

## 建设工程领域现行制度及改革动向分析

### 一 引言

2014年8月25日住房城乡建设部（以下简称“住建部”）印发了《建筑施工项目经理质量安全责任十项规定（试行）》（建质[2014]123号）、《建筑工程五方责任主体项目负责人质量终身责任追究暂行办法》（建质[2014]124号）等文件，9月1日印发了《工程质量治理两年行动方案》（建市[2014]130号）。包括上述文件在内，8月至9月住建部密集地出台各类治理工程质量问题和规范建筑市场的文件，逐步落实了《住房城乡建设部关于推进建筑业发展和改革的若干意见》（建市[2014]92号）关于“推进建筑业发展和改革，保障工程质量安全，提升工程建设水平”的要求。

住建部近期出台的各项文件体现出建筑市场未来改革和发展的方向，本文借此机会梳理建设工程领域主要现行制度，并分析未来改革发展的方向，以供交流。

### 二 近期政策概述

2014年5月4日住建部印发了《住房城乡建设部关于开展建筑业改革发展试点工作的通知》（建市[2014]64号）（以下简称“64号文”），2014年7月1日住建部再次印发了《住房城乡建设部关于推进建筑业发展和改革的若干意见》（建市[2014]92号）（以下简称“92号文”），上述两份文件对建筑业各方面的改革发展提出了构想。

总体来说，上述两份文件对建筑市场的改革主要提出以下几个方面的要求：

#### 1. 加强质量安全的控制

建筑工程质量安全管理是住建部本次改革的重点，首先通过落实质量责任制，建立项目负责人的质量责任制度，落实质量责任；其次通过标准化进行质量控制，包括质量行为标准化、工程实体质量控制标准化和安全生产标准化等；再次通过安全生产制度，通过政府和政府委托具备能力的专业社会机构作为安全监督机构辅助力量共同监督；最后进行专项治理，包括推动重型机械一体化管理、鼓励专业化机构为工程质量安全提供专业咨询等。

#### 2. 开放建筑市场

针对目前建筑市场上的地域歧视和隔阂，住建部提出打破有碍于市场统一开放和公平竞争的做法，对建筑市场的信息，包括监管信息、劳务信息等，进行体系化管理。

#### 3. 政府监管和审批的改革

住建部提出改革监管和审批制度，转变政府职能。具体表现在调整资质管理，调整非国有资金投资项目发包方式，加强市场监管信息化与诚信体系建设补充政府监管。

#### 4. 推动建筑业水平提升

住建部提出通过标准化、关键技术研究、制定

激励政策、培训和管理劳务人员、提升设计水平、推行工程总承包、提升建筑信息模型（Building Information Modeling，简称“BIM”）在内的建筑业技术能力等措施推动建筑业发展。

综上，住建部就我国建筑业的现状制定了全面的发展政策，既包括行政改革也包括建筑业市场的发展措施。总体而言，住建部的政策体现出了减少行政干预，扩大市场作用的大方向，当然针对建筑质量等重点问题，也提出了重点治理的举措。

### 三 建设工程政府管理制度的回顾

对于建筑市场，相关政府部门长期担负着市场监管，维护市场秩序，保证建筑工程的质量和安全，促进建筑业健康发展的责任。为此，以住建部门为主的各政府部门和机构制定了体系庞大、内容众多的管理制度，涵盖了建设工程的方方面面。例如对于主体的管理规定，包括资质管理和市场准入等管理规定等；关于市场管理制度，包括市场信息管理、发包和分包规定、劳务市场的管理；有关工艺工法、技术标准、规范和要求等；以及行政审批、备案等程序性管理规定等等。

为了方便读者了解近期政府管理制度的变化，笔者对于现行主要行政管理体制进行了简单梳理，其中比较重要的几项制度如下：

#### 1. 招投标制度

招投标是建筑市场中发包人公平选取承包人的主要途径之一，为此国家已制定了《招标投标法》、《招标投标法实施条例》（以下简称“《**实施条例**》”）和大量部门规章，实践中各地建设部门也纷纷设立了招标投标主管部门和服务市场与平台，形成了非常严密的招投标管理体系。

然而《招标投标法》自 2000 年实施以来，在实践中出现了大量的问题，国家发展和改革委员会（以下简称“**国家发改委**”）法规司领导就曾指出，

各地要求必须招标的项目标准过低过严，评标专家缺乏规范，邀请招标中暗箱操作、串通投标，弄虚作假的问题比较严重，法律责任还需要完善和补充、细化<sup>1</sup>。除此之外，实践中各地也制定了大量的地方性规定，对于必须进行招投标的项目规模和标准提出了更为严苛的要求，实际上造成了行业垄断和地区封锁，也增加了业主的时间和财务成本。

针对实践中的问题，2012 年 2 月 1 日国务院发布施行了《实施条例》，正式启动了对我国招投标制度的系统改革，提出了依法必须招标的标准收归国家发改委等要求<sup>2</sup>。

由于《实施条例》对招投标制度提出了诸多新的改革举措，尤其是针对依法必须招标的项目有了更为严格的程序要求，力求在每一环都设置异议答复与相应的法律责任，因此依法必须招标项目的范围和标准成为下一阶段改革的重点。2014 年 3 月 24 日国务院法制办公室就《工程建设项目招标范围和规模标准规定（修订）（送审稿）》公开征求意见，计划修订招标范围和规模标准。从该送审稿的变化中不难看出，修订的重点在于对“部分市场竞争比较充分的项目以及仅使用少量国有资金、国家融资资金的民间投资项目，不再纳入强制招标范围”，以及相应调整强制招标的项目类型和规模标准。

