工程总承包模式下防范分包管理法律风险的六大举措

前施工领域中的重要研究问题。实践表 明,不重视分包管理将面临各种风险挑 战,即使是建筑企业中的上市公司,在 遇到工程总承包模式下的分包管理问题 上,如果掉以轻心,如果不重视工程总 承包中的分包管理,那么一个工程,一 张罚单,就能重创一家企业一年的利润 积累,甚至导致全年亏损,严重者更可 能面临刑事追责。因此,重视工程总承 包模式下的分包管理可谓非常重要,本

一、做好对分包企业的尽职调查

文对此拟提出六大举措:

对于总包方而言,如何选好合适的 分包施工单位至关重要。本文认为,可 以主要对以下几个方面的内容进行考 察,以做好尽职调查:一是资质,要重 点审查分包人是否具备分包工程所需的 法定资质;二是业绩与施工能力,可以 看看分包人类似工程的经历与效果,包 括业内业主及合作伙伴的口碑如何; 三

工程总承包模式下的分包管理是当 现场管理能力如何,可以和质监、安 方,都有可能在最终结算或者责任承担 监、监理单位沟通了解,宜"突击检 查";四是合作伙伴考察,包括专业分 包、劳务、材料供应、施工设备租赁、 银行授信等多方面进行综合衡量。

CONSTRUCTION TIMES

因此,也建议总包单位可以建立合 格分包商名录,对分包单位的选任进行 把控,采集各方面能力与履约证据,包 括对承担本项目特殊要求的能力适应性 进行考察,以综合选择最佳、最合适的 分包单位。

二、重视分包合同的签订

合同签约在总包方对分包方的管理 中扮演着重要角色,庞大的工程项目正 是基于合同对各方权利义务的描述与规 制而展开的。从法律角度考虑,合同一 旦签订,对各签署方均具有法律约束 力,非法定原因或双方一致协商同意, 任何一方都无权擅自变更或解除合约。 所以,分包合同的签订本身就是一场非 常重要的谈判。忽略合同的细节, 无论 是施工现场考察,现场了解施工单位的 是发包方还是承包方,总包方还是分包

上面临风险, 因此重视分包合同的具体 签约可谓至关重要。

基于分包管控的重点与难点,本文 认为一份好的分包合同应当包含并尽可 能详细地对以下内容进行约定:一是施 工进度控制与工期管理; 二是分包现场 的工程质量与安全管理; 三是合同变更 的管理,包括工程内容变更、设计变 更、价款变更等等;四是工程款支付管 理; 五是索赔与反索赔条款等。现实 中,还存在项目中标后要求中标人在签 署项目合同的同时,签署与中标内容不 一致的补充协议的情形。这时候,发包 方与分包方都可以利用签署补充协议的 机会,对招投标文件中不利于自己的条 款进行磋商变更,以排除风险,达到一 定程度的利益平衡。

三、建立防范表见代理风险的制度

众所周知, 印章管理混乱容易使公 司遭受巨大损失。所以,对于建筑企业 而言,建立防范表见代理风险的相关机

制和制度就十分重要, 总结司法实践中 实的经济文件, 是工程结算或最终结算 各情形案例获得的经验与教训,本文认 为可以从以下几个方面入手:

一是定期开展对项目经理的法律培 训。建筑企业表见代理风险高,主要问 题还是出在项目经理身上,对项目经理 定期开展法律培训, 既是让其知法, 更 是让其守法进而不再违法甚至犯罪的重 要举措; 二是对合同签订及印章使用进 行严格管理。表见代理的风险多与合同 签定及印章使用相关。因此,为降低表 见代理风险,企业可在合同签订之初便 在合同中明确约定各自代表人员及相应 履职权限、期限等; 三是及时收回授权 委托书、空白合同书、空白介绍信等相 关资料。很多时候,未及时收回的授权 委托书、空白合同书、空白介绍信等是 此,及时收回,做好记录、监督与核实 就非常关键;四是对项目经理权限进行 定期更新公示。表见代理制度的根本问 题主要还在于项目经理本身的职权内 控 容,很多时候,虽然行为人的授权已经 变更,但外人很难知道,所以定期将经 理权限公示更新就很重要; 五是建立专 门的供应商名单。制作专门的供应商名 单可以令交易双方形成较为稳固和安全 的交易方式。当出现新的交易情况时, 交易相对人就有更高的注意义务对实际 情况进行核实,以避免一方有意忽视, 以自身善意无过失主张表见代理已成

