

建筑资质借用人(挂靠人)的实体请求权问题

□李 明

建设工程领域资质挂靠情形下,挂靠关系被依法认定无效后,实际施工人主张工程款的权利基础存在理论分歧,主要形成“事实合同关系说”“不当得利说”和“独立债权请求权说”等不同学说。《民法典》第793条规定的折价补偿请求权具有独立法律属性,其规范依据、构成要件和法律效果均区别于传统不当得利制度,前者以合同无效为前提且不考察当事人主观状态,直接参照合同约定确定补偿标准;后者则以“无法原因得利”为核心并区分善意恶意。当发包人明知挂靠事实时,实际施工人可基于事实合同关系直接主张权利;发包人不知情时则可适用转包规则或不当得利制度。折价补偿制度通过特别规范优先于一般规则的适用,既实现了合同无效后的利益平衡,又维护了建筑市场的秩序稳定。

审判实践中,对于实际施工人的三种类型(转包、违法分包和挂靠)中的“转包”和“违法分包”这两类实际施工人向发包人主张建设工程欠款,在法律适用上并无多大争议,即可根据2004年《建设工程施工合同解释》第26条、《建设工程施工合同解释(二)》第24条和《建设工程施工合同解释(一)》第43条作为“实体法律依据”突破《民法典》第465条“合同相对性”向发包人主张建设工程欠款。然而,对于实际施工人中的挂靠人向发包人主张建设工程欠款,由于司法解释中未作明文规定而存在法律适用争议,特别是对“挂靠人不能依据《建设工程施工合同解释(一)》第43条主张权利”的观点存在一定理论误读,从而在导致审判实践中对借用资质人(挂靠人)向发包人主张工程欠款存在一定的法律适用分歧,甚至存在个别案件以“法无明文规定”或者以“《建设工程施工合同解释(一)》第43条没有规定”为由判决驳回挂靠人的诉讼请求的现象,导致挂靠人主张实体权利屡屡受挫。因此,本文拟结合上述审判实践中的问题,从民事实体法和民事程序法双重维度,对于挂靠人是否可以向发包人主张建设工程欠款这一法律适用问题,进行初步分析与解读。

一、挂靠关系的法律界定与合同效力争议

(一) 挂靠的类型

实践中,挂靠关系主要表现为以下五种类型:三方通谋;发包人主导;发包人与被挂靠人通谋;被挂靠人与挂靠人通谋而

发包人不知情;被挂靠人与挂靠人通谋且发包人知情。

(二) 挂靠情形下合同效力的认定分歧

实践中,围绕挂靠行为对合同效力的影响,形成了以下三种主要观点:无效说:以挂靠行为否定全部合同效力;有效说:合同效力独立于履行瑕疵;区分说:以发包人“明知”与否作为判断标准。

(三) 挂靠人向发包人主张权利的理论分歧

1. 事实合同关系说。该说认为,尽管名义上由被挂靠人与发包人签订建设工程施工合同,但若挂靠人实际履行了施工义务,且发包人在履行过程中直接与其发生工程款支付、材料供应、工程签证、结算等行为,则双方已形成事实上的建设工程施工合同关系。

2. 不当得利说。该说认为,因挂靠人与被挂靠人之间的挂靠协议无效,且被挂靠人与发包人之间的施工合同亦可能无效,故挂靠人向发包人主张工程款的请求权基础应为《民法典》第985条规定的不当得利返还请求权。

3. 委托关系说。该说认为,发包人订立合同时明知或放任挂靠的,发包人与挂靠人均受其意思表示的拘束,应认定该合同直接约束挂靠人与发包人,在法律上可类推适用《民法典》第925条,此时挂靠人有权基于合同向发包人主张委托关系成立。

4. 合同效力说。该说认为,挂靠人虽以被挂靠人名义签订合同,但其才是与发包人形成实质缔约合意并实际履行合同权利义务的主体。

5. 债权实现有利说。该说从政策与实效角度出发,认为被挂靠人通常仅出借资质、收取管理费,并无实际施工意愿与能力,其与发包人之间缺乏真实的意思表示。而挂靠人全程参与施工、投入资源,与发包人形成事实联系。