#### 2. 标准文本制度

标准文本制度长期以来作为政府管理和规范发包人与承包人法律关系的重要制度，住建部、交通部、铁道部等各部门均相应制定了各自领域的标准文本。2007 年 11 月 1 日国家发改委、财政部、建设部、铁道部、交通部、信息产业部、水利部、民用航空总局、广播电影电视总局联合制定了《标准施工招标资格预审文件》和《标准施工招标文件》

<sup>1</sup> 参见《〈招标投标法实施条例〉第二次立法调研座谈会召开》，载于中国采招网，<http://www.bidcenter.com.cn/Statute-42536-5.html>。

<sup>2</sup> 参见《国务院法制办、国家发展改革委、监察部负责人就〈中华人民共和国招标投标法实施条例〉有关问题答记者问》。

(以下统称“九部委版施工招标文件”),九部委版施工招标文件成为国家标准文本在全国范围内进行推广使用。同时由于《〈标准施工招标资格预审文件〉和〈标准施工招标文件〉试行规定》明确规定:“国务院有关行业主管部门可根据《标准施工招标文件》并结合本行业施工招标特点和管理需要,编制行业标准施工招标文件”,“省级以上人民政府有关部门可以根据本规定并结合实际,对试点项目范围、试点项目招标人使用《标准文件》及行业标准施工招标文件作进一步要求”。按照上述要求,住建部2010年制定了《房屋建筑和市政工程施工招标资格预审文件》和《房屋建筑和市政工程施工标准施工招标文件》(以下统称“住建部2010版”),作为九部委版施工招标文件的配套文件和建设工程的行业标准文本。此外2011年12月20日国家发改委会同工业和信息化部、财政部、住建部、交通运输部、铁道部、水利部、广电总局、中国民用航空局,编制和印发了《简明标准施工招标文件》和《标准设计施工总承包招标文件》。

2012年实施的《实施条例》对依法必须招标的项目使用国家发改委编制的标准文本(目前包括:《标准施工招标资格预审文件》、《标准施工招标文件》、《简明标准施工招标文件》和《标准设计施工总承包招标文件》)进行了明确规定<sup>3</sup>,而《实施条例》颁布后,一些部委和地方又更新了相应的标准文本,以使自己的文本能够既符合《实施条例》规定又能够满足本行业或地区的行政管理要求。例如2013年住建部和国家工商行政管理总局制定的《建设工程施工合同(示范文本)》(GF-2013-0201),特别注明非强制性使用文本,2013年5月北京市建设工程招标投标管理办公室也制定了《北京市房屋建筑和市政工程施工标准招标文件应用示范文本(2013年版)》和《北京市房屋建

筑和市政工程施工标准施工招标资格预审文件应用示范文本(2013年版)》,并在2014年4月进行了修订,其中特别注明依据九部委版施工招标文件和住建部2010版制定。

根据实践中各部门的要求,一般优先适用各地政府部门制定的标准文本,各地没有制定标准文本的一般适用行业标准文本,行业没有标准文本的一般采用九部委版施工招标文件或其他通行版本。当然也有部分政府部门对于备案文件采用具体哪个版本的标准文件没有强制性的要求。此外,各政府部门对于允许当事人修改标准文本的接受程度也不相同,需要实践中与主管政府部门沟通确定。

### 3. 质量安全管理制

质量安全管理一直是政府管理建筑工程市场的重点,《建筑法》第五章、第六章分别规定了建筑安全生产管理和建筑工程质量管理,对此国务院先后制定了《建设工程质量管理条例》和《建设工程安全生产管理条例》,此外住建部等各部委对分管行业也分别制定了大量部门规章,提出工程质量和安全生产的具体要求。

总体而言,上述法律法规对质量和安全的规定可以分为以下几类:第一,质量安全的综合性规定;第二,建设单位、勘察设计单位、施工单位、监理单位的质量和安全生产责任规定;第三,工程和货物质量和安全生产的技术规范和标准;第四,质量安全相关的行政审批、备案、现场检查、验收、保修等规定;第五,其他质量安全相关的规定。

### 4. 造价管理制度

虽然工程造价理应属于建设单位等市场参与方意思自治的范畴,即由市场产生和调节价格,但由于我国建筑工程市场混乱的现状和建筑工程对国民经济的重要性,政府部门对造价制定了管理规定,并设立了造价站等机构督促执行,甚至在部分

<sup>3</sup> 《招标投标法实施条例》第十五条规定:“编制依法必须进行招标的项目的资格预审文件和招标文件,应当使用国务院发展改革部门会同有关行政监督部门制定的标准文本。”

地区存在政府部门公布文件直接调整双方当事人就某一项材料或其他单项价格的情况。

一般而言，造价管理制度包括清单规范、定额标准、价格组成和调整等管理规定、政府及相关单位公布的市场信息价、收费标准规定、工程资金管理规定、工程估算概算预算和结算规定等。其中2012年12月25日住建部和国家质量监督检验检疫总局联合发布了《建设工程工程量清单计价规范》(GB50500-2013)(以下简称“13版清单”)，并于2013年4月1日起施行。13版清单的发布和实施成为2013年造价管理制度建设中影响重大的事件之一。

## 5. 工期管理制度

同工程造价相同，工期也是当事人意思自治的范畴，因此法律和行政法规层面对工期的规定较少，《建设工程质量管理条例》第十条规定：“建设工程发包单位不得迫使承包方以低于成本价格竞标，不得任意压缩合理工期。”并且第五十六条进一步规定建设单位压缩合理工期的，责令改正，处20万元以上50万元以下的罚款<sup>4</sup>。

