

# 建设工程内部承包合同

## 法律报告

宁波市律协建筑与房地产专业委员会编

二〇一七年十二月

## 写在前面的话

当前受国家宏观调控的影响，房地产行业的发展形势受到严重影响，很多建筑企业进入经济新常态。据不完全统计，民营建筑企业的典型法律风险中有 90%是诉讼案件风险，而大量诉讼案件的存在和发展与内部承包和项目经理的经济行为息息相关。如何规范内部承包合同的签订和履行，如何有效识别项目经理的日常经济行为，从中发现并预防潜在的法律风险，是建筑企业长期以来经营管理的“痛点”，也是律师法律服务工作中经常面临需要破解的难题。为有效理清内部承包合同法律问题，帮助建筑企业完善内部承包合同的制度规范与风险防范，通过梳理、总结内部承包合同相关的实践观点、典型案例等，提出本法律报告。本法律报告由三部分组成，内容如下：

- 一、内部承包合同相关的指导性意见
- 二、内部承包合同相关典型案例
- 三、内部承包合同相关实务论文

## 一、内部承包合同相关的指导性意见

### (一) 挂靠、转包、违法分包以及内部承包之间关系及法律效力

#### 最高院 14 号《司法解释》规定：

第四条承包人非法转包、违法分包建设工程或者没有资质的实际施工人借用有资质的建筑施工企业名义与他人签订建设工程施工合同的行为无效。

1. **关于挂靠：**没有资质的实际施工人借用有资质的建筑施工企业名义，低资质的施工企业借用高资质的建筑施工企业名义，去投标并签订《建设工程施工合同》。

2. **关于转包：**转包是承包人将所承包的全部建设工程转由第三人施工完成。

3. **关于违法分包（专业分包和劳务分包）：**专业违法分包是指发包人（业主、总承包人）将 61 项专业分包项目分包给不具有专业资质的公司或个人；或者该 61 项专业分包没有经过业主同意，总承包人擅自分包。劳务违法分包是指发包人（总承包人、专业分包人）将 13 项劳务分包项目分包给不具有劳务资质的公司或个人。

#### 福建高院规定：如何区分劳务分包与转包、违法分包？

答：劳务分包是指建设工程的总承包人或者专业承包人将所承包的建设工程中的劳务作业（包括木工、砌筑、抹灰、石制作、油漆、钢筋、混凝土、脚手架、模板、焊接、水暖、钣金、架线等）发包给劳务作业承包人完成的活动。转包是承包人将所承包的全部建设工程转由第三人施工完成。分包是承包人将所承包的建设工程的某一部分施工项目交由第三人施工建设，其中《建筑法》与《建设工程质量管理条例》第七十八条所列的四种行为属违法分包。劳务分包既不是转包，也不是分包；转包及违法分包为法律所禁止，劳务分包则不为法律所禁止。

#### 山东高院规定：

1. 合法分包条件：（1）总包合同合法；（2）分包单位具备与分包工程相应的资质等级；（3）对外分包工程须在总包合同中约定或经建设单位认可；（4）建筑工程的主体结构，必须由总包单位自行完成；（5）分包单位不得将分包工程再行分包。不符合上述条件的总分包合同，应认定无效。

## 2. 合同权利转让条件:

合同一方当事人将建筑工程承包合同中的全部或部分权利和义务转让给第三人,符合下列条件的,可认定转让有效。(1)被转让的合同必须是有效合同;(2)合同转让应当取得合同另一方的同意;(3)受让人必须是具有相应资质的建筑施工企业;(4)转让方不得牟利和违背法律、损害社会公共利益;(5)合同转让应当符合法律规定的程序。

法律规定和合同约定不得转让的建筑工程承包合同,其转让行为无效。

## 4. 关于内部承包:

### 浙江高院规定:

建设工程施工合同的承包人与其下属分支机构或在册职工签订合同,将其承包的全部或部分工程承包给其下属分支机构或职工施工,并在资金、技术、设备、人力等方面给予支持的,可认定为企业内部承包合同;当事人以内部承包合同的承包方无施工资质为由,主张该内部承包合同无效的,不予支持。

### 杭州中院规定:

对于建设单位内部承包合同,应当认定为是工程承包人就其承包的全部或部分工程与其下属分支机构或职工签订的工程承包合同,属建筑施工企业的一种内部经营方式,法律和行政法规对此并不禁止,该承包人应对工程施工过程及质量等进行管理,对外承担施工合同的权利义务。当事人一方以内部承包合同中的承包方无施工资质为由主张该内部承包合同无效的,不予支持。而挂靠则是指实际施工主体借用有资质的建筑施工企业名义承揽建设工程,该实际施工主体与被挂靠企业间并不存在隶属或管理关系,构成独立主体间的承包合同关系,如果挂靠单位并无相应施工资质的,应认定该承包合同关系无效。因此,二者区分主要应从合同当事人间是否有劳动或隶属管理关系,承包工程所需资金、材料、技术是否由对方当事人提供等进行判断。

### 福建高院规定:

问:如何认定施工企业内部承包合同的性质与效力?

答:建设工程施工合同的承包人与其下属分支机构或职工就所承包的全部或部分工程施工所签订的承包合同为企业内部承包合同,属建筑施工企业的一种内部经营方式,法律和

行政法规对此并不禁止，承包人仍应对工程施工过程及质量等进行管理，对外承担施工合同的权利义务。当事人以内部承包合同的承包方无施工资质为由主张合同无效的，不予支持。

**北京市高院规定：**

建设工程施工合同的承包人将其承包的全部或部分工程交由其下属的分支机构或在册的项目经理等企业职工个人承包施工，承包人对工程施工过程及质量进行管理，对外承担施工合同权利义务的，属于企业内部承包行为；发包人以内包人缺乏施工资质为由主张施工合同无效的，不予支持。引自：北京市高级人民法院《关于审理建设工程施工合同纠纷案件若干疑难问题的解答》

**(二) 挂靠人以被挂靠人名义签订合同出现纠纷，被挂靠人是否承担责任**

**1. “挂靠”行为是施工行业普遍现象，责任如何承担？**

14号《司法解释》不是很明确具体。该解释没有使用“挂靠”术语，第四条使用了“实际施工人借用有资质建筑施工企业名义”的表述。

**2. “挂靠”行为责任包括：行政、民事、刑事等责任。**

建设工程质量责任，以及大量的对外采购、租赁、借贷等商事责任等。关于建设工程质量责任承担，14号解释第25条规定明确，总包、分包和实际施工人共同承担。

**3. 关于“挂靠”的其他商事责任。**

**北京高院规定：**

合同相对人不知道是挂靠的，被挂靠人承担合同责任，但可以追偿；合同相对人知道是挂靠的，挂靠人承担责任，被挂靠人承担补充责任。

**江苏高院和杭州中院规定：**

挂靠人以被挂靠人名义订立建设工程施工合同，因履行该合同产生的民事责任，挂靠人与被挂靠人应当承担连带责任。

**南通中院规定：**

实际施工人以自己的名义对外订立、履行合同的，应由实际施工人自行承担责任。实际施工人以建筑单位（即被挂靠人）名义对外签订商事合同，应区分被挂靠人是否构成职务行为、授权代理行为和表现代理行为。

### **山东高院规定：**

应作为共同诉讼人起诉或应诉。因合同无效造成的损失，承担连带责任。

### **福建高院规定：**

实际施工人以自己的名义对外签订的，合同相对人起诉被挂靠单位的，不予支持；以被挂靠人名义签订的，由被挂靠人承担，但是，合同相对人明知挂靠事实，起诉挂靠人的，由挂靠人承担。

### **广东高院规定：**

施工人挂靠其他建筑施工企业，并以被挂靠建筑施工企业的名义签订建设工程合同而被起诉的，应将施工人和被挂靠建筑施工企业列为共同被告；被挂靠建筑施工企业对施工人因承揽的工程不符合质量标准造成发包人损失的，应承担连带责任。

### **广东省高级人民法院关于审理建设工程合同纠纷案件疑难问题的解答**

#### **22.实际施工人主张挂靠人和被挂靠人承担欠付工程款连带责任的如何处理**

挂靠人以被挂靠人的名义承接工程后，又将工程进行分包或转包，实际施工人主张挂靠人和被挂靠人承担欠付工程款连带责任的，应区分情形处理：挂靠人以被挂靠人名义对外签订分包或转包合同的，挂靠人和被挂靠人承担连带付款责任；挂靠人以自己名义对外签订分包或转包合同的，挂靠人承担付款责任。

#### **23.挂靠人主张被挂靠人和发包人承担欠付工程款连带责任的如何处理**

因发包人欠付工程款，挂靠人主张被挂靠人和发包人承担欠付工程款的连带责任的，不予支持，但挂靠人和被挂靠人之间的合同明确约定被挂靠人承担支付工程款义务的除外。挂靠人主张被挂靠人支付已收取但尚未转付工程款的，应予支持。

### **(三) 与项目负责人职务行为、表见代理的认定相关的解释与意见**

#### **1. 《最高人民法院关于适用合同法司法解释二》**

第十二条 无权代理人以被代理人的名义订立合同，被代理人已经开始履行合同义务的，视为对合同的追认。

第十三条 被代理人依照合同法第四十九条的规定承担有效代理行为所产生的责任后，可以向无权代理人追偿因代理行为而遭受的损失。

## 2. 最高人民法院印发《关于当前形势下审理民商事合同纠纷案件若干问题的指导意见》的通知（法发〔2009〕40号）

### 四、正确把握法律构成要件，稳妥认定表见代理行为

12、当前在国家重大项目和承包租赁行业等受到全球性金融危机冲击和国内宏观经济形势变化影响比较明显的行业领域，由于合同当事人采用转包、分包、转租方式，出现了大量以单位部门、项目经理乃至个人名义签订或实际履行合同的情形，并因合同主体和效力认定问题引发表见代理纠纷案件。对此，人民法院应当正确适用合同法第四十九条关于表见代理制度的规定，严格认定表见代理行为。

13、合同法第四十九条规定的表见代理制度不仅要求代理人的无权代理行为在客观上形成具有代理权的表象，而且要求相对人在主观上善意且无过失地相信行为人有代理权。合同相对人主张构成表见代理的，应当承担举证责任，不仅应当举证证明代理行为存在诸如合同书、公章、印鉴等有权代理的客观表象形式要素，而且应当证明其善意且无过失地相信行为人具有代理权。

14、人民法院在判断合同相对人主观上是否属于善意且无过失时，应当结合合同缔结与履行过程中的各种因素综合判断合同相对人是否尽到合理注意义务，此外还要考虑合同的缔结时间、以谁的名义签字、是否盖有相关印章及印章真伪、标的物的交付方式与地点、购买的材料、租赁的器材、所借款项的用途、建设单位是否知道项目经理的行为、是否参与合同履行等各种因素，作出综合分析判断。

## 3. 江苏省高级人民法院《关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的讨论纪要（一）》的通知

### 四、表见代理

第十四条 人民法院在审理涉及表见代理纠纷案件时，即要注重保护善意相对人利益，又要兼顾被代理人利益。

认定构成表见代理的，应当以被代理人的行为与权利外观的形成具有一定的牵连性即被代理人具有一定的过错为前提，以“相对人有理由相信行为人有代理权”即相对人善意无过失为条件。

第十五条 在衡量相对人是否构成善意无过失时，应结合代理原理和经验法则以及案件的具体情况等因素综合作出判断。

下列情形下不应当认定为属于合同法第四十九条所称的“相对人有理由相信行为人有代理权”：

- （1）被代理人授权明确，行为人越权代理的；
- （2）行为人与相对人订立的合同内容明显损害被代理人利益的；

(3) 基于经验法则，行为人的代理行为足以引起相对人合理怀疑的。

第十六条 职务行为可以区分为职务代表和职务代理。

法定代表人、其他组织负责人以法人或其他组织名义从事经营活动的构成职务代表，该行为视同为法人或其他组织自身的行为，行为后果由法人或其他组织承担。相对人知道或应当知道该法定代表人、负责人超越权限的除外。

法人或者其他组织的工作人员就其职权范围内的事项以法人或其他组织名义从事经营活动的构成职务代理，无须法人或其他组织的特别授权，其行为后果应当参照委托代理的规定，由法人或其他组织承担。

法人或者其他组织的工作人员超越其职权范围，以法人或其他组织的名义从事经营活动的，构成无权代理。相对人有理由相信有代理权的，构成表见代理。

#### **江苏省高级人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件若干问题的意见**

第二十二条 承包人的项目部或项目经理以承包人名义订立合同，债权人要求承包人承担民事责任的，人民法院应予支持，但承包人有证据证明债权人知道或应当知道项目部或者项目经理没有代理权限的除外。

#### **4. 杭州市中级人民法院民一庭关于审理建设工程及房屋相关纠纷案件若干实务问题的解答** 八、其他问题

1、如何认定加盖有项目部专用章或者由项目经理签字的单据、票证的行为效力？

答：项目部是施工承包企业具体实施施工行为的组织体，项目经理指受企业委托对工程项目施工过程全面负责的项目管理者，是企业在工程项目上的代表人。从当前的建筑工程承包现状来看，承包人的项目部或项目经理以承包人名义订立合同，债权人要求承包人承担民事责任的，一般应予支持，但承包人有证据证明债权人知道或应当知道项目部或者项目经理没有代理权限的除外。但应当注意的是，对于除项目经理以外的所谓现场负责人或材料员、采购员等，因其自身并无法律、法规或行业规范所赋予的项目部管理权力，故对此类人员的签证是否具有表见代理的效力，则应当由主张该表见代理行为成立的一方当事人举证。同理，对于项目部技术专用章的效力，也同样如此。

#### **5. 江苏省南通市中级人民法院《关于建设工程实际施工人对外从事商事行为引发纠纷责任认定问题的指导意见（试行）》**

##### 四、稳妥认定表见代理

14、审理涉建设工程买卖、租赁、借贷等商事纠纷案件，应依照《中华人民共和国合同法》第四十九条及最高人民法院《关于当前形势下审理民商事合同纠纷案件若干问题的指导意见》、参照江苏省高级人民法院《关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的讨论纪要（一）》的相关规定精神，从严认定表见代理行为。

15、以下情形应认定实际施工人的行为客观上形成具有代理权的表象：

(1) 实际施工人对外订立合同时加盖建筑单位或项目部符合要求的相关印章；

(2) 实际施工人对外订立合同时加盖无证据证明经建设单位同意刻制的相关印章，相对人能举证证明该印章在工程施工中正常使用或者建设单位知道或应当知道实际施工人利用该印章从事相关行为的；

(3) 实际施工人对外订立合同时未加盖相关印章，但以建设单位、项目部或工地名义，相对人能举证证明在订立合同当时已知道实际施工人具有案涉工程项目部项目经理或其他相关身份的；

(4) 实际施工人与相对人未订立书面合同，但相对人能举证证明实际施工人在订立合同当时以建设单位、项目部或工地名义，且其已知道实际施工人具有案涉工程项目部项目经理或其他相关身份的；

(5) 实际施工人的行为客观上形成具有代理权表象的其他情形。

16、在衡量相对人是否构成善意无过失时，应依照最高人民法院《关于当前形势下审理民商事合同纠纷案件若干问题的指导意见》第 14 条的规定作出综合分析判断。

17、建设单位举证证明实际施工人确系无权代理，相对人主张实际施工人的行为构成表见代理的，应依照最高人民法院《关于当前形势下审理民商事合同纠纷案件若干问题的指导意见》第 13 条的规定，对“实际施工人的行为客观上形成具有代理权的表象”和“善意且无过失地相信行为人具有代理权”承担举证责任。建设单位主张实际施工人的行为不构成表见代理的，可对相对人主观恶意或重大过失等情形进行反驳举证。

18、适用第 12、14、15、16 条规定认定是否构成表见代理仍然存在重大争议，难以准确认定建设单位是否承担责任的，应将合同标的物的用途作为重要参考因素予以审查，如购买的材料、租赁的器材和所借的款项实际用于项目施工的，可以认定建设单位承担责任。

19、相对人对“合同标的物的用途”承担举证责任。

相对人举证证明已将借贷资金通过转帐、现金解款、票据等方式交付于建设单位或项目部的，可以认定所借资金用于工程项目。建设单位或实际施工人否认所借资金实际用于工程项目的，应证明所借资金的确切去向，或对工程所用资金来源、数额及工程所需资金数额等事实承担举证责任。

数额较大的借贷资金未进入建设单位或项目部帐户，直接现金交付于实际施工人的，建设单位否认所借资金实际用于工程项目的，不应直接认定所借资金用于工程项目。实际施工人对所借资金是否实际用于工程项目承担举证责任，且所举证据间应形成紧密的证据链条，基本达到所借资金与用于工程开支资金系同一资金的证明程度。

相对人举证证明已将买卖、租赁合同标的物交付至项目部有关人员和工地相关地点的，可以认定买卖、租赁合同标的物用于工程项目。建设单位或实际施工人否认买卖、租赁合同标的物实际用于工程项目的，应证明合同标的物的确切去向，或对工程所用该种标的物的来源、数量及工程所需该种标的物的数量等事实承担举证责任。

20、下列情形不应认定构成表见代理：

(1) 建设单位授权明确，相对人明知实际施工人越权代理的；

(2) 合同的订立履行明显损害建设单位利益的；

(3) 实际施工人以自己作为交易主体与相对人订立、履行合同后，未经建筑单位授权又以建筑单位名义出具债权凭证的；

(4) 实际施工人加盖私刻（或伪造）的印章或偷盖相关印章对外订立合同或出具债权凭证，且无证据证明所涉标的物的交付、使用与本项工程有关的；

(5) 实际施工人订立合同未加盖建筑公司或项目部相关印章，即以建筑公司、项目部或工地的名义订立合同，相对人无证据证明实际施工人出示过任命书、授权委托书或其具有其他相信实际施工人有代理权的理由和依据；

(6) 大额借贷资金现金交付于实际施工人，且无证据证明资金的交付、使用与本项工程有关；

(7) 运用经验法则，通过对合同缔结和出具债权凭证时间、以谁名义出具、标的物的种类性质及交付使用等情况的综合分析判断，实际施工人或其与相对人的行为明显与常情常理不符的；

(8) 不应认定构成表见代理的其他情形。

## 6. 徐州中院进一步规范关于审理建设工程施工合同纠纷案件的若干问题

【项目经理签字盖章到底有没有效？】承包人的项目经理在建设工程施工过程中，从事的与其职务有关的在签证文件、结算报告上签字、加盖项目部公章或者收取工程款、购买建筑材料等行为，一般应认定为职务行为或构成表见代理，对承包人具有约束力，但施工合同另有约定或承包人有证据证明相对方知道或应当知道项目经理没有代理权的除外。

项目经理从事的对外借款等与施工无直接关系的行为一般不认定为职务行为或表见代理，但借款人有证据证明项目经理有承包人授权的除外。

## 7. 绍兴市中级人民法院《关于审理建筑领域民商事纠纷案件若干问题的纪要》（2013年）

一、本纪要所指的建筑施工企业项目经理有三种类型：第一类是建筑施工企业在册员工（即受建筑施工企业雇佣、与建筑施工企业签订有劳动合同的人员），受企业委派担任某建设工程的项目经理，或者受企业委派去参与招投标承接工程，中标后企业任命其担任项目经理，负责工程管理，并与企业签订内部（经济责任制）承包合同；第二类是建筑施工企业不在册员工，未与企业签订劳动合同，但对外以企业名义承接工程进行业务活动，企业任命其为该工程的项目经理，该项目经理与企业签订挂靠经营性质的内部承包合同；第三类为除上述两类人员之外，通过向建筑施工企业转包或者分包承接工程的实际施工人（俗称“包工头”）。

二、根据建设部《建筑施工企业项目经理资质管理办法》的规定，建筑施工企业项目经理，是指受企业法定代表人委托对工程项目施工过程全面负责的项目管理者，是建筑施工企业法定代表人在工程项目上的代表人。在我市建筑行业内，目前普遍实行建筑施工企业与项目经理签订内部承包合同，该合同的性质是建筑施工企业实行内部经济责任制的一种经营方式，仅对建筑施工企业和经济责任承包人具有法律约束力，合同约定的内容不能当然约束第三人。

#### 四、关于项目经理表见代理行为的构成要件

根据最高人民法院《关于当前形势下审理民商事合同纠纷案件若干问题的指导意见》，严格认定表见代理行为的规定，对项目经理未经企业授权对外签订合同的行为是否构成表见代理，应把握以下构成要件：

- （一）客观要件：即行为人的无权代理行为须以被代理人的名义并具有代理权的客观表象；
- （二）主观要件：合同相对人善意且无过失地尽到了对行为人有无代理权的注意义务。

#### 五、有下列情形之一的，项目经理对外签订的合同对建筑施工企业具有约束力：

（一）以建筑施工企业名义与合同相对人签订合同，在签订合同时出示有能让合同相对人相信的单位介绍信、委托书，或者建筑施工企业曾向合同相对人所作的授权通知或者其他证明材料的；

- （二）以盖有建筑施工企业合同专用章或者公章的空白合同书签订合同的；
- （三）以可以对外使用的项目部印章签订合同的；
- （四）建筑施工企业知道项目经理对外签订的合同而不表示反对的；
- （五）代理权终止后签订合同，合同相对人未收到终止通知或者已经尽到合理注意义务的；
- （六）建筑施工企业根据项目经理签订的合同向合同相对人主张权利或者履行支付款项等义务的。

