联合国

大会

Distr.
GENERAL

A/CN.9/259
31 October 1984
CHINESE
ORIGINAL: ENGLISH

联合国国际贸易法委员会
第八届会议
1985年6月3日至21日，维也纳

新的国际经济秩序工作组第六届会议的工作报告
（1984年9月10日至20日，维也纳）

目　　录

	段　次	页　次
导　言	1 - 11	2
工厂的规模和质量	12 - 35	4
竣工、验收和接收	36 - 62	8
分担损失或损坏的风险	63 - 75	11
损害赔偿	76 - 84	13
违约偿金和罚款条款	85 - 99	15
保　险	100 - 113	18
分　包	114 - 132	20
履约担保	133 - 152	24
其他事项和未来工作	153 - 154	28

V.84-92661

导　言

1．联合国国际贸易法委员会第十一届会议决定在其工作方案中列入一项题为“新的国际经济秩序所涉法律问题”的议题，并设立一个工作组处理这一问题。[1] 委员会第十二届会议指定了工作组的成员国。[2] 委员会第十三届会议决定，工作组由委员会全体成员组成。[3] 该工作组由下列３６个国家组成：阿尔及利亚、澳大利亚、奥地利、巴西、中非共和国、中国、古巴、塞浦路斯、捷克斯洛伐克、埃及、法国、德意志民主共和国、德意志联邦共和国、危地马拉、匈牙利、印度、伊拉克、意大利、日本、肯尼亚、墨西哥、尼日利亚、秘鲁、菲律宾、塞内加尔、塞拉利昂、新加坡、西班牙、瑞典、特立尼达和多巴哥、乌干达、苏维埃社会主义共和国联盟、大不列颠及北爱尔兰联合王国、坦桑尼亚联合共和国、美利坚合众国和南斯拉夫。

2．工作组第一届会议建议委员会除其它议题外，还应把协调、统一和审查工业发展方面的国际合同中常有的合同条款列入其方案。[4] 委员会第十三届会议同意把有关这些合同的工作列为优先事项，并请秘书长进行一项关于提供和建造大型工厂的合同的研究工作。[5]

3．工作组第二届和第三届会议[7]审查了秘书处编制的这份研究报告。[6] 工作

---

1 联合国国际贸易法委员会第十一届会议工作报告，《大会正式记录，第三十三届会议，补编第１７号》（A/33/17）第７１段。

2 联合国国际贸易法委员会第十二届会议工作报告，《大会正式记录，第三十四届会议，补编第１７号》（A/34/17）第１００段。

3 联合国国际贸易法委员会第十三届会议工作报告，《大会正式记录，第三十五届会议，补编第１７号，（A/35/17）第１４３段。

4 文件A/CN·9/176，第31段。

5 联合国国际贸易法委员会第十三届会议工作报告，《大会正式记录，第三十六届会议，补编第１７号》（A/35/17），第１４３段。

6 文件A/CN.9/WG.V/WP.4和Add.1—8和文件A/CN.9/WG.V/WP.7和Add.1—6。

7 文件A.CN.9/198 第11—80段和A/CN.9/217第13—129段。

组第三届会议根据委员会第十四届会议的决定，[8] 要求秘书处着手起草一份关于供应和建造大型工厂的合同的条款方面的法律指南。[9] 该法律指南是用以确定这类合同所涉的法律问题，并提出可能的解决办法以帮助特别来自发展中国家的合同各方进行谈判。[10]

4. 工作组第四届会议审查了秘书处编制的法律指南的结构提纲草案和部分章节样本，[11] 并要求秘书处加速编制法律指南工作。[12] 工作组第五届会议讨论了其他一些章节草案和一份关于法律指南格式的说明。会议一致同意应尽快进行法律指南编制工作，如果可行，应每年举行两届工作组会议，以便加快这一工作。[13]

5. 工作组于1984年9月10日至20日在维也纳举行第六届会议。除了阿尔及利亚、中非共和国、古巴、塞浦路斯、危地马拉、匈牙利、印度、尼日利亚、塞内加尔、塞拉利昂、新加坡、特立尼达和多巴哥以及坦桑尼亚联合共和国外，全部工作组成员均参加了会议。

6. 下列国家观察员参加了会议：阿根廷、保加利亚、加拿大、智利、多米尼加共和国、厄瓜多尔、芬兰、罗马教廷、印度尼西亚、荷兰、卡塔尔、大韩民国、沙特阿拉伯、瑞士、泰国和委内瑞拉。

7. 下列国际组织的观察员也参加了会议：

(a) 联合国机构

联合国工业发展组织

(b) 政府间组织

亚非法律协商委员会，欧洲共同体委员会

(c) 国际非政府组织

国际律师协会，国际商会，国际咨询工程师联合会，国际进步组织。

---

[8] 联合国国际贸易法委员会第十四届会议工作报告，《大会正式记录，第三十六届会议，补编第17号》(A/36/17)第84段。

[9] 文件A/CN.9/217，第130段。

[10] 联合国国际贸易法委员会第十四届会议工作报告，《大会正式记录，第三十六届会议，补编第17号》(A/36/17)第84段。

[11] 文件A/CN.9/WG.V/WP.9和1—4。

[12] 文件A/CN.9/234，第51—53段。

[13] 见文件A/CN.9/247，第132段。

8. 工作组选出了下列主席团成员：

主　席：利夫·塞冯先生（芬兰）*

报告员：捷列娜·维罗斯女士（南斯拉夫）

9. 提交工作组审议的关于起草建造工厂的国际合同的法律指南的章节草案有："损害赔偿"（A/CN.9/WG.V/WP.11/Add.4），"违约偿金和罚款条款"（A/CN.9/WG.V/WP.11/Add.5），"工厂的规模与质量"（A/CN.9/WG.V/WP.13/Add.1），"竣工、验收和接收"（A/CN.9/WG.V/WP.13/Add.2），"分担损失和损害的风险"（A/CN.9/WG.V/WP.13/Add.3），"保险"（A/CN.9/WG.V/WP.13/Add.4），"分包"（A/CN.9/WG.V/WP.13/Add.5）以及"履约担保"（A/CN.9/WG.V/WP.13/Add.6）。

10. 工作组通过了下列议程：

1. 选举主席团成员。
2. 通过议程。
3. 审议关于起草建造工厂的国际合同的法律指南的章节草案。
4. 其他事项。
5. 通过报告。

11. 工作组按下列顺序对每一章节草案进行了讨论。

工厂的规模和质量[15]

12. 与会代表普遍认为应当重新审查这一章，目的在于缩小其篇幅，所用术语更加一致。

13. 有人指出，这一章难以列入说明性条款，因为本章涉及各种类型的工厂的规模和质量，这就要对规模和质量作不同的说明。此外，一般来说本章所涉法律问题无须通过说明性条款加以澄清。不过，有人提出，E节（"说明书、图纸和其他技术文件的保密范围"）所涉问题似宜有说明性条款。还有人提出，如采用

---

* 根据本人身份当选主席。

[15] A/CN.9/WG.V/WP.11/Add.1。

所提及的某几种文件的样本，本章篇幅可以说短，内容可更清楚一些。另一项建议是本章可列入一份为合同而编写的各种文件的清单（如主要合同文件、招标书、投标书、图纸、说明书、工程数量单），这样一个清单可帮助合同各方确定哪些文件应当是合同的组成部分。

