

建筑施工中“挂靠”的认定及后果

□上海瀛东律师事务所 朱俊

虽然我国在建筑施工相关法律规定中明确禁止“挂靠”这一形式，然而现实中挂靠的情况仍然禁而不止，并引发施工合同纠纷。

那么，施工合同纠纷中涉及的“挂靠”该如何认定，又会导致怎样的法律后果呢？

“挂靠”的认定

首先，《建筑法》第二十六条对“挂靠”作出了明确的禁止规定，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用其他建筑施工企业的名义承揽工程。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。

其次，《建设工程质量管理条例》（以下简称《管理条例》）第六十条之1和第六十一条之2分别对挂靠人、被挂靠人的违法行为制了相关罚则，虽《管理条例》中未定义“挂靠”行为，但之后施行的《建筑工程施工发包与承包违法行为认定查处管理办法》明确规定“挂靠”按《管理条例》的相关条款进行处罚。

最后，《建筑工程施工发包与承包违法行为认定查处管理办法》（以下简称《管理办法》）第九条正式明确了“挂靠”的定义，即指单位或个人以其他有资质的施工单位的名义承揽工程的行为。该条款所称的承揽工程，包括参与投标、订立合同、办理有关施工手续、从事施工等活动。

《管理办法》第十条规定了应当被认定为“挂靠”的情形：（一）没有资质的单位或个人借用其他施工单位的资质承揽工程的；（二）有资质的施工单位相互借用资质承揽工程的，包括资质等级低的借用资质等级高的，资质等级高的借用资质等级低的，相同资质等级相互借用的；（三）本办法第八条第一款第（三）至（九）项规定的情形，有证据证明属于挂靠的情形。

《管理办法》第十五条规定了“挂靠”的罚则，即对认定有挂靠行为的施工单位或个人，依据《招标投标法》第五十四条、《建筑法》第六十五条和《建设工程质量管理条例》第六十条的规定进行处罚。

对认定有转让、出借资质证书或者以其他方式允许他人以本单位的名义承揽工程的施工单位，依据《建筑法》第六十六条、《建设工程质量管理条例》第六十一条规定进行处罚。

在民事审判实务环节，最高人民法院在(2021)最高法民终985号判例中将以下四点作为“挂靠”的认定标准：

- （1）实际施工人是否参与缔约过程；
- （2）总包单位是否存在施工意图；
- （3）履约过程是否完全由实际施工人参与；
- （4）相关挂靠事实是否在其其它司法文书中予以确认。

与“转包”的区分

实务中“挂靠”与“转包”极易混淆，故《管理办法》第十条规定，在被认定为“转包”的基础上有证据证明属于挂靠的，仍应当被认定为“挂靠”。

“挂靠”与“转包”主要存在以下差异特征：

特征1：违法行为发生的时间点不同。

笔者在参与起草《管理办法》的过程中表达了立法者需通过把控“挂靠”的特征，并依据不同的上位法进行处罚的观点。

在正式实施的《管理办法》中，立法者最终抓住了“挂靠”的一些核心特征，如《管理办法》中对“挂靠人”的罚则以《招标投标法》第五十四条为依据，而“转包”的罚则仅根据建筑行业的法律法规为依据。

即“挂靠”行为通常伴随挂靠人（或挂靠人代表被挂靠人）事先与发包人在前期招投标阶段的谈判沟通，该类沟通极有可能涉及“以他人名义投标”或“骗取中标”的违法行为，故挂靠所涉项目实际由挂靠人与发包人（无论发包人是否知情）事先磋商，被挂靠人仅为被借用资质的一方，其提供的应当仅仅是“出借资质”的服务。

从时间顺序来说，“挂靠”行为在招投标阶段可能已经发生，而“转包”行为应发生在招投标完成且总包合同签订后，故挂靠合同普遍签订在总包合同之前，转包合同则签订在总包合同之后。

特征2：实际施工人的参与内容不同。

挂靠所涉项目从磋商、招投标至履约完成的全过程应由实际施工人全面参与，被挂靠人仅履行出借资质、转付工程款的义务；转包所涉项目在磋商、招投标直至总包合同签署阶段仍由转包人实际把控，转包合同签署后才由实际施工人负责施工。

