



CCLR

China Construction Law
Review Vol.8

建设工程 施工合同纠纷 证据指引理解与适用

常设中国建设工程法律论坛第五工作组 / 著

Understanding and Using
the Guidelines on Evidence in Disputes Arising from
Construction Contracts



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

建设工程 施工合同纠纷 证据指引理解与适用

常设中国建设工程法律论坛第五工作组 / 著

Understanding and Using
the Guidelines on Evidence in Disputes Arising from
Construction Contracts

图书在版编目(CIP)数据

建设工程施工合同纠纷证据指引理解与适用 / 常设
中国建设工程法律论坛第五工作组著. -- 北京 : 法律出
版社, 2018

ISBN 978 - 7 - 5197 - 2726 - 0

I. ①建… II. ①常… III. ①建筑工程—工程施工—
合同纠纷—证据—法律解释—中国②建筑工程—工程施工
—合同纠纷—证据—法律适用—中国 IV. ①D923.605

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2018)第 218442 号

建设工程施工合同纠纷证据指引理解与适用
JIANSHE GONGCHENG SHIGONG HETONG JIUFEN
ZHENGJU ZHIYIN LIJIE YU SHIYONG

常设中国建设工程
法律论坛第五工作组 著

责任编辑 慕雪丹
装帧设计 汪奇峰

出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
经销 新华书店
印刷 天津嘉恒印务有限公司
责任印制 胡晓雅

编辑统筹 法商出版社
开本 720 毫米 × 960 毫米 1/16
印张 21
字数 322 千
版本 2018 年 9 月第 1 版
印次 2018 年 9 月第 1 次印刷

法律出版社 / 北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

网址 / www. lawpress. com. cn

投稿邮箱 / info@ lawpress. com. cn

举报维权邮箱 / jbwq@ lawpress. com. cn

销售热线 / 010 - 63939792/9779

咨询电话 / 010 - 63939796

中国法律图书有限公司 / 北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司销售电话:

统一销售客服 / 400 - 660 - 6393

第一法律书店 / 010 - 63939781/9782

西安分公司 / 029 - 85330678

重庆分公司 / 023 - 67453036

上海分公司 / 021 - 62071010/1636

深圳分公司 / 0755 - 83072995

书号: ISBN 978 - 7 - 5197 - 2726 - 0

定价: 78.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

常设中国建设工程法律论坛第五工作组成员

(按照姓氏拼音顺序)

召集人

- 陈 旻 北京市国联律师事务所合伙人
汤 雷 上海市锦天城(南京)律师事务所合伙人

成 员

- 曹文銜 北京市天同(南京)律师事务所高级顾问
常宏磊 石家庄仲裁委员会副秘书长
陈 建 中国仲裁法学研究会副秘书长
丁建勇 北京仲裁委员会副秘书长
董连和 深圳国际仲裁院(深圳仲裁委员会)副院长
高印立 北京采安律师事务所顾问
李明友 淮南仲裁委员会秘书长
李 琪 原最高人民法院民一庭审判员
陆春玮 上海仲裁委员会副秘书长
罗有才 江苏省高级人民法院审监三庭审判员
亓培冰 上海市方达(北京)律师事务所顾问
孙 巍 北京市中伦律师事务所合伙人
王 峰 北京市天同(南京)律师事务所主任
王先伟 上海科汇律师事务所执行主任
许海峰 上海建工集团股份有限公司企业管理部总经理、法务部主任
岳建明 河北建设集团股份有限公司法律事务部部长
周利明 浙江省宁波市北仑区人民法院民一庭审判员

秘 书

- 樊奇娟 深圳国际仲裁院(深圳仲裁委员会)案管一处副处长
姚 瑶 深圳国际仲裁院(深圳仲裁委员会)案管一处秘书

序 言

常设中国建设工程法律论坛于2017年3月成立了第五工作组。其调研任务为：研究并起草一份建设工程施工合同纠纷的证据指引，为当事人和法律执业者提供有益参考。第五工作组的任务分为两部分：其一为鉴定指引，其二为其他证据指引。第五工作组在第二工作组成果《当前建设工程案件中鉴定程序存在问题的解决方案初探》的基础上，进一步梳理、修订并完成《建设工程施工合同纠纷鉴定指引》。此为第一阶段的成果。2017年9月9日，常设中国建设工程法律论坛第一次成员大会审议并表决通过了前述成果。是次公布的成果为鉴定之外的其他证据问题指引。

建设工程施工合同纠纷因专业技术性强、牵涉主体多、法律关系复杂、争议焦点繁杂等特点，成为民商事案件中最为疑难的案件类型之一。第五工作组在本调研中作出开创性的尝试：从诉讼和仲裁当事人的角度，将建设工程施工合同常见的争议问题归类成六大部分；针对常见的争议问题，在总结法律实体规则构成要件的基础上，结合建设工程施工合同的具体实践，对收集哪些证据、如何举证等提出引导性建议，形成了《建设工程施工合同纠纷证据指引》（以下简称为《指引》）六章96条；涵盖了合同主体、合同效力、工程价款等诸多方面，此为第二阶段的调研成果。

需要特别指出的是：第一，本《指引》选取的系建设工程施工合同中最为常见的举证问题。对于较为罕见的情形，无法全部包罗。第二，本《指引》着重从当事人举证的角度提出可操作性的建议，避免对实体判断规则作评述。第三，本《指引》不求穷列所需的证据，但求所列证据能够基本涵盖相应的法律构成要件。第四，在使用《指引》时，可以结合具体案情和待证事实，酌情提供相应的证据，未必需要将《指引》所列证据全部提供。第五，随着政府简化建设工程项目行政审批手续，部分省市已经开始试行取消施工合同备案。

这对黑白合同等问题的认定会产生深远的影响。但本《指引》仍循现行主流司法审判/仲裁实践。我们将关注行业发展,待下一版《指引》一并更新。第六,我们希冀《指引》能够起到一定的超前引导作用。诸如“漠视条款”等略有前瞻。第七,本《指引》包含条文和适用指南两部分。实体规则的不同认识、具体证据的形式、特殊情况的说明、举证质证的具体技巧等在条文说明中详述。本《中国建设工程法律评论》(第八辑)以特辑形式出版、发布条文说明部分。

在有限的时间内,工作组虽倾尽全力于本成果,但相信《指引》仍然有改进的空间,我们将根据后续反馈的情况再行修订。

第五工作组成员慷慨无私地为这项有意义的调研奉献了大量时间和精力。我们对工作组成员表示最衷心 and 真诚的感谢。

常设论坛的成员、观察员和建设工程法律界的众多同仁对第五工作组给予了热情的帮助和真诚的鼓励。我们特别感谢北京建筑大学承办了常设论坛第二次成员大会,使我们得以和常设论坛成员、观察员面对面地就《指引》之完善做更深入、细致的交流;感谢北京市天同律师事务所为工作组的会议提供了有力的后勤保障;感谢南昌仲裁委员会、南昌市法学会建设工程法学研究会、江西求正沃德律师事务所、北京京师(南昌)律师事务所和国际商会仲裁院联合举办《指引》的南昌意见征求会;感谢郭兴隆、牛璞、檀中文、徐寅哲、张培亮、刘健等就《指引》征求意见稿之有益的完善建议。

第五工作组的成果凝聚着工作组成员和无数行业同仁的智慧、公益心与情怀。我们心怀感激,将倍加努力!

常设中国建设工程法律论坛秘书长
《中国建设工程法律评论》主编

孙 巍

2018年9月7日

凡 例

简 称	全 称
最高院	最高人民法院
高院	高级人民法院
《民法通则》	《中华人民共和国民法通则》
《民法总则》	《中华人民共和国民法总则》
《合同法》	《中华人民共和国合同法》
《物权法》	《中华人民共和国物权法》
《建筑法》	《中华人民共和国建筑法》
《民事诉讼法》	《中华人民共和国民事诉讼法》
《劳动法》	《中华人民共和国劳动法》
《招标投标法》	《中华人民共和国招标投标法》
《民事诉讼法解释》	《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》
《证据规定》	《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》
《诉讼时效规定》	《最高人民法院关于审理民事案件适用诉讼时效制度若干问题的规定》
《建设工程司法解释》	《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》
《建设工程司法解释(二)》 (征求意见稿)	《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若干问题的解释(二)》(征求意见稿)
最高院《优先权批复》	《最高人民法院关于建设工程价款优先受偿权问题的批复》
北京高院《解答》	《北京市高级人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律若干疑难问题的解答》
江苏高院《意见》	《江苏省高级人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律若干问题的意见》

续表

简称	全称
江苏高院《解答》	《江苏省高级人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件若干问题的解答》
江苏高院《指南》	《江苏省高级人民法院建设工程施工合同案件审理指南》
浙江高院《解答》	《浙江省高级人民法院民事审判第一庭关于审理建设工程施工合同纠纷案件若干疑难问题的解答》
四川高院《解答》	《四川省高级人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件若干疑难问题的解答》
重庆高院《解答》	《重庆市高级人民法院关于建设工程造价鉴定若干问题的解答》
安徽高院《意见(二)》	《安徽省高级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指导意见(二)》
山东高院《意见》	《山东省高级人民法院关于审理建筑工程承包合同纠纷案件若干问题的意见》
广东高院《意见》	《广东省高级人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件若干问题的意见》

目 录

第一章 合同主体与诉讼/仲裁主体	1
第1.1节 诉讼/仲裁主体	1
【条文1.1.1】原告/仲裁申请人主体适格的举证	1
【条文1.1.2】被告/被申请人主体适格的举证	3
【条文1.1.3】第三人主体适格的举证	4
第1.2节 发包人	6
【条文1.2.1】发包人的认定	6
第1.3节 承包人	10
【条文1.3.1】承包人	10
【条文1.3.2】承包人经营范围、资质、资格	12
第1.4节 转包关系下的承包人及其合同相对人	14
【条文1.4.1】转包关系下的承包人及其合同相对人	14
第1.5节 分包关系下的承包人及其合同相对人	17
【条文1.5.1】分包	17
【条文1.5.2】指定分包	20
【条文1.5.3】劳务分包的认定	23
第1.6节 挂靠关系下的诉讼/仲裁主体	27
【条文1.6.1】挂靠关系的认定	27
【条文1.6.2】挂靠情形下诉讼/仲裁主体	35
第1.7节 实际施工人	39
【条文1.7.1】实际施工人的认定	39

第二章 合同效力	45
第2.1节 合同成立与生效	45
【条文2.1.1】中标通知书送达后未再签订后续合同	45
【条文2.1.2】双方之间存在口头合同和其他非书面形式合同	49
【条文2.1.3】合同抬头与签名、落款不一致时的成立问题	50
第2.2节 代理	52
【条文2.2.1】行为人系法定代理、职务代理、委托代理	52
【条文2.2.2】行为人的行为构成的表见代理	55
第2.3节 可撤销合同	58
【条文2.3.1】合同可撤销事由(重大误解、欺诈、胁迫、显失公平)的 举证	58
【条文2.3.2】撤销权行使的期限	61
【条文2.3.3】撤销权行使的后果	63
第2.4节 合同无效	64
【条文2.4.1】承包人不具有相应资质	64
【条文2.4.2】借用资质(挂靠)	67
【条文2.4.3】违反招标投标法之应依法招标而未招标	69
【条文2.4.4】违反招标投标法之中标无效	71
【条文2.4.5】违反招标投标法之低于成本价中标	72
【条文2.4.6】未办理建设用地规划许可证、建设工程规划许可证	73
【条文2.4.7】违法分包	74
【条文2.4.8】转包	80
【条文2.4.9】肢解发包	82
【条文2.4.10】任意压缩工期、违反工程质量强制性规定	84
第2.5节 黑白合同	86
【条文2.5.1】“黑白合同”	86
【条文2.5.2】“黑白合同”的审查	89
【条文2.5.3】“黑白合同”的结算	94
第2.6节 合同无效的后果	97
【条文2.6.1】未履行合同有权主张缔约过失责任	97
【条文2.6.2】无效但已部分履行的合同	98

