质上缩小陈述和保证的范围。另外, 要善于灵活运用陈述方的知情条款 (best knowledge), 最小额原则 (De minimis threshold), 重大性 (materiality) 等合同语言来限制陈述保证下的义务。

<sup>15</sup> 如 Misrepresentation Act 1967(as amended)。

<sup>16</sup> 如基于“谨慎义务” (duty of care) 的侵权之诉, 见 *Hedley Byrne & Co Ltd v Heller & partnership Ltd* [1964] AC 465。

<sup>17</sup> Roy Goode, *Commercial Law*, 3<sup>rd</sup> edn., p. 83.

<sup>18</sup> J Beatson, *Anson's Law of Contract*, 28<sup>th</sup> edn., p. 263.

<sup>19</sup> 例如 Sale of Goods Act。

<sup>20</sup> 例如土地或者股权买家的律师将卖家的披露义务更多的引入合同。

此外，要注意陈述和保证条款与承诺条款（Undertakings）的区别。陈述和保证通常只能是对订立合同之前的事实的陈述和保证，而不涉及对未来的承诺。有的 ERPA 当中将陈述和保证条款与承诺条款放在了一起（例如 CERSPA 1.0），这对陈述方来说，并不是好的选择，因为承诺条款是对未来履行某一义务的承诺，它与陈述与保证条款的性质不同，违反后的救济方式也有所不同。将承诺条款放入陈述和保证条款下，不仅造成合同理解上的困难，而且在违约后的责任认定上容易造成争议。

陈述方还应当特别注意陈述条款被要求重复的规定。通常在ERPA下的陈述和保证条款会是规定要在合同订立后某些时间点重复做出，例如项目竣工时，<sup>21</sup> CER交付时或接受时，<sup>22</sup> 或者是减排量产生时。<sup>23</sup> 重复条款的规定是为了确保在ERPA履行中的某些重要时间点，陈述方和项目的状况能够保持不变（*Status Quo*）。但由于在ERPA订立后和上述这些时间点之间通常会有一段间隔时间，因此，陈述和保证的事项很容易发生变化，如果对原来的陈述和保证条款不加区别的重复做出，就很容易导致陈述方仅仅因为很小的变化（所谓的 *hair trigger*），就形成违约。因此，陈述方在谈判和订立ERPA时，应当仔细分析和区别哪些陈述条款可以重复做出。通常而言，那些有关于陈述方的“合法性陈述”以及财务状况的陈述和保证可以被重复，而那些变化超出其控制范围的陈述条款（例如关于“无诉讼”的陈述条款），不应当被重复。当然，交易的对方有时可能会坚持重复陈述和保证条款，以确保在其履行主要义务（例如付款）之前，陈述方自身和交易的合法性都能得到保证。作为一个折衷的办法，可以考虑将那些不适宜重复做出的陈述和保证条款变更为承诺条款，由陈述方承诺确保（或者尽最大努力确保）其在某些时间点时的实现。另一个方法是给予陈述方在上述间隔期间做出进一步披露的权利，以防止由于情况变化而造成违约，但这样的条款需要仔细推敲拟定。

最后，陈述方一定要尽量避免所谓的“长青”条款（*evergreening*）的出现。这种条款规定了陈述和保证的内容适用于整个合同期，极易造成陈述方动辄违约情形的出现。在一些示范ERPA文本中也出现了这样的条款，使用者因此要特别小心。<sup>24</sup>

## 买卖、交付与付款条款

与ERPA下的其他条款相比较而言，买卖、交付与付款这些条款更类似于一般的货物买卖合同中的同类条款，因此其起草和谈判更多的取决于ERPA下各方的谈判实力和商业上的考虑。这也是为什么在IETA的ERPA 3.0下，这类条款被归类为商业条款（*Commercial Terms*）放置在附件二当中，由买卖双方商定。这些条款的类型和在商业上的合理性业界已经有很多讨论，这里不再重复。<sup>25</sup> 但ERPA的各方应当注意的是，虽然这些条款表面上看和一般的货物买卖合同类似，但由于CDM这一机制本身的特殊性，导致在国际贸易当中一些成熟的惯例和安排无法在ERPA下实现。例如，在国际货物买卖中，买卖双方经常通过信用证作为支付方式，来解决买卖双方由于交货和付款无法同时进行所产生的风险，并且通过使用国际贸易术语通则（*Incoterms*）来划分买卖双方的责任和费用的分担。这些成熟的惯例和安排，在目前的减排量交易市场，尚无法实现。这就使ERPA下的买卖交易风险分配更加不确定，也

