

国内投建营一体化存在的问题以及对策建议

编者按:6月26日,华东政法大学投资与建设法治研究院签约揭牌仪式暨投资建设模式法律研讨会在上海举行。会上发布了《大江南北新涌动——国内投资建设模式市场运作情况的调研报告》。作为研究院未来的一项重要工作,建立投资建设总承包的合同示范文本,是推动中国标准走出去,以法治力量为建筑企业“走出去”保驾护航的重要制度建设。

该报告是在前期理论研究工作的基础上,由华东政法大学投资与建设法治研究院专家委员会主任、建研研究院院长朱树英带领建研律师和行业专家赴昆明、广州、深圳、武汉、西安、苏州、上海等地对实践中的建设总承包的合同操作进行实地调研,获得了丰富的“投建营一体化建设总承承包模式”相关实践资料,并由前期研究小组在对调研资料进行分析和提炼、总结的基础上将相关理论成果和实际经验固化为调研报告。现节选报告的前沿与第四部分《国内投建营一体化存在的问题以及对策建议》予以刊登。

伴随着中国建筑业蓬勃发展的脚步,为更好地提升城市的建设水平,建筑行业对于工程组织实施方式的探索从未停歇。上海市建研律师事务所为深入理解和掌握建设项目工程组织实施方式的最新趋势,成立投建营一体化工程投资建设总承包课题组,特别开展了一项针对投建营一体化模式的建设总承包调研活动。

此次调研旨在通过实地考察、专业访谈及案例分析,详细了解当前建设总承包在项目管理、风险控制、法律规范等方面的最新趋势。调研团队由多位专业律师和行业专家组成,调研了数个大型建设项目(中亿丰建筑数字产业园建设运营项目、西安地铁9号线一期工程PPP项目、广州南沙新区区块综合开发项目、上海市青浦区重固镇新型城镇化建设总承包项目、上海中心大厦大型商业综合体建设项目),并走访云南省建设投资控股

集团有限公司和浙江省建设投资集团股份有限公司,调研其参与工程建设领域的市场主体演变过程,与调研对象公司的项目管理者、工程师及政策制定者进行了深入交流,研究相关建设总承包的策略、资金募集、设计和施工到运营管理的全过程,并特别关注了法律风险防控和合规管理体系,在此基础上对调研单位提出相关建议。

本调研报告的正式揭开了课题组各项工作的序幕。一种新的行业发展模式,其诞生、发展的历程,离不开行之有效的配套法规制度和示范文本。如今,我们站到了新的历史和现实发展阶段,“投建营一体化”模式的研究值得我辈正本清源、守正创新。我们期待,课题组在接下来的工作中,能够产生更多兼具专业性和可行性的理论成果,为市场主体提供指引。

国内投建营一体化存在的问题以及对策建议

(一)存在的问题

结合我们调研的情况,国内的投建营一体化模式已经进行了很多尝试,并在很多项目中取得了成功。目前国内投建营一体化模式的发展可谓“八仙过海各显神通”,既有利用PPP的模式,成立项目公司将投资、建设、运营、移交有机串联的西安地铁9号线,也有充分利用了国家战略和企业发展机遇通过合并重组或借壳上市实现企业从传统建工企业到投建营一体化的综合服务商的云南建投和浙江建投。以上案例在实践中均取得了良好的效果,为行业研究投建营一体化模式提供了良好的案例库。但我们在调研中也同样发现,当前国内投建营一体化模式存在着一些不规范的乱象,乱象的滋生也可能给投建营一体化模式的发展蒙上了阴影。

1.投建营一体化缺乏相应的管理制度

从PPP模式的发展历程来看,从最

初的EPC+F、PPP+EPC、BOT、BOOT等模式的百花齐放,到近年来陆续发布的《关于规范实施政府和社会资本合作新机制的指导意见》([2023]115号)《基础设施和公用事业特许经营管理办法》(2024年第17号令)等文件的出台,对于政府和社会资本合作以及特许经营的合规性,主管机关一直在探索和推进。而对于政府和社会资本合作项目之外的投建营一体化模式,目前仍然缺乏明确的法律法规和政策指导,导致投建营一体化在实施过程中缺少规范和标准,而更多依赖于市场主体的自行探索,这显然不利于这一模式的长久发展。投建营一体化模式缺乏相应的管理制度具体体现在:

