

贸易法委员会
关于起草建造工厂国际合同的
法律指南

联合国国际贸易法委员会
(贸易法委员会)编写



联合国
1989年，纽约

前 言

本《法律指南》的编写工作是在联合国国际贸易法委员会(贸易法委员会)新的国际经济秩序工作组内进行的,该工作组由贸易法委员会的全体三十六个成员国组成。其他许多国家和国际组织的代表以观察员身份出席了工作组的各届会议并积极参与了与本《指南》有关的工作。芬兰的利夫·塞冯先生主持了工作组草拟本《指南》的各届会议。在起草各章供工作组审议时,秘书处征询了国际建厂合同领域中从事实际工作的人员和其他专家的意见。此外,秘书处还查阅了很多材料,包括出版物、文章和其他书面材料,以及合同范本、合同的一般条件和当事各方之间的实际合同。这些材料太多,无法一一注明;但是,这些资料来源对编写本《指南》起了有益的作用,谨此表示感谢。

本《指南》经工作组核准后,于1987年8月由贸易法委员会第二十届会议最后定稿并经其下述决议通过:

联合国国际贸易法委员会

忆及联大1966年12月17日第2205(XXI)号决议规定它的职权是促进国际贸易法的逐渐协调与统一,并在这方面顾念各国人民,尤其是发展中国家,在扩大与发展国际贸易中的利益;

考虑到联大通过的关于经济发展和建立新的国际经济秩序的各项决议;

认为法律上有效的、统筹兼顾和公平的建造工厂国际合同对各国,尤其对发展中国家来说是重要的;

认为关于起草建造工厂国际合同的法律指南,查明了这类合同所涉法律问题并提出了解决这些问题的办法,将有助于所有各当事方,特别是发展中国家的当事方签订这类合同;

1. 通过《贸易法委员会关于起草建造工厂国际合同的法律指南》;
2. 请联大建议参与起草建造工厂国际合同的人士使用《法律指南》;
3. 请秘书长采取有效措施广为散发和推广使用《法律指南》。*

* 联合国国际贸易法委员会第二十届会议工作报告,《大会正式记录,第四十二届会议,补编第17号》(A/42/17),第315段。

欢迎读者按下列地址将他们对于使用本《指南》的意见以及关于今后适当时候重新发行《指南》时拟应考虑的事项的建议告知秘书处。

UNCITRAL Secretariat
Vienna International Centre
P.O.Box 500
A-1400 Vienna, Austria

目 录

	<u>段 次</u>	<u>页次</u>
前言		v
导言	1-17	1
A. 《指南》的由来、目的和方针	1-9	1
B. 《指南》的编排	10-13	3
C. 各章提要	14	3
D. “概述”	15	4
E. 《指南》提出的建议	16	4
F. 说明性条款	17	5

第一部分

章次

一. 缔约前研究	1-16	9
提要		9
A. 概述	1-5	9
B. 机会研究	6	10
C. 可行性初步研究	7-8	10
D. 可行性研究	9-11	11
E. 详细研究	12	12
F. 进行缔约前研究的专家	13-16	12
二. 缔约方法的选择	1-31	14
提要		14
A. 概述	1-3	15
B. 涉及单一合同的方法	4-16	16
C. 涉及多项合同的方法	17-25	20
D. 承包方和购买方的合资企业	26-31	22

	<u>段 次</u>	<u>页 次</u>
三. 承包方的选择与合同的订立	1-50	25
提要		25
A. 概述	1-9	26
B. 投标	10-43	29
1. 资格预审	11-14	29
2. 招标	15-18	30
3. 拟提供给未来投标人的文件	19-30	31
4. 开标和选定承包方	31-43	35
C. 谈判	44-47	38
D. 签订合同	48-50	39
1. 合同形式	49	39
2. 合同的效力和生效	50	40

第二部分

四. 起草概述	1-26	45
提要		45
A. 概述	1-6	46
B. 合同语文	7-8	48
C. 合同当事方与履约	9-10	49
D. 合同文件、优先次序与解释	11-17	50
E. 通知	18-22	52
F. 定义	23-26	53
五. 工厂说明和质量保证	1-31	55
提要		55
A. 概述	1-2	56
B. 合同文件确定施工范围和工厂技术特点	3-5	56

	段 次	页次
C. 施工范围	6-7	57
D. 工厂、设备、材料和施工服务的技术特点	8-9	58
E. 规格说明书	10-13	58
F. 标准	14-16	59
G. 图纸	17-19	60
H. 对规格说明书不准确、不适当和不一致应承担 的责任	20-22	61
I. 规格说明书、图纸和其他技术文件的保护	23-25	61
J. 质量保证	26-31	62
1. 保证范围的限制	27	62
2. 保证期	28-30	63
3. 制造商的保证	31	65
六. 技术转让	1-34	67
提要		67
A. 概述	1-10	68
B. 许可证和专有技术条款所共有的问题	11-22	70
1. 技术说明	11	70
2. 使用技术的限制条件	12-16	71
3. 保证	17	73
4. 技术费用的支付	18-20	73
5. 第三者的权利要求	21-22	74
C. 专有技术条款所特有的问题: 保密	23-25	74
D. 培训人员	26-32	75
E. 提供资料文件	33-34	77
七. 价款和支付条件	1-79	80
提要		80
A. 概述	1-5	81

	<u>段 次</u>	<u>页次</u>
B. 定价方法	6-27	83
1. 一次总付法	6-9	83
2. 费用偿还法	10-24	84
3. 单位定价法	25-27	87
C. 支付奖金	28-30	88
D. 价款货币	31-37	89
E. 调整和订正价款	38-62	91
1. 调整价款	41-46	92
2. 订正价款	47-62	93
F. 支付条件	63-79	98
1. 预先支付	67	99
2. 施工期间支付	68-74	99
3. 在接收或验收工厂后一段规定的时间内支付	75	101
4. 在保证期届满后一段规定的时间内支付	76	101
5. 承包方或承包方国家提供的信贷	77-79	101
附录		102
八. 设备和材料的供应	1-30	105
提要		105
A. 概述	1-5	106
B. 承包方供应设备和材料	6-26	107
1. 关于供应的设备和材料的说明	6-7	107
2. 供货的时间和地点	8-10	108
3. 设备和材料的运输	11-14	109
4. 结关和关税	15-16	110
5. 禁止性规定和许可证要求	17-18	111
6. 购买方接收设备和材料	19-20	112
7. 现场贮存	21-26	112

	段 次	页次
C. 购买方供应设备和材料	27-30	114
九. 现场施工	1-36	116
提要		116
A. 概述	1-5	117
B. 筹备工作	6-10	118
C. 由承包方进行的现场施工	11-26	119
1. 进行施工所用机械和工具	11-13	119
2. 竣工的时间	14-17	120
3. 施工时间表	18-23	121
4. 竣工时间的变动	24-26	122
D. 在承包方指导下进行设备安装	27-30	123
E. 进入现场	31-32	124
F. 承包方协助购买设备和材料	33-35	124
G. 现场的清理	36	125
十. 咨询工程师	1-29	126
提要		126
A. 概述	1-4	127
B. 咨询工程师的职权	5-19	128
1. 向购买方提供服务	5-8	128
2. 独立职能	9-19	129
C. 选择和更换咨询工程师	20-26	132
D. 咨询工程师向他方委托权力	27-28	133
E. 向咨询工程师提供资料和进入便利	29	134
十一. 分包	1-37	135
提要		135
A. 概述	1-6	136
B. 承包方分包的权利	7-9	137

	段 次	页次
C. 分包人的选定	10-26	138
1. 由承包方单独选定	10	138
2. 购买方参与选定分包人	11-26	138
D. 承包方对购买方由于分包人不履约或分包人其他作为 或不作为所遭受损失的赔偿责任范围	27-28	143
E. 购买方直接向分包人索赔的权利	29-31	144
F. 对分包人履约的付款	32-34	145
G. 购买方与分包人的合作与交流	35-36	146
H. 分包合同与建厂合同的协调一致	37	146
十二. 制造和施工过程中的检查和试验	1-27	148
提要		148
A. 概述	1-7	149
B. 制造过程中的检查和试验	8-20	150
1. 制造过程中的检查和试验的说明和效果	8-9	150
2. 购买方进入制造地点和承包方应提供的便利	10-11	151
3. 制造过程中进行试验的时间	12-14	151
4. 其他试验或变更试验	15	152
5. 试验不成功	16	152
6. 试验报告和证书	17-19	153
7. 费用	20	153
C. 装运或到达现场时的检查	21-23	153
D. 现场施工过程中的检查和试验	24-27	154
十三. 竣工、接收和验收	1-36	156
提要		156
A. 概述	1-3	157
B. 竣工	4-13	157
1. 通过竣工试验证明竣工	4-12	157

	段 次	页次
2. 竣工日期	13	160
C. 接收、性能试验和验收的顺序; 试运转期	14-20	160
D. 工厂的接收	21-23	161
1. 接收义务	21	161
2. 接收报告书和接收日期	22	161
3. 接收的法律后果	23	162
E. 工厂的验收	24-36	162
1. 性能试验	24-28	162
2. 验收报告书和验收日期	29-33	163
3. 验收的法律后果	34	165
4. 临时验收	35-36	165
十四. 风险的转移	1-24	168
提要		168
A. 概述	1-6	169
B. 承包方提供的设备和材料	7-17	171
1. 用于建造工厂的设备和材料	7-15	171
2. 不用于建造工厂的设备	16-17	173
C. 购买方提供的设备和材料	18-19	174
D. 建造中的工厂和已竣工的工厂	20-22	174
E. 承担风险的一些后果	23	175
F. 承包方施工用的工具和建筑机械	24	175
十五. 财产所有权的转让	1-8	177
提要		177
A. 概述	1-5	177
B. 用于建造工厂的设备和材料的所有权转让	6-7	179
C. 建造中的工厂和竣工后的工厂的所有权	8	179

	段 次	页 次
十六. 保险	1-41	180
提要		180
A. 概述	1-15	181
B. 财产保险	16-27	185
1. 建造中的工厂、已竣工工厂、临时构筑物 and 工 厂附属 构筑物的保险	17-23	185
2. 用于建造工厂的设备和材料的保险	24-26	187
3. 承包方施工所用的机械和工具的保险	27	188
C. 责任保险	28-37	188
D. 保险的证明	38	190
E. 当事各方未能提供保险	39-41	191
十七. 履约担保	1-45	192
提要		192
A. 概述	1-6	193
B. 承包方履约担保: 担保书	7-39	194
1. 履约担保书: 作用	10-12	195
2. 偿还担保书: 作用	13	196
3. 选择担保人	14-16	196
4. 担保人义务的性质	17-24	197
5. 提交担保书的时间	25	200
6. 担保书规定的责任范围	26-29	200
7. 变动或终止合同的影响	30-34	201
8. 担保的期限	35-39	202
C. 购买方付款担保: 担保书或信用证	40-45	204
十八. 迟延、缺陷和其他不履约	1-66	207
提要		207
A. 概述	1-8	208

	<u>段 次</u>	<u>页 次</u>
B. 购买方的补救办法	9-50	210
1. 显著的特征	9-16	210
2. 承包方施工迟延	17-25	212
3. 承包方的施工有缺陷	26-48	215
4. 不属承包方责任范围内的缺陷	49	222
5. 购买方的补救办法概述	50	222
C. 承包方的补救办法	51-63	225
1. 显著的特征	51	225
2. 延迟支付价款或延迟提供支付价款的担保	52-58	226
3. 延迟接收或验收工厂	59-61	227
4. 未能及时为施工提供无缺陷的设计、设备和材料 ...	62-63	228
D. 当事双方的补救办法	64-66	229
1. 迟付价款外的款项	64	229
2. 不履行辅助义务	65-66	230
十九. 约定违约金和罚款条款	1-21	232
提要		232
A. 概述	1-6	233
B. 取得约定款项与强制履约和与取得损害赔偿 金的关系	7-8	235
C. 不履约的界定	9	235
D. 确定约定款项的数额	10-11	236
E. 取得约定款项的限额	12-14	236
F. 获得约定的款项	15-16	237
G. 由于迟延而应支付的约定款项: 一些问题	17-20	238
H. 终止合同与支付约定款项条款	21	239
二十. 损害赔偿	1-19	241
提要		241

	段 次	页次
A. 概述	1-3	242
B. 区别于其他补救办法和补偿的损害赔偿金	4-6	243
C. 损害赔偿的责任	7-15	243
1. 损失的种类	7-8	243
2. 无法预料的损失	9-10	244
3. 由于不履约间接造成的损失	11-12	245
4. 因不履约而得利	13	245
5. 金额限制	14	246
6. 减轻损失	15	246
D. 人身伤害和对第三者财产的损害	16-18	246
E. 损害赔偿金所用货币	19	247
二十一. 免责条款	1-28	249
提要		249
A. 概述	1-7	250
B. 免责障碍的法律后果	8	251
C. 免责障碍的定义	9-26	252
1. 免责障碍的一般定义	10-12	252
2. 一般定义之后附有免责障碍清单	13-16	252
3. 没有一般定义的免责障碍的详尽清单	17	253
4. 可能的免责障碍	18-22	254
5. 障碍的排除	23-24	255
6. 承包方雇用的第三者不履约	25-26	255
D. 障碍的通知	27-28	256
二十二. 困难条款	1-23	258
提要		258
A. 概述	1-6	259
B. 起草困难条款的方法	7-13	261

	<u>段 次</u>	<u>页次</u>
1. 困难的定义	8-11	261
2. 详尽的情况清单	12	262
3. 可以采用的其他限制	13	263
C. 重新谈判	14-23	263
1. 重新谈判的程序	15-22	263
2. 不履行修改义务	23	265
二十三. 变动条款	1-33	267
提要		267
A. 概述	1-4	268
B. 购买方要求的变动	5-19	269
1. 基本方式	5-7	269
2. 变动对合同价款和竣工时间的影响	8-11	270
3. 关于每一基本方式的合同条款	12-19	272
C. 承包方要求的变动	20-22	274
D. 遇到不可预见的自然障碍和当地条例的变化而发生 的工程变更	23	275
E. 确定变动对合同价款和竣工时间的影响	24-33	276
1. 合同价款	25-32	276
2. 竣工时间	33	278
二十四. 施工的中止	1-18	280
提要		280
A. 概述	1-2	281
B. 购买方的中止	3-4	281
C. 承包方的中止	5-7	282
D. 中止的程序	8-11	282
E. 中止的后果	12-18	283
二十五. 合同的终止	1-36	286

	<u>段 次</u>	<u>页次</u>
提要		286
A. 概述	1-6	287
B. 终止的范围	7	288
C. 终止的理由	8-22	289
1. 购买方终止合同	8-18	289
2. 承包方终止合同	19-21	292
3. 由于免责障碍而妨碍履约	22	292
D. 终止合同时当事各方的权利与义务	23-35	293
1. 承包方停止施工和撤离现场	23-25	293
2. 购买方接收工程	26	294
3. 转让同分包人和供应商签订的合同以及购买方支付 欠分包人和供应商的款项	27-28	294
4. 图纸、介绍材料和类似的各项材料	29	295
5. 当事一方对他方的支付	30-35	296
E. 某些合同条款的继续有效	36	298
二十六. 建造后备件和服务的提供	1-46	300
提要		300
A. 概述	1-6	302
B. 合同安排	7-9	303
C. 备件	10-21	304
D. 保养	22-28	307
E. 修理	29-36	309
F. 操作	37-39	311
G. 购买方对承包方的服务提供方便	40	312
H. 当事各方义务的开始和期限	41-44	313
I. 终止	45	314
J. 终止以外的补救办法	46	315

	<u>段 次</u>	<u>页次</u>
二十七. 合同权利和义务的转让	1-12	316
提要		316
A. 概述	1-4	316
B. 整个合同或合同义务的转让	5-6	317
C. 合同权利的转让	7	318
D. 保障当事各方利益的其他条款	8-11	318
E. 违反合同进行转让的后果	12	319
二十八. 法律的选择	1-25	321
提要		321
A. 概述	1-3	322
B. 合同的适用法律的选择	4-21	323
C. 公共性质的强制性法律规则	22-25	326
二十九. 争端的解决	1-53	329
提要		329
A. 概述	1-9	330
B. 谈判	10-11	332
C. 调解	12-15	333
D. 公断人主持的程序	16-21	334
E. 仲裁	22-49	335
1. 是否订立仲裁协定的考虑因素	22-23	335
2. 仲裁协定的规定	24-49	336
F. 司法程序	50-53	342
索引		345

导 言

A. 《指南》的由来、目的和方针

1. 1974和1975年,联合国大会通过了若干关于经济发展和建立新的国际经济秩序的决议。¹ 联大要求作为联合国一个机关的贸易法委员会考虑这些决议中的有关规定。贸易法委员会因而在其工作方案中列入了新的国际经济秩序所涉法律问题这一题目,² 并根据其专长和职权范围,审议了如何能最有效地实现联大决议中所提出的目标。这样做时,贸易法委员会也考虑到了亚非法律协商委员会(亚非法律协商会)关于贸易法委员会应讨论这一题目的建议。³

2. 为了帮助确定这方面可能进行的工作的性质和范围,贸易法委员会于1978年成立了新的国际经济秩序工作组,其任务是就适于作为贸易法委员会工作方案一部分的具体题目提出建议。⁴ 工作组向贸易法委员会报告了它的结论,即鉴于工业化在经济发展过程中所起的作用,对工业发展国际合同中通常出现的合同条款进行研究对发展中国家来说会具有特别重要的意义。⁵ 根据工作组的讨论情况和结论,贸易法委员会于1980年决定将与工业发展领域的合同有关的工作列为优先事项。1981年它指示工作组编写关于起草建造工厂国际合同的法律指南。⁶

3. 无论就建造的技术内容还是就当事各方的法律关系来说,关于建造工厂的合同都是十分复杂的。承包方根据这些合同应履行的义务通常要维持相当长的时期——常常要好几年。在这些方面及其他方面,建造工厂合同与传统的货物销售合同或提供服务合同在许多重要方面有所不同。因此,为销售或服务合同起草的法律规则可能不适合于解决建造工厂合同方面产生的许多问题。通过合同条款来解决这些问题对当事各方来说可能是适宜的或可取的。

4. 编写本《指南》的主要动机是出于这一认识,即这方面的复杂性和技术性常常使工厂的购买方,特别是发展中国家的购买方不容易获得起草有关合同所需的必要资料与专门知识。因此本《指南》旨在特别有利于上述这些购买方,同时也力求考虑到承包方的合法权益。

5. 本《指南》试图通过如下方式协助当事各方谈判和起草建造工厂国际合同：认定合同所涉法律问题，讨论解决这些问题可能采取的做法，以及视情况提出当事各方似宜列入合同的解决办法。本《指南》中的论述以及建议的解决办法是考虑到世界各种法律制度之间的差别写成的。希望《指南》能产生这样一种效果，即促进国际上对认定和解决与这些合同有关的问题取得共同理解。

6. 本《指南》所设想的工厂是这样一种设施，它包含有一件或几件主要设备和工艺过程来生产某一产出。例如，石油化工厂、化肥厂和水电站都是工厂。本《指南》所涉合同是关于承包方承担义务向购买方供应拟用于工厂的设备和材料并进行设备安装或监督他人进行设备安装的合同。为简明起见，本《指南》称这种合同为建厂合同。上述义务是建厂合同的必要内容，除此以外，承包方常常还承担其它重要义务，例如设计工厂、转让技术和培训购买方的人员。因此，建厂合同可区别于缺乏上述一项或几项内容的其他类型合同，如只管建筑或土木工程合同。

7. 本《指南》使用“建厂合同”一词，仅仅是为了表明本《指南》所讨论的合同类别，而不是为了明确划定本《指南》的适用范围。虽然本《指南》讨论的某些部分与建厂合同以外的合同无关或不合适（如第十二章“制造和施工过程中的检查和试验”中关于性能试验的讨论可能与专管建筑的合同无关），但参加谈判和起草非建厂合同的人员也可从本《指南》中得到某些帮助。

8. 本《指南》旨在对各级参加建厂合同谈判和起草工作的人员有所帮助，供代表当事各方的律师以及参加谈判和起草合同的当事各方的非法律人员和顾问（如工程师）使用。本《指南》还打算帮助那些对签订建厂合同负全面管理责任和需要对合同的结构及合同涉及的主要法律问题有广泛了解的人员。这些人员可能包括诸如主持建造某厂的政府某部的高级官员。但是必须强调指出，当事各方不应用本《指南》来代替从在行的专业顾问那里取得法律和技术咨询与服务。

9. 本《指南》不具有独立的法律地位，它的目的只是帮助当事各方谈判和起草合同。本《指南》所论述的各种解决问题的办法并不管制当事各方之间的关系，除非当事各方明示同意这些解决办法并在合同中加以规定，或者除非这些解决办法是由于适用的法律制度的法律规则所产生的。此外，本《指南》仅意在帮助

当事各方谈判和起草合同；不是用来解释在本《指南》公布前或公布后签订的合同。

B. 《指南》的编排

10. 本《指南》分为两部分。第一部分涉及合同拟订以前出现的某些问题。这些问题包括通过缔约前研究确定项目及其参数（第一章）；当事各方可以采取的各种缔约方法（第二章）；签订合同可能采取的程序（即：投标，或不经事前投标而进行谈判）以及合同的形式和效力（第三章）。讨论这些问题有两个目的：把当事各方的注意力引到他们开始谈判和拟订建厂合同前应该考虑的重要问题上，并为讨论合同所涉法律问题提供框架。

11. 应特别注意第二章“缔约方法的选择”的讨论。合同中某些问题的解决可能取决于当事各方采取的缔约方法。本《指南》各部分在一切合适的场合都指出不同的缔约方法引起不同的情况或解决办法。

12. 本《指南》第二部分涉及建厂合同具体条款的拟订。它讨论了这些条款应涉及的问题，在许多情况下还就处理这些问题的方法提出了建议（见下文第16段）。因此第二部分是本《指南》的核心。第二部分每一章讨论建厂合同中可能涉及的具体问题。这些章次是按照各章所讨论的问题在建厂合同中经常出现的顺序排列的。

13. 本《指南》最后附有一个分析性索引。该索引除了起索引的一般作用外，还有一个特别的目的，即使读者能查找本《指南》所用术语的含义。只要《指南》各章对有些术语下有明文定义，读者便可根据索引去查这些定义。但在某些情况下，对有些术语不宜下简要的定义，而是要从有关这些术语的整章论述中得出它们的意义和范围。在这种情况下，索引就帮助读者找出有关讨论这些术语的各个方面。

C. 各章提要

14. 本《指南》每章前均有提要。编写提要是为了满足非法律管理部门或其

他人员的需要，他们需要知道某一具体类型的合同条款所处理的主要问题，但他们并不需要深入或详细讨论一章正文中所包括的问题。这些读者只要读提要就可得到他们对解决整个合同或具体条款中出现的问题所需了解的情况。为了帮助那些想对具体问题有进一步了解的读者，还就提要中提及的问题提供了讨论这些问题的该章正文中可参照的有关段落。每一章的正文主要是供直接参与起草建厂合同的人使用的，他们也可通过看提要来对各章讨论的主题和问题有一个全面了解。他们还可把提要作为在谈判和拟订合同条款时应涉及的问题的清单。

D. “概述”

15. 每章正文开头一节题为“概述”。它的目的是对该章主题作一介绍，同时叙述对整章都适用的某些问题，这样可以避免在该章有关各节重复叙述。在某些情况下，这一节还讨论在该章结构的其他地方不便于讨论的问题。这一节常常提请读者参阅讨论有关问题的其他各章。

E. 《指南》提出的建议

16. 本《指南》还视情况需要，载有如何解决建厂合同中某些问题的建议。建议分三个等级。表示最高一级建议的措词为当事各方“应该”采取某种行动方针。这种等级只有在该行动方针是逻辑上必须的或法律有强制性规定的情况下才使用。本《指南》很少用这一级建议。中间一级建议则在当事各方“最好”或“宜于”采取某一行动方针但并非逻辑或法律上所要求的情况下使用。最低一级建议使用诸如“当事各方似宜提供”“当事各方似宜考虑”或合同中“可以”包含某一条款之类的提法。有时，出于文字上的考虑，表明建议级别所用的措词与上述措词有所不同，但从措词中应能看出它属于哪一级建议。

F. 说明性条款

17. 有几章在脚注中载有一项或几项“说明性条款”。这样做是为了使该章正文中讨论的问题更加明白易懂。它们还有助于说明如何表述正文中讨论的某些解决办法，特别是那些复杂的或起草有困难的解决办法。但是必须着重指出，不一定要把说明性条款视作应列入具体合同的条款范本。一项条款的确切内容及其使用的文字可因合同而异。而且，一个问题往往还可能有几个解决办法，即使说明性条款只列出其中的一种解决办法。编写说明性条款时曾考虑到要使它符合本《指南》的总的结构和使用的方法。因此，重要的是根据说明性条款起草合同条款的当事各方要仔细考虑该条款是否适合他们自己的合同。一般来说，在该章正文可以清楚说明某一问题和明确指导如何起草的情况下，或是在有关某一问题的条款不能脱离含有该问题的具体合同来起草的情况下，就不列说明性条款。

导言注

- ¹ 见“各国经济权利和义务宪章”，联大第3281(XXIX)号决议，《大会正式记录，第二十九届会议，补编第31号》(A/9631)；亦见联大第六届特别会议通过的决议，《大会正式记录，第六届特别会议，补编第1号》(A/9559)；联大第七届特别会议通过的决议，《大会正式记录，第七届特别会议，补编第1号》(A/10301)。
- ² 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67(c)(vi)、68、69段（《联合国国际贸易法委员会年鉴》（以下简称《贸易法委员会年鉴》），第九卷：1978，第一部分，二，A，第67(c)(vi)、68、69段（联合国出版物，出售品编号：E.80.V.8））。
- ³ 这一建议见“亚非法律协商委员会的建议：秘书长的说明”，A/CN.9/155，附件（《贸易法委员会年鉴》，第九卷：1978，第二部分，IV，B）；亦见“新的国际经济秩序所涉法律问题：秘书处的说明”，A/CN.9/194（《贸易法委员会年鉴》，第十一卷：1980，第二部分，V.D（联合国出版物，出售品编号：E.81.V.8））。

- 4 联合国国际贸易法委员会第十一届会议工作报告，上文脚注3，第71段；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（《贸易法委员会年鉴》，第十卷：1979，第一部分，II，A，第100段（联合国出版物，出售品编号：E.81.V.2））。
- 5 新的国际经济秩序工作组届会工作报告，A/CN.9/176，第31和32段（《贸易法委员会年鉴》，第十一卷：1980，第二部分，V.A，第31和32段）。
- 6 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（《贸易法委员会年鉴》，第十二卷：1981，第一部分，第84段（联合国出版物，出售品编号：E.82.V.6））。

- 7 -

第一部分

第一章 缔约前研究

提 要

缔约前研究能帮助购买方决定是否进行某一建厂项目并确定该工厂的性质和规模。在大多数情况下，缔约前研究由购买方自己或由他人代表购买方进行（第1至5段）。

缔约前研究可包括机会研究（第6段）、可行性初步研究（第7和8段）、可行性研究（第9到11段）和详细研究（第12段）。

如果购买方自己的工作人人员缺少进行缔约前研究所必需的专业知识，则似宜考虑聘用外界某一家其所信任的咨询公司。选择咨询公司时可采用旨在促进可能应聘的各咨询公司相互竞争的选择程序（第13段）。

一般地说，由于潜在的利益冲突，不应由可能应聘作为建造工厂承包方的某一公司来进行缔约前研究；不过在某些非常专门的领域，可能必须要由潜在的承包方来进行这些研究。但购买方也可以接受这一做法，即让进行缔约前研究的公司仅仅监督其他公司建造工厂（第14和15段）。

另一方面，在某些情况下，请进行缔约前研究的公司随后提供设计或担任施工的咨询工程师，这可能对购买方有利。不过，购买方似宜考虑这种情况下发生利益冲突的可能性（第16段）。

A. 概 述

1. 打算对某一工厂投资的购买方必须获得和分析大量的技术、商业、金融和其他资料，以便决定是否进行投资，并确定该工厂的性质和规模。获得和分析这种资料，要借助一项或多项研究，它们在本《指南》中称为“缔约前研究”。¹ 缔约前研究在多数情况下，是由购买方自己或他人代表购买方进行的。不过，有时由承包方进行这种研究（见下文第15段）。在某些国家，尤其是处于工业化过程的那些国家，缔约前研究可能还是该国总体规划过程的一个组成部分，使当局能比较和评估各个潜在的工业项目，从而确定国家投资的优先次序。

2. 缔约前研究不仅是购买方必要的决策工具，而且也经常为资助建造工厂的贷款机构所需要。 这些机构有时甚至参加或者自己进行缔约前研究。

3. 进行或委托进行缔约前研究的当事一方应当向当事他方提供从这些研究中获得的资料。建厂合同可规定提供资料的当事一方对这种资料的准确性和充分性所负的责任。 这方面的合同条款在第七章“价款和支付条件”，第43段中讨论。

4. 购买方似应懂得，靠限制缔约前研究的范围来紧缩费用并不一定可取。这样做会造成资料不全或不准，从而导致做出不明智的投资决定，或者在施工期间不得不更改工程设计或施工方法，以求适应事前所不了解的或预测错误的情况。 这最终会使购买方的费用增加。

5. 缔约前研究常常是分阶段进行的，一个阶段的研究结果为决定是否进行下一阶段研究提供依据，并成为下一阶段研究的基础。 下文各段说明这些研究的一般性质和顺序。

B. 机会研究

6. 处于工业化过程的国家常常自己或请他人代为进行机会研究，这种研究是购买方的宝贵资料来源。 研究目的是为了查明在该国可由政府自己利用，或者可建议投资促进方案中的潜在独立投资者加以利用的潜在投资机会。 例如，这项研究可探讨建造工厂，生产该国政府有兴趣在当地生产的某一特定产品的各种可能性，以及该产品的潜在市场。 这项研究还可探讨建造工厂以利用当地现有资源或促进某一特定地区工业化的可能性。 机会研究通常只涉及各种潜在投资机会的主要经济和技术问题，而并不试图详细确定某一特定项目的各项参数。 某些国际组织可协助各国进行或委托进行机会研究；在有些国家这项研究是由政府机构进行的。

C. 可行性初步研究

7. 一旦购买方开始注意某一特定项目，便会进行旨在查明该项目在技术和财务上是否可行的研究。 全面的可行性研究（下文第9至11段论述）费用往往很

大。因此，在某些情况下，购买方似宜进行可行性初步研究，以便确定是否值得进行全面的可行性研究。

8. 可行性初步研究应能使购买方大体上确定该项目是否可行。初步研究所调查研究的许多事项和处理的许多问题往往与可行性研究相同，但不那么详细（见下文第10段）。可行性初步研究往往能使购买方评估关于项目的范围和实施方式的各种选择。它还可指出需要更加详细调查的特殊问题，帮助确定在可行性研究范围内需要进行的调查和试验的性质。在可行性初步研究的基础上，购买方可探讨为项目提供资金的可能来源。购买方似宜在这个阶段，即在全面进行可行性研究之前这样做，因为某些贷款者愿将其审查事项说明列入可行性研究中，而且有时还愿派它们自己的专家参与这项研究。

D. 可行性研究

9. 可行性研究应以向购买方提供他所需要的资料为目的，用以决定是否对该项目投资，以及如果决定投资，确定拟建造的工厂的参数（工厂的规模、地点、费用、生产能力以及可能使用的技术）、资金的来源及筹资方式、拟采用的缔约方法（见第二章“缔约方法的选择”），以及取得承包方报价的方式（例如，通过投标或谈判；见第三章“承包方的选择和合同的订立”）。为建造工厂融资的贷款机构可以在可行性研究的基础上共同做出这些决定。

10. 可行性研究的确切范围及内容将取决于有关的项目。不过，可行性研究通常包括下列事项和问题：该工厂产品的潜在市场的规模及可能的市场价格；工厂的生产能力；原料、电力和生产过程所需的其他投入；工厂的地点和厂址；运输和其他基础设施要素；土木、机械和电机工程；工艺；工厂的组织和管理费用；建造工厂所需人力的种类和数量；法律上的限制因素（例如，土地使用条件和环境管制）。可行性研究宜含有分析工厂财务上生存能力的资料，包括所需的投资总额、建厂筹资可能性和工厂的商业效益。可行性研究还可从国民经济的角度来评估项目。它通常还包括对现场的勘察，以确定其地形、地质特点和气候情况。

11. 可行性研究通常要事先假定存在着某些情况或事实，因此带有不确定因素。

购买方应能从可行性研究中找到有哪些假定及不确定的程度。 可行性研究有时包括“敏感性研究”，后者修改了据以进行可行性研究的某些假设，以便确定这些假设条件的变化对项目可行性所产生的影响。

E. 详细研究

12. 一旦某一项目的可行性得到确认，有时还要做详细研究来为工厂的设计提供必要的更加精确、更加详细的资料和解决项目的其他问题（如拟签合同的性质与数目和拟采用的施工方法）。

F. 进行缔约前研究的专家

13. 在许多情况下，缔约前研究最好由有关各学科的专家，如经济学家、财务专家、地质学家、工程师和工业管理专家组成的一个小组来进行。 购买方似宜考虑他自己的工作人员是否具有进行这些研究所必需的专门知识。 如果没有，他似宜考虑聘请外界他所信任的某一咨询公司来进行这些研究。 在选择这样一个公司时，购买方最好不仅考虑这个公司所索取的价格（要记住，索价最低的公司并不总是最好的选择对象），而且还要考虑它的声誉和专门知识等其他因素。 选择咨询公司时，购买方似宜考虑采用旨在促进可能应聘的各咨询公司在所提供的服务和所索取的价格方面进行竞争的选择程序。 无能力确定合适咨询公司的购买方可以在这方面取得贷款机构、国际组织和专业团体等方面的协助。²

14. 购买方似宜考虑是否应由这样一个公司来进行缔约前研究：它或是适宜于日后受聘担任建厂合同的承包方，或是适宜于提供有限度的服务，例如提供工厂设计或担任建厂的咨询工程师（见第十章，“咨询工程师”）。 购买方得分别考虑这两种可能性。

15. 一般来说，不应让有可能应聘作为建厂承包方的某一家公司进行缔约前研究。 这样一家公司容易向购买方提出过分乐观的研究报告，以促使购买方进行这个项目。 有些贷款机构不允许进行缔约前研究的实体日后受聘建造工厂。 但在

某些非常专门的领域，可能必须由潜在的承包方来进行缔约前研究，因为可能没有一个独立的咨询公司具有这方面所需的专门知识来进行这种研究。应该指出，虽然不应由可能应聘作为建厂承包方的某一公司进行缔约前研究，但如果让进行缔约前研究的公司仅仅负责监督其他公司建造工厂，这可能是购买方能够接受的。

16. 另一方面，在某些情况下，请进行缔约前研究的公司日后负责提供设计或担任咨询工程师可能对购买方有利。如果这些工作由其他公司承担，那么提供设计的公司或咨询工程师可能不得不花时间详细审查缔约前研究，甚至可能重复进行某些在研究时已作过的调查，使购买方所付费用增加。但是，购买方在考虑是否适宜由同一家公司以双重身份提供服务时，似宜考虑类似上文第15段所述的利害冲突的可能性。

第一章注

- ¹ 关于缔约前研究的内容和方法的论述，见联合国工业发展组织：《编写工业可行性研究手册》（1978）（联合国出版物，出售品编号：E·78·II·B·5）。
- ² 见联合国工业发展组织：《关于在发展中国家使用顾问的手册》（联合国出版物，出售品编号：E·72·II·B·10）。

第二章 缔约方法的选择

提 要

打算缔约建造工厂的购买方，可以选择同某一个企业或某一组企业签订单一合同，由其负责履行建成工厂所需的全部义务；他也可以将义务分给若干当事方，并与每一当事方签订个别合同。此外，购买方自己也可以建造工厂的某一部分。采取哪种方式要取决于若干因素（例如：工厂拟使用的技术是否为某一供应方所专有的产权，购买方是否有能力协调若干当事方的履约活动等）。每一种方式又有不同的缔约方法（第1至第3段）。

聘用单一承包人来履行建成整个工厂所需的全部义务的缔约方法在本《指南》中称为“统包式合同法”。在由潜在的统包式承包人进行竞争性投标的情况下，每项投标都将以投标承包人的各自设计为基础，购买方得以从中选择最适合他的要求的设计。但是对不同设计进行比较有时会有困难。统包式承包人有时可能对提出具有吸引力的报价考虑得较多，而对确保工厂的牢固、可靠和易于维修的必要性考虑得较少。另一方面他通常没有对工厂进行保险设计的动力（第4至第6段）。

在有些情况下，单一承包人除了承担统包式承包人的义务外，还要承诺确保工厂竣工后，能够由购买方自己的人员使用合同规定的原料及其他投入开工，并达到商定的生产指标。这种方法在本《指南》中称为“产品到手合同法”（第7段）。

由于单一承包人在履行建成工厂所需的全部义务中要承受高度风险，并必须为防止这种风险承担很多费用，因此，与聘用单一承包人相比，如聘用若干承包人，建厂的全部费用就可能要低些（第8段）。

建造大型工厂，也许非单一承包人的技术或资金能力所能及。因此，购买方可以考虑与一组能够联合提供建造工厂所必需的资源 and 专门知识的企业签订合同。这样做的一种方法是由购买方与某一个企业签订合同，该企业再就履行建厂合同所规定的某些义务进行分包（第9和第10段）。另一种方法是由购买方与一组企业签订合同，由它们联合起来履行承包方的义务。合同最好明确阐述这一组企业或其成员所承担的职责和赔偿责任，以避

免因使用某个特定术语而按适用法律可能产生某些默示的法律后果(第11段)。

应该根据这一组企业是否构成一个独立的法律实体而作不同的考虑。如果这一组企业未构成一个独立的法律实体,则合同宜解决下述问题,即该组企业的每一个成员是否都应对全体成员履行义务负责,或是只对该成员自己应履行的义务负责。合同还宜处理由于使用这种安排而出现的其他问题(第12至16段)。

如果购买方将建成工厂所需履行的全部义务交由两个或更多的承包人分担,则购买方必须协调每项合同项下的履约活动的范围和时间以实现其建厂目标。采用签订多项合同的方式有助于购买方利用当地承包人建造工厂的某些部分。如何将建造工厂的任务分给当事各方承担,取决于工厂的性质与规模以及购买方国家所执行的国家政策(第17至20段)。

购买方可以聘请一位咨询工程师,就如何进行恰当的协调向购买方提供意见,这可以大大减少购买方在协调多项合同方面所承担的风险。或者,购买方可聘请一位职责范围较广的建厂经理。另外一种做法是由承包人之一承担部分协调责任(第21至23段)。

购买方为减少由于聘用不止一个承包人而产生的风险,还可以规定由承包人之一负责技术转让、提供整个工厂的设计和建造工厂的关键部分。也可由该承包人负责按商定的时间向购买方交付能按合同要求进行生产的已竣工工厂,除非由于购买方聘用的另一当事方未能履约而使他不能做到这一点(第24段)。可供购买方采取的另一个办法是与单一承包人签订建厂合同,按照该承包人所提供的技术和设计建造整个工厂(第25段)。

工厂的建造可以通过承包方与购买方缔约的合资企业形式进行。合资企业对当事各方都有利弊(第26至29段)。合资企业可以各种不同的法律关系为基础。在建立合资企业时,当事各方应考虑到适用法律的有关规则,这些规则往往是强制性的(第30至31段)。

A. 概 述

1. 打算缔约建造工厂的购买方,可以选择同某一个企业或某一组企业签订单

一合同，由其负责履行建成工厂所需的全部义务（见下文B节）；也可以将义务分给若干当事方，并同每一当事方分别签订合同（见下文C节）。此外，购买方也可以自己建造工厂的某一部分，如下文所述，这两种方式各有不同的缔约方法。这些方法在一些重要方面都有所不同，例如承包人的职责范围、购买方协调建造活动的必要程度、以及在许多情况下购买方要承担的费用总额。

2. 购买方究竟是签订单一合同还是签订多项合同，这取决于若干因素。签订单一合同，整个建厂工作的责任就由单一的当事方承担；如果签订多项合同，而工厂竣工时有缺陷，有时就可能很难确定应由哪一个承包人对此负责。如果技术具有高度专业化性质或为单一供应方的专有产权，则整个工厂就只得由技术的供应方来设计和建造。只有购买方有能力协调和评估各承包人的履约活动时才宜就转让技术、提供设计和建造工厂的不同部分等签订不同的合同。

3. 购买方本国的强制性法律规章可能要求购买方采用某种缔约方法，例如，这些规章可能要求聘请购买方本国的企业从事建厂的某些方面活动（例如土木工程），以便提高本国的技术能力和节省外汇。在此情况下，购买方就必须或是与一个准备聘用当地企业作为分包人的单一承包人缔约，或是分别签订多项合同，其中包括与当地企业签订合同。此外，承包人的纳税义务的范围也可影响当事各方对缔约方法的选择。在纳税问题上当事各方似宜听取专家的意见。

B. 涉及单一合同的方法

4. 聘用单一承包人来履行建成整个工厂所需的全部义务，即转让技术、提供设计、供应设备和原料、安装设备和履行其他施工义务（诸如土木工程和建筑），这种缔约方法在本《指南》中称为“统包式合同法”。这种方法要求承包方协调整个建造过程，并在原则上导致承包方对任何延迟竣工或工厂缺陷负赔偿责任。

1. 一般性考虑

5. 如果购买方选择统包式合同法并决定请潜在的承包人就建造工厂进行竞争

性投标（见第三章“承包方的选择和合同的订立”），每一潜在的统包式承包人的投标将（在招标书规定的参数范围内）以各自的设计为基础。这样购买方就能选择最符合他要求的设计。此外，由于统包式承包人由其本身提供设备并按照他投标设计中所列的规格说明进行建造。因此该设计可能反映了承包人对制造和施工的最经济的考虑及其拥有的技术，从而达到经济和高效率地建厂的结果。另一方面，购买方有时可能很难评估和比较不同的潜在统包式承包人提出的报价中所包括的不同设计以及建造内容与方法的不同组合。因此，购买方在征求竞争性报价时，最好请所有潜在承包人写明其报价的设计、方法和建造内容的具体优点。

6. 统包式承包人在制定设计、建造方法和选择分包人时，有时可能对提出一项具有吸引力的报价考虑较多，而对确保工厂的牢固、可靠和易于维修的必要性考虑较少。但是，统包式承包人通常不想对工厂进行保险设计（即在设计中列入非必需的内容和技术保障措施以确保工厂按合同运转），因为保险设计会使统包式承包人的报价缺少竞争能力。如果由另外的设计者提供设计，就可能会倾向于保险设计。

7. 在有些情况下，单一承包方除了承担上文第4段提到的义务外，还要承诺确保工厂竣工后，能够利用购买方自己的人员和合同规定的原料及其他投入开工并达到商定的生产指标。这种方法在本《指南》中称为“产品到手合同法”。购买方可使用这种方法来使承包方不仅负责整个工厂的建成，而且负责向购买方的人员有效转让他们为使工厂顺利开工所需要的技术和管理技能与知识。同承包方只承担培训购买方人员掌握生产的情况（见第六章“技术转让”，第26至32段）相比，这种方法要求承包方确保他的培训取得成功，因此合同应明确规定承包方有义务通过培训达到的成果。合同可以规定通过培训必须使购买方人员能够在承包方管理人员指导下，在商定的试运转期间使工厂开工生产。合同还可以规定通过培训必须使购买方人员能够在试运转期间独立地掌握生产和管理工厂，从而使承包方承担更大的责任。产品到手合同法应该同承包方在合同中承担在工厂竣工后由他自己的人员协助使工厂开工产生（见第二十六章“建造后备件和服务的提供”，第3段和第37至39段）的这种情况区别开来。

8. 单一承包人在履行建成工厂所需履行的全部义务方面要承担高度风险。他

可以为这种风险投保，或预留一些准备金以应付这种风险。采取这些措施的费用通常反映在价款计算上。如果聘用若干承包人，建厂的价款总额就要低于购买方聘用单一承包方时的价款总额。因为，根据多项合同法，由购买方自己协调建造进程，而根据单一合同法，则由承包方进行协调。由于根据产品到手合同法，承包方不但承担广泛的培训义务而且还承担如未能达到约定的培训效果所带来的风险，因此他根据这种方法索取的价款就可能高于根据统包式合同法索取的价款。购买方对各种方法的最后选择，可能要受建造经费以外的其他考虑因素的支配。如果采用统包式合同法与产品到手合同法以外的其他缔约方法，购买方就需要聘用更多的工作人员并承担更大风险成本。

2. 与一组企业签订合同

9. 购买方可以考虑与一组企业而不是只与一个企业签订合同。本《指南》不深入讨论与这类安排有关的法律问题。¹ 本节讨论这些安排的目的是要使当事各方注意到这些安排，并指出当事各方似宜考虑的与这些安排有关的主要问题。

10. 建造联合企业大型工厂也许非单个承包人的技术或资金能力或经验所能及。特别是通过单一合同诸如产品到手合同或统包合同（见上文第4至8段）承建全部或大部分工厂的情况更是如此。在这种情况下，一种可能的做法是由一家企业作为承包方签订合同，他再聘请分包人来履行他自己不能履行的各项义务（见第十一章“分包”）。另一种可能的做法是由一组企业联合起来履行承包的义务。成立一个企业小组的目的除集中小组成员的经验和技能、资金能力外，可能同时是为了满足由法律、购买方或融资机构制定的资格要求（如有关承包人国籍的要求），或是为了能援用具备某些条件的承包方能享受的财务或税务方面的优惠。

11. 用以指称联合起来履行承包方义务的一组企业的术语，在各种法律制度里并不是统一的。例如“合资企业”和“财团”等词，有时可以指同一类的安排，而在其他时候，这些词又可能意味着不同的安排。而且，合同中使用的术语在某些法律制度下可能产生一定的法律后果。因此，当购买方与一组企业签订合同时，合同最好清楚阐明该组企业或其成员承担的义务和责任。

12. 在某些情况下，联合起来履行建厂合同项下承包方义务的企业小组成员可以组成一个独立的法律实体。在这种情况下，建厂合同的条款将与购买方同单一企业签订的合同条款相同。该实体本身将对履行建厂合同项下承包方的全部义务负完全责任。小组的各个成员是否将对履行这些义务负责，如果是的话，各自负责限度为何，将取决于该法律实体的性质。一些法律制度可能有强制性规则管制购买方与结合成为一个独立的法律实体的企业小组签订的合同，当事各方在谈判合同时须考虑到这些规则。

13. 在其他更为普遍的情况下，小组的成员并不组成一个独立的法律实体。在这种情况下，建厂合同最好规定如何处理那些在与单一企业或组成一个独立法律实体的企业小组签订的合同中并不产生的问题。首先，小组的所有成员最好都成为建厂合同的当事各方。第二，建厂合同最好规定小组成员在履行承包方义务时对购买方所负的义务和责任。一种处理办法是，建厂合同可以向小组的每个成员分配具体的义务，并要求他只负责履行分配给他的义务。在这种情况下，当事各方的法律地位将类似于多项合同法中当事各方的地位（见下文第17至25段）。另一种处理办法是，建厂合同可以向小组的每个成员分配具体的义务，但要小组的成员就履行合同规定的承包方的全部义务向购买方负连带责任。

14. 从购买方的观点看，小组的每一个成员最好就履行全体成员的全部义务承担连带责任，而不是每个成员只就应由其履行的义务承担责任。由于承担连带责任，购买方就可以要求小组的任何一个成员或几个成员履约而无须把不履约的责任归之于哪一个具体成员，而每个成员都要为任何不履约情况负个人责任。在胜诉的情况下，购买方能对作为投诉对象的小组成员的合有资产执行裁决。应该指出，购买方可以取得小组成员的履约担保，以保护自己不受不履约造成的影响（见第十七章“履约担保”，第10至12段）。

15. 购买方如果打算与一组未结成独立的法律实体的承包人签订单一合同，最好先就采用这种安排会出现的可能后果或困难取得法律咨询。除了上文第13和14段所述事项外，购买方在与未结成一体的一组企业签订合同时似宜考虑的一些其他问题有：

- (a) 如何克服出现争端时对属于各不同国家的企业起诉的困难；

- (b) 如何拟订解决争端的条款，使购买方与该组企业的某些或全体成员间的争端得以用相同的仲裁或司法程序解决（见第二十九章“争端的解决”，第4段）；
- (c) 第三方作为履约担保而提供的保证书和小组成员提供的质量保证书应如何拟定；
- (d) 如何解决购买方与该组企业间的财务安排，包括诸如向小组成员支付各部分价款的方式问题；
- (e) 购买方还须签订哪些辅助协议；
- (f) 适用法律对这类合同是否有任何强制性规则。

16. 如果该组企业未构成一个独立的法律实体，购买方便不必就履行合同过程中出现的问题与小组的每一个成员打交道，这可能对所有当事各方都是有利的。因此，小组的成员可以指定其中的一个成员作为与购买方打交道的小组发言人。这样，当事各方之间交换的通知可由购买方与指定的发言人交换。合同中最好明确规定这一发言人的权限。购买方须知道，该发言人是否仅仅是在购买方与小组间转递信息的一种途径，还是受权可作出对小组的全体成员具有约束力的决定。该企业小组可以扩大发言人的权限，以使他在诸如对购买方的投诉进行辩护方面能够代表小组行事。

C. 涉及多项合同的方法

17. 如果购买方将建成工厂所需履行的全部义务分给两个或两个以上的当事方，他可以采取不同的缔约方法，购买方选定的方法将影响他就建造工厂所承担风险的程度。

18. 购买方可将建厂工作分给两个或两个以上的承包人。转让技术和提供设计也可由其中的一个或几个承包人进行，或者由其他企业进行。购买方必须协调各合同项下应履行的义务的范围和时间，以便实现其建厂目标。由于购买方未能在每项合同中适当地确定各承包人应提供的设备、物资和施工服务，以及他们应遵守的时间表而造成建厂工作的迟延或工作缺陷，其风险将由购买方承担（但是，见下

文第21至25段)。

19. 聘用若干承包人建厂除了可使价款降低外(见上文第8段),还会有利于发展中国的购买方利用当地承包人,也许在一名有经验的外国承包人的监督下建造工厂的某些部分。这种利用当地承包人的方法可节省外汇并有利于向购买方本国的企业转让技术和管理技能。

20. 在就建造工作签订多项合同的情况下,设备的提供和安装以及原料供应常常是根据某一项或几项合同进行的,而建筑和土木工程又是根据另几项合同进行的。有些情况下,设备的安装可由购买方人员或当地一个企业在承包方的监督下进行(见第九章“现场施工”,第27至30段)。然而,建厂工作如何由各承包人分担则将取决于工厂的性质和规模,以及购买方本国所实行的国家政策。一般说来,工厂的复杂程度愈低,所需承包人的数目就愈少,购买方协调各合同规定的建厂义务的范围和时间也愈容易。当有许多当事方参与建厂工作时,协调工作的风险就增加。

21. 购买方聘用一名咨询工程师,就如何对若干承包人履行合同义务的范围和时间进行适当协调向购买方提出咨询意见,这可大大减少购买方在协调方面所承担的风险。即使在采用单一合同法时,也可以聘用一名咨询工程师,尽管在这种情况下他的职能主要是检查单一承包方进行建造工作的质量和进度。第十章“咨询工程师”论述了咨询工程师可能发挥的作用。

22. 实际上,越来越多的做法是购买方可不聘用咨询工程师,而聘用一名职责范围较广的建厂经理(有时称为总承包人)。或者除咨询工程师以外加聘建厂经理。这位建厂经理可以是工厂的设计者,也可以是有管理能力的专家。建厂经理的职责不必限于提供咨询,还可包括综合性的建厂管理(如代替和代表购买方为工厂的各个部分进行招标或谈判和签订各项合同,协调所有的现场活动并掌握建造进度)。如果建厂经理不是设计者,那么合同可责成他对设计进行检查并对他本来理应发现的设计上的缺陷承担责任。还可责成他就承包人的遴选向购买方提供咨询意见。对建厂经理的服务所支付的劳务费通常要高于咨询工程师的劳务费,因为建厂经理的职责范围较广。当事各方还可商定,如果工厂推迟竣工或者造价高于指标费用,则可按规定的公式削减劳务费,而如果工厂提前竣工或费用低于指

标费用，则可增加劳务费（参看第七章“价款和支付条件”，第15段）。

23. 购买方为了减少其在协调方面的风险可采取的另一种办法是由承包人之一负责一部分协调工作。例如，可责成该承包人确定购买方拟雇用的其他承包人所应承建的工程范围，并提出该工程的进度表。还可责成他检查其他承包人进行的施工并将他理应发现的施工中的缺陷通知购买方。但是，在考虑采用这一方法时，购买方应考虑这种方法可能会给负责协调的承包方造成利益冲突，因为他必须对在施工可能与他密切合作的承包伙伴的活动作出评估。因此，购买方只能在特殊情况下采用这种办法。

24. 购买方为减少他在协调方面的风险可以采取的另一个方法是，可以规定由承包人之一来负责技术转让，提供整个工厂的设计和建造工厂的关键部分。也可以责成该承包人确定将由购买方聘用的其他承包人进行的施工范围，并为其施工规定一个时间表。该承包人可能有义务在商定的时间向购买方交付能按照合同要求运转的已竣工工厂，除非由于购买方所聘用的另一当事方未能根据该承包人向购买方提出的设计、规格或时间表履行其建造义务，致使该承包人不能做到这一点。购买方采取这一做法的好处是，可由一个承包人集中负责技术的转让、设计的提供和工厂关键部分的建造。

25. 购买方还可采取另一个方法，即与单一承包人签订一项建厂合同，由该承包人按照提供给他技术和设计建造整个工厂，并在该承包人之外再聘用一个或几个企业转让技术和提供工厂设计。购买方通常在建厂合同的投标程序或谈判开始前就先取得设计方案，以便根据设计方案征集建厂投标。由于根据这一方法，承包方负责按购买方提供的设计建造整个工厂，他所承担的协调施工进度和建造整个工厂的责任与统包式承包人的责任相同。合同可规定承包方有义务将其知道的设计中的固有缺陷通知购买方。

D. 承包方和购买方的合资企业

26. 根据上文所述不同缔约方法所拟订的合同，其主要目标都是支付价款以换取建造工厂。随着承包方所建工厂的竣工，购买方验收工厂并支付了价款，承包方

和购买方的法律关系基本上即告结束，但有例外，例如当事各方在质量保证项下的权利与义务（见第五章“工厂说明和质量保证”，第26段）和在这之后生效的其他义务，如关于工厂验收后的备件或某些服务的提供（见第二十六章“建造后备件和服务的提供”）。一般说来，工厂管理和经营的商业风险（如工厂产品的市场价格下降）在这之后将完全由购买方承担。

27. 与此对比，工厂的建造可以合资企业的方式来进行，这种方式即是承包方与购买方之间的联合，其目标可在不同程度上包括技术转让、共同提供资金或其他资产、分摊费用、控制和管理工厂的运行、工厂产品的销售、以及分摊工厂经营所得利润和所遭损失。承包方和购买方可商定成立合资企业来建造工厂；但更经常的做法是，他们订立建造工厂的合同，但有一项谅解，即他们将成立合资企业，在工厂建成后经营工厂或销售产品。

28. 承包方与购买方之间建立合资企业可能对购买方有某些好处。当建厂工作由承包方在包括推销工厂产品在内的合资企业范围内进行时，承包方对所建工厂的及时竣工及工厂正常运转就有超过建厂合同所能引起的利害关系。合资企业能鼓励承包方向购买方传授技术，包括技术的改进与工业生产过程中所用的技术，以及承包方拥有的管理技能；此外，工厂产品能在承包方能够进入的市场上销售。而且，合资企业的亏损将由购买方和承包方共同承担。合资企业给购买方带来的不利之处可能在于需要分摊经营工厂所得的利润，以及购买方对工厂的经营失去了某种程度的管理权。

29. 对承包方来说，同购买方建立合资企业可能有这样的好处，例如便于他进入购买方所在国或所在地区的市场，或是进入倾向于从购买方所在国购货的市场以及有机会分享工厂生产的利润。承包方为这些好处付出的代价则主要在于分担合资企业带来的风险。

30. 合资企业可以各种不同的法律关系为基础。当事各方可以为了成立合资企业的目的而成立一个法人组织，具有独立的法人资格，由当事双方拥有和管理（这通常称为股权式合资企业）。工厂可由这个法人组织经营。或者，当事各方可以同意建立合资企业，但不组成一个拥有独立的法人资格的组织，当事各方的联合完全基于他们之间的契约性安排（这通常称为契约性合资企业）。工厂可由当事

双方联合经营，并为双方共同拥有或完全属购买方所有。

31. 在建立合资企业时，当事各方应考虑到适用法律规则中针对建立合资企业和管理建立拥有独立法人资格的法人组织的规则，这种规则往往是强制性的。当事各方为建立和执行合资企业而签订的契约性安排与为建造工厂而签订的安排在性质上是截然不同的。建立合资企业的契约性安排不属于本《指南》的范围，因而在此不加阐述。²

第二章注

¹ 关于一组企业作为承包人的问题的论述，见欧洲经济委员会：《执行具体项目的有关各方起草国际合同指南》（联合国出版物，出售品编号：E·79·II·E·22）和欧洲经济委员会：《起草大型工厂合同指南》（联合国出版物，出售品编号：E·73·II·E·13）。

² 关于承包方与购买方建立合资企业的论述见《在发展中国家工业订立合资企业协议手册》（联合国出版物，出售品编号：E·71·II·B·23）。

第三章 承包方的选择与合同的订立

提 要

签订建厂合同有两种基本方法。第一种方法是购买方向各企业招标承建工厂，并根据购买方通过正式投标程序选定的投标签订合同。第二种方法是购买方同其未经正式投标程序而选定的企业谈判合同。购买方也许不能完全自由地选择其希望采用的缔约方法（第1至3段）。

招标可采用两种实施办法，即公开招标制或有限招标制。可以只限于那些经购买方按资格预审程序鉴定合格的企业进行投标。公开招标制是请所有对承建工厂感兴趣的企业都来投标，形成各企业间的竞争，这也可能是签订建厂合同的最为正式和最为费钱的程序。有限招标制只请某些企业投标，有一些竞争，但通常不如公开招标制所促成的竞争。如与一些潜在承包人或只与一个潜在承包人谈判建厂合同，则可不必要采用投标程序的正式手续（第5至9段）。

参与投标程序的当事各方的法律权利和义务受适用法律的强制性规则或为项目提供资金的贷款机构的规则的约束（第10段）。

如果采取公开招标制，宜要求潜在投标人作资格预审，以便限制拟予考虑的投标人的数目。申请作资格预审的企业必须填写旨在了解企业有关情况的调查表。根据对调查表的答复，购买方可以按他制定的资格预审标准选定企业（第11至14段）。

当购买方已掌握了有关拟建造的工厂的充分资料，他可以向拟请其投标的企业招标，若采用公开招标制，则通过广告方式招标，这种广告可在国际范围或较为有限的范围内发行。若采用有限招标制，则向购买方选定的企业个别发送招标书，同时附上一整套提供给未来投标人的文件（第15至18段）。

提供给未来投标人的文件，通常包括投标人须知，其中介绍有关投标书的编制、内容、提交和评估方面的情况，以及应由投标人连他的投标一起提出的文件的范本（第19段）。须知应详细指明购买方对投标的所有要求，包括中标必须达到的条件。如果购买方不向投标人提供投标文件的范本，则购买方有关这些

方面的要求可以在须知中列出。购买方最好制定拟作为建厂合同基础的合同条件,并将它们提供给投标人。购买方拟宜考虑要求投标人提交符合规定标准的投标担保(第20至30段)。

开标通常是当着投标人或其代表的面进行或公开进行。在特殊情况下也可以在投标人不在场的情况下非公开开标。开标后,对投标加以比较和评估,以便确定符合购买方要求并最合购买方意的投标。购买方然后进而选定中标人。在某些情况下,购买方可以拒绝所有投标(第31至43段)。

若采用谈判方法,购买方同其判断能够建造工厂的一家或多家企业接触,告之其要求,并请其报盘。可将说明施工范围和要求工厂达到的主要技术特性以及载有购买方所要求的合同条件的文件,提交给这些企业。对于提出或评价报盘,或者谈判合同,通常都不规定任何手续。在某些情况下,购买方可以将投标方法和谈判方法结合起来(第44至47段)。

当事各方宜将他们的协议写成书面形式。当事各方还宜商定他们之间的合同义务开始生效的时间,这可以是合同签订之时,也可以是达到某一规定条件之日起(第49至50段)。

A. 概述

1. 签订建厂合同实际上可使用两种基本方法。第一种方法是购买方可以通过正式招标程序,邀请各企业投标承建工厂,评定投标,并同他按招标程序选定的投标人签订合同。投标书通常是根据购买方规定的条件和技术因素提出的。投标程序所涉的一个问题是,购买方和投标人必须就例如投标的提出、撤回和选定承担某些法律义务和责任,在购买方为一个公共机构时尤其如此。

2. 第二种方法是购买方与一个或几个企业进行谈判,以便与其中一个企业签订合同。这一方法并不涉及正式的投标程序,参加谈判的人不象参加投标程序的人那样受到严格的义务和责任的约束。但是,它要求购买方做一定的筹备工作,而参加谈判的当事各方可能必须商定谈判中应遵循的某些规则(见下文第44至46段)。

3. 购买方也许不能完全自由地选择缔约方法。购买方本国的采购法律和条

例往往会限制购买方选择拟采用的方法和应遵循的具体程序。这种法律和条例可能适用于该国的所有购买方，或只是针对国营企业或公营企业，而给予私营企业在选择其希望采用的方法和程序方面以更多自由。采购法可能要求优先考虑当地企业或某个特定区域的企业投标。购买方可能还必须遵守为项目提供资金的国际贷款机构或其他机构有关拟遵循的办法和程序的要求。这些要求通常旨在使采购过程做到有效，经济和公平。在许多情况下，这些机构要求在国际竞标基础上购买它们所资助的设备、材料和服务，以促进更多企业间的竞争。它们还可能要求给予该机构的所有成员国的企业以机会，以便在机会均等的基础上参加投标程序。在其他情况下，这些机构可能允许购买方采用比国际竞标更多限制的程序。特别是，它们往往认为最好给予借款人所在国家或区域的企业一定幅度的优惠。当事各方还宜注意到，当采用多项合同法（见第二章“缔约方法的选择”，第17至25段）时，可对每项合同采用不同的缔约方法或不同的程序。

4. 如果适用法律或融资机构并不要求遵循任何特定的方法或程序，购买方就可以自由采用最适合其需要的方法或程序。例如，他可以选择采用招标方法所规定的正式程序，或可以采用谈判方法，或者他可以将这些方法的各种特点加以结合使用（见下文第47段）。

5. 招标有两种基本办法：即公开招标制——按此办法，通过广告的方式邀请所有感兴趣的企业投标承建工厂——和有限招标制——按此办法，购买方只邀请某些选定的企业来投标。按照适用法律或融资机构的规则的要求，或为满足购买方的需要可以将两种基本办法的不同的特点结合起来。

6. 公开招标制的一个主要的有利条件是，它能使范围较为广泛的企业竞争投标承建工厂。购买方可以从这一广泛的竞争中获得较低的价格、较好的设计或其他有关工厂建造方面的较为有利的条件等好处。另一方面，公开招标制也许是签订工厂合同程序中最正式和最费钱的。这项程序通常包括编制一些正式投标文件，刊登国际招标公告或其他大范围招标公告，公开开标，以及评价有时为数众多的投标。这个程序还要求严格遵守时限和其他程序要求。此外，公开招标制有时吸引不合格的企业为了想赢得合同而提出不现实的低价投标，日后再谋求变动合同，导致合同价格上升（见第二十三章“变动条款”）。在这种情况下，购买方

就将遇到调查和剔除这类投标的困难和费用。

7. 公开招标制的另一种做法是投标的机会可限于按资格预审程序（见下文第 1.1 至 1.4 段）鉴定合格的企业。 可让世界各地所有感兴趣的企业都有机会参加资格预审，也可限定某一特定区域的企业参加资格预审。 使用资格预审的办法使得购买方能够把参加投标的企业限于在技术上和资金上有能力承建工厂的有声誉的那些企业。 这样也可以使购买方能够在投标程序开始之前评估各承包人对于该项目真正感兴趣的程度。

8. 与公开招标制相对照，有限招标制将投标程序限于购买方向其招标的企业。 在只有数目有限的企业能够提供工厂所需技术或建造工厂的情况下，这种办法可能特别适宜。 虽然有限招标制为有机会参加投标程序的投标企业提供了竞争的机会，但这种竞争往往不如公开招标制下的竞争。 在购买方已经同未来投标企业非正式地讨论了拟建工厂的施工范围和技术特征的情况下，拟提供给未来投标人的文件（见下文 B. 3 节）就可以比公开招标制所要求的那些文件简化一些。 但是，有限招标制也必须有某些手续，虽然这些手续可能比公开招标制简单些。 应该指出，在某些情况下，国际融资机构也许不允许采用有限招标制。

9. 采用谈判方法，购买方不经招标程序的手续而与一些潜在的承包人或只与一个潜在的承包人谈判建厂合同。 在适用法律或为项目提供资金的机构不要求投标程序时可以采用谈判方法。 例如，当只有数目有限的潜在承包人在建造与购买方拟建工厂类似的工厂方面拥有令人满意的记录，而从其他企业招标并不能获得更多的好处时，采用谈判方法也许是适宜的。 在工厂拟使用的设备或技术只能由某些企业提供时，这个方法也可能是适宜的。 购买方从竞争中可在价格、设计与建造有关的其他关键因素方面得益的程度将部分地取决于他是否与不止一个企业进行谈判。 有时，由于工厂需要早日竣工，购买方最好不经事先招标就聘用承包方，因为按投标程序签订合同往往要比按谈判方法签订合同花更长的时间。 在某些特殊情况下，购买方可能发现只宜与一家企业谈判。 例如，当现有工厂须按已在使用中的工艺或设备进行扩建或改造时，可能只宜与建造该工厂的承包人进行谈判。

B. 投标

10. 愿采用招标程序的购买方和参加这种程序的投标人应该考虑他们是否应遵守由适用法律的强制性规则或为该项目提供资金的贷款机构所规定的有关招标、投标和接受投标的任何规则（见上文第3和4段）。例如，这种规则可能规定，除符合某些条件外，不论招标或投标均不能撤回。而且，这些规定可能迫使购买方只要符合其招标书所规定的标准就得接受投标（见下文第4.3段）。但是，其他法律制度可能把招标仅视作邀请对建造工厂的要约，而投标本身则仅视为一项要约，除为购买方接受者外，可由投标人撤回或修改。

1. 资格预审

11. 资格预审的目的是要在一开始就从潜在投标人中剔除不合适的承包人，以减少购买方最终必须评估的投标人的数目。各企业为了通过资格预审，可按要求说明其履行合同的能力。购买方在评估这种能力时，可以考虑该企业的经验和过去履约情况、其提供必要的技术、设备、材料和服务的能力、其财务状况和目前的承建任务以及其满足购买方安全要求的能力等。国营企业或融资机构可以保留一份经资格预审适合于某一特定类型的各种合同的企业名单。他们可要求企业每隔一定时间提供资料或对调查表作出答复以定期更新补充这一名单（见下文第1.3和1.4段）。如果购买方并无经资格预审合格的投标人名单，他可能希望各企业进行资格预审，然后接受建厂合同投标。

12. 资格预审程序的第一步应是刊登广告，请各企业申请资格预审。这种广告应考虑的因素类似于招标公告应考虑的因素（见下文第1.5和1.8段）。¹

13. 为了使购买方能够决定是否对一个企业进行资格预审，他最好要求申请资格预审的企业填写一份调查表。这种调查表可由购买方寄送给申请资格预审的企业，其编制方式旨在获得与上文第1.1段提及的诸考虑因素有关的资料。² 寄送给企业的调查表可以随附一份填表须知，其中包括有关填表时应使用的语文、表示财务状况所用的货币、调查表填妥后必须提交的日期等要求，同时还应附上有关该项

目的资料。

14. 企业提交的对调查表的答复，应随后由购买方根据其所确定的资格预审标准进行评估。这一标准可能必须符合适用法律或融资机构的要求。从而，可能禁止购买方出于与企业履行合同能力无关的原因而拒绝对该企业进行资格预审。在评价对调查表的答复后，购买方应通知落选的企业，它们经资格预审未合格；并可通知所有经资格预审合格的企业，它们已通过资格预审，请它们投标。同时，购买方可向经资格预审合格的企业发出一整套提供给未来投标人的文件（见下文第19段）。

2. 招标

15. 购买方一旦掌握了拟建工厂的充分资料（例如，在统包合同情况下，已知产出要求和其他性能参数，或在其他情况下，已经完成或即将完成工厂设计时），他就能制定招标条件。招标目的是向潜在的投标人提供有关拟建工厂的基本情况，并向各企业邀请根据投标文件提出的建造工厂的要约。购买方在招标书中应提供的资料可以包括诸如关于工厂的一般说明，具体指明施工范围和所需设备、材料和施工服务的技术特点，建造工程竣工日期，投标日期，开标日期和地点，索取投标文件和其他资料的投寄地址以及投标文件的费用。招标书还可以说明对投标人的任何资格要求（例如，某一融资机构要求参加投标程序者只限于该机构成员国的企业）。³ 如果在资格预审邀请书中已经提到了这一些资料，可能就无必要发正式招标书。在许多情况下，招标书可以在购买方的咨询工程师的帮助下编写。

16. 若采用公开招标制，招标书可能必须登国际广告，以便让所有可能感兴趣的合格企业都有机会参加投标。关于应通过何种大众宣传媒介登广告，适用法律可能要求用一定的宣传媒介（如一国的官方报纸）登广告。购买方还可以考虑在地方报纸、在世界主要商业中心发行的外国报纸、技术杂志和贸易出版物上刊登广告。如果建造工作由某融资机构提供资金，购买方可能必须遵守该机构有关广告的任何规定，其中可能包括在某一指定期刊诸如《开发论坛》⁴ 的商业版上刊登广告。

17. 若采用有限招标制, 招标书应个别分发给购买方选定的企业。 如果已采用了资格预审程序, 则可以只分发给业经资格预审合格的企业。 在某些情况下, 招标书可同时附上未来投标人为编制和提交投标所需的一整套文件(见下文 B. 3 节)。 在其他情况下, 招标书可只说明凡索取投标文件和其他资料的函件应寄往的地址。

18. 招标书最好明确说明企业必须向购买方提交投标的截止日期, 因为根据投标程序, 投标提交晚了就可能无效。 在招标书登广告或送交企业后容许提交投标的时限可能取决于供未来投标人进入现场视察的便利程度、拟进行的施工范围和复杂性以及是否业经资格预审。 为了使所有企业都有大致相同的时间来获得提供给未来投标人的文件和编制并提交其投标, 对招标书登广告或送交企业的时间需要加以认真协调。 因而, 安排各种宣传媒介刊登广告的时间应考虑到不同的宣传媒介可能相隔不同时间出版(如日刊、月刊、季刊), 而这一时间安排应使所有宣传媒介大致在同一时间刊出广告。

3. 拟提供给未来投标人的文件

19. 在许多情况下, 拟提供给未来投标人的文件最好由购买方工作人员中的工程师或由购买方聘请的咨询工程师编写(见第十章“咨询工程师”)。 文件主要可由下列部分组成: 投标人须知(见下文第 20 至 25 段); 投标书范本(见下文第 26 段); 购买方要求的合同条件(见下文第 27 段); 技术规格说明书和图纸(见第五章“工厂说明和质量保证”, 第 10 至 19 段); 投标担保书范本(如果购买方要求提供这种担保的话; 见下文第 28 至 30 段); 如果要求承包方提供履约担保书(见第十七章“履约担保”, 第 10 至 12 段), 该担保书的范本; 授权证明(证明签署投标书的人士具有这样做的必要权力; 见下文第 22 段)。 可能要求购买方提供的技术规格说明书(取决于所采取的缔约方法)对未来投标人将具有特别重要的意义。 为投标人应填写并与其投标书一起提交的文件提供范本将有助于购买方对投标进行比较和评估。 如果未经资格预审程序, 购买方也可向未来投标人提供一份与资格预审调查表相类似的调查表(见上文第 13 段), 由投标人

填写并连同其投标书一并提交。 这些文件宜至少以国际商业交易惯用的一种语文印发。

(a) 投标人须知

20. 须知的目的是要为投标人编制投标书提供指导,并传送有关投标评估事项的信息。 须知最好向投标人通告购买方有关投标书的编制、内容和提交方面的要求。 如果购买方没有向投标人提供投标书、合同条款和其他任何必要的投标担保书和履约担保书的范本,那么,最好在须知中全面列出购买方对投标书和担保书的各项要求(见下文26至30段)。 须知可列出应与投标书一并提交的文件(其中应包括已向投标人提供范本并已妥善填好的所有文件)。 须知可说明企业可否提出含有备选要约的投标,如果可以的话,有关哪些项目的备选要约是可以接受的(如运输安排、保险、不太重要设备的设计)。 须知还可以说明是否可以接受只承建工程某些部分的投标。 此外,须知可以列出购买方评估投标的一般标准(如投标价和其他因素所占的权数)。 须知可以声明,购买方保留不选择任何标底的权利(见下文第43段)。

21. 须知可通知投标人投标的日期或时限、投标地点以及应提交投标文件的份数。 须知应通知投标人关于提交投标的任何特殊要求。 例如,购买方似宜要求投标人用“两个信封”提交两份文件的办法编制其投标书。 第一份文件详细说明投标人所建议的有关施工的技术部分,但不标明价格。 第二份文件则载有投标价格(见下文第35段)。

22. 须知可以具体说明填写投标文件应使用的语文。 须知也可列举购买方对投标价格如何表示或在费用偿还合同项下费用如何表示的任何要求。 例如,须知可说明就投标价格和合同费用报价所用的货币,并可规定划归施工某些部分的价款必须分别开列。 购买方似宜在须知中规定,与投标书一起提交的所有文件须打字或用擦不掉的墨水书写,而且,文件中所有擦掉或删除处都须由签署文件者签名或用其姓名的首字母签署。 另外,他似宜要求投标文件上的所有签名都应是授权代表投标人签署者的签名,而其授权应按适用法律的规则所要求的方式加以证明。

23. 须知可说明开标和将评标结果通知投标人的程序，也可说明所设想的缔约程序（见下文 D 节）。须知可以列出购买方对投标人资格的要求。须知还可要求已经资格预审合格的投标人（见上文 B. 1 节）补充和更新他以前在资格预审调查表中所填写的情况。购买方似宜具体说明编制和提交投标书的费用应由投标人承担。

24. 须知可具体规定提交投标之日后投标须继续保持有效的截止日期。在这方面购买方似宜确保有足够的时间来进行评标，选定并通知中标人，让购买方和中标人在缔约前进行任何必要的讨论，从购买方的政府或从贷款机构获得任何必要的核准或许可证以及由中标人提交履约担保书。购买方似宜保留必要时延长投标有效期的权利，办法是通知所有投标人延长有效期及其期限。须知可以规定，同意延长有效期的投标人必须延长其投标担保（如有的话），以包括延长的期限在内。而不同意延期的投标人将被认为已撤回其投标，但不没收其投标保证金。须知可以规定，投标人在提交投标书后，包括任何延长期在内，不得改变其投标条件或撤回其投标。或者，须知可明确规定在什么情况下可以修改或撤回投标。

25. 须知可载明未来的投标人视察工地的方式。须知还可载明未来投标人可澄清提供给他文件的程序。须知还可说明在什么情况下（如有的话）可允许购买方改变投标程序，以及未来投标人由于这种改变享有何种权利。

(b) 投标书范本

26. 投标书范本应要求投标人在其投标中表示的建造工厂的要约符合购买方提出的合同条件、技术规格说明书和图纸。此外，它可载明投标人同意受投标人须知中所列全部要求和条件的约束。它还可以要求投标人在其要约中详细说明有关邀请投标人提出要约的所有事项。例如，这可以包括价款和支付条件的细节（见第七章“价款和支付条件”）；工厂运转和维修的预计费用等因素；工厂竣工时间表；和建造后承包方准备提供的服务的细节（见第二十六章“建造后备件和服务的提供”）。

(c) 合同条件

27. 购买方最好草拟据以与中标人签订建厂合同的合同条件,并将这些条件与其他投标文件(见上文第19段)一起交给未来投标人。不这样做,购买方就难以比较和评估各项投标,因为每项投标可能是根据不同的合同条件提出的。购买方制定的合同条件的许多方面一般无须经购买方和投标人谈判(虽然购买方可以允许讨论某些细节);相反,投标人在确定投标价格时,将考虑到所提出的条件以及其中所反映的费用、风险和责任的分摊。本《指南》第二部分就这些合同条件中可能涉及的各种问题以及处理这些问题的方式提出了建议。

(d) 投标担保书

28. 购买方似宜考虑要求投标人在投标时应提交一定金额的投标保证金。适用法律也可能要求提交投标担保书。担保书可以规定,如果在担保的有效期内,投标人在购买方选定与之签订合同的投标人之前就撤回其投标,或在被选定为中标人后,不按其投标与购买方签订建厂合同或不提供必要的履约担保书,则购买方无须提供损失证明即可得到担保书项下的金额。投标担保书应说明担保金是否凭要求即付,还是需要购买方证明投标人的赔偿责任后才有权获得付款。

29. 在确定必要的投标担保金额时,购买方可以考虑这样一些问题,即多大的金额将足以阻止投标人撤回其投标,或制止其不按投标签订合同或不提供所要求的履约担保书,以及多大的金额将足以补偿购买方由于这种撤回投标或不履约而遭受的损失。例如,购买方可能希望补偿必须重新进行任何投标程序的费用、违约投标人的价格与购买方在同一或新的投标程序中选定的某一投标的往往较高价格之间的差额、以及因必须进行新的投标程序而推迟工程开工所导致的损失。投标担保金可以具体数额或投标价格的百分比列出。

30. 购买方可以要求投标担保书在投标有效期以后的一段规定时间内继续保持有效(见上文第24段),以便让购买方要求保证人给予赔偿,购买方可要求被选为承包方的投标人或与之订立合同的投标人延长投标担保的有效期,直至提供所要

求的履约担保为止。他可以要求提供某种类型的担保，并可规定以某种货币支付担保金。投标担保可采取备用信用证、银行担保书、保险公司或担保公司出具的担保书等形式。购买方似宜具体规定他可以接受的出具担保的机构（另见第十七章“履约担保”，第14至16段）。为确保提供的投标担保是可以接受的，购买方似宜向未来投标人提供一份投标担保书的范本。

4. 开标和选定承包方

(a) 开标

31. 购买方应该确定，他是否必须遵守适用法律的强制性规则或为项目提供资金的国际机构所规定的任何开标程序，例如，购买方国家的法律或条例以及国际融资机构往往要求当着投标人或其代表的面开标。如果购买方愿意，也可允许未投标的人参加公开的开标（见下文第35段）。

32. 在特殊情况下，例如需要建造的工程涉及国家安全时，可在投标人不在场的情况下非公开开标。由于这种程序可能导致舞弊，因此很多贷款机构不允许这样作。可是如果非公开开标，让一些公认为正直的个人（如审计员或高级公务员）参加开标，可以提高对这种开标程序的信任。

(b) 评标

33. 评标的目的是对购买方收到的投标进行比较，以便在考虑到所有有关因素的情况下，确定最符合购买方要求的投标。评标的标准可能受适用法律的强制性规则或为项目提供资金的机构的规则所管辖。评标程序与开标不一样，往往在没有投标人在场的情况下进行。不必由相同的人来开标和评标。

34. 在评标时，购买方须将投标中提出的条件与其自己的要求相比较，并考虑两者是否相符。投标价格不一定是选择投标人的最重要的标准。例如，购买方需要确定，某一投标人如中标，将能在一定的时限内履行其全部义务。在评标期

间，购买方可以要求投标人就评标所需的任何事项作出澄清。

35. 如果采用“两个信封”的投标办法（见上文第21段），首先开启载有技术部分的信封（往往在无投标人或其代表在场的情况下非公开地开启），并对技术部分进行比较和评价，以确定是否符合购买方的要求。然后，将载有其技术部分符合购买方要求的投标人所提出的投标价格的信封，当着投标人或其代表的面或在公开场合开启，并对这些标书从整体上进行更详细的评价。这种程序可能有助于更客观地评价技术部分，因为对这一部分的评价是在不考虑投标价格而只考虑技术部分本身的利弊的情况下进行的。另一方面，这一办法可能有不利之处，即如果一项投标与购买方在投标文件中规定的技术要求有不符之处，但可节省大量费用，本可为购买方所接受的，却在开启（载有投标价格的）第二个信封之前就遭拒绝。因此，如果购买方的技术要求是有伸缩性的，则这种办法就可能不合适。

36. 评标程序可分阶段进行：初步筛选；详细评价；与最合意的投标人进行商谈。

(一) 初步筛选

37. 可以通过初步筛选来确定投标是否符合购买方对投标本身及其附带文件的要求。该项工作可能需要审查下列项目：

- (a) 是否提交了经正确填写的所要求的文件，包括所提供的任何范本；
- (b) 投标人是否符合资格标准，例如他是否已列入合格的承包人名单（如果采用了资格预审程序的话）或他是否符合融资机构规定的要求（如有的话）；
- (c) 投标是否在实质上符合招标书和投标人须知所列的合同条件和技术要求；
- (d) 投标是否由投标人的授权代表签名。

38. 在此阶段，还可以检查文件是否有计算错误或书写错误，可以与提出含有这类错误的投标的投标人进行联系，给予其改正这些错误的机会。筛选过程可以使购买方能够将投标分类。某些投标可能与购买方的要求有很大的距离，不必再

加以考虑。另一些投标可能含有一些显然因为疏忽（例如缺了所需的文件）而出现的不符之处。遇到这种情况，购买方可与投标人联系，问他是否愿意纠正不符之处。还有一些投标可能有一些小的不符之处或备选办法，对此，购买方准备予以考虑，但必须在进行详细评标时确定其金额并加以评定。投标也可以对购买方在投标文件中提出的特定合同条件提出保留和限制。购买方可以决定接受其中某些保留和限制，并可能希望与投标人就其他一些保留和限制进行讨论（见下文第40段）。对购买方接受的任何保留或限制，都应在评标期间确定金额和评定。

(二) 详细评价

39. 投标人须知通常已经提出了对投标进行详细评价和比较时应考虑的一般标准。如上所述，价格最低的投标并不一定是最合意的投标（见上文第34段）。购买方还可以考虑到他邀请要约的其他合同义务（见上文第27段），以及投标人能够履行其义务的可能性（例如，考虑投标人的财务状况、他过去的记录以及他根据其他合同所承担的义务）。根据合同的性质，还可以评估另一类标准（例如向购买方转让技术的限度，投标人分派参与履行合同的 technicians 的性质，建议的购买方人员的培训范围以及工程的分包程度）。在详细评价过程中，对投标人提出的任何不符合之处、限制或备选方案（见上文第38段），必须从它们的直接与间接费用和它们对购买方的好处等方面进行评价，以便确定最合意的投标。

(三) 与最合意的投标人商谈

40. 购买方可与最合意的投标人进行商谈，以考虑投标中任何与购买方的设计或规格说明书的不符之处，或考虑对招标书所附合同条件提出的备选方法（见上文第38段）。通过这些商谈，当事各方可以寻求解决购买方的要求和投标人的要约条件间所可能存在的任何差异。购买方一旦收标或开标，适用法律或为工程提供资金的贷款机构的强制性规则可能只允许更改次要事项方面的细节、限制条件或备选办法。在这种情况下，购买方与最合意的投标人的讨论将限于那些次要的问

题或细节。但是，如果购买方国家的法律和任何有关的贷款机构的规则允许，则购买方能与最合意的投标人商谈的范围可以更广一些（另见下文第47段）。

(c) 资格复审和选定中标人

41. 购买方必须确定该最合意的投标人是否能够履行合同。如果采用了资格预审程序或投标人填写了有关其资格的调查表，购买方只需要确知从进行资格预审或填写调查表之时到决定挑选他之时这一期间投标人的履约能力并没有退化。如果没有采用这些程序，购买方似宜要求投标人填写一份类似上述资格预审的调查表（见上文第13段）。

42. 一旦购买方确定最合意的投标人能够履行合同，他将通知他选定的中标人。购买方书面接受投标本身就足以使投标书变为一份订立的合同。但是，通常将投标书所载的条件纳入当事各方正式签订的详细合同。当事各方，或其中的一方，必须拟定合同，将投标书的所有条件和当事各方在商谈中可能已同意的任何更改和增补列入合同（至于合同的起草，见第四章“起草概述”）。一旦中标人签订了合同并提供了所需的履约担保书之后，落选的投标人的投标担保金应予退还，除非它们已经过期（见上文第30段；参见第十七章“履约担保”，第37段）。

(d) 拒绝所有投标

43. 如果适用的投标法或条例允许，购买方可以拒绝他所收到的所有投标。但是，一些国际融资机构可能要求向其借款的购买方遵守限制购买方拒绝所有投标的权利的准则。而且，适用法律可能含有强制性规则要求购买方接受符合一定条件的投标。

C. 谈判

44. 根据这项办法，购买方与据他判断能够建造工厂的一个或几个企业进行联

系和谈判，以便与提出最佳条件的企业签订合同。谈判无须在正式程序的范围内进行。但是，谈判各方最好商定某个基本的谈判框架。例如在谈判开始时，如果没有规定一般保密义务，则当事各方似宜商定，一方必须对另一方在谈判过程中透露的某种资料（例如有关工艺过程）予以保密。此外，他们似宜规定，在当事各方签订书面合同之前，他们之间不存在任何合同义务（见下文第49段）。

45. 购买方最好向与他谈判的企业提供文件，说明拟进行的建造范围和所要求的工厂的主要技术特性，并载列购买方提出的合同条件。这些文件可以作为当事各方谈判的基础，并有助于谈判的顺利进展。对谈判的进展情况保存记录可能是有益的，这些记录应由每一当事方的代表予以认证。

46. 当购买方只与一个企业谈判时，他可以要求该投标人在其投标中逐项报价，以使购买方能够将不同项目和服务的价款与他所知道的为类似的项目和服务所付的价款相比较。当购买方与一个企业谈判时，没有竞争存在，这意味着，只有通过这种比较，购买方才能评价潜在承包人索取的价格是否合理。

47. 在某些情况下（见上文第4段），购买方可以将招标方法与谈判方法结合使用。例如，购买方可以向各企业招标，并在接到他们的投标后与较为合意的投标人谈判。但是，即使购买方可以这样做，他可能有不愿意采用这种结合办法的理由。例如，按这一方法，投标人可能提出一项高于他们在严格的招标方法下可能提出的投标价格，以便给自己留下一定余地，用以在谈判过程中将投标价格降低到他们根据严格的招标办法本来会提出的价格。

D. 签订合同

48. 在起草和签订合同时，当事各方应考虑到适用法律上有关合同成立和效力的规则。这些规则中有些可能带有强制性质。

1. 合同形式

49. 不论采用什么方法签订合同，有关合同成立的法律可能要求建厂合同采取

书面形式。即使没有这种要求，当事各方也最好将其协议写成文字，以避免日后对实际商定了什么条款发生争端。合同还宜规定只能以书面协议的方式修改或终止合同。有关起草合同的建议载于第四章“起草概述”。

2. 合同的效力和生效

50. 在某些情况下，当事各方似宜规定，当事各方之间从签订合同之日起产生合同义务。但是，在其他情况下，当事各方似宜规定，合同应在签订合同之日以后的某一日期生效。例如，当事各方似宜商定，只有从某一规定的先决条件得到满足之日（例如，取得许可证之日）起，才产生合同义务。

第三章注

¹ 关于申请资格预审的邀请书的说明性样本

“购买方是一个〔 〕，其主要办事处设于〔 〕，从事〔 〕业务。购买方拟建造制造〔 〕的工厂。该拟建工厂应符合下述要求：〔此处列入工厂的技术说明〕。购买方意欲就提供建造上述工厂所必须的技术、设备、材料、土木工程、建筑和其他施工服务〔此处说明购买方对建造工厂的要求〕与承包人签订合同。望这一工厂在〔 〕的第〔 〕日或招标程序结束之日起的〔 〕天内竣工。预期签订合同日期是〔 〕的第〔 〕日。

“关于提供上述技术、设备、材料以及土木工程、建筑和其他施工服务的投标，只有当其是由根据对有关这一项目的资格预审调查表所作答复而被认为有资格投标的当事方所提出的投标，才予以考虑。

“这一调查表可向〔 〕索取。调查表填妥后应按上述地址于〔 〕的第〔 〕日或在此之前提交购买方。”

² 向希望参加资格预审的企业提供的说明性调查表

“购买方要求那些希望经资格预审而有资格投标承建在资格预审邀请书中所说的工厂的企业提供有关下述事项的资料。购买方将根据对本调查表的答复所提供的资料确定有资格投标建造工厂的当事方。