14. 与会代表普遍认为，指南应当建议，主要合同文件应明确规定哪些与规模和质量有关的文件构成合同的组成部分。有人提出，鉴于不同的人在不同的时候为合同编写的文件量很大，指南应当建议合同各方的法律顾问审查所有文件，以确保一致性并确定哪些文件构成合同的组成部分。还有人建议合同应详细规定所要求的规模和质量，因为如果不作详细规定，用于解释这类合同的法律可能会限定规模和质量。

15. 有人指出，在复杂的合同中，有关工厂规模和质量的条款可能分载于几个冗长的文件内，这些文件是独立于主要合同文件的。因此，应当在主要合同文件列出这些文件。

16. 有人认为，“统包”一词在大多数法律体系中并没有既定的含意，仅因采用这一用语而使承包方承担的义务是不明确的。因此，在这种合同中必须明确规定承包方的义务。考虑到合同的预期目的，规定承包方履行那些一般性或必要的义务也许不足以确定承包方的义务，合同各方应该设法更确切地说明统包式合同承包方的其他义务。

17. 有人指出，通过参照模型来规定建造规模也许会带来困难，因为模型可能会改动、损坏和破坏，从而很难搞清原始模型包含些什么。再者，要在模型上解决所有问题也许有困难。

18. 有人指出，本章所用的质量有两种含意。第一种含意是用它来表示材料或服务的性质，第二种含意是用它来表示材料或服务的完善程度。有人建议在重新起草本章时应该将这两种含意区分开来。

19. 会议普遍认为采用“第一流的”这一用语来表示完善的程度会造成不确定性。有人建议对有关材料或服务的性能或特性（例如所用钢的强度）作更确切的说明。还有人表示，“新的和至少具有一般商业质量”这几个词似乎在商业惯例中已经有某种程度的既定含意。

20. 有人认为，在主要合同文件和说明书中都对材料和服务的性质作一般性说明，这可能会造成相互不一致。 因此，只在说明书中作这些说明也许较妥。 但是，有人指出，主要合同文件必须对要施工的工程作一定的说明，而这种说明也许不得不简单地提及完善的程度。 会议一致同意，虽然本章应该叙述各种不同的说明书，但在本章中不应使用“性能”说明书和“设计”说明书这些用语。

21. 有人指出，在招标书中所载说明书的性质与定价的方法之间可能存在着复杂的关系，可以在指南关于投标程序的章节中加以处理。

22. 有人指出“标准”这一用语可以理解为两种意见中的一个。 它可以指提供的设备或材料的法定安全要求，也可以指专业工程机构或同业公会规定有关拟提供的设备或材料的经认可的性能说明。 一般说来，合同各方在采用后一种标准方面有自主权。但是，有人指出，购买方的国家可能对拟在该国建造的工厂规定有强制性标准。

23. 关于这一点，有人认为，“适用的法律”这一用语含义不清：它可以指该合同所适用的法律，也可以指购买方或承包方的国家规定必须使用有关设备或材料的某些标准的法律。 指南采用这一词时意思应当明确。

24. 有人认为，若一致同意采用标准，则应当明确说明所涉的标准（例如：列出颁发标准的国家或机构，以及标准颁发的日期）。 还有人指出，在招标书中要求承包方必须遵守某些标准，可能会使不熟悉这些标准的承包方不敢来投标。

25. 关于购买方提供的图纸和说明之间不一致的问题，有人指出，应规定如果将这种不一致之处通知购买方，购买方则必须在短期内解决这一问题。 此外，购买方还应当承担承包方由于这种不一致而支付的任何费用。

26. 关于承包方绘制的详细图纸须经购买方核准的问题，有人提出，鉴于在施工过程中经常需要作变动，因此这种做法不是往往必要或可行的。 而且，对于某些快速施工技术（有时称作为“捷径”施工），是随着施工的进展来商定和详尽说明工程的规模的，并绘制出图纸。 因此，如果要求图纸必须经购买方核准，则必须要求购买方在很短时间内核准图纸。 购买方应当承担延误核准图纸造成的后果。（例如：承担费用，或同意延长竣工时间）。 还有人指出，如果购买方实际上明确表示或暗示核准了详细图纸，以后他将不能再要求改动图纸或者要求改动根据经核准的图纸所进行的施工。

27. 有人认为图纸可以由合同各方共同绘制，合同各方应当考虑如何纠正图纸中的错误，并考虑如何分担赔偿责任。

28. 有人指出，如果购买方提供的说明书和图纸不精确或不完善，购买方不仅应当承担承包方由于这种错误而支付的费用，还应当承担承包方因这种错误使施工中断而支付的费用。

29. 有人认为，即使在合同各方订立的合同里承包方的义务是以指定的结果（例如统包式合同）写明，购买方仍应对他提供的说明书和图纸的错误（例如漏掉建筑物的一部份，或要求使用不合适的设备、材料或劳务）负有责任。 如果购买方想避免负这些责任，他就应要求承包方准备说明书和图纸。 或者如果购买方想提供说明书和图纸，他可要求承包方将其后来发现的错误或理应发现的错误通知他，这样承包方应承担不通知的后果。

30. 大家同意将D节（“文件等级”）紧放在B节（“合同文件中对工厂规模和质量的规定”）之后。 有人建议D节的标题可加以改动以反映对该节范围所建议的变动。

31. 有人认为，指南应更清楚地强调组成一个综合合同的各文件之间存在不一致的可能性，并提请注意有必要作出一切努力来消除这些不一致的情况。

32. 有人指出，很难制定明确的规则来决定在发生不一致时应以那一个合同文件为准。 从律师的角度来看，拿主要合同正文中的说明书与由图组成的图纸来相比，他宁愿以说明书为准，但工程师则宁愿以图纸为准。 许多人同意，在决定以那一个文件为准方面应有几个因素可作根据（例如，那一个文件体现合同各方最近达成的协议，各文件之间的冲突性质，或者那一个文件主要针对所涉问题）。 似宜建议这些文件从一开始就应编写得可以相互解释，在发生不能调解的冲突时，应将冲突提请即时解决。

33. 许多人同意，与说明书、图纸和其他技术文件的保密有关的问题应得到更认真的对待。 有人建议，所有权、版权和保密这三个不同的概念必须联系这些文件来考虑。

34. 有人认为，保密概念可能引起一些困难。 应鼓励合同各方明确指明那些文件他们希望保密，保密的范围有多大，保密期限有多长。 有人指出，强制性法

律可改动所定的保密范围，也可要求合同各方向购买方或承包方的国家政府当局公开文件内容。 在合同终止时，或购买方后来想聘请另一承包方来修改或改进工厂，或在合同各方之间的法律诉讼中必须公开保密文件的内容时，保密条款也会引起一些困难。 应建议合同各方规定在出现泄密事件时应给予受害一方以它所应得的补救。

35. 大家同意，在重新起草本章之后，提要仍应重新审查以确保正文和提要内容一致。

竣工、验收和接收[16]

36. 有人表示应该修改竣工和验收这两个概念。 当承包方履行了其建造工厂的义务，并且机械安装竣工试验结果良好，则可以认为工程已经竣工了。 验收这一概念可以包括购买方对工厂建造表示同意，即使在某些情况下只是被认为已表同意。

37. 有人建议，本章所采取的术语前后应该更加一致，试验、竣工、接收和验收的前后次序应该更加明确。 有人提议，目前检查和试验一章所载的关于机械安装竣工试验的论述可以放在本章内。

38. 有人指出，根据施工惯例，接收工厂往往是在竣工之后，而验收一般是在工厂试运转成功之后。 有人提议，本章节草案，特别是第1段，应该重新草拟，以便反映这一惯例。

