

2021-2022年关于建设工程施工合同纠纷专业法官会议纪要汇总

一、建设工程施工合同无效但工程竣工并交付使用的，应当依法参照合同约定关于工程价款的约定计算折价补偿款

1. 法律问题
建设工程施工合同无效但工程竣工并交付使用的，应以何种标准计算折价补偿款？

2. 法官会议意见
建设工程施工合同是承包人进行工程建设、交付工作成果即建设工程并由发包人支付价款的合同。建设工程竣工后，发包人应当根据合同约定及国家颁发的施工验收规范和质量检验标准及时进行验收。验收合格的，发包人应当按照约定支付价款并接收建设工程。如果发包人按照合同约定及相应的规范或者标准组织验收，但接收建设工程的，参照《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（一）》第九条、第十四条等规定，视为建设工程质量合格。

3. 主要理由
《中华人民共和国民法典》（以下简称《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，可以参照合同约定关于工程价款的约定折价补偿承包人。”

根据上述规定，建设工程施工合同无效但工程竣工并交付使用的，应当依法参照合同约定关于工程价款的约定，计算承包人应得折价补偿款。实务中，之所以出现建设工程施工合同无效但工程竣工并交付使用的情形下以何种标准计算折价补偿款的争议，在于未能准确理解《民法典》第七百九十三条第一款的规定。建设工程施工具有一定的周期性和复杂性，双方在合同中约定一定程度上代表了双方当事人对于合同签订和履行的合理预期以及对于相关合同风险的预先安排，在建设工程合同无效，没有更加科学、合理、简便有效的折价补偿标准的情况下，参照建设工

程施工合同关于工程价款的约定折价补偿承包人具有相当的合理性。这种方式可以在保证建设工程质量的前提下，确保双方当事人均不能从无效合同中获得超出合同有效时的利益，符合当事人的合理预期和我国建筑市场的实际，能够保证案件裁判的社会效果。《民法典》第七百九十三条第一款虽然使用了“可以参照”的表述，但如果工程建设未发生大规模设计变更，或者合同中有关工程价款约定不存在严重违背当事人真实意思表示等情况，人民法院在具体裁判中，不宜任意将“可以参照”理解为可以参照、也可以不参照。

二、承包人对违章建筑不享有建设工程价款优先受偿权

1. 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？

2. 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折价或者拍卖的价款优先清偿承包人享有的建设工程价款债权，故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。

3. 主要理由
根据《中华人民共和国民法典》第八百零七条规定，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。因违章建筑不宜折价、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。

三、实际施工人不享有建设工程价款优先受偿权

1. 法律问题
实际施工人是否享有建设工程价款优先受偿权？

2. 法官会议意见
实际施工人不享有建设工程价款优先受偿权。

3. 主要理由
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合理期限内仍未支付工程款时，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价款优先受偿的权利。

依据《中华人民共和国民法典》第八百零七条以及《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，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。

四、《建工解释（一）》第四十三条规定的实际施工人不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

1. 法律问题
《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？

2. 法官会议意见
可以依据《建工解释（一）》第四十三条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，即《建工解释（一）》第四十三条规定的实际施工人不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。

3. 主要理由
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。

五、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验收合格的，可以请求发包人参照合同约定折价补偿

1. 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实施工工程折价补偿？

2. 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。

3. 主要理由
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，可以参照合同约定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。

六、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

1. 法律问题
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？

2. 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。

3. 主要理由
《民法典》第八百零七条规定：“发包人未按照约定支付价款的，承包人可以向法院提起诉讼，请求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，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合同冲突的，属于权利顺位问题，可另行解决。

（最高法院）

建筑法苑

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：021-63210873
地 址：上海营口路588号18楼
邮 编：200433
E-mail:652016115@qq.com
联 系 人：何梦吉

一、裁判规则

1. 实际施工人借用被挂靠方的资质与发包人签订建设工程施工合同，实际施工人有权直接向发包人主张工程款——朱某军诉四川中顶建设工程有限公司、乌兰县自然资源局建设工程施工合同纠纷案

案例要旨：实际施工人借用被挂靠方的资质与发包人签订建设工程施工合同，因被挂靠方与发包人之间无订立合同的真实意思表示，双方之间不存在实质性的法律关系，故实际施工人依据《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》（以下简称《建设工程施工合同司法解释》）第二十六条〔现参见《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《建设工程施工合同司法解释（一）》）第四十三条〕要求被挂靠方承担支付工程款的责任，人民法院不予支持。但实际施工人与发包人在订立和履行施工合同的过程中，形成事实上的法律关系，实际施工人有权直接向发包人主张工程款。