“要求提供的资料如下：

“1. 申请资格预审企业的情况介绍,包括其组织结构和作为承包人的经验范围;

“2. 经一位合格的独立人士证明的,表明企业资产和负债情况以及其流动资金的财务报表;

“3. 银行征信;

“4. 拟雇用来建造工厂的管理人员和其他重要人员的人数、类别和(如有可能)他们的姓名与履历,以及他们在建造工厂方面的经验等细节;

“5. 有关施工拟用的主要设备和材料的来源和性质,施工中拟雇用的主要分包人的姓名及其将承担的施工内容的说明;

“6. 列举企业过去五年中完成的规模和复杂性类似的项目清单;这些项目的购买方和咨询工程师的名称;其中每一项的最后合同价款和最终费用;如果项目的最后合同价款高于原订合同价款,则列出其原因;每一项目是否完成得令人满意;拟雇用的主要分包人履约情况的类似资料;

“7. 企业未能完成其作为当事一方的建造合同所规定的工程的情况(如有的话);

“8. 企业现有和预计的承建工程承诺;

“9. 企业现有保险范围的性质和数额;

“10. 企业过去五年的履约担保公司的名称和地址以及企业意欲从其取得对今后工程的履约担保的担保公司的名称(如系不同公司的话);

“11. 除建造工作外企业在财务上发生关系的任何业务种类;

“12. 企业认为与作出聘请它承建的决定有关的任何其他资料。”

3 说明性标书

“购买方是一个〔 〕,其主要办事处设于〔 〕,从事〔 〕业务。购买方拟建制造〔 〕的工厂。该拟建工厂应符合下述要求:〔此处列入工厂的技术说明〕。购买方意欲就提供建造上述工厂所必须的技术、设备、材料、土木工程、建筑和其他施工服务〔此处说明购买方对建造工厂要求〕与承包人签订合同。

“任何企业凡有兴趣就提供所有或任何上述技术、设备、材料以及土木工程、建筑和其他施工服务投标者,应填写由〔 〕提供的投标文件,并将投标文件装入封口信袋中提交。提供投标文件的费用为〔 〕。投标文件必须按上述地址在〔 〕的第〔 〕日的〔 〕时以前交给购买方。

“必须提供金额为〔 〕的投标担保。该担保金的证明须与填妥的投标文件一起提交。

“本项目由〔 〕提供资金。因此,投标人须符合上述融资机构要求的资格标准才能接受其投标。”

4 《开发论坛》由联合国新闻部经济和社会新闻司与联合国大学出版。

第二部分

第四章 起草概述

提 要

当事各方都可能认为最好为自己制定一套程序，确定在谈判和起草建厂合同时必须采取的步骤。如订立合同前采取招标程序，则购买方必须拟出合同初稿，连同招标书一起交给未来投标人。如在谈判基础上订立合同，则可由当事一方就主要的技术性和商业性问题在谈判后起草一份初稿。当事各方都可能认为指定一人主要负责监督合同文件的拟订是有益的（第1到第3段）。

当事各方在起草合同时应考虑到合同的适用法律。他们还应考虑到当事各方国内各类属于行政、财政或其他公共性质的有关的强制性法律规则（第4和5段）。当事各方可能认为需要审查合同的标准格式、一般条件、标准条款或以前签订的合同，作为起草的辅助手段，但必须经过批判性审查方可采用它们的规定（第6段）。

合同可只用一种语文拟订，但如当事各方使用的语文不同，也可用当事双方的两种语文拟订。合同如用两种语文拟订，则应规定如两种语文文本有抵触时，应以何种文本为准。如果当事各方规定两种文本具有同等地位，他们则应设法规定如两种文本发生抵触时用以解决争端的准则（第7和8段）。

当事各方似宜在一份文件中注明自己的名称并介绍自己的情况，该文件按逻辑顺序列于其他合同文件之前，并对其他文件起统制作用。该文件应载明当事各方的名称、地址、合同的标的，并应写明签约日期和地点。建厂合同签约各方通常均为法律实体，当事各方似宜在订约前对诸如该实体具有订约能力以及高级职员约束该实体的授权等问题进行调查（第9至10段）。

合同应写成书面形式。而且，最好明确规定组成合同的文件，并为解决合同文件出现彼此不一致的问题制定规则（第11段和12段）。当事各方似宜明确口头交换意见、互通信函以及在谈判中形成的文件草稿在多大程度上可用来解释合同文件（第13段）。

当事各方似宜规定，为便于阅读合同而在合同中采用的标题和旁注不应被视为影响当事各方的权利和义务。如果认为有必

要，可将陈述事实部分载入合同主件，以说明合同的标的或签订合同的来龙去脉（第14—15段）。

建厂合同经常规定当事一方将某些事件或情况通知另一方，最好能规定，这类通知都以书面形式发出。当事各方可确定通知的生效时间：或在通知方发送通知时或在通知送达被通知方时开始生效（第18至21段）。当事各方似宜在合同中明确规定不发通知所产生的法律后果（第22段）。

当事各方可能认为需要对其合同中使用的某些关键词或概念下定义。如果某一定义在整个合同中都适用，则可载于合同主件内。在拟定与合同有关的各种定义时，当事各方参照本章中列出的定义以及本《指南》其他各章中所载对概念的说明是有好处的（第23段至26段）。

A. 概述

1. 建厂合同通常是当事各方之间进行的包括口头联系、信函来往在内的广泛交换意见所取得的最终结果（见第三章“承包方的选择和合同的订立”）。当事各方都可能认为最好为自己制定一套程序，确定谈判和起草建厂合同时必须采取的步骤。这套程序可能包括本章中提出的建议。这套程序可作为一份核对清单，以便减少缔约前采取的步骤中可能发生的遗漏或失误。购买方也似宜考虑他在草拟合同时是否需要法律或技术咨询以补充他自己能力的不足。

2. 如采取招标程序，购买方必须拟出初稿以便交给未来投标人，因为后者需要知道投标时他们应该具备的条件。拟定初稿可使购买方阐明他的目标和确定其谈判立场。但是，如果不采用投标程序而在谈判基础上缔结合同，那就最好在拟出初稿前先就主要的技术和商业问题进行谈判，然后当事各方商定由其中一方提出一份能反映谈判中达成的协议的初稿。可对初稿进行讨论和修改，使其成为初步的合同文件，再经过最后审查，成为当事各方之间的合同。

3. 合同可能要在谈判结束时起很长时间之后才由并未参加合同谈判的人来执行。因此，当事各方似宜特别注意要确保书面表示的合同条款不含糊其词，也不致引起争议，构成合同的各个文件之间的关系要明确。为此，当事各方可能认为，

指定一个工作人员或专门延聘的人来主要负责监督合同文件的拟订是有益的。此人最好为熟悉国际工程合同的熟练起草人员。如果可能的话，他最好能列席重要的谈判。当事各方可能认为，合同最后文本由一个对文件中所反映的知识领域有专长的小组来审查是有益的，因为这可确保格式与内容的准确性和一致性。

4. 合同的适用法律可能在不同的方面对合同有影响（见第二十八章“法律的选择”，第1段）。例如，该适用法律中可能包含有关解释合同的规则以及关于某些措词或用语的含义的推定。它还可能载列有关合同格式或效力的强制性规则，当事各方在起草合同时最好考虑到这些规则。在某些情况下，适用法律可能载有处理合同中有关例如拟供应的货物和服务的质量等问题的非强制性规则。一种办法是在当事各方建立关系的最初阶段就确定适用法律。这样，在采用投标程序的场合，可在招标书中规定适用法律，而在不采用投标程序的场合，则可在谈判开始时商定适用法律。这样在谈判和起草合同时就可把该法律考虑在内。另一种办法是只有在就主要的技术和商业问题进行谈判后并在当事各方间取得一定程度的协议后，才由当事各方来确定适用法律（见上文第2段）。他们可在这以后根据适用法律来审查反映了这一协议的合同初稿，以保证初稿条款中已把该法律的规定考虑在内。

5. 在起草合同时，除合同的适用法律外，当事各方还应考虑到当事各方国内的各类具有行政、财政或其他公共性质的有关的强制性法律规则。他们还应考虑其他国家的这类强制性法律规则，如果这些规则与履行合同有关的话。某些规则可能涉及工程的技术方面或施工方式（例如，有关环境保护的规则、或施工期间应遵守的安全标准），而合同条款不应与这些规则发生抵触。其他一些规则可能涉及出口、进口和外汇限制；在就设备和材料的出口和进口、劳务的提供和价款支付等问题拟订当事各方的权利和义务时，都应考虑到这些规则（例如，合同应规定，某些权利和义务只有在取得进出口许可证之后才产生）。技术供应方（不论他是承包方或第三者）所在国的法律规则可能规定转让技术的条件。一些与征税有关的规则可能是影响选用何种缔约方法的一个因素（见第二章“缔约方法的选择”，第3段和第七章“价款和支付条件”，第5段），并可能决定合同中应否列入涉及纳税义务的条款。此外，当事各方似宜考虑到本国同对方国家间可能已经签订的

关于避免双重征税的条约。

6. 当事各方可能认为需要研究一些标准合同格式、一般条件、标准条款或以前签订的合同，作为辅助手段以便利合同文件的编写，这些辅助手段可使当事各方了解他们在谈判中要处理的问题。但是，只有在进行批判性研究后，方可采用这些条款。这些条款从整体上讲可能反映了一种并不可取的利益均衡的办法，或者，所研究的格式、条件或合同的各种条款可能并未准确反映当事各方所商定的条款。当事各方宜把他们所研究的格式、条件或合同中采用的做法与本《指南》建议的做法加以比较，并把本《指南》各章所载的说明性条款作为起草工作的辅助手段。（另见“导言”，第16和17段）。

B. 合同语文

7. 合同可以仅用一种语文（不一定是当事各方中任何一方的语文）拟订，但如当事各方使用的语文不同，也可用双方的两种语文拟订。只用一种语文拟订合同可以减少对合同条款的解释发生冲突。另一方面，如果合同使用当事各方的语文，则当事各方就更容易理解他的权利和义务。如果只采用一种语文，那么在选择所用语文时，当事各方似宜考虑到如下一些因素：所选用的语文最好是将要执行合同的当事各方的高级人员都懂的语文；所用的语文最好具有为反映当事各方在技术问题上达成的协议所必要的技术术语；合同最好使用国际贸易中通用的一种语文；为了有利于争端的解决，如果合同中包含有管辖权条款（见第二十九章“争端的解决”，第51段），选用的语文可为在所选择的法院中进行诉讼所用的语文；如果合同中不包含管辖权条款，选用的语文可为适用法律颁布国的语文。

8. 如果当事各方不只用一种语文拟订合同，则最好在合同中明确规定如两种语文文本有抵触时以何种文本为准。例如，如果谈判是用其中一种语文进行的，他们似宜规定即以谈判使用的那种语文文本为准。规定以其中一种语文文本为准，会促使当事双方尽可能阐明作准的语文文本。当事各方似可规定某些合同文件（如技术性文件）以一种语文文本为准，而其余的文件则以另一种语文文本为准。或者，当事各方可规定两种语文文本具有同等效力。但在这种情况下，当事各方应

设法规定两种语文文本如有抵触时用以解决争端的准则。例如，他们可以规定应按一个通情达理的人的理解来对合同进行解释，同时充分考虑到案件的有关情况，其中包括当事各方过去采用的做法以及国际贸易中国际工程合同当事各方经常遵循的惯例。当事各方似还宜规定如果合同一种语文文本的某一术语不明确时，可用另一种语文文本的相应术语来加以阐明。

C. 合同当事方与履约

9. 如果合同由若干文件组成，当事各方似宜在一份主件中注明自己的名称并介绍自己的情况，该主件按逻辑顺序列于其他合同文件之前，并对其他文件起统制作用。如果合同只由几份文件组成，它们之间的相互关系也清楚，这种统制作用就可减少。这份文件应以法律上的准确形式载明缔约当事各方的名称、地址，写明已签订合同的事实，扼要地描述合同的标的，并由当事各方签字。它还应当写明签约日期和地点以及合同生效时间。如果在购买方和承包方的名称之后，分别加上“下称购买方”和“下称承包方”，就便于合同中随后提到缔约当事各方。有时两个或两个以上企业合作承建工厂（有时称为联营企业：见第三章，“缔约方法的选择”，第9至16段）。在这种情况下，就可写明每一个企业的名称和地址。一个当事方可能同时有几个地址（主营业所地址和谈判合同的分所地址），最好在文件中写明向当事一方发送通知的地址。

10. 建厂合同的当事各方通常是法律实体，在这种情况下，合同应载明它们取得法律地位的依据（例如，依据某一特定国家的法律组成公司）。法律实体的缔约能力可能有限，因此当事一方如不确信对方有缔约能力，似宜要求对方提供有关其缔约能力的某种证明。如缔约当事一方为法律实体，则另一方似宜弄清楚该实体签署合同的高级职员确实具有约束该实体的授权。如合同是由一个代理人代表本人签订的，则应把代理人和本人的姓名、地址和地位明确下来，同时应附上本人授权代理人以其名义缔约的证明（除非在投标文件中已提供了充分的授权证明，见第三章“承包方的选择和合同的订立”，第22段）。

D. 合同文件、优先次序与解释

11. 建厂合同条款最好要明确，并列明组成合同的各项文件。 当事各方应首先将相互间已达成的条件写成书面形式。 此外，合同应规定如对这些条款作任何修改也应采取书面形式。 组成建厂合同的一些文件（例如，阐述合同条件的文件、图纸和规格说明）可作为主件的附件（见上文第9段），并在主件中通过对“合同”下定义（见下文第24段）或以其他方式表明主件和附件一并构成合同。 如果后来打算把在谈判初期形成的文件草案作为合同文件，则最好在文件中加以说明。 合同中的某些条款最好有并容新的文件的规定，例如图纸、规格说明书、价格变动通知、有关培训或维修的文件和时间表等，这些文件只有在合同签署后才编制，但通过预先安排好的合同机制，在某个时候将成为合同文件的组成部分。 如果为了方便起见要把一份单一的合同文件分成几个部分，则应将各部分视为单一文件的组成部分。

12. 尽管当事各方尽了一切努力想取得各项合同文件的一致性，但在执行合同的过程中可能会发现两份文件或甚至同一份文件的规定有不一致的地方。 在这种情况下，最好是规定办法来确定以哪一份文件为准。 当事各方似宜规定，在合同主件与其他文件不一致的情况下，以主件为准。 特别是，合同应指明，在出现抵触的情况下，承包方在规定的工厂类型和生产能力方面的义务应优先于规格说明书和图纸所标明的施工范围。 如果规格说明书与图纸不相一致，则以有关的建造内容来决定以何种文件为准。 例如，在土木工程方面往往规定图纸优先于规格说明书。 一种可行的办法是可以规定规格说明书优先于图纸，除非合同在建造工作的任何特别方面另有规定。 这个办法所持的理由是：人们认为书面写明的条件能比图纸上所载的数据资料更可靠地反映出当事各方之间的协议。 关于其他文件，当事各方似宜在合同内尽可能确定并指明这些文件之间的优先次序。 如果不可能指明优先次序，则合同应规定当事各方如因优先次序发生争端，应根据争端解决程序（见第二十九章，“争端的解决”）来加以解决。

13. 当事各方似宜表明合同文件与口头交换意见、互通信函和谈判合同中形成的文件草案等两方面的关系。 当事各方似宜规定，这类信函和文件并非合同的组

成部分。他们还可以规定这类信函和文件不能用来解释合同，或者可规定只有在适用法律允许的范围内才可用于解释合同。根据合同的适用法律，在某些情况下，口头交换意见和互通信函，甚至在合同签订后作成，也可能与合同的解释有关。当事各方也似宜以上述方式阐明这类信件和文件与合同文件的关系。

14. 各合同文件或一份合同中的各组有关条款，均可加标题。此外，有时可在合同条款旁边加简短旁注说明这些条款的实质内容。由于加标题和旁注一般只是为了便于阅读合同，因此当事各方似宜规定，这类标题和旁注不得视为用来确定或影响当事各方的契约权利和义务。

15. 当事各方似宜考虑合同主件是否应载有陈述事实部分。陈述事实部分可载列当事一方或双方所陈述的促使当事各方签订合同的原因，还可指出合同的标的或叙述签订合同的前后经过。陈述事实部分对解释合同的适用程度因不同法律制度而异，它们对解释所起的作用也是不确定的。因此，如果陈述事实部分的内容意在合同的解释或执行起重要作用，那么，最好将这些内容载入合同条款。

16. 如采用的是多项合同缔约法，那么，两个或两个以上承包人各自履行其不同施工项目的义务的时间表往往是相互牵制的（见第九章“现场施工”，第20和21段）。因此，某一承包人的延迟，会使另一承包人无法按指定的时间动工。后者可有权取得购买方对该延迟所造成损失的赔偿，而购买方又会要求造成延迟的承包人进行赔偿。为了防止造成延迟的承包人后来借口说他未能预见到延迟可能造成的后果而予以否认，最好在每一项合同中载明本合同的时间表与其他合同的有关时间表之间的关系，并指明延迟履约会延迟其他合同的履行（见第二十章“损害赔偿”第9和10段）。如果已编制的时间表综合了各单项合同的执行时间，那么，将这份综合时间表附在各项合同之后就可以了。同样，也可把说明不同施工项目相互依赖关系的进程图表附在合同后面。

17. 当事各方应认识到，合同能否顺利执行将取决于当事各方在合同执行方面所进行的合作。虽然不可能在合同中一一列举应予合作的事例，但一般地说，合同应责成当事各方在对方履行义务所需范围内与对方合作，并避免发生有碍于对方履行义务的行为。

II. 通知

18. 建厂合同常常要求一方将某些事件或情况通知对方。需要这类通知是为了下列一种或多种目的：为了在履行合同方面进行合作（例如，承包方通知性能试验将在某一规定的日期进行：见第十二章“制造和施工过程中的检查和试验”，第13段），为了使被通知的一方采取行动（例如，购买方通知其在工厂中所发现的缺陷，以便承包方有机会弥补这些缺陷：见第十八章“迟延、缺陷和其他不履约”，第44段）；作为行使权利的先决条件（例如，一方将存在的免责障碍通知另一方，这种通知是通知方有权援用免责条款的一个先决条件：见第二十一章“免责条款”，第27段）；或作为行使一种权利的手段（例如，合同要求终止合同必须用书面通知：见第二十五章：“合同的终止”，第2段）。当事各方似宜在合同中提及并解决因这种通知而产生的某些问题。

19. 为了确实可靠起见，应要求合同中所提及的一切通知都采用书面形式，虽然在某些需立即采取行动的情况下，当事各方似宜规定先由本人口头或用电话通知，然后再用书面形式加以确认。当事各方似宜对“书面形式”一词下定义（见下文第24段）并明确规定可接受的传递书面通知的手段（平邮、空邮、电传、电报、无线电传真、电子数据传递）。当事各方还似宜规定所发通知应使用的语文，例如使用合同所用语文，或在技术问题方面使用咨询工程师所用的语文。关于通知生效的时间，当事各方可采用两种办法。他们可规定通知在通知方发送通知时或发送通知时起一段规定时间后开始生效。或者，他们可规定通知只有在通知送达被通知方时才生效（见下文第25段）。根据前一种办法，传送机构未传递通知或在传递通知时发生差错的风险由被通知方承担，而根据后一种办法，则这种风险由发送通知方承担。当事各方可能认为最好选用一种能提供发送或送达及发送或送达时间的证据的传递通知手段。另一种办法可以是要求被通知方确认他已收到通知。

20. 合同似宜规定，除另有规定外，关于通知何时（发送时或送达时）生效的两种办法哪一种适用于合同所提及的通知。对于某些通知来说，似宜作为例外不采用所选定的一般办法。因此，如果所选定的一般规则规定通知从发送时开时生

效，也仍可规定例如未履约一方应发的通知应从送达时开始生效。如果一般规则规定通知从送达时开始生效，也仍可规定，例如在购买方如不通知承包方工厂有缺陷就得不到对缺陷的弥补的情况下，有关缺陷的通知应在发送时即生效。合同可责成购买方在现场派驻一名代表，授权其代表购买方发出和接收通知。

21. 由于承包方有时在建造工厂所在国派有代表，因此，合同可规定购买方给承包方的通知可发给该代表，而且规定授权该代表以承包方名义发通知。这样可减少国际传递通知的无把握性。履行合同期间所需要的一切例行通知可发给该代表。如果该代表在现场，那么可由购买方和承包方的代表在现场共同负责对通知作书面记录（如函电记录簿）。合同还可规定，非例行性的通知（如中止承担义务或终止合同的通知）必须发给当事各方的主营业所才行。

22. 当事各方似宜在合同中明确规定不发通知的法律后果。第十八章“迟延、缺陷和其他不履约”（第65段）谈到了有通知义务的当事一方如不发通知可能带来的法律后果。本《指南》中某些章节提到在特殊场合需要或宜于发出的通知，并谈到在这些情况下未发通知所带来的法律后果。在某些情况下，可要求被通知方对通知作出答复。当事各方似宜规定不作答复将产生的后果。例如，他们可规定，如果将图纸或规格说明送交当事一方认可而他未在一段规定的时期内作答复，则可认为他已认可这些图纸或规格说明。

F. 定义

23. 当事各方可能认为需对合同中常用的一些关键词或概念下定义。定义能确保每当合同中使用已下定义的词或概念时都按同一含义予以理解，无需每次澄清该词或概念的既定含义。如果合同需要使用的一词是模棱两可的，则以下定义为宜。合同中所载的定义有时带有限制条件，即该已下定义的词“除上下文另有规定外”均具有赋予它的含义。这种限制条件是为了应付这样一种可能情况，即已下定义的词可能在上下文无意中使用该词之处并不具有定义所赋予其的特定含义。最好的办法是由当事各方仔细检查合同，以确保已下定义的词不论用于何处都具有为其规定的含义，从而没有必要附加这种限制条件。

24. 由于定义通常旨在适用于整个合同，因此可在合同主件中将定义一一列出。然而，如果需要下定义的词仅在合同的个别条款或章节中使用，那么将定义列入该有关条款或章节中可能会更方便些。

25. 在合同中对诸如“合同”、“现场”、“承包方的机械与工具”、“通知的发送”、“通知的送达”和“分包人”等词下定义可能是有用的。当事各方似宜考虑下列定义并在拟定与他们的合同有关的定义时作为参考：

“合同”：“合同”系由下列文件组成，并在所有这些文件中均具有该含义：

(a) 本文件

(b)

(c)

等

“书面形式”：“书面形式”包括电传、电报所载的陈述或其他提供这种陈述的记录的电讯手段所载的陈述。

“通知的发送”：当一项通知恰当地载有收件人地址并送交适当部门以合同许可的方式传递时，即为一方发送了通知。

“通知的送达”：当将通知递交一方或将通知投递到按合同规定可投递通知的该方某一地址时，即为向一方送达了通知。

26. 当事各方在拟定其自己的定义时，可能认为需要考虑本《指南》所载对建厂合同中各种常用概念的说明。可使用本《指南》索引查找这些说明。

第五章 工厂说明和质量保证

提 要

合同必须确切地说明拟建造的工厂或工厂的某一部分。购买方所选择的缔约方法和所采取的缔约程序可确定应由哪一方拟订说明待建工程的文件（第1和2段）。施工范围和工厂的技术特点可在合同主件、规格说明书、图纸和标准中加以反映。当事各方应明确规定作为合同组成部分的说明性文件（第3和4段）。工厂或工厂设备的技术特点可以用生产能力而不必援引设计、材料和工艺来说明。但是，对某些项目（如材料），其技术特点可能需要援引有关质量要求来加以说明（第8和9段）。

规格说明书可以用技术语言说明拟进行的施工范围以及工厂设备和材料的技术特点（第10段）。规格说明书可有一般条款和特别条款（第11和12段）。规格说明书的性质可因不同的施工组成部分而各异（第13段）。

可以援引标准来确定工程的某些方面的技术特点。这种规定的标准应是国际上接受并广泛使用的。合同应明确指明适用的标准（第14至16段）。

图纸以图解形式表明工厂的各个组成部分。在某些情况下，购买方提供基本图纸，并责成承包方编制详细图纸，详尽阐明业已包含在基本图纸中的技术构想。合同可以规定，详细图纸须提交购买方认可（第17至19段）。

规格说明书和图纸可能不准确或不适当，或彼此不一致。最好确定因提供不准确、不适当或不一致的规格说明书和图纸所引起的费用应由哪一方承担（第20至22段）。

合同可以确定当事一方应将另一方提供的技术文件作为机密对待的范围以及泄密的后果。合同可以规定将承包方提供的技术文件的所有权转让给购买方，但限制购买方对它们的使用目的（第23至25段）。

最好对质量保证作出规定，根据这一质量保证，承包方将对合同规定的保证期届满以前所发现并通知的缺陷承担赔偿责任。当事各方似宜对承包方根据这种保证所承担的赔偿责任规定某些限制（第26和27段）。在确定保证期的合理期限时，可考

虑到各种因素。最好确定保证期何时起算和在什么情况下可延长保证期（第 28 至 31 段）。

A. 概述

1. 工厂合同必须确切地说明拟建造的工厂或工厂的某一部分。承包方是否履行了其建造义务将参照这一说明予以确定（见第十八章“迟延、缺陷和其他不履约”）。说明可具体列明工厂种类（如：发电站）、施工范围（即，整个工厂或是施工的某些方面，诸如土木工程、建筑或设备的供应和安装）以及工厂、设备、材料和施工服务的技术特点。

2. 购买方所选择的缔约方法（见第二章“缔约方法的选择”）和所采取的缔约程序（见第三章“承包方的选择和合同的订立”，第 1 段）可确定应由哪一方拟订说明拟建工程的文件。例如，如果购买方按统包式合同招标建造整个工厂，他将在招标书中说明他要求拟建工厂所应具有的主要技术性能和生产能力。可以责成投标人拟订和提交规格说明书和图纸，按招标书的要求说明他们准备建造的工厂的技术特点（见下文第 3 段）。如果购买方选择多项合同缔约法，并由他提供工厂设计，他可能需要拟订和提供有关每一单独承包人应进行的建造工作的规格说明书和图纸。向所有各个承包人提供的全部规格说明书和图纸应包含整个拟建工厂，不应有任何重叠或遗漏。

B. 合同文件确定施工范围和工厂技术特点

3. 施工范围和工厂的技术特点可在不同种类合同文件中予以反映。合同主件（见第四章“起草概述”，第 11 段）可确定拟建工厂种类，并载有对拟进行的施工范围和工厂技术特点的一般说明。此外，这一文件还可指明拟进行的施工范围的主要组成部分（如建筑、土木工程、需安装的主要设备项目）。可在通常称为“规格说明书”（见下文 D 节）和“图纸”（见下文 G 节）的合同文件中列入对施工范围、工厂的技术特点和拟使用的施工程序的性质的详细说明。规格说明书说明设备、材

料和施工服务的技术特点，而图纸则表明对设备、材料和施工服务的计划使用。在涉及土木工程和建筑时，合同往往包括另一种文件，它对拟进行的施工范围规定了进一步的细节。合同也可以规定施工应遵守的技术标准（见下文F节）。

4. 上述文件有的主要针对法律问题，有的则集中于技术方面和工程细节。然而，所有这些文件在法律上都是很重要的，因为，它们合在一起，确定了施工范围和工厂的技术特点。因此，当事各方应明确规定它们为合同文件（见第四章“起草概述”，第11段）。

5. 在编制说明待建工程的合同文件时，当事各方应考虑到建厂所在国或设备和材料制造国国内任何已生效的有关工厂、设备、材料和施工程序的技术方面的行政性或其他公共性质的强制性规则（见第二十八章“法律的选择”，第22和23段）。颁布这些规则，常常是为了确保工厂的安全生产、环境保护和工厂工作人员的适当的工作条件。除了有关的地方、国家和国际法律规则及合同条款外，还有关于卫生、安全和环境保护的地方、国家和国际标准或业务守则。当事各方似宜商定承包方遵守这些要求。

C. 施工范围

6. 关于统包式合同或产品到手合同（见第二章“缔约方法的选择”，第4至8段），为补充对施工范围的一般说明（见上文第3段），可增列一条合同规定，责成承包方完成虽未具体说明但就商定的工厂生产能力而言系属必需或正常的全部施工。这一项规定可以避免因谈判中所忽略或认为不值得特别提及的诸如小材料应由谁提供或次要施工项目应由谁履行等问题所引起的争端。仅仅使用“统包”或“产品到手”的措词可能不足以加给承包方以这种义务（见第二章“缔约方法的选择”，第4至8段）。

7. 在聘用不止一个承包人进行建造的情况下，购买方有时似宜在每一承包人应完成的施工说明之后加列应由其他承包人完成的施工部分。列出不由承包人承建的施工部分虽非必须，但有时这种反面的说明可以明确各方的任务。如果由一个承包人设计整个工厂，可责成该承包人说明应由其他承包人完成的施工部分，以

使购买方能将这一说明列入与其他承包人所缔结的合同中（见第二章“缔约方法的选择”，第18段）。

D. 工厂、设备、材料和施工服务的技术特点

8. 工厂或拟在工厂安装的设备的技术特点可以用生产能力而不是援引设计、材料和工艺来加以说明。运用这一方法，承包方就要对工厂或设备未达到一定的生产能力承担责任，而无需由购买方证明这是由于有缺陷的设计、材料或工艺所致。当购买方要缔结一项统包式合同或产品到手合同时，尤宜使用这一方法。但是，在聘用若干承包人进行建造的情况下，也可以使用这一方法，每个承包人应建造的那部分工厂或应提供和安装的设备，可用生产能力来说明。根据拟建工厂的类型，生产能力可以用工厂将生产的产品数量和质量、工厂的原料消耗量、动力消耗量和其他要素来表示。

9. 对某些项目，特别是建厂所用的材料，也许不可能用生产能力加以说明。因此，可能需要用技术语言，援引某些有关的质量要求（如钢的强度）来说明材料的特性。使用诸如“一等”、“最佳质量”或“最合适”等措词来表明优越的水平可能会造成不确定性。但是，如果某些措词（诸如“新的并至少具备正常的商业质量”）在商业惯例或合同的适用法律中已有一定程度的固定含义，那么使用这些措词是可以的。

E. 规格说明书

10. 有些规格说明书可以用技术语言说明拟进行的施工范围和建厂安装的设备 and 所用材料的技术特点。其他一些规格说明书则可除此之外说明拟使用的施工程序和在施工程序中如何利用设备和材料。在许多情况下，规格说明书是这两种方法的结合。

11. 规格说明书可以有一般条款和特别技术条款。规格说明书的一般条款，除内容与合同主件（见上文第3段）对建造工作的一般说明相符外，可以更详细一

些。要想为起草规格说明书中的这些条款制定出适用于一切情况的准则是不可能的。但是,规格说明书一般所具有的技术性质将使这些条款比合同主件的说明性条款包含更多的技术数据而且在技术上更为精确和详细。当事各方最好对合同主件所载的建造工作说明和规格说明书所列的说明加以对比,以防止出现任何不一致。

12. 规格说明书的特别条款,可以载列对工程每一组成部分的详细技术说明。这些条款可以说明将使用的设备和材料的型号与种类、其物理特性和性能特点、以及尺寸大小。有些情况下这些条款具体指明制造过程中应使用的技术,并列明能反映所商定的技术特点的其他技术数据。在某些情况下,如果这些条款具体指明承包方将使用的施工程序或建造进程中将遵循的特别顺序,可能是有益的。

13. 规格说明书的性质可能视工程各部分的内容不同而有所不同。建筑物的规格说明书可能需要比土木工程的规格说明书更为详细,因为建造工程的建筑物部分包含着大量的小项目。设备的规格说明书则很可能着重于设备的生产能力。因此,规格说明书必须给承包方留有充分余地,供其自由选择适当的设计、制造技术和材料,以达到所要求的生产能力。关于材料,其技术特性有的可能须从外观加以规定,有的则可能须从物理或化学特性加以规定。合同可以要求对某些材料进行规定的检查和试验,以确保它们达到所要求的质量(见第十二章“制造和施工过程中的检查和试验”)。

F. 标准

14. 专业工程机构和同业公会往往制定一些准则,要求设备、材料和施工程序符合这些准则。本章把这些准则统称为“标准”。当事各方将会发现,援引规定的标准来确定建造工程各组成部分(如土木工程、设备、材料)的技术特点是很方便的。

15. 有些标准已在国际上被接受,并在国际投标和缔约活动中广泛使用。这类标准可能涉及诸如某种设备或材料的质量、内容、尺寸大小、形状、重量、构成、包装和检验等事项。一般来说,采用这类标准是适宜的,因为这种标准就其所管事项提供经过试验和检验的准则,并通过统一的试验和检验程序提供质量保证。

16. 合同中应明确规定所适用的标准,如指明标准的颁发机构和颁发日期。当事各方应确知它们所选用的标准是适合于拟建的工厂类型的,因为采用不合适的标准会造成工厂缺陷。招标书中规定的标准(见第三章“承包方的选择和合同的订立”,第15至18段)应该是国际上所接受的,并是购买方所在国所熟悉的。规定国际上不接受的标准可能会排除某些地区的承包人参加投标,规定购买方所在国所不熟悉的标准,则会减少雇用该国分包人或使用所在国材料的可能性。

G. 图纸

17. 图纸以图解形式表明工厂的各个组成部分,有时同时表明整个工厂的全貌。如果购买方负责提供图纸,往往会出现这样的情况,即购买方在缔约前(如与招标书一起)提供的图纸对进行施工来说不够详尽,所以必须进一步提供图纸。在这种情况下,可责成购买方在签订合同后提供更为详细的图纸。这些进一步提供的图纸应与以前提供的图纸一致,否则新的图纸可视为变动安排(见第二十三章“变动条款”,第3段)。

18. 在某些情况下,尽管应由购买方提供基本图纸,但合同可责成承包方编制详细图纸或“车间”图纸(即详细叙述已包含在基本图纸中的技术构思的图纸)。合同可规定承包方应编制的此类详细图纸不得偏离基本图纸。为了对承包方的工作进行适当控制,有时最好责成承包方将所有详细图纸提交购买方。合同可以规定购买方有权要求修改详细图纸使它们符合基本图纸,并有权要求任何已根据不一致的详细图纸所进行的工程重新进行施工,以便符合基本图纸。合同最好确定,承包方提交的详细图纸是否需经购买方认可后方可由承包方据以执行。

19. 如果合同要求购买方认可详细图纸,可以责成购买方在向他提交图纸后的一段规定时间内通知他的认可意见(如果他认可图纸)。如果他未能这样做,他当对延迟履行这一义务负责(见第十八章“迟延、缺陷和其他不履约”,第65和66段)。合同可以规定,购买方一旦认可图纸,他只有按合同中有关变动的条款要求对图纸作更改的权利(见第二十三章“变动条款”)。如果不要求购买方认可图纸,则合同可以规定,购买方未对详细图纸提出异议,不能视为购买方同意

这些图纸中偏离基本图纸之处。

H. 对规格说明书和图纸不准确、不适当和
不一致应承担的责任

20. 当由购买方提供规格说明书和图纸时，可以责成承包方对规格说明书和图纸进行分析，以发现其中所载资料是否有不准确或不适当之处，或者彼此是否有不一致之处。合同可以规定，如果承包方未能在他发现或理应发现规格说明书和图纸中的任何不准确、不适当或不一致之处以后的一段规定的或合理的期限内将这些情况通知购买方，则承包方应负赔偿责任。合同可以责成购买方偿付承包方对其未发现或按情理不可能期待他发现的不准确、不适当或不一致之处进行所需纠正或更改而合理承付的费用。如有按情理不能期待承包方发现的缺陷，但建造工程却由于这种缺陷而必须停工时，合同应规定承包方有权要求赔偿他因这些缺陷包括中断履约所支出的合理费用，并有权要求延长竣工时间。

21. 如果由承包方提供规格说明书和图纸，合同可以规定由他承担因不准确、不适当或不一致之处而需进行的一切纠正和更改所造成的费用。此外，如果因此而造成承包方延迟履约，他还须就延迟履约向购买方承担责任（见第十八章“迟延、缺陷和其他不履约”，第17至25段）。

22. 在某些情况下，图纸可由当事各方联合编制，他们似宜考虑如何改正图纸中的错误和如何分担对这些错误的赔偿责任。如果当事各方分别编制图纸的不同部分，合同可以规定，每一方对他所编制的图纸部分中的错误承担责任。如果整个图纸是联合编制的，合同可以责成当事各方共同改正错误，并均摊承付的费用。

I. 规格说明书、图纸和其他技术文件的保护

23. 当事各方有时希望对某些规格说明书、图纸或其他技术文件的内容保密。当事各方所在国现行的行政性或其他公共性质的强制性规则可能限定对当事一方施加保密责任的程度。这些规则也可责成当事各方向购买方所在国或承包方所在国政

府当局透露文件的内容。要想对某些文件保密,最好在合同中明确规定这些文件,明确机密程度和保密期限以及允许披露的程度。当事各方似宜商定,即使合同终止,保密义务在一定时期内依然有效。合同可以规定,购买方有权向聘用来完成施工、弥补工厂缺陷(见第十八章“迟延、缺陷和其他不履约”)、或维修工厂(见第二十六章“建造后备件和服务的提供”)的人员在其履行职责所需范围内披露机密文件的内容,但是这些人必须向购买方承诺,他们将不向第三者披露这些内容。

24. 合同可以规定,承包方须将为了表明施工范围和工厂技术特点而交给购买方的载有规格说明书、图纸和其他技术数据的文件的所有权转让给购买方。购买方可能在以后对工厂进行维修时需要这些文件。由于承包方可能对文件的内容享有工业或其他知识产权,当事各方似宜规定,购买方只有在维修合同所规定的工厂时才有权使用这些文件,但不能用于建造其他工厂。

25. 当事各方似还宜对违反有关保密义务(见上文第23段)或购买方为了本无权使用文件的目的而使用文件(见前段)的后果作出规定。遭受损害的当事一方有权要求损害赔偿。如果违约现象发生于工程竣工之前,遭受损害的一方还可有权在某种情况下终止合同(见第十八章“迟延、缺陷和其他不履约”,第65段)。

J. 质量保证¹

26. 合同最好对质量保证作出规定。根据质量保证规定,承包方对在合同规定的保证期届满之前发现并通知他的工厂缺陷和随工厂一起提供的技术文件的不准确或不适当之处承担赔偿责任。保证范围可以包括整个工厂或只包括工厂的一部分,这取决于承包方承建的是整个工厂还是工厂的一部分。什么构成工厂的缺陷,当承包方根据保证承担责任时购买方有什么补救办法,以及保证期满后是否还存在任何责任,这些问题均在第十八章“迟延、缺陷和其他不履约”中论述。

1. 保证范围的限制

27. 当事各方似宜商定,如果在保证期内由于下述原因,工厂未能按合同规定

运转时，承包方不承担保证项下的责任：

- (a) 正常磨损；
- (b) 购买方或他所聘用的人员对工厂进行错误操作或维修，除非这种错误操作或维修是由于承包方关于操作或维修所作的不正确指示所造成的；
- (c) 购买方提供的有缺陷的设计、设备或材料或所作的不正确指示；
- (d) 购买方或他所聘用的人不经承包方同意擅自对工厂进行不恰当的修理或更改。但是，如果合同规定购买方有权由承包方承担费用和 risk 而聘用另一位承包人对工厂缺陷进行修理（见第十八章“迟延、缺陷和其他不履约”，第36，40和47段），则合同可以规定，承包方应对新承包人的不恰当修理所造成的工厂的缺陷承担保证项下的责任；
- (e) 发生造成工厂灭失或损坏的事件，而这种灭失或损坏的 risk 是由购买方承担的（见第十四章“风险的转移”）。

2. 保证期

(a) 保证期限

28. 在确定保证的合理期限时，应考虑到各种因素，如工厂的性质（特别是工厂所安装的设备的复杂程度）和发现缺陷的困难程度。当事各方似还宜考虑国际贸易惯例一般对同类型工厂或具有类似特点的工厂通常规定的保证期限。如果购买方要求保证期长于正常期限，他得支付较高的价款。关于某些类型的工厂，对工厂不同部分规定不同的保证期限是合理的。

(b) 保证期的开始

29. 如果整个工厂由单一承包人承建，保证期可从购买方验收工厂之日起算。也可以从购买方接收工厂之日起算。如果工厂由若干承包人承建，而且某一个承

包人承建的部分（如发电站）已可投入运转，并在工厂的其余部分竣工前已对该部分进行了性能试验，那么，保证期就可以从购买方接收或验收工厂的该部分时起算（见第十三章“竣工、接收和验收”）。如果在整个工厂工程竣工以前不可能使该部分运转或对它进行性能试验，则可以规定，有关该部分的保证期从整个工厂接收之日起算。但是，承包方可能不愿意将保证期推迟到整个工厂接收之日才起算，因为这样可能由于另一个承包人的迟延而使承包方要对缺陷负责的期限延长。解决这一困难的一个办法是，在工厂该部分的正常保证期之上加上其余工程竣工的估计期限，并规定，该部分的保证期将为两个期限的总和，从承包方承建该工厂部分的竣工之日起算。如果采纳这一办法，就不会由于另一个承包人未履约造成整个工厂延迟竣工而导致保证期的延长。解决这一困难的另一个办法是在合同中规定，工厂该部分的正常保证期从整个工厂接收或验收之日起算，但保证期不超过合同中规定的一个较长的期限，这一期限从承包方承建的工厂部分竣工之日起算，长于正常的保证期。

(c) 保证期的延长

30. 合同可以规定，如工厂因保证范围内的缺陷而不能运转，保证期应延长，延长的时间等于工厂因该缺陷不能运转的时间。如果整个工厂的各个部分都不能运转，延长整个工厂的保证期；如果只有工厂的一个部分不能运转，则延长这一部分的保证期。如果有缺陷的设备或材料经过修理或更换，则可以对经过修理或更换的设备或材料起算新的保证期。如果由于设备或材料的缺陷，工厂不能运转，新的保证期从经过修理和更换后工厂可以运转之日起算。如果尽管设备和材料有缺陷，但工厂仍可运转，新的保证期则可从修理或更换之日起算。合同可以确定新的保证期限。当事各方似宜考虑是否最好应商定任何新的保证期都不得超过一个最长期限，该期限从有关设备或材料的最初保证期开始之日起算。

3. 制造商的保证

31. 如果工厂安装的设备不是由承包方而是由第三者制造的, 那些制造商应就这些设备向承包方提供保证, 其期限应长于承包方就他所承建的工程向购买方提供的保证。可以责成承包方向购买方通报关于制造商提供的这种保证的内容和期限, 并向购买方转让承包方在这一保证项下的一切权利。如果根据适用法律不允许进行转让, 当事各方似宜商定, 承包方就制造商保证范围内的设备向购买方提供的保证不得在制造商保证期满以前满期。

第五章注

说明性条款

- “(1) 承包方保证, 在保证期内, 工厂将能够按合同规定运转, 所有附属于或构成工厂一部分的一切设备、材料和其他用品将符合有关设备、材料或其他用品的图纸、规格说明书和其他合同条件, 而且, 由承包方提供的一切技术文件均正确和完整。
- “(2) 承包方只对购买方在保证期届满前通知他的工厂、设备、材料或其他用品的缺陷或技术文件中的不准确和不适当之处承担责任。
- “(3) 如果在保证期内由于下述原因工厂未能按合同规定运转时, 承包方不承担本条第(1)和(2)款项下的责任:
 - 正常磨损;
 - 购买方或他所聘用的人员对工厂进行错误操作或维修, 除非这种错误操作或维修是由于承包方关于操作或维修所作的不正确指示所造成的;
 - 购买方提供的有缺陷的设计、设备或材料或所作的不正确指示;
 - 购买方或他所聘用的人对工厂进行不恰当的修理或更改, 除非这种修理或更改的进行是经承包方书面同意的;
 - 发生造成工厂灭失或损坏的事件, 而这种灭失或损坏的风险是由购买方承担的。
- “(4) 保证期从〔验收〕〔接收〕工厂之日起算, 持续……(指明时限)。
- “(5) 凡工厂由于保证范围内的缺陷而不能运转的任何期间停止计算保证期。如果只有工厂的一个部分不能运转, 则停止计算该部分的保证期。

- “(6) 如果由于设备或材料有缺陷工厂不能运转，而有缺陷的设备或材料已经过修理或更换，则经过修理或更换的设备或材料的新的保证期从经过修理或更换后工厂可运转之日起算。如果尽管设备或材料有缺陷，但工厂仍可运转，则经过修理或更换的设备或材料的新的保证期从修理或更换之日起算。”

第六章 技术转让

提 要

购买方要求了解工厂生产所必需的工艺过程并得到工厂运转和维修所必需的技术资料和技能。向购买方传授这种知识、资料和技能常称之为技术转让（第1段）。

对于转让技术和履行建造工厂所必需的其他义务，可采取不同的合同安排（第2段）。技术转让本身也可以有不同的方式，例如，工业产权许可（第3段）、成立当事各方的合资企业（第4段）或提供机密的专有技术（第5段）。工厂运转和维修所必需的资料和技能可以通过培训购买方人员或通过资料文件来传授（第6段）。

说明技术的方式，取决于所采取的合同安排（第11段）。在决定对购买方使用技术是否要加以各种限制时，当事各方应考虑有关施加这种限制的强制性立法，并应力求做到谈判的条款是均衡的，而且只施加那些为保护当事各方的合法权益所必需的限制。（第12至16段）。

承包方提供什么样的保证，取决于所采取的合同安排。根据某些安排，可能不需要单独的技术保证，而根据其他安排，可以提供有条件的保证，即保证使用该技术将使工厂按照规定的参数运转，但是必须满足某些条件（第17段）。所转让的技术的价款，通常确定为一次总付价款，也可以采用专利使用费的形式（第18至20段）。

当事各方似宜在合同中写入承包方保证在使用所转让的技术时不会因使用该技术而侵犯第三者的工业产权，以致引起第三者提出索赔要求（第21段）。当事各方似宜指定在有第三者提出索赔要求的情况下，彼此应遵循的程序、以及双方的权利和义务（第22段）。

承包方希望责成购买方对所提供的专有技术实行保密。合同应明确规定保密的程度和范围，并对购买方可能有理由需要向第三者披露专有技术的情况作出规定（第23和24段）。

在起草有关培训购买方人员的合同条款时，所涉及的问题可包括受训人员的种类和人数、他们应具备的资格、挑选受训人员

的程序、受训的地点以及培训的期限（第27至29段）。

应明确规定承包方的培训义务。可责成承包方聘用具备适合于进行培训工作的资历和经验的培训员（第30段）。合同还应确定有关培训的支付条件（第31段）。

如果技术资料和技能是通过资料文件提供的，合同可写明以下问题：应提供的文件种类、解释文件所需进行的示范以及提供这些文件的时间等（第33和34段）。

A. 概述

1. 拟建造的工厂将包含为工厂制造其形式适合于使用或销售的产品所必需的各种工艺过程。购买方往往希望取得这些不同的工艺过程及其应用的知识。购买方还希望得到工厂运转和维修所必需的技术资料和技能。即使购买方拥有承建工厂某些部分（例如，建筑、土木工程）的基本能力，他也可能需要取得适合于建造有关工厂的特定工艺过程的知识。向购买方传授这方面的知识、资料和技能，常常称之为技术转让。

2. 应当指出，提供技术和履行建造工厂所需的其他义务，可采取不同的合同安排（见第二章“缔约方法的选择”）。例如，购买方可选定这样一个承包人，他既能提供拟建工厂将采用的技术，又能建造工厂或将采用该技术的那一部分工厂。或者，购买方可就技术的提供签订一项合同，并就建造采用该技术的工厂另签订一项或多项单独的建厂合同。

3. 技术转让可采取不同的方式。它可以通过授予许可证的方式允许使用属于不同形式工业产权的工业产品或工艺。多数法律制度都规定，工业产品或工艺可按某些条件进行登记，从而受到登记国领土范围内现行的有关工业产权的法律的承认和保护。工业产权所有人拥有利用属于工业产权的产品或工艺的专有权。工业产权常见的一种形式是专利。根据许多国家的法律制度，发明某种产品或工艺的人可向国家法律指定的政府机构提出申请，请求授予他一项在本国保护该发明的专利。一旦获得了某项专利，在该法律制度确定的一段时期内，作为该项专利标的的这项发明，只有经专利权人的同意才可在该国内加以利用。一个人可向不止

一个国家申请专利。多数法律制度还承认其他形式的工业产权。例如,用以识别货物和表明来源(如来自某一特定制造厂商)的一种独特标记,可以作为商标经过注册而受到保护。受保护的商标未经商标权人的同意,他人不得使用。在这种情况下,技术转让应与商标许可证结合进行。专利权人或商标权人,可以给予购买方以专利或商标许可证(即按许可证的条件,允许购买方使用专利标的或商标,而收取一定的报酬)。一些法律制度承认其他形式的工业产权,诸如实用模型和工业设计。

4. 如要确保承包方在产品或工艺方面向购买方全面地永久地转让技术,办法之一就是双方建立一个合资企业以经营工厂。第二章“缔约方法的选择,”第26至31段述及承包方和购买方的合资企业的一些益处。如果技术转让对购买方十分重要,则购买方应在早期阶段调查研究各种合资企业形式中某一种形式的可行性。

5. 某些生产工艺可能只为一个或少数几个企业所知道。这些企业可能并不希望或未能按照有关工业产权的法律进行注册来保护这种生产工艺。相反,它们可能对这种知识进行保密。在这种情况下,可以通过向购买方提供这种知识(一般称作专有技术)来进行技术转让。¹这种转让通常以购买方实行保密为条件(见下文第24和25段)。

6. 承包方可以通过培训购买方的人员(见下文D节)或通过资料文件(见下文E节)来传授工厂运转和维修所必须的资料和技能。应指出的是,本段和以上几段所提到的技术转让的不同方式可以结合使用。

7. 本《指南》无意全面探讨与工业产权许可或专有技术提供有关的合同谈判和起草问题,因为这一问题已在联合国某些机构发行的出版物中作了详细探讨。²本章只指出在建厂合同载有关于工业产权许可或专有技术提供的条款时,当事各方似宜处理的某些重大问题。

8. 当事各方在起草有关技术转让的合同条款时,应考虑到购买方和承包方所在国家有关这种转让的现行的强制性法律规则。³可能有专门的法律直接管制技术转让。其中有些法律条例禁止或限制转让某些种类的先进技术。违反这些禁止或限制的合同均属无效或不得强制执行。根据某些法律条例,凡涉及技术转让的合同须经政府机构批准方能生效。政府机构执行国家技术政策,要求合同载有转

让承包方所拥有的某些形式的技术（例如，可提高购买方国家生产力的技术）的条款或要求删除或修改转让其他形式的技术（例如，本国已有相当于拟转让的技术）的条款。 未经批准的合同或合同条款均属无效或不得强制执行。 此外，有些法律条例往往规定，凡技术转让合同条款限制各实体之间的竞争或阻碍一国技术开发者，即属无效或不得强制执行（见下文第12段）。 有些法律条例还可管辖技术的定价。 例如，可能要求对技术转让的每一成分单独定价，或规定应付价款的幅度或支付方式（如，计算使用费的方式）。

9. 对于技术转让也可能有间接的管制，如对于包含某些种类技术的设备不发出口或进口许可证。 或者根据外汇管制条例，拒绝对技术付款。 即使购买方国家的法律，为了购买方的利益，对技术转让进行强制性管制，也可能需要合同条款对技术转让作补充，以确保购买方将获得使工厂运转所需的知识和技能，使之达到合同规定的性能参数。 如果购买方国家的法律不管制技术转让，那么技术转让的合同条款将具有更为重要的意义。

10. 如果与购买方进行谈判的投标人或企业（见第三章“承包方的选择和合同的订立”）提出了反映不同的工艺建造工厂的各种报价，那么，购买方应确定哪一种工艺最适合其需要和当地条件。 不太尖端或较老的技术，可能更为合适，尤其是如果可以较低廉的价格获得的话。

B. 许可证和专有技术条款所共有的问题

1. 技术说明⁴

11. 在一些情况下，合同可能需要载有精确而全面的技术说明。 例如，如果购买方采用多项合同缔约法，即同一个企业就技术提供和使用该技术所必需的一些设备的供应和安装签订合同，又与其他企业就履行建造工厂所需的其他义务（例如，提供工厂设计、土木工程或建筑）签订合同，那就可能需要这种技术说明。 即使由单一的承包方履行建造工厂所必需的全部义务（例如，统包式合同），如果购买方要求使用某项特定的技术，那么也可能需要这种技术说明。 但是，在某些情况

下, 购买方可能宁愿主要从工厂建造方面来规定统包式承包人的义务, 即要求工厂在投产后, 将达到某些性能参数 (例如, 生产合同所规定的一定数量和质量的货物)。在这种情况下, 一般性技术说明就足够了, 而且可要求承包方提供此项说明, 因为他特别了解他所提出的工厂拟采用的技术。

2. 使用技术的限制条件

12. 承包方有时可能准备只有在购买方接受某些限制条件的情况下才转让技术, 即限制购买方对该技术的使用和对使用该技术所生产产品的支配。在许多国家中, 有些限制条件是受到强制性法律规则管辖的 (例如, 宣布无效或不得强制执行等), 不仅因为这些限制条件可能为购买方造成困难, 而且还由于这些限制条件可能与公共政策相冲突 (例如, 这种限制条件可能抑制竞争或阻碍本国技术能力的发展)。在区域一级, 也有根据本区域范围内现行的公共政策管辖这些限制条件的法律规则。在全球一级, 也正在力图制订一些标准, 使之适用于国际技术转让交易中提出的限制条件。⁹ 本章不准备就拟订限制条件提出规范化建议, 只是叙述一下在建厂合同范围内具有特别重要意义的几项限制条件及其对当事各方的利害关系。当事各方最好力求做到谈判的条款是均衡的, 而且只施加那些为保护当事各方的合法权益所必需的限制。

13. 承包方可能力图列入一项条款, 责成购买方从承包方或承包方指定的来源购买工厂生产产品所需的某些或全部原材料或半成品。例如, 当该工厂生产的产品在第三方的思想上可能与承包方联系起来 (例如, 产品带有承包方的商标等), 而产品的质量又取决于产品生产所用的材料或物品的质量时, 承包方就可能力求列入这种条款。其次, 如果产品是由承包方买下或供应承包方的客户的, 则承包方似宜防止产品质量下降。但是, 这种条款会不利于购买方 (例如, 购买方也许能从其他来源以更有利的条件获得与承包方愿意供应的同等质量的材料或物品)。有一种条款可以调和这种利益冲突, 例如, 责成购买方须从承包方购买材料或物品, 但是另一方面, 也责成承包方须以不亚于他向他的其他任何客户提出的条件, 或以不亚于购买方可从另一来源获得同等质量的材料或物品的条件, 提供材料或物品。

14. 承包方可能力图列入一项条款,规定购买方不得对该项技术进行适应性改造或革新。承包方之所以会力图列入这种条款,是由于他担心购买方的改造和革新会降低使用这种技术所生产的产品质量,从而会对他产生不利影响(见前段)。但是,购买方可能希望对该项技术进行改造以适应当地条件,加以革新以降低生产成本,即使这种改造或革新会使产品质量略受影响,也仍希望这样做。这种产品质量受影响与购买方的需要相比可能是无足轻重的。有一种条款可调和当事各方上述利益,例如,规定如果工厂生产的产品要带有承包方的商标,则购买方未经承包方同意不得对该项技术进行适应性改造或革新。

15. 承包方可能力图列入一项条款,责成购买方将购买方在使用该技术过程中所作的任何技术改良告知承包方。这种条款可能对购买方有一定的不利之处。这会阻碍购买方在该有关技术领域内与承包方竞争,因为这将使承包方的技术知识水平能始终保持不低于购买方的技术知识水平。如果除责成购买方将技术改良告知承包方以外,还责成购买方不向第三方公开这些技术改良,则购买方就不能充分实现技术改良的全部商业价值。如果告知技术改良而得不到承包方就此支付的报酬,则承包方就可利用购买方而获益。由于技术转让的当事各方通常都关心获得对方对该技术所作的改良,因此合同可责成当事一方将他对技术所作的改良告知对方,而另一方面,责成获悉改良的当事方支付合理的报酬。另外一种可能采取的办法是由当事各方就共同研究以改良技术作出安排。

16. 承包方可能力图列入一项条款,限制购买方向合同中具体指明的国家出口使用该技术制造的产品。他以前可能已经把机密的专用技术提供给这些指定的国家中的一些企业,同时向它们承诺如他再向其他人提供这种专有技术,他将确保后者不在这些指定的国家中参与竞争。或者,承包方以外的一个企业,也可能在这些指定的国家享有涉及同样技术的工业产权,如果购买方向这些指定的国家出口上述产品,便会导致对承包方提出诉讼。购买方本身可能原则上也对限制出口感兴趣,因为他可能希望承包方限制其他人向购买方本国出口使用同一技术制造的竞争产品。另一方面,购买方也许想争取在本国市场饱和之后出口的可能性。有关限制性商业惯例⁶和技术转让的强制性法律规则在出口限制方面尤有关系。当事各方可能会发现,最好能考虑到这些规则,约定一项公平的条款。例如,在对购

买方就某些市场施加出口限制的同时，也可能专门为他保留着其他出口市场。

3. 保证⁷

17. 如果采用统包式合同方法，并主要从工厂建造方面来规定承包方的义务，即工厂投产后将达到规定的性能参数（见上文第11段），则不需要单独提供技术保证，因为对工厂运转的保证本身就要求承包方提供合适的技术。但是，如果采取多项合同缔约法（见上文第11段），技术供应人可能不愿意对工厂运转提供保证，因为工厂是否能按照规定的参数运转将取决于其他企业是否恰当履行其建造义务。在这种情况下，可要求技术供应人保证，使用该技术将使工厂能按照某些规定的参数运转，但是必须按照他规定的条件利用该技术建造工厂（如，使用一定的施工方法、标准、部件和原料；工厂使用某一设计；提供一定的生产条件）。第五章“工厂说明和质量保证”论述对工厂运转的保证，以及诸如保证的期限、开始和延长以及排除在保证范围之外的缺陷等问题。

4. 技术费用的支付⁸

18. 转让技术的价款通常按一次总付价或使用费的形式予以确定。单位定价法（见第七章“价款和支付条件，”第25至27段）是不适宜的，因为不是按单位提供的。如果承包方从第三者获得技术，当事各方在某种情况下似宜采取费用偿还法，并规定获得技术所支付的费用由购买方偿还，但是这些费用不得超过规定的限额（对照第七章“价款和支付条件，”第15段）。

19. 如果采用一次总付法，应在签订合同时确定价款总额，一次或分几次付清。提供专有技术的价款往往一次总付。如果采用使用费的办法，可以参考使用转让的技术所获的某些经济效果来确定应付的价款（即使用费）。例如，往往参考生产、销售或使用该技术所获的利润等情况确定使用费。如使用生产量作为参考因素，使用费可按所生产的每一单位或数量（如每吨或每公升）的固定数额予以确定。当使用销售量作为参考因素时，使用费可确定为销售价的某一百分比。无论使用

哪种办法，都需对生产、销售价格或利润的含义有谨慎的定义。

20. 计算价格的每一种方法都各有利弊，⁹ 取决于合同所涉及的经济情况。例如，如果使用费在一段长时间中支付，在这段时间中经济状况可能发生变化，影响销售量，从而影响到支付的使用费。这两种方法可以结合使用（如开始为一次总付，然后支付使用费）。

5. 第三者的权利要求¹⁰

21. 购买方似宜在合同中列入承包方的一项保证，即保证使用所转让的技术将不会导致因使用这种技术可能使其工业产权受到侵犯的第三者向购买方提出权利要求。例如采用所转让的工艺，或销售采用该工艺制造的产品或建造工厂本身都可能构成侵权。承包方似宜在合同中列入购买方的保证：如果承包方须按照购买方提供的设计来制造设备，这种制造将不侵犯第三者的工业产权。由于对有无任何第三者对所转让的技术拥有工业产权，很难进行世界范围的调查，供应人一般仅保证：使用所转让的技术将不会侵犯具体指定国家中的第三者的权利。

22. 当事各方可能希望规定如有第三者声称其工业产权受到侵犯或声称当事各方的工业产权无效时应遵循的程序。则当事各方应在得悉任何这种权利要求时立刻通知对方。如因转让技术向技术的受让人提起诉讼，供应人应在受让人进行辩护方面提供帮助，例如，承担辩护费用、提供法律咨询，或者出示供应人工业产权有效性的证据等。当事各方可能希望确定诉讼进行期间各方的权利和义务（例如，当事各方可以规定诉讼期间购买方暂停支付专利权使用费）。他们还可以规定，如果第三者胜诉，而且供应人违背了他作出的使用所转让的技术不侵犯第三者的权利的保证（见前段），应停止支付专利权使用费，已经支付的使用费应该退还，或者应提供经过修改的技术，这种技术不侵犯第三者的权利，也不影响合同规定的工厂运转能力。¹¹

C. 专有技术条款所特有的问题：保密¹²

23. 承包方通常要求对其所提供的专有技术保密（见上文第5段）。他可能

在两个阶段要求实行这种保密。首先，他可能在谈判过程中向购买方提供某些专有技术，以便使购买方能决定他是否愿意签订合同，并就合同条款提出建议。他会要求购买方对这种专有技术保密。其次，如果签订了合同，承包方将要求对其后提供的追加专有技术保密。为了获得这些结果，根据某些法律制度，当事各方也许有必要在谈判开始之前缔结一项协议。根据该协议，购买方保证对谈判过程中提供的专有技术保密，其后如果谈判导致签订合同，则在合同中列入保密条款。然而，其他法律制度规定参与谈判的当事各方在谈判过程中有义务遵守诚信，这些义务要求购买方保守机密。如果适用法律规定遵守诚信的义务，购买方似宜考虑他是否有必要用保守机密的合同义务来补充这些义务。

24. 合同条款在多大程度上可规定购买方有义务实行保密，这一点受购买方所在国的强制性法律规则所管辖。有关保密的合同条款所处理的问题包括明确规定应予保密的专有技术、保密期限（如一段固定时期）以及允许透露的范围（例如，允许在指定情况下或向指定的人员透露）。当事各方可规定，应予保密的专有技术一旦公开，保密义务，如同支付专利使用费义务一样，即告结束。当事各方似还宜规定，例如，应允许购买方雇用来监督施工的工程师为行使有效监督接触专有技术。当事各方似再宜规定，如果购买方因承包方不履约或因承包方由于免责障碍不能竣工（如承包方所在国的条例阻止出口某种设备）而终止合同，而购买方希望雇用另一承包人来完成施工，那么购买方可向该另一承包人披露为完成施工所必需的那一部分专有技术。然而，购买方应在向该工程师或另一承包人披露专有技术之前得到他的保证，即他将不向其他人披露此项专有技术。

25. 在某种情况下，可能需要对承包方规定保密义务（如购买方将对技术的改进通知承包方时）。合同可以列入为此目的制订的合同条款。在制订要求购买方保密的合同条款时所应考虑的问题（见上文第24段）也可能适用于制订这种合同条款。

D. 培训人员

26. 培训购买方的人员是向购买方传送工厂的正常运转和维修所必需的技术资

料和技能的最重要的方法。为使购买方能够决定其在培训方面的要求，购买方可在招标书或合同谈判中请承包方向他提供表明工厂运转和维修所需人员的组织机构图，包括人员必须具备的基本技术条件和其他条件（并见第二十六章“建造后备件和服务的提供”）。这一项人员条件的说明应十分详细足以使购买方能够按他现有人员情况确定所需的培训范围。承包方往往具有提供培训的能力。但是在某些情况下，可由咨询工程师或专门培训机构来更有效地进行培训。

27. 合同最好确定应接受培训的雇员的职类、受训的人数和培训的期限。合同还最好确定某一特定职位的受训人员所必须具备的资历（例如，受教育情况、语言能力、技术专长、工作经验）。如果在合同中没有就这些条件达成协议，那么承包方就有理由将培训的失败归因于缺乏有关的资历。当事各方似还宜规定受训人员应由当事各方共同挑选。尽管有这些程序，在培训期间，承包方可能发现培训某一受训人是不可行的。在这种情况下，承包方应在发现这一情况后立即通知购买方，并提供证据证明。此后当事各方应进行磋商，以求得出合适的解决办法。

28. 最好明确规定承包方对各类受训人员在培训方面的义务。在这方面，合同应责成承包方向购买方提供一项培训方案，该方案将使受训人员能够获得在工厂的运转和维修中正确履行职责所必需的知识和技能。这个方案可列入一个与施工时间表相协调的培训时间表。当事各方可规定，应在商定的竣工时间完成培训。方案还应说明将进行的培训的性质。合同可规定，这个方案应由购买方核准。可以责成购买方若没有适当的理由不得在实施培训方案期间调离受训人员。

29. 培训常常需要在现场和国外进行。可规定在国外进行培训的地点。虽然这些培训地点通常是承包方的制造地点，但是在有些情况下，可能只有第三者（例如，设备供应人）的工厂才可提供适当的训练。在这种情况下，可责成承包方将受训人员安排到这些地方去。最好规定培训应考虑到受训人员今后在购买方本国将遇到的操作条件。当事各方还似宜规定应向国外受训者和在购买方国家提供培训的培训者提供的工作和生活条件。在国外进行培训时承包方应协助获取必要的签证、入境许可或工作许可。

30. 合同可责成承包方聘用具备适合于进行培训工作的资格和经验的培训员，并在开始培训之前，将培训员的这种资格和经验通知购买方。在制订培训义务时，

当事各方似宜考虑到有关雇用受训人员的法律规则，这些规则也许规定了受训人员必须具备的资格和经验。如果当事各方签订了产品到手合同（见第二章“缔约方法的选择”，第7段），应责成承包方在试验期间证明购买方的职工能使工厂顺利运转。这种义务的结果应是承包方必须向购买方人员提供使工厂运转所必需的培训。根据这一缔约方法，就可不必规定承包方的具体的培训义务。

31. 在某些情况下，购买方的人员可能只需要少量培训，例如使其在现场熟悉工厂运转和维修的程序。当事各方可能希望商定，对于这种培训不应支付任何款项，因为这是承包方提供和建造工厂的辅助义务。在需要进行较广泛培训的情况下，培训费用可以包括在为建造工厂所收取的总价款中，但须单独确定，也可单独收取。这种价款可以分期偿还（如先预付某一百分比，在执行培训方案期间再付某一百分比，在证明业已完成该方案后付清余额）。培训方案可能会涉及其他一些费用（如受训人员在承包方所在国的生活费用、或者承包方的培训员在购买方所在国的生活费用等），最好解决费用的分摊问题。合同可规定，培训费用中所涉及的在购买方所在国支付的那一部分费用应用该国的货币来支付。（见第七章“价款和支付条件”，第35段）。

32. 由于实际原因，也许不能在签订合同时解决培训方面可能产生的一些问题（例如开始培训的日期，或培训期限等）。当事各方似宜商定，这些问题应由当事各方在签订合同后的一段规定时期内加以解决。

E. 提供资料文件

33. 工厂的正当运转和维修所必需的技术资料和技能也可以通过提供技术文件来传送。应提供的资料文件包括计划、图纸、配方、操作维修手册和安全规定。最好在合同中列出应提供的各项文件。可责成承包方提供全面而明晰的、使用规定语文的文件。如果不经示范无法理解文件所述程序，最好责成承包方凭购买方的要求进行这种示范。

34. 可以规定提供资料文件的具体时间。合同可以规定，到合同规定的竣工时间，应完成全部资料文件的提供。当事各方似可规定，如果没有提供与工厂运

转活动有关的和合同要求在竣工前提供的全部资料文件，就不能认为已经竣工。最好规定，某些资料文件（例如，操作手册）应在施工过程中提供，因为这种资料文件可使购买方的人员或工程师在安装机械或设备时了解其工作原理。最好还规定，承包方应就由于资料文件中的差错或遗漏而对购买方造成的损失负赔偿责任（见第二十章“损害赔偿”和第二十一章“免责条款”）。

第六章注

- ¹ 在某些国家，“许可”一词用以说明允许利用工业产权和提供专有技术这两个方面。本章中所用此词仅具有第一种含义。
- ² 关于工业产权许可和专有技术提供的合同的谈判和起草问题，已在世界知识产权组织编写的《发展中国家许可证交易指南》（知识产权组织出版物 620 (四)，1977年，下称《知识产权组织指南》）中详细讨论。在谈判和起草这类合同时，应考虑的主要问题载于技术发展和转让丛书第12期：《技术转让协定评价准则》（ID/233，1979年，下称“工发组织准则”）和《起草机械工业中技术诀窍的国际转让合同时使用的准则》（联合国出版物，出售品编号：E.70.II.E.15）。另一有关出版物为《发展中国家技术引进手册》（UNCTAD/TT/AS/5，1978年）。
- ³ 见《知识产权组织指南》，U节，“政府当局的核准”。若干国家有关技术转让的法律条例载于《有关技术转让和发展的法律材料汇编》（TD/B/C.6/81，1982年）。
- ⁴ 见《知识产权组织指南》，D节1，“基本技术的鉴定和说明”。
- ⁵ 在贸发会议主持下召开的联合国国际技术转让行动守则会议正在谈判这些标准。
- ⁶ 贸发会议正在主持编写一份关于限制性商业惯例的示范法草案。
- ⁷ 见《知识产权组织指南》，G节4，“专有技术的保证”，和《工发组织准则》，第三章，“专有技术的效用—许可方的保证义务”。
- ⁸ 《知识产权组织指南》，N节，“补偿；对价；价款；报酬；使用费；劳务费”和《工发组织准则》第七章“报酬”详细论述了确定应支付技术价款的不同方法。
- ⁹ 《知识产权组织指南》，N节3，“直接货币补偿：一次总付；使用费；劳务费，”论述了不同计价方法的利弊。
- ¹⁰ 见《知识产权组织指南》，E节，“有关专利的特别方面”和S节2·d，“对第三者提出的侵犯专利权诉讼请求的保证”。

- ¹¹ 《知识产权组织指南》，E 节，“有关专利的特别方面”，第 202—205 段论述了当事各方可能享有的权利和承担的义务。
- ¹² 见《知识产权组织指南》，G 节 2 “防止传授、透露或利用有价值的情报和专门知识的法律手段”。除了对专有技术保密外，承包方还得要求对说明工厂的文件保密。这在第五章“工厂说明和质量保证”，第 23 段。

第七章 价款和支付条件

提 要

在建厂合同中通常使用三种主要的定价方法，即一次总付法、费用偿还法和单位定价法。根据一次总付法，购买方有义务支付某一固定数额，该数额如未经调整或订正，则即使建造费用实际上与签订合同时预计的费用不符也仍然保持不变（第2段和第6至9段）。

根据费用偿还法，购买方有义务支付承包方在建造工厂过程中所支付的一切合理费用以及商定的承包费（第2段和第10至24段）。根据这一方法，购买方承担了建造费用超出签订合同时预计费用的风险。通过商定应偿还费用总额的最高限额或商定指标费用可限制购买方所承担的建造费用增加的风险（第13至15段）。制订指标承包费可刺激又省又快地完成（第23段）。

根据单位定价法，当事各方商定每一施工单位的费率，按实际所用的单位总数来确定价款。因实际单位量超出了签订合同时估计的单位量而造成费用增加的风险由购买方承担，而每一单位费用增加的风险则由承包方承担（第2段和第25至27段）。

如果购买方希望建造工程能早于合同所定日期竣工，可以在合同中商定支付奖金（第28至30段）。

用于确定价款的货币汇率变动可能会给当事各方带来某些风险，这一点可在合同中加以规定（第32至38段）。

即使采用一次总付价款或单位价格费率，当事各方似宜规定在特定情况下应调整或订正价款（第38至62段）。合同可规定当合同规定的建造工程发生变化时、或当购买方提供的数据不正确时、或当承包方遇到不能预见的自然障碍时、或当当地的法规和情况有变动时，应对价款进行调整（第41至46段）。

由于建造费用变化而订正价款，可以根据指数条款进行订正（第49至55段）。另一种方法是可采用单据证明法。但是，只有当不能采用指数条款时才适宜使用这种方法，而且应局限于根据不稳定因素计算的那部分价款（第56和57段）。

价款货币与其他货币之间的汇率的变动可以通过货币条款（第

5 8 和 5 9 段)或记帐单位条款(第 6 0 至 6 2 段)来处理。

合同中的支付条件可规定应在施工的不同阶段支付价款的各个规定百分比。支付条件还可规定支付的方式和指明支付的地点(第 6 3 至 6 6 段)。

购买方预付的款项可限于承包方合理需要用以承付施工初期的开支,并保护自己不因施工初期终止合同而遭受损失(第 6 7 段)的那一部分价款。施工期间应付的各部分价款可视施工进度而定(第 6 8 至 7 4 段)。

经证明建造工程已经顺利竣工而验收工厂或在某些情况下接收工厂之后,可支付价款的某一个百分数(第 7 5 段),价款的剩余部分要在保证期届满后才支付(第 7 6 段)。如果承包方向购买方提供信贷,则信贷所涉的那部分价款可以在接收或验收工厂之后的一定期限内分期支付(第 7 7 至 7 9 段)。

A. 概述

1. 拟订关于购买方应付价款的合同条款时必须考虑到一系列因素。价款往往将包括承包方担负的施工的各个不同方面,例如提供设备、材料和服务以及转让技术。从签订合同到建造工厂竣工可能需要相当长的时间。在这期间,建造费用可能发生变化。此外,在签订合同时可能还未确切确定施工的范围。当事各方应该决定由谁来承担费用变化的后果,并在合同中反映他们的这一决定。当建造工厂是由一家国际贷款机构提供资金时,这家机构可以要求以特定方式解决本章所讨论的某些问题。

2. 建厂合同常常采用三种主要的定价方法,即一次总付法,费用偿还法和单位定价法。但是,对建造工厂的不同方面可以酌情结合采用两种或所有三种方法来确定价格。

- (a) 一次总付法:按本方法,由当事各方商定就建造工厂应支付的总金额(见下文第 6 至 9 段)。即使实际的建造费用与缔约时的预期费用有出入,如合同或合同的适用法律未规定对价款进行调整(见下文第 4 1 至 4 6 段)或订正(见下文第 4 7 至 6 2 段),则此金额仍保持不变。

- (b) 费用偿还法：按本方法，购买方有义务支付承包方在建造工厂时所支付的一切合理费用以及商定的作为承包方的利润和管理费的承包费(见下文第10至24段)。
- (c) 单位定价法：本方法可以用来补充其他两种方法。按本方法，当事各方商定每一施工单位的费率，并以施工实际所用的单位总数来确定合同总价。这一确定价格的方法可能仅适用于施工的某些部分(见下文第25至27段)。

3. 合同宜具体规定价款或确定价款的方法，按照某些法律制度，合同如无此规定便属无效。但按其他一些法律制度，这种合同是有效的，如果当事各方未能在以后阶段就价款达成协议，则应按该法律制度的有关规则确定价格。但是，按照某些法律制度，有关确定价款的规则可能不适用于建厂合同。因此，如果不能在合同中具体规定确实的价款，则在某些情况下当事各方最好使用费用偿还法或单位定价法，或规定在某些情况下应加以调整或订正的一次总付价款，在这些情形下最好不要先规定一个暂定价款，再由当事各方在以后阶段商定最终价款(见下文第11、26和第38至62段，第二十九章“争端的解决”，第3段)。

4. 在选择定价方法和起草支付条件(见下文F节)时，当事各方应考虑到适用的外汇条例和其他行政性或公共性质的法律规则。违反这些规则可能会使合同或合同的某些条款无效，或合同依法终止。关于技术转让应付价款可能涉及的特殊问题在第六章“技术转让”，第18至20段中讨论。有关承包方在建造竣工后提供备件和负责工厂维修保养及运转的价款和支付条件，在第二十六章“建造后备件和服务的提供”中讨论。

5. 在起草有关价款的合同条款时，当事各方应考虑到拟建工厂所在国对施工的某些方面征税的立法。根据某些税法，购买方可能有义务代表承包方缴纳承包方在购买方国家中有责任缴纳的税金，并从应付承包方的价款中扣除已缴税金的数额。在其他法律制度下，购买方得替承包方纳税，而无权要求承包方偿还。当事各方所在国家之间签订的有关避免双重赋税的国际条约可以用来解决合同中的某些赋税问题。

B. 定价方法

1. 一次总付法

6. 根据一次总付法，承包方只有权获得合同所规定的价款，不论他在建造期间所支付的实际费用是多少。仅仅使用“一次总付价款”这一术语可能不足以达到这种结果。因此，当事各方最好在合同中明确列入含有这方面大意的条款。但是，当事各方似宜规定在某些限定的情况下可以调整或订正价款（见下文第38至62段）。当事各方也许会发现一次总付定价法适用于单项合同法（对照下文第14和26段，及第二章“缔约方法的选择”）。当选用多项合同法时，特别是在签订合同时已经知道了施工范围并且预计以后阶段在建厂范围与质量方面不会有重大变化的情况下，也可采用一次总付定价法。

7. 为了切实可行起见，可以将一次总付的金额划分成几个具体数额，分别用于支付工厂的不同部分，或者分别用于支付设备、材料、不同种类的服务和技术转让。这样划分会有助于在合同预期的某些情况下调整或订正价款（例如，当某一部分建造内容有变动时：见第二十三章“变动条款”，第26至29段）。此外，如果对工厂的不同部分或者承包方履行的不同种类的义务（见下文第64段），商定采用不同的支付条件，那末也将需要划分总金额。税法或其他公共性条例也可能要求分别指明价款的某些组成部分，例如支付技术转让的价款部分（见第六章“技术转让”，第8段）。

8. 对购买方来说，一次总付定价法的主要好处在于他知道他有义务支付的总价款，而建造费用增加这一风险则由承包方承担。但是，在一次总付价款可能进行调整或订正的情况下，这一好处便将减少。此外，即使承包方实际支付的费用低于签订合同时预计的费用，购买方也仍有义务支付该一次总付价款。对购买方来说，一次总付合同的另一个好处是其管理通常要比采用单位定价法或费用偿还法省力一些，单位定价法必须衡量所完成的施工程度以确定应付的价款，而费用偿还法则必须核查承包方承付的费用。

9. 由于一次总付合同的价款可能包括对承包方承担建造费用增加这一风险的

补偿额，因此，就同一工程而言，在有些情况下，一次总付价款可能会高于采用费用偿还法的价款（对照下文第11段）。此外，一次总付定价法要求在合同中确切规定建厂范围。购买方似还宜监督承包方的履约情况，以确保承包方不致试图通过使用低于标准的材料或施工方法来减少建造费用。

2. 费用偿还法

10. 如果当事各方采用费用偿还法，则签订合同时并不知道价款的确切数额，因为价款将包括承包方所承付的实际施工费用加上用以支付其管理费和利润的承包费。为使其有效地发挥作用，这种定价方法与一次总付法相比，需要有更详细的合同条款。

11. 在个别情况下采用费用偿还法可能比较妥当。例如，当签订合同时还不能准确预计施工所需的工程服务或材料的范围和设备的种类（例如，由于必须迅速开始施工，而工厂还没有全部设计好；或者工程的大部分需在地下施工，而地下情况还不能准确预测），或者建造工作的主要部分将由分包人进行，而在签订合同时还不知道这些分包人的要价，在以上情况下，采用费用偿还法可能是适当的。当建造工厂遇到异常的困难（例如特殊设计或复杂工程），涉及许多影响定价的未知因素时，也可以采用这种方法。在上述情况下，一次总付价款就必须包括一笔足以使承包方能够承担风险的金额在内。其结果往往是在这种情况下这笔金额过高。

12. 对购买方来说，费用偿还法的主要不利之处是他要承担建造费用超过签订合同时预计费用的风险。因此供资机构往往反对这种定价方法。购买方宜在签订合同时对建造费用得出一个合理估计数。

(a) 减少购买方风险的办法

13. 为了减少购买方的风险，合同宜责成承包方在建造工厂时既要讲究效率又要节约费用，并规定他只有权得到合理的建造费用。但是实际上可能很难执行或履行这样笼统的义务。在某些情况下，当事各方可商定可偿还费用总额的最高限

额或指标费用制（见下文第15段）。而且，在确定承包人的承包费时应该有一定的刺激，促使他尽量降低建造费用（见下文第23段）。

14. 如果合同未具体指定分包人，作为控制应偿还费用的一种手段，合同可规定购买方参与选定分包人（见第十一章“分包”，第15至26段）。这种参与选定分包人的可取性使得这一定价方法不适用于大多数统包合同。因为，统包合同的一个根本点是承包方承担建造将按合同运转的工厂的责任，而通常只有当允许他自由选择他的分包人时，他才会承担这一责任。

15. 根据费用偿还式合同，购买方所承担的建造费用增加的风险，可通过规定可偿还费用总额的最高限额来予以限制。另一种方法是当事各方可以在签订合同时商定建造费用的估计数（即“指标费用”），但这一估计数并不构成可偿还费用总额的最高限额。合同可以规定，如果实际费用超出指标费用，将只向承包方支付超出部分的某一百分比。合同还可以规定超出部分愈大这一百分比愈小。或者，当事各方可以商定，如果实际费用超出指标费用达某一具体规定数额或百分比，购买方即可终止合同，而不必就承包方因合同终止而承付的费用承担责任（对照第二十五章“合同的终止”，第17、18、34和35段）。购买方这一终止权可以促使承包方将他的费用控制在估计数之内。但是，按这一方法，购买方将会面临困难的抉择：或者只得放弃终止合同，让承包方继续施工，自己承担义务向他支付超出指标费用的可偿还费用；或者只得终止合同，另聘承包人完成建造工程。

(b) 可偿还费用的确定

16. 合同宜规定一种方法来确定何种费用应予以偿还，何种费用应由承包方从承包费中承担。为了防止出现有关何种费用应予偿还的争端，可取的做法是，或列出应予偿还的各项费用，并规定其他一切费用应由承包方承担，或列出不予偿还的各项费用，并规定其他一切合理费用应予偿还。

17. 合同可具体规定承包方的哪些管理费用不应列入由购买方偿还的费用。这些不应列入的费用可包括与承包方主营业所业务有关的费用，例如，主营业所工作人员的工资。此外，电话、邮政以及电报费也应除去，即使这些费用是在现场承

付的。但承包方在现场的工作人员的工资及其他合理费用可视为应由购买方向承包方偿还的费用。在某些情况下，费用偿还法可能不适用于由承包方制造的拟用于建造工程的设备的定价。在这些情况下，合同宜规定购买方应为该设备支付的金额。但费用偿还法可以适用于承包方从分包人和供应商获得的供应品（见第十一章“分包”，第1段）。

18. 从承包方库存中取用的日常所用设备或材料可能是由承包方在开始施工以前或施工期间以各种价格购买的，可能会就如何加以估价产生争端。在作为合同组成部分的附表中规定其价格就可以防止这种争端的产生。

19. 合同可规定对于雇用分包人和供应商所承付的费用，要考虑到分包人和供应商给予承包方的一切折扣，只计算承包方实际支付的费用。但是，当事各方似宜考虑承包方由于支付现金而获得的折扣是否也应计算在内。例如，他们似宜考虑承包方是用其自己的资金而不是用购买方预付给他的资金来支付现金因而应从中获得折扣的好处。

20. 施工要顺利进展，就需要根据时间表在现场提供所有必要的材料。但在某些情况下，可能很难预计施工所需的确切数量。承包方有可能订货过多，而转卖未使用的多余材料可能遭致损失。当事各方似宜考虑这类损失应否并在多大程度上由购买方予以偿还。例如，合同可以为购买方偿还这种损失规定一个限额。

(c) 向承包方支付的承包费

21. 可以为支付给承包方的承包费确定一个具体数额。合同可以规定，如果建造范围变动（见第二十三章“变动条款”，第32段），可调整承包费。

22. 确定承包费的具体数额并无促使承包方尽量减少建造费用的特别作用，尽管一般而言，为了获得这笔承包费，他也许会关心尽速竣工。不宜按实际建造费用的百分比来计算这笔承包费，因为这一办法会诱使承包方增加建造费用。某些法律制度禁止采用这种方法来确定承包费。

23. 确定承包方承包费的一个方法是定出一个“指标承包费”，连同指标费用（见上文第15段）一起采用。如果应偿还的费用低于指标费用，指标承包费就

将按所节约费用的某一规定百分比予以增加。合同还可规定，节约的费用愈多，应支付的百分比就愈大。但是，如果应偿还的费用高于指标费用，指标承包费就将按所超出费用的某一规定百分比予以减少。合同可以规定，超出的费用愈多，应减去的百分比就愈大。除了建造费用外，在增加或减少指标承包费时还可以考虑其他因素，例如竣工所需时间和所建成的工厂的性能（例如它消耗原料或能源的情况）。还可以指出，通过改变应付的承包费来促使承包方降低建造费用这一方法可以与责成承包方在建造费用超出指标费用时分摊建造费用这一方法结合起来使用（见上文第15段）。

(d) 记帐

24. 为了确保费用偿还法的顺利实施，合同可规定建立记帐制度以准确地证明承包方支付的费用。例如，可规定承包方应按照购买方合理要求的格式和程序记帐，以反映承包方支付的费用和款项，而且当事各方可规定购买方可查阅这些记录。

3. 单位定价法

25. 根据单位定价法，当事各方商定每一施工单位的费率，应支付的总价款则取决于建厂所用的施工单位数。所确定的每一施工单位的费率中应包括代表承包方利润的增加额在内。施工单位可以是建造所需材料的数量单位（例如浇注混凝土的一吨水泥）、建造的时间单位（例如一个工时的挖掘）或者建造成果的数量单位（例如一立方米的钢筋混凝土）。不同的施工单位可适用于不同的建造部分（例如，建筑物施工用材料单位，设备安装用时间单位）。

26. 在签订合同时还不能准确预计某一部分工程所需的材料数量或工程服务量时，似宜采用单位定价法，因为当事各方很难确定一次总付价款。在大多数情况下，单位定价法只能同其他定价方法结合起来使用，因为如果建造的各个部分从性质上来说不能分成几个完全等价的单位（如设备），则对各个部分定价就不合适。单位定价法可以用于譬如土木工程、建筑物以及设备安装。对施工所用单位数量

不易控制的合同来说(例如,在统包合同情况下,施工技术是由承包方自行决定的),由购买方采取必要措施为实际施工估定一个合理的造价是可取的。

27. 如果当事各方选择单位定价法,而合同又未规定在单位费用变动时可修订单位价格,则建造费用增加的风险和建造费用减少的潜在好处,便将由承包方和购买方分担。由于每一施工单位的价格是固定的,承包方承担了每一单位材料和劳工费用增加的风险或从这些费用的减少得到好处。而购买方则承担了由于施工需用单位数超过了签订合同时的预计数致使估计的总价款增加的风险,而如果需用单位数量较少,他就得到好处。可在合同中规定在规定数量以内的数量由购买方支付,但超出规定数量的部分,应由承包方承担其费用或其中的某一规定百分比,从而减少购买方的风险。在某些情况下,合同还可规定如果实际单位数量未达到合同所规定的估计数量的某一百分比,便提高单位价格,而如果实际单位数量超出了估计数量的某一规定百分比,则降低单位价格。由于购买方应付的价款取决于施工所需单位数量,宜在合同中商定采用适当而明确的办法来测量所用的数量,以免产生争端。

C. 支付奖金

28. 在购买方希望工厂尽早竣工投产的情况下,如果承包方能在合同规定的竣工日期之前顺利竣工,则购买方可能愿意以支付奖金的形式来支付较高的价款。奖金数额可以用购买方因工厂提前投产所得额外利润估计数的某一份额来表示。如果合同采用费用偿还法,则通常不宜规定因提前竣工而支付奖金,因为这样会诱使承包方花较高费用以迅速竣工从而获得奖金。

29. 为了计算奖金,当事各方可以确定购买方因每提前竣工一天所得的利润估计数。然后将该每天金额在合同中以一固定数额表示;如果采用一次总付定价法,可以用合同价款的某一百分比来表示;如果采用费用偿还定价法,则可以用承包费的某一百分比来表示。用价款或承包费的某一百分比来表示奖金支付额,能使奖金的数额随着价款或承包费的变动(例如,由于调整或订正价款,或者与指标费用相比费用减少)而变动。这将会在一定程度上使奖金支付考虑到价格水平的

变化。如果采用单位定价法、奖金数额可以保持为每提前竣工一天的某一固定数额。不论是以每一天的某一固定数额还是某一百分比来具体规定奖金支付，均可为其限定一个最高数额。

30. 可以在合同中规定，只有在工厂连续运转一段规定时间之后才应支付奖金。这种方法可以阻止承包方采用省工但却会导致建造缺陷的那些施工方法。工厂连续运转时间可以从购买方接收或验收工厂之时起算（见第十三章“竣工、接收和验收”，第22、31和32段）。

