

关于实际施工人的范围及是否享有工程款优先权等8个重要问题的意见

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43条规定：“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。实际施工人以发包人为被告主张权利的，人民法院应当追加转包人或者违法分包人为本案第三人，在查明发包人欠付转包人或者违法分包人建设工程价款的数额后，判决发包人在欠付建设工程价款范围内对实际施工人承担责任。”本条解释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。

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。《中华人民共和国民法典》第793条第1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。

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】承包人已经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】转包和违法分包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。承包人有权利依据与发包人之间的建设工程施工合同关系请求发包人支付工程款。实际施工人有权依据转包或者违法分包的事实请求承包人承担民事责任。《建工解释一》第43条第2款规定：“实际施工人以发包人为被告主张权利的，人民法院应当追加转包人或者违法分包人为本案第三人，在查明发包人欠付转包人或者违法分包人建设工程价款的数额后，判决发包人在欠付建设工程价款范围内对实际施工人承担责任。”本款解释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。

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

807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。”《建工解释一》第35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。

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。

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807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。”《建工解释一》第35条至第

42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款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。

八、不能既判决驳回诉讼请求又告知当事人就此另行主张权利

【法律问题】当事人诉讼请求所依据的事实处于真伪不明状态，人民法院能否既判决驳回其诉讼请求，又告知其就此另行主张权利？

【法官会议意见】人民法院不能既判决驳回当事人的诉讼请求，又告知其就此另行主张权利。第一，除依法裁定驳回起诉外，对于当事人已经明确提出的诉讼请求，人民法院应当审理并作出实体判决。如果当事人提供的证据能够证明其主张，则应判决支持其诉讼请求；如不足以证明其主张，则应判决驳回其诉讼请求；如果当事人诉讼请求所依据的事实处于真伪不明状态，应当根据证明责任分配规则作出判决。要求当事人就此另行主张权利，本质上属于拒绝裁判。第二，判决驳回诉讼请求与告知当事人另行主张权利互相矛盾。判决驳回诉讼请求表明人民法院对于当事人主张的实体权利已经作出了否定性判断，故当事人不能再就同一事实和理由重新起诉。即使当事人日后基于新证据而主张权利，由于其诉讼请求依据的仍然是同一事实，也只能依据原《中华人民共和国民事诉讼法》第200条第1项（现《中华人民共和国民事诉讼法》第207条第1项）申请再审，而非重新起诉。第三，为避免案件久拖不决，人民法院可就事实已经清楚的部分诉讼请求作出先行判决。原《中华人民共和国民事诉讼法》第153条（现《中华人民共和国民事诉讼法》第156条）规定：“人民法院审理案件，其中一部分事实已经清楚，可以就该部分先行判决。”根据该规定，人民法院在对当事人提出的多个诉讼请求一并审理的情况下，如果其中一部分诉讼请求涉及的事实已经查明，但整个案件尚不能全部审结时，可以就已经查明的事实所对应的诉讼请求作出先行判决，待其他事实查明后再就其他诉讼请求作出后续判决。需要注意的是，在作出先行判决时，不能判决驳回该先行判决未涉及的其他诉讼请求。（最高院）



主 编：何梦吉
本报建设法律
咨询服务工作室
联系电话：021-63212799
传 真：021-63210373
地 址：上海漕河泾588号18楼
邮 编：200433
E-mail: 652016115@qq.com
联 系 人：何梦吉

房地产投融资：股权转让？名股实债？

——股权转让纠纷再审案之复盘与解构

□马明杰

中级人民法院作出（2019）冀01民终1412号民事判决书，驳回上诉，维持原判。

一、二审均败诉后，安某经人介绍，委托笔者作为再审审查和再审阶段的特别授权委托诉讼代理人。接受委托后，代理过程如下：

【代理意见】本案系股权转让纠纷，争议焦点为2016年10月《协议》是否已经解除。具体为言：1.2018年10月，安某向崔某发送《解除协议通知书》，是否具有解除协议的效力；2.本案是否构成《中华人民共和国民法典》第九百六条、《最高人民法院关于审理适用〈中华人民共和国民法典〉若干问题的解释（二）》第二十四条规定的确认之诉。