<sup>21</sup> 例如 IETA 的 ERPA 2.0 和 CERSPA 1.0。

<sup>22</sup> 例如 IETA 的 Code of CDM Terms 1.0。

<sup>23</sup> 例如世界银行的 CER 和 VER 的 General Terms。

<sup>24</sup> 见 Section 6.01, CERSPA 1.0。

<sup>25</sup> 例如关于现货(*spot*)、远期交付(*forward*)、以及期权(*option*)等不同形式买卖的利弊的讨论；再例如关于最低交付量可能对卖方带来的风险的讨论。

更加依赖于各方的谈判实力和谈判技巧。也许正是由于这个原因，我们看到实务当中ERPA下的交付方式和付款方式似乎更加简单。卖方通过将CER转入买方登记账户后，交付即告完成。而付款通常在交付后的一定时期内完成。如果买方不提供付款担保的话，卖方无疑面临更大的风险。实际上，卖方除了要求买方提供付款担保之外（当然，这可能比较不容易），还应当注意利用英国合同法下一个对卖方很有利的条款来平衡风险，保护自己。这就是货权保留条款（retention of title）。<sup>26</sup> 通过在ERPA当中适当规定卖方对CER的所有权只有在买方完全付清所有货款后才转移给买方，卖方就可以很大程度上避免买方不按合同付款的风险。当然，如上文所说，关于减排量所有权的问题到现在也并没有完美的答案，但这不影响通过合同条款对其做变通的描述和规定，从而明确卖方对其所享有的权利。也很自然，单单是货权保留条款并不足以防止买方自行处置已经交付了的CER，原因很简单，在通常的交付安排下，买方付款以前，CER就已经进入到它的账户了。但买方在这种情况下要成功转卖或者是以其它方式处置CER，并非容易的事情。一方面法律有大的原则来限制买方在这种情况下的转卖，<sup>27</sup> 另一方面，上文说过ERPA的特点之一就是买方很多是金融机构，一方面它们要受制于政府金融管理机构的监管，<sup>28</sup> 另一方面，他们如果要转卖CER的话，通常新的买方也会要求其对于CER的货权做陈述和保证。这种情况下，他们甘冒风险，做误述（misrepresentation）的可能性就比较小了。

## 解约与违约

解约条款（Termination Clause）可能是ERPA当中最长、也是最复杂的条款了。在英国法下，合同订立容易，但要解除就困难了，法官总的精神是尽量维持合同的效力。因此，对于解除合同的条件采取了严格的态度。<sup>29</sup> 解约会涉及合同双方（包括违约方）的履行义务的解除。一旦解约，违约方履行合同的义务就转化为损害赔偿的义务。但解约不影响解约前已经履行的合同义务的有效性。<sup>30</sup>

解约通常（但并不总是）和违约相联系。因此在ERPA的解约条款下，或者是与其并列，都会有很长的“解约事件”（Events of Default）条款，<sup>31</sup> 详细列举了可以触发解约的具体情况，通常会包括陈述和保证条款错误或者是具有误导性的情况，违反主要义务（Material Obligations），一方资不抵债（Insolvency）等等。有时候，涉及到交付CER失败（Delivery Failure）和不付款（Non-payment）的情况也会被列入到解约事件条款下。<sup>32</sup> 相应的，一般也会针对不同的解约事件，规定不同的解约后果（Consequences of Termination）。解约条款的这种复杂性部分原因在于前文所说的碳交易本身的独特性导致了现有的法律框架和国际惯例很多时候无法直接适用于ERPA，于是双方意图通过详尽的合同条款规定来弥补这一缺陷。另一个原因在于英国法本身对待解除合同条件的严格态度。法官在认定某一违约情形是否严重到足以构成解除合同的条件时，首先看的不是该违约行为本身的性质或其后果的严重性，而是看

<sup>26</sup> 这个条款在大多数的 ERPA 示范本当中是看不到的。在有看到的范本当中，也没有很完备的加以规定。

<sup>27</sup> 即 *nemo dat rule*，其原意是“任何人不得转让不属于他的东西”。当然，这一原则也有例外。

<sup>28</sup> 例如英国的金融业监管局（Financial Services Authority, FSA）。

<sup>29</sup> J Beatson, *Anson's Law of Contract*, 28<sup>th</sup> edn., p. 8.

