

# EPC工程总承包推行过程中的难点问题

——基于实际案例的思考

□顾东林

2021年5月10日广东省人民政府办公厅印发了《广东省促进建筑业高质量发展若干措施的通知》(粤府办〔2021〕11号),规定政府和国有资金投资项目带头推行工程总承包,各地级以上市要明确每年不少于20%的政府和国有资金投资项目实施工程总承包……装配式建筑原则上采用工程总承包。而事实上推行了一年以后,我了解到的情况是,目前EPC工程总承包推行的速度和比例远未达到这个预期。从下面的案例可以看出,目前EPC工程总承包推行中存在的一些难点问题,因为纠纷的产生也是现实的反映。

我选了四个比较典型的案件。案例一:EPC工程总承包招投标纠纷;案例二:EPC工程总承包履行纠纷;案例三:EPC工程总承包合同纠纷;案例四:EPC工程总承包联合体纠纷。最后总结,到底难点在哪里?

大家都知道,EPC工程总承包优点是设计、采购、施工配套,外部接口少(便于施工)、业主管理成本低。刚才崔军老师讲的,我们“一带一路”项目当中EPC工程总承包占第一位,占到77%多。EPC工程总承包缺点就是,总价包干,高金额、高风险、高损失。

**案例一:EPC工程总承包招投标纠纷**  
某招标单位在招标时给出一个《设计任务书》(产品质量技术要求),投标人根据招标人公布的《投标总价》《投标报价汇总表》《规费税金报价表》《安全文明施工措施费报价表》《施工工程按建筑面积计量报价表》《施工工程按项包干报价表》《施工工程按实际量报价表》等表格进行报价。报价有的是按项包干,有的是综合单价包干,其他商务标书(估算工程量计算书、主要工程量的单价组成分析表)未规定格式,由投标人自行编制。总这个项目采用EPC工程总承包模式招标,其投标报价与传统的施工投标报价不一样。

后来某承包人以一个合理的总价中标了,但是在清标阶段招标人发现其《施工工程按建筑面积计量报价表》中某一项项综合单价前后不一致,相差较大。招标人遂通过澄清会议纪要的方式,要求某承包人将该子项价差作为“虚高价格”予以扣除,承包人为了中标被迫同意,项目合同也约定“虚高价格”今后在结算时扣减。

项目完工后,承包人认为亏损严重,招标人不应再扣减“虚高价格”。协商未果后,承包人诉至法院,要求确认项目合同中有关扣减“虚高价格”的约定无效。

最后法院判决驳回承包人的诉讼请求,其理由是:原告的某一项报价明显超出市场价,原告也确认是误报,对于明显的笔误双方在澄清会议纪要中予以更正,并确认了在总工程款中予以扣除。另双方在后签订的项目承包合同中再次予以明确。双方的上述行为并不违反法律规定。

**案例二:EPC工程总承包履行纠纷**  
第二个案例是一个填海项目纠纷,也是采用EPC工程总承包模式招标发包。招标人在刚取得用海预审意见就开始招投标,招投标之后签合同投标人马上就进场进行勘察设计和施工准备工作。但是因为没有取得最终的用海许可证,项目随即被有关部门责令停工了。等到拿到用海许可证后,时间过去了3年多,期间建筑材料大幅度上涨,其中海砂价格上涨了3倍多。

承包人要求材料调差,但项目合同专用条款约定,由于发包人原因引起的暂停工作造成工期延误的,承包人有权要求发包人延长工期,但不得要求增加费用;在合同履行期间,随着人工和(或)材料费或影响工程施工成本的任何其他事项的价格涨落而引起费用增减时,合同价款不会因此而调整。发价人以合同是EPC工程总承包合同,总价包干,无法调整为由,不同意给与材料调差。最后只有诉至法院。

法院经审理后认为:当事人的合同约定义务可分为第一次给付义务与第二次给付义务,第一次给付义务是指债之关系上原有的义务,第二次给付义务是因债务不履行而发生之损害赔偿义务。原告要求被告履行第一次给付义务,没有要求承担责任,故本案无适用免责空间。被告之所以应当承担涉案增加的费用,是因为满足合同约定条件所应当支付的合同价款,并非违

