



论文精粹

[> 法学理论](#)[> 部门法哲学](#)[> 学术书评](#)[> 法苑随笔](#)[您的位置>>首页>> 论文精粹 > 部门法哲学 > 阅读正文](#)

> 论文精粹

董淳铎：法律规避下的契约私人治理研究——以建筑工程违法分包现象为切入点

发表于：2011-09-10 09:10 点击：696

【摘要】建筑工程违法分包现象一直是社会关注的焦点问题。面对这些现象频繁引发的安全事故和社会纠纷，理论界和实务界在考虑法律对策的时候，不仅需要从外部视角研究如何强化法律实施机制，如进一步细化立法、增强法律监督、提高当事人责任标准等；而且也需要从内部视角研究违法分包契约当事人如何在规避法律情形下完成契约私人治理，因为正是这些契约私人治理机制促使违法分包当事人得以逃避法律监督进而实现不法目的。简言之，对于违法现象的治理，我们首先应当主动“深入敌后”，了解违法者的“内部堡垒”，之后才能对现有法律机制的缺陷进行反思，最终有针对性的制定解决问题的对策。

【关键词】法律规避；契约治理；建筑工程分包；工程事故

Private Governance of Contract under Evasion of Law

The Case of Illegal Sub-contract of Construction Works

【英文摘要】Illegal sub-contract of construction works is a focus of social concern. When considering legal countermeasures, it is not only necessary to study the external approaches to strengthen legal enforcement such as detailed legislation, powerful supervision, high standard of liability, but also necessary to study the internal reason of how the parties of illegal sub-contractors make private governance of contract when evading the law since this is the main initiative of the parties to realize their illegal aims. In abstract, only after we have a deep insight of the inner mechanism of illegal phenomena, can we provide practical countermeasures.

【英文关键词】 evasion of law; governance of contract; sub-contract of construction works; engineering accidents

一、问题的提出：从理论反思到现象观察

(一) 理论问题的反思

在市场领域，当法律不能成为权利界定、风险防范和纠纷解决依据的时候，当事人的交易活动和契约治理[1]如何进行？这是法经济学研究历来关注的重要问题之一。从经验和逻辑来看，所谓的“法律不能成为依据”一般存在两种情况：一是“客观不能”，它是指：由于法律自身存在立法缺漏、规定不明或者实施效率不高（如胜诉判决的执行率低）等原因，导致当事人“不得不”放弃法律途径而另选其它机制进行契约治理的情形。二是“主观不能”，主要是指法律自身不存在缺陷（至少是不存在明显的、重大的缺陷），但当事人基于投机主义，为牟取不法利益而故意规避法律并私下建立其他机制进行契约治理的情形。

然而在以往的研究当中，无论是“法律多元”理论、[2]“法律与社会规范”理论、[3]还是“契约（多方）治理”理论、[4]“纠纷多元/替代解决”理论、[5]“法律不完备”理论，[6]还是“法律缺失”理论，[7]学者们普遍关注的都是“客观不能”的情况，即主要研究契约治理过程中，私人机制（如民间调解）对法律机制的“互动性”、“互补性”、“可替代性”或“相对效率优势”，而对于“主观不能”的情况则较少论及。[8]

事实上，两者研究的理论前提和实践基础并不相同。“客观不能”所隐含的前提有两个：一是现有法律机制可能存在某些客观缺陷（包括效率低下），二是相关法律本身不是强制性规范（任意可选择），因此放弃它并不违法，此时一般体现为“契约优先于法”。而“主观不能”所隐含的约束条件却是，相关法律存在强制性规定，因此当事人如果要法

能”的情况下，虽然契约的效力得到了当事人的内部认可，但这种效力却缺乏法律依据，因此在契约治理过程中，当事人一方面需要在法律之外寻求契约履行的保障机制，另一方面还需要尽量避免契约被法律认定为无效进而导致当事人被追究法律责任。由此可见，对于契约私人治理问题，不能简单的以“互动性”、“互补性”、“可替代性”或“相对效率优势”为依据来解释所有情况。

本文正是在反思这一问题的基础上展开。笔者将主要针对以往文献普遍忽视的“主观不能”的情况进行研究，即在法律规避情形下，当事人如何在法律框架之外对违法订立的契约进行私人治理，并促成交易的进行？

（二）实践现象的考察

为深入分析论题，笔者将以建筑工程分包过程中的法律规避现象为例，对相关的理论观点进行论证和注解。本文用于实证分析的材料除了来源于国内现有的法律文件、法院判决书、政府文件以及各种媒体报道之外，还包括笔者近两年在建筑业发展较为繁荣的G省GZ市、SZ市、DG市、FS市、ZH市、ST市等地做实地调研[10]所获取的信息。选择这一实践现象的理由在于：

1. 场景的对应性。从实践来看，当前建筑工程分包的违法问题主要体现为法律明令禁止的“多层分包”、“私自分包”、“整体转包”、“挂靠承揽”（本文将其统称为“违法分包”）等现象较为严重。[11]这与本文所要研究的理论场景相符合。

2. 现象的代表性。建筑工程的违法分包及其引发的事故与纠纷一直是近年来社会关注的热点问题。特别是2010年“11·15上海高层住宅特大火灾”事件之后，这一问题再次成为各界舆论的焦点。因此，以其作为理论分析的切入点，具有重要的现实意义。

3. 目的的相关性。本文论题的目的是提出一种分析违法现象的新思路，即从内部视角来观察当事人如何在法律规避情形下完成契约私人治理，观察当事人之间以及当事人与国家之间如何进行利益关系的博弈。把这一思路运用于建筑工程违法分包问题的研究当中，将有助于弥补以往文献在分析相关问题时过于注重“外部分析视角”[12]的缺陷。

二、建筑工程分包市场：法律规制与法律规避的并存

（一）建筑工程分包市场的法律规制

在中国经济发展进程中，建筑业一直扮演着重要角色。有数据显示，2000年至2009年间，建筑业总产值（增长约519%）的增幅是同期国内生产总值（GDP）（增长约243%）增幅的两倍。[1]此外，这一时期建筑业企业实现的利税总额的增长也高达828%（详见图表一）。[13]

然而在繁荣发展的背后，建筑业相关市场领域所存在的现实问题不容忽视。其中最为突出的是，法律明令禁止的“多层分包”、“私自分包”、“整体转包”、“挂靠承揽”等违法行为一直屡禁不止。虽然目前还没有权威部门对这些违法现象的数据（如每年查处的违法案件数量、违法行为引发的工程事故数量等）专门进行统计和发布—这在一定程度上会影响本文的定量分析—但并不妨碍我们从定性分析的角度，对建筑工程违法分包现象的普遍性和严重性进行判断。因为无论是媒体多次报道的建筑工程事故[14]和社会纠纷[15]问题，还是历年来各地各级人大、政协会议的代表（委员）提案[16]等实证材料，都充分表明相关事实的存在。

为了解决这一问题，从1990年代开始，我国各级立法机关已先后出台了許多法律文件，并把“建筑工程违法分包行为”作为法律规制的重点（详见图表二）。

图表二：涉及“建筑工程分包”问题的部分法律文件[17]

颁布时间	颁布单位	法律名称	相关法条
1992年	原建设部	《建设工程施工现场管理规定》	第9、10、20条
1997年	全国人大 常委会	《中华人民共和国建筑法》	第12、13、14、22、24、26、27、28、29、54、55、65、66、67条

十	1999年	原建设部	《整顿和规范建设市场的意见》	第2条第6、7项，附件[18]第2、3、4
条				
十	2000年	国务院	《建设工程质量管理条例》	第25、27、62、78
条				
十	2004年	原建设部	《房屋建筑和市政基础设施工程施工分包	第8、10、11、12、13、14、15、16
条			管理办法》	
十	2005年	原建设部	《建设部关于加快推进建筑市场信用体系	第2
项			建设工作的意见》	
十	2005年	原建设部	《建设部关于建立和完善劳务分包制度发	第2、3、4
项			展建筑劳务企业的意见》	
十	2005年	最高人民	《最高人民法院关于审理建设工程施工合	第1、2、3、4、7、8、26
条		法院	同纠纷案件适用法律问题的解释》	
十	2007年	原建设部	《建筑业企业资质管理规定》	第5、6、11、21
条				
十	2008年	住房与城	《关于加强工程勘察质量管理工作的若干	第3
项		乡建设部	意见》	