案号：（2019）最高法民再329号
审理法院：最高人民法院
来源：最高人民法院第六巡回法庭2019年度参考案例9号

2. 在实际施工人的债权确定之前，实际施工人的债权人要求直接执行发包人对承包人欠付的工程款，不予支持——湖南万力建设集团有限公司与李某某、张某某案外人执行异议之诉案

案例要旨：合同相对性是合同之债的基础，实际施工人对发包人工程款请求权成立的条件有二：一是承包人欠付实际施工人工程款；二是发包人欠付承包人工程款。实际施工人与承包人没有结算之前，实际施工人对承包人是是否还享有债权，债权数额为多少均无法确定。在实际施工人的债权确定之前，实际施工人的债权人要求直接执行发包人对承包人欠付的工程款，不予支持。

案号：（2017）湘民终718号
审理法院：湖南省高级人民法院
案例来源：《人民法院案例选》总第136辑（2019.6）

3. 在作为转包人的建筑施工企业进入破产清算的情况下，实际施工人应当向管理人申报债权，不能避开破产转包人直接起诉发包人——王某柱、孙某杭等与滨海新区人民政府招待所建设工程施工合同纠纷案

案例要旨：人工费仅是建设工程价款中的一部分。实际施工人利益不完全等同于农民工工资。剔除人工费后，工程价款中的剩余部分与普通破产债权无异，无采取特殊保护制度安排之必要。在作为转包人的建筑施工企业进入破产清算的情况下，为保障公平受偿，实际施工人应当向管理人申报债权，不能再行突破合同相对性向发包人提起具有代位权性质的个别诉讼，概括性地要求发包人在欠付转包人工程款的范围内向其承担包括人工费在内的全部工程价款。至于管理人向发包人追收的工程价款如何分配，应当按照破产法规定的程序和其他法律、行政法规规定的权利位阶进行有序清偿。

案号：（2021）苏09民终3681号

实际施工人直接向发包人主张权利的相关裁判规则及司法观点

审理法院：江苏省盐城市中级人民法院

来源：《人民司法·案例》2021年第35期

4. 转包人破产不影响实际施工人向发包人主张权利——国产实业（苏州）新兴建材有限公司与沈某标、江苏中苑建设集团有限公司、太仓德丰城乡一体化建设发展有限公司建设工程施工合同纠纷案

案例要旨：实际施工人突破合同相对性向发包人主张权利，系司法解释为保护农民工权益而作出的特殊制度安排，是实际施工人的法定权利。其关键在于解决农民工组成的实际施工人在与其有合同关系的相对人，因下落不明、破产、资信状况恶化等原因导致其缺乏支付能力，实际施工人又投诉无门的情况下，为实际施工人主张工程款提供的特殊救济途径，即准许实际施工人突破合同相对性，提起以发包人、施工总承包人为被告的诉讼。因此，承包人破产导致的支付能力欠缺，本身就是法律赋予实际施工人突破合同相对性向发包人主张权利的初衷之一。转包人破产的，不影响实际施工人行使上述权利。《中华人民共和国企业破产法》第一百二十四条规定，破产人的保证人和其他连带债务人，在破产程序终结后，对债权人依法破产清算程序未受清偿的债权，依法继续承担清偿责任。《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）》第四十三条〔判决发包人在欠付工程款范围内对实际施工人承担连带责任。因此，因企业破产法上述规定的立法精神，因承包人破产，实际施工人依照破产清算程序未受清偿的债权，当然有权要求发包人承担相应的清偿责任。在确认转包人工程款债务的前提下，由发包人在欠付转包人工程款范围内对实际施工人承担清偿责任。〕

案号：（2019）苏05民再92号
审理法院：江苏省苏州市中级人民法院

来源：《人民司法·案例》2020年第20期

5. 实际施工人是指无效合同情形下实际完成工程建设的主体，包括转包情形下的转包人、违法分包情形下的转包人、挂靠人等——国产实业（苏州）新兴建材有限公司与沈某标、江苏中苑建设集团有限公司、太仓德丰城乡一体化建设发展有限公司建设工程施工合同纠纷案

案例要旨：实际施工人是指无效合同情形下实际完成工程建设的主体，具体包括转包情形下的转包人、违法分包情形下的转包人、挂靠人三种情形。实际施工人可以依据最高人民法院《建设工程施工合同司法解释》〔现参见《建设工程施工合同司法解释（一）》〕向发包人主张权利，发包人仅在欠付工程价款范围内向实际施工人承担责任。

