

解读最高院民一庭关于建设工程合同纠纷的专业法官会议纪要

作者：骆文思

近期，最高人民法院公布了民事审判庭第一庭专业法官会议纪要（以下简称“《会议纪要》”），其中集中涉及了有关建设工程合同纠纷的数个问答。由于建设工程项目参与主体和施工环节繁多，且经常出现诸如转包、违法分包、挂靠等合规瑕疵的行为，导致实践中法院对于各类争议的裁判口径会出现一定的差异。本次《会议纪要》通过问答的形式，对于常见的一些建设工程纠纷的争议点进行了分析，我们将针对《会议纪要》中涉及建设工程合同纠纷的问答，逐条进行解读。

一、可以突破合同相对性原则请求发包人在欠付工程款范围内承担责任的实际施工人不包括借用资质及多层转包和违法分包关系中的实际施工人

法律问题：

《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《建工解释一》）第四十三条规定的实际施工人是否包含借用资质及多层转包和违法分包关系中的实际施工人？

法官会议意见：

《建工解释一》第四十三条规定涉及三方当事人两个法律关系：一是发包人与承包人之间的建设工程施工合同关系；二是承包人与实际施工人之间的转包或者违法分包关系。原则上，当事人应当依据各自的法律关系，请求各自的债务人承担责任。本条解释为保护农民工等建筑工人的利益，突破合同相对性原则，允许实际施工人请求发包人在欠付工程款范围内承担责任。对该条解释的适用应当从严把握。该条解释只规范转包和违法分包两种关系，未规定借用资质的实际施工人以及多层转包和违法分包关系中的实际施工人有权请求发包人在欠付工程款范围内承担责任。因此，可以依据《建工解释一》第四十三条的规定突破合同相对性原则请求发包人在欠付工程款范围内承担责任的实际施工人不包括借用资质及多层转包和违法分包关系中的实际施工人。

解读：

准许实际施工人突破合同相对性向没有合同关系的发包人主张权利，其目的是为保护农民工的利益提供特殊的司法途径，但其本质上突破了合同相对性的原则。因此，最高院对此保持着严格适用的观点。如老《建工解释一》的起草人之一，最高院冯小光法官，在《回顾与展望-写在最高院<建工解释>颁布实施三周年之际》一文中，明确表达了其对于该条规定的观点，即“不能扩大此条的适用条件和范围。”

本次《会议纪要》继续强调本条规定中的“实际施工人”不能做扩大解释，仍然仅限于其规定的“转包或者违法分包关系”，进而将借用资质、多次转包或违法分包的情形排出本条适用范围之外。

在本《会议纪要》形成之前，实务中挂靠关系下的实际施工人不能突破合同相对性的裁判口径已趋于统一，主流观点均与此基本保持一致。但对于多层转包和违法分包关系下的实际施工人是否有权直接向发包人主张权利，存在各不相同的裁判口径，而本《会议纪要》明确了该情形下的实际施工人，亦无权向发包人主张工程款，实务裁判可能因此发生转变。我们列举了下述三种常见建设工程违法分包、转包、挂靠的模型：

模型一：



模型二：



模型三：



在该三种模型中仅有模型一中的“实际施工人”可基于《建工解释一》第四十三条规定的向发包人直接主张优先受偿权。但尽管上述模型二、三中的实际施工人无法依据《建工解释一》第四十三条直接向发包人主张工程款，相关实务操作中，实际施工人仍然可以尝试通过如下几种请求权基础，向发包人或前手的主体主张权利：

1. 当转（分）包人或挂靠人怠于向其前手的合同相对方主张工程款时，通过提起代位权诉讼要求法院保护实际施工人的债权；
2. 当发包人与实际施工人之间形成事实合同关系（后文详述）时，实际施工人可基于该事实合同关系主张工程款；
3. 当被挂靠人进入破产程序，挂靠关系下的实际施工人可主张未结算工程款不属于破产财产，而直接向被挂靠人的前手合同相对方直接主张。

二、借用资质的实际施工人与发包人形成事实上的建设工程施工合同关系且工程经验收合格的，可以请求发包人参照合同约定折价补偿

法律问题：

借用资质的实际施工人是否有权请求发包人对其施工工程折价补偿？

法官会议意见：

没有资质的实际施工人借用有资质的建筑施工企业名义与发包人签订建设工程施工合同，在发包人知道或者应当知道系借用资质的实际施工人进行施工的情况下，发包人与借用资质的实际施工人之间形成事

