

联合国 大会

FILE COPY



Distr.
GENERAL

A/CN.9/362/Add.11
30 March 1992
CHINESE
ORIGINAL: ENGLISH

联合国国际贸易法委员会

第二十五届会议

1991年5月4日至22日，纽约

国际对销贸易

国际对销贸易交易法律指南草案

秘书长的报告

增 编

十一. 约定违约偿金和罚款条款

目 录

	段 次
A. 概述.....	1 - 11
B. 取得约定款项与取得损害赔偿金的关系.....	12
C. 支付款项的作用.....	13 - 16
D. 约定款项的数额.....	17 - 23
E. 获得约定的款项.....	24 - 27
F. 终止对销贸易承诺和支付约定款项的条款.....	28 - 29

[编者按：本章草案是以文件A/CN.9/WG.IV/WP.51/Add.3 * 印发的第十一章草案“约定违约金和罚款条款”的修订体。每段开头的方括号标注表示该段在文件A/CN.9/WG.IV/WP.51/Add.3 * 中的原段落编号，或表示其为新段。在文件A/CN.9/WG.IV/WP.51/Add.3 * 各段内所作的修改均以标线标出。]

A. 概述

1 . [1] 约定违约金条款和罚款条款规定，若当事一方不履行某一规定义务，或未能按时履行义务，受害方就有权得到该未履约方付给的一笔在双方建立合同关系时约定的款项。约定款项的目的可以是促使履行义务，或补偿不履约所造成的损失，或两者兼而有之。¹ 有时，双方议定，支付约定违约金或罚款的义务须有一项担保作保证（见下文第27段）。

2 . [2] 本章着重论述对销贸易协议中为处理不履行对销贸易承诺而载入的约定违约金和罚款条款。本章并不直接论述利用约定违约金条款或罚款条款支持履行作为对销贸易交易的一部分的供应合同的问题。约定违约金条款和罚款条款经常用于销售合同和其他类别的供应合同，而作为对销贸易交易的一部分的供应合同在其中载有此种条款并不会产生对销贸易特有的问题。尽管如此，本章中对约定违约金和罚款条款一般特点的讨论是与此种条款用于供应合同有关的。

3 . [新段] 各当事方的意图往往是以该条款来处理未履行对销贸易承诺的情况，即该条款的受益人在发生违背对销贸易承诺时，要求得到约定款项，便可放弃履行承诺的要求。有时，双方是使该条款来防止拖延，就是说，尽管支付了约定款项，对销贸易承诺仍需履行（见下文第13至16段）。

4 . [3] 如果作出承诺一方未采取对销贸易协议中规定的行动来履行对销贸易承诺，即产生支付约定款项的义务。如同第四章第35和36段所述，该行动也许是签订一项供货合同，或者是为履行供货合同而规定应采取的行动（例如开立信用证或交付货物）。如果对销贸易承诺的履行是以履行供货合同为准，那么未能履行该合同也许会同时产生两方面的赔偿责任：一是对销贸易协议中约定违约金或罚款条款规定的赔偿责任，二是供货合同规定的赔偿责任，各当事方似宜设法避免发生此种重复责任（见第四章，第36段）。

5 . [4] 对销贸易协议中的一项约定违约金或罚款条款可包含有购买方的

购货承诺，也可包含供应方的供货承诺。该条款可涉及对销贸易承诺的全部或一部分。在许多对销贸易交易中，此种条款只包含出口货物并承诺反向进口一方的承诺。那是因为该当事方的主要兴趣在于出口自己的货物，而对于购买对方的货物并不那么热心。但是，如果承购货物一主特别关注货物的获得，双方可约定，假如供货方不签订供应合同，它就必须支付一笔约定的款项。如果购货方和供应方都对签订供应合同有浓厚兴趣，双方可商定，双方的承诺都得受到约定违约偿金或罚款条款的制约。