案号：（2019）陕01民终10601号
审理法院：陕西省西安市中级人民法院

来源：《人民司法·案例》2020年第8期

6. 实际施工人突破合同相对性向发包人主张权利仍应以各自合同的相对性为基础——丰磊公司诉桂某胜执行异议之诉案

案例要旨：发包人在欠付工程款范围内对实际施工人承担付款责任的前提是，各方当事人已经依据合同相对方之间的合同完成了结算且均存在欠付款项。该合同相对性的突破是以肯定各自之间的合同相对性为基础的、有条件的突破。

案号：（2018）皖民申1524号
审理法院：安徽省高级人民法院
来源：《人民法院报》2018年12月6日第6版

7. 最终实际投入全部资金、材料和劳力进行工程施工的主体应认定为实际施工人——北京金翅鸟建筑装饰工程有限公司诉北京丽亚建筑装饰工程有限公司、王某中建设工程施工合同纠纷案

案例要旨：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主体。建设单位主张自己是实际施工人的，应承担举证责任，不能证明其独立完成涉案工程，并未最终投入全部资金、材料和劳力进行工程施工的，不应认定其为涉案工程的实际施工人。

案号：（2015）一中民终字第06842号
审理法院：北京市第一中级人民法院

来源：《民事二审再审改判案例诉讼过程与争点剖析》，北京市律师协会主编，法律出版社2017年版

8. 实际施工人以发包人为被告主张权利的，发包人在欠付工程款范围内承担直接付款责任——胡某信诉泰安志高锦绣房地产开发有限责任公司等建设工程施工合同纠纷案

案例要旨：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款范围内对实际施工人承担责任。〔现根据《建设工程施工合同司法解释（一）》第四十三条规定，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。〕

案号：（2017）鲁09民终1209号
审理法院：山东省泰安市中级人民法院

来源：泰安中院发布建设工程合同纠纷典型案例

二、司法观点

1. 关于借用资质的实际施工人可否直接向发包人提起诉讼的认定

从文义来看，《建设工程施工合同

司法解释（一）》第四十三条，只规定了转包、违法分包情形下实际施工人可以向发包人提起诉讼，并未规定借用有资质的建筑施工企业名义与他人签订建设工程施工合同（挂靠）的实际施工人。在2018年出台的《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（二）》（以下简称《建设工程施工合同司法解释（二）》）征求意见稿中，曾对转包、违法分包和挂靠两种形式分别作了规定。第二十四条是关于转包和违法分包情形下实际施工人起诉发包人的规定，第二十五条则规定了挂靠情形下实际施工人的权利救济，即：“发包人订立合同时明知实际施工人借用资质，实际施工人向发包人主张工程价款的，应予支持；实际施工人向出借资质的建筑施工企业主张工程价款的，出借资质的建筑施工企业在其收取的工程价款范围内承担责任。没有证据证明发包人订立合同时明知实际施工人借用建筑施工企业名义签订合同，实际施工人向发包人主张工程价款的，不予支持。”最终，因审判实践中争议大，该条款未被通过。

我们认为，本条第二款的规定原则上不适用于挂靠情形的实际施工人。挂靠是指单位与个人以其他有资质的施工单位的名义承揽工程的行为。转包和挂靠隐蔽性强，施工行为交叉，在现实中不易区分。一般挂靠发生在项目承揽前，即通过审查挂靠人是否参与工程项目投标、是否对订立合同有决定权、是否实际缴纳投标保证金及费用等方面认定是否属于挂靠。实际施工人借用有资质的建筑施工企业与发包人签订建设工程施工合同，实际包含两个法律行为：一是以虚假的意思表示实施的民事法律行为，即出借资质的建筑施工企业与发包人签订的建设工程施工合同；二是以虚假的意思表示实施的民事法律行为，即借用资质的实际施工人与发包人之间就建设工程施工合同之标的产生了实质性的建设工程施工合同关系。根据《中华人民共和国民法典》第一百四十六条“行为人与相对人以虚假的意思表示实施的民事法律行为无效。以虚假的意思表示实施的民事法律行为的效力，依照有关法律规定处理”，结合本解释第一条的规定，发包人在订立建设工程施工合同时知道或者应当知道实际施工人借用资质的，该建设工程施工合同无效。发包人与实际施工人事实上围绕订立、履行建设工程施工合同而形成一系列法律关系产生债法上的请求权。也就是说，在建设工程施工合同关系无效，但建设工程经竣工验收合格的情形下，实际施工人可直接向发包人请求参照合同关于工程价款的约定支付工程款。实践中还有一种情形，即发包人对实际施工人借用资质施工名义并不知情。考虑到转包行为和挂靠施工行为存在交叉，二者在现实中不易区分，根据《建筑工