6. 明知区分说。该说认为,挂靠人与发包人之间的关系需要以发包人是否“明知”为界限,区分“事实合同”和“转包合同”进行归类处理,即挂靠可分为发包人“明知”和“不知情”两种情形。

(一) 关于“折价补偿请求权”的不同观点

1. 独立的法定之债的发生原因。《民法典》第157条直接规定了民事法律行为无效、被撤销或无效后的法律后果(返还财产、折价补偿、赔偿损失),这就在法律上明确创设了一种独立于传统不当得利之债的新的法定之债类型。其请求权基础直接源于该条规定,无需再迂回适用不当得利规则。

2. 法律性质区别于不当得利请求权。在建设工程施工合同无效的情况下,实际施工人依据《民法典》第793条或《建设工程施工合同解释(一)》第43条主张工程款时,其请求权基础并非不当得利请求权(《民法典》第985条)。结合《九民纪要》第33条的规定来看,折价补偿与传统民法上的不当得利制度存在适用上的差异,主要理由如下:

第一,请求权规范不同。从《民法典》的体系结构来看,合同之债的第793条位于《民法典》第三编“合同”的第二分编“典型合同”(“第十八章建设工程合同”);而不当得利之债的第122条位于第一编“总则”中的第五章民事权利,第985条位于《民法典》第三编“合同”中的第三分编“准合同”,折价补偿返还之债与不当得利之债均属于合同之债的不同类型,而不是同一种债。

第二,请求权成立的法理基础不同。根据《民法典》第985条,不当得利请求权的前提是“得利人没有法律根据取得不当利益”,即必须是得利没有法律根据,才可以适用不当得利请求权。而折价补偿请求权的成立,则直接源于《民法典》第157条和第793条的特别规定,其本身就是得利人(发包人)应予补偿的“法律根据”。因此,法院无需也不应再去审查得利“没有法律根据”这一不当得利的构成要件。

第三,适用前提不同。折价补偿请求权的前提是建设工程具备使用价值且经验收合格。根据《民法典》第793条,折价补偿请求权的法定前提是“建设工程经验收合格”。不当得利请求权的前提条件是“没有法律根据”取得不当利益。

第四,利益返还的状态不同。不当得利之债,限于现存利益的返还,利益不存在则无需返还,即受益人为善意的,仅负返还现存利益的义务,如果该利益已不存在,则不必返还原物或偿还等价金钱。这与建设工程施工合同无效后的折价补偿请求权是不同的,建设工程经验收合格的,不影响折价补偿请求权的存在。

第五,是否区分善意与恶意及返还标准的确定性。折价补偿请求权与不当得利请求权在是否考量当事人主观状态(善意或恶意)以及返还标准的确定性方面,存在根本区别。在不当得利制度中,受益人主观状态直接决定返还范围。根据《民法典》第986条(善意受益人)与第987条(恶意受益人),返还标准依“善意”或“恶意”而异。

第六,实质上仅成立一个请求权,但规范可并存。基于我国未纳物权行为理论的实际,建设工程施工合同无效时的法律后果中的“返还财产”,与“接受履行的一方占有该财物,也构成不当得利,从而构成不当得利返还请求权与物权请求权的竞合”。但从请求权竞合的不同形态:“排斥性竞合”“选择性竞合”“累积性竞合”“请求权规范竞合”来看,系争事实只构成一个请求权,但存在数个请求权规范依据。

第七,具有独特的举证责任分配规则。关于“参照合同关于工程价款的约定折价补偿”的举证责任分配,应当参照《民事证据法》第67条第1款、《民诉法解释》第90条第1款和第91条的要求,应当由作为主张者的承包人或实际施工人承担,而不是由发包人承担。而不当得利请求权,对于不当得利的成立与发生及利益受损的积极

事实应由原告(受损人)承担,而“没有法律规定”的消极事实的举证责任是被告(得利人)承担的,原则上由被告承担“没有法律根据”的举证责任更为妥当。

三、挂靠人向发包人主张工程款的实体请求权路径

(一) 关于挂靠人与发包人之间的事实合同关系。

通说认为,事实合同属于法定之债未能涵盖的领域,构成对法律行为制度的补充,应准用合同法的相关规则。之所以承认事实合同关系的存在,主要基于以下理由:其一,事实行为可构成意思表示的外部表达。其二,符合民事法律行为的“其他形式”。其三,事实合同属于“补充协议”。