缺乏统一标准。投建营一体化项目涵盖投资、建设、运营等多个环节,但目前尚未形成统一的、跨行业的管理制度和标准,导致项目在实施过程中缺乏明确的指导依据。同时,由于缺乏明确的标准,项目团队在各个阶段的工作质量也难以得到有效保障。

制度空白。在某些细分领域或特定类型的投建营一体化项目中,可能存在管理制度的空白,使得项目在运作过程中面临无法可依的困境。

监管缺失。由于缺乏有效的监管机制,即使存在管理制度,也可能存在执行不力的情况,导致制度形同虚设。

责任不明确。在投建营一体化项目中,各个环节的责任划分不明确,导致制度执行时责任推诿,影响项目进展。考核制度不完善。没有建立起与投建营一体化项目特点相适应的考核制度,难以激发项目参与方的积极性和创造性。

信息化程度低。投建营一体化项目需要高度集成的信息化平台来支持项目的全生命周期管理,但目前国内在数字化管理平台建设方面还存在滞后现象。

数据共享困难。由于各参与方之间数据共享机制不完善,导致项目信息无

法及时、准确地传递和共享,影响项目的决策效率和执行效果。

2.无统一可以适用的投建营模式的合同示范文本

投建营一体化模式涉及投资、融资、建设、运营等多个环节,各个环节之间环环相扣,极易出现风险。2024年5月21日,国家发展改革委办公厅印发了《政府和社会资本合作项目特许经营协议(编制)范本(2024年试行版)》,为政府和社会资本合作项目特许经营协议提供范本参考。但是,除政府和社会资本合作项目之外,针对其他投建营一体化项目,当前市场主体签订合同时没有规范的示范文本可作为参考,多是自行编制合同,容易考虑不周,进而在后续执行过程中出现合同没有约定或者约定不明的情况。而且也容易滋生不合规、不公平的条款出现。无统一合同示范文本带来以下问题:

法律风险增加。由于缺乏统一的合同示范文本,项目参与方在起草合同时容易忽视某些重要法律条款,或者对某些法律风险的预见不足,从而增加项目的法律风险。

谈判成本上升。在没有统一合同示范文本的情况下,项目参与方需要花费更多的时间和精力进行合同谈判,就合同的具体条款和内容进行反复协商,这会增加项目的谈判时间和时间成本。

合作效率降低。由于合同文本的不统一,项目参与方在理解合同条款时可能存在差异,导致合作过程中的沟通障碍和误解,降低项目的合作效率。

项目质量难以保证。合同是项目管理的重要依据,缺乏统一的合同示范文本可能导致项目管理的不规范,从而影响项目的质量和进度。

(二)对策建议

1.缺乏相应管理制度的对策

制度设立的总体原则。明确建设总承包管理制度的总体原则,如市场化运作、公平竞争、透明公开、责任明确等,为整个项目的实施提供指导。

搭建法律法规框架。制定专门的法律法规,明确投建营一体化模式的法律地位、基本原则、参与主体的权利与义务。详细规定各参与方的职责和权利,包括投资方、建设方、运营方等。确保各方明确自己的职责范围,避免职责重叠或遗漏。

统一协调机构和审批流程。成立国家级或地方级的协调机构,负责投建营一体化项目的总体规划、协调和管理。建立项目审批流程,确保项目的合规性,并建立监管体系以监督项目实施过程。完善投建营模式的融资机制。出台金融法规政策,明确投建营的融资模式,拓展融资渠道,包括政府和社会资本合作(PPP)、债券发行、银行贷款等融资机制。

明确流程管理制度。制定项目从投资到运营的全过程管理流程,包括投资决策、资金筹集、设计规划、施工建设、运营管理等各个环节的具体要求和步骤。确保项目按照预定的流程进行,提高管理效率。

