

观点争鸣

# 工程总承包热潮下的几点冷思考

文/张建成

2016年5月20日，住房城乡建设部发布《关于进一步推进工程总承包发展的若干意见》(建市[2016]93号，以下简称“2016若干意见”)，明确提出“建设单位在选择建设项目组织实施方式时，要优先采用工程总承包模式，特别是政府投资项目和装配式建筑应当积极采用工程总承包模式”。

此后，各级地方政府，先后出台相关配套政策，大力推进工程总承包建设模式的发展。经过短短三年多时间，工程总承包已经逐步成为一种主流建设模式，从传统石油、化工、电力能源领域到市政、医疗、学校等民建领域，无不热衷于工程总承包建设模式。

笔者从事工程总承包法律服务近十年，见证了工程总承包从默默无闻到无人不知，对于此次工程总承包的发展，充满期待和热情，但笔者深知，工程总承包的发展并非越快越好，工程总承包也并非万能的，不可盲目跟风，工程总承包的热潮之中，伴随着诸多隐患亟待重视。

## “一刀切”式推广工程总承包带来重大隐患

相对于平行发包模式，工程总承包具有其自身特有的优势，但并非所有工程建设项目都适合工程总承包建设模式。通常，工程总承包适用于功能需求明确、标准化程度较高、设计施工和采购需高度融合的建设项目；相反，功能需求不明确，标准化程度较低，个性化

要求高的建设项目，难以发挥工程总承包建设模式的优势。

对于土建安装工程为主的建设项目，勘察、设计、施工、采购完全是可分割的，相互之间的交融要求不高，采取工程总承包模式，不仅无法达到提高建设效率，控制工程成本的目的，反而可能带来负面效果。

在此次工程总承包推广热潮中，很多政府投资建设单位不考虑工程性质和项目实际情况，盲目跟风，“一刀切”，对于完全不适合的工程采用工程总承包模式。

这些工程，在签订工程总承包合同时，由于依据的可研报告、方案设计或初步设计文件深度不够，在合同执行过程中，对工程相关建造范围和标准可能产生重大偏差，不利于项目的推进，为工程埋下重大隐患。

## 政策推动先天不足 立法缺失制约工程总承包健康发展

截至目前，我国尚无工程总承包专门性法律法规。2019年5月，住建部公布了《房屋建筑与市政基础设施项目工程总承包管理办法》征求意见稿，该管理办法一旦生效，将成为我国工程总承包领域唯一法规性文件，但该管理办法生效时间尚未可知，即便生效，效力层级较低，且其适用范围仅限于“房屋建筑及市政基础设施项目”。

同时，与工程总承包相关的《建筑

法》《合同法》涉及工程总承包相关规定的条款较少，远远无法满足工程总承包发展实践的需要。

最高人民法院针对建设工程合同纠纷案件的审理，先后出台了若干司法解释，但，这些司法解释均适用于建设工程施工合同纠纷案件的审理，并非针对工程总承包合同纠纷，不能直接指导工程总承包合同纠纷案件的审理。

近年来，在工程总承包立法缺失的现状下，为推进工程总承包的发展，住建部及各地地方省、市住建局先后出台工程总承包相关政策，鼓励和引导工程总承包市场的发展。但这些政策的效力层级较低，无法直接作为审判依据，且，不同政策之间存在较大的差异，在实践中存在诸多困扰，工程总承包政策虽多，但无法从根本上解决工程总承包立法缺失的问题。

法律不健全对有关市场主体开展工程总承包业务带来了较大的合规风险，制约了工程总承包的健康发展。并且，随着工程总承包模式的大量推广，可以预见，未来一段时间，工程总承包合同纠纷将呈现较大幅度的上升趋势，将对工程总承包合同纠纷的审理带来重大挑战。

## 政府对建设项目的监管模式僵化 无法适应工程总承包的发展

2016年若干意见鼓励政府投资项目采用工程总承包建设模式，由政府投

资项目的资金来源于国家财政，故国家对政府投资项目的工程建设实施严格的管控。传统的管控模式是建立在平行发包基础上的，与工程总承包模式存在较大的冲突，工程造价审计是最为突出的问题。

对于工程总承包项目的计价模式，国际上以固定总价模式为主。固定总价模式是能够最大限度发挥工程总承包价值的一种计价模式，有利于建设单位控制工程造价，有利于总承包单位充分发挥积极性，提高效率，优化设计。在政府投资项目中，作为建设单位的政府部门，为规避自身的审计风险，往往一方面约定计价方式为固定总价，同时又约定以“审计结论”作为工程结算依据，导致在执行中产生较大争议，对总承包单位带来重大结算风险。

