

建设工程内部承包合同司法适用问题探究

——以审判实践的冲突为样本

叶 跃

(宁波市北仑区人民法院, 浙江 宁波 315800)

摘要: 建设工程内部承包合同的效力究竟应当如何认定、在内部承包形式下具有怎样的对内对外效力、实际承包人与发包人或者第三方出现的纠纷应当如何进行解决等,在司法领域莫衷一是。内部承包合同,调整的是双方基本劳动报酬外的经营性利益分配关系。规范的内部承包合同并不同于转包合同或挂靠经营。虽然现有法条在某种征表下似乎是对内部承包合同作出了禁止性的规定,但是如果对法条进行体系的理解与整体的解读,内部承包合同并非属于当然禁止的范围。

关键词: 内部承包; 转包; 工程款; 实际承包人

中图分类号: D913.6 **文献标识码:** A **文章编号:** 1001-5124(2012)03-0101-05

在当前我国社会经济水平不断深化发展的同时,法院的审判工作也迎来了越来越多的新的元素与新的挑战,也使我们的司法实践工作出现了许多困惑。对于一些疑难复杂的案件,相似的案情,由于法律的释明不足、理解不同,在不同的法院不同的法官手上可能会出现截然不同的答案。近几年来,随着建筑业和房地产市场的飞速发展,房地产开发建设中一些操作不规范的问题不断暴露,违法违规现象时有发生,尤其在江浙沿海地区建设工程承包合同纠纷案件呈逐年递增的态势。建设工程合同纠纷作为法院受理的民事案件,一直以来是较为复杂的一块工作,而近几年来出现的“内部承包合同”问题,在我们的法院审判工作中出现了很大的争议。在实践中有些企业采取规避法律规范的做法,甚至有施工企业名为内部承包实为挂靠施工,也因此滋生了很多法律问题。本文中,笔者拟以此类案件在审判实践中的冲突为样本,来探讨建设工程内部承包合同的相关问题。

一、建设工程内部承包合同问题概述

建设工程合同,是指是工人依约定完成建设工程,由建设人按约定验收工程并支付酬金的合

同。^[1]内部承包合同则是建筑企业在承包一个工程后,与其内部职工或部门签订一份协议,约定企业许可实际承包人在企业资质范围内组织项目施工。在当前遇到的内部承包合同中,往往是由实际承包人实施独立的施工经费核算,自负盈亏,并向所属的企业及原承包人缴纳一定比例的管理费。根据具体情况,有些内部承包合同形式下,双方并不存在管理关系,有些则相反,承包人在施工地点设立项目经营部来实施有效的工程进度与质量管理。

内部承包合同现在衍生的问题越来越多,当出现发包人对工程质量不满的情况时,发包人如何进行权利救济、第三方材料商有款项未能结清时可否向承包商直接主张权利、承包人与实际承包人之间的纠纷司法程序上如何展开等,不过追溯其关键,纠纷解决的核心在于合理把握内部承包合同的双效问题:有效性与内外效力。下文中,笔者通过对案例的分析与解读,探讨内部承包合同效力的相关问题。

二、内部承包合同审判实践的冲突

笔者主要研究了浙江省、北京市和广东省三地法院的建设工程内部承包合同纠纷的相关案

例,从笔者掌握的情况来看对于内部承包合同的效力问题,不同的法院却可能有着截然不同的判决结果。下面列举三个案件:

【案件一】案情:浙江某建设公司在承接了一五金有限公司三个车间的框架、钢顶施工工程后,将此项工程以内部承包的形式全部发包给了非本公司员工的张某,约定张某按合同上交1.5%的管理费,承担该工程的税费,其余工程款由张某包干使用、自负盈亏。在工程施工过程中,该公司并未对张某进行直接管理,只进行例行的进度督促。后,双方因结算款纠纷诉至法院。