由于压缩工期容易导致工程质量出现问题，并且工程进度往往也是建筑工程争议焦点之一，各政府部门为此也制定了相关规定，例如上海市城乡建设和交通委员会等一些地方政府部门也就工期管理颁布了相关行政管理规定。

<sup>4</sup> 对于合理工期的定义，《建设工程质量管理条例》解释如下：合理工期是指在正常建设条件下，采取科学合理的施工工艺和管理方法，以现行的建设行政主管部门颁布的工期定额为基础，结合项目建设的具体情况，而确定的使投资方，各参加单位均获得满意的经济效益的工期，合理工期要以工期定额为基础确定，但不一定与定额工期完全一致，可依施工条件等作适当调整，这是因为定额工期反映的是社会平均水平，是经选取的各类典型工程经分析整理后综合取得的数据，由于技术的进步，完成一个既定项目所需的时间会缩短，工期会提前。判断工期是否合理的关键是使投资方、各参建单位都获得满意的经济效益。建设单位不能为了早日发挥项目的效益，迫使承包单位大量增加人力、物力投入、赶工期，损害承包单位的利益。实际工作中，盲目赶工期，简化工序，不按规程操作，导致建设项目出现问题的情况很多，这是应该制止的。

## 四 政府管理制度改革方向

长期以来，前述政府管理制度实施过程中出现了大量的不完善之处，例如在工程质量方面，工程质量事故特别是严重的质量问题仍然时有发生，工程质量的保证体系不尽完善，质量责任的落实不到位<sup>5</sup>。在建筑市场方面，“在一些地方保护主义较为浓厚的中部省份，外地企业进入当地市场没问题，但在相关政策、法规方面会设置一定的门槛。这些要求整体来说合理、合规，但在项目投标备案等方面的规定比较苛刻，外地企业执行起来的成本要比本土企业高很多”<sup>6</sup>。此外，对于标准文本，各部门和地方制定的标准合同文本声明非强制使用，但在行业和地区行政管理和备案时往往要求强制使用，并且对于双方当事人能够补充或修改之处有比较严格的限制。这些行业和地方标准文本，缩小了双方当事人意思自治的空间，也是当前建筑市场中急需改革的问题之一。

针对上述建筑市场中的问题，住建部制定了64号文和92号文，系统的开展了各项管理制度的修订和发布，其他政府部门也根据建筑市场的发展改革情况调整了工程管理相关制度。经初步梳理，近期国家层面主要出台了20项新规，详见附表。

各项主要制度的具体变化和改革情况如下：

### 1. 招标投标制度-必须招标的范围和标准

虽然《工程建设项目招标范围和规模标准规定(修订)(送审稿)》尚未正式颁布，但92号文第五条已明确规定：“调整非国有资金投资项目发包方式，试行非国有资金投资项目建设单位自主决定是否进行招标发包，是否进入有形市场开展工程交易活动，并由建设单位对选择的设计、施工等单位

<sup>5</sup> 参见《住建部：内地工程质量存三大问题 将启动空前治理行动》，载于凤凰网，[http://finance.ifeng.com/a/20140927/13152032\\_0.shtml](http://finance.ifeng.com/a/20140927/13152032_0.shtml)。

<sup>6</sup> 参见《住建部拟推建筑业市场化改革》，载于全景财经，[http://www.p5w.net/news/cjxw/201407/t20140722\\_685714.htm](http://www.p5w.net/news/cjxw/201407/t20140722_685714.htm)。

承担相应的责任。”

92 号文下发后，各地建设部门纷纷响应，对招标投标制度改革进行研讨和试点，例如 2014 年 8 月 27 日湖南省住房和城乡建设厅办公室下发《转发<住房和城乡建设部关于推进建筑业发展和改革的若干意见>的通知》，要求创新非国有投资项目监管方式，“改革招标投标方式。选择长沙市作为试点地区，选择部分房地产开发项目开展试点，可以不实行招标投标，也可以不实行强制监理，由建设单位自主选择施工单位和是否委托监理单位”；9 月 18 日山东省住房和城乡建设厅在临沂召开全省工程建设管理工作座谈会研讨改革非国有资金投资工程监管方式<sup>7</sup>。

住建部上述试行非国有资金投资项目建设单位自主决定是否进行招标发包的要求，有利于扩大市场的自主权和灵活性，适应了目前建筑市场中多数非国有业主的诉求。同时需要注意的是，《实施条例》第三条规定：“依法必须进行招标的建设工程项目的具体范围和规模标准，由国务院发展改革部门会同国务院有关部门制订，报国务院批准后公布施行。”在发展改革部门正式文件尚未施行时，建设部门的试点应征得发展改革部门的同意和控制试点范围，将试点情况统一反映在发展改革部门的正式文件中，从而在全国各行业范围内统一范围和标准。

此外，2014 年 8 月 25 日国家发改委、住建部、工业和信息化部、交通运输部、水利部、商务部联合下发了《关于进一步规范电子招标投标系统建设运营的通知》（发改法规[2014]1925 号），针对“平台监督和交易功能不分、互联互通和信息共享不够、交易平台市场竞争不充分、监督手段滞后与监管越位并存等问题”，对交易平台、公共服务平台、