约所应承担的责任。意思就是说,发价人用海报建手续办了3年多时间,材料价格上涨了,这是你发价人本身的原因引起。法官没有对EPC模式进行论述,也没有说EPC模式下双方应承担什么责任。他不论述这个。

**案例三:EPC工程总承包结算纠纷**  
这个案件涉及污水管网改造工程。工程采用EPC模式招标发包,竣工验收完成后,在结算审计阶段产生争议。合同各方在结算表上进行了签字盖章,发价人将盖章的结算资料送交了审计部门,但审计部门对各方结算不予认可,认为他们一直以来是按照工程量清单进行审计,对招标总价不予认可,通知承包人补充提交总价范围内的工程资料。承包人认为,承包总价是经过招投标程序确定的,总价范围内的工程量价如未发生变更,审计部门应予认可,而不应再要求承包人补充提交资料,有些资料施工过程中没有编制,也没有办法补充提交。各方为此僵持了好长一段时间,承包人不会轻易起诉发价人,发价人属于政府部门更不可能起诉审计部门。

后来经过多次沟通,审计部门默认发价人双方签订补充协议,按实进行结算。这样在结算阶段就把EPC总价包干模式给推翻了。当然,按实结算还涉及到计价规范定额选用、取费标准、信息价、下浮率、土方优惠费用以及其它费用这些具体规定和争议。如此处理,不知道是发价人吃亏还是承包人吃亏。

**案例四:EPC工程总承包联合体纠纷**  
发价人在完成方案设计后采用EPC模式对一个住宅项目进行招标发包,招标文件有一条专门约定:“发价人可根据实际情况进行调整,投标人不得以建筑形式、设计深度、技术标准、规范、规程等方面因素拒绝执行。”一个设计单位和一个施工单位(牵头人)组成联合体参与投标并中标该项目。

中标后,设计单位和施工单位内部签订了一份合作协议,约定除了归属设计单位的权益(主要是设计费)外,其它权益都

归牵头人施工单位所有。同时,协议还约定通过深化设计,降本增效后,设计单位可以按建安费用总额的2.5%从发价人支付的款项中另行计提深化设计费用。

后来项目做亏了,联合体内部起了纠纷,施工单位向设计单位支付了部分深化设计费用后,未再继续按已收取的建安费用的2.5%支付深化设计费用。施工单位认为,该项目不但“通过深化设计实现降本增效”的目的没有达成,反而设计单位在设计过程中命命于发价人的要求,有些设计增加了施工难度和施工成本,因为双方争议的深化设计费用金额较大,无法通过协商解决,设计单位于是向法院提起了诉讼,诉请法院判令施工单位就已收取的建安费用按比例支付深化设计费用。

因为合作协议对深化设计约定比较笼统,缺乏参照物,哪些设计内容是设计单位本身在设计过程中需要优化的(比如桩基选型),哪些不属于双方约定的深化设计范畴,没有讲清楚,导致纠纷。设计单位将过往邮件一股脑儿地提交给法庭,说这能证明设计单位进行了深化设计,那也能证明设计单位进行了深化设计。法官一看这些邮件也就罢了。

最后法院认为:《单位(子单位)工程质量验收报告》证实主体工程已竣工验收,同时设计单位亦提交了部分电子沟通文件,证实设计单位在施工过程中有提供相应的设计服务。施工单位没有提交证据证实主体工程前就深化设计工作提出异议,无法证实设计单位在施工中未能提供深化设计服务。遂判决支持了设计公司的诉讼请求。一审判决后,施工单位提起了上诉。

**EPC总承包推行中的难点问题。**  
第一个问题是,立法滞后。《建筑法》、《招标投标法》和《建设工程质量管理条例》只针对传统的勘察、设计、施工和管理等分别做出了规定,而没有对新推行的EPC工程总承包模式作出规定。导致目前全国上下主要依靠政府文件在推行EPC工程总承包模式,并且侧重点各不相同。