审理:该案件经历了一审、二审、再审,三审法院均认为,张某并非该公司的员工,双方的内部承包合同应认定为无效,该案系转包行为,驳回原告的诉讼请求。

审判要旨:实际承包人非内部员工,内部承包合同当然无效。

【案件二】案情:某建筑公司与孟某签订了《工程施工内部承包协议》,约定建筑公司将承包的部分楼房建筑工程分包给孟某施工,且合同约定的工程款建筑公司已经付清。后孟某又将部分工程转包给王某具体施工,孟某与王某亦订立了工程协议书。工程完工后,孟某未依约向王某偿付人工费,王某遂以建筑公司、孟某为被告诉至法院,要求给付所欠人工费。

审理:法院认定双方签订的内部承包合同有效,被告孟某系职务行为,判决建筑公司偿还王某人工费。原告建筑公司与被告孟某签订的内部承包协议,虽不能对抗第三人,但对协议双方具有法律约束力。建筑公司已经按照协议的约定将工程款支付给孟某,且孟某承诺王某的人工费由其负责支付,故建筑公司有权依据内部承包协议向孟某行使追偿权。^[2]

审判要旨:内部承包合同不能对抗第三人,但对协议双方具有法律约束力。

【案件三】案情:某建设集团在广东中标一高速路段项目后,以内部承包合同的形式发包给了集团的项目部经理张某,由其在广东具体负责施工,由集团派遣相关的财

务、监理等人员进行管理。合同约定自负盈亏,由集团代收代付费用,收取一定的管理费。另,在施工期间,因出现问题,由集团出面缴纳了罚款。后,双方因工程款纠纷发生诉讼。

审理:法院审理认为公司在中标项目后以内部承包的形式发包给他人施工,属于强行法禁止的行为。虽然张某是内部职工,但是并无相应的施工资质,所签订的内部承包合同无效。

审判要旨:内部承包合同一律无效。

上述的三个案件,折射出不同地区法院对于内部承包合同的不同理解,有的法院将内部承包合同一律认定为无效,认为内部承包合同是企业内部进行管理的协议,只有对内的约束效力,不能作为合同权利的主张依据;有的法院则有条件的认可内部承包合同的效力,认为实际承包人是企业内部职工的,内部承包合同在一定条件下是可以认定为有效的。

三、内部承包合同的效力论证

(一) 内部承包合同的性质

建筑企业内部的职能部门或者员工并不具有独立的财产,不能独立承担民事责任,因此,也就不能对外独立签订相应的建设工程合同。在常见的内部承包合同中,实际承包人一般是企业的员工,与公司存在着劳动关系,两者是管理与被管理的关系。虽然两者有着劳动法律关系,但是如果所签订的合同并不是关于员工劳动管理的内容,而是关于生产经营活动的权利义务、风险利益分担,那么就应当认为双方在这一合同层面上属于平等的民事法律关系。

具体来说,内部承包合同,是以双方存在劳动法律关系为前提的,具有人身与财产性的双重特征。这类合同调整的是双方基本劳动报酬外的经营性利益分配关系。

(二) 禁止性法规的辨析与突围

一些法院在审理建设工程内部承包合同纠纷案件时,往往喜用“违反了国家有段法律禁止性规定”这一理由来否定合同的有效性。那么究竟内部承包合同是否真的违背了强行法的规定呢?笔者认为,应当全面系统地来解读法条。我们在办理案件时,不能想当然地搬用某一法条法

规，而应善于解释法规，解释法规的目的乃在于确定构成有关法规基础的意图或目的。^[1]

依据建筑法与合同法的规定，如果认为内部承包合同违背了法律的禁止性规定，那么可以概括为两种可能：属于转包行为或者属于挂靠经营行为。下面逐一进行分析：

1. 转包与内部承包。《建筑法》明确禁止承包人将承包的工程转包他人。对在转包工程和非法分包的工程纠纷中，违法转包工程所签订的合同都是无效的。《建筑工程质量管理条例》第78条规定：“本条例所称转包，是指承包单位承包建设工程后，不履行合同约定的责任和义务，将其承包的全部建筑工程转包给他人或者将其承包的全部建筑工程肢解以后以分包的名义分别转包给其他单位承包的行为。”

