

建筑房地产实务指导丛书

平乱电子资源交易网docsriver.com入驻商家太我也

Internal Contract
of
Construction Enterprise:
Regulation and Risk Control

建筑施工企业 内部承包合同： 制度规范与风险防范

章建荣 / 著



法律出版社 | LAW PRESS

平乱电子资源交易网docsriver.com入驻商家太我也
建筑房地产实务指导丛书

Internal Contract
of
Construction Enterprise:
Regulation and Risk Control

建筑施工企业 内部承包合同： 制度规范与风险防范

章建荣 / 著



法律出版社 | LAW PRESS

图书在版编目(CIP)数据

建筑施工企业内部承包合同:制度规范与风险防范 /
章建荣著. —北京:法律出版社,2017.6
ISBN 978 - 7 - 5197 - 0902 - 0

I. ①建… II. ①章… III. ①建筑施工企业—承包合同—
规章制度—研究—中国②建筑施工企业—承包合同—
风险管理—研究—中国 IV. ①D923.64

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2017)第 119629 号

建筑施工企业内部承包合同

制度规范与风险防范

JIANZHU SHIGONG QIYE NEIBU CHENGBAO HETONG

ZHIDU GUIFAN YU FENGXIAN FANGFAN

章建荣 著

策划编辑 李 群

责任编辑 李 群 李 璐

装帧设计 汪奇峰

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 固安华明印业有限公司

责任印制 胡晓雅

编辑统筹 法律应用·大众读物出版第一分社

开本 710 毫米×1000 毫米 1/16

印张 22.5

字数 330 千

版本 2017 年 6 月第 1 版

印次 2017 年 6 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

网址/www.lawpress.com.cn

投稿邮箱/info@lawpress.com.cn

举报维权邮箱/jbwq@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司销售电话:

统一销售客服/400-660-6393

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85330678

重庆分公司/023-67453036

上海分公司/021-62071010/1636

深圳分公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5197 - 0902 - 0

定价:59.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

序 言

Preface

文化之于法院,就像灵魂之于人类。一个法院有没有深厚的学风,是不是重视“人才强院”,往往就看这个法院的文化建设做得如何。我到绍兴中院工作后,第一件事就是把办公楼顶层开辟为干警读书、学习、交流的场所,让干警在审判工作之余能够积累知识,陶冶情操,沉淀思想,长出越来越多的智慧之果。

古越大地久有文风,人杰地灵,其中亦不乏擅长土木工程建设的能工巧匠。从最初的乡野居邻组建的工程施工队到今夕的控股上市集团公司,绍兴地区的诸多建筑施工企业经历了一番不寻常的发展历程,企业面临的风险也与日俱增。该书作者长期在司法一线工作,从事建筑施工企业相关案件的审理和调研工作,尽管此类案件审理环节多、审限长、难度大、专业强、影响广,但是建筑施工企业的民商事纠纷基本都围绕着两个关键词展开:一个是“内部承包”;另一个是“项目经理”。这两点既是引发纠纷的导火索,也是化解纠纷的疑难点。如何从源头上预防导火索的产生并在事后有效积极化解,便成为亟待解决的法律研究课题。该书作者在三年前针对项目经理的违法违规行为,专门撰写了一本《建筑施工企业项目经理涉法问题解决——风险防范与效益创造》专著,而今又针对建筑施工企业内部承包合同文本不统一问题,着手撰写一本《建筑施工企业内部承包合同:制度规范与风险防范》专著。

虽然建设部与国家工商总局出台了GF-1999以及GF-2013建筑施工合同示范文本起到了很好的市场规制作用,但是针对建筑施工企业与项目经理之间签订的内部承包合同,却缺乏规范示范文本的指引。各个建筑施工企业使用的内部承包合同存在文本不统一、条款不规范、权利义务界定不明确、授权范围和责任承担约定不清晰等问题。欲解决上述诸多问题,需标本兼治,就外部而言,可以通过司法机关统一认识,出台相关的司法解释和指导意见;就内部而言,只有通过制定统一规范的《建筑施工企业内部承包合同(示范文本)》,才能

解决这一难题。

为了制定统一规范的《建筑施工企业内部承包合同(示范文本)》,该书作者从建筑施工企业调研和法院内部调研两个方面入手,获得大量的第一手材料,并深入开展建筑施工企业内部承包合同版本等工作研讨和法院内部审判案例的实证分析,在此基础上,制定了建筑工程项目内部经济责任承包合同通用条款和专用条款示范文本[以下简称《建筑施工企业内部承包合同(示范文本)》],并对建设工程项目内部经济责任承包合同通用条款(使用指南)进行了实际操作指引(上述文本绍兴地区建筑施工企业已全面实施),同时对如何防范和处理以建筑施工企业项目经理为核心引发的建设工程项目内部经济责任承包合同纠纷,以及如何防范与此相关的民商事纠纷和经济犯罪,提出了很有价值的立法和司法政策建议。

“千里之行,始于足下,贵在当下。”作为国民经济支柱产业的建筑业欲实现良性持久发展,需要社会各界力量的协同配合。司法部门应当从“司法为民、积极构建法治中国”的认识高度,从法律风险防范的专业视角回应建筑业的现实需要,通过制定统一规范的《建筑施工企业内部承包合同(示范文本)》,有针对性地开展司法帮扶,充分发挥项目施工管理制度和项目经理责任制的积极性,预防和控制突出和潜在的法律风险,推动建筑施工企业运营管理的科学改进,以期实现建筑施工企业和项目经理的利益双赢,为绍兴地区乃至全国的建筑业健康发展以及法治社会的积极建设作出应有的贡献!

是为序!

浙江省绍兴市中级人民法院院长 张宏伟

2017年5月25日于绍兴

目 录

Contents

引 言	1
第一章 建筑施工企业内部承包合同制度概述	5
第一节 建筑施工企业内部承包合同概述	5
一、建筑施工企业内部承包合同的概念	5
二、建筑施工企业内部承包合同制度的反思	6
第二节 建筑施工企业内部承包合同制度的风险分析	10
一、建筑施工企业内部承包合同的疑难问题所在	10
二、建筑施工企业内部承包合同缺陷的风险分析	12
第三节 建筑施工企业内部承包合同的完善设计	14
一、完善建筑施工企业与项目经理签署的承包合同内容	15
二、完善内部承包合同的履约担保内容	15
三、加强对内部承包合同的管理	15
四、内部承包制度的操作与完善	18
第四节 案例指引	20
案例 1-1 项目经理应按照内部承包合同约定提供材料款发票	20
案例 1-2 建筑施工企业不能以项目经理未提供发票为由拒付工程款	22
案例 1-3 建设工程违法分包合同纠纷案	30
第二章 承包主体审核准入制度	35
第一节 建筑施工企业内部承包合同主体	35
一、建筑施工企业内部承包合同的发包方	35

二、建筑施工企业内部承包合同的承包方	36
第二节 建筑施工企业内部承包合同履行中涉及的其他主体	37
一、挂靠的项目经理	37
二、实际施工人	38
第三节 项目经理职务类犯罪身份认定问题	39
一、项目经理职务类犯罪主体身份认定难的原因	39
二、项目经理职务类犯罪主体身份认定的应然选择	41
第四节 案例指引	47
案例 2-1 名为内部承包实为转包纠纷案	47
案例 2-2 项目经理招入的民工引发的工伤保险待遇纠纷案	53
案例 2-3 挂靠的项目经理引发的官司	56
第三章 建筑施工企业对工程施工现场的资源配置责任制度	61
第一节 工程项目的管理机构	61
一、项目部	61
二、工程项目管理人员	61
第二节 项目经理对工程建设的质量、安全、工期全面负责	62
一、工程质量	62
二、安全文明施工	63
三、工期和进度	63
第三节 项目经理招聘民工与建筑施工企业间的工伤纠纷解决路径	64
一、浙江省高级人民法院民一庭和行政庭有关规定	64
二、项目经理聘用的民工与具备用工主体资格建筑施工企业间不予 确认事实劳动关系的相关依据	65
三、关于建筑领域项目经理聘用的民工与承包单位建筑施工企业间 实行劳动关系与工伤赔偿责任分立的可行性	68
四、民事诉讼与行政诉讼对建筑领域项目经理招用的民工与承包单 位建筑施工企业间法律关系持不同观点可能产生的连锁反应	69
第四节 案例指引	70
案例 3-1 项目经理对工程质量问题的签字确认不得擅自反悔	70
案例 3-2 实际施工人聘用的民工与建筑施工企业未形成事实上的 劳动关系	72

案例 3-3 实际施工人聘用的民工在工地受伤,建筑施工企业是用 工责任主体而非用人单位	75
第四章 合同履行担保和限定项目经理职权范围的风险管控制度	78
第一节 合同履行担保	78
一、保证金	78
二、担保人	78
三、财产抵押	79
四、银行保函	79
五、担保公司	80
六、借款保证	80
第二节 项目经理的职权范围	80
一、界定职权需要通过资质管理规定分析	81
二、代理行为与职务行为的辨析	82
第三节 项目经理的风险问题	83
一、借款合同纠纷的风险问题	83
二、买卖、租赁合同纠纷的风险问题	84
第四节 建筑施工企业对项目经理的风险防范	88
一、建筑施工企业对借款合同纠纷的防范措施	88
二、建筑施工企业对买卖、租赁合同纠纷的防范措施	89
第五节 案例指引	91
案例 4-1 合同相对性原则	91
案例 4-2 保证金返还案	94
案例 4-3 实际施工人租赁合同纠纷案	98
第五章 工程项目承包管理目标细化考评制度	103
第一节 工程项目承包管理目标	103
一、质量目标	103
二、工期目标	103
三、安全生产目标	104
四、工地施工标准目标	104
五、计算机信息安全系统及信息化建设目标	105