行政监督平台和运营系统提出了新的要求。

## 2. 标准文本制度-对施工专业分包合同、劳务分包合同和设计合同示范文本征求意见

根据《住房城乡建设部建筑市场监管司 2014 年工作要点》，住建部市场监管司 2014 年计划修订《工程设计合同（示范文本）》、《工程勘察合同（示范文本）》、《建设工程施工专业分包合同（示范文本）》和《建设工程施工劳务分包合同（示范文本）》。其中 6 月 17 日住建部下发了《关于征求<建设工程施工专业分包合同（示范文本）>、<建设工程施工劳务分包合同（示范文本）>（征求意见稿）意见的函》（建市施函[2014]74 号），7 月 24 日下发了《住房城乡建设部办公厅关于征求<建设工程设计合同（示范文本）>（征求意见稿）意见的函》（建办市函[2014]418 号），已对《建设工程施工专业分包合同（示范文本）》、《建设工程施工劳务分包合同（示范文本）》和《建设工程设计合同（示范文本）》进行了修订并征求意见，对于勘察合同尚未正式征求意见。

## 3. 质量安全管理制度-开展质量治理行动落实责任主体质量责任

作为本次改革的重点，住建部专门制定了《工程质量治理两年行动方案》（建市[2014]130 号）整治建筑工程质量问题。该文件系统的说明了住建部治理质量问题的方式：首先住建部要求建立质量责任制度，落实责任分配制度；其次住建部提出通过打击建筑施工转包违法分包行为，保证工程质量；再次要求健全工程质量监督、监理机制，发挥监理作用；最后推动建筑产业现代化、加快建筑市场诚信体系建设和提高从业人员素质等。

为了完善和落实质量安全管理制度，2014 年 8 月 25 日住建部颁布了《建筑施工项目经理质量安全责任十项规定（试行）》（建质[2014]123 号）（以

<sup>7</sup> 参见落实建设部《关于推进建筑业发展和改革的若干意见》，载于鲁网，[http://liny1.sdnews.com.cn/fc/201409/t20140918\\_1732051.htm](http://liny1.sdnews.com.cn/fc/201409/t20140918_1732051.htm)。

下简称“123号文”)和《建筑工程五方责任主体项目负责人质量终身责任追究暂行办法》(建质[2014]124号)(以下简称“124号文”),规定了项目经理需要履行的十项安全职责,和建设单位项目负责人、勘察单位项目负责人、设计单位项目负责人、施工单位项目经理、监理单位总监理工程师的终身质量责任。

上述文件对负责人提出了终身行政质量责任,突破了《建筑法》和《建设工程质量管理条例》等法律和行政法规对于负责人的责任限定。《建筑法》和《建设工程质量管理条例》主要要求责任单位承担质量责任,对于负责人主要是承担其个人故意或其他过错行为导致的质量责任,并没有要求对包括社会影响恶劣等宽泛的情形承担质量责任。123号文和124号文适用的情形更加广泛,留给主管部门解释的空间也很大,因此在执行中还需要进一步统一完善归责原则和处罚标准等,在实践中严格执行,防范公权力的滥用。

#### 4. 造价管理制度-推动工程量清单计价运用并放开部分服务收费

2014年9月30日住建部施行了《住房城乡建设部关于进一步推进工程造价管理改革的指导意见》(建标[2014]142号),提出推动工程量清单计价,确立市场决定价格的原则,形成科学的清单规范体系,制定定额编制规则和与市场相适应的定额,改革造价信息服务方式、工程造价服务、计价活动监管机制、造价行政审批制度,推动诚信体系和培养造价人才等。

2014年2月1日住建部修订施行了《建筑工程施工发包与承包计价管理办法》(中华人民共和国住房和城乡建设部令第16号)(以下简称“16号令”),主要推行工程量清单计价制度,高投标限价制度,推广工程造价咨询制度,预防和减少计价纠纷以及加强监督检查。由于16号令对工程造价

的重要性,2014年上半年以来在全国进行宣传贯彻,成为建筑市场中热烈讨论的话题之一。

对此,92号文进一步强调了“建立工程造价体系”,“逐步统一各行业、各地区的工程计价规则,服务建筑市场”。92号文对造价管理提出的改革方针与16号令侧重有所不同,16号令强调推动工程量清单计价,组价以市场竞争产生为重点,92号文同时强调工程量清单和定额体系,要求健全定额体系。此外,92号文明确提出清理各类计价依据,发挥造价咨询服务企业的服务作用,建立造价数据库等服务措施。

此外,2014年7月10日国家发改委下发了《关于放开部分建设项目服务收费标准有关问题的通知》(发改价格[2014]1573号),放开除政府投资项目及政府委托服务以外的建设项目前期工作咨询、工程勘察设计、招标代理、工程监理等4项服务收费标准,实行市场调节价。

#### 5. 资质管理制度

2014年5月28日住建部下发了《住房城乡建设部关于建设工程企业发生重组、合并、分立等情况资质核定有关问题的通知》(建市[2014]79号),对2007年住建部制定的建设工程企业发生重组、合并、分立时资质认定的具体标准和程序进行了修订。

相较于此前规定,本次住建部规定了7种可以使用简化程序的情形,而无需按照此前规定只要是新设分立、派生分立和企业经济性质变更都需要重新核定,方便建筑企业根据经营状况进行整合。

#### 6. 市场管理制度-重点打击违法承发包行为

打击转包违法分包等违法承发包行为是住建部的重点工作之一,2014年9月9日住建部颁布了《住房城乡建设部办公厅关于开展严厉打击建筑施工转包违法分包行为工作的通知》(建办市函

