

律行天下法律实务指引系列丛书



工程总承包 法律应用实务

陈鑫范 © 编著

中国建材工业出版社

律行天下法律实务指引系列丛书

工程总承包法律应用实务

陈鑫范 编著

中国建材工业出版社

图书在版编目(CIP)数据

工程总承包法律应用实务/陈鑫范编著. —北京:
中国建材工业出版社, 2019. 1 (2019. 3 重印)

(律行天下法律实务指引系列丛书/陈鑫范主编)

ISBN 978-7-5160-2476-8

I. ①工… II. ①陈… III. ①基本建设项目—承包工
程—法律—研究—中国 IV. ①D922. 297. 4

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2018) 第 282284 号

工程总承包法律应用实务

陈鑫范 编著

出版发行: 中国建材工业出版社

地 址: 北京市海淀区三里河路 1 号

邮 编: 100044

经 销: 全国各地新华书店

印 刷: 北京雁林吉兆印刷有限公司

开 本: 787mm × 1092mm 1/16

印 张: 17.75

字 数: 450 千字

版 次: 2019 年 1 月第 1 版

印 次: 2019 年 3 月第 2 次

定 价: 60.00 元

本社网址: www.jcbs.com, 微信公众号: [zgjcgcycbs](https://www.weixin.com/qz/jcgcycbs)

请选用正版图书, 采购、销售盗版图书属违法行为

版权专有, 盗版必究。本社法律顾问: 北京天驰君泰律师事务所, 张杰律师

举报信箱: zhangjie@tiantailaw.com 举报电话: (010) 68343948

本书如有印装质量问题, 由我社市场营销部负责调换, 联系电话: (010) 88386906

序

工程总承包模式在国际工程建设中已经成为主要的建设工程交易方式，受到了建设单位、工程总承包单位、咨询公司等各方主体的普遍欢迎，然而，工程总承包模式在我国的发展并不顺利。从1984年国务院颁布的《关于改革建筑业和基本建设管理体制若干问题的暂行规定》，首次将工程总承包纳入我国的建设工程交易方式至今，工程总承包模式已历经了三十多年的漫长发展，仍未在我国获得普遍的认可。

近年来，国家不断出台政策性文件鼓励工程建设主体采用工程总承包模式，但效果并不理想。究其原因，主要在于：第一，无法可依。截至今日，国家尚无规制工程总承包的专门法律出台，仅有散落在《建筑法》和《合同法》中的零星几个条文规定。由于这几个条文过于原则和抽象，且主要是倡导性的，在实践中缺乏普遍的指导性。虽然各地出台了众多关于工程总承包的指导性文件，但由于这些文件效力层级较低，且各地规定多有不一致甚至矛盾之处，导致实践中更是无所适从。国家层面颁布的政策性文件更多的也只能起到引导作用，无法解决实践中遇到的实际问题。第二，市场发育尚不完善。虽然这几年来，随着国家的大力推广，工程总承包模式取得了较快的发展，尤其是在浙江、上海等工程总承包的试点地区，也有部分项目通过采用工程总承包模式取得了巨大的成功。但总体上成功的项目并不多，更多的还是以工程总承包为名行施工总承包之实，比如虽然在签订合同时设计已经完成，但为了响应国家推广工程总承包的政策要求，建设单位强行要求设计单位牵头组成联合体，签订《EPC交钥匙工程合同》，实际上还是设计、施工两张皮。第三，建设单位的管理模式仍然停留在传统的施工总承包模式中。比如虽然双方签订的是《EPC交钥匙工程合同》，但在合同履行过程中，建设单位仍然与传统的施工总承包一样，对工程总承包单位事无巨细地进行干预、牵制，使得工程总承包单位无法发挥其管理优势，加之合同价格往往仍采用下浮率方式进行结算，导致工程总承包单位缺乏设计优化的动

