

法律知识学习园地



——工程转包与挂靠的认定与甄别

2015年第3期

主 编： 盛惊宇

编 辑： 兰腾

局（沪）法律事务部 主办



正文

2014年9月1日，住房和城乡建设部印发《工程质量治理两年行动方案》，要求各级主管部门对在建的房屋建筑和市政基础设施工程项目的承发包情况进行全面检查，检查建设单位有无违法发包行为，检查施工企业有无转包、违法分包以及转让、出借资质行为，检查施工企业或个人有无挂靠行为，并责令主管部门严惩重罚各类违法行为。检查与惩罚，均以对违法行为的准确认定为前提，在这方面，住建部2014年8月4日发布并于2014年10月1日起实施的《建筑工程施工转包违法分包等违法行为认定查处管理办法（试行）》（以下简称《管理办法》）则为落实《工程质量治理两年行动方案》、准确认定各类违法行为提供了依据。

在建设工程领域的违法行为中，转包与挂靠是两种最为常见的类型，二者相互区别，又具有一定的相似性。本文拟结合新出的《管理办法》对二者的认定标准与区分方法做初步的探讨。

一、非法转包的认定标准

1997年制定的《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。”2000年制定的《招标投标法》第四十八条也规定：“中标人应当按照合同约定履行义务，完成中标项目。中标人不得向他人转让中标项目，也不得将中标项目肢解后分别向他人转让。”

1998年《建设部关于进一步加强工程招标投标管理的规定》(建建〔1998〕162号)对转包作出如下界定:“凡承包单位在承接工程后,对该工程不派出项目管理班子,不进行质量、安全、进度等管理,不依照合同约定履行承包义务,无论是将承包的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,均属违法的转包行为。”其后,原建设部《1999年整顿和规范建设市场的意见》(建建〔1999〕53号)中《关于若干违法违规行为的判定》第二条对转包判定标准的规定复述了上述界定。2000年国务院制定的《建设工程质量管理条例》第七十八条,以及2004年原建设部制定的《房屋建筑和市政基础设施工程施工分包管理办法》第十三条对转包的定义,也与上述界定基本相同。可见非法转包的形式可以分为全部转包和肢解分包,而其共同的特点在于承包单位对工程不参与项目管理,对于这一点,也有部分地方规范进一步予以了规定,如2001年制定的《深圳市制止建设工程转包、违法分包及挂靠规定》第四条规定:“承包单位对其承包的建设工程未派出项目管理班子或其技术管理人员数量明显低于正常水平的,以转包行为论处。”

《管理办法》同样也对转包进行了定义,其第六条规定:“本办法所称转包,是指施工单位承包工程后,不履行合同约定的责任和义务,将其承包的全部工程或者将其承包的全部工程肢解后以分包的名义分别转给其他单位或个人施工的行为。”值得注意的是,和以往的定义相比,该定义删除了承包单位不参与项目管理的内容。而《管理办法》突破既有规定之处更在于,其采取了列举和兜底的方式,对转包的认定进一步细化,其第七条规定:

存在下列情形之一的,属于转包:

- (一) 施工单位将其承包的全部工程转给其他单位或个人施工的;
- (二) 施工总承包单位或专业承包单位将其承包的全部工程肢解以后,以分包的名义分别转给其他单位或个人施工的;
- (三) 施工总承包单位或专业承包单位未在施工现场设立项目管理机构或未派驻项目负责人、技术负责人、质量管理负责人、安全管理负责人等主要管理人员,不履行管理义务,未对该工程的施工活动进行组织管理的;
- (四) 施工总承包单位或专业承包单位不履行管理义务,只向实际施工单位收取费用,主要建筑材料、构配件及工程设备的采购由其他单位或个人实施的;

(五) 劳务分包单位承包的范围是施工总承包单位或专业承包单位承包的全部工程，劳务分包单位计取的是除上缴给施工总承包单位或专业承包单位“管理费”之外的全部工程价款的；

(六) 施工总承包单位或专业承包单位通过采取合作、联营、个人承包等形式或名义，直接或变相的将其承包的全部工程转给其他单位或个人施工的；

(七) 法律法规规定的其他转包行为。

上述规定第三项关于承包单位不履行管理义务的内容，不是作为全部转包和肢解分包的共同特点，而是与二者并列作为认定转包的标准之一。同时，该规定还特别区分了合法的劳务分包与转包之间的界限，并指出了合作、联营、个人承包等其他的伪装形式。因此，从整体上看，《管理规定》规定的转包认定标准更加明确，并且更加严格。