39. 有人提出区分接收和验收是否可取这一问题。 大多数人的意见是最好加以区分，因为接收和验收可能是在不同的时间进行的，并可能产生不同的后果。

40. 有人提议应该重新草拟第4段，以便明确说明当该段所指有关各事项都已发生时即为工程竣工。 另有人建议，应该修改(d)项，使之意指在购买方向承包方提交一定质量的设计、图纸或说明文件之时工程竣工时期即开始起算。

41. 有人表示，指南应该强调竣工时间和时间表的重要性，应建议合同各方在

---

[16] A/CN.9/WG.V/WP.13/Add.2。

合同上处理好这些问题，不要拖到签订合同后来商谈这些问题。 有人提议，当工程看来不能如期竣工时，购买方有权责成承包方加速施工。 又有人建议，购买方可为施工制订进度时间表，而承包方应制订施工时间表以便达到这些进度要求。承包方只对推迟达到这些进度要求和因这项延迟而使承包方支付额外费用负有赔偿责任。 另外有人建议，可以规定竣工时间可能受某种情况的影响，如果发生这一情况，则可以实行在发生免责障碍时规定延长履约时间的规则。 有人建议，应该详细地论述第14段所涉及的计算延长竣工时间的方法。

42. 有人表示，应删去关于延长竣工时间的B.3节，因为在什么情况下竣工可以延长的问题已在其他章节中论及。 但是，大多数人表示在本章中保留这几段是可取的，因为人们看本章时可能不参阅其他章节。 有人提议，关于时间表的论述（B.2节）应该放在另一章内。

43. 有人提议，第12(b)段讨论的延长竣工时间的原因不应该局限于签订合同后所颁布的行政条例。 有人认为，在第12段所述各种情况里，如果承包方想延长竣工时间，那么竣工时间应可自动延长。 还有人建议，应该删除第13段，或者使之与违约偿金和罚款条款一章对这一问题的处理取得一致。

44. 有人表示，合同各方应该商定一种特别的方法以便迅速处理有关竣工时间和时间表的争议以及有关性能试验结果的争议。

45. 有一种意见认为，指南应该涉及延长履约时间对保险、担保物权和费用的影响。 另一种意见认为，本章不应该讨论这些问题；但是可以提一下涉及这些问题的章节。

46. 有人表示，第18段最后一句不但应该涉及迟延，而且还应该涉及由此而可能引起的费用问题。

47. 有人提出，指南可以建议在工厂竣工时签署一份反映工厂情况的议定书。

48. 关于因购买方负责任的原因致使机械安装竣工试验延迟的后果问题，有不同的看法。 一种意见认为，在这种情况下，应推定工程已经竣工，保证期应该起算。 另一种看法认为，唯一的后果应该是购买方应负责向承包方赔偿其因延迟而受到的损失。

49. 有人认为应该考虑统一第17段和第20段这两段的说法。 第17段说，

即使发现某些零部件缺漏，也可以认为机械安装竣工试验结果良好；而第２０段说，如果工程无严重缺陷，则可以认为性能试验结果良好。 有人建议，指出购买方可授权在机械安装竣工试验之前进行性能试验，是不可取的。

50. 有人强调了进行机械安装竣工试验或性能试验的手续的重要性以及在某些情况下遵守这些手续的必要性。 有人提议区分下面两种情况，一种是由合同各方选择的一个检查机构参加这种试验，另一种是在某些国家根据强制性法律规则工厂投产前必须要由一个管理机构进行检查。

51. 有人指出，在机械安装竣工试验阶段或者性能试验阶段，应该要求承包人提供某种文件（例如操作手册和维修手册）。 有人认为第１９段的措词，例如“以其他任何方式证明”太不明确，指南应该努力设想出其他可能证明的方法。

52. 有人提议本章应该论述临时验收这一问题。 有人认为，本章应该劝阻采用临时验收这一方法，除非合同规定在什么情况下可以临时验收及其后果如何。有人指出，在实际中“临时验收”一词有时用来代替“接收”一词。

53. 关于未能进行性能试验的后果问题有各种看法。 一种看法认为，未能进行这种试验应该导致推定验收。 另一种意见认为，应该对这种后果加以更多限制。有人提议，合同应该规定一个必须进行性能验检的时限，并且还应该对未能在这一限期内进行试验的后果作出规定。

54. 有人提议指南应该说明验收议定书的内容，并认为拟订一份说明议定书的表格是有益的。 有人指出，区分下面两个情况也许是可取的：一是购买方单方面验收，一是合同双方一起执行验收议定书，该议定书可以包括合同双方关于要提供的缺漏零部件和要弥补的缺陷的协议。

55. 有人指出，除了因购买方负责的原因致使性能试验不能进行外，还有一些情况也可能导致推定验收。 除了第２９到３１段提到的验收后果外，指南可以论述验收对履约担保、保险和支付价格等事项的影响。 有人建议在第３１段提及这样一点，即如果购买方验收了工程的一部分，则对这一部分工程来说保证期应该开始起算。

56. 与会者一致同意本章仅论及接收建造中的工厂和已竣工的工厂，而不论及接收尚未经工厂使用的设备和材料。 有人指出，对接收定义中的“拥有”一词，不同的法律制度有不同的解释。 有人建议可以采用“实际拥有”或“控制”一词。

关于提交设备和材料，有人建议采用《联合国国际货物销售合同》（１９８０年，维也纳）中的术语。

57．有人提议重新草拟第３６段以避免作这样的解释，即承包方有义务向购买方的人员提供所有为工厂运行所需要的说明。 有人指出，试运转期间费用的分摊不必总得遵循第３６段所说的原则。 有人认为，试运转期间承包方的责任可能要取决于购买方的人员是否将由承包方培训。

58．有人表示，D(1)(c)节的标题应该是指购买方因承包方没有履约而终止合同。有人提议在第３７段中不要提及部分终止合同这一概念。 还有人建议在有关终止的一章或在论及保证的一章内讨论终止对保证的影响问题。

59．有人提议重新草拟第３８段使之意指如果购买方选择本段提出的补救方法，则可以接收工厂。 还有人建议提及没有履约和风险转移这两章。

60．有人提议，如果验收后立即接收，则接收议定书也许是不必要的。 另有人建议应该增加论述接收议定书的篇幅。

61．有人指出，由于第４０和４１段并未谈及接收建造中的工厂或已竣工的工厂，这两段所讨论的问题应该放在其他章节中论述。

62．大家对本章的措词提出了各种改进建议。 大家同意，工作组应尽早审查重新拟订的本章，并重新审查所用术语。

分担损失或损坏的风险[17]

63．大家同意这一章的题目（“分担损失或损害的风险”）应改为“风险转移”。普遍的意见认为，本章案文应予改进，并向秘书处提出了一些具体的改进建议。有人认为，本章应只涉及设备、材料、建造中的工厂和已竣工的工厂因意外事件或合同各方都不负有责任的第三方的行动而造成的损失或损坏。但是，有人指出，在本章里提及指南中涉及设备、材料、建造中的工厂和已竣工的工厂因合同一方或合同一方应负有责任的第三方的行动造成的损失或损坏的其他章节，也许是有益的。有人认为，本章应指出，对损失或损害的风险负有责任的人不论是谁，都有权利控制可能造成这类损失或损坏的局面。

[17] A/CN.9/WG.V/WP.13/Add.3。

64. 有人认为，在A节（“概论”）中，第3段第一句应予删除，而且该段应指明，在许多法律制度下，关于风险转移的规则往往是联系销售合同一起制订的，不一定必须设想工厂合同可能产生的一些具体问题。 又有人认为，根据本章内提出的建议，A节应指明，关于设备、材料、建造中的工厂或已竣工的工厂的风险转移的时间在一些情况下并不一定就刚好是财产移交的时间。

