

附件

关于挂靠转包的法律风险提示

宁波市建筑业协会：

工程承发包市场上，挂靠、转包、变相的内部承包、以设立分公司名义借资质施工等现象仍然普遍存在，给被挂靠企业带来了较大的风险。特别是在这种情况下，原来施工企业与承包人约定的价款支付条款能否适用？收取管理费的条款能否适用？若管理费不应支付，是否属于收缴的范围等在实践中有不同的争议，各地法院也有不同的判决结果。作为协会的法律顾问单位，现针对近期法院对该问题的判例动向作出汇报和分析，并提出法律意见，希望协会能引起相关重视。

一、相关参考案例

案例一

××建设集团有限公司与蒋×建设工程施工合同纠纷一案，双方主要的争议焦点在于公司与蒋×个人签订的《内部承包合同》是否有效？如被依法认定为无效后，内部承包合同约定的管理费在工程结算时是否应扣除的问题。宁波市江东区人民法院审理后作出的【(2013)甬东民初字第255号】判决，认定“原告××建设集团有限公司将其承建的余姚市××装修工程交给被告蒋×实际施工，双方另外补签《内部管理责任制合约》。根据《中华人民共和国合同法》和《中华人民共和国建筑法》的规定，承包人不得将其承包的全部建设工程转包给第三人。原告与被告签订的协议违法了法律的强制性规定，应属无效，原告不能依据该协议约定收取管理费和利润，故应在总金额中扣除管理费”。

案例二

××电力工程有限公司与××股份有限公司建设工程施工合同纠纷一案，双方主要的争议焦点在于违法分包合同是否无效，以及无效后管理费是否应扣除的问题。本案经省高院终审判决，认定分包合同无效，管理费不应扣除。后一方不服向最高人民法院申诉，最高人民法院审理后作出最终裁定【(2012)民申字第1522号】，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》第四条规定：‘承包人非法转包、违法分包建设工程或者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。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。’根据上述规定，人民法院收缴当事人非法所得的前提条件为当事人已经实际取得。本案中，因当事人未实际取得分包合同中约定的10%管理费，且××电力工程有限公司未能提交对此工程进行过管理并支付相应管理费的证据，二审法院对此处理并无不当……驳回××电力工程有限公司的再审请求。”

二、案例分析

一)、从现有的法律法规和最高院司法解释以及各地省高院的指导性意见及审批实践来看，挂靠、转包、违法分包的合同，无论是否双方的真实意思表示，无论是否已实际履行完毕，均被认定为无效。

1、《建筑法》第二十八条规定：“禁止承包单位将其承包的全部建筑工程转包给他人，禁止承包单位将其承包的全部建筑工程肢解以后以分包的名义分别转包给他人。”第二十九条规定：“建筑工程总承

包单位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；但是，除总承包合同中约定的分包外，必须经建设单位认可。施工总承包的，建筑工程主体结构的施工必须由总承包单位自行完成。”

2、《合同法》第二百七十二條規定：“禁止承攔人將工程分攔給不具備相應資質條件的單位。禁止分攔單位將其承攔的工程再分攔。建設工程主體結構的施工必須由承攔人自行完成。”

3、《最高人民法院關於審理建設工程施工合同糾紛案件適用法律問題的解釋》，第一條明確：“建設工程施工合同具有下列情形之一的，應當根據合同第五十二條第（五）項的規定，認定無效：1、承攔人未取得建築施工企業資質或者超越資質等級的；2、沒有資質的實際施工人借用有資質的建築施工企業名義的；3、建設工程必須進行招攔而未招攔或者中標無效的。”

4、《浙江省高級人民法院民事審判第一庭關於審理建設工程施工合同糾紛案件若干疑難問題的解答》，就“一、如何認定內部承攔合同？如何認定其效力？”明確：“建設工程施工合同的承攔人與其下屬分支機構或在冊職工簽訂合同，將其承攔的全部或部分工程承攔給其下屬分支機構或職工施工，並在資金、技術、設備、人力等方面給予支持的，可認定為企業內部承攔合同；當事人以內部承攔合同的承攔方無施工資質為由，主張該內部承攔合同無效的，不予支持”。