D. 价款货币

31. 对当事各方来说，支付价款所用货币可能会涉及某些风险，这些风险是由于价款货币的购买力波动和价款货币与其他货币之间的汇率波动所引起的（见下文第47至62段）。如果用承包方国家的货币支付价款，购买方要承担该货币与其本国货币之间汇率变动所产生的后果。但是，承包方将承担其本国货币与他必须用以支付设备、材料或施工服务的另一国货币之间汇率变动所产生的后果。如果用购买方国家的货币支付价款，则承包方要承担该货币与其本国货币之间汇率变动所产生的后果。如果用当事各方都认为稳定的第三国货币支付价款，则每一方都要承担该货币与其本国货币之间汇率变动所产生的后果。如果由一个供资机构贷款给购买方建造工厂，则购买方可能愿意用该贷款所用的货币来支付价款。

32. 在规定支付价款所用的货币时，当事各方应考虑到承包方国家和购买方国家中对这一问题会有强制性的外汇条例和对两国有效的国际条约。当事各方还应考虑到，有些法律制度规定国际合同的价款必须以合同的计价货币支付，而有些法律制度则允许甚至要求以支付地点的货币来支付，即使价款是以外币计价的。

33. 在当事各方采用一次总付法或单位定价法的情况下，如果用承包方必须用以支付施工设备、材料及服务的同一货币来支付价款，就能减少承包方所承担的因汇率波动而引起的风险。如果采用这一方法，工厂各个不同部分的价款可用不同货币支付。承包方还可以在其分包合同中指明用支付建厂合同价款的同一货币来支付分包合同价款以在某种程度上减少因汇率波动引起的风险。但是，即使在这些情况下，除使用其本国货币者外，承包方将承担价款货币在他购买货币支付分

包人之日与购买方按建厂合同规定向他支付分包价款之日这一期间的汇率变动所产生的后果。

34. 如果当事各方采用费用偿还定价法, 合同可规定偿还承包方的费用所用货币应是承包方用以支付这些费用的同一货币。或者, 可在合同中规定用支付承包费的同一货币来偿还这些费用。如果采用这一方法, 而应付费用所用货币又不是承包费所用货币, 则必须按某一特定汇率将有关费用换算成承包费用货币。合同宜规定应按某一指定日期在某一指定地点通行的汇率进行换算。这一日期可以是承包方承付费用的日期(在这种情况下, 购买方将承担从该日起直到购买方向承包方偿还费用之日为止这段时间内汇率变动的风险), 也可以是购买方向承包方偿还这些费用的日期(在这种情况下, 其风险将由承包方承担)。

35. 如果购买方国家的外汇资源较少, 则该国可能希望确保至少有一部分价款将用其本国货币支付。合同可规定用购买方国家的货币支付承包方用购买方货币所承付的建造费用(例如支付当地劳工或分包人, 或者承包方人员在购买方国家的膳宿费用)。这种办法即使在建厂合同采用一次总付定价法的情况下也可使用。这类合同可以规定根据承包方用当地货币承付费用的估计数确定一次总付价款中的一部分用当地货币支付。另一种方法为合同规定整个一次总付数额以外汇计价, 但是规定凡以当地货币承付的费用, 经核实以后, 将用当地货币支付, 并按某一指定汇率从一次总付数额中扣除。合同还可规定, 如预定从当地来源购买的供应品短缺, 经授权从外国进口了这些供应品, 则计价所用的货币可以改变。

36. 合同可用当事各方认为稳定的一种货币来计价, 但规定价款可用另一种货币支付。采用这一方法可以达到与货币条款(见下文第58和59段)实质上相类似的效果, 适用法律有关货币条款的限制规定可能也适用于这种条款。如果合同使用这种方法, 当事各方宜商定在计价货币与付款货币之间进行换算所应适用的汇率。这一汇率可参照某一指定日期在某一指定地点通行的汇率予以确定。如果价款是根据一次总付法或单位定价法确定的, 承包方可能愿意在合同中指明有关日期应是实际支付价款的日期。如果价款是按费用偿还法确定的, 则可以规定上文第34段所提及的日期之一。

37. 合同对整个建厂价款不宜用两种或两种以上货币计价并由债务人或债权人决定用何种货币支付。这种条款保护的只是有选择权的当事一方，而这种选择可能为他带来不合理的收益。

E. 调整和订正价款

38. 由于建厂合同的长期性和复杂性，当事各方似宜规定在特定情况下对一次总付价款或单位价格费率进行调整或订正。按照费用偿还定价法，购买方偿还承包人实际承付的建造费用，因此没有必要就价款调整或订正做出规定，但承包费、应偿还费用总额的最高限额（如有的话）、或指标费用不在此限（见上文第15和23段）。

39. 本《指南》对价款的“调整”和“订正”作了区分。价款调整系指签订合同后，由于合同规定工程有了变动使建造费用增加或减少的情形。这种变动可能由于拟建工厂有变动（见第二十三章“变动条款”，第25至32段），或由于施工方法与缔约时预计的方法有变动，其原因有例如购买方提供了不正确的数据（见下文第43段）、不能预见的自然障碍（见下文第44和45段）、或当地条例和条件变动（见下文第46段）。价款订正系指合同规定的建厂工程没有变动，但是由于某一些经济因素发生了变化致使建造费用与其支付价款相差很大的情形。造成这种情况的原因可能由于，例如，在签订合同后设备、材料和施工服务的价格或者税收条例或关税有了很大的变化；或者由于价款货币对其他货币的汇率有很大变化。调整或订正价款可使价款增加或减少，但是经验表明往往是增加价款的情况较多。最好将价款调整和订正限制在合同明确规定的情形或合同的适用法律所规定的情况下才能进行。

40. 合同可规定，价款的调整或订正应按合同规定的某些准则（见下文第1和第2小节）来确定。大多数法律制度一般都允许采用这种方法。例如，关于调整，合同可规定，价款参照承包方在特定的情况下合理承付的费用调整。关于订正，合同可规定，按规定的数学公式订正价款，或者补偿合理承付的费用。合同不宜只责成当事各方在规定的情况发生时商定价款的调整或订正，因为如当事各方

不能达成协议，就会发生使用仲裁程序或司法程序解决问题的困难（见第二十九章“争端的解决”）。当事各方可进一步规定，如果他们之间的争端提交仲裁程序或司法程序解决，则在仲裁程序或司法程序进行期间施工不中断。如购买方是一国有企业，当事各方应注意到，当价款需要调整和订正时，也许会在获得追加资金或其他方面遇到困难。

1. 调整价款

41. 当事各方似宜仔细限定在什么情况下调整合同已确定的价款，以防止发生价款不确定的情况。此外，本意为一次总付的合同，如果可能进行调整的情况范围太广，则往往可能带有费用偿还式合同的性质。

42. 合同可规定，如果合同规定的工程有变动（见第二十三章“变动条款”，第25至32段）或出现下文所述情形时应对价款进行调整。

(a) 提供的数据不正确

43. 当事各方似宜规定在下列情况下调整价款：由于购买方提供的数据不正确，须增加施工或者须用施工方法比签订合同时合理估计的方法要贵。但是，当事各方似宜规定，如果承包方在签订合同时理应发现这些数据的不正确之处，则不应调整价款。价款调整可包括增加工程或采用较贵施工方法的合理费用。当事各方还似宜规定，即使在签订合同时按理并不能发现这些数据不正确，也不应调整价款，除非承包方以后在理应可发现这些数据有误时发现了这些错误并同时将其通知了购买方，才能调整价款。如果不正确的数据是承包方提供的，则他无权要求增加价款。

(b) 不可预见的自然障碍

44. 希望承包方在投标或谈判合同之前在切实可行的范围内检查工地现场及其

周围环境，并且把检查的结果作为自己谈判的基础。但是，在进行这种检查时，即使作了合情合理的努力，也可能发现不了现场的某些自然障碍，特别是水文情况和地下情况。

45. 对建造时可能遇到的承包方在检查时按常理不能发现的自然障碍，特别是水文和地下情况，合同可以采取不同的处理办法。这种障碍的风险可以由承包方来承担，他可能有义务担负由于这一不可预见的障碍所承付的额外费用。另一种做法是可以规定，如果在理应可以发现这些障碍之后的一段合理期限内将这些障碍通知了购买方，则应提高价款，以反映承包方由于所遇到的障碍而合理承付的额外费用。当事双方也可考虑由双方分担费用的可能性。

(c) 当地条例和情况的变动

46. 购买方或承包方国家某些行政性或其他公共性质的法律规则可能会强制性地管制施工方法的某些方面(例如为了安全或环境保护，见第二十八章“法律的选择”，第22和23段)。如果要进行的施工不符合在签订合同以后生效的法律规则，就可能需要改变施工方法。合同可具体规定应由谁来承担这种变动的风险。如果由购买方承担风险，合同可规定应对价款进行调整。关于这种法律规则可能要求工厂作改动的问题将在第二十三章“变动条款”，第23段中论述。合同也可规定，如预定从当地来源购买的供应品无货并许可从外国来源进口这些供应品，则可对价款进行调整。

2. 订正价款

47. 根据大多数法律制度，合同价款的支付应遵循“名义价值”原则。也就是说，即使在签订合同与支付价款期间货币值发生变化，合同中规定的应支付货币数额仍然不变。货币值可能会在该货币对其他货币的汇率方面发生变化。它也可能在购买力方面发生变化，结果可能使承包方的建造费用增加，或者在例外情况下减少。许多长期合同载有旨在减少承包方所承担的这种风险的条款。这种条款可以规定根据指数(见下文第49至55段)或根据实际承付的费用(见下文第56和57段)订正价款。但是，某些法律制度对关于因价款货币值变化而订正

价款的合同条款有强制性规定。因此，当事各方应该查清他们意欲列入合同的条款是否为当事各方所在国家的法律所允许。

48. 合同可以规定，订正价款条款只有在执行这种条款将会导致订正幅度超过价款的某一个百分比的情况下才适用。各当事方似宜考虑到，在合同所确定的施工时间从合同生效时算起不到12至18个月的情况下，实际上通常都不采用订正价款条款。

(a) 建造费用的变化

(一) 指数条款

49. 指数条款的目的是通过把合同总价款与某日某些商品或服务的通行价格水平挂钩的办法，按建造费用的变化订正合同价款。在建厂合同中，合同价款可与建厂所需的材料或服务的价格水平挂钩。商定的指数发生变化，就自动影响价款变化，而无须审核承包方在施工期间实际支付的价格。根据某些国家的法律，不允许或限制使用指数条款，例如，有些国家只允许指数条款用于处理从签订合同到合同生效期间建造费用发生的变化。如果对建造范围作重大修改，可能需将指数条款加以改动以适应新的情况。

50. 在草拟指数条款时，宜使用代数公式来确定如何使价款反映特定指数的变化。为了反映不同费用成分（例如材料或服务）在建造总费用中的比重，公式中可结合使用若干指数，每个指数有不同的加权。可以在一个公式里列入反映不同材料和服务的费用的不同指数。如果同一费用成分来自不同的国家，就须使用不同的指数。

51. 施工的各个不同方面可使用单独的公式，每一个公式有其自己的加权。例如，对涉及诸如挖掘、浇筑混凝土、砌砖、安装、疏浚等各种不同类型作业的施工，很难草拟一个单一的订正价款公式，而且可能得出不准确的结果。因此，最好使

施工的每一个主要方面都有单独的公式。

52. 指数条款可列出价款的某一百分比(一般是5—20%)不得根据指数条款作任何订正。规定这一百分比是为了考虑到承包方为某些项目支付的费用可能会低于这些项目价格指数所反映的价格水平。这一百分比还可以用来抵消指数条款中所用公式产生的其他一些不准确的结果。此外,如果指数条款的目的仅仅是保护承包方不受建造费用增加的影响,而不是不受一般通货膨胀的影响,则这个百分比可以反映出承包方的利润。

53. 合同可规定在每一次临时支付时都通过使用指数条款来确定是否需要订正价款。为了使用一致商定的指数,合同宜明确规定用作指数水平对比的基准日期。合同可以规定签订合同的日期为基准日期。或者,如果合同是在投标的基础上签订的,则合同可以规定基准日期是合同投标提交日之前的某一规定天数(例如45天),或者是投标截止日之前某一规定天数,因为投标价格可能以这些时候的现行价格水平为基础。合同可以规定基准日期的指数水平要与在应付款的施工期最后一天之前某一规定天数的现行指数水平进行比较,因为承包方将在这一时期结束前承付费用。或者,也可以规定基准日期的指数水平要与到期付款日之前某一规定天数的现行水平进行比较。但是,合同还可以规定,如果承包方延迟竣工,而商定履约日之前某一规定天数的现行指数水平如果对购买方较为有利的话,就应采用这种指数水平。购买方可能仅限于在承包方不是由于免责障碍而未能及时履约的情况下才能进行这种选择(见第二十一章“免责条款”,第9至26段)。

54. 在决定采用什么指数时,可能要考虑到若干因素。指数应该容易获得(例如它们应该是定期公布的)。指数应该可靠。可以选用由公认的机构(例如享有声誉的商会)或者由政府机构或政府间机构公布的指数。如果某些建造费用将由承包方在某一国家承付,则最好采用该国有关这些费用的指数。当事各方在公式中使用以不同货币为基础的指数时应小心谨慎,因为各种货币之间关系的变化可能会在无意之中影响公式的计算。

55. 在某些国家,特别是发展中国家,可供指数条款采用的指数可能有限。倘若得不到某一费用成分的指数,当事各方似宜选用可得到的另一成分的指数。选

用的成分最好是其价格与实际将使用的材料的价格很可能在同一时间作比例大致相同的波动（例如，它是由同一种原料制成的，或者它可以用来代替实际将使用的材料）。例如，在需要提供有关劳工费用的指数时，如果没有工资指数，则有时可以使用消费物价指数或生活费用指数。

（二）单据证明法

56. 合同可规定一种通常称之为单据证明法的方法来处理缔约后与建造有关的某些特定成分的费用可能发生的变化。单据证明法基于这样一个原则：承包方承付的与施工有关的实际费用如果是合理的，但由于除施工所需材料、设备和施工服务的数量变动以外的其他变动，因而超出了据以计算合同价款的费用，则应该向承包方支付该超出部分的金额。因此单据证明法要求合同指明据以计算价款的每一单位材料、设备和工作数量和价格。按照此种方法对价款的订正将包括计算中所反映的价款与承包方按合同确定的数量就数量单位所实际支付的价款之间的差价。与费用偿还定价法相对照，按单据证明法，如果承包方由于在签订合同时低估了其建造义务的范围而承付了更高的费用，则合同价款不予订正。这种方法对购买方来说有一定的不利之处，因为这样就将由于设备、材料和劳工的价格提高而使建造费用增加的风险强加给了购买方。再则，由于承包方能够收回其增加的费用，因此几乎不能刺激承包方控制建造费用。承包方为获得建造费用的单据证明和购买方核查这种费用所必需的管理程序可能与费用偿还式合同所需的管理程序几乎一样烦琐。由于这些原因，当事各方似宜只有在不能采用指数条款法（例如缺乏有关指数）时，对根据不稳定的费用因素计算的价款部分采用单据证明法。

57. 如果当事各方希望采用单据证明法，他们应该在合同中明确规定需按这一办法订正的价款部分。合同似宜确定其价款将予订正的设备、材料或服务，并分别说明合同价款所依据的每一单位的这种设备、材料或服务的数量和费用数额。合同还宜规定不仅在费用增加时，而且在费用减少时订正价款。合同可订出类似于费用偿还式合同所采用的程序（见上文第24段），承包方须按照这一程序证明他所实际承付的费用。合同可要求承包方从经过认可的来源或者经过竞争性招标来

采购其价款允许订正的设备或材料。

(b) 价款货币与其他货币的汇率变动

(一) 货币条款

58. 根据货币条款, 应支付的价款将与签订合同时确定的价款货币同某一其他货币(称为“参考货币”)之间的汇率挂钩。如果付款时该汇率有变动, 应付的价款就会增加或减少, 而以参考货币计算的价款数额仍然不变。为了比较汇率起见, 最好采用实际支付时而不是到期支付时的汇率。如果采用后者, 若购买方延迟支付可能会使承包方受到损失。另一种办法是, 货币条款可以让承包方选择按到期支付时的现行汇率还是按实际支付时的现行汇率。明确规定采用某一特定地点的通行汇率也是可取的。

59. 如果要使货币条款起到其作用, 参考货币必须稳定。可以参考若干种货币来减少单一参考货币潜在不稳定性所产生的风险。合同可以确定价款货币与其他若干种指定货币之间汇率的算术平均值, 并且规定根据这一平均值的变动来订正价款。

(二) 记帐单位条款

60. 如果采用记帐单位条款, 则价款用一种由若干选定货币的累计比例组成的记帐单位表示。记帐单位可以是由国际条约或者国际组织下了定义的, 该定义将指明组成该单位的选定货币及对相对各货币的加权数。与使用若干种货币的货币条款相对照, 对组成记帐单位的各种选定货币的加权通常各不同, 国际贸易中普遍使用的货币的权数较大。²

61. 使用记帐单位作为与价款货币进行比较的货币单位的主要好处是记帐单位比较稳定, 因为组成该记帐单位的某一种货币的疲弱往往被另一种货币的坚挺所抵消。因此, 记帐单位条款将会大大减少价款货币与其他货币之间汇率变动的影响。

62. 在选择条款拟采用的记帐单位时，当事各方应该考虑到在有关时间，例如签订合同时和实际支付时，确定价款货币与记帐单位之间的关系是否容易。可采用国际货币基金组织规定为特别提款权的记帐单位。当事各方还可以欧洲货币单位作为记帐单位。以若干货币表示的这些记帐单位的价值每天都公布。

F. 支付条件

63. 合同中的支付条件可确定价款各个部分的支付日期和地点以及支付方式。支付时间可能会影响价款的数额，因为承包方在计算价款时会考虑到利息的问题。可以在支付条件中规定价款的相当大部分将随着建造工程各个不同阶段的完成而支付给承包方，以便促使承包方按照商定的时间表履约。支付地点可能产生重大后果。例如，当资金转移到另一不同的国家时，币值可能改变。此外，资金转移可能受外汇管制的约束。支付方式（如信用证或付款交单）的确定应考虑到能够减少承包方不能按时得到付款或购买方要为未按合同完成的工程付款的风险。

64. 在草拟支付条件时，当事各方应考虑到合同中使用的定价方法（见上文第2段）。如果使用一次总付法，可将一次总付价款按照由承包方实施的工程的主要方面（例如土木工程、提供设备、转让技术等）划分成几个部分。有关这些主要项目的各部分价款可在不同阶段按规定的百分比支付。例如，可将一部分价款划归设备供应。这一部分的某一百分比可先预付（见下文第67段），某一百分比可在建造施工过程中支付（见下文第68至74段），某一百分比在接收或验收工厂之后支付（见下文第75段），其余部分则在保证期届满之后再予支付（见下文第76段）。

65. 如果建造工厂或工厂的一部分使用的是费用偿还法，则合同可载明此种方法所涉建造费用的估计数。估计的偿还费用总额的一个规定百分比可先预付，施工期间承付费用的一个规定百分比可在购买方收到按合同的规定所要求的单据之后一个规定的短时期内予以支付（见下文第71段），这些费用的一个规定百分比可在接收或验收工厂后支付（见第十三章“竣工、接收和验收”，第22、31和32段），其余部分可在保证期届满之后再支付（见第五章“工厂说明和质量保证”，

第28至30段)。在约定何时应向承包方支付承包费时,当事各方应考虑到应支付的承包费的性质(见上文第21至23段)。承包费中的某一部分可随建造工程各部分的竣工而支付,某一部分在验收后支付,其余部分则在保证期届满后再支付。

66. 如果采用单位定价法,则合同可规定,根据这一定价方法下建造工程的估计数量所计算的估计价款的一个规定百分比应预先支付,实际完成的工程价款的一个规定百分比按合同规定的时间支付,该工程价款的一个规定百分比在接收或验收后支付,其余部分则在保证期届满之后支付。

1. 预先支付

67. 合同可能要求预先支付,以供承包方承付施工初期的周转资本和开支(例如,初期采购设备和材料,工作人员的交通和膳宿)。预先支付还可以向承包方提供某种保护,防止因购买方在施工开始前或者施工初期终止合同而受到损失。购买方则可受到偿还担保书的保护,防止承包人不归还预付金额。预付金额的计算可做到能覆盖承包方在施工初期的预计开支。合同可以要求购买方在承包方提供了履约担保书和偿还担保书之后的一段规定期限内把预付款项直接汇给承包方指定的银行。第十七章“履约担保”,第10至13段论述了有关履约和偿还担保书的问题。

2. 施工期间支付

68. 合同宜规定根据建造的进度支付各部分价款。在确定施工期间支付的金额时应该考虑到拟建工程的性质和所采用的定价方法。

69. 确定支付时间和范围的一种方法可以是划定施工的各个具体部分(例如挖掘或者打地基),并且规定价款的各个规定部分将在这些施工部分竣工时支付。另一种方法是规定承包方有权就其在规定时间(例如每一个月)内完成的工程获得进度付款,付款金额视该时期内所完成的工程量而定。

70. 根据上面一段所介绍的两种方法中的任何一种,由承包方提供的设备和材料在用于工厂安装和建造之后,就可予以付款。但是,当事各方可以商定另一种方法,特别是当设备和材料交货后就由购买方接收,为其实际占有,直到用于建造为止。在这些情况下,这种设备和材料的那部分价款可以凭购买方或购买方银行提供的单据支付,这些单据是证明已将设备和材料交给第一承运人转交给购买方并已投保,或证明已在现场将它们交付购买方(见第八章“设备和材料的供应”,第10段)。

71. 合同宜明确规定承包方为取得支付款项所必须提交的单据,例如发票、提单、原产地证书、装箱单和商品检验证书。要求提交什么单据,可视履约的时间和方式而定。对于设备、材料或服务的供应,可以要求提交不同的单据。当事各方采用的定价方法不同,要求提供的单据也可能不同。

72. 由于建造过程的支付是对已完成的工程而言的,当事各方应该明确商定关于确定工程完成与否的程序。购买方似宜授权咨询工程师来测量工程的完成程度。为了取得进度付款,合同可以要求承包方在每一个支付期结束时向咨询工程师提交某些单据以及关于该支付期内所完成工程的详细报告。合同可规定按照咨询工程师或购买方签发的临时证明书支付款项。

73. 如果使用费用偿还法,可能需有专门合同条款规定核实承包方承付的费用。合同可规定购买方有权审查承包方的记录。由于承包方所缔结的分包合同的支付条件可望与建厂合同的支付条件相符,因此,合同可规定承包方只有在他业已向分包人支付之后或至少在他向其分包人付款已到期的情况下才有权取得分包工程价款的部分付款。购买方则可以通过参与选定分包人,(见第十一章“分包”,第15至26段)或在建厂合同中列入有关分包合同支付条件的要求来影响分包合同的支付条件。

74. 合同可以明确规定咨询工程师或购买方必须签发付款临时证书的期限和签发该证书后购买方必须支付的期限。根据证书应该支付的那部分价款可以在将证书交给合同所指定的银行后规定期间内到期。如果虽然已经发生了使承包方有权取得支付款项的事件,但是没有签发证书,或者没有支付根据证书应该支付的款项,则承包方可有权通过争端解决程序来要求取得支付款项(见第二十九章“争端的解

决”)。

3. 在接收或验收工厂后一段规定的时间内支付

75. 价款中某些部分 (例如关于提供设备和材料、土木工程、安装或技术转让等各个部分) 的一定百分比只有在证明建设工程已经顺利竣工之后, 即验收之后才支付。合同可要求购买方在得到这种证明后的一段规定时期内 (例如在成功地进行了性能试验后或签署验收议定书后两星期内) 支付这些部分价款。在某些情况下, 在验收工厂之前接收工厂, 则可以规定在接收工厂后的一段规定时期内支付一部分价款 (见第十三章, “竣工、接收和验收”)。

4. 在保证期届满后一段规定的时间内支付

76. 为了保护购买方不承受承包方施工缺陷的后果, 合同可以规定价款的某一百分比要等保证期届满之后一段规定期限内才予以支付 (见第五章“工厂说明和质量保证”, 第28至30段)。在确定这一百分比时, 当事各方似宜考虑到如在保证期内发现缺陷时购买方所享有的其他保障措施。如果购买方受到履约担保的充分保护的话 (见第十七章“履约担保”, 第10至12段), 合同可以规定在验收工厂后某一规定的时期内支付全部价款。合同还可进一步规定, 如果在保证期内发现了缺陷并就此发了通知的话, 则购买方有权从当时还未支付的那部分价款中扣留他为补偿这些缺陷所需的金额。这种扣留可持续到承包方纠正了这些缺陷并向购买方支付了他可能享有的损害赔偿金为止。

5. 承包方或承包方国家提供的信贷

77. 在大多数情况下, 建造工厂的资金是来自一个供资机构给购买方的贷款。但是, 在某些情况下, 如果承包方有足够的资金供其支配, 而且要建造的工厂又不大, 那么承包方可能愿意就价款的一部分向购买方提供信贷。在这种情况下, 信

贷所涉的那部分价款可由购买方在接收或验收工厂后的一段规定时期内分期偿还。

78. 如果承包方向购买方提供这种信贷，必须在建厂合同中妥善解决承包方与购买方之间的某些问题，这些问题与供资机构订立的贷款协议中所涉及的问题相同（例如，购买方归还贷款的担保，应支付的贷款利息）。

79. 建造工厂的资金有时来自承包方国家给购买方国家的信贷。在这种情况下，当事各方应该在草拟建厂合同的支付条件时考虑到两国政府间协议的条款以及购买方国家可能颁布的与执行该协议有关的规则（例如，建造工厂使用该信贷的条件）。

附 录

“按本合同第…条的规定订正价款时应采用下列公式：

$$P_1 = \frac{P_0}{100} \left(a + b \frac{M_1}{M_0} + c \frac{N_1}{N_0} + d \frac{W_1}{W_0} \right)$$

式中：

P_1 = 根据指数条款应付的价款

P_0 = 合同中规定的初步价款

a 、 b 、 c 、 d 代表在合同中商定的指数条款所涉建造价款中各项成分的百分比，其总和为 100。

$$(a + b + c + d = 100)$$

a = 不予调整的价款比例 = 百分之……

b = ……（具体指明这一权数所包括的材料）的比例 = 百分之……

c = ……（具体指明这一权数所包括的其他材料）的比例 = 百分之……

d = ……（具体指明这一权数所包括的工资数）的比例 = 百分之……

M_0 = b 项指明的材料的价款指数基准水平；

M_1 = b 项指明的材料的价款指数对比水平；

$N_0 =$ c 项指明的材料的价款指数基准水平;

$N_1 =$ c 项指明的材料的价款指数对比水平;

$W_0 =$ d 项指明的工资的价款指数基准水平;

$W_1 =$ d 项指明的价款指数对比水平。”

说明:

— “b”、“c”和“d”应等于脚注 1 所载说明性条款第 3 款中所指明的百分比;

“a”应包括剩余的百分比数;

— M_0 、 N_0 和 W_0 各项的基准水平和 M_1 、 N_1 和 W_1 各项的对比水平应使用本章脚注 1 所载说明性条款第 2 款中规定的日期和第 5 款中指明的价款指数。

第七章注

1 说明性条款(指数条款)

- “(1) 如果…(列举本条款所涉及的材料或服务)的费用增加或者减少,商定的价款应予订正。订正价款时应运用本合同附件所载的公式”(见本章附录)。
- “(2) 指数的基准水平应是〔签订合同时〕〔实际投标前…天〕〔投标截止日前…天〕现行的水平。这些基准水平应与相同材料或工资指数〔在应予支付的施工期的最后一天前…天〕〔在支付到期日前…天〕现行的水平进行比较。但是,如果承包方延迟竣工,则基准水平须按购买方意与商定履约日前…天的现行水平进行比较,〔除非这一迟延是由免责障碍造成的〕。
- “(3) 需订正的价款为应予临时支付的施工期间所建造的…(列出本条款所包括的项目)的价款的百分之…。
- “(4) 如果当事各方就公式中的加权数产生争议,而且如因建造工作的性质或范围发生变化或者加权因素的费用关系发生重大变化而使其成为不合理或不适用的话,则这些权数应由〔仲裁员〕〔法院〕加以调整。
(如果适用于合同的法律和适用于仲裁或司法程序的法律允许仲裁庭或法院行使本款具体规定的权力,则可将本款列入指数条款之中)。
- “(5) 就本条款而言,应采用由…(指明国家)…公布的指数。如果这些指数停止公布,则应采用按常理预期能反映出本条款所涉建造费用的价格变化的其他指数。”

“(6) 本条款仅适用于运用本条款后将导致对价款的订正会超出合同商定价款百分之…的情况。”

² 说明性条款

“价款的约定从属于这样的条件，即…（指明价款货币单位）等于…（指明记帐单位的单位数）。如果在实际支付价款时这一比例关系变化超过百分之…，则应增加或减少应付价款，以反映记帐单位与价款货币单位之间新的比例关系。”

第八章 设备和材料供应

提 要

当事各方在合同中拟订关于供应设备和材料的条款时，可考虑到承包方按照建厂合同供应设备和材料具有一些不同于按照销售合同供货的特点（第2段）。

当事各方似宜考虑在建厂合同中是否应依照《国际贸易术语解释通则》解释的某一特定贸易术语来处理与设备和材料的供应有关的某些问题。由于《国际贸易术语解释通则》主要从销售合同的角度来解释贸易术语，建厂合同中的某些问题可能需以不同于《国际贸易术语解释通则》的方式来处理（第3段）。

合同对应由承包方供应的设备和材料加以说明的必要性以及这种说明的性质，可取决于购买方选择的缔约方法和承包方的义务范围（第6和第7段）。

合同宜订明供应设备和材料的时间与地点。在有些情况下，合同可以责成承包方在某一指定日期供应设备和材料；在另外一些情况下，合同可以责成他在某一规定期限内供应设备和材料。供货地点可取决于购买方是否将接收设备和材料（第8至10段）。

合同可规定由哪一方负责安排设备和材料的运输并负担与此项运输有关的费用。合同还可涉及其他附带问题，如设备和材料的包装、运输许可证、设备和材料的标记、向购买方提交与运输有关的单证等（第11至14段）。

合同可规定由哪一方负责安排设备和材料的结关并缴纳关税（第15和16段）。

当事各方应考虑到拟建工厂所在国有无任何法律规则禁止进口某些设备和材料，有无任何法律规则禁止从承包方所在国或从设备和材料的另一出口国出口某些设备和材料。合同可分派获得必要的进出口许可证的责任。合同还可规定合同的生效取决于是否颁发了缔约时所需的一切进出口许可证，但那些不能在施工开始前获得的许可证除外（第17和18段）。

承包方供应的设备和材料为了贮存，或在购买方或非供应它们的某一承包人将它们用于建造工厂之前，可能须由购买方接收。

合同可载有由购买方对他接收的设备和材料进行检查的条款和就任何不符之处发出通知的条款（第19和20段）。

合同可订明当事各方在现场贮存设备和材料方面的责任。如果设备和材料由购买方贮存，合同可规定购买方就设备或材料贮存期间遭到灭失或损坏所应承担的责任范围（第21至26段）。

如果购买方承担义务供应承包方建造工厂所需的某些设备和材料，合同最好订明所供应的设备和材料的数量和质量以及供应的时间。此外，合同可以责成承包方在购买方供应了设备和材料之后立即对它们进行检查，并规定应将设备和材料的任何不符之处通知购买方（第27至29段）。

A. 概 述

1. 本章讨论建造工厂所用设备和材料的供应问题。与此有关的某些问题在其他章节讨论。制造和施工过程中设备和材料的检查和试验以及通过这种检查和试验发现缺陷的后果，在第十二章“制造和施工过程中的检查和试验”中讨论。设备和材料遭到灭失或损坏这一风险的转移以及这种风险转移的后果，在第十四章“风险的转移”，第7至19段中讨论。设备和材料所有权的转让，在第十五章“财产所有权的转让”，第6和7段中讨论。设备和材料的保险，在第十六章“保险”，第24至26段中讨论。应由承包方在竣工后供应工厂所用设备的备件问题，在第二十六章“建造后备件和服务的提供”，第10至21段中讨论。购买方因承包方供应有缺陷的设备和材料而可享有的补救，在第十八章“迟延、缺陷和其他不履约”，第26至32段中讨论。

2. 当事各方在拟订合同中关于供应设备和材料的条款时似应考虑到按建厂合同供应这些设备材料具有一些不同于按销售合同供货的特点。例如，由于承包方按照建厂合同供应的设备和材料应由他或在他监督下由另一承包人用以进行工厂安装和建造，供应设备和材料只是供应这些器材的承包方部分履行了他的义务。有关设备或材料的风险转移或所有权转让可能不发生在供货的时间，而发生在别的时间。在有些情况下（特别当只聘用一个承包人建造整个工厂时），设备和材料在运抵现场后可能仍由承包方掌管直至用于建造工厂为止。在另外一些情况下，设

备和材料可能由购买方接收贮存，以后再交回承包方用于建造工厂（见下文 B·6 和 7 节）。

3. 设备和材料的供应所涉的某些问题（如运输、风险转移、进出口许可证的获得以及包装等）是用《国际贸易术语解释通则》所解释的贸易术语（如离岸价格、成本加运费价格）来讨论的。如果当事各方希望按照某一特定贸易术语来处理他们建厂合同中的某些问题，他们可在合同中列入大意如此的条款。¹ 但是，当事各方应当看到，《国际贸易术语解释通则》主要从销售合同的角度来解释贸易术语，而建厂合同中的某些问题也许不能用《国际贸易术语解释通则》的方式来处理，或者可能需要用不同于《国际贸易术语解释通则》的方式来处理。

4. 拟建工厂所在国可能可以供应建造工厂所需的某些设备和材料。即使当地法律或地方当局并未规定为了加强本国的工业发展而必须采用当地的设备和材料，但是如果当地设备或材料的价格低于进口价格，或使用当地的设备或材料能够使购买方节约外汇，则购买方宜使用当地的设备或材料。因此，如果购买方能比承包方更好地采购到当地供应的特定设备和材料，购买方似宜承担供应这些货物的义务（见下文第 27 至 29 段）。如果购买方不愿承担这一义务，合同可责成承包方采购和使用当地可供应的特定设备和材料。

5. 在有些情况下，承包方可用自己的库存来提供设备或材料，从而履行其供应设备或材料的义务。但在其他许多情况下，他将雇用第三者（如分包人或供应商）直接向合同指定的地点供应设备和材料。在后一种情况下，按照建厂合同可把第三者供货视为履行承包方的供货义务（例如，见第十一章“分包”，第 1 段）。无论承包方是以自己的库存供货还是雇用第三者供货的方式来履行其供应设备或材料的义务，本章论述的内容应都能适用。

B. 承包方供应设备和材料

1. 关于供应的设备和材料的说明

6. 合同对由承包方供应的设备和材料加以说明的必要性以及这种说明的性质，

可取决于购买方选择的缔约方法和承包方的义务范围。在有些情况下，例如，该承包人可能是若干受聘建造工厂的承包人之一，并且每一承包人可能负责供应某些类型的设备和材料。在这种情况下，购买方须协调若干承包人的义务及其履约，以实现他的施工指标（见第二章“缔约方法的选择”，第18段）。为了达到协调的目的，他应当确保在与每一承包人签订的合同中明确规定该承包人应供应的设备和材料，并且，建造整个工厂所需的全部设备和材料都由各个承包人分担供应。

7. 如果只聘用一个承包人负责建造整个工厂或工厂的某一能单独运转的特定部分（如发电站），而该承包人必须供应建厂所需的全部设备和材料，则合同不必详细说明应供应的所有项目。不过，合同宜载有各项重要设备应达到的生产能力和应供应材料的技术特性，因为工程的质量在很大程度上取决于这些设备和材料的质量（见第五章“工厂说明和质量保证”第8和9段，并对照第十二章“制造和施工过程中的检查和试验”，第4和5段）。

2. 供货的时间和地点

8. 合同宜明确规定供应设备和材料的时间与地点。如果设备和材料是由某一承包人供应而在其监督下由其他承包人用于建造工厂，则重要的是合同应订明必须供应设备和材料的时间以便各承包人能协调履约。在这种情况下，在施工时间表中对供应设备和材料的时间作出强制性的规定往往是可取的。即使当设备和材料将由供应这些设备和材料的承包方用于建造工厂时，当事各方仍可就某些项目的特定供应时间商定一个时间表，以使购买方能够监督施工进度，并使承包方在未按时供货的情况下因迟延而受到制裁（见第九章“现场施工”，第18至23段和第十八章“迟延、缺陷和其他不履约”，第17和18段）。合同可将购买方支付部分价款的义务与供应某些设备和材料的时间联系起来（见第七章“价款和支付条件”，第70段）。

9. 合同可责成承包方在某一规定日期或某一规定期限内供应设备和材料。如果为施工进度编制的时间表是硬性的，则以规定一个具体日期为宜，责成承包方在该日供应设备和材料，不得提前（例如由于不能提前安排仓储设施）。但在某

些情况下, 合同中不可能规定具体日期, 例如, 要等另一承包人负责的某些施工部分竣工后才需要设备和材料, 而在签订供应设备和材料的合同时还不确知这部分工程的竣工时间。在这种情况下, 合同可授权购买方在缔约后, 从合同规定的期限中指定一个日期作为承包方必须供应设备和材料的日期。在确定合同规定的期限时, 购买方得考虑到他预计施工需用这些设备和材料的时间范围。采取这个做法, 可照顾到在签订建厂合同时并不确切了解何时需用设备和材料这一情况, 又可指明承包方必须供应这些设备和材料的时间范围(对照第九章“现场施工”, 第20段)。在无须规定供应设备和材料的具体日期的情况下(例如, 当只有一个承包人建造整个工厂时), 合同可允许承包方在合同规定的某一期限内的任何时间供应这些设备和材料。

10. 关于供应地点, 如果承包方在将设备和材料用于工厂安装和建造之前始终由他掌管这些设备和材料, 合同可规定现场供应与确定是否按照时间表供货及分担供货费用有关。如果设备和材料将由购买方接收(见下文第19段), 合同可责成承包方在现场或某一其他指定地点将这些设备和材料交给购买方。如果由购买方负责安排将设备和材料运往现场(见下文第B·3节), 合同可责成承包方在某一指定地点供应设备和材料以交给购买方雇用的第一承运人。除采用费用偿还法定价者外(见第七章“价款和支付条件”, 第10至24段), 合同可责成承包方负担在指定地点供应设备和材料的费用。

3. 设备和材料的运输

11. 通常, 适宜的做法是责成承担供应设备和材料义务的当事方来安排将设备和材料运到规定供货地点并支付运输费用。如果供应设备和材料的地点不是施工现场, 合同最好指明哪一当事方有义务安排将这些设备和材料从该地运往现场并支付运输费用。

12. 即使应在现场以外的某一地点供应设备和材料, 在大多数情况下较可取的做法是由承包方负责设备和材料的包装和防护, 使之适合于按预想的运输手段运到现场。设备和材料的包装可由适用于国际运输或适用于设备运输路经国的运输的

法律规则来决定（例如，限定包装尺寸的规则或要求危险货物采用特殊包装方式的规则）。如果合同规定的是一次总付价款，那么设备和材料的包装费用可以计在价款内。

13. 运输设备和材料可能需要公路、铁路或其他运输许可证，合同宜订明哪一当事方负责取得这些许可证。合同可责成不负责取得这些许可证的当事方向另一当事方提供取得这些许可证所需的一切协助（如，提供有关资料说明设备尺寸、所用包装种类、或根据适用条例取得许可证所要履行的手续）。

14. 如果设备和材料应在供货地点由购买方接收，合同最好责成承包方在设备和材料的包装上作出标记，以供购买方辨认。此外，还可责成承包方按照适用于预计的运输方式的法律规则在设备和材料上作标记（如，用一定的标记来表示材料是危险品）。合同还可责成承包方将与运输有关的单证（如发票或运输单据）交给购买方。购买方可能需要其中一些单证，如提货单，以便能接收设备和材料；合同可要求将这些单证交给购买方，或者如系跟单信用证交易，则交给购买方的银行，以便购买方能及时收到这些单证并能在设备和材料抵达目的地时予以接收。还可以将购买方收到单证作为支付设备和材料价款的先决条件（见第七章“价款和支付条件”，第71段）。

4. 结关和关税

15. 合同可订明由哪一当事方安排设备和材料的结关和缴纳关税事宜。对进口的设备和材料通常要征收关税。但在特殊情况下，可能对出口的设备和材料征收关税。此外，对过境的设备和材料也可能征收关税。最好能在合同中规定，出口设备和材料的结关和缴纳出口关税属承包方的责任。即使供货地点就是将设备和材料交给购买方雇用的承运人的地点（见上文第10段），也可这样规定。合同可规定由安排运输的当事一方负责过境时的结关和缴纳关税。当事各方可在合同中注明根据当地法律规定可免征关税的任何项目。

16. 进口设备和材料的结关可由购买方负责，如果这些设备和材料进口后由他接收的话（见下文第19段）。如果设备和材料进口后仍由承包方掌管，则进口

结关可由承包方负责，也可由购买方负责，视哪一当事方较易办理结关手续或按当地法律规定哪一当事方负有办理这些手续的义务而定。合同可责成不负责结关的当事方协助办理结关手续，特别是应提供可能需要的单证（例如，可能要求承包方协助提供发票和原产地证明，要求购买方协助提供进口许可证或他的国家签发的其他必要许可证）。关于缴纳进口关税，在某些情况下最好规定，这是购买方的责任。如果承包方负责缴纳关税，而若进口关税税率较之缔约时的税率有了变动，则可能有必要修订价款以将这种变动考虑进去（见第七章“价款和支付条件”，第38和39段）。

5. 禁止性规定和许可证要求

17. 拟建工厂所在国的法律规则可能禁止进口某些设备和材料。另外，承包方所在国或拟由其出口设备和材料的另一个国家可能禁止出口某些设备和材料。当事各方在起草建厂合同时应考虑到这些规则，因为违反这些规则会使合同无效。如果只有获得了许可证方获准进口和出口，则合同最好责成购买方和承包方应分别获得缔约时法律规定所需的或可能在缔约后成为法律规定所需的任何进口许可证和任何出口许可证。此外，合同可责成当事各方互相合作取得这种许可证。合同可责成负责取得许可证的当事方及时把为取得许可证而采取的步骤和得到的结果通知另一当事方。

18. 合同可以规定，合同的生效取决于缔约时规定所需的一切进出口许可证的颁发（见第三章“承包方的选择和合同的订立”，第50段）。但在某些情况下，不可能在施工开始前获得进口或出口某些设备或材料所需的许可证。例如，适用的条例可能规定，对于许可证申请只有在申请出口或进口日期之前不久才予以处理，而这可能已是开始施工后一段时间了。在这种情况下，就不可能将签发进出口许可证定为合同生效的条件，但合同可规定有责任获得许可证的当事一方不能获得许可证的后果。合同也可规定，如果有责任获得许可证的当事一方未在缔约后一段规定时间内获得许可证，当事另一方可中止履约或终止合同（见第二十四章“施工的中止”和第二十五章“合同的终止”）。对于不能获得缔约后法律规定所需的许可证也可规定这种后果。

6. 购买方接收设备和材料

19. 在某些情况下，购买方可能需要接收承包方供应的设备和材料。例如，购买方可能需要接收这些设备和材料以便贮存（见下文B·7节）。如果设备和材料是由购买方自己或者供应设备和材料的承包人之外的某一承包人进行安装和建造的话（例如，当供应设备的承包人只监督该设备的安装），他还可能需要在设备和材料用于建造工厂之前予接收。合同可规定，当购买方实际占有设备和材料时，即为已经接收。合同还可规定，购买方接收并不意味着他对承包方供应的设备或材料的认可（见第十二章“制造和施工过程中的检查和试验”，第1段和第十八章“迟延、缺陷和其他不履约”，第8和44段）。此外，合同还可规定，如责成购买方接收设备和材料但他没有这样做，则当将这些设备和材料置于购买方支配之下时即视为已经接收。

20. 在某些情况下，合同可规定，购买方接收设备和材料就使设备和材料灭失或损坏的风险转移到购买方（见第十四章“风险的转移”，第9至17段）。如果风险如此转移，可能会就灭失或损坏究竟是发生在接收前还是在接收后产生争端。也可能会就设备和材料的缺陷究竟是在接收前，例如由于制造不合格或承包方包装不妥所造成的，还是在接收后，例如由于购买方保管不妥所造成的产生争端。如果责成购买方在接收时检查设备和材料的表面完好状况并将他所发现的任何不符之处立即通知承包方，此类争端可能会减少。但是，购买方也许不能确定设备和材料是否完好（例如，因为他不了解这些设备和材料的规格标准，或不具备确定是否符合规格标准的技术知识）。此外，有些缺陷只有将设备和材料用于建造工厂以及工程竣工之后才可能发现。因此，当事各方似宜考虑是否应在合同中规定，在这种情况下，购买方不会因为未曾把不符之处通知承包方（如果该不符之处是由承包方对购买方负有赔偿责任的事因所致）而丧失其可获得的补救。

7. 现场贮存

21. 设备和材料必须在工厂安装和建造需用之时在现场供应。因此，通常在需

用设备和材料之前，就将它们供应到现场并就地贮存。合同可确定当事各方在贮存方面的义务。

22. 如果设备和材料在现场供应后仍由承包方掌管并由承包方承担这些设备和材料灭失或损坏的风险，则有关贮存的条款似无必要。在这种情况下，承包方对工厂缺陷所负的赔偿责任，或对安装和使用所贮存的设备和材料的那部分工厂缺陷所负的赔偿责任，就足以促使他妥善进行贮存保管。如果由购买方贮存但贮存期间的风险却由承包方承担，则合同宜确定购买方在履行贮存义务时的责任程度。

23. 选择哪一当事方负责贮存，可取决于购买方所选用的缔约方法。如只聘用一个承包人建造工厂，则该承包人可承担贮存的责任（见上文第22段）。如果不止一个承包人供应设备和材料，如果供应时他的工作人员在现场或他拥有合适的贮存设施，则每一承包人可承担贮存其本人供应的设备和材料的责任。不然，购买方可承担贮存的责任。但这种安排可能会引起争端。在这种情况下，合同可责成供应设备或材料的承包人经购买方提出要求后告知购买方应如何贮存这些设备或材料。合同还可责成该承包人即使未经购买方提出要求也应将贮存这些设备和材料所应采取的特殊措施通知购买方。

24. 如承包方负责贮存，则他的责任可包括提供适当的贮存设施（如存货棚或货房）。但是，合同可以要求购买方提供场地安置这些设施。如果购买方能很好地提供贮存设施，则合同可责成他按施工时间表规定的时间提供这些设施（见第九章“现场施工”第18至23段）。

25. 如果设备和材料将由购买方接收和贮存，贮存期间设备和材料灭失或损坏的风险也将由他承担（见第十四章“风险的转移”，第9至17段），则合同可责成购买方应按他接收贮存设备和材料时同样完好的状况将设备和材料交给承包方。但是，合同可将由于承包方或承包方雇用的某人所造成的灭失或损坏、或因设备或材料的固有性质而造成的灭失或损坏排除在购买方赔偿责任之外。如由购买方负责贮存但由承包方承担贮存期间的风险，则合同宜确定购买方履行贮存义务时的责任程度。如购买方负责贮存货物，承包方可责成购买方将贮存的设备和材料所遭到的任何灭失或损坏立即通知承包方。

26. 合同可规定由购买方贮存的设备和材料应于何时、以何种方式交回承包方

用于工厂建造。合同可责成承包方在购买方将设备和材料交回他时对这些设备和材料进行检查，如有任何灭失或损坏，应通知购买方。购买方是否应就这种灭失或损坏负赔偿责任，可取决于购买方承担的贮存责任的性质（见上文第25段）。合同可规定，如承包方在他理应能够发现贮存的设备和材料所遭到的灭失或损坏后的某一合理期限内，最迟在购买方将贮存的设备或材料交给承包方后按合同规定的一段期限内，未将这种灭失或损坏的性质通知购买方，则承包方就丧失了要求购买方对这些灭失或损坏承担责任的权利。

C. 购买方供应设备和材料

27. 根据某些建厂合同，购买方可能承担供应承包方建造工厂所需的某些设备和材料的义务（见上文第4段）。这应当与购买方自己承担建造部分工厂并且对该部分工程负独立责任的情况相区别（见第二章“缔约方法的选择”，第1段）。

28. 合同似宜列明应由购买方供应的设备和材料。购买方供应这些设备和材料的时间，可按上文第9段讨论承包方供货时间的类似方式，在时间表中规定具体日期或期限。

29. 合同可责成承包方在购买方供应设备和材料后立即对其进行检查。合同还可规定，如果承包方在他理应能够发现设备和材料规格不符后的某一合理期限内，最迟在购买方将设备和材料供应给他后按合同规定的一段期限内，未将这些规格不符情况通知购买方，则承包方就丧失了要求购买方对此承担责任的权利。承包方因购买方没有按时供应无缺陷的设备和材料而可获得的补救在第十八章“迟延、缺陷和其他不履约”，第63段中讨论。

30. 当事各方似宜商定，承包方不须支付购买方供应的设备和材料的款项，但在确定购买方支付建造该工厂的价款时，应把这些设备和材料的价值考虑在内。

第八章注

说明性条款

- “ (1) 承包方对用于建造工厂的设备和材料的供应应根据〔… (指定启运站) 火车上交货价〕〔… (指定装运港) 离岸价格〕〔… (指定目的港) 成本加运费价格〕〔运费付至… (指定目的港)〕〔… (指定港) 目的港船上交货价〕〔… (指定港已完税) 目的港码头交货价〕〔… (指定边境供货地) 边境交货价〕〔… 目的港船上交货价进口国指定目的地) 已完税交货价〕实行。
- “ (2) 第(1)款所用贸易术语应当按照缔约之日有效的国际商会《国际贸易术语解释通则》予以解释, 但本合同对该贸易术语所涉的任何问题另有规定者除外”。 (《国际贸易术语解释通则》, 1980年修订本, 载于国际商会文件第350号。)

第九章 现场施工

提 要

本章讨论的现场施工包括土木工程、建筑和设备安装。它还包括承包方提供的与购买方或购买方聘用的企业进行的安装工作有关的某些施工服务。拟进行的施工范围将取决于具体建厂合同的条件。拟建工厂所在国的现行强制性法律规则可能要求在施工中遵守某些标准或程序（第1至3段）。

在施工开始前往往需要在现场作一些筹备工作。合同可以规定当事各方应承担的筹备工作事项。可责成购买方取得使用施工现场所需的任何批准文件。合同还可以具体指明承包方人员在施工期间所需的设施，并确定如何提供这些设施（第6至9段）。

合同可责成承包方自己配备他进行施工所需的施工机械和工具。如果购买方要提供一些施工机械和工具，合同可以就这种供应确定当事各方的权利和义务。可以责成购买方协助承包方就施工机械和工具输入建造工厂所在国家取得批准文件（第11至12段）。

合同应规定承包方开始施工和竣工的日期，并应确定是否允许在规定的竣工日期之前竣工（第14至17段）。

合同最好列出一张规定施工顺序的时间表。当事各方在制定时间表时似宜考虑使用“关键路线法”。时间表可以为各部分施工的竣工规定强制性和非强制性的标志日期（第18至23段）。

在某些情况下可能需要变动竣工日期。合同可规定出现这种情况作出变动的办法（24至25段）。

如果由购买方进行设备安装，可以责成承包方监督安装。合同可以规定当事各方在监督方面的权利和义务。如果不需要承包方进行监督，则可责成承包方在购买方提出要求时就安装工作提供咨询（第27至29段）。

当事各方均需为某种目的进入现场。 合同可以界定应允许进入的范围，并列入有关进入的条款规定（第 3 1 和 3 2 段）。

在购买方应建造工厂的一个部分的情况下，他有时会发现要求承包方代他购买施工所需的一些设备和材料是有利的（第 3 3 和 3 4 段）。

合同可以责成承包方定期清理现场，并在竣工后使现场保持整洁良好的状况（第 3 6 段）。

A. 概 述

1. 根据建厂合同进行的建造工作可以包括提供用于建造工厂的设备和材料，以及土木工程、建筑、设备安装和提供其他施工服务（如监督安装）。 承包方除承担建造工作外，还可承担技术转让（见第六章“技术转让”，第 2 段）和提供工厂设计（见第二章“缔约方法的选择”，第 2 段）。

2. 本章讨论的现场施工包括土木工程、建筑和设备安装。 它还包括承包方提供与购买方或购买方聘用的企业进行的安装工作有关的某些施工服务。 第八章“设备和材料的供应”论述了设备和材料的供应问题。 拟进行的现场施工范围将取决于具体的建厂合同的条件（如，施工可限于设备的安装，或除此之外还可包括土木工程和建筑，见第五章“工厂说明和质量保证”，第 3 段）。 在某些情况下，承包方供应的设备可由购买方或由购买方聘用的某一企业安装，承包方的义务可只限于监督安装工作（见下文第 2 7 至 3 0 段）。 在其他情况下，某些设备可由购买方聘用的企业供应并可责成承包方除安装自己供应的设备外，也安装这些设备。

3. 拟建工厂所在国中现行强制性法律规则可能要求在施工中遵守某些标准或程序（如，为了施工人员的健康和安全以及为了环境保护）。 但是，合同可责成购买方协助承包方获得有关这种规则的资料，购买方可能发现这有助于履行这些规则所赋予的某些义务。 此外，承包方国家中的有关工作条件的某些强制性法律规

则甚至可适用于承包方人员在购买方国家的现场所进行的施工。除了有关的地方、国家及国际法律规则与条例以及合同的各项条款以外，关于健康、安全和环境保护可能还有地方、国家和国际标准或业务守则。当事各方似宜商定承包方要遵守这些规定。

4. 当聘用若干承包人建造工厂，并由他们同时进行施工时，合同可以要求其中每一个承包人避免采取会影响其他承包人履行其义务的行为。

5. 合同可以规定，当事各方的代表应每隔规定的时间在现场定期会晤，以促进彼此间的合作并解决有关现场施工的问题。这种会议会有助于解决日常问题或解除误会，从而无必要援引有关解决争端的合同条款（见第二十九章“争端的解决”，第9段）。

B. 筹备工作

6. 大多数建厂合同责成购买方提供建造工厂的场地。可在合同中确定场地，如借助地图或平面图加以说明。承包方通常在签订合同之前就已视察了现场，而且也许已就现场是否适合于拟建工程承担了某些义务（见第七章“价款和支付条件”，第4.4和4.5段）。

7. 为了能够开始并顺利进行施工，往往需要在现场作一些筹备工作（如清理和平整场地，提供进出道路或铁路，并向现场提供用水和能源）。合同可以规定当事各方应承担的筹备工作事项，制订完成工作的时间表（见下文C.3节），并确定由哪一方承担工作费用。

8. 合同最好责成购买方就使用场地进行施工取得建造工厂所在国法律所要求的官方核准或批准文件（对照第二十八章“法律的选择”，第2.4段）。当事各方似还宜规定，购买方应协助承包方取得承包方人员进入现场所在地国家并在那里开始工作所必需的签证、工作许可和类似的文件。

9. 合同最好具体指明承包方人员在现场施工期间所需的各种设施，应由哪一方提供这些设施，和应由哪一方承担提供这些设施的费用。如果应由购买方支付承包方所提供的设施，支付金额可以列入一次总付价款中，或者，可以根据费用偿

还法支付这笔金额（见第七章“价款和支付条件”，第2段）。在某些情况下，合同可以责成承包方提供购买方人员在现场施工期间所需的某些设施。购买方似宜考虑承担下列义务的一部分或全部：为承包方人员提供合适的办公室和住所；为这些房舍配置家具、电话和其他公用设施；为承包方人员提供食品或饮食供应设施；提供现场的卫生设施；为承包方人员提供从住处到现场往返的日常交通工具。合同可以规定应提供的设施的标准，同时考虑到适用法律中关于施工人员的工作条件的要求。合同最好规定当事各方在现场施工开始之前应对购买方所提供的设施进行一次联合检查。通过检查所查明的设施的状况可以列入由当事双方签署的一项协议书中。

10. 通常需要为现场施工建立一个车间，合同可责成承包方提供这一车间。购买方似宜在竣工后保留这一车间因为它可有助于对工厂进行维修。提供这一车间的费用可以列入合同价款之中。

C. 由承包方进行的现场施工

1. 进行施工所用机械和工具

11. 承包方进行现场施工需要机械（例如，挖土机、起重机、推土机）和工具（例如钻头、锯子）。可以责成他自己配备他所需要的机械和工具。然而，在某些情况下，购买方向承包方提供某些机械和工具（如当他有可能以当地货币廉价租得这种机械和工具时），可能对购买方有利。在这种情况下，合同得列出购买方拟提供的各件机具，并规定承包方所需的所有其他机具均应由承包方负责取得。此外，合同最好就购买方提供的机具规定当事各方的权利和义务（例如有关机具是否卖给或租给承包方，承包方购买或租用机具应付的款额是否已计入合同价款中还是须另行支付）。合同还可涉及根据这种安排将产生的其他问题，例如提供机具的日期、提供机具的数量和质量、由哪一方负责维修保养、机具的用途以及应由哪一方承担机具灭失或损坏的风险。如果购买方应建造工厂的一部分而他认为从承包方取得他施工所需的某些机械和工具是有益的话，那么合同也得涉及同样的问题。

12. 关于承包方将施工机械和工具输入建造工厂所在国，即使是竣工后要输出的，可能也需要取得特许和批准（如结关）。合同可责成购买方协助承包方取得这种许可证和批准文件，或代表承包方取得这些证件。

13. 当事各方似宜商定如何提供施工所需的现场运输。例如，合同可规定由当事一方提供所需车辆，并可就这些车辆的维修和更换作出分配。第八章“设备和材料的供应”，第11至14段讨论了有关向工地运送设备和材料的问题。

2. 竣工的时间

14. 合同应明确规定承包方开始施工和竣工的时间。可按某一日历日或按某一期限确定竣工时间。如果应于某一日历日竣工，那么合同最好规定此日期在什么情况下可予推迟以及据以确定推迟期限的标准。如果开工的日期不能确定（例如合同需得到政府机构的批准才能生效，或购买方需取得施工所需设备和材料的进口许可证），则合同可以规定应在某一规定期限内竣工。合同应规定这一期限自何时开始（见下段）、在何种情况下停止计算或可延期或缩短，以及据以确定期限变动的标准（见下文第24至26段，第二十三章“变动条款”，第8段和第二十四章“施工的中止”，第13和14段）。

15. 当事各方似宜规定竣工期限可按下述日期之一起算：

- (a) 合同生效的日期；
- (b) 购买方按合同规定预付价款一部分的日期，或是购买方向承包方提交作为预付款担保的保证书的日期；
- (c) 购买方就购买方已取得进口设备和材料所需的一切许可证以及建厂所在国所要求的对建造工厂的一切正式批准书向承包方交付通知书的日期；
- (d) 购买方向承包方提交关于开始施工所需的确定工厂的建造范围和技术特点的所有合同文件（如设计、图纸）的日期；
- (e) 向承包方移交工地的时间。

16. 或者，当事各方可以提出上段所述的多于一个的日期，并规定竣工期限按

其中最后到来的一个日期起算。第十八章“迟延、缺陷和其他不履约”和第十九章“约定违约金和罚款条款”讨论了承包方不按时竣工的后果。

17. 如果仅聘请一名承包人建造工厂，而无须购买方协调几个承包人现场施工，则尽早竣工对购买方来说是有利的。在这种情况下，确定的竣工日期或竣工期限的结束日期得视为竣工的最后时间，并允许甚至鼓励提前竣工（见第七章“价款和支付条件”，第28至30段）。然而，有时购买方由于各种实际原因，包括其在财务方面的安排，可能不希望提前竣工。合同应确定是否允许提前竣工。

3. 施工时间表

18. 合同宜列出一张时间表，规定施工进行顺序。时间表便于评价施工进度。当竣工时间需要变动时，时间表还可便于确定竣工时间的变动（见下文第4小节）。当事各方似宜在签订合同之前协商出一个彼此能够接受的时间表，因为在以后阶段可能会更难以达成一致意见。固然，在签订合同之前，要制订一张完备详尽的时间表，是不现实的。但是，合同可就建造工厂主要部分列出一个基本的施工时间表，并规定在合同生效后的一段规定期限内，承包方应编制一张详尽的时间表。

19. 时间表的编制形式（如图表或使用电脑设备）应使施工的实际进度得以记录下来并与时间表进行对照。当事各方似宜考虑的一个设计时间表的方法是所谓的“关键路线法”。根据这一方法，将整个施工分成各个单项任务，对每一项任务规定执行期限。这些期限均列入一张表明施工活动的时间顺序和相互关系的示意图中。各项关键性活动，即决定其他活动的活动，组成了一条连续的链条贯穿于示意图中，称为“关键路线”。这一办法有利于评价某些施工活动的迟延对其他施工活动造成的后果。

20. 如果聘用几个承包人进行施工（见第二章“缔约方法的选择”，第17至25段），那么，每一项合同得列出一张说明该项合同所规定的施工顺序的时间表，以便使购买方能将该时间表与购买方制订的整个建厂施工的总时间表进行协调。然而，在有些情况下，尽管也许有可能规定每一承包人应竣工的期限，但无法规定每一承包人开始施工的日期（例如，由于其他承包人的确切竣工日期不定）。与每

一承包人签订的合同，可规定该承包人开始施工的日期必须在合同规定的期限之内，并可进一步规定，具体开工日期应在该日期前的一段规定时期内送交该承包人的通知中予以指定。合同还可进一步规定，如果购买方在规定的期限结束时尚不要求开始施工，那么该承包人就有权终止合同（见第二十五章“合同的终止”）。

21. 为了评价施工进度，时间表可规定各标志日期（即，规定的施工部分预期竣工的日期）。某一部分施工必须在某一标志日期之前竣工可以是强制性的。如果聘请若干承包人进行施工，每一承包人必须严格遵守其时间表，以便使购买方得以成功地进行协调。因此，在这种情况下，合同可规定遵守标志日期是强制性的，承包人如不能按标志日期竣工，那就应对迟延负责（见第二十八章“迟延、缺陷和其他不履约”，第17和18段）。

22. 如果只单独聘请一个承包人建造整个工厂，那就无须为协调施工活动而规定标志日期；该单一承包人将有义务协调所有活动，并按合同规定的竣工日期完成整个工厂的建造。但是，即使在这种情况下，规定强制性标志日期，对购买方也可能是有益的。如果没有标志日期来要求某些部分施工按时竣工，那么，在一些法律制度下，即使承包人已经远远落后于施工时间表，但购买方在确定的竣工日期到达之前，可能没有任何补救办法。因此，购买方似宜在时间表中规定某些主要部分施工应按时竣工的一个或几个强制性的标志日期。合同可规定，如果承包方不能在有关的标志日期过去以后的一段合理的或规定的时间内完成其中某一部分施工，则购买方有权终止合同（见第十八章“迟延、缺陷和其他不履约”，第17和18段和第二十五章“合同的终止”，第9段）。

23. 在某些情况下，非强制性的标志日期也是有益的。例如，利用这些标志日期来划分各部分施工预期竣工期限，可便于在施工变动或中止时，确定准许承包方延长的期限。然而，承包方不遵守非强制性的标志日期，并不算延迟履行其施工义务。

4. 竣工时间的变动

24. 在某些情况下，竣工的时间可能需要延长或缩短，如果合同的适用法律对此延长或缩短并未作出适当的规定，则当事各方宜在合同中作此规定。本《指南》

的其他章节论述了关于竣工时间变动的问题（例如，见第二十三章“变动条款”，第8段和第二十四章“施工的中止”，第13和14段）。如果竣工时间有变动，则施工时间表也须作相应的改动。

25. 合同可责成承包方，将所发生的承包方意欲凭以行使其延长竣工时间的权利的任何事件及其原因，及时通知购买方。此外，可责成承包方一俟其能够确定需要延长多少时间时，立即将所需延长的期限通知购买方。如果在送交通知后一段规定时间内，当事各方未能就应给予承包方延长多少时间达成协议，那么就可认为根据合同规定，竣工时间应按竣工所合理需要的期限予以延长。当事各方可规定，如果双方之间的争端提交仲裁程序或司法程序解决，在该程序进行期间施工不得中断（见第二十九章“争端的解决”）。

26. 由于竣工时间的变动，可能需要随之延长有关施工方面的保险（见第十六章“保险”）或履约担保书的有效期限（见第十七章“履约担保”，第10至12段）。可责成有义务取得保险或提供担保的当事方采取必要的措施。

D. 在承包方指导下进行设备安装

27. 如果采用了多项合同法（见第二章“缔约方法的选择”，第17至25段），购买方似宜安装承包方供应的设备，或雇用当地的企业安装设备。合同可责成承包方监督安装。这种安排可减少购买方的外汇外流，并可使其国家获得技术。

28. 合同宜就承包方在监督过程中应履行的职责作出规定。合同可责成承包方给设备安装人员以安装技术、健康和安全方面的具体指导。合同可规定代表承包方进行监督的人的所应具备的资格条件，并可责成承包方将授权进行监督的人员的姓名通知购买方。合同可载明应予监督的安装工作的估计期限以及开始安装的大致时间。合同可责成承包方在购买方向其送交开工通知书后一段规定的时间内，开始进行监督。合同可责成购买方在承包方应开始进行监督前一段规定的时间内，把应受监督的人员通知承包方。

29. 合同可责成承包方检查由其监督安装的设备，以核查安装是否正确，并将检查时发现的或理应发现的任何缺陷及时通知购买方。合同可规定，承包方对购

买方或购买方雇用的企业不听从承包方的指示而造成的缺陷不负任何赔偿责任。

30. 购买方或购买方雇用的当地企业可能拥有无需承包方监督而安装设备的技术能力。在这种情况下, 合同可责成承包方在购买方提出要求时, 就安装工作提供咨询意见。合同还可责成承包方在安装完毕后, 检查已安装的设备, 并将检查时发现的或理应发现的任何缺陷及时通知购买方。

E. 进入现场

31. 当事各方均需为某种目的进入现场。合同可界定, 进入现场包括进入将要进行施工的地段以及进入车间、实验室、仓库和其他为现场施工目的而建立的设施。在聘用若干承包人进行施工的情况下, 在确定购买方是否允许某一承包人进入另一承包人所承建的工厂部分时, 应考虑到购买方对该另一个承包人就保密所作的承诺(例如, 关于图纸、规格说明书, 或技术等)。

32. 合同宜就进入现场问题作出规定。准予进入的性质, 得取决于施工现场和建造中的工厂将为当事哪一方所实际占有。如果施工现场和建造中的工厂将为承包方所实际占有, 那么合同可责成承包方允许购买方及购买方指定的人员进入现场, 以便使他们能够确定施工进度, 并将无权进入的人员排除在外。如果施工现场和建造中的工厂将为购买方所实际占有, 那么合同可责成购买方允许承包方及其所雇用的人员(包括分包人)为建造工厂和在保证期确保弥补缺陷而进入现场(见第十三章“竣工、接收和验收”, 第23段)。合同可责成当事各方在灭失或损坏的风险由另一方承担的情况下, 采取必要的安全措施以防止设备、材料和工厂的灭失或损坏(见第十四章“风险的转移”)。

F. 承包方协助购买设备和材料

33. 在由购买方建造工厂的一个部分的情况下, 有时他会发现要求承包方代其购买施工所需的一些设备或材料是有利的(例如, 承包方可能有条件更迅速或更廉价地获得这些设备或材料)。承包方所应提供的有关购物的服务, 可包括提出设

备和材料的适当的规格说明；就要求潜在供货人承担的合同义务，其中包括质量保证提出建议；选择合适的供货人；制订与供货人签订合同所需的投标文件和其他文件；代表购买方签订购货合同；以及接收和检查所供的货物合同宜列入关于购买方因承包方代其购买机具而向他付款的特别规定，因为适用于拟由承包方施工的付款条件可能不适用于这些机具。

34. 合同可规定承包方对不履行其义务所负的赔偿责任。与承包人雇用分包人或其他人员来履行其自己的施工义务（见第十一章“分包”，第27和28段）的情况相对照，可规定如果供货人不履行其与购买方签订的合同所规定的义务，承包人对此不承担责任。承包方只有在履行其有关购货义务时未尽到理应尽到的小心的情况下，才可能承担责任。

35. 在有些情况下，购买方可能自己能够购买必要的设备和材料，但是在一些问题上（例如，设备或材料的适当的规格说明，可能需要供货人提供的保证），可能需要协助。在这种情况下，可责成承包方提供适当的咨询。

G. 现场的清理

36. 合同可责成承包方定期清理现场上的多余物资和废料。此外，合同可责成承包方在购买方接收或验收工厂之后，将其施工机械和工具运离现场，但承包方可能在保证期间为修补通知其的缺陷所需的机械和工具除外。合同还可责成承包方在竣工之后撤离现场，使现场保持整洁良好的状况。关于承包方在合同终止时就其施工机械和工具所承担的义务，见第二十五章“合同的终止”，第23至25段。

第十章 咨询工程师

提 要

本章所述的咨询工程师系指购买方聘用的、向购买方提供咨询和专门技术知识、代表购买方在建厂合同项下采取某些行动、或在合同项下行使某些独立职能的工程师（第1和3段）。建厂合同最好在咨询工程师的职权影响到承包方权利和义务的范围内清楚地规定咨询工程师的职权（第4段）。合同无需授权或规定咨询工程师向购买方提供咨询和专门技术知识（第5和6段）。然而合同最好订明咨询工程师所具有的代表购买方行事的任何权力，包括对这种权力的任何限制（第7和8段）。

在一些建厂合同中，当事各方似宜规定由咨询工程师独立地而不是为了或代表购买方行使某些职能（第9至第12段和第16段）。这种独立职能可限于技术性事宜，例如可包括现场解决施工过程中产生的技术问题，解决制图或规格说明书中的差异、错误或遗漏，解释合同的技术条款规定，证明存在某些导致合同权利和义务产生的事实（第13和14段）。当事各方似宜考虑是否授权咨询工程师裁决当事各方之间的争端（第15段）。

合同最好规定咨询工程师按独立职能所采取的行为在多大程度上应视为对当事各方具有约束力。这可取决于这一行为究竟涉及日常问题的解决，还是关系到当事各方之间争端的解决（第17至19段）。

如果咨询工程师只是向购买方提供咨询和专门技术知识，或是代表购买方行事，他可由购买方单独选择，但是，如果他要行使独立的职能，则承包方似宜有权参与选择。合同最好规定有关选择和更换咨询工程师的程序（第20至26段）。如果当事各方根据适用法律能够做到的话，似宜处理咨询工程师向他方委托其权力的问题（第27和28段）。

合同可以责成承包方在他根据建厂合同须向购买方提供资料或准其进入现场、制造地点和竣工工厂的相同范围内向咨询工程师提供这种资料或准其进入这些地方（第29段）。

A. 概述

1. 购买方可能在一个工厂项目的早期就需要咨询工程师的服务。在签订建厂合同之前,可能需要工程师进行可行性研究和其他缔约前研究(见第一章“缔约前研究”),编制部分或全部工厂的设计、图纸和规格说明书,编制招标文件和合同文件(见第三章“承包方的选择和合同的订立”),以及就其他各种技术性事项提供咨询。在签订合同以后,工程师可向购买方提供有关建造工厂的咨询和专门技术知识。在有些情况下,购买方可授权咨询工程师就根据建厂合同规定应由购买方采取的某些行动代表购买方行事(见下文第7和8段)。此外,还可授权工程师在建厂合同项下行使直接影响到当事各方权利和义务的独立职能(见下文第9至19段)。

2. 工程师行使的职能范围可因购买方所选择的缔约方法而有所不同。(见第二章“缔约方法的选择”)。例如,如果购买方选择多项合同法,并需要咨询工程师协助协调各承包人的履约活动,比起选择统包式合同来说,工程师的职能范围就要大一些,因为统包式合同通常不需要这种协调。然而,即使采用统包式合同,购买方也可能认为,在例如对承包方的建造工作进行进度监督和质量检查方面工程师提供的服务是有益的。

3. 有些情况下,购买方自己的工作人员中可能有工程师能提供购买方建造工厂所需的各种服务。然而,在另外一些情况下,购买方的工作人员也许不能提供所需要的全部工程服务,购买方得聘用一名工程师,以取得这些服务。这种第三方工程师在本章中称作“咨询工程师”。即使在购买方内部具有足够的工程能力的情况下,购买方也可聘用一名咨询工程师,以作为这种能力的补充,例如,聘用一名在这类工厂或所涉施工方面具有特别专长或经验的咨询工程师。此外,如果建厂合同规定由一名工程师来行使某些独立的职能,那么合同可要求由第三方而不是购买方工作人员中的工程师来行使这些职能。在选择咨询工程师时,购买方可以考虑应否选择已进行缔约前研究的工程师(见第一章“缔约前研究”,第16段)。

4. 本章讨论了建厂合同中有关购买方所聘用的咨询工程师职权的条款。就咨询工程师而言,其职权将由他与购买方订立的合同作出规定,而不是由咨询工程

师通常不作为当事一方的建厂合同作出规定。凡咨询工程师代表购买方或依据自己的权利独立采取行动会对建厂合同项下承包方的权利和义务产生后果者,建厂合同最好也对咨询工程师的职权作出规定。这将使承包方既有法律授权也有义务来实行咨询工程师所采取的这种行动。重要的是,建厂合同有关咨询工程师职权的规定应同购买方与承包方订立的合同的有关规定相一致。如果就建造工厂订立了不止一个合同,则这些合同中有关咨询工程师职权的规定最好都相互一致。

B. 咨询工程师的职权

1. 向购买方提供服务

(a) 向购买方提供咨询和专门技术知识

5. 对于任何类型的建厂合同来说,购买方必须掌握或能得到必要的专门技术知识,以确实弄清楚工厂的设计和规格说明书符合自己的要求,建厂工作的进展令人满意,并作出各种决定和行使根据合同规定属其职权范围内的其他职能。例如,他必须能核准承包方提出的施工时间表,监督施工进度,评价承包方的履约情况以便确定是否支付所要求付给的款项,评价施工迟延或缺陷和确定在这方面采取何种措施,指示作出变动或就承包方建议的变动作出决定,确定承包方提出的分包人,处理免责障碍或困难情况以及评价检查和试验的结果。对于某些合同,购买方可能有必要承办设备和材料、检查和评价承包方提交的图纸、评价承包方和供货人提出的保证并为各承包人进行的工作作出安排和进行协调。对于费用偿还式合同,购买方有必要查明承包方要求偿付的各项费用是否合理和正确。对于单位定价合同,购买方得核实需支付的施工单位总额。购买方往往发现最好聘用一名咨询工程师就这些事项向其提供咨询和专门技术知识。

6. 如果咨询工程师仅向购买方提供这种咨询和专门知识,而不代表购买方或依据自己的权利采取直接影响承包方的合同权利和义务的行动,则建厂合同无须对咨询工程师行使这种职能作出授权或规定。另一方面,建厂合同可能应载有一些

规定，旨在使咨询工程师能履行这种职能，或便利这种职能的履行，诸如规定允许他进入厂地或制造地点，或取得必要情报资料，以监督工程进展和行使其别的职能（见下文第29段）。

(b) 代表购买方行事

7. 咨询工程师除了向购买方提供咨询和专门技术知识外，还可受权代表购买方采取上文第5段所提及的那类性质的某些或所有行动。在某些情况下，由于咨询工程师的行动可能直接影响到承包方的合同权利和义务，因此建厂合同最好订明咨询工程师在这方面的权力，包括对这种权力的任何限制（例如，对咨询工程师代表购买方指示或同意作出变动方面权力的任何限制）。此外，建厂合同最好责成购买方将咨询工程师的权限在签订合同后所发生的任何扩大或变化以书面通知承包方。

8. 建厂合同还宜订明咨询工程师是否具有代表购买方与承包方通讯的任何权力。例如，合同可规定，购买方与承包方之间有关咨询工程师权限内各事项的通讯均须通过该工程师传送。

2. 独立职能

9. 当事各方似宜考虑咨询工程师应否独立地、而不是为了或代表购买方行使某些职能。这种做法在世界的某些地区有时是建厂合同的一个特点，但在其他地区也许不为人们所熟悉。这种做法可能有某些好处。例如，它可使施工过程中出现的技术问题能够由一位熟悉施工情况和了解项目并能直接接触有关人员、实情资料和来往函电的人迅速而独立地予以解决。由当事双方都信任的一位咨询工程师独立采取的行动比起由其中一方或代表其中一方所采取的行动来更容易为当事各方所接受，并可能避免耗费时间和费用昂贵的仲裁或司法程序。

10. 在另一方面，由一位咨询工程师行使独立职能也可能有某些不利之处。例如，如果咨询工程师是由购买方选择、聘用和支付报酬的，承包方可能对咨询工程师能否公正地履行其独立职能表示怀疑，特别是如果咨询工程师除履行其独立职

能外，还要为购买方或代表购买方履行其他各种职能时，尤其可能引起这种担心。承包方可能怀疑咨询工程师是否有能力做到在某些情况下保护购买方的利益，而在另一些情况下又转为公正和独立地行事。

11. 在理论上，当事各方都可以指定一名咨询工程师，并根据他们之间订立的协议履行独立的职能。购买方也可以聘请一位咨询工程师向他提供咨询或专门技术知识，或代表他行事，并聘请另一位咨询工程师行使独立的职能，但在实际上，这种安排证明是十分累赘的。

12. 咨询工程师行使独立职能的能力、这种职能范围以及咨询工程师采取的独立行动对当事各方有多大的约束力，可能取决于当事双方在多大程度上参与选定咨询工程师（见下文C节）。例如，如果咨询工程师完全由购买方选定，承包方可能不愿同意咨询工程师行使任何独立职能；或者，他可能只同意咨询工程师行使范围有限的独立职能。而且，他可能不同意使咨询工程师的独立行动具有任何约束力，或者可能只同意使之具有有限的约束力（见下文第17段）。允许当事双方都参与选定咨询工程师可使咨询工程师的独立作用得以扩大，但是，即使当咨询工程师仅由购买方单独选定时，选用一位因其能力和公正而享有很高国际声誉的工程师可以提高潜在的承包方接受咨询工程师起较大的独立作用的可能性。

13. 关于咨询工程师可以行使的独立职能的种类，当事各方似宜将这种职能限于诸如施工方法、用于建造工厂的设备和材料的规格说明和工厂的质量等技术性事宜。例如，当事各方似宜授权咨询工程师到现场，以便能够迅速地回答在施工过程中出现的技术问题，解决图纸或规格说明书中的差异、错误或遗漏之处，或解释合同的技术条款规定。此外，当事各方似宜授权咨询工程师证明存在某些会导致合同权利和义务产生的事实。例如，可以授权咨询工程师证明承包方有权获得他所索取的款项，证明施工有延迟，或证明一方声称免责障碍的事件的发生和持续时间，以根据困难条款产生权利，或说明中止施工是有正当理由的。还可以授权他证明机械安装竣工试验或性能试验是否成功，或者证明存在承包方据以反对购买方指示作出变动的有关情况。

14. 上段提到的某些职能可由咨询工程师代表购买方行使或独立行使，例如证明承包方有权得到付款，或者证明机械安装竣工试验成功。合同最好清楚指明某一

具体职能究竟应代表购买方行使或独立行使，并把应代表购买方行使的那些职能排除在独立行使的职能之外。

15. 当事各方似宜考虑应否授权咨询工程师裁定当事各方之间有关技术性事宜的争端。如果当事各方指定一位不是咨询工程师的公断人处理这种争端（见第二十九章“争端的解决”，第16至21段），他们似宜把咨询工程师的权力限于解决日常问题和证明事实的存在（见上文第13段）。咨询工程师本人可以起到解决争端的公断人作用。在这种情况下，第10至12段中讨论的那些考虑因素可能是适用的。例如，如果承包方能够参与选定咨询工程师，承包方就更有可能会接受这种作用。如果咨询工程师要起到这一作用，则诸如咨询工程师的任命和他裁决争端的权限等问题应根据第二十九章“争端的解决”，第17至19段中有关公断人的论述予以解决。

16. 如果要授权咨询工程师行使独立的职能，合同应规定要公正行使独立职能，做到对购买方和承包方不偏不倚。此外，合同应规定，咨询工程师应运用和执行合同的条款，不应单纯按照他自己对公正的概念行事，而不顾合同条款。

17. 合同最好规定，咨询工程师按独立职能所采取的行动，在多大程度上应视为对当事人具有约束力。关于解决日常问题或证明存在事实方面，合同可以规定当事任何一方都可将这种行动提交合同规定的争端解决程序审查。另外一个可能性是规定凡所涉价值低于规定金额的行动均对当事各方具有约束力，不必审查。合同还可规定，凡咨询工程师在当事一方提出要求后一段规定的时间内未对之采取行动的任何事项，均可提交争端解决程序，除非合同规定有处理这种问题的另外办法。

18. 关于所述行动在争端解决程序结束前的效力，合同可以规定，这一行动在经争端解决程序予以修改或撤销之前必须遵照执行，除非主持这一程序的法庭另行裁决作为临时措施（对照第二十九章“争端的解决”，第21段）。这一做法可以避免建造工作长期中断和耗费。但是，如果采用这一做法，合同可规定，由于遵照咨询工程师所采取的后经争端解决程序修改或撤销的某一行动而承付的费用，根据合同规定未以其他方式取得补偿者，当事一方有权就此取得另一当事方的补偿。

19. 关于由咨询工程师解决争端的问题，第二十九章“争端的解决”，第16至21段中有关由一名公断人解决争端的论述，也适用于有关咨询工程师所作裁决

的约束性以及这一裁决在争端解决程序结束前的效力问题。

C. 选择和更换咨询工程师

20. 如果咨询工程师只是向购买方提供技术咨询和专门技术知识, 或只是代表购买方行事, 他可由购买方单独选择。但是, 如果他要行使独立的职能, 承包方似宜有权参与选择(见上文第10至12段)。

21. 在某些情况下, 购买方可在投标文件中指定咨询工程师。潜在的承包人在决定是否投标时就可考虑到他对所指定的咨询工程师的了解, 或他的信誉和根据建厂合同规定咨询工程师所应起的作用, 特别是如果咨询工程师要行使独立职能的话。因此, 指定一个可能为潜在的承包人所接受的公司是符合购买方自己的利益的。

22. 如果在签订建厂合同后由购买方单独选择咨询工程师, 而且咨询工程师将代表购买方行事, 则合同最好责成购买方向承包方提交载有咨询工程师的姓名和地址的书面通知。如果咨询工程师只是向购买方提供咨询和帮助, 这一规定也许是不必要的。

23. 如果在缔约之后由承包方参与选择咨询工程师, 而且咨询工程师将行使独立的职能, 则合同最好规定一个选择的办法。合同可以要求购买方将所提议的咨询工程师的姓名和地址以书面通知承包方, 征求承包方同意对他的任命。它可以允许购买方立即聘用所提议的咨询工程师, 但规定在承包方书面同意咨询工程师的任命之前, 咨询工程师不得行使任何独立的职能。这可使咨询工程师能够向购买方提供技术咨询和专门知识, 并代表他行事, 从而使建造工作得以在咨询工程师尚不履行独立职能的范围内进行下去。合同还可以规定, 如果购买方在向承包方发出通知之后的一段规定时间内没有收到承包方说明其反对该任命理由的书面异议, 咨询工程师即可行使合同所规定的独立职能。

24. 当事各方似宜考虑采用各种可能的方法来处理承包方对购买方所提议的咨询工程师提出异议这种情况。一个方法是, 合同可以责成购买方提议另一个符合承包方意见的咨询工程师行使独立职能。另一方法是, 合同可以规定当事各方同

意由某一第三者来选择咨询工程师。第三个办法是，合同可以允许当事任何一方将任命咨询工程师的问题提交争端解决程序。如果在争端解决程序中发现承包方的异议是没有道理的，合同可以授权咨询工程师履行独立职能。如果发现异议是合理的，可以责成购买方提议由另一个符合承包方意见的咨询工程师履行独立的职能。或者，合同可以允许购买方要求用受理争端的个人、仲裁庭或法院对任命咨询工程师的同意来取代承包方的同意，如果根据适用法律它有权这样做的话。

25. 合同还可以列入条款据以处理有关缔约后必须更换咨询工程师的这种情况。如果原来的咨询工程师是由购买方在缔约后单独选择的，那么替换人选也可由购买方单独选择，但是他必须向承包方发出替换人选的姓名和地址的书面通知，如果任命原咨询工程师时也需要发出这种通知的话。如果原咨询工程师是由建厂合同规定的，或承包方在缔约后参与了咨询工程师的选择，合同可以规定承包方有权参与选择替换人选。这方面的程序可以类似于前段所述关于承包方参与选择原咨询工程师的程序。

26. 合同最好规定，原咨询工程师所采取的行动在任命替换人选时属有效者，应仍然具有与原咨询工程师未经更换情况下的同样效力。

D. 咨询工程师向他方委托权力

27. 咨询工程师向他方委托权力往往受到适用法律规则的管辖，但是，当事各方如能做到的话（即如果不受强制性法律规则的限制），最好在合同中处理这一问题。例如，在咨询工程师行使独立职能的情况下，当事各方可能认为最好规定他未经当事双方书面同意不得将其行使独立职能的权力委托给另一个咨询工程师。如果需要这一限制，最好在购买方与咨询工程师的合同和建厂合同中都列入这一限制。同样，在咨询工程师代表购买方行事的情况下，最好在购买方与咨询工程师的合同和建厂合同中载明购买方可能希望对咨询工程师将其行使这种职能的权力委托给他方的能力所加的任何限制，以便使承包方了解并遵守这种限制。

28. 合同还可规定，经咨询工程师恰当委托权力的人士采取的任何行动，有如由咨询工程师本人所采取的行动，具有同样效力。合同还可规定，咨询工程师可

以采取被委托权力的人士受权采取而尚未采取的任何行动。

E. 向咨询工程师提供资料和进入便利

29. 咨询工程师为了能有效地行使其职能，可能需要得到各种资料以及进入现场，进入工厂拟用的设备、原料和供应品的制造地点，进入正在施工中的工厂和已竣工的工厂。合同可责成承包方在他根据合同须向购买方提供资料或准予进入的相同范围内向咨询工程师提供这种资料或准其进入这些地方。

第十一章 分包

提 要

本《指南》所使用的“分包”一词系指承包方雇用第三者来履行承包方在建厂合同项下所承担的某些义务。合同宜载有关于允许分包的范围、分包人的选定和分包的其他方面问题的条款。合同还宜明确规定承包方承担的义务中哪些应遵守这些条款（第1至4段）。根据许多法律制度，购买方与分包人之间不存在任何法律关系，建厂合同似宜涉及这一事实所引起的某些后果（第5至6段）。

在某些情况下，合同可禁止承包方将其某些或全部义务的履行进行分包（第8至9段）。

关于选择分包人的问题，当事各方可考虑两种基本办法：由承包方单独选定分包人（第10段）和由购买方参与选定分包人（第11至26段）。

如果可能的话，当事各方最好在签订建厂合同之前商定分包人。合同中可写明分包人的姓名，以避免在选择分包人问题上产生争端。或者，当事各方可商定能接受的潜在分包人的名单，由承包方从该名单中选定分包人（第13和14段）。

如果合同规定缔约后由购买方参与选定分包人的话（第15段），那么合同就可规定购买方有权对承包方提议的分包人提出合理的异议（第16至19段），或承包方有义务雇用由购买方提名的一家公司作为分包人，但承包方有权根据合同规定的理由对该公司提出异议（第20至26段）。使用提名制度时应慎重，并要充分了解所涉及的程序、合同条款及其后果（第23段）。在任一情况下，当事各方都宜为解决彼此间关于雇用分包人的争端商定一快速程序（分别见第17和18段以及第26段）。

当事各方似宜规定，承包方雇用分包人来履行建厂合同项下承包方所承担的任何义务并不减轻或解除承包方就未履行该项义务所负的赔偿责任（第27段）。合同还可要求承包方向购买方赔偿因分包人损害购买方财产所带来的损失或因分包人的作为或不作为而使购买方对第三者承担赔偿责任所带来的损失，赔偿限度与如果这些损失是由于承包方本身的作为或不作为所造成的

情况下承包方对购买方应负的赔偿责任相同。或者，合同可规定按适用法律来解决这些问题（第28段）。

在某些情况下，购买方会希望分包人对其承担某些义务，并希望能就分包人不履行这些义务直接向分包人索赔。当事各方似宜考虑在建厂合同中规定一种办法使之有可能这样做（第29至31段）。

当事各方可要求建厂合同授权购买方直接向分包人付款并向承包方收回所付款项或将这种支付款项记入贷方（第32至34段），并就购买方和分包人之间的合作和交流作出规定（第35和36段）。

建厂合同条款与分包合同条款需要协调一致（第37段）。

A. 概述

1. 本《指南》所使用的“分包”一词系指承包方雇用第三者代表承包方履行建厂合同项下承包方的某些义务。例如，该词包括承包方雇用用来安装设备或提供其他建造服务或制造承包方有义务供应的工厂重要设备的第三者。该词不包括承包方本身为履行合同义务而从其获得所使用的标准设备、材料或服务的第三者。这后一类第三者，有时称为“供应人”，不属本《指南》所涉范围。与这些第三者的合同关系并不会产生与分包人的合同关系所产生的那种特殊问题；因此建厂合同中只需处理与分包人的合同关系问题。