一、原判违反《中华人民共和国民法典》第九百六条“合同自通知到达对方时解除”的规定，认为“在被告提出解除协议时，双方也未达成一致，故原、被告于2016年10月签订的协议并未解除”，认定事实错误

根据原审查明的“2018年10月21日，安某向崔某发送《解除协议通知书》，通知解除《协议》”这一事实，可知，安某在行使《中华人民共和国民法典》第九百六条规定的法定解除权，而根据该法第九百六条“合同自通知到达对方时解除”的规定，《协议》自通知到达崔某时解除，因《解除协议通知书》是采用微信这种即时送达的方式，又因解除权为形成权，只需安某的单方行为，便能达到解除的目的，故此《协议》解除之日为2018年10月21日，而非崔某向安某发送《不同意解除协议回复函》的照片的2018年10月23日。

根据《中华人民共和国民法典》第九百六条“对方有违约的，可以请求人民法院或者仲裁机构确认解除合同的效力”的规定，2018年10月23日，崔某向安某发送《不同意解除协议回复函》

不属于以诉讼或者仲裁的方式提起的“确认之诉”，此种异议方式不能对抗《协议》的解除，《协议》已自2018年10月21日解除，但原审却认为“在被告提出解除协议时，双方也未达成一致，故原、被告于2016年10月份签订的协议并未解除”，认定事实错误。

二、根据崔某的诉讼请求、原审一审判决主文，可知其起诉不构成《中华人民共和国民法典》第九百六条、《最高人民法院关于审理适用〈中华人民共和国民法典〉若干问题的解释（二）》第二十四条规定的确认之诉

根据《中华人民共和国民法典》第一百九十九条第（三）项“起诉必须有具体的诉讼请求和事实、理由”，但是根据崔某的《民事起诉状》中的诉讼请求“一、判令被告继续履行2018年10月所签《协议》，协助原告办理股权变更手续；二、确认被告持有的30%股权为原告所有”；另根据《民事起诉状》的“事实与理由”也没有任何一处提及对《协议》是否解除有异议而起诉；再根据原审“确认被告持有的30%的股权归原告所有，于本判决生效后十日内到相关部门办理股权变更登记手续”的判决主文内容，可知，崔某起诉的最终目的实质为股权转让的“给付之诉”。

“确认被告持有的30%的股权归原告所有”的诉讼请求，并非是根据《中华人民共和国民法典》第九百六条规定的“请求人民法院确认解除合同的效力”的“确认之诉”的诉讼请求。因双方当事人没有约定对合同解除的异议期间，根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉若干问题的解释（二）》第二十四条的规定，崔某在（2018年10月21日收到《解除协议通知书》后，应最迟于2019年1月22日前向人民法院起诉，根据最高人民法院对本条的理解与适用

“异议权，即在解除通知到达对方当事人后，如果对方当事人对解除合同的效力有异议的，可以提起确认之诉。《中华人民共和国合同法》采取了裁判方式作为行使异议权的方式，这种方式增加了行使异议权的成本，但一定程度上可以抑制异议权的滥用。但仅此还不够，重要的应当对异议期限作出明确规定。”“解除权是形成权，异议权是请求权，是请求撤销解除行为”，但崔某并未对此提出“具体的诉讼请求和事实、理由”，现早已超过法定的异议期间，《协议》已经解除。

三、违反《中华人民共和国民法典》第二百条第（六）项、《最高人民法院关于审理适用〈中华人民共和国民法典〉若干问题的解释（二）》第三百九十条第（二）项之规定，适用法律错误——“确定民事责任明显违背法律规定”，与正确适用实体法的结果相悖，故，应予撤销，并改判驳回崔某的诉讼请求

根据《中华人民共和国合同法》第九十四条、第九十六条，以及《最高人民法院关于审理适用〈中华人民共和国民法典〉若干问题的解释（二）》第二十四条规定，《协议》已经解除，故30%的股权仍归安某所有，双方应当继续履行2016年6月30日的《股权转让协议》和2016年7月1日的《股权转让补充协议》。

