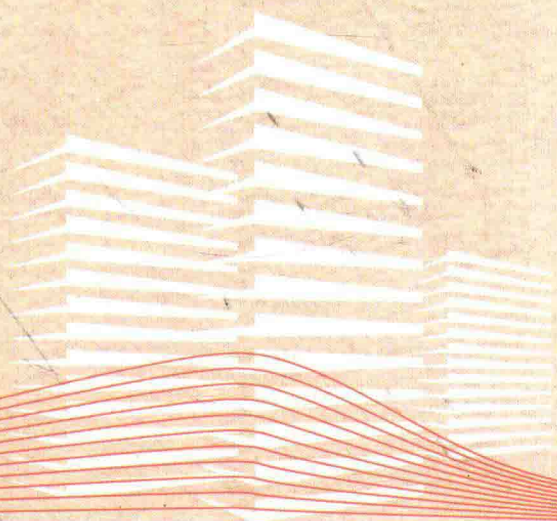


张正勤律师 谈建筑房地产法律事务

1

Lawyer Zhang Zhengqin
on Real Estate Legal Affairs

张正勤 著



中国建筑工业出版社

张正勤律师谈建筑房地产法律事务 1

张正勤 著



中国建筑工业出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

张正勤律师谈建筑房地产法律事务 1/张正勤著. —北京:
中国建筑工业出版社, 2018.1
ISBN 978-7-112-21764-9

I. ①张… II. ①张… III. ①建筑法-中国-文集②房地产
法-中国-文集 IV. ①D922.297.4-53②D922.384-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2018) 第 004696 号

作为一名长期致力于建设工程领域法律服务的专业律师,本书作者自执业以来,承接了大量建筑行业相关的诉讼及非诉业务,深刻感受到了建筑业相关从业人员对于建筑业法律法规的重视和实践中遇到的困扰及误解。

本书由 41 篇论文组成,文章均是作者在其承接业务、现场授课过程中对建筑业时下行业热点和新法新规的所思所想,并以“专业问题法律化、法律问题专业化”的思维方式进行了汇总,希望能对建筑业及法律界各同仁起到些帮助。

本书适用于从事建筑业、房地产业的管理人员、工程人员及律师,以及相关专业的高校师生。

责任编辑:赵晓菲 朱晓瑜

责任校对:王 瑞

张正勤律师谈建筑房地产法律事务 1

张正勤 著

*

中国建筑工业出版社出版、发行(北京海淀三里河路9号)

各地新华书店、建筑书店经销

北京科地亚盟排版公司制版

北京鹏润伟业印刷有限公司印刷

*

开本:787×1092毫米 1/16 印张:19 字数:468千字

2018年1月第一版 2018年1月第一次印刷

定价:60.00元

ISBN 978-7-112-21764-9

(31605)

版权所有 翻印必究

如有印装质量问题,可寄本社退换

(邮政编码 100037)

前言

在一个开着鲜花的河边小屋里，
想着美，
梦着歌……
披落日和秋风，
写着诗；
画着画……
迎朝阳听鸟语，
偶尔小酌，也会小聚……
我就想这样生活着！

这是笔者前两天写的一首“儿歌”，描述的是笔者现在的生活和工作状况，写写论文，讲讲课，办办案子……

近几年本人在办案的同时，出版了八本近 600 万字的法律著作，在全国各自进行讲课和演讲几百场，这一切均是建立在办案的实践经验的基础上。从中，笔者得到如下体会：律师必须亲力亲为地办理案件，从接案到法庭辩论，从诉状到代理词。案子宁可少做，绝不可“转包”，至少“主体工程”必须自己完成。这样才有利于贴近实践，才有利于做到“上下、左右、前后”三维的整体思考。而只有这种三维立体思考后得出的理论才会紧扣实务，从而结合深入浅出的说理，从最直观的角度给出实操层面上的建议，才能“生动活泼、实实在在、富有逻辑”。

