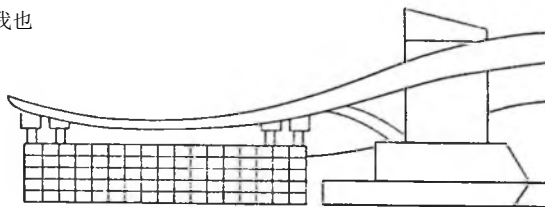


www.docsriver.com 店铺太我也

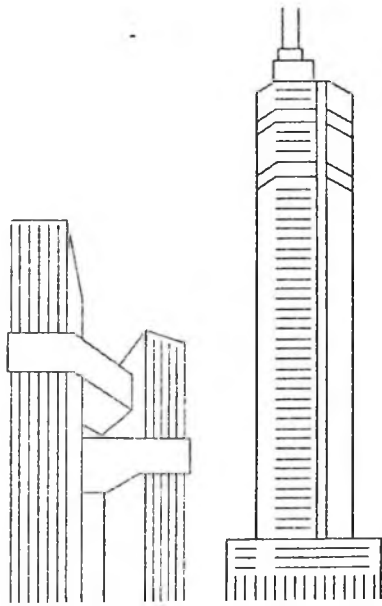


建设工程施工合同案件 裁判观点与依据

①

VIEWPOINT AND BASIS OF JUDGMENT OF
CONSTRUCTION CONTRACTS
FOR CONSTRUCTION PROJECTS CASES

杨元伟
|
编



人民法院出版社

建设工程施工合同案件裁判观点与依据

• 175 个专题 • 1828 个典型案例 • 6 份示范文本 • 249 部法律法规 •

01 第一章 合同主体与责任承担

02 第二章 合同效力的认定标准

03 第三章 合同无效的法律处理

04 第四章 实际施工人的权利救济

05

第五章 工程计量与价款计算

06

第六章 工程相关费用的承担

07

第七章 合同变更与解除处理

08

第八章 工期责任承担与索赔

09

第九章 价款支付与竣工结算

10

第十章 违约责任认定与承担

11

第十一章 工程价款优先受偿权

12

第十二章 工程质量与保修义务

13

第十三章 建筑工程保险和索赔

14

第十四章 关联纠纷案件的处理

15

第十五章 工程鉴定与鉴定资质

16

第十六章 诉讼程序与诉讼技巧

01

02

03

04

总目录

第一章 合同主体与责任承担

- 第1节 签名盖章的效力认定
——签名或盖章，效力如何定？（合同签订）/ 3
- 第2节 筹备组签约主体认定
——筹备组签约，究竟谁担责？（筹备组织）/ 36
- 第3节 执照吊销的诉讼主体
——执照被吊销，诉讼资格无？（执照吊销）/ 49
- 第4节 股东担责的常见情形
——发包人股东，何时应担责？（股东责任）/ 57
- 第5节 分公司诉讼主体地位
——分公司签约，责任如何担？（分支机构）/ 85
- 第6节 工程代建的责任主体
——代建工程款，委托人支付？（委托代建）/ 95
- 第7节 工程项目部法律地位
——项目部签约，责任如何担？（内设机构）/ 109
- 第8节 合作开发的主体责任
——联合搞开发，责任连带担？（合作开发）/ 122
- 第9节 人格混同的认定标准
——混同来避债，责任连带担？（人格混同）/ 156
- 第10节 开办单位的主体责任
——公司开办者，责任连带担？（开办单位）/ 179
- 第11节 转让项目的款项支付
——项目受让方，支付工程款？（项目转让）/ 186

第 12 节 行政机关的民事责任

——政府来投资，谁来做被告？（行政机关）/ 188

第 13 节 债务加入的认定标准

——第三人担责，须具何条件？（债务加入）/ 201

第 14 节 名义发包与实际投资

——名义发包人，责任来承担？（名义发包）/ 212

第 15 节 工程款债权转让处理

——债权被转让，效力如何定？（债权转让）/ 229

第二章 合同效力的认定标准

第 1 节 施工企业资质的认定

——具备何资质，合同才有效？（施工资质）/ 241

第 2 节 中标通知书性质认定

——中标通知书，性质如何定？（中标通知）/ 263

第 3 节 工程总承包与再分包

——工程总承包，效力如何定？（工程总包）/ 274

第 4 节 招标投标的效力认定

——违法招投标，如何来认定？（招标投标）/ 299

第 5 节 低于成本价中标认定

——低于成本价，合同应无效？（低价中标）/ 357

第 6 节 实为转包合同的认定

——工程被转包，如何来认定？（工程转包）/ 368

第 7 节 劳务分包的认定标准

——劳务承发包，合同应有效？（劳务分包）/ 400

第 8 节 内部承包合同的认定

——内部搞承包，合同应有效？（内部承包）/ 412

第 9 节 资质挂靠的认定标准

——资质被挂靠，如何来认定？（资质挂靠）/ 431

第 10 节 资质挂靠的责任承担

——资质被挂靠，责任如何担？（责任承担）/ 453

第 11 节 转包与挂靠法律后果

——转包与挂靠，为何须区分？（性质区别）/ 490

- 第 12 节 行政许可的效力影响
 - 未办许可证, 合同应无效? (行政许可) / 501
- 第 13 节 独立保函的效力认定
 - 独立担保函, 效力如何定? (独立保函) / 520
- 第 14 节 农村自建房合同效力
 - 建低层住宅, 认定何标准? (低层住宅) / 545
- 第 15 节 居间合同的效力认定
 - 居间促交易, 业务报酬无? (工程居间) / 556

第三章 合同无效的法律处理

- 第 1 节 合同无效与结算效力
 - 合同没有效, 结算也无效? (结算效力) / 583
- 第 2 节 无效合同下的管理费
 - 合同没有效, 管理费计否? (管理费用) / 593
- 第 3 节 无效合同的利润计取
 - 合同没有效, 利润应计否? (工程利润) / 609
- 第 4 节 发包人计价权利行使
 - 合同没有效, 依约来计价? (价款计算) / 624
- 第 5 节 无效合同的违约条款
 - 合同没有效, 违约金计否? (违约条款) / 630
- 第 6 节 无效合同与利息支付
 - 合同没有效, 利息支付否? (利息支付) / 640
- 第 7 节 无效合同的定金条款
 - 合同没有效, 定金双倍还? (定金效力) / 651
- 第 8 节 担保合同的效力认定
 - 合同没有效, 担保也无效? (履约担保) / 656
- 第 9 节 无效合同的损失赔偿
 - 合同没有效, 损失如何赔? (损失赔偿) / 665
- 第 10 节 无效合同的价款计算
 - 合同没有效, 如何来计价? (参照约定) / 683

第四章 实际施工人的权利救济

- 第1节 实际施工人认定标准
——实际施工人，如何来认定？（认定标准）/ 695
- 第2节 发包人义务主体认定
——发包人范围，如何来认定？（义务主体）/ 745
- 第3节 发包人承担责任情形
——合同相对性，能否被突破？（权利行使）/ 755
- 第4节 欠付工程款举证责任
——欠付工程款，发包人举证？（举证责任）/ 780
- 第5节 转包违法分包人权利
——实际施工人，应交管理费？（管理费用）/ 789

第五章 工程计量与价款计算

- 第1节 工程计量标准的认定
——实际工程量，如何来计算？（计量依据）/ 821
- 第2节 工程计量与价款认定
——争议工程量，计入工程款？（量价认定）/ 838
- 第3节 甲供材料金额的认定
——领取甲供材，金额如何计？（甲供数量）/ 861
- 第4节 甲供材扣回价格依据
——甲供材料款，如何来扣回？（计价依据）/ 870
- 第5节 多份合同的计价依据
——签多份合同，如何来结算？（多份合同）/ 878
- 第6节 固定单价合同的计价
——签单价合同，价款如何计？（单价合同）/ 982
- 第7节 固定总价合同的计价
——签总价合同，价款如何计？（总价合同） / 996
- 第8节 工程价款下浮的执行
——工程价下浮，如何来理解？（价款下浮）/ 1022
- 第9节 计价约定争议的处理
——约定不明确，价款如何计？（约定不明）/ 1034

第 10 节 清单漏项的计价方法

——清单漏缺项，价款如何计？（清单漏项） / 1043

第六章 工程相关费用的承担

第 1 节 赶工费用的计算承担

——赶工措施费，应否获支持？（赶工费用） / 1073

第 2 节 工程临时设施费承担

——临时设施费，如何来承担？（临时设施） / 1086

第 3 节 水电费代付金额认定

——水电费代付，金额如何定？（水电费用） / 1096

第 4 节 社会保障费支付方式

——社会保障费，如何来支付？（社保费用） / 1102

第 5 节 施工配合费用的计取

——施工配合费，如何来承担？（配合费用） / 1135

第 6 节 总承包管理费的计取

——总包管理费，如何来计取？（总包管理） / 1147

第 7 节 安全文明措施费计取

——文明措施费，如何来计取？（文明施工） / 1156

第 8 节 工程特殊费用的承担

——工程特殊费，如何来承担？（特殊费用） / 1173

第 9 节 工程税费的计算承担

——税费有争议，究竟谁来担？（工程税费） / 1185

第 10 节 工程规费的计算承担

——规费有争议，应否来计取？（工程规费） / 1196

第七章 合同变更与解除处理

第 1 节 未完工程的计量依据

——未完工程量，如何来计量？（未完工程） / 1211

第 2 节 监理工程师签证效力

——监理工程师，有无权签证？（监理签证） / 1221

第 3 节 有权签证的主体认定

——发包人签证，效力如何定？（业主签证） / 1243

- 第4节 工程承包人签证效力
 - 工程承包人, 签证有效否? (单方签证) / 1264
- 第5节 工程变更的价款计算
 - 工程变更后, 价款如何计? (工程变更) / 1280
- 第6节 合同外工程价款认定
 - 合同外工程, 价款如何定? (价款计算) / 1339
- 第7节 违约造成损失的计算
 - 一方有违约, 损失如何计? (损失计算) / 1351
- 第8节 固定总价合同的解除
 - 合同被解除, 价款如何计? (固定总价) / 1364
- 第9节 固定单价合同的解除
 - 合同被解除, 价款如何计? (固定单价) / 1377
- 第10节 合同解除的条件认定
 - 具备何条件, 合同能解除? (解除条件) / 1386

第八章 工期责任承担与索赔

- 第1节 工程开工日期的认定
 - 工程开工日, 如何来确定? (开工日期) / 1433
- 第2节 工程竣工日期的认定
 - 工程竣工日, 如何来确定? (竣工日期) / 1458
- 第3节 工期延误责任的承担
 - 工期被延误, 承包人担责? (单方责任) / 1479
- 第4节 工期延误责任的承担
 - 工期被延误, 责任共同担? (共同责任) / 1504
- 第5节 工期顺延的条件认定
 - 工期要顺延, 须具何条件? (工期顺延) / 1510
- 第6节 延误天数的计算方法
 - 工期被延误, 天数如何算? (延误天数) / 1541
- 第7节 工期延误违约金计算
 - 工期违约金, 如何来计算? (工期违约) / 1542
- 第8节 工程逾期损失的赔偿
 - 工期被延误, 如何来赔偿? (损失赔偿) / 1550

- 第9节 工期条款的效力认定
——合同中工期, 何时应无效? (工期效力) / 1560
- 第10节 工期顺延天数的计算
——工期要顺延, 天数如何算? (顺延天数) / 1562

第九章 价款支付与竣工结算

- 第1节 材料价差款项的承担
——材料价差款, 应由谁承担? (材料价差) / 1573
- 第2节 人工成本上涨的处理
——人工费调整, 应否获支持? (人工价差) / 1591
- 第3节 工程进度款计取依据
——工程进度款, 如何来主张? (进度款项) / 1604
- 第4节 未付预付款责任承担
——未付预付款, 违约责任担? (预付款项) / 1640
- 第5节 已付工程款举证责任
——已付工程款, 如何来认定? (已付款项) / 1653
- 第6节 个人收取工程款效力
——付款给个人, 性质如何定? (个人收款) / 1690
- 第7节 发票开具与价款支付
——未开具发票, 拒付工程款? (开具发票) / 1704
- 第8节 价款支付与资料交付
——要求交资料, 应否获支持? (工程资料) / 1727
- 第9节 以发包人付款为条件
——背靠背条款, 效力如何定? (条款效力) / 1760
- 第10节 工程价款支付的条件
——应付工程款, 条件成就否? (支付条件) / 1769
- 第11节 结算特别约定的适用
——逾期不答复, 应视为认可? (逾期答复) / 1779
- 第12节 行政审计的法律效力
——行政审计价, 应作结算价? (行政审计) / 1818
- 第13节 承包人资料交付义务
——逾期交资料, 违约责任担? (违约责任) / 1841

第 14 节 结算协议的法律效力

——价款结算后，还能索赔否？（经济索赔）/ 1863

第 15 节 工程结算书效力认定

——结算书效力，如何来认定？（结算依据）/ 1881

第十章 违约责任认定与承担

第 1 节 工程停窝工责任承担

——工程停窝工，责任如何担？（责任承担）/ 1909

第 2 节 停工损失的计算标准

——停窝工损失，如何来计算？（损失计算）/ 1925

第 3 节 未按约使用材料责任

——未按约用材，违约责任担？（材料使用）/ 1947

第 4 节 工程款利息计算标准

——工程款利息，计算何标准？（价款利息）/ 1960

第 5 节 工程款利息起算时间

——工程款利息，何时开始计？（起算时间）/ 1971

第 6 节 违约条款的效力认定

——特殊情况下，违约责任担？（效力认定）/ 2003

第 7 节 罚款处罚的效力认定

——罚款有约定，违约责任担？（罚款效力）/ 2019

第 8 节 违约重复处罚的认定

——利息违约金，重复处罚否？（并行处罚）/ 2025

第 9 节 违约金的计算和调整

——违约金标准，如何计公平？（违约责任）/ 2036

第 10 节 履约保证金常见纠纷

——履约保证金，何时来返还？（履约保证）/ 2068

第十一章 工程价款优先受偿权

第 1 节 价款优先受偿权放弃

——优先受偿权，放弃有无效？（权利放弃）/ 2089

第 2 节 分包人的优先受偿权

——工程分包人，有无优先权？（工程分包）/ 2098

- 第3节 工程总承包人优先权
——工程总承包，有无优先权？（工程总包）/ 2103
- 第4节 无效合同优先受偿权
——合同没有效，有无优先权？（无效合同）/ 2105
- 第5节 项目转让后的优先权
——项目被转让，优先权利无？（项目转让）/ 2116
- 第6节 优先权行使起始时间
——优先受偿权，何时起行使？（起始时间）/ 2123
- 第7节 优先受偿权行使方式
——优先受偿权，如何来行使？（行使方式）/ 2159
- 第8节 不得享有优先权情形
——何种情况下，优先权利无？（消极事实）/ 2184
- 第9节 房屋买受人权利行使
——优先受偿权，可抗买受人？（房屋买卖）/ 2197
- 第10节 被拆迁人的权利行使
——房屋被拆迁，阻却优先权？（拆迁房屋）/ 2209
- 第11节 债权受让人权利保护
——债权受让人，有无优先权？（债权转让）/ 2214
- 第12节 无优先权的违约损失
——违约损失否，如何来认定？（违约损失）/ 2219
- 第13节 违法建筑优先受偿权
——违法建筑物，有无优先权？（违法建筑）/ 2228
- 第14节 土地使用权价值受偿
——土地使用权，有无优先权？（土地价值）/ 2230
- 第15节 价款优先受偿权范围
——质量保修金，有无优先权？（质量保修）/ 2233
- 第16节 价款优先受偿权范围
——工程款利润，有无优先权？（工程利润）/ 2239
- 第17节 价款优先受偿权范围
——工程款利息，有无优先权？（价款利息）/ 2243
- 第18节 价款优先受偿权范围
——履约保证金，有无优先权？（履约担保）/ 2249

第 19 节 宜折价拍卖工程认定

——何性质工程，宜折价拍卖？（工程性质）/ 2254

第 20 节 装饰装修价款优先权

——装修承包人，有无优先权？（装修工程）/ 2262

第十二章 工程质量与保修义务

第 1 节 材料质量责任的承担

——用材不合格，责任谁承担？（材料质量）/ 2275

第 2 节 擅自使用工程的认定

——工程擅自用，如何来认定？（擅自使用）/ 2289

第 3 节 擅自使用的法律后果

——工程擅自用，自担质量责？（擅自使用）/ 2303

第 4 节 质量保证金返还时间

——质量保证金，何时来返还？（返还期限）/ 2318

第 5 节 质量保证金计算依据

——质量保证金，如何来计算？（计算标准）/ 2349

第 6 节 工程维修费用的承担

——工程维修费，应该谁来担？（维修费用）/ 2353

第 7 节 质量问题的举证认定

——质量有问题，如何来举证？（质量举证）/ 2402

第 8 节 工程质量的责任承担

——质量不合格，责任如何担？（责任认定）/ 2419

第 9 节 工程获奖约定的处理

——未获优质奖，责任如何担？（获奖约定）/ 2471

第 10 节 工程质量与价款支付

——质量有问题，拒付工程款？（工程质量）/ 2486

第十三章 建筑工程保险和索赔

第 1 节 保险人免责事由认定

——工程一切险，何时应免责？（格式条款）/ 2497

第 2 节 工程保险损失的计算

——一切险损失，如何来认定？（损失计算）/ 2506

第3节 投保人未交保费处理

——起诉交保费，应否获支持？（保险费用）/ 2513

第4节 一切险保险事故认定

——一切险事故，认定何标准？（保险事故）/ 2517

第5节 险种交叉的赔付责任

——两种险交叉，理赔冲突否？（理赔责任）/ 2530

第十四章 关联纠纷案件的处理

第1节 买卖合同的责任主体

——工程材料款，谁应来支付？（买卖合同）/ 2539

第2节 借款合同的责任主体

——工程借贷款，谁应来偿还？（借款合同）/ 2589

第3节 施工合同的认定标准

——施工合同否，如何来认定？（合同性质）/ 2617

第4节 应对阻工的法律措施

——施工被阻挠，如何来维权？（举证维权）/ 2635

第5节 劳动关系的认定标准

——工地上干活，劳动关系无？（劳动关系）/ 2649

第6节 人身损害的责任认定

——干活受伤害，责任谁承担？（人身损害）/ 2672

第7节 工资支付的责任主体

——干活不给钱，如何来维权？（劳动报酬）/ 2682

第8节 火灾事故认定书效力

——事故认定书，证明力几何？（证据效力）/ 2691

第9节 工程火灾的责任承担

——工程生火灾，责任如何担？（过错责任）/ 2700

第10节 火灾事故损失的赔偿

——损失要赔偿，依据从何来？（计算依据）/ 2723

第十五章 工程鉴定与鉴定资质

第1节 合法鉴定的程序要件

——鉴定要合法，须具何条件？（鉴定程序）/ 2731

- 第2节 鉴定机构的资质要求
 - 机构要鉴定，须具何资质？（鉴定机构） / 2764
- 第3节 造价鉴定人员的资格
 - 从事鉴定业，须有何资格？（鉴定人员） / 2796
- 第4节 鉴定申请的不予准许
 - 申请不准许，须具何条件？（不予准许） / 2803
- 第5节 自行委托鉴定的效力
 - 单方面委托，效力如何定？（自行委托） / 2823

第十六章 诉讼程序与诉讼技巧

- 第1节 施工合同纠纷的管辖
 - 管辖权异议，如何来处理？（案件管辖） / 2837
- 第2节 诉讼时效的起算时间
 - 诉讼过时效，如何来认定？（诉讼时效） / 2892
- 第3节 反诉抗辩的法律适用
 - 反诉与抗辩，诉讼如何用？（反诉抗辩） / 2915
- 第4节 重复诉讼的认定标准
 - 一事不再理，如何来认定？（重复诉讼） / 2927
- 第5节 财产保全错误的认定
 - 保全有错误，如何来认定？（财产保全） / 2944
- 第6节 执行分配异议的处理
 - 分配有异议，如何来处理？（执行分配） / 2968
- 第7节 代位权诉讼权利行使
 - 代位权诉讼，如何来操作？（代位诉讼） / 2982
- 第8节 执行异议的处理规则
 - 执行有异议，如何来处理？（执行异议） / 3003
- 第9节 中止审理的适用条件
 - 诉讼要中止，须具何条件？（中止审理） / 3088
- 第10节 调解协议书效力认定
 - 调解协议书，效力如何定？（调解协议） / 3094
- 第11节 案件诉讼费承担原则
 - 案件诉讼费，如何来承担？（诉讼费用） / 3107

第 12 节 举证权利的法律保护

——侵害举证权，如何来认定？（举证权利） / 3113

第 13 节 案件合并审理的条件

——案件合并审，须具何条件？（合并审理） / 3121

第 14 节 刑民关联案件的处理

——先审刑事案，须具何条件？（审理顺序） / 3150

第 15 节 工程鉴定费用的承担

——工程鉴定费，如何来承担？（鉴定费用） / 3163

附 录 / 3175

目 录

第一章 合同主体与责任承担

第 1 节 签名盖章的效力认定

——签名或盖章，效力如何定？（合同签订）

- 3 1. 合同加盖项目部技术资料专用章，如何认定合同相对方？公司项目部技术资料专用章非仅作为技术资料交接之用，在无证据证明加盖其项目部技术资料专用章的合同主体为第三人的情况下，公司应承担合同主体责任。

案例 1. 四川省成都市中级人民法院（2012）成民终字第 5589 号“成都市第六建筑工程公司（简称六建公司）与四川省四美建设工程有限公司（简称四美公司）、四川蓬安马电房地产开发有限公司（简称马电公司）建设工程分包合同纠纷案”

- 5 2. 施工资质出借人未参与《借款协议》的签订、协议上未加施工资质出借人公章，《借款协议》上加盖施工资质出借人项目部资料专用章超越了该公章的使用范围，在未经施工资质出借人追认的情况下，不能认定《借款协议》是施工资质出借人的意思表示。出借人明知实际施工人借用资质施工，应认定诉争借款是实际施工人个人债务，要求施工资质出借人对诉争借款承担连带还款责任缺乏依据。

案例 2. 最高人民法院（2014）民申字第 1 号“陈晓兵与国本建设有限公司（简称国本公司）、中太建设集团股份有限公司（简称中太公司）等民间借贷纠纷案”

- 6 3. 在工程结算审定单上盖章的第三人应否承担付款责任？在没有提供其他证据证明第三人应当支付涉案工程款的情况下，仅以其在工程结算审定单上盖章为由要求其承担支付工程款责任不能成立。

案例 3. 江苏省连云港市中级人民法院（2013）连民终字第 1707 号“连云港市连大管桩工程有限公司连云港分公司（简称连大管桩分公司）与江苏金科地产投资有限公司（简称金科地产公司）、江苏金科资产管理有限公司（简称金科资产公司）建设工程施工合同

纠纷案”

- 8 4. 未得到授权即以他人名义签订合同系个人行为，构成无权代理，由个人承担合同权利义务。
- 案例 4. 上海市第二中级人民法院（2013）沪二中民二（民）终字第 2629 号“中十冶集团有限公司华东分公司（简称中十冶华东分公司）、中十冶集团有限公司与许庆荣建设工程分包合同纠纷案”
- 9 5. 由法定代表人签字但未加盖公司印章的合同，签约主体如何认定？签订合同未加盖公司印章，法定代表人以其公司名义签字的行为应认定为职务行为，合同的权利义务由公司承担。
- 案例 5. 安徽省亳州市中级人民法院（2014）亳民一终字第 00062 号“安徽阜阳建工集团有限公司与亳州市富卓防水工程有限公司等建设工程合同纠纷案”
- 9 6. 发包人未对承包人提供的虚假公司印章及资格等级证书进行审查，导致错列的被告为应诉而遭受经济损失，发包人应予赔偿。
- 案例 6. 河南省信阳市中级人民法院（2009）信中法民终字第 623 号“陈某某、朱某某与潢川县某中学、宁波某钢结构有限公司建设工程合同纠纷案”
- 10 7. 法定代表人以公司名义签订建设工程施工合同，虽未加盖公司印章，但涉案工程系为公司经营之用，可以认定法定代表人系代表公司履行职务，公司应承担支付工程款的主体责任。
- 案例 7. 内蒙古自治区高级人民法院（2016）内民终 259 号“呼伦贝尔市嵩山广告传媒有限责任公司（简称嵩山公司）与额尔古纳市白师傅食品有限公司（简称白师傅公司）、白庆海建设工程施工合同纠纷案”
- 11 8. 预算单虽被合同约定作为合同附件，但未经双方签字或者盖章确认，不能证明双方就预算单记载内容达成合意，预算单不具备合同附件的法律效力。
- 案例 8. 浙江省宁波市中级人民法院（2011）浙甬民二终字第 488 号“宁波市 A 钢结构工程有限公司与宁波市 B 建筑有限公司建设工程施工合同纠纷案”
- 12 9. 合同一方持有经修改的合同，且经修改的合同对另一方明显不利，而另一方所持合同未经修改，持有修改合同的一方应对合同修改处加盖对方印章的真实性进行充分举证，否则，应承担不利法律后果。
- 案例 9. 最高人民法院（2007）民一终字第 31 号“新疆 A 房地产开发有限公司与新疆 B 集团第二建筑工程有限责任公司（简称新疆二建）建设工程施工合同纠纷案”

第 2 节 筹备组签约主体认定

——筹备组签约，究竟谁担责？（筹备组织）

●●● 类型一、由设立单位承担合同责任 ●●●

- 36 10. 筹建处作为工程承包合同的签订、履行主体，不具备法人资格，应由其设立单位作为诉讼主体并承担工程款给付义务。

案例 10. 辽宁省高级人民法院（2003）辽民一房初字第 17 号“原告沈阳 A 建设工程总公司（简称化建公司）诉被告 B 市人民政府、本溪热电厂、本溪市集中供热公司建设工程施工合同纠纷案”

- 37 11. 筹建处不具备法人资格，其民事责任应由其设立单位承担。

案例 11. 郑州市中级人民法院（2010）郑民三终字第 535 号“郑州市城开建筑安装工程有限公司与郑州市宏建建材有限公司、郑州市散装水泥办公室、郑州市建筑节能与墙体材料革新办公室建筑工程合同纠纷案”

- 37 12. 筹建处不具备独立承担民事责任的能力，其实施民事行为所引起的法律责任应由其成立单位承担。

案例 12. 河南省高级人民法院（2002）豫法民一终字第 551 号“中国工商银行三门峡分行诉三门峡市建设工程有限公司建设工程施工合同纠纷案”

●●● 类型二、由筹备组其后成立的公司承担合同责任 ●●●

- 38 13. 筹备处所产生的债权债务应由其后成立的公司承担。

案例 13. 郑州市中级人民法院（2016）豫 01 民终 2166 号“曹改进与河南大川农业生态园有限公司装饰装修合同纠纷案”

- 39 14. 筹建处系市政府为筹建热电厂设立的临时机构，热电厂取得法人资格后，筹建处所进行的民事行为的后果应由其承担，而不应由市政府承担。

案例 14. 最高人民法院（1999）经终字第 334 号“中国建筑二局安装公司与河北省涿州市热电厂、河北省涿州市人民政府拖欠建筑工程款纠纷案”

●●● 类型三、筹建组不具备诉讼主体资格 ●●●

- 40 15. 筹建组本身不具有独立的财产，其不具备民事诉讼主体资格。

案例 15. 浙江省金华市中级人民法院（2012）浙金民终字第 1555 号“上诉人（原审被告）

楼林生与被上诉人(原审原告)浙江万利建筑工程有限公司、原审被告童昌智、楼云汉、王春生等24人建设工程施工合同纠纷案”

●●●类型四、由合同签订人承担责任●●●

- 41 16. 以筹备组名义签订合同的当事人, 无证据证明他人应承担合同责任, 作为合同签订人, 应承担合同义务。

案例 16. 洛阳市中级人民法院(2015)洛民终字第112号“上诉人洛阳市商务局与被上诉人洛阳市工农建筑安装工程有限公司、原审第三人洛阳翰达实业有限公司建筑工程合同纠纷案”

- 41 17. 筹备组未登记, 合同签订人亦无证据证明筹备组与第三人之间的关系, 其应承担合同义务。

案例 17. 郑州市中级人民法院(2010)郑民四终字第38号“张建民与张太龙建设工程施工合同纠纷案”

- 42 18. 以筹备组名义签订合同的当事人应承担工程款支付责任。

案例 18. 怀远县人民法院(2017)皖0321民初2686号“蚌埠市金翼窗具有限责任公司与怀远县小集医院、刘伟建设工程施工合同纠纷案”

●●●类型五、由其后注册成立的事业单位法人承担●●●

- 43 19. 筹建处的债务应由其后注册设立的事业单位法人承担, 实际投资人撤销筹建处而未对已经发生的债务进行清理应承担赔偿责任。

案例 19. 最高人民法院(1999)经终字第81号“山西省人民政府、山西国际大厦与山西省第五建筑工程公司建筑工程承包合同欠款纠纷案”

- 43 20. 承继筹备组权利义务的事业单位法人应作为诉讼当事人。

案例 20. 河南省高级人民法院(2016)豫民终168号“河南省吴鼎建筑基础工程有限公司、平顶山市第一人民医院等与平顶山市新城区管理委员会建设工程施工合同纠纷案”

●●●类型六、筹备组与被告无关, 驳回原告诉讼请求●●●

- 44 21. 承包人作为原告不能证明筹备组系被告设立, 或被告系由筹备组演变而来, 故从举证责任角度看, 筹备组是与被告无关的独立主体, 应驳回原告的诉讼请求。

案例 21. 浙江省高级人民法院(2013)浙民提字第84号“再审申请人(一审原告、二审上诉人)杭州环美装饰照明工程有限公司与被申请人(一审被告、二审被上诉人)施月君、

周毅力、雷文军及一审第三人季人清、叶亮、留宗土建设工程施工合同纠纷案”

第 3 节 执照吊销的诉讼主体

——执照被吊销，诉讼资格无？（执照吊销）

- 49 22. 公司因未年检而被吊销营业执照后，未成立清算组进行清算，也未办理注销登记，其以公司名义提起诉讼，诉讼主体资格适格。
- 案例 22. 安徽省高级人民法院（2013）皖民四终字第 00073 号“上诉人安徽恒源煤电股份有限公司任楼煤矿（简称任楼煤矿）、上诉人安徽省皖北煤电集团有限责任公司（简称皖北煤电公司）与被上诉人濉溪县任集镇第二建安公司（简称任集二建公司）建设工程施工合同纠纷案”
- 50 23. 企业法人被吊销营业执照后至被注销登记前，该企业法人仍应视为存续，可以自己的名义进行诉讼活动。
- 案例 23. 河南省鹤壁市中级人民法院（2009）鹤民三终字第 15 号“上诉人赵建华与被上诉人淇县建筑安装集团总公司罗阁工程处（简称罗阁工程处）、原审被告安阳市文峰区太行动植物良种场（简称良种场）建设工程施工合同纠纷案”
- 51 24. 分支机构依法登记并领取了营业执照，可作为民事案件的当事人参加诉讼。但是，分支机构被注销后，即不具备诉讼主体资格。
- 案例 24. 山东省淄博市中级人民法院（2013）淄民再终字第 46 号“上诉人山东远东建筑工程有限公司（简称远东公司）与被申诉人江玉法、原审被告沂源县远东建筑工程有限公司东里分公司（简称东里分公司）建设工程合同纠纷案”
- 52 25. 公司被吊销营业执照和公司被注销的法律后果并不一样，公司因违法经营或连续停业或未按规定办理年审等事宜而被工商行政管理机关吊销营业执照之后，公司的主体资格仍然存在，可以以自己的名义进行诉讼活动，而公司注销则意味着公司已丧失法人资格，即公司不复存在。
- 案例 25. 最高人民法院（2014）民申字第 730 号“中国农业银行股份有限公司郑州绿城支行与河南三星置业有限公司、河南省工合建筑安装工程公司建设工程施工合同纠纷案”
- 52 26. 公司合法登记注册的证明，经我国驻外使馆认证，应确认其具备权利主体资格，以公司注册登记已经过期为由，主张丧失诉讼主体资格不予支持。
- 案例 26. 云南省高级人民法院（2014）云高民三终字第 7 号“上诉人昆明世好环保工程有限公司与被上诉人老挝人民民主共和国友谊路桥建设有限公司建设工程施工合同纠纷案”

第4节 股东担责的常见情形

——发包人股东，何时应担责？（股东责任）

●●● 类型一、公司股东构成债务加入 ●●●

- 57 27. 公司原股东与公司债权人达成偿还债务协议，加入公司原存在的债务关系中，与公司共同承担债务，应为债务的加入。

案例 27. 黑龙江省高级人民法院（2013）黑民终字第 47 号“上诉人七台河市金峰洗煤有限责任公司（简称金峰公司）与被上诉人烟台金华选煤工程有限公司（简称金华公司）、高德元、王立先、张正杰、原审被告曹云胜建设工程施工合同纠纷案”

●●● 类型二、公司股东未履行或未全面履行出资义务 ●●●

- 58 28. 公司法人人格否认指为阻止公司独立人格的滥用和保护公司债权人利益及社会公共利益，就具体法律关系中的特定事实，否认公司与其背后的股东各自独立人格及股东有限责任，责令公司股东对公司债权人或公共利益直接负责，以实现公平、正义目标而设立的一种法律制度。债权人不能举证证明股东存在滥用公司法人独立地位和股东有限责任逃避债务的情形，要求公司股东对公司债务承担无限连带责任，不予支持。

公司债权人请求未履行或者未全面履行出资义务的股东在未出资本息范围内对公司债务不能清偿的部分承担补充赔偿责任的，人民法院应予支持。

案例 28. 江苏省高级人民法院（2013）苏民终字第 0001 号“上诉人景国忠、上诉人江苏省丹阳经济开发区经济发展总公司（简称开发区总公司）与被上诉人香港金成有限公司（简称金成公司）建设工程合同纠纷案”

- 62 29. 发起人向项目部注资时公司尚未成立，不存在债转股的前提，其主张以债转股形式对公司出资，应当认定对公司的出资没有实际到位，其应在出资不实范围内对公司债务承担补充清偿责任。

案例 29. 最高人民法院（2013）民申字第 318 号“再审申请人塔城市鸿瑞热力有限公司、云南云桥建设股份有限公司与被申请人新疆新秦建设实业开发公司建设工程施工合同纠纷案”

●●● 类型三、一人有限责任公司的股东不能证明公司财产独立于自己财产的 ●●●

- 63 30. 一人有限责任公司的股东不能证明公司财产独立于股东自己的财产的，应当对公司债务承担连带责任。

案例 30. 山东省德州市中级人民法院（2014）德中民终字第 231 号“上诉人张保涛与被上

诉人张继涛、原审被告山东龙瀛新能源电力燃料科技有限公司建设工程施工合同纠纷案”

- 63 31. 一人有限责任公司不能证明股东财产独立于公司财产，在该待证事实真伪不明的情形下，应当由负有举证责任的股东承担因此而产生的不利法律后果，其对公司债务应承担连带责任。

案例 31. 贵州省高级人民法院（2015）黔高民初字第 9 号“重庆龙珠建筑工程有限公司与贵定县春晓实业发展有限公司、张四小建设工程施工合同纠纷案”

●●● 类型四、发包人减少注册资本未履行法定程序 ●●●

- 64 32. 发包人减少注册资本未履行通知已知债权人的法定程序，减资股东对于公司债务应当在其减资范围内承担补充赔偿责任。

案例 32. 最高人民法院（2016）最高法民申 1112 号“浙江中成建工集团有限公司与董秀珍、江文中等建设工程施工合同纠纷案”

●●● 类型五、股东恶意转移公司财产 ●●●

- 66 33. 公司股东在公司被吊销营业执照后对公司的财产、债权债务不进行清理，反而将债权人所建工程变卖他人后转移资产，致使债权人的合法债权难以实现，侵害了债权人的合法权利，在主观上具有逃避债务的恶意，故对其转移财产逃避债务的行为，应当共同承担清偿责任。

案例 33. 北京市高级人民法院（2002）高民终字第 362 号“北京 A 建设有限公司与杨某某、翟某某、高某某建设工程施工合同纠纷案”

●●● 类型六、公司债权人未能证明公司股东违反公司法相关法定义务，公司股东不承担责任 ●●●

- 67 34. 在未提供证据证明公司已无清偿债务能力及公司股东未履行或未全面履行出资义务、抽逃出资的情况下，公司债权人要求公司股东作为第三人参加诉讼，不予支持。

案例 34. 安徽省高级人民法院（2014）皖民四终字第 00021 号“上诉人泗县宏鑫房地产开发有限公司（简称宏鑫房产公司）与被上诉人浙江万峰建设集团有限公司（简称万峰建设公司）建设工程施工合同纠纷案”

●●● 类型七、其他与公司股东有关案例 ●●●

- 68 35. 公司注销后，原公司股东有权追索公司注销前的债权，具备诉讼主体资格。

案例 35. 最高人民法院（2016）最高法民申 819 号“伽师县宁亿投资有限公司与杜军建设

工程施工合同纠纷案”

- 68 36. 公司单方免责声明无效。股东变更属于公司内部事务，并不影响公司法人主体资格的存续，法律亦未赋予公司在股东变更时享有“限制债权人确定债权而免除公司责任”的权利，公司变更股东后，公告要求债权人限期确认债权并承担逾期后果，对公司债权人不发生法律效力。

案例 36. 新疆维吾尔自治区高级人民法院（2014）新民一终字第 19 号“上诉人新疆联丰源矿业有限公司（简称联丰源公司）与被上诉人陕西少华建筑工程有限公司（简称少华公司）建设工程施工合同纠纷案”

第 5 节 分公司诉讼主体地位

——分公司签约，责任如何担？（分支机构）

- 85 37. 分公司营业执照载明的经营范围为受公司委托从事工程建设，由此表明，其在经营范围内有权代表公司签订建设工程施工合同，而无须公司再行特别授权，因此，在公司具备建筑企业相应资质的情况下，分公司签订的《施工承包合同》不违反法律、行政法规的强制性规定，属有效合同。

案例 37. 最高人民法院（2014）民申字第 924 号“四川川北数码港建设股份有限公司华盛分公司与雅江县公路段建设工程施工合同纠纷案”

- 86 38. 分公司虽然不具有法人资格，但其系依法成立且领取了工商营业执照，依法可以作为其他组织类民事主体参加社会经济活动，并参与民事诉讼，其签订的合同是当事人的真实意思表示，且不违反法律法规的强制性规定，应认定合法有效。

案例 38. 湖南省高级人民法院（2014）湘高法民一终字第 63 号“管口建鑫地产开发有限公司、建鑫地产开发有限公司与鑫泰建设集团公司管口分公司合同纠纷案”

- 86 39. 分公司虽不具备法人资格，但其作为依法领取工商营业执照的分支机构，具备诉讼主体资格，应与公司一同承担付款责任。

案例 39. 河南省郑州市中级人民法院（2014）郑民三终字第 213 号“上诉人中国有色金属工业第六冶金建设有限公司工业安装分公司与被上诉人郑州市佳美钢结构有限公司及原审被告中国有色金属工业第六冶金建设有限公司建设工程合同纠纷案”

- 87 40. 分公司在经核准登记的经营范围內，经公司授权对外签订合同，应当认定其具有对外签订合同的主体资格和履行能力。

案例 40. 最高人民法院（1999）经终字第 353 号“郑州华星外国语学校与封丘县建筑集团

总公司金鹏分公司、河南省鑫盛实业公司拖欠工程款纠纷案”

- 88 41. 公司对分公司的债务，既不是承担连带责任，也不是承担补充责任，而应是直接承担清偿责任。

案例 41. 最高人民法院（2016）最高法民申 3318 号“安徽华景建设有限公司与安徽万特投资发展有限公司六安分公司、安徽万特投资发展有限公司建设工程施工合同纠纷案”

- 88 42. 分公司账户内款项在法律上即为公司的财产，分公司与内部承包人签订的内部承包合同，不具有对抗第三人的法律效力，亦不应包括在《执行规定》第 78 条规定的企业法人分支机构被承包的情形，内部承包人以案涉分公司账户内款项系其个人财产而提出异议，不足以阻却人民法院的强制执行。

案例 42. 最高人民法院（2016）最高法民再 149 号“李建国与孟凡生、长春圣祥建筑工程有限公司等案外人执行异议之诉案”

- 92 43. 分公司虽有营业执照，但无独立法人资格，根据《中华人民共和国公司法》第十四条的规定，其民事责任应由公司承担。

案例 43. 湖南省邵阳市中级人民法院（2011）邵中民三终字第 17 号“上诉人（原审被告）邵阳市市政工程总公司城步分公司与被上诉人（原审原告）喻智慧、原审被告邵阳市市政工程总公司、原审被告城步苗族自治县建设局建设工程施工合同纠纷案”

第 6 节 工程代建的责任主体

——代建工程款，委托人支付？（委托代建）

●●● 类型一、委托人不承担付款责任的情形 ●●●

- 95 44. 建设工程施工合同系代建单位作为发包人与承包人所签订，应由代建单位直接向承包人承担付款责任。

案例 44. 福建省厦门市中级人民法院（2014）厦民终字第 100 号“上诉人（原审被告）厦门东区开发公司与被上诉人（原审原告）厦门市开立机电工程有限公司、原审第三人厦门市总工会建设工程施工合同纠纷案”

- 96 45. 工程代建合同约定由代建单位负责组织开展施工、监理、设备采购等公开招投标工作，处理一切项目实施过程中的其他事项。据此，代建单位以自己之名义与承包人签订建设工程施工合同，是签订合同的主体，具备诉讼主体资格。

案例 45. 重庆市第三中级人民法院（2013）渝三中法民终字第 00934 号“上诉人（原审被

告)重庆市拓前实业有限公司、上诉人(原审被告)杨小华与被上诉人(原审原告)重庆市涪陵城市建设投资集团有限公司、原审被告江才华建设工程施工合同纠纷案”

- 96 46. 根据合同相对性的基本原则, 承包人应直接向代建单位主张权利, 其要求建设单位承担连带责任没有事实和法律依据, 不予支持。

案例 46. 青海省高级人民法院(2016)青民初 97 号“中国建筑一局(集团)有限公司与西宁市交通建设开发有限公司、西宁城通交通建设投资有限公司建设工程施工合同纠纷案”

- 97 47. 与代建单位签订施工合同的承包人无权就建设单位与代建单位之间的合同效力主张权利, 建设单位与代建单位之间合同性质以及合同效力如何, 与承包人无法律上的利害关系, 不影响其向欠付工程款的代建单位追索工程款。

案例 47. 最高人民法院(2013)民申字第 1553 号“中交第四航务工程局有限公司与龙湾港集团有限公司、琼海市人民政府、琼海市城市建设投资有限公司建设工程施工合同纠纷案”

- 99 48. 委托代建合同与建设工程施工合同非同一法律关系, 建设工程施工合同纠纷不应追加委托人参加诉讼。

案例 48. 最高人民法院(2016)最高法民终 675 号“重庆市圣奇建设(集团)有限公司与贵州山城生态移民发展有限公司建设工程施工合同纠纷案”

●●● 类型二、委托人承担付款责任的情形 ●●●

- 99 49. 委托人与代建人签订代建性质的《总承包协议》之后, 双方并未完全按照合同约定履行义务, 委托人以发包人的身份参与了涉案工程的招标, 履行了代建人作为项目法人应承担的部分责任, 委托人应就涉案工程款承担连带责任。

案例 49. 广东省高级人民法院(2014)粤高法民终字第 18 号“深圳华昱投资开发(集团)有限公司与联建建设工程有限公司、深圳市交通运输委员会龙岗交通运输局建设工程施工合同纠纷案”

第 7 节 工程项目部法律地位

——项目部签约, 责任如何担?(内设机构)

●●● 类型一、承包人设立的项目部签约的民事责任由承包人单独承担 ●●●

- 109 50. 项目部是承包人在承建工程项目时设立的非常设机构, 不能独立承担民事责任, 其相应的民事责任, 应由承包人单独承担。

案例 50. 河南省南阳市中级人民法院 (2009) 南民商终字第 286 号“上诉人邓州市公路工程有限责任公司 (简称邓州公路工程公司) 与被上诉人屈群岭建设工程合同纠纷案”

110 51. 项目部系承包人的内设组织机构, 项目部所签订的协议书承包人认可, 承包人作为诉讼主体适格。

案例 51. 辽宁省沈阳市中级人民法院 (2013) 沈中审民终再字第 110 号“申请再审人本溪华夏第二建筑工程有限责任公司 (简称华夏二建) 与被申请人付志刚建设工程施工合同纠纷案”

111 52. 根据国家强制性规范, 工程总承包企业在承包合同生效后, 应立即任命项目经理, 组建项目部。项目部是临时性机构, 不具有诉讼主体资格, 应以设立项目部的企业法人作为被告, 项目部在建设工程中形成的债务, 应由企业法人承担民事责任。

案例 52. 安徽省合肥市中级人民法院 (2014) 合民一终字第 00050 号“上诉人合肥市华星建筑安装工程有限公司 (简称华星公司)、荣盛 (蚌埠) 置业有限公司 (简称荣盛公司)、潍坊市正泰防水材料有限公司 (简称正泰公司) 建设工程施工合同纠纷案”

112 53. 项目部是在建筑施工企业法定代表人或者负责人授权支持下, 由项目经理组建并领导的项目管理组织, 以项目部名义所从事的行为均应认定为项目经理的行为, 而项目经理作为建筑施工企业法定代表人或负责人的委托代理人, 其签订的合同对该企业具有约束力。

案例 53. 重庆市高级人民法院 (2014) 渝高法民终字第 00288 号“大庆建筑安装集团有限责任公司、大庆建筑安装集团有限责任公司重庆分公司与粟某建设工程合同纠纷案”

113 54. 公司内部承包人以项目部的名义对外签订合同并收取保证金的行为应当认定为职务行为, 公司以其不知情为由主张不承担责任不予支持。

案例 54. 浙江省衢州市中级人民法院 (2013) 浙衢民终字第 693 号“陈宏建、柴志平等与浙江衢州建工集团有限公司建设工程施工合同纠纷案”

●●● 类型二、承包人设立的项目部签约的民事责任由承包人与项目经理或项目部共同承担 ●●●

114 55. 项目部属于承包人的分支机构, 其行为仅代表承包人, 不具备诉讼主体资格, 实际施工人要求项目部承担还款责任的主张, 理由不能成立, 应由承包人承担清偿责任, 但项目经理也系实际承包人, 应承担连带清偿责任。

案例 55. 河南省平顶山市中级人民法院 (2010) 平民二终字第 99 号“上诉人 (原审被告) 平顶山东良建筑安装有限责任公司 (简称东良公司) 与被上诉人 (原审原告) 李鹏飞、原审被告张林照建设工程施工合同纠纷案”

- 115 56. 根据建设部颁布的建设项目管理规范, 项目经理部是由项目经理在企业的支持下组建并领导进行项目管理的组织机构, 在项目竣工验收、审计完成后解体。案涉项目经理部是根据有关行政管理部门规定成立的, 属合法成立的组织, 而且有一定的组织机构, 在银行开设有账户, 负责工程款的结算和支付, 具有一定的财产, 符合《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》中的“合法成立, 有一定的组织机构和财产”这一其他组织的条件, 具备民事诉讼主体资格, 项目部应与其公司共同承担民事责任。
- 案例 56. 河南省周口市中级人民法院 (2009) 周民终字第 250 号 “河南省路桥工程集团有限公司扶项高速公路土建 NO.10 合同段项目经理部与郑州市晖腾建筑材料销售有限公司、河南省路桥工程集团有限公司建设工程施工合同纠纷案”

●●● 类型三、以承包人项目部名义签约, 承包人不承担责任的情形 ●●●

- 116 57. 未经当事人同意以其名义刊刻、使用项目部印章签订合同, 该合同对其不具有约束力。转承包人不能提交证据证明经转包人同意以转包人名义刊刻项目部印章, 转包人也否认同意其刊刻、使用该印章, 第三人也未提交证据证明转包人曾在其他场合使用过该项目部印章, 不足以认定第三人有理由相信该项目部印章代表转包人, 转承包人以该项目部印章与第三人签订的合同对转包人不具有约束力。
- 案例 57. 四川省高级人民法院 (2014) 川民终字第 27 号 “吕鸿鹄、李成伟与成都市第六建筑工程公司、西华大学、四川鑫楠建筑工程有限公司、熊素兰建设工程施工合同纠纷案”

第 8 节 合作开发的主体责任

——联合搞开发, 责任连带担? (合作开发)

●●● 类型一、合作方应承担清偿责任 ●●●

- 122 58. 合作开发各方应向承包人承担工程款连带清偿责任。
- 案例 58. 重庆市高级人民法院 (2009) 渝高法民提字第 406 号 “申请再审人 (一审原告、二审上诉人) 重庆天马工业设备安装有限公司与被申请人 (一审被告、二审被上诉人) 重庆塑皇建设 (集团) 有限公司、被申请人 (一审被告、二审被上诉人) 重庆市金卫房地产开发有限公司建设工程施工合同纠纷案”
- 130 59. 合作开发各方共同给付承包人拖欠工程款。
- 案例 59. 黑龙江省高级人民法院 (2016) 黑民终 370 号 “辽宁强大铝业工程有限公司与双鸭山市体育局、双鸭山市五环体育健身有限公司建设工程施工合同纠纷案”

- 130 60. 涉案项目建设单位虽未与承包人签订建设工程施工合同，但引进投资公司投资开发并从中获益，应对投资公司涉案项目所欠承包人工程款承担连带给付责任。

案例 60. 北京市高级人民法院（2014）高民终字第 698 号“中国蓝星（集团）股份有限公司与晟元集团有限公司、北京德懋威投资有限公司、北京工业大学建设工程施工合同纠纷案”

●●● 类型二、合作方不承担清偿责任 ●●●

- 133 61. 因建设工程施工合同纠纷的，应当由签订建设工程施工合同的当事人参加诉讼并承担责任，其他合作开发方不是建设工程施工合同的当事人，不应当承担建设工程施工合同的义务。

案例 61. 山东省济南市中级人民法院（2014）济民五终字第 513 号“上诉人滕州市建筑安装工程集团公司济南分公司（简称济南分公司）与被上诉人山东万福苑置业有限公司（简称万福苑公司）、济南市槐荫区吴家堡镇石佛屯村民委员会（简称石佛屯村委会）、王献祥建设工程施工合同纠纷案”

- 134 62. 施工合同只对合同当事人产生约束力，对合同当事人以外的人不发生法律效力。

案例 62. 最高人民法院（2007）民一终字第 39 号“上诉人（原审原告）大连渤海建筑工程总公司、上诉人（原审被告）大连金世纪房屋开发有限公司与被上诉人（原审被告）大连宝玉房地产开发有限公司、被上诉人（原审被告）大连宝玉集团有限公司建设工程施工合同纠纷案”

- 138 63. 协作型联营各方对联营债务按照合同的约定，分别以各自所有或经营管理的财产承担民事责任，联营期间产生的债务应由各方独立承担，相互不负连带责任。

案例 63. 安徽省蚌埠市中级人民法院（2008）蚌民二终字第 151 号“上诉人安徽东武房地产开发有限公司与被上诉人南京莫愁湖园林建筑安装工程处、安徽省工业设备安装公司蚌埠分公司建设工程合同纠纷案”

- 140 64. 虽有一方参与，如支付部分工程款，出具工程款欠条等行为，但是其系履行与另一方的合作协议的行为，相对于施工方来说，其行为是代表合作另一方的行为，其并非民事诉讼法规定的必须参加诉讼的当事人。

案例 64. 安徽省高级人民法院（2014）皖民四终字第 00122 号“合肥市包河区常青街道姚社区居民委员会与浙江海纳建设有限公司建设工程施工合同纠纷案”

- 142 65. 依据合同的相对性原则，合作方不承担责任。

案例 65. 陕西省高级人民法院（2013）陕民三申字第 01528 号“柯鸿道与陕西欣元仁和置业有限公司、西安市临潼区房地产开发公司建设工程施工合同纠纷案”

- 143** 66. 合作开发房地产一方允许另一方用其名义签订《建设工程施工合同》，产生对内及对外不同的法律效果。从对内效果看，在承包人明知合作开发一方允许合作另一方以其名义与承包人签订合同，并对合作另一方为实际缔约人予以认可情形下，合作一方无权主张与承包人之间成立建设工程施工合同关系；从对外关系看，合作一方作为案涉合同形式上的发包人，不能以其并非实际缔约人为由对抗第三人，其应当承担此种情形下的经营风险，如接受行政管理部门对建设工程施工中违法行为的处罚等，并就该风险的承担，可以另寻法律途径向合作另一方、承包人主张权利，但其以该风险的承担，主张其应作为案涉《建设工程施工合同》实际缔约人，缺乏法律依据，不予支持。

案例 66. 最高人民法院（2014）民申字第 2024 号“再审申请人（一审原告、二审上诉人）长春利普顿集团有限公司与被申请人（一审被告、二审被上诉人）九台市建筑工程有限公司、一审被告徐某建设工程施工合同纠纷案”

- 145** 67. 根据合同相对性原则，合作方对另一方欠付的工程款，不应承担连带责任。

案例 67. 江西省高级人民法院（2014）赣民一终字第 22 号“上诉人（原审原告）江西省剑杰建设工程有限公司、上诉人（原审被告）江西友尔房地产开发有限公司与被上诉人（原审被告）石城县工业小区管理委员会建设工程施工合同纠纷案”

- 146** 68. 合作开发房地产出资方作为发包人与承包人签订《建设工程施工合同》，承包人要求出地合作方承担连带责任不予支持。

案例 68. 最高人民法院（2010）民提字第 210 号“威海市鲸园建筑有限公司与威海市福利企业服务公司、威海市盛发贸易有限公司拖欠建筑工程款纠纷案”

- 146** 69. 双方签订特许经营合同，一方仅提供土地使用权和转让农贸市场特许经营权，无共同经营、共担风险条款的约定，其权利是在另一方经营一定年限后，涉案房屋归其所有，双方不构成合伙型联营，其不对另一方债务承担连带责任。

案例 69. 江苏省南京市中级人民法院（2014）宁民终字第 3099 号“上诉人南京汤泉温泉旅游开发有限公司与被上诉人江苏大才建设集团有限公司、南京银泉建设发展有限公司建设工程施工合同纠纷案”

- 148** 70. 根据合同相对性原则，合同仅能对合同当事人产生约束力，房地产合作开发方不对工程款承担连带给付责任。

案例 70. 重庆市高级人民法院（2015）渝高法民终字第 00463 号“重庆隆康置业发展有限公司与重庆豪美实业（集团）有限公司等建设工程合同纠纷案”

第 9 节 人格混同的认定标准**——混同来避债，责任连带担？（人格混同）****●●● 类型一、构成法人人格混同的情形 ●●●**

- 156 71. 公司在组织机构、财务及业务方面均存在混同现象，人格特征高度一致，两公司存在法人人格混同，在关联公司利用人格混同逃避债务时，为维护债权人的正当利益，由关联公司对债务承担连带清偿责任。
案例 71. 河北省高级人民法院（2014）冀民一终字第 208 号“中铁二十二局集团第四工程有限公司与揭阳市凤建路桥有限公司、广州市奎业建材有限公司建设工程施工合同纠纷案”
- 157 72. 两公司系关联公司，财产混同、业务混同、对外开展业务时信息混同，应对承包人承担连带清偿责任。
案例 72. 贵州省高级人民法院（2016）黔民终 168 号“上诉人（原审原告）张泽华与上诉人（原审被告）江西红海建设工程有限公司、被上诉人（原审第三人）江西红海房地产开发（集团）有限公司建设工程施工合同纠纷案”
- 158 73. 两公司虽在工商登记部门登记为彼此独立的企业法人，但实际上相互之间界限模糊，业务混同、财务混同，构成人格混同，两公司应对承包人承担连带清偿责任。
案例 73. 陕西省高级人民法院（2015）陕民一终字第 00018 号“陕西自由空间装饰工程有限公司与西安未央湖建设发展有限公司、西安未央湖开发（集团）有限公司装饰装修合同纠纷案”
- 159 74. 关联公司利用人格混同逃避债务时，为维护债权人的正当利益，应参照公司法第二十条第三款的规定，由关联公司对债务承担连带清偿责任。
案例 74. 河北省高级人民法院（2014）冀民一终字第 208 号“中铁二十二局集团第四工程有限公司与揭阳市凤建路桥有限公司、广州市奎业建材有限公司建设工程施工合同纠纷案”
- 160 75. 关联企业构成人格混同，不应当承担共同责任，而应该承担连带责任。
案例 75. 资中县人民法院（2014）资中民初字第 2050 号“四川省乐山天彩钢结构有限责任公司诉四川省资中县东方红水泥有限责任公司、四川资中西南水泥有限公司、西南水泥有限公司建设工程施工合同纠纷案”
- 161 76. 在债权人提交初步证据证实关联公司涉嫌法人人格混同，股东滥用公司法人独立地位的前提下，关联公司应当举证证明其不存在滥用的事实，否则，应当承担举证不能的不利后果。

案例 76. 深圳市宝安区人民法院 (2015) 深宝法民三初字第 711 号 “深圳市特艺达装饰设计工程有限公司与深圳市新潮餐饮管理有限公司、深圳市宝澜投资有限公司等建设工程施工合同纠纷案”

162 77. 发包人通过无偿方式直接将项目开发主体变更为其关联公司, 严重损害债权人利益, 其应对关联公司债务承担连带清偿责任。

案例 77. 贵州省高级人民法院 (2016) 黔民终 168 号 “上诉人 (原审原告) 张泽华与上诉人 (原审被告) 江西红海建设工程有限公司、被上诉人 (原审第三人) 江西红海房地产开发 (集团) 有限公司建设工程施工合同纠纷案”

●●● 类型二、不构成法人人格混同的情形 ●●●

163 78. 企业法人具备独立对外承担权责能力, 依据合同相对性原则, 事业单位法人作为企业法人的筹办单位不应对其债务承担连带责任。

案例 78. 青海省高级人民法院 (2014) 青民一终字第 45 号 “上诉人 (原审原告) 西宁南陵开发经营有限公司与上诉人 (原审被告) 西宁市烈士陵园综合服务中心、原审第三人西宁市烈士陵园合同纠纷案”

165 79. 承包人没有提供充分证据证实两公司在股东、公司财务、公司管理人员等方面存在混同, 主张应承担连带责任, 没有事实与法律依据。

案例 79. 山东省高级人民法院 (2014) 鲁民一终字第 492 号 “福建省惠建发建设工程有限公司与济南信豪房地产开发有限公司、山东信豪置业有限公司建设工程施工合同纠纷案”

166 80. 两公司虽法定代表人相同、注册地址相同, 在涉案建设工程施工合同履行过程中两公司相关人员也共同对涉案工程进行了管理, 但以上事实, 尚不足以证实两公司之间法人人格特征高度一致, 在组织机构、公司财产和经营业务方面存在高度混同。

案例 80. 淄博市中级人民法院 (2016) 鲁 03 民终 150 号 “淄博冠文建工实业有限公司与山东济海医疗科技股份有限公司、山东东大化学工业 (集团) 公司橡胶厂建设工程施工合同纠纷案”

167 81. 公司以其独立的财产对外承担债务, 其独立的虚拟人格不能轻易被否定。

案例 81. 怀化市中级人民法院 (2016) 湘 12 民终 315 号 “湖南世雄房地产集团有限公司与吴建、易可军等人建设工程施工合同纠纷案”

170 82. 虽然两学校系同一投资人设立, 但现没有证据证明二者组织架构及工作人员混同, 同时, 办学内容并不交叉、混同; 没有证据证明两学校使用同一账户进行资金收入及支出, 两学校法人人格并未混同。

案例 82. 绵阳市游仙区人民法院 (2015) 游民初字第 3141 号“原告四川天宇建设工程有限公司诉被告四川电子机械职业技术学院建设工程施工合同纠纷案”

- 171 83. 承包人仅能证明发包人与其股东之间有频繁的资金往来, 不足以证明发包人与其股东之间在员工、机构、经营业务、财务、财产上构成混同, 且资金的往来已实际侵害了承包人债权, 承包人援引法人人格否认制度, 主张发包人股东承担连带责任, 不予支持。

案例 83. 江苏省高级人民法院 (2015) 苏民终字第 0069 号“宜兴市工业设备安装有限公司与连云港海鸥可可食品有限公司、上海天坛国际贸易有限公司等建设工程施工合同纠纷案”

第 10 节 开办单位的主体责任

——公司开办者, 责任连带担? (开办单位)

- 179 84. 未办理工商注册登记, 其开展民事活动的责任由其开办单位承担。

案例 84. 湖南省邵阳市中级人民法院 (2011) 邵中民三终字第 17 号“上诉人 (原审被告) 邵阳市市政工程总公司城步分公司与被上诉人 (原审原告) 喻智慧、原审被告邵阳市市政工程总公司、原审被告城步苗族自治县建设局建设工程施工合同纠纷案”

- 179 85. 开办单位的认定。认定企业开办单位, 不能仅依据该企业成立时的政府批准文件, 还应当对企业成立时提交的相关材料, 尤其是企业的验资情况进行综合分析。

案例 85. 最高人民法院 (2015) 执申字第 32 号“伊春市宏达建筑工程有限公司与张传国、南岔区房地产经营开发公司建设工程施工合同纠纷、申请承认与执行法院判决、仲裁裁决案”

- 181 86. 开办单位在公司成立时未办理不动产权转移登记, 依法应当承担出资不实责任。

案例 86. 黑龙江省高级人民法院 (2015) 黑高法执复字第 36 号“黑龙江省荣威市政工程有限责任公司与黑龙江省大学城房地产有限公司、黑龙江省恒运房地产 (集团) 股份有限公司、黑龙江省建工集团有限公司建设工程施工合同纠纷执行案”

- 182 87. 开办人未能提供证据证实其在开办的企业成立时其已履行了相应的投资义务, 依法应承担投资不到位的民事责任。

案例 87. 山东省高级人民法院 (2013) 鲁民再字第 23 号“申请再审人潍坊市奎文区北海路街道办事处赵疃社区居民委员会 (简称赵疃居委会) 与被申请人宋志善、潍坊市顺达实业总公司 (简称顺达总公司)、潍坊市顺达实业总公司建筑公司 (简称顺达建筑公司)、付世德建设工程施工合同纠纷案”

第 11 节 转让项目的款项支付

——项目受让方，支付工程款？（项目转让）

186 88. 承包人未同意发包人将还款义务转移给现工程建设方，故发包人仍应承担支付工程款的义务。发包人辩称“工程款依附于工程项目，工程项目发生变更，工程款自然随之转移，因工程款非一般性债权债务，所以债权债务转移不须经债权人同意”无法律依据，对其抗辩不予支持。

案例 88. 河南省许昌市中级人民法院（2014）许民终字第 79 号“上诉人（原审被告）河南盛煌实业发展有限公司与被上诉人（原审原告）许昌大成建设（集团）有限责任公司建设工程施工合同纠纷案”

187 89. 承包人对发包人将案涉项目转让不认可，转让行为对承包人不发生法律效力，发包人的合同义务仍应由其承担。

案例 89. 河南省高级人民法院（2015）豫法民一终字第 172 号“中建二局第二建筑工程有限公司与光山县阳光房地产开发有限公司、周口宏良房地产开发有限公司建设工程施工合同纠纷案”

第 12 节 行政机关的民事责任

——政府来投资，谁来做被告？（行政机关）

●●● 类型一、不应承担责任的情形 ●●●

188 90. 政府投资项目发包人的上级主管部门依照政府部门意见，向承包人拨付工程款，仅是发包人工程资金筹措的一种方式，承包人不应仅以工程款核定、拨付对象非原发包人为由主张合同主体已经变更。

案例 90. 海南省高级人民法院（2012）琼民一终字第 17 号“上诉人核工业华东建设工程集团公司海南分公司（简称核工业海南分公司）与被上诉人海南省交通运输厅（简称省交通厅）及原审第三人万宁市交通运输局（简称万宁市交通局）建设工程施工合同纠纷案”

189 91. 政府投资项目，无论工程项目是否列入财政计划，在财政局非施工合同缔约人的情况下，不应追加财政局为诉讼主体。

案例 91. 辽宁省高级人民法院（2014）辽民一终字第 00234 号“上诉人沈阳市城市建设项目办公室与被上诉人辽宁金帝第二建筑工程有限公司建设工程施工合同纠纷案”

190 92. 依法成立、具有独立的编制和经费的机关法人，能够独立地从事民事行为、承担民事责

任并进行民事诉讼。

案例 92. 河南省焦作市中级人民法院 (2017) 豫 08 民终 660 号“上诉人焦作市工商行政管理局经济检查支队 (简称焦作市工商局经检支队) 与被上诉人河南中瑞建设工程有限公司 (简称中瑞公司)、原审被告焦作市工商行政管理局 (简称焦作市工商局) 建设工程施工合同纠纷案”

- 191 93. BT 方式进行工程建设, 政府作为融资方, 并不负责项目工程的投资建设、勘察、设计、施工、监理和材料采购等, 而是选择投资人负责上述工作, 投资人是工程的建设方和发包方, 承包人主张政府部门承担连带责任, 缺乏事实和法律依据。

案例 93. 吉林省高级人民法院 (2014) 吉民一终字第 83 号“上诉人 (一审原告) 张博培与上诉人 (一审被告) 吉林盛成投资咨询有限公司、被上诉人 (一审被告) 集安市人民政府建设工程施工合同纠纷案”

- 193 94. 经政府部门批复批准设立的事业单位法人, 办理了《组织机构代码证》, 能独立承担民事责任, 具备签订合同的民事主体资格。

案例 94. 最高人民法院 (2015) 民申字第 2391 号“四川同达建设有限公司与隆昌县水务局建设工程施工合同纠纷案”

- 194 95. 地方政府为保证重点建设项目顺利施工而成立工程指挥部, 没有直接参与建设工程施工合同的签订与履行, 不具有支付工程款的法定义务和约定义务, 诉请地方政府承担连带清偿责任, 不予支持。

案例 95. 河南省高级人民法院 (2006) 豫法民一初字第 9 号“郑州市 A 建设有限公司与河南省 B 县中学、河南省 B 县人民政府建设工程施工合同纠纷案”

- 195 96. 镇政府对进度款进行审签, 该行为仅表明镇政府对拆迁安置工程进行监督、管理及组织实施, 履行政府职能工作, 并非本案的发包人。

村民小组与承包人签订《建设工程施工合同》, 系合同权利义务的相对人, 应当履行合同义务, 村民小组具有诉讼主体资格, 可以作为被告参加诉讼。

案例 96. 四川省高级人民法院 (2016) 川民终 682 号“四川省泸州市建设工程公司与米易县攀莲镇人民政府、米易县攀莲镇水塘村一组、赵世元等建设工程施工合同纠纷案”

●●● 类型二、应承担责任的情形 ●●●

- 197 97. 工程项目办不具备诉讼主体资格, 其作为政府投资项目的发包人与承包人签订合同, 应由政府职能部门和项目直接受益人作为诉讼主体。

案例 97. 河南省许昌市中级人民法院 (2014) 许民初字第 006 号“湖南五强工程有限公司与许昌广莅公路建设有限责任公司、鄂尔多斯市交通运输局、鄂尔多斯市人民政府、鄂尔

多斯市沿黄高等级公路建设开发有限公司建设工程施工合同纠纷案”

- 198 98. 工程建设指挥中心系区政府为涉案工程建设所成立的相关组织协调单位和部门，涉案工程款应由区政府承担偿付责任。

案例 98. 河南省高级人民法院（2017）豫民终 1228 号“洛阳市瀍河回族区人民政府与洪增彦建设工程施工合同纠纷案”

第 13 节 债务加入的认定标准

——第三人担责，须具何条件？（债务加入）

- 201 99. 发包人的母公司，实质性地参与了承包人工程款支付事项的协商和承诺，并以自己的行为表明了其有共同偿还工程款的意思表示，属于债务加入，由此应当依约承担相应责任。
案例 99. 最高人民法院（2013）民一终字第 117 号“浙江圣华建设集团有限公司与安徽环球房地产股份有限公司、浙江环球房地产集团有限公司建设工程施工合同纠纷案”

- 202 100. 债务加入人辩称参与签署工程款支付三方协议系工作人员疏漏造成，非真实意思表示，是名为代付，实为付款保证，由于协议中无付款保证的意思表示，债务加入人辩解理由与事实不符，不予采信。

案例 100. 安徽省高级人民法院（2015）皖民四终字第 00569 号“安徽东皖建设集团有限公司与安徽华纳包装科技有限公司、安徽省江北产业集中区管委会建设工程施工合同纠纷案”

- 203 101. 债务加入又称并存的债务承担，是指第三人、债务人与债权人达成三方协议或第三人与债权人达成双方协议或第三人向债权人单方承诺由第三人履行债务人的债务，但同时不免除债务人履行义务的债务承担方式。债务加入后，除当事人对责任承担方式另有约定外，债权人可以请求第三人与债务人共同承担责任。一般而言，在当事人明确约定或表示原债务人退出原债权债务法律关系中，或根据合同约定可确切推断原债务人退出原债权债务法律关系，方可认定成立免责性的债务承担，即债务转移。

案例 101. 江苏省高级人民法院（2016）苏民终 465 号“扬州宏盛钢结构工程有限公司与丹阳市荆林建筑工程有限公司、江苏微磁科技有限公司建设工程施工合同纠纷案”

- 205 102. 债务加入是指第三人与债权人约定由第三人就债务人先前发生的债务向债权人清偿，同时并不免除债务人履行义务的一种债务承担方式。两债务人实行财务统一管理，对他们各自拖欠两债权人工程款债务的金额没有举证区分，也无法说明为何要在工程结算汇总表、包干项目汇总表以及对账单、函件上共同盖章确认，因此，该行为应当视为两债务人对各自拖欠两债权人的工程款债务的加入。

案例 102. 浙江省高级人民法院 (2014) 浙民提字第 77 号 “衢州金德塑胶管业有限公司与浙江广胜集团有限公司等建设工程施工合同纠纷案”

207 103. 债务加入是指原债务人并没有脱离原有合同关系, 而是由第三人加入合同关系, 并与原债务人一起共同向债权人承担合同义务; 债务加入后, 除当事人对责任承担方式另有约定外, 债权人可以请求第三人与债务人共同承担责任, 同时, 第三人享有债务人对债权人享有的抗辩权。债务人与第三人向债权人出具的承诺不具备法律规定的担保要件, 不属于债的担保, 实为第三人、债务人向债权人出具承诺, 由第三人、债务人共同向债权人履行债务的意思表示, 其法律性质应为债务加入。

案例 103. 重庆市高级人民法院 (2014) 渝高法民提字第 00146 号 “重庆渝电明珠送变电工程院有限公司 (原重庆明珠送变电工程有限公司) 与重庆海港房地产开发有限公司、重庆贤方机电设备有限公司建设工程施工合同纠纷案”

208 104. 债务加入是并存的债务承担, 债务加入人与债权人在协议中未明确约定免除债务人的责任, 原债务人不脱离原债务关系。

案例 104. 黑龙江省高级人民法院 (2013) 黑民终字第 47 号 “上诉人七台河市金峰洗煤有限责任公司 (简称金峰公司) 与被上诉人烟台金华选煤工程有限公司 (简称金华公司)、高德元、王立先、张正杰、原审被告曹云胜建设工程施工合同纠纷案”

208 105. 第三人向债权人单方承诺由第三人履行债务人的债务, 构成债务加入, 债权人要求债务加入人承担责任, 应予支持。

案例 105. 徐州市中级人民法院 (2014) 徐民终字第 01716 号 “王虎与江苏铸辉市政建设有限公司、徐州国宁置业有限公司等建设工程施工合同纠纷案”

209 106. 第三人以自己的名义愿意承担债务, 在第三人未清偿债务的前提下, 债权人仍有权向债务人主张权利。

案例 106. 杭州市中级人民法院 (2014) 浙杭民终字第 1975 号 “浙江兴隆建设有限公司与杭州市西湖区电影管理站、浙江省电子技术研究所有限公司建设工程施工合同纠纷案”

210 107. 判断当事人是否符合债务加入, 应结合缔约背景、合同相关条款约定及实际履行情况来判断。

案例 107. 最高人民法院 (2014) 民一终字第 16 号 “北京顺鑫天宇建设工程有限公司与北京市顺义大龙城乡建设开发总公司、满洲里市人民政府建设工程施工合同纠纷案”

第 14 节 名义发包与实际投资

——名义发包人，责任来承担？（名义发包）

●●● 类型一、实际投资人与名义发包人共同承担责任的情形 ●●●

- 212 108. 工程实际投资人借用他人名义开发案涉工程，由此产生的债务应由双方共同承担连带责任。
- 案例 108. 最高人民法院（2017）最高法民申 621 号“张国侨、阜宁县益林镇村镇房屋开发有限责任公司建设工程施工合同纠纷案”
- 213 109. 实际投资人应与名义发包人共同承担连带责任。
- 案例 109. 最高人民法院（2017）最高法民申 602 号“梅河口市宏宇建工集团有限公司与文丽顺、吉林市城市综合开发有限责任公司等建设工程施工合同纠纷案”
- 213 110. 实际投资人以工程建设单位的角度参与了工程管理，应对欠付承包人工程款承担连带责任。
- 案例 110. 河北省高级人民法院（2014）冀民一终字第 95 号“浙江宝业建设集团有限公司与承德开源肉类加工有限公司、江苏雨润食品产业集团有限公司建设工程合同纠纷案”
- 214 111. 工程实际投资人应对欠付工程款承担连带责任。
- 案例 111. 马鞍山市博望区人民法院（2015）博丹民二初字第 00043 号“李公文与马鞍山市农德禽畜养殖场、张华春、张玉春、孙时宾建设工程施工合同纠纷案”
- 215 112. 实际投资人挂靠房地产开发有限公司与承包人签订工程建设施工合同，应承担连带支付责任。
- 案例 112. 内江市东兴区人民法院（2016）川 1011 民初 321 号“原告李平、内江市万通劳务有限公司与被告内江市众大房地产开发有限公司、徐佑平建设工程合同纠纷案”
- 215 113. 名义发包人与工程实际投资人签订的协议不具有对抗第三人的法律效力，应与实际投资人共同向承包人承担连带清偿责任。
- 案例 113. 正阳县人民法院（2013）正民重字第 18 号“正阳建工建筑工程有限公司与正阳县宏业房地产开发有限责任公司建设工程施工合同纠纷案”
- 216 114. 名义发包人允许他人挂靠并以其名义签订合同，其虽未实际进行投资，但亦应在欠付工程款范围内与实际投资人承担连带责任。
- 案例 114. 长春市中级人民法院（2016）吉 01 民终 2401 号“大安市建设发展有限责任公

司房地产开发公司与崔国志建设工程施工合同纠纷案”

- 217 115. 实际发包人、名义发包人约定合同履行过程中引起的法律纠纷，名义发包人承担连带责任，名义发包人要求追加实际发包人为被告承担连带责任，应予支持。

案例 115. 阳泉市中级人民法院（2013）阳商初字第 29 号“河南华安建设有限公司与阳泉煤业（集团）房地产开发有限责任公司、阳泉市矿区人民政府机关事务管理局建设工程施工合同纠纷案”

- 217 116. 根据权利义务对等的原则，实际投资人作为案涉工程的实际权利人及受益者，应当对发包人工程款支付义务承担连带责任。

案例 116. 湖南省高级人民法院（2016）湘民终 279 号“葛丹书与岳阳固虹钢结构有限公司、湖南固虹楠健实业发展有限公司建设工程合同纠纷案”

- 218 117. 无论被挂靠人是否系涉案项目的开发单位以及是否从中受益，但其作为签订合同的一方，将开发资质借给挂靠人，其应对挂靠人承担支付工程欠款责任承担连带责任。

案例 117. 最高人民法院（2015）民申字第 650 号“黑龙江省建三江农垦银斗房地产开发有限责任公司（简称银斗公司）与王艳华、郑保利、刘晶波、马春雷建设工程施工合同纠纷一案”

●●● 类型二、名义发包人应承担责任的形势 ●●●

- 219 118. 依据合同相对性之原理，承包人有权向名义发包人主张权利，名义发包人与工程实际投资人之间的约定系属其内部关系，该内部约定不能直接改变名义发包人建设工程施工合同法律关系中相对人之地位，应承担支付工程款义务。

案例 118. 佛山市中级人民法院（2017）粤 06 民终 115 号“佛山市南海区大沥镇联安村东隅股份合作经济社与梁振文等建设工程施工合同纠纷案”

- 220 119. 名义发包人在对外承担责任之后，其与实际投资人之间的纠纷可另行解决。

案例 119. 南通市中级人民法院（2015）通中民终字第 00217 号“徐国军与南通博森企业管理有限公司装饰装修合同纠纷案”

●●● 类型三、名义发包人不承担责任的形势 ●●●

- 221 120. 双方签订《合作开发项目协议书》，其中一方以另一方名义办理开发手续及相关证件、与第三方签订《建设工程施工合同》，且第三方对此情况知晓，据此，《建设工程施工合同》载明的缔约人与承包人之间并未形成签订建设工程施工合同的真实合意，双方之间并未成立建设工程施工合同。《建设工程施工合同》载明的缔约人是名义签约人，不是施工合同的

真正发包人，不应承担责任。

案例 120. 河南省高级人民法院 (2013) 豫法民三终字第 00067 号“上诉人 (原审被告) 陕县商业总公司与上诉人 (原审被告) 三门峡市文隆房地产开发有限公司、被上诉人 (原审原告) 三门峡大都建筑安装工程有限公司建设工程施工合同纠纷案”

223 121. 实际发包人借用名义发包人名义签订建设工程施工合同，名义发包人未实际发包并建设涉案工程的，应由实际发包人承担工程款支付责任，承包人主张名义发包人、实际发包人应共同向其支付工程款，不予支持。

案例 121. 江苏省高级人民法院 (2015) 苏民终字第 0188 号“丰盛绿建集团有限公司与泰兴市金兴房地产开发有限公司、泰州锦溪置业有限公司建设工程施工合同纠纷案”

●●● 类型四、“实际投资人”不承担责任的情形 ●●●

225 122. 承包人不能举证证明涉案工程系发包人合作投资开发，其要求工程投资方承担连带清偿责任，不予支持。

案例 122. 云南省高级人民法院 (2014) 云高民一终字第 122 号“曲靖市大承建工有限责任公司、曲靖市浙商商贸有限公司与曲靖绿原草坪绿化有限公司合同纠纷案”

226 123. 承包人无证据证明案涉工程实际投资人，其主张由实际投资人支付工程款的请求不予支持。

案例 123. 涟水县人民法院 (2013) 涟民初字第 1841 号“原告南京高科消防机电工程公司扬州润扬分公司与被告陈大伟、南京士兴钢结构安装有限公司、江苏涟水经济开发区管理委员会建设工程施工合同纠纷案”

●●● 类型五、实际发包人权利 ●●●

226 124. 名义发包人与实际发包人不一致的，实际发包人有权以承包人为被告提起诉讼。

案例 124. 安徽省高级人民法院 (2004) 皖民二终字第 72 号“安徽 A 有限公司、水泥设计院与安徽 C 工程咨询有限责任公司建设工程质量纠纷案”

第 15 节 工程款债权转让处理

——债权被转让，效力如何定？（债权转让）

229 125. 债权转让不以转让双方是否存在对等交易关系为前提，现行法律亦不禁止欠付工程款债权转让，承包人与第三人工程款债权转让协议有效。

案例 125. 山东省高级人民法院 (2016) 鲁民终 586 号 “上诉人山东汇仁置业有限责任公司与被上诉人中磊建设有限公司、原审第三人蒋晓鹏建设工程施工合同纠纷案”

230 126. 工程款债权不存在法律规定不得转让的情形, 且转让不损害发包人的合法权利, 债权人进行债权转让合法有效。

案例 126. 最高人民法院 (2013) 民一终字第 68 号 “湖南省第六工程有限公司与株洲市汇亚房地产开发有限公司建设工程施工合同纠纷案”

230 127. 法律、法规并不禁止建设工程施工合同项下的债权转让, 债权人向第三人转让债权并通知债务人的, 债权转让合法有效, 债权人无须就债权转让事项征得债务人同意。

案例 127. 最高人民法院 (2007) 民一终字第 10 号 “陕西西岳山庄有限公司与中建三局建设工程有限公司、中建三局第三建设工程有限责任公司建设工程施工合同纠纷案”

231 128. 债权人转让债权时虽然没有明确债权具体数额, 但此时债权已经形成, 债权人转让债权行为合法有效。

案例 128. 最高人民法院 (2013) 民申字第 1483 号 “大连飞通房地产开发有限公司与大连市建设工程集团有限公司、大连第一建筑工程公司建设工程施工合同纠纷案”

232 129. 法律规定债权人债权让与时的通知义务, 目的是为解决未接到通知的债务人对原债权人的履行效力问题, 原债权人在诉讼期间将债权转让的事实通知债务人, 债权受让人向债务人主张债权应予支持。

案例 129. 最高人民法院 (2013) 民一终字第 68 号 “湖南省第六工程有限公司与株洲市汇亚房地产开发有限公司建设工程施工合同纠纷案”

233 130. 《债权转让合同》中所转让的违约金部分, 因为涉及合同的履行情况、当事人的过错程度等综合因素, 其实质上不是单纯的债权转让, 而是包含有债权、债务复合法律关系的合同权利义务一并转让, 该部分违约金债权转让因未取得债务人同意而无效。

案例 130. 湖北省高级人民法院 (2014) 鄂民一终字第 00079 号 “上诉人湖北天麟房地产开发有限公司 (简称天麟公司)、上诉人湖北省十堰市五堰商场股份有限公司 (简称五堰商场) 与被上诉人福建省畅元建筑工程有限公司 (简称畅元公司) 建设工程施工合同纠纷案”

第二章 合同效力的认定标准

第1节 施工企业资质的认定

——具备何资质，合同才有效？（施工资质）

- 241 131. 施工企业资质的证据认定。《建筑业企业资质证书》复印件证明了工程公司资质情况，且该复印件与其《企业法人营业执照》上登记的经营范围内容能够相互印证，故其具备施工涉诉工程的相应建筑企业资质。
- 案例 131. 最高人民法院（2014）民申字第 1566 号“云南朕意水利水电工程有限公司与中国水利水电第十一工程局有限公司、中国水利水电第十一工程局有限公司南汀河项目经理部建设工程施工合同纠纷案”
- 242 132. 无资质者签订的装饰装修合同是否无效？建设部《建筑装饰装修工程设计与施工资质标准》虽然规定了核定从事建筑装饰装修工程设计与施工活动企业资质等级的依据，但并未明确规定未取得资质企业不得进行装饰装修工程施工，且该规定系部门规章，不能作为认定民事合同无效的法律依据。
- 案例 132. 最高人民法院（2014）民申字第 938 号“朱宏强与祥云县云昌煤矿其他合同纠纷案”
- 243 133. 案涉装饰装修业务涉及建筑施工及安装内容，属于建筑施工业务，从事装饰装修业务的企业必须领取由行政部门依据建筑法的规定审核发放的装饰装修资质证书，才能开展相关业务，否则，签订的合同无效。
- 案例 133. 广东省广州市中级人民法院（2010）穗中法民五终字第 3511 号“上诉人广州盛昶设计顾问有限公司（以下简称盛昶公司）与被上诉人广州市大佛寺（以下简称大佛寺）装饰装修工程施工合同纠纷案”
- 244 134. 资质证书未经年检者签订的施工合同是否无效？原建设部建办市函（2005）456 号《关于工程勘察、设计、施工、监理企业及招标代理机构资质申请及年检有关问题的通知》规定，自 2005 年起，不再开展对工程勘察、设计、施工、监理企业及招标代理机构的资质年检工作。据此，承包人资质证书未经年检签订的协议有效。
- 案例 134. 湖南省高级人民法院（2014）湘高法民三终字第 48 号“湖南省会同县建筑工程有限公司与湖南惠龙兔业发展有限公司建设工程施工合同纠纷案”
- 244 135. 承包人未取得建筑施工企业资质，其签订的建设工程合同应认定为无效合同。
- 案例 135. 最高人民法院（2014）民申字第 1024 号“浙江金万达港口有限公司与浙江顺盛建设工程有限公司船坞、码头建造合同纠纷案”

- 245 136. 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工程, 由此签订的合同无效。
 案例 136. 最高人民法院 (2017) 最高法民申 328 号“四川省第一建筑工程公司与成都双流新兴建材有限公司、彭俊鑫建设工程施工合同纠纷案”
- 246 137. 《建筑业企业资质证书》注明单项业务合同金额不超过企业注册资本金的五倍, 合同金额超过了上述金额, 属于超越企业资质等级许可的业务范围承揽工程, 合同无效。
 案例 137. 最高人民法院 (2016) 最高法民申 1128 号“重庆市有益建筑劳务有限公司与重庆双湖机电设备有限公司、咸阳第一建筑工程有限公司建设工程施工合同纠纷案”
- 247 138. 承包人承包工程的建筑规模、建安总价超过其《建筑业企业资质证书》注明的可承包工程范围、单项建安合同额的, 合同无效。
 案例 138. 重庆市高级人民法院 (2013) 渝高法民终字第 00142 号“重庆双湖机电设备有限公司与咸阳第一建筑工程有限公司建设工程施工合同纠纷案”

第 2 节 中标通知书性质认定

——中标通知书, 性质如何定? (中标通知)

●●● 类型一、依据中标通知书可认定双方合同关系成立 ●●●

- 263 139. 依据中标通知书, 应认定招、投标人之间就案涉项目确立合同关系, 双方当事人的权利义务, 应依据招标人的《招标文件》、投标人的《投标文件》、中标通知书及相关证据予以认定。招标人取消投标人中标资格, 违反了双方的合同约定, 应承担相应的违约责任。
 案例 139. 最高人民法院 (2014) 民一终字第 155 号“广厦建设集团有限责任公司与福州市台江区房地产开发公司其他合同纠纷案”
- 265 140. 依据中标通知书, 认定案涉项目双方确立合同关系。
 案例 140. 最高人民法院 (2014) 民一终字第 155 号“广厦建设集团有限责任公司与福州市台江区房地产开发公司其他合同纠纷案”
- 266 141. 发出中标通知书后, 招标人不与投标人签订书面合同, 而将涉案工程交由第三人施工, 构成根本违约, 应承担赔偿损失等违约责任。
 案例 141. 合肥市中级人民法院 (2014) 合民一终字第 01755 号“安徽华新光电饰业有限公司与安徽蓝鼎置地集团有限公司建设工程施工合同纠纷案”

266 142. 投标函相当于要约，中标通知书相当于承诺，中标通知书到达投标人时，双方之间的建设工程施工合同成立并生效。虽然之后双方没有签订书面建设工程施工合同，但由于中标通知书中包含了建设工程施工合同的基本要素，故未签订书面合同并不影响双方之间成立建设工程施工合同关系。

案例 142. 江苏省高级人民法院（2013）苏民申字第 604 号“无锡市世达建设有限公司与无锡市百田建筑设计咨询有限责任公司建设工程施工合同纠纷案”

●●● 类型二、发出《中标通知书》后未签订书面合同的行为，
应由行政机关处理 ●●●

267 143. 不属于必须进行招标的工程项目，承、发包双方在履行招投标程序前，自主签订施工合同并未违反法律强制性规定，应当认定有效。双方就同一建设项目又履行招投标程序，意在变更施工合同的部分内容，因招标人与中标人未按照《中标通知书》记载的实质性内容签订施工合同，中标合同未成立，对签约在先的施工合同未产生变更的法律效力，工程取费也应当按照签约在先的合同约定确定。招标人与中标人在招标机构发出《中标通知书》后未履行正式签订书面合同的行为，违反了《中华人民共和国招标投标法》的规定，应由行政机关处理，不属于民事案件审理范围，不影响签约在先的施工合同的法律效力。

案例 143. 最高人民法院“新疆建工集团第六建筑工程有限责任公司与新疆天通房地产开发有限公司建设工程施工合同纠纷案”

●●● 类型三、中标通知书确定中标人后，招标人与中标人之间成立预约合同 ●●●

269 144. 《中华人民共和国招标投标法》第四十六条、第五十九条规定，招标人向中标人发出中标通知书后，双方还需履行签订书面合同的程序，故建设工程施工合同属于要式合同，其成立生效须以形成书面协议为要件。中标通知书确定中标人后，招标人与中标人之间成立预约合同，双方均负有依据中标通知书的内容订立本约合同的义务，但预约合同并不等同于本约合同。

案例 144. 天津市高级人民法院（2013）津高民一终字第 0077 号“林州市采桑建筑劳务输出有限公司、天津市西青区大寺镇倪黄庄村村委会、天津市诚益投资有限公司与天津市华北建设有限公司建设工程施工合同纠纷案”

●●● 类型四、决标时合同并不成立 ●●●

270 145. 民事合同必须在双方自愿的基础上签订，如无法律明文规定，法院不能判决强制一方与另一方缔结合同。根据《中华人民共和国招标投标法》第四十五条、第四十六条，决标（承诺）时合同并不成立，当事人正式签订书面合同时，合同才成立。该规定与《中华人民共和国合同法》第三十二条规定相符。如招标人改变中标结果未与投标人签订书面合同，

投标人可向招标人主张赔偿损失等缔约过失责任。

案例 145. 龙岩市中级人民法院 (2014) 岩民终字第 194 号“龙岩市恒洁保洁有限公司与龙岩市环境卫生管理处合同纠纷案”

第 3 节 工程总承包与再分包

——工程总承包，效力如何定？（工程总包）

●●● 类型一、工程总承包合同的认定 ●●●

274 146. 如何区分 BOT 与 EPC？建设工程领域的所谓 EPC 承包模式，即 Engineering—工程设计、Procurement—设备采购、Construction—组织施工，通称设计采购施工总承包。BOT 承包模式，即 Build—建设、Operate—运营、Transfer—转让，通常是指政府部门就某个基础设施项目签订特许权协议，授权签约的私企来承担该项目的投资、融资、建设和维护。

案例 146. 最高人民法院 (2017) 最高法民终 57 号“上诉人首钢京唐钢铁联合有限责任公司（简称首钢京唐公司）与被上诉人大连绿诺集团有限公司（简称绿诺公司）建设工程施工合同纠纷案”

275 147. EPC 模式只是工程总承包的一种方式，即设计 + 采购 + 施工，而承包人与发包人签订的《总包合同》，并没有约定承包工程设计和采购，从合同内容看，涉案《总包合同》的实质是施工合同。

案例 147. 甘肃省高级人民法院 (2017) 甘民终 133 号“上诉人中国能源建设集团安徽电力建设第二工程有限公司与被上诉人吉林协合电力工程有限公司建设工程施工合同纠纷案”

●●● 类型二、工程总承包合同的效力认定 ●●●

276 148. 未履行招投标程序，EPC 工程总承包合同无效。

案例 148. 最高人民法院 (2015) 民一终字第 144 号“上诉人青海世纪能源科技发展有限公司（简称世纪能源公司）与被上诉人中利腾晖光伏科技有限公司（简称中利腾晖公司）建设工程施工合同纠纷案”

278 149. EPC 工程总承包人持有的资质证书中明确规定持有设计资质的主体可以从事资质证书许可范围内的相应工程总承包、工程项目管理和相关的技术、咨询管理服务，故总承包人签订的《EPC 总包合同》有效。

案例 149. 最高人民法院 (2016) 最高法民终 695 号“上诉人陕西达华电力工程有限责任公

司（简称达华公司）与被上诉人陇川鸿宇安新能源科技有限公司（简称鸿宇安公司）及原审第三人中机国能电力工程有限公司（简称中机电力公司）、西北电力建设第四工程公司（简称西北电建四公司）、中设石化机械有限公司（简称中设石化公司）建设工程施工合同纠纷案”

●●● 类型三、工程总承包项目二次分包合同无效的情形 ●●●

- 279 150.EPC 工程总承包方在未征得建设单位许可的情况下，违反总承包合同“……无论本合同其他条款如何规定，对于本工程关键部分的分包商的资质必须经业主批准，否则，总承包商不得对该部分工程进行分包。总承包商应保证任何分包商均不将其分包项下的工程进行转包或再分包”的约定，将承包工程分包，违反了法律的强制性规定，属于违法分包，合同无效。分包单位将其承包的工程再分包，亦应认定无效。

案例 150. 凉城县人民法院（2016）内 0925 民初 158 号“原告山东飞乐城市建设有限公司（原山东澳普信建设有限公司）与被告中机新能源开发有限公司、北京国电龙源环保工程有限公司、内蒙古岱海发电有限责任公司建设工程施工合同纠纷案”

- 281 151.EPC 工程总承包方将涉案工程分包后，分包人再次进行分包，违反了《中华人民共和国建筑法》第二十九条第三款“禁止分包单位将其承包的工程再分包”的规定，分包人为再次分包签订的合同无效。

案例 151. 新疆克拉玛依市中级人民法院（2017）新 02 民终 291 号“上诉人中石化工程建设有限公司（简称中石化建公司）与被上诉人江苏鑫鹏钢结构工程有限公司（简称江苏鑫鹏公司）、原审被告新疆石油工程设计有限公司（简称石油工程设计公司）建设工程施工合同纠纷案”

●●● 类型四、工程总承包项目二次分包合同有效的情形 ●●●

- 283 152.EPC 工程总承包人与分包人签订的合同不违反法律、行政法规的强制性规定，为有效合同。

案例 152. 酒泉市肃州区人民法院（2014）酒肃法民二初字 178 号“原告酒泉昊阳建筑工程有限公司（简称昊阳建筑公司）与被告中铁十五局集团有限公司（简称中铁十五局）、被告玉门市第二建筑安装工程公司（简称玉门二建）、被告国电电力酒泉发展有限公司（简称国电公司）建设工程施工合同纠纷案”

第 4 节 招标投标的效力认定**——违法招投标，如何来认定？（招标投标）****●●● 类型一、构成违法招投标，合同无效的情形 ●●●**

- 299** 153. 当事人之间存在明标暗定的串标行为，案涉建设工程合同无效。
案例 153. 最高人民法院（2016）最高法民终 687 号“江苏省金陵建工集团有限公司与沛县汉之源商贸有限公司、沛县国有资产经营有限公司等建设工程施工合同纠纷案”
- 301** 154. 为涉及社会公共利益和公众安全的大型基础设施建设项目而签订的代建服务合同，是否必须经过招标投标程序才能签订？
案涉工程是必须进行招标投标的涉及社会公共利益和公众安全的大型基础设施建设项目，而总代建协议及其补充协议是与案涉工程有关的代建服务合同，必须经过招标投标程序才能签订。因案涉总代建协议及其补充协议的签订均未经过招标投标程序，违反法律、行政法规的强制性规定，应认定无效。
案例 154. 最高人民法院（2013）民四终字第 12 号“上诉人（一审原告）宁波剡界岭高速公路有限公司与上诉人（一审被告）阿尔皮内建筑有限责任公司（AlpineBauGmbH）建设总代理协议纠纷案”
- 309** 155. 实质上未进行招投标的认定。案涉工程为公开招标，发布了招标公告，承包人交纳了投标保证金，但是未提交证据表明其提交了投标文件，案涉工程由于没有进行开标、评标等程序，没有发出中标通知书，签订的《工程施工协议书》也没有在相关部门备案，由此分析案涉工程形式上发布了招标公告，实质上并未进行招投标。
案例 155. 青海省高级人民法院（2014）青民一终字第 64 号“青海西部建业有限责任公司、青海居易实业集团有限公司建设工程施工合同纠纷案”
- 310** 156. 施工单项合同估算价在 200 万元人民币以上的建设项目，未进行招标的建设工程施工合同应当无效。
不属于“涉及国家安全、国家秘密”可以不进行招标的工程，以涉及商业机密为由不进行招投标而签订的合同无效。
案例 156. 最高人民法院（2009）民一终字第 7 号“青海 A 化工有限责任公司与 B 建设集团有限公司建设工程施工合同纠纷案”