特征3：行政处罚后果不同。

对转包和挂靠的处罚从方式来看完全一致，均为责令改正、没收违法所得、罚款、降低资质等级和吊销资质证书。但罚款数额存在较大差距，对于总包单位，“转包”的罚款金额为“工程合同价款0.5%以上1%以下”，“挂靠”的罚款金额为“工程合同价款2%以上4%以下”。

所以在“转包”“挂靠”均可能给予总包单位投标限制、网上公示压力的情形下，“挂靠”会造成更大的经济损失。

实际施工人的权利

上述两个判例中，发包人明知挂靠情形下，实际施工人一般



资料图片

参照《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（一）》（以下简称《施工合同解释》）第四十三、四十四条的精神，拟通过突破合同相对性的方式向总包单位、发包人共同主张工程款，但实际上《施工合同解释》第四十三条并未明确实际施工人在“挂靠”的情形下，有突破合同相对性的权利。

因此，在法律未明文规定的前提下，多年以来最高院在相关判例中的观点并不一致，部分观点甚至相互矛盾，以下谨就2019年之后最高院的判例作为讨论对象。

1.宋一寒、邵阳市英祥房地产开发有限公司等建设工程施工合同纠纷民事申请再审审查民事裁定书【(2021)最高法民申6436号】（发包人明知）。

最高人民法院认为：发包人英祥公司按照上述协议约定直接向宋一寒支付工程款，城西公司不存在截留工程款或拖欠工程款的行为，原审判决由发包方英祥公司直接向实际施工人宋一寒支付工程款，并无不当。

承担连带责任必须由法律规定或者当事人约定。宋一寒并未提供城西公司承担连带责任的合同依据和法律依据，宋一寒请求被挂靠单位城西公司对欠付工程款承担连带责任，缺乏理据。

2.杨贤林、宁夏庆元建设实业有限公司建设工程施工合同纠纷再审审查与审判监督民事裁定书【(2019)最高法民申2722号】（发包人明知）。

最高人民法院认为：鉴于无论转包还是挂靠，施工单位均未实际实施工程，而现实中实际施工人往往不具有施工资质，因此，在外在表现形式上，转包与挂靠存在一定相似性，但本质上，在转包关系中，施工单位是承包合同的相对人，实际施工人是转包合同的相对人，在挂靠关系中，施工单位与实际施工人是承包合同的名义相对人与实际相对人。

上述两个判例中，发包人明知被挂靠人为实际施工人，且部分款

项直接向其支付，在该情况下，实际施工人有权作为承包合同的相对人，直接向发包人主张工程款。

3.宁夏金泰隆房地产开发有限公司、杨建国建设工程施工合同纠纷再审审查与审判监督民事裁定书【(2021)最高法民申2114号】（发包人明知）。

本案中，挂靠人和发包人之间直接形成事实上的合同权利义务关系，故挂靠人应直接向发包人主张权利。

4.重庆元飞建设（集团）有限公司、重庆正扬实业（集团）有限公司建设工程施工合同纠纷再审审查与审判监督民事裁定书【(2020)最高法民申3885号】（发包人明知）。

5.大庆龙安建筑安装有限公司、大庆建筑安装集团有限责任公司等建设工程施工合同纠纷民事二民事判决书【(2021)最高法民终985号】（发包人明知）。

上述两个判例中，最高院认为发包人明知实际施工人的情形下，实际施工人有权作为承包合同的相对人，直接向发包人主张工程款。但在判例5中，最高院认为发包人在缔约时对挂靠关系不知情的情形下，挂靠人无法基于事实关系直接向发包人主张权利。