(二) 挂靠人与发包人之间的债权债务关系。

无论发包人是否“明知”挂靠事实,挂靠人与发包人之间均可能成立实质性的债权债务关系,故应从债法的基本原理出发,系统理解实际施工人权利保护的多层次法律体系。1. 债权保护的“种属关系”体系。从逻辑结构上看,实际施工人的债权保护应视为一个多层次、体系化的“种

属关系”结构。

2. 有明确的实体法依据。在处理无资质的企业或个人挂靠有资质的建筑企业承揽工程时,应进一步审查合同相对人是否善意,在签订协议时是否知道挂靠事实来作出相应认定。

3. 符合规范意旨与诉权原理。赋予实际施工人突破合同相对性,直接向发包人主张工程款,解决农民工追索建设工程欠款是2004年《建设工程施工合同解释》《建设工程施工合同解释(二)》以及《建设工程施工合同解释(一)》的意旨。

结语

《民法典》第793条创设的折价补偿制度通过“参照合同约定”的技术性安排,在合同无效的规范评价与工程价值的实际补偿之间建立了精巧的平衡机制。随着建筑行业治理体系的不断完善,应当进一步细化折价补偿的适用标准,明确挂靠人与发包人之间的责任划分,同时强化对农民工等需要特殊保护的劳动群体的权益保障。

(作者单位:最高人民法院中国应用法学研究所刑事行政审判研究部)

案情简介

某市某湖公园北大门及服务配套设施项目系《必须招标投标的工程项目规定》(国家发展和改革委员会令〔2018〕第16号)所规定的必须招标投标的工程项目。为筹建该项目,某市某湖公园经某市人民政府授权,经法定招标投标程序与广西某商贸公司签订《某市某湖公园北大门及服务配套设施BOT项目协议》,约定项目采用“建设-运营-移交”方式建设,由广西某商贸公司建设,经营20年,经营期满后项目一切资产无偿移交给某市某湖公园所有。2015年10月18日,广西某商贸公司高管谢某、股东梁某(甲方)与广西某建筑公司负责人周某(乙方)签订《标的项目合作框架协议》,约定:甲方保证乙方在符合甲方标的项目建设招标条件时,享有标的项目合作优先权。甲方在收取风险保证金4000000元后不与除乙方外的任何第三方签订有关案涉项目的任何法律形式协议。广西某建筑公司负责人周某于2015年11月2日向广西某商贸公司转账4000000元的项目工程保证金。广西某商贸公司于2015年12月16日对案涉工程项目进行公开招标,广西某建筑公司于2016年1月6日成为案涉项目中标人,双方就案涉工程签订《建设工程施工合同》。广西某建筑公司完成案涉项目施工并向广西某商贸公司提交相关竣工验收资料,广西某商贸公司一直未完成结算审核,但案涉项目已实际投入使用。广西某建筑公司因广西某商贸公司逾期组织竣工验收导致拖欠工程款诉至人民法院,请求支付剩余工程款。

裁判结果

人民法院经审理认为,案涉项目作为必须进行招标的项目,在确定中标人前,广西某建筑公司与广西某商贸公司就投标内容进行提前协商并支付保证金4000000元,该行为违反了《招标投标法》第43条规定,故广西某建筑公司对案涉工程项目的中标无效。根据《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(一)》第一条第一款规定,建设工程必须进行招标而未招标或者中标无效的,建设工程施工合同无效。根据《中华人民共和国民法典》第793条的规定,建设工程无效,但经验收合格的,可以参照工程价款约定折价补偿承包人。案涉项目已经实际投入使用,广西某建筑公司有权主张参照实际履行的合同关于工程款的约定进行折价补偿,遂判决广西某商贸公司向广西某建筑公司支付工程款2944371.73元及利息。

裁判要旨

依法必须进行招标的建设工程项目,发包人与承包人在中标前已签订具有实质性内容的文件或承包人已进场施工的,中标前订立的合同、中标合同均为无效合同。当事人请求参照双方实际履行合同中关于工程价款的约定进行结算的,人民法院应予支持。

