

建设工程“甲指分包”中付款义务主体的甄别与审查要点

□邓珍

建设工程“甲指分包”涉及发包方(建设单位)、总包方、分包方三方主体,分包方向法院起诉时常不知该向谁主张工程款,有的向总包方主张,有的向发包方主张;诉请呈现多样化趋势,有的要求二者承担连带责任或连带责任,有的要求总包方付款同时要发包方在未完工程款范围内承担责任。该类案件,鉴于签约形式和合同条款的复杂性、实际履行与约定不一致、付款主体又确有不同可能性等因素,审理难度较大,甄别出真正的付款主体较为困难。尤其是三方签订分包合同的情形,权利义务复杂交织,易将付款义务和付款流程、付款主体和管理主体、质量保证责任主体等相混淆。本文从“甲指分包”的目的出发,在对合同效力作出分析的基础上,列明不同付款主体的情形。为了甄别出个案付款义务主体属于哪种情形,首先厘清了容易混淆的几组概念,提出了该类案件司法审查的原则理念,进而分步骤展开详述了司法实务审查要点,总结审理思路,以作分享。

一、“甲指分包”的目的及合同效力认定

“甲指分包”,即发包方指定分包,是指建设工程施工中,在总承包框架下,发包方指定特定的专业分包方,并要求总包方与指定分包方签订专业分包合同或三方共同签订专业分包合同的一种特殊的项目管理与承包模式。在工程总承包交钥匙的EPC模式(Engineering Design + Procurement 采购+Construction 施工)下,发包方指定分包本质是主动要求在EPC框架下保留对特定专业分包工作的介入。发包方介入的主要目的是供应链和成本控制、专业和质量把控,前者指和长期合作的分包单位或者材料供应商、设备制造商合作,以降低成本,避免总包加价,更有利于特定项目的成本控制;后者指基于对施工质量、工期、安全、环保等要素的考量,在某些技术复杂或专业性极强的分部分项工程上选择专业技术过硬、值得信任的分包方,确保最终的施工质量。

住房和城乡建设部《房屋建筑和市政基础设施工程施工分包管理办法》(2019年修订)第七条规定:“建设单位不得直接指定分包工程承包人。任何单位和个人不得对依法实施的分包活动进行干预。”该办法属于部门规章,非司法认定合同无效的法律依据。目前,《中华人民共和国民法典》和建设工程专业司法解释并未对“甲指分包”合同效力直接给予否定性评价。故在目前的立法框架下,基于意思自治原则,在未违反其他效力强制性规范(如未取得建筑企业资质、超越资质等级、借用资质、违法招标等)的情形下,“甲指分包”合同一般不认定为无效。

二、不同的付款主体情形

关于“甲指分包”付款主体的识别

别,针对发包方和总包方、总包方和分包方分别签订合同的情形,由于各自约定了权利义务,付款义务主体容易确定。然而,在三方签署专业分包合同的情形下,因权利义务交织,付款义务主体较难甄别。下文主要探讨三方协议情形下的付款义务主体的识别与审查。

(一) 总包方的付款责任

首先,如果认定与指定分包方产生分包合同关系的相对方是总包方,则总包方为付款义务主体(除非明确约定发包方付款)。其次,即便认定实质施工合同关系发生在分包方和发包方之间,若分包合同约定总包方有转付付款义务,而总包方未能及时将自发包方处收取的工程款扣除约定费用后转付分包方的,应当就该部分承担付款责任。

(二) 发包方的付款责任

首先,如果认定与指定分包方产生实际施工合同关系的是发包方,总包方仅配合管理协调或作为付款通道,则发包方为付款义务主体。

其次,除非存在明确约定或法定情形,“甲指分包”的发包方和总包方一般不承担共同付款责任或连带付款责任。若存在违法分包的情形,指定分包人作为实际施工人可依据《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(一)》(以下简称《建工司法解释一》)第四十三条的规定,主张发包人在欠付工程款范围内承担责任。但该情况较少出现,因发包方指定分包的目的之一就是要参与工程的管理与控制,发包方本来就是建设单位,一般不会允许诸如指定分包方不具备施工资质等情况出现。