65. 有人认为，本章对风险转移和履约有缺陷的责任之间关系的讨论不清楚，应予略去。 关于履约有缺陷的责任的问题，应在关于未履行合同义务的一章内讨论。

66. 有人认为，第8段应予重新起草，以便说明它只讨论风险转移问题，而不涉及免责障碍的后果。 第2段对这两个问题所作的区别应写得更加清楚一些。也有人认为，对于第8段所提到的各种事件，在实践上合同各方不一定排除承包方应承担损失或损坏风险，因此，该段应作相应修改。

67. 有人认为，本节应列入讨论风险转移的相互关系的一段，以便与其他章节，例如保险和财产移交的章节所涉及的问题联系起来。 又有人建议，可以考虑改动本章一些段落的先后顺序，这样可以便于理解。

68. 有人认为，关于承包方提供的用于工厂的设备和材料的风险承担（B节）与关于建造中的工厂和已竣工的工厂（D节）的风险承担（B节）之间的相互关系，本章应予说明。 有人指出，承包方人员在移交设备和材料时在场与关于这些设备和材料的风险转移的关系问题应重新考虑。 有人认为，在能够对设备和材料进行检查的时候，要放定风险转移有时是很难的。 又有人认为，在出口设备和材料的国家的国界办完关税和手续时规定风险转移，在实践上也是很少见的。

69. 有人建议，应强调有必要制订与销售合同的规则不同的工厂合同的风险转移规则，因为承包方根据工厂合同的义务不仅仅是提供设备和材料就完事，还要将这些设备和材料用于工厂建造。 因此承包方一般要承担设备和材料的损失或损坏的风险。

70. 有人认为，澄清设备和材料“用于”工厂的概念，特别是澄清这类应用发生的那一时刻是有益的。 又有人认为，第15(a)至(c)段规定风险在某些具体时间转移的方法以及第16段根据国际贸易用语解释通则来决定风险转移的方法，在实

质上并没有不同，而只是同一办法的不同说法。

71．关于如果工厂由若干承包方建造谁应承担工厂损失或损坏的风险问题，大家有不同意见。 有一种意见认为，由每一承包方承担其所建造的那一部分的风险是切实可行的。 另一种意见认为，如果工厂的一部分是用一承包方提供的设备和材料来建造而劳务是由另一承包方提供，上述方法便行不通，这时购买方应承担风险。 有人认为，在大多数情况下，接收工厂时间应是风险转移时间而不是验收时间。

72．有人提出Ⅱ节（“承担风险的后果”）所讨论的问题是否应在另一章里讨论。 但是，大多数人认为，这些问题应在本章讨论。

73．会议审议了承担财产风险的一方补偿风险所涉损失或损坏的义务问题。许多人支持这样的建议，即如果购买方提出要求，承包方应尽快补偿财产所受的损失或损坏，而费用由承担财产损失或损坏风险的购买方支付。 但是，如果购买方没有要求承包方这样做，购买方是否必须补偿这类损失或损坏，有人对此保留意见。在这方面，有人认为，“补偿”这个词尽予澄清。 也有人建议，应强调购买方有义务赔偿由他承担风险的财产损失或损坏。 有人指出，虽然Ⅱ节建议承包方补偿由购买方承担风险的财产损失或损坏的义务应在保证期到期时结束，但另一办法是，让义务在购买方接收或验收工厂时结束。

74．有人建议，关于补偿损失或损坏的时限，承担风险的一方和另一方不应有区别。 根据合同有义务补偿损失或损坏的不管那一方必须尽快这样做。 也有人建议，应提到有权在修理或更换之前使用虽有损坏但可维修的设备。

75．有人认为，第２５段的最后两句应予删去，因为这两句所讨论的问题基本上与风险转移无关。

损害赔偿[18]

76．有人建议本章应该论及损害赔偿与其他补救方法，例如违约偿金和罚款以

---

[18] A/CN.9/WG.V.WP.11/Add.4

及可由合同一方支付的其他赔偿形式之间的关系。 论述时应该提及在违约和不违约的各种情况下是否有这种补救方法。

77. 有人建议本章应该提及合同各方在起草合同中关于损害赔偿的合同条款时应该考虑的各种损失。 对哪些损失应得到损害赔偿，有各种不同的看法。 一种意见认为，只有那些在合同中明确规定的损失才应该得到赔偿。有人建议删除第5段第1句中的“一切”一词。 另一种意见认为，合同应该规定对所有的损失都得到损害赔偿，但合同明文排除的那些损失除外。 有人建议，指南应指出，如果合同列有太多限制要求赔偿权利的条款，则受害一方也许得不到合理的赔偿。 有人指出，承包方根据合同对损害赔偿所负责任的大小会影响合同价格。 有人提议指南应该建议合同各方在起草合同中关于损害赔偿的合同条款时应该顾及到国内法中有关损害赔偿的规则。 有人建议，一个可能的办法是合同各方似宜以国内法中的这种规则为依据，但不适合特定合同的那些规则除外。 在后一种情况下，除非国内法的规则是强制性，合同可以规定不同的规则。

78. 与会者普遍支持这一原则，即未能履行合同规定的义务的一方应负有损害赔偿的责任，除非违约是因免责障碍而造成的。 有人提议，合同各方可能愿意商定不必支付损害赔偿金的情况。 但是，有人表示，只有用极笼统的措辞才可能草拟出这种合同条款。 与会者一致同意删除注脚2所载的说明性条款。

79. 会上对因另一方违约，受害方负责向第三方支付偿金的各种办法进行了讨论。 大会一致同意应该删除第7段。

80. 有人指出，受害方要减轻他的损失可能会受到国内法强制性规则的约束。有人建议应该把这种减轻看作为受害方的义务，而不是对损害赔偿的一种限制。但是，也有人指出，第5到8段所论及的确定哪些损失应得到损害赔偿可能会起到限制损害赔偿的作用，因此建议本章的结构应该据此加以调整。 还有人建议应该重新草拟第11段和脚注3以避免作这样的解释，即如果合同一方采取措施来减轻损失，则他的一切损失都可由损害赔偿得到补偿。

81. 有人提问，无法预见的损失这一概念究竟是指这种损失的种类，还是指这种损失的金额。 大家对与决定不可预见性有关的时间的各种方法进行了讨论，建议指南应该提请合同各方注意这些方法。 有人提议合同各方可以商定，当情况发

生变化而此种变化又会在违约发生时可能影响损害赔偿的范围，应相互通报此种情况的变化。 有人指出，如果违约发生的时间正好是与决定不可预见性有关的时间，则除了延迟情况外，要确定其他情况下这种违约的时间是困难的。

82．大家对间接损失和相互损失交换了种种看法。 有人强调指出，这两种损失概念因法律体系的不同而异。 有人提议应该删除第１４段最后两句。 还建议指南应该载有关于间接或相应损失的说明性条款。

83．有人指出，在大多数工厂合同中，当一方违约时另一方可以得到的损害赔偿额是有限的，这一惯例应在第１５段或者概论一节得到反映。 有人指出，根据国内和国际法律规则，货物承运人应赔偿的金额是有限的，建议应该告诉合同各方在草拟合同中关于损害赔偿限额的条款时考虑到这些规则。 有人指出，在实际中损害赔偿有时以通过保险可以收回的数额或该数额再加价格的百分之几为限，大家同意指南应该提请合同各方注意这些做法。