四、加强签证及往来函件等的过程

在项目管理过程中强调过程留痕的 重要性,其实就是强调要有证据意识。 因为一旦发生纠纷,不论是争议评审、 司法鉴定还是诉讼仲裁, 都只能审查有 证据可以显示支持的事实,而不是没有 证据支持的"真相"。对此,《建设工程 施工合同解释(一)》亦有规定,如: 当事人对工程量有争议的,按照施工过 程中形成的签证等书面文件确认。承包 人能够证明发包人同意其施工,但未能 提供签证文件证明工程量发生的,可以 按照当事人提供的其他证据确认实际发 生的工程量。现实中,一个工程项目的 施工时间短则几十日,多则数年甚至十 几年,如果项目管理粗糙,如果没有保 存好过程记录,一旦产生问题纠纷,就 很难厘清各方主体责任。工程签证及往 来函件,正是各方相互书面确认工程事

核增及核减工程造价的直接依据, 也是 -定程度上划分各方责任承担的证据材 料。司法实践中常常讨论工程案件办理 难度大,案情复杂,很多时候就是因为 缺乏有效的签证记录或者往来函件, 或 者根本就没有对重要事件及变更进行过 记录记载,形成过会议纪要等。

因此, 总包方与分包方在项目施工 管理中要特别注意往来函件、洽谈文 件、施工材料等的收集、保留与管理。 对于项目施工中的突发事件, 如果可能 存在之后会进行各方主体之间责任划分 的, 也要及时组织专家团队进行分析论 并保留结论文件形成会议纪要等由 各方对接人签认。因为签证、函件管理 是一项异常重要与关键的工作,需要非 常强的商务对接能力与法律意识,因此 设置专人管理并培训提高相关工作人员 的管理能力也是一项非常重要的工作。

五、完善建设项目的安全与质量管

是相互依存的关系, 总包方对分包方的 管理需遵循"管到位、不缺位、不越 三个原则。根据2020年3月1日实 施的《房屋建筑和市政基础设施项目工 程总承包管理办法》,工程总包单位应 当对其承包的全部建设工程质量负责, 分包单位对其分包工程的质量负责,分 包并不能免除工程总承包单位对其承包 的全部建设工程所负的质量责任……工 程总包单位对承包范围内工程的安全生 产负总责,分包不免除工程总承包单位 的安全责任。此外,于2019年4月23日 修正的《建设工程质量管理条例》也规 定,总承包单位应当对全部建设工程质 量负责,并且,总包单位与分包单位对

分包工程的质量承担的是连带责任。 故而, 总包单位在分包的时候就应 该高度重视工程项目的质量与安全问 方面是符合标准与要求的。因为,新实 施的《建设工程施工合同解释(一)》 第7条也规定:缺乏资质的单位或者个 人借用有资质的建筑施工企业名义签订 建设工程施工合同,发包人请求出借方 与借用方对建设工程质量不合格等因出 借资质造成的损失承担连带赔偿责任 人民法院应予支持。实践中,工程 质量问题也多成为发包方在纠纷中常用 的抗辩理由。因为一旦经过司法鉴定存 在工程质量不合格的问题, 承包人就有 可能承担修理、返工或者改建的法律风 险,或者被减少工程款的支付。此外, 管控分包方的质量与安全问题,还可以 从明确分包合同中各自关于质量安全职 责权限的约定,明确对分包商在现场内 施工或服务活动实施控制的相应内容等 进行风险把握与控制。