[2014]545号),并且2014年10月1日起施行《建筑工程施工转包违法分包等违法行为认定查处管理办法(试行)》(建市[2014]118号)。住建部制定了违法发包、转包、分包、挂靠的认定标准、情形和罚则,并且制定了从2014年至2016年打击建筑施工转包违法分包行为的规划。对于违法转包分包等,《建筑法》等法律法规均有明文禁止,但长期以来缺乏具体统一的判断标准,尤其是目前建筑市场中承发包模式的多样化使得界定合法与非法变得更为复杂。住建部本次出台的规定补充了违法承发包行为的具体标准,为建筑市场和政府执法提供了客观的依据。系统整顿转包违法分包等行为有利于建筑市场秩序的改善。

对于劳务市场的管理,2014年7月28日住建部下发了《住房城乡建设部关于进一步加强和完善建筑劳务管理工作的指导意见》(建市[2014]112号)。针对目前劳务市场中的人员素质偏低、流动性大、农民工利益缺乏有效保障的问题,住建部提出推动劳务施工企业组建自有劳务人员、办理社保和教育培训、推行劳务人员实名制、加强劳务分包计价管理和基地化建设等,形成保护建筑工人的长效机制。各地方也相应出台了劳务市场的政策,例如湖北省要求将实名制纳入质量安全检查范围,并要求8000平方米以上的工地必须建立农民工业余学校<sup>8</sup>。

## 7. 工程建设标准管理制度-完善和规范国家、行业、地方和社团标准

2014年9月22日住建部下发了《住房城乡建设部关于落实国家新型城镇化规划完善工程建设标准体系的意见》(建标[2014]139号),对工程建设标准体系提出“形成级配合理的国家标准、行业标准、地方标准、社团标准,以及层级分明的基础

标准、通用标准、专用标准体系架构”等要求。

工程建设标准是工程建设的主要依据之一,工程建设标准目前主要由国家标准、行业标准和地方标准组成。国家标准和行业标准根据《标准化法》的相关规定制定,程序比较严格,而部分地区地方标准化工作管理运行机制混乱,多头管理,工作交叉,制定与修编滞后,不能满足建设事业的需要<sup>9</sup>。针对上述地方标准问题,2014年3月3日住建部下发了《住房城乡建设部办公厅关于进一步规范工程建设地方标准备案工作的通知》(建办标[2014]5号),5月5日下发了《工程建设标准解释管理办法》(建标[2014]65号),要求不含强制性条文的地方标准应当在批准发布后30个工作日内报住建部备案,含有强制性条文的地方标准应当在批准发布前报住建部备案。同时规定由住建部负责全国标准解释的管理工作,国务院有关主管部门负责本行业标准解释的管理工作,省级住房城乡建设主管部门负责本行政区域标准解释的管理工作。

## 五 政府管理制度改革与司法实践的互动

虽然前述建设工程管理制度属于行政管理范畴,与司法审判有所不同,但组成政府管理制度的法律法规是司法审判的依据之一,管理制度对建筑市场的影响也需要通过司法实践加以检验。

2004年9月最高人民法院审判委员会公布了《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》(以下简称“施工合同解释一”)至今已有十年。随着建筑业的发展,施工合同解释一已经不能完全满足实践的需要,随着承发包模式的多样化,工期质量和价款问题的复杂化,都需要在司法实践中得到统一适用的标准。因此2013年开始最高人民法院民一庭就开始对起草

<sup>8</sup> 参见《关于转发〈住房城乡建设部关于进一步加强和完善建筑劳务管理工作的指导意见〉的通知》(鄂建办〔2014〕228号)。

<sup>9</sup> 参见《山东省工程建设地方标准化工作现状及发展战略研究报告》,载于滨州工程建设标准造价信息网,<http://www.bzzj.com/bzzjnew/news/ShowIt3.aspx?treeid=108&id=2634>。

审理建设工程施工合同案件司法解释（二）（以下简称“施工合同解释二”）进行大范围调研，以期取得共识，解决工程司法实践中出现的争议焦点问题<sup>10</sup>。

截至目前，最高人民法院尚未正式公布施工合同解释二，但其征求意见稿中已体现出司法机关对工程管理制度的讨论<sup>11</sup>，主要包括：

## 1. 合同效力的争议

《建筑法》第二十六条明确禁止超越资质或者借用资质承揽工程。施工合同解释一认为对于承包人未取得建筑施工企业资质或超越资质等级，没有资质的实际施工人借用有资质的建筑企业名义的，建设工程必须进行招标而未招标或者中标无效的，施工合同无效。一些地方高院的审判指导意见中也支持借用资质签署的施工合同应属无效<sup>12</sup>。

但征求意见稿第二条提出了相反的意见，对于承包人未取得建筑施工企业资质或超越资质等级，没有资质的实际施工人借用有资质的建筑企业名义的，建设工程必须进行招标而未招标或者中标无效的，不属于施工合同无效的情形。

《建筑法》并没有规定超越资质承揽工程或者借用资质的施工合同无效，作为强制性规定，资质管理从内容和设置目的而言属于管理性强制性规定，征求意见稿第二条中认为不能因此导致合同无效的观点具有一定的法理依据。如果不能因此认定合同无效，《建筑工程施工转包违法分包等违法行为认定查处管理办法（试行）》等规定只能要求当

事人承担规定的行政责任，并且是对施工合同解释一直接否定。

对于必须进行招标而未招标或者中标无效的情形，《招标投标法》规定了限期改正和处以罚款等责任，并没有直接规定合同无效。《实施条例》第八十二条补充规定：“依法必须进行招标的项目的招标投标活动违反招标投标法和本条例的规定，对中标结果造成实质性影响，且不能采取补救措施予以纠正的，招标、投标、中标无效，应当依法重新招标或者评标。”根据上述规定，依法必须进行招标项目出现上述情形因为中标无效时合同并没有成立，需要重新招标或评标，因此施工合同效力可能受到进一步挑战。

