

法律知识学习园地



——工程疑难法律问题各地高院观点汇总与评析（中）

2015年第8期

主 编： 盛惊宇

编 辑： 李 沛

局（沪）法律事务部 主办



正文

疑难法律问题点之六： 被挂靠单位对外如何承担民事责任？

【争议问题描述】

建设工程领域“挂靠”行为大量存在，导致司法实践中常常发生因挂靠人以被挂靠人的名义对外签订经济合同而引发债权债务纠纷的现象，在此情况下被挂靠单位对外如何承担民事责任。各地高院的规定不尽相同。

【各地高院观点】

《北京高院民商事案件解答五》规定：在建筑行业的挂靠经营中，挂靠者以被挂靠者的名义从事对外经济活动的，被挂靠者是否承担民事责任？合同相对人同时起诉挂靠者和被挂靠者的，如果合同相对人对于挂靠事实不明知，由挂靠者与被挂靠者承担连带民事责任；如果合同相对人对于挂靠事实明知，首先由挂靠者承担责任，被挂靠者承担补充的民事责任。合同相对人只起诉被挂靠者的，被挂靠者对外应先行承担民事责任。在被挂靠者对外承担责任的范围内，被挂靠者对挂靠者享有追偿权。

《江苏高院意见》规定：挂靠人以被挂靠人名义订立建设工程施工合同，因履行该合同产生的民事责任，挂靠人与被挂靠人应当承担连带责任。《江苏高院指南》规定：施工企业仍应对挂靠的实际承包人在工程项目上的行为负责，实务中目前普遍的做法是施工企业与挂靠的实际承包人对外承担连带责任。

《福建高院解答》规定：挂靠人以自己的名义将工程转包或者与材料设备供应商签订购销合同，实际施工人或者材料设备供应商起诉要求被挂靠单位承担合同责任的，不予支持；挂靠人以被挂靠单位的名义将工程转包或者与材料设备供应商签订购销合同的，一般应由被挂靠单位承担合同责任，但实际施工人或者材料设备供应商签订合同时明知挂靠的事实，并起诉要求挂靠人承担合同责任的，由挂靠人承担责任。

【归纳与评析】

对于挂靠人以自己的名义对外签订经济合同（如材料采购合同等）的情形，各地高院基本一致认为应由挂靠人承担责任。有争议的问题是，实践中挂靠人为了规避自身风险往往更倾向于以被挂靠单位的名义对外签订经济合同，那么在此情况下引发的合同纠纷中，被挂靠单位如何对外承担责任。

福建高院认为：“一般应由被挂靠单位承担合同责任”。尽管福建高院同时规定了一个“但书”条款，即“但实际施工人或者材料设备供应商签订合同时明知挂靠的事实，并起诉要求挂靠人承担合同责任的，由挂靠人承担责任。”，但该规定的现实意义不大，因为实践中实际施工人或者材料设备供应商为了保障其诉请能够得到实现往往倾向于起诉资产实力更佳的被挂靠单位，或将挂靠人和被挂靠单位列为共同被告，而较少单独起诉挂靠人。

江苏高院的观点较为务实，即规定“施工企业与挂靠的实际承包人对外承担连带责任”。

北京高院的规定则较好地平衡了被挂靠单位和合同相对人之间的利益。在合同相对人同时起诉挂靠人和被挂靠单位时，赋予被挂靠单位通过举证证明合同相对人对于挂靠事实明知从而承担补充责任的救济途径，以避免合同相对人与挂靠人恶

意串通损害被挂靠单位利益的情况；在合同相对人只起诉被挂靠单位时，为了有效保护合同相对人的合法权益，规定被挂靠单位对外应先行承担民事责任，同时规定被挂靠单位享有在其对外承担责任的范围内向挂靠人追偿的权利。

值得一提的是，对此问题，南通中院《关于建设工程实际施工人对外从事商事行为引发纠纷责任认定问题的指导意见（试行）》（通中法[2010]130号），从严格审查基础事实、正确区分行为性质、准确界定责任主体、稳妥认定表见代理等方面，对于建设工程中实际施工人对外从事商事行为引发纠纷的责任认定问题，分门别类作出了细致的规定，虽然该文件仅仅是南通中院的指导意见，但对于同类案件的审判实践仍具有较高的参考价值。