再次,要谨慎认定债务加入。实践中,有时发包方(建设单位)会在合同中向指定分包方作出诸如“若总承包方没有付款,指定分包方可依据协议向发包方主张工程款”的承诺。该承诺的法律效果应如何认定?建设单位是工程的发包方,也是工程最终受益者,总包方和指定分包方均属于承包人。故发包方作出的直接付款承诺并不违反法律规定,合法有效,且其本来就是工程款最终偿付主体,可以约定由其直接支付,并非债务加入。又如,发包方实际履行中对指定分包方出具了还款承诺书承诺付款,那么,其很有可能就是三方协议中认定的实质合同相对方,本应承担付款义务,而非债务加入。

三、厘清几组概念的区别

(一) 形式合同关系与实质合同关系

建设工程中常出现“阴阳合同”,一个工程涉及各方主体间多份合同的情况

也经常出现。案件所涉合同哪一份是真实履行的合同,哪一份是备案合同?实际履行行为与合同条款约定是否一致?以上问题的结论可能影响对实质合同关系相对方的识别,进而影响对付款义务主体的判断,因此需要谨慎甄别。

(二) 付款义务主体与工程管理主体

付款义务主体与工程管理主体不一定为同一主体。“甲指分包”下,总包单位仍需要对工程进度、质量、安全、现场协调等承担总包管理责任。所以,不能仅根据总包方参与施工管理或收取管理费来直接判定由总包方付款。

(三) 付款义务与付款流程

分包合同中常约定总包付款模式,即发包方付给总包方,总包方付给分包方。该条款一般是对付款流程和路径的约定,而非对付款义务的约定,因此不能据此直接认定总包方就是付款义务人。实践中,需根据合同约定及履行情况,在认定实际合同关系相对方的基础上,判定付款义务人是总包方还是发包方。有时,分包合同也会直接约定付款义务人,当合同直接赋予指定分包方直接向发包方主张工程款的权利时,指定分包方可向发包方主张。

(四) 付款义务主体与质量责任主体

关于“甲指分包”的质量缺陷责任主体,司法解释有明确规定。《建工司法解释一》第十三条规定:“发包人具有下列情形之一,造成建设工程质量缺陷,应当承担过错责任:……(三)直接指定分包人分包专业工程。承包人有过错的,也应当承担相应的过错责任。”由此可见,“甲指分包”的发包方是质量缺陷责任承担人,总包方有过错的也应承担。而法律并未对付款义务主体作出规定,实践中付款义务主体与质量责任主体不一定一致,需结合实际情况认定。

四、付款义务主体审查理念

对付款义务主体的审查需遵循“尊重约定、探求真意、权责相当”的理念。

首先,以书面条款为起点,仔细审查合同重要条款。合同文本是当事人意思表示最直接的载体,合同对付款义务主体有明确约定的,从约定;无明确约定的,通过合同关键条款分析得出付款义务主体。其次,参考“履行治愈规则”的观点,行为是意思的证明,是诠释意思表示最强有力的证据。故当合同约定不明难以判断时,可通过分析实际履行行为探究实质合同关系。再次,考察交易背景(磋商过程、交易习惯、行业惯例)亦有助于看清实质的合同关系主体。最后,通过综合判断形成内心确信,最终确定真实意思表示。在整体判断过程中,需贯彻权责相当理念,即分

包工程的实际控制主体同时应承担相应的付款义务。

五、司法实务审查要点

(一) 签约形式

在有三方协议的情形下,还应当审查有无签订其他合同。比如,审查总包方和分包方有无另行签订合同,再次明确权利义务;若存在其他合同,判断该合同是仅作备案使用,还是作为实际履行的依据;若有实际履行的其他合同,应与三方协议对比分析权利义务。有的“甲指分包”中,会通过备忘录、会议纪要等形式明确哪一份为“阳合同”,哪一份为“阴合同”。

(二) 三方协议重要条款

1. 签约主体

一般在合同首部列明当事人情况,主要有以下几种列明方式,一种是发包方(甲方)、总包方(乙方)和分包方(丙方);另一种是总包方(甲方)、分包方(乙方)和发包方(丙方);还有发包方(甲方)、分包方(乙方)和总包方(丙方)。上述情况下发包人在分包合同中的地位略显不同。