与此同时，作为行政主管部门，国家住房与城乡建设部（原建设部）多年来也一直把“建筑工程分包市场的管理”作为执法工作的重要内容。[19]据统计，从2000年至今，住房与城乡建设部为了细化相关立法以及增强建筑工程分包市场监管的针对性，已累计出台部门规章和法律规范性文件127件（详见图表三）。[20]

根据现有各种法律文件的内容，我国对“建筑工程分包”行为的规制可以大致概括为以下几方面制度：

1. 限定分包合同当事人的主体资格：(1)从事建筑活动的建筑施工企业，必须取得相应等级的资质证书。(2)严禁个人承揽分包工程业务。[21]

2. 限定分包合同的形式和效力：(1) 分包合同必须采用书面形式。(2) 除总承包合同中另有约定之外，总承包方如欲将工程再分包，必须经过建设单位（总发包方）认可。(3) 分包合同订立或重大修改后，须送工程所在地县级以上地方人民政府建设行政主管部门备案。(4) 违法分包、实质转包、挂靠等合同无效。

3. 禁止各种形式的违法分包行为：(1) 禁止工程主体部分分包。[22] (2) 禁止总承包单位将工程分包给不具备相应资质条件的单位。(3) 禁止多层分包。[23] (4) 禁止实质转包。[24] (5) 禁止挂靠承揽。[25]

4. 规定连带法律责任机制：[26] (1) 建筑工程总承包单位按照总承包合同的约定对建设单位负责；分包单位按照分包合同的约定对总承包单位负责。总承包单位和分包单位就分包工程对建设单位承担连带责任。(2) 承包单位对于因转包工程或者违法分包的工程不符合规定的质量标准而造成的损失，必须与接受转包或者分包的单位一起承担连带赔偿责任。

(二) 建筑工程分包市场的法律规避

从实践情况来看，在目前普遍存在的违法分包现象当中，大部分的违法者并不是采取直接违法[27]的原始方式，而是运用纷繁芜杂的法律规避手段来设计各种分包契约，同时通过法外机制来实现契约的私人治理，进而达到非法的行为目的。根据笔者在G省几个主要城市调研的情况显示，违法分包当事人用以规避法律强制性规定的基本做法是签订两套契约，一套作为对外公示以及向行政主管部门申报备案的“形式契约”，一套是对内分配成本收益、防范经营风险以及解决纠纷的“实质契约”。

具体而言，在“形式契约”当中，当事人一般是以虚假的“纵向一体化”和项目管理模式掩盖实质的转包或挂靠，即分包人事先与分包人或挂靠人签订一份“劳动合同”，进而把各种违法分包行为虚构为“内部项目管理”，把分包人或挂靠人任命为“项目负责人”，并且载明分包人将向工地派驻管理机构以及参与施工管理。这种做法的目的是在表面上使分包人或挂靠人具备一定的“合法身份”，也使分包工程的施工具有“纵向一体化”的表象。

与“形式契约”所不同的是，在“实质契约”当中违法者将对成本投入、合作分工、收益分配、风险防范以及责任承担等问题重新进行约定。实践中这些“实质契约”的具体形式纷繁芜杂，为便于研究，笔者将它们归纳为以下三种类型，并从“专用资产的投入”、“成本、收益和风险的分配”、“交易成本的类型”以及“契约适用的场合”等不同层面对这三种契约的内容进行比较（详见后页图表四）。

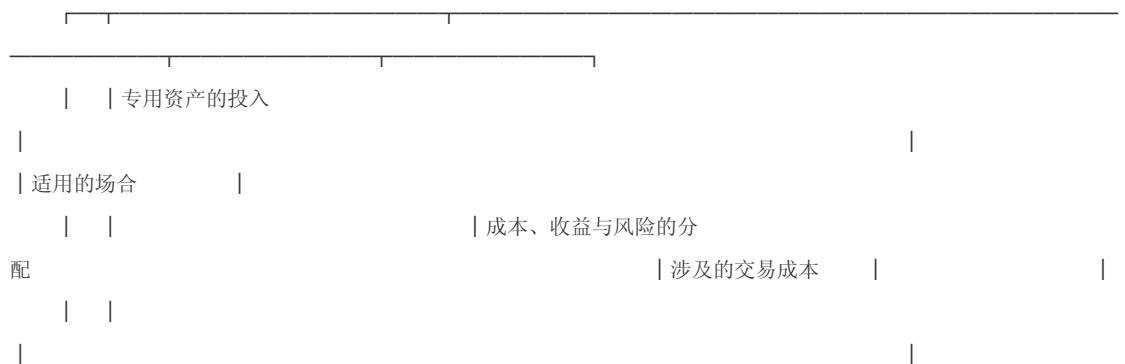
从图表四中所反映的信息可以看出，影响当事人做出契约选择的因素主要包括以下三个方面：

1. 工程对专用资产投入的需求。一般的，如果工程设计较为特殊、施工技术难度较大，那么它对机器设备等资产的专用性要求将更高。此时分包人将根据自身对专用性资产的掌握程度来决定契约类型：自身条件完全满足时可以仅仅选择“劳务分包契约”，否则就需要选择“浮动分成契约”与分包方联营；如果自身条件完全不符合资产专用性的要求或者自身拥有的专用资产已经投入在其它工程的建设当中而无法同时周转，则分包人往往只能选择“固定费率契约”将项目整体转包。

2. 工程风险[28]程度。分包人一般会根据工程项目的风险概率以及自身承受风险能力的大小来考虑契约类型的选择：对于施工风险较小而收益较大的项目，分包人可以仅仅选择“劳务分包契约”；但是如果风险较大，则需要选择“浮动分成契约”甚至“固定费率契约”，从而将部分或者全部风险转嫁给分包人。

3. 交易成本的大小。由于建筑施工对专业技术要求较高，同时也需要施工参与者密切协作，因此分包人在选择契约之前需要考虑：他是否对分包人的技术力量和施工经验有充分了解？是否有足够的能力和时间去监督分包人的施工？他和分包人在缔约之后不断协商、密切协作以完成施工的可行性有多大？如果这些问题不能有效解决，将意味着分包人和分包人之间的交易成本会偏于高昂，此时分包人一般会选择“固定费率契约”的形式。但如果当事人双方在契约之外还存在家族关系、宗族关系或长期合作关系，或有权威的中立第三人进行担保，则上述问题的解决将相对容易，交易成本也将有所降低，分包人可能会选择“浮动分成契约”。此外，如果分包人处于强势地位（如专用资产雄厚、施工经验丰富、抗风险能力强或者掌握较大的市场份额等），这种情况下的交易成本也较低（分包人不足以跟分包人做更多的讨价还价），此时分包人一般会选择“劳务分包契约”。

图表四：法律规僻下建筑工程分包契约的基本类型



固定费率分包人收取固定比率的管理费，但不参与任何具体的管理工作，也不投入任何专用资产，其工作内容只是参与协调承包人与建筑单位的关系，协助分包人办理各种管理手续，以及负责工程款的往来结算等业务。

固定费率分包人不承担成本，交易成本主要集中在工程事故风险比例最小，在缔约时关于“费率高低”的讨价还价。此后一旦缔约，分包人自负盈亏，独立承担所有的风险。分包人参与工程的实质性工作，因此分包人一般大于分发人。分包人私下向分包人分包业务。

固定费率分包人不承担成本，交易成本主要集中在工程事故风险比例最小，在缔约时关于“费率高低”的讨价还价。此后一旦缔约，分包人自负盈亏，独立承担所有的风险。分包人参与工程的实质性工作，因此分包人一般大于分发人。分包人私下向分包人分包业务。

浮动费率分包人与分包人共同投入一定比例的专用资产，共同进行施工和管理。专用资产的投入比例取决于当事人的各自实力。如果分包人自身拥有足够的专用资产，他们将限制分包人专用资产投入的规模，目的是提高自己的收益。

浮动费率分包人与分包人共同投入一定比例的专用资产，共同进行施工和管理。专用资产的投入比例取决于当事人的各自实力。如果分包人自身拥有足够的专用资产，他们将限制分包人专用资产投入的规模，目的是提高自己的收益。

浮动费率分包人与分包人共同投入一定比例的专用资产，共同进行施工和管理。专用资产的投入比例取决于当事人的各自实力。如果分包人自身拥有足够的专用资产，他们将限制分包人专用资产投入的规模，目的是提高自己的收益。

