

工程总承包模式下防范分包管理法律风险的六大举措

□张泽诚

工程总承包模式下的分包管理是当前施工领域中的重要研究问题。实践证明，不重视分包管理将面临各种风险挑战，即使是建筑企业中的上市公司，在遇到工程总承包模式下的分包管理问题上，如果掉以轻心，如果不重视工程总承包中的分包管理，那么一个工程，一张罚单，就能重创一家企业一年的利润积累，甚至导致全年亏损，严重者更可能面临刑事追责。因此，重视工程总承包模式下的分包管理可谓非常重要，本文对此拟提出六大举措：

一、做好对分包企业的尽职调查

对于总包方而言，如何选择合适的分包施工单位至关重要。本文认为，可以主要对以下几个方面的内容进行考察，立足管理出效益、内控提品质、奋斗创造价值理念，从“务实、穿透、创新”三个纬度，坚持以法治管理为牵引，以合规管理为基础，以风险管理为主线，全力推进“法治央企”建设。

乘风启航 赋能发展

以法治力量构建央企治理新格局

□赵振华

党的十八大以来，中国建筑第八工程局有限公司持续深入贯彻国务院国资委及中建集团法治央企部署要求，立足管理出效益、内控提品质、奋斗创造价值理念，从“务实、穿透、创新”三个纬度，坚持以法治管理为牵引，以合规管理为基础，以风险管理为主线，全力推进“法治央企”建设。

一、使命召唤

（一）依法治国举旗定向

2014年10月，党的十八届四中全会作出了“全面推进依法治国”的重大战略部署。2020年11月16日召开的中央全面依法治国工作会议，将习近平法治思想明确为全面依法治国的指导思想。党的十九大强调全面实施依法治国方略。党的二十大报告对“坚持全面依法治国，推进法治中国建设”作出全面部署，为法治央企建设指明了方向。

（二）法治央企谱写新篇

为深化法治央企建设，国资委分别于2015年12月发布《关于全面推进法治央企建设的意见》，2017年7月发布《中央企业主要负责人履行推进法治建设第一责任人职责规定》，2021年10月发布《关于进一步深化法治央企建设的意见》，并采取了一系列推进法治央企建设措施，要求坚持以法治思维和法治方式统筹推进央企各项工作。

（三）法治征程呼唤担当

《关于进一步深化法治央企建设的意见》要求“十四五”时期着力健全五种法治体系，持续提升五种法治能力，这就要求企业法务人员必须发挥专业优势，勇于担当，协助企业主要负责人，协同各管理体系做好法治清单任务的落实，为推动企业高质量发展提供坚强法治保障。

（四）使命召唤催人奋进

全面依法治国及法治央企建设部署对中建八局法治管理提出更高要求，中建八局法治团队始终秉承“严守底线、践行合规、契约为先、法治至上”的理念，为企业合法、合规、稳健、可持续发展提供了精益服务与法律保障。新时代赋予新使命，新时代呼唤新作为，中建八局法务人员将不断开拓创新、融入中心、助力发展，主动为推进法治央企建设做出更大贡献。

二、蓝图绘制

“十四五”是中建八局全面实现“更强、更优、更大”发展目标的关键时期，面对国内外发展形势的加速变革，以及不断出现的新的不确定因素和风险，中建八局在“十四五”法治规划中明确了具体的法治建设目标。

（一）三位一体 创建一流

以合规为底线、以风险管控为路径、以法治央企为目标，逐步完善风控合规体系，健全风控合规机制，十四五末将全局法务系统打造成为法治、风险、合规“三位一体”管理平台。

（二）人才为先 聚力共赢

秉承“共同成长”的团队理念，持续打造“精专业、懂现场、守底线、善谋略、强落实”的法务团队，推动法律人员行政、专业双序列发展。

（三）完善机构 发挥职能

推进集团化运作的二级单位、符合条件的三级单位法务总监全面配置，推广设置三级单位独立法务机构，在投资、海外、EPC等风险项目配置专职法务人员。

（四）体系联动 全面融合

将法务管理贯穿市场营销、签约、履约等项目全生命周期，系统联动各业务体系，发挥三道防线合力，实施合规与全面风险分级和动态管控，保障重大风险全面受控，企业合规稳健运行。