84．有人建议本章关于人身伤害和对第三方财产的损坏的最后一节应该论述对于这种伤害和损坏所负的合同责任。 但是，有人指出，根据某些法律体系，强制性的法律规则可能限制合同各方内部分摊对于这种伤害和损坏应负的责任。 有人指出，虽然合同不能限制承包方或购买方赔偿第三方的这种伤害和损坏的责任，但是根据某些法律体系，第三方能够从扩大其接受这种赔偿的权利的合同条款中得到好处。 有人建议指南应该论述承包方和购买方对于人身伤害和对第三方财产的损坏所负的联合责任和多种责任。 对于第１８段要求购买方将第三方的赔偿要求通告承包方，有人提议，应将这个要求限制在这样的情况下，即购买方意欲让承包方参与有关这一赔偿要求的谈判或法律诉讼。

违约偿金和罚款条款[19]

85．有人建议，本章一开头就应该注意这样的事实：大多数法律制度对违约偿金和罚款条款都有一些强制性规则，因此，对合同所适用的法律的选择，对于这类

---

[19] A/CN.9/WG.V/WP.11/Add.5

条款至关重要。

86。有人认为，指南中关于损害的一章与本章之间的关系应予审查。 有人指出，这两章都涉及因未履约而付赔偿的问题，而且赔偿责任的限制问题与这两章都有关。 在这方面，有人建议，指南中应列入一节，专门审查损害与违约偿金和罚款之间的相互关系以及合同各方可能希望对这些补救方法各自强调的程度。

87。有人提到，给予奖金是激励履约的一个有效办法，并认为本章应提到有关规定给予奖金的条款的章节。

88。有人指出，在某些法律制度下，罚款一词的意思是合同一方因未能履约而必须支付一笔约定款额，目的是为了迫使该合同一方履约；而在另一些法律制度下，该词有更广的含义，包括纯粹是赔偿性质的约定款额。 指南在使用这个词时应明确说明它是在什么意义下使用的。

89。有人提到，在实践上有时使用暂定违约偿金条款，指南应说明这种用法。根据这种条款，合同一方如未能履约，必须支付一笔约定款额。 但是，本条款进一步规定，即使合同一方未能履约并支付了该笔款额，如果该合同一方后来能够避免该项未能履约而造成的损失，则应将该笔款额退还给该合同一方。

90。有人认为，本章第2(b)段所述违约偿金和罚款条款的目的必须予以澄清。

91。有人强调指出，指南应集中精力于协助合同各方起草一项合同这个主要目标上。 因此，虽然指南会提请合同各方注意他们在起草违约偿金和罚款条款时应予以考虑的各法律制度对这类条款所规定的各不同规则，但它不必叙述采取这些规则的理由。 它也不需要提到一般解释规则，因为解释规则可能因法律制度不同而有差异。 在这方面，有人认为，指南不应表明，如果对延迟以外的履约缺陷规定一笔约定款额，购买方可要求支付这笔款额和要求履约，因为在某些法律制度下，这是不允许的。

92。许多人同意本章的说明，即在许多法律制度下，作为违约偿金或罚款生效的一个条件是，不仅必须存在有指明的未履约情事，而且必须有对这种未履约情事的赔偿责任。 大家普遍同意，一项违约偿金或罚款条款如规定承包方即使其未能履约是购买方造成的，他必须支付违约偿金或罚款，则这项规定显然是不公平、不能接受的。 但是，指南是否应说明，合同各方希望规定承包方即使其未能履约是

由于免责障碍所造成的，也应支付违约偿金或罚款。大家对此意见不一。有一种意见认为，这种规定在实践上没碰到过，而且对承包方不公平。另一种意见认为，实践上确实找得出这种例子，而且对于某类免责障碍来说，也并非不公平的。此外，由于这个问题涉及在无辜的双方中究竟应由谁来承担由免责障碍造成的损失风险，双方应可自由商定将风险分配给这一方或另一方。大家同意，指南应指明，在一些特殊的例子中应有这样的规定，即合同一方虽然对未履约的后果不负责任，但根据这些规定必须支付违约偿金或罚款。

93．有人认为，本章C节（“提高违约偿金和罚款条款的有效性”）的题目若改为“如何提高违约偿金和罚款条款的有效性”更为恰当。也有人建议，应作出努力使第9段更加准确清楚。

94．关于D节（“收取约定款额的最高限额”），大家同意，从违约偿金和罚款条款来看，“最高限额”不只是一种意义，应力求使用含义明确的词。关于第14段，有人认为，该段提及两种限制收取款额的办法，必须加以区别。第一种办法是在合同里规定：如果违约偿金或罚款是用增加的办法（例如每一延迟单位应付一固定数足的款额）来确定，并规定了一个限度，而超过这个限度就不再增加，那么在达到该限度之后，就不能收取任何形式的偿金或罚金。另一个办法是，虽然在达到该限度之后不能收取偿金或罚金，但购买方可在该限度达到后证实遭受额外损失，并收取对这些额外损失的偿金。

95．有人指出，E节（“获得约定款额”）建议可制订作出下列规定的合同条款，即购买方可通过从其应付给承包方的金额中扣除款额来从承包方获得违约偿金和罚款。有人指出，根据某些法律制度和在某些国家，有强制性规则和其他要求对扣除问题做出规定。也有人指出，根据某些法律制度，这样的规则使建议的这类扣除的条款不能实行。举例来说，法院可能有强制性权力减少作为罚款的约定款额，这样，扣除约定款额后来可能变得无效，如果法院减少了约定款额的话。另一方面有人指出，根据某些法律制度，有关扣除的条款是行得通的。与会代表一致认为当事双方应当注意有必要在考虑有关法律规则和其他要求后再制订扣除条款。

96．有人提出，即使根据可适用的法律有关扣除的条款是行得通的，指南也应当将这类条款说成是可能采取的一种做法。还有人认为，应当考虑在另一章（即

关于履约担保的一章）写上E节提及的通过开具一张保证书提高获得约定款额的把握的做法。

97。有人认为，对第16段提及的可能发生的情况（即计算开始延迟的日期在某些情况下变得不再有效）以及这种可能所产生的后果（即不能实行延迟引起的违约偿金和罚款条款），应作出更明确的规定。 也有人指出，如第16段所指出的那样，根据某些法律制度，在这种情况下承包方必须在一定时间里履约的义务，但根据其他法律制度结果则不是这样。

98。有人认为，G节（“终止合同与违约偿金和罚款条款”）应限于只对起草关于终止合同对违约偿金和罚款条款的影响的条款提供建议，合同终止后有权收取赔偿金这类问题应由指南中有关终止的一章去解决。 还有人建议，为了简洁起见，这一节的措词和结构应重新考虑。

99。与会代表一致认为，这一章不仅应提请当事双方注意委员会第十六届会议通过的“关于未能履行义务而应付约定款额的合同条款的统一规则”[19] 还应当指出可以用这些规则作为克服起草违约偿金和罚款条款经常遇到的困难的基础。

保 险[20]

100。有人认为，本章对承包方和购买方各自提供的保险的规定应当有较均衡的反映。 而且，有人还认为，由于法律指南要适用于各种各样的合同，所以它应避免谈及合同如何解决有关保险的具体问题；相反，本章应当使当事各方注意在考虑这些问题时可能采取的做法。

101。有人建议，本章应当论及在建造工厂中经常会遇到的各种风险。有人指出，应当建议当事各方了解可能有的保险类别，可以保的风险，以及通常不包括在保险范围内的风险。 有人建议，本章可以列入有关提供保险的说明性条款。 还有人指出，应当建议当事各方，保所有的风险是不可能的，对某些风险的保险，由于这

