



## 半月说法 (190602期)



法治动态



热点关注



法律故事



日常法律

### ● 法治动态

#### ◇ 【首次将“修复生态环境”作为损害赔偿责任方式】

---来源：自然资源报

6月5日,《最高人民法院关于审理生态环境损害赔偿案件的若干规定(试行)》(以下简称《若干规定》)发布施行。这一司法解释明确,省级、市地级人民政府及其指定的相关部门、机构或者受国务院委托行使全民所有自然资源资产所有权的部门可以作为原告提起诉讼;同时首次将“修复生态环境”作为生态环境损害赔偿责任方式。

最高人民法院副院长江必新表示,生态环境损害赔偿诉讼是不同于环境民事公益诉讼和普通环境侵权责任诉讼的一类新的诉讼类型。《若干规定》明确了可提起诉讼的三种具体情形,包括发生较大、重大、特别重大突发环境事件的,在国家和省级主体功能区规划中划定的重点生态功能区、禁止开发区发生



环境污染、生态破坏事件的，以及发生其他严重影响生态环境后果的情形。两类案件不适用《若干规定》，因污染环境、破坏生态造成人身损害、个人和集体财产损失要求赔偿的，适用侵权责任法等法律规定；因海洋生态环境损害要求赔偿的，适用海洋环境保护法等法律及相关规定。《若干规定》明确开展磋商是提起诉讼的前置程序，原告在与损害生态环境的责任者经磋商未达成一致或者无法进行磋商的，可以提起生态环境损害赔偿诉讼。

由于生态环境损害赔偿诉讼案件系新类型案件，事关国家利益和人民群众环境权益，社会影响较为重大，《若干规定》明确案件由人民法院环境资源审判庭或者指定的专门法庭审理。结合原告掌握行政执法阶段证据，举证能力较强的特点，《若干规定》明确原告应当就被告实施了污染环境、破坏生态行为或者其他应当依法承担责任的情形，生态环境受到损害以及所需修复费用、损害赔偿等具体数额，以及被告污染环境、破坏生态行为与生态环境损害之间具有关联性，承担相应举证责任。

《若干规定》创新了生态环境损害赔偿责任体系，首次将“修复生态环境”作为生态环境损害赔偿责任方式，明确生态环境能够修复时应当承担修复责任并赔偿生态环境服务功能损失，生态环境不能修复时应当赔偿生态环境功能永久性损害造成的损失，“修复效果后评估费用”纳入修复费用范围。

根据生态环境损害巨大，修复工作专业性强，时间长，情况复杂的特点，《若干规定》明确执行中涉及的生态环境修复工作依法由省级、市地级人民政府及其指定的相关部门、机构组织实施，确保受损生态环境得到及时有效修复。



## ◇ 【山西省依法责令停产停建整顿煤矿 82 座】

---来源：煤炭网

近日，记者获悉，1-5月份，全省各级煤矿监管部门累计检查煤矿 2167 矿次，共排查出一般隐患 32612 项，重大隐患 99 项。依法责令停产停建整顿煤矿 82 座，责令停止使用设备 5 台，责令局部停止作业 30 处，罚款 6098 万元。

其中，省应急管理厅检查组累计检查煤矿 74 座，共排查出一般隐患 1677 项，重大隐患 73 项。依法责令停产停建整顿煤矿 41 座，责令局部停止作业 7 处，罚款 4022 万元。5 月份，全省各级煤矿监管部门累计检查煤矿 428 矿次，查处一般隐患 8441 项，重大隐患 33 项。责令停止使用设备 1 台，责令停止采掘作业工作面 16 处，责令停产整顿煤矿 29 座、罚款 2492 万元，查处违法违规行 12 起，问责企业管理人员 5 人次。其中，省应急管理厅检查组共检查煤矿 13 座，查出一般隐患 287 项，重大隐患 14 项；责令停止采掘作业工作面 2 处，责令停产整顿煤矿 8 座、罚款 853 万元。