●●● 类型二、不构成违法招投标，合同有效的情形 ●●●

- 312** 157. 承包人在招投标之前向发包人出具承诺书，能否认定合同无效？虽然承包人在招投标

之前向发包人出具了承诺书,但该承诺仅是承包人的单方表示,发包人并未就此作出回应,没有就投标价格、投标方案等内容与承包人进行谈判,双方系通过招投标程序确定承包人中标后才签订施工合同。因此,没有证据证明在招投标之前发包人与承包人就投标的实质性内容进行谈判,也不存在承包人与发包人串通投标的情形,故承包人认为涉案工程招投标程序违法的意见,于法无据。

案例 157. 江苏省高级人民法院 (2015) 苏民终字第 00636 号“浙江省建工集团有限责任公司与江苏常工房地产发展有限公司、常工投资集团有限公司等建设工程施工合同纠纷案”

- 313 158. 私人投资建设的生产车间、仓库、办公楼是否属于必须进行招标的项目? 由于发包人建设的生产车间、仓库、办公楼建筑工程属于国内私人投资建设工程项目, 不属于《中华人民共和国招标投标法》第三条规定的必须进行招标的工程。因此, 双方签订的《办公楼、生产车间工程承包施工合同》合法有效。

案例 158. 广西壮族自治区高级人民法院 (2011) 桂民一终字第 15 号“广西桂川建设集团有限公司与柳州赛威汽车塑件有限公司、广西桂川建设集团有限公司柳州分公司、李武成、陶云高建设工程施工合同纠纷案”

- 314 159. 能否因施工后期投入有国有资金而否定已经签订的建设工程施工合同效力? 在建设施工合同签订在前, 且已经实际履行的情况下, 不能因为施工后期确定投入部分国有资金而认定该建设项目必须进行招投标, 从而否定已经签订的建设施工合同的效力。

案例 159. 重庆市高级人民法院 (2014) 渝高法民终字第 00054 号“上诉人重庆市弘山川光电股份有限公司 (简称弘山川光电公司) 与被上诉人重庆一建建设集团有限公司 (简称一建建设公司) 建设工程施工合同纠纷案”

- 315 160. 大卖场工程应否属于必须招投标项目范围? 购物中心项目是发包人以自有资金予以投资, 项目本身属于商业用途, 非属由政府投资管理提供公共服务、关系社会公共利益、公众安全的相关工程项目, 不属于《中华人民共和国招标投标法》第三条及《招标范围和规模标准规定》(国家计委 3 号令) 第三条所规定的强制招标投标范围。

案例 160. 最高人民法院 (2014) 民一终字第 310 号“中国建筑股份有限公司与昆山市超华投资发展有限公司建设工程施工合同纠纷案”

- 317 161. 承包人主张在确定中标人前承、发包双方就投标价格、投标方案等实质性内容进行过谈判和串通, 仅有其单方陈述, 不能举出其他书证、物证、视听资料、电子数据等证据佐证, 其由此主张合同无效不予支持。

案例 161. 广西壮族自治区高级人民法院 (2013) 桂民一终字第 51 号“广西建工集团有限责任公司与梧州学院建设工程施工合同纠纷案”

●●● 类型三、商品住宅属于必须招标项目，因未招标，合同无效的情形 ●●●

- 318 162. 《工程建设项目招标范围和规模标准规定》是直接根据招投标法的授权而制定，并经国务院批准发布施行的，故该规定的法律地位等同于招投标法的规定，在被修改或者被更高层级的规范文件取代之前，法院在按照招投标法判断争议工程是否必须招标时应当适用。
案例 162. 最高人民法院（2016）最高法民申 1285 号“广西桂凯建筑工程有限公司与乐业县嘉乐房地产开发有限公司建设工程施工合同纠纷案”
- 319 163. 国家发展计划委员会《工程建设项目招标范围和规模标准规定》是依照法定程序制定的，现仍为有效规定，原审法院依据该规定认定商品住宅的工程建设项目属于必须招标的工程建设项目，并无不当。关于合同效力的认定属于人民法院必须依职权主动审查事项，故即使当事人均认为合同有效，人民法院仍应根据法律规定对合同效力作出判断。
案例 163. 最高人民法院（2015）民申字第 2254 号“浙江天业建设有限公司与泰州市新东方房地产开发有限公司建设工程施工合同纠纷案”
- 320 164. 在《中华人民共和国招标投标法》《工程建设项目招标范围和规模标准规定》相关法律法规对必须进行招标投标项目没有进行修订的情况下，当事人以 2014 年住建部《关于推进建筑业发展和改革的若干意见》主张涉案工程不属于必须招标投标项目，进而主张涉案《建设工程施工合同》应认定为有效没有法律依据。
案例 164. 最高人民法院（2015）民四终字第 30 号“肇东鹏程房地产开发有限责任公司、汇聚投资有限公司与江苏省苏中建设集团股份有限公司建设工程施工合同纠纷案”
- 321 165. 针对商品房开发项目，当地建设行政主管部门同意采用直接发包的方式进行建设而签订的《建设工程施工合同》无效。
案例 165. 最高人民法院（2014）民申字第 463 号“苏州东方威尼斯置业有限公司与中城建第六工程局集团有限公司建设工程合同纠纷案”
- 322 166. 商品住宅属于必须进行招标的项目。
案例 166. 最高人民法院（2016）最高法民终 736 号“远海建工（集团）有限公司与新疆厚德置业有限公司哈密分公司建设工程施工合同纠纷案”
- 323 167. 商品住宅属于必须进行招标的关系社会公共利益、公众安全的大型公用事业项目，双方未经招标直接签订了《工程承包合同》，应认定无效。
案例 167. 河南省高级人民法院（2013）豫法民三终字第 4 号“灵宝市灵大房地产开发有限责任公司与河南天河建设工程有限公司建设工程施工合同纠纷案”
- 323 168. 以市发展和改革局同意涉案工程不进行招标为由能否认定合同有效？《中华人民共和

《招标投标法》第四条规定，任何单位和个人不得将依法必须进行招标的项目化整为零或者以其他任何方式规避招标。必须招标的工程项目，以市发展和改革局同意涉案工程不进行招标为由认为合同有效不能成立。

案例 168. 广东省江门市中级人民法院（2013）江中法民再字第 34 号“江门市蓬江区建筑集团有限公司与江门市芷琳房地产有限公司建设工程施工合同纠纷案”

- 326 169. 科研用地工程项目里包含有商品住宅是否属于必须进行招标的工程项目？讼争的科技大厦用地属于科研用地，并且科技大厦工程里包含有商品住宅，属于必须进行招标的工程项目。

案例 169. 广西壮族自治区高级人民法院（2014）桂民一终字第 7 号“广西华业建筑工程有限公司、卢光昌与南宁宽博科技人员创业服务有限责任公司建设工程施工合同纠纷案”

●●●类型四、商品住宅不属于必须招标项目，因未招标，合同有效的情形●●●

- 327 170. 案涉商品住宅并非属于涉及社会公共利益、公共安全的公用事业商品住宅，故以未履行招标程序而无效的主张不能成立。

案例 170. 海南省高级人民法院（2014）琼环民终字第 2 号“深圳市中邦（集团）建设总承包有限公司与万宁钓鱼台山水温泉旅业有限公司、海南山之水旅业投资有限公司建设工程施工合同纠纷案”

- 328 171. 涉案商品房开发，无论从项目性质，还是资金来源上看，均不属于必须强制招标的项目范围。且当地建设行政主管部门也同意本案工程采用直接发包的方式。故发包人以直接发包方式与承包人签订施工合同后，再行主张合同无效，理由不能成立。

案例 171. 江苏省高级人民法院（2013）苏民终字第 0230 号“中城建第六工程局集团有限公司与苏州东方威尼斯置业有限公司建设工程合同纠纷案”

- 329 172. 住宅楼工程经市建设局审核，认为符合《江苏省房屋建筑和市政基础设施工程施工直接发包管理暂行办法》的规定，同意由发包人直接发包的工程，不属于必须进行招标投标的工程。

案例 172. 最高人民法院（2014）民申字第 90 号“江苏南通六建建设集团有限公司与昆山华强房地产开发有限公司建设工程施工合同纠纷案”

●●●类型五、违法招投标，但合同有效的情形●●●

- 330 173. 《中华人民共和国招标投标法》第四十三条“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。”系从行政管理角度规范招标人在公开开标前订立合同的要求，属于管理性强制性规定，并非效力性强制性规定。非必须招标的工程

项目,《建设工程施工合同》在《中标通知书》前签订,虽然违反《中华人民共和国招标投标法》第四十三条规定,但不必然无效。

案例 173. 最高人民法院(2015)民申字第 280 号“河北省乾菜城市建设有限公司与石家庄市麟凯房地产开发有限公司建设工程施工合同纠纷案”

331

174. 发包方为获得承包人垫资施工利益,未经招投标即允许承包人进场施工,诉讼中为避免承担合同风险,主张合同无效,具有恶意因素,应认定案涉合同有效。

案例 174. 最高人民法院(2014)民一终字第 181 号“山西长实房地产开发集团有限公司、山西晋豪国际大酒店有限公司与江苏南通六建建设集团有限公司其他合同纠纷案”

第 5 节 低于成本价中标认定

——低于成本价,合同应无效?(低价中标)

●●● 类型一、构成低于成本价中标的情形 ●●●

357

175. 发包人在招投标程序中设置拦标价的行为,是导致投标人低于造价成本报价的主要原因。承包人在发包人设置拦标价的情况下,故意以低于成本报价竞标并中标的行为,均违反了招标投标活动应当遵循公开、公平、公正和诚实信用的原则,侵害了其他投标人的合法权益,扰乱了我国建筑施工的正常招投标秩序,双方签订的合同无效。

案例 175. 湖北省高级人民法院(2016)鄂民终 173 号“湖北金星建筑工程有限公司与湖北省宜昌监狱建设工程施工合同纠纷案”

●●● 类型二、不构成低于成本价中标的情形 ●●●

358

176. 不能以签订合同时可预测到的市场风险引起价款上涨倒推中标价低于成本价。

案例 176. 安徽省高级人民法院(2014)皖民四终字第 00027 号“亳州市九洲房地产开发有限公司与安徽阜阳建工集团有限公司建设工程施工合同纠纷案”

359

177. 双方对工程价款未结算,依据现有证据尚不能证明案涉工程中标价低于成本价。

案例 177. 四川省高级人民法院(2014)川民终字第 560 号“大邑县泰瑞房地产开发有限公司与四川省通江建筑集团总公司建设工程施工合同纠纷案”

359

178. 社会平均成本不等同承包人的个别成本,不能以社会平均成本高于承包人的个别成本,主张合同约定的价格低于自身成本价。

案例 178. 最高人民法院(2014)民申字第 848 号“浙江杭萧钢构股份有限公司与湖北香利

- 资产管理有限公司、武汉中联三星实业有限公司建设工程施工合同纠纷案”
- 360 179. 承包人以“已仔细研究了工程项目招标文件的全部内容，自愿以投标总报价”投标，并经过评标委员会评定，承包人以投标价低于成本价主张合同无效不予支持。
- 案例 179. 吉林省高级人民法院（2014）吉民一终字第 63 号“湖南中烟工业有限责任公司四平卷烟厂与长春新星宇建筑安装有限责任公司建设工程施工合同纠纷案”
- 360 180. 承包人在自主投标并中标后，又以工程价款低于成本价为由主张《建筑工程施工合同》无效，有违诚实信用原则，不予支持。
- 案例 180. 江苏省高级人民法院（2014）苏民终字第 00367 号“南通市通州百盛市政工程有限公司与苏州市吴江东太湖综合开发有限公司建设工程施工合同纠纷案”
- 361 181. 企业的个别成本由于其技术力量、管理水平和经营状况千差万别，工程本身又各具特点，因此，要想对企业的个别成本进行确定难度很大，承包人要求进行成本造价鉴定的请求不具有合理性和可操作性。
- 案例 181. 江苏省高级人民法院（2013）苏民终字第 0360 号“淮安市烽驰房地产开发有限公司与江苏开远建设工程有限公司建设工程施工合同纠纷案”
- 362 182. 双方当事人采取最高限价的方式进行招投标并签订合同，承包人以最高限价与标底之间超过了合理浮动幅度为由主张合同无效，不予支持。
- 案例 182. 江苏省高级人民法院（2014）苏民终字第 00367 号“南通市通州百盛市政工程有限公司与苏州市吴江东太湖综合开发有限公司建设工程施工合同纠纷案”
- 363 183. 投标人不得以低于成本的报价竞标应指投标人投标报价不得低于其为完成投标项目所需支出的企业个别成本，以定额标准所作鉴定结论为基础据以推定投标价低于成本价，依据不充分。
- 案例 183. 最高人民法院（2015）民提字第 142 号“佛山市南海第二建筑工程有限公司与佛山华丰纺织有限公司建设工程施工合同纠纷案”

第 6 节 实为转包合同的认定

——工程被转包，如何来认定？（工程转包）

●●● 类型一、如何认定居间合同和工程转包合同 ●●●

- 368 184. 合同关系不能以双方曾协商讨论过给付介绍费而认定为居间合同，应以最终签订的

《施工承包合同》来认定。

案例 184. 江西省高级人民法院 (2014) 赣民一终字第 58 号“黄细芽、简敖根、杨金根与刘海洲、黎泰成、江西泰城投资有限公司建设工程施工合同纠纷案”

●●● 类型二、如何认定内部承包合同和工程转包合同 ●●●

369

185. 内部承包是指企业与其内部的职能部门、分支机构、职工之间为实现一定的经济目的, 而就特定的生产资料及相关的经营管理权所达成的双方权利义务的约定。就其主体而言, 内部承包双方除具备平等民事主体间的合同关系外, 还存在一定意义上的隶属管理关系。其次, 内部承包关系中, 企业须给内部承包人员提供一定资金、机械、设备、技术、人员等必要的物质条件, 并由单位最终承担经营风险。在不能举证证明双方存在劳动关系, 且内部承包人须自行组织人员、机械、设备、材料进行施工, 企业除按固定比例收取施工管理费外, 不参与利润分配, 不承担任何经济责任, 这是典型的以内部承包为名行转包之实。

案例 185. 最高人民法院 (2014) 民申字第 1277 号“腾达建设集团股份有限公司与姚汉昭、姚汉林建设工程施工合同纠纷案”

371

186. 合同约定内部承包人负责全部工程施工、管理、独立运作核算、盈亏自理, 因此, 双方名为内部合作, 实为工程转包。

案例 186. 最高人民法院 (2015) 民申字第 644 号“李亚峰与新疆路祥矿业开发有限责任公司建设工程施工合同纠纷案”

371

187. 内部承包中发包方与承包方应存在真实的隶属管理关系, 发包单位对外应承担施工合同权利义务和经营风险, 对内应向承包人提供一定资金、设备等必要的物质条件。

案例 187. 最高人民法院 (2017) 最高法民申 59 号“武汉市东西湖海口建筑工程有限公司与湖北瑞德置业有限公司襄阳分公司建设工程施工合同纠纷案”

372

188. 承包人作为《内部经济责任承包合同》的相对人, 应承担直接向实际施工人支付工程款的义务, 发包人在欠付工程价款范围内承担责任。

案例 188. 江西省高级人民法院 (2015) 赣民一终字第 243 号“秦峥嵘、陈招兴、余建忠、福建省二建建设集团有限公司与南昌正荣 (新加坡) 置业有限公司建设工程施工合同纠纷案”

●●● 类型三、劳务分包合同向工程转包合同转化如何认定 ●●●

373

189. 双方虽签订劳务分包合同, 但在实际履行过程中, 一方采取包工包料的大包及垫资的方式进行施工, 而不仅仅是提供劳务, 应认定双方的实际履行行为将劳务分包合同变更为

建设工程转包合同，应认定为无效。

案例 189. 天津市第一中级人民法院（2012）一中民一终字第 222 号“上诉人（原审被告、反诉原告）甲公司与被上诉人（原审原告、反诉被告）乙公司、原审被告丙公司建设工程合同纠纷案”

●●● 类型四、总公司将其承包工程交由其子公司施工和管理，应否视为工程转包

374 190. 公司将其承包项下的工程交由其子公司进行施工和管理，应为转包关系，违反了法律的禁止性规定，应认定为无效。

案例 190. 山东省济南市中级人民法院（2013）济民五终字第 566 号“济南正恒聚氨酯材料有限公司与山东省建设建工集团第三有限公司、山东省建设建工（集团）有限责任公司、山东建大教育置业有限公司建设工程施工合同纠纷案”

●●● 类型五、公司将工程交由分公司施工，是否构成转包 ●●●

374 191. 公司签订建设工程施工合同后，将工程交由其分公司完成，属内部分工，不属于工程转包。

案例 191. 山西省高级人民法院（2014）晋商终字第 3 号“上诉人（原审原告）寿阳县污水处理厂有限公司与被上诉人（原审被告）山西省工业设备安装有限公司建设工程施工合同纠纷案”

●●● 类型六、如何认定联营合同与转包合同 ●●●

376 192. 名为联营，实为费用全额承包并交纳承包费，应为工程转包合同关系。

案例 192. 四川省高级人民法院（2014）川民终字第 27 号“吕鸿鹤、李成伟与成都市第六建筑工程公司、西华大学、四川鑫楠建筑工程有限公司、熊素兰建设工程施工合同纠纷案”

●●● 类型七、如何认定工程分包与转包 ●●●

377 193. 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。

案例 193. 最高人民法院（2013）民提字第 156 号“沈阳凯城房屋开发有限公司与大连华洋建筑工程有限公司、大连圣达科建集团有限公司建设工程施工合同纠纷案”

- 378 194. 发包人不仅知晓承包人与第三人之间的分包协议，且未对此提出异议，可以视为其对工程分包施工的默认。根据《中华人民共和国建筑法》第六十七条的规定，承包人只对因分包工程不符合规定的质量标准受到的损失向发包人承担责任，发包人依据分包工程其应支付给承包人的价款与承包人实际支付给分包人价款之间的差额，主张承包人向其赔偿直接分包经济损失没有事实和法律依据，不予支持。

案例 194. 湖南省高级人民法院（2014）湘高法民三终字第 35 号“湖南水总水电建设集团有限公司与江华瑶族自治县大林江水电有限公司建设工程施工合同纠纷案”

●●● 类型八、工程被转包的价款计算 ●●●

- 379 195. 承包人未经发包人同意将工程全部转包给第三人，发包人非转包合同签订人，无权要求实际施工人参与工程结算。

承包人与发包人签订施工合同后，未经发包人同意，将建设工程进行转包，严重违反了国家法律强制性规定及双方当事人的合同约定，工程款应以实际施工人的资质据实结算，承包人依据双方合同约定结算工程款的请求不予支持。另外，以承包人资质据实结算，工程款仅计取直接费用（直接工程费用 + 直接工程费用税金）不当，同样应予纠正。

案例 195. 最高人民法院（2006）民一终 42 号“新疆新世纪成功房地产开发有限公司与青岛建设集团公司建设工程施工合同纠纷案”

●●● 类型九、不构成违法转包的情形 ●●●

- 383 196. 发包人对承包人承包范围内部分工程由有资质的第三人施工明知，且在第三人向其申报工程款时，并未提出异议，故第三人施工不构成《建设工程质量管理条例》第七十八条第二款规定的违法分包行为，发包人主张承包人承担非法转包的违约责任，不予支持。

案例 196. 吉林省高级人民法院（2015）吉民一终字第 14 号“长春建设股份有限公司与长春信诚房地产开发有限责任公司建设工程施工合同纠纷案”

第 7 节 劳务分包的认定标准

——劳务承包发包，合同应有效？（劳务分包）

- 400 197. 如何认定劳务承包与违法分包？建设工程施工合同是承包人进行工程施工建设，发包人支付工程价款的合同。建设工程中的劳务分包合同，是指发包人将建设工程中的劳务作业分包给具有建筑劳务分包资质的劳务公司，并支付劳务费用的合同。劳务分包合同的性质可从合同约定的施工项目内容、费用组成、计价方式等方面判断。案涉合同虽名为劳务承包，但超越劳务承包范围，具有建设工程施工合同性质，在未经业主同意的情形下，擅

自将工程分包给不具有建筑资质的公司施工，构成违法分包。

案例 197. 重庆市高级人民法院 (2011) 渝高法民终字第 00315 号“重庆市巴南区华渐建筑劳务有限公司与重庆市公路工程(集团)股份有限公司建设工程分包合同纠纷案”

402

198. 工程分包合同与劳务分包合同的认定。建设工程分包合同的主要法律特征是承包方将其承包的部分工程交给第三方完成，第三方就其施工交付的工程获得工程价款。劳务分包合同的主要内容指向的是工程施工中具有较强专业技术性的劳务作业，其对象是计件或者计时的施工劳务，主要指人工费用以及劳务施工的相应管理费用。

工程分包合同中承包人将其承包的部分工程交给第三人完成，承包人需要对第三人的施工提供一定的施工管理，也不排除承包人与第三人约定承包人提供部分材料设备。承包人以提供材料设备、施工管理为由，主张案涉合同为劳务分包合同，应认定有效，缺乏事实及法律依据，不予支持。

案例 198. 最高人民法院 (2013) 民一终字第 93 号“黄国盛、林心勇与江西通威公路建设集团有限公司、泉州泉三高速公路有限责任公司建设工程分包合同纠纷案”

403

199. 工程劳务分包合同属于建设工程施工合同的范畴，案涉合同纠纷的性质是建设工程施工合同纠纷，而非劳务合同纠纷。

案例 199. 江苏省南京市中级人民法院 (2013) 宁民终字第 1114 号“南京正业钢结构有限公司与上海普研建筑安装工程有限公司建设工程合同纠纷案”

405

200. 双方未签订书面合同，且均提供了购买材料的票据，在未提供充分证据证实双方为劳务合同的情况下，应认定为建设工程施工合同。

案例 200. 山东省济南市中级人民法院 (2013) 济民五终字第 478 号“济南岳恒加固工程有限公司与武利停建设工程施工合同纠纷案”

406

201. 名为劳务分包协议，但合同中明确约定单价包括劳务、材料、机械、质检(自检)、安装、缺陷修复、管理、税费、利润等费用，因此，该协议是建设工程施工合同，而非劳务分包合同。

案例 201. 最高人民法院 (2014) 民提字第 80 号“重庆皇华建设(集团)有限公司与重庆市万州区清江建筑工程有限公司等建设工程分包合同纠纷案”

第 8 节 内部承包合同的认定

——内部搞承包，合同应有效？（内部承包）

●●● 类型一、内部承包与违法分包的认定 ●●●

- 412 202. 施工企业没有提供充分、有效的证据证明内部承包人是其内部职工，双方存在合法的劳动合同关系，不具备构成内部承包关系的法律要件，双方不是内部承包关系，而是违法分包关系。

案例 202. 安徽省高级人民法院（2013）皖民四终字第 00116 号“安徽省桐城市第一建筑安装工程有限公司与束某、袁某、朱某及广厦建筑公司建设工程施工合同纠纷案”

●●● 类型二、内部承包与工程转包的认定 ●●●

- 413 203. 工程公司与内部承包人没有合法的人事和劳动关系，也没有社会保险关系，双方之间既无行政隶属的上下级法律关系，也不存在劳动合同法律关系。《内部承包合同》约定由内部承包人工包料完成该工程并交纳管理费，应当认定为工程转包关系，而非内部承包关系。

案例 203. 新疆维吾尔自治区高级人民法院生产建设兵团分院（2014）新兵民一终字第 00013 号“沈孝辉与赵建新、石军、新疆生产建设兵团建设工程（集团）有限责任公司建设工程分包合同纠纷案”

●●● 类型三、内部承包与借用资质的认定 ●●●

- 414 204. 内部承包关系需要承包一方为单位的职工或内设机构，名为内部承包，但无内部承包之实，应为借用施工资质并支付管理费的关系。

案例 204. 北京市高级人民法院（2013）高民终字第 3150 号“杭州蓝天园林建设集团有限公司与陈相远、北京鲜花港投资发展中心建设工程合同纠纷案”

- 416 205. 不具备建筑工程施工资质的自然人借用有资质的建筑施工企业名义进行施工，并交纳一定比例的管理费，由此签订的内部承包合同无效。

案例 205. 最高人民法院（2016）最高法民申 623 号“张小华与新疆建工集团建设工程有限责任公司、中国人民武装警察 8660 部队建设工程施工合同纠纷案”

●●● 类型四、构成内部承包，合同有效的情形 ●●●

- 417 206. 判断双方是否是内部承包关系，可从合同主体、效力、内容、履行情况等来综合判

断。首先，看双方是否具有劳动关系，其次，考察合同签订是否是双方当事人真实意思表示，再次，结合合同内容及履行过程中人员和资金支持、利润分配与亏损补偿情况等案件事实来认定合同性质。

双方构成内部承包关系，施工企业依据合同约定将项目利润以奖金的形式分配给内部承包人，因此内部承包人向施工企业主张工程款和停工损失缺乏请求权基础，其诉讼请求不能得到支持。

案例 206. 最高人民法院（2015）民申字第 52 号“陈明富与重庆一建建设集团有限公司内部承包合同纠纷案”

●●● 类型五、不构成内部承包，合同无效的情形 ●●●

419 207. 施工企业未与内部承包人签订劳动合同并为其缴纳养老金，双方签订的内部经济责任承包合同，约定内部承包人向施工企业支付管理费，同时需承担本工程项目的全部经济责任，实行自担风险、自负盈亏，违反了国家法律、法规强制性规定，应属无效合同。

案例 207. 陕西省高级人民法院（2013）陕民一终字第 00106 号“刘文平、浙江鸿翔建设集团有限公司与浙江鸿翔建设集团有限公司西安分公司债务纠纷案”

420 208. 《工程内部施工合同》将工程项目及与此有关的一切工作承包给非本单位职工，施工人又不具备相应资质条件，属无效合同。

案例 208. 浙江省高级人民法院（2008）浙民一终字第 240 号“上诉人吕宝金与上诉人浙江省交通工程建设集团有限公司建设工程施工合同纠纷案”

420 209. 虽提供劳动合同和聘书，但未能提供发放工资及在社会保险管理机构办理养老、医疗、工伤和失业等保险的证据，不能认定双方存在合法的劳动关系，故双方属内部承包关系的主张不能成立。

案例 209. 广西壮族自治区高级人民法院（2014）桂民一终字第 7 号“广西华业建筑工程有限公司、卢光昌与南宁宽博科技人员创业服务有限责任公司建设工程施工合同纠纷案”

421 210. 双方不存在劳动合同关系，内部承包合同应认定为无效。

案例 210. 最高人民法院（2015）民申字第 2872 号“王洪与江苏登达建设集团有限公司、江苏登达建设集团有限公司河北分公司建设工程施工合同纠纷案”

422 211. 施工企业与内部承包人存在劳动关系难以证明，同时也难以证明施工企业在内部承包人施工过程中，对其进行了有效管理并提供了资金、技术等方面的支持，内部承包合同无效。

案例 211. 杭州市中级人民法院（2015）浙杭民终字第 2990 号“卢永生与浙江伟达建设工程有限公司、浙江伟达建设工程有限公司滨江分公司等建设工程施工合同纠纷案”

第 9 节 资质挂靠的认定标准

——资质被挂靠，如何来认定？（资质挂靠）

●●● 类型一、工程转包与借用资质的认定 ●●●

431 212. 向承包人交纳管理费，表面系转包关系，实质系借用承包人资质承建工程，应为挂靠关系。

案例 212. 最高人民法院（2015）民申字第 581 号“再审申请人四川堂宏实业集团有限公司（简称堂宏集团公司）、四川堂宏实业集团有限公司房地产开发分公司（简称堂宏房地产分公司）与被申请人车三青、四川鑫玛建设有限公司（简称鑫玛建设公司）建设工程施工合同纠纷案”

●●● 类型二、企业内部承包与挂靠的认定 ●●●

433 213. 若一方是施工企业职工，应认定为内部承包，而不是挂靠。

案例 213. 辽宁省高级人民法院（2014）辽审一民抗字第 12 号“沈阳市外事服务学校与沈阳东升博大岩土工程有限公司建设工程合同纠纷案”

●●● 类型三、构成挂靠的情形 ●●●

434 214. 挂靠一般是指无相应资质的人员借用有资质的企业或其他单位的名义对外从事生产经营活动，并由挂靠人向被挂靠的企业或其他单位支付管理费或其他费用的行为。

案例 214. 江苏省盐城市中级人民法院（2013）盐民终字第 1822 号“苏州市金荣建筑安装工程发展有限公司与杨红云、蔡平建设工程施工合同纠纷案”

435 215. 发包人、承包人与承包人项目负责人签订三方协议，约定项目负责人负责组织人力、财力、物力进行施工，承担所有措施费及施工方所应承担的规费、建筑施工报建费用和各种税费，该协议反映了施工人挂靠承包人承建案涉工程及发包人明示同意该挂靠行为的事实。

案例 215. 最高人民法院（2012）民申字第 1634 号“熊洪基与东莞市浩源机电设备有限公司、广东省东莞市莞城建筑工程公司建设工程施工合同纠纷案”

436 216. 建设集团未向其开办的分公司投入任何财产，仅向分公司派驻过一名会计和一名合同监管员。虽然形式上双方为企业承包经营合同关系，但分公司不具备建筑施工企业应当具有的相应资金、技术装备和专业技术人员的条件，双方在承包经营合同中约定由建设集团为分公司负责人提供经营必需的资质证书，协助其办理外出施工手续等，可以认定双方事

实上是挂靠经营关系。

案例 216. 最高人民法院 (2013) 民申字第 2028 号 “江苏中阳建设集团有限公司与何晓明、何洪企业承包合同纠纷案”

●●● 类型四、不构成挂靠的情形 ●●●

437 217. 一人身兼多职不必然构成挂靠关系。法律不禁止一人身兼多职, 发包人以承包人办事处负责人在多个公司任职, 与承包人之间系挂靠关系, 据此主张施工合同无效, 不予支持。
案例 217. 最高人民法院 (2013) 民申字第 633 号 “新乡市升华房地产开发有限责任公司与科兴建设有限公司、孙某宇建设工程施工合同纠纷案”

438 218. 通过对涉案工程的施工组织、机械设备来源、法律关系、挂靠的实质内涵进行综合分析, 发包人以涉案工程系挂靠施工主张合同无效不能成立。
案例 218. 湖南省高级人民法院 (2014) 湘高法民一终字第 108 号 “郴州市晓园房地产开发有限公司与湖南家和建设工程有限公司建设工程施工合同纠纷案”

第 10 节 资质挂靠的责任承担

——资质被挂靠, 责任如何担? (责任承担)

●●● 类型一、被挂靠人不向挂靠人承担责任的情形 ●●●

453 219. 挂靠人通过被挂靠人向发包人交纳保证金, 依据合同约定, 被挂靠人不向挂靠人承担保证金不能返还的风险。

案例 219. 最高人民法院 (2012) 民申字第 1624 号 “刘新华、杨勇与湖南省建筑工程集团总公司建设工程分包合同纠纷案”

454 220. 挂靠人主张被挂靠人承担发包人尚欠工程款的给付义务, 没有法律依据, 不予支持。
案例 220. 最高人民法院 (2013) 民一终字第 100 号 “满洲里市扎赉诺尔宏基城市基础设施投资开发与聂琦、中国内蒙古森林工业集团森天建设有限公司建设工程施工合同纠纷案”

455 221. 实际施工人借用承包人资质承揽建设工程, 承包人不是本案所涉工程的转包人或分包人, 实际施工人向承包人主张工程款, 不予支持。

案例 221. 浙江省丽水市莲都区人民法院 (2013) 丽莲民重字第 1 号 “卢尚敏与浙江万景市政园林工程有限公司、宁波江北灵山禅寺建设工程有限公司合同纠纷案”

- 456 222. 被挂靠人未实际参与施工, 不享有实际的合同权利, 故亦不应承担合同责任, 挂靠人主张被挂靠人应当承担付款责任不予支持。

案例 222. 山东省高级人民法院 (2014) 鲁民再字第 21 号“临沂市利群房地产开发有限公司、陈中东与临沂市利群房地产开发有限公司、陈中东等建设工程施工合同纠纷案”

- 460 223. 被挂靠人虽将施工资质出借给挂靠人, 但其仍应对挂靠人施工的工程承担质量责任。被挂靠人对挂靠人施工亦尽到了监督和管理责任, 且发包人支付的工程进度款被挂靠人在按约扣除税金及管理费后转付给了挂靠人, 故被挂靠人在应付挂靠人工程款数额中扣除税金及管理费, 并无不当, 挂靠人关于被挂靠人不应计取管理费的请求, 不予支持。

被挂靠人出借施工资质给挂靠人承接工程, 而非将工程转包给挂靠人施工, 故其与挂靠人之间并无结算工程价款的关系, 被挂靠人主张其不应向挂靠人承担工程款支付义务的抗辩理由成立, 予以支持。

案例 223. 江苏省高级人民法院 (2013) 苏民终字第 0347 号“秦金贵与昆山市建筑安装工程有限公司与昆山东辉房地产发展有限公司等建设工程施工合同纠纷案”

●●● 类型二、被挂靠人向挂靠人承担责任的情形 ●●●

- 463 224. 虽然挂靠人与被挂靠人签订的《内部承包合同》及《补充协议》均为无效, 但涉案工程挂靠人已实际进行了施工, 并已通过竣工验收, 故挂靠人仍有权参照合同约定向被挂靠人主张支付工程款。

案例 224. 浙江省宁波市中级人民法院 (2016) 浙 02 民终 669 号“上诉人浙江盛峰建设有限公司 (简称盛峰公司) 与被上诉人胡修利、原审被告宁波中万置业有限公司 (简称中万公司) 建设工程施工合同纠纷案”

- 467 225. 挂靠人与被挂靠人签订的《工程项目承包协议》无效, 但涉案工程实际系挂靠人完成, 即挂靠人系工程实际施工人, 实际施工人有权就发包人支付给被挂靠人的工程款及利息主张权利。

案例 225. 四川省成都市双流县人民法院 (2014) 双流民初字第 4443 号“魏长福与四川鑫升工程建筑有限责任公司挂靠经营合同纠纷案”

- 468 226. 挂靠人以被挂靠人的名义承建涉案工程, 挂靠合同因违反法律法规的强制性规定而无效, 但鉴于涉案工程已通过竣工验收并投入使用, 被挂靠人应按照双方约定向挂靠人支付工程款。

案例 226. 江苏省宿迁市中级人民法院 (2016) 苏 13 民终 31 号“陈斯尧、王永斌等与江苏国邦建设有限公司、宿迁市城区开发投资有限公司建设工程施工合同纠纷案”

- 469 227. 被挂靠人收取挂靠人 (实际施工人) 管理费, 并未进行实际管理, 在实际施工人依法

缴纳全部税款，并提交工程全部税收通用完税证后，实际施工人请求被挂靠人持完税凭证开具相应建安税票的请求，应予支持。

案例 227. 最高人民法院（2013）民一终字第 100 号“满洲里市扎赉诺尔宏基城市基础设施投资开发与有限责任公司与聂绮、中国内蒙古森林工业集团森天建设有限公司建设工程施工合同纠纷案”

●●● 类型三、被挂靠人对挂靠人享有的权利 ●●●

469 228. 工程质量事故发生后，被挂靠人在承担了相关的返修、更换等赔偿责任后，依法有权向挂靠人追偿。

案例 228. 最高人民法院（2013）年民申字第 2367 号“张俊华与德州亚太空调设备有限公司、李绍忠、曹如峰其他合同纠纷案”

471 229. 借贷关系与建设工程承包款垫付关系的认定。挂靠人向被挂靠人出具借条，应及时归还借款及相应利息，即使双方存在工程款纠纷，可以另案起诉。

案例 229. 浙江省宁波市中级人民法院（2013）浙甬商终字第 1048 号“宁波市华立建筑安装有限公司与沈忠裕民间借贷纠纷案”

●●● 类型四、被挂靠人不向第三人承担法律责任的情形 ●●●

472 230. 挂靠人以自己名义对外签订合同，合同相对人要求被挂靠人承担责任不予支持。

案例 230. 最高人民法院（2013）民申字第 1538 号“再审申请人天津开发区安宝工贸有限公司与被申请人天津市双发西部开发咨询服务有限公司、天津市滨海新区中塘镇刘塘庄村村民委员会、天津市滨海新区大港建筑工程公司等建设工程施工合同纠纷案”

473 231. 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，发包人依据无效合同诉请被挂靠人赔偿其逾期竣工损失及其他损失，缺乏法律依据，不予支持。

案例 231. 最高人民法院（2015）民申字第 3185 号“杨云九与曾俊辉、曾智勇等建设工程分包合同纠纷案”

474 232. 挂靠人借用被挂靠人资质承接工程后，再将工程以其个人名义分包，非以被挂靠人的名义分包，分包人与被挂靠人无合同关系，分包人直接向被挂靠人主张工程款缺乏事实和法律依据，不予支持。

案例 232. 江苏省南通市中级人民法院（2015）通中民终字第 01801 号“曹张义与南通四建集团有限公司建设工程分包合同纠纷案”

●●● 类型五、被挂靠人应向第三人承担法律责任的情形 ●●●

- 475 233. 被挂靠人应就挂靠人的表见代理行为向实际施工人承担责任。
案例 233. 最高人民法院(2013)民申字第 600 号“河南民基建设工程有限公司与周发炳及富跃飞劳务分包合同纠纷案”
- 476 234. 挂靠人多次使用私刻印章, 推定被挂靠人对于挂靠人使用该印章知情, 被挂靠人应对挂靠人使用私刻印章行为承担法律责任, 挂靠人私刻印章是否涉嫌犯罪不影响被挂靠人责任的认定与承担。
案例 234. 最高人民法院(2016)最高法民申 425 号“江山市江建房地产开发有限责任公司与雷伟程与江西四季青生态科技有限公司、吴自旺、俞小招民间借贷纠纷案”

●●● 类型六、挂靠人与被挂靠人应向第三人承担连带责任的情形 ●●●

- 477 235. 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。
案例 235. 江苏省盐城市中级人民法院(2013)盐民终字第 1822 号“苏州市金荣建筑安装工程发展有限公司与杨红云、蔡平建设工程施工合同纠纷案”
- 478 236. 被挂靠人向不具有资质的个人出借资质承揽工程, 违反了法律强制性规定, 应对挂靠人因履行涉案工程合同产生的民事责任承担连带责任, 即使被挂靠人主张其与挂靠人系转包关系, 被挂靠人作为违法转包人, 同样应对实际施工人承担支付责任。
案例 236. 江苏省高级人民法院(2016)苏民终 460 号“田文华、杨志华与中建七局安装工程有限公司建设工程施工合同纠纷案”
- 479 237. 挂靠人欠付他人工程款, 被挂靠人应承担连带清偿责任。
案例 237. 苏州市中级人民法院(2015)苏中民终字第 05068 号“胡会海与苏州腾翔建设发展有限公司、周鑫生等建设工程施工合同纠纷案”
- 480 238. 挂靠人以被挂靠人的名义承建工程, 而后转包给实际施工人施工, 挂靠人应对实际施工人承担付款责任, 被挂靠人违反法律规定允许挂靠人以其名义进行施工活动, 且收取了挂靠费用, 从工程施工中获取利益, 应对挂靠人的付款义务承担连带责任。
案例 238. 福建省三明市中级人民法院(2016)闽 04 民终 1174 号“李军才与福建金鼎建筑发展有限公司、罗帮富等建设工程施工合同纠纷案”
- 482 239. 被挂靠人应对挂靠人欠付第三人的劳务费承担连带清偿责任。
案例 239. 最高人民法院(2016)最高法民申 3692 号“再审申请人宁夏共合建设工程有限公司

公司永宁分公司（简称共合公司永宁分公司）与被申请人宁夏鸿洲劳务有限公司（简称鸿洲劳务公司），一审被告宁夏共合建设工程有限公司（简称共合公司）、王常青劳务合同纠纷案”

- 483 240. 被挂靠人出借资质给挂靠人，使得不具有从事建筑活动主体资格的挂靠人以其名义承揽涉案工程，违反国家强制性法律规定，被挂靠人应当对挂靠人在承揽工程中发生的民事行为承担连带责任。

案例 240. 安徽省高级人民法院（2013）皖民四终字第 00042 号“上诉人中铁一局集团有限公司（简称中铁一局）、刘某与合肥市大军装饰有限公司（简称大军公司）建设工程施工合同纠纷案”

●●● 类型七、挂靠人、被挂靠人与第三人特殊情况处理 ●●●

- 485 241. 发包人与挂靠人之间直接形成权利义务关系的，被挂靠人（承包人）与发包人签订的《结算协议》对挂靠人不具有约束力。

施工合同签订及履行过程中，发包人明知挂靠人借用承包人资质承建工程，且认可挂靠人完成案涉工程施工任务，因此发包人与挂靠人之间直接形成权利义务关系，而与承包人之间不存在建设工程施工合同关系。据此，被挂靠人（承包人）无权代表挂靠人与发包人进行结算，双方签订的《结算协议》对挂靠人不具有约束力，发包人主张按照其与被挂靠人（承包人）诉讼前签订的《结算协议》进行结算不予支持。

案例 241. 最高人民法院（2015）民申字第 581 号“再审申请人四川堂宏实业集团有限公司（简称堂宏集团公司）、四川堂宏实业集团有限公司房地产开发分公司（简称堂宏房地产分公司）与被申请人车三青、四川鑫玛建设有限公司（简称鑫玛建设公司）建设工程施工合同纠纷案”

●●● 类型八、收款行为认定 ●●●

- 487 242. 案涉建设工程施工合同系挂靠人借用被挂靠人资质签订，依据《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》第五十四条的规定，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。因此，挂靠人不仅是案涉工程的实际施工人，同时，其也与被挂靠人共同享有并承担案涉建设工程施工合同项下的债权债务。根据连带责任的法理，负有工程款给付义务的发包人向连带债权人中的任何一方给付，对于其他连带债权人也发生法律效力，即发生在给付范围内债务关系消灭的效果。故发包人向挂靠人支付的工程款应视为支付案涉建设工程施工合同项下的工程款。被挂靠人关于根据合同相对性原则，发包人将工程款直接支付给挂靠人的行为不能对抗被挂靠人的理由不能成立。

案例 242. 最高人民法院（2016）最高法民申 1893 号“安徽杰强建设有限公司、孙尔保健

设工程施工合同纠纷案”

- 488 243. 实际施工人借用承包人资质与发包人签订施工合同，原审法院根据合同相对性判决由发包人返还承包人相关款项，再由承包人返还实际施工人，不利于判决生效后的实际履行，变更为由发包人直接向实际施工人支付相关款项。
- 案例 243. 福建省高级人民法院（2014）闽民终字第 89 号“苏建勇、福建省浯澄建设集团有限公司与福建发现传媒科技有限公司等建设工程施工合同纠纷案”

第 11 节 转包与挂靠法律后果

——转包与挂靠，为何须区分？（性质区别）

- 490 244. 发包人与承包人签订《建设工程承包合同》的时间远在承包人与第三人签订的《工程项目责任合同》之前，更符合承包人与发包人签订承包合同之后又将工程转包给第三人的情况，而非发包人所称第三人借用承包人资质签订合同。
- 承包人将工程转包的行为仅涉及其与第三人之间的合同效力问题，并不影响发包人与承包人之间所签合同的效力。
- 案例 244. 最高人民法院（2015）民申字第 2529 号“益阳利丰农科发展有限公司与湖南麟辉建设集团有限公司建设工程施工合同纠纷案”
- 491 245. 工程转包关系与借用施工企业资质的认定及法律效果。实际施工人以承包人名义参加了发包人案涉工程的招投标，并以承包人委托代理人的身份参与了承包人与发包人《建设工程施工合同》的订立，实际施工人与承包人订立《工程项目内部承包协议》依附于承包人与发包人订立的《建设工程施工合同》，缺少转包合同所需的独立结算，独立付款的要件，应认定案涉工程系实际施工人借用承包人资质与发包人订立工程施工合同并进行施工。实际施工人与承包人约定双方结算以发包人付款为条件，因实际施工人系借用承包人资质，双方非工程转包关系，在约定的付款条件未成就的情况下，实际施工人要求承包人支付工程价款的诉讼请求缺乏相应的事实及法律依据，不予支持。
- 案例 245. 杭州市中级人民法院（2014）浙杭民终字第 110 号“彭纪明与杭州永翔建设集团有限公司建设工程分包合同纠纷案”
- 495 246. 承包人与其内部承包人之间是转包关系还是借用资质关系，应视内部承包人与承包人之间的关系及其在工程施工合同及工程施工过程中的地位、作用等情况予以认定。涉案内部承包人除了全程参与《施工承包合同》《工程补充协议》的签订并在《工程补充协议》中作为承包人签字外，其作为实际施工人负责承建了案涉全部工程，进场施工、工程的施工投入、施工管理等均由其个人负责，承包人并未参与，发包人也应将大部分工程进度款直接

支付给了内部承包人个人。发包人明知承包人的内部承包人没有施工资质，却同意其作为承包人在合同上签字和施工，并将工程款支付给个人，因此其对内部承包人借用承包人资质承建案涉工程是明知和认可的。承包人虽与其内部承包人签订了内部承包合同，但内部承包人并非承包人的内部工作人员，从该内部承包合同中双方约定的包工包料的承包方式、交纳管理费、任命项目负责人等内容来看，承包人与其内部承包人之间符合借用资质的法律特征，而不符合转包或内部承包的法律特征。综上所述，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订立合同，本案《施工承包合同》及《工程补充协议》应认定无效。

案例 246. 江西省高级人民法院（2015）赣民一终字第 058 号“赣州上联鞋业工业有限公司与江西省赣南祥龙建筑有限责任公司建设工程施工合同纠纷案”

- 497 247. 如果实际施工人挂靠承包人与发包人签订建设工程施工合同，则涉案合同应当认定无效；如果承包人承包工程后将涉案工程转包给没有资质的实际施工人施工，则承包人与实际施工人签订的合同无效，但转包合同无效，不影响发包人与承包人之间建设工程施工合同的效力。

在建设工程施工合同关系中，大量挂靠或者整体转包工程均以内部承包合同的形式出现，难以明确区分。发包人不能提供证据证实实际施工人与承包人之间系挂靠关系，且从《工程项目责任合同》的签订时间来看，该合同签订时间远远晚于发包人与承包人签订《建设工程施工合同》的签订时间，故根据现有证据不能证实实际施工人与承包人之间系挂靠关系。因此，发包人主张其与承包人之间的《建设工程施工合同》无效理由不予采纳。

案例 247. 湖南省高级人民法院（2015）湘高法民一终字第 97 号“上诉人湖南麟辉建设集团有限公司与被上诉人益阳利丰农科发展有限公司建设工程施工合同纠纷案”

- 498 248. 挂靠人通过被挂靠人向发包人交纳保证金，依据合同约定，被挂靠人不向挂靠人承担保证金不能返还的风险。

案例 248. 最高人民法院（2012）民申字第 1624 号“刘新华、杨勇与湖南省建筑工程集团总公司建设工程分包合同纠纷案”

第 12 节 行政许可的效力影响

——未办许可证，合同应无效？（行政许可）

●●● 类型一、未取得施工许可证，签订的建设工程施工合同有效 ●●●

- 501 249. 《中华人民共和国建筑法》第七条、《中华人民共和国招标投标法》第九条关于建筑工程开工前建设单位应当申请领取施工许可证、招标项目应当先履行审批手续等规定，属于

管理性的强制性规定，而并非对招投标行为及中标合同的效力性强制性规定。

案例 249. 最高人民法院（2014）民一终字第 155 号“广厦建设集团有限责任公司与福州市台江区房地产开发公司其他合同纠纷案”

502 250. 工程从开工到竣工未取得施工许可证，应由建设行政主管部门对发包人进行行政处罚，但不影响建设工程施工合同的效力。

案例 250. 浙江省台州市中级人民法院（2013）浙台民终字第 157 号“浙江鼎天建筑工程有限公司与三门炜翰铜业有限公司建设工程施工合同纠纷案”

503 251. 办理施工许可证或者开工报告属于管理性强制性规定，而非效力性强制性规定，建设单位是否取得施工许可证对建设工程施工合同的效力不产生影响。

案例 251. 山东省高级人民法院（2014）鲁民一终字第 197 号“山东省颐恒建设有限公司与山东海天软件工程专业学院建设工程施工合同纠纷案”

●●● 类型二、未取得建设工程规划许可证，签订的建设工程施工合同无效 ●●●

504 252. 未取得建设工程规划许可或者未按照建设工程规划许可证规定的内容建设的房屋及建筑物为违法建筑，由于违法建筑直接危害国家和社会公共利益，且违反了法律规定，因此，双方签订的建设工程施工合同应认定为无效合同。

案例 252. 江苏省高级人民法院（2014）苏民终字第 0157 号“南通森噪置业有限公司与如皋市宇沔果蔬专业合作社建设工程施工合同纠纷案”

504 253. 《中华人民共和国城乡规划法》对建设工程需取得建筑工程规划许可证的规定属于效力性强制性规定，涉案工程未取得规划许可证，所签施工合同应属无效。

案例 253. 江苏省徐州市中级人民法院（2013）徐民终字第 2007 号“徐州平安投资有限公司与南京市消防工程有限公司深圳分公司，刘建治建设工程施工合同纠纷案”

●●● 类型三、取得建设用地规划许可证，但未办理建设工程规划许可证时签订的建设工程施工合同有效 ●●●

506 254. 《中华人民共和国城乡规划法》是管理性规定，而非效力性规定，违反其规定，并不必然导致合同无效。案涉工程已经取得了建设用地规划许可证，说明在合同签订时，合同的预期目的可以得到实现。没有积极履行办理建设工程规划许可证，系发包人股东之间发生股权纠纷，发包人股东举报违法所致，现发包人又以此原因主张无效，有悖诚信。据此，发包人申请再审主张案涉合同无效，不予支持。

案例 254. 最高人民法院（2013）民申字第 2198 号“吉林省金盛房地产开发有限公司与吉林建工集团有限公司建设工程施工合同纠纷案”

●●●类型四、起诉前补正，合同有效●●●

507 255. 承、发包双方签订《建设工程施工合同》时，发包人未取得相应的批准文件，但在起诉前及诉讼中取得了建设用地规划许可证、国有土地使用权证、建设工程规划许可证，合同效力已得到补正，双方签订的《建设工程施工合同》应当认定为有效合同。

案例 255. 安徽省高级人民法院（2015）皖民四终字第 00177 号“上诉人安徽华朗生物技术有限公司（简称华朗生物公司）与上诉人淮北市恒基建筑安装有限公司（简称恒基建安公司）建设工程施工合同纠纷案”

●●●类型五、不属民事案件审查范围●●●

508 256. 案涉项目是否取得土地使用权证书、规划许可证以及取得的时间，不属于民事案件审查范围。

案例 256. 最高人民法院（2013）民申字第 742 号“陕西建工集团机械施工有限公司与秦州三福船舶工程有限公司建设工程施工合同纠纷案”

第 13 节 独立保函的效力认定

——独立担保函，效力如何定？（独立保函）

●●●类型一、独立担保的约定不能变更担保的从属性●●●

520 257. 独立担保在国内商事交易中具有从属性——见票即付银行保函是由银行提供的担保书，其性质属于独立担保。独立担保只能在国际商事交易中使用，在国内商事交易中仍然具有从属性，即独立担保的约定不能变更担保的从属性。

案例 257. 甘肃省高级人民法院（2014）甘民二终字第 231 号“甘肃省酒泉市浩海煤化有限公司与东北金城建设股份有限公司、中国工商银行股份有限公司玉门支行建设工程施工合同纠纷案”

●●●类型二、履约保函具有独立性●●●

523 258. 案涉履约保函符合独立保函的认定条件，非案涉建设工程施工合同的从合同，不适用担保法关于一般保证或连带保证的相关规定；独立保函的单据性是指独立保函应该遵守单据交易的原则，受益人仅需提交与保函约定相符的文件，即可要求保证人履行付款义务，而保证人也不必关注基础合同项下合同履行的情况。

保函项下付款请求纠纷，不构成独立保函欺诈，亦无需就案涉基础交易相关事实进行审查，

故案涉履约保函的指示人非本案必要诉讼参与人，一审法院未追加其作为第三人并无不当。

案例 258. 南通市中级人民法院 (2016) 苏 06 民终 2779 号“五冶集团上海有限公司与中国建设银行股份有限公司启东支行保证合同纠纷案”

527 259. 独立保函的性质决定了开立人付款义务的单务性、独立性和单据性，单据是决定开立人能否付款的唯一性，其独立于基础法律关系和其他法律关系。开立人仅处理单据而不受基础交易法律关系和独立保函申请法律关系的有效性、修改、转让、履行等情况影响。独立保函的基本运作原理是受益人凭形式化的单据从开立人处获得付款，其后由受益人和债务人另行就基础债权债务关系再作清结。

案例 259. 成都市中级人民法院 (2016) 川 01 民初 1021 号“成都市第四建筑工程公司与四川国栋建设集团有限公司、中国建设银行股份有限公司深圳南山支行建设工程施工合同纠纷案”

530 260. 承、发包双方签订的建设工程施工合同解除后，依据原合同约定，承包人向发包人出具的《履约保证书》并未解除，发包人依据独立保函取得索赔款不构成不当得利，双方可依据《解除合同协议》对违约责任及损失继续梳理，然后与保函项下已支付的担保款项数额一并清算。

案例 260. 最高人民法院 (2014) 民申字第 418 号“中国建筑第五工程局有限公司与和记黄埔地产 (成都) 温江有限公司不当得利纠纷案”

第 14 节 农村自建房合同效力

——建低层住宅，认定何标准？（低层住宅）

●●● 类型一、三层（含三层）以上的农民住房建设管理要严格执行《中华人民共和国建筑法》《建筑工程质量管理条例》等法律法规的有关规定，施工人须具建筑工程资质。否则，合同无效●●●

545 261. 国务院 1993 年《村庄和集镇规划建设管理条例》第 21 条规定：“在村庄、集镇规划区内，……以及 2 层（含 2 层）以上的住宅，必须由取得相应的设计资质证书的单位进行设计，或者选用通用设计、标准设计。”建设部 2004 年《关于加强村镇建设工程质量安全管理若干意见》第三条第三款规定：“对于村庄建设规划范围内的农民自建两层（含两层）以下住宅的建设活动，县级建设行政主管部门的管理以为农民提供技术服务和指导作为主要工作方式。”建设部 2006 年《关于加强农村住房建设技术服务和管理的通知》第六条规定：“三层（含三层）以上的农民住房建设管理要严格执行《中华人民共和国建筑法》《建筑工程质量管理条例》等法律法规的有关规定。”《中华人民共和国建筑法》第八十三条

第三款规定：“抢险救灾及其他临时性房屋建筑和农民自建低层住宅的建筑活动，不适用本法。”根据上述法律规定，涉案建筑标的物为地面之上一层平房，属于农民自建低层住宅，在适用法律方面，不能适用《中华人民共和国建筑法》及其相关法律，只能适用《村庄和集镇规划建设管理条例》。农民自建低层住宅施工人资质问题，没有严格的法律规定，故施工人虽无建筑资质，但不违背法律规定，双方口头约定合法有效。

案例 261. 吉林省高级人民法院（2015）吉民申字第 49 号“陈玉龙与冷艳军建设工程施工合同纠纷案”

547 262. 根据《中华人民共和国建筑法》以及《建设部关于加强村镇建设工程质量安全管理的若干意见》的规定，农民自建低层住宅〔两层（含两层）〕的建筑活动不适用《中华人民共和国建筑法》；而自建两层（不含两层）以上住宅则适用《中华人民共和国建筑法》，承建方须具备相应建筑从业资质。

案例 262. 重庆市第四中级人民法院（2017）渝 04 民终 485 号“李天学与李正平农村建房施工合同纠纷案”

547 263. 建设部《关于加强村镇建设工程质量安全管理的若干意见》第三条第（三）项规定，农民自建低层住宅是指农民自建二层（包括二层）以下的住宅。案涉工程为二层建筑，属于农民自建低层住宅，不适用《中华人民共和国建筑法》，作为工程承建方不需具备一定施工资质。

案例 263. 日照市中级人民法院（2014）日商终字第 83 号“厉吉祥与李玉胜建设工程施工合同纠纷案”

548 264. 双方签订的《建房协议》约定施工人承建三层房屋，系农村建房施工合同，因施工人不具有施工资质，应认定无效，一审法院以双方形成承揽合同关系认定《建房协议》成立并有效有误，应予纠正。

案例 264. 昆明市中级人民法院（2015）昆民一终字第 441 号“王坤与李学东农村建房施工合同纠纷案”

549 265. 多层建筑（二层以上）不属于低层住宅，不适用有关农民自建低层住宅的规定，应严格执行《中华人民共和国建筑法》及《建筑工程质量管理条例》等法律法规，因施工人不具备建筑施工资质，双方所签合同违反法律、行政法规的强制性规定而无效。

案例 265. 茂名市中级人民法院（2016）粤 09 民终 90 号“李文强与叶观生农村建房施工合同纠纷案”

549 266. 建设部《关于加强村镇建设工程质量安全管理的若干意见》以及《中华人民共和国建筑法》的相关规定，“自建低层住宅”是指两层（含两层）以下住宅，农民自建两层（含两层）以下的住宅承建方不需要建筑从业资质，而三层（含三层）以上的则受《中华人民共

和国建筑法》的调整，承建方需具备相应建筑从业资质。

案例 266. 南充市中级人民法院（2016）川 13 民终 2525 号“诸小荣与姚学林农村建房施工合同纠纷案”

550 267. 农村建房户与施工方签订四层房屋建设合同，因施工方未取得相应建筑施工资质，合同无效。

案例 267. 韶关市中级人民法院（2017）粤 02 民终 738 号“陈湘杰与欧振平、欧振强农村建房施工合同纠纷案”

●●● 类型二、《住宅设计规范》规定的低层住宅为一层至三层。三层及以下不适用建筑法关于从事建筑活动必须具有相关资质的规定 ●●●

551 268. 《中华人民共和国建筑法》第八十三条第三款规定：“抢险救灾及其他临时性房屋建筑和农民自建低层住宅的建筑活动，不适用本法。”而《住宅设计规范》规定的低层住宅为一层至三层。本案双方当事人施工前口头约定只修建三层住宅楼房，所以该约定不适用建筑法关于从事建筑活动必须具有相关资质的规定，双方关于修建三层住宅楼的口头约定为有效合同。

案例 268. 平凉市中级人民法院（2015）平中民一终字第 66 号“上诉人陈继红与被上诉人刘荞梅农村建房施工合同纠纷案”

第 15 节 居间合同的效力认定

——居间促交易，业务报酬无？（工程居间）

●●● 类型一、居间合同无效，不应支付居间费用 ●●●

556 269. 以“保证中标”为条件收取费用的协议，违反了招投标活动应遵循的“三公原则”，扰乱了市场正常秩序，协议无效。

案例 269. 北京市高级人民法院（2004）高民终字第 00408 号“北京 A 建筑装饰工程有限公司与 B 建设工程总公司建设工程施工合同居间纠纷案”

559 270. 居间合同违反了招投标活动中要求遵循的公开、公平、公正和诚实信用原则，扰乱了建筑市场的正常秩序，损害了其他参与招投标活动当事人的合法权益。居间人要求依照合同约定支付居间报酬的诉讼请求不予支持。

案例 270. 新疆维吾尔自治区高级人民法院（2014）新民一终字第 91 号“胜利、高伟与钧泰国际投资（集团）有限公司、钧泰国际投资（集团）有限公司新疆分公司居间合同

纠纷案”

- 560 271. 任何机构和个人都不得通过提供有偿中介服务而规避招投标, 居间人非法介绍工程, 规避行政主管部门对招投标的监管, 导致建设工程施工合同无效, 其与委托人约定收取工程信息费, 不受法律保护。

案例 271. 最高人民法院 (2013) 民提字第 92 号 “哈尔滨金鑫建筑工程有限公司与王长柱工程信息费纠纷案”

- 564 272. 居间人促成委托人与第三人订立了建设工程施工合同, 但合同中约定的工程项目并不存在, 第三人利用建设工程施工合同进行诈骗, 委托人合同目的无法实现, 损害了委托人的利益, 居间人收取居间报酬无法律依据。

案例 272. 河南省郑州市中级人民法院 (2010) 郑民四终字第 173 号 “高振中与朱克强、张子敬、杨更喜、陆俊杰居间合同纠纷案”

●●● 类型二、居间合同有效, 应按约支付费用 ●●●

- 566 273. 被委托人的经营范围包含办理建设工程投标事项, 委托人主张合同无效, 但又不能举证证明被委托人代理投标过程中, 具体实施何违法行为干扰涉案工程招投标, 主张居间合同无效不予支持。

案例 273. 江苏省连云港市中级人民法院 (2013) 连商终字第 0469 号 “南京山珠建筑安装工程与连云港龙亿投资管理咨询有限公司、柏岁福、陈后福居间合同纠纷案”

- 568 274. 《中华人民共和国建筑法》《中华人民共和国招标投标法》相关法律规定的均是发包方与承包方之间不得以不正当手段签订建设工程承包合同, 没有禁止建设工程承包合同居间服务, 公开招标的事项也存在向他人报告投标和订立合同机会的情形, 投标人也可以将自己在投标活动中所办理的投标事项委托他人代理或者协助进行。招投标活动遵循公开、公正、公平和诚实信用原则, 但并非招投标活动有居间行为就违反了招投标活动的原则, 作为投标人和承包人, 没有提供发包方与承包方以及居间人之间有违反《中华人民共和国建筑法》和《中华人民共和国招标投标法》相应规定的行为, 没有证据证明自己已付居间费用用于行贿和回扣, 也没有提供居间人违反有关法律规定的的事实依据的情况下, 主张协议违反法律规定而无效不予支持。

案例 274. 山东省东营市中级人民法院 (2013) 东商终字第 56 号 “东营君临商贸有限公司与山东黄河建工有限公司、秘先军居间合同纠纷案”

- 570 275. 居间人在工程中起到了促成合同成立、履行的作用, 委托人出具的承诺书符合居间合同的法律特征, 且系双方真实意思表示, 不违反法律法规的强制性规定, 该承诺书应为合法有效, 委托人应按约支付居间人相关费用。

案例 275. 江苏省泰州市中级人民法院 (2013) 泰中民终字第 0979 号“姚思言与李培元、苏州香山古建园林工程有限公司居间合同纠纷案”

571 276. 居间合同是居间人向委托人报告订立合同的机会或者提供订立合同的媒介服务, 委托人支付报酬的合同。居间人促成合同成立的, 委托人应当按照约定支付报酬。

案例 276. 四川省内江市中级人民法院 (2013) 内民终字第 511 号“内江市东兴建筑工程有限公司与黎静、内江市东兴建筑工程有限公司威宁分公司居间合同纠纷案”

573 277. 欠条中载明的支付居间费用的条件成就时, 应当按约支付居间费用。

案例 277. 江苏省南京市中级人民法院 (2013) 宁商终字第 1223 号“杨勇与南京安安市政工程有限公司居间合同纠纷案”

576 278. 依照法律规定必须进行招投标的建设工程项目, 建设方所发布的招标信息因受发布时间、地点、方式的制约而并非众所周知, 因此向从事建设工程施工的企业或个人报告招标信息并撮合建设方与施工方通过洽商签订《建设工程施工合同》是现实中客观存在的现象, 且不属于法律禁止的行为, 故《居间合同》有效。

关于居间报酬, 首先, 居间人的作用也仅仅限于报告招标信息及撮合招投标双方相关负责人相识, 所取得的居间报酬应当与其从事居间活动所付出的劳动相符。其次, 建筑工程施工行业属于微利行业。双方当事人居间合同中对居间报酬的过高约定, 存在利益失衡的可能, 将当事人在居间合同中约定的居间报酬从工程总金额 5% 调整为 1% 的做法, 既符合建筑施工行业系微利行业的基本情况, 也与居间人实际在居间活动中的付出相符, 较好地平衡了双方当事人之间的利益。

案例 278. 最高人民法院 (2014) 民提字第 74 号“中国中铁航空港建设集团有限公司、中国航空港建设总公司华东分公司与胡某居间合同纠纷案”

第三章 合同无效的法律处理

第 1 节 合同无效与结算效力

——合同没有效, 结算也无效? (结算效力)

583 279. 补充协议从订立背景、订立目的和内容上看, 性质上属于承、发包之间既存债权债务关系的结算和清理, 在法律效力上具有独立性和约束力, 不违反法律、行政法规的效力性强制性规定, 合法有效。

案例 279. 最高人民法院 (2014) 民一终字第 61 号“博坤建设集团有限公司与安阳广佳欣置业有限公司、管广生建设工程施工合同纠纷案”

- 584 280. 施工合同虽无效，但工程完工后双方就工程款的支付问题达成的协议合法有效，发包人没有按照协议书约定支付工程款，应依约向承包人支付违约金。
- 案例 280. 陕西省高级人民法院（2014）陕民一终字第 00080 号“重庆市新蓝湾房地产开发有限公司与白河城投建筑建材有限公司、徐争明、李勋勇、李功长、徐涛、胡承波、李军、周继勇、闰书礼、杨吉兵建设工程施工合同纠纷案”
- 585 281. 建设工程合同无效，结算及付款协议有效，发包人主张协议是在承包人胁迫的情况下签订的，不是其真实意思表示，但未能提供任何证据予以证明，应由其承担举证不能的不利后果。
- 案例 281. 河北省高级人民法院（2013）冀民一终字第 134 号“承德德生房地产开发有限公司与北京中关村开发建设股份有限公司建设工程施工合同纠纷案”
- 585 282. 承、发双方法定代表人签字认可的结算书具有法律约束力，承包人以结算无效为由提出的诉请，应予驳回。
- 案例 282. 云南省怒江傈僳族自治州中级人民法院（2012）怒民二初字第 18 号“贡山县独龙江建筑建材综合服务有限公司与贡山独龙族怒族自治县独龙江乡人民政府建设工程施工合同纠纷案”
- 586 283. 发包人主张《建设工程施工合同》无效，《结算审定单》亦应无效，不予支持。
- 案例 283. 最高人民法院（2014）民申字第 1223 号“南宁宽博科技人员创业服务有限责任公司与广西华业建筑工程有限公司、卢光昌建设工程施工合同纠纷案”
- 587 284. 合同无效，不能影响承、发双方为工程款结算而签订的《补充协议》效力。
- 案例 284. 黑龙江省高级人民法院（2017）黑民终 24 号“黑龙江天宏房地产开发有限公司与哈尔滨市东方国际建筑工程有限公司建设工程施工合同纠纷案”
- 587 285. 必须招标的工程，招标前即签订合同并用其备案，施工过程中又签订补充协议，并对承包范围、合同价款及结算方式等实质性内容进行了变更，违反了《中华人民共和国招标投标法》的规定，所签订的合同均无效。后承、发双方均以均认可的施工合同作为结算依据形成的《会议纪要》，双方意思表示真实，应作为确认工程价款的依据。
- 案例 285. 黑龙江省高级人民法院（2014）黑民终字第 34 号“黑龙江化工建设有限责任公司与伊春市绿城房地产开发有限公司建设工程施工合同纠纷案”

第 2 节 无效合同下的管理费**——合同没有效，管理费计否？（管理费用）****●●●类型一、合同无效，参照合同约定计算工程价款●●●**

- 593 286. “参照合同约定支付工程价款”并不意味着发包人可以按照扣除利润、管理费后的成本价格支付工程款，若发包人按扣除利润、管理费后的成本价格支付工程款给承包人，实际上是发包人因其违法行为而获得了利益，这与无效合同的处理原则相悖。
案例 286. 绍兴市中级人民法院（2016）浙 06 民终 809 号“浙江八汇建筑有限公司与荣森控股集团有限公司、浙江天洋控股集团房地产开发有限公司等建设工程施工合同纠纷案”
- 594 287. 合同无效，但管理费系定额造价的组成部分，且系施工过程中必须发生的成本，应予计取。
案例 287. 江苏省高级人民法院（2015）苏民终字第 00541 号“扬州良国房地产开发有限公司与汤时庆、江苏天宇建设集团有限公司建设工程施工合同纠纷案”
- 594 288. 合同无效，案涉工程经竣工验收合格，实际施工人有权请求参照合同约定支付工程价款，工程管理费、安全文明措施基本费系施工过程中必须发生的成本，应当计入工程款。
案例 288. 最高人民法院（2017）最高法民申 831 号“扬州良国房地产开发有限公司与汤时庆、江苏天宇建设集团有限公司建设工程施工合同纠纷案”

●●●类型二、合同无效，不应计取管理费●●●

- 595 289. 实际施工人借用资质签订的合同无效，按工程造价鉴定报告中不收费工程造价进行补偿。
案例 289. 辽宁省沈阳市中级人民法院（2008）沈中民二终字第 779 号“上诉人（原审原告）孙瑞涛与上诉人（原审被告）沈阳顺意福莱英房地产开发有限公司（简称顺意房产公司）、原审第三人沈阳聚隆建筑安装工程有限公司双盈分公司（简称聚隆双盈分公司）建设工程施工合同纠纷案”
- 596 290. 违法建筑在法律上的拟制状态是应当拆除。如被拆除，则承包人在该建筑中投入的直接建筑成本就属于承包人的损失。除直接建筑成本之外，承包人的损失还有垫资（即直接建筑成本）的利息。考虑到发包人具有主要缔约过失责任，承包人也具有相应的缔约过失责任，承包人的主要损失即直接建筑成本应当由发包人承担，承包人的次要损失即垫资利息应当由承包人自行承担。发包人给付承包人工程款的方式就是支付承包人在该工程中所投入的直接建筑成本。承包人投入的直接建筑成本仅仅是材料费、人工费和机械费，不包

括税金、规费、管理费和利润等。

案例 290. 江西省赣州市中级人民法院 (2010) 赣中民一终字第 57 号“上诉人 (原审被告) 张祖海、宋祥忠与被上诉人 (原审原告) 宋和清建设工程施工合同纠纷案”

598 291. 冒用有施工资质企业承包涉案工程, 企业施工管理费并未产生, 应予扣除。

案例 291. 郴州市中级人民法院 (2015) 郴民再终字第 3 号“张万球与郴州七星大市场管理处建设工程施工合同纠纷案”

599 292. 工程款结算方式约定不明, 应通过司法鉴定确定工程造价。实际施工人以虚构的公司名义与发包人签订合同, 应承担合同无效的主要责任, 其不能取得比合同有效时更高的利益, 仅应按工程施工成本费用确定工程款, 不应计取利润、企业管理费、住房公积金和税金 (税金由发包人代扣代缴), 应计入工程款的费用包括直接费用、社会保障费、意外伤害保险。

案例 292. 河南省高级人民法院 (2015) 豫法民三终字第 46 号“李开玉与河南广华置业有限公司建设工程施工合同纠纷案”

600 293. 在双方当事人对工程结算方式没有明确约定的情况下, 应当按照国家定额标准结算相应价款。同时, 由于实际施工人为不具备相应施工资质的个人, 故在按定额计取工程造价时, 不应当计取因施工企业资质而计取的相应费用, 如规费、企业管理费、计划利润、税金等间接费。因此, 在当事人没有约定的情况下, 仅计取工程的人工、材料、机械费用, 既不违反法律规定, 亦属客观公平。

案例 293. 江苏省高级人民法院 (2014) 苏民终字第 0106 号“左加伟与中交二公局第一工程有限公司建设工程施工合同纠纷案”

●●● 类型三、合同无效, 应计取管理费 ●●●

601 294. 根据《建设工程造价鉴定规程》的规定: “管理费和利润的风险由承包人全部承担”, 实际施工人是管理费的承担者和利润的获得者, 造价报告书中的管理费和利润不应扣减。

案例 294. 泰州市中级人民法院 (2016) 苏 12 民终 394 号“何长平、何长进与宿迁市洋河建筑安装工程有限公司、江苏华煜房地产开发有限公司建设工程施工合同纠纷案”

602 295. 合同无效, 约定的结算方式又不能适用, 由于承包人不具备相应建筑企业资质, 不应按照具有相应资质企业的标准计算管理费, 而应按照个人承包标准计算。

案例 295. 最高人民法院 (2013) 民提字第 77 号“四川省邛崃市川康建筑工程有限责任公司、四川省邛崃市川康建筑工程有限责任公司西藏分公司与西藏世邦投资有限责任公司建设工程施工合同纠纷案”

第 3 节 无效合同的利润计取

——合同没有效，利润应计否？（工程利润）

●●● 类型一、合同无效，参照合同约定计算工程价款 ●●●

- 609 296. 双方合同约定“工程结算给直接费用，不取费”，发包人在支付涉案工程款时可以依据合同约定对工程价款的间接费（含劳保基金）、利润予以扣除。
案例 296. 宁夏回族自治区高级人民法院（2014）宁民终字第 48 号“王跃武与宁夏东辰房地产开发有限公司建设工程施工合同纠纷案”
- 610 297. 建设工程的价值是建设工程的完整造价。如合同无效，承包人只能主张直接费和间接费，则其融入建筑工程产品当中的利润及税金就被发包人获得。发包人依据无效合同取得了承包人应得的利润，对承包人而言有失公平。参照合同约定确定工程款数额符合签约时当事人的真实意思，有利于平衡双方的利益关系。
案例 297. 新疆维吾尔自治区高级人民法院（2014）新民一终字第 5 号“上诉人（原审被告）中铁二十一局集团有限公司与被上诉人（原审原告）李亿民、原审被告中铁二十一局集团第一工程有限公司建设工程施工合同纠纷案”
- 611 298. “参照合同约定支付工程价款”并不意味着发包人可以按照扣除利润、管理费后的成本价格支付工程款，若发包人按扣除利润、管理费后的成本价格支付工程款给承包人，实际上是发包人因其违法行为而获得了利益，这与无效合同的处理原则相悖。
案例 298. 绍兴市中级人民法院（2016）浙 06 民终 809 号“浙江八汇建筑有限公司与荣森控股集团有限公司、浙江天洋控股集团房地产开发有限公司等建设工程施工合同纠纷案”
- 611 299. 合同无效，工程款应参照双方合同约定认定。发包人认为合同无效，只应支付承包人发生的直接费用，对工程间接费、利润、税金等不应支付的理由缺乏法律依据，不予支持。
案例 299. 河南省高级人民法院（2013）豫法民三终字第 4 号“灵宝市灵大房地产开发有限责任公司与河南天河建设工程有限公司建设工程施工合同纠纷案”
- 612 300. 如果合同无效，承包人只能主张合同约定价款中的直接费和间接费，则承包人融入建筑工程产品中的利润和税金就被发包人获得。发包人依据无效合同取得了承包人应当得到的利润，这与无效合同的处理原则不符，即使双方协议无效，发包人也应参照合同的约定支付工程款。
案例 300. 江苏省苏州市中级人民法院（2012）苏中民终字第 1187 号“上诉人（原审被告）吴江市林达环保科技有限公司与被上诉人（原审原告）郑云平、朱雪春建设工程施工合同纠纷案”

●●● 类型二、合同无效，不应计取利润 ●●●

- 614 301. 合同无效，按工程造价鉴定报告中不收费工程造价补偿。
案例 301. 辽宁省沈阳市中级人民法院（2008）沈中民二终字第 779 号“上诉人（原审原告）孙瑞涛与上诉人（原审被告）沈阳顺意福莱英房地产开发有限公司（简称顺意房产公司）、原审第三人沈阳聚隆建筑安装工程有限公司双盈分公司（简称聚隆双盈分公司）建设工程施工合同纠纷案”
- 615 302. 违法建筑在法律上的拟制状态是应当拆除。如被拆除，则承包人在该建筑中投入的直接建筑成本就属于承包人的损失。除直接建筑成本之外，承包人的损失还有垫资（即直接建筑成本）的利息。考虑到发包人具有主要缔约过失责任，承包人也具有相应的缔约过失责任，承包人的主要损失即直接建筑成本应当由发包人承担，承包人的次要损失即垫资利息应当由承包人自行承担。发包人给付承包人工程款的方式就是支付承包人在该工程中所投入的直接建筑成本。承包人投入的直接建筑成本仅仅是材料费、人工费和机械费，不包括税金、规费、管理费和利润等。
案例 302. 江西省赣州市中级人民法院（2010）赣中民一终字第 57 号“上诉人（原审被告）张祖海、宋祥忠与被上诉人（原审原告）宋和清建设工程施工合同纠纷案”
- 618 303. 实际施工人以虚构的公司名义与发包人签订合同，应承担合同无效的主要责任，其不能取得比合同有效时更高的利益，仅应按工程施工成本费用确定工程款，不应计取利润、企业管理费、住房公积金和税金（税金由发包人代扣代缴），应计入工程款的费用包括直接费用、社会保障费、意外伤害保险。
案例 303. 河南省高级人民法院（2015）豫法民三终字第 46 号“李开玉与河南广华置业有限公司建设工程施工合同纠纷案”
- 619 304. 在双方当事人对工程结算方式没有明确约定的情况下，应当按照国家定额标准结算相应价款。同时，由于实际施工人为不具备相应施工资质的个人，故在按定额计取工程造价时，不应当计取因施工企业资质而计取的相应费用，如规费、企业管理费、计划利润、税金等间接费。因此，在当事人没有约定的情况下，仅计取工程的人工、材料、机械费用，既不违反法律规定，亦属客观公平。
案例 304. 江苏省高级人民法院（2014）苏民终字第 0106 号“左加伟与中交二公局第一工程有限公司建设工程施工合同纠纷案”

●●● 类型三、无效合同约定的结算方式在不能适用的情况下，利润视为合同无效导致的损失。根据过错情况、案件事实酌定各自负担比例 ●●●

- 620 305. 无效合同约定的结算方式在不能适用的情况下，无法在案涉工程造价和成本费用的差

额中具体区分规费和利润的数额，故只能将其视为案涉合同无效导致的损失。根据《中华人民共和国合同法》第五十八条的规定，根据双方当事人对合同无效的过错情况和相关案件事实，酌定各自负担比例。

案例 305. 最高人民法院（2013）民提字第 77 号“四川省邛崃市川康建筑工程有限责任公司、四川省邛崃市川康建筑工程有限责任公司西藏分公司与西藏世邦投资有限责任公司建设工程施工合同纠纷案”

●●● 类型四、无效合同，也应计取利润 ●●●

621 306. 根据《建设工程造价鉴定规程》的规定：“管理费和利润的风险由承包人全部承担”。实际施工人是管理费的承担者和利润的获得者，在工程款中不应核减管理费和利润。

案例 306. 泰州市中级人民法院（2016）苏 12 民终 394 号“何长平、何长进与宿迁市洋河建筑安装工程有限公司、江苏华煜房地产开发有限公司建设工程施工合同纠纷案”

●●● 类型五、合同无效，利润可由建设主管行政部门予以收缴 ●●●

622 307. 实际施工人挂靠有资质的施工单位施工的，定额利润不予支持，建设主管行政部门可予以收缴。

案例 307. 江苏省高级人民法院（2015）苏民终字第 00541 号“扬州良国房地产开发有限公司与汤时庆、江苏天宇建设集团有限公司建设工程施工合同纠纷案”

第 4 节 发包人计价权利行使

——合同没有效，依约来计价？（价款计算）

624 308. 建设工程施工合同无效但工程竣工验收合格，承包人可以请求参照合同约定支付工程款，不是赋予承包人选择参照合同约定结算或者据实结算的权利，发包人同样可以主张参照合同约定支付工程款，除非双方另行协商一致同意以合同约定的结算方式以外的其他方式进行结算。

案例 308. 江苏省高级人民法院（2014）苏民终字第 0047 号“王爱根与沐阳县和城房地产开发有限公司、宿迁市象山建筑工程有限公司建设工程施工合同纠纷案”

625 309. 《最高人民法院关于审理建设工程施工合同司法解释》第二条确立了建设工程施工合同无效，但建设工程竣工验收合格时的折价补偿原则，即“参照合同约定支付工程价款”，该条既未赋予承包人选择参照合同约定或者定额标准进行结算的权利，也非将请求参照合同约定支付工程价款的权利主体局限于承包人，根据该条规定的精神，发包人也可以

请求参照合同约定支付工程价款。根据诚实信用的原则，除非当事人另行协商一致同意按照定额标准据实结算，否则，一般应当参照合同约定支付工程价款。

案例 309. 最高人民法院（2014）民提字第 00016 号“长春永信集团汽车贸易有限公司与长春建工集团吉源建设股份有限公司建设工程施工合同纠纷案”

626 310. 施工合同司法解释并未规定只有承包人请求参照合同约定支付的情况下才能参照适用，即该司法解释并不是对承包人的单独赋权性规定。据此，原审法院依据双方施工合同的约定结算工程款，有事实和法律根据。

案例 310. 最高人民法院（2013）民申字第 1101 号“天水市秦州区第四建筑工程公司与天水宝鼎房地产开发有限公司建设工程施工合同纠纷案”

627 311. 合同无效，应参照合同约定支付工程价款。

案例 311. 吉林省高级人民法院（2014）吉民一终字第 27 号“仲崇金与江苏万象建工集团有限公司、江苏鼎大建筑安装工程有限责任公司吉林市分公司、苏长之建设工程施工合同纠纷案”

第 5 节 无效合同的违约条款

——合同没有效，违约金计否？（违约条款）

●●● 类型一、合同无效，约定的违约金不应计取 ●●●

630 312. 合同无效，违约金的约定亦因合同无效而不应支持。

案例 312. 内蒙古自治区高级人民法院（2014）内民一终字第 00142 号“陕西联腾建工集团有限公司与呼和浩特市富邦新技术房地产开发有限责任公司建设工程施工合同纠纷案”

630 313. 无效合同关于违约金约定也无效，未能施工部分的预期利润也不属实际损失范围，不予支持。

案例 313. 重庆市高级人民法院（2014）渝高法民终字第 00012 号“重庆市有益建筑劳务有限公司与重庆双湖机电设备有限公司、咸阳第一建筑工程有限公司建设工程施工合同纠纷案”

631 314. 依据无效合同主张违约金于法无据。

案例 314. 青海省高级人民法院（2013）青民一终字第 35 号“江苏伟业建设集团有限公司与西宁华远建筑劳务有限公司建设工程施工合同纠纷案”

- 631 315. 合同无效, 诉请解除合同并主张延误工期违约金于法无据。
案例 315. 河北省高级人民法院 (2014) 冀民一初字第 34 号 “浙江 A 建设集团与石家庄 B 投资公司建设工程施工合同纠纷案”
- 632 316. 发包人依据无效合同主张承包人支付工期延误违约金及要求赔偿损失, 不予支持。
案例 316. 陕西省高级人民法院 (2014) 陕民一终字第 00025 号 “西安市虹桥置业有限责任公司与陕西建工第三建设集团有限公司建设工程施工合同纠纷案”
- 632 317. 无效合同的后果是在当事人之间产生返还财产及赔偿损失的请求权, 不存在按有效协议追究违约责任的问题, 不能依据违约条款主张支付违约金。
案例 317. 青海省高级人民法院 (2014) 青民一终字第 64 号 “青海西部建业有限责任公司、青海居易实业集团有限公司建设工程施工合同纠纷案”
- 633 318. 合同无效, 违约金条款在对方当事人明确表示反对的情况下, 不宜以此约束双方当事人。
案例 318. 最高人民法院 (2017) 最高法民申 372 号 “再审申请人河南东锋房地产开发有限公司 (简称东锋公司) 与被申请人河南建总国际工程有限公司 (简称建总公司) 建设工程施工合同纠纷案”
- 633 319. 无效合同不适用违约金的约定, 当事人要求按照合同约定支付违约金不予支持。
案例 319. 最高人民法院 (2012) 民申字第 1375 号 “湛江市建筑工程集团公司三公司与广东省湛江市质量技术监督局及陈妃赤建设工程施工合同纠纷案”
- 634 320. 合同无效, 关于违约金的约定亦属无效, 依合同约定要求支付违约金不予支持。
案例 320. 最高人民法院 (2014) 民申字第 501 号 “武汉海源建筑工程有限公司与武汉新创建设集团有限公司建设工程施工合同纠纷案”
- 634 321. 计付违约金是以合同有效为前提的, 合同没有法律效力, 要求支付违约金的主张缺乏法律依据和合同依据。
案例 321. 浙江省高级人民法院 (2016) 浙民终 768 号 “宁波建工股份有限公司、舟山凤凰岛置业发展有限公司建设工程施工合同纠纷案”
- 类型二、合同无效, 违约金诉讼请求没有法律依据, 利息损失应予支持 ●●●
- 635 322. 合同无效, 一方主张违约金的诉讼请求没有法律依据, 但对其利息损失应予支持。
案例 322. 江苏省南京市中级人民法院 (2013) 宁民初字第 47 号 “孔某与被告南京凯盛建设集团有限公司、威海报关职业技术学校建设工程施工合同纠纷案”

- 635 323. 合同无效, 主张按合同约定支付违约金缺乏法律依据, 但应按照中国人民银行发布的同期同类贷款利率计付利息。

案例 323. 广东省江门市中级人民法院 (2013) 江中法民再字第 34 号 “江门市蓬江区建筑集团有限公司与江门市芷琳房地产有限公司建设工程施工合同纠纷案”

●●● 类型三、合同无效, 参照合同约定计算违约金 ●●●

- 636 324. 合同无效, 承包人请求参照合同约定支付工程款, 根据合同对价及民法的公平原则, 亦应参照合同约定承担合同义务, 参照双方约定的工期、违约金支付标准向发包人支付逾期竣工违约金。

案例 324. 广东省东莞市中级人民法院 (2013) 东中法民二终字第 1147 号 “吴庚先与陈堆锋、陈炳权农村建房施工合同纠纷案”

- 636 325. 合同无效, 工程价款参照合同约定计算, 相应地, 施工人逾期完工的责任, 亦应参照合同约定予以赔偿。

案例 325. 江门市中级人民法院 (2016) 粤 07 民终 8 号 “叶成秋与江门市曙光物流市场有限公司建设工程施工合同纠纷案”

●●● 类型四、合同无效, 按照过错确定违约金分担比例及数额 ●●●

- 637 326. 合同中约定的罚款性质应认定为发包方对施工方主张的违约金, 按照双方当事人对合同无效的过错, 确定分担比例及数额。

案例 326. 最高人民法院 (2017) 最高法民申 394 号 “中铁十局集团第二工程有限公司与华通路桥集团有限公司建设工程施工合同纠纷案”

第 6 节 无效合同与利息支付

——合同没有效, 利息支付否? (利息支付)

●●● 类型一、合同无效, 不应支付工程款利息 ●●●

- 640 327. 涉案合同为无效合同, 双方约定支付利息的条款无效, 按照无效合同的约定判处利息无法律依据。

案例 327. 甘肃省高级人民法院 (2014) 甘民一终字第 75 号 “临泽县沙河水利管理所与甘肃沙河建筑装饰工程有限责任公司建设工程施工合同纠纷案”

- 641 328. 实际施工人借用有资质的建筑施工企业名义承揽涉案工程, 违反了法律的强制性规定, 亦应承担相应的不利后果, 其要求支付工程欠款利息的诉讼请求, 不予支持。
案例 328. 北京市高级人民法院 (2015) 高民终字第 3654 号“贺永敏与北京市东阳建筑工程公司等建设工程施工合同纠纷案”
- 类型二、合同无效, 应支付工程款利息 ●●●
- 642 329. 欠付工程款的利息从性质上来说, 属于法定孳息的范畴, 合同无效, 发包人应当支付工程价款及利息。
案例 329. 江苏省高级人民法院 (2014) 苏民终字第 0109 号“刘建国与宿迁现代建筑工程有限公司、宜兴市兰山房地产开发有限公司沭阳分公司建设工程施工合同纠纷案”
- 643 330. 按照中国人民银行同期同类贷款利率支付利息。无效合同中约定的利息条款无效, 但发包人存在拖欠工程款事实, 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》第十七条规定, 按照没有约定支付利息的情形, 按照中国人民银行同期同类贷款利率支付利息。
案例 330. 陕西省高级人民法院 (2014) 陕民一终字第 00080 号“重庆市新蓝湾房地产开发有限公司与白河城投建筑建材有限公司、徐争明、李勋勇、李功长、徐涛、胡承波、李军、周继勇、闰书礼、杨吉兵建设工程施工合同纠纷案”
- 643 331. 合同无效, 承包人主张违约金没有法律依据, 但对其利息损失应予支持, 按中国人民银行同期贷款利率计算。
案例 331. 江苏省南京市中级人民法院 (2013) 宁民初字第 47 号“孔某与被告南京凯盛建设集团有限公司、威海报关职业技术学校建设工程施工合同纠纷案”
- 644 332. 按合同约定计算工程款利息。《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》第二条规定“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”, 这不仅包括工程价款的计价方式, 还应包括工程款的支付时间及未按期支付计算损失的标准等约定。
案例 332. 珠海市中级人民法院 (2015) 珠中法民三终字第 347 号“吴买旺与珠海市斗门区白蕉镇竹洲村经济合作联社、珠海市斗门区白蕉镇丰洲村民委员会建设工程施工合同纠纷案”
- 645 333. 工程价款利息并非违约金而系法定孳息, 无论合同是否有效, 施工方基于其工程款请求权均有权主张利息损失。
案例 333. 最高人民法院 (2013) 民申字第 1947 号“深圳市国远船务工程有限公司与福建省顺达航道疏浚工程有限公司、广西北部湾国际港务集团有限公司、中国水产广州建港工

程公司航道疏浚合同纠纷案”

- 646 334. 合同约定的利息计算标准因合同无效而无效，但鉴于欠付工程款所产生的利息属工程款的法定孳息，按照中国人民银行规定的同期基准贷款利率计付利息。

案例 334. 海南省高级人民法院（2014）琼环民终字第 10 号“琼华装饰工程有限公司与临高县人民政府建设工程施工合同纠纷案”

- 646 335. 合同无效，利息应予支付。

案例 335. 最高人民法院（2014）民申字第 501 号“武汉海源建筑工程有限公司与武汉新创建设集团有限公司建设工程施工合同纠纷案”

- 647 336. 在合同被确认无效的情况下，利息损失应以中国人民银行发布的同期同类贷款利率为标准计算。

案例 336. 河南省高级人民法院（2015）豫法民二终字第 223 号“河南省广厦建设工程有限公司与河南省实验中学建设工程施工合同纠纷案”

- 648 337. 合同虽无效，但承包人已将建设工程交付发包人使用多年，已全部履行完毕合同义务，但其工程价款多年未予受偿，从而产生利息损失。发包人对建设工程施工合同无效具有较大的过错，对于承包人所受利息损失应当予以赔偿，该利息损失应以中国人民银行发布的同期同类贷款利率为标准。

案例 337. 河南省高级人民法院（2015）豫法民二终字第 223 号“河南省广厦建设工程有限公司与河南省实验中学建设工程施工合同纠纷案”

●●● 类型三、合同无效，利息各半承担 ●●●

- 649 338. 合同无效双方皆有过错，应当各自承担相应的责任，基于公平原则，宜按双方约定利息标准的一半进行计算。

案例 338. 信阳市中级人民法院（2014）信中法民终字第 1952 号“光山县宏源建筑工程公司与光山县惠农粮油购销有限公司建设工程施工合同纠纷案”

●●● 类型四、合同无效，公平原则酌情平衡当事人利益 ●●●

- 650 339. 无效合同约定的利息不具约束力，依公平原则酌情平衡当事人利益。

案例 339. 最高人民法院（2015）民申字第 581 号“再审申请人四川堂宏实业集团有限公司（简称堂宏集团公司）、四川堂宏实业集团有限公司房地产开发分公司（简称堂宏房地产分公司）与被申请人牟三青、四川鑫玛建设有限公司（简称鑫玛建设公司）建设工程施工合同纠纷案”

第 7 节 无效合同的定金条款

——合同没有效，定金双倍还？（定金效力）

- 651 340. 合同无效，定金条款也无效，不应双倍返还。判决返还定金，并按中国人民银行同期定期存款利率支付利息。
案例 340. 北京市高级人民法院（2011）高民再终字第 8 号“北京燕京汽车厂与北京贝伦钢结构有限责任公司建设工程施工合同纠纷案”
- 652 341. 合同无效，为确认和落实该无效合同定金条款而签订的协议也当然无效。
案例 341. 最高人民法院（2013）民提字第 49 号“武汉市十建集团有限公司与信阳万家灯火实业有限公司、于涛建设工程施工合同纠纷案”
- 653 342. 合同无效，主张依约适用定金罚则和违约金条款不予支持。
案例 342. 最高人民法院（2014）民申字第 399 号“江苏浩辉建筑工程有限公司与浙江申盛建筑工程有限公司建设工程施工合同纠纷案”

第 8 节 担保合同的效力认定

——合同没有效，担保也无效？（履约担保）

- 656 343. 《施工合同》系无效合同，主合同无效，作为从合同的抵押合同亦无效，承包人基于无效合同的约定内容主张房屋抵押权，依法不能获得支持。
案例 343. 最高人民法院（2013）民一终字第 12 号“福建融港侨装饰设计工程有限公司与新疆天山实业发展有限公司建筑装饰工程施工合同纠纷案”
- 657 344. 履约担保合同是建设工程施工合同的从合同，建设工程施工合同由于承、发包双方串标无效，导致担保合同无效，担保人没有过错，不承担保证责任。
案例 344. 河南省高级人民法院（2016）豫民终 222 号“平顶山美邦房地产开发有限公司与河南嘉泰工程担保有限公司建设工程施工合同纠纷案”
- 658 345. 担保人原系案涉工程的建设方，对于涉案无效工程合同的缔结及为无效合同提供担保有明显过错，应承担不超过发包人不能清偿部分的三分之一的责任，承包人主张担保人承担连带责任及担保人主张不承担责任，均没有法律依据，不予支持。
案例 345. 最高人民法院（2016）最高法民终 687 号“江苏省金陵建工集团有限公司与沛县汉之源商贸有限公司、沛县国有资产经营有限公司等建设工程施工合同纠纷案”