六、建立并规范农民工工资发放监

农民工权益保障一直受到国家政府 的持续关注与高度重视。2019年, 国务 院针对农民工权益保障问题专门出台了 《保障农民工工资支付条例》,于2020年 5月1日正式开始实施,根据规定: (1) 承包单位要根据法规规定开设农民 工工资专用账户,专项用于支付该工程 建设项目的农民工工资;(2)建设单位 要根据合同约定及时支付工程款,并监 督承包方按时足额发放农民工工资不拖 欠: (3) 因建设单位未按照合同约定及 时拨付工程款导致农民工工资拖欠的, 建设单位应当以未结清的工程款为限先 行垫付被拖欠的农民工工资。(4) 承包 单位或者分包单位应当依法与所招用的 农民工订立劳动合同并进行用工实名登 记,具备条件的行业应当通过相应的管 理服务信息平台进行用工实名登记、管

实践中,由于工程项目往往存在层 层分包, 劳务班组施工等诸多情形, 经 常发生工程款按时支付, 但分包单位或 者劳务班组负责人却拖欠农民工工资的 情况,最终有些"名单外"农民工在拿 不到工资的情况下纷纷起诉分包方、总 包方与建设单位要求支付工资。其实出 现这样的问题主要还是承包方或分包单 位对施工现场的用工管理不严,没有形 成有效机制所致。对于总包方付款,分 包方付款,或者是劳务班组付款支付农 民工工资, 其实都应该建立一整套完善 的机制,将用工、考勤、工资支付等情 况做好记录。如要求分包单位按月考核 农民工工作量并编制工资支付表,经农 民工本人签字确认后,与当月工程进度 等情况一并交总包单位或分包单位确 认。如通过农民工工资专用账户直接将 工资支付到农民工本人的银行账户,并 要求提供代发工资凭证等。通过细化农 民工及农民工工资的发放、监督及管理 机制,有利于降低此类风险的发生概 率。(作者单位:浙江西湖律师事务所)

乘风启航 赋能发展

以法治力量构建央企治理新格局

党的十八届四中全会以来,中国建 筑第八工程局有限公司持续深入贯彻国 务院国资委及中建集团法治央企部署要 求,立足管理出效益、内控提品质、奋斗 创价值理念,从"务实、穿透、创新"三个 纬度,坚持以法治管理为牵引,以合规管 理为基础,以风险管理为主线,全力推进 "法治央企"建设。

一、使命召唤

(一)依法治国举旗定向

2014年10月,党的十八届四中全会 作出了"全面推进依法治国"的重大战略 部署。2020年11月16日召开的中央全 面依法治国工作会议,将习近平法治思 想明确为全面依法治国的指导思想。党 的十九大强调全面实施依法治国方略。 党的二十大报告对"坚持全面依法治国, 推进法治中国建设"作出全面部署,为法 治央企建设指明了方向。

(二)法治央企谱写新篇

为深化法治央企建设,国资委分别 于2015年12月发布《关于全面推进法治 央企建设的意见》,2017年7月发布《中 央企业主要负责人履行推进法治建设第 一责任人职责规定》,2021年10月发布 《关于进一步深化法治央企建设的意 见》,并采取了一系列推进法治央企建设 措施,要求坚持以法治思维和法治方式 统筹推进央企各项工作

(三)法治征程呼唤担当

《关于进一步深化法治央企建设的 意见》要求"十四五"时期着力健全五种法 治体系,持续提升五种法治能力,这就要 求企业法务人员必须发挥专业优势,勇于 担当,协助企业主要负责人,协同各管理 体系做好法治清单任务的落实,为推动企 责更加明确。 业高质量发展提供坚强法治保障。