明确风险管理制。建立风险管理制度,识别和分析项目可能面临的风险,制定相应的风险应对措施。确保项目在面临风险时能够迅速反应,降低损失。

明确质量管理制。制定项目质量管理制,明确质量标准和质量检验要求。确保项目在各个环节都能够达到预定的质量标准,提高项目的整体质量。

明确成本管理制度。建立项目成本管理制度,对项目的成本进行严格控制和和管理。确保项目在预算范围内完成,提高项目的经济效益。

明确监督与评估的制度。建立项目监督与评估机制,对项目的实施过程进行全程监督,定期对项目进行评估。确保项目按照预定的目标和要求进行,及时发现和解决问题。

2.起草编制“投资建设系列合同示范文本”

投建营一体化模式的实现需要签订一系列合同,因此除政府和社会资本合

作项目特许经营协议范本之外,有必要考虑制定一套规范的合同示范文本,在合同起草环节规范合同约定,同时也能在行业内逐步形成行业惯例。为落实中共中央对涉外法治工作提出的新要求,课题组已经开始实施示范文本研究工作。未来会将标准合同文本经过专家论证定稿后提请上海市政府主管部门发布该示范文本集用于上海企业在“一带一路”走出去过程中当作标准合同来使用。待时机成熟,将继续推进该合同文本集提高到国家层面上,成为全国范围内企业在涉外工程项目中广泛适用的高标准的国际施工合同文本。起草编制“投资建设系列合同示范文本”将遵循以下方式:

坚持合法性原则,出台具有实践指导意义的“投资建设系列合同示范文本”。吸收许多国际工程项目的先进经验和国内建设总承包的探索,根据我国法律法规和建设总承包的实际情况,实事求是地约定了合同条款及内容。对建设单位和工程总承包单位的责任、权利和义务做出比较详尽的约定,出台符合实务发展和维护各方公平的合同示范文本,以规范、引导建设总承包合同当事人的签约、履约行为。

坚持合法性原则,与相关法律法规规章、司法解释保持一致。“投资建设系列合同示范文本”将严格遵循了《中华人民共和国民法典》《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(一)》等法律法规、规章、司法解释的要求,与国家现行的有关法律法规和规章、司法解释相协调一致。

坚持统一性与灵活性的原则,扩大示范文本的适用范围。确保“投资建设系列合同示范文本”适用范围广泛,除政府和社会资本合作项目之外,适用于包括建筑、市政在内的所有行业的工程施工项目。除法律规定以外的,允许合同当事人在专用条款中进行约定,以提高扩大“示范文本”的适用范围。

(上海市建研律师事务所)

总承包单位应当如何应对先行清偿农民工工资制度

□张一帆

当前建设工程施工领域中,因施工链条过长、管理缺位等原因,层层转包、违法分包、挂靠承包等现象时有发生,加剧了处于施工链条末端的农民工工资拖欠问题。为保障农民工工资支付,维护农民工的合法权益,国务院出台了《保障农民工工资支付条例》(下称《条例》),并于2020年5月1日起施行。其中,《条例》第30条规定:“分包单位拖欠农民工工资的,由施工总承包单位先行清偿,再依法进行追偿。”一方面,该制度通过由财务状况好、支付能力强的总承包单位先行清偿,切实保障了农民工的合法权益;另一方面,该制度在限定总承包单位是否存在过错,总承包单位是否已付清分包工程款的情况下,直接规定总承包单位承担先行清偿责任,极大地拓宽了总承包单位的责任边界,加重了总承包单位的责任。

本文笔者将从总承包单位先行清偿制度的起源、适用前提以及责任性质入手,探讨该制度存在的合理性及适用弊端,并结合笔者代理总承包单位处理同类案件的诉讼、仲裁经验,为总承包单位提供应对建议,望能对总承包单位防范风险提供指引。

先行清偿制度的历史沿革

为规范建设工程领域的农民工工资支付行为,维护农民工的合法权益,国家先后出台了一系列政策文件,从发机关到内容规定上,不断完善农民工工资支付问题。

《建设领域农民工工资支付管理暂行办法》(部门规范性文件)。

2004年9月6日,劳动和社会保障部、建设部印发的《建设领域农民工工资支付管理暂行办法》(劳社部发[2004]22号)第十条规定:“业主或工程总承包企业未按合同约定与建设工程承包企业结清工程款,致使建设工程承包企业拖欠农民工工资的,由业主或工程总承包企业先行垫付农民工被拖欠的工资,先行垫付的工资数额以未结清的工程款为限。”