- 659 346. 案涉建设工程施工合同无效，且机关法人不具备为工程合同提供担保的主体资格，其所作担保承诺自始无效，根据其过错程度，判令其承担不超过发包人不能清偿部分的二分之一的责任。

案例 346. 最高人民法院（2016）最高法民终 687 号“江苏省金陵建工集团有限公司与沛县汉之源商贸有限公司、沛县国有资产经营有限公司等建设工程施工合同纠纷案”

第 9 节 无效合同的损失赔偿

——合同没有效，损失如何赔？（损失赔偿）

●●● 类型一、合同无效，可得利益损失不予赔偿 ●●●

- 665 347. 合同无效，一方当事人因此受到的损失应以实际发生为限，不应赔偿期待利益。
案例 347. 最高人民法院（2015）民四终字第 30 号“肇东鹏程房地产开发有限责任公司、汇聚投资有限公司与江苏省苏中建设集团股份有限公司建设工程施工合同纠纷案”

- 666 348. 当事人签订的协议为无效协议，主张可得利益损失缺乏事实依据和法律依据，不予支持。
案例 348. 最高人民法院（2014）民一终字第 311 号“江苏省第一建筑安装股份有限公司与呼和浩特市牧王房地产开发有限责任公司、内蒙古创世达商业建设有限公司建设工程施工合同纠纷案”

- 666 349. 合同无效，承包人主张可得利益损失不予支持。
案例 349. 新疆维吾尔自治区高级人民法院（2013）新民一终字第 245 号“聊城市黄河工程局、陈李奇与和田地区吉音水利枢纽工程建设管理局建设工程施工合同纠纷案”

●●● 类型二、合同无效，适用缔约过失原则，赔偿范围为信赖利益损失，包括直接损失和间接损失 ●●●

- 667 350. 没有资质的实际施工人借用有资质的建筑施工企业名义签订的建设工程施工合同无效，给当事人造成损失的，当事人要求赔偿的损失当然不能再基于合同约定，其法理依据为缔约过失损害赔偿请求权，应适用缔约过失责任。缔约过失责任的赔偿范围为信赖利益的损失，包括直接损失和间接损失，根据双方的过错程度进行承担。
案例 350. 重庆市第一中级人民法院（2007）渝一中法民终字第 1252 号“重庆丽桥房地产开发有限公司诉邻水县恒升工程建设有限责任公司建设工程施工合同纠纷案”

- 668 351. 案涉建设工程施工合同均无效，应依缔约过失责任判定双方责任、确定赔偿范围、计付损失数额。
案例 351. 甘肃省高级人民法院（2015）甘民一终字第 87 号“上诉人金昌市隆凯建筑安装有限公司与被上诉人金昌富云商贸运输有限公司建设工程施工合同纠纷案”
- 类型三、合同无效，合理损失按过错分担●●●
- 669 352. 实际施工人因履行无效施工合同所遭受的合理损失应根据双方的过错程度确定与承担。
案例 352. 河南省高级人民法院（2010）豫法民一终字第 130 号“黄真银与金鑫洛阳房地产开发有限公司（简称金鑫公司）及上海龙海建筑安装工程工程有限公司（简称龙海公司）建设工程施工合同纠纷案”
- 类型四、合同无效，损失赔偿主张不予支持●●●
- 670 353. 合同无效，承包人主张因发包人、担保人的过错导致其产生重大损失，但未提供证明其损失的证据，故其要求赔偿实际损失的请求不予支持。
案例 353. 最高人民法院（2016）最高法民终 687 号“江苏省金陵建工集团有限公司与沛县汉之源商贸有限公司、沛县国有资产经营有限公司等建设工程施工合同纠纷案”
- 671 354. 合同无效，发包人未能提供有效证据证明损失已经实际发生，主张由承包人承担赔偿责任不予支持。
案例 354. 最高人民法院（2017）最高法民申 328 号“四川省第一建筑工程公司与成都双流新兴建材有限公司、彭俊鑫建设工程施工合同纠纷案”
- 672 355. 承、发包双方对合同无效均有过错，承包人要求发包人赔偿其经济损失不予支持。
案例 355. 山东省高级人民法院（2016）鲁民终 284 号“山东魏桥创业集团有限公司与光大国际建设工程总公司建设工程施工合同纠纷案”
- 类型五、合同无效，赔偿范围的认定●●●
- 673 356. 合同无效，当事人的租金及材料损失、人员工资应予赔偿。
案例 356. 重庆市高级人民法院（2014）渝高法民终字第 00012 号“重庆市有益建筑劳务有限公司与重庆双湖机电设备有限公司、咸阳第一建筑工程有限公司建设工程施工合同纠纷案”
- 675 357. 实际施工人应当知道合同已存在可能履行不能的情况下，没有采取适当措施致使损失

扩大，对于扩大的损失不得要求赔偿。

案例 357. 河南省高级人民法院 (2010) 豫法民一终字第 130 号“黄真银与金鑫洛阳房地产开发有限公司（简称金鑫公司）及上海龙海建筑安装工程有限公司（简称龙海公司）建设工程施工合同纠纷案”

675 358. 合同无效，承包人因逾期竣工导致发包人向第三方赔偿，承包人对此应承担赔偿责任。

案例 358. 最高人民法院 (2016) 最高法民终 736 号“远海建工（集团）有限公司与新疆厚德置业有限公司哈密分公司建设工程施工合同纠纷案”

676 359. 建设工程施工合同无效，并不影响承包人因履行该合同所应承担的损失赔偿责任及已经结算确认的损失赔偿数额的效力。

案例 359. 江苏省高级人民法院 (2015) 苏审二民申字第 00091 号“陶学年与孙宏枝、盐城可理斯机械制造有限公司等建设工程施工合同纠纷案”

第 10 节 无效合同的价款计算

——合同没有效，如何来计价？（参照约定）

683 360. 合同无效，但经竣工验收合格，应当参照合同约定计算工程价款。承包人不应当获得比合同有效时更多的利益，要求据实结算，不予支持。

案例 360. 最高人民法院 (2011) 民提字第 235 号“莫志华、深圳市东深工程有限公司与东莞市长富广场房地产开发有限公司建设工程合同纠纷案”

684 361. 合同无效，不应据实结算，应参照合同约定进行计价。据实结算，会导致当事人因无效合同获得额外利益，除非当事人另行协商一致达成新的结算合意，否则，均应当参照合同约定进行结算。

案例 361. 最高人民法院 (2013) 民提字第 59 号“济南市历城区建筑安装工程公司、济南市历下区城乡基础建设工程处与济南市历城区建筑安装工程公司第十分公司、济南市历城区城市建设综合开发公司建设工程施工合同纠纷案”

686 362. 废止计价文件的文件不属于法律和行政法规，无效合同约定适用废止的计价文件，应按约定执行。

案例 362. 陕西省高级人民法院 (2016) 陕民终 283 号“大秦建设集团有限责任公司与陕西西安诚房地产开发有限公司建设工程施工合同纠纷案”

- 687 363. 合同无效，建设工程施工合同与中标通知书约定了不同的让利点，参照合同约定，考虑建筑市场融资情况等因素，行使自由裁量权，折中酌定让利点。
案例 363. 最高人民法院（2017）最高法民申 372 号“再审申请人河南东锋房地产开发有限公司（简称东锋公司）与被申请人河南建总国际工程有限公司（简称建总公司）建设工程施工合同纠纷案”
- 688 364. 合同无效，案涉工程规模较大，在双方当事人既未对已完工程的工程量和质量进行确认，也未对工程价款进行合意结算的情况下，从化解矛盾、维护社会稳定的实际情况出发，对发包人要求承包人撤场的诉讼请求不予支持，待相关条件成就后，可再基于无效合同就撤场的问题另行协商或者诉讼解决。
案例 364. 重庆市高级人民法院（2013）渝高法民终字第 00142 号“重庆双湖机电设备有限公司与咸阳第一建筑工程有限公司建设工程施工合同案”
- 688 365. 案涉《施工合同》和《补充协议》均无效，不影响承包人请求按照合同约定及结算结果要求发包人支付工程价款。
案例 365. 重庆市高级人民法院（2012）渝高法民终字第 00149 号“重庆市康德实业（集团）有限公司、重庆正轩房地产开发有限公司与中国建筑第二工程局有限公司西南分公司建设工程施工合同纠纷案”

第四章 实际施工人的权利救济

第 1 节 实际施工人认定标准

——实际施工人，如何来认定？（认定标准）

●● 类型一、构成实际施工人的情形 ●●

- 695 366. 建设工程施工合同纠纷案件中的实际施工人一般是指在建设工程中最终实际投入资金、材料和劳力等并承担具体施工义务的民事主体。关于自发包人向下追溯至实际施工人应为三个层次的主张，缺乏法律依据而且与建筑市场的客观现状不符，不能成立。
案例 366. 天津市高级人民法院（2014）津高民一终字第 0002 号“天津市宝孚建筑服务有限公司、中交一航局第四工程有限公司、天津滨海新区投资控股有限公司与张生、张立生建设工程分包合同纠纷案”
- 696 367. 建设工程施工合同约定的内容不能作为认定实际施工人的唯一证据，应结合建设工程施工合同履行过程中形成的各种合同、收付款凭证、技术文件等资料进行综合判断。
案例 367. 最高人民法院（2011）民提字第 104 号“齐河环盾钢结构有限公司与济南永君物

资有限责任公司建设工程施工合同纠纷案”

- 697 368. 承包工程后直接转包, 只收取固定数额管理费, 不负责工程投入, 构成转包关系。
案例 368. 新疆维吾尔自治区高级人民法院 (2013) 新民一终字第 183 号“上诉人 (一审原告) 罗伟与上诉人 (一审被告) 伊犁师范学院奎屯校区、上诉人 (一审被告) 新疆铁龙建筑工程有限公司、被上诉人 (一审被告) 伊犁师范学院建设工程施工合同纠纷案”
- 698 369. 以承包人项目经理的身份进行施工, 向承包人交纳管理费, 不是承包人的职工, 构成违法转包, 是实际施工人, 具有原告主体资格。
案例 369. 山东省济南市中级人民法院 (2013) 济民五终字第 559 号“上诉人 (原审原告) 张继东与被上诉人 (原审被告) 济南汇富建设开发集团有限公司、山东华泉建筑安装工程有限公司建设工程施工合同纠纷案”
- 698 370. 以有施工资质企业委托代理人的身份签订施工合同, 自行组织人员、自行筹集资金垫款施工, 从竞标投标、组织人员到实际施工的各个环节均实际参与, 可以认定借用企业资质承揽工程并进行施工, 应认定其是工程实际施工人。
案例 370. 最高人民法院 (2013) 民申字第 1111 号“大连圣达科建集团有限公司与大连裕乾矿山冶金机械厂、王斌建设工程施工合同纠纷案”
- 699 371. 挂靠、借用资质, 对工程全额投资、自主组织施工、独立核算、自负盈亏者, 应将其认定为实际施工人。
案例 371. 最高人民法院 (2013) 民一终字第 100 号“满洲里市扎赉诺尔宏基城市基础设施投资开发与聂绮、中国内蒙古森林工业集团森天建设有限公司建设工程施工合同纠纷案”
- 700 372. 分包人有理由相信作为涉案工程项目经理有权代表承包人与其签订《分包协议书》, 并向法院提交了承包人向项目经理出具的法人委托书以及案涉工程施工资料原件等证据, 能够认定其是涉案工程的实际施工人。
案例 372. 最高人民法院 (2016) 最高法民申 288 号“贺永敏与北京市东阳建筑工程公司、保利 (北京) 房地产开发有限公司建设工程施工合同纠纷案”
- 702 373. 承包人将其承包的工程以内部承包的形式非法转包给不具备施工资质的自然人, 该自然人应为实际施工人, 其有权向发包人主张欠付的工程款。
案例 373. 陕西省高级人民法院 (2013) 陕民一终字第 00093 号“张俊成、陕西大华实业集团有限公司与陕西华山建设有限责任公司、汉中市圣元建筑工程有限责任公司建设工程施工合同纠纷案”

- 703 374. 实际施工人是指非法转包或违法分包等无效施工合同的相对人，不是指合法的建设工程施工合同当事人，也不是指具体从事施工劳务的建筑工人。
案例 374. 最高人民法院（2016）最高法民再 270 号“长春北方建筑工程公司与翟淑芹等建设工程施工合同纠纷案”
- 705 375. 承包人通过签订《内部承包协议》将工程违法分包给没有建设工程施工资质的自然人，该自然人持有案涉工程的全套技术资料、财务账簿、工程预决算资料、施工签证及项外签证等，并提供了购买建筑材料的协议、欠据、收据等，证明其对案涉工程进行了施工，应认定其为实际施工人。
案例 375. 最高人民法院（2016）最高法民再 271 号“张玉德与长春北方建筑工程公司建设工程施工合同纠纷案”
- 707 376. 承包人承包工程后将合同项下的主要权利义务概括转移给第三人，仅收取相应管理费而不承担承建工程产生的所有经济利益，债权债务均由第三人承担，该第三人应为实际施工人。
案例 376. 汕尾市中级人民法院（2017）粤 15 民终 9 号“邓芝华、余文忠与海丰县和荣贸易有限公司 深圳市宝安建筑工程有限公司建设工程施工合同纠纷案”
- 708 377. 建设工程经数次转包后，实际投入资金、材料和劳力进行工程施工的个人，符合实际施工人的认定条件。
案例 377. 阆中市人民法院（2016）川 1381 民初 2467 号“郭齐贵、丁勇、李加玉与华鸿建设集团有限公司、四川天泽投资有限公司建设工程施工合同纠纷案”
- 708 378. 通过对讼争工程施工关键证据的分析，比对确定证据优势，认定实际施工人。
案例 378. 福建省高级人民法院（2014）闽民终字第 89 号“苏建勇、福建省泷澄建设集团有限公司与福建发现传媒科技有限公司等建设工程施工合同纠纷案”
- 711 379. 提供了银行证明、现金支票、转账支票等证据，证明其控制项目部的财务收入与支出管理，且签发或签批报销项目部负责人工资、节日补贴、出差报销等款项，持有诉争工程的《建设工程施工合同》原件、施工图纸、与各施工班组签订的分包协议、供货协议、材料支付款凭证等证据，可证明其实际履行承建诉争工程的各种义务，应为实际施工人。
案例 379. 最高人民法院（2013）民申字第 231 号“福建省利恒建设工程有限公司与福建省仙游县世和房地产开发有限公司建设工程施工合同纠纷案”
- 714 380. 实际施工人通常指无效建设工程施工合同的承包人，包括转承包人、违法分包人、挂靠人等。涉案工程无论是挂靠人还是被挂靠人没有进行实际施工，而是进行了违法分包，由违法分包人提供人力、材料、资金，全面实际履行了建设工程施工合同，故违法分包人

的实际施工人身份应予确认。

案例 380. 江苏省高级人民法院 (2016) 苏民终 460 号“田文华、杨志华与中建七局安装工程有限责任公司建设工程施工合同纠纷案”

●●● 类型二、不构成实际施工人的情形 ●●●

714 381. 承接非法转包工程后又肢解分包的，其非实际施工人，不能主张发包人向其承担直接付款责任。

案例 381. 天津市高级人民法院 (2014) 津高民一终字第 0015 号“天津瑞森建筑安装工程有限公司、天津住宅建设发展集团有限公司与天津工业大学建设工程施工合同纠纷案”

715 382. 未提供证据证实对工程实际垫资和投入，也未能证明对工程施工的实际管理和组织，且全部工程施工签证材料中没有一处有其签名或能显示施工与其有关联，主张自己是实际施工人证据不充分。

案例 382. 江西省高级人民法院 (2013) 赣民一终字第 155 号“吴相国与内蒙古创隆房地产开发集团有限责任公司、海力建设集团有限公司建设工程施工合同纠纷案”

716 383. 双方当事人都不能充分证明自己所主张的事实，依据案件事实及自由心证，判断一方证据优势是否达到高度盖然性标准。

案例 383. 辽宁省沈阳市中级人民法院 (2013) 沈中审民终再字第 166 号“佟延吉与沈阳市铁西区翟家镇东胜村民委员会建设工程施工合同纠纷案”

717 384. 合法的劳务分包人不属于实际施工人。“实际施工人”系针对承包人非法转包、违法分包建设工程，或者没有资质的施工主体，借用他人名义签订建设工程施工合同的情形。合法的劳务分包关系不属于违法分包，不适用实际施工人的规定。

案例 384. 最高人民法院 (2014) 民一终字第 84 号“四川博宇建筑劳务有限公司与中国水利水电第十四工程局有限公司、中国水电建设集团路桥工程有限公司、贵广铁路有限公司劳务（雇佣）合同纠纷案”

718 385. 未能提供存在转包关系的相关协议，亦未能提供有效证据证明其对涉案工程独自投入资金，主张其是实际施工人不予支持。

案例 385. 最高人民法院 (2016) 最高法民申 2163 号“九冶建设有限公司与喻建方、咸阳科通信息技术有限公司等建设工程施工合同纠纷案”

718 386. 实际施工人应承担自己为实际施工人主体地位的举证责任，证明建设施工合同存在非法转包、违法分包、借用有施工资质的企业名义承揽建设工程无效情形及双方达成合意的合同等。

案例 386. 最高人民法院（2014）民申字第 737 号“佟延安与沈阳双兴建设集团有限公司、沈阳双兴建设集团华鹏建筑工程有限公司等建设工程施工合同纠纷案”

720 387. 承包人委托代理人不能提供证据证明挂靠或借用建筑企业资质进行施工，亦未提供证据证实自行组织人员、自行筹集资金施工，其以实际施工人身份主张权利，非适格原告，裁定驳回起诉。

案例 387. 山东省高级人民法院（2016）鲁民终 2001 号“刘强与威海博奥房地产开发有限公司、威海冠发置业有限公司等建设工程施工合同纠纷案”

722 388. 发包人主张涉案工程存在实际施工人借用资质的情形，应承担相应的举证责任。发包人仅提供了其曾将工程款汇至个人账户的证据，不足以证实涉案工程存在实际施工人借用资质施工的情形，故对其主张涉案合同无效以及要求追加实际施工人参加诉讼的理由不予支持。

案例 388. 江苏省高级人民法院（2013）苏民终字第 0230 号“中城建第六工程局集团有限公司与苏州东方威尼斯置业有限公司建设工程合同纠纷案”

723 389. 合同关系不同于其他民事法律关系的特点在于合同的相对性。合同关系的相对性是合同规则和合同制度赖以建立的基础和前提，也是合同立法和审判实践必须遵循的一项重要原则。依据该原则，只有合同当事人可以就合同起诉和被告。建设工程施工合同中，依据承包人的意思表示从事负责施工管理的项目负责人不是法律规定的实际施工人，其不能对工程款享有独立请求权，同理，发包人支付给项目负责人的工程款，也不能视为向承包人支付的工程款。

案例 389. 最高人民法院（2009）民一终字第 75 号“黑龙江省 A 建筑工程有限公司与哈尔滨 B 医院及第三人刘某某建设工程施工合同纠纷案”

第 2 节 发包人义务主体认定

——发包人范围，如何来认定？（义务主体）

●●●类型一、“发包人”不仅指工程建设方，还包括工程转包人、违法分包人●●●

745 390. 工程经过多次转包、分包，前者相对于后者均相当于《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》第二十六条第二款规定的发包人，前者均应在欠付工程款范围内承担责任。

案例 390. 江苏省泰州市中级人民法院（2013）泰中民四终字第 0580 号“中建一局华江建设有限公司与高民兵、中国建筑一局（集团）有限公司、江苏万丰建筑安装工程公司建设

工程施工合同纠纷案”

- 746 391. 发包人对诉争工程存在转包、分包事实清楚,对实际施工人的施工事实予以默认,应在欠付工程款范围内对实际施工人承担付款责任。名义总承包人相对转包人、实际施工人而言系处于诉争工程发包人地位,应在欠付工程款范围内对实际施工人承担责任。
- 案例 391. 湖北省高级人民法院(2016)鄂民终 565 号“余国林与中国建筑第七工程局有限公司等建设工程施工合同纠纷案”

●●●类型二、“发包人”仅指工程建设方,不包括工程转包人、违法分包人●●●

- 747 392. 从《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》的整个规定来看,发包人的概念是统一的,第二十六条所指的“发包人”是工程建设方,不包括工程转包人、分包人。
- 案例 392. 四川省高级人民法院(2014)川民提字第 452 号“四川景安投资有限公司与曹某、叶某、成都明都建筑工程有限责任公司、陈某建设工程施工合同纠纷案”
- 748 393. 承包人和违法转包人不属《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》第二十六条第二款规定的发包人,实际施工人主张其在欠付工程款范围内承担连带责任,不符合法律规定,不予支持。
- 案例 393. 最高人民法院(2016)最高法民再 31 号“蒲旭与代江林、余义平等建设工程分包合同纠纷案”

第 3 节 发包人承担责任情形

——合同相对性,能否被突破?(权利行使)

●●●类型一、实际施工人可以向发包人(业主)主张权利●●●

- 755 394. 因欠付工程款利息属法定孳息,与本金之间具有随附性,发包人、转包人迟延履行付款义务,实际施工人要求其给付工程款利息的请求应予支持,原二审判决发包人只对拖欠工程款承担连带清偿责任,却排除了对由此产生的法定孳息的清偿责任,属适用法律不当,应予纠正。
- 案例 394. 宁夏回族自治区高级人民法院(2011)宁民提字第 41 号“银川市第一建筑工程有限责任公司与吴忠市红寺堡区建设交通运输局、宁世宏建设工程施工合同纠纷案”
- 756 395. 发包人对于工程转包行为明知,并对实际施工人施工的事实默认,双方形成事实上的

权利义务关系，实际施工人将发包人作为被告起诉，于法有据。

案例 395. 辽宁省高级人民法院（2009）辽民一终字第 32 号“锦州经济技术开发区王家街道办事处与高树文、锦州经济技术开发区第二建筑工程公司建设工程施工合同纠纷案”

757 396. 《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》第二十六条赋予了实际施工人可以突破合同相对性，直接向发包人主张工程价款的权利。

案例 396. 新疆维吾尔自治区高级人民法院（2014）新民一终字第 22 号“喀什区新怡发投资（集团）有限公司与刘春杰、喀什新怡发房产销售有限公司、喀什建工（集团）有限责任公司建设工程施工合同纠纷案”

758 397. 实际施工人以发包人为被告主张权利的，发包人只在欠付工程价款范围内对实际施工人承担责任。实际施工人要求发包人对全部欠付工程款承担连带责任，缺乏合同依据和法律依据，不予支持。

案例 397. 最高人民法院（2013）民申字第 1113 号“广东省阳江市建安集团有限公司深圳分公司、广东省阳江市建安集团有限公司与深圳市规划和国土资源委员会龙岗管理局、深圳市龙岗区龙之盛实业发展有限公司、阳东县第二建筑工程公司建设工程施工合同纠纷申请再审案”

759 398. 实际施工人享有向发包人和转包人同时主张工程款债权的请求权，发包人对其欠付转包人工程款范围内的债务对实际施工人承担连带清偿责任，并未加重发包人债务负担，应予支持。

案例 398. 最高人民法院（2016）最高法民申 3687 号“枣庄源正建安工程公司、薛城区巨山街道筹备处工作委员会四里石社区居民委员会建设工程施工合同纠纷案”

759 399. 工程已竣工使用，实际施工人有权向发包人主张尚未付清的工程款。

案例 399. 最高人民法院（2016）最高法民申 2761 号“陕西大华实业集团有限公司、张俊成建设工程施工合同纠纷案”

760 400. 发包人应在承包人欠付实际施工人工程款范围内承担责任。

案例 400. 最高人民法院（2015）民申字第 1578 号“马龙宝与河南宏景房地产开发有限公司建设工程施工合同纠纷案”

761 401. 实际施工人主张工程款，作为合同的相对方的承包人（转包人）应当向其承担付款责任，作为发包人仅在欠付工程价款范围内对实际施工人承担责任。原审突破合同相对性直接判决发包人向实际施工人承担付款责任，承包人（转包人）不承担任何责任，适用法律不当，应予纠正。

案例 401. 陕西省高级人民法院（2015）陕民再终字第 00011 号“陕西泰森房地产开发有限公司

公司与宋治虎及宝鸡市秦龙建筑工程有限责任公司建设工程施工合同纠纷案”

- 762 402. 发包人与转包人（违法分包人）建设工程施工合同纠纷正在另案审理中，一审法院判决发包人对转包人（违法分包人）应支付实际施工人工程款、利息的全部范围承担连带给付责任不当，应变更为发包人在欠付转包人（违法分包人）工程款的范围内向实际施工人承担给付责任。

案例 402. 青海省高级人民法院（2016）青民终 109 号“青海临峰房地产开发有限公司与金效东、浙江中业建设集团有限公司、浙江中业建设集团有限公司青海分公司建设工程施工合同纠纷案”

- 763 403. 承包人在非法转包、违法分包时擅自将结算价款提高的法律后果，不应由发包人承担，发包人只应在欠付转包人、违法分包人工程款范围内向实际施工人承担连带责任。

案例 403. 江苏省高级人民法院（2014）苏民终字第 0265 号“中国对外建设有限公司东北分公司、中国对外建设有限公司与南京国瑞科技（集团）有限公司、沈阳国际软件园有限公司建设工程施工合同纠纷案”

- 764 404. 实际施工人有权按相关法律规定向发包人、转包人（违法分包人）主张工程款。一审判决发包人在欠付转包人（违法分包人）工程款范围内承担责任，发包人未提出上诉，表明其已服判决，系当事人对其诉讼权利和民事权利的处分，依法予以维持。

案例 404. 攀枝花市中级人民法院（2016）川 04 民终 1307 号“四川宏山建设工程有限公司与陈锡君、攀枝花市盛茗旅游开发有限公司建设工程施工合同纠纷案”

●●● 类型二、实际施工人不能突破合同相对性原则，向发包人主张权利 ●●●

- 765 405. 根据合同相对性原理，实际施工人只能向与之签订合同的相对方主张结算并要求支付工程款，其主张因发包人、违法转包人应对欠付工程款承担连带责任，不符合法律规定。

案例 405. 重庆市高级人民法院（2014）渝高法民终字第 00144 号“蒲旭、代江林与重庆第八建筑工程公司，余义平建设工程分包合同纠纷案”

- 765 406. 《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》第二十六条第二款的规定是在严守合同相对性原则的前提下，为保护劳务分包关系中被欠付工资的农民工的合法权益所作的特别规定，只是合同相对性原则的例外，而非普遍适用的原则。实际施工人并非《建设工程施工合同》的主体，故其不能随意突破合同相对性原则直接向发包人主张合同权利。

案例 406. 海南省高级人民法院（2016）琼民终 198 号“麦昭与海南省洋浦物业发展总公司、儋州联丰房地产开发有限公司及重庆厦坤建设（集团）有限公司建设工程施工合同纠纷案”

767 407. 实际施工人是发包人与承包人所签合同外的第三人, 没有承继承包人与发包人之间合同权利义务的法律依据。按照合同相对性原理, 合同关系只能发生在特定的合同当事人之间, 与合同当事人没有发生合同上权利义务关系的第三人不能依据合同向合同当事人提出请求, 也不应承担合同的义务和责任。

案例 407. 吉林省松原市中级人民法院 (2013) 松民二初字第 79 号“梅河口市满龙建材销售有限责任公司与松原市哈达山水利枢纽暨松原灌区开发有限公司、山东恒泰工程有限公司劳务合同纠纷案”

768 408. 发包人、承包人和实际施工人与涉案工程均有利害关系, 各方均参与到诉讼中才能便于查清案件事实。实际施工人不请求承包人承担民事责任, 而是突破合同相对性直接向发包人提出诉讼请求, 在法院释明的情况下, 实际施工人仍不要求承包人承担责任, 实际施工人的诉讼请求应予驳回。

案例 408. 河南省高级人民法院 (2016) 豫民再 508 号“杨志强与安阳东部置业有限公司建设工程施工合同纠纷案”

769 409. 实际施工人向合同相对方以外的转包人、违法分包人主张工程款, 违反了合同相对性原则, 不予支持。

案例 409. 浙江省衢州市中级人民法院 (2010) 浙衢民终字第 487 号“余某某与姚某某、A 建设集团有限公司建设工程施工合同纠纷案”

770 410. 实际施工人尚有以承包人的名义对外签订合同形成的负债, 同时, 根据合同相对性原则, 发包人应向承包人支付工程款; 实际施工人与承包人的内部纠纷应另案解决。至于实际施工人的权利保护可以在该款项的执行过程中统筹考虑。

案例 410. 河北省高级人民法院 (2012) 冀民一终字第 22 号“河北凯隆建筑工程有限公司、河北妇兴房地产开发有限公司及王满心建设工程施工合同纠纷案”

●●● 类型三、在满足一定条件下, 实际施工人可突破合同相对性原则向发包人主张权利 ●●●

771 411. 《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》第二十六条的适用有严格条件, 一是因实际施工人的相对方下落不明、破产、资信状况恶化等原因导致其缺乏支付能力; 二是违法分包合同和转包合同的承包人与分包人全面履行合同并形成事实上的权利义务关系。

案例 411. 新疆维吾尔自治区高级人民法院 (2014) 新民一终字第 117 号“沈孝辉与中铁二十一局集团第一工程有限公司、四川省宏锦劳务有限公司、陈振忠、郑茂珠、林道春建设工程施工合同纠纷案”

772 412.《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》(以下简称《解释》)第二十六条赋予实际施工人在一定条件下的诉权。但是此处的一定条件有严格的限制,主要是指“违法转包人不积极向发包人主张工程结算,怠于主张工程欠款而可能导致超过诉讼时效,违法转包人自身发生资信状况恶化、破产、主体资格消灭等”特殊情形。案例 412.新疆维吾尔自治区高级人民法院(2013)新民一终字第 183 号“上诉人(一审原告)罗伟、上诉人(一审被告)伊犁师范学院奎屯校区、上诉人(一审被告)新疆铁龙建筑工程有限责任公司、被上诉人(一审被告)伊犁师范学院建设工程施工合同纠纷案”

773 413.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。司法解释之所以在第二款之前将该款列明,就是强调原则上不准许当事人突破合同相对性提起诉讼,应当按照合同相对性原则有序诉讼,只有在特定情形之下,实际施工人不提起以发包人为被告的诉讼就难以保障其权利实现时,才准许其提起以发包人等没有合同关系的当事人为被告的诉讼。

案例 413.江苏省高级人民法院(2015)苏民终字第 00028 号“上海明境建筑安装有限公司与苏州观音园建设发展有限公司建设工程施工合同纠纷案”

●●●类型四、实际施工人可以向发包人主张权利,但发包人向实际施工人付款条件不成就●●●

775 414.发包人是否欠付总包人工程款有待于法院的判决确认,实际施工人要求总包人承担连带给付责任不予支持。

案例 414.陕西省高级人民法院(2014)陕民一终字第 00034 号“陕西建工集团第二建筑工程有限公司与徐州东大钢结构建筑有限公司、西安飞机工业(集团)有限责任公司建设工程施工合同纠纷案”

775 415.实际施工人有权以发包人为被告主张权利,发包人可在欠付工程价款范围内对实际施工人承担责任,但发包人对实际施工人承担的责任是附有条件的,即发包人与承包人之间必须存在欠款且达到约定或法定的付款条件。案涉工程尚未施工完毕,实际施工人亦无证据证明发包人与承包人之间已完成结算审计并存在欠款,故其请求发包人给付其欠付工程款没有事实和法律依据。

案例 415.最高人民法院(2015)民申字第 862 号“向折平与郑尚昶、重庆龙辉建设有限公司等建设工程施工合同纠纷案”

第 4 节 欠付工程款举证责任

——欠付工程款，发包人举证？（举证责任）

●●● 类型一、认定发包人已足额支付工程款的情形 ●●●

780 416. 实际施工人的举证不能推翻发包人已足额支付了工程价款的事实，据此要求发包人对转包人的欠款承担连带责任的请求，依据不足，不予支持。

案例 416. 江苏省高级人民法院（2014）苏民终字第 0109 号“刘建国，宿迁现代建筑工程有限公司，宜兴市兰山房地产开发有限公司沐阳分公司建设工程施工合同纠纷案”

781 417. 实际施工人原则上应向转包人主张工程款，其突破合同相对性原则行使诉权时，应提供证据证明发包人可能欠付转包人工程款，以及合同相对方转包人有破产等严重影响实际施工人权利实现的情形。在实际施工人未提供充分的证据予以证明，且转包人认可发包人已向其付清案涉工程款的情况下，实际施工人要求发包人在欠付工程款的范围内承担连带责任，不予支持。

案例 417. 最高人民法院（2017）最高法民终 144 号“尹宏与袁小彬等建设工程施工合同纠纷案”

782 418. 发包人与承包人共同确认，发包人已经按照双方结算付清全部工程价款，实际施工人要求发包人承担连带清偿责任不予支持。

案例 418. 最高人民法院（2015）民申字第 1219 号“许建平、陈建云与大理通泰建筑装饰安装工程有限公司、云南大通大理房地产开发有限公司建设工程施工合同纠纷案”

782 419. 我国现行法律并无明确规定，在存在借用资质的情形下，工程结算应由实际施工人与发包人单独结算，发包人与承包人基于合同相对性原则进行结算应属正常履行合同义务行为。实际施工人主张发包人与承包人结算行为恶意损害其利益但未提交证据证明，在发包人已举证证明与承包人结算完毕的情况下，实际施工人要求发包人承担付款责任不予支持，实际施工人未请求承包人承担民事责任的，可另循途径主张权益。

案例 419. 汕尾市中级人民法院（2017）粤 15 民终 9 号“邓芝华、余文忠与海丰县和荣贸易有限公司 深圳市宝安建筑工程有限公司建设工程施工合同纠纷案”

●●● 类型二、认定发包人未足额支付工程款的情形 ●●●

785 420. 尽管发包人提供了其支付工程款的证据，但因其和转包人（违法分包人）并未就案涉工程进行最终结算，故不能证明其不欠付转包人（违法分包人）工程款。在发包人无证据证明其不欠付转包人（违法分包人）工程款的情况下，其应在欠付工程款范围内对实际施

工人承担支付工程款的责任。

案例 420. 最高人民法院 (2014) 民申字第 1132 号 “张某等 159 人、甘肃利兴建筑工程有限公司与甘肃民盛房地产开发有限公司劳务合同纠纷案”

786 421. 发包人提供的结算单存在形式瑕疵, 无相应证据证实该结算单形成的真实性, 发包人应对实际施工人承担连带清偿责任。

案例 421. 内蒙古自治区阿拉善盟中级人民法院 (2013) 阿民一终字第 58 号 “内蒙古广原房地产开发有限公司与陶丽君承揽合同纠纷案”

786 422. 发包人在规定的期限内未能提供其与违法分包人之间结算完毕的证据, 视为其与违法分包人之间未进行结算, 其应在欠付违法分包人工程款范围内对实际施工人的欠款承担相应责任。

案例 422. 信阳市中级人民法院 (2012) 信中法民初字第 42 号 “苏小划与中铁二十四局集团有限公司淮息高速公路土建六标段项目经理部、郑州民翔建筑劳务有限公司、中铁二十四局集团有限公司建设工程施工合同纠纷案”

第 5 节 转包违法分包人权利

——实际施工人, 应交管理费? (管理费用)

●●● 类型一、不应收取管理费 ●●●

789 423. 无效合同中关于管理费的约定违反法律规定无效, 违法分包人收取实际施工人管理费没有法律依据, 不应支持。

案例 423. 宁夏回族自治区高级人民法院 (2012) 宁民再终字第 9 号 “宁夏回族自治区第五建筑工程公司、宁夏回族自治区第五建筑工程公司第四分公司与蒋涛建设工程施工合同纠纷案”

790 424. 承包人将其承包工程非法转包给没有资质的实际施工人承建, 合同无效, 双方关于收取管理费的约定违反法律规定, 不予支持。

案例 424. 四川省高级人民法院 (2014) 川民终字第 364 号 “张玉龙与四川省新诚装饰工程有限公司、攀枝花友帮房地产开发有限公司建设工程施工合同纠纷案”

791 425. 非法转包合同无效, 判令转包人将实际施工前便已经收取的管理费向实际施工人予以返还, 而非予以收缴, 充分考虑了司法解释本意和具体情况, 适用法律正确。

案例 425. 最高人民法院 (2014) 民抗字第 10 号 “申诉人 (一审被告、二审被上诉人) 湖

北中民建筑工程有限公司与被申诉人（一审被告、二审上诉人）胡俊雄、一审第三人中国化学工程第十六建筑公司建设工程施工合同纠纷案”

795 426. 承包人出借资质给实际施工人签订合同，其并未参与涉案工程项目的组织、施工、管理，双方对于管理费的约定不受法律保护，对其主张扣除工程款税金及扣除约定管理费的主张，不予支持。

案例 426. 江苏省高级人民法院（2014）苏民终字第 0221 号“李英与常州第一建筑集团有限公司、江苏宏大建设集团有限公司等建设工程施工合同纠纷案”

796 427. 工程合同无效，双方计取管理费的约定无法律约束力，计取管理费也不属于结算工程价款的内容，转包人收取管理费的主张不予支持。

案例 427. 吉林省高级人民法院（2014）吉民一终字第 186 号“梅河口市满龙建材销售有限责任公司与山东恒泰工程集团有限公司建设工程施工合同纠纷案”

●●●类型二、管理费由人民法院收缴●●●

797 428. 施工协议无效，管理费应依法收缴，法院另行制作民事制裁决定书。

案例 428. 河南省濮阳市中级人民法院（2012）濮中法民再终字第 20 号“高某某与濮阳市 A 建筑安装工程有限公司、濮阳市 A 建筑安装工程有限公司第四分公司建设工程施工合同纠纷案”

●●●类型三、管理费不应由人民法院收缴●●●

800 429. 人民法院收缴的对象为当事人已经取得的非法所得，在没有证据证明已经实际收取管理费的情况下，对收缴非法所得的请求不予支持。

案例 429. 江苏省高级人民法院（2014）苏民终字第 0039 号“江苏中厦集团有限公司与无锡市翠竹房地产开发有限公司、江苏东兴建设工程有限公司建设工程施工合同纠纷案”

800 430. 应将管理费支出与违法所得加以区分，如认为确需要收缴与本案相关的违法所得，应在查清违法所得具体数额后，由院长批准，另行制作民事制裁决定书予以处置。

案例 430. 安徽省合肥市中级人民法院（2014）合民一终字第 00150 号“安徽湖滨建设集团有限公司与邱克讯返还工程款纠纷案”

802 431. 对已经取得的非法所得予以收缴，对于约定取得但没有实际取得的财产不适用收缴的民事制裁措施。

《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的解释》第四条规定：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。人民法院可以根据《中华人民共和国民事诉讼法通则》第一百三十四条规定，收缴当事人已经取得的非法所得。该司法解释条款将非法所得的范围限定在已经实际取得的财产范围内，其理由为在合同被认定无效的情况下，如果对约定取得的财产采用收缴的制裁措施，等同于无效合同被强制履行，不仅与合同无效的法律后果相悖，亦会导致收缴范围的不当扩大。由此该司法解释明确规定对已经取得的非法所得予以收缴，对于约定取得但没有实际取得的财产不适用收缴的民事制裁措施。

案例 431. 最高人民法院（2014）民一复字第3号“河南四建股份有限公司与中国能源建设集团山西省电力建设二公司等建设工程施工合同纠纷案”

●●● 类型四、按合同约定收取管理费 ●●●

804 432. 双方签订的工程分包合同虽被认定为无效，但应参照合同约定从应付工程款中扣除管理费。

案例 432. 山西省高级人民法院（2014）晋民终字第116号“山东省显通安装有限公司与中煤第六十八工程有限公司建设工程合同纠纷案”

804 433. 转包合同无效，但上交管理费属于双方结算条款的重要内容之一，且转包人履行了合同约定义务，实际施工人应当参照内部承包合同的约定向转包人支付管理费。

案例 433. 湖南省高级人民法院（2014）湘高法民一终字第50号“周志明与湖南星沙建筑有限公司、湖南省大同房地产开发有限公司、第三人张安民建设工程施工合同纠纷案”

805 434. 当事人将上交管理费约定在合同的“工程价款结算办法”中，名称虽约定为管理费，但该约定仍应属双方对工程价款计价方式的约定，故应按此约定扣减。

案例 434. 青海省高级人民法院（2013）青民一终字第35号“江苏伟业建设集团有限公司与西宁华远建筑劳务有限公司建设工程施工合同纠纷案”

805 435. 合同虽无效，但根据《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》第二条规定，转包人、违法分包人可以参照合同约定向实际施工人收取管理费。

案例 435. 重庆市高级人民法院（2014）渝高法民提字第00032号“重庆市南岸区六发建筑劳务有限公司与黄俊文，重庆建工集团股份有限公司建设工程施工合同纠纷案”

806 436. 转包人与实际施工人之间非内部承包关系，系无效的法律关系，不应再收取约定的管理费。但转包人组织了一定的人员对实际施工人的施工进行了管理，根据公平原则，结合双方约定，实际施工人应向转包人支付管理费。

案例 436. 上海市第二中级人民法院（2013）沪二中民二（民）终字第1450号“上海新宝建筑安装工程有限公司、李健建设工程施工合同纠纷案”

- 807 437. 无效合同对于管理费收取标准作了约定，应参照执行。
案例 437. 上海市第一中级人民法院（2015）沪一中民二（民）终字第 1571 号“杨建国诉席海良等建设工程施工合同纠纷案”
- 807 438. 管理费是合同约定的一部分，合同无效应参照合同约定支付工程价款。
案例 438. 上海市第二中级人民法院（2012）沪二中民二（民）终字第 711 号“费某某与舟山市名洋石化有限公司建设工程施工合同纠纷案”
- 808 439. 合同无效，但案涉工程竣工后验收合格，故应参照合同约定计算工程价款，合同明确约定了管理费，同时约定了监督管理责任，不存在违反法律、行政法规强制性规定的情形，不应支付管理费的理由不能成立。
案例 439. 最高人民法院（2015）民申字第 3185 号“杨云九与曾俊辉、曾智勇等建设工程分包合同纠纷案”
- 808 440. 合同因实际施工人不具备施工资质而无效，但工程验收合格，应依照合同约定请求支付工程款，双方关于交付管理费的约定，应当作为双方结算的依据，实际施工人以合同无效为由主张返还管理费不予支持。
案例 440. 济南市中级人民法院（2017）鲁 01 民终 2689 号“焦明让与邹学明等建设工程合同纠纷案”
- ◆◆◆ 类型五、酌情收取管理费 ◆◆◆
- 809 441. 合同因转包而无效，合同中约定转包人向实际施工人收取管理费的条款亦无效，但转包人施工过程中派出了工作人员参与管理和协调，酌情确定实际施工人向转包人支付施工管理费。
案例 441. 最高人民法院（2014）民申字第 1277 号“腾达建设集团股份有限公司与姚汉昭、姚汉林建设工程施工合同纠纷案”
- 810 442. 转包合同无效，双方均有过错，管理费的性质主要是转包诉争工程渔利费用，属违法所得，不宜认定为合同无效后应当据实结算的工程款，尽管此约定是当事人真实意思表示，但合同被认定为无效后，如何分配此笔费用属审判权即自由裁量权调整范畴，根据案件实际情况决定分配。
案例 442. 最高人民法院（2014）民申字第 861 号“中大建设集团股份有限公司与余某、黄某建设工程分包合同纠纷案”
- 810 443. 承包人依据内部管理合同的约定向实际施工人收取管理费是双方协商一致的结果，且其承担了对施工进行管理和监督的义务，但是内部管理合同无效，承包人在施工中管理能

力不足，不能完全满足施工需要，根据实际情况，酌定承包人向实际施工人收取的管理费比例。

案例 443. 新疆维吾尔自治区高级人民法院（2013）新民一终字第 245 号“聊城市黄河工程局、陈李奇与和田地区吉音水利枢纽工程建设管理局建设工程施工合同纠纷案”

●●● 类型六、已经收取的管理费不返还，未收取的不能再收取 ●●●

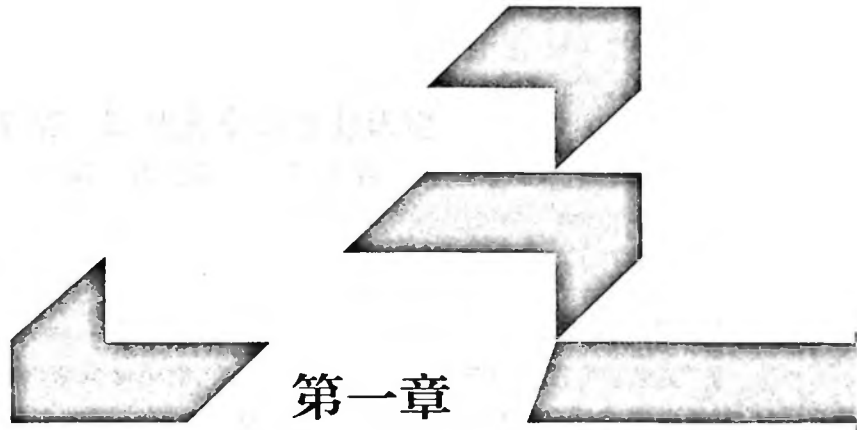
812 444. 实际施工人要求返还因借用资质产生的管理费无法律依据，出借资质者对未支取的工程款部分，也无法法律依据向实际施工人收取管理费。

案例 444. 山东省高级人民法院（2015）鲁民一终字第 158 号“上诉人刘法存与被上诉人山东祥都建设集团有限公司潍坊分公司（简称祥都集团潍坊分公司）、山东祥都建设集团有限公司（简称祥都集团）、潍坊富宏置业有限公司（简称富宏公司）建设工程施工合同纠纷案”

●●● 类型七、合同无效，管理费不应收取，但实际发生的费用由实际施工人支付 ●●●

813 445. 合同无效，承包人无权依照该合同约定向实际施工人主张管理费及利润。但承包人在涉案工程管理过程中实际发生的费用，根据公平原则，应由实际施工人支付。

案例 445. 江西省高级人民法院（2014）赣民一终字第 074 号“赣州永德泰置业有限公司（简称永德泰公司）与周华良及绍兴银球建筑有限公司（简称银球公司）建设工程施工合同纠纷案”



合同主体与责任承担

第1节 签名盖章的效力认定

——签名或盖章，效力如何定？（合同签订）

1. 合同加盖项目部技术资料专用章，如何认定合同相对方？公司项目部技术资料专用章非仅作为技术资料交接之用，在无证据证明加盖其项目部技术资料专用章的合同主体为第三人的情况下，公司应承担合同主体责任。

案例1. 四川省成都市中级人民法院（2012）成民终字第5589号“成都市第六建筑工程公司（简称六建公司）与四川省四美建设工程有限公司（简称四美公司）、四川蓬安马电房地产开发有限公司（简称马电公司）建设工程分包合同纠纷案”



承包人六建公司与发包人马电公司签订了《马电花园建设工程项目施工合同》。2010年9月13日，六建公司与四美公司签订《保温工程合同》，由王朝勇、周明新作为六建公司一方在合同上签字，六建公司在合同上所盖印章名称为“成都市第六建筑工程公司马电花园项目部技术资料专用章”。后四美公司于2011年7月11日起诉，请求判令：六建公司支付工程款及资金占用利息，马电公司对前述款项承担连带责任等。

一审法院认为，四美公司与六建公司签订的《保温工程合同》，不违背我国法律的相关规定，属有效合同。当事人应当按照约定全面履行自己的义务。对六建公司在庭审中提出案件应当追加王朝勇为原审被告或原审第三人，六建公司不应为原审被告的抗辩，原审法院不予采纳。理由为在案涉的保温合同中，六建公司所使用的“成都市第六建筑工程公司马电花园项目部技术资料专用章”，具有真实性，能够视为六建公司开展业务工作的确认章。在签订案涉的保温合同时，王朝勇作为六建公司一方在合同

上签字，只能视为王朝勇为六建公司授权的工作人员。一审法院判决六建公司于判决生效后 10 日内给付四美公司工程款 412775 元及资金占用利息，利息从 2010 年 10 月 1 日起按中国人民银行同期贷款利息计算至该款付清之日止。马电公司在欠付工程款范围内对六建公司应给付四美公司的工程款 412775 元承担责任等。

六建公司提起上诉称：一、王朝勇应被追加为本案第三人，一审未依法追加属程序违法。王朝勇系六建公司在南充马电花园项目部分工程的承包人，其并无可将案涉工程对外转包的相关授权；四美公司事实上形成了与王朝勇之间的建设工程分包合同关系，本案的被告应当为王朝勇而非六建公司。二、四美公司与六建公司未签订保温工程合同，四美公司出示的保温工程合同上加盖的是“技术资料专用章”，该印章仅用于技术资料交接，不能用于签订合同，故该保温合同对六建公司不产生法律效力。

被上诉人四美公司答辩称：一、六建公司作为本案一审被告的主体资格适格，王朝勇不应作为本案当事人，与四美公司建立建设工程分包合同法律关系的合同相对方是六建公司。二、王朝勇是六建公司的工作人员，并非诉争工程的承包人，其行为应当视为六建公司的民事行为，由六建公司承担相应民事责任。综上，原判认定事实清楚，审判程序合法，适用法律和判决结果正确，请求驳回上诉，维持原判。

二审争议焦点：四美公司签订《保温工程合同》的合同相对方是六建公司还是王朝勇？

二审裁判要点：首先，六建公司对 2010 年 9 月 13 日的《保温工程合同》上加盖的“成都市第六建筑工程公司马电花园项目部技术资料专用章”的真实性无异议，且在六建公司对外进行分包资格报审、对内进行项目管理中均使用该印章开展业务工作，该印章的使用范围及效力并非如六建公司所陈述的仅作为技术资料交接之用。其次，六建公司认可案涉外墙外保温工程由四美公司实际施工完成，现六建公司既无证据证明王朝勇与六建公司之间存在分包合同关系，也无证据证明王朝勇与四美公司形成了分包合同关系。故《保温工程合同》中四美公司的合同相对方是六建公司而非王朝勇，四美公司与六建公司于 2009 年 9 月 13 日签订的《保温工程合同》系双方真实意思表示，内容合法有效，双方均应按合同全面履行义务。六建公司关于其不是合同相对方、应当追加王朝勇作为诉讼当事人的理由不成立，本院不予支持。二审法院遂判决驳回上诉，维持原判。

2. 施工资质出借人未参与《借款协议》的签订、协议上未加施工资质出借人公章，《借款协议》上加盖施工资质出借人项目部资料专用章超越了该公章的使用范围，在未经施工资质出借人追认的情况下，不能认定《借款协议》是施工资质出借人的意思表示。出借人明知实际施工人借用资质施工，应认定诉争借款是实际施工人个人债务，要求施工资质出借人对诉争借款承担连带还款责任缺乏依据。

案例 2. 最高人民法院（2014）民申字第 1 号“陈晓兵与国本建设有限公司（简称国本公司）、中太建设集团股份有限公司（简称中太公司）等民间借贷纠纷案”



关于中太公司和国本公司是否实际参与施工的事实认定问题。法院再审认为，中太公司和国本公司虽然中标取得涉案星海·时代花苑项目，但该项目实际是睦双红借用中太公司和国本公司的资质承接的工程，诉争《借款协议》载明了睦双红、徐鹏共同承接涉案项目、垫资施工的事实，故借款债权人陈晓兵对睦双红、徐鹏是涉案项目实际施工人的事实是明知的，其在申请再审书中对该事实也予以认可。本案一审判决查明中太公司向施工现场派驻管理人员，该事实只能证明中太公司对借用资质的施工单位实施了管理，不能证明该公司实际参与了施工，本案也无其他证据证明国本公司参与工程施工，故二审判决认定国本公司和中太公司并未实际施工，并无不当。

关于国本公司、中太公司是否应对睦双红的借款债务承担连带还款责任的问题。法院再审认为：诉争《借款协议》是由出借人陈晓兵与借款人睦双红、徐鹏签订，协议落款处借款人栏由睦双红、徐鹏签字并加盖中太公司项目部资料专用章。中太公司项目部资料专用章具有特定用途，仅用于开工报告、设计图纸会审记录等有关工程项目的资料上。尽管诉争借款用于涉案工程，但借款合同与建设工程施工合同是两个不同的合同关系，实际施工人对外借款不是对涉案项目建设工程施工合同的履行，《借款协议》也不属于工程项目资料，故在《借款协议》上加盖中太公司项目部资料专用章超越了该公章的使用范围，在未经中太公司追认的情况下，不能认定《借款协议》是中太公司的意思表示。再结合中太公司和国本公司未参与《借款协议》的签订、协议

上未加盖国本公司公章以及出借人陈晓兵对睦双红、徐鹏借用国本公司和中太公司的资质施工是明知的事实，应认定诉争借款是睦双红、徐鹏的个人债务，陈晓兵要求中太公司和国本公司对诉争借款承担连带还款责任缺乏依据。江苏省高级人民法院意见不属于司法解释，不能作为审理案件的法律适用依据，且本案也不属于该意见第二十二条和第二十五条规定的情形，陈晓兵援引上述意见主张本案二审判决适用法律错误，本院不予支持。

3. 在工程结算审定单上盖章的第三人应否承担付款责任？在没有提供其他证据证明第三人应当支付涉案工程款的情况下，仅以其在工程结算审定单上盖章为由要求其承担支付工程款责任不能成立。

案例 3. 江苏省连云港市中级人民法院（2013）连民终字第 1707 号“连云港市连大管桩工程有限公司连云港分公司（简称连大管桩分公司）与江苏金科地产投资有限公司（简称金科地产公司）、江苏金科资产管理有限公司（简称金科资产公司）建设工程施工合同纠纷案”



2011 年 11 月 17 日、2012 年 3 月 12 日，连大管桩分公司与金科地产公司签订《建设工程桩机合同》两份，约定由连大管桩分公司承建大润发项目桩基工程和江苏金科大润发项目地下室基坑支护桩工程。

2012 年 10 月 20 日工程结束后，连大管桩分公司申请对大润发项目桩基工程进行审定，2012 年 10 月 20 日，金科资产公司最终审定该工程价款为 2762683.10 元；2012 年 8 月 29 日，连大管桩分公司申请对大润发项目 A、B 楼桩基工程进行审定，2012 年 9 月 7 日，金科地产公司对该工程审定价格为 1369556.62 元；2012 年 9 月 20 日，连大管桩分公司申请对大润发项目 A、B 楼的塔吊基础工程进行审定，2012 年 10 月 20 日金科地产公司对该工程审定价格为 39528 元；2012 年 5 月 7 日，连大管桩分公司申请对江苏金科大润发项目地下室基坑支护工程进行审定，金科地产公司审定价格为 466350 元，审定单上未注明最终审定价格的日期。

工程价款审定后，金科地产公司用其名下的房屋冲抵工程款 1749547 元，剩余工

工程款未支付。连大管桩分公司提起诉讼要求金科地产公司、金科资产公司支付剩余工程款。

金科资产公司辩称，公司成立于2012年1月13日，有公司营业执照为证，证明连大管桩分公司承建的工程结束，金科资产公司仍未成立，因此对连大管桩分公司的工程款，金科资产公司不承担支付义务。

一审法院认为，依法成立的合同，对当事人具有法律约束力。当事人应当按照约定履行自己的义务，不得擅自变更或者解除合同。本案中，连大管桩分公司与金科地产公司签订两份《建设工程施工合同》，该合同是双方自愿签订，并未违反双方的真实意思表示，因此，双方应当按照该合同的约定履行各自义务。本案中，虽然大润发项目桩基工程是由金科资产公司签章确认的，但是金科地产公司对该审定单没有异议，根据合同的相对性，两份《建设工程施工合同》是连大管桩分公司与金科地产公司签订，虽然连大管桩分公司承建的大润发项目金科地产公司和金科资产公司之间存在转让行为，但该转让行为属于其内部行为，连大管桩分公司应当按照合同的约定，向金科地产公司主张该工程款。

一审判决后，上诉人连大管桩分公司提起上诉称，连云区大润发项目的建设主体已经由原来的金科地产公司变更为金科资产公司，金科资产公司在工程结算审定单上盖章的行为是一种以自己的行为对上诉人进行承诺的行为，其行为表明其知道盖章的法律意义，并愿意承担盖章引起的法律后果。原审法院只判决被上诉人金科地产公司给付工程款，而不判被上诉人金科资产公司给付涉案工程款，其就是纵容被上诉人金科资产公司逃避债务。请求二审法院撤销原判，依法改判。

被上诉人金科地产公司答辩称：同意上诉人的意见。

被上诉人金科资产公司答辩称：请求二审法院驳回上诉，维持原判。

二审争议焦点：金科资产公司是否承担给付涉案工程款的责任？

二审裁判要点：依法成立的合同，对当事人具有法律约束力。当事人应当按照约定履行自己的义务，不得擅自变更或者解除合同。原审法院根据查明的案件事实，认为上诉人连大管桩分公司与被上诉人金科地产公司签订两份《建设工程施工合同》是双方自愿签订，双方应当按照该合同的约定履行各自义务，符合法律规定。原审法院还认为根据合同的相对性，上诉人连大管桩分公司应当按照合同的约定，向被上诉人金科地产公司主张该工程款并无不当，予以支持。关于上诉人连大管桩分公司提出的被上诉人金科资产公司既然在工程结算审定单上盖章，那么就意味其愿意承担由盖章

所引起的法律后果的上诉理由，本院经审查认为，虽然被上诉人金科资产公司在大河发项目桩基工程审定单上签章确认，但其只是作为对工程价款的审核行为，并不能因此就认定金科资产公司负有支付工程款的义务。被上诉人金科地产公司对该审定单亦没有异议，根据合同的相对性，连大管桩分公司应当按照合同的约定，向金科地产公司主张该工程款。在二审审理期间内，由于上诉人仍没有提供充分证据证明被上诉人金科资产公司应当承担涉案工程款的相关证据，故其应承担对其不利的法律后果。关于上诉人提出的原审法院如此判决是纵容金科资产公司逃避债务的上诉理由，本院经审查认为，虽然金科地产公司和金科资产公司之间存在转让行为，但该转让行为属于其内部行为，没有侵犯他人的合法权益。在二审审理期间内，上诉人连大管桩分公司亦没有提供充分证据证明被上诉人金科资产公司有故意逃避债务的相关证据，故其应承担对其不利的法律后果。故上诉人的上诉理由均不能成立，本院不予采信。

综上，原审法院认定事实清楚，适用法律正确，判决恰当，依法应予维持。

4. 未得到授权即以他人名义签订合同系个人行为，构成无权代理，由个人承担合同权利义务。

案例 4. 上海市第二中级人民法院（2013）沪二中民二（民）终字第 2629 号“中十冶集团有限公司华东分公司（简称中十冶华东分公司）、中十冶集团有限公司与许庆荣建设工程分包合同纠纷案”



关于许庆荣是否具有诉讼主体资格的问题。中十冶华东分公司、中十冶集团有限公司主张本案适格主体应为上海兴舍建筑劳务服务有限公司，与许庆荣无关。法院认为，系争劳务合同虽然抬头为上海兴舍建筑劳务有限公司，但在落款处仅有许庆荣的签字，并未加盖该公司公章，且上海兴舍建筑劳务服务有限公司已明确表示其未与中十冶华东分公司签订本案合同，也未授权许庆荣代表该公司签订合同，故许庆荣签订本案合同的行为系其个人行为，许庆荣具有诉讼主体资格。中十冶华东分公司、中十冶集团有限公司否认许庆荣的诉讼主体的抗辩意见，不予采纳。

5. 由法定代表人签字但未加盖公司印章的合同，签约主体如何认定？签订合同未加盖公司印章，法定代表人以其公司名义签字的行为应认定为职务行为，合同的权利义务由公司承担。

案例 5. 安徽省亳州市中级人民法院（2014）亳民一终字第 00062 号“安徽阜阳建工集团有限公司与亳州市富卓防水工程有限公司等建设工程合同纠纷案”



关于亳州市富卓防水工程有限公司、安徽阜阳建工集团有限公司是否具备原告和被告主体资格。法院认为，虽然在防水工程施工合同上，落款签名的系陈某和韩某，未加盖双方的公章，但合同书载明甲方系安徽阜阳建工集团有限公司，乙方系亳州市富卓防水工程有限公司。韩某系亳州市富卓防水工程有限公司的法定代表人，因此其以公司名义签字的行为应认定为职务行为，其权利义务归于亳州市富卓防水工程有限公司。亳州市富卓防水工程有限公司提供的工程款申请单，加盖阜阳建工集团亳州市御府嘉园小区 1#~12# 楼工程项目部的公章，且有该项目部经理马彪及陈某的签字，故该防水工程施工合同的当事人实际应为亳州市富卓防水工程有限公司和安徽阜阳建工集团有限公司。安徽阜阳建工集团有限公司提出的双方不具备原告和被告主体资格的上诉请求无依据，本院不予支持。

6. 发包人未对承包人提供的虚假公司印章及资格等级证书进行审查，导致错列的被告为应诉而遭受经济损失，发包人应予赔偿。

案例 6. 河南省信阳市中级人民法院（2009）信中法民终字第 623 号“陈某某、朱某某与潢川县某中学、宁波某钢结构有限公司建设工程合同纠纷案”



2006 年，潢川县某中学筹建钢结构学生餐厅。朱某某、陈某某得知后，以虚假的

宁波某钢结构有限公司的公章，与潢川县某中学签订《建设工程承包合同》。后其施工的餐厅被雪压倒。

餐厅被雪压倒后，潢川县某中学起诉朱某某、陈某某、宁波某钢结构公司要求赔偿。

法院认为，从事建设项目工程，必须具备相应的专业资格。本案被告朱某某、陈某某无特种建筑行业资格证，利用虚假的“宁波某钢结构有限公司”承接工程，与原告签订的《建设工程承包合同》无效。

作为发包方，有责任和义务对承包人提供的公司印章及资格等级证书进行审查，由于发包人未尽审查职责，宁波某公司被其错误地列为被告，无端地被牵扯到诉讼中来，致使该公司为应诉而遭受经济损失人民币15654.60元。故对该损失发包人应予赔偿。宁波某公司的反诉理由成立，其反诉赔偿损失的请求，予以支持。

7. 法定代表人以公司名义签订建设工程施工合同，虽未加盖公司印章，但涉案工程系为公司经营之用，可以认定法定代表人系代表公司履行职务，公司应承担支付工程款的主体责任。

案例7. 内蒙古自治区高级人民法院（2016）内民终259号“呼伦贝尔市嵩山广告传媒有限责任公司（简称嵩山公司）与额尔古纳市白师傅食品有限公司（简称白师傅公司）、白庆海建设工程施工合同纠纷案”



关于本案工程款支付主体的问题。白庆海系白师傅公司法定代表人及白师傅牙克石分公司负责人，在其与嵩山公司签订的《土建厂房施工合同》中甲方处名称为“额尔古纳市白师傅食品有限公司牙克石市分公司”，其亦在“甲方负责人”处签字，虽然合同未加盖白师傅牙克石分公司公章，但结合涉案工程系为白师傅牙克石分公司经营之用，可以认定白庆海的行为具有明显的职务行为特征，系代表白师傅牙克石分公司所为之职务行为。依照《中华人民共和国公司法》第十四条第一款的规定：公司可以设立分公司。设立分公司，应当向公司登记机关申请登记，领取营业执照。分公司不具有法人资格，其民事责任由公司承担。故白师傅牙克石分公司因本案产生的民事责

任应由白师傅公司承担，白师傅公司应为涉案工程款的支付主体。

8. 预算单虽被合同约定作为合同附件，但未经双方签字或者盖章确认，不能证明双方就预算单记载内容达成合意，预算单不具备合同附件的法律效力。

案例 8. 浙江省宁波市中级人民法院（2011）浙甬民二终字第 488 号“宁波市 A 钢结构工程有限公司与宁波市 B 建筑工程有限公司建设工程施工合同纠纷案”



2009 年 12 月 1 日，原告 B 建筑公司与 C 科技公司签订了建设工程施工合同一份，约定由原告为 C 科技公司二期及附属工程进行施工。

2010 年 1 月 10 日，原告 B 建筑公司与被告 A 钢结构公司签订了钢结构工程施工合同一份，约定由被告进行 C 科技公司 2 号车间的钢结构施工。

后原告 B 建筑公司将 A 钢结构公司诉至法院，认为其在施工中选用钢材不符合设计要求，经催告后仍不积极采取措施弥补损失，且拒绝继续履行合同，构成违约，请求法院判令被告返还工程款 50 万元。

被告 A 钢结构公司答辩兼反诉称，原告向被告交付施工图时，并没有附技术资料及补充说明，被告按照常规制作预算，该预算单中已经明确了屋面梁选用钢材型号为 Q235 级的事实，预算单也已经经过原告确认，故被告按照合同约定选用 Q235 级型钢制作钢梁并无不当，现无法用于该工程，给被告造成了重大的经济损失。故请求法院判令驳回原告的诉讼请求，并判令原告赔偿被告经济损失 601580 元。

一审法院认为，对于被告未按照涉案工程设计图纸的结构设计总说明要求选用钢材制作的钢架之损失，过错在于被告，即使在涉案合同没有解除而继续履行的情况下，该部分损失亦只能由被告自行承担。

宣判后，被告 A 钢结构公司提起上诉，认为一审认定事实错误，其按照合同约定选用 Q235 级型钢制作钢梁并无不当，涉案预算单编制在先，施工合同签订在后，双方当事人签订的施工合同已经明确约定“乙方预算”作为附件，该预算单中已经明确了屋面梁选用钢材型号为 Q235 级，故在被上诉人不能提供足以反驳的证据的情况下，应认定该预算单为双方合同附件。且在双方洽谈时，被上诉人并没有向上上诉人交付结构

设计总说明，责任在于被上诉人。

二审争议焦点：上诉人A钢结构公司提供的预算单能否认定为涉案钢结构工程施工合同的附件。

二审裁判要点：上诉人A钢结构公司与被上诉人B建筑公司于2010年1月10日签订的钢结构工程施工合同合法有效，双方均应按约履行。该合同第一条虽另行特别约定“乙方（A钢结构公司）预算作为附件”，上诉人在原审审理时也提供了一份上诉人于2009年12月15日编制的钢结构工程预算单，该预算单中也明确了屋面梁选用钢材型号为Q235级，但该预算单未经被上诉人签字或者盖章确认，因此，该预算单不能认定为施工合同的附件。结合被上诉人提供的结构设计总说明的证据，上诉人应对未按照要求选用钢材制作钢结构的损失承担过错责任，原审据此判决驳回上诉人该部分的反诉请求，并无不当。上诉人的上诉理由不足，不予支持。据此，判决驳回上诉，维持原判。

9. 合同一方持有经修改的合同，且经修改的合同对另一方明显不利，而另一方所持合同未经修改，持有修改合同的一方应对合同修改处加盖对方印章的真实性进行充分举证，否则，应承担不利法律后果。

案例9. 最高人民法院（2007）民一终字第31号“新疆A房地产开发有限公司与新疆B集团第二建筑工程有限责任公司（简称新疆二建）建设工程施工合同纠纷案”



关于如何认定发包人A公司所持《某大厦施工合同补充协议》中相关条款修改的效力问题。二审法院认为，A公司提交的《某大厦施工合同补充协议》中，“费率下浮9%”修改为“总价下浮9%”，在修改处及落款处盖有承包人新疆二建原法定代表人钱少华的私章，虽然新疆二建持有的《某大厦施工合同补充协议》中“费率下浮9%”并未修改为“总价下浮9%”，且没有加盖新疆二建原法定代表人钱少华的私章，但因修改处加盖有新疆二建原法定代表人钱少华的私人名章以确认修改的是A公司所持的《某大厦施工合同补充协议》，故若该协议中钱某某的名章真实无误，则应认定A公司所持《某大厦施工合同补充协议》中相关条款修改的效力。在本院第一次庭审中，新

疆二建首次提出清春公司提交的《某大厦施工合同补充协议》中所加盖的钱某某名章与双方《建设工程施工合同》上钱某某名章的尺寸明显不符。A公司当庭确认了该事实，并在庭后提交了用以证明钱少华在其所持《某大厦施工合同补充协议》所盖名章真实性的双方订立于2003年5月9日的《建筑装饰工程施工合同》甲种本（GF—96—0205）。为查清相关事实，本院再次进行了开庭审理。从当事人在第二次庭审中确认的有关钱某某私人名章尺寸的事实看，A公司在本院二审期间提交的证据，无法使本院得出其提交之《某大厦施工合同补充协议》中所加盖的钱某某名章确系真实的结论。此外，即便有证据证明钱某某使用过不止一枚私章，亦不能据此认定A公司提交的《某大厦施工合同补充协议》中所加盖的钱某某名章的真实性，因为两者不具有证明上的同一性，故本案没有进行鉴定的必要性。因A公司没有就其提交的《某大厦施工合同补充协议》中所加盖的钱某某名章确系真实进行充分的举证，对A公司请求认定其所持《某大厦施工合同补充协议》中相关条款修改效力的主张，不予支持。

裁判依据或参考

法律法规

《中华人民共和国民法总则》(2017年10月1日)

第六十一条 依照法律或者法人章程的规定，代表法人从事民事活动的负责人，为法人的法定代表人。

法定代表人以法人名义从事的民事活动，其法律后果由法人承受。

法人章程或者法人权力机构对法定代表人代表权的限制，不得对抗善意相对人。

第六十二条 法定代表人因执行职务造成他人损害的，由法人承担民事责任。

法人承担民事责任后，依照法律或者法人章程的规定，可以向有过错的法定代表人追偿。

《中华人民共和国合同法》(1999年10月1日)

第九条 当事人订立合同，应当具有相应的民事权利能力和民事行为能力。

当事人依法可以委托代理人订立合同。

第三十二条 当事人采用合同书形式订立合同的，自双方当事人签字或者盖章时合同成立。

第四十四条 依法成立的合同，自成立时生效。

法律、行政法规规定应当办理批准、登记等手续生效的，依照其规定。

第四十八条 行为人没有代理权、超越代理权或者代理权终止后以被代理人名义订立的合同，未经被代理人追认，对被代理人不发生效力，由行为人承担责任。

相对人可以催告被代理人在一个月内予以追认。被代理人未作表示的，视为拒绝追认。合同被追认之前，善意相对人有撤销的权利。撤销应当以通知的方式作出。

第四十九条 行为人没有代理权、超越代理权或者代理权终止后以被代理人名义订立合同，相对人有理由相信行为人有代理权的，该代理行为有效。

第五十条 法人或者其他组织的法定代表人、负责人超越权限订立的合同，除相对人知道或者应当知道其超越权限的以外，该代表行为有效。

部门规范性文件

《2013 建设工程工程量清单计价规范》(GB50500-2013)

2.0.36 发包人

具有工程发包主体资格和支付工程价款能力的当事人以及取得该当事人资格的合法继承人，本规范有时又称招标人。

2.0.37 承包人

被发包人接受的具有工程施工承包主体资格的当事人以及取得该当事人资格的合法继承人，本规范有时又称投标人。

地方司法性文件及其他

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》(2015年3月16日 川高法民一〔2015〕3号)

27. 如何认定承包项目经理在合同履行中所实施的与项目建设有关行为的效力?

合同履行过程中，承包人项目经理以承包人名义在结算报告和签证文件上签字确认、加盖项目部印章，收取工程款、接收发包人供材等行为，一般应当认定为履行职务行为，对承包人具有约束力，但双方另有约定或承包人有证据证明相对人知道或应当知道项目经理没有代理权的除外。

江苏省高级人民法院关于适用《中华人民共和国合同法》若干问题的讨论纪要（一）（2005年9月23日由审判委员会第42次会议讨论通过）

第十六条 职务行为可以区分为职务代表和职务代理。

法定代表人、其他组织负责人以法人或其他组织名义从事经营活动的构成职务代表，该行为视同为法人或其他组织自身的行为，行为后果由法人或其他组织承担。相对人知道或应当知道该法定代表人、负责人超越权限的除外。

法人或其他组织的工作人员就其职权范围内的事项以法人或其他组织名义从事经营活动的构成职务代理，无须法人或其他组织的特别授权，其行为后果应当按照委托代理的规定，由法人或其他组织承担。

法人或其他组织的工作人员超越其职权范围，以法人或其他组织的名义从事经营活动的，构成无权代理。相对人有理由相信其有代理权的，构成表见代理。

江苏省高级人民法院民二庭《宏观经济形势变化下的商事司法问题研究》（2009年4月23日）

一、宏观经济环境变化形势下的合同法适用问题

（一）表见代理的认定问题

房地产开发建设领域是受宏观经济形势变化直接影响较大的领域。在建设工程中，分包商以建筑总承包商“工程项目部”、“项目经理”或者个人的名义，对外签订建筑工程所需的材料供应、借款、租赁等合同。宏观经济环境发生变化后，部分分包商无法履行合同债务，甚至放弃项目逃跑避债，债权人将诉讼矛头指向总承包商。此类案件的核心问题是，在总承包商没有向分包商明确授权的情况下，分包商对外签订的合同主体如何认定。

审判实务中，各地法院对此把握标准不一。一种观点认为，“工程项目部”、“项目经理”在外观上已经具备获得总承包商概括性授权的外部特征，与其交易的相对方有理由相信其能代表总承包商对外缔约，应当认定“工程项目经理”的行为为职务行为，其责任应当由该建设工程的总承包商承担。另一种观点认为，应当根据当事人以何种名义签署合同或者条据来确定合同责任主体，以“项目经理”或者“工程项目部”名义对外缔约的，应当认定总承包商为合同主体，而以个人名义对外缔约的，应当认定个人为合同主体。

我们倾向于认为：第一，在总承包商没有授权分包商代表其对外缔约的情况下，

“项目经理”或者“工程项目部”的行为构成无权代理。合同相对方主张其构成表见代理的，应当承担举证责任。第二，在证明“项目经理”或者“工程项目部”的行为构成表见代理的诸多证据中，“项目经理”或者“工程项目部”对外缔约的名义是重要证据，但并不是具有决定性意义的证据。根据合同法第四十九条的规定，合同相对人还应当举证证明其有理由相信分包商有代理总承包商对外缔约的权利，即证明自己善意无过失地相信对方的代理权。第三，判断合同相对人是否尽到合理注意义务、构成善意无过失，必须结合合同签订和履行过程中条据的出具时间、以谁的名义签字、标的物交付方式、地点和用途等因素，结合经验法则作出综合分析判断。

江苏省高级人民法院《建设工程施工合同案件审理指南》(2010年)

(6) 实际承包人加盖私刻(或伪造)的印章与相对人发生交易或者向相对人出具债务凭证，相对人又没有证据证明该印章曾在施工企业“承包”的工程项目中使用过或者施工企业知道或应当知道实际承包人利用该印章从事相关行为，又不能证明相关资金、物质、设备用于施工企业“承包”的工程项目的。虽然，相对人可能无法辩明实际承包人加盖的印章与施工企业的关联性，但如果加盖的印章确为实际承包人私刻，且没有证据证明相关资金、物质、设备用于施工企业“承包”的工程项目的，让施工企业承担责任没有法律和事实依据，按合同相对性原则予以处理最为妥当。

上海市高级人民法院《商事合同案件适用表见代理要件指引(试行)》

表见代理是对无权代理行为赋予有权代理法律后果的一项法律制度，是代理制度的一种特殊例外情形。由于法律规定本身较为原则，而表见代理的认定受个案事实差异和法官个体认知差异影响较大，故审查认定的自由裁量空间较大。

根据上海市高级人民法院党组和应勇院长关于做好统一裁判标准工作、规范法官自由裁量权行使的要求，高院民二庭近两年已先后制订了规范自由裁量权行使的程序性意见，以及公司法、合同法(总则)涉及自由裁量的相关实体要件指引。此次，对于实践反映突出的表见代理认定这一裁量权行使难点，高院民二庭在类案评查和汇集三级法院观点意见的基础上，根据《中华人民共和国合同法》及其司法解释，以及最高人民法院《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》的精神，编写了本指引，供实践参考，以期促进商事合同案件表见代理认定思路的相对统一。

一、关于表见代理的价值取向

商事合同案件审理中，适用表见代理制度应当注意把握好两种价值取向：一是维护交易安全，保护善意合同相对人的合法权益；二是促进交易行为的规范化，引导合同相对人、被代理人和行为人诚信经营。

二、关于表见代理的审查标准

按照《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》要求，适用表见代理制度应严格、慎重，要正确把握法律构成要件，稳妥认定表见代理行为。

三、关于表见代理的适用前提

表见代理的适用前提是行为人不具备代理权，包括自始无代理权、超越代理权及代理权终止三种情形。有证据证明行为人具备代理权的，不适用表见代理。

四、关于表见代理类案标准统一与个案查明的关系

因不同的合同相对人主观认知和客观感知存在差异，认定表见代理应当根据不同案件的具体事实进行。即便是针对同一行为人、同一被代理人的关联案件，也应当根据具体个案中的法律事实，分别审查、独立判断。

五、关于表见代理的构成要件

根据《中华人民共和国合同法》第四十九条和《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》的规定，适用表见代理须同时符合两项要件：

- (一) 权利外观要件，即行为人无权代理行为在客观上形成具有代理权的表象；
- (二) 主观因素要件，即合同相对人善意且无过失地相信行为人有代理权。

六、关于权利外观的主要考量因素

对权利外观的考量应当结合合同订立与履行过程中的各种因素，综合判断行为人的行为能否产生具有代理权的表象。主要考量因素包括：

(一) 合同是否以被代理人名义订立。若签订合同未使用被代理人名义，合同文本没有任何与被代理人有关联的文字表述，须慎重认定表见代理。

(二) 行为人的身份、职务是否与被代理人有关联。如，行为人在被代理人处任职职务越高、与从事业务关联度越强，或者与被代理人之间的其他身份联系越密切，对表见代理的证明力就越强；反之则越弱。

(三) 被代理人对行为人是否存在可合理推断的授权关系。如，行为人原有代理权

已被终止但被代理人未对外告知等情形。

（四）合同等对外文件材料上是否加盖与被代理人有关的、可正常对外使用的有效印章。如，合同上加盖的被代理人项目部真实印章按常理可对外授权使用的，可作为考量因素；若按常理应当属于单位内部使用印章的，须慎重认定。

（五）合同关系的建立方式是否与双方以往的交易方式相符。如，以往交易长期由某部门负责人实际操作进行，且被代理人从无异议并正常结算认可的，此次有争议交易也采相同方式的，可参考以往交易行为判断。

（六）合同订立过程、交易环境和周围情势等是否与被代理人有关。如，行为人在签约前曾陪同合同相对人参观考察被代理人的施工现场；签约地在被代理人营业地或办公场所的，可以作为判断因素。

（七）被代理人是否存在能够使人相信其参与合同履行的行为。如，被代理人实际支付过合同价款；被代理人就履约问题进行过交涉等，可作为考量因素。

（八）标的物的用途、交付方式与交付地点等是否与被代理人有关，被代理人是否取得履行合同的利益。如，合同标的物交付至被代理人营业场所或负责管领的其他场所；标的物被应用于被代理人本身或者直接从事的业务所需的，可以作为考量因素。

（九）其他具有代理权客观表象的情形。行为人在交易过程中存在其他行为，足以使一般商人合理推断该行为系基于被代理人合法授权的，可以作为认定的考量因素。

七、关于主观要素的主要考量因素

对主观要素的考量应当结合合同订立和履行过程中的各种因素，综合判断合同相对人是否为善意且无过失，即合同相对人不知道行为人无代理权，其在作出相应判断时已尽到合理注意，不存在明显的疏忽或懈怠。

一般而言，上述第六条权利外观因素越充分，越能够说明合同相对人主观上善意无过失。此外，可供用于判断相对人主观善意的其他考量因素还可包括：

（一）合同相对人与被代理人之间是否存在交易历史以及相互熟识程度。如交易双方彼此陌生，则相对人需说明并证明其对行为人代理权产生信赖的理由。

（二）合同相对人在订立合同之前是否即已充分知悉权利外观事实。对权利外观事实的充分收集，是合理信任行为人具有代理权的前提。相对人主张自己善意且无过失，应证明自己知悉权利外观事实的时间早于实施交易行为，实施交易行为后或风险产生后才了解的相关事实则一般不能支持对相对人善意的判断。如，某案合同相对人举证的权利外观证据系纠纷发生后为诉讼之需而收集获取，不足以证明相对人交易行为发

生之时的主观善意。

（三）合同相对人注意义务与交易规模大小是否相称。一般而言，标的物数量大、金额高的大宗交易，合同相对人应更加谨慎，此类情况下其是否善意的审查判断标准也需相应更高；反之，小额、便捷的交易，审查判断相对人是否善意的标准相对降低。

（四）交易对效率的要求与合同相对人核实代理权限的成本是否相称。若合同相对人核实代理权所需的时间和经济成本难以承受，并可能妨碍交易目的实现，且其为追求效率而放松对代理权限的核实并承担相应风险在商业上是合理的，可作为判断善意与否的考量因素；反之，合同相对人有机会通过方便、廉价手段核实代理权限但并未采取相关措施，因此而承担了不合理商业风险的，可作为判断其过失的考量因素。

（五）其他影响合同相对人主观判断的因素。

江苏省连云港市中级人民法院民二庭《关于职务行为认定的讨论意见》

近期中院民二庭在审理二审案件过程中发现，部分基层法院在对职务行为的认定上存在认定标准有差异、执法不统一的现象，突出表现在建筑施工单位的项目经理在工程施工过程中对外进行交易及单位工作人员在外就餐而引发的纠纷上。中院民二庭审判长联席会结合相关案件对上述问题进行了讨论，现将有关讨论意见发放各基层法院，供大家参考。

一、关于职务行为的认定标准和条件

中院民二庭审判长联席会倾向认为：审理有关涉及职务行为认定的案件时，要按照江苏省高级人民法院关于适用《中华人民共和国合同法》若干问题的讨论纪要（一）第十六条（1）规定的标准和条件，结合具体案情对是否构成职务行为作出认定。

具体把握以下几点：

1. 要审查行为人是以任何人的名义从事民事行为。职务行为一般要以单位的名义对外从事民事活动。行为人以个人名义对外从事民事活动的，不能认定为职务行为，但债权人和单位均认可为职务行为的除外。对于行为人以某某单位某某人的方式表达合同相对人的，要结合其他证据对合同当事人作出判断。

2. 要审查行为人的身份。只有有权或经授权以单位名义对外从事民事活动的人才能构成职务行为，有权以单位名义对外从事民事活动的人分为三类：一是单位的法定代表人或负责人（职务代表）；二是单位工作人员就其职权范围内的事项（职务代理），对于此类人员所从事的行为是否在职权范围内，审查要严格，一般要有单位明确的责

权分工；三是有单位明确授权的其他工作人员。

3. 对于无权代理的行为人以单位名义从事民事活动的，要注意审查行为人的行为是否构成表见代理。债权人主张行为人构成表见代理的，要承担相应的举证责任，对于表见代理的认定标准和条件要按照江苏省高级人民法院关于适用《中华人民共和国合同法》若干问题的讨论纪要（一）第十四、十五条（2）规定执行。

二、关于建筑施工单位的项目经理在工程施工过程中对外所从事民事活动如何认定是否构成职务行为问题

通过讨论，中院民二庭审判长联席会倾向认为：项目经理部是建筑施工单位或工程承包人为某项工程施工的需要而设立的内部临时机构，未领取营业执照的项目经理部不具有民事主体资格和诉讼主体资格，项目经理及其工作人员不能以项目部名义或未经授权以建筑施工单位名义对外从事施工工作以外的活动。凡项目经理以个人名义、项目部名义及未经授权建筑施工单位名义对外从事的施工工作以外的民事活动，如签订买卖合同、租赁合同、借贷合同等，一般应由行为人个人负责。但债权人和建筑施工单位均认可是职务行为，以及有证据证明行为人的行为构成表见代理的除外。

有下列情形之一的，可认定构成表见代理：

1. 项目经理用单位为其刻制的项目部印章对外签订合同的；
2. 单位为其支付部分债务，参与了合同的履行；
3. 单位成立或认可的项目经理部（如单位通过广告牌等媒体向社会公示项目经理，在相关合同中认可项目经理等）对外以项目经理部或建筑单位名义签订合同，且出卖的标的物、租赁物确实用于工程的。

三、关于单位工作人员在外就餐的行为如何认定是否构成职务行为问题

中院民二庭审判长联席会倾向认为：

1. 单位的法定代表人或负责人、按照内部分工具体分管接待工作的分管领导（具体负责接待工作的部门领导）以单位名义签单的，一般应认定为职务行为，由单位承担民事责任。单位领导人变更的，不影响其承担民事责任。单位上述人员以外的工作人员未经单位授权以单位名义签单的，一般应认定为个人行为，但债权人和单位均认可是职务行为，以及有证据证明行为人的行为构成表见代理的除外。

2. 单位的法定代表人或负责人、其他工作人员以个人名义签单的，原则上应认定为个人行为，由行为人承担民事责任，债权人和单位同时认可是职务行为及行为人有证据证明是职务行为的除外。

(1) 第十六条职务行为可以区分为职务代表和职务代理。法定代表人、其他组织负责人以法人或其他组织名义从事经营活动的构成职务代表, 该行为视同为法人或其他组织自身的行为, 行为后果由法人或其他组织承担。相对人知道或应当知道该法定代表人、负责人超越权限的除外。

法人或者其他组织的工作人员就其职权范围内的事项以法人或其他组织名义从事经营活动的构成职务代理, 无须法人或其他组织的特别授权, 其行为后果应当参照委托代理的规定, 由法人或其他组织承担。

法人或者其他组织的工作人员超越其职权范围, 以法人或其他组织的名义从事经营活动的, 构成无权代理。相对人有理由相信有代理权的, 构成表见代理。

(2) 第十四条人民法院在审理涉及表见代理纠纷案件时, 即要注重保护善意相对人利益, 又要兼顾被代理人利益。

认定构成表见代理的, 应当以被代理人的行为与权利外观的形成具有一定的牵连性即被代理人具有一定的过错为前提, 以“相对人有理由相信行为人有代理权”即相对人善意无过失为条件。

第十五条在衡量相对人是否构成善意无过失时, 应结合代理原理和经验法则以及案件的具体情况等因素综合作出判断。

下列情形下不应当认定为属于合同法第四十九条所称的“相对人有理由相信行为人有代理权”:

- (1) 被代理人授权明确, 行为人越权代理的;
- (2) 行为人与相对人订立的合同内容明显损害被代理人利益的;
- (3) 基于经验法则, 行为人的代理行为足以引起相对人合理怀疑的。

江苏省苏州市中级人民法院民二庭《关于涉建工程中项目经理等对外从事买卖、租赁等民事行为的责任认定》(2009年7月29日)

建筑施工企业下的工程项目部、第×工程处、项目经理或项目工地工作人员、分公司、子公司在工程施工过程中对外从事材料买卖、设备租赁、借贷、定作、担保等民商事行为, 债权人作为原告向建筑施工企业主张权利时, 如何确定责任主体和责任承担。

一、对“项目经理”的认识

根据建设部《建筑施工企业项目经理资质管理办法》的规定，建筑施工企业项目经理，是指受企业法定代表人委托对工程项目施工过程全面负责的项目管理者，是建筑施工企业法定代表人在工程项目上的代表人。项目经理是岗位职务，须持证上岗，它并不是企业擅自授予的一种称谓，而是有其特定法律含义的。项目经理是建筑施工企业法定代表人的代表，是法定代表人的职权在该工程项目上的延伸，其在该工程项目中从事的职务行为应视为代表建筑企业法定代表人的行为。

项目经理在承担工程项目施工管理过程中，履行下列职责：（一）贯彻执行国家和工程所在地政府的有关法律、法规和政策，执行企业的各项管理制度；（二）严格财经制度，加强财经管理，正确处理国家、企业与个人的利益关系；（三）执行项目承包合同中由项目经理负责履行的各项条款；（四）对工程项目施工进行有效控制，执行有关技术规范和标准，积极推广应用新技术，确保工程质量和工期，实现安全、文明生产、努力提高经济效益。

项目经理在承担工程项目施工的管理过程中，应当按照建筑施工企业与建设单位签订的工程承包合同，与本企业法定代表人签订项目承包合同，并在企业法定代表人授权范围内，行使以下管理权力：（一）组织项目管理班子；（二）以企业法定代表人的代表身份处理与其所承担工程项目有关的外部关系，受委托签署有关合同；（三）指挥工程项目建设的生产经营活动，调配并管理进入工程项目的人力、资金、物资、机械设备等生产要素；（四）选择施工作业队伍；（五）进行合理的经济分配；（六）企业法定代表人授予的其他管理权力。

二、对“挂靠施工”的认识

何谓挂靠施工？指没有资质的实际施工人或资质低的施工人（即挂靠人）借用有资质或者资质高的施工企业（被挂靠人）的名义承揽工程并向其交纳管理费的行为。

表现形式：1. “内部承包型”，根本不具备建设工程施工能力的个人（俗称“包工头”）寻找一个符合项目要求的施工企业，由施工企业与发包人签订施工合同，施工企业任命或聘用个人为其员工，并委以施工负责人或项目经理职务，双方签订内部承包合同，约定由个人承担该工程项目的全部经济责任，负责组织施工所需的人、财、物及施工管理职责，施工企业负责处理与业主、监理等单位的对外事务，个人向施工企业缴纳内部承包管理费。

2. “借用资质型”，低资质等级的施工企业有社会关系可以承建某工程项目，因此

寻找符合建设项目要求的高资质等级的施工企业，并以高资质等级的施工企业名义参与投标，中标后与发包人签订建设工程施工合同，然后直接由低资质等级的施工企业实际施工。

法律层面对挂靠施工的态度：《建筑法》《建设工程质量管理条例》等法律、行政法规明确禁止建筑施工企业的挂靠行为。最高人民法院的司法解释对此也持否定态度，认为挂靠施工合同无效。但挂靠人为了建设工程而对外签订买卖、租赁、借贷、定作等合同（这是我们讨论的重点）并不无效。

三、根据建筑施工企业与项目经理或实际施工人（俗称“包工头”）之间的关系来认定责任主体、确定责任承担

（一）如果建筑施工企业与项目经理是上下级行政隶属关系，则项目经理对于施工企业而言就是履行合同的代表，他在工程项目中所处的地位不是代理而是代表，代表了施工企业，他对外从事买卖、租赁、借贷、定作等民商事行为是职务行为，由此引发的纠纷应以建筑施工企业为被告并承担民事责任。

（二）如果建筑施工企业与项目经理是挂靠施工关系，则项目经理对外从事买卖、租赁、借贷、定作等民商事行为是非职务行为，由此引发的纠纷如何确定责任主体和责任承担。

对于挂靠人（即实际施工人，俗称“包工头”，在实践中也有以项目经理身份出现）与第三人之间签订买卖、租赁、借贷、定作合同的民事责任，亦与挂靠人在签订合同时以谁的名义而有区别：

1. 挂靠人以被挂靠人或被挂靠人的分支机构（项目部、工程处）的名义对外签订合同，挂靠人和被挂靠人的法律责任。挂靠人一般均以项目部的名义与第三人签订合同时，此挂靠人和被挂靠人应承担何种法律责任，没有明确的法律规定。但对于责任主体，可以参照最高法院的规定。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》第43条规定，个体工商户、个人合伙或私营企业挂靠集体企业并以集体企业的名义从事生产经营活动的，在诉讼中，该个体工商户、个人合伙或私营企业与其挂靠的集体企业为共同诉讼人。第52条规定，借用业务介绍信、合同专用章、盖章的空白合同书或者银行账号的，出借单位和借用人为共同诉讼人。故挂靠人与被挂靠人可以列为共同被告，由名义经营者与实际经营者承担连带责任。由挂靠人和被挂靠人对第三人承担连带责任已被司法实践所接受，依据是《中华人民共和国建筑法》第六十六条和最高人民法院《关于审理建设工程合同纠纷案件的暂行意见》第

五条和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意见》第二十五条的精神，另外，江苏省高级人民法院《关于当前经济审判工作中若干问题的讨论纪要》中明确规定，无进出口权的法人用有进出口权的法人的进出口业务章对外签约的，应将两者列为共同诉讼当事人，承担连带责任；《关于修改〈全省民事审判工作座谈会纪要〉的通知》中规定，挂靠经营的机动车发生交通事故造成他人损害的，应由挂靠人和被挂靠人连带承担赔偿责任。

2. 挂靠人以自己的名义对外签订合同，挂靠人和被挂靠人的法律责任。当挂靠人以自己的名义与第三人进行交易时，在挂靠人与该第三人之间就形成了合同关系。按照合同相对性原则，合同在双方之间发生效力，而对合同以外的第三人不发生效力，因此，第三人只能依据其与挂靠人的合同向挂靠人主张权利，而不能要求被挂靠人承担责任。挂靠人以自己名义签订合同后，挂靠人不能以材料实际用于项目公司而要求被挂靠人承担责任，因为在此情况下，交易的名义主体与实质主体是一致的，不存在披露委托人的事实，挂靠人应对自己的行为负责，不应当溯及基础的挂靠关系。只有存在表见代理的情况下，被挂靠人才承担责任，即虽然挂靠人以自己名义对外签订合同，但合同相对人有充分理由相信挂靠人是有代理权的且合同相对人是善意无过失的，则构成法律上的表见代理。比如，挂靠人先以被挂靠人的名义对外购买材料用于特定工程，由于交易多次发生，为简化交易过程，后挂靠人以自己的名义交易并出具凭证，因债务未清偿，合同相对人起诉，此时，合同相对人有充足理由相信挂靠人是有代理权的，故挂靠人和被挂靠人应承担连带责任。法官应责令合同相对人举证表见代理的事由。

第三人只起诉挂靠人或被挂靠人的，根据挂靠人或被挂靠人的申请，应依法追加挂靠人或被挂靠人为共同被告参加诉讼。

3. 如何区分是上下级行政隶属关系还是挂靠施工关系？

可根据下列情形进行判断：一是合同约定的施工企业与现场实际施工方之间有无产权关系；二是合同约定的施工企业与现场实际施工方之间有无统一的财务管理；三是合同约定的施工企业与施工现场的项目经理及主要工程管理人员（项目核算负责人、技术员、安全员、质量监督员）之间有无合法的人事调动、任免、聘用以及社会保险关系；四是合同约定的施工企业与施工现场的工人之间有无合法的建筑劳动用工和社会保险关系。若有之一，则是上下级关系；若无，则是挂靠关系。一般来说，挂靠人不是施工企业的职工，与施工企业没有行政上的隶属关系，不享受企业有关劳动保险

待遇和工资待遇，与施工企业是平等的主体关系。

需要注意的是，无论是上下级行政隶属关系还是挂靠施工关系，都有可能以内部承包合同关系出现，但这不影响对上下级行政隶属关系还是挂靠施工关系的认定。

四、挂靠人以被挂靠人分支机构的名义擅自对外提供保证担保，保证合同的效力及挂靠双方民事责任的承担。

一种意见认为保证合同有效，由挂靠人承担保证责任。理由是挂靠人利用被挂靠人分支机构的名义对外保证担保已超出了挂靠双方因承接工程而所为挂靠意思表示的范畴，故挂靠人应对自己的行为负责。