(四)使命召唤催人奋进

全面依法治国及法治央企建设部署 对中建八局法治管理提出更高要求,中 建八局法务团队始终秉承"严守底线、践 行合规、契约为先、法治至上"的理念,为 企业合法、合规、稳健、可持续发展提供 了精益服务与法律保障。新时代赋予新 使命,新时代呼唤新作为,中建八局法务 人员将不断开拓创新、融入中心、助力发 展,主动为推进法治央企建设做出更大 贡献。

二、蓝图绘制

"十四五"是中建八局全面实现"更 强、更优、更大"发展目标的关键时期,面 对国内外发展形势的加速变革,以及不 断出现的新的不确定因素和风险,中建 向好。 八局在"十四五"法治规划中明确了具体 的法治建设目标。

(一)三位一体 创建一流

以合规为底线、以风险管控为路径、 以法治央企为目标,逐步完善风控合规 体系,健全风控合规机制,十四五末将全 局法务系统打造成为法治、风险、合规 "三位一体"管理平台。

(二)人才为先 聚力共赢

秉承"共同成长"的团队理念,持续 打造"精专业、懂现场、守底线、善谋略、 强落实"的法务团队,推动法律人员行 政、专业双序列发展。

(三)完善机构 发挥职能

条件的三级单位法务总监全面配置,推 海外、EPC等风险项目配置专职法务人 促进债权回收,风险债权处置取得实效。 员。

(四)体系联动 全面融合

约等项目全生命周期,系统联动各业务 配置,组织落实合规管理强化年、深化年 体系,发挥三道防线合力,实施合规与全 面风险分级和动态管控,保障重大风险 全面受控,企业合规稳健运行。

(五)技术先行 管理升级

拥抱5G+时代,在合同、案件、风 险、合规等方面实现管理流程信息化、数 据抓取自动化、数据整合智能化、合规管 理流水化,全面革新管理手段、充分释放 管理动能。

(六)合约管控 提升质效

合同管理实现从"重签约"到"全过 程"的实质转变,夯实重大合同风险全周 期化解机制,充分发挥法务人员专业能 力,持续优化签约、履约条件。

(七)多点发力 压存控增

强化诚信完美履约,通过非诉方式 前端化解纠纷,有效管控新发案件数量; 强化重大案件督办机制,通过一案一策、 专家会诊等多种手段,推动存量案件妥 善解决。

(八)基础深化 管理下沉

聚焦法治管理最小单元,扎根基础 业务,细化管理维度,推进法务管理纵深 开展,推进三级单位及项目层面全面塑 强法治、风控、合规管理职能。

三、累累秋实

近年来,中建八局法务系统通过强 法治、防风险、促合规等一系列"硬核"举 措,不断深化治理成效、价值创造、风险 防控,法治工作取得显著成效。

(一)体系架构不断健全

目前中建八局法务系统已形成局法 律合规与风险管理部-二级单位法律合 规与风险管理部-三级单位商务法务 部-项目商务部为主体的四级管理体系 架构,实现了局及二级单位独立法律机 构、总法律顾问全面配置的管理目标,总 法律顾问、首席合规官引领下的四级法 务体系日益完善,三级单位法务管理职

(二)规章制度不断完善

发布《法务管理手册》《合规管理办 法》《"八五"普法规划》《三级单位法务总 监管理办法》《海外重点国别合规指引》 等一系列法务管理制度。通过顶层设计 为法务履职、管理提供了制度依据与指 引。制度发布的同时,同步推进制度宣贯 及执行考核工作,确保"制行合一",实现 了管理标准化、流程统一化、操作模板 化、执行常态化。

(三)签约质量稳步提升

在确保3112签约时限前提下,中建 八局持续优化签约合同条件,严控签约 质量。签约合同额、基础设施项目占比、 月付≥80%项目占比、预付款、结算期限 等管控指标均持续提升,签约质量稳中