<sup>30</sup> Roy Goode, *Commercial Law*, 3rd edn., p. 124.

<sup>31</sup> 有相当多的 ERPA 中文本，包括某些示范文本，将这一条款翻译成“违约事件”。但这可能并非恰当的翻译，因为在 ERPA 当中，Events of Default 通常还包含了并非一方违约的情形，例如一方资不抵债（insolvency），或者是某些非由当事人可以控制的重大不利变化（material adverse change）。这些情况并非一方违约。用违约事件来涵盖，容易造成误导。

<sup>32</sup> 也存在某些事件单独列出，例如在 IETA 的 ERPA 2.0 中，不能生产和交付 CER 的情况被单独作为一条，独立于解约事件而列出来。

合同双方在订约时对与违约行为相关的合同条款赋予了多重要的地位。<sup>33</sup> 在ERPA中详尽规定解约事件,有利于减少不确定性造成的风险。但这样一来,就导致解约条款变得非常复杂了,<sup>34</sup> 而且形式多样,很难有比较统一的模式和标准。<sup>35</sup> 但万变不离其宗,对这些解约条款的意义和法律后果的分析,最终还是要归结到对英国法,特别是买卖法的理解和适用上。

对ERPA的合同方,特别对不是起草ERPA的一方来说,在谈判解约条款时,除了仔细分析其结构和商业上的可行性<sup>36</sup>之外,还需要透过合同,理解解约条款本身的法律意义以及在ERPA规定之外法律救济手段。当然,基于双方经验、知识和谈判地位的不同,这些救济手段不见得会能在ERPA当中得到体现。

首先买卖双方都应该清楚的是,ERPA当中规定的解约条款可能仅仅是合同可以解除的部分情形。法律赋予了其他可以解除合同的情形,如在合同受阻的情况(frustration)或者是某一方拒绝履约的情况(renunciation)。在这些情况下,即使是ERPA本身没有规定,合同也可以依据相关的法律的规则解除。此外,还应该注意,解约本身仅仅是解除了双方继续履行合同的义务,它与违约可能相关、也可能不相关。解约不一定因为违约,违约也不一定导致解约。因此,对解约的情形和后果需要仔细分析,区别对待。不能因为某一方的行为构成了ERPA规定的解约事件(例如一方破产或者是控股股东发生了变化),就当然的应当承担违约责任。

其次,要综合考虑解约后的救济手段,这些手段也不一定都会在ERPA中直接规定。在大部分因为违约造成的解约的情况下,损害赔偿(damages)是主要的救济手段。而对损害赔偿的计算通常以所谓的“市场价格”(market price)作为参考标准,计算市场价格和合同价格的差,作为一方损失的主要依据。这是英国买卖法损害赔偿计算的首要方法,也是ERPA当中常用的解约后的救济方法。<sup>37</sup> 但买卖双方都应该要注意的是,在ERPA下,获得救济的方法并非只有损害赔偿一种。例如,对买方而言,最大的解约事件就是卖方交付失败(Delivery Failure),而对于卖方而言,最大的风险是买方不付款(Non-payment)。对于卖方交付失败,买方首要的救济手段当然是寻求损害赔偿,但这不影响其选择其他手段,例如,解除合同,取回货款(如果已经支付了的话),或者是主张合同继续有效,要求卖方交付替代的CER。在实务当中,ERPA下买家付款一般都是在CER交付之后,因此就免去了货款先行支付的风险。即使是在有部分预付款的情况下,买方也可以通过要求卖方提供担保来降低风险。正因为对于交付失败有多种的救济手段,所以我们常常看到,在不少ERPA当中,交付失败都独立于解约条款而单独规定。<sup>38</sup> 相反,我们在不少ERPA当中看到,对于买方不付款的情况,通常都规定在解约条款下,而卖方的救济手段也只有是根据上文所说的市场价格来计算损害赔偿额。这对卖方来说,当然是很重要的一种救济手段,但并非在所有情况下都是最好的选择。卖方还可以直接要求支付货款和利息(action for price and interest),而这种救济手段在