---

[19] 联合国国际贸易法委员会第十六届会议工作报告，《联大正式记录，第三十八届会议，补编第17号》（A/38/17），附件一。

[20] A/CN.9/WG.V/WP.13/Add.4。

类风险很大，费用可能很高。 有人指出，应当建议当事各方考虑应由何方承担不能保的风险。 并建议本章应指出为什么购买方对承包方的保险范围包括了将由承包方负担但其保险在任何情况下最终将由购买方支付的风险的承包方感到兴趣的一些原因。

102. 有人建议，应当建议购买方，在投标以前阶段，他最好向国际保险经纪人或风险管理顾问请教市场上有哪种保险，以及合同中应当规定何种保险。 还有人建议，应当建议购买方考虑，是否由他本人提供某种保险会比要求承包方提供保险费用低一些。 还有人建议，这一章可以提及承包方的自行保险和部分自行保险的可能性，可以提及政治风险保险的最后保险。 但是，其他一些人认为，在本章中不应讨论这些可能性。

103. 有人认为本章应当提到保险单有必要指明承包方和购买方均为被保险方，以避免保险人取代未指明一方的权利所造成的困难和费用。 有人建议本章应当论及购买方为什么希望合同规定对由承包方承担的风险和责任进行保险。

104. 有人认为本章应当建议由有保风险的财政能力并为当事各方所接受的保险人进行保险。 另一种意见是，本章论述尽量由单独一个保险人保险与几个保险人保险相比的利弊问题。 还有人认为本章论述调整所提供保险的数额的方法以便把通货膨胀考虑进去。 另外还有人认为应当建议当事各方要求保险金以自由兑换货币或指定货币（如用以表示合同价格的货币）支付。

105. 关于已竣工工厂的保险，有人认为应当建议当事各方考虑是否应当规定在担保的整个时期内提供这种保险。 有人认为，如果有几个承包方参加工程，最好让每一承包方对建造中工厂和已竣工工厂他所负责的那一部分提供保险。 另一种意见是，不应当责成几个承包方中的一个承包方对整个工厂提供保险，如果他仅仅只是在由其他承包方承担的工程中起协调作用的话。

106. 关于用于工厂的设备和材料的保险，有人认为购买方希望这类保险生效的时间不早于设备和材料的装运时间。 也有人指出，实际上设备和原料在往工地的运输过程中，已根据单独的运输保险单受到保险。 如果对设备或材料受到的损失或损害是在运输过程中还是在运输后发生的问题出现了争议，根据目前的做法，对这两个时期提供保险的保险人应同等承担赔偿损失或损害的责任。 还有人指出，

本章应当建议当事每一方应对他所承担损失或风险的设备和原料提供保险。

107。关于承包方设备和工具的保险，有人认为，这种保险往往仅与承包方有关。有人提出应当建议当事各方考虑合同是否有必要规定这种保险；如果有必要的话，承包方应承担由此而造成的费用。 还有人提出，本章应当注意到如果规定外国承包方由购买方的国家的一名保险人来保险可能引起的困难。

108。关于责任保险，有人建议，本章应当规定各种这类保险的有效期。 在这方面，有人认为，产品责任保险期应当与可适用的法定时效期限相联系。

109。有人提出应建议当事各方，设计和建造工厂的承包方可能得不到职业责任保险。

110。有人认为，本章应论及当事各方需要或有必要提供保险以补偿工人受的损伤。 另一种意见是应当建议当事各方规定尤其在涉及到工厂所在的国家的工人时应提供这种保险。

111。关于保险的证明，有人认为，合同应规定由承包方向购买方提供这类证明的时限。 也有人认为，合同也应当规定购买方向承包方提供规定由购买方提供保险的证明。 有人建议合同应授权一方从向另一方提供保险的保险人处取得保险证明。 此外，还有人建议合同应规定当事一方指示向他提供保险的保险人在保险费来支付时通知另一方。

112。一种意见是，如果承包方未能提供规定他提供的保险，购买方应终止合同。而另一种意见是，在这种情况下，合同不应终止，补救办法应是购买方对因承包方不提供保险而遭到的任何损失要求赔偿。

113。有人认为，如果合同规定，购买方有权以承包方的费用买承包方有义务提供但没有提供的保险，合同应当规定购买方预先通知承包方他打算买这一保险。另外有人认为，承包方只应负责承担购买方在获得这一保险所花的合理费用。

分　包[21]

114。有人提出，本章应建议合同双方在商谈和草拟工程合同时应特别注意有关

---

[21] A/CN.9/WG.V/WP.13/Add.5

分包的条款。因为这个问题处理不好，工程的建造和质量就可能出现问题。 有人认为，本章所用“分包”一词的范围应当加以阐明，以便将该词所包括的实体和该词所不包括的实体区分开来。 举例来说，分包人和供应厂商就应当区分开来。

115。会上讨论了购买方和分包人之间是否存在法律关系问题。 一种意见认为，这两个实体之间根本不存在法律关系。 而另一种意见则认为，这样看问题太绝对。有人在支持后一种意见时指出，根据某些法律制度购买方和分包人在某些特定问题上是存在法律关系的。 举例来说，购买方对分包人没有履行某些义务可以直接要求他赔偿。 根据另外一些法律制度，承包方、购买方和分包人间存在着三方关系。合同某些条款规定的某些情况下，购买方和分包人间可能产生法律关系，如允许购买方选择或参加选择分包人的条款，允许购买方直接向分包人索赔的条款和允许购买方直接向分包人付款的条款。

116。会上对承包方因分包人的行为或失职而应对购买方承担的责任问题发表了意见。 有人建议应当提请合同双方注意解决这个问题的各种办法。 根据一种办法，承包方因分包人的行为或失职应对购买方承担全部责任。 根据另一种办法，如果承包方不是自由选择分包人，他因分包人的行为或失职而对购买方承担的责任应减轻或免除。

117. 有人表示，合同只应授权分包人和购买方就技术问题或者有关工程的设计或质量的问题直接进行联系。 另一种意见认为，购买方和分包人要能解决这种问题，应该只有当它不影响不由分包人履行的承包方义务时才能有效。 再者，根据这种意见，若未经合同授权进行了联系，则承包方不对根据这种联系而采取的行动承担责任。 有人提议，购买方和分包人磋商时，承包方应有权在场，并且合同应责成购买方将购买方与分包人之间的任何联系的情况通知承包方。 还有人建议，本章应该提及分包人在某些情况下从购买方获得资料的必要性。

118. 有人建议，本章应该论及一个分包人替代另一个分包人、作为分包人的国际财团以及分包分包合同等问题。 有人建议说明性条款1第3段应该放在关于承包方赔偿购买方的一般性条款中。

119. 关于承包方招请分包的权利问题，与会者提出了把这一权利列入本章的种种作法。 一种作法是承包方应能自由招请分包。 据另一种作法，承包方招请分

包的权利应该受到限制，本章第7和第8段对此问题的论述是适宜的。 有人建议不应允许承包方将工程的主要部分分包给他人。 有人指出，要在合同中具体规定承包方的哪些义务不能分包也许是困难的。 因此，最好是在合同中规定承包方的哪些义务能够分包，除此之外合同禁止承包方将他的义务分包给他人。 还有人指出，实际中往往禁止将设计这一义务分包给他人。

120. 与会者讨论了分包人的选定问题。 有人提议应该更加明确地说明本章提到就这一问题的三种做法。 还有人建议指南应该讨论所有这三种做法，并指出每一种做法的利弊。