传统的平行发包模式下，政府投资项目的建安工程采用工程量清单计价模式，审计机构依据清单计价规范、工程合同及施工图，对工程造价进行审计，以按“量”审计为主。这种审计思维运用到工程总承包模式下，仍然对工程结算按“量”审核，随意突破工程总承包合同的约定，与工程总承包相关原则是根本不符的，违背了实施工程总承包建设模式的实际意图，无法真正发挥工程总承包建设模式的作用和价值。

## 最低价中标盛行 难以最大程度发挥工程总承包的价值

近年来，最低价中标一直困扰着招标投标市场，其弊端越来越被社会大众认知，有关部门也出台了一些纠偏政策，但成效不大，最低价中标仍然被广泛滥用。

最低价中标在传统平行发包模式下，已经对工程施工发包、设备采购等带来了非常重大的负面影响，导致“劣币驱良币”，成为建设工程质量、安全、法律纠纷隐患的重要来源。

在工程总承包模式下，通过最低价中标方式选择工程总承包单位，将带来更为严重的不良后果。相较于平行发包模式，工程总承包项目在招标时，边界条件更加难以量化，不同的设计方案和工艺路线，不同的设备选型和技术标准，将直接影响工程质量和性能，工程造价也存在巨大差异。

如果招标人只是按报价最低来确定中标人，其后果必然是无法选择最优的报价方案和靠谱的总承包单位，最终不利于项目建设。特别近年来，大量工程企业出于业务转型的需要，在缺乏任何工程总承包项目业绩和经验的情况下，盲目报价，以低价策略，抢项目，占市场，中标后不讲契约精神，通过各种方式逼迫建设单位做出妥协，或偷工减料，建设低质工程。这些现象进一步扰乱了市场秩序，不利于工程总承包市场的健康发展。

## 契约精神缺失

这三大大要素中，最为核心的又在于价格是否可控。总承包商作为勘察、设计、施工、采购一体化的供应商，理应承担绝大部分的工程造价控制责任，如果工程总承包模式下的价格不可控，便失去了工程总承包存在的价值。

实现上述价值，需要总承包单位具备足够的风险承担意识和相应的风险承担能力，坚守契约精神；如果工程总承包商不具有风险承担意识和能力，而是以“包工头”的思维承接总承包项目，抛弃契约精神，最终将极大影响建设单位采用工程总承包建设模式的积极性，不利于工程总承包的长远发展。

国内工程总承包的现实，由于最低价中标的滥用，总承包商低价中标后，往往不讲契约精神，并非着力发挥工程总承包提高效率和节约成本的优势。而是仍然守着平行发包模式下的思维，抱着“只能挣，不能陪”的理念，对于设计变更、工期延误等导致的费用超支，均通过各种方式要求建设单位予以承担，否则便以工期作为要挟建设单位，甚至通过农民工堵门的方式给建设单位施压，突破合同约定，最终摧毁工程总承包的核心价值。

## 建设单位在项目管理上存在诸多误区 影响工程总承包价值发挥

正是由于工程总承包市场不成熟，建设单位难以选择到有能力、守信誉的工程总承包单位，加之部分建设单位自身对工程承包模式缺乏理解，思维转变不到位，对工程总承包的理解存在较大的误区，对工程总承包价值发挥带来重大负面影响。主要体现在以下几个方面：

一是放权不够，干预太多，影响工程总承包商的履约积极性。建设单位在工程总承包项目中，出于各种原因，难以真正做到“省心”“放心”，往往通过指定分包、设备甲供、节点考核等方式干预工程总承包商的工程建设工作。这些做法，影响了工程总承包单位的积极性，更为严重的是，破坏了工程总承包建设工作的整体性，导致责任难以界定，埋下纠纷的种子。

二是对工程总承包项目“高风险、高收益”的特征认知不足。在工程总承包模式下，对于总承包商而言，承担的责任更广泛，面临的风险更多，理应获得更高的回报，建设单位“花钱买省心”，当然应当付出更多的代价。建设单位对此往往认知不足，在招标时，利用其自身强势地位，以“封顶价+按实结算”的计价方式，严格控制总承包单位的利润率，导致总承包单位面临的风险与收益不成比例，激化矛盾，不利于项目的执行。