力，无法发挥工程总承包模式的优势。

在此背景下，住房和城乡建设部已着手制定《房屋建筑和市政基础设施项目工程总承包管理办法》，以期统一全国范围内的房屋建筑和市政基础设施项目的工程总承包实践。陈鑫范律师团队结合多年从事建设工程领域法律服务的实践经验，在针对房屋建筑和市政基础设施项目工程总承包实践中的众多难点和法律问题进行深入研究的基础上撰写此书。本书以工程总承包模式可能面临的重点法律问题为核心，以工程总承包实践的典型案例为依托，结合《房屋建筑和市政基础设施项目工程总承包管理办法》（报审稿）的内容，对工程总承包模式的法律适用进行了深入而全面的阐述。相信本书对工程总承包的各参与方，都具有非常强的指导意义。

天津大学国际工程管理学院院长 张水波

2018年12月

前 言

工程总承包在我国推广三十多年来，虽然已有了长足的发展，但从工程总承包市场的整体情况来看，行业之间呈现出不平衡的发展态势。在工业项目上较多采用了工程总承包模式，而民用项目则较少采用，且总体上仍存在诸多问题，限制了工程总承包模式在我国的发展。

从立法层面看，我国工程总承包的开展首先缺乏具备可操作性的具体法律法规规定，现行关于工程总承包的国内规范呈现出过多的纲领性指导的特征，多数规范以政策性文件为主。招投标、设计、采购、施工等环节在内的工程总承包，都缺乏专门的上位法律、行政法规等权威规范，现行立法又多与实践相脱节。

从工程总承包实践来看，目前尚存在工程总承包单位承接主体资质不明晰、工程总承包单位机制体系尚不健全、工程总承包单位的经营风险较大、投标最高限价设置不合理、招标与工程总承包的实质偏离、计价规则尚未统一、建设单位管理能力不足、工程总承包单位难以对变更进行索赔、合同主要价款模式与国际标准存在偏差、传统审计模式与工程总承包本质相违背等较为突出的问题。

鉴于此，作为常年从事建设工程法律服务的笔者，结合工程总承包实践，主要从法律角度结合自身实践经验，将工程总承包实践中所见所闻及常见的问题、案例进行汇总、梳理、分类并最大限度地类型化，撰写成了本书。希望本书能给从事工程总承包实践的相关主体提供一点法律上、实务上的帮助，预防一些在发展过程中可能遇到的风险。

本书的特色在于具有较强的实务性，以工程总承包各阶段和参与主体在实践中可能遇到的问题为导向，以法学理论为基础，以司法实践中形成的典型案例为依归，用通俗易懂的语言将工程总承包实践中最复杂、最疑难的法律实务问题一一解析。

需要说明的是，由于工程总承包相关的司法案例较少，各方对相关问题所达成的共识更是有限。因此，笔者在本书中对各类问题的分析、论证仅是

一家之言，加之时间仓促及笔者能力所限，本书肯定存在疏漏和不当之处，敬请广大读者不吝批评指正。

我团队的陶鸿、陈姗姗、吴明熠三位成员，在本书的写作过程中收集了大量资料，做了大量的支持工作，为本书的完善提供了大量有价值的意见建议，在此对他们的辛勤付出表示感谢。在这里，特别感谢中国建材工业出版社建设工程编辑部曲楠主任对我在本书写作过程中的督促鼓励，以及对本书专业辛勤地策划和编辑工作。