实上的建设工程施工合同关系。该建设工程施工合同因违反法律的强制性规定而无效。《民法典》第七百九十三条第一款规定：“建设工程施工合同无效，但是建设工程经验收合格的，可以参照合同关于工程价款的约定折价补偿承包人。”因此，在借用资质的实际施工人与发包人之间形成事实上的建设工程施工合同关系且建设工程经验收合格的情况下，借用资质的实际施工人有权请求发包人参照合同关于工程价款的约定折价补偿。

解读：

本次《会议纪要》关于发包人与实际施工人之间形成事实合同关系的判断要素，与目前实务操作中的裁判口径一致，没有新的变化。需要注意的是，此处的审查重点在于签订协议这一时间点上发包人是否知晓。如果发包人不知晓挂靠事实，有理由相信承包人就是被挂靠人，则应优先保护善意相对人，双方所签订协议直接约束善意相对人和被挂靠人，此时挂靠人和被挂靠人之间可能形成违法转包关系，实际施工人可就案涉工程价款请求承包人和发包人承担相应的民事责任；如果发包人在签订协议时知道挂靠事实，即发包人与挂靠人、被挂靠人通谋作出虚假意思表示，则挂靠人和发包人之间可能直接形成事实上的合同权利义务关系，挂靠人可直接向发包人主张权利。

三、承包人已起诉发包人支付工程款的，实际施工人可以在一审辩论终结前申请作为第三人参加诉讼，其另诉请求发包人在欠付工程款范围内承担责任的，不应受理

法律问题：

承包人已起诉请求发包人支付工程款的，实际施工人能否申请作为第三人参加诉讼或者另行起诉请求发包人在欠付工程款范围内承担责任？

法官会议意见：

……《建工解释一》第四十三条第二款规定是为保护农民工等建筑工人利益所作的特别规定。实践中存在承包人与实际施工人分别起诉请求发包人承担民事责任的情况。为防止不同生效判决判令发包人就同一债务分别向承包人和实际施工人清偿的情形，需要对承包人和实际施工人的起诉做好协调。在承包人已经起诉发包人支付工程款的情况下，实际施工人可以在一审辩论终结前申请作为第三人参加诉讼，其另诉请求发包人在欠付工程款范围内承担责任的，不应受理。实际施工人作为第三人参加诉讼后，如果请求发包人在欠付工程款范围内承担责任，应当将承包人的诉讼请求和实际施工人的诉讼请求合并审理。

解读：

本次《会议纪要》解决了两点实务中的常见问题。

第一，明确了承包人与实际施工人分别起诉发包人案件时法院如何受理。在承包人已经起诉发包人支付工程款的情况下，实际施工人可以在一审辩论终结前申请作为第三人参加诉讼，其另诉请求发包人在欠付工程款范围内承担责任的，不应受理，防止就同一债务发生生效法律文书的冲突问题。

第二，明确了实际施工人可以作为发包人与承包人之间案件的第三人参与诉讼。实际施工人是直接对工程项目投入人员、机器、材料的主体，其对于有关案涉工程的施工过程、成本投入、款项结算更为清楚。因此，实际施工人作为发包人与承包人之间案件的第三人参加诉讼，有助于真正查明涉案工程的事实。同时，实际施工人参与诉讼也平衡了实际施工人与发包人的各自权利，既避免实际施工人的权益遭受损害，也保护了发包人，防止其就同一债务需要分别向承包人和实际施工人清偿的情形。

四、实际施工人不享有建设工程价款优先受偿权

法律问题

实际施工人是否享有建设工程价款优先受偿权？

法官会议意见

建设工程价款优先受偿权是指在发包人经承包人催告支付工程款后的合理期限内仍未支付工程款的情况下，承包人享有的与发包人协议将该工程折价或者请求人民法院将该工程依法拍卖，并就该工程折价或者拍卖的价款优先受偿的权利。《中华人民共和国民法典》第八百零七条规定：“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，除根据建设工程的性质不宜折价、拍卖外，承包人可以与发包人协议将该工程折价，也可以请求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。”《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）》第三十五条规定：“与发包人订立建设工程施工合同的承包人，依据民法典第八百零七条的规定请求其承建工程的价款就工程折价或者拍卖的价款优先受偿的，人民法院应予支持。”依据上述规定，只有与发包人订立建设工程施工合同的承包人才享有建设工程价款优先受偿权。实际施工人不属于“与发包人订立建设工程施工合同的承包人”，不享有建设工程价款优先受偿权。