二、挂靠的认定标准

《建筑法》第二十六条规定：“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。”

上述《关于若干违法违规行为的判定》第四条规定：

根据《建筑法》第二十六条的规定，凡通过转让、出借资质证书或者以其他方式允许他人以本单位名义承接工程任务的，均属挂靠承接工程任务，包括无资质证书的单位、个人或低资质等级的单位，通过种种途径和方式，利用有资质证书或高资质等级的单位名义承接工程任务。

其判定条件是：（一）有无资产的产权联系，即其资产是否以股份等方式划转现单位，并经公证；（二）有无统一的财务管理，不能以“承包”等名义搞变相的独立核算；（三）有无严格、规范的人事任免和调动、聘用手续。凡具备上述条件之一的，定为挂靠行为。

根据该规定，挂靠（也可以称为借用资质）的判断标准有资产、财务和人事三个方面，其中人事的判断标准在《房屋建筑和市政基础设施工程施工分包管理办法》中得到了进一步的强调，其第十五条则规定：“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”。

《管理办法》第十条则规定：“本办法所称挂靠，是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”，这个定义和以往的规定相比显得非常简明清晰，并且和对转包一样，《管理办法》也对挂靠的认定标准进一步细化，其第十一条规定：

存在下列情形之一的，属于挂靠：

- （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）专业分包的发包单位不是该工程的施工总承包或专业承包单位的，但建设单位依约作为发包单位的除外；
- （四）劳务分包的发包单位不是该工程的施工总承包、专业承包单位或专业分包单位的；
- （五）施工单位在施工现场派驻的项目负责人、技术负责人、质量管理负责人、安全管理负责人中一人以上与施工单位没有订立劳动合同，或没有建立劳动工资或社会养老保险关系的；
- （六）实际施工总承包单位或专业承包单位与建设单位之间没有工程款收付关系，或者工程款支付凭证上载明的单位与施工合同中载明的承包单位不一致，又不能进行合理解释并提供材料证明的；
- （七）合同约定由施工总承包单位或专业承包单位负责采购或租赁的主要建筑材料、构配件及工程设备或租赁的施工机械设备，由其他单位或个人采购、租赁，或者施工单位不能提供有关采购、租赁合同及发票等证明，又不能进行合理解释并提供材料证明的；
- （八）法律法规规定的其他挂靠行为。

该规定的第一、二项重复了挂靠的基本形式，第三、四项为分包情形下认定挂靠提供了依据，而第五项和第六、七项则可以看做是原有人事标准和财务标准的进一步具体化。细化后的挂靠认定标准显然更加具有针对性和操作性。

三、转包与挂靠的区分意义与疑难

虽然转包与挂靠的认定各有其标准，并且在新的《管理办法》的规定下各自的认定标准更加明晰，但在实践中，二者之间，特别是全部转包和挂靠之间却具有不容否认的外观相似性，导致区分上的困难。

首先，二者具有主体上的相似性，即都存在名义上的承包人和实际施工人。虽然转包的认定不以接受转包方没有相应资质为条件，但事实上在转包的情形下，实际施工人几乎都是没有相应资质的，和挂靠人的情况完全一致。

其次，二者具有人事上的相似性。由于不管是转包还是挂靠，工程都由实际施工人负责，也就使得工程管理也由实际施工人来掌控，实践中往往均表现为管理人员与名义承包人之间没有劳动关系，是由实际施工人派驻的，而这里的实际施工人是认定为接受转包人还是挂靠人，并不能从人事关系本身判断。

再次，二者具有财务上的相似性。转包人与接受转包人之间，以及被挂靠人和挂靠人之间，都是相对独立的经济主体，都不可避免地存在账目上的独立核算。而且不论是转包还是挂靠，发包人往往对此并非不知情，也普遍存在发包人与实际施工人之间的款项支付关系。此外，接受转包人和挂靠人作为实际施工人，都存在以自己名义直接对外发生诸如购买建材等财务关系的情况。

最后，二者具有利润形式的相似性。虽然转包人的利润通过差价实现，而被挂靠人的利润则通过诸如管理费等各种名目实现，但二者往往均表现为工程价款的一个固定比例。由于转包和挂靠都需要合法的外衣，比如签订所谓内部承包合同，所以这种利润性质其实很难通过合同文本判明。

虽然转包与挂靠在区分上存在上述困难，但二者的区分具有重要的现实意义，因为二者的法律后果不尽相同。

从《管理办法》来看，其第十三条第三项规定：

对认定有转包、违法分包违法行为的施工单位，依据《建筑法》第六十七条和《建设工程质量管理条例》第六十二条规定，责令其改正，没收违法所得，并处工程合同价款0.5%以上1%以下的罚款；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。