#### 六、有下列情形之一的，项目经理对外签订的合同对建筑施工企业不具有约束力：

- （一）项目经理以个人署名签订合同或者虽以企业、项目部名义但个人签署，并无其他证据证明有权代理的；
- （二）合同相对人知道或者应当知道项目经理未取得企业授权的；
- （三）合同相对人知道或者应当知道项目经理代理权已经终止的；
- （四）项目经理与合同相对人签订的合同明显损害企业权益的；
- （五）签订合同时所盖印章为技术专用章等非合同专用章的；
- （六）合同上所盖印章是项目经理伪造而合同相对人未尽到合理注意义务的。

#### 七、项目经理对外签订的合同对建筑施工企业是否具有约束力，还应将下列情况作为综合分析判断因素：

- （一）交易习惯，虽由项目经理个人签订合同，但以往交易后的结算等企业是否认可；
- （二）合同标的物是否用于建设工程施工；
- （三）合同标的物与建设工程所需是否相符；
- （四）签订合同的时间是否在项目经理管理涉案工程项目期间；
- （五）影响表见代理主客观要件认定的其他情形。

#### 八、关于合同相对人善意且无过失主观要件的认定

（一）表见代理构成的客观要件和主观要件，是紧密联系相辅相成的两大要件，合同相对人在证明代理表象充分性的同时，一般也证明了自身善意及无过失的程度，即合同相对人在不知道项目经理无代理权方面不存在疏忽或者懈怠，并为此承担举证责任；

(二)对合同相对人主观上是否善意无过失的认定,应采客观认知标准,包括知道或者根据市场规则、生活常识可以推定的应当知道。原则上不认可因个体认知能力不同的差异性。

#### 九、关于转包、违法分包、借用资质的实际施工人行为与表见代理的认定

转包、违法分包、借用资质的实际施工人以建筑施工企业名义与合同相对人签订合同,合同相对人对代理表象应尽合理注意义务,实际施工人的行为构成表见代理的,由建筑施工企业承担责任。但合同相对人知道工程已转包、违法分包或者系出借资质的,应根据合同相对性原则确定责任人。

#### 十、关于经济责任承包人与项目经理分离情况下表见代理的认定

(一)经济责任承包人是指与建筑施工企业以内部承包合同方式约定负责工程项目施工管理并对工程项目结算自负盈亏的承包人;

(二)经济责任承包人与建筑施工企业指派但并不实际行使工程管理权的项目经理不一的,经济责任承包人的职权按项目经理的职权和内部承包合同的规定确定;

(三)经济责任承包人以建筑施工企业名义管理工程,其签订合同的行为性质与表见代理的认定与项目经理相同;

(四)合同相对人知道或者应当知道经济责任承包人为自负盈亏承包工程,仍与其个人签订合同而不要求确认建筑施工企业行为的,应根据合同相对性确定合同主体,合同相对人要求建筑施工企业承担合同责任的,不应予以支持。

### 8. 《四川省高级人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件若干疑难问题的解答》

#### 27. 如何认定承包项目经理在合同履行中所实施的与项目建设有关行为的效力?

合同履行过程中,承包人项目经理以承包人名义在结算报告和签证文件上签字确认、加盖项目部印章,收取工程款、接收发包人供材等行为,一般应当认定为履行职务行为,对承包人具有约束力,但双方另有约定或承包人有证据证明相对人知道或应当知道项目经理没有代理权的除外。

#### (四)其他规定

##### 1\劳动用工

### 1、浙江省高级人民法院民事审判第一庭、浙江省劳动人事争议仲裁院关于审理劳动争议案件关于审理劳动争议案件若干问题的解答(二)

#### 一、建筑施工企业违法转包、分包中的相关法律关系应如何认定?

答:具备用工主体资格的承包单位违反法律、法规规定,将承包业务转包、分包给不具备用工主体资格的组织或者自然人,该不具备用工主体资格的组织或者自然人所招用的人员请求

确认与承包单位存在劳动关系的，不予支持。但该人员在工作中发生伤亡，受害人请求承包单位参照工伤的有关规定进行赔偿的，人民法院应当予以支持。社会保险行政部门已认定该人员工伤的，按工伤保险规定处理。

## **2、全国民事审判工作会议纪要【法办（2011）42号】**

59、建设单位将工程发包给承包人，承包人又非法转包或者违法分包给实际施工人，实际施工人招用的劳动者请求确认与具有用工主体资格的发包人之间存在劳动关系的，不予支持。

### **3、对最高人民法院《全国民事审判工作会议纪要》第59条作出进一步释明的答复**

网友在《建筑领域确认劳动关系之我见》一文中对建筑行业大量存在的转包、分包引发的劳动关系问题进行了分析，并结合（法办【2011】42号）《全国民事审判工作会议纪要》（以下简称《纪要》）第59条和（劳社部发【2005】12号）《关于确立劳动关系有关事项的通知》（以下简称《通知》）第4条作了比较，得出了这两个文件规定的内容并不冲突的结论，并阐述了自己的理由。应当说，您对上述问题的见解是有一定道理的，说明您在这一领域存在的问题有一定的研究，并希望能够解决这一实践中较为棘手的问题。

关于实际施工人招用的劳动者与承包人也就是建筑施工企业之间是否存在劳动关系，理论与实践存在两种截然相反的观点：第一种观点认为，实际施工人与其招用的劳动者之间应认定为雇佣关系，但实际施工人的前一手具有用工主体资格的承包人、分包人或转包人与劳动者之间既不存在雇佣关系，也不存在劳动关系。理由是：建筑施工企业与实际施工人之间只是分包、转包关系，劳动者是由实际施工人雇用的，其与建筑施工企业之间并无建立劳动关系或雇佣关系的合意。另一种观点则认为，应认定实际施工人的前一手具有用工主体资格的承包人、分包人或转包人与劳动者之间存在劳动关系，因为认定他们之间存在劳动关系，有利于对劳动者保护。

我们同意第一种观点。主要理由如下：

首先，实际施工人的前一手具有用工主体资格的承包人、分包人或转包人与劳动者之间并没有丝毫的建立劳动关系的意思表示，更没有建立劳动关系的合意。我国《劳动合同法》第三条明确规定，建立劳动关系必须遵循自愿原则。自愿就是指订立劳动合同完全是出于劳动者和用人单位双方的真实意志，是双方协商一致达成的，任何一方不得将自己的意志加给另一方。自愿原则包括：订不订立劳动合同由双方自愿、与谁订立劳动合同由双方自愿、合同的内容取决于双方的自愿。现实生活中，劳动者往往不知道实际施工人的前一手具有用工主体资格的承包人、转包人或分包人是谁，承包人、转包人或分包人同样也不清楚该劳动者

是谁，是否实际为其工程提供了劳务。在这种完全缺乏双方合意的情形下，直接认定二者之间存在合法劳动关系，不符合实事求是原则。如果实际施工人的前一手具有用工主体资格的承包人、分包人或转包人根本没有与劳动者订立劳动合同的意思，我们通过仲裁或者司法判决方式强行认定他们之间存在劳动关系，则等于违背了《劳动合同法》总则中对自愿原则的规定。

其次，如果认定实际施工人的前一手具有用工主体资格的承包人、分包人或转包人与劳动者之间存在劳动关系，那么，将由具有用工主体资格的承包人、分包人或转包人对劳动者承担劳动法上的责任，而实际雇佣劳动者并承担管理职能的实际施工人反而不需要再承担任何法律责任了，这种处理方式显然不符合公平原则。如果我们许可这样做，实际施工人反而很容易逃避相应的法律责任。此外，如果强行认定实际施工人的前一手具有用工主体资格的承包人、分包人或转包人与劳动者之间存在劳动关系，还会导致产生一系列无法解决的现实难题：劳动者会要求与承包人、分包人或转包人签订书面劳动合同；要求为其办理社会保险手续；要求支付不签订书面劳动合同而应支付的双倍工资，等等。这些要求显而易见都是不应当得到支持的。

再次，《通知》第4条之所以规定可认定承包人、分包人或转包人与劳动者之间存在劳动关系，其用意是惩罚那些违反《建筑法》的相关规定任意分包、转包的建筑施工企业。我们认为，承包人、分包人或转包人违反了《建筑法》的相关规定，应当承担相应的行政责任或民事责任。不能为了达到制裁这种违法发包、分包或者转包行为的目的，就可以任意超越《劳动合同法》的有关规定，强行认定本来不存在的劳动关系。

最后，虽然不认定实际施工人的前一手具有用工主体资格的承包人、分包人或转包人与劳动者之间存在劳动关系，并不意味着劳动者的民事权益得不到保护。《劳动合同法》第94条规定：“个人承包经营者违反本法规定招用劳动者，给劳动者造成损害的，发包的组织与个人承包经营者承担连带赔偿责任。”实践中个人承包经营者（也就是实际施工人）往往没有承担民事责任的足够财力，为了保护劳动者的权益，在劳动者遭受损失时，承包人、分包人或转包人是要承担民事上的连带赔偿责任的。这是有利于对劳动者提供周全保护的。从诉讼程序看，劳动者既可以单独起诉实际施工人，也可以将承包人、分包人或转包人与实际施工人列为共同被告；从实体处理看，劳动者既可以要求实际施工人承担全额或者部分赔偿责任，也可以要求承包人、分包人或转包人承担全额或者部分赔偿责任，还可以要求承包人、分包人或转包人与实际施工人一起承担连带赔偿责任。

## 2\答复

**住房城乡建设部关于转发全国人大常委会法制工作委员会《对建筑施工企业母公司承接工程后交由子公司实施是否属于转包以及行政处罚两年追溯期认定法律适用问题的意见》的函**

各省、自治区住房城乡建设厅，直辖市建委及有关部门，新疆生产建设兵团建设局：

在建筑市场领域执法实践中，各地对建筑施工企业母公司承接工程后交由子公司实施是

否属于转包以及行政处罚两年追溯期的认定存在不同的认识。近期，我部就上述问题请示了全国人大常委会法制工作委员会。现将全国人大常委会法制工作委员会《对建筑施工企业母公司承接工程后交由子公司实施是否属于转包以及行政处罚两年追溯期认定法律适用问题的意见》（法工办发[2017]223号）转发给你们，请根据意见和建筑法、招投标法、合同法、行政处罚法等法律规定，加强对建筑活动的监督管理，严格建筑市场领域执法。

住房和城乡建设部

2017年9月30日

-----  
全国人民代表大会常务委员会法制工作委员会 法工办发[2017]223号

**对建筑施工企业母公司承接工程后交由子公司实施是否属于转包以及行政处罚两年追溯期认定法律适用问题的意见**

住房和城乡建设部办公厅：

你部关于建设施工企业母公司承接工程后交由子公司实施是否属于转包以及行政处罚两年追溯期认定法律适用问题的请示（建法函[2017]227号）收悉。经研究，提出以下意见，供参考：

一、关于母公司承接建筑工程后将所承接工程交由其子公司实施的行为是否属于转包的问题。建筑法第二十八条规定，禁止承包单位将其承包的全部建筑工程转包给他人，禁止承包单位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他人。合同法第七十二条规定，发包人不得将应当由一个承包人完成的建设工程肢解成若干部分发包给几个承包人。承包人不得将其承包的全部建设工程转包给第三人或者将其承包的全部建设工程肢解以后以分包的名义分别转包给第三人。禁止承包人将工程分包给不具备相应资质条件的单位。禁止分包单位将其承包的工程再分包。建设工程主体结构的施工必须由承包人自行完成。招标投标法第四十八条规定，中标人不得向他人转让中标项目，也不得将中标项目肢解后分别向他人转让。中标人按照合同约定或者经招标人同意，可以将中标项目的部分非主体、非关键性工作分包给他人完成。接受分包的人应当具备相应的资格条件，并不得再次分包。上述法律对建设工程转包的规定是明确的，这一问题是属于法律执行问题，应当根据实际情况依法认定、处理。

二、关于建筑市场中违法发包、转包、分包、挂靠等行为的行政处罚追溯期限问题，同意你部的意见，对于违法发包、转包、分包、挂靠等行为的行政处罚追溯期限，应当从违法发包、转包、分包、挂靠的建筑工程竣工验收之日起计算。合同工程量未全部完成而解除或暂时终止履行合同的，为合同解除或终止之日。

特此函复。（全国人民代表大会常务委员会法制工作委员会 2107年9月4日）

## 二、内部承包合同相关典型案例

### 1、建设工程内部承包与转包的区别

#### 案情简介：

鸿鑫泰公司与腾达公司签订施工合同，约定由腾达公司承包建设案涉工程。腾达公司与姚汉昭、姚汉林于2006年10月8日签订《工程施工合同》、《协议书》以及此后形成的多份《会议纪要》，将案涉工程交由姚汉昭、姚汉林组织施工，从而收取一定的管理费，而不参与具体施工。现工程完工，姚汉昭、姚汉林提起诉讼，请求腾达公司支付相应工程价款。诉中就案涉转包和内部承包等问题而争议。

#### 最高人民法院认为：

腾达公司与姚汉昭、姚汉林间的工程承包不构成内部承包关系。内部承包，是指发包方与其内部的职能部门、分支机构、职工之间为实现一定的经济目的，而就特定的生产资料及相关的经营管理权所达成的双方权利义务约定。就其主体而言，内部承包中发包方与承包方除具备平等民事主体间的合同关系外，还存在一定意义上的隶属管理关系。腾达公司主张姚汉昭、姚汉林系其委派的公司项目部的负责人，并以此主张其涉案工程施工合同系公司内部承包合同。但是，腾达公司不能提供其与姚汉昭、姚汉林签订有劳动合同，所称与姚汉昭、姚汉林具有劳动关系，缺乏证据支持。其次，内部承包关系中，内部发包工程的单位须给本单位承包的人员提供一定资金、机械、设备、技术、人员等必要的物质条件，并由单位最终承担经营风险。而涉案《工程施工合同》约定，姚汉昭、姚汉林须自行组织人员、机械、设备、材料进行施工，施工所需的人员、机械、设备、材料均与腾达公司无关，腾达公司除按固定比例收取施工管理费外，不参与利润分配，不承担任何经济责任。这与内部承包关系有着根本区别。故腾达公司主张其与姚汉昭、姚汉林系内部承包关系，缺乏事实依据，不予支持。

腾达公司与姚汉昭、姚汉林工程承包构成事实上的工程转包关系。腾达公司与姚汉昭、姚汉林签订的《工程施工合同》中载明“分包方”、“分包原则”、“分包单位”等有关分包的表述，但同时明确约定腾达公司与清连公路公司签订“大合同的全部条款”均对分包方具有约束力，分包方应无条件遵循在投标过程中腾达公司对业主的一切承诺、应遵循业主对腾达公司的所有书面要求、应确保按照腾达公司与业方签订的工程合同中的工程内容的全部履行、应承担业主在工程合同中对腾达公司的全部责任条款要求。据此，可以认定腾达公司将其全部工程或工程的主要部分转包给姚汉昭、姚汉林，且在此之后仅收取一定的管理费，

而不参与具体施工。原判认为涉案《工程施工合同》因违反了法律禁止工程转包的规定而无效，依据充分，适用法律正确。

#### 实务观点：

司法解释和相应法律法规并没有给予内部承包一个明确的解释，司法实践中部分承包人经常以内部承包的名义对工程进行违法分包和转包。何谓内部承包？笔者认为内部承包是指承包人将其所承揽的工程内容发包给其分支机构、部门或职工个人进行施工的行为，对外的法律责任仍应当由承包人承担。根据最高人民法院上述判决，笔者认为内部承包有两个基本特点：一是《内部承包合同》的双方当事人之间存在一定的隶属关系，并非完全平等的民事主体；二是承包人给本单位承包的人员提供一定的物质条件，并最终承担经营风险。转包的基本特点是承包人不参与具体施工、不承担经营风险，只收取固定利润。

#### 案例索引：

最高人民法院（2014）民申字第1277号，腾达建设集团股份有限公司与姚汉林、姚汉昭建设工程施工合同纠纷申请再审民事裁定书

## 2、对于借用资质的实际施工人向发包人所缴纳的履约保证金，承包人不 应承担返还义务。

#### 案情简介：

2009年，实际施工人刘新华、杨勇、廖荟三人合伙借用建工集团名义与发包人南洋公司签订《建筑工程施工合同》，约定由建工集团承包建设“南洋国际（湖南）公交能源开发有限公司红易大道湘潭段”工程。同时，实际施工人另与建工集团签订《项目责任承包合同》，廖荟向建工集团出具《承诺函》称：“集团总公司领导：由本人负责联系的‘南洋国际（湖南）公交能源开发有限公司红易大道湘潭段’工程属议标项目，本人承诺该项目引起的一切经济、法律责任均由本人承担。”，随后，实际施工人通过建工集团向南洋公司转账800万元合同履约保证金。实际上南洋公司没有项目发包权，《建筑工程施工合同》无法实际履行，800万元合同履约保证金不知所踪。现实际施工人刘新华、杨勇、廖荟起诉，要求建工集团就800万元保证金承担返还责任。

#### 最高人民法院认为：

本院认为，本案争议的焦点为建工集团是否应对刘新华交纳的 800 万元保证金承担返还责任。

《建筑工程施工合同》系刘新华、杨勇、廖荟三人借用建工集团的名义与南洋公司签订，刘新华、杨勇、廖荟与建工集团存在挂靠合同关系，而非建设工程转包合同关系。

建工集团不应对刘新华交纳的 800 万元保证金承担返还责任，亦无需承担赔偿责任。《建筑工程施工合同》专用条款“47. 补充条款”规定在正式签订合同后即向南洋公司交纳 800 万元的合同履约保证金，故该保证金是依据南洋公司而非建工集团的要求交纳的，建工集团在收取了刘新华交纳的 800 万元后即汇付给南洋公司，并没有占有、使用该笔款项，因此建工集团已经履行了《项目责任承包合同》项下的义务。由于《项目责任承包合同》属于挂靠合同，而非建设工程转包合同，故二审判决将建工集团的收、付款行为认定为受刘新华等三合伙人委托实施的受托行为并无不妥。在《建筑工程施工合同》因无法履行而被解除后，对于不能收回的款项，作为受托人的建工集团并无替代南洋公司履行的义务。刘新华、杨勇主张南洋公司不享有讼争项目的开发权，建工集团在对事实未尽到谨慎审查义务的情况下，就与南洋公司签订巨额建设工程施工合同，应承担责任。该主张不能成立。因为合同的洽谈及签订均是由三合伙人之一的廖荟负责，故对于合同相对人资质的审查义务也在于三合伙人自身，建工集团并无审查的义务，也不因此而承担责任。

#### 实务观点：

笔者已经在判例研究中对借用资质的实际施工人与承包人的关系作多次阐述。实际施工人与承包人不存在施工合同关系，实际施工人应当直接向发包人主张工程价款的结算并有权直接向发包人主张工程价款。承包人与发包人之间也不存在实际的施工合同关系，实际施工人与发包人之间存在直接的施工合同关系。但是，对于实际施工人通过承包人帐户向发包人所缴纳的履约保证金等，如果发包人无法退还的情形下，实际施工人能否要求承包人退还呢？对于承包人是否应当向实际施工人退还履约保证金，前提是必须清楚实际施工人通过承包人帐户向发包人支付履约保证金到底是何种法律关系？笔者认为，对于实际施工人通过承包人帐户转付资金的行为客观上是一种委托支付关系，实际的付款人不是承包人，而是实际施工人，实际的收款人也不是承包人而是发包人。这也就是说，虽然是通过承包人帐户进行转付，但承包人既不是实际付款人更不是实际收款人，承包人仅仅起到了一个工具性的作用。最高人民法院在上述判例中明确认定，建工集团在收取了刘新华交纳的 800 万元后即汇付给南洋公司，并没有占有、使用该笔款项，因此建工集团已经履行了《项目责任承包合同》项下的义务。由于《项目责任承包合同》属于挂靠合同，而非建设工程转包合同，故二审判决将建工集团的收、付款行为认定为受刘新华等三合伙人委托实施的受托行为并无不妥。因此建工集团不应对刘新华交纳的 800 万元保证金承担返还责任，亦无需承担赔偿责任。

## 案例索引:

### (2012)民申字第 1624 号 刘新华、杨勇与湖南省建筑工程集团总公司建设工程分包合同纠纷申请再审民事裁定书

## 3、盖章与表见代理认定的关系

### 案情简介

成城公司承建涉案工程后，任命胡友明作为涉案工程项目部的代表。在工程施工过程中，胡友明与世昌公司签订《钢材购销合同》，约定由世昌公司提供钢材。现因钢材款尚未支付，世昌公司遂提起本案诉讼，要求胡友明与成城公司支付钢材款。诉中，成城公司主张其与胡友明是工程分包关系，且未授权胡友明与世昌公司签订《钢材购销合同》，胡友明的签约行为是个人行为，应由胡友明个人承担支付钢材款的责任。