第二种意见认为保证合同有效，由挂靠双方承担连带责任。依据是《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》第43条的规定。

第三种意见是保证合同有效，挂靠人承担保证责任，被挂靠人承担挂靠人不能清偿部分的赔偿责任。因为挂靠人与被挂靠人的挂靠关系毕竟与企业法人的分支机构是有根本区别的。企业法人的分支机构是非独立核算单位，不能对外承担民事责任，它如未经法人授权，擅自作保证则保证合同无效；而挂靠人是独立核算的民事主体，在保证合同上为担保意思表示的是挂靠人，故将保证人认定为挂靠人且合同有效比较适宜。

五、建筑总公司下的分公司（有营业执照、非挂靠）对外从事买卖、租赁、借贷、定作、保证等民商事行为效力认定与责任承担。依照《中华人民共和国公司法》第十四条第一款规定：“公司可以设立分公司，设立分公司应向公司登记机关申请登记，领取营业执照。分公司不具有法人资格，其民事责任由公司承担。”因此，分公司对外签订的买卖、租赁、借贷、定作等合同应认定有效（有法定无效事由除外），先由分公司承担责任，总公司承担补充责任。分公司对外签订保证合同的，按《中华人民共和国担保法》第十条、第二十九条处理。

六、建筑总公司下的子公司对外从事买卖、租赁、借贷、定作、保证等民商事行为效力认定与责任承担。

我国《中华人民共和国公司法》第十四条第一款规定：“公司可以设立子公司，子公司具有法人资格，依法独立承担民事责任。”因此，子公司相对于总公司来说具有独立的法人人格，它对外从事买卖、租赁、借贷、定作、保证等民商事行为应认定有效并独自承担责任。

七、项目经理离职以后所从事民事行为的效力

项目经理离职以后，不论是原来系公司员工还是挂靠经营，项目经理均无权代表

公司从事民事活动，但其离职后从事的与工程相关的民事活动仍然有可能产生相应的法律后果。具体为：

（一）相对人不知道其离职，但有理由相信项目经理仍然代表公司，而离职后的项目经理继续以公司名义与相对人从事民事行为，则构成表见代理，相应责任同上下级行政隶属关系和挂靠经营中项目经理行为责任相同（建筑公司能举证证明相对人知道或者应该知道项目经理离职的除外）

（二）相对人知道或者应该知道其离职，离职后的项目经理则无权代表公司从事民事行为，但项目经理作为业务的经办人或者知情者，其可以就相关事实进行陈述，项目经理所作对事实的陈述可以作为证人证言，与其他证据综合分析认定其效力。

八、民事行为完成以后，供应商至建设局等相关部门收集的项目部有关人员身份关系的证据是否为表见事由的问题。

由于表见代理基于的是没有身份关系而从事了无权代理、越权代理行为，而项目部有关人员具有身份关系的证据揭示有权代理的法律关系，故事后收集的身份关系的证据不是表见代理的事由，而是有权代理的事由。对于失去身份关系以后所从事的民事行为，相对人在民事行为完成以后至建设局等部门收集的有关人员身份关系的证据不能直接认定为表见代理的事由，因为相对人并非是信赖事后收集的身份关系的证据作为认定对方具有代理关系依据的，而是在从事民事行为时有充分理由相信无权代理人有代理权。

九、印章效力的认定

（一）超范围使用印章的效力认定。一个单位根据各个部门的需求会经常刻制各种功能的公章，比如合同专用章、业务专用章、项目部章、财务专用章、资料专用章、档案专用章、收发章等等，各个公章均有不同的功能并由不同的部门进行管理和使用。而在建设工程合同中，印章使用不规范，经常出现混用的现象，实际加盖公章所对应的合同内容超出了该印章使用的范围。出现这种情况，应该审查该印章自身的功能及使用范围，对于该印章自身功能范围内使用的，可以直接认定其效力，因为相对方有理由相信持有印章者有权盖具印章，有权处理相关业务。如合同上加盖合同专用章、对账单上加盖了财务专用章等。对于超出了印章自身功能所涉使用范围的，不宜直接认定其效力，因为相对方应该明知印章的使用范围，超出印章使用范围使用的，属超越代理权或超越职权的行为，对合同双方不当然产生约束力。超出印章使用范围使用的，对该印章效力的认定应该根据签订合同者的身份及授权情况双方的交易习惯等，

综合分析是否属于表见代理。对于既不属于印章使用范围，又不能认定为表见代理的，还应该根据实际情况判断是否具有一定的证据效力，能否与其他证据形成优势证据。

（二）项目部私刻印章的效力认定。建筑公司项目部为经营管理需要，未经建筑公司同意，私刻项目部章或材料章等从事相关民事行为，其实质是项目部的行为，仅对项目部产生法律效力。建筑公司不因为该项目部公章而直接承担责任，建筑公司承担责任的基础是基于与项目部的上下级行政隶属关系或者挂靠关系。

十、混凝土公司送货单单价高于合同约定单价的处理

权利义务的变更，不仅需要明确的意思表示，对作出变更的人员还必须要求具有相应的权限。对于混凝土公司以送货单价格来认定总货款的请求是否支持，应该看签收送货单的人员是否具有变更约定单价的权限，或者混凝土公司是否有理由相信签收人员具有变更单价的权限。如果混凝土公司不能举证表见事由，则其主张变更的请求不能成立。如果混凝土公司知道或者应该知道送货单签收人员不具备变更单价的权限，而仍然主张变更，则不应支持。例如工地收料员或者一般工作人员签收的送货单，则不能认定变更成立，因为对于收料员及一般工作人员不具备变更合同约定权限的事实，混凝土公司是明知的，或者是应该知道的。

浙江省绍兴市中级人民法院《关于审理建筑领域民商事纠纷案件若干问题的纪要》（2013年10月15日绍兴市中级人民法院审判委员会第912次会议通过）

近年来，我市法院在审理涉及建筑领域的民商事纠纷时，特别是因建筑施工企业项目经理违法违规等行为而引发的纠纷，存在认识不统一、做法不一致等问题。为依法及时公正地化解建筑领域的各类民商事纠纷，维护建筑市场的正常秩序，市中院近期在深入调研的基础上，举行由民一庭、民二庭、刑庭、研究室、办公室等部门参加的座谈会，专题研讨涉及建筑领域民商事纠纷审理中遇到的有关问题。会议认为，在化解因项目经理违法违规等行为引发的纠纷时，要把握好建筑施工企业、项目经理（包括挂靠的项目经理、实际施工人）、第三人（材料商、设备租赁商等）之间的利益平衡，在注重维护交易安全的同时，促进交易行为的规范化。为统一裁判尺度，现经院审判委员会讨论通过，将有关认识比较一致的意见纪要如下：

一、本纪要所指的建筑施工企业项目经理有三种类型：第一类是建筑施工企业在册员工（即受建筑施工企业雇佣、与建筑施工企业签订有劳动合同的人员），受企业委派担任某建设工程的项目经理，或者受企业委派去参与招投标承接工程，中标后企业

任命其担任项目经理，负责工程管理，并与企业签订内部（经济责任制）承包合同；第二类是建筑施工企业不在册员工，未与企业签订劳动合同，但对外以企业名义承接工程进行业务活动，企业任命其为该工程的项目经理，该项目经理与企业签订挂靠经营性质的内部承包合同；第三类为除上述两类人员之外，通过向建筑施工企业转包或者分包承接工程的实际施工人（俗称“包工头”）。

二、根据建设部《建筑施工企业项目经理资质管理办法》的规定，建筑施工企业项目经理，是指受企业法定代表人委托对工程项目施工过程全面负责的项目管理者，是建筑施工企业法定代表人在工程项目上的代表人。在我市建筑行业，目前普遍实行建筑施工企业与项目经理签订内部承包合同，该合同的性质是建筑施工企业实行内部经济责任制的一种经营方式，仅对建筑施工企业和经济责任承包人具有法律约束力，合同约定的内容不能当然约束第三人。

三、建筑施工企业与实际施工人签订的合同，实为挂靠经营合同或者转包、分包合同的，应根据最高人民法院《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》有关规定，审查认定合同是否有效。

对有效的合同，建设单位（发包人）与建筑施工企业（承包人）尚未结算工程款的，实际施工人向建筑施工企业（承包人）起诉要求结算并支付工程款的，应当根据其双方合同的约定；没有约定或者约定不明确的，按照《合同法》第六十一条、第六十二条以及《合同法解释（二）》第七条规定的交易习惯予以认定；

对无效的合同，双方就工程款的支付事宜，应参照合同约定的方式结算；没有约定或者约定不明确的，按照《合同法解释（二）》第七条规定的交易习惯予以认定。

四、关于项目经理表见代理行为的构成要件

根据最高人民法院《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》，严格认定表见代理行为的规定，对项目经理未经企业授权对外签订合同的行为是否构成表见代理，应把握以下构成要件：

（一）客观要件：即行为人的无权代理行为须以被代理人的名义并具有代理权的客观表象；

（二）主观要件：合同相对人善意且无过失地尽到了对行为人有无代理权的注意义务。

五、有下列情形之一的，项目经理对外签订的合同对建筑施工企业具有约束力：

（一）以建筑施工企业名义与合同相对人签订合同，在签订合同时出示有能让合同

相对人相信的单位介绍信、委托书，或者建筑施工企业曾向合同相对人所作的授权通知或者其他证明材料的；

（二）以盖有建筑施工企业合同专用章或者公章的空白合同书签订合同的；

（三）以可以对外使用的项目部印章签订合同的；

（四）建筑施工企业知道项目经理对外签订的合同而不表示反对的；

（五）代理权终止后签订合同，合同相对人未收到终止通知或者已经尽到合理注意义务的；

（六）建筑施工企业根据项目经理签订的合同向合同相对人主张权利或者履行支付款项等义务的。

六、有下列情形之一的，项目经理对外签订的合同对建筑施工企业不具有约束力：

（一）项目经理以个人署名签订合同或者虽以企业、项目部名义但个人签署，并无其他证据证明有权代理的；

（二）合同相对人知道或者应当知道项目经理未取得企业授权的；

（三）合同相对人知道或者应当知道项目经理代理权已经终止的；

（四）项目经理与合同相对人签订的合同明显损害企业权益的；

（五）签订合同时所盖印章为技术专用章等非合同专用章的；

（六）合同上所盖印章是项目经理伪造而合同相对人未尽到合理注意义务的。

七、项目经理对外签订的合同对建筑施工企业是否具有约束力，还应将下列情况作为综合分析判断因素：

（一）交易习惯，虽由项目经理个人签订合同，但以往交易后的结算等企业是否认可；

（二）合同标的物是否用于建设工程施工；

（三）合同标的物与建设工程所需是否相符；

（四）签订合同的时间是否在项目经理管理涉案工程项目期间；

（五）影响表见代理主客观要件认定的其他情形。

八、关于合同相对人善意且无过失主观要件的认定

（一）表见代理构成的客观要件和主观要件，是紧密联系相辅相成的两大要件，合同相对人在证明代理表象充分性的同时，一般也证明了自身善意及无过失的程度，即合同相对人在不知道项目经理无代理权方面不存在疏忽或者懈怠，并为此承担举证责任；

(二)对合同相对人主观上是否善意无过失的认定,应采客观认知标准,包括知道或者根据市场规则、生活常识可以推定的应当知道。原则上不认可因个体认知能力不同的差异性。

九、关于转包、违法分包、借用资质的实际施工人行为与表见代理的认定

转包、违法分包、借用资质的实际施工人以建筑施工企业名义与合同相对人签订合同,合同相对人对代理表象应尽合理注意义务,实际施工人的行为构成表见代理的,由建筑施工企业承担责任。但合同相对人知道工程已转包、违法分包或者系出借资质的,应根据合同相对性原则确定责任人。

十、关于经济责任承包人与项目经理分离情况下表见代理的认定

(一)经济责任承包人是指与建筑施工企业以内部承包合同方式约定负责工程项目施工管理并对工程项目结算自负盈亏的承包人;

(二)经济责任承包人与建筑施工企业指派但并不实际行使工程管理权的项目经理不一的,经济责任承包人的职权按项目经理的职权和内部承包合同的规定确定;

(三)经济责任承包人以建筑施工企业名义管理工程,其签订合同的行为性质与表见代理的认定与项目经理相同;

(四)合同相对人知道或者应当知道经济责任承包人为自负盈亏承包工程,仍与其个人签订合同而不要求确认建筑施工企业行为的,应根据合同相对性确定合同主体,合同相对人要求建筑施工企业承担合同责任的,不应予以支持。

十一、严格防止涉及建筑施工企业的虚假诉讼。在审理民商事纠纷时,要从严审查项目经理是否存在以下情形:

(一)与分包人等恶意串通,销毁或者伪造签证、联系单、合同等结算资料后,由分包人等提起民事诉讼,向建筑施工企业索取或者拒付、少付相关款项的;

(二)与材料商、设备租赁商等勾结,签订虚高价格、数量等条款后,由材料商、设备租赁商等提起民事诉讼,向建筑施工企业索取相关款项的;

(三)与第三人恶意串通,伪造借据或者采取工程款债权转让等手段,由假债权人、假受让人提起民事诉讼,向建筑施工企业索取相关款项的。

十二、在审理民商事纠纷时,发现项目经理有下列情形之一的,应及时与侦查机关联系,将案件或者案件线索移送侦查机关处理:

(一)以公司、项目部名义对外签订经济合同,未按合同约定支付材料款或者设备租赁款等费用,携款潜逃、转移的;

(二) 以公司、项目部名义采用骗取手段向第三人借款或者为自己借款作担保, 携款潜逃、转移的;

(三) 与第三人勾结伪造合同、联系单、签证等虚假结算资料向建筑施工企业套取虚高的工程相关款项并进行侵吞, 或者携款潜逃、转移的。

对上述情形, 建筑施工企业已向侦查机关报案, 侦查机关已立案侦查的, 法院不应受理; 已受理的, 中止审理或者移送侦查机关处理。

十三、对项目经理伪造印章的行为, 涉嫌犯罪的, 应把握以下几点:

(一) 《刑法》第二百八十条“伪造公司、企业、事业单位、人民团体印章罪”, 并非“伪造公司、企业、事业单位、人民团体公章罪”, 遵从字面解释的方法, 将本罪名所称的“印章”理解为包括: 公司公章、项目部章、合同专用章、技术专用章、财务专用章、法定代表人私章等印章;

(二) 《刑法》第二百八十条属于行为犯, 项目经理虽然没有利用伪造印章实施犯罪行为, 但伪造印章数量已达3枚的, 可以涉嫌犯罪移送侦查机关查处; 对于项目经理伪造印章、虚构事实并通过非法手段获取非法利益的行为, 造成严重后果或者恶劣影响的, 符合《刑法》关于犯罪本质和该个罪构成要件的规定, 可以不受3枚的限制, 移送侦查机关查处;

(三) 项目经理通过违规利用(伪造、偷盖、修改粘贴方式)建筑施工企业印章、虚假诉讼以及损害企业利益的其他手段, 为获取非法利益而实施其他行为, 可能构成其他犯罪的, 应移送侦查机关一并查处。

十四、对项目经理以逃匿、去向不明等方式拒不支付劳动报酬的, 对涉嫌犯罪的应移送侦查机关处理:

(一) 依据最高人民法院《关于审理拒不支付劳动报酬刑事案件适用法律若干问题的解释》第二条、第七条规定, 拒不支付劳动报酬罪犯罪主体的认定与行为人是否具备用工主体资格并不相关。本罪的犯罪主体包括用工单位或者用工个人;

(二) 当建筑施工企业为用人单位时, 项目经理(包括“合法的项目经理”与“挂靠的项目经理”)不具备用工主体资格, 以逃匿、去向不明等方式拒不支付劳动报酬的行为实为职务侵占行为, 宜以涉嫌侵犯财产犯罪移送侦查机关处理;

(三) 当项目经理作为“包工头”为用工个人时, 具备用工主体资格, 以逃避支付劳动者的劳动报酬为目的而转移财产、逃匿、去向不明的, 宜以涉嫌拒不支付劳动报酬罪移送侦查机关处理。

十五、对项目经理在工程材料没有使用的情况下，却提供给公司虚假增值税发票的行为，应以涉嫌犯罪移送侦查机关处理。

根据《刑法》第二百零八条第二款的规定，非法购买增值税专用发票或者购买伪造的增值税专用发票后又虚开或者出售的，应依相应的重罪即“虚开增值税专用发票罪”定罪处罚。根据《刑法修正案（八）》的规定，明知是伪造的发票而持有的，若无法查清其来源行为或者来源行为尚不构成犯罪的，则应以《刑法》第二百一十条之一的“持有伪造的发票罪”查处。

十六、有本纪要第十二、十三、十四、十五的情形，涉嫌经济犯罪的案件，应依照最高人民法院《关于在审理经济纠纷案件中涉及经济犯罪嫌疑若干问题的规定》进行处理。

江苏省南京市建邺区人民法院《关于建筑工程合同纠纷的调研报告》（《人民法院报》2012年2月2日）

1. 违法分包、转包现象严重。在法院受理的此类案件中，普遍存在建设工程总承包方承包工程后，进行违法分包、转包甚至层层分包、转包的情况，导致市场秩序混乱、法律关系复杂，也是导致偷工减料、工程质量低劣的重要因素。在法院受理的涉及建设工程的187件纠纷中，存在违法分包、转包的有123件，约占所有建设工程类案件的2/3。为了规避法律、法规，有的当事方在签订合同时对合同名称进行规避处理，如《某项目劳务施工合同》《某工程合作协议》等，还有的实际施工方与总承包人、合法分包人未签订书面合同或借用他人名义签订合同，或者合同仅加盖公司的项目专用章、资料专用章，甚至加盖虚假印章等情形，但是实质上均是对工程进行违法分包、转包。

2. 权利人索要欠款困难。实际施工方（其中很大一部分是没有施工资质的包工头）以转（分）包人、承包人或者个人名义，对外签订建筑材料、设备的买卖、租赁合同，而出卖方、出租方又怠于或疏于对合同主体的审查，当建设工程施工结束后，实际施工方采用躲避、恶意拖欠等方式拒付货款或租赁款，而总包方以及上一级违法分包、转包单位以合同上印章虚假、未加该单位印章等为由，以合同相对性进行抗辩拒绝付款，给债权人维护权益造成困难。

浙江省杭州市中级人民法院民一庭《关于审理建设工程及房屋相关纠纷案件若干实务问题的解答》(2010年11月1日)

1. 如何认定加盖有项目部专用章或者由项目经理签字的单据、票证的行为效力?

答:项目部是施工承包企业具体实施施工行为的组织体,项目经理指受企业委托对工程项目施工过程全面负责的项目管理者,是企业在工程项目上的代表人。从当前的建筑工程承包现状来看,承包人的项目部或项目经理以承包人名义订立合同,债权人要求承包人承担民事责任的,一般应予支持,但承包人有证据证明债权人知道或应当知道项目部或者项目经理没有代理权限的除外。但应当注意的是,对于除项目经理以外的所谓现场负责人或材料员、采购员等,因其自身并无法律、法规或行业规范所赋予的项目部管理权力,故对此类人员的签证是否具有表见代理的效力,则应当由主张该表见代理行为成立的一方当事人举证。同理,对于项目部技术专用章的效力,也同样如此。

上海市中级人民法院《建设工程施工合同纠纷审判实务相关疑难问题解答》(2015年10月22日)

十三、承包人项目经理在合同履行过程中所实施的行为是否对承包人发生效力?

解答:施工合同履行过程中,承包人的项目经理以承包人名义在签证文件上签字确认、加盖项目部章或者收取工程款、接受发包人供材等行为,原则上应当认定为职务行为或表见代理行为,对承包人具有约束力,但施工合同另有约定或承包人有证据证明相对方知道或应当知道项目经理没有代理权的除外。

理由:根据《建筑施工企业项目经理资质管理办法》第二条的规定,项目经理是指受企业法定代表人委托对工程项目施工过程全面负责的项目管理者。除承包人有证据证明相对方明知项目经理无相应权限外,否则应认定项目经理的行为是职务行为或表见代理行为。

安徽省宣城市中级人民法院《关于审理建设工程施工合同纠纷案件若干问题的指导意见(试行)》(宣中法〔2013〕19号)

建设工程施工合同纠纷的诉讼主体

第一条 建设工程施工合同的发包方应当具有独立财产、能够对外独立承担民事责任,包括法人、其他组织和公民个人等。

建设工程施工合同的承包方应当具有：企业法人资格；履行合同的能力，即必须具有营业执照和由建设行政主管部门核准的资质等级。

实际施工人是指无效建设工程施工合同的工程实际承建人，包括转承包人、违法分包合同的承包人、借用资质的承包人、超越资质等级的承包人、挂靠施工人等。

合同示范文本

《2017 建设工程施工合同（示范文本）》(GF-2017-0201)

第二部分 通用合同条款

1.1.2 合同当事人及其他相关方

1.1.2.1 合同当事人：是指发包人和（或）承包人。

1.1.2.2 发包人：是指与承包人签订合同协议书的当事人及取得该当事人资格的合法继承人。

1.1.2.3 承包人：是指与发包人签订合同协议书的，具有相应工程施工承包资质的当事人及取得该当事人资格的合法继承人。

1.1.2.4 监理人：是指在专用合同条款中指定的，受发包人委托按照法律规定进行工程监督管理的法人或其他组织。

1.1.2.5 设计人：是指在专用合同条款中指定的，受发包人委托负责工程设计并具备相应工程设计资质的法人或其他组织。

1.1.2.6 分包人：是指按照法律规定和合同约定，分包部分工程或工作，并与承包人签订分包合同的具有相应资质的法人。

1.1.2.7 发包人代表：是指由发包人任命并派驻施工现场在发包人授权范围内行使发包人权利的人。

1.1.2.8 项目经理：是指由承包人任命并派驻施工现场，在承包人授权范围内负责合同履行，且按照法律规定具有相应资格的项目负责人。

1.1.2.9 总监理工程师：是指由监理人任命并派驻施工现场进行工程监理的总负责人。

3.2 项目经理

3.2.1 项目经理应为合同当事人所确认的人选，并在专用合同条款中明确项目经理的姓名、职称、注册执业证书编号、联系方式及授权范围等事项，项目经理经承包人授权后代表承包人负责履行合同。项目经理应是承包人正式聘用的员工，承包人应

向发包人提交项目经理与承包人之间的劳动合同，以及承包人为项目经理缴纳社会保险的有效证明。承包人不提交上述文件的，项目经理无权履行职责，发包人有权要求更换项目经理，由此增加的费用和（或）延误的工期由承包人承担。

项目经理应常驻施工现场，且每月在施工现场时间不得少于专用合同条款约定的天数。项目经理不得同时担任其他项目的项目经理。项目经理确需离开施工现场时，应事先通知监理人，并取得发包人的书面同意。项目经理的通知中应当载明临时代行其职责的人员的注册执业资格、管理经验等资料，该人员应具备履行相应职责的能力。

承包人违反上述约定的，应按照专用合同条款的约定，承担违约责任。

3.2.2 项目经理按合同约定组织工程实施。在紧急情况下为确保施工安全和人员安全，在无法与发包人代表和总监理工程师及时取得联系时，项目经理有权采取必要的措施保证与工程有关的人身、财产和工程的安全，但应在 48 小时内向发包人代表和总监理工程师提交书面报告。

3.2.3 承包人需要更换项目经理的，应提前 14 天书面通知发包人和监理人，并征得发包人书面同意。通知中应当载明继任项目经理的注册执业资格、管理经验等资料，继任项目经理继续履行第 3.2.1 项约定的职责。未经发包人书面同意，承包人不得擅自更换项目经理。承包人擅自更换项目经理的，应按照专用合同条款的约定承担违约责任。

3.2.4 发包人有权书面通知承包人更换其认为不称职的项目经理，通知中应当载明要求更换的理由。承包人应在接到更换通知后 14 天内向发包人提出书面的改进报告。发包人收到改进报告后仍要求更换的，承包人应在接到第二次更换通知的 28 天内进行更换，并将新任命的项目经理的注册执业资格、管理经验等资料书面通知发包人。继任项目经理继续履行第 3.2.1 项约定的职责。承包人无正当理由拒绝更换项目经理的，应按照专用合同条款的约定承担违约责任。

3.2.5 项目经理因特殊情况授权其下属人员履行其某项工作职责的，该下属人员应具备履行相应职责的能力，并应提前 7 天将上述人员的姓名和授权范围书面通知监理人，并征得发包人书面同意。

第2节 筹备组签约主体认定

——筹备组签约，究竟谁担责？（筹备组织）

类型一、由设立单位承担合同责任

10. 筹建处作为工程承包合同的签订、履行主体，不具备法人资格，应由其设立单位作为诉讼主体并承担工程款给付义务。

案例 10. 辽宁省高级人民法院（2003）辽民一房初字第17号“原告沈阳A建设工程总公司（简称化建公司）诉被告B市人民政府、本溪热电厂、本溪市集中供热公司建设工程施工合同纠纷案”

关于B市政府应否承担付款责任的问题。法院认为，因集中供热工程系政府设立的专项工程，其立项、机构组建、资金来源等均由B市政府决定和实施，工程承包合同也是由B市政府设立的筹建处与化建公司签订，签订合同和履行合同的主体均为筹建处，而筹建处作为B市政府的下属部门不具备法人资格，故由B市政府作为本案的诉讼主体并承担工程欠款的给付义务并无不当，B市政府的答辩主张不能成立。

11. 筹建处不具备法人资格，其民事责任应由其设立单位承担。

案例 11. 郑州市中级人民法院（2010）郑民三终字第 535 号“郑州市城开建筑安装工程有限公司与郑州市宏建建材有限公司、郑州市散装水泥办公室、郑州市建筑节能与墙体材料革新办公室建筑工程合同纠纷案”



二审法院认为，郑州市建材设备发展中心筹建处与郑州市城开建筑公司签订的建设工程施工合同是双方当事人的真实意思表示，不违反法律的强制性规定，应受到法律保护。现该综合楼已经建成并投入使用，郑州市建材设备发展中心筹建处应支付剩余的工程款 1539889.43 元。由于郑州市建材设备发展中心筹建处不具备法人资格，其民事责任应由其设立单位宏建公司、散装水泥办公室、墙改办公室共同承担。

12. 筹建处不具备独立承担民事责任的能力，其实施民事行为所引起的法律责任应由其成立单位承担。

案例 12. 河南省高级人民法院（2002）豫法民一终字第 551 号“中国工商银行三门峡分行诉三门峡市建设工程有限公司建设工程施工合同纠纷案”



一审法院认为，筹建处与市建公司先后签订的两份建设工程施工合同，是双方的真实意思表示，内容合法，依法有效。因筹建处系三门峡工行设立的不具备法人资格的内设机构，不具有独立承担民事法律责任的能力，故筹建处的上述法律责任由三门峡工行承担。对三门峡工行提出的应由三门峡鸿志大酒店和三门峡鸿志投资有限公司承担本案法律责任的抗辩理由，因筹建处系三门峡工行决定成立，理应由三门峡工行承担法律责任。故对这一抗辩理由不予采纳。

三门峡工行上诉称，筹建处已被依法成立的正式的法人企业鸿志投资有限公司、

鸿志大酒店有限公司所代替，它们是涉诉工程的权利义务人，工程款已经鸿志大酒店有限公司支付了大部分，三门峡工行不应承担支付工程款的责任。

二审法院认为，因筹建处是上述合同的签订人，在合同的履行过程中是工程款项的支付人，又是实际履行合同的当事人，筹建处在实际接收了本案所涉工程后，应及时地审批市建公司提交的工程结算报告，并支付工程款，而其未及时付款，故应承担未及时付款引起的法律后果。因筹建处只是三门峡工行为接收、管理抵贷资产而成立的临时机构，其不具备独立承担民事责任的能力，其实施的民事行为所引起的民事责任应由三门峡工行承担，鸿志投资有限公司、鸿志大酒店有限公司的成立的时间晚于本案所涉合同签订的时间，上述二公司不是合同的当事人，且该二公司系股份有限公司，鸿志投资有限公司只是鸿志大酒店有限公司的股东之一，三门峡工行无充分的证据证明筹建处被鸿志投资有限公司、鸿志大酒店有限公司所代替。根据二审查明的事实，三门峡工行与鸿志投资有限公司签订协议，筹建处的一切债权债务由鸿志投资有限公司承担，该债务转移未经市建公司同意，根据合同法的有关规定，债务的转移应当经债权人同意，三门峡工行将筹建处的债务转移给鸿志投资有限公司没有征得债权人市建公司的同意，该债权债务转移协议对市建公司不发生效力，其应承担支付工程款的责任，三门峡工行诉称不应承担支付工程款的责任的理由不能成立，本院予以驳回。

类型二、由筹备组其后成立的公司承担合同责任

13. 筹备处所产生的债权债务应由其后成立的公司承担。

案例 13. 郑州市中级人民法院（2016）豫01民终2166号“曹改进与河南大川农业生态园有限公司装饰装修合同纠纷案”



关于河南大川农业生态园有限公司作为本案被告是否适格主体问题。河南大川农业生态园有限公司辩称合同的甲方为大川德丰生态园筹备处，与河南大川农业生态园有限公司无任何关联性，该筹备处所欠债务应由其后成立的单位承担，河南大川农业

生态园有限公司作为本案被告并非适格主体。一审法院认为，大川德丰生态园筹备处并非企业法人，该筹备处的一切债权债务均应其后成立的单位承担，尽管曹改进无法直接证明河南大川农业生态园有限公司与大川德丰生态园筹备处具有前后关联性，但曹改进及证人均已证明其履行施工义务的地点为郑州市中原区须水街道马庄村二组，而河南大川农业生态园有限公司工商登记信息显示的企业住所地也为上述同一地址，河南大川农业生态园有限公司辩称该地址存在多家企业，但根据证据规则，其未能提供任何有效证据证明自己的抗辩意见，故对于河南大川农业生态园有限公司的此项抗辩意见原审判决不予采纳。

二审法院认为，根据曹改进和河南大川农业生态园有限公司提交的证据以及庭审中的陈述，曹改进系签署《外墙装饰工程合同》的一方，《外墙装饰工程合同》的另一方大川德丰生态园筹备处所产生的债权债务应由其后成立的河南大川农业生态园有限公司承担，故曹改进和河南大川农业生态园有限公司均为本案适格的诉讼主体。根据曹改进提交的证据，河南大川农业生态园有限公司应向曹改进支付劳务费 56260 元，同时曹改进主张河南大川农业生态园有限公司支付 2014 年 10 月 16 日至 2015 年 7 月 10 日之间的利息，符合法律规定。判决驳回上诉，维持原判。

14. 筹建处系市政府为筹建热电厂设立的临时机构，热电厂取得法人资格后，筹建处所进行的民事行为的后果应由其承担，而不应由市政府承担。

案例 14. 最高人民法院（1999）经终字第 334 号“中国建筑二局安装公司与河北省涿州市热电厂、河北省涿州市人民政府拖欠建筑工程款纠纷案”



一审法院认为，安装公司与筹建处签订的《建设工程施工合同协议条款》，系双方的真实意思表示，符合法律规定，应为有效合同。安装公司依约履行了自己的义务，但河北省涿州市热电厂无理拖欠工程款应承担违约责任。河北省涿州市热电厂在建成后，依法注册登记成为独立的企业法人，故其应独立承担筹建中的一切债权、债务，涿州市政府不应承担偿还工程款的民事责任。

二审法院认为，安装公司在通过投标取得河北省涿州市热电厂安装工程的承包权

后，于1992年9月14日与筹建处签订的《建设工程施工合同协议条款》，系双方当事人的真实意思表示，内容不违反法律法规规定，应认定合法有效。筹建处系涿州市人民政府为筹建河北省涿州市热电厂设立的临时机构，河北省涿州市热电厂取得法人资格后，筹建处所进行的民事行为的后果应由其承担，而不应由涿州市人民政府承担。原审判决驳回安装公司对涿州市人民政府的诉讼请求正确，应予维持。

类型三、筹建组不具备诉讼主体资格

15. 筹建组本身不具有独立的财产，其不具备民事诉讼主体资格。

案例 15. 浙江省金华市中级人民法院（2012）浙金民终字第1555号“上诉人（原审被告）楼林生与被上诉人（原审原告）浙江万利建筑工程有限公司、原审被告童昌智、楼云汉、王春生等24人建设工程施工合同纠纷案”



关于原审法院未追加筹建组为当事人，审理程序是否合法问题。二审法院认为，筹建组系由各拆迁户民主推荐、中国义乌国际商贸城建设指挥部以文件形式同意而设立，其代表各拆迁户对外签订与工程建设有关的各类合同，根据各户要求进行工程管理监督，收集各户的工程建设资金，支付应付工程款项，负责工程结算以及就具体事宜与施工单位进行交涉等。因筹建组本身不具有独立的财产，其不是民事诉讼中的诉讼主体，故原审法院未追加筹建组为被告并无不当。

类型四、由合同签订人承担责任

16. 以筹备组名义签订合同的当事人，无证据证明他人应承担合同责任，作为合同签订人，应承担合同义务。

案例 16. 洛阳市中级人民法院（2015）洛民终字第 112 号“上诉人洛阳市商务局与被上诉人洛阳市工农建筑安装工程有限公司、原审第三人洛阳翰达实业有限公司建筑工程合同纠纷案”



二审法院认为，筹备组系洛阳市商务局成立的临时机构，不具有法人资格，该筹备组实际由洛阳市商务局管理，故原审认定该筹备组权利义务及法律责任由洛阳市商务局承担，符合法律规定。

17. 筹备组未登记，合同签订人亦无证据证明筹备组与第三人之间的关系，其应承担合同义务。

案例 17. 郑州市中级人民法院（2010）郑民四终字第 38 号“张建民与张太龙建设工程施工合同纠纷案”



一审法院认为，张太龙与张建民于 2006 年 10 月 17 日签订《建筑装饰工程施工合同》，在该施工合同上虽加盖有“开封市鲤鱼门温泉假日酒店筹备组”字样的公章，但该筹备组并未登记。2007 年 2 月 11 日，张建民向张太龙出具下欠工程款证明，而开封市鲤鱼门温泉酒店成立于 2007 年 4 月 27 日。张建民举证的 2007 年 2 月 11 日、2008 年 4 月 9 日张太龙出具的收条均为复印件，张太龙不予认可。张建民的证据不能证明其与开封市鲤鱼门温泉酒店的关系，也不能证明“开封市鲤鱼门温泉假日酒店筹备组”与开封市鲤鱼门温泉酒店的关系。在本案中，张建民针对张太龙

的起诉提出了反诉请求，应视为是其对与张太龙间存在债权债务关系的认可，故张建民应是《建筑装饰工程施工合同》的直接责任人，应对张太龙承担还款责任。

张建民上诉称，原审法院认定事实错误。张建民与张太龙之间不存在债权债务关系，开封市鲤鱼门温泉假日酒店筹备组未登记，不能得出开封市鲤鱼门温泉酒店与张建民之间不存在债权债务关系的结论。

二审法院认为，张太龙与张建民于2006年10月17日签订的《建筑装饰工程施工合同》，因开封市鲤鱼门温泉假日酒店筹备组未登记，亦无证据证明开封市鲤鱼门温泉假日酒店筹备组与开封市鲤鱼门温泉酒店的关系，因此张建民作为合同的签订人，应承担相应的合同义务。张太龙依约完成施工义务，张建民出具证明后，未按时结清工程款，酿成本案纠纷，张建民应承担全部责任。

18. 以筹备组名义签订合同的当事人应承担工程款支付责任。

案例 18. 怀远县人民法院（2017）皖0321民初2686号“蚌埠市金翼窗具有限责任公司与怀远县小集医院、刘伟建设工程施工合同纠纷案”



法院认为，刘伟以怀远县鲍集镇小集卫生院筹备组名义与金翼窗具公司签订塑钢窗工程合同，虽然合同加盖了怀远县鲍集镇小集卫生院筹备组印章，但怀远县鲍集镇小集卫生院尚处于筹备阶段，其不具有民事行为能力，且对工程款的决算、结算均系刘伟所为，故应认定该合同系刘伟与金翼窗具公司签订，刘伟应承担工程款支付责任。

类型五、由其后注册成立的事业单位法人承担

19. 筹建处的债务应由其后注册设立的事业单位法人承担，实际投资人撤销筹建处而未对已经发生的债务进行清理应承担赔偿责任。

案例 19. 最高人民法院（1999）经终字第 81 号“山西省人民政府、山西国际大厦与山西省第五建筑工程公司建筑工程承包合同欠款纠纷案”



二审法院认为，原国际大厦筹建处与五建公司签订的建筑安装工程承包合同及主楼、裙房工程承包合同，内容真实合法，应确认为有效。国际大厦系由山西省人民政府在撤销国际大厦筹建处基础上，以该大厦作为固定资产注册设立的事业单位法人。对原国际大厦筹建处所欠五建公司的工程欠款，应根据权利与义务相一致原则，由国际大厦承担清偿欠款及逾期付款的违约责任。由于国际大厦的实际投资者是山西省人民政府，大厦的所有权归其所有，山西省人民政府在撤销国际大厦筹建处和成立山西国际大厦时，对已经发生的债务没有进行清理；山西国际大厦的职责任务只是为部分省直行政、事业单位提供办公用房，并做好用房单位的各项服务工作，且日常开支也只是用于楼房的维护，故山西省人民政府对国际大厦所欠五建公司的工程款及逾期付款的违约责任，应依法承担赔偿责任。

20. 承继筹备组权利义务的事业单位法人应作为诉讼当事人。

案例 20. 河南省高级人民法院（2016）豫民终 168 号“河南省吴鼎建筑基础工程有限公司、平顶山市第一人民医院等与平顶山市新城区管理委员会建设工程施工合同纠纷案”



二审法院认为，承包人吴鼎公司是和平顶山市新城区医院建设筹备组签订的《建

设工程施工合同》，该筹备组已于2011年6月8日被平顶山市事业单位登记管理局登记为平顶山市新区人民医院，颁发了事业单位法人证书，平顶山市新城区医院建设筹备组的权利义务已被平顶山市新区人民医院承继。《中华人民共和国民法通则》第三十六条规定：“法人是具有民事权利能力和民事行为能力，依法独立享有民事权利和承担民事义务的组织。法人的民事权利能力和民事行为能力，从法人成立时产生，到法人终止时消灭。”根据合同相对性原则，合同的义务主体应是平顶山市新区人民医院。原审判决认为平顶山市新区人民医院不具备承担责任的能力并判令新城区管委会承担支付工程款的责任无法律依据，程序不当。裁定发回河南省平顶山市中级人民法院重审。

类型六、筹备组与被告无关，驳回原告诉讼请求

21. 承包人作为原告不能证明筹备组系被告设立，或被告系由筹备组演变而来，故从举证责任角度看，筹备组是与被告无关的独立主体，应驳回原告的诉讼请求。

案例 21. 浙江省高级人民法院（2013）浙民提字第 84 号“再审申请人（一审原告、二审上诉人）杭州环美装饰照明工程有限公司与被申请人（一审被告、二审被上诉人）施月君、周毅力、雷文军及一审第三人季人清、叶亮、留宗土建设工程施工合同纠纷案”



法院再审认为，本案再审争议焦点是2008年4月28日与环美公司签订《建筑装饰工程施工合同》的合同相对人是否为施月君、周毅力、雷文军设立的瑞豪公司。原判认定“2008年4月28日与环美公司形成建筑装饰工程施工合同关系的相对方并不是瑞豪公司”正确。理由如下：

（一）2008年4月28日与环美公司签订《建筑装饰工程施工合同》的主体为丽水市瑞豪大酒店筹备组，不是瑞豪公司。从环美公司提供的《建筑装饰工程施工合同》

看，发包方在行文抬头处表述为“丽水市瑞豪大酒店”，在落款处由季人清签名，并加盖“丽水市瑞豪大酒店筹备组”的印章。在行文抬头与落款印章不完全一致的情况下，应以落款印章为准。该落款清楚表明，合同的相对方不是瑞豪公司，而是丽水市瑞豪大酒店筹备组。因为瑞豪公司早于2007年7月23日就已注册成立，其法定代表人为施月君，而非季人清。瑞豪公司在成立近一年之后也无需以筹备组的名义对外签订合同并在合同上盖章，作为合同相对人的环美公司一般也不可能允许瑞豪公司以筹备组名义订立合同并签章。所以从合同签订角度看，环美公司主张丽水市瑞豪大酒店筹备组就是瑞豪公司，理由不能成立。另一方面，环美公司目前举证亦未能证明丽水市瑞豪大酒店筹备组系由瑞豪公司设立，或瑞豪公司系由丽水市瑞豪大酒店筹备组演变而来，故从举证责任角度看，本案中丽水市瑞豪大酒店筹备组是一个与瑞豪公司无关的独立主体。根据季人清、叶亮、留宗土为了开设酒店向施月君租赁案涉房屋，由季人清代表丽水市瑞豪大酒店筹备组签订本案装修合同，季人清等人主要负责装修事务，以及案涉房屋装修完毕后季人清等三人以案涉房屋为经营场所注册设立雷迪森公司等事实，可以认定丽水市瑞豪大酒店筹备组是季人清、叶亮、留宗土为了开办雷迪森公司而设立的临时机构。因此，本案装修合同的发包方为丽水市瑞豪大酒店筹备组，而不是瑞豪公司。

（二）本案装修合同实际由季人清、叶亮、留宗土等三人履行发包方的责任，而非瑞豪公司。在本案装修工程施工合同订立前瑞豪公司向公安消防机关提交的《建筑内部装修防火审核申报表》上盖有瑞豪公司印章，并不能证明案涉施工合同就是由瑞豪公司所签订。事实上，消防验收申报材料中瑞豪公司盖过章，筹备组也盖过章。上述情况仅系瑞豪公司股东施月君作为案涉物业的所有权人为出租之便应公安消防机关的要求而办理的相关手续。本案装修合同履行过程中，瑞豪公司的账户也确实向环美公司支付过155万元工程款，但该款项系第三人季人清等借用瑞豪公司的账户所支付。且支付行为发生在合同签订之后，并不会影响施工合同签订时环美公司对合同签订主体产生误判。瑞豪公司的股东施月君在向第三人季人清等出租案涉物业时，其房屋租赁合同第28条虽约定在房屋租赁期间，第三人可以沿用瑞豪公司的名称，并表示原则上在2009年12月底前可以将公司股份转让给季人清等。但该条款仅是房屋租赁合同的附则部分，并且是否转让显然需另行签订转让协议，在法律上还需征得其他股东的同意。在本案中，实际上也并不存在股权转让。所以该条款不能作为季人清等和瑞豪公司存在公司租赁经营关系的依据，且施月君仅作为瑞豪公司的大股东，无权处分公

公司的资产，故也不能成为瑞豪公司承担责任的依据。

（三）案涉房屋的装修成果，实际上也是由季人清等三合伙人事后注册的雷迪森公司所承受。瑞豪公司及三个股东从未参与经营和装修事宜。环美公司主张案涉房屋的装修成果由瑞豪公司享有，缺乏事实和法律依据。

（四）环美公司关于本案合同订立构成表见代理的主张也不能成立。《中华人民共和国合同法》第四十九条规定：行为人没有代理权、超越代理权或者代理权终止后以被代理人名义订立合同，相对人有理由相信行为人有代理权的，该代理行为有效。前述的《建筑装饰工程施工合同》的签订过程已经清楚地表明丽水市瑞豪大酒店筹备组不同于瑞豪公司。作为一家装修公司，环美公司应能够辨别筹备组与公司是两个不同的主体，并且合同落款处法定代表人季人清也非瑞豪公司的法定代表人，其也未取得瑞豪公司的任何授权。虽然瑞豪公司在案涉合同签订当日更换了财务印鉴，由季人清作为财务代表，但没有证据证明季人清签订合同之时已经向环美公司披露自己的身份。即使披露了，作为财务人员，在未明确授权的情况下，也不能代表公司对外签订合同。现有证据不能证明季人清有权代表瑞豪公司签订合同，或符合表见代理的构成要件。并且判断是否构成表见代理，应依据合同签订当时显露出来的相关事实进行推断。环美公司有关季人清是瑞豪公司财务代表、租赁合同中有涉及公司股权转让及合同签订前瑞豪公司曾向公安消防机关申报装修审核等，均系事后发生或事后取得的相关证据，并不能代表其在签订合同当时因上述事实的发生和存在使其产生了错误判断。如果其误认为丽水市瑞豪大酒店筹备组就是瑞豪公司，其也没有尽到谨慎审查的义务。因此，本案合同订立并不构成表见代理，环美公司主张本案构成表见代理的理由不能成立。综上，2008年4月28日与环美公司签订《建筑装饰工程施工合同》的相对人不是瑞豪公司，而是丽水市瑞豪大酒店筹备组。环美公司关于与其签订本案施工合同的相对人为瑞豪公司的申请再审理由均不能成立，其再审理请求不能得到支持。原判驳回环美公司的诉讼请求正确，应予维持。依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十条第一款第（一）项、第二百零七条的规定，判决如下：维持浙江省丽水市中级人民法院（2012）浙丽民终字第332号民事判决。

裁判依据或参考

法律法规

《中华人民共和国民法总则》(2017年10月1日)

第七十五条 设立人为设立法人从事的民事活动，其法律后果由法人承受；法人未成立的，其法律后果由设立人承受，设立人为二人以上的，享有连带债权，承担连带债务。

设立人为设立法人以自己的名义从事民事活动产生的民事责任，第三人有权选择请求法人或者设立人承担。

《中华人民共和国企业法人登记管理条例》(2014年2月19日修订，国务院令第六48号)

第三十六条 经国务院有关部门或者各级计划部门批准的新建企业，其筹建期满1年的，应当按照专项规定办理筹建登记。

《中华人民共和国企业法人登记管理条例实施细则》(2014年修订，国家工商行政管理局令第六6号)

第五十七条 登记主管机关对申请筹建登记的企业，在核准登记后核发《筹建许可证》。

司法解释及其他

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定(三)》(2010年12月6日最高人民法院审判委员会第1504次会议通过，2014年修正)

第一条 为设立公司而签署公司章程、向公司认购出资或者股份并履行公司设立职责的人，应当认定为公司的发起人，包括有限责任公司设立时的股东。

第二条 发起人为设立公司以自己名义对外签订合同，合同相对人请求该发起人承担合同责任的，人民法院应予支持。

公司成立后对前款规定的合同予以确认，或者已经实际享有合同权利或者履行合同义务，合同相对人请求公司承担合同责任的，人民法院应予支持。

第三条 发起人以设立中公司名义对外签订合同，公司成立后合同相对人请求公司承担合同责任的，人民法院应予支持。

公司成立后有证据证明发起人利用设立中公司的名义为自己的利益与相对人签订合同，公司以此为由主张不承担合同责任的，人民法院应予支持，但相对人为善意的除外。

第四条 公司因故未成立，债权人请求全体或者部分发起人对设立公司行为所产生的费用和债务承担连带清偿责任的，人民法院应予支持。

部分发起人依照前款规定承担责任后，请求其他发起人分担的，人民法院应当判令其他发起人按照约定的责任承担比例分担责任；没有约定责任承担比例的，按照约定的出资比例分担责任；没有约定出资比例的，按照均等份额分担责任。

因部分发起人的过错导致公司未成立，其他发起人主张其承担设立行为所产生的费用和债务的，人民法院应当根据过错情况，确定过错一方的责任范围。

第五条 发起人因履行公司设立职责造成他人损害，公司成立后受害人请求公司承担侵权赔偿责任的，人民法院应予支持；公司未成立，受害人请求全体发起人承担连带赔偿责任的，人民法院应予支持。

公司或者无过错的发起人承担赔偿责任后，可以向有过错的发起人追偿。

地方司法性文件及其他

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》（1998年10月30日山东省高级人民法院审判委员会第52次会议讨论通过）

19. 经过合法批准成立的临时机构或筹建单位对外签订的建筑工程承包合同，应认定为有效。

第3节 执照吊销的诉讼主体

——执照被吊销，诉讼资格无？（执照吊销）

22. 公司因未年检而被吊销营业执照后，未成立清算组进行清算，也未办理注销登记，其以公司名义提起诉讼，诉讼主体资格适格。

案例 22. 安徽省高级人民法院（2013）皖民四终字第 00073 号“上诉人安徽恒源煤电股份有限公司任楼煤矿（简称任楼煤矿）、上诉人安徽省皖北煤电集团有限责任公司（简称皖北煤电公司）与被上诉人濉溪县任集镇第二建安公司（简称任集二建公司）建设工程施工合同纠纷案”



关于任集二建公司的诉讼主体资格是否适格。二审法院认为，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》第十条规定，公司依法清算结束并办理注销登记前，有关公司的民事诉讼，应当以公司的名义进行。公司成立清算组的，由清算组负责人代表公司参加诉讼；尚未成立清算组的，由原法定代表人代表公司参加诉讼。任集二建公司于 2009 年 9 月 29 日因未年检而被吊销营业执照，但并未成立清算组进行清算，也未办理注销登记，根据上述规定，其以公司名义提起诉讼，原告主体资格适格。任楼煤矿关于任集二建公司诉讼主体资格的上诉理由不能成立，本院不予采纳。

23. 企业法人被吊销营业执照后至被注销登记前，该企业法人仍应视为存续，可以自己的名义进行诉讼活动。

案例 23. 河南省鹤壁市中级人民法院（2009）鹤民三终字第 15 号“上诉人赵建华与被上诉人淇县建筑安装集团总公司罗阁工程处（简称罗阁工程处）、原审被告安阳市文峰区太行行动植物良种场（简称良种场）建设工程施工合同纠纷案”



关于罗阁工程处是否具备本案一审的原告诉讼主体资格的问题。二审法院认为，最高人民法院《关于企业法人营业执照被吊销后，其民事诉讼地位如何确定的复函》（法经〔2000〕24号函）中规定：“吊销企业法人营业执照，是工商行政管理机关依照国家工商行政法规对违法的企业法人作出的一种行政处罚。企业法人被吊销营业执照后，应当依法进行清算，清算程序结束并办理工商注销登记后，该企业法人才归于消灭。因此，企业法人被吊销营业执照后至被注销登记前，该企业法人仍应视为存续，可以自己的名义进行诉讼活动。”本案中罗阁工程处被吊销企业法人营业执照，其法律后果是丧失经营资格，禁止从事经营活动。罗阁工程处在被吊销营业执照后至注销登记前，虽然丧失了从事经营活动的资格，但其法人资格并未丧失，仍然具备诉讼主体资格，可以自己的名义进行诉讼活动，依法主张权利和承担义务。

罗阁工程处虽在名称中冠有建安总公司的字样，但罗阁工程处 1998 年在淇县工商局登记为企业法人，其与建安总公司是两个独立的企业法人，各自独立核算、自负盈亏、独立承担民事责任。无论罗阁工程处与建安总公司是挂靠关系还是子公司与母公司的关系，罗阁工程处都是独立承担民事责任，罗阁工程处并不随着建安总公司的注销而注销，或丧失法人资格。故罗阁工程处具备本案一审原告诉讼主体资格。

24. 分支机构依法登记并领取了营业执照，可作为民事案件的当事人参加诉讼。但是，分支机构被注销后，即不具备诉讼主体资格。

案例 24. 山东省淄博市中级人民法院（2013）淄民再终字第 46 号“申诉人山东远东建筑工程有限公司（简称远东公司）与被申诉人江玉法、原审被告沂源县远东建筑工程有限公司东里分公司（简称东里分公司）建设工程合同纠纷案”



一审法院认为，东里分公司隶属远东公司，2006 年 11 月远东公司虽注销了东里分公司，但远东公司在东里分公司施工期间将其注销，没有对该分公司的财物进行清算或处分，仅在注销说明时简单陈述东里分公司的债权债务由远东公司承担，因此，不能减少或免除远东公司的管理责任，远东公司应承担连带清偿责任。山东省沂源县人民法院作出（2008）源民初字第 1765 号民事判决：一、被告沂源县远东建筑工程有限公司东里分公司于本判决生效后十日内支付给原告江玉法欠款 43338.00 元；二、山东远东建筑工程有限公司对上述工程欠款负连带清偿责任；三、驳回原告江玉法的其他诉讼请求。

后山东省淄博市人民检察院抗诉认为，分公司作为公司的分支机构，只要依法登记并领取了营业执照，就可作为民事案件的当事人参加诉讼。但是，该案中东里分公司已于 2006 年 11 月 15 日注销，并注明遗留的债权债务由远东公司承担，其依据上述法律规定取得的诉讼主体资格随即消失，不能作为本案的被告人。

法院再审认为，2006 年 11 月 15 日，东里分公司在工商部门办理了注销登记，并在注销备注说明一栏注明其遗漏遗留债权债务由远东公司承担，其诉讼主体资格已经灭失，原审判决仍判决其承担民事责任，适用法律错误，应当予以纠正。

25. 公司被吊销营业执照和公司被注销的法律后果并不一样，公司因违法经营或连续停业或未按时办理年审等事宜而被工商行政管理机关吊销营业执照之后，公司的主体资格仍然存在，可以以自己的名义进行诉讼活动，而公司注销则意味着公司已丧失法人资格，即公司不复存在。

案例 25. 最高人民法院（2014）民申字第730号“中国农业银行股份有限公司郑州绿城支行与河南三星置业有限公司、河南省工合建筑安装工程公司建设工程施工合同纠纷案”



关于工合公司的诉讼主体资格问题。三星公司申请再审主张，工合公司工商执照2006年已被工商机关吊销，一审法院在审理本案时没有审查其主体资格，工合公司主体资格已不存在，对工合公司的起诉应当不予受理。法院再审认为，公司被吊销营业执照和公司被注销的法律后果并不一样，公司因违法经营或连续停业或未按时办理年审等事宜而被工商行政管理机关吊销营业执照之后，公司的主体资格仍然存在，可以以自己的名义进行诉讼活动。而公司注销则意味着公司已丧失法人资格，即公司不复存在。本案工合公司只是被工商部门吊销营业执照，三星公司主张对工合公司的起诉不予受理缺乏相应的法律依据。

26. 公司合法登记注册的证明，经我国驻外使馆认证，应确认其具备权利主体资格，以公司注册登记已经过期为由，主张丧失诉讼主体资格不予支持。

案例 26. 云南省高级人民法院（2014）云高民三终字第7号“上诉人昆明世好环保工程有限公司与被上诉人老挝人民民主共和国友谊路桥建设有限公司建设工程施工合同纠纷案”



二审法院认为，本案因双方当事人争议的标的在老挝，故属于涉外合同纠纷案件，双方均同意适用中华人民共和国法律进行审理，本院依法适用中华人民共和国法律予以审判。关于被上诉人是否是权利主体的问题。上诉人在上诉中提出，被上诉人在老挝的公司注册已经过期，其丧失了权利主体资格。根据审理，被上诉人在一审中提交了由老挝琅南塔省工业与贸易厅营业执照机关于2013年6月10日出具的《证明书》，证明被上诉人于2007年10月26日登记注册至今，该份《证明书》经我国驻老挝使馆认证。二审中，上诉人未提出异议。因此，被上诉人是经合法登记注册的公司，本院确认其具有权利主体资格。

裁判依据或参考

法律法规

《中华人民共和国民法总则》(2017年10月1日)

第五十九条 法人的民事权利能力和民事行为能力，从法人成立时产生，到法人终止时消灭。

第六十条 法人以其全部财产独立承担民事责任。

第六十四条 法人存续期间登记事项发生变化的，应当依法向登记机关申请变更登记。

第六十五条 法人的实际情况与登记的事项不一致的，不得对抗善意相对人。

第六十六条 登记机关应当依法及时公示法人登记的有关信息。

第六十七条 法人合并的，其权利和义务由合并后的法人享有和承担。

法人分立的，其权利和义务由分立后的法人享有连带债权，承担连带债务，但是债权人和债务人另有约定的除外。

第六十八条 有下列原因之一并依法完成清算、注销登记的，法人终止：

(一) 法人解散；

(二) 法人被宣告破产；

(三) 法律规定的其他原因。

法人终止，法律、行政法规规定须经有关机关批准的，依照其规定。

第六十九条 有下列情形之一的，法人解散：

(一) 法人章程规定的存续期间届满或者法人章程规定的其他解散事由出现；

- (二) 法人的权力机构决议解散;
- (三) 因法人合并或者分立需要解散;
- (四) 法人依法被吊销营业执照、登记证书, 被责令关闭或者被撤销;
- (五) 法律规定的其他情形。

第七十条 法人解散的, 除合并或者分立的情形外, 清算义务人应当及时组成清算组进行清算。

法人的董事、理事等执行机构或者决策机构的成员为清算义务人。法律、行政法规另有规定的, 依照其规定。

清算义务人未及时履行清算义务, 造成损害的, 应当承担民事责任; 主管机关或者利害关系人可以申请人民法院指定有关人员组成清算组进行清算。

第七十一条 法人的清算程序和清算组职权, 依照有关法律的规定; 没有规定的, 参照适用公司法的有关规定。

第七十二条 清算期间法人存续, 但是不得从事与清算无关的活动。

法人清算后的剩余财产, 根据法人章程的规定或者法人权力机构的决议处理。法律另有规定的, 依照其规定。

清算结束并完成法人注销登记时, 法人终止; 依法不需要办理法人登记的, 清算结束时, 法人终止。

第七十三条 法人被宣告破产的, 依法进行破产清算并完成法人注销登记时, 法人终止。

《中华人民共和国公司法》(1993年12月29日第八届全国人民代表大会常务委员会第五次会议通过2013年修正)

第一百八十三条 公司因本法第一百八十条第(一)项、第(二)项、第(四)项、第(五)项规定而解散的, 应当在解散事由出现之日起十五日内成立清算组, 开始清算。有限责任公司的清算组由股东组成, 股份有限公司的清算组由董事或者股东大会确定的人员组成。逾期不成立清算组进行清算的, 债权人可以申请人民法院指定有关人员组成清算组进行清算。人民法院应当受理该申请, 并及时组织清算组进行清算。

第一百八十四条 清算组在清算期间行使下列职权:

- (一) 清理公司财产, 分别编制资产负债表和财产清单;

- (二) 通知、公告债权人；
- (三) 处理与清算有关的公司未了结的业务；
- (四) 清缴所欠税款以及清算过程中产生的税款；
- (五) 清理债权、债务；
- (六) 处理公司清偿债务后的剩余财产；
- (七) 代表公司参与民事诉讼活动。

《中华人民共和国企业法人登记管理条例》(2014年2月19日修订 国务院令 第648号)

第三十三条 企业法人被吊销《企业法人营业执照》，登记主管机关应当收缴其公章，并将注销登记情况告知其开户银行，其债权债务由主管部门或者清算组织负责清理。

司法解释及其他

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定(二)》(2008年5月5日最高人民法院审判委员会第1447次会议通过 2014年修正)

第十条 公司依法清算结束并办理注销登记前，有关公司的民事诉讼，应当以公司的名义进行。

公司成立清算组的，由清算组负责人代表公司参加诉讼；尚未成立清算组的，由原法定代表人代表公司参加诉讼。

《最高人民法院经济审判庭关于人民法院不宜以一方当事人公司营业执照被吊销，已丧失民事诉讼主体资格为由，裁定驳回起诉问题的复函》(2000年1月29日 法经〔2000〕23号函)

吊销企业法人营业执照，是工商行政管理局对实施违法行为的企业法人给予的一种行政处罚。根据《中华人民共和国民事诉讼法》第四十条、第四十六条和《中华人民共和国企业法人登记管理条例》第三十三条的规定，企业法人营业执照被吊销后，应当由其开办单位(包括股东)或者企业组织清算组依法进行清算，停止清算范围外的活动。清算期间，企业民事诉讼主体资格依然存在。本案中人民法院不应以甘肃新科工贸有限责任公司(以下简称新科公司)被吊销企业法人营业执照，丧失民事诉讼主

体资格为由，裁定驳回起诉。本案债务人新科公司在诉讼中被吊销企业法人营业执照后，至今未组织清算组依法进行清算，因此，债权人兰州岷山制药厂以新科公司为被告，后又要求追加该公司全体股东为被告，应当准许，追加该公司的股东为共同被告参加诉讼，承担清算责任。

《最高人民法院关于企业法人营业执照被吊销后，其民事诉讼地位如何确定的复函》(2000年1月29日 法经〔2000〕24号函)

吊销企业法人营业执照，是工商行政管理机关依据国家工商行政法规对违法的企业法人作出的一种行政处罚。企业法人被吊销营业执照后，应当依法进行清算，清算程序结束并办理工商注销登记后，该企业法人才归于消灭。因此，企业法人被吊销营业执照后至被注销登记前，该企业法人仍应视为存续，可以自己的名义进行诉讼活动。如果该企业法人组成人员下落不明，无法通知参加诉讼，债权人以被吊销营业执照企业的开办单位为被告起诉的，人民法院也应予以准许。该开办单位对被吊销营业执照的企业法人，如果不存在投资不足或者转移资产逃避债务情形的，仅应作为企业清算人参加诉讼，承担清算责任。你院请示中涉及的问题，可参照上述精神办理。

地方司法性文件及其他

山东省高级人民法院民二庭《关于合同纠纷审判实践中的若干疑难问题会议纪要》(山东省法院商事审判研究小组2008年第一次会议)

(四) 企业被注销后是否还具备民事主体资格

我国在企业法人人格消灭或者法人权利能力终止的确认问题上，采取登记要件主义。因此，企业工商登记被注销后不再具备民事主体资格，同时也不具备诉讼主体资格。

司法实践中，有时企业的工商登记信息虽然显示为“注销”，但注销的原因显示为“被吊销营业执照”。按照法律规定，企业法人被吊销营业执照后，应当依法进行清算，清算程序结束并办理工商注销登记后，该企业法人才归于消灭。因此，上述记载只是工商行政管理部门为方便登记管理所采取的一种特殊措施，在此情形下，由于企业未经法定清算程序，企业法人资格并未真正消灭，其民事主体资格及诉讼主体资格仍应按照《最高人民法院关于企业法人营业执照被吊销后其民事诉讼地位如何确定的复函》(法经〔2000〕24号函)中规定的原则进行处理。

第4节 股东担责的常见情形

——发包人股东，何时应担责？（股东责任）

类型一、公司股东构成债务加入

27. 公司原股东与公司债权人达成偿还债务协议，加入公司原存在的债务关系中，与公司共同承担债务，应为债务的加入。

案例 27. 黑龙江省高级人民法院（2013）黑民终字第 47 号“上诉人七台河市金峰洗煤有限责任公司（简称金峰公司）与被上诉人烟台金华选煤工程有限公司（简称金华公司）、高德元、王立先、张正杰、原审被告曹云胜建设工程施工合同纠纷案”



关于金峰公司的原股东同意履行给付工程款的义务，是否免除金峰公司责任的问题。二审法院认为，金峰公司原股东王立先、张正杰与债权人金华公司签订的补充协议及附件约定，由高德元、王立先、张正杰三人承担给付剩余工程款 102 万元的义务。王立先、张正杰、金华公司签字表示认可，高德元未签字。该行为表明王立先、张正杰两股东与金华公司达成偿还债务协议，两股东加入原存在的债务关系中，与债务人金峰公司共同承担债务。此协议的性质，应为债务的加入。债务加入是并存的债务承担，原债务人金峰公司并没有脱离原债务关系。而两股东与金华公司在协议中未明确约定免除金峰公司的责任，金华公司亦未明确表示免除金峰公司的给付义务。故王立先、张正杰承诺与高德元承担给付金华公司工程款的义务，并不能免除金峰公司的责任。另，高德元虽未签字同意加入该债务，但一审判决其承担还款责任，其并未提出

上诉，故本院对此不予审查。

类型二、公司股东未履行或未全面履行出资义务

28. 公司法人人格否认指为阻止公司独立人格的滥用和保护公司债权人利益及社会公共利益，就具体法律关系中的特定事实，否认公司与其背后的股东各自独立人格及股东有限责任，责令公司股东对公司债权人或公共利益直接负责，以实现公平、正义目标而设立的一种法律制度。债权人不能举证证明股东存在滥用公司法人独立地位和股东有限责任逃避债务的情形，要求公司股东对公司债务承担无限连带责任，不予支持。

公司债权人请求未履行或者未全面履行出资义务的股东在未出本息范围内对公司债务不能清偿的部分承担补充赔偿责任的，人民法院应予支持。

案例 28. 江苏省高级人民法院（2013）苏民终字第 0001 号“上诉人景国忠、上诉人江苏省丹阳经济开发区经济发展总公司（简称开发区总公司）与被上诉人香港金成有限公司（简称金成公司）建设工程合同纠纷案”



一审法院重审认为，公司法人人格否认指为阻止公司独立人格的滥用和保护公司债权人利益及社会公共利益，就具体法律关系中的特定事实，否认公司与其背后的股东各自独立人格及股东有限责任，责令公司股东对公司债权人或公共利益直接负责，以实现公平、正义目标而设立的一种法律制度。本案金侨公司符合法定条件并经工商行政机关核准依法取得“中华人民共和国外商投资企业批准证书”，金侨公司有效成立，具有独立法人资格。景国忠所提证据虽证明金侨公司的股东开发区总公司、金成公司在设立金侨公司时出资不到位，但均不能证明包括法人人格滥用者系有实质控制能力的支配股东，有滥用公司人格或有限责任行为并追求不法目的以及其损失与滥用者行为存在因果关系等公司法人人格否认要件事实，即景国忠不能举证证明开发区总公司、金成公司存在滥用金侨公司法人独立地位和股东有限责任逃避债务的情形。且金侨公司取得座

落于丹阳开发区四经路东的国有划拨土地使用权，具有一定公司法人财产。因此，景国忠主张依据《中华人民共和国公司法》第二十条第三款规定，开发区总公司、金成公司对金侨公司所欠横塘公司债务承担无限连带清偿责任的请求，不予支持。

在实行公司法人成员有限责任原则的前提下，公司法人的财产是债权人的唯一保障。而第139号裁定确认开发区总公司应出资5.6万美元，金成公司应出资50.4万美元，金侨公司的两投资人均未履行投资义务。开发区总公司虽辩称设立金侨公司时，其以土地使用权作为出资，已履行出资义务，但开发区总公司所称的土地使用权系金侨公司依划拨方式取得，开发区总公司不能证明其享有该土地使用权并以此为出资，依法办理财产权的转移手续至金侨公司名下。现金侨公司被吊销企业法人营业执照，（2001）镇民一初字第15号民事判决执行过程中，金侨公司无财产可供执行。最高人民法院《关于人民法院执行工作若干问题的规定（试行）》第八十条规定：“被执行人无财产清偿债务，如果其开办单位对其开办时投入的注册资金不实或抽逃注册资金，可以裁定变更或追加其开办单位为被执行人，在注册资金不实或抽逃注册资金的范围内，对申请执行人承担责任。”因此，开发区总公司、金成公司作为金侨公司的股东，应对金侨公司所欠横塘公司的债务不能清偿部分在各自未缴出资范围内承担补充清偿责任。横塘公司的债权已转让给景国忠，开发区总公司、金成公司的上述责任应当向景国忠承担。

横塘公司于2003年2月21日向原审法院申请执行（2001）镇民一初字第15号民事判决，原审法院第139号裁定追加开发区总公司为被执行人、开发区总公司对金侨公司的债务在5.6万美元范围内向横塘公司承担清偿责任。开发区总公司与横塘公司于2008年8月21日达成执行和解协议，约定横塘公司就第139号裁定的其他权利予以放弃，同意第139号裁定终结执行，开发区总公司依照和解协议履行了义务，即开发区总公司应出资人民币465502.91元（5.6万美元）范围内的清偿责任免除。原债权人横塘公司在该案执行过程中对债权的处分行为对受让人景国忠有约束力。但该处分行为仅涉及金侨公司的股东开发区总公司在其应出资人民币465502.91元范围内的清偿责任，开发区总公司、金成公司仍应在金成公司应出资人民币4189526.21元（50.4万美元）范围内对金侨公司所欠景国忠的债务承担连带清偿责任。

至第004号判决生效之日（即2003年3月12日），横塘公司（2008年10月10日后为景国忠）的债权包括工程款2835598.50元、利息1908627.17元，代垫费用91272.59元，案件受理费、审计费78511.5元。2008年8月21日执行和解中处分

的部分应在和解时按实冲减全部债权，即前述债权以及工程款 2835598.50 元、利息 1908627.17 元按照《中华人民共和国民事诉讼法》(2007 年修订)第二百二十九条的规定，加倍支付迟延履行期间的债务利息至 2008 年 8 月 21 日执行和解时，扣除已免除的开发区总公司应承担的人民币 465502.91 元清偿责任。经上述相互冲减，剩余债权总额已超过金成公司应承担的人民币 4189526.21 元清偿责任。因此，开发区总公司、金成公司以金成公司应出资人民币 4189526.21 元为限对金侨公司欠景国忠的债务承担连带清偿责任。

《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》第十七条第二款规定：“对于连带债务人中的一人发生诉讼时效中断效力的事由，应当认定对其他连带债务人也发生时效中断的效力。”本案开发区总公司、金成公司对金侨公司债务承担连带责任，开发区总公司与横塘公司于 2008 年 8 月 21 日达成执行和解协议，由此发生诉讼中断效力至景国忠于 2008 年 11 月 12 日提起 (2008) 镇民一初字第 28 号民事诉讼及本案诉讼，景国忠的债权并未超过法律规定的二年的诉讼时效。

综上，原审法院判决如下：一、香港金成有限公司于判决生效之日起十五日内一次性给付景国忠人民币 4189526.21 元，江苏省丹阳经济开发区经济发展总公司对上述义务承担连带清偿责任。二、驳回景国忠的其他诉讼请求。如果未按本判决指定的期间履行给付金钱义务，应当依照《中华人民共和国民事诉讼法》(2007 年修订)第二百二十九条的规定，加倍支付迟延履行期间的债务利息。

后景国忠、开发区总公司提起上诉。

二审争议焦点：开发区总公司、金成公司是否应对金侨公司的债务承担无限连带清偿责任。

二审裁判要点：股东的出资义务是股东的最基本义务，是维持公司资本充足以及维护市场交易安全的根本所在。股东违反出资义务应承担相应的法律责任。根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定（三）》第十三条第二款的规定，公司债权人请求未履行或者未全面履行出资义务的股东在未出本息范围内对公司债务不能清偿的部分承担赔偿责任和连带责任的，人民法院应予支持。本案开发区总公司、金成公司作为金侨公司的股东，应分别出资 5.6 万美元（折合人民币 465502.91 元）、50.4 万美元（折合人民币 4189526.21 元），但均未履行出资义务，依法应对金侨公司所欠横塘公司的债务不能清偿部分在各自未缴出资范围内承担补充清偿责任。横塘公司已将债权转让给景国忠，景国忠有权向开发区总公司、金成公司主

张权利。因开发区总公司与横塘公司在本案诉讼前于2008年8月21日达成执行和解协议并已实际履行，开发区总公司在其应出资人民币465502.91元范围内对金侨公司所欠横塘公司的债务已承担了补充清偿责任。原债权人横塘公司对其债权的上述处分为对受让人景国忠具有约束力，开发区总公司应出资范围内的清偿责任已免除，但对于金成公司未清偿部分应承担连带责任。故原审判决金成公司给付景国忠人民币4189526.21元，开发区总公司对该义务承担连带清偿责任，适用法律并无不当。

金侨公司经工商行政机关核准取得“中华人民共和国外商投资企业批准证书”，具有独立法人资格，且取得位于丹阳开发区四经路东的国有划拨土地使用权，具有一定公司法人财产。景国忠上诉认为金侨公司实际没有投入资金或投入的自有资金达不到法定数额（人民币3万元）与事实不符，据此主张金侨公司不具备法人人格不能成立，故本案不适用《最高人民法院关于企业开办的其他企业被撤销或者歇业后民事责任承担问题的批复》第一条第三项的规定，景国忠据此上诉主张开发区总公司、金成公司应对金侨公司的债务应承担无限连带清偿责任无法律依据，本院不予采纳。

关于开发区总公司是否应对金成公司给付景国忠人民币4189526.21元的债务承担连带清偿责任。二审法院认为，《最高人民法院关于人民法院执行工作若干问题的规定（试行）》第八十条规定，被执行人无财产清偿债务，如果其开办单位对其开办时投入的注册资金不实或抽逃注册资金，可以裁定变更或追加其开办单位为被执行人，在注册资金不实或抽逃注册资金的范围内，对申请执行人承担责任。横塘公司申请执行原审法院（2001）镇民一初字第15号民事判决执行中，因金侨公司无财产可供执行，而金侨公司的两投资人开发区总公司、金成公司均未履行投资义务，故原审法院作出第139号裁定：追加开发区总公司为被执行人；开发区总公司于裁定送达之日起十日内对金侨公司的债务在5.6万美元范围内向横塘公司承担清偿责任。后开发区总公司与横塘公司于2008年8月21日达成执行和解协议。因该执行案件中未追加金成公司为被执行人，并未对金成公司的补充清偿责任以及开发区总公司的连带责任予以裁决。因此，执行和解协议仅针对第139号裁定确定的开发区总公司在5.6万美元范围内对横塘公司承担清偿责任的和解，约定开发区总公司于2008年9月20日一次性给付横塘公司26万元，免除差额给付责任。开发区总公司仅以双方达成执行和解协议为由，主张横塘公司已放弃开发区总公司承担其他全部责任，证据不足。景国忠受让横塘公司对金侨公司的债权，有权主张开发区总公司承担相应法律责任。原审依据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定（三）》第十三条第二款的规定，

判决金成公司给付景国忠人民币 4189526.21 元，开发区总公司对该债务承担连带清偿责任并无不当。

29. 发起人向项目部注资时公司尚未成立，不存在债转股的前提，其主张以债转股形式对公司出资，应当认定对公司的出资没有实际到位，其应在出资不实范围内对公司债务承担补充清偿责任。

案例 29. 最高人民法院（2013）民申字第 318 号“再审申请人塔城市鸿瑞热力有限公司、云南云桥建设股份有限公司与被申请人新疆新秦建设实业开发公司建设工程施工合同纠纷案”



关于新秦公司以云桥公司出资不实为由要求其承担本案连带责任的问题。法院再审查认为，云桥公司将 1000 万元注入供热项目部，验资报告显示其将其中 900 万元以债转股形式作为向鸿瑞公司的出资。供热项目部属于政府为塔城市集中供热工程成立的临时机构，云桥公司向供热项目部注资时鸿瑞公司尚未成立，故云桥公司不因向供热项目部注资而享有对鸿瑞公司的债权，也就不存在债转股的前提。据此，应当认定云桥公司对鸿瑞公司的出资没有实际到位。《中华人民共和国公司法》第二十八条第一款规定：“股东应当按期足额缴纳公司章程中规定的各自所认缴的出资额。股东以货币出资的，应当将货币出资足额存入有限责任公司在银行开设的账户；以非货币财产出资的，应当依法办理其财产权的转移手续”。可见，注册资本是公司最基本的资产，确定和维持公司一定数额的资本，对于奠定公司基本的债务清偿能力、保障债权人利益和交易安全具有重要价值。出资是公司股东最基本、最重要的义务，同时也是公司法规定的股东必须承担的法定义务。根据《最高人民法院关于企业开办的企业被撤销或者歇业后民事责任承担问题的批复》《最高人民法院关于人民法院执行工作若干问题的规定》《最高人民法院关于金融机构为企业出具不实或者虚假验资报告资金证明如何承担民事责任问题的通知》的相关规定，出资人未出资或者未足额出资，对于该企业财产不足以清偿债务的，由出资人在出资不实或者虚假资金金额内承担责任。二审判决云桥公司在 900 万元出资不实范围内对鸿瑞公司所欠本案债务承担补充清偿责任并无不

当。裁定驳回塔城市鸿瑞热力有限公司、云南云桥建设股份有限公司的再审申请。

类型三、一人有限责任公司的股东不能证明公司财产独立于自己财产的

30. 一人有限责任公司的股东不能证明公司财产独立于股东自己的财产的，应当对公司债务承担连带责任。

案例 30. 山东省德州市中级人民法院（2014）德中民终字第 231 号“上诉人张保涛与被上诉人张继涛、原审被告山东龙瀛新能源电力燃料科技有限公司建设工程施工合同纠纷案”



法院认为，《中华人民共和国公司法》第六十三条规定：“一人有限责任公司的股东不能证明公司财产独立于股东自己的财产的，应当对公司债务承担连带责任。”本案原审被告山东龙瀛新能源电力燃料科技有限公司属于一人有限责任公司，被上诉人张某作为唯一股东未能举证证明公司财产独立于其个人财产，应承担举证不能的法律后果。而且，涉案欠条中签署有被上诉人张某的名字，据此应当认定其对该笔欠款知情。因此，上诉人请求被上诉人张某承担连带付款责任具有事实与法律依据，依法应予支持。

31. 一人有限责任公司不能证明股东财产独立于公司财产，在该待证事实真伪不明的情形下，应当由负有举证责任的股东承担因此而产生的不利法律后果，其对公司债务应承担连带责任。

案例 31. 贵州省高级人民法院（2015）黔高民初字第 9 号“重庆龙珠建筑工程有限公司与贵定县春晓实业发展有限公司、张四小建设工程施工合同纠纷案”



关于张四小个人资产是否与春晓公司资产发生混同及责任承担方式问题。法院认为，一人有限公司的全部资本均来自唯一股东出资，公司内部缺乏相互制约机制，所以建立健全财务管理制度，明晰产权，对于确保公司财产与个人财产相分离具有重要的法律意义。为此，《中华人民共和国公司法》第六十三条：“一人有限责任公司应当在每一会计年度终了时编制财务会计报告，并经会计师事务所审计。”和第六十四条：“一人有限责任公司的股东不能证明公司财产独立于股东自己的财产的，应当对公司债务承担连带责任。”，特别规定了一人有限公司应当编制财务会计报告并经会计师事务所审计，同时将公司财产独立于股东自己财产的证明责任分配给公司股东。本案中，春晓公司系张四小于2013年8月1日登记成立的一人有限公司。张四小、春晓公司提供的证据显示其关联企业（个人）众多、财务混乱，且未提供经审计的有关财务会计资料，不能证明张四小个人财产独立于春晓公司财产。在该待证事实真伪不明的情形下，应当由负有举证责任的张四小承担因此而产生的不利法律后果的责任。龙珠公司关于张四小的个人财产与春晓公司财产发生混同、张四小对春晓公司债务应当承担连带责任的意见，于法有据，本院予以采纳。

类型四、发包人减少注册资本未履行法定程序

32. 发包人减少注册资本未履行通知已知债权人的法定程序，减资股东对于公司债务应当在其减资范围内承担补充赔偿责任。

案例 32. 最高人民法院（2016）最高法民申1112号“浙江中成建工集团有限公司与董秀珍、江文中等建设工程施工合同纠纷案”



关于博海公司减少注册资本时中成公司是否为已知债权人，博海公司减资是否履行了法定程序，原审判决判令董秀珍等股东在减少注册资本范围内对博海公司的债务承担补充赔偿责任是否适用法律错误的问题。法院再审认为，首先，原审判决认定中成公司为已知债权人，博海公司减少注册资本时没有履行通知已知债权人的法定程序，

并不缺乏证据证明。第一，中成公司与博海公司的前身博海投资签订《建设工程施工合同》约定，由中成公司承建博海投资开发的博海尚城工程，合同总价款暂定为1.5亿元。双方又签订《补充协议》约定：（1）高层项目中成公司带垫资施工到结构5层（含地下室）后七天内博海投资支付已完工程量的60%，以后按每月形象进度于次月10日前支付上月完成工程量的60%工程款。（2）别墅及其他项目中成公司带垫资施工到结构封顶七天内博海投资按完成工程量的60%支付工程款，以后按每月形象进度付60%的进度款。从上述合同约定及履行情况看，涉案工程由中成公司垫资建设，即使博海公司完全按合同约定支付工程进度款，也仅支付了中成公司已完工程量60%的进度款，而非全部工程款，且经原审审理，博海公司仍欠中成公司4000余万元工程款。显然，博海公司减资时已经存在对中成公司必然发生的工程款债务，董秀珍等人以2011年7月博海投资决定减资时已不再结欠中成公司工程款为由，主张中成公司不是已知债权人，理由不成立；第二，公司减少注册资本必须通知已知债权人，在报纸上刊登公告，不能构成对已知债权人的通知。而且，博海公司主张曾口头通知中成公司减资，但未提供相应证据证明，中成公司对此不予认可。因此，应认定博海公司减少注册资本没有履行通知债权人的法定程序。

其次，原审判决并不存在《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》第三百九十条的情形，董秀珍等人关于原审判决适用法律错误的再审申请事由不成立。注册资本是公司法人财产，有限责任公司的注册资本为在公司登记机关登记的全体股东认缴的出资额，股东应按其认缴的数额履行足额出资义务，股东认缴的出资未经法定程序不得抽回、减少。公司减少注册资本须经股东会作出决议，编制资产负债表及财产清单，并在作出减少注册资本决议之日起十日内通知债权人，并于三十日内在报纸上公告。博海公司减少注册资本虽然经股东会决议并在报纸上公告，且修改公司章程，办理了工商变更登记手续，但是，如上所述，其并未履行通知已知债权人中成公司的法定程序，致使中成公司未能及时行使要求博海公司清偿债务或者提供担保的权利，从而影响其债权的实现。原审判决认定董秀珍等人“作为减资股东，其不当减资行为违反了公司资本维持原则，对于公司债务应当在其减资范围内承担补充赔偿责任”，并无明显不当。本案法律关系为建设工程施工合同纠纷，原审判决基于博海公司应承担的工程款支付义务和中成公司的诉讼请求，对参与博海公司减资的股东责任进行审理并作出认定，亦不存在董秀珍等人所称违反有关案由规定而适用法律错误的问题。

再次，董秀珍等人与项成英签订的股权转让协议系公司股东内部权利义务关系，不能以此主张免除不当减资股东依法应当对债权人承担的法律責任；董秀珍等人向本院提交的《苏州博海房地产开发有限责任公司审计报告》，内容为博海公司2011年度的资产情况，即使当时博海公司的资产大于应付账款，因未通知中成公司致使该公司未能要求博海公司清偿债务或者提供担保，不能保证中成公司最终能够实现全部债权，董秀珍等人据此主张免除不当减资的法律責任，缺乏依据。上述审计报告不足以推翻原审判决的认定。

类型五、股东恶意转移公司财产

33. 公司股东在公司被吊销营业执照后对公司的财产、债权债务不进行清理，反而将债权人所建工程变卖他人后转移资产，致使债权人的合法债权难以实现，侵害了债权人的合法权利，在主观上具有逃避债务的恶意，故对其转移财产逃避债务的行为，应当共同承担清偿责任。

案例 33. 北京市高级人民法院（2002）高民终字第362号“北京A建设有限公司与杨某某、翟某某、高某某建设工程施工合同纠纷案”



二审法院认为，公司、法人合法的民事权益受法律保护，公司法人从事民事活动应当遵守诚实信用的原则。城乡建设公司依施工协议履行了承建工程之义务，B公司应当按照结算协议和还款计划履行支付城乡建设公司全部工程款的义务。杨某某、翟某某、高某某作为有限责任公司的合法股东，不仅未履行工商企业年检义务，在公司被吊销营业执照后对公司的财产、债权债务不进行清理，特别是在作出承诺支付欠款的情况下将债权人所建工程变卖他方后转移资产，致使债权人的合法债权难以实现。杨某某、翟某某、高某某上述行为侵害了债权人的合法权利，在主观上具有逃避债务的恶意，故对其转移财产逃避债务的行为，应当共同承担清偿责任。

类型六、公司债权人未能证明公司股东违反公司法相关法定义务，公司股东不承担责任

34. 在未提供证据证明公司已无清偿债务能力及公司股东未履行或未全面履行出资义务、抽逃出资的情况下，公司债权人要求公司股东作为第三人参加诉讼，不予支持。

案例 34. 安徽省高级人民法院（2014）皖民四终字第 00021 号“上诉人泗县宏鑫房地产开发有限公司（简称宏鑫房产公司）与被上诉人浙江万峰建设集团有限公司（简称万峰建设公司）建设工程施工合同纠纷案”



关于应否追加郑国年、缪宇、刘燕江为本案当事人的问题。一审法院认为，《中华人民共和国公司法》第三条规定：公司是企业法人，有独立的法人财产，享有法人财产权。公司以其全部财产对公司的债务承担责任。有限责任公司的股东以其认缴出资额为限对公司承担责任。宏鑫房产公司系依法设立的企业法人，有独立的财产，对公司的债务应承担责任。郑国年、缪宇、刘燕江虽因股份转让成为公司的股东，但其对公司的对外债务不应承担责任，其与本案的处理结果也没有直接利害关系。宏鑫房产公司要求追加郑国年、缪宇、刘燕江为本案的当事人没有法律依据，不予支持。

二审法院认为，宏鑫房产公司是企业法人，有独立的法人财产，享有法人财产权。宏鑫房产公司的股东虽几经变动，但该公司作为公司法人的地位一直未变，可以其全部财产对公司的债务承担责任。郑国年、缪宇、刘燕江通过股权转让，成为宏鑫房产公司的现任股东，宏鑫房产公司在未提供证据证明该公司已无清偿债务能力及郑国年、缪宇、刘燕江等未履行或未全面履行出资义务、抽逃出资的情况下，要求追加郑国年、缪宇、刘燕江等作为本案第三人参加诉讼，不符合《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定（三）》第十三、十四条的规定，本院不予支持。

类型七、其他与公司股东有关案例

35. 公司注销后，原公司股东有权追索公司注销前的债权，具备诉讼主体资格。

案例 35. 最高人民法院（2016）最高法民申 819 号“伽师县宁亿投资有限公司与杜军建设工程施工合同纠纷案”



关于杜军、顾惠荣原告主体资格问题。法院再审认为，有限责任公司是由股东出资设立的，股东以其出资对公司承担责任，并依法享有公司资产收益的权利。有限责任公司注销后，公司的原债权债务理应由公司股东承受。杜军、顾惠荣作为万友公司的股东，在万友公司注销后，有权追索万友公司注销前的债权，具备本案原告主体资格。宁亿公司关于杜军、顾惠荣不具备本案原告主体资格的理由不能成立，不予支持。

36. 公司单方免责声明无效。股东变更属于公司内部事务，并不影响公司法人主体资格的存续，法律亦未赋予公司在股东变更时享有“限制债权人确定债权而免除公司责任”的权利，公司变更股东后，公告要求债权人限期确认债权并承担逾期后果，对公司债权人不发生法律效力。

案例 36. 新疆维吾尔自治区高级人民法院（2014）新民一终字第 19 号“上诉人新疆联丰源矿业有限公司（简称联丰源公司）与被上诉人陕西少华建筑工程有限公司（简称少华公司）建设工程施工合同纠纷案”



2012 年 12 月，A 矿业公司股东变更，股权全部转让，A 矿业公司于 2012 年 12 月 17 日在《都市消费晨报》上刊登《公告》，要求债权人在 15 日内到公司办理债权相关

手续，逾期后果自负。后债权人 B 建筑公司迟迟未予办理。

争议焦点：A 矿业公司是否应向 B 建筑公司支付工程款？

裁判要点：A 矿业公司变更股东后，公告要求债权人限期确认债权并承担逾期后果。根据《中华人民共和国公司法》的相关规定，股东变更属于公司内部事务，并不影响公司法人主体资格的存续；法律亦未赋予公司在股东变更时享有“限制债权人确定债权而免除公司责任”的权利。因此，A 矿业公司仍应按照《中华人民共和国公司法》的规定以其全部财产对公司债务承担责任。A 矿业公司关于“因 B 建筑公司未按期办理债权而不承担支付工程款的民事责任”的上诉理由，不能成立。

裁判依据或参考

法律法规

《中华人民共和国公司法》（1993 年 12 月 29 日第八届全国人民代表大会常务委员会第五次会议通过 2013 年修正）

第三条 公司是企业法人，有独立的法人财产，享有法人财产权。公司以其全部财产对公司的债务承担责任。

有限责任公司的股东以其认缴的出资额为限对公司承担责任；股份有限公司的股东以其认购的股份为限对公司承担责任。

第二十条 公司股东应当遵守法律、行政法规和公司章程，依法行使股东权利，不得滥用股东权利损害公司或者其他股东的利益；不得滥用公司法人独立地位和股东有限责任损害公司债权人的利益。

公司股东滥用股东权利给公司或者其他股东造成损失的，应当依法承担赔偿责任。

公司股东滥用公司法人独立地位和股东有限责任，逃避债务，严重损害公司债权人利益的，应当对公司债务承担连带责任。

第二十六条 有限责任公司的注册资本为在公司登记机关登记的全体股东认缴的出资额。

法律、行政法规以及国务院决定对有限责任公司注册资本实缴、注册资本最低限额另有规定的，从其规定。

第八十条 股份有限公司采取发起设立方式设立的，注册资本为在公司登记机关登记的全体发起人认购的股本总额。在发起人认购的股份缴足前，不得向他人募

集股份。

股份有限公司采取募集方式设立的，注册资本为在公司登记机关登记的实收股本总额。

法律、行政法规以及国务院决定对股份有限公司注册资本实缴、注册资本最低限额另有规定的，从其规定。

《中华人民共和国企业法人登记管理条例》(2014年2月19日修订 国务院令 第648号)

第二十二条 企业法人领取《企业法人营业执照》后，满6个月尚未开展经营活动或者停止经营活动满1年的，视同歇业，登记主管机关应当收缴《企业法人营业执照》《企业法人营业执照》副本，收缴公章，并将注销登记情况告知其开户银行。

司法解释及其他

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定(二)》(2008年5月5日最高人民法院审判委员会第1447次会议通过 2014年修正)

第一条 单独或者合计持有公司全部股东表决权百分之十以上的股东，以下列事由之一提起解散公司诉讼，并符合公司法第一百八十二条规定的，人民法院应予受理：

(一)公司持续两年以上无法召开股东会或者股东大会，公司经营管理发生严重困难的；

(二)股东表决时无法达到法定或者公司章程规定的比例，持续两年以上不能做出有效的股东会或者股东大会决议，公司经营管理发生严重困难的；

(三)公司董事长期冲突，且无法通过股东会或者股东大会解决，公司经营管理发生严重困难的；

(四)经营管理发生其他严重困难，公司继续存续会使股东利益受到重大损失的情形。

股东以知情权、利润分配请求权等权益受到损害，或者公司亏损、财产不足以偿还全部债务，以及公司被吊销企业法人营业执照未进行清算等为由，提起解散公司诉讼的，人民法院不予受理。

第二条 股东提起解散公司诉讼，同时又申请人民法院对公司进行清算的，人民法院对其提出的清算申请不予受理。人民法院可以告知原告，在人民法院判决解散公

司后，依据公司法第一百八十三条和本规定第七条的规定，自行组织清算或者另行申请人民法院对公司进行清算。

第三条 股东提起解散公司诉讼时，向人民法院申请财产保全或者证据保全的，在股东提供担保且不影响公司正常经营的情形下，人民法院可予以保全。

第四条 股东提起解散公司诉讼应当以公司为被告。

原告以其他股东为被告一并提起诉讼的，人民法院应当告知原告将其他股东变更为第三人；原告坚持不予变更的，人民法院应当驳回原告对其他股东的起诉。

原告提起解散公司诉讼应当告知其他股东，或者由人民法院通知其参加诉讼。其他股东或者有关利害关系人申请以共同原告或者第三人身份参加诉讼的，人民法院应予准许。

第五条 人民法院审理解散公司诉讼案件，应当注重调解。当事人协商同意由公司或者股东收购股份，或者以减资等方式使公司存续，且不违反法律、行政法规强制性规定的，人民法院应予支持。当事人不能协商一致使公司存续的，人民法院应当及时判决。

经人民法院调解公司收购原告股份的，公司应当自调解书生效之日起六个月内将股份转让或者注销。股份转让或者注销之前，原告不得以公司收购其股份为由对抗公司债权人。

第六条 人民法院关于解散公司诉讼作出的判决，对公司全体股东具有法律约束力。

人民法院判决驳回解散公司诉讼请求后，提起该诉讼的股东或者其他股东又以同一事实和理由提起解散公司诉讼的，人民法院不予受理。

第七条 公司应当依照公司法第一百八十三条的规定，在解散事由出现之日起十五日内成立清算组，开始自行清算。

有下列情形之一的，债权人申请人民法院指定清算组进行清算的，人民法院应予受理：

- (一) 公司解散逾期不成立清算组进行清算的；
- (二) 虽然成立清算组但故意拖延清算的；
- (三) 违法清算可能严重损害债权人或者股东利益的。

具有本条第二款所列情形，而债权人未提起清算申请，公司股东申请人民法院指定清算组对公司进行清算的，人民法院应予受理。

第八条 人民法院受理公司清算案件，应当及时指定有关人员组成清算组。

清算组成员可以从下列人员或者机构中产生：

- (一) 公司股东、董事、监事、高级管理人员；
- (二) 依法设立的律师事务所、会计师事务所、破产清算事务所等社会中介机构；
- (三) 依法设立的律师事务所、会计师事务所、破产清算事务所等社会中介机构中具备相关专业知识并取得执业资格的人员。

第九条 人民法院指定的清算组成员有下列情形之一的，人民法院可以根据债权人、股东的申请，或者依职权更换清算组成员：

- (一) 有违反法律或者行政法规的行为；
- (二) 丧失执业能力或者民事行为能力；
- (三) 有严重损害公司或者债权人利益的行为。

第十条 公司依法清算结束并办理注销登记前，有关公司的民事诉讼，应当以公司的名义进行。

公司成立清算组的，由清算组负责人代表公司参加诉讼；尚未成立清算组的，由原法定代表人代表公司参加诉讼。

第十一条 公司清算时，清算组应当按照公司法第一百八十五条的规定，将公司解散清算事宜书面通知全体已知债权人，并根据公司规模和营业地域范围在全国或者公司注册登记地省级有影响的报纸上进行公告。

清算组未按照前款规定履行通知和公告义务，导致债权人未及时申报债权而未获清偿，债权人主张清算组成员对因此造成的损失承担赔偿责任的，人民法院应依法予以支持。

第十二条 公司清算时，债权人对清算组核定的债权有异议的，可以要求清算组重新核定。清算组不予重新核定，或者债权人对重新核定的债权仍有异议，债权人以公司为被告向人民法院提起诉讼请求确认的，人民法院应予受理。

第十三条 债权人在规定的期限内未申报债权，在公司清算程序终结前补充申报的，清算组应予登记。

公司清算程序终结，是指清算报告经股东会、股东大会或者人民法院确认完毕。

第十四条 债权人补充申报的债权，可以在公司尚未分配财产中依法清偿。公司尚未分配财产不能全额清偿，债权人主张股东以其在剩余财产分配中已经取得的财产予以清偿的，人民法院应予支持；但债权人因重大过错未在规定期限内申报债权