陈鑫范

2018年12月

法律规范名称缩略对照表

法律

《中华人民共和国民法总则》简称《民法总则》

《中华人民共和国民法通则》简称《民法通则》

《中华人民共和国合同法》简称《合同法》

《中华人民共和国民事诉讼法》简称《民事诉讼法》

《中华人民共和国行政诉讼法》简称《行政诉讼法》

《中华人民共和国建筑法》简称《建筑法》

《中华人民共和国城乡规划法》简称《城乡规划法》

《中华人民共和国招标投标法》简称《招标投标法》

《中华人民共和国审计法》简称《审计法》

《中华人民共和国政府采购法》简称《政府采购法》

行政法规

《中华人民共和国招标投标法实施条例》简称《招标投标法实施条例》

《中华人民共和国审计法实施条例》简称《审计法实施条例》

《中华人民共和国政府采购法实施条例》简称《政府采购法实施条例》

司法解释

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》简称《民诉法司法解释》

《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》简称《建设工程司法解释》

《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（二）》简称《建设工程司法解释（二）》

部门规章

《房屋建筑和市政基础设施项目工程总承包管理办法》（报审稿 20180601）简称《管理办法》（报审稿）

第一章 工程总承包概述

- 第一节 工程总承包的发展历程及现状 / 1
 - 一、国际视阈下的发展与现状 / 1
 - 二、我国工程总承包的发展与现状 / 4
 - 三、工程总承包模式的现状 / 6
- 第二节 工程总承包的法律规范化进程 / 7
- 第三节 工程总承包规范化的现实意义 / 10

第二章 工程总承包重点难点问题解析

- 第一节 工程总承包的发包与承包 / 12
 - 一、工程总承包项目的适用范围 / 12
 - 二、工程总承包的发包阶段、条件与方式 / 18
 - 三、工程总承包企业的资质要求及资格限制 / 27
 - 四、工程总承包的风险分担原则 / 36
 - 五、工程总承包的计价原则 / 45
 - 六、工程总承包模式下暂估价项目的发包方式 / 50

- 第二节 工程总承包项目的实施 / 58
 - 一、工程总承包的分包与转包禁止 / 58
 - 二、工程总承包模式中的联合体问题 / 71
- 第三节 工程总承包模式下的责任承担 / 78
 - 一、工程总承包模式下的质量责任 / 78
 - 二、工程总承包模式下的安全责任 / 83
 - 三、工程总承包模式下的工期责任 / 88
 - 四、工程总承包模式下的竣工验收、备案及资料移交责任 / 92
 - 五、工程总承包模式下的保修责任 / 98
- 第四节 工程总承包的监督管理 / 103
 - 一、工程总承包中的监理问题 / 103
 - 二、工程总承包项目的施工图审查 / 109
- 第五节 工程总承包合同 / 116
 - 一、未取得规划许可证签订的工程总承包合同是否有效 / 116
 - 二、工程总承包合同中约定以审计为准条款的适用 / 123
 - 三、工程总承包合同的结算是否适用“以送审价为准”规则 / 132
 - 四、工程总承包分包条款——“背靠背条款”法律分析 / 140
 - 五、工程总承包单位是否属于优先受偿权的适格主体 / 146
- 第六节 工程总承包的争议解决 / 156
 - 一、工程总承包合同纠纷可否适用建设工程的司法解释 / 156
 - 二、工程总承包合同的性质及如何确定管辖法院 / 159
- 第七节 工程总承包的延伸问题 / 164
 - 一、PPP + EPC 模式如何进行招标 / 164
 - 二、F-EPC 模式在工程总承包中的应用及困境 / 170

第三章 工程总承包典型案例分析

- 第一节 工程总承包合同性质及管辖法院的确定 / 174
 - 一、审判实践中对工程总承包合同性质的不同认定 / 176
 - 二、应将工程总承包合同认定为建设工程合同 / 177
 - 三、工程总承包合同纠纷不属于法院专属管辖范围 / 178