【条文 2.6.3】参照合同约定确定工程款价款	100
【条文 2.6.4】无效合同下的工程款逾期利息	102
【条文 2.6.5】合同无效可主张赔偿损失的范围	104
第三章 工程价款	107
第 3.1 节 一般情形下的工程价款计算依据	107
【条文 3.1.1】一般情形下的工程价款计算依据	107
第 3.2 节 主张存在结算协议且有效	110
【条文 3.2.1】主张存在有效结算协议	110
【条文 3.2.2】主张结算协议未成立、无效、可撤销	113
第 3.3 节 存在其他能够直接确认工程价款情形	117
【条文 3.3.1】存在其他能够直接认定工程价款的情形	117
第 3.4 节 未完工工程的结算	119
【条文 3.4.1】未完工工程结算的工程范围、结算条件和结算依据	119
【条文 3.4.2】未完工工程结算中的工程量和价款的确认、计算	123
【条文 3.4.3】未完工工程结算纠纷中承包人主张发包人赔偿损失	126
【条文 3.4.4】未完工工程结算纠纷中发包人主张承包人赔偿损失	127
第 3.5 节 工程变更情形下工程价款的认定	128
【条文 3.5.1】工程变更情形下工程价款的结算	128
第 3.6 节 合同无效情形下工程价款的结算	132
【条文 3.6.1】建设工程施工合同无效,而建设工程验收合格时工程 款的结算	132
第 3.7 节 存在多份合同情形下工程价款的结算	135
【条文 3.7.1】存在多份合同情形下工程价款的结算	135
第 3.8 节 对竣工结算文件的默认	138
【条文 3.8.1】承包人主张发包人构成对竣工结算文件的默认	138
第 3.9 节 工程造价鉴定	143
【条文 3.9.1】工程造价鉴定的举证证明责任分配一般原则	143
【条文 3.9.2】特殊情形下的工程造价鉴定举证证明责任分配	144
第 3.10 节 已付工程款及其他应扣款项	148
【条文 3.10.1】已付工程款与其他应扣款项	148

第3.11节 工程款利息	152
【条文3.11.1】工程款利息的举证	152
第3.12节 工程价款或其他结算款请求权诉讼时效	155
【条文3.12.1】工程价款或其他结算款请求权诉讼时效的举证	155
第3.13节 影响工程价款的其他费用	159
【条文3.13.1】影响工程价款结算的其他费用	159
第四章 建设工程价款优先受偿权	164
第4.1节 建设工程价款优先受偿权的主体	164
【条文4.1.1】建设工程价款优先受偿权的权利主体	164
【条文4.1.2】建设工程价款优先受偿权的义务主体条件	166
第4.2节 建设工程价款优先受偿权的客体	167
【条文4.2.1】不宜折价、拍卖的工程	167
【条文4.2.2】未完工工程	168
第4.3节 建设工程价款优先受偿权行使的债权范围	168
【条文4.3.1】建设工程价款优先受偿权行使的债权范围	168
第4.4节 建设工程价款优先受偿权行使期限	171
【条文4.4.1】建设工程价款优先受偿权行使期限	171
第4.5节 建设工程价款优先受偿权之“催告”	174
【条文4.5.1】建设工程价款优先受偿权之“催告”	174
第4.6节 建设工程价款优先受偿权之“顺位”	178
【条文4.6.1】建设工程价款优先受偿权之“顺位”	178
第五章 工期延误与索赔	184
第5.1节 工期	184
【条文5.1.1】开工日期的证明	184
【条文5.1.2】竣工日期的证明	186
【条文5.1.3】未完工程的停工日期	188
第5.2节 工期延误	189
【条文5.2.1】工期延误	189
第5.3节 工期索赔及鉴定	193

【条文 5.3.1】承包人的工期索赔	193
【条文 5.3.2】工期鉴定的举证证明责任分配一般原则	200
【条文 5.3.3】工期鉴定启动的证据	202
第 5.4 节 停工、窝工损失	208
【条文 5.4.1】承包人的停工、窝工损失索赔	208
【条文 5.4.2】承包人的利润索赔	213
【条文 5.4.3】发包人的工期延误损失索赔	218
第六章 工程质量与保修	223
第 6.1 节 工程质量缺陷与责任主体	223
【条文 6.1.1】工程质量缺陷举证的一般情形	223
【条文 6.1.2】工程质量责任主体	228
第 6.2 节 已完工程的竣工验收与工程质量	231
【条文 6.2.1】工程竣工资料移交	231
【条文 6.2.2】工程竣工验收	232
【条文 6.2.3】工程未办理竣工验收备案	237
【条文 6.2.4】未经验收发包人擅自使用的工程质量责任	238
【条文 6.2.5】未经竣工验收发包人擅自使用工程的举证	241
第 6.3 节 未完工程的质量	243
【条文 6.3.1】未完工工程质量合格	243
【条文 6.3.2】未完工工程的质量不合格	245
第 6.4 节 工程保修责任	247
【条文 6.4.1】工程质量保修	247
【条文 6.4.2】保修金返还	249
第 6.5 节 工程质量责任减免	252
【条文 6.5.1】承包人工程施工阶段质量责任的免除	252
【条文 6.5.2】承包人工程施工阶段质量责任的减轻	257
【条文 6.5.3】承包人工程保修阶段质量责任的免除	258
【条文 6.5.4】承包人工程保修阶段质量责任的减轻	260
第 6.6 节 工程质量鉴定	261
【条文 6.6.1】工程质量鉴定申请	261

【条文 6.6.2】单方委托的工程质量鉴定	264
第 6.7 节 工程质量修复方案与修复费用	266
【条文 6.7.1】工程质量修复方案和修费费用的合理性	266
【条文 6.7.2】工程质量修复方案的实施	267
第 6.8 节 工程质量违约损失及其赔偿	268
【条文 6.8.1】工程施工阶段质量违约的情形及发包人损失范围	268
【条文 6.8.2】工程保修阶段质量违约的情形及发包人损失范围	271
附录 常设中国建设工程法律论坛建设工程施工合同纠纷证据指引	275

第一章 合同主体与诉讼/仲裁主体

第 1.1 节 诉讼/仲裁主体

【条文 1.1.1】原告/仲裁申请人主体适格的举证

原告/仲裁申请人证明其具有诉讼/仲裁主体资格的,可从以下方面进行举证:

1. 其与建设工程施工合同案件存在直接利害关系,如建设工程施工合同及/或中标通知书等文件;
2. 营业执照、组织机构代码证、事业单位法人证书、居民身份证等主体资格证明文件。

适用指南

1. 《民事诉讼法》第 119 条规定:“起诉必须符合下列条件:(一)原告是与本案有直接利害关系的公民、法人和其他组织……”该条规定了原告的主体资格问题。所谓适格原告,是指对于特定的建设工程施工合同纠纷能够以原告的名义行使诉权的诉讼当事人。

2. 一般而言,诉讼或仲裁当事人主张其为适格的原告/仲裁申请人应当具备如下构成要件:作为原告/仲裁申请人的公民、法人和其他组织与建设工程施工合同案件存在直接利害关系(与受到侵害的民事权益或者发生争议的民事法律关系具有直接的法律上的利害关系)。

在建设工程施工合同争议中,通常情况下,双方签订的建设工程施工合同就是最直接的证据,施工合同的一方当事人即为案件的当事人。可见,通常诉争的建设工程施工合同的法律关系的主体就是适格原告/仲裁申请人。

没有书面合同的,可提交施工图、会议纪要、监理日志、签证单、联系单、往来函件、付款凭证、录音录像等证据,证明存在直接利害关系。

原告/仲裁申请人是公民的,应提交身份证明文件。原告/仲裁申请人是法人的,应提交企业、事业法人资格证明文件,如营业执照、事业法人证书、组织机构代码证书等。法人注销、歇业、合并、分立、破产清算的,应提交在前述情形下可证明其具有合法主体资格的有关证据材料。企业筹备期间产生争议的,应以企业发起人为原告/仲裁申请人,提交发起人的身份证明文件。

3. 实务中需要注意的是,当建设工程施工合同的双方当事人作为原、被告(申请人或被申请人)时,一般不会对主体资格产生争议。但由于建设工程实践中普遍存在联合承包、合作开发、委托代建、转包、违法分包、挂靠、债权债务转让等其他不规范操作的情形,在上述情形中极易导致各方对诉讼/仲裁当事人主体资格产生争议。有关联合承包、合作开发、委托代建、转包、违法分包、挂靠情形下的主体资格证据指引详见本章有关内容。实践中其他常见的诉讼/仲裁主体争议处理原则如下:(1)对于建设单位内部不具有法人资格的职能部门、分支机构或下属机构签订建设工程施工合同产生纠纷的,应列该建设单位为诉讼/仲裁主体。但根据最高院《民事诉讼法解释》第52条规定:“民事诉讼法第四十八条规定的其他组织是指合法成立、有一定的组织机构和财产,但又不具备法人资格的组织,包括:……(四)依法成立的社会团体的分支机构、代表机构;(五)依法设立并领取营业执照的法人的分支机构;(六)依法设立并领取营业执照的商业银行、政策性银行和非银行金融机构的分支机构……”在该例外情况下,可列前述三种其他组织为诉讼/仲裁主体。(2)项目经理部是建设工程施工单位为完成某一项目施工而专门成立的临时管理职能部门,一般情况下,不具备诉讼/仲裁主体资格,不能独立对外承担责任。(3)没有资质的建筑工程队、建筑施工队、民工队、个人等承揽工程的,作为实际施工人,可以成为诉讼/仲裁主体。(4)施工作业组,既无资质,也无施工独立性,不能成为诉讼/仲裁主体。(5)村委会或者有独立财产的村民小组,作为发包人,可以成为诉讼/仲裁主体。(6)仅提供劳务的农民工个人不得作为实际施工人成为诉讼/仲裁主体。(7)联合承包且已组成具有法人资格联营体的,以该联营体为诉讼/仲裁主体;否则,应以所有联合承包人为共同诉讼人。(8)合作开发建设工程并对合作建设工程

享有共同权益的,其中合作一方因与建设工程施工合同相对方发生争议的,其他合作人可以共同诉讼人。(9)以筹建处、指挥部临时机构的名义发包工程产生纠纷后,若该筹建处、指挥部已经合法批准成立并已具有法人资格,应列其为诉讼/仲裁主体;如仍为临时性机构,列成立或开办该单位的组织为诉讼/仲裁主体。法院在立案审查时,如发现原告不合格,应裁定不予受理;在立案后发现原告不合格,应裁定驳回起诉。

【条文 1.1.2】被告/被申请人主体适格的举证

原告/仲裁申请人证明被告/仲裁被申请人具有诉讼/仲裁主体资格的,可从以下方面进行举证:

1. 在立案阶段需证明:被告/仲裁被申请人是明确的,如被告/仲裁被申请人营业执照、组织机构代码证、事业单位法人证书、居民身份证等主体资格证明文件。

2. 在审理阶段需证明:针对被告/被申请人存在正当的请求权基础。

适用指南

1. 《民事诉讼法》第 119 条规定:“起诉必须符合下列条件:……(二)有明确的被告……”根据该条规定,原告需证明存在明确的被告,即被告作为民事主体是真实存在或真实存续的。通过提供个人被告的公民身份号码、单位被告的统一社会信用代码或组织机构代码、注册号等信息,有助于快速确定、核实被告主体信息。而仅提供被告名称或者姓名、地址等信息,可能导致无法送达、无法确定被告主体是否存在、存续等情况发生,使得案件因被告主体不明确而被驳回起诉。

2. 目前,法院在立案阶段实行立案登记制,对立案材料仅是进行形式审查但原告至少应从表面证据上证明原被告之间存在民事法律关系。而被告是否合格,是从实体法的角度观察的结果。审判实践中,如果原告不能证明针对被告的请求权基础,那么法院将认定被告对原告不负有讼争的民事义务或民事责任,从而判决驳回原告的诉讼请求。

