

# Analysis on How to Perfect the Internal Contracting System of the Project—Analysis of Judicial Precedents in Jiangxi Province, China

Yi Li Yangyang Zhu

Jiangxi Yuzhang Law Firm, Nanchang, Jiangxi, 330000, China

## Abstract

The internal contracting behavior of construction enterprises is very common in China, but the specific practice is varied, and the illegal affiliation is often dressed as internal contracting. The author conducted a big data analysis of internal contracting cases in Jiangxi Province, and concluded that most of the internal contracting contracts were found to be invalid by the court. Based on my own practical experience, the author summarizes how to prevent and control the risk of internal contracting and gives relevant suggestions.

## Keywords

internal contracting; attachment; big data analysis

# 探析如何完善工程内部承包制——以中国江西省境内司法判例进行分析

李毅 朱阳阳

江西豫章律师事务所, 中国·江西 南昌 330000

## 摘要

建筑施工企业内部承包行为在中国范围内是十分常见的,但是具体实践中五花八门,非法挂靠行为常常披着内部承包的外衣。笔者在对江西省内内部承包案件进行大数据分析,得出大部分案件中内部承包合同都被法院认定为无效。笔者基于自身的实务经验总结出如何对内部承包进行风险防控并给出相关建议。

## 关键词

内部承包; 挂靠; 大数据分析

## 1 内部承包的概念和来源

内部承包经营是指施工企业作为内部发包方与其内部的生产职能部门、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的约定。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即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<sup>①</sup>。

内部承包经营实际上是市场经济的产物,随着城市经济体制改革,内部承包经营制也开始出现。1987年国家计划委员会、财政部、中国人民建设银行发布《关于改革国营施工企业经营机制的若干规定》,1988年国务院出台《全民所有制工业企业承包经营责任制暂行条例》,之后内部承

包经营开始如雨后春笋一般出现。进入21世纪,城市化推动中国房地产市场蓬勃发展,加上建筑施工企业拓宽市场需要,且与内部承包人对经济利益的共同追求,建筑企业内部承包经营模式成为建筑施工企业的经营常态。

## 2 江西省内部承包合同司法判例分析

笔者于2021年11月25日通过Alpha平台检索中国江西省内二审涉及建筑施工企业内部承包合同的案件,共得到案件99个。其中,绝大多数案件为民事案件,行政和刑事案件占极少数,如图1所示。

对于适用的法条主要为已经失效的《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》第一条、第二条、第十七条和《合同法》第五十二条第五项、第六十条。这些条文主要内容是违反强制性法律、法规的合同无效,借用资质、违法转包、分包的合同无效等内容,如图2所示。

【作者简介】李毅(1990-),男,中国江西南昌人,硕士,从事经济法研究。

案由分类分析可视化

全文：内部承包合同 全文：建筑施工企业 地域：江西省 审理程序：二审



图1 案件数据

实体法条分析可视化

全文：内部承包合同 全文：建筑施工企业 地域：江西省 审理程序：二审



图2 适用的法条数据

对于案件中的建筑施工企业内部承包合同效力的认定，其中 77.81% 都被认定为无效合同，其核心原因都是法院认定为构成承包人非法转包、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。通过上述数据可以显示出，虽然签订内部承包合同是十分常见的，但是一旦诉讼发生，内部承包合同被法院认定无效的概率是十分大的，如图3所示。

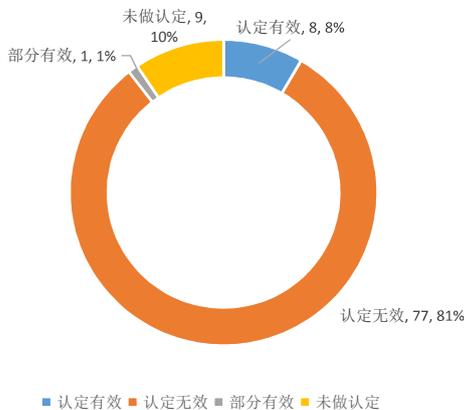


图3 内部承包合同效力认定情况

3 内部承包的“真假之分”