2. 要在分包人和供应人之间划分一条精确的界线是有困难的。承包方雇用的某些第三者可能明确地属于这一类别或那一类别，而另外一些就不是这样。因此，当事各方不宜试图在合同中对两者加以区分。合同最好倒是明确规定承包方义务中哪些必须遵守有关限制或管理承包方雇用第三者来履行其合同义务的合同条款。¹

3. 承包方雇用分包人来履行其在建厂合同项下的某些义务，是常有之事。承包方可能不拥有所需的专门知识、人员、设备或资金来自行完成其在合同项下的全部专门工作。即使承包方能自行完成其全部合同义务，建厂所在国的现行条例也可能要求承包方雇用当地分包人来履行某些种类的义务。在有些情况下，一个组

织，诸如国营外贸组织，本身并不具备进行建造工作任何方面的能力，但可能签订建造工厂合同，并将建厂合同规定的全部建造义务分包给他人履行。

4. 工厂合同宜载有关于允许分包的范围、分包人的选定和分包的其他方面问题的条款。没有这些条款规定，根据某些法律制度，承包方就能自由分包到超出了购买方认为合乎需要的程度；而根据另一些法律制度，承包方不经购买方明确同意而进行分包的能力就可能受到限制。当事各方在谈判和起草建厂合同时应当注意有关分包的条款规定，因为如不能令人满意地处理分包所带来的问题，就可能造成施工进度和工程质量方面的问题。在拟订分包规定时，当事各方应考虑合同的适用法律对这一问题的任何强制性规则以及拟建工厂所在国家现行的行政或其他公共性质的强制性法律规则（见第二十八章“法律的选择”，第22段）。

5. 由于分包合同纯粹是承包方与分包人之间的合同，按照许多法律制度，在购买方与分包人之间并不存在任何法律关系。因此，如果分包人不履约，他仅对承包方负有责任。购买方只能向承包方追偿其因分包人未履约所遭受的损失，而且只有在承包方根据建厂合同对购买方负有这种损失的赔偿责任的情况下才可这么作（见下文第27段）。同样，根据购买方和分包人之间不存在法律关系的那些法律制度，购买方也没有义务向分包人支付服务报酬，分包人须向承包方索取付款，而承包方则将根据建厂合同以某种形式向购买方索回该项付款（见下文第32至34段）。例如，可将分包人的服务费用列入承包方收取的总价款中，或者，如系费用偿还式合同，则可向承包方偿付这些费用。然而，在某些法律制度下，因法律的实施而在购买方和分包人之间直接产生某些法律权利和义务。

6. 购买方与分包人之间无合同关系可能有利于购买方，例如可使承包方与分包人之间因分包人未履约或承包方未向分包人付款而产生的争端同购买方无关。然而，这种无关通常并不是绝对的，因此建厂合同似宜载有某些条款，对购买方关心的有关分包人的事项作出规定。本章以下几节将探讨这些问题。

B. 承包方分包的权利

7. 有些国家订有法律规则，规定承包方须将某些工程分包给本国的企业。在

没有这种法律规则的国家，当事各方应在合同中规定承包方是否有权并在何种程度上可以分包。

8. 购买方也许信赖承包方在进行设计、为工厂提供某些设备或材料或进行与建造有关的某些服务方面的专门知识和声誉；因此，他可能希望承包方自己来履行这些义务。另一方面，购买方也许会希望承包方就提供某些其他设备、材料或服务进行分包。此外，提供技术或设计的购买方也许想要限制或禁止承包方进行分包以保守技术或设计的机密。

9. 可采取不同的办法来限制或禁止承包方进行分包。在有些情况下，当事各方似宜规定承包方不得将其在建造工厂方面的大部分义务分包出去。在其他情况下，合同可明确规定承包方不得分包出去的和可分包出去的义务，但应遵守合同的其他条款（如下节讨论的条款）。在另外一些情况下，当事各方可商定承包方不得将其任何义务分包出去。如果承包方是一个组织，本身不具有进行建造工作任何方面的能力（见上文第3段），则合同可允许承包方通过分包来履行其全部建造义务。

C. 分包人的选定

1. 由承包方单独选定

10. 在有些情况下，购买方可能对选择分包人没有什么兴趣或根本没有兴趣。在这种情况下，可完全交由承包方选定分包人。

2. 购买方参与选定分包人

11. 然而，在其他情况下，选择分包人可能对购买方有具体的利害关系。购买方可能对于所分包的义务的确由拥有令人满意地履行分包义务所需要的专门知识和资源的公司来履行感到关心。购买方可能希望确保拟安装的特定设备将符合一定标准，而这种标准只有某些分包人才能达到。在分包人索价直接影响到购买

方应付承包方价款的那种合同（如费用偿还式合同）中，购买方将关心能以最公平的价格履行分包义务。购买方可能希望限定承包方雇用当地分包人，或根据建厂所在国的法律他必须这样做。由于与外国供资组织的协议安排，购买方可能有义务确保与该组织所在国的公司签订一定价值的分包合同。

12. 通过在合同中规定购买方参与选定分包人，就可顾及上段所提及的情况。购买方参与的程度和性质可视当事各方选择的缔约方法（见第二章“缔约方法的选择”）以及购买方对能控制履行拟分包义务的费用和质量的重视程度不同而异。然而，购买方应认识到，在合同中规定有权迫使承包方与某一特定分包人签订分包合同，对购买方可能有不利的财务后果，因为承包方可在其价款中加上因对他不熟悉的分包人的工作进行更多监督所花的费用，以及增加一部分价款以应付由于分包人不履约造成损失而对购买方负有赔偿责任所增加的风险。此外，购买方应认识到，购买方参与选定分包人可能会减少承包方因分包人未履约而负的赔偿责任（见下文第27段）。

(a) 在建厂合同中明确规定分包人

13. 如果可能，尤其是在由分包人提供的设备、材料或施工服务对建造工作实属关键的情况下，当事各方最好在签订建厂合同之前先就分包人达成协议并在合同中写明分包人的名称。这样可避免在某些特定情况下就选择分包人问题出现争端，并可防止可能由这些争端引起的工作中断和财务后果。此外，这种办法也许有助于防止承包方在获得合同后进行“报价选择”。按该一做法，承包方利用他从一家公司获得的分包合同报价作为他本身合同价格的依据，进而尽量从其他公司获得对分包合同的更低报价，并有可能以此来迫使该第一家公司降低报价。如果承包方成功地从第一家公司获得降低的报价（在大多数一次总付合同中，这不会使购买方因而减少应付价款），就可能诱使该家公司为了使其利润幅度不致缩减而减少其费用并且不那么令人满意地履行分包合同。

14. 建厂合同可明确规定一特定分包人应完成建造工作的某个方面。或者，合同可列明一份由购买方和承包方商定的可接受的潜在分包人名单。如果承包方

能从提议的分包人获得报价，并将报价连同分包人以往工程记录的详细材料一并提交购买方，就可能促使购买方同意某一分包人或潜在分包人名单。但是承包方为获得报价，可能要支付额外费用，而这一费用最终须由购买方负担。此外，除费用偿还式合同以外，承包方可能不愿意向购买方透露分包人提出的报价。

(b) 缔约后购买方参与选定分包人

15. 如果要在签订合同后选择分包人，那么当事各方在应雇用什麼分包人的问题上发生争端的可能性就会增加。这可能造成工程中断，对当事双方都可能带来财务后果。因此，如果采用这一办法当事各方必须高度合作和及时的交流。例如，如果合同规定分包人应由承包方提议或由购买方提名（下文予以讨论），那么另一方最好将不能得到其同意的潜在分包人名单尽早通知提议或提名的一方。以下几段讨论缔约后购买方参与选定分包人的各种可能的程序。

(一) 购买方对承包方提议的分包人提出异议的权利

16. 合同可规定承包方不得雇用一家购买方对其持有合理异议的公司作为分包人。合同可责成承包方将其与某一家公司签订分包合同的意向以书面通知购买方，其中载有该公司的名称、地址及其所要承担的工作。在分包人索取的价格将直接影响购买方所支付价款的合同中，如费用偿还式合同和对价格调整采用书面证据办法的一次总付合同（见第七章“价款和支付条件”第10至24、56和57段），该书面通知最好还包括该家公司将索取的价格。当事各方还似宜考虑要求承包方向购买方提供拟议中的分包合同副本以及购买方有理由索要的有关该公司的其他情况。如果购买方在收到通知后规定的一段时限内未向承包方提交对雇用该公司的书面异议并说明提出异议的合理理由，就是允许承包方雇用该公司。²

17. 当事各方最好商定快速的程序来处理有关购买方反对承包方提议的分包人的争端，以防止或尽量减少施工的中断。按照一种办法，可允许当事任何一方立即将争端提交争端解决程序来解决（见第二十九章“争端的解决”），建厂合同可

规定应在短期内（如一个月）作出裁决。在争端解决前，不雇用任何分包人，但只有在不雇用分包人就不能进行施工的情况下，才中断施工。如果认为购买方的异议是合理的，就可责成承包方提议另一分包人，并承担施工中断所造成的财务后果。如果认为购买方的异议不合理，承包方可获准按其向购买方发出的通知进行分包，并可要求购买方承担施工中断所造成的财务后果。

18. 根据另一种办法，可责成承包方在收到购买方对原提议的分包人提出异议后短期（如一星期）内向购买方发出新的分包意向通知。如果新通知中所提议作为分包人的公司是购买方可接受的，承包方就可雇用该家公司。关于购买方对第一次分包意向通知中所提议的公司提出的异议是否合理的争端可立即或在稍后时候提交争端解决程序。这种程序悬而未决不会延迟雇用新的分包意向通知中所提议的那家公司。如果在争端解决程序中认为购买方的异议是不合理的，就可要求购买方承担因任何施工中断所造成的财务后果以及因雇用那家新的公司，而不雇用原来提议的公司对承包方所造成的额外财务后果。如果认为购买方的异议是合理的，则可要求承包方承担这种后果和损失。至于对新通知所提议的公司不为购买方所接受的这种情况，合同可规定诸如上文第17段所述的一种程序。

19. 在某些类型的合同中（如费用偿还式合同），当事各方似宜考虑要求承包方取得一定数目的公司对履行拟分包义务的报价并将这些报价提交购买方，同时表明其准备接受那些报价。购买方将从这些投标人中选定分包人。这一办法可能不适用于提供高度专业化项目或服务，因为可能无法找到一批可取得其报价的公司。

（二）提名制度

20. 还可规定购买方在更大程度上参与选定分包人，即由购买方自己选定一分包人，要求承包方与之签订分包合同。这实质上是“提名”制度，这种做法在世界某些地区是常见的。

21. 按照提名制度，购买方认定可能的分包人并与他们谈判履行合同中规定的应按该制度执行的义务。可在签订建厂合同前进行这种谈判。如果这样，就可在合同中列入拟由承包方签订的分包合同的基本条款，包括价款。在一次总付合

同中，如果在签订合同时没有确定分包工程的价款，合同可提出该分包工程的估计价格，然后合同价款可按分包工程的估计价格与实际价格之差予以增减。实质上分包工程是费用偿还性的（见第七章“价款和支付条件”，第10至24段）。无论如何，合同应责成承包方与经购买方提名的公司签订分包合同。

22. 诸如提名制度这样的办法对购买方有各种好处。这使购买方能选择分包人并使购买方能在很大程度上控制履行分包义务的价款和其他条件。这还使购买方能利用特定分包人提供的特定设计、设备或服务。此外，这也是购买方确保当地公司取得分包合同的一个办法。购买方本身无需与分包人建立合同关系就可得到这些好处。

23. 然而，使用提名制度应该审慎并应充分了解所涉程序，以及合同条款的规定及其后果。在使用这一制度时会遇到各种潜在的危險，应根据适当的合同条款来处理这些问题。例如，如果合同未予明确否定，购买方高度参与选择分包人会产生并非所希望的后果，即在分包人和购买方之间直接产生合同权利和义务，或者限制或排除了承包方就分包人未履约所承担的赔偿责任。在上一情况下，购买方除了不能从承包方取得赔偿外，可能也不能从与之并无合同关系的分包人取得赔偿，他不得不自己承担损失。若在合同中规定，承包方雇用分包人来履行承包方根据合同规定所承担的任何义务并不减轻或解除承包方就未履行该项义务所负的赔偿责任（见下文第27段；但也见下文第24段），就可以避免这种后果。此外，在与有可能提名为分包人的公司进行谈判时，购买方必须注意这些谈判的结果不能解释为同意雇用该公司作分包人。否则，如果承包方最后未雇用该公司作分包人，购买方就要承担对该公司的赔偿责任。由于提名制度存在着不利因素和潜在危險，购买方似宜考虑是否最好还是由他自己直接雇用一家公司作为单独的承包人，而不是提名其作为分包人。

24. 如果采用提名制度，宜允许承包方可根据一定的理由对经提名作为分包人的公司提出异议，以保护承包方不致承担义务与会不正当地损害承包方利益的分包人缔结合同关系。这些理由可包括例如以下的一项或多项：

- (a) 经提名作为分包人的公司拒绝向承包方承担与承包方向购买方所承担的同样范围的合同义务和责任，其中包括关于质量、时间安排、担保

和赔偿金额的义务和责任;

- (b) 经提名作为分包人的公司拒绝同意就承包方由于分包人的作为或不作为而对购买方或第三者承担的任何赔偿责任向承包方进行赔偿;
- (c) 经提名为分包人的公司缺乏履行拟分包义务的资格;
- (d) 承包方就与经提名为分包人的公司签订分包合同所提出的其他任何合理的异议。这可包括几种情况,例如,承包方以前与该家公司有过不能令人满意的交往,或该公司的财务状况损害其令人满意地履约的能力。

25. 当事各方似宜考虑采取某些办法来处理这样的情形,即承包方因为经购买方提名为分包人的公司拒绝向承包方承担与承包方向购买方所承担的同样范围的义务和责任而反对该公司作为分包人。例如,如果购买方同意缩小承包方向购买方所承担义务的范围以便使这种义务同分包人向承包方所承担的义务相称,那么建厂合同可责成承包方签订分包合同。或者,合同可限制承包方在分包人未履约情况下应付购买方的赔偿金,使之不超过承包方可从分包人取得的赔偿金。

26. 当事各方应考虑如果因承包方拒绝与经购买方提名为分包人的公司签订合同而产生争端时该怎么办。在这方面,当事各方似宜考虑采取类似上文第17和18段所述的办法,其财务后果应根据承包方拒绝雇用该公司是否合理来予以分担。

D. 承包方对购买方由于分包人不履约或分包人其他作为或不作为
所遭受损失的赔偿责任范围

27. 当事各方似宜考虑如果承包方未履行建厂合同规定的义务是由于分包人未履行分包合同所造成的话,则承包方应在多大程度上就此对购买方负有赔偿责任。在这方面,当事各方可规定,承包方雇用分包人来履行建厂合同项下承包方所承担的任何义务,并不因此减轻或解除承包方对未履行该项义务所负的赔偿责任。这一办法将维护购买方就其因分包人未履约所遭受损失取得赔偿的权利,如果根据建厂合同可迫使承包方雇用一名他有理由反对雇用的分包人(但见上文第12和24段),那么当事各方似宜考虑限制承包方就由于该分包人未履约而造成的损失所负

的赔偿责任（例如见上文第25段）。在认为分包人仅与承包方而不与购买方有法律关系的法律制度下，这后一办法的一个后果是：因分包人未履约所造成的损失，在承包方不就其对购买方负赔偿责任的范围内，就得由购买方承担。

28. 当事各方似宜考虑的有关问题是，承包方究竟应否并在多大程度上有责任向购买方赔偿因分包人损害购买方财产所带来的损失或因分包人的作为或不作为而使购买方对第三者承担赔偿责任所带来的损失。后一种赔偿责任可能是由于例如分包人对第三者或其财产造成损害而产生的。一个可能采取的办法是要求承包方应就这种损失向购买方赔偿，赔偿限度与如果这些损失是由于承包方本身的作为或不作为所造成的情况下承包方对购买方应负的赔偿责任相同。⁴ 另一个可能采取的办法是按适用法律解决这些问题。

E. 购买方直接向分包人索赔的权利

29. 在有些情况下，购买方可能希望分包人对其承担某些义务，并希望能就违反这些义务直接向分包人索赔。例如，购买方可能希望责成分包人对设计保密。同样，承包方可能不希望就由分包人设计和提供的工厂某一专门项目（如空调）的设计缺陷向购买方承担责任。当事方可商定，购买方能直接向提供设计的分包人索赔。如果购买方与分包人之间没有合同关系，那么分包人就不直接向购买方承担这类义务，购买方就不能就违反这些义务向分包人提出索赔。

30. 在这种情况下，当事各方可考虑的一种办法是由购买方与分包人单独签订一项协议，仅限于拟由分包人承担的义务。例如，分包人可向购买方承担保密的义务，或可保证设计的适用性。因此，购买方就可直接向分包人就其违反义务提出索赔。

31. 另一个可供选择的办法是规定由承包方承担有关的义务，并要求承包方使分包人向其承担同样的义务。要做到这一点可在合同中规定承包方应这样做，或以承包方使得分包人向其承担这种义务作为购买方同意承包方提议的分包人的条件。为了使购买方有权直接向分包人索赔，要在合同中增加一项条款，规定承包方将承包方就分包人违反义务要求其赔偿的权利转让给购买方，如果适用法律允许这种转

让的话。

F. 对分包人履约的付款

32. 如上所述（见第5段），在大多数情况下，购买方没有义务向分包人付款；而是分包人须向其缔约的对方、即承包方索取付款。然而，有可能出现购买方希望向分包人付款的情况，诸如因承包方未向分包人支付过去应付的一笔款项，使分包人不愿意继续工作而威胁到工程的顺利进展。此外，在有些法律制度下，分包人可能通过规定对工厂本身的留置权或优先权而有权强制向他支付应付款项。因此当事各方宜在建厂合同中授权购买方要求承包方提供证据证明其已向分包人支付应付的款项，如果在向承包方提出这一要求后一段规定的期限内承包方未向购买方提供此种证据，或未向购买方书面说明其不付款的合理理由，购买方就可向分包人付款并向承包方收回所付款项，或将所付款项记入贷方帐目。如果建厂合同未明文授权购买方向分包人付款，购买方这样做将自冒风险，因为他向分包人支付的金额将不能减少其向承包方支付的义务。为了避免牵涉购买方与分包人之间存在着合同关系的问题，建厂合同还可明确规定购买方是代表承包方直接付款的。

33. 购买方采取什么办法来向承包方收回其直接支付给分包人的金额或将此项金额记入贷方帐目，可取决于购买方和承包方所订立的建厂合同中的支付条件。在一次总付合同中，购买方可有权从他应支付给承包方的合同价款中扣除他已支付的金额。在费用偿还式合同中，如果购买方代表承包方就分包工程向分包人付款，则没有必要在承包方和购买方之间调整价款，因为承包方并未承付应由购买方偿还的分包工程费用。

34. 应指出的是，购买方向分包人付款可能有不利之处，即会使购买方卷入承包方与分包人之间的争端，而且在有些情况下会损害购买方与承包方之间的关系。此外，购买方在付款时应谨慎从事，以免其与承包方之间就是否应该付款或所付金额是否属实际应付等情事产生争端。

G. 购买方与分包人的合作与交流

35. 正如第九章“现场施工”，第3段所述，合同可责成购买方向承包方提供与承包方履约有关的某些种类的情报资料（如关于购买方所在国现行的安全或环境法的资料），并以其他方式与承包方合作（如通过存放承包方的设备或材料等办法）当事各方似宜考虑责成购买方在分包人履行承包方承担的义务时，以同样方式并在同样范围内向分包人提供资料或与之进行合作。

36. 为了使与分包人履约有关的事项能由双方来进行讨论并为双方所理解，往往需要购买方与分包人进行直接交流。因此，当事各方似宜要求建厂合同授权购买方在与分包人履约有关的范围内就技术事项或就与工厂设计或质量有关的事项与分包人交流。合同还可规定承包方有权出席购买方与分包人之间的讨论，并可责成购买方将购买方与分包人之间的任何其他交流通报承包方。当事各方似宜规定购买方与分包人之间就购买方受权与分包人进行交流的事项所达成的协议对承包方具有约束力，但是承包方必须参加了或有权参加购买方与分包人的讨论，或被告知了双方间的交流情况，而且该协议并未改变承包方与购买方之间所签订的建厂合同的条款。

H. 分包合同与建厂合同的协调一致

37. 建厂合同和分包合同的条款需要保持协调一致，以使由分包人完成的工作范围和质量达到承包方根据建厂合同所承担义务的要求。

第十一章注

1 说明性条款

“承包方如雇用一名或几名第三者来履行以下所列义务，必须遵守本合同关于分包的条款规定，该第三者应视作分包人。前句所提及的义务如下：…”。

2 说明性条款

“承包方应就其分包意向向购买方发出书面通知，通知书上应包括提议的分包人的名称和地址，和拟由他进行的工作的说明〔和他要索取的价格〕〔以及购买方有理由索要的有关提议的分包人的任何其他情况〕。〔承包方还应向购买方提供一份拟议中的分包合同副本。〕在向购买方发出书面通知起…天届满后，如果购买方未在上述…天内就提议的分包人、拟分包的义务（分包人索取的价格）〔或分包合同的条款〕向承包方提出异议，并说明提出异议的合理理由，则承包方应获准按书面通知进行分包。”

3 说明性条款

“(1) 承包方雇用的所有分包人仅是承包方单方的分包人，对本合同任何条款的解释或实施均不应造成或默示购买方与任何分包人间存在合同关系，但本合同另有明确规定者除外。

“(2) 承包方雇用分包人来履行本合同项下承包方所承担的任何义务并不减轻或解除承包方就未履行该项义务所负的赔偿责任”。

4 说明性条款

“承包方同意向购买方赔偿因分包人损害购买方财产所带来的任何损失或因分包人的作为或不作为而使购买方不得不对第三者承担任何赔偿责任所带来的任何损失，赔偿限度与如果这些损失是由于承包方本身的作为或不作为造成的情况下承包方对购买方应负的赔偿责任相同”。

第十二章 制造和施工过程中的检查和试验

提 要

当事各方似宜在合同中明确规定制造和施工过程中进行检查和试验的要求和程序。制造和施工过程中检查和试验的目的是向购买方证实制造和施工是按照商定的时间表以及合同进行的（第1段）。

在起草关于制造和施工过程中的检查和试验的合同条款时，最好考虑到建厂所在国和设备或材料制造国规定检查和试验的地方性法律条例（第3段）。可由一个独立机构进行检查和试验（第2、6和19段）。

宜说明应在制造过程中进行的检查和试验的性质（第8段）。合同可规定购买方可进入进行检查和试验的地方，并指明为检查和试验目的应给予购买方的便利（第10和11段）。进行试验时间可由承包方确定，但应预先通知购买方（第12至14段）。

购买方国家颁布的法律规则可能要求进行合同没规定的其他试验或变更试验，或者即使法律规则不如此要求而购买方可能希望进行这些其他试验和变更试验。合同应确定进行这些试验的费用分摊（第15段）。

合同应确定在制造和施工过程中进行的试验不成功的结果（第16段），并规定出具试验报告和证书（第17至19段）。

如在设备和材料装运时应支付某些款项（第七章“价款和支付条件”，第70段），合同可规定购买方在装运时进行检查。如果设备和材料的灭失或损坏风险（第十四章“风险的转移”）在装运时转移给购买方（第21和22段），则最好在装运时进行检查。如果设备和材料到达现场时应由购买方接管，合同可规定在设备和材料到达现场时进行检查（第23段）。

合同可规定购买方有权检查现场施工进行情况，或要求承包方在施工过程中进行指定的试验。解决有关施工过程中的检查和试验所产生的问题可用解决有关制造过程中的检查和试验所产生的问题的类似方式（第24和25段）。如果承包方记录施工进行情况，可便利购买方进行检查（第26段）。

A. 概述

1. 本章涉及在制造和施工过程中应进行的检查和试验。关于竣工后进行的试验则在第十三章“竣工、接收和验收”中论述。对建厂合同来说，重要的是要明确规定在制造和施工过程中进行检查和试验的要求和程序及其法律效果。制订检查和试验程序，是为了查明制造和施工过程是否符合合同规定的要求，因为确保符合合同规定要求可使已竣工工程少含缺陷。这种程序不仅涉及购买方以直观方法所作检查，也涉及承包方在制造和施工过程中应进行的各种试验。购买方可有权而不是有义务检查设备和材料，并参加在制造和施工期间进行的特定试验（见下文第8和24段）。合同规定的检查和试验的确切性质、范围和时间安排可视购买方选定的缔约方法和拟建工厂的性质而定（见第二章“缔约方法的选择”）。原则上，在制造和施工过程中应进行的检查和试验不是为了表明承包方已履行其建造义务，而是为了向购买方证实制造和施工正按照商定的时间表（见第九章“现场施工”，第18至23段）以及合同（见第十八章“迟延、缺陷和其他不履约”，第26段）进行。因此，最好规定如果购买方未能在制造和施工过程中发现缺陷并通知承包方，并不妨碍其以后要求弥补该缺陷的权利（见下文第8段和第八章“设备和材料的供应”，第20段）。

2. 一些国家，特别是工业高度发达的国家颁布了法规，要求凡建厂工程所用的设备和材料必须经政府当局或受权私人机构检查。关于某些事项，也可在国际一级规定检查和试验。

3. 地方性法规所规定的主要有关安全、保健和环境标准的检查和试验，不论合同有无规定，原则上均适用。建厂所在国可能有这种性质的法规。在起草合同时应予以考虑。此外，如果制造国的法规已规定在制造过程中必须符合某些质量控制要求，就无必要另订立对设备和材料进行试验的合同条款。如果这些法规中的要求与合同中订明的质量要求相符，则承包方只要表明已正确进行了制造国所要求的检查和试验就够了。

4. 承包方可在制造或施工过程中进行试验，作为其质量控制制度的一部分。购买方应确信这一质量控制制度是充分的。要求在制造和施工过程中进行过多的

试验,如同对承包方履约的其他干扰一样,很可能使建造费用增加。

5. 一些国际或国家标准化机构制订的技术标准明确规定了试验要求。因此,合同可规定采用某一指定的国际标准化机构的标准,或某一指定的国家标准化机构的标准,最好是采用建厂所在国的标准,如果这些标准能够满意地解决一切有关问题。

6. 在开发一新的产业时,初始阶段的某些检查和试验最好由某一能在国外进行检查和试验的有经验的外国机构承担。可由购买方与该机构直接作出必要安排。或者,可在合同中规定由承包方与合同指定的某一机构作出必要安排,并可要求该机构出具检查和试验合格的证书。

7. 有些情况下,合同中可能需要规定对购买方提供给承包方用于建造工厂的设备和材料进行检查和试验。承包方必须在设备和材料提供给他以后尽早进行检查和试验。合同可涉及承包方未能发现缺陷和不将缺陷通知购买方的后果(见第八章“设备和材料的供应”,第29段和第十八章“迟延、缺陷和其他未履约”,第65段)。

B. 制造过程中的检查和试验

1. 制造过程中的检查和试验的说明和效果

8. 当事各方可商定购买方有权检查用于建造工厂的某些设备和材料的制造工艺,并参与应由承包方在制造过程中进行的指定试验。制造过程中的检查和试验的目的可能是为了检查是否遵循了适当的制造工艺以及设备和材料是否具备所要求的技术参数。最好尽可能确切地说明制造过程中应进行的检查和试验的性质,并考虑到该设备和材料的性质。合同可规定,购买方在进行检查和试验时未发现缺陷并不解除承包方在竣工后通过适当试验表明工厂无缺陷的责任(对照第十三章,“竣工、接收和验收”,第1和24段和第十八章“迟延、缺陷和其他不履约”,第8段)。

9. 制造过程中进行设备检查还可给购买方人员以机会来熟悉设备的某些方面。

如果购买方希望得到这种机会，则可在合同中规定有权参加制造过程中检查的不仅限于购买方的工程师或其他建厂管理人员，并可扩大到购买方指定的购买方其他雇员。但是，购买方的权利应限于让其雇员参与正常检查程序，因为任何不适当的操作均可影响承包方承担的交付无缺陷设备的义务。

2. 购买方进入制造地点和承包方应提供的便利

10. 如果购买方希望在制造过程中检查设备和材料或参与制造过程中的试验，合同可规定为了进行此种检查和试验的目的购买方可在工作时间内进入制造设备和材料的一切地点。给予购买方这一权利可能有困难，主要有两个原因。第一，承包方可能希望对某些制造工艺的专有技术保密，或者承包方根据与其他人诸如许可方的合同安排，或根据与某些客户的安排，例如当他在敏感题目方面为政府当局履行某些合同时，可能有义务要保守这种秘密。此外，制造国的法规可能限制购买方进入制造地点。在上述这些情况下，要给购买方机会来进行某种检查的唯一可能只有聘请一个专门检查机构，这一机构可以提供为承包方或有关第三方所能接受的保密担保，或可根据法律规则获准进入制造地点。第二，承包方的分包人和供应商（特别是当他们为高技术产品专家时）可能拒绝让购买方进入其厂地。在分包人和供应商与购买方无合同关系的情况下（见第十一章“分包”，第5段），购买方与承包方之间的建厂合同得规定承包方在其与分包人和供应商的合同中列入为了在制造过程中进行检查和试验的目的而进入的权利。

11. 在购买方有权进行检查或参与试验的情况下，合同可指明为此目的应给予购买方代表以何种便利。此种便利可包括特别是办公地方、或提供样品供购买方或购买方聘请的机构进行独立试验。

3. 制造过程中进行试验的时间

12. 由于制造过程中的试验可成为承包方质量控制制度的一个部分，因此承包方通常有权确定进行试验的时间。但是，除对某些关键性重要设备可能规定试验

时间以外，很少在合同履行时间表中规定试验时间。

13. 合同可规定购买方有权观察试验。为使购买方能行使此项权利，可责成承包方事先通知购买方进行试验的时间。合同可规定应提前一段限定的时间通知购买方。提前时间的长短可取决于购买方为作必要旅行和为其代表参加试验作其他安排等通常所需的时间。

14. 对于指定的重要设备项目，合同可规定只有在当着购买方的面试验成功后承包方才能进行进一步制造和施工。如果购买方由于不属承包方责任的原因而不能参加试验，合同可规定承包方有权在购买方缺席情况下进行试验。

4. 其他试验或变更试验

15. 合同不可能列明所需进行的一切试验。在签订合同之后购买方国家颁布的法规可能要求进行合同中未列明的其他试验或变更试验。承包方可有权就进行这些试验所支付的合理费用取得补偿。如果由于进行其他试验或变更试验需要延长工期的话，并可有权合理延长设备和材料的供应时间和竣工时间。如果这种法律规则并未要求进行其他试验或变更试验，但购买方希望进行这些试验，经承包方同意后可以进行这些试验。如果试验是必要的，则承包方可有权就所支付的合理费用取得补偿并可合理延长设备和材料供应时间和竣工时间。或者，可在合同中进行其他试验或变更试验的费用按照工业界的国际标准做法予以分摊。

5. 试验不成功

16. 如果试验不成功，合同可规定要求再次进行试验。如果试验不成功须再次进行试验是由于承包方对之负有责任的原因，则承包方不能得到履行合同的额外时间，并须承担该未成功试验的全部费用。关于购买方在制造过程中发现缺陷的补救办法，见第十八章“迟延、缺陷和其他不履约”，第28段。

6. 试验报告和证书

17. 合同可规定应对所进行的一切试验出具报告。 试验报告可包括所遵循的程序和试验结果。 如购买方代表参加试验, 则试验报告也应经这些代表签署。但是, 只可把这种签字看作承认试验程序和读数的记录是正确的。

18. 如购买方代表未参加试验, 承包方有义务立即将试验报告送交购买方。如果购买方已接到关于进行试验的恰当通知(见上文第13段), 则报告所记录的程序和结果可认为是正确的。

19. 如由一个独立的检查或试验机构进行检查或试验, 该机构通常出具一份证书或类似证明。 合同可责成承包方或是在该证明出具后立即将其送交购买方, 或是将其作为在工厂验收之前提交购买方的文件的一部分送交购买方。

7. 费用

20. 大多数情况下, 当事各方似宜商定检查和试验费用应由承包方承担。 但是, 购买方代表参加的费用(见上文第13段)可由购买方承担。 由承包方承担的费用可包括劳力、材料、电、燃料和正确进行检查和试验所必需的其他各项的费用。

C. 装运或到达现场时的检查

21. 当设备或材料装运时应支付某些款项(见第七章“价款和支付条件”, 第70段)或当设备材料的灭失或损坏风险在装运时由承包方转移到购买方(见第十四章“风险的转移”, 第12段)时, 合同可规定购买方在设备和材料装运时进行检查。 除检查设备和材料以外, 还包括检查其包装, 特别是如果运输中的灭失或损坏风险是由购买方承担的话。 可责成承包方在一段合理时间以前通知购买方设备和材料何时何地可供检查。

22. 如果已决定要对设备和材料进行检查, 合同可责成承包方须在进行检查以

后，或在购买方尽管及时接到通知但未能在合同指定的一段时间内进行检查之后，才能将设备和材料发运。 当事各方可商定由指定的独立组织进行检查，费用由购买方或承包方承担。 合同可规定需要该组织出具证书确认检查中未发现缺陷，并可责成承包方必待证书出具后方可发运该设备和材料。 如发现缺陷，购买方有权停止装运并要求予以弥补（见第十八章“迟延、缺陷和其他不履约”，第28段）。

23. 作为装运前检查的替代办法，合同可规定在设备和材料到达现场时进行检查。 在应于设备和材料到达现场时付款或实行风险转移的情况下，可采取这一程序。 此外，如果设备和材料到达现场时应由购买方接管，则当事各方可商定在运抵现场时进行检查。 进行检查可有利于查明应由承包方负责的缺陷和有利于保留就运输过程中发生的设备和材料灭失或损坏对承运人提出要求的潜在权利。 关于购买方未能进行检查或未能将检查中发现的缺陷及时通知的后果，在第八章“设备和材料的供应”，第20段中论述，而购买方对发现的缺陷所享有的补救办法在第十八章“迟延、缺陷和其他不履约”，第8段和第30至32段论述。

D. 现场施工过程中的检查和试验

24. 购买方根据合同规定可有权检查现场施工进行情况。 此外，合同可要求承包方在施工过程中进行指定的试验，而购买方可有权及时接到有关通知并参与这些试验。

25. 解决有关施工过程中的检查和试验所产生的问题可用相似于解决有关制造过程中的检查和试验所产生的问题的方式。 但是，事先通知购买方试验的时间的提前期限可以大大缩短，因为购买方通常有一名代表在现场观察或监督施工过程。 此外，在现场一般不发生上文第10段所提到的那种保密问题。 购买方对有缺陷施工的补救以及购买方未能发现施工缺陷或未能及时通知他所发现的缺陷的后果，在第十八章“迟延、缺陷和其他不履约”，第8段和第30至32段中讨论。

26. 如果施工都有记录，可便利购买方进行检查。 因此，可责成承包方全面记录施工情况，并应购买方要求予以提供。 另一种办法是，可由购买方代表定期核查记录，并签字证实记录正确无误。

27. 如设备由购买方或另一人在承包方监督下安装（见第九章“现场施工”，第27至29段），则可由承包方负责规定和进行安装过程中的检查和试验。可责成承包方保存检查和试验的记录。

第十三章 竣工、接收和验收

提 要

合同最好能明确规定工厂竣工、接收和验收的时间以及它们的法律后果。竣工一般在接收和验收之前(第1和2段)。

可责成承包方通过进行成功的竣工试验证明竣工。合同可以写明要求进行的试验。合同可以要求在通知购买方竣工后的某一规定时期内进行试验。如果试验不成功,可责成承包方重复试验。合同可以要求在当事双方在场时进行试验(第4至8段)。

合同可以在当事双方之间分摊试验费用。合同可以要求将竣工试验结果反映在将由当事双方签署的报告中。合同可以确定,如竣工试验成功,该日期可视为竣工的日期(第9至13段)。

接收、性能试验和验收的顺序可以取决于当事双方选择的缔约方法,以及当事双方是否规定试运转期。合同最好能确定在试运转期间工厂运转所需的物品应由哪一方提供(第14至20段)。

合同应当指定何时购买方有义务接收工厂。可责成当事双方编写接收报告书,说明接收之日工厂建造情况。合同宜确定接收的法律后果(第21至23段)。

性能试验用于证明工厂符合合同所规定的技术特性。合同可规定,在进行性能试验后方能验收。合同可以责成承包方在试运转期届满后的某一规定期限内进行性能试验,或者,如果合同没有规定试运转期,即在竣工后进行性能试验。合同宜说明需要进行的试验。试验结果可反映在由当事双方签署的报告中(第24至28段)。

合同可以责成购买方在性能试验成功进行后的一段限定期间内验收工厂,并责成当事各方编写验收报告书,由当事双方签署。该报告书可列出在性能试验期间发现的工厂缺陷的清单,并提出弥补缺陷的时间表(第29至30段)。

合同可以规定,如果由于购买方不履行某项义务,致使承包方不能进行性能试验,即应认为已验收。如果对工厂的各个部

分可以单独进行性能试验，可分别验收这些部分（第32至33段）。

最好在合同中确定验收的法律后果，特别是如果合同规定临时验收的话（第34至36段）。

A. 概述

1. 合同最好能明确规定工厂竣工、接收和验收的时间及其法律后果。合同可以规定，当承包方按合同要求提供了设备、材料和施工服务（例如设备安装），并成功的竣工试验得到证明时，即为竣工；当购买方从承包方得到工厂的实际占有权时即为接收；当购买方表明他确信该工厂没有严重的缺陷时，或者，虽然该工厂存在严重的缺陷，但是购买方表示他不打算仅就工厂的严重缺陷行使他可以行使的补救办法时（见第十八章“迟延、缺陷和其他不履约”，第35段），即为验收。但是，即使已经验收，合同可以规定购买方有权就已验收工厂中的缺陷行使其他补救办法（见第十八章“迟延、缺陷和其他不履约”，第38至48段）。合同还可以规定，发生某些情况时即应视为已予验收（见下文第32段）。

2. 按照正常的施工程序，竣工发生在接收和验收之前。接收和验收的顺序可取决于一些因素（见下文C节）。

3. 关于在合同终止后接收未竣工的或有缺陷的工厂问题在第二十五章“合同的终止”，第26段中讨论。关于在由原承包人承担费用而由新的承包人完成工程或对工厂的缺陷予以弥补的情况下接收工厂的问题，在第十八章“迟延、缺陷和其他不履约”中讨论。关于接收用于建造工厂的设备和材料的问题在第八章“设备和材料的供应”第19和20段中讨论。

B. 竣工

1. 通过竣工试验证明竣工

4. 合同可以责成承包方在他认为整个建造工程已经竣工之后，将竣工一事通

知购买方，并通过进行成功的竣工试验证明竣工。合同还可以规定，即使经竣工试验发现没有提供某些次要物品（即其缺漏并不妨碍进行性能试验，或者在不需要进行性能试验情况下，不影响工厂的使用）时，也应认为建造工程已经竣工。合同可以规定，这种次要物品的缺漏属工厂缺陷，而不是施工迟延（见第十八章“迟延、缺陷和其他不履约”，第5段）。在聘用若干承包人进行施工的情况下可以要求每一承包人在其负责的施工部分竣工后，就该部分进行竣工试验。即使只聘请一个承包人进行施工，当事各方也似宜规定，在整个工厂竣工前，先就某些施工部分进行竣工试验（例如：如果购买方希望在整个工厂竣工前先使用工厂的某一部分；并见下文第3.3段）。

5. 合同最好订明为确定是否已经竣工所需进行的试验。这些试验可包括与所进行的施工有关的以下某些或全部程序：工厂及其组成部分的外观检查；仪表检验和校准；安全试验；模拟试验；工厂及其各组成部分的机械操作；承包方应提供用以协助购买方操作和维修工厂的技术资料文件（例如，建筑依照的计划，说明书手册，以及零备件清单）的审查；可能责成承包方在竣工之前交付的备件库存的核查（对照第二十六章“建造后备件和服务的提供”，第10至21段）。拟建工厂所在国的强制性法律规则可能规定，竣工时必须成功地进行某些试验后工厂方能运转。合同可规定，除合同规定的试验之外，还必须进行这种法律规则所要求的任何试验。

6. 合同可责成承包方在通知购买方竣工之后的一段规定期限内开始竣工试验（见上文第4段）。合同可要求当事各方在这一期限范围内，商定一个开始试验的日期，合同可规定，如果当事各方未能商定试验日期，则应责成承包方在该规定期限的最后一天开始试验。

7. 在试验成功之前，工程得视为尚未竣工。如果承包方进行的竣工试验不成功，则合同可责成他重复试验。此外，如果未在合同规定的竣工日以前成功地进行试验（见第九章“现场施工”，第14至17段），则承包方应对延迟竣工负责（见第十八章“迟延、缺陷和其他不履约”，第19至25段）。但是，如果由于购买方不履行某项义务（例如，提供必要的动力，见下文第9段）而使承包方不能于合同规定进行试验的期限之内进行竣工试验，则应认为于上述期限届满时竣

工。但是，如果购买方不履约是由于免责障碍，则应责成承包方重复试验。

8. 合同可要求试验应在当事双方在场的情况下进行。如果购买方因为不可避免的障碍而不能参加试验，他根据合同有权要求推迟试验。如果购买方未参加试验，且未要求推迟试验，或当他无权提出要求时要求推迟试验，那么承包方根据合同可有权在购买方不在场的情况下进行试验。合同可规定，根据购买方的要求而推迟的试验，必须在竣工通知后的一段规定期限内进行（见上文第4段）。

9. 合同可规定由承包方承担进行试验的费用。但是，可责成购买方为进行试验提供指定形式的协助（例如，提供设备运转所需的动力），并承担提供这种协助的费用。关于合同未予规定但合同签订之后建厂所在国颁布的强制性法律规则所要求进行的试验（见上文第5段），合同可明确应由当事哪一方承担此项费用。

10. 应要求当事哪一方承担重复或推迟进行的试验的费用，可取决于重复或推迟的原因。如果是因为初始试验不成功而不得不重复试验，则合同可规定承包方应承担购买方因为重复试验而合理支付的一切费用。如果是因为购买方不履行某项义务而使得试验不能进行，从而不得不推迟试验，那么可规定购买方应承担承包方因为推迟试验而合理支付的一切费用。如果购买方由于不可避免的障碍而不能参加试验，以致不得不推迟试验，则可规定，当事各方应按照与所推迟的试验的费用本应由他们如何承担的相同的方式来承担推迟试验的费用。

11. 如果合同要求在进行竣工试验期间，必须遵行某些手续（例如，检查当局参加），但由于不可避免的障碍，上述手续未能遵行，那么合同可规定，承包方有权在不遵循这些手续的情况下进行试验。在有些情况下，适用法律可能会要求检查当局参加试验。如果这一检查当局要求对工厂做一些改动，那么可责成承包方根据合同规定的变动施工的程序，进行改动（见第二十三章“变动条款”，第12至19段）。

12. 合同可要求将竣工试验的结果反映在应由当事双方签署的报告之中。该报告可写明试验开始和结束的日期，并说明试验是否成功。如果试验不成功，则报告可说明在哪些方面尚未完工。如果试验成功，则报告可指出在试验期间发现的工厂缺陷，并规定承包方有义务弥补这些缺陷的期限。第十八章“迟延、缺陷和其他不履约”，第38至42段讨论了购买方对这些缺陷的补救办法。如果承包

方有权在购买方不在场的情况下进行试验（见上文第8段），那么报告可由承包方单独签署。合同可要求承包方及时把报告送交购买方。

2. 竣工日期

13. 合同可规定，如果竣工试验成功，则应认为于当事各方商定的试验开始之日竣工（见上文第6段），或者于试验结束之日竣工。如果竣工试验根据购买方的要求推迟了（见上文第8段），并且试验又是成功的，则可根据合同把推迟前原定进行试验的日期视为竣工日期。

C. 接收、性能试验和验收的顺序，试运转期

14. 合同规定进行接收、性能试验和验收的先后顺序，可取决于购买方选择的缔约方法（见第二章“缔约方法的选择”），尤其是取决于当事各方是否在合同中规定了须有一段试运转期。

15. 合同可规定，工厂竣工之后，应有一段试运转期。这一试运转期使工厂能试运转，以达到正常运转状态，并为进行性能试验做好准备。合同可规定，在此期间，承包方应培训购买方的人员，对工厂的运转和维修进行技术监督，并尽快弥补在工厂发现的任何缺陷。

16. 如果在建造期间，承包方将实际占有工厂（见第十四章“风险转移”，第20和21段），而且在试运转期间，购买方将在承包方的监督下使工厂运转，那么购买方可在竣工之后接收工厂以进行试运转。合同可规定在试运转期届满时进行性能试验，并规定如果性能试验成功，购买方即验收工厂（见下文E. 1节）。

17. 在试运转期间将由承包方使工厂运转的情况下（例如，根据产品到手合同：见第二章“缔约方法的选择”，第7段），在此期间，工厂可仍由承包方实际占有。在上述情况下，可在试运转期结束时进行性能试验。如果试验成功，购买方可依次验收和接收工厂。或者，合同可规定验收和接收同时进行。

18. 如果当事各方并未规定一段试运转期，那么合同可规定在竣工之后进行性

能试验。如果性能试验成功，可依次进行工厂验收和接收。或者，合同可规定验收和接收同时进行。

19. 如果在建造期间，工厂已由购买方实际占有（例如，雇用几个承包人同时从事工厂建造），那么购买方将不用接收工厂。在这种情况下，竣工之后可进行性能试验，如果性能试验成功，就验收工厂。

20. 合同宜确定由当事哪一方提供试运转期间工厂运转所需的人员、能源、原料和其他物品，并就提供上述物品的费用在当事各方之间进行分摊作出规定。如果签订的是产品到手合同，那么在此期间培训购买方人员的费用，将划归承包方承担。可规定，工厂的产出应属购买方所有。合同可规定试运转期的期限和试运转期可据以延长的各种情况。

D. 工厂的接收

1. 接收义务

21. 如果购买方在验收之前接收工厂（见上文第16段），合同可责成购买方在竣工日以后的一段规定期限内接收工厂（见上文第13段）。如果在接收之前验收工厂（见上文第18段），那么合同可责成购买方在验收日以后的一段规定期限内接收工厂（见下文E. 2节）

2. 接收报告书和接收日期

22. 合同宜责成当事各方编写由当事双方签署的接收报告书，说明接收时工厂的状况。合同可规定，如果报告书不载明接收日期，那么当事各方签署报告书的日期即为接收日期。如果在进行竣工试验之后立即接收，或在验收工厂的同时或之后立即接收，那么可不需要接收报告书。在这种情况下，接收可反映在竣工试验报告之中（见上文第12段）或反映在验收报告书中（见下文E. 2节）。

3. 接收的法律后果

23. 合同宜确定接收的法律后果。 合同可规定, 自接收之日起, 工厂灭失或损坏的风险由承包方转移到购买方 (见第十四章 “风险的转移”, 第20段); 购买方有义务支付价款的一部分 (见第七章 “价款和支付条件”, 第75段); 以及质量保证期开始起算 (见第五章 “工厂说明和质量保证”, 第29段)。 或者, 合同可规定, 这些后果或其中某些后果, 应产生于验收之时, 而不是接收之时 (见下文第34段)。 合同可责成购买方在接收之后允许承包方进入现场, 并保护工厂 (见第九章 “现场施工”, 第32段)。

E. 工厂的验收

1. 性能试验

24. 性能试验是为了表明工厂符合合同所规定的技术特性。 这些技术特性不仅涉及产出的数量和质量, 而且还涉及一些其他参数, 诸如工厂的能源和原料的消耗 (见第五章 “工厂说明和质量保证”, 第8段)。 试验还有助于表明工厂在各种操作条件下的性能。 合同可规定, 如果性能试验未显示工厂存在有严重的缺陷, 那么应认为性能试验成功 (见第二十八章 “迟延、缺陷和其他不履约”, 第27段)。

25. 合同可规定, 只有在进行了性能试验之后, 方能验收。 但是, 对某些施工内容 (例如, 建筑、土木工程), 性能试验可能并不是确定是否符合所要求的技术特性的合适方法, 因此, 合同可要求对这些部分仅进行竣工试验。

26. 合同可责成承包方在试运转期届满后的一段规定期限内进行性能试验, 或者, 如果合同未规定一段试运转期, 则在竣工之后的一段规定期限内进行性能试验 (见上文第18段)。 合同可要求当事各方商定在此期限之内某一日期开始试验。 合同可规定, 如果当事各方未能商定此日期, 承包方应在该规定期限的最后一天开始试验。 合同可规定, 如果试验不成功, 承包方应重复试验。 合同还可限制承包方可重复试验的次数, 并可规定必须重复未成功试验的期限。 第十八章 “迟延、缺陷和其他不履约”, 第35至37段论述了在合同允许承包方进行的最后一次试

验不成功的情况下购买方可有权要求的补救办法。合同可规定，在合同允许承包方进行的最后一次试验不成功的情况下，购买方有权要求进行进一步的试验。

27. 合同宜说明应进行的试验。该说明可包括试验的持续时间、应达到的性能标准、进行试验中应采用的测量和分析的方法、以及允许的误差。如果施工有变动（见第二十三章“变动条款”，第1段），那么性能试验也变动，以适应施工的变动。诸如承包方进行性能试验的责任、购买方在试验进行中应提供的协助、当事各方对试验费用的分摊、试验的推迟、强制性法律规则要求进行的其他试验、以及在试验期间应遵守的手续等等问题，均可按照类似竣工试验时的有关解决方式来加以解决（见上文第8至11段）。

28. 合同可要求性能试验的结果反映在某一规定期限内将由当事双方签署的报告之中。报告可载录性能试验开始和结束的日期、遵行的试验程序和取得的读数。此外，报告还可评价上述读数和结果，并判定试验是否成功。如果试验不成功，报告可指明应重复试验的日期。合同可规定，当事各方在取得的读数和结果或其评价方面如有任何意见分歧，均应反映在报告之中。如果承包方有权在购买方不在场的情况下进行试验，那么报告应由承包方单独签署。合同可要求报告还应由一名独立的专家签署，如果适用法律允许这样做的话。合同可责成承包方及时将报告送交购买方。如果性能试验成功，试验的结果可以毫不困难地载录下来，那么当事各方似宜不写性能试验报告，而把结果载入验收报告书之中。

2. 验收报告书和验收日期

29. 合同可以责成购买方在成功地进行性能试验后的一段规定期限内验收工厂，并责成当事各方编写验收报告书，由当事双方签署，确认购买方在某一规定的日期验收了工厂。² 这种验收报告书可以尽量减少就工厂的验收日期以及尽管发现工厂有严重缺陷但是否已验收等问题产生争端（见第十八章“迟延、缺陷和其他不履约”，第38段）。

30. 验收报告书可以列出在性能试验期间发现的工厂缺陷的清单。此外，它还可以提出一份弥补缺陷的时间表，除非购买方选择弥补缺陷之外的补救办法（例

如：扣减价款：见第十八章“迟延、缺陷和其他不履约”，第39、41和42段）。如果当事各方对于诸如弥补缺陷的时间表等某些问题持不同意见，该报告书可以反映当事双方的意见。该报告书还可以指明当事各方需就验收采取的措施，例如：转让保险单项下的权利。

31. 如果该报告书没有指明验收日期，合同可以规定，当事双方签署该报告书之日为验收日期。如果验收报告书未经当事双方签署（例如：由于购买方没有参加性能试验，或者由于当事各方就性能试验成功与否产生争端），可以把成功地完成性能试验的日期视作验收日期。如果合同不要求进行性能试验（见上文第25段），验收报告书也未经当事双方签署，则合同可规定成功进行竣工试验的日期为验收日期。

32. 购买方不履行某项义务（例如：没有提供进行该试验所需的协助：见上文第27段），会使承包方不能在合同规定进行性能试验的期限内进行性能试验。合同可以规定，在这种情况下，验收被视为发生于承包方向购买方送交说明已经验收的通知的日期。合同还可以规定，如果由于并不属于任何一方责任的原因而不能在规定的期限内进行性能试验（例如：如果按照合同规定需要某一检验机构参加试验，而该机构没有参加试验），应把工厂投入运转。如果工厂在相当于进行性能试验所需耗费的一段时期内成功地运转，并未发现工厂有任何严重缺陷，则在这一时期届满后，即可视为已经验收。

33. 如果聘用若干承包人建造工厂（见第二章“缔约方法的选择”，见17至25段），而不同的承包人在不同的时间完成由其建造的那部分工厂，并可以对每一部分单独进行性能试验，则合同可以规定分别验收工厂的各个部分。即使只聘请单一承包人建造工厂，也有可能在某些情况下对工厂的各个部分单独进行性能试验，而合同可以规定分别验收这些部分。在这种情况下，对有关验收工厂某一部分所产生的问题，可以用处理有关验收整个工厂所产生问题的同样办法来处理。如果由于某一部分不能单独运转，因而不能对该部分单独进行性能试验，则合同可以规定，只有在整个工厂竣工后方能验收该部分。

3. 验收的法律后果

34. 合同最好明确验收的法律后果。验收工厂除了有上文第23段所指的后果外，可能会影响到购买方在未经验收时对工厂缺陷本可能享有的某些补救办法，例如：验收可能会排除终止合同的权利（见第十八章“迟延、缺陷和其他不履约”，第47和48段）。

4. 临时验收

35. 在实践中，当事各方有时在合同中规定，购买方可以临时验收工厂，特别是当合同不承认接收这一概念和不将它与验收相区分时更是如此。允许临时验收的目的是为了使购买方能够实际占有工厂而不发生验收的某些后果（例如：丧失对工厂缺陷的某些补救办法）。如果购买方临时验收，他实际上占有了工厂，但是须在承包方履行了某些条件——例如弥补了性能试验期间发现的工厂缺陷之后，他才验收工厂。然而，也可以不采用临时验收的办法，而是在合同中规定，即使性能试验未获成功，购买方有权接收工厂，但是责成购买方只有在承包方成功地进行性能试验后才验收工厂。这种做法也可以得到同样的效果。

36. 如果当事各方愿意规定临时验收，最好能明确临时验收的后果。特别是最好明确说明购买方在什么情况下可临时验收，并确定在符合验收条件时是否应产生验收的法律后果（见上文第34段），或者自临时验收之日起是否至少应产生其中的某些后果。

第十三章注

1 说明性条款

- “(1) 承包方必须在〔试运转期届满〕〔竣工〕之后……（指明一段期限）内进行性能试验。如果当事各方未能商定在此期限内开始试验的日期，那么承包方必须在此期限的最后一天开始试验。
- “(2) 进行性能试验必须有当事双方在场。如果购买方因为不可避免的障碍而不能参加试验，那么他有权要求将试验推迟至……（指明比第(1)款所指的期限更长的一段期限）之内他可参加的最早日期。购买方无权要求所推迟的试验于此期限届满之后进行。如果购买方不能参加试验，又未要求或无权要求推迟试验，那么承包方有权在购买方不在场的情况下进行试验。
- “(3) 需要进行的性能试验在本合同的附件……中加以说明。
- “(4) 如果性能试验不成功，应责成承包方在该不成功试验之日以后……（指明一段期限）内重复试验。承包方重复未成功的试验不得超过……次，也不得在自〔试运转期届满〕〔竣工〕起算的……（指明一段期限）届满之后进行。但是，即使在不成功的试验业已重复了……次（指明与上文所指数字相同的数字），或在自〔试运转期届满〕〔竣工〕起算的……（指明与上述期限相同的期限）届满之后，购买方也可要求承包方重复未成功的试验。
- “(5) 承包方得承担进行性能试验的费用。但是，购买方必须供应进行试验所需的如下物品：……（指明物品），并负担费用。
- “(6) 如果是因为初始试验不成功而重复性能试验，那么承包方须承担购买方因为重复试验而合理支付的一切费用。如果因为购买方不履行某项义务而使得试验不能进行，从而推迟试验，那么购买方必须承担承包方因为推迟试验而合理支付的一切费用。
- “(7) 进行性能试验之后的……（指明一段期限）之内，当事各方须编写一份由当事双方签署的报告，反映试验的结果。报告须载明试验是否成功。报告还须说明如下情况……（载明要求说明的情况）。”

2 说明性条款

- “(1) 购买方必须在进行成功的性能试验后……（指明期限）内验收工厂。
- “(2) 当事各方必须在进行成功的性能试验后……（指明期限）内编写验收报告书。验收报告书必须载有下列情况：……（指明要求报告的情况）。
- “(3) 验收发生于根据本条第(2)款编写的验收报告书中提到的验收日期。如果验收报告书没有提到日期，则验收发生于当事双方签署验收报告书之日。

如果验收报告书不经当事双方签署，则成功地完成性能试验之日即为进行了验收。

- “(4) 如果由于购买方不履行某项义务，因而不能在本合同第…条所规定的期限内进行性能试验，则承包方可以向购买方送交通知，说明已经验收，验收于送交通知之日发生。
- “(5) 如果由于并不属于任何一方责任的原因不能在本合同第…条所规定的期限内进行性能试验，当事各方必须使工厂开始运转。工厂必须运转……（指明期限）。如果在此期间没有发现工厂有严重的缺陷，则这一时限届满时即发生了验收。”

第十四章 风险的转移

提 要

用于建造工厂的设备和材料、建造中的工厂或已竣工的工厂以及承包方施工所用工具和机械都会遭到灭失或损坏。本章讨论由意外事件或双方都不对其负责的第三者的行动造成的灭失或损坏问题,以及当事各方对这类灭失或损坏分担风险的问题(第1至4段)。

在确定当事各方如何分担灭失或损坏的风险时,有几个因素必须加以考虑和平衡(第5段)。当事各方有时希望将某些特定事件从承包方承担的风险中排除出去,并规定该事件引起的灭失或损坏的风险由购买方承担(第6段)。

许多法律制度有强制性规则,规定设备和材料在用于工厂建造后便丧失各自的特性,而承担工厂风险的当事方也将对已用于工厂建造的设备和材料承担风险。设备和材料被认为已用于工厂建造的时间将按适用法律规定的准则来确定(第7和8段)。

当事各方似宜确定谁应对承包方提供的设备和材料承担风险,并确定该风险从当事一方转移到另一方的时间。这特别取决于设备和材料由哪一方实际占有,以及避免风险多次转移的必要性(第9至15段)。

承包方提供的设备有时不是用于建造工厂的。如果适用法律规则允许的话,当事各方似宜根据在工厂接收之前设备由哪一方实际占有来确定由谁承担风险(第16和17段)。

对于购买方提供的用于建造工厂的设备和材料,当事各方似宜根据一些因素来确定由谁承担风险,而这些因素同确定由谁来承担承包方提供的设备和材料的风险所依据的那些因素相类似(第18和19段)。

对于建造中的工厂和已竣工的工厂,如整个工厂只由一个承包人承建,似宜规定在购买方接收或验收工厂之前由承包方承担风险(第20和21段)。如果若干承包人依次参与施工,合同可规定在每一承包人接收未竣工工厂时风险即转移给他,并在购买方接受工厂时风险即转移给购买方(第22段)。

如果承包方对灭失或损坏承担风险,合同可要求他尽快自费补救任何发生的灭失或损坏。如果购买方对承包方提供的设备

和材料承担风险，合同可规定他有义务按灭失或损坏的设备和材料的价值如数赔偿（第23段）。

宜规定由承包方对其带到工地用于施工的工具和机械承担风险（第30段）。

A. 概论

1. 用于建造工厂的设备和材料、建造中的工厂或已竣工的工厂以及承包方施工所用的工具和机械都会遭到灭失或损坏。工厂合同当事一方、或当事一方对其负责的第三者造成的灭失或损坏的赔偿责任在第二十章“损害赔偿”里论述。本章论述由意外事件或当事各方都不对其负责的第三者的行动造成的灭失或损坏问题。这类灭失或损坏在工厂建造中并非鲜见。因此，合同宜规定当事各方如何分担这种灭失或损坏的风险。

2. 承担灭失或损坏风险的当事方也要承担灭失或损坏的财务后果，并且不能从另一方得到赔偿。举例说，如果设备、材料或工厂遭到灭失或损坏，而灭失或损坏的风险由承包方承担，则他必须补救灭失或损坏，自己出钱更换灭失物件和修复损坏项目。如果灭失或损坏的风险由购买方承担，除了蒙受灭失或损坏，他还必须赔偿灭失或损坏的物件。承担这些风险的当事方也许希望为这些风险投保，或者工厂合同甚至规定要这样做（见第十六章“保险”第17至26段）。但是，合同一方有时买不到保险而被迫承担这些风险。

3. 有时很难确定灭失或损坏究竟是由意外事件造成还是由当事各方都不对其负责的第三者造成（例如，商品在运输之后发现损坏，而这类损坏既可能由意外事件造成，也可能由第三者造成）。因此，宜规定当事一方承担的灭失或损坏风险既包括由意外事件造成的灭失或损坏，也包括由当事各方都不对其负责的第三者所造成的灭失或损坏。

4. 造成工厂物件灭失或损坏的意外事件或第三者的行动也可能妨碍当事一方履行其合同义务。例如，如果在承包方承担意外损坏风险期间工厂为风暴损坏，承包方可能受阻而不能如期竣工。未履行合同义务的当事方是否有责任赔偿另一方由于这项未履行义务而遭到的财务损失，这个问题应同谁应对由意外事件或第三

者行动造成的灭失或损坏承担风险的问题区别开来。即使承担风险的一方有责任补救该项灭失或损坏,他也不一定有责任就因该项灭失或损坏而造成的未履约赔偿损失。如果这项意外事件或第三者的行动构成免责障碍(见第二十章“损害赔偿”,第3段和第二十一章“免责条款”,第9至26段)。在上述例子中,承包方也许应修复风暴对工厂造成的损坏,但他没有责任赔偿购买方因其未履约而造成的财务损失,如果根据合同所载免责条款风暴构成免责障碍的话。

5. 在确定当事各方如何分担灭失或损坏的风险时,需考虑和平衡下列诸因素:

- (a) 首先最重要的是,哪一当事方能以最低的费用为货物投保,或按照工厂合同的规定,能为有关的灭失或损坏投保,或在向保险人提出赔偿要求时处于较有利的地位;
- (b) 哪一当事方能更好地控制可能造成灭失或损坏的情况;这一方一般是实际占有设备、材料或工厂的一方。由他承担风险可激励他用心保管货物。此外,由实际占有财产的当事方承担风险可避免就下列问题发生争议,即灭失或损坏究竟是由于财产保管欠妥而造成,还是由于不能防止的意外事件或第三者的行动而造成。当事各方在确定如何分担风险时似宜重视这一因素;
- (c) 不宜在当事各方之间多次转移风险(例如从承包方转移到购买方,然后又从购买方转移到承包方)。当事各方也似宜重视这一因素;
- (d) 哪一方最能抢救和处置受损财产。

6. 当事各方有时希望将由于某些特定事件如战争、其他军事行动、暴动(仅由承包方或其分包人的雇员引起的暴动除外)、地震或水灾等造成的灭失或损坏的风险(所谓的“例外风险”)从承包方承担的风险中排除出去。¹ 由于这种排除将导致这些风险需由购买方来承担,因此合同似宜明确规定在哪些情况下购买方应承担这些风险。当事各方也许希望规定只有当这些灭失或损坏由工厂施工所在国的特定事件造成时购买方才须承担这些风险。但是,如果合同双方希望规定购买方须对即使在工厂施工所在国之外造成的灭失或损坏承担风险,那么合同就应该明文规定购买方开始承担这些风险的时间(例如在设备和材料交付第一承运人以便运往工地之时)。

B. 承包方提供的设备和材料

1. 用于建造工厂的设备和材料

(a) 根据适用法律设备和材料用于建造工厂的后果

7. 许多法律制度有强制性规则规定, 设备和材料在用于建造工厂后便丧失各自的特性。之后, 承担工厂风险的当事一方也将对已用于建造工厂的设备和材料承担风险。设备和材料被认为已用于建造工厂的时间将由适用法律明文规定的准则来确定。当事各方似宜根据这些准则来确定设备和材料何时用于建造工厂。

8. 根据大多数法律制度, 材料在施工中使用后便认为已用于建造工厂, 因为这种使用往往改变材料的物理特征。对于设备来说, 各法律制度有不同的规定。一些法律制度规定, 设备在工厂里安装后如不损坏设备就不能将它同工厂分离开, 该设备便被视为已用于建造工厂。另一些法律制度则规定, 持久特征不那么强的安装也足以使设备被视为已用于建造工厂。如果适用法律中关于何时算用于建造工厂的规则不是强制性的, 而且不能以适当的方式来解决这个问题, 当事各方似宜在合同中确定应在何时把设备和材料看作为已用于建造工厂(例如, 当设备在工厂里安装之时, 不论在此之后该设备是否可以拆除而不致于损坏该设备)。

(b) 合同采用的关于风险转移的规则

9. 当事各方似宜在合同中规定, 在设备和材料用于建造工厂之前的时期内谁应对承包方提供的将用于建造工厂的这些设备和材料的灭失或损坏承担风险。如果这些设备和材料在承包方用于建造工厂之前仍由承包方实际占有, 那就宜于规定在设备和材料用于建造工厂之前承包方应对它们的灭失或损坏承担风险(见本章脚注1)。

10. 在某些情况下, 购买方为了储藏目的而必须接管承包方提供的设备和材料(见第八章“设备和材料的供应”, 第21至26段)。在这些情况下, 不论采

取什么办法来确定由谁承担风险都会有下列两个缺点之一：多次风险转移；或当事一方实际占有设备和材料而同时当事另一方须对这些设备和材料承担风险。因此，合同可以规定，购买方对建造中工厂承担风险的同时，在设备和材料用于建造工厂之前也对它们承担风险，从而避免发生多次风险转移的现象；但是，这个方法的一个缺点是，当承包方从储藏处将设备和材料取出以便用于建造工厂时，他实际占有这些设备和材料，而在此期间购买方须对它们的灭失或损坏承担风险。如果合同采用另一办法，规定这项风险由当时占有设备和材料的当事一方承担，就可避免这项缺点。

11. 如果购买方应对未竣工的工厂的灭失或损坏承担风险，而购买方为储藏目的须接管设备和材料并只在它们用于建造工厂之前一刻才交回承包方，那么当事双方似宜规定，设备和材料的风险将转移到购买方，并在它们用于建造工厂之前仍由他承担。如果承包方应对未竣工工厂的灭失或损坏承担风险，或者，未竣工工厂的风险不论由购买方承担还是由承包方承担，但设备和材料将由承包方接管并在它们用于建造工厂之前一段相当长时期内仍由他实际占有，那么当事双方似宜商定风险将转回到承包方并由他继续承担。

12. 只要设备和材料由购买方接管以便储藏或供购买方或购买方雇用的另一企业安装（见第九章“现场施工”，第27至30段），合同就应确定灭失或损坏的风险何时转移给他。当事双方似宜选择下列时间之一作为风险转移到购买方的时间：

- (a) 设备和材料交付第一承运人以便运给购买方之时，或它们在商定的装货港口安全越过船舷时；
- (b) 设备和材料由购买方接收之时，或如购买方推迟接收，它们交由他处置之时。²

13. 在确定哪一个时间比较合适时，当事各方似宜选择购买方有机会检查设备和材料的状况的时间。如果设备和材料在风险转移时没有加以检查，后来发现灭失或损坏，那就很难确定灭失或损坏何时发生，也很难确定灭失或损坏的后果应由谁承受。

14. 不论承包方是从自己的存货里提供设备和材料，还是分包给分包人或供应商将设备和材料直接运送到合同规定的供应地点，上述各段所说方法都可使用（见第八章“设备和材料的供应”，第5段）。在后一种情况，可把分包人或供应商提供设备和材料看作为是承包方履行了他在工厂合同项下的供应义务（见第十一章“分包”，第27和28段）。因此，工厂合同能确定供应物的灭失或损坏的风险应由承包方承担还是由购买方承担，虽然它不能确定风险应由分包人或供应商承担还是由承包方承担。这后一种风险由谁承担问题可由有关各方订立的合同来解决。在可能的范围内，承包方也许希望保护自己，确保他与分包人或供应商订立的合同规定的风险转移给他的时间迟于工厂合同规定的风险从他转移到购买方的时间。

15. 如果承包方根据《国际贸易术语解释通则》的有关贸易术语（例如船上交货价、成本加运费价等）向购买方提供设备和材料，该贸易术语可确定风险转移到购买方的时间。如《解释通则》解释的贸易术语以适合工厂合同的方式确定风险转移，这个方法是可取的（见第八章“设备和材料的供应”，第3段）。

2. 不用于建造工厂的设备

16. 承包方提供的设备有时并不是为了用于建造工厂（例如用以卸下工厂产品的活动设备）。根据一些法律制度，这类设备被认为是工厂的附属物，而该设备的风险在工厂风险转移的同时也被认为从承包方转移到购买方。但是，当事各方往往有自主权商定在另一时间转移风险。如果适用法律规则没有以适合工厂合同的方式确定由谁来承担这类设备的风险，这种协议是可取的。如果适用法律不认为设备是工厂的附属物，那么由工厂合同来确定这类设备风险的转移时间也是可取的。

17. 当事各方似宜根据在工厂接收之前设备由哪一方实际占有来确定由谁承担风险。如果由承包方占有，则风险应由承包方承担，在工厂风险转移的同时转移给购买方。如果购买方在接收工厂前接管设备（例如为了储藏目的），风险可在双方确定的时间转移给购买方（见上文第12至15段）。

C. 购买方提供的设备和材料

18. 根据一些工厂合同, 购买方也许有义务提供设备和材料供承包方用于建造工厂。 当事各方似宜规定, 如果承包方对建造中工厂承担风险, 购买方提供的设备和材料的风险应在承包方接管它们时从购买方转移到承包方, 或如承包方推迟接管它们, 风险应在它们交由承包方处置时从购买方转移到承包方。 合同可规定承包方在接管设备和材料时有义务对它们进行检查(见第八章“设备和材料的供应”, 第29段)。 这个方法的一个优点是减少双方就应由谁来承受设备和材料的灭失或损坏的后果发生争议。

19. 如果购买方对建造中工厂承担风险, 上述方法便没有那么多优点。 在这种情况下, 这种方法造成双重风险转移(从购买方转移到承包方, 而在设备和材料用于建造工厂后又从承包方转移到购买方)。 此外, 也没有大大减少关于工厂未能运转的原因的争端, 因为购买方在设备和材料用于建造工厂后需对它们承担风险。 双方似宜规定, 如果设备和材料由购买方储藏在工地并在用于建造工厂之前一刻才交给承包方, 则在它们用于建造工厂之前的风险应由购买方承担。

D. 建造中的工厂和已竣工的工厂

20. 如整个工厂只由一个承包人承建(特别是统包式合同), 合同似宜规定承包方对建造中工厂的灭失或损坏承担风险, 并在购买方验收工厂或接管工厂之前对已竣工工厂的灭失或损坏承担风险(见第十三章“竣工、接收和验收”, 第23段)。

21. 合同可规定在购买方接收工厂时工厂的风险从承包方转移到购买方, 这个办法的好处是: 从那时起, 工厂将由购买方实际占有, 因此购买方可控制各种可能造成工厂灭失或损坏的情况。 但是, 如果工厂须在购买方接收工厂后一段试运转期间内由承包方监督运转(见第十三章“竣工、接收和验收”, 第16段), 当事各方也许宁愿规定在购买方验收工厂之前不转移风险。 接收和验收的可能发生时间在第十三章“竣工、接收和验收”, 第22、25、29、31和32段中讨论。 合同可规定, 如果购买方在有义务接收或验收工厂时没有这样做, 承包方有权要求他

这样做，如果购买方在一段规定的时期内没有这样做，则风险将在承包方将风险已转移的通知送交他之时转移（对照第十八章“迟延、缺陷和其他不履约”，第60和61段）。如果工厂在建造期间其所有权归承包方所有（见第十五章“财产所有权的转让”，第8段），当事各方也许宁愿规定在工厂所有权转让给购买方时风险也从承包方转移到购买方。

22. 如果若干承包方依次参与施工，而且每一人在其施工期间实际占有工厂，则合同可规定在每一承包人接收未竣工工厂时风险即转移给他，并在购买方接收工厂时风险即转移给购买方。每个承包人也许有义务在完成其施工的部分后进行竣工试验。这些试验将包括由当事各方检查竣工部分（见第十三章“竣工、接收和验收”，第4段）。可能在检查期间发现承包人为之承担风险的任何灭失或损坏。下一个施工的承包人可参与检查，已发现的任何灭失或损坏可记录在接收说明中（见第十三章“竣工、接收和验收”，第22段）。

E. 承担风险的一些后果

23. 如果承包方对其提供的设备或材料、建造中的工厂或已竣工但尚未接收或验收的工厂的灭失或损坏承担风险，则他须尽快自己出钱补救风险所覆盖的任何灭失或损坏。合同可规定，在补救灭失或损坏时，承包方可选择对已损坏的物品加以更换或修复。许多法律制度规定，如果购买方对财产的灭失或损坏承担风险，则购买方有义务按承包方提供的财产的价值如数赔偿。如果适用法律没有规定购买方承担的风险有这些后果，则合同最好如此规定。如果承包方提供的设备和材料发生属于购买方承担风险范围内的灭失或损坏，购买方因此必须自己出钱补救这些灭失或损坏，在许多情况下他自己是没有能力这样做的，所以合同宜明确如何解决这个问题（对照第十八章“迟延、缺陷和其他不履约”，第49段）。

F. 承包方施工用的工具和建筑机械

24. 承包方将把施工要用的工具和建筑机械带到工地。这些财产可能由于意

外事件或当事各方都不对其负责的第三者的行为而遭到灭失或损坏。许多法律制度规定,这类风险应由承包方承担,而且不能转移给购买方。合同可规定,在一些情况下,这些工具和机械可由购买方或由其雇佣的第三者用于施工。但是,即使在这些情况下,也宜于规定如果工具和机械是按合同规定用于施工,则风险应由承包方承担。

第十四章注

¹ 说明性条款

- “(1) 除本条第(2)款规定的情况外,承包方在其提供的任何设备和材料用于建造工厂之前,应对它们不论由于何种原因而遭到的任何灭失或损坏承担风险。
- “(2) 但是,承包方承担的风险不包括由购买方或其雇用的任何人造成的〔或由工厂施工所在国的……(此处指“例外风险”;见上文第8段)造成的〕任何灭失或损坏。”

² 说明性条款

- “(1) 除本条第(2)款规定情况外,承包方提供的用于建造工厂的设备和材料不论由于何种原因而遭到灭失或损坏的风险,应在下列时间从承包方转移到购买方:
- 〔设备和材料根据合同规定交付第一承运人以便运送给购买方时〕
- 〔设备和材料在规定的载货港口安全越过船舷时〕
- 〔设备和材料由购买方接收时,或如购买方推迟接收,它们交由购买方处置时〕。
- “(2) 〔如注1〕说明性条款第2款。”

第十五章 财产所有权的转让

提 要

建造工厂所牵涉的各类财产是否属承包方或购买方所有的问题，对于因该财产或财产的使用而引起的保险、税收和对第三者的责任等问题来说，可能是重要的。这个问题之所以重要还因为该财产可能会被财产所有者的债权人扣押，并可能处于对财产所有者提起的破产诉讼之下（第1段）。本《指南》把财产所有权转让问题视作不同于该财产灭失或损坏的风险转移问题来处理（第2段）。

用于工厂建造的设备 and 材料的所有权转让通常受财产所在地的法律制度的强制性规则所管辖（第3段）。许多法律制度中都有一项强制性规则，规定附属于土地的一切附属物均为土地所有者所有（第4段）。即使适用法律准许当事各方通过合同条款来规定财产所有权从当事一方到另一方的转让，他们也可能只有在适用法律有关这种转让的规定不能令人满意时才需要把这种条款列入合同（第5段）。

将设备和材料的所有权划归不拥有工厂的当事一方的合同条款，应在设备和材料一经用于工厂建造即停止有效（第6段）。

关于承包方供应的设备和材料的所有权转让问题，在购买方支付了这些设备和材料的相当大一部分价款后，这些设备和材料就不宜再归承包方所有。关于购买方提供的设备和材料的转让问题，除非承包方已支付其价款，否则这些设备和材料在用于建造工厂以前其所有权不宜转移给承包方（第7段）。

在某些情况下，建造中工厂的所有权最好划归购买方，例如当购买方在建造期间已按进度付款方式支付了相当大一部分价款。在其他情况下，划归承包方可能是可取的，例如，如果承包方已就价款向购买方提供了信贷（第8段）。

A. 概 述

1. 建造工厂所牵涉的各类财产是否属承包方或购买方所有的问题，对于因财

产或财产的使用而引起的保险、税收和对第三者的责任等问题来说可能是重要的。这个问题之所以重要还因为该财产可能会被财产所有者的债权人扣押，并可能处于对财产所有者提起的破产诉讼之下。

2. 本《指南》把履行建厂合同所涉财产所有权的转让问题视作截然不同于该财产灭失或损坏的风险转移问题（见第十四章“风险的转移”）来处理。尽管有些法律制度规定财产灭失或损坏的风险随同财产所有权的转让而转移，但另一些法律制度则未作如此规定。例如，有些法律制度规定财产灭失或损坏的风险由谁承担的问题，可视谁拥有财产而定。而且，有些法律制度即使规定风险随所有权转让而转移，也仍允许当事各方商定别的办法。

3. 用于工厂建造的设备 and 材料的所有权的转让通常受财产所在地的法律制度的强制性规则所管辖，当事各方仅有有限的自主权可在合同中规定所有权从一方转让给另一方的时间。按照大多数法律制度规定，设备和材料的所有权直到确定该财产为履行合同所供应的财产之后才可以转让。有些法律制度则要求把设备和材料交给应获得所有权的当事一方。

4. 许多法律制度中都有一项强制性规则，规定土地的一切附属物都为土地所有者所有。如果工地所在国的法律载有这一规则，建造中及竣工后的工厂均为土地所有者所有，通常他也就是购买方。其他法律制度载有确定土地附属物所有权的非强制性规则，虽然其中许多法律制度也规定，除当事各方另有规定者外，土地附属物将归土地所有者所有。但是，根据合同规定或适用法律，将成为工厂一部分的设备和材料的所有权可能在用于工厂建造之前已转移给购买方（见下文B节）。

5. 即使适用法律准许当事各方通过合同条款来规定财产所有权从当事一方方向另一方的转让，他们也可能只有在适用法律有关这种转让的规定不能令人满意时才需要把这种条款订入合同。本章B、C两节载有关于如果某些情况下适用法律的非强制性规则对所有权的划分不能令人满意时，如何在这种情况下恰当地规定所有权的划分的一些建议。在制订有关所有权转让的条款时，一般来说当事各方最好尽可能避免财产所有权的多重转让和重新转让。

B. 用于建造工厂的设备和材料的所有权转让

6. 当事各方似宜指出，凡把设备和材料的所有权划归不拥有工厂的当事一方的合同条款，应在设备和材料一经用于工厂建造时即停止有效。根据许多法律制度现有的强制性法律规则，用于工厂建造的设备和材料，一旦投入建造即与工厂合为一体，不再是独立所有权的对象。此后，已经投入建造的设备和材料即为拥有工厂的当事一方所有。

7. 关于承包方供应的设备和材料的所有权转让问题，在购买方支付了这些设备和材料的相当大一部分价款后，这些设备和材料就不宜再归承包方所有。否则，如果承包方的财产由其债权人扣押，或者承包方宣布破产，购买方就可能受到严重的损失。至于购买方供应的设备和材料的所有权转让问题，在这些设备和材料用于工厂建造以前其所有权不宜转给承包方，不论工厂在建造期间归购买方所有，或在例外情况下，归承包方所有。但是，如果建造中的工厂应归承包方所有，而承包方在设备和材料用于建造工厂以前已支付其价款，则可规定所有权自付款之时起即转移给他。

C. 建造中的工厂和竣工后的工厂的所有权

8. 在某些情况下，当事各方最好把建造中的工厂的所有权划归购买方（对照上文第4段）。例如，当购买方在建造期间按进度付款方式支付了相当大一部分价款后，就可把所有权划归购买方。另外，如果划归承包方可能产生困难，例如有若干承包人参与建厂，而要每个承包人拥有他所建造的那部分工厂是不切合实际的，在这种情况下也最好把所有权划归购买方。但是，在其他情况下，把所有权划归承包方可能是可取的。例如，如果承包方已就价款向购买方提供了信贷，而且其中相当大一部分价款将在保证期届满后支付，那么在付给一定比例的价款之前，承包方可因所有权的划归而受到保护。但是，这样的安排可能相当于一项保留所有权协议，而工地所在地的法律可能要求如果要有效实施这种所有权的划归，就需履行某些手续。而且，工地所在地的法律还可能要求履行额外手续，才能在购买方已支付一定比例的价款后把工厂的所有权有效地转让给购买方。

第十六章 保 险

提 要

当事各方，特别是购买方最好就保险问题征求工厂项目保险领域专家的意见。建厂合同通常只需涉及最好有明文规定应由当事一方提供的那些保险类别（第 1 至 4 段）。

合同最好规定财产保险和责任保险，并明确所保的风险、有义务投保的当事方、指定为被保险方的当事各方和其他实体、最低保险额、适用的免赔额或免赔率以及保险所承保的期限（第 5 至 15 段）。

合同最好要求对建造中的工厂、已竣工工厂、临时构筑物和工厂附属构筑物（第 16 至 23 段）以及将用于工厂的设备和材料（第 24 至 26 段）的灭失或损坏进行财产保险。

如果由承包方承担建造中的和已竣工的整个工厂的灭失或损坏的风险，合同最好责成承包方取得对整个工厂的财产保险并使之保持有效。如果若干承包人参与建造工厂，而无单一的承包人承担整个工厂的灭失或损坏的风险，则当事各方似宜考虑是否宜由各个承包人就其承建的那部分工厂和构筑物取得保险（第 18 段）。通常最好同时指定承包方和购买方为被保险方（第 19 段）。

对合同规定属财产保险范围的风险，可以采取不同的做法（第 20 至 21 段）。当事各方应考虑将由保险予以补偿的损失的性质以及规定的保险额（第 22 至 23 段）。

关于对用于工厂的设备和材料的保险，合同可以规定这些物品由货物保险单予以保险，从装运起到工地交货为止，交货后属前述财产保险。或者，在有些情况下，最好用一份单一保险单对这些物品自装运之日起到用于工厂之时为止的整个期间提供保险（第 24 至 26 段）。

在有些情况下，最好责成承包方就他施工所用的机械和工具（包括租用的机械和工具）取得保险（第 27 段）。

合同最好责成承包方为他就其履约活动、包括其雇员、分包人和供应商的作为或不作为造成的灭失、损坏或伤害所负的合同

外赔偿责任以及承包方根据合同所承担的赔偿责任进行保险（第28至37段）。

合同最好要求承包方提供特定类别的责任保险，诸如产品责任保险（第29段）、专业赔偿保险（第30段）、车辆驾驶责任保险（第31段）、以及补偿雇员工伤保险（第32至35段）。合同可以要求责任保险在承包方或任何分包人在工地开始施工以前即告生效，并应包括整个施工阶段和保证期内所发生的灭失、损坏或伤害（第36段）。

合同最好责成承包方向购买方提出规定的各类证据以证明承包方有义务取得的保险已告生效，或指示其保险人直接向购买方提供这种证据。同样可以责成购买方就其应取得的保险提出证明（第38段）。当事各方似宜考虑有关处理有义务的一方未能取得应由其提供的任何保险或使之保持有效的情况的条款（第39和40段）。

A. 概 述

1. 建造大型工厂带有因可能发生的各种事故和事件而造成灭失、损坏和伤害的风险。建厂合同的作用之一就是将这些风险在承包方和购买方之间划分。达到这一目的的办法是制订由当事一方承担某一风险或当事双方分担风险的条款，例如有关风险转移（见第十四章“风险的转移”）、免责（见第二十一章“免责条款”）和困难（见第二十二章“困难条款”）的条款。未经合同划分的风险将按法律规则责成当事一方或另一方承担。当事一方可以向第三方，诸如保险人，转移它所应当承担的某些风险或这些风险的某些部分。

2. 建厂合同通常最好载有关于对某些风险进行保险的条款。在某些情况下，购买方可能希望责成承包方对其所承担的某些风险进行保险。有些风险属于这种情况。这些风险一旦发生，将造成超过承包方能力所能承担的财务后果，并可损害或阻碍承包方履行合同，而如果承包方不能承担这些后果就会损害购买方。出于同样的原因，为建造工厂提供资金的贷款机构往往要求将承包方承受的某些风险列入保险范围。在某些情况下，当事各方可商定由承包方为购买方承担的某些风险安排投保并支付保险费（见下文第21段）。在极为例外的情况下，购买方可

以在合同中承诺为承包方的某些风险安排投保并支付保险费（见下文第6和14段）。

3. 应该指出，合同通常只需涉及最好有明文规定应由当事一方提供的那些保险类别；它通常无需涉及为稳妥起见或在法律上必须由当事一方取得的其他类别的保险。本章只论述当事各方明确希望建厂合同规定的那些保险。

4. 建造工厂项目的保险是一个高度专业化的领域。承担各种风险的保险类别繁多，其中大多数保险都受到一系列复杂的排除和限制。当一个项目的整个保险方案包括了承保不同风险的若干保险单时——承包方取得一些保险单，购买方取得另一些保险单——必须协调各保险单，以达到所计划的整个保险范围，并防止出现不必要的保险类别的空缺和重复。因此，当事各方最好就保险问题征求国际工厂项目保险领域专家的意见。特别是购买方似宜获得一份关于他就该项目所冒风险的全面分析报告以及对这些风险投保的咨询意见。他最好甚至在缔约前就这样做，因为专业性的风险管理和保险咨询对制定拟提交未来承包方的合同草案中的风险划分条款和保险条款是很重要的。有时，国际贷款机构要求购买方就这些机构资助的项目征询风险管理专业人员的意见。

5. 合同所载条款可以涉及：

- 财产保险，就建造中的工厂、已竣工工厂、临时构筑物和工厂附属构筑物、用于工厂建造的设备以及承包方用以施工的机械和工具（包括租用的机械和工具）的灭失或损坏进行保险。这种保险承保被保险方所拥有的或他在其他方面对之拥有可保权益的财产（例如他就其承担灭失或损坏风险的财产）；
- 责任保险，对承包方就其有关履约造成的灭失、损坏或伤害等合同外赔偿责任以及他在合同项下所承担的赔偿责任进行保险。

6. 究竟应由承包方还是购买方取得某种保险将取决于一系列因素，其中许多因素在本章其他部分论述。在许多情况下，最好由承担所保风险的当事一方取得保险。但是，在某些情况下，可能最好由当事一方为另一方所承担的风险安排和支付保险。例如，属于这种情况的有，不承担风险的当事一方能够以较当事另一方更为便宜的价格取得保险，或者有关的保险须与其他保险协调起来（见下文第13段）。因此，购买方似宜在考虑到上述情况后，考虑是否更宜于由他为自己承担

的风险或承包方承担的风险取得某些类别的保险，而不要求承包方这样做。当事各方似宜规定，合同要求的保险须由建厂合同的当事双方均可接受的保险人所提供（但是，见下文第15段）。

7. 合同最好规定，当事一方为某些风险取得了保险，即使是合同规定他为这些风险保险的，也不能因此限制或免除该当事方在合同项下就这些风险所负的责任。

8. 合同中有关保险的条款最好指明应予保险的风险、被责成取得保险的当事方、应指定为被保险方的当事各方和其他实体、最低保险额、是否有任何适用于每种风险的“免赔额”（或“免赔率”）（即应由被保险方自己承担的财务损失额，保险人保险单只在损失超过这一数额的情况下进行赔偿）以及保险所承保的期限。由于建厂项目比较复杂而且往往有其本身的特点，因此保险范围通常得按项目的具体情况而定。

9. 当事各方应该认识到，可以提供的保险类别或金额将受保险市场所能提供的保险类别或金额的限制。某些险别，当事一方也许认为是合乎需要的，但可能没地方提供这种保险。另外一些险别，也许能承保，但其费用对某一具体项目来说在经济上可能不合算。因此，当事各方在拟订有关保险条款时，应该考虑到是否有可能以合理的费率取得所想要的保险。应该指出，由于市场条件的不断变化，本章所讨论的某些保险类别的可获得性，在本章写就后很可能发生变化。

10. 合同规定的保险额和应保风险的范围不得超出根据项目的情况认为稳妥或必需的金额和范围。购买方应该认识到，即使由承包方投保，一般说来保险费用最终将由购买方承担。购买方如要求过多的保险，将会不必要地增加他必须支付的价款。此外，在一次总付合同中，使承包方负担过多的保险费用可能会促使他削减其他费用，以便保持他投标的吸引力或是保持他的利润幅度。这种做法将会对提供给购买方的工厂的质量产生不利的影响。