六、劳资纠纷事件控制目标	105
七、工程资料管理目标	106
第二节 项目经理人力资源(劳动用工)法律风险	106
一、项目经理人力资源法律解读	106
二、项目经理人力资源给建筑施工企业带来的法律风险	108
第三节 项目经理人力资源法律防范措施	109
一、推行有担保的内部承包合同	109
二、持续改进人力资源管理相关规章制度,并履行规章制度的公示和告知程序	109
三、建筑施工企业承担工伤保险责任后,有权向项目经理追偿	110
四、建筑施工企业对项目经理招用的农民工恶意讨薪应当采取相应的风险防范措施	110
五、建筑施工企业加强对项目经理聘用的劳动者管理,及时与其签订书面劳动合同	110
第四节 案例指引	112
案例5-1 因质量而引发的内部承包合同纠纷案	112
案例5-2 建筑施工企业应向实际施工人支付延期租费	116
案例5-3 实际施工人未经建筑施工企业同意而引发的分包合同纠纷案	120
第六章 财务管理和资金使用管控制度	125
第一节 加强财务管理	125
一、业主的工程预付款通过建筑施工企业的指定账户汇入	125
二、民工工资的发放由指定专门账户支付	125
三、工程材料的款项和设备租赁的款项由建筑施工企业直接支付给材料供应商、设备租赁商	125
第二节 资金使用管控	126
一、工程款项所有权归属建筑施工企业	126
二、工程款立即划入建筑施工企业指定账户	126
三、项目经理不得将工程款挪作他用	127
四、工程款使用的规则	128
五、项目经理及时提供税务发票	128

六、项目经理为催讨工程款主体	129
七、建筑施工企业代项目经理支付相关欠款后可向项目经理追偿	129
八、项目经理未提供真实增值税发票需承担的责任	130
第三节 施工项目资金所有权归属认定问题	130
一、施工项目资金所有权归属的几种观点	130
二、施工项目资金所有权的应然归属	132
第四节 案例指引	136
案例 6-1 建筑施工企业对项目经理的资金使用管控不严而引发的纠纷案	136
案例 6-2 建筑施工企业与项目经理之间的财务结算纠纷案	139
案例 6-3 实际施工人引发的借款合同纠纷案	147
第七章 民工工资支付保障制度	151
第一节 建筑施工企业对项目经理招聘的民工工资之替代责任	151
一、建筑施工企业与项目经理之间存在建设工程承包关系,项目经理与民工之间存在雇佣关系,建筑施工企业与民工之间不存在劳动关系	151
二、建筑施工企业对项目经理招聘的民工承担仅限于工资支付责任,且应是一种替代支付责任,而非基于劳动关系承担责任	152
三、项目经理(实际施工人)作为独立的民事主体,应承担相应的法律责任	153
第二节 建筑施工企业对民工工资的垫付、追偿	153
一、建筑施工企业对民工工资的垫付	153
二、建筑施工企业对民工工资的追偿	154
第三节 项目经理拒不支付劳动报酬案件认定问题	154
一、项目经理拒不支付劳动报酬案件认定困难的原因和表现	155
二、项目经理拒不支付劳动报酬案件认定难的解决思路	155
第四节 案例指引	156
案例 7-1 民工工资追偿案	156
案例 7-2 人工工资补差款非由建筑施工企业负担	158
案例 7-3 项目经理向建筑施工企业所借的用以支付民工工资的借款应予归还	161

第八章 工程结算条件和程序管理制度	164
第一节 工程款的结算	164
一、建筑施工企业审核结算资料	164
二、项目经理迟延履行结算工作,建筑施工企业可以自行结算	164
三、建筑施工企业与项目经理内部承包合同的结算	165
四、建筑施工企业与项目经理结算的依据	165
五、建筑施工企业留存部分工程质量维修保证金	166
六、内部承包合同结算的范围	167
七、建筑施工企业签章提交的文件不作为与项目经理双方内部结算的依据	167
第二节 项目经理存在建筑施工企业有权解除合同的违约情形	168
一、工程发生较大质量、安全事故,或者发生一般及以上质量安全事故后项目经理不妥善处理,建筑施工企业认为不宜再由项目经理继续施工的	168
二、因项目经理原因拖延工期,累计超过30天以上的	168
三、因项目经理拖欠民工工资未及时有效处理,造成群体事件,导致建筑施工企业被行政主管部门通报或者列为黑名单的	168
四、施工过程中项目经理的分包单位、材料供应商等对建筑施工企业提起诉讼,使建筑施工企业声誉造成严重影响或者造成严重经济损失的	169
五、项目经理将工程进行转包或者未经建筑施工企业书面同意,将部分施工项目分包或者变相分包给他人的	169
六、项目经理在工程管理过程中严重偏离建筑施工企业管理目标或者严重违反建筑施工企业规章制度的	169
七、项目经理私刻建筑施工企业或者项目部印章、与材料供应商等串通损害建筑施工企业利益的,或者虚构债务、虚抬价格等非法损害、套取、侵占建筑施工企业利益的	170
八、建设单位有理由要求更换项目经理的	170
第三节 建筑施工企业解除内部承包合同的程序	170
一、建筑施工企业根据内部承包合同相关条款约定发出的解除通知,自到达项目经理在合同中确认的通讯地址之日起生效	170
二、中途解除合同后已完成工程量的确定	171

三、已完工程量结算资料应齐备	171
四、在建设单位未支付已完成工程量的款项或者退还保证金前,或者非建筑施工企业原因双方未能就中途停建的工程单独作出结算的,项目经理无权向建筑施工企业主张已完工程的价款、保证金及利息	172
五、已完成工程量的结算,由项目经理向建筑施工企业提出预算,建筑施工企业审核后确定	172
六、因项目经理原因导致解除合同给建筑施工企业造成损失的,项目经理应承担赔偿责任	172
七、因建设单位原因导致建筑施工企业与建设单位的合同被解除或者终止的,内部承包合同同时终止履行	173
第四节 交易习惯在建筑领域的法律适用问题	173
一、确定适用交易习惯规则的认定前提	174
二、对交易习惯法律规则的理解与适用	174
三、交易习惯的事实推定机能	175
第五节 案例指引	176
案例 8-1 实际施工人在建设工程施工合同解除下的工程结算主张	176
案例 8-2 项目经理在建筑施工合同解除下的结算纠纷案	186
案例 8-3 项目经理逃逸后建筑施工企业承担结算义务	190
第九章 工程资料和印章管理制度	194
第一节 报表与工程资料	194
一、项目经理制作报表、备案工程资料	194
二、项目经理按时上报全部资料	194
第二节 印章管理	195
一、印章问题	195
二、加强印章管理	198
第三节 项目经理涉印章犯罪案件认定问题	200
一、涉印章犯罪案件认定难的原因	200
二、涉印章犯罪案件的司法应对策略	201
第四节 案例指引	203
案例 9-1 技术专用章不能视为建筑施工企业合同专用章	203

案例 9-2 技术专用章不能代替建筑施工企业公章	205
案例 9-3 项目部章引发的借款合同纠纷案	209
第十章 项目经理规避责任的归责制度	215
第一节 追究项目经理的刑事责任	215
一、项目经理职务类犯罪的主要类型及其成因	216
二、项目经理虚假诉讼行为的定性处罚问题	218
第二节 追究项目经理的民事责任	220
一、工程量核对不实的责任承担	220
二、安全生产事故的责任承担	220
三、发生诉讼的责任承担	221
第三节 进一步加强项目经理职务类犯罪打击和防范工作的建议	221
一、增进共识、统一认识,出台司法指导意见	221
二、民刑并举、审慎裁决,畅通案件司法渠道	222
三、标本兼治、控防结合,加强企业内部管理	223
四、齐抓共管、高效联动,强化行业监督引导	225
第四节 建筑施工企业规避项目经理实施违法犯罪的防范工作	226
一、综合全面考察,选拔合规人才	226
二、加强法制教育,正人宜先正己	226
三、明确刑民交叉,便利及时报案	227
第五节 案例指引	228
案例 10-1 项目经理以项目部名义对外签订的分包合同纠纷案	228
案例 10-2 伪造公司印章案	231
案例 10-3 虚假诉讼案	232
第十一章 内外纠纷处理的程序和诉讼风险责任制度	235
第一节 关于争议的处理和方式	235
一、关于争议的处理	235
二、争议的解决方式	236
第二节 项目经理职务类犯罪案件管辖地确认问题	236
一、案件管辖地确认难的原因	237

二、案件管辖地确认的应然统一思路	237
第三节 建筑施工企业对项目经理违法违规行为的风险防范	238
一、转包的法律风险	238
二、违法分包的法律风险	240
三、挂靠的法律风险	242
四、建筑施工企业对项目经理民事法律风险防范	247
第四节 案例指引	248
案例 11-1 建筑施工企业为实际施工人垫付的相关款项予以追偿案	248
案例 11-2 实际施工人起诉应符合民事诉讼法司法解释的有关规定	251
案例 11-3 项目经理对外借款纠纷案	253
附录一 浙江省高级人民法院《关于审理建筑领域职务犯罪和经济犯罪案件若干问题的解答》	261
附录二 《建设工程项目内部经济责任承包合同(示范文本)》	265
附录三 《建设工程项目内部经济责任承包合同(通用条款)使用指南》	281

引言

Introduction

一、制定统一规范的《建筑施工企业内部承包合同(示范文本)》的作用

(一)制定统一规范的《建筑施工企业内部承包合同(示范文本)》有利于加强对建筑业的监管,引导建筑业朝着更加健康、良性的方向发展

当前,建设部和国家工商总局推广实施的GF-1999以及GF-2013《建设工程施工合同(示范文本)》起到了很好的市场规制作用,但是针对建筑施工企业与项目经理之间签订的内部承包合同,却缺乏规范示范文本的引导。各建筑施工企业使用的内部承包合同版本不一,良莠不齐,核心条款缺失、条款不规范的问题突出。在双方主体定位上表现出管理关系与平等主体关系交织不清,权利义务界定不明确,授权方式、授权范围、责任承担约定不清晰等问题。

上述诸多问题不仅给建筑行业的监管带来了很大的困难,也使得建筑行业出现了诸多畸变。转包、挂靠、垫资、骗取工程款、私刻、伪造印章等问题屡屡出现,危害的不仅是某个工程项目、某个建筑施工企业,而且是整个建筑行业及广大人民群众的生命财产安全。