3. 实务中还应注意如下几个问题:

第一,政府参与的建设工程项目,无论参与主体是政府还是政府所属部门,也无论该主体是否在建设工程施工合同上签章,只要举证证明其对合作建设工程享有共同权益的事实,一般可以列为共同被告。

第二,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:(1)提供的设计有缺陷;(2)提供或者指定购买的建筑材料、建筑构配件、设备不符合强制性标准。根据《合同法》第122条关于违约责任与侵权责任竞合时的规定,权利人在寻求权利救济时享有选择权。当建设工程存在质量争议时,建设单位可以选择侵权之诉,根据过错责任列勘察、设计单位与施工单位为共同被告。

第三,发包人就工程质量纠纷仅起诉承包人的,若存在转包事实,可以列实际施工人为共同被告。

第四,被告/被申请人主张自身作为被告主体不适格的,一般从以下几个方面举证:(1)原被告/申请人与被申请人之间不存在民事权利义务关系;或者(2)合同签订人存在无权代理的情形。关于无权代理,需要举证证明订立合同的当事人存在没有代理权、超越代理权或者代理权终止后仍以被代理人名义订立合同的事实。相应地,原告可以从构成表见代理构成要件的角度进一步反驳举证:(1)代理行为存在诸如合同书、公章、印鉴等有权代理的客观表象;(2)原告已尽合理注意义务,善意且无过失。《最高人民法院关于当前形势下审理民商事合同纠纷案件若干问题的指导意见》第4部分对表见代理行为的认定标准作了较为具体的规定,实践中需要根据个案中的各种因素进行综合分析判断。

第五,在被告明确的情况下,法院不能以被告不合格为由裁定不予受理或驳回起诉。如在审理中发现被告不合格,应行使释明权,告知原告变更被告。坚持不变更的,应当判决驳回原告的诉讼请求。

【条文 1.1.3】第三人主体适格的举证

第三人本人或诉讼当事人申请第三人参与诉讼的,除提交第三人身份证明、营业执照等主体资格证明文件外,还应当根据不同案情从不同方面进行举证:

1. 实际施工人仅起诉发包人,转包人、违法分包人、被挂靠人申请作为第三人参与诉讼的,应当提交转包合同、违法分包合同、挂靠协议等证明存在转包、违法分包或挂靠事实的相关证据。

2. 承包人起诉发包人支付工程款,发包人抗辩其向实际施工人付款并申请实际施工人作为第三人参与诉讼的,应举证证明发包人曾向实际施工人支付了工程款。

3. 在合作开发案件中,常由出地方与承包人直接签订建设工程施工合同,承包人仅起诉签合同的出地方,按约定可分得不动产或现金收益的出资方申请作为无独立请求权的第三人参与诉讼的,应提交合作开发合同。

4. 以联合体名义进行承包,联合体一方向发包人提起诉讼,联合体其他各方申请作为第三人参与诉讼的,应提交联合体协议以及联合体一方或各方各自或共同与发包人签订的承包合同。

适用指南

1. 根据《民事诉讼法》第56条的规定,民事诉讼的第三人^①,是指对当事人争议的诉讼标的具有独立的请求权,或者虽无独立的请求权,但案件处理结果同其有法律上的利害关系,从而参加到他人已进行的诉讼中的人。民事诉讼中的第三人包括有独立请求权的第三人和无独立请求权的第三人。有独立请求权的第三人,是指对当事人之间争议的诉讼标的的全部或者一部分,以独立的实体权利人的资格,提出诉讼请求而参加诉讼的人。有独立请求权的第三人参加诉讼,实际是提起了一个新的诉讼,和本诉之间相当于诉的合并。其在诉讼中的地位相当于原告,本诉的原被告为其被告。因此,对于申请成为有独立请求权的第三人的主体资格,其举证指引与原告主体资格的举证指引相同。无独立请求权的第三人,是指对他人之间争议的诉讼标的没有独立的实体权利,只是参加到诉讼中,以维护自己利益的人。对于申请成为无独立请求权的第三人的主体资格,第三人应举证证明虽然自己对诉讼标的没有独立请求权,但同案件处理结果有法律上的利害关系,即

^① 注:此处论述不包括法院依职权追加或通知参与诉讼的第三人,仅涉及申请参与诉讼的第三人。

诉讼的判决书或调解书认定的事实或结果将直接或间接地影响到第三人的民事权益或者法律地位。无独立请求权的第三人参加诉讼的原因,在实践中一般存在以下几类情况:第一,存在一方当事人在以后诉讼中向其追偿的可能性;第二,本诉与将来可能发生的诉之间存在先决关系;第三,存在权益受到本诉结案文书既判力拘束的情形。

2. 实践中,第三人主体不适格的情形主要有:(1)列签订建设工程施工合同的建设单位内部无法人资格的职能部门或下属机构为诉讼主体;(2)列不具有独立财产的建筑施工企业的分支机构为诉讼主体;(3)遗漏营业执照、资质证书等借用人或出借人的;(4)遗漏共同承包人或联合承包人的;(5)单独主张工程款的被挂靠人;(6)个人合伙建筑队的营业执照上登记的经营者与实际经营者不一致的,遗漏登记的经营者或实际经营者的;(7)发包人仅列转包人或仅列转承包人为被告的;(8)列不具有法人资格的筹建处或临时机构为诉讼主体的;(9)列不具有法人资格的内部承包经营的施工企业为诉讼/仲裁主体而遗漏建筑施工企业的;(10)遗漏合作建设工程的其他合作人的,以及因工程质量产生纠纷,存在转包事实但未列实际施工人为诉讼主体的。

第1.2节 发 包 人

【条文 1.2.1】发包人的认定

发包人因与承包人纠纷在诉讼或仲裁程序中作为当事人的,可以从以下方面进行举证:

1. 自身主体资格,如营业执照、开发或施工资质、承发包双方之间的承包合同,系适格主体或非适格主体;

2. 双方之间承包合同,具体为合同中的承包范围、承包方式、计价方式、工期、质量、结算、付款、违约、约定管辖等条款;

3. 发包人作为原告/仲裁申请人提出权利主张的,主要从承包人工期延误、工程质量不合格、未提交竣工验收资料等方面举证,如监理日志、施工日志,双方的签订的补充协议、工程变更、洽商资

料、鉴定报告等证据;

4. 发包人作为被告/被申请人被主张权利的,主要从承包人主体不适格、工程未竣工验收合格、工程尚未交付使用、合同计价依据、结算付款依据、发包人已付款凭证、监理日志、变更洽商、行政处罚等方面进行举证。

适用指南

《建筑法》第13条规定:“从事建筑活动的建筑施工企业、勘察单位、设计单位和工程监理单位,按照其拥有的注册资本、专业技术人员、技术装备和已完成的建筑工程业绩等资质条件,划分为不同的资质等级,经资质审查合格,取得相应等级的资质证书后,方可在其资质等级许可的范围内从事建筑活动。”

实践中,在发包人的主体资格问题上存在以下几种情况:

1. 因建设工程施工合同的发包人的下属机构或者分支机构代表发包人对外签订合同而产生的诉讼/仲裁主体问题及其司法处理原则。即合同一方主体或为发包人基建职能部门,或合同上盖有单位办公室的印章。在这种情况下,合同主体虽是发包人内设机构,但不应一概认定其对外签订的建设工程施工合同无效。职能部门虽不是建设工程施工合同法律关系的主体,不能独立承担责任,这类案件宜由发包人作为当事人并承担民事责任。

2. 因临时性机构发包建设工程而产生的诉讼/仲裁主体问题及其司法处理原则。一些新建的工程项目,有关单位往往成立临时性机构(如筹建处等),对外进行工程发包。临时性机构虽然有一定的组织形式,但没有自己独立的财产,仅是一个工程建设单位的分支机构或者只是代行建设单位的临时职责。当建设工程竣工后,该机构随之撤销。审判实践中,对于该类纠纷主体的确定,应遵循权利义务相一致的原则考虑所涉及工程的投资单位和竣工工程的最后归口单位承担责任,宜列该工程的归口单位或者组织为当事人参加诉讼;如果归口单位不明确的,可以列投资单位或者工程主管部门为当事人。

3. 因合作开发房地产而产生的诉讼/仲裁主体问题及其司法处理原则。所谓合作开发房地产,是指两个或两个以上的当事人按照约定提供出让土

地使用权、资金等作为共同投资,共享利润、共担风险合作开发房地产。在合作开发房地产过程中需要对外签订一系列的合同,如建设工程施工合同。因合作开发房地产而对外签订施工合同存在以下两种情形:(1)合作开发各方当事人中的所有当事人共同作为发包人与承包人签订施工合同;(2)合作开发各方当事人中的部分当事人作为发包人与承包人签订施工合同。通常情况下,因施工合同产生纠纷的,根据合同相对性原则,应当以签订施工合同的当事人作为诉讼当事人,而未签订施工合同的当事人不应作为诉讼当事人。但承包人为最大限度地维护其自身权益,在要求签订建设工程施工合同的合作开发当事人承担工程款支付责任的时候,往往同时要求未签订施工合同的合作开发当事人承担支付工程款的连带责任,而未签订施工合同的合作开发当事人则会依据合同相对性原则提出抗辩,由此产生诉讼主体问题。

就未对外签订施工合同的合作开发当事人是否承担支付工程款连带责任的问题,司法界观点不一。《最高人民法院关于印发〈全国民事审判工作会议纪要〉的通知》第18条中就同时列举了这两种截然相反的观点。最高院(2007)民一终字第39号“大连渤海建筑工程总公司与大连金世纪房屋开发有限公司、大连宝玉房地产开发有限公司、大连宝玉集团有限公司建设工程施工合同纠纷案”判决未签订建设工程施工合同的合作开发当事人,不应单对欠付工程款承担连带责任,这充分反映了司法实践中在未签订施工合同的合作开发当事人是否对外承担连带责任的问题上所存在的争议和分歧。对施工单位渤海公司要求未签订施工合同的合作开发当事人金世纪公司承担支付工程款连带责任的诉讼请求,一审法院认定金世纪公司对尚欠工程款承担连带给付责任,而最高院(二审法院)则依据合同相对性原则等,认为合作开发房地产各方并不必然对外承担连带责任,并据此认定金世纪公司作为未签订施工合同的合作开发当事人,不应当对工程欠款承担连带责任。该案例公布在《最高人民法院公报》2008年第11期中,显然体现了最高院在该问题上的其中一种观点。与最高院对该问题存在两种截然相反的意见不同,各地法院对该问题的意见和观点则较为一致。各地法院制定的审判指引中都明确规定合作开发各方当事人(包括未签订施工合同的合作开发当事人)对外承担连带责任。

4. 因承包人要求非建设工程施工合同当事人的建筑物所有权人承担工

工程款支付责任而产生的诉讼/仲裁主体问题及其司法处理原则。通常情况下,建设单位(建筑物所有权人)在施工合同中处于发包人的地位,即建设单位同时也是施工合同发包人。此时各方当事人对承担工程款支付责任的主体并不会产生争议。但有时施工合同中的发包人并非建设单位,而是建设单位之外的其他单位。如在委托代建、合作开发房地产、BT工程、承租人签订装修施工合同等情形中,与施工单位签订施工合同的主体并非建设单位,而是通过与建设单位签订相关合同(如委托代建合同、合作开发房地产合同、BT合同、承租合同等)而获得工程发包资格的其他单位。此时,各方当事人往往会对承担工程款支付责任的主体产生争议,特别是在施工合同发包人出现下落不明、丧失工程款支付能力等影响承包人建设工程价款受偿权的情形中,承包人为最大限度维护其权利,往往要求建设单位(建筑物所有权人)与施工合同发包人承担连带责任或者直接向其支付工程款。而建设单位(建筑物所有权人)则会依据合同相对性原则,以其不是施工合同当事人为由,主张其不应向承包人承担连带责任或支付工程款。