程施工发包与承包违法行为认定查处管

理办法》第七条规定，有证据证明属于挂靠或者其他违法行为的，不认定为转包。当事人无法证明实际施工人与承包关系挂靠的，一般认定为转包，并依照本条之规定处理。

2. 实际施工人可以突破合同相对性向发包人主张权利

在转包和违法分包的情况下，存在三方当事人，两个法律关系。一是承包人与发包人之间的建设工程施工合同关系；二是承包人作为转包人或违法分包人与转包或者违法分包中的承包人之间的转包和违法分包关系。通常来说，合同具有相对性，实际施工人不能突破合同相对性向发包人主张权利。但是，实践中转包或违法分包的承包人即实际施工人向转包人、违法分包人主张权利往往在因多种原因（包括发包人原因或转包人、违法分包人自身原因）受阻，其权利不能及时实现，而实际施工人主张权利渠道不畅会导致建筑工人的工资不能得到及时发放。为了保护处于弱势地位的工人的权益，最高人民法院在2004年出台的《建设工程施工合同司法解释》中突破了合同相对性，规定了实际施工人可以直接向发包人主张权利。该解释第26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。”总的来说，该条司法解释对于保护建筑工人权利，解决曾经普遍存在的建筑行业拖欠农民工工资问题，发挥了十分重要的作用，在审判实践中取得了良好的法律效果和社会效果。但是，适用中也出现了一定的问题，主要是有的法院并未查明发包人欠付承包人的工程价款情况，直接判决发包人在欠付工程款范围内承担责任，导致执行中发包人向实际施工人承担责任的范围无法确定。为了解决这一问题，2018年出台的《建设工程施工合同司法解释（二）》对《建设工程施工合同司法解释》第二十六条的规定进行了修正。其中第二十四条规定：“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。”《建设工程施工合同司法解释（二）》第二十四条规定与《建设工程施工合同司法解释》第二十六条规定的不同之处在于：一是将“人民法院可以追加转包人或者违法分包人为本案当事人”改为“人民法院应当追加转包人或者违法分包人为本案第三人”；二是增加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的条款，即应当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。

审判实务中判决发包人对实际施工

人承担责任，要注意两个前提条件：一是实际施工人对转包人或违法分包人享有债权。该债权可能是因转包合同或者违法分包合同无效引起的折价补偿请求权，也可能是赔偿损失请求权。二是承包人完成的建设工程质量不合格，则承包人对发包人享有工程款请求权或折价补偿请求权，实际施工人也就不能向发包人主张权利。实际施工人除可依据上述司法解释规定突破合同相对性向发包人主张权利，还可以依据《中华人民共和国民法典》第五百三十五条第一款：“因债务人怠于行使其债权或者与该债权有关的从权利，影响债权人的到期债权实现的，债权人可以向人民法院请求以自己的名义代位行使债务人对相对人的权利，但是该权利专属于债务人自身的除外”，突破合同相对性向发包人主张权利。对此，《建设工程施工合同司法解释（二）》也有明确规定，该解释第二十五条规定：“实际施工人根据合同法第七十三条规定，以转包人或者违法分包人怠于向发包人履行到期债权或者与该债权有关的从权利，影响其到期债权实现，提起代位权诉讼的，人民法院应予支持。”〔现参见《建设工程施工合同司法解释（一）》第四十四条：实际施工人依据民法典第五百三十五条规定，以转包人或者违法分包人怠于向发包人履行到期债权或者与该债权有关的从权利，影响其到期债权实现，提起代位权诉讼的，人民法院应予支持。〕

依据上述法律和司法解释规定，实际施工人以行使代位权方式向发包人主张权利需要具备以下几个条件：

第一，实际施工人完成的建设工程质量合格。如果实际施工人完成的建设工程质量不合格，其对转包人、违法分包人就不享有合法债权，自然就不能行使代位权。

第二，转包人或违法分包人怠于向发包人履行其到期债权，对实际施工人造成损害。具体为：一是转包人或违法分包人对实际施工人的债务已经到期；二是转包人或违法分包人不向实际施工人履行该到期债务；三是转包人或违法分包人对发包人享有具有金钱给付内容的债权。该债权包括转包人、违法分包人对发包人享有的建设工程价款债权，也包括其他债权；四是转包人或违法分包人对发包人享有的具有金钱给付内容的债权已经到期。如果转包人或违法分包人对发包人的债权未到期，发包人以此为由提出抗辩，对抗实际施工人的代位权；五是转包人或违法分包人未以诉讼方式或者仲裁方式向发包人主张已到期的具有金钱给付内容的债权；六是转包人或违法分包人怠于向发包人主张已到期的具有金钱给付内容的债权，致使实际施工人的到期债权未能实现。

第三，转包人或违法分包人的债权不是专属于其自身的债权。

（法官）