正是在这样的大环境下,有必要制定统一规范的《建筑施工企业内部承包合同(示范文本)》,由建筑监督管理部门推行实施,提高监管效率与质量,厘清建筑施工企业与项目经理之间的关系,规范建筑业、引导建筑业朝着更加健康、良性的方向发展。

(二)制定统一规范的《建筑施工企业内部承包合同(示范文本)》有利于司法机关准确裁判项目经理违法、违规案件,更好地发挥司法保障与指导作用

项目经理违法、违规案件一直是司法机关的难题:在民事方面认定上,职务行为、表见代理或者是个人行为难解难分;在刑事方面认定上,项目经理能否成为职务侵占罪、挪用资金罪的犯罪主体,公、检、法三机关的认识见仁见智。之所以会出现这些司法难题,究其原因就在于建筑施工企业与项目经理之间的主

体关系不清,而导致这个问题的根本就在于建筑施工企业与项目经理之间签订《内部承包合同》不规范。

通过制定统一规范的《建筑施工企业内部承包合同(示范文本)》,可以使建筑施工企业与项目经理之间主体关系清晰,权利义务明确。那么,在民事纠纷认定时,到底是职务行为还是表见代理或者个人行为,将一目了然;在办理刑事案件时,项目经理的身份认定难题也将迎刃而解。

(三)制定统一规范的《建筑施工企业内部承包合同(示范文本)》有利于规范建筑施工企业内部管理,减少危机发生概率,避免经济损失

当前,建筑施工企业在签订内部承包合同以后出现的以包代管、怠于监督、不管不问等问题,也是由于内部承包合同不够规范引起的。由于内部承包合同不够规范,建筑施工企业与项目经理之间权利义务不明确、不对等问题突出。印章及资金的使用缺少必要的限制,建筑施工企业没有对项目经理进行监督的紧迫感,而项目经理的行为又缺少授权范围的制约,导致项目经理可以肆意而为。一旦出现问题,又往往会基于表见代理等原因,由建筑施工企业对项目经理的行为承担经济责任。

只有制定统一规范的《建筑施工企业内部承包合同(示范文本)》,明确项目经理的授权范围、规范印章、资金使用制度,才能预防危机。同时,建筑施工企业也会出于避免损失的考虑尽到审慎的管理义务。

二、制定统一规范的《建筑施工企业内部承包合同(示范文本)》的目的

(一)配合司法指导意见,统一司法认识

2015年12月29日,浙江省高级人民法院刑二庭出台了《关于审理建筑领域职务犯罪和经济犯罪案件若干问题的解答》(以下简称《解答》),对项目经理的管辖问题、身份问题、资金归属问题、印章问题、拒不支付劳动报酬问题以及虚假诉讼问题进行了明确。其中很多内容都需要在建筑施工企业与项目经理之间的内部承包合同中予以明确,例如《解答》第三条第三项明确规定“建筑施工企业与项目经理对资金归属、资金使用范围等进行明确约定的,从约定”。

正是在这样的大环境下,为了更好地规范建筑市场,保护建筑施工企业的合法权益,有必要制定统一规范的《建筑施工企业内部承包合同(示范文本)》配合司法指导意见,这既是为健康有序的建筑市场保驾护航的要求,也是统一司法认识、维护司法权威的要求。

(二) 约束协议双方,规范建筑市场

制定统一规范的《建筑施工企业内部承包合同(示范文本)》有两个层次重要意义:一是约束项目经理,杜绝项目经理擅自侵占挪用项目资金、擅自转移债务等违法违规行为发生,使其不该为的不敢为,不该为的不能为;二是约束建筑施工企业,从根本上杜绝“一脚踢”式承包情况的发生。这样,可以督促建筑施工企业在人、财、物和技术等诸多方面对项目经理的管理以及项目的建设进行支持,从而保证工程项目的质量和效率,也使得项目经理负责制符合规范的要求。

三、制定统一规范的《建筑施工企业内部承包合同(示范文本)》所要解决的主要问题

(一) 梳理项目经理与建筑施工企业之间的关系,明确双方权利义务

在当前建筑施工领域实践中,尤其是在“浙江模式”下,建筑施工企业同项目经理之间的关系较为混乱,主体身份不清、资金归属混淆等问题突出。虽然不断地有司法机关对两者之间的关系进行明确,但是由于缺少规范的内部承包合同,这就使得项目经理与建筑施工企业之间的关系仍旧扑朔迷离,两者之间权利义务不明确的情况仍是顽疾。欲解决此问题,需标本兼治,就外部而言,可以通过司法机关统一认识;就内部而言,只有通过签订规范的内部承包合同,才能解决这一难题。

(二) 规范建筑施工企业内部管理,减少危机发生概率,避免经济损失

是否具有规范的内部承包合同,是衡量一个建筑施工企业内部管理水平和风险规避能力的重要指标。未雨绸缪,将风险规避于发生之前,是挽回损失最经济、成本最低的方法。因此,笔者寄希望于深入的实地调研和研究论证,力图制定完善的《建筑施工企业内部承包合同(示范文本)》,在危机产生之初就将危机化解掉,最大可能地保护地方经济发展。

四、本书的体例安排

第一大部分为第一章“建筑施工企业内部承包合同制度概述”,笔者吸取各方良言对策,将内部承包和项目经理展开关联分析,将内部承包的企业经营模式放置在经济体制改革的大背景下,从而进行更深层次的探讨。就转化成果而言,参照GF-2013建设工程施工合同文本的良好示范作用,起草了建设工程项目内部经济责任承包合同的条文设计,以求抛砖引玉,推动建筑领域内部承包

标准示范合同文本的起草和推广适用进程。就深层次探讨方面,反思违法转包、挂靠、内部承包三者分界的合理认定标准,拓展思路,通过内部承包合同的进一步标准化来规制项目经理群体的权责统一,谋求建筑施工企业、项目经理、第三人之间的利益平衡,在注重维护交易安全的同时,促进交易行为的规范化。

第二大部分为第二章至第十一章十大制度分别阐述,即承包主体审核准入制度、建筑施工企业对工程施工现场的资源配置责任制度、合同履行担保和限定项目经理职权范围的风险管控制度、工程项目承包管理目标细化考评制度、财务管理和资金使用管控制度、民工工资支付保障制度、工程结算条件和程序管理制度、工程资料和印章管理制度、项目经理规避责任的归责制度、内外纠纷处理的程序和诉讼风险责任制度。在具体的内部承包合同起草过程中,应注意上述十个方面制度的条文设计。

第三大部分为附录,包括浙江省高级人民法院《关于审理建筑领域职务犯罪和经济犯罪案件若干问题的解答》,对项目经理的管辖问题、身份问题、资金归属问题、印章问题、拒不支付劳动报酬问题和虚假诉讼问题进行了明确;以及《建设工程项目内部经济责任承包合同(示范文本)》和《建设工程项目内部经济责任承包合同(通用条款)使用指南》,上述示范文本对绍兴地区的建筑施工企业的内部承包合同版本进行了统一规定。

第一章

建筑施工企业内部承包合同制度概述

全国建筑看浙江,浙江建筑看绍兴。绍兴建筑业在经历多年的发展后,形成了一套独特的内部管理模式,该模式被称为“浙江模式”的金字招牌——“内部经济责任承包制”。这种承包经营模式以工程项目为对象,以项目经理负责为前提,以施工图预算为依据,以承包合同为纽带,实行从工程项目开工到竣工验收交付使用全过程的施工承包经营管理。通过实施项目经理承包责任制,可以明确项目承包者与企业、职工三者之间权、责、利的关系,实现生产要素的优化配置,提高承包者的责任心和积极性,从而更有利于对工程项目、工期、质量、成本、安全等方面实施强有力的管理。但同时不可忽视的是,这个模式在运行过程中出现了种种问题,不仅制约了建筑行业的进一步发展壮大,也在酿成纠纷时耗费建筑施工企业大量的精力和司法资源,成为当前建筑业体制改革的难点和痛点。

第一节 建筑施工企业内部承包合同概述

一、建筑施工企业内部承包合同的概念

内部承包在建设工程领域之所以能够开花结果,广泛存在,与建设工程本身的行业要求和特点分不开。工程施工是一项系统工程,人力资源、技术支撑、财力支持、管理调度缺一不可。这四个方面的有序搭配和全力组合离不开一种高效率、高便捷、高整合的统一协调管理模式。建筑施工企业的经营方向与市场需求的预期之间往往存在一定的断层,信息的不对称、不及时以及自上而下单一的集权管理模式,将极大地限制建筑施工企业的发展活力和开拓动力。如何在实现企业有效管理的同时,做到合理分权、放权,增加生产效

率、提高管理执行便成为建筑施工企业面临的问题。实践已经证明,建设工程内部承包制是一剂化解药方,但是对内部承包制的研究目前并不系统完善。从法制化程度而言,当前现行法律对建筑施工企业的内部承包尚无明文规定。根据《关于改革国营施工企业经营机制的若干规定》和国务院《全民所有制工业企业承包经营责任制暂行条例》的相关规定,企业内部承包是指企业作为发包方与其内部生产部门、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。可见,内部承包制度对企业管理权限进行分权主要牵涉两块:生产资料与经营管理权。笔者对此认为,生产资料作为管理对象而存在,应该被经营管理权所囊括包含,那么进一步分析,经营管理权该当如何理解呢?

