

法律知识学习园地



——审慎对待建筑企业中挂靠的风险防范问题

2014年第6期

主 编： 盛惊宇

编 辑： 兰腾

局（沪）法律事务部 主办



正文

挂靠是指，通过出租、出借资质证书或者收取管理费等方式允许他人以本单位名义承接工程的或者是无资质证书的单位、个人或低资质等级的单位通过各种途径或方式，利用有资质证书或高资质等级单位的名义承接工程的。一般被挂靠的施工企业收取管理费后以自己名义对外订立合同以及办理有关手续，但不实际施工活动实施管理，或者即使管理也仅仅停留在形式上，并不承担技术、质量等实质责任。

由于目前我国建筑市场上挂靠、非法转(分)包的问题较为突出。挂靠、非法转(分)包行为严重扰乱了建筑市场的正常秩序。挂靠在建筑行业中似乎已经成为了潜规则，许多企业明知挂靠将可能带来较大的风险却仍继续这么做。一方面，此类行为容易造成工程质量低劣，安全有重大隐患，造成严重亏损，如果一旦发生纠纷，被挂靠企业则成为被告，挂靠方逍遥法外。另一方面，挂靠方若未收到工程款，被挂靠企业亦容易成为被告，被要求先行支付工程款。所以在建筑行业

中历来被我国的部分规章、规范性文件、法律法规所禁止。虽然明令禁止，但是实际中挂靠行为却屡见不鲜，因此，企业如何防范挂靠中产生的风险就成为了需要关注的问题。被挂靠的企业应当充分、全面地了解因挂靠将会带来的法律、经营等各方面的风险，尤其是在我国体制下挂靠的法律责任的承担及风险的防范。

一、案例介绍

2003 年底，甲某承接 B 酒店绿化工程，但因甲某个人不具备承包工程的资格，不能与建设方签订承包合同，故甲某找到 A 公司，要求要求挂靠 A 公司并由 A 公司出面承接该绿化工程，双方因此签订了《协作合同》。2004 年 11 月，工程竣工验收，但因 B 酒店原因，该工程迟迟未能结算。

2007 年，甲某以拖欠工程款为由将 A 公司及 B 酒店一并诉至法院。甲某在诉状中声称其与 A 公司系为分包关系，并非挂靠。由于甲某与 A 公司签订的《协作合同》中确未明确约定双方系挂靠关系，法院最终认定双方为分包，并要求 A 公司先行垫付工程款，同时在判决中认定 A 公司有权向 B 酒店主张该工程款。

因此，2007 年 8 月，A 公司向法院提起诉讼，要求 B 酒店支付上述欠款，并经多方查找财产线索，立案之初查封一块土地资产。该案历经一审、二审，审判过程中受到多方面的干扰，坚持对事实与法律的尊重，经过两年多的努力，终审判决 A 公司胜诉，判令 B 酒店向 A 公司支付工程款及利息。该案在执行过程中，通过查找财产线索，与 B 酒店谈判等，最终在 2010 年 1 月，成功为 A 公司执行到位全部工程款。

二、挂靠的法律风险及责任承担

1、挂靠的表现形式及法律特点

挂靠主要有两种表现形式：一是直接借用资质型，即低资质等级的施工企业

以高资质等级施工企业的名义与发包人签订建设工程施工合同，然后直接由低资质等级的施工企业施工。二是内部承包型，常见于根本不具备建设工程施工能力的个人，即由个人挂靠符合项目要求的施工企业，由该施工企业与发包人签订施工合同。被挂靠施工企业任命或聘用挂靠人为其员工，并委以项目经理或施工负责人的职务，双方签订内部承包合同，约定由挂靠人承担项目的人、财、物及施工管理职责，被挂靠施工企业则负责处理项目的对外事务，并且约定挂靠人须向被挂靠施工企业缴纳内部承包管理费。