11. 当事各方似宜在合同中规定一种办法调整合同所要求的保险额，以便考虑到通货膨胀的因素。可以根据有关指数的变化自动进行调整，或者合同可以规定，一经当事任何一方提出要求，可以对保险额进行审查。合同还可以规定，由于保险额增加所导致的保险费用的增加应由哪一当事方承担；这可以是有义务投保的当事一方。在法律允许的范围内（见下文第15段），当事各方似宜要求在发生索

赔时以可自由兑换货币支付保险赔款。

12. 购买方似还宜考虑合同所要求的各类保险的规定“免赔额”的金额（见上文第8段）。虽然建厂合同可以规定较高的免赔额，但保险人在大多数情况下都要求最低限度的免赔额。较高的免赔额可以减少保险费用；但是，如果承保的风险实际发生，则免赔额以内的损失须由承担该风险的当事一方承担。如果由承包方承担这种风险，他可以在其价款中计入一个增额，以顾及这种意外情况。

13. 对建造中工厂的保险安排和对已竣工工厂的保险安排最好能在切实可行的最大范围内协调起来。如果由也许在不同国家里的不同保险人分别出具许多单独保险单承保不同风险和不同当事方，往往造成对某些风险重复保险，而对另外一些风险又都没有保险。如果由一份单一保险单将尽可能多的风险和当事方列入其承保范围，这种做法往往是可取的。如果必须有多份单独保险单的话，那么最好由同一保险人出具这些保险单。

14. 现在已经出现一种较新的保险方式，这就是由购买方取得一份单一保险单，对范围广泛的风险提供综合保险。这种保险有时称为“统包保险”，比起由单独保险单承保不同风险并由项目的若干承包人、分包人、供应商、工程师和其他参与者分别投保的传统做法来，具有某些长处。例如，这在某些情况下比单独保险单所花费少，并能提供协调的承保险别，避免单独保险单可能造成的重复和遗漏。但是，在写本章时，对这种保险形式还存在着争议，购买方应该就这种方式是否适合于项目的问题与专业风险管理人或保险专家进行商量。如果购买方的确取得“统包保险”，他应当确保他没有直接或间接地承担由承包人、分包人或参与建造的其他人就该统包保险已承保的风险所付的保险费用。

15. 当事各方应注意到与建造工厂的保险有关的法律是否有任何强制性规则。例如，许多法律制度规定，被保险方必须对作为保险标的物的财产拥有合法权益或承担所承保的风险。另外，某些国家法律规定，对在这些国家建造工厂时发生的灭失、损坏或伤害保险应由这些国家的保险人承保。这就可能影响到可以提供的保险范围和承保险别，并可能使之有必要从其他地方获得本地所不能提供的保险。此外，外汇管制可能要求当地保险人用本地货币支付赔款。当事各方似宜特别在有关拟用于工厂的设备或材料的保险方面考虑到这一点，因为，这些设备和材料只能

由国外的来源所更换。

B. 财产保险

16. 除了有限的情况以外，财产保险（见上文第5段）对修理或更换承包方所供应的有缺陷设备或材料的费用或承包方所建造的工厂中有缺陷部分的费用不予补偿。此外，财产保险通常不承保由于设计或建造的缺陷对工厂造成的灭失或损坏。但是，当工厂某些部分的设计或建造有缺陷而造成工厂其他部分的灭失或损坏时，一般可以获得财产保险。因设计有缺陷而造成的灭失或损坏可以由专业赔偿保险承保（见下文第30段）。不过应该指出，专业赔偿保险一般只承保因设计疏忽而造成的灭失或损坏。因此，财产保险或专业赔偿保险往往不承保因设计中的非疏忽缺陷造成的灭失或损坏。但是，对于建造工厂的制成设备的保险，有可能包括对有缺陷的材料、工艺和设计的保险，而不管其是否由于制造者的疏忽所致。

1. 建造中的工厂，已竣工工厂、临时构筑物 and 工厂附属构筑物的保险

17. 合同最好要求对建造中的工厂、已竣工工厂、临时构筑物和工厂附属构筑物的灭失或损坏进行保险，直到购买方验收工厂后为止。验收之后，通常应该由购买方取得对工厂的保险；但是合同上不必载有这方面的规定。当事各方似宜考虑，合同是否还应该要求，在保证期内的保险范围应包括购买方验收的工厂之外的其他建造工作以及在这段时期内存在或留下的任何临时构筑物和工厂附属构筑物。

18. 在统包合同和其他类别的合同中，如果由承包方承担建造期内的整个工厂和接收或验收前的已竣工工厂的灭失或损坏的风险，那末合同最好责成承包方取得对整个工厂的保险，并使之保持有效（但是，见上文第6段）。当采取由若干承包人参与建造工厂的办法（见第二章“缔约方法的选择”，第17至25段），而且并无单一的承包人承担整个工厂的灭失和损坏的风险时，当事各方似宜考虑是否宜由各承包人就他所承建的那部分工厂和构筑物取得保险。这种做法会使保险重叠、保险费用重复，并会对处理涉及两个或两个以上承包人的灭失或损坏索赔要求造成

困难。在这种情况下,最好由购买方取得对整个工厂、临时构筑物和工厂附属构筑物的灭失或损坏的保险。另一方面,如果承包方与某一保险人有着长久关系并有公认的有利的索赔历史,他就可能得到比购买方更有利的费率。当某一承包人除提供设备或履行施工服务以外,还要协调其他承包人的建造工作时,当事各方似宜考虑是否应责成该承包人就整个工厂和所有构筑物取得保险并使之保持有效。

19. 合同应该规定指定谁为保险单中的被保险方。通常最好同时指定承包方和购买方为被保险方,而不论被保险项目的灭失风险由谁承担。如果不同时指定当事双方为被保险方,则在某些情况下,可使保险人在就未被指定的当事一方造成的灭失或损坏向被指定的当事一方支付赔款时,具有对未被指定的当事一方的代位权。这就可能导致未被指定的当事一方自行取得对该赔偿责任的保险,从而造成保险重复,使总的保险费用增加。而且,指定当事双方为被保险方将使双方均享有根据保险单所应享有的权利,例如参与保险单所规定的法律程序和接受关于保险条件有任何变化的通知。

20. 对于合同应规定对哪些风险投保的问题可以采取不同的方法。一种方法可以是在合同中指明保险范围必须包括任何危险所造成的一切灭失或损坏。但是,当事各方应当意识到能符合这种包罗万象的要求的保险很可能是没有的。有些保险人提供一种有时被称为“综合险”保险单,它承保各种危险造成的灭失或损坏,只有某些特殊例外的危险(如正常磨损和飞机造成的压力波)除外。其中有些例外的危险所造成的灭失或损坏,可以通过保险单上所加的特别批单或根据一份单独的保险单予以保险,但需另加费用。如果合同要求提供一份这种性质的保险单,则当事各方应该仔细考虑,该保险单排除的危险中是否有根据合同规定所建造工厂的性质应予保险的风险。在有些情况下,合同最好要求提供一份这种性质的保险单,并对该保险单所排除的危险引起的风险另行保险,这比试图在合同中逐项具体列出应属保险范围的各种危险的做法更为可取。

21. 合同可以免除承包方承担某些危险引起的风险(所谓的“例外风险”,见第十四章“风险的转移”,第6段)。如果合同采取这种方法,如有可能的话,责成承包方取得的保险范围最好甚至包括这些例外危险所引起的风险(但是,其中有些风险,如战争风险和核风险是不可保险的)。不然的话,购买方将不得不为这些风

险单独保险。这种划分保险的做法会造成承保险别空缺或不必要的重复，而增加保险费用。而且，如果发生灭失或损坏，关于这种灭失或损坏究竟属承包方的保险范围还是属购买方的保险范围，会引起旷日持久劳民伤财的争端。

22. 对建造中的工厂、已竣工工厂和临时及附属构筑物的保险通常将就财产的灭失或损坏进行补偿。它一般不补偿其他类型的损失，例如由于发生灭失或损坏使工厂不能按时竣工，造成利润损失和偿付贷款费用增加。不过，这种损失可以通过特别保险批单或保险单来提供保险。如果当事各方决定应对这种损失进行保险，则合同应对这一保险范围作出明确规定。

23. 合同最好规定财产保险能补偿修理或更换工厂的灭失或损坏部分的费用。合同可规定该保险能补偿与这种修理或更换有关费用，诸如聘用建筑师、测量员、律师和工程师的劳务费，以及与拆除和撤移受损部分有关费用。所规定的保险额应当足以包括保险应予补偿的各类损失（见上文第9至12段）。因此，合同在确定保险额时应考虑通货膨胀的影响。

2. 用于建造工厂的设备和材料的保险

24. 合同最好要求对将用于建造工厂的设备和材料的灭失或损坏投保。合同可以规定，这种设备和材料应由一种货物保险单保险，从装运开始至工地交货为止。在交货后，它们便属于本章上面一小节所讨论的财产保险范围。为了避免由于难以证明一件物品的灭失或损坏究竟发生于货物保险单保险期间还是发生于后来的财产保险期间而引起问题，合同可以要求两份保险单上都载有一条款，根据这一条款，如果不可能证明灭失或损坏究竟发生于哪一保险单的保险期内，每一保险人将支付灭失或损坏的百分之五十。还应指出，货物保险的保险范围往往也包括战争险，而本章上面一小节所谈到的财产保险则往往将这些危险排除在外。

25. 或者，在有些情况下最好能用一份单一保险单来对设备和材料自装运时起到用于建造工厂时止的整个时期提供保险。如果对这些设备和材料在这一时期中的各个阶段（如转口、工地外存仓和工地内存仓）要由各单独保险单提供保险，则会造成承保险别不全或重迭。而且，用单一保险单保险，就可以避免有关灭失或损坏发生

阶段的问题。上文第20段所述的一些保险单就对整个时期的设备和材料提供保险。如果不可能以一份单一保险单对整个时期提供保险，合同可以规定如果可能，应由同一保险人以单独保险单对各个阶段提供保险。

26. 上文第19至23段关于被保险方、应投保的风险以及保险额的讨论同样适用于对将用于建造工厂的设备和材料的保险。

3. 承包方施工所用的机械和工具的保险

27. 在某些情况下，购买方也许希望看到对承包方施工所用的机械和工具（包括租用的机械和工具）投灭失或损坏险。这样可以得到资金以便迅速予以更换或修理，尽可能少中断施工。承包方在其正常的业务活动中经常投这种保险和支付这种保险费。购买方似宜与未来的承包方进行磋商，以确保有充分的保险。在某些项目中，合同本身最好责成承包方，按合同规定的适当金额，就装运到工地、工地外存仓和工地内的机械和工具的灭失或损坏取得并持有保险，并规定保险费用由承包方承担。也许可以将这种保险范围列入承保工厂的综合保险单中（见上文第14段）。当事各方应意识到，如果承包方被迫向建厂所在国的保险人投保可能产生的困难（见上文第15段）。

C. 责任保险

28. 合同最好责成承包方为他就其履约活动，包括其雇员、分包人和供应商的作为或不作为，对购买方或第三者的财产造成的灭失或损坏以及对任何人造成的伤害所负的合同外责任进行保险。此外，还可责成承包方就他在合同项下的任何责任（例如他承诺就购买方对第三者所负的责任赔偿购买方）进行保险。承包方在其日常的业务活动中往往对这方面的某些责任持有总括保险。这种保险不应重复；购买方似宜与未来的承包方就其目前的保险范围进行磋商，也许在合同中规定承包方应取得并持有为承保一切风险与期限所必须的其他保险，并且达到购买方认为合适的金额。

29. 责任保险常常不包括对承包方就其履行合同义务的缺陷向购买方所负责任的保险。但是,有些责任保险单可以将承包方就建造过程中承包方的作为或不作为造成不在施工的工厂部分的灭失或损坏所负责任列入承保范围。合同最好规定这种保险。另外,合同可责成承包方对他就他所建造工厂的缺陷对购买方其他财产或对第三者财产造成灭失或损坏或者对任何人造成伤害所负责任取得保险。虽然责任保险单往往包括这种承保险别,但对承包人来说,可能有必要通过另一份单独的产品责任保险单来保这方面的险。

30. 如果应由承包方提供设计或类似的专业化专家服务,合同最好责成承包方取得专业赔偿保险。这种保险是为提供这种专家服务的人就其履行这种服务时的疏忽造成购买方或第三者或他们的财产遭到灭失或损坏所负赔偿责任提供保险。但是,同时负责设计和建造工厂的承包方也许难以取得这种保险。

31. 对于因承包方和分包人所拥有或使用的机动车辆在驾驶中引起财产灭失或损坏和人身伤害所负责任可能必须分别予以保险。在许多国家,这种保险是强制性的,合同最好对这种保险作出明确规定。如果在建造工厂中将使用飞机和船只的话,对这些飞机和船只的作业活动所引起的赔偿责任也应该进行保险。

32. 许多法律制度对于就工地上的工人以及当事各方和分包人的其他雇员所受伤害进行补偿有成文的规定。其中有些规定要求雇主取得保险以补偿雇员工伤。在另外一些法律制度下,工人可以按照关于人身伤害和损害赔偿的一般法律原则来得到补偿。合同最好责成承包方取得建厂所在地法律和其他有关法律规定所需的保险。如果法律不要求保险,购买方似宜要求合同责成承包方对他就其雇员和其分包人的雇员特别是来自建厂所在国的雇员受到伤害所负赔偿责任进行保险。此外,如果有关法律规定须按某一金额对补偿雇员所受伤害保险,但是一个雇员能够得到超过这一规定保险额的补偿,那末除了法律规定的保险外,还可以要求为承受这种超额风险保险。

33. 有些国家并没有上述成文规定,但有国家社会保障制度,根据这种制度,受伤害的雇员可以得到国家的补偿。但是,造成伤害事故的承包方或分包人得就伤害事故造成的全部或部分损失承担责任,当事各方似宜考虑确保对这种责任进行保险。

34. 根据有些法律制度, 承包方或分包人的受伤雇员可以从购买方取得补偿。因此, 合同可责成承包方不仅指定承包方, 还指定购买方为前几段所述保险的被保险方 (另见下文第 37 段)。

35. 承包方或分包人的来自建厂所在国以外国家的雇员有权享受其本国雇员补偿或社会保障制度规定的权利。 当事各方似宜确保承包方、分包人和购买方对这些雇员的赔偿责任也都受到保险。

36. 合同可以规定承包方应使本小节所述的保险在承包方或任一分包人在工地开始施工前即告生效。 规定的保险范围可包括整个施工阶段和保证期内所发生的灭失、损坏或伤害。 可以要求对其后可能产生的责任 (例如就设备、材料或施工的缺陷对财产或人员造成灭失或损坏的责任) 的保险维持到适用法律所规定或限制的期限届满之时。 有些国家的法律规定, 承包方在工厂投入使用的头十年内要对工厂的结构性缺陷承担责任, 并且必须对这种强制性的责任进行保险。

37. 由于一个事件对第三者造成灭失、损坏或伤害, 就有可能导致对参与建造的若干方或所有各方 (例如购买方、承包方和分包方) 提出索赔, 因此, 稳妥的做法常常是让每一方都为自己就这种灭失、损坏和伤害所负赔偿责任进行保险。做到这一点最理想的方法是, 如有可能, 在一份保险单上指定所有各参与方均为被保险方。如果他们分别由单独保险单提供保险, 而且如果第三者所受灭失、损坏或伤害可能是由不止一方造成的, 那末各参与方及其保险公司可能会卷入费时伤财的诉讼, 以确定哪一参与方应最终承担损失或者确定各方在付给索赔人的赔偿金中应负担的份额。如果所有参与方不可能由一份保险单提供保险, 那末对各参与方提供保险的所有保险单最好是由同一保险人承保的。 但是, 这在实践中也是难以做到的, 特别是在来自不同国家的若干承包人和分包人都有其保险人的情况下更为困难。

D. 保险的证明

38. 为了向购买方证实承包方已经履行了取得保险并使之保持有效这一义务, 合同最好责成承包方在购买方提出要求后的一段规定时间内向购买方提交保险单或载有保险单全部有关条款的保险证明和支付保险费收据的复制件。 此外, 合同可

以要求承包方指示其保险人直接向购买方提出保险证明，并在保险费到期未付时通知购买方。合同同样可以要求购买方向承包方提出购买方按规定应取得的保险的证明。如果当事双方都被指定为保险单中的被保险人，当事各方一般都将自动享有这些权利。

E. 当事各方未能提供保险

39. 当事各方似宜考虑，如何处理承包方未能取得他必须提供的保险并使之保持有效的情况。一个办法是可在合同中规定，购买方可以通知承包方，要求他取得保险并使之保持有效，如果承包方不在一段规定的时间内这样做，购买方可以自行取得这种保险。如果购买方自行取得保险，最好应责成他将这一事实通知承包方，以使承包方不致于重复保险。在统包合同中，可允许购买方从应付给承包方的金额中扣除他为这种保险所支付的合理数额，或是从承包方那里收回这一金额。若是费用偿还式合同，可允许购买方从应付给承包方的金额中扣除等同于购买方应付的保险费用与如果承包方履行其取得保险或使之保持有效这一义务时购买方需向承包方偿付的保险费用之间差额的那部分合理金额，或是从承包方那里收回这一合理金额。

40. 在购买方无法自行取得保险的特殊情况下，另一个办法可能是，如果承包方在接到购买方通知后的一段规定时间内仍未取得这种保险或使之保持有效，则购买方可以终止合同。此外，合同可以规定承包方应就购买方因承包方未能履约而遭受的任何损失向购买方负赔偿责任。至于责任保险，当事各方似宜在合同中规定，如果承包方未能取得这种保险或使之保持有效，购买方可以暂停支付按照合同应当付给承包方的一切款项，直到承包方依约取得这种保险或使之保持有效为止。

41. 如果合同责成购买方取得保险并使之保持有效，而购买方未能这样做，则合同可规定承包方有权通知购买方，要求他取得保险或使之保持有效；而如果购买方未能在一段规定的时间内做到，则规定承包方有权自行取得保险。如果承包方自行取得保险，合同宜责成他将此事实通知购买方，以免购买方重复投保。合同可规定承包方有权向购买方索回为取得保险而承担的合理费用。

第十七章 履约担保

提 要

建厂合同的当事各方都可寻求担保，以防另一方不履约。向购买方提供的担保可用担保书的形式，而向承包方提供的担保可用担保书或不可撤销的信用证的形式（第1段）。物权担保并不是建厂合同项下履约担保的一种重要形式（第2段）。

建厂合同最好规定应由当事各方提供何种形式的担保以及不提供担保的后果（第4段）。适用于担保的法律可能含有有关担保的某些方面（如形式和有效期）的强制性规定（第6段）。

承包方的履约担保书可规定，如果发生指定的承包方不履约情况，就由第三者按该担保书写明的方式承担这种不履约的责任（第7段）。这种担保书用于如下目的：担保已经投标的承包方将不会在投标书所规定的决标日期之前撤回他的投标（投标担保书：第9段）；担保按照合同正常履约（履约担保书：第9至12段）以及担保购买方预付给承包方的款项将偿还给购买方（偿还担保书：第9和13段）。履约担保书既可采取货币履约担保书形式，也可采取履约保证书形式（第11段）。

购买方似宜考虑在招标书中认定他愿意接受的担保人。他似还宜考虑是否规定必须由他本国的机构作担保人。这些做法各有利弊（第14至16段）。

担保书的条款可以使凭担保书提出的权利要求独立于建厂合同或从属于建厂合同（第17至19段）。独立担保书和从属担保书各有利弊（第20至23段）。当事各方似宜规定，如提供的是货币履约担保书，则它既不完全是从属性的，也不纯粹是索款即付担保书（第24段）。

提供担保书的时间可以在订立合同的同时，也可以在订立合同后的某一段规定时间以内（第25段）。担保书规定的赔偿责任范围通常只限于某一规定数额（第26到28段）。

当事各方似宜考虑到变动建厂合同的义务范围或者终止合同会对担保人的义务产生何种影响，并应以适当方式来处理这个问题（第30到34段）。他们似还宜考虑到担保书的可能有效期以及如果担保书具有确定的期满日期可能引起的困难（第35

至39段)。

对支付价款的担保，可要求购买方安排一项担保书(第40段)。或者，可要求购买方安排由某一银行开立一份以承包方为受益人的信用证，由银行保证在某一规定时限内凭承包方出示所规定的凭证支付不超过某一规定数额的款项(第41段)。承包方似宜确定开立信用证的银行(第42段)。重要的是信用证规定的支付条件应与建厂合同规定的支付条件相协调(第43段)。当事各方最好能商定出示什么凭证银行即应付款(第44段)。当事各方还宜考虑信用证的有效期限(第45段)。

A. 概述

1. 建厂合同的当事一方如不履行其合同义务，会给另一方造成很大的损失。虽然依照建厂合同，受损一方针对另一方的不履约可采取合同规定的补救措施，但他仍可能希望安排某种形式的担保来取代或补充合同规定的补救措施。担保可以采取不同的形式。向购买方提供的担保可以用担保书的形式(见下文第7至9段)。向承包方提供的担保可采用担保书或用以支付价款的以他为受益人的不可撤销信用证的形式(见下文第39和40段)。

2. 用当事一方的财产向另一方提供物权担保也可以成为一种履约担保形式。这种物权担保可以独立于当事各方的协议，通过强制性法律规定的实施而创设(例如，根据某些法律制度，为施工提供劳务和材料的承包方可以获得所建工厂的担保物权，作为应付给他款项的担保)。物权担保也可以由当事各方协议创设(例如，在承包方施工机械上可创设物权担保，作为提供给购买方的承包方履约担保)。但是，物权担保不是建厂合同规定的履约担保的一种重要形式。

3. 应该指出，当事一方可以通过除担保以外的其他手段来防范另一方不履约。例如购买方可以通过制定支付条件(见第七章“价款和支付条件”，第75和76段)来防范承包方不履约；而承包方也可以通过中止条款来防范购买方不支付价款，承包方根据中止条款有权在发生不履约情况时中止施工(见第二十四章“施工的中止”，第5至7段)。

4. 最好在招标书（如采用招标程序的话）和建厂合同中载明当事各方拟提供的担保形式和当事一方不提供的后果。由于提供担保需要提供担保的一方承担费用，因此当事各方似宜确定其合理需要的保护程度，以免形成过度保护。此外，他们似宜比较各种不同担保形式的费用，以便用最小的花费来获得必要的保障。

5. 建厂合同可责成当事一方安排通过第三者提供担保，并确定应提供何种担保（见下文B和C节）。但是，负有义务的当事一方为了提供建厂合同所要求的担保与第三者作出的安排将使他们之间产生一种独立于建厂合同之外的合同关系。而在提供担保之后，第三者与对之提供担保的建厂合同的另一方之间又会产生第三种法律关系。

6. 适用于担保的法律不一定适用于合同，它可能含有关于诸如担保形式和有效期等某些方面的强制性规定。如果以担保书作担保，适用法律可能含有强制性条款，规定例如谁能出具担保书（例如，或规定必须由购买方本国的金融机构出具担保书；或规定必须由经授权可出具外币付款担保书的金融机构出具担保书），或购买方在该担保书期满日之后保留担保书所产生的权利。这种法律还可能规定担保与建厂合同的关系。因此，当事各方在确定应提供的担保类别和制定有关担保的合同条款时应考虑到这种法律规定。此外，可能有必要考虑到提供担保者所在国的法律，因为这种法律可能含有有关出具担保或规定可担保的最高金额的强制性条款。

B. 承包方履约担保：担保书

7. 本章所述的这种担保书规定，如果出现所指明的承包方不履约情况，则由第三者（担保人）按担保书所述办法对此承担责任。“担保书”一词并不是用来说明这种协议的唯一术语，有时也使用“保证书”、“保证协议”和“赔偿协议”等用语。某些国家禁止银行出具担保书。但是，银行可开立具有与担保书同样作用的“备用信用证”。在签订建厂合同时，银行可以按照承包方的指示开立以购买方为受款人（受益人）的备用信用证，以备在承包方不履约时向购买方提供担保。购买方有权按该备用信用证所规定的条件（如须出示规定的文件）向该银行索取某一

规定限额以内的赔款。因此，B节关于承包方履约担保的各种担保书的讨论也适用于备用信用证。¹

8. 本章所述的担保书与质量保证书不同。质量保证书是当事一方依约承诺保证他的履约质量，例如保证由他供应的设备或材料符合规定的质量。这种保证书在第五章“工厂说明和质量保证”，第26至31段中论述。

9. 作为向购买方提供担保的担保书经常用于以下情形：

- 担保承包方投标后，在招标书确定的日期前不撤回其投标，若决定与他签定合同，该承包方将订立合同并提交招标书规定的任何履约担保书（见下文）。这种担保书通常称作投标担保书，在第三章“承包方的选择和合同的订立”中论述；
- 担保购买方在承包方订立合同以后未按照合同履行时不致遭受损失。这种担保书通常称作履约担保书；
- 担保向购买方偿还其支付给承包方的预付款项，如合同如此要求的话。这种担保书通常称作偿还担保书。

1. 履约担保书：作用

10. 凡要订立建造工厂合同的购买方，均要找一个拥有完成这项工程所需资金以及技术和经营能力的承包方。然而，购买方往往可能得不到全面资料来了解未来外国承包方的财务状况、他所承包的其他工程的范围（这可能影响他履约）、他以前的履约情况、或者影响承包方顺利完成项目的能力的其他因素。此外，订立合同以后的意外因素也可能影响承包方履行合同的能力。因此，招标书和建厂合同可以规定承包方必须提供履约担保书，以便提供如果承包方不履约时用以履行承包方赔偿责任的手段。要求提供履约担保书也会有助于防止那些不可靠的或者无资金的承包商投标。担保机构一般对要求其作保的承包方作周密的调查，通常它们只有在有了适当理由相信承包方能够顺利履行合同时才提供担保。

11. 履约担保书一般有两种。一种下文称之为“货币履约担保书”。按照这种担保书，担保人承诺在承包方不履约时只向购买方支付一笔不超过规定限额的款项，

以履行承包方的赔偿责任。货币履约担保书可以采用备用信用证的形式，通常由银行提供。另一种下文称之为“履约保证书”。按照这种保证书，担保人可自己选择是承诺由其本人弥补承包方施工中的缺陷或完成其未完成的工程，还是请另一个承包人来弥补缺陷或完成未完成的工程，并赔偿由于不履约造成的其他损失。承诺赔偿的价值限于规定金额之内。履约保证书的担保人也常常保留选择一种做法，即仅向购买方支付一笔不超过规定金额的款项来履行其义务。这种担保书一般由专门的担保机构例如担保公司和保险公司提供。购买方似宜在招标书上指定投标的承包人应提供这两种担保书中的哪一种。或者，购买方也可允许投标的承包人提供任一种担保书，因为承包人可能与某担保机构有业务关系，而该机构愿意以较少的费用向该承包人提供这种或那种担保。从购买方的观点来看，每种担保书都各有其利弊（见下文第20至23段）。关于可能与此有关的责任保险，见第十六章“保险”，第29段。

12. 在大多数建厂合同中，承包方不仅承诺完成施工任务，还要弥补在质量保证期届满前购买方通知他的缺陷（见上文第8段）。承包方在这个保证期内的履约可以与工厂验收前整个时期的履约由同一个履约担保书来担保，也可以由单独的履约担保书（有时称为维修担保书）来担保。下面所提出的与履约担保书有关的考虑，也适用于单独的维修担保书。

2. 偿还担保书：作用

13. 为了帮助承包方调动必要的资金以开始施工（如购置施工机械和材料），购买方常常向承包方预付部分价款（见第七章“价款和支付条件”，第67段）。为了保护购买方免受承包方不偿还的损害，合同可以规定，承包方必须提供货币履约担保书，以保证在承包方不偿还的情况下向购买方偿还该预付款项。

3. 选择担保人

14. 购买方似宜考虑在招标书中指定他愿意接受的担保人。购买方似乎还宜

考虑应否指定必须由其本国的机构作担保人。指定担保人的好处是，可以认定那些具有财力履行担保书义务，并且在解决索赔方面具有令人满意的记录的担保人。指定必须由购买方本国的机构作担保人的好处是，购买方较易执行由这些机构提供的担保书。一些国家有强制性规定，购买方只能接受由当地机构提供的担保书。

15. 购买方指定担保人这一做法可能具有的不利之处是，一些潜在的承包方可能会因无法获得这些指定担保人的担保而不能投标，而另外一些承包方又可能无法利用关系密切、愿意以低价作保的担保人。购买方指定必须由其本国的机构作担保人这一做法可能具有的不利之处是，这些机构可能会对提供担保收费较高（如当它们不得不从外国机构获得反担保，以确保有可兑换货币来履行可能产生的支付义务）。它们还可能不愿意提供某些形式的担保书，如履约保证书。此外，购买方和承包方所在国以外的某一第一流的金融机构可能与购买方本国的某一机构同样可靠，虽然对购买方来说，执行由这样一个机构提供的担保书可能要比执行由其本国某一机构提供的担保困难些。

16. 一种可行的办法是在招标书和合同中规定，投标的承包人可以先提出他们选择的担保人。如果购买方不能接受所提出的担保人，可要求承包人在某一规定时间内提出购买方能接受的其他担保人，或要求担保人提供的担保书经购买方国内某一金融机构确认。不过，须经确认的担保书可能比某一金融机构独自提供的担保书需要更多费用。

4. 担保人义务的性质

17. 担保书的条款和适用于担保书的法律将确定购买方与担保人之间的法律关系，确定在什么情形下可以凭担保书索赔并获得赔偿。这些条款可使担保书独立于建厂合同，也可使它从属于建厂合同。如果是独立担保书（常常称为索款即付担保书），担保人有义务在购买方提出要求时付款；购买方只要声明承包方未履约，就有权凭担保书取得赔偿。担保人无权以实际上并无不按建厂合同履约为理由拒绝付款；但根据适用于担保书的法律，可能在极特殊情况下排除购买方根据担保书索赔的权利（例如，当购买方的索赔要求属于弄虚作假时）。如果是独立备用信

用证，在购买方向开证银行出示购买方声明承包方未履约的文件时开证银行就有义务付款。与独立担保书的情形一样，银行无权以实际上并无不按建厂合同履约为理由拒绝付款，虽然在一些法律制度下银行可以在特殊情况下不付款。

18. 较可取的做法是在建厂合同中规定，即使是独立担保书，购买方也只有在承包方确属未履约时才有权凭担保书索赔。如果并无不履约情事而购买方要求赔偿，则购买方须负责向承包方赔偿由于不合理索赔而使承包方受到的损失。

19. 当担保人的义务同证明承包方不按建厂合同履约的赔偿责任的证据相联系时，担保书便是从属性的。这种联系的性质可以因担保书的不同而各异，例如，购买方可能必须出示判定承包方负有责任的仲裁裁决才能确立承包方的赔偿责任。履约保证书通常具有这种从属性质。

20. 对购买方来说，索款即付担保书的好处是他有把握凭担保书立即追回款项，而无须证明承包方不履约或他自己遭受损失的程度。购买方可能常常缺乏为证明承包方不履约所需的技术知识。此外，提供货币履约担保书的担保人，尤其是银行，愿意提供索款即付担保书，因为，他们赔偿责任产生的条件是很清楚的，并且他们也不卷入购买方和承包方之间就是否未按建厂合同履约所产生的争端。

21. 对购买方来说，索款即付担保书的弊端是，提供这种担保书的承包方可能希望得到保险，以防范购买方在实际上并无承包方不履约的情况下凭担保书取得赔偿的风险，并把这笔保险费用计入价款。承包方还可能将其为了收回购买方凭担保书无理索赔的金额而需采取的任何行动的潜在费用计入价款中。此外，由于购买方只要自己声称承包方未履约就能获得一笔凭担保书应付的金额（见上文第17段），承包方似宜把这些凭担保书应付的金额确定为合同价款的一个较小的百分比，这样，如果购买方在并无不履约情况下索赔，就可限制承包方由于必须赔偿担保人而可能受到的损失。

22. 对承包方来说，索款即付担保书的一个不利之处是，如果购买方在承包方并无不履约的情况下凭担保书获得了赔偿，由于担保人在向购买方付款之后用承包方的资产来补偿他自己，承包方就可能立即遭受损失，并在以后向购买方收回他无理索赔的金额以补偿自己所受损失时也会遇到困难和拖延。

23. 履约保证书（见上文第11段）的条款常常要求购买方证明承包方的不履约和购买方遭受损失的程度。此外，担保人也可提出假如承包方被控不履约时提出的抗辩。因此，当购买方凭保证书索赔时，就有可能面临旷日持久的争端。然而，由于担保人承担的风险较小，担保人赔偿责任的货币限额可能比索款即付担保书的高得多。如果购买方自己不能适当安排补救措施或完成工程，而需要第三者的帮助来安排补救或竣工，那么履约保证书也可能是有利的。但是，如果施工涉及到使用只有承包方掌握的技术，则由第三者来补救或竣工可能是不可行的，与货币履约担保书相比较，履约保证书可能就没有上文最后提到的那个优点。

24. 拟订担保书的方式可由购买方和承包方商定，但商定的文本还必须为担保人所接受。当事各方似宜规定，如提供的是货币履约担保书，则它既不完全是从属性的，也不应纯粹是索款即付担保书。在确定这种担保书的条款时，当事各方似宜考虑争取下列一种可能的安排：

- (a) 担保人只有在收到书面要求并附有一份书面陈述，指明造成提出该要求的不履约情事时，才有义务支付款项。然而，担保人不负责调查有关不履约的陈述是否属实；
- (b) 在凭担保书提出索赔前，须将索赔有关的不履约情事通知承包方，并且只有在提交通知后的一段规定时间以后才能提出索赔。从发出通知到提出索赔有一段间隔时间，可使购买方和承包方进行谈判，以解决双方的争端；
- (c) 如果购买方和承包方对承包方是否不履约产生争端，在购买方要求付款时有义务不向购买方而向第三者付款。该第三者将保管这笔款项直至通过解决争端的程序对购买方和承包方之间的争端作出裁决，然后按照裁决转交该笔款项；
- (d) 只有在购买方提出的要求附有咨询工程师或独立的第三者出具的证明，确认承包方不履约时，担保人才有义务付款。

5. 提交担保书的时间

25. 担保书在当事各方订立合同的同时生效，会尽量减少当事各方对所提供的担保书的条款和性质发生争端。或者，当事各方似宜规定担保书应在订立合同后的一段规定时间内提供，因为这样做费用可能低一些。为了使购买方确信与之订立了或将订立合同的承包方将提供所要求的履约担保书，所提供的投标担保书可以规定其有效期直到提供了履约担保书之时才期满（见第三章“承包方的选择和合同的订立”，第28至30段）。当事各方似乎还宜商定不在规定时间内提供担保书的情形下购买方在建厂合同项下的权利，例如，他可以终止合同，获得损害赔偿金。但是，购买方在决定采用这一补救措施前，似宜考虑在国外行使无担保的损害赔偿权时可能遇到的困难。另一种办法是，在招标书中要求投标书应当附有有资格承当担保人的机构的证明，其内容是，如果与该投标人订立合同，该机构愿意提供招标书所要求的那种履约担保书。不过，在许多法律制度下，如果该机构事后拒绝作保，购买方是不能强迫它提供担保书的。

6. 担保书规定的责任范围

26. 担保人的责任一般限于一笔规定的金额。如是履约担保书，这笔金额可以确定为合同价款的某一百分比；如是偿还担保书，则可确定为预付款项的某一百分比。在决定确切的百分比时，可以估计不履约的风险和由于不履约可能受到的损失，同时可以考虑担保人在为建造所涉的这类工厂提供担保时通常所定的限额。如果要求的担保金太高，可能会使较小的企业不敢投标，因为它们可能无力得到这样高的担保金。当事各方似还宜确定以何种货币支付担保书项下的金额。不论是偿还担保书还是履约担保书，均可用支付合同价款的货币支付。如果支付价款的货币不止一种，则必须指定一种货币。

27. 当担保书是从属性担保书时（例如履约保证书），适用于担保书的法律可能规定，担保人在担保书项下承担的责任范围与承包方在建厂合同项下向购买方承担的责任范围相同（例如就可补偿的损失类别而言）。因此，如果按照建厂合

同或适用于建厂合同的法律，承包方对购买方所负赔偿责任有一定限制，则担保人的责任也受同样程度的限制。但是，如果适用于担保书的法律没有明确规定担保人的责任是否与承包方的责任范围相同，则当事各方似宜在担保书中作此规定。

28. 当事各方似还宜考虑是否应在建厂合同和担保书中规定，担保金额在履约进展到某一指定阶段后应予减少。对履约担保书来说，一种方法是不作减少金额的规定，这是由于有一种看法认为，即使在施工晚期发生不履约也可能需要以全部担保金赔偿。再则，当事各方应当认识到，某些不履约，如迟延，往往在工程进行了很久才出现，而不是在施工早期出现。但是，规定在购买方验收工厂时减少担保金也许是能接受的，因为验收前进行的竣工试验和性能试验（见第十三章“竣工、接收和验收”，第4和24段）将能表明承包方的履约没有严重缺陷（见第十八章“迟延、缺陷和其他不履约”，第27段）。

29. 为了向购买方提供全面担保，担保书可以规定，凡不履行担保书所涉义务就按担保书承担责任。这样，就履约担保书而言，在发生任何履约缺陷和履约迟延时，就可能按担保书承担责任。

7. 变动或终止合同的影响

30. 当事各方似宜考虑变动建厂合同所规定的义务范围（见第二十三章“变动条款”）对担保人义务的影响。某一变动关系到担保人的利益，因为它可以导致承包方的责任大量扩大，从而增加了担保人承受的风险。对履约保证书来说，扩大责任还可能影响担保人弥补工程缺陷或完成未完工程的能力（见上文第11段）。在某些法律制度下，除非担保书另有规定，所担保的合同如有变动可能会解除担保人的责任；而在另外一些法律制度下，可以认为担保书只涉及开具担保书时存在的承包方义务。鉴于在履行建厂合同期间经常发生变动，因此宜在担保书中确定合同的变动对它有何影响。

31. 可以采用不同的方法。如果担保人的责任限于一笔规定的金额，担保的期限也有限定（见下文第35至38段），则即使合同的变动可能在某种程度上增加发生不履约的可能性，担保人可能仍愿意承担这种限定的义务。在这种情况下，

担保书可以规定，不管合同有何种变动，该担保书仍按其原有条款限定的范围继续有效。另一种方法是可以在担保书中规定，不管合同有何种变动，担保书仍按其原有条款限定的范围继续有效，但是所有这些变动集合起来必须不致使合同价款的增加超过价款的某一规定百分比。如果超过规定的百分比，必须征得担保人同意才能使担保书保持有效。再一种方法是可以规定，担保书只就未作变动的合同义务保持继续有效；如要担保书就变动了的合同义务也保持有效，则应征得担保人的同意。

32. 最好确保合同中有关变动的条款与担保书中关于合同变动对担保书的影响的条款相一致。例如，如果合同规定购买方有权单方面作出某种变动（见第二十三章“变动条款”，第12至18段），担保书最好能规定行使这种权利不影响担保书的效力，担保书继续适用于变动了的义务。如不一致就会妨碍购买方行使自己的权利。

33. 规定担保书在合同有变动时仍然有效的条款可能在某些情况下不足以保护购买方。合同的变动可能会延长承包方履约的期限，或者扩大承包方的责任，这反过来又可能增加他对不履约的赔偿责任。因此，当事各方似宜在建厂合同中规定，在这种情况下，承包方有责任确保担保人对担保书的期满日期、担保金额和其他有关条款作出适当的修改。安排这种修改所需的费用可以由承担变动费用的那一方承担（见第二十三章“变动条款”，第8段）。

34. 当事各方似还宜处理在担保书期满日期之前终止合同这一情况（见下文第36段）。当事各方似宜规定，尽管合同终止，仍可以在担保书期满日期之前凭担保书索赔。

8. 担保的期限

35. 担保书复盖所担保的承包方履行其所有义务之前的整个时期，这对购买方是有利的。因此，履约担保书不仅可包括施工阶段，还可包括质量保证阶段（见上文第12段）。

36. 提供担保书的机构可要求在担保书上规定一个确定的期满日期，担保人的义务将于该日终止。特别是商业银行，它们一般总是坚持在由它们提供的货币履约担保书中规定一个确定的期满日期。用以划定货币履约担保书所保期限的一种方法是在担保书中规定，在某一规定日期之后不得凭担保书索赔。对这种情况，当事各方似宜在订立合同时，根据对履行完所担保的义务所需时间的估计，商定一个确定日期，并载入担保书。然而，虽然确定这样一个日期可能符合担保人的利益，但是可能给购买方带来困难，因为由于种种原因，例如：由于承包方履约迟延，或者执行免责条款承包方履行自己义务的时间可能会延长，超过该确定的日期（见第二十一章“免责条款”，第8段）。因而，较可取的做法是在建厂合同中规定，如果承包方履行义务的时间延长超过担保书的期满日期，则经购买方提出要求，承包方有义务在提出要求后的一段合理时间内安排延长担保书的有效期，延长的时间视承包方履行完义务所需要的时间而定。购买方似宜提前足够的时间提出要求，以便承包方能够在担保期期满之前安排延期。可以责成对承包方延长履行义务时间负有责任的当事一方承担延长担保期的费用。

37. 如果履约保证书的担保人不坚持要规定一个确定的期满日期，则该保证书可以对所保的义务一直有效，直至完全履行了这些义务为止。但是，由于保证书的从属性质，即使在履约保证书中没有具体规定期满日期，如果承包方履行了他的义务，担保人即结束其责任。履约保证书可采取的另一种办法是规定在向承包方支付了价款的最后一笔分期付款之后，不得提出索赔。而只有在购买方对承包方的义务履行情况感到满意时才支付最后一笔分期付款，因此，规定自这天后不得向担保人提出索赔是合理的（见第七章“价款和支付条件”，第76段）。

38. 工厂合同当事各方应注意到，根据某些法律制度，如果购买方未退回或交付了担保书，则担保书在规定的期限期满后也仍然有效。因此，合同宜责成购买方在担保的义务完成之后迅速退回担保书。

39. 给偿还担保书规定一个固定的期满日期，可能象为履约担保书规定一个固定的期满日期一样会造成一些困难（见上文第36段）。就履约担保书采用的做法也可用于偿还担保书。但是，如果担保人并不坚持要有固定的期满日期，一种可行的办法是，规定当承包方已经提供的设备、材料和服务的价值达到了担保金

额时，担保即告终止。是否已经提供，可由咨询工程师或购买方的证明书予以证明，也可由供货的凭证（例如：经购买方证实的发票或运输单据、或者购买方代表的现场收据）予以证明。

C. 购买方付款担保：担保书或信用证

40. 当事各方似宜考虑，合同应否要求对购买方履行其主要义务，即支付价款（见第七章“价款和支付条件”）提供担保。当事各方可以采用的一种做法是在建厂合同中规定购买方有义务支付价款，并进一步责成他安排由第三者提供担保书，在担保书中该第三者承诺，如果购买方不支付价款，即由他支付。如采用这个做法，当事各方似宜在确定担保书的条款时考虑上文B节的内容。这种担保书可以是备用信用证。

41. 另一种保证承包方能拿到付款的做法是规定以银行根据购买方指示所开立的不可撤销的跟单信用证来支付价款。这种信用证是某一银行（开证银行）开给承包方的一种不可撤销的书面保证。银行保证在某一规定时限内凭承包方出示的规定单据支付不超过某一规定数额的款项。采用这种方法，承包方将有权直接要求银行支付到期的价款。

42. 承包方似宜在合同中确定由哪一家银行开立此信用证。一种方法是可以规定任何得到承认的银行都可开立信用证。但是，如果合同要求信用证应由承包方本国的一家银行开立，或应由位于承包方本国以外的一家银行开立但由承包方本国的一家银行予以保兑，则承包方可以得到更大程度的保证。根据这种保兑，保兑银行接受与开证银行一样的责任。由承包方本国的一家银行予以保兑使承包方能凭信用证取得付款而不致遇到资金划拨方面的行政困难，或因购买方所在国的外汇管制或其他金融条例而造成的困难。不过，要求这种保兑可能会增加购买方安排开立信用证的费用。当事各方似还宜商定开立信用证的时间。承包方可能希望在当事各方订立合同的同时开立信用证，因为这样他可获得有关最初几笔到期应付的分期付款的担保。当事各方似宜商定在信用证不能按商定时间开立时承包方根据建厂合同应享有的权利，例如他可以终止合同并取得损害赔偿金。

43. 在商定信用证中建厂合同所要求的支付条件时，应考虑到银行在信用证方面的商业惯例和各种可能采取的安排的費用。重要的是信用证所规定的支付条件应当与合同所规定的支付条件（例如支付货币、分期付款的每期应付金额和支付时间等）相协调。当事各方似宜考虑应当如何确定凭信用证应付的金额。合同可以规定，凭信用证要求支付的总额可以是合同价款的总额。凡已到期的分期价款，均可向银行要求支付。另一种对购买方来说可能費用较少的办法是规定在信用证有效期内，可凭信用证要求支付的金额保持固定不变。这样，无论何时在支付了凭信用证所要求支付的款项之后，该笔金额又会立即自动恢复供使用。这个金额并不一定要定为合同价款的总额，但应足以支付价款中任何一次到期的分期付款。信用证还可规定，凭信用证支付的累计总额不得超过合同价款的总额。

44. 当事各方宜明确地商定银行据以付款的凭证，以及这些凭证的措词和数据内容。这种所要求的凭证用以证明根据建厂合同提供设备、材料或服务，因而可能有不同的种类（例如：咨询工程师证明施工进度的证书、或者购买方的代表收到所提供的设备或材料的现场收据）。

45. 承包方最好要求信用证的有效期包括购买方应履行支付义务的整个时期。开立信用证的银行可能会坚持信用证应有一个确定的期满日期。确定期满日期可能会造成困难，这是因为虽然合同中的支付条件可能规定了一个付清款项的日期，但这个日期可能因种种原因而推迟（例如承包方履约延迟，或者由于免责障碍妨碍了施工或付款）。一种可行的办法是，在合同规定应付清款项日期的基础上，再加上此日期可能推迟的一段时间，据以确定信用证的期满日期。另一种可行的办法是在合同中规定，如果购买方履行其支付义务的时间延长超过了信用证的期满日期，经承包方提出要求，购买方有义务安排延长信用证的有效期，延长的时间按履行完义务所需要的额外时间而定。可责成对延长支付义务承担责任的当事一方承担延长信用证有效期的費用。如果购买方不安排延长，承包方可有权采取在购买方不支付经延期的信用证所保付的价款数额的情况下他有权采取的补救措施（见第十八章“迟延、缺陷和其他不履约”，第57和58段）。

第十七章注

- 1 要求凭单付款的跟单信用证，包括备用信用证在内，一般由《国际商会跟单信用证统一惯例》加以规定。该统一惯例订立了关于开立和使用信用证的规则。贸易法委员会在其1984年第十七届会议上(A/39/17, 第129段)建议采用《统一惯例》的最新修订本(国际商会文件第400号)。

第十八章 迟延、缺陷和其他不履约

提 要

本章讨论购买方因承包方的履约迟延或有缺陷而有权采取的补救办法。它也讨论承包方因购买方下列不履约行为而有权采取的补救办法：拖延支付价款或拖延为价款的支付提供担保；延迟接收或验收工厂；和不供应施工所需的设计、设备和材料。它还讨论当事双方由于价款以外的款项的延迟支付或未履行辅助义务而可采取的补救办法。合同最好对上述不履约行为具体规定补救办法。在拟订合同有关补救办法的条款时，应考虑合同的适用法律所规定的补救办法（第1、2、6和7段）。

如当事一方在迟于合同规定的履约时间履行合同义务，或完全不履约，就发生延迟履约的问题。如当事一方未遵守规定施工技术特点的合同条件，就产生履约有缺陷的问题（第4段）。

由于承包方根据工厂合同承担的履约义务既复杂又长期，购买方需要有一套详细的补救办法。本章制订的一套补救办法强调两个要素：一般给予购买方的初步补救办法是要求承包方完成延迟的工程或弥补有缺陷的履约行为；终止合同这种补救办法则是最后的手段（第9至12段）。

本章有时建议，如承包方未履行某些合同义务，购买方应有几种可资选择的补救办法。合同可规定，购买方选定其补救办法之后，不得变更，除非承包方同意其另择办法。在要求承包方弥补缺陷时，可规定他有权自由选择补救的方式（第14和15段）。

鉴于给予购买方的一套补救办法的细琐性，本章在第50段中简要列出这些补救办法。

购买方可能拖延支付价款或拖延提供支付价款的担保（第52段）。当事各方似宜规定购买方如拖延支付价款，则应支付利息（第53至56段）。合同可规定，如购买方拖延支付价款中特定的百分比的款项或拖延为支付价款中特定的百分比款项提供担保，承包方有权允许购买方缓期一段时间支付，但如购买方在缓限期内未支付价款，承包方可中止合同；如在合同中止后一段规定期间内仍未支付价款，承包方可以有权终止合同。或者，

合同也可规定，如果购买方在缓限期内没有支付价款或提供担保，承包方有权立即终止合同（第57和58段）。

合同可规定在某些情况下可视为购买方已验收工厂。在这个有关验收的办法行不通的情况下，以及在所有有关接收的情况下，合同可规定，如购买方拖延验收或接收，则承包方有权要求购买方在一段额外时间内验收或接收。如购买方在该额外时间内仍未验收或接收，合同可规定，验收或接收的后果从向购买方发出说明将会产生这种后果的书面通知之日起产生（第59至61段）。

合同可具体规定，如购买方未能供应他有义务供应的设计图样、设备或材料，承包方有权采取什么补救办法，例如，要求购买方在一段额外期间内供应设计图样、设备或材料，如购买方未能这样做，则终止合同（第62和63段）。

合同可具体规定，如当事一方延迟支付价款以外的某笔款项，或未履行辅助义务，另一当事方应有权采取什么补救办法（第64至66段）。

A. 概 述

1. 严格遵守关于履约的合同规定在工厂合同中特别重要，因为当事一方如不遵守这些规定可能会使对方遭到严重的财务损失。是否发生了不履约情事，以及此种不履约情事有何法律后果的问题经常是造成长期和复杂的争论的原因。因此，最好是商定明确的合同规定，确定应履行的义务和不履行这些义务所引起的后果（见第四章“起草概述”和第五章“工厂说明和质量保证”）。

2. 本章讨论如果另一当事方不履行合同所规定的义务或合同的适用法律所规定的义务时，当事一方根据合同可以采取的一些补救办法。

3. 这里也许要说明一下，本《指南》的设想是，除非是由于某一免责障碍而妨碍了履约，当事一方如不履行某一义务，对方通常应有权要求损害赔偿（见第二十章，“损害赔偿”和第二十一章，“免责条款”）。当事各方还可以规定对不履行某些义务应支付一笔约定的款项（见第十九章“约定违约金和罚款条款”）。当事各方应注意到，本章中提出的一些补救办法可以由损害赔偿或支付约定的款项来补充。

4. 在本《指南》中，“不履约”是指两种情况，即延迟履约和履约有缺陷。如当事一方迟于合同或合同的适用法律所规定的履约时间履行其合同义务，或根本不履行义务，就发生延迟履约。当事一方在从义务应履行之日起至他履行之日止，或至终止合同之日或者义务消失之日止都将处于延迟履约之中。但是，合同可规定，如果一方的延迟是由于另一方或另一方的受聘人的作为或不作为所致，则该另一当事方无权行使给他的延迟的补救办法。如当事一方未遵守合同中明订的关于供应的设备、材料和施工服务以及待建工厂的技术特点的规定，就发生履约有缺陷问题（见第五章，“工厂说明和质量保证”，第8和第9段、第八章“设备和材料的供应”，第6和7段以及第九章“现场施工”，第2段）。

5. 由于实际原因，合同可规定，即使竣工试验表明还缺少某些小部件（例如，即使缺少也不妨碍工厂运转的一些部件；见第十三章“竣工、接收和验收”，第4段），也可认为工程已经竣工。对于这些缺少的部件，合同可给购买方以相同于验收工厂后发现缺陷时所给予的补救办法。（见下文第38至42段）。

6. 当事各方似宜考虑如遇下列情况可以采取什么补救办法：承包方延迟施工（见下文B节2），承包方施工有缺陷（见下文B节2），购买方延迟提供支付价款的担保，或延迟支付价款（见下文C节2），购买方延迟接收或验收工厂（见下文C节3）和购买方不供应建造设计图样、设备或材料（见下文C节4）。此外，当事各方似宜考虑承包方延迟支付应付给购买方的款额时的补救办法，以及购买方延迟支付价款以外的款项时的补救办法（见下文D节1）。当事各方也似宜考虑如果当事一方不履行辅助义务，另一当事方可能有什么补救办法（见下文D节2）。当事各方也似宜规定当事一方聘用他人来履行其合同义务并不能减少或消除该当事方不履行这些义务时应负的责任（也见第十一章“分包”，第27段）。

7. 在决定合同对不履约应规定什么补救办法时，当事各方应考虑合同的适用法律所规定的补救办法（见第二十八章“法律的选择”，第1段），一些补救办法可能是强制性的，另一些可能是非强制性的，可不采用或予以改动。如遇适用法律所规定的补救办法不合适时，合同条款对此应明确加以修改或不予采用。当事方最好不仅要考虑每一方可以采用的补救办法，并且还应考虑这些补救办法之间的关系（见下文B节）。

8. 根据合同的适用法律，购买方对于在检查或接收设备时，或接收或验收工厂时按情理他本应发现的缺陷可能丧失其补救办法。但是，如情况允许，似宜在合同中规定在这些情况下购买方并不丧失这些补救办法（见第八章“设备和材料的供应”，第20段；第十二章“制造和施工过程中的检查和试验”，第1和8段，以及第十三章“竣工、接收和验收”，第12段）。不过合同可责成购买方毫不拖延地将他发现的缺陷通知承包方。合同可规定购买方承担承包方因购买方未通知而支付的任何额外的合理费用。

B. 购买方的补救办法

1. 显著的特征

9. 下文第50段载列的购买方补救办法概要是为了协助读者了解本章中制订的比较详细的购买方可以获得的一套补救办法。本概要并不讨论承包方可以获得的补救办法，因为它们的结构和内容是容易理解的。购买方的补救办法的详细性质是由工厂合同的某些特点所决定的。承包方彻底履行合同义务要有一段长的时间，包括若干个明确界定时期（例如，施工期，进行性能试验期和保证期）。承包方的义务很复杂，包括设备和材料的供应和现场的施工。此外，对于施工迟延和工程有缺陷两种情况来说，不履约行为可能有不同的形式（即：就迟延而言，可能是开工迟延或竣工迟延；就缺陷而言，可能是严重的或不严重的，已知不可弥补，或不知道不可弥补）。每一种形式的不履约可能需要有或多或少不同的一套补救办法。

10. 适当的做法是在合同内订明购买方的补救办法。这样做就承包方不履约行为所引起的后果而言，可取得比当事各方只依靠合同的适用法律规定的购买方可以获得的补救办法更大的确定性。此外，一些法律制度规定的补救办法也许对承包方不履行工厂合同的行为并不合适。但是，当事各方想要订出含有在每一情况下都适用的补救办法的补偿制度是极其困难的，特别是要注意到一些补救办法需要承包方愿意和能够按照该补救办法行事。因此，虽然合同中所定的补救办法或合

同的适用法律所载的补救办法确定了承包方不履行时购买方拥有的权利，但如真的发生这种不履行行为，在许多情况下，购买方会发现在诉诸可以采取的程序来实施其权利之前，最好是根据他的权利同承包方进行协商（见第二十九章“争端的解决”，第10和11段）。

11. 这里是分三个大类来讨论购买方的补救办法的：承包方施工的迟延，承包方施工的缺陷；承包方对之不负有责任的缺陷。承包方施工缺陷的补救办法又与四个小类相联系：施工期间发现的缺陷；由于未进行性能试验而认为工程有缺陷；性能试验中发现的缺陷；在验收后发现并于保证期内通知的缺陷。

12. 下文第50段的概要只列出各种补救办法的要点。但是，本章中对其详细论述的各节，均有相互参照的条目。由于终止一个长期工厂合同对当事各方都会造成很大的困难，所以本《指南》建议的补救制度着重两个方面：第一，通常给予购买方的最初补救办法，是要求承包方完成履约中的迟延部分或弥补有缺陷部分。但是，根据合同或合同的适用法律，购买方不得在免责障碍阻止履约期间要求履约（见第二十章“免责条款”，第9至26段），此外，一些法律制度规定，当事一方不得强制正在进行仲裁或诉讼的另一方履约。第二，终止合同的补救办法，是一项最后手段（又见第二十五章“合同的终止”，第2段）。

13. 在某些情况下，合同可以允许购买方享有要求降价这一补救办法。这种补救办法的目的是使购买方所得到的东西的价值和他必须付的价格恢复等值。如果工厂的缺陷是由于免责障碍而不履约所造成的，而且根据合同规定，承包方没有责任对这类不履行行为造成的损失给予赔偿时，这一补救办法对购买方就特别有用。（见第二十一章，“免责条款”，第8段）。如果购买方要求降价，同时也可以采取要求损害赔偿的补救办法时，他不得对已由降价所弥补的损失要求损害赔偿，因为这实质上使他对同一损失获得双重的补偿。当事各方似宜注意，合同可以允许购买方要求降价，即使他已付了价款。在这种情况下，考虑到所减的价格，购买方付出的超额款项可以由承包方直接偿还给购买方，或用来抵销日后应付给承包方的款额。

14. 本章有时候建议，对承包方的某种不履行行为，购买方可以有可供选择的替代补救办法。合同可以规定，如购买方已选定了某一补救办法，非经承包方同

意，他无权变更。但是，如果购买方既可选择聘请一位新的承包人来弥补缺陷并由承包方负担费用和风险的补救办法，又可选择某些其他补救办法，而购买方选择聘请一位新的承包人这个补救办法，但事实证明缺陷无法弥补，则购买方有权选择一个其他补救办法（例如，降价）。他对新的承包人不履约的行为可以选择的某一补救办法，载于本章下面有关的各段中。要说明的是，一些补救办法也许可由当事一方同时采用（例如，弥补缺陷和损害赔偿），另外一些补救办法也许要按先后顺序采用（例如，只有当已要求弥补缺陷但不施救的情况下才可以采用终止合同的办法）。

15. 本章通常建议，如承包方履约迟延或有缺陷，则合同要求购买方再给予承包方一段时间来完成施工的延迟部分或弥补施工中有缺陷的部分（见上文第12段）。比较好的做法是，合同不许把这段额外时间视为履约时间的延长从而影响购买方由于施工的迟延或缺陷而应得的权利。如遇要求弥补时，合同可规定承包方享有选择施救方式的自由（例如，修理或更换有缺陷的设备或材料）。合同可规定，即使合同采用费用偿还定价法，施救引起的费用也应由承包方负担（见第七章，“价款和支付条件”，第10至24段）。

16. 合同可规定，在过了某一规定时间之后，购买方就无权要求享有合同给予他的补救办法（例如，在质量保证期届满起某一规定期间后：见第五章，“工厂说明和质量保证”，第28至30段）。这样一个规定可以提高当事各方之间法律关系的确定性。合同也可规定，如果不履约是购买方的作为或不作为所致，则购买方无权因承包方不履约而行使给予他的补救办法。

2. 承包方施工迟延

(a) 开工迟延

17. 如果承包方在合同所规定的日期未能开工，合同可规定购买方有权以书面通知要求承包方自递交通知之日起在一限定或合理的额外时期内开工。如果承包方在额外时期内仍不开工，合同可规定购买方有权终止合同。不过，如果承包方

向购买方表明将不开工，合同可规定购买方有权立即终止合同。除本段讨论的补救办法外，购买方可以有权采用第十九章“约定违约金和罚款条款”和第二十章“损害赔偿”中讨论的补救办法。

(b) 未于强制性标志日期完成部分工程的迟延

18. 如果承包方未能按施工时间表所规定的强制性标志日期（见第九章“现场施工”，第21段）完成部分工程，合同可规定购买方有权以书面通知要求承包方自递交通知之日起在一限定或合理的额外时期内完成该部分。如果承包方在额外时期内未能完成该部分，合同可规定购买方有权终止迟延的那部分工程的合同，或在某些情况下，终止整个未完成工程的合同（见第二十五章“合同的终止”，第7段）。当事各方似宜考虑是否只是在满足一定的附加条件的情况下才让购买方有权终止合同，例如只有与承包方所有的施工迟延相关的某一约定款项的特定限额到期时才能终止合同（见第十九章“约定违约金和罚款条款”）。这样一种限制可以防止在只有一小部分工程未能完成的情况下终止合同。除本段讨论的补救办法外，购买方可有权采用第十九章“约定违约金和罚款条款”和第二十章“损害赔偿”中讨论的补救办法。

(c) 整个工程迟延竣工

19. 如果承包方未能按合同规定的竣工日期竣工，合同可规定购买方有权以书面通知要求承包方自递交通知之日起在一限定或合理的额外时期内竣工。如果承包方在额外时期内未竣工，合同可规定购买方有权终止合同或请新的承包人完成工程，费用和 risk 由原承包方承担。后一种补救办法在实践上很少采用，它通常导致增加价款，因为承包方承担的风险非常大。有些履约担保规定，如要聘用新的承包人，且费用和 risk 由原承包方承担，则需征得担保人的同意。除本小节讨论的补救办法外，购买方可以有权采用第十九章“约定违约金和罚款条款”和第二十章“损害赔偿”中讨论的补救办法。

(一) 终止合同

20. 合同可规定购买方有权终止施工未完成部分的合同（参见第二十五章“合同的终止”）。支付一笔约定的款项（见第十九章“约定违约金和罚款条款”）或损害赔偿金（见第二十章“损害赔偿”）可以补偿购买方在合同终止前原定付给承包方的价款与付给新承包人来完成施工的合理价款之间的差额。

(二) 雇用新承包人，费用和 risk 由原承包方承担

21. 合同可规定，如果购买方选择雇用新承包人，费用和 risk 由原承包方承担的话，他所作的选择以及与新承包人商定的条件必须合理。合同可规定购买方在雇用新承包人之前，有义务将购买方打算雇用的新承包人的情况以及新合同的条款以书面通知承包方。承包方有权通过向购买方递送书面通知，以对新承包人的选择不合理（例如，新承包人缺乏必要的经验）或准备与新承包人签订的条件不合理为理由，反对雇用该新承包人，或反对购买方打算与新承包人签订的合同条件。然而，合同可规定，即使承包方反对雇用该新承包人或反对准备签订的合同条件，购买方仍有权雇用新承包人，不过购买方要承担下述各种可能出现的 risk。

22. 合同可规定，当购买方决定雇用新承包人时，他仍有义务向原承包方支付价款，包括由新承包人建造的那部分工厂的价款。合同还可规定，承包方有义务支付购买方必须向新承包人支付的价款，购买方有权从合同项下应付给承包方的价款中扣除这笔开支。此外，还可规定承包方有义务支付购买方因雇用新承包人而承付的其他合理费用。然而，如果购买方在雇用新承包人时没有将选择新承包人的情况或没有将购买方打算与新承包人签订的合同条件通知承包方，或者如果购买方不顾承包方的有效反对（见上文第 21 段）而雇用新承包人，则合同可规定，只有在对新承包人的选择和与之商定的条件是合理的情况下，购买方才有权得到与雇用新承包人有关的价款和其他费用。

23. 合同可规定，新承包人若不能完成施工，承包方应对此负责，就象新承包人是承包方雇用的分包人一样（见第十一章，“分包”，第 27 和 28 段）。另

一种办法是，合同可规定，承包方对已竣工工厂中发现的任何缺陷负责，但如果他证明缺陷是新承包人造成的，他则有权排除责任。然而，如果购买方雇用新承包人时未将他打算雇用新承包人一事通知承包方，或未将雇用新承包人的条件通知承包方，或者如果购买方不顾承包方的有效反对（见上文第21段）而雇用新承包人，合同可规定，购买方将承担雇用新承包人引起的风险。合同还可规定，如果承包方应对新承包人不履约行为向购买方承担责任，则购买方必须将其因新承包人不履约而对之可能享有的任何权利转让给承包方，但这种转让须是适用法律所允许的。

24. 最好规定，如果购买方选择了由新承包人完成施工这项补救办法，承包方就必须停止施工并撤离工地，把工地让给新承包人。合同可规定，承包方必须在收到购买方有关他选择了这种补救办法的通知时，或在购买方的通知所指定的日后某一时间停止施工，撤离工地。合同可以禁止承包方在未经购买方同意下从工地搬走承包方的任何施工机械和工具或将用于建造工厂的任何设备和材料，因为新承包人可能需要它们来完成施工。

25. 如果购买方选择了这种补救办法，他最好不要终止同承包方签订的工厂合同，因为最好是使承包方对新承包人进行的施工所负有的责任（见上文第23段），不会因工厂合同终止而解除（见第二十五章“合同的终止”）。然而，同承包方签订的工厂合同可规定，购买方有权终止合同，并可规定，如当同新承包人签订的工厂合同终止时，购买方有权要求采取终止时可采取的补救办法。第二十五章“合同的终止”，第30和31段讨论了合同终止时购买方的权利。如果新承包人不履约，购买方也有权按照他与新承包人签订的工厂合同，要求针对新承包人的补救。

3. 承包方的施工有缺陷

26. 判断工厂或设备及材料是否含有按照合同应由承包方承担责任的缺陷，得看工厂或设备及材料是否符合合同中对将建造的工厂、应提供的设备和材料的技术特点的说明以及对应使用的施工程序的说明。第五章“工厂说明和质量保证”、第八章“设备和材料的供应”，第6和7段以及第九章“现场施工”，第2段叙述

了对工厂、设备、原料和施工程序的要求。第二章“缔约方法的选择”叙述承包方可能承担的合同义务，这些义务部分是由购买方选择的缔约方法决定的。

27. 如施工有缺陷，购买方可使用哪些补救方法取决于缺陷是否严重。合同似宜明确规定什么样的缺陷是严重缺陷，这样做时应考虑到拟建造的工厂的性质和合同中载明的预期工厂性能参数。那些使工厂无法按合同规定的某些参数运转的缺陷可定为严重缺陷。例如，某些缺陷削弱了工厂的生产能力、降低了工厂产品的质量或增加了工厂对原料的消耗，其幅度超过了合同中规定的购买方可接受的偏差限度，这些缺陷则为严重缺陷。

(a) 制造和施工中发现的缺陷

28. 合同可规定，用于建造工厂的设备和材料，在它们的制造过程中、或往施工现场装运时，购买方有权进行检查（见第十二章“制造和施工过程中的检查和试验”，第8至11和21段）。如果在检查时发现缺陷，合同可规定购买方有权要求弥补缺陷，并禁止将有缺陷的设备和材料运至工地。

29. 承包方供应的设备和材料到达工地时或日后可能发现有缺陷（例如，到达时经检查；见第十二章，“制造和施工过程中的检查和试验”，第23段）。此外，在施工的任何阶段都可能发现承包方的施工有缺陷。合同可规定，购买方有权以书面通知要求弥补缺陷、禁止把有缺陷的设备和材料用于建造工厂、禁止提供有缺陷的服务，以及拒绝对有缺陷的物品付款。合同还可规定购买方有权要求承包方另外提供符合合同要求的设备、材料和服务。合同可规定，如果设备和材料的缺陷得到弥补，则施救之时应视为这些设备和材料供应之时。如果到强制性供货标志日期时缺陷仍未得到弥补，可视为承包方延迟供货（见第九章“现场施工”，第21段）。除本段讨论的补救办法外，购买方可有权采用第十九章“约定违约金和罚款条款”和第二十章“损害赔偿”中讨论的补救办法。

30. 当购买方声称正在提供的设备、材料和服务有缺陷时，当事各方可能会对购买方投诉的有效性发生争执。合同可规定，即使承包方认为设备、材料或服务没有缺陷，也应该听从购买方的指示（见上一段）。如果禁止承包方使用某些设

备、材料或服务来施工（见上一段），而后来在解决争端过程中确定这些设备、材料或服务并没有缺陷，则承包方对购买方享有的权利同购买方为自己方便起见中断施工时承包方对购买方享有的权利一样（见第二十四章“施工的中止”，第4段）。如果另外要求承包方提供不同的设备、材料或服务（见上一段），则承包方对购买方享有的权利同施工根据变动指令作出变动时承包方对购买方享有的权利一样（见第二十三章“变动条款”，第8段）。

31. 如果承包方在购买方发出通知后一个合理的或限定的时期内（见上文第29段）未停止、或拒绝停止把有缺陷的设备或材料用于建造工厂或提供有缺陷的施工服务，而且如果这些设备、材料或施工服务给工程带来严重缺陷，合同可规定购买方有权终止合同（见第二十五章，“合同的终止”）。

32. 合同可规定，未经购买方同意，或未用新的相应设备和材料来更换，不能从工地运走购买方至少已支付部分款项的有缺陷的设备或材料。但是，如果由于缺陷的性质，承包方必须将有缺陷的设备或材料搬离工地进行修理，合同可允许承包方这样做，但条件是：如果没有其他适用的保证，则他需安排让一合适的第三方保证，如果他不退还这些设备和材料，保证人将向购买方偿还其已支付的这些设备和材料的价款。

33. 当事各方宜特别注意由于一名承包人提供的设计有缺陷而可能引起的种种问题。尤其是如果其他承包人将按照该设计建造工厂的某些部务，购买方可能因不得不中断或变更与其他承包人签订的合同而遭受巨大损失。因此，合同可规定，购买方有权以书面通知要求该承包人自送交通知之日起的一段限定的或合理的额外时期内补救设计缺陷以及弥补他提供的设备和材料中因设计缺陷造成的缺陷。如果该承包人未在该额外时期内这样做，合同可规定购买方有权雇用新承包人弥补缺陷，费用和 risk 由原承包人承担，或者有权终止合同。此外，购买方还有权采用第十九章“约定违约金和罚款条款”和第二十章“损害赔偿”讨论的补救办法。

(b) 工程由于未进行性能试验而被视为有缺陷

34. 如果承包方未在合同规定的试验期间进行性能试验，而且并非由于承包方

对之没有责任的原因而不作性能试验（见第十三章“竣工、接收和验收”，第32段），合同可规定将这些性能试验视为失败，而将工厂视为有严重缺陷。因此，购买方有权得到的补救与他在性能试验中发现严重缺陷而拒绝验收工厂时应得到的补救相同（见下文第35至37段）。

(c) 在性能试验中发现的缺陷

(一) 拒绝验收工厂

35. 如果在进行合同规定的任何性能试验过程中发现工厂有严重缺陷（见第十三章“竣工、接收和验收”，第24至28段），合同可规定购买方有权拒绝验收工厂。如果在进行了合同规定的最后一次性能试验后，仍然存在严重缺陷，购买方可有权要求采取某些补救措施，而这取决于在拒绝验收时是否已知缺陷不可弥补。

a. 拒绝验收时不知缺陷不可弥补

36. 如果缺陷严重，但在拒绝验收时不知其不可弥补，可规定承包方有义务弥补缺陷，并在限定的时期内通过重复性能试验来证明已弥补缺陷。如果承包方在这一期间内不重复试验，合同可规定将性能试验视为失败。如果虽已重复试验，但合同规定的最后一次试验不成功（见第十三章“竣工、接收和验收”，第26段），则购买方可有权终止合同，或雇用新承包人弥补缺陷，费用和 risk 由原承包方承担。如果选择了后一种补救办法，当事各方的法律地位相似于购买方选择雇用新承包人完成施工而费用和 risk 由原承包方承担时的法律地位。（但见上文B节，(c)(i)）。除本段讨论的补救办法，购买方还可有权采用第十九章“约定违约金和罚款条款”和第二十章“损害赔偿”中讨论的补救办法。

b. 拒绝验收时已知缺陷不可弥补

37. 如果在拒绝验收时已知严重的缺陷不可弥补，购买方可有权终止合同。除

此之外，购买方可有权采用第十九章“约定违约金和罚款条款”和第二十章“损害赔偿”中讨论的补救办法。

(二) 虽有缺陷仍验收工厂²

38. 如果在性能试验期间发现工厂有缺陷，但缺陷不严重，合同可规定购买方应验收工厂（见上文第26段和第十三章“竣工、接收和验收，第29段）。合同还可规定，即使所发现的缺陷严重，购买方也有权验收工厂。不论哪种情况，合同可规定购买方有权要求对已验收的工厂的缺陷采取以下补救措施。

a. 以降价为唯一约定的补救办法的缺陷

39. 当事各方似可规定，对于不太严重的某些缺陷（例如，生产能力削弱的幅度不超过规定的可接受的偏差限度），购买方的唯一补救办法是降价。最好在合同中精确限定这些缺陷。此外，当事各方似可商定一种计算降价金额的方法，如有可能，最好运用数学公式计算。

b. 不以降价为唯一约定的补救办法的缺陷

一. 验收时不知缺陷不可弥补

40. 合同可以规定购买方有权以书面通知要求承包方在接到通知时起算的一段限定的或合理的额外时期内弥补缺陷。如果在额外时期内缺陷未获弥补，则购买方有权要求降价或雇用新的承包人弥补缺陷，但费用和风险由原承包方承担。除了本段讨论的补救办法外，购买方可有权采用第十九章“约定违约金和罚款条款”和第二十章“损害赔偿”中讨论的补救办法。

41. 如果购买方选择降价，则合同可以规定所降金额为弥补缺陷所需的合理费用。如果不弥补缺陷是因为在试图弥补时（见前段）发现缺陷是无法弥补的，则

降价金额可以规定为支付无缺陷工厂的合理价格与在发现缺陷不可弥补时支付有缺陷工厂的合理价格之差额。如果购买方选择雇用新的承包人弥补缺陷,则当事各方的法律地位相似于购买方选择由新的承包人完成施工而费用和 risk 由原承包方承担的法律地位(见上文B节,2(c)(二))。

二. 验收时已知缺陷不可弥补

42. 如果在验收时已知缺陷无法弥补,购买方可只有权要求降价。对这些情况,合同可以规定降价金额为应付无缺陷工厂的合理价格与在发现有缺陷时应付有缺陷工厂的合理价格之差额。最好不要通过比较在签订工厂合同时有缺陷工厂与无缺陷工厂的价格来计算降价金额,因为这种方法未将从签订合同到发现缺陷这段期间的价格水平的变动考虑在内。同样,如果降价金额是通过比较合同价格和发现缺陷时支付工厂的合理价格来计算的,就没考虑到影响合同价款的价格水平的变动。除了降价外,购买方还可有权采用第十九章“约定违约金和罚款条款”和第二十章“损害赔偿”中讨论的补救办法。

(d) 验收后发现并在担保期内发出通知的缺陷

(一) 提出要求的程序

43. 这一节只讨论有关验收后发现并在担保期内发出通知的缺陷的提出要求的程序问题。施工期间发现缺陷时应遵循的提出要求的程序在第十二章“制造和施工过程中的检查和试验”中讨论。竣工试验和性能试验期间发现缺陷时应遵循的提出要求的程序在第十三章“竣工、接收和验收”中讨论。

44. 合同可以要求购买方将他发现的或合理预期会发现的所有缺陷尽快以书面形式通知承包方。合同可以规定,如果购买方未能尽快将这种缺陷通知承包方,但是仍在担保期期满以前将缺陷通知承包方,购买方保有所有有关该缺陷的合同权利和补救办法,但必须向承包方赔偿因为他未及时将缺陷通知承包方而致使承包方蒙

受的任何损失。反之，合同可以规定，如果购买方没有及时将缺陷通知承包方，他将丧失他的补救办法。

45. 合同可以规定承包方对在担保期期满后获知的缺陷不负责任，但是，当事各方似宜注意到，根据适用于合同的强制性法律规定，也许存在这一原则的例外情况（例如，如果在验收时承包方知道工厂有缺陷并故意隐瞒，则承包方对于购买方在担保期期满后才发现并通知的缺陷承担责任）。

46. 合同可以要求购买方所发的通知具体说明缺陷情况和发现缺陷的日期，并让承包方有机会在接到通知后一段合理期限内对缺陷进行检查。承包方有义务在送交通知之日起的一段限定或合理期限内以书面通知购买方他承认或否认对缺陷负有责任，如果承包方否认他负有责任，而购买方继续声称对方应负责任，则合同可以要求承包方尽快弥补缺陷。如果日后在解决争端的程序中确定承包方对该缺陷不负责任，则他有权对弥补缺陷要求合理的价格。如果购买方提出要求，承包方有义务向购买方提供弥补缺陷所需的估计时间。

(二) 对缺陷应负的责任

a. 发现时不知缺陷不可弥补

47. 如果在发现缺陷时不知其不可弥补，购买方可有权以书面通知要求承包方在自送交通知之日起算的一段限定或合理的额外期限内弥补缺陷，如果在该额外期限内缺陷没有得到弥补，购买方可有权要求降价，或聘用新的承包人来弥补缺陷，费用和 risk 由原承包方承担。但是，有些履约担保书规定，聘用新的承包人而费用和 risk 由原承包方承担时，需征得担保人同意。合同可规定，降价金额为弥补缺陷所需之合理费用。如果购买方选择后一种补救办法，且与新的承包人的合同因缺陷无法弥补而告终止，则购买方可有权要求降价。合同可规定，降价金额是无缺陷工厂应付的合理价格与在新的承包人不能弥补缺陷时对有缺陷工厂应付的合理价格之间的差额。除本段讨论的补救办法外，购买方还可有权采用第十九章“约定违约金和罚款条款”和第二十章“损害赔偿”中讨论的补救办法。

b. 发现时已知缺陷不可弥补

48. 如在发现缺陷时已知其不可弥补,则购买方可有权要求降价。 降价金额可以是应付无缺陷工厂的合理价格与在发现缺陷时应付有缺陷工厂的合理价格之间的差额。此外,购买方可有权采用第十九章“约定违约金和罚款条款”和第二十章“损害赔偿”中讨论的补救办法。

4. 不属承包方责任范围内的缺陷

49. 合同可规定,应购买方的要求,承包方有义务弥补不属承包方责任范围内的缺陷,但必须在担保期期满前将缺陷通知承包方。 合同可要求承包方在接到通知后的一段合理期限内弥补缺陷,并可规定承包方有权获得施救的合理价款。

5. 购买方的补救办法概述

50. 当事各方在起草他们的合同时,对承包方不履行行为除考虑第十九章“约定违约金和罚款条款”和第二十章“损害赔偿”中讨论的补救办法外,还可考虑其他补救办法,归纳如下:

1. 承包方施工迟延 (B节, 2)

(a) 开工迟延 (第17段)

- 要求开工;
如果承包方未能在额外期限内开工,
- 终止合同。

(b) 未于强制性标志日期完成部分工程的迟延 (第18段)

- 要求完成该部分工程;
如果承包方未能在额外期限内完成该部分工程;
- 终止合同

(c) 整个工程迟延竣工 (第 19 至 25 段)

- 要求整个工程竣工;
如果承包方未能在额外期限内全部竣工,
可
- 终止合同
或
- 雇用新承包人来完成工程, 费用和 risk 由原承包方承担;
如果与新承包人的合同终止,
- 终止同原承包方的合同。

2. 承包方的施工有缺陷 (B 节, 3)

(a) 制造和施工中发现的缺陷 (第 28 至 33 段)

(一) 制造期间或发货时发现设备和材料有缺陷 (第 28 段)

- 要求弥补缺陷; 并
- 禁止供应有缺陷的设备和材料用于施工。

(二) 到达工地时或日后发现设备和材料有缺陷, 以及在施工期间发现施工服务有缺陷 (第 29 至 33 段)

- 要求弥补设备和材料的缺陷;
- 对有缺陷的设备、材料或服务拒绝付价; 并
- 禁止把有缺陷的设备和材料用于建造工厂, 或禁止提供有缺陷的服务; 如果承包方不停止把有缺陷的设备和材料用于建造工厂或不停止提供有缺陷的服务, 而这种使用或供应会给工厂造成严重缺陷,
- 终止合同。

(b) 工程由于未进行性能试验而被视为有缺陷 (第 34)

- 与购买方拒绝验收有严重缺陷工厂时的补救办法相同 (见下文(c))。

(c) 在性能试验中发现的缺陷 (第 35 至 42 段):

购买方可以

- 如果缺陷严重则拒绝验收工厂，或
- 如果缺陷不严重则验收工厂，或虽然缺陷严重仍验收工厂。

(一) 如果缺陷严重则拒绝验收工厂（第35至37段）

- a. 如在拒绝验收时不知缺陷不可弥补，
 - 要求弥补缺陷；
如果在合同规定的最后性能试验中发现严重缺陷，

可

- 终止合同

或

- 雇用新承包人弥补缺陷，费用和 risk 由原承包方承担；

如果新承包人未能弥补缺陷，

- 终止与原承包方的合同。

- b. 如在拒绝验收时已知缺陷不可弥补，

- 终止合同

(二) 如果缺陷不严重或虽然缺陷严重仍验收工厂（第38至42段）

- a. 以降价为唯一约定的补救办法的不严重缺陷，
 - 要求降价。

- b. 不以降价为唯一约定的补救办法的缺陷

- 如果验收时不知缺陷不可弥补，

- 要求弥补缺陷；

如果在额外期限内未能弥补缺陷

可

- 要求降价

或

— 雇用新的承包人弥补缺陷，费用和 risk 由原承包方承担；

如果新承包人未能弥补缺陷，

— 要求减价。

二. 如果在验收时已知缺陷不可弥补，

— 要求降价。

(d) 验收后发现并在担保期内发出通知的缺陷 (第 4.3 至 4.8 段)

a. 如果发现时不知缺陷不可弥补，

— 要求弥补缺陷；

如果在额外期限内未能弥补缺陷

可

— 要求降价

或

— 雇用新的承包人弥补缺陷，费用和 risk 由原承包方承担；

如果新的承包人未能弥补缺陷，

— 要求降价；

b. 如果发现时已知缺陷不可弥补，

— 要求降价。

3. 不属承包方责任范围的缺陷 (第 4.9 段)

— 要求弥补缺陷，费用由购买方承担。

C. 承包方的补救办法

1. 显著的特征

51. 在起草关于承包方的补救办法的条款时，当事各方应牢记上文第 9 至 16 段叙述的各个问题，因为其中一些问题还涉及承包方补救办法的制定。

2. 延迟支付价款或延迟提供支付价款的担保

52. 合同内的付款条件决定价款或部分价款何时支付（见第七章“价款和支付条件”，第63至79段）。合同还可要求购买方按指定的期限提供支付价款的担保（见第十七章“履约担保”，第40至45段）。

(a) 要求支付价款和利息

53. 如购买方到期未支付价款或部分价款，按照合同的适用法律，承包方将有权要求付款；按照许多法律制度，他还有权要求支付延迟付款的利息。但是，当事各方不妨在合同内列入支付利息的条款。如果这样决定，则当事各方应考虑到管制支付利息的有关法律中的任何强制性法律规则，例如对利率的限制。双方还似宜考虑到，在免责障碍阻碍购买方支付价款的情况下（见第二十一章，“免责条款”）是否应付利息，而且除利息外，是否应当对承包方所受损失中未由利息付款补偿的部分支付损害赔偿。如按适用法律不能对延迟支付到期的款项要求支付利息，则当事各方不妨在合同内列入一项该法律所允许的适当补救办法，例如支付一笔约定的款项（见第十九章“约定违约金和罚款条款”）。

54. 如当事各方决定在合同中规定支付利息，则不妨商定应计利息的期限。当事各方可规定，应付利息自价款应付之日起算，至承包方收到付款之日止。

55. 当事各方可决定或在合同中确定利率，或将此留待该合同的适用法律解决。但是，有些法律制度中关于延迟支付价款时应付利息的规则，可能难以充分地解决这个问题。如当事各方决定在合同中确定利率，鉴于难以准确预计在应计利息期间何种具体利率才合适，因此提供确定利率的方法比规定具体利率更为可取。一种办法是按购买方延迟付款期间通行的某种银行利率（例如伦敦银行同业拆放利率）来确定利率。

56. 其他可采取的措施包括规定在购买方延迟付款期内的利率或是购买方国家某一指定的通行利率，或是承包方国家某一指定的通行利率。合同也许应确定所选定的国家通行的几种利率中将适用哪一种。可采用的一种利率是官方贴现率。

如果采用承包方国家某一指定的通行利率，而购买方在其本国存款所得的利率、或为付款而借款的利率又高于承包方国家通行的该指定利率时，则可能诱使购买方拖延付款。如果采用购买方国家的通行利率，则不存在上述诱因。但是，如果采用后一种方式，而承包方国家的通行利率又高于购买方国家的指定通行利率，承包方可能由于不能将资金存入本国而获得较高的利息，或者由于必须在本国借入购买方未付的款项并为此借款支付较高利息而蒙受损失。为防止这一情况的发生，可允许承包方要求得到因利率差而受损失的赔偿。

(b) 中止施工和终止合同

57. 如果购买方超过一段限定的时间延迟支付合同价款的某一特定百分比或延迟为支付价款的某一特定百分比提供担保，合同可允许承包方向购买方提出书面通知，要求其在自通知送交之日起的一段规定的或合理的额外期限内付款或提供担保。如果购买方在额外期限内仍不付款或不支付规定的部分价款或不提供担保，合同可允许承包方中止施工（见第二十四章“施工的中止”，第6段）。中止施工后一段规定时间内仍不付款或不支付规定的部分价款或不提供担保，合同可允许承包方终止合同。

58. 另一种办法是，如果购买方到额外期限结束时仍未付款或提供担保，承包方有权立即终止合同（见上一段）。但是，应当指出，承包方因购买方不付价款而终止合同，这样做在工程竣工后对承包方往往是不利的（对照第十五章“财产所有权的转让”，第4段和第二十五章“合同的终止”，第32段）。

3. 延迟接收或验收工厂

59. 合同可规定购买方在工厂竣工后接收和验收工厂（见第十三章“竣工、接收和验收”，第21和29段）。合同可规定购买方延迟接收和验收的法律后果。鉴于购买方在接收和验收时所需采取的行动的性质，通过仲裁或司法程序强迫购买方采取这些行动在许多法律制度下都是不可能或不现实的。此外，由于接收或验

收只能在竣工后进行，所以，因购买方不接收或验收工厂而终止合同不一定给承包方带来什么好处。

60. 如购买方延迟验收工程，合同可规定，性能试验成功后即认为已经验收（见第十三章“竣工、接收和验收”，第31段）。在这一方法不能实行的例外情况下（例如合同没有要求进行性能试验），合同可允许承包方以书面通知要求购买方在通知送交之日起的一段限定或合理的额外期限内验收，并规定如果购买方仍不验收，验收的法律后果（例如购买方有义务支付部分价款，或担保期开始起算）则从承包方把声明将产生后果的书面通知送交购买方之日起产生。除本段讨论的补救办法外，承包方可有权采用第十九章“约定违约金和罚款条款”和第二十章“损害赔偿”中讨论的补救办法。

61. 按本《指南》的设想，接收即是购买方实际占有工厂（见第十三章“竣工、接收和验收”，第1段），而提出一项关于接受已经完成的法律推定是很困难的。因此，如果购买方延迟接收工厂，合同可允许承包方以书面通知要求购买方在通知送交之日起算的一段限定或合理的额外期限内接收工厂，并规定如果购买方仍不接收，则接收的法律后果（例如风险转移、试生产期开始）在承包方把声明将产生后果的书面通知送交购买方之时起产生。此外，承包方还可有权采用第十九章“约定违约金和罚款条款”和第二十章“损害赔偿”中讨论的补救办法。

4. 未能及时为施工提供无缺陷的设计、设备和材料

(a) 未能及时提供无缺陷的设计

62. 一些工厂合同规定，购买方有义务提供承包方据以进行施工的设计（见第二章“缔约方法的选择”）。合同可规定购买方不及时和无缺陷地履行这一义务时的法律后果。例如，合同可规定，承包方必须完成工程的期限只能从购买方提供一份正确无误的设计之日开始起算。承包方还有权给予购买方一段限定或合理的额外期限来提供设计，如果购买方在额外期限内仍未提供，承包方则有权终止合同。除本段讨论的补救办法外，承包方有权采用第十九章“约定违约金和罚款条

款”和第二十章“损害赔偿”中讨论的补救办法。

(b) 未能及时提供无缺陷的设备和材料

63. 一些工厂合同规定, 购买方有义务提供某些设备和材料, 供承包方用于建造工厂(见第八章“设备和材料的供应”, 第27段)。如果购买方提供的设备和材料有缺陷, 使用后造成工厂有缺陷, 则合同可排除承包方对这些缺陷负有的责任。如购买方未及时提供设备和材料或未提供无缺陷的设备和材料, 则承包方有权中止因此而受影响的工程(见第二十四章“施工的中止”, 第6和7段)。此外合同可允许承包方以书面通知要求购买方在自通知送交之日起的一段限定或合理的额外期限内提供设备和材料, 或提供无缺陷的设备和材料, 并规定如购买方在额外期限内仍未提供, 则承包方有权自己采购这些设备和材料, 并要求购买方偿付因此而产生的所有合理费用。如承包方无法获得设备和材料, 则有权终止凡无这些设备和材料便无法施工的工程部分的合同。除本段讨论的补救办法外, 承包方还可有权采用第十九章“约定违约金和罚款条款”和第二十章“损害赔偿”中讨论的补救办法。