(四)案件处置增收降损

中建八局聚焦债权保障,全面摸排 超诉讼时效、优先受偿权丧失等风险,及 时行权维权。定期开展一线督导,问诊疑 难案件,全局起诉案件累计确权、回款金 额,应诉案件当年结案率等均不断提升。 案件内部人员自行代理成为主要代理方 式,大大降低了律师费用支出。

(五)风险管控取得实效

中建八局积极落实全面风险管理要 求,开展风险识别、评价、分级、处置管 理,明确全局前十大风险,针对性制定风 险管控举措,各类风险受控,企业运行平 稳。结合地产下行趋势,中建八局将地产 推进集团化运作的二级单位、符合 化债作为当前风险管控重心,每月定期 排查发包人资信,落实债权保障机制,通 广设置三级单位独立法务机构,在投资、 过沟通谈判、发送函件、立案起诉等措施

(六)合规管理扎实推进

根据国资委及中建集团合规管理要 将法务管理贯穿市场营销、签约、履 求,中建八局第一时间完成首席合规官 各项工作任务,发布《合规管理办法》 《"合规管理强化年"工作实施方案》《"合 规管理深化年"工作细化落实方案》《项 目合规管理指引》等系列制度文件,定期

召开合规委员会,形成常态化合规管控 机制。自主组织开展合规培训,举办合规 圆桌论坛、合规征文大赛、全员合规承诺 书签订等活动,持续塑强合规文化。沿着 业务流梳理合规清单,将合规要素嵌入 业务流程,实现合规审查全覆盖。

(七)法治品牌逐步打响

中建八局法治建设成绩在中建集团 考核中一直名列前茅,先后荣获全国"七 五"普法先进单位、全国守合同重信用企 业、国资委"中央企业法制宣传教育先进 单位"、上海市三八红旗集体等省部级以 上奖项51个、地市级奖项23个。在迎来 众多外部单位到中建八局对标交流的同 时,中建八局积极与上海市司法局、同济 大学、华为、建行等外部单位开展法治交 流,参加2023世界人工智能大会,参与 多项建筑行业立法意见征集与法治课题 研究,贡献了八局法律智慧,彰显了法治

八局品牌,得到广泛赞誉。 (八)数智管理迭代升级

探索八局风控合规云系统,对外实 现国内外政策法规、行业关键信息的实时 抓取,对内实现各系统核心经营数据、履 约全过程数据、企业正负面信息全覆盖。 拓展合同管理信息系统流程链,实现签约 前数据对比分析、签约流程在线跟踪、电 子化用印防伪、履约偏差分析与风险预警 等功能。建立行业法律法规数据库和案件 数据库,智能检索法律依据及同类案件, 提升类型化案件处置效率与成效。开发全 链条案件管理系统,集成案件信息,实时 监控案件进度,反哺前端管理。

四、未来畅想

今后,中建八局法治建设将更加注 重系统发展质量和法治原生价值,以更 加前瞻、创新、智能、高效的管理,逐步建 立与中建八局发展战略相适应的法治保 障体系,开创"法治央企"建设新局面。

(一)依法治企与公司治理融合发展 将法治合规风控与企业经营深度融 合,建立健全制度体系,加强内部控制管 理,保证企业经营的稳定和可持续发展。 将法治合规风控纳入企业文化核心价值 观,强调遵守法律法规、尊重法律权威, 并将这些价值观融入企业日常运营,使

依法治企成为公司治理的新常态。 (二)依法治企与价值创造有机结合

不断提升法务人员的价值创造能 力,充分发挥专业优势,在法治、风控、合 规方面发挥牵头作用,持续联动各体系筑 牢三道防线,深入开展创新创效,做提质 增效、专业支撑的忠实"践行者",真正实 现"以奋斗者为本,为担当者担当""以业 绩论英雄"的初心使命,使法务人员在依 法治企进程中发挥更大的价值与作用。

