

向无资质主体分包工程的法律风险及防范措施

◆赵虹

(北京市航云建筑工程有限责任公司, 北京 100007)

【摘要】在建筑工程领域,分包可谓是最为常见的一种模式,但是在实务操作过程中,总承包人向无资质企业分包工程的违法分包行为较常见。由此存在建设工程施工合同无效风险、劳资纠纷风险、工程质量纠纷风险等法律风险。因而,本文通过分析提出从制度顶层对资质制度检视,严格落实分包主体的资质审查,完善建设工程合同管理,加强国家征信系统建设等建议,推动我国建筑行业的良性发展。

【关键词】分包工程;实际施工人;资质制度;分包人

资质是建设工程领域企业经营活动的前提和基础,在分包工程的语境下,其情况较简单的承包工程更为复杂,分包企业无资质的违法分包情形屡禁不止,对于发包人、承包人而言,分包人无资质使得其工程管理面临着诸多法律风险,如何有效应对成为摆在发包人面前亟待解决的重要问题。

一、关于分包人资质要求的现行规定

(一)资质制度

资质是国家对于建筑市场主体的市场准入,本质上是国家的微观规制活动,旨在保护建筑领域的交易安全 and 质量安全,促进建筑行业健康良性发展。资质管理最早可以追溯到1982年的《建筑企业营业管理条例》这一文件。从现行的规定来看,资质制度散见于《建筑法》《建设工程质量管理条例》《建筑工程施工发包与承包违法行为认定查处管理办法》等法律法规、司法解释等规范性文件之中。在类型上可以分为三种。根据《建筑业企业资质管理规定》的相关规定,建筑企业分为三个序列:(1)施工总承包资质;(2)专业承包资质;(3)施工劳务资质。2014年住建部印发《关于推进建筑业发展和改革的若干意见》(建市〔2014〕92号),提出要坚持淡化企业资质的改革方向,探索充分发挥保险、社会信用及工程担保等机制的作用,以实现建筑市场的优胜劣汰。2020年,住建部颁发建市〔2020〕94号文件,将施工劳务资质由审批制改为了备案制,并将其改为专业作业资质。

需要指出的是,在发达国家的建设工程领域,对分包人并不采取资质制度,对分包主体采取注册制,并通过“许可证+保证金”的制度安排来决定该分包企业是否具有承建项目资格,并不以资质证书为标准,考量的是分包企业的履约能力及风险赔偿能力。

(二)关于分包人资质的现行规定

资质一直是承包建设工程最为重要的前提之一,工程总承包人虽然在技术、资金、建筑资质等级等方面有巨大优

势,但是并非在基础作业层面普遍具有比较优势,这就使得分包模式成为建设工程中成为必要,这也是市场经济追求效率最大化的必然结果。从现实的市场结构来看,以“总包——专业承包——小型分包——劳务承包”层级为特点的建筑市场格局,分包人资质要求散见于诸多法律法规及司法解释之中,主要体现在如下规定中。

1.《建筑法》的规定

现行《建筑法》1998年施行并于2019年最新修订,该法对于建筑企业的资质制度进行了原则性的规定,根据《建筑法》之第四十三条的规定,对于从事建筑活动的建筑施工企业,只有在资质审查合格并取得资质证书后,才能在资质等级所许可的范围从事建筑活动。我国现行的立法和相关政策对于分包实则是持禁止态度的,不过第二十九条规定了分包的前提必须在总承包合同约定或经建设单位认可。该条第三款明确禁止总承包单位将工程分包给不具备相应资质的单位。第六十五条规定,对于未取得资质证书承揽工程的分包人,予以取缔并处罚款;如果存在违法所得的,对该违法所得予以没收。

2.《建设工程质量管理条例》的规定

根据《建设工程质量管理条例》第二十五条规定,施工单位需取得相应登记资质证书并且仅在其资质范围之内承揽工程,将面临“责令停止违法行为”“罚款”“责令停业整顿”“降低资质等级”“没收违法所得”,甚至吊销资质证书等处罚。第七十八条第二款的规定,如果分包人不具备相应资质的,属于法定的四种违法分包行为之一。

3.其他法律法规及司法解释的规定

关于分包人无资质的条款散见于其他规范性文件之中。根据《建筑工程施工发包与承包违法行为认定查处管理办法》第十二条第二项,明确规定了将工程分包给无资质的单位属于“违法分包”情形;《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)》第四条规

定,违法分包的建设工程无效。如果承包人未取得建筑企业资质/超越资质等级的,那么应当根据《民法典》第一百五十三条第一款之规定,认定该建设工程施工合同无效。该规定无疑是沿用了《建设工程司法解释》(2004)的规定。在地方性规范性文件中也有诸多规定,如江西省住建厅明确发文“严禁将专业工程分包给无资质的企业或个人”。