在转包合同中承包人将其已经承揽的工程转包给第三人完成，转包的法律后果是承包人成为新的发包人，而第三人成为承包人。第三人就其所承担的工程部分对承包人负责，承包人就整个工程对筹建单位负责。如是以观，转包合同一般具备以下几个主要特征：转包人不履行建设工程合同义务，不成立项目部，不委派技术人员和管理人员对工程建设进行进度、质量、安全的管理和技术指导，将全部工程转让给转承包人；转包人将合同权利与义务全部转让给转承包人，转承包人与原合同发包人之间建立了新的事实合同关系。转包后，原合同约定的全部建设工程任务均由转承包人完成。

内部承包合同不同于转包合同。首先，内部承包合同的实际承包人是承包人的内部员工，并非第三人；其次，内部承包合同下，是由企业负责管理、技术、财务等事项，由实际承包人负责具体施工的形式，并非完全将工程项目转给他人，这只是建筑公司内部运营的一种更具效率、更便于资源调配的操作模式。

因此，规范的内部承包合同不同于转包合同。只有实际承包人是企业外的第三人或者企业并未对具体施工进行管理的情况下，这才是实质的转包合同关系，例如上文中所引的第一个案例。

2. 挂靠经营与内部承包。企业挂靠经营，在建筑领域是指一个施工企业允许他人在一定期间内使用自己企业名义对外承接工程的行为。

允许他人使用自己名义的企业为被挂靠企业，相应的使用被挂靠企业名义从事经营活动的企业或自然人为挂靠人。《建筑法》第26条规定：“禁止建筑施工企业以任何形式允许其他单位或者个人使用本企业的资质证书、营业执照，以本企业的名义承揽合同。”《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》第一条规定：“建设工程施工合同具有‘承包人未取得建筑施工企业资质或者超越资质等级的’或‘没有资质的实际施工人借用有资质的建筑施工企业名义的’，应当认定无效。”

这种挂靠经营的方式在江浙一带一般称为借名协议，也就是说自身没有资质，需要借别人的名义才能进入市场，这本身就规避了国家对市场经济主体管理的行为。而内部承包和挂靠经营是有着本质的区别的。一方面，挂靠经营往往挂靠协议在前，承揽工程在后，而内部承包则不同，一般而言内部承包合同是以某个具体的工程项目为合同内容，因而签订的时间往往在发包人与承包人的承包合同签订之后；另一方面，挂靠经营是借用其他企业的名义进行运营，而在内部承包中，则没有“他人名义”的问题，本身实际承包人与承包人就是一体的，内部承包只是一种具体的内部运作模式与奖励机制。

关于挂靠经营的法律规定并没有否认内部承包合同的效力，实质上是对主合同承办方资质的要求与限制。内部承包虽然在字面上也是一种承包关系，但是实质上是企业根据自身的需要，以一种责任制的形式将所承揽的工程交由企业内部的某个部门或者职员来具体负责施工，并不存在规避建筑工程资质的问题。此外，《最高人民法院关于审理建设工程合同纠纷案件的暂行意见》第八条所认定的合同无效的情形“不具有经营建筑活动主体资格的企业或个人”，通过该法条整体的解读可以发现，第一款的规定中所指的“企业与个人”同样是指主合同的承揽方，合同是专指与发包方签订的原始合同，而不包括企业内部所签订的内部责任制合同。《建筑法》第26条禁止建筑施工企业以任何形式允许其他单位或者个人使用本企业的资质证书、营业执照，以本企业的名义承揽合同。但是应当注意的是，这里所禁止的是“其他单位或个人”，也应