通过讲课、论文、书稿向大家分享自己的所思所感，再经由大家的反馈修正自己的思维方式和最终结论，最终体现在办案能力和谈判技巧上，这大概是笔者的职业生态循环吧。这一循环不仅有利于自身办案能力的提高，也有利于委托人的利益最大化。同时，也对社会法治意识和社会公正起到一定作用。因此，笔者对自己的讲座努力追求“四不讲”，即学员们知道的不讲；书本上有的不讲；自身没有感受的不讲；讲不清的不讲。

经历多年的工程法律实践，笔者认为建筑行业常见的风险与纠纷，往往归因于市场主体关于“法律”适用与认识的欠缺，包括：

(1) 关注的偏差化——“重实体、轻程序”或“重特别法、轻普通法”，即侧重实体法而轻视程序法，或偏重建筑法律体系而疏忽一般民事规范；

(2) 应用的片面化——“重上位法、轻下位法”或“重立法、轻司法”，即倚重高层级法律法规但忽视低位阶规章文件，或看重立法行政机关的依据但忽略法院系统的司法解释与指导意见；

(3) 理解的单一化——“重规定、轻规则”，即着重单独条文的内容知晓，怠于组合法条的规则掌握；

(4) 阶段的局限化——“重争议解决、轻风险防范”，即注重事后纠纷解决而非事前风险防控的法律运用。

鉴于上述问题在工程领域的普遍存在，以防止或减少法律风险与合同纠纷的发生，本书将笔者近几年写的论文精选了 41 篇进行整理汇编。希望借本书关于法条“全面化”、“层次感”、“逻辑性”与“穿插度”的归纳及解读，引导建筑活动中行为依据的准确适用与正确理解。

受限于时间仓促与学识浅薄，本书难免存疏漏乃至谬误之处，敬请广大读者及业界同仁不吝赐教、批评指正。本书的出版得到了李可雪女士、张姝律师的大力支持，在此一并表示感谢！

Preface

In a river-side cottage surrounded with blossoming flowers,
Thinking of beauty,
Dreaming of melodies.....
Cloaking the sunset and feeling the autumn wind,
Writing poems;
Drawing paintings.....
Embracing the morning sun and hearing birds chirping,
Grabbing a drink, and occasionally have gatherings.....
C'est La Vie!

These are the lyrics the author wrote the other day, describing the author's current life status and work conditions, which is to write essays, deliver lectures, and handle legal cases, to name just a few.....

While handling legal cases in recent years, I've published eight books totaling nearly 6 million Chinese characters and delivered hundreds of lectures and speeches across the country. All these are based on the practical experience of handling legal cases. I have the feeling that lawyers must personally handle cases, from taking brief to court debate, from drafting plaintiff to writing legal statements. Lawyers should not "subcontract" their work to other party; at least, the "main project" must be done on their own. This is helpful to get close to practice, and conducive to achieving a holistic and three-dimensional way of thinking. However, only the theory derived from the three-dimensional way of thinking can be closely linked with practice, so as to combine with profound theories in simple terms and give suggestions on practical aspects from the most intuitive point of view. In that way, the legal advice can be "lively, tangible and full of logic".

Lectures, essays, and manuscripts to share my thoughts and feelings, then, absorbing everyone's feedback to amend my own way of thinking and draw the final conclusion, and ultimately getting reflected in the case handling skills and negotiation skills has composited my career cycle. This cycle is not only valuable to improve our ability to

handle cases, but also to maximize the interests of our clients. At the same time, it plays a certain role in social rule of law and social justice. Therefore, the author always avoid the four topics in my lectures, which are, those students already known; those written in the book; those we don't have feelings; and those we can't explicitly express.