此外，截止到 5 月底，实际应“体检”六类高风险煤矿 254 座。已“体检”六类高风险煤矿 232 处、完成 91%，坚硬顶板煤矿 2 处、完成 100%。其中，煤与瓦斯突出矿井 35 处，高瓦斯矿井 175 处，冲击地压矿井 5 处，水文地质条件极复杂 21 处(包含老空水)，单班下井人数多 23 处，采深超 800 米 2 处。通过高风险煤矿安全“体检”，查出一般安全隐患 8330 条、重大隐患 16 条，



责令停止使用设备 138 台，责令局部停止作业 136 处，暂扣安全生产许可证 12 矿，行政罚款 2422.9 万元。

#### ◇ 【新外商投资准入负面清单 6 月底前发布】

---来源：中国经济网

经济日报北京 6 月 20 日讯 记者冯其予报道：商务部新闻发言人高峰在 20 日举行的例行新闻发布会上透露，今年 6 月底之前，中国政府将发布新修订的全国和自贸试验区外商投资准入负面清单，将进一步扩大对外开放的领域。

高峰表示，2020 年 1 月 1 日将实施的《外商投资法》明确规定，外商投资企业同等适用国家各项支持政策、平等参与标准化制定和政府采购活动。中国将继续深入研究外商投资企业提出的合理关注和问题，加大改革力度，努力为投资者营造更加稳定、公平、透明、可预期的投资环境。

在回答经济日报记者有关中美经贸问题的提问时，高峰表示，中美作为全球最大的两个经济体，经济结构互补、联系非常紧密，双方存在巨大的利益交集。相信双方通过平等对话，照顾彼此合理关切，一定能够找到妥善解决问题的办法。

高峰说，中美双方经贸团队牵头人将按照两国元首的重要指示进行沟通。双方经贸团队将认真落实两国元首的重要指示，为大阪峰会期间两国元首会晤做好相关准备。

高峰表示，一段时期以来，美国的进口商、零售商、制造业企业等纷纷表



达了反对对中国产品加征关税的意见，也表示了加征关税对美国企业和普通家庭不可避免产生影响的担忧。贸易战没有赢家。如果美方执意采取对华单边贸易措施，必将对自身经济发展和本国人民的福祉产生严重影响。中方始终认为，在平等相待、相互尊重的基础上，合作是中美双方唯一正确的选择。以贸易战相威胁，不断加征关税无法解决问题。希望美方多听一听业界的呼声，摒弃错误的做法，通过平等对话与合作解决存在的问题，这符合两国人民和世界人民的利益。

#### ◇ **【产能 760 万吨！能源局核准批复陕西、宁夏 2 个煤矿项目】**

---来源：煤炭网

国家能源局近日发布通知，核准批复了陕西澄合矿区山阳煤矿和宁夏红墩子矿区红四煤矿 2 个煤矿项目。

根据通知，上述 2 个煤矿项目均属于煤炭产能置换项目，合计产能 540 万吨/年。

其中，陕西澄合矿区山阳煤矿项目建设地点位于陕西省渭南市合阳县，项目单位为陕西澄合山阳煤矿有限公司，项目总投资 27.89 亿元(不含矿业权费用)。

矿井建设规模 300 万吨/年，配套建设同等规模的选煤厂。矿井工业场地位于井田中南部钻孔 11-2 附近，采用立井开拓方式，初期采用中央并列式通风，投产时布置 1 个一次采全高综采工作面。井下煤炭运输采用带式输送机，