的除外。

债权人或者清算组，以公司尚未分配财产和股东在剩余财产分配中已经取得的财产，不能全额清偿补充申报的债权为由，向人民法院提出破产清算申请的，人民法院不予受理。

第十五条 公司自行清算的，清算方案应当报股东会或者股东大会决议确认；人民法院组织清算的，清算方案应当报人民法院确认。未经确认的清算方案，清算组不得执行。

执行未经确认的清算方案给公司或者债权人造成损失，公司、股东或者债权人主张清算组成员承担赔偿责任的，人民法院应依法予以支持。

第十六条 人民法院组织清算的，清算组应当自成立之日起六个月内清算完毕。

因特殊情况无法在六个月内完成清算的，清算组应当向人民法院申请延长。

第十七条 人民法院指定的清算组在清理公司财产、编制资产负债表和财产清单时，发现公司财产不足清偿债务的，可以与债权人协商制作有关债务清偿方案。

债务清偿方案经全体债权人确认且不损害其他利害关系人利益的，人民法院可依清算组的申请裁定予以认可。清算组依据该清偿方案清偿债务后，应当向人民法院申请裁定终结清算程序。

债权人对债务清偿方案不予确认或者人民法院不予认可的，清算组应当依法向人民法院申请宣告破产。

第十八条 有限责任公司的股东、股份有限公司的董事和控股股东未在法定期限内成立清算组开始清算，导致公司财产贬值、流失、毁损或者灭失，债权人主张其在造成损失范围内对公司债务承担赔偿责任的，人民法院应依法予以支持。

有限责任公司的股东、股份有限公司的董事和控股股东因怠于履行义务，导致公司主要财产、账册、重要文件等灭失，无法进行清算，债权人主张其对公司债务承担连带清偿责任的，人民法院应依法予以支持。

上述情形系实际控制人原因造成，债权人主张实际控制人对公司债务承担相应民事责任的，人民法院应依法予以支持。

第十九条 有限责任公司的股东、股份有限公司的董事和控股股东，以及公司的实际控制人在公司解散后，恶意处置公司财产给债权人造成损失，或者未经依法清算，以虚假的清算报告骗取公司登记机关办理法人注销登记，债权人主张其对公司债务承担相应赔偿责任的，人民法院应依法予以支持。

第二十条 公司解散应当在依法清算完毕后，申请办理注销登记。公司未经清算即办理注销登记，导致公司无法进行清算，债权人主张有限责任公司的股东、股份有限公司的董事和控股股东，以及公司的实际控制人对公司债务承担清偿责任的，人民法院应依法予以支持。

公司未经依法清算即办理注销登记，股东或者第三人在公司登记机关办理注销登记时承诺对公司债务承担责任，债权人主张其对公司债务承担相应民事责任的，人民法院应依法予以支持。

第二十一条 有限责任公司的股东、股份有限公司的董事和控股股东，以及公司的实际控制人为二人以上的，其中一人或者数人按照本规定第十八条和第二十条第一款的规定承担民事责任后，主张其他人员按照过错大小分担责任的，人民法院应依法予以支持。

第二十二条 公司解散时，股东尚未缴纳的出资均应作为清算财产。股东尚未缴纳的出资，包括到期应缴未缴的出资，以及依照公司法第二十六条和第八十条的规定分期缴纳尚未届满缴纳期限的出资。

公司财产不足以清偿债务时，债权人主张未缴出资股东，以及公司设立时的其他股东或者发起人在未缴出资范围内对公司债务承担连带清偿责任的，人民法院应依法予以支持。

第二十三条 清算组成员从事清算事务时，违反法律、行政法规或者公司章程给公司或者债权人造成损失，公司或者债权人主张其承担赔偿责任的，人民法院应依法予以支持。

有限责任公司的股东、股份有限公司连续一百八十日以上单独或者合计持有公司百分之一以上股份的股东，依据公司法第一百五十一条第三款的规定，以清算组成员有前款所述行为为由向人民法院提起诉讼的，人民法院应予受理。

公司已经清算完毕注销，上述股东参照公司法第一百五十一条第三款的规定，直接以清算组成员为被告、其他股东为第三人向人民法院提起诉讼的，人民法院应予受理。

第二十四条 解散公司诉讼案件和公司清算案件由公司住所地人民法院管辖。公司住所地是指公司主要办事机构所在地。公司办事机构所在地不明确的，由其注册地人民法院管辖。

基层人民法院管辖县、县级市或者区的公司登记机关核准登记公司的解散诉讼案

件和公司清算案件；中级人民法院管辖地区、地级市以上的公司登记机关核准登记公司的解散诉讼案件和公司清算案件。

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定（三）》（2010年12月6日最高人民法院审判委员会第1504次会议通过 2014年修正）

第一条 为设立公司而签署公司章程、向公司认购出资或者股份并履行公司设立职责的人，应当认定为公司的发起人，包括有限责任公司设立时的股东。

第二条 发起人为设立公司以自己名义对外签订合同，合同相对人请求该发起人承担合同责任的，人民法院应予支持。

公司成立后对前款规定的合同予以确认，或者已经实际享有合同权利或者履行合同义务，合同相对人请求公司承担合同责任的，人民法院应予支持。

第三条 发起人以设立中公司名义对外签订合同，公司成立后合同相对人请求公司承担合同责任的，人民法院应予支持。

公司成立后有证据证明发起人利用设立中公司的名义为自己的利益与相对人签订合同，公司以此为由主张不承担合同责任的，人民法院应予支持，但相对人为善意的除外。

第四条 公司因故未成立，债权人请求全体或者部分发起人对设立公司行为所产生的费用和债务承担连带清偿责任的，人民法院应予支持。

部分发起人依照前款规定承担责任后，请求其他发起人分担的，人民法院应当判令其他发起人按照约定的责任承担比例分担责任；没有约定责任承担比例的，按照约定的出资比例分担责任；没有约定出资比例的，按照均等份额分担责任。

因部分发起人的过错导致公司未成立，其他发起人主张其承担设立行为所产生的费用和债务的，人民法院应当根据过错情况，确定过错一方的责任范围。

第五条 发起人因履行公司设立职责造成他人损害，公司成立后受害人请求公司承担侵权赔偿责任的，人民法院应予支持；公司未成立，受害人请求全体发起人承担连带赔偿责任的，人民法院应予支持。

公司或者无过错的发起人承担赔偿责任后，可以向有过错的发起人追偿。

第六条 股份有限公司的认股人未按期缴纳所认股份的股款，经公司发起人催缴后在合理期间内仍未缴纳，公司发起人对该股份另行募集的，人民法院应当认定该募集行为有效。认股人延期缴纳股款给公司造成损失，公司请求该认股人承担赔偿责任

的，人民法院应予支持。

第七条 出资人以不享有处分权的财产出资，当事人之间对于出资行为效力产生争议的，人民法院可以参照物权法第一百零六条的规定予以认定。

以贪污、受贿、侵占、挪用等违法犯罪所得的货币出资后取得股权的，对违法犯罪行为予以追究、处罚时，应当采取拍卖或者变卖的方式处置其股权。

第八条 出资人以划拨土地使用权出资，或者以设定权利负担的土地使用权出资，公司、其他股东或者公司债权人主张认定出资人未履行出资义务的，人民法院应当责令当事人在指定的合理期间内办理土地变更手续或者解除权利负担；逾期未办理或者未解除的，人民法院应当认定出资人未依法全面履行出资义务。

第九条 出资人以非货币财产出资，未依法评估作价，公司、其他股东或者公司债权人请求认定出资人未履行出资义务的，人民法院应当委托具有合法资格的评估机构对该财产评估作价。评估确定的价额显著低于公司章程所定价额的，人民法院应当认定出资人未依法全面履行出资义务。

第十条 出资人以房屋、土地使用权或者需要办理权属登记的知识产权等财产出资，已经交付公司使用但未办理权属变更手续，公司、其他股东或者公司债权人主张认定出资人未履行出资义务的，人民法院应当责令当事人在指定的合理期间内办理权属变更手续；在前述期间内办理了权属变更手续的，人民法院应当认定其已经履行了出资义务；出资人主张自其实际交付财产给公司使用时享有相应股东权利的，人民法院应予支持。

出资人以前款规定的财产出资，已经办理权属变更手续但未交付给公司使用，公司或者其他股东主张其向公司交付、并在实际交付之前不享有相应股东权利的，人民法院应予支持。

第十一条 出资人以其他公司股权出资，符合下列条件的，人民法院应当认定出资人已履行出资义务：

(一) 出资的股权由出资人合法持有并依法可以转让；(二) 出资的股权无权利瑕疵或者权利负担；(三) 出资人已履行关于股权转让的法定手续；(四) 出资的股权已依法进行了价值评估。

股权出资不符合前款第(一)(二)(三)项的规定，公司、其他股东或者公司债权人请求认定出资人未履行出资义务的，人民法院应当责令该出资人在指定的合理期间内采取补正措施，以符合上述条件；逾期未补正的，人民法院应当认定其未依法全面

履行出资义务。

股权出资不符合本条第一款第（四）项的规定，公司、其他股东或者公司债权人请求认定出资人未履行出资义务的，人民法院应当按照本规定第九条的规定处理。

第十二条 公司成立后，公司、股东或者公司债权人以相关股东的行为符合下列情形之一且损害公司权益为由，请求认定该股东抽逃出资的，人民法院应予支持：

（一）制作虚假财务会计报表虚增利润进行分配；（二）通过虚构债权债务关系将其出资转出；（三）利用关联交易将出资转出；（四）其他未经法定程序将出资抽回的行为。

第十三条 股东未履行或者未全面履行出资义务，公司或者其他股东请求其向公司依法全面履行出资义务的，人民法院应予支持。

公司债权人请求未履行或者未全面履行出资义务的股东在未出本息范围内对公司债务不能清偿的部分承担补充赔偿责任的，人民法院应予支持；未履行或者未全面履行出资义务的股东已经承担上述责任，其他债权人提出相同请求的，人民法院不予支持。

股东在公司设立时未履行或者未全面履行出资义务，依照本条第一款或者第二款提起诉讼的原告，请求公司的发起人与被告股东承担连带责任的，人民法院应予支持；公司的发起人承担责任后，可以向被告股东追偿。

股东在公司增资时未履行或者未全面履行出资义务，依照本条第一款或者第二款提起诉讼的原告，请求未尽公司法第一百四十七条第一款规定的义务而使出资未缴足的董事、高级管理人员承担相应责任的，人民法院应予支持；董事、高级管理人员承担责任后，可以向被告股东追偿。

第十四条 股东抽逃出资，公司或者其他股东请求其向公司返还出资本息、协助抽逃出资的其他股东、董事、高级管理人员或者实际控制人对此承担连带责任的，人民法院应予支持。

公司债权人请求抽逃出资的股东在抽逃出资本息范围内对公司债务不能清偿的部分承担补充赔偿责任、协助抽逃出资的其他股东、董事、高级管理人员或者实际控制人对此承担连带责任的，人民法院应予支持；抽逃出资的股东已经承担上述责任，其他债权人提出相同请求的，人民法院不予支持。

第十五条 出资人以符合法定条件的非货币财产出资后，因市场变化或者其他客观因素导致出资财产贬值，公司、其他股东或者公司债权人请求该出资人承担补足出

资责任的，人民法院不予支持。但是，当事人另有约定的除外。

第十六条 股东未履行或者未全面履行出资义务或者抽逃出资，公司根据公司章程或者股东会决议对其利润分配请求权、新股优先认购权、剩余财产分配请求权等股东权利作出相应的合理限制，该股东请求认定该限制无效的，人民法院不予支持。

第十七条 有限责任公司的股东未履行出资义务或者抽逃全部出资，经公司催告缴纳或者返还，其在合理期间内仍未缴纳或者返还出资，公司以股东会决议解除该股东的股东资格，该股东请求确认该解除行为无效的，人民法院不予支持。

在前款规定的情形下，人民法院在判决时应当释明，公司应当及时办理法定减资程序或者由其他股东或者第三人缴纳相应的出资。在办理法定减资程序或者其他股东或者第三人缴纳相应的出资之前，公司债权人依照本规定第十三条或者第十四条请求相关当事人承担相应责任的，人民法院应予支持。

第十八条 有限责任公司的股东未履行或者未全面履行出资义务即转让股权，受让人对此知道或者应当知道，公司请求该股东履行出资义务、受让人对此承担连带责任的，人民法院应予支持；公司债权人依照本规定第十三条第二款向该股东提起诉讼，同时请求前述受让人对此承担连带责任的，人民法院应予支持。

受让人根据前款规定承担责任后，向该未履行或者未全面履行出资义务的股东追偿的，人民法院应予支持。但是，当事人另有约定的除外。

第十九条 公司股东未履行或者未全面履行出资义务或者抽逃出资，公司或者其他股东请求其向公司全面履行出资义务或者返还出资，被告股东以诉讼时效为由进行抗辩的，人民法院不予支持。

公司债权人的债权未过诉讼时效期间，其依照本规定第十三条第二款、第十四条第二款的规定请求未履行或者未全面履行出资义务或者抽逃出资的股东承担赔偿责任，被告股东以出资义务或者返还出资义务超过诉讼时效期间为由进行抗辩的，人民法院不予支持。

第二十条 当事人之间对是否已履行出资义务发生争议，原告提供对股东履行出资义务产生合理怀疑证据的，被告股东应当就其已履行出资义务承担举证责任。

第二十一条 当事人向人民法院起诉请求确认其股东资格的，应当以公司为被告，与案件争议股权有利害关系的人作为第三人参加诉讼。

第二十二条 当事人之间对股权归属发生争议，一方请求人民法院确认其享有股权的，应当证明以下事实之一：

(一)已经依法向公司出资或者认缴出资,且不违反法律法规强制性规定;(二)已经受让或者以其他形式继受公司股权,且不违反法律法规强制性规定。

第二十三条 当事人依法履行出资义务或者依法继受取得股权后,公司未根据公司法第三十一条、第三十二条的规定签发出资证明书、记载于股东名册并办理公司登记机关登记,当事人请求公司履行上述义务的,人民法院应予支持。

第二十四条 有限责任公司的实际出资人与名义出资人订立合同,约定由实际出资人出资并享有投资权益,以名义出资人为名义股东,实际出资人与名义股东对该合同效力发生争议的,如无合同法第五十二条规定的情形,人民法院应当认定该合同有效。

前款规定的实际出资人与名义股东因投资权益的归属发生争议,实际出资人以其实际履行了出资义务为由向名义股东主张权利的,人民法院应予支持。名义股东以公司股东名册记载、公司登记机关登记为由否认实际出资人权利的,人民法院不予支持。

实际出资人未经公司其他股东半数以上同意,请求公司变更股东、签发出资证明书、记载于股东名册、记载于公司章程并办理公司登记机关登记的,人民法院不予支持。

第二十五条 名义股东将登记于其名下的股权转让、质押或者以其他方式处分,实际出资人以其对于股权享有实际权利为由,请求认定处分股权行为无效的,人民法院可以参照物权法第一百零六条的规定处理。

名义股东处分股权造成实际出资人损失,实际出资人请求名义股东承担赔偿责任的,人民法院应予支持。

第二十六条 公司债权人以登记于公司登记机关的股东未履行出资义务为由,请求其对公司债务不能清偿的部分在未出本息范围内承担补充赔偿责任,股东以其仅为名义股东而非实际出资人为由进行抗辩的,人民法院不予支持。

名义股东根据前款规定承担赔偿责任后,向实际出资人追偿的,人民法院应予支持。

第二十七条 股权转让后尚未向公司登记机关办理变更登记,原股东将仍登记于其名下的股权转让、质押或者以其他方式处分,受让股东以其对于股权享有实际权利为由,请求认定处分股权行为无效的,人民法院可以参照物权法第一百零六条的规定处理。

原股东处分股权造成受让股东损失,受让股东请求原股东承担赔偿责任、对于未

及时办理变更登记有过错的董事、高级管理人员或者实际控制人承担相应责任的，人民法院应予支持；受让股东对于未及时办理变更登记也有过错的，可以适当减轻上述董事、高级管理人员或者实际控制人的责任。

第二十八条 冒用他人名义出资并将该他人作为股东在公司登记机关登记的，冒名登记行为人应当承担相应责任；公司、其他股东或者公司债权人以未履行出资义务为由，请求被冒名登记为股东的承担补足出资责任或者对公司债务不能清偿部分的赔偿责任的，人民法院不予支持。

《最高人民法院关于企业开办的其他企业被撤销或者歇业后民事责任承担问题的批复》(1994年3月30日 法复〔1994〕4号)

一、企业开办的其他企业被撤销、歇业或者依照《中华人民共和国企业法人登记管理条例》第二十二条规定视同歇业后，其民事责任承担问题应根据下列不同情况分别处理：

1. 企业开办的其他企业领取了企业法人营业执照并在实际上具备企业法人条件的，根据《中华人民共和国民法通则》第四十八条的规定，应当以其经营管理或者所有的财产独立承担民事责任。

2. 企业开办的其他企业已经领取了企业法人营业执照，其实际投入的自有资金虽与注册资金不符，但达到了《中华人民共和国企业法人登记管理条例实施细则》第十五条第(七)项或者其他有关法规规定的数额，并且具备了企业法人其他条件的，应当认定其具备法人资格，以其财产独立承担民事责任。但如果该企业被撤销或者歇业后，其财产不足以清偿债务的，开办企业应当在该企业实际投入的自有资金与注册资金差额范围内承担民事责任。

3. 企业开办的其他企业虽然领取了企业法人营业执照，但实际没有投入自有资金，或者投入的自有资金达不到《中华人民共和国企业法人登记管理条例实施细则》第十五条第(七)项或者其他有关法规规定的数额，或者不具备企业法人其他条件的，应当认定其不具备法人资格，其民事责任由开办该企业的企业法人承担。

二、人民法院在审理案件中，对虽然领取了企业法人营业执照，但实际上并不具备企业法人资格的企业，应当依据已查明的事实，提请核准登记该企业为法人的工商行政管理部门吊销其企业法人营业执照。工商行政管理部门不予吊销的，人民法院对该企业的法人资格可不予认定。

三、从本批复公布之日起，本院法（研）复〔1987〕33号《关于行政单位或企业开办的企业倒闭后债务由谁承担》的批复第二条中关于如果企业开办的分支机构是公司，不论是否具备独立法人资格，可以根据国发〔1985〕102号通知处理的规定和法（经）发〔1991〕10号通知第六条的规定，即行废止。

《最高人民法院关于当前商事审判工作中的若干具体问题》（2015年12月24日）

一、关于《公司法》修改后公司诉讼案件的审理问题

2013年12月底，全国人大常委会修改了《公司法》。新法在最低注册资本额、出资缴纳时间、出资形态三方面原则上取消了法定限制，改由股东自行决定。新法确立的出资制度非常灵活，赋予了投资者很大的选择空间，其主要目的是降低公司的准入门槛，激发市场主体创新创业活力；另一方面，也要避免新法规则被恶意滥用从而导致损害公司或债权人利益。在此，需要指出，公司诉讼案件中要准确把握新资本制度理念，要通过公正裁判强化规则意识、引领诚信风尚、维护法制统一。

第一，要按照既有法律规则正确审理公司资本纠纷。新《公司法》虽然对股东出资作出灵活规定，但其本身并未免除股东对公司的出资义务。法律只是将股东的出资义务由法律强行规定调整为由股东通过公司章程自行决定。公司章程对股东出资数额、时间和方式作出规定后，股东就必须按照章程的规定缴纳出资。股东未依照公司章程缴纳出资时，法院仍应当按照新《公司法》和《公司法》司法解释（三）中出资义务、责任的规定判令股东履行出资义务。

需要注意，《公司法》2013年修改前公司章程就股东出资义务作出的规定，如果新法施行后章程未被修改，仍应当按照原先章程的规定确定股东出资义务和责任。

在公司资本纠纷中，尤其不能因为新《公司法》将出资事宜交由股东灵活决定，就无视注册资本法律规则，放纵投资者背信行为。还要注意，公司设立时在章程中规定出资数额及出资方式后，公司运营中有的股东尤其是公司大股东通过股东会决议修改章程，要么延长自己的出资期限、要么减少自己的出资数额。对此，应当按照《公司法》第二十二条的规定审查修改公司章程的决议是否有效，或者按照《公司法》规定的减资规则审查股东减少出资的程序是否合法。股东作出减资决议减少出资数额，但未进行变更登记的，不得对抗善意第三人。

第二，要适应《公司法》新变化积极完善相应裁判规则。《公司法》修改后，如果公司选择过于微小的数额作为注册资本，比如将注册资本设定为1元钱，那么在公司

未来不能清偿债务而破产时，要考虑股东能否凭其对公司享有的债权而与其他普通债权人一起参与公司财产分配的问题。对此，我们倾向于认为，股东以过于微小的资本从事经营，很有可能会将股权投资转化为债权投资，相应地也将有限责任的风险完全外部化。

因目前法律上尚未确立专门应对措施，所以法院在司法实践中必须及时确立合理的规则。这方面，国外司法实践中通常将股东债权的受偿顺序安排在其他普通债权人受偿之后，以保障优先清偿其他债权人债权。这一做法值得借鉴。

第三，要遵循《公司法》新精神处理好新类型案件。新《公司法》施行后，会出现一批新类型案件。比如，《公司法》司法解释（三）第十八条对虚假出资时补缴出资民事责任作出了规定。但目前尚无法律、司法解释对股东因出资期限未届满而未缴纳出资就转让股权时由谁承担出资责任进行明确规定。因为此时的未缴纳出资为合法而不是非法，所以不能当然适用上述司法解释的规定。目前还要特别注意债权人请求股东提前履行出资义务以偿债的问题。对此，有不同的认识：

一种意见认为，债务人公司无法清偿到期债务，而股东又有出资款未到期，此时通过出资义务加速到期的方式即可以解决债务清偿问题，所以应当许可此时出资义务加速到期，债权人可以直接向股东主张清偿债务。

另一种意见认为，如果公司不能清偿单个债权人到期债权，那么其往往也资不抵债，或者明显缺乏清偿能力，或者有丧失清偿能力可能。此时按照《企业破产法》第二条，公司已经符合破产条件，所以更应当保障全体债权人的利益。单个的债权追及诉讼不尽符合《企业破产法》第三十一、三十二条的精神。债权人应当申请债务人破产，进入破产程序后再按照《企业破产法》第三十五条使股东出资义务加速到期，最终在真正意义上保护全体债权人利益。以上两种意见中，我们倾向于按照后一种意见处理。

所以，在类似诉讼中，法院应当注意向当事人释明，如债务人公司不能通过融资或其股东自行提前缴纳出资以清偿债务，债权人有权启动破产程序。

地方司法性文件及其他

上海市高级人民法院民二庭《关于审理公司法人人格否认案件的若干意见》（2009年6月25日）

第一条（适用范围）公司债权人依据公司法第二十条第三款、第六十四条的规

定，起诉要求公司股东对公司侵权或者合同债务承担连带责任的民商事诉讼案件，适用本意见。

第二条（审理原则） 审理公司法人人格否认诉讼案件，应当严格遵循公司独立人格和股东有限责任，不得滥用法人人格否认制度。

第三条（诉讼主体） 公司债权人与公司之间的侵权或者合同债务已由生效法律文书确认，公司债权人另行提起公司法人人格否认诉讼，要求股东对债务承担连带责任的，列股东为被告，公司为第三人。

公司债权人就其与公司之间的侵权或者合同债务提起诉讼的同时，一并提起公司法人人格否认诉讼，要求股东承担责任的，列公司和股东为共同被告。

公司债权人与公司之间的侵权或者合同债务尚未经生效法律文书确认，公司债权人直接提起公司法人人格否认诉讼，要求股东对债务承担责任的，法院应向债权人释明，并依债权人之申请追加公司为共同被告。

第四条（增加诉请） 公司债权人对公司提起合同、侵权等诉讼后，又以股东滥用公司法人独立地位与股东有限责任为由，要求股东对公司债务承担连带责任的，可以准许其在举证期限届满前增加诉讼请求，并追加股东为被告。

第五条（构成要件） 按照公司法第二十条第三款之规定，人民法院适用公司法人人格否认原则时，应当注意审查是否同时具备下列三项要求：

- （一）股东实施了滥用公司法人独立地位和股东有限责任的行为；
- （二）逃避债务；
- （三）严重损害公司债权人利益。

第六条（滥用公司法人独立地位和股东有限责任行为的认定） 公司存在资本显著不足，或者股东与公司人格高度混同，或者股东对公司进行不正当支配和控制情形的，可以认定属公司法第二十条第三款规定的股东滥用公司法人独立地位和股东有限责任的行为。

第七条（资本显著不足的认定） 股东未缴纳或缴足出资，或股东在公司设立后抽逃出资，致使公司资本低于该类公司法定资本最低限额的，人民法院应当认定公司资本显著不足。

第八条（人格高度混同的认定） 下列情形持续、广泛存在的，可以综合认定股东与公司人格高度混同：

- （一）（财产混同情形）存在股东与公司资金混同、财务管理不作清晰区分等财产混

同情形的；

(二)(业务混同情形)存在股东与公司业务范围重合或大部分交叉等业务混同情形的；

(三)(人事混同情形)存在股东与公司法定代表人、董事、监事或其他高管人员相互兼任，员工大量重合等人事混同情形的；

(四)(场所混同情形)存在股东与公司使用同一营业场所等情形的。

第九条(对公司进行不正当支配和控制的认定) 股东利用关联交易，非法隐匿、转移公司财产的，可以认定股东对公司进行不正当支配和控制。

第十条(举证责任) 公司债权人主张股东滥用公司法人独立地位和股东有限责任的，对股东滥用公司法人独立地位和股东有限责任的事实承担举证责任。

公司债权人能够提供初步证据证明股东滥用公司独立法人地位和股东有限责任。但确因客观原因不能自行收集公司账簿、会计凭证、会议记录等相关证据，申请人民法院调查取证的，法院应当依据《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》的规定，进行必要的审查。

一人公司的债权人主张股东财产与公司财产混同的，由股东就公司财产独立于股东的财产承担举证责任。

第十一条(举证责任) 公司债权人持有证据证明公司及股东持有证据但无正当理由拒不提供，如果公司债权人主张该证据的内容不利于证据持有人的，可根据《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第七十五条之规定，推定债权人的主张成立。

第十二条(适用限制) 对下列情形，人民法院不宜适用法人人格否认原则：

(一)(债权人明知)公司债权人明知股东实施了滥用公司法人独立地位和股东有限责任行为，但仍与公司进行交易的；

(二)(损害后果不严重)公司虽未能清偿到期债务，但有清偿债务可能，尚不构成严重损害债权人利益的。

第十三条(责任范围) 法院经审理认为公司法人人格应予否认的，由股东对公司债务承担连带责任。股东以债权人先行起诉公司，其仅就公司不能清偿部分承担补充责任为由提出抗辩的，法院不予支持。

第5节 分公司诉讼主体地位

——分公司签约，责任如何担？（分支机构）

37. 分公司营业执照载明的经营范围为受公司委托从事工程建设，由此表明，其在经营范围内有权代表公司签订建设工程施工合同，而无须公司再行特别授权，因此，在公司具备建筑企业相应资质的情况下，分公司签订的《施工承包合同》不违反法律、行政法规的强制性规定，属有效合同。

案例 37. 最高人民法院（2014）民申字第 924 号“四川川北数码港建设股份有限公司华盛分公司与雅江县公路段建设工程施工合同纠纷案”



法院再审认为，《中华人民共和国公司法》第十四条规定，公司可以设立分公司。设立分公司，应当向登记机关申请登记，领取营业执照。分公司不具有法人资格，其民事责任由公司承担。《中华人民共和国公司登记管理条例》第四十五条规定，分公司是指公司在其住所以外设立的从事经营活动的机构。分公司不具有企业法人资格。本案中，A 建设公司华盛分公司系由 A 建设公司申请设立的对外代表公司开展经营活动的分支机构，并经依法登记。A 建设公司华盛分公司的营业执照载明，该分公司经营范围为受 A 建设公司委托从事公路路基工程、公路路面工程等。由此表明，A 建设公司华盛分公司在经营范围内有权代表 A 建设公司与 B 公路段签订建设工程施工合同，而无须 A 建设公司再行特别授权。因此，若在 A 建设公司具备建筑企业相应资质的情况下，A 建设公司华盛分公司与 B 公路段签订的《农村公路施工承包合同》则不违反法律、行政法规的强制性规定，属有效合同。二审判决以 A 建设公司华盛分公司未获公司授权为由认定《农村公路施工承包合同》无效，属适用法律不当。

38. 分公司虽然不具有法人资格，但其系依法成立且领取了工商营业执照，依法可以作为其他组织类民事主体参加社会经济活动，并参与民事诉讼，其签订的合同是当事人的真实意思表示，且不违反法律法规的强制性规定，应认定合法有效。

案例 38. 湖南省高级人民法院（2014）湘高法民一终字第 63 号“营口建鑫地产开发有限公司、建鑫地产开发有限公司与鑫泰建设集团公司营口分公司合同纠纷案”



法院认为，A 建设集团 B 分公司与 C 地产公司签订的合同合法有效。A 建设集团 B 分公司虽然不具有法人资格，但其系依法成立且领取了工商营业执照的分公司，依法可以作为其他组织类民事主体参加社会经济活动，并可以参与民事诉讼。A 建设集团 B 分公司与 C 地产公司所签订的《建筑施工补充协议》及《补充协议书》是当事人的真实意思表示，且不违反法律法规的强制性规定，故应认定合法有效。

39. 分公司虽不具备法人资格，但其作为依法领取工商营业执照的分支机构，具备诉讼主体资格，应与公司一同承担付款责任。

案例 39. 河南省郑州市中级人民法院（2014）郑民三终字第 213 号“上诉人中国有色金属工业第六冶金建设有限公司工业安装分公司与被上诉人郑州市佳美钢结构有限公司及原审被告中国有色金属工业第六冶金建设有限公司建设工程合同纠纷案”



二审法院认为，六冶安装分公司称其系六冶公司的分支机构，不具备法人资格，但其作为依法领取工商营业执照的分支机构，具备诉讼主体资格。六冶公司将本案工程交由六冶安装分公司管理，且六冶安装分公司直接向佳美公司支付了部分工程款。

故六冶安装分公司亦应承担付款责任。综上所述，原审判决被告中国有色金属工业第六冶金建设有限公司、中国有色金属工业第六冶金建设有限公司工业安装分公司共同支付原告郑州市佳美钢结构有限公司工程款并支付相应利息，认定事实清楚，适用法律正确。

40. 分公司在经核准登记的经营范围内，经公司授权对外签订合同，应当认定其具有对外签订合同的主体资格和履行能力。

案例 40. 最高人民法院（1999）经终字第 353 号“郑州华星外国语学校与封丘县建筑集团总公司金鹏分公司、河南省鑫盛实业公司拖欠工程款纠纷案”



二审法院认为，我国《中华人民共和国公司法》第十三条规定：“公司可以设立分公司，分公司不具有企业法人资格，其民事责任由公司承担。”我国《企业法人登记条例》第三十五条规定：“企业法人设立不能独立承担民事责任的分支机构，由该企业法人申请登记，经登记主管机关核准，领取《营业执照》，在核准登记的经营范围内从事经营活动。”另外，我国《公司登记管理条例》第三十九条规定：“分公司是指公司在其住所以外设立的从事经营活动的机构。分公司不具有企业法人资格。”可见，封丘县建筑集团总公司与封丘县建筑集团总公司金鹏分公司是公司与其分支机构的关系，根据上述法律规定，分公司在经核准登记的经营范围内可以从事经营活动，而金鹏公司所持有的《营业执照》中所核准的经营范围为工业与民用建筑、水电暖安装，其经营方式为对外承包，加之 1997 年 11 月 20 日金鹏公司经其集团总公司授权对外签订合同，因此，应当认定其具有对外签订合同的主体资格和履行能力。

41. 公司对分公司的债务，既不是承担连带责任，也不是承担补充责任，而应是直接承担清偿责任。

案例 41. 最高人民法院（2016）最高法民申 3318 号“安徽华景建设有限公司与安徽万特投资发展有限公司六安分公司、安徽万特投资发展有限公司建设工程施工合同纠纷案”



关于万特公司的连带清偿责任问题。法院再审认为，《中华人民共和国公司法》第十四第一款“公司可以设立分公司。设立分公司，应当向公司登记机关申请登记，领取营业执照。分公司不具有法人资格，其民事责任由公司承担。”，明确了分公司责任的归属，即分公司不能独立承担民事责任，其一切行为后果及责任由设立分公司的公司承担。公司对分公司的债务，既不是承担连带责任，也不是承担补充责任，而应是直接承担清偿责任。就本案而言，虽然原判决认定万特公司承担连带清偿责任属于责任性质认定不当，但并没有加重万特公司的责任。万特六安分公司、万特公司以此申请再审亦不成立。

42. 分公司账户内款项在法律上即为公司的财产，分公司与内部承包人签订的内部承包合同，不具有对抗第三人的法律效力，亦不应包括在《执行规定》第 78 条规定的企业法人分支机构被承包的情形，内部承包人以案涉分公司账户内款项系其个人财产而提出异议，不足以阻却人民法院的强制执行。

案例 42. 最高人民法院（2016）最高法民再 149 号“李建国与孟凡生、长春圣祥建筑工程有限公司等案外人执行异议之诉案”



关于李建国对建和分公司账户内的案涉争议款项提出的执行异议是否成立，是否足以阻却人民法院的强制执行问题。法院再审认为，（一）建和分公司系圣祥公司的

分支机构，其与圣祥公司之间的关系应当受到《中华人民共和国公司法》（简称《公司法》）规定的调整。《中华人民共和国公司法》第十四条第一款规定：“公司可以设立分公司。设立分公司，应当向公司登记机关申请登记，领取营业执照。分公司不具有法人资格，其民事责任由公司承担。”根据以上规定，分公司的财产属于公司所有，分公司对外进行民事活动所产生的民事责任由公司承担。《最高人民法院关于法院执行工作若干问题的规定》（简称执行规定）第78条第一款亦规定，被执行人为企业法人的分支机构不能清偿债务时，可以裁定企业法人为被执行人。同理，当被执行人为企业法人时，如果不能执行该企业法人分支机构的财产，将有违权利义务对等原则。

根据已查明的事实，圣祥公司之前身东亚公司于2006年3月17日向长春市工商行政管理局申请设立分支机构建和分公司。2006年3月24日，长春市工商行政管理局颁发了建和分公司营业执照，经营范围为在所隶属的公司经营范围内，从事工程承包经营，其民事责任由所属的公司承担。建和分公司作为圣祥公司的分公司在工商行政管理机关依法注册登记，圣祥公司与建和分公司之间即形成法律上的公司与分公司之间的关系，应当受到《公司法》所确立的公司与分公司之间各项规则的调整。具体表现为：分公司的财产即为公司财产，分公司的民事责任由公司承担。本院同时注意到，本案再审申请人孟凡生申请执行一案的起因即是其与祥泽分公司之间的买卖合同纠纷，该判决因祥泽分公司系圣祥公司的分公司，据此判令圣祥公司承担债务责任并进而执行圣祥公司的财产。李建国在庭审中陈述，圣祥公司多个分公司经营模式基本相同，即以注册成立分公司的形式利用圣祥公司资质承揽建筑工程。在此情形下，对于一个分公司的民事行为适用《公司法》关于公司与分公司之间的规则判令公司承担责任，而对于另一个分公司如不适用该规则而使其免除责任，将有违权利义务对等原则以及法律适用的统一性。

（二）李建国提出的其与圣祥公司关于建和分公司经营模式的内部约定，不具有对抗第三人的法律效力。如前所述，建和分公司作为圣祥公司的分公司在工商行政管理机关依法注册登记，应当受到《公司法》既有规则的调整。无论当时圣祥公司与建和分公司内部如何约定双方之间的权利义务关系及责任划分标准，该约定内容均不足以对抗其在工商行政管理机关依法注册登记的公示效力，进而不足以对抗第三人。建和分公司、李建国如认为其为圣祥公司承担责任有违其与圣祥公司之间的内部约定，可与圣祥公司协商解决。

既然建和分公司系圣祥公司的分支机构，而案涉争议款项又在建和分公司银行账

户内，故该笔款项在法律上就是圣祥公司的财产。在对圣祥公司强制执行时，如未出现法定的可以不予执行之情形，人民法院可以执行该笔款项。

（三）建和分公司与圣祥公司之间的内部承包合同，不属于《执行规定》第78条规定的企业法人分支机构被承包的情形。首先，该内部承包合同载明的承包人是建和分公司，被承包人是圣祥公司，也就是说，从该合同的表现形式来看，被承包经营的是圣祥公司，建和分公司作为企业法人的分支机构并没有被承包。且从已查明的事实看，无论是圣祥公司还是建和分公司与李建国之间均没有签订相关承包合同。据此，原判决认定李建国是建和分公司的实际承包人缺乏合同依据。其次，该内部承包合同约定的承包范围为《资质证书》中规定的工业与民用建筑承包范围，也就是说，究其合同约定之实质，该合同名为内部承包，实为建设工程施工企业资质租赁或者有偿使用。李建国在庭审中亦自认其经营建和分公司，主要是利用圣祥公司的资质方便其对外承揽建筑程。换言之，该内部承包合同约定之实质并非承包法律关系。第三，《执行规定》第78条中规定以及予以保护的承包或者租赁经营，应当是法律所准许的承包、租赁形式。众所周知，建筑施工企业具有很强的专业技术性，且施工质量直接关系到人民群众的生命财产安全，因此不仅要求此类企业要具有符合国家规定的注册资本，而且要具有与所从事的建筑施工活动相适应的专业资质。实践中，一些建筑施工企业中所谓承包或者租赁经营的实质，是不具备资质的企业或者个人，以承包或者租赁形式，掩盖其借用建筑施工企业资质进行施工的目的，由于借用资质进行施工是法律及司法解释所禁止的行为，故与之相关的承包或者租赁经营合同以及施工转分包合同亦为法律所不容。因此，即便能够认定李建国与建和分公司之间存在实际承包关系，因其承包经营形式为法律所不容，故亦不应包括在《执行规定》第78条规定的承包经营之列。

（四）法律作为一种约束人们各项行为之规范的总和，其中一项重要价值即在于保护合法权益。本院认为并倡导，遵法守法依法行事者，其合法权益必将受到法律保护；反之，不遵法守法甚至违反法律者，因其漠视甚至无视法律规则，就应当承担不受法律保护或者受到法律追究的风险。李建国具有完全民事行为能力，从事建设工程施工事务多年，其应当知道国家有关建设工程施工方面的法律法规规定，应当知道法律对于借用资质从事施工行为的态度，应当知道公司与分公司之间的权利义务以及责任关系。但是，其坚持选择以圣祥公司的分公司名义从事经营活动，坚持选择利用圣祥公司的资质对外承揽建筑工程，坚持选择实施此种为法律所不容之行为并获取收益，其亦应当承担由此可能带来的不受法律保护的法律风险。因此，即便能够认定李建国系

建和分公司的实际经营控制人，因其对外以建和分公司名义从事民事活动，案涉争议款项亦实际存至建和分公司账户，其就应当按照既有法律规则承担法律责任，即其对于案涉争议款项提出的执行异议，不足以阻却人民法院的强制执行。

司法实践中，一些案件常产生某些既定事实或者特殊情况与既有的法律规则之间的冲突。本案一、二审法院之所以作出原判决之认定，即是受到这种冲突所引发的利益权衡纠结之影响。诚如原判决之分析，本案圣祥公司、建和分公司以及李建国之间确实存在着有别于一般公司与分公司经营模式的特殊情况，如李建国自述的其虽以分公司形式开展经营活动，但实际上系其个人借用圣祥公司资质从事部分工程的施工活动，从某种角度上讲，其境遇亦值得同情。但本院同时认为，既然法律规则是立法机关综合衡量取舍之后确立的价值评判标准，就应当成为司法实践中具有普遍适用效力的规则，就应当成为司法者在除非法律有特别规定之外要始终坚守的信条，就应当成为不受某些特殊情况或者既定事实影响的准则。否则，如某一法律规则可以随着个案的特殊情况或者既定事实不断变化左右逢源，该规则将因其不确定性，而不再被人们普遍信奉、乐于遵守，从而失去其存在意义，并将严重伤害法律的权威性、秩序的稳定性以及司法的公正性。

（五）原判决认定李建国系蓝天佳苑二期工程的实际施工人，超出了本案的审理范围。实际施工人是《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》中规定的概念，旨在对于那些已实际施工诉争工程但无法因合同关系主张工程款的人予以限制性保护，因其规范情形之特定性，故亦应在该规范所涉之建设工程施工合同纠纷案件中，才适宜对实际施工人的身份作出认定。本案系案外人执行异议之诉，并非实际施工人以发包人和承包人为被告提起的建设工程施工合同纠纷，原判决认定李建国为蓝天佳苑二期工程的实际施工人，一方面超出了本案的审理范围，另一方面因一、二审法院并非针对建设工程施工合同纠纷进行审理，并未围绕该工程所涉各方之诉辩主张、举证质证情况进行庭审、判断及裁决，故作出该认定可能有失公正且可能对于该工程所涉各方之权利义务关系造成一定影响。因此，原判决作出的关于李建国为蓝天佳苑二期工程的实际施工人的认定欠妥，本院予以纠正。

综上所述，建和分公司系圣祥公司的分支机构，建和分公司账户内的案涉争议款项在法律上即为圣祥公司的财产。建和分公司与圣祥公司之间的内部承包合同，不具有对抗第三人的法律效力，亦不应包括在《执行规定》第78条规定的承包经营之列。原判决适用《执行规定》第78条的规定，认定案涉争议款项系李建国个人财产，适用

法律错误，应予纠正。李建国对案涉争议款项提出的异议，不足以阻却人民法院的强制执行。

43. 分公司虽有营业执照，但无独立法人资格，根据《中华人民共和国公司法》第十四条的规定，其民事责任应由公司承担。

案例 43. 湖南省邵阳市中级人民法院（2011）邵中民三终字第 17 号“上诉人（原审被告）邵阳市市政工程总公司城步分公司与被上诉人（原审原告）喻智慧、原审被告邵阳市市政工程总公司、原审被告城步苗族自治县建设局建设工程施工合同纠纷案”



二审法院认为，城步建设工程公司系城步建设局开办的，由于未办理工商注册登记，城步建设工程公司不具有法人资格，其以公司名义开展民事活动的民事责任应由其开办单位城步建设局承担。2002 年，市政总公司向城步苗族自治县工商行政管理局申请设立了城步分公司，全面接手城步建设工程公司的业务及债权债务。由于城步分公司系市政总公司开办的分公司，虽有营业执照，但无独立法人资格，根据《中华人民共和国公司法》第十四条的规定，其民事责任应由市政总公司承担。因此，原判判决由城步分公司承担责任不符合公司法的规定，应予以纠正。

裁判依据或参考

法律法规

《中华人民共和国民法总则》（2017 年 10 月 1 日）

第七十四条 法人可以依法设立分支机构。法律、行政法规规定分支机构应当登记的，依照其规定。

分支机构以自己的名义从事民事活动，产生的民事责任由法人承担；也可以先以该分支机构管理的财产承担，不足以承担的，由法人承担。

第七十五条 设立人为设立法人从事的民事活动，其法律后果由法人承受；法人

未成立的，其法律后果由设立人承受，设立人为二人以上的，享有连带债权，承担连带债务。

设立人为设立法人以自己的名义从事民事活动产生的民事责任，第三人有权选择请求法人或者设立人承担。

《中华人民共和国公司法》(1993年12月29日第八届全国人民代表大会常务委员会第五次会议通过2013年修正)

第十四条 公司可以设立分公司。设立分公司，应当向公司登记机关申请登记，领取营业执照。分公司不具有法人资格，其民事责任由公司承担。

公司可以设立子公司，子公司具有法人资格，依法独立承担民事责任。

部门规范性文件

国家工商行政管理局《关于〈中华人民共和国企业法人登记管理条例〉第三十五条第一款中分支机构含义界定的答复》(工商企字〔1997〕第222号)

辽宁省工商行政管理局：

你省本溪市工商行政管理局《关于〈中华人民共和国企业法人登记管理条例〉第三十五条第一款中分支机构含义界定的请示》(本工商发〔1997〕38号)收悉。根据《中华人民共和国企业法人登记管理条例》(以下简称《条例》)第三十八条关于“本条例由国家工商行政管理局负责解释”的有关规定，现答复如下：

一、《条例》第三十五条第一款所称“分支机构”是指企业法人投资设立的、有固定经营场所、以自己名义直接对外从事经营活动的、不具有法人资格，其民事责任由其隶属企业法人承担的经济组织。

二、企业法人设立不能独立承担民事责任的分支机构，应依《条例》第十七条、第三十五条和《中华人民共和国企业法人登记管理条例施行细则》(以下简称《施行细则》)的有关规定，由企业法人申请变更登记和营业登记。分支机构领取《营业执照》后方可从事经营活动。未经核准登记即以分支机构的名义从事经营活动的，可依《条例》第三十条第一款第一项和《施行细则》第六十六条第一款第一项的规定予以处罚。

三、依国家有关法律、法规规定，商业银行、信用合作社依法设立的“分行”“支行”“分理处”“营业部”“储蓄所”等均分为分支机构，也应依上述规定办理营业登记，领取营业执照后方可从事经营活动。此规定我局曾在1997年3月5日和7月14日给

广东省和辽宁省工商行政管理局的答复（《对粤工商函〔1996〕416号请示的答复》《对辽工商〔1997〕29号请示的答复》）中予以明确，请一并查阅执行。

司法解释及其他

《最高人民法院关于对国外派驻我国的代表处以代表处名义出具的担保是否有效及外国企业对该担保行为应承担何种民事责任的请示的复函》（2003年6月12日（2002）民四他字第6号）

上海市高级人民法院：

你院2001年12月27日（2000）沪高经终字第587号《关于外国派驻我国的代表处以代表处名义出具的担保是否有效及外国企业对该担保行为应承担何种民事责任的请示》收悉。经本院审判委员会讨论，答复如下：

外国派驻我国的代表处，不是该外国企业的分支机构或者职能部门，而是该外国企业的代表机构，对外代表该外国企业。代表处在我国境内的一切业务活动，应由其所代表的外国企业承担法律责任。本案中，南通市对外贸易公司是在大象交易株式会社上海代表处的介绍下与金达莱国际贸易有限公司形成委托代理关系的。在整个业务活动中，大象交易株式会社上海代表处一直以大象交易株式会社的名义与南通市对外贸易公司商谈、签订买卖合同和提供担保。该代表处在买卖合同上加盖大象交易株式会社的印章以及在担保书上加盖大象交易株式会社上海代表处的印章的行为，均代表大象交易株式会社本身，应由大象交易株式会社直接承担民事责任。

地方司法性文件及其他

安徽省宣城市中级人民法院《关于审理建设工程施工合同纠纷案件若干问题的指导意见（试行）》（宣中法〔2013〕19号）

建设工程施工合同纠纷的诉讼主体

第二条 对于法人的分支机构所签订的施工合同，分支机构系依法设立并领取营业执照的，该分支机构可以作为诉讼主体参加诉讼；没有营业执照的，应以设立该分支机构的法人作为诉讼主体。

具有建筑资质的企业法人，其下属的工程项目部与发包人就该工程签订的建设工程施工合同，对该建筑企业法人具有约束力，合同的权利义务由该建筑企业法人享有和承担。

第6节 工程代建的责任主体

——代建工程款，委托人支付？（委托代建）

类型一、委托人不承担付款责任的情形

44. 建设工程施工合同系代建单位作为发包人与承包人所签订，应由代建单位直接向承包人承担付款责任。

案例 44.福建省厦门市中级人民法院（2014）厦民终字第100号“上诉人（原审被告）厦门东区开发公司与被上诉人（原审原告）厦门市开立机电工程有限公司、原审第三人厦门市总工会建设工程施工合同纠纷案”



关于本案支付工程款的义务主体认定问题。二审法院认为，首先，讼争建设工程施工合同系开发公司与机电公司所签订，发包人明确为开发公司，虽然其系代建单位，但根据《厦门市建设委员会关于重点工程建设项目代建管理暂行办法》第十二条的规定，行政机关或事业单位为代建委托主体的，被委托代建单位在委托事项范围内直接承担项目法人责任，行使建设单位的职责。因此，在机电公司向开发公司主张权利的情况下，原审判决认定由开发公司直接承担付款责任，并无不妥。机电公司上诉请求委托人厦门市总工会承担合同主体责任，没有事实和法律依据，不予支持。

45. 工程代建合同约定由代建单位负责组织开展施工、监理、设备采购等公开招标投标工作，处理一切项目实施过程中的其他事项。据此，代建单位以自己之名义与承包人签订建设工程施工合同，是签订合同的主体，具备诉讼主体资格。

案例 45. 重庆市第三中级人民法院（2013）渝三中法民终字第 00934 号“上诉人（原审被告）重庆市拓前实业有限公司、上诉人（原审被告）杨小华与被上诉人（原审原告）重庆市涪陵城市建设投资集团有限公司、原审被告江才华建设工程施工合同纠纷案”



关于城投公司的诉讼主体资格是否适格的问题，法院认为，本案工程业主单位虽系涪陵区委党校，但该校与城投公司签订了工程代建合同，约定由城投公司负责组织开展施工、监理、设备采购等公开招标投标工作，处理一切项目实施过程中的其他事项。根据该约定，城投公司以自己之名义与拓前公司签订了《中共重庆市涪陵区委党校改扩建工程施工合同》。其后，城投公司又与拓前公司、杨小华签订了《涪陵区委党校改扩建工程清算退场协议书》，该协议是各方当事人针对退场事宜进行协商后达成的，是协议各方当事人的真实意思表示，对参与协议方均具有约束效力。本案系因退场协议的履行问题发生争议，城投公司及杨小华均是签订该协议的主体，是本案的适格当事人。

46. 根据合同相对性的基本原则，承包人应直接向代建单位主张权利，其要求建设单位承担连带责任没有事实和法律依据，不予支持。

案例 46. 青海省高级人民法院（2016）青民初 97 号“中国建筑一局（集团）有限公司与西宁市交通建设开发有限公司、西宁城通交通建设投资有限公司建设工程施工合同纠纷案”



关于城通公司应对交通公司欠付的工程款及利息承担连带责任的问题。法院认为，本案案涉工程虽然是由城通公司委托交通公司代建，但城通公司与交通公司之间存在的委托代建法律关系，与交通公司和中建一局建立的建设工程施工合同关系及设计合同关系属于两种独立的法律关系。中建一局是基于与交通公司所签订的《建设工程施工合同》《设计合同》所约定的权利、义务主张工程款，根据合同相对性的基本原则，中建一局应直接向交通公司主张权利，其要求城通公司承担连带责任的诉求，没有事实和法律依据，不予支持。

47. 与代建单位签订施工合同的承包人无权就建设单位与代建单位之间的合同效力主张权利，建设单位与代建单位之间合同性质以及合同效力如何，与承包人无法律上的利害关系，不影响其向欠付工程款的代建单位追索工程款。

案例 47. 最高人民法院（2013）民申字第 1553 号“中交第四航务工程局有限公司与龙湾港集团有限公司、琼海市人民政府、琼海市城市投资建设有限公司建设工程施工合同纠纷案”



再审申请人中交四航局申请再审称：一、涉案工程的建设方是琼海市政府，城投公司只是琼海市政府的替代工具或者执行建设活动的代表，建设合同法律关系的主体并没有改变，城投公司的责任应由琼海市政府承担。二、琼海市政府与龙湾港集团签订的《垫资代建合同》实质上是工程施工合同，并非委托建设合同。龙湾港集团作为受托人与申请人签订施工合同的法律后果应由琼海市政府承担，应当判决琼海市政府承担向申请人支付工程款的责任。三、《垫资代建合同》《补偿合同》以及龙湾港集团与城投公司签订的《施工合同书》因违反法律法规的规定，属于无效合同。基于琼海市政府的业主地位及琼海市政府、城投公司与龙湾港集团之间合同的无效，琼海市政府、龙湾港集团应对拖欠申请人的工程款承担连带清偿责任。

琼海市政府和城投公司提交书面意见：与龙湾港集团产生合同关系的主体是城投公司，并非琼海市政府。龙湾港集团与中交四航局产生建设施工合同关系，龙湾港集团是中交四航局主张工程款的给付主体。中交四航局并非琼海市政府与龙湾港集团之

间合同关系主体，无权主张合同效力。琼海市政府分别与龙湾港集团签订《垫资代建合同》及《补偿合同》后，工程项目招标主体已明确为龙湾港集团。《垫资代建合同》和《补充合同》合法有效。该合同效力如何，申请人对此无请求权。龙湾港集团与申请人已终止原合同，并对工程进行了结算，并已实际履行。申请人向琼海市政府主张权利无法律依据。

法院再审认为，本案争议焦点是琼海市政府与龙湾港集团之间签订的《垫资代建合同》的效力以及琼海市政府应否对龙湾港集团所欠工程款及利息承担连带责任问题。

关于琼海市政府与龙湾港集团之间签订的合同效力问题。琼海市政府与龙湾港集团签订了《垫资代建合同》，对双方权利义务进行了约定。但中交四航局并非该《垫资代建合同》的一方当事人，与中交四航局建立合同关系的是龙湾港集团，即双方建立了施工承包合同关系。无论琼海市政府与龙湾港集团之间法律关系的性质如何，该合同与中交四航局并不存在法律上的利害关系。根据合同相对性原理，合同之外的当事人只有在该合同侵害其合法权益时才有权对合同效力提出主张。而本案中交四航局与龙湾港集团已就双方建设施工合同的终止达成一致，并对中交四航局已完成的工程进行了结算，且已实际履行。因龙湾港集团拖欠中交四航局的工程欠款引发纠纷。因此，无论琼海市政府与龙湾港集团之间合同性质以及合同效力如何，与中交四航局并无法律上的利害关系，并不影响其向欠付工程款的龙湾港集团追索工程款。中交四航局无权就琼海市政府与龙湾港集团之间合同效力主张权利。其此项再审申请理由缺乏事实和法律依据，本院不予支持。

关于琼海市政府对涉案工程款是否负有连带责任问题。因琼海市政府与龙湾港集团之间签订的《垫资代建合同》与中交四航局无法律关系，合同效力如何与中交四航局无关。且经原审查明，琼海市政府与龙湾港集团之间的《垫资代建合同》已经终止，城投公司与龙湾港集团签订新的施工合同，该合同已实际履行，城投公司已支付龙湾港集团4988.9万元。另外，琼海市政府也已向龙湾港集团补偿了部分土地。琼海市政府无法定和约定义务承担本案工程欠款责任。中交四航局此项申请再审理由亦不能成立。

综上，驳回中交第四航务工程局有限公司的再审申请。

48. 委托代建合同与建设工程施工合同非同一法律关系，建设工程施工合同纠纷不应追加委托人参加诉讼。

案例 48. 最高人民法院（2016）最高法民终 675 号“重庆市圣奇建设（集团）有限公司与贵州山城生态移民发展有限公司建设工程施工合同纠纷案”



二审法院认为，案涉工程为市政工程，由黔西县人民政府委托山城公司进行投资代建，后山城公司将工程发包给圣奇公司，黔西县人民政府与山城公司委托代建法律关系与山城公司、圣奇公司建设工程施工合同法律关系，并非同一法律关系。一审法院未追加黔西县人民政府并无不当。

类型二、委托人承担付款责任的情形

49. 委托人与代建人签订代建性质的《总承包协议》之后，双方并未完全按照合同约定履行义务，委托人以发包人的身份参与了涉案工程的招标，履行了代建人作为项目法人应承担的部分责任，委托人应就涉案工程款承担连带责任。

案例 49. 广东省高级人民法院（2014）粤高法民终字第 18 号“深圳华昱投资开发（集团）有限公司与联建建设工程有限公司、深圳市交通运输委员会龙岗交通运输局建设工程施工合同纠纷案”



关于华昱公司在涉案建设工程施工合同关系中的地位及应承担的责任问题。一审法院认为，龙岗交通局与华昱公司于 2002 年 6 月 27 日签订的总承包协议显示，龙岗交通局代表龙岗区人民政府作为深圳市龙岗区第二通道连接段特区内市政道路项目的

建设单位，委托华昱公司实行工程总承包，即龙岗交通局为包含涉案主体工程及声屏障工程在内的深圳市龙岗区第二通道连接段特区内市政道路项目的建设单位，华昱公司为项目的总承包方。华昱公司与联建公司签订的施工合同及《补充协议（拆除重建工程）》《补充协议（高架段声屏障工程）》显示，华昱公司作为发包人将涉案主体工程、拆除重建工程及声屏障工程发包给联建公司施工，即华昱公司在涉案建设工程施工合同关系中处于发包人的地位。上述三份协议均明确约定由华昱公司向联建公司支付工程价款，只约定龙岗交通局对华昱公司的付款承担担保责任，并未约定付款义务由龙岗交通局直接承担。龙岗交通局、华昱公司及联建公司于2004年8月20日签订的《补充协议》亦已明确约定华昱公司代为管理工程建设工作并向联建公司支付工程款，由联建公司直接向龙岗交通局开具工程款发票是为了方便施工管理和工程结算，在该《补充协议》中并未免除华昱公司向联建公司支付工程款的合同义务。华昱公司提出其在涉案工程中为代建人，无需承担向联建公司支付工程款责任的抗辩理由，缺乏事实依据，亦与法律规定的发包人义务不符，原审法院不予采信。华昱公司负有向联建公司支付尚欠工程款的民事责任。

关于龙岗交通局在本案中的责任承担问题。一审法院认为，虽然施工合同约定龙岗交通局为华昱公司的付款承担担保责任，但龙岗交通局非施工合同的当事人，施工合同的约定对龙岗交通局不产生法律拘束力，且龙岗交通局未另行出具表示承担付款担保责任的相关文书，联建公司要求龙岗交通局就欠付工程款的给付承担连带责任的诉讼请求，缺乏合同和法律依据，一审法院不予支持。

华昱公司上诉认为，其与龙岗交通局于2002年6月签订的《总承包协议》根本没有得到履行，双方属于委托代理合同，华昱公司作为龙岗交通局的委托代理人与联建公司签订的合同，应直接约束联建公司与龙岗交通局，故龙岗交通局应承担支付工程款的义务。即使华昱公司要承担付款责任，龙岗交通局也应承担连带责任。

龙岗交通局认为，其与华昱公司之间签订的是总承包协议，华昱公司作为涉案工程的总承包人与联建公司签订的合同对其没有约束力，故华昱公司应承担支付工程款的义务。

二审法院认为，华昱公司还是龙岗交通局承担向联建公司支付工程款的义务，关键是正确界定华昱公司与龙岗交通局于2012年6月签订的《总承包协议》的性质。

涉案《总承包协议》虽然从名称来看是总承包协议，但从合同内容来看，合同明确约定龙岗交通局代表龙岗区人民政府作为项目的建设单位，委托华昱公司实行工程

总承包，按照工程费总包干、向政府“交钥匙”的模式，承担本项目的建设管理工作；华昱公司负责进行施工招标，选择施工单位、签订施工合同，负责项目全部工程质量，承担工期延误的责任等。按照建筑法的规定，施工总承包合同的重要特征之一是建筑工程主体结构的施工必须由总承包单位自行完成，但华昱公司仅对涉案项目进行管理，并不参与工程的施工，与典型的施工总承包合同明显不同。此类合同应如何定性，我国合同法和建筑法并无相关规定。2004年7月16日国务院出台《关于投资体制改革的决定》，对非经营性政府投资项目加快推行代建制，即通过招标等方式，选择专业化的项目管理单位负责建设实施，严格控制项目投资、质量和工期，竣工验收后移交使用单位。此后，各地在建设工程项目中逐步推行委托代建制。深圳市于2005年10月1日施行的《深圳市政府投资公路建设项目代建管理办法（试行）》规定，该市由政府投资的公路建设项目应当实行代建制。涉案工程由深圳市龙岗区政府投资建设，属于上述办法规定的必须实行委托代建的范围，且《总承包协议书》的目的是龙岗交通局委托华昱公司对涉案工程项目进行管理，亦与上述法律规定的代建制吻合。因此，应将《总承包协议》的性质界定为委托代建合同。

龙岗交通局和华昱公司签订的《总承包协议》虽为委托代建合同，但与合同法律规定的委托合同有重大区别。首先，国家在非经营性政府投资项目中推行代建制，目的是使代建单位作为项目建设期法人，全权负责项目建设全过程的组织管理，通过专业化项目管理形式达到有效规范政府和部门的行为，控制项目投资规模、风险。其次，涉案工程属于行政强制规定必须进行委托代建的工程，龙岗交通局作为委托人不能决定是否进行委托施工，也不能依据合同法委托合同的规定随时解除合同，此类合同带有明显的行政管理色彩。再次，根据《总承包协议》的约定，代建单位华昱公司的职责包括进行施工招标，选择施工单位、签订施工合同，负责项目全部工程质量，承担工期延误的责任等，表明其实际成为该建设项目的法人，应独立对外承担法律责任。因此，华昱公司依据合同法关于委托合同的规定，认为其作为代建单位与联建公司签订的施工合同，应直接约束龙岗交通局与联建公司，华昱公司无需承担支付工程款的义务，不仅与《总承包协议》约定的华昱公司作为建设项目法人的义务不符，亦有违国家出台非经营性政府投资项目中推行代建制的目的，故本院不予采纳。至于华昱公司上诉称其未怠于履行合同附随义务，付款义务尚未成就，鉴于原审法院对此已进行充分论述，本院不再赘述。华昱公司的此项上诉理由不能成立，本院不予采纳。

龙岗交通局和华昱公司签订《总承包协议》之后，双方并未完全按照合同约定履

行义务。按照合同约定，华昱公司应作为发包人负责施工单位的招标工作，但在实际招标过程中，龙岗交通局作为招标人确定施工单位联建公司，然后授权华昱公司与中标单位联建公司签订施工合同。2004年8月20日，联建公司、华昱公司和龙岗交通局签订《补充协议》，明确华昱公司代龙岗交通局向联建公司支付工程款的行为视为龙岗交通局直接付款，联建公司直接向龙岗交通局开具工程款发票，其余事项继续按华昱公司与联建公司签订的合同执行。上述事实表明龙岗交通局以发包人的身份参与了涉案工程的招标，履行了华昱公司作为项目法人应承担的部分责任。因此，华昱公司上诉主张龙岗交通局应就涉案工程款承担连带责任有理，本院予以支持。

裁判依据或参考

司法解释及其他

冯小光《回顾与展望——写在〈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〉颁布实施三周年之际》[《民事审判指导与参与》2008年第1集（总第33集）P80]

委托代建合同。什么是委托代建合同呢？《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》第二十七条第二款规定：保修人与建筑物所有人或者发包人对建筑物毁损均有过错的，各自承担相应的责任。此条为规定因保修人与建筑物所有人或者发包人未及时履行保修义务造成建筑物毁损的共同侵权责任。其中，“建筑物所有人”或者“发包人”的提法表明施工合同的发包人有可能不是建筑物所有人，那么，他们之间是以什么做纽带联系到一起的呢？是委托代建的法律关系，建筑物的所有权人为委托人，发包人为代建人，他们之间的法律关系为委托代建关系。建筑物权利人将拟承建的建筑物通过委托代建合同约定，委托代建人按照建筑物所有人的要求代为建设建筑物。交房期限、户型、建房费用、违约责任、代建费用等是依靠委托人和代建人依靠委托代建合同约定双方的权利义务。这种委托代建法律关系性质为房地产开发经营合同，不属于建设工程合同范畴。像银行委托房地产公司为其建设营业楼，房地产公司为发包人，施工企业为承包人；银行与房地产公司成立委托代建合同关系。

北京市政府颁布实施了《北京市政府投资建设项目代建制管理办法（试行）》，还有许多城市也颁布了类似规定，这些规范性文件对政府工程的进一步规范化起到了推

动作用。此类合同的主要内容包括：委托人（市政府主管部门）、项目代建人（施工单位）、项目使用人（实际使用项目的单位）、项目概况、项目管理范围和内容、管理目标和投资控制、代建管理费等。对此类合同的性质值得研究和探讨，本人倾向以认定为施工合同性质为宜。

部门规范性文件

《国务院关于投资体制改革的决定》（2004年7月16日 国发〔2004〕20号）

（五）加强政府投资项目管理，改进建设实施方式。规范政府投资项目的建设标准，并根据情况变化及时修订完善。按项目建设进度下达投资资金计划。加强政府投资项目的中介服务管理，对咨询评估、招标代理等中介机构实行资质管理，提高中介服务质量。对非经营性政府投资项目加快推行“代建制”，即通过招标等方式，选择专业化的项目管理单位负责建设实施，严格控制项目投资、质量和工期，竣工验收后移交给使用单位。增强投资风险意识，建立和完善政府投资项目的风险管理机制。

建设部《建设工程项目管理试行办法》（2004年12月1日 建市〔2004〕200号）

第二条 凡在中华人民共和国境内从事工程项目管理活动，应当遵守本办法。

本办法所称建设工程项目管理，是指从事工程项目管理的企业（以下简称项目管理企业），受工程项目业主方委托，对工程建设全过程或分阶段进行专业化管理和服务活动。

财政部《关于切实加强政府投资项目代建制财政财务管理有关问题的指导意见》（2004年9月16日 财建〔2004〕300号）

为指导各部门、各地区做好政府投资项目代建制试点工作，规范财务管理，提高项目投资效益，结合落实《国务院关于投资体制改革的决定》精神，根据《预算法》和基本建设财务制度有关规定，现就政府投资项目代建制财政财务管理有关问题，提出如下意见：

一、认真做好政府投资项目代建制投资计划，基建支出预算申报、编制和下达等衔接工作

1. 建设单位自行确定项目代建单位的，项目投资计划，基建支出预算申报、编制和下达仍按现行规定和渠道办理。

2. 政府设立（或授权）、政府招标产生项目代建单位的，其使用单位发生的项目前期费用由计划、财政部门按原渠道下达给项目使用单位。如前期工作委托代建单位完成，前期费可直接安排给代建单位，并按基建财务制度规定计入建设成本。

3. 政府设立（或授权）、政府招标产生的代建单位，可根据代建协议，负责代为编制年度投资计划和年度基建支出预算，并交由项目使用单位按规定程序上报投资计划主管部门、财政部门。投资计划主管部门将年度投资计划下达给使用单位，并抄送代建单位；财政部门审核后，将项目年度基建支出预算编入使用单位部门预算中项目支出预算，注明项目实行代建制，同时，将项目年度基建支出预算函告项目代建单位。对年度追加安排的基建支出，由财政部门将基建支出预算下达给项目使用单位，同时抄送给项目代建单位。

其中政府设立（或授权）产生的代建单位，可视同政府一个部门，直接编制年度投资计划和年度基建支出预算，并上报投资计划主管部门、财政部门。投资计划主管部门和财政部门审核后，将项目投资计划和项目年度基建支出预算直接下达给该代建单位。

4. 实行政府采购的工程，政府采购预算由项目代建单位代为编制，交由使用单位按规定程序上报财政部门，财政部门审核后编入项目使用单位部门预算，同时函告项目代建单位。

二、切实做好建设资金拨付和监督检查

实行政府采购和财政直接支付试点的，建设资金按相关规定支付。

建设单位自行确定项目代建单位的，资金由建设单位负责向代建单位拨付，并按规定监督使用。

政府设立（或授权）、政府招标产生的代建单位，代建项目财政资金的拨付、管理与现行办法有不一致的，可暂按以下规定处理：

1. 财政部门根据项目代建单位的资金申请，向代建单位拨付资金。

2. 代建单位应严格按国家规定的基建支出预算、基建财务会计制度、建设资金账户管理制度等进行管理和单独建账核算，定期向财政部门报送相关材料，并按工程进度、年度计划、年度基建支出预算、施工合同、代建单位负责人签署的拨款申请，请领资金。

3. 续建项目年末资金结余可结转下年度使用，竣工项目除预留工程款外，结余资金按基建财务制度规定处理。

4. 财政部门要加强对代建单位资金管理使用的检查监督，通过对资金申请、账户管理、资金使用、财务报表等审查，加强对代建单位资金管理使用的监督。

三、加强项目会计核算，做好项目竣工财务决算和资产交付管理工作

1. 项目工程管理实行代建制，项目使用单位发生的前期费用会计核算账目，项目使用单位应认真整理形成书面报告材料，经财政部门审核后，移交项目代建单位统一核算管理。

2. 项目竣工财务决算编报和批复。项目竣工后，由项目代建单位按基建财务制度编报项目竣工财务决算，内容包括项目使用单位发生的项目前期费用。财政部门委托投资评审机构对项目竣工财务决算审核后，向项目代建单位批复项目竣工财务决算，同时抄送项目使用单位。

3. 资产交付。财政部门批复项目竣工财务决算后，项目代建单位将项目所有工程、财务资料按规定归档并移交项目使用单位，并按财政部门批复意见，协助使用单位和产权管理部门办理资产交付和产权登记工作。

建设单位自行确定项目代建单位的，项目竣工财务决算由建设单位按现行规定编报。

四、项目代建单位的代建管理费开支标准和核算办法

项目代建单位的代建管理费用由项目主管部门报同级财政部门审核，财政部门根据代建项目实际情况商有关部门核定。

1. 建设单位自行确定项目代建单位和政府设立（或授权）产生的代建单位，其代建管理费由同级财政部门根据代建内容和要求，按不高于基建财务制度规定的项目建设单位管理费标准严格核定，并计入项目建设成本。

2. 政府招标产生的项目代建单位，其代建管理费标底由同级财政部门比照基建财务制度规定的建设单位管理费标准编制，实际发生的代建管理费计入项目建设成本。

3. 代建管理费要与代建单位的代建内容、代建绩效挂钩。财政部门要制定专门的办法加强对项目代建单位建设管理工作的考核，实行奖优罚劣，奖励资金可从项目结余资金中开支。代建管理费的拨付要与工程进度、建设质量等结合起来，原则上可预留 20% 的代建管理费，待项目竣工一年后再支付。

4. 建设项目实行代建制，除使用单位前期工作发生必要的费用经批准可列支外，任何单位不得再列支建设单位管理费。

本意见未尽事项，仍按现行基本建设财务管理规定执行。

中央各部门（单位）财务主管部门、地方各级财政部门要会同有关部门，积极推进政府工程管理模式改革，积极参与政府投资项目代建制的各项工作，结合预算管理制度改革，推行财政直接支付、政府采购等工作。对试点中出现的新情况、新问题及时进行研究，切实做好财政财务有关问题的衔接和对代建项目财政财务管理全过程监督检查工作。同时，将有关情况及时反馈我部。

交通运输部《公路建设项目代建管理办法》(2015年7月1日 交通运输部令2015年第3号)

第二条 公路建设项目的代建活动，适用本办法。

本办法所称代建，是指受公路建设项目的项目法人（以下简称“项目法人”）委托，由专业化的项目管理单位（以下简称“代建单位”）承担项目建设管理及相关工作的建设管理模式。

第三条 交通运输部负责指导全国公路代建工作并对公路代建市场进行监督管理。

省级交通运输主管部门负责本行政区域内公路代建工作和代建市场的监督管理。

第四条 项目法人具备交通运输主管部门规定的能力要求的，可以自行进行项目建设管理。项目法人不具备规定的相应项目建设管理能力的，应当按照本办法规定，委托符合要求的代建单位进行项目建设管理。

代建单位依合同承担项目质量、安全、投资及工期等管理责任。

第五条 公路建设项目代建可以从施工阶段开始，也可以从初步设计或者施工图设计阶段开始。

第十六条 项目法人依据代建合同对项目实施过程进行监督。

项目法人的主要职责包括：

- (一) 依法承担公路建设项目的工程质量和安全等管理责任；
- (二) 严格执行国家基本建设程序和有关规定，依法组织办理相关审批手续，督促相关参建单位落实相关要求；
- (三) 审定代建单位工作方案、项目管理目标和主要工作计划，定期组织检查与考核；
- (四) 可以授权代建单位依法选定勘察设计、施工、材料设备供应等单位，代表项目法人与上述单位签订合同，明确项目法人、代建单位与上述单位的权利义务。项目法人直接与勘察设计、施工、材料设备供应等单位签订合同的，应当在合同中明确代

建单位对上述单位的管理职责；

(五) 配合地方人民政府和有关部门完成征地拆迁工作；

(六) 筹措建设资金，及时支付工程建设各项费用；

(七) 检查项目质量、安全管理及强制性标准执行等情况，审核代建单位报送的一般、较大及重大设计变更方案，依法办理相关变更手续，督促代建单位依据概算严格控制工程投资；

(八) 组织项目交工验收、竣工决算并做好竣工验收准备工作；

(九) 其他法定职责。

第十七条 订立、变更、终止代建合同，项目法人应当向省级交通运输主管部门备案。

项目法人发现代建单位在建设管理中存在过失或者偏差行为，可能造成重大损失或者严重影响代建管理目标实现的，应当对代建单位法人代表进行约谈，必要时可以依据代建合同的约定终止代建合同。

第十八条 项目法人不得有以下行为：

(一) 干预代建单位正常的建设管理行为；

(二) 无故拖欠工程款和代建服务费；

(三) 违反合同约定要求代建单位和施工单位指定分包或者指定材料、设备供应商；

(四) 擅自调整工期、质量、投资等代建管理目标；

(五) 国家规定和合同约定的其他禁止性行为。

第十九条 代建单位依据合同开展代建工作。主要职责包括：

(一) 严格执行国家基本建设程序和有关规定，协助项目法人办理相关审批手续并落实相关要求，配合国家有关部门依法组织检查、考核等，负责落实整改；

(二) 协助项目法人或者受项目法人委托，组织编制招标文件，完成勘察设计、施工、监理、材料设备供应等招标工作；

(三) 对勘察设计、施工、监理、材料设备供应、技术咨询等单位进行合同管理，根据合同约定，细化、分解项目管理目标，落实目标责任；

(四) 依据相关法规和合同，履行工程质量、安全、进度、计量、资金支付、环境保护等相关责任，审核、签发项目建设管理有关文件；

(五) 依据合同协助完成征地拆迁工作；

(六) 拟定项目进度计划、资金使用计划、工程质量和安全保障措施等,并报经项目法人同意;

(七) 审定一般设计变更并报送项目法人,协助项目法人办理较大及重大设计变更报批手续;

(八) 组织中间验收,协助项目法人组织交工验收;

(九) 承担项目档案及有关技术资料的收集、整理、归档等工作,组织有关单位编制竣工文件;

(十) 负责质量缺陷责任期内的缺陷维修工作管理,配合项目法人准备竣工验收相关工作;

(十一) 代建合同约定的其他职责。

水利部《水利工程项目代建制管理指导意见》(2015年2月16日 水建管〔2015〕91号)

(一) 水利工程项目代建制,是指政府投资的水利工程项目通过招标等方式,选择具有水利工程建设管理经验、技术和能力的专业化项目建设管理单位(以下简称代建单位),负责项目的建设实施,竣工验收后移交运行管理单位的制度。

(二) 水利工程项目代建制为建设实施代建,代建单位对水利工程项目施工准备至竣工验收的建设实施过程进行管理。

(三) 实行代建制的项目(以下简称代建项目),代建单位按照合同约定,履行工程代建相关职责,对代建项目的工程质量、安全、进度和资金管理负责。地方政府负责协调落实地方配套资金和征地移民等工作,为工程建设创造良好的外部环境。

(十三) 代建单位的主要职责包括:

1. 根据代建合同约定,组织项目招投标,择优选择勘察、设计、监理、施工和设备、材料供应商;负责项目实施过程中各项合同的洽谈与签订工作,对所签订的合同实行全过程管理。

2. 组织项目实施,抓好项目建设管理,对建设工期、施工质量、安全生产和资金管理负责,依法承担项目建设单位的质量责任和安全生产责任。

地方司法性文件及其他

广东省高级人民法院《关于审理建设工程合同纠纷案件疑难问题的解答》(2017年8月1日 粤高法〔2017〕151号)

12. 建设工程委托代建合同能否依据委托合同的规定处理

对于非经营性政府投资项目根据法律强制实行委托代建,代建单位作为项目建设法人,全权负责项目建设的组织管理、招投标和工程款支付义务的,其属于发包人。承包人依据《合同法》有关委托合同的规定主张委托人承担责任的,不予支持。对于其他委托代建工程建设项目,依据《合同法》有关委托合同的规定处理。

第7节 工程项目部法律地位

——项目部签约,责任如何担?(内设机构)

类型一、承包人设立的项目部签约的民事责任由承包人单独承担

50. 项目部是承包人在承建工程项目时设立的非常设机构,不能独立承担民事责任,其相应的民事责任,应由承包人单独承担。

案例 50. 河南省南阳市中级人民法院(2009)南民商终字第286号“上诉人邓州市公路工程有限责任公司(简称邓州公路工程公司)与被上诉人屈群岭建设工程合同纠纷案”



2003年11月16日,屈群岭以邓陶改建公路三标施工队之名与邓州市公路工程有限责任公司下属的邓州市公路工程有限责任公司邓陶公路改建三标项目部签订施工协议。2008年5月28日,屈群岭以邓州市公路工程有限责任公司拖欠工程款为由起诉至法院。

关于邓州市公路工程公司主体资格是否适格的问题。二审法院认为，2003年11月16日签订的“施工协议”明确约定，甲方为邓州市公路工程有限责任公司邓陶公路改建工程三标项目部，乙方为邓陶改建公路三标一施工队（屈群岭）。甲方邓陶公路改建工程三标项目部是邓州市公路工程有限责任公司在承建邓陶改建公路工程项目时设立的非常设机构，不能独立承担民事责任，其相应的民事责任，应当由它的主管单位邓州市公路工程有限责任公司承担，邓州市公路工程有限责任公司称其不是适格被告，缺少事实根据和法律依据，不予支持。判决结果：一、本判决生效后十日内由邓州市公路工程有限责任公司付给屈群岭工程款及劳务费726035.25元，工程追加费用423810元，以上两项共计1149845.25元。二、驳回屈群岭的其他诉讼请求。

51. 项目部系承包人的内设组织机构，项目部所签订的协议书承包人认可，承包人作为诉讼主体适格。

案例 51. 辽宁省沈阳市中级人民法院（2013）沈中审民终再字第110号“申请再审人本溪华夏第二建筑工程有限责任公司（简称华夏二建）与被申请人付志刚建设工程施工合同纠纷案”



法院认为，根据华夏二建所提供的证据，百益龙·太湖国际第一项目部系华夏二建内设的组织机构，百益龙·太湖国际第一项目部与付志刚所签订的协议书华夏二建认可，故太湖国际第一项目部系代表华夏二建与付志刚所签协议，也即华夏二建作为本案的诉讼主体适格，为此对付志刚主张华夏二建主体不适格的请求不予支持。

判决结果：付志刚给付本溪华夏第二建筑工程有限责任公司违约金35000元。

52. 根据国家强制性规范，工程总承包企业在承包合同生效后，应立即任命项目经理，组建项目部。项目部是临时性机构，不具有诉讼主体资格，应以设立项目部的企业法人为被告，项目部在建设工程中形成的债务，应由企业法人承担民事责任。

案例 52. 安徽省合肥市中级人民法院（2014）合民一终字第 00050 号“上诉人合肥市华星建筑安装工程有限公司（简称华星公司）、荣盛（蚌埠）置业有限公司（简称荣盛公司）、潍坊市正泰防水材料有限公司（简称正泰公司）建设工程施工合同纠纷案”



2011 年 1 月 22 日，潍坊市正泰防水材料有限公司（以下简称正泰公司）与华星公司南山俪都项目部签订防水施工合同一份，正泰公司在合同上加盖公司公章，合同甲方负责人处加盖华星公司南山郦都项目部印章。工程结算后，华星公司支付现金 5 万元，尚欠工程款 142152.6 元至今未付。正泰公司遂诉至法院，请求判令华星公司立即给付拖欠工程款 142152.6 元。法院认为，根据国家强制性规范，工程总承包企业在承包合同生效后，应立即任命项目经理，组建项目部。正泰公司与华星公司设立的南山郦都项目部签订了分包合同，而项目部是临时性机构，不具有诉讼主体资格，应以设立项目部的企业法人华星公司为被告，项目部在建设工程中形成的债务，应由法人承担民事责任。

判决结果：合肥市华星建筑安装工程有限公司于判决生效之日起十日内向潍坊市正泰防水材料有限公司支付工程款 142152.6 元。

53. 项目部是在建筑施工企业法定代表人或者负责人授权支持下，由项目经理组建并领导的项目管理组织，以项目部名义所从事的行为均应认定为项目经理的行为，而项目经理作为建筑施工企业法定代表人或负责人的委托代理人，其签订的合同对该企业具有约束力。

案例 53. 重庆市高级人民法院（2014）渝高法民终字第 00288 号“大庆建筑安装集团有限责任公司、大庆建筑安装集团有限责任公司重庆分公司与粟某建设工程合同纠纷案”



关于《内部承包协议》当事人如何确定的问题。本案所涉《内部承包协议》的合同当事人应为 A 建筑公司重庆分公司与粟某。主要事实和理由：1. 根据本案查明的事实，2012 年 11 月 16 日《内部承包协议》所载明的双方当事人为 A 建筑公司重庆分公司直属项目部和粟某，故本案实质为 A 建筑公司重庆分公司直属项目部对外签订合同行为的责任归属应由谁承担的问题。现有证据表明该直属项目部未经工商登记，以其名义签订的合同应当视为项目经理签订的合同，依照中华人民共和国建设部《建设施工企业项目经理资质管理办法》《建设项目工程总承包管理规范》和《建设工程施工项目管理规范》的相关规定，项目部是在建筑施工企业法定代表人或者负责人授权支持下，由项目经理组建并领导的项目管理组织，以项目部名义所从事的行为均应认定为项目经理的行为，而项目经理作为建筑施工企业法定代表人或负责人的委托代理人，其签订的合同对该企业具有约束力。本案中刘某作为直属项目部项目经理对外签订合同的民事行为应当视为 A 建筑公司重庆分公司授权的行为。2. 根据 A 建筑公司重庆分公司与刘某、谢某于 2012 年 7 月 26 日签订的《企业内部承包经营合同》第 1 条载明“由谢某、刘某承包经营公司下属直属项目部”的内容可知，该直属项目部系 A 建筑公司重庆分公司设立，并依其意思表示以承包经营的方式交由谢某、刘某管理，虽然该合同约定由谢某、刘某自主经营、独立核算、自负盈亏，但该约定不能发生对抗第三人的效力，故该直属项目部所从事的民事行为的法律后果应当归责于 A 建筑公司重庆分公司。

判决结果：一、粟长富与大庆建筑安装集团有限责任公司重庆分公司于 2012 年 11

月 16 日签订的《内部承包协议》无效；二、大庆建筑安装集团有限责任公司重庆分公司向粟长富返还保证金 260 万元，并以 260 万元为本金，按照中国人民银行发布的同期同类贷款利率计算；三、大庆建筑安装集团有限责任公司对大庆建筑安装集团有限责任公司重庆分公司不能清偿的债务，承担补充责任；四、驳回原告粟长富的其他诉讼请求。

54. 公司内部承包人以项目部的名义对外签订合同并收取保证金的行为应当认定为职务行为，公司以其不知情为由主张不承担责任不予支持。

案例 54. 浙江省衢州市中级人民法院（2013）浙衢民终字第 693 号“陈宏建、柴志平等与浙江衢州建工集团有限公司建设工程施工合同纠纷案”



二审法院认为，上诉人衢州建工公司与被上诉人廖松林签订项目施工管理经济责任内部承包协议，将本案所涉建设工程交由被上诉人廖松林施工。被上诉人廖松林以该工程项目部的名义与被上诉人陈宏建、柴志平、曾志林签订水电安装项目承包协议，并收取保证金 800000 元。被上诉人廖松林的上述行为应当认定为代表上诉人衢州建工公司的职务行为。上诉人衢州建工公司以其不知情及被上诉人陈宏建等人并未告知其为由认为其不承担任何过错责任，于法无据，本院不予支持。当事人对自己提出的诉讼请求所依据的事实或者反驳对方诉讼请求所依据的事实有责任提供证据加以证明。没有证据或者证据不足以证明当事人的事实主张的，由负有举证责任的当事人承担不利后果。上诉人衢州建工公司认为被上诉人廖松林私刻项目部章已涉嫌犯罪，但并无依据证明，本院不予支持。被上诉人陈宏建、柴志平、曾志林出具的汇款凭证原件结合被上诉人廖松林书写的收条，可以证明被上诉人廖松林收取被上诉人陈宏建、柴志平、曾志林保证金的事实，上诉人衢州建工公司认为四被上诉人串通通过虚假诉讼套取其资金，但并未提供证据加以证明，本院不予支持。综上，上诉人衢州建工公司的上诉理由均不能成立，本院不予支持。

判决结果：一、浙江衢州建工集团有限公司返还陈宏建、柴志平、曾志林保证金 800000 元，并支付自 2012 年 7 月 7 日起至判决确定的履行之日止，按银行同期贷款利

率计算的利息。二、驳回陈宏建、柴志平、曾志林的其他诉讼请求。

类型二、承包人设立的项目部签约的民事责任由承包人与项目经理或项目部共同承担

55. 项目部属于承包人的分支机构，其行为仅代表承包人，不具备诉讼主体资格，实际施工人要求项目部承担还款责任的主张，理由不能成立，应由承包人承担清偿责任，但项目部经理也系实际承包人，应承担连带清偿责任。

案例 55. 河南省平顶山市中级人民法院（2010）平民二终字第99号“上诉人（原审被告）平顶山东良建筑安装有限责任公司（简称东良公司）与被上诉人（原审原告）李鹏飞、原审被告张林照建设工程施工合同纠纷案”



关于项目部能否独立承担还款责任，是否具备诉讼主体资格的问题，法院认为，东良公司工地项目部属于东良公司的分支机构，其行为仅代表东良公司，在本案中不具备诉讼主体资格，李某要求东良公司翠竹轩项目部承担还款责任的主张，理由不能成立。经东良公司的代理人张某与李某进行结算并认可工程款133362.20元，应由东良公司承担清偿责任，但作为该公司翠竹轩项目部经理的张某也系该项目实际承包人，对该笔债务应承担连带清偿责任。

56. 根据建设部颁布的建设项目管理规范，项目经理部是由项目经理在企业的支持下组建并领导进行项目管理的组织机构，在项目竣工验收、审计完成后解体。案涉项目经理部是根据有关行政管理部门规定成立的，属合法成立的组织，而且有一定的组织机构，在银行开设有账户，负责工程款的结算和支付，具有一定的财产，符合《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》中的“合法成立，有一定的组织机构和财产”这一其他组织的条件，具备民事诉讼主体资格，项目部应与其公司共同承担民事责任。

案例 56. 河南省周口市中级人民法院（2009）周民终字第 250 号“河南省路桥工程集团有限公司扶项高速公路土建 N0.10 合同段项目经理部与郑州市晖腾建筑材料销售有限公司、河南省路桥工程集团有限公司建设工程施工合同纠纷案”



2004 年 4 月 8 日，工程公司高速项目部与 B 建材公司签订 1 份建设工程施工合同。合同约定，高速项目部为甲方，B 建材公司为乙方，乙方以大包干方式承包。后因工程款纠纷，B 建材公司将工程公司及其高速项目部诉至法院。

争议焦点：1. 高速项目部是否具备诉讼主体资格；2. 工程公司是否应与其高速项目部共同承担责任。

裁判要点：1. 关于高速项目部是否具备诉讼主体资格的问题。根据建设部颁布的建设项目管理规范，项目经理部是由项目经理在企业的支持下组建并领导进行项目管理的组织机构，在项目竣工验收、审计完成后解体。本案中，高速项目部是根据有关行政管理部门规定成立的，属合法成立的组织，而且有一定的组织机构，在银行开设有账户，负责工程款的结算和支付，具有一定的财产，符合《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》中的“合法成立，有一定的组织机构和财产”这一其他组织的条件，具备民事诉讼主体资格。

2. 关于工程公司是否应与其高速项目部共同承担责任问题。由于高速项目部不是独立的法人组织，不能独立承担民事责任，在工程项目建设中，它是代表工程公司进

行工程项目建设，因此其所从事的民事行为应由工程公司承担。因此扶项高速项目部关于其不具备诉讼主体资格的上诉理由不能成立，不予支持。判决扶项高速项目部与工程公司共同承担民事责任。

类型三、以承包人项目部名义签约，承包人不承担责任的情形

57. 未经当事人同意以其名义刊刻、使用项目部印章签订合同，该合同对其不具有约束力。

转承包人不能提交证据证明经转包人同意以转包人名义刊刻项目部印章，转包人也否认同意其刊刻、使用该印章，第三人也未提交证据证明转包人曾在其他场合使用过该项目部印章，不足以认定第三人有理由相信该项目部印章代表转包人，转承包人以该项目部印章与第三人签订的合同对转包人不具有约束力。

案例 57. 四川省高级人民法院（2014）川民终字第 27 号“吕鸿鹄、李成伟与成都市第六建筑工程公司、西华大学、四川鑫楠建筑工程有限公司、熊素兰建设工程施工合同纠纷案”



法院认为，关于六建公司应否承担案涉款项的给付责任问题。根据六建公司与鑫楠公司签订的《联营工程项目管理经济责任书》约定，六建公司将其承包的案涉工程发包给鑫楠公司承建，实行全额费用承包，按承包工程竣工结算总价的 3% 计算承包费，约定鑫楠公司在确保费用上缴、保证施工质量、进度、安全等情况下，项目经理熊素兰对项目劳务、设备、材料、财务、分包等进行管理，六建公司无权干预，鑫楠公司承担与工程相关的税费及债权债务。该协议内容并不涉及联营的出资比例、收益分配、联营责任分担的约定。鑫楠公司及熊素兰在原审庭审中认可六建公司将案涉工程转包给鑫楠公司，故从该协议的内容以及双方签订合同的意思表示看，该协议是工程转包合同而非联营合同。六建公司与鑫楠公司之间形成了工程转包关系。

吕鸿鹄、李成伟以该合同加盖的是印章不是鑫楠公司而是“成都市第六建筑工程

公司西华大学图书馆工程项目部”，主张该合同的相对方是六建公司。二审法院认为，因鑫楠公司及熊素兰在原审庭审中陈述，因案涉工程量大，故将部分工程分包给吕鸿鹄、李成伟，并与吕鸿鹄、李成伟二人签订了《西华大学新校区图书馆装饰工程施工合同》，认可与吕鸿鹄、李成伟二人形成了合同关系。对于在《西华大学新校区图书馆装饰工程施工合同》上加盖的“成都市第六建筑工程公司西华大学图书馆工程项目部”印章，鑫楠公司辩称先后刊刻了两枚该项目部印章，其中第二枚印章没有经六建公司同意刊刻，第一枚印章是经六建公司相关领导同意后刊刻，对此，六建公司否认同意鑫楠公司刊刻该项目部印章。而鑫楠公司除了口头陈述外，未能提交其他证据证明经六建公司同意刊刻该项目部印章。故对鑫楠公司关于项目部印章是经六建公司同意后刊刻的主张，本院不予支持。如前所述，六建公司与鑫楠公司之间形成了工程转包关系，在双方签订的工程转包合同中明确约定了鑫楠公司及熊素兰的行使职权的范围，六建公司没有授权鑫楠公司或熊素兰可以对外以六建公司名义签订工程转包合同，并且六建公司与鑫楠公司签订的合同的施工范围也不包含二装工程，鑫楠公司与吕鸿鹄、李成伟签订的《西华大学新校区图书馆装饰施工合同》超越了一装工程项目经理的职权范围，也超越了六建公司当时的承包工程范围，鑫楠公司并未提交相应的证据证明六建公司授权其与吕鸿鹄、李成伟签订案涉图书馆二装工程承包合同。此外，吕鸿鹄、李成伟二人也未提交证据证明六建公司曾在其他场合使用过该项目部的印章，故根据本案现有证据不足以认定吕鸿鹄、李成伟有理由相信该项目部印章即代表六建公司，不能认定吕鸿鹄、李成伟是与六建公司签订案涉图书馆二装工程承包合同。综上，《西华大学新校区图书馆装饰施工合同》系鑫楠公司与吕鸿鹄、李成伟签订，该合同对六建公司不具有约束力，《西华大学新校区图书馆装饰工程施工合同》的合同相对方为鑫楠公司。

裁判依据或参考

法律法规

《中华人民共和国民事诉讼法》(2017年修正)

第四十八条 公民、法人和其他组织可以作为民事诉讼的当事人。
法人由其法定代表人进行诉讼。其他组织由其主要负责人进行诉讼。

司法解释及其他

《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》（法释〔2015〕5号）

第五十二条 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：

- （一）依法登记领取营业执照的个人独资企业；
- （二）依法登记领取营业执照的合伙企业；
- （三）依法登记领取我国营业执照的中外合作经营企业、外资企业；
- （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；
- （七）经依法登记领取营业执照的乡镇企业、街道企业；
- （八）其他符合本条规定条件的组织。

第五十三条 法人非依法设立的分支机构，或者虽依法设立，但没有领取营业执照的分支机构，以设立该分支机构的法人为当事人。

第五十四条 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。

部门规范性文件

建设部《建筑施工企业项目经理资质管理办法》（1995年1月7日）

第二条 本办法所称建筑施工企业项目经理（以下简称项目经理），是指受企业法定代表人委托对工程项目施工过程全面负责的项目管理者，是建筑施工企业法定代表人在工程项目上的代表人。

第八条 项目经理在承担工程项目施工的管理过程中，应当按照建筑施工企业与建设单位签订的工程承包合同，与本企业法定代表人签订项目承包合同，并在企业法定代表人授权范围内，行使以下管理权力：

- （一）组织项目管理班子；
- （二）以企业法定代表人的代表身份处理与所承担的工程项目有关的外部关系，受

委托签署有关合同；

(三) 指挥工程项目建设的生产经营活动，调配并管理进入工程项目的人力、资金、物资、机械设备等生产要素；

(四) 选择施工作业队伍；

(五) 进行合理的经济分配；

(六) 企业法定代表人授予的其他管理权力。

地方规范性文件

《上海市工程总承包试点项目管理办法》(2017年1月1日起施行 沪建建管〔2016〕1151号)

第二十三条 (工程总承包企业项目组织) 工程总承包企业应当具备与工程总承包项目相适应的管理能力，建立与工程总承包项目相适应的项目团队，实施工程总承包合同范围内的勘察、设计、采购、施工、性能检测、试运行、验收配合和交付等工程内容的总协调、总集成，督促再发包承包单位和分包单位加强现场管理，全面履行工程总承包项目管理职责。

第二十四条 (工程总承包企业、再发包承包单位责任) 工程总承包企业应当按照工程总承包合同的约定，对总承包工程范围内的工程设计、施工质量、施工现场安全生产和工程进度等负总责；再发包承包单位应当按照再发包承包合同的约定对工程总承包企业负责；工程总承包企业和再发包承包单位对再发包承包工程承担连带责任。