---

<sup>33</sup> 见注 30。

<sup>34</sup> 例如, IETA 的 CDM Term 1.0 下的解约条款就长达 8 页。

<sup>35</sup> 在本文列举的几个 ERPA 示范本当中,解约条款的规定就差别很明显,在 IETA 的示范本当中,解约条款的规定非常详尽,有时甚至可以说是过分详尽了(例如在 Code of CDM Terms 1.0 当中,关于重大不利变化条款的规定),部分的原因可能是考虑到 ERPA 可能应用到金融交易的需要。而在 CERSPA 1.0 下面,解约条款就规定的很简单。违约的情形和责任更多的规定在双方的各自的救济条款下。

<sup>36</sup> 例如,在解约之前,是否有足够长的纠正期(cure period),是否有足够的人员能力履行向买方提供信息的义务,等等。

<sup>37</sup> 见 IETA 的 Code of CDM Terms 1.0 下的 Section 6.0。

<sup>38</sup> 例如 IETA 的 ERPA2.0。

很多时候比追究损害赔偿对卖方来说更方便，更省事，法律上的证明责任更小。<sup>39</sup> 卖方还可以通过上文所述的货权保留条款，在ERPA当中规定当买方不按期付款时转售(resale) CER并要求卖方赔偿损失的权利。<sup>40</sup> 卖方还可以通过这个条款解除ERPA，收回CER并要求买方赔偿损失。<sup>41</sup> 这些手段都可以经过适当的安排在ERPA当中予以规定。当然，卖方和买方违约的情形并不只是上面列举的两种，而相应的救济手段当然也更多，这些需要针对具体的情形并参考英国法的实务在ERPA中予以规定。

## 结论

ERPA作为CDM交易的核心法律文件，对国内众多的业者，特别是CDM项目业主来说，可能显得即复杂又陌生。虽然上文提到众多机构的努力试图让ERPA更加标准化，但目前看来，效果并不十分明显，所谓的“定制式的ERPA” (bespoke ERPA) 仍然是市场的主流。<sup>42</sup> 而理解ERPA的钥匙就是英国法。在了解大的有关CDM的国际条约框架以及项目东道国的相关法律之外，从英国法的角度分析和理解ERPA，是起草和谈判出一个好的ERPA的第一步，也是重要的一步。但这并不够，在理解的基础上，活用英国法的原则和实务技巧，才能真正保护自己的利益。例如，上文所说的保护卖家的货权保留原则，在实际的ERPA条款当中，需要做周密、细致的规定，并非一句简单的保留货权就可以达到效果。而在ERPA的履行过程中，如何行使合同的权利，履行合同的义务，如何解决争议，更是需要灵活运用英国法的原则和技巧，否则即使有一个订立的很好的ERPA，也最终无法保护自己的利益。

在哥本哈根的联合国气候变化大会即将到来之际，业界对2012年以后的CDM的前景可能有不同看法。但只要在全世界解决气候变化的方案架构当中存在市场化的机制，只要有买和卖，本文所列举的这些合同条款就还会再出现，虽然不一定是以ERPA的名义。英国法既是理解它们的钥匙，也可能是帮助在未来的未知水域画出航道的船桨。本文仅仅是抛砖引玉，希望有助于业界相关实务的发展。

如有任何问题或者是评论，欢迎通过以下方式与本文作者联系：

北京华联律师事务所

Tel: 010-84417811

Mobile: 15601336509

Email: hesheng2008@gmail.com

---

<sup>39</sup> 例如，卖方在这种情况下就没有了减少损失的义务，见 *Jervis v Harris* [1996] Ch. 195, at p. 202.

<sup>40</sup> Roy Goode, *Commercial Law*, 3rd edn., p. 408.

<sup>41</sup> 见上注。

<sup>42</sup> 当然，标准化不见得就会是简单化。例如，IETA的ERPA 3.0并不比ERPA 2.0简单。再例如，标准化程度相当高的国际金融衍生品交易的标准合同，其结构更是高度复杂。