由于实践中常常存在施工企业借内部承包经营之名，行挂靠之实，也就是所谓的“假的内部承包”。这就造成了许多挂靠行为与内部承包经营在形式要件上十分接近，许多挂靠行为中施工企业也会与没有资质的第三方签订内部承包合同<sup>[1]</sup>，并签发任命文件或者签订劳动合同。那么如何区分内部承包经营和挂靠行为，有以下三点可以作为参考。

3.1 合法性不同

内部承包经营行为目前法律是认可其合法性的，但挂靠行为、转包、违法分包是法律所禁止的行为。司法实践中通常对承包人与施工企业是否有劳动关系，来判定是合法的内部承包还是外部转包行为。违法的内部承包通常会被认定为挂靠或转包行为。这也就是为何挂靠行为要“包装”为内部承包行为的原因。

3.2 承包方与施工企业是否具备合法的劳动关系

内部承包的承包方一般是施工企业内部的部门、分支机构或者员工，若是员工作为承包方则需要与施工企业建立合法的劳动关系。内部承包人是是否为施工企业的内部职工，是判断内部承包是否合法的关键因素。而挂靠行为的承包方通常为不具备资质的第三方，该第三方可以是自然人、法人或其他组织，但共同点都是不具备相应资质。第三方与施工企业无任何隶属关系，施工企业仅向第三方收取管理费。

3.3 管理关系不同

内部承包经营的项目实际上是施工企业自身所承接的项目，所以在对该项目进行内部承包后，施工企业一般会对该项目进行实质性的监督管理，保证施工安全和质量合格。挂靠行为的项目实际是作为挂靠人的第三人所承接的项目，只是因其不具备相应的资质，才将项目置于被挂靠企业名下。所以在挂靠行为下，被挂靠企业一般只收取管理费，对于项目不会进行实质上的监督管理。

4 内部承包制的完善建议

在笔者接触的案件中，违法的内部承包合同较为普遍，在前文整理的江西省内的司法判例对此也予以印证。基于此种现实情况，施工企业对于特殊的“内部承包制”更应加强风险防范管理，以下完善建议可供参考（完善建议可通过签订内部承包合同进行完善）。

4.1 借鉴投标形式，加强对于内部承包人的选聘审查

内部承包人是内部承包经营合同纠纷发生的焦点，严格对于内部承包人的选聘程序一定程度上可以降低纠纷发生。在选聘内部承包人作为项目经理时，可以从如下方面进行审查：承包人近五年所承包项目的情况、个人财产与声誉情况、有无承包类似项目经历、涉诉（失信）情况、已经承包项目中是否存在不良记录，全面了解承包人的从业经历、工作业绩、为人品质、经营能力和承担风险实力，还要了解其工程技术人员、管理人员、施工队伍、周转资金的来源以

及是否具备承包施工的资格和条件等情况等。

## 4.2 施工企业应与内部承包人建立劳动关系

区别内部承包行为和挂靠行为的关键在于内部承包人是否与公司建立劳动关系。所以在任命项目经理前应与其建立劳动关系,而劳动关系需要招用记录、考勤记录、工资发放记录、社保缴纳记录等材料综合证明。在(2020)最高法民申3884号案件中最高人民法院认为尽管四海公司与彭云瑞签订过劳动合同,为彭云瑞代缴过社保费用,但四海公司从未向彭云瑞发放过工资,在法院审理四海公司破产的案件中,其向法院申报的职工债权名单中亦无彭云瑞的名字,便否定彭云瑞与四海公司之间存在真实的劳动关系,最终认定为挂靠关系。所以在项目经理任命时要确定将项目经理纳入公司职工范围,保存招用记录、考勤记录、在对项目经理预计应支付工程款的范围内向其缴纳社保并支付工资,留下工资发放记录,在工程结束之后,则可以再解除双方的劳动关系。