6.[5] 如果在签订对销贸易协议时就议定，假如双方未能履行对销贸易承诺，另一方就可得到赔偿款项，那么，就约定违约偿金或罚款达成协议确有一定的优点。第一，该款项是对不履约的约定补偿，因而使双方均可避免为证明不履约所受损失程度而引起的困难和费用。这些费用也许相当大，特别是如果受害一方必须在司法诉讼或仲裁过程中确证所受到的损失。而且，由于司法或仲裁过程而获得的赔偿数额是难以确定的（见第十三章“没有完成对销贸易交易”，第12和13段）。约定的款项是确定的，这种确定性可有利于双方评估他们在对销贸易协定下所承受的风险。第二，约定的款项可作为不履行对销贸易承诺的赔偿责任的限额。条款中载入了其承诺的一方事先知道，万一它未能履行对销贸易承诺，它需承担多大的赔偿责任（但还请参见下文第11段对于超过约定款项的索赔可能性的讨论）。但是，如果对销贸易交易的目的是避免款项的划拨，那么，约定违约偿金或罚款条款就不是一个好办法。

7.[6] 许多法律制度对约定违约偿金和罚款条款都有规定，这些规定常常限制当事各方通过这些条款可得到的利益。按照某些法律制度，凡确定一笔约定款项来促使履约的条款均属无效，不履约的一方只负责偿付按一般法律规定所应偿付的损害赔偿金。那些法律制度只承认当事各方在签订合同时据以确定一笔约定的款项以赔偿由于不履约而造成的损失条款。然而，根据另一些法律制度，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两种目的的条款，原则上都是有效的。在特定情况下，特别是如果该款额按情形而论大大偏高，或如果履行了部分义务，法院可有权削减该约定的款项。如果实际损害超过约定款项，法院也可有权判给更多的损害赔偿金。在那些法律制度中，当事各方不得通过协议减损法院削减约定款项或判罚额外赔偿金的权力。

8.[7] 作出了承诺的一方可能会由于其自身并无责任的某种长期障碍或暂

时障碍而未能履行其对销贸易承诺（关于此种障碍的讨论，见第十三章“没有完成对销贸易交易”第13至36段）。许多法律制度都有这样的规则，即如果不履行有关的义务是由于承担义务的一方并无责任的某种长期障碍所造成，则不应支付约定的款项。这一做法符合《联合国国际货物销售合同公约》（维也纳，1980年）第79条有关不履行义务的免责规则。（又见《关于因不履约而应付约定款项的合同条款的统一规则》第5条（见注1））。如某一障碍只是暂时地影响到义务的履行，根据许多法律制度中的规定，可以延长履行义务的时限。在发生暂时障碍的情况下，则只有对超过了延长时限后仍未履行的那部分对销贸易承诺，应支付约定违约赔偿金或罚款条款所规定的赔偿。对销贸易协议可以维持此种规则的适用性，同时列入若干条款，确定免责障碍的定义，定出用以确定什么样的障碍算作长期障碍的规则（见第十三章“没有完成对销贸易交易”，第17至34段）。

9.[8] 约定违约赔偿金条款或罚款条款应区别于其他两种条款，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确定了在证明负有赔偿责任的情况下的最高应付金额。原告必须证明其损失的金额，若损失金额小于该最高额，则只予补偿业经证明的金额。规定可选择义务的条款让承担义务的一方自行选择或者履行某一规定义务或者支付一笔约定的款项。通过履行义务或支付款项，负有义务的一方即为履行了义务。按照约定违约赔偿金条款或罚款条款，负有义务的当事方并不能选择支付约定的款项或者履行义务。如果对作出承诺一方是否有此选择尚有疑问，最好在条款内对此问题作出规定。

10.[9] 本章讨论的条款亦有别于对销贸易协议中规定通过易货合同支付贸易来往现金余额来履行清算义务的条款，以及按抵销安排要求结清付款差额的条款。此种差额结算的付款只是对某一方向提供的货物的付款，并不是以另一方向的供货作为补偿。而且，此种付款并不像约定违约赔偿金或罚款那样，预先规定其数额。（关于易货合同中的差额清算条款，见第三章“订立合同的方法”，第7段，关于抵销安排，见第九章“付款”，第54至57段。）

11.[10] 在第八章“第三方参与”的讨论已经谈到，对销贸易的承购方或供货方可有权雇请另一第三方来履行购货或供货承诺。在这种情况下，有时也会商定，原来作出承诺的一方将始终对其对销贸易承诺的履行承担责任。如果这样，在雇请第三方的合同中可以规定，假若第三方违反了其购货或供货承诺，该第三方须向原承诺方支付一笔约定违约赔偿金或一笔罚款。支付一笔约定的款