辅助运输采用蓄电池机车和绞车牵引矿车。煤炭洗选采用动筛跳汰排矸选煤工艺。双回路电源分别引自南蔡 110 千伏变电站和王村 110 千伏变电站。

宁夏红墩子矿区红四煤矿项目建设地点位于宁夏回族自治区银川市兴庆区,项目单位为宁夏宝丰集团红四煤业有限公司,项目总投资 33.74 亿元(不含矿业权费用)。

矿井建设规模 240 万吨/年,配套建设同等规模的选煤厂。矿井工业场地位于井田中部钻孔 1601 北侧,采用立井开拓方式,初期采用中央并列式通风,投产时布置 2 个一次采全高综采工作面。井下煤炭运输采用带式输送机,辅助运输采用蓄电池机车牵引矿车。煤炭洗选采用动筛跳汰排矸+重介旋流器+浮选工艺。双回路电源分别引自黑山 110 千伏变电站和兵沟 110 千伏变电站。

通知明确,上述 2 个煤矿项目均属于未经核准擅自开工建设的违规煤矿,项目单位要深刻吸取教训,严格执行煤矿项目基本建设程序,杜绝此类行为再次发生,有关部门和单位要按规定进行处罚和问责。

通知要求,项目按建设规模进行产能登记公告,不得批小建大、超能力生产。

## ● 热点关注

### 北上广深相继立法 中国进入垃圾分类"强制时代"



## 分类收集试点 20 载 北上广深相继立法

### 中国进入垃圾分类“强制时代”

如今,家住北京市东城区建国门街道雅宝公寓的王阿姨养成了一个新习惯:每天早上出门遛弯,她都会提着一个绿桶,桶里装着前一天家里产生的厨余垃圾。到小区门口,她把桶放在一个浅绿色架子上,上面已经整齐摆放着十几个邻居带下楼的绿桶。

不一会儿,负责收运垃圾的工作人员开着三轮车来了,通过机器扫描桶上安装的智能积分卡,王阿姨投放厨余垃圾的次数被换算为积分,实时上传到垃圾排放登记系统里。积分到一定数量后,王阿姨可领取相应奖励。厨余垃圾则被送到处理站,由专门环卫车辆运走。负责该项目的某环保公司项目经理邢智磊说:“现在雅宝公寓近一半居民会将厨余垃圾放到绿桶里,大家都觉得这个办法好。我们准备积极推广。”

6 月初,习近平总书记对垃圾分类工作作出重要指示强调,培养垃圾分类的好习惯,全社会人人动手,一起来为改善生活环境作努力,一起来为绿色发展、可持续发展作贡献。

只有积累更多好模式、好试点,才能引领更多人养成垃圾分类的好习惯、形成新时尚。为此,北京、上海、广东、深圳等超大城市先后就生活垃圾管理进行修法或立法,通过督促引导,强化全流程分类、严格执法监管,让更多人行动起来。有专家将这形容为垃圾分类进入“强制时代”。

那么,从本世纪初劝导分类到如今强制分类,超大城市新一轮生活垃圾分类



将迎来什么变革?此前存在的怪圈又该如何破解?记者就此采访了北上广等地的环境专家。

### **对不分类投放垃圾说“不”**

再过一周,《上海市生活垃圾管理条例》将正式开始实施。这个条例之所以引人注目,在于其标志性意义:在进行 20 多年倡导工作后,上海率先将垃圾分类纳入法治框架。

通过立法,上海市明确了可回收物、有害垃圾、湿垃圾和干垃圾 4 种生活垃圾分类标准,旅店、餐馆不得主动提供一次性用品,首次明确对生活垃圾全流程进行分类,确立分类投放管理责任人制度和相应法律责任等。比如,个人如果混合投放垃圾,最高可罚款 200 元;单位混装混运,最高可罚 5 万元。

“此次立法的意义在于,将以往的环保志愿行动转变为每个市民应尽的法律义务。”上海社会科学院生态与可持续发展研究所副研究员刘新宇在接受记者采访时表示,上海市生活垃圾分类工作以前在前端分类、后端处理等方面做得很好,不过各环节衔接有待提高。

不止是上海,很多超大城市也纷纷加入到推行生活垃圾强制分类的队伍中来。

在 5 月底召开的北京市十五届人大常委会第十三次会议上,北京市人大城建环保委员会建议,尽快修改完善《北京市生活垃圾管理条例》,依法推行垃圾强制分类,对违反垃圾分类规定行为设定相应罚则;杜绝混装混运现象,明确“不分类、不收运”的倒逼机制。