## 4.3 丰富内部承包合同履行担保形式

虽然内部承包合同都会约定内部承包人对公司造成的损失承担赔偿责任,但许多内部承包人在损失造成之后选择“一跑了之”<sup>[2]</sup>。所以在内部承包人施工之前便要求其提供财产担保或者连带保证人。财产担保比较理想的范围主要是办理抵押或者质押,如提供土地使用权、房产,股权、应收账款等价值比较稳定的财产。提供连带保证人比较理想的范围为信誉和财产能力良好的民事主体,例如公务员、上市公司董事、监事、高级管理人员或者具有一定营收能力的公司。但公司提供担保需要股东会或董事会决议,否则会对担保行为的效力产生影响。

## 4.4 建立对承包工程项目质量安全的监督制度

许多施工企业存在将项目分配给内部承包人后便对工程项目疏于监督,这就容易导致发生事故,如工程不合格、民工出现伤亡等。

一方面,建立对承包工程项目质量安全的监督制度,需要建立项目目标,具体包括工程质量合格目标、无安全生产事故的安全生产目标、绿色文明的工地施工标准目标等。

另一方面,需要加强对工程项目部、内部承包人的监督,定期组织对承包工程的质量、安全、技术、环保等进行检查,重点检查是否依照项目目标施工、是否存在事故风险等。在查出未完全依照项目目标施工、存在事故风险时则可要求内部承包人进行整改并承担责任。

## 4.5 建立财务管理及资金使用管控制度

首先,对于项目工程资金必须从严管控,施工企业必须掌握所有的项目资金出入,尽量避免出具委托支付的授权或说明。

其次,项目部、内部承包人大额度资金应从施工企业申请。对于需要支付的材料、设备的款额由施工企业直接向供货方支付。项目部应当设立专门的财务管理人员职位,项

目部的财务管理人员应从施工企业直接指派,代表施工企业对项目工程款的使用进行把控,并定期派员到项目现场核对大宗材料和设备的购买、保管、使用等情况。

最后,建立项目财务对账制度,做到一个项目一套账。施工企业财务人员应在工程费用付款前核对合同及其他基础材料,且应当定期与主要材料供应商及其他大额债权人建立定期的对账制度<sup>[3]</sup>。

## 4.6 加强合同和印章管理

一方面,应规定合同签订的内部审批流程,关于项目施工过程中需要签订的合同,需要由内部承包人交由公司法务或外聘法律顾问进行审查通过后方可通过。

另一方面,事先明确合同履行人员的权限和责任。如果不严格限定合同履行人员(如指定收货人、结算人、材料接收人等)的权限和责任,就会导致这些人员的签字产生等同于盖章的法律效力。在《全国法院民商事审判工作会议纪要》颁布后,法院更倾向于“看人不看章”的裁判思路。故可以在内部承包经营合同、施工企业与材料和设备供应商签订的合同中约定内部承包人和其他人员的授权范围,未经施工企业书面授权便以自己的名义进行的授权范围外的行为对施工企业不产生约束力,并且明确约定合同履行人员失职签字的法律责任<sup>[4]</sup>。

对于印章管理,需要限定印章用途。一是需要明确印章使用范围,对于公司公章和合同专用章可以对外签订合同,但由施工企业保存。对于项目部章可以明确无权对外签订合同并增刻一行“无权签订合同”,该章只负责推进项目进度使用并由项目部保存。二是还应对印章使用申请和审批流程进行规范,建立统一的印章使用台账,保证印章专人保管,在使用公司公章和合同专用章时需要进行申请,并由施工企业相关人员审核,在审核通过后才可加盖印章并填写用章记录,保证印章使用有章可循。

## 5 结语

建筑施工企业内部承包制虽然激发了企业活力,但不当的管理极易导致内部承包变为非法挂靠的“外衣”,对于内部承包应当加强风险管理。

## 注释

①福建省高级人民法院2008发布的《关于审理建设工程施工合同纠纷案件疑难问题的解答》。

## 参考文献

- [1] 梅丛斌.建筑施工企业内部承包型挂靠的法律风险探究[J].法制与社会,2020(13):112-113.
- [2] 章建荣.建筑施工企业内部承包合同:制度规范与风险防范[M].北京:法律出版社,2017.
- [3] 姚海林.内部承包与违法分包、转包、挂靠的法理区别[J].建筑,2019(16):2.
- [4] 陶慧琴.建筑企业工程项目采购管理项目探讨[J].江西建材,2021(5):23-24.