# 挂靠施工中建设工程施工合同效力及实际施工人工程款请求权问题研究

□常会涛 张义琳

《中华人民共和国建筑法》(2019年修正)第十三条严格限制了建筑施工企业从业资格,对于建筑施工企业,其在取得相应等级资质证书后,方可在其资质等级许可范围内从事建筑活动。但受企业规模、专业技术、人员配备、设施设备等客观因素影响,有大量企业并不能满足相应资质等级要求,在建筑市场企业或个人借用有资质的建筑施工企业名义对外承揽工程的现象仍较为常见。

《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)》(法释〔2020〕25号)以下简称《建工解释一》(法释〔2020〕25号)以下简称《建工解释》)第四条第二款规定,“承包人具有下列情形之一,发包人请求其与转包人或者违法分包人承担连带责任的,人民法院应予支持:……(三)借用资质承揽工程的,但具备下列情形之一的除外:……(一)借用资质承揽工程的实际施工人突破合同相对性,直接向发包人主张工程款的权利,但于挂靠施工中的实际施工人能否依据该规定主张工程款,却并未作出明确说明。挂靠施工中的实际施工人在完成项目施工后如何实现对自身权利的救济,成为该类施工人最为关注的问题。本文拟结合相关司法裁判观点及笔者办案经验,重点探讨挂靠施工中建设工程施工合同的效力认定问题以及实际施工人工程款请求权实现路径。

**挂靠关系的法律认定**  
借用资质签订建设工程施工合同,实质上是缺乏相应资质的单位或个人借用有资质的建筑施工企业名义承揽工程的行为,实践中一般视借用资质行为为一种挂靠行为。在挂靠施工中主要涉及三方主体和三种法律关系,三方主体即发价人、被挂靠人(承包人)和挂靠人(实际施工人)。三种法律关系即挂靠人与被挂靠人之间的挂靠合同关系;发价人与被挂靠人之间的建设工程施工合同关系;发价人、挂靠人与被挂靠人之间的借用资质关系。

**(一)挂靠施工的主要表现形式**  
根据住房和城乡建设部《建筑工程施工发包与承包违法行为认定查处管理办法》(建市规〔2019〕1号)(以下简称《管理办法》)(建市规〔2019〕1号)第八条、第十条之规定,挂靠行为主要表现为以下几种形式:(一)没有资质的单位或个人借用其他施工单位的资质承揽工程的;(二)有资质的施工单位相互借用资质承揽工程的,包括资质等级低的借用资质等级高的,资质等级高的借用资质等级低的,相同资质等级相互借用的;(三)存在下列情形,且有证据证明属于挂靠的:①施工总承包单位或专业承包单位未派驻项目负责人、技术负责人、质量管理负责人、安全管理负责人等主要管理人员,或派驻的项目负责人、技术负责人、质量管理负责人、安全管理负责人中一人及以上与施工单位没有订立劳动合同且没有建立劳动关系和社会养老保险关系,或派驻的项目负责人未对该工程的施工活动进行组织管理,又不能进行合理解释并提供相应证明的;②合同约定由承包单位负责采购的主要建筑材料、构配件及设备或租赁的施工机械设备的,由其他单位或个人采购、租赁,或施工单位不能提供有关采购、租赁合同及发票等证明,又不能进行合理解释并提供相应证明的;③专业作业承包人承包的范

围是承包单位承包的全部工程,专业作业承包人计取的是除上缴给承包单位“管理费”之外的全部工程价款的;④承包单位通过采取合作、联营、个人承包等形式或名义,直接或变相将其承包的全部工程转给其他单位或个人施工的;⑤专业工程的发包单位不是该工程的施工总承包或专业承包单位的,但建设单位依约作为发价单位的除外;⑥专业作业的发包单位不是该工程承包单位的。

**(二)挂靠关系的认定**  
挂靠施工行为与转包行为存在一定交叉,实践中借用资质的实际施工人通常会以转包形式开展相关工作,在认定挂靠关系或转包关系时应有所辨别。笔者认为,挂靠关系中挂靠人与被挂靠企业在工程总承包合同签订前,便已形成借用资质的意思表示,挂靠人通常会参与工程投标、磋商、合同签订等前期活动,甚至以承包人委托代理人身份签订建设工程施工合同。而在转包中的实际施工人一般不参与工程投标、磋商等工作,相关工作通常由转包人独立完成,承包人承接到工程后再将工程的权利义务转移给实际施工人,实际施工人承接工程的意愿一般是在总承包合同签订之后。挂靠与转包表现形式多样,有证据证明属于挂靠或其他违法行为的,不认定为转包;在无证据证明实际施工人与承包人系挂靠关系的,可认定为转包。在对两者进行区分时,应抓住其核心特征,以便于诉讼中对各主体相关责任作出准确认定。

