

多层转包、多次分包、挂靠后再转包再分包中,实际施工人是谁?能否向发包人主张工程款及优先受偿权?

《最高人民法院关于审理建设工程合同纠纷案件适用法律问题的解释(一)》(法释〔2020〕25号)第四十三条是关于实际施工人保护的规定,根据该条规定,实际施工人可以向转包人、违法分包人主张权利,也可以向发包人主张权利,还规定了发包人承担工程价款的责任范围。

但是,什么是实际施工人?在多层转包、多次分包、挂靠后再转包、再分包中,应如何认定实际施工人?其权利受到了哪些限制?本文结合最高法院民一庭2021年第20次、第21次专业法官会议纪要及最高法院裁判观点进行梳理。

一、最高法院裁判观点

实际施工人是通过筹集资金、组织人员机械、支付农民工工资或劳务报酬等实际从事工程项目建设的主体,包括挂靠、转包、违法分包、肢解分包等情形下的自然人、法人或其他组织,有别于承包人、施工班组、农民工个体等。在层层转包、多次违法分包、挂靠后再次转包或违法分包等情形下,实际施工人仅指最后进场施工的民事主体。

工程承包流转中的仅为其中流转一环的转包人、违法分包人、挂靠人等不属于实际施工人,无权突破合同相对性越过其合同相对方向发包人主张工程款的权利。

《最高人民法院关于审理建设工程合同纠纷案件适用法律问题的解释(二)》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。”该规定只赋予了实际施工人能够突破合同相对性的权利,但是,工程多次流转环节中的有关人员或项目管理人员无权以自己名义独立起诉发包人。

观点来源:《凯维齐、六盘水盘南产业园区管理委员会建设工程合同纠纷再审审查与审判监督民事裁定书》,案号:(2021)最高法民申5114号,裁定日期:2021-09-16。

文书节选:本院认为二审认定凯维齐不是实际施工人并不缺乏事实和法律依据。实际施工人是通过筹集资金、组织人员机械、支付农民工工资或劳务报酬等实际从事工程项目建设的主体为实际施工人,包括挂靠、转包、违法分包、肢解分包等情形下的自然人、法人或其他组织,有别于承包人、施工班组、农民工个体等。在层层转包、多次违法分包、挂靠后再次转包或违法分包

等情形下,实际施工人仅指最后进场施工的民事主体,工程承包流转中的仅为其中流转一环的转包人、违法分包人、挂靠人等不属于实际施工人,无权突破合同相对性,越过其合同相对方向发包人主张工程款的权利。本案凯维齐作为委托人以重庆德感公司名义与盘南管委会在前期签订了数份案涉工程合同,结合《工程项目内部承包经营合同》内容,其与重庆德感公司形成了挂靠关系,但凯维齐又通过违法分包或肢解分包等方式将案涉工程交由他人实际施工。在2015年12月案涉项目引进贵州申安公司作为投资主体后,凯维齐并未再以重庆德感公司代理人身份参与合同签订。大量的另案诉讼生效法律文书表明案涉工程被重庆德感公司肢解分包或非法分包,存在着多位实际施工人,凯维齐主张其为唯一实际施工人缺乏事实依据,反而印证其实质上为案涉工程承包多次流转中的中间一环或其仅为重庆德感公司的项目管理人员。《最高人民法院关于审理建设工程合同纠纷案件适用法律问题的解释(二)》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。”该规定只赋予了实际施工人能够突破合同相对性的权利,工程多次流转环节中的有关人员或项目管理人员无权以自己名义独立起诉发包人。另外,凯维齐向本院提交的“新证据”银行流水并未显示款项往来主体,更无法证明款项直接用于案涉工程,故不能推翻二审裁定。

二、实际施工人的概念

“实际施工人”是指违法的专业工程分包或劳务作业分包合同的承包人、转包人、借用资质的施工人(挂靠施工人);如果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。

观点来源1:《安丘市华安建筑有限责任公司、王刚建设工程施工合同纠纷再审审查与审判监督民事裁定书》,案号:(2019)最高法民申126号,裁定日期:2019-03-29。

文书节选:根据《中华人民共和国合同法》第二百七十二条的规定,承包人禁止将工程分包给不具备相应资质条件的单位。根据《最高人民法院关于审理建设工程合同纠纷案件适用法律问题的解释》第一条第(二)项的规定,没有资质的实际施工人借用有资质的建筑施工企业名义进行施工,建设工程施工合同应认定为无效。而“实际施工人”是指违法的专业工程分包或劳务作业分包合同的承包人、转包人、借用资质的施工人(挂靠施工人);如果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。