第二十五条 (合同信息报送) 参建单位应当按照本市有关规定向本市建设行政主管部门报送工程总承包合同、再发包承包合同和分包合同。

第二十六条 (总承包项目人员配备) 工程总承包企业应当配备项目负责人、项目设计负责人、项目勘察负责人、项目技术负责人、工程质量负责人、施工安全负责人、项目造价负责人等主要项目管理人员；再发包承包单位及分包单位应当按照国家及本市有关规定配备项目管理人员。

第二十七条 (项目负责人责任) 工程总承包企业项目负责人负责工程总承包项目的勘察、设计、施工等工程内容的总体组织、协调和实施，对工程总承包项目的工程质量、施工安全、工程工期和工程造价等负全面管理责任；再发包承包单位和分包单位的项目负责人，对合同责任范围内的工程质量和施工安全承担连带管理责任；工程总承包企业和再发包承包单位项目负责人不得同时在两个或两个以上的工程项目上担

任项目负责人。

地方司法性文件及其他

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》(安徽省高级人民法院审判委员会2009年5月4日第16次会议通过)

一、建设工程施工合同纠纷诉讼主体的确定

3. 未经登记成立的工程项目部不是适格的诉讼主体,应以设立该项目部的法人或法人的分支机构为当事人。

二、建设工程施工合同效力的认定

4. 同时符合下列情形的,应认定为挂靠经营,所签订的建设工程施工合同无效:

- (1) 实际施工人未取得建筑施工企业资质或者超越资质等级;
- (2) 实际施工人以建筑施工企业的分支机构、施工队或者项目部等形式对外开展经营活动,但与建筑施工企业之间没有产权联系,没有统一的财务管理,没有规范的人事任免、调动或聘用手续;
- (3) 实际施工人自筹资金,自行组织施工,建筑施工企业只收取管理费,不参与工程施工、管理,不承担技术、质量和经济责任。

浙江省高级人民法院《出台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新闻发布会发言稿》(2012年4月5日 浙江省高级人民法院民事审判第一庭负责人蒋卫宇)

(四) 项目经理、项目部负责人等乱签证的问题。在施工现场,员工的身份非常复杂。现实中因为一个项目经理、一个监理人员、一个现场工程师的乱作为或者与他人恶意串通,导致工程不能完工、企业垮台的情形,并不鲜见。因此,司法实践中,究竟对于现场员工的权利义务关系如何界定,诉讼中究竟举证责任在于何方,争议较大。建设工程施工活动和司法实践表明:项目经理管理失范是目前建设施工混乱、纠纷频发的重要原因之一。其主要表现,如:项目经理授权不明,权限无限扩大,财务管理失控、项目部公章管理混乱,项目部成员权限不明等等。这些再加上转分包、再转分包等因素,往往引发法律关系的重叠交叉,导致案件事实扑朔迷离。对这些问题,司法实践中,历来认识不完全一致,此时与彼时认识也不一致。我们认为:根据上述现实情况和规范施工的目的,从举证责任的角度,倒逼施工方规范施工管理比较妥当。

因此规定：除法定代表人和约定明确授权的人员外，其他人员对工程量和价款等所作的签证、确认，不具有法律效力。没有约定明确授权的，法定代表人、项目经理、现场负责人的签证、确认具有法律效力，其他人员的签证、确认，对发包人不具有法律效力，除非承包人举证证明该人员确有相应权限。这样有利于限制乱象之源，从源头上预防纠纷的发生。

浙江省杭州市中级人民法院民一庭《关于审理建设工程及房屋相关纠纷案件若干实务问题的解答》(2010年11月1日)

八、其他问题

1. 如何认定加盖有项目部专用章或者由项目经理签字的单据、票证的行为效力？

答：项目部是施工承包企业具体实施施工行为的组织体，项目经理指受企业委托对工程项目施工过程全面负责的项目管理者，是企业在工程项目上的代表人。从当前的建筑工程承包现状来看，承包人的项目部或项目经理以承包人名义订立合同，债权人要求承包人承担民事责任的，一般应予支持，但承包人有证据证明债权人知道或应当知道项目部或者项目经理没有代理权限的除外。但应当注意的是，对于除项目经理以外的所谓现场负责人或材料员、采购员等，因其自身并无法律、法规或行业规范所赋予的项目部管理权力，故对此类人员的签证是否具有表见代理的效力，则应当由主张该表见代理行为成立的一方当事人举证。同理，对于项目部技术专用章的效力，也同样如此。

新疆维吾尔自治区高级人民法院《审理建设工程施工合同案件情况的调研报告》

(执笔人：新疆维吾尔自治区高级人民法院民一庭 崔文举、李刚、侯卫宁)

(二十三) 承包人的项目部或者经理对外民事行为的法律后果应由承包人承担。承包人有证据证明其项目部或者经理对外所负债务不是为完成施工任务而形成的，且项目部或者经理同为案件当事人时，可以判决承包人对外承担责任后可以向项目部或者经理追偿。

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》

(2015年3月16日 川高法民一〔2015〕3号)

27. 如何认定承包项目经理在合同履行中所实施的与项目建设有关行为的效力？

合同履行过程中，承包人项目经理以承包人名义在结算报告和签证文件上签字确认、加盖项目部印章，收取工程款、接收发包人供材等行为，一般应当认定为履行职务行为，对承包人具有约束力，但双方另有约定或承包人有证据证明相对人知道或应当知道项目经理没有代理权的除外。

广东省深圳市中级人民法院《关于建设工程合同若干问题的指导意见》（2010年3月9日审判委员会第6次会议修订）

4. 建设工程合同的发包人非建设工程项目的所有人，发包人以自己的名义实际履行合同的，建设工程的所有人与发包人共同对建设工程合同的履行承担连带责任。

工程代建合同的委托人与受托人共同对建设工程合同的履行承担连带责任，但建设工程合同明确约定仅由受托人、委托人或发包人承担合同约定义务的除外。

第8节 合作开发的主体责任

——联合搞开发，责任连带担？（合作开发）

类型一、合作方应承担清偿责任

58. 合作开发各方应向承包人承担工程款连带清偿责任。

案例 58. 重庆市高级人民法院（2009）渝高法民提字第406号“申请再审人（一审原告、二审上诉人）重庆天马工业设备安装有限公司与被申请人（一审被告、二审被上诉人）重庆塑皇建设（集团）有限公司、被申请人（一审被告、二审被上诉人）重庆市金卫房地产开发有限公司建设工程施工合同纠纷案”



2002年8月17日，金卫公司与塑皇公司就花溪大厦的开发签订《联合建房协议书》，约定塑皇公司提供建设用地，金卫公司承担项目全部建设资金及开发商的全部责任与义务，并承担花溪大厦在开发建设中的所有经济与法律责任。开发建设完成后，塑皇公司分得房屋面积4600平方米，其余归金卫公司所有。

2002年8月26日，重庆市巴南区发展计划委员会批复同意由塑皇公司、金卫公司联合开发的花溪大厦立项，2002年12月24日，重庆市发展计划委员会批复同意花溪大厦立项。

2003年2月21日，双方向重庆市规划局巴南分局（简称巴南规划分局）递交的花溪大厦工程项目以塑皇公司、金卫公司同时为建设单位的申请，以双方本着平等互利、等价有偿、联合开发、共同承担该项目风险的原则签署了“联合建房协议”为由，并附联合建房协议书，请求巴南规划分局以双方共同的名义核发《建设工程规划许可证》。

2003年3月31日，重庆市发展计划委员会同意花溪大厦开工建设，并下达该工程年度投资计划。

2003年5月13日，巴南规划分局许可以塑皇公司和金卫公司的名义开发建设花溪大厦，并通过了其他相关管理机关的行政审批。

金卫公司在组织开发建设花溪大厦的2003年6月6日，与天马公司签订了《消防安装工程承包合同》，约定由其以75万元承包花溪大厦消防安装工程。

2003年12月31日，塑皇公司取得了花溪大厦的《商品房预售（预租）许可证》。

2006年5月8日，花溪大厦消防工程经重庆市公安局消防局验收合格。天马公司向金卫公司催收欠款未果，遂诉至法院，请求判令金卫公司支付工程款及保证金计329880元和逾期付款违约金7500元，承担自2007年5月28日至付清工程款时止，按中国人民银行规定的逾期贷款利率计算利息，并由该项目的联建方塑皇公司对该债务承担连带责任。

塑皇公司辩称，其与金卫公司就花溪大厦的联合开发建设是以塑皇公司提供土地使用权、分配固定利益，金卫公司提供全部建设资金、承担经营风险的方式进行，双方签订的《联合建房协议书》实为土地使用权转让合同，不同意就金卫公司对天马公司的债务承担连带责任。

关于塑皇公司是否承担连带责任，一审法院认为，塑皇公司与金卫公司于2003年2月21日提交巴南规划分局的申请表述的意思是：塑皇公司与金卫公司本着平等互

利、等价有偿、联合建房、共同承担该项目风险的原则签署了联合建房协议，由此可见，双方怎样联合建房、共同承担该项目风险，应以联合建房协议书中的具体约定为准，不能以申请书中的概括性表述以偏概全的判断当事人的真实意思表示。而在联合建房协议中双方的约定是塑皇公司提供建设用地，金卫公司承担项目全部建设资金及开发商的全部责任与义务，并承担花溪大厦在开发建设中的所有经济与法律责任。开发建设完成后，塑皇公司分得房屋面积 4600 平方米，其余归金卫公司所有。据此，应当认定，作为提供土地使用权的塑皇公司，在合作开发房地产合同中，只是收取固定利益及分得房屋面积 4600 平方米，并不承担经营风险。根据《最高人民法院关于审理涉及国有土地使用权合同纠纷案件适用法律问题的解释》第二十四条的规定，即“合作开发房地产合同约定提供土地使用权的当事人不承担经营风险，只收取固定利益的，应当认定为土地使用权转让合同。”金卫公司与塑皇公司签订的联合建房协议书实为土地使用权转让合同，对金卫公司在开发建设花溪大厦过程中形成的建筑工程债权债务，塑皇公司既不拥有权利，也不承担义务。塑皇公司对金卫公司应付天马公司的工程款、保证金、违约金及逾期付款利息不应承担连带责任，天马公司对塑皇公司的诉讼请求，应不予支持。

综上所述，天马公司请求金卫公司支付工程款及保证金，并承担违约责任及逾期付款利息的诉讼请求，应予以支持。

天马公司提起上诉，二审法院经审理认为，天马公司与金卫公司签订的《消防安装工程承包合同》系双方真实意思表示，内容不违反法律规定，应认定为有效合同。根据该合同约定，金卫公司负有向天马公司支付工程款的义务。塑皇公司虽然与金卫公司签订了《联合建房协议书》，也办理了花溪大厦的《商品房预售（预租）许可证》，但不是《消防安装工程承包合同》的相对人，《消防安装工程承包合同》不能约束塑皇公司。天马公司称塑皇公司系发包人，与《消防安装工程承包合同》的约定不符；其提出塑皇公司系消防工程实际受益人，应当承担连带责任，没有明确的法律规定，应不予支持。

天马公司提起再审申请，主要理由：《消防安装工程承包合同》虽系我方与金卫公司签订，但金卫公司与塑皇公司于 2003 年 2 月 21 日共同向重庆市规划局巴南区分局提交的申请中已明确表述：双方是本着平等互利、等价有偿、联合建房、共同承担该项目风险而签署了《联合建房协议书》，这充分表明双方是联建法律关系。而生效判决以联建双方向有关部门提出的申请与联合建房协议的约定相悖，应以联建协议的内容

为准的认定是错误的，因为该联建协议只能约束缔约双方，不能对抗第三人。且由房管部门颁发的商品房预售许可证上载明塑皇公司是花溪大厦的唯一售房单位，这表明塑皇公司通过实际销售了该大厦的房屋后收取了购房款，其作为花溪大厦的受益人应当对项目在建期间拖欠的工程款承担连带清偿责任。原一、二审法院仅依据合同相对性原理判决塑皇公司不承担责任是错误的。

塑皇公司答辩认为：1. 我公司不是合同双方的当事人，也未曾与天马公司发生任何法律关系，其要求我公司承担责任缺乏事实和法律依据。主要表现为，我公司不是《消防安装工程承包合同》的缔约主体，合同履行中天马公司从未与我公司产生过接洽。最高人民法院已经公布的案例也强调了应坚持债权相对性原则，且法律对工程价款的优先受偿也作出了明确规定，因而天马公司要求工程联建方承担连带责任无法律依据。2. 我公司与金卫公司系土地转让合同关系，而非联建合同关系。因为我公司与金卫公司在《联合建房协议书》中约定由我公司提供建设用地，金卫公司承担全部建设资金及开发中涉及的经济与法律责任，我方只分得房屋 4600 平方米，其余归金卫公司所有，即我公司在项目开发中不承担任何风险。根据最高人民法院的相关司法解释，我公司与金卫公司之间的协议显然属于土地转让合同关系，故我公司不应承担连带责任。3. (2008) 渝高法民终字第 227 号民事判决书与本案毫无关联，不能作为本案的定案依据。一是本案与 (2008) 渝高法民终字第 227 号民事判决所确定的主体、事实以及在适用法律等方面均存在重大差异；二是 (2008) 渝高法民终字第 227 号民事判决在适用法律上与最高人民法院已公布的相关案例所确立的精神和原则明显相悖；三是我公司已就 (2008) 渝高法民终字第 227 号民事判决向最高人民法院提起再审申请，且该院已立案，因此该判决不能作为本案的证据使用。

再审争议焦点：塑皇公司应否对金卫公司与天马公司因履行《消防安装工程承包合同》而产生的债承担连带偿付责任。

再审裁判要点：金卫公司与天马公司签订的《消防安装工程承包合同》系缔约双方当事人的真实意思表示，且合同内容未违反我国法律、行政法规的强制性和禁止性规定，原一、二审法院确认合同有效并无不当。合同履行中，天马公司按约完成了花溪大厦消防工程承包范围（含自动喷淋灭火系统、消火栓灭火系统、火灾报警控制系统、防排烟系统、应急照明系统、柴发室自动灭火系统）的全部包干施工工程后，双方于 2005 年 7 月 18 日对该工程进行了结算，在双方签字认可的《花溪大厦消防工程造价款结算对账单》中明确了建设方还应付施工方工程款及保证金共计 329880 元。因

金卫公司对已结算款项一直拖欠不付，天马公司遂诉至法院，并请求该项目联建另一方塑皇公司对拖欠的款项承担连带偿付责任。要确认塑皇公司应否对金卫公司与天马公司因签订并履行该施工合同而产生的债承担连带偿付责任，则应当对塑皇公司与金卫公司之间所形成的法律关系及其所处的法律地位作出认定。

首先，根据塑皇公司与金卫公司签订的《联合建房协议书》的约定内容可以明确，双方就联合开发花溪大厦的基本原则是：由塑皇公司提供建设用地，金卫公司承担该项目全部建设资金的投入；双方的责任是：塑皇公司负责以双方名义办理立项、规划及方案设计等资料，负责办理预售房许可证及相关手续，负责办理购房户的房地产权证，负责协调各方关系，并联系本项目建筑所需的水、电搭接等。金卫公司负责办理所有建设手续，自行组织施工队伍，承担本工程项目的全部建设资金投入和承担开发商的全部责任和义务，承担本项目在开发建设中的所有经济及法律责任等。上述约定体现了塑皇公司与金卫公司在联合开发花溪大厦中的分工与合作，因此，双方因订立联建合同而形成的是合作开发房地产合同的法律关系。合作是指两人以上相互配合、共同完成某项既定任务的活动，它是现代社会人与人之间在高度分工基础上的一种较为普遍的生产经营方式。合作行为具有四个特征，即合作方共同出资、共同经营、共享利润、共担风险。既然合作行为是当事人为实现共同利益而建立的一种社会关系，必然要求各方当事人应共同出资，这也是合作得以进行的前提条件。至于出资的方式可以是土地、资金、技术、劳务等，无论哪种出资方式均不影响双方合作的性质。本案所涉花溪大厦联建双方约定的出资状况为，由塑皇公司提供建设用地，金卫公司承担全部建设资金，该约定符合“共同出资”的特征。而合作的最终目的是利润的共享，本案所涉花溪大厦联建双方约定房屋建成后塑皇公司实得房屋产权 4600 平方米，余下的为金卫公司实得房屋产权，该约定符合“共享利润”的特征。虽然该项目的联建双方在合同中约定由金卫公司承担开发商的全部责任和义务，但该约定对不特定第三人并不具约束力。因为当事人间订立的合同不具公示的法律效力，不特定第三人在与合作任意一方的经济交往中不负有对合作合同进行审查的法定义务。同时，合作各方当事人共同出资合作的目的就是要对合作成果所带来的利益共同分享，与此相对应，对合作过程中以及合作的不利后果和风险也应共同承担，这也是我国法律对民事权利义务相一致原则的内在要求和具体体现，因此“共担风险”是合作开发房地产合同的必备条件。此外，重庆市巴南区发展计划委员会巴计发（2002）256 号立项批复、重庆市发展计划委员会渝计委投（2002）826 号立项批复和渝计投（2003）27 号文下达给该项

目的年度投资计划、以及渝计投(2003)319号文对该项目可行性研究报告的批复等,均明确了塑皇公司与金卫公司系该项目的共同开发者,且由政府规划部门核发的渝规建证(2003)巴字第0013号《建设工程规划许可证》更明确了该项目的建设单位为塑皇公司和金卫公司。上述由政府相关行政机关以行政公文的形式下达的批复以及规划部门作出的具体行政许可的行为,均具有公示性和公信力。因为行政机关的行政公文和行政许可行为的证明度高,能够让不特定第三人有理由相信该项目的建设方为塑皇公司和金卫公司,当然也足以使承担该项目消防安装工程的施工方天马公司产生合理信赖,即金卫公司以自己的名义与天马公司签订的合同,是因合作开发房地产的各方的分工不同而实施的行为。同时,随着现代社会分工的日益精细和明确,房地产开发中的经营管理已成为一项专门学科,因而在合作开发房地产中,对共同经营的问题,已不属合作开发的必备条件,对此,《最高人民法院关于审理涉及国有土地使用权合同纠纷案件适用法律问题的解释》第十四条“本解释所称的合作开发房地产合同,是指当事人订立的以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为基本内容的协议”的规定中,就未将“共同经营”作为合作的条件。上述评析表明,塑皇公司在联合开发花溪大厦项目中,其处于开发商和建设单位的法律地位,作为在建工程的共同开发人和建设方,应当对该工程建设中拖欠的工程款承担连带偿付责任。

其次,根据《中华人民共和国城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》第四十三条、第四十四条、第四十五条的规定,应当明确,划拨土地使用权是指土地使用者通过各种方式依法无偿取得的土地使用权;由于以划拨方式取得土地使用权的土地用途是特定的,且该划拨土地是无使用年限限制的,作为划拨土地的用益物权人,在未经有批准权的人民政府批准并签订土地使用权出让合同、补交土地使用权出让金或者以转让所获收益抵交土地使用权出让金的情况下,该划拨土地不得转让,即该土地不得进入市场作为商业用地,否则对其他以出让方式取得土地使用权的用益物权人,就失去了公平竞争的机会,也必将对房地产开发市场造成冲击。《中华人民共和国城市房地产管理法》第三十九条第一款规定:“以划拨方式取得土地使用权的,转让房地产时,应当按照国务院规定,报有批准权的人民政府审批,有批准权的人民政府准予转让的应当由受让方办理土地使用权出让手续,并依照国家有关规定缴纳土地使用权出让金。”该规定亦明确了在转让以划拨方式取得的土地使用权时,应当先将该土地的类型转化为以出让方式取得的土地使用权,这样才能体现土地国有的特性,以确保国家

对土地一级市场的统一管理，并保证国家的土地收益不致流失。依照上述法律和行政法规的规定，结合《重庆市国有土地划拨决定书》《国有土地使用证》《重庆市商品房预售（预租）许可证》等证据载明的内容，应当确认，塑皇公司与金卫公司在签订《联合建房协议书》后，并未按照《重庆市国有土地划拨决定书》的一般规定中第四条的要求向有批准权的部门提出转让土地的申请，亦未按《联合建房协议书》约定的金卫公司分得房屋的面积将应分摊的土地面积依法向国有土地管理部门申请办理土地出让手续和土地权属变更登记手续。因此，塑皇公司在原一、二审及本院再审审理中辩称其在联建合同中只分得固定利益，不承担经营风险，该联建合同实为土地使用权转让合同，无事实依据，且与我国法律、行政法规的强制性规定相悖，故对塑皇公司的辩解理由，本院不予支持。而一审法院仅根据塑皇公司与金卫公司在联建合同中对联合建房的分配方案的约定，适用《最高人民法院关于审理涉及国有土地使用权合同纠纷案件适用法律问题的解释》第二十四条“合作开发房地产合同约定提供土地使用权的当事人不承担经营风险，只收取固定利益的，应当认定为土地转让合同”的规定，认定塑皇公司与金卫公司签订的联建合同实为土地转让合同，既具片面性，也属适用法律错误。因为该司法解释是针对房地产市场中的三类合同即土地使用权出让合同、土地使用权转让合同、合作开发房地产合同履行中出现的纠纷而作出，在每部分的第一条中均针对不同类型的合同作出了定义。一审法院适用该司法解释的第二十四条归类于解释的第三部分，即“合作开发房地产合同纠纷”，司法解释第十四条对该类合同作出的定义中强调的是“提供出让土地使用权”的行为，并未针对提供划拨土地使用权的行为。且该司法解释第七条对土地使用权转让合同作出的定义是：“本解释所称的土地使用权转让合同，是指土地使用权人作为转让方将出让土地使用权转让于受让方，受让方支付价款的协议”。第十一条还明确规定：“土地使用权人未经有批准权的人民政府批准，与受让方订立合同转让划拨土地使用权的，应当认定合同无效。”上述规定明确了用于转让的土地使用权，只能是经出让取得的土地使用权，而划拨土地使用权在未经批准的情况下，不得转让。故一审将塑皇公司与金卫公司签订的联建合同认定为名为联建实为土地转让合同混淆了划拨与出让两种不同类型土地使用权的法律属性，属适用法律错误。

再次，根据物权的设立、变更、转让和消灭，通常需要以特定的方式予以公示始得产生法律效力的这一基本法律原则，结合本案所涉花溪大厦由政府相关行政部门核发的《国有土地使用证》和《重庆市商品房预售（预租）许可证》载明内容，应当明

确，塑皇公司是花溪大厦建设用地及该建筑物的唯一登记权利人。由于物权登记的公信效力是物权公示制度的法律效果，因此经登记的不动产物权的权利人在法律上被推定为真正的权利人，其意义在于维护登记制度的公信力，以保护信赖登记簿登记内容的交易人的利益。又由于不动产物权的变动，在当事人之间不须进行登记即能发生法律效力，但只有登记后，才能产生对不特定第三人的对抗效力，未经登记，则不能对抗善意第三人。《最高人民法院关于审理涉及国有土地使用权合同纠纷案件适用法律问题的解释》第二部分“土地使用权转让合同纠纷”第十一条规定：“土地使用权人未经有批准权的人民政府批准，与受让方订立合同转让划拨土地使用权的，应当认定合同无效。但起诉前经有批准权的人民政府批准办理的土地使用权出让手续的，应当认定合同有效”。虽然塑皇公司与金卫公司在签订的《联合建房协议书》中对金卫公司分得的房屋应分摊的土地面积未报经有批准权的人民政府批准，亦未办理土地使用权出让手续和变更登记手续，且因双方并未就该联建合同所涉及的法律问题诉至人民法院，根据最高人民法院司法解释的规定，本院在本案中不对联建合同的效力作出确认，该联建合同属效力待定的合同。但本院仍可通过经政府相关行政部门核发的有效权证所载明的内容，并通过塑皇公司与金卫公司于2004年1月7日和1月20日分别签订的两份《联合开发花溪大厦补充协议》中关于：“花溪大厦联合开发项目全部委托金卫公司统一销售。”“金卫公司以塑皇公司的名义对外销售房屋，双方各自承担享有所分房屋在销售中的责任和收益”等内容，确认塑皇公司对花溪大厦产权登记在其名下是明知的，且事实表明金卫公司的售房行为是基于塑皇公司的授权而取得。由于受托人在委托权限内所实施的行为，等同于委托人自己的行为，而经登记已出售的房屋均系以塑皇公司的名义出售，因而本院确认作为花溪大厦登记权利人的塑皇公司是该建筑物的实际受益人，依据“谁受益，谁担责”和权利义务相一致的民法基本原则，塑皇公司亦应当对花溪大厦在建设过程中对外所形成的债务承担连带清偿责任。

综上，一、二审法院因对塑皇公司与金卫公司之间所形成的法律关系及双方签订的《联合建房协议书》性质的认定错误，导致对金卫公司与天马公司签订并履行《消防安装工程承包合同》所产生的债务片面地适用合同相对性原理而作出的判决错误，对此，本院予以纠正。申请再审人天马公司的再审申请理由成立，本院予以支持。由重庆塑皇建设（集团）有限公司对重庆市巴南区人民法院（2007）巴民初字第1431号民事判决之第一、二项确定的由重庆市金卫房地产开发有限公司向重庆天马工业设备安装有限公司负有给付义务的债务承担连带清偿责任。

59. 合作开发各方共同给付承包人拖欠工程款。

案例 59. 黑龙江省高级人民法院（2016）黑民终370号“辽宁强大铝业工程有限公司与双鸭山市体育局、双鸭山市五环体育健身有限公司建设工程施工合同纠纷案”



关于双鸭山体育局、五环公司应否承担连带责任问题。二审法院认为，建设工程施工合同虽由承包人强大公司与发包人双鸭山体育局签订，但因双鸭山体育局与五环公司系合作开发建设案涉工程，故双鸭山体育局与五环公司均有给付拖欠工程款的义务，应共同向强大公司给付拖欠的工程款。

60. 涉案项目建设单位虽未与承包人签订建设工程施工合同，但引进投资公司投资开发并从中获益，应对投资公司涉案项目所欠承包人工程款承担连带给付责任。

案例 60. 北京市高级人民法院（2014）高民终字第698号“中国蓝星（集团）股份有限公司与晟元集团有限公司、北京德懋威投资有限公司、北京工业大学建设工程施工合同纠纷案”



蓝星公司下属企业北京化工机械厂的老厂区的部分土地被规划为北京工业大学北校区，用地性质为教育科研用地。2006年及2009年间，蓝星公司与德懋威投资公司签订多份协议书，约定蓝星公司作为上述项目用地的所有方和项目建设方，引进并委托德懋威投资公司投资开发建设该项目，德懋威投资公司以蓝星公司的名义进行项目审批报建手续，并在项目建成后完善竣工手续并办理向北京工业大学出售手续，德懋威投资公司于向北京工业大学出售建成房产中获得收益，德懋威投资公司向蓝星公司支付了该项目的补偿费120080000元。2009年10月30日，蓝星公司与北京工业大学

签订合作协议书，约定蓝星公司可以引进合作企业投资、管理该项目的具体建设工作，蓝星公司对合作企业的工作予以指导和监督管理。该学生公寓项目总建筑面积约 5.5 万平方米，总投资 400000000 元。项目竣工后，北京工业大学一次性回购全部建筑面积，地上建筑面积回购价格暂定为每平方米 7800 元。

2009 年 7 月 24 日，晟元公司与德懋威投资公司就位于北京市朝阳区东三环和东四环之间的南磨坊路（原北京机械化工厂厂区内）的北京工业大学学生公寓楼建设工程签订协议书，主要约定，由晟元公司承包德懋威投资公司投资建设的北京工业大学学生公寓楼工程的施工。

2012 年 7 月，晟元公司向原审法院起诉要求德懋威投资公司、蓝星公司、北京工业大学立即给付工程款 68423179.55 元等。

北京工业大学辩称：我校与晟元公司无合同关系及事实上的法律关系，请求法院驳回晟元公司对我校的起诉。

蓝星公司辩称：我公司与晟元公司不存在任何合同关系，本案与我公司无关，请求法院驳回晟元公司对我公司的起诉。

一审法院认为，蓝星公司系北京工业大学学生公寓项目的建设单位，与德懋威投资公司在项目建设中存在合作关系，其委托德懋威投资公司投资开发建设项目并从该项目中获益，故应承担连带给付工程欠款的责任。晟元公司对其要求德懋威投资公司赔偿损失的主张，未提供相应证据，不予支持。北京工业大学系房屋购买人，与晟元公司不存在直接法律关系，晟元公司对北京工业大学的起诉不符合法律规定的条件，应予驳回。

蓝星公司提起上诉称：一、蓝星公司与德懋威投资公司在该项目中并不存在合作关系，蓝星公司也不是项目的建设方。1. 依据《最高人民法院关于审理涉及国有土地使用权合同纠纷案件适用法律问题的解释》第十四条及第二十四条的规定，合作开发是指当事人以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为基本内容的行为。但是，依据蓝星公司与德懋威投资公司签订的系列协议及补充协议可知，蓝星公司在该项目中仅提供土地使用权而不承担经营风险，只收取固定利益，应该认定蓝星公司与德懋威投资公司所签订的实为土地使用权转让协议。2. 蓝星公司并非该项目的建设方，在项目实际建设中从未参与过工程建设，且亦未向晟元公司给付过任何工程款。二、从合同相对性而言，蓝星公司亦无需就涉案款项承担连带偿还责任。三、原审判决仅以《北京市高级人民法院关于审理建设工程施工合

同纠纷案件若干疑难问题的解答》第三十九条的规定认定蓝星公司承担连带偿还责任，属于错误。该解答第三十九条规定，两个以上的法人、其他组织或个人合作开发房地产项目，其中合作一方以自己名义与承包人签订建设工程施工合同，承包人要求其他合作方对欠付工程款承担连带责任的，应予支持。但是，该条并不适用于本案，1. 蓝星公司并非该项目的合作开发主体，原审判决错误；2. 该规定的目的当为溯及未参与签订建设工程施工合同但从房地产项目中获益的合作方，从而保护施工方的利益。但蓝星公司并非项目获益的合作方，若判决蓝星公司承担连带责任，将损害蓝星公司的利益。综上，蓝星公司认为原审判决认定事实不清、适用法律错误，请求本院依法予以改判，改判蓝星公司不承担欠付工程款的连带偿还责任、不承担给付鉴定费的连带责任，蓝星公司不应承担一审诉讼费用，该部分费用应由晟元公司承担。

德懋威投资公司表示同意蓝星公司的上诉请求及理由。

二审争议焦点：蓝星公司应否承担连带给付工程欠款的责任？

二审法院认为，虽然蓝星公司主张其不是涉案项目的建设方、与德懋威投资公司不存在合作关系，亦非涉案建设工程施工合同的签订方，其不应承担连带给付工程欠款的责任，但是，在案证据能够证明，蓝星公司确系涉案项目的建设单位，其引进并委托德懋威投资公司投资开发建设该项目，并从中获益，故蓝星公司应对涉案项目所欠晟元公司的工程款承担连带给付责任。蓝星公司的上诉主张缺乏事实和法律依据，本院不予支持。原审判决认定事实清楚、适用法律正确、判决结果并无不当，本院予以维持。

类型二、合作方不承担清偿责任

61. 因建设工程施工合同纠纷的，应当由签订建设工程施工合同的当事人参加诉讼并承担责任，其他合作开发方不是建设工程施工合同的当事人，不当承担建设工程施工合同的义务。

案例61. 山东省济南市中级人民法院（2014）济民五终字第513号“上诉人滕州市建筑安装工程集团公司济南分公司（简称济南分公司）与被上诉人山东万福苑置业有限公司（简称万福苑公司）、济南市槐荫区吴家堡镇石佛屯村民委员会（简称石佛屯村委会）、王献祥建设工程施工合同纠纷案”



关于被上诉人C村委会是否应对本案债务承担连带清偿责任的问题。法院认为，本案工程公司主张C村委会对涉案债务需承担连带清偿责任的理由是2004年11月22日B置业公司与C村委会签订《合同书》，两者之间存在联营、合伙关系。本院认为，首先，从该《合同书》约定内容来看，双方合作的模式是C村委会提供项目建设用地，B置业公司负责组织建设和建设投资，项目完成楼房出售后，C村委会分得利润的30%，B置业公司分得利润的70%。C村委会并不负责建设投资及工程建设，合同中亦无约定C村委会须对工程款项承担责任。该合同第十一项约定的是对“在施工中，如因各方面手续不齐备和政策性变动所造成经济损失”的情况下，双方按利润分成比例3:7承担，而非对施工方应获得工程款项的责任承担的约定。工程公司关于《合同书》中约定了C村委会须对工程款项承担责任的主张没有事实依据，本院不予采信。其次，根据B置业公司与C村委会之间签订的《合同书》，双方之间的关系并不符合联营或合伙的法律特征，并不是联营、合伙关系，对此已由生效的本院2013年8月28日作出的（2013）济民一终字第184号民事判决所确认。从实际情况来看，B置业公司与石佛屯村委会在本案合作开发房地产项目中，双方并未成立项目公司或者联合管理机构，而是以独立的民事主体身份参与共同开发，并按照合同的约定各自独立履行义务，发生纠纷后，也应当按照合作合同的约定独立承担支付工程价款的责任。在法律没有明

文规定、合同没有明确约定的情况下，C 村委会不应对 B 置业公司作为建设工程发包人欠付的工程价款承担连带责任。其三，B 置业公司与 C 村委会之间的合作开发房地产合同关系，以及工程公司与 B 置业公司之间的建设工程施工合同关系，是两种性质不同的法律关系，应当适用不同的法律调整机制。从合同的相对性原则而言，两种合同设定的权利义务仅对特定的合同当事人具有相对约束力，对合同之外的当事人不发生法律约束力，除非发生合同变更或者合同之外的当事人加入债的履行以及具有法律规定的突破合同相对性原则的情形，否则，因建设工程施工合同纠纷的，应当以建设工程施工合同的当事人参加诉讼并承担责任，而其他开发房地产的合作各方不是建设工程施工合同的当事人，也不应当承担建设施工合同的义务。综上，工程公司于要求 C 村委会对本案工程价款承担连带清偿责任的主张，既没有事实依据，亦没有法律依据，对此本院不予采信。

62. 施工合同只对合同当事人产生约束力，对合同当事人以外的人不发生法律效力。

案例 62. 最高人民法院（2007）民一终字第 39 号“上诉人（原审原告）大连渤海建筑工程总公司、上诉人（原审被告）大连金世纪房屋开发有限公司与被上诉人（原审被告）大连宝玉房地产开发有限公司、被上诉人（原审被告）大连宝玉集团有限公司建设工程施工合同纠纷案”



关于金世纪公司应否承担向渤海公司支付工程款责任问题，一审法院认为，首先，施工合同虽然是宝玉集团与渤海公司签订的，但金世纪公司是渤海公司施工工程项目的联合开发方，金世纪公司与宝玉集团的联建利益尚未分割，且新世纪家园项目土地使用证、销售许可证等均以金世纪公司名义办理，销售新世纪家园项目房产的《商品房买卖合同》也是以金世纪公司名义签订。金世纪公司虽未与渤海公司签订施工合同，却享有了渤海公司已施工工程的权利，并从该合同中获取利益，因此金世纪公司理应承担该合同相应的义务。金世纪公司主张其承担给付工程款的连带责任突破了合同相对性的原则，没有事实和法律依据，不能支持。其次，宝玉集团及宝玉公司和金

世纪公司在《联合建房协议书》《联合建房协议书之补充协议》中均约定，双方共同选定施工队伍，共同管理新世纪家园项目，新世纪家园项目贷款放在双方共同认可的账户，由双方共同管理。虽然渤海公司不是宝玉集团与金世纪公司共同选定的施工队伍，但在金世纪公司与宝玉集团的补充协议中及在宝玉集团与渤海公司施工合同履行期间，金世纪公司对宝玉集团与渤海公司签订的施工合同是予以认可的，渤海公司在施工期间向宝玉集团请款时，金世纪公司也曾在《请款报告》上签字盖章，说明金世纪公司已实际参与了施工合同的履行，金世纪公司主张上述均不能作为承担连带责任的理由，依据不足，亦不予支持。第三、根据宝玉集团和金世纪公司签订的联建协议，双方共同投资，共同获取利益，其联建行为在法律性质上应属合伙行为，合伙人应当对合伙债务承担责任。因此，金世纪公司虽然未直接与渤海公司签订施工合同，但不能免除金世纪公司依法向渤海公司支付工程款的义务。金世纪公司应对宝玉集团及宝玉公司拖欠的工程款承担连带责任。至于金世纪公司提出在宝玉集团与渤海公司的工程决算未经其认可的情况下承担连带责任，剥夺了其承担责任相对应的权利问题。因施工合同是由渤海公司与宝玉集团签订的，渤海公司与宝玉集团作出的工程造价决算是有效的，金世纪公司在诉讼中并未对工程造价提出异议，也未举证证明该决算损害了金世纪公司的利益，因此，金世纪公司不认可渤海公司与宝玉集团之间的工程决算没有依据。且本案判决金世纪公司承担的是连带责任，而不是直接给付工程款的责任，在本判决执行过程中，如果金世纪公司按此判决承担了宝玉集团及宝玉公司向渤海公司给付工程款的连带责任，金世纪公司既可以随时向宝玉集团及宝玉公司主张权利，又可以在双方分劈联建利益时主张自己的权利，不存在剥夺其权利，损害其利益的问题。金世纪公司以不是建设工程施工合同的当事人为由，主张不应承担给付工程款的责任，不予支持。

综上，一审法院依照《中华人民共和国民事诉讼法》第五十二条、第八十四条及《中华人民共和国合同法》第六十条、第一百一十四条之规定，并经审判委员会讨论决定，判决如下：一、宝玉集团与宝玉公司于本判决生效后15日内共同向渤海公司支付尚欠工程款27293259.00元，并按中国人民银行同期贷款利率支付该款自2005年5月18日起至本判决生效之日止的利息；二、宝玉集团与宝玉公司于本判决生效后15日内共同向渤海公司支付停工损失550万元；三、宝玉集团与宝玉公司于本判决生效后15日内共同向渤海公司支付优质工程奖励款7993935.80元；四、金世纪公司对本判决第一项中宝玉集团与宝玉公司于本判决生效后15日内向渤海公司支付尚欠工程款27293259.00元

中的 10293259.00 元，承担连带给付责任；五、驳回渤海公司其他诉讼请求。一审案件受理费 192333.00 元，由宝玉集团与宝玉公司共同负担。

2006 年 12 月 1 日，一审法院以（2006）辽民一初字第 3 号民事裁定书补正一审判决中的“宝玉集团及宝玉公司应支付的省优质工程奖励款应为 7993935.80 元”。“宝玉集团与宝玉公司于本判决生效后 15 日内共同向渤海公司支付优质工程奖励款 7993935.80 元”，现将优质工程奖励款补正为 799393.58 元。

渤海公司上诉认为，金世纪公司应对全部工程款承担连带责任问题。

金世纪公司针对渤海公司的上诉答辩认为，渤海公司请求金世纪公司对宝玉集团偿还工程欠款承担连带责任，无事实和法律依据。

宝玉集团、宝玉公司同意渤海公司的上诉请求及理由，主张金世纪公司应当对其偿还渤海公司工程欠款承担连带责任。

金世纪公司提起上诉，请求撤销一审判决主文第四项，改判金世纪公司对宝玉集团、宝玉公司给付工程款不承担责任。

二审争议焦点：金世纪公司应否对宝玉集团、宝玉公司偿还渤海公司工程欠款承担连带责任？

二审裁判要点：第一，金世纪公司对宝玉集团、宝玉公司向渤海公司清偿工程欠款不承担连带责任。首先，本案讼争的法律关系是施工合同纠纷，而不是合作开发房地产合同纠纷。本案施工合同的当事人为宝玉集团、宝玉公司与渤海公司，宝玉集团、宝玉公司为发包人，渤海公司为承包人。施工合同只对合同当事人产生约束力，即对宝玉集团、宝玉公司和渤海公司发生法律效力，对合同当事人以外的人不发生法律效力。金世纪公司与宝玉集团之间存在合作开发房地产关系，不是施工合同当事人，不应就施工合同承担合同义务。其次，债权属于相对权，相对性是债权的基础。债是特定当事人之间的法律关系，债权人和债务人都是特定的。债权人只能向特定的债务人请求给付，债务人只能对特定的债权人负有给付义务。即使因第三人的行为致使债权不能实现，债权人也不能依据债权的效力向第三人请求排除妨害，债权在性质上属于对人权。再次，《中华人民共和国民法通则》第八十四条第一款规定：债是按照合同的约定或者依照法律的规定，在当事人之间产生的特定的权利和义务关系。第二款规定：债权人有权要求债务人按照合同的约定或者依照法律的规定履行义务。“特定的”含义就是讲只有合同当事人才受合同权利义务内容的约束。债权人要求债务人履行义务的基础是合同约定或法律规定。本案渤海公司主张金世纪公司就宝玉集团、宝玉公司

偿还工程欠款承担连带责任，因当事人之间不存在“特定的”债的关系，突破合同相对性也没有法律依据，渤海公司主张金世纪公司对还款承担连带责任的上诉请求，于法无据。

第二，金世纪公司不存在取代施工合同的发包人或因加入债的履行而与宝玉集团、宝玉公司成为共同发包人的事实。一审判决认定金世纪公司参与施工合同实际履行的行为包括：联建合同约定由宝玉集团和金世纪公司共同选定施工队伍。施工人向建设方请款时，金世纪公司在《请款报告》上签字盖章。本院认为，合作开发合同中有关共同审定施工队伍的约定及以后认可施工合同的意思表示与“金世纪公司已实际参与了施工合同的履行”的证明目的之间没有关联性。金世纪公司对施工人《请款报告》的审核行为是为了保障施工款项专款专用，是履行合作开发合同的行为，亦不能因此认定金世纪公司参与了施工合同的履行。

第三，渤海公司主张金世纪公司对宝玉集团、宝玉公司偿还工程欠款承担连带责任，缺乏法律依据。《最高人民法院关于审理涉及国有土地使用权合同纠纷案件适用法律问题的解释》第十四条规定：本解释所称的合作开发房地产合同，是指当事人订立的以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为基本内容的协议。合作开发合同各方是按照合同约定各自承担权利义务的，“共同投资，共享利润、共担风险”是指合作各方内部关系，而不是指对外关系。《中华人民共和国民法通则》第五十二条规定：企业之间或者企业、事业单位之间联营，共同经营、不具备法人条件的，由联营各方按照出资比例或者协议的约定，以各自所有的或者经营管理的财产承担民事责任。依照法律的规定或者协议的约定负连带责任的，承担连带责任。第五十三条规定：企业之间或者企业、事业单位之间联营，按照合同约定各自独立经营的，它的权利和义务由合同约定，各自承担民事责任。参照上述两条规定，本案当事人没有成立合作开发房地产的项目公司或成立不具备法人条件的其他组织，应属“独立经营”，应按照约定各自独立承担民事责任。退一步说，即使金世纪公司与宝玉集团、宝玉公司之间合作开发合同属于《中华人民共和国民法通则》第五十二条规定的情形，联营各方也应当按照法律规定或者协议约定承担连带责任。金世纪公司与宝玉集团、宝玉公司之间合作开发合同，既不属于个人合伙，也没有成立合伙企业，不应当适用《中华人民共和国民法通则》或《中华人民共和国合伙企业法》有关个人合伙和普通合伙人承担连带责任的规定。

一审判决认为，联建利益尚未分割，讼争建设项目在金世纪公司名下，其享有了

渤海公司已施工工程的权利，并从该合同中获取利益，据此应承担连带责任。应当看到，金世纪公司虽以取得讼争建设项目的部分房屋作为受益方式，但这是其以土地使用权作为出资应当获得的回报，属对价有偿的商业行为，并非无端受益。

综上，二审法院认为一审判决金世纪公司对宝玉集团、宝玉公司偿还施工人渤海公司部分工程欠款承担连带责任的判项，应予撤销。渤海公司主张金世纪公司应当对全部工程欠款承担连带责任的上诉请求，缺乏事实和法律依据，不予支持。金世纪公司主张对宝玉集团、宝玉公司偿还施工人渤海公司工程欠款不承担连带责任的上诉请求成立，予以支持。

63. 协作型联营各方对联营债务按照合同的约定，分别以各自所有或经营管理的财产承担民事责任，联营期间产生的债务应由各方独立承担，相互不负连带责任。

案例 63. 安徽省蚌埠市中级人民法院（2008）蚌民二终字第151号“上诉人安徽东武房地产开发有限公司与被上诉人南京莫愁湖园林建筑安装工程处、安徽省工业设备安装公司蚌埠分公司建设工程合同纠纷案”



1999年7月30日，东武公司与大地公司签订一份合作经营协议，约定，东武公司与大地公司联合经营金大地广场项目，东武公司全权负责经营活动及项目所需资金的支付结算。2000年2月29日，东武公司（乙方）与大地公司（甲方）又签订一份补充协议，主要约定：将原定利润分配方式变更为实物分配（房产）；协议签字后，双方即对自己所有的房产享有所有权，以后项目的核算变为独立核算；实物分配后，甲方前期所产生债务及因甲方原因造成的损失，由甲方负责从分得房产中承担，与乙方无关；本协议补充条款为原协议不可分割的组成部分，有同等法律效力。2000年3月29日，双方根据上述两份协议精神签订了《关于金大地广场房屋产权分配协议书》，该协议除对房屋产权进行分配外，还同时约定房屋产权分配后，各自承担相关的债权债务。

1999年11月12日，园林建筑与大地公司签订一份建设工程施工合同，约定，园林建筑对金大地广场项目室内外喷泉工程的施工。该工程完工后经鉴定，工程造价为

509976.38元，东武公司累计付款172400元。2003年大地公司被宣告破产，园林建筑就该工程款申报了债权，并得到清偿212020.06元，尚有125556.32元未得到清偿。园林建筑起诉东武公司承担清偿责任。

争议焦点：东武公司是否应当对园林建筑在大地公司破产中尚未得到清偿的债权承担连带清偿责任。

裁判要点：1. 双方联营性质。从东武公司与大地公司所签订的协议内容来看，双方并未登记设立一个新的经济实体，金大地广场项目工程承建单位仍然是大地公司，东武公司主要负责该工程第二阶段所需资金的筹集和支付结算等，结合东武公司与大地公司于2000年2月29日签订的补充协议约定，协议签字以后项目的核算为独立核算，均符合协作型联营的法律特征。因而，园林建筑诉称为合伙型联营的理由不能成立。

2. 东武公司不承担连带清偿责任。关于园林建筑辩称根据最高人民法院《关于审理建设工程合同纠纷案件的暂行意见》规定，两个以上的法人、其他经济组织或个人合作建设工程，并对合作建设工程享有共同权益的，其中合作一方因与工程的承包人签订建设工程合同而发生纠纷的，其他合作建设方应列为共同原告。据此，东武公司应对园林建筑在大地公司破产案件中未得到清偿的债权承担连带清偿责任的理由，法院认为，该意见是针对在建设工程合同纠纷案件中如何确立诉讼主体问题，至于如何承担民事责任，就本案而言，因东武公司与大地公司系协作型联营，根据《最高人民法院关于审理联营合同纠纷案件若干问题的解答》规定：协作型联营各方对联营债务按照合同的约定，分别以各自所有或经营管理的财产承担民事责任。因园林建筑系与大地公司签订的施工合同，依照合同的相对性原则以及东武公司与大地公司之间签订的协议，大地公司应对该合同的履行承担民事责任。故，东武公司与大地公司之间对联营期间产生的债务应各自独立承担民事责任，相互不负连带责任。东武公司不应再对园林建筑在蚌埠大地房地产开发有限公司破产中尚未得到清偿的债权承担连带清偿责任。

综上，法院认为，《最高人民法院关于审理企业破产案件若干问题的规定》第六十五条规定：债务人与他人共有的物、债权、知识产权等财产或者财产权，应当在破产清算中予以分割，债务人分割所得属于破产财产；不能分割的，应当就其应得部分转让，转让所得属于破产财产。东武公司与大地公司在合作建设金大地广场工程中，因大地公司破产导致该项目工程建设未能完成，双方达成的房屋分配目的亦未能达到。东武公司作为财产共有人，按照大地公司破产清算组确定的其对金大地工程实际投入

的资金以及须承担的民事责任（其中不包括须承担园林建筑的工程款），对金大地广场整体拍卖后的价款依法应当取回 36965111.46 元。因东武公司与园林建筑等十九家大地公司破产的优先受偿债权人达成按同一比例清偿的协议，东武公司对其应当全额取回的款项并未足额取回，且东武公司在取回款后还须承担的民事责任中并不包括对园林建筑承担的民事责任。否则，在东武公司的取回款中就应当增加须向园林建筑支付的这部分工程款。因园林建筑是与大地公司签订的施工合同，大地公司与东武公司在对共有房产进行分割时也未将对应于所欠园林建筑工程款的房产分割给东武公司。按照协作型联营各方对联营期间债务应当各自以其经营或管理的财产承担责任的原则，东武公司不应对园林建筑承担偿还责任。

64. 虽有一方参与，如支付部分工程款，出具工程款欠条等行为，但是其系履行与另一方的合作协议的行为，相对于施工方来说，其行为是代表合作另一方的行为，其并非民事诉讼法规定的必须参加诉讼的当事人。

案例 64. 安徽省高级人民法院（2014）皖民四终字第 00122 号“合肥市包河区常青街道姚公社区居民委员会与浙江海纳建设有限公司建设工程施工合同纠纷案”



2006 年 9 月 26 日，A 居委会（甲方）与 B 投资公司（乙方）签订一份《姚公农贸综合市场合作协议书》，约定：甲方以本项目的土地使用权作为对本项目的投资，在项目中占有 20% 的股份，但该股权比例不作为利润分成的依据；乙方负责项目中资金的投资、规划设计、工程施工、销售组织等工作，在项目中占有 80% 的股份。

2007 年 10 月 15 日，A 居委会与 C 建设公司签订一份《建设工程施工合同》，约定由 C 建设公司承建姚公农贸综合市场综合楼工程。

2008 年 6 月 6 日，A 居委会（甲方）与 B 投资公司（乙方）签订一份《补充协议》约定：在乙方代表着甲方对“姚公农贸综合楼”项目工程的建设期间进行管理和投资的同时，认可并代为执行甲方与施工方（浙江 C 建设公司）的“姚公农贸综合楼工程补充合同书”。

2012 年 8 月 12 日，B 投资公司向 C 建设公司出具一张欠条，载明：由 C 建设公

司承建施工的合肥市姚公农贸综合楼工程竣工已三年，决算审计已完成，所有施工资料已交齐。到2012年8月10日止，经双方财务核对账目，共欠C建设工程工程款计552万元。

2013年2月8日，A居委会向C建设工程公司转款200万元。双方当事人因工程余款给付产生纠纷，C建设工程公司诉至法院，请求依法判令：A居委会立即给付工程款352万元，并支付至起诉之日的利息246167.67元，款清息止。

一审法院认为，A居委会与C建设工程公司签订的《建设工程施工合同》系双方的真实意思表示，未违反法律、行政法规的禁止性规定，应属合法有效。案涉建设工程施工合同关系是仅在C建设工程公司与A居委会之间发生法律关系，合同中未约定付款责任由B投资公司承担，A居委会虽主张其系代B投资公司与C建设工程公司签订合同，但未能提供充分证据证明，不予采信，C建设工程公司基于合同相对性原则向案涉合同的当事人A居委会主张权利并无不当。C建设工程公司依照合同约定完成姚公农贸市场综合楼工程的施工，A居委会应按合同约定支付工程款。

A居委会上诉称：B投资公司与A居委会只是合作关系，而原审判决却错误认定A居委会与其是委托代理关系，B投资公司实施民事行为产生的法律责任，判决由A居委会承担是错误的。因为合作项目的施工单位是由B投资公司选定，本应由B投资公司签订施工合同，因合作项目的土地使用权属于A居委会，所以才由A居委会代B投资公司与C建设工程公司签订建设工程施工合同。从B投资公司出具的欠条也能看出，其才是C建设工程公司真正的债务人，因此，应追加B投资公司为本案当事人。

C建设工程公司答辩称：涉案工程施工合同是A居委会与C建设工程公司签订，且依法生效，合同产生的权利义务均在双方之间，B投资公司是A居委会合作单位，其代表A居委会对涉案工程建设期间进行管理和投资，认可和代为执行A居委会与C建设工程公司的施工合同，故原审法院判决A居委会承担涉案工程的合同责任有事实依据。

二审争议焦点：本案应否追加B投资公司为共同被告？

二审裁判要点：关于本案应否追加B投资公司为共同被告。涉案工程施工合同是由A居委会与C建设工程公司签订，双方在合同中明确约定了各自的权利义务，C建设工程公司依约对涉案工程进行了施工，A居委会也按合同约定支付了部分工程款，该合同得到了履行，故A居委会和C建设工程公司为施工合同的相对方。同时，B投资公司在与A居委会的补充协议中也明确表示：其代表A居委会对“姚公农贸综合楼”项目工程的建设期间进行管理和投资，认可并代为执行A居委会与施工方（C建设工程公司）的“姚

公农贸综合楼工程补充合同书”。可见在合同履行过程中，虽有 B 投资公司参与，如支付部分工程款，出具工程款欠条等行为，但是其履行与 A 居委会合作协议的行为，相对于施工人 C 建设公司来说，其行为是代表 A 居委会的行为。故 B 投资公司并非民事诉讼法规定的必须参加诉讼的当事人，原审法院未追加其为共同被告，并无不当。A 居委会此项上诉理由不能成立。

65. 依据合同的相对性原则，合作方不承担责任。

案例 65. 陕西省高级人民法院（2013）陕民三申字第 01528 号“柯鸿道与陕西欣元仁和置业有限公司、西安市临潼区房地产开发公司建设工程施工合同纠纷案”



关于被申请人 B 房地产公司应与被申请人 A 置业公司应否共同向申请人柯某承担连带责任的问题。法院再审认为，共同投资、共享利润、共担风险是合作开发房地产合同的核心内容，而共担风险更是合作开发房地产法律关系的本质特征。本案中，该项目土地规划、建设施工许可、商品房预售等手续上虽然显示 B 房地产公司是该项目土地所有者、开发商。但是，B 房地产公司与 A 置业公司签订的《合作开发房地产项目合同书》约定，B 房地产公司向 A 置业公司提供用地，收取 A 置业公司每平方米 570 元楼位费，该工程由 A 置业公司自行建设并负责销售，B 房地产公司配合 A 置业公司办理工程竣工资料备案和相关手续、负责向 A 置业公司购房户出具合法的销售票据等等。根据《最高人民法院国有土地使用权合同解释》第 24 条规定“合作开发房地产合同约定提供土地使用权的当事人不承担经营风险，只收取固定利益的，应当认定为土地使用权转让合同。”再者，B 房地产公司并没有与 A 置业公司共同选定施工人、参与施工管理、支付工程款、参与工程验收和结算等事宜，柯某再无其他证据证明其主张，故其主张 B 房地产公司与 A 置业公司联合开发该项目的理由不能成立，本院不予支持。至于对《合作开发房地产项目合同书》是否应予采纳的问题。经查认为，二审法院对该项目合同书进行了质证，柯某对其真实性并没有提出异议。况且，该项目合同书并非认定本案事实的唯一证据，故原审法院依据合同的相对性原则，判决 A 置业公司支付柯某剩余工程款及利息是正确的。综上，裁定驳回柯某的再审申请。

66. 合作开发房地产一方允许另一方用其名义签订《建设工程施工合同》，产生对内及对外不同的法律效果。从对内效果看，在承包人明知合作开发一方允许合作另一方以其名义与承包人签订合同，并对合作另一方为实际缔约人予以认可情形下，合作一方无权主张与承包人之间成立建设工程施工合同关系；从对外关系看，合作一方作为案涉合同形式上的发包人，不能以其并非实际缔约人为由对抗第三人，其应当承担此种情形下的经营风险，如接受行政管理部门对建设工程施工中违法行为的处罚等，并就该风险的承担，可以另寻法律途径向合作另一方、承包人主张权利，但其以该风险的承担，主张其应作为案涉《建设工程施工合同》实际缔约人，缺乏法律依据，不予支持。

案例 66. 最高人民法院（2014）民申字第 2024 号“再审申请人（一审原告、二审上诉人）长春利普顿集团有限公司与被申请人（一审被告、二审被上诉人）九台市建筑工程有限公司、一审被告徐某建设工程施工合同纠纷案”



关于 A 集团公司是否享有合同解除权的问题。最高人民法院再审查认为，A 集团公司与 B 工程公司是否能依据双方签订的《建设工程施工合同》，成立建设工程施工合同，A 集团公司享有合同约定的发包人权利，除需考察合同载明的缔约人外，尚需对双方是否就所签合同形成真实意思合意作出认定。《中华人民共和国民法通则》第五十五条规定：民事法律行为应当具备下列条件：（一）行为人具有相应的民事行为能力；（二）意思表示真实；（三）不违反法律或者社会公共利益。《中华人民共和国合同法》第十三条规定：当事人订立合同，采取要约、承诺方式。第二十五条规定：承诺生效时合同成立。依照上述法律规定体现出的法理，从案涉《建设工程施工合同》形式上看，合同缔约主体为 A 集团公司（发包人）与 B 工程公司（承包人）。但本案查明事实表明，A 集团公司取得长春市太古广场项目的开发经营权，该公司与 C 房屋开发公司签订《合作开发项目协议书》，约定双方合作开发上述项目。合同签订生效之日起 A 集团公司将该项目开发经营权转移给 C 房屋开发公司，由 C 房屋开发公司独立经营开发，工程项目使用甲方（A 集团公司）名誉（义）办理开发手续及相关证件。案涉

《建设工程施工合同》签订，系履行合作开发合同的行为，C房屋开发公司以A集团公司名义与B工程公司签订案涉《建设工程施工合同》符合其与A集团公司签订的《合作开发项目协议书》的约定及相关行政规范要求。B工程公司对上述事实明知，并称与其签订《建设工程施工合同》的真正缔约人为C房屋开发公司，并非A集团公司。C房屋开发公司亦以B工程公司名义支付实际施工人徐某工程款，履行了上述施工合同。上述事实表明，A集团公司与B工程公司并未形成签订建设工程施工合同的真实合意，双方之间并未成立建设工程施工合同。二审判决结合上述事实，认定案涉施工合同系C房屋开发公司以A集团公司名义与B工程公司签订的，A集团公司并非该合同的缔约主体，不享有该合同解除权，认定事实及适用法律均无不妥。A集团在诉讼中，并未提供证据否定二审判决上述认定，其以案涉《建设工程施工合同》缔约人身份主张其发出的解除合同通知有效的再审理由不成立。

A集团公司允许C房屋开发公司用其名义签订的《建设工程施工合同》，产生对内及对外不同的法律效果。从对内效果看，A集团在B工程公司明知C房屋开发公司以A集团公司名义与其签订合同，并对C房屋开发公司为实际缔约人予以认可情形下，A集团公司无权主张与B工程公司之间成立建设工程施工合同关系；从对外关系看，A集团公司作为案涉合同形式上的发包人，不能以其并非实际缔约人为由对抗第三人，其应当承担此种情形下的经营风险，如接受行政管理部门对建设工程施工中违法行为的处罚等，并就该风险的承担，可以另寻法律途径向C房屋开发公司、B工程公司主张权利。但其以该风险的承担，主张其应作为案涉《建设工程施工合同》实际缔约人，缺乏法律依据，不予支持。

综上，本院认为，A集团公司再审申请理由不成立，裁定驳回A集团的再审申请。

67. 根据合同相对性原则，合作方对另一方欠付的工程款，不应承担连带责任。

案例67. 江西省高级人民法院（2014）赣民一终字第22号“上诉人（原审原告）江西省剑杰建设工程有限公司、上诉人（原审被告）江西友尔房地产开发有限公司与被上诉人（原审被告）石城县工业小区管理委员会建设工程施工合同纠纷案”



二审法院认为，A工程公司与B房地产公司订立的《施工合同》和《补充协议》系双方当事人的真实意思表示，且不违反法律、行政法规的强制性规定，合法有效。该合同的相对人分别为A工程公司和B房地产公司。关于C工业小区管委会是否应承担连带责任的问题。根据《合作协议》的约定，石城县人民政府将本案工程交B房地产公司进行一级开发，由B房地产公司投入资金进行征地、拆迁、报批、整理等工作，在完成基础设施建设后，交石城县人民政府进行土地出让。该约定表明，B房地产公司和石城县人民政府在本案工程中虽系合作关系，但本案工程的征地、平整等事项均由作为B房地产公司作为一级开发商承担，已将本案工程中的权利义务交付给了B房地产公司，B房地产公司据此与A工程公司订立合同，石城县人民政府亦非本案工程的合同相对人，根据合同相对性原则，石城县人民政府（C工业小区管委会）对B房地产公司在本案中欠付的工程款，不应承担连带责任，故原判驳回A工程公司要求C工业小区管委会承担连带责任的主张并无不当，应予维持。

68. 合作开发房地产出资方作为发包人与承包人签订《建设工程施工合同》，承包人要求出地合作方承担连带责任不予支持。

案例 68. 最高人民法院（2010）民提字第 210 号“威海市鲸园建筑有限公司与威海市福利企业服务公司、威海市盛发贸易有限公司拖欠建筑工程款纠纷案”



关于承包人鲸园公司要求合作开发出地方盛发公司承担连带责任问题。法院认为，鉴于旅游基地与泉盛公司在合作开发合同中明确约定泉盛公司出地，旅游基地出资，且本案所涉《建设工程施工合同》也是鲸园公司与旅游基地签订，另外，旅游基地与泉盛公司均因未年检被工商部门吊销营业执照，旅游基地的债权债务由福利公司承接，泉盛公司的债权债务由盛发公司承接，因此，鲸园公司要求盛发公司承担连带责任缺乏事实和法律依据，不予支持。

69. 双方签订特许经营合同，一方仅提供土地使用权和转让农贸市场特许经营权，无共同经营、共担风险条款的约定，其权利是在另一方经营一定年限后，涉案房屋归其所有，双方不构成合伙型联营，其不对另一方债务承担连带责任。

案例 69. 江苏省南京市中级人民法院（2014）宁民终字第 3099 号“上诉人南京汤泉温泉旅游开发有限公司与被上诉人江苏大才建设集团有限公司、南京银泉建设发展有限公司建设工程施工合同纠纷案”



2008 年 6 月 3 日，银泉公司与温泉公司签订特许经营协议 1 份，约定温泉公司转让汤泉农贸市场特许经营权，授权银泉公司设计、建设、运营、维护项目设施并通过经营本项目而获取收益的独家权利，并在特许经营期届满时，该地块范围内的全部

资产划归温泉公司；银泉公司拥有本协议授予的特许经营权；银泉公司在特许经营期（含建设期）内自行承担所有费用、责任和风险，负责项目设施的建设运行和维护，并于特许经营期满或终止时将项目设施完好、无偿移交给温泉公司，并保证正常运行；特许经营期限为49年（含建设期）。

2009年6月30日，大才公司与银泉公司签订合同1份，约定银泉公司将位于浦口区汤泉街道高华社区的浦口区汤泉街道农贸市场部分项目的土建、水电工程发包给大才公司施工。

大才公司于2014年1月8日提起诉讼，要求银泉公司、温泉公司支付工程款，并偿付利息。

一审法院认为，银泉公司未按合同约定支付工程款，系违约行为，应承担违约责任。温泉公司与银泉公司间达成特许经营合同的性质实际是双方联营建设农贸市场，温泉公司与银泉公司间关系可认定为合伙型联营。合伙型联营各方应当依照有关法律、法规的规定对联营债务负连带清偿责任。故对大才公司的工程款，温泉公司应与银泉公司相互负连带清偿责任。

温泉公司提起上诉称，上诉人与银泉公司之间不存在联营关系，不应当对银泉公司的债务承担连带责任。

二审争议焦点：温泉公司应否对银泉公司的债务承担连带责任？

二审裁判要点：银泉公司与大才公司签订的建设工程施工合同，合法有效。大才公司按约完成了涉案工程，该工程已竣工验收并交付，银泉公司应按照合同约定支付相应的工程款，银泉公司未按约定支付工程款，应承担违约责任。上诉人温泉公司主张其与银泉公司之间达成的特许经营合同，在性质上不构成双方联营，其不应对银泉公司欠付工程款承担连带责任。对此，法院认为，根据法律规定，合伙型联营是合伙经营的一种方式，合伙双方应是共同投资、共同经营、共担风险。本案中，从温泉公司与银泉公司签订的特许经营合同的内容来看，该合同中温泉公司仅提供土地使用权和农贸市场特许经营权的转让，没有双方共同经营、共担风险条款的约定，温泉公司的权利即是涉案房屋在大才公司经营49年后，涉案房屋归其所有，在合同的实际履行中，温泉公司也未参与实际经营，涉案的农贸市场经营好坏与温泉公司无关，双方之间合同的性质不构成合伙型联营，上诉人对银泉公司的债务，不应承担连带责任。原审法院对此认定错误，本院予以纠正。

70. 根据合同相对性原则，合同仅能对合同当事人产生约束力，房地产合作开发方不对工程款承担连带给付责任。

案例 70. 重庆市高级人民法院（2015）渝高法民终字第00463号“重庆隆康置业发展有限公司与重庆豪美实业（集团）有限公司等建设工程合同纠纷案”



关于博宏公司应否对案涉工程进度款及利息承担连带责任的问题。二审法院认为，博宏公司不应对案涉工程进度款及利息承担连带责任。理由如下：1.《中华人民共和国合同法》第八条规定：“依法成立的合同，对当事人具有法律拘束力。”本案中诉争法律关系是建设工程施工合同纠纷，承包人豪美公司以《建设工程施工合同》和《债务确认书》为依据主张工程进度款及利息，而《建设工程施工合同》和《债务确认书》均系发包人隆康公司与承包人豪美公司协商后签订的，根据合同相对性原则，前述两份合同仅能对合同当事人产生约束力，即对隆康公司与豪门公司发生法律效力，对博宇公司并无当然的约束力。2.博宏公司不存在取代施工合同的发包人隆康公司或因加入债的履行而与隆康公司成为共同发包人的事实。博宏公司与隆康公司签订《房地产开发合作协议书》，表明博宏公司与隆康公司之间存在合作开发房地产关系，该合作开发房地产关系属于博宏公司与隆康公司之间的内部关系，不能据此认定博宏公司与隆康公司为案涉工程的共同发包人。博宏公司开设收存售房款的资金账户及办理施工许可证的行为，是履行《房地产开发合作协议书》的行为，亦不能据此认定博宏公司参与了施工合同的履行，成为案涉工程的发包人。3.豪美公司主张博宏公司对案涉工程进度款承担连带责任，缺乏法律依据。博宏公司虽以取得诉争建设项目的部分房屋作为受益方式，但这是基于《房地产开发合作协议书》产生的，是博宏公司以土地使用权作为出资而获得的回报，属对价有偿的商业行为，并非无端受益。故，一审判决博宏公司对案涉工程进度款及利息承担连带责任不当，本院依法予以纠正。

裁判依据或参考

司法解释及其他

《最高人民法院关于审理涉及国有土地使用权合同纠纷案件适用法律问题的解释》
(2005年8月1日 法释〔2005〕5号)

三、合作开发房地产合同纠纷

第十四条 本解释所称的合作开发房地产合同，是指当事人订立的以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为基本内容的协议。

第十五条 合作开发房地产合同的当事人一方具备房地产开发经营资质的，应当认定合同有效。

当事人双方均不具备房地产开发经营资质的，应当认定合同无效。但起诉前当事人一方已经取得房地产开发经营资质或者已依法合作成立具有房地产开发经营资质的房地产开发企业的，应当认定合同有效。

第十六条 土地使用权人未经有批准权的人民政府批准，以划拨土地使用权作为投资与他人订立合同合作开发房地产的，应当认定合同无效。但起诉前已经办理批准手续的，应当认定合同有效。

第十七条 投资数额超出合作开发房地产合同的约定，对增加的投资数额的承担比例，当事人协商不成的，按照当事人的过错确定；因不可归责于当事人的事由或者当事人的过错无法确定的，按照约定的投资比例确定；没有约定投资比例的，按照约定的利润分配比例确定。

第十八条 房屋实际建筑面积少于合作开发房地产合同的约定，对房屋实际建筑面积的分配比例，当事人协商不成的，按照当事人的过错确定；因不可归责于当事人的事由或者当事人过错无法确定的，按照约定的利润分配比例确定。

第十九条 在下列情形下，合作开发房地产合同的当事人请求分配房地产项目利益的，不予受理；已经受理的，驳回起诉：

- (一) 依法需经批准的房地产建设项目未经有批准权的人民政府主管部门批准；
- (二) 房地产建设项目未取得建设工程规划许可证；
- (三) 擅自变更建设工程规划。

因当事人隐瞒建设工程规划变更的事实所造成的损失，由当事人按照过错承担。

第二十条 房屋实际建筑面积超出规划建筑面积，经有批准权的人民政府主管部门批准后，当事人对超出部分的房屋分配比例协商不成的，按照约定的利润分配比例确定。对增加的投资数额的承担比例，当事人协商不成的，按照约定的投资比例确定；没有约定投资比例的，按照约定的利润分配比例确定。

第二十一条 当事人违反规划开发建设的房屋，被有批准权的人民政府主管部门认定为违法建筑责令拆除，当事人对损失承担协商不成的，按照当事人过错确定责任；过错无法确定的，按照约定的投资比例确定责任；没有约定投资比例的，按照约定的利润分配比例确定责任。

第二十二条 合作开发房地产合同约定仅以投资数额确定利润分配比例，当事人未足额交纳出资的，按照当事人的实际投资比例分配利润。

第二十三条 合作开发房地产合同的当事人要求将房屋预售款充抵投资参与利润分配的，不予支持。

第二十四条 合作开发房地产合同约定提供土地使用权的当事人不承担经营风险，只收取固定利益的，应当认定为土地使用权转让合同。

第二十五条 合作开发房地产合同约定提供资金的当事人不承担经营风险，只分配固定数量房屋的，应当认定为房屋买卖合同。

第二十六条 合作开发房地产合同约定提供资金的当事人不承担经营风险，只收取固定数额货币的，应当认定为借款合同。

第二十七条 合作开发房地产合同约定提供资金的当事人不承担经营风险，只以租赁或者其他形式使用房屋的，应当认定为房屋租赁合同。

《最高人民法院关于审理联营合同纠纷案件若干问题的解答》(1990年11月12日)

九、关于联营各方对联营债务的承担问题

(一) 联营各方对联营债务的责任应依联营的不同形式区别对待：

1. 联营体是企业法人的，以联营体的全部财产对外承担民事责任。联营各方对联营体的责任则以各自认缴的出资额为限。对抽逃认缴资金以逃避债务的，人民法院除应责令抽逃者如数缴回外，还可对责任人员处以罚款。

2. 联营体是合伙经营组织的，可先以联营体的财产清偿联营债务。联营体的财产

不足以抵债的，由联营各方按照联营合同约定的债务承担比例，以各自所有或经营管理的财产承担民事责任；合同未约定债务承担比例，联营各方又协商不成的，按照出资比例或盈余分配比例确认联营各方应承担的责任。

合伙型联营各方应当依照有关法律、法规的规定或者合同的约定对联营债务负连带清偿责任。

3. 联营是协作型的，联营各方按照合同的约定，分别以各自所有或经营管理的财产承担民事责任。

《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）》

第十六条〔合作开发房地产合同各方对工程款债务清偿责任的承担〕

第一种意见：

合作开发房地产合同一方作为发包人与承包人订立建设工程施工合同，承包人请求合作开发房地产合同的其他合作方对建设工程施工合同债务承担连带责任的，人民法院应予支持。

第二种意见：

合作开发房地产合同一方作为发包人与承包人订立建设工程施工合同，承包人请求合作开发房地产合同的其他合作方对建设工程施工合同债务承担连带责任的，人民法院不予支持。

冯小光《回顾与展望——写在〈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〉颁布实施三周年之际》[《民事审判指导与参与》2008年第1集（总第33集）P80]

（五）合作开发房地产合同各方对发包人欠付工程价款不承担连带责任。

合作开发房地产合同中的合作一方按照合同约定负责开发项目建设的合同义务，由其作为发包人与施工企业签订施工合同，在发包人无力偿还工程欠款时，其他合作方对其偿还工程欠款原则上不承担连带责任。

《最高人民法院关于审理涉及国有土地使用权合同纠纷案件适用法律问题的解释》第十四条规定：本解释所称的合作开发房地产合同，是指当事人订立的以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为基本内容的

协议。合作开发合同各方是按照合同约定各自承担权利义务。“共同投资，共享利润、共担风险”是指合作各方内部关系，而不是指对外关系。《中华人民共和国民法通则》第五十二条规定：企业之间或者企业、事业单位之间联营，共同经营、不具备法人条件的，由联营各方按照出资比例或者协议的约定，以各自所有的或者经营管理的财产承担民事责任。依照法律的规定或者协议的约定负连带责任的，承担连带责任。第五十三条规定：企业之间或者企业、事业单位之间联营，按照合同的约定各自独立经营的，它的权利和义务由合同约定，各自承担民事责任。参照上述两条规定，合作开发房地产合同各方没有成立合作开发房地产的项目公司或成立不具备法人条件的其他组织，应属“独立经营”，应按照约定各自独立承担民事责任。退一步说，即使合作各方订立的合作开发合同属于《中华人民共和国民法通则》第五十二条规定的情形，联营各方也应当按照法律规定或者协议约定承担连带责任。在法律没有规定，合同也没有约定的情况下，合作各方不应当对作为建设工程发包人偿还工程欠款承担连带责任。合作开发房地产合同，既不属于个人合伙，也不是合伙企业，不适用《中华人民共和国民法通则》或《中华人民共和国合伙企业法》有关个人合伙和普通合伙人承担连带责任的规定。

具体讲，根据债权合同相对性原理，除发包人以外的合作各方对发包人偿还工程欠款不承担连带责任。案件讼争的法律关系是施工合同纠纷，而不是合作开发房地产合同纠纷。施工合同只对合同当事人产生约束力，对合同当事人以外的人不发生法律效力。其次，从法理上讲，债权属于相对权，相对性是债权的基础。债是特定当事人之间的法律关系，债权人和债务人都是特定的。债权人只能向特定的债务人请求给付，债务人只能对特定的债权人负有给付义务。即使因第三人的行为致使债权不能实现，债权人也不能依据债权的效力向第三人请求排除妨害，债权在性质上属于对人权。第三，《中华人民共和国民法通则》第八十四条第一款规定：债是按照合同的约定或者依照法律的规定，在当事人之间产生的特定的权利和义务关系。第二款规定：债权人有权要求债务人按照合同的约定或者依照法律的规定履行义务。“特定的”含义就是讲只有合同当事人才受合同权利义务内容的约束。债权人要求债务人履行义务的基础是合同约定或法律规定。据此，在发包人无力偿还工程欠款时，其他合作方对其偿还工程欠款原则上不承担连带责任。此外，人民法院还应当审查除发包人以外的合作各方是否存在取代原发包人或因加入债的履行而与施工合同发包人成为共同发包人的事实。如存在，应当认定实际参与施工合同履行的合作开发合同的合作方与施工合同的发包

人成为共同发包人，应当对欠付工程价款承担连带责任。全面实际参与了施工合同实际履行行为表现为：与发包人一起共同选定施工队伍、参与施工管理、支付工程款、在经济签证上签署意见、参与工程验收或者工程结算等等。

《最高人民法院 2015 年全国民事审判工作会议纪要》

26. 对于个人或者企业与房地产开发企业签订的名为房地产合资合作开发合同、实为借用房地产开发企业资质的合同，以及当事人之间签订名为股权转让、实为转让国有土地使用权的合同，人民法院应在确认此类合同并不侵害社会公共利益的情况，原则上确认该类合同对当事人具有法律约束力。

地方司法性文件及其他

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若干疑难问题的解答》
(2012 年 8 月 6 日 京高法发〔2012〕245 号)

39. 合作开发房地产项目中，承包人主张欠付工程款的，如何处理？

两个以上的法人、其他组织或个人合作开发房地产项目，其中合作一方以自己名义与承包人签订建设工程施工合同，承包人要求其他合作方对欠付工程款承担连带责任的，应予支持。

承包人仅以建设工程施工合同发包人为被告追索工程款的，应依承包人的起诉确定被告。

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意见》
(2008 年 12 月 17 日 苏高法审委〔2008〕26 号)

第二十四条 合作开发房地产合同中的一方当事人作为发包人与承包人签订建设工程施工合同，承包人要求合作各方当事人对欠付的工程款承担连带责任的，人民法院应予支持。

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指导意见》
(2011 年 7 月 26 日 粤高法发〔2011〕37 号)

十二、合作开发房地产合同一方当事人作为发包人与承包人签订建设工程施工合同，承包人请求合作开发房地产合同的其他当事人对施工合同债务承担连带责任的，

应予支持。

当事人签订名为合作开发房地产实为土地使用权转让等其他性质的合同，一方当事人与承包人签订建设工程施工合同，承包人请求其他当事人对施工合同债务承担连带责任的，不予支持，但承包人有理由相信当事人之间为合作开发房地产合同关系的除外。其他当事人承担责任后，有权向发包人追偿。

十三、合作开发房地产合同当事人设立具有法人资格的项目公司，项目公司与承包人签订建设工程施工合同，承包人要求合作开发房地产合同各方当事人对施工合同债务承担连带责任的，不予支持。但公司股东存在滥用公司法人独立地位和股东有限责任、虚假出资、抽逃出资等情形的，依照《中华人民共和国公司法》等有关法律、行政法规的规定处理。

广东省高级人民法院《全省民事审判工作会议纪要》(2012年6月26日 粤高法〔2012〕240号)

(六) 关于合作开发房地产合同的性质认定问题

13. 审判实践中对名为合作开发房地产实为其他性质的合同进行转性认定时，应当注意不拘泥于合同具有明确的“不承担经营风险”的约定，而应以当事人双方权利义务内容的实质作为认定的依据。如根据合同约定，提供土地一方仅分得固定数量或固定比例房屋，且在房屋无法建成的情况下，相对方仍然需要支付与约定分得房屋相对应的价款或赔偿金的，则应认定为建设用地使用权转让合同。

14. 当事人签订名为合作开发房地产实为建设用地使用权转让等其他性质的合同，第三人理由相信当事人之间为合作开发房地产合同关系的，转让人应对受让人因该房地产项目产生的对外债务承担连带责任。

安徽省宣城市中级人民法院《关于审理建设工程施工合同纠纷案件若干问题的指导意见(试行)》(宣中法〔2013〕19号)

建设工程施工合同纠纷的诉讼主体

第四条 合作开发房地产合同的一方当事人作为发包人与承包人签订建设工程施工合同，发包人与承包人因建设工程质量或工程款发生纠纷，对合作建设工程享有共同权益的其他合作建设方应为共同原告或被告。

江苏省徐州市中级人民法院《进一步规范关于审理建设工程施工合同纠纷案件的若干问题》

〔合资合作开发，责任谁来承担？〕

合资、合作开发房地产合同一方当事人作为发包人与承包人签订建设工程施工合同，承包人请求合资、合作开发房地产合同的其他当事人对建设工程施工合同债务承担连带责任的，应予支持。

名为合资、合作开发房地产合同实为土地使用权转让合同的一方当事人作为发包人与承包人签订建设工程施工合同，承包人请求土地使用权转让合同的其他当事人对建设工程施工合同债务承担连带责任的，不予支持。

广东省深圳市中级人民法院《关于建设工程合同若干问题的指导意见》(2010年3月9日审判委员会第6次会议修订)

3. 两个以上的法人、其他经济组织或个人合作建设工程，并对合作建设工程享有共同权益的，其中合作一方因与工程的承包人签订建设工程合同而发生纠纷的、其他合作建设方应与签订建设工程合同的合作方共同对建设工程合同的履行承担连带责任。

第9节 人格混同的认定标准

——混同来避债，责任连带担？（人格混同）

类型一、构成法人人格混同的情形

71. 公司在组织机构、财务及业务方面均存在混同现象，人格特征高度一致，两公司存在法人人格混同，在关联公司利用人格混同逃避债务时，为维护债权人的正当利益，由关联公司对债务承担连带清偿责任。

案例 71. 河北省高级人民法院（2014）冀民一终字第208号“中铁二十二局集团第四工程有限公司与揭阳市凤建路桥有限公司、广州市奎业建材有限公司建设工程施工合同纠纷案”



二审法院认为，公司作为法人，其运行基础是人的组合，不同公司间一旦组织机构混同，极易导致公司财务、利益整体性混同，公司的独立性将不复存在。本案A路桥公司与B建材公司在履行施工合同期间，法定代表人同为郑某，郑某同时在两公司各拥有90%股份，且两公司同时任用黄某为该工程财务人员，两公司的工作人员存在重叠，因此可以认定两公司间组织机构混同。另，B建材公司以自己的名义对外发包A路桥公司承包的本案工程，其行为也已表明两公司的实际经营内容一致，实际业务混同。B建材公司以自己的名义在工程公司支取工程款，A路桥公司对其支取款项予以确认，且两公司在该工程中均由财务人员黄某对外办理业务，两公司亦存在财务混同的情形。总之，两公司在组织机构、财务及业务方面均存在混同现象，人格特征高度一致，两公司存在法人人格混同。对于吴潮斌诉A路桥公司柴油买卖纠纷一案，揭东县

人民法院认定了该柴油用于此工程施工。该判决生效后，揭东县人民法院在给工程公司下发的执行通知书中载明，未发现 A 路桥公司有可供执行的财产。故在关联公司利用人格混同逃避债务时，为维护债权人的正当利益，应参照公司法第二十条第三款的规定，由关联公司对债务承担连带清偿责任。原审以在该工程中 A 路桥公司与 B 建材公司存在组织机构、财务及业务混同的情况下，判决两公司对工程公司承担连带清偿责任并无不当。判决驳回上诉，维持原判。

72. 两公司系关联公司，财产混同、业务混同、对外开展业务时信息混同，应对承包人承担连带清偿责任。

案例 72. 贵州省高级人民法院（2016）黔民终 168 号“上诉人（原审原告）张泽华与上诉人（原审被告）江西红海建设工程有限公司、被上诉人（原审第三人）江西红海房地产开发（集团）有限公司建设工程施工合同纠纷案”



关于红海房开公司应对张泽华承担连带责任问题。二审法院认为，公司人格独立是其作为法人独立承担责任的前提。《中华人民共和国公司法》第三条第一款规定：“公司是企业法人，有独立的法人财产，享有法人财产权。公司以其全部财产对公司的债务承担责任。”公司的独立财产是公司独立承担责任的物质保证，公司的独立人格也突出地表现在财产的独立上。当关联公司的财产无法区分，丧失独立人格时，就丧失了独立承担责任的基础。

本案中，红海建设公司与红海房开公司虽在工商登记部门登记为彼此独立的企业法人，但实际上相互之间界线模糊、人格混同，主要体现为以下几个方面：（1）两公司系关联公司。两公司法定代表人均为阮火海，且从两公司股东出资情况来看，阮火海对红海房开公司具有 97.33%，系公司控股股东。红海房开公司又在红海建设公司占股 51%，系该公司控股股东，阮火海实际上直接或间接控制着两公司，两公司具有关联关系。（2）财产混同。相互独立的两个法人企业间开展经济往来，应以市场规律为导向，本案系建设工程施工合同纠纷，工程款系发包人主要支出之一，红海房开公司在尚欠付大额工程款的情况下，将项目开发权转让给红海建设公司，由红海建设公司

无条件承担大额债务，违反市场经济规律，亦违反法人财产独立的制度，可见两公司存在财产混同的事实。（3）业务混同。两个公司实际经营中均进行房地产开发，对外签订合同时对各名称表述不清，甚至在多份合同中出现“红海（集团）有限公司”这一指称不明的名称，对外开展业务时信息混同。

基于以上人格混同的事实，红海房开公司通过无偿方式直接将项目开发主体变更为红海建设公司，严重损害债权人利益。其行为违背了法人制度设立的宗旨，违背了诚实信用原则，其行为本质和危害结果与《中华人民共和国公司法》第二十条第三款规定的情形相当，故参照《中华人民共和国公司法》第二十条第三款“公司股东滥用公司法人独立地位和股东有限责任，逃避债务，严重损害公司债权人利益的，应当对公司债务承担连带责任。”的规定，红海房开公司对红海建设公司的债务应当承担连带清偿责任。

73. 两公司虽在工商登记部门登记为彼此独立的企业法人，但实际上相互之间界限模糊，业务混同、财务混同，构成人格混同，两公司应对承包人承担连带清偿责任。

案例 73. 陕西省高级人民法院（2015）陕民一终字第00018号“陕西自由空间装饰工程有限公司与西安未央湖建设发展有限公司、西安未央湖开发（集团）有限公司装饰装修合同纠纷案”



关于集团公司与建设公司是否存在人格混同，集团公司应否对建设公司的债务承担连带清偿责任的问题。二审法院认为，1. 集团公司与建设公司人员混同。杨保证既是集团公司的监事又是建设公司的法定代表人，王胜利既是集团公司的董事、经理又是建设公司的法定代表人。汤长记既是集团公司的监事同时又是建设公司的法定代表人。程有国既是集团公司的股东兼财务主管又是建设公司的财务主管，赵萍既是集团公司的出纳又是建设公司的出纳。2. 二个公司业务混同。集团公司以颐温泉筹建处等名称筹划、参与涉案工程管理，建设公司以工程项目部名义管理涉案工程，但指向均为同一工程。从项目的设计、图纸的审批及工程安排、进度、具体施工、监理、验收

分工、环境卫生管理等方面，二个公司人员均参与且主要事项由集团公司决定。3. 二个公司财务混同。涉案项目的设计费及工程款的审计费均由集团公司支付，集团公司借款用涉案项目进行担保，对于建设公司欠装饰公司的工程款集团公司给出先付部分款项，随后全部解决的方案。4. 在办公场所方面，建设公司先后租用集团公司办公室，两公司在同一楼里办公，对外表现出高度的相似性和混同性。因此，集团公司与建设公司之间表征人格的因素高度混同，导致各自财产无法区分，已丧失独立人格，构成公司人格混同。公司人格独立是其作为法人独立承担责任的前提。《中华人民共和国公司法》第三条第一款规定：“公司是企业法人，有独立的法人财产，享有法人财产权。公司以其全部财产对公司的债务承担责任。”公司的独立财产是公司独立承担责任的物质保证，公司的独立人格也突出地表现在财产的独立上。当关联公司的财产无法区分，丧失独立人格时，就丧失了独立承担责任的基础。《中华人民共和国公司法》第二十条第三款规定：“公司股东滥用公司法人独立地位和股东有限责任，逃避债务，严重损害公司债权人利益的，应当对公司债务承担连带责任。”集团公司与建设公司虽在工商登记部门登记为彼此独立的企业法人，但实际上相互之间界限模糊、人格混同。建设公司虽为合同的相对方但却无力清偿债务，集团公司如不清偿债务将严重损害债权人利益，故集团公司应当对建设公司的债务承担连带清偿责任。

74. 关联公司利用人格混同逃避债务时，为维护债权人的正当利益，应参照公司法第二十条第三款的规定，由关联公司对债务承担连带清偿责任。

案例 74. 河北省高级人民法院（2014）冀民一终字第 208 号“中铁二十二局集团第四工程有限公司与揭阳市凤建路桥有限公司、广州市奎业建材有限公司建设工程施工合同纠纷案”



关于凤建公司与奎业公司是否存在法人人格混同。二审法院认为，公司作为法人，其运行基础是人的组合，不同公司间一旦组织机构混同，极易导致公司财务、利益整体性混同，公司的独立性将不复存在。本案凤建公司与奎业公司在履行施工合同期间，法定代表人同为郑雄彪，郑雄彪同时在两公司各拥有 90% 股份，且两公司同时任用黄

丽敏为该工程财务人员，两公司的工作人员存在重叠，因此可以认定两公司间组织机构混同。另，奎业公司以自己的名义对外发包凤建公司承包的本案工程，其行为也已表明两公司的实际经营内容一致，实际业务混同。奎业公司以自己的名义在二十二局四公司支取工程款，凤建公司对其支取款项予以确认，且两公司在该工程中均由财务人员黄丽敏对外办理业务，两公司亦存在财务混同的情形。总之，两公司在组织机构、财务及业务方面均存在混同现象，人格特征高度一致，两公司存在法人人格混同。对于吴潮斌诉凤建公司柴油买卖纠纷一案，揭东县人民法院认定了该柴油用于此工程施工。该判决生效后，揭东县人民法院在给二十二局四公司下发的执行通知书中载明，未发现凤建公司有可供执行的财产。故在关联公司利用人格混同逃避债务时，为维护债权人的正当利益，应参照公司法第二十条第三款的规定，由关联公司对债务承担连带清偿责任。原审以在该工程中凤建公司与奎业公司存在组织机构、财务及业务混同的情况下，判决两公司对二十二局四公司承担连带清偿责任并无不当。

75. 关联企业构成人格混同，不应当承担共同责任，而应该承担连带责任。

案例 75. 资中县人民法院（2014）资中民初字第 2050 号“四川省乐山天彩钢结构有限责任公司诉四川省资中县东方红水泥有限责任公司、四川资中西南水泥有限公司、西南水泥有限公司建设工程施工合同纠纷案”



法院认为，被告资中西南公司、西南水泥公司在本案中不应当承担共同责任，而应该承担连带责任。经查，本案以承担部分债务的形式转让资产后，东方红公司、资中西南公司、西南水泥公司之间还在履行相关协议，三公司之间还存在资产联系和法律关系，已形成关联企业，同时，三公司高级管理人员在一段时间内存在交叉兼职关系；东方红公司与资中西南公司的住所地和经营场所相同；西南水泥公司、资中西南公司要求东方红公司将其共管账户内的资产转让款专门用于偿还指定的债务，并规定该账户需要双方的共同行为才可启动，使得东方红公司不能独立的管理和支配其财产；资中西南公司的主要经营业务、内部机构设置、人事和财务的管理等均受西南水泥公司支配，无法自主决策；资中西南公司与东方红公司存在人格混同，西南水泥公司又

在人事、财务、业务上严格控制资中西南公司，使其没有独立法人人格；资中西南公司的全国工业产品许可证是通过东方红公司更名换证的方式取得的情形均表明三公司人格持续发生混同。三公司无视各公司的独立人格，随意处置、混淆各公司的财务及债权债务关系，东方红公司无法偿还到期债务，损害了债权人的合法权益，其行为违背了法人制度设立的宗旨，也违反了诚实信用和公平原则，资中西南公司和西南水泥公司应当对本案中东方红公司的债务承担连带责任。被告资中西南公司、西南水泥公司关于三被告之间不存在人格混同的事实，要求驳回原告乐山天彩公司对资中西南公司、西南水泥公司诉求的辩称，与事实不符，本院不予采信。

76. 在债权人提交初步证据证实关联公司涉嫌法人人格混同，股东滥用公司法人独立地位的前提下，关联公司应当举证证明其不存在滥用的事实，否则，应当承担举证不能的不利后果。

案例 76. 深圳市宝安区人民法院（2015）深宝法民三初字第 711 号“深圳市特艺达装饰设计工程有限公司与深圳市新澜餐饮管理有限公司、深圳市宝澜投资有限公司等建设工程施工合同纠纷案”



关于三被告是否涉嫌人格混同，应否承担连带责任。法院认为，经审查，三被告为关联企业，其主要成员（董事、监事、董事长等）均存在不同程度的混同。另从原告提交的证据看，被告深圳市牛栏前股份合作公司曾作为招标人发布招标文件，完成招标后，由被告深圳市新澜餐饮管理有限公司签署施工合同，竣工结算时，又由被告深圳市牛栏前股份合作公司替被告深圳市新澜餐饮管理有限公司支付工程款；从被告深圳市牛栏前股份合作公司和被告深圳市宝澜投资有限公司先后与案外人庆盈公司签订的项目转让协议看，该项目转让款的收款人混淆不清，且在被告深圳市牛栏前股份合作公司签订的转让协议中，直接约定将被告深圳市新澜餐饮管理有限公司一并转让给案外人庆盈公司。三被告的上述行为表明了三被告在经营期间，存在人员、财产、经营的混同，应当认定为法人人格混同。被告深圳市牛栏前股份合作公司为被告深圳市宝澜投资有限公司的唯一股东，而深圳市宝澜投资有限公司又为被告深圳市新澜餐

饮管理有限公司的股东，且被告深圳市牛栏前股份合作公司作为独立的企业法人，完全控制了被告深圳市宝澜投资有限公司和被告深圳市新澜餐饮管理有限公司的决策权，被告深圳市牛栏前股份合作公司为被告深圳市宝澜投资有限公司的唯一股东，而深圳市宝澜投资有限公司又为被告深圳市新澜餐饮管理有限公司的股东涉嫌构成公司股东滥用公司法人独立地位。在原告提交初步证据证实三被告涉嫌法人人格混同，股东滥用公司法人独立地位的前提下，三被告应当举证证明其不存在滥用的事实。从三被告提交的证据看，并不能证实被告深圳市牛栏前股份合作公司和深圳市宝澜投资有限公司不存在滥用法人独立地位的事实，且被告深圳市新澜餐饮管理有限公司的注册资本仅为100万元，三被告亦未能提交证据证实被告深圳市新澜餐饮管理有限公司具备独立承担债务的能力，应当承担举证不能的不利后果。鉴于被告深圳市新澜餐饮管理有限公司履行债务能力有限，被告深圳市宝澜投资有限公司、深圳市牛栏前股份合作公司滥用法人独立人格和股东有限责任的行为可能导致原告债权难以得到保障。依据《中华人民共和国公司法》的规定，公司股东滥用公司法人独立地位和股东有限责任，逃避债务，严重损害公司债权人利益的，应当对公司债务承担连带责任。故三被告应当承担连带责任。

77. 发包人通过无偿方式直接将项目开发主体变更为其关联公司，严重损害债权人利益，其应对关联公司债务承担连带清偿责任。

案例77. 贵州省高级人民法院（2016）黔民终168号“上诉人（原审原告）张泽华与上诉人（原审被告）江西红海建设工程有限公司、被上诉人（原审第三人）江西红海房地产开发（集团）有限公司建设工程施工合同纠纷案”



关于红海房开公司应对张泽华承担连带责任问题。二审法院认为，公司人格独立是其作为法人独立承担责任的前提。《中华人民共和国公司法》第三条第一款规定：“公司是企业法人，有独立的法人财产，享有法人财产权。公司以其全部财产对公司的债务承担责任。”公司的独立财产是公司独立承担责任的物质保证，公司的独立人格也突出地表现在财产的独立上。当关联公司的财产无法区分，丧失独立人格时，就丧失了独立承担责任的基础。

本案中，红海建设公司与红海房开公司虽在工商登记部门登记为彼此独立的企业法人，但实际上相互之间界线模糊、人格混同，主要体现为以下几个方面：（1）两公司系关联公司。两公司法定代表人均为阮火海，且从两公司股东出资情况来看，阮火海对红海房开公司具有 97.33%，系公司控股股东。红海房开公司又在红海建设公司占股 51%，系该公司控股股东，阮火海实际上直接或间接控制着两公司，两公司具有关联关系。（2）财产混同。相互独立的两个法人企业间开展经济往来，应以市场规律为导向，本案系建设工程施工合同纠纷，工程款系发包人主要支出之一，红海房开公司在尚欠付大额工程款的情况下，将项目开发权转让给红海建设公司，由红海建设公司无条件承担大额债务，违反市场经济规律，亦违反法人财产独立的制度，可见两公司存在财产混同的事实。（3）业务混同。两个公司实际经营中均进行房地产开发，对外签订合同时对各自名称表述不清，甚至在多份合同中出现“红海（集团）有限公司”这一指称不明的名称，对外开展业务时信息混同。

基于以上人格混同的事实，红海房开公司通过无偿方式直接将项目开发主体变更为红海建设公司，严重损害债权人利益。其行为违背了法人制度设立的宗旨，违背了诚实信用原则，其行为本质和危害结果与《中华人民共和国公司法》第二十条第三款规定的情形相当，故参照《中华人民共和国公司法》第二十条第三款“公司股东滥用公司法人独立地位和股东有限责任，逃避债务，严重损害公司债权人利益的，应当对公司债务承担连带责任。”的规定，红海房开公司对红海建设公司的债务应当承担连带清偿责任。

类型二、不构成法人人格混同的情形

78. 企业法人具备独立对外承担权责能力，依据合同相对性原则，事业单位法人作为企业法人的筹办单位不应对其债务承担连带责任。

案例 78. 青海省高级人民法院（2014）青民一终字第 45 号“上诉人（原审原告）西宁南陵开发经营有限公司与上诉人（原审被告）西宁市烈士陵园综合服务中心、原审第三人西宁市烈士陵园合同纠纷案”



1999年5月3日,南陵公司与烈士陵园服务中心签订《南陵公墓开发协议》,后在履行协议过程中发生纠纷,南陵公司将烈士陵园服务中心诉至法院,并列B市烈士陵园为第三人。

关于B市烈士陵园是否应对烈士陵园服务中心所欠债务承担连带给付责任的问题,一审法院认为,烈士陵园服务中心系依法经主管机关核准登记取得独立法人资格的企业,依法独立享有民事权利和承担民事义务,对外独立承担民事责任的组织。《南陵公墓开发协议》系两个具有独立法人资格的公司企业合作开发,双方的权利义务均应有合同当事人享有、承担。烈士陵园服务中心的法定代表人由烈士陵园任命及财务收支由烈士陵园的负责人审批等行为,均系烈士陵园服务中心内部的行政事务。烈士陵园服务中心虽由B市烈士陵园筹办,但不能因此否定烈士陵园服务中心具有对外独立承担民事责任的资格。因此A开发经营有限公司要求B市烈士陵园对烈士陵园服务中心的债务承担连带责任于法无据,予以驳回。

一审判决后,A开发经营有限公司向本院提出上诉称,一审判决认定B市烈士陵园不承担连带责任错误。一审法院已认定烈士陵园服务中心的法定代表人是由B市烈士陵园任命以及财务收支由其负责人审批的同时,明确烈士陵园服务中心是由B市烈士陵园筹办,故烈士陵园服务中心与B市烈士陵园在人事、财务、业务等方面存在混同的事实,实际上已构成了人格混同,此行为违背了法人制度设立的宗旨,违反了诚实信用和公平原则,损害了债权人利益,烈士陵园服务中心现已处于吊销状态即为逃避债务,B市烈士陵园应对烈士陵园服务中心的债务承担连带责任是合法有据的。

B市烈士陵园认为,承担连带责任应当明确协议主体,符合合同相对性原则,B市烈士陵园不是协议主体,连带责任构成的重点是共同侵权或违约。同时,B市烈士陵园是事业单位,烈士陵园服务中心是企业,二者无法混同,不能构成承担连带责任的法律、事实依据。

二审争议焦点:B市烈士陵园是否应对烈士陵园服务中心所欠债务承担连带给付责任?

