

浅析建设工程监理业务部分转让及分包行为

赵力嘉¹, 浦静月¹, 雷真²

¹中国电建集团昆明勘测设计研究院有限公司审计法务部, 云南 昆明

²云南大学建筑与规划学院, 云南 昆明

收稿日期: 2024年7月24日; 录用日期: 2024年8月6日; 发布日期: 2024年9月11日

摘要

对于能否将监理业务交由第三人承担, 我国《建筑法》第三十四条的用词为不得“转让”, 但在水运、公路等领域, 以及法院判决中则常使用建设工程勘察、设计、施工领域常用的不得“转包”或“分包”表述, 导致监理是否允许分包, 成为了实务工作中的争议点所在。《民法典》明确监理合同为委托合同, 适用委托合同的相关法律规定, 《民事案件案由规定》将监理合同纠纷归在建设工程合同纠纷项下, 但仅为建设工程案件审理便利为之, 并非将监理合同认定为建设工程合同。目前针对监理业务是否可以分包, 除相关部门规章对部分细分领域明确不得转包和分包外无法律法规层面上的明确规定, 监理合同的部分转让可适用转委托法律关系, 但因其涉及建设工程领域, 要审慎待之, 应避免将监理业务全部转让给第三方。

关键词

建设工程, 监理业务, 转包, 分包, 转委托

Analysis of the Legality of Subcontracting and Sub-Contracting of Construction Supervision Business

Lijia Zhao¹, Jingyue Pu¹, Zhen Lei²

¹Kunming Audit and Legal Department, Power China Kunming Engineering Corporation Limited, Kunming Yunnan

²School of Architecture and Urban Planning, Yunnan University, Kunming Yunnan

Received: Jul. 24th, 2024; accepted: Aug. 6th, 2024; published: Sep. 11th, 2024

Abstract

Analysis of the Legality of subcontracting and sub-contracting of Construction Engineering

文章引用: 赵力嘉, 浦静月, 雷真. 浅析建设工程监理业务部分转让及分包行为[J]. 法学, 2024, 12(9): 5555-5560.

DOI: 10.12677/ojls.2024.129791

Supervision Business As to whether the supervision business can be entrusted to a third party, the term of Article 34 of *China's Construction Law* is not “transfer”, but in the fields of water transportation, highways and other fields, as well as court judgments, the expression of “sub-contracting” or “sub-contracting” commonly used in the field of construction engineering survey, design and construction is often used. As a result, whether the supervision allows subcontracting has become a controversial point in practice. The *Civil Code* clearly defines the supervision contract as an entrustment contract and applies the relevant legal provisions of the entrustment contract. The *Provisions on the Causes of Civil Cases* categorizes the supervision contract dispute under the construction project contract dispute, but only for the convenience of the trial of the construction project case, and does not identify the supervision contract as a construction project contract. At present, as to whether the supervision business can be subcontracted, there are no clear provisions at the level of laws and regulations, except that the relevant department regulations clearly prohibit subcontracting and sub-contracting in some subdivisions. The transfer of part of the supervision contract can be applied to the legal relationship of subcontracting, but because it involves the field of construction engineering, it is necessary to be careful to avoid transferring all the supervision business to a third party.

Keywords

Construction Projects, Supervisor, Subcontracting, Sub-Contracting, Reconsignment

Copyright © 2024 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

1. 引言

建设工程监理业务与勘察、设计、施工不同，其并不提供给业主某种工程实物，如勘察报告、设计图纸或工程实体，而只是受业主委托，承担替业管理、监督工程的服务工作。实务中经常出现监理单位签署监理合同后，因为工程范围、设计变更或增加，导致监理工作范围超出监理单位资质范围的情况发生。由此，监理单位都会寻求将监理单位不匹配资质的部分进行部分转让和分包，由具有资质的监理单位作为监理分包人继续履行相应的工作义务[1]。但因《建筑法》第三十四条“……工程监理单位不得转让工程监理业务”中“转让”一词的不明确、司法判决认定不一致、以及《民法典》对监理合同、建设工程合同中合同性质的认定不同等因素，导致监理是否允许分包，成为了实务工作中的争议点所在。本文将通过分析相关法律法规规定、司法案例和学术观点，对监理能否转让、能否分包的进行分析。

2. 相关法律规定和司法判例对“不得转让工程监理业务”的认定

2.1. 相关法律规定

《建筑法》第三十四条规定，工程监理单位不得转让工程监理业务。《建设工程质量管理条例》对监理单位承担监理业务设定了资质等级要求，并再次明确监理单位不得转让监理业务，对转让监理业务的单位设定了责令改正、没收违法所得、罚款、吊销资质证书等行政处罚措施¹。《公路建设市场管