2. 价款支付方式

一般有发包方直接付款模式和总包付款模式(发包方付给总包方,总包方付给分包方)两种价款支付方式,其中,后者是常见模式。在发包方直接付款模式中,发包方既是约定的付款主体又是实际的付款主体,当然由其对分包方承担付款义务。在总包付款模式中,若总包仅为“过账”,则有可能会判令发包方直接付款(非必然,因付款流程无法直接准确推出付款义务主体,需结合其他合同约定和实际履行情况判断)。

3. 进度款和结算款的决定主体

关于进度款,需审查合同进度款付款部分,总包方只是对分包方递交的分包工作量资料负责整理并报送发包方,还是总包方也需要对进度工作量进行审核,之后再报送发包方请款。对于最终结算款,需审查是约定三方共同确认还是分包方和发包方直接结算。譬如某案中,分包合同约定“分包方通过总包方向发包方提交本工程完工结算报告及完整的工程资料,分包方与发包方单独进行工程结算,总包方仅作为见证方”。类似约定可说明,发包方在结算上有控制权和决定权,很有可能其才是实际合同相对方。

4. 总包方的权利义务

总包方在合同中关于权利义务的约定在一定程度上可以反映总包方对分包工程的控制程度。在能够认定与指定分包方产生实际施工合同关系的是发包方的案件中,一般分包合同约定的总包权利义务都比较简单,只有诸如施工管

理、协助配合和转付款义务。

5. 违约责任条款

三方协议中,违约责任条款往往能够直接体现实质权利义务。比如,某案中分包合同约定“分包方已按合同约定履行义务,发包方未按约定支付工程价款,经催告后30日内仍不支付的,分包方有权解除合同,并有权要求发包方赔偿损失”,该条款能直接体现付款义务的相对方就是分包方和发包方。除了逾期付款的违约责任外,还有逾期完工责任、质量问题责任、窝工责任、合同解除权等,可从这些条款中分析实际合同相对方。

6. 索赔条款

还需要审查合同中有关于谁有权向谁主张赔偿或谁不得向谁主张赔偿等索赔条款。比如某案中,分包合同约定“发包方在本分包合同中主要为见证、监督,并非本合同的当事人一方,总包方和分包方因分包合同中产生的任何的索赔、争议诉讼,只能向相对方提出,不能向发包方主张”;另一案中,分包合同约定“分包方不得因发包方款项未按约定支付而向总包方提出索赔”。

当然,除了三方协议外,总包合同中涉及分包工程权利义务的约定也应纳入审查范围。

另外需要指出的是,“甲指分包”合同中“背靠背”条款,仅影响总包方的付款条件是否成就,而不会影响付款主体的认定。

(三) 签约过程和实际履约情况

首先,签约过程一定程度上体现了分包合同关系形成的前因后果,通过审查磋商过程相关证据,确认分包主要条

件由谁决定。其次,审查实际履约情况,可从施工内容决定、进度工程量的确定、工程验收主体、实际结算主体、实际请款对象、有无以及谁出具过付款承诺等多个方面审查确定谁在实际控制分包工程的履行,谁对分包工程享有实质决策权。

此外,还应注意了解,总包方有无起诉发包方,就总包工程主张工程款,若有,诉请和判项中是否包含了争议分包工程款。

(四) 综合判断

上述单一审查条件都很难直接判断出实际付款义务人,需经过上述各步骤后,根据审查结果,运用权责相当理念,综合判断实际合同相对方和真正付款义务人。

建设工程案件因其诉讼标的额高、专业技术性强、权利义务关系复杂、事实认定难而审理难度较大。总结审理思路意在从纷繁案件中抽丝剥茧,让审判有“迹”可循。“甲指分包”常见于大型建设工程项目中,因较之一般分包本就存在选择权与管理权分离的本质矛盾,该矛盾具体体现在签约形式的多样性,合同权利义务复杂交织,合同约定与实际履行的“表里不一”。审判实践中,法官在判断付款义务主体时需遵循“尊重约定、探求真意、权责相当”的理念,准确甄别出真正的义务人。同时应关注类案裁判的统一,通过裁判引导建筑市场主体关注合同约定,通过在合同中明晰权责界面、在实际履行中依法依规,从源头上避免纠纷的发生。