二、重视鉴定范围的申请与辩论

原告在起诉状中认可的结算金额是固定值,未列入鉴定范围的可能是被法院认可的、不需要鉴定的部分,或不认可的、不支持鉴定的部分,而已列入鉴定范围的应当是法院认可的部分,只不过金额的多少有赖于鉴定意见的结论。

另外,当事人不要对鉴定机构能力抱有太大期待,在实践中,鉴定人往往存在以下问题:一是对于过于复杂的争议不愿意计算,例如:停窝工损失、人材机价格上涨损失等;二是鉴定人会根据自己的理解计算价格,例如:有的签证单发包人代表已经签字确认金额,只是没有加盖印章,但鉴定人可能会重新计算价格,而不是认定签证价格;三是鉴定人没有完全理解鉴定资料,例如:施工过程中有很多个版本的图纸,鉴定人在计算工程量时错用了图纸;四是鉴定人对工程量计算规则理解错误;五是鉴定人前期工作进度慢,待法院催告时乱编一稿;六是以鉴代审,直接对金额是否应当支付下结论。

因此,承包人在有可能情况下要尽量减少鉴定范围:对于通过现有证据能够证明金额的,可以不申请鉴定;对于现有证据无法确定金额的,一定要争取列入鉴定范围。

三、重视鉴定材料的提交

通常而言,需要承包人提供的鉴定材料包括以下类型:一是图纸内工程价款证据,图纸包括施工图、设计变更、竣工图,用施工图纸计算出工程量及对应的价款;二是调整价款证据,主要包括调差、法律法规变化引起的价格变动、认价;三是变更价款证据,主要包括设计变更、增加工程量、减少工程量、抢工费等,其中:变更计价分为工程变更计价和材料变更计价,抢工费则是实际抢工计划状态下成本与计划施工状态下成本的差;四是索赔价款证据,主要是发包人原因造成的工期延长给承

包人造成的损失,主要是停窝工损失、延后施工造成的成本价差损失,其中:停窝工损失包括开工前的停窝工损失,和开工后的停窝工损失;五是不可抗力价款证据,包括因不可抗力造成的直接损失、停窝工损失、停工期间的看管费用和清理费用;六是计日工证据,主要是对零星工作的计价,实践中因返工及协助指定分包的零星用工较多,所以承包人对零星用工的报价不宜过低;七是总包服务费证据,包括对发包人指定分包的总包服务费及对甲供材的总包服务费,要注意承包人收取总包服务费项下应尽的总承包服务,例如:垃圾清运。

四、重视鉴定启动时与鉴定人进行交底

承包人在鉴定启动时就要重视与鉴定人之间进行交底,交底内容主要包括以下三种:一是鉴定范围交底,否则存在鉴定范围被扩大或遗漏的风险;二是计价方式交底,与鉴定人沟通明确:发包人已确认价格的范围、合同约定范围内的工程量计价方式、工程变更计价方式、材料变更计价方式、停窝工损失计算方式、材料价格上涨损失计算方式等;三是计算工程量的资料交底,与鉴定人沟通明确:工程量计算规则、证明实际完成工程量的图纸范围、设计变更与鉴定图纸之间的关系、零星工程量体现方式等。

五、重视鉴定中的沟通

(一)与鉴定人沟通

在司法鉴定中,承包人应持续与鉴定人进行沟通,以尽量确保鉴定工作在可控范围内推进,当发现鉴定出现偏差,需要及时通过沟通解决问题。

与鉴定人沟通除了纠偏之外,最重要的作用是:确保工程量计算不吃亏。司法鉴定很多问题都可以通过提供新证据、合同依据和计量规范来解决,但是工程量计算除外。对于鉴定人计算的工程量,在质证阶段当事人几乎没有任

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价款范围内承担责任。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价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。

四、借用资质的实际施工人,在特定条件下,有权请求发包人参照合同关于工程价款的约定折价补偿

虽然有权请求发包人在欠付工程价款范围内承担责任的实际施工人不包括借用资质的实际施工人,但是,借用资质的实际施工人与发包人形成了事实上的建设工程施工合同关系,且工程经验收合格的,其有权请求发包人参照合同关于工程价款的约定折价补偿。