《北京市生活垃圾管理条例》早在 2012 年 3 月就开始施行。不过根据相关调查,对条例具体内容有了解的北京市民占比不足两成。

北京市社会科学院副研究员吴向阳对记者表示,此次修法意味着垃圾分类治理机制将出现重大变化。他认为,北京市生活垃圾分类效果一直不太理想,很重要一个原因是以前主要靠宣传倡导,缺乏强制力。此次修法将让不分类的人真正受到法律约束、遭受损失,将极大提升人们垃圾分类的动力。

根据报道,北京市此次强制垃圾分类对象是学校、医院等公共机构以及商业办公楼宇、旅游景区、酒店等经营性场所,还没有涉及居民。不过在吴向阳看来,“未来趋势就是全覆盖”。

在深圳,《深圳经济特区生活垃圾分类投放规定(草案)》已完成向社会征求意见,立法工作正在紧锣密鼓进行。其中,楼层撤桶、个人未分类投放生活垃圾罚款提高了 10 倍等规定,引发热议。

在广州,《广州市生活垃圾分类管理条例》于去年 7 月 1 日起实施,常态化执法检查成为重要抓手。8 月下旬,一个广州市民因不分类投放大件垃圾,被城管执法部门罚款 200 元,成为广州第一个因触犯该条例而被处罚的个人。

“相对于罚款,目前更重要的工作在于打通垃圾分类各链条。”广东省社科院环境经济与政策研究中心主任曾云敏对记者表示,应该通过建立完善机制,让居民尽快了解如何进行垃圾分类以及垃圾的去向。

### **超大城市生活垃圾处理进步明显**

超大城市开展生活垃圾分类历程,可追溯到住建部 2000 年开始在 8 个城



市进行的生活垃圾分类收集试点工作。8个城市中,北京、上海、广州、深圳均在列。近20年过去,如今这些超大城市的生活垃圾分类工作进步明显。

更多的厨余垃圾被分出来了。在超大城市,厨余垃圾通常占到生活垃圾的近一半。以深圳市为例,深圳居民家庭每天产生的厨余垃圾高达5000多吨,在居民生活垃圾中所占比例达44%。对厨余垃圾进行分离处理,是城市生活垃圾分类的突破口。

曾云敏介绍说,广州这些年垃圾分类的重要经验是干湿分离。对于厨余垃圾等湿垃圾,一些广州市民在家里建立处理设施,将厨余垃圾打碎后排到下水管道冲走;在菜市场、小区,政府建立起一些小型处理设施,就近处理做成有机肥。

在北京海淀区一些小区,记者发现社区内设有专人值守的厨余收集站,解决了居民诟病较多的“我分类了,到楼下又混在一起”的问题。北京市东城区建国门街道通过购买社会服务形式,吸引市场化公司在小区设立自取式厨余垃圾桶、绿色生活驿站、能刷脸刷卡的智能垃圾箱等收取厨余垃圾,并通过积分换奖品形式对分类投放的居民进行奖励。

“北京市始终将厨余垃圾作为主要分类类别,并且在垃圾分类示范片区普遍建立了厨余垃圾分类收集运输硬件体系,尝试采取积分制等方式吸引居民参与,在解决厨余垃圾分类问题上做出了很大努力。”北京自然之友公益基金会零废弃项目政策主任谢新源对记者表示。

对于其他垃圾的分类处理,也有很多新模式出现。记者在北京市东城区建国门街道一个小区的绿色生活驿站看到,不时有居民将塑料瓶、废纸壳、电池等送



到这里。建国门街道办事处环卫所所长严峻介绍说,该街道目前建立了 9 个绿色生活驿站,除了收集厨余垃圾,还收集可回收物和有害垃圾,按重计价,现金支付。街道还采用购买服务方式进行大件垃圾就地处置,将旧沙发、园林树枝等处理为颗粒原料,数据同步上传到垃圾排放登记系统,基本实现了生活垃圾分类收集、分类运输和闭环管理,垃圾减量效果明显。在上海,“绿色账户”已发卡 500 多万张、“大分流、小分类”体系正在完善;在深圳,楼层撤桶、垃圾处理费随袋征收也在推进。