一般观点认为,目前,对项目经理所享有经营管理权的性质理解,不但具有平等主体之间的有偿合同关系,而且具有行政隶属关系。其理由主要如下:第一,从平等有偿合同关系来看,内部承包合同的签订双方是作为平等的市场主体经过磋商、谈判、共同约定所达成合同意向,对权利义务的约定基础是互惠共赢的,并且,内部承包合同文本的基本样式是参照建设工程施工合同的主要架构进行起草,项目经理也多独立核算,自负盈亏,属于市场中的独立自主经营个体;第二,从行政隶属关系来看,项目经理与建筑施工企业之间存在人事任聘、调动、罢免以及社保关系,项目经理的管理资产也为建筑施工企业所有。同时,项目经理与建筑施工企业之间还存在统一的财务管理,项目经理需接受建筑施工企业的规章制度和行政管理。对这两种关系的界定,笔者予以赞同,但笔者同时认为,正是两种关系的不断交织才从根本上引发了内部承包的诸多问题。

二、建筑施工企业内部承包合同制度的反思

(一) 资质管理方面的问题

该部分主要是对当前建筑施工企业资质管理与考核制度的反思。建设部《建筑业企业资质管理规定》将建筑施工企业分为施工总承包、专业承包和劳务分包企业三大序列,同时又将施工总承包和专业承包区分等级。以此形成市场准入制度,提高建筑市场的门槛。这就使得一些新企业、小企业虽然具备一定的实力,但受到资质管理的限制,只能通过挂靠、违法转包、分包等形式参与市场分配。对已经取得资质的企业,政府在对其资质进行动态考核时多将近三年最高年工程结算收入作为硬性指标,并对照营业总值和上缴税额将企业分类通报,这种分类直接影响企业的融资能力和社会美誉度,导致建筑施工企业为提

升企业资质等级和社会影响力,通过出借资质等方式追求业绩指标、盲目扩大企业规模而忽视了内部管理、经营和技术水平的提高。

(二) 司法判决导向的问题

尽管许多地方法院为适应实践需要,通过内部解答或者规定形式对内部承包进行了界定,如浙江省高级人民法院、福建省高级人民法院等,或者通过对违法转、分包和挂靠行为进行的界定方式用于在实践中区分合法内部承包与违法内部承包,如安徽省高级人民法院、江苏省高级人民法院、深圳市中级人民法院等。但这些规定在把握标准上并不完全一致,审判实践中对内部承包合同的界定、效力的认定上出现地域差异,甚至出现同案不同判的现象,导致法院生效判决很难对此后的社会实践起到良好的指引示范作用,进而导致了在建筑市场上内部承包操作的混乱。

(三) 行政前置惩罚措施的缺失问题

法律对承包单位违法分包、出借资质行为虽然做出了责令改正、没收违法所得、罚款、降低资质等级、吊销资质证书等处罚措施,但相互之间的规定并不统一。以出借资质行为为例,《建设工程质量管理条例》规定对借用资质的施工单位处以工程合同价款2%以上4%以下的罚款,《招标投标法》规定处以中标项目金额5%以上10%以下的罚款,一旦出现问题以后,具体是由资质管理部门进行处罚还是由招投标管理部门进行处罚?处罚标准又要如何把握?法律规定不统一、责任部门不确定、处罚弹性空间过大,容易导致相关责任人互相推诿,或者执法人员自由裁量权过大,最终放任了违法、违规现象的发生。对内部承包纠纷的处理,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》的规定,非法转包、违法分包或者借用资质行为为无效行为,人民法院应对当事人已经取得的非法所得进行收缴,但在实践中由司法机关对承包单位所收取的管理费进行收缴的很少,项目负责人因侵占、挪用工程款或者利用职务之便诈骗他人钱财等被追究法律责任的也很少。可见,行政前置惩罚措施的缺失,导致后期法律、法规适用的难处和执行不力。

(四) 挂靠制度的再认识问题

根据有关行政规章和审判实践的情况,项目经理的法律地位及其与建筑施工企业之间存在的权利义务关系不同,建筑施工企业和项目经理对外债务承担责任的方式和轻重程度也不尽相同。我国法律禁止建筑施工企业转让、出借资质证书或者以其他方式允许他人以该建筑施工企业名义承揽工程。但在实践中,有的建筑施工企业甚至个人因为不具备建筑施工企业资格,无法承揽工程,

就以支付一定比例管理费(通常为10%左右)为条件,借用建筑施工企业的资质证书或者挂靠在其名下承揽工程,其性质与挂靠经营无别。根据笔者的审判工作经验,我们发现大多涉建筑施工企业纠纷均因挂靠经营引起。怎样正确地理解挂靠制度,发现真正的问题才是破解此类案件的关键。目前的学界和实务界的通说认为,建筑领域的挂靠经营核心点在于建筑施工企业拥有的特定经营资质的外借,只要符合这一核心特征就应当被认定为挂靠性质。笔者认为,对任何事物的评价不能适用“凡是”的眼光,固定化的评价标准如果不能跟随事物发展的自身变化随之改变,则必然陷入“凡是”的怪圈,阻碍事物自身的进一步发展。结合到内部承包经营制,这种经营模式之所以能够作为“舶来品”在我国建筑市场生根发芽、生长壮大,必然是顺应了当前建筑市场的发展要求,提高了建筑施工企业的经营管理效率,在建筑领域的市场化发展中,内部承包经营模式在建筑施工企业发展和市场需求间实现了“双赢”。

城市化进程推动了房地产市场的蓬勃发展,作为当前国民经济的支柱产业,建筑业市场尚不规范,从上层的监督管理,到内部的激烈竞争、利益角逐,再到整个市场的资金链状况,建筑业存在诸多薄弱环节。借用资质是部分建筑施工企业在市场竞争中的无奈之举,也是行政管控领域的头疼顽疾。“楼歪歪”“楼脆脆”等工程质量事故的发生,让建筑业的经济问题和法律问题演化为民众讨论关注的社会问题,诸多建设工程施工合同纠纷案件也逐年增加地涌入法院。

可见,司法裁判的忙碌道出了行政监管的缺失,而行政监管的缺失也道出了行政处罚的无奈。挂靠问题实属频繁,无法彻底清查。内部承包制作为市场化的产物,本应由市场自身的需求来推动发展,并根据市场运作发展规律进行自我调整变动,人为过多的干预难免发生“城门失火,殃及池鱼”的扩大效应。

在笔者看来,建筑领域的内部承包制无疑是“舶来品”,但是内部承包的方式也在其他领域开花结果。以当前广泛实施的农村土地承包制而言,采用的就是农村集体所有土地的内部承包管理方式。在这种管理方式下,农村集体组织作为农村生活生产用地的所有者,通过签订土地承包协议,将集体辖区内的土地分包到户,由集体组织内的每个农户自负盈亏地开展农业生产活动,极大地解放了农村劳动力和生产力,提高了土地资源的利用效益。结合这一点作类比推理,建筑施工企业在经过招投标环节获得承揽的工程项目施工资格后,通过与项目经理签署内部承包合同,将该工程“分包到户”承包给具备专业执业资格的项目经理,由项目经理自负盈亏地开展项目施工,同时,建筑施工企业在施工过程中从人、财、物、技术等方面进行支持和监督,把控施工质量标准 and 工期要

求,这样无疑在项目经理与建筑施工企业之间实现了“双赢”。倘若我们将这种情形也认定为挂靠的话,无异于在一定程度上否定了当前农村的土地承包制。当然,对于项目经理本身不具备专业执业资格,通过借用建筑施工企业名义由自己承揽工程项目的话,理当认定为非法挂靠。

由此,在笔者看来,“挂靠”的概念内涵真正应当包括两个方面:第一,项目经理自身欠缺注册建造师的专业执业资格;第二,项目经理借用建筑施工企业资质承揽工程项目。对于建筑施工企业已经承揽到的工程项目,分包给具备专业技能和经验的项目经理进行施工,则不应认定为非法挂靠情形。

(五) 项目经理主体资格和企业人才流动的问题

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》将项目经理是否系企业内部职工作为认定内部承包合同是否有效的要件,这对于当前防止外部项目经理借用企业资质及工程的转包是需要的。但鉴于建筑施工企业特别是大型企业也存在人力资源缺乏的实际,应当对合理的人才流动即企业借用外部力量提升管理拓展业务采取宽容的态度,而不宜将合理人才流动混同于外部人员借用企业资质而认定内部承包合同无效。当然,这里有一个如何判断是外部借用企业资质还是企业借助外力的人才流动问题。对此,要看建筑施工企业是否办好借用或者调入手续的形式要件,即在合同文本的制定时,有要求建筑施工企业与承包人建立劳动关系的条款,但认定是否构成转包或者借用资质的实质要件应当是建筑施工企业是否进行了实质性的管理。因为这更符合绍兴实际,并更有利于发挥建筑业有限人才资源的作用,实现人才资源优化配置,促进建设市场的发展。另外,以是否内部职工作为认定内部承包合同是否有效的标准,其理论根据和法律依据,值得研究探讨。

(六) 企业对项目经理的规范管理问题

建筑施工企业应积极配合建筑业主管部门加强对项目经理市场行为的监督管理和法律法规的宣传,会同建筑业协会、招投标管理部门等,适时组织指导培训,及时收集汇总项目经理涉及诈骗、逃逸等行为信息,建立“黑名单制度”并及时公布。充分发挥建筑业协会的作用,协助其加强项目经理培训,不断提高项目经理队伍素质。同时,建议建筑施工企业增强自主经营能力,逐步摆脱对实际施工人的依赖,试行职业项目经理制度。加强对项目经理队伍的选任、管理和监督,严格印章管理,注重对材料采购、设备租赁等环节的控制。培养一批懂法律、懂合同、懂财务、懂管理的法务人员队伍,以增强建筑施工企业防范债务风险的能力。

第二节 建筑施工企业内部承包合同制度的 风险分析

一、建筑施工企业内部承包合同的疑难问题所在

笔者认为,建筑施工企业、作为项目工程的项目经理之间存在人、财、物、技术四个方面的关系时方能作为规范的内部承包制予以认可。上述四个方面缺一不可,其中一个因素的缺失都可能产生挂靠、非法转包、违法分包的嫌疑。之所以从四个方面从严认定,核心的出发点是进一步规范建筑市场,杜绝违法内部承包现象的发生。对这四个因素的理解,重点在人、财两个因素。