典型意义

《中华人民共和国招标投标法》第43条规定:“在确定中标人前,招标人不得与投标人就投标价格、投标方案等实质性内容进行谈判”,该规定是为了规范招标投标活动,保护国家利益、社会公共利益和招标投标活动当事人的合法权益,提高经济效益,保证项目质量。中标前的实质谈判行为可能会破坏市场秩序,认定中标前合同和中标合同均无效有助于打击恶意串通和不正当竞争行为,维护招标投标市场的公平性和透明度,促进建筑市场健康发展。在因中标无效导致建设工程施工合同无效的情况下,支持当事人按照实际履行中的约定进行结算,也有助于保障承包人的合法权益,化解社会矛盾。(广西高法)

建设工程纠纷中「先定后招」合同的认定规则

案例

法务经验

《住宅项目规范》(GB55038-2025)解读与建议

一、《住宅项目规范》(GB55038-2025)出台背景

首先,人民群众对住房的需求已发生了根本性转变,从过去单纯追求“有房住”的基本需求,逐步升级为追求“住得好”的品质需求。

其次,我国原有的住宅建设标准体系存在标准分散、要求不一、部分指标偏低等问题,相关标准已实施多年,难以适应当前住宅建设发展的需要,住宅建设标准体系亟待更新与完善。

除此之外,我国逐步进入老龄化社会,人口结构发生深度变化,传统住宅设计中缺乏适老化考虑的问题日益凸显;传统住宅在能源利用效率、资源循环利用等方面存在明显不足,与国家“双碳”的发展目标不匹配;我国房地产正从高速增长阶段转向高质量发展阶段,过去以规模扩张为主的发展模式难以维系,居民要求品质住房的呼声也越来越高。

二、新旧规范核心内容对比

1. 住宅层高

新规第4.1.2条:(1)层高不应低于3.00米;(2)卧室、起居室的室内净高不应低于2.60米,局部净高不应低于2.20米,且局部净高低于2.60米的面积不应大于室内使用面积的1/3。

旧规第5.5.1条:(1)住宅层高宜为2.80米;(2)卧室、起居室(厅)的室内净高不应低于2.40米,局部净高不应低于2.10米,且局部净高的室内面积不应大于室内使用面积的1/3。

2. 电梯设置

新规第4.2.4条:(1)最高入户层为四层及四层以上,或最高入户层楼面距室外设计地面高度超过9米的住宅建筑,每个住宅单元至少应设置1台电梯。(2)最高入户层为十二层及十二层以上,或最高入户层楼面距室外设计地面高度超过33米的住宅建筑,每个住宅单元至少应设置2台电梯。

旧规第6.4.1条:属下列情况之一时,必须设置电梯:七层及七层以上住宅或住户入口层楼面距室外设计地面的高度超过16米;第6.4.2条:十二层及十二层以

上的住宅,每栋楼设置电梯不应少于两台,其中应设置一台可容纳担架的电梯。

3. 门宽

新规第4.2.7条:公共出入口的外门通行净宽不应小于1.10米。当外门为双扇门时,至少应有1扇门的通行净宽不小于0.80米。第4.1.14条:新建住宅建筑户门通行净宽不应小于0.90米,既有住宅建筑改造户门通行净宽不应小于0.80米。卧室门的通行净宽不应小于0.80米,厨房门和卫生间门的通行净宽不应小于0.70米,并应预留无障碍改造的条件。

旧规第5.8.7条:各部位门洞的洞口宽度最小尺寸:公用外门1.20米,户(套)门1.00米,起居室(厅)门0.90米,卧室门0.90米,厨房门0.80米,卫生间门0.70米,阳台门(单扇)0.70米。

4. 无障碍设施

新规第4.2.7条:每个住宅单元至少应有1个无障碍公共出入口。

旧规第6.6.1条:七层及七层以上的住宅,应对下列部位进行无障碍设计:建筑入口。

5. 住宅隔声能力

新规第6.1.2条:卧室、起居室楼板的计权标准化撞击声压级不应大于65分贝。

旧规第7.3.3条:卧室、起居室(厅)的分户楼板的计权规范化撞击声压级宜小于75分贝。当条件受到限制时,分户楼板的计权规范化撞击声压级应小于85分贝,且应在楼板上预留可供今后改善的条件。