**挂靠施工情形中建设工程施工合同效力的认定**  
挂靠施工中建设工程施工合同效力的认定对于挂靠施工人工程款请求权的实现路径具有重大影响。关于挂靠施工中的建设工程施工合同的效力认定问题,实践中主要有两种不同观点。一种观点认为,只要存在挂靠关系,没有建设工程施工资质的单位或者个人借用有资质的建筑企业签订建设工程施工合同的,合同一律无效。另一种观点认为,在认定建设工程施工合同效力时不能一概而论,应根据发价人是否善意,在签订时是否明知挂靠事实而综合判断。发价人善意的,不能仅因存在挂靠关系就认定发价人与有资质的建筑企业签订的建设工程施工合同无效。挂靠施工行为具有极强的隐蔽性,各方主体为了逃避监管,通常不会主动承认挂靠事实。挂靠施工行为与转包行为存在一定交叉,两者通常不易区分,对于前述挂靠关系认定中的第三类情形,如果没有证据证明属于挂靠或者其他违法行为的,一般可按照转包关系处理,因而对于挂靠施工情形中相关合同效力的认定需谨慎为之,应区别对待挂靠人与被挂靠人所签订挂靠合同(常见形式如“内部承包协议”“工程分包合同”“联营合同”等,以下简称“挂靠合同”)的效力以及发价人与被挂靠人之间所形成的建设工程施工合同的效力,避免不论发价人是否明知挂靠行为存在,即一律认定建设工程施工合同均属无效。

《中华人民共和国民法典》以下简称《民法典》)第一百四十三条规定了民事法律行为的一般生效要件,即签订合同的行为人具有相应的民事行为能力,行为意思表示真实,且不违反法律、行政法规的强制性规定,不违背公序良俗。欠缺其中任一要件,则民事法律行为自始无效。对于挂靠人与被挂靠人之间形成的挂靠合同关系,其因违反法律的效力性强制性规定,而应认定为无效。对发价人与被挂靠人之间签订的建设工程施工合同效力进行认定时,则应注意有所区分。

**1.发价人不知挂靠事实**  
对发价人而言,其与被挂靠人签订建设工程施工合同时,如对挂靠事实并不知晓,则其有理由相信承包人即为被挂靠人,此时发价人与被挂靠人签订建设工程合同即为发价人的真实意思表示;对于被挂靠人而言,如果其在签订合同前即与被挂靠人之间形成挂靠合意,其签订合同仅为出借资质而不负责工程事宜,则被挂靠人在签订合同时保留了其真实意思表示,该行为属于善意保留。关于善意保留行为的效力问题,学理界经历了从主观主义到客观主义再到主观主义与客观主义相结合的发展过程。在发价人不知道挂靠事实情况下,基于保护交易安全和相对人利益考量,应采用客观主义,依据被挂靠人的表示行为作为认定,在无证据证明实际发价人与被挂靠人系挂靠关系的,可认定为转包。在对两者进行区分时,应抓住其核心特征,以便于诉讼中对各主体相关责任作出准确认定。

**2.发价人知晓挂靠事实**  
如发价人在签订建设工程施工合同时知晓挂靠事实,此时发价人将工程发包给被挂靠人并与之签订建设工程施工合同并非发价人真实意思表示,被挂靠人的表示行为也与其真实意思不符,此时发价人与被挂靠人之间签订的建设工程施工合同属于通谋虚伪意思表示,根据《民法典》第一百四十六条第一款“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”之规定,应当认定双方签订的建设工程施工合同无效。同时,因发价人与被挂靠人之间签订的建设工程施工合同属于挂靠人借用有资质的建筑施工企业名义与发价人签订的合同,根据《建工解释一》(法释〔2020〕25号)第一条第二项之规定,亦可认定该建设工程施工合同无效。

