

工程总承包模式下,设计单位应否对施工单位的分包债务承担连带责任?

文/李彩凤

案情简介

某设计院牵头,与某施工单位组合联合体,以工程总承包模式承接了某标准厂房的建设,双方向发包人提交《联合体协议》,并共同与发包方签订《工程总承包合同》。随后,施工单位根据分工,自行将部分施工任务分包给劳务公司。后施工单位欠付劳务公司工程款,劳务公司将施工单位和设计单位一并告上法庭,要求承担连带清偿责任。

本案的争议焦点在于:设计单位认为是施工单位在自己的分工范围内,且独立对外签订劳务分包合同,自己不是合同当事人,无需向劳务公司承担连带付款义务;而劳务公司认为,这个�项目是工程总承包模式,设计单位还是牵头方,已经收取了管理费,就应该共同对外承担连带责任。

实务观点

对上述分歧,双方各执一词,看似均有一定道理。在司法实务中,确实也有两种不同的观点。

观点一:设计单位应当对施工单位的对外债务承担连带责任。因为《建筑法》第二十七规定:“大型建设工程或者结构复杂的建筑工程,可以由两个以上的承包单位联合共同承包。共同承包的各方对承包合同的履行承担连带责任。”该条并未明确连带责任仅针对发包人,而“承包合同的履行”就包括基于施工任务的分包。

在贵州省冶金公司与四川省冶金设

计院建设工程合同纠纷一案中,四川省高级人民法院在(2015)川民终字第664号判决书中即持上述观点。该院认为:基于《联合体协议书》的约定,华硅公司与唐勇、王善池签订涉案工程施工合同,其代表的仍然是由华硅公司、川冶设计院、贵冶公司所组成的“联合体”,其法律后果理应由“联合体”承担。……故基于《联合体协议书》的授权,华硅公司与唐勇、王善池签订的案涉《土建工程施工承包合同》对贵冶公司、川冶设计院具有约束力。“联合体”作为案涉建工关系的承包人,一审判决“联合体成员”华硅公司、川冶设计院、贵冶公司共同对唐勇、王善池承担支付工程的责任并无不当。

观点二:设计单位不应对施工单位的单方对外负债承担连带责任。如此,则会突破合同的对价性原则,还会导致联合体内部混乱、责任不清、事后追偿增加诉累,也不利于联合体各方发挥自己所长尽职履职去管理项目。

在大悟县振源电力公司、深圳市安芯数字公司及未来计算机技术开发公司等建设工程合同纠纷一案中,湖北省孝感市中级人民法院在(2016)鄂09民终1114号民事判决书中即不支持联合体成员对其他成员的债务承担连带责任。该院认为:《大悟县天网工程中心机房改造工程施工合同》的发包人是深圳安芯公司,合肥未来公司、中国移动大悟公司未在该合同上签字盖章,应当认为其不是合同的当事人。……深圳安芯公司、合肥未来公司、中国移动大悟公司自愿订立《联合体协议书》,约定由中国移动大悟

公司作为牵头方……深圳安芯公司将大悟县天网工程中心机房改造项目发包给振源公司施工,与深圳安芯公司、合肥未来公司、中国移动大悟公司根据《联合体协议书》约定与大悟县政府签订的天网工程总承包合同无关,故振源公司的该项上诉请求本院予以驳回。

法律分析

上述两点实务观点以及裁判规则,确实均有一定的道理。但笔者认为,在设计单位未参与施工分包合同的订立及履行的情形下,仅凭联合体协议和总承包合同,分包单位是不能请求设计单位承担连带责任的。法律分析如下:

第一,现行法律并未明确联合体成员要对其他成员的对外债务承担连带责任。

法律责任的认定必须遵照现行有效的法律规定。《民法总则》第一百七十八条规定:“连带责任,由法律规定或当事人约定。”由此可知,连带责任要么基于当事人的约定,要么有法律明文规定,方可认定。《建筑法》第二十七条规定的是“共同承包的各方对承包合同的履行承担连带责任。”笔者理解,此条中“承包合同的履行”应是特指发包人与承包人签订的“承包合同”,“履行”的对象应该是合同相对方发包人;而不应做扩大解释,牵连到施工单位履行承包合同时对外再签订一系列合同的履行。而《招标投标法》第三十一条规定:“联合体中标的,联合体各方应当共同与招标人签订合同,就中标项目向招标人承担连带责任”,该

条即明确了联合体承担连带责任的对象仅是招标人。从立法之间相互印证,亦可看出《建筑法》第二十七的正确解读应如笔者前文所述。

第二,合同相对性原则必须遵守,分包单位无权突破合同相对性向设计单位主张工程款。

合同仅能约束参与合同订立的各方主体,而不能在合同中为第三方创设义务。合同相对性作为各类合同规则和制度赖以建立的基础和前提,坚持适用是原则,突破是例外。合同相对性的突破应当以立法例的例外规定为限,不宜在实践中广泛适用,更不宜纳入法院自由裁量权的范畴。

施工分包合同的签订主体是施工单位,设计单位并未参与订立。分包合同只能约束到施工单位,这是合同相对性原则的要求。那这个相对性是否存在于联合体协议,以及设计单位在总承包合同项下收取一定的管理费,而被突破呢?答案是否定的。

联合体协议是设计与施工单位之间的内部分工及责任划分,其效力不及于分包单位,这是合同相对性的要求。设计单位基于总承包合同收取管理费,也是基于设计、施工单位与发包人的合同约定,该合同效力也不及于分包单位。分包单位在订立分包合同时,明知其合同相对人就是施工单位,没有设计单位,其无权以施工单位与第三方之间的合同约定来主张自己的权利,除非第三方对施工单位负债,且施工单位怠于行使债权。分包单位方可依据《合同

法》第七十三条行使代位权,追及到第三人。

第三,总包管理费的对价是设计单位向发包人提供的项目管理等服务,设计单位不因收取总包管理费而对施工单位内部管理承担管理责任。

目前设计单位能收取的牵头管理费其实并不高,本质上是减轻发包人负担而从发包人处获取的额外报酬。其提供的对价是更好服务发包人,在一定程度上替代传统模式下发包人在设计单位与施工单位之间协调,统领采购、施工单位优化设计,配合完成总包项目。设计单位的管理报酬对价不包含施工单位内部的施工管理。相反,施工单位为完成自己分内的施工任务所需实施的管理,其对价已在施工单位取得工程价款中包含的管理费部分得到体现。

第四,若让设计单位对施工分包合同承担连带清偿责任,则不仅不利于联合体发挥各自优势建设管理总包项目,还将引发联合体内乱。

笔者认为,联合体的存在,是目前总承包市场欠缺既有设计资质又有施工资质还有总包管理能力的主体,不得以而为之。联合体仅是一个过渡时期的权宜之计,目前大多只是临时“拉郎配”的“两张皮”,而最终走向内部的真正融合尚需时日。

针对目前联合体的“联而不合”现象,从务实的角度出发,还是让设计、施工单位各司其职,在各自擅长的领域发挥各自的优势作用,在各自分工范围内的内部管理还是靠自身,既经济省力又

能权责分明;如果让彼此为对方的全部行为均承担连带责任,实行“长臂管理”,比如让设计单位抽调大量人力来管理施工单位自身都难管理的乱象,实为强人所难。无力管理,又让其承担连带责任,只会引发联合体内乱,相互扯皮,被“连带”的一方事后还要再次追偿,徒增纠纷和诉累。

建议

工程总承包模式在国际上通行已久,但国内推行却一波三折。近年来,国家再次力推,也给亏损或微利的建筑企业带来盈利的美好期待。但国家层面的法律几乎空白,规范性文件或各地政策时有矛盾,司法实务中裁判规则亦大相径庭,导致市场参与主体难以适从。在国家更高层级的法律法规出台之前,此类争议裁判规则恐难统一。