121. 有人表示，应该建议合同双方，只要可能，应该在工程合同中写明分包人的姓名。 还有人认为，应该告诉合同双方，规定在签订合同后由承包方选择分包人，但须征得购买方的同意，这样做是不可取的。 根据这一看法，在工程合同中采用这种做法是危险的，因为如果购买方不同意这一分包人，也许不可能提出另一分包人。 此外，这种做法可能会造成施工中断。 有人指出，按照这一做法，如果购买方控制了分包工作，他可能不得不支付由此而带来的额外价格。

122. 有人建议，倘若签订合同后由承包方选定的分包人需经购买方同意的话，则应责成承包方向购买方提供一份分包合同副本以及购买方可能需要的任何其他与拟议中的分包有关的资料。 但是，有人指出，要承包方告诉购买方分包合同的价格，也许不总是可能的。

123. 有人还建议，在前一段提到的那些情况下承包方应征询购买方的意见并在其赞同下提供所提到的资料。

124. 第11段提到，在许多情况下，购买方在选择分包人问题上有具体要求。有人指出，这些情况在一切场合都会存在，即使在购买方不参与选择分包人的情况下亦然。 另外，这些情况也适用于承包方。

125. 有人建议，本章应该强调指出，不管在选择分包人时采用什么做法，合同双方的合作和联系是十分重要的。 有人还建议应该在分包合同中把主要的条件包括进去以保证分包合同同主要合同的标准相符。有人还建议合同双方应规定一种机制以便迅速解决选择分包人所涉的争议。

126. 与会者一致同意，本章应该把提名制度作为合同双方在选择分包人时可能加以考虑的一种方法来讨论。 但是，不应该鼓励采用提名制度，并应指出采用这种制度的危险性。 例如，有人指出，根据某些法律制度，在某些场合下已与购买方洽谈过的提名的分包人也许会声称在购买方和分包人之间已经达成协议。 在这种情况下，如果承包方不招请该提名分包人，则购买方将可能对后者负责。 此外，购买方也许必须对提名的分包人履约有缺陷而造成的损失或损害承担责任。 另一种意见认为，只要承包方有权拒绝购买方提名的分包人，提名制度就是令人满意的。第24段中提到的理由，包括国家立法有时可能要求使用当地分包人这一事实，在会上得到了强调。

127. 关于承包方拒绝由购买方提名的分包人的理由，有人提议，除了第22段所论及的那些理由外，还应该提到这样一点，即由于基本国的贸易政策，承包方可能只能招请某些国家的分包人。 还有人建议，承包方应该能够拒绝被提名的分包人，如果后者没有足够的条件来完成工程或无力向承包方全部或部分赔偿因分包人的行为或失职而造成的损失或损害的话。 有人提议，作为一种处理第22(a)段所涉理由（即分包人不能对承包方承担如承包方对购买方承担的那些责任）的可行方法，可以将承包方应支付给购买方的损害赔偿金限制为承包方能从被提名的分包人处得到补偿的数额。 但是，另一种看法认为，这种方法不能令人满意；它并没有解决承包方因分包人的行为或失职而对第三方应承担的责任这一情况，而且分包合同也没有充分免除承包人的这种责任。 在这种情况下，工程合同不能减轻承包方应对第三方承担的责任。

128. 一种意见认为，承包方对第24段所提到的经提名的分包人的行为或失职应负责任是本章应讨论的办法之一。 但另一种意见认为，本章可提及但不应同意此种办法。 有人建议，本章还应讨论购买方应对经提名的分包人的行动和失职负责的办法。 也有人认为，如果承包方雇不到经提名的分包人，而又给不出正当的理由，他应向购买方赔偿由此而引起的任何损失。

129. 关于经提名的分包人中途不履行分包合同或分包合同中止，承包方应负赔偿责任的问题，大家意见不一。 一种意见认为，如果承包方没有错误，则购买方应承担与工程中断有关的损失和费用，并雇请新的分包人。 因此建议删去第25段

的最后两句。 但另一种意见认为，这两句所提的解决办法是令人满意的，如果合同各方同意这样做的话。

130. 有人认为，本章应指出，作为解决提名制度引起的问题的一种可能办法，购买方也许愿自己雇请分包人。

131. 为了使购买方能够就诸如保密义务和担保义务等事项直接向分包人要求赔偿，提出了各种办法。 一种办法是，在分包合同里对分包人规定担保义务。 另一种办法是，承包方可把对所分包人全部担保权利给予购买方，在这种情况下，承包方就不再对购买方负责。 也可在工程合同里对承包方规定同样的义务。 根据一些法律制度，购买方可因分包人不履行这些义务而以承包方名义向分包人要求赔偿。另一办法是，购买方、承包方和分包人签订一份载列这些义务的三方协议。 又一种办法是，购买方直接向承包人要求赔偿的问题由国家法律解决。

132. 关于确定在什么情况下购买方直接向分包人付款是合理的问题，有人认为，合同应规定，作为收取购买方的施工分期付款的条件，承包方必须向购买人提供证据，证明购买方先前付给承包方有关分包工程的款项已付给分包人。 如果没有证据，或不能令人满意地说明为什么先前的付款没有付给分包人，购买方可直接向分包人付款，并从应付给承包方的款额内扣除这项付款。 但是，有人指出，购买方有能力直接向分包人付款并从应付给承包方的款额内扣除此项付款的做法会损害购买方和承包方之间的关系。 有人认为，应告诉购买方这种办法会产生这样的危险，即购买方被卷入承包方与分包人之间的纠纷。 有人特别指出购买方应提防过多地付款给分包人。 有人建议，第３０段最后一句应根据该句所设想的情况在实际上究竟会不会发生这个问题来重新审议。

履约担保[22]

133. 有人认为，本章应强调提供保证的不同安排可能涉及的费用。 合同双方可以考虑，鉴于承包方的信誉和财政状况，提供最起码的保证是否就可以了。 如果一定要提供保证，本章应当建议审查各种不同安排的比较成本以避免支出不必要

[22] A/CN.9/WG.V/WP.13/Add.6。

的费用。有人特别指出，由一家银行提供并由另一家银行确认的货币履约保证书的安排可能需要相当大的费用。

134. 有人指出，在本章中提到其他文本的做法应加以限制。 如果其他文本载有有关资料或合同安排，最好在本章内列出这些资料或安排。 如果提到其他文件，这些文件应当是以某种方式为委员会所接受的文本。

135. 会上对合同惯例中对保证书，尤其是履约保证书使用有多广有不同的看法。一种意见认为，只有某些区域的购买方坚持要采用这类保证书，而另一种意见则认为，许多区域都要求采用这种保证书，如果工程合同是由国际开发机构的资金资助的，则总是要求有这种保证书。

136. 有人认为，第5段对投标保证书的叙述可能与实际中执行这种保证的情况并不相符。 也有人提议，这一章所用术语应当清楚明确，前后一致。 应当避免履约保证书和有关履约的质量保证书可能相互混淆。 此外，有人指出，本章所用履约保证一词意指两种不同的保证（本章将其分为“货币履约保证书”和“履约担保”）。 因此，在采用履约保证这一词时，应当指明用这个词指的是哪一种保证。也有人建议，如果货币履约保证书和履约担保分别处理，应改进这一章的编写方式。

137. 关于选择担保人的问题，有人认为应鼓励合同双方在订立合同前就提供担保人问题达成协议。 如果在订立合同前没有选择担保人，而购买方后来反对承包方选择的担保人，承包方可能难以找到另一个能为购买方接受的担保人。 有人认为，为了使购买方得到一定程度的保护，不一定坚持只接受购买方所在国的担保人，如果担保人是来自第一流的银行或其他金融机构，但不是来自购买方所在国，也不是来自承包方所在国，而是来自另一个国家，这样的担保人也是可以接受的。 在这方面有人指出，即使购买方坚持只接受来自他的国家的一家银行的担保人，但在实际上这家银行有时可能从一家外国银行获得反担保，以确保获得足够的可兑换货币来履行保证书规定的可能的支付义务。 也有人指出，合同双方应当审查担保人是否有履行保证书规定的义务的财政能力。 有人建议本章应说明在某些情况下购买方可以要求政府担保以支持承包方承担的义务。