（五）技术先行 管理升级

现场管理能力如何，可以和和质监、安监、监理单位沟通了解，宜“突击检查”；四是合作伙伴考察，包括专业分包、劳务、材料供应、施工设备租赁、银行授信等多方面进行综合衡量。

因此，也建议总包单位可以建立合格分包商名录，对分包单位的选任进行把控，采集各方面能力与履约证据，包括对承担本项目特殊要求的能力适应性进行考察，以综合选择最佳、最合适的分包单位。

二、重视分包合同的签订

合同签约在总包方对分包方的管理中扮演着重要角色，庞大的工程项目正是基于合同对各方权利义务的描述与规划而展开的。从法律角度考虑，合同一旦签订，对各签署方均具有法律约束力，非法定原因或双方一致协商同意，任何一方都无权擅自变更或解除合同。所以，分包合同的签订本身就是一场非常重要的谈判。忽略合同的细节，无论是发包方还是承包方，总包方还是分包

方，都有可能在最终结算或者责任承担上面临风险，因此重视分包合同的具体签约可谓至关重要。

基于分包管控的重点与难点，本文认为一份好的分包合同应当包含并尽可能详细地对以下内容进行约定：一是施工进度控制与工期管理；二是分包现场的工程质量与安全管理；三是合同变更的管理，包括工程内容变更、设计变更、价款变更等等；四是工程款支付管理；五是索赔与反索赔条款等。现实中，还存在项目中标后要求中标人在签署项目合同的同时，签署与中标内容不一致的补充协议的情形。这时候，发包方与分包方都可以利用签署补充协议的机会，对招投标文件中不利于自己的条款进行磋商变更，以排除风险，达到一定程度的利益平衡。

三、建立防范表见代理风险的制度

众所周知，印章管理混乱容易使公司遭受巨大损失。所以，对于建筑企业而言，建立防范表见代理风险的相关机

制和制度就十分重要，总结司法实践中各情形案例获得的经验与教训，本文认为可以从以下几个方面入手：

一是定期开展对项目经理的法律培训。建筑企业表见代理风险高，主要问题还是出在项目经理身上，对项目经理定期开展法律培训，既是让其知法，更是让其守法进而不再违法甚至犯罪的重要举措；二是对合同签订及印章使用进行严格管理。表见代理的风险多与合同签定及印章使用相关。因此，为降低表见代理风险，企业可在合同签订之初便在合同中明确约定各自代表人员及相应履职权限、期限等；三是及时收回授权委托书、空白合同书、空白介绍信等相关资料。很多时候，未及时收回的授权委托书、空白合同书、空白介绍信等是法院认定构成表见代理的重要原因。因此，及时收回，做好记录、监督与核实就非常关键；四是对项目经理限进行定期更新公示。表见代理制度的根本问题主要还在于项目经理本身的职权内容，很多时候，虽然行为人的授权已经变更，但外人很难知道，所以定期将经理权限公示更新就很重要；五是建立专门的供应商名单。制作专门的供应商名单可以令交易双方形成较为稳固和安全的交易方式。当出现新的交易情况时，交易相对人就有更高的注意义务对实际情况进行核实，以避免一方有意忽视，以自身善意无过失主张表见代理已成就。

四、加强签证及往来函件等的过程留痕

在项目管理过程中强调过程留痕的重要性，其实就是强调要有证据意识。因为一旦发生纠纷，不论是争议评审、司法鉴定还是诉讼仲裁，都只能审查有证据可以显示支持的事实，而不是没有证据支持的“真相”。对此，《建设工程施工合同解释（一）》亦有规定，如：当事人对工程量有争议的，按照施工过程中形成的签证等书面文件确认。承包人能够证明发包人同意其施工，但未能提供签证文件证明工程量发生的，可以按照当事人提供的其他证据确认实际发生的工程量。现实中，一个工程项目的施工时间短则几十日，多则数年甚至十几年，如果项目管理粗糙，如果没有保存好过程记录，一旦产生问题纠纷，就很难厘清各方主体责任。工程签证及往来函件，正是各方相互书面确认工程事