5、《北京市高級人民法院關於審理建設工程施工合同糾紛案件若干疑難問題的解答》，就“如何認定建築企業內部承攔行為？”明

确：“建设工程施工合同的承包人将其承包的全部或部分工程交由其下属的分支机构或在册的项目经理等企业职工个人承包施工，承包人对工程施工过程及质量进行管理，对外承担施工合同权利义务的，属于企业内部承包行为；发包人以内包人缺乏施工资质为由主张施工合同无效的，不予支持。”。

6、《江苏省高级人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件若干问题的意见》，第五条明确：“承包人之间具有下列情形之一的，可以认定为本意见第四条规定的“挂靠”：（一）相互间无资产产权联系，即没有以股份等方式划转资产的；（二）无统一的财务管理，各自实行或者变相实行独立核算的；（三）无符合规定要求的人事任免、调动和聘用手续的；（四）法律、行政法规规定的其他情形。”

因此，从法律法规和司法解释，转包和违法分包被明令禁止。再者，从2012年开始实行的浙江省高院、北京市高院的司法解答来看，明确了内部承包与转包、挂靠的界定。项目负责人与施工企业签订的内部承包合同要被认定有效，必须同时符合两个条件。一是认定项目负责人或实际承包人是企业在册职工身份，二是施工企业在资金、技术、设备、人力等方面给予支持。否则，就会被认定为名为内部承包，实为挂靠、转包，而导致合同无效的法律及经营风险。故在案例一中，法院作出了认定相关合同无效的判决。

二）、即使合同被认定为无效，也存在管理费被收缴或留存在实际施工人处的风险。

1、《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

律问题的解释》第四条规定：“承包人非法转包、违法分包建设工程或者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。人民法院可以根据民法通则第134条规定，收缴当事人已经取得的非法所得。”根据以上规定，实际施工人与施工企业签订的内部承包合同或者分包合同关于管理费的约定无效，所以约定不应履行。即使施工企业已经扣除了这部分管理费，施工企业也不能享有，而应当依法收缴。对于没有收取的管理费，也不应以司法裁决形式判令实际施工人再向施工企业支付。

2、最高法院编纂的《建设工程施工合同纠纷司法解释理解与适用》一书中，在对解释第4条司法实践中如何适用时，法院在1995年以前采取收缴措施，但1995年之后不采取收缴措施，是基于：“对于约定取得的财产不适用收缴的制裁措施，主要理由是合同无效，如果对约定取得的财产也采用收缴的制裁措施，等于强制当事人履行合同，导致的是合同履行的法律后果，这与合同无效的法律制度不相一致，且扩大收缴范围，加重当事人负担，与收缴的目的不适应，且没有充分的法律依据”。

因此，从案例二来看，在对方没有提供对工程进行管理并收取过管理费的情况下，法院也没有判令采取收缴措施。

三、我们的建议：

省高院的司法解答自去年出台后，协会以及省建筑业协会多次组织专家、律师进行了宣讲，强调项目负责人成为企业在册职工的重要性，否则极其容易被认定为挂靠或转包。但各施工企业对该问题的风

险依旧认识不足，更多的是考虑到如果成为在册职工，首先要签订劳动合同，并缴纳一定比例的三金或五金。随着国家对建筑市场的管理日趋严格，相关法律法规的不断出台。希望各施工企业能再度引起重视。虽然挂靠、转包已成为建筑行业的潜规则，但是因挂靠、转包给企业带来的种种经营风险和经济损失的事例提示我们：从企业长远的经营发展来看，绝对要杜绝挂靠和转包。再者，根据《建筑法》第29条和《合同法》第272条以及《建设工程质量管理条例》第78条来看，未经业主单位同意分包或将属于主体结构工程进行分包等行为，属于违法分包，也会被认定为无效而带来风险和损失。

因此，在建筑市场越来越规范，管理和要求越来越严格，法制越来越健全的今天，企业应充分认识到挂靠、违法分包、非法转包的风险，应认识到其最终会为自己的违法行为“买单”，绝不能为眼前的一时利益所驱动，应高瞻远瞩地去规划企业发展的远景，以诚信为出发点，依靠实力，打造出自己的品牌，赢得业主的信任，最终赢得市场的信任。

以上意见供协会各会员企业参考