### 最高人民法院认为:

关于胡有明与世昌公司的签约行为是否属于职务行为的问题。成城公司主张其与胡友明是工程分包关系，且未授权胡友明与世昌公司签订《钢材购销合同》，胡友明的签约行为是个人行为，应由胡友明个人承担支付钢材款的责任。本院认为，原审认定《钢材购销合同》有效是正确的。胡友明的签约行为是代表成城公司的，其后果应由成城公司承担。理由是：1、从《钢材购销合同》落款看，合同买方盖有成城公司工程项目部的印章，而且胡友明既作为该项目部的代表又作为担保人在合同上签字。如果是胡友明个人与世昌公司签约，那就无需加盖成城公司项目部的印章，胡友明也不可能是担保人而应当是购买人。该签约行为构成表见代理，世昌公司有理由相信胡友明作为买方的签约行为是代表成城公司的。2、另有两份合同证明，胡友明曾代表成城公司对外签约并承包该公司项目，一是在成城公司与四川万景房地产开发有限公司岷江大道分公司签订的《建筑工程承包合同》中，成城公司作为承包人在合同上盖章，胡友明作为该公司委托代理人在合同上签字；二是从成城公司与胡友明签订的《工程项目施工管理责任承包合同》来看，该公司实行项目负责人管理承包责任制，并指定胡友明为上述工程承包合同项下的 4 栋住宅楼的项目负责人。3、成城公司主张胡友明在私刻成城公司工程项目部印章后签订涉案《钢材购销合同》，其已向公安机关报案，但并未提供证据证明该事实。原判决认定这是成城公司内部管理问题并无不当。综上，胡友明与世昌公司签订《钢材购销合同》的行为属于职务行为，成城公司关于其与胡友明系工程分包关系，应由胡友明承担支付钢材款责任的主张，依据不足，本院不予支持。

## 实务观点:

司法实践中,对盖章在表见代理构成上的影响程度,认识分歧较大。一种观点认为,盖章是证明表见代理的充分条件,虽然单位没有授权,但是只要有盖章就应当构成表见代理;另外一种观点则认为,盖章只是一个重要的证据,不应作为认定表见代理构成的充分条件。笔者支持第二种观点,盖章不是构成表见代理的充分条件,要区分不同情况并结合相关证据,才能更好的判断是否构成表见代理。当然,在实践中,签字和盖章对相对人而言,信赖程度的影响是不一样的,通常来说,对盖章合同的信赖程度要高于没有盖章的合同。如果一个单位想要以合同是无权或越权所签订为由而否认合同的效力,其举证责任也要大很多。所以,在表见代理的构成上,盖章合同构成表见代理的几率要要于没有盖章而仅仅有签字的合同。在上述最高人民法院的判例中,认定《钢材购销合同》有效,胡友明的签约行为是代表成城公司,其后果应由成城公司承担的主要理由也陈述到:从《钢材购销合同》落款看,合同买方盖有成城公司工程项目部的印章,而且胡友明既作为该项目部的代表又作为担保人在合同上签字。如果是胡友明个人与世昌公司签约,那就无需加盖成城公司项目部的印章,胡友明也不可能是担保人而应当是购买人。该签约行为构成表见代理,世昌公司有理由相信胡友明作为买方的签约行为是代表成城公司的。

## 案例索引:

(2015) 民申字第 595 号 四川省成城建设工程有限公司、川省成城建设工程有限公司等与四川省成城建设工程有限公司、成都市新津世昌实业有限公司等买卖合同纠纷申请再审民事裁定书

## 4、转包合同无效,实际施工人仍应当参照转包合同的约定向承包人缴纳

### 管理费

## 案情简介:

2013年3月6日,利民路桥公司作为甲方与乙方王守亚签订的补充协议中约定,从本协议签订之日起施工的工程量,甲方提取30%的管理费(含税),最终以审计为准,管理费在甲方支付工程款时分期扣除。2013年4月3日,王守亚向利民路桥公司出具的《保证书》载明,我王守亚保证按合同签约的按30%提取管理费,决不反悔。现王守亚认为本案系非法转包,合同无效,故管理费的约定也无效,不应得到保护,且本案中利民路桥公司不存在实际管理的问题,仅仅是转包牟利,不应再支付管理费。

## 最高人民法院认为:

法院参照上述约定，并结合利民路桥公司就涉案工程承担的管理责任和成本、相关合同系无效合同的实际情况及双方利益的平衡，依照《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》第二条的规定，确定利民路桥公司收取王守亚施工部分工程价款20%的管理费适用法律正确，亦未超出自由裁量权行使的正常范围。因此，王守亚申请再审的第二项事由不能成立。

#### 实务观点：

在司法实践中，经常有实际施工人认为如果转包合同或违法分包合同无效，无效合同中所约定的承包人收取一定比例的管理费亦属无效约定，管理费或一定比例的下浮就不应当作为其与承包人之间的结算依据。其实，在司法实践中法院一般认为实际施工人不因合同无效反而获取比合同有效更大的利益。在本案件中，最高人民法院认为，确定利民路桥公司收取王守亚施工部分工程价款20%的管理费适用法律正确，亦未超出自由裁量权行使的正常范围。因此，王守亚申请再审的第二项事由不能成立。

#### 案例索引：

(2016)最高法民申1535号利民路桥公司与王守亚建设工程施工合同纠纷申请再审民事裁定书

## 5、项目经理辞职后收取第三人保证金的行为不应视为职务行为，承包人

### 不承担责任

#### 案情简介：

2010年9月16日承包人神龙公司与发包人松川公司签订了《承包合同》，约定神龙公司承建涉案工程。2011年8月22日，神龙公司向业主松川公司出具的《授权委托书》，载明“兹授权委托兰峰为我单位代理人前往贵单位办理涉案工程预算、决算的有关事宜。”该授权委托书上盖有神龙公司的印章及法定代表人印章。2012年1月12日，兰峰向神龙公司递交《辞职报告》，载明辞去涉案工程项目负责人职务，同时解除兰峰与神龙公司签订的内部承包协议。2012年1月13日，兰峰与谭飞签订《内部管理协议》，约定由谭飞组织施工涉案工程，并明确约定，协议上的条款双方自愿遵守，如单方违约，造成给对方的损失，则由违约方全权赔付，与神龙公司无关。谭飞向兰峰交付履约保证金60万元，兰峰出具了收条，并加盖了涉案工程项目部印章。现谭飞以神龙公司为被告提起本案诉讼，要求神龙公司退回履约保证金并赔偿损失。

#### 最高人民法院认为：

本院审查认为，根据本案查明的事实，2013年1月13日，兰峰与谭飞签订内部协议时，前者已经与神龙公司解除签订的内部承包协议并辞去项目经理，而且根据两份《授权委托书》等内容，神龙公司并未授予兰峰对外代表神龙公司签订合同的权限，故兰峰与谭飞签订内部协议的行为不代表神龙公司的职务行为。申请人提出兰峰的辞职报告是虚假的，缺乏证据证明。根据内部协议第七条约定“以上条款双方自愿遵守，如单方违约，造成给对方的损失，则由违约方全权赔付，与神龙公司无关”等约定内容可以看出，谭飞与兰峰签订内部协议时知道与神龙公司无关，双方约定的是谭飞与兰峰之间的权利义务。协议签订后，谭飞向兰峰而非神龙公司交付了60万元履约保证金，内部协议和收条上加盖的与神龙公司出具项目部的印章也不相同。事后，神龙公司也没有对于兰峰与谭飞签订的内部协议进行追认。谭飞出示的与松川公司签订的两份《协议书》，该协议上虽然载明甲方为神龙公司，但神龙公司并未到场也未签章，故原审判决认定该协议与神龙公司无关符合事实。因此，原审判决基于上述事实认定兰峰与谭飞签订内部协议与神龙公司无关，并不缺乏证据证明，适用法律亦无错误。

#### 实务观点：

在司法实践中，尤其在工程司法实践中表见代理或职务行为的认定已经达到令施工单位“谈之色变”的地步。在本案件中，项目经理在辞职后仍以承包人的名义对外签订协议并收取相应的保证金。对与非法定代表人的职务行为的认定应当从下列方面进行考量：以承包人的名义；属于项目经理的授权范围之内；行为的利益归属于承包人；行为与授权之间的关联度；可信赖性即社会一般人在类似情形下会对该行为的性质作肯定性判断的可能程度。在本案中，最高人民法院认定神龙公司并未授予兰峰对外代表神龙公司签订合同的权限，故兰峰与谭飞签订内部协议的行为不代表神龙公司的职务行为。而且谭飞向兰峰而非神龙公司交付了60万元履约保证金。事后，神龙公司也没有对于兰峰与谭飞签订的内部协议进行追认。该协议上虽然载明甲方为神龙公司，但神龙公司并未到场也未签章，故原审判决认定该协议与神龙公司无关符合事实。因此，原审判决基于上述事实认定兰峰与谭飞签订内部协议与神龙公司无关，并不缺乏证据证明，适用法律亦无错误。

#### 案例索引：

(2016)最高法民申625号 谭飞与江苏神龙海洋工程有限公司建设工程施工合同纠纷申请再审民事裁定书

## 6、建设工程的项目负责人在无明确授权的情形下，不具备对外借款的职权，其擅自以公司名义对外借款的行为不构成表见代理，公司不承担还款责任

### 案情简介：

中城公司中标承建涉案工程后，任命余春武为涉案工程的项目部经理。在涉案工程施工过程中，余春武向吴晓借款，并出具《借条》，该借条上仅有余春武个人署名而未加盖中城公司单位印章。现吴晓就该借款未依约偿还向法院提起诉讼，要求余春武及中城公司承担还款责任。诉中就中城公司应否承担还款责任而发生争议。

### 最高人民法院认为：

所谓表见代理，是指代理人虽然不具有代理权，但具有代理关系的某些表面要件，这些表面要件足以使无过错的第三人相信其具有代理权而与之实施民事法律行为，在这种情形下，法律使这种代理行为发生与有权代理同样的法律后果。表见代理的本质特征是具有外观授权的表象，并足以使相对人完全有理由相信该无权代理人具有代理权，且相对人对此作出的判断已尽到一个善良注意人的审慎义务，并无过失。我国《合同法》第四十九条规定了表见代理有如下的构成要件：

(一) 行为人应以被代理人的名义与相对人实施“代理”行为。本案中，余春武以其个人名义与吴晓之间产生借款关系，借条上仅有余春武个人署名而未加盖中城公司单位印章，不能得出以中城公司名义向吴晓借款的结论。余春武的借款行为不符合表见代理构成要件(一)的情形；

(二) 行为人实施“代理”行为并没有代理权。本案中，余春武的身份仅为中城公司下属分公司的负责人并担任本案所涉工程的项目经理，其不具有代表中城公司对外擅自借款的职能，中城公司法人未授予其对外借款的代理权，事后亦未对其借款行为予以追认。故余春武的借款行为本质上属于无权代理，符合表见代理构成要件(二)的情形；

(三) 客观上须具有使相对人相信行为人具有代理权的情形。在本案中，中城公司允许余春武作为其分支机构的负责人从事公司经营活动并担任本案所涉工程的项目经理，容易造成余春武被公司授予借款代理权的假象，客观上使合同相对人有理由相信余春武的身份具备借款代理权。故余春武的借款行为符合表见代理构成要件(三)的情形；

(四) 相对人系基于善意且无过失而信赖该行为人有代理权。在本案中，吴晓将系争款项借予余春武时，对余春武的借款行为究竟代表个人还是中城公司并未尽到一个善良注意人的合理审慎义务，其主观上存在较大的过失。具体表现在：其一，吴晓作为浙江好运通担保有限公

公司的股东，一名商人，对系争借款合同订立主体的认知能力理应有一定的商场经验。吴晓对余春武的身份明知，根据通常情况应当知道余春武在未经中城公司法人授权情形下，不具有代表中城公司对外擅自借款的职能，余春武并无对外借款的代理权。但吴晓未尽审慎之责，主观上的过失不可推卸；其二，如果余春武以中城公司名义向吴晓借款，则在借条上理应加盖中城公司单位印章而决非仅由余春武单独个人署名即可，事后亦未取得中城公司授权或追认，故对系争借款在合同订立形式上存在的重大瑕疵，吴晓并未尽到合理、善良的注意义务；其三，若确属中城公司的借款，按常规应将款项汇入中城公司的帐户，而不是汇入余春武个人帐户，除非中城公司指令同意将所借款项划至余春武个人帐户，但吴晓对此节事实并无相关证据予以佐证。故从系争借款的资金走向上也无法认定本案系争款项属中城公司的借款。吴晓认为系争款项借予中城公司的观点显然违背常理；其四，余春武所支付的材料款和人工工资款的资金来源难以认定是吴晓的出借款。根据现有证据反映，余春武同时还收到浙江爱侣健康科技发展有限公司支付的工程款，故余春武支付材料款和人工工资款的资金来源并不限于吴晓的借款，系争借款的用途无法形成全面的对应关系。据此，余春武的借款行为不符合表见代理构成要件(四)的情形。

鉴于上述阐明的理由，余春武的借款行为不符合表见代理法律构成要件(一)和(四)的情形，不构成《合同法》上的表见代理。其借款行为对外不代表公司，属个人行为，应由其个人承担相应还款责任。中城公司不应为此承担本案系争借款本息的还款义务。

#### **实务观点：**

《合同法》第49条明确规定，行为人没有代理权、超越代理权或者代理权终止后以被代理人名义订立合同，相对人有理由相信行为人有代理权的，该代理行为有效。这是法律对于表见代理的明确规定，从法条中可看出，表见代理的构成不仅要求代理人的无权代理行为在客观上形成具有代理权的表象，而且要求对人在主观上善意且无过失地相信行为人有代理权。在最高人民法院《印发〈关于当前形势下审理民商事合同纠纷案件若干问题的指导意见〉的通知》中也明确规定，人民法院在判断合同相对人主观上是否属于善意且无过失时，应当结合合同缔约与履行过程中的各种因素综合判断合同相对人是否尽到合理注意义务，此外还要考虑合同的缔约时间、以谁的名义签字、是否盖有相关印章及印章的真伪、标的物的交付方式与地点、购买的材料、租赁的器材、所借款项的用途、建筑单位是否知道项目经理的行为、是否参与合同履行等各种因素，作出综合分析判断。在上述最高人民法院的判例中，余春武以其个人名义与吴晓之间产生借款关系，借条上仅有余春武个人署名而未加盖中城公司单位印章，吴晓作为出借人也未尽到善良注意人的合理审慎义务。同时，余春武作为中城公司下属分公司的负责人并担任本案所涉工程的项目经理，其不具有代表中城公司对外擅自借款的职能，中城公司法人未授予其对外借款的代理权，事后亦未对其借款行为予以追认。最高人民法院认为，余春武的借款行为不构成表见代理，其借款行为对外不代表公司，属个人行为，

应由其个人承担相应还款责任，中城公司不应为此承担还款义务。据此，建设工程的项目负责人在无明显授权的情形下，不具备对外借款的职权，其擅自以公司名义对外借款不能认定为职务行为，亦不构成表见代理，公司不承担还款责任。

#### 案例索引：

(2012)民再申字第 92 号吴晓与温州中城建设集团有限公司、吴振旺民间借贷纠纷申请再审民事裁定书

### 7、转包人和实际施工人对工程计价标准没有明确约定，参照发包人和承

#### 包人的约定计价

##### 案情简介：

2008 年张某与承包人通泰公司签订《项目承包经营合同》约定，由张某承建案涉工程，并未明确约定计价标准。张某将该工程转包给许某与陈某也未明确约定计价标准。2014 年许某与陈某就工程款提起诉讼，诉中就工程计价标准而争议。

##### 最高人民法院认为：

关于二审法院依据 98 定额鉴定的工程造价是否正确的问题。张某与通泰公司签订的《项目承包经营合同》中虽未约定计价标准，但明确载明“双方根据花韵蓝湾小区 i 地块工程施工合同书，施工 1、2、3 号楼”。而通泰公司与大通公司据以签订《建设工程施工合同》的招标文件中明确涉案工程按照《全国统一建筑工程基础定额云南省预算基价》（土建部分 99 修订版），即 98 定额进行工程计价。故二审法院在许某、陈某承建案涉工程系基于张某的转包情况下，参考张某所明确认同的通泰公司与大通公司签订施工合同中的 98 定额计价标准，确定案涉工程造价，符合客观情况。

##### 法律实务：

对于分包人与实际施工人对工程计价没有约定时，是按照相关的定额进行计价？还是参照前手的合同计价标准进行计价？一直以来是困扰实务界的一个疑点。而最高人民法院判例明确认定，还是应参照前手合同的计价标准进行计价。

##### 案例案号：

(2015)民申字第 1219 号 许某、陈某与大理通泰建筑装饰安装工程有限公司、云南大通大理房产开发有限公司建设工程施工合同纠纷申请再审民事裁定书。

## 8、刻有“此印章签订合同无效”字样的项目部印章对外签订合同不构成

### 表见代理

#### 案情简介：

同景公司是涉案工程的发包人与东冠公司签订施工合同，将涉案工程交由东冠公司承包建设。随后，东冠公司将部分公司分包给刃捷公司施工。刃捷公司则以内部承包的方式将工程转包张晓东个人。2008年5月15日，东冠公司发出的《公告》并发送给刃捷公司。载明“我公司因生产经营的需要，现变更同景国际城H组团工程项目部章，原项目部章到2008年5月16日起作废”。2008年9月19日，刃捷公司向东冠公司提交《关于调整劳务费的报告》，要求调增劳务费，东冠公司项目部书面回复同意部分调增，回复上盖有东冠公司项目部新的刻有“此章签订合同无效”的印章。现实际施工人张晓东与起诉至法院，要求东冠公司按《关于调整劳务费的报告》上的调增劳务单价支付增加的劳务费。项目部公章上刻有“此章签订合同无效”，该章能不能对东冠公司构成表见代理是本案的焦点。

#### 最高人民法院认为：

关于调增的劳务单价应否支持的问题。合同当事人关于价款的约定是订立合同的重要条款，对价款的调整属于合同内容的重大变更，是对当事人权利义务的重重新约定，属于签订合同的范畴。因此，在项目部无权对外签订合同的情况下，其盖章认可的价款变更，未经东冠公司追认，不具有法律效力。此外，2009年2月8日东冠公司与刃捷公司签订《协议书》，约定“双方以原合同及签证为据计算刃捷公司已完成工程劳务费，东冠公司将能够统一的部分工程欠款向刃捷公司付清；双方不能统一的部分如协商不能达成一致意见，由刃捷公司向南岸区人民法院起诉，结果以法院判决为准。”进一步证明东冠公司认可按合同价支付，并未认可调增价款。张晓东在该协议书上签字，对此亦是确认的。东冠公司原再审申请书中，已经提出项目部无权代表公司对价款进行变更，不认可项目部对劳务费调增事项回复的效力，与否认项目部构成表见代理是相同的意思表示，故原再审判决否定项目部构成表见代理，认定项目部的回复行为对东冠公司没有约束力，不属于超出诉讼请求的情形。因此，张晓东关于东冠公司应支付调增劳务费的主张依据不足，本院不予支持。

#### 实务观点：

《合同法》第49条规定，行为人没有代理权、超越代理权或者代理权终止后以被代理人名义订立合同，相对人有理由相信行为人有代理权的，该代理行为有效。构成表见代理的四个要件：1、须行为人无代理权。成立表见代理的第一要件是行为人无代理权。2、须有使相对人相信行为人具有代理权的事实或理由这是成立表见代理的客观要件。3、须相对人为善意

且无过失。这是表见代理成立的主观要件。4、须行为人与相对人之间的民事行为具备民事行为的有效要件。在上述案件中，为什么法院不认定刻有“此印章签订合同无效”字样的项目部印章对外签订合同不构成表见代理？主要原因就在于相对人的善意。至于表见代理中相对人是否善意无过失，是对相对人订立协议时主观形态的判断。在本案中，由于新的项目部印章上明确刻有“此印章签订合同无效”字样，相对人对此也就应当知道此印章的法律后果到底是什么，相对人的过失和非善意是显而易见的。因此，东冠公司与否认项目部构成表见代理是正确的。原审法院和最高人民法院在上述案件中并没有认定构成表见代理。

### 案例索引：

(2012)民再申字第 302 号再审申请人张晓东与被申请人重庆市东冠建筑工程公司、重庆刃榧建筑劳务有限公司、重庆同景置业有限公司建设工程施工合同纠纷申请再审民事裁定书

## 9、实际施工人以自己的名义对外订立、履行合同的，不构成表见代理，应由实际施工人自行承担责任

### 案情简介

2015 年，发包人中乐公司将“中乐\*江南名都”项目发包给宏成公司承包建设，双方签订《施工合同》及《补充协议》，明确约定工程款支付至宏成公司账户。施工过程中，宏成公司将一小部分工程交由李银灯管理施工。工程竣工后，李银灯未经承包人宏成公司同意，私自与中乐公司签订《协议书》约定，用涉案项目的工程款折抵金豪公司（李银灯系法定代表人）商品房购房款。现因宏成公司不认可该协议内容，遂提起本案诉讼。诉中就李银灯对外签订协议书的的行为是否代表宏成公司而发生争议。

