

## 浅议建筑领域中的挂靠经营问题

作者：陕西省泾惠渠管理局 郑 焯

**【摘要】** 挂靠经营问题是建筑领域屡禁不止的老大难问题，本文通过对建筑领域挂靠经营行为的界限、成因、危害和法律后果的剖析，指出要通过改革建筑市场的资格准入制度，加快国有建筑企业改革步伐，强化对国有建设单位的监管，规范和完善有形建筑市场等措施来从根本上解决建筑领域中的挂靠经营问题。

**【关键词】** 建筑领域；挂靠经营；法律

工程建设与国计民生和社会公共利益息息相关，对社会经济发展具有不可替代的作用。随着我国对基础设施建设投资力度的不断加大，建筑领域迎来了一个新的建设高潮，但建筑领域的不规范操作问题也不断暴露，一些违法违规现象时有发生，特别是挂靠经营问题日益严重，成为建筑领域的热点和难点问题。因此，科学地界定建筑领域中挂靠经营行为的界限，剖析其成因、危害和法律后果，寻找解决问题的办法和途径，就具有十分重要的现实意义。

### 一、建筑领域挂靠经营行为的界定

1、建筑领域挂靠经营行为的概念。我国《建筑法》第26条第2款规定，“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。”由此可见，建筑领域挂靠经营行为是指无资质或低资质的挂靠人通过各种途径或方式以有资质或高资质的被挂靠人的名义承接建设工程，从事工程的勘察、设计、施工及监理活动的建筑违法行为。

2、建筑领域挂靠经营行为的表现形式。建筑领域中的挂靠经营行为是一种法律明令禁止的建筑违法行为，行为人为了规避现行法律的禁止性规定，往往通过各种方式和途径，使挂靠经营行为以貌似合法的面目出现。实践中主要表现为两种方式：一种是通过联营的方式。即挂靠人与被挂靠人签订联营合同，合同约定双方在工程承揽中进行联营或合作，由挂靠人提供工程项目信息并以被挂靠人名义参与投标、签订建设工程合同和负责合同的实施，被挂靠人提供报名、资格预审、投标过程中所需的公章、资质证件等有关资信证明材料进行协助配合，并收取工程总价一定比例的费用。另一种是通过内部承包的方式。即由被挂靠人任命或聘任挂靠的自然人为员工，并委任为第X施工队、工程处或项目部的负责人，签订“内部承包合同”，合同的内容与上述联营合同大同小异。对于建筑领域中的挂靠经营行为，我们不论它是以联营合同还是内部承包合同的形式出现，其实质是被挂靠人转让或出借资质证书的行为，真正目的是为了无资质或低资质的挂靠人突破法律对其行为能力的强制性规定，其内容是违法的，因此其签订的联营合同和内部承包合同不具有法律效力。

3、建筑领域中挂靠经营行为的认定。既然建筑领域中的挂靠经营行为往往以貌似合法的形式出现，具有一定的欺骗性，建设主管单位和建设单位如何识破包裹在挂靠经营行为外面的伪装，揭穿挂靠经营的真面目，客观上就存在一个对建筑领域中挂靠经营行为的认定问题。参照建设部《关于违法违规行为的判定》的有关规定，可以从以下几个方面认定：一是合同约定的施工单位与现场实际施工方之间有无实质上的产权关系；二是合同约定的施工单位与现场实际施工方之间有无统一的财务管理；三是合同约定的施工单位与施工现场的项目经理及主要工程管理人员之间有无合法的人事调动、任免、聘用以及社会保险关系；四是合同约定的施工单位与施工现场的工人之间有无合法的建筑劳动用工和社会保险关系。只要上述任何一个方面是否定的，即可认定为挂靠经营行为。

## 二、建筑领域中挂靠经营行为的成因

建筑领域中的挂靠经营问题长期存在，且大有愈演愈烈之势。笔者认为，造成建筑领域挂靠经营问题屡禁不止的原因有以下几个方面：

一是建筑领域具有较高利润空间。据测算，一般三类以上的工程，其单项工程的直接成本约为80%的结算价，有20%的利润空间。这样的利润空间，对挂靠经营者无疑具有很大的诱惑。挂靠人即使向被挂靠人交纳工程合同价或结算价5%左右的管理费，仍可获得15%左右的利润，如果加上偷工减料、偷税漏税等非法获利，所得的利润就更大。这在主观上为挂靠经营提供了内在动因。

二是我国对建筑市场实行严格的市场准入制度。我国《建筑法》、《建筑业企业资质管理规定》、《建设工程勘察设计企业资质管理规定》等法律法规对工程建设单位的主体资格，特别是对建设工程合同承包方的缔约资格均做了严格规定，要求承包方必须具备企业法人资格，同时具有营业执照和由建设行政主管部门核准的资质等级，这样的规定与我国立法对其他市场主体范围日趋放宽的大趋势正好相反。国家之所以对建筑施工市场的管理持如此严格的立场，是由建设工程自身的特殊性决定的。在我国，大量的建设工程的投资主体是国家或国有资本，而且建设工程项目一经投入使用，通常会对公共利益产生重大影响，因此国家实行了较强的干预。这无疑把大量想进入该领域获利的无资质或低资质的个人和组织排除在建筑市场之外。这是引发挂靠经营的政策原因。