项，目的是使原承诺方得到补偿，因尽管由于第三方的原因而违背对销贸易承诺，仍须由它承担责任。 第三方对原承诺方的补偿也可采取第八章第37段所述的那种“免责条款”的形式。 第三方直接向未来与之签订供货合同的一方作出的签订未来供货合同的承诺，也可包含在约定违约赔偿金或罚款条款之内。（关于雇请第三方的讨论，见第八章，第 6、17和18段（第三方购货方）和第49至51段（第三方供货方））。

B.取得约定款项与取得损害赔偿金的关系

12 . [11] 法律制度常常规定了取得约定款项与取得损害赔偿金之间的关系。由于约定违约赔偿金或罚款条款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6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，那么应得到约定款项的一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，则应支付约定款项的一方也不得声称他只承担付给损害赔偿金的责任。 然而，根据一些法律制度，应获得约定款项的一方可以证明其损失超过了约定的款项。在那些法律制度中，受害一方除获得约定款项之外，还可无条件或是在符合某些条件（例如，不履行是由于疏忽造成的，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，就超出部分获得损害赔偿金。鉴于法律制度之间的差异，鉴于约定违约赔偿金条款可从不同的角度作出解释，较可取的办法是，当事各方在适用法律允许的范围内，在该条款中对于受害方是否有权在约定的款项之外再获得损害赔偿金的问题，作出规定（《统一规则》，第7条（见注1））。（关于未能履行对销贸易承诺的金钱赔偿的进一步讨论，见第十三章“没有完成对销贸易交易”，第11和12段。）

C.支付款项的作用

13 . [12] 各当事方应予考虑的一个重要问题是，受益人要求得到约定的款项是否就放弃了对履行基本义务的要求。 对销贸易交易双方的意图往往是，在发生违反对销贸易承诺时，如受益人选择索要约定款项，那就不能同时又要求履行对销贸易承诺。 但是，有时各当事方的目的是针对迟延履行对销贸易承诺而

规定付给约定款项，在这种情况下，尽管支付了约定款项，对销贸易承诺仍须履行，因此最好是在约定违约金或罚款条款中明确规定支付约定款项应起到的作用。如无此种规定，支付款项的作用应根据适用法律和根据显示各当事方意图的具体情况（例如根据约定款项的数额）来决定（《统一规则》第6条（见注1））。

14. [新段] 应当指出，有关义务的性质可决定履约能否强制执行。特别是，提供服务的义务，根据某些国家的法律，也许不能强制执行，这就只能通过赔偿款项的办法来补偿。

15. [13] 假若对销贸易承诺须按规定日期得到履行，或对销贸易承诺的某些部分须按约定的时间进度表得到履行，此事关系重大，则各当事方似宜就万一发生的延误规定支付一笔约定款项。例如，如果单向的对销贸易承诺是否按期履行对于供货方履行其反向供货合同的付款义务的能力来说关系重大，那么该供货方也许很有兴趣订立此种条款。假若购货方已经作出在某一特定日期转售货物的承诺，则该购货方也会对订立此种条款抱有兴趣。关于因履约迟延而应付的约定款项的数额，在下文D节还将进一步讨论。

16. [14] 假若因对销贸易承诺的某一部分未能按原来预定的时限得到履行而应支付款项，也会产生支付约定款项所应起到的作用问题。在此种情况下，似宜明确规定，如果对销贸易承诺的某一部分未完成而且在总的履约期限期满时仍未得到接续或仍未完成，是否应按约定违约金或罚款条款支付一笔款项，又如果对销贸易承诺的某一部分未得到完成而由一个阶段转入另一个阶段，对此种延误是否应付给一定的款项。

D. 约定款项的数额

17. [15] 约定违约金或罚款的数额，不管是针对不履行或针对拖延履行对销贸易承诺而规定者，既可以一个绝对数额来表示，也可按该未完成交易的价值的一个百分比来表示。按照未履行承诺的比例来计算应付款额，其优点是自动减去对销贸易承诺已完成部分的数额。如果有了确保支付约定款项的一项独立担保（见下文第23段），鉴于此种担保的独立性质，则削减应付金额并不能因此而自动减少担保金额。因此，为了使担保金额与基本义务保持一致，担保的条款最好规定，在提出了约定的文件时，对销贸易承诺的任何削减应随之而相应减少担保金额（见第十二章，“履约担保”，第25和26段）。如果是附属担保，