最高院(2001)民一终字第69号“广州市番禺区市场管理服务总站与广州市番禺区第二建筑工程公司、广东华粤房地产股份有限公司等工程款纠纷案”便涉及非施工合同发包人的建筑物所有权人是否承担支付工程款义务的问题。最高院最终以建筑物所有权人广州市番禺区市场管理服务总站不是施工合同当事人为由,判决其不应向承包人承担连带责任或支付工程款。该案中,施工合同的双方当事人为华粤公司(发包人)和二建公司(承包人),市管总站并非施工合同的当事人,市管总站与华粤公司之间存在合作开发合同关系,后涉案建筑物被另案判归市管总站所有,二建公司在依据施工合同要求华粤公司向其支付剩余工程款的同时,以市管总站为涉案建筑物的所有权人为由要求市管总站承担支付工程款的连带责任。如上所述,司法实践中对未签订施工合同的合作开发当事人是否对外承担支付工程款的连带责任存在比较大的分歧。该案中两审法院在该问题上的认定也截然相反。一审法院以涉案建筑物已判归市管总站所有、市管总站是该建筑物的受益人为由,认定市管总站承担连带清偿责任。而二审法院(最高院)则依据合同相对性原则,以市管总站不是施工合同的缔约人为由,认定市管总站不承担连带责任。

发包人的举证要点。第一,主体适格与否。在无书面合同案件中,发包

人可提交以下证据:监理日志、会议纪要、签证单、联系单、往来函件、付款凭证、施工图、通话录音等。第二,有关合同约定。发包人可以通过承包合同、补充协议等材料证明其承包范围、承包方式、价款约定、质量要求、工期要求、承包人向发包人提供完整的竣工验收资料等。第三,所承包的工程质量不合格,如发包人对承包人的函证、监理日志、整改通知等证据。第四,所承包的工程工期延误,如涉案工程的竣工验收报告、竣工备案登记表,所施工的分部分项验收记录、单位工程验收记录等证据。第五,施工合同中的发包人并非建设单位,而是建设单位之外的其他单位,如在委托代建、合作开发房地产、BT工程、承租人签订装修施工合同等情形,发包人可以以合同相对性、善意且无过失为由进行抗辩,如代建方与承包人签订的承包合同等。

相对方的反证要点。作为反证方的抗辩,也应当从合同关系、合同履行完成、发包方未付工程款等方面进行抗辩。合同关系,可以从合同签订主体为发包人的下属机构或者分支机构、临时性机构,应由发包人承担责任的角度进行举证。合同履行情况可以从工程竣工验收报告、发包人擅自占有使用工程、工程洽商、签证、设计变更等方面举证。发包方未付工程款方面可以从结算书、发包方拒不结算时承包方邮寄给发包方的结算报告、双方签字确认的对账单、付款凭证、承包方已开具的发票金额等方面举证。

第1.3节 承 包 人

【条文1.3.1】承包人

1. 当事人拟证明其是承包人的,可从以下方面进行举证:
 - (1) 与发包人签订的承包合同及/或中标通知书等文件;
 - (2) 营业执照等主体资格证明文件;
 - (3) 相应承包资质证书文件。
2. 如果是联合承包的,还可以提供以下方面证据:
 - (1) 各承包人共同与发包人签订的承包合同,或者分别与发包人签订的承包合同以及能够证明联合承包合意的文件;

(2)各承包人的营业执照等主体资格证明文件以及相应的承包资质证书文件。

适用指南

《建筑法》第15条第1款规定：“建筑工程的发包单位与承包单位应当依法订立书面合同，明确双方的权利和义务。”第19条规定：“建筑工程依法实行招标发包，对不适于招标发包的可以直接发包。”因此，承包人身份的证明，首要的就是提供双方签订的书面承包合同，这是最直接的证据。有些情况下，发包人虽然发出了中标通知书，但因种种原因没有和承包人签订正式承包合同，甚至因此产生纠纷。在这种情况下，招投标文件以及中标通知书能够起到证明承包人身份的相同效果。

需要说明的是，对于必须进行招标的项目，只有经过合法的招投标程序才能确定承包人。未经招投标或者中标无效的，即使签订了承包合同，该承包合同也无效，当事人不具有合法的承包人身份。但是，如果双方已经履行了承包合同，建设工程也竣工验收合格，此种情况下当事人具有事实上的承包人身份，并可以参照合同主张权利（例如，《建设工程司法解释》第2条规定：“建设工程施工合同无效，但建设工程经竣工验收合格，承包人请求参照合同约定支付工程价款的，应予支持。”）。

实务中应当注意，有些情况下，在承包合同上签字盖章的可能是承包人的工程项目部等临时性机构。由于工程项目部不是适格的合同/诉讼/仲裁主体，所以在诉讼时应当以该承包人本身作为当事人。

有些情况下，在承包合同上签字盖章的可能是承包人的分公司，实际完成承包工作的也是该分公司。虽然分公司可以自己的名义从事民事活动，甚至参加诉讼，但因民事责任由设立该分公司的总公司承担，加之分公司大多没有单独的承包资质，所以在诉讼时该总公司宜作为共同原告或被告参加。

营业执照在通常情况下是当事人向法院提交的证明主体资格的文件，不属于证据。但在特殊情况下，为证明当事人之间的关系（如总分公司、母子公司等）以及注册资本、营业范围等事项时，可作为证据。而在签约合同主体与诉讼/仲裁主体存在主体名称变更时，应当调取工商登记变更的证明

材料作为主体适格的基础证据。

《建筑法》第26条第1款规定：“承包建筑工程的单位应当持有依法取得的资质证书，并在其资质等级许可的业务范围内承揽工程。”因此，承包人需要提供相应的资质证书，以证明承包人有资质或在其资质等级许可的范围内承揽工程，承包身份合法。因另有专门的承包人资质方面的证据指引条文，故此处不再深入讨论。但同样需要说明的是，虽然承包人没有资质或超越资质等级签订的承包合同无效，但如果建设工程竣工验收合格，此种情况下当事人也具有事实上的承包人身份，可以依据合同主张权利，亦可以参加诉讼。

就联合承包而言，《建筑法》第27条第1款规定：“大型建筑工程或者结构复杂的建筑工程，可以由两个以上的承包单位联合共同承包。共同承包的各方对承包合同的履行承担连带责任。”通常情况下各承包人共同与发包人签订三方（甚至多方）承包合同，这种比较好判断联合承包人的主体身份。有些特殊情况下，发包人分别与各承包人签订承包合同，甚至只与某一个承包人代表签订承包合同。这时除了提供、分析该份承包合同的内容外，可能还需要提供能够证明发包人知悉、同意共同承包、各承包人有联合承包合意的证据，以证明确系联合承包，而非分包。

实务中应当注意，有时存在名为“联合承包”但实为“分包”的情形，故需要结合承包合同的内容、各方的权利义务以及实际履行情况综合判断。

最后，在一方证明承包人主体身份后，另一方若主张其不是承包人，需要提供相应的反驳证据，例如，承包合同并非其所签订、发包人与他人另行签订了承包合同、承包工作由他人实际完成，等等。这可能会涉及转包、实际施工人、挂靠等问题，此处不做深入讨论。

【条文 1.3.2】承包人经营范围、资质、资格

当事人证明承包人具备相应资质的，可从以下方面进行举证：

1. 合同项下工程在承包人营业执照中载明的经营范围内；
2. 承包人具有与合同项下工程相应的建设行政主管部门颁发的建筑业企业资质；
3. 承包人具有与合同项下工程相应的安全生产许可证书；

4. 合同项下工程属于特殊工程的, 承包人还应具有对应的其他法定资格。

适用指南

《建筑法》第12条规定:“从事建筑活动的建筑施工企业、勘察单位、设计单位和工程监理单位,应当具备下列条件:(一)有符合国家规定的注册资本;(二)有与其从事的建筑活动相适应的具有法定执业资格的专业技术人员;(三)有从事相关建筑活动所应有的技术装备;(四)法律、行政法规规定的其他条件。”第13条规定:“从事建筑活动的建筑施工企业、勘察单位、设计单位和工程监理单位,按照其拥有的注册资本、专业技术人员、技术装备和已完成的建筑工程业绩等资质条件,划分为不同的资质等级,经资质审查合格,取得相应等级的资质证书后,方可在其资质等级许可的范围内从事建筑活动。”第26条规定:“承包建筑工程的单位应当持有依法取得的资质证书,并在其资质等级许可的业务范围内承揽工程。禁止建筑施工企业超越本企业资质等级许可的业务范围或者以任何形式用其他建筑施工企业的名义承揽工程。禁止建筑施工企业以任何形式允许其他单位或者个人使用本企业的资质证书、营业执照,以本企业的名义承揽工程。”

根据住房和城乡建设部颁布实施的《建筑业企业资质标准》,建筑业企业资质分为施工总承包、专业承包和施工劳务三个序列。其中施工总承包序列设有12个类别,一般分为4个等级(特级、一级、二级、三级);专业承包序列设有36个类别,一般分为3个等级(一级、二级、三级);施工劳务序列不分类别和等级。

施工总承包序列设有12个类别,分别是:建筑工程、公路工程、铁路工程、港口与航道工程、水利水电工程、电力工程、矿山工程、冶金工程、石油化工工程、市政公用工程、通信工程及机电工程。

专业承包序列设有36个类别,分别是:地基基础工程、起重设备安装工程、预拌混凝土、电子与智能化工程、消防设施工程、防水防腐保温工程、桥梁工程、隧道工程、钢结构工程、模板脚手架、建筑装修装饰工程、建筑机电安装工程、建筑幕墙工程、古建筑工程、城市及道路照明工程、公路路面工程、公路路基工程、公路交通工程、铁路电务工程、铁路铺轨架梁工程、铁路

电气化工程、机场场道工程、民航空管工程及机场弱电系统工程、机场目视助航工程、港口与海岸工程、航道工程、通航建筑物工程、港航设备安装及水上交管工程、水工金属结构制作与安装工程、水利水电机电安装工程、河湖整治工程、输变电工程、核工程、海洋石油工程、环保工程、特种工程。

根据以上规定,建设工程的承包人应依法取得相应等级的资质证书,并在其资质等级许可的范围内承揽工程。因此,证明承包人具备相应资质的,最重要的是要提供与涉案工程的性质、范围、规模、工艺、技术等相应等级的资质证书,否则就是无资质承揽或超越资质等级承揽,所签施工合同将会无效。

不过需要注意,《建设工程司法解释》第5条规定:“承包人超越资质等级许可的业务范围签订建设工程施工合同,在建设工程竣工前取得相应资质等级,当事人请求按照无效合同处理的,不予支持。”根据此条规定,承包人虽然超越资质等级许可的业务范围签订建设工程施工合同,但在建设工程竣工前取得相应资质等级的,不以施工合同无效论处。

除了《建筑法》规定的建筑业企业资质证书外,《安全生产许可证条例》第2条规定:“国家对矿山企业、建筑施工企业和危险化学品、烟花爆竹、民用爆炸物品生产企业(以下统称企业)实行安全生产许可制度。企业未取得安全生产许可证的,不得从事生产活动。”

根据以上规定,如果建筑施工企业未取得安全生产许可证,或者虽有安全生产许可证但是已失效或被暂扣、吊销,将导致其不得进行生产经营,不得承揽建设工程。所以,在有些情况下,是否取得安全生产许可证也会成为证明承包人是否具备相应承揽资格的重要证据。

第1.4节 转包关系下的承包人及其合同相对人

【条文1.4.1】转包关系下的承包人及其合同相对人

当事人主张其为转包关系下的承包人并确定合同相对人的,建议从以下方面进行举证:

1. 当事人履行施工义务的证据

(1) 现场项目管理机构由其所属人员组成;