After many years of construction and engineering legal practice, the author believes that the common risks and disputes in the construction industry are often attributed to the lack of application and understanding of "law" by market players, including:

(1) Deviation of concern- "Emphasize substance, but devalue procedure" or "Emphasize special act, but devalue ordinary law", which focuses on the substantive law but neglects the procedural law or on the construction of the legal system but neglects the general civil code;

(2) The one-sidedness of application- "Emphasize upper-level legislation, but devalue lower-level legislation" or "Emphasize legislation, but devalue justice", which is to rely on high-level laws and codes but neglect the lower-level rules and regulations, or to value the basis of the legislature, but ignore the judicial interpretation and guidance of the Court system;

(3) The simplification of understanding- "Emphasize regulations, but devalue rules", which is to focus on individual article contents understanding, but laggard in mastering the rules of the combined terms;

(4) The limitation of the stages- "Emphasize controversial solution, but devalue risk prevention", which is to pay attention to the resolution of disputes afterwards, rather than the legal application of risk prevention and control in advance.

In view of the above problems in the construction and engineering fields, and in order to prevent or reduce legal risks and contract disputes, the author selected 42 papers written in recent years in the book. I hope that this book can guide the accurate application and correct understanding of the behavior basis in construction activities through the induction and interpretation of the "comprehensiveness", "hierarchy", "logic" and "penetration" of legal articles.

Due to time constraint and my shallow knowledge, there might be some omission- and even fallacious points in this book; I greatly appreciate your comments, criticism and correction. Meanwhile I'd like to express my gratitude to Mrs. Li Kexue, lawyer Zhang Shu for their strong support in the publication process.

目 录

以建设工程专业律师视角谈建筑业深化改革

——解读《国务院办公厅关于促进建筑业持续健康发展的意见》 1

施工承包合同纠纷中应明确的十个主要法律问题

——《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》

实施六年后的再思考 9

“假章”变真，到底为什么呢？

——评析（2016）最高法民申××号民事裁定书 20

公章真实≠协议真实，到底为什么呢？

——评析（2014）最高人民法院民提字第××号民事判决书 26

不付价款≠违约行为，到底为什么呢？

——从一起“欠款”被诉后“逆袭”成功的案件谈“抗辩权” 31

三方确认≠免除责任，到底为什么呢？

——从一起“三方确认”后要求退还“工程价款”案件谈“免责事由” 38

2017 版施工承包合同十五个要点解读及建议（上篇）

——解读《建设工程施工合同（示范文本）》（GF—2017—0201） 44

2017 版施工承包合同十五个要点解读及建议（中篇）

——解读《建设工程施工合同（示范文本）》（GF—2017—0201） 55

2017 版施工承包合同十五个要点解读及建议（下篇）

——解读《建设工程施工合同（示范文本）》（GF—2017—0201） 67

逃避招标合意行为探研及规制策略

——兼论如何正确理解“阴阳合同” 78

刍议施工承包合同中的工程造价属性 85

从造价属性来理解“营改增”对承包人的影响 90

公式剖析承包人利润最大化秘诀

——兼议施工承包企业管理重点的分析 97

正确理解“固定价不予鉴定”的法律规定

——浅议《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》第二十二条的规定 103

浅议建设工期与工程造价的关系 108

不同主体签署的工程签证的法律效力及应对策略 114

关于“没有完成结算，不予产权登记”规定的评析

——解读《国务院办公厅关于促进建筑业持续健康发展的意见》 119

“将审计结论作为竣工结算依据”值得商榷

——浅评《上海市审计条例（草案）》第十二条第三款 124

若表决，会通过；若通过，难撤销

——再评《上海市审计条例（草案）》第十二条第三款 129

造价鉴定干涉诉讼权利的情形分析

——工程造价司法鉴定问题论文系列之一 133

应当鉴定“发包人应付”的“合同造价”，而非鉴定“承包人已完”的“成本造价”