二、分包人无资质情况下的法律风险

由于现代建设工程越发复杂的模式、繁杂的项目等原因,工程建设分包模式成为市场主流的模式,但是违法分包、转包等违法行为可谓是屡见不鲜,分包单位难以管理和控制并且不履约的现象较为常见。总承包人在选择分包人时,将价格因素置于最重要的考量因素中,而且在建筑施工单位在裙带关系等因素的作用下,将部分工程分包给无相应资质的企业或个人,导致违法分包行为屡禁不止,扰乱了建筑市场秩序。资质制度成为工程分包困局的一大重要原因。实务统计,在最高人民法院2020年二审的一百二十六件建设工程施工合同纠纷案件中,违反资质限制的案件(包括违法分包、转包、借用资质)的案件高达20件之多。其中对于项目建设方、项目承包方却存在如下法律风险。

(一)特色的实际施工人制度

发包人与分包人并无直接的合同法律关系,因而发包人无法直接管理分包人,但是根据《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(一)》(以下简称《建设工程解释一》)第四十三条、第四十四条等现行规定,如果总承包人与分包人之前签署的合同被认定为无效,那么分包人会被认定为“实际施工人”,有权起诉发包人,要求发包人在欠付工程款范围内承担付款责任。实际施工人的有关规定,无疑已经突破了合同相对性原则,在法律保护的天平上极大地偏向于农民工,加重了发包人法律责任。近年来,学者们对于实际施工人制度的批评越来越多。如有观点指出,将“缺乏资质”作为界定标准与立法本意有悖,有必要予以修正。

(二)法律风险之一——分包合同无效的法律风险

如果在招投标之前对于分包企业资质并未进行审核,这就给后续的工程建设带来了诸多隐患和法律风险。最重要的法律风险在于,如果分包合同被认定无效。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(一)》(法释〔2020〕25号),对于承包人因违法分包签订的建设工程施工合同,应当根据《民法典》的相关规定,认定该建设工程合同无效。实际施工人仍然有权选择起诉总承包人。如最高法在(2020)最高法民申255号民事裁定书中指出,原审判决认定的由樊成作为实际施工人,施工合同无效,应向其支付工程款的裁判并无误,支持了原审判决。同时根据《民法典》第七百九十三条的规定,如果

建设工程合同无效,但是该工程经过验收合格的,可以参照工程价款约定折价补偿给承包人。

在具体的责任范围方面,根据《民法典》第一百五十七条规定,如果法律行为无效的,因该行为所取得的财产应当予以返还,从法理的角度来看,如果建设工程合同无效,意味着合同双方之间的合同之债自始就未发生,所以也就不存在主张违约责任,也就是说发包人无法主张有关的质量违约、工期违约等责任。简而言之,建设工程合同无效,实际施工人有权主张折价补偿款,但是对于建设工程施工合同中的违约金、利息、奖励、滞纳金等约定自始无效。

(三)法律风险之二——劳资纠纷法律风险

我国对于农民工的权益维护有着特别的立法规定,对于无资质的分包引发的农民工劳资纠纷非常常见,如果处理不当将有可能引发社会矛盾。在实务过程中,总承包单位在付款程序上的管理失范,如果农民工找不到直接的上级单位索要工作报酬时,便会向发包人、总承包人追索工资。根据《建设领域农民工工资支付管理暂行办法》之第十二条的规定,工程总承包企业不得将工程违反规定发包、分包给不具备用工主体资格的组织或个人,否则应承担清偿拖欠工资连带责任。此外,随着《保障农民工工资支付条例》于2020年5月开始正式生效,对于农民工权益采取了更高的保护标准,无疑对于发包人、总承包人提出了更高的要求。

(四)法律风险之三——工程质量纠纷的风险

一直以来,由于建筑工程关乎人们的生活水平,所以我国对于建筑资质的门槛设置都比较严苛,通过资质的具备与否,据此来判断企业的资金、人才、业绩、设备等能力。对于无资质的分包人,缺少资质证书的背书担保,无资质分包人施工规范意识不足,不严格按照相关的施工标准和规范进行施工,其施工质量难以得到有效的保障。如果总承包单位在施工过程中对于分包工程缺乏监督管理,经常会出现施工与设计图纸不相符等质量问题,维修往往需要大量的费用。因而,存在潜在的工程质量纠纷的法律风险。