(2)以总承包人名义设立现场项目管理机构中的项目负责人、技术负责人、质量管理负责人、安全管理负责人等主要管理人员为其所属人员；

(3)在向发包人提交的各种工程资料中，署名的项目负责人、技术负责人、质量管理负责人及安全管理负责人等为其所属人员；

(4)承包范围为总承包人或其合同相对人的全部承包范围；

(5)合同相对人向其支付工程款所涉范围为合同相对人的承包范围。

2. 合同相对人收取管理费的证据

(1)其与合同相对人签订的关于包含收取管理费的协议，如转包协议、分包协议、合作协议等；

(2)向合同相对人发出的请款报告；

(3)与合同相对人签订的结算协议；

(4)其他能证明合同相对人向其收取管理费的文件，如会议纪要、工作联系单、费用凭证等。

适用指南

一、转包的概念及禁止性规定

1. 转包的概念。《建设工程质量管理条例》第78条规定：“转包，是指承包单位承包建设工程后，不履行合同约定的责任和义务，将其承包的全部建设工程转给他人或者将其承包的全部建设工程肢解以后以分包的名义分别转给其他单位承包的行为。”转包既可能由施工总承包人发起，也可能由相应的工程分包承包人发起。故在具体的案件中，转包可能与违法分包产生一定的交融。在建筑业施工实践中，层层转包、违法分包较为常见。

2. 关于转包的禁止性规定。《建筑法》第28条规定：“禁止承包单位将其承包的全部建筑工程转包给他人，禁止承包单位将其承包的全部建筑工程肢解以后以分包的名义分别转包给他人。”《合同法》第272条规定：“承包人不得将其承包的全部建设工程转包给第三人或者将其承包的全部建设工程肢解以后以分包的名义分别转包给第三人。”《建设工程质量管理条例》第25条规定：“施工单位不得转包或者违法分包工程。”《建设工程司法解释》

第4条规定：“承包人非法转包、违法分包建设工程或者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他人签订建设工程施工合同的行为无效。”

二、工程转包的构成要件

工程转包的构成应当具有以下两个法律要件：

1. 承包人与转承包人应当是两个独立法人或其他组织或个人。如承包人将其承包的建设工程交由与其具有隶属关系的分公司或内部机构实施，则不构成转包。如果承包人将其承包的建设工程交由其独立核算的分公司、内部机构或职工承包，收取管理费的，则要看承包人是否对工程的技术质量、人员管理、经济统筹进行了控制。如果进行了控制，则属于承包人的内部承包经营责任制，法律并不禁止。否则，可能构成转包或挂靠。实践中，承包人将其承包的工程交由其下属子公司施工的情况比较普遍。对此种行为是否属于转包的认定存在争议。全国人大法工委在《对建筑施工企业母公司承接工程后交由子公司实施是否属于转包以及行政处罚两年追溯期认定法律适用问题的意见》（法工办发〔2017〕223号）中认为：“关于母公司承接建筑工程后将所承接工程交由其子公司实施的行为，《建筑法》《合同法》及《招标投标法》对建设工程转包的规定是明确的，这一问题属于法律执行问题，应当根据实际情况依法认定、处理。”根据该意见的精神，我们认为，母子公司均为独立的法人单位，具有独立的管理机构和施工人员，应当独立履行义务、承担责任。因此，上述情形应当依法认定为转包。

2. 承包人必须是将其承包的全部建设工程任务直接或肢解后交由第三人实施才构成转包。如果是将其承包的全部建设工程任务中的部分工程直接或肢解后交由第三人实施，则应构成（违法）分包而非转包。

三、转包关系下的承包人及其合同相对人

本条主要用以确定主张存在转包关系的承包人如何确定自身的诉讼（仲裁）主体地位和其合同相对人。首先，转包的承包人可举证证明施工总承包人并未实际施工、管理涉案工程，履行总承包管理职责，主要通过对项目部所属主要管理人员（项目负责人、技术负责人、质量管理负责人及安全管理负责人）的身份、社保、工资发放、管理关系、人身属性等角度举证。在转包关系下，总承包人并不愿意承担相应的施工义务，更无组成项目部管理人员的行为。其次，当事人欲证明其为转包工程的承包人，应当举证其履行

了相应的施工义务,并明确其施工的范围、内容、时间等角度,证明涉案工程实际上系全部属于当事人承包范围。最后,当事人可以提交相应的转包协议或类似文件,直接证明当事人与其合同相对人成立工程转包关系,双方对转包的范围、内容、责任承担及转包管理费等进行了约定。其中工期、质量标准的约定,往往采用如“同总承包合同一致”等表述;对于价款的约定,往往采用诸如“业主审定的工程造价扣除11%的管理费”、“以总承包人与建设方的结算下浮一定的比例”等;对于工程价款的支付,往往采用“背靠背条款”用以约束,即“如合同相对人的上家未能及时拨付工程款,合同相对人有权得以拒绝支付转包工程承包人的工程款”等表述。如当事人无法提供转包协议或类似文件,则可以通过结算报告、请款协议、月进度报表、会议纪要等间接证据证明双方实质上存在工程转包关系及转包管理费比例等内容。

第1.5节 分包关系下的承包人及其合同相对人

【条文1.5.1】分包

证明当事人之间存在建设工程分包合同关系,建议从以下方面进行举证:

1. 拟证明存在专业分包合同关系的当事人,应举证证明其诉讼/仲裁主体地位,以及工程分包合同签订并实际履行的证据,包括分包合同、专业承包资质、发包人同意专业分包的证据、工程量清单、签证单、技术联系单、分部分项验收报告、结算协议、工程款给付等;

2. 在履行过程中,如分包人的承包范围及合同相对人发生变更,应提供明确的证据;

3. 否定存在施工分包合同关系的当事人,可举证工程分包合同不成立、不生效,或者涉案工程分包工作由第三方完成的确切证据。

适用指南

1. 根据《建筑业企业资质管理规定》(住房和城乡建设部令第22号)和《建筑业企业资质标准》(建市〔2014〕159号),建筑业企业资质分为施工总承包、专业承包和施工劳务三个序列。专业承包序列有36个类别,一般分为3个等级(一级、二级、三级),有些不分等级,如地基基础工程专业承包一级、航道工程专业承包三级、模板脚手架工程专业承包等。本条承包专业分包工程的施工人,首先指的是合法有效的分包人,合同相对人一般为施工总承包单位或者工程总承包单位,其应当提供专业分包合同。根据合同相对性,诉讼/仲裁主体的相对方亦为施工总承包单位或者工程总承包单位。为证明其承包的合法性,分包人还应当提供其具有涉案分包工程具体属性对应所需的专业承包资质、发包人同意或者追认专业分包的证据。在分包工程范围、分包工程量或者分包工程价款存在争议的情况下,可以提供工程量清单、签证、技术联系单、分部分项验收报告、会议纪要等证据予以证明。当然,如果分包人能够提供其与施工总承包单位或者工程总承包单位之间的结算协议或者其他具有结算性质的文件(如对工程计价方式、工程量、工程价款以及补偿款、奖励费等确认),则不仅有利于主张工程价款和其他款项,同时也是对其合同相对人、被告诉讼主体的强有力证据。究其理,无合同关系更无权利义务的设置,反之亦然。

在诉讼与仲裁实践中,分包人举证存在以下难点:第一,分包人无法提供其与所主张的合同相对人之间存在书面合同。这种情况下,应按照无合同案件的审查原则,首先由分包人提供涉案分包工程确由其施工并完成的确切证据。在该证据经过质证、可予以认定的情况下,由施工总承包单位(工程总承包单位)予以合理解释说明。其提出抗辩该分包工程系承包给其他第三方而非主张施工的分包人的,应当提供确切的证据。如施工总承包单位(工程总承包单位)仅仅是空泛得抗辩“不是由原告施工”“不在原告的施工范围”等而无法提供相应的证据,则对该抗辩应不予采信。第二,有时,与分包人签订结算单或者结算协议的人身份情况不明确,同时也不是签订合同的人,也没有加盖法人章、合同专用章、项目部印章甚至是技术专用章等予以补强身份属性,不能认定有权代表施工总承包单位或者工程总承包单位。分包人可进一步积极举证构成表见代理的证据。是否构成表见代理

应当根据案件实际情况综合判断。第三,一些情况下分包人与施工总承包单位之间的其他证据极度缺乏,但可以提供双方之间款项来往情况。结合建设工程分包合同合意形成的过程、履约的过程等,可以敦促相对人予以合理解释说明款项的性质、由来、用途等。

2. 建设工程施工合同或者建设工程分包合同在履行过程中,往往会发生实际履行范围与合同约定的施工范围不一致的变更情况。在分包合同中,可能出现的情况有分包范围扩大、分包范围缩小、分包人与发包人或者其他主体发生单独的、新的分包关系等。其中,分包范围的扩大或者缩小,只要系遵从合法指令,仍然得以追究合同相对人的责任。而实践中,有时发包人会在总承包人与分包人存在分包合同的情况下,单独将一些增项工程、零星工程、维修工程甚至并非是工程的劳务等承包给分包人且往往不签订书面的合同。此种情况,承包人履行施工义务系遵从发包人抑或是总承包人的指令,往往会导致事后各方推诿、难以查清。建议在此情形下,追加相应的主体为第三人、敦促总承包人作为现场总负责提供确切证据,以利于查明案件事实。

3. 总承包人否认存在分包关系、认为分包人所主张的施工系由其自行完成或者承包给第三方完成的,应当举证其自行完成的证据或者与第三方之间的合同和履行等证据。对于此种情况,属于事实上的“非黑即白”的问题。可以通过进一步调查、举证予以查清。实践中通常存在的情况有:签订的分包合同确实未履行;就同一分包工程出现多份不同合同,类似于“一女多嫁”,仅其中一份合同得到履行;一方分包人履行了分包合同的一部分后由于各种原因退场,其后有其他的分包人接手;发包人指定分包或肢解发包、总承包人予以默认,指定分包或肢解发包对工程范围约定不明等。建设工程施工合同的履行是持续性、实践性的行为,材料购买合同、付款记录、发票及送货记录,监理工程师、甲方代表等熟悉现场情况人员的证人证言,施工人员的工牌、工资发放记录,部分分包工程款项的签证、支付、发票开具等证据均是进一步举证所需的证据。

4. 总承包人作为诉讼的原告起诉分包人或者作为仲裁的申请人要求分包人承担责任的,在举证上往往存在较大优势,能够提供分包合同、结算协议、保证金缴纳凭证等证据予以证明双方存在建设工程分包合同关系。在实践中,总承包人起诉分包人,往往存在以下几种情况:由于各种原因总承

包人认为已经超付工程款要求予以返还(这种情况往往发生在垫付农民工工资时);分包人的施工范围出现质量问题,总承包人要求分包人予以修复被拒绝后自行修复,故要求分包人承担修复费用;由于分包人的原因导致分包工程严重落后工期并造成整体工程逾期竣工,总承包人因此而向发包人承担工期违约金,或者总承包人因此另行制订施工组织计划,加强赶工措施,并由此产生赶工措施费用的;因分包人原因造成总承包人的其他损失,如分包工程施工过程中乱排污造成总包人被环保部门处以罚款的,分包工程施工过程中发生重大工亡安全事故,致使工地停工整治等。

5. 主张存在违法分包的当事人,可以参考本条相关内容予以举证;主张系劳务分包作业情形下的实际施工人并要求发包人根据《建设工程司法解释》第26条承担责任的,可参考【条文1.7.1】及适用指南。在无合同的违法分包案件中,当事人宜穷尽举证措施证明合同相对人、双方合意过程、履行主体、结算协议等,最坏情况下,宜起诉施工总承包方逼迫其揭露工程转包、分包的下游主体并申请追加为第三人,以利于最终查明施工人的合同相对人。

【条文1.5.2】指定分包

当事人主张其为某分部、子分部工程的指定分包人的,建议从以下方面进行举证:

1. 指定分包的书面合同。

(1) 该分包人系由发包人指定的证据,如总包合同、补充协议、备忘录中明确约定或发包人与总承包人的往来函件,显示该分部、子分部工程的分包人由发包人直接指定;