——工程造价司法鉴定问题论文系列之二 140

论造价司法鉴定非诉法律服务的必要性

——工程造价司法鉴定问题论文系列之三 147

浅析当代中国建筑法体系中的几个问题 152

2013 版《建设工程施工合同（示范文本）》八项新制度初探 158

理解“顶层设计”，适应“深化改革” 166

浅析“缩小必须招标的范围”的客观必要性

——兼论正确理解“阴阳”合同及减少“逃标”合意的几个建议 176

按最低价格评标的动因及评标方式的选择分析 183

聚焦建设工程纠纷主要问题（一） 188

聚焦建设工程纠纷主要问题（二） 200

施工合同无效处理不应违背基本法理 210

关于工程质量的主要法律条款的诠释 215

刍议 EPC 项目的风险及应对

——以××××轻轨项目为向度 230

加快推行工程总承包，到底为什么呢

——兼论工程总承包与施工总承包在法律责任上的区别 237

障碍先扫，方可力推

——关于力推建设工程总承包存在的六大障碍及解决方案的浅析	244
上海市商品房预售的几个法律（实务）问题	250
房东“跳价”行为的应对策略分析	255
对工程造价咨询行业发展的八个建议	260
全过程全方位工程项目咨询服务简介	269
五张图介绍《民法总则》	275
基于《民法总则》视角谈工程索赔法律本质	282
律师通过谈判解决纠纷大有可为	287

以建设工程专业律师视角谈建筑业深化改革

——解读《国务院办公厅关于促进建筑业持续健康发展的意见》

【摘要】 本文主要在学习了《国务院办公厅关于促进建筑业持续健康发展的意见》（国办发〔2017〕19号，以下简称《建筑业发展意见》）后，对优化资质管理、完善招标投标制度、加快推行工程总承包模式、培育全过程工程咨询和建立统一开放市场等五个方面，从一个建筑业专业律师的角度提出了自己的观点。

笔者首先分别归纳了这五个方面在《建筑业发展意见》中的要点和亮点，并对这五个方面的现状进行了简要概述，然后，解读了《建筑业发展意见》中的相关观点，最后，对这五个方面的改革提出了自己的专业建议。

【关键词】 建筑业；深化改革；法律责任

The Deepened Reform in Architecture and Construction Industry, from the Prospective of an Architecture and Construction Industry Lawyer

——An Interpretation of *Opinions of the General Office of the State Council on Promoting the Sustained and Sound Development of Construction Industry*

【Abstract】 After learning the *Advice on the construction industry to promote sustained and healthy development* (hereinafter referred to as *Construction Industry Development Views*) issued by the General Administration of the State Council, this article mainly proposes views on optimizing qualification management, improving the tender and bidding system, speeding up the implementation of the project general contracting model, cultivating engineering consulting in the overall process and setting up a unified open market, from the prospective of a professional lawyer specialized in construction field. The author firstly summarizes the key points and highlights in the *Construction Industry Development Views* from the above mentioned five aspects, briefly summarizes the current status of the five aspects, and then reads the related views on *The Construction Industry Development Views*. Finally, the author puts forward the professional advice on the reform accordingly.

【Keywords】 Architecture Industry; Deepened Reform; Legal Responsibility

【前言】

市场决定资源配置是市场经济的一般规律，健全社会主义市场经济体制必须遵循这条规律，当前应当着力解决市场体系不完善、政府干预过多和监管不到位问题。因此，2013年11月12日，十八届三中全会作出的《全面深化改革若干重大问题的决定》中认为：经济体制改革是全面深化改革的重点，核心问题是处理好政府和市场的关系，因此，确立市场在资源配置中起决定性作用，从广度和深度上推进市场化改革的同时，明确政府在保持宏观经济稳定方面的主要职责和作用，加强和优化公共服务，保障公平竞争，加强市场监管，维护市场秩序，从而大幅度减少政府对资源的直接配置。