疑难法律问题点之七：如何认定实际施工人

【争议问题描述】

《最高院司法解释》第四条规定：“……没有资质的实际施工人借用有资质的建筑施工企业名义……”。第二十六条第1款规定：“实际施工人以转包人、违法分包人为被告起诉的，人民法院应当依法受理。”可见，最高院认为实际施工人是转包合同、违法分包合同、挂靠合同等无效合同的相对人。但现实中建设工程常常被层层转包、违法分包，除了无效合同的相对人外，还可能存在“一包”、“二包”等经层层转包或违法分包后实际负责施工的民事主体。司法实践对于实际施工人的认定仍然存在一定模糊认识，甚至出现将合法的劳务分包人、农民工个人等均认定为实际施工人，扩大了实际施工人的适用范围的现象。对于如何具体认定实际施工人，各地高院的规定不尽相同。

【各地高院观点】

《江苏高院指南》规定：为了有利地保护农民工合法权益，认定实际施工人以发包人为被告主张权利的，法院可以追加转包人或者违法分包人为案件当事人，发

包人只在欠付工程价款的范围内对实际施工人承担责任。实际施工人主要指违法分包人和转包的承包人。

《安徽高院指导意见》第1条规定：“因转包、分包建设工程发生纠纷，实际施工人起诉承包人索要工程款的，一般不追加发包人为案件当事人，但为查明案件事实需要，人民法院可追加发包人为第三人。”第2条规定：“实际施工人以被挂靠单位名义签订建设工程施工合同，实际施工人或被挂靠单位单独起诉发包人索要工程款的，发包人可申请人民法院追加被挂靠单位或实际施工人为案件当事人；发包人起诉实际施工人或被挂靠单位的，人民法院可依被挂靠单位或实际施工人的申请，追加被挂靠单位或实际施工人为案件当事人。”

《山东高院纪要（2011年讨论稿）》规定：实际施工人应当是指无效建设工程施工合同的承包人，包括转包合同的转承包人、违法分包合同的承包人、借用资质（包括挂靠）的承包人等三类人，可以是法人、非法人企业、个人合伙、包工头等民事主体，而不包括合法的专业分包工程承包人、劳务作业承包人、直接提供劳动力的农民工。

《北京高院解答》规定：“实际施工人”是指无效建设工程施工合同的承包人，即违法的专业工程分包和劳务作业分包合同的承包人、转承包人、借用资质的施工人（挂靠施工人）；建设工程经数次转包的，实际施工人应当是最终实际投入资金、材料和劳力进行工程施工的法人、非法人企业、个人合伙、包工头等民事主体。

【归纳与评析】

尽管大多数地方高院并未对如何具体认定实际施工人作出规定，但从其关于实际施工人诉讼权利的规定可以看出，基本认为非法转包、违法分包、挂靠合同的相对人是实际施工人。北京高院、山东高院对此有明确规定。其中，北京高院的观点最为典型——实际施工人是指无效施工合同的承包人，包括违法分包的承包人、转包的承包人、挂靠施工人；工程经数次转包的，实际施工人应当是最终投入资金、材料和劳力进行施工的法人、非法人企业、个人合伙、包工头等民事主体。山东高院则明确指出实际施工人的范围不包括合法的专业分包承包人、劳务作业