(三)依法治企与体制机制相互促进 健全领导责任体系,持续推进法治 建设第一责任人职责落实,优化法治工 作考核机制,使法治建设在各管理层级 落地生根。进一步落实总法律顾问、首席 合规官列席重要决策会议制度,依法履 职行权。强化风险、合规管理"三道防线" 全面履职,完善风险信息收集、评估、策 略制定、解决方案实施、监督与改进等管 理机制。

(四)依法治企与法治品牌相得益彰 企业法务人员要积极践行社会职 责,全面响应立法政研、建言献策,做国法 行规制定的深度"参与者",拓展内外发声 渠道,做法治八局品牌的积极"推广者", 全面提升八局法治实力,使"法治八局"成 为一张亮眼的名片,持续引领建筑施工行 业法治工作取得更加斐然的成绩。

望期许未来,使命与初心不改,八局法务 人将乘风启航,赋能发展,不断以法治力 量构建央企治理新格局。 (中建八局浙江建设有限公司)

回顾奋斗征程,汗水与笑容犹存,展

近些年来, 因经济下行, 房地产市 场低迷,许多企业因无法解决资金问题 而面临破产。在我们所承办案件过程中 也遇到过建设单位与挂靠人均破产的情 形。挂靠问题是建筑行业领域内的突出

问题之一, 因挂靠而产生的相关诉讼案 件也不在少数。挂靠是指单位或个人以 其他有资质的施工单位的名义进行参与 投标、订立合同、办理有关施工手续、 从事施工等活动承揽工程。挂靠人与被 挂靠人之间因建设单位资金问题导致合 作关系彻底破裂的情况也不少见。

我们在该类案件中发现,建筑企业 作为被挂靠人在挂靠人破产时面临巨大 风险,建筑企业需格外注意,并应提前 采取措施以规避相应风险。我们将通过 实践中遇到的案例进行详细分析。

一、案情简介

2014年, A公司挂靠B公司承建某 工程。在被挂靠单位B公司与该工程建 设单位签订的《建设工程施工合同》 中,代表被挂靠单位B公司在落款处签 字的人是挂靠单位A公司的法定代表人 王某。后该工程因建设单位资金链断裂 而停建,建设单位在停建一年后被法院 裁定进入破产清算程序。王某代表被挂 靠公司B公司向管理人申报债权,经审 核,该工程应付工程款为两千多万元。

在该工程施工过程中, 王某曾以被 挂靠单位B公司名义与张某签订《建设 部分工程分包给张某。在该工程停建 后,张某将被挂靠单位B公司起诉至法 院要求B公司向其支付工程款300万元 及支付相应的利息。法院认为本案争议 焦点为王某的行为是否构成被挂靠单位 B公司的表见代理。对张某的主张,被 挂靠单位B公司辩称张某明知王某的公 司即挂靠单位A公司与B公司是挂靠关 系,案涉工程实际施工人是挂靠单位A 公司, 且张某将保证金直接汇入王某个 人银行账户, 故被挂靠单位B公司无需 承担责任。法院观点为,行为人事实上 没有代理权、超越代理权或者代理权终 止后仍然实施代理行为, 如相对人有理 由相信行为人有代理权的, 其行为的法 律后果由被代理人承担。本案中王某系 以被挂靠单位B公司名义与建设单位签 订建设工程施工合同, 故工程承包人的 权利外观主体系B公司,且王某与张某

司项目部印章,建设单位进入破产程序 后,也是王某代表B公司申报债权。故 张某有理由相信王某有权代表B公司, 王某实施的行为构成表见代理,其相应 的法律后果应由被挂靠单位B公司承 担。该案件经历了二审,最终法院判决 B公司向张某支付相应款项。

被挂靠人在挂靠人破产情形下的风险探析

□李淑君 李金红

在上述张某起诉被挂靠单位B公司 案件的审理期间,挂靠单位A公司被法 院裁定进入破产清算程序。在挂靠单位 A公司管理人向被挂靠单位B公司提出 将建设单位支付的工程款转付给挂靠单 抵扣其代为支付给张某的分包款项。挂 靠单位A公司管理人经审核认为被挂靠 单位B公司的主张不符合法律规定的抵 销情形,未同意其抵扣主张。后经法院 判决认定被挂靠单位B公司向张某支付 的款项不符合可抵销情形,被挂靠单位 B公司只能向挂靠单位A公司管理人进 行破产债权申报。

