

工程分包责任分析

卢熙舜

中国水利水电第六工程局有限公司

DOI:10.32629/bd.v3i12.2971

[摘要] 建筑业发展细化过程中,工程分包责任不清,导致施工单位经营难以为继,各类劳资纠纷不降反升,工程发包方和分包方相互推诿,处理难度加大。

[关键词] 分包种类; 违法分包; 责任分析; 应对措施

1 工程分包种类

1.1 根据分包内容的不同,建筑工程分包包括专业工程分包和劳务作业分包两类。

专业工程分包,是指施工总承包企业将其所承包工程中的专业工程发包给具有相应资质的其他企业完成的活动。劳务作业分包,是指施工总承包企业或者专业承包企业将其承包工程中的劳务作业发包给劳务分包企业完成的活动。

专业工程分包和劳务作业分包最大的法律区别在于工程分包的指向对象是分部分项工程,计取的是直接费、间接费、税金和利润,其对象属于法律上的“工程款”;劳务分包的指向对象是专业工程中剥离出来的简单劳务作业,计取的是直接费中的人工费和一定的管理费,其对象属于法律上的“劳务报酬”。

1.2 劳务分包方式有自带劳务承包、零散的劳务承包、成建制的劳务分包。

前两种方式是特殊的劳务分包方式,工人采用计件工资制,他们与企业有劳动关系,由企业承担相关责任。日常所说的劳务分包一般指的是成建制的劳务分包。

1.3 从法律效力区分,建筑工程分包分为合法分包与违法分包。这里的违法分包,包括转包和挂靠。

2 违法分包的具体范围

2.1 《建筑工程施工发包与承包违法行为认定查处管理办法》(以下简称《认定查处办法》)规定,下列情况属于违法分包:

工程分包给个人和不具备相应资质单位的;除钢结构工程外,将工程主体结构施工分包出去的;专业分包单位将其承包的专业工程中非劳务作业部分再分包的;劳务承包人将其承包的劳务再分包的;劳务承包人除计取劳务作业费用外,还计取主要建筑材料款和大中型施工机械设备、主要周转材料费用的。

2.2 《认定查处办法》规定,下列情况应当认定为转包,但有证据证明属于挂靠或者其他违法行为的除外:

承包的全部工程直接转给或肢解后转给其他单位(包括母公司承接建筑工程后将所承接工程交由具有独立法人资格的子公司施工的情形)或个人施工的;承包单位未派驻项目负责人、技术负责人、质量管理负责人、安全管理负责人,或派驻的其中一人及以上与施工单位没有劳动关系和社保关系,或派驻的项目负责人未对该工程的施工活动进行组织管理;合同约定由承包单位负责采购的主要建筑材料、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相应证明的;劳务承包人承包的范围是承包单位承包的全部工程,计取的是除上缴给承包单位“管理费”之外的全部工程价款的;工程分包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。

两个以上的单位组成联合体承包工程,在联合体分工协议中约定或者在项目实际实施过程中,联合体一方不进行施工也未对施工活动进行组织管理的,并且向联合体其他方收取管理费或者其他类似费用的,视为联合体一方将承包的工程转包给联合体其他方。

2.3 《认定查处办法》规定,下列情况属于挂靠: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;有资质的施工单位相互借用资质承揽工程的。

3 违法分包应承担的责任

3.1 《认定查处办法》明确规定违法分包应受到行政处罚。(1)对认定有转包、违法分包违法行为的施工单位的处罚包括,责令改正,没收违法所得,并处罚款,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。对勘察、设计单位处合同约定的勘察费、设计费百分之二十五以上百分之五十以下的罚款;对施工单位处工程合同价款百分之零点五以上百分之一以下的罚款;对工程监理单位处合同约定的监理酬金百分之二十五以上百分之五十以下的罚款。对因转包工程或者违法分包的工程不符合规定的质量标准造成的损失,与接受转包或者分包的单位承担连带赔偿责任。(2)对认定有挂靠行为的施工单位或个人的处罚包括,给招标人造成损失的,依法承担赔偿责任;构成犯罪的,依法追究刑事责任。尚未构成犯罪的,处中标项目金额千分之五以上千分之十以下的罚款,对单位直接负责的主管人员和其他直接责任人员处单位罚款数额百分之五以上百分之十以下的罚款;有违法所得的,并处没收违法所得;情节严重的,取消其一年至三年内参加依法必须进行招标的项目的投标资格并予以公告,直至由工商行政管理机关吊销营业执照。(3)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的处罚包括,责令改正,没收违法所得,并处罚款,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。对因该项承揽工程不符合规定的质量标准造成的损失,建筑施工企业或使用本企业名义的单位或者个人承担连带赔偿责任。对勘察、设计单位和工程监理单位处合同约定的勘察费、设计费和监理酬金1倍以上2倍以下的罚款;对施工单位处工程合同价款百分之二以上百分之四以下的罚款。