是发包方与承揽方以外的第三人。由此可见,虽然现有法条在某种征表下似乎是对内部承包合同作出了禁止性的规定,但是如果对法条进行体系的理解与整体的解读,内部承包合同并非属于当然禁止的范围。

(三) 内部承包合同认定有效的条件

笔者认为在建设工程中以内部承包的方式具体施工并不当然属于转包或者挂靠经营,合同是否有效应当具体问题具体分析,内部承包合同在符合一定条件的情况下,是可以认定有效的。

内部承包虽然在字面上也是一种承包关系,但是实质上是企业根据自身的需要,以一种责任制的形式将所承揽的工程交由企业内部的某个部门或者职员来具体负责施工,并不存在规避建筑工程资质的问题。笔者认为合法有效的内部承包合同应符合以下几个条件:

1. 内部承包合同的双方是明确的公司与职员的隶属关系,存在劳动用工关系。这一点在司法认定中可以通过工资单、社会保险的缴纳情况等来进行判断。

2. 内部承包合同的双方的劳动关系延续时间判断。如果双方建立劳动合同关系与该项目的施工时间基本重合,在工程结束时即解除了劳动合同,那么实际承包人其本质不是内部职工,该工程承包协议应当认定是以内部承包形式下的转包行为,承包协议无效。

3. 承包方企业负责管理、技术、财务等核心事项,承包人与实际承包人之间还应存在一个上下级间行政隶属上的管理关系。一般而言,承包人应派驻一定的管理、技术人员对工程进行同步、有效的监管,合法的内部承包如笔者上文所述,仅是建筑企业内部的一种经营模式与激励机制,本质上仍是建筑企业即承包人自身的施工行为,因而企业仍要对整个项目工程进行进度、质量、工程安全等进行全程监管。另外由于内部承包合同的实际承包方是公司的成员,就企业内部行政管理角度而言,实际承包方还要接受相应的行政管理,遵守其规章制度,在财务方面由承包人掌握项目工程款的支配权。

4. 内部承包合同下,实际承包人对外应以承包人的名义展开经济活动,由承包人对外承担责任。由于建设公司与公司员工所签订的内部承

包协议是一种企业的内部经营方式,是一种内部分工,顾名思义实际承包人因工程对外所发生的民事行为实际上是代表或代理建设公司所履行的职务行为或代理行为,据此而产生的民事权利义务都应由公司承担,实践中主要包括工程所产生的与施工队的结算行为、工程材料款的债权债务关系、违约责任,等等。

我们在审理相关案件时,不能简单的否定或者肯定内部承包合同的效力,而应参照上述的几个认定条件进行综合考量,不能仅凭实际承包人的身份或者其他单一条件来认定合同效力。笔者认为,如果内部承包形式下,承包人对实际承包人实施了行之有效的管理,并且由承包人对外承担相应的责任,那么内部承包合同就应当是有效的。虽然现有法条虽然在某种征表下似乎是对内部承包合同作出了禁止性的规定,但是如果对法条进行体系的理解与整体的解读,内部承包合同并非属于当然禁止的行列。虽然现实中可能存在部分企业放弃管理,以内部承包为形式实质上是转包行为,对于这类情况我们无疑要予以禁止,但是无视实际情况对于内部承包合同采取“一棍子打死”的方式,是不理性、不负责,也是不科学的,违背了相关法律法规的原有之意。

(四) 司法实践中相关问题的具体处理方式

1. 内部承包合同对外效力方面。关于内部承包合同的效力问题,首先要明确,有效的内部承包合同实质上建筑企业内部为了提高生产效率、优化资源配置而采用的一种内部包干激励机制,有着内部责任制的本质。就如同本文中所举的案例二所言,原告建筑公司与被告孟某签订的内部承包协议,虽不能对抗第三人,但对协议双方具有法律约束力。笔者认为,内部承包合同也仅应具有内部约束效力,对外必须由承包人自己独立地承担责任,内部承包合同不能对外发生相应的法律效力。