三是机械理解工程总承包模式下的固定总价。前文提到，工程总承包最为核心的价值之一在于工程造价的可控性，故，固定总价是工程造价最为适宜的概念，而一个相对的概念，固定总价是在一定的边界条件下的固定总价，而非绝对的固定。建设单位原因引起的变更设计、工期延误、不可抗力等，仍应调整合同价格。建设单位往往对此理解过于绝对化，利用其强势的市场地位，在合同中约定“包死价”“包干价”“任何情况下不得增加合同价格”等明显不合理的内容，对于总承包单位合理的索赔，均拒绝认可。

四是无限扩展工程总承包范围。“总包总包，无所不包”，很多建设单位对于工程总承包范围的理解过于宽泛，希望将工程建设中的全部责任和风险转移给总承包单位。部分建设单位在合同签订时，把项目建设前期所需立项、规划、环保、用地等全部工作交由总承包单位承担。实际上，这些工作，依据有关法律规范，本应由建设单位自行完成，总承包单位即便签约时做出承诺，执行中也很难完全把控，需要建设单位的配合，相关费用也难以测算，最终容易产生纠纷，不利于项目执行。

笔者在长期的工程总承包法律服务实践中，深刻感受到，在此轮工程总承包热潮中，热情有余，理性不够，存在诸多隐患，对此，我们必须敢于面对，有着清醒的认识，听取不同的声音，谨慎推进工程总承包的发展。与此同时，笔者相信，工程总承包如同其他新生物一样，尽管在快速成长阶段一定会遇到各种各样的问题，但其发展方向是不可逆的，前景一定是光明的。

# “终本”案件复活 企业起死回生

文/乐荣福

## 执行未果 案件“终本”

“喂，您好，刘先生吗？我是法院执行局工作人员。您申请执行浙江省某建设公司一案，我们通过全国网络查控系统查询了被执行人名下的银行存款、证券、网上银行、车辆信息，未发现被执行人有可供执行的财产。通过本市不动产登记中心查询了被执行人的房产登记信息，未发现被执行人有房产登记信息。现本案被执行人查无可供执行的财产线索，且您也无法提供被执行人的财产线索及下落。本案依法应予终本，将被列入失信被执行人名单。”

刘先生听完法官的话后，全身都瘫了。

什么是终本案件？“终本”是“终结本次执行程序”的简称，指的是执行中对于确无财产可供执行或者财产暂时无法处置的案件，执行法院依照法律的规定，暂时终结案件执行程序的一种执行案件结案方式。

## 债务追索 劳心费力

刘先生的公司主要经营新型环保建筑材料，2016年3月与浙江省某建设公司签订合同，向该建设公司供应新型环保材料，货款合计430万余元。该建设公司支付了部分货款，但往后在刘先生多次催要下，仍有370万元的货款未还清。2017年3月，刘先生向浙江省某法院起诉，经法院审理，判定浙江省某建设公司在2017年8月前向原告公司支付400万元。8月已过，浙江省某建设公司依旧没有支付任何货款，刘先生向法院申请了强制执行。

被执行人为建筑企业，其企业特点为名下基本无不动产等有价值的财产线索，且银行账户基本存在众多债权人的多轮冻结。经过一年多的努力，法院和刘先生都没有发现被执行人可供执行的财产线索，法院裁定终结本次执行程序。

两年多的奔波，刘先生身心俱疲。公司也因为无流动资金，经营陷入停顿。

## 柳暗花明 起死回生

2018年9月，遭遇困境的刘先生得知赢火虫公司为当事人提供“先赢官司，回款付费”后付费模式的法律服务后，将信将疑地联系上了该公司的黄经理。听完黄经理的详细介绍，刘先生重燃希望，不回款不收费的承诺让他彻底放心，当天就提供了全部案件材料。三天后，案件通过了赢火虫公司的风控，刘先生与赢火虫公司签订了案件委托合同。

赢火虫联盟律所的李律师先后与被执行人浙江省某建设公司法务、法人沟通还款事宜，其均以经营困难导致无力偿还为由予以拒绝，无法尝试执行和解谈判。赢火虫公司通过深月系统进行大数据排查，发现这家建筑公司其实还是存在项目工程，但是归属在其分公司项目部，并得知第三方近期将其工程款向被执行人支付。

依据最高人民法院相关司法解释可以直接执行该分公司财产，但实务操作中法官为防止执行错误要求申请执行人追加其分公司。面对此种情况，李律师前往法院约见法官沟通直接执行分

公司财产，通过事先充分准备的法律法规及相关案例与法官展开激烈的交流讨论，最终说服法官直接冻结该建设公司分公司的所有银行账户。2018年12月，分公司其中一银行账户收到工程款，李律师陪同法官亲自前往被冻结账户所在银行依法划扣，后法院通知刘先生领取执行款项400万元及相应的迟延履行期间的债务利息，案件执行完毕。