### 最高人民法院认为

李银灯与中乐公司签订协议的行为是否构成表见代理。根据中乐公司与宏成公司签订的施工合同及补充协议，宏成公司委派的项目经理并非李银灯，案中也无充分证据证明李银灯系宏成公司“中乐\*江南名都”项目部负责人；李银灯与中乐公司于 2015 年 9 月 7 日签订的《协议书》并非以宏成公司的名义签订，宏成公司既未加盖公章确认，也未事后追认。根据合同相对性原则，该《协议书》对宏成公司不发生法律效力。二审法院结合李银灯在金豪公司的任职情况以及上述《协议书》的具体条款内容，认定李银灯不构成表见代理，依据充分。中乐公司就此提出的原判决适用法律确有错误等再审事由，亦不能成立。

### 实务观点

**《合同法》第 49 条**明确规定：“行为人没有代理权、超越代理权或者代理权终止后以被代理人名义订立合同，相对人有理由相信行为人有代理权的，该代理行为有效。”这是法律对于表见代理的明确规定，从法条中可看出，表见代理的构成不仅要求代理人的无权代理行为在客观上形成具有代理权的表象，而且要求对人在主观上善意且无过失地相信行为人有代理权。在最高人民法院《印发〈关于当前形势下审理民商事合同纠纷案件若干问题的指导意见〉的通知》中也明确规定，人民法院在判断合同相对人主观上是否属于善意且无过失时，应当结合合同缔约与履行过程中的各种因素综合判断合同相对人是否尽到合理注意义务，此外还要考虑合同的缔约时间、以谁的名义签字、是否盖有相关印章及印章的真伪、标的物的交付方式与地点、购买的材料、租赁的器材、所借款项的用途、建筑单位是否知道项目经理的行为、是否参与合同履行等各种因素，作出综合分析判断。

因此，由于转包、分包、挂靠关系的普遍存在，建设工程领域存在实际施工人与名义施工人的分离，在判断实际施工人的行为是否构成表见代理时，最重要的是要判断实际施工人是否具有被授权的表象。一般而言，**实际施工人以自己的名义对外订立、履行合同的，不构成表见代理，应由实际施工人自行承担责任。**

在上述最高人民法院判例中也已经明确，宏成公司委派的项目经理并非李银灯，李银灯与中乐公司签订的《协议书》并非以宏成公司的名义签订，宏成公司既未加盖公章确认，也未事后追认。根据合同相对性原则，该《协议书》对宏成公司不发生法律效力。二审法院结合李银灯在金豪公司的任职情况以及上述《协议书》的具体条款内容，认定李银灯不构成表见代理。

## 案例索引

浙江宏成建设集团有限公司与信阳市中乐房地产开发有限公司建设工程施工合同纠纷申诉、申请民事裁定书（2017）最高法民申 386 号

**10、实际施工人以承包人的名义签订采购合同的，符合表见代理情形的，承包人应当承担付款责任**

## 案情简介：

王文跃以贵州建工集团第五建筑工程有限责任公司的名义与宿州市聚富商贸有限公司签订《买卖合同》，向宿州市聚富商贸有限公司购买建材。因合同欠款，宿州市聚富商贸有限公司

司将贵州建工集团第五建筑工程有限责任公司、王文跃等诉至法院。诉中，贵州建工集团第五建筑工程有限责任公司否认王文跃是其公司代理人，拒绝承担支付货款义务。

### 最高人民法院认为：

关于王文跃与聚富公司签订案涉供货合同的行为是否构成表见代理，案涉合同对贵州五建公司是否具有法律约束力。本案中，贵州五建公司委托王文跃全权代理中谷公司粮库工程招、投标工作，王文跃接受委托后与中谷公司签订了《建设工程施工合同》，在合同承包人处盖有贵州五建公司公章，王文跃也在承包人处签名。随后，王文跃以贵州五建公司名义进行了实际施工，贵州五建公司应当知晓，但未作否认表示。王文跃在以贵州五建公司名义与聚富公司签订买卖合同时出示了《建设工程施工合同》，并在供货合同上加盖了贵州五建公司中谷粮库项目资料章，且案涉建材亦送至案涉工地用于工程建设，并经王文跃等人的签收。聚富公司基于上述事实，有理由相信王文跃具有贵州五建公司的授权，且在合同履行过程中，贵州五建公司对聚富公司向其承包的中谷粮库建设工程供货的行为不可能不知情，但其并未提出异议，因此主张其与聚富公司从未建立任何关联不成立。综上，王文跃参与案涉工程的招投标、签约及施工行为，以及贵州五建公司的默示行为在客观上具备了代理权的表象，聚富公司基于上述表象相信王文跃具有代理权并没有违反合理注意义务，所以王文跃与聚富公司签订案涉供货合同的行为构成表见代理，其与聚富公司签订合同及履行行为依法对贵州五建公司具有约束力。二审判决贵州五建公司承担偿还欠款责任，适用法律并无不当。

### 实务观点：

表见代理是指行为人虽无代理权，但由于本人的行为，造成了足以使善意第三人相信其有代理权的表象，而与善意第三人进行的、由本人承担法律后果的代理行为。对于实际施工人在施工过程中以私刻的承包人印章或以承包人项目部的印章签订的采购合同，承包人是否应当承担承担责任？解决此问题的关键就在于实际施工人的行为是否构成表见代理行为。在上述判例中，最高人民法院认为王文跃参与案涉工程的招投标、签约及施工行为，以及贵州五建公司的默示行为在客观上具备了代理权的表象，聚富公司基于上述表象相信王文跃具有代理权并没有违反合理注意义务，所以王文跃与聚富公司签订案涉供货合同的行为构成表见代理，其与聚富公司签订合同及履行行为依法对贵州五建公司具有约束力。

### 案例索引：

(2013)民申字第 2185 号贵州建工集团第五建筑工程有限责任公司与宿州市聚富商贸有限公司等买卖合同纠纷申请再审民事裁定书

### 三、内部承包合同相关实务论文

#### 建设工程内部承包合同相关法律实务问题探析

国浩宁波所 史全佩、贺萍萍

**【摘要】**随着建筑业的飞速发展和建筑产业的转型升级，尤其是经济步入新常态的新形势下，建设工程内部承包合同纠纷出现的新情况、新问题日益增多，对内部承包合同效力如何认定，内部工程款怎样结算，管理费问题应当如何进行解决等，在司法实践中存在认识不统一、做法不一致等问题。本文试图通过对大量司法案例的梳理和总结，对这些内部承包合同疑难法律问题进行分析，提出见解，旨在探索和确立实践中该领域新类型、新问题案件的法律适用规则，做到统一司法，以及时公正地化解纠纷，维护建筑市场的正常秩序，从而让司法实践和保障回应经济新常态下建筑产业的转型升级的发展方向。

**【关键词】**内部承包 合同效力 工程款结算 管理费

##### 一、问题的提出

**【案例】**某建设集团股份有限公司在承接一施工工程后，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蒋某，约定蒋某按合同上交3%的管理费，承担该工程的税费，其余工程款由蒋某包干使用、自负盈亏。在工程施工过程中，公司对工程进行了一定管理，实行统一的财务管理，为其垫付了一部分资金。工程竣工验收合格交付使用后，业主与公司按合同结算了工程款，但公司与蒋某的内部结算却一直未按约进行。后，双方因结算款纠纷诉至法院。

上述建设工程内部承包合同案例涉及的主要法律问题有：内部承包合同的效力问题，内部工程款的结算问题，管理费处理问题等。这些问题是内部承包合同经常涉及比较典型的问题，也往往是此类案件的争议焦点问题。在司法实践中，内部承包合同现在衍生的问题越来越多，如内部承包合同认定无效后，存在多次转包、违法分包情形的，如何把握合同相对性问题；当发包人未支付工程款时，内部承包人如何进行权利救济问题；第三方材料供应商等有货款等未能结清时可否向承包人直接主张权利，承包人与内部实际承包人之间的纠纷司法程序上如何展开等，甚至还有涉及管辖问题的。因此，笔者认为，尽管建设工程内部承包合同，并不是一个标准的法律术语，理论与司法实践中对内部承包合同的定性也存在很大的争议，但在实行建筑业项目承包责任制经营模式的江浙一带在工程实践中被广泛应用，随着

建筑业的飞速发展和建筑产业的转型升级，尤其是经济步入新常态的新形势下，建设工程内部承包合同纠纷案件近年来呈逐年递增的态势。在实务案件处理过程中，由于现行有效的法律规范对内部承包合同的规定并不明朗，滋生的新情况和新问题日益增多。为此，笔者在本文中通过对司法案例的分析与解读，来探讨建设工程内部承包合同的比较典型和突出的相关法律实务问题，以回应建筑业实践的发展方向。

## 二、现行法律规范视域下建设工程内部承包合同的认定原则

建设工程内部承包是指由建筑企业在承接工程之后，与其内部职工或部门签订内部承包合同，由内部承包人自负盈亏、自担风险地完成施工内容。内部承包能有效地利用企业资源，调动建设单位内部人员的积极性，节约工程成本，是目前建筑市场上较为盛行的做法。我国现行法律规范对此并未予以明令禁止，从立法规定看，也没有任何法规对于内部承包合同加以限制，也无从限制。

对于建设工程内部承包合同如何认定，有观点提出可以从内部承包人与建筑企业（承包单位）之间的关系考量，因为如果内部承包人属于建筑企业本单位人员，那么就满足内部承包的条件，建设工程施工合同也实际是由建筑企业在施工，相反，如果内部承包人不是建筑企业本单位人员，那么其性质就应当是挂靠或是转包。但笔者认为这种观点存在问题，内部承包人，与挂靠或转包的承包人，两者都是自筹资金，自负盈亏，自担风险，都是以建筑企业的名义施工，都需要向建筑企业缴纳一定比例的管理费，两者在外形上存在类似或相同之处，因此容易模糊界限。如果差别只在于，内部承包人是建筑企业本单位的人员，而挂靠或转包的承包人，不是建筑企业本单位的人员的话，那么按照建设部令第 124 号规定：本单位人员，是指与本单位有合法的人事或劳动合同、工资以及社会保险关系的人员。在劳动力已自由流动比较活跃的今天，通过建立劳动合同关系把所谓的外部人员纳入本单位人员，并没有任何体制或操作上的障碍。因此，在司法实践中，如果仅从内部承包合同的相对方是否是建筑企业的人员来判断是法律上的建设工程内部承包还是转包或挂靠，确实是比较困难且十

分生硬的。

综上，笔者认为，内部承包是法律允许的，而转包或挂靠是法律明文禁止的，因而二者的区分问题往往成为当事人诉争的焦点问题。要确立建设工程内部承包合同认定的司法原则，实践中必须厘清内部承包与转包、内部承包与挂靠的区别。下面逐一进行简要分析：

1、内部承包与转包。《建筑工程施工转包违法分包等违法行为认定查处管理办法（试行）》（下称《转包违法分包等认定查处管理办法》）第6条规定：本办法所称转包，是指施工单位承包工程后，不履行合同约定的责任和义务，将其承包的全部工程或者将其承包的全部工程肢解后以分包的名义分别转给其他单位或个人施工的行为。从这一法律概念可见，转包的特征为：①转包人不履行建设工程合同全部义务，不履行施工、管理、技术指导等技术经济责任；②转包人将合同权利与义务全部转让给转承包人。

在司法实务中，转包往往表现为，转包人在承接建设工程后既不成立项目部，也不派驻管理人员和技术人员在施工现场进行管理。实际转包后，原合同约定的全部建设工程任务均由转承包人完成。

内部承包合同并不同于转包合同。首先，内部承包合同的实际承包人是承包人的本单位人员，并非第三人；其次，内部承包合同下，是由建筑企业负责管理、技术、财务等事项，由内部承包人负责具体施工，并非完全将工程项目转给他人，这只是建筑企业内部经营的一种更具效率的操作模式。

2、内部承包与挂靠。《转包违法分包等认定查处理办法》第10条规定：本办法所称挂靠，是指单位或个人以其他有资质的施工单位的名义，承揽工程的行为。从中可看出其特点为：①挂靠者没有从事建筑活动的主体资格，或虽有从事建筑活动的资格，但没有具备与建设项目相适应的资质等级；②挂靠经营的手段是通过借用被挂靠者的企业名称、资质证书、营业执照，使挂靠者能够承揽工程；③挂靠者通常以被挂靠者的分支机构，某某施工队或者项目经理部等形式对外开展活动；④挂靠者从被挂靠者的名义承揽到工程后，自己组建施工队伍，采购机械设备，自主经营自负盈亏。被挂靠者不参与施工和管理，

只收取管理。

而内部承包与挂靠，是有着本质区别的。挂靠则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，本身内部承包与承包人是一体的，内部承包只是一种具体的内部运作模式与奖励机制。

通过以上区分与比较，应当很清楚地得出认定内部承包合同的法律原则应当是：建设工程施工合同的承包人将其承包的全部或部分工程交由与建筑企业有劳动关系的项目经理等职工个人承包施工，或交由其分支机构承包施工，承包人对工程施工过程及质量，进行管理和技术指导，对外承担施工合同权利义务的，属于企业内部承包合同行为。否则，则是转包、违法分包或是挂靠。

### 三、建设工程内部承包合同效力的认定

根据以上归纳的内部承包合同认定的法律原则，内部承包合同在符合一定条件的情况下，是依法可以认定为有效的。尽管现行的《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》（下称《施工合同司法解释》）对此没有做出具体规定，但各地许多法院通过对司法实践经验的总结为此作出了一些具体指导性意见，如《浙江省高级人民法院民事审判庭第一庭关于审理建设工程施工合同纠纷案件若干疑难问题的解答》就“如何认定内部承包合同？如何认定其效力？”明确规定：建设工程施工合同的承包人与其下属分支机构或在册职工签订合同，将其承包的全部或部分工程承包给其下属分支机构或职工施工，并在资金、技术、设备、人力等方面给予支持的，可认定为企业内部承包合同，当事人以内部承包合同的承包人无施工资质为由，主张该内部承包合同无效的，不予支持。《北京市高级人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件若干疑难问题的解答》就“如何认定建筑企业内部承包行为？”规定：建设工程施工合同的承包人将其承包的全部或部分工程交由其下属的分支机构或在册的项目经理等企业职工个人承包施工，承包人对工程施工过程及质量进行管理，对外承担施工合同权利义务的，属于企业内部承包行为；发包人以内包人缺乏

施工资质为由主张施工合同无效的，不予支持。

因此，从各地司法实践的普遍做法和大量判例来看，笔者认为，认定合法有效的内部承包合同的法律要件已经在实践中基本确定，内部承包合同要被认定有效，必须同时符合两个条件：一是内部承包合同的双方是明确的建筑企业与在册职工的隶属关系，存在劳动用工关系；二是建筑企业负责管理、技术、财务等核心事项，在资金、技术、设备、人力等方面给予支持。否则，就会被认定为名为内部承包，实为转包或挂靠，从而导致合同无效的法律风险。例如本文开头所述的案例，因蒋某非企业职工，法院判决认定内部承包合同无效，双方行为为非法转包。

#### **四、建设工程内部承包合同的工程款结算问题**

在建设工程竣工验收合格后，内部承包合同认定为合法有效的，合同双方当事人可以依照内部合同约定结算工程款，在司法实践中固无争议。有疑问的是内部承包合同被依法认定无效后，对原合同约定的价款结算支付条款是否能够适用，如仍可参照合同约定结算的，具体参照的范围如何确定。

对于上述疑问中的第一个问题，实务界普遍认为，合同被依法认定无效的，合同结算条款仍能适用，双方可参照合同的约定方式进行结算。因为根据《合同法》第 58 条规定，合同无效一般应返还财物或折价补偿。建设工程施工合同中，由于承包人的人工、机械以及投入的人力、物力等已经物化在建设工程，属于法律上的不能返还也无法返还的情形。因此，只能通过折价补偿方式进行处理。《施工合同司法解释》第 2 条明确：建设工程施工合同无效，但建设工程经竣工验收合格，承包人请求参照合同约定支付工程价款的，应予支持。

对于上述疑问中的第二个问题参照合同约定的范围问题，实务界存在两种观点：一种观点认为，合同中的所有约定均可参照适用；另一种观点认为，仅工程款的相应条款可以参照适用，其他条款均不能参照适用。笔者认为，对照我国《合同法》第 275 条施工合同主要条款的规定和 2013 年版《建设工程合同示范文本》的规定，违约责任条款在合同无效的情形

下，不应继续适用，因为违约责任是建立在合同有效的基础上的。对于合同中的工程造价、工期和进度、工程质量、竣工验收、质量保修等约定条款，因与工程结算直接关联，故这些约定的关于工程价款的相应条款均可以参照适用，可以作为最终结算费用的依据。

## 五、司法实践中其他相关问题的具体处理方式

### （一）关于内部承包合同涉及的管理费问题

内部承包合同约定的管理费，在合同被依法认定无效后，往往成为双方当事人诉争的焦点问题。对于管理费的处理，在司法实践判例中也表现为裁判不一。主要表现为法律适用的不统一，有的法院判决适用《施工合同司法解释》第2条，认为双方合同有约定的，参照合同约定，对管理费问题予以支持；如本文开头引述的案例，二审法院最终判决对建筑企业收取的管理费予以支持。有的法院判决适用《施工合同司法解释》第4条，认为合同无效的，收取管理费没有合法依据，对管理费不予支持，并对一方实际已收取的管理费作为违法所得予以收缴；如南京市鼓楼区人民法院处理的朱子明与江苏苏兴建设工程有限公司、江苏苏兴建设工程有限公司南京分公司建设工程施工合同纠纷一案中，作出（2013）鼓民初字第333号收缴决定书，收缴实际施工人实际缴纳的管理费。后同一法院在类似的另一案件中，又作出（2014）鼓民初字第364号收缴决定书，收缴公司实际收取的管理费。有的法院判决采用第三种做法，对管理费区别不同的情况予以处理，内部承包合同无效，但建筑企业在工程施工过程中参与施工管理，投入过人力、物力的，在工程完工后又对外承担工程质量的质保责任，并配合发包方办理各种手续等工作的，鉴于其实际参与施工合同履行，承担了施工管理责任的，对收取管理费予以支持。如建筑企业未参与实际管理的，则不予支持。如河南省高级人民法院审理的邢胜利与河南三建恒基建设有限公司、河南省第三建筑工程公司、郑州市金水区文化路街道办事处关虎屯社区居民委员会建设工程合同纠纷案，就采取了以上区别对待的原则。

笔者认为，对于管理费问题的处理，应结合合同约定，并根据案件查明的事实，作出不

同的处理，比较妥当。如建筑企业纯粹是出借资质，对工程不参与管理，不承担工程技术、质量责任的，以挂靠收取管理费的，此种行为为法律所明文禁止，也明显不利于建筑业的健康发展，对此收取的管理费，根据《转包违法分包等认定查处管理办法》第 13 条的规定，属于非法所得，不应予以保护，并应当适用《施工合同司法解释》第 4 条规定予以收缴。如不属于挂靠的，在转包行为或违法分包中建筑企业实际提供管理服务的，对外承担工程合同权利义务的，应综合考虑合同履行、缔约过错、工程质量等因素，根据公平原则予以衡量，原则上管理费约定在合理范围内的，应适用《施工合同司法解释》第 2 条规定，对管理费予以保护。当然建筑企业未实际提供管理服务的，则对该请求不予支持。

## （二）关于内部承包合同的对外效力问题

关于内部承包合同的效力问题，有效的内部承包合同，对建筑企业与内部承包人具有法律约束力，虽然它不能对抗第三人，但对合同双方有内部约束效力，这就是所谓的内部承包的对内属性。而从内部承包合同的对外属性而言，笔者认为，对外必须由建筑企业独立地承担责任，内部承包合同不能对外发生相应的法律效力。

实践中经常会出现内部承包合同下，内部承包人与第三方材料商等发生买卖、租赁等民事纠纷，也会发生内部承包人与所聘用的工人之间产生民事纠纷的情况。在这种情况下，如何确定民事责任主体。笔者认为，在内部承包合同有效的情形下，内部承包人并不具有对外独立承担责任的条件，内部承包合同不具有对外的效力，应当由原承包人建筑企业来作为民事责任承担的主体。因为，内部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行为，对外代表的是其所属的建筑企业，实质是一种有权代理行为，根据《民法通则》第 43 条的规定，其民事责任应由企业法人承担。所以笔者认为，在处理置于有效内部承包合同下的内部承包人实施的代表工程项目部的对外民商事等此类案件时，应将其所属建筑企业作为被告，由建筑企业依法对外承担全部实体民事责任，而不应将内部承包人作为被告，因为它不是对外民事法律关系的一方适格主体。但在内部承包合同被认定无效的情况下，内部承包人作为实际施工人，其以建筑企业名义对外产生的民商事纠纷，若其行为构

成表见代理的，则由建筑企业承担实体民事责任，若其行为不符合构成表见代理的要件的，或合同相对人知道或应当知道其转包、违法分包的，则应根据合同相对性原则确定其为责任人。

### **（三）关于在发包方未付款的情况下，内部承包人是否可要求建筑企业支付工程款问题**

由于法律规定不详尽，在司法实践中，对该问题的处理和认定存在不同的认识，实务界一般认为，在未与发包方结算工程款，工程款尚不确定的，且也未予支付的，内部承包人不得向建筑企业主张工程款。