“北上广深等超大城市垃圾分类工作每年都在进步,正在从垃圾得到处理向垃圾分类处理、健全垃圾处理体系方向转变。”曾云敏说,相对来说,超大城市在开展垃圾分类方面更有优势。根据他的调研,居民垃圾分类处理行为与受教育程度、收入程度存在一定相关性,而大城市充足的财力也让城市管理者得以建立起相应体系。

### 突破“理念认同,行动滞后”怪圈

根据相关法律法规要求,2019 年起,全国地级及以上城市全面启动生活垃圾分类工作,到 2020 年底 46 个重点城市将基本建成垃圾分类处理系统,2025 年底前全国地级及以上城市将基本建成垃圾分类处理系统。在这个过程中,超大城市的带头作用和示范效应十分重要。

另一方面,不断增加的城市生活垃圾数量、垃圾分类环节脱节、居民参与度不高……种种掣肘也让超大城市的垃圾分类工作变得更为紧迫。

有环境专家表示,目前超大城市垃圾分类工作的主要痛点很多。源头上,居



民对垃圾分类知晓率高,但参与率低,处于“理念上认同,行动上滞后”的阶段。有调查显示,目前一些城市在源头的垃圾分类上主要靠垃圾劝导员、志愿者和垃圾处理公司工作人员进行二次分拣,某些地区动员工作很少做到居民层面,甚至存在避开居民做动员工作的倾向。末端上,分类处理能力不足。比如,厨余处理设施比例远低于厨余垃圾在生活垃圾中的比例;垃圾焚烧厂规划不合理等。而垃圾分类投放、收集、运输、处理各环节因为监管不力而出现脱节、相互推责现象,更是长期难以解决的问题。

针对这些问题、怪圈,北上广深等城市相关规定中不约而同提到了这样一些关键词:“强制性”“罚款”“不分类、不收运,不分类、不处置”“全流程分类”等,这让更多人看到了破解难题的希望。而要真正做到这些,关键靠什么呢?

刘新宇建议,一是对居民加强督促引导。通过政府监管社区,社区督导居民等倒逼机制,督促居民养成垃圾分类习惯。二是让垃圾分类类别浅显易懂。“在国外,很多国家设置了几类可回收垃圾,每种设一个桶,剩下的都叫不可回收垃圾,非常浅显易懂。”三是充分利用市场机制,加强与从事垃圾分类的公司合作;同时注意通过社会组织、志愿者进行垃圾分类宣传。

吴向阳表示,垃圾分类一定要全程分类。事实上,如果投放环节已经分类,收集、运输、处理等环节比较容易管理。他举例说,北京市此次开展生活垃圾强制性分类,选择从公共机构和经营性场所开始,就在于这些场所责任主体明确,使处罚能够落实。

不过,对于相关违规行为具体怎么罚,难点也不少。比如如何监督,如何确定



分类正确的标准,谁来检查分类是否正确,惩罚法人、物业还是投放人,责任主体内部如何传导惩罚机制等。专家对此表示,应依靠科技支撑,将罚款与罚人相结合,让未分类机构利益受损与责任人个人利益受损相结合。

“知行合一,关键在行。进行生活垃圾强制分类,就是打破这个怪圈的钥匙。当然,监督和处罚必须到位。下一步,向居民覆盖生活垃圾强制分类是更难的工作,但必须往前走才有希望。”吴向阳说。