	益分成。		等等。
成	劳 分发包人负责所有专用资	分发包人承担绝大部分	交易成本主要体现 既有工程整体的劳
于	务 产的投入，且全面负责施	本和风险，但收益将大	为承包费率的谈判、 务分包，也有仅仅
动	分 工管理和对外事务，仅把	采取固定费率契约和浮	双方当事人对承包 涉及专业部分（如
承	包 施工过程中涉及劳务部分	分成契约时的情形；分	费支付方式的协商 水电或消防设施部
对	契 发包给分包人（即俗称	包人承担的成本很小，	以及分发包人对分 分）的劳务分包；
任	约 的“包工头”）。为节省成	施工事故的风险防范责	承包人工作效率的 实践中后者的情况
分	本，[30]分发包人选择的发包	也不高；但经常会面临	监督。 更为常见。
酬	对象可能是缺乏合法资质	发包人拖欠劳务分包报	
	但劳动力价格较低的施工	的风	
险。			
	队伍。		

三、违法分包契约的私人治理：基本模式与实践机制

（一）违法分包契约私人治理的基本模式

既然现实当中，建筑工程的违法分包已不是个案现象，而是发展成为一个“隐形的地下市场”，那么需要追问的是：在这个持续存在的市场，违法者如何在法律框架之外实现违法分包契约的私人治理？提出这一问题的逻辑依据和现实意义在于，违法分包契约本身并不具有法律效力，因此可以推断，实践中肯定存在另外一些对违法者而言“行之有效”的契约私人治理机制，这些机制有助于协调当事人之间的利益关系，否则这个“地下市场”将无法“正常运转”和长期存在；也因此，探寻这些私人治理机制，将有助于我们揭开违法分包现象的神秘面纱。

为此，笔者在调研过程中一直把这一问题作为每次访问的重点内容。笔者注意到，在有关工程分包合同履行问题上大部分的受访者都从不同侧面提及，“风险的防范与消除”（而不是传统理论强调的“权利”与“义务”的界定）是他们在履行分包契约过程中必须重点关注的问题。其原因一方面在于，法律规避情形下当事人关于成本分摊和收益分享的约定并不能获得法律认可，因而一旦发生安全事故或者出现单方违约等风险，当事人很难依据契约寻求法律救济。故此，当事人真正关心的当然不是法律形式意义上的“权利”与“义务”，[31]而是实质利益层面上的成本、收益和风险。另一方面，法律规避情形下当事人所面临的风险显然要比合法情况下所面临的风险的范围更广，程度更高，类型也更为复杂。这些风险能否得到妥善的防范和消除，直接关系到当事人能否顺利获得预期收益。从利益驱动的角度来理解，当事人之所以愿意在法律规避情形下签订违法分包契约，其主要原因也正是为了牟取这种“高风险”下的“高收益”。这就客观上决定了当事人在设计契约私人治理机制时，必须采取更为务实有效的措施来解决“风险的防范与消除”问题。这是法律规避下契约私人治理机制的主要特征。

根据调研情况显示，违法分包契约当事人所要面临的风险一般包括三个层面：一是技术风险，即建筑施工行为本身

所固有的风险，比如安全事故引发的人身伤害、施工方法不当而导致的环境破坏等；二是“违约”风险，即一方当事人不履行约定而给另一方当事人所带来的损失，比如发包人拖欠工程款、分包人未按图纸要求进行施工等等；三是法律风险，即当事人由于违法分包契约的效力被执法机关或者司法机关所否定并进而被追究法律责任的风险，包括民事赔偿、行政处罚甚至刑事责任。

为了更好的理解问题，我们还需要从另一角度，把违法分包契约当事人所要面临的风险区分为共同风险和单方风险。因为在本质上，防范共同风险和单方风险的过程，也正是违法分包当事人之间进行私人利益博弈（即冲突与合作的辩证结合）的过程。其中，共同风险是指契约履行过程中可能同时给契约双方当事人共同利益造成的损失，它一般是针对契约当事人与契约外第三人（包括公权机关）的关系而言。它既可能体现为技术风险，也可能体现为法律风险。而单方风险主要发生在契约关系内部，它一般体现为违约风险。当然，现实中共同风险和单方风险的分类并不是绝对的，因为在一些情况下两者也可能产生混同或转化。[32]

在揭示了主要特征之后，我们可以进一步对违法分包契约私人治理的实践机制进行分析。由于共同风险和单方风险的分别存在，当事人在建立契约私人治理的时候必须考虑不同的应对措施：一方面必须给契约的对方当事人造成一种可信威慑，以避免出现单方风险（主要是“违约”）而损害本方利益；另一方面又必须给契约的对方当事人以一定的合作激励，以促使对方与自己联合采取措施，避免共同风险给双方共同利益带来损害。此外在一些场合下，还需要积极防止单方风险向共同风险转化。

为了实现上述目的，违法分包契约当事人在实践中建立了多种不同的契约私人治理机制。笔者根据调研信息，并结合传统“契约治理理论”的分析框架，将其归纳为以下三种类型。

图表五：法律规避下建筑工程分包契约的治理模式

	机制特点	交易频度与关系基础	纠纷解决	风险的防范与消除
当	单 契约形式简单，有的甚	在契约之外，双方当事	契约履行过程中双方	
方	方 至采用口头协议；契约	人一般还具有家族关系	事人一般都能主动避	
免		范安全事故，尽量避免		
治	中很少出现严格的双向	或宗族关系，或者交易	矛盾；即使出现纠	
纷，		给对方造成单方风险。		
理	强制条款（如保证金	频度密切的历史合作关	双方也乐意主动、友	
好		系，属于典型的关系契	协商，相互妥协予以	
解	机 等）；契约订立后，双方	合作化解；确实造成损		
制	都能主动履行约定，很	约；适用于小工程的整		
决。			失的，事后再按交易习	
	少纠纷；不需要中立第	体分包或大中工程的部		
			惯或当事人认为合理的	
	三人介入。	分分包等；契约标的一		
			其它比例分担损失。	
		般较小。		
除	双 以书面契约为主；契约	当事人之间一般不具有	如果出现纠纷，双方	
方	条款设计细致，主要通	契约外的其它合作关系	了根据约定实行惩罚	
措		依靠双向强制条款给对		
治	过事先缴纳保证金、契	或者以往的交易频度较	施之外（如扣除保	

证	方造成可信威胁，以减	
谈	理 约分割（分期）履行、	弱；适用于所有大中小 金），还可能进入新的
		少单方风险；双方合作
	机 事后给付奖励金等方式	型的工程分包，在分包 判阶段以修补关系；
但		规避共同风险，确实造
	制 相互监督、约束和激励	市场最为常见；标的额 很少引入第三方参与
纠		成损失的，事后再根据
	不需要中立第三人介入。	较大。 纠纷
决。		约定或重新谈判以追究
		内部责任，并按责任程
		度分配损失。
第	第 基本都是书面契约；条	当事人之间一般不具有 引入纠纷解决程序的
		风险发生前，主要依靠
中	三 款设计精细，除了规定	契约外的其它社会关系； 三方包括：担保人、
		契约条款的相互监督以
方	方 相互监督和约束条款之	或者以往交易频度弱， 立第三人、同业组
织		减小风险概率。风险发
	治 外，还可能中立第三	很多还是刚刚建立合作 （如地方商会）等。这
里		生后，双方一般先合作
	理 人参与担保，解决纠纷	关系的场合；适用于所 的第三方不包括仲
裁、		化解风险，事后再请中
	机 甚至全程协调契约的履	有大中小型工程分包； 法院或行政部
门。		立第三方参与调解，计
	制 行。	标的额大。
		算和分配损失。

（二）违法分包契约私人治理的实践机制

应该指出，上述这三种模式尽管都排除了法律和公权机关的介入，但并不意味着实践当中，当事人对契约治理仅仅依靠于自身的“人”的因素，因为法律规避下的契约私人治理同样需要一些外在措施（约束力）作为保障机制。这些机制包括：非正式制度、双向强制措施、中立第三人、社会网络和声誉机制。