解读：

在《建工解释二》出台之前，大多数地方法院认为，既然实际施工人可以向发包人主张工程价款，其随之也对建设工程价款享有优先权。但是随着 2018 年底《建工解释二》的出台，就工程价款优先权设置了“与发包人订立建设工程施工合同的承包人”这一条件，导致在后续的实务中法院观点发生了转变，开始转为认定实际施工人不属于“与发包人订立建设工程施工合同的承包人”，故不享有建设工程价款优先受偿权。

随着《民法典》的实施以及配套的新《建工解释一》中继续沿袭了“与发包人订立建设工程施工合同的承包人”这一条件，故目前实务操作中的裁判口径与本次《会议纪要》差异不大。

然而，除了“与发包人订立建设工程施工合同的承包人”外，我们也发现，诸如签订三方协议（发包人、总承包人、分包人）的分包人、发包人指定的分包人、行使代位权的分包人/实际施工人等特殊非订立合同的主体，在一些案件及法院实务观点中，也存在支持其享有建设工程优先权的观点。本《会议纪要》公布后，上述裁判口径是否会有变化，仍有待进一步观察。

五、合同无效，承包人请求实际施工人按照合同约定支付管理费的，不予支持

法律问题：

合同无效，承包人请求实际施工人按照合同约定支付管理费的，是否应予支持？

法官会议意见：

转包合同、违法分包合同及借用资质合同均违反法律的强制性规定，属于无效合同。前述合同关于实际施工人向承包人或者出借资质的企业支付管理费的约定，应为无效。实践中，有的承包人、出借资质的企业会派出财务人员等个别工作人员从发包人处收取工程款，并向实际施工人支付工程款，但不实际参与工程施工，既不投入资金，也不承担风险。实际施工人自行组织施工，自负盈亏，自担风险。承包人、出借资质的企业只收取一定比例的管理费。该管理费实质上并非承包人、出借资质的企业对建设工程施工进行管理的对价，而是一种通过转包、违法分包和出借资质违法套取利益的行为。此类管理费属于违法收益，不受司法保

护。因此，合同无效，承包人或者出借资质的建筑企业请求实际施工人按照合同约定支付管理费的，不予支持。

解读：

对于挂靠关系下的管理费，最高院继续保持了否定态度。但是，值得注意的是，部分案件中挂靠的形式较为复杂，不少出借资质的企业在一定程度也会也会在建设工程施工过程中承担一定的协调管理工作或费用。对于该等情形下的管理费支付，不同法院存在不同的裁判观点。

如在最高院第二巡回法庭 2020 年第 7 次法官会议纪要中，认为“如该‘管理费’属于工程价款的组成部分，转包方也实际参与了施工组织管理协调的，可参照合同约定处理。”

广东高院在《关于审理建设工程合同纠纷案件疑难问题的解答》中曾认可“管理费”，其认为：“分包人、转包人或挂靠人在工程施工过程中履行了管理义务，其主张参照合同约定收取劳务费用的，可予支持；”但该规定已于 2017 年失效。

而江苏高院在《关于审理建设工程施工合同纠纷案件若干问题的解答》中明确不支持题述情形下的管理费。

本次《会议纪要》依旧保持了否定管理费的前提，即“该管理费实质上并非承包人、出借资质的企业对建设工程施工进行管理的对价”，因此其并未推翻最高院之前的观点。尽管目前本次《会议纪要》对于将来司法实践中认定管理费支付会有何种影响尚有待观察，但我们认为若出借资质一方的企业（被挂靠人）确属实际参与了施工组织管理协调的、承担了部分成本费用的，其对于管理费尚存在一定的争取空间。