6.陈亚军、阜阳创伤医院建设工程施工合同纠纷二审民事裁定书【(2019)最高法民申4501号】（未查明发包人是否明知，指令高院进一步审理）。

7.河南申颐置业有限公司、马殿臣建设工程施工合同纠纷再审审查与审判监督民事裁定书【(2019)最高法民申4501号】（未查明发包人是否明知）。

上述两个判例中最高院认为，在发包人不明知挂靠情况的前提下，挂靠人和被挂靠人之间可能形成违法转包关系，实际施工人可就涉案工程价款请求承包人和发包人承担相应的民事责任；在明知挂靠情况的前提下，挂靠人和发包人之间可能直接形成事实上的合同权利义务关系，挂靠人可直接向发包人主张权利。

该判例中最高院在挂靠与转包间建立了一定联系，但说理部分与判例5有所矛盾。

总结

通过以上的梳理我们发现，“挂靠”情形下实际施工人权利的主张方式应区分以下两种情况讨论：

第一种是发包人明知的情形。笔者认为，根据上述判例，在发包人明知存在挂靠行为的情形下，挂靠人有权作为总包合同的相对人，向发包人主张工程款。

《最高人民法院民事审判第一庭2021年第20次专业法官会议纪要》（以下简称《会议纪要》）中已确认，即在借用资质的实际施工人与发包人之间形成事实上的建设工程施工合同关系且建设工程经验收合格的情况下，借用资质的实际施工人有权请求发包人参照合同关于工程价款的约定折价补偿。

第二种是发包人不明知。存在以下两种观点：

观点一：《会议纪要》认为，《施工合同解释》第四十三条只规范转包和违法分包两种关系，未规定借用资质的实际施工人以及多层转包和违法分包关系中的实际施工人有权请求发包人在欠付工程款范围内承担责任，然而在借用资质的实际施工人与发包人之间形成事实上的建设工程施工合同关系，并且建设工程经验收合格的情况下，借用资质的实际施工人有权请求发包人参照合同关于工程价款的约定折价补偿。

反之，结合判例5来看，在借用资质的实际施工人与发包人之间未形成事实合同关系（发包人不明知）的，则实际施工人只能向被挂靠人主张。该观点即为本文判例5中最高院观点，当下属于较为主流的观点。

观点二：另有部分观点认为，在发包人不明知存在挂靠行为的情形下，仍应参照《施工合同解释》的相关规定（即转包、违法分包情形），要求发包人在欠付工程款范围内承担责任。（该观点在本文判例6、7中得到最高院支持）。

上海铜创文化传媒有限公司
遗失公章壹枚，声明作废。
上海魏星建筑材料有限公司
遗失财务专用章、法人章（魏星）各一枚，声明作废。
上海鼎典企业登记代理有限公司
遗失营业执照正副本，编号：28000003200605240159（160），声明作废。
上海市虹口区源林茶叶店
遗失食品经营许可证正本，许可证编号：JY13101090038397，声明作废。
上海市虹口区茂米食品经营部
遗失营业执照正副本，统一社会信用代码：92310109MA1KM9KM9B，声明作废。
上海立汇数字科技有限公司
遗失营业执照正本，统一社会信用代码：91310113358433062D，声明作废。
上海市松江区方松街道慢犏食品店
遗失食品经营许可证正本，许可证编号：JY23101170046442，作废。
上海市嘉定区马陆镇于娟小吃店
遗失营业执照正副本，信用代码：92310114MA1L4T1N3L，声明作废。
上海快寻智能科技有限公司
遗失法人章、财务专用章各壹枚，声明作废。
上海市徐汇区百莉餐饮店
遗失食品经营许可证副本，许可证编号：JY23101040081087，声明作废。
上海市宝山区欣隆多食品店
遗失食品经营许可证副本，许可证编号：JY13101130093036，声明作废。
上海招华实业有限公司
遗失营业执照正副本，证照编号：1200000201911250320（21），声明作废。
农工商超市（集团）有限公司
第三四0分店
遗失医疗器械备案凭证：沪奉食药监械经备2015002号，声明作废。
上海易凡房地产经纪有限公司
遗失法人章、财务专用章，声明作废。
上海市嘉定区真新街道景丽茶叶商行
遗失营业执照副本，经营者：林志能，信用代码：92310114MA1L40MR04，证照编号：140013201611280008，声明作废。
上海市浦东新区金桥镇奥瑞祥小吃店
遗失食品经营许可证副本，负责人：奥瑞祥，编号：JY23101155165567，作废。
上海企誉贸易有限公司
遗失营业执照正副本，统一社会信用代码：91310114577414339U，声明作废。
上海市崇明县洪进杂货店
遗失食品经营许可证副本，许可证编号：JY13102300054241，声明作废。
上海市宝山区文齐小吃店
遗失营业执照副本，信用代码：92310113MA1L1T3L38；食品经营许可证副本，编号：JY23101130112539，声明作废。
上海市松江区车墩镇霖雨小吃店
遗失营业执照副本，信用代码：92310117MA1LW166J；食品经营许可证正本，编号：JY23101170053747，声明作废。
上海皇峰咨询管理有限公司
遗失营业执照正副本，证照编号：12000000202010120037（38），声明作废。
上海兰迪律师事务所
陈任重所持律师执业证不慎遗失，执业证号：13101200610180949，流水号：11157485，声明挂失作废。
上海宥悠婚庆服务有限公司
遗失营业执照副本，统一社会信用代码：91310114MA1GT9M49E，声明作废。
上海市静安区榕熙料理店
遗失食品经营许可证正本，许可证编号：JY23101060054942，声明作废。

