

# 国际工程合同中 业主和承包商权利义务的 对等性分析

敬笠洋 吕文学

**内容摘要** 合同当事人权利和义务的对等性是订立合同的重要议题,只有权利和义务基本对等的合同才能获得当事方的认可。本文从法律角度和合同角度对权利和义务的对等性进行了分析,结合 DBO 合同条件中关于权利义务对等性条款的规定,分析了权利义务对等性在国际工程合同中的体现及其重要性。

**关键词** 权利 义务 对等性 合同

## 一、权利义务及其对等性的法律意义

对权利的意义与范围进行界定,对于论述权利义务的关系有着重要的意义。在一般的法律意义上,权利是指作为社会个体的自然人、法人(不包括国家)及其他社会经济组织所享有的权利和自由,它维护的是社会个体的利益。与之相反,义务是指与权利、权力相对应的法律义务、法律责任、无资格等法学范畴。

一般来讲,法律要求权利和义务应该是对等的。所谓对等,一般说来,是指某一关系的双方之间在某些方面的相等或者相当。

这里所说的关系双方,既可以是一个人另一个人,又可以是某一社会群体与其他社会群体,还可以是个人与社会群体。这些关系双方所发生的关系,既可以是经济关系(如人与人之间的买卖关系),又可以是政治关系(如一个人拥有某种政治权力与他应该履行的政治义务的关系)。有学者认为,对等性是权利和义务关系一般相关性的表现。对等性是对相互制约、相互依存关系态势中的对立双方内在联系、相反相成关系的表达和概括。对等性即同位性侧重于“相对应”,而“相对应”是指两个事物之间的联系是内在的、逻辑的、对称的、双向的,即有一项权利,必然有一项义务与之对应,反之亦然。总而言之,法律上关于权利义务对等性的看法是人对权利的拥

有是以履行相应的义务为条件的,而义务的履行同样赋予他享有相应的权利。同时,权利和义务互为界限,超越界限的行为就要转向对立面。任何超越权利界限的行为,都同时是侵犯了别人的权利,没有履行自己的义务;超越义务界限的要求就是没有履行自己的义务,而侵犯了人家的权利。

## 二、权利义务及其对等性的合同解释

合同的实质内容就是当事人之间依法就相应的民事权利与义务达成的合意,具有如下法律性质:其一,合同是一种民事法律行为。合同以意思表示为要素,并且按意思表示的内容赋予法律效果,故为民事法律行为,而非事实行为。其二,合同是两方以上当事人的意思表示一致的民事法律行为。合同的成立必须有两方以上



的当事人,他们相互为意思表示,并且意思表示相一致。这是合同区别于单方法律行为的重要标志。其三,合同是以设立、变更、终止民事权利义务关系为目的的民事法律行为。任何法律行为均有目的性,合同的目的性在于设立、变更、终止民事权利义务关系。

由于其签订方涉及两方或两方以上当事人的特点,合同关系是典型的以一种权利与另一种权利交换的关系。在法律上,权利义务的对等性如前所述,表现在一个人的权利必须有一定的义务与之对应,但这个义务不一定是权利人的义务,可能对应的是其他人的义务。也就是说从整个社会来看权利义务的绝对值在量上相等,但对个体来说并不一定如此,要承认特权者的客观存在。

而合同则因为其所约束的对象的特定性(仅涉及买卖双方的权利交换),因此不存在一方享有权利,而另一方履行义务的情况。这里就要提到合同法的正义原则。在合同法中,正义原则是合同法的一个基本原则。合同正义系属平均正义,强调一方给付与对方给付之间的等值性,合同上的负担和风险的合理分配。以工程合同为例,对承包商的特定服务,雇主究竟应支付多少报酬,方为公平合理,涉及因素较多,欠缺明确的判断标准,因此常采取主观等值原则,即当事人主观上愿以此给付换取对待给付,即为公平合理,至于客观上是否等值,在所不问。

在 FIDIC 的各个版本的合同条件中,平衡业主与承包商的

权利和义务一直是核心议题,FIDIC 之所以能作为主流合同条件被广泛认可,也在于它提出了一系列被普遍接受的权利交换条款。以下就从国际工程合同角度分析其中与权利义务对等性相关的条款,以发掘其中的权利义务的对等思想。

### 三、国际工程合同中双方权利义务的平等性

FIDIC 的各种合同条件针对不同类型的国际工程做了十分详细的规定,但其中并没有对权利义务对等思想的集中描述。以下以 2008 年 FIDIC 出版的《设计-建造和运营项目合同条件》(简称“DBO 合同条件”,又称“金皮书”)为例,分析其中比较有代表性的涉及权利义务对等性的条款。

(一) 协议书关于权利义务对等性的描述

在 FIDIC 的几个合同条件,如黄皮书和绿皮书中都有“合同协议书”这一条,此款主要针对合同协议书的签订时间、格式和费用做出了如下规定:承包商收到中标函的 28 天内合同双方要签订合同协议书;协议书的格式按专用条款所附的格式;签订合同的印花税和类似费用由雇主承担。