而该条第四项规定：

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》第六十六条和《建设工程质量管理条例》第六

十一条规定，责令改正，没收违法所得，并处工程合同价款 2%以上 4%以下的罚款；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。

上述罚款数额与《建设工程质量管理条例》的规定吻合，从对转包和挂靠的罚款比例可以看出，挂靠被认为是较转包更加严重的违法行为。这种相对的严厉性，同样体现在该条第三项规定了对挂靠人的处罚，但并未有处罚接受转包人的条款。

除了行政法意义上的后果不同，更为重要的是挂靠与转包民法后果的差异。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》第四条的规定，承包人非法转包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。而根据该《司法解释》第一条的规定，没有资质的实际施工人借用有资质的建筑施工企业名义的，应当根据合同法第五十二条第（五）项的规定，认定无效。也就是说，对于转包而言，转包合同无效而承包合同有效；对于挂靠而言，不仅挂靠合同无效，而且承包合同也无效。

四、作为甄别方法的工程承接与人事管理标准

既然区分转包与挂靠具有重要的意义，而包括《管理办法》在内的规范性文件并未为二者的区分提供可以操作的标准，那么审判实践中，法官是如何对二者进行甄别的呢？

经过对诸多案例的研究发现，甄别转包和挂靠最为有效的方法是考察名义承包人的合同相对人对工程承接环节的介入，我们可以称之为工程承接标准，该标准可以细分为以下几点：

- 1、介入工程承接环节的时间。转包是由转包人承接到工程，取得承包权后再转包给接受转包人，而挂靠则是挂靠人在工程承接时即已介入，并且通常是挂靠人先行获得工程发包的信息，与发包人初步接洽后，再寻觅或联系合适的被挂靠人。

- 2、在工程承接工作中的作用与地位。与转包人主导工程承接不同，在挂靠的情况下，是否承接工程、以什么价格和什么条件承接工程，主要是由挂靠人决定的，被挂靠人只是负责资质上的配合。在实践中，还普遍存在挂靠人作为被挂靠单位的委托代理人，直接与发包人签订合同的情况。

3、工程承接费用的承担。与发包人接洽承包工程，是需要成本的，在正式的招标投标程序中，还有投标保证金、招标文件购置费、投标文件编制费等支出。在转包的情况下，由于是转包人负责承接工程，所以这些成本均由转包人承担。而在挂靠的情况，这些成本则由挂靠人承担。

在工程承接标准之外，对人事管理的考察也是一种可行的方法。虽然如上文所言，转包和挂靠在人事上往往均表现为项目管理人员与名义承包人之间没有劳动关系，而由实际施工人指派，但是实践中，名义承包人参与工程管理的程度各有不同。一般而言，转包人的目的在追求转手的差价，通常在转包后并不参与工程管理，而挂靠则因为存在资质借用，挂靠人和被挂靠人之间实际上是一种合作的关系，所以被挂靠人参与工程管理的程度一般较转包为深。

这种区别也体现在《管理办法》的规定中。《管理办法》中转包认定标准第十一条第三项为：“施工总承包单位或专业承包单位未在施工现场设立项目管理机构或未派驻项目负责人、技术负责人、质量管理负责人、安全管理负责人等主要管理人员，不履行管理义务，未对该工程的施工活动进行组织管理的”，而挂靠认定标准第七条第五项为：“施工单位在施工现场派驻的项目负责人、技术负责人、质量管理负责人、安全管理负责人中一人以上与施工单位没有订立劳动合同，或没有建立劳动工资或社会养老保险关系的”。一个是名义承包人未派驻管理负责人，一个是管理负责人中有一个与名义承包人之间不存在劳动关系，二者具有明显的区别。但我们也可以发现，这二者之间并不存在清楚的界限，而是存在交集。这种交集，不仅仅体现为名义承包人完全未派驻管理负责人的情形，而是更为宽泛。一方面，上述《管理办法》第十一条第三项是作为认定转包的并列标准之一，并非是认定转包的必要条件。另一方面，正如上述《深圳市制止建设工程转包、违法分包及挂靠规定》第四条：“承包单位对其承包的建设工程未派出项目管理班子或其技术管理人员数量明显低于正常水平的，以转包行为论处”所体现的，在司法实践中，并非完全未派驻管理人员即认定为转包，派驻了至少一个管理人员就认定为挂靠，这其间仍然存在一个从量变到质变的多样性，而如何认定其实还有赖于法官的自由裁量权。也正是因为这种交集和自由裁量的区间，所以人事管理标准作为区分转包和挂靠的依据，并不像工程承接标准那样更本质和更明确。