崔某在2018年8月30日向原审法院以提起过股权转让纠纷，要求解除2016年6月30日的《股权转让协议》和2016年7月1日的《股权转让补充协议》，但该院认为“《股权转让协议》和《股权转让补充协议》，是双方真实意思表示符合法律规定，具有法律效力。原告已将股权过户到被告名下，被告已拥有股权是公司股东，双方还应如约履行”，故该院于2018年11月13日以（2018）冀0731民初第1453号民事判决，驳回了其诉讼请求，崔某也未针

对该判决上诉，该判决已生效。崔某又在2018年11月12日，提起本案诉讼，意图使“后诉的诉讼请求实质上否定前诉裁判结果”。

原判违反《中华人民共和国民事诉讼法》第二百条第（六）项、《最高人民法院关于审理适用〈中华人民共和国民法典〉若干问题的解释（二）》第三百九十条第（二）项之规定，适用法律错误——“确定民事责任明显违背法律规定”，支持了崔某的“背信弃义”行径，与正确适用实体法的结果相悖，应予撤销，并改判驳回崔某的诉讼请求。

【再审审查和再审理果】

本案全胜。2020年1月9日，河北省高级人民法院作出（2019）冀民申8397号民事裁定书，指令张家口市中级人民法院再审本案。

2020年5月18日，张家口市中级人民法院再审作出（2020）冀07民再14号生效再审法律文书，要求崔某将持有的涿鹿县某房地产开发有限公司30%的股权返还给安某，并于2020年6月3日前办理完毕股权变更登记。

【案例评析】一、事实为根，法律适用精准化

本案一审、二审并非我所律师代理，安某在二审败诉后向我所律师进行咨询，当即委托我所指派律师作为其再审阶段代理人。代理人律师从认定事实、适用法律适用等方面进行了深度分析。2016年10月，双方签订《协议》后，崔某未按协议在约定的期限内支付款项和赔偿款，“以自己的行为表明不履行债务”，符合《中华人民共和国民法典》第九百四十四条（二）项之规定，安某享有法定解除权。

2018年10月21日，安某向崔某发送《解除协议通知书》，系依据《中华人民共和国民法典》第九百六条的规定的通知义务，《协议》自通知到达崔某

时解除。崔某向安某发送《不同意解除协议回复函》，认可《解除协议通知书》已收悉，不同意解除。但解除权是一种形成权，是单方法律行为，解除合同的意思表示到达对方即可发生解除合同的效力，只需对方知悉，不需要对方同意。对方有异议的应当提起确认合同解除之诉。

根据崔某的诉讼请求可知，本案并非《中华人民共和国民法典》第九百六条规定的确认之诉。异议权是一种程序请求权，即请求合同解除行为不发生效力，一旦异议期届满，异议未提起确认之诉，异议权即消灭，合同无争议地解除。故，本案自《解除协议通知书》到达崔某时，《协议》解除，双方应继续履行《股权转让协议》《股权转让补充协议》安某仍然持股30%。

二、诚信为本，“前恭后倨”不可取

股权转让纠纷案件不同于普通的民事案件，股权转让行为属典型的商事行为，不仅应遵守“诚实信用原则”这一民商事帝王规则，更该严格遵守商事规则。崔某“前恭后倨”：在2016年房地产开发项目前期需要资金的时候，以《股权转让协议》让安某投资300万元，后又以《股权转让补充协议》让安某增加投资至350万元，并积极地安某办理股权变更登记，使安某持股30%；在2018年房地产开发项目不再需要继续注资，该分配利润时，又提起解除《股权转让协议》《股权转让补充协议》的（2018）冀0731民初第1453号诉讼，被驳回后，又提起本案诉讼，蹬开安某的本意已昭然若揭。

【结语和建议】

本案，代理人结合房地产时代背景，深挖案件起因，指出崔某“前恭后倨”，急需资金时，拉安某入伙，分配利润时，踢安某出局，使案件情景化，引发主审法官共情。条分缕析，精准法律适用，指出《协议》自《解除协议通知书》到达崔某时解除，原审法院认定事实错误，终为主审法官认可，指令再审，并且，再审结果完胜。

诚信，是市场经济活动中形成的道德规范，贯穿商事交易始终，建议商事主体秉持诚实信用，促公平，谋发展，以共赢，终无讼！

（作者单位：河北冀华律师事务所）