¹参见《建设工程质量管理条例》第三十四条：“工程监理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担工程监理业务。禁止工程监理单位超越本单位资质等级许可的范围或者以其他工程监理单位的名义承担工程监理业务。禁止工程监理单位允许其他单位或者个人以本单位的名义承担工程监理业务。工程监理单位不得转让工程监理业务。”第六十二条第二款：“工程监理单位转让工程监理业务的，责令改正，没收违法所得，处合同约定的监理酬金 25%以上 50%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。”

理办法》《水运建设市场监督管理办法》则进一步明确了公路建设和水运建设的监理工作不得分包或转包²。《铁路建设工程质量监督管理规定》《水利工程质量管理规定》则继续沿用《建筑法》中不得转让监理业务的表述，未采用“转包”、“分包”的表述³。

由上述规定看出，对于监理业务能否交由第三方承担时，相关立法机构分别采用了“转让”“转包”“分包”三个词语，而“转让”“转包”的用词表达，根据《民法典》和《建筑法》的有关规定，则主要用于关于建设工程勘察、设计、施工，其明确显示不得转包或违法分包的是工程建设环节仅为勘察、设计、施工。这导致《建筑法》对监理业务不得“转让”的规定，存在以下三点不明确：1) 不得转让工程监理业务是否等同于不得转包；2) 本规定限制的转让是否仅指工程监理单位完全退出与发包人的工程监理法律关系，而由受让方承继全部权利义务关系；3) “不得转让工程监理业务”仅指不得转让全部监理业务还是同样禁止部分监理业务的转让。

2.2. 相关司法案例的认定

2.2.1. 监理单位与第三方签订技术服务合同承接全部监理工作，法院认定合同无效

在南京苏电联能源设备有限公司、贵州电力工程建设监理公司建设工程监理合同纠纷的案例中⁴，电力监理公司与苏电联公司签订《技术服务合同》，约定由苏电联公司完成电力监理公司承接的全部监理工作，苏电联公司收取电力监理公司与业主签订监理合同总额的 80% 的费用。法院认为该《技术服务合同》实质为监理合同的转包，违反了《建筑法》第三十四条关于监理业务不得转让的强制性规定。

2.2.2. 监理单位与第三方签订联合监理协议，部分监理工作由第三方完成，法院认定协议有效

在温州市华瓯建设工程监理有限公司与天津津齐工程建设监理有限责任公司合同纠纷一案中⁵，双方当事人投标前签署《联合监理协议》，在温州市华瓯建设工程监理有限公司中标后，由双方共同参与涉案工程监理工作，除去成本所得利润五五分成。法院认定该《联合监理协议》有效，并未违反《建筑法》第三十四条关于工程监理单位不得转让工程监理业务的规定。

2.2.3. 监理相关业务交由第三人承接的，确定为监理转委托关系

在中核(山西)核七院监理有限公司等与北京龙本投资咨询有限公司合同纠纷一案中⁶，北京龙本公司(乙方)与中核(山西)核七院公司(甲方)签订《咨询服务合同》，约定由龙本公司完成核七院公司承接的全部监理工作，龙本公司收取核七院与业主签订监理合同总额的 85% 的费用，即龙本公司原则上上缴实收监理服务费的 15% (含税)给核七院作为管理费用和利润。针对该《咨询服务合同》的效力问题，法院认为，该合同名为咨询服务合同，但是其协议的内容却是由龙本公司履行核七院公司承接的全部监理工作，并收取核七院公司与业主签订本项目监理合同总额的 80% 的费用……实质就是监理合同的全部转包[2]。

² 参见《公路建设市场管理办法》第三十七条规定：“……监理工作不得分包或者转包。”《水运建设市场监督管理办法》第十七条规定，“监理工作不得分包或者转包。”

³ 参见《铁路建设工程质量监督管理规定》第六十三条规定：“承包单位将承包的工程转包或者违法分包的，工程监理单位转让工程监理业务的，由地区铁路监督管理局依照《建设工程质量管理条例》第六十二条规定，责令改正，没收违法所得，按以下标准予以罚款；可以建议责令停业整顿、降低资质等级；情节严重的，建议吊销资质证书……”《水利工程质量管理规定》第六十四条规定，“……监理单位转让工程监理业务的，依照《建设工程质量管理条例》第六十二条规定，由水行政主管部门或者流域管理机构依据职权责令改正，没收违法所得，处合同约定的监理酬金 25% 以上 50% 以下的罚款。”