(2) 该分部、子分部工程的分包合同,可证明与指定分包人签订合同的是发包人或总承包人。

2. 指定分包施工管理的证据,如工程签证、往来函件、会议纪要等证据,可证明对施工质量、施工进度等进行管理的主体是发包人还是总承包人。

3. 指定分包款项流转的证据,如请款函件、款项支付凭证、款项发票等证据证明指定分包的款项流通发生在发包人和分包人之

间抑或总承包人和分包人之间。

4. 指定分包结算的证据,如工程款结算文件,用以证明工程款结算关系发生在发包人和分包人之间抑或总承包人和分包人之间。

适用指南

一、何谓“指定分包”

1. 目前,我国法律对“指定分包”尚没有明确定义。一般而言,“指定分包”,也称“甲定分包”,是指总承包人根据发包人的指令将承包工程中的某些专业部分交由发包人选择或指定的分包人来完成。

2. 《工程建设项目施工招标投标办法》第66条以及《房屋建筑和市政基础设施工程施工分包管理办法》第7条均规定,招标人(建设单位)不得直接指定分包人。另,《建筑工程施工转包违法分包等违法行为认定查处管理办法(试行)》第5条将建设单位违反施工合同约定,通过各种形式要求承包单位选择其指定分包单位的行为纳入了违法发包的范畴。

3. 但是,在技术复杂的部分项目中,为了利用有技术优势的分包商在保证工期和质量的前提下更好地完成施工任务,国际上一般允许业主指定分包。例如,国际咨询工程师联合会(Fédération Internationale Des Ingénieurs Conseils, FIDIC)编制的1987年第四版和1999年第一版施工合同条件,都有关于业主指定分包商的条款。

我国也有类似规定。《水利建设工程施工分包管理规定》第10条规定,项目法人一般不得直接指定分包人。但在合同实施过程中,如承包人无力在合同规定的期限内完成合同中的应急防汛、抢险等危及公共安全和工程安全的项目,项目法人经项目的上级主管部门同意,可根据工程技术、进度的要求,对该应急防汛、抢险等项目的部分工程指定分包人。

二、工程实践中,指定分包存在三种模式

模式一:由总承包人与发包人指定的分包商签订分包合同,并由总承包人对指定分包工程进行施工管理。

模式二:分包合同仍由总承包人与指定分包商签订,但在实际施工中,该分包工程的管理、付款、结算均由发包人进行。

模式三:发包人未经总承包人同意,直接将某项工程分包给分包商,并直接签订合同,分包人直接对发包人负责。这种模式并不是严格意义上的指定分包,实际上应属于独立承包。

鉴于指定分包存在以上三种模式,为确定指定分包关系下的主要权利义务主体究竟是总承包人与指定分包人,还是发包人与指定分包人,建议当事人从以下几个方面进行举证:

(一)指定分包的书面合同证据

第一,该分包人系由发包人指定的证据。例如,发包人与总承包人的往来函件显示,或者总包合同、补充协议、备忘录中明确约定,该单项工程的分包人由发包人直接指定。

第二,该单项工程的分包合同,用以证明与指定分包人签订合同的主体是发包人还是总承包人。

(二)指定分包施工管理的证据

可以提供工程签证、往来函件、会议纪要等证据,用以证明对施工质量、施工进度等进行管理的主体是发包人还是总承包人。

(三)指定分包款项流转的证据

当事人可以提供请款函件、款项支付凭证、款项发票等证据证明指定分包的款项流通发生在发包人和分包人之间,还是总承包人和分包人之间。

(四)指定分包结算的证据

当事人可以提供工程款结算文件,用以证明工程款结算关系发生在发包人和分包人之间抑或总承包人和分包人之间。

三、法院或仲裁机构在认定“指定分包”时,需要特别注意区分“指定分包”与“另行发包”问题

在指定分包关系中,建设单位需对分包商的施工质量承担相应的过错责任。总承包商有相应过错的,亦须承担相应的过错责任;而在另行发包关系中,总承包方不承担另行发包造成的工期、质量等任何风险。若当事人提供的证据显示,分包工作内容不属于总承包范围,总承包方只收取总包配合费,不收取管理费的,建议认定为业主另行发包。

【条文 1.5.3】劳务分包的认定

1. 当事人主张其与相对方之间存在建设工程劳务分包合同法律关系,应提交证明以下事实的相关证据:

(1) 双方之间签订了劳务分包合同,或者有其他证据证明双方之间存在劳务分包法律关系;

(2) 劳务分包合同的双方主体资格,一般情况发包人是建设工程的总包人或专业工程分包人,承包人是劳务分包企业;

(3) 劳务分包合同的内容是施工劳务作业,对象是计件或计时的施工劳务;

(4) 劳务分包合同计取的是劳务费,主要包括直接费中的人工费及劳务施工的相应管理费用,即包工不包料,有些情况下包少量辅料;

(5) 与工程有关的大型机械租赁和主要材料采购是由发包人自行完成的相关证据,如采购合同、租赁合同、付款发票等。

2. 实践中,名为劳务分包实为专业工程违法分包或转包的情况较为常见。当事人证明双方之间的合同存在上述名实不符的情形,可提交证明以下事实的相关证据:

(1) 承包范围是分部分项工程作业或整个工程;

(2) 合同计取的是工程款,一般包括人工费、材料费、施工机具使用费和规费。

适用指南

一、实务中应当注意以下问题

第一,劳务分包合同在性质上从属于建设工程施工合同,以施工总承包合同或专业工程分包合同的存在为前提。第二,证明双方之间存在劳务分包法律关系与双方之间的劳务分包合同合法有效是两个不同的法律问题,劳务分包合同有其自身的生效要件。第三,实践中经常出现所谓“扩大劳务分包”的情形。一般认为,如合同约定劳务作业承包人负责大型机械租赁和主要材料采购的,属于违法分包或转包。第四,应当将劳务分包合同与劳务合同、劳动合同进行区分,并分别适用不同的法律规定。

二、劳务分包合同的认定

原建设部《房屋建筑和市政基础设施工程施工分包管理办法》第5条规定:工程施工分包包括专业工程分包和劳务作业分包。劳务作业分包,是指施工总承包人或者专业工程承包人将其承包工程中的劳务作业发包给劳务分包企业完成的活动。

劳务分包合同的法律特征为:(1)劳务作业分包是建设工程施工分包的一种方式,与专业工程分包相比,其专业技术性不强、技术含量较低,但法律性质上依然从属于建设工程施工合同。(2)合法的劳务分包合同中,劳务作业发包人是指依法取得建设行政主管部门核发的《建筑业企业资质等级证书》的施工总承包企业或专业承包企业。劳务作业承包人是指依法取得建设行政主管部门核发的《建筑业企业资质等级证书》的劳务分包企业。实践中劳务作业承包人经常是包工头个人。(3)劳务分包合同的标的是建设工程施工过程中的劳务,而不是分部分项工程,俗称“包清工”。所以涉及与工程有关的大型机械租赁和主要材料采购应当由发包人自行完成,劳务作业承包人不负责该部分事项。(4)劳务作业承包人必须自行完成所承包的劳务作业,不得转包或再次分包其承接的劳务作业。

三、劳务分包合同的效力

《建设工程司法解释》第7条规定,具有劳务作业法定资质的承包人与总承包人、分包人签订的劳务分包合同有效。认定劳务分包合同有效应当同时具备以下条件:

1. 劳务作业承包人取得劳务分包企业资质等级标准。建筑劳务是一项具有一定专业技术性的工作。国家法律从资质等级上作出了严格规定。依据原建设部《建筑业企业资质等级标准》(建建[2001]82号)的规定:劳务分包企业资质标准包括木工、砌筑、抹灰、石制作、油漆、钢筋、混凝土、脚手架、模板、焊接、水暖、钣金、架线作业共计十三种类别。部分类别还划分了一级、二级两个资质等级标准。上述13个类别的区分标准主要是基于房屋建筑工程而划分的,具有明显的局限性,难以适应其他如电力、港口和航道等工程劳务分包作业的需求,在一定程度上限制和阻碍了劳务分包企业的发展。上述划分的局限性,也直接导致了其他工程中大量劳务分包作业处于无法定资质的违法状态。

为解决上述问题,住房城乡建设部下发了新的《建筑业企业资质标准》,

于2015年1月1日开始执行。其与原标准相比有较大的变化:第一,取消了劳务资质标准的类别和等级划分。新的施工劳务序列不分类别和等级。第二,适当提高了施工劳务企业的资质标准。依新标准,施工劳务企业资产应满足净资产200万元以上,且具有固定的经营场所的条件;企业主要人员必须满足以下条件:技术负责人具有工程序列中级以上职称或高级工以上资格;持有岗位证书的施工现场管理人员不少于5人;施工员、质量员、安全员、劳务员等人员齐全,且经考核或培训合格的技术工人不少于50人。第三,取消了施工劳务企业承包业务范围的限制,可承担各类施工劳务作业。

此外,地方政府有关部门也正在逐步取消施工劳务企业资质要求。如江苏省住房和城乡建设厅《关于取消施工劳务企业资质要求的公告》([2018]7号)第1条规定:取消施工劳务企业资质要求。在本省行政区域内从事建筑劳务作业的企业不需要提供施工劳务资质;持有营业执照的劳务作业企业即可承接施工总承包、专业承包企业的劳务分包作业;各地建设主管部门在开展建筑市场执法检查活动中不再将劳务作业企业是否具有施工劳务资质列为检查内容。

2. 合同约定的分包作业范围是建设工程中的劳务作业,对象是计件或计时的施工劳务。

3. 承包方式应当是劳务作业承包人提供劳务,而不是包工包料,由总承包人或专业工程分包人负责提供主要材料、大型机械及技术管理等工作。劳务分包,俗称包清工,劳务分包合同的主要内容是承包人提供劳务并获取人工费,如果合同约定的是包工包料,则一般应当认定为工程专业分包或转包。目前建筑市场上的劳务分包已经从单纯的包清工,发展为劳务作业承包人还负责采购低值易耗品及相应辅料或租赁小型机具等工作,其中纯人工费所占合同价款的比例一般不应低于50%。该种扩大分包方式既使劳务分包企业获利,也有利于发包人降低成本,是合理有效的。《北京市房屋建筑和市政基础设施工程劳务分包合同管理暂行办法》第10条即规定劳务分包合同可规定低值易耗材料由劳务分包企业采购。该模式已成为工程项目中劳务分包的趋势,为各施工总承包企业所采用,采用这一新模式不会影响对劳务分包合同的性质的认定。

四、“扩大劳务分包”的认定

实践中当事人经常采用扩大劳务分包的形式来规避违法分包、转包的

法律禁止性规定。劳务分包根据分包范围的不同可以分为单纯的劳务分包和扩大的劳务分包。单纯的劳务分包即传统的包清工,而扩大劳务分包并不是一个准确的法律概念,也无明确的定义,实践中一般指建设工程承包人在劳务分包合同中将劳务作业依法交由劳务分包企业承包的同时,还约定由劳务分包企业负责一部分机械、材料的租赁或购买。依前述分析,仅包含低值易耗材料、小型机具的采购或租赁的劳务分包合同合法有效。如果扩大劳务分包是双方约定由劳务作业承包人负责大型机械租赁和主要材料采购内容,则该合同虽然名为劳务分包,实质上应当认定为违法分包。主要原因是在这种情况下,劳务作业承包人从事的工作从技术含量较低的简单工作转变为专业性很强的技术工作,成为实质上施工合同的义务履行人,超出了劳务企业的资质范围,不符合劳务分包合同的法律特征,并且,大型机械租赁和主要材料采购关系到工程的质量安全,如由劳务作业承包人代为实施,则可能脱离了发包人的监管,工程的质量和无法得到保障。