从合同协议书的内容上看,它主要规定三个方面的内容:①整个合同协议书中包含的全部文件中的术语具有合同条件中所定义的含义;②构成整个工程合同的全部文件的清单;③说明合同的约因,即承包商保证按合同实

施工程,雇主按照合同约定,支付承包商工程款。

这一文件实际上是对合同全部文件的一个汇总,表达了当事人履行合同义务的承诺,同时也表现了合同权利义务的平等性,承包商必须履行按合同实施工程的义务,同时享有得到付款的权利,而这种权利是从雇主履行其支付义务中获得的。合同协议书是订立合同的基础,是一个合同行为的起点,合同条件中关于此点的叙述体现了合同作为当事人之间利益交换凭证的本质特点。但最为重要的是,此款表达了权利和义务的对等观点,只有在合同双方的权利和义务对等的情况下,合同才可能达成。

(二) 文件使用条款中关于权利义务的平等性描述

在合同的设计方面,很多条款的设计也是以权利义务的平等性为基础。在文件的使用上,DBO 合同条件有如下两个条款:雇主使用承包商文件和承包商使用雇主文件。显然,这是两个相对应的条款。

前者规定了雇主使用承包商文件的权利,具体如下:承包商文件的版权和知识产权归承包商;承包商已经给予雇主无限期的、可转让的、不排他的、免版税的,在本工程上复制、使用和传送承包商文件的许可;许可的范围:①时间范围为相应工程部分的实际或预计寿命,以较长者为准;②合法拥有该工程相关部分的人,有权为完成与该部分有关的工作而复制、使用或传送承包商文件;③对承包商的计算机程序或软件等

表 1: 雇主与承包商权利义务对等性汇总

雇主的权利或义务	承包商的权利或义务
雇主使用承包商文件的权利和义务	承包商使用雇主文件的权利和义务
雇主保证雇主人员和其他承包商与承包商合作	承包商在各个方面给予雇主人员合作
雇主保证雇主人员和其他承包商遵守关于项目安全与环保的规定	承包商遵守所有适用的安全条例并对现场安全负责
雇主在承包商遇到利物质条件时、有向承包商索赔的权利	承包商在遇到不利物质条件时、有向雇主索赔的权利
雇主有义务让承包商知道其资金安排	承包商有义务将财务状况的改变通知雇主代表
雇主不能雇用正在为承包商服务的人员	承包商不应从雇主人员中招收或试图招收员工
雇主代表应至少提前 14 天将开工日期通知承包商; 除非专用条件中另有规定, 开工日期应在承包商收到中标函后 42 天内。	承包商应在开工日期后 28 天内开始设计和实施工程; 承包商应随即以正当速度进行设计-建造工作, 不得拖延。
雇主代表有单方面确定设计-建造款额的权利	承包商有将关于款额的争议提交 DAB 做出评判的权利
由雇主暂停和终止 (合同)	由承包商暂停和终止 (合同)

类型的文件, 允许在现场或合同中设想的其他地点的计算机上使用; ④如果因承包商违约造成合同终止, 雇主再雇用其他承包商完成该合同时, 可以使用承包商文件; 如果属于本款许可范围以外的情况, 雇主在使用承包商文件之前需要获得承包商的许可。

后者从权利义务对等的角度相应规定了承包商使用雇主文件的权利和条件, 规定了如下内容: 雇主对其编制的雇主要求和其他文件保留版权和知识产权; 承包商为了实施本合同目的, 可以自费索取、复制、传送这些文件; 如果用于本合同之外的目的, 则必须经过雇主的许可。

总的来讲, 前者是为了保证

雇主在使用承包商文件时, 只能用于本工程, 而后者则只允许承包商在本工程上使用雇主的文件, 不可用于其他工程。可以看出, 两个条款的相关规定是一一对应的, 这种文字上的一一对应也在一定程度上保证了合同双方权利义务的对等。值得注意的一点是, DBO 合同条件与新版黄皮书 (FIDIC 的《生产设备和设计-建造合同条件》) 相比, 扩大了雇主使用承包商文件 (包括对文件修改和使用修改后的文件) 的范围, 也就是说, 两个合同条件在规用以对等的权利的量上发生了变化, DBO 合同条件增加了雇主的权利。这是因为前面提到的合同法正义原则下的主观等值原

则, 对于用以对等或者说交换的权利义务, 由于没有客观的不变的标准, 只能依据经验、环境和习惯等因素加以主观确定, 从而制订为当事人所普遍接受的条款。

(三) 索赔条款中关于权利义务对等性的描述

在国际工程中, 索赔常常是无法避免的, FIDIC 各合同条件中, 关于索赔的规定亦是力求详尽。以 DBO 合同条件为例, 其 20.1 款和 20.2 款分别赋予了承包商和雇主对等的索赔权利。从两条款的对比中可以看出, 雇主的索赔程序与承包商的索赔程序相比依然较为简单。雇主只需在意识到索赔事件后“尽快”发出索赔通知, 没有索赔期限的约束。而承包商则须在意识到索赔事件的 28 天内发出索赔通知, 未遵守该索赔时限即丧失索赔权。