D. 当辜双方的补救办法

1. 延迟支付价款外的款项

64. 在某些情况下, 合同或合同的适用法律可能规定购买方除向承包方支付价款外, 还有义务支付某笔款项, 也可能规定承包方有义务向购买方支付一笔款项(例如, 偿付当事一方为另一当事方支付的保险费)。如果这些应付款项是单独支付的, 而不是加在到期的价款里或从该价款中扣除, 合同可允许应收此款项的一方要求付款, 如果对方不付, 则有权索回到期的款项。如当事各方愿规定延迟付款需付利息, 则有关支付利息的问题可以相似于解决延迟支付价款应付利息问题的方式来解决(见上文C节1(a))。合同可规定, 当事一方无权因另一方延迟支付

价款外的款项而中止履行其义务或终止合同。

2. 不履行辅助义务

65. 合同可规定当事一方不履行辅助义务（例如通知的义务）的后果。合同可将后果限制为支付损害赔偿金（见第二十章“损害赔偿”和第二十一章“免责条款”）。在某些情况下，当事各方不妨规定支付一笔约定的款项（见第十九章“约定违约金和罚款条款”）。其他后果可包括诸如不履行义务一方丧失某一权利（例如，当事一方若不将发生的免责障碍通知另一方，则失去援引免责条款的权利）或产生一种推定（例如，倘若购买方不在提议的一段指定时间内认可承包方推荐的分包人，则可推定购买方已同意雇用该分包人）。此外，合同还可规定，如当事一方延迟接收用于建造工厂的设备或材料，则这些设备和材料灭失或损坏的风险自延迟的一方应接收之时起转移到延迟的一方。此外，合同可规定当事一方有权因另一当事方某些不履约行为而终止合同；例如，如果承包方不履行提供履约担保的义务，则购买方有权终止合同（见第十七章“履约担保”，第36段）。其他一些情况在本《指南》其他章节中讨论。应当在涉及这些义务的合同条款中具体规定这些后果。不履行具体辅助义务所应引起的后果则在本《指南》叙述这些义务的各章之中论及。

66. 如果合同规定当事一方得与另一当事方合作，以使另一当事方有可能履行义务，则合同可规定，如果当事一方不按合同的要求给予合作致使另一当事方不能履约，前者就不能行使赋予他的补救办法。

第十八章注

¹ 说明性条款

- “(1) 如果在根据……条进行性能试验时发现工厂有严重缺陷，购买方既有权拒绝验收工厂，也有权验收工厂。”
- “(2) 如果购买方行使他拒绝验收工厂的权利，并且在拒绝验收时尚不知缺陷是

无法弥补,则承包方必须弥补缺陷,并在前一次失败的试验后……(指定一段时间)内通过重复的性能试验来证明工厂没有严重缺陷。如果承包方未在这一时期内重复进行性能试验,性能试验就被视为失败。

“(3) 如果重复试验,但合同第…条规定的最后一次性能试验不成功,购买方则有权或是终止合同,或是雇用新的承包人弥补缺陷,费用和风险由承包方承担。(本条应包括第21至25段中有关购买方选择雇用新承包人而费用和风险由承包方承担时当事各方享有的权利的规定)。”

“(4) 如果在拒绝验收时已知缺陷不可弥补,则购买方有权终止合同”。

2 说明性条款

“(1) 购买方若验收工厂,他有权要求对性能试验期间发现的缺陷采取以下补救措施。

“(2) 对本款所述的缺陷,购买方只有权要求下面列明的减价:

工厂生产能力下降	降 价
1 %	价格的…… %

(其它缺陷及其引起的降价也可包括在内)。

“(3) 非本条第(2)款所指的缺陷,如果在验收时不知其不可弥补,购买方可给承包方发出书面通知,要求他在额外的〔……天(期限可在合同中明确规定)〔通知中明确规定的合理期限〕内弥补缺陷,并指明如果承包方未在额外期限内弥补缺陷,则购买方将要求降价或雇用新承包人弥补缺陷,费用和风险由承包方承担。

“(4) 如果承包方未在本条第(3)款所示的额外期限内弥补缺陷,则购买方有权根据该款规定发出的通知,选择降价或雇用新承包人弥补缺陷,但费用和风险由承包方承担。

“(5) 如果购买方要求降价,他有权享有的降价金额相当于弥补缺陷所需的合理费用。

(本条应包括某些参照脚注1所载的,当购买方选择雇用新承包人而费用和风险由承包方承担时当事各方享有的权利的规定)。

“(6) 如果验收时已知非本条第(2)款所指的缺陷是不可弥补的,则购买方只有权要求降价。购买方有权享有的降价金额等于应付无缺陷工厂的合理价格和发现缺陷时应付该有缺陷工厂的合理价格之差额。”

第十九章 约定违约金和罚款条款

提 要

约定违约金条款和罚款条款规定,若当事一方不履约,受害方有权得到该不履约方付给的一笔约定的款项。在建厂合同中,通常就承包方不履约问题订入这些条款(第1段)。

这种条款有某些好处。由于约定的款项无须证明已遭受损失即可予偿付,因此就免除了由证明损失而引起的费用和不确定性(第2段)。约定的款项还可作为承包方的责任限额,承包方了解到自己可能承受的最大限度的责任,对他是有帮助的(第3段)。

许多法律制度对约定违约金条款和罚款条款都有一些规定,这些规定有时是强制性的。根据某些法律制度,只有规定将约定款项作为补偿的条款才有效,根据另一些法律制度,凡规定以约定款项作为补偿、或意在促使履约、或兼有这二种作用的条款都是有效的(第5段)。当事各方似宜规定,如果不履约是由于免责障碍造成的,就不应支付约定的款项(第6段)。

合同的适用法律常常规定取得约定款项与强制履行义务之间的关系。该法律还常常规定取得约定款项与取得损害赔偿金之间的关系。然而,适用法律可能允许当事各方对这种关系作某种程度的调节,当事各方似宜在适用法律准许的范围内这样做(第7和8段)。

明确界定应支付约定款项的不履约行为对当事双方都是有利的(第9段)。如果适用法律允许,在确定约定款项金额时,购买方可能会发现,若为约定款项规定的金额既能为购买方提供合理的补偿又能对承包方施加适当压力使之履约,那将是有利的。应避免金额过高;根据许多法律制度,这样的款项会被取消或削减(第10和11段)。

应支付的约定款项常常是通过金额增加的办法来确定的,可对这种金额增加可上升的数额规定一个限额。限额对购买方可能既有利又有弊(第12段)。当事各方似宜考虑究竟这种限额应否适用于一切情况(第13段)以及在达到限额后购买方可有什么补救办法(第14段)。

为了便于取得约定的款项,合同可授权购买方从其掌握的承包方的各种款项中扣除约定的款项(第15段)。合同还可规定由一家金融机构来对约定的款项提供担保(第16段)。

当针对延迟履约而规定约定的款项时,所确定的履约日期在某些情况下可能变得不适用。这会对约定违约金和罚款条款的执行带来困难。当事各方似宜在合同中订入一种确定新的履约日期的办法,并规定应参照这一新日期来衡量迟延(第17段)。

当事各方似宜考虑在何种情况下应对承包方延迟完成工厂的一部分规定支付一笔约定的款项。约定款项金额的确定将取决于这些情况(第18和19段)。

如果通过金额增加的办法来规定约定的款项,并对可偿付的金额规定限额,那么当事各方应确定可采取的补救办法,如终止合同、损害赔偿金和偿付约定的款项等,同时还应确定这几种补救办法之间的关系(第21段)。

A. 概述

1. 约定违约金条款和罚款条款规定,若当事一方不履行一项规定的义务,受害方就有权得到该未履约方付给的一笔在签订合同时约定的款项。约定违约金条款和罚款条款通常是针对履约迟延而规定的。¹ 约定款项的目的可以是促使履行义务,或补偿不履行所造成的损失,或两者兼而有之。² 列入这些条款是针对不履行施工义务的,而不是针对不付款的。因此,在建厂合同中,通常针对承包方不履行而列入这些条款,不过也可以针对购买方不履行列入这些条款。

2. 约定如不履行则应支付一笔款项,这对建厂合同来说有某些有利之处。首先,该款项是对不履约的约定补偿,因此免除了为证明不履行所受损失程度而产生的费用。这些费用可能会相当大,特别是如果购买方须在建厂所在国以外进行的诉讼中证明自己所受损失的话。此外,由于有时还难以证明在建厂合同项下受到损失的程度,因此可由诉讼裁决的损害赔偿金额可能是不确定的。约定的款项则是确定的,这种确定性可有利于双方评估他们在合同项下所承受的风险。

3. 第二,约定的款项可作为承包方对不履行某一特定义务所负责任的限额(见下文E节)。承包方事先了解自己可能承受的最大限度的责任,对其是有帮

助的。

4. 约定违约金条款和罚款条款（下称支付约定款项条款）应区别于建厂合同中有时见到的其他两种条款，即限制可得损害赔偿金额的条款和规定可选择的义务的条款。限制可得损害赔偿金额的条款限定了在证明负有责任的情况下的最高应付额。原告必须证明其损失的金额，若损失金额小于该最高应付额，则只予补偿业经证明的金额。至于支付约定款项条款，一般说来毋须证明损失即可取得约定的款项。规定承包方可选择的义务的条款，使承包方能选择或是履行某一规定的义务，或是支付一笔约定的款项。承包方不管作出何种选择都是履行了其义务并可有权要购买方履行向其承诺的义务作为交换。在支付约定款项条款下，当事各方的意图通常并不在于通过支付约定的款项使承包方有权要求履行任何履约作为交换，也不在于通过支付款项而解除了为之规定有约定款项的义务（并见下文第7段）。

5. 许多法律制度对支付约定款项条款都有规定，这些规定有时是强制性的。这类规定常常限制当事各方通过这些条款可得到的东西。根据某些法律制度，当事各方在签订合同时据以确定一笔应支付的约定款项作为对不履约所造成损失的补偿的条款是有效的；而确定一笔约定款项来促使履约的条款却是无效的，不履约的当事一方只有责任偿付一般法律规定应偿付的损害赔偿金。然而，根据另外一些法律制度，确定一笔应支付的约定款项作为补偿的条款，或确定一笔约定款项以促使履约的条款，或确定一笔款项兼顾这二种用途的条款，原则上都是有效的。在特定情况下，例如当约定款项的金额按情形大大偏高时，或者已履行了部分义务时，法院可有权削减该约定的款项。当事各方不得通过协议减损该项削减约定款项的权力。因此，当事各方对合同的适用法律的选择（见第二十八章“法律的选择”，第1段）对支付约定款项条款来说，就特别重要。

6. 许多法律制度有这样的规则，即如果不履约是由于免责障碍（见第二十一章“免责条款”）或是由于对方的作为或不作为所造成的，则不应支付约定的款项。当事各方似宜维持这一规则的适用性（《统一规则》，第5条）。

B. 取得约定款项与强制履约和
与取得损害赔偿金的关系

7. 合同的适用法律常常规定取得约定款项与强制履行义务之间的关系，不过该法律一般是通过解释当事各方之间协议的规则来体现这样的规定。根据某些法律制度，通常不准许强制履约，因此购买方只限于索取约定的款项。然而，在准许强制履约的情况下，合同宜明确规定强制履约与取得约定款项之间的关系。例如，关于延迟履约的应付约定款项，该约定款项通常只补偿购买方在延迟期间所受到的损失。因此，合同可规定，除了约定款项以外，购买方还可要求履约（《统一规则》，第6条）。³

8. 合同的适用法律常常规定取得约定款项与取得损害赔偿金之间的关系。由于约定款项的目的之一是避免在调查可获得的损害赔偿程度方面的困难（见上文第2段），因此根据一些法律制度，如果按有关损害赔偿的规则，可获得的损害赔偿金超过约定的款项，则购买方不得放弃约定的款项而要求得到损害赔偿金。如果可获得的损害赔偿金少于约定的款项，则承包方也不得主张他只承担付给损害赔偿金的责任。然而，根据一些法律制度，如果损失超过约定的款项，则购买方可证明这一事实，并在约定的款项以外或是无条件地或是在符合某些条件（例如，不履约是由于疏忽造成的，或是有意造成损失，或者有明文协议规定应对超出部分支付损害赔偿金）的情况下就超出部分取得损害赔偿金。因此，当事各方似宜在适用法律准许的范围内在合同中对这些问题作出规定（《统一规则》，第7条）。⁴

C. 不履约的界定

9. 明确界定应支付约定款项的不履约，对当事双方都是有利的。比如，当建厂工程未按规定日期竣工而应支付约定的款项时，需要对竣工有一个明确的定义，以便确定在该日期之后是否应支付约定的款项（见第十三章“竣工、接收和验收”，第1和4段）。

D. 确定约定款项的数额

10. 确定约定款项的适当金额会有些困难。在长期合同中, 很难在签约时预计不履约情况下可能遭受的损失, 因此, 也难以确定约定款项的金额应定为多少才能真正起到补偿作用或促使履约。从购买方角度来看, 约定款项的金额不应定得太低, 以致在不履约情况下使购买方遭受得不到补偿的严重损失。此外, 款项金额低于承包方通过不履约可节省的金额就不会促使承包方及时恰当地履约。

11. 如果适用法律准许, 购买方可能会发现, 若合同对承包方不履约时应付约定款项所规定的金额既能为购买方提供合理的补偿, 又能对承包方施加适当压力使之履约, 那将是有利的。在确定多少金额为合理时, 当事各方应考虑各种因素, 诸如不履约会对购买方造成的损失、支付约定的款项对承包方财务状况可能产生的影响以及款项数额应大到足以促使承包方履约。应防止款项过大, 因为在投标要求或谈判过程中规定这种款项, 会阻止一些有声誉的承包方承建工程, 而且如果可以预测在诉讼中多半会宣布这种款项无效或予以削减的话, 也就不会有什么特别的威慑效果。此外, 承包方在接受合同中规定的过大款项时, 作为一种平衡措施, 也会提高其要价或增加所承担履约工作的安全系数(如将竣工日期定得晚一些、降低有担保的履约标准或对工厂进行保险设计)。如果某法律制度准许仅以约定的款项作为补偿, 则当事各方应力求对购买方可能受到的损失作尽可能精确的估算。应保留与这种估算依据和有关计算的任何记录以作为证据说明该款项不是任意确定的。下文第18段探讨了工厂一部分工程延迟竣工时如何确定应付款项的金额。

E. 取得约定款项的限额

12. 应支付的约定款项常常是通过金额增加的办法来确定的, 即每延迟一个规定的时间单位或与履约标准相差每一个规定单位应付一笔规定的金额。然而, 常常通过对这种金额增加可上升的数额规定一个限额来加强支付约定款项对赔偿责任的限制作用。⁹ 规定赔偿责任限额可导致承包方降低报价。然而购买方只有在认真考虑后才可同意规定限额, 因为在达到限额后他也许会遭受得不到补偿的严重损

失。

13. 当事各方似宜考虑前段所提及的限额究竟在一切情况下均适用还是在某些情况下不适用。当事各方似宜考虑列入一项条款,规定例如在损失的产生是出于有意造成损失而不履约的情形下,或者是出于轻率地且明知会造成损失而不履约的情形下,则应排除这种限额。⁶

14. 当事各方似宜考虑如果在达到限额后仍然不履约,购买方可有什么补救办法。如果合同的适用法律准许强制履约,则合同可规定购买方可要求履约(见上文第7段)。关于取得损害赔偿金的权利的问题(见上文第8段),一个可行的办法是规定在达到限额后,购买方就无权取得约定违约金或罚款的更多增额,也无权取得在达到限额之日以后因未履约所受损失的损害赔偿金。另一办法是规定购买方无权取得更多增额,但可就他已证明的他在达到限额之日以后所受的损失取得损害赔偿金。不论按照哪一种办法,都宜规定购买方有权在达到限额时即终止合同(见下文第21段和其中提到的说明性条款)。

F. 获得约定的款项

15. 虽然约定违约金条款或罚款条款规定如果发生不履约,购买方有权从承包方取得约定的款项,但为此提起诉讼常常需要时间和费用。如果合同授权购买方从其掌握的承包方的款项(如保证金)中,或从购买方应付给承包方的款项(如价款)中扣除约定的款项,就可减少购买方提起诉讼的必要性。然而,应指出的是,根据某些法律制度,授权扣款的条款受到一些强制性规则的制约。此外,有的扣款在后来可能由于某些法律规则而成为无效(例如,如果后来法院裁定所扣除的约定款项为数过大,因而予以削减)。因此,在订立授权扣款的条款规定时应考虑到合同的适用法律的有关规则。

16. 条款宜澄清扣款是获得约定款项的一种选择性办法。如果同一购买方与同一承包方签订了不止一项合同,则每项合同都可授权从其他一项或几项合同规定应付的款项中扣除约定的款项。⁷ 购买方还可通过在合同中规定承包方必须安排由一家金融机构就约定的款项向购买方提供担保来增进获得约定款项的机会。购买

方在证明承包方不履约后，可要求该金融机构支付约定的款项（见第十七章“履约担保”，第10至12段）。

G. 由于迟延而应支付的约定款项：一些问题

17. 在建厂合同中，支付约定款项最常见的是针对承包方延迟履约而规定的。然而，根据有些法律制度，某些日后发生的情形可能导致所确定的履约日期不适用，这就会对这些条款的执行造成困难。这类情形可能包括包括购买方不履约（如延迟交付场地，或延迟提交必要的图纸或规格说明书），或可能包括未构成不履约的购买方行为（如根据变动条款指示进行额外的工作）或当事各方都不对其负责的事件（如阻止承包方履约的免责障碍）。根据这些法律制度，其结果是承包方仅有义务在合理的时间内履约，从而，约定违约金条款和罚款条款将不能按原来确定的履约日期起作用。因此，如果当事各方认为尽管出现这类后发情况仍愿保留支付约定款项条款的适用性，则当事各方可在合同中订入一种办法以确定一个新的履约日期，并规定，如果按新的履约日期承包方发生迟延，即应支付约定的款项（见第二十三章“变动条款”，第8段和第二十四章“施工的中止”，第13和18段）。

18. 当事各方似宜考虑在什么情况下应对承包方延迟完成工厂的某些部分规定应支付约定款项。购买方似宜规定承包方有义务按各个规定日期完成工厂的各个部分，以确保施工的稳步进展，即使延迟完成该部分本身并不使他受到损失（见第九章“现场施工”，第18至23段）。在这种情况下，当事各方可规定，如果不能按规定日期完成工厂的有关部分，即应支付一笔约定的款项，但是如果承包方按规定日期完成了整个工厂的建造（即通过随后加快施工速度），则该笔约定款项应退还承包方。规定约定款项是为了促使履约，如果合同的适用法律准许为此目的规定约定款项，则约定款项的金额可确定为延迟部分价值的某一百分比。

19. 购买方有时还可能发现如果他能进入和使用工厂的某一特定部分与工厂其余部分竣工与否无关的话，则规定一项到某一规定的日期完成该特定部分的义务，对他是有利的。如果从事施工的承包人不止一个，那么规定这样一项义务也会是有利的，一名承包人未按期完成一部分工程会使购买方不得不向其他承包人就他们

因此不能在商定时间开工支付损害赔偿金。在这种情况下, 当事各方可规定支付一笔约定的款项以补偿因迟延而对购买方造成的损失。

20. 当事各方似宜考虑这样的情况: 仅就整个工厂延迟竣工规定支付约定款项, 而在规定竣工的日期, 虽然整个工程还未竣工, 但有些部分已竣工并可由购买方启用。在这种情况下, 一个办法是由当事各方规定, 如果承包方能证明购买方的损失小于约定的款项, 则该约定的款项应予削减。例如, 如果购买方已进入竣工的部分并在使用这些部分, 那么承包方就可证明这一点。然而另一种办法是不规定在这种情况下削减任何约定的款项, 因为要确定削减量就可能会引起提供证明方面的争端和困难, 而规定约定款项却正是想要免除这种争端和困难。此外, 如果要在这种情况下削减约定的款项使之与购买方遭受的实际损失相一致, 那么也可以提出, 如果购买方遭受的实际损失超过约定的款项时, 该款项应予增加。如果约定的款项可增可减就使其丧失了确定性, 从而大大减少其实用价值。

H. 终止合同与支付约定款项条款

21. 当事各方似宜规定, 如果约定款项的数额按金额增加的办法予以确定, 并规定有可取得金额的限额(见上文第12段), 除非已达到限额, 购买方不得以发生了规定有约定款项的不履约为理由终止建厂合同。当事各方似还宜规定, 在达到限额后终止合同不得影响合同终止前应支付的约定款项(见第二十五章“合同的终止”)。然而, 如果在达到限额前购买方终止合同(例如, 购买方以发生了规定有约定款项的不履约以外的不履约为由终止合同), 则当事各方似宜规定合同的终止并不影响取得终止之日应付的约定款项的权利, 但是在合同终止以后就不应支付任何作为约定款项的款项。¹ 然而, 购买方可有权取得在合同终止后所遭受损失的损害赔偿金(见第二十五章“合同的终止”和第二十章“损害赔偿”)。

第十九章注

¹ 说明性延迟竣工约定违约金条款或罚款条款

“(1) 如果承包方未能在规定的竣工日期建成工厂, 购买方有权得到承包方自

该日起到竣工之日为止每迟延一天偿付…(填写币种和数额)。”

- 2 关于国际合同中约定违约金条款和罚款条款的性质和执行情况的研究报告载于《联合国国际贸易法委员会年鉴，第十卷：1979年》第二部分，I，A，和《同上，第十二卷：1981年》第二部分，I，B，1。委员会通过的“关于因不履约而应付约定款项的合同条款的统一规则”载于《联合国国际贸易法委员会第十六届会议工作报告》(A/38/17)，附件一(联合国国际贸易法委员会年鉴，第十四卷：1983年，第一部分，I，A)。联大1983年12月19日第A/RES/38/135号决议建议各会员国酌情以示范法或公约的形式执行统一规则。该统一规则(以下统称《统一规则》)可用于协助解决约定违约金和罚款条款方面产生的某些问题。

3 说明性条款(延迟竣工)

“(2) 在不损害取得本条第(1)款所指款项的任何权利的情况下，购买方有权要求承包方完成工厂的建造”。

4 说明性条款(延迟竣工)

“(3) 在不损害取得本条第(1)款所指款项的任何权利的情形下，就该款所指的延迟竣工而言，在该款所指的应付款项有关的任何期间均不能取得损害赔偿金。”

5 说明性条款(延迟竣工)

“(4) 根据本条第(1)款应支付的金额最多不得超过…(填写币种和数额)。”

6 说明性条款(延迟竣工)

“(5) 本条第(4)款规定的最高限额不适用于有意造成损失而不履约，或者轻率地且明知会造成损失而不履约。”

7 说明性条款(延迟竣工)

“(6) 在不损害购买方为取得本条第(1)款所指的款项而可能有权采取的任何其他补救措施的情况下，购买方有权从其在本合同项下，或在购买方与承包方签订的任何其他合同项下应付给承包方的任何款项中扣除该款项的全部或部分金额。”

8 说明性条款(延迟竣工)

“(7) (a) 购买方在根据本条第(1)款规定应支付的款项达到第(4)款规定的最高额以后，有权以本条第(1)款规定的延迟竣工为理由终止合同。

(b) 如果出现本条第(1)款所规定的迟延，而且购买方在根据第(1)款规定应支付的款项达到第(4)款所规定的最高额之前，用这种迟延以外的理由终止合同，则于终止之后本条将不适用，购买方有权以延迟竣工为由从承包方取得该时间以后所受损失的损害赔偿金。购买方还有权取得在终止之时根据第(1)款应支付的款项。”

第二十章 损害赔偿

提 要

合同的适用法律将确定不履行合同义务的当事一方应有责任支付损害赔偿金的条件及限额。关于某些赔偿责任问题的法律规则可能是强制性的，而有关其他问题的法律规则可由当事各方能在合同中加以改动。但是，多数法律制度都允许当事各方通过合同条款来解决有关可取得的损害赔偿金额问题(第1段)。

当事各方似宜听凭适用法律来确定不履约一方应偿付的损害赔偿金的条件及限额。不过，如果采取这种做法，当事各方只应在经过认真考虑后才能在其合同中列入本《指南》建议的对不履约的其他补救办法，因为这些补救办法可能与适用法律有关取得损害赔偿金的规则不一致(第2段)。

或者，当事各方可在合同中规定不履行义务的一方有责任支付损害赔偿金。他们似还宜列入一项免责条款，在特定情况下排除这种责任。他们似还宜确定因不履约而受到损害的当事一方应得到补偿的限额(第3段)。

损害赔偿金在某些方面可区别于支付约定款项，也可区别于利息(第4段)。购买方也可安排担保以便在承包方不履约时得到补偿，或是投保以取得财务上的保护(第5段)。此外，合同或合同的适用法律可规定在应付赔偿金的当事一方并无不履约的情况下也应向另一方赔偿(第6段)。

可有不同的方法来确定受害方有权得到赔偿的损失种类(第7段)。可用不同的方式来限定对利润损失的赔偿，(第8段)。

合同可排除就不履约一方有合理原因无法预料到的损失取得赔偿。合同可明确规定究竟按订立合同时或按不履约时来确定是否可预料。此外，合同可订明可预料的内容是指所受损失的种类还是指金额(第9和第10段)。当事各方也似宜确定一种方法来排除对间接由于不履约引起的损失进行赔偿(第11和12段)。

如果受害方由于不履约而得到利益或节省费用，当事各方可规定在确定应付赔偿金时，应从由于不履约而造成的损失中扣除这些利益或节省的费用(第13段)。当事各方似宜考虑合同是否要限制可取得的损害赔偿金的数额，以及如果要这样做的话，

如何在合同中确定这种限额（第14段）。

当事各方似宜规定受害方有义务设法减轻其损失。他们可规定，如果受害方不这样做，他就无权就倘若他履行了义务本可防止的损失取得赔偿（第15段）。

施工缺陷可能造成第三者的死亡或人身伤害，或其财产损害。在这种情况下常常由合同外的强制性法律规则来确定对第三者的损害赔偿赔偿责任。但是当事各方似宜规定在他们之间内部分担应付第三者损害赔偿金的风险（第16至18段）。

当事各方似宜确定用何种货币支付损害赔偿金（第19段）。

A. 概述

1. 合同的适用法律（见第二十八章“法律的选择”，第1段）将确定不履行合同义务的当事一方有责任支付损害赔偿金的条件及限额。损害赔偿金是用于补偿由于不履约而蒙受损失的受害方。根据不同的法律制度，承担支付损害赔偿金责任的条件也各异。此外，关于某些赔偿责任问题的法律规则可能是强制性的，而有关其他问题的法律规则可以由当事各方在合同中加以改动。但是，多数法律制度都允许当事各方通过合同条款来解决本章所讨论的有关应付的损害赔偿金限额问题。但是，在拟订处理具体问题的条款时，当事各方应先确认他们根据合同的适用法律有权这样做。

2. 当事各方似宜听凭合同的适用法律来确定不履约一方应付损害赔偿金的条件及限额。即使合同的适用法律的规则不是强制性的，如果适用法律的规则能适当地解决有关就不履行建厂合同取得损害赔偿金所产生的问题，当事各方也似宜采取这种做法。不过，如果采取这种做法，当事各方只应在经过认真考虑后才能在合同中列入本《指南》建议的对不履约的其他补救办法，因为这些补救办法可能在某些情况下与适用法律有关取得损害赔偿金的规则不一致。

3. 在许多情况下，当事各方似宜在合同中处理损害赔偿方面可能出现的各种问题。如果他们规定支付损害赔偿金的义务，就可能还宜列入一项条款（本《指南》中称为免责条款：见第二十一章“免责条款”），规定可以在某些情况下（例

如：由于某种特定障碍阻止履约）取消这种义务。 当事各方还似宜确定在当事一方因另一当事方不履约而受到损害时所应得到补偿的限额。 后一问题在下文C节中讨论。

B. 区别于其他补救办法和补偿的损害赔偿金

4. 损害赔偿金可与在支付约定款项条款下承担的义务（见第十九章“约定违约金和罚款条款”）区分开来，损害赔偿金的应付金额是在发生不履约以后确定的，以便补偿受害方确实蒙受的损失；而在支付约定款项条款下承担的义务则是在订立合同时即约定一笔款项，由不履行义务的当事一方支付，而无须受害方提供损失证明。 利息问题，即不支付款项的不履约当事方应付款项问题，在第十八章“迟延、缺陷和其他不履约”，第53至56段中讨论。

5. 购买方除了根据合同享有取得损害赔偿金或约定款项的潜在权利以外，也可安排某种形式的担保，凭以在承包方不履约时得到补偿。 第十七章“履约担保”，第10至12段讨论了这种担保。 当事一方也可投保，以便在另一方不履约时得到财务上的保护（见第十六章“保险”，第28段）。 第十八章“迟延、缺陷和其他不履约”讨论了对不履约可采取的其他一些补救办法。

6. 合同或合同的适用法律可规定应付赔偿金的当事一方即使在并无不履约的情况下也应向另一方赔偿。 本《指南》提到了这类应付赔偿金的例子。 例如，购买方为了方便而中止或终止合同就应付赔偿金（见第二十四章“施工的中止”，第15和16段以及第二十五章“合同的终止”，第34和35段）。

C. 损害赔偿的责任

1. 损失的种类

7. 当事各方似宜规定受害方有权就不履约所造成的全部损失取得赔偿，但明文排除的某些种类的损失除外（见下文第9至12段）。 另一种可选择的做法是

规定受害方有权只就合同内明文提到的某些种类的损失得到赔偿。这两种规定都可以作为对可取得的损害赔偿金的限制（见下文第5小节）。在拟订有关取得损害赔偿金的条款时，当事各方似宜考虑到以下损失种类：

- (a) 受害方的非另一方供应的资产减值，例如，当事一方的非另一方供应的财产由于另一方供应的设备或进行的施工有缺陷而受到损害；
- (b) 受害方合理支付的费用，而如果另一方履行了其义务就不会发生这笔费用。例如：承包方付给为开工而雇用的人员在由于购买方未移交现场而不能开工期间的工资；
- (c) 受害方向第三方的付款，其原因是由于另一方不履行而使受害方承担这一付款责任；
- (d) 正常履行合同情况下受害方本应获得的利润的损失。

8. 利润损失的数额往往难于确定；而且，这一潜在数额可能非常庞大。因此，承包方不愿意对利润损失承担无限制的赔偿责任。此外，这种无限制的赔偿责任可能是无法保险的。限制赔偿责任的一种做法可以在一条款中规定支付某一约定款项以补偿利润损失（见第十九章“约定违约金和罚款条款”）。另一种做法可以将对利润损失的赔偿责任限于某些履约迟延或有缺陷的情况。还有另外一种做法可以在合同中把对利润损失的赔偿限制在某一金额内或只限对不履行后某一时限内的利润损失给予赔偿。

2. 无法预料的损失

9. 当事各方似宜排除受害方就不履约一方因合理原因而无法预料到的损失取得赔偿。确定是否可预料的有关时间可以是订立合同时也可以是发生不履行时。确定为前者的理由是，不履约的当事一方在签订合同时就已承担了他在当时理应预料到的由于他不履约造成损失后果的风险。但是，由于建厂合同具有长期复杂的性质，后来出现的许多损失无法在签订合同时就预料到，因此也可以把发生不履约的时间定为确定是否可预料的时间。这一规定会扩大取得赔偿的范围，因为从签订合同之时到不履行之时某种损失可能成为可预料的。但是，后一方法有一个缺

点，那就是在除迟延外的其他情况下，有时难于确定不履约的时间。

10. 当事各方似宜在合同中载明必须预料到的承担赔偿责任的损失的内容。例如，他们可规定应能预料到的内容是蒙受的损失的种类（见上文第7段）。或者，他们可规定应能预料到的内容是损失的金额，超过这一金额的损害不给予赔偿。¹

3. 由于不履约间接造成的损失

11. 由于不履约，受害方可能蒙受由于不履约间接造成的损失。大多数法律制度中都有规则来确定什么情况下太间接的损失不能取得赔偿。因此当事各方似宜把这个问题留待合同的适用法律去解决。此外，如果当事各方确定了由于其太间接而愿意排除对其赔偿的某些种类的损失，他们可以这样作出规定。

12. 当事各方有时设法通过规定对“间接”或“从属性”损失不给予任何赔偿来解决排除对间接损失进行赔偿的问题。但是“间接”和“从属性”等词太含糊，容易引起不同的解释。因此，当事各方似不宜采取这种做法，除非合同的适用法律使用了这些词来解决排除对间接损失进行赔偿的问题。

4. 因不履约而得利

13. 不履约可能使受害方得到某些好处或节省费用（例如，他可能会节省工厂开工的某些费用，如果不发生不履约他本须支付这些费用）。当事各方可规定，在确定应付赔偿金额时要从损失中扣除这些好处和节省的费用。当事各方似宜规定，无须考虑根据承保不履约风险的保险单所取得的保险赔偿，因为保险赔偿并非不履约带来的一种利益。还应指出，在受害方就所受损失取得保险赔偿时，该项索赔须不违反承保人在所赔偿的损失范围内的代位求偿或权益转让的权利。从应付受害方的损害赔偿金中扣除他所取得的保险赔偿额可能会损害承保人对不履约方所应拥有的权利，而且可能会违反保险单规定。

5. 金额限制

14. 当事各方似宜考虑合同中应否就承包方所有可能的不履约可取得的损害赔偿金额规定一个总的限额。该限额可以确定为一笔固定金额。或者，该限额可以确定为建厂价款的某一百分比或不履约一方在对不履约的保险项下可取得的金额、或后一金额再加上价款的某一百分比。在签订合同时尚不知道确切价款的合同中（如费用偿还式合同），可以把这些做法结合起来使用，例如，可把损害赔偿金额限为某一百分比或某一规定金额两者中较大的一个。也可把支付约定款项的条款作为应赔偿的限度（见第十九章“约定违约金和罚款条款”，第3段）。但是，当事各方似宜规定，如果出现某些种类的不履约（例如，不履约是一种出于故意造成损失、或出于轻率的且明知可能造成损失的作为或不作为），则合同中规定的限额就不予施行。

6. 减轻损失

15. 适用法律的强制性规则常常要求受害方努力减轻不履约所造成的损失。如果适用法律并无这种规则，或是这种规则不适合于建厂合同，则当事各方似宜在合同中规定受害方必须努力减轻其损失。合同还可规定，如果受害方不履行其减轻损失的义务，他就无权就假若他履行了义务本可避免的损失取得赔偿。但是，合同可责成受害方只采取理应可望减轻损失并且是他作为当事一方理应能采取的措施（例如，他不必采取那些会危害他自己的商誉或太麻烦的措施）。如果受害方采取了合理措施，他就可按合同规定或合同的适用法律施加的限额范围内，有权就其损失、包括为采取那些减轻损失所合理支付的费用取得赔偿。即使这些措施未取得成功，他也应享有这种权利。²

D. 人身伤害和对第三者财产的损害

16. 施工缺陷可能造成购买方雇员或其他第三者的死亡或人身伤害，或对其财

产的损害。关于在这种情况下应付给第三者的损害赔偿金问题是复杂的，可能不会由合同的适用法律有关合同责任的规则来加以规定，而是由有关合同外责任的适用法律规则来加以规定。后一种法律规则往往是强制性的。此外，合同不能限制承包方或购买方对不是合同当事方的第三者的责任。在没有有关内部分担风险的强制性法律规则的情况下，当事各方似宜规定在他们内部分担由于对第三者造成死亡或人身伤害或财产损害而应付给第三者损害赔偿金的风险。当事各方似还宜规定对这类风险投保（见第十六章“保险”，第36段）。

17. 如果有人由于施工受到人身伤害或财产损害，并向购买方提出索赔，合同应责成承包方在购买方的赔偿责任限度内就该索赔赔偿购买方。或者，合同可规定只有当伤害或损害是由于承包方在建厂施工中使用技术不当或不谨慎造成的情况下才有义务赔偿。第十一章“分包”，第27和28段讨论了承包方在多大程度上有义务就由于承包方雇用的分包人进行的施工所产生的索赔赔偿购买方。

18. 如就第三者受到伤害或财产损害而向购买方提出索赔，购买方有义务将这种索赔通知承包方，至少在他主张要依靠承包方的赔偿的情况下（见上段）要通知承包方。如果承包方愿意，他有权参与处理索赔的全部谈判，并在诉讼所在国的法律允许的情况下，参与所提起的任何诉讼。

Ⅱ. 损害赔偿金所用货币

19. 作为一般原则，合同可规定损害赔偿金应以支付价款的同一货币支付。但是，在某些情况下，特别在价款是用非自由兑换货币支付的情况下，合同可规定损害赔偿金应以蒙受损失的货币支付（例如，如果因为不履约，受害方必须用可自由兑换货币向第三者支付赔偿金，就支付这种赔偿金而言，损害赔偿金应以可自由兑换货币支付给受害方）。

第二十章注

¹ 说明性条款

“在不违反本合同其他规定的情况下，只能就不履约一方在〔签订合同〕〔不履约〕时根据其当时知道或理应知道的事实或情况预料到或理应能预料到的，作为不履约可能后果的〔某种损失〕〔损失的金额〕取得损害赔偿金”。

² 说明性条款

“由于另一方不履约而蒙受损失的当事一方必须采取他理应采取的一切措施以减轻损失。 如果他不采取这种措施，则对若采取这种措施后本可防止的任何损失不予赔偿。 如果他采取了这种措施，则他有权在本合同规定的赔偿限额内就其全部损失、包括由于采取这些措施所合理支付的费用取得赔偿，即使这些措施并未成功地减轻损失。”

第二十一章 免责条款

提 要

在建造过程中可能发生一些阻碍当事一方履行其合同义务的事件。本章所讨论的条款规定当事一方当因某一障碍而不能履行合同义务时可免于承受不履约的某些法律后果。如果免责条款的范围在构成免责障碍的事件和免责障碍的法律后果方面有所限制的话,那将有利于购买方。当事各方似宜使双方都能援引免责条款(第1至4段)。

某些法律制度中有关免于承受不履约的法律后果的规定会导致与国际贸易的情况和需要不相符合的结果。因此,各方似宜在合同中订入一免责条款,明确免责障碍的定义并限定免责障碍的法律后果(第5至7段)。

为了限制免责条款的范围,当事各方似宜规定不履约的当事一方仅免于向当事另一方支付损害赔偿金或约定款项(第8段)。

当事各方还可通过采用对免责障碍的限制性定义来限制免责条款的范围。一种方法是仅对免责障碍规定一般定义(第10至12段)。另一种方法是规定一般定义,同时附有应视为免责障碍的各种事件的说明性或详尽清单,或者附有应视为免责障碍的各种事件的清单,而不论这些事件是否属于一般定义的范围(第13至16段)。第三种方法是载有应视为免责障碍的各种事件的详尽清单而不规定一般定义(第17段)。当事各方似宜考虑应列入免责障碍清单的各类事件(第18至22段)。

对某些若不加以排除就有可能属于免责条款范围的事件明文加以排除,可进一步明确免责条款的范围。当事各方似宜考虑是否可将一个国家或国家机构的某些行为,诸如拒发或撤销许可证或批准,视为免责障碍(第23至24段)。

当事各方似宜在合同中规定,当承包方不履约是由于他雇用的第三者不履约所造成时,他可据以免责的条件(第25至26段)。

合同宜责成援引免责障碍的当事方将障碍以书面通知对方。合同可规定,当事一方如不发这种通知就丧失其援引免责障碍的权利。或者,合同可以规定该当事方仍然有权援引免责障碍,

但他应负责赔偿另一方因他不发通知而受到的损失。 合同还可要求障碍须经核实后才能作为依据。 此外, 当事各方似宜规定一旦通知有免责障碍, 他们就应进行会晤并考虑采取何种措施来防止或限制障碍的后果(第27至28段)。

A. 概述

1. 在建造过程中可能发生一些阻碍当事一方履行其合同义务的事件。 这种障碍可能属自然性质的, 如自然灾害, 也可能是法律性质的, 如购买方国家的法律在合同签订以后出现变动, 禁止使用合同规定的某些设备。 这种障碍会永久地或只是暂时地阻碍一方履约。 根据合同的适用法律, 永久性障碍可导致合同的终止。

2. 建厂合同可载有各种不同的条款来处理履约障碍。 本章所讨论的条款规定当事一方由于某一障碍而不能履行合同义务者可免于承受不履约的某些法律后果。 本《指南》将造成这种免责事件的障碍称作“免责障碍”。 遇到履约障碍的当事一方根据合同规定还可享有其他权利。 例如, 购买方可获准根据变动条款变动受障碍影响的合同条件(见第二十三章“变动条款”, 第5至19段); 当事一方获准终止合同(见第二十五章“合同的终止”, 第22段)或当事一方可根据困难条款享有权利(关于困难条款和免责条款的关系, 见第二十二章“困难条款”, 第2段)。

3. 购买方通常只须履行一项主义务(即支付价款), 但承包方在施工过程中通常得履行若干主义务。 因此, 免责条款对承包方要比对购买方具有更大的利害关系。 然而, 承包方不履约会在财务上给购买方造成严重的后果。 因此, 如果免责条款的范围在构成免责障碍的事件(见下文第9至23段)和免责障碍的法律后果(见下文第8段)方面有所限制的话, 那将有利于购买方。

4. 即使说承包方的履约要比购买方更有可能遇到障碍的影响, 但也会有障碍影响购买方履约的情况。 例如, 法律障碍可能阻碍购买方向承包方付款; 或者物质障碍可能阻碍他履行他已承担的某些有限的工程义务。 因此当事各方似宜规定双方都能援引免责条款。

5. 许多法律制度载有当事一方不履行合同义务时可免于承受其不履约的某些法律后果的规定。然而, 这些规定会导致与国际贸易的情况和需要不相符合的结果。因此, 当事各方似宜在合同中订入一免责条款, 明确免责障碍的定义并限定免责障碍的法律后果。在安排免责条款的结构时, 当事各方应考虑到合同的适用法律的强制性规则是否限制其这样做的权力和在多大程度上限制这种权力。当事各方宜注意一个事实, 即如果条款中所用的关于免责的术语与合同的适用法律所用的术语相同, 则这种术语常常带有某些可能与当事各方的意图不符的法律含义。

6. 各种法律制度对免责问题的处理办法在这一问题的基本概念和所用术语方面是有差别的。至于销售合同中的免责, 《联合国国际货物销售合同公约》(1980年, 维也纳) 第79条¹已经弥合了这些差别。该公约采取的方法旨在考虑到国际贸易的特殊情况和需要。当事各方可能会发现这一方法是拟订建厂合同中免责条款的有益指南。本章对免责障碍的法律后果和免责障碍的定义所作的探讨(分别为下文B和C节)都是以《公约》所采取的方法为根据的。

7. 免责的问题及其与不履约补救办法的关系对本《指南》所讨论的一些其他问题有影响。对这些问题的讨论与本章对免责所采取的方法相符。在当事各方采取其他方法的情况下, 对这些其他问题的讨论以及所建议的处理这些问题的方法, 就都不适用。

B. 免责障碍的法律后果

8. 当事各方似宜规定, 由于免责障碍而不能履约的当事一方应免于向另一当事方支付损害赔偿金或约定款项。如果当事各方希望另以在合同项下或合同的适用法律下本可以采取的其他补救办法来处理不履约, 例如, 强制履约(见第十八章“迟延、缺陷和其他不履约”)或终止合同(见第二十五章“合同的终止”), 则应在合同中作此规定。本《指南》中提到的免责障碍, 都假定免责只涉及损害赔偿金或约定款项的支付, 而不涉及其他不履约的补救办法。合同就免责障碍事件可规定的其他法律后果, 在其他几章中作了讨论(例如, 见第七章“价款和支付条件”, 第53段)。

C. 免责障碍的定义

9. 当事各方还可通过采用对免责障碍的限制性定义来限制免责条款的范围。在给免责障碍下定义时他们可以采用下列若干方法之一：

- (a) 仅对免责障碍规定一般定义；
- (b) 规定一般定义与列出免责障碍清单相结合；
- (c) 仅列出免责障碍的详尽清单。

1. 免责障碍的一般定义

10. 对免责障碍规定一般定义可使当事各方能确保凡具有定义所述特点的一切事件都将被视作免责障碍。按这一方法无须编制免责障碍清单，并可避免清单中漏掉当事各方本会视为免责障碍事件的风险。另一方面，在有些情况下，可能难以确定某一具体的事件是否属于一般定义的范围。当事各方似宜考虑将下列因素列入一般定义。

11. 作为第一个因素，当事各方似宜规定，阻止合同义务履行的必须是某种物质的或法律的障碍（见上文第1段），而不只是，例如，履约不便或花费更多。当事各方似宜规定，如果某一障碍仅在一段暂时的时期内阻止当事一方履行其义务，那么他仅就该段时期内的不履约免责。

12. 作为另一个因素，当事各方似宜规定，这种障碍必须是不履约当事一方所无法控制的，而且按理不能期望他在签约时就考虑到这种障碍或避免或克服这种障碍或其后果。²

2. 一般定义之后附有免责障碍清单

13. 在免责障碍一般定义之后可附有关于应视作免责障碍的事件的说明性或详尽清单。³这一方法能使一般定义所具有的灵活性同有关免责障碍的具体说明所带来的确定性相结合。

(a) 一般定义之后附有说明性清单

14. 可以选出列入说明性清单的免责障碍的例子以明确一般定义的范围。这样一种方法可为当事各方和解决合同项下争端的个人或法庭提供有关一般定义范围的指导。此外,这可确保清单所列出的事件如符合一般定义所述标准即可视作免责障碍。

(b) 一般定义之后附有详尽清单

15. 在免责障碍的一般定义之后可附有如果符合一般定义所载标准就视作免责障碍的各种事件的详尽清单。如果当事各方不能肯定自己能预见并列出他们希望视为免责障碍的所有事件,那么详尽清单可能是不可取的。

(c) 一般定义之后附有免责障碍的额外清单,不论其是否在定义范围内

16. 可在免责障碍的一般定义之后附有应视作免责障碍的各种事件的清单,而不论这些事件是否属于一般定义的范围。如果当事各方对免责障碍选择一个较窄的一般定义,但又希望将某些不属于该定义范围的事件也视为免责障碍,那么这一方法可能是有用的。由于这些事件将独立于一般定义而成为免责障碍,因此下文第17段关于在提出免责障碍清单而不下一般定义时可采取的保障措施说明,也适用于此。

3. 没有一般定义的免责障碍的详尽清单

17. 免责条款可以仅仅订出列有应视作免责障碍的各种事件的详尽清单,而不下一般定义。这一方法的缺点是未提出要视作免责障碍的事件所必须符合的一般标准。如果采取这一方法,那么当事各方最好给每一事件均规定其被视作免责障碍所必须符合的标准。例如,如果当事各方想规定“战争”或“军事活动”为免

责障碍（见下文第20段），那么最好具体规定，是否开始出现涉及施工现场所在国的敌对状态就够了，还是必须在施工现场发生了或可能发生敌对行动才行。

4. 可能的免责障碍

18. 如果当事各方在免责条款中列出应视为免责障碍的事件清单，而不论是否下有一般定义，那么他们似宜考虑是否宜将下列任何一种情况列入清单。

19. 自然灾害。诸如风暴、旋风、洪水和沙暴等自然灾害，可能是现场所在地一年中某个时期里的通常状况。在这种情况下，合同可排除当事一方援引这种状况作为免责障碍（见上文第12段）。

20. 战争（不论宣战与否）或其他军事活动。可能难以确定什么时候可认为某一战争或军事活动阻止了某项义务的履行。例如，施工现场附近经常遇到空袭可能对承包方雇员的安全构成严重威胁，但并未实际阻止其继续施工。此外，当事一方也可能通过偷越封锁来避开军事封锁，但在这样做时，他会冒很大的风险。因此，可能最好明确规定什么时候战争或其他军事活动可视为阻止了履约（例如见上文第17段）。

21. 罢工、抵制、怠工、工人占领工厂或房屋。当事各方似宜考虑这些情况能否视为并应在多大程度上被视为免责障碍。一方面，这类情况确实可能阻止承包方履约。另一方面，当事各方可能认为，如果不履约是由于当事一方自己雇员的行为所造成的，那么就不宜使该当事方免于承受不履行义务的后果。此外，可能难以断定当事一方有无可能避免雇员罢工和其他劳资纠纷，以及该当事方理应采取什么措施来避免或结束罢工或纠纷（如满足罢工者的要求）。在这方面，当事各方似宜规定，只有不是因为该当事方与其雇员间的劳资关系而产生的罢工（如同情罢工）才得视为免责障碍。如果合同要求承包方雇用购买方的人员，那么这些人员的罢工在适当情况下可视为承包方的免责障碍。

22. 施工所需原料短缺。当事各方似宜考虑是否应将这视为免责障碍。例如，他们可能希望责成承包方及时采购原料，如果他不能这样作就不得主张免责。在有些情况下，承包方可能由于其供货人的迟延而不能及时得到这些原料。然而，

对这种情况，承包方最好确保他能够根据他与供货人的合同，就该迟延向供货人索取损害赔偿金。

5. 障碍的排除

23. 规定免责障碍的定义不论采取哪一种方法，当事各方似宜通过明文排除本来可能属于免责条款范围的某些事件，以进一步明确免责条款的范围。例如，如果当事一方由于其自己的财务状况不佳而不能履约，那么当事各方似宜排除其免责的主张。当事各方似还宜考虑将当事一方违约后发生的、若不是因为违约本不会阻碍该当事方履约的各种事件排除在免责障碍之外。

24. 当事各方似宜考虑是否应将一个国家或国家机构的某些行为视为免责障碍。可要求当事一方为履行其某些义务取得许可证或其他正式批准。合同可规定，如果政府机关拒绝给予这种许可证或批准，或者在给予许可证或批准后又予以撤销，那么应取得这种许可证或批准的该当事方就不能以这种拒绝或撤销作为免责障碍。当事各方可认为因没有得到这种许可证或批准而不能履约所造成的损失，由有责任取得许可证或批准的该当事方承担是公平的，因为该当事方承担其义务时就知道有必要取得这种许可证或批准以及有可能遭到拒绝。此外，对方可能难以断定是否采取了合理的措施以取得许可证或批准（见上文第12段）。当事各方似宜指明，在某些法律制度下，如果得不到许可证或批准，合同就无效，有关该当事方不能得到许可证或批准的法律后果将按适用法律予以确定。

6. 承包方雇用的第三者不履约

25. 在建厂合同中，承包方常常雇用第三者（如分包人）来履行其合同规定的一些义务（见第十一章“分包”）。如果承包方由于该第三者不履约而不能履行建厂合同项下的义务，就产生了承包方是否可免除，并在多大程度上可免除就这种不履约向购买方支付损害赔偿金的责任。

26. 一般说来，当事各方可能认为最好规定，承包方雇用第三者来履行承包方

的合同义务并不减少或解除承包方对购买方就履行该义务所承担的责任（见第十一章“分包”，第27和28段）。按这一方法，当事各方似宜规定，当承包方不履约是由于其雇用的第三者不履约所造成时，只有在符合两个条件的情况下，承包方才可免除支付损害赔偿金的责任：第一，符合建厂合同的免责条款所规定的承包方免责的标准（例如，如果第三者不履约是不可避免的，以及如果按理不能期望承包方在签约时就考虑到这种不履约情况或避免或克服这种不履约或其后果）；第二，如果该第三者根据建厂合同的免责条款可以免责并且如果承包方与第三者签订的合同中也载有该免责条款的话。⁴

D. 障碍的通知

27. 合同宜规定援引免责障碍的当事一方有义务在其得悉或理应得悉发生这种障碍后适当地毫不迟延地将障碍以书面通知对方。这种通知可便于对方采取措施减轻不履约所造成的或可能造成的损失。合同可要求通知说明障碍的详细情况，并提供证据，证明该当事方履约受到阻碍或可能受到阻碍，如有可能，还说明预期障碍存在的时间。还可要求援引免责障碍的当事一方继续将可能与评价障碍及其影响有关的一切情况通知对方并将障碍的停止通知对方。合同可规定当事一方如不及时将免责障碍通知对方就将丧失其援引免责障碍的权利。或者，当事各方可以规定，当事一方如未能及时按照规定发出通知，仍有援引这一条款的权利，但对不发通知而使另一当事方蒙受的损失应负有赔偿责任。合同还可要求对拟作为依据的障碍须经，例如，发生障碍所在国的政府当局、公证人、领事馆或商会的核实。

28. 此外，当事各方似宜规定，一经发出免责障碍的通知，他们就应进行会晤并考虑采取何种措施来防止或限制障碍的影响并防止或减少障碍可能造成的损失。这些措施可包括变动受障碍影响的合同义务（见第二十三章“变动条款”），或在某些情况下，对合同重新进行谈判（见第二十二章“困难条款”）。

第二十一章注

- ¹ 《联合国国际货物销售合同会议正式记录》(联合国出版物, 出售品编号: E·81·IV·3)。

² 说明性条款

(免责障碍的一般定义)

“(1) 如果当事一方证明不履行是由于其所无法控制的障碍所造成的, 而且按理不能期望他在签订合同时就考虑到这种障碍或避免或克服这种障碍或其后果, 则应免除其就不履行本合同所规定的支付损害赔偿金的责任。

(2) 当事一方按前款规定, 仅就这种障碍阻止其履约期间内的不履行免除支付损害赔偿金的责任。

³ 说明性条款

(一般定义之后附有说明性或详尽清单)

“(1) [同脚注 2, 第(1)款]”

(2) [说明性清单]: 凡符合上文第(1)款所列标准应视作免责障碍的事件举例如下:

[详尽清单]: 根据上文第(1)款的规定, 下列事件凡符合该款所列标准, 应视作免责障碍; 而且只有下列事件应视作免责障碍: ……

“(3) [同脚注 2, 第(2)款]。”

⁴ 说明性条款

“如果该当事方不履行义务是由于其雇用来履行该义务的第三者不履行所造成的, 则该当事方只有在下列情况下, 可按上文第(1)款规定免责:

(a) 就该当事方而言, 符合第(1)款所列标准; 以及

(b) 该第三者根据其与该当事方的合同可以免责, 如果该合同载有第(1)款的规定的话。”

第二十二章 困难条款

提 要

困难是这样一个术语，即在本《指南》中用来描述经济、财务、法律或技术因素方面的变化，这种变化给缔约一方造成严重不利的经济后果，使他履行合同义务更为困难。困难条款通常规定困难的定义，规定重新谈判以修改合同使之适应因困难造成的新情况（第1段）。困难条款应有别于免责条款（第2段）。

可以认为，困难条款具有这样一个好处，即根据困难条款进行重新谈判也许能防止受情况变化影响的当事一方的破坏性不履约。困难条款还可以通过提供重新谈判的基础来促进重新谈判（第3段）。

但是，困难条款也有若干不利之处，与上述好处相比，可能弊多于利。重新谈判的可能性使得合同在某种程度上不稳定；困难的定义往往不精确且含糊，订立困难条款可能会诱使假称存在困难来逃避履行义务（第4段）。此外，由于承包方可能比购买方有更多的机会来援引困难条款，所以这种条款可能对购买方特别不利（第5段）。本《指南》论述了可列入合同的其他一些条款，这些条款可在情况变化给当事一方造成严重不利的经济后果时适用。购买方似宜考虑列入这些条款之后是否还有必要订立困难条款（第6段）。

如果虽有这些弊端，但当事各方仍希望在合同中列入困难条款，则在起草困难条款时，最好能减少它可能造成的当事各方义务方面的不确定性。可以接受的做法是可在条款中确定困难的定义，并再列出一份困难情况的清单，当事一方只要凭其中一种或一种以上情况就可援引困难条款（第7段和12段）。可以对困难采用限制性定义，根据这一定义只有在具备了所有要求的因素时才能认为出现了困难（第8至11段）。当事各方似宜考虑制订对援引困难条款的其他限制，因为这些限制可以减少困难条款给合同带来的不稳定性（第13段）。

当事各方似宜决定，如果出现困难，当事各方只是有义务参加重新谈判以便修改合同，还是有义务经重新谈判后修改合同（第14段）。

当事各方似宜规定程序以便利重新谈判（第15至17段）。合同还可以确定一个时限，可据以认为经谈判后不能就修改达成协议（第18段）。

当事各方似宜为了便于执行困难条款而规定一些指导方针以帮助他们做到公正地修改合同（第19段）。由于业已变化并造成困难的情况可能再次变化并大致恢复原状，从而减轻了困难的程度，因此合同可以规定当情况恢复原状时应如何重新修改合同（第20段）。

当事各方似宜确定在重新谈判期间的当事各方的合同义务的地位。如果当事各方只有义务参加重新谈判，则他们可规定在重新谈判期间当事各方应继续按照合同原条款履行其据称受困难影响的义务（第21段）。如果当事各方有义务经重新谈判后修改合同，他们可规定无论是在重新谈判期间，还是在因当事各方不能就修改达成协议而接着进行解决争端程序期间，都应继续履行义务。或者，他们也可规定，援引困难条款的当事方有权中止履行义务（第22段）。

如果合同规定当事各方应经重新谈判后修改合同，合同最好对不能就修改达成协议的后果作出规定（第23段）。

A. 概述

1. 本《指南》中所用的“困难”一词，是指经济、财务、法律或技术因素方面的变化，这种变化给缔约一方造成严重不利的经济后果，从而使他履行合同义务更为困难。典型的困难条款包含两个方面。第一，它要确定困难的定义；第二，它规定重新谈判合同使之适应因困难造成的新情况。困难条款的法律效力可因不同的法律制度而异。有些法律制度承认困难条款，有些法律制度则没有这种条款；在还有一些法律制度中，困难条款的效力尚未在法律诉讼中经受检验。

2. 困难条款应有别于免责条款（见第二十一章“免责条款”）。当情况变化使当事一方履行义务更加艰难，但并未阻止其履行义务时，适用本《指南》所述困难条款。而本《指南》所述免责条款则只有在情况变化阻止履行时才适用。因此，如果在签订合同后，适用于施工的有关环境保护的行政条例有变动，提出了更

严格的要求条件，使施工费用大大增加，对这种情况可适用困难条款。如果这种条例变动阻止继续施工，则可适用免责条款。适用本《指南》所述各种类型条款所产生的法律后果也不相同。困难条款规定，如出现困难，应重新谈判合同（见前段）。免责条款则规定，如由于免责障碍而不能履行义务，受害的一方不能对不履行一方采取某些补救办法，特别是不能要求损害赔偿。

3. 可以认为，订立困难条款会有这样一个好处，即如果情况变化给当事一方造成严重不利的经济后果，则根据困难条款规定重新谈判合同也许能防止受情况变化影响的当事方的破坏性不履行。尽管，即使没有困难条款，也并无任何东西能阻止当事各方重新进行谈判，但是，困难条款可通过提供重新谈判的基础来促进重新谈判。因此，困难条款可以包括一些有助于通过重新谈判获得公平结果的规定（见下文第9段），并可规定当事各方在重新谈判期间的权利和义务（见下文第15至17段以及21和22段）。

4. 但是，困难条款也有很多不利之处，与上述好处相比，可能弊多于利。根据困难条款重新谈判合同的可能性使得合同在某种程度上不稳定。再则，由于困难的性质，其定义往往不精确而且含糊。困难条款的其他不利之处是：重新谈判会打断合同义务的履行，困难条款会诱使假称存在困难作为逃避履行义务的借口。此外，如果困难条款责成当事各方经重新谈判后修改合同（见下文第14段），而当事各方不能就修改达成协议，那末，通过解决争端程序作出修改就可能会有困难（见下文第23段）。

5. 困难条款可能对购买方尤其不利。购买方通常只须履行单一的主要义务（即支付价款），而承包方在建厂过程中则必须履行多项义务。因此，承包方就可能比购买方有更多的机会来援引困难条款。为此，购买方在同意将困难条款列入合同之前，应当仔细考虑这个条款可能给他带来的不利影响。

6. 本《指南》还论述了可列入合同的其他一些条款，这些条款可在签订合同后情况变化给当事一方造成严重不利的经济后果时适用。这些其他条款中，其目的与困难条款最相近的是指数条款和货币条款。指数条款规定，当应由承包方提供的货物或服务的费用变动时，要修订价款；货币条款则规定，当支付价款的货币对参考货币的汇率变动时（见第七章“价款和支付条件”，第49至55段及第58

和 59 段)，要修订价款。这些条款涉及的变动都是能预见的并能事先清楚确定的。因此，这些条款可以明确规定由于这些变动应对合同条款作出的修改，而不必象订立困难条款那样在合同中规定重新进行谈判，随之带来不确定的结果。如果由于情况变化，购买方想改变施工范围，他可以根据变动条款在一定限度内这样做（见第二十三章“变动条款”，第 5 至 18 段）。如果情况变化使购买方感到最好中止施工，他可以根据关于方便的中止的条款这样做（见第二十四章“施工的中止”，第 3 和 4 段）。如果发生剧变使项目不再可行，购买方可以根据终止条款为方便而终止（见第二十五章“合同的终止”，第 17 和 18 段）。因此，购买方似宜考虑列入上述这些条款后是否还有必要订立困难条款。不要把本《指南》中对困难条款的论述看作是需要在合同中订立困难条款的表示。

B. 起草困难条款的方法

7. 如果尽管困难条款有不利之处，但当事各方还是希望在合同中订立困难条款，那末在起草困难条款时最好设法减少困难条款可能造成的当事各方义务方面的不确定性。应避免使用不固定而含糊的标准（如“变化的情况”、“打破合同最初的均衡”和“造成严重经济后果”）来确定是否适用困难条款。如果列出一份困难情况的清单，但不详尽，也将导致不确定。一个可以接受的方法是在条款中给何时可以声称出现困难下一个定义（见下文第 1 小节），并辅之以一份详尽的情况清单，当事一方可以凭清单中所列的一种或几种情况援引困难条款（见下文第 2 小节）。根据这种方法，只有当出现了清单中所列明的情况并造成了困难条款中所界定的困难时才能援引该条款。

1. 困难的定义

8. 对当事各方来说，较可取的做法也许是对困难采用一个限制性的定义，根据这一定义只有在具备下列所有诸因素时才能认为出现了困难：(a)签订合同时存在的情况发生了变化；(b)这种变化是不可避免的，而且不是援引条款的当事方所理应

能考虑得到的变化；(c)这种变化给该当事方造成了严重不利的经济后果。

(a) 变化的情况

9. 如果当事各方规定不仅仅要求“情况变化”，而是要求在特定领域出现情况变化，就可使困难条款的范围更为明确。例如，当事各方可以规定这种变化必须是经济、财务、法律或技术方面具体情况的变化。

(b) 变化的性质

10. 当事各方似宜规定，这种情况变化必须是援引困难条款的当事方所不能控制的，而且按理不能期望该当事方在签订合同时就已考虑到这种情况变化或者避免或克服这种情况变化或其造成的后果。

(c) 严重不利的经济后果

11. 当事各方似宜限定援引困难条款的当事方所遭受的哪种不利经济后果可视为严重的。下这种定义的目的是要设法防止当事一方在出现了当他签订合同时就应视为已经承担了其风险的那种不利经济后果情况下援引困难条款。一种方法可使用一般性措词，从量的方面表明所要求的严重程度，例如这种情况变化必须已对援引条款的当事方造成了“沉重的财务负担”或“不应有的损害”。一种较可取的方法是以更具体的方式给严重程度定量，例如可以规定这种情况变化必须已引起费用增加，超出了价款的某一指定百分比。

2. 详尽的情况清单

12. 当事各方似宜规定，当事一方只有在证明出现了详尽清单所列的一种或几种情况并使他遭到了条款所界定的困难之后，才能援引困难条款。可列入清单的

情况，举例来说有：购买方工厂产品的预期市场规模大大缩小，或工厂产品生产所需的原料价格上升，致使其可营利性锐减。也可能发生类似的情况，给承包方造成困难。

3. 可以采用的其他限制

13. 当事各方似宜考虑是否订立这样一条规定，即如果在出现困难时当事一方已不履行他所承担的某项义务，则他不能就该项义务援引困难条款。还可以规定在当事各方签订合同之日后的某一段时间内不得援引困难条款，以限制该条款的适用。此外，当事各方可以限制每一方援引条款的次数，或者可以商定在某一规定时间内援引困难条款不得超过规定次数。这些限制可以减少困难条款给合同带来的不稳定性。

C. 重新谈判

14. 困难条款可以规定，如出现困难，可就合同重新进行谈判。当事各方似宜决定合同是否只应规定他们参加重新谈判以便修改合同，还是应规定他们经重新谈判后修改合同。当事各方可以在签订合同时或其后，商定一名能独立和公正地协助他们修改合同的调解人（见第二十九章“争端的解决”，第12至15段）。如果合同责成当事各方经重新谈判后修改合同，则最好能规定，如果当事各方不能就合同的修改达成协议，合同将由法院、仲裁庭或公断人予以修改（见下文第23段）。

1. 重新谈判的程序

(a) 通知

15. 合同可以规定，当事一方只有以书面通知当事另一方才能援引困难条款。

可以规定，该通知必须在出现了构成困难的情况变化之后的某一段规定时间内发出；必须提供与情况变化及其后果有关的详尽细节，足以使当事另一方能够评估这种变化造成的影响；还必须指明援引困难条款的当事方要求作什么性质的修改。

16. 可规定被通知的当事方应在通知后的某段规定时间内作出书面答复。可以规定，如果他认为通知中所列理由不足以证明应该重新进行谈判，他必须在答复中载明得出这一结论的理由。如果他愿意参加重新谈判，则可规定他指出在他看来对合同作何种性质的修改较为合适。

17. 当事各方似宜规定，如果有权援引困难条款的当事方没有在规定时间内按要求发出通知，他就丧失了援引这一条款的权利。这一做法可以减少那种为了逃避履行越益艰巨的义务而过迟地提出困难。或者，当事各方可以规定，未能及时按要求发出通知的当事方仍然有权援引困难条款，但他有责任就因通知迟延而造成的损失赔偿当事另一方。

(b) 重新谈判的时限

18. 合同最好能确定一个具体时限，可据以认为经过谈判不能就合同的修改达成一致意见。合同可以规定，如果在通过存在困难情况后的某段规定时间内未达成任何协议，即视为不能达成协议

(c) 重新谈判的指导方针

19. 为了便于困难条款的执行，当事各方似宜规定一些指导方针以帮助他们公正地修改合同。例如，他们可以规定，对合同原有条款只应在为纠正困难情况造成的合同不平衡所需限度内予以修改。还可以规定下列其他指导方针：在确定所需修改时应遵行诚信的原则，修改的目的应是争取尽可能确保合同义务全面履行；修改不应给当事任一方造成不应有的损害；修改应争取维持当事各方原有的利益平衡。

20. 业已变化并造成困难的情况可能会再次变化而大致恢复到原来状况，从而减轻了困难的程度。合同可以规定，修改合同时应考虑到这种情况变化可能持续的时间，所作修改应尽可能指出如果情况恢复原状应如何重新修改合同。

(d) 重新谈判期间义务的地位

21. 当事各方似宜确定重新谈判期间当事各方合同义务的地位。如果只规定当事各方参加重新谈判以便修改合同，他们似宜规定，在重新谈判期间当事各方应当继续按照合同的原有条款履行其据称受困难影响的义务。如果当事各方通过重新谈判就合同的修改达成了协议，则修改的条款可考虑到受困难影响的当事方由于在重新谈判期间继续履行义务所遭受的损失。

22. 如果规定当事各方在重新谈判之后修改合同（见上文第14段），则有两种方法可供选择。合同可规定，无论是在重新谈判期间，还是在因当事各方不能就修改达成协议而接着进行的解决争端程序期间，当事各方都应继续履行其据称受困难影响的义务，除非解决争端的法院、仲裁庭或公断人另作裁决。修改的条款可考虑到受困难影响的当事方由于继续履行义务所遭受的损失。规定应继续履约可以减少那些想逃避履行某些义务的当事方假称遇到困难。另一种做法是在合同中规定，援引困难条款的当事方有权中止履行据称受困难影响的义务。修改的条款可以决定如果经修改之后还要履行这些义务的话，应以什么方式来履行。如果在解决争端程序中裁决援引困难条款的当事方无权援引该条款，则可规定当事另一方有权就该中止给他造成的损失获得补偿。规定中止履约可以使合同的修改变得容易一些，因为继续履约可能会使受困难影响的当事方遭到损害，而要通过修改来补救这种损害可能很困难。

2. 不履行修改义务

23. 如果合同规定当事各方经重新谈判后修改合同（见上文第14段），则在合同中最好对不能就修改达成协议的后果作出规定。合同可以规定援引困难条款

的当事方有权要求进行司法程序或仲裁程序来修改合同，合同也可规定应由公断人来决定应否修改及怎样修改合同。解决当事各方争端的这些方法在第二十九章“争端的解决”中论述。当事各方应当知道，有些法律制度不允许通过司法或仲裁程序来修改合同。

第二十三章 变动条款

提 要

在本《指南》中，“变动”一词是指根据合同文件要求进行的工厂建造的某一方面的改动。在工厂建造过程中，可能遇到一些情况，有必要或最好变动工程的某些方面。最好是在合同中订出某些规定，列出承包方有义务作出变动的情况。在拟订合同中有关变动的规定时，当事各方应设法在各方利益间取得适当的平衡（第1至第4段）。

对于购买方要求的变动，当事各方似宜考虑以下三个基本方式。按照第一个方式，只要要求的变动符合合同规定的某些标准，合同可规定承包方有义务履行购买方要求的变动。按照第二种方式，合同可规定承包方有义务履行购买方要求的变动，除非他有合理的原因或特定的原因反对变动。按照第三种方式，作变动必须要有承包方的书面同意。合同可以订入这几种方式中的任何一种或任何几种。合同中订有关于当事各方之间就购买方是否有权要求变动而产生争端的解决办法会很有用处（第5至7段）。

在某些情形下，当事各方也许认为在合同中作出这样的规定是合适的，即遇有变动时对合同价款和承包方的竣工时间作合理的调整。在这一情况下，合同可以规定一个办法，使承包方把承包方有关变动对合同价款和竣工时间的影响的论点通知购买方，以便使购买方能够考虑，鉴于可能的影响，他是否愿意坚持要作变动。无论合同中是否订有这样一种办法，合同可规定当事各方设法按照合同中规定的标准在他们之间解决调整的金额的问题，并使任何一方都有权把关于调整金额的争端提交解决（第8至11段）。

关于承包方有义务作出的变动，当事各方似宜考虑限制这类变动的范围（第12和13段）。关于承包方可以反对的变动，合同可赋予承包方根据合理的理由加以反对的权利，或明确他可以据之以反对的特定理由（第15段）。合同可以订出关于要求和作出这两类变动的程序（第14和16至18段）。

关于需要得到承包方同意的变动，合同可以规定只有在承包

方作出书面的同意时，他才必须作出购买方要求的变动（第19段）。

如果承包方建议的变动，未经购买方的书面同意即不得作出时，这会符合购买方的利益（第20至22段）。

合同可以订出具体的规定来解决遇有不可预见的自然障碍和当地条例的变化而发生工程改变的问题（第23段）。

遇有变动致使合同价款须作相应调整时，理想的做法是合同应规定一个调整的合理金额。有效的做法是，合同订出一些准则以便有助于确定多少调整金额方属合理。这些准则依合同的种类而异（第24至32段）。

A. 概述

1. 在本《指南》中，“变动”一词是指对最初合同文件所要求的工厂建造的某一方面加以改变，例如施工范围或将用于建造工厂的设备或材料的技术性质的改变，或对工厂的规格说明书、图纸和标准内所要求的施工服务所作的改变（见第五章“工厂说明和质量保证”，第6至9段）。由于费用的变动或货币的波动而引起的价款调整或修改，和付款条件的修改（见第七章“价款和支付条件”）在本《指南》中不认为是变动，虽然变动可能导致价款的调整（见下文第8段）。同样地，在发生困难时对合同的重新谈判（见第二十三章“困难条款”，第1段）和中止施工（见第二十四章“施工的中止”，第1段）在本《指南》中也不认为是变动。

2. 在一项复杂的大型工厂项目的建造过程中，通常会遇到一些情况，有必要或最好是对工程的某些方面作出变动。这些情况可能是由于下列原因造成的：例如，在获得生产所需要的原料方面发生困难，因而最好是使用于建造工厂的工艺技术适应新的情况；施工期间发生不可预见的困难或事件，必须改变施工中使用的设备、材料或服务（见下文第23段）；由于出现一些情况影响到工厂预期可得到的利润，因而最好是改变工厂的规模；或由于发生了技术革新，购买方或承包方希望加以利用。此外，承包方为了适应他的施工进度，也可能要作出变动。

3. 下面几节会讨论到，当事各方似宜责成承包方作出购买方要求的某些变动；但是，他们似宜责成承包方只在他没有合理的或特定的理由反对某一变动时作出购

买方要求的其他变动。在这两种情况下，合同最好订出一些条款规定一些情况，在遇到这些情况时，承包方有义务作出购买方要求的变动，因为，在大多数法律制度下，如没有这些条款，¹ 承包方没有义务作出这些变动。但是，当事各方似宜注意到，在少数几个法律制度中，无论合同如何规定，除非当事一方在收到要求后对它作出具体的同意，否则不得强迫他作出某项变动。

4. 在拟订合同中关于变动的条款时，当事各方应设法在以下两个方面取得适当的平衡：一方面是力求当事各方的合同义务明确，并坚持签约的当事一方遵守他已同意的条款这个原则，另一方面是最好容许作出必要的或可取的变动以便适应在一个复杂和长期的合同的执行期间发生的情况。此外，当事各方应设法在购买方的利益和承包方的利益之间取得公平的平衡。

B. 购买方要求的变动

1. 基本方式

5. 合同可规定，如购买方想要改变工程，它必须向承包方提出书面的变动要求，列出打算变动的细节。当事各方似宜考虑承包方与这种变动要求相关的义务的三种基本方式。根据第一种方式（见下文第12至14段），合同规定承包方必须作出购买方要求的变动，只要它符合合同中规定的某些标准。根据第二种方式（见下文第15至18段），合同规定，除非承包方根据合理的或特定的理由反对变动，则承包方有义务作出购买方要求的变动。根据第三种方式（见下文第19段），变动须得到承包方的书面同意。

6. 合同可订有上段所提的一种方式或任何数种合并方式。如果合同要订入两种方式，它可以，例如，订出一些标准，变动必须符合这些标准才使承包方有义务作出（例如，见下文第13段），和规定对于不合条件的变动，承包方可根据合理的或特定的理由予以拒绝；或者，另外一个做法是，除非承包方有书面同意，则不予作出。如果合同订入所有三种方式，合同可规定一些标准，变动必须符合这些标准，承包方才有义务作出，并订出另外一些变动标准，承包方可根据合理的或

特定的理由加以拒绝，合同还可规定，不符合上述两类的变动必须要有承包方的同意。²

7. 一个有效的办法是，合同载有关于当事各方之间对于购买方要求的变动是否符合合同中的标准而发生争议的解决办法的条款。合同可规定将这类争议提交独立的第三人迅速解决。独立的第三人可以是咨询工程师，如果经授权能独立行使职责（见第十章“咨询工程师”，第9至19段），或者可以是一个公断人（见第二十九章“争端的解决”，第16至21段）。另外一个办法是，当事各方也许想要把争议只提交法院或仲裁庭。如把争议提交一个独立的第三人，则该第三人的权力可能只限于决定要求的变动是否符合合同内具体规定的标准的问题，而不扩及变动对合同价款和竣工时间的影响问题。甚至在确定变动的标准是关于变动是否超过了合同价款的一个具体规定的百分数的问题时（见下文第13段），独立的第三人也无须定出变动对价款的影响的金额，而只须说明变动是否已使价款超过了限额。合同可具体规定，在决定变动对合同价款的影响的裁决过程中，独立的第三人为了支持其决定而对事实所作的调查结论具有什么地位（见第十章“咨询工程师”，第9至19段以及第二十九章“争端的解决”，第16至21段）。

2. 变动对合同价款和竣工时间的影响

8. 在某些情况下，购买方要求的变动会使承包方的建造成本高于签订合同时所预计的成本。其原因可能是变动所必需的设备、材料或劳务比合同规定的有所增加或更为昂贵。由于要供应不同的或更多的设备、材料或劳务，承包方还可能无法再如预期的那样按他原来在合同中所同意的时间内竣工。在另一些情况下，变动可能会导致较低的建造成本，或使承包方能够早于合同规定的时间提前竣工。因此，当事各方在某些情况下可能会认为在合同中作出这样的规定是适宜的，即在出现变动时对合同价款和承包方的竣工时间进行合理的调整（见下文E节；对照下文第23段）。

9. 购买方将希望在承包方有义务作出变动之前得知他自己所要求的变动对合同价款和竣工时间可能产生的影响。如果影响可能过大，购买方也许会不坚持该

项变动。在某些情况下,购买方自己的工程人员或咨询工程师将能够为他估计出变动可能带来的影响。在另一些情况下,这是不可行的。因此,当事各方似宜考虑是否应在工厂合同中订立一种办法,以便使承包方把其关于变动对合同价款和竣工时间的影响的意见告知购买方。例如,合同可规定承包方有义务在一项变动指示递交给他之后向购买方提交一项书面陈述,阐明承包方关于这项变动对合同条款可能造成的影响的意见(见下文E节)。当事各方似宜考虑是否应在合同中规定出一段时间,以便使承包方在变动指示递交给他之后必须在这段时间内向购买方递交他的陈述,或者是否仅应在合同中规定承包方有义务在一段合理的时间内向购买方递交陈述。一方面,承包方估计变动的影响所需的时间将依变动的性质和范围而有不同。另一方面,如果合同仅要求在一段合理时间内递交陈述,那么在作出变动的义务将在这段时间期满时产生的情况下(如,见下文第14和17段),对该义务产生的确切时间将存有不确定性。一种解决办法是在合同中确定一段时间,足以使承包方能够估计变动的影响。另一种解决办法是在合同中规定,购买方应在变动指示中确定一段时间,承包方必须在这段时间内把其陈述递交给给他,并规定这段时间必须是合理的。这一种规定在变动需经承包方的书面同意(见下文第19段)的情况下也许没有必要。

10. 当事各方似宜考虑承包方未在合同规定的时间内向购买方递交陈述而产生的后果。根据一种办法,合同可规定承包方无权要求加价或延长竣工时间,但购买方仍可有权要求减价或缩短竣工时间,只要这是变动所需要的。根据另一种办法,尽管承包方未如期递交陈述,仍可允许他要求调整合同价款和竣工时间,但购买方有权就承包方未如期递交陈述所导致的任何损失得到损害赔偿。

11. 无论合同是否载有上文第9段所述的办法,如其中规定在出现变动的情况下须调整合同价款和竣工时间,则可以规定当事各方有义务按照合同载明的标准争取在彼此之间商定调整的金额(见下文E节)。合同可使双方均有权按照合同的解决争端条款把关于调整金额的争端提交第三方解决。然而,当事各方之间不能达成协议或存在争端的情况最好能够不致推迟承包方作出变动的义务。

3. 关于每一基本方式的合同条款

(a) 购买方要求的承包方有义务作出的变动

12. 承包方应作出购买方要求的任何变动的义务，不论变动的性质或范围如何，均可能不适当地侵扰承包方的权益。例如，承包方会在以下情况中受到损害：他被强迫作出一项大大背离了他在合同中所承担的义务的变动，以致没有能力作出该变动；建造工程的范围大幅度变动，使得其他合同条款（例如关于风险转移、支付条件或履约担保的条款）变得不再适宜；或是由于变动中增加的施工量使竣工时间推迟，干扰了承包方在其他项目中承担的建造义务的履行。提供了工厂设计并对产出做出了担保的承包方如果被迫作出一项与设计不符的变动，可能会受到损害。变动如果大幅度降低工厂的规模，可能会使项目在财务上失去对承包方的吸引力。

13. 因此，如果当事各方考虑采纳上文第5段所述的第一种方式，他们可能会认为应该在合同中列入某些条款，以顾及承包方的合法权益（另见上文第8段）。例如，当事各方似宜考虑对购买方可以要求的和承包方将有义务作出的变动的程度加以限制。他们可以用各种方式来施加这种限制。例如，合同可以规定只有在变动对合同价款的影响不超过合同中所定价款的一定百分比的情况下，购买方才有权要求这种变动；合同也可规定购买方只有权要求进行涉及工程某些方面的变动。合同还可对这一类变动中的某些变动规定数量上的限制，例如，可允许购买方要求进行这一类中的将导致改变合同中所规定的工厂生产能力的变动，但这种改变不得超过该生产能力的一定百分比。

14. 如果合同载有如上文第9至11段所述的那样一种办法，那么可以规定，除非在承包方向购买方递交了关于变动的影响的陈述以后的一段规定时间内购买方又以书面通知承包方不要作出该项变动，否则承包方有义务作出购买方所要求的变动。如果承包方没有向购买方递交陈述，合同可规定承包方在递交陈述的期限已满时有义务作出变动。合同如果没有列入这样的办法，那么承包方在购买方把变动指示递交给他的时候便有义务作出该项变动。³

(b) 承包方可以合理或特定的理由反对的变动

15. 根据上文第5段所述的第二种方式, 合同可允许承包方以某些理由反对购买方所要求的变动。合同可以仅仅提到“合理的”理由(关于这样一项标准的其他可能的阐述方式可以提到承包方如被迫作出变动而将遭受的“重大损害”或“不应有的不便”), 也可以确定将使承包方有权反对变动的特定理由。如果当事各方决定载明特定的理由, 在提出这些理由时他们似宜考虑这一做法: 如果承包方所关切的是价款和竣工时间, 可以在合同中规定对合同的这些因素加以调整的措施, 以使他得到保护(见上文第8段)。合同最好指明所列举的使承包方有权反对一项变动的理由是说明性的还是详尽的。下面是这类条件中的几个可行的例子:

- (a) 如果变动超出了承包方作出变动的能力;
- (b) 如果作出变动会妨碍承包方履行其在该合同项下的任何其他义务, 或不适当地干扰他对这些义务的履行;
- (c) 如果变动将妨碍承包方实现他所保证的产出目标。

16. 合同可规定出一段时间, 其间承包方必须把他对变动的任何反对意见递交给购买方, 合同还可规定反对意见需以书面形式递交。如果合同载有如上文第9至11段所述的办法, 那么无论承包方反对变动与否, 合同均可规定承包方有义务向购买方递交一份关于变动的影响的书面陈述。在变动指示递交给承包方以后承包方必须递交其关于影响的陈述的期限最好是不短于承包方必须递交其反对变动的意见书的期限。

17. 如果承包方没有及时向购买方递交反对变动的意见书, 但是递交了关于变动的影响的陈述。那么合同可以规定承包方有义务作出变动, 除非在承包方向购买方递交陈述以后的一段规定时间内购买方以书面通知承包方不要作出变动。如果承包方有义务向购买方递交一份陈述但却没有这样做, 合同可规定承包方有义务在递交陈述的期限已满时作出变动。如果合同没有要求承包方递交关于变动的影响的陈述, 那么可以规定承包方有义务在不迟于他向购买方递交反对意见的期限期满的时候作出变动。⁴

18. 当事各方如对承包方为反对变动所提出的理由的合理性有争议, 可将该争

议提交上文第7段所述独立人士、法庭或仲裁庭加以解决。至于承包方是否应有义务在对他的反对意见的理由是否合理做出裁决以前作出变动,如果承包方被迫作出变动,而随后裁决他的反对意见的理由是合理的话,那么他就会受到不应有的损害。因此,当事各方可能会认为最好是规定在承包方提出的理由被裁决为不合理的以前,承包方没有义务作出变动。

(c) 须经承包方同意的变动

19. 关于上文第5段所述第三种方式,合同可规定购买方要求的变动只有经承包方以书面形式同意之后才必须由后者作出。合同还可规定,除当事各方另有书面协议,否则变动不得导致合同价款或竣工时间的变更。

C. 承包方要求的变动

20. 如果承包方要求的变动不经购买方的书面同意就不得作出,那将符合购买方的利益。⁹在这种情况下,合同同样可以规定,除非双方另有书面协议,否则变动不得导致合同价款或竣工时间的变更。

21. 一种可能的情况是:某个潜在的承包人可能会通过在报价中省略某些必要的设备、材料或劳务,或以不足量的或不符标准的设备、材料或劳务为其价格基础,从而低价投标建造工厂,但期望在建造期间寻求变动和相应地增加价格。如规定承包方所寻求的所有变动均需经购买方同意,会有助于避免这种情况,但程度有限。购买方在上述情况下将面临这样一种抉择:或是同意一项可能是必要的或有利的变动以使工程和工厂符合他的要求;或是拒绝同意这项变动而依赖他的权利(如果他具有任何这种权利的话),就工厂中的任何缺陷或就承包人的不守信用向承包人索赔。

22. 购买方为防范这样一种情况而能采取的最好方式是,采用适当的签订合同程序(即投标程序或与可能的承包人进行谈判的程序;见第三章“承包方的选择和合同的订立”)。例如,如果招标文件中关于施工范围以及设备、材料和施工服

务的技术特点的条款非常完善而且足够明确，从而能防止潜在的承包人以不足量的或不符合标准的生产要素为依据报价，那将有助于避免上述情况（另见第五章“工厂说明和质量保证”和第八章“设备和材料的供应”，第6和7段）。如果招标程序制订得可以使购买方能够甄别出并排除信誉不佳的或其他不可接受的公司，也将有所帮助。评价投标的标准和做法最好能够使购买方得以察别不现实的报价，并使报价由购买方的人员或购买方所聘请的具备必要专门知识的咨询工程师（见第十章“咨询工程师”）来评价。

D. 遇到不可预见的自然障碍和
当地条例的变化而发生的工程变更

23. 在建造期间可能遇到承包方在签订合同以前按理无法发现的自然障碍，例如水文或地下条件。此外，在建造期间还可能涉及工厂规模或技术方面问题的行政性或其他公共性质的法律规则开始生效，或现行的这类规则发生改变，合同可规定由承包方或购买方承担出现这些情况的风险（见第七章“价款和支付条件”，第44至46段）。在某些情况下，建造工程必须加以改变才能取得进展。如果出现这类情况的风险由承包方承担，合同可规定承包方有义务以书面形式把必要的变更通知购买方并作出变更，除非购买方在变更通知递交给他之后的一段规定时间内以书面通知承包方不要作出该项变更。如果风险是由购买方承担，合同可规定购买方有义务要求必要的变动。但是，在由于行政性或其他公共性质的强制性规则发生变化或由于实行新规则而须将工程加以变更的情况下，如果购买方拒绝要求作出工程变更，则可视为影响工程继续的一种障碍。合同还可进一步规定，如果承包方合理地反对（见上文第15段）或没有同意（见上文第19段）一项变动，购买方可以终止合同（见第二十五章“合同的终止”）。变动是否应该导致合同价款的相应增加或竣工时间的延长可取决于出现使变动成为必要的情况的风险是否由承包方承担。

E. 确定变动对合同价款和竣工时间的影响

24. 如上文第8段所指出, 当事各方似宜在合同中规定在发生一项变动时应应对合同价款和竣工时间所做的合理调整。对于总付合同来说, 列入关于调整价款的规定尤其有利, 因为除非明确制订出调整价款的规定, 否则这种合同的价款将保持不变(见第七章“价款和支付条件”, 第2段)。同样, 单位定价合同中的单位价格在发生变动时也可能须加改变(见下文第30段), 如果合同中没有明确的规定, 这通常是做不到的。当事各方还会认为应该在一些规定有价款上限的费用偿还合同中列入这样一项条款, 因为根据这种合同, 在变动导致建造费用增加的情况下, 可以偿还给承包方的增加的费用是以不致使合同价款超过上限为限的(见下文第32段)。

1. 合同价款

25. 在变动将导致合同价款调整的情况下, 合同最好是规定调整金额应该合理。合同最好载有一些准则, 以便于确定什么样的调整金额是合理的。这些准则可以帮助当事各方解决这个问题(见上文第11段), 并可在当事各方不能达成协议时提供由法庭或仲裁庭采用的标准。这样的准则可适用于涉及设备、材料和竣工服务的性质和数量的变动, 但可能不适用于设计方面的变动。

(a) 一次总付合同

26. 如果合同载有具体类型的设备, 材料或施工服务的价目表, 可以规定建造工程中的变动在这些项目的必需数量中引起的任何变动均应依照价目表中开列的价格估价。然而, 这些价格并非总适用。例如, 为具体类型的施工服务规定的价格可能是以按某一具体程序进行的工作为依据, 该程序中的某种变动会使价格不再适宜。因此, 如果对其价格在合同价目表中已有规定的项目要作的数量变动将依据这些价格进行估价, 那么也许应该允许在价格由于和刚才提到的相类似的原因而不

再适宜的情况下不以这价格为根据。

27. 如果合同载有设备、材料和施工服务价目表,而必需的数量变动是涉及表中没有开列的项目,只要这些项目与表中开列的项目类似,便可把表中所定的价格作为基础来对变动进行估价。

28. 如果合同没有载入价目表,或是没有采用价目表来确定合同价款的调整量,合同可规定调整量应以所涉项目费用的变动和下列附加因素为依据:

- (a) 可以酌情增减涉及变动的工程的间接费用和利润的增额。
- (b) 建造工程中一个方面的变动可以影响其他方面的价格。例如,由于将安装在工厂中的一台设备发生变动,为安装这台设备所需的施工服务可能会与合同中原来预计的有所不同并更为昂贵。这种影响也可以被考虑在内。
- (c) 可以把承包方承担的其他损失和费用考虑在内,例如因中止建造工程所引起的损失,以及在取消某些工作时终止同分包人的合同所引起的费用。⁶

29. 如果在确定变动对合同价款的影响时应考虑到建造费用,合同最好是规定承包方有义务将他因作出一项变动而支付的费用准确地记帐,并在购买方提出要求时向其提供该帐目。

(b) 单位定价合同

30. 单位定价合同中的单位价格可在提供具体数量的、按此方法计价的项目时预计。因此,合同可规定如果将提供的这些项目的数量有很大变化,应对项目的单位价格进行合理的调整。在某些情况下,当事各方有可能在合同中对将导致单位价格调整的项目变化的程度加以定量,也许还有可能规定调整的金额。

31. 在包含土木工程合同中购买方往往有权要求承包方完成另增加的土木工程,直至该工程占原有土木工程的一定比例而又不需调整单位价格。

(c) 费用偿还合同

32. 如上所述(第24段), 费用偿还合同也可规定在发生变动时对价款的某些方面进行调整。 合同可以规定, 在应提供的设备、材料或劳务出现规定幅度的增加或减少时, 指标费用和成本上限(如果有的话)以及承包费应该按照某种规定的方法予以调整(对照第七章“价款和支付条件”, 第15和22段)。

2. 竣工时间

33. 变动对竣工时间的影响在第九章“现场施工”, 第24和25段中讨论。

第二十三章注

¹ 说明性条款

“(1) 本合同所用‘变动’一词是指施工范围的任何变动或者拟由承包方提供的设备、材料或施工服务的技术性质的任何改动。

“(2) 承包方必须按照本条规定作出购买方要求的任何变动。

“(3) 购买方如非按照本条提出要求, 或未经购买方的书面同意, 承包方不得作出任何变动。”

² 说明性条款

“(1) 购买方得送交承包方一项书面的变动要求, 列出变动的所有有关的细节。

“(2) 如果, 按照本条第〔 〕款〔见下文注4〕, 书面变动要求所指的变动对合同价款的影响未超过第〔 〕条规定的价款的〔 〕%时, 承包方在收到变动的要求时必须作出这项变动。

“(3) (a) 如果, 按照本条第〔 〕款, 书面变动要求所指的变动对合同价款的影响超过了第〔 〕条规定的价款的〔 〕%, 但低于该价款的〔 〕%, 承包方得于收到变动要求后〔 〕天之内, 向购买方提交对变动的书面反对, 明确〔合理的理由〕〔下述理由之一或数个……〕。

(b) 如果承包方未按照上文(a)项向购买方提出反对, 它应在(a)项规定的期限到期之前开始作出变动。

(c) 如当事各方之间对于承包方提出的反对变动的理由是否成立发生任

何争议,任何一方可将之提交〔列出解决争端的机关〕。在这项程序中如确定承包方提出的理由无效时,承包方必须作出变动。

“(4) (a) 如购买方要求的任何变动不符合本条第(2)或第(3)款规定的标准时,不经承包方书面同意变动,承包方无义务作出。

(b) 当事各方如对关于购买方要求的变动是否符合本条第(2)或第(3)款规定的标准发生任何争议时,任何一方可将之提交〔列出解决争端的机关〕。”

3 见脚注2。

4 见脚注2。

5 见脚注1和2。

6 说明性条款

〔适用于一次总付合同〕

“(1) 在出现变动的情况下,应考虑到本条第(2)款所规定的标准,对第〔 〕条中规定的价款做金额合理的调整,除非本合同另有规定。但如果考虑到上述标准任何调整均不合理,则不应调整该价款。

“(2) 上款所述标准如下:

(a) 如果因为变动而提供的设备、材料或劳务同〔合同价目表〕规定的设备、材料或劳务的性质和提供条件相同,则应采用价目表中为这些设备、材料或劳务规定的价格,除非采用这些价格是不合理的,在后一种情况下,应酌情依据下文(c)项所列因素估计变动对合同价款的影响。

(b) 如果因为变动而提供的设备、材料或劳务不具这种相同的性质或相同的提供条件,〔合同价目表〕中的价格只要合理均应采用。如果采用这些价格是不合理的,则应酌情依据下文(c)项所列因素估计变动对合同价款的影响。

(c) 以上(a)和(b)项提到的因素是:

- (一) 变动的设备、材料或劳务的实际成本(或,如属省略的设备或材料,其市场成本);
- (二) 合理的利润;
- (三) 变动对承包方施工其他方面的任何财务影响;
- (四) 由于变动而中止工程造成承包方的任何费用和开支;
- (五) 由于变动而造成承包方的任何其他费用和开支;
- (六) 有关变动的、应公平地予以考虑的任何其他因素。”

第二十四章 施工的中止

提 要

本章仅论述施工的中止而不涉及任何其他合同义务的中止。由于大多数法律制度都没有关于中止的成熟原则，因此当事各方似宜考虑在合同中列入允许中止施工的条款，说明可要求中止的情况和中止的法律后果（第1和第2段）。

当事各方可以同意购买方只能依据合同明确规定的理由指示中止施工（第3段）。或者，当事各方可能愿意订立使购买方可为其方便而指示中止施工的条款（第4段）。

合同可规定承包方在两种特定情况下有权中止施工。第一，如购买方不履行某项合同义务，情节严重到足以使承包方终止施工，则承包方有权中止施工而不采取终止施工这种更严厉的补救办法。第二是购买方不履约，以致给承包方继续施工造成不合理的困难（第5至第7段）。

合同可规定中止所采用的程序。例如，可规定中止一方以书面形式将中止通知另一方。可要求购买方以书面形式将中止通知承包方，说明中止生效之日和中止的施工活动（第9段）。此外，当事各方似宜考虑，对于购买方不履约，承包方行使中止施工的权利是否应从属以下条件，即以书面通知购买方，要求在规定时间内履行合同，这项规定将有什么例外情况（第9段）。合同还可以规定确定中止期限的方法（第10和第11段）。

合同可以规定，施工经指示中止时，指示有关的一切施工活动即应停止，但其他部分的施工应继续进行（第12段）。承包方根据合同规定可以有权延长工程竣工时间，以弥补施工中止时间和重新调度人员和设备所需要的时间（第13段）。

合同可规定在中止期间结束后，合同条款应适用于恢复的工程。但除了中止直接影响的条款外，其他合同条款也可能需要与中止条款相协调（第14段）。

中止对建造工程可能具有严重的破坏性后果，以致合同对承包方的经济可行性可能出现问题。因此，合同可规定购买方对承包方所受一切损失承担责任。在中止情况发生后确定购买方

应赔偿的损失可能会有困难。因此，合同最好是列明应予赔偿的损失（第15和第16段）。

在某些情况下，合同可允许承包方终止合同而不保持中止（第17段）。合同可要求承包方在中止结束后经过一段合理的时间后才恢复工程（第18段）。

A. 概述

1. 本章仅论述中止建厂工程的问题，而不涉及建厂合同规定的其他义务，例如，购买方向承包方付款的义务的中断。按照本《指南》的设想，中止是指购买方为自己方便或根据合同中规定的理由，以及承包方因购买方不履约，而中断施工。中止的概念不包括依据困难条款中断工程以便当事各方能够重新谈判合同的某些条件（见第二十二章“困难条款”，第14和22段），或因发生某一事件而不可能继续施工（见第二十一章“免责条款”）等情况。此外，中止的概念也不包括购买方有权指示承包方停止有缺陷工程的情况（见第十八章“迟延、缺陷和其他不履约”，第28至31段）。

2. 大多数法律制度都没有关于中止的成熟原则。因此如当事各方愿意规定中止的可能性，合同内应订立条款，说明可以中止工程的情况和中止造成的法律后果。

B. 购买方的中止

3. 当事各方似宜使购买方能够中止建厂工程，以使他得以解决可能遇到的但并非因承包方不履约而出现的种种问题。当事各方似宜规定购买方只能有权以合同中规定的某些理由来指示中止。¹例如，合同可允许购买方在预期经济政策会发生变化的情况下中止工程，以便使购买方有时间对情况作出评估。合同中规定的理由不应包括按照免责条款可被视为免责障碍的那些情况。为了避免解释含糊不清和减少发生争端的可能性，合同宜明确列出购买方可中止工程的理由。

4. 当事各方似宜考虑规定购买方可为自己方便，即不申明任何理由，而中止

施工。 尽管利用方便条款中止的权利范围很广，但购买方不会任意援用这项权利，一方面由于指示中止会增加费用（见下文第15和16段），另一方面由于工程竣工日期可能因而推迟（见下文第13段）。 如果没有指示中止的权利，购买方可能得采取终止合同这种更严厉的补救办法，但假如他有这项权利，购买方可能只希望中止施工（见第二十五章“合同的终止”，第17和18段中关于为了方便而终止的讨论）。

C. 承包方的中止

5. 承包方中止施工的权利与购买方这项相应权利的范围可能不同，反映了承包方所承担的义务，即尽管他可能面对资金方面或其他方面的困难，他应不中断地继续施工和在议定的时间内竣工。 但在两种情况下，当事各方可能会觉得应允许承包方中止施工。²

6. 首先，如购买方未能履行某项合同义务，情节严重到足以使承包方有理由单方面终止合同（见第二十五章“合同的终止”），当事各方可能愿意使承包方有权中止施工，作为采取终止合同这一补救办法的替代办法。 不履行合同义务的例子可以是购买方不支付其到期应付的很大一部分合同价款。

7. 第二种情况是，当事各方可能认为允许承包方中止施工是适宜的做法，如果购买方不履约而影响建厂工程，以致使承包方继续施工是不合情理的。 例如，在购买方提供一项有缺陷的设计的情况下，如据此施工将危及工程或工作人员的安全，适宜的做法可能是允许承包方在有缺陷的设计获得修改前中止施工。

D. 中止的程序

8. 关于购买方中止施工的程序，合同可规定购买方将中止以书面通知承包方，说明中止生效日期和应予中止的建设工程。 如合同仅允许购买方根据规定理由中止施工，合同也可以规定购买方在中止通知内说明中止的理由。

9. 当事各方似宜规定承包方中止施工的权利应从属于以下条件，即承包方以

书面通知购买方，要求购买方在通知规定时间内履行其未履行的义务。规定时间应合乎情理，并从通知送交时开始计算。如购买方在规定时间内未履行合同义务，承包方得通知购买方，说明他将中止施工后中止施工。假如采取这个做法，合同可能也应该规定，如购买方不履约以致工程必须立即中止时（例如根据购买方提供的一项有缺陷的设计继续施工将危及承包方的人员），承包方在将立即的中止以书面通知购买方后即可立即中止施工。

10. 当事各方似宜考虑关于中止时间的各种可能性。如中止是基于合同规定的理由，合同可规定中止一直有效，直至中止理由不再存在时为止。例如，如果合同允许承包方由于购买方未付价款而中止施工，合同可以规定中止在有关价款清付后即告结束。

11. 如购买方为其方便而中止施工，合同可规定购买方在其中止通知内说明中止结束的日期。在这种情况下，也许应允许购买方在向承包方递交后续的中止通知书后将中止时间予以延长。在一切情况下，似宜允许购买方通过向承包方发出中止结束的通知，在合同规定的时间或中止通知规定的时间之前提早结束中止，但购买方须对这样提早结束中止所造成的任何损害或引起的费用向承包方作出适当的补偿（关于在中止结束后恢复工程的问题，见下文第18段）。

E. 中止的后果

12. 关于施工中止时合同双方的义务问题，合同可规定中止指示所涉的一切建设工程在中止期间内应予停止，但不受中止指示影响的其他建厂工程则应继续进行。在购买方指示中止的情况下，合同可规定承包方在指示中止的通知所规定的日期停止有关施工活动（见上文第8段）。合同也许可以规定，合同任何一方即使采用中止施工的措施，他仍然可以根据合同规定采取其他补救措施。

13. 作为上述的方法的结果，合同可规定被中止履行的义务在中止期间无需履行，因此不履行这些义务并不构成履约延迟（对照第十八章“迟延、缺陷和其他不履约”，第4段）。合同还可以规定工程竣工时间起码应根据中止期间的长短相应地予以延长，或在这段时间外另加一段合理时间使承包方可恢复工程重新调度。

人员和建造设备。合同也许应要求承包方以书面通知购买方他认为完成工程需要多少额外时间，并详细说明他认为需要这一段时间的理由。

14. 合同可规定在工程恢复时，除非另有规定，合同条款的适用将与中止前一样。但若干合同规定可能需加修改以适应中止所造成的情况。例如，合同可能要求当事各方在指示中止时延长各自的履约担保以将工程所需的额外时间包括在内（见第十七章“履约担保”，第36段）。合同还应规定由哪一方来承担延长履约担保的费用。

15. 虽然中止这种办法可能有用的，但对承包方的建厂工程也可能具有破坏性后果。例如，如果承包方在建造工程时雇佣几个分包人，中止可能使他不能很好地协调他们各自的任务。由于停止和重新恢复工程所造成的开支，对承包方来说，合同的经济可行性也可能受到不利影响。因此，合同可规定购买方对承包方因上文B和C节所述情况的中止而遭受的损失负赔偿责任。

16. 在中止发生后确定购买方应予赔偿的损失也许会有困难。因此，合同也许应详尽或说明性地列出应予赔偿的损失类别，或以另一种做法，列出不在赔偿范围内的损失类别。这种逐项列出的做法也将有助于购买方事先估计如果他指示中止会涉及哪些经费问题。应予赔偿的损失可包括下列的一些或所有类别：承包方由于迟延履行他签订的其他合同而遭受的损失；维修和保养工程和建造器材的费用；遣散工作人员的费用，包括承包方工作人员承付的开支（如这些工作人员为由于中止而不需要的住宿所预付的租金和交通费）；在合同签订之日和中止期结束后恢复工程期间设备和材料费用的增加；留在工地的建筑设备的租金；复工和重新调度人员的费用，包括交通费在内；额外管理费用；分包人由于中止而使其履约行动受延误或使其合同被终止所应获得的赔偿；建厂工程竣工迟延所引起的费用（例如，承包方可能得以更高价雇佣另一分包人以取代其合同因中止而终止的分包人）。合同还可规定承包方采取一切合理步骤减少中止所造成的损失和费用，并规定合同双方就此互相磋商。

17. 合同可规定如果中止或中止累计超过合同规定的期限，承包方有权终止合同（见第二十五章“合同的终止”）。

18. 合同可规定承包方在中止结束后的一段合理时间内恢复工程，因为立即恢

复工程可能有困难。 例如，承包方可能因为中止而取消材料的订单，所以可能需要重新订货。

第二十三章注

¹ 说明性条款

“购买方可随时根据下述任何一项理由指示中止建厂工程或工程的任何部分，但他应以书面通知承包方，说明应予中止的工程或工程部分、中止理由，和中止生效日期。 合同效力不受中止所影响。 购买方可据以指示中止的理由如下：……”

² 说明性条款

“(1) 在本条第(2)和(3)款的限制下，如购买方不履行以下任何一项义务，承包方可中止建厂工程或工程的任何部分：……

“(2) 中止不影响合同的效力。 承包方必须以书面通知购买方其不履约证明所提出的中止是正当的，并要求购买方在规定的时间内履约，和说明将予中止的工程或部分工程。 如购买方未在规定时间内履约，承包方以书面通知购买方，说明他将按照已发出的通知中止施工，即可中止建厂工程。

“(3) 如购买方不履约因而有必要立即中止建厂工程或工程的任何部分，承包方在书面通知购买方后即可中止工程。 该通知书必须通知购买方其不履约证明所提出的中止是正当的。”

³ 说明性条款

“如中止或中止累计超过 ____ 天，承包方有权终止合同，并有权获得因终止而蒙受损失的赔偿，赔偿金额与合同因购买方为方便而终止的情况一样。 中止累计系指在不同时间内发生的中止的期间的总和，无论这些期间涉及工程的同一部分或不同部分。”

第二十五章 合同的终止

提 要

合同中宜订入终止条款，以便规定一个有条理且公正的程序来处理发生某种为审慎起见或者有必要终止合同的情形。在终止合同之前，诉诸合同规定的其他措施或补救办法来处理情况是合乎双方利益的。此外，在许多情况下，合同最好规定打算终止合同的当事一方应将证明这种终止有正当理由的情形通知当事他方，并且给予当事他方一段时间，使其可在该当事方有权终止合同前，对这种情况加以克服或补救（两次通知制）。在起草终止条款时，当事各方应考虑合同的适用法律有关这个问题的任何强制性规则，并且应当知道任何有关的非强制性规则（第1至6段）。

当事各方似宜对尚未履行的义务终止合同，以及对有缺陷地履行的义务规定终止合同（第7段）。

在某些情况下，如承包方不履约，承包方违反关于合同转让的限制并且可能违反关于分包的限制，则合同可规定购买方有权终止合同（第8至10段）。

合同也许最好规定遇有承包方宣告破产情事，购买方有权终止合同。当事各方似可考虑对承包方提起破产诉讼时，购买方应否有权终止合同（第11至14段）。此外，各方似可考虑遇有对承包方提起类似破产或有关破产的诉讼时，或对担保人提起破产或类似的或有关的诉讼时，购买方应否有权终止合同（第15和16段）。

当事各方似可考虑购买方应否有权为其方便起见终止合同（第17和18段）。

合同可规定承包方有权在购买方不履约、购买方干涉或阻挠承包方工作的情况下，及对购买方提起破产或类似的或有关的诉讼的情况下终止合同（第19至21段）。

遇有免责障碍妨碍履行合同项下的义务的情事，当事各方似可规定如免责障碍持续达规定的时限，或者两次或两次以上的障碍的累计时间超过规定的时限，任一当事方均有权终止合同（第22段）。

合同可规定终止合同时当事各方的权利与义务。合同最好规定,任一当事方终止合同后,承包方必须停止施工并离开工地。合同可规定购买方可使用承包方的施工设备和工具(或许购买方须支付合理的租金)并且可向承包方购买将用于建造工厂的设备和材料(第23至25段)。

合同可规定遇有终止合同,购买方有义务接收工程已完成部分及不受合同终止影响的部分。但是,在某些情况下,由于购买方不履约而终止合同,可对上述规定作例外处理(第26段)。

当事各方似可考虑规定:在由于承包方负有责任的原因而终止合同的情况下,承包方有义务将其与分包人及供应商的合同转让给购买方。合同宜明确授权购买方向分包人及供应商直接支付承包方所欠款项,并规定购买方有权要求承包方偿付这些款项(第27和28段)。

对于购买方由于不属本身责任的原因而终止合同的情况,合同可责成承包方交出其所拥有的图纸、介绍材料和与工程有关的其他类似材料,并规定其制作尚未制作的材料并将之交给购买方(第29段)。

合同可规定终止合同时应由当事一方向另一方支付的款项。是否要支付和支付的金额可视终止合同的原因而定(第30至35段)。

合同可规定在合同终止后继续有效并继续约束当事各方的条款(第36段)。

A. 概述

1. 可能出现某些情况,为审慎起见或有必要在合同尚未履行完毕以前予以终止。最好在合同中列入一项终止条款以便在发生这种情况时,可按规定做到有条理和公正的终止。本章论述可能列入合同终止条款中的各项规定。除本章所述的各种情况外,还有另一些可以终止合同的情况,这些情况在本《指南》的其他章节中讨论。

2. 终止建厂合同可视为一种作为最后手段的补救办法。即使出现某些情况,使之有正当理由终止合同,但是为了当事双方的利益,通常总是力图依靠合同规定

的其他措施或补救办法（诸如要求按合同履行、中止履行合同、要求弥补缺陷、重新谈判并变更合同条款或者索取损害赔偿金）来处理这种情况。此外，在多数情况下，合同似宜规定打算终止合同的当事一方通知另一当事方关于存在着被断定作为终止合同正当理由的某种情况，并且给予另一当事方一段时间使其可在第一当事方有权终止合同以前对这种情况加以克服或补救（如见下文第9、20和21段，对照下文第12和17段）。合同宜规定凡因任何理由终止合同均须以书面作出。

3. 当事各方在起草终止条款时，应考虑合同的适用法律有关这个问题的任何强制性规则。当事各方还应了解到适用法律与终止有关的任何非强制性规则，并应考虑到这些规则是否足以和适合于管制合同的终止。

4. 关于终止合同的一般法律规则都是就销售和远不如建厂合同复杂，期限也短得多的其他类型的合同而拟订的，而这些规则可能不适合于建厂合同。如本《指南》各章所讨论的，可能在一些情况下，宜允许建厂合同的当事一方在这些法律制度未确认的情况下终止合同。另一方面，也可能在有些情况下宜限制根据一般法律规则所允许的终止合同的可能性。而且，一般法律规则通常并不规定有条理地终止建厂合同的适当程序，也不以建厂合同当事各方均满意的方式来处理其他问题，如在合同终止时当事各方的权利和义务问题。

5. 如果当事各方在合同中列入终止合同的条款，则合同宜明确这些条款所列的终止合同的理由是作为合同的适用法律所规定的终止合同的理由的补充，还是要取代这些理由。

6. 在有些法律制度中，只有经司法同意才可终止一项合同，除非该合同明文授权当事一方可不经司法同意终止合同。在这种法律制度中，如果希望当事方能不经司法同意即可终止合同，则合同必须有明文规定。

B. 终止的范围

7. 当事各方似可对尚未履行的义务以及对有缺陷地履行的义务规定终止合同。如承包方不能按强制性的标志日期完成部分工程（见第九章“现场施工”，第21段），则合同可规定购买方有权终止工程延迟部分的合同。或者，如因工程的性

质不宜将工程延迟部分同应完成的工程其余部分分隔开来，合同可规定购买方有权终止工程中所有尚待完成部分的合同。

C. 终止的理由

1. 购买方终止合同

(a) 承包方不履约

8. 合同允许购买方在承包方不履约的情况下终止合同的条件在其他各章，特别是第九章“现场施工”，第22段和第十八章“迟延、缺陷和其他不履约”中讨论。

9. 在一些情况下承包方不履约，合同可允许承包方一段时间，使其可在购买方有权终止合同前进行补救。在这种情况下，合同可采取两次通知制。按照这种办法，合同可规定购买方应向承包方递送通知，指明承包方不履约行为，并告知他如不在一段合理期限内或在合同订明的期限内进行补救，购买方则将终止合同。如果承包方在期限届满时仍然不补救该不履约行为，购买方有权向承包方发出终止合同的书面通知。但是，所允许的这段时间不宜看作合同订明的履行义务时间的延伸，也不应妨碍购买方由于承包方延迟履行义务而享有的权利和补救措施¹。对承包方不履约而终止合同的其他情况（例如，承包方在规定动工的日期仍不开始动工，并声明将不动工），规定购买方在终止合同前等待是毫无好处的；可允许其在承包方不履约之时立即向承包方递送终止合同的书面通知从而终止合同，需要有两通知或允许购买方立即终止合同的情况在第十八章“迟延、缺陷和其他不履约”也有说明。

(b) 承包方违反关于合同转让和分包的限制

10. 第二十七章“合同权利和义务的转让”，第12段论述了由于承包方违反

关于合同转让或特定的合同权利和义务转让的规定而终止合同的情况。关于合同对承包方分包的限制（见第九章“分包”，第7至9段），当事各方似可考虑应不允许购买方在承包方违反这些限制实行分包时有权终止合同。合同可规定，即使承包方违反合同规定进行分包，但购买方已同意这项分包，则购买方无权终止合同。

(c) 承包方破产或无力清偿债务

11. 如果当事一方破产，合同及其履行将受强制性法律规则管辖。重要的是当事各方在起草关于终止合同的合同条款时考虑这些法律规则。例如，有些法律制度可能不允许当事一方仅因当事他方破产而终止合同。

12. 根据多数法律制度，已宣告破产的个人或公司的资产，包括，就承包方来说，承包方在合同项下的权利，将从其控制下转到依有关法律制度规则指定的官员控制之下。这名官员通常将停止破产者的日常营业，但为保护破产者的资产和债权人的权利所必要的情况除外。因此，合同宜规定购买方有权在承包方宣告破产时终止合同，条件是这类终止与适用法律的强制性规则不相抵触。合同可允许购买方在破产宣告后，向承包方递送终止合同书面通知，从而立即终止合同。

13. 即使在宣告破产之前，根据一些法律制度提起破产程序本身就可能限制承包方分包或从第三方购买施工所需材料的能力，限制支付应付款项或者在其他方面继续其业务的能力。因此，当事各方似可考虑是否规定，对承包方提起破产程序将使购买方有权终止合同。一方面，当另一公司或个人对承包方强制地提起破产程序时，承包方或许成功地驳回宣布破产的行动；所以当事各方可能认为宜于规定购买方应等待宣告破产后才能终止合同。在承包方自愿提起破产程序的情况下，关于破产的宣告也许可以在很短的时间内发出，而如果规定购买方等待宣告破产，他也不会受到妨害。另一方面，如果破产程序的提起严重限制承包方履行合同的能力，当事各方也许认为宜于规定即使仅提起破产程序，购买方也有权终止合同。

14. 如果当事各方决定允许购买方在承包方提起破产程序或由他方对其提起破产程序时终止合同，各方似可考虑购买方是否应有权在程序一提起时便立即终止合同，还是，在这种情况下终止合同应采取两次通知制（见以上第9段）。在对承

包方强制提起破产程序的情况下，如果购买方只能在通知承包方之后一段时间才有权终止合同，承包方将有机会撤消破产程序。然而应注意的是，这种方式在一些情况下可能造成购买方的损失，例如，由于在这段时间之内购买方无法聘用另一承包方。在承包方自愿提起破产程序的情况下，合同可允许购买方在程序提起后立即终止合同。

15. 除了破产外，根据许多国家的法律，还有各种类似或有关的程序（例如破产诉讼中财产的接管、清算、无力清偿债务、资产转让和改组）可能干扰承包方履行合同。当事各方似可考虑购买方遇有这种程序时是否应有权终止合同。在这方面，上文第11至14段中讨论的关于破产的问题，也将与这些其他的程序有关。

16. 如果合同规定承包方提交履约担保书（见第十七章“履约担保”，第10至12段），当事各方似可考虑在担保人卷入破产或类似或有关的程序，而承包方无法在合理的或已明确规定的时间内安排由可为购买方接受的另一担保人来提供替代性履约担保书时，允许购买方终止建厂合同。

(d) 为方便而终止

17. 当政府或政府企业作为购买方时，它可能希望合同规定购买方有权为了方便而终止合同，即不必为此如在合同内所述的其他情况一样确立任何理由。根据有些法律制度，这样的购买方可因合同内并无明确规定的理由终止合同，即使合同内并未规定该方可如此终止，只要他全数赔偿当事他方因终止合同而蒙受的损失。但是，按照另一些法律制度，除非合同规定可如此终止合同，这样的购买方不得终止合同。另外，即使合同是受上述第一类法律制度制约的，当事各方似可排除一些种类的赔偿（如，所损失的利润，见下文第34段），因方便而终止合同的购买方将无须向承包方支付这类赔偿。为诸如此类的原因，当事各方似可考虑在其合同内列入关于这样的购买方因方便而终止合同的条款。如果允许购买方因方便终止合同，合同可允许在向承包方发出终止通知之后终止立即生效。²

18. 购买方行使因方便而终止合同的权利所产生的后果可能不同于因其他具体原因而终止合同所产生的后果（见下文第34段）。特别是，购买方行使这一权

利所需的代价也许相当大，以致非有特殊情况则不会这样做。

2. 承包方终止合同

(a) 购买方不履约

19. 合同规定的购买方的主要义务是支付约定的价款，但是，他还可能负有与承包方接受付款权利有关的义务，诸如提供信用证或者接收或验收竣工工程。购买方在合同项下还可能有其他义务，诸如向承包方提供设计或设备和材料。合同在何种情况下允许承包方因购买方不履行这些义务而终止合同，在第十八章“迟延、缺陷和其他不履约”中讨论。合同可规定两次通知制（见上文第9段），允许承包方因购买方不履约而终止合同。

(b) 干扰或阻碍承包方的工作

20. 合同可规定如果购买方严重干扰或阻碍承包方的工作，承包方有权终止合同。在这类情况下，合同可规定两次通知制（见上文第9段）。

(c) 购买方破产或无力清偿债务

21. 当事各方似可考虑如果购买方遭到破产、无力清偿债务或类似的程序，承包方是否应能终止合同。上文第11至15段所讨论的许多关于购买方因承包方破产而终止合同的考虑因素，也适用于此。

3. 由于免责障碍而妨碍履约

22. 在工程建造进程中可能发生一些事件妨碍任一当事方履行合同规定的义务。合同可规定在构成免责障碍事件时（见第二十一章“免责条款”，第9至26段）

该当事方免除对不履行合同造成的损失承担付款责任。合同还可规定该当事方有义务将发生免责障碍一事通知另一方，并规定当事各方讨论应采取何种措施处理免责障碍（见第二十一章“免责条款”，第27和28段）。当事各方似可在合同内规定，如果免责障碍持续一定的时间，或者如果两次或两次以上免责障碍合起来超过了一定的时间，当事任何一方均可立即向另一方递送终止合同通知书，从而终止合同。合同可确定允许一方终止合同的时间。在这方面，各方可确定一段可造成严重的工厂竣工延迟的时间。如果免责障碍只影响到一部分施工，合同可仅允许该方终止涉及该部分的合同。

D. 终止合同时当事各方的权利与义务

1. 承包方停止施工和撤离现场

23. 合同最好规定，在任一当事方终止合同时，承包方必须停止施工。然而，在许多场合下，承包方在终止合同生效时即停工并离开现场，并不是可行的或可取的做法。某些正在进行的作业可能必须完成，对部分竣工工程的各个部分可能必须采取措施予以保护或保证安全。如果当事各方约定承包方有义务采取这些措施，最好在合同中予以明文规定。关于应由哪一当事方对采取这些措施承担费用的问题，见下文第5小节。合同还可明文规定承包方有义务一俟施工最后停止时或当购买方命令其撤离时立即撤离现场，而且承包方应确保其所聘用的人员或公司也在这种情况下撤离现场。

24. 规定承包方必须撤离现场的合同条款和购买方关于撤离现场的命令也可规定承包方有义务将其施工设备和工具、承包方所拥有的将用于建造工厂的设备和材料撤离现场。合同可规定如果承包方不这样做，购买方有权将它们撤离现场和存放入库，费用由承包方负担。如果合同系因承包方的原因终止，合同还可规定，购买方可选择使用承包方的施工设备和工具继续施工，购买方可能须支付合理的租金，也可以按合理的价格购买在现场的用于工厂的设备或材料。但是，当事各方应认识到，这些办法都可能受适用法律的强制性规则所管辖或限制。

25. 在有些情况下，当事各方可能认为，最好规定购买方或新的承包人使用承包方施工设备和工具的权利受到第三者（例如出租人）的权利的限制。然而在其他一些情况下，当事各方可能认为最好不把这一条件写入合同，而实际上若承包方同意购买方或新的承包人可使用施工机械和工具，则要求承包方弄清楚，这样做不会妨碍第三者的利益，并要求承包方承担妨碍第三者利益的风险。

2. 购买方接收工程

26. 除了下文所述例外情况外，合同可规定，在终止合同时，购买方有义务接收已完成、不属于终止对象的各部分工程。合同可明确规定，在终止生效后一个短时期内，承包方必须把工程移交给购买方，而购买方必须接收该工程。然而，如果承包方终止是由于购买方不履约，合同可规定，如果购买方接收工程与承包者因购买方不履约而拥有的权利有抵触（例如，承包方根据保留所有权条款拥有的权利；见第十五章“财产所有权的转让”，第8段），购买方则无权接收工程。

3. 转让同分包人和供应商签订的合同以及购买方支付欠分包人和供应商的款项

27. 当一项工程合同终止时，可能还有承包方与分包人和供应商签订的一些合同尚未履行。在有些情况下，购买方由于工程合同终止而对上述合同没有兴趣。然而在另外一些情况下，例如，如果这工程将由购买方或购买方聘用的新承包人来完成，购买方或新的承包人可能愿意接收其中的某些合同。另一种可供选择的办法是，购买方或新的承包人也可能愿意与这些分包人或供应商签订新的合同。如果原来的合同是不可转让的，或者如果购买方或新的承包人不愿意转让合同而承担已终止合同的承包方对分包人或供应商应尽的全部义务，就会这样作（另见下文第28段）。只要分包人或供应商与原承包方所签合同的义务已获解除，签订新合同将是可行的。因此，遇有由于属承包方责任的理由（例如，由于承包方不履行或承包方破产或无力清偿债务）终止合同，如果购买方在其终止合同通知书中要求承包方转让或终止上述合同，以及如果转让或终止是可能的，当事各方不妨考虑责

成承包方把这些合同转让给购买方或新的承包人，或终止这些合同。工厂合同中最好规定承包方在他与分包人或供应商签订的合同中列入一条条款，使他在工厂合同终止时有权终止这些合同。

28. 在打算转让合同或与分包人或供应商签订新的合同时，可能由于承包方所欠各该第三方的债款而引起困难。第三方可能不愿意继续参与该工程，除非原承包方过去所欠他的债款已予还清。再者，第三方可能拒绝交付在终止合同前已经承诺提供但尚未获得付款的购置项目，或者甚至收回已经交付的设备和物资。所以，购买方需要有权直接向第三方支付原承包方过去所欠第三方的款项，并由原承包方偿还这些支付款。如果购买方接受了与第三方所签合同的转让，根据某些法律制度的规定，将有义务支付过去应付的债款。工厂合同最好明文授权购买方直接支付这些债款并规定购买方有权得到承包方偿还这些款项。

4. 图纸、介绍材料和类似的各项材料

29. 如果购买方打算完成已终止合同的承包方所留下的未完成的工作，购买方可能希望获得设计、图纸、计算书、说明书、专有技术的和工程的文件以及其他与承包方业已完成或有待完成的建造工程有关的各项材料。如果该项工程或技术只有承包方知晓，或者如果由于其他原因工程师或新的承包人不能制作这类材料，则获得这类文件资料就会是很重要的。因此，当事各方似宜规定，如果购买方因为应由承包方负责的原因，或者更加广义地说，因为购买方不承担责任的原因（即不是由于其不履约、破产或无力清偿债务）而终止合同，则承包方有义务向购买方提交承包方所拥有的这类材料。承包方在履行这种义务时，如第三方对将提供给购买方的材料拥有工业产权或其他知识产权，承包方可能必须征得第三方的同意。此外，合同最好规定承包方有义务安排制作那些尚未制作的图纸和文件（例如操作手册），并将这些图纸和文件交给购买方，特别是当另一承包人难于或根本无法制作这类图纸和文件时，更应如此。

5. 当事一方对他方的支付

(a) 因承包方负有责任的理由引起的终止

30. 当事各方似宜规定，如果因承包方负有责任的理由（例如承包方不履约或者破产或无力清偿债务）而终止合同，承包方无权取得他尚未完成的建设工程的付款。但是，合同可规定承包方有权接受他在终止合同前圆满完成的建设工程的该部分价款。在费用偿还式合同或单位定价合同的情况下，确定这部分价款应不特别难。在一次总付合同的情况下，如果把价款按工程的具体构成部分划分，将便于确定属于已完成部分的价款（见第七章“价款和支付条件”，第7段）。

31. 购买方终止合同时，他可能要支付一些费用和蒙受损失，如果不终止合同并且如承包方完成工作，购买方就不致支付这些费用和遭受损失。如果是因承包方不履约而终止合同，合同中可规定以损害赔偿金的方式（见第二十章“损害赔偿”）赔偿购买方的这些费用和损失。如果是由于承包方破产或无力清偿债务而终止合同，合同最好明文规定承包方必须赔偿购买方哪些种类的费用和损失。例如，合同可规定承包方有义务赔偿购买方为使部分竣工的工程在由新的承包人复工前得到保护或保证安全而支出的费用，以及因终止合同而欠其他承包人或供应商的罚金或费用。此外，合同还可规定，如聘用新的承包人完成该工程的造价超过了根据合同本应付给承包方的费用，承包方则有责任补偿购买方这笔额外费用。合同还可规定，承包方必须赔偿购买方由于终止合同引起工程竣工延迟和由于必须聘用新的承包人完成工程而遭受的损失。

(b) 因购买方负有责任的理由引起的终止

32. 如果因购买方负有责任的理由（例如购买方不履约或破产或无力清偿债务）而终止合同，合同可规定承包方有权获得属于其已圆满完成的工程部分的该部分价款。如果是因购买方不履约而终止合同，合同可规定以损害赔偿金的方式（见第二十章“损害赔偿”）赔偿承包方因合同终止而支付的费用和遭受的损失。如果是由于购买方破产和无力清偿债务而终止合同，合同最好明文规定购买方必须赔偿

承包方哪些种类的费用和损失。例如，其中可包括：对工程进行保护或保证安全需要采取的任何措施或购买方要求采取的任何措施所需的费用，遣返人员以及施工设备和工具的费用，只要该费用尚未包括在已付或应付承包方的金额中，以及承包方因终止与分包人或供应商的合同而应付的罚金或费用。

(c) 因任一当事方均不负有责任的情况引起的终止

33. 合同可规定，如果因任一当事方均不负有责任的情况而终止合同（例如，免责障碍），承包方有权获得属于其已圆满完成的工程的该部分价款。但是，当事各方应考虑以最公平的办法来处理因终止合同而引起的各自的费用和损失。一种可能办法是平均分担或按照商定的办法分担这些费用和损失。另一种可能办法是由当事各方承担各自的费用和损失。

(d) 为方便而终止

34. 如果合同允许购买方在其方便时终止合同，合同可规定遇有这种终止，购买方须向承包方支付属于在合同终止前业已圆满完成建造工程的该部分价款以及赔偿承包方由于合同终止而承付的费用和遭受的损失（见上文第33段）。当事各方似宜考虑承包方是否应有权就因方便而终止的合同部分的利润损失得到补偿。一方面，承包方为履行整个合同可能已放弃了其他承包机会。另一方面，购买方有义务补偿承包方的利润损失，这可能从财务上阻止购买方行使其因方便而终止的权利。也可以采用下述办法：合同中规定购买方须支付承包方的利润损失赔偿金比额表，赔偿金额的多寡依为方便而终止合同时所完成的建造阶段而定。支付这种赔偿金时，承包方无须证明他损失的利润数额。与取得损失利润赔偿金有关的各种问题在第二十章“损害赔偿”，第8段中讨论。

35. 在为方便而终止合同时，购买方可能已收到承包方的工厂设计，但是设计的价值可能还未在根据承包方业已圆满完成的工程购买方已经支付或应支付承包方

的价款中充分反映出来。 为处理这些情况，合同可规定购买方必须就设计补偿承包方，只要在已付或应付承包方的价款中并未另外体现这种补偿。

Ⅱ. 某些合同条款的继续有效

36. 在某些法律制度下，终止合同可解释为使所有合同条款终止，其中包括当事各方可能希望其继续有效的条款，诸如关于终止合同时当事各方的权利与义务的条款、对已建造工程的质量保证、对有缺陷的履约的补救办法、以及诸如关于解决争端和保密的条款。 当事各方最好注意确保其所希望继续有效的权利、义务和补救办法不因合同终止而失效。 为此，当事各方可在合同中规定这些条款即使在合同终止之后仍将继续有效并对当事各方有约束力。

第二十五章注

1 说明性条款

“(1) 购买方可不经法院授权或其他任何方面授权，按照下列条款规定就尚未履行的义务终止合同：

- (a) 如果承包方未能按本合同第__条规定的时间开始施工，购买方可向承包方递交书面通知，要求他开始施工，并指明如果承包方未能在递交这一通知后的〔一段合理时间〕〔__天〕之内开始施工，购买方将终止本合同。 如果承包方在该期限届满时尚未开始施工，购买方可向承包方递交书面的终止通知，终止合同。 但是，如果承包方向购买方表示他将不开始施工，则购买方有权立即终止本合同。
- (b) 如果承包方不能按本合同第〔 〕条所列强制性的标志日期完成某一部分的施工任务，购买方得向承包方递交书面通知，要求他完成这部分施工任务，并指明如果承包方未能在递交这一通知后的〔一段合理时间〕〔__天〕之内完工，购买方将终止本合同。 如果承包方在该期限届满时尚未完成这部分施工任务，则购买方可向承包方递交书面的终止通知，终止〔工程延迟部分的〕〔工程中所有尚待完成部分的〕合同。

“(2) 上文第(1)(a)和(b)款中提出的给予承包方额外时间履约的规定不应看作第〔 〕条明确规定的履行义务时间的延伸，也不应妨害购买方由于承包方延

迟履行义务而享有的权利和补救措施。

(3) 本条所列终止理由是购买方依本合同的适用法律可提出的终止理由的补充〔替代〕。”

² 说明性条款

“购买方可在任何时候，不经法院授权或任何其他方面授权，通过向承包方递送终止通知书，以第…条所列理由之外的任何理由终止本合同或本合同的任何部分。”

第二十六章 建造后备件和服务的提供

提 要

购买方在工厂竣工并接收工厂后，将需取得备件来替换磨损或损坏了的部件，并对工厂进行保养、修理和操作。购买方似宜从承包方那里获得他所需的备件和修理、保养及操作服务。在工厂竣工后，购买方需要承包方在供应备件和服务方面提供多少援助，将取决于购买方所拥有的或可能获得的技术和熟练工作人员（第1至3段）。

发展中国家的购买方最好能在本地获得或备有为对工厂进行保养、修理和操作所需的备件和技术及技能。为此，他可争取在同承包方签订的合同中获取为制造这些备件和提供这些服务所需的技术技能的转让。向购买方人员转让技术和技能可通过承包方承担的培训义务来实现。这类转让对发展中国家非常有用，因为这可促进它的工业化进程（第4和5段）。

如果双方能预测购买方在工厂竣工后需要什么备件和服务并在工厂合同中作出规定，则会大大有利于双方在这方面作好规划。如果不能预测，则应采取其他办法（第7至9段）。能否在工厂运行寿命期内继续不断获得备件，对于购买方来说极为重要（第10和11段）。

可以要求愿意承建工厂的人指出在一段规定的运转时间内需要什么备件，以及他以何种价格和在规定时间内可以提供这些备件（第12和13段）。能继续不断获取备件对发展中国家的购买方来说极为重要。因此，他必须采取步骤，通过适当的合同规定，确保承包方或供应这些备件的供应商能不断提供（第14段）。

如果备件不是承包方制造而是供应商为承包方制造的，购买方也可宁愿同这些供应商订立合同而不愿从承包方那里获取这些备件。或者，另一办法是，购买方似宜请承包方作他的代理人采购这些备件（第15和16段）。

当事各方可在合同中涉及与备件的定货和交货有关的问题。合同可载明将供应的备件的规格，并规定对它们提供质量保证

(第18至20段)。

可要求未来承包方说明他准备提供什么保养服务以及他在多长时间内提供这些服务。可要求承包方提出一项旨在确保工厂在整个寿命期内正常运转的保养方案,并根据这项方案来确定承包方的保养义务(第22至24段)。

合同可明确规定承包方在进行保养时应遵守的标准。可要求承包方在每次保养工作完成后提交报告。合同可写明保养服务的费用如何确定以及适用的付款条件(第25至28段)。

合同还应清楚确定承包方的修理义务的范围。达成确保工厂在发生故障时能迅速得到修理的合同安排是符合购买方利益的(第29和30段)。为确保修理迅速进行,应在合同中规定购买方将需要修理一事通知承包方的程序以及承包方将需要进行进一步修理一事通知购买方的程序。可要求承包方向购买方提交一份修理报告。还可要求承包方提供保证,保证对修理上的缺陷承担责任(第31至35段)。

合同似宜仔细限定承包方应对工厂的技术操作承担的任何责任的范围。这可根据一份分工表来进行,这份分工表载明在进行这类技术操作时分配给承包方工作人员的职责。购买方和承包方在工厂投产期间的管理分工也应清楚订明(第37和38段)。合同可规定这类服务的费用如何确定以及适用的付款条件(第39段)。合同可规定购买方为承包方对工厂进行的保养、修理和操作工作提供方便。在保养和修理方面,购买方似宜考虑提供本地可得到的设备和材料(第40段)。

合同应订明承包方应于何时开始承担供应备件、保养、修理及操作的义务,并确定承包方承担这些义务的期限,或建立一些办法以便在较后时间决定这个时限。如果合同规定承包方在一个较长的时限内承担义务,似宜列出一些修改承包方的义务的办法,特别是修改这些义务的范围和购买方应付的费用的办法。如果义务期限较短,可商定自动延续(第41和44段)。

当事各方似宜在合同中涉及有关供应备件、保养、修理和操作的义务的终止问题。合同可规定购买方有权在送交通知一段时间后终止这些义务(第45段)。当事各方似宜对当事一方不履行有关供应备件、保养、修理和操作的合同义务规定一套除终止之外的补救办法(第46段)。

A. 概 述

1. 购买方在工厂竣工并接收工厂后（见第十三章“竣工、接收和验收”，第1段），将需取得备件来替换磨损或损坏了的部件，并对工厂进行保养、修理和操作。在某些情况下，购买方似宜要求承包方负责提供部分或全部备件和必要的保养、修理和操作服务。关于备件供应和工厂维修，购买方也许需要承包方在整个工厂运行寿命期间提供这类援助，而关于工厂的保养和操作，也许只在工厂开始投产后一段有限时间内需要这类援助。

2. 虽然备件供应以及工厂的保养、修理和操作分别在本章不同节内论述，但它们在某些方面是相互关联的。例如，定期保养主要是一项预防性工作，它有助于防止工厂某些部分或设备发生故障而需要花很多钱修理。因此，购买方有极大兴趣确保定期对工厂进行保养，以期尽量减少修理。此外，工厂和设备的保养及修理都需要备件。

3. 在提供备件和服务方面，购买方究竟需要承包方提供多少援助，将取决于购买方拥有的或可获得的技术和熟练工作人员。举例说，当购买方接收工厂时，他可能没有熟练工作人员来对工厂进行技术操作。在这种情况下，购买方也许希望承包方至少在开始阶段协助操作工厂。在某些情况下，购买方也许希望承包方提供工作人员来担任工厂的许多技术工作，而在其他情况下，他也许希望承包方只提供技术专家，以咨询人员的身份同购买方的人员协同进行若干专业性很强的操作。关于提供备件和修理及保养服务，购买方也许在当地或从其他来源得不到这类备件和服务，因此他不得不依赖承包方提供。

4. 发展中国家的购买方最好能从当地来源获取必要的技术和技能以制造为保养及修理工厂所需的备件。从长远来说，这样做可减少购买方的外汇费用及其对承包方的依赖。为此，购买方似宜签订这样的合同安排，根据这些合同安排，必要的技术和技能将转让给购买方自己的工作人，或转让给设在他的国家的专门制造备件的企业。这类转让对发展中国家本身来说也比较有用，因为通过掌握技术和传播工业技能，它将增强其自力更生能力，从而促进其工业化进程。

5. 向购买方的人员转让技术和技能可通过承包方承担的培训义务来实现。某

些合同规定，承包方有义务培训购买方的工作人员，以便对工厂某些特定部分或特别的设备进行保养和操作（见第六章“技术转让”，第26至32段）。而在其他合同里，承包方可能有更多义务。例如，按照产品到手合同，承包方可能有义务不仅要培训购买方的人员，而且还要表明购买方人员使用合同规定的原料和其他投入能够使工厂运转并实现商定的生产指标（见第二章“缔约方法的选择”，第7段）。

6. 当事各方应注意工厂所在国也许有一些涉及与备件供应和工厂的保养、修理和操作有关的某些问题的强制性法律条例（例如为了确保工厂的安全操作的目的）。当事各方在制定关于这些问题的合同条款时应考虑到这些条例。

B. 合同安排

7. 如果当事各方能预测购买方在工厂竣工后需要什么备件和服务并在工厂合同中作出规定，则会大大有利于当事各方在这方面作好规划。购买方可能发现，他在签订合同前的谈判期间比在此之后期间更容易就承包方提供的备件和服务的多少、此项供应义务的期限和支付的价格等问题同承包方达成协议。

8. 但是，在许多情况下，购买方究竟需要什么备件和服务，在谈判时还不太明确（例如，也许不能预测工厂竣工时是否能在当地获得技术人员，或所需备件的准确数量）。在这种情况下，一个可行的办法是，在合同中确定可能需要的援助种类，并规定如购买方在工厂竣工之前需要这类援助，承包方有义务在自己的能力范围内提供这些援助。合同可规定借以确定购买方为这些服务所支付的价格的办法。合同似宜对在签订合同时能就其达成协议的各项问题（例如备件或服务的质量以及付款的条件）作出规定。如果有关某些问题的合同条件拟在将来商定，则合同可确定当事各方在无法达成协议时应遵循的程序（见第二十九章“争端的解决”，第3段）。

9. 处理购买方在签订合同时对备件和服务的需要的不确定性的另一办法是，当事各方就这些问题签订另一份合同。这份合同可在工厂接近建成时签订，因为

那时购买方对其需要可能比较清楚。¹ 如果关于提供备件和保养或修理服务的合同安排不是同承包方签订而是同备件或服务供应商签订，那就必须另外签订合同（见下文 C 节和 D 节）。

C. 备 件

10. 在工厂运行寿命期间能不断取得备件对购买方来说极为重要。发展中国家的购买方比发达国家的购买方往往期望工厂的运行寿命更长一些，因此能否取得备件对这些购买方来说尤其重要。为此，购买方可要求参加投标的企业或正在与他谈判的企业在其投标书或报价内列入一项建议，说明在一段规定时间内（例如在工厂投产的头两年时间内）所需备件的种类和数量，在工厂开始投产后该企业准备在多长时间负责供应这些备件，它准备以何种价格供应这些备件以及它准备在多长时间维持这些价格。购买方也可要求该企业指明哪些备件将由它自己制造，哪些备件将由供应商提供，并提供这些供应商的名字。但是，在某些情况下，承包方也许不能肯定地预测购买方所需备件的种类或数量。这些需求可能因工厂的操作方式不同而有差异。此外，虽然可对例常磨损因而需要定期更换的部分所需备件的数量作出相当准确的估计，但是很难预测哪些备件或有多少备件将由于例外原因（例如由于事故或设备使用不当而出现破损）而必须更换。

11. 合同也可能载列一些条款，保护购买方不会因承包方对需要例行更换的备件估计不准确而受到损失。例如，合同可规定承包方应按成本回收根据其估计过量供应的备件。相反地，合同也可规定，购买方有权按原价或减价购买额外的备件，以补足承包方估计的数量与实际所需数量之间的差额。

12. 备件通常分两类。第一类是既可从承包方那里也可从某些其他来源获得的标准备件。第二类是承包方或承包方指定的其他企业制造的非标准备件，而且这些备件只适用于安装在为购买方建造的特定工厂里的设备。对于标准备件来说，在许多情况下，向承包方以外的来源购买会方便一些，而且较为便宜。但是，购买方似宜要求承包方承担义务在工厂竣工时提供一批数量有限的标准备件，以满

足工厂开始投产后直至购买方建立了自己的供应来源之前这一段时间的需要。合同还可要求承包方将能供应各种标准件的供应商的名字以及向这些供应商购买备件的好处告诉购买方。合同还可进一步要求承包方提供备件规格说明书和其他资料,使购买方能从供应商那里获得最佳价格和服务。

13. 关于非标准件,购买方似宜要求承包方在工厂竣工时提供足够数量的这类备件(例如够工厂投产两年之用)。这类备件可与拟用于工厂的设备同时生产,并同这些设备一齐运到工地,这样做通常可节省生产和运输费用。如果承包方的价格在合同签订后很可能大幅度上涨,则购买方似宜大量购买这些备件。但购买方在决定拟提供的备件数量时,似宜考虑这些备件的搁置寿命。

14. 对于发展中国家的购买方来说,能否继续不断地获取备件极为重要,因此他必须采取步骤在合同签订时确保能获得这些备件。购买方尤其宜于确保非标准件件的不断供应(见上文第12和13段)。购买方也许需要提防承包方可能停止生产这类备件。确保供应的一个办法是,合同规定承包方在一段相当长的时期内,甚至在工厂运行寿命期内提供备件。另一办法是,购买方可设法要求承包方承担义务向他提供必要的图纸、规格说明书、技术资料 and 许可证,使他能够自己制造或请人为他制造非标准件。但是,对企业没有能力制造这些备件的发展中国家的购买方来说,这后一种办法是不适当的(见下文第17段)。关于由承包方指定的供应商制造的非标准件,购买方可设法要求该供应商承担义务在一段相当长的时间内提供这些备件,或者设法获取为制造这些备件所需的图纸、规格说明书、技术资料 and 许可证。

15. 关于由承包方指定的供应商制造的非标准件(见上文第12段),工厂合同还可要求承包方承担义务提供这些备件。承包方将通过向供应商获取备件的办法来履行这项义务。在这种情况下,合同宜规定承包方象对其制造和提供的设备那样对这些备件负责(见第八章“设备和材料的供应”)。这个办法的好处是购买方已知道承包方的资信,而且在承包方提供备件之前已与承包方有长期的合同关系,如果备件有缺陷,承包方将要负责。另一办法是,购买方也许愿意同这些供应商签订合同(关于这类合同可列入哪些义务,可见上文第14段)。如果承包方已向供应商提供非标准件的规格说明书,则购买方必须征得承包方的同意才

能同这些供应商直接交易。在这种情况下，合同可规定承包方不得无理拒绝这项要求。

16. 如果购买方想同供应商订立合同，他似宜请承包方做他的代理人，向这些供应商采购备件。工厂合同可规定承包方提供有关采购的服务。这些服务可包括例如同可能的供应商接触，确定所需备件的数量，取得竞争性报价，评价这些报价，就采购、交货安排和对购买方人员进行库存管理培训等问题提出建议。也可授权承包方代表购买方同供应商订立合同。

17. 在特殊情况下，购买方或其国家的其他企业可能具有制造工厂所需备件的专门技术知识。在这种情况下，合同可要求承包方向购买方提供为进行这类制造所需的规格说明书、图纸和技术数据。对于供应商为承包方制造的产品，特别是如果供应商对该产品的工业产权在承包方国家或购买方国家可强制执行时，这一方法是不适用的。在这种情况下，购买方宜在合同生效之前获得制造备件的许可或供应商对其制造的认可。应当注意，承包方的质量保证或其他保证可能因购买方使用承包方没有授权使用的备件而无效。

18. 工厂合同可涉及与备件的定货和交货有关的问题。例如，它可确定什么时候交货（例如，它可要求有些备件每隔一段规定时间自动交货，而另一些备件则根据购买方的定单交货）。合同也可规定定货的方式以及在收到定单后在多长时间内应发货（例如在收到定单后一个月内）。购买方似宜规定，如果交货逾期，应付一笔约定的款项（见第十九章“约定违约金和罚金条款”）。合同可规定，诸如风险转移、包装、缴付关税和税款以及其他备件交货事故等问题将根据公认的贸易条件（例如船上交货，成本、保险费加运费）来解决。² 备件价格可按承包方的报价来商定（见上文第11段）。当事各方还可商定适用的付款条件（如付款的货币、时间和地点；见第七章“价款和支付条件”）。

19. 合同可说明将提供的备件的技术规格，也可规定备件的规格必须同最初用于工厂的备件的规格一样。此外，合同可列入一项有关备件的保证，规定凡在保证期届满以前发现并向承包方发出通知的缺陷，均应由承包方承担责任（见第十八章“迟延、缺陷和其他不履约”）。由于在某一日期供应的备件可能在较后时间才使用，因此要确定保证期的长短和从何时起算可能会有困难。一种可能的办法

是，规定较短的保证期，从备件使用之日起算，另外再规定一个较长的期限，从备件交货之日起算，无论备件是否已使用，此期限终止时，保证期即告期满。对不同备件应规定不同期限，这取决于备件的性质和使用情况。另一个较简单的办法是，规定单一的保证期，从备件交货之日起算，这里，对不同的备件也应规定不同期限。

20. 在工厂建成后，承包方对自己制造并负责作为备件提供的某些产品，可能作出改进或重新设计。当事各方可能都有兴趣以改进的或重新设计的产品取代原先供应的备件。合同似宜规定承包方随时将所作改进或重新设计通知购买方，如果购买方愿意，双方可进行谈判，以改进的或重新设计的备件取代原先商定供应的备件。

21. 购买方工作人员最好能开发技术能力来安装备件。为此，合同可规定承包方承担义务提供必要的操作说明书、工具和设备。这些说明书应以购买方工作人员马上能明白的格式和语言编写。合同也可规定承包方承担义务提供“如建造的”图纸，指出各设备部件如何相互连结，如何使用设备的不同部件来安装备件以及进行保养和修理。在某些情况下，还宜于规定承包方承担义务对购买方人员进行备件安装方面的培训。

D. 保 养

22. 为了帮助购买方保养工厂，合同可规定承包方有义务在工程竣工之前提交一项保持工厂在整个寿命期内按合同规定效率运转的保养计划。保养计划将包括如下事项：工厂的定期检查；润滑、清洁和调整；更换有缺陷或损坏的备件等。保养还可包括组织方面的工作，例如制定保养日程表或建立保养记录。合同还可规定承包方提供标明适当保养程序的保养手册。这些手册应以购买方工作人员易懂的格式和语言编写。

23. 购买方可要求投标人或进行合同谈判的企业说明其是否准备提供保持工厂正常运转所必需的保养服务、准备在多长时间提供这些服务以及准备以什么价格提供这些服务。

24. 购买方似宜请一名咨询工程师来审查承包方提出的保养计划和程序（见第十章“咨询工程师”）。咨询工程师的报告可使购买方能够一方面确定哪些保养工作可由他自己进行（考虑到他所拥有的技术力量、承包方承担的培训义务（见第六章“技术转让”，第26至32段）以及他所拥有的保养设备），另一方面确定哪些保养工作需要承包方的援助。涉及保养工作的合同条款宜于具体说明拟由承包方保养的项目（例如整个工厂，或只是某些特定设备），并规定承包方将承担的保养义务。如果主要设备是由供应商为承包方制造的，则购买方最好是另外同供应商签订保养合同，因为他们更有资格保养这些设备。为了使购买方能够签订这些合同，工厂合同可规定承包方承担义务在工厂竣工之前，将需要保养的设备的供应商的身份告诉购买方。

25. 工厂合同宜于具体说明承包方在进行保养工作时应遵守的标准。如能得到专业机构制订的保养规范或标准，就可参照这些规范或标准来拟订承包方的义务。如果没有这些规范或标准，合同可规定保养工作应按专业工程师在承包方国家进行这类保养时所遵守的标准来进行。另一个办法是规定保养工作应产生的结果。例如，合同可规定承包方对工厂（或工厂一部分）所进行的保养达到这样的标准，即在一固定时期内该工厂（或该部分）按合同规定运转的时间达到预期运转时间的某一规定百分比。由承包方不为之负责的原因造成的工厂不能运转的情况（例如购买方工作人员操作上的过失），则不应属于这类承诺的范围。

26. 承包方可承诺在每次保养工作结束后立即提出一份保养报告。合同可要求该报告陈述已进行的保养活动，并附上列明各工种人员所花时间和使用工艺的记录。合同还可要求该报告列出在该工厂中发现的任何缺陷，以及需要在承包方义务范围外进行的任何修理或保养工作，如果承包方能进行这些修理或保养工作，还应列出估计费用。

27. 合同如规定购买方工作人员同承包方工作人员一起进行保养工作，则有助于证明工厂获得妥善保养。这也可作为对购买方工作人员进行保养程序培训的有效手段。购买方所付保养费用可以规定为对承包方所承担一切义务一次总付的款额另加承包方进行保养活动所花费用。这一办法适用于例行性质的保养工作。另一办法是当事各方商定花在保养工作所涉各工艺的时间的单位价格。还有另一办

法是，合同规定付给承包方一笔费用，作为他的间接费用和利润，并规定按费用偿还法补偿费用。在这种情况下，合同宜明确规定承包方的哪些费用应予偿还（见第七章“价款和支付条件”，第16至20段）。

28. 合同可对应付保养费用规定支付条件。诸如支付货币、时间和地点等问题可在合同中加以解决（见第七章“价款和支付条件”）。关于支付时间，合同可规定在承包方完成每一次保养工作随即提交发票和上文第26段所述报告后的一段规定时间内付款。

E. 修 理

29. 达成确保工厂在发生故障时可迅速获得修理的合同安排是符合购买方利益的。在许多情况下，承包方比第三者更有资格进行修理。此外，如果合同不准购买方将承包方提供的技术透露给第三者，那么对进行修理的第三者的选择只能以保证不透露承包方的技术且为承包方所接受的人为限。此外，如果主要设备是供应商为承包方所制造的，购买方最好同供应商单独签订修理合同，因为他们更有资格进行修理。在确定承包方应承担的修理义务时，宜明确规定这些义务，并将这些义务同承包方根据质量保证对补救工厂缺陷承担的各项义务区别开来（见第五章“工厂说明和质量保证”，第26至31段）。

30. 承包方将承担的修理义务的范围取决于购买方是否愿意由自己来进行某些修理工作（例如更换有缺陷的次要设备）。此外，承包方在质量保证期内承担的修理义务可能比他在保证期届满后承担的修理义务要少，因为许多故障将属于弥补缺陷的义务范围（见上一段）。承包方的义务无法写成具体的修理工作，因为所需的修理工作将由特定故障的性质来决定。即使购买方自己来进行修理，他在完成修理之后仍可能需要承包方帮助启动工厂。因此，购买方似宜考虑列入一项规定，规定承包方在购买方完成修理后提供协助。

31. 由于有些修理工作可能需要从速进行，因此合同宜清楚订明购买方据以要求承包方进行修理的程序。合同可具体写明在发生故障时通知承包方的方式（如电传、电话），以及承包方在接到通知后多长时间内必须检查故障和开始修理。双

方可商定修理按费用偿还办法来进行，即购买方支付承包方由于进行修理而合理支出的费用，另加一定数额作为劳务费。合同还可规定，在进行修理之前，购买方有权使用工厂或工厂的某些部分，只要工厂或这些部分仍能运转，而且不会无理地妨碍修理工作。

32. 有时，尽管存在缺陷，如果工厂仍能运转，也无需立即进行修理。在这种情况下，合同可规定承包方提出一份报告，载述所需修理工作、估计费用和排定修理时间表（见上文第26段）。根据这份报告，当事各方将可商定据以进行修理的条件。当事各方宜在合同中规定，如果当事各方对技术问题有不同意见，从而使他们不能就修理时间表取得一致意见，则由一公断人来确定时间表（见第二十九章“争端的解决”，第16至21段）。如果双方不能就付给承包方的修理费用达成协议，合同可规定按费用偿还办法支付。当事各方最好将他们就修理达成的协议写成书面文件。

33. 工厂合同可规定有关修理费的付款条件。付款的货币、时间和地点均可在合同中加以规定（见第七章“价款和支付条件”）。关于付款的时间，合同可规定，在承包方完成修理工作并提交发票和修理报告后一段规定时间内付款（见下文第34段）。如果承包方承担义务在收到故障通知后很短时间内检查该项故障，则当事各方似宜商定由谁来支付承包方因设置专职人员以便随时前往检查而承担的费用。当事各方似宜规定承包方进行修理时所应遵守的标准（另见上文第25段）。

34. 购买方宜获得修理工作已妥善完成的证明，因此当事各方应商定提供此种证明的方式。合同可规定承包方在完成修理工作后提出一份报告，陈述故障原因、已做的工作以及修理所用材料。合同还可规定该报告附有一些记录，证明各工种人员所花时间以及使用的工艺。在某些情况下，可由当事各方对修理工作进行联合检查，以查证修理是否妥善；在另一些情况下，承包方可通过工厂正常运转来提供这类证明。也可象上文第27段就保养问题所说那样，购买方工作人员同承包方工作人员一起进行修理工作，从而证明修理妥善完成。合同可规定，如果当事各方不能就修理是否妥善完成问题取得一致意见，则将此问题提交一公断人去解决（见第二十九章“争端的解决”，第16至21段）。

35. 合同还可规定承包方向购买方提供一项保证,根据这项保证,承包方对在规定的修理保证期届满之前发现并向他发出通知的修理上的缺陷承担责任。此外,如果承包方安装新设备或在现有设备上安装新部件是修理工作的一部分,则应规定他对新设备或部件提供质量保证(见上文第19段)。合同宜规定,如果承包方在进行修理时发现还需进行更多的修理工作,他必须向购买方提出有关这些修理工作的报告。

36. 虽然修理工作通常在现场进行,或在工厂所在国的其他地方进行,但有时也可能需要将某一部件送至承包方的国家修理。合同可规定购买方负责作出安排,将该部件运往承包方国家,并在该部件交付承包方之前为该部件买必要的保险。合同也可规定承包方负责帮助购买方作这类安排(例如提出有关妥善包装的意见,获取承包方的国家所需的进口许可证)。还可规定承包方负责作出安排,将修理好的部件运回购买方的国家,并买必要的保险。合同宜确定由谁来承担运输所涉的风险和费用以及为这些风险保险的费用。合同也可规定当事各方在与运输有关的各种事项(如结关)上互相合作。

F. 操作

37. 合同宜仔细规定承包方对工厂的技术操作承担义务的范围。为此目的,购买方和承包方应相互磋商,拟定一份分工表,载明工厂技术操作上所需的关键工作人员以及每一个人担负的职责。然后,可确定承包方所雇人员将担任的职位,并具体规定这些人员应具有资历和经验。分配给承包方的雇员担负的职位尤应认真确定。在确定承包方应提供何种人员时,双方应考虑到购买方的国家现行的有关雇佣外国人的任何强制性条例。

38. 为了避免发生摩擦和影响效率,宜清楚限定每一方的工作人员对另一方工作人员行使的权力。例如,购买方雇佣的工厂总经理可能需要向承包方雇佣的工程师发出某些政策指示。相反地,承包方雇佣的工程师可能需要向购买方雇用的下属工程师发出指示。当事各方似宜商定一项程序,根据这项程序,当事一方可按具体理由辩驳另一方工作人员对其工作人员发出的指示。此外,当事各方似宜

商定一项处理 当事一方对另一方提出的投诉（例如不称职、效率低、未遵照指示执行等）的程序。 这项程序可以是，例如，由各方的一名高级管理人员组成的小组进行调查。 合同可规定，如果针对某些雇用人员的严重投诉查明属实，则雇用他们的一方必须在一个规定的期间内把有关人员撤换，费用自负。 此外，合同可规定购买方有权要求承包方撤换其任何工作人员，即使对该工作人员无查明属实的投诉。 双方似宜确定这项撤换所涉费用应如何由双方分摊。

39. 如果在签订合同之前能对承包方在提供需要他提供的操作服务方面所花的费用作出合理的估计，则合同可将这类服务费用明确规定为对承包方在一段规定时期内承担的所有义务一次总付的金额。 另一个确定费用的办法是，将支付固定金额与费用偿还法结合起来（见第七章“价款和支付条件”，第2段）。 对于其费用可合理估计的项目（例如工厂操作人员的薪金、住宿费和旅费），可按固定金额支付，而对其余的支出项目，则按费用偿还法支付。 如果承包方承担的操作责任与工厂的生产能力和盈利能力有密切关系，购买方似宜考虑支付承包方一笔奖金（例如占每年营业额的一定百分比），但是购买方也同样要向自己的雇员支付奖金。 当事各方宜在合同中规定适用的付款条件（例如关于付款的货币、时间和地点的问题）（见第七章“价款和支付条件”）。

G. 购买方对承包方的服务提供方便

40. 购买方可承诺以某些具体方式为承包方进行的工厂保养、修理和操作提供方便。 例如，他可同意协助承包方为其工作人员领取入境签证或工作证，协助承包方安全进入工厂，把对该工厂的原结构进行的、可能影响到其保养、修理和操作的更改通知承包方，并把当事各方在保养、修理和操作过程中应遵守的强制性和其他安全条例通知承包方。 在保养和修理方面，购买方似宜考虑提供本地可得到的设备和材料，因为这样做可减少费用。 如果这样做，合同可确定购买方承担提供的设备和材料。 此外，购买方可考虑向承包方的工作人员提供其他方便，例如住宿和交通。 如果购买方愿意提供这类方便，合同似宜确定这类方便所涉费用如何由双方分摊。

II. 当事各方义务的开始和期限

41. 合同宜订明承包方应于何时开始承担供应备件、保养、修理及操作的义务。关于备件的供应，见上文第13和14段。保养义务开始日期可能取决于承包方所担负的其他义务。例如，如果承包方在购买方验收工厂后一段规定时间内对工厂操作承担全部责任，则额外的保养义务将在该规定时间届满时开始。修理义务可在购买方接收工厂之日开始。承包方开始承担操作义务的日期可在考虑了工厂开始投产前必须满足的其他条件（例如是否能雇到购买方拟雇用的工作人员）之后才确定。

42. 当事各方有时很难确定关于供应备件、保养、修理及操作的义务的期限。一个方法是规定承包方在一个相当长的固定时期内承担这些义务，这个期限甚至可以是工厂运行寿命期。如果购买方不预期他或其国内的其他企业会有能力在接收工厂后一段短时间内制造这些备件或提供服务，就可采用这个办法。第二个办法是规定承包方在一较短的固定时期内承担这些义务，然后按同一期限自动延续，除非延续受到阻碍（见下文第44段）。如果承包方的义务延续一段短时间，而购买方希望承包方在该时间届满后继续承担义务，则他需就义务再延续一段时间问题进行谈判。但是，如果承包方不同意延续义务，则这个办法可能给购买方带来困难。

43. 合同宜载列有关修改承包方就备件、保养、修理和操作承担的义务的办法，特别是这些义务的范围和购买方应付的价格。购买方可能增强自己的能力，因此可能希望由自己担负起原来由承包方承担的供应某些备件和服务的义务。相反地，购买方在工厂投产期间可能发现，其原以为自己能提供的某些备件或服务实际上无能力提供，因而希望承包方供应这些备件或服务。如承包方承担的义务范围有任何修改，通常价格也需调整。因此，合同可规定，义务范围和价格可定期审查并由当事各方商定（例如对义务期限每两年一次，或在每次延续义务时），并规定购买方有权在审查时要求缩小或扩大义务范围。合同可规定，如果承包方没有能力提供新增加的服务，他可不应允所提的要求。

44. 即使承包方的义务范围在定期审查中并无改变，但由于为履行这些义务所

必需的货物和服务的成本发生变化，因此也应修订应付价格。 当事各方似宜规定，在每次定期审查时，应把成本的变化考虑在内，如有必要可商定新的价格。 另一种办法是，如能得到一适当物价指数，当事各方可将应付价格同该物价指数联系起来。 这样，价格便可按该指数的变化自动加以修订（见第七章“价格和支付条件”，第49至55段）。 但该指数的构成应能适应有关义务的特定情况。 对于本章所述的承包方的义务，通常不宜采用用以修订工厂建造价款的指数。

I. 终 止

45. 当事各方也似宜讨论有关供应备件、保养、修理和操作的义务的终止问题。 如果义务期限是一个相当长的固定期间（见上文第42段），合同可允许购买方在该期限结束前，只要以书面通知承包方，就可终止这些义务。 合同可规定，在购买方送交通知一段规定时间后，便可终止这些义务。 这段时间应足够长，使承包方能逐步取消为履行这些义务而作出的安排，且不至于遭到损失。 为了进一步保护承包方的利益，合同可规定这些义务只能在承包方提供的服务过了一段规定时间后才能终止。 如义务期限是一固定期间，并可自动延续（见上文第42段），则合同可规定，购买方只要在不迟于承包方义务最初期限或经延续期限结束前一段规定时间发出不延续的书面通知，便可使这些义务不再延续。 不论义务期限是单一的相当长的规定期间还是可一直延续的较短期间，购买方均应有权在上述时间以外的时间为其方便而终止这些义务，只要他赔偿承包方因义务终止而遭到的任何损失（见第二十五章“合同的终止”，第17和18段）。 购买方似宜有这种权利，以便能在碰到机会时以较低的价格从另外来源获得这些备件和服务；但是，他不应有权取消在终止之日已发出的订货单（见上文第18段）。 合同还可规定，如当事一方有某种不履约行为，例如履约延迟一段规定时间或没有达到指定的履约标准，则另一方可终止义务。 此外，合同可规定，如当事一方破产或无力清偿债务，或一方因免责障碍而在一段规定时间内不能履行义务，则另一方可终止义务（见第二十五章“合同的终止”，第22段）。

J. 终止以外的补救办法

46. 当事各方似宜在合同中就当事一方不履行有关供应备件、保养、修理和操作的义务规定一套除终止以外的补救办法。他们似宜从本《指南》关于没有履行施工义务的各补救办法中选出对有关义务适用的补救办法（见第二十八章“迟延、缺陷和其他不履约”、第十九章“约定违约金和罚款条款”及第二十章“损害赔偿”）。另一办法是，他们可让合同的法律适用来确定这些补救办法。

第二十六章注

- ¹ 欧洲经济委员会编写了一份《关于起草涉及工厂及其他工程的保养、修理和操作服务的国际合同指南》，这份指南将有助于当事各方单独起草一份或多份关于保养、修理和操作的合同（ECE/TRADE/154）。
- ² 贸易条件可参照国际商会所编的《国际贸易术语解释通则》（国际商会出版物第350号，1980年）来确定。

第二十七章 合同权利和义务的转让

提 要

本章讨论的合同权利和义务的转让包括，第一，整个合同的转让，由新的一方取代合同原来的一方，第二，合同项下某些具体权利和义务的转让（第1至4段）。

当事各方可能发现合同宜规定只有经非转让方书面同意才允许一方转让整个合同或合同的某些具体义务（第5至6段）。当事各方似乎还宜规定必须在另一方同意或不反对的情况下才可转让合同权利。某些合同权利可以作为例外处理，例如，承包方转让其从购买方获得付款的权利（第7段）。

合同可能载有在转让时保障非转让方利益的条款，例如规定承包方转让其从购买方获得付款的权利时，购买方得同样享有工厂合同项下有关给承包方付款方面的抵销权。而且，当只有经非转让方同意才可进行转让时，当事各方似宜规定，转让方进行转让时必须遵守据以同意转让的任何条件。合同可以要求转让方将转让以书面通知非转让方（第8至11段）。

合同宜规定违反转让条款的转让的后果（第12段）。

A. 概述

1. 本章讨论的合同权利和义务的转让包括，第一，整个合同的转让，由新的一方取代合同原来的一方，第二，合同项下某些具体权利和义务的转让。本《指南》区分整个合同的转让，或合同项下具体义务的转让和合同项下权利的转让。

2. 大多数法律制度载有关于当事一方进行转让并确定转让的法律效力的规则。当事各方通常可以在其合同中列明转让的条件，不过，这样做的时候应该考虑到适用法律的强制性规定（例如，规定任何转让必须获得国家当局的核准），这些规定可能限定转让权或规定转让的法律后果。

3. 本章论及当事一方自愿转让合同或者合同项下的权利和义务，而不牵涉到

由于法律的实施而执行的转让。诸如当事人的继承、合并和改组这类问题也涉及合同权利和义务的转让，但通常按照适用法律加以解决，因此不包括在本章的讨论范围内。此外，当国家为合同的当事一方时，国家将决定由哪一个国营企业负责执行合同，而任命或改变执行合同的国营企业并不发生转让。本《指南》认为，分包合同不是一种义务转让，故分开来讨论（见第十一章“分包”，第1段）。

4. 在考虑转让合同或合同项下的权利和义务的条件时，当事各方应该注意这种转让对其中任何一方同第三方可能有的合同权利和义务的影响。例如，如果第三方出具担保书作为承包方履约的担保，承包方如在未获担保人同意的情况下转让其作为担保标的的义务，则可能使该担保无效。因此，宜在承包方转让其义务之前获得担保人的同意。

B. 整个合同或合同义务的转让

5. 工厂合同当事各方的合同关系通常以相互信任为基础。特别是，购买方对承包方的选择通常是基于承包方的技能和经验，承包方的声誉、财力以及其他类似的个人特有因素。倘若承包方能够把合同或其某些义务转让给不拥有相同于承包方的技能和专门知识的第三方，很可能给购买方带来严重的问题。同样，如果承包方向某一子公司作出这样的转让，而该子公司又没有本身的资产或财政资源以供不履约时给购买方支付赔偿金之用，则购买方有可能蒙受损失。对承包方而言，如果合同，或购买方支付价款的合同义务被购买方转让给一个没有能力继续支付价款的受让人，则承包人很可能被置于不利的地位。

6. 出于上述理由，当事各方可能认为宜规定只有经非转让方书面同意才允许当事一方转让合同或合同的具体义务。在这样的情况下，合同可能规定转让方有义务以书面通知非转让方其转让意愿，表明打算转让整个合同还是合同的具体义务，列出提议的受让人的姓名和地址和提议的转让生效日期。合同可以禁止转让方进行转让，除非非转让方以书面同意转让。

C. 合同权利的转让

7. 当事各方也可能希望规定,在转让某些具体的合同权利时需要非转让方的书面同意(对照上文第6段)。或者,合同可以允许转让方进行转让,除非非转让方在收到转让方关于转让意愿的书面通知后的一定期间内向转让方送交反对所提议的转让的意见书,其中列明反对转让的各项合理的理由。反对转让合同权利的合理理由可以是,非转让方相应义务的履行可能因转让而受到妨碍,或由于转让的权利同某项义务密切相连使得权利的转让危害到义务的履行。当事各方就理由是否合理而产生的争端也许可以按照合同的解决争端条款来加以解决(见第二十九章“争端的解决”)。不过,对于须经同意或没有合理反对意见才可转让某些合同权利这一要求,当事人似宜作出例外规定。在某些情况下,合同可以规定承包方不必征得购买方的同意便可转让其从购买方收取款项的权利。¹承包方往往发现必须作出这样的转让,以便筹措资金或获得资金融通,用以购买设备和供应品,支付工资或其他履行合同所需的费用,或从出口信贷保证安排中获得好处。

D. 保障当事各方利益的其他条款

8. 多种其他的条款也可以订入合同内,以便在转让整个合同或合同项下具体权利或义务时保障当事各方的利益。以下各段讨论这类条款的一些例子。

9. 在转让合同或某些具体的合同权利和义务时,可能出现这样的情况,即根据适用法律,对于受让人,非转让方无法享有相同于他在工厂合同项下对转让方的权利。因此,合同可以包括一些条款,争取确保非转让方的地位就所转让的合同或权利和义务而言不因转让而受到损害。例如,工厂合同可以规定,承包方转让其从购买方获得付款的权利时购买方得同样享有在工厂合同项下有关给承包方付款方面的抵销权。不管转让是否要获得同意,或在权利转让方面,是否以非转让方不反对为准,工厂合同都宜列入这样的规定。

10. 其次,当合同规定在未事先征得非转让方同意不得转让时,非转让方可能希望在符合某些条件下才能同意转让。例如,根据适用法律,合同的转让免除了

转让方履行其合同的义务，非转让方可能希望只有在转让方保证受让人履行这些义务的情况下才同意转让。当事各方似宜在其合同中规定，在进行任何在一定条件下才予以同意的转让时，必须遵守这些条件。²

11. 让非转让方知道什么时候完成转让是重要的。不管所提议的转让是否以非转让方同意或不反对为准，非转让方宜获得确认转让实际上已经作出的通知。合同因此可要求转让方以书面通知非转让方关于转让、转让已经或将生效的日期以及受让人的身份。合同可进一步规定，非转让方在收到通知以前，有权把转让方当作合同项下唯一享有权利和负责履行义务的人。³

E. 违反合同进行转让的后果

12. 合同可能最好规定违反工厂合同进行转让的后果。合同可以规定转让在转让方和非转让方之间不生效，而就意欲转让的权利或义务而言，转让方仍受到工厂合同项下要求其履行的一切义务和非转让方享有的全部权利的约束。⁴或者，当事各方可能希望在其合同上规定倘若转让方违反了合同关于转让的条款，非转让方有权终止合同。合同也可以允许非转让方向转让方要求赔偿由于违反合同进行转让而蒙受的任何损失（见第二十章“损害赔偿”）。

第二十七章注

说明性条款

“(1) 除下面规定的以外，本合同的任何一方不得将本合同项下的任何权利或义务转让给第三方。”

“(2) 愿意转让其在合同项下的权利或义务的当事一方须将其转让愿意以书面通知非转让方，列出要转让的权利或义务，提议的受让人姓名和地址和提议转让生效的日期。”

“(3) [备选条文1] 愿意转让合同项下的任何义务〔或权利〕的当事一方只有当非转让方以书面同意提议的转让时才有权作出转让。”

“〔备选条文2〕愿意转让其合同项下的任何权利的当事一方在向非转让方交本条第(2)款所指的通知后〔 〕日有权作出转让，除非在上述〔 〕日的期

间内，非转让方向愿意转让方送交反对转让的意见书，列出合理反对的理由。当事各方有关反对理由合理性的争端可由任何一方按照〔本合同的解决争端条款〕提交解决。

“ (4) 不过，承包方可以转让本合同项下从购买方获得付款的权利，以便筹措资金或从银行或其他金融机构获得信贷，或从某出口信贷保证安排中获得好处，或为了其他类似目的，而不必考虑到本条第(2)或(3)款的各项规定。 ”

² 说明性条款

“ 若按照本合同的规定，当事一方在未征得非转让方同意时不得转让本合同，则非转让方可规定只有在转让方满足某些条件时才可以转让，而在进行转让时，转让方必须遵守这些条件。 ”

³ 说明性条款

“ 当事一方转让其在本合同项下的任何权利或义务时，必须将要转让的权利或义务，受让人的姓名和地址以及转让已经或将生效的日期通知非转让方，而非转让方在收到该项通知以前，有权把转让方当作本合同项下唯一享有权利和负责履行义务的人。 ”

⁴ 说明性条款

“ 如果当事一方违反本合同的规定转让其在本合同项下的任何权利或义务，该转让在转让方和非转让方之间不生效，而就意欲转让的权利或义务而言，转让方仍受到本合同项下要求其履行的一切义务和非转让方享有的全部权利的约束。 ”

第二十八章 法律的选择

提 要

当事各方在一定限度内可以选择管辖其相互间合同义务的法律规则(第1至3段)。在未作选择的情况下,有关这些规则的不确定性可能源于两个因素。若干国家的法院可能都有权对当事各方之间的争端做出裁决。由于各法院将适用其本国的国际私法规则,结果便会有若干可能的国际私法制度可确定合同的适用法律。第二,即使业已知道将由哪一国际私法制度确定合同的适用法律,但该法律制度的规则有时过于笼统而不能较肯定地确定适用法律(第4至6段)。

因此,当事各方似宜在法律的选择条款中规定应由某一特定国家的法律管辖其合同。如果当事各方不是选择某一特定国家的法律,而是选择一般法律原则或某些法律制度的共同原则作为其合同的适用法律,便会产生一些困难(第9段)。

在许多情况下,当事各方似宜选择工厂建造地所在国的法律为适用法律。在有些情况下,它们似宜选择承包方国家的法律或第三国法律(第11段)。如果有的国家同时有若干法律制度适用于合同(如某些联邦国家),则宜指明其中哪一法律制度应适用于合同(第12段)。在选择法律时,某些因素可能是有关的(第13段)。

如果国际私法规则允许当事各方约定以不同法律制度的法律规则适用于合同中不同权利和义务,即使在这种情况下,最好还是选择一种单一的法律制度管辖所有的权利和义务(第14段)。如果当事各方希望合同的适用法律为签订合同的现行规则而不受其以后规则变动的影响,则可明文加以约定。但是,如果该规则变动具有强制的追溯性质的话,则上述约定将无效(第15段)。

可以采用不同方法起草法律选择条款。其中一种方法可仅约定合同由所选定的法律管辖。另一种方法可约定合同应由所选定的法律管辖,并列应由该法律管辖的问题的说明性清单。还有一种方法可约定所选定的法律只管辖该法律所列出的问题(第16段)。

如果有若干承包人参与建造工作，则购买方宜选择同一法律作为其与各承包人签订的合同的适用法律。承包方也宜选择同一法律作为其与各分包人和供应商签订的所有合同的适用法律(第19段)。

当事各方似宜注意到《联合国国际货物销售合同公约》可能适用于建厂合同，并为此做出适当的规定(第20和21段)。

除由于当事各方选定法律或国际私法的规则而使法律规则适用于合同之外，在当事各方国家中现行的某些行政性或其他公共性质的强制性规则也会对建造工作的某些方面产生影响。当事各方在起草合同时应考虑到这些规则(第2和22段)。其中某些规则涉及拟建工厂的技术方面，有些规则禁止或限制出口、进口、技术转让和外汇支付，另一些则对涉及到工厂建造工作的活动征收关税和赋税(第23至25段)。

A. 概述

1. 在本《指南》中，将管辖当事各方相互间合同义务的法律规则称作“合同的适用法律”。当事各方对这些规则的适用可以实施某种程度的控制，因为许多法律制度允许当事各方经过协议选择合同的适用法律。但某些法律制度对这种选择有一定限制(见下文第7段)。

2. 建造工作的某些特定方面可能受到当事各方国家和建厂所在国(如果该国并非购买方国家的话)实施的行政性或其他公共性质法律规则的影响，而不论合同的适用法律为何。这些法律规则为公共利益而管理某些事项，例如建厂过程中应遵守的安全标准、环境保护、进出口和外汇的限制，以及关税和赋税(见下文第22至25段)。

3. 此外，在可由当事各方指定应受所选定法律管辖的具体问题方面可能有一定限度。例如，不论当事各方选择合同的适用法律为何，设备或材料所在国的法律可管辖该项财产所有权的转让，而建厂地所在国的法律可管辖该工厂所有权的转让(见第十五章“财产所有权的转让”，第3段)。关于解决涉及合同的争端的仲裁程序和诉讼程序应受何种法律制度的程序规则管辖这一问题在第二十九章“争

端的解决”，第8、33和52段中予以讨论。

B. 合同的适用法律的选择

4. 当事各方宜选择合同的适用法律。 否则由于适用什么法律不确定，使得当事各方很难在履行其合同义务过程中遵守适当的法律规则。 由于未选定法律而产生的不确定性来源于两个因素。

5. 首先，合同的适用法律是由适用某一国法律制度的国际私法规则来决定的。当产生涉及合同或合同履行的争端并需通过司法程序予以解决时，解决争端的法院所适用的国际私法规则将确定合同的适用法律。 法院将适用其本国的国际私法规则。 如若在合同中未就专属管辖权条款达成协议（见第二十九章“争端的解决”，第52段），则若干国家的法院均可能有权就当事各方之间产生的争端做出裁决，因而就可有若干可能的国际私法制度可以确定合同的适用法律。 当争端要通过仲裁程序予以解决时，将由仲裁庭确定什么法律适用。 如果当事各方未选定合同的适用法律，则有时就难于预料仲裁庭认为合适的国际私法制度将确定什么法律为合同的适用法律。

6. 造成合同的适用法律不确定的第二个因素是，即使事先业已知道将由哪一国际私法制度确定合同的适用法律，但该法律制度的规则可能过于笼统或过于含糊，以致不能较肯定地确定建厂合同的适用法律。

7. 允许当事各方选择合同的适用法律的限度将取决于有关的国际私法制度的规则。 根据某些国际私法制度，当事各方的自主权是有限的，仅允许他们选择一种与合同有某些联系的法律制度，诸如当事一方所在国或履行合同所在地的法律制度。 由于拟解决争端的法院将适用其本国现行的国际私法规则，因此当事各方应商定选择会得到可能有权解决其争端的法院所在国的国际私法规则承认的法律。 如果当事各方就专属管辖权条款达成协议，则他们尤应确知所选定的有管辖权的法院将承认他们对法律的选择。

8. 根据其他国际私法制度，允许当事各方在不受上述限制的情况下选择合同的适用法律。 如果通过仲裁程序解决争端，仲裁员通常将适用由当事各方所选定

的法律。

9. 一般而言, 当事各方宜选择某一特定国家的法律管辖其合同。今后可能提起法律诉讼所在国的国际私法规则可能不承认对一般法律原则或若干法律制度(如当事双方国家的法律制度)的共同原则的选择是有效的。即使这种选择是有效的, 也许很难确定什么法律原则可以解决涉及工厂合同的那类争端。不过, 这种选择在某些情况下可能是实际可行的。

10. 许多法律制度把法律选择条款解释为不包括适用所选定法律制度的国际私法规则, 即使该条款并未如此明文规定。但是, 如果这一解释并非必然, 则当事各方似宜在该条款中指明他们所选定的法律制度的实体法律规则应适用于合同。否则, 法律制度的选择便可被解释为包括该法律制度的国际私法规则, 而这些规则又可能会规定另一法律制度的实体规则应适用于合同。

11. 在许多情况下, 当事各方似宜选择建厂所在国的法律或购买方国家(如果该国不是建厂所在国的话)的法律为合同的适用法律。在某些工厂合同中, 当事各方似宜选择承包方国家的法律为合同的适用法律。在其他合同中, 当事各方可能愿意选择当事双方均知晓的以适当方式处理产生于建厂合同的法律问题的第三国法律。如果合同规定某一特定国家的法院有专属管辖权解决合同的争端, 则当事各方似宜选择该国的法律为合同的适用法律。这种做法可以加速司法程序并减少费用, 因为法院在一般情况下确定和适用其本国法律要比确定和适用其他国家的法律容易得多。