⁴ 参见(2019)最高法民申 4868 号南京苏电联能源设备有限公司、贵州电力工程建设监理公司建设工程监理合同纠纷再审审查与审判监督民事判决书。

⁵ 参见(2015)温瓯商初字第 705 号温州市华瓯建设工程监理有限公司与天津津齐工程建设监理有限责任公司合同纠纷一审民事判决书。需要说明的是，在温州市华瓯建设工程监理有限公司与天津津齐工程建设监理有限责任公司合同纠纷一案中，原被告在中标该监理业务前就签署了相关监理合作协议。该行为的合规性虽然在本案中未做明确认定，但我们认为，该行为还可能存在借用投标人资质开展监理业务并进而导致监理合同无效的风险。

⁶ 参见(2019)京 02 民终 4873 号中核(山西)核七院监理有限公司等与北京龙本投资咨询有限公司合同纠纷二审民事判决书。

基于上述,从检索到的相关司法案例情况来看,《建筑法》《建设工程质量管理条例》中规定的“不得转让工程监理业务”,从司法审判角度,仍主要是从是否为“转包”的角度进行论述和认定,部分判例则从转委托的角度进行论述。对于“转包”的论述,更倾向于理解为不得转让全部监理业务,即使工程监理承包方未退出与发包人的工程监理法律关系,但若实质上已将监理工作以技术服务等形式全部转移给第三方实施,则认定构成实质转包行为,属于《建筑法》第三十四条关于工程监理单位不得转让工程监理业务的行为。

3. 建设工程监理业务是否存在违法分包的风险

3.1. 关于建设工程监理合同的合同性质认定

关于监理合同的性质,是一个本来不应该有,但在实践中却存在争议的问题。《民法典》第七百九十六条规定:“建设工程施行监理的,发包人应当与监理人采用书面形式订立委托监理合同。发包人与监理人的权利和义务以及法律责任,应当依照本编委托合同以及其他有关法律、行政法规的规定。”根据《民法典》的规定,监理合同属于委托合同。在实践中的主要争议是,监理合同是否属于建设工程合同。就这个问题,根据《民法典》第七百八十八条的规定:“建设工程合同包括工程勘察、设计、施工合同。”监理合同不属于建设工程合同^[3]。但在最高人民法院发布的《民事案件案由规定》中,在第115条的“建设工程合同纠纷”中,共有9个四级案由,分别是:建设工程勘察合同纠纷、建设工程设计合同纠纷、建设工程施工合同纠纷、建设工程价款优先受偿权纠纷、建设工程分包合同纠纷、建设工程监理合同、装饰装修合同纠纷、铁路修建合同纠纷、农村施工合同纠纷。按照《案由规定》,建设工程监理合同被列在了建设工程合同之下。不过,在《民事案件案由规定理解与适用》中,对于将监理合同的案由列到建设工程合同之下进行了说明:“监理合同本质上属于委托合同,因为与建设工程合同密切相关,故归入建设工程合同项下。”基于上述内容,最高院将监理合同案由列到建设工程合同项下,并不是对于合同性质的认定,而应该理解为出于案件管理的需要。

但是在司法实践中,依然有很多人认为监理合同属于建设工程合同,在部分判决中,甚至存在依据施工合同司法解释判决的情况⁷。同时,因本文第一部分中法律法规对交由第三人承担监理业务这一行文用词的不一致,导致在实践中,对监理领域是否存在分包以及能否分包产生争议^[4]。

3.2. 实践中对监理业务能否分包的不同观点

3.2.1. 监理业务不可进行分包

部分观点认为,监理业务不可进行分包,主要理由在于其认为监理业务是否可进行分包应依据《民法典》《建筑法》等基础性法律来确定。除上述《民法典》的相关规定外,《建筑法》第二十四条亦规定:“提倡对建筑工程实行总承包,禁止将建筑工程肢解发包。建筑工程的发包单位可以将建筑工程的勘察、设计、施工、设备采购一并发包给一个工程总承包单位,也可以将建筑工程勘察、设计、施工、设备采购的一项或者多项发包给一个工程总承包单位;但是,不得将应当由一个承包单位完成的建筑工程肢解成若干部分发包给几个承包单位”,即勘察、设计、施工、设备采购都属于可以分包的“工程承包单位”,而不应做扩大解释将监理纳入可分包的工程承包范畴。此外,该观点还认为,从监理业务所提供的服务内容来看,其性质本身与施工、勘察等不同,监理业务所提供的技术监督服务并不具备可拆分性。

⁷参见(2019)陕民终666号民事判决书,二审法院认为:《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》第一条规定:“建设工程施工合同具有下列情形之一的,应当根据合同法第五十二条第(五)项的规定,认定无效:……(三)建设工程必须进行招标而未招标或者中标无效的。”上述规定虽针对建设工程施工合同,但对于法律规定必须进行招投标的监理合同,也应当予以参照适用,鉴于原告的中标结果无效,故原被告双方在2012年9月20日根据有关招投标文件签订的《建设工程监理合同》应为无效合同,该《建设工程监理合同》无效系由原被告双方共同过错造成。”