信息来源:人民日报海外版

## ● 法律故事

### 杭州几百辆共享单车集体消失 背后藏着一条黑色产业链

**每辆成本近 2000 元的共享单车被 170 元贱卖**

**杭州几百辆共享单车集体消失**

**背后深藏着一条黑色产业链**

本报首席记者 肖菁 通讯员 余检

今年 2 月,杭州某共享单车企业发现,江苏连云港有人在交易自家品牌的共享单车。经过调查,涉事单车是从杭州流出的,数量超过 200 辆。





共享单车遭到恶意损坏、丢弃的新闻常有报道,但这么大量的共享单车“集体消失”实属罕见。

共享单车企业报警后,犯罪嫌疑人陆续被抓获归案,一条靠买卖共享单车获利的犯罪链条浮出水面。

钱报记者从有关渠道获悉,早期的共享单车一辆成本平均达到 2000 多元,本案涉案金额将近 40 万元。日前,杭州市余杭区检察院依法以盗窃罪对嫌疑人批准逮捕。

### **单车公司调度司机把单车卖了**

#### **一个月获利 2 万多元**

2019 年以前,薛某某在杭州某共享单车公司做过三年的聚拢、调度司机。单车,一开始就是从薛某某这里流出去的。

“我认识了一个收购共享单车的人蒋某某,他经常打电话问我要车。”薛某某说,“他要买酷骑、摩拜等的一代单车。”

出于对共享单车乱停放的治理,各区域管会把乱停放的共享单车集中到停车场,薛某某的工作就是把单车从城管停车场拉回来。薛某某把这些单车放在一起,然后让蒋某某来拉走,收取每辆 5 元到 40 元不等的费用。

在 2018 年 11 月至 12 月间,薛某某多次卖车给蒋某某,前后共获利 2.3 万余元。

### **类似的单车公司工作人员**

#### **收购方找了好几个**



作为收购方的蒋某某不断地将单车公司的工作人员发展为下线。

48 岁的陈某某,是另一家共享单车公司的路面运维工作人员。“蒋某某叫我帮他找酷骑和小鸣单车,找到之后集中放到一个地方,他会来拉走。”陈某某说。

第三次拉车时,蒋某某让陈某某替他找摩拜一代单车,每辆车给 40 元辛苦费。陈某某说:“这车还在运营,拉这个车是犯法的,要坐牢的。”虽然心里清楚,但抵不住金钱的诱惑,陈某某还是决定“赚”这个钱。

之后,蒋某某又来拉了两车。前后加起来,陈某某拿了近 5000 元的“辛苦费”。

### **一辆成本逾千元的单车**

### **以每辆 170 元的价格卖掉**

蒋某某从薛某某、陈某某等人那里拉来共享单车后,会先将单车拉到他位于海宁市的出租房外停放,再联系下家进行变卖。

来自江苏连云港的李某某曾是蒋某某最大的买家。

2018 年 12 月,蒋某某将 250 辆摩拜共享单车以 170 元每辆的价格出售给李某某,共获利 4.25 万元。“这些单车有 100 辆左右是坏的,150 辆左右是完整的。”蒋某某说。但后来,因为当地查得紧,不让李某某在家中停放共享单车,在李某某的再三催促下,蒋某某同意退车。4 万多元的“车款”,蒋某某只退了对方 2 万元。

退回来的车,大概有 150 辆被蒋某某停在了杭州一家学校的人行道上,剩下



的100余辆车则被拆成了零件。

江苏连云港的另一个买家曹某某也与蒋某某有过交易。曹某某以200元每辆的价格,陆续从蒋某某处收购过近70辆摩拜一代单车。因为怕车子有定位装置容易被单车公司的人发现,他还要求把单车上的定位器都拆掉。

共享单车携带的定位器用的是轻型材料,一辆共享单车的制造成本远超普通自行车。被盗的其中一款单车,每辆价格超过2300元。

### 这种行为

#### 到底涉嫌“盗窃”还是“销赃”

“盗窃罪我不认,我认销赃罪。”被抓捕归案后,蒋某某说。

那么,蒋某某是否构成盗窃罪呢?