挂靠一般具有如下特点：

- (1) 挂靠方没有资质或者资质较低不能从事相关的建筑活动；
- (2) 被挂靠的企业具有与建设项目的要求相适应的资质等级证书，但缺乏承揽该工程项目的实际能力或者并不实际参与相关项目的实施；
- (3) 挂靠方向被挂靠的施工企业交纳一定数额的“管理费”，而该被挂靠的企业以本企业的名义代为签订合同及办理各项手续，但不承担技术、质量、经济责任等。
- (4) 挂靠方的经营方式是独立核算、自主经营、自负盈亏。一般与被挂靠企业并不存在经营、财务、管理等方面的关系。

2、挂靠的法律责任

《建筑法》、《建设工程质量管理条例》、《房屋建筑和市政基础设施工程施工分包管理办法》、《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》等法律、法规中对挂靠行为持否定态度，禁止没有相应资质或者资质较低的单位或者个人以挂靠的方式实施工程项目。

(1) 民事方面的法律责任

没有资质的实际施工人借用有资质的建筑施工企业名义与他人签订建设工程施工合同的行为无效。合同被确认无效后，当事人依据合同所取得的财产应退还给对方。如发包人预付工程款，而工程尚未进行建设，应当停止施工，返还发包人的工程款。个人预付的工程风险金、抵押金、工程保证金等也应当返还。可见，一旦被认定为无效合同后，被挂靠企业将极可能会因此而遭受损失。

对因该项承揽工程不符合规定的质量标准造成的损失，建筑施工企业与使用本企业名义的单位或者个人承担连带赔偿责任。

(2) 行政方面的法律责任

因存在挂靠行为而导致合同被确认为无效后，人民法院可以根据民法通则第一百三十四条规定，收缴当事人已经取得的非法所得。而被挂靠企业收取的所谓“管理费”等费用就属于此处所称之非法所得。

被挂靠企业将面临要求责令改正，没收违法所得，并处罚款，责令停业整顿，降低资质等级；情节严重的，吊销资质证书等行政处罚。

(3) 刑事方面的法律责任

在允许挂靠行为中，如果有侵吞、侵占、挪用公司财产等犯罪行为时，还将被追究刑事责任。

三、挂靠法律风险防范

挂靠行为将使被挂靠企业承担极大的风险，如挂靠方与第三人之间的有关工程材料的购销合同的履行风险；挂靠人与建筑工人的劳务纠纷，会导致被挂靠方承担直接或连带责任；工程质量风险，实践中挂靠方多为个人、合伙、资质低的建筑企业，大多数挂靠人没有足够的资金实力和设备，由于种种原因，挂靠人在施工规范掌握不严；工程结算问题，以被挂靠单位与建设单位签订的建设工程

施工合同被认定为无效后，工程款如何结算取决于工程是否竣工验收合格。对挂靠可能造成无法挽回的巨大经济损失。凡此种种无法穷尽，可见挂靠将带来极大的法律风险，企业需要对此加强防范。原则上应当允许其他没有资质或者资质较低的单位或个人挂靠在企业名下。但是，实际操作中，挂靠又是存在而一时无法完全禁止的，则此时企业在允许他人挂靠时，应当加强风险防范的意识，以免遭受不必要的损失。

1. 选择挂靠的单位或个人时，应当挑选相对较好、具备一定的资质或者能力以完成相应的工程项目。

2. 被挂靠企业应当对挂靠方承接的工程质量进行一定的控制、跟进，避免发生工程质量不合格而产生的风险，避免损失。

3. 被挂靠企业对工程实施过程中财务的审核、支出等事项严格把关，避免出现经济纠纷。

4. 企业在与挂靠单位签订合同时条款的完善、细化，尽量避免模糊的表述，规范合作、操作的程序，工程质量的要求、款项支付等具体细节，注重对自身权益的保护等。

鉴于挂靠中可能产生的极大的风险，从企业长远的经营来看，应当要杜绝挂靠，切勿因为贪图一时的所谓“管理费”，而受到更大的损失。在法制越来越健全的今天，企业应充分认识到挂靠的风险并严加防范，以自身的实力、品牌、能力去赢得市场、赢得客户。