## 2. 内部承包的认定标准

征求意见稿认为内部承包合同有效，对于内部承包界定为：承包人与其下属分支机构或者职工签订合同，将其承包的全部或者部分工程承包给其下属分支机构或者职工施工，并对其下属分支机构或者职工的施工进行财务管理、技术指导、质量监管等必要管理的，应认定为企业内部承包合同。

事实上北京市高院已在其审判指导意见中进行了规定：“建设工程施工合同的承包人将其承包的全部或部分工程交由其下属的分支机构或在册的项目经理等企业职工个人承包施工，承包人对工程施工过程及质量进行管理，对外承担施工合同权利义务的，属于企业内部承包行为；发包人以内部分包人缺乏施工资质为由主张施工合同无效的，不予支持。”

住建部新颁布的《建筑工程施工转包违法分包等违法行为认定查处管理办法（试行）》中，并没有对内部承包做出明确例外的规定，其第七条对于转包规定的情形中有部分情形在形式上与内部承

<sup>10</sup> 参见《最高人民法院民一庭对审理建设工程施工合同案件司法解释（二）进行调研》，载于最高人民法院网站，[http://www.court.gov.cn/spyw/mssp/201306/t20130628\\_185800.htm](http://www.court.gov.cn/spyw/mssp/201306/t20130628_185800.htm)。

<sup>11</sup> 由于最高人民法院并未公开公布建设工程施工合同案件司法解释（二）征求意见稿，本文中引述内容可能与未来最高人民法院正式公布的征求意见稿有所不同，相关观点仅供参考讨论。

<sup>12</sup> 《山东省高级人民法院关于审理建筑工程承包合同纠纷案件若干问题的意见》第二十条规定：“建筑施工企业使用、冒用、盗用他人营业执照，资质证书以及他人名义所签订的建筑工程承包合同，应认定为无效。”



包非常相似<sup>13</sup>，但总体而言，住建部对承包单位将工程交由内部机构或个人完成是否认定为转包的标准可以概括为：是否设立了管理机构并派驻了管理人员；是否履行了管理义务或只收取费用；劳务分包单位是否承揽了全部工程并只缴纳管理费；是否以内部承包名义将承包工程全部转给其他单位或个人。

住建部的上述标准与最高院和北京高院的意见有所不同，最高院和北京高院主要关注的是实际施工人与承包人之间是否存在隶属或劳务关系，承包人是否承担管理责任和是否对外承担合同权利义务。由于上述标准的不同，在某些情况下即使承揽关系被法院认定为内部承包，也有可能收到住建部门的处罚，例如承包人将工程交由分支机构完成并进行内部管理和外部承担权利义务，但只收取固定利润或管理费的。

### 3. 不属于必须招标工程进行招标的法律后果

对于不属于必须招标工程进行招标的法律后果征求意见稿有两种观点，一种认为：“发包人将依法不属于必须招标的工程进行招标后，与承包人另行订立建设工程施工合同与备案的中标合同实质性内容不一致，当事人请求以备案的中标合同作为结算工程价款根据的，应予支持。”另一种认为：“发包人将依法不属于必须招标的工程进行招标后，与承包人另行订立的建设工程施工合同与备案的中标合同实质性内容不一致，以双方实际履行的合同作为结算工程价款的根据。不能确定实际履行

<sup>13</sup> 《建筑工程施工转包违法分包等违法行为认定查处管理办法（试行）》第七条规定：“……（三）施工总承包单位或专业承包单位未在现场设立项目管理机构或未派驻项目负责人、技术负责人、质量管理负责人、安全管理负责人等主要管理人员，不履行管理义务，未对该工程的施工活动进行组织管理的；（四）施工总承包单位或专业承包单位不履行管理义务，只向实际施工单位收取费用，主要建筑材料、构配件及工程设备的采购由其他单位或个人实施的；（五）劳务分包单位承包的范围是施工总承包单位或专业承包单位承包的全部工程，劳务分包单位计取的是除上缴给施工总承包单位或专业承包单位“管理费”之外的全部工程价款的；（六）施工总承包单位或专业承包单位通过采取合作、联营、个人承包等形式或名义，直接或变相的将其承包的全部工程转给其他单位或个人施工的；……”

合同的，以后订立的合同作为结算工程价款的根据。”

对此，施工合同解释一第二十一条明确规定：“当事人就同一建设工程另行订立的建设工程施工合同与经过备案的中标合同实质性内容不一致的，应当以备案的中标合同作为结算工程价款的根据。”由于实践中大量备案合同不是双方真实的意思表示也不会实际执行，仅是为了办理备案取得施工证等建设手续，所以实践中也有观点认为应当扩大实际履行合同的适用范围。部分地方的高院已经在审判指导意见中补充说明了不进行招标的项目，施工合同在当地建设行政管理部门进行了备案，备案的合同与实际履行的合同实质性内容不一致的，应当以当事人实际履行的合同作为结算工程价款的依据<sup>14</sup>。这些地方高院的指导意见，已经在一定程度上扩大了实际履行合同的适用范围。

解决双方当事人真实意思表示与备案合同矛盾的根本途径实际是调整施工合同备案的行政管理标准。住建部在2001年6月1日颁布的《房屋建筑和市政基础设施工程施工招标投标管理办法》（建设部令第89号）就规定要对中标后签署的合同进行备案，各地也制定了具体的要求<sup>15</sup>。在实践中，各地政府主管部门的执行标准并不相同，很多地方要求备案合同必须选用政府颁布的示范文本，