有人认为, 这是否是偏向雇主的规定, 有违双方权利对等的原则。但如果添加“意识或应意识到索赔事项 28 天内”的期限, 在实践中也存在难以确定雇主何时应意识到索赔事件的问题, 这是因为履约双方存在信息不对称: 通常承包商在工程执行过程中对于各类事件比雇主掌握着更多信息。对于雇主有权索赔的事项, 由于其较难在短期内掌握情况并详细收集证明材料, 所以难以设定固定期限, 这也最大限度地避免了承包商的机会主义。

另一方面, 雇主的索赔程序中也体现了对于承包商的保护。条款规定“雇主仅有权按照本条款的规定抵消或扣减付款证书中确认的款额, 或向承包商提出其

他索赔”,即雇主无权随意抵消支付,仅可以在提供充足的证明材料后在已确认的付款证书中扣减,如果雇主存在过度索赔的行为则可能会导致法律纠纷。

可见,在按照双方权利义务对等原则编制条款的同时,DBO合同条件也尽可能考虑到了履约双方在某些方面的不平等性,而非一概而论地死板地强调对等。

#### (四) 终止条款中关于权利义务对等性的描述

合同有时候由于各方面的原因,可能需要提前终止。

对于雇主而言,虽然可以采用资格预审来排除不合格的承包商,但合同履行过程仍可能发生承包商严重违约的情形,如果任其发展下去,将给雇主带来极大的损失。为了保护雇主的利益,工程合同通常编制一终止条款,规定雇主有权终止合同的条件。另外,雇主也可能由于自身的原因终止合同,如因市场机会丧失,主动终止投资等。

而对于承包商来说,在国际工程中,其投标决策应考虑的内容之一就是雇主的资金来源和支付能力。如果由于雇主资金出现危机,造成工程款的拖延支付,承包商将承受极大的财务困难,出现资金链的断裂而遭受损失,从而影响项目的顺利执行。雇主履行其合同义务的情况同样会对承包商顺利实施项目产生影响。因此,赋予承包商暂停和终止合同的权利也是必须的,同时也是再次体现合同制定中的权利对等原则,即双方均有终止合同的权利。

在 DBO 合同条件中,15 款

和 16 款分别就雇主终止的权利和承包商终止的权利做了详细规定。

#### (五) 关于权利义务对等性的隐性描述

上面提到的是国际工程合同中显性存在的关于权利义务对等性的描述,体现了合同设计中的权利对等原则。但是还有不少规定并不如上述条款般明显的论及权利义务的对等性,而是隐性地表达了这种思想。在 DBO 合同条件“取得争议评判委员会的决定”一条中,就争议的提交、争议地评判和 DAB 决定的效力三方面内容作了相关规定,其中争议地评判条目下有如下两条规定:①DAB 决定应对双方和雇主代表具有约束力,即使发出对 DAB 决定的不满意通知,也应立即遵照执行;②除非合同已被放弃、撤销或终止,承包商应继续按合同规定实施工程。字面上看不出这两条目存在任何权利义务的对等性,但在实际的合同行为下,承包商可能以 DAB 决定涉及巨额付款,由于不能及时得到付款,从而产生资金链的断裂为由,证明无法“继续按合同规定实施工程”。因此,立即执行 DAB 的决定与要求承包商“继续按合同规定实施工程”存在某种程度的权利对等性。

以上是合同中常涉及到的关于权利义务对等性的几种描述,在合同的制订中,体现权利义务对等性的条款还有很多,兹选取 DBO 合同条件中部分常见项列表如下,以为参考:

此外,合同中也常涉及某一方当事人权利和义务的对等,即所谓的权责对等。比如在 DBO

合同条件“雇主风险的损害后果”条款下规定,由于承包商控制整个工程,对于工程掌握着更多的信息,通常情况下最先得知雇主风险的发生,因而要求承包商立即发出通知,并提供其遭受损失程度的证据。本款将举证责任归至承包商是合理的,承包商的通知和举证义务对应着其获得索赔的权利。

## 四、结语

从上述分析可以清晰地看到,合同条件基于提供公认的合同范本的目的,理论上希望做到使每个条款都尽可能实现权利义务的对等,尽可能使合同的当事人权责相等,实现双赢。但在实际制订合同的时候,很多客观原因常常会左右业主和承包商之间的博弈结果,也就是说,客观环境等因素会影响当事人对权利义务交换价值的主观判断,使得当事人对合同条件中的具体规定做出相应修改。但不论如何修改,其中心依然是双方权利义务的对等。只不过具体是否对等是基于当事双方的主观判断,而难以如合同条件中的理想情况一言蔽之。

(作者单位:天津大学管理与经济学部)

#### 参考文献

沈宗灵:权利、义务、权力,《法学研究》,1998年第3期。

王文东:论权利义务关系的对等性和非对等性,《首都师范大学学报》,2007年第5期。

崔建远主编:《合同法第三版》,法律出版社,2003年1月。