承包人、直接提供劳动力的农民工。江苏高院虽未明确规定如何认定实际施工人，但从其关于保护农民工权益的表述可见其认为农民工不属于实际施工人。

工程施工最基本的投入是“人（劳动力）”、“材（材料设备）”、“机（机械机具）”，因此认定实际施工人也应当抓住这一本质。在工程经数次转包或违法分包的情况下，实际施工人应当是最终投入资金，组织“人、材、机”进行施工的民事主体。例如，在“广东省煤炭建设（集团）有限公司等与钟达建设工程施工合同纠纷上诉案”的(2011)琼民一终字第39号二审民事判决书中，海南省高级人民法院认为：“根据钟达与广煤建海南分公司签订的内部承包协议约定，由钟达作为怡和园小区项目的组织者，组建怡和园小区项目部承包施工。后钟达又借用了广煤建公司的名义与三林公司签订《建设工程施工合同》承包怡和园小区项目。从签订承包协议至钟达退出怡和园小区项目以前，钟达已经全面履行了合同，组建了怡和园小区项目部。虽然钟达将所承包的工程进行了分包，但工程并非全部分包而是包工不包料，其仍需要组织工程进行施工，并支付工程所应支出的相应费用。因此，其是本案的实际施工人，有权提起本案诉讼。”

疑难法律问题点之八：如何防止滥用实际施工人制度

【争议问题描述】

《最高院司法解释》第二十六条第2款规定：“实际施工人以发包人为被告主张权利的，人民法院可以追加转包人或者违法分包人为本案当事人。发包人只在欠付工程价款范围内对实际施工人承担责任。”该规定在一定程度上突破了合同相对性，自施行以来，部分当事人滥用该制度，损害发包人利益的现象时有发生。审判实践中甚至出现了实际施工人并不存在投诉无门的情况，其合同相对人也具备支付工程款的实力，而原告只是为向发包人索要超出合同约定的高额利益，甚至原告与其有合同关系的相对人串通，提起以发包人或总承包人为被告的诉讼。

由于发包人与实际施工人之间并不存在合同关系，有的发包人对工程被转包或被几经转包并不知情，对实际施工人的工作情况不了解，对工程支出的实际费用更是无从考证。此种情况下，以实际施工人名义提起诉讼的原告虚构事实，伪造证

据，将工程量做大，工程费用提高，向发包人恶意主张高额工程款，企图通过恶意诉讼索取不正当利益。由于发包人对转包、违法分包合同的履行情况并不知情，难以抗辩，诉讼结果极有可能损害发包人的利益。对此问题，仅北京高院、浙江高院有所规定。

【各地高院观点】

《北京高院解答》第18条规定：“……法院应当严格实际施工人的认定标准，不得随意扩大《解释》第二十六条第二款的适用范围。对于不属于前述范围的当事人依据该规定以发包人为被告主张欠付工程款的，应当不予受理，已经受理的，应当裁定驳回起诉。”第19条进一步规定：“实际施工人以违法分包人、转包人为被告要求支付工程款的，法院不得依职权追加发包人为共同被告；实际施工人以发包人为被告要求支付工程款的，应当追加违法分包人或转包人作为共同被告参加诉讼，发包人在其欠付违法分包人或转包人工程款范围内承担连带责任。发包人以其未欠付工程款为由提出抗辩的，应当对此承担举证责任。”

《浙江高院解答》规定：实际施工人的合同相对人破产、下落不明或资信状况严重恶化，或实际施工人至承包人（总承包人）之间的合同均为无效的，可以依照最高人民法院《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》第二十六条第二款的规定，提起包括发包人在内为被告的诉讼。

【归纳与评析】

北京高院的规定要求“严格实际施工人的认定标准”，对不属于实际施工人而企图利用实际施工人制度“以发包人为被告主张欠付工程款的，应当不予受理，已经受理的，应当裁定驳回起诉。”并且在诉讼主体的确定方面，北京高院在《最高院司法解释》的基础上，进一步规定：当实际施工人以违法分包人、转包人为被告要求支付工程款的，“法院不得依职权追加发包人为共同被告”；当实际施工人以发包人为被告要求支付工程款的，“应当追加违法分包人或转包人作为共同被告参加诉讼”。

浙江高院则强调只有在“实际施工人的合同相对人破产、下落不明或资信状况严重恶化，或实际施工人至承包人（总承包人）之间的合同均为无效”的情况下，才可适用实际施工人制度。