12. 在若干法律制度均适用于合同的情况下(如在某些联邦国家中), 似宜具体指明适用其中哪一种法律制度, 以避免不确定性。

13. 当事各方在选择合同的适用法律时似乎还宜考虑到下列因素:

- (a) 当事各方对该法律的了解或了解该法律的可能性;
- (b) 该法律以适当的方式解决由工厂合同引起的法律问题的能力;
- (c) 该法律在多大程度上含有强制性规定, 会妨碍当事各方在合同中根据其需要解决由合同引起的问题。

14. 某些法律制度的国际私法规则允许当事各方规定不同法律制度的法律规则应适用于合同中不同的法律问题或不同的权利和义务。当事各方之所以有时这样

做，是因为他们认为某一种法律制度可以较另一种法律制度更好地处理某些问题，或因为合同中有相当大的部分要在不同的国家履行。然而，如果当事各方采取这种做法，便会产生困难，因为不同法律制度的法律规则可能并不一致，从而在将这些规则适用于合同时产生脱节或前后不一的情况。因此，当事各方似宜选择一种单一的法律制度作为合同的适用法律，并管辖其所有的合同权利和义务，除非出现特别重要的相反因素。

15. 管辖当事各方权利和义务的法律制度规则发生变更时，这种变更可能具有或不具有追溯力；如果它们不具有追溯力，则在变更生效之前签订的合同不受这些变更的影响。如当事各方希望只有签订合同时的现行法律规则才能适用于合同，则他们可以在合同中加以明文规定。但是，当事各方应知道，如果法律的变更具有强制性的追溯力的话，则这种限制将不起作用。

16. 起草法律选择条款可以采用不同的方法。一种方法可仅仅规定合同应受所选定法律的管辖。¹ 如果已经明确所选定来解决当事各方之间争端的机构将以选定的法律适用于当事各方希望由该法律管辖的一切问题，则这一方法就已足够了。第二种方法可规定合同将由所选定的法律管辖，并列出应由该法律管辖的所有问题的说明性清单。² 如果当事各方认为确保特别是说明性清单所列问题将受所选定法律的管辖是合乎需要的，则这种方法也许有用。第三种方法可规定所选定的法律仅管辖该条款所列问题。³ 如果当事各方希望明确限定应由所选定的法律管辖的问题，可使用这一方法。按照这一方法，该条款未列的问题将由适用的国际私法规则所决定的法律来管辖（见上文第5段）。

17. 根据某些国家的国际私法制度，可以认为法律选择条款是与当事各方所签订合同的其他部分相分离的一项协议。根据这些法律制度，即使合同的其他部分失效，法律选择条款仍将继续有效，除非失效的根据也延伸及该法律选择条款。在合同失效而法律选择条款继续有效的情况下，合同的订立、失效及失效的后果，将受所选定法律的管辖。

18. 根据某些国际私法制度，所选定的法律可以管辖权利的时效，而根据其他法律制度，有关时效（诉讼时效）的规则属程序性质，不能由当事各方在其合同中加以选择；在这种情况下，将适用法律诉讼进行地的程序规则。

19. 当事各方对合同的适用法律的选择仅涉及管辖其相互间合同权利和义务的法律规则；这一选择通常不直接影响非建厂合同当事人的那些人（如分包人、承包方或购买方所雇用的人员，或某一当事方的债权人）的权利和义务所适用的法律。如果拟由若干承包人参与建造工作（见第二章“缔约方法的选择”，第17至25段），购买方似宜选择同一法律作为其与各承包人签订的每项合同的适用法律，以便统一和协调各承包人对合同的履行，并协调因不履约而产生的法律后果。出于类似的原因，承包方亦宜选择同一法律作为其与各分包人和与各供应商签订的一切有关建造工厂合同的适用法律。

20. 当事各方似宜注意到，《联合国国际货物销售公约》⁴在下列情况下适用于货物销售合同：当合同当事各方的营业地点位于不同国家，而这些国家都是该公约的缔约国时，或当国际私法规则导致适用某一缔约国的法律时，如当事各方选择某一缔约国的法律时（第1条）。该公约第3条规定，供应尚待制造或生产的货物的合同应视为销售合同，但两种例外情况除外。第一种情况是，该项公约不适用于承包人的绝大部分义务在于供应劳力或其他服务的合同。第二种情况是，如果由订购货物当事方负责供应制造或生产这种货物所需的大部分材料，则该公约便不适用于供应这种尚待制造或生产货物的合同。根据这些条款，可以认为该公约可适用于某些建厂合同。如果将第3条应用于某一特定建厂合同的情况而不能确定该公约是否适用于该合同，则当事各方似宜明文解决这种不确定性的问题。

21. 尽管该公约并不解决涉及建厂合同的特殊问题，但它却为解决有关这类合同的许多一般性问题提供了依据。而且，该公约允许当事各方排除该公约的适用，并可以在除十分有限的情况以外偏离其任何条款或改变其效力（第6条）。因此，当事各方可自由调整该公约的条款使之适应其合同的需要。

C. 公共性质的强制性法律规则

22. 除了根据当事各方对法律的选择或根据国际私法规则而适用的法律规则之外，当事各方的国家或其他国家（如分包人国家）实施的某些行政性或其他公共性规则可能影响到建造工作的某些方面。这些规则往往是强制性的，而且通常是针

对在该颁发规则的国家居住的所有人或该国公民的，有时则是针对在该国领土上从事某些商业活动的外国人的。这些规则的目的是确保国家的经济、社会、财政或外交诸方面的政策得到遵守。因此，当事各方在起草合同时应考虑到这些规则。

23. 其中某些法律规则涉及拟建工厂的技术方面。它们往往是关于工厂操作的安全要求、环境保护、以及保健和劳动条件。在设计工厂时应考虑到这些规则。如果在签订合同之后这些规则有了变动或又颁布了新的规则，便可能需要对建造工作作些变动（见第二十三章“变动条款”）。此外，还可能存在仅涉及施工程序的法律规则，如对用于施工的机器、工具和设施的安全标准。在第九章“现场施工”，第3段中讨论了这些问题。

24. 其他法律规则禁止或限制进出口、技术转让和外汇支付。由于这些规则的施行，可能使合同失效、终止或在法律上无法履行（见第二十一章“免责条款”，第1段和第二十五章“合同的终止”，第22段）。第八章“设备和材料的供应”，第17和18段讨论了有关获得设备和材料供应所需许可证的问题，第七章“价款和支付条件”，第4段讨论了有关外汇限制的问题，第六章“技术转让”，第8段讨论了有关技术转让的问题。第九章“现场施工”，第8段讨论了获得使用施工现场所需官方批准的义务问题。

25. 有些法律规则还规定对有关工厂建造的活动征收关税和赋税。这些规则可能会对建造工作带来重要的财务问题。第八章“设备和材料的供应”，第15和16段讨论了关税问题，第七章“价款和支付条件”，第5段讨论了赋税问题。

第二十八章注

¹ 说明性条款

“……（指明某一国家，或当一个国家拥有不止一个领土单位并具有其各自的法律时，则指明某一领土单位）〔于……（指明签订合同的日期）〕有效的法律将管辖本合同。〔……（指明上文所指的同一国家或领土单位）的国际私法规则不适用。〕”

² 说明性条款

“……（指明国家或领土单位）〔于……（指明签订合同的日期）〕有效的法律将管辖本合同，以及特别是合同的订立、合同的有效性以及其失效的后果。”

³ 说明性条款

“……（指明国家或领土单位）〔于……（指明签订合同的日期）〕有效的法律将管辖〔合同的订立〕〔合同的有效性及其失效的后果〕〔合同的解释〕

〔当事各方根据合同所具有的权利和义务〕〔灭失或损坏的风险转移〕〔不履行合同及其后果〕〔权利的时效〕〔合同权利和义务的变更〕〔合同权利和义务的中止〕〔合同权利和义务的转让和废除〕〔合同的终止〕。

- ⁴ 见《联合国国际货物销售合同公约》《联合国国际货物销售合同会议正式记录》（联合国出版物，出售品编号 E·81·IV·3）。

第二十九章 争端的解决

提 要

建厂合同引起的争端所提出的问题，在其他类型合同引起的争端中往往是不存在的（第1至3段）。合同规定的解决争端的办法可包括谈判（B节）、调解（C节）、仲裁程序（E节）或司法程序（F节）。还可授权一个公断人解决争端（D节）。

合同最好规定某些手段，便于将两个或两个以上有关的权利要求在同一程序中加以解决。

最令人满意的解决争端的办法通常是当事各方进行谈判（第10和11段）。如果当事各方未能通过谈判解决其争端，他们似宜在诉诸仲裁程序或司法程序之前力图通过调解来解决其争端。当事各方似宜根据《贸易法委员会调解规则》对调解作出规定（第12至15段）。

当事各方似宜规定，无法通过仲裁程序或司法程序依法或方便地解决的争端应提交公断人解决。公断人遵循的程序可能是相当非正式和高效率的。然而，只有很有限的法律保障能确保程序以公正和应有的慎重方式进行。再者，与仲裁裁决或司法判决相对照，公断人的决定不大可能得到强制执行（第16至21段）。

建厂合同引起的争端往往通过仲裁解决。仲裁可只根据当事各方的仲裁协定进行。这种决定可采取在合同中列入一项仲裁条款的形式（第24段）。当事各方似宜把仲裁程序的利弊与司法程序的利弊进行比较（第22和23段）。

合同最好指明哪些争端应通过仲裁解决。它还可授权仲裁庭命令采取临时措施。仲裁协定最好责成当事各方执行仲裁裁决（第25至27段）。

当事各方可挑选最适合他们需要的仲裁类型。他们可根据协定确定管辖其仲裁程序的程序规则，诸如《贸易法委员会仲裁规则》（第30至36段）。此外，他们似宜解决与仲裁程序有关的各项实际问题，其中包括仲裁员人数和仲裁员的指定、仲裁地点和仲裁程序所用语文（第37至49段）。

如果当事各方希望通过司法程序解决争端，合同中最好载入一项专属管辖权条款，以减少与司法解决有关的不确定性。专属管辖权条款的有效性和效力应按照被选定的法院所在国的法律以及当事双方所在国的法律来予以考虑（第50至53段）。

A. 概述

1. 建厂合同引起的争端所提出的问题，在其他类型合同引起的争端中往往是不存在的，这是由于建厂合同复杂、履行合同的时期相当长、以及可能有好几个企业参加建造工厂。此外，建厂合同争端可能涉及与施工过程和用于建造工厂的技术有关的技术性很强的问题。施工期间发生的争端，必须迅速加以解决，以免中断施工。当事各方在确定合同中规定的解决争端的办法时，必须考虑到这些因素。

2. 最经常引起建厂合同争端的问题是当事一方是否不履行其合同义务，以及如果确不履行，其法律后果如何。然而，往往也产生其他问题，合同最好对此类问题规定适当的解决办法。例如，合同可规定在某些情况下应修改或补充合同条件。可能会产生这样的问题：这些情况是否已经发生，以及如果发生了，应当如何修改或补充合同条件（见第二十二章“困难条款”和第二十三章“变动条款”）。合同还可规定，由当事一方对当事另一方的某些行动给予同意。如果该当事方不恰当地不给予同意，便会产生仲裁庭或法院能否替代该不给予同意的当事方给予同意的的问题。还会产生应否在最终解决某些争端之前采取临时措施的问题（见下文第21和26段）。

3. 根据某些法律制度，法院和仲裁员无权修改或补充合同条件，也无权替代不恰当地不给予同意的当事一方给予同意。根据另一些法律制度，法院和仲裁员只要经当事各方明确授权就可以这样做。根据还有其他的法律制度，仲裁员可以这样做，但法院不能这样做。如果适用于该合同或该程序的法律不允许法院或仲裁员修改合同条款，当事各方似宜规定其他手段来修改某些条件，若这样做是可行的话。例如，他们可规定，如果设备、材料或劳力价格水平发生变化，合同价款应通过指数条款自动变动（见第七章“价款和支付条件”，第49至55段）。他们可规定通过公断人主持的程序修改或补充其他合同条款（见下文D节）。如果

法院或仲裁员无权替代不恰当地不给予同意的当事一方给予同意，合同可规定，当事一方只能根据指定的理由不给予同意，如果不存在此种理由，则必须给予同意。法院或仲裁员只须决定指定的理由是否存在。

4. 在建造工厂方面可能发生涉及若干企业的争端。例如，如果购买方指称施工有缺陷，但可能不能确定应由他所聘用的几个承包人中的哪一个人承担责任。如果购买方向每个承包方单独提出权利要求，而这些权利要求又由不同的法院或仲裁员通过单独的程序加以解决，这些程序便可能导致相互不一致的裁决。即使所有合同都受同一法律的管辖，这种情况也可能出现，例如可能由于适用不同的程序规则或由于对有关证据作出不同评价而产生这种情况。若所有有关权利要求在同一程序中予以解决，则可防止作出相互不一致的裁决，有利于取证和减少费用。然而，多方当事人程序往往比较复杂，不大好处理，某一当事人可能认为在这种程序中比较难以计划和陈述他的案情。许多法律制度规定了涉及几个当事人的争端应由同一多方当事人司法程序予以解决的办法。为了使涉及若干企业的争端能够通过多方当事人司法程序得到解决，购买方为建造工厂而订立的所有合同最好都列入一项条款，给有权进行多方当事人程序的法院以专属管辖权（见下文第51至53段）。如果要利用仲裁解决争端，多方当事人程序安排起来就比较困难。然而，如果指定同一组仲裁员来解决所有有关建造工厂合同引起的争端，也许能获得多方当事人程序的某些好处。

5. 一般来说，当事各方最初最好试图通过谈判解决其争端（见下文B节）。当事各方如果愿意这样做，甚至在开始使用解决争端的其他手段之后还可继续进行谈判。在有些情况下，当事各方已将争端提交调解（见下文C节），随后提交仲裁程序或司法程序，他们也许仍会发现继续调解是有益的。

6. 建厂合同引起的争端往往最好通过仲裁解决：仲裁过程是当事各方将他们之间可能产生的争端或已经产生的争端提交他们选定的一个或几个公正人士（仲裁员）作出具有约束力的裁决（见下文E节）。一般来说，仲裁程序只根据仲裁协定进行。一般应责成当事各方接受仲裁员的裁决（仲裁裁决）作为终局裁决并具有约束力。仲裁裁决通常可以类似于法院判决的方式强制执行。在没有仲裁协定的情况下，当事各方的争端必须通过司法程序解决（见下文F节）。

7. 建厂合同项下可能产生不属法院或仲裁庭法律权限范围（见上文第3段）或不能通过仲裁程序或司法程序方便地解决的争端（例如，需要较迅速解决的技术性争端并非仲裁程序或司法程序所能做到的）。当事各方似宜规定这类争端由第三方（本《指南》称之为“公断人”；见下文D节；另见上文第3段）予以解决。

8. 在斟酌合同中规定何种解决争端的办法时，当事各方应当仔细研究可能管辖考虑中办法的法律。他们尤其应当弄清楚，根据适用于程序的法律，法官、仲裁员或公断人可行使的权力范围。他们也应当考虑公断人的决定、仲裁裁决或司法判决在多大程度上能在当事各方所在国得到强制执行。建厂合同的当事一方是一个国家或一个国营企业这一事实也可能是影响规定解决争端的办法的一个因素。

9. 建厂合同的执行通常包括当事各方不断进行的讨论，这种讨论可使许多问题和误会得到解决，而不须诉诸争端解决程序。当事各方似宜要求，如果当事一方意欲诉诸谈判以外的争端解决程序，则他必须将此意图以书面通知当事另一方。

B. 谈判

10. 当事各方通过谈判解决争端是最令人满意的方法。通过谈判友好地解决争端可以避免破坏他们间的商业关系。此外，它还可使当事各方节省通常用其他方法解决争端所需的大量费用和往往更大量的时间。

11. 即使当事各方似宜在援用解决争端的其他手段之前力图通过谈判解决其争端，但是合同不宜阻止当事一方在规定的谈判期届满之前动用解决争端的其他手段。此外，如果合同规定在谈判期间不得提起其他解决争端程序，则宜允许当事一方在某些情况下，甚至在谈判期届满之前提起其他程序。例如，如果当事一方在谈判过程中声明他不准备再进行谈判，或者，需要在谈判期届满之前提起仲裁程序或司法程序以防止丧失某一权利或权利时效。合同最好要求通过谈判达成的争端解决用书面写成。

C. 调解

12. 如果当事各方不能通过谈判解决争端, 他们似宜在诉诸仲裁程序或司法程序之前力图通过调解解决争端。 调解的目的就是要在受当事双方尊重的中立的调解员的协助下, 以友好方式解决争端。 与仲裁员或者法官相比, 调解员并不裁决争端; 而是往往通过提出解决办法供当事各方考虑, 来协助他们达成一致同意的解决办法。

13. 调解是非对抗的。 因此, 与仲裁程序或司法程序相比, 当事各方更有可能保持他们间原有的良好商业关系。 调解甚至还可改善当事各方间的关系, 因为调解的范围和当事各方的最后协议可能超出要求调解的争端的严格范围。 另一方面, 调解的可能缺点是, 如果调解不成功, 则花在调解上的金钱和时间就可能都浪费了。 如果合同不要求当事各方在他们提起仲裁程序或司法程序之前力图进行调解, 而仅允许当事一方提起调解程序, 则可使这一缺点在某种程度上有所减轻。 只有在确定存在以友好方式解决争端的实际可能性的情况下, 才进行调解。

14. 如果当事各方在合同中规定调解, 他们必须解决为使调解有效的一些问题。 要在合同的主体来解决所有这些问题是不可行的。 当事各方倒是可通过提及国际组织编写的、诸如《贸易法委员会调解规则》¹之类的成套调解规则而将之订入合同。

15. 根据调解的一种变更方式, 当事各方似宜考虑, 在开始施工之前指定一名或多名具有解决建造工厂中通常所遇问题的专门知识和经验的人士。 可以向这些人士提供关于施工进度的定期报告, 并使他们及时了解当事各方在与建造有关的事项方面所发生的分歧意见。 他们可每隔一定时候或当有需要时, 与当事各方在现场会晤, 以考虑已发生的分歧意见并提出解决这些分歧的可能办法。 在这种调解过程中, 当事各方可自由接受或不接受这一机构的建议, 并可在任何时候提起司法程序或仲裁程序, 在需要提起这些程序以防止丧失某一权利或某一权利时效的情况下尤其如此。 建立这样一个机构可以使当事各方的误会或分歧不致发展成为需要通过仲裁程序或司法程序解决的正式争端。

D. 公断人主持的程序

16. 当事各方似宜考虑规定某些种类的争端应由公断人解决。公断人主持的程序可能相当非正式和高效率,并且经过调整使之适合于要求公断人解决的争端的特点。许多法律制度并不对公断人主持的程序加以规定;其他法律制度只是在很有限的范围内予以规定。尤其是适用于程序的法律可能只规定有限的法律保障以确保公正地和适当谨慎地主持公断程序。此外,根据许多法律制度,公断人的决定是不能强制执行的,因为它没有仲裁裁决或法院判决的地位。虽然有几个国际组织和同业公会已制定了关于利用公断人解决争端的规则,但是这些规则一般只涉及问题的某些方面。因此,如果当事各方打算规定公断人主持的程序,他们有必要在其合同中解决这些程序的各个方面问题。

17. 合同宜指定公断人或是规定指定公断人所应遵循的程序。这一程序类似于指定仲裁员的程序(见下文第40段)。在某些情况下,咨询工程师可以被指定或任命为公断人(见第十章“咨询工程师”)。

18. 合同最好尽可能明确地划定授与该公断人的权利。合同可规定公断人应履行的职责以及他可以处理的那类问题。最好将公断人的权利限制在主要的技术性方面。在合同中订明这一限制的可能方法是,列入一份授权公断人处理的技术问题的清单。

19. 就公断人职责的性质而言,合同可授权他作出对事实的调查结论和命令采取临时措施。在根据合同的适用法律可以允许他改动或补充合同条款的情况下,合同还可授权他这样做(见上文第3段)。当事各方似宜考虑究竟应否授权公断人就某些种类争端的实质性问题作出决定(例如,关于竣工试验或性能试验是否成功的争端,或者关于承包方反对购买方命令的变动所持的理由方面的争端),或者应否将这些争端留待仲裁员或法院解决。

20. 在适用于程序的法律允许公断人这样做的范围内,当事各方似宜在合同中涉及公断人主持的程序和法院或仲裁庭受理的程序之间的关系。例如,合同可规定凡属于公断人权利范围内的争端必须首先提交公断人解决,在向公断人提交争端之后的一段规定期限届满之前,不得提起仲裁程序或司法程序。

21. 管辖仲裁程序或司法程序的法律可以确定当事各方可以在什么范围内授权仲裁员或法院审查公断人作出的决定。排除这种审查的好处是可使公断人的决定立即成为终局的并具有约束力。但是, 允许这种审查可在更大程度上向当事各方保证该决定将是正确的。这两种方法的优点可以在某种程度上结合起来, 办法是规定公断人的决定对当事各方都具有约束力, 除非当事一方在公断人的决定送达之后的一段规定的很短期限内提起仲裁程序或司法程序。如果允许他们这样做, 当事各方可规定不能在仲裁程序或司法程序中对公断人作出的事实的调查结果提出异议。合同还可责成当事各方执行公断人关于临时措施的决定或就某些指定问题的实质所作的决定; 如果当事各方不这样做, 则可认为他们不履行合同规定的义务。

E. 仲裁

1. 是否订立仲裁协定的考虑因素

22. 国际建厂合同引起的争端之所以经常通过仲裁解决有其各种原因。仲裁程序可由当事各方组织, 因而不象司法程序那么正式, 能更符合当事各方的需要并更适合合同可能引起的争端的具体特点。当事各方可挑选富有国际建造合同专门知识的人士作为仲裁员。他们可选择进行仲裁程序的地点。他们还可选择仲裁程序所使用的语文。此外, 当事各方能选择合同的适用法律, 而这一选择几乎总是受到仲裁员的尊重的; 但司法程序却并非总是如此(见第二十八章“法律的选择”, 第7和8段)。如果当事各方同意通过仲裁, 则当事任何一方都不必向另一当事方国家的法院起诉。仲裁程序比起司法程序来, 对当事各方商业关系的破坏性可能要小些。仲裁程序和仲裁裁决可以得到保密, 而司法程序及其判决通常不能得到保密。仲裁程序往往效率较高, 而且在某些情况下, 比司法程序的花费少。但是, 应指出的是。一些法律制度对某类争端(例如, 涉及不超过一定金额的款项者)规定采用简易司法程序, 虽然建厂合同引起的许多争端并不符合以简易司法程序解决的条件。最后, 由于国际公约有助于承认和执行外国仲裁裁决, 外国仲裁裁决常常比外国司法判决更易得到承认和执行。²

23. 另一方面，在司法程序中可以撤销仲裁裁决。提起司法程序将拖延争端的最终解决。然而，根据许多法律制度，撤销仲裁裁决只可根据有限的一些理由，例如，由于仲裁员没有裁决争端的权力，由于当事一方不能在仲裁程序中陈述其案情，由于未能遵守适用于指定仲裁员或仲裁程序的规则，或者由于该裁决与公共政策相抵触。还应指出，根据某些法律制度，当事各方在解决某些种类争端方面不可能将法院排除在外。

2. 仲裁协定的规定

(a) 仲裁协定的范围和仲裁庭的任务

24. 一般来说，仲裁程序只可根据当事各方订立的仲裁协定进行。仲裁协定既可以反映在合同所列的仲裁条款中，也可以反映在当事各方在争端发生之前或发生之后订立的单独的仲裁协定中。因为在争端发生之后可能较难达成一项仲裁协定，所以最好在订立合同时，将仲裁条款列入合同，或是订立一项单独的仲裁协定。但是，根据有些法律制度，只有在争端发生之后订立的仲裁协定才有程序和实质上的效力。

25. 合同宜订明何种争端应由仲裁解决。例如，仲裁条款可规定，合同引起的或与合同有关的，或违反合同、合同的终止或合同的无效等方面的一切争端，都应通过仲裁解决。在某些情况下，当事各方似宜将他们不愿由仲裁解决的某些争端排除在这一范围广泛的管辖权之外。

26. 如果适用于仲裁程序的法律允许，则当事各方似宜在争端的最终解决之前，授权仲裁庭命令采取临时措施。但是，根据某些法律制度，仲裁庭无权命令采取临时措施。而根据其他法律制度，可由仲裁庭命令采取临时措施，但不能强制执行这些措施；在这些情况下，当事各方可能最好依靠法院来命令采取临时措施。根据许多法律制度，即使该争端将要提交或已经提交仲裁，法院仍可命令采取临时措施。

27. 仲裁协定最好责成当事各方执行仲裁裁决，其中包括命令采取临时措施的

裁决。 在合同中订入这一义务的优点是，根据有些法律制度，如果仲裁裁决在当事一方的国家中不能强制执行，当合同责成其执行裁决的当事一方不执行裁决时，在司法程序中即可视作该当事一方不履行合同规定的义务。

28. 如果将被承认有效的仲裁协定范围内的争端提交司法程序，经及时提出要求，法院通常将争端交付仲裁。但是，法院可以保留命令采取临时措施的权利，并且往往有权控制仲裁程序的某些方面（例如：就对仲裁员的异议作出决定）和根据某种理由撤销仲裁裁决（见上文第23段）。

29. 当事各方最好对授权仲裁庭按公平合理原则裁决争端或作为友好调解人行事抱谨慎态度，因为根据某些法律制度仲裁员不能这样做。 此外，对这种授权可以按不同方式解释，从而导致法律上无保障。 例如：可能将这些措词解释为，授权仲裁员或是仅仅受公平、正义和平等的原则的指导，或是除此以外还受合同的适用法律所属的法律制度视为基础的那些法律条款的指导。 可能产生不确定性的另一原因是仲裁员运用上述原则时有可能无视合同的某些条件。 如果当事各方希望授权仲裁庭裁决争端而不对合同适用某一国的各种法律规则，他们似宜具体规定仲裁庭据以裁决争端实质的标准或规则，并责成仲裁庭适用合同条件和有关的国际贸易惯例。

(b) 仲裁类型和适当的程序规则

30. 当事各方可以选择最适合他们需要的仲裁类型。 他们最好能商定适当的规则以指导他们的仲裁程序。 有范围广泛的仲裁制度可供采用，并有各常设机构（例如：仲裁机构、仲裁庭、专业协会或同业公会和商会）或第三者（例如：仲裁庭的庭长或商会会长）在不同程度上的参与。 其中第一种是纯粹的特别仲裁，无任何常设机构或第三者参与。 实际上这意味着例如在任命仲裁员或对仲裁员提出异议方面如果遇到了困难，得不到任何外来帮助（除非也许有国家法院的帮助）。而且，须由当事各方或仲裁员自己来作出必要的行政安排。 其中最后一种是完全由一个常设机构管理和监督的仲裁，该机构可审查职权范围和裁决草案，并可修改裁决的格式和就其实质提出建议。

31. 在这两种类型的仲裁之间还有相当多的各种仲裁制度，所有这些仲裁制度都有某一指派当局参与，但在它们所提供的行政服务方面则有差别。 指派当局的基本职能，尽管不一定是专有职能，是组成或帮助组成仲裁庭（例如：通过指定仲裁员，就对仲裁员提出的异议作出决定，或调换仲裁员）。 行政或后勤服务可以成套提供，也可以分别提供，包括下列服务：传递当事一方或仲裁员的函件；协助仲裁庭确定和通知受理申诉和其他会议的日期、时间、地点；为仲裁庭受理申诉或辩论提供或安排会议室；安排受理申诉的速记记录，在受理申诉时进行口译，并尽可能笔译文件；需要时协助整理归档或登记仲裁裁决；保存存款和管理有关手续费和支出的帐目；并提供其他秘书性工作或办公室工作方面的协助。

32. 除非当事各方选择纯粹的特别仲裁，否则他们似宜商定履行他们所要求履行的职能的机构或个人。 在选择适当的机构或个人时值得考虑的因素有以下几点：乐意履行所要求履行的职能；能力，尤其是处理国际事务的能力；根据所需提供的服务范围来衡量收费合理；该机构或个人的所在地或住址以及其为某一地理区域提供服务方面的可能限制。 后一点应当与可能或商定进行仲裁的地点结合在一起考虑（见下文第41至47段）。 但是，某些职能（例如：任命）不一定需要在仲裁地点履行，某些仲裁机构可以在它们所在地之外的国家提供服务。

33. 在多数情况下，仲裁程序将受进行该程序的所在国的法律管辖。 许多国家都有管辖仲裁程序各个方面的法律。 这些法律的有些条款是强制性的，其他条款是非强制性的。 在选择仲裁地点方面（见下文第41至47段），当事各方似宜考虑，所考虑的那个地方的法律在多大程度上承认国际商业仲裁的特别需要和特点，特别是该地的法律是否宽松到足以容许当事各方使程序规则满足他们的特殊需要和愿望，而同时又确保仲裁程序既公平又有效。 从某些国家的现代立法中可以看出，目前在这方面的趋势是越来越受到《贸易法委员会国际商业仲裁示范法》的强化影响。³ 《贸易法委员会示范法》已经为越来越多的不同区域的国家和不同法律经济制度所接受。

34. 由于某些国家的仲裁法中的程序规则并不一定适合于国际商业仲裁的具体特点和需要，而且，由于这些法律在任何情况下都不会载有解决仲裁程序方面可能发生的一切程序问题的规则，因此，当事各方似宜采用一套仲裁规则以管辖他们合同所规定的仲裁程序。 如果当事各方选择由某一机构来管理他们的仲裁，该机构

可要求当事各方采用它的规则，而且可拒绝审理某一案件，如果当事各方修改了该机构视为其仲裁制度基本规则的条款的话。不过，多数仲裁机构可以提供两套或有时两套以上的规则供选择，并通常容许当事各方修改其中任何规则。如果该机构不要求当事各方使用某套特定的仲裁规则，或者不要求在指定的各套规则中进行选择，或者当事各方选择特别仲裁，他们可以自行选择一套规则。当事各方在选择某一套程序规则时，似宜考虑其是否适合国际案件以及其中所载程序是否易被接受。

35. 国际组织或仲裁机构颁布的许多仲裁规则中，《贸易法委员会仲裁规则》⁴特别值得一提。事实证明，这些规则为各种法律和经济制度所接受，并在世界各地得到广泛的了解和应用。当事各方可以在纯粹的特别仲裁中以及在由指派当局参与的提供或不提供附加的行政服务的仲裁中应用这些规则。全世界各区域的许多仲裁机构或者已采纳这些规则作为它们本机构的规则据以处理国际案件，或者提出作为指派当局。它们中的大多数将在根据《贸易法委员会仲裁规则》处理案件时提供行政服务。

36. 如果管辖建厂合同项下仲裁的仲裁规则附有示范条款，或者某一仲裁机构建议使用示范条款，当事各方采用这一条款可能有助于增进仲裁协定的确定性和有效性。有些示范条款，诸如《贸易法委员会仲裁规则》所附的示范条款，容许当事各方通过协定来解决某些实际问题。这些问题包括指派当局的参与以及仲裁员的人数（见下文第37至39段）、仲裁员的指定（见下文第40段）、仲裁地点（见下文第41至47段）和仲裁程序中使用的 一种或多种语文（见下文第48段）⁵。

(c) 由当事各方解决的实际问题

(一) 仲裁员的人数

37. 当事各方似宜在仲裁条款中具体规定组成仲裁庭的仲裁员人数。如果当事各方不这样做，选定的仲裁规则，或在某些情况下，适用的仲裁法将具体指定这一人数或规定确定这一人数的办法。当事各方商定仲裁员的人数将使双方能确保

这一人数符合他们的具体要求和愿望，并将在任命过程的这一方面提供确定性。但是，当事各方应当了解，某些国内法通过例如禁止仲裁员人数为偶数来限制他们自由商定仲裁员的人数。

38. 除了上面提到的可能有的法律限制外，主要从实际出发考虑有关仲裁员的人数问题。为了确保仲裁程序有效地发挥其功能和作出裁决，通常最好规定一个奇数，即一人或三人。尽管实际上当事各方有时候指定两人小组，并结合聘请第三位仲裁员、“最终裁定人”或“公断人”的办法来克服这两位仲裁员之间的任何僵局。

39. 关于究竟应当规定一名或三名仲裁员的问题，当事各方似宜考虑由单独一名仲裁员进行的仲裁程序比起须支付三名仲裁员的费用和调节三张时间表的仲裁程序来，一般说来费用较低，而且往往效率较高。另一方面，三名仲裁员可能为仲裁程序带来范围更广的专门知识和经历背景。由于所需要的专门知识和经历背景可能属不同类型，因此可以考虑采用不同的方法指定仲裁员。

(二) 仲裁员的指定

40. 一方面，在国际案件中，当事各方都可能想有一名他自己选择的、熟悉该当事方业务活动的经济法律环境的仲裁员。因此，当事各方可能会同意这样一种方法，即每一当事方指定一名仲裁员，第三名仲裁员由这样指定的两名仲裁员或一指派当局选定。另一方面，当争端性质复杂，涉及法律、技术和经济等问题时，请在各有关领域具有不同资格与专门知识的人担任仲裁员也许很有好处。如果当事各方对这一点特别重视，他们似宜委托某一指派当局来指定所有三名仲裁员，并可具体规定仲裁员所需具备的资格和专门知识。

(三) 仲裁地点

41. 当事各方似宜在仲裁协定中订明进行仲裁程序和作出仲裁裁决的地点。选择适宜的仲裁地点对仲裁程序的进行和仲裁裁决的强制执行来说可能十分重要。选择仲裁地点时可能须考虑以下有关因素。

42. 首先, 当事各方可能认为最好选择这样一个仲裁地点: 在该地作出的仲裁裁决将会在当事各方营业地或大部分资产所在地国家得到强制执行。许多国家只凭多边或双边条约, 并仅仅按对等原则, 才乐意强制执行外国仲裁裁决。因此, 当事各方似宜将仲裁地点选在这样一个国家里, 这个国家与今后可能要求其强制执行的国家订有这种条约关系。

43. 其次, 当事各方可能认为最好选择这样一个地点, 那里的仲裁法为国际案件提供了合适的法律体制。有些仲裁法也许不适宜, 例如因为它们限制当事各方的自主权, 或者不能提供全面的程序安排来保证公平有效地进行仲裁程序。

44. 较实际的考虑包括以下几点: 对当事各方和参与仲裁程序的其他人员是否方便; 是否有必要的设施, 包括会议室、支助服务和通讯设施; 是否有仲裁机构或商会提供行政服务, 如果当事各方希望有这种服务的话; 有关的费用和开支, 包括住宿、会议室和支助服务的开支; 当事各方的律师是否能够代表当事各方而毋须聘请当地律师。

45. 另一有关的考虑因素是在离争端的标的较近的地点进行仲裁程序也许有好处。例如, 如果在厂址所在国或该国附近进行仲裁, 就会便利现场取证。

46. 但是, 还有另外一些因素, 它们往往使当事各方商定在各自营业地所在国以外的某一地点。例如, 当事各方可能选择第三国, 因为每一方可能对在对对方国家里进行仲裁有顾虑; 在本国进行仲裁程序的当事一方可能在当事另一方看来会受惠于熟悉的法律和心理环境以及便利陈述案情的其他条件。

47. 除了为建厂合同引起的所有争端规定一个仲裁地点外, 当事各方在有些情况下似宜规定仲裁应在对之提出权利要求的当事一方的国内进行。在当事一方国内对其强制执行在其本国作出的裁决不会遇到强制执行外国裁决所伴随的问题。如果采用机构仲裁, 当事各方可商定两个仲裁机构, 分别设在当事各方的国内, 并且规定关于具体争端将由对之提出权利要求的当事一方国内的那个机构来进行仲裁(所谓“混合仲裁条款”)。当事双方如不能商定一个单一的仲裁机构来进行仲裁, 则似宜采取这种做法。不过, 涉及两个仲裁地点的安排有时会造成困难。各国适用于仲裁程序的法律规则可能互不相同; 这些法律规则对某一国的当事方比起对另一国的当事方来可能显得更为累赘或不那么令人满意。另外, 在各国进行的仲裁程序将受不同的法院控制, 这些法院可对仲裁程序施加不同程度的控制。

四 仲裁程序使用的语文

48. 当事各方似乎还宜指定仲裁程序使用的语文。语文的选定可以影响进行仲裁程序的效率及费用。只要有可能,最好指定单一的一种语文,诸如拟订合同的语文。如果指定几种语文,则从一种语文到另一种语文的笔译和口译的费用通常认为是仲裁费用的一部分,并与其他仲裁费用一样分摊。

49. 当事各方似宜订明哪几类文件或函件必须以指定的语文提交或译成指定的语文。例如,他们可以要求以指定的语文作成书面的抗辩、受理申诉时的口头作证以及仲裁庭的任何裁决、决定或其他函件。仲裁庭可有斟酌决定权以决定书面证据应否翻译以及翻译的范围。鉴于当事各方可能提交大量的文件,而且一份文件可能只有一部分与争端有关,上述斟酌决定权可能是恰当的。

F. 司法程序

50. 如果当事各方不同意把他们的争端提交仲裁,该争端就不得不通过司法程序来解决。可能会有两个或两个以上国家的法院有资格对当事各方的争端作出判决,而争端各方的法律地位可能会不相同,视由哪一个法院对争端作出判决而定。例如,当事各方对合同的适用法律的选择,其有效性和效力将取决于对该问题所涉及的争端作出判决的法院所在国的国际私法规则(见第二十八章“法律的选择”,第7和8段)。

51. 几个法院有资格对争端作出判决所引起的不确定性可以通过以下办法予以减少:在合同中订入专属管辖权条款,责成当事各方将他们之间因合同引起的争端提交某一指定国家内某一指定地点的某一指定法院。条款宜订明该选定国家的某一法院,而不是只提交该国的主管法院,以避免产生应由哪一个法院就争端作出判决的问题。该条款可以按与仲裁协定中说明相同的方式(见上文第25段)规定受该条款约束的争端类型。

52. 根据许多法律制度,赋予某一法院以专属管辖权的条款只有在下述情况下才有效:该指定法院有权对根据该条款提交它的争端作出判决。因此,在选择法

院时, 当事各方应确知该法院在法律上是否有资格判决将提交它的各类争端。该指定法院所作出的判决在当事各方国内能否得到强制执行, 这也与法院的选择有关(见上文第42段)。

53. 虽然专属管辖权条款可在合同的适用法律和强制执行判决等方面减少不确定性, 也可能有助于争端以多方当事人方式加以解决(见上文第4段), 但它也含有某些弊端。如果当事一方的国内法院获得专属管辖权, 专属管辖权条款根据选定法院所在国的法律是无效的, 但根据另一当事方国内的法律却是有效的, 则无论在其中任何一个国家提起司法程序都会产生困难。如果当事各方给予第三国法院以专属管辖权, 则提起司法程序方面的困难可能会增加。

第二十九章注

- ¹ 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106段(《联合国国际贸易法委员会年鉴》, 第十一卷: 1980年, 第一部分, 二, A(联合国出版物, 出售品编号: E·81·V·8))。《贸易法委员会调解规则》也已印成小册子(联合国出版物, 出售品编号: E·81·V·6)。《规则》附有一项调解条款范本, 其案文为“如果发生本合同所引起或与本合同有关的争端, 而当事各方愿意通过调解寻求争端的友好解决, 调解应按照现行的《贸易法委员会调解规则》进行。联合国大会在其1980年12月4日第35/52号决议中建议采用《贸易法委员会调解规则》。
- ² 见《承认及执行外国仲裁裁决的公约》, 《联合国条约汇编》, 第330卷, 第38页, 第4739号(1959年), 该公约转载于《关于国际贸易法公约和其他文书文本的登记》, 第二卷(联合国出版物, 出售品编号: E·73·V·3)。
- ³ 联合国国际贸易法委员会第十八届会议工作报告, 《大会正式记录, 第四十届会议, 补编第17号》(A/40/17), 第332段和附件一。联合国大会在其1985年12月11日第40/72号决议中建议“所有国家鉴于统一仲裁程序法的需要和国际商业仲裁惯例的具体需要, 对国际商业仲裁示范法给予适当的考虑”。
- ⁴ 联合国国际贸易法委员会第九届会议工作报告, 《大会正式记录, 第三十一届会议, 补编第17号》(A/31/17), 第57段(《联合国国际贸易法委员会年鉴》, 第七卷: 1976年, 第一部分, 二, A(联合国出版物, 出售品编

号：E·77·V·1))。《贸易法委员会仲裁规则》也已印成小册子（联合国出版物，出售品编号：E·77·V·6）。联合国大会在其1976年12月15日第31/98号决议建议采用《贸易法委员会仲裁规则》。

说明性条款（仲裁条款）

《贸易法委员会仲裁规则》建议如下条款：

“凡本合同或本合同的违约、终止或失效引起的或与之有关的任何争端、争议或权利要求，均应按现行的《贸易法委员会仲裁规则》通过仲裁解决。

注 — 当事各方似宜考虑增加：

- “(a) 指派当局应是……（机构名称或人的姓名）。
- “(b) 仲裁员的人数应为……（一名或三名）。
- “(c) 仲裁地点应是……（城市或国家）。
- “(d) 仲裁程序使用的语文应是……。”

索 引

一. 本索引中的中文数词系指章次, 阿拉伯数词系指有关章节的段次。代字号“~”用来代替主条目所列本词, 以免分条目中重复。

二. 本索引均按汉语拼音字母顺序排列, 同音异调的汉字按声调顺序排列。

A

an

安 全 三, 11; 九, 3

B

bǎo

保留所有权 十五, 8

保 密

建造过程中的~ 九, 31

专用技术条款的~ 六, 23-25

关于在谈判过程中透露的资料的~ 三, 44

规格说明书、图纸和其他技术文件的~ 五, 23

技术和设计的~ 十一, 8, 29

~期限 六, 24

终止合同对~的影响 六, 24; 二十五, 36

~的范围 六, 24

保 险

对合同责任的~ 十六, 29

对合同外责任的~ 十六, 28

保证期间的~ 十六, 17

已竣工工厂的~ 十六, 17-23

承包方的机械和工具的~ 十六, 27
设备和材料的~ 十六, 24-26
临时构筑物的~ 十六, 17-23
建造中的工厂的~ 十六, 17-23
综合险~ 十六, 20
~额 十六, 8、10、11、12、26
~的安排 十六, 6
~的协调 十六, 13
竣工日期的变动对~的影响 九, 26
~的费用 十六, 10-12
~的重复 十六, 13
未能提供~ 十六, 39-41
~空白 十六, 13
~单中的被保险方 十六, 19、26
责任~ 十六, 5、28-37
~所涉的灭失或损坏 十六, 21、22
关于~的强制性规则 十六, 15
提供~的义务 十六, 2-4
支付~ 十六, 6
~证明 十六, 38
财产~ 十六, 5、16-27
~与当事各方责任的关系 十六, 7
~应包括的风险 十六, 20、21、24、26
~的范围 十六, 4-6、15
~的说明 十六, 8
验收时~权利的转移 十三, 30
统包~ 十六, 14

保 养

~报告 二十六, 26
应由承包方提供的~ 二十六, 24、25
~的特点 二十六, 22
~服务的开始及期限 二十六, 42-44
提供~服务所需的便利 二十六, 40
~服务的变更 二十六, 43、44
与~服务有关的除终止以外的其他补救办法 二十六, 46

～服务的支付条件 二十六, 28
～的说明 二十六, 25
～的标准 二十六, 25
～服务的终止 二十六, 45

保证(担保)(书)

购买方的付款～ 十七, 40
修理服务～ 二十六, 35
备件～ 二十六, 19
从属性～ 十七, 19、27
竣工日期的变动对履约～的影响 九, 26
索款即付～ 十七, 17
维修～ 十七, 12
履约～ 七, 76, 十七, 9-12、14-39
质量～ 五, 26-31, 十三, 23
偿还～ 十七, 13
投标～ 三, 28-30; 十七, 9、25

baò

报 告

竣工试验～ 十三, 12
保养～ 二十六, 26
所需修理的～ 二十六, 32
性能试验～ 十三, 28

报价选择 十一, 13

bèi

备 件

协助安装～ 二十六, 21
取得～ 二十六, 10、11、14
～的种类 二十六, 10-15
提供～的开始和期限 二十六, 41-44
～的保证 二十六, 19
～提供的修改 二十六, 43、44

与~有关的除终止以外的其他补救办法 二十六, 4 6

向承包方的供应商采购~ 二十六, 1 6

竣工后~的供应 二十六, 1、7-2 1

竣工时~的供应 二十六, 1 2、1 3

~的技术规格 二十六, 1 9

终止供应~ 二十六, 4 5

施工结束时~的核查 十三, 5

备用信用证

~的特点说明 十七, 1 7

~的作用 十七, 7

biāo

标 准

承包方人员所需设施的~ 九, 9

~的特点说明 五, 1 4

确定~ 五, 3、1 6

国际~ 五, 1 5

bù

不履约

约定违约金或罚款所涉的~ 十九, 9

由于施工有缺陷而引起的~ 十八, 2 6-4 8

由于施工迟延而引起的~ 十八, 1 7-2 5

由于延迟支付价款而引起的~ 十八, 5 1-5 8

由于延迟提供支付价款的担保而引起的~ 十八, 5 1、5 7、5 8

施工后阶段的~ 二十六, 4 6

不履行修改合同义务 二十二, 1 4、2 2、2 3

不履行有关权利和义务转让的义务 二十七, 1 2

如遇~情况增加一段履约时间 十八, 1 5

~的特点 十七, 4

~补救办法的选择 十八, 1 4

C

cái

财产上的物权担保 十七, 2

财团 二, 11

cāo

操作服务

~的开始和期限 二十六, 41 - 44

~的变动 二十六, 43、44

与~有关的除终止以外的其他补救措施 二十六, 46

与~有关人员的权力 二十六, 38

~的范围 二十六, 37

~的终止 二十六, 45

chǎn

产品到手合同法

~的特点 二, 7

~的施工范围 五, 6

~的培训义务 六, 30

cháng

偿还担保书

~的特点 十七, 13

~的期限 十七, 39

终止合同对~的影响 十七, 34

~规定的责任范围 十七, 29

~的作用 十七, 9

提供~的时间 十七, 25

偿还费用的最高限额 七, 13、15

chéng

承包方的连带责任 二, 13

承包方供应设备和材料

承包方供应当地有的设备和材料 八, 4

~的特点 八, 2

~的结关和关税 八, 15-16

~的说明 八, 6, 7

承包方未供应设备和材料 十八, 17-19、28-32

检查和试验~ 十二, 8-27

与~有关的保险 十六, 24-26

转移与~有关的风险 十四, 9-17

~的地点 八, 10

~的禁止性规定和许可证要求 八, 17、18

~应承担的责任 八, 2、5

关于~的贮存 八, 21-26

关于~的接收 八, 19、20

~的时间 八, 8、9

关于~的运输 八, 11-14

D

dān

单据证明法

价款订正中~的特点 七, 56

~与费用偿还定价法的区别 七, 56

可按~订正的价款部分 七, 57

~所采用的程序 七, 57

对采用~的限制 七, 48

通过~订正价款 七, 56、57

单位定价法

~的适宜性 七, 26

~的定义 七, 2

变动对~中价款的影响 二十三, 30、31

~中的支付条件 七, 66
减少与~有关的风险 七, 27
与~有关的风险 七, 27
~所用的单位 七, 25

dàn

担保人

~义务的性质 十七, 17-24
~的选择 十七, 14-16

dì

缔约

与一组企业~ 二, 9-16
~方法的选择对承担风险的影响 十四, 20-22
产品到手合同~法 二, 7
~法与时间表的关系 九, 20-23
~法与选择分包人的关系 十一, 12
多项合同~法 二, 17-25
单一合同~法 二, 4-8
统包式合同~法 二, 4-6

dìng

定价

支付承包方人员所需设施的~方法 九, 9
~方法 六, 18-20; 七, 2-4
费用偿还~法 七, 10-25
关于~的公共性质法律规则 七, 4、5
一次总付~ 七, 6-9
单位价格~ 七, 25-27

订正价款

按协议~ 七, 40
由法院~ 七, 40

因费用变动而～ 七, 39、47、49-57
因汇率变动而～ 七, 39、47、58-62
按照合同准则～ 七, 40
按照数学公式～ 七, 40
通过货币条款～ 七, 58、59
通过单据证明法～ 七, 56、57
通过指数条款～ 七, 49-55
通过记帐单位条款～ 七, 60-62
～的定义 七, 39
应用～条款的限制 七, 48

F

fǎ

罚款条款 十九, 1-5 (见“支付约定款项”)

fǎ

法 律

适用于仲裁程序或司法程序的～ 二十八, 3、18; 二十九, 33、34、
51-53
适用于财产所有权转让的～ 十五, 3; 二十八, 3
行政性或其他公共性～ 二十八, 2、22-25
选择合同的适用～ 二十八, 4-21; 二十九, 22
“合同的适用～”一词的定义 二十八, 1、19
确定合同的适用～ 二十九, 5-19
国际私法规则 二十八, 5-8、16-18; 二十九, 50

fèi

费用偿还定价法

～的选择 七, 11
～的定义 七, 2
采用～中发生变动的效力 二十三, 32

~中的承包费 七, 21-23

~中的记帐保存 七, 24

~中减少风险的方法 七, 13-15

~中的支付条件 七, 65

采用~中的可偿还费用 七, 16-20

采用~的风险 七, 12

~中的指标承包费 七, 23

采用~ 七, 10-24

~中费用的核实 七, 73

费用偿还定价法中的承包费

按实际费用的百分比来计算~ 七, 22

固定的~ 七, 21、22

指标~ 七, 23

fēn

分 包

~的特点 十一, 1、2

允许的~范围 十一, 4

对~的限制 十一, 7-9

分包人

~的特点 十一, 1

费用偿还定价和雇用~ 七, 14、19、73

关于~的保险 十六, 28、32-37

当地~ 十一, 3、11

~的提名制度 十一, 20-26

承包方向~提出异议 十一, 24、25

购买方向~提出异议 十一, 16-19

有关~提供的物资的风险转移 十四, 14

向~支付价款 十一, 32-34

购买方向~索赔 十一, 29-31

购买方与~的关系 十一, 5、6、27、29-34

~的责任 十一, 23、27; 十八, 6; 二十一, 25、26

选择~ 七, 14、73; 十一, 4、10-26

就~解决争端 十一, 17、18、26

合同中载明～ 十一, 13、14
合同终止后转让同～签订的合同 二十五, 27、28
分包人的提名制度 十一, 20-26

fēng

风险转移

与分包人提供的物资有关的～ 十四, 14
关于由承包方提供的设备和材料的～ 八, 20; 十四, 9-17
关于由购买方提供的设备和材料的～ 十四, 18、19
关于用于工厂的设备和材料的～ 十四, 7-15
关于不用于工厂的设备的～ 十四, 16-17
关于由购买方储藏的设备和材料的～ 十四, 10-13
关于工厂的～ 十三, 23; 十四, 20-22; 十八, 61
《国际贸易术语解释通则》规定的～ 十四, 15
～的后果 十四, 23
与规定～有关的因素 十四, 5

fù

付款临时证明书 七, 72、74

赋税

～和价款 七, 5、7
～对缔约方法的影响 二, 3; 四, 5
避免双重征税 四, 5; 七, 5
关于～的合同规定 四, 5; 七, 5

G

gēn

跟单信用证交易 八, 14

gōng

工厂的附属物 十四, 16

工程变更(动)

- 因当地条例的变化而发生的~ 二十三, 23
- 因不可预见的自然障碍而发生的~ 二十三, 23
- ~的次序及其后果 二十三, 5、6、12-18
- ~程序 二十三, 9-19
- 需经承包方同意的~ 二十三, 19
- 承包方要求的~ 二十三, 20-22
- 起草~条款的基本方式 二十三, 5-7、19-22
- ~的定义 二十三, 1
- ~对时间表和竣工时间的影响 九, 24-26; 二十三, 9-11
- ~对性能试验的影响 十三, 27
- ~对履约担保书的影响 十七, 30-33
- 规定~的法律依据 二十三, 3、12-19
- ~的应用 二十三, 2、4、12

工业产权

- 第三者根据~提出的权利要求 六, 21、22
- ~的不同形式 六, 3

工业设计 六, 3

工作条件 九, 3

gòu

购买方供应设备和材料

- ~的特点 八, 27
- 购买方未完成供应设备和材料 十八, 63
- 检查~ 八, 29
- ~的规格说明书 八, 28

购买设备和材料

- 承包方对购买方~提供咨询意见 九, 35
- 承包方向购买方提供与~有关的服务 九, 33、34

guī

规格说明书

- 建筑物的~ 五, 13

土木工程的～ 五, 13
设备和材料的～ 五, 12、13
违反有关～的保密 五, 25
～的特点 五, 3、10
～的种类 五, 10
～的保护 五, 23
对～应承担的责任 五, 20-22

guó

国际贸易术语解释通则 八, 3; 十四, 15

H

hé

合 同

～文件 四, 11-16
修改～ 二十二, 14、23, 二十九, 3 (另见“施工的变动”)
签订～的方法 三, 1-9、47
以协议的方式修改～ 三, 49
工厂～的定义 导言, 6、7
～中的定义 四, 23-26 (另见“术语的含义”)
签订～ 三, 1-9、48-50
～生效 三, 50; 八, 18
～的形式 三, 44、49; 四, 11
～的解释 四, 12-15
～语文 四, 7、8
工厂～当事各方 四, 9、10
～主件 四, 11、15; 五, 3

合同的有效期限 三, 50

合同或合同义务或权利的转让

～的特点 二十七, 1、3
不履行有关～的义务 二十七, 12

- 关于~法律规则 二十七, 2
- 通知~ 二十七, 11
- 保护非转让方 二十七, 9、10
- 对~的限制 二十七, 4-7
- 合同条款的无效 三, 49、50; 四, 4、5; 六, 8、12; 七, 3-5
- 合资企业
 - 承包方和购买方的~ 二, 26-31
 - 作为承包方的~ 二, 11
- 合 作
 - 购买方和承包方的~ 四, 17; 九, 5
 - 购买方和分包人的~ 十一, 35、36
 - 在减少损失方面的~ 二十一, 28

huò

- 货 币
 - 价款~ 七, 31-37
 - 须支付的~ 七, 32
 - 当地~ 七, 35
 - 减少与~有关的风险 七, 33、34、36
 - 与~有关的风险 七, 31、34
- 货币条款
 - 采用若干种参考货币的~ 七, 59
 - 采用单一参考货币的~ 七, 58
 - ~的特点 七, 58

J

jì

- 记 录
 - 施工~ 十二, 26
 - 检查和试验~ 十二, 27
- 技 术
 - ~的适应性改造 六, 14

~转让的特点 六, 1

选择~ 六, 10

第三者对~的权利要求 六, 21-22

使用~的限制条件 六, 12-16

~转让的缔约方法 六, 2、4、5、11

~说明 六, 11

~保证 十一, 17

对~的改良 六, 15

侵犯与~转让有关的工业产权 六, 22

~革新 六, 14

关于~转让的强制性规划 六, 8

~转让合同的性质 六, 3-6

支付~价款 六, 18-20

提供~文件 六, 33-34

~转让 六, 1-34

关于备件、保养和修理方面的~转让 二十六, 3-5、17

通过提供技术文件转让~ 六, 33

技术特点

材料的~ 五, 9; 二十八, 23

工厂的~ 五, 8; 十三, 24; 二十八, 23

技术文件

确定应提供的~ 六, 33

~中的差错和遗漏 六, 34

检查操作和保养所需的~ 十三, 5

提供~的时间 六, 34

记帐单位条款

~的特点 七, 60、61

~的选择 七, 62

jià

价款

保养的~ 二十六, 28

操作服务的~ 二十六, 39

修理服务的～ 二十六, 33
备件的～ 二十六, 18
培训的～ 六, 31
技术转让的～ 六, 18-20
车间的～ 九, 10
调整～ 七, 3、38-46 (另见“调整价款”)
费用偿还～ 七, 2、10-24
～货币 七, 31-37
～的确定 七, 3
商定最终～ 七, 3
确定的～ 七, 3
一次总付～ 六, 19、20; 七, 2、6-9
暂定～ 七, 3
扣留～ 七, 76
订正～ 七, 3、38-40、47-62 (另见“订正价款”)
单位～ 七, 2、25-27

jiàn

建造所需材料

～的结关和关税 八, 15、16
～的缺陷 十八, 32
～的保险 十六, 5、24-26
～的包装 八, 12
关于～风险的转移 十四, 7-19
关于～的禁止性规定和许可证要求 八, 17-18
购买方未提供～ 十八, 63
现场贮存～ 八, 21-26
承包方供应～ 八, 6-26
购买方供应～ 八, 27-29
承包方接收～ 八, 29
购买方接收～ 八, 19、20
～的技术特点 五, 9; 八, 6、7
～的运输 八, 11-14

建筑

- 作为施工一部分的～ 九, 1、2
- 确定～的技术特点 五, 3、13
- 关于建筑的定价方法 七, 26

jiàng

降价

- 因工厂有缺陷而～ 十八, 39-42, 47, 48
- ～与损害赔偿金的关系 十八, 13
- 将设备和材料用于工厂
 - ～的特点 十四, 7、8
 - ～对承担灭失或损坏风险的影响 十四, 7、8
 - ～对所有权转让的影响 十五, 6、7

jiē

接收工厂

- 因终止合同而～ 二十五, 26
- ～的后果 十三, 23; 十四, 20-22
- ～的日期 十三, 2、22
- ～的定义 十三, 1
- 购买方～的义务 十三, 21; 十八, 59
- ～报告书 十三, 22
- ～的时间 十三, 14、17-19、21

接收设备和材料

- 接收承包方供应的设备和材料 八, 19、20
- 接收购买方供应的设备和材料 八, 29; 十四, 18、19
- ～的后果 八, 19、20; 十四, 12、18、19
- ～的定义 八, 19
- 不～ 八, 19
- ～的时间 八, 19

jié

结关和关税

- 用于工厂的设备和材料的～ 八, 15、16
- 施工所需机械和工具的～ 九, 12
- 关于～的法律规则 二十八, 22、25

jiě

解决争端

通过仲裁～ 二十九, 6、7、22-49
由仲裁员作为友好调解人来～ 二十九, 29
由咨询工程师～ 十, 15-19
由公断人～ 二十九, 16-21
就合同条款的变动～ 二十九, 3
就性能试验的评价～ 十三, 28
就重新谈判～ 二十二, 14、23; 二十九, 3
就修理服务～ 二十六, 34
就分包人～ 十一, 17、18、26
就替代当事一方的同意～ 二十九, 3
就合同条款的补充～ 二十九, 3
就合同权利的转让～ 二十七, 7
就变动～ 二十三, 7、18; 二十九, 3
按公平合理的原则～ 二十九, 29
司法程序～ 二十九, 4、6、50-53
通过调解～ 二十九, 12-15
通过谈判～ 二十九, 10、11
～的方法 二十九, 5-9
多方当事人～ 二十九, 4

解决争端的公断人

聘请～ 二十九, 16、17
～的职责 二十九, 18、19
～的权利所涉的问题 二十九, 18
～的权利与仲裁程序和司法程序的关系 二十九, 20
审查～的决定 二十九, 21

解决争端的临时措施 二十九, 2、19、26-28

解释

以若干种语文签订的合同的～ 四, 8
合同术语的～ 四, 12-15

jìn

进口或出口的禁止 八, 17、18
进口或出口许可证 八, 17、18; 二十一, 24

进入厂地

- 咨询工程师～ 十, 6、29
- 提供～的方便 九, 7
- ～的范围和性质 九, 31、32

jùn

竣工

- ～日期的变动 九, 24-26; 二十三, 9-11、33, 二十四, 13
- ～日期 十三, 2、4、13
- ～时间 九, 14-17
- ～的定义 十三, 1
- 工厂次要物品缺漏对～的影响 十三, 4; 十八, 5
- ～所需的技术文件 六, 34

竣工试验

- 进行～ 十三, 8、11; 十四, 22
- 承包方对～应承担的责任 十三, 4
- ～的费用 十三, 9、10
- ～的说明 十三, 5
- ～成功的法律效力 十三, 7
- ～期间的手续 十三, 11
- ～的作用 十三, 4
- 关于～的强制性规则 十三, 5、11
- 推迟～ 十三, 8
- 不能进行～ 十三, 7、32
- 重复～ 十三, 7
- 关于～的报告 十三, 12
- ～的时间 十三, 4、6

K

kùn

困难

- 起草～条款的方法 二十二, 7-13
- ～的后果 二十二, 14-23
- ～的定义 二十二, 1、8-11

~与免责的区别 二十二, 2

~条款与其他有类似作用的合同条款的关系 二十二, 6; 二十三, 1

由于~而造成的重新谈判 二十二, 14-22

~条款的范围 二十二, 8-13

~条款的采用 二十二, 3-6; 二十三, 1

L

lì

例外风险 十四, 6

lián

《联合国国际货物销售公约》 二十一, 6; 二十八, 20、21

联系 (另见“通知”)

承包方和购买方的~ 二, 16; 四, 1

购买方和分包人的~ 十一, 35、36

lǚ

履约保证书 十七, 7、11、23、30、38

履约担保书

~的特点 十七, 11

~的期限 十七, 35-39

终止合同对~的影响 十七, 34

变动对~的影响 十七, 30-33

~时间的延长 十七, 36

~规定的责任范围 十七, 26-29

不提供~ 第十七, 25

~的作用 十七, 10

货币~ 十七, 11、24

减少~金额 十七, 28

提供~的时间 十七, 25

~的种类 十七, 11

M

miào

免责

- 关于承包方雇用的第三者不履约的～ 二十一, 25、26
- ～的特点 二十一, 1、2
- ～与困难的区别 二十二, 2
- 关于～的法律规则 二十一, 5、6
- ～与不履约的补救办法的关系 十八, 13; 二十一, 7
- ～与承担灭失或损坏的风险的关系 十四, 4

免责障碍

- ～的法律后果 二十一, 8; 二十五, 22
- ～的确定 二十一, 2、3、9-26
- ～的作用 十八, 3; 二十一, 2、8
- ～与强制履约的关系 十八, 12; 二十一, 8
- ～与终止合同的关系 二十一, 8; 二十五, 22
- ～与采用指数条款的关系 七, 53

miè

灭失或损坏的风险

- 意外事件造成的～ 十四, 4
- 第三者造成的～ 十四, 3
- 承包方的工具和建筑机械的～ 十四, 24
- 工厂的～ 十四, 20-22
- 对购买方提供的设备和材料承担～ 十四, 18-19
- 对储藏的设备和材料承担～ 十四, 10-13
- 承担在设备和材料用于工厂前～ 十四, 9-15
- ～的特点 十四, 1、3
- 承担～的后果 十四, 2、23
- 补救由购买方承担的～ 十四, 23
- 例外的～ 十四, 6
- ～的保险 十六, 17-26
- 承担～与支付损害赔偿金责任的关系 十四, 4
- 所有权的转让和承担～的关系 十五, 2

P

péi

培训

安装备件的～ 二十六, 21
保养工厂的～ 二十六, 5、27
工厂运转～ 二十六, 5
购买方人员的～ 六, 26-32
试运转期间～购买方人员的费用 十三, 20
～范围 六, 26
当事各方与～有关的义务 六, 28-30
～地点 六, 29、31
选择～人员 六, 27、30
～时间 六, 27、28、32

Q

quē

缺陷

质量保证范围内的～ 五, 26、27; 十八, 42-47
在性能试验中发现的～ 十八, 35-42
验收了的工厂有～ 十八, 38-48
施工服务有～ 十八, 29-31
设计～ 十一, 29; 十八, 33
设备和材料的～ 八, 20; 十八, 26、28-32
拒绝验收工厂时已知～不可弥补 十八, 37
拒绝验收工厂时不知～不可弥补 十八, 36
弥补不属承包方责任范围内的～ 十八, 49
接收时承包方没有通知设备或材料的～ 八, 29
制造和施工时购买方未能发现设备和材料的～ 十二, 1、8; 十八, 8
购买方在接收时未能通知设备或材料的～ 八, 20; 十八, 8
购买方未能在验收工厂时通知～ 十三, 1; 十八, 8
未能通知在施工期间所发现的～ 十二, 1; 十八, 8

未能通知在制造期间所发现的~ 十二, 1; 十八, 8
未能通知在装运时所发现的~ 八, 20; 十二, 1; 十八, 8
在担保期内通知工厂的~ 十八, 43-46
严重~ 十三, 24; 十八, 27
弥补~的时间表 十三, 30

R

rén

人员

承包方~所需的设施 九, 9
关于~的保险 十六, 32-37
购买方的~参与制造过程中的试验 十二, 9
培训购买方的~ 六, 26-32
承包方~所需的签证和工作许可证 九, 8
~的工作条件 九, 3

S

shāng

商标 六, 3
伤害 二十, 16-18

shè

设备

工厂的附属~ 十四, 16
规定~的结关和关税 八, 15、16
~的缺陷 十八, 8、28-32
~的说明 八, 6、7
~的保险 十六, 24-26
~的包装 八, 12
由承包方提供的~的风险转移 十四, 7-17
由购买方提供的~的风险转移 十四, 18-19
~供应的定价方法 七, 7、17、26
~安装的定价方法 七, 26

关于~的禁止性规定和许可证要求 八, 17-18
购买方未提供~ 十八, 63
撤除工地上有缺陷的~ 十八, 32
~的备件 二十六, 10-21
现场~的贮存 八, 21-26
由承包方供应~ 八, 6-26 (另见“供应设备”)
由购买方供应~ 八, 27-29 (另见“供应设备”)
由承包方接收~ 八, 29
由购买方接收~ 八, 19、20
~的技术特点 五, 8
~所有权的转让 十五, 6、7
~的运输 八, 11-14

设备的安装

作为施工一部分的~ 九, 1、2
关于~的缔约方法 九, 27
承包方就~提供咨询 九, 30
检查~ 九, 30
关于~的定价方法 七, 26
监督~ 九, 2、28、29

设计

~保密 十一, 8、29
~缺陷 二, 25; 十八, 33; 二十四, 7
购买方未能及时提供无缺陷的~ 十八, 62
承包方~保证 十一, 30
~责任保险 十六, 30
提供~ 二, 2、4、24、25; 五, 2

shī

施工

~记录 十二, 26
终止合同时停止~ 二十五, 23
~的关键路线法 九, 19
~的定义 九, 1
~拟用的设备和材料 八, 1
~所用的机械和工具 九, 11-13

关于~的强制性规则 七, 46; 二十八, 23

~范围 五, 3、4、6、7

~的技术特点 五, 3、4、8、9

~时间表 九, 18-23

开始~和竣工的时间 九, 14-17

施工的关键路线法 九, 19

施工服务

~的特点 九, 1

~的缺陷 十八, 29-31

施工后的试验

竣工试验 十三, 4-12 (见“竣工试验”)

性能试验 十三, 14、17-19、24-28 (见“性能试验”)

施工过程中的检查

购买方接收设备和材料时的~ 八, 20

承包方对购买方供应的设备和材料在~ 八, 29

向购买方提供与~有关的便利 十二, 11

从事~的机构 十二, 6

关于~的法律规则 十二, 2、3

~的目的 十二, 1

与~有关的问题的解决 十二, 25

施工过程中的试验

~作为承包方控制制度的一部分 十二, 4

承包方对购买方供应的物资进行~ 十二, 7

进行~ 十二, 25

从事~的机构 十二, 6

关于~的法律规则 十二, 2、3

~的标准 十二, 5

施工所需的机械和工具

终止合同后~ 二十五, 25

承担有关~的风险 十四, 24

~的保险 十六, 27

~的许可证和结关 九, 12

为~付款 九, 11

从现场撤离~ 九, 36

供应~ 九, 11

~的现场运输 九, 13

施工所需的筹备工作 九, 6-10

时间表

shí

~和单项合同法 四, 16
施工~ 九, 18-23
采用关键路线法的施工~ 九, 19
弥补缺陷的~ 十三, 30
现场筹备工作~ 九, 7
供应设备和材料的~ 八, 9、10、28
培训~ 六, 28
~的变动 九, 24-26

shǐ

使用费(专利权) 六, 18-24

试运转期

shì

~的费用 十三, 20
~的期限 十三, 20; 十八, 61
工厂在~的产出 十三, 20
~的目的 十三, 15
监督~的工厂 十三, 16

术语的含义

shù

验收工厂 十三, 1
调整价款 七, 39
预先支付 七, 67
支付奖金 七, 28
支付约定款项条款 十九, 4
竣工 十三, 1
调解 二十九, 12
建造 九, 1
现场施工 九, 2

施工服务 九, 1、2
合同 四, 2 5
费用偿还定价法 七, 2
货币条款 七, 5 8
履约有缺陷 十八, 4
延迟履约 十八, 4
通知的送达 四, 2 5
通知的发送 四, 2 5
单据证明法 七, 5 6
用于工厂的设备和材料 八, 1
免责障碍 二十一, 2
免责 二十一, 2
不履约 十八, 4
困难 二十二, 1
设备和材料用于建造工厂 十四, 7、8
指数条款 七, 4 9
工厂— 导言, 6
合同的适用法律 二十八, 1
约定违约金条款 十九, 1、4
一次总付法 七, 2
施工所用机械和工具 九, 1 1
保养 二十六, 2 2
选定分包人的提名制度 十一, 2 1
操作服务 二十六, 3 7
支付条件 七, 6 3
支付约定款项 十九, 1
罚款条款 十九, 1、4
履约保证书 十七, 1 1
履约担保书 十七, 1 1
缔约前研究 一, 1
产品到手合同法 二, 7
质量保证 五, 2 6
修理服务 二十六, 2 9
偿还担保书 十七, 1 3
订正价款 七, 3 9

灭失或损坏的风险 十四, 1、3
严重缺陷 十八, 27
备用信用证 十七, 17
分包 十一, 1、2
性能试验成功 十三, 24
供应人 十一, 1、2
承包方供应设备和材料 八, 2、5
购买方供应设备和材料 八, 27
施工的中止 二十四, 1
接收设备和材料 八, 19
接收工厂 十三, 1
投标担保 三, 28
统包式合同法 二, 4-6
记帐单位条款 七, 60
单位定价法 七, 2
变动 二十三, 1
工厂合同— 导言, 6、7
书面形式 四, 25

shuō

说明工厂

通过图纸~ 五, 17-19
通过规格说明书~ 五, 10-13
通过标准~ 五, 14-16
~的方法 五, 8、9
编制~的文件 五, 2
~的施工范围 五, 3-7
~的施工技术特点 五, 3-5、8、9

sī

司法程序 二十九, 50-53

sǔn

损害 (又见“损失”一词)

- 分包人造成的～ 十一, 28
- 对第三者财产的～ 十一, 28; 二十, 16-18
- 根据除损害赔偿金以外的规定赔偿～ 二十, 6
- 补救由承包方承担风险所涉的～ 十四, 23
- 补救由购买方承担风险所涉的～ 十四, 23

损害赔偿

- 关于第三者受到伤害或财产损害的～ 二十, 16-18
- 未能提供保险的～ 十六, 39-41
- 利润损失的～ 二十, 8
- ～所用货币 二十, 19
- ～与其他补救办法的区别 二十, 4-6
- ～的范围 二十, 2、3、7-12
- 适用于～的法律规则 二十, 1-3; 二十八, 9、16、17
- ～的责任 二十, 3、7
- ～的金额限制 二十, 14
- 由于不减轻损失而减少～ 二十, 15
- 由于不履约带来的好处而减少～ 二十, 13
- 支付～的责任和承担灭失或损坏风险的关系 十四, 4
- ～涉及的损失的种类 二十, 7-12 (另见“损失”)

损失

- 中止造成的～ 二十四, 16
- 间接造成的～ 二十, 11、12
- ～赔偿 二十, 3、6、7
- 从属性～ 二十, 12
- 补救由承包方承担的风险所涉的～ 十四, 23
- 补救由购买方承担的风险所涉的～ 十四, 23; 十八, 49
- 扣除～中因不履约带来的好处 二十, 13
- 间接～ 二十, 12
- 减轻～ 二十, 15
- 减轻因免责障碍造成的～ 二十一, 28
- ～的种类 二十, 7-12
- 无法预料的～ 二十, 9、10

suǒ

所有权转让

- 承包方供应的设备和材料的～ 十五, 6、7
- 购买方供应的设备的～ 十五, 7
- 竣工后工厂的～ 十五, 8
- 建造中的工厂的～ 十五, 8
- 适用于～的法律 十五, 3、4; 二十八, 3
- 关于～的强制性规则 十五, 3、4
- ～的实际重要性 十五, 1
- ～与风险转移的关系 十五, 2
- 保留与～有关的所有权 十五, 8
- ～的时间 十五, 4、6-8

T

tán

谈判

- 不履约情况下的～ 十八, 10
- 投标程序中的～ 三, 27、47
- 建造后延长服务的～ 二十六, 42
- 解决争端的～ 二十九, 5、10、11
- 招标程序范围外的～ 三, 9、44-46; 四, 2、3

tí

提货单 八, 14

tiáo

调解

- ～的特点 二十九, 12
- ～的目的 二十九, 12、15
- ～和解决争端的其他方法的关系 二十九, 5、12
- 适用于～的规则 二十九, 14
- 国际贸易法委员会～规则 二十九, 14

调整价款

- 依据协议~ 七, 40
- 由仲裁员或法院~ 七, 40
- 由于施工方法有变动而~ 七, 39、43
- 由于当地条例有变动而~ 七, 39、46
- 由于补救购买方负担风险所涉的灭失或损坏而~ 十四, 23; 十八, 49
- 由于不可预见的自然障碍而~ 七, 39、44、45
- 由于提供不正确的数据而~ 七, 39、43
- 由于有变动而~ 七, 39、42; 二十三, 8-11, 24-32
- 按照合同的某些准则~ 七, 40
- ~的定义 七, 39

tōng

通知

- 由承包方~贮存的设备和材料的灭失或损坏 八, 26
- ~选择咨询工程师 十, 23
- ~开始施工 九, 20
- ~在经检查的设备安装中发现的缺陷 九, 29、30
- ~在担保期内所发现的工厂缺陷 十八, 43-46
- ~有关竣工时间延长的情况 九, 25
- ~困难 二十二, 15-17
- ~履约障碍 二十一, 27、28
- ~现场贮存期间的灭失或损坏 八, 25
- ~需要修理服务 二十六, 31
- ~监督安装设备的人员 九, 28
- ~设备或材料可供检查 十二, 21
- ~中止 二十四, 8、9、11
- ~施工过程中的试验 十二, 24、25
- ~制造过程中的试验 十二, 18
- 通过咨询工程师~ 十, 8
- 通过代表~ 四, 21
- ~一组企业和代表一组企业~ 二, 16
- ~生效 四, 19、20
- 不发~ 四, 22; 八, 26、29; 九, 20; 十八, 65
- ~的形式 四, 19

tǒng

统包式合同法

~的特点 二, 4-6

~的施工范围 五, 6

tóu

投标(招标)

~文件 三, 19

评标 三, 33-40

~担保 三, 28-30

~须知 三, 20-25

招标 三, 15-18

~书范本 三, 26

开标 三, 31、32

初步筛选~ 三, 37-39

拒绝~ 三, 10、43

~的有效期 三, 24

tú

图纸

终止合同后的~ 二十五, 29

补充~ 五, 17

认可~ 五, 19

违反有关~的保密义务 五, 25

~的特点 五, 3、17

~的所有权 五, 24

~的保护 五, 23

对~应承担的责任 五, 20-22

车间~ 五, 18

提供~ 五, 18

使用~ 五, 24

tǔ

土木工程

作为施工一部分的～ 九, 1、2
确定～的施工范围和技术特点 五, 3、13
关于～的定价方法 七, 26

x

xiàn

现场

进入～ 九, 7、31、32; 十, 6、29; 十三, 23
～的清理 九, 36
确定～ 九, 6
视察～ 三, 25; 九, 6
～筹备工作 九, 7
提供～ 九, 6
～是否适合 七, 44; 九, 6
终止合同后撤离～ 二十五, 23、24

现场施工

就～提供咨询意见 九, 30
～的定义 九, 2
关于～的标准或程序的法律规则 九, 3
～的监督 九, 27-29

现场贮存

由承包方负责～ 八, 22-24
由购买方负责～ 八, 25、26
～购买方提供的设备和材料 十四, 19
承担～时期的风险 十四, 10-13
～所需的设施 八, 24
缔约方法的选择与～的关系 八, 23
对～应承担的责任 八, 24、25

限制

关于技术转让的～ 六, 8、9; 二十八, 22、24
对运输的～ 八, 13
进出口～ 八, 17、18; 二十八, 22、24
外汇～ 七, 4; 二十八, 22、24

xìn

信贷

由承包方提供的～ 七, 77、78

由承包方国家提供的～ 七, 79

信用证

不可撤销的跟单～ 十七, 1、40-45

备用～ 十七, 7、17

～的使用 十七, 1、17

xìng

性能试验

进行～ 十三, 27

承包方不作～的后果 十三, 26; 十八, 34

～不成功的后果 十三, 26; 十八, 35-37

变动对～的影响 十三, 27

承包方对～应承担的责任 十三, 27

～的费用 十三, 27

～成功的定义 十三, 24

～的说明 十三, 27

～的期限 十三, 27

～成功的效力 十三, 29; 十八, 60

评估～ 十三, 28

～期间的手续 十三, 27

～的目的 十三, 24

重复～ 十三, 26

关于～报告 十三, 28

～的时间 十三, 14、17-19、26

xiū

修理服务

～的特点 二十六, 29

～的开始和期限 二十六, 41-44

～的范围 二十六, 30

提供～的方便 二十六, 40

～的修改 二十六, 43、44

通知需要~ 二十六, 31
与~有关的除终止以外的其他补救办法 二十六, 46
~的费用 二十六, 32、33
~的标准 二十六, 33
~的终止 二十六, 45
与~有关的运输 二十六, 36
~的采用 二十六, 29

xǔ

许可证

工业产权~ 六, 3、7

xuǎn

选择

~承包方 三, 33-42、44
~公司进行缔约前研究 一, 13-16
~担保人 十七, 14-16

选择合同的适用法律

由当事各方~ 二十八, 8-19
对~的限制 二十八, 7

y

yán

延迟(迟延)

~验收工厂 十八, 59、60
开工~ 十八, 17
整个工程~竣工 十八, 19-25
部分工程~竣工 十八, 18
~支付价款 十八, 52-58
~支付价款外的款项 十八, 64
~履行辅助义务 十八, 65、66
~提供支付价款的担保 十八, 51、57、58
购买方~提供设计 十八, 62
购买方~提供设备和材料 十八, 63

~接收工厂 十八, 59、61

~的定义 十八, 4

排除~以外的中止 二十四, 13

延迟付款的利息 十八, 52-56、64

研究

详细~ 一, 12

可行性~ 一, 9-11

机会~ 一, 6

初步~ 一, 7、8

敏感性~ 一, 11

yàn

验收工厂

虽有缺陷仍~ 十八, 37-41

仅~某些部分 十三, 33

不作性能试验而~ 十三, 25

~的后果 十三, 23、34, 十四, 23、24

~的日期 十三, 17、25、29、31、32; 十八, 60

~的定义 十三, 1

购买方~的义务 十三, 29; 十八, 38、59

临时~ 十三, 35、36

购买方不~ 十八, 59-61

拒绝~ 十八, 35-37

试运转期与~的关系 十三, 15-19

~报告书 十三, 29、30

~的时间 十三, 2、14、17-19、29、33

yī

一次总付价款

~和订约方法 七, 6

作为定价方法的~ 七, 6-9

~的定义 七, 2

技术转让中的~ 六, 19、20

划分~ 七, 7; 二十五, 30

变动对~的影响 二十三, 26-29

~的支付条件 七, 64

yù

预先支付

根据支付条件～ 七, 67

～的特点 七, 67

规定～的偿还担保书 十七, 13

yuē

约定违约金 十九, 1-5 (见“支付约定款项”)

yùn

运输

与修理服务有关的～ 二十六, 36

用于工厂的设备和材料的～ 八, 11-14

施工所需的机械和工具的～ 九, 13

提交～单证 七, 70; 八, 14

z

zhāo

招标(投标)

～和统包合同法 二, 5

～程序 三, 10-43

～程序的改变 三, 25

～程序中签订合同 三, 42

～程序中的合同条件 三, 27

在～程序中指定咨询工程师 十, 21

有限～制 三, 5、8

～程序中的谈判 三, 27、40、47

公开～制 三, 5-7

～程序中的资格复审 三, 41

～程序中的资格预审 三, 7、11-14

拟定～程序 四, 2

～程序中的调查表 三, 13、19、41

～程序所需的履约担保 十七, 4

在～程序中选定承包方 三, 42

～程序中的两个信封办法 三, 21、35

zhī

支付

- 保证期届满后～ 七, 76
- 接收或验收工厂后～ 七, 75; 十三, 23
- 终止合同后～ 二十五, 30-35
- 购买方向分包人～ 十一, 32-34
- 建造期间～ 七, 68-74
- ～所提供的设备和材料的价款 七, 70; 八, 14
- ～转让技术的价款 六, 18-20
- ～关税 八, 16
- 预先～ 七, 67
- ～奖金 七, 28-30
- ～款项所需单据 七, 71
- 要求～价款和利息 十八, 52-55

支付奖金

- ～的确定 七, 28、29
- ～的时间 七, 30

支付条件

- ～和适用法律 七, 4
- 保养费用的～ 二十六, 28
- 操作服务费用的～ 二十六, 39
- 修理服务费用的～ 二十六, 33
- 备件的～ 二十六, 18
- 采用费用偿还定价法时的～ 七, 65
- 采用一次总付定价法时的～ 七, 64
- 采用单位定价法时的～ 七, 66
- 根据～预先支付 七, 67
- ～的特点 七, 63
- 根据～提供的信贷 七, 77-79
- 根据～在保证期届满后支付 七, 76
- 根据～在接收或验收工厂后支付 七, 75
- 根据～在施工期间支付 七, 68-74; 八, 14

支付约定款项

- 因迟延～ 十九, 17-20
- ～一词的说明 十九, 4

~所涉的不履约的界定 十九, 9
免责障碍对~的影响 十九, 6; 二十一, 8
终止合同对~的影响 十九, 21
~的作用 十九, 1~3
根据~条款应付款项的限额 十九, 12-14
关于~的强制性规则 十九, 5
根据~条款获得应付款项 十九, 15、16
根据~条款确定应付款项 十九, 10、11
~与损害赔偿金的关系 十九, 8
~与强制履约的关系 十九, 7
~与其他补救办法的关系 十九, 4
根据~条款终止合同 十九, 14、21

zhǐ

指标费用 七, 13、15

指南

~的编排 导言, 10-13
~中的定义 导言, 13
~中的说明性条款 导言, 17; 四, 6
~的性质 导言 9、16
~的目的 导言 8
~中概述的目的 导言, 15
~中提出的建议 导言, 16
~中的提要 导言, 14

指数条款

~使用的代数公式 七, 50
~的特点 七, 49
~拟采用的指数 七, 54、55
~所涉的部分价款 七, 52
与采用~有关的不同时间 七, 53

zhì

质量保证

~的特点 五, 26

~的开始 五, 29; 十三, 23

~的延长 五, 30

~期限 五, 28

制造商的~ 五, 31

~的范围 五, 26、27

制造过程中的检查

~的费用 十二, 20

~的说明 十二, 8、9

向购买方提供与~有关的便利 十二, 1

从事~的机构 十二, 6

关于~的法规 十二, 2、3

购买方进入与~有关的制造地点 十二, 11

~的目的 十二, 1、8

制造过程中的试验

~作为承包方控制制度的一部分 十二, 4

制造过程中的其他试验或变更试验 十二, 15

~的费用 十二, 20

~说明 十二, 8、9

向购买方提供与~有关的便利条件 十二, 11

从事~的机构 十二, 6

关于~的法规 十二, 2、3

~的目的 十二, 8

购买方进入~ 十二, 10

购买方未参加~ 十二, 14

~报告和证书 十二, 17-19

~的标准 十二, 5

进行~的时间 十二, 12-14

~不成功 十二, 16

zhōng

终止合同

~与支付约定款项 十九, 21

~作为不履约的补救办法 十八, 12、14; 二十五, 8-21

按协议而~ 三, 49

因当地条例的变动而~ 二十三, 23

因不可预见的自然障碍而~ 二十三, 23

为方便而~ 二十五, 17、18

因开工迟延而~ 十八, 17; 二十五, 8、9

因迟延完成部分工程而~ 十八, 18; 二十五, 8、9

因整个工程迟延竣工而~ 十八, 19、20; 二十五, 8、9

因迟延开立信用证而~ 十七, 42

因超出指标费用而~ 七, 15

因由承包方负担费用和 risk 所雇用的新承包人未履约而~ 十八, 25

因不提供履约担保书而~ 十七, 25; 二十五, 8、9

因未能履行有关保密义务而~ 五, 25

因未能就权利和义务的转让履行义务而~ 二十七, 12

因不提供保险而~ 十六, 40; 二十五, 8、9

因不要求开始施工而~ 九, 20; 二十五, 8、9

因干扰或阻碍承包方的工作而~ 二十五, 20

因免责障碍妨碍施工而~ 二十五, 22

因购买方延迟支付价款而~ 十八, 57、58; 二十五, 19

因购买方未提供设计而~ 十八, 62; 二十五, 19

因购买方未提供设备或材料而~ 十八, 63; 二十五, 19

因在施工期间发现严重缺陷而~ 十八, 31

因在性能试验期间发现严重缺陷而~ 十八, 36、37; 二十五, 8、9

因中止超过一定期限而~ 二十四, 17

因承包方违反关于分包的限制而~ 二十五, 10

因承包方违反关于合同转让的限制而~ 二十五, 10

对施工后供应的备件和服务~ 二十六, 45

因破产或无力清偿债务而~ 二十五, 11-16、21

根据损害赔偿金或罚款条款的规定而~ 十九, 14、21

~生效 二十五, 23-36

~对履约担保书和偿还担保书的影响 十七, 34

~的范围 二十五, 7

~的理由 二十五, 8-22

关于~的法律规则 二十五, 3-5

~的应用 十八, 12; 二十五, 2

中止施工

- 承包方~ 二十四, 5-7
- 购买方~ 二十四, 3、4
- 因购买方延迟支付价款而~ 十八, 57
- 因购买方不供应设备或材料而~ 十八, 63
- 因~而停止工程 二十四, 12
- ~的定义 二十四, 1
- ~的期限 二十四, 10、11
- ~的后果 二十四, 12-18
- ~对时间表和竣工日期的影响 九, 24-26
- 中断施工与~的区别 二十四, 1
- ~的程序 二十四, 8-11
- ~和其他补救办法的关系 二十四, 12
- 结束~后恢复工程 二十四, 18
- ~的应用 二十四, 1、2

zhòng

仲裁

- ~协定 二十九, 6、24-29
- 拟由当事各方选择的~规则 二十九, 34-36
- ~中仲裁员的指定 二十九, 40
- ~中的临时措施 二十九, 26
- 适用于~的法律 二十九, 33、34
- 混合~条款 二十九, 47
- ~中仲裁员的人数 二十九, 37-39
- ~地点 二十九, 32、33、41-47
- ~和解决争端的其他办法的关系 二十九, 5-8、28
- ~类型 二十九, 30-32、34
- 国际贸易法委员会~规则 二十九, 35、36
- 采用~方式解决争端 二十九, 22、23

重新谈判

- 通过~未能达成协议 二十二, 14、23; 二十九, 3
- ~的指导方针 二十二, 19、20
- 通知~ 二十二, 15-17
- ~的义务 二十二, 1、3、14

～期间义务的地位 二十二, 21、22

～的时限 二十二, 18

zhuān

专属管辖权条款 二十九, 4、51-53

专有技术

作为技术转让形式的～ 六, 5

～的保密 六, 23-25

zhuǎn

转让(另见“合同”)

合同或合同义务的～ 二十七, 1-6、8-12

承包方对分包人的权利的～ 十一, 31

合同权利的～ 二十七, 1-4、7-12

zhuāng

装运或到达现场时的检查

～期间发现缺陷的后果 十二, 23

未能进行～ 八, 20; 十二, 22

～的目的 十二, 21

zī

咨询工程师

～代表购买方行事 十, 7、8

～进入现场 十, 29

～提供咨询和专门技术知识 十, 5、6

～的特点 十, 3

承包方对～提出异议 十, 24

～向他方委托权力 十, 27

在投标文件中指定～ 十, 21

确定工厂保养的～的职能 二十六, 24

～的独立职能 十, 9-19

向～提供资料 十, 29

～签发付款临时证明书 七, 72、74

需要聘用～ 十，1-4

更换～ 十，25

选择～ 十，20-26

由～解决争端 十，15、17-19