根据上述文件的规定,总承包单位未与分包单位结清分包工程款,致使分包单位发生欠付农民工工资的情况下,总承包单位应以未结清分包工程款为限,承担先行垫付责任。该文件以未结清的分包工程款为限,限定了总承包单位的责任边界。

《住房和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》(部门规范性文件)。

2014年7月28日,住房和城乡建设部印发的《住房和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)第(五)条规定:“施工总承包、专业承包企业承担相应的劳务用工管理责任。按照‘谁承包、谁负责’的原则,施工总承

包企业应对所承包工程的劳务管理全面负责。施工总承包、专业承包企业将劳务作业分包时,应对劳务费结算支付负责,对劳务分包企业的日常管理、劳务作业和用工情况、工资支付负监督管理责任;对因转包、违法分包、拖欠工程款等行为导致拖欠劳务人员工资的,负相应责任。”

根据上述文件的规定,总承包单位对分包项下的劳务人员劳务费的支付负监督管理责任,在出现转包、违法分包、拖欠工程款等行为导致拖欠劳务人员工资情况下,负有相应责任。该文件虽规定了总承包单位的监督义务及特定情形下的责任,但并未明确总承包单位责任承担的边界。

《国务院办公厅关于全面治理拖欠农民工工资问题的意见》(国务院规范性文件)。

2016年1月17日,国务院办公厅印发的《国务院办公厅关于全面治理拖欠农民工工资问题的意见》(国办发[2016]1号)第(九)条规定:“落实清偿欠薪责任。招用农民工的企业承担直接清偿拖欠农民工工资的主体责任。在工程建设领域,建设单位或施工总承包企业按合同约定及时拨付工程款,致使分包企业拖欠农民工工资的,由建设单位或施工总承包企业以未结清的工程款为限先行垫付农民工工资。建设单位或施工总承包企业将工程违法发包、转包或违法分包致使拖欠农民工工资的,由建设单位或施工总承包企业依法承担清偿责任。”

虽上述文件依然为规范性文件,但我们仍可以看到,随着国家对农民工工资支付问题的关注,发文机关已由国务院下属部门调整为国务院办公厅。并且,该文件规定了总承包单位在特定情形下的先行垫付和清偿责任,但先行垫付责任仍以未结清的分包工程款为限。

《保障农民工工资支付条例》(行政法规)。

2019年12月30日,国务院印发的《保障农民工工资支付条例》(国务院令第七24号)第三十条规定:“分包单位对所招用农民工的实名制管理和工资支付负直接责任。施工总承包单位对分包单位劳动用工和工资发放等情况进行监督。分包单位拖欠农民工工资的,由施工总承包单位先行清偿,再依法进行追偿。工程建设项目转包,拖欠农民工工资的,由施工总承包单位先行清偿,再依法进行追偿。”

该文件系我国首部保障农民工工资支付权益的行政法规,体现了国家对解决农民工工资拖欠问题的高度重视,以及建立健全欠薪零容忍的制度体系的决心。需要说明的是,该规定首次明确了总承包单位在分包单位拖欠农民工工资的情形下先行清偿再依法进行追偿的责任承担形式。

先行清偿制度的适用前提

根据《条例》第30条的规定,总承包单位承担先行清偿责任的前提条件可以归纳为:第一,适用主体应为农民工;第二,分包单位欠付农民工工资。

1.适用主体应为农民工

与分包单位存在劳动关系时,农民工可否依据《条例》向总承包单位主张先行清偿责任?

有观点认为,农民工与分包单位建立劳动关系时,其身份应当已从“农民工”转变为“劳动者”,其作为与分包单位存在劳动关系的劳动者,有权依据《劳动合同法》向其用人单位即分包单位主张工资,而不应再适用《条例》的规定向总承包单位主张先行清偿工资。

与上述观点不同,笔者在代理同类案件时,发现审理法院在认定农民工与分包单位之间存在劳动关系的情况下,仍判决总承包单位承担先行清偿责任。因此,对于该问题笔者进行了进一步研究。

《条例》第2条规定:“本条例所称农民工,是指为用人单位提供劳动的农村户籍居民。”人力资源和社会保障部(人力资源社会保障部对十三届全国人大一次会议第8048号建议的答复)中定义:“农民工”是指具有农村户口、有承包土地,但主要在非农产业就业的人员。经检索,《条例》中所称的农民工是否包括已经与分包单位建立劳动关系的农民工,并无相应文件进行规定。但根据《条例》解决农民工工资支付问题的立法目的来看,笔者认为,无论农民工是否与分包单位建立劳动关系,均应适用《条例》第30条的规定,由总承包单位承担先行清偿责任。

实际施工人可否依据《条例》向总承包单位主张先行清偿责任?