3.2 其它部分法律法规及行业政策规定的违法分包应承担的责任。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》规定,雇员因安全生产事故遭受人身损害,发包人、分包人知道或者应当知道接受发包或者分包业务的雇主没有相应资质或者安全生产条件的,应当与雇主承担连带赔偿责任。

《最高人民法院关于审理工伤保险行政案件若干问题的规定》规定,用工单位违反法律、法规规定将承包业务转包给不具备用工主体资格的组织或者自然人,该组织或者自然人聘用的职工从事承包业务时因工伤亡的,

用人单位为承担工伤保险责任的单位。

《安全生产法》规定,生产经营单位将生产经营项目、场所、设备发包或者出租给不具备安全生产条件或者相应资质的单位或者个人的,责令限期改正,没收违法所得;违法所得五万元以上的,并处违法所得一倍以上五倍以下的罚款;没有违法所得或者违法所得不足五万元的,单处或者并处一万元以上五万元以下的罚款;导致发生生产安全事故给他人造成损害的,与承包方、承租方承担连带赔偿责任。

4 合法分包中应承担的责任分析

这里着重分析劳资关系方面的监督责任和连带责任。

4.1承包企业对分包企业监督责任。《建设领域农民工工资支付管理暂行办法》(以下简称《办法》)和《关于建立和完善劳务分包制度发展建筑劳务企业的意见》(以下简称《意见》)都明确要求发包企业对分包企业进行监督管理的责任,把发包企业当成分包企业的上级来对待。

监督权应当由法律赋予并在合法的前提下行使,但在现行法律层面上,关于发包企业对分包企业监督管理的规定是存在缺位的。在实践过程中,发包企业依据上述规章及规范性文件对分包企业进行监督管理时,往往会出现无所作为或矫枉过正的问题。

另一方面,虽然发包、分包企业在产业链上是上下游关系,但在建筑工程领域,建筑工程分包合同双方在法律上是平等的,二者之间的关系是商务关系,作为民事关系的一种,自然受到《民法通则》和《合同法》等民商法律的规范。发包企业和分包企业都是独立经营的企业,不存在上下级之间的关系,这和发包企业与材料供应商之间的关系是完全一样的。发包企业无权对分包企业的内部经营管理行为进行干涉,发包企业、分包企业都要为各自的经营管理行为独立负责。从这个角度来分析,发包企业对分包企业的监督管理更显得底气不足。

4.2发包企业对分包企业施工中出现的质量、安全、劳资纠纷等承担连带责任。发包企业对分包工程的质量、安全、进度等承担连带责任,这是被大家熟悉和认同的。也具有法律层面的支撑。

在劳资纠纷连带责任上,《办法》和《意见》二者有明显的区别:《办法》中规定发包企业违反规定发包、分包给不具备用工主体资格的组织或个人的情况下才承担清偿拖欠工资连带责任,《意见》则直接规定发包企业对工程发生的劳资纠纷承担连带责任。《办法》是部门规章,属于准法的范畴,《意见》是规范性文件,不具有法律属性。对于行政部门来说,是无

权通过规章及规范性文件对平等主体之间的民事活动确立连带责任的承担。单纯为解决建设工程领域的拖欠问题而刻意加重个别主体的法律责任,在理论层面上破坏了法律体系应该具有的统一性、完整性和稳定性,在实践上也不能够得到有效的贯彻和实施。

5 工程分包中存在的问题及应对措施

5.1混淆专业工程分包和劳务分包。不能正确区分工程分包和劳务分包,往往会被认定为违法分包。

5.2对资质审核不严格。发包企业对分包企业的资质审核不严肃,只看材料不审核。

5.3违法分包中最常见、最容易出纠纷的就是将专业工程、劳务分包给个人。如果确实需要但又没法招到大批农民工,我们可以考虑将“包工头”纳入班组,转换成零散劳务承包,民工工资由发包方直接发放。

5.4总分包企业对工程分包是否违法以及自身应承担的责任不清楚。我们需要加强对法律法规的认识,只有认清自己存在的问题,才能正确处理问题。

5.5将纠纷消化在内部,避免拔出萝卜带出泥。在处理纠纷时,有一点要做到,那就是在纠纷未处理完成前,暂扣结算款,保证自身利益不受侵害。

5.6加强安全、质量、民工工资发放等的管理,严禁以包代管。不出现安全、质量事故,不出现纠纷,自然就没了责任。

6 结语

工程分包是建筑业发展细化后的重要模式。但从现实情况来看,有关法律法规和行业政策等的不完善,对责任的划分不明确或有失偏颇,导致发包方承受极大压力,这无疑是在饮鸩止渴。但我们要理解政府为了维护稳定需要而做出的决定,因此,我们只能详细分析,努力规避,做好应对措施。

[参考文献]

[1]刘皓.水电工程项目分包管理风险及对策[J].水利水电技术,2017(S2):144-146.

[2]米佳.工程分包、转包和劳务分包辨析[J].上海建设科技,2017(5):81-84.

[3]邓艳萍.建筑工程总承包企业劳务用工的法律风险及其防范措施[J].企业改革与管理,2019(10):67+73.