目前司法实践中，实际施工人起诉发包人并主动披露其违法行为，积极向法院提供转包合同、违法分包合同或借用资质协议等，发包人虽极力主张合同相对性但最终仍被判承担责任的案例屡见不鲜，但是当发生发包人主动提出存在实际施工人的情况时，往往因发包人举证困难导致其主张难以得到法院支持。

有鉴于此，严格限制滥用实际施工人制度损害发包人权益的现象显得尤为重要。对此，最高人民法院冯小光法官的观点较为清晰全面，可供审判实践借鉴：

首先，原则上不准许实际施工人提起以不具备合同关系的发包人、总承包人为被告的诉讼；只有在实际施工人的合同相对方破产、下落不明等实际施工人不提起以发包人或者总承包人为被告的诉讼就难以保障权利实现的情形下，才准许实际施工人提起以发包人或总承包人等没有合同关系的当事人为被告的诉讼。

其次，适用《最高院司法解释》第 26 条第 2 款规定时，原则上第一手承包合同与下手的所有转包合同均应当无效。如果总承包合同有效，按照合同法原则，有效合同就应当全面实际履行；发包人在有效合同中只对合同相对人负有履行义务，对合同之外的人不承担履行义务；如果不是这样，那么合同的效力就不完整，就有缺陷。合同相对人除负担合同义务外，还要负担合同以外的义务，这对合同当事人而言是不公平的，是签约时无法预料的，不能保障交易安全。

第三，不准许借用实际施工人名义，以适用《最高院司法解释》第 26 条第 2 款为名，提起以发包人或总承包人为被告的诉讼，恶意损害他们的合法权益。

疑难法律问题点之九：发包人向实际施工人付款的有效性认定

【争议问题描述】

根据《最高院司法解释》第二十六条第2款规定，发包人应在欠付工程价款范围内对实际施工人承担责任。同时第二条又规定，施工合同无效，但建设工程经竣工验收合格，承包人请求参照合同约定支付工程价款的，应予支持。也就是说，施工合同因存在挂靠等原因而无效的，实际施工人和承包人都无权要求发包人承担支付工程价款的责任。

在实际施工人起诉发包人的情况下，因发包人仅在欠付工程款范围内承担责任，因此发包人已向承包人支付的工程款应认定有效无疑；但是在承包人起诉发包人的情况下，发包人已向实际施工人支付的工程款能否主张抵扣，司法实践中存在较大争议。对此问题，先看看各地高院作何规定。

【各地高院观点】

《江苏高院意见》规定：承包人根据建设工程施工合同要求发包人支付工程款，发包人要求对已经向实际施工人支付的部分进行抵扣的，人民法院应予支持，但承包人有证据证明发包人与实际施工人恶意串通的除外。

《广东高院指导意见》规定：承包人请求发包人支付工程款，发包人主张对其已经向实际施工人支付的工程款进行抵扣的，应予支持，但发包人未经承包人同意向实际施工人支付的超出其应得工程款以外的部分除外。

《重庆高院指导意见》规定：发包人要求扣除其向实际施工人的已付款，经审查确已支付且付款正当的，可以支持。

《北京高院解答》规定：承包人依据建设工程施工合同要求发包人支付工程款，发包人主张将其已向合法分包人、实际施工人支付的工程款予以抵扣的，不予支持，但当事人另有约定、生效判决、仲裁裁决予以确认或发包人有证据证明其有正当理由向合法分包人、实际施工人支付的除外。

【归纳与评析】

江苏高院、广东高院、重庆高院的观点基本一致，即承包人请求发包人支付工程款，发包人主张对其已经向实际施工人支付的工程款进行抵扣的，应予支持。但同时，三地高院都作出了相应的限制性规定。

江苏高院规定了但书条款：“但承包人有证据证明发包人与实际施工人恶意串通的除外”，以防范发包人与实际施工人恶意串通损害承包人利益的情况，但是该规定将举证责任分配给了承包人，而现实中承包人要举证证明发包人与实际施工人恶意串通存在举证困难的问题。