1. 非正式制度

这里所谓的非正式制度^[33]主要是指行业内的交易习惯。在建筑工程分包市场，虽然国家和行业组织已确立了一些行业规范（可以把它们理解为示范性的契约条款），如工程质量验收标准、施工操作规程、承包费率的计算方法等等；但是在违法分包情形下，这些行业规范显然不会被契约当事人完全接受。根据笔者调研所了解的，在有关工程承包费率、履约保证金率、成本分摊比例、意外事故分担比例、承包费支付方式与期限等问题上，当事人基本都是根据交易习惯来确定。原因在于，行业规范对这些计算标准的确定主要是建立在“工程合法分包”的前提假设之下，但是当工程被多次分包、私下转包或者挂靠承揽之后，相应的成本、收益和风险都会随之变化，因此当事人必须另外确定计算标准。一般而言，在多层分包当中，越是处于利益链后端的当事人，其承担的成本越高、风险越大，而收益也越少。因此，在利益链最末端的实际施工人为了牟取更多利益，往往会通过偷工减料、以次充好、缩短工期等方式来压低成本。

此外，在有关工程质量验收标准或者施工操作规程等问题上，当事人之间往往也有自己共同认可的惯例。在调研过程中就有受访者向笔者讲述，违法分包的分发承包人和分包人对于建筑工程的内部验收^[34]往往有一套“默认的标准”，比如哪些工程部位必须严格按照国家施工标准（一般是建筑单位最后验收时重点检查的对象），哪些环节的指标可以下调（这些环节往往较为隐蔽而且不至于对工程的主体结构造成重大损害），下调多大幅度；或者哪些材料可以以

次办好，而那些材料则必须严格按照建筑单位要求，这些问题都已形成了一套相对稳定的惯例。从适用方式来看，交易习惯（主要是涉及计价部分）可能作为具体条款被记载到书面的契约当中，但更多的情况是仅仅在当事人的口头约定中被简单提及而在最后实际计算时才被具体适用。在后一种情况下，交易习惯实际上也起到了提供行动预期和信息传递的功能，它有助于信任的建立以及节约谈判成本。

2. 双向强制措施

在违法分包契约的治理当中，如果当事人双方不具有熟人关系的基础（如家族、宗族或者长期合作关系等），则双方治理往往将代替单方治理而成为当事人首选的模式。在这一模式下，契约一般以书面形式为主，且条款设计细致，当事人往往需要经过充分的讨价还价来确定相互制约的方式，具体包括：保证金条款、奖励金条款、责任金条款、契约分割（分期）履行机制，等等。

比如在“固定费率契约”当中，由于工程项目被整体转包，分包人并不实质性的参与工程的施工和管理，但是在法律层面上他又存在与分包人一起承担连带责任的风险，因此分包人需要采取一定的措施对分包人进行监督。根据笔者的观察，在早期的实践当中分包人倾向于在分包契约中约定“工程整体转包后，施工操作、项目管理、工人雇佣、设备投入、原料采购等所有业务以及一切责任风险都由分包人独立承担”；但是由于法律明确规定违法分包契约无效，同时还建立了连带责任机制，因此一旦发生法律纠纷，分包人仍然有法律责任风险。换言之，这种“责任整体转移”的内部约定实际上很难起到合作约束和风险防范的功能。在此背景下，分包人后来逐渐放弃了这种契约条款，并转而采用各种保证金（或称奖励金、责任金）制度。这些保证金的类型包括“全面履约保证金”、“安全生产保证金”、“工人工资按时支付保证金”、“工伤零死亡保证金”、“工程质量保证金”、“工程保修金”等等。对于保证金的支付方式，有的是在事前一次性缴纳，有的则在每一期的工程款中按比例预留；如果最后工程安全竣工并验收合格，则一次性返还分包人。从实践的情况来看，保证金制度是一种“看得见的威胁”，它有效节省了分包人对施工的监督成本，因此已逐步形成分包市场的一种交易习惯并被广泛适用。

与“固定费率契约”所不同的，在“浮动分成契约”和“劳务分包契约”模式下，由于分包人和分包人都实质性的参与了工程的施工和管理，因此其合作约束机制更为复杂。除了保证金制度之外，当事人一般还采用“契约分割（分期）履行”机制。所谓“契约分割（分期）履行”，它类似于合同法上的“同时履行抗辩制度”，即违法分包契约的双方当事人把施工的合作过程分割为几个阶段，每一个阶段的末尾都要完成一次契约履行的“中期考核”，而不是等到工程竣工之后再行整体结算。在这种合作模式下，每一个新的合作阶段的开始，都必须以上一个阶段双方的契约义务已经妥善履行为前提，否则利益受损的一方将“以牙还牙”的停止进一步合作，进而导致下一阶段的施工无法进行。契约分割（分期）履行的实质是每一方当事人都以“单方风险转化为共同风险”作为可信威胁来约束对方当事人，它是一种促成合作的双向强制。[35]

3. 社会网络和声誉机制

在建筑工程违法分包市场，由于违法分包本身属于国家禁止的行为，法律风险较大，因此参与其中的建筑商们对于合作伙伴的选择都非常谨慎。一般而言，只有那些一贯“诚信”履约、善于顾及对方利益、很少给合作伙伴造成单方风险、愿意与合作伙伴积极防范共同风险以及在出现纠纷时愿意相互妥协的建筑商，才可能获得同行们提供的合作机会。也因此，建筑商在长期合作过程中会逐步形成一些相对稳定而封闭的社会关系网络，[36]他们对于陌生的合作对象往往较为排斥。

社会网络的存在，对于违法分包契约的私人治理具有特殊作用，因为“通过社会网络，商人们可以建立互信、互惠关系，还可以建立声誉机制[37]来限制道德风险以及确定利益的分享规则。”[2]简言之，如果某一建筑商经常肆意违约，或者在规避共同风险的问题上经常投机卸责，或者动辄将纠纷诉至法院，那么关于他的这些信息将通过社会网络快速传递出去。随后，这些打破行业“潜规则”的行为将自然而然的受到同行的非议和谴责，而行为人也将会被排斥在行业之外。

当然，如果建筑商之间本来就具有同乡、宗族或家族关系的基础，那么这种社会网络当中的信任关系会更加牢固，合作也更加紧密。比如在G省的ST市，有一些乡镇的居民长期以来就是以“组团”到外地从事建筑施工为主业。早在1980年代，这些乡镇里面“比较有门路”的“包工头”即出外[38]从事小型的工程劳务分包。在积累了原始资本以及占据了一定的市场份额之后，他们开始不断扩大队伍，把同镇、同乡特别是同一宗族、家族里面的富余劳动力都吸收到这一行业；实力更强大的建筑商还开始自己独立承包整体的建筑工程。基于对熟人关系的信任，以及为了在外地的建筑施工市场立足，同乡镇的建筑商之间经常会互相协作，比如把已经承包下来但是无暇兼顾的项目低价转包给其他人。在这种同乡之间的业务合作当中，建筑商们虽然也经常存在利益冲突，但是真正的纠纷却很少，违约情况也不多见。根据调研时一些受访对象所讲述的，其原因仅仅就在于他们认为，“都是乡里人，不诚实不好，传出去以后没法混。”[39]

事实上，这种依靠社会网络进行声誉信息传播的机制之所以对建筑商具有威慑作用，另一方面还与建筑工程行业本身的特殊性有关。因为建筑工程的承建对于资产的专用性（如特种设备、专业技术等）要求很高，因此建筑商在进入市

的时候往往需要投入大量的成本。这种资产专用性的行业特点与分包行为是否合法关系不大，换言之，违法分包契约当事人在从事工程建设的过程中，同样也需要做出高成本的专用资产投入（除非他仅仅愿意从事简单的劳务分包业务）。因而，如果一个建筑商在履约过程选择了肆意违约并且进而被同行所排斥，那么他之前投入的专用性资产建设将转为沉没成本，而这种成本的数额比起他在“一次性交易”中所能获得的收益要大得多，这是他不得不再平衡的一个重要的约束条件。由此可见，声誉机制的运作原理主要在于，它降低了违约人未来预期利益的贴现率，即如果某一方当事人为了当前利益而恶意违约，则无异于将未来他们在这个市场可能获得的利益提前贴现。因此，除非这种贴现所带来的利益足以超过未来他所可能获得的全部收益，否则作为理性商人，他们一般不会忽视声誉机制的约束而寻求恶意违约的“一次性交易”。[40]