正确处理改革发展稳定关系，应当加强“顶层设计”和“摸着石头过河”相结合，“坚持依法治国、依法执政、依法行政共同推进，坚持法治国家、法治政府、法治社会一体建设”。为此，中央决定在2014年10月召开十八届四中全会，研究“全面推进依法治国重大问题”，从而到2020年，在重要领域和关键环节改革上取得决定性成果，完成十八届三中全会提出的改革任务，形成系统完备、科学规范、运行有效的制度体系，使各方面制度更加成熟、更加定型。

为了深入贯彻落实十八届三中全会精神，推进建筑业发展和改革，针对当前建筑市场和工程建设管理中存在的突出问题，2017年2月8日，在李克强主持召开的国务院常务会议上部署如何“深化建筑业‘放管服’改革，推动产业升级发展”的工作，为此，国务院办公厅2017年2月21日出台了《建筑业发展意见》。该《建筑业发展意见》主要涉及7个方面的改革，包含20个具体问题，这些问题涉及建筑业的全方位全过程。因此，《建筑业发展意见》具有“顶层设计”的性质，是今后建筑业改革的纲领性文件。

笔者学习《建筑业发展意见》后，结合实务，就以下几点特别重要的亮点，从一个建筑业律师的角度提出如下观点，供大家参考，以期达到抛砖引玉的作用。

一、优化资质资格管理

（一）要点亮点

- （1）简化资质，在一定条件下，在其资质类别内可放宽承揽业务范围限制；
- （2）强调资格，有序发展个人执业事务所。

（二）现状概述

过分强调企业资质，对资质类别的设置过于细化。同时，专注强调资质标准而不注重过程监督。注重企业资质管理而忽视个人资格，且对执业责任追究力度不足。以上均使得市场优胜劣汰的竞争机制未能得以充分发挥。

（三）简要解读

首先，过于强调企业资质而淡化个人资格容易造成不注重工作质量而只关心企业业绩

的不良现象。尤其是设计、造价等专业企业，其提供的是个人的专业成果，则更应注重人身性的个人资格问题。

其次，过于强调企业资质而淡化个人资格会使专业人员游离于整个企业，且出现所得收益与付出不相匹配的情况。这并不利于工作成果质量的保证和提高，同时，让对工作成果具有直接影响的个人承担由此带来的责任，可能比由承担有限责任的企业来承担更为可靠。

再次，在建立“淡化资质强化资格”的理念下，有必要对原资质设置的必要性和资质范围的合理性进行考量。此时，合并业务范围相近的企业资质类别，甚至取消部分类别的设置，是淡化企业资质的必然举措。

最后，应淡化准入机制、强化过程监管、加大事后处罚。同时，对于一部分信用良好、具有相关专业技术能力、能够提供足额担保的企业，可以在其资质类别内放宽承揽业务范围限制。这也符合市场规律。

(四) 律师提醒

(1) 中国《建筑法》设立“建筑许可”制度^①，即：建筑企业要有“资质”，专业人员要有“资格”^②，否则法律将不予正面肯定。必须明确：优化资质不等于否定资质。

(2) 法律虽对超越资质给予“补正”的机会，但在相应法律未修改或调整的前提下，“在一定条件下，在其资质类别内可以放宽承揽业务范围限制”还需要在立法上予以支撑。

(3) 笔者曾在八年前就提出过工程咨询业应适时推行合伙制事务所。这种从有限责任到无限连带责任的改变，从人合兼资合到完全人合的改变，将有利于提高工作成果的质量^③。故，笔者大胆揣测：不久将来，由执业资格为主的合伙制工程咨询事务所将是行业内的一大亮点。

二、完善招标投标制度

(一) 要点亮点

(1) 修订《工程建设项目招标范围和规模标准规定》（以下简称《招标规模标准》），缩小必须招标的范围；

(2) 尽快实现招标投标交易全过程电子化，推行网上异地评标，简化招标投标程序。

(二) 现状概述

现阶段法律规定的必须招标发包的范围过于宽泛，这使得双方的合意受到严重限制。故，实践中，招投标参与者在招投标各阶段常常通过不同形式达成直接合意从而逃避行政

^① 《中华人民共和国建筑法》第十三条规定：

“从事建筑活动的建筑施工企业、勘察单位、设计单位和工程监理单位，按照其拥有的注册资本、专业技术人员、技术装备和已完成的建筑工程业绩等资质条件，划分为不同的资质等级，经资质审查合格，取得相应等级的资质证书后，方可在其资质等级许可的范围内从事建筑活动。”