对人的因素的疑难认定点又在于劳动关系与社保关系的界定。实践中,诸多建设工程的内部承包合同的项目经理是建筑施工企业临时聘用人员,在双方签订承包合同的同时签订“聘任书”,就该具体工程项目中的聘任关系进行简单约定,当工程施工完毕后聘任关系即行终止,因为缺乏书面的明文劳动合同和社会保险关系证明,一旦发生纠纷,很难被认定双方间存在劳动用工关系和社会保险关系。对劳动用工关系的理解,司法认定存有不同程度的理解。浙江省高级人民法院对建设工程施工合同纠纷的审判指导意见认为:可依据企业方提供的职工花名册进行界定。笔者对此持不同观点,因为劳动关系的界定直接影响内部承包合同的效力,建筑施工企业如果通过职工花名册的形式进行举证,一旦该名册为应付诉讼而事后编制,法院审理中无疑难以查明。根据《劳动和社会保障部关于确立劳动关系有关事项的通知》第二条的规定:用人单位未与劳动者签订劳动合同,认定双方存在劳动关系时可参照下列凭证:①工资支付凭证或记录(职工工资发放花名册)、缴纳各项社会保险费的记录;②用人单位向劳动者发放的“工作证”“服务证”等能够证明身份的证件;③劳动者填写的用人单位招工招聘“登记表”“报名表”等招用记录;④考勤记录;⑤其他劳动者的证言等。上述凭证尽管提供了客观评判标准,但是诸如工作证、登记表不仅证据本身真伪难辨,而且客观提供也较为困难。法院在认定劳动关系成立与否依然存在自由裁量的空间。

对财的因素疑难认定点在于两点问题:管理费与挂靠问题、违法分包问题。

对管理费与挂靠问题,在工程施工过程中,倘若对外未发生纠纷的情况下,严格来说,建筑施工企业与项目经理之间只是存在管理费的收取关系。然而,

基于项目经理大都自负盈亏的实际情形,对工程涉及款项多由自身来垫付,一旦发生工程款相关的对外纠纷,则建筑施工企业与项目经理之间的资金交割就不单限于管理费方面,实践中对这种内部承包合同是否应界定为挂靠或者违法转包存有争议,毕竟由于现实操作大都不规范,如果一律认定内部承包无效,则社会效果不得不考量。

换个角度分析,单纯的管理费收取关系也反映了建筑施工企业方对项目经理或者项目部的“管控分离”问题。这个问题实践中也是最多最容易引发双方对簿公堂的问题。印章管理与财务监控的缺失是目前建筑施工企业实行松散式管理的主要弊端。就印章管理风险来说,一方面是项目经理自负盈亏,另一方面是项目经理自行采购,在采购的过程中就牵涉授权代理的问题,而建筑施工企业方的制度约束缺失直接给项目经理实施违法、违规行为留下了操作空间。偷盖、私刻合同专用章、技术专用章、项目部章的混乱状况,反而导致相关签章的合同引发的责任风险均由建筑施工企业一方承担,“哑巴吃黄连,有苦说不出”。就财务监控风险来说,建筑施工企业对预算编制、资金使用、成本控制少有明确计划。按照当下的行业惯例和部分建筑施工企业的做法,建筑施工企业对项目经理工程款的支付要在发包建设单位与建筑施工企业结算完成后才能进行,工程进度款的拨付首先需要通过建筑施工企业专门账户后才能再行交割。项目经理通过与发包人之间串通,以较低的价款将工程进度款直接支付到项目经理的个人账户,逃避建筑施工企业监管。由于三方财务的时间差,很难同步进行取证。此外,在工程结算环节中,通过隐匿或者搁置的手段将不利于项目经理的结算编制项目甩账给建筑施工企业,逃之夭夭,间接造成建筑施工企业的经济损失。

对违法分包问题,笔者认为,内部承包合同签订后,项目经理享有在该工程内一定的经营管理自主权,承包后的再分包实际上由班组构成的实际施工人概括承揽了项目经理需要履行的内部承包合同义务,水电班组、木工班组、泥工班组的“各为其主”使项目经理转嫁偷换了自身义务,因为实践中班组人员通常并无相应合规的施工资质,临时召集的人员也加大了管理监督的难度。由于违法分包中,项目经理与实际施工人之间通常仅凭口头协议约定双方间的权利义务,导致财务管理中对工程款的支付和保证金的缴纳均以现金支付,并不入账。可见,违法分包的诸多问题在引发施工管理风险的同时也易诱发因工程质量等因素产生的法律责任风险。

通过以上分析可见,挂靠问题和违法分包问题所引发的管理风险和法律风险是深层次的,寻求此类问题制度内的解决方案不大可能,唯有从源头上拒绝

挂靠、违法分包,才能规避内部承包的操作陷阱,发挥内部承包的管理优势,实现建筑施工企业的管理经营目标。

二、建筑施工企业内部承包合同缺陷的风险分析

在笔者调研的绍兴地区建筑民营企业中,作为浙江地区乃至全国范围内的领头骨干企业,组织机构基本都比较完善。但是,只有约一半的建筑施工企业设立了企业内部的法务部门,负责日常企业法律事务审查和处理,而法务人员的组成参差不齐。法务主管多为兼职性的外聘律师、法律工作者,下属人员多为工作经验不足的法科毕业学生,而其中持有司法从业资格证书的人员少之又少。面对内部承包合同的起草,可谓心有余而力不足,合同文本的不规范便成为必然。

笔者认为,合同文本的规范与否重点在于关键条款有无对特定风险进行规避或者预防,拟订内部承包合同的重点条款需要首先确立所要规避的风险内容。具体分析如下:

(一)因项目经理非法转包或者未经企业同意违法分包造成的施工质量和安全风险

根据前述对内部承包中财务监控制度的分析,项目经理由于以实际施工人或者施工班组的方式,替换了自身在内部承包中承担的施工经营风险,选任的施工队伍由于不具有专业性的施工资质,不能确保工程施工中专项或者整体转分包中存在的施工风险,未经专业培训指导的民工人员也欠缺足够的施工安全意识,从而施工质量和安全不能得到充分保障。

(二)因工程建设资金管理缺失而引发的侵占挪用和拖欠材料、设备款的风险

由于项目经理大都自负盈亏,垫资施工,按照进度款的支付期限和数额,建筑施工企业一方向项目经理支付后,一旦遭到项目经理的扣押或者挪用,未能就材料、设备款项及时进行交割的话,极易造成第三人要求建筑施工企业一方承担支付款项,或者项目经理与恶意第三人串通骗取建筑施工企业一方工程款的风险。资金管理倘若不能专款专用、签收齐全、进度支付、事先管理,则财务风险不可避免。

(三)因民工工资发放管控不严造成项目经理拖欠民工工资产生的风险

由于建筑施工企业具备民工的用工主体资格,项目经理所选任的班组民工工资需由建筑施工企业一方作为工程款的一部分,按照进度支付的标准先行拨

付给项目经理,倘若项目经理对该笔资金进行挪用或者侵占,未能及时发放工资款将对建筑施工企业稳定运转和建筑施工企业形象构成负面影响。

(四)因承包合同对项目经理的职权界定不明,项目经理行为失控带来的表见代理等风险

在项目经理处理与第三人之间的经济合同事务时,需要建筑施工企业的额外授权或者事后追加,该经济合同才能对外发生法律效力。在授权不明或者授权缺失的情形下,导致所签合同无效或者被撤销,合同引发的未知风险将有可能适用表见代理的认定而由建筑施工企业单方进行承担。有无授权、授权行使的范围、时间、对象、事务等因素的明确约定,缺一不可。内部承包合同虽然会为建筑施工企业带来管理费的收益,但是随之而来的便是潜藏的合同风险。

(五)因项目经理规避责任、偷逃债务,不积极应对、不配合处理给建筑施工企业造成被动局面和损失

项目经理的逃匿或者隐匿行为已经屡见不鲜,自负盈亏随之引发的债务责任会抛给建筑施工企业一方承担。项目经理作为工程施工的管理人员,相关交易信息、施工信息、财务信息无不被项目经理一手掌握。倘若建筑施工企业平时的监控不力或者监控存有漏洞,那么在应诉的危急时刻,项目经理的不配合、不应对则无疑对建筑施工企业一方是雪上加霜,被动地忍气吞声承担后,却无法向项目经理有效追偿,该类风险不可不防。

(六)因项目经理不提供工程资料、不积极结算等给建筑施工企业造成与建设方处理关系的困难

内部承包事项通常约束项目经理与建筑施工企业双方,但处理对外关系时则通常以建筑施工企业的名义进行,就发包建设单位而言,涉及工程资料结算的,需要项目经理的及时配合提供工程建设的必要资料才能有效进行,缺失、遗漏、拖延、篡改等行为无不对结算产生直接影响,同时,在建设方看来也有损建筑施工企业的商誉。

(七)因建设单位或者材料供应商、设备租赁商违约,项目经理不及时报告情况,不积极主张权利而将诉讼及风险责任推给建筑施工企业的问题

在建筑施工企业处理对外关系时,除了发包人(建设单位)外,还包括材料供应商与设备租赁商等第三人,与第三人之间的经济交往也主要通过项目经理来实施展开,从中的交易信息和双方往来情形都被项目经理一手掌握,由此,建筑施工企业与第三人之间便会出现信息不对称的情况,第三人的违约行为或者其他不利活动可能导致建筑施工企业一方受损时,项目经理未能对建筑施工企

业及时告知,则在后续引发的经济纠纷和诉讼风险中,建筑施工企业可能因举证不力等情形遭到经济损失。

(八)因项目经理私刻公章、虚抬价格、虚拟债务给建筑施工企业带来的风险和损失等

建筑施工企业对项目部或者项目经理“管而不控”的现状直接引发此类风险。项目经理在工程施工中的“一言堂”与施工中执行监事的缺失不无联系,缺乏资金额度预算或者财务计划的事先安排等无疑给项目经理可操作的私利空间。利用私刻公章、虚抬价格、虚拟债务等非法手段骗取、侵占公司资金的现状,屡见报端,印章管控和财务防范的有效实施才能杜绝该类风险的发生。