**挂靠施工与实际施工人工程款请求权行使路径**  
《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)》(征求意见稿)第二十五条曾对挂靠情形下实际施工人权利救济做出过规定。该草案第二十五条规定:“发价人订立合同时明知实际施工人借用资质,实际施工人向发价人主张工程价款的,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。没有证据证明发价人订立合同时明知实际施工人借用资质承揽企业名义签订合同的,实际施工人向发价人主张工程价款的,不予支持。”但因审判实践中争议较大,该条款最终未获通过。

《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)》(法释〔2018〕20号)以下简称《建工解释二》(法释〔2018〕20号)颁布后,关于《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》(法释〔2004〕14号)(以下简称《建工解释》)法释〔2004〕14号)第二十六、《建工解释二》(法释〔2018〕20号)第二十四条规定的实际施工人是否包含挂靠施工情形下的实际施工人,在最高人民法院作出的相关裁判文书中并未形成统一认识。有裁判观点认为,《建工解释》(法释〔2004〕14号)第二十六条第二款中所述的“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、转包人、借用资质的施工人(挂靠施工人)(《2020最高法民申715号》);也有裁判观点认为,挂靠人缺乏独立性,故不存在突破合同相对性问题,应与另外两种情形(转包和违法分包)的实际施工人以自己名义进行施工不同,上述两条司法解释(《建工解释》)(法释〔2004〕14号)第二十六条第二款、《建工解释二》(法释〔2018〕20号)第二十四条,并不适用于借用他人资质的实际施工人(《2020最高法民申1814号》)。

2020年12月29日,最高人民法院颁布《建工解释一》(法释〔2020〕25号),该解释第四十三条“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。实际施工人以发价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,在查明发价人欠付转包人或者违法分包人建设工程价款的数额后,判决发价人在欠付建设工程价款范围内对实际施工人承担责任。”对原司法解释进行了技术性整合,并未做实质修改。为进一步明确司法解释适用范围,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指出:“可以依据《建工解释一》(法释〔2020〕25号)第四十三条的规定突破合同相对性原则请求发价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。”既然挂靠施工中的实际施工人不能依据《建工解释一》(法释〔2020〕25号)第四十三条向发价人主张工程价款,那么是否意味着借用资质的实际施工人在履行了相关建设工程施工义务后不能请求发价人支付工程款?事实并非如此,只是借用资质的实际施工人请求发价人支付工程款的请求权基础受建设工程施工合同效力影响,会有所不同。

人民法院在审理合同纠纷案件过程中,需依职权审查合同是否存在无效事由,因而在挂靠施工中,关于建设工程施

工合同效力的认定,将对实际施工人工程款请求权实现路径产生重要影响。挂靠施工中各主体所需承担的法律責任以及面临的法律风险受合同效力影响而不尽一致,在处理相关纠纷时应审慎为之。

**(一)发价人在订立建设工程施工合同时不知道或者应当知道实际施工人借用资质**

发价人在订立建设工程施工合同时知道或应当知道实际施工人借用有资质的建筑施工企业名义与之签订建设工程施工合同,则发价人与被挂靠人之间签订的施工合同属于通谋虚伪意思表示,该合同因违反法律强制性规定而无效。在此情形下,发价人与借用资质的实际施工人之间实质上形成了事实上的建设工程施工合同关系,事实上的建设工程施工合同因违反法律的强制性规定亦无效。在完成工程施工且工程质量合格的情况下,实际施工人可依据《民法典》第七百九十三条第一款“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。”之规定,请求发价人参照合同关于工程价款的约定折价补偿。

**(二)发价人在订立建设工程施工合同时不知道实际施工人借用资质**  
在订立建设工程施工合同时,如果发价人不知道挂靠事实,则其有理由相信合同相对方就是真实承包人,应优先保护善意相对人的利益,认定该施工合同有效,该建设工程施工合同直接约束发价人和承包人。在现有证据不能证明相关行为属于挂靠或其他违法行为的,三方主体之间的法律关系可以按照转包关系处理。此时实际施工人可以依据《建工解释一》(法释〔2020〕25号)第四十三条“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。实际施工人以发价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,在查明发价人欠付转包人或者违法分包人建设工程价款的数额后,判决发价人在欠付建设工程价款范围内对实际施工人承担责任。”之规定,突破合同相对性请求发价人在欠付工程款范围内承担责任。