第二节	工程总承包企业的资质要求 / 180
一、	工程总承包资质的设立 / 182
二、	工程总承包资质的废止 / 182
三、	工程总承包资质问题的进一步明确 / 182
四、	司法实践中对工程总承包资质问题的处理 / 183
第三节	工程总承包项目二次专业分包合同的效力 / 183
第四节	工程总承包联合体的法律性质 / 187
一、	工程总承包联合体的法律特征 / 189
二、	工程总承包联合体的法律性质 / 190
第五节	工程总承包联合体的连带责任应仅指向发包人 / 192
第六节	“名为联合体承包实为内部分包”的合同效力及责任主体 / 196
一、	联合体承包的概念 / 199
二、	联合体承包的构成要件 / 199
三、	名为联合体承包实为内部分包的责任主体 / 200
四、	律师建议 / 201
第七节	工程总承包合同关于“以政府审计结论作为结算工程价款依据”的约定有效 / 201
一、	工程结算与工程造价审计之间的区别 / 204
二、	以审计结论为准还是以合同约定为准 / 205
三、	建筑领域普遍存在的政府审计与工程结算之间关系的错误认识 / 206
四、	工程总承包合同中如何约定以审计结论作为工程价款的结算依据 / 207
第八节	工程总承包合同约定中标后重新核算合同总价，当双方对重新核算价款无法达成一致时，建设单位有权解除合同 / 208
第九节	工程总承包项目的总承包人不得随意突破固定总价合同的约定要求对增加的工程量据实结算 / 217
第十节	工程总承包模式下的工程价款变更 / 223
第四章	工程总承包规范性文件 / 229
	中华人民共和国建筑法 / 229
	房屋建筑和市政基础设施项目工程总承包管理办法

(报审稿 20180601) / 240

住房城乡建设部办公厅关于同意上海、深圳市开展工程总承包企业
编制施工图设计文件试点的复函 / 247

工程总承包企业资质管理暂行规定(试行) / 248

国家发展改革委、工业和信息化部、财政部等关于印发简明标准施工
招标文件和标准设计施工总承包招标文件的通知 / 253

住房城乡建设部关于推进建筑业发展和改革的若干意见 / 256

住房城乡建设部关于进一步推进工程总承包发展的若干意见 / 262

国务院办公厅关于促进建筑业持续健康发展的意见(节选) / 266

建设部关于培育发展工程总承包和工程项目管理企业的指导意见 / 268

住房城乡建设部办公厅关于工程总承包项目和政府采购工程建设项目
办理施工许可手续有关事项的通知 / 272

第一章 工程总承包概述

为进一步深化和规范工程总承包活动，住房城乡建设部已着手制定《房屋建筑和市政基础设施项目工程总承包管理办法》，于2017年12月26日向全社会公布了《房屋建筑和市政基础设施项目工程总承包管理办法》（征求意见稿），并在此基础上形成了《房屋建筑和市政基础设施项目工程总承包管理办法》（报审稿20180601）。虽目前尚未正式颁布实施，但相关条文已基本成熟，因此本书在分析相关问题时会结合该《管理办法》（报审稿）的内容进行阐述。在《管理办法》（报审稿）中，工程总承包被明确界定为承包单位按照与建设单位签订的合同，对工程项目设计、采购、施工或者设计、施工等阶段实行总承包，并对工程的质量、安全、工期和造价等全面负责的工程建设组织实施方式。这标志着工程总承包时代的正式来临。

第一节 工程总承包的发展历程及现状

一、国际视阈下的发展与现状

工程总承包作为一种国际通用且逐步得到广泛运用的承发包模式，最早地呈现形式是将设计及施工等整个阶段都交由专门机构统一负责，其中对于工程进度、质量和造价都由其把控。但随着人类社会进程的推进，社会大分工的趋势也铸就了专业化的分工，建设单位开始趋向于将设计、施工分包给不同的机构，以期在专业性的帮助下获得更高的质量效益与建设效率，模式结构如图1-1所示。

但随着近代工程项目规模的日渐扩大，建设要求的提高及技术的复杂化，传统施工总承包模式也呈现出工程设计、采购、施工等各主要阶段分离与推诿的缺陷，同时建设单位多重的管理界面，也导致工程项目的建设周期较长且投资效益较差。正如图1-1所示，建设单位在传统模式下创设的合同

关系复杂，建设单位需要兼顾监理单位以及参与项目的各个承包单位与供应单位。如此一来，便对建设单位的管理能力提出了较高的要求，即需要形成全面系统的管理体系，使管理职能都能与施工承包单位的各个职能一一对应，管理成本较高，而且抑制了建设效率。