<sup>14</sup> 《北京市高级人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件若干疑难问题的解答》第十五条规定：“法律、行政法规规定不是必须进行招标的建设工程，实际也未依法进行招投标，当事人将签订的建设工程施工合同在当地建设行政管理部门进行了备案，备案的合同与实际履行的合同实质性内容不一致的，应当以当事人实际履行的合同作为结算工程价款的依据。备案的中标合同与当事人实际履行的施工合同均因违反法律、行政法规的强制性规定被认定为无效的，可以参照当事人实际履行的合同结算工程价款。”

《江苏省高级人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件若干问题》第十一条规定：“法律、行政法规规定必须要经过招标投标的建设工程，当事人实际履行的建设工程施工合同与备案的中标合同实质性内容不一致的，应当以备案的中标合同作为工程价款的结算根据；未经过招标投标的，该建设工程施工合同为无效合同，应当参照实际履行的合同作为工程价款的结算根据。法律、行政法规未规定必须进行招标投标的建设工程，应当以当事人实际履行的合同作为工程价款的结算根据；经过招标投标的，当事人实际履行的建设工程施工合同与中标合同实质性内容不一致的，应当以中标合同作为工程价款的结算根据。”

<sup>15</sup> 《房屋建筑和市政基础设施工程施工招标投标管理办法》第四十七条规定：“订立书面合同后7日内，中标人应当将合同送县级以上工程所在地的建设行政主管部门备案。”

并且对于专用条款只能填空不能进行全面修改，也有一些地方对于备案合同中的工程量清单组价也有要求，否则就不能进行备案。正是由于各地政府主管部门的备案管理过于僵化，导致了双方当事人往往需要另行签署一份实际执行的合同。

本次 92 号文提出对备案管理进行改革的内容中，并没有明确包含对合同备案管理制度的改革。最高人民法院关于扩大当事人意思自治的适用范围的意见，是否能够影响到政府部门对合同备案管理制度的反思，有待于在改革中进一步检验。

#### 4. 支持索赔时限的规定

征求意见稿第七条中提出：“当事人约定，承包人不在约定时间内提出工期顺延申请视为工期不顺延的，按照约定处理。”部分高院的指导意见中也有类似的观点<sup>16</sup>。

对于索赔时限（Time-Bar Clauses）的约定，在国际工程合同中非常普遍，FIDIC 施工合同条件（1999 版）和设计采购施工（EPC）/交钥匙工程合同条件（1999 版）都规定了雇主应在了解引起索赔的事项或情况后尽快发出通知，承包商应在察觉或应已察觉该时间或情况后 28 天内发出通知<sup>17</sup>。FIDIC 施工合同条件（2006 年多边银行协调版）也规定了业主应当在察觉了解引起索赔的事项或情况后不超过 28 天的期间内尽快发出通知，承包商应在察觉或应已察觉该时间或情况后 42 天内发出通知<sup>18</sup>。

事实上，住建部和国家工商行政管理局 1999 年制定的《建设工程施工合同（示范文本）》

（GF—1999—0201）也规定了发包人和承包人 28 天的索赔期限，但并未约定承包人超过期限后丧失索赔权利<sup>19</sup>。九部委版施工招标文件参考了国际通行的合同范本，明确约定了发包人和承包人超过索赔期限将丧失索赔权利<sup>20</sup>。2013 年住建部和国家工商行政管理局修订后，《建设工程施工合同（示范文本）》（GF-2013-0201）明确约定了超过索赔期限将丧失索赔权利<sup>21</sup>。

长期以来，对于索赔时限的讨论有两种观点：一派观点认为这类约定应当有效，主要理由是尊重双方当事人的意思自治和程序正义，并且这里约定的是实体权利的消灭而非与法律规定有违的诉讼时效，此外有利于督促双方当事人尽快解决问题，也符合《合同法》一百一十九条对于防止损失扩大的目的；另一派认为这类约定不应得到支持，主要理由是任何人不能从自己的过错中获益是一项基本原则，且这类时效性规定应当依法确定，承包商仍可以对业主的过错提出索赔，并且司法实践中普遍的态度是实质重于形式，因此不支持这类约定。

征求意见稿的规定显然支持了这类约定的效力，一旦正式生效，将进一步确认前述政府各部门制定的标准文本中关于索赔时限的约定，并统一解决了索赔时限的争论。

#### 5. 仅登记备案合同的效力

征求意见稿第十一条提出：“当事人在相关行政管理部门备案的施工合同未经招标投标，不适用招标投标法第四十六条规定。当事人仅以双方另行订立的合同与上述备案合同的实质性内容不一致为由，请求依据施工合同解释一第二十一条规定结算工程价款的，不予支持。”

<sup>16</sup> 《浙江省高级人民法院民事审判第一庭关于审理建设工程施工合同纠纷案件若干疑难问题的解答》第六条规定：“发包人仅以承包人未在规定时间内提出工期顺延申请而主张工期不能顺延的，该主张不能成立。但合同明确约定不在规定时间内提出工期顺延申请视为工期不顺延的，应遵从合同的约定。”

<sup>17</sup> 参见 FIDIC 施工合同条件（1999 版）第 2.5 条和第 20.1 条，设计采购施工（EPC）/交钥匙工程合同条件（1999 版）第 2.5 条和第 20.1 条。