笔者认为，对此问题首先要看内部承包合同的约定，如双方对此有约定的，则按约定处理。在双方对此无约定的，就应区分不同的情况予以处理：①建筑企业已积极向发包方主张了权利，只是由于付款条件不成就，或者发包方因经营管理不善等原因而致停产歇业破产倒闭，无支付能力，以致无法实现工程款债权。在此情形下，由于建筑企业不存在过错，依据民法公平原则和权利义务一致原则，建筑企业不应承担付款义务。②如建筑企业恶意不向发包方主张权利的，或怠于行使权利的，内部承包人可以以实际施工人的身份直接向发包方主张工程款权利，要求发包方在欠付工程款范围内承担责任。在实务操作上，内部承包人可以建筑企业为被告，将发包方列为第三人。也可以将建筑企业和发包方列为共同被告起诉，但诉讼请求中应明确发包方只在欠付工程款的范围内承担偿付责任。对此有观点认为，只有是内部承包合同无效，被依法认定为非法转包的，依据《施工合同司法解释》第26条的规定，才可这样主张，内部承包合同有效的，认为缺乏法律依据，因为解释中的实际施工人特指非法转包违法分包合同的承包人。笔者认为，该观点不符合法律规定的精神，对实际施工人的概念，应做广义理解，其应有之义中理应包括合法分包人、内部承包人、挂靠人、清包人等，这样才真正利于对建筑领域农民工合法权益的广泛保护。

### **（四）关于内部承包合同案件处理中如何把握合同相对性原则的问题**

《合同法》第8条规定：“依法成立的合同，对当事人具有法律约束力。当事人应当按照约定履行自己的义务，不得擅自变更或者解除合同。”该条规定了合同的相对性原则，《合同

法》第 121 条对合同相对性作了强调。

在没有法律明确规定的情况下，合同责任的承担应当坚持合同相对性原则。在建设工程施工合同纠纷中，根据合同相对性原则，工程款的支付主体是建设工程施工合同的相对方，即发包方向承包人履行支付工程款的合同义务。内部承包合同有效的情形下，建筑企业应当向发包方主张工程款，内部承包人应当向建筑企业主张工程款。即使内部承包无效，或内部承包后存在多次非法转包、违法分包的情形，亦应坚持该原则。非法转包、违法分包合同关系的实际施工人向与其签订合同的转包人或违法分包人主张工程款，应以不突破合同相对性为基本原则，只有法律特别规定的情形下，才准许突破。如《施工合同司法解释》第 26 条第 2 款规定。

笔者认为，以上裁判规则已在司法实践中普遍适用，内部承包合同不管效力如何，均应当坚持合同的相对性原则来理清法律关系和法律责任，以便正确合理地处理案件。笔者曾接触一案，某建设公司承接一拆迁房工程后，内部承包给与公司不存在劳动关系的杨某某，事后，杨某某又将自己承包的该工程转包给吴某。工程竣工结算后，某建设公司将结算的工程款支付给了杨某某，可杨某某未将结算来的工程款支付给实际施工人吴某，吴某遂起诉某建设公司，要求公司支付其工程款。后法院追加杨某某为第三人。案经审理查明，吴某的合同相对方是杨某某，其应向杨某某主张欠付工程款，法院遵照合同的相对性原则，判决驳回吴某的诉讼请求。

#### **（五）关于内部承包合同案件的管辖问题**

2015 年 2 月 4 日施行的最高人民法院《〈关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释〉》第 28 条第 2 款规定，建设工程施工合同纠纷按照不动产纠纷确定管辖。建设工程施工合同纠纷涉及房屋等建筑物的建造、评估、勘验实务，对其确定专属管辖，立法本意在于便于不动产所有人参与诉讼，也便于法院对不动产勘验现场，调查收集相关证据，便于法院判决的执行。专属管辖排除了一般地域管辖、特殊地域管辖和协议管辖。因此，这条规定改变了长期以来建设工程施工合同约定管辖的做法，也改变了原来按合同履行地或被告所在地确

定管辖的规定。

对于内部承包合同纠纷案是否适用专属管辖的规定？现有法律没有相应的确切规定，实践中也存在不同看法。就目前法院对此类案件确定的案由来看，也不统一，有的将内部承包合同立为建设工程施工合同纠纷或建设工程（内部承包）施工合同纠纷，有的将其立为建设工程分包合同纠纷，有的干脆笼统立为合同纠纷，更有甚者将其立为与企业有关的纠纷，不一而足。笔者认为，内部承包合同相对于建筑企业与发包方签订的建设工程施工合同，尽管其系独立的合同关系，但此纠纷仍往往围绕所建工程进行的结算，也实际涉及房屋等建筑物的建造、评估、勘验等，故亦应适用专属管辖的规定。因内部承包合同无效所致的实际施工人向转包人、违法分包人主张权利的纠纷案件，笔者认为亦同样应适用专属管辖的规定。

## 六、结语

《施工合同司法解释》等现有法律规定和各地司法实践的成功做法，有效地规范了建筑市场主体的行为。但建设工程领域的新情况、新问题日益复杂、多样、专业，使现有的法律规则无法全然适用。随着经济步入新常态和建筑产业的转型升级，建筑企业的经营模式的变革和创新已日益展开，因此探索其内部经营模式的法律实务疑难问题，确立和统一实践中该领域新类型案件的法律适用规则，才能有效顺应经济新常态下建筑产业的转型升级，发挥司法保障的应有能动作用。

### 【参考文献】

- [1] 陈旻著：《建设工程案件审判实务与案例精析》，中国法制出版社，2014年版。
- [2] 江帆主编：《最新建设工程施工合同疑难案例精解》，法律出版社，2013年版。
- [3] 陈宽山、江伟勤主编：《建设工程施工合同纠纷判解》，法律出版社，2010年版。
- [4] 唐国华主编：《律师实务研究（第七）》，浙江大学出版社，2012年版。
- [5] 周吉高主编：《〈建设工程施工合同（示范文本）〉应用指南与风险提示》，法律出版社，2013年版。

[6]网站：北大法宝、中国裁判文书网

# 析不同情形下的企业内部承包结算

浙江大公律师事务所 丁继胜

近几年以来，我的执业经验表明，内部承包合同的纠纷在逐渐增加，而司法实践中如何处理此类纠纷还是比较混乱的。基于这样一个考虑，我给大家做这样一个主题讲座。很多观点只是我个人的想法，不一定为法律采纳。

## 一、内部承包的形式

内部承包可能存在以下几种类型。

首先将内部承包归结为合法有效的内部承包和非法无效的内部承包。

### 1、合法有效的内部承包

在这个大原则下，合法有效的内部承包又主要有两种承包模式：一种是风险承包，设定固定利润、上缴基数或比例，所有的亏损由承包人来承担；还有一种是劳动合同制的绩效考核模式，即达到一定的经营目标给予奖励或达不到给予惩罚。

### 2、非法无效的内部承包

如何判断合法和非法？省高院解答的规定比较明确：第一个，内部职工或分支机构，这个界定目前是争议不大的，内部职工肯定要完成社保；第二个，在资金设备技术方面给予支持。在资金方面，大家都强调内部承包人自己解决。往往我们合同都是这样规定的，很少有企业把一些质量管理人员、工程管理人员派驻到现场，但是财务管理人员一定是企业派出的。设备有可能是企业租赁的设备，是租赁关系。

人员是承包人自己组织成员，都是这样的操作。如果严格按照解答标准，我们很难找到合法有效的内部承包方式。

## 二、合同的性质如何界定

我手头有个案子，嘉兴中院，内部承包人向企业提起结算纠纷。我在接到应诉通知时提出管辖权异议，我认为不应以建设工程合同纠纷为案由立案和管辖。审理此案的法官给我打电话，他说我们从来没有碰到这个问题。我说，内部承包经营和施工合同纠纷有区别的。省高院的解答特别强调，内部承包人这个主体不讲究资质和身份要求，但是假如是工程承包则就有要求的。建筑法和合同法均强调承包建筑工程的单位按照资质证书的等级实施工程的承包。合同的性质问题值得大家思考，最终由民庭处理还是商事庭处理，有不同的界限。

## 三、如何进行结算？

### （一）合法有效的内部承包结算

合法有效的内部承包，结算的前提条件是具备合同约定的结算条件。如何看待结算问题？

如果内部承包合同单独设定结算，内部承包人可以按照单独的合同提起结算主张。但是

我们现在最纠结的是，大多数内部承包合同中约定：以承包企业和发包人之间的结算依据作为内部承包结算依据。在这个基础上，承包企业再收取一定的管理费和税金。

在此约定下，原则上承包人应该在外部承包合同决算完成后才能主张内部承包的结算与支付，如内部承包人在此之前提起诉讼主张结算支付的，应该驳回其诉讼请求。

如果承包人企业怠于行使权利，内部承包人能否起诉要求结算支付？我认为，如果承包企业待于行使权利且明显损害了内部承包人利益的，内部承包人有权诉讼。如何认定承包企业存在怠于行使职权的情形？我个人归结了几个要件：

第一，外部结算必须超过了外部合同约定的结算期限；

第二，虽然超过了外部合同约定的结算期限，还要看外部的承包企业和发包人是否还在进行结算，不断核对结算书？

第三，如果前面两个条件均具备，则还需考察承包企业有没有积极行使权利，如催告、通过司法途径等方式行使权利？如果没有，则我认为，具备上述三个条件可以认定为承包企业怠于行使职权，内部承包人可以提起诉讼。

但是，这里又出现了疑难问题。如果合同约定内部结算以外部结算为依据，但是外部结算没完成，则如何确定内部结算金额？只能通过造价鉴定来实现。但是可否启动鉴定程序（而且发包人没有参与其中）？从理论上来说，我认为是可以启动的。但是实务中，不同的鉴定单位得出的结论不同，这必然造又对某方利益造成损害。去年我办理的一个案子，法院委托造价鉴定，总的为6500万；在鉴定过程中，建设单位出来一个审核初稿，结果是5200万。现在两个结果相差1300万，造成的就是结果的绝对不公平。原则上，我认为可以这样操作，但是结果不公正。

那么更好的结果应该是怎样？如果一审这样判了，二审中出现了新的情况，如何处理？比如在二审阶段，发包人的结算程序完成了，存在一个司法鉴定结果和发包人的审价结果，这时应该怎么处理？我认为二审中新形成的应该作为证据认定。二审条件成就了，我认为可以改变一审的结果。那么一审鉴定的结果是否是司法资源浪费？我认为这是客观存在的情况，无法避免。但是我还是坚持认为二审情形可以改变。

如果在审理过程中，承包企业向发包人诉讼或者仲裁，我认为正确的做法是终止诉讼。第一手的结算应该等待第二手的程序。

发包人和承包企业在没有内部承包人参与的情况下完成结算，内部承包人可否对结算结果提出异议？内部承包人是否可以向发包人追偿，又是另外一个问题。

大家可能会考虑问题是如何诉，是侵权诉还是合同诉？我个人认为是合同诉。内部承包人可以提出结算主张，法院提供外部结算造价。如果存在超出部分，承包企业只能自行承担，除非内部承包存在法定撤销情形。

如果合同约定要走财政审计程序的，内部结算怎么处理？如果我是法官，我会考虑如何与审计沟通？调查外部阶段进程是否进入审计程序？是否可以委托审计部门委托的单位进

行审价等相关问题，确保发包人和审计单位都参与这个工程的结算。

发包人应不应该参加到诉讼程序中来？

我个人认为，法院应该追加第三人参与本案诉讼。为什么？因为直接结算依据是双方同意的，不影响发包人的权益，可以一并解决外部和内部结算。在诉讼中，发包人充分提出自己的异议，并且发包人是具有独立请求权的第三人，参与诉讼进程可充分保护自身权益。

## **（二）无效的内部承包结算**

无效的内部承包如何结算？基本上参照有效合同结算，总的原则是无效参照有效结算。唯一需要考虑的是管理费的问题，各地法院存在不同做法。有的法院扣除，有的法院不扣。我个人观点，管理费应该扣的，扣除后由有关部门没收，承包人不能因此获利。

另外，挂靠工程怎样处理？本人在年前接到的一份江西法院的判决书，认定工程挂靠的，发包人直接支付实际施工人工程款。挂靠的话实际上否定了承包企业与发包人之间的关系，要回到依法收缴的程序当中去。

# 建筑企业与项目经理的法律关系及法律适用辨析 · 内部承包模式下的思考

丁益明 苏州金螳螂园林绿化景观有限公司

## 一、问题的提出

建设工程领域，项目经理作为项目的第一责任人有着举足轻重的作用。建筑企业为了有效地激励项目经理的积极性，常常会通过内部承包的形式，就某一具体项目与项目经理约定相应的管理、分配等内容。但在实践中，特别是对于内部承包合同的履行产生纠纷的情况下，司法机关对于内部承包情形下建筑企业与项目经理之间的法律关系以及适用法律的选择上，往往存在较大的分歧。据此，笔者就内部承包情形下关于建筑企业与项目经理之间的法律关系及法律适用进行辨析。

## 二、内部承包的界定

辨析内部承包情形下建筑企业与项目经理的法律关系性质，首先需要明确界定内部承包的含义。

关于内部承包，目前可以查阅到的部门规章仅是见于1987年由财政部、中国人民建设银行发布的《关于改革国营施工企业经营机制的若干规定》（以下简称《若干规定》），该文件第二条规定：“施工企业内部可以根据承包工程的不同情况，按照所有权与经营权适当分离的原则，实行多层次、多形式的内部承包经营责任制，以调动基层施工单位的积极性。可组织混合工种的小分队对或专业承包队，按单位工程进行承包，实行内部独立核算；也可以由现行的施工队进行集体承包，队负盈亏。不论采取哪种承包方式，都必须签订承包合同，明确规定双方的责权利关系。”

仔细分析上述文件中关于内部承包的描述，《若干规定》第二条规定的关键词在这几点，一是所有权与经营权适当分离，即自主经营；二是面对基层施工单位，三是按单位工程进行承包，即针对具体项目；四是独立核算、自负盈亏。该规定是在国企改革的大背景下出台的，主要目的是为了进行国企改革、提高国优企业的经营效率。随着经济形势的发展，目前的内部承包形式已经是多样化的了。

具体到建筑企业，一般情况下，所谓内部承包是指建设工程施工企业与其职工或项目部签订合同，将其承包的工程承包给其职工或项目部施工，对其职工或项目部的施工过程进行资金、技术、人力等方面的管理，并明确项目盈亏的分配方式的一种经营管理模式。鉴于本文探讨的是建筑企业与项目经理之间的法律关系，故文中的内部承包，均是指建筑企业与项目经理之间的内部承包模式。

## 三、内部承包行为的效力

明确内部承包的含义之后，伴随的是内部承包行为效力的争议。对此，目前尚无明确法律法规进行界定，但在实践中，已有部分省市高级法院在有关建设工程审判意见中提及，另外，亦可从内部承包与挂靠及转包的区别角度出发进行界定。

### （一）部分高级法院有关内部承包效力的认定观点

在各省高级法院有关建设工程的审判意见方面，已有部分省市高级法院对内部承包合同的效力进行了规定，主要可见于《安徽省高级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指导意见（二）》（以下简称安徽高院意见），《福建省高级人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件疑难问题的解答》（以下简称福建高院意见），以及《浙江省高级人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件若干疑难问题的解答》（以下简称浙江高院意见）等。

安徽高院意见第一条认定内部承包合同无效的关键点是内部人员以企业名义对外承包工程，企业只收取管理费，不在资金、技术、设备、人力等方面提供支持，不承担责任。福建高院意见第一条认定内部承包合同有效的关键点是企业对施工过程、质量进行管理并承担对外责任的。浙江高院意见第一条认定内部承包合同有效的关键点在于内部人员承包，同时企业给予资金、设备、技术、人力等方面支持。

### （二）否定内部承包行为效力的观点分析

一般情况下，否定内部承包合同的效力主要是从挂靠或转包的角度来认定。在此，就需要我们对内部承包和挂靠或转包之间进行区分。

关于挂靠，目前并无相关的法律明确规定挂靠的含义。《建筑法》第二十六条规定“承包建筑工程的单位应当持有依法取得的资质证书，并在其资质等级许可的业务范围内承揽工程。禁止建筑施工企业超越本企业资质等级许可的业务范围或者以任何形式用其他建筑施工企业的名义承揽工程。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工程。”《建筑工程质量管理条例》于第二十五条明确规定：“施工单位应当依法取得相应等级的资质证书，并在其资质等级许可的范围内承揽工程。禁止施工单位超越本单位资质等级许可的业务范围或者以其他施工单位的名义承揽工程。禁止施工单位允许其他单位或者个人以本单位的名义承揽工程。施工单位不得转包或者违法分包工程。”《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》第四条亦规定：“没有资质的实际施工人借用有资质的建筑施工企业名义与他人签订建设工程施工合同的行为无效”。

从上述法律规定中我们可以看出，法律上对于挂靠行为的认定，一般是指“无资质的企业或者个人借用有资质的企业名义承揽工程”。

关于转包的含义，住建部建市[2014]118号《建筑工程施工转包违法分包等违法行为认定查处管理办法（试行）》第六条已作了明确规定：本办法所称转包，是指施工单位承包工程后，不履行合同约定的责任和义务，将其承包的全部工程或者将其承包的全部工程肢解后以分包的名义分别转给其他单位或个人施工的行为。

综合挂靠和转包的含义，我们可以看出法律上之所以否定挂靠和转包行为，主要在于这二者产生的结果是具有相应资质的建筑企业对于其承揽的工程不再进行任何的管理，将会导致无

法监管建筑活动,无法保证建设工程质量的后果。而内部承包行为并不排斥建筑企业的管理,内部承包人反而需要建筑企业在资金、技术、设备及人力等方面的管理和支持,而这也符合法律关于建筑行业资质准入的管理要求。

### **(三) 内部承包行为有效的构成要件**

综合上述文件的观点,从正反两个方面分析,我们不难得出,有效的内部承包行为应当包括以下几点:

一是内部承包的双方为企业和企业内部人员,在建筑企业中一般是建筑企业和与之建立劳动关系的项目经理;

二是建筑企业对内部承包人给予资金、技术、设备、人力等方面的支持和管理;

三是对外由建筑企业承担相应责任。

一般情形下,满足以上几点内容,即可认定为内部承包行为有效。

## **四、内部承包模式下建筑企业与项目经理的法律关系及纠纷的法律适用**

明晰内部承包行为的效力问题后,我们就可以据此探讨内部承包模式下建筑企业与项目经理的法律关系及纠纷的法律适用问题。

### **(一) 内部承包合同纠纷是适用合同法还是适用劳动法 ?**

一份有效的内部承包合同,一般而言,内部承包合同的内容主要包括承包范围、双方的权利义务以及盈亏的分配问题。在实践中,因内部承包合同引起的纠纷主要体现在盈亏分配的问题上,特别是在项目亏损的情况下责任分担的问题。在这样的情形下,是适用合同法来裁判纠纷还是适用劳动法来裁判纠纷呢?《劳动部关于履行企业内部承包责任合同的争议是否受理的复函》(劳办发[1993]22号)明确指出:“企业实行内部责任制后与职工签订的承包合同与劳动合同有很大差别,一般不属于劳动合同,因此在工作中应防止用承包合同代替劳动合同的倾向”。从表面上看,该文件已经明确规定承包合同不属于劳动合同,那这样是否就是说内部承包合同纠纷就必然受合同法调整呢?