则基本义务的削减将导致担保应付金额的自动削减（见第十二章，第3段）。

18.[19] 如果约定违约偿金或罚款条款涉及迟延问题，则应支付的约定款项常常是累加的，即针对每一段时间单位的迟延确定一具体的罚款数额。在这种情况下，似宜对累加数施加一个限额。各当事方似宜研究处理在达到限额之后仍然不履行承诺的可能性。一个办法是规定，约定违约偿金或罚款条款的受益方无权获得进一步增大的偿金或罚款，或者无权获得在达到限额之后对不履行对销贸易承诺而造成的损失的危害赔偿金。另一个办法是，在达到限额之后，约定违约偿金或罚款条款的受益人仍有权要求履行承诺。在这种情形下，各当事方可商定，如果在达到了累加数限额之后一段商定的时间内，作出了承诺的一方仍不履行对销贸易承诺，则违约偿金或罚款条款的受益人有权索取由于不履行承诺而产生的额外约定款项。无论采用何种办法，都似宜规定，一旦达到了迟延偿金的累加额，约定违约偿金或罚款条款的受益人便有权终止该对销贸易承诺。

19.[16] 确定约定款项的适当金额会有些困难。在长期的对销贸易交易中，很难在签订对销贸易协议时就估计到出现违背对销贸易承诺时可能遭受的损失，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，或足以促使履约。从约定违约偿金或罚款条款的受益方的角度来看，约定款项的数额不应定得太低，以致在另一方不履行对销贸易承诺时使受益方受到严重的、不可补偿的损失。此外，款项金额如果低于负有义务的一方由于不履行对销贸易承诺而节省的花费，将起不到促使妥当而及时履行承诺的作用。实际上它将会起到与此相反的作用。[下面一句是基于A/CN.9/WG.IV/WP.51/Add.3 * 第18段第一句作出的修改] 约定违约偿金或罚款条款的受益方可能会发现，最好将约定款项的数额定得恰到好处，使之既能提供合理补偿，又能在适用法律允许的范围内，成为履行承诺的适当压力。

20.[18] 应防止款项数额过大，过大会使一些潜在的贸易伙伴畏而却步，不愿意签订对销贸易协定。款项过大还会使得更难找到一个第三方愿意参与履行受制于一项免责条款的对销贸易承诺（见上文第11段，又见第八章“第三方的参与”，第37段）。数额过大也不会产生特别的威慑效果，因人们可以预测，在诉讼过程中法院多半会宣布它无效，或至少也会作出削减（见上文第7段）。而且，承诺购货一方如果须接受一笔数额定得特别高的约定款项，它反过来也许要设法压低它所购买的货物的价格，或者该当事方会设法抬高自己货物的销售价格。

21.[18] 如果适用的法律允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出尽可能精确的估算。〔下面一句是基于A/CN.9/WG.IV/WP.51/add.3* 第17段所作的修改〕在确定约定款项的数额时，各当事方应注意到，根据此种法律，约定款项的数额也许要提交法院审查，把它作为一个重要因素，来确定支付约定款项的义务是否意欲补偿损害或促使履约（见上文第7段）应保留与此种估算和计算的依据有关的任何记录，以作为证据，说明该款项不是随意确定的。此外，当事各方似宜在对销贸易协议中说明，该条款内所定金额是对万一违反了对销贸易承诺而将会导致的损害所作的诚实估计。

22. [18] 对于涉及不履行对销贸易承诺的约定款项，在确定多少金额为合理时，当事各方可考虑到下述诸因素，例如供货方在替代销售中可获得的价格，购货方在替代购货中须支付的价格，不履行对销贸易承诺可能造成的损失，对销贸易承诺得不到履行的风险有多大，以及款项数额应大到足以促使履约。

23. [新段] 对于涉及拖延履行对销贸易承诺的约定款项，在确定多少金额为合理时，当事各方可考虑到在决定对销贸易协议载入一项约定违约金或罚款时受到那些具体情况的影响（见上文第15段）。例如，如果进口商依靠及时的反向出口来偿还银行贷款，则约定款项数额的确定也许应以由于拖延购买对销贸易协议货物而需承担的筹资费用为依据。如果反向进口商是约定违约金或罚款条款的受益人，则应考虑的相关因素可能是反向进口商由于未能在某一日期转售对销货物而面临的后果。