^② 《中华人民共和国建筑法》第十四条规定：

“从事建筑活动的专业技术人员，应当依法取得相应的执业资格证书，并在执业资格证书许可的范围内从事建筑活动。”

^③ 张正勤著，建设工程造价相关法律条款解读，北京：中国建筑工业出版社，2009年9月版，第269页。

监督和刑事处罚^①。

（三）简要解读

首先，工程发包的本质是双方的合意过程，本应明确体现意思自治原则，但《招标投标法》第三条规定的三类必须招标发包的工程项目和《招标投标法》对这三类工程项目的宽泛定义，这一系列规定甚至将必须发包的范围扩大到分包，几乎囊括了建设工程的所有项目。这显然是意思自治原则的反向体现，也可能正因如此，才导致现今串标行为泛滥。

其次，《招标投标法》作为一个更偏向程序的法律，有关实体的条款好像偏多，而实体条款越多，则与其他法律的衔接越容易存在问题。同时，招标投标法颁布施行已有 15 年，虽在此过程中制定了招标投标法实施细则等一系列行政法规和规章，但其本身存在的问题尚未解决，现今，随着中国经济的迅速发展，其中的规定更会显得僵硬迟滞，加上执法不足的缺陷，势必在实践中造成大量问题。

最后，招标制度设置的合理性及招标手段的单一性而使招标活动的公开性等方面仍需提高，故更需要加快推进电子招标投标，健全中标候选人公示制度，促进招标投标活动公开透明，加大社会监督力度。同时，应总结招标投标经验，探索开展标后评估，完善招标制度。

（四）律师提醒

（1）《招标投标法》是国家发展改革委出台的部门规章，故就法律阶位而言不及法律和行政法规，且修改程序相对简单。但是，缩小招标发包的根本应在于修改《招标投标法》第三条之规定，而修改作为狭义法的《招标投标法》则需要一定时间。

（2）根据《建筑法》的宗旨和《招标投标法》的规定，必须招标发包应当仅限于第一手发包，即建设单位的发包，而不应当包括第二手发包，即取得承包权的总承包人的分包。

（3）规定必须招标发包的工程项目是应该的，也是必须的，因此，缩小必须招标项目的范围不等于对必须招标的项目存在的否定。同时，在相应法律法规尚未修改或制定之前，现行规定仍是有效的。不仅如此，还应注意：法律原则上无溯及既往的效力。

三、加快推进工程总承包模式

（一）要点亮点

（1）加快完善工程总承包模式相关的制度规定；

（2）除以暂估价形式且属必须招标范围的项目外，工程总承包单位可直接发包其他专业工程。

^① 《中华人民共和国招标投标法》第五十九条规定：

“招标人与中标人不按照招标文件和中标人的投标文件订立合同的，或者招标人、中标人订立背离合同实质性内容的协议的，责令改正；可以处中标项目金额千分之五以上千分之十以下的罚款。”

（二）现状概述

虽然当代中国《建筑法》倡导工程总承包模式，但其主要还是根据发包人分别将勘察、设计、施工发包给各自承包人的模式为基础而制定的。这使得下位法、相应的行政管理也主要是以这一模式制定和设置的。故就现今国内而言，无论是勘察设计的承包人还是施工的承包人，无论从理念上还是从人员配置上，其均主要以这种模式为基础。而由于按工程总承包模式进行发包在国外建筑业比较普遍，故若国内承包人多有机会承接国外工程，则接触工程总承包模式的机会相对较多。