根据最高法《关于审理掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益刑事案件适用法律若干问题的解释》第五条规定,事前与盗窃、抢劫、诈骗、抢夺等犯罪分子通谋,掩饰、隐瞒犯罪所得及其产生的收益的,以盗窃、抢劫、诈骗、抢夺等犯罪的共犯论处。

“本案中,涉案的大部分共享单车是蒋某某从薛某某处购得,蒋某某与薛某某在盗窃单车前已取得合意,两人一起到现场拉车,事后由蒋某某对窃得的单车进行处理,可认定蒋某某与薛某某形成了事前通谋,其与薛某某一起拉的这部分单车可认定为盗窃罪。”余杭区检察院承办检察官赵蓬勃说。

信息来源:钱江晚报



## ● 日常法律

### 如何认定事实上的挂靠法律关系

在工程建设行业，很多没有资质的施工单位会挂靠在有资质的施工单位，进行工程建设的施工，这种挂靠行为是属于违法的，处理这种违法行为时，就需要对挂靠进行认定，那么如何认定事实上的挂靠法律关系?下面由华律网清远律师为读者进行相关知识的解答。

#### 一、怎么认定事实上的挂靠法律关系

审判实践中，可以结合下列情形综合认定是否属于挂靠：

(1)挂靠人通常以被挂靠人的名义参与招投标、与发包人签订建筑施工合同，挂靠人与被挂靠人之间没有产权联系，没有劳动关系，没有财务管理关系的；

(2)挂靠人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被挂靠人没有订立劳动合同，或没有建立劳动工资或社会养老保险关系的；

(3)挂靠人承揽工程经营方式表现为自筹资金，自行组织施工，自主经营，自负盈亏。被挂靠人只收取管理费(包括为确保管理费收取为目的的出借账户)，不参与工程施工、管理，不承担工程技术、质量和经济责任的；

(4)被挂靠人与发包人之间没有实质上工程款收付关系，均是以“委托支付”、



“代付”等其他名义进行工程款支付，或者仅是过账转付关系的；

(5)施工合同约定由被挂靠人负责采购主要建筑材料、构配件及工程设备或租赁施工机械设备，实际并非由被挂靠人进行采购、租赁，或者被挂靠人不能提供有关采购、租赁合同及发票等证明，又不能进行合理解释并提供证据证明的；

(6)法律、行政法规规定的其他挂靠情形。

对于挂靠和内部承包，简单的说就是挂靠是建筑企业只拿钱不管事，一旦发生纠纷，往往会发生争议，争议的关键在于责任的承担，而内部承包则在于包管结合，既要拿钱，又要对其进行人财物的管理，而且还需承担责任，这就是当前大环境下，提倡内部承包的原因。

## 二、建筑施工挂靠经营涉及的民事法律责任

### (一)挂靠合同无效后责任的承担

形成挂靠关系的双方之间，一般都签订有书面的挂靠协议，即使没有书面协议的，一般也按照惯例有口头约定。在司法实践中，如果挂靠双方发生争议，就必须对这一协议的效力进行评判，并根据协议的效力确定双方的应当承担的民事责任。根据《中华人民共和国合同法》第五十二条第(五)项规定，违反法律、行政法规的强制性的规定的合同无效。由于《建筑法》、《建筑工程质量管理条例》都对挂靠这种行为予以了明确的禁止，且《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》第一条规定“建设工程施工





合同具有下列情形之一的，应当根据《合同法》第五十二条第(五)项的规定，认定无效：(一)承包人未取得建筑施工企业资质或者超越资质等级的；(二)没有资质的实际施工人借用有资质或者超越资质等级的；(三)建设工程必须进行招标而未招标或者中标无效的。”根据以上规定，只要存在挂靠关系，挂靠方与建设方所签订的建设工程施工合同应当认定为无效。