但工程总承包模式“新鲜出炉”时,也是各方抢占市场先机之时。笔者建议有志于尝试工程总承包模式的企业,为避免事后扯皮,最好能在签订《联合体协议》及《总承包合同》时,明确约定联合体各方的分工及职责范围,同时明确在各自的分工范围内独立对外签订及履行的合同,各自负责,彼此不承担连带责任。同时约定,一旦第三方通过司法裁判成功向联合体一方追究了连带责任的,除可追偿外,还应要求责任方承担违约责任,以此促使联合体各成员自觉“自扫门前雪”,避免“城门失火殃及池鱼”。

(作者单位 广西同望律师事务所)

不以单位名义行贿而利益所得归单位的行为定性

文/周玉玲

【案情】

被告人张某某系重庆某玻璃有限公司(下称重庆公司)法定代表人。2016年初,张某得知重庆某公立医院招标采购,而自己经营的重庆公司资质又不达标,张某便以个人身份挂靠四川某玻璃有限公司(下称四川公司),并以四川公司名义参与投标。张某为使四川公司中标,便找到负责该医院招投标的严某帮忙,并从重庆公司预支了20万元感谢费给严某,后四川公司中标。合同履行完毕后,四川公司收到该医院工程款并扣除相关管理费用后,于2016年12月1日将张某应得利润75万元转至张某个人账户,12月8日,张某将75万转至重庆公司财务处。2017年3月,严某因受贿被调查,供出该犯罪事实。

本案争议的焦点在于张某不以单位名义,而犯罪所得却归单位所有的行为

是否应认定为单位犯罪,主要存在两种意见:第一种意见认为,本案应以行贿罪追究张某的刑事责任。第二种意见认为,本案应以单位行贿罪追究重庆公司的刑事责任。

【评析】

笔者赞同第二种意见。理由如下:有人认为,认定单位犯罪必须同时具备两个条件:一是以单位名义实施犯罪;二是违法所得归单位所有。缺少其中任何一个条件也不应成立单位犯罪。但是笔者认为,单位犯罪中“以单位名义实施”应当进行实质考察,而不能只做表面理解。

大多数单位犯罪可能会“以单位名义实施”,但也存在相当数量的单位犯罪并不以单位的名义实施,甚至还存在并不需要行为人以何种名义实施犯罪的情况。比如以绕关方式实施的单位走私

犯罪,犯罪单位根本不需要也不可能亮明字号。因此,是否“以单位名义”实施犯罪,不应只进行外在的、表面的、形式的理解,而应对“以单位名义”进行实质性理解,即单位法定代表人、主管人员及其他直接责任人员在职务活动中实质上“为了本单位的利益”,就应认定为“以单位名义”实施,并不一定要求这些人声明他们代表自己所在的单位。

综上,本案中重庆公司法定代表人张某为了重庆公司利益,虽然以个人身份挂靠四川公司,并进行了投标、行贿、经营等行为,但张某的行为仍可认定为“以重庆公司的名义实施”,且犯罪所得也归了重庆公司,故本案应以单位行贿罪追究重庆公司的刑事责任。

(作者单位 重庆长寿法院)

最高人民法院第三巡回法庭2017年建设工程合同纠纷再审审查案件情况分析报告

文/余卫 曾小元

(续上期《建筑法苑》)

第三部分 再审申请操作启示

一、未上诉的案件并不必然丧失再审查权利,但再审查范围直接决定于上诉事由

关于未上诉的案件当事人能否申请再审,法律和司法解释并未作出禁止性的规定,三巡对此持肯定态度,在“再审查申请人李水铃与被申请人华丰建设股份有限公司、涟水县汉邦置业有限公司建设工程施工合同纠纷案”(2017)最高法民申2718号)中,该案各方当事人均未上诉,但三巡仍然对当事人的再审申请进行了实体审查。