三是具有较高资质的国有建筑企业与无资质或低资质的建筑施工组织在资金实力、成本控制、信息掌控等方面存在的现实差异为两者“优势互补”，走向挂靠提供了客观的现实基础。在我国，具有高资质的建筑企业大都为国有企业，由于国有企业在经营管理机制方面所固有的问题，使它们在工程投标中并无多少优势可言，有些国有建筑企业难以承揽到工程，只能以出卖资质的方式赚取利润；而一些无资质或低资质的民间建筑施工组织却不仅能够直接或间接地掌握工程招标、议标的情报，而且能通过个人的社会关系或不法手段左右工程承包包的某些环节，顺利承揽到工程。两者之间的这种差异和不平衡为双方满足各自需要走向挂靠铺平了道路。

四是有形建筑市场发育的不成熟和招投标活动的不规范，在客观上为挂靠经营提供了有机可乘的生存空间。由于我国的有形建筑市场刚刚建立，在工程招标、发包和进入有形市场交易的各个环节上，还有许多不规范、不完善的地方，特别是建设单位在对工程承包人的选择上仍然能通过各种方式施加较大的影响，这就为权力寻租提供了便利。有的建设单位的主管领导或负责人在工程的筹建过程中通过各种关系在暗地把工程项目给了无资质或低资质的民间建筑施工组织，让这些组织去物色挂靠对象，在这种情况下建设单位、挂靠人和被挂靠人三方对挂靠行为彼此心照不宣，达成默契，造成了建筑市场秩序的混乱。

## 三、建筑领域中挂靠经营行为的危害

建筑领域中挂靠经营行为之所以为法律禁止，根本原因是其具有较为严重的社会危害性。其危害性主要表现在以下几个方面：

一是损害了国家和业主的利益。挂靠经营采取偷梁换柱的办法，规避了国家对建设工程进行严格、有效管理的有关规定，使国家对关系国计民生和社会公共利益的建筑领域项目进行有效管理的目的落空，使国家对工程的质量、安全、进度等方面难以实施有效的控制，加大了建设工程项目的风险，国家和业主的利益无法得到保障。

二是扰乱了建筑市场的正常秩序。挂靠人及其组成的挂靠群体不是一个合法的专业组织，不具备从事工程建设的民事行为能力，其技术水平、施工经验和组织能力很难保证达到与工程要求相一致的标准，本应被排除在建筑市场之外。但是通过挂靠，这些非法的建筑组织进入了建筑市场，他们通过暗箱操作、非法围标等不法手段与合法正规的建筑企业进行不正当竞争，严重扰乱了建筑市场的秩序。

三是引发了大量的建设工程合同纠纷。在建设工程合同纠纷中,挂靠经营是引发纠纷的重要原因。挂靠经营引发的建设工程合同纠纷使合同的稳定性遭到了破坏,使当事人通过实施合同来满足自身需要的愿望落空,合同的目的难以实现。同时,合同纠纷的解决需要额外支出大量的时间、人力、物力和财力,无形中浪费了资源,加大了成本支出。

四是助长了建筑行业的不正之风。挂靠人为争取工程项目不择手段,大开关系之门,使建设工程领域的违规操作层出不穷,几乎成为滋生腐败的温床,严重败坏了建筑行业风气,是建筑行业不正之风的重要源头。

#### 四、建筑领域中挂靠经营问题的防范和解决办法

一是改革建筑市场的资格准入制度和清出制度。一方面,应从我国建筑市场的实际出发对建筑企业资质授予的行政审批制度进行改革,强化权威中介机构对建筑资质的认证功能,弱化政府对资质授予的强力干预,加强资质管理的透明度,消除资质授予过程中的违规操作,使具有实际承建能力的私人建筑商能够获得与其能力相应的资质等级,允许其组成合法的建筑企业,通过合法的途径进入建筑市场与同行进行公平竞争,使私人建筑商从幕后走到前台。另一方面,应进一步完善建筑市场的退出机制,把那些虽然具有较高资质,但实际承建能力与自身资质等级“名不副实”的企业进行降级或清理出建筑市场,实现建筑市场的优胜劣汰。

二是加强对国有建筑企业的监管力度,不断加快其改革步伐。国有建筑企业是挂靠经营行为的主要载体,是治理挂靠经营的重点。一方面应该从企业内部改革入手,通过改革增强其活力和市场竞争能力,从根本上解决其难以承揽到工程,只能靠出卖资质赚取利润的问题。另一方面应从强化企业外部监管入手,加大对国有建筑企业通过出租、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行为的打击力度,纠正其违规行为。

三是强化对建设单位的监管。应该把建设单位对工程项目的招标、发包活动及国有建设资金的运作纳入有效的监管体系,明确建设单位的责任和义务,有效杜绝工程招标、发包活动中弄虚作假、明招暗定施工单位,或与施工单位串通挂靠等违规操作行为和权力寻租现象。

四是逐步规范和完善有形建筑市场。一方面必须使有形建筑市场与政府部门及其所属机构脱钩,建设工程交易中心不得与任何招标代理机构有隶属关系或者经济利益关系,不得从事工程项目招标代理活动,不得以任何方式限制和排斥本地区、本系统以外的企业参加投标,或以任何方式非法干涉招投标活动。另一方面,对全部使用国有资金投资或国有资金投资占控股或主导地位的待建工程均应进入有形建筑市场,依法公开招标和发包,消除工程招标和发包过程中的中间环节,消灭违法中介行为,充分发挥有形建筑市场在建设工程项目管理中的作用。

五是加大对建筑领域中挂靠经营行为的惩处力度。应该对建筑领域中的挂靠经营行为展开有针对性的专项治理活动,对依法查出的在用人、建帐和管理上明显属于挂靠经营行为的挂靠人、被挂靠人和知情的建设单位,要进行大力惩处,让其在行政上、经济上承担相应的法律责任。

#### 【作者简介】

郑焯,男(1974年6月---),陕西省岐山人,中共党员,经济师,现在泾惠渠管理局从事水政水资源管理与科技工作。