上述两种情形中,虽然实际施工人均能通过诉讼方式向发价人主张工程款,但其所依据的请求权基础却并不相同。在实践中有时基于合同约定或者管理需要,发价人会直接将工程款支付至被挂靠人的账户,如果建设工程施工合同被认定为无效,且被挂靠方没有获得工程款或已将获取的工程款支付至实际施工人时,则挂靠人将无法通过请求发价人与被挂靠人一并承担责任的实现,确保其折价补偿款能够充分得以实现,被挂靠人亦可据此提出不承担责任的抗辩。此外,在建设工程施工合同有效的情况下,被挂靠人可以以自己名义向发价人索要工程价款,而无需取得挂靠人的授权,此时如果挂靠人因不知情而未参与到诉讼中,则其自身债权的实现亦可能面临不可预知的风险。

人民法院在审理合同纠纷案件过程中,需依职权审查合同是否存在无效事由,因而在挂靠施工中,关于建设工程施

工合同效力的认定,将对实际施工人工程款请求权实现路径产生重要影响。挂靠施工中各主体所需承担的法律責任以及面临的法律风险受合同效力影响而不尽一致,在处理相关纠纷时应审慎为之。

**第二个问题是,适用范围**

到底哪些项目适合采用EPC工程总承包模式并不明确。住建部《房屋和市政项目工程总承包管理办法》(建市规〔2019〕12号)第六条规定,建设内容明确、技术方案成熟的项目,适宜采用工程总承包方式。深圳市住建局《关于进一步完善建设工程招投标制度的若干措施》(深建规〔2020〕1号)规定,招标人应当谨慎采用基于概算下浮率的方式竞价,可以采用总价包干、单位经济指标包干等计价方式,并应当在招标文件中明确引导合理价格的工程定价方法和结算原则。现在有的招标人因为自身专业能力强,为了控制造价不突破,将单价写得死,比如一个开关多少钱、一个插座多少钱。这样写死以后EPC发挥的空间就没有了,因为推行EPC的目的就是要实现设计施工一体化。如果采购材料限定在指定的品牌库里,品牌库之外的不能用,那还怎么优化?

**第三个问题:EPC工程总承包发包节点**

现实中,采用EPC工程总承包模式发包的时间节点不一。有的从预可研开始,有的从可研开始,有的从方案设计开始,有的初步设计从开始,因为发包环节太靠前,容易引发纠纷,就如前述第二个案例。住建部《房屋和市政项目工程总承包管理办法》(建市规〔2019〕12号)第七条规定,采用工程总承包方式的政府投资项目,原则上应当在初步设计审批完成后进行工程总承包项目建设。深圳市住建局《关于进一步完善建设工程招投标制度的若干措施》(深建规〔2020〕1号)第二十一条规定,设计一采购一施工总承包(EPC)项目公开招标,可以实现择优和合理价格。其中第一阶段,投标人按照招标文件要求提交设计(技术)方案,招标人优选不少于3个人入围设计(技术)方案;第二阶段,由第一阶段入围设计(技术)方案投标人在此基础上按要求提交初步设计成果文件并报价,招标人优选中标人。