二、法律分析

本案中, A公司挂靠B公司承建该 申报。 工程,挂靠单位A公司是实际施工人。 在建设单位向被挂靠单位B公司支付工 程款后,被挂靠单位B公司应将工程款 转付给挂靠单位A公司。故挂靠单位A 公司管理人有权向被挂靠单位B公司主 张支付工程款。同时,如果被挂靠单位 工程施工劳务分包合同》,将案涉工程 B公司为该工程垫付了相关费用,被挂 靠单位B公司也可向挂靠单位A公司主 张抵销或申报债权。但对于被挂靠单位 B公司向张某支付的工程款及利息能否 主张抵销,双方产生争议。相关法律规

> 《中华人民共和国企业破产法》第 四十条规定:"债权人在破产申请受理 前对债务人负有债务的,可以向管理人 主张抵销。但是,有下列情形之一的, 不得抵销:

(一)债务人的债务人在破产申请 受理后取得他人对债务人的债权的;

(二)债权人已知债务人有不能清 偿到期债务或者破产申请的事实,对债 务人负担债务的;但是,债权人因为法 律规定或者有破产申请一年前所发生的 原因而负担债务的除外;

(三)债务人的债务人已知债务人 有不能清偿到期债务或者破产申请的事

签订的劳务分包合同中加盖的也是B公 实,对债务人取得债权的;但是,债务 人的债务人因为法律规定或者有破产申 请一年前所发生的原因而取得债权的除

根据上述规定, 主张抵销的前提 条件之一是债权人是在破产申请受理 前对债务人负有债务,如果债权人是 在破产受理后取得他人对债务人的债 权的,则不得抵销。结合本案来看, 被挂靠单位B公司在完成向张某支付 劳务分包工程款的行为后,才算是代 挂靠单位A公司清偿其对张某的债 务,才算是取得了对挂靠单位A公司 位A公司时,被挂靠单位B公司提出要 的债权。而被挂靠单位B公司向张某 支付劳务分包工程款的时间是发生在 挂靠单位 A 公司的破产申请受理后, 完全符合《中华人民共和国企业破产 法》第四十条第(一)款规定的不可 抵销情形。因此,被挂靠单位B公司 需要将已从建设单位收到的工程款全 部转支付给挂靠单位A公司,而不能 扣除代垫的劳务分包工程款及利息, 只能就该垫付费用向管理人进行债权

三、案件启示

在建设工程领域,挂靠现象普遍存 在,被挂靠单位因挂靠关系的存在,也 时常因挂靠人欠付工资、材料款等被追 究连带付款责任。在建设单位能够正常 支付工程款的情形下,被挂靠单位可以 直接从收到的工程款中扣除代垫费用或 弥补亏损,大多情形下都能做到不亏 损。但在经济不景气的时候,被挂靠单 位的挂靠风险明显增大。一方面是建设 单位破产且无可分配财产或清偿比例很 低情形下, 代垫款项可能无法全部收 回,另一方面是挂靠单位破产情形下, 被挂靠单位不但要将已收到的工程款转 支付给挂靠单位,而且还不能扣除不符 合抵销条件的垫付款。垫付款只能作为 债权进行申报,如果最终清偿比例过 低,被挂靠单位实际上承担了垫付款项 无法追回的风险。

综上, 我们建议建筑企业不要采取 挂靠模式。对于已发生的采取挂靠模式 的项目,应加强施工现场管理,严格控 制印章使用,对于建设单位提出的垫资 要求要予以拒绝, 否则有可能最终就是 建筑企业自己承担垫付责任。

(作者单位: 江苏君远律师事务所)