4. 中立第三人

如何解决纠纷是违法分包契约私人治理的一个重要问题。根据笔者在调研中所了解的，几乎所有受访者都表示，多年来他们从未主动通过法院解决契约纠纷，原因是：(1)违法分包契约本身不被法律认可，因此通过法院解决纠纷“等于给自己找麻烦”；[41](2)诉讼程序复杂，成本高，而且判决结果很难预测，因此“就算打赢官司，赔的钱可能都不够交律师费”；[42](3)正如前文提到的，“这样做其他同行会认为我破坏了潜规则”；[43](4)也是最重要的，违法分包契约的当事人有其它替代机制可以较为有效的解决纠纷。对于违法分包契约纠纷解决的这种特点，我们可以从一些官方数据间接进行印证（见图表六）。根据统计数据显示，2002至2009年间，[44]全国各级法院一审程序审理的所有类型的合同纠纷案件数量增长为39%；其中，建筑工程合同纠纷案件单项增长为44%，两者的增长幅度基本持平。从另一组数据来看，2002年全国各级法院一审程序审理的建筑工程合同纠纷案件占有合同纠纷案件数量的2.7%，而2009年的这一数据为2.8%，两者也并未出现较大偏离。

结合上述数据，如果再考虑到从2002至2009年间全国注册登记的建筑业企业的数量增长是48%，[45]笔者认为这些数据的组合一定程度上可以说明，近年来法院审理建筑工程合同纠纷案件的数量增长，主要应该是受到建筑业本身发展以及正规注册的企业数量增长的影响。因此这也可以间接印证，虽然若干年来国家在建筑工程市场领域大力加强了立法建设，但至少从目前情况来看，这种立法体系的完善并未实质性的吸引违法分包契约当事人将纠纷的解决引入司法程序。

由于没有司法程序的参与，违法分包契约的当事人往往只能在法律框架之外另外构建纠纷解决途径。其中，常见的做法是通过民间性质的中立第三人进行调解。一般而言，可以主持纠纷调解的中立第三人包括：行业内有威望的人士（如资深的工程师）、实力雄厚的其他商人、地方（同乡）商会的负责人，或者当事人共同的关系人等等。中立第三人参与调解方式既可以保持契约的基础关系不被否定，又可以保证纠纷解决较为公正；而更为重要的是，双方当事人还可以避免共同的法律风险（如执法部门介入并对双方当事人进行处罚）。就此而言，中立第三人的角色相当于法律机制之外的“社会规范实施者”。[46]

除了纠纷解决之外，中立第三人参与分包契约治理的另一种途径是担任契约履行的担保人，其具体类型包括债务保证人和信誉保证人两种。债务保证人的情况与合同法意义上的“保证”类似，即如果债务人不履行债务，担保人将代替债务人向债权人承担责任，这种责任方式可能是经济责任上的代为支付，也可能是施工义务上的代为执行。而信誉保证人的情况则仅仅只是担保人对契约某一方当事人信誉的一种肯定，担保人并不承诺在特定情况下代为承担责任。根据笔者在调研过程的观察，在历史交易频度较弱（特别是初次合作）或者涉及大型工程分包等场合下，中立第三人提供的信誉担保对于建立契约当事人之间的合作互信以及促成契约的订立具有重要作用。如果结合后文将要分析的“重复博弈”理论来看，信誉担保机制的运作原理在于它增加了契约一方当事人了解另一方当事人以往声誉的信息来源，并促使契约一方当事人可以较为准确的预测对方当事人的行动策略，从而规避契约履行的风险。

四、违法分包行为的法律规制：效率检讨与原因分析

（一）重复博弈、合作策略与法律规避

在深入分析了违法分包契约私人治理的基本特点之后，有必要进一步对国家相关的法律规制措施及其实施效率进行反思和检讨：既然法律制度体系一直在逐步完善（如本文第一节所分析的），而且执法力度也一直在增强，那么为什么违法分包行为仍然屡禁不止？违法者为什么能与强大的法律监管体制相互博弈？

为此，我们首先需要到契约当事人之间的“合作策略”问题进行研究。应该指出，在违法分包契约关系当中，当事人之间尽管也像其它普通的契约关系那样，可能同时存在着“利益冲突”和“行为合作”，而且也存在着各种形式的相互约束机制，但是由于违法分包契约当事人还需要共同面对国家法律规制这一重要难题，因此“合作”无疑将成为当事人的最优行动策略。一方面因为，通过契约方式进行的法律规避，其本身就是一种双向行为，它不可能仅靠一方当事人的主观意愿和单方行为即可实现；而另一方面，如前文已经强调的，建筑工程的施工是一项风险较高的工作，因此违法分包契约当事人能否获得收益以及获得收益的多少，很大程度上取决于他们双方对各种风险防范的合作态度。可以设想，如果当事人双方不对施工过程的技术风险进行有效防范而轻易导致安全事故的发生，或者轻易把内部纠纷的解决诉诸法律，他们都可能被法律“揭开规避的面纱”进而追究连带法律责任。因此绝大多数情况下，当事人双方都愿意尽量

降低共同风险（特别是第三人的起诉或执法部门的主动介入）发生的概率，特别是秉承“大事化小、小事化了”的态度，把纠纷解决内部化。[47]

简言之，在法律规避下违法分包契约的分发承包人和分承包人属于利益共同体，他们“合则双赢，分则俱损”。因此在建立违法分包契约关系之后（这是下文讨论的前提），“合作”应是双方行动策略的最优选择。对于这种关系，我们可以借助博弈论的“重复博弈”模型（图表七）进行简化描述。

这个博弈模型表明，违法分包契约的双方当事人在履行分包契约的过程中，分别都有选择“合作”策略或者“不合作”策略的机会，但是在“重复博弈”的条件下，理性的双方当事人最终都将选择（合作，合作）的行动策略。对此我们可以结合案例进行讨论。

1. 如果双方当事人选择“不合作”，其结果将是“两败俱伤”，此时双方所面临的支付（-3, -3）在绝对值上比采取“合作”所面临的支付（2, 2）还要大。原因在于，如果双方当事人没有采取妥善的合作措施而导致工程施工出现事故，或者由于其它原因被执法部门查获，或者被第三人诉至法院，此时不仅双方的预期收益（建筑单位支付的工程款）可能丧失，而且还可能面临执法部门的行政处罚（罚款等），以及对第三人的民事赔偿甚至刑事责任。[48]

2. 如果一方当事人选择“合作”，另一方当事人选择“不合作”，这种策略组合在实践中也不是均衡点，因为：(1) 建筑工程施工不是一次性交易，而是一项持续时间较长，而且需要双方当事人多次沟通与协助才能完成的工作，因此如果一方当事人选择“不合作”，他的行为可能导致另一方当事人所选择的“合作”策略也无法实质性促进施工的进展，进而影响双方最后的收益。(2) 进一步的，国家立法明确规定在违法分包情况下，分发承包人和分承包人是连带法律责任关系。因此如果一方当事人选择“不合作”而导致共同的法律风险，他也同样可能被追究法律责任，这对于前者而言等于是“搬起石头砸自己的脚”。(3) 在一方选择“合作”，另一方选择“不合作”的情况下，两者所面临的支付可能不同，即（-6, 3）或（3, -6）的情形，它表明主动采取“合作”策略的当事人可能更为吃亏（比如主动投资建立安全生产设备），而采取“不合作”策略的当事人的损失则可能较小（比如提前卸责出局）。但是问题是，合作方在发现其采取“合作”策略更为吃亏之后，同样会选择“不合作”策略，从而使博弈进入（-3, -3）的均衡点，而这种（-3, -3）的均衡显然也不是具有理性的双方当事人所希望得到的。因此最后的结果只能是，双方重新回到“同时合作”的策略选择。

由此可见，正是这种“同时合作”策略的选择和运用，缓和了违法分包契约当事人之间本来固有的利益冲突，减少了内部纠纷（或者简化了纠纷发生之后的解决程序），进而使当事人在法律框架之外依然能够较为有效的实现契约私人治理。但是在另一方面，也正是这种“同时合作”策略，很大程度上掩盖了违法分包行为的“实质违法性”，也强化了违法分包行为的“表面合法性”，同时它还大大增加了执法者发现违法行为的信息成本，进而弱化了执法效率，这是建筑工程分包市场当中法律规避现象屡禁不止的重要原因之一。

（二）法律强制性措施为何不是万能的？

上文指出，在违法分包契约中，采取“同时合作”策略是双方当事人的理性选择。但必须强调，无论从理论分析还是实践经验的角度，重复博弈的进行及其均衡结果的出现都需要满足两个重要的约束条件：一是可信威胁的存在，它使当事人相信“不合作”将有被惩罚的可能；{3}（P2027-2062）二是信息交流不存在阻碍，即每一方当事人在做出决策之前可以了解另一方当事人先前的行动策略。如果这两种条件无法落实，当事人的行动策略将可能改变并进而导致合作无法进行。[49]具体而言，违法分包契约双方当事人进行重复博弈所依赖的“可信威胁”综合来源于前文已提到的法律禁止性规定、连带责任追究以及当事人之间建立的相互制约措施。