初步设计完成后采用EPC工程总承包模式发包招投包,并非通常所说的EPC工程总承包模式,而是“施工图设计+

# 挂靠施工中实际施工人代位权诉讼路径初探

《建工解释一》(法释〔2020〕25号)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价人行使到期债权或者与该债权人约定由发价人履行,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。”将实际施工人对发价人的请求权引入到代位权诉讼的法律框架内,该条款沿袭《建工解释二》(法释〔2018〕20号)第二十五条的规定,但仍只明确了转包或者违法分包情形下的实际施工人可以提起代位权诉讼,而对于挂靠施工中实际施工人能否提起代位权诉讼在审判实践中仍存在较大争议。通过对裁判文书相关观点梳理,实务中主要有两种意见。一种观点认为:从文义解释来看,《建工解释一》(法释〔2020〕25号)第四十四条并未明确禁止挂靠施工情形下的实际施工人行使代位权诉讼的主体之一,对该条款的理解不应扩大解释,故挂靠施工情形下的实际施工人主张代位权缺乏明确的法律依据。另一种观点则认为,《建工解释一》(法释〔2020〕25号)第四十四条并未明确禁止挂靠施工情形下的实际施工人行使代位权诉讼的权利,故挂靠情形下的实际施工人依据《民法典》关于代位权诉讼的相关规定来主张权利,不存在法律上的障碍。

针对上述问题,山东高院民一庭《关于审理建设工程施工合同纠纷案件若干问题的解答》第五条曾作出规定:“借用资质的施工人直接向发价人主张工程款,如何处理?通常情况下,借用资质的施工人只有在出借资质人怠于履行权利时,才能提起代位权诉讼。但发价人明知借用资质事实存在的,借用资质的施工人可以直接向发价人主张权利。”笔者认为《建工解释一》(法释〔2020〕25号)第四十四条赋予实际施工人突破合同相对性向发价人主张权利,通过引入代位权制度为实际施工人权益的保护提供了又一解决路径。实际施工人代位权诉讼并非建设工程合同纠纷中的特殊制度,其法理基础来源于《民法典》第五百三十五条的规定,当前关于挂靠施工与实际施工人能否提起代位权诉讼虽未形成统一认识,但就本节讨论的第二种情形,即发价人在订立建设工程施工合同时不知道实际施工人借用资质的,实际施工人可通过提起代位权诉讼向发价人主张权利。虽然通过代位权诉讼达到索要工程款的目的困难重重,但不能阻却挂靠的实际施工人依据《民法典》第五百三十五条之规定行使正当权益。实践中,挂靠施工与实际施工人代位权诉讼仍存在较多问题需要解决,本文仅作初步探讨。

**结语**  
挂靠施工中建设工程施工合同的效力认定,对于各方主体责任划分、风险负担、违约责任认定以及实际施工人工程款请求权行使路径等有着重要影响,在处理相关问题时应审慎为之。

(作者单位:广东联建律师事务所)

《建工解释一》(法释〔2020〕25号)第四十四条并未明确禁止挂靠施工情形下的实际施工人行使代位权诉讼的权利,故挂靠情形下的实际施工人依据《民法典》关于代位权诉讼的相关规定来主张权利,不存在法律上的障碍。

针对上述问题,山东高院民一庭《关于审理建设工程施工合同纠纷案件若干问题的解答》第五条曾作出规定:“借用资质的施工人直接向发价人主张工程款,如何处理?通常情况下,借用资质的施工人只有在出借资质人怠于履行权利时,才能提起代位权诉讼。但发价人明知借用资质事实存在的,借用资质的施工人可以直接向发价人主张权利。”笔者认为《建工解释一》(法释〔2020〕25号)第四十四条赋予实际施工人突破合同相对性向发价人主张权利,通过引入代位权制度为实际施工人权益的保护提供了又一解决路径。实际施工人代位权诉讼并非建设工程合同纠纷中的特殊制度,其法理基础来源于《民法典》第五百三十五条的规定,当前关于挂靠施工与实际施工人能否提起代位权诉讼虽未形成统一认识,但就本节讨论的第二种情形,即发价人在订立建设工程施工合同时不知道实际施工人借用资质的,实际施工人可通过提起代位权诉讼向发价人主张权利。虽然通过代位权诉讼达到索要工程款的目的困难重重,但不能阻却挂靠的实际施工人依据《民法典》第五百三十五条之规定行使正当权益。实践中,挂靠施工与实际施工人代位权诉讼仍存在较多问题需要解决,本文仅作初步探讨。

《建工解释一》(法释〔2020〕25号)第四十四条并未明确禁止挂靠施工情形下的实际施工人行使代位权诉讼的权利,故挂靠情形下的实际施工人依据《民法典》关于代位权诉讼的相关规定来主张权利,不存在法律上的障碍。

(作者单位:河南千业律师事务所)