二审裁判要点:B市烈士陵园系事业单位法人,履行相应的陵园建设、维护、管理等职能。烈士陵园服务中心系企业法人,对外独立承担相应权责。烈士陵园服务中心由B市烈士陵园筹办、法定代表人由B市烈士陵园任命及财务收支由B市烈士陵园的负责人审批等事实,系B市烈士陵园履行其陵园建设、维护、管理等职能。B市烈士陵园与烈士陵园服务中心的民事主体性质,亦不符合构成人格混同的法律要素。依

据合同相对性原则及连带责任的法定属性，A 开发经营有限公司主张 B 市烈士陵园承担连带责任的上诉请求，于法无据，不予支持。一审法院此节认定事实清楚、适用法律正确，应予维持。

79. 承包人没有提供充分证据证实两公司在股东、公司财务、公司管理人员等方面存在混同，主张应承担连带责任，没有事实与法律依据。

案例 79. 山东省高级人民法院（2014）鲁民一终字第 492 号“福建省惠建发建设工程有限公司与济南信豪房地产开发有限公司、山东信豪置业有限公司建设工程施工合同纠纷案”



关于济南信豪房地产开发有限公司是否应对山东信豪置业有限公司的涉案债务承担连带责任问题。一审法院认为，济南信豪房地产开发有限公司系山东信豪置业有限公司于 2011 年 4 月 14 投资成立并依法登记的独资子公司。山东信豪置业有限公司与济南信豪房地产开发有限公司均系独立企业法人，依法应对各自的债权债务独立承担民事责任。济南信豪房地产开发有限公司通过招拍挂获得涉案建设用地的使用权并于 2011 年 7 月 29 日与济南市国土资源局签订《国有建设用地使用权出让合同》，涉案土地使用权人为济南信豪房地产开发有限公司。福建省惠建发建设工程有限公司主张山东信豪置业有限公司与济南信豪房地产开发有限公司存在人格混同，济南信豪房地产开发有限公司应对山东信豪置业有限公司的涉案债务承担连带责任，因其对自己的该项主张未能提供相应的证据予以证实，故对福建省惠建发建设工程有限公司的该项请求，原审不予支持。

二审法院认为，虽然被上诉人济南信豪房地产开发有限公司系被上诉人山东信豪置业有限公司于 2011 年 4 月 14 日成立的全资子公司，但是，被上诉人山东信豪置业有限公司于 2011 年 8 月 26 日将其持有的被上诉人济南信豪房地产开发有限公司 99% 的股权转让给中融国际信托有限公司（中融国际信托有限公司于 2013 年 2 月 4 日将其持有的被上诉人济南信豪房地产开发有限公司的股权转让给济南泰跃房地产开发有限公司）并变更工商登记，2012 年 11 月 26 日，被上诉人济南信豪房地产开发有限公司

的法定代表人变更为刘黎明，故被上诉人山东信豪置业有限公司与被上诉人济南信豪房地产开发有限公司均为独立企业法人，且工商登记资料显示，两公司的股东完全不相同。虽然被上诉人山东信豪置业有限公司参与涉案土地的前期安置补偿，也参与了涉案土地的招拍挂，但是其在涉案土地出让过程中仅缴纳了 3000 万元竞买保证金，被上诉人济南信豪房地产开发有限公司在其股东中融国际信托有限公司取得 99% 的股权后向济南市国土资源局交纳土地出让款 6948 万元及涉案土地交易税 298.44 万元。因此，两被上诉人的公司财务并不存在混同的情况。上诉人没有提供充分证据证实两被上诉人在股东、公司财务、公司管理人员等方面存在混同，因此，基于上述事实不能认定两被上诉人存有法人人格混同，上诉人主张两被上诉人应承担连带责任，没有事实与法律依据，本院不予支持。

80. 两公司虽法定代表人相同、注册地址相同，在涉案建设工程施工合同履行过程中两公司相关人员也共同对涉案工程进行了管理，但以上事实，尚不足以证实两公司之间法人人格特征高度一致，在组织机构、公司财产和经营业务方面存在高度混同。

案例 80. 淄博市中级人民法院（2016）鲁 03 民终 150 号
“淄博冠文建工实业有限公司与山东济海医疗科技股份有限公司、山东东大化学工业（集团）公司橡胶厂建设工程施工合同纠纷案”



关于原告主张被告东大橡胶厂与被告济海科技公司系公司人格混同关系，要求被告东大橡胶厂对被告济海科技公司以上债务承担连带清偿责任的问题。一审法院认为，一、在组织机构方面：两被告的法定代表人是胡庆国同一人，注册地址均为张店区新村东路 25 号（本案所涉办公楼内），同时，胡庆国又是被告济海科技公司的大股东。另外，作为被告济海科技公司股东之一的许军同时代表被告东大橡胶厂在审计报告上签字；作为被告济海科技公司的工作人员刘红伟不仅代表被告济海科技公司在工程验收报告及签证单上签字，并且也代表被告东大橡胶厂在工程签证单上签字。二、在财务方面：原告给被告济海科技公司开具的工程款发票和收据，付款单位是被告济海科

技公司的名称，而入账在被告东大橡胶厂财务账面；原告收到的承兑汇票同样由被告济海科技公司背书，而入账在被告东大橡胶厂财务账面。三、在人员和业务经营范围方面：两被告在同一办公场所和经营场所使用相同的工作人员从事相同的业务经营活动，是典型的“两副牌子，一套人马”。综上，两被告构成人格混同，其后果是使交易相对人难以区分准确的交易对象，客观上削弱了被告济海科技公司的偿债能力，违背了法人制度设立的宗旨，其危害性与公司法第二十条规定的股东滥用公司法人独立地位和股东有限责任的情形相当。以上两被告系关联公司，其人格关系混同的事实清楚，证据确凿。故对于原告要求被告东大橡胶厂对被告济海科技公司以上债务承担连带偿付责任的主张，予以支持。

关于上诉人济海科技公司与原审被告东大橡胶厂是否构成人格混同的问题。二审法院认为，关联公司人格混同，是指公司与公司之间法人人格特征高度一致的公司存在状态，主要表现在组织机构、公司财产和经营业务的混同。上诉人济海科技公司与原审被告东大橡胶厂的工商登记表明，在涉案合同签订时，上诉人济海科技公司为自然人投资或控股的有限责任公司，而原审被告东大橡胶厂为全民所有制内资企业。上诉人济海科技公司与原审被告东大橡胶厂虽然法定代表人相同、注册地址相同，在涉案建设工程施工合同履行过程中上诉人济海科技公司和原审被告东大橡胶厂的相关人员也共同对涉案工程进行了管理，被上诉人淄博冠文公司为上诉人济海科技公司开具的发票和收据入账在原审被告东大橡胶厂财务账目，但以上事实，尚不足以证实上诉人济海科技公司和原审被告东大橡胶厂之间法人人格特征高度一致，在组织机构、公司财产和经营业务方面存在高度混同。因此，原审法院认为上诉人济海科技公司与原审被告东大橡胶厂是典型的“一套人马、两副牌子”，构成人格混同，并据此适用公司法的相关规定作出判决不当，本院予以纠正。

81. 公司以其独立的财产对外承担债务，其独立的虚拟人格不能轻易被否定。

案例 81. 怀化市中级人民法院（2016）湘12民终315号“湖南世雄房地产集团有限公司与吴建、易可军等人建设工程施工合同纠纷案”



一审法院认为，在世雄集团网站显示世雄房地产公司集团是“湖南世雄集团”的一个分枝，世雄房地产公司集团之下又分怀化世雄置业公司、怀化世雄建筑公司等；世雄房地产公司执行董事又为世雄建筑公司董事，世雄置业公司董事长为世雄房地产公司副总裁，世雄房地产公司副总裁舒桂英又是世雄置业公司及世雄建筑公司股东，世雄房地产公司是世雄建筑公司的股东，即存在关联公司人员，尤其高级管理人员的混同，显然三公司具有高度关联性；世雄建筑公司应向世雄置业公司支付的保证金中，400万元支付给世雄置业公司，100万元支付给既是世雄房地产公司副总裁同时又为世雄置业公司及世雄建筑公司的股东舒桂英，而世雄置业公司仍认可收到保证金500万元，可见存在财务管理上的混同；世雄房地产公司、世雄置业公司及世雄建筑公司办公地点同一；五溪之都项目被宣传为“世雄集团”开发，并未明确具体的开发公司，世雄房地产公司向政府部门出具的报告，则提出五溪之都项目由世雄房地产公司开发建设，可见三公司也存在业务上的混同。结合上述各方面的混同，使世雄建筑公司、世雄房地产公司与世雄置业公司三个公司之间表征人格的因素均高度混同，已丧失独立人格，构成人格混同。而公司人格独立才是其作为法人独立承担责任的前提。《中华人民共和国公司法》第二十条第三款规定：“公司股东滥用公司法人独立地位和股东有限责任，逃避债务，严重损害公司债权人利益的，应当对公司债务承担连带责任。”本案中，三个公司虽在工商登记部门登记为彼此独立的企业法人，但实际上相互之间界线模糊、人格混同，严重损害了债权人的利益，其行为本质和危害结果与《中华人民共和国公司法》第二十条第三款规定的情形相当，故世雄房地产公司、世雄置业公司对世雄建筑公司的债务应当承担连带清偿责任。

关于上诉人世雄房地产公司与世雄置业公司和世雄建筑公司是否构成人格混同的问题。二审法院认为，《中华人民共和国公司法》第二百一十六条第四款规定：关联关系，是指公司控股股东、实际控制人、董事、监事、高级管理人员与其直接或者间接控制的企业之间的关系，以及可能导致公司利益转移的其他关系。从本院查明的事实来看，世雄房地产公司是世雄置业公司和世雄建筑公司直接或间接的控股股东，本案世雄房地产公司、世雄置业公司、世雄建筑公司三家公司之间有关联关系，属于关联公司。但是关联公司并不必然构成人格混同。《中华人民共和国公司法》第二十条规定：“公司股东应当遵守法律、行政法规和公司章程，依法行使股东权利，不得滥用股东权利损害公司或者其他股东的利益；不得滥用公司法人独立地位和股东有限责任损害公司债权人的利益”“公司股东滥用公司法人独立地位和股东有限责任，逃避债务，

严重损害公司债权人利益的，应当对公司债务承担连带责任”。因此，判决关联公司之间是否构成人格混同，最主要的标准就是各关联公司之间财务是否独立，公司股东是否利用不正当的控制破坏公司的独立地位和股东的有限责任，并利用关联公司之间的关系逃避债务，损害债权人的利益。本案中，被上诉人吴建、易可军主张三家公司构成人格混同主要是认为三家公司人员混同、财务混同、业务混同，证据一是公司的企业登记信息，二是100万元保证金支付到舒桂英个人账户，三是世雄房地产公司以自己的名义向政府部门出具报告并发布关于“五溪之都”项目的广告。本院认为，仅以上证据不能证明三家公司人格混同。1. 关于人员混同，根据一审法院查明的事实，仅谢阳荣和李志勤存在交叉任职的情况，而舒桂英只在世雄房地产公司任职，是世雄置业公司和世雄建筑公司的股东，股东不属于公司管理人员，只是公司的投资人。本院认为，世雄集团有多家公司，公司管理人员及工作人员人数众多，关联公司之间基于公司之间的关联性，其个别工作人员在两家公司之间任职可以是关联公司之间为节约财务成本、提高工作效率而为，且世雄集团有公司网站，公开说明了各个公司之间的关联关系，相关人员的任职也在企业信息中公示，未有隐瞒或欺骗。被上诉人没有证据表明三家公司个别工作人员混同导致其在某一方面作出过错误的判断，或因此造成了损失。2. 关于财产混同，吴建、易可军按世雄建筑公司要求将保证金打入了舒桂英个人账户，虽然违反了公司的财务制度的规定，但舒桂英在收到款项后两天即将该100万元转入世雄置业公司账户，舒桂英个人没有利用股东的身份截留、挪用或转移公司资金以逃避债务。被上诉人该证据也不能证明舒桂英利用关联公司的股东地位，逃避债务，造成债权人损失。3. 关于业务混同。虽然世雄房地产公司和世雄置业公司的经营范围相同，但在“五溪之都”项目中，与吴建、易可军签订合同并履行合同相关义务的主体均是世雄建筑公司和世雄置业公司。“五溪之都”项目是世雄置业公司的开发项目，而世雄置业公司又是世雄房地产公司的子公司，世雄房地产公司向市政府反映相关情况以保障项目的顺利进行，是作为母公司的应有之义务。吴建、易可军不能按时收回保证金，没有证据表明是世雄置业公司将相关财产转移给了世雄房地产公司以逃避债务，而是一种商业风险。公司以其独立的财产对外承担债务，其独立的虚拟人格不能轻易被否定。

综上所述，一审认定世雄建筑公司、世雄置业公司、世雄房地产公司人格混同，并判决世雄房地产公司其对吴建、易可军的500万元保证金承担连带责任不当。

82. 虽然两学校系同一投资人设立，但现没有证据证明二者组织架构及工作人员混同，同时，办学内容并不交叉、混同；没有证据证明两学校使用同一账户进行资金收入及支出，两学校法人人格并未混同。

案例82. 绵阳市游仙区人民法院（2015）游民初字第3141号“原告四川天宇建设工程有限公司诉被告四川电子机械职业技术学院建设工程施工合同纠纷案”



法院认为，涉案工程施工合同系原告四川天宇建设工程有限公司与绵阳市工贸学校签订，现原告以四川电子机械职业技术学院为被告主张权利，因此本案争议焦点为被告四川电子机械职业技术学院与绵阳市工贸学校是否为同一主体抑或二者是否构成法人人格混同（即被告四川电子机械职业技术学院是否应当对绵阳市工贸学校的债务承担连带责任）。

首先，法人合并是指两个以上的法人不经清算程序而合并为一个法人的法律行为，法人合并分为新设合并与吸收合并。新设合并是指原法人资格随即消灭，新法人资格随即确立；吸收合并是指一个或多个法人归并到一个现存的法人中去，被合并的法人资格消灭，存续法人的主体资格仍然存在。本案中，从申请设立四川电子机械职业技术学院的申请资料上看，并非将绵阳市工贸学校由中等职业学校升格成为专科层次的全日制高等职业教育学校，而是新设成立；被告四川电子机械职业技术学院成立后，虽与绵阳市工贸学校地址同一且存在共用部分教育设施的情形，但被告四川电子机械职业技术学院并未吸收合并绵阳市工贸学校，绵阳市工贸学校法人资格并未消灭。故绵阳市工贸学校与被告四川电子机械职业技术学院系独立的法人主体。

其次，绵阳市工贸学校与被告四川电子机械职业技术学院法人人格并未混同。法人的独立财产是法人独立承担责任的物质保证，法人的独立人格也突出地表现在财产的独立上；当关联法人的财产无法区分，丧失独立人格时，就丧失了独立承担责任的基础。对于法人人格混同，目前仅《中华人民共和国公司法》第三条第一款“公司是企业法人，有独立的法人财产，享有法人财产权。公司以其全部财产对公司的债务承担责任。”第二十条第三款“公司股东滥用公司法人独立地位和股东有限责任，逃避债

务，严重损害公司债权人利益的，应当对公司债务承担连带责任。”做了规定。司法实践中认为关联法人的人员、业务、财产等方面交叉或混同，导致各自财产无法区分，丧失独立人格的，构成人格混同，通常表现为人事混同、业务混同、财产混同。本案中，第一，虽然绵阳市工贸学校与被告四川电子机械职业技术学院系同一投资人设立，但现没有证据证明二者组织架构及工作人员混同；第二，绵阳市工贸学校与被告四川电子机械职业技术学院学校类型一为中专、一为大专，办学内容并不交叉、混同；第三，没有证据证明绵阳市工贸学校与被告四川电子机械职业技术学院使用同一账户进行资金收入及支出，况且涉案工程也尚未办理权属登记。因此，绵阳市工贸学校与被告四川电子机械职业技术学院法人人格并未混同。

综上所述，被告四川电子机械职业技术学院并非由绵阳市工贸学校升格而来，也未形成法人人格混同，二者系各自独立的法人。因此根据合同相对性原则，本案适格被告应为绵阳市工贸学校，原告请求被告四川电子机械职业技术学院承担工程款支付责任的诉讼请求，本院不予支持。

83. 承包人仅能证明发包人与其股东之间有频繁的资金往来，不足以证明发包人与其股东之间在员工、机构、经营业务、财务、财产上构成混同，且资金的往来已实际侵害了承包人债权，承包人援引法人人格否认制度，主张发包人股东承担连带责任，不予支持。

案例 83. 江苏省高级人民法院（2015）苏民终字第 0069 号“宜兴市工业设备安装有限公司与连云港海鸥可可食品有限公司、上海天坛国际贸易有限公司等建设工程施工合同纠纷案”



关于承包人宜兴安装主张发包从发包人海鸥可可的投资股东上海天坛与双林集团应对发包人海鸥可可欠付工程款承担连带偿还责任有无事实及法律依据。二审法院认为，《中华人民共和国公司法》第二十条第一款规定：“公司股东应当遵守法律、行政法规和公司章程，依法行使股东权利，不得滥用股东权利损害公司或者其他股东的利益；不得滥用公司法人独立地位和股东有限责任损害债权人的利益。”第三款规定：

“公司股东滥用公司法人独立地位和股东有限责任，逃避债务，严重损害公司债权人利益的，应当对公司债务承担连带责任。”第二十一条规定：“公司的控股、实际控制人、董事、监事、高级管理人员不得利用其关联关系损害公司利益。违反前款规定，给公司造成损失的，应当承担赔偿责任。”根据上述法律规定，公司股东滥用公司法人的独立人格和股东有限责任，或者利用对关联企业的控制，造成关联企业人格混同，严重侵害债权人利益的，债权人可以要求股东对公司债务承担连带责任。但是债权人适用法人人格否认制度，需满足以下要件：首先，股东须有滥用法人独立地位的行为，即使得公司的核心人格特征如人员、机构、经营业务、财务、财产与股东或者关联企业间混同。其次，股东滥用权利的行为与债权人损失之间须存在因果关系，且唯有否认法人的人格方能保护债权人的利益，如果债权人的债权之上已经设立了保证、质押等债的担保，债权人的债权基本能够通过债的担保而获得救济，则没有适用法人人格否认的必要。本案中，双林集团和上海天坛均系发包人海鸥可可的股东，双林集团又系上海天坛的股东，三公司之间互有关联，但承包人宜兴安装所举证据仅能证明发包人海鸥可可与双林集团及关联企业间有较为频繁的资金往来，却不足以证明三公司间在公司员工、机构、经营业务、财务、财产上已构成混同，且资金的往来已实际侵害了承包人宜兴安装的本案债权。承包人宜兴安装在本案中已主张工程价款优先受偿权，且法院对其主张亦予以了支持，而工程价款优先受偿权具有法定抵押权的性质，承包人宜兴安装完全可以通过行使优先权使自己的本案债权获得救济。故承包人宜兴安装援引法人人格否认制度，主张双林集团与上海天坛对发包人海鸥可可的债务承担连带责任，缺乏事实和法律依据，法院不予支持。

裁判依据或参考

法律法规

《中华人民共和国公司法》(1993年12月29日第八届全国人民代表大会常务委员会第五次会议通过2013年修正)

第三条 公司是企业法人，有独立的法人财产，享有法人财产权。公司以其全部财产对公司的债务承担责任。

有限责任公司的股东以其认缴的出资额为限对公司承担责任；股份有限公司的股东以其认购的股份为限对公司承担责任。

第二十条 公司股东应当遵守法律、行政法规和公司章程，依法行使股东权利，不得滥用股东权利损害公司或者其他股东的利益；不得滥用公司法人独立地位和股东有限责任损害公司债权人的利益。

公司股东滥用股东权利给公司或者其他股东造成损失的，应当依法承担赔偿责任。

公司股东滥用公司法人独立地位和股东有限责任，逃避债务，严重损害公司债权人利益的，应当对公司债务承担连带责任。

第二十一条 公司的控股股东、实际控制人、董事、监事、高级管理人员不得利用其关联关系损害公司利益。

违反前款规定，给公司造成损失的，应当承担赔偿责任。

《中华人民共和国税收征收管理法实施细则》(2002年10月15日)

第五十一条 税收征管法第三十六条所称关联企业，是指有下列关系之一的公司、企业和其他经济组织：

- (一) 在资金、经营、购销等方面，存在直接或者间接的拥有或者控制关系；
- (二) 直接或者间接地同为第三者所拥有或者控制；
- (三) 在利益上具有相关联的其他关系。

纳税人有义务就其与关联企业之间的业务往来，向当地税务机关提供有关的价格、费用标准等资料。具体办法由国家税务总局制定。

《中华人民共和国企业所得税法实施条例》(2008年1月1日 国务院令 第512号)

第六章 特别纳税调整

第一百零九条 企业所得税法第四十一条所称关联方，是指与企业有下列关联关系之一的企业、其他组织或者个人：

- (一) 在资金、经营、购销等方面存在直接或者间接的控制关系；
- (二) 直接或者间接地同为第三者控制；
- (三) 在利益上具有相关联的其他关系。

第一百一十条 企业所得税法第四十一条所称独立交易原则，是指没有关联关系的交易各方，按照公平成交价格 and 营业常规进行业务往来遵循的原则。

第一百一十一条 企业所得税法第四十一条所称合理方法，包括：

- (一) 可比非受控价格法，是指按照没有关联关系的交易各方进行相同或者类似业

务往来的价格进行定价的方法；

(二)再销售价格法，是指按照从关联方购进商品再销售给没有关联关系的交易方的价格，减除相同或者类似业务的销售毛利进行定价的方法；

(三)成本加成法，是指按照成本加合理的费用和利润进行定价的方法；

(四)交易净利润法，是指按照没有关联关系的交易各方进行相同或者类似业务往来取得的净利润水平确定利润的方法；

(五)利润分割法，是指将企业与其关联方的合并利润或者亏损在各方之间采用合理标准进行分配的方法；

(六)其他符合独立交易原则的方法。

第一百一十二条 企业可以依照企业所得税法第四十一条第二款的规定，按照独立交易原则与其关联方分摊共同发生的成本，达成成本分摊协议。

企业与其关联方分摊成本时，应当按照成本与预期收益相配比的原则进行分摊，并在税务机关规定的期限内，按照税务机关的要求报送有关资料。

企业与其关联方分摊成本时违反本条第一款、第二款规定的，其自行分摊的成本不得在计算应纳税所得额时扣除。

第一百一十三条 企业所得税法第四十二条所称预约定价安排，是指企业就其未来年度关联交易的定价原则和计算方法，向税务机关提出申请，与税务机关按照独立交易原则协商、确认后达成的协议。

第一百一十四条 企业所得税法第四十三条所称相关资料，包括：

(一)与关联业务往来有关的价格、费用的制定标准、计算方法和说明等同期资料；

(二)关联业务往来所涉及的财产、财产使用权、劳务等的再销售(转让)价格或者最终销售(转让)价格的相关资料；

(三)与关联业务调查有关的其他企业应当提供的与被调查企业可比的产品价格、定价方式以及利润水平等资料；

(四)其他与关联业务往来有关的资料。

企业所得税法第四十三条所称与关联业务调查有关的其他企业，是指与被调查企业在生产经营内容和方式上相类似的企业。

企业应当在税务机关规定的期限内提供与关联业务往来有关的价格、费用的制定标准、计算方法和说明等资料。关联方以及与关联业务调查有关的其他企业应当在税

务机关与其约定的期限内提供相关资料。

第一百一十五条 税务机关依照企业所得税法第四十四条的规定核定企业的应纳税所得额时，可以采用下列方法：

- (一) 参照同类或者类似企业的利润率水平核定；
- (二) 按照企业成本加合理的费用和利润的方法核定；
- (三) 按照关联企业集团整体利润的合理比例核定；
- (四) 按照其他合理方法核定。

企业对税务机关按照前款规定的方法核定的应纳税所得额有异议的，应当提供相关证据，经税务机关认定后，调整核定的应纳税所得额。

第一百一十九条 企业所得税法第四十六条所称债权性投资，是指企业直接或者间接从关联方获得的，需要偿还本金和支付利息或者需要以其他具有支付利息性质的方式予以补偿的融资。

企业间接从关联方获得的债权性投资，包括：

- (一) 关联方通过无关联第三方提供的债权性投资；
- (二) 无关联第三方提供的、由关联方担保且负有连带责任的债权性投资；
- (三) 其他间接从关联方获得的具有负债实质的债权性投资。

企业所得税法第四十六条所称权益性投资，是指企业接受的不需要偿还本金和支付利息，投资人对企业净资产拥有所有权的投资。

企业所得税法第四十六条所称标准，由国务院财政、税务主管部门另行规定。

第一百二十三条 企业与其关联方之间的业务往来，不符合独立交易原则，或者企业实施其他不具有合理商业目的安排的，税务机关有权在该业务发生的纳税年度起10年内，进行纳税调整。

部门规范性文件

国家税务总局《特别纳税调整实施办法（试行）》（国税发〔2009〕2号）

第九条 所得税法实施条例第一百零九条及征管法实施细则第五十一条所称关联关系，主要是指企业与其他企业、组织或个人具有下列之一关系：

(一) 一方直接或间接持有另一方的股份总和达到25%以上，或者双方直接或间接同为第三方所持有的股份达到25%以上。若一方通过中间方对另一方间接持有股份，只要一方对中间方持股比例达到25%以上，则一方对另一方的持股比例按照中间

方对另一方的持股比例计算。

(二) 一方与另一方(独立金融机构除外)之间借贷资金占一方实收资本 50% 以上, 或者一方借贷资金总额的 10% 以上是由另一方(独立金融机构除外)担保。

(三) 一方半数以上的高级管理人员(包括董事会成员和经理)或至少一名可以控制董事会的董事会高级成员是由另一方委派, 或者双方半数以上的高级管理人员(包括董事会成员和经理)或至少一名可以控制董事会的董事会高级成员同为第三方委派。

(四) 一方半数以上的高级管理人员(包括董事会成员和经理)同时担任另一方的高级管理人员(包括董事会成员和经理), 或者一方至少一名可以控制董事会的董事会高级成员同时担任另一方的董事会高级成员。

(五) 一方的生产经营活动必须由另一方提供的工业产权、专有技术等特许权才能正常进行。

(六) 一方的购买或销售活动主要由另一方控制。

(七) 一方接受或提供劳务主要由另一方控制。

(八) 一方对另一方的生产经营、交易具有实质控制, 或者双方在利益上具有相关联的其他关系, 包括虽未达到本条第(一)项持股比例, 但一方与另一方的主要持股方享受基本相同的经济利益, 以及家族、亲属关系等。

地方司法性文件及其他

上海市高级人民法院民二庭《关于审理公司法人人格否认案件的若干意见》(2009年6月25日)

为统一本市法院在审理公司法人人格否认案件中的法律适用, 保障公司债权人、公司及股东的合法权利, 根据《中华人民共和国公司法》(以下简称公司法)的相关规定, 结合本市法院的实践情况, 在反复听取意见的基础上, 特制订以下意见:

第一条 (适用范围) 公司债权人依据公司法第二十条第三款、第六十四条的规定, 起诉要求公司股东对公司侵权或者合同债务承担连带责任的民商诉讼案件, 适用本意见。

第二条 (审理原则) 审理公司法人人格否认诉讼案件, 应当严格遵循公司独立人格和股东有限责任, 不得滥用法人人格否认制度。

第三条 (诉讼主体) 公司债权人与公司之间的侵权或者合同债务已由生效法律文书确认, 公司债权人另行提起公司法人人格否认诉讼, 要求股东对债务承担连带责任

的，列股东为被告，公司为第三人。

公司债权人就其与公司之间的侵权或者合同债务提起诉讼的同时，一并提起公司法人人格否认诉讼，要求股东承担责任的，列公司和股东为共同被告。

公司债权人与公司之间的侵权或者合同债务尚未经生效法律文书确认，公司债权人直接提起公司法人人格否认诉讼，要求股东对债务承担责任的，法院应向债权人释明，并依债权人之申请追加公司为共同被告。

第四条（增加诉请）公司债权人对公司提起合同、侵权等诉讼后，又以股东滥用公司法人独立地位与股东有限责任为由，要求股东对公司债务承担连带责任的，可以准许其在举证期限届满前增加诉讼请求，并追加股东为被告。

第五条（构成要件）按照公司法第二十条第三款之规定，人民法院适用公司法人人格否认原则时，应当注意审查是否同时具备下列三项要求：

- （一）股东实施了滥用公司法人独立地位和股东有限责任的行为；
- （二）逃避债务；
- （三）严重损害公司债权人利益。

第六条（滥用公司法人独立地位和股东有限责任行为的认定）公司存在资本显著不足，或者股东与公司人格高度混同，或者股东对公司进行不正当支配和控制情形的，可以认定属公司法第二十条第三款规定的股东滥用公司法人独立地位和股东有限责任的行为。

第七条（资本显著不足的认定）股东未缴纳或缴足出资，或股东在公司设立后抽逃出资，致使公司资本低于该类公司法定资本最低限额的，人民法院应当认定公司资本显著不足。

第八条（人格高度混同的认定）下列情形持续、广泛存在的，可以综合认定股东与公司人格高度混同：

- （一）（财产混同情形）存在股东与公司资金混同、财务管理不作清晰区分等财产混同情形的；
- （二）（业务混同情形）存在股东与公司业务范围重合或大部分交叉等业务混同情形的；
- （三）（人事混同情形）存在股东与公司法定代表人、董事、监事或其他高管人员相互兼任，员工大量重合等人事混同情形的；
- （四）（场所混同情形）存在股东与公司使用同一营业场所等情形的。

第九条（对公司进行不正当支配和控制的认定） 股东利用关联交易，非法隐匿、转移公司财产的，可以认定股东对公司进行不正当支配和控制。

第十条（举证责任） 公司债权人主张股东滥用公司法人独立地位和股东有限责任的，对股东滥用公司法人独立地位和股东有限责任的事实承担举证责任。

公司债权人能够提供初步证据证明股东滥用公司独立法人地位和股东有限责任。但确因客观原因不能自行收集公司账簿、会计凭证、会议记录等相关证据，申请人民法院调查取证的，法院应当依据《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》的规定，进行必要的审查。

一人公司的债权人主张股东财产与公司财产混同的，由股东就公司财产独立于股东的财产承担举证责任。

第十一条（举证责任） 公司债权人持有证据证明公司及股东持有证据但无正当理由拒不提供，如果公司债权人主张该证据的内容不利于证据持有人的，可根据《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第七十五条之规定，推定债权人的主张成立。

第十二条（适用限制） 对下列情形，人民法院不宜适用法人人格否认原则：

（一）（债权人明知）公司债权人明知股东实施了滥用公司法人独立地位和股东有限责任行为，但仍与公司进行交易的；

（二）（损害后果不严重）公司虽未能清偿到期债务，但有清偿债务可能，尚不构成严重损害债权人利益的。

第十三条（责任范围） 法院经审理认为公司法人人格应予否认的，由股东对公司债务承担连带责任。股东以债权人先行起诉公司，其仅就公司不能清偿部分承担补充责任为由提出抗辩的，法院不予支持。

第 10 节 开办单位的主体责任

——公司开办者，责任连带担？（开办单位）

84. 未办理工商注册登记，其开展民事活动的责任由其开办单位承担。

案例 84. 湖南省邵阳市中级人民法院（2011）邵中民三终字第 17 号“上诉人（原审被告）邵阳市市政工程总公司城步分公司与被上诉人（原审原告）喻智慧、原审被告邵阳市市政工程总公司、原审被告城步苗族自治县建设局建设工程施工合同纠纷案”



关于开办单位是否是适格当事人，应否承担连带偿付责任的问题。二审法院认为，开办单位是适格当事人。城步建设工程公司系城步建设局开办的，由于未办理工商注册登记，城步建设工程公司不具有法人资格，其以公司名义开展民事活动的民事责任应由其开办单位城步建设局承担。

85. 开办单位的认定。认定企业开办单位，不能仅依据该企业成立时的政府批准文件，还应当对企业成立时提交的相关材料，尤其是企业的验资情况进行综合分析。

案例 85. 最高人民法院（2015）执申字第 32 号“伊春市宏达建筑工程有限公司与张传国、南岔区房地产经营开发公司建设工程施工合同纠纷、申请承认与执行法院判决、仲裁裁决案”



关于南岔区政府是否南岔房地产公司开办单位的问题。法院再审认为，认定企业开办单位，不能仅依据该企业成立时的政府批准文件，还应当对企业成立时提交的相关材料，尤其是企业的验资情况进行综合分析。南岔房地产公司工商注册登记中，除《企业法人代表资格审查登记表》中主办单位显示为南岔房地局外，其他材料的组建单位、主管部门均为南岔区政府，尤其是作为《验资证明》的《注册资金审验证明》和《企业法人资信证明》均显示南岔区政府系南岔房地产公司的组建单位或主管部门。此外，1997年12月20日、2001年12月20日南岔房地产公司两次变更法定代表人的《企业法人代表资格审查登记表》《企业法定代表人资格审查登记表》主办单位意见栏均为南岔区政府或黑龙江南岔林业局盖章确认。虽然南岔区政府《关于成立南岔区房地产经营开发公司请示的批复》（南政发〔1993〕8号）当中表述为同意南岔房地局成立南岔房地产公司，但在该公司成立的过程中南岔区政府一直以组建单位的身份履行着法律义务，且该公司的验资情况也表明南岔区政府对该公司负有出资义务，因此，应当认定南岔区政府为南岔房地产公司的开办单位。黑龙江高院对于南岔区政府是否为南岔房地产公司开办单位的事实未能查明，认定南岔房地局为南岔房地产公司开办单位错误。

关于南岔区政府是否存在出资不实或抽逃出资行为的问题。由于黑龙江高院错误认定南岔区政府不是南岔房地产公司开办单位，故该院对南岔区政府是否存在出资不实或抽逃出资行为未予查明。

关于南岔区政府是否无偿接受了南岔房地产公司财产的问题。黑龙江高院认为伊春中院仅依据证人证言认定南岔区政府无偿接受了南岔房地产公司的财产缺乏事实依据，但黑龙江高院亦未能对该问题予以查明。

综上，法院再审认为，黑龙江高院认定南岔区政府不是被执行人南岔房地产公司开办单位有错误；同时黑龙江高院对于南岔区政府是否对南岔房地产公司出资不实或抽逃出资、是否无偿接受了南岔房地产公司财产等相关事实未予查明，即做出（2014）黑高法执复字第47号执行裁定，属于认定事实不清，应予撤销。裁定如下：撤销黑龙江省高级人民法院（2014）黑高法执复字第47号执行裁定，指令黑龙江省高级人民法院再行审查。

86. 开办单位在公司成立时未办理不动产权转移登记, 依法应当承担出资不实责任。

案例 86. 黑龙江省高级人民法院(2015)黑高法执复字第36号“黑龙江省荣威市政工程有限责任公司与黑龙江省大学城房地产有限公司、黑龙江省恒运房地产(集团)股份有限公司、黑龙江省建工集团有限公司建设工程施工合同纠纷执行案”



一审法院认为,《最高人民法院关于人民法院执行工作若干问题的规定(试行)》第80条规定:“被执行人无财产清偿债务, 如果其开办单位对其开办时投入的注册资金不实, 可以裁定追加其开办单位为被执行人, 在注册资金不实的范围内, 对申请执行人承担责任”。本案中, 恒运公司系被执行人大学城公司的开办单位, 在大学城公司开办时, 以办公楼出资600万元, 但该房产未更名过户到被执行人名下, 恒运公司应属投入的注册资金不实。虽然恒运公司称其就退出大学城公司一事已与省建一公司签署了一系列文件, 已经不是大学城公司的股东, 但因恒运公司未到工商行政管理部门办理股东退出登记手续, 不发生法律效力。现被执行人大学城公司无财产清偿债务, 该院依据申请执行人的申请追加恒运公司为被执行人, 并在其投资不实的范围内, 对申请执行人承担责任, 符合上述法律规定, 故异议人恒运公司异议主张既无事实根据亦无法律依据, 该院不予支持。哈尔滨市中级人民法院以(2014)哈执异字第16号执行裁定, 驳回恒运公司的异议请求。

二审法院认为, 根据《中华人民共和国公司法》的相关规定, 恒运公司在大学城公司开办时以办公楼出资, 应当办理该办公楼转移登记。恒运公司未办理转移登记, 属于未履行出资义务, 依法应当承担出资不实责任。关于恒运公司主张根据《黑龙江省人民政府专题会议纪要》决定, 对大学城项目所发生的4000万元工程款项, 由省政府承担3600万元, 大学城公司有可供执行财产问题, 由于该会议纪要不具有强制执行的法律效力, 恒运公司该主张亦缺乏法律依据。综上, 申请复议人恒运公司复议主张不能成立, 本院不予支持。

87. 开办人未能提供证据证实在其开办的企业成立时其已履行了相应的投资义务，依法应承担投资不到位的民事责任。

案例 87. 山东省高级人民法院（2013）鲁民再字第 23 号“申请再审人潍坊市奎文区北海路街道办事处赵疃社区居民委员会（简称赵疃居委会）与被申请人宋志善、潍坊市顺达实业总公司（简称顺达总公司）、潍坊市顺达实业总公司建筑公司（简称顺达建筑公司）、付世德建设工程施工合同纠纷案”



关于赵疃居委会应否对顺达建筑公司的债务承担责任及应承担何种责任。法院再认为，虽然根据工商登记资料显示，赵疃居委会开办了顺达总公司，顺达总公司又开办了顺达建筑公司，但在顺达建筑公司的经营过程中，赵疃居委会始终直接参与了顺达建筑公司的管理，实际控制了顺达建筑公司的经营，可以认定赵疃居委会为顺达建筑公司的实际投资人及控制人，主要理由是：一、顺达建筑公司成立之后，赵疃居委会直接制定了顺达建筑公司的租赁竞标细则，且作为甲方与付世德签订了租赁经营合同。可见赵疃居委会在顺达建筑公司的经营过程中享有决策权与管理权；二、在顺达建筑公司的经营过程中，赵疃居委会作为出租方处理了顺达建筑公司的相关事宜，此可以证实赵疃居委会直接参与了顺达建筑公司的经营管理；三、付世德在顺达建筑公司的租赁过程中，多次要求赵疃居委会解决经营中的实际问题，赵疃居委会在对顺达建筑公司相关问题的答复中明确了赵疃居委会不再出资弥补差额，此可以证实赵疃居委会认可曾向顺达建筑公司出资的事实；四、在承租人付世德拖欠租赁费的情况下，赵疃居委会又以权利人的身份作为原告向法院诉请解除其与承租人之间的租赁合同，且随后组织人员对顺达建筑公司的资产进行了清查，可见赵疃居委会在顺达建筑公司的经营过程中享有利益，在利益受损的情况下其作为权利人向法院主张了权利并得到了支持；五、顺达建筑公司被吊销营业执照后，其所占土地被赵疃居委会无偿收回，虽然工商登记显示该土地上所建的 20 间房屋为顺达建筑公司所有，但在该房屋权属未经登记且其所占土地为赵疃居委会所有的情况下，应认定顺达建筑公司所占用的 20 间房屋及土地均应为赵疃居委会所有。六、虽然登记资料显示顺达建筑公司的开办

单位为顺达总公司，但顺达总公司与顺达建筑公司的开办时间均为 1993 年 6 月 23 日，而且从注册编号上看，顺达建筑公司的注册登记号在其开办单位顺达总公司之前，有违常理。综合以上，本院认为，赵瞳居委会在顺达建筑公司的经营过程中享有决策权和管理权，且作为权利人对相关问题进行了处理，在顺达建筑公司被吊销营业执照后，赵瞳居委会亦作为所有人收回了公司所占土地，故应认定顺达建筑公司的实际开办单位为赵瞳居委会。

顺达建筑公司现已被吊销营业执照，作为开办单位的赵瞳居委会应承担相应的清算责任。根据最高人民法院《关于企业开办的其他企业被撤销或者歇业后民事责任承担问题的批复》的有关规定，企业应承担对其开办的企业投资不到位的民事责任，赵瞳居委会作为顺达建筑公司的开办单位，未能提供证据证实在顺达建筑公司成立时其已履行了相应的投资义务，依法应承担投资不到位的民事责任。

综上，法院再审判决顺达建筑公司欠宋志善工程款 879760.6 元，由赵瞳居委会在顺达建筑公司的资产范围内承担清理责任，并在应出资 845000 元的范围内承担连带责任。

裁判依据或参考

法律法规

《中华人民共和国企业法人登记管理条例》(2014 年 2 月 19 日修订 国务院令 第 648 号)

第二十二条 企业法人领取《企业法人营业执照》后，满 6 个月尚未开展经营活动或者停止经营活动满 1 年的，视同歇业，登记主管机关应当收缴《企业法人营业执照》《企业法人营业执照》副本，收缴公章，并将注销登记情况告知其开户银行。

司法解释及其他

《最高人民法院关于企业开办的其他企业被撤销或者歇业后民事责任承担问题的批复》(1994 年 3 月 30 日 法复〔1994〕4 号)

一、企业开办的其他企业被撤销、歇业或者依照《中华人民共和国企业法人登记管理条例》第二十二条规定视同歇业后，其民事责任承担问题应根据下列不同情况分别处理：

1. 企业开办的其他企业领取了企业法人营业执照并在实际上具备企业法人条件的,根据《中华人民共和国民法通则》第四十八条的规定,应当以其经营管理或者所有的财产独立承担民事责任。

2. 企业开办的其他企业已经领取了企业法人营业执照,其实际投入的自有资金虽与注册资金不符,但达到了《中华人民共和国企业法人登记管理条例实施细则》第十五条第(七)项或者其他有关法规规定的数额,并且具备了企业法人其他条件的,应当认定其具备法人资格,以其财产独立承担民事责任。但如果该企业被撤销或者歇业后,其财产不足以清偿债务的,开办企业应当在该企业实际投入的自有资金与注册资金差额范围内承担民事责任。

3. 企业开办的其他企业虽然领取了企业法人营业执照,但实际没有投入自有资金,或者投入的自有资金达不到《中华人民共和国企业法人登记管理条例实施细则》第十五条第(七)项或其他有关法规规定的数额,或者不具备企业法人其他条件的,应当认定其不具备法人资格,其民事责任由开办该企业的企业法人承担。

二、人民法院在审理案件中,对虽然领取了企业法人营业执照,但实际上并不具备企业法人资格的企业,应当依据已查明的事实,提请核准登记该企业为法人的工商行政管理部门吊销其企业法人营业执照。工商行政管理部门不予吊销的,人民法院对该企业的法人资格可不予认定。

三、从本批复公布之日起,本院法(研)复〔1987〕33号《关于行政单位或企业开办的企业倒闭后债务由谁承担》的批复第二条中关于如果企业开办的分支机构是公司,不论是否具备独立法人资格,可以根据国发〔1985〕102号通知处理的规定和法(经)发〔1991〕10号通知第六条的规定,即行废止。

《最高人民法院关于人民法院执行工作若干问题的规定(试行)》(法释〔1998〕15号)

54. 被执行人在其独资开办的法人企业中拥有的投资权益被冻结后,人民法院可以直接裁定予以转让,以转让所得清偿其对申请执行人的债务。

对被执行人在有限责任公司中被冻结的投资权益或股权,人民法院可以依据《中华人民共和国公司法》第三十五条、第三十六条的规定,征得全体股东过半数同意后,予以拍卖、变卖或以其他方式转让。不同意转让的股东,应当购买该转让的投资权益或股权,不购买的,视为同意转让,不影响执行。

人民法院也可允许并监督被执行人自行转让其投资权益或股权，将转让所得收益用于清偿对申请执行人的债务。

《最高人民法院经济审判庭关于人民法院不宜以一方当事人公司营业执照被吊销，已丧失民事诉讼主体资格为由，裁定驳回起诉问题的复函》(2000年1月29日 法经〔2000〕23号函)

吊销企业法人营业执照，是工商行政管理局对实施违法行为的企业法人给予的一种行政处罚。根据《中华人民共和国民法通则》第四十条、第四十六条和《中华人民共和国企业法人登记管理条例》第三十三条的规定，企业法人营业执照被吊销后，应当由其开办单位(包括股东)或者企业组织清算组依法进行清算，停止清算范围外的活动。清算期间，企业民事诉讼主体资格依然存在。本案中人民法院不应以甘肃新科工贸有限责任公司(以下简称新科公司)被吊销企业法人营业执照，丧失民事诉讼主体资格为由，裁定驳回起诉。本案债务人新科公司在诉讼中被吊销企业法人营业执照后，至今未组织清算组依法进行清算，因此，债权人兰州岷山制药厂以新科公司为被告，后又要求追加该公司全体股东为被告，应当准许，追加该公司的股东为共同被告参加诉讼，承担清算责任。

第 11 节 转让项目的款项支付

——项目受让方，支付工程款？（项目转让）

88. 承包人未同意发包人将还款义务转移给现工程建设方，故发包人仍应承担支付工程款的义务。发包人辩称“工程款依附于工程项目，工程项目发生变更，工程款自然随之转移，因工程款非一般性债权债务，所以债权债务转移不须经债权人同意”无法律依据，对其抗辩不予支持。

案例 88. 河南省许昌市中级人民法院（2014）许民终字第 79 号“上诉人（原审被告）河南盛煌实业发展有限公司与被上诉人（原审原告）许昌大成建设（集团）有限责任公司建设工程施工合同纠纷案”



关于河南盛煌实业发展有限公司是否应承担支付工程款的义务。二审法院认为，河南盛煌实业发展有限公司欠许昌大成建设（集团）有限责任公司工程款，有其双方签订的结算协议及还款协议为凭，事实清楚，许昌大成建设（集团）有限责任公司向河南盛煌实业发展有限公司主张债权，应予以支持。《中华人民共和国合同法》第八十四条规定，“债务人将合同的义务全部或部分转移给第三人的，应当经债权人同意”。本案中，许昌大成建设（集团）有限责任公司并未同意将河南盛煌实业发展有限公司的还款义务转移给工程现建设方，故河南盛煌实业发展有限公司仍应承担本案的义务；河南盛煌实业发展有限公司辩称“工程款依附于工程项目，工程项目发生变更，工程款自然随之转移，因工程款非一般性债权债务，所以债权债务转移不须经债权人同意”无法律依据，对其抗辩该院不予支持；河南盛煌实业发展有限公司承诺偿还许昌大成建设（集团）有限责任公司工程款屡次违约，判决河南盛煌实业发展

有限公司于判决生效之日起十日内偿还许昌大成建设（集团）有限责任公司工程款1615200元。

89. 承包人对发包人将案涉项目转让不认可，转让行为对承包人不发生法律效力，发包人的合同义务仍应由其承担。

案例 89. 河南省高级人民法院（2015）豫法民一终字第172号“中建二局第二建筑工程有限公司与光山县阳光房地产开发有限公司、周口宏良房地产开发有限公司建设工程施工合同纠纷案”



关于发包人光山阳光公司称其将案涉项目转让给周口宏良公司，应由周口宏良公司承担支付违约金责任以及案涉项目在周口宏良公司名下期间所产生的利息问题。二审法院认为，根据《中华人民共和国合同法》第八十八条规定：当事人一方经对方同意，可以将自己在合同中的权利和义务一并转让给第三人。本案中，中建二局二公司对案涉项目转让并不认可，因此，光山阳光公司与周口宏良公司之间的项目转让对中建二局二公司不发生法律效力，光山阳光公司与其与中建二局二公司之间签订的合同中的义务仍应由其承担。光山阳光公司上诉称应由周口宏良公司承担支付违约金以及案涉项目在周口宏良公司名下期间所产生的利息部分责任的理由不能成立，本院不予支持。

裁判依据或参考

法律法规

《中华人民共和国合同法》（1999年10月1日）

第八十四条 债务人将合同的义务全部或者部分转移给第三人的，应当经债权人同意。

合同示范文本

《99版 FIDIC 新红皮书》

1.7 权益转让

任一方都不应将合同的全部或任何部分，或合同中或根据合同所具有的任何利益或权益转让他人。但任一方：

(a) 在另一方完全自主决定的情况下，事先征得其同意后，可以将全部或部分转让；以及

(b) 可以作为以银行或金融机构为受款人的担保，转让其根据合同规定的任何到期或即将到期应得款项的权利。

第 12 节 行政机关的民事责任

——政府来投资，谁来做被告？（行政机关）

类型一、不应承担责任的情形

90. 政府投资项目发包人的上级主管部门依照政府部门意见，向承包人拨付工程款，仅是发包人工程资金筹措的一种方式，承包人不应仅以工程款核定、拨付对象非原发包人为主张合同主体已经变更。

案例90. 海南省高级人民法院（2012）琼民一终字第 17 号“上诉人核工业华东建设工程集团公司海南分公司（简称核工业海南分公司）与被上诉人海南省交通运输厅（简称省交通厅）及原审第三人万宁市交通运输局（简称万宁市交通局）建设工程施工合同纠纷案”



关于省交通厅应否向上诉人核工业海南分公司承担迟延支付工程进度款的违约责任问题。二审法院认为，本案所涉《建设工程施工合同》系由原审第三人万宁市交通局与上诉人核工业海南分公司所签订，省交通厅并非该合同的订立主体。尽管核工业海南分公司施工工程所属东盐公路工程项目被列入国家批准的2003-2005年省县际与乡村公路改造工程计划项目，但对于该项目所需资金则是由国家每公里补助30万元，余款由省内自筹。依照《海南省人民政府关于加快公路建设的决定》第三条的规定，纳入全省公路建设五年规划和年度投资计划的公路项目，按照“以省为主，受益市、县分担”的原则组织实施。国道、省道公路主干线由省政府投资建设，连接线由市、县政府投资建设；县道及以下项目由省政府按规定给予项目拨款安排补助、奖励资金，仍有资金缺口的，由市、县政府承担。可见，尽管省交通厅依照省发改厅的意见，向核工业海南分公司拨付了工程款736.26万元，但这仅是核工业海南分公司所施工工程资金筹措的一种方式，而非本案《建设工程施工合同》主体的变更。同时，省交通厅支付款项属于财政拨付，拨付前进行工程量核定是必需的前提。由此，核工业海南分公司以本案所涉及工程造价由省发改厅核定及部分工程款由省交通厅拨付为由主张本案《建设工程施工合同》的建设方已由万宁市交通局变更为省交通厅的理由不能成立，其有关请求省交通厅承担迟延支付本案工程进度款违约责任的上诉主张不能得到支持。

91. 政府投资项目，无论工程项目是否列入财政计划，在财政局非施工合同缔约人的情况下，不应追加财政局为诉讼主体。

案例 91. 辽宁省高级人民法院（2014）辽民一终字第00234号“上诉人沈阳市城市建设项目办公室与被上诉人辽宁金帝第二建筑工程有限公司建设工程施工合同纠纷案”



二审法院认为，一审判决认定工程公司与城建办签订的两份《建设工程施工合同》、一份《合同书》及一份《补充协议书》均合法、有效，是正确的。一审判决认为B城建办应该给付工程公司剩余工程款及利息，亦并无不当。关于一审法院应否依职权追加沈阳市财政局为本案诉讼主体的问题。经审查，沈阳市财政局并非本案建设

工程施工合同的缔约人，也不是本案建设工程施工的发包人和工程价款的付款义务人，其不是本案民事法律关系的主体，本案中亦不存在其必须参加诉讼的法定情形，故一审法院未追加沈阳市财政局为本案诉讼主体，并无不当。无论涉案工程项目是否已列入财政计划，均不影响本案的判决结果。

92. 依法成立、具有独立的编制和经费的机关法人，能够独立地从事民事行为、承担民事责任并进行民事诉讼。

案例 92. 河南省焦作市中级人民法院（2017）豫08民终660号“上诉人焦作市工商行政管理局经济检查支队（简称焦作市工商局经检支队）与被上诉人河南中瑞建设工程有限公司（简称中瑞公司）、原审被告焦作市工商行政管理局（简称焦作市工商局）建设工程施工合同纠纷案”



关于焦作市工商局是否应与焦作市工商局经检支队承担共同还款责任的问题。法院认为，焦作市工商局经检支队依法成立，具有独立的编制和经费，该支队具备机关法人资格，能够独立地从事民事行为承担民事责任并进行民事诉讼。焦作市工商局和焦作市工商局经检支队是两个独立的机关法人，焦作市工商局不是合同相对方，与本案的处理结果并无法律上的利害关系，不应作为本案的被告。中瑞公司要求焦作市工商局与焦作市工商局经检支队共同承担责任的理由不能成立，不予支持。

93. BT 方式进行工程建设，政府作为融资方，并不负责项目工程的投资建设、勘察、设计、施工、监理和材料采购等，而是选择投资人负责上述工作，投资人是工程的建设方和发包方，承包人主张政府部门承担连带责任，缺乏事实和法律依据。

案例 93. 吉林省高级人民法院（2014）吉民一终字第 83 号“上诉人（一审原告）张博培与上诉人（一审被告）吉林盛成投资咨询有限公司、被上诉人（一审被告）集安市人民政府建设工程施工合同纠纷案”



集安市人民政府与吉林盛成投资咨询有限公司签订了《集安滨江风情区和丸都山城风景旅游区、市区道路及其他基础设施 BT 建设项目合同书》（以下简称《BT 合同》），合同标注日期为 2007 年 12 月，集安政府签订日期为 2008 年 5 月 28 日）。

张博培于 2007 年 7 月至 2008 年 8 月期间对集安市朝阳北街地下管线、道路硬覆盖、道路交通设施工程进行了施工，工程竣工后于 2008 年 9 月投入使用。张博培与盛成公司于 2009 年 5 月 10 日补签了《建设项目发包合同书》，由张博培以 BT 形式承包该工程。

后张博培起诉吉林盛成投资咨询有限公司支付工程款，集安市人民政府承担连带责任。

一审法院认为，（一）本案讼争工程是 B 市的市政道路工程，市政府与投资咨询有限公司签订合同，约定讼争工程由投资咨询有限公司投资、融资、建设、组织施工，工程建成投入使用后，在市政府未付清工程款之前，投资咨询有限公司对讼争工程享有所有权，付清工程款后，投资咨询有限公司将讼争工程的所有权移交给市政府，故投资咨询有限公司对讼争工程享有工程施工发包及管理的权利。投资咨询有限公司作为发包人，将讼争工程发包给张博培，虽然双方补签了合同，但是，因张博培是无施工资质的自然人，双方的工程承包行为及补签的合同违反法律的强制性规定，依法认定无效。（二）《中华人民共和国招标投标法》规定的是对建设工程项目的勘察、设计、施工、监理以及与工程建设有关的重要设备、材料等的采购必须进行招标，并未规定

将建设项目交由他人投资承建须进行招标，故张博培主张市政府与投资咨询有限公司签订的《BT合同》因讼争工程的施工未经招标而无效，于法无据。（三）根据合同的相对性原则，投资咨询有限公司具有讼争工程的投资建设及工程管理的权利，投资咨询有限公司与张博培签订的是工程发包合同，并非转包工程，故张博培与市政府之间并无合同关系，张博培要求市政府承担连带责任于法无据，不予支持。

张博培上诉称，第一，本案工程总造价超过1.5亿元，而且是政府的公益建设工程，依法必须招标，否则合同无效，一审判决认为建设项目的各个环节和子项目应当招标，而全项可以不招标，属适用法律错误；第二，投资咨询有限公司应依BT本身的含义进行合法融资，但投资咨询有限公司无权融资，而且其既没有投资，也没有参与工程管理和进行施工，仅仅是利用所谓BT权利，将工程违法肢解分包，从中渔利；第三、根据《中华人民共和国政府采购法》第二条的规定，1.5亿以上的工程额度直接发包是严重违反法律规定的，这一点市政府是故意的。以上三点足以说明投资咨询有限公司与市政府签订的《BT合同》依法无效，如果投资咨询有限公司具备BT工程的主体资格，并且已经进行了融资或施工，在《BT合同》有效的前提下，张博培向市政府主张权利确实不应当支持，但因投资咨询有限公司不具备主体资格，市政府严重违反了相关的法律法规，签订了《BT合同》，是有严重过错的，由此导致的合同无效，市政府必然要承担连带责任。

市政府答辩称，双方诉争的工程是一个BT模式的建设项目，所谓BT模式是指政府或其授权的单位作为项目发起人，选择拟建的基础设施或公用事业项目的投资人，并由该投资人负责项目资金筹措和工程建设，在项目建成后进行移交，并根据回购协议，从政府或其授权的单位取得回购款的一种投融资模式。根据BT模式的特性可以看出，BT项目是一个投融资方式，建设资金不是由政府直接投入的，而是由BT项目的投资人自己筹集的资金，工程是由项目投资人进行建设的，项目在规定的时间内建成后进行有偿转让。本案中，BT项目的实施单位即投资人是投资咨询有限公司，项目的投资、建设均是由投资咨询有限公司负责的。根据《中华人民共和国招标投标法》第三条规定，因投资咨询有限公司是BT项目工程的建设主体，其在工程建设过程中是必须进行招投标的。而市政府在选择投资咨询有限公司实施BT项目活动中，不负责对该项目的投资，也不负责对该项目的建设，因此，它不属于工程建设的性质，所以不在《中华人民共和国招标投标法》规定的范围内。另外，政府在确定项目运用BT模式时，是要选择一个投资人，然后由投资人对项目进行工程建设，而不是直接对某个工程进行

采购。因此，也不属于《中华人民共和国政府采购法》所调整的范围。同时，相关法律法规也没有规定，政府在选择 BT 项目投资人时必须进行招投标。综上，张博培主张 BT 项目合同未进行招投标而无效，于法无据。

二审争议焦点：市政府应否承担连带给付责任？

二审裁判要点：关于市政府应否承担连带给付责任的问题。根据投资咨询有限公司与市政府签订的《BT 合同》第二条的约定，涉案工程项目的运作模式按“企业投资建设，政府按约定回购”的 BT 方式实施，政府作为融资方，并不负责项目工程的投资建设、勘察、设计、施工、监理和材料采购等，而是选择投资人负责上述工作，对于政府按这种模式选择投资人是否必须进行招标投标，法律法规尚无明确规定。因此，张博培主张投资咨询有限公司与市政府签订的《BT 合同》无效，缺乏法律依据。根据《BT 合同》第六条、第十八条、第二十二条款的约定，工程的投资建设由投资咨询有限公司负责，在市政府相关款项还清前，项目的相关权利属于投资咨询有限公司，也就是说，投资咨询有限公司是该工程的建设方和发包方，张博培主张市政府承担连带责任，缺乏事实和法律依据。

94. 经政府部门批复批准设立的事业单位法人，办理了《组织机构代码证》，能独立承担民事责任，具备签订合同的民事主体资格。

案例 94. 最高人民法院（2015）民申字第 2391 号“四川同达建设有限公司与隆昌县水务局建设工程施工合同纠纷案”



法院再审认为，根据中华人民共和国国务院《事业单位登记管理暂行条例》第三条的规定：“事业单位经县级以上各级人民政府及其有关主管部门（以下统称审批机关）批准成立后，应当依照本条例的规定登记或备案”。管理处是经四川省隆昌县政府隆府办函（2002）10 号批复批准设立的事业单位法人，并办理了《中华人民共和国组织机构代码证》，完成了相关事业法人组织设立与登记的行为，其设立和登记符合相关法律法规的规定，能独立承担民事责任。虽然管理处的组织机构代码证有效期过后未完善手续，但管理处至今一直正常运行，无证据证明其被撤销和注销，民事主体资格

仍然存在。本案中，再审申请人同达公司作为“隆昌县沱江石盘滩提水灌区续建配套与节水改造工程 2008 年度项目 - 第 II 标段”的中标单位，与管理处签订《施工合同》，管理处具备签订合同的民事主体资格。同达公司基于履行该《施工合同》，其工程款项等被拖欠所发生的纠纷，应当以合同相对方管理处作为民事诉讼主体主张其民事权利。隆昌县水务局与该《施工合同》没有法律上的利害关系，不是本案的适格被告。同达公司提出“管理处不具有独立法人主体资格，隆昌县水务局为适格被告”的再审申请主张不成立。

95. 地方政府为保证重点建设项目顺利施工而成立工程指挥部，没有直接参与建设工程施工合同的签订与履行，不具有支付工程款的法定义务和约定义务，诉请地方政府承担连带清偿责任，不予支持。

案例 95. 河南省高级人民法院（2006）豫法民一初字第 9 号“郑州市 A 建设有限公司与河南省 B 县中学、河南省 B 县人民政府建设工程施工合同纠纷案”



2002 年 7 月及其后，发包人 B 县中学先后与承包人 A 公司签订了建设工程施工合同及两份工程引资协议书，为保证 B 县中学搬迁工程按时完工，成立了以 B 县县长为指挥长的搬迁指挥部。后 A 公司进行了施工，工程经验收后移交建设单位使用。

后 A 公司以 B 县中学拖欠工程款起诉至法院，并以该工程是 B 县 2002 年重点建设项目，由 B 县政府主管并组织成立以县长为指挥长的搬迁工程指挥部，负责工程建设的具体事宜为由，诉请 B 县政府承担连带清偿责任。

关于 B 县政府应否承担连带清偿责任的问题。法院认为，B 县政府非建设工程施工合同的当事人，不具有支付工程款的法定义务和约定义务，同时 B 县中学是独立的事业单位法人，应独立承担本案拖欠工程款的还款义务。故 A 公司要求 B 县政府承担还款责任的诉讼请求没有法律与事实依据，不予支持。法院判决 B 县中学支付 A 公司拖欠的工程款和逾期付款所产生的利息及滞纳金，驳回 A 公司要求 B 县政府承担还款责任的诉讼请求。

一审宣判后，各方当事人均没有上诉，判决发生法律效力。

96. 镇政府对进度款进行审签，该行为仅表明镇政府对拆迁安置工程进行监督、管理及组织实施，履行政府职能工作，并非本案的发包人。

村民小组与承包人签订《建设工程施工合同》，系合同权利义务的相对人，应当履行合同义务，村民小组具有诉讼主体资格，可以作为被告参加诉讼。

案例 96. 四川省高级人民法院（2016）川民终 682 号“四川省泸州市建设工程公司与米易县攀莲镇人民政府、米易县攀莲镇水塘村一组、赵世元等建设工程施工合同纠纷案”



关于攀莲镇政府是否是工程款支付义务主体问题。二审法院认为，2008年6月7日水塘村一组代表被拆迁安置村民与承包人泸州建司签订《建设工程施工合同》，泸州建司按约施工，于2009年底基本完工，得到被拆迁安置村民认可，并于2010年12月基本入住。水塘村一组代表被拆迁安置村民与泸州建司签订《建设工程施工合同》，系双方真实意思表示，不违反法律、行政法规的强制性规定，不损害国家、集体或者其他第三人的利益，合法有效。本案中，2008年6月7日水塘村一组与攀莲镇政府签订《建设工程施工合同》及《补充协议》，载明的发包人是水塘村一组，承包人是泸州建司，水塘村一组在发包人栏加盖公章，泸州建司在承包人栏加盖公章，攀莲镇政府没有在《建设工程施工合同》上加盖公章，表明其不是合同相对人，也不是发包人。攀莲镇政府在《补充协议》约定的税收全免条款内容处盖章并备注“该工程建安税、所得税由政府负责”并加盖公章的事实，并未表示其为发包人，其盖章行为及注释内容仅表明其对免除税收事宜进行确认，该事实不能证明其为发包人。为保证工程款资金安全，攀莲镇政府对进度款进行了审签，该行为仅表明攀莲镇政府对拆迁安置工程进行监督、管理及组织实施，履行政府职能工作，并非本案的发包人。根据《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条第一款“当事人对自己提出的主张，有责任提供证据”、《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》第九十条“当事人对自己提出的诉讼请求所依据的事实或者反驳对方诉讼请求所依据的事实，应当提供证据加以证明，但法律另有规定的除外。在作出判决前，当事人未能提供证据或者证据不足以证明其事实主张的，由负有举证证明责任的当事人承担不利的后果”的

规定，泸州建司未提供证据证明其提出的因攀莲镇政府与其签订《建设工程施工合同》及《补充协议》、与被拆迁安置村民之间系分配房屋或销售房屋的关系，应为合同相对人的上诉理由，故其该上诉理由不成立，本院不予支持。综上所述，泸州建司主张攀莲镇政府为发包人缺乏事实依据，其请求由攀莲镇政府承担给付工程款义务的上诉理由不成立，本院不予支持。

关于水塘村一组、赵世元等 12 人应否承担连带责任问题。二审法院认为，2008 年 6 月 7 日水塘村一组代表被拆迁安置村民与承包人泸州建司签订《建设工程施工合同》，泸州建司按约施工，于 2009 年底基本完工，得到被拆迁安置村民认可，并于 2010 年 12 月基本入住。水塘村一组代表被拆迁安置村民与泸州建司签订《建设工程施工合同》，系双方真实意思表示，不违反法律、行政法规的强制性规定，不损害国家、集体或者其他第三人的利益，合法有效。根据《中华人民共和国民事诉讼法》第四十八条“公民、法人和其他组织可以作为民事诉讼的当事人。法人由其法定代表人进行诉讼。其他组织由其主要负责人进行诉讼”、《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》第五十二条“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：（八）其他符合本条规定条件的组织”的规定，结合最高人民法院向河北省高级人民法院发出的（〔2006〕民立他字第 23 号）《关于村民小组诉讼权利如何行使的复函》中答复意见精神，水塘村一组具有诉讼主体资格，可以作为本案被告参加诉讼，一审法院认定水塘村一组不是本案适格被告错误，本院予以纠正。水塘村一组与泸州建司签订《建设工程施工合同》，系合同权利义务的相对人，应当履行合同义务，水塘村一组也认可应由其承担给付工程款的责任，故应由水塘村一组向泸州建司支付工程款。

类型二、应承担责任的情形

97. 工程项目办不具备诉讼主体资格，其作为政府投资项目的发包人与承包人签订合同，应由政府职能部门和项目直接受益人作为诉讼主体。

案例97. 河南省许昌市中级人民法院（2014）许民初字第006号“湖南五强工程有限公司与许昌广莅公路建设有限责任公司、鄂尔多斯市交通运输局、鄂尔多斯市人民政府、鄂尔多斯市沿黄高等级公路建设开发有限公司建设工程施工合同纠纷案”



关于本案各诉讼当事人的主体资格问题。法院认为，内蒙古自治区发展改革委员会文件明确案涉项目由政府自筹资金解决，根据《国务院办公厅转发建设部等部门关于进一步解决建设领域拖欠工程款问题意见的通知》第二条第（五）项第2点：“地方人民政府投资项目的拖欠工程款，由地方人民政府通过预算内资金、土地出让收入、城市基础设施配套费以及资产变现等渠道筹集资金偿还。”的规定，本项目拖欠工程款，作为市政府投资项目，市政府对本项目应付工程款具有法定的偿还责任，但是因为其责任已经有其职能部门鄂尔多斯市交通运输局承接，其义务亦应该由鄂尔多斯市交通运输局承担，故其作为本案被告不适格。交通局为招标文件中的招标单位，与许昌广莅临公司签订相关合同文件，且其下属内设机构鄂尔多斯市沿黄一级公路树林召至独贵塔拉段工程建设项目办公室（简称“项目办”）因不具备诉讼主体资格，应当由项目办归属的法人承担法律责任，且因交通局作为鄂尔多斯市人民政府职能部门代鄂尔多斯市人民政府具体负责该项目招标、建设，并享有该项目全部股权、收益权，鄂尔多斯市人民政府应承担之义务应由鄂尔多斯市交通运输局承担，故交通局为本案适格被告。沿黄公司是本项目所修建的公路管理者和实际占有、使用、收益人，是该公路的权利直接受益人，依法应当对被告因本项目欠付原告的工程款等付款责任承担连带支付责任，为本案适格被告。

98. 工程建设指挥中心系区政府为涉案工程建设所成立的相关组织协调单位和部门，涉案工程款应由区政府承担偿付责任。

案例 98. 河南省高级人民法院（2017）豫民终1228号
“洛阳市瀍河回族区人民政府与洪增彦建设工程施工合同纠纷案”



关于瀍河区政府应否承担付款责任的问题。一审法院认为，瀍河两岸开发改造工程系由瀍河区政府决定的，开发建设过程中所建的工程产权亦归瀍河区政府所有，洛阳市瀍河两岸工程建设指挥中心、洛阳市瀍河两岸开发建设中心均系瀍河区政府为瀍河两岸开发改造工程所成立的相关组织协调单位和部门，故本案的工程款应由瀍河区政府承担偿付责任。

二审法院认为，1996年3月指挥中心将涉案工程发包给洪增彦施工，根据瀍河区政府文件，该指挥中心系瀍河区政府为开发建设包括涉案工程在内的瀍河两岸工程而设立的临时机构，其不具有法人资格，且瀍河区政府会议纪要亦载明涉案工程产权归瀍河区政府所有，虽然瀍河区政府作为主管部门于1997年又成立了建设中心，并将涉案债务划归建设中心承担，但该债务转移未经过承包人洪增彦同意，对洪增彦没有约束力。另外虽然涉案工程结束后，建设中心、瀍河区政府参与了工程款纠纷相关事项的处理并与洪增彦签订了若干合同，但合同内容均没有三方协商免除瀍河区政府改由建设中心承担工程款债务的意思表示，因此，瀍河区政府关于其不应承担付款责任的主张不能成立，本院不予支持。

裁判依据或参考

法律法规

《中华人民共和国民法总则》(2017年10月1日)

第三章 法人

第一节 一般规定

第五十七条 法人是具有民事权利能力和民事行为能力，依法独立享有民事权利和承担民事义务的组织。

第五十八条 法人应当依法成立。

法人应当有自己的名称、组织机构、住所、财产或者经费。法人成立的具体条件和程序，依照法律、行政法规的规定。

设立法人，法律、行政法规规定须经有关机关批准的，依照其规定。

第五十九条 法人的民事权利能力和民事行为能力，从法人成立时产生，到法人终止时消灭。

第六十条 法人以其全部财产独立承担民事责任。

第四节 特别法人

第九十六条 本节规定的机关法人、农村集体经济组织法人、城镇农村的合作经济组织法人、基层群众性自治组织法人，为特别法人。

第九十七条 有独立经费的机关和承担行政职能的法定机构从成立之日起，具有机关法人资格，可以从事为履行职能所需要的民事活动。

第九十八条 机关法人被撤销的，法人终止，其民事权利和义务由继任的机关法人享有和承担；没有继任的机关法人的，由作出撤销决定的机关法人享有和承担。

司法解释及其他

《最高人民法院关于机关法人作为被执行人在执行程序中变更问题的复函》(法函〔2005〕65号)

青海省高级人民法院：

你院2005年3月22日的请示收函。经研究，答复如下：

鉴于在执行过程中，被执行人在机构改革中被撤销，其上级主管部门无偿接受了

被执行人的财产，致使被执行人无遗留财产清偿债务，按照《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》（法发〔92〕22号）第271条和《最高人民法院关于人民法院执行工作若干问题的规定（试行）》（法释〔1998〕15号）第81条的规定，可以裁定变更本案的被执行人主体为被执行人的上级主管部门，由其在所接受财产价值的范围内承担民事责任。

地方规范性文件

安徽省人民政府办公厅《关于行政机关在民事活动中严格依法办事的通知》（2000年6月7日 皖政办〔2000〕31号）

一、认真清理经济实体，尽快理顺法律关系。各级政府及政府各部门要根据国家有关规定，并结合机构改革的要求，对本机关所办的经济实体进行认真清理，分别情况，依法处理。对按照国家规定确需保留的经济实体，要明确其债权债务关系，并将其改制成自主经营、自负盈亏、能独立承担民事责任的经济组织，使其与本行政机关彻底脱钩。无需保留的经济实体，要坚决撤销。经济实体撤销前，应依法组织财务资产清算，妥善处理其债权债务。对原经济实体遗留的问题，也必须予以高度重视，明确经济责任，理顺法律关系，依法维护行政机关合法权益。

二、强化合同意识，加强监督管理。政府及政府各部门在民事活动中要遵循诚实信用原则，尊重市场规则，强化合同意识，依法规范民事行为。合同一旦签订，必须严格履行，不得利用职权擅自变更或者解除合同。同时要坚决执行合同法、担保法等法律，加强内部监督管理，严禁行政机关为民事合同提供担保。合同履行中出现纠纷，要及时依法解决。

三、积极做好民事案件的应诉工作，切实依法维护自身合法权益。政府及政府各部门要慎重对待每一件应诉案件，及时指派法制工作机构及了解事实情况的人员作为诉讼代理人按时参加诉讼活动，依法积极主张权利，并要尊重审判程序，配合人民法院的审判工作。对一审判决不服的，应在法定上诉期限内及时上诉。对生效的判决仍有异议的，可依法申诉，或通过检察机关依法进行抗诉。同时，对已经生效的判决，要支持和配合人民法院的执行工作，自觉履行义务。

四、总结经验教训，严格依法办事。各级政府及政府各部门要从已发生的民事案件中吸取经验教训，在民事活动中自觉增强法律意识，加强法制观念，学会并善于运用法律手段解决民事纠纷。行政机关的工作人员特别是领导干部，一定要学习和掌握

基本的民事法律法规，做到学法、懂法、用法。行政机关进行民事活动时，要充分听取法制工作机构的意见，发挥其参谋、助手和法律顾问作用。要将行政机关的民事活动纳入法制化轨道，严格依法办事。对违纪违法导致国家财产遭受重大损失的直接责任人员和有关主管人员，要依法给予行政处分；触犯刑律的，依法追究刑事责任。

第 13 节 债务加入的认定标准

——第三人担责，须具何条件？（债务加入）

99. 发包人的母公司，实质性地参与了承包人工程款支付事项的协商和承诺，并以自己的行为表明了其有共同偿还工程款的意思表示，属于债务加入，由此应当依约承担相应责任。

案例 99. 最高人民法院（2013）民一终字第 117 号“浙江圣华建设集团有限公司与安徽环球房地产股份有限公司、浙江环球房地产集团有限公司建设工程施工合同纠纷案”



关于环球集团公司应否承担连带责任的问题。二审法院认为，涉案工程的《a、d 标段工程施工补充合同》的当事人双方虽为圣华建设公司与环球房产公司，合同履行也主要发生在圣华建设公司与环球房产公司之间，但是，2007 年 1 月 27 日，环球集团公司和环球房产公司共同作为甲方与作为乙方的圣华建设公司签订了《关于阜阳解放北大街一期工程 d 标段工程进度款支付办法的补充》，环球集团公司加盖了公章。环球集团公司答辩称，其盖公章的行为是为了见证圣华建设公司与环球房产公司签订上述协议，并无承担工程款支付义务的意思表示。但是，环球集团公司和环球房产公司共同并排在该协议的甲方位置上加盖公章，环球集团公司董事长潘政祥在该协议的甲方位置上签字但没有见证签订协议的类似文字表述。对此，环球集团公司和环球房产公司均未能作出合理解释。从该协议的形式看，难以认定环球集团公司仅为该协议的见

证人。此外，2009年11月6日，环球集团公司董事长潘政祥与圣华建设公司d标段施工负责人陈安信签署了《备忘录》，就d标段工程竣工验收合格时间、决算时间、竣工资料移交时间以及工程结算款的支付等内容达成了一致意见。由此可见，环球集团公司作为环球房产公司的母公司，实质性地参与了圣华建设公司与环球房产公司工程款支付事项的协商和承诺，并以自己的行为表明了其有共同偿还工程款的意思表示，属于债务加入，由此应当依约承担相应责任。一审判决以环球房产公司是独立法人且环球集团公司与圣华建设公司之间没有直接的法律关系为由，认定环球集团公司对本案债务不承担责任系适用法律错误，应予纠正；圣华建设公司提出的环球集团公司的上述行为系债务加入并应当承担连带责任的主张，有事实和法律依据，本院予以支持。

100. 债务加入人辩称参与签署工程款支付三方协议系工作人员疏漏造成，非真实意思表示，是名为代付，实为付款保证，由于协议中无付款保证的意思表示，债务加入人辩解理由与事实不符，不予采信。

案例 100. 安徽省高级人民法院（2015）皖民四终字第00569号“安徽东皖建设集团有限公司与安徽华纳包装科技有限公司、安徽省江北产业集中区管委会建设工程施工合同纠纷案”



关于江北管委会对案涉工程款支付应承担何种法律责任。东皖建设公司上诉要求江北管委会依据案涉三方于2014年3月21日签署的《安徽华纳包装科技有限公司工程款支付协议》，对华纳包装公司欠付东皖建设公司的工程款承担连带支付责任。二审法院认为，《安徽华纳包装科技有限公司工程款支付协议》由案涉三方共同签署，江北管委会在该《工程款支付协议》中明确表示代华纳包装公司支付东皖芜湖公司工程款，原审法院据此认定江北管委会该行为属债务加入，符合案涉三方的真实意思，且不违反法律规定，合法有效，对案涉三方均具有约束力，本院对此予以确认。由于案涉三方在支付协议中未明确约定江北管委会的责任形式，江北管委会作为第三人加入债务，并明确表示代华纳包装公司支付东皖芜湖公司工程余款，且协议签订后，江北管委会已于2014年5月14日代华纳包装公司支付东皖芜湖公司工程款240万元，东皖建设

公司要求江北管委会承担连带支付责任，并不违反当事人的真实意思表示，应予支持。江北管委会辩称参与签署三方协议系该管委会工作人员疏漏造成，非江北管委会真实意思，是名为代付，实为付款保证。由于协议中无付款保证的意思表示，江北管委会该辩解理由与事实不符，本院不予采信。东皖建设公司要求江北管委会按照三方协议对华纳包装公司欠付工程款承担连带支付责任的上诉理由成立，本院予以支持。

101. 债务加入又称并存的债务承担，是指第三人、债务人与债权人达成三方协议或第三人与债权人达成双方协议或第三人向债权人单方承诺由第三人履行债务人的债务，但同时不免除债务人履行义务的债务承担方式。债务加入后，除当事人对责任承担方式另有约定外，债权人可以请求第三人与债务人共同承担责任。一般而言，在当事人明确约定或表示原债务人退出原债权债务法律关系中，或根据合同约定可确切推断原债务人退出原债权债务法律关系，方可认定成立免责性的债务承担，即债务转移。

案例 101. 江苏省高级人民法院（2016）苏民终465号“扬州宏盛钢结构工程有限公司与丹阳市荆林建筑工程有限公司、江苏微磁科技有限公司建设工程施工合同纠纷案”



关于涉案剩余工程价款的支付责任主体。分包人宏盛公司陈述其与总包人荆林公司签订的分包合同合法有效，荆林公司亦支付了部分工程款，联合声明进一步证明了双方的建设工程分包关系，同时约定由微磁公司代为支付剩余工程款，但不免除荆林公司的付款责任，所以微磁公司的行为构成债务加入。

荆林公司辩解根据联合声明的约定，宏盛公司主张的剩余工程款付款义务方系微磁公司，与荆林公司无关，且涉案工程的部分工程款亦是宏盛公司直接从微磁公司支付。联合声明第六条第四行“乙方仍按总包合同约定履行工程款支付责任”中的“乙方”系笔误，应为“甲方”。

一审法院认为，债务加入或者债务转移，何为当事人之间的真实意思表示、须结合债权人表态、当事人事后实际履行债务的情况等因素，并以保护债权人利益为原则，进行综合判断。

1. 根据民法理论，债务加入又称并存的债务承担，是指第三人、债务人与债权人达成三方协议或第三人与债权人达成双方协议或第三人向债权人单方承诺由第三人履行债务人的债务，但同时不免除债务人履行义务的债务承担方式。债务加入后，除当事人对责任承担方式另有约定外，债权人可以请求第三人与债务人共同承担责任。本案中，宏盛公司已按约定完成工程量，作为施工合同相对方的荆林公司有义务向宏盛公司支付工程价款，荆林公司处于债务人地位。后宏盛公司与荆林公司、微磁公司签订了联合声明，从整个联合声明的文义作整体解释可看出，当事人真实意思表示是剩余工程款由微磁公司直接向宏盛公司支付，但在未付清前，荆林公司仍有支付责任，故微磁公司系作为债务人加入原债权债务关系中，承担支付剩余工程款的责任。

2. 一般而言，在当事人明确约定或表示原债务人退出原债权债务法律关系中，或根据合同约定可确切推断原债务人退出原债权债务法律关系，方可认定成立免责性的债务承担，即债务转移。本案中，当事人之间并无免除荆林公司支付工程款的明确约定，宏盛公司与荆林公司对此亦存有争议。而且，联合声明约定“在甲方（微磁公司）未支付清工程款前，乙方（荆林公司）仍按总包合同约定履行工程款支付责任”，荆林公司辩称上述联合声明条款存在笔误，并未有充分依据或作出合理解释。故该声明虽然约定剩余工程款由微磁公司直接支付给宏盛公司，但荆林公司对上述款项在未付清之前仍有支付责任。由此可知，微磁公司、荆林公司对宏盛公司负有共同支付剩余工程款的责任。因此，荆林公司与微磁公司均为涉案剩余工程款支付责任主体，故对宏盛公司主张荆林公司与微磁公司共同承担给付剩余工程款责任的诉讼请求，一审法院予以支持。

二审争议焦点：荆林公司是否应当承担本案付款责任。

二审裁判要点：根据联合声明的约定内容，案涉钢结构工程剩余工程款由微磁公司直接支付给宏盛公司，该声明第六条同时约定：“在甲方未支付清工程款前，乙方仍按总包合同约定履行工程款支付责任”，据此，乙方荆林公司在甲方微磁公司未付清工程款的情况下，仍应承担相关付款责任，荆林公司辩称该约定中的“乙方”系笔误实际应为“甲方”的抗辩主张缺乏依据，本院不予采信。第三，原审法院虽在（2014）盐民初字第00206民事判决认定该案工程系蒋水平与微磁公司之间建立的工程施工与结算关系，但该案结算的工程款并不包括本案钢结构工程，故上述认定并不影响宏盛公司根据联合声明的约定就本案工程向微磁公司和荆林公司主张欠付工程款的权利。综上，原审法院判令荆林公司与宏盛公司共同承担本案欠付工程款付款责任，并

无不当。

102. 债务加入是指第三人与债权人约定由第三人就债务人先前发生的债务向债权人清偿，同时并不免除债务人履行义务的一种债务承担方式。两债务人实行财务统一管理，对他们各自拖欠两债权人工程款债务的金额没有举证区分，也无法说明为何要在工程结算汇总表、包干项目汇总表以及对账单、函件上共同盖章确认，因此，该行为应当视为两债务人对各自拖欠两债权人的工程款债务的加入。

案例 102. 浙江省高级人民法院（2014）浙民提字第 77 号
“衢州金德塑胶管业有限公司与浙江广胜集团有限公司等建设工程施工合同纠纷案”



关于金德塑胶公司、浙江金德卫浴有限公司的行为是否构成债务加入。一审法院认为，所谓债务加入是指第三人与债权人约定由第三人就债务人先前发生的债务向债权人清偿，同时并不免除债务人履行义务的一种债务承担方式。本案中，广胜集团公司、汪关飞分别与浙江金德卫浴有限公司、金德塑胶公司建立建设工程施工合同关系，也就是说，广胜集团公司、汪关飞与浙江金德卫浴有限公司间的债权债务关系以及广胜集团公司、汪关飞与金德塑胶公司之间的债权债务关系原是相互独立的。然而金德塑胶公司、浙江金德卫浴有限公司在 2008 年工程结算汇总表、包干项目汇总表以及对账单、函件上共同盖章确认的行为，应当视为金德塑胶公司对浙江金德卫浴有限公司欠广胜集团公司、汪关飞的工程款债务的加入，况且，金德塑胶公司、浙江金德卫浴有限公司并不能分清在支付广胜集团公司、汪关飞工程款时各自支付的数额及尚欠的数额。虽然，汪关飞个人与金德塑胶公司、浙江金德卫浴有限公司分别或共同签订的施工合同虽属无效，但其为金德塑胶公司、浙江金德卫浴有限公司施工后，工程已经交付使用。汪关飞为此工程的完工投入了大量的人力物力，现汪关飞要求金德塑胶公司、浙江金德卫浴有限公司按照合同的规定及结算结果支付工程款，于法有据，法院予以支持。况且在结算款项时，金德塑胶公司、浙江金德卫浴有限公司将汪关飞个人施工的款项与广胜集团公司的施工款项放在一起共同结算支付，金德塑胶公司、浙江

金德卫浴有限公司难以分清支付广胜集团公司、汪关飞各自款项的数额，因此，汪关飞要求作为共同原告参加诉讼，理由成立。故广胜集团公司、汪关飞要求金德塑胶公司、浙江金德卫浴有限公司共同承担连带清偿责任的请求，理由正当，法院予以支持。

二审法院认为，关于汪关飞与广胜集团公司能否作为共同的诉讼主体问题，从法律关系实际过程看，金德塑胶公司与浙江金德卫浴有限公司在共同支付相应的工程进度款时，未明确区分汪关飞与广胜集团公司；另，在2008年工程结算汇总表、包干项目汇总表以及对账单、函件上当事人系作为两方整体共同盖章确认，本案一审按诉讼标的的共同之程序原理确定诉讼主体，并无不当。

法院再审认为，广胜集团公司、汪关飞分别与浙江金德卫浴有限公司、金德塑胶公司签订工程施工合同，工程完工后，金德塑胶公司、浙江金德卫浴有限公司在2008年工程结算汇总表、包干项目汇总表以及对账单、函件上共同盖章确认。本院认为，金德塑胶公司、浙江金德卫浴有限公司的财务实行统一管理，诉讼中，金德塑胶公司、浙江金德卫浴有限公司对他们各自拖欠广胜集团公司、汪关飞的工程款债务的金额没有举证区分，也无法说明为何要在2008年工程结算汇总表、包干项目汇总表以及对账单、函件上共同盖章确认。因此，该行为应当视为金德塑胶公司、浙江金德卫浴有限公司对他们各自拖欠广胜集团公司、汪关飞的工程款债务的加入，符合债务加入的法律规定。金德塑胶公司的该项再审理由不能成立。

103. 债务加入是指原债务人并没有脱离原有合同关系，而是由第三人加入合同关系，并与原债务人一起共同向债权人承担合同义务；债务加入后，除当事人对责任承担方式另有约定外，债权人可以请求第三人与债务人共同承担责任，同时，第三人享有债务人对债权人享有的抗辩权。债务人与第三人向债权人出具的承诺不具备法律规定的担保要件，不属于债的担保，实为第三人、债务人向债权人出具承诺，由第三人、债务人共同向债权人履行债务的意思表示，其法律性质应为债务加入。

案例 103. 重庆市高级人民法院（2014）渝高法民提字第00146号“重庆渝电明珠送变电工程院有限公司（原重庆明珠送变电工程有限公司）与重庆海港房地产开发有限公司、重庆贤方机电设备有限公司建设工程施工合同纠纷案”



关于《诺承》的法律性质问题。法院再审认为，根据《中华人民共和国合同法》第八十四条规定，债务加入是指原债务人并没有脱离原有合同关系，而是由第三人加入合同关系，并与原债务人一起共同向债权人承担合同义务；债务加入后，除当事人对责任承担方式另有约定外，债权人可以请求第三人与债务人共同承担责任，同时，第三人享有债务人对债权人享有的抗辩权。本案中，良鹏公司、贤方公司共同向海港公司出具的《诺承》载明“‘海港·江南世家’项目施工以及履行的相关协议，由我公司共同承担一切责任。”该承诺不具备法律规定的担保要件，而且也体现不出良鹏公司有提供保证的意思表示，其法律性质不属于债的担保。从其内容分析，实为第三人、债务人向债权人出具承诺，由第三人、债务人共同向债权人履行债务的意思表示，因此，良鹏公司、贤方公司对贤方公司因相关合同履行所生债务应共同承担责任，《诺承》的法律性质应为债务加入。

104. 债务加入是并存的债务承担，债务加入人与债权人在协议中未明确约定免除债务人的责任，原债务人不脱离原债务关系。

案例104. 黑龙江省高级人民法院（2013）黑民终字第47号“上诉人七台河市金峰洗煤有限责任公司（简称金峰公司）与被上诉人烟台金华选煤工程有限公司（简称金华公司）、高德元、王立先、张正杰、原审被告曹云胜建设工程施工合同纠纷案”



关于金峰公司的原股东同意履行给付工程款的义务，是否免除金峰公司责任的问题。二审法院认为，王立先、张正杰与金华公司签订的补充协议及附件约定，由高德元、王立先、张正杰三人承担给付剩余工程款102万元的义务。王立先、张正杰、金华公司签字表示认可，高德元未签字。该行为表明王立先、张正杰两股东与金华公司达成偿还债务协议，两股东加入原存在的债务关系中，与债务人金峰公司共同承担债务。此协议的性质，应为债务的加入。债务加入是并存的债务承担，原债务人金峰公司并没有脱离原债务关系。而两股东与金华公司在协议中未明确约定免除金峰公司的责任，金华公司亦未明确表示免除金峰公司的给付义务。故王立先、张正杰承诺与高德元承担给付金华公司工程款的义务，并不能免除金峰公司的责任。另，高德元虽未签字同意加入该债务，但一审判决其承担还款责任，其并未提出上诉，故本院对此不予审查。

105. 第三人向债权人单方承诺由第三人履行债务人的债务，构成债务加入，债权人要求债务加入人承担责任，应予支持。

案例105. 徐州市中级人民法院（2014）徐民终字第01716号“王虎与江苏铸辉市政建设有限公司、徐州国宁置业有限公司等建设工程施工合同纠纷案”



关于国宁公司是否应对王虎工程款承担责任的问题。二审法院认为，被上诉人王虎在民事诉状中要求国宁公司、铸辉公司、王荣繁、嘉泰公司支付 60 万元工程款，而非要求国宁公司作为发包人在欠付工程款范围内承担连带责任。并且在一审诉讼过程中，王虎向法庭提交了国宁公司向工作组提供的承诺书复印件作为证据，通过王虎的诉讼行为，能够认定王虎诉讼意图亦要求国宁公司对 60 万元的工程款承担连带责任。因此，原审法院并未超出王虎的诉讼请求进行判决。国宁公司在承诺书中明确表示“还有王虎伍拾万元左右人工费存在争议，若属实还需我公司另行支付”，参考江苏省高级人民法院关于适用《中华人民共和国合同法》若干问题的讨论纪要（一）第十七条的规定：“债务加入是指第三人与债权人、债务人达成三方协议或第三人与债权人达成双方协议或第三人向债权人单方承诺由第三人履行债务人的债务，但同时不免除债务人履行义务的债务承担方式”，本案中，国宁公司在承诺书中对王虎工程款“若属实还需我公司另行支付”的意思表示属于第三人单方面承诺由其履行债务人的债务，现王虎作为债权人要求国宁公司承担责任，应予支持。

106. 第三人以自己的名义愿意承担债务，在第三人未清偿债务的前提下，债权人仍有权向债务人主张权利。

案例 106. 杭州市中级人民法院（2014）浙杭民终字第 1975 号“浙江兴隆建设有限公司与杭州市西湖区电影管理站、浙江省电子技术研究所有限公司建设工程施工合同纠纷案”