（一）法治品牌逐步打响

中建八局法治建设成绩在中建集团考核中一直名列前茅，先后荣获全国“七五”普法先进单位、全国守合同重信用企业、国资委“中央企业法制宣传教育先进单位”、上海市三八红旗集体等省部级以上奖项51个、地市级奖项23个。在迎来众多外部单位到中建八局对标交流的同时，中建八局积极与上海市司法局、同济大学、华为、建行等外部单位开展法治交流，参加2023世界人工智能大会，参与多项建筑行业立法意见征集与法治课题研究，贡献了八局法律智慧，彰显了法治八局品牌，得到广泛赞誉。

（二）数智管理迭代升级

探索八局风控合规云系统，对外实现国内外政策法规、行业关键信息的实时抓取，对内实现各系统核心经营数据、履约全过程数据、企业负面信息全覆盖。拓展合同管理信息系统流程链，实现签约前数据对比分析、签约流程在线跟踪、电子化用印防伪、履约偏差分析与风险预警等功能。建立行业法律法规数据库和案件数据库，智能检索法律依据及同类案件，提升类型化案件处置效率与成效。开发全链条案件管理系统，集成案件信息，实时监控案件进度、反哺前端管理。

四、未来畅想

今后，中建八局法治建设将更加注重系统发展质量和法治原生价值，以更加前瞻、创新、智能、高效的管理，逐步建立与中建八局发展战略相适应的法治保障体系，开创“法治央企”建设新局面。

（一）依法治企与公司治理融合发展

将法治合规风控与企业经营深度融合，建立健全制度体系，加强内部控制管理，保证企业经营的稳定和可持续发展。将法治合规风控纳入企业文化核心价值观，强调遵守法律法规、尊重法律权威，并将这些价值观融入企业日常运营，使依法治企成为公司治理的新常态。

（二）依法治企与价值创造有机结合 不断提升法务人员的价值创造能力，充分发挥专业优势，在法治、风控、合规方面发挥牵头作用，持续联动各体系筑牢三道防线，深入开展创新创效，做提质增效、专业支撑的忠实“践行者”，真正实现“以奋斗者为本，为担当者担当”“以业绩论英雄”的初心使命，使法务人员在依法治企进程中发挥更大的价值与作用。

（三）依法治企与体制机制相互促进 健全领导责任体系，持续推进法治建设第一责任人职责落实，优化法治工作考核机制，使法治建设在各管理层级落地生根。进一步落实总法律顾问、首席合规官列席重要决策会议制度，依法履职行权。强化风险、合规管理“三道防线”全面履职，完善风险信息收集、评估、策略制定、解决方案实施、监督与改进等管理机制。

（四）依法治企与法治品牌相得益彰 企业法务人员要积极主动践行社会责任，全面响应立法政研、建言献策，做国法行规制定的深度“参与者”，拓展内外发声渠道，做法治八局品牌的积极“推广者”，全面提升八局法治实力，使“法治八局”成为一张亮眼的名片，持续引领建筑施工行业法治工作取得更加斐然的成绩。

回顾奋斗征程，汗水与笑容犹存，展望期许未来，使命与初心不改，八局法务人将乘风启航，赋能发展，不断以法治力量构建央企治理新格局。

（中建八局浙江建设有限公司）

实的经济文件，是工程结算或最终结算核增及核减工程造价的直接依据，也是一定程度上划分各方责任承担的证据材料。司法实践中常常讨论工程案件办理难度大，案情复杂，很多时候就是因为缺乏有效的签证记录或者往来函件，或者根本就没有对重要事件及变更进行过记录记载，形成过会议纪要等。

因此，总包方与分包方在项目施工过程中要特别注意往来函件、洽谈文件、施工材料等的收集、保留与管理。对于项目施工中的突发事件，如果可能存在之后会进行各方主体之间责任划分的，也要及时组织专家团队进行分析论证，并保留结论文件形成会议纪要等由各方对接人签认。因为签证、函件管理是一项异常重要与关键的工作，需要非常强的商务对接能力与法律意识，因此设置专人管理并培训提高相关工作人员的管理能力也是一项非常重要的工作。