广东高院则规定：“但发包人未经承包人同意向实际施工人支付的超出其应得工程款以外的部分除外”，根据该规定，发包人主张抵扣的价款应以实际施工人应得工程款为限，对于发包人向实际施工人支付的超出其应得工程款以外的部分，则由发包人承担举证责任。应该说这一规定更为合理，但审判实践中仍有难点，即如何认定实际施工人应得的工程款。

重庆高院则规定：“经审查确已支付且付款正当的，可以支持”，即由人民法院根据具体案件情况进行审查确认、自由裁量，保证了一定的灵活性，但也可能带来裁判尺度不统一的问题。

北京高院的观点则与江苏、广东、重庆三地高院明显不同。北京高院首先规定：“承包人要求发包人支付工程款，发包人主张将其已向合法分包人、实际施工人支付的工程款予以抵扣的，不予支持”，即持基本否定态度，但同时规定了但书条款：“但当事人另有约定、生效判决、仲裁裁决予以确认或发包人有证据证明其有正当理由向合法分包人、实际施工人支付的除外。”由此可见，与上述三地高院的规定相比，北京高院的规定中发包人的举证责任最重。

综上分析，在工程实践中发包人应当根据施工合同的约定向承包人支付工程款。在承包人要求发包人直接将工程款支付给第三人（可能是实际施工人）时，发包人应谨慎对待，一般可予拒绝。若发包人同意的，则应取得承包人书面委托授权

文件，或者与承包人签订协议明确支付的款项在分包工程款中扣除，并且应注意支付总额不应超过欠付的分包工程款，以防范付款有效性不能被认定的风险。

《合同法》第 286 条规定：“发包人未按照约定支付价款的，承包人可以催告发包人在合理期限内支付价款。发包人逾期不支付的，除按照建设工程的性质不宜折价、拍卖的以外，承包人可以与发包人协议将该工程折价，也可以申请人民法院将该工程依法拍卖。建设工程的价款就该工程折价或者拍卖的价款优先受偿。”该条从法律层面规定了承包人享有的建设工程价款优先受偿权。

鉴于《合同法》该条规定较为原则，为满足审判实践需要，《最高院优先受偿权批复》进一步明确了优先受偿权的优先顺位（优于抵押权和其他债权）、除外情形（不得对抗已交付全部或大部分购房款的商品房买受人）、优先受偿范围（工作人员报酬和材料款等实际支出的费用），以及行使期限（自建设工程竣工之日或合同约定的竣工之日起六个月）等。

需要说明的是，关于建设工程价款优先受偿权的性质一直存在争论，主要有三种观点。第一种观点认为是法定抵押权，以梁慧星教授为代表，其指出：“在立法过程中，《合同法》该条从设计、起草、认论、修改、审议直到通过，始终是法定抵押权”；第二种观点认为是优先权，从《最高院优先受偿权批复》关于“优先受偿权”优于“抵押权”的规定可见；第三种观点认为是留置权。经过讨论，法学界对此虽仍有法定抵押权和优先权之争，但一致认为不属于留置权，根据民法原理和现行法律规定，留置权仅适用于动产。最高院冯小光等法官也明确指出优先受偿权不属于留置权。

上述规定基本确立了承包人的建设工程价款优先受偿权制度，但在司法实践中仍然存在一些具体适用上的争议问题。例如，合同无效时承包人或实际施工人是否享有优先权、未竣工工程如何计算优先权起算期限、优先权约定放弃是否有效等。

疑难法律问题点之十：实际施工人或无效合同的承包人是否享有优先受偿权

【争议问题描述】

根据《合同法》第 286 条规定，承包人享有建设工程价款优先受偿权，根据《最高院优先受偿权批复》规定，工程价款优先受偿权优于抵押权和其他债权。因此，优先受偿权是施工人顺利取得工程价款的重要保障。但在施工合同无效的情况下，承包人或实际施工人能否主张该权利，前述法律和司法解释的规定并不明确。司法实践中频频出现实际施工人、无效施工合同的承包人在诉讼案件中请求法院确认其享有建设工程价款优先受偿权的情况，由此引发诸多争议。对此问题，各地高院的规定不尽相同。