根据最高院民一庭编著的《建工司法解释(一)理解与适用》,实际施工人指最终为项目投入资金、人工、材料和机械设备进行实际施工的单位和个人。河北省高院发布的《建设工程施工合同纠纷案件审理指南》第29条进一步明确,实际施工人的要件包括:第一,存在实际施工行为,包括在施工过程中购买材料、支付工人工资、支付水电费等行为;第二,参与建设工程承包合同的签订与履行过程;第三,存在投资或收款行为。

而结合《条例》第2条的规定,本条例中的“农民工”并不符合上述要件。因此,本条例的适用主体不应扩大理解包含实际施工人。

2.分包单位欠付农民工工资

根据《条例》第30条的文义理解,无论是合法分包,亦或是转包、违法分包情形下,只要出现分包单位拖欠农民工工资的,总承包单位均需承担先行清偿责任。

并且,《条例》第30条并未明确总承包单位承担先行清偿责任是否以总承包

单位欠付分包工程款为前提,即无论总承包单位是否与分包单位完成分包工程结算,付清分包工程款,只要分包单位欠付农民工工资,总承包单位均需承担先行清偿责任。

先行清偿制度的责任性质

下面笔者将从责任分担角度,总承包单位先行清偿责任系连带责任还是补充责任,以及从过错角度,总承包单位先行清偿责任系过错责任还是无过错责任进行分析。

1.连带责任还是补充责任

先行清偿责任性质并非连带责任。根据《条例》第30条的规定,分包单位拖欠农民工工资的,由总承包单位先行清偿,再依法进行追偿。工程建设项目转包、拖欠农民工工资的,由总承包单位先行清偿,再依法进行追偿。因此,总承包单位对分包单位劳动用工和工资发放等情况负有监督义务,但条例并未明确先行清偿的责任性质。

此外,《民法典》第178条第3款明确规定:“连带责任,由法律规定或者当事人约定。”根据上述规定,连带责任必须基于法律规定或者当事人约定。不存在法定或约定承担连带责任的情况下,此类案件中法院不应判决总承包单位对分包单位欠付的工资承担连带责任。

先行清偿责任性质理解为补充责任为宜。

补充责任是指在主责任人不能承担全部赔偿责任时,与其有特定联系的当事人依法就其不能赔偿部分承担间接责任。根据《条例》第30条的规定,分包单位对所招用农民工的实名制管理和工资支付负直接责任。

可见,分包单位作为农民工的招聘主体和工资支付主体,应为农民工欠付工资的直接责任人。总承包单位虽对分包单位劳动用工和工资发放等情况负有监督义务,但监督责任不应等同于直接支付责任。在分包单位拖欠农民工工资的情况下,总承包单位应作为补充责任人承担补充清偿责任为宜。

2.过错责任还是无过错责任

《条例》第30条并未明确总承包单位承担先行清偿责任是否以总承包单位欠付分包工程款为前提,即无论总承包单位是否与分包单位完成分包工程结算、付清分包工程款,只要分包单位欠付农民工工资,总承包单位均需承担先行清偿责任。因此,先行清偿责任应理解为无过错责任。

先行清偿制度的适用弊端

1.突破了合同相对性原则

根据《合同法》第465条规定:“依法成立的合同,受法律保护。依法成立的合同,仅对当事人具有法律约束力,但是法律另有规定的除外。”可见,民法典的基本原则即合同仅对当事人具有法律约

束力,该原则应当被严格遵守。《中华人民共和国立法法》第99条规定:“法律的效力高于行政法规、地方性法规、规章。”

合同相对性作为基本原则,应当被严守,不能随意突破,否则将造成当事人之间利益的严重失衡。因此,《条例》作为行政法规,其效力低于《民法典》,作为行政法规作下位法与作为上位法的法律相冲突的,应当直接适用法律。此类案件中,总承包单位与农民工之间不存在任何合同关系,农民工无权突破合同相对性向总承包单位主张权利。