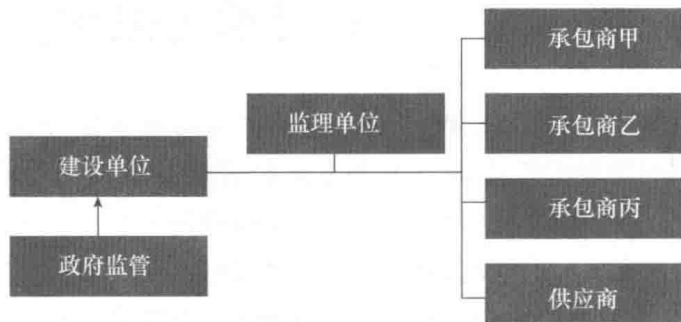


图 1-1 传统施工总承包管理模式图

传统施工总承包模式与现代工程建设项目需求的脱节，也使国际社会意识到建筑行业正处于急剧变革和发展的时期。在牛津大学于 1997 年举行的建筑业发展论坛上，总结归纳各专家学者对于国际建筑市场的变革和发展的相关阐述，其中便清晰地概括了工程总承包模式的发展趋势，即“业主更多地希望设计与施工的紧密集合，希望建筑业提供形成建筑产品的全过程服务，工程项目管理集成化的趋势增强，要求项目前期策划、设计、施工以至物业管理的集成”“建设项目参与各方的分工将被打破，如承包商不仅要求承担施工任务，而且要提供部分设计任务，同时要参加项目的融资”^①。

工程总承包通过由同一单位统筹安排设计、施工等环节的模式顺应了国际建筑业的发展方向，并主动迎合了建设单位希望设计与施工深度融合的需求。正如图 1-2 所示，建设单位通过各环节的整体发包将大量的管理事务后移并转由工程总承包单位负责，仅需与工程总承包单位签订工程总承包合同即明确双方之间的合同关系（权利义务关系），多重管理向单向管理的转变，极大地简化了建设单位的管理界面，降低了建设单位的管理难度，同时统一的统筹安排也减少了各环节责任主体间的推诿，大大提高了工程项目执行的效率，缩短建设周期，对经济性指标的统筹考虑也能获取更显著的经济效果。

在固定合同总价和工期的承包模式设置下，工程总承包单位与建设单位

^① 参见丁士昭：《国际建筑业发展战略和大陆建筑业发展关系的思考》，1998 年海峡两岸营建管理研讨会论文集，台湾，1998 年 1 月。

签订的工程总合同中关于合同总价或工期的条款，除不可抗力或基本条件变更外，工程总承包单位一般不得提出变更，这也使得建设单位的管理目标更加明确化。为有效解决在工程咨询和工程承包活动中的合同管理问题，1999年9月，国际咨询工程师联合会（FIDIC 即菲迪克）出版了《设计采购施工（EPC）/交钥匙工程合同条件》（简称“银皮书”），更好地规范了国际工程承包市场。以美国为例，根据美国设计建造学会官网2018年发布的调查报告显示^①，美国非住宅市场采取设计—施工总承包方式（Design-build）的项目目前占据整个市场份额的42%，而如图1-3所示，这一比例仍在不断增长，且预计将在2018~2021年达到45%，有近一半的项目采取工程总承包的模式，成为工程建设项目最主流的发包模式。由此可见，工程总承包模式已在美国占据主导地位，并得到了广泛运用。

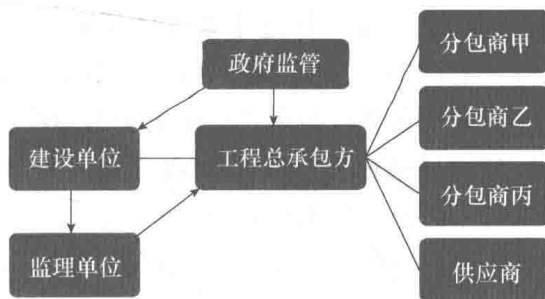


图 1-2 工程总承包管理模式图

Design-build is anticipated to continue to gain market share over the 2018-2021 period.