但是,这并不意味着,二审上诉不重要,相反,二审上诉事由直接决定再审查范围,二审上诉未提出的请求或事由不予再审查,这一观点在三巡的多个建设工程合同纠纷再审审查案件中得以体现。这一结论的合理解释路径有:一是从形式上的再审查对象进行解释。当事人只能对生效的二审裁判申请再审,二审上诉未提出的事由作为再审查事由,自然不属于二审生效裁判涵盖,故不属于再审查范围;二是从二审裁判的正确性和合法性进行解释。根据《中华人民共和国民事诉讼法》第一百六十八条“第二审人民法院应当对上诉请求的有关事实和适用法律进行审查”的规定,针对当事人二审上诉未提出的事由,二审裁判未予审理并无不当;三是从当事人未上诉的事项不持异议进行解释。二审上诉未提出上诉的事由,表明当事人在已有的诉讼程序中对其是不持异议的,故该再审查事由不存在事实认定或适用法律错误;四是针对遗漏或者超出诉讼请求,以司法解释的相关规定进行解释。最高人民法院关于适用《中华人民共和国民事诉讼法》的解释第四百零七条第一款规定:“人民法院经再审审理认为,原判决、裁定认定事实、适用法律虽有瑕疵,但裁判结果正确的,应当在再审判决、裁定中纠正瑕疵后予以维持。”故即使原判决适用法律确有错误,但不影响裁判结果的,仍然可以裁定驳回再审查申请。在“再审查申请人福建省随园旅游发展有限公司与被申请人福建省惠五建设

外。”亦即,即便一审裁判遗漏或者超出诉讼请求,但当事人未对此提出上诉的,不落入遗漏或者超出诉讼请求的再审查范围内。

由此给我们的启示:再审申请并非空中楼阁,它仅仅限缩在二审上诉范围内,而二审的上诉请求与事由,与一审诉讼请求和事由可以变更不同,超过上诉期即行固定,二审上诉无异于当事人在诉讼程序中作出了程序和实体的意思表示,其产生的法律后果完全有可能超出想象。因此,诉讼案件要高度重视二审,二审的上诉事由固然要突出重点,但也要兼顾全面性和细致性。

二、不属于法定的再审申请事由或者未明确阐述的再审事由不予审查

再审查的范围严格限于民事诉讼法第二百条规定的十三项再审查事由,超出此范围的一律不予审查。综合裁判文书的内容,下列事由不予审查:一是诉讼费用或鉴定费用的承担不合理事由;二是未追加必要共同诉讼参加人的事由;三是原审法院无管辖权的事由。另外,对于再审申请人阐述不明的事由不予审查,如只是认为原判决某项事实认定错误,但具体错在哪里、因何而错未作阐明,这种情况不予审查。

可见,再审申请应当严格围绕二百条规定的十三项再审查事由展开,不可自由发挥,同时,再审申请的理由阐述应当言之有理,切忌洋洋洒洒、“挥舞大刀”。

三、法律适用虽有错误但不影响裁判结果的,仍然裁定驳回再审申请

《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》第四百零七条第一款规定:“人民法院经再审审理认为,原判决、裁定认定事实、适用法律虽有瑕疵,但裁判结果正确的,应当在再审判决、裁定中纠正瑕疵后予以维持。”故即使原判决适用法律确有错误,但不影响裁判结果的,仍然可以裁定驳回再审查申请。在“再审查申请人福建省随园旅游发展有限公司与被申请人福建省惠五建设

工程有限公司建设工程施工合同纠纷案”(2017)最高法民申3847号)中,原判决认定施工合同无效,三巡经审查后认为合同有效但裁判结果仍然正确,故在纠正原判决法律适用的瑕疵后仍裁定驳回再审查申请。

这说明:二百条第六项的再审申请事由是否成立根本的判断标准在于是否导致原判决裁判结果错误,再审查中不能孤注一掷只以二百条第六项作为再审查事由或者将其作为再审查申请的唯一中心,同时,在阐述原裁判适用法律确有错误的再审申请事由时,更应当着重说明这种错误对原判决的裁判结果有何种影响。