138. 有人指出，人们经常用“独立的”和“附属性”保证书这些词，也用“有条件”和“无条件”保证书这样的词，本章中也应当提到后面这些词。 有人认为应重新考虑对“独立的”一词的使用。

139. 有人认为，除了本章论及的根据首先要求保证书求助于保证的安排外，本章应当论述有助于保护购买方和承包方双方利益的其他可能安排。 一种可能的安排是保证书规定，担保人没有义务在购买方提出要求后立即支付，而是在规定的期限满后支付。 在规定的这个期间里，购买方和承包方可进行谈判以解决他们间的争端。 另一种可能的安排是，担保人在购买方提出要求后将钱付给第三方，在购买方和承包方解决争端前钱由该第三方保管。 工程合同也可以规定，购买方在要求支付前应通知承包方，或者在提出要求赔偿前应当给承包方一段时间来补救所声称的缺陷。 如果未能履行这些合同条款，购买方则有权要求承包方履行合同义务。此外，如果合同有了这些规定，根据某些法律制度，在没有遵守这些规定的情况下法院可能不让购买方根据保证书要求赔偿。

140. 有人认为，即使所论保证书是首先要求保证书，担保人也不可能在所有情况下都有义务只因购买方声称承包方没有履约就予以支付。 本章可以指出，有些法系对购买方的追索权规定了某些非常有限的约束（例如当所提出的索赔要求是虚假时）。 还有人指出，明确区分购买方与担保人之间以及购买方与承包方之间这两种关系可能是有益的。 虽然，按照首先要求保证书提出的不公正要求会使担保人有义务支付，但是，承包方因为购买方违反了合同中有关诉诸保证书的合同条款而对之享有的权利将依然有效。

141. 关于第18段的最后一句，有人表示，虽然顺利地完成合同对合同双方都有利，但是在某些情况下，这还不足以阻止滥用首先要求保证书所规定的权利。故而与会者一致同意此句应该删去。

142. 有人认为，应该阐明本章的下述建议，即购买方在其招标书中可以规定他准备接受的担保人。 一种可能是由购买方规定他准备接受的担保人的身份。 但是，由于许多承包方也许不能招请到提出的担保人，仅仅规定那几种担保人的类型是可以接受的（例如提供货币履约保证书的担保人或提供履约担保的担保人）也许更好些。 还有人认为，要求投标书附有可能的担保人的证明，表示他愿意提供履约保证，这可能不是一种有益的方法，因为根据某些法律制度。证明书上的承诺不是强制性的。

143. 有人指出，本章第19段建议，如果在签订合同后提供保证书，合同各方应该就不提供保证书时购买方追偿损失的权利达成协议。 但是，有人提出，关于

这种补救方法，购买方应该仔细考虑这种没有保证的要求外国承包方赔偿损失的权利对他自己可能有多少价值、他实际损失的金额以及在获得对外国承包方的裁决方面可能会有的困难。

144. 有人指出，根据偿还保证书和履约保证支付的有关货币（第２０段）一般会以支付合同价格的货币支付。 还有人指出，第２３段提及担保人有责任赔偿购买方遭到的损害和由此引起的费用，这是没有必要的，因为在实际中购买方会根据保证书提出一个总的金额要求，而不须证明他确实遭到了损害和由此而引起的费用。

145. 有人建议应该在Ｂ、２节（通过支付条件对履约的担保）中提一下关于价格的一章，这将包括详细论述各种支付条件。

146. 有人认为，第３６段并没有充分反映某些地区在向承包方支付全部合同价格中未偿金额方面的现行做法。 有人指出，支付条件往往规定在工程竣工时支付百分之五十的未偿金额，剩余的百分之五十将在保证期届满时支付。

147. 有人建议，明确在哪些条件下合同可以既要求承包方通过保证书提供履约担保，又要求通过支付条件提供担保，在哪些条件下合同可以只要求一种形式的担保，这是有益的。 还有人建议，当两种担保形式都提供时本章应该讨论购买方在执行担保时可作的种种选择问题。

148. 有人提出，可以重新审查Ｃ节（“购买方支付担保”）以便保证该节与Ｂ节（“承包方履约担保”）取得平衡。 具体地说，本章应该在第３９段中指出，最好让承包方有一张其本国银行开给他的信用证，并指出，除了外汇管制方面的困难外，承包方在获得付款时还可能面临其他行政方面的困难。 再者，作为第４０段所提到的循环信用证的替代方法，应该提请注意开具一张具有全部合同价格的信用证。 有人指出，如果在Ｃ节更多地强调可以采用的各种替代方法，而不是强调具体的建议，那末就能更好地实现平衡这一目标。

149. 有人指出，国际贷款机构或其他有声誉的机构为工程提供资金这一事实本身可能不足以成为对承包方的支付保证。 按照某些合同安排，只有当购买方雇用的工程师证明工程运行正常时才应支付。 因此，可能会出现没有提供适当的证明因而金融机构不能支付这种情况。 克服这个困难的一个方法可能是让承包方能凭借某种独立于购买方的程序行使其获得付款的权利。

150. 有人指出，合同各方可能愿意对购买方没有按照合同的要求开具信用证或延迟开具信用证所产生的后果作出规定。 还有人指出，C节应该论述一下在为工程合同提供资金时有时采用的延期付款制度，根据这种制度，建造工厂所需货款由承包方提供或者以承包方的名义提供，而购买方承诺在合同各方商定的一段时期内延期支付。

151. 有人建议，应提及在承包方对履行义务的保证方面和购买方对付款的保证方面发生争端时可能采取的解决争端办法。

152. 大家普遍同意，财产的物权担保（D节）对任何一方作为确保另一方履约的手段是不那么重要的。 有人指出，这个问题很复杂，很难准确叙述。 有人认为，购买方对承包方的施工机械获得物权担保的重要性越来越小，因为这类机械往往是向承包方租借而且不是他所拥有的。 大家同意这个问题不值得在本章内另立一节单独讨论，但讨论这个问题的本节的内容可在本章其他各节的适当地方指出。但有人认为，本章还应提及保留所有权和抵押的问题。有人认为，应提醒订约各方，最好能就与位于另一国的财产的担保有关的现行法律取得独立的法律咨询意见。

其他事项和未来工作

153. 有人指出，工作组还需开两次会议才能完成对法律指南拟提及的大部分章节草案的审议工作。 将为工作组下一届会议准备若干章节草案，根据贸易法委会的决定，下一届会议将于1985年4月8日至19日在纽约举行。[23]

154. 贸易法委会秘书说，秘书处将向工作组第七届会议提交法律指南结构大纲草案（A/CN.9/WG.V/WP.9/Add.1）的修订本，该修订本将反映工作组的讨论情况，并对某些章节重新安排和合并——如果秘书处认为这样做是合适的话。秘书处还将向工作组第八届会议提交重新起草过的关于“竣工、验收和接收”的一章和关于“合同类型的选择”的一章，因为原来起草的章节都需根据工作组的讨论作重大修改。

---

[23] 联合国贸易法委员会第十七届会议工作报告，《大会正式记录，第三十九届会议，补编第17号》（A/39/17），第154段。