条件一：立法存在禁止性规定

“违法分包契约”之所以“违法”，其逻辑前提是法律存在禁止性规定；而违法分包契约当事人之所以选择在法律框架之外实现契约的私人治理，其逻辑前提也正是在于法律有禁止性规定。如果这一约束条件改变，即多层分包、私自分包、整体转包、挂靠承揽等行为不再属于违法之列，则双方当事人的行动策略也将随之改变——比如在发生契约内部纠纷的情况下，一方或双方当事人都可能随时诉诸法律寻求权利救济，此时法律的介入对于双方当事人而言，将不再是超出预期的共同风险（法律风险）。

条件二：连带法律责任的追究

前文已指出，现有立法规定：总承包单位和分包单位就分包工程对建设单位承担连带责任，而且承包单位对于因转包工程或者违法分包的工程不符合规定的质量标准而造成的损失，也必须与接受转包或者分包的单位承担连带赔偿责任。这是满足（合作，合作）均衡结果的另一个必要条件。因为这种连带责任机制把违法分包契约的当事人双方都捆绑为责任共同体和利益共同体，所以对于意图选择“不合作”的当事人而言，其“不合作”行为所导致的一切不利后果，最终也完全可能转化为自己的利益损失。由此可见，连带责任机制在很大程度上增加了双方当事人合作的必要性，也实质性的影响着当事人的行为选择。

条件三：当事人内部存在相互制约的措施

违法分包契约的“单方治理”“双方治理”和“第三方治理”三种机制都各自包含着不同特点的相互制约措施，这些制约措施的核心功能是在双方当事人之间建立起“可信威胁”，比如非正式制度、“双向强制措施”、中立第三人的权威以及声誉机制等等。由此可见，无论违法分包契约当事人采用哪一种契约治理机制，他们都无法完全摆脱相互之间固有的一些制约关系，而这些制约关系进而又实质性的影响着当事人的行为选择，最终促使他们走向（合作，合作）的均衡点。

条件四：当事人之间的信息传递成本较低

重复博弈的另一个重要的约束条件是“信息的有效传递”，因为每一方当事人在做出决策之前，都需要了解对方当事人之前采取过的策略并据此推测其下一次行动可能采取的策略。对此我们可以通过比较“违法分包契约”与“囚徒困境”（图表八）的差别进行解释。

违法分包契约的博弈模型，与经典的“囚徒困境”有一定的相似性：即在两种博弈模型中，如果双方当事人都同时选择“合作”（在“囚徒困境”中表现为“同时不坦白”），那么支付对于双方当事人都是最优的。但是这种最优选择在“囚徒困境”中无法实现，而在违法分包契约中则可以，其主要差别就在于“囚徒困境”中的“囚犯A”和“囚犯B”在选择行动策略之前无法进行信息沟通，否则他们必定同时选择“不坦白”；而在违法分包契约的订立和履行过程中，这种信息交流几乎不存在障碍。因此，违法分包契约的双方当事人具有充分的机会一同商定对策，以掩盖其违法行为。这在很大程度上加大了违法分包契约行为的隐蔽性和复杂性，同时也增加了法律监督的信息成本。

由此可见，在规制违法分包契约行为的问题上，我们应当辩证的看待强制性法律措施以及连带法律责任机制的实践功能。因为强制性和连带性的法律制度对于某些市场行为的禁止固然有“手起刀落”的快意，也有预防和化解社会风险的功能；但它们并非“包治百病的神药”。正如本文所揭示的，它们在特定情况下也可能转变为强化违法契约当事人合作的“可信威胁”，从而促成法律规避行为的持续。这种看似违背常理的现象不仅被本文的案例所验证，而且也可以从“科斯定理”{4} (P1-44) {5} (P38-405)的规范分析得到解释：在法律规避情形下，契约当事人之间具有共同的法律风险（契约效力被否定进而当事人被究责），这种风险作为可信威胁，不仅促成了双方当事人的利益关联性，而且一定程度上减少了当事人为实现合作而必须支付的相互监督的成本（交易成本的一种重要类型）。因此，虽然法律的强制性规定已经对当事人的产权关系进行了明确界定（即允许特定情况下的分包，但不允许多层分包、私自分包、整体转包或挂靠承揽等形式），但是当事人仍然可能通过私下谈判对这种关系重新进行界定，并以违法契约的形式固定下来。

五、余论

本文通过对“建筑工程违法分包”这一特殊现象的实证考察，深入分析了法律规避情形下当事人进行契约私人治理的基本模式和实践机制，同时还借助重复博弈理论解释了当事人如何选择行动策略，以及探讨了国家现有法律规制措施以及连带责任机制为何效率低下等问题。作为对本文论题进一步的总结和说明，笔者需要指出：

首先，从理论基础和研究进路来看，本文关注的问题并未脱离传统“契约治理理论”的框架，但是选择了新的切入点。传统理论认为，当事人对契约私人治理机制的选择主要源于个人偏好、诉讼的高成本性、判决与执行的不确定性或者司法可能的不公正性。事实上，这些因素主要是在合法契约履行的场合才有实质性影响。而在法律规避的场合，一方面由于缺乏法律机制的保障，当事人面临的风险范围更广，程度更高，而类型将更为复杂，因此对各种风险进行有效防范和消除是契约私人治理的重点；另一方面由于法律禁止性规定和连带法律责任机制的存在，当事人将更倾向于采取“同时合作”策略；也因此，当事人在面对纠纷的时候将更加偏好于私下协商、妥协退让或者民间调解等纠纷解决方式。

其次，为了聚焦主题，本文仅从“内部视角”，即以法律规避和重复博弈理论为基础解释了国家法律机制在治理建筑工程违法分包问题上的局限性，但这并不表明，违法分包现象普遍存在的原因仅仅在于违法者愿意主动采取“同时合作”的行动策略，或者在于违法者能够私下建立一些行之有效的契约治理机制。实际上，导致违法分包现象出现的原因是多方面的。根据笔者在调研中了解的情况，至少以下几个问题仍有进一步研究的必要：（1）市场机制的不完善以及招标投标程序经常存在的腐败问题，导致很多中小型建筑企业在招投标过程中处于极其不平等地位，在此情况下他们只能在垄断型企业获得工程投标之后，通过多层分包、挂靠承揽来获得业务机会。（2）城市化进程中，全国各地的建筑工程数量急剧增长，这给日常的行政管理和法律监督带来了巨大压力，也由此导致了日常监管的诸多漏洞。（3）若干年来，大量农村剩余劳动力持续进入城市劳动力市场，而建筑业又是刻容纳普通劳动力最多的一个行业。在此背景下，大量没有注册登记的民间施工队伍应运而生。为了谋求生存，他们只能通过违法分包来获得工作机会。（4）改革开放以来，我国市场领域一直存在“双轨制”[50]以及由于“双轨制”导致的各种“挂靠”现象，这是一个历史问题，建筑行业也不例外。在此背景下，民营性质的小型建筑企业挂靠在大国有企业名下从事违法分包活动早已有之。综上可见，国家在完善建筑行业治理机制过程中，不能仅仅寄希望于法律强制性措施或者连带法律责任的功能，而是需要从法律、经济、社会等多个层面着眼，以此建立综合的长效机制，否则将无法摆脱对违法分包现象“久治不愈”的危机。

最后，本文并未就建筑工程违法分包现象的风险和弊端专门进行阐述，相反却详细分析了法律规避情形下，契约私人治理机制如何“有效”促使当事人实现违法分包目的，这些研究思路和观点并不意味着笔者在法律层面上认可违法分

包行为以及相关的契约私人治理机制。另一方面，本文在分析的过程中还指出了国家法律规制措施在治理建筑工程违法分包问题上的局限性，笔者的目的同样不在于否定法律本身所具有的积极功能。此外本文并未针对“如何有效解决建筑工程违法分包问题”提出详细方案，原因是论题的主旨主要侧重于“揭示问题”和“解释现象”，而不是对策研究。事实上对于违法现象，无论是法学理论研究还是法制建设实践，我们首先都需要主动“深入敌后”，了解违法者的“内部堡垒”，之后才能有针对性的思考解决问题的方法。因而，笔者更希望藉此抛砖引玉，引起学界对相关问题研究的重视。

【注释】[1]“契约治理”是法经济学（特别是交易成本经济学）理论常用的一个概念。对于它的内涵，一方面可以从纵向的角度将其理解为契约的选择、签订、执行、修改等相关环节；另一方面可以从横向的角度将其理解为当事人权利义务的界定、风险的防范与分配、契约纠纷的解决等综合层面；此外根据“治理主体”的不同，“契约治理”还可以分为“法律治理”和“私人治理”一般认为，“契约治理”概念的含义，应比传统合同法领域的“合同履行”概念的含义更为宽泛。

[2]参见[日]千叶正士：《法律多元》，强世功等译，中国政法大学出版社1997年版。

[3]类似的还有“法律与社会网络”以及“法律与非正式制度”理论等。See Robert C. Ellickson, Law and Economics Discovers Social Norms, Journal of Legal Studies 2 (1998), pp. 537-552.