四、当事人双方均申请再审的,可合为一案审查亦可分案审查,且分案审查的两案的审查结果并无相互拘束力

针对双方当事人均申请再审的,三巡合为一案审查有之、分开审查亦有之,并无定数。特别是,双方当事人均申请再审且作分案处理的,前案驳回再审申请并不意味着后案必须驳回再审申请,前案驳回再审申请的裁定并不能拘束再审查判决,因为双方当事人的再审申请事由不尽相同,一方的再审申请事由不成立并不意味着另一方的再审申请事由也不成立。在“再审查申请人中国建筑集团有限公司、中国建筑股份有限公司因与被申请人昆山市超华投资发展有限公司建设工程施工合同纠纷案”(2018)最高法民再134号)中,三巡认为“至于(2017)最高法民再2765号民事裁定一节,该裁定系针对超华公司根据《中华人民共和国民事诉讼法》第二百条第六项规定提出的再审查申请而作出,不影响本案处理”。

由此带来的启示:各方当事人的再审申请相互独立,再审查的范围仅限于当事人提出的再审申请事由决定了,生效裁判的错误具有“相对性”,同一份生效裁判对一方当事人而言不存在错误并不意味着对另一方当事人依然如此。当事人申请再审应己方的立场和利益出发,不要受到对方的影响或者被对方

引导产生思维定势。

五、原判决议行使自由裁量权的事项一般不作干预

针对原判决议行使自由裁量权的事项提出的再审查申请事由,再审查一般不予支持,因为自由裁量权一般是针对证据无法精确证明但确实又发生或存在的事实进行的认定(只涉及程度的多少而不涉及事实的有无),原判决自由裁量的事实如何“酌定”“酌定”多少并无明确的是非评判标准,因此再审查法院不会轻易对此作出评判。在前文述及的“再审查申请人中国建筑集团有限公司、中国建筑股份有限公司因与被申请人昆山市超华投资发展有限公司建设工程施工合同纠纷案”中,发包人向承包人主张迟延办理竣工验收致使产权证办理迟延从而造成的房屋租金损失,租金损失的评估结果为46997735元,原判决酌定承包人赔偿700万元租金损失。发包人先申请再审查为,赔偿的租金太低应全额赔偿,三巡认为酌定的损失合理并无不当,裁定驳回再审查申请,承包人后申请再审,三巡裁定再审,再审查判决以迟延办理竣工验收与租金损失缺乏因果关系、实际产生的租金损失并无证据证明驳回了发包人的诉讼请求。由此可见,三巡尽可能尊重原判决的自由裁量,即使要改变裁判结果,也只会从事实的证伪而非自由裁量权适用不当的角度改变原裁判结果。

由此说明:针对原判决议行使自由裁量权的事项提出再审查申请时,应避免从原判决酌定的程度不当或者失衡来阐述,而应当尽可能“釜底抽薪”,从自由裁量赖以存在的基础事实来论证裁判结果的错误。

六、存在违背诉讼诚信原则“硬伤”的证据不予采信

《民事诉讼法》第十三条第一款规定:“民事诉讼应当遵循诚实信用原则。”三巡再审查中,对证据的认定注重诚实信用原则的考量,主要体现在:一是当事人不得对证据进行选择性援用,即同

一份证据只援用对其有利的部分而对其不利的部分不予认可。在“再审查申请人河南省路桥建设集团有限公司与被申请人江西天腾建设工程有限公司建设工程施工合同纠纷案”(2017)最高法民申1233号)中,三巡认为再审查人对结算协议中返还部分投标保证金的事实予以认可,对结算协议中收取履约保证金的事实又以否认,属于对同一证据的选择性援用,有悖诚实信用原则,故不予采信;二是对同一证据不得进行自相矛盾的阐释,即在原审程序中认为证据证明的是A事实,在再审查申请时又认为该证据证明的是完全不同的B事实;三是提供虚假证据的记录可以作为不采信某一证据的考量因素。在“再审查申请人浙江宝业建设集团有限公司与被申请人浙江省三门县永大房地产开发有限公司建设工程施工合同纠纷案”(2017)最高法民申208号)中,三巡认为再审查人在原审中有提供虚假施工记录的行为,对其再审查申请中主张的另一施工记录结合全案证据并考量再审查申请人的举证行为,不予采信。