(九)因合同对工程中途停建、解除合同的程序和条件未作明确约定产生的结算纠纷等问题

市场经营中可能遭遇的风险不能完全预见,但是可以通过合同文本的事先约定进行合理规避。建筑行业因经营管理不善或者其他因素导致工程甩项的情况时有发生,因劳资纠纷、资金链断裂等或然因素引发的工程停建乃至违约解除合同的情形也时有发生,由此涉及结算依据、结算标准和结算时间点等分歧点,引发相应的纠纷和讼累。

(十)因项目经理分包工程而未签订分包合同带来的结算风险

建筑施工企业通过内部承包方式将工程项目以合法方式转给项目经理后,相应的经营风险也同时转移。由于项目经理自负盈亏和人、财、物、技术等生产因素的限制,必须将承揽的项目进行再分包。由于在该环节中,口头协议和现金支付的存在,导致后期工程完成后结算方面的书面依据缺失,建筑施工企业在欠缺结算凭证的情况下面对实际施工人的追讨,将面临不可避免的结算风险。

第三节 建筑施工企业内部承包合同的完善设计

当前,建设部和国家工商总局推广实施的GF-1999以及新颁布的GF-2013建设工程施工合同示范文本起到了很好的市场规制作用,但针对内部承包经营的合同却缺乏示范文本。为规范建设工程施工承包合同管理,指导建筑施工企业内部法律风险的有效规避,法院等司法机构应延伸审判服务职能,加强对建筑施工企业的指导。内部经济责任承包的经营模式,是在市场经济条件下,建筑

施工企业生产关系变革发展的产物,对推动绍兴市建筑市场的发展具有不可否认的积极作用。但同时,由于建筑施工企业对内部承包法律关系的把握和依法防范风险的专业知识相对薄弱,内部承包合同纠纷较多。对此拟提出如下几点建议:

一、完善建筑施工企业与项目经理签署的承包合同内容

为有利于建筑施工企业对项目经理进行责任追究,需要在项目经理职责方面加入以下明确条款:(1)建筑施工企业明确指定的项目经理为×××,以维护建筑施工企业利益为重,在工程项目施工中应恪守勤勉尽职义务;(2)项目经理未经书面授权以自己的名义进行的对外行为,不构成职务行为或者表见代理,公司对此不承担任何责任;(3)项目经理采用伪造项目部章等其他印章的手段,擅自对外以公司名义签订任何涉及经济权益文书的,所产生的一切法律后果由其自行承担。若因此给公司带来不利后果,由项目经理承担最终责任,同时对项目经理给予相应的制裁,公司根据损失金额从项目经理应收的工程款中抵扣。

二、完善内部承包合同的履约担保内容

职责的明确条款和追偿条款现实无法充分发挥法律效力,主要在于项目经理的“一跑了之”让此类条款沦为“摆设条款”。尽管可以通过工程款抵扣的方式对项目经理进行事后惩戒,但事前的规制却明显缺乏,尤其在造成巨额损失时通过抵扣工程款则是亡羊补牢。通过在内部承包合同中预设担保或者保证人的方式,就能在一定程度上转嫁法律风险,规避潜在经济损失。

三、加强对内部承包合同的管理

这对于建设工程的规范具有特殊的意义,因为内部承包合同是施工合同的具体延伸与落实,直接涉及人、财、物的资源配置,挂靠、转包的非法情形无不跟内部承包合同相关。这方面可以参照新版GF-2013建设工程施工合同的修改,新合同文本加强了对项目经理的管理,同时较之GF-1999合同文本某些方面更加有利于建筑施工企业的利益保护,对该新版合同建筑施工企业应尽快加以实施。实现对建筑工程内部承包合同的规范制定,需要企业行规与专业法规的指导完善,但在各地法院司法认定标准和企业管理缺失的情况下,先行由政府部门牵头,参照制定建设工程施工合同示范文本来加强对内部承包合同的指导,将是弥补当前内部承包合同规范管理缺失的有效实措。

在具体的内部承包合同起草过程中,应注意以下十个方面的条文设计:

(一) 承包主体审核准入制度

项目经理实现规范化的管理需要从源头的资质审核进行从严把握。根据GF-2013的条文设置,项目经理应为建筑施工合同中建筑施工企业所确认的人选,并在专用合同条款中明确项目经理的姓名、职称、注册执业证书编号、联系方式及授权范围等事项,项目经理经承包人授权后代表承包人负责履行合同。尽管该规范规定在GF-2013中,但是实际应当在内部承包合同中予以体现。

笔者认为,对项目经理的资质审核准入制度应当在内部经济责任承包合同的专用条款进行明确,对项目经理作为合同乙方的基本情况,应当从身份证号、劳动合同号码、住所地、注册建造师资格证号、社保编号、通讯地址、联系电话七个方面予以书面约定。

(二) 建筑施工企业对承包工程项目质量、安全及人、财、物、技术等资源配置的监督、检查、帮助、指导的责任制度

工程施工现场的资源配置需要以相应机构为基本依托,笔者认为,需从内部承包合同项目的管理机构予以实际落实。就合同项目的管理机构而言,项目部应按建筑施工企业组建项目管理班子的要求和工程施工管理的规定配置相应的专业技术人员,并按照法律法规和当地政府的有关规定及建筑施工企业的规章制度组织施工。项目经理对工程建设的质量、安全、工期等进行全面现场管理并承担责任,建筑施工企业及所属分支机构对项目经理承包工程的质量、安全、技术等施工管理实行监督、检查、指导和帮助,项目经理应服从建筑施工企业的监督检查。

(三) 合同履行担保和限定项目经理职权范围的风险管控制度

履行担保制度通常以保证金、担保人、财产抵押、银行保函等方式进行专项保证。对保证金而言,建筑施工企业可要求在建设方支付的工程款中预提保证金以保证内部承包合同履行,保证金的金额、退还方式等可根据建筑施工企业的内部规定和项目经理考评情况等因素由合同双方在专用条款中约定。对于合同履行的专项保证金,具体交纳金额和退还方式可由建筑施工企业视项目情况的特殊性和对项目经理综合实力的评估而定,然后要求项目经理提交合同履行的专项保证金。

(四) 工程项目承包管理目标细化考评制度

管理目标的确立有助于建筑施工企业实现预定的经营施工计划,尽管条文设计不可能面面俱到,但是就主要的管理目标应尽可能地细化规定,从而有利于后期考评操作。主要的管理目标应当包括:施工合同规定的质量目标、完成

全部承包工程内容的工期目标、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、计算机信息安全系统及信息化建设目标、劳资纠纷事件控制目标、工程资料管理目标等。

(五)财务管理及资金使用管控制度,工程款的支付实行总量控制、专款专用、凭票付款,工程设备材料款直接支付

财务管理方面首要的标准就是确保建设方支付的工程款,必须全部进入建筑施工企业账户,由建筑施工企业财务方统一管理。项目经理不得要求建设方直接向其支付。对于建设方以承兑汇票方式进行支付或者以实物方式抵付时,项目经理应及时缴入建筑施工企业的财务部门。

总量控制、专款专用、凭票付款,实现该三点的前提是建筑施工企业具备齐全的财务规划,包括:到账工程款的资金使用计划;需要支付人工工资、材料、设备等款项的支付依据;企业收款方的名称、账号、联系方式等。具体内容宜在专用条款中进行详细约定。

(六)民工工资支付保障制度

项目经理确须向建筑施工企业领取款项进行人工工资发放时,项目经理应确保人工工资及时支付到每个民工。在重要的节日前、最后结算时段及其他特殊情况时,建筑施工企业可以要求项目经理提供由项目经理和民工签字确认的应付民工工资清单、民工出具的工资结算承诺书,由建筑施工企业直接发放。项目经理不提供上述资料的,视为项目经理同意建筑施工企业直接与民工结账并认可建筑施工企业支付的金额,建筑施工企业可在与项目经理结算时直接扣除或者另行向项目经理追偿。

(七)工程结算条件及程序管理制度

与建设方进行工程竣工结算时,项目经理应将结算送审报告及完整的结算资料(主要包括预算书、决算书、签证单等)和全部工程资料(包括项目经理提供工程施工产生的债权债务清单和相关依据等)统一报建筑施工企业审核,经过建筑施工企业审核盖章后由项目经理送交建设方,并由项目经理负责落实与建设方的工程结算的核对、清欠等事项。值得注意的是,建设方出具的结算报告书经过建筑施工企业方的公司公章签章后才能被认可。对于工程结算中的不利因素,如项目经理拖延办理结算的,为规避结算风险,双方可约定项目经理未及时与建设方办理结算的,经建筑施工企业催办后仍不积极办理的,建筑施工企业可以直接与建设方结算,项目经理对该结算结果无权提出异议。

(八)工程资料和印章管理制度

工程资料管理方面,项目经理应及时将施工过程中形成的资料报送建筑施

工企业进行审查备案。根据工期的进度安排,建筑施工企业方可以约定每月的月底或者月初对工程资料进行管理,涉及的工程资料主要包括:施工组织计划、与建设方的协议、会议纪要、签证联系单、测试报告、竣工图纸、竣工验收报告、结算资料等所有与工程结算和备案有关的资料。印章管理方面,争议最大的应属项目部章,应对项目部章的使用范围限定为与建设方联系处理施工合同所涉的工程业务事项、处理项目部内部行政管理事务、向建筑施工企业及相关单位报送报表资料等非经济事务。同时应确保因项目经理管理不善造成印章被偷盖、盗盖或者超过印章使用范围造成建筑施工企业损失的,由项目经理承担。

(九) 项目经理规避责任的归责制度

责任的承担直接关系纠纷的化解。规避责任、偷逃债务是项目经理实现“金蝉脱壳”的典型伎俩。项目经理有恃无恐地实施该类违法违规行,很重要的原因在于惩戒威慑的缺失。事后的责任划分可以根据表见代理、职务行为、合同相对性等判定,主观过错中按照过错责任、无过错责任、过错推定责任进行划分。但是事前的内部承包合同却可以通过当事人双方间的类似无过错责任的规则,参照设计责任承担的最终分配,追偿权是企业通常使用的条文设计方式,此外,工程款的抵扣担保、保函、担保人等措施也能起到很好的事先预防作用。对上述归责风险的预防措施可以多管齐下,举措并施,将内部约定的条文设计涵盖的兜底性越好,对项目经理规避责任、偷逃债务的预防性就越高。