区分劳务分包和扩大劳务分包的标准不在于分包合同的名称,而在于合同中承包人承包的内容是包工包料还是包清工及少量辅料。具体判断标准可以参照行政主管部门制定的管理规范,或是法院在判决实务中出的总结的判断规则。如《建筑工程施工转包违法分包等违法行为认定查处管理办法(试行)》(建市[2014]118号)第9条规定:“存在下列情形之一的,属于违法分包:……(七)劳务分包单位除计取劳务作业费用外,还计取主要建筑材料款、周转材料款和大中型施工机械设备费用的……”《北京市房屋建筑和市政基础设施工程劳务分包合同管理暂行办法》第10条也规定:“劳务分包合同不得包括大型机械、周转性材料租赁和主要材料采购内容。”北京高院《解答》第4条第2款即依据前述标准作出规定:“合同约定劳务作业承包人负责与工程有关的大型机械、周转性材料租赁和主要材料、设备采购等内容的,不属于劳务分包。”也有观点认为,周转性材料并不能成为建筑物的一部分,不会直接影响工程结构质量和安全,允许劳务企业负责周转性材料,可以减少材料浪费,使发包人的管理更为高效,因此这种扩大劳务分包的方式是合法有效的。这种观点也有一定的道理。

实践中,还有名为劳务分包实为转包或挂靠的情形,相对较好区分,可以参考前述《建筑工程施工转包违法分包等违法行为认定查处管理办法(试行)》的相关规定,第7条规定:“存在下列情形之一的,属于转包:……(五)劳

务分包单位承包的范围是施工总承包单位或专业承包单位承包的全部工程,劳务分包单位计取的是除上缴给施工总承包单位或专业承包单位‘管理费’之外的全部工程价款的……”“第11条规定:存在下列情形之一的,属于挂靠:……(四)劳务分包的发包单位不是该工程的施工总承包、专业承包单位或专业分包单位的……”

五、劳务分包合同与劳动合同、劳务合同的区别

劳务分包合同,是指工程总承包人或专业工程分包人将其承包工程中的劳务作业发包给劳务分包企业而签订的协议。三者的主要区别在于:(1)合同性质不同。劳务分包合同性质上从属于建设工程施工合同,与劳动合同或劳务合同存在根本不同,在适用法律上应当主要适用建筑法的相关规定。劳动合同是用人单位和劳动者之间因用工产生的权利义务关系,主要适用劳动法的相关规定,劳务合同则主要适用合同法的一般性规定。(2)合同主体不同。劳务分包合同中的发包人必须是工程总承包人或专业工程分包人,承包人必须是有相应资质等级的劳务分包企业,分包合同方才有效,如劳务分包企业或个人没有相应资质等级,则分包合同无效。而劳动关系或劳务关系中的一方一般是劳务分包企业等用人单位,另一方则是提供具体劳动或劳务的劳动者个人。(3)权利主张不同。劳务分包合同承包人主张的价款包括工人工资、管理费、劳动保护费、各项保险费、低值易耗材料费、工具用具费、文明施工及环保费中的人工费、利润、税金等。而劳动合同中劳动者只能主张合同工资,劳务合同中提供劳务的个人只能主张劳务报酬。

第1.6节 挂靠关系下的诉讼/仲裁主体

【条文1.6.1】挂靠关系的认定

当事人主张涉案工程施工的承包人、分包人存在挂靠行为的,可以从以下方面进行举证:

1. 挂靠协议;
2. 被挂靠人具有建筑施工企业相应资质;
3. 以被挂靠人名义签订的建设工程施工合同;

4. 挂靠人为建设工程施工合同中的实际签订者和履行者；
5. 挂靠人和被挂靠人之间相互独立，没有产权、劳动、人事和财务关系；
6. 被挂靠人仅收取一定数额的管理费，未进行实际管理，由挂靠人实际对建设工程的技术、质量、经济和安全最终负责。

适用指南

一、关于挂靠关系的相关规定

挂靠是没有资质的实际施工人借用具有相应资质的建筑施工企业的名义承揽工程的行为。挂靠是行业内习惯性称谓，与之相对应的法律概念为借用资质。为了行文方便，易于理解，我们尊重客观实际，并未统一使用某一词语。

1. 《建筑法》第26条第2款规定：“禁止建筑施工企业超越本企业资质等级许可的业务范围或者以任何形式用其他建筑施工企业的名义承揽工程。禁止建筑施工企业以任何形式允许其他单位或者个人使用本企业的资质证书、营业执照，以本企业的名义承揽工程。”

2. 《建设工程质量管理条例》第25条第1款、第2款规定：“施工单位应当依法取得相应等级的资质证书，并在其资质等级许可的范围内承揽工程。禁止施工单位超越本单位资质等级许可的业务范围或者以其他施工单位的名义承揽工程。禁止施工单位允许其他单位或者个人以本单位的名义承揽工程。”

3. 原建设部《关于若干违法违规行为的判定》第4条规定：“根据《建筑法》第二十六条的规定，凡转让、出借资质证书或者以其他方式允许他人以本单位名义承接工程任务的，均属挂靠承接工程任务，包括无资质证书的单位、个人或低资质等级的单位，通过种种途径和方式，利用有资质证书或高资质等级的单位名义承接工程任务。其判定条件是：（一）有无资产的产权（包括所有权、使用权、处分权、受益权等）连系，即其资产是否以股份等方式划转现单位，并经公证；（二）有无统一的财务管理，不能以‘承包’等名义搞变相的独立核算；（三）有无严格、规范的人事任免和调动、聘用手续。凡不具备上述条件之一的，定为挂靠行为。”

《建筑工程施工转包违法分包等违法行为认定查处管理办法(试行)》第10条规定:“本办法所称挂靠,是指单位或个人以其他有资质的施工单位的名义,承揽工程的行为。前款所称承揽工程,包括参与投标、订立合同、办理有关施工手续、从事施工等活动。”

第11条规定:“存在下列情形之一的,属于挂靠:(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)专业分包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包单位的除外;(四)劳务分包的发包单位不是该工程的施工总承包、专业承包单位或专业分包单位的;(五)施工单位在施工现场派驻的项目负责人、技术负责人、质量管理负责人、安全管理负责人中一人以上与施工单位没有订立劳动合同,或没有建立劳动工资或社会保险关系的;(六)实际施工总承包单位或专业承包单位与建设单位之间没有工程款收付关系,或者工程款支付凭证上载明的单位与施工合同中载明的承包单位不一致,又不能进行合理解释并提供材料证明的;(七)合同约定由施工总承包单位或专业承包单位负责采购或租赁的主要建筑材料、构配件及工程设备或租赁的施工机械设备,由其他单位或个人采购、租赁,或者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材料证明的;(八)法律法规规定的其他挂靠行为。”

4.《建设工程司法解释》第1条规定:“建设工程施工合同具有下列情形之一的,应当根据合同法第五十二条第(五)项的规定,认定无效:……(二)没有资质的实际施工人借用有资质的建筑施工企业名义的……”

5.部分高院对此问题也做了相应规定。例如,北京高院《解答》第2条规定:“具有下列情形之一的,应当认定为《解释》规定的‘挂靠’行为:(1)不具有从事建筑活动主体资格的个人、合伙组织或企业以具备从事建筑活动资格的建筑施工企业的名义承揽工程;(2)资质等级低的建筑施工企业以资质等级高的建筑施工企业的名义承揽工程;(3)不具有施工总承包资质的建筑施工企业以具有施工总承包资质的建筑施工企业的名义承揽工程;(4)有资质的建筑施工企业通过名义上的联营、合作、内部承包等其他方式变相允许他人以本企业的名义承揽工程。”

再如,《江苏省高级人民法院建设工程施工合同案件审理指南》第2条“建设工程施工合同的效力”第3项“建设工程施工合同的无效情形”第2目规定,“没有资质的实际施工人借用有资质的建筑施工企业名义的。这种行为在实务中常被称为‘挂靠行为’。其特征为:第一,挂靠人没有从事建筑活动的主体资格,或者虽有从事建筑活动的主体资格但没有具备其承揽的建设工程项目所要求的相应的资质等级;第二,挂靠人向被挂靠企业交纳一定数额的‘管理费’,这是挂靠的最重要的特征;第三,被挂靠人对挂靠人和其所承揽的工程不实施任何管理行为;第四,形式上合法,容易逃避建设行政主管部门和发包人的审查和监督。实践中判断是否是挂靠行为,可以从以下三个方面考察:(1)有无产权联系,即其资产是否以入股或合并等方式转入现单位;(2)有无统一的财务管理,不能以承包等名义搞变相的独立核算;(3)有无严格、规范的人事任免、调动聘用手续等。具体说来,有下列情形之一,应当认定为没有资质的实际施工人借用有资质的建筑施工企业名义承揽建设工程,其签订的建设工程施工合同应当属于无效合同:(1)不具有从事建筑活动主体资格的个人、合伙组织或企业以具备从事建筑活动资格的企业的名义承揽工程;(2)资质等级低的建筑企业以资质等级高的企业的名义承揽工程;(3)不具有工程总包资格的建筑企业以具有总包资格的企业的名义承揽工程;(4)有资质的建筑企业通过其他违法方式允许他人以本企业的名义承揽工程的情形”。

二、挂靠关系的实质特征及表现形式

综合上述相关规定,挂靠关系的主要特征是:挂靠人借用或变相借用具有相应资质的被挂靠人的名义承揽建设工程。

构成挂靠关系的核心在于借用资质。被挂靠人具有相应资质是挂靠关系成立的前提条件。《建筑法》明确禁止无相应资质的民事主体承揽建设工程,因此在实践中,挂靠人往往通过借用被挂靠人的企业名称、资质证书、营业执照、公章、财务凭证、账户承揽建设工程。挂靠人主要包括以下几种:没有施工资质的个体施工队;有施工资质但其资质等级与所要承建的工程项目不相符合;有资质且也具备与建设项目的要求相适应的资质等级,但缺乏良好的业绩等。

另外,还应特别注意在实践中存在变相借用相应资质的挂靠形式:

(一) 名为承包, 实为挂靠

内部承包是指企业在依法承揽建设工程后,按一定的经济条件和管理模式将施工任务承包给其内部的职能部门、分支机构或职工完成的行为。合法的建筑企业内部承包经营与挂靠中的变相企业内部承包经营在行为模式上极其相似,较之其他形式的挂靠更具隐蔽性,是认定的难点。实践中区分两者的关键主要在于以下两点:一是挂靠人与被挂靠人之间没有产权、劳动、人事和管理关系,而内部承包中的承包人与建筑企业有合法的劳动、人事或隶属关系;二是挂靠行为中建筑企业不对工程进行任何管理,只收取管理费,而内部承包中的建筑企业对工程的施工、质量、经济进行监督和管理,对外承担合同责任。

在实践中,还有一种发包方与承包方相重合的特殊承包形式,主要表现为开发商为了谋取更多的利润,与有资质的企业签订建设工程施工合同,但实际上开发商作为挂靠人自行组织施工,对工程项目负责,被挂靠人只收取一定数额的挂靠费用,是名义上的承包方。

(二) 名为转、分包工程,实为挂靠

转包是指承包人承包建设工程后,将其承包的全部建设工程转给他人的行为。分包是指承包人将其承包的建设工程肢解后分包给其他单位或个人的行为。此形式主要表现为中标的被挂靠人与挂靠人签订工程转包或分包合同,实际上由挂靠人进行工程管理,掌握和分配使用工程款,承担技术质量及债务清偿等责任,被挂靠人仅收取一定的“管理费”,不进行任何实质性管理。实践中转、分包行为与挂靠行为很相似,两者的区分标准主要在于以下两点:一是挂靠人通常在工程招投标阶段就开始参与工程,而转承包人、分承包人是转包人、分包人承包工程后才介入工程的施工和管理;二是挂靠人是以被挂靠人的名义进行施工,而转承包人、分承包人一般是以自己的名义承包工程。