五、完善建设项目的安全与质量管理

项目施工中，总包方与分包方之间是相互依存的关系，总包方对分包方的管理需遵循“管到位、不缺位、不越位”三个原则。根据2020年3月1日实施的《房屋建筑和市政基础设施项目工程总承包管理办法》，工程总包单位应当对其承包的全部建设工程质量负责，分包单位对其分包工程的质量负责，分包并不能免除工程总承包单位对其承包的全部建设工程所负的质量责任……工程总包单位对承包范围内工程的安全生产负总责，分包不能免除工程总承包单位的安全责任。此外，于2019年4月23日修正的《建设工程质量管理条例》也规定，总承包单位应当对全部建设工程质量负责，并且，总包单位与分包单位对分包工程的质量承担的是连带责任。

故而，总包单位在分包的时候就应该高度重视工程项目的质量与安全问题，首先就要确保选择的分包商在资质方面是符合标准与要求的。因为，新实施的《建设工程施工合同解释（一）》第7条也规定：缺乏资质的单位或者个人借用有资质的建筑施工企业名义签订建设工程施工合同，发包人请求出借方与借用方对建设工程质量不合格等因出借资质造成的损失承担连带赔偿责任的，人民法院应予支持。实践中，工程质量问题也多成为发包方在纠纷中常用的抗辩理由。因为一旦经过司法鉴定存

被挂靠在人在挂靠人破产情形下的风险探析

□李淑君 李金红

近些年来，因经济下行，房地产市场低迷，许多企业因无法解决资金问题而面临破产。在我们所承办案件过程中也遇到过建设单位与挂靠人均破产的情形。挂靠问题是建筑行业领域内的突出问题之一，因挂靠而产生的相关诉讼案件也不在少数。挂靠是指单位或个人以其他有资质的施工单位的名义进行参与投标、订立合同、办理有关施工手续、从事施工等活动承揽工程。挂靠人与被挂靠人之间因建设单位资金问题导致合作关系彻底破裂的情况也不少见。

一、案情简介 2014年，A公司挂靠B公司承建某工程。在被挂靠单位B公司与该工程建设单位签订的《建设工程施工合同》中，代表被挂靠单位B公司在落款处签字的人是挂靠单位A公司的法定代表人王某。后该工程因建设单位资金链断裂而停建，建设单位在停建一年后被法院裁定进入破产清算程序。王某代表被挂靠单位B公司向管理人申报债权，经审核，该工程应付工程款为两千多万元。

二、法律分析 本案中，A公司挂靠B公司承建该工程，挂靠单位A公司是实际施工人。在建设单位向被挂靠单位B公司支付工程款后，被挂靠单位B公司应将工程款转付给挂靠单位A公司。故挂靠单位A公司管理人有权向被挂靠单位B公司主张支付工程款。同时，如果被挂靠单位B公司为该工程垫付了相关费用，被挂靠单位B公司也可向挂靠单位A公司主张抵销或申报债权。但对于被挂靠单位B公司向王某支付的工程款及利息能否主张抵销，双方产生争议。相关法律法规定

为：《中华人民共和国企业破产法》第四十条规定：“债权人在破产申请受理前对债务人负有债务的，可以向管理人主张抵销。但是，有下列情形之一的，不得抵销：（一）债务人的债务人在破产申请受理后取得他人对债务人的债权的；（二）债权人已知债务人有无能清偿到期债务或者破产申请的事实，对债务人负担债务的；但是，债权人因为法律规定或者有破产申请一年前所发生的原因而负担债务的除外；（三）债务人的债务人已知债务人有不能清偿到期债务或者破产申请的事

签订的劳务分包合同中加盖的也是B公司项目印章包，建设单位进入破产程序后，也是王某代表B公司申报债权。故王某有理由相信王某有权代表B公司，王某实施的行为构成表见代理，其相应的法律后果应由被挂靠单位B公司承担。该案件经历了二审，最终法院判决B公司向王某支付相应款项。