(十) 内外纠纷处理的程序和诉讼风险责任制度等

因项目经理引发的民商事纠纷,在争议的处理中通常涉及三方主体:建筑施工企业、项目经理与第三人(建设单位、材料供应商、设备租赁商等),内部承包合同作为建筑施工企业与内部职工的约定当然不具有对抗第三人的效力,在涉及诉讼纠纷时,需从如下几点做好工作:建筑施工企业与项目经理约定因本合同履行中与建设单位,材料供应商、设备租赁商或者因劳务关系、人身损害等发生的争议,由项目经理负责处理。项目经理要求通过起诉或者仲裁等法律途径解决的,应向建筑施工企业提出书面申请,并承担诉讼或者仲裁的风险和相关费用。在必要情况下,可以要求项目经理提供诉讼风险担保。

四、内部承包制度的操作与完善

(一) 试行工程分包招投标制度

招投标制度在建设工程领域的开展起到很好的规范作用,从整个流程来看,发包方与承包方在签署建筑工程施工合同时必须以招投标文件为准,合同

签订的时间也在中标通知书发出后,可见,建设工程施工合同的签署是在市场规则和行政规则双重指引下发包人与承包人合意的结果。

对此进一步展开,内部承包合同作为建设工程施工合同的具体落实,可以参照工程发包的招投标流程进行。在流程上的差距主要体现在工程发包的主管机构由专门的招投标管理中心负责,而此时内部承包工程的发包则由建筑施工企业自己组织实施。从招标简章、投标报价、投标文件的编制及保证金的缴纳、投标文件的递交、开标、评标、签订合同,整个流程环节都由建筑施工企业主导实施。从招标方式来看,可以按照《招标投标法》及与之相配套的法规、规章,采用邀请招标的方式,择优选定中标人。财务、审计、法务、人力资源等部门联合组织实施。从评标组织来看,招标建筑施工企业可以根据企业所在地的工程建设项目施工招投标实施细则并结合建筑施工企业实际组成评标委员会(小组)。分包对象由建筑施工企业负责统一招标,择优选定,在同等条件下项目经理推荐的可优先录用,分包协议由建筑施工企业和分包人签订,分包工程款由建筑施工企业审核结算,项目经理负责具体实施和管理,确保项目稳健运行。对发现项目经理擅自发包的,应督促分包人与建筑施工企业签订分包协议,并从严控制。

招投标制度在配置资源、提高效率,公正、公平、科学合理地发挥竞争优选机制具有无可比拟的制度优势,通过业主单位的发包、建筑施工企业中标工程的发包两个层次将工程招投标制度进行彻底贯彻。

(二) 试行材料设备专项岗位监控制度

大宗建材、大型机械设备由建筑施工企业统一采购供应,零星材料、小型设备可由项目部报价,经建筑施工企业审核后自行采购。上述材料设备及其他款项的支付一律由公司审核,同时,为防范项目经理权力过大,应在项目部设立相互制约的岗位,如会计、出纳、材料员、仓库保管员等,上述人员应由建筑施工企业和项目经理分开选任,杜绝违规操作的可能性。

(三) 试行设立印章专管员制度

就建设工程施工领域而言,印章的主要类型囊括了建筑施工企业的公司公章、合同专用章、项目部章、财务专用章、技术专用章、法定代表人私章等。对建筑施工企业日常标准合同文件的公章适用范围缺乏规定,因此经常发生项目部章或者技术专用章替代公章使用的情形。项目经理对外签订的项目相关订单或者协议,建筑施工企业要结合项目经理所签合同的法律性质,试行设立印章专管员制度;印章专人保管,所盖印章的相关资料须由法定代表人签字审核同意后并由印章专管员登记备案造册,统一规范使用印章。

第四节 案例指引

案例 1-1 | 项目经理应按照内部承包合同约定提供材料款发票

【案情】 原告倪某就本诉诉称:2006年12月1日,原、被告签订建筑工程项目内部承包合同1份,约定由原告负责承包施工被告中标的W工贸有限公司新建厂房工程,上述合同签订后,原告按约完成施工并进行结算。2010年10月25日,原、被告签订结账单1份,载明被告结欠原告工程款6792700元及水电配套费80000元,原告需支付给被告律师费250000元,即被告结欠原告工程款6622700元。嗣后,被告合计支付给原告工程款5730000元,尚欠892700元至今未付。故原告起诉要求被告支付工程款892700元,诉讼费由被告承担。

被告A建设集团有限公司就本诉辩称并提出反诉:其公司已经按照结账单约定向倪某支付了工程款6040000元,并非倪某所称的573000元;因倪某至今没有将其承建工程的防火门合格证交给被告,导致该工程至今未验收并交付使用,故要求倪某一并交付防火门的合格证,以便被告与业主单位进行验收;被告结欠倪某工程款6792700元中,应根据承包协议的约定,扣除18%的税管费等;双方的对账单明确约定,倪某需向被告提供9060000元的材料发票和工资单,其中倪某应提供材料发票的金额为6795000元,但倪某至今未向其公司提供上述金额的材料发票,故被告A建设集团有限公司提出反诉,反诉要求倪某提供金额为6795000元的材料发票,如果不能提供,则要求倪某支付上述开具发票的4%的税金金额271800元;反诉费由反诉被告负担。

反诉被告倪某就反诉辩称:反诉被告已向反诉原告提供了金额为6000000元左右的材料发票,双方承包合同约定其领取工程款时应提供75%的材料发票和25%的人工工资单属无效约定,反诉原告不能以此为由拒付工程款,即使其确实未提供发票,反诉原告提出的税金也过高。综上,请求驳回反诉原告的反诉请求。

一审法院经审理查明:原告系被告单位职工,原、被告于2006年12月1日签订建筑工程项目内部承包合同1份,约定由原告负责承包施工被告中标承建的W工贸有限公司新建厂房工程,工程造价暂定为9600000元,承包方式为包工包料,盈亏由原告自负,被告按建设单位支付的工程款扣除原告应上缴被告的税金及管理费为总造价的18%,被告按建设单位支付的工程款扣除税金及管

理费后转入原告账户;原告在领取工程款时需提供 75% 的材料发票和 25% 的人工工资单。该承包合同还对双方的其他权利义务作出了约定。合同签订后,双方按约履行,原告完成约定工程的施工后,双方于 2010 年 10 月 25 日进行了结算,确定被告尚应支付原告工程款 6792700 元,原告应提供总金额为 9060000 元的材料发票和人工工资单;工程款在公司监督下付清在外所欠材料费和人工工资后,余额付给原告;水电安装配套费 80000 元由被告付给原告;律师费结算后按比例共同承担;双方以前的借据及其他单据共同作废,工程款按所到比例支付;被告应向原告收取的费用已清。双方达成书面结算单 1 份,由原告和被告委托代理人孟某签名确认。双方结算后,被告陆续支付给原告工程款共计 6030000 元。在本案审理过程中,原、被告均认可工程款中应扣除原告应承担律师费用为 250000 元。

以上事实,由原、被告提交的建设工程项目内部承包合同和结账单各 1 份,原告提交的 J 省高级人民法院民事调解书、建行明细账查询表,被告提交的银行转账凭证 5 份、收据 3 份及原、被告庭审陈述予以证实。

【法院观点】一审法院认为,原、被告签订的建筑工程项目内部承包合同,应认定为合法有效。原告完成合同约定的工程施工义务后,双方已对工程款进行了结算,根据该结算结果以及被告的付款情况,应扣除原告应承担的律师费用 250000 元,现被告 A 建设集团有限公司应支付原告倪某工程款 592700 元的事实清楚,被告认为其于 2012 年 11 月 12 日为原告支付工资及垫付款共计 10000 元的主张,因提交的证据不能证明该主张成立,故法院不予采信,被告理应及时履行上述工程款的付款义务。关于反诉原告 A 建设集团有限公司要求反诉被告倪某提供金额为人民币 6795000 元的材料款发票的反诉请求,法院认为,双方在内部承包合同中约定反诉被告倪某在领取工程款时须提供 75% 的材料发票和 25% 的人工工资单,现反诉被告倪某对其应承担提供给反诉原告工程款 9060000 元中金额为 6795000 元的材料发票这一义务也并无异议,故反诉原告要求反诉被告提供金额为人民币 6795000 元的材料款发票的反诉请求,于法有据,法院予以支持。虽反诉被告主张已提供给反诉原告约金额为 6000000 元的材料发票,但未能提供证据予以证实,故法院不予采信;对反诉原告主张的若反诉被告不能提供上述发票,则应支付反诉原告相应的税金计人民币 271800 元的反诉请求,法院认为如反诉被告违反合同义务,未向反诉原告足额提供发票,必然会给反诉原告造成相应之损失,但因该损失尚未实际产生,且金额无法确定,故反诉原告可待实际发生后另行主张权利,法院对反诉原告这一反诉请

求在本案中不予处理。判决:(1)被告 A 建设集团有限公司支付原告倪某人民币 592700 元;(2)倪某将金额为人民币 6795000 元的材料款发票交给反诉原告 A 建设集团有限公司;(3)驳回原告倪某的其他诉讼请求;(4)驳回反诉原告 A 建设集团有限公司的其他反诉请求。