由此可见:当事人的再审查申请中,对证据的运用、阐释应当合乎常理、合乎逻辑,应当避免出现对证据自相矛盾的阐释或者选择性援用的“硬伤”,否则,将会造成不良印象、直接影响再审查申请结果。

总结

三巡建设工程合同纠纷再审申请,因其成功率低、历经一二审高级法院的“过滤”后专业技术难度高,其道是曲折的。但因建设工程合同纠纷争议标的额大、突破维度多、法律关系复杂,潜在的价值和成就感丰厚,其前途又是光明的。因此,对于建设工程合同纠纷再审申请案件,应当树立信心、迎难而上。同时,在方法论上,应当牢固树立坚定的“再审查论事由意识”,紧紧围绕再审查申请事由做文章,而再审查申请事由又必须时时与裁判结果挂钩,从大处着眼、从全局出发,避免陷入钻牛角尖、为了挑错误而挑错误的思维陷阱。

天津一中院:“老赖”拒不履行法院生效判决,被司法拘留

文/袁惠杰 郭军伟

日前,天津一中院执行局和法警支队一行六人,对被执行人的主要负责人李某某拒不履行生效法律文书确定义务的行为采取强制措施,依法对其实施司法拘留并羁押至天津市拘留所,有力打击了其嚣张气焰。李某某翌日履行80万元,并作出书面承诺,保证在短时间内积极偿还剩余欠款。

申请执行人天津创世清源土木工程有限公司与被执行人天津市和康顺菌类蔬菜专业合作社建设工程施工合同纠纷一案,依照判决,被执行人应偿还申请执行人工程款1810304元。进入执行程序后,鉴于被执行人未履行给付义务,一中院依法将被执行人列入失信被执行人名单,并对李某某采取限制消费措施。同时,承办法官多次前往被执行人住所地督促其履行判决,李某某作为被执行人的主要负责人明确表示拒不履行。一中院将李某某传唤至法院,再次督促其履行判决。李某某态度极为恶劣,威胁法官,公开对抗执行,表示即使被拘留也不履行。一中院遂对其做出拘留决定。

工程结算起纠纷 当庭兑付释前嫌

文/常忠民

新建房屋因征迁被拆除,合同约定建筑面积不清,工程结算时各执一词,双方因此诉至公堂。日前,陕西洛川法院成功调解了这起承揽合同纠纷。

2018年7月25日,梁某与张某、郭某签订《房屋修建施工合同》,双方约定包工包料每平方米500元。该修建工程完工后,张某、郭某共支付工程款257976元。一月后,该修建房屋因政府征迁原因,被依法拆除并获得相应补偿。梁某认为还有工程款58434元未付清,而张某、郭某认为仅欠2000元,发生纠纷后,梁某遂诉至法院,请求张、郭某继续支付剩余的58434元工程款。

该案在审理中,承办法官认真听取了双方当事人的陈述,双方争议的主要焦点该房屋的修建面积。后经了解,由于原《房屋修建施工合同》对建筑面积约定较为粗略,故只能以实际施工结束后的面积计算,但该房屋被拆除却无法实际测量。承办法官遂从这方面的事实和法律为切入点,给双方进行耐心劝解和疏导,使双方都认识到自己的大意和过错。最终,在长达三个小时的悉心调解之下,双方一致达成协议,既由张某、郭某当庭一次性给付梁某10000元,一度反目成仇的双方当事人握手言欢、尽释前嫌。(作者单位 陕西洛川法院)