（三）简要诠释

首先，工程总承包模式是工程发包的主要发包模式，有利于避免将勘察设计、施工设备采购分别发包而导致的沟通问题、效率问题及技术风险和责任承担等问题。因此，其被中国法律所肯定和提倡，也被政府所鼓励。同时，其还以国标形式确立明确的法律地位。

其次，勘察、设计、施工之间存在的内部联系，工程总承包模式能够将之集成化从而统揽全局，即在勘察、设计时就能考虑施工工艺的合理性、工期的有效性和价款的最低化；在施工过程中就能考虑设备和建材的采购；甚至可以在勘察设计阶段考虑上述问题。同时，工程总承包模式还有利于统一管理。其具有统一的管理目标、统一的组织体系、统一的管理思想、统一的管理语言、统一的管理规则、统一的信息化处理，从而提高管理效率和效益。特别是对承包人而言，工程总承包模式将实施阶段的三个主要工作“集成化、统一化”，降低了工作成本，提高了工作效率，保证了工作质量，能够真正地做到“多快好省”，即：多方得利、性能最好、工期最少、造价最少。

再次，从社会角度而言，工程总承包模式更能保证公共安全，降低社会公共资源的浪费，有利于整个社会财富最大化。工程总承包的发包模式更符合建筑业固有的客观规律，故当代建筑法也明确倡导这一发包模式。

由于我国现今《建筑法》的主要规定均以施工总承包模式为主，且其为国内主流发包方式。故，无论在理念上，还是法律规定，抑或是行政管理配套上，推广工程总承包模式还“道阻且长”，但其应当是大势所趋。

（四）律师提醒

（1）《建筑法》主要以施工总承包模式为前提设立，其对工程总承包仅提出了“倡导”这一理念。因此，尽快建立并完善与工程总承包模式相适应的法律法规和行政管理体系，同时尽快设立相对应的工程总承包资质规定是当务之急。

（2）承包人应改变以工程施工总承包理念理解工程总承包模式的习惯思维。切实理解工程总承包模式的风险分配，尤其对“业主要求”、“业主审批”免责的前提条件要有充分的认识。同时，还应对工程总承包模式的技术风险有理性且正确的认识。

（3）在培养一批懂技术、通法律的复合型人才的前提下，还应建立科学理性的评价体系和独立于决策层的评估队伍。真正把握工程总承包模式的本质，在于既重视对其商业风险的评估，也重视对其技术风险的评估。

四、培育全过程工程咨询

(一) 要点亮点

- (1) 鼓励联合经营、政府投资工程应带头推行全过程工程咨询；
- (2) 在民用建筑项目中，推行建筑师为主导作用的全过程工程咨询服务。

(二) 现状概述

工程建设咨询主要包括：工程招标代理、工程建设监理和工程造价咨询。其中，工程招标代理，在服务内容上，通常存在专业与法律的双重脱节；在服务时间上，通常不参与履约阶段和结算阶段。工程建设监理，在服务内容上，通常与法律联系不强，从专业层面而言，往往无法提供涉及工程造价的专业服务；在服务时间上，通常很少提供涉及发包阶段和结算阶段的专业服务。而工程造价咨询，在服务内容上，同样存在专业与法律脱节的问题；在服务时间上，若是仅提供竣工结算服务，则不涉及发包阶段和履约阶段，若是提供全过程造价咨询服务，亦与发包阶段相脱节。

(三) 简要解读

首先，现有的工程咨询业常常存在以下几个问题：(1) 不具备贯穿整个施工过程各阶段的全过程服务（例如：工程招标代理仅停留在发包阶段；工程造价咨询通常不参与发包；工程建设监理通常不参与工程造价结算等），即便贯穿也彼此平行独立（例如：专项法律服务与工程项目管理）；(2) 不具备提供集金融、管理和法律于一体的全方位咨询意见；(3) 迫于上述情形，发包人往往不得不委托多家工程咨询单位，而导致各单位出现权责交叉等管理监督问题；(4) 强化对发包人行为的监管，导致将发包人只承担商业风险的情况转变为其可能承担技术风险。综上，全方位工程咨询服务的设立是有其必要性的^①。