实践中可能会出现内部承包合同下,具体负责施工的实际承包人与所聘用的工人产生民事纠纷的情况,在北仑法院近几年受理的建设工程纠纷中就有类似案件数十起之多。在这种情况下,工人往往会直接起诉实际承包人。笔者认为,置于内部承包合同之下,实际承包人并不具有对外独立承担责任的条件下,内部承包合同不具有对

外的效力,应当由原承包人及所属的公司来作为当然的唯一被告。实际承包人在内部承包合同范围内的活动及其行为,是其履行合同义务的职能活动,对外代表的是所属的建筑公司,实质上是一种代理行为。根据我国《民法通则》第43条的规定“企业法人对它的法定代表人和其他工作人员的经营行为,承担民事责任”,在处理此类案件中即应依这种转承责任的原理来确定适格被告。^[4]实际承包人因为不是对外民事法律关系的一方适格主体,故不能作为被告被诉,其在本案中第三人也不负实体责任,而应由所属的公司依法对外承担全部实体民事责任。

2. 内部承包合同无效下的司法处理。如果内部承包合同由于不符合相应的条件被判断为属于转包或者挂靠,那么应当认定合同无效。这里存在一个问题:内部承包合同无效的情况下结算工程款合同条款能否继续适用?

依据我国《合同法》第58条的规定以及最高人民法院《关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》中第二、三条的规定,笔者认为即使某些内部承包合同被认定为无效,此时合同中关于工程款的相应条款仍可以作为最终结算费用的依据。但是,如果此时工程尚未完成,

在工程款的结算时,不能简单地依照实际承包人所支出的费用来决定具体数额,而应通过鉴定的方式来确定最终完成的工程量,并以此作为结算的依据。在司法实践中具体的作法是通过将施工方在工程中所投入的建筑材料和劳动费用作为工程的成本依据,来确定最终的工程造价,然后由建设方按鉴定金额折价予以补偿。另外因工程转包导致合同无效的案件中,对合同的标的物为质量合格的建设工程,包括建设工程竣工验收合格或建设工程竣工验收不合格,但经承包人修复后,再验收合格的工程,我们法院在司法处理中即使确认合同无效,也可以按照合同的约定结算工程价款。

参考文献

- [1] 张俊浩. 民法学原理[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2000: 807.
- [2] 内部承包协议为依据, 建筑公司起诉获支持 [EB/OL]. (2011-05-12)[2011-04-20] <http://china.findlaw.cn/hetongfa/jingjihetong/chengbaohetong/56535.html>.
- [3] 埃德加·博登海默. 法理学法律哲学与法律方法[M]. 邓正来, 译. 北京: 中国政法大学出版社, 2004: 548.
- [4] 杨洪逵. 内部承包合同对外没有法律效力 [EB/OL]. (2001-06-13)[2011-04-22] <http://oldfyb.chinacourt.org/public/detail.php?id=24811>.

On Judicial Application of Internal Contracts of Construction Projects—Based on Samples of Conflicts in Trial Practice

YE Yue

(People's Court of Beilun District, Ningbo, Ningbo 315800, China)

Abstract: In judicial practice, there is no agreement on the defining of the effectiveness of internal contracts of construction projects, the internal and external effectiveness of the form of internal contracting, and the solution to the disputes between the actual contractor and initial contractor or the third party. Internal contracts are to regulate the distribution of operating benefits, except for the labor remuneration of both parties. Normative internal contracts differ from sub-contracting contracts and affiliated businesses. The sub-contracting in substance contains two aspects; firstly, the actual contractor is the third party out of the company, and secondly the company in question does not participate in the management of the construction. With a systematic understanding and overall interpretation of these provisions, internal contracts are not prohibited by law, though existing provisions seem to prohibit internal contracts in a certain form,

Keywords: internal contracting; sub-contracting; project funds; actual contractor

(责任编辑 张文鸯)