[4]See Oliver E. Williamson, The Economic Institutions of Capitalism, Free Press, 1985; Masahiko Aoki, Toward A Comparative Institutional Analysis, The MIT Press, 2001; Avner Greif, Paul M. Grom and Barry R. Weingast, Coordination, Commitment, and Enforcement: The Case of the Merchant Guild, Journal of Political Economy 4 (1994), pp. 745-776.

[5]参见范愉：《纠纷解决的理论与实践》，清华大学出版社2007年版。See Lisa Bernstein, Opting Out of the Legal System: Extralegal Contractual Relations in the Diamond Industry, Journal of Legal Studies 1 (1992), pp. 115-157.

[6]参见[德]卡塔琳娜·皮斯托、许成钢：《不完备法律：一种概念性分析框架及其在金融市场监管发展中的应用》（上、下），分别收入吴敬琏主编：《比较》（第三辑），中信出版社2002年版，吴敬琏主编：《比较》（第四辑），中信出版社2002年版，See Amitai Aviram, A Paradox of Spontaneous Formation: The Evolution of Private Legal Systems, Yale Law & Policy Review 1 (2004), pp. 1-68.

[7]See Avinash K. Dixit, Lawlessness and Economics: Alternative Modes of Governance, Princeton University Press, 2007; See Avinash K. Dixit, Fabrizio Cafaggi, Self-Regulation in European Contract Law, European University Institute Law Working Paper 43 (2006).

[8]国内少数文献有论及“主观不能”问题，如苏力：《法律规避与法律多元》《中外法学》1993年第6期；苏力：《再论法律规避》，《中外法学》1996年第4期；徐昕：《论私力救济》，中国政法大学出版社2005年版，等等

[9]严格来说，“法律规避”应是国际私法领域的一个概念，而本文所分析和论述的主题则是一种国内法意义上的“脱法行为”。两者在表现形式、当事人主观状况、行为对象、行为方式和法律效力上都有区别。但是由于“脱法行为”不是一个常用的概念，为便于沟通和理解，笔者暂时借用“法律规避”的概念，其意是指：当事人通过虚构一些表面合法的行为方式，来达到实质上的非法目的这样一种现象。

[10]本次调研涉及城市6个，涉及建筑工程承包实体（企业或民间施工队）21个，其中19个未经登记注册。调研方式包括实地访问、与当事人面谈或电话访谈以及书面资料的收集，比如工程分包人在实践中常用的各类契约文本等等。按照笔者与受访者的约定，本文在论述过程中将不出现任何受访者的身份信息。

[11]我国法律并非绝对禁止建筑工程分包。我国《建筑法》第29条规定，建筑工程总承包单位在经过建设单位同意，或者在总承包合同已明确情况下，可以将承包工程中的部分工程发包给具有相应资质条件的分包单位。

[12]所谓“外部分析视角”是指，忽视从违法现象的内部去观察当事人“为何违法”以及“如何违法”，而片面的强调法律强制力机制的功能，认为单纯通过增加立法、强化法律监督、提高当事人责任标准等外部措施即可有效治理违法现象。这种分析视角存在的缺陷是，容易导致对策研究不具有现实的针对性。

[13]数据来源于2001年至2010年《中国统计年鉴》。

[14]例如：(1) 2010年“11·15上海高层住宅特大火灾”即是典型案例。参见谢卫群：《上海“11·15”特大火灾事故原因查明》，<http://society.people.com.cn/GB/41158/13245084.html>, 2010年11月18日。针对这一事故，住房和城乡建设部随后专门发布了《关于进一步加强建筑施工消防安全工作的通知》，要求各地继续严厉打击不办理施工许可等法定建设手续，擅自从事建筑施工活动的行为，以及违法分包、转包、挂靠等行为。(2) 此外，近年来社会广泛关注的“上海莲花河畔景苑倒楼事故”、“都江堰至汶川高速公路董家山隧道瓦斯爆炸事故”、“杭州地

铁1号线湘湖站工段施工事故”、“北京首个被责令拆除重建的保障房项目”等个案，其背后都有工程违法分包的因素。参见刘炜：《建筑工程违法转分包乱象》，<http://www.mzyfz.com/news/times/yj/20101129/110008.shtml>，2010年11月29日。

[15]最常见的是劳资纠纷。因为多层分包行为将造成利益关系链的复杂化，并影响工程款的顺畅流转，最终可能导致处于利益链终端的建筑工人的劳动报酬无法及时支付或者全额支付，并可能由此导致社会群体性事件。为此，劳动和社会保障部与原建设部曾于2004年联合制定了《建设领域农民工工资支付管理暂行办法》，该《办法》第12条规定：“工程总承包企业不得将工程违反规定发包、分包给不具备用工主体资格的组织或个人，否则应承担清偿拖欠工资连带责任。”

[16]如2010年浙江省政协十届三次会议上就有委员专门提出议案，指出“建筑业违法分包”已成为行业内盛行的“潜规则”，并建议政府加大整治力度。参见中国新闻网：《建筑行业转分包成“潜规则”政协委员建议坚决治理》，<http://www.chinanews.com.cn/gn/news/2010/01-27/2094275.shtml>，2010年5月18日。

[17]限于篇幅，不再列举数量繁多的地方法规和规章。

[18]附件为《关于若干违法违规行为的判定》。

[19]例如2009年、2010年住房与城乡建设部的《建筑市场监管司工作思路》仍在强调，要按照中共中央和国务院《关于开展工程建设领域突出问题专项治理工作的意见》和《住房和城乡建设系统工程建设领域突出问题专项治理工作实施方案》的要求、依法治理工程建设项目中标后监管薄弱、转包和违法分包、不履行监理责任等突出问题。类似的规范性文件还有《关于集中开展严厉打击建筑施工非法违法行为专项行动的通知》（2010）、《关于进一步强化住宅工程质量管理的通知》（2010）、《关于加强建筑市场资质资格动态监管完善企业和人员准入清出制度的指导意见》（2010），等等。中华人民共和国住房和城乡建设部，<http://www.mohurd.gov.cn/>，2010年11月16日。

[20]数据来源于北大法宝数据库中国法律检索系统。本项数据检索时间为2001年11月28日，检索方法是：（1）分别以“住房与城乡建设部”和“建设部”为发布部门；（2）分别以“建筑”、“建设”、“工程”为法律标题关键词；（3）以“部门规章”为法律效力级别（该选项包含部门规章和一般规范性文件）；以“现行有效”为检索限制条件；（5）在上述检索基础上，以“分包”为正文关键词进行结果检索；（6）对最终检查结果进行人工复地，淘汰个别误差数据。

[21]建筑工程分包市场的契约一般涉及三类主体：一是作为总发包人的建设单位；二是从建设单位于中直接取得承建资格的总承包人，总承包人同时也是分包契约中的分发人；三是从总承包人（即分发人）手中获分包资格的分包人（当然，如果存在“多层分包”或者“层层转包”的违法情形，则还将存在更多的分包人，而每一个分包人方相对于其下一级的再承包人，具有再发包人的身份。

[22]即建筑工程主体结构的施工必须由总承包单位自行完成。

[23]即分包单位不得将其承包的工程再分包。

[24]即承包单位不得将其承包的全部建筑工程转包给他人，或将其承包的全部建筑工程分割后以分包的名义分别转包给他人。分包工程发包人将工程分包后，未在施工现场设立项目管理机构和派驻相应人员，并未对该工程的施工活动进行组织管理的，视同转包行为。