我们可以两个案例来作为上述标准的例证：

【案例 1】

安徽省高级人民法院（2013）皖民四终字第 00042 号：中铁一局集团有限公司等与合肥市大军装饰有限公司建设工程施工合同纠纷上诉案

大军公司系陈某某个人投资设立的有限责任公司，陈某某系法定代表人。2011 年 8 月，为承建宿州市洪河路东延新汴河大桥及引道工程，陈某某与刘某达成口头协议：由刘某负责该工程的招投标，中标后由大军公司进行施工，大军公司应向刘某交纳诚信保证金，并按照工程总价款的 5% 给付刘某管理费。刘某为参与该工程的投标，经与中铁一局协商，双方于 2011 年 10 月 23 日签订一份《标前合作协议》，协议第一条约定：以甲方（中铁一局）名义进行该工程施工的竞标。第 2.1 约定：工程中标后，以甲方名义负责工程施工，甲方同意将中标后本工程的全部工程项目交由乙方（刘某）施工。具体事宜，工程中标后依据甲方与业主签订的施工总承包合同约定的原则，另行签订施工协议。第 2.2 条约定：工程中标后，由乙方自主组建项目经理部，全部工程项目由乙方负责施工、独立核算，自负盈亏。乙方按中标总价的 3% 向甲方上缴管理费，与本项目有关的应缴纳的税、费由乙方缴纳，或由甲方以甲方的名义代扣代缴。第 2.4 条约定：由乙方组建的项目经理部中，甲方派出项目经理、项目总工、质安工程师、财务人员等 3-5 人，以控制合同的实施。甲方派出的 3-5 名工程管理人员的工资由乙方承担，乙方负责提供甲方派驻人员的住宿及办公场所，并提供办公设施及交通工具。2011 年 11 月 8 日建设单位通知中铁一局中标。中标后，刘某通知陈某某进场施工。在此期间，陈某某共向刘某支付保证金 780 万元。其后，大军公司因故退出施工，中铁一局给付大军公司实际完成工程的工程款。大军公司索还保证金未果，即以中铁一局与刘某为被告提起诉讼。经法院查明，大军公司、刘某均不具备建筑施工企业资质。

一审法院认为，刘某承包该工程后，其本人没有出资进行工程建设，而是将该工程全部交给大军公司施工，由大军公司出资进行工程建设。刘某只是收取大军公司 5% 的提成，其与大军公司之间应认定转包关系。而中铁一局与刘某虽然在标前协议中约定刘某以中铁一局的名义进行招投标，但双方在协议中又同时约定中标后将全部工程交由刘某施工，由刘某组建项目部，中铁一局派驻项目经理

及技术人员的工资均由刘某发放。且双方在标前协议中约定中标后双方签订施工协议时依据中铁一局与业主签订的施工总承包主要条款签订，中铁一局只是收取管理费，该工程由刘某独立核算、自负盈亏。庭审中，中铁一局与刘某均认可双方系转包关系，故，中铁一局与刘某之间应系转包关系。二审法院对刘某与大军公司之间的转包关系予以，但是认为中铁一局与刘某签订的《标前合作协议》约定刘某以中铁一局名义参与涉案工程施工的竞标。投标定价中铁一局有建议权，投标最终报价由刘某确定。可见，涉案工程并非由中铁一局取得承包权后再转包给刘某施工的，双方合作的内容是刘某借用中铁一局施工资质，并以中铁一局的名义承揽工程，双方属挂靠关系。所以，原判认定中铁一局与刘某之间是转包关系有误，应予纠正。

【评析】

本案一审法院简单地以转包和挂靠相似的外观，以及当事人的自认，就将中铁一局与刘某之间的关系认定为转包，属于适用法律错误。二审法院考察刘某在工程承接中的作用，认为投标报价由刘某确定，中铁一局仅有建议权，所以案涉工程并非中铁一局取得承包权之后再转包，应属挂靠关系，即为上述工程承接标准的经典应用。另一方面，中铁一局与刘某之间的人事安排，是由刘某组建项目经理部，由中铁一局派出项目经理、项目总工、质安工程师、财务人员等，工资由刘某承担，这也为人事管理标准的应用提供了事实依据。