## (二)建筑承包合同无效后责任的承担

1.建筑承包合同双方的民事责任承担。挂靠工程承包合同，是无资质一方以有资质一方的名义与发包方签订的民事合同。从合同的表面形式看，合同双方当然是工程发包企业和接受挂靠的企业。合同被认定为无效后，就涉及无效后责任的承担问题。处理这类问题，笔者认为应当适用既成事实维持原则，在处理无效合同和无权处分时，要尽量少适用回复原状，而要多采用赔偿损失的方式。

首先，就建筑承包合同本身，已经全部或者部分履行是一个既成事实，对于建设工程已完工但没有进行竣工验收的情形的处理原则，《解释》第三条已有明确规定，应按《解释》的相关规定处理，但就已经履行部分的处理，《合同法》和《解释》都没有直接做出规定。但根据《建筑法》和《解释》相关规定，笔者认为可以作如下几种方式处理：第一，尽管资质所有人未直接签订合同，但如果所履行部分工程质量符合规定，不影响原合同约定的权利义务的，可以确认原合同无效的基础上，由资质实际所有人与发包方重新签订工程承包合同，继续履行原工程承包合同尚未完成的一部分内容。第二，如果已经履行



部分不符合工程质量规定，应当确认工程承包合同无效，并由发包方另行按程序签订合同。两种方式中，前者给发包方造成的损失比较低，后者则可能比较高。但无论损失高低，如果发包方无过错的前提下，承包方均应当就发包方的损失承担民事责任，出借资质方和借用资质方应当对发包方承担连带赔偿责任。

2.挂靠双方对无效承包合同责任的内部分担。如果双方仅签订了挂靠协议，对外的权利义务关系尚未形成的情况下，可以互不承担责任。但在以挂靠违法为由判定承包合同无效的情况下，必然涉及对外赔偿的问题。无论谁履行了对外的赔偿义务，都涉及挂靠双方内部分担的问题。这时候，双方签订的内部协议是否可以作为裁决的依据？如果不能，应该依据什么来确定双方各自应当承担的责任？对于这些问题，相关法律法规及司法解释也没用给出明确的答案。

在审判实践中通常的做法是因挂靠协议违法应当认定协议无效，但在挂靠双方或者一方对外承担民事责任后，对内则按挂靠双方关于责、权、利的约定来处理，即“协议无效，按有效处理原则”。对于这种处理原则，笔者认为值得商榷。小编认为，既然认定双方的挂靠协议因违反法律规定而无效，那么协议中涉及的权利义务规定当然也应该无效，即法院不能依据协议约定来分摊双方应当承担的责任份额。根据《合同法》规定，合同被认定无效后，双方都有过错的，应当各自承担相应的责任。签订挂靠协议时，双方对协议约定事项属于违法行为，可能被认定为无效的后果都是清楚的，但双方仍然达成合意，共同实施了违法行为。这种情况下，如无其他因素影响，双方的过错程度应该是一样的，所承担的过错责任也应该是一样的。因此，笔者认为一方或双方对外



承担责任后，对内应当平均分担责任。

信息来源：华律网

免责声明：

本报告是基于上海联合矿权交易所认为可靠的已公开信息编制，但上海联合矿权交易所不保证所载信息的准确性和完整性。本报告所载的意见、评估及预测仅为本报告最初出具日的观点和判断，在任何情况下，本报告中的信息或所表述的意见并不构成对任何人的投资建议。本报告所载的资料、工具、意见及推测仅供参考，并非作为或被视为出售或购买证券或其他投资标的的邀请或向人做出邀请。

本报告版权仅为上海联合矿权交易所所有。未经上海联合矿权交易所书面同意，任何机构和个人不得以任何形式翻版、复制、发布、转发或引用本报告的任何部分。若上海联合矿权交易所以外的机构向其客户发放本报告，则由该机构独自为此发送行为负责，上海联合矿权交易所对此等行为不承担任何责任。

如未经上海联合矿权交易所授权，私自转载或者转发本报告，所引起的一切后果及法律责任由私自转载或转发者承担。上海联合矿权交易所将保留随时追究其法律责任的权利。