[25]即禁止建筑施工企业超越本企业资质等级许可的业务范围或者以任何形式利用其他建筑施工企业的名义承揽工程，也禁止建筑施工企业以任何形式允许其他单位或者个人使用本企业的资质证书、营业执照，以本企业的名义承揽工程。分包工程发包人没有将其承包的工程进行分包，在施工现场所设项目管理机构的项目负责人、技术负责人、项目核算负责人、质量管理人员、安全管理人员不是工程承包人本单位人员的，视同允许他人以本企业名义承揽工程。

[26]相关的法律责任形式包括民事法律责任、行政法律责任和刑事法律责任。

[27]所谓“直接违法”，是指违法者并未采取表面上“合法”的行为方式来掩盖实质上的非法目的。“直接违法”是早期法律规范体系存在较多漏洞情况下出现的现象。随着国家法律监管机制的建立，违法者如果要继续从事违法分包行为，只能相应的采取各种规避手段来绕开法律的规制。这种变化趋势虽然一方面可以表明，法律漏洞正在逐渐减少；但是另一方面也暗示了，造成目前违法分包现象依然盛行的原因，肯定有法律层面之外的因素，否则我们无法解释：为何在法律规范体系逐步完善、监管力度逐步加强的背景下，违法分包行为依然屡禁不止。对于这一问题后文还有分析，在此暂不赘述。

[28]根据后文的分类，这里的“风险”是指“技术风险”。

[29]比如分发人会要求分包人分摊其通参与项目招标、竞拍等程序而获得工程项目所付出的成本。

[30]这种成本的节约一般来自于两个途径：（1）以低于法定最低工资标准的形式向工人支付报酬；（2）没有给施工工人购买各类保险。

[31]事实上，由于缺乏法律专业知识，绝大部分的分包契约当事人也并不知道“权利”与“义务”的概念。

[32]比如在“固定费率契约”当中，尽管分发人并不实质性的参与施工和管理，但是一旦分包人违反施工操作规程而导致安全事故（技术风险、单方风险），此时分发人和分包人都可能面临执法部门的调查和处罚（法律风险、共

同风险)。又比如在“劳务分包契约”当中,如果分包人没有提供足够数量的技术工人参与施工从而导致工期延误,则对于分包人来说,这首先是一种单方风险(违约风险);但是如果工期延误的事实进而被建设单位诉诸法院,则无论对于分包人还是分承包人,他们都将面临连带法律责任的追究。此时单方风险(违约风险)将转化为共同风险(法律风险)。

[33]根据新制度经济学理论,“制度”可以分为“正式制度”与“非正式制度”。其中,“正式制度”是指由权力机构制定、公布并保证实施的法律、法规、规章、法令或者政策;而“非正式制度”则是指由社会自发形成的习俗、习惯、惯例、道德伦理、意识形态或者由行业、团体自己制定和实施的自治规章、行业规范或宗教教义等。此外在法社会学领域,近年来有不少学者提出“法律与社会规范”的研究范式,这里的“社会规范”在外延上大致与新制度经济学所称的“非正式制度”相同。

[34]违法分包活动往往涉及多层次的分包关系,在每一层的分包关系当中,分承包人向分包人交界完工项目之前,分包人一般都会对工程质量提前进行内部验收(相对于建筑单位对总承包人的最后验收而言)。这一程序是每一层级的分包费用结算的主要依据。

[35]从理论上讲,这种机制能够有效运作的原理在于,“规则构成制约,但如果把交易作为分析单位,容易发现一个人的机会是另外一个人的约束。因此,规则也是机会与自由,这个概念不是始于后来受到现在限制的无限度行动领域,而是源于相互依赖性和限制创造的机会……(因此)在存在稀缺和相互依赖性的世界里,交易有必要成为双向强制。”参见[美]阿兰·斯密德:《制度与行为经济学》,刘臻等译,中国人民大学出版社2004年版,第99页。

[36]“社会网络”是指,社会活动当中各个行为人之间固有的一些人际关系(包括自然关系和社会关系)所构成的一个有机网络,这个网络对于行为人的决策、方式和效果都有实质性影响。社会网络存在于各个市场,因为“市场本身由社会网络发展而来,而社会网络则是市场交易发生的基础”。See Harrison C. White, Where Do Markets Come From, *American Journal of Sociology* 3 (1981), pp. 517-547.

[37]“声誉机制”是指社会网络当中,针对当事人履约诚信的一种“非正式”(非官方性)的评价和强制机制。在“声誉机制”影响下,那些企图恶意违约的商人将遭到行业内或者地区内其他商人的共同谴责、排斥和抵制,甚至失去以后在行业内或者地区内继续进行商事活动的机会。

[38]最初主要是在同省的GZ、SZ等地,后来也逐步发展到省外其它地方。

[39]受访者的原话。

[40]其原理与后文将要分析的“合作策略”问题有关。重复博弈理论表明,即使合同当事人不能强制合同履行,但是能观察到合同另一方当事人的行动,那么声誉机制就能够促使他们都不出现合同欺诈行为。See Karen Clay, Trade Without Law: Private-Order Institutions in Mexican California, *Journal of Law, Economics & Organization*, Vol. 13, Issue 1 (1997), pp. 202-231.

[41]受访者的原话。

[42]受访者的原话。

[43]受访者的原话。

[44]在历年的《中国统计年鉴》当中,2002年之前并未出现专门针对合同纠纷一审案件的分类数据。

[45]根据2003年至2010年《中国统计年鉴》相关数据计算所得。

[46]Ellickson认为,在社会规范的实践模型中,普通的社会民众扮演着三种角色:一是个人行为的行动者(actor),二是社会规范的实施者(enforcer),三是行为与规范的旁观者(audience)。See Robert C. Ellickson, The Market for Social Norms, *American Law and Economics Review*, Vol 13 . No. 1 (2001), PP. 1-49.

[47]正如调研中一些受访者所言,“很多时候吃个亏就算了,万一搞大了事,以后就没法在这一行业立足了”。

[48]此外,当事人在(合作,合作)以及(不合作,不合作)两种情况下分别获得的“支付”的“绝对差值”,还与当事人对专用资产的投入程度成正比,即:专用性资产投入越多,当事人面临的专用资产损失将可能更大,因此绝对差值也将随之增加。

[49]比如在实践中我们经常可以观察到这样的现象:在发生工程事故的时候,一方当事人为了逃避责任而选择卸责潜逃,而把责任全部推卸给另一方当事人独自承担。然而笔者调研发现,这种现象在“固定费率契约”和“浮动分成契约”的情况下较少发生,但是在“劳务分包契约”的情况下则并不少见(卸责潜逃的一般是作为劳务承包人的“包工头”)。其原因就在于,“固定费率契约”和“浮动分成契约”当中,双方当事人相互关系的依赖程度更强,对“可信威胁”的建立也更为充分;而“劳务分包契约”中,分包人对分承包人的“可信威胁”往往较弱,再加上分承包人几乎不参与专用资产的投入,因此一旦发生重大事故,卸责潜逃对分承包人而言可能是较优的选择——此时分承包人损失的是劳务承包费,但避免的可能是巨额的民事赔偿甚至刑事责任。

[50]主要是指国有企业与民营企业市场（行业）准入、市场竞争、融资条件、税收优惠等方面的差别待遇。

【参考文献】

{1}中华人民共和国国家统计局[EB/OL]. [http://www. stats. gov. cn/](http://www.stats.gov.cn/), 2010-11 -26.

{2}Barbara Krug and Hans Hendnschke. Institution Building and Change in China[J]. ERIM Report Series Research in Man-agement, ERS-2006-008-ORG, 2006.

{3}Paul G. Mahoney and Chris W. Sanchirico. Competing Norms and Social Evolution: Is the Fittest Norm Efficient?[J]. U-niversity of Pennsylvania Law Review,2001, (6).

{4}Ronald. H. Coase. The Problem of Social Cost[J]. Journal of Law and Economics, 1960, (3).

{5}Ronald. H. Coase. The Nature of the Firm[J]. Economica, 1937, (16).

原载于《法制与社会发展》2011年第2期

© 2009-2013 吉林大学理论法学研究中心版权所有 请勿侵权 吉ICP备06002985号

地址: 中国吉林省长春市前进大街2699号吉林大学理论法学研究中心 邮编: 130012 电话: 0431-85166329 Power by leeyc