依笔者理解,该复函的目的是为了避免出现以承包合同代替劳动合同,从而损害劳动者权益的情形,其明确说明是防止承包合同代替劳动合同,但并不因此得出承包合同就必然不受劳动法的调整。最根本的解决之道还在于界定内部承包合同下建筑企业与项目经理之间是普通民事关系还是劳动关系。

### **(二) 民事关系与劳动关系的联系和区别**

“夫辩者,明同异之处,察名实之理”。因此,适用何种法律首先需要我们辨析劳动关系的和民事关系之间的联系和区别。首先,从广义的角度来看,民事关系和劳动关系体现的都是平等主体之间的法律关系,劳动关系实际上是民事关系在劳动领域的具体体现。但劳动关系相较于民事关系,又有着其自身的特殊性。劳动关系是指用人单位与劳动者,在劳动过程中所形成的权利义务关系,其核心在于用人单位提供生产资料和劳动对象,劳动者提供劳动力并接受用人单位关系。与民事关系比较,两者主要的不同仍集中在“平等”二字上。从劳动合同订立的角度出发,用人单位与劳动者的地位是平等的,用人单位和劳动者均有权决定劳动

合同的订立、内容等；但进入履行阶段时，由于用人单位与劳动者的从属性，双方的地位却会进入一种实际上的不平等状态，从而导致劳动者在劳动关系中处于弱势地位。

### （三）劳动者的弱势地位决定了劳动法的保护倾向

具体来讲，劳动者在劳动关系中处于弱势地位主要由于以下几个方面决定的：第一，劳动者在劳动过程中，需要接受用人单位规章制度的管理，服从用人单位的工作安排，接受用人单位提供的薪酬，双方存在隶属性；第二，用人单位作为生产资料的拥有者，具有一定的经济实力，在缺乏法律调整的社会关系中，极易左右劳动者，使其成为用人单位的附庸；第三，劳动者作为个人，本身的实力等是无法对抗作为一个集合体的用人单位，其对抗能力明显弱于用人单位；第四，劳动市场中，就业机会的稀缺性会导致劳动者之间的竞争，进而导致劳动者处于被选择的弱势地位。

以上因素导致劳动者在法律地位上属于弱势地位。而法律的价值之一——正义，则要求在法律制定上倾向于弱者，因为法律首要关注的是关系的合理、正当。这也是为什么劳动法律体系会倾向于劳动者的根本原因。

### （四）建筑企业与项目经理之间法律关系及纠纷的法律适用

以上，我们分析了劳动关系以及劳动关系中劳动者处于弱势地位的原因和法律为什么会倾向于劳动者。具体到内部承包纠纷的法律适用时，我们就需要评判在内部承包模式下，建筑企业与项目经理之间是否符合劳动关系的特征，项目经理的地位是否与劳动者一样同样处于弱势地位，进而判定其与建筑企业之间的法律关系及相应的法律适用。

劳社部发〔2005〕12号《关于确立劳动关系有关事项的通知》第一条规定：用人单位招用劳动者未订立书面劳动合同，但同时具备下列情形的，劳动关系成立。（一）用人单位和劳动者符合法律、法规规定的主体资格；（二）用人单位依法制定的各项劳动规章制度适用于劳动者，劳动者受用人单位的劳动管理，从事用人单位安排的有报酬的劳动；（三）劳动者提供的劳动是用人单位业务的组成部分。

评判建筑企业与项目经理之间是否符合劳动关系的条件，我们可以确定首先两者的主体资格是毫无疑问的；其次，建筑企业的各项劳动规章制度也适用于项目经理，其受到建筑企业的管理；第三，内部承包模式下，项目经理承包的项目本身就是建筑企业提供的，其就是建筑企业自身的业务。

另外，在内部承包这样的法律关系中，项目经理也处于弱势地位，第一，双方关系的从属性确定了项目经理自身需要接受企业的管理，从而决定了其弱势地位；其次，内部承包模式下，建筑企业处于一个强势的地位，项目经理对于资金的调配，人员的安排虽然具有一定的自由度，但我们也应当看到，因为生产资料和劳动对象均是由建筑企业提供，项目经理的这种权限依然受到建筑企业的限制，譬如项目的资金必然是来源于企业，项目其他人员首先也是企业的劳动者，项目经理对于资金和人员的自由度仍然受限于企业的管理框架内；否则，如果项目经理是自有资金，可以自由招聘及管理项目人员，则就变成了挂靠或转包的模式，已经不再属于内部承包模式了。

再次，内部承包模式下项目经理的抗风险能力较小，其对外均是以建筑企业的名义履约，并且对外的法律责任均是由建筑企业承担，项目经理自身无法承担相应的法律责任，这也影响了项目经理的弱势地位。

## **五、结语**

因此，综上所述，内部承包模式下建筑企业与项目经理之间的法律关系应当属于劳动关系，项目经理与普通劳动者的地位并无多大的区别，依然处于一种弱势地位，因此相应的发生内部承包纠纷时，仍应当适用劳动法调整。

具体到项目亏损的责任方面，笔者以为应当根据过错形式区别对待。当项目经理存在故意或重大过失的过错时，其主观上明知会给企业造成损失而故意为之或者明知是自己的职责而不管不顾，此时在认定责任时应当严格掌握，根据项目经理过错要求其对企业的损失进行赔偿，同时相应的损失赔偿还应当注意不得超过劳动法中关于劳动者责任承担的限额规定。

# 行业视角下企业内部承包法律关系的认定——与丁益明律师商榷

饶高明 夏海珠 北京市盈科（广州）律师事务所文化产业法律事务部

导读：建筑行业中，内部承包的情形较为常见。对于建筑企业与内部承包人比如项目经理之间的内部争议，适用劳动法调整还是合同法调整？

在《建筑企业与项目经理的法律关系及法律适用辨析·内部承包模式下的思考》一文中（审判研究公众号 2016 年 8 月 23 日推送），丁益明律师提出如下观点：

内部承包模式下建筑企业与项目经理之间的法律关系应当属于劳动关系，项目经理与普通劳动者的地位并无多大的区别，依然处于一种弱势地位，因此相应的发生内部承包纠纷时，仍应当适用劳动法调整。

关于以上结论，笔者结合团队办案经验及各地司法实际，提出不同观点并撰写成文，与丁益明律师商榷。我们认为：

对于不同行业的内部承包法律关系，宜结合不同法律关系的本质特征、行业情况、当事人的约定等具体情况进行认定。就建筑企业与项目经理法律关系而言，项目经理虽与建筑企业存在劳动关系，但对于内部承包合同的争议属于平等主体之间的合同纠纷，不应适用劳动法调整。

在检索梳理相关案例裁判观点、相关法规政策文件，以及部分法院规范性文件的基础上，笔者试作分析如下。

## 一、各地法院观点

**深圳中院：** 上诉人 万××与被上诉人 深圳市 永××有限公司追索劳动报酬纠纷民事判决书

本案中，上诉人万××与被上诉人永××公司除存在劳动关系，还存在内部承包关系，本案中争议的款项除上诉人万××的劳动报酬外，还包含因内部承包关系而产生的承包款项……关于上诉人万××的其他诉求，因属于内部承包关系所产生的拖欠工程款争议，不属于劳动争议案件处理范围，故本院对此不予处理，上诉人万××可另循其他途径予以处理。

**苏州中院：** 李百林与苏州建筑工程集团有限公司建设工程分包合同纠纷二审民事判决书，（2014）苏中民终字第 0290 号

退一步而言，即便双方存在劳动关系基础上的内部承包关系，现在双方的纠纷也并非工资福利等劳动权利义务方面的内容，李百林主张的是工程款，本案的争议应当作为平等民事主体之间的关系处理，而不属于劳动争议

**福州中院：** 福建省永泰建筑工程公司与开封元宏房地产开发有限公司、王茂春合同纠纷二审民事判决书，（2014）榕民终字第 3582 号

永泰建工九江分公司与王茂春签订的《工程项目管理责任书》属内部承包经营合同，系双方真实意思表示，其内容并不违反有关法律和行政法规的禁止性规定，应确认其合法有效。

根据合同约定，永泰建工有权向王茂春追偿因项目管理债务纠纷给其造成的损失，因此本案是双方在履行内部承包经营合同过程中发生的债权债务关系，而不涉及劳动权利和劳动义务方面的问题，不属于劳动争议，王茂春、元宏公司主张适用《劳动法》并按劳动仲裁前置相关程序进行，一审法院不予支持

**杭州中院：**龙元建设集团股份有限公司与朱普照建设工程施工合同纠纷二审民事判决书，（2015）浙杭民终字第 476 号

本院认为，本案首要的争议焦点在于，龙元公司与朱普照于 2005 年 12 月 18 日 就案涉工程签订《龙元集团工程项目内部管理责任制合约》后，双方基于该合同形成的是否为建设工程内部承包合同关系。所谓内部承包，通常是指建设工程施工合同的承包人，与其下属分支机构或在册职工签订合同，将其承包的全部或部分工程承包给其下属分支机构或职工施工，在资金、技术、设备、人力等方面给予支持并对项目的财务、技术、质量等实施有效监管，对外承担民事责任的情形……因此，综合考虑以上几个方面的因素，本院认为原审法院确认龙元公司与朱普照基于《工程项目内部管理责任制合约》形成的是内部承包合同关系的定性是正确的。朱普照关于双方之间并非内部承包合同、仅系劳动合同关系的上诉理由不能成立。

**成都中院：**四川万水工程建设有限公司与侯君建、于涛劳动争议二审民事判决书，（2015）成民终字第 1119 号

万水公司与于涛签订了《劳动合同书》，同时双方又签订了关于甘洛县工棚水电站土建部分工程的内部承包合同。万水公司与于涛之间既存在劳动关系，又存在内部承包关系。虽然于涛作为万水公司的项目经理及甘洛县工棚水电站土建部分工程的内部承包人……对于万水公司与于涛之间的因工程款结算发生的纠纷，该案不予处理，万水公司可另行主张。

## 二、涉及的法律法规

**劳动部：**关于履行企业内部承包责任合同的争议是否受理的复函，劳办发〔1993〕224 号 [已失效]

企业实行内部责任制后与职工签订的承包合同与劳动合同有很大差别，一般不属于劳动合同，因此在工作中应防止用承包合同代替劳动合同的倾向。但是，如果承包合同中包含有工资福利等应在劳动合同中规定的劳动权利义务方面的内容，则该合同带有劳动合同的某些属性。职工与企业因执行承包合同中有关劳动权利义务方面的规定发生的争议，属于劳动争议。当地仲裁委员会可根据《中华人民共和国企业劳动争议处理条例》规定的受案范围予以受理。

**劳动部：**办公厅关于承包合同引起劳动争议问题的复函，劳办发〔1994〕142 号 [已失效] 关于黔东南州仲裁委员会请示仲裁委员会对引起劳动争议的前因，即承包合同的标的、内容及应承担的违约经济责任是否有权明确实体的问题，我们认为，劳动争议仲裁委员会按照《关于履行企业内部承包责任合同的争议是否受理的复函》（劳办发〔1994〕142 号）处理职工与企业因执行承包合同有关劳动权利义务方面的规定而发生的劳动争议时，应商有关部门，依据有关法律、法规，对涉及承包合同中非劳动权利义务方面的标的、内容及应承担的违约经济责任予以确认。如果这些条款不与国家法律、法规相抵触，则可以作为处理上述劳动争

议的依据。

**上海高院：**关于审理劳动争议案件若干问题意见，实施日期 1996 年 10 月  
用人单位与劳动者之间签订的内部承包、租赁合同涉及应由劳动合同规定的权利义务而产生的争议，应认为该争议属于劳动争议，劳动争议仲裁委员会应予受理。

劳动者与用人单位之间的劳动合同中不属于劳动争议范围的纠纷（如承包条款、租赁基数等），劳动争议仲裁委员会不予受理。

**浙江高院民一庭：**关于审理建设工程施工合同纠纷案件若干疑难问题的解答

一、如何认定内部承包合同？如何认定其效力？

建设工程施工合同的承包人与其下属分支机构或在册职工签订合同，将其承包的全部或部分工程承包给其下属分支机构或职工施工，并在资金、技术、设备、人力等方面给予支持的，可认定为企业内部承包合同；当事人以内部承包合同的承包方无施工资质为由，主张该内部承包合同无效的，不予支持。

### 三、展开与分析

就建筑企业和项目经理签订的内部承包关系而言，笔者个人观点如下：

#### 1 . 应尊重双方签订内部承包合同的约定

建筑企业和项目经理签订的内部承包合同，系双方真实意思表示，其内容并不违反有关法律和行政法规的禁止性规定，是合法有效的，对双方都有约束力。双方签订的合同既然约定了性质属于承包关系，一般不包含工资、保险、福利等涉及劳动权利义务方面的内容，往往会约定管辖法院、违约责任等，法院应尊重当事人自身约定，按普通民事纠纷处理。当然内部承包合同涉及劳动权利、劳动义务的相关内容，这部分内容仍应属于劳动法律法规调整范围。

#### 2 . 履行内部承包合同发生争议标的等不同于劳动法意义上的工资

根据劳动部关于印发《关于贯彻执行〈中华人民共和国劳动法〉若干问题的意见》的通知第 53 条：“劳动法中的‘工资’是指用人单位依据国家有关规定或劳动合同的约定，以货币形式直接支付给本单位劳动者的劳动报酬”，而根据内部承包合同主张的工程款、奖金等并不是根据双方劳动关系。

#### 3 . 内部承包合同实际上是双方处于平等地位协商一致签订

建筑企业和项目经理签订的内部承包合同并不是关于劳动权利义务的内容，而是关于生产经营活动的权利义务、风险利益分担的内容。项目经理在内部承包项目中起领导作用，往往独立行使资产核算，自负盈亏，那么就应认为双方在这一合同层面上属于平等民事法律关系。虽然项目经理与建筑企业存在隶属管理关系，但是这种隶属管理方式并不能左右承包合同内容，内部承包合同已体现双方当事人的对价行为，项目经理已成为风险经营体。

#### 4 . 若按劳动案件处理，对建筑企业严重不公

建筑企业和项目经理签订的内部承包合同，争议标的往往比较大，甚至达到上亿元。若按劳动案件处理，则只需要缴纳 10 元的案件受理费，且适用对建筑企业举证责任要求较高的劳动法规，对建筑企业严重不公。

#### 5 . 来自影视行业的内部承包关系的司法实践与启发

其实不仅仅是在建筑工程行业，影视行业中也有类似的争议，例如笔者所在律所文化产业法律服务团队最近办理的 xx 影视制作公司与制片人 A 追索劳动争议案中，制片人 A 虽然是制作公司的员工，每个月领着 8 千元工资，针对每一个电影项目，制片人 A 与制作公司都会签订《xx 电影项目联合负责人责任合同》，A 担任该片的制片人，负责电影剧本、资金筹备、主创人员选择、前后期制作到市场营销等全过程的组织管理，享有电影票房净收入 20% 的奖励。

双方因为解除劳动合同发生争议后，A 提起劳动仲裁，主张《项目联合负责人责任合同》的奖励都是工资，都应纳入经济补偿金的计算基数。后仲裁院和法院都采纳我们的观点，认为依据《项目联合负责人责任合同》主张的奖励，属于另一法律关系，不属于劳动争议案件的审理范围，制片人 A 应另寻途径解决。

#### **四、小结**

总之，对于企业内部承包法律关系的认定是平等主体之间的合同纠纷，还是劳动关系，宜结合不同法律关系的本质特征，有些案件宜考虑具体行业的特点，在劳动者有劳动权利义务基本保障的前提下，尽量尊重当事人意思表示。

## 工程转包与挂靠的认定与甄别

作者：徐丹 上海建纬（杭州）律师事务所律师

2014年9月1日，住房和城乡建设部印发《工程质量治理两年行动方案》，要求各级主管部门对在建的房屋建筑和市政基础设施工程项目的承发包情况进行全面检查，检查建设单位有无违法发包行为，检查施工企业有无转包、违法分包以及转让、出借资质行为，检查施工企业或个人有无挂靠行为，并责令主管部门严惩重罚各类违法行为。检查与惩罚，均以对违法行为的准确认定为前提，在这方面，住建部2014年8月4日发布并于2014年10月1日起实施的《建筑工程施工转包违法分包等违法行为认定查处管理办法（试行）》（以下简称《管理办法》）则为落实《工程质量治理两年行动方案》、准确认定各类违法行为提供了依据。

在建设工程领域的违法行为中，转包与挂靠是两种最为常见的类型，二者相互区别，又具有一定的相似性。本文拟结合新出的《管理办法》对二者的认定标准与区分方法做初步的探讨。

### 一、非法转包的认定标准

1997年制定的《建筑法》第二十八条规定：“禁止承包单位将其承包的全部建筑工程转包给他人，禁止承包单位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他人。”2000年制定的《招标投标法》第四十八条也规定：“中标人应当按照合同约定履行义务，完成中标项目。中标人不得向他人转让中标项目，也不得将中标项目肢解后分别向他人转让。”

1998年《建设部关于进一步加强工程招标投标管理的规定》（建建〔1998〕162号）对转包作出如下界定：“凡承包单位在承接工程后，对该工程不派出项目管理班子，不进行质量、安全、进度等管理，不依照合同约定履行承包义务，无论是将承包的工程全部转包给他人，还是以分包的名义将工程肢解后分别转包给他人，均属违法的转包行为。”其后，原建设部《1999年整顿和规范建设市场的意见》（建建〔1999〕53号）中《关于若干违法违规行为的判定》第二条对转包判定标准的规定复述了上述界定。2000年国务院制定的《建设工程质量管理条例》第七十八条，以及2004年原建设部制定的《房屋建筑和市政基础设施工程施工分包管理办法》第十三条对转包的定义，也与上述界定基本相同。可见非法转包的形式可以分为全部转包和肢解分包，而其共同的特点在于承包单位对工程不参与项目管理，对于这一点，也有部分地方规范进一步予以了规定，如2001年制定的《深圳市制止建设工程转包、违法分包及挂靠规定》第四条规定：“承包单位对其承包的建设工程未派出项目管理班子或其技术管理人员数量明显低于正常水平的，以转包行为论处。”

《管理办法》同样也对转包进行了定义，其第六条规定：“本办法所称转包，是指施工单位承包工程后，不履行合同约定的责任和义务，将其承包的全部工程或者将其承包的全部工程肢解后以分包的名义分别转给其他单位或个人施工的行为。”值得注意的是，和以往的定义相比，该定义删除了承包单位不参与项目管理的内容。而《管理办法》突破既有规定之处更在于，其采取了列举和兜底的方式，对转包的认定进一步细化，其第七条规定：

存在下列情形之一的，属于转包：

- （一）施工单位将其承包的全部工程转给其他单位或个人施工的；
- （二）施工总承包单位或专业承包单位将其承包的全部工程肢解以后，以分包的名义分别转

给其他单位或个人施工的；

（三）施工总承包单位或专业承包单位未在施工现场设立项目管理机构或未派驻项目负责人、技术负责人、质量管理负责人、安全管理负责人等主要管理人员，不履行管理义务，未对该工程的施工活动进行组织管理的；

（四）施工总承包单位或专业承包单位不履行管理义务，只向实际施工单位收取费用，主要建筑材料、构配件及工程设备的采购由其他单位或个人实施的；

（五）劳务分包单位承包的范围是施工总承包单位或专业承包单位承包的全部工程，劳务分包单位计取的是除上缴给施工总承包单位或专业承包单位“管理费”之外的全部工程价款的；

（六）施工总承包单位或专业承包单位通过采取合作、联营、个人承包等形式或名义，直接或变相的将其承包的全部工程转给其他单位或个人施工的；

（七）法律法规规定的其他转包行为。

上述规定第三项关于承包单位不履行管理义务的内容，不是作为全部转包和肢解分包的共同特点，而是与二者并列作为认定转包的标准之一。同时，该规定还特别区分了合法的劳务分包与转包之间的界限，并指出了合作、联营、个人承包等其他的伪装形式。因此，从整体上看，《管理规定》规定的转包认定标准更加明确，并且更加严格。

## 二、挂靠的认定标准

《建筑法》第二十六条规定：“禁止建筑施工企业超越本企业资质等级许可的业务范围或者以任何形式用其他建筑施工企业的名义承揽工程。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工程。”

上述《关于若干违法违规行为的判定》第四条规定：

根据《建筑法》第二十六条的规定，凡通过转让、出借资质证书或者以其他方式允许他人以本单位名义承接工程任务的，均属挂靠承接工程任务，包括无资质证书的单位、个人或低资质等级的单位，通过种种途径和方式，利用有资质证书或高资质等级的单位名义承接工程任务。

其判定条件是：（一）有无资产的产权联系，即其资产是否以股份等方式划转现单位，并经公证；（二）有无统一的财务管理，不能以“承包”等名义搞变相的独立核算；（三）有无严格、规范的人事任免和调动、聘用手续。凡具备上述条件之一的，定为挂靠行为。

根据该规定，挂靠（也可以称为借用资质）的判断标准有资产、财务和人事三个方面，其中人事的判断标准在《房屋建筑和市政基础设施工程施工分包管理办法》中得到了进一步的强调，其第十五条则规定：“分包工程发包人没有将其承包的工程进行分包，在施工现场所设项目管理机构的项目负责人、技术负责人、项目核算负责人、质量管理人员、安全管理人员不是工程承包人本单位人员的，视同允许他人以本企业名义承揽工程”。

《管理办法》第十条则规定：“本办法所称挂靠，是指单位或个人以其他有资质的施工单位的名义，承揽工程的行为”，这个定义和以往的规定相比显得非常简明清晰，并且和对转包一样，《管理办法》也对挂靠的认定标准进一步细化，其第十一条规定：

存在下列情形之一的，属于挂靠：

（一）没有资质的单位或个人借用其他施工单位的资质承揽工程的；

（二）有资质的施工单位相互借用资质承揽工程的，包括资质等级低的借用资质等级高的，

资质等级高的借用资质等级低的，相同资质等级相互借用的；

（三）专业分包的发包单位不是该工程的施工总承包或专业承包单位的，但建设单位依约作为发包单位的除外；

（四）劳务分包的发包单位不是该工程的施工总承包、专业承包单位或专业分包单位的；

（五）施工单位在施工现场派驻的项目负责人、技术负责人、质量管理负责人、安全管理负责人中一人以上与施工单位没有订立劳动合同，或没有建立劳动工资或社会养老保险关系的；

（六）实际施工总承包单位或专业承包单位与建设单位之间没有工程款收付关系，或者工程款支付凭证上载明的单位与施工合同中载明的承包单位不一致，又不能进行合理解释并提供材料证明的；

（七）合同约定由施工总承包单位或专业承包单位负责采购或租赁的主要建筑材料、构配件及工程设备或租赁的施工机械设备，由其他单位或个人采购、租赁，或者施工单位不能提供有关采购、租赁合同及发票等证明，又不能进行合理解释并提供材料证明的；

（八）法律法规规定的其他挂靠行为。

该规定的第一、二项重复了挂靠的基本形式，第三、四项为分包情形下认定挂靠提供了依据，而第五项和第六、七项则可以看做是原有人事标准和财务标准的进一步具体化。细化后的挂靠认定标准显然更加具有针对性和操作性。