其次，由于工程咨询在服务的各单位各自为政，各行其是，往往会出现不一致的内容，对发包人而言，则需要与各工程咨询单位签订合同，往往有些工作是重叠的，而有些工程会出现真空，而将投资咨询、勘察、设计、监理、招标代理、造价等企业采取联合经营则应当完全避免这种情况的出现，因此，通过兼并或重组等方式发展全过程工程咨询，培育一批具有国际水平的全过程工程咨询企业是非常有必要的。

再次，建筑业深化改革“顶层设计”意义的《建筑业发展意见》为全方位工程咨询服务的设立提供了可行性：(1) 政府将简政放权，切实转变政府职能，从而充分发挥市场在

^① 《建设工程监理范围和规模标准规定》第二条规定：

“下列建设工程必须实行监理：

- (一) 国家重点建设工程；
- (二) 大中型公用事业工程；
- (三) 成片开发建设的住宅小区工程；
- (四) 利用外国政府或者国际组织贷款、援助资金的工程；
- (五) 国家规定必须实行监理的其他工程。”

资源配置中的决定性作用，从而使行政限制减少；（2）淡化单位资质而强调个人资格，合并或取消部分资质、简化或下放审批权制，从而使资质的限制减少；（3）缩小强制招标范围，使发包人选择工程咨询单位的自由度变大，且必须按政府指导价支付监理费的负担不存在了；（4）明确工程造价属于市场价，发包人能根据供求关系确定价格，且双方对工程造价的合意得到尊重，少受行政干涉。综上，全方位工程咨询服务的设立有其可行性。

（四）律师提醒

（1）尽快制定全过程工程咨询服务技术标准和合同范本，使之与全方位工程咨询服务的工作内容与法律责任相匹配。

（2）改革可能会影响到建筑业企业的管理模式以及人员流动，故应当在深刻领会《建筑业发展意见》的基础上，对人员培训、内部结构、经营战略等各方面作出积极改革的准备，适应“深化改革”。

（3）应当尽快出台相应的管理制度和收费参考标准以及相应的资质，并培育一批具有国际水平的全过程工程咨询企业。在采取联合经营、并购重组等方式发展全过程工程咨询过程中，应当注意专业的互补和责任分配的问题。

五、建立统一开放市场

（一）要点亮点

（1）打破区域市场准入壁垒，实现全国信用信息共享平台和国家企业信用信息公示系统的数据共享交换；

（2）完善全国建筑市场监管公共服务平台，建立建筑市场主体黑名单制度，公开企业和个人信用记录，接受社会监督。

（二）现状概述

部分省市就其他省市企业进入本省市的建筑业市场设置了不合理的准入条件，例如：规定其他省市企业进入本省市的建筑业市场必须在当地设立子公司；对异地业务管理办法不公开或不完全公开等。其主要目的在于帮助当地企业在市场竞争中处于有利地位。除此之外，异地违规的处罚中往往存在违规行为地与资质、资格注册地未能形成联动的情形，这使违规处罚不能达到其真正目的。不仅如此，现今对建筑市场与工程监管基本是静态且分离的，对其监管后的信息公开力度也存在问题，尚未形成真正有效的社会监督机制。可以说，现今对建筑市场和质量安全行为的评价办法还需完善，社会信用评价体系还未完全建立，建筑市场信用环境还未完全树立。

（三）简要解读

首先，不合理的准入条件不利于整个全国建筑市场的统一开放，不利于市场经济的充分发挥。要求一个合法有效存在的中国法人在进入中国境内其他省市建筑市场开展业务时需设立子公司的做法欠缺法律依据。住房和城乡建设部颁发的资质和资格原则上应在全国