观点来源:《最高人民法院民事审判第一庭2021年第20次专业法官会议纪要》

文书节选: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。

□孙玉军

何办法提出合理质疑,即使有质疑,也没有办法用证据证明鉴定人计算错误。因此,承包人应在鉴定过程中跟踪鉴定人计量阶段性结果,以确保工程量计算在可接受范畴之内,切不可鉴定初稿出来之后再核对工程量。

一方面,承包人要善于利用规范性主张权利。对造价鉴定进行规制的规范性文件很少,目前承包人能用的只有《建设工程造价鉴定规范》(GB/T-51262-2017)(需要注意该规范是推荐性规范而非强制性规范),可以利用该规范在鉴定过程中主张权利,例如:法院组织现场勘查,工程量计算的每一阶段要先和当事人核对、听取当事人意见后才能进行下一阶段计算等,但是如果在质证阶段利用该规范证明鉴定程序错误,则大多不会被法院接受。

另一方面,要善于引导鉴定人对鉴定的无争议部分和争议部分进行分类和计算。鉴定意见往往会把鉴定金额分为无争议部分和争议部分,但是该分类并没有明确标准,大多数情况下都是以鉴定人主观判断为准,即:鉴定人认为应当支付承包人的,列入无争议项;鉴定人认为不应当支付承包人的,列入争议项,最终由法院裁判。实践中,鉴定人在司法鉴定中往往会不知不觉地犯两种错误:一种是自己当成法官,另一种是自己当成发包人委托的结算审计单位。这两种错误对承包人都是不利的,所以承包人要在沟通中强化鉴定人的角色意识——鉴定人只负责计算金额,而是否支持该金额是法院的工作范畴,只要承包人已实际施工或出现实际损失,鉴定人都应当计算金额,而对于无法确定的是否应当支付给承包人的价款,则可以列入争议项。

(二)与法官沟通

当鉴定出现偏差,且鉴定人不接受承包人的合理意见时,承包人可以通过

【法条参考】《中华人民共和国民法典》第七百九十三条 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。

建设工程施工合同无效,且建设工程经验收不合格的,按照以下情形处理:

(一)修复后的建设工程经验收合格的,发包人可以请求承包人承担修复费用;

(二)修复后的建设工程经验收不合格的,承包人无权请求参照合同关于工程价款的约定折价补偿。

发包人对因建设工程不合格造成的损失有过错的,应当承担相应的责任。

五、实际施工人不享有建设工程价款优先受偿权

观点来源:《最高人民法院民事审判第一庭2021年第21次专业法官会议纪要》

文书节选: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。

【法条参考】《中华人民共和国民法典》

第八百零七条 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合同纠纷案件适用法律问题的解释(一)》

第三十五条 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。

六、本文小结

1.“实际施工人”是指违法的专业工程分包、劳务作业分包合同的承包人、转包人、借用资质的施工人或挂靠施工人。

2.在多层转包、多次分包、借用资质(挂靠)后再转包、再分包的关系中,实际施工人仅指最后进场施工、最终投入并组织资金、材料、劳力、机械、支付劳务费的实际从事工程项目建设的法人、非法人企业、个人合伙、包工头等民事主体;其可以是可以是挂靠、转包、违法分包、肢解分包等情形下的自然人、法人或其他组织,但不应包括(1)仅系名义上的承包人、转包人、挂靠人;(2)施工班组;(3)农民工个体;(4)仅为工程承包流转中的一环的转包人、违法分包人、挂靠人、项目管理人员等。

3.在多层转包、多次分包、借用资质(挂靠)后再转包、再分包的关系中,实际施工人可能不止一个,有可能存在多位实际施工人。

4.实际施工人可以突破合同相对性原则,直接请求发包人在欠付工程价款范围内承担责任;但是,借用资质、多层转包、多次违法分包、挂靠后再转包、再违法分包的实际施工人无权直接请求发包人在欠付工程价款范围内承担责任。

5.借用资质的实际施工人虽然无权直接请求发包人在欠付工程价款范围内承担责任,但是,如果其与发包人形成了事实上的建设工程施工合同关系,且工程经验收合格,其有权请求发包人参照合同关于工程价款的约定折价补偿。(注意此情形仅包括借用资质的实际施工人,并不包括多层转包、多次违法分包、挂靠后再转包、再违法分包的实际施工人)

6.根据《民法典》第八百零七条规定、《建工解释一》第三十五条的规定,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,因此,任何情形下,实际施工人均不享有建设工程价款优先受偿权。

(山东高法)