Distribution of delivery method utilization
Source(s): FMI analysis of multiple sources

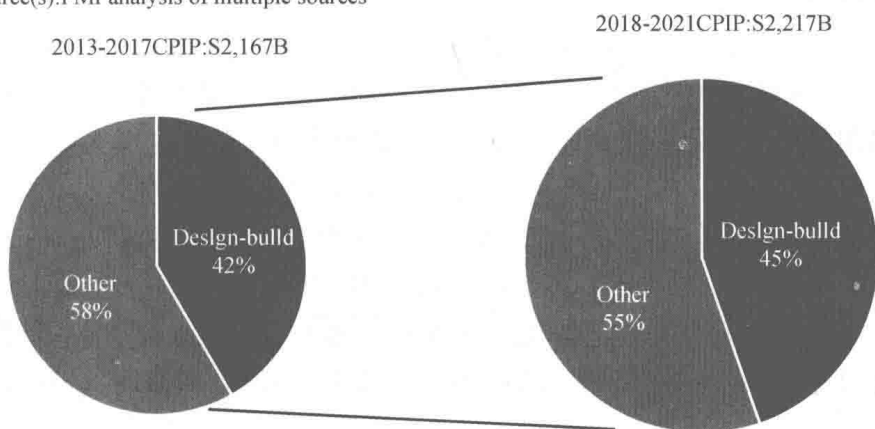


图 1-3 美国非住宅市场“设计—施工”总承包模式所占比例及趋势

^① 数据来源：美国设计建造学会（DBIA）官网，<https://dbia.org/wp-content/uploads/2018/06/Design-Build-Market-Research-FMI-2018.pdf>。

二、我国工程总承包的发展与现状

在苏联模式的影响下，我国近代工程项目管理体系得以逐渐成形和发展。从20世纪50年代起以建设单位为主的甲（建设单位）乙（设计单位）丙（施工单位）三方分担制，到60年代以施工单位为主的大包干制，再到70年代以地方行政为主的工程指挥部模式，在这一模式中行政手段被较多地采用，为顺应计划经济体系临时组建指挥部主导建设项目，但也造成项目经验无法继承、不利于专业化发展、投资超额、建设周期长等弊端^①。

凭借从世界银行贷款的鲁布革水电站建设项目，我国建筑行业管理模式从20世纪80年代起逐步向国际靠拢，对域外先进的项目管理经验进行学习和借鉴。到80年代后期，国家已批准开展工程总承包相关试点工作并提出了若干具体要求。工程总承包模式经过十余年的发展也逐步在我国得以成熟，在石油、化工等行业得到了较为广泛的应用，但由于市场认可度低、法律政策滞后等原因，导致工程总承包模式总体上未得到快速的发展。

随着近年来我国社会经济的迅猛发展，众多大型政府投资项目不断涌现，为进一步提升工程项目的质量水平和投资效益，深化我国工程项目的管理体系改革，促进工程项目管理的专业化、规范化、科学化，相关行业主管部门开始致力于各项法律政策的出台，并组织行业协会等单位多次召开研讨会及经验交流会，对工程总承包的发展现状、存在的问题及解决对策进行研讨。这一期间也形成了诸多关于工程总承包的研究，涵盖了项目管理到法律规制等多个视角。

工程总承包在我国从学习借鉴到试点探索再到积极推进，在诸多设计、施工企业的实践中均取得了较为显著的成效。工程总承包涵盖的行业领域也从最初的石油、化工逐步扩张到机械、水利水电、公路、电力、轻工、市政、建筑等领域。与此同时，工程总承包完成的合同额也在不断增长，根据中国勘察设计协会建设项目管理和工程总承包分会2016年开展的工程总承包合同额排序调查结果^②，各行业2015年共完成工程总承包合同额3430亿元，如图1-4所示，按企业所属行业统计，共7个行业完成工程总承包合同总额超过100亿元，分别为石油和化工、冶金、电力、建材、机械、水利水