2.拓宽了总承包单位的责任边界

根据分包合同,总承包单位最主要的合同义务是根据分包结算单向分包单位及时支付分包款项。总承包单位虽对分包单位的劳动用工和工资发放等情况负有监督义务,但该责任应受分包合同约定的约束,即总承包单位在与分包单位完成分包结算、付清分包款项后,已完成对分包单位的付款义务。

而如上所述,《条例》规定总承包单位的先行清偿责任系无过错责任,只要出现分包单位欠付农民工工资的,总承包单位均需承担先行清偿责任。虽然上述规定系为保障农民工权利,但也极大地拓宽了总承包单位的责任边界。

3.先行清偿后可能面临无法追偿

通常情况下,分包单位较总承包单位而言履约能力不足、财务状况较差,而分包单位欠付农民工工资的情况下,分包单位的偿付能力更加不明朗。此种情况下,总承包单位先行清偿农民工工资后,虽有权利向分包单位追偿,但若分包结算已完成,无法从分包结算款中扣除相应款项,总承包单位将面临无法追偿的风险。

总承包单位应对建议

1.推行工资代发制度

根据《条例》第31条的规定,工程建设领域推行分包单位农民工工资委托总承包单位代发制度。项目履约过程中,建议总承包单位与分包单位签订专业分包合同的同时,可一并签订农民工工资代发协议,按照分包单位提供的付款资料,并结合现场考勤情况及时、足额代发工资,通过代发工资制度加强农民工工资发放的监管工作。

2.加强分包用工管理

根据笔者代理的同类案件经验,建议总承包单位加强对分包单位的用工管理。第一,入场阶段做到合法用工。建议总承包单位严格审查分包单位资质,对分包现场人员进行实名制管理,要求分包单位为入场人员办理书面入场申请等。第二,施工阶段尽到监管责任。建议总承包单位可通过要求分包单位按时报送现场务工人员考勤表,及时掌握现场施工人员的出勤情况,并加强农民工工资发放的监督工作。总承包单位需按照分包单位的提报并结合现场考勤情况及时足额代

发工资;由分包单位直接支付的,要求分包单位按时提报工资发放情况,监管分包单位是否及时足额发放工资。第三,离场阶段做到入场钱两清。对于已离场分包单位人员,总承包单位可要求分包单位提供离场报告以确定离场时间,同时提供离场人员的工资清偿证明以证明不存在欠付工资。

3.尽快完成分包结算

分包工程施工过程中,出现分包单位人员向总承包单位主张工资时,如生效法律文书认定总承包单位需承担先行清偿责任,总承包单位可在分包结算时将先行清偿的工资在结算款中扣除,避免无法追偿的风险。分包工程完工后,总承包单位在核查分包单位所有入场人员已离场并结清工资的情况下,应尽快推进分包工程的结算工作,按照合同约定支付分包工程款,尽可能避免分包单位通过劳务人员主张工资等方式突破分包结算主张工程款。

4.设置违约责任及担保

为避免分包单位恶意拖延结算,或通过劳务人员主张工资等方式间接对在分包结算以外主张工程款的情况。分包合同签订时,可针对分包单位欠薪情况设置相应的违约条款,增加分包单位通过劳务人员主张工资等方式突破分包结算主张工程款。

《条例》的出台,一方面体现了国家规范建筑市场,保障农民工工资支付,维护农民工的合法权益的目标,有其历史必然性。另一方面,《条例》规定的总承包单位先行清偿制度,拓宽了总承包单位的责任边界,增加了总承包单位的管理成本。司法实践中,审判机构一般对直接适用《条例》判决总承包单位承担先行清偿责任持审慎态度,但各地法院生效裁判文书仍不乏存在适用《条例》的情况。在此背景下,总承包单位现场用工应当尽到合理监督管理职责,通过代发农民工工资等制度,尽可能规避相应法律风险。(作者单位:文康律师事务所)

建筑法苑

主 编:何梦吉

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:上海营口路588号18楼

邮 编:200433

E-mail:652016115@qq.com

联 系 人:何梦吉