工程造价司法鉴定中法务应当关注的重点问题

随着房地产行业整体下行,大量开发企业无力支付工程款,进而催生大量建设工程诉讼案件。这些诉讼案件的共同特点是当事人调解意愿低,不得不通过司法鉴定确定结算价款。因此,笔者根据多年工作经验,总结以下工程造价司法鉴定中法务应当重点关注的事项。

一、并非所有未结算案件都只能通过造价鉴定确定结算金额

案件处理无非“公平”和“效率”两个方面。根据笔者个人经验,法官更注重公平,而仲裁员更注重效率。为了追求公平,则进行造价鉴定;为了追求效率,则能不鉴定的尽量不鉴定。但是,随着大量的诉讼案件涌入法院,法官工作压力增大,也有不少法官在审理案件时对于司法鉴定不是特别需要的案件也不进行司法鉴定,而是通过当事人证据的证明力大小判断事实。

因此,当事人要降低通过造价鉴定确定结算金额的期望值,先准备能够具备一定证明力的证据再起诉,诉讼中通过对法官态度倾向性的判断,逐步实现少鉴定、不鉴定的目标。实践中,有可能少鉴定或不鉴定的案件主要包括以下四种:一是起诉发包人的案件,而发包人已经“躺平”,甚至破产;二是起诉分包人的案件;三是仲裁案件;四是审判人员有可能不同意鉴定的案件。

那么,如何在诉前准备好结算证据呢?笔者建议承包人可以在诉前委托有资质的咨询公司出具咨询意见并作为证据提供。关于诉前一方便委托咨询公司出具的咨询报告证明力,根据《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第四十一条规定:“对于一方当事人就专门性问题自行委托有关机构或者人员出具的意见,另一方当事人有证据或者理由足以反驳并申请鉴定的,人民法院应予准许。”对方当事人要求申请鉴定的,需要提供足以反驳该咨询意见的证据或理由。

随着房地产行业整体下行,大量开发企业无力支付工程款,进而催生大量建设工程诉讼案件。这些诉讼案件的共同特点是当事人调解意愿低,不得不通过司法鉴定确定结算价款。因此,笔者根据多年工作经验,总结以下工程造价司法鉴定中法务应当重点关注的事项。

一、并非所有未结算案件都只能通过造价鉴定确定结算金额

案件处理无非“公平”和“效率”两个方面。根据笔者个人经验,法官更注重公平,而仲裁员更注重效率。为了追求公平,则进行造价鉴定;为了追求效率,则能不鉴定的尽量不鉴定。但是,随着大量的诉讼案件涌入法院,法官工作压力增大,也有不少法官在审理案件时对于司法鉴定不是特别需要的案件也不进行司法鉴定,而是通过当事人证据的证明力大小判断事实。

因此,当事人要降低通过造价鉴定确定结算金额的期望值,先准备能够具备一定证明力的证据再起诉,诉讼中通过对法官态度倾向性的判断,逐步实现少鉴定、不鉴定的目标。实践中,有可能少鉴定或不鉴定的案件主要包括以下四种:一是起诉发包人的案件,而发包人已经“躺平”,甚至破产;二是起诉分包人的案件;三是仲裁案件;四是审判人员有可能不同意鉴定的案件。

那么,如何在诉前准备好结算证据呢?笔者建议承包人可以在诉前委托有资质的咨询公司出具咨询意见并作为证据提供。关于诉前一方便委托咨询公司出具的咨询报告证明力,根据《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第四十一条规定:“对于一方当事人就专门性问题自行委托有关机构或者人员出具的意见,另一方当事人有证据或者理由足以反驳并申请鉴定的,人民法院应予准许。”对方当事人要求申请鉴定的,需要提供足以反驳该咨询意见的证据或理由。

规则不认可的,应当向法庭举证证明鉴定意见违反了哪一条工程量计算的原则或规定;对单价不认可的,应当向法庭提供合同工程量清单价格,并说明该子项正确的价格;对鉴定人在计量计价时未按照合同或签证单内容计算的,承包人应尽量在鉴定初稿出具之前解决该问题或请法官解决该问题,尽量避免鉴定意见中的数量、单价与发包人工作人员已签认的数量、单价之间发生偏差。

(二)申请重新鉴定

根据《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第四十条规定,存在鉴定人不具备相应资格的、鉴定程序严重违法的、鉴定意见明显依据不足的、鉴定意见不能作为证据使用的其他情形的,当事人申请重新鉴定,法院应当准许。重新鉴定的,原鉴定意见不得作为认定案件事实的根据。

作者单位:国浩律师(上海)事务所

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