【各地高院观点】

《广东高院适用优先权指导意见》规定：在建设工程承包合同无效的情形下，承包人主张建设工程价款优先受偿权的，人民法院不予支持。

《江苏高院指南》规定：建设工程合同无效，承包人或实际施工人主张建设工程价款优先受偿权的，人民法院不应支持。

《浙江高院解答》规定：建设工程施工合同无效，但工程经竣工验收合格，承包人可以主张工程价款优先受偿权。分包人或实际施工人完成了合同约定的施工义务但工程质量合格，在总承包人或转包人怠于行使工程价款优先受偿权时，就其承建的工程在发包人欠付工程价款范围内可以主张工程价款优先受偿权。

《安徽高院指导意见》规定：建设工程施工合同无效，但工程经竣工验收合格的，承包人主张工程价款优先受偿权，可予支持。分包人或实际施工人完成了合同约定的施工义务但工程质量合格的，在总包人或非法转包人怠于主张工程价款优先受偿权时，就其承建的工程在发包人欠付的工程款范围内主张工程价款优先受偿权，可予支持。

【归纳与评析】

对于实际施工人能否主张优先受偿权的问题，江苏高院明确不应支持；而浙江高院和安徽高院均规定在实际施工人完成的工程质量合格且总包人或非法转包人

怠于主张优先受偿权的情况下，实际施工人可就其承建的工程在发包人欠付的工程款范围内主张优先受偿权。

对于无效施工合同的承包人能否主张优先受偿权的问题，广东高院和江苏高院均规定不应支持；而浙江高院和安徽高院均规定工程经竣工验收合格，承包人可以主张工程价款优先受偿权。

由此可见，各地高院对此问题存在较大分歧。这种分歧反映了目前两种主流观点。一种观点认为，《合同法》第 286 条的语境以合同有效为前提，合同无效而取得合法的工程价款优先受偿权不符合立法精神，故建设工程合同无效，承包人或实际施工人主张享有建设工程价款优先受偿权的，不应支持。另一种观点则认为，建设工程价款优先受偿权，是立法对承包人应得工程价款的优先保护，属于承包人的法定权利，即使承包合同被认定无效，但承包人所享有的工程价款请求权依然存在，相应的其优先受偿权也应一并受到保护。我们认为，在施工合同无效的情况下，也应当区分如下两种不同情形。

第一种情形，在实际施工人起诉发包人并主张优先受偿权的案件中，认定原告实际施工人身份的前提是查明存在违法分包、转包、借用资质等导致承包人与实际施工人之间的合同无效的事实。而违法分包、转包、借用资质等行为因严重危及工程的质量和工程的安全，故为《建筑法》所明令禁止，因该等违法行为导致承包人与实际施工人之间的合同无效，实际上是法律作出的否定性评价，若支持实际施工人享有优先受偿权有违法律精神。并且在承包人转包、违法分包的情况下，发包人与承包人之间的施工合同并不必然因此而无效，此时享有工程价款优先受偿权的主体仍为承包人，而非实际施工人。对此，最高院《全国民二审判工作会议纪要（2011 年）》（法办[2011]442 号）第 29 条也有明确意见：“因违法分包、转包等导致建设工程合同无效的，实际施工人请求依据合同法第二百八十六条规定对建设工程行使优先受偿权的，不予支持。”

第二种情形，在承包人起诉发包人并主张优先受偿权的案件中，施工合同虽因建设项目未取得工程规划许可证、依法必须招标而未招标、承包人没有资质或超越资质等原因导致无效，但工程经竣工验收合格的，承包人仍享有依据《最高院司

法解释》第二条规定请求参照合同约定支付工程价款的权利，而优先受偿权正是法律为确保工程价款实现所设立的法定权利，因此支持承包人享有工程价款优先受偿权符合立法目的。况且，前述导致施工合同无效的原因中有相当一部分并非承包人的责任，如建设项目未取得工程规划许可证、依法必须招标而未招标等系因发包人责任造成的，此时不予支持承包人的优先受偿权有违公平原则。