(作者单位:上海市第一中级人民法院民事审判庭)

案情简介

某市时代广场工程经广西某房地产开发公司公开招标,确定广西某建筑公司为中标单位。2010年6月7日,广西某房地产开发公司与广西某建筑公司签订《工程承包合同》约定由广西某建筑公司承建案涉工程,并对施工范围、工程造价等事宜作出约定。次日,广西某建筑公司与李某某签订《项目经营责任承包合同》,约定由李某某承包时代广场2号楼工程,建筑面积为5000平方米,工程款到位数额为扣除应交税费、管理费、质量保证金等费用的余额等。项目竣工验收后,广西某房地产开发公司与广西某建筑公司在《审定结算造价汇总表》盖章确认时代广场2号楼工程造价为6936911.73元,广西某房地产开发公司法定代表人、李某某均签字确认。因广西某房地产开发公司欠付工程款,广西某建筑公司起诉广西某房地产开发公司,法院判决广西某房地产开发公司应向广西某建筑公司支付工程款8342694.53元。现李某某以广西某建筑公司未按《项目经营责任承包合同》支付工程款为由诉至法院,广西某建筑公司辩称李某某以其公司名义与广西某房地产开发公司签订《工程承包合同》并借用其资质进行施工,李某某与广西某建筑公司之间属于挂靠关系,故被挂靠人广西某建筑公司尚未实际收到发包广西某房地产开发公司支付的工程款,无需向挂靠人李某某先行支付工程款。

裁判结果

人民法院经审理认为,转包是承包人承接工程后将工程权利义务概括转移给实际施工人,转包中的实际施工人一般并未参与投标和订立总承包合同,其承接工程的意愿一般形成于订立总承包合同之后。挂靠是实际施工人借用有资质的单位承揽工程并施工,实际施工人代理人或代表名义与发包人订立总承包合同。通常应当根据投标保证金缴纳主体、资金来源、实际施工人是否介入磋商和签订合同等因素,审查挂靠关系。本案中,广西某建筑公司与广西某房地产开发公司签订《项目经营责任承包合同》之前,两份合同约定的工程建筑面积存在明显差异。在没有充分证据证明李某某以广西某建筑公司名义参与工程投标、深度参与磋商的情况下,不能仅以广西某建筑公司的陈述,认定李某某与广西某建筑公司成立挂靠关系,应认定双方成立转包关系。根据合同相对性原则,李某某有权向广西某建筑公司主张案涉工程款。经生效民事判决确认,广西某房地产开发公司欠付广西某建筑公司案涉工程的工程款8342694.53元,案涉《项目经营责任承包合同》关于“扣除税费、管理费以及暂扣的质量保证金2%、个人所得稅3.3%”的约定仍应作为案涉工程款的结算参考。遂判决:广西某建筑公司应向李某某支付工程款欠款8342694.53元×(1-2%-3.3%)=7900531.72元。

裁判要旨

建设工程纠纷中,不能仅以出借资质方与借用资质方的陈述作为认定双方之间形成借用资质(挂靠)关系的依据,应当从承接工程的主体、实际施工人(挂靠人)介入工程的阶段、结算条款的差异以及施工过程中具体行为上的差异等方面进行综合判断。

典型意义

挂靠关系与转包关系区分的关键在于实际施工人在缔约磋商阶段参与度。一般而言,借用资质的实际施工人通常以被挂靠人代理人或代表身份直接参与项目投标和总承包合同订立,甚至于投标保证金都是由实际施工人支付,挂靠方与被挂靠方具有出借资质的协议,而转包人则通常在总承包合同订立后另行缔约,转包人并未介入总承包合同缔约环节。明确挂靠关系与转包关系的区分要素,有利于正确认识挂靠和转包行为的本质,厘清各方当事人的权利与义务,有效解决建设工程施工合同纠纷中挂靠、转包关系定性难的问题,对统一裁判尺度,规范建筑市场秩序具有示范意义。

(广西高法)

建设工程施工前签订合同约定“以房抵债”是否有效?