有了这笔资金，刘先生的公司也可以恢复正常经营。此刻，刘先生终于露出如释重负的笑容，眼里饱含激动的泪水，一再向赢火虫联盟律所的李律师和赢火虫公司的黄经理表示衷心感谢。

执行难，难于上青天。在追索债务的路上，需要当事人毫不放弃的坚持，也需要当事人选择好的律师和法律服务机构；同样，法律服务机构需要不断提升专业水平，丰富执行策略，也更需创新法律服务模式，要敢于也有能力承担风险，做当事人案件最可靠的托付，高效帮助当事人实现债权。

## 以案说法

# 企业使用“私刻公章”对外有法律效力吗？

文/齐精智

技公司对涉案公章的效力认可只是限于特定交易行为，不涉及其他交易行为，以及景德镇工行并未将衡阳案和广州案中航技公司非备案公章作为签订本案02号保证合同的依据，与公章的公示力相违背，本院不予支持。不论本案02号保证合同与衡阳案、广州案加盖中航技公司非备案公章是否为中航技公司所有或者使用，中航技公司只要认可其非备案公章的使用效力，便具有公示性，从而必须为其行为承担责任。”

**案例来源：**中国工商银行股份有限公司景德镇分行与中国航空技术珠海有限公司、上海中置置业投资有限公司等金融借款合同纠纷再审民事判决书[最高人民法院(2013)民提字第248号]。

**案例三：公司在经营管理过程中，存在使用两枚公章的情况，两枚公章对外均代表公司，合同上加盖一枚公章，不影响合同的效力**

**裁判要旨：**关于转让合同上加盖的公章问题。根据本案证据显示的内容，鲁泉公司成立后，没有向行政主管部门申请公章备案；鲁泉公司在经营管理过程中，存在使用两枚公章的情况。一审法院委托海南公平司法鉴定中心作出的鉴定意见可反映，鲁泉公司的两枚公章在公司年检、经营管理中均先后使用过。鲁泉公司主张合同上加盖的该枚公章系刘法亭私刻使用，鲁泉公司不认可，但就此没有充分证据证实，且与案件证据反映的内容不相符，本院不予采信。况且，陈怀深作为与鲁泉公司签订合同的相对人，根据经济交往常理，客观上也有充分理由相信合同上加盖的公章系鲁泉公司使用的印章。至于鲁泉公司使用公章不规范的问题，不属于本案审

查的范围。因此，两枚公章对外均代表鲁泉公司，合同上加盖哪一枚公章，不影响合同的效力。

**案例来源：**最高人民法院(2013)民提字第184号邹春金与陈怀深、海南鲁泉实业有限公司、王洪英、崔传珍、陈延峰建设用地使用权纠纷案。

**案例三：企业公章被盖、抢或丢失后，以非法法定程序私刻的公章对外效力，只要经其法定代表人确认，亦能代表其公司意志，同样可以作为企业独立处分权利的意思表示证明**

**裁判要旨：**法院认定，越伟公司系取得医疗器械经营许可证的合法企业，其陆续供给富春江医院的卫生耗材和体外诊断试剂均属合法经营，故双方的买卖合同应予确认。2005年9月，越伟公司被吊销营业执照，但公司尚未清算，其丧失的只是经营权，这并不影响公司独立处分自己的民事权利。

由于备案公章遗失，为重新刻制公章之需要，越伟公司又重新刻制公章一枚，且该公章已经公司法定代表人确认。故越伟公司将富春江医院享有的债权全部转让给康健公司之行为，应属合法有效，法院予以确认。富春江医院以越伟公司被吊销营业执照、该公章刻制程序不合法来抗辩其债权转让不具有可信性之抗辩理由不能成立，法院不予采信。

**案例来源：**浙江省杭州市中级人民法院(2009)浙杭商终字第311号杭州富春江医院与杭州康健医疗器械有限公司买卖合同纠纷上诉案。

**案例五：企业尚未正式成立，经其企业发起人股东授意私刻的印章对外签订合同，具有法律效力，其法律责任由成立后的公司承担**

**裁判要旨：**本院认为，本案《流



主编：孙贤程  
本报建设法律  
咨询服务工作室  
联系电话：021-63212799  
传真：021-63210873  
地址：上海曹路路588号18楼  
邮编：200433  
E-mail: sunxiancheng@sina.com  
联系人：孙贤程  
手机：13817063164