六、承包人对违章建筑不享有建设工程价款优先受偿权

法律问题

承包人对违章建筑是否享有建设工程价款优先受偿权？

法官会议意见

建设工程价款优先受偿权制度系以建设工程的交换价值优先清偿承包人享有的建设工程价款债权。承包人享有建设工程价款优先受偿权的前提是其建设完成的建设工程依法可以流转。对此，《民法典》第八百零七条规定：“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，除根据建设工程的性质不宜折价、拍卖外，承包人可以与发包人协议将该工程折价，也可以请求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。”根据该条规定，承包人享有建设工程价款优先受偿权的条件是建设工程宜折价、拍卖。违章建筑不宜折价、拍卖，故承包人对违章建筑不享有建设工程价款优先受偿权。

解读：

本次《会议纪要》中“承包人对违章建筑不享有建设工程价款优先受偿权”这一观点亦沿用了之前的司法实践观点，实务操作中对于该观点没有太大的争议。除了违章建筑以外，通常认为《民法典》第 399 条第三款规定的“学校、幼儿园、医疗机构等为公益目的成立的非营利法人的教育设施、医疗卫生设施和其他公益设施；”也属于“建设工程的性质不宜折价、拍卖”的情形，一般不支持承包人对该等不动产主张优先受偿权。

七、建设工程价款优先受偿权不因工程建成的房屋已经办理网签而消灭

法律问题

建设工程施工合同纠纷案件中，建成的房屋已办理网签，承包人是否仍有权就工程折价或者拍卖的价款优先受偿？

法官会议意见

建设工程价款优先受偿权不因工程建成的房屋已经办理商品房预售合同网签而消灭，如符合建设工程价款优先受偿权的成立要件，承包人仍有权就工程折价或者拍卖的价款优先受偿。《中华人民共和国民法典》第八百零七条规定：“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，除根据建设工程的性质不宜折价、拍卖外，承包人可以与发包人协议将该工程折价，也可以请求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。”《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）》第三十五至第四十二条进一步明确了行使建设工程价款优先受偿权的条件。由此可见，建设工程价款优先权是承包人的法定权利，在符合法律及司法解释规定的条件时，建设工程价款优先受偿权就已经成立。商品房预售合同网签是为规范商品房预售而采用的行政管理手段，并非法律规定的不动产物权设立、变更、转让和消灭的公示方式，不能产生物权变动的效力，亦不导致承包人原本享有的建设工程价优先受偿权因此不成立或者消灭。如承包人行使建设工程价款优先受偿权时与房屋买受人之间发生权利冲突的，属于权利顺位问题，可另行解决。

解读：

承包人行使建设工程价款优先受偿权与房屋买受人之间发生权利冲突的，本次《会议纪要》表示可另行解决。实务中，法院会依据《最高人民法院关于人民法院办理执行异议和复议案件若干问题的规定》（下称“《异议复议规定》”）判断何种权利更为优先。

《异议复议规定》第 28 条、第 29 条设立了房屋买受人排除债权人执行债务人名下不动产的救济途径。房屋买受人在满足第 28 条规定的条件的情况下，可以排除其他债权人对债务人名下不动产强制执行的权利。此外，第 29 条是对于第 28 条的特别规定，当房屋买受人为商品房消费者时，其满足第 29 条规定的条件时，也同样可以排除其他债权人对债务人名下不动产强制执行的权利。在该类案件下，商品房的消费者往往可以在执行异议案件中自主选择将第 28 条或第 29 条作为自己的请求权基础。

但是在判断建设工程价款优先受偿权与房屋买受人之间发生权利冲突时，对于房屋买受人具有一定的限制。最高院认为能够优先于工程价款优先受偿权的房屋买受人，其必须是商品房消费者，而不包括房屋的一般买受人。

此外，在一般执行异议案件中，商品房消费者可以自由选择依据第 28 条或第 29 条主张权利。但在解决工程价款优先受偿权与房屋买受人之间的权利顺位问题时，最高院认为商品房消费者必须以第 29 条作为请求权基础，方可享有优先于建设工程优先权的权利。

特别声明

汉坤律师事务所编写《汉坤法律评述》的目的仅为帮助客户及时了解中国或其他相关司法管辖区法律及实务的最新动态和发展，仅供参考，不应被视为任何意义上的法律意见或法律依据。

如您对本期《汉坤法律评述》内容有任何问题或建议，请与汉坤律师事务所以下人员联系：

骆文思

电话： +86 21 6080 0351

Email: wensi.luo@hankunlaw.com