<sup>18</sup> 参见 FIDIC 施工合同条件（2006 年多边银行协调版）第 2.5 条和第 20.1 条。

<sup>19</sup> 参见《建设工程施工合同（示范文本）》（GF—1999—0201）通用条款第 36 条。

<sup>20</sup> 参见《中华人民共和国标准施工招标文件（2007 版）》通用条件第 23.1 条和第 23.4 条。

<sup>21</sup> 参见《建设工程施工合同（示范文本）》（GF-2013-0201）第 19.1 条和第 19.3 条。

征求意见稿上述的修改，实际上缩小了施工合同解释一第二十一条的适用范围。施工合同解释一强调经过备案的中标合同效力优先，但由于目前尚未修改依法必须招标的规模和范围，大部分建设项目都需要招标，并且一些地区要求对非招标的施工合同进行备案，并且作为发放施工许可证的前提等，导致实际上备案合同的适用范围不断扩大。征求意见稿的上述意见，结合修改依法必须招标的规模和范围，能够更好的保护双方当事人的真实意思表示，遏制实践中黑白合同的问题。

此外，征求意见稿中还涉及工程质量、结算等大量与工程管理制度息息相关的内容，受限于篇幅限制，在此不再一一赘述。

## 六 总结

2013 年新一届政府当选后施政方针中一再强调制度改革和发挥市场的作用，2013 年 11 月 12 日召开的中国共产党十八届三中全会再次强调了“要紧紧围绕使市场在资源配置中起决定性作用深化经济体制改革”。住建部正是在这种背景之下，

制定了 62 号文和 94 号文，提出对建筑市场的改革方针和系统的改革试点方案，并在近期集中公布了一批具体的文件，逐步落实建筑市场的改革要求。

对于本轮建筑市场的管理制度的改革方向，总体而言在于协调政府和市场之间的关系：一方面政府需要转变职能，改变以往过多依靠行政手段管理建筑市场的作法，同时对于政府的具体监督管理方式进行变革；另一方面，充分发挥市场的机能，统一开放建筑市场，发挥建筑市场中各主体的作用，鼓励建筑产业现代化的发展。

对于本轮改革的主要措施，笔者认为对于招投标、标准文本等制度，应该进一步扩大当事人的自由，尤其是对于不使用国有资金的项目，增加市场的灵活度更有利于满足工程实际需要和建筑业的健康发展要求；对于工程质量、违法承发包等重点提出需要治理的问题，要着重考虑政府监管的具体方式，在提高监管的效率的同时减轻市场各方的负担；对于本次强调需要进一步发展的监理业、咨询业、建筑劳务业等，除了放宽收费标准外仍然有待于出台进一步鼓励政策，提高管理水平。

## 附表：

序号	文件名称	发文单位	实施时间
1.	《砌体结构工程施工规范》等 30 个工程规范	住建部	2014 年 10 月 1 日
2.	建筑工程施工转包违法分包等违法行为认定查处管理办法（试行）	住建部	2014 年 10 月 1 日
3.	住房城乡建设部关于进一步推进工程造价管理改革的指导意见	住建部	2014 年 9 月 30 日
4.	住房城乡建设部关于落实国家新型城镇化规划完善工程建设标准体系的意见	住建部	2014 年 9 月 22 日
5.	住房城乡建设部办公厅关于开展严厉打击建筑施工转包违法分包行为工作的通知	住建部	2014 年 9 月 9 日
6.	工程质量治理两年行动方案	住建部	2014 年 9 月 1 日
7.	关于进一步规范电子招标投标系统建设运营的通知	国家发改委、住建部、工业和信息化部、交通运输部、	2014 年 8 月 25 日

		水利部、商务部	
8.	建筑工程五方责任主体项目负责人质量终身责任追究暂行办法	住建部	2014年8月25日
9.	建筑施工项目经理质量安全责任十项规定（试行）	住建部	2014年8月25日
10.	住房城乡建设部关于进一步加强和完善建筑劳务管理工作的指导意见	住建部	2014年7月28日
11.	《建设工程设计合同（示范文本）》（征求意见稿）	住建部	2014年7月24日
12.	关于放开部分建设项目服务收费标准有关问题的通知	国家发改委	2014年7月10日
13.	住房和城乡建设部关于推进建筑业发展和改革的若干意见	住建部	2014年7月1日
14.	《建设工程施工专业分包合同（示范文本）》、《建设工程施工劳务分包合同（示范文本）》（征求意见稿）	住建部	2014年6月17日
15.	住房城乡建设部关于建设工程企业发生重组、合并、分立等情况资质核定有关问题的通知	住建部	2014年5月28日
16.	工程建设标准解释管理办法	住建部	2014年5月5日
17.	住房城乡建设部关于开展建筑业改革发展试点工作的通知	住建部	2014年5月4日
18.	工程建设项目招标范围和规模标准规定（修订）（送审稿）	国务院法制办公室	2014年3月24日
19.	住房城乡建设部办公厅关于进一步规范工程建设地方标准备案工作的通知	住建部	2014年3月3日
20.	建筑工程施工发包与承包计价管理办法	住建部	2014年2月1日

李立山 顾问 电话：86-010 8519 2428 邮箱地址：lilsh@junhe.com

于涛 律师 电话：86-010 8519 2388 邮箱地址：yutao@junhe.com

本文仅为分享信息之目的提供。本文的任何内容均不构成君合律师事务所的任何法律意见或建议。如您想获得更多讯息，敬请关注君合官方网站“[www.junhe.com](http://www.junhe.com)”或君合微信公众号“君合法律评论”/微信号“JUNHE\_LegalUpdates”。