E. 获得约定的款项

24. [20] 各当事方似宜规定，受害一方如果在履约期期满之后一段确定的时间内（例如在三十天之内）不提出索赔要求，则丧失取得约定款项的权利。这样一项规定目的是解决在履约期期满之后一段合理的时间内未能履行对销贸易承诺的赔偿责任问题。就提出索赔要求而规定的时限不能太短，以便各当事方可以确定对销贸易承诺是否已经履行。这一点对于下述情形具有特别重要意义：履行对销贸易承诺的行动也许是在履约期截止之前不久才采取，或者将与之签订供货合同的人并不是应对其作出承诺的当事方。

25. [21] 履约期分为若干阶段，最好是在对销贸易协议中指明，约定的款项到底应在发生不履约的每一阶段终了后支付，或是应在整个履约期结后才支付。假如应在每一阶段终了之后支付，则应规定在每一阶段终了后提出索取约定

款项要求的期限（见前段）。

26.[22] 为索取约定款项而需办理的诉讼既耗费时日也耗费金钱。如果对销贸易协议授权受益人从其掌握的另一方的资金中扣除该约定款项，或以应索取的约定款项来抵消受益人应付给该另一方的款额，就可减少提起法律诉讼的必要性。例如，假若双方商定，出口合同的收益须留存作为反向出口合同的付款，那么可以商定，假若反向进口方违背其承诺，没有签订购买反向出口货物的合同，则反向出口方可以扣留一笔相当于约定款项的金额（见第九章“付款”，第12和62段）。如果约定违约金或罚款条款的受益人并不掌握付运货物的收益，则可授权从与该项对销贸易交易并无关系的款项或应付款内扣除，借以达到取得约定款项的目的。然而，应指出的是，根据某些法律制度，授权扣款和相互抵消的条款受到一些强制性规则的制约。一些国家的法律中就有这样的规定：只有从当事双方的商业关系中引起的抵销索款才允许使用抵消办法。此外，某一扣款或抵消也许到后来无法生效，如果拟扣除或抵消的约定款项在后来被法院认为款额太大，也可能被削减。

27.[23] 约定违约金或罚款条款的受益人似宜在对销贸易协议中列入一条规定，要求另一方安排由一家金融机构就约定的款项提供担保。然后，受益人即可根据该担保书的条件，要求该金融机构付给约定的款项。此种担保一般都是独立性质的，虽然也不排除采用附属担保的可能性。关于独立担保、它与附属担保的区别以及两种担保的可能付款条件的讨论，见第十二章“履约担保”，特别是第3、4和18段。

F. 终止对销贸易承诺和支付约定款项的条款

28.[24] 当事各方似宜规定，如果因迟延履行而应支付的约定款项按累计增加的方式计算，而且规定有累计可得数额的限额（见上文第18段），则在达到该限额以前，任何一方不得以发生了为之规定了约定款项的不履约为理由而终止对销贸易承诺。

29.[25] 当事各方还似宜规定，在达到限额之后宣布的终止并不影响支付在终止之前应予支付的约定违约金或罚款的任何义务。这样可以避免某些法律制度引起的模棱两可问题，因有些法律制度规定，某一合同的终止影响到合同终止之前应有的义务。然而，假若在达到限额之前即终止了对销贸易承诺（例

如，由于发生了并非约定款项所针对的某种违约行为，约定违约赔偿金或罚款条款的受益人终止了对销贸易承诺），各当事方似宜规定，此种终止并不影响取得在终止日期应予支付的约定款项，但是在合同终止之后就不应支付任何作为约定款项的款项。

注

- 1 关于国际合同中约定违约赔偿金和罚款条款的性质和执行情况的研究报告，见《联合国国际贸易法委员会年鉴，第十卷：1979年》第二部分，I,C,和《同上，第十二卷：1981年》第二部分，I.B.1。委员会通过的“关于因不履行而应付约定款项的合同条款的统一规则”（以下简称为“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》内，见《大会正式记录，第三十八届会议，补编第17号》（A/38/17），附件一（另外也刊载于《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）。联合国大会1983年12月19日第A/RES/38/135号决议建议各国酌情以示范法或公约的形式执行《统一规则》。各当事方可采用该《统一规则》来拟定约定违约赔偿金和罚款条款。