□李梅娟 王鑫 张恒

案情简介

2022年9月27日,甲公司与乙公司签订《水电施工分包合同》,双方商定由甲公司负责乙公司玻璃幕墙厂房的水电安装项目。在工程款拨付部分,合同约定在项目全部完工,经乙公司质检部门验收合格后,付至暂定合同金额的70%,首先抵一套房,剩余部分以进度款的方式拨付;其余部分经竣工验收合格并审计完成后付至审定值的95%;剩余5%作为质量保证金一年后付清。合同签订后,甲公司组织人员施工并于2022年12月底施工完毕,案涉工程于2023年5月交付使用。甲公司多次向乙公司催要工程款,乙公司未予理会。甲公司无奈起诉至枣庄市中级人民法院,请求判令乙公司支付工程款。

法院审理

本案争议焦点为:甲公司与乙公司双方在工程施工前签订合同约定的“以房抵债”是否有效。法院经审理认为,《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉合同编通则若干问题的解释》第二十八条第一款规定,债务人或者第三人与债权人在债务履行期限届满前达成以物抵债协议的,人民法院应当在审

法官说法

在建设工程领域,建设单位出于缓解现金流压力的需要,经常出现与施工单位达成以房抵债协议的情形,按照以房抵债协议达成的时间可以分为工程竣工结算前和工程竣工结算后。工程竣工结算前包括:1.招投标阶段或签订建设工程施工合同时;2.建设工程施工合同履行过程中,主要指开工后至竣工结算前。

关于招投标阶段或签订建设工程施工合同时约定的“以房抵债”,在此阶段因工程尚未实际开工,双方尚未形成债权债务关系,无法确定工程款的具体抵偿金额,若无法明确抵债房产的具体情况,实践中一般不会认定此时以房抵债条款的效力。本案即属于此种情形,在案涉工程尚未开工的前提下,甲乙双方之间达成的“以一套房抵工程款”协议存在不确定性,缺乏明确抵偿房产信息和抵偿金额等关键信息,约定笼统导致其缺乏可履行性,不宜视为结算条款。因此,法院对于甲公司请求判令乙公司支付工程款不予支持。

关于建设工程施工合同履行过程中签订的“以房抵债”协议,其性质和效力在实践中存在一定的争议。主要原因在于施工合同履行过程中,随着工程的逐步趋于竣工,工程款付款期限的临近,建设单位与施工单位签订的以房抵债协议约定不够明确,不同的约定(比如只是约定了抵债的总数额,涉及房屋的位置,对于债务的数额没有经过结算等)引发的法律后果也不同。根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉合同编通则若干问题的解释》第二十八条第二款的规定,1.签订的以房抵债协议若约定在竣工后、付款期限届满后,抵债房产的所有权直接归施工单

位(债权人)。此时以房抵债协议属于流押条款,应当认定为无效,但是不影响以房抵债协议中其他部分的效力评价。2.签订的以房抵债协议若约定在竣工后、付款期限届满后,施工单位(债权人)请求对抵债房产进行拍卖、变卖、折价以实现债权的,应当认定该约定有效。3.签订以房抵债协议时,已经将抵债房屋财产权利转移至施工单位(债权人)名下,此时形成让与担保,可以根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉第六十八条的规定就抵债房产进行拍卖、变卖所得价款进行优先受偿。

关于竣工结算完毕,付款期限届满后达成的以房抵债协议的效力在实践中争议不大。根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉合同编通则若干问题的解释》第二十七条第一款的规定,债务人或者第三人与债权人在债务履行期限届满后达成以物抵债协议,不存在影响合同效力情形的,应当认定该协议自当事人意思表示一致时生效。竣工结算后,建设工程施工合同履行所产生的债权债务数额和抵债物的价值已经基本确定。双方当事人意思表示真实,合同内容不违反法律、行政法规的强制性规定,“以房抵债协议”即为有效。(作者单位:枣庄市中级人民法院)

建设工程纠纷中借用资质(挂靠)的认定规则