在拆分监理业务部分标段给第三方实施的情形下，甚至可能构成该标段的实质性转包[5]。

3.2.2. 监理业务可进行分包

部分观点则认为，是否应当允许分包的法理精神在于分包是否有利于工程质量、进度及安全生产的控制。因此，在法律没有明文规定禁止的情况下，建设单位将工程的监理业务按标段分别发包是合法的，不违反法律法规规定。如果建设单位将几个标段的监理业务由一个监理企业监理反而不利于工程质量、进度及安全生产的控制。但该种观点同样认为，建设项目主体工程的监理不能分包，非主体工程的监理可以分包，且必须要取得业主的同意[6]。

3.2.3. 是否可分包应取决于具体的发包合同约定

此外，另有一些观点从监理业务本身的性质出发，认为监理合同与建设工程勘察、设计、施工合同在合同标的方面有着明显的不同，监理合同的标的是服务，即监理工程师凭据实际经验、专业知识、工作技能受业主委托为其所签订的施工合同履行监督和管理工作的行为，故被划入委托合同的范畴；建设工程合同的标的物是产生新的物质或信息成果。工程监理提供的是一种高智能的有偿技术服务，而不是给业主提供工程实物。这种情况下，监理业务分包从合同性质角度是转委托行为，即代理人为了被代理人的利益需要，将其享有的代理权的全部或部分转委托给他人行使的行为。转委托应事先取得被代理人的同意或者事后由被代理人追认[7]。因此，工程监理是否可以分包，应主要取决于发包合同的约定。

4. 结论

通过分析法律法规规定，对于将部分监理业务交由第三方实施的行为，即分包行为，除相关部门规章对部分细分领域明确不得转包和分包外，暂无法律法规层面上的明确规定。而司法判例及行政处罚对监理业务的转包和分包的认定亦无一致定论。一是监理合同关系实质为委托合同关系，在法律关系上的转让或分包都是一个转委托的行为，只是转让是针对委托事项的概括转让，而分包是监理人和分包人对委托人共同承担连带责任，法律上并没有严格的禁止此种转委托行为，不存在法律禁止不可为的情形。二是从法院判决来看，法律层面禁止的是主要是以任何形式(如项目合作等)将监理业务全部交由第三方完成的行为，即构成规则中所禁止的转让行为，且即使监理项目承包方并未完全退出项目，但并未实际承担该项目的监理工作或将监理工作中较为重要如监理规划指导、质量控制等交由第三方完成，则亦存在较大实质性转包的风险，也就是全部转让、转包是法律禁止的，而部分转让并未明确被禁止。三是监理业务具体是否可以分包，究其根本仍落在合同是否允许分包以及监理业务的分包是否构成法律所禁止的违法分包层面，更多是根据监理业务性质和自身业务特点进行认定，虽然目前还未有明确的结论，但是实务中为了建设工程的推进，已经逐步在相关建设领域规范性文件和监理合同中对允许分包设立开口[8]。

建议立法层面进一步对监理分包进行明确：对于将监理业务全部交由第三人实施的情形，无论是“转委托”或是“转包”都为法律所禁止的。对于将部分监理工作交由第三人实施的行为，建议按照建设工程中的“分包”理念进行规范，监理人应当就分包人的行为及工作成果对委托人承担连带责任。

参考文献

- [1] 王家鼎. 聚焦我国监理人的二元性[J]. 建设监理, 2015(6): 3-6, 10.
- [2] 牛永宏. 建设工程监理合同法律问题全梳理: 法律规定、监理规范、主要争议类型及案例[EB/OL]. <https://mp.weixin.qq.com/s/Kc4Y89220ykh0ktvuzwbsQ>, 2024-08-01.
- [3] 袁良杰, 杨可珊. 浅谈“监理分包”[J]. 建设监理, 2013(12): 43-45.

- [4] 资本市场法律服务札记. 建设工程监理业务中转包及分包行为认定与分析[EB/OL]. <https://mp.weixin.qq.com/s/JH-4KgirC7uk3ea7YavWLw>, 2024-08-01.
- [5] 刘廷彦. 工程建设监理研究[M]. 北京: 中国建筑工业出版社, 2014.
- [6] 上海市建纬律师事务所网站. 建设工程监理业务中部分转让及分包行为的认定和解析[EB/OL]. <https://mp.weixin.qq.com/s/jrttiUjWLxPVp-jigJRaiA>, 2024-08-01.
- [7] 王家鼎. 工程监理制度的问题分析与完善[J]. 建筑经济, 2018, 39(4): 17-21.
- [8] 汪渊智. 代理法论[M]. 北京: 北京大学出版社, 2015.