三、向无资质主体分包工程的具体建议

(一)应从制度顶层对资质制度检视

本文认为,从顶层的制度设计来看,对于资质制度在分包乃至整个建筑工程领域的合理性应进行重新检视,从而不断完善资质制度。其理由在于:首先,从制度变迁的历史来看,我国的建筑工程项目管理体制最初是由政府主导的,随着市场化改革的推进,企业资质作为市场准入条件,在现今存在诸多困境。其次,如果对于分包人没有资质承揽工程的行为,根据《对建筑施工企业母公司承接工程后交由子公司实施是否属于转包以及行政处罚两年追溯期认定法律适用问题的意见》及《行政处罚法》的规定,从竣工验收之日起计算两年是追究违法分包行为的期限,超出该期限,则分

包人的违法行为将不会受到行政处罚,法律另有规定除外。《民法典》及《建设工程解释(一)》更是取消了没收违法所得的民事责任。显然该种制度安排的合理性受到质疑。2020年底,住建部印发了《建设工程企业资质管理制度改革方案》,提出了要按照“能减则减,能并则并”原则,使得企业资质制度得到减弱,实质上放宽了对于分包企业资质的限制,但显然改革资质制度已是发展趋势。2022年2月,住建部印发《建筑业企业资质标准(征求意见稿)》,提出未来的施工企业资质由四级变为两级,并优化升级了资质办理手续。本文认为,可以随着法律制度的不断完善和进步,建筑企业资质管理制度将会取得更好的社会效益。

(二)严格落实分包主体的资质审查

忽视对分包主体资质的审查是分包人没有资质现象最为本质的原因,资质是建设工程企业的生存、发展空间范围,为有效防范法律风险,必须严格审查分包主体的资质。对于发包人而言,要提高企业的合规意识,完善内部法律风险防控,企业法务、商务、采购等部门要严格审查分包人的营业执照、建筑资质等。同时,要求总承包人将相关资质证书的复印件提交发包人留存。对于总承包人而言,势必要对那些潜在的分包人做好尽职调查,细而言之,包括如下具体工作:(1)审查潜在分包人的民事行为能力 and 能否独立承担民事责任;(2)审查潜在分包人是否具有分包所需的所有法定资质;(3)核查潜在分包人的书面材料,包括企业营业执照、授权委托书等;(4)审查潜在分包人工程的实际履行能力、履约诚信状况。

(三)完善建设工程合同管理

对于发包人而言,对资质审查到位,确保分包人的资质是真实的、有效的。如果分包人没有资质,应要求总承包人不得分包。同时,加强合规经营意识,对于内部合规及合同管理部门明晰职责。

对于总承包人而言,首先,要严格招投标程序,确保工程招投标程序的合法性。选用分包单位时应通过公开招标的方式,通过竞争机制,邀请具有施工资质的分包单位参与投标,同时,综合比较投标单位的业绩、造价、施工质量等各方面,择优选择分包企业。其次,要进一步加强对于施工现场的管理,总承包人的项目经理部要仔细查验分包企业

的资质证书、安全生产许可证、营业执照等各类证书的原件,与此同时,还应要求其提供此等文件的复印件并加盖公章。然后,要加强对于工程安全、工程质量及工程进度等的把控,对承包工程进行集成管理,一旦发现分包人存在违章操作作业,应第一时间下达责令整改的书面通知。然后,总承包人还应加强各分包单位之间的协作以及分包单位的交叉施工协调。

(四)加强国家征信系统建设

如上分析所述,对于违法分包、违法承揽工程的企业,如果超出了违法行为的追究期限,其违法行为的行政责任将不会得到追究,但是其仍然可以依据实际施工人制度获得工程价款折价补偿款。显然有一定的不合理性。因而,为了缓解不同法律制度之间的张力,国家征信体系无疑是一个更好的解决方案。对于违法违规的建筑企业进行信用扣分,违法情节恶劣的,将其列入建筑市场黑名单,限制其进入建筑市场,从而保障建筑企业合法合规地经营,使得建筑工程保质保量地完成。

四、结束语

近年来,因分包工程引发的法律纠纷和诉讼变多,扰乱了建筑市场健康秩序。为了促进建筑行业健康、良性发展,本文认为,首先应从制度顶层对资质制度进行检视,对于发包主体而言,加强合规经营意识,应严格审查落实分包主体资格审查,承包人要完善建设工程合同管理。最后要加强国家征信系统的建设,推动建筑企业妥善应对法律风险。

参考文献:

- [1]郭勇初.未取得专业作业资质承包人所签劳务分包合同的效力[J].中国招标,2022(06):59-62.
- [2]陈宏伟.关于工程分包的法与经济学分析[J].建筑经济,2021,42(02):5-8.
- [3]葛亮.工程总承包模式下对分包单位管理和控制的做法[J].建筑技术,2020,51(04):438-441.

作者简介:

赵虹(1978—),女,汉族,吉林吉林人,本科,高级工程师,研究方向:建筑企业风险内控法律合规管理。