【案例 2】

杭州市中级人民法院（2014）浙杭民终字第 110 号：彭纪明与杭州永翔建设集团有限公司建设工程分包合同纠纷上诉案

2008 年 3 月 3 日，建国机电公司与彭纪明订立《建设工程施工合同》一份，约定建国机电公司将公司 1、2、3 号车间土建工程发包给永翔公司进行施工，彭纪明在委托代理人处签名。2008 年 5 月 19 日，彭纪明与永翔公司订立《工程项目内部承包协议书》一份，约定永翔公司将其承建的建国机电公司车间 1、2、3 工程以先提成后分配的原则，单独立账，单独核算，自负盈亏的方式委托彭纪明承包，彭纪明以工程结算造价 7.5%作为永翔公司的税金及管理成本；彭纪明支付永翔公司提取的费用、生产成本、管理成本、税金等后，盈余部分均由彭纪明支配，但必须在工程竣工决算后，建设单位将全部工程款汇入被告账户一个月内，

由永翔公司兑现。合同订立后，彭纪明向永翔公司交付民工保障金 236000 元，同时对案涉工程进行建设施工。案涉工程于 2009 年经竣工验收合格。后彭纪明起诉请求永翔公司支付工程款及返还民工保障金。

一审法院查明建国机电公司发招标通知给彭纪明，彭纪明参加招投标，但未中标，后变更陈述为以永翔公司名义参加招投标。同时 2008 年 3 月 3 日建国机电公司与永翔公司订立的《建设工程施工合同》中，彭纪明在委托代理人处签名的事实，可以认定彭纪明参加了建国机电公司案涉工程的招投标，并参与了案涉《建设工程施工合同》的订立。同时根据彭纪明与永翔公司的约定，案涉工程彭纪明以工程结算造价 7.5%作为永翔公司的税金及管理成本，永翔公司在工程竣工决算后，建设单位将全部工程款汇入永翔公司账户一个月内，由永翔公司支付彭纪明工程价款的约定，可以认定彭纪明与永翔公司订立《工程项目内部承包协议》依附于永翔公司与建国机电公司订立的《建设工程施工合同》，缺少转包合同所需的独立结算，独立付款的要件。宣判后，彭纪明不服，提出上诉称：一审判决认定彭纪明与永翔公司之间是挂靠关系是错误的，应是转包关系。二审法院驳回上诉、维持原判，理由与一审法院相同。

【评析】

在本案中，虽然实际施工人辩称发包人与名义承包人的施工合同签订在前，而名义承包人与实际施工人的内部承包合同签订在后，表面上似乎符合转包而非挂靠的特征。但一审法院不拘泥于施工合同与内部承包合同签订的时间先后，而是从实际施工人主导工程承接的角度入手，将案涉法律关系认定为挂靠关系，是对工程承接标准的准确把握。而人事管理标准在本案中则完全失效，因为本案工程管理人员与名义承包人之间不存在任何劳动关系，完全由实际施工人派驻，这正是转包与挂靠在人事管理上的交集，无法以此为标准来区分二者。此外，我们还注意到，除了采用工程承接标准以外，一、二审法院还提出，彭纪明与永翔公司订立《工程项目内部承包协议》依附于永翔公司与建国机电公司订立的《建设工程施工合同》，缺少转包合同所需的独立结算、独立付款的要件。一般而言，不管是转包合同还是挂靠合同，都是以发包人与名义承包人之间的施工合同为背景的，事实上也就都是一种依附的关系。而由于挂靠作为挂靠人和被挂靠人之间的一种合作，被挂靠人参与工程管理的程度更高，则其参与财务管理，

并与发包人、实际施工人之间的财务纠缠的情况更为普遍，但无论如何，独立结算、独立付款作为转包和挂靠之间可能的交集，是否能够作为区分二者的标准，需要更多的事实与学理的支持，而在本案中，由于未能看到合同内容及其他诉讼材料，判决书的表达也语焉不详，我们无法确切地理解法官的判决依据。但是，我们可以看出，现实的商业操作纷繁复杂，法官在以工程承接标准作为基准甄别转包与挂靠的同时，是否还会有其他的补充说理，将取决于个案事实与法官自身的法律思维与自由裁量。

总之，新《管理办法》的出台，为建设工程领域各类违法行为的认定和处罚提供了更加明确的依据，必将对进一步规范建筑工程施工承发包活动，保证工程质量和施工安全起到非常重要的作用。而转包和挂靠作为最为重要的违法行为类型，对二者准确的认定，也将会成为落实《管理办法》的关键之一，成为考验法律从业人员的智慧所在。