本案反诉被告倪某不服判决,以一审判决要求其提供材料发票于法无据为由提起上诉。

二审法院经审理后认为,当事人应当按照约定全面履行自己的义务,当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定的,应当承担继续履行、采取补救措施或者赔偿损失等违约责任。上诉人倪某与被上诉人 A 建设集团有限公司签订的《建筑工程项目内部承包合同》约定“乙方(倪某)在领取工程款时须提供 75% 的材料发票和 25% 的人工工资单”,双方订立的《结算单》载明“需提供材料发票及工资单总额 906 万元”,现被上诉人依据双方约定要求上诉人提供金额为人民币 6795000 元的材料发票,于法有据,应予支持。上诉人倪某虽主张其已提供给被上诉人 A 建设集团有限公司金额为约 6000000 元的材料发票,但并未提供证据予以证明,根据最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第二条规定:“当事人对自己提出的诉讼请求所依据的事实或者反驳对方诉讼请求所依据的事实有责任提供证据加以证明。没有证据或者证据不足以证明当事人的事实主张的,由负有举证责任的当事人承担不利后果。”一审法院判令上诉人倪某交付给被上诉人 A 建设集团有限公司金额为人民币 6795000 元的材料款发票并无不当,法院依法予以支持。上诉人的上诉理由不能成立,法院依法不予支持。原审判决认定事实清楚,适用法律正确,判决驳回上诉,维持原判。

案例 1-2 | 建筑施工企业不能以项目经理未提供发票为由拒付工程款

【案情】 原告王某诉称:2005 年 7 月 12 日,原、被告签订一份《建设工程项目管理协议书》。原告承建被告总承包的杭千高速房建 F2 标段工程,工程总造价为 39857148 元。经过原告努力,发包方 H 市交通工程建设管理处于 2010 年 2 月 11 日将 7270563.50 元的工程款支付给了被告。之后,原告因需要支付材料款、人工工资多次要求被告将工程款支付给原告,但被告一直以种种理由予以拒绝,直到 2010 年 10 月 12 日,该笔工程款被 Y 区人民法院执行冻结、划拨用于支付相应欠款。原告认为,根据双方协议约定,被告应在收到发包方支付的工程款后及时将款项支付给原告,否则由此而给原告造成的相应损失包括利

息损失等均应由被告承担。故原告起诉要求:(1)判决被告立即支付6896692.85元工程款自2010年2月11日起至10月12日止的利息计人民币312834元;(2)本案诉讼费用由被告承担。

被告A建设集团有限公司辩称:请求驳回原告的全部诉讼请求。其理由如下:(1)S市Y区人民法院(2011)民初字第2005号生效判决书、S市中级人民法院(2011)民终字第1331号生效民事判决书已经确认,截至本案的原、被告双方在内部结算表上签字时,原告可在被告处领取款项为6365380.85元,原告现以6896692.85元为本金要求计算相应利息无事实依据;(2)原、被告在《建设工程项目管理协议书》第三条中约定,剩余结算工程款在结算前最多付至95%,由于原告至今仍未按双方协议约定及公司财务管理制度要求完成项目全部结算流程,故被告有权在结算前暂扣5%的实收工程款即人民币1992857.40元;按照双方协议约定,原告申请用款须提供相应金额的发票,且生效判决亦确认原告至今仍需向被告提交金额为人民币4022814.16元的材料款发票,在原告未提交该额度的发票前,被告有权暂扣相应额度的款项;生效判决确认原告应支付被告垫付款288682.26元及该款项自2011年1月4日起至判决确定支付日止的利息计人民币27836.99元,该笔款项被告有权在应结付工程尾款中予以扣除;原告未出具案涉工程款若有其他外欠款项由其承担和处理的承诺书,故案涉工程尚有其他外欠款项的,被告有权在工程结算款中予以扣除;(3)案涉工程阶段性结算完成时间为2010年9月15日,而此时原告亦未按公司财务管理制度要求完成项目结算全部流程,故原告主张工程结算尾款自2010年2月11日起的利息,无事实依据。请求依法驳回原告的诉讼请求。

一审法院经审理查明:被告A建设集团有限公司(协议书称甲方)与原告王某(责任承包人,协议书称乙方)于2005年7月12日签订《建设工程项目管理协议书》1份,约定由被告聘请原告担任被告承建的杭千高速房建F2合同标段工程项目(以下简称诉争工程)的责任承包人;责任承包人定义:本协议所称责任承包人,是指受甲方委派对本工程施工过程全面负责的项目管理者,是甲方在本工程项目上(协议范围内)的授权代表,对工程质量、职业健康安全、环保、文明施工、工期和工程成本等全面负责。协议书第二条“工程项目结算及支付”规定:原告按照被告与建设单位之间签订的《杭千高速房建F2合同段建设工程承包合同》的约定及补充签证约定的结算方式计取工程造价;原告须按工程总造价的8%向被告缴纳税金及附加、管理费及统筹基金(以下简称总管理费),并特别约定上述总管理费不含劳保统筹基金,除建管费外的其他规费另由

项目部承担;按工程款专用的原则,原告应及时按约向发包单位收取工程款,所收工程款必须全额转入被告指定账户,原告所使用的工程款有材料发票及人工费经被告审批后进入被告财务账内,其中人工工资单不超过总工程款的16%,在账外原告对外拖欠的人工费、材料费等一切费用被告不予承担;并在补充条款中特别约定工程结算中收取的劳保费用由被告代收代缴,协议同时对双方其他权利义务事项作了约定。协议签订后,双方按约履行各自权利义务。

2010年3月2日经被告与建设单位结算,确认诉争工程总造价为39857148元(含装修工程)。此后,原、被告双方于2010年3月20日开始对该工程进行内部结算,被告制作了内部承包结算表1份,确认工程决算收入为39857148元,其中包含劳保基金531312元;原告按约定应交被告税管费为3677378.88元(其中劳保基金531312元原告需全额向被告缴纳,除此以外的工程决算收入,原告需按8%比例缴纳税管费);工程成本为29682500.77元;可用或者结余为6497268.35元,其中多进发票金额为2454454.19元;应扣除20000元新闻曝光费用;应收工程尾款为111887.50元;实际可用金额为6365380.85元;原告在结算表项目经理栏中签字,被告法定代表人王某某于2010年9月15日签字同意。原告已收到建设单位直接向其支付的诉争工程尾款111887.50元。

另查明,由于原告外欠H西湖公司款项,H西湖公司申请S市Y区人民法院执行原告在被告处的该笔到期债权;该院于2010年10月12日将6365380.85元款项从被告公司账户全额划拨至S市Y区机关会计核算中心执行款专户,并于2011年1月转账支付给H西湖公司,作为原告向H西湖公司支付的执行款,期间被告向该院曾提出执行异议,未果。因原告在诉争工程中外欠Z建工集团有限公司款项,该公司于2010年年底向被告催讨钢结构部分分包工程款288682.26元,被告依据原告出具的欠款确认单、用款申请单等在2011年1月4日向Z建工集团有限公司支付了该笔款项。

2011年4月14日A建设集团有限公司作为原告向S市Y区人民法院提起诉讼,要求:(1)被告王某提供金额为4022814.16元的材料款发票给A建设集团有限公司,若王某不能提供则赔偿A建设集团有限公司因此所受损失1005703.54元(若王某在不超过1036362.94元的额度内提供人工工资单的,则上述材料款发票可作相应核减);(2)立即支付款项288682.26元及该笔款自2011年1月4日起至判决确定支付日止按同期同类中国人民银行发布的基准利率计算的利息;(3)在承建杭千高速房建F2标段工程期间的其他外欠债务均由王某承担。王某在该案中提起反诉,要求依法撤销2010年3月20日的

内部结算协议,判令 A 建设集团有限公司返还王某工程款 242629.74 元,超过举证期限后又增加反诉诉讼请求,要求判令 A 建设集团有限公司支付给王某 6896692.85 元工程款自 2010 年 2 月 11 日至 10 月 12 日的利息 312834 元(该增加部分请求 S 市 Y 区人民法院以超过法律规定的期限为由在该案中不予一并处理)。S 市 Y 区人民法院经审理认为,A 建设集团有限公司与王某于 2005 年 7 月 12 日签订的建设工程项目管理协议书,意思表示真实,不违反法律强制性规定,合法有效,双方应按协议约定的事项享受权利以及承担义务。该协议已明确约定工程结算中收取的劳保费用由被告代收代缴,并约定王某向 A 建设集团有限公司缴纳的总管理费中不包含劳保统筹基金,A 建设集团有限公司据此在双方内部结算时将劳保基金从王某应得的工程款中予以扣除符合双方协议约定,且王某亦已在内部结算表上签字确认,王某虽在庭审中提出异议,认为其与建设单位之间结算时核定的 39857148 元工程结算价中不包含 531312 元的劳保基金,其系存在重大误解的情形下,受 A 建设集团有限公司胁迫在该结算表上签字,该结算表并非其真实意思表示,应予撤销,该笔劳保费用在结算时不应由其承担,但未能提供充分证据证明,也有违其作为一名有经验的工程项目经理在与公司进行内部结算时的常理。故该院对王某上述辩称意见不予采纳,对双方内部结算表的真实性、合法性予以认定,并对截至双方在内部结算表上签字时,王某在 A 建设集团有限公司处尚有工程款 6365380.85 元可领取及建设单位尚扣留诉争工程尾款 111887.50 元的事实予以确认,于同年 10 月 14 日作出(2011)民初字第 2005 号民事判决书,判决:(1)被告王某应于本判决生效之日起 30 日内将金额为人民币 4022814.16 元的材料款发票(若王某在不超过 1036362.94 元的额度内提供人工工资单的,由上述材料款发票金额可作相应扣减)交给 A 建设集团有限公司;(2)被告王某应于判决生效之日起 30 日内支付原告 A 建设集团有限公司人民币 288682.26 元及该款自 2011 年 1 月 4 日起至判决确定支付日止的利息(按中国人民银行同期同类贷款利率计算);(3)驳回原告 A 建设集团有限公司其他诉讼请求;(4)驳回反诉原告王某的反诉请求。王某不服,提起上诉,S 市中级人民法院于同年 12 月 22 日作出(2011)民终字第 1331 号民事判决书,判决驳回上诉,维持原判。原告遂诉至法院要求处理,酿成纠纷。

同时查明,在 94 定额中规定建筑安装工程费用包含劳保统筹基金,该基金系按照《国务院关于企业职工养老保险制度改革的决定》(国发[1991]33 号)等有关规定建立,其定额费率为工程造价的 1.6%。在 03 定额中规定建设工程造