三、新规范出台施工单位面临的考验

1. 技术标准升级,施工工艺复杂化

(1)隔声性能要求提高,分户墙空气声隔声≥50分贝(较旧标提升11.1%),楼板撞击声≤65分贝(较旧标降低13.3%),需采用新型隔声材料(如丙烯酸隔音垫、浮筑楼板系统)和精细化施工工艺,避免“声桥”缺陷。

(2)层高与电梯配置调整,层高等于3米,需调整模板支撑体系,结构荷载计算量增加,施工周期延长可能性较大;4层及以上住宅必须设置电梯,且部分需满足担架进出要求(轿厢长度≥1.65米),增

2. 材料管控更严,供应链管理压力增大

(1)关键建材抽检比例提高,外窗(气密性、抗风压性能)、地漏(水封深度)等需严格检测,不合格材料需清退,采购成本加大,工期延长可能性加大。

(2)新材料应用需求,如隔音、防水一体化材料(如隔音砂浆、减震垫)可能短期推高成本,供应链协调压力增加。

3. 验收标准趋严,质量风险加大

(1)住宅实体性能检测纳入验收,隔声、防串味、防水等检测结果需写入《住宅质量保证书》,不合格将影响竣工验收。

4. 工期与成本管理挑战

(1)工艺复杂化延长工期,严格执行高层高标准,严格落实隔声构造需精细化施工,工期压力加大。

5. 成本控制难度加大,新材料、新工艺及检测费用增加

若业主未调整预算,总包利润受压可能性增大;电梯配置、层

高提升等可能导致公摊面积增加,影响业主成本核算,总包合同条款不确定性强。

6. 协同管理难度增加

与设计、监理单位联动难度增大,既需确保设计方案符合新规,监理单位严格监督施工过程,又要避免因设计变更或监管疏漏导致返工,引起成本增加。

四、施工单位应对措施分析

(一) 严格落实材料进场检测

施工单位需提高门窗、地漏、防水卷材等关键材料抽检比例,特别要杜绝劣质“工程窗”和地漏等建材流入建筑工地。外窗需重点检测对角线尺寸、主型材壁厚、玻璃厚度、气密性、水密性、抗风压性能等。

(二) 加强项目现场全过程管控

施工单位需建立从材料进场到竣工验收的全过程质量控制体系,特别要加强隐蔽工程验收。施工单位积极配合政府部

门、建设单位组织隔声、防串味、防水等实体性能检测,确保住宅质量达标。施工单位需确保检测结果纳入竣工验收资料,并配合建设单位将检测结果纳入《住宅质量保证书》,确保验收资料完整,避免因质量问题被反复追责。

(三) 推广应用绿色建材

新规范鼓励使用绿色建材和可再生能源系统,施工单位需熟悉新型绿色建材的性能和施工工艺,确保规范安装。同时,要按设计要求选用节水器具、节能门窗等绿色产品。

(四) 优化合同谈判过程

新规范中对住宅项目层高、电梯、隔音等具体强制性要求,势必会导致施工成本显著提升。特别是施工总承包单位在合同谈判过程中要善于利用新规范中的具体规定,将住宅项目业主不同意上报设计变更费用的情况列入项目重大风险。除此之外,要加大对业主针对工期的沟通谈判力度,尽量实现工期合理,保证建筑质量合规。

五、管理建议

(一) 完善内部管理制度

1. 为满足规范的全链条要求,总包单位需优化管理体系,加强设计交底、材料验收、过程检查、性能检测等环节的管控。建议总包单位建立专门的质量监督小组,重点监督强制性条文的执行情况,定期对住宅项目进行巡查。

(二) 调整市场定位与发展战略

1. 新规范实施将加速建筑行业分化,总包单位需重新评估自身技术能力和市场定位。具备资金与技术实力的大型总承包企业可重点着眼于溢价能力强、预算准备充足的项目,逐渐向高品质住宅施工承包商转型。

(三) 产业链协同与合作创新

2. 总包单位需加强与设计单位、材料供应商、检测机构的合作,共同解决技术难题,如隔声问题需从设计到进场的全周期规划。总包单位需选择优质供应商,从源头把控工程,对招采全过程进行严格管控,同时深化与优质供应商的合作与交流,共同促进住宅项目的高质量建设。(中建八局上海公司)