

《企业法律风险管理》

主讲：林老师

课程大纲：

一、挂靠行为、非法转包、违法分包的法律法规及司法解释

(一) 挂靠行为

1、工程挂靠的定义

2、司法实践有四种挂靠形式例外情况

第一种，挂靠者本身具有建筑等级资质，挂靠资质等级高的企业，但其实际承揽的工程与其自身资质等级相等，如何认定挂靠协议？

第二种，挂靠人虽然是实际施工人，但是全部施工过程中均由被挂靠方负责进行，包括提供工程技术图纸，现场施工管理，与建设方直接结算等等，这时挂靠者已完全在被挂靠方的监督管理中，尽管双方存在上交管理的挂靠协议，协议如何认定？

第三种，工程已经竣工验收合格，并与建设方结算完毕后，挂靠方与被挂靠方之间因挂靠协议发生纠纷，请求建设工程合同无效，按实结算，一般裁决认为建设工程合同无效，但是不予支持按实结算，如何认定？

第四种，被挂靠企业对工程实施技术、质量、管理等方面的服务，且挂靠人也被发包方实际确认或追认，合同如何认定？

(二) 非法转包

1. 承包单位承包建设工程后，不履行合同约定的责任与义务，将其承包的全部建设工程转给他人；

2. 承包单位承包建设工程后，不履行合同约定的责任与义务，将其承包的全部建设工程肢解后以分包的名义分别转给其他单位；

3. 承包将主体结构或全部工程以借名合同形式转给他人承包，即名为借用实为非法转包，包括挂靠、内部承包、联营、劳务分包、实际施工人、转让、出租等多种形式；

4. 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；

5. 承包单位在承接工程后，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总数量明显低于正常水平的，不进行质量、安全、进度管理、不依照合同约定履行承包义务，如何认定？。（部门规章）

(三) 违法分包是相对合法分包而言

1、合法分包

2、违法分包

二、挂靠行为、非法转包、违法分包的法律责任及法律风险

(一) 工程挂靠的法律责任

1、行政责任

2、民事责任

3、刑事责任

4、案例分析法律风险

(二) 非法转包和违法分包的法律责任

三、挂靠行为、非法转包、违法分包的风险规避

(一) 挂靠风险的规避

- 1、立法修改上，国外建筑资质管理是以个人技术执业管理为主，我国是以企业资质管理为主；
- 2、建筑企业经营体制改革，对内来讲，调动国有企业管理层的积极性。对外来讲，学习江浙管理模式；
- 3、切实履行被挂靠方的管理服务，从设计、施工、质量、安全、工期及材料采购进行全过程的管理，特别是项目部重点加强对公章、财务、用工及社保的监督；
- 4、对挂靠人的担保方式以解决潜在法律风险，通过将挂靠人财产办理抵押登记到被挂靠人名下，减少其可能危害被挂靠人利益的法律风险，特别适合被挂靠人对挂靠人松散管理的一种挂靠形式；
- 5、有些施工企业采取内部承包协议的方式来代替挂靠；
- 6、挂靠人被认定为职务行为、表见代理的风险，主要是加强对项目部日常合同管理；
- 7、挂靠人借款的风险，主要是区分工程款借款还是个人借款，借款关系要清楚，借款人为挂靠个人，而非项目部；
- 8、被挂靠企业派遣工程管理人员，挂靠人与其招聘的建筑工人签订劳动合同及办理多项劳动保险；
- 9、慎重选择挂靠合作对象，建立黑名单机制，避免与自然人合作。

(二) 非法转包、违法分包风险的规避

- 1、强化分包合同管理，明确禁止转包和再分包的条款，建立合同管理台帐、对工程项目合同进行签订合同、履行合同、合同索赔等全过程动态监督；
- 2、采用总公司与分公司或项目部之间的内部承包模式；
- 3、采用材料采购+劳务分包+项目管理三结合的方式；
- 4、发包人有权约定，如果承包人擅自转包或违法分包，发包人有权解除合同，并由承包人按违约金的标准赔偿损失；
- 5、总承包施工单位要对分包单位进行信用评级和担保金制度。
- 6、劳务分包尽量与独立法人且信誉好的劳务公司合作，减少直接处理涉及民工欠薪的劳动问题。

(三) 专业律师预防挂靠行为、非法转包、违法分包法律风险

- 1、作为法律顾问的合同审查与修改；
- 2、建设工程项目招标投标和合同履行的风险审查；
- 3、对发包方与承包方提示合同无效的法律后果；
- 4、发包方与承包方签订合同前应由律师提出法律意见；
- 5、要求发包方与承包方拒绝与实际施工人发生合同关系；
- 6、法律顾问律师定期对发包方与承包方进行法律风险培训。

四、贸易合同欺诈的防范

4.1 合同订立中的防范措施

- 4.1.1 合同订立前的准备工作
- 4.1.2 合同订立中的款项内容
- 4.1.3 合同订立中担保方式

4.2 合同履行中的防范措施

- 4.2.1 对对方当事人履约能力情况的督促
- 4.2.2 对对方当事人在履约过程中欺诈行为的应对措施

4.3 合同管理中的防范措施

4.3.1 委托授权签订合同时要严格把关

4.3.2 合同管理其他环节的防范措施

五、未来国际贸易合同欺诈的趋势——电子合同欺诈

5.1 电子合同的风险

5.1.1 主体欺诈风险

5.1.2 内容异议风险

5.2 目前防范电子合同欺诈的途径

5.2.1 数字签名——公共密钥加密技术

5.2.2 认证中心与身份认证

5.3 促进电子合同发展的几点建议

5.3.1 加强电子技术和计算机技术的科研和开发

5.3.2 针对立法滞后问题，完善相关电子合同法律法规

5.3.3 制定鼓励中国电子合同发展的政策和措施

5.3.4 设置电子合同行政主管部门

六、互联网金融法律风险管理

1. 互联网金融面临的民事法律风险

1.1 电子合同及电子签名存在的隐患有哪些？

1.2 信息安全风险，个人信息如何保存？

1.3 征信系统不完善，可能引发的违约风险有几种情况？

1.4 资金的第三方存管制度缺失，大量资金沉淀存在哪些安全隐患？

1.5 “高利贷”风险是如何出现的？如何避免？

2. 互联网金融面临的行政法律风险研究

3. 互联网金融面临的刑事法律风险研究

3.1 机构定位不明确，所可能存在的涉嫌非法吸收公众存款罪

3.2 平台虚构信息、编造虚假项目，可能导致涉嫌集资诈骗

3.3 无法有效审查资金来源，将面临“洗钱”风险

3.4 涉嫌擅自发行股票、公司、企业债券的条件为何？

3.5 平台涉嫌共同犯罪的情况有哪些？如何进行风险管理？