① 参见乔裕民、杨建中：《工程总承包工作的回顾与展望》，《南水北调与水利科技》2005年第4期。

② 参见荣世立：《大力推进工程总承包加快勘察设计企业转型升级》，《中国勘察设计》2017年第5期。

电、核工业等行业。在 2015 年完成的工程总承包合同额中，石油和化工行业占 31%，电力行业占 15%，机械行业占 9%，各行业所占百分比如图 1-5、图 1-6 所示。自 2006 年至 2015 年，各企业完成工程总承包合同额整体呈逐年增长的趋势。

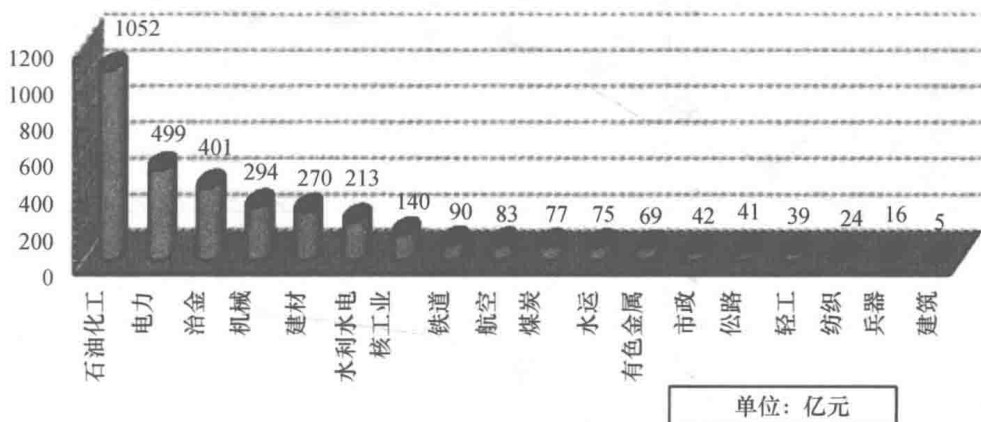


图 1-4 2015 年各行业完成工程总承包合同额

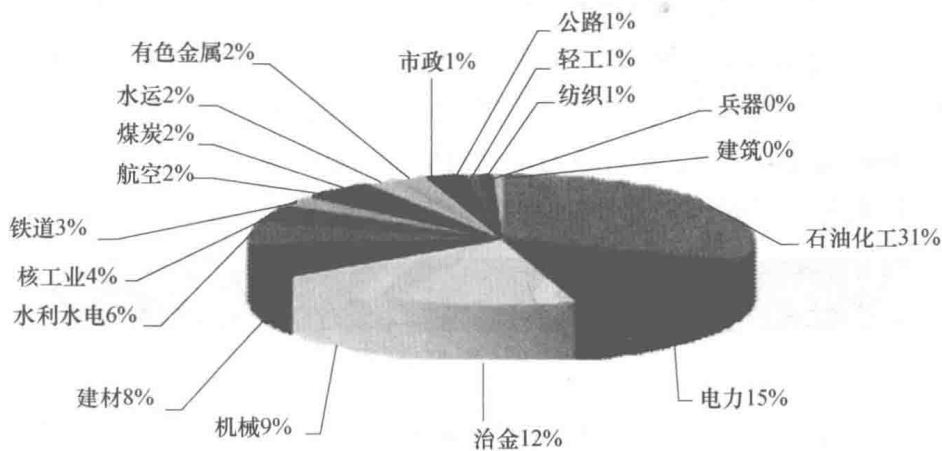


图 1-5 2015 年完成工程总承包合同额中各行业所占比例

根据《管理办法》（报审稿）第三条的规定，工程总承包按其组合方式，主要包括了设计—采购—施工总承包模式（EPC）和设计—施工总承包模式（DB），而 EPC 模式则是我国当前主要推行的总承包模式，其核心旨在对造价和工期进行控制。根据某省建筑设计研究院 2017 年 4 月至 2018 年 6 月的数据统计，该设计研究院自第 1 个 EPC 项目落地，中标的工程总承包项目已达 23 个，合同额已逾 60 亿元。此外该省建工集团在建项目 332 个，