上海优家旅业有限公司
注册号：310104000370141，经股东决定即日起注销，特此公告。
上海斯黛尔婚礼艺术创意有限公司
注册号：310113001145645，经股东决定定向公司登记机关申请注销登记，公司已完成清算组，清算组成员由蔡斌杰、东晓飞组成，蔡斌杰为负责人，请债权人自本公告刊登之日起45日内向本公司清算组申报债权，特此公告。

一线实操经验
助力技术创新
近日，上海宝冶建筑工程公司组织技术质量系统一行人员观摩嘉兴京东装配式物流仓库项目，从项目进展、选择装配式的原因、装配式在现场施工以及施工过程中的特点、关注点和难点及具体施工细节等进行深入解析，对此类项目有了更深刻、更直观的整体认知。本次观摩旨在了解公司首个承建装配式物流厂房的施工工艺；须达到提高工程实体质量，降低工程成本，提高施工工期等要素，其前提需做好技术优化、技术经济分析等工作，需技术不断创新，才能助力结构体系实现。（上海宝冶建筑工程公司 魏巍）

公司顺利通过“三合一”管理体系审核
近日，北京中建协认证中心管理体系审核组对上海宝冶建筑工程有限公司进行了为期两天的现场评审，审核组通过审查资料和现场查阅文件、询问、观察、记录抽样等方式，对公司管理体系运行情况进行全面了解。此次公司顺利通过“三合一”管理体系认证评审，标志着公司在精细化管理、制度化、规范化管理方面再上新台阶，将以此为契机，向内挖掘、向外延伸，深入推进“三合一”管理和运行，使质量、环境、职业健康安全管理体系更加标准化和专业化，并且不断完善和提升公司管理水平，为实现公司“十四五”规划目标奠定管理体系的基础和支撑。（上海宝冶建筑工程公司 陈琳）

《机场场道混凝土道面工程施工规程》团体标准发布
由上海宝冶集团有限公司主编的中国冶金建设协会团体标准《机场场道混凝土道面工程施工规程》（编号为T/CMCA3014-2022）获批发布，并开始实行。该规程涵盖基本规定、水混凝土道面面层、季节性施工、不停航施工等主要章节，对机场场道的施工材料、施工方法、施工工艺、施工技术做了全面且细致的规定，对于机场场道施工方面的技术进步，起到重要指导意义。机场场道一直是上海宝冶重点发展的业务板块，始终以高度的政治责任感和央企使命担当，深耕细作，不断进行技术创新、工艺创新，先后承建了浦东国际机场、虹桥国际机场、暹罗曼谷国际机场、德累斯登机场等场道项目40余项，为发展民航强国，提升机场建设水平提供了技术经验。（上海宝冶建筑工程公司 陈琳）

陆宽 遗失注销验资登报
传媒 021-59741361
13764257378（微信同号）