在上述王某起诉被挂靠单位B公司案件的审理期间，挂靠单位A公司被法院裁定进入破产清算程序。在挂靠单位A公司管理人向被挂靠单位B公司提出将建设单位支付的工程款转付给挂靠单位A公司时，被挂靠单位B公司提出要抵扣其代为支付给王某的分包款项。挂靠单位A公司支付管理人经审核认为被挂靠单位B公司的主张不符合法律规定的抵销情形，未同意其抵扣主张。后经法院判决认定被挂靠单位B公司向王某支付的款项不符合可抵销情形，被挂靠单位B公司只能向挂靠单位A公司管理人进行破产债权申报。

二、法律分析

三、案件启示 在建设工程领域，挂靠现象普遍存在，被挂靠单位因挂靠关系的存在，也时常因挂靠人欠付工资、材料款等被迫究连带付款责任。在建设单位能够正常支付工程款的情形下，被挂靠单位可以直接从收到的工程款中扣除代垫费用或弥补亏损，大多情形下都能做到不亏损。但在经济不景气的时候，被挂靠单位的挂靠风险明显增大。一方面是建设单位破产且无可分配财产或清偿比例极低情形下，代垫款项可能无法全部收回，另一方面是挂靠单位破产情形下，被挂靠单位不但要将已收到的工程款转支付给挂靠单位，而且还不能扣除不符合抵销条件的垫付款。垫付款只能作为债权进行申报，如果最终清偿比例过低，被挂靠单位实际上承担了垫付款项无法追回的损失。

综上所述，我们建议建筑企业不要采取挂靠模式。对于已发生的采取挂靠模式的项目，应加强施工现场管理，严格控制印章使用，对于建设单位提出的垫资要求要予以拒绝，否则有可能最终就是建筑企业自己承担垫付责任。

在工程质量不合格的问题，承包人就有可能承担修理、返工或者改建的法律风险，或者被减少工程款的支付。此外，管控分包方的质量与安全问题，还可以从明确分包合同中各自关于质量安全职责权限的约定，明确对分包商在现场内施工或服务活动实施控制的相应内容等进行风险把握与控制。

六、建立并规范农民工工资发放监管机制

农民工权益保障一直受到国家政府的持续关注与高度重视。2019年，国务院针对农民工权益保障问题专门出台了《保障农民工工资支付条例》，于2020年5月1日正式开始实施，根据规定：（1）承包单位要根据法规规定开设农民工工资专用账户，专项用于支付该工程建设项目的农民工工资；（2）建设单位要根据合同约定及时支付工程款，并监督承包方按时足额发放农民工工资不拖欠；（3）因建设单位未按照合同约定及时拨付工程款导致农民工工资拖欠的，建设单位应当以未结清的工程款为限先行垫付被拖欠的农民工工资。（4）承包单位或者分包单位应当依法与所招用的农民工订立劳动合同并进行用工实名登记，具备条件的行业应当通过相应的管理服务信息平台进行用工实名登记、管理。

实践中，由于工程项目往往存在层层分包，劳务班组施工等诸多情形，经常发生工程款按时支付，但分包单位或者劳务班组负责人却拖欠农民工工资的情况，最终有些“名单外”农民工在拿不到工资的情况下纷纷起诉分包方、总包方与建设单位要求支付工资。其实出现这样的问题主要还是承包方或分包单位对施工现场的用工管理不严，没有形成有效机制所致。对于总包方付款，分包方付款，或者是劳务班组付款支付农民工工资，其实都应该建立一整套完善的机制，将用工、考勤、工资支付等情况做好记录。如要求分包单位按月考核农民工工作量并编制工资支付表，经农民工本人签字确认后，与当月工程进度等情况一并交总包单位或分包单位确认。如通过农民工工资专用账户直接将工资支付到农民工本人的银行账户，并要求提供代发工资凭证等。通过细化农民工及农民工工资的发、放、支付及管理机制，有利于降低此类风险的发生概率。（作者单位：浙江西湖律师事务所）