(三) 名为联营,实为挂靠

联营是指两个以上的法人或其他组织就出资方式、利润分配、风险承担等达成合意签订协议,联合经营,依照法律或合同享有权利履行义务。在建设工程领域,“联营”形式的挂靠较为常见,通常表现为挂靠者与被挂靠者以签订联营协议为名义在具体施工中行挂靠之事实,其中一方只负责以本企业的名义办理相关合同的投标、验收等手续,对工程的质量和人员安全不承

担任何责任;另一方是建设工程的实际施工人,对工程的质量、安全、盈亏负责。这种权利义务的不对等性是区分联营和挂靠的关键。

三、挂靠关系的举证

当事人在建设工程施工合同纠纷案件中主张存在挂靠行为的,应当从以下几个方面加以举证:

(一) 挂靠协议

挂靠协议是证明挂靠行为存在的最直接的证据,实践中,挂靠双方通常以签订内部承包协议、联营协议、转包及分包协议等变相形式企图掩盖挂靠行为,但其实质仍为挂靠协议。

(二) 存在借用资质的行为

实践中,“借用资质”的情形主要包括以下四种:(1)没有资质的单位或个人借用其他施工单位的相应资质承揽工程;(2)资质等级低的施工单位借用资质等级高的施工单位的相应资质承揽工程;(3)资质等级高的施工单位借用资质等级低的施工单位的相应资质承揽工程;(4)相同资质的施工单位相互借用资质承揽工程。无论何种形式的借用资质,都必须是被挂靠人有相应资质可借,这是挂靠行为成立的前提。如果被挂靠人不具有相应资质,就达不到挂靠人的目的,不符合挂靠的本意。

(三) 以被挂靠人名义签订的建设工程施工合同

挂靠人借用被挂靠人的资质,以其名义签订建设工程施工合同承揽工程,是挂靠行为成立的必要条件。除了以被挂靠人名义签订的建设工程施工合同书之外,在进行招、投标的建设工程中,还可以提交招、投标文件和中标通知书等能够证明以被挂靠人名义作为合同当事人一方的其他证据。

(四) 挂靠人为实际施工人

虽然被挂靠人是名义上建设工程施工合同的当事人,但实际合同履行者是挂靠人,这是证明挂靠行为存在的关键。但由于挂靠具有欺瞒性,故在双方发生争议后,举证往往并不简单。故建议从挂靠人参与合同签订、办理开工手续、进行现场施工管理、实际收取工程款等多方面进行综合举证。

(五) 挂靠人与被挂靠人相互独立,没有关联

建设部《关于若干违法违规行为的判定》第4条规定了判定挂靠行为的条件:(1)有无资产的产权联系,即其资产是否以股份等方式划转现单位,并经公证;(2)有无统一的财务管理,不能以“承包”等名义搞变相的独立核算;

(3)有无严格、规范的人事任免和调动、聘用手续。由此可知,应当证明挂靠人与被挂靠人应当是两个独立的主体,挂靠人仅借用被挂靠人的资质和名义,两者在产权、劳动、人事和财务管理上没有任何关联,否则可能会构成内部承包等其他关系,而不构成挂靠。

(六)挂靠双方内、外部权责分离

《民事诉讼法解释》第54条规定,以挂靠形式从事民事活动,当事人请求由挂靠人和被挂靠人依法承担民事责任的,该挂靠人和被挂靠人为共同诉讼人。此为程序法的规定,主要是为了保障挂靠人有权参与诉讼而不因他人恶意串通而利益受损,并不必然构成实体判决承担共同责任的依据。在挂靠双方的内部法律关系中,挂靠人是合同的实际履行者,对工程造价、质量、工期、安全等全面承担责任,也有权主张全部工程款项。被挂靠人仅以出借资质的方式收取一定的管理费,在建设工程施工过程中并不实际参与管理,也不承担工程的相关责任。外部上,基于挂靠缺少实体法的明确依据,对被挂靠人与挂靠人对外责任承担各地法院制定了不同的司法政策。如北京高院先后意见为,“因履行施工合同产生的债务,被挂靠人与挂靠施工人应当承担连带责任”;“在建筑行业的挂靠经营中,挂靠者以被挂靠者的名义从事对外经济活动的,被挂靠这是否承担民事责任?合同相对人同时起诉挂靠者和被挂靠者的,如果合同相对人对于挂靠事实不明知,由挂靠者与被挂靠者承担连带民事责任;如果合同相对人对于挂靠事实明知,首先由挂靠者承担责任,被挂靠者承担补充的民事责任。”江苏高院的意见为,“挂靠人以被挂靠人名义订立建设工程施工合同,因履行该合同产生的民事责任,挂靠人与被挂靠人应当承担连带责任”;“挂靠人以被挂靠人名义订立建设工程施工合同或者其他合同的,因履行该合同产生的风险,由被挂靠人承担;因工程质量问题产生的责任,由挂靠人和被挂靠人共同承担。”广东高院的意见为,“在建筑行业的挂靠经营中,挂靠者以被挂靠者的名义从事对外经济活动的,被挂靠者是否承担民事责任?合同相对人同时起诉挂靠者和被挂靠者的,如果合同相对人对于挂靠事实不明知,由挂靠者与被挂靠者承担连带民事责任;如果合同相对人对于挂靠事实明知,首先由挂靠者承担责任,被挂靠者承担补充的民事责任。合同相对人只起诉被挂靠者的,被挂靠者对外应先行承担民事责任。在被挂靠者对外承担责任的范围内,被挂靠者对挂靠者享有追偿权”,等等。

笔者认为,虽然挂靠是借用资质的违法行为,并由此导致挂靠合同效力无效,但民事行为“权、责、利相一致”的原则不应随意突破。无论挂靠人承担的是连带责任、共同责任还是补充责任,需要重点两点考虑:一方面,挂靠人所收取的往往是工程价款中的挂靠费,一般比例为工程款的0.5%~10%不等(不含税费)。当挂靠人管理水平差、挪用工程款、与他人恶意串通等情况下,被挂靠人可能由此承担远远超出其所得挂靠费收益的风险,引发严重的利益失衡。另一方面,挂靠又代表着被挂靠人片面追求己方利润,放任施工管理,大大增加了安全事故、拖欠农民工工资、施工质量缺陷、项目廉洁制度等风险,是比违法分包性质上更为恶劣的违法行为。所以,在涉及挂靠人与被挂靠人对外责任承担上,区分不同的情况加以举证并予以处理:(1)发包人在获悉涉案工程承包存在挂靠事实而主张挂靠人与被挂靠人承担连带责任的,可以比照《建设工程质量管理条例》第27条予以支持。挂靠人可以举证挂靠协议及其他具有挂靠性质的文件予以证明,被挂靠人可以反证双方不存在挂靠关系或系其他关系。(2)挂靠人以自己名义对外签订采购物资、工程分包、租赁设备、借贷等合同,相对人要求被挂靠人承担连带责任、共同责任或补充责任,没有明确的依据,亦难以构成表见代理,不应得到支持。此种情况下,相对人需要举证挂靠人系以被挂靠人的名义签订合同,挂靠人也往往会配合相对人进行陈述,而被挂靠人仅需抗辩合同名义主体并非其自身即可,如合同抬头、落款、签章等。(3)挂靠人以被挂靠人的名义对外签订采购物资、租赁设备、借贷等合同,构成表见代理的,由被挂靠人承担责任,挂靠人不承担责任。相对人需举证挂靠人的行为符合表见代理的构成要件的证据,挂靠人或者被挂靠人主张不构成挂靠关系的,可提供反驳证据予以证明。具体见【条文2.2.2】及【适用指南】。(4)挂靠人以被挂靠人的工程项目部、项目负责人等名义对外分包工程,鉴于工程项目承包人的公示制度和挂靠施工实际履行的事实,被挂靠人应当对挂靠人的分包行为承担连带责任。故相对人可举证工程分包合同系挂靠人作为工程实际承包人自负盈亏、自主管理、自主决定,并以项目部、项目负责人等名义对外分包,而被挂靠人则可举证涉案工程不存在挂靠、所谓“挂靠人”与被挂靠人系分包、转包、劳动等其他关系。(5)案件审理法院或者仲裁机构存在被挂靠人对外承担共同、连带或补充责任承担的明确指导意见或裁判规则时,从现实角度来看,相对人可举证满足适用条件的举证,被挂靠人则可举

证免于或酌情减少承担的其他证据,如相对人放弃、相对人对挂靠关系的明知、收取的管理费与相对人的主张极度不均衡、相对人与挂靠人恶意串通等。

【条文 1.6.2】挂靠情形下诉讼/仲裁主体

在挂靠人与发包人存在纠纷的情况下:

1. 关于挂靠人以自身名义签订建设工程施工合同情形下向发包人主张民事责任的诉讼/仲裁主体资格问题,可以从以下方面进行举证:

- (1) 营业执照、居民身份证等主体资格证明文件;
- (2) 建设工程施工合同;
- (3) 挂靠人是建设工程施工合同的签约一方当事人;
- (4) 发包人为合同相对人。

2. 挂靠人以被挂靠人名义签订建设工程施工合同情形下向发包人提起诉讼的主体资格,可以从以下方面进行举证:

- (1) 营业执照、居民身份证等主体资格证明文件;
- (2) 被挂靠人与发包人名义签订的建设工程施工合同;
- (3) 存在挂靠的事实;
- (4) 挂靠人是实际施工人;
- (5) 存在发包人明知挂靠事实或者被挂靠人怠于行使债权的情形。

3. 发包人以挂靠人和被挂靠人为共同被告提起诉讼的主体资格,可以从以下方面进行举证:

- (1) 营业执照等主体资格证明文件;
- (2) 建设工程施工合同;
- (3) 存在挂靠的事实;
- (4) 挂靠人是实际施工人。

4. 在被挂靠人与发包人存在纠纷的情况下,被挂靠人向发包人提起诉讼的主体资格,可以从以下方面进行举证:

- (1) 营业执照等主体资格证明文件;

(2)被挂靠人是建设工程施工合同的一方当事人;

(3)发包人是建设施工合同的相对人。

适用指南

一、挂靠人以自身名义签订建设工程施工合同向发包人主张民事责任的诉讼/仲裁主体资格

挂靠人既可以是企业,也可以是个人。其以自身名义或以被挂靠人委托代理人的身份与发包人签订或参与签订建设工程施工合同,是施工合同的两造。尽管施工合同违反法律的强制性规定而无效,作为无效合同的当事人,一方向另一方起诉主张权利的,其诉讼主体资格毋庸置疑。

二、挂靠人以被挂靠人名义签订建设工程施工合同情形下向发包人提起诉讼的主体资格

在挂靠人未以自身名义与发包人签订施工合同的情形下直接起诉发包人的,各地法院做法不一。有的法院不予受理;有的法院受理后追加挂靠人为第三人;有的法院将挂靠人列为共同被告后受理。

实务中,有的法院认为,根据《建设工程司法解释》第26条第2款“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”的规定,借用资质的挂靠人作为实际施工人,以发包人为被告向法院起诉主张权利的,应当受理。同时,法院可以追加被挂靠人为共同被告或者第三人。具体追加为哪一种当事人,应当视具体案情而定。这里的实际施工人应当严格认定标准,不得随意扩大其使用范围。实际施工人可以是法人、其他组织、个人合伙,也可以是自然人(包工头),但从事劳务作业的农民工、只提供资金的投资人等不属于实际施工人。有关实际施工人的举证指引,详见其他条文部分,在此不予赘述。

值得注意的是,发包人和被挂靠人为共同被告的,发包人仅在欠付工程款范围内对挂靠人承担直接欠付工程款的责任,挂靠人要求作为共同被告的被挂靠人承担支付工程款的连带责任没有法律依据。连带之债是承担连带责任的前提,而连带之债是指以同一给付为标的,各债务人之间有连带关系的多数人之债,数个债务人连带承担以同一给付行为标的的债务。发包人对被挂靠人的债务与被挂靠人对实际施工人的债务基于不同的合同产