### 三、转包与挂靠的区分意义与疑难

虽然转包与挂靠的认定各有其标准，并且在新的《管理办法》的规定下各自的认定标准更加明晰，但在实践中，二者之间，特别是全部转包和挂靠之间却具有不容否认的外观相似性，导致区分上的困难。

首先，二者具有主体上的相似性，即都存在名义上的承包人和实际施工人。虽然转包的认定不以接受转包方没有相应资质为条件，但事实上在转包的情形下，实际施工人几乎都是没有相应资质的，和挂靠人的情况完全一致。

其次，二者具有人事上的相似性。由于不管是转包还是挂靠，工程都由实际施工人负责，也就使得工程管理也由实际施工人来掌控，实践中往往均表现为管理人员与名义承包人之间没有劳动关系，是由实际施工人派驻的，而这里的实际施工人是认定为接受转包人还是挂靠人，并不能从人事关系本身判断。

再次，二者具有财务上的相似性。转包人与接受转包人之间，以及被挂靠人和挂靠人之间，都是相对独立的经济主体，都不可避免地存在账目上的独立核算。而且不论是转包还是挂靠，发包人往往对此并非不知情，也普遍存在发包人与实际施工人之间的款项支付关系。此外，接受转包人和挂靠人作为实际施工人，都存在以自己名义直接对外发生诸如购买建材等财务关系的情况。

最后，二者具有利润形式的相似性。虽然转包人的利润通过差价实现，而被挂靠人的利润则通过诸如管理费等各种名目实现，但二者往往均表现为工程价款的一个固定比例。由于转包和挂靠都需要合法的外衣，比如签订所谓内部承包合同，所以这种利润性质其实很难通过合同文本判决明。

虽然转包与挂靠在区分上存在上述困难，但二者的区分具有重要的现实意义，因为二者的法

律后果不尽相同。

从《管理办法》来看，其第十三条第三项规定：

对认定有转包、违法分包违法行为的施工单位，依据《建筑法》第六十七条和《建设工程质量管理条例》第六十二条规定，责令其改正，没收违法所得，并处工程合同价款 0.5% 以上 1% 以下的罚款；可以责令停业整顿，降低资质等级；情节严重的，吊销资质证书。

而该条第四项规定：

对认定有转让、出借资质证书或者以其他方式允许他人以本单位的名义承揽工程的施工单位，依据《建筑法》第六十六条和《建设工程质量管理条例》第六十一条规定，责令改正，没收违法所得，并处工程合同价款 2% 以上 4% 以下的罚款；可以责令停业整顿，降低资质等级；情节严重的，吊销资质证书。

上述罚款数额与《建设工程质量管理条例》的规定吻合，从对转包和挂靠的罚款比例可以看出，挂靠被认为是较转包更加严重的违法行为。这种相对的严厉性，同样体现在该条第三项规定了对挂靠人的处罚，但并未有处罚接受转包人的条款。

除了行政法意义上的后果不同，更为重要的是挂靠与转包民法后果的差异。根据《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》第四条的规定，承包人非法转包或者没有资质的实际施工人借用有资质的建筑施工企业名义与他人签订建设工程施工合同的行为无效。而根据该《司法解释》第一条的规定，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，应当根据合同法第五十二条第（五）项的规定，认定无效。也就是说，对于转包而言，转包合同无效而承包合同有效；对于挂靠而言，不仅挂靠合同无效，而且承包合同也无效。

#### **四、作为甄别方法的工程承接与人事管理标准**

既然区分转包与挂靠具有重要的意义，而包括《管理办法》在内的规范性文件并未为二者的区分提供可以操作的标准，那么审判实践中，法官是如何对二者进行甄别的呢？

经过对诸多案例的研究发现，甄别转包和挂靠最为有效的方法是考察名义承包人的合同相对人对工程承接环节的介入，我们可以称之为工程承接标准，该标准可以细分为以下几点：

1、介入工程承接环节的时间。转包是由转包人承接到工程，取得承包权后再转包给接受转包人，而挂靠则是挂靠人在工程承接时即已介入，并且通常是挂靠人先行获得工程发包的信息，与发包人初步接洽后，再寻觅或联系合适的被挂靠人。

2、在工程承接工作中的作用与地位。与转包人主导工程承接不同，在挂靠的情况下，是否承接工程、以什么价格和什么条件承接工程，主要是由挂靠人决定的，被挂靠人只是负责资质上的配合。在实践中，还普遍存在挂靠人作为被挂靠单位的委托代理人，直接与发包人签订合同的情况。

3、工程承接费用的承担。与发包人接洽承包工程，是需要成本的，在正式的招标投标程序中，还有投标保证金、招标文件购置费、投标文件编制费等支出。在转包的情况下，由于是转包人负责承接工程，所以这些成本均由转包人承担。而在挂靠的情况，这些成本则由挂靠人承担。

在工程承接标准之外，对人事管理的考察也是一种可行的方法。虽然如上文所言，转包和挂在人事上往往均表现为项目管理人员与名义承包人之间没有劳动关系，而由实际施工人指

派，但是实践中，名义承包人参与工程管理的程度各有不同。一般而言，转包人的目的在追求转手的差价，通常在转包后并不参与工程管理，而挂靠则因为存在资质借用，挂靠人和被挂靠人之间实际上是一种合作的关系，所以被挂靠人参与工程管理的程度一般较转包为深。这种区别也体现在《管理办法》的规定中。《管理办法》中转包认定标准第十一条第三项为：“施工总承包单位或专业承包单位未在施工现场设立项目管理机构或未派驻项目负责人、技术负责人、质量管理负责人、安全管理负责人等主要管理人员，不履行管理义务，未对该工程的施工活动进行组织管理的”，而挂靠认定标准第七条第五项为：“施工单位在施工现场派驻的项目负责人、技术负责人、质量管理负责人、安全管理负责人中一人以上与施工单位没有订立劳动合同，或没有建立劳动工资或社会养老保险关系的”。一个是名义承包人未派驻管理负责人，一个是管理负责人中有一个与名义承包人之间不存在劳动关系，二者具有明显的区别。但我们也可以发现，这二者之间并不存在清楚的界限，而是存在交集。这种交集，不仅仅体现为名义承包人完全未派驻管理负责人的情形，而是更为宽泛。一方面，上述《管理办法》第十一条第三项是作为认定转包的并列标准之一，并非是认定转包的必要条件。另一方面，正如上述《深圳市制止建设工程转包、违法分包及挂靠规定》第四条：“承包单位对其承包的建设工程未派出项目管理班子或其技术管理人员数量明显低于正常水平的，以转包行为论处”所体现的，在司法实践中，并非完全未派驻管理人员即认定为转包，派驻了至少一个管理人员就认定为挂靠，这期间仍然存在一个从量变到质变的多样性，而如何认定其实还有赖于法官的自由裁量权。也正是因为这种交集和自由裁量的区间，所以人事管理标准作为区分转包和挂靠的依据，并不像工程承接标准那样更本质和更明确。

**我们可以两个案例来作为上述标准的例证：**

#### **【案例1】**

安徽省高级人民法院（2013）皖民四终字第00042号：中铁一局集团有限公司等与合肥市大军装饰有限公司建设工程施工合同纠纷上诉案

大军公司系陈某某个人投资设立的有限责任公司，陈某某系法定代表人。2011年8月，为承建宿州市洪河路东延新汴河大桥及引道工程，陈某某与刘某达成口头协议：由刘某负责该工程的招投标，中标后由大军公司进行施工，大军公司应向刘某交纳诚信保证金，并按照工程总价款的5%给付刘某管理费。刘某为参与该工程的投标，经与中铁一局协商，双方于2011年10月23日签订一份《标前合作协议》，协议第一条约定：以甲方（中铁一局）名义进行该工程施工的竞标。第2.1约定：工程中标后，以甲方名义负责工程施工，甲方同意将中标后本工程的全部工程项目交由乙方（刘某）施工。具体事宜，工程中标后依据甲方与业主签订的施工总承包合同约定的原则，另行签订施工协议。第2.2条约定：工程中标后，由乙方自主组建项目经理部，全部工程项目由乙方负责施工、独立核算，自负盈亏。乙方按中标总价的3%向甲方上缴管理费，与本项目有关的应缴纳的税、费由乙方缴纳，或由甲方以甲方的名义代扣代缴。第2.4条约定：由乙方组建的项目经理部中，甲方派出项目经理、项目总工、质安工程师、财务人员等3-5人，以控制合同的实施。甲方派出的3-5名工程管理人员的工资由乙方承担，乙方负责提供甲方派驻人员的住宿及办公场所，并提供办公设施及交通工具。2011年11月8日建设单位通知中铁一局中标。中标后，刘某通知陈某某进场施工。在此期间，陈某某共向刘某支付保证金780万元。其后，大军公司因故退出施工，中铁一局

给付大军公司实际完成工程的工程款。大军公司索还保证金未果，即以中铁一局与刘某为被告提起诉讼。经法院查明，大军公司、刘某均不具备建筑施工企业资质。

一审法院认为，刘某承包该工程后，其本人没有出资进行工程建设，而是将该工程全部交给大军公司施工，由大军公司出资进行工程建设。刘某只是收取大军公司5%的提成，其与大军公司之间应认定转包关系。而中铁一局与刘某虽然在标前协议中约定刘某以中铁一局的名义进行招投标，但双方在协议中又同时约定中标后将全部工程交由刘某施工，由刘某组建项目部，中铁一局派驻项目经理及技术人员的工资均由刘某发放。且双方在标前协议中约定中标后双方签订施工协议时依据中铁一局与业主签订的施工总承包主要条款签订，中铁一局只是收取管理费，该工程由刘某独立核算、自负盈亏。庭审中，中铁一局与刘某均认可双方系转包关系，故，中铁一局与刘某之间应系转包关系。二审法院对刘某与大军公司之间的转包关系予以，但是认为中铁一局与刘某签订的《标前合作协议》约定刘某以中铁一局名义参与涉案工程施工的竞标。投标定价中铁一局有建议权，投标最终报价由刘某确定。可见，涉案工程并非由中铁一局取得承包权后再转包给刘某施工的，双方合作的内容是刘某借用中铁一局施工资质，并以中铁一局的名义承揽工程，双方属挂靠关系。所以，原判认定中铁一局与刘某之间是转包关系有误，应予纠正。

### 【评析】

本案一审法院简单地以转包和挂靠相似的外观，以及当事人的自认，就将中铁一局与刘某之间的关系认定为转包，属于适用法律错误。二审法院考察刘某在工程承接中的作用，认为投标报价由刘某确定，中铁一局仅有建议权，所以案涉工程并非中铁一局取得承包权之后再转包，应属挂靠关系，即为上述工程承接标准的经典应用。另一方面，中铁一局与刘某之间的人事安排，是由刘某组建项目经理部，由中铁一局派出项目经理、项目总工、质安工程师、财务人员等，工资由刘某承担，这也为人事管理标准的应用提供了事实依据。

### 【案例2】

杭州市中级人民法院（2014）浙杭民终字第110号：彭纪明与杭州永翔建设集团有限公司建设工程分包合同纠纷上诉案

2008年3月3日，建国机电公司与彭纪明订立《建设工程施工合同》一份，约定建国机电公司将公司1、2、3号车间土建工程发包给永翔公司进行施工，彭纪明在委托代理人处签名。2008年5月19日，彭纪明与永翔公司订立《工程项目内部承包协议书》一份，约定永翔公司将其承建的建国机电公司车间1、2、3工程以先提成后分配的原则，单独立账，单独核算，自负盈亏的方式委托彭纪明承包，彭纪明以工程结算造价7.5%作为永翔公司的税金及管理成本；彭纪明支付永翔公司提取的费用、生产成本、管理成本、税金等后，盈余部分均由彭纪明支配，但必须在工程竣工决算后，建设单位将全部工程款汇入被告账户一个月内，由永翔公司兑现。合同订立后，彭纪明向永翔公司交付民工保障金236000元，同时对案涉工程进行建设施工。案涉工程于2009年经竣工验收合格。后彭纪明起诉请求永翔公司支付工程款及返还民工保障金。

一审法院查明建国机电公司发招标通知给彭纪明，彭纪明参加招投标，但未中标，后变更陈述为以永翔公司名义参加招投标。同时2008年3月3日建国机电公司与永翔公司订立的《建设工程施工合同》中，彭纪明在委托代理人处签名的事实，可以认定彭纪明参加了建国机电

公司案涉工程的招投标，并参与了案涉《建设工程施工合同》的订立。同时根据彭纪明与永翔公司的约定，案涉工程彭纪明以工程结算造价 7.5%作为永翔公司的税金及管理成本，永翔公司在工程竣工决算后，建设单位将全部工程款汇入永翔公司账户一个月内，由永翔公司支付彭纪明工程价款的约定，可以认定彭纪明与永翔公司订立《工程项目内部承包协议》依附于永翔公司与建国机电公司订立的《建设工程施工合同》，缺少转包合同所需的独立结算，独立付款的要件。宣判后，彭纪明不服，提出上诉称：一审判决认定彭纪明与永翔公司之间是挂靠关系是错误的，应是转包关系。二审法院驳回上诉、维持原判，理由与一审法院相同。

### 【评析】

在本案中，虽然实际施工人辩称发包人与名义承包人的施工合同签订在前，而名义承包人与实际施工人的内部承包合同签订在后，表面上似乎符合转包而非挂靠的特征。但一审法院不囿泥于施工合同与内部承包合同签订的时间先后，而是从实际施工人主导工程承接的角度入手，将案涉法律关系认定为挂靠关系，是对工程承接标准的准确把握。而人事管理标准在本案中则完全失效，因为本案工程管理人员与名义承包人之间不存在任何劳动关系，完全由实际施工人派驻，这正是转包与挂靠的人事管理上的交集，无法以此为标准来区分二者。此外，我们还注意到，除了采用工程承接标准以外，一、二审法院还提出，彭纪明与永翔公司订立《工程项目内部承包协议》依附于永翔公司与建国机电公司订立的《建设工程施工合同》，缺少转包合同所需的独立结算、独立付款的要件。一般而言，不管是转包合同还是挂靠合同，都是以发包人与名义承包人之间的施工合同为背景的，事实上也就都是一种依附的关系。而由于挂靠作为挂靠人和被挂靠人之间的一种合作，被挂靠人参与工程管理的程度更高，则其参与财务管理，并与发包人、实际施工人之间的财务纠缠的情况更为普遍，但无论如何，独立结算、独立付款作为转包和挂靠之间可能的交集，是否能够作为区分二者的标准，需要更多的事实与学理的支持，而在本案中，由于未能看到合同内容及其他诉讼材料，判决书的表达也语焉不详，我们无法确切地理解法官的判决依据。但是，我们可以看出，现实的商业操作纷繁复杂，法官在以工程承接标准作为基准甄别转包与挂靠的同时，是否还会有其他的补充说理，将取决于个案事实与法官自身的法律思维与自由裁量。

**总之**，新《管理办法》的出台，为建设工程领域各类违法行为的认定和处罚提供了更加明确的依据，必将对进一步规范建筑工程施工承发包活动，保证工程质量和施工安全起到非常重要的作用。而转包和挂靠作为最为重要的违法行为类型，对二者准确的认定，也将会成为落实《管理办法》的关键之一，成为考验法律从业人员的智慧所在。

# 浅论内部承包人“中途撤场”之法律风险防范

## 施工企业要求内部承包人中途撤场时的法律风险防范

浙江导司律师事务所 周丽霞、杨洪军

**【摘要】**：目前我国施工行业正以“工程质量治理两年行动”为契机加快进行企业转型升级。然而，大部分施工企业在逐步将企业内部承包作为主要经营模式的同时，却不知如何有效的防控内部承包所引发的法律风险，尤其遇到内部承包人中途撤场问题时更是显得力不从心。笔者从施工企业角度出发在第二部分首先对何为内部承包、内部承包人中途撤场的特点及中途撤场的情形进行了简要阐述，以梳理其内在的法律关系；进而在第三部分通过对内部责任认定风险、外部违约风险及撤场后的表见代理风险三方面对内部承包人中途撤场的法律风险进行了分析；并在第四部分结合自身执业经验从内部承包人选定、合同签订、中途撤场及项目结算这四个阶段对如何控制中途撤场法律风险提出了一些建议，希望能够给“迷惘”中的施工企业尽快找到这一难题的破解之道带来一些帮助。

**【关键词】**：施工企业、内部承包人、中途撤场、对内性

### 一、前言

2014年9月1日，住房和城乡建设部（以下简称“建设部”）发布《工程质量治理两年行动方案》；并召开电视电话会议作出具体部署。至此引领我国施工行业大变革的“工程质量两年整治行动”在全国范围内正式展开。同时，为确保此次行动的效果，建设部不仅先后发布了包括《建筑工程施工转包违法分包等违法行为认定查处管理办法（试行）》、《建筑施工项目经理质量安全责任十项规定（试行）》等多个规定给予立法支撑，已做到“执法有据”；还建立了匿名举报、随机飞检等多项执行措施。

笔者认为，建设部之所以开展如此声势浩大、持续性的整治行动，除了应对近年来各地频发的质量事故，整治全国工程质量外，其更深层次的目的是希望以此次整治行动为契机加快整个施工行业的转型升级。建设部通过对转包、违法分包等违法行为的查处倒逼施工企业

放弃挂靠、转包等违法经营模式。

而随着整治行动的不断深入，施工企业发现内部承包经营不仅较大程度上激活了企业活力，调动了职工积极性，还可以避免挂靠模式下施工企业无法对项目质量、进度等进行监管的弊端。为此，越来越多的施工企业开始将内部承包经营作为企业的主要经营模式。但与之形成鲜明对比的，施工企业不但对该种经营模式天然存在的责、权、利不明晰，权利义务不对等等弊端认识不足；更缺少对内部承包法律风险的防控能力，尤其是面对内部承包人“中途撤场”这一问题时，施工企业更是显的无从应对，往往造成巨大的经济损失，甚至出现个别施工企业因内部承包管理不善而将整个企业拖垮的极端案例。

## 二、内部承包人中途撤场的特点及主要情形

### (一) 内部承包人的法律定义

在我国最早通过立法形式明确“内部承包”的领域是农村经济承包经营。1986年颁发的《民法通则》对农村承包经营做了明确定义，其第27条规定：“农村集体经济组织的成员，在法律允许的范围内，按照承包合同规定从事商品经营的，为农村承包经营户。”同时，随着现代企业制度的推行，目前在其他行业的内部承包情形已经甚少。而在施工行业，却因为企业资质要求以及建设部质量整治行动使得内部承包这一经营模式越来越受到施工企业欢迎。但施工企业内部承包并不是一个严格的法律术语，法律法规至今也没有一个明确的界定。

对于何为施工企业内部承包以往仅在国务院相关政策中有相应涉及，包括：1984年国务院发布的《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》中要求承接施工任务实行招投标承包制；1987年《关于改革国营施工企业经营机制的若干规定》首次明确了施工企业可以实行多层次、多形式的内部承包经营机制；1988年《全民所有制工业企业承包经营责任制暂行条例》规定承包经营企业应当按照责权利相结合的原则，建立和健全企业内部经济责任制，搞好企业内部承包。随着社会经济的不断发展，因施工企业内部承包所引发的诉讼纠纷不断增多，各级法院为了案件审理需要，陆续在各自的案件审理指导意见中对

“施工企业内部承包”做了界定，例如：浙江省高级人民法院<sup>①</sup>认为：建设工程施工合同的承包人与其下属分支机构或在册职工签订合同，将其承包的全部或部分工程承包给其下属分支机构或职工施工，并在资金、技术、设备、人力等方面给予支持的，可认定为企业内部承包合同。福建省高级人民法院<sup>②</sup>认为：建设工程施工合同的承包人与其下属分支机构或职工就所承包的全部或部分工程施工所签订的承包合同为企业内部承包合同，属建筑施工企业的一种内部经营方式，法律和行政法规对此并不禁止，承包人仍应对工程施工过程及质量等进行管理，对外承担施工合同的权利义务。

笔者结合各地法院的规定及自身执业经验认为“施工企业内部承包”应当同时具备以下条件：1、内部承包人应当是施工企业的下属分支机构或正式职工，通常应为承包项目的项目经理或以项目经理为代表的项目经理部（如承包人为项目经理部，则该项目经理部管理成员均应是企业正式职工，且相关的资质证书应隶属于该企业）；2、内部承包人应对该项目享有一定的自主经营权，但施工企业又应对该项目的财务、技术、质量进行有效监管；3、对外应是由施工企业承担独立民事责任，内部承包人仅代表企业履行项目承建义务，不应以个人名义对外发生经济往来。

## （二）内部承包人“中途撤场”的特点

如笔者在背景部分所述，大部分施工企业对于内部承包人“中途撤场”这一情况往往无从应对，其不清楚“中途撤场”对内部承包关系、项目承建关系、分包关系、材料供应关系等法律关系所产生的影响。笔者认为从施工企业角度出发，内部承包人“中途撤场”本质上是一种合同解除；同时基于内部承包隶属性（对内性）的特点，这一合同解除又有其特殊性，主要表现为以下几点：

### 1、撤场影响的对内性

对内性是内部承包区别于企业联营、联合体施工等模式的最主要特征。该对内性决定了承包关系解除的影响仅限于施工企业内部，其仅仅是施工企业对于特定项目经营权人的变更以及管理人员的内部岗位调整；不会影响施工企业对其所承接项目的外部责任，包括对于业

