

在建筑市场上转包和挂靠的应用注册建筑师考试 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/548/2021_2022__E5_9C_A8_E5_BB_BA_E7_AD_91_E5_c57_548328.htm

目前在建筑市场上的转包和挂靠现象较为常见，虽然法律三令五申禁止非法转包和挂靠，但事实上转包和挂靠现象一直存在着。对于转包和挂靠，在建筑市场上存在怎样的法律风险？转包，是指承包单位承包建设工程后，不履行合同约定，直接将工程再转包¹。承包单位将承包的工程转包或者违反建筑法的规定进行分包的，转（分）包合同无效。根据国务院2000年1月30日发布的《建设工程质量管理条例》第七十八条规定：本条例所称肢解发包，是指建设单位将应当由一个承包单位完成的建设工程分解成若干部分发包给不同的承包单位的行为。本条例所称违法分包，是指下列行为：（一）总承包单位将建设工程分包给不具备相应资质条件的单位的；（二）建设工程总承包合同中未有约定，又未经建设单位认可，承包单位将其承包的部分建设工程交由其他单位完成；（三）施工总承包单位将建设工程主体结构的施工分包给其他单位的；（四）分包单位将其承包的建设工程再分包的。转包的形式包括两种：一种是承包单位将其承包的全部建筑工程转包给他人；另一种是承包单位将其承包的全部工程肢解后，以分包的名义转包给他人即变相的转包。二者只有形式的不同，并无实质的区别。因此，建设部明确规定，承包单位在承接工程后，对该工程不派驻项目经理管理，不进行质量、安全、进度管理，不依照合同约定履行承包义务，无论将工程全部转包给他人，还是以分包的名义将工程肢解后分别转包给

他人的，均属转包行为。《建筑法》第十五条规定：建筑工程的发包单位与承包单位应当依法订立书面合同，明确双方的权利和义务。发包单位和承包单位应当全面履行合同约定的义务。不按照合同约定履行义务的，依法承担违约责任。

《合同法》第269条规定，建设工程合同是承包人进行工程建设，发包人支付价款的合同。建设工程合同包括工程勘察、设计、施工合同。由于建筑施工合同的特殊性，发包方实际已经占有建筑工程，承包方或接受转包方投入的人力、物力已经变成了不动产，根本无法返还，因此，处理因转包合同纠纷而产生的案件时，只能是折价补偿。建筑工程已经完工且质量合格，发包方（建设单位）应当按照已完工程的实际造价支付给施工企业（接受转包方）相应价款。合同已经履行但尚未完工的工程，应当对已完工程的造价予以鉴定，建设单位应当按照已完工程的实际造价支付给施工企业相应的价款。因转包产生的合同纠纷，如发包人起诉，应列转包人和被转包人作为共同被告；如因转包合同产生纠纷，以转包人和被转包人为诉讼主体，建设单位列为第三人；多层次转包的，除诉讼当事人外，应将其它各方列为第三人。对于因无效合同造成的经济损失，应根据双方当事人转包方和接受转包方的过错程度和责任大小，确定应当承担的赔偿数额。因无效合同造成的损失范围，一般包括误工费、停工费、保管费、机械设施闲置费、租赁费、临时设施建造费、利润、有关费用调整、定额保管费、税金等直接与该工程有关而独立发生的费用等。根据双方的过错，承担相应的责任。《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公司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《建筑法》第67条的规定，承包单位将承包的工程转包的，或者违反本法规定进行分包的，责令改正，没收违法所得，并处罚款，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。承包单位有前款规定的违法行为的，对因转包工程或者违法分包的工程不符合规定的质量标准造成的损失，与接受转包或者分包的单位承担连带赔偿责任。挂靠，是指单位或个人，在未取得相应资质的前提下，借用符合资质的施工企业的名义承揽施工任务并向该资质施工企业交纳相应“管理费”的行为。根据《建筑法》第二十六条的规定，承包建筑工程的单位应当持有依法取得的资质证书，并在其资质等级许可的业务范围内承揽工程。禁止建筑施工公司超越本公司资质等级许可的业务范围或者以任何形式用其他建筑施工公司的名义承揽工程。禁止建筑施工公司以任何形式允许其他单位或者个人使用本公司的资质证书、营业执照，以及本公司的名义承揽工程。挂靠一般具有如下特点：（1）挂靠人没有从事建筑活动的主体资格，或者虽有从事建筑活动的资格，但没有具备与建设项目的要求相适应的资质等级；（2）被挂靠的施工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；（3）挂靠人向被挂靠的施工企业交纳一定数额的“管理费”，而该被挂靠的施工企业也只是以企业的名义代为签订合同及办理各项手续，被挂靠的企业收取“管理费”而不实施管理，或者所谓“管理”仅仅停留在形

式上，不承担技术、质量、经济责任等。（4）以“合法”的劳务分包形式来掩盖挂靠行为。因挂靠产生的法律后果，挂靠当事人依法应当对法律后果承担民事法律责任：1、挂靠经营关系的建筑施工企业以自己的名义或以被挂靠单位的名义签订的承包合同，一般应以挂靠经营者和被挂靠单位为共同诉讼人，起诉或应诉。（最高法院《民诉法意见》第43条规定：“个体工商户、个人合伙或私营企业挂靠集体企业并以集体企业的名义从事生产经营活动的，在诉讼中，该个体工商户、个人合伙或私营企业与其挂靠的集体企业为共同诉讼人。”）施工人挂靠其他建筑施工企业，并以被挂靠施工企业名义签订建设工程合同，而被挂靠建筑施工企业不愿起诉的，施工人可作为原告起诉，不必将被挂靠建筑施工企业列为共同原告。2、挂靠当事人之间所订立的挂靠协议无效。双方应分别承担过错责任；3、根据《建筑法》及有关司法解释的规定，被挂靠的施工企业与建设单位所订立的建筑安装工程承包合同无效。该施工单位与使用其名义承揽工程的单位或个人对建设单位因此而遭受的损失承担连带赔偿责任。如果建设单位在知情的情况下仍与该被挂靠的施工企业签订合同，则建设单位也有过错，应当承担相应的过错责任。4、施工企业具备相应的资质是承揽工程和签订承包合同的法定条件。因此，对于建设工程竣工前施工方未取得相应资质的，由于承包合同违法性的瑕疵不能弥补，应确认为无效。5、以被挂靠单位与建设单位签订的建设工程施工合同无效后，工程款如何结算取决于工程是否竣工验收合格。根据《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》第二、三条规定：建设工程施工合同无

效，但建设工程经竣工验收合格，承包人可请求参照合同约定支付工程价款。建设工程施工合同无效，且建设工程经竣工验收不合格的，按照以下情形分别处理：（一）修复后的建设工程经竣工验收合格，发包人请求承包人承担修复费用的，应予支持；（二）修复后的建设工程经竣工验收不合格，承包人请求支付工程价款的，不予支持。因建设工程不合格造成的损失，发包人有过错的，也应承担相应的民事责任。

百考试题注册建筑师站点 100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 www.100test.com