主的承建责任，对分包商、材料供应商付款责任。

## 2、撤场客体仅是特定项目的经营权

内部承包的核心是公司经营权、所有权与项目经营权相分离的经营模式；即内部承包法律关系的对象是特定项目的经营权。为此当双方解除承包关系，所解除的也仅仅是承包人对于特定项目的经营权，其并不必然终止内部承包人与施工企业之间的劳动关系。换言之，即使内部承包人移交项目经营权，并撤离特定项目，其仍是施工企业的员工，并享有企业员工应享有的权利义务。

## 3、撤场本质上是施工企业的一种“减损”行为

内部承包人的“中途撤场”其实质是施工企业解除与内部承包人的承包合同，是对存续法律关系的终止。同时，基于内部承包人的特殊性，施工企业对该中途撤场所带来风险亦有一定认识。而施工企业在明知撤场风险的情况下之所以仍要求承包人撤场；是因为施工企业要求中途撤场通常是由于项目施工未能符合业主单位或自身要求（包括施工进度延误、质量问题、安全文明事故或项目经理部现场管理混乱）或项目亏损等。施工企业是为了减少因项目失控给自身造成的损失，本着“两害相权取其轻”的原则与内部承包人解除承包关系，其目的就是为了“减损”。

## 4、撤场人员的连带性

内部承包人由于对特定项目的人员配备具有高度的自主权，项目经理部的管理人员通常是由内部承包人负责组建。一旦企业要求内部承包人移交项目经营权，则项目经理部的管理团队通常也将进行人员调整。即施工企业不但需要对内部承包人的岗位进行调动，还需要对整个管理团队人员进行岗位调动。

### **(三) 内部承包人“中途撤场”的主要情形**

#### 1、协议撤场

协议撤场是双方通过签订终止撤场协议的方式以使原内部承包合同的权利义务归于消灭，即《合同法》第93条第1款规定的合同解除。由于这类撤场是双方协商的结果，双方

对撤场后各自应承担的权利、义务及责任划分往往无较大争议。

## 2、约定撤场

约定撤场是双方在之前已对承包关系解除条件做了明确约定（通常是在内部承包协议中）。当该解除条件成就时，施工企业即享有合同解除权，并基于该合同解除权要求解约撤场，即《合同法》第93条第2款：“当事人可以约定一方解除合同的条件。解除合同的条件成就时，解除权人可以解除合同”。

## 3、强制撤场

强制撤场是相对极端的一类撤场情形。根据《合同法》第8条规定：“单方擅自解除合同，违反了合同的有关规定，应就其违约行为承担相应的法律责任。”而施工企业则以承担擅自解约的违约责任为代价强制性终止承包现状。

但需要注意的是，无论是哪种撤场方式，内部承包人的中途撤场均无法对抗外部可能引发的违约责任。

# 三、中途撤场的法律风险分析

## （一）内部责任认定风险

内部承包人中途撤场时的内部责任划分与认定是后续承包人或施工企业自身继续施工的前提条件。如撤场时双方未明确承包人应承担的权责，则当工程出现亏损或业主追究违约责任时，前任承包人与后任承包人往往会互相推卸责任，最终为此“买单”的也将是施工企业。但是由于建设工程工程量大、周期性长等特点，工程造价、施工成本、违约责任等往往只有在工程竣工验收且结算完成后才能体现，在承包人中途撤场时往往难以明确，主要包括：

### 1、已完工程量及实际施工成本的核定

通常工程造价都是以业主单位审核为准。但因内部承包人撤场的对内性，业主单位不可能在中途撤场时对已完工程量进行结算审核。此时，施工企业与内部承包人核对的已完工程量很可能与业主最终审核工程量存在较大差异；特别是当撤场并非是在±0.00、主体结构结顶等重要形象节点时，已完工程量的审核差异风险更大。同时，施工企业对于撤场前实际

施工成本的核定也存在较大困难，除施工措施费、周转材料等费用难以分摊外，内部承包人以施工企业名义为该项目建设所欠付款项的金额更是难以认定。

## 2、施工违约责任的划分

工程建设大部分施工违约责任往往在工程竣工验收后才能确定，例如工期违约责任、“创杯失败”的质量违约责任等。施工企业对于在对外承担上述违约责任后如何进行内部责任划分及追责这一问题一直无法得到有效解决。

例如，对于工期延误责任的划分，大部分项目中业主单位以工程是否逾期竣工作为是否要求施工单位承担违约责任的依据。但在中途撤场时，工程尚未竣工验收，竣工无法确定是否逾期。即使撤场时施工企业根据施工进度计划明确进度延误的具体工期，但内部承包人也可能以其撤场时违约损失并未实际产生为由拒绝承担相应的工期延误责任。

## (二) 对外违约风险

### 1、项目经理及管理人员更换的违约风险

在施工企业以挂靠为主要经营模式的时期，项目经理与挂靠人并不统一。名义上的项目理由施工单位委派，但该项目经理不进行负责具体的工程管理。故项目经理并不会因为实际施工人主体的变化而调整。

但是随着施工企业逐步将内部承包人作为主要经营模式，以项目经理或项目经理部作为内部承包人将成为常态。如果内部承包人中途撤场，施工企业将被迫更换项目经理或整个项目经理部。同时，业主单位为确保承包人的项目管理能力早已在施工合同中对承包人擅自更换项目经理或项目部管理人员的情形约定了严厉的违约责任，部分业主甚至将施工企业擅自更换项目经理作为合同解除情形之一。由于内部承包人中途撤场并不能作为施工企业更换项目经理的合理理由，如业主单位不同意施工单位的更换申请，施工企业将直接面临擅自更换的违约责任。

### 2、工期延误风险

按照现行的建设工程施工合同示范文本，施工企业更换内部承包人并不能作为要求工期

顺延的理由。而在撤场过程中为核定已完工程量、调整用工班组等原因均会造成不同程度的工期延误。即上述情形所延误的工期责任需由承包人自行承担。

### 3、现场安全管理风险

长期以来建设工程就是安全事故的高发地带，在项目建设过程中安全隐患不断出现。只有通过项目经理部严格的安全管理才能控制该安全风险。而在撤场过程中，前任内部承包人与后任内部承包人存在一个工程交接的过程。此时，如后任项目经理部的安全员、施工员等未及时到位，项目现场很可能因为管理真空而发生安全事故。

### （三）撤场后的表见代理风险

《建筑施工企业项目经理资质管理办法》第2条规定：“项目经理是企业法定代表人委托对工程项目施工过程全面负责的项目管理者，是建筑施工企业法定代表人在工程项目上的代表人”。根据该条款规定，通常作为项目经理的内部承包人有权代表施工企业，而其为了项目工程建设需要以施工企业名义对外实施的行为应当认定为职务行为；施工企业理应对内部承包人的相应职务行为对外承担责任。

但在内部承包人撤场后，其以施工企业名义对外发生的行为是否仍需要施工企业承担责任还存在较大争议。而争议的本源就是内部承包人撤场后的行为能否构成表见代理。如不构成，则施工企业无需对外承担；如构成，则施工企业在对外承担后只能通过向该内部承包人追偿的方式减少损失。

对于何为表见代理，《合同法》第50条及最高人民法院《关于当前形势下审理民商事合同纠纷案件若干问题的指导意见》等法律法规已做了明确规定。理论界及实务界也已将相对人是否具备善意和相应的注意义务作为表见代理的认定标准达成统一意见。

具体到内部承包人中途撤场这一特殊情形时，虽然有观点认为第三方完全可以通过撤场后项目经理部管理人员的变化推断出该内部承包人以无权代表施工企业。但笔者认为，同样基于内部承包人中途撤场的对内性，如施工企业未将该内部承包人撤场的情况书面通知各参建单位（包括业主单位、分包单位、供应单位等）并更新对外公示的项目经理信息，则第三

方仍有足够的“善意”相信该内部承包人有权在该项目中代表施工企业。

#### 四、风险防范建议

##### (一) 内部承包人选定阶段的风险控制

###### 1、建立承包候选人的尽职调查制度

笔者认为防控中途撤场风险最有效的方法就是通过审慎选择内部承包人以尽可能减少该类情况发生的概率。施工企业在选定内部承包人前应当对其履约能力及履约信誉进行相应的尽职调查,以确定该内部承包人的项目管理能力、资金运作能力等都能符合项目建设要求。

###### 2、完善承包人的风险担保制度

内部承包合同作为一种合同法律关系,完善风险担保制度不仅可以约束、限制承包人的行为,还为后续“追偿”提供切实保障。当前施工企业的普遍做法是由承包人上交一定金额的保证金。一旦项目完成后经审核需由撤场承包人承担一定的亏损时,该保证金往往难以弥补企业损失。

为此,笔者建议施工企业除要求承包人提供保证金外,还应要求其提供抵押担保或有一定信誉与实力的单位和个人担保;并且该保证金的返还或担保期限应当是在项目完成结算完成后(部分保证金返还期限应在保修期届满后),以防控撤场后的或然风险。

##### (二) 合同签订阶段的风险控制

###### 1、具体约定施工企业内部承包的解除情形

在前文中所述,撤场主要包括协议撤场、约定撤场、强制撤场三类情形。而其中施工企业占据主动性,且撤场风险最小的便是约定撤场。但约定撤场的前提是合同赋予了施工企业解除合同的权利,即施工企业应当在内部承包人合同中对其有权解除合同的情形做明确约定。笔者认为,在承包合同中可约定的解除情形主要包括:

- 1) 承包人未经施工企业同意,擅自停工或大面积窝工;
- 2) 承包人擅自向业主收取工程款;

- 3) 项目施工进度严重滞后（逾期超 X 天）；
- 4) 项目发生严重质量、安全及文明事故；
- 5) 施工现场管理混乱，导致工程处于瘫痪状态
- 6) 承包人以企业名义对外做出担保、借款，承包人中途截留应付工程款等。

## 2、明确约定中途撤场时内部承包人的违约责任

为避免中途撤场后施工企业在对承包人进行追偿时“无法可依”，施工企业还应在内部承包协议中对应由撤场承包人承担的违约责任进行明确约定。即施工企业有权根据撤场节点等要求撤场承包人承担以下违约责任中的一部分或全部：

- 1) 业主单位根据总包合同要求施工企业承担的违约责任；
- 2) 分包商、材料供应、租赁单位要求施工企业承担的应付款及逾期付款违约金；
- 3) 因用工纠纷、侵权纠纷给企业的损失；
- 4) 因安全事故、质量事故致使施工企业应承担的行政处罚等；
- 5) 撤场前的项目亏损。

### (三) 中途撤场阶段的风险控制

#### 1、应书面通知各参建单位

施工企业在撤场前应将更换项目经理等人员尽可能与业主单位协商一致，并在承包人撤场后，将撤场情况书面通知该项目的业主、分包、材料商等参建单位。同时，施工企业还应更换记载由项目经理信息的对外公示资料，包括“项目情况一览表”等。通过上述通知及信息更新以最大程度的降低撤场项目经理构成“表见代理”的风险。

#### 2、建立与材料商、设备商的对账制度

由于项目建设的长期性、持续性，施工企业出于自身垫资压力、材料堆放场地等问题的考虑，通常会要求材料商、设备商分批次供应建筑材料，且往往在供应完毕后才进行对账结算。而当项目出现内部承包人中途撤场时，为了明确撤场前的项目实际施工成本，施工企业在撤场前应与各材料商、设备商进行阶段性的对账结算，以明确材料、设备的实际供应金额

及欠付款项（包括应承担的违约金金额），为后续的内部结算固定依据。

### 3、变更项目部印章

在当前司法实践中，项目部印章（包括技术资料专用章）是构成表见代理的重要依据。为了防止撤场承包人利用项目部印章进行表见代理，同时明确前任承包人与后任承包人印章使用责任。笔者建议在撤场后，施工企业应变更该项目的项目部印章（包括技术资料专用章），并将该变更情况书面通知各参建单位。同时，施工企业还应及时收回原项目印章，并要求撤场承包人就该印章使用向施工企业做出相应承诺。

### （四）项目结算阶段的风险控制

如笔者在前文所述施工企业在撤场时存在着结算价差的风险。为避免这一风险，笔者建议施工单位在撤场时仅暂定已完工程量及施工成本，不作为双方内部结算的依据。同时，在业主单位就已完工程量审核完成并要求施工企业确认前，施工单位应将其撤场前的工程造价及相应的违约责任书面通知撤场承包人，并要求其书面确认，且同意将该造价及违约金作为内部结算的依据。

## 五、总结

在以质量整治两年行动为契机引发的行业改革大背景下，越来越多的施工企业将内部承包作为主要的经营模式。但是大部分施工企业对于如何防控内部承包法律风险，尤其是内部承包人中途撤场的法律风险时往往显得力不从心，不知如何妥善应对。

本文正是对于内部承包人中途撤场本质属性、法律风险及风险防控等所做的论述。但由于笔者自身理论知识及执业经验的局限性，本文还存在许多不足，仅希望通过本文帮助“迷惘”中的施工企业能够尽快找到这一难题的破解之道。

### 注释：

①浙江省高级人民法院民事审判第一庭《关于审理建设工程施工合同纠纷案件若干疑难问题的解答》第 1 条。

②福建省院《关于审理建设工程施工合同纠纷案件疑难问题的解答》第 1 条。

**参考书目：**

- ①徐建明：《建筑企业内部承包的法律思考》，《法治研究》，2012年第10期。
- ②王先伟：《施工企业内部承包、挂靠和非法转包的表现形式与法律责任研究》，《上海律师》，2013年第9期。
- ③薛文成：《论合同解除及合同解除权的行使》，《东方法学》，2008年第1期。
- ④吴明军：《企业内部承包合同纠纷的受理问题探析》，《人民司法》，2005年第11期。
- ⑤杜晨妍、孙伟良：《论合同解除权行使的路径选择》，《当代法学》，2012年第3期。

# 营改增后项目经理承包制的涉税风险及控制

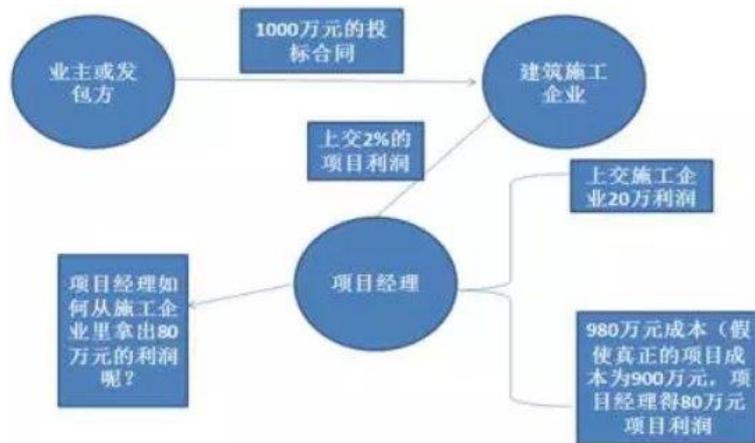
来源：肖太寿财税工作室 作者：肖太寿

建筑企业项目经理承包制是指建筑企业中具有建造师一级资质的项目经理承包建筑企业与业主承包的建筑工程的全过程管理的一项制度。该项制度在营改增前，对于发挥建筑企业内部项目经理的工作积极性，保持或增长建筑企业的产值，充分调动项目经理的资源，发挥建筑企业资质的作用，有着重要的作用。在建筑企业营改增后，项目经理承包制度能否继续进行下去，或者说，存在哪些税收风险，是广大建筑企业不可回避的问题。

作者在充分调研的基础上，结合国家的税收政策，对于建筑企业项目经理承包制在营改增后存在的税收风险和应对之策，提出以下具有建设性的可行性的建议，希望对全国建筑企业有所裨益。

## （一）营改增前建筑企业项目经理承包制的现状

营改增之前，不少建筑施工企业实行项目经理负责制，其发票开具往往是由项目经理自己采购建筑材料，材料款由项目经理支付给材料供应商，然后项目经理凭材料供应商开具以施工企业为抬头的普通材料发票回施工企业财务部门进行报销。项目经理主要通过报账的方法将承包项目的利润从施工企业里取出来。例如，某建筑企业与业主或发包方签订 1000 万元的投标合同，假设建筑企业规定项目经理承包该建设项目必须向公司上交 2% 的利润，建筑企业实行统一的财务核算制度，扣除工程实际发生的成本 980 万元，剩下的 80 万元利润全归项目经理所有。具体的运作模式可以用如下图所示：



微信号: xtstax

根据以上图所示的项目经理从施工企业拿出 80 万元的利润常用的手段如下：

第一：通过以下三种方法增加材料成本发票，将材料发票拿回公司财务部进行报销。首先，项目经理向材料供应商采购材料时，往往向材料供应商给予税点而要求材料供应商多开材料发票，虚增材料成本。其次，项目经理到建材市场与销售建筑材料的个体工商户签订采购建筑辅料的假合同，然后凭假合同到当地税务部门代开发票，自己承担代开发票的税点而拿税务部门代开的发票回施工企业财务部报销。

最后，有些项目经理找一些开票公司开假发票回施工企业财务部报销，从而虚增材料成本。

第二，通过以下两种方法虚增人工费用：一是通过民工工资表的形式，虚增民工人员，增加工资成本，回财务部报销；二是向劳务派遣公司或建筑劳务公司支付税点，多开劳务发票从增加人工成本。

## （二）项目经理承包制营改增后的税收风险分析

营改增后，如果还是按照以上方法开具增值税发票，则会存在很大的税收风险，具体如下：第一，项目经理支付材料采购款，索取增值税专用发票来财务报销，犯了“票款不一致”和“三流不统一”的错误，依据国税发【1995】192号）第一条第(三)项规定，不可以抵扣进项税金。《国家税务总局关于加强增值税征收管理若干问题的通知》（国税发【1995】192号）第一条第(三)项规定：“购进货物或应税劳务支付货款、劳务费用的对象。纳税人购进货物或应税劳务，支付运输费用，所支付款项的对象，必须与开具抵扣凭证的销货单位、提供劳务的单位一致，才能够申报抵扣进项税额，否则不予抵扣。”基于此规定，货物流、资金流、票流一致，在可控范围内可以安全抵扣，票面记载货物与实际入库货物必须相符，票

面记载开票单位与实际收款单位必须一致，必须保证票款一致！基于此规定，营改增前的项目经理承包制，存在项目经理购买建筑材料，支付材料采购款，索取增值税专用发票来财务报销的现象，是典型的“票款不一致”和“三流不统一”，是不可以抵扣增值税进项税。

第二，由于采购、货款支付和索取供应商发票缺乏制衡机制，很容易出现项目经理用钱购买发票或向供应支付税点多索取发票回财务部套现，从而犯虚开增值税专用发票罪。

最高人民法院关于适用《全国人民代表大会常务委员会关于惩治虚开、伪造和非法出售增值税专用发票犯罪的决定》的若干问题的解释（法发[1996]30号）具有下列行为之一的，属于“虚开增值税专用发票”：

（1）没有货物购销或者没有提供或接受应税劳务而为他人、为自己、让他人为自己、介绍他人开具增值税专用发票；

（2）有货物购销或者提供或接受了应税劳务但为他人、为自己、让他人为自己、介绍他人开具数量或者金额不实的增值税专用发票；（3）进行了实际经营活动，但让他人为自己代开增值税专用发票。

虚开税款数额1万元以上的或者虚开增值税专用发票致使国家税款被骗取5千元以上的，应当依法定罪处罚。虚开税款数额10万元以上的，属于“虚开的税款数额较大”。

基于以上法律规定，营改增前的项目经理承包制中的项目经理用钱购买发票或向供应支付税点多索取发票回财务部套现，是存在真实交易行为的情况下，让他人为自己开具数量或者金额不实的增值税专用发票的现象，构成虚开增值税发票的行为。

### （三）营改增后项目经理承包制的应对策略

根据以上分析，营改增后项目经理承包制，如果要继续推行下去，必须采取以下对策：

第一，实行统一的合同签订和采购制度。

建筑企业必须实行统一的集中采购建筑材料和统一的采购合同会签的制度，以便防止虚假采购行为的发生，从而规避虚开增值税发票的行为。

第二，实行集中统一的财务收付结算制度。

建筑企业各项目的材料采购与货款支付相分离，项目部材料采购合同必须由公司法律部门进行审查签订，经相关负责领导审核签字后，交财务部依照采购合同统一付款给供应商。杜绝包工头或项目经理接触民工工资现金的措施，即建筑企业工地上民工的工资必须由公司统一给民工在银行开设工资卡，由财务部统一通过民工工资卡向工地民工发放工资。

第三，项目经理利润必须依法扣除个人所得税。

包工头或项目经理要把建筑企业账上属于其份额部分的利润提取出来,必须通过三种方式:

一是每月给项目预发工资;

二是建筑企业账上属于其份额部分的利润扣除为其预发工资的剩余部分,在年终通过年终奖的方式进行发放。该年终奖要依照年终奖的税收政策计算并扣除个人所得税;

三是可以通过适量的费用发票,例如业务招待费用、差旅费用、会议费用进行报销。

## 编后话

由于时间和编者水平的限制,肯定存在不当和不全面之处。如有不当,请在参照适用时批评指正。

编写者: 史全佩律师: 13306650323

贺萍萍律师: 15258330360