关于本案诉讼主体是否适格。一审法院认为，虽（2010）杭西民初字第 1448 号民事调解书载明，电子研究所确认，西湖影视文化综合楼的实际建设单位是电子仪器公司和西湖电影站，以西湖电影站为甲方，电子研究所（电子仪器厂）为乙方，富城公司为丙方，于 2006 年 12 月 31 日签订的《联合投资协议书》中乙方电子研究所的权利义务由电子仪器公司享有和承担，电子研究所不再承担任何义务，西湖电影站、富城公司没有异议。但该调解书确认的内容系电子仪器公司、电子研究所、西湖电影站、富城公司之间的内部约定，兴隆公司并非该民事调解书的当事人，在兴隆公司不予追认的情况下，对兴隆公司并不产生法律效力。至于富城公司，虽根据《联合投资协议》

的约定，富城公司系出资方，但其并非《建设工程施工合同》的合同一方当事人。如前所述，虽兴隆公司与富城公司就案涉工程签订了《尾款支付协议书》，但富城公司无权代表西湖电影站、电子研究所进行结算，其结算行为属于债的加入，兴隆公司有权选择富城公司或者西湖电影站、电子研究所承担付款责任。故兴隆公司依据其与西湖电影站、电子研究所签订的《建设工程施工合同》向西湖电影站、电子研究所主张权利，并无不当，本案诉讼主体适格。

西湖电影站提起上诉称，一审法院关于《尾款支付协议书》的效力确认认定正确，而在此基础上，不应认定两上诉人的主体资格正确。

电子研究所上诉称，一审法院根据《尾款支付协议书》判决两被告承担支付责任是不能成立的，根据《中华人民共和国合同法》第八十四条规定，本案事实应当认定为债务转移，并非债的加入。

二审法院认为，根据兴隆公司与西湖电影站、电子研究所签订的《建设工程施工合同》约定，案涉工程的发包人为西湖电影站与电子研究所。虽然电子研究所与电子仪器公司之间达成了案涉工程建设单位变更的调解协议，但是并无证据证明对兴隆公司进行了通知，兴隆公司根据合同向西湖电影站与电子研究所主张欠付的工程款，并无不当。富城公司虽与兴隆公司签订了《尾款支付协议书》，但是富城公司是以自己的名义愿意承担债务，并无债务转移的意思表示，且兴隆公司也从未同意因签订了《尾款支付协议书》而免除西湖电影站、电子研究所支付工程款的债务，故在富城公司未清偿债务的前提下，兴隆公司仍有权向西湖电影站、电子研究所主张权利。案涉工程款的最后5%虽作为保修金，但其实质仍为工程款，与之前的工程款属于同一债务，判决驳回上诉，维持原判。

107. 判断当事人是否符合债务加入，应结合缔约背景、合同相关条款约定及实际履行情况来判断。

案例107. 最高人民法院（2014）民一终字第16号“北京顺鑫天宇建设工程有限公司与北京市顺义大龙城乡建设开发总公司、满洲里市人民政府建设工程施工合同纠纷案”



关于大龙公司应否对案涉工程欠款及垫资利息承担连带责任。二审法院认为,《协议书》第三条第3款“丙方责任”第②项约定:大龙公司“监督、督促外交会馆基建办与天宇公司双方履行合同约定的义务,当外交会馆基建办不能履行合同条款中约定的义务时,大龙公司替外交会馆基建办完全履行合同约定的义务,承担其担保责任”。第④项约定:“政府资金到位前,所需施工资金由大龙公司解决”。依上述约定文意解释,大龙公司于本案中不仅有担保《协议书》约定义务履行的意思表示,其亦为《协议书》缔约一方主体,承担政府资金到位前工程款的支付义务。质言之,本案中,大龙公司在先期引荐天宇公司作为施工方参与缔约后,又作为合同相对一方当事人,以协议方式向天宇公司承诺,若满洲里市人民政府不能履行包括支付工程款在内的约定义务时,由其负责替代完成。并同时明确政府资金到位前,所需施工资金由大龙公司先行负责解决。其后于《协议书》实际履行过程中,大龙公司亦以前述约定为据,分别于2007年9月30日及10月30日、2008年12月18日分三次向天宇公司直接支付工程款累计达2800万元。上述《协议书》缔约背景、相关条款约定内容及实际履行情况表明,大龙公司的真实意思表示为整体加入与天宇公司及满洲里市人民政府的合同中,成为施工资金给付义务主体,与满洲里市人民政府一起对天宇公司的债务承担连带清偿责任。因此,大龙公司关于《协议书》结算主体应为满洲里市人民政府和天宇公司,工程款的给付责任主体是满洲里市人民政府,大龙公司在《协议书》中仅以引荐人和担保人的身份出现的上诉主张不能成立。本案属未完工工程,《协议书》因未依法履行招投标程序被确认无效,并不当然导致相关责任承担的内容无效,满洲里市人民政府应按审计确认的已完工程及库存材料造价数额,向天宇公司履行支付;大龙公司作为债的加入一方当事人,应向天宇公司承担连带清偿责任。由此一审法院判令大龙公司对满洲里市人民政府给付工程款及垫资利息承担连带责任并无不妥,本院予以维持。

裁判依据或参考

法律法规

《中华人民共和国合同法》(1999年10月1日)

第八十四条 债务人将合同的义务全部或者部分转移给第三人的,应当经债权人同意。

地方司法性文件及其他

江苏省高级人民法院《关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的讨论纪要》

(一)(2005年9月27日 苏高法审委〔2005〕16号)

五、债务加入

第十七条 债务加入是指第三人与债权人、债务人达成三方协议或第三人与债权人达成双方协议或第三人向债权人单方承诺由第三人履行债务人的债务，但同时不免除债务人履行义务的债务承担方式。

第十八条 第三人与债权人在合同中未明确约定免除债务人履行义务的，债权人请求债务人承担履行责任的，人民法院应当支持。但债权人对免除债务人的履行债务无异议的除外。

第十九条 债权人请求第三人与债务人承担连带责任的，人民法院应当支持。但当事人在合同中对责任形式有约定的除外。

第14节 名义发包与实际投资

——名义发包人，责任来承担？（名义发包）

类型一、实际投资人与名义发包人共同承担责任的情形

108. 工程实际投资人借用他人名义开发案涉工程，由此产生的债务应由双方共同承担连带责任。

案例 108. 最高人民法院（2017）最高法民申621号“张国侨、阜宁县益林镇村镇房屋开发有限责任公司建设工程施工合同纠纷案”



关于张国侨是否应当对益林公司的责任承担连带责任的问题。法院再审认为，根据原审查明的事实，张国侨作为案涉工程投资人，借用益林公司名义、挂靠益林公司开发案涉工程，工程收益亦归张国侨个人所有，且在工程施工过程中，张国侨作为实际投资人亦多次以自己名义直接与实际施工人吴为华签订相关协议，故二审判决据此认定张国侨作为案涉工程的实际投资人借用益林公司名义开发案涉工程，为此产生的债务应由双方共同承担连带责任的认定，事实和法律依据充分。张国侨关于其不应当承担连带责任的申请理由不能成立，本院不予支持。

109. 实际投资人应与名义发包人共同承担连带责任。

案例109. 最高人民法院（2017）最高法民申602号“梅口市宏宇建工集团有限公司与文丽顺、吉林市城市综合开发有限责任公司等建设工程施工合同纠纷案”



关于文丽顺、开发公司、鑫宇公司之间应否承担连带责任的问题。开发公司与鑫宇公司之间系建设工程施工合同关系，鑫宇公司以其名义为涉案项目办理建设用地批准书、施工许可证、商品房预售许可证等开发手续，文丽顺是案涉项目实际投资人，以开发公司的名义对外发包。且文丽顺、开发公司、鑫宇公司曾明确表示同意承担连带责任。文丽顺现又主张其不应承担连带责任，本院不予支持。

110. 实际投资人以工程建设单位的角度参与了工程管理，应对欠付承包人工程款承担连带责任。

案例110. 河北省高级人民法院（2014）冀民一终字第95号“浙江宝业建设集团有限公司与承德开源肉类加工有限公司、江苏雨润食品产业集团有限公司建设工程合同纠纷案”



关于雨润集团是否应承担连带责任的问题。二审法院认为，从雨润集团与隆化县

政府签订的《10万头肉牛加工产业化项目合作协议书》来看，案涉工程系雨润集团为履行其与隆化县政府肉牛加工产业化合作项目而建，雨润集团对该项目计划总投资为3.2亿元，并承诺负责资金按建设进度到位，开源公司只是其为履行该合作项目而注册成立的项目公司；隆化县政府2012年9月18日会议纪要对整个项目的履行过程做了陈述，其中载明隆化县政府曾多次协调雨润集团与宝业公司有关工程施工相关事宜，并就雨润集团应如何向宝业公司支付施工欠款等作出纪要；2011年8月8日雨润集团与宝业公司磋商工程质量问题的会议中，雨润集团总经办经理参加了此次会议，会议对宝业公司施工质量问题提出了意见和要求。上述证据表明，雨润集团不仅是案涉项目的实际投资人，而且以工程建设单位的角度实际参与了工程管理，故原审判令雨润集团对欠付宝业公司工程款承担连带责任并无不当，本院予以维持。

111. 工程实际投资人应对欠付工程款承担连带责任。

案例 111. 马鞍山市博望区人民法院（2015）博丹民二初字第00043号“李公文与马鞍山市农德禽畜养殖场、张华春、张玉春、孙时宾建设工程施工合同纠纷案”



法院认为，本案的争议焦点为孙时宾、张华春、张玉春对农德禽畜养殖场所欠李公文的工程款是否应该承担责任，如果承担责任，应承担何种责任。关于孙时宾的责任问题。法院认为，《中华人民共和国个人独资企业法》第二条规定：本法所称个人独资企业，是指依照本法在中国境内设立，由一个自然人投资，财产为投资人个人所有，投资人以其个人财产对企业债务承担无限责任的经营实体。第三十一条规定：个人独资企业财产不足以清偿债务的，投资人应当以其个人的其他财产予以清偿。本案中，孙时宾作为农德禽畜养殖场的投资人对农德禽畜养殖场的债务，若该养殖场财产不足以清偿债务时，以其个人的其他财产予以清偿。依法应承担连带清偿责任。关于张华春、张玉春的责任问题。法院认为，1. 农德禽畜养殖场登记成立后，公章由张华春、张玉春保管，费用报销审批单及工资表上的审核人处均有张华春签名，南京登善粮食购销有限公司玉米款欠条上有张玉春签名；2. 2015年7月，张华春、张玉春、孙时宾签订“协议”系三人的真实意思表示，不违反法律、行政法规的强制性规定，合法有效。

该“协议”中三人的身份明确为“股东”，且对剩余转让款项的分配约定了每人应占的份额。综上，张华春、张玉春不仅参与农德禽畜养殖场的经营管理而且拥有农德禽畜养殖场的股份，农德禽畜养殖场名义上投资人为孙时宾个人，而实际投资人应为张华春、张玉春、孙时宾三人。故张华春、张玉春对农德禽畜养殖场的债务，若该养殖场财产不足以清偿债务时，依法也应以其二人个人的其他财产予以清偿。

112. 实际投资人挂靠房地产开发有限公司与承包人签订工程建设施工合同，应承担连带支付责任。

案例 112. 内江市东兴区人民法院（2016）川1011民初321号“原告李平、内江市万通劳务有限公司与被告内江市众大房地产开发有限公司、徐佑平建设工程合同纠纷案”



法院认为，被告徐佑平挂靠被告内江市众大房地产开发有限公司，作为实际投资人，并与李平签订了《万腾花园工程建设施工合同》和协议，因此二被告在本案中应承担连带的支付责任。

113. 名义发包人与工程实际投资人签订的协议不具有对抗第三人的法律效力，应与实际投资人共同向承包人承担连带清偿责任。

案例 113. 正阳县人民法院（2013）正民重字第18号“正阳建工建筑工程有限公司与正阳县宏业房地产开发有限责任公司建设工程施工合同纠纷案”



法院认为，由于正阳县馨和园区一号楼、二号楼住宅楼实际投资人是被告隗义龙，2008年1月22日其与被告宏业房地产公司签订协议，愿承担开发过程中的一切法律责任。现该住宅楼已被被告隗义龙实际接收并处置，其未在约定的期限内对决算价格提出异议，原告要求被告隗义龙参照合同约定支付工程价款，应予支持；被告宏业房地

产公司作为施工合同的相对方，负有督促隗义龙严格履行合同的义务，虽然后来其与隗义龙签订协议约定开发过程中的一切法律责任由隗义龙承担，但该协议是两被告之间签订的，其协议内容并不必然对原告具有约束力，宏业房地产公司应对上述工程价款的清偿承担连带清偿责任。原告要求支付违约利息，符合合同约定和法律规定，应予支持。

114. 名义发包人允许他人挂靠并以其名义签订合同，其虽未实际进行投资，但亦应在欠付工程款范围内与实际投资人承担连带责任。

案例 114. 长春市中级人民法院（2016）吉 01 民终 2401 号
“大安市建设发展有限责任公司房地产开发公司与崔国志建设工程施工合同纠纷案”



二审法院认为，大安房地产公司与姜义文签订《合作开发协议》，出借房地产开发资质，虽未实际投资，但其行为违反法律规定，由此产生的法律后果，作为房地产开发企业的大安房地产公司应为明知，其风险应予承担。而实际投资人方德海基于与姜义文的亲属关系以及姜义文与大安房地产公司的非法合作关系，利用大安房地产公司名义进行房地产开发建设，故在对外的法律关系中，大安房地产公司为案涉工程的开发建设公司。而大安房地产公司签订《合作开发协议》，意味着其对公司出借开发资质、由实际投资人进行施工建设为明知且认可，故方德海对外发包工程签订的合同，无论使用的公章是否为大安房地产公司备案的公章，其协议的效力都及于大安房地产公司。大安房地产公司虽未实际进行投资，但原审法院基于大安房地产公司系名义上的开发建设单位及允许他人挂靠开发资质，判令大安房地产公司在欠付工程款范围内承担连带责任并无不当，其上诉主张并非案涉工程的开发建设公司的理由不成立，本院不予支持。

115. 实际发包人、名义发包人约定合同履行过程中引起的法律纠纷，名义发包人承担连带责任，名义发包人要求追加实际发包人为被告承担连带责任，应予支持。

案例 115. 阳泉市中级人民法院（2013）阳商初字第29号“河南华安建设有限公司与阳泉煤业（集团）房地产开发有限责任公司、阳泉市矿区人民政府机关事务管理局建设工程施工合同纠纷案”



法院认为，阳煤房地产与机关事务管理局签订的《团购住房协议》及会议纪要约定，机关事务管理局通过阳煤房地产组织的招投标选择有资质的施工单位进行施工；阳煤房地产不提利润，收取4%的管理费；土地、规划、人防、消防、墙改、预售、工程报验、房产证等手续均由机关事务管理局负责办理；由于质量、面积、产权、费用等一系列问题引起的法律纠纷，机关事务管理局承担连带责任，与房地产开发公司共同解决相关法律纠纷。根据上述约定，在建设工程发包、施工及合同履行过程中，机关事务管理局作为建设单位系实际发包人，阳煤房地产为名义发包人。阳煤房地产关于追加机关事务管理局为被告承担连带责任的辩解理由，符合法律规定和双方约定，本院予以支持。机关事务管理局关于自己仅为商品房买卖合同的购买方，不应追加为被告、不应承担连带责任的抗辩理由，与本院查明的事实不符，本院不予支持。

116. 根据权利义务对等的原则，实际投资人作为案涉工程的实际权利人及受益者，应当对发包人工程款支付义务承担连带责任。

案例 116. 湖南省高级人民法院（2016）湘民终279号“葛丹书与岳阳固虹钢结构有限公司、湖南固虹楠健实业发展有限公司建设工程合同纠纷案”



关于楠健公司是否就农民工工资保证金的退还承担连带责任的问题。二审法院认为，虽然涉案施工合同的发包人为固虹公司，但涉案工程项目土地权属证、规划许可证、施工许可证中的建设单位均为楠健公司且给南县房产管理局的承诺函中也自认涉案工程为楠健公司投资兴建，据此本院确认涉案工程的建设主体为楠健公司。而且涉案工程建成后楠健公司申领了涉案房屋的所有权证，楠健公司系涉案工程的实际权利人及受益者，根据权利义务对等的原则，楠健公司应当对固虹公司在本案中的支付义务承担连带责任，故该 150 万元楠健公司也应承担连带清偿责任。

117. 无论被挂靠人是否系涉案项目的开发单位以及是否从中受益，但其作为签订合同的一方，将开发资质借给挂靠人，其应对挂靠人承担支付工程欠款责任承担连带责任。

案例 117. 最高人民法院（2015）民申字第 650 号“黑龙江省建三江农垦银斗房地产开发有限责任公司（简称银斗公司）与王艳华、郑保利、刘晶波、马春雷建设工程施工合同纠纷一案”



关于银斗公司是否应当承担连带责任的问题。法院再审认为，银斗公司认为原判适用法律确有错误，主要是指该公司不是涉案项目的开发人，没有从涉案工程中受益。本院认为，无论银斗公司是否系涉案项目的开发单位以及是否从中受益，但其作为签订合同的一方，将开发资质借给马春雷，且该公司在一、二审中对于合同的签订及履行情况并不否认，在本案的实际施工人未能就工程款得到受偿的情况下，原判决责令该公司对马春雷承担支付工程欠款责任承担连带责任，适用法律并无不当。

类型二、名义发包人应承担责任的 情形

118. 依据合同相对性之原理，承包人有权向名义发包人主张权利，名义发包人与工程实际投资人之间的约定系属其内部关系，该内部约定不能直接改变名义发包人建设工程施工合同法律关系中相对人之地位，应承担支付工程款义务。

案例118. 佛山市中级人民法院（2017）粤06民终115号“佛山市南海区大沥镇联安村东隅股份合作经济社与梁振文等建设工程施工合同纠纷案”



关于东隅经济社、梁振文应否向宝安公司支付尚欠案涉工程款343760元及相应利息的问题。二审法院认为，首先，关于东隅经济社应否向宝安公司支付尚欠案涉工程款343760元及相应利息的问题。本案中，宝安公司基于其与东隅经济社签订之《广东省建设工程标准施工合同2009年版》所存在的建设工程施工合同法律关系之事实，要求东隅经济社支付本案尚欠工程款项。由此可见，案涉建设工程施工合同的主体是东隅经济社及宝安公司，依据合同相对性原理，作为合同相对方的东隅经济社应对案涉合同所涉义务承担相应的责任。虽然东隅经济社主张，其之所以签订案涉建设工程施工合同是为了就案涉建筑物向相关政府部门办理报建验收手续，因案涉建筑物的实际投资人及使用、收益主体系梁振文、谭志辉，故案涉合同所涉义务、责任亦应由合同的真实主体梁振文、谭志辉承担，东隅经济社作为名义签约人不应承担本案尚欠工程款之支付义务。对此，本院认为，如前述，依据我国现行法律之规定，宝安公司基于合同相对性之原理，有权向合同相对方东隅经济社主张权利。至于东隅经济社与梁振文、谭志辉之间如何约定系属其内部关系，该双方之间的内部约定不能直接改变东隅经济社属于案涉建设工程施工合同法律关系中相对人之地位，其作为合同相对方，按照法律规定及合同约定所应承担的尚欠工程款之支付义务不得免除。况且，东隅经济社亦将案涉建筑物的所有权办至其名下，无论东隅经济社与梁振文、谭志辉内部对案涉建筑物之所有权如何约定，东隅经济社即是法律意义上的所有权人，根据权利与义务相统一原则及公平原则，在东隅经济社亦未对宝安公司主张的工程款数额提出异议

之情形下，一审判决东隅经济社应向宝安公司支付尚欠工程款，处理恰当，本院予以维持。其次，关于梁振文应否向宝安公司支付尚欠案涉工程款 343760 元及相应利息的问题。本案中，梁振文本人与宝安公司签署的结算协议中，已经清晰、明确的确认了案涉工程款的总金额、欠付工程款金额及还款方式、期限、相应的利息金额，上述结算协议系双方在平等、自愿之基础上达成的真实意思表示，合法有效。同时，鉴于宝安公司亦自认已收取工程款 170 万元及谭志辉支付 20 万元之事实，一审判决根据上述结算协议中的约定内容，计算出梁振文尚欠工程款 343760 元及相应利息，具有事实依据和法律依据，本院予以维持。

119. 名义发包人在对外承担责任之后，其与实际投资人之间的纠纷可另行解决。

案例 119. 南通市中级人民法院（2015）通中民终字第 00217 号“徐国军与南通博森企业管理有限公司装饰装修合同纠纷案”



二审法院认为，案涉琴墨书院桃坞路店装饰装修工程，由博森公司发布招标文件，在招标文件中注明联系人是胡锋，此后亦是胡锋与徐国军签订了装修合同，工程完工后申报工程竣工验收消防备案的是博森公司，应认为案涉工程发包人为博森公司。即使案涉工程实际不是所属于博森公司，博森公司的上述一系列行为足以认定其为合同相对人，徐国军向博森公司主张权利并无不当。至于博森公司认为琴墨书院的实际投资人系胡锋、孟建兵等四人，本院认为博森公司在对外承担责任之后，其与胡锋、孟建兵等四人之间的纠纷可另行解决。

类型三、名义发包人不承担责任的情形

120. 双方签订《合作开发项目协议书》，其中一方以另一方名义办理开发手续及相关证件、与第三方签订《建设工程施工合同》，且第三方对此情况知晓，据此，《建设工程施工合同》载明的缔约人与承包人之间并未形成签订建设工程施工合同的真实合意，双方之间并未成立建设工程施工合同。《建设工程施工合同》载明的缔约人是名义签约人，不是施工合同的真正发包人，不应承担责任。

案例 120. 河南省高级人民法院（2013）豫法民三终字第 00067 号“上诉人（原审被告）陕县商业总公司与上诉人（原审被告）三门峡市文隆房地产开发有限公司、被上诉人（原审原告）三门峡大都建筑安装工程有限公司建设工程施工合同纠纷案”



2000 年 6 月份，商业总公司欲将其部分土地使用权出让给文隆公司。在手续尚未办妥的情况下，2001 年 3 月 29 日，文隆公司与大地建筑安装工程有限公司（以下简称大地公司，大地公司于 2002 年 4 月 1 日更名为大都公司。）签订一份建设工程施工合同，合同第十一条明确约定，本合同作为双方正式结算履行合同，招标所签的建设工程施工合同仅作为办理手续使用，不作为双方结算依据。

2001 年 4 月 9 日，商业总公司给文隆公司出具委托书，称商业总公司与文隆公司联合开发综合楼项目，由文隆公司全权代表商业总公司办理招投标事宜。4 月 19 日，文隆公司代表商业总公司与大地公司签订了一份协议书，约定由大地公司承建商业总公司综合楼工程。

2001 年 5 月 1 日，大地公司开始施工，并于 2002 年 7 月 30 日竣工。后双方发生争议诉至法院。

原审法院认为，大都公司与文隆公司签订的建设工程施工合同及其补充协议，双方当事人意思表示真实，合同内容不违反法律强制性规定，应为有效合同。商业总公司与文隆公司作为联合承建人，应共同承担支付工程款及赔偿损失的责任。商业总公

司辩称其不应承担责任的意见，与其出具的委托书、中标材料等证据矛盾，且其没有有效证据证实该楼房产权及其土地使用权已合法出让给文隆公司，故对其辩称理由不予采纳。

商业总公司上诉称：原审判决认定商业总公司和文隆公司是联合承建人无事实及法律依据。商业总公司已经将本案建设用地的土地使用权转让给文隆公司，对于建筑施工及建筑物，商业总公司不享有权利也不承担义务，建设工程款全系文隆公司支付。原审认定文隆公司和大都公司签订的建设工程施工合同及补充协议属有效合同，在该施工合同中明确约定，该合同是其双方正式结算履行合同，商业总公司在招标时与大都公司所签订的合同仅作为办理手续使用合同，不作为文隆公司和大都公司的结算依据。原审法院又以中标材料作为依据，判决商业总公司承担责任，自相矛盾。原审判决认定涉案楼房产权和土地使用权没有合法转让是错误的。商业总公司已经将土地使用权转让给文隆公司，文隆公司搞房地产开发，与商业总公司无关。且本案争议的是合同履行情况，与物权变动无关。原审判决商业总公司和文隆公司共同付款没有法律依据。请求撤销原审判决，改判商业总公司不承担付款责任。

大都公司针对商业总公司的上诉辩称：建设工程所涉及的土地使用权至今仍在商业总公司名下，文隆公司不享有土地使用权，不能作为建设工程施工合同的主体签订合同。商业总公司从未出示过土地使用权转让合同，即使存在该份合同，因为没有办理转让登记，转让行为也不发生法律效力。商业总公司提供的2001年4月9日的委托书，证明文隆公司既是招标事宜的委托代理人，也是商业总公司的联合开发建设人。

二审争议焦点：商业总公司是不是联合承建人？应否承担共同支付工程款的法律责任？

二审裁判要点：商业总公司提供的国有土地使用权转让合同及三门峡市土地管理局的证明显示，商业总公司已经将涉案建设用地的使用权转让给文隆公司，文隆公司虽然至今未办理变更登记手续，但根据《最高人民法院关于审理涉及国有土地使用权合同纠纷案件适用法律问题的解释》第八条的规定，转让合同并不因为未办理变更登记而无效。大都公司关于该土地使用权未转让，以及即使转让，合同也应无效的抗辩理由不能成立。2001年3月29日，大都公司与文隆公司签订的建设工程施工合同约定：工程名称为“陕县商业总公司综合住宅楼”；合同第十一条明确约定：“本合同作为双方正式结算履行合同，招标所签的建设工程施工合同仅作为办理手续使用，不作为双方结算依据。”上述内容可以证明该合同是双方当事人真实意思表示，大都公司对

招投标合同的作用是明知的。商业总公司虽然在随后的招投标过程中，以发包方的名义为文隆公司出具了委托书，并与大都公司签订了建设工程施工合同，但并未实际行使合同权利、履行合同义务，有关工程补充协议、变更、付款及商品房预售等事宜都是文隆公司在办理。这也印证了商业总公司并非综合楼建设工程的实际发包人。原审法院认定商业总公司与文隆公司是联合承建人，缺乏事实依据；判决商业总公司与文隆公司共同支付工程欠款缺乏法律依据。商业总公司关于不应承担支付工程欠款法律责任的上诉理由合法有据，原审判决应予纠正。根据《中华人民共和国招标投标法》第三条、《工程建设项目招标范围和规模标准规定》第三条、第七条的规定，本案的商业总公司综合住宅楼工程是必须进行招标的工程。商业总公司虽然办理了招标手续，并与大都公司签订了建设工程施工合同，但该合同仅是文隆公司为了完善建设工程施工手续之用，商业总公司并不是实际发包人，所以，商业总公司与大都公司在招投标过程中签订的建设工程施工合同违反了诚实信用原则，为无效合同；文隆公司与大都公司签订的建设工程施工合同违反了行政法规关于该工程必须进行招标的强制性规定亦应无效。在本案诉讼过程中，文隆公司和大都公司相继对各分项工程价款的计算标准和部分工程款数额达成一致意见，因此，工程款的数额应以双方一致认可的数额和计算标准确定。

121. 实际发包人借用名义发包人名义签订建设工程施工合同，名义发包人未实际发包并建设涉案工程的，应由实际发包人承担工程款支付责任，承包人主张名义发包人、实际发包人应共同向其支付工程款，不予支持。

案例 121. 江苏省高级人民法院（2015）苏民终字第 0188 号“丰盛绿建集团有限公司与泰兴市金兴房地产开发有限公司、泰州锦溪置业有限公司建设工程施工合同纠纷案”



关于锐恒公司与金兴公司签订的建设工程施工合同的效力如何认定。二审法院认为，2009年5月5日，周卫国以发包人金兴公司法定代表人的身份与古溪镇政府签订《项目协议书》。2009年5月12日，周卫国以金兴公司委托代理人的身份与承包人锐恒公司签订《建设工程施工合同》。至2009年7月7日，周卫国设立锦溪公司。虽然锦

溪公司在上述《项目协议书》及《建设工程施工合同》签订时并未成立，而由其法定代表人周卫国借用金兴公司的资质和名义签订，但锐恒公司并未提供证据证明金兴公司在合同签订后实际参与了项目的开发建设。之后，锦溪公司缴纳了土地出让金、办理了项目的审批手续、领取了土地使用权证和建设工程规划许可证、补办招投标手续及建设工程施工许可等。锦溪公司的上述行为表明其为锦溪庄苑项目的实际开发主体及施工合同的发包方。本案的《建设工程施工合同》在签订时虽然存在借用资质的情形，但锦溪公司作为实际建设方在设立后具备了相应的房地产开发资质，且在起诉前领取了土地使用权证、建设工程规划许可证和建筑工程施工许可证，相关的规划、施工审批手续均已办理，故就该工程项目而签订的施工合同仍应认定为有效。

关于本案工程款的给付责任主体应如何认定，锐恒公司主张其有理由相信金兴公司是工程的发包方和建设方，锦溪公司自愿加入债务，应与金兴公司共同承担给付工程款的责任。对此，二审法院认为，本案工程的施工合同虽由周卫国以金兴公司的名义签订，但仅表明周卫国系金兴公司签订合同时的委托代理人，合同的签订不代表金兴公司履行了该合同。在之后的施工过程中，建设方一直由周卫国出面负责，而施工合同中并没有明确周卫国系金兴公司的现场负责人。锐恒公司作为施工方，如果认为其有理由相信周卫国的行为系职务行为，应当提供施工过程中的工程联系单、签订单或双方会商记录等材料，以证明周卫国系以金兴公司项目负责人的身份负责项目的施工管理，但锐恒公司并未提供相关证据。而事实上，本案工程项目系由周卫国设立的锦溪公司完成了建设方的各项手续。锐恒公司作为施工方，在施工过程中应当了解到工程相关施工许可手续的办理情况，而且，对于已付的工程款锐恒公司亦认可由周卫国支付，而非金兴公司支付。2011年8月1日，周卫国以个人名义与锐恒公司签订《工程决算结果》，此时，周卫国并未持有金兴公司的授权委托书，锐恒公司主张周卫国系代表金兴公司与其进行结算，没有充分依据。2013年3月22日，锦溪公司与锐恒公司又签订一份协议书，明确“锦溪公司现为锦溪庄苑1号楼的开发商，金兴公司原为锦溪庄苑1号楼的开发商”，此约定内容则表明锐恒公司已清楚本案工程的开发主体已不再是金兴公司。锦溪公司虽在该协议书中承诺“同意与金兴公司共同承担2009年5月12日施工合同中的债务”，但其无权代表金兴公司，该承诺不构成债务加入。综上，锐恒公司主张其有理由相信金兴公司是工程的发包方和建设方不能成立。周卫国仅借用金兴公司的名义签订了施工合同，但本案工程的实际发包方是锦溪公司，金兴公司并未实际发包并建设本案工程。锦溪公司具有相应的房地产开发资质，实际履行

了该施工协议且已与锐恒公司进行了工程款结算，确认了未付工程款数额，故应由锦溪公司根据双方的结算协议承担支付未付工程款的责任。锐恒公司关于金兴公司和锐恒公司应共同向其支付工程款的主张缺乏法律依据，本院不予支持。

类型四、“实际投资人”不承担责任的情形

122. 承包人不能举证证明涉案工程系发包人合作投资开发，其要求工程投资方承担连带清偿责任，不予支持。

案例 122. 云南省高级人民法院（2014）云高民一终字第122号“曲靖市大承建工有限责任公司、曲靖市浙商商贸有限公司与曲靖绿原草坪绿化有限公司合同纠纷案”



关于绿原公司主体是否适格的问题。二审法院认为，根据浙商公司与绿原公司在诉讼中提供的《土地租赁合同》、租赁税发票等，能够证实绿原公司与浙商公司双方之间仅为土地租赁关系，虽然大承建工公司与绿原公司签订了《建设工程施工合同》，但绿原公司既未针对该合同履行实际投资，绿原公司也没有实际支付过大承建工公司任何工程款项，本案诉讼前，大承建工公司作为实际施工人也没有向绿原公司主张过工程款。至于大承建工公司所交工程押金1000000元，也是针对2010年6月9日其与浙商公司签订的《建设工程施工合同》，而在其与浙商公司之间进行交付和收取。大承建工公司不能举证证实绿原公司与浙商公司合作并共同投资“浙江商会汽车配件城工程”项目的事实，故绿原公司不是本案的适格主体。大承建工公司理由不能成立。

123. 承包人无证据证明案涉工程实际投资人，其主张由实际投资人支付工程款的请求不予支持。

案例 123. 涟水县人民法院（2013）涟民初字第1841号“原告南京高科消防机电工程公司扬州润扬分公司与被告陈大伟、南京士兴钢结构安装有限公司、江苏涟水经济开发区管理委员会建设工程施工合同纠纷案”



关于被告士兴公司是否承担支付原告润扬公司工程款的义务，法院认为，虽然永隆家居广场的经营场所系被告士兴公司、陈大伟共同从涟水供销社处租赁，但并不能说明永隆家居广场是士兴公司投资创办，且原告出示的《生活向导》上刊登的广告的内容为“涟水永隆家居有限公司是由士兴国际集团在涟水地区全额台商独资创办的连锁家居企业……”而本案涉及的工程为涟水县永隆家居广场，系由陈大伟经营的个体工商户，原告润扬公司没有证据证明涟水县永隆家居广场与涟水永隆家居有限公司系同一主体或具有其他经济关系，另外，朱永山及赵阳的证言也不足以证明被告士兴公司系永隆家居广场的实际投资人，故本院对原告润扬公司要求被告士兴公司支付工程款的请求不予支持。

类型五、实际发包人权利

124. 名义发包人与实际发包人不一致的，实际发包人有权以承包人为被告提起诉讼。

案例 124. 安徽省高级人民法院（2004）皖民二终字第72号“安徽A有限公司、水泥设计院与安徽C工程咨询有限责任公司建设工程质量纠纷案”



2000年6月20日，B集团与水泥设计院签订了一份《技术合同书》，约定由水泥设计院为B集团设计贵池氧化钙项目及矿山等施工图纸和提供相关技术服务。合同签订后，水泥设计院提交了旋窑系统等部分设计图纸及旋窑系统订货设备一览表，B集团已支付水泥设计院技术服务费7.5万元。

2002年元月试用点火，开始正常运行。2002年2月3日，A公司、D建设设计所和施工单位就工程质量评定及竣工验收召开会议，并以A公司工程技术部名义发布了会议纪要。

2002年3月6日，A公司正式投入生产，当月11日发现预热器标高10.8m处平台框架梁、板开裂。

2002年4月，A公司向原审法院提起诉讼，要求施工、监理单位、水泥设计院共同赔偿其经济损失321万元。水泥设计院提起反诉要求A公司支付工程设计费。

2002年8月12日，丰原集团向原审法院出具了一份《证明》称：“B集团与水泥研究院在2000年6月20日签订了年产11万吨活性氧化钙工程技术合同书，其项目建设地在贵池区梅街镇。该项目由在当地设立的A公司全权负责实施。因B集团是A的投资方之一，故该合同全部权力移交给A有限公司履行。项目业主是A公司。”

原审法院认为，B集团与水泥设计院签订的技术服务合同合法有效。鉴于B集团系A公司的股东之一，工程项目地与A公司生产经营地相同，且水泥设计院亦在反诉状中认可A公司的合同主体资格，故合同的权利和义务由A公司享有和承担。判决被告水泥设计院赔偿原告A公司385607.14元。

水泥设计院上诉认为，水泥设计院与A公司之间没有合同法律关系，原审判决认定“B集团将合同的权利和义务已经转让给A公司享有和承担”是错误的，不符合法律规定。B集团对合同权利、义务的转让没有得到水泥设计院的同意和许可，该转让行为是无效的。A公司无权使用水泥设计院向B集团提供的施工设计图纸。

二审法院认为，水泥设计院与B集团2000年6月20日签订的技术合同书，约定由水泥设计院为贵池年产11万吨氧化钙工程项目及矿山等提供施工图纸设计和相关技术服务，B集团作为A公司的股东之一，该技术合同书是B集团为实际业主单位A公司而订立的，技术合同书所指向的工程项目与A公司实施的工程项目同一。A公司在工程项目的具体实施过程中，在活性氧化钙生产旋窑系统的土建部分采用了水泥设计院的施工图纸，并按水泥设计院的订货设备表和在水泥设计院的协助下采购了旋窑系统的预热器设备，在预热器框架梁、板出现裂缝后，A公司即以自己的名义致函水泥

设计院，要求提供加固方案并称保留进一步追索事故责任的权力，水泥设计院并未提出异议，而是按 A 公司的要求提供了相应的加固方案，因此，水泥设计院对 A 公司是涉案技术合同书的权利、义务人应当是明知的，且双方也形成了事实上的权利、义务关系。故水泥设计院称其与 A 公司之间没有合同法律关系的上诉理由不能成立。由于涉案技术合同已实际履行，且 A 公司在原审中并未提出双倍返还定金的诉讼请求，其上诉要求本院判令水泥设计院双倍返还定金计 15 万元，本院依法不予支持。

裁判依据或参考

地方司法性文件及其他

安徽省宣城市中级人民法院《关于审理建设工程施工合同纠纷案件若干问题的指导意见（试行）》（宣中法〔2013〕19号）

建设工程施工合同的效力

第九条 合作开发房地产的无房地产开发资质的一方，以自己的名义与承包人签订的建设工程施工合同无效，但有房地产开发资质的另一方已实际参与合作开发，且认可该建设工程施工合同的，可以认定该合同有效。

广东省深圳市中级人民法院《关于建设工程合同若干问题的指导意见》（2010年3月9日审判委员会第6次会议修订）

4. 建设工程合同的发包人非建设工程项目的所有人，发包人以自己的名义实际履行合同的，建设工程的所有人与发包人共同对建设工程合同的履行承担连带责任。

工程代建合同的委托人与受托人共同对建设工程合同的履行承担连带责任，但建设工程合同明确约定仅由受托人、委托人或发包人承担合同约定义务的除外。

合同示范文本

《建设工程施工合同（示范文本）》（GF-1999-0201）

1.3 发包人：指在协议书中约定，具有工程发包主体资格和支付工程价款能力的当事人以及取得该当事人资格的合法继承人。

1.4 承包人：指在协议书中约定，被发包人接受的具有工程施工承包主体资格的当事人以及取得该当事人资格的合法继承人。

《建设工程施工合同（示范文本）》（GF-2013-0201）

1.1.2 合同当事人及其他相关方

1.1.2.1 合同当事人：是指发包人和（或）承包人。

1.1.2.2 发包人：是指与承包人签订合同协议书的当事人及取得该当事人资格的合法继承人。

1.1.2.3 承包人：是指与发包人签订合同协议书的，具有相应工程施工承包资质的当事人及取得该当事人资格的合法继承人。

第 15 节 工程款债权转让处理

——债权被转让，效力如何定？（债权转让）

125. 债权转让不以转让双方是否存在对等交易关系为前提，现行法律亦不禁止欠付工程款债权转让，承包人与第三人工程款债权转让协议有效。

案例 125. 山东省高级人民法院（2016）鲁民终 586 号“上诉人山东汇仁置业有限责任公司与被上诉人中磊建设有限公司、原审第三人蒋晓鹏建设工程施工合同纠纷案”



关于原审第三人债权转让是否生效问题。二审法院认为，债权转让不以转让双方是否存在借款等对等交易关系为条件，现行法律亦不禁止欠付工程款的债权转让，本案债权在转让前已因被上诉人中磊公司部分履行合同形成，债权数额也应是确定的，因此被上诉人中磊公司与蒋晓鹏之间的债权转让协议为有效协议，上诉人主张在没有欠款基础上进行的债权转让法律上不成立，其与被上诉人中磊公司债权债务不确定，债权转让不成立，本院不予支持。

126. 工程款债权不存在法律规定不得转让的情形，且转让不损害发包人的合法权利，债权人进行债权转让合法有效。

案例126. 最高人民法院（2013）民一终字第68号“湖南省第六工程有限公司与株洲市汇亚房地产开发有限公司建设工程施工合同纠纷案”



关于工程公司是否有权向房地产开发公司主张安装工程款和装饰设计工程款的问题。二审法院认为，案涉工程的安装工程和装饰设计部分，系由案外人六建机电安装公司和六建装饰设计公司分别与房地产开发公司签订合同并实际履行的，房地产开发公司并未依约向六建机电安装公司和六建装饰设计公司付清全部工程款。这两项工程款债权不存在法律规定不得转让的情形，转让并未损害房地产开发公司的合法权利，故债权人可以进行债权转让。原债权人出具了书面的债权转让函，且在一审诉讼期间已将债权转让的事实通知了房地产开发公司，因此，一审认定工程公司通过受让债权依法取得向房地产开发公司主张安装工程款和装饰工程款的权利，结论正确。房地产开发公司就案涉两个债权转让所提上诉请求和理由不能成立，本院不予支持。

127. 法律、法规并不禁止建设工程施工合同项下的债权转让，债权人向第三人转让债权并通知债务人的，债权转让合法有效，债权人无须就债权转让事项征得债务人同意。

案例127. 最高人民法院（2007）民一终字第10号“陕西西岳山庄有限公司与中建三局建发工程有限公司、中建三局第三建设工程有限责任公司建设工程施工合同纠纷案”



关于三公司向建发公司转让债权是否合法有效的问题。一审法院认为，西岳山庄与三公司所签订的《施工合同》，系双方的真实意思表示，且不违反法律、行政法规强

制性规定，应为有效合同。三公司将合同债权转让给建发公司，并向西岳山庄送达了债权转让通知书，符合相关法律规定。该转让行为系转让人与受让人真实意思表示，并不损害债务人的利益，依法认定有效。建发公司因此取得三公司应享有的合同债权。

西岳山庄提起上诉称，依据合同性质，涉案合同债权依法不得转让，转让时涉案工程项目根本不具备结算条件，三公司与西岳山庄之间的债权债务关系无法确定，西岳山庄仅在回执上注明收到该通知并未同意其转让行为。

二审法院认为，本案中，三公司履行了部分合同义务，取得了向西岳山庄请求支付相应工程款的权利。转让行为发生时，三公司的此项债权已经形成，债权数额后被本案鉴定结论所确认。西岳山庄接到三公司的《债权转移通知书》后，并未对此提出异议，法律、法规亦不禁止建设工程施工合同项下的债权转让，债权转让毋须征得债务人同意。根据《中华人民共和国合同法》第八十条、八十一条的规定，本院确认涉案债权转让合法有效，建发公司因此受让三公司对西岳山庄的债权及从权利。西岳山庄虽然主张涉案债权依法不得转让，但并未提供相关法律依据，故对西岳山庄关于三公司转让债权的行为无效的主张，本院不予支持。建发公司基于受让三公司的债权取得本案诉讼主体资格。

128. 债权人转让债权时虽然没有明确债权具体数额，但此时债权已经形成，债权人转让债权行为合法有效。

案例 128. 最高人民法院（2013）民申字第1483号“大连飞通房地产开发有限公司与大连市建设工程集团有限公司、大连第一建筑工程公司建设工程施工合同纠纷案”



关于一建公司与建工集团债权转让是否有效，二审判决适用法律是否错误问题。法院再审认为，一建公司与飞通公司签订的各份《建设工程施工合同》及其《补充协议》均系双方当事人的真实意思表示，且内容不违反法律、法规的强制性规定，应认定合法有效。一建公司履行了上述建设飞通广场一、二期工程的施工合同义务，取得了向飞通公司请求支付相应工程款的权利。一建公司将该债权全部转让给建工集团，并将《债权转让通知》以特快专递方式通知飞通公司。虽然一建公司转让债权时没有

明确具体数额，但此时债权已经形成，债权数额后亦经法院审理所确认。且我国法律法规亦不禁止建设工程施工合同项下的债权转让，一建公司转让债权的行为符合《中华人民共和国合同法》第七十九条、第八十条规定，故二审法院依据上述规定确认涉案债权转让合法有效，适用法律并无不当。至于一建公司与建工集团之间的债权债务关系与飞通公司无关，不影响债权转让协议的效力。建工集团因此受让一建公司对飞通公司的债权及从权利。飞通公司主张一建公司转让债权的行为无效，原判决适用法律错误的理由不能成立，本院不予支持。

129. 法律规定债权人债权让与时的通知义务，目的是为解决未接到通知的债务人对原债权人的履行效力问题，原债权人在诉讼期间将债权转让的事实通知债务人，债权受让人向债务人主张债权应予支持。

案例 129. 最高人民法院（2013）民一终字第68号“湖南省第六工程有限公司与株洲市汇亚房地产开发有限公司建设工程施工合同纠纷案”



关于六公司能否向汇亚公司主张安装工程款和装饰设计工程款的问题。二审法院认为，六建机电安装公司和六建装饰设计公司将汇亚公司欠付的安装工程款和装饰设计款转让给六公司，该二债权转让并无《中华人民共和国合同法》第七十九条不能转让的情形，转让行为合法有效。法律规定债权人债权让与时的通知义务，目的是为解决未接到通知的债务人对原债权人的履行效力问题。本案中，债务人汇亚公司尚未向原债权人履行该两笔债务，原债权人将债权转让给六公司并未加重债务人汇亚公司的义务。且原债权人在本案诉讼期间已将上述债权转让的事实通知了汇亚公司，因此，六公司在本案中主张安装工程款和装饰工程款的诉讼请求应予支持。

130.《债权转让合同》中所转让的违约金部分，因为涉及合同的履行情况、当事人的过错程度等综合因素，其实质上不是单纯的债权转让，而是包含有债权、债务复合法律关系的合同权利义务一并转让，该部分违约金债权转让因未取得债务人同意而无效。

案例 130. 湖北省高级人民法院（2014）鄂民一终字第00079号“上诉人湖北天麟房地产开发有限公司（简称天麟公司）、上诉人湖北省十堰市五堰商场股份有限公司（简称五堰商场）与被上诉人福建省畅元建筑工程有限公司（简称畅元公司）建设工程施工合同纠纷案”



关于《债权转让合同》是否有效的问题。二审法院认为，本案所涉《债权转让合同》是在涉案的工程已经经过综合竣工验收，并且发包人五堰商场与承包人畅元公司就工程款结算签订的《对账单》对于工程总价款、已付工程款、剩余工程款和质保金等数额进行确认之后，由畅元公司将前述到期债权转让给天麟公司所签订的。其转让的标的并非建设工程施工合同工程款结算权，而主要是数额明确的剩余到期工程款、到期质保金，以及五堰商场因未按期支付上述款项而依合同约定应向畅元公司支付的违约金。其中，除去违约金之外，转让的工程款、质保金属于数额确定的到期债权，系双方当事人的真实意思表示，且不违反法律、行政法规的效力性强制性规定，亦不损害第三人合法权益，应为有效。依据《中华人民共和国合同法》第八十条规定，该部分债权转让自转让通知到达债务人五堰商场时，对五堰商场发生法律效力。五堰商场关于《债权转让合同》实为合同权利义务一并转让的上诉主张，缺乏事实依据，本院不予支持。但《债权转让合同》中所转让的违约金部分，因为涉及合同的履行情况、当事人的过错程度等综合因素，其实质上不是单纯的债权转让，而是包含有债权、债务复合法律关系的合同权利义务一并转让。依照《中华人民共和国合同法》第八十四条关于“债务人将合同的义务全部或者部分转移给第三人的，应当经债权人同意”的规定，该部分违约金债权转让因未取得债务人五堰商场同意而无效。因此，对于五堰商场《债权转让合同》项下的违约金不能转让的上诉主张，本院予以支持。

综上，本案所涉《债权转让合同》除了违约金转让部分无效外，到期应付工程款和质保金的债权转让合法有效，本院予以确认。

裁判依据或参考

法律法规

《中华人民共和国合同法》(1999年10月1日)

第七十七条 当事人协商一致，可以变更合同。

法律、行政法规规定变更合同应当办理批准、登记等手续的，依照其规定。

第七十八条 当事人对合同变更的内容约定不明确的，推定为未变更。

第七十九条 债权人可以将合同的权利全部或者部分转让给第三人，但有下列情形之一的除外：

- (一) 根据合同性质不得转让；
- (二) 按照当事人约定不得转让；
- (三) 依照法律规定不得转让。

第八十条 债权人转让权利的，应当通知债务人。未经通知，该转让对债务人不发生效力。

债权人转让权利的通知不得撤销，但经受让人同意的除外。

第八十一条 债权人转让权利的，受让人取得与债权有关的从权利，但该从权利专属于债权人自身的除外。

第八十二条 债务人接到债权转让通知后，债务人对让与人的抗辩，可以向受让人主张。

第八十三条 债务人接到债权转让通知时，债务人对让与人享有债权，并且债务人的债权先于转让的债权到期或者同时到期的，债务人可以向受让人主张抵销。

第八十四条 债务人将合同的义务全部或者部分转移给第三人的，应当经债权人同意。

第八十五条 债务人转移义务的，新债务人可以主张原债务人对债权人的抗辩。

第八十六条 债务人转移义务的，新债务人应当承担与主债务有关的从债务，但该从债务专属于原债务人自身的除外。

第八十七条 法律、行政法规规定转让权利或者转移义务应当办理批准、登记等

手续的，依照其规定。

第八十八条 当事人一方经对方同意，可以将自己在合同中的权利和义务一并转让给第三人。

第八十九条 权利和义务一并转让的，适用本法第七十九条、第八十一条至第八十三条、第八十五条至第八十七条的规定。

司法解释及其他

《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》(2008年9月1日起施行 法释〔2008〕11号)

第十九条 债权转让的，应当认定诉讼时效从债权转让通知到达债务人之日起中断。

债务承担情形下，构成原债务人对债务承认的，应当认定诉讼时效从债务承担意思表示到达债权人之日起中断。

《最高人民法院关于当前商事审判工作中的若干具体问题》(2015年12月24日)

七、关于保理合同纠纷案件的审理问题

保理业务是以债权人转让其应收账款债权为前提，集应收账款催收、管理、坏账担保及融资于一体的综合性金融服务，在国际贸易中运用广泛。近年来，保理业务在国内贸易领域的运用显著增多。从保理商的分类来看，主要包括银监会审批监管的银行类保理机构和商务部、地方商务主管机关审批监管的商业保理公司。二者虽然在设立主体、行业准入和监管要求上有差异，但在交易结构上并无不同。从各地法院受理的案件数量来看，各地并不均衡。北京、天津以及东南沿海地区法院受理的保理合同案件较多。

由于现行法律尚未就保理合同作出专门规定，因此，对相关法律问题仍存有争议。对此，我们高度关注，并已着手进行调研。就几个主要问题，我先提一些意见。

第一，关于保理合同的案由问题。

相对于传统合同类案件而言，保理合同案件属于新的案件类型。由于《合同法》未就保理合同作出专门规定，其属于无名合同，加之现行的案由规定中尚无“保理合同”的专门案由，所以有的法院直接将保理合同的案由确定为借款合同。

需要指出的是，保理法律关系的实质是应收账款债权转让，涉及三方主体和两个

合同，这与单纯的借款合同有显著区别，故不应将保理合同简单视为借款合同。

在保理合同纠纷对应的案由方面，最高人民法院已将此纳入新修订的案由规定中予以考虑，在新的案由规定尚未出台之前，可将其归入“其他合同纠纷”中。

应注意的是，实务中确实有部分保理商与交易相对人虚构基础合同，以保理之名行借贷之实。对此，应查明事实，从是否存在基础合同、保理商是否明知虚构基础合同、双方当事人之间实际的权利义务关系等方面审查和确定合同性质。如果确实是名为保理、实为借贷的，仍应当按照借款合同确定案由并据此确定当事人之间的权利义务。

第二，要正确认识保理的_二交易结构和当事人之间的权利义务关系。

保理合同涉及保理商与债权人、保理商与债务人之间不同的法律关系。债权人与债务人之间的基础合同是成立保理的前提，而债权人与保理商之间的应收账款债权转让则是保理关系的核心。

在合同效力上，只要不具有《合同法》第五十二条规定的合同无效情形，均应当认定有效。对于未来债权能否作为保理合同的基础债权的问题，在保理合同订立时，只要存在基础合同所对应的应收账款债权，则即使保理合同所转让的债权尚未到期，也不应当据此否定保理合同的性质及效力。

在确定当事人的权利义务方面，法院应当以当事人约定及《合同法》中有关债权转让的规定作为法律依据。债务人收到债权转让通知后，应当按照通知支付应收账款。当然，债务人依据基础合同享有的抵销权及抗辩权，可以对抗保理商，但保理商与债务人另有约定的除外。

第三，要正确认识保理合同与基础合同的关系。

基础合同的存在是保理合同缔约的前提。但是，二者并非主从合同关系，而是相对独立的两个合同。应当看到，二者有关权利义务关系的约定存有牵连。实践中，如果保理商明知基础合同约定应收账款债权不得转让，但仍然受让债权的，应当注意：

一方面，前述约定并不当然影响保理合同的效力；另一方面，保理商以保理合同为依据向基础合同债务人主张债权的，并不能以此约束债务人，债务人仍可以此抗辩。债权人、债务人及保理商就基础合同的变更作出约定的，依其约定处理。如果无三方约定，保理商受让债权后，债务人又与原债权人变更基础合同，导致保理商不能实现保理合同目的，保理商请求原债权人承担违约责任或者解除保理合同并赔偿损失的，应当支持。

地方司法性文件及其他

北京市高级人民法院《审理民商事案件若干问题的解答之五（试行）》（2007年3月12日 京高法发〔2007〕168号）

20. 债权转让没有通知债务人，受让债权人直接起诉债务人的，法院应如何处理？

债权转让没有通知债务人，受让债权人直接起诉债务人的，视为“通知”，法院应该在满足债务人举证期限后直接进行审理，而不应驳回受让债权人的起诉。

21. 债权转让是否发生诉讼时效中断的法律后果？

债权转让未通知债务人，该债权的诉讼时效不发生中断的法律后果。

债权转让已通知债务人，“通知”内容包括向债务人主张权利的意思表示，或“通知”上写明要求债务人向债权受让人偿还债务内容的，或债权让与人、债权受让人同时在“通知”上签字盖章，应该认定债权转让通知债务人的同时，债权人向债务人主张了权利，诉讼时效发生中断的法律后果。

北京市高级人民法院《关于〈北京市高级人民法院审理民商事案件若干问题的解答之五（试行）〉的说明》

问题解答 20.《合同法》第八十条的立法本意是平衡合同双方当事人利益，所以规定债权人转让权利时负有通知债务人的义务，以更有利于保护债务人的合法利益。负有通知义务的人是债权让与人，没有通知债务人时，不影响债权转让行为的效力，受让债权人享有债权人的地位是确定的。未经债权人通知，债权转让行为对债务人没有约束力，债权受让人向债务人主张其受让的债权时，债务人有权拒绝。

债权人转让债权没有通知债务人，受让债权人直接起诉债务人的情形，要视为债权人转让债权履行“通知”义务的特殊情况来理解，这是因为当债务人对债权人所转让的债权提出抗辩时，法院在对案件审理过程中，可以依照最高法院《关于适用〈合同法〉若干问题的解释（一）》第二十七条的规定列债权人为第三人参加诉讼，以达到法律保护或不损害债务人权益的立法目的。

问题解答 21. 债权转让未通知债务人的情况下，对债务人不产生约束力，自然不发生时效中断的法律后果。在通知债务人的情况下，诉讼时效是否发生中断，要根据“通知”的具体内容来判断。这也是从加强债权，同时保护债务人利益的角度出发，进行利益平衡的。

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意见》
(2008年12月17日 苏高法审委〔2008〕26号)

第二十条 承包人将建设工程价款债权转让的,建设工程价款的优先受偿权随之转让。

浙江省绍兴市中级人民法院民事审判庭《关于审理建设工程施工合同纠纷案件若干问题的意见(试行)》

18. 承包人转让其施工中形成的债权给第三人,该债权转让的效力如何认定?第三人作为受让人是否对承包人所建工程享有优先受偿权?

答:承包人转让其施工中形成的债权给第三人,在同时符合《合同法》第七十九条、第八十条规定之情形下,该债权转让效力应予认定。

因建设工程款具有优先受偿权性质,第三人基于受让债权当然取得优先受偿权。第三人作为受让人的优先受偿权范围仅限于承包人的优先受偿权范围。

合同示范文本

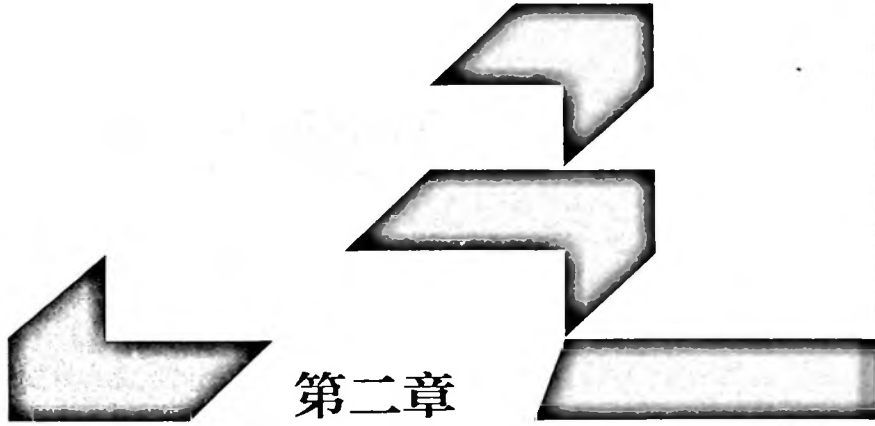
《99版FIDIC新红皮书》

1.7 权益转让

任何一方都不应将合同的全部或任何部分,或合同中或根据合同所具有的任何利益或权益转让他人。但任一方:

(a) 在另一方完全自主决定的情况下,事先征得其同意后,可以将全部或部分转让;以及

(b) 可以作为以银行或金融机构为受款人的担保,转让其根据合同规定的任何到期或将到期应得款项的权利。



第二章

合同效力的认定标准

第1节 施工企业资质的认定

——具备何资质，合同才有效？（施工资质）

131. 施工企业资质的证据认定。《建筑业企业资质证书》复印件证明了工程公司资质情况，且该复印件与其《企业法人营业执照》上登记的经营范围内内容能够相互印证，故其具备施工涉诉工程的相应建筑企业资质。

案例 131. 最高人民法院（2014）民申字第1566号“云南联意水利水电工程有限公司与中国水利水电第十一工程局有限公司、中国水利水电第十一工程局有限公司南汀河项目经理部建设工程施工合同纠纷案”



关于合同效力问题。法院再审认为，在签订《引水隧洞石方洞挖分包合同》时，A工程公司曾向B工程公司出具《建筑业企业资质证书》，以表明其具备施工涉诉工程的建筑企业资质。诉讼中，A工程公司虽然否认其具备相应的建筑企业资质，但B工程公司提交的A工程公司《建筑业企业资质证书》复印件证明了A工程公司资质情况，且该复印件与A工程公司《企业法人营业执照》上登记的经营范围包含“隧洞工程的设计及施工”之内容能够相互印证，故A工程公司在双方缔结合同时具备施工涉诉工程的相应建筑企业资质。鉴此，B工程公司将所承包工程中的部分工程分包给A工程公司施工不违反法律、行政法规的强制性规定，二审判决认定《引水隧洞石方洞挖分包合同》及其补充协议有效并无不当。

132. 无资质者签订的装饰装修合同是否无效? 建设部《建筑装饰装修工程设计与施工资质标准》虽然规定了核定从事建筑装饰装修设计与施工活动企业资质等级的依据, 但并未明确规定未取得资质企业不得进行装饰装修工程施工, 且该规定系部门规章, 不能作为认定民事合同无效的法律依据。

案例 132. 最高人民法院(2014)民申字第938号“朱宏强与祥云县云昌煤矿其他合同纠纷案”



再审申请人朱某与被申请人A煤矿其他合同纠纷一案, 朱某申请再审称, 一、二审判决认定本案《建筑装饰工程施工合同》有效, 属于适用法律错误。根据《中华人民共和国建筑法》第二条、第十三条、第四十九条、建设部《建筑装饰装修工程设计与施工资质标准》《最高人民法院关于装饰装修工程款是否享有合同法第286条规定的优先受偿权的函复》《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》第一条的规定, 该合同应认为无效, A煤矿应按照另案中的鉴定结论, 对朱某实际完成的工程量据实支付工程款。

A煤矿辩称, 朱某主张本案《建筑装饰工程施工合同》无效, 没有法律依据, 属于恶意主张合同无效。《中华人民共和国建筑法》及最高人民法院司法解释均未规定装饰装修需要资质, 建设部的部门规章, 不能作为认定合同无效的法律依据。

关于本案《建筑装饰工程施工合同》的效力问题。法院再审认为, 《中华人民共和国建筑法》并未要求从事室内装修装饰施工, 必须具备相应的施工资质, 故本案朱某及其经营的天创意设计室未取得装饰装修工程施工资质, 不属于适用《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》第一条规定, 应当认定为合同无效的情形。建设部《建筑装饰装修工程设计与施工资质标准》虽然规定了核定从事建筑装饰装修设计与施工活动企业资质等级的依据, 但并未明确规定未取得资质企业不得进行装饰装修工程施工, 且该规定系部门规章, 不能作为认定民事合同无效的法律依据。故朱某所持本案《建筑装饰工程施工合同》因违反法律强制性规定应认定为无效的主张, 缺乏法律依据, 本院不予采信。

133. 案涉装饰装修业务涉及建筑施工及安装内容,属于建筑施工业务,从事装饰装修业务的企业必须领取由行政部门依据建筑法的规定审核发放的装饰装修资质证书,才能开展相关业务,否则,签订的合同无效。

案例 133. 广东省广州市中级人民法院(2010)穗中法民五终字第3511号“上诉人广州盛昶设计顾问有限公司(以下简称盛昶公司)与被上诉人广州市大佛寺(以下简称大佛寺)装饰装修工程施工合同纠纷案”



一审法院认为,承包人盛昶公司与发包人大佛寺在协商自愿的基础上签订《广州市大佛寺东区广场维修工程施工补充协议》,但协议所涉及的工程实际系装饰装修工程的施工而非一般维修工程,盛昶公司并无装饰装修工程施工的资质及经营范围,大佛寺也无就涉案工程进行招投标,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》第一条之规定,盛昶公司与大佛寺签订的《广州市大佛寺东区广场维修工程施工补充协议》无效。

盛昶公司上诉认为,其从事装饰装修业务不是建筑施工活动,无须领取建筑工程施工资质。

二审法院认为,盛昶公司上诉意见与建筑工程管理规范不相符。装饰装修业务因涉及建筑施工及安装内容,属于建筑施工业务,从事装饰装修业务的企业必须领取由行政部门依据建筑法的规定审核发放的装饰装修资质证书,才能开展相关业务。上诉人认为合同有效与法相悖,不予支持。

134. 资质证书未经年检者签订的施工合同是否无效？原建设部建办市函（2005）456号《关于工程勘察、设计、施工、监理企业及招标代理机构资质申请及年检有关问题的通知》规定，自2005年起，不再开展对工程勘察、设计、施工、监理企业及招标代理机构的资质年检工作。据此，承包人资质证书未经年检签订的协议有效。

案例 134. 湖南省高级人民法院（2014）湘高法民三终字第48号“湖南省会同县建筑工程公司与湖南惠龙兔业发展有限公司建设工程施工合同纠纷案”



关于双方签订的施工合同、工程款结算单、付款协议书能否作为工程款和利息的计算依据。惠龙公司认为，因被上诉人会同建筑公司施工资质证书未在规定时间内年检，双方签订的施工合同及之后的结算单、付款协议书应为无效协议，不能作为工程款结算依据。法院认为，根据原建设部建办市函（2005）456号《关于工程勘察、设计、施工、监理企业及招标代理机构资质申请及年检有关问题的通知》规定，自2005年起，不再开展对工程勘察、设计、施工、监理企业及招标代理机构的资质年检工作。上诉人惠龙公司以被上诉人会同建筑公司资质证书未经年检为由主张双方签订的施工合同等协议无效没有事实和法律依据。

135. 承包人未取得建筑施工企业资质，其签订的建设工程合同应认定为无效合同。

案例 135. 最高人民法院（2014）民申字第1024号“浙江金万达港口有限公司与浙江顺盛建设工程有限公司船坞、码头建造合同纠纷案”



法院再审认为，本案是船坞建造合同纠纷。根据《最高人民法院关于审理建设工

《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》第一条规定：“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：（一）承包人未取得建筑施工企业资质或者超越资质等级的；（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；（三）建设工程必须进行招标而未招标或者中标无效的”。根据一、二审法院查明的事实，顺盛公司没有建造船坞、码头工程的资质，因此，顺盛公司与金万达公司之间订立的涉案建设工程合同应认定为无效合同。二审判决按照合同有效处理，适用法律错误。

136. 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工程，由此签订的合同无效。

案例 136. 最高人民法院（2017）最高法民申328号“四川省第一建筑工程公司与成都双流新兴建材有限公司、彭俊鑫建设工程施工合同纠纷案”



关于《建设工程施工合同》是否有效的问题。法院再审认为，本案中，虽然《建设工程施工合同》由一建公司作为施工人与建设单位新兴公司签订，但是涉案“亚丁小镇”工程是陈某借用一建公司资质承建了“亚丁小镇”1#、4#、5#楼工程，又借用了大西南公司资质承建了“亚丁小镇”2#、3#、7#楼工程，又在施工期间，陈某分别代表一建公司和大西南公司与新兴公司签订了补充协议；且从一建公司的陈述和《工程项目承包合同书》的约定可见，大部分修建资金由陈某和彭俊鑫个人出资。结合彭俊鑫在一审庭审中的陈述等其他证据，能够认定本案工程虽然由一建公司与新兴公司签订《建设工程施工合同》，但实际上系由自然人陈某和彭俊鑫实际施工，一建公司并未实际参与工程的具体施工。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工程，违反了《中华人民共和国建筑法》《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》的禁止性规定，符合《中华人民共和国合同法》第五十二条第五项的规定，属于违反法律法规的禁止性效力性的规定，故二审判决认定涉案《建设工程施工合同》无效，适用法律并无不当。新兴公司申请再声称陈某系一建公司的管理人员、陈某系履行职务行为，没有证据支持。

137.《建筑业企业资质证书》注明单项业务合同金额不超过企业注册资本金的五倍，合同金额超过了上述金额，属于超越企业资质等级许可的业务范围承揽工程，合同无效。

案例 137. 最高人民法院（2016）最高法民申1128号“重庆市有益建筑劳务有限公司与重庆双湖机电设备有限公司、咸阳第一建筑工程有限公司建设工程施工合同纠纷案”



关于有益劳务公司与咸阳一建公司之间签订的合同的效力问题。二审法院认为，有益劳务公司与咸阳一建公司签订的《劳务分包合同》无效。主要事实及理由：根据《建筑企业资质管理规定》，建筑企业应在资质许可的范围内从事建筑施工活动。虽然有益劳务公司主项资质等级为砌筑作业劳务分包一级资质，可承担各类工程作业分包业务，其取得的《建筑业企业资质证书》承包工程范围也载明其共有砌筑作业劳务分包、油漆劳务分包等十个资质，但均注明单项业务合同金额不超过企业注册资本金的5倍。而其注册资本金在签订合同时仅为50万元，起诉后于2013年9月10日才变更登记为100万元。本案《劳务分包合同》系一个合同，约定的合同总价暂定3200万元，因其未区分明确该合同中含有多少单项工程、每一项的具体金额。故即使按照有益劳务公司拥有的十项资质，其在签订合同时把本案工程拆分成十个单项业务合同，在签订合同和起诉前该十个单项业务合同的总额最多只能达到2500万元。因此，本案《劳务分包合同》超越了有益劳务公司的资质等级许可承接的工程范围。因《中华人民共和国建筑法》第二十六条禁止建筑施工企业超越企业资质等级许可的业务范围承揽工程，《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》第一条也规定，承包人超越资质等级，施工合同无效，故有益劳务公司与咸阳一建公司西南分公司签订的《劳务分包合同》无效。因该合同无效，故双湖机电公司、咸阳一建公司西南分公司及有益劳务公司签订的《三方协议》也无效。

关于二审判决对案涉合同效力的认定是否存在错误的问题。法院再审认为，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》第一条第一项之规定，承包人未取得建筑施工企业资质或者超越资质等级签订的建设工程施工合同，

应当认定为无效。根据二审判决查明的事实，有益公司取得的《建筑业企业资质证书》载明的承包资质范围注明，其承包单项业务合同不得超过企业注册本金的5倍。有益公司在签订案涉承包合同时，注册资本为50万元，该合同约定的总价为3200万元，未明确单项业务工程价款。在此情况下，二审判决认定有益公司超越资质签订的承包合同无效，并无不当。有益公司虽主张在本案诉讼过程中已经实现增资，根据《最高人民法院审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》第五条规定，不应认定合同无效，但该司法解释系针对工程竣工前取得相应资质等级的规定，本案不属于该解释规定情形范畴。且即使可以认定有益公司增加注册本金的事实，亦没有证据证明其签订的承包合同中各单项施工工程价款均未超过500万元。故有益公司主张二审判决认定案涉承包合同无效错误的申请再审理由不能成立。

138. 承包人承包工程的建筑规模、建安总价超过其《建筑业企业资质证书》注明的可承包工程范围、单项建安合同额的，合同无效。

案例 138. 重庆市高级人民法院（2013）渝高法民终字第00142号“重庆双湖机电设备有限公司与咸阳第一建筑工程有限公司建设工程施工合同案”



关于“12月12日合同”的效力。二审法院认为，根据一审查明的事实，咸阳一建公司作为“房屋建筑工程施工总承包壹级”资质企业，其注册本金为5210万元，承包工程范围是可承担单项建安合同额不超过企业注册本金5倍（即2.605亿元）的，建筑面积20万平方米及以下的住宅小区或建筑群体的施工。从“12月12日合同”约定的“建筑面积：约32万平方米；工程造价：约3.2亿元”内容看，无论是涉案工程的建筑规模，还是建安总价，均明显超越了咸阳一建公司资质等级所许可承包的工程范围。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》第一条第（一）项关于“建设工程施工合同具有下列情形之一的，应当根据《中华人民共和国合同法》第五十二条第（五）项的规定，认定无效：（一）承包人未取得建筑施工企业资质或者超越资质等级的”的规定，“12月12日合同”因承包人超越资质等级承包工程，应属无效。一审判决对合同效力的认定正确，应予支持。咸阳一建公司

系基于合同有效为前提提出的反诉请求，但在一审法院已向其释明合同无效的情形下，咸阳一建公司仍然坚持其主张。因此，一审法院判决驳回咸阳一建公司基于合同有效提出的反诉请求的处理，并无不当。鉴于双湖机电公司在一审中变更后的诉讼请求并未要求判决确认建设工程施工合同无效，因此其在上诉中提出的在判项中确认双方当事人之间就双桥机电设备仓储物流交易中心建设项目建立的建设工程施工承包合同关系无效的上诉请求，超越了其诉讼请求的范围，本院不予支持。

裁判依据或参考

法律法规

《中华人民共和国建筑法》(2011年7月1日)

第十二条 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。

第十三条 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。

第二十二条 建筑工程实行招标发包的，发包单位应当将建筑工程发包给依法中标的承包单位。建筑工程实行直接发包的，发包单位应当将建筑工程发包给具有相应资质条件的承包单位。

第二十六条 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。

第二十七条 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。

两个以上不同资质等级的单位实行联合共同承包的，应当按照资质等级低的单位的业务许可范围承揽工程。

第二十九条 建筑工程总承包单位可以将承包工程中的部分工程发包给具有相应资质条件的分包单位；但是，除总承包合同中约定的分包外，必须经建设单位认可。施工总承包的，建筑工程主体结构的施工必须由总承包单位自行完成。

建筑工程总承包单位按照总承包合同的约定对建设单位负责；分包单位按照分包合同的约定对总承包单位负责。总承包单位和分包单位就分包工程对建设单位承担连带责任。

禁止总承包单位将工程分包给不具备相应资质条件的单位。禁止分包单位将其承包的工程再分包。

第三十一条 实行监理的建筑工程，由建设单位委托具有相应资质条件的工程监理单位监理。建设单位与其委托的工程监理单位应当订立书面委托监理合同。

《中华人民共和国合同法》(1999年10月1日)

第五十二条 有下列情形之一的，合同无效：

- (一) 一方以欺诈、胁迫的手段订立合同，损害国家利益；
- (二) 恶意串通，损害国家、集体或者第三人利益；
- (三) 以合法形式掩盖非法目的；
- (四) 损害社会公共利益；
- (五) 违反法律、行政法规的强制性规定。

《建设工程安全生产管理条例》(2004年2月1日 国务院令 第393号)

第十一条 建设单位应当将拆除工程发包给具有相应资质等级的施工单位。

建设单位应当在拆除工程施工15日前，将下列资料报送建设工程所在地的县级以上地方人民政府建设行政主管部门或者其他有关部门备案：

- (一) 施工单位资质等级证明；
- (二) 拟拆除建筑物、构筑物及可能危及毗邻建筑的说明；
- (三) 拆除施工组织方案；
- (四) 堆放、清除废弃物的措施。

实施爆破作业的，应当遵守国家有关民用爆炸物品管理的规定。

第二十条 施工单位从事建设工程的新建、扩建、改建和拆除等活动，应当具备国家规定的注册资本、专业技术人员、技术装备和安全生产等条件，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。

第二十五条 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。

施工单位不得转包或者违法分包工程。

《中华人民共和国招标投标法》(2000年1月1日 2017年修正)

第三十一条 两个以上法人或者其他组织可以组成一个联合体，以一个投标人的身份共同投标。

联合体各方均应当具备承担招标项目的相应能力；国家有关规定或者招标文件对投标人资格条件有规定的，联合体各方均应当具备规定的相应资格条件。由同一专业的单位组成的联合体，按照资质等级较低的单位确定资质等级。

联合体各方应当签订共同投标协议，明确约定各方拟承担的工作和责任，并将共同投标协议连同投标文件一并提交招标人。联合体中标的，联合体各方应当共同与招标人签订合同，就中标项目向招标人承担连带责任。

招标人不得强制投标人组成联合体共同投标，不得限制投标人之间的竞争。

司法解释及其他

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(一)》
(1999年12月29日 法释〔1999〕第19号)

第三条 人民法院确认合同效力时，对合同法实施以前成立的合同，适用当时的法律合同无效而适用合同法合同有效的，则适用合同法。

第四条 合同法实施以后，人民法院确认合同无效，应当以全国人大及其常委会制定的法律和国务院制定的行政法规为依据，不得以地方性法规、行政规章为依据。

《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》(2005年1月1日 法释〔2004〕14号)

第一条 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：

- （一）承包人未取得建筑施工企业资质或者超越资质等级的；
- （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；
- （三）建设工程必须进行招标而未招标或者中标无效的。

第四条 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。人民法院可以根据民法通则第一百三十四条规定，收缴当事人已经取得的非法所得。

第五条 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。

第七条 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，当事人以转包建设工程违反法律规定为由请求确认无效的，不予支持。

《最高人民法院副院长就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》答记者问

二、尽量维护合同的效力

问：调整建设工程施工合同纠纷案件的法律中，强制性条款很多，为何只列举5种合同无效的情形？

答：建设工程施工合同受到不同领域的多部法律及其他规范性文件调整。法律、行政法规和部颁规章中调整建设工程施工合同的强制性规范就有六十多条，如果违反这些规范都以违反法律强制性规定为由而认定合同无效，不符合《合同法》的立法本意，不利于维护合同稳定性，也不利于保护各方当事人的合法权益，同时也会破坏建筑市场的正常秩序。我们认为，法律和行政法规中的强制性规定，有的属于行政管理规范，如果当事人违反了这些规范应当受到行政处罚，但是不应当影响民事合同的效力。从相关法律、行政法规的强制性规范内容看，可分为两类：一是保障建设工程质量的规范，二是维护建筑市场公平竞争秩序的规范。《解释》第1条和第4条将这两大类分为以下五种情形：一是承包人未取得建筑施工企业资质或者超越资质等级的；二是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；三是建设工程必须进行招标而未招标或者中标无效的；四是承包人非法转包建设工程的；五是承包人违法分包建设工程的。当然，《民法通则》和《合同法》等基本法律规定的合同无效的情形，

也应当适用于建设工程施工合同。

《最高人民法院关于当前民事审判工作中的若干具体问题》(2015年12月24日)

六、关于建设工程合同纠纷案件的审理问题

据统计,全国每年建设工程合同纠纷案件大约10万件左右,虽然数量不大,但因其专业性、复杂性特点,向来是民事审判工作的难点。目前,建设工程案件服判息诉率较低,说明我们的案件审理水平仍有待提高。去年以来,随着产业结构和国家金融政策调整,投资放缓,建设工程领域问题凸显,建设工程合同纠纷案件增多。要充分认识到审理好建设工程合同纠纷案件,对于维护建筑市场秩序,保证建筑工程质量,保障人民生命财产安全的重要意义。

第二,关于合同效力问题。要严格适用建设工程司法解释第一条和第四条关于合同无效情形的规定,对于应当招标而未招标或中标无效,转包、违法分包、肢解发包,不具有相应资质等级以及未取得建设工程规划许可审批手续等签订建设工程施工合同的,应当依法认定无效。

《最高人民法院第八次全国法院民事商事审判工作会议(民事部分)纪要》(2016年11月30日)

七、关于建设工程施工合同纠纷案件的审理

经济新常态形势下,因建设方资金缺口增大,导致工程欠款、质量缺陷等纠纷案件数量持续上升。人民法院要准确把握法律、法规、司法解释规定,调整建筑活动中个体利益与社会利益冲突,维护社会公共利益和建筑市场经济秩序。

(一)关于合同效力问题

30.要依法维护通过招投标所签订的中标合同的法律效力。当事人违反工程建设强制性标准,任意压缩合理工期、降低工程质量标准的约定,应认定无效。对于约定无效后的工程价款结算,应依据建设工程施工合同司法解释的相关规定处理。

部门规范性文件

住房和城乡建设部《关于进一步推进工程总承包发展的若干意见》(2016年5月20日建市〔2016〕93号)

(七)工程总承包企业的基本条件。工程总承包企业应当具有与工程规模相适应的

工程设计资质或者施工资质，相应的财务、风险承担能力，同时具有相应的组织机构、项目管理体系、项目管理专业人员和工程业绩。

(九) 工程总承包项目的分包。工程总承包企业可以在其资质证书许可的工程项目范围内自行实施设计和施工，也可以根据合同约定或者经建设单位同意，直接将工程项目的**设计**或者**施工**业务择优分包给具有相应资质的企业。仅具有设计资质的企业承接工程总承包项目时，应当将工程总承包项目中的**施工**业务依法分包给具有相应**施工**资质的企业。仅具有**施工**资质的企业承接工程总承包项目时，应当将工程总承包项目中的**设计**业务依法分包给具有相应**设计**资质的企业。

(十) 工程总承包项目**严禁转包和违法分包**。工程总承包企业应当加强对分包的管理，不得将工程总承包项目转包，也不得将工程总承包项目中**设计和施工**业务一**并**或者**分别**分包给其他单位。工程总承包企业自行实施设计的，不得将工程总承包项目工程主体部分的设计业务分包给其他单位。工程总承包企业自行实施施工的，不得将工程总承包项目工程主体结构的**施工**业务分包给其他单位。

(十一) 工程总承包企业的**义务和责任**。工程总承包企业应当加强对工程总承包项目的管理，根据合同约定和项目特点，制定项目管理计划和项目实施计划，建立工程管理与协调制度，加强设计、采购与施工的协调，完善和优化设计，改进施工方案，合理调配设计、采购和施工力量，实现对工程总承包项目的有效控制。工程总承包企业对工程总承包项目的**质量和安全**全面负责。工程总承包企业按照合同约定对建设单位负责，分包企业按照分包合同的约定对工程总承包企业负责。工程分包不能免除工程总承包企业的合同义务和法律责任，工程总承包企业和分包企业就分包工程对建设单位承担**连带责任**。

住房和城乡建设部《**建筑业企业资质管理规定**》(2015年3月1日起施行 住房和城乡建设部令第22号)

第三条 企业应当按照其拥有的资产、主要人员、已完成的工程业绩和技术装备等条件申请建筑业企业资质，经审查合格，取得建筑业企业资质证书后，方可在资质许可的范围内从事建筑施工活动。

第五条 建筑业企业资质分为**施工总承包资质**、**专业承包资质**、**施工劳务资质**三个序列。

施工总承包资质、**专业承包资质**按照工程性质和技术特点分别划分为若干资质

类别，各资质类别按照规定的条件划分为若干资质等级。施工劳务资质不分类别与等级。

第二章 申请与许可

第八条 企业可以申请一项或多项建筑业企业资质。

企业首次申请或增项申请资质，应当申请最低等级资质。

第九条 下列建筑业企业资质，由国务院住房城乡建设主管部门许可：

- (一) 施工总承包资质序列特级资质、一级资质及铁路工程施工总承包二级资质；
- (二) 专业承包资质序列公路、水运、水利、铁路、民航方面的专业承包一级资质及铁路、民航方面的专业承包二级资质；涉及多个专业的专业承包一级资质。

第十条 下列建筑业企业资质，由企业工商注册所在地省、自治区、直辖市人民政府住房城乡建设主管部门许可：

- (一) 施工总承包资质序列二级资质及铁路、通信工程施工总承包三级资质；
- (二) 专业承包资质序列一级资质（不含公路、水运、水利、铁路、民航方面的专业承包一级资质及涉及多个专业的专业承包一级资质）；
- (三) 专业承包资质序列二级资质（不含铁路、民航方面的专业承包二级资质）；铁路方面专业承包三级资质；特种工程专业承包资质。

第十一条 下列建筑业企业资质，由企业工商注册所在地设区的市人民政府住房城乡建设主管部门许可：

- (一) 施工总承包资质序列三级资质（不含铁路、通信工程施工总承包三级资质）；
- (二) 专业承包资质序列三级资质（不含铁路方面专业承包资质）及预拌混凝土、模板脚手架专业承包资质；
- (三) 施工劳务资质；
- (四) 燃气燃烧器具安装、维修企业资质。

第十七条 建筑业企业资质证书分为正本和副本，由国务院住房城乡建设主管部门统一印制，正、副本具备同等法律效力。资质证书有效期为5年。

第三章 延续与变更

第十八条 建筑业企业资质证书有效期届满，企业继续从事建筑施工活动的，应当于资质证书有效期届满3个月前，向原资质许可机关提出延续申请。

资质许可机关应当在建筑业企业资质证书有效期届满前做出是否准予延续的决定；逾期未做出决定的，视为准予延续。

第二十一条 企业发生合并、分立、重组以及改制等事项，需承继原建筑业企业资质的，应当申请重新核定建筑业企业资质等级。

建设部《建设工程项目管理试行办法》(2004年12月1日 建市〔2004〕200号)

第二条〔适用范围〕凡在中华人民共和国境内从事工程项目管理活动，应当遵守本办法。

本办法所称建设工程项目管理，是指从事工程项目管理的企业（以下简称项目管理企业），受工程项目业主方委托，对工程建设全过程或分阶段进行专业化管理和服务活动。

第三条〔企业资质〕项目管理企业应当具有工程勘察、设计、施工、监理、造价咨询、招标代理等一项或多项资质。

工程勘察、设计、施工、监理、造价咨询、招标代理等企业可以在本企业资质以外申请其他资质。企业申请资质时，其原有工程业绩、技术人员、管理人员、注册资金和办公场所等资质条件可合并考核。

第五条〔服务范围〕项目管理企业应当改善组织结构，建立项目管理体系，充实项目管理专业人员，按照现行有关企业资质管理规定，在其资质等级许可的范围内开展工程项目管理业务。

地方司法性文件及其他

江苏省高级人民法院《关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的讨论纪要》(一)(2005年9月27日 苏高法审委〔2005〕16号)

一、合同的效力

第一条 当事人仅以民事合同违反行政规章、地方性法规为由请求确认该合同无效的，人民法院不予支持。但该行政规章、地方性法规的强制性规定是根据法律、行政法规授权制定的除外。

违反行政规章、地方性法规强制性规定的民事合同损害社会公共利益，当事人请求确认民事合同无效的，人民法院应予支持。但应当以合同法第五十二条第(四)项作为判决的法律依据。(第五十二条 有下列情形之一的，合同无效：

- (一) 一方以欺诈、胁迫的手段订立合同，损害国家利益；
- (二) 恶意串通，损害国家、集体或者第三人利益；

- (三) 以合法形式掩盖非法目的;
- (四) 损害社会公共利益;
- (五) 违反法律、行政法规的强制性规定。

第二条 当事人仅以经营者无证(照)经营为由,请求确认民事合同无效的,人民法院不予支持。但法律、行政法规规定当事人签订合同必须具有特许经营许可证、资质证书等的除外。

第三条 当事人主张的合同效力与人民法院根据案件事实认定的合同效力不一致的,应当告知当事人可以变更诉讼请求,当事人不变更诉讼请求的,人民法院在对合同效力作出认定后,对当事人基于其主张的合同效力的其他诉讼请求不予支持。

当事人仅请求确认合同效力的,人民法院仅就合同效力进行审理和确认。

上海市中级人民法院《建设工程施工合同纠纷审判实务相关疑难问题解答》(2015年10月22日)

一、导致建设工程施工合同无效的情形主要有哪些?

解答:具有下列情形之一,当事人请求确认建设工程施工合同无效的,人民法院应予支持:

- (一) 承包人未取得建筑施工企业资质或者超越资质等级的;
- (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;
- (三) 建设工程必须进行招标而未招标或者中标无效的;
- (四) 承包单位将工程进行转包或者违法分包的;
- (五) 中标合同约定的工程价款低于成本价的;
- (六) 法律、行政法规规定的其他情形。

理由: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》(下称《解释》)第一条规定上述一至三种情形合同无效。《中华人民共和国合同法》(下称《合同法》)第二百七十二条规定的禁止转包、违法分包,其目的在于防止工程几经倒手,造成实际施工人因承包费太低而偷工减料,直接影响工程质量。《中华人民共和国招标投标法》(下称《招标投标法》)第三十三条规定投标人不得以低于成本的报价竞标,其目的在于保证招投标竞争秩序和确保工程质量,报价低于成本价的,合同无效。

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若干疑难问题的解答》
(2012年8月6日 京高法发〔2012〕245号)

一、建设工程施工合同效力的认定

2.《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》(以下简称《解释》)第一条第(二)项规定的“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(即“挂靠”)具体包括哪些情形?

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。

4. 劳务分包合同的效力如何认定?

同时符合下列情形的,所签订的劳务分包合同有效:

(1)劳务作业承包人取得相应的劳务分包企业资质等级标准;(2)分包作业的范围是建设工程中的劳务作业(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);(3)承包方式为提供劳务及小型机具和辅料。

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。

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)》(2014年1月1日)

第一条 建筑施工企业的内部人员对外以企业名义承包工程,对内与企业签订承包协议,企业只收取管理费,不在资金、技术、设备、人力等方面提供支持,不承担技术、质量监管和经济责任的,应当认定为借用资质,以建筑施工企业名义与发包人签订的建设工程施工合同无效。

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意见》
(2008年12月17日 苏高法审委〔2008〕26号)

第三条 具有下列情形之一,当事人要求确认建设工程施工合同无效的,人民法

院应予支持：

- (一) 承包人未取得建筑施工企业资质或者超越资质等级的；
- (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；
- (三) 建设工程必须进行招标而未招标或者中标无效的；
- (四) 承包单位将工程进行转包或者违法分包的；
- (五) 中标合同约定的工程价款低于成本价的；
- (六) 法律、行政法规规定的其他情形。

江苏省高级人民法院《建设工程施工合同案件审理指南》(2010年)

二、建设工程施工合同的效力

(一) 建设工程施工合同效力的审查

无论当事人是否对建设工程施工合同的效力提出主张或抗辩，人民法院都应当主动审查建设工程施工合同的效力并在判决书中明确载明。

建设工程施工合同的效力是审理建设工程施工合同纠纷案件首要审查的内容。即使当事人对建设工程施工合同的性质与效力未产生争议，人民法院也应当就合同的性质与效力进行强制审查，不受当事人请求的影响。

(二) 建设工程合同的有效要件

1. 合同的当事人即发包人和承包人应当符合法律和行政法规规定的条件，也就是要具备《民法通则》第55条规定的“相应的民事行为能力”。
2. 意思表示真实且发包人和承包人就合同的内容协商一致。
3. 建设工程施工合同的当事人即发包人和承包人在签订合同的过程中应当履行法律和行政法规规定的必须履行的程序。这一条件是建设工程合同所特有的条件。建设工程往往涉及国计民生而且一般投资规模较大，所以国家对建设行为予以更多的关注并通过法律、行政法规和部门规章以及地方性法规来进行约束和规范。如依照《中华人民共和国招标投标法》任何单位和个人不得将依法必须进行招标的项目化整为零或者以其他任何方式规避招标。依法应当招标而未招标的合同无效。

4. 建设工程施工合同应当符合法律规定的形式要件。

5. 内容合法，不违反法律或社会公共利益。

(三) 建设工程施工合同的无效情形

1. 承包人未取得建筑施工企业资质或者超越资质等级的。

比较典型的表现形式主要有以下几种情况：(1) 个体施工队伍在没有资质的情况下违法承揽建设工程的；(2) 施工单位冒用、盗用营业执照、资质证书承揽工程的；(3) 建筑施工企业的分支机构以自己的名义对外承揽工程的；(4) 非建筑施工企业超越经营范围对外承揽建设工程的。此外，承包人在工程竣工前未取得相应资质，竣工验收合格后才取得资质的，建设工程施工合同也应认定为无效。

2. 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建筑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建筑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建筑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。

广东省高级人民法院《全省民事审判工作会议纪要》(2012年6月26日 粤高法〔2012〕240号)

19. 承担村庄、集镇规划区内建筑工程施工任务的单位，没有相应的施工资质等级证书或者资质审查证书，可根据国务院《村庄和集镇规划建设管理条例》第二十三条的规定认定合同效力。

51 广东省高级人民法院《关于审理建设工程合同纠纷案件疑难问题的解答》(2017年8月1日 粤高法〔2017〕151号)

2. 家庭室内装修和农村建房合同的效力如何认定

家庭室内装修和农村、建制镇、集镇规划区内自建低层住宅(二层以下、含两层)、建设工程投资额在30万元以下或者建筑面积在300平方米以下的合同纠纷,当事人以施工人没有施工资质而主张合同无效的,一般不予支持。

新疆维吾尔自治区高级人民法院《审理建设工程施工合同案件情况的调研报告》

(九)建设工程施工合同履行过程中,发包人以承包人未取得建筑施工企业资质或者超越资质等级承揽建设工程为由,请求确认建设工程施工合同无效或者予以解除,发包人起诉时承包人已取得相应资质等级的,发包人的请求不予支持。

52 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》(2015年3月16日 川高法民一〔2015〕3号)

一、建设工程施工合同效力的认定

1. 哪些情形下的建设工程施工合同无效?

具有下列情形之一的建设工程施工合同,人民法院应当根据《中华人民共和国合同法》第五十二条第(五)项的规定,认定无效:

- (一) 承包人未取得建筑施工企业资质或者超越资质等级的;
- (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;
- (三) 建设工程必须进行招投标而未招投标或者中标无效的;
- (四) 转包、违法分包建设工程的;
- (五) 法律、行政法规规定的其他情形。

承包人超越资质登记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。

北京市第一中级人民法院《对民事审判中部分执法不统一问题的规范意见》(2011年)

第三部分 建设工程施工合同案件中的问题

2. 承包人不具备建设所承包工程的相应资质,是否合同一律应确定为无效?

基本意见：对于资质的要求是《建筑法》的规定，在《建设工程司法解释》中明确规定没有取得资质、超越资质等级、借用他人资质签订的合同为无效。在审判实务中有以下几种情形，需要予以特别考虑：（1）不属于《建筑法》调整范围内的工程项目，如小型房屋建筑工程（各省有相应规定）、农民自用的低层住宅等，不宜因施工人无资质而认定合同无效。（2）承包人在签订合同时具备资质，但在合同履行过程中丧失了资质，属于合同在履行过程中发生情势变更，属于合同无法继续履行，不应按合同无效处理。（3）承包人在签订合同时不具备相应资质，但竣工前取得相应资质，这时仍应认定合同有效。（4）工程项目虽不属于《建筑法》调整范围，但有关地方一级政府行政部门的文件规定要求施工人具有一定的资质，因该规定不属于法律、法规，故该规定，在民事审判中不宜将其作为因资质问题而认定无效的根据。

江苏省徐州市中级人民法院《进一步规范关于审理建设工程施工合同纠纷案件的若干问题》

〔合同效力问题当事人不主张还要审查么？〕

人民法院审理建设工程施工合同纠纷案件的，应当首先主动审查施工合同的效力，不以当事人主张为必要。

〔效力的审查有哪些原则？〕

建设工程施工合同的效力应依据《中华人民共和国合同法》第五十二条、《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》第一条，并参照《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意见》第三条的规定进行审查。

建设工程未取得建设用地规划许可证、建设工程规划许可证、国有土地使用权证，就该工程签订的施工合同无效，但在一审法庭辩论终结前取得的，应当认定施工合同有效。

建设工程未取得建设工程施工许可证，就该工程签订施工合同违反法律、行政法规的，由相关行政部门进行处理，但不影响施工合同效力。

承担村庄、集镇规划区内建筑工程施工任务的单位，没有相应的施工资质等级证书或者资质审查证书，可根据国务院《村庄和集镇规划建设管理条例》第二十三条的规定认定合同效力。

不具有施工资质的挂靠人挂靠有施工资质的建筑施工企业，与发包人签订建设工

程施工合同，发包人不知挂靠情形的，该施工合同有效；发包人明知或应知挂靠情形的，该施工合同无效。

地方规范性文件

《上海市工程总承包试点项目管理办法》(2017年1月1日起施行 沪建建管〔2016〕1151号)

第七条 (承包人资格) 工程总承包企业应当具备与发包工程规模相适应的工程设计资质(工程设计专项资质和事务所资质除外)或施工总承包资质，且具有相应的组织机构、项目管理体系、项目管理专业人员和工程业绩。

第十条 (再发包情形) 存在以下情形之一的，本办法称为工程总承包再发包：

(一) 工程总承包企业具备相应的设计和施工资质的，可以自行实施工程的设计和施工业务，也可以将工程的全部设计或者全部施工业务再发包给具备相应资质条件的设计单位、施工总承包单位；

(二) 工程总承包企业仅具备相应的设计或者施工资质的，应当自行实施其资质承揽范围内的设计或者施工业务，并将其资质承揽范围外的全部施工或者全部设计业务再发包给具备相应资质条件的施工总承包单位或者设计单位；

(三) 工程总承包企业可以将工程的全部勘察业务再发包给具备相应资质条件的勘察单位。

上述工程总承包再发包，可以不再通过招标方式，但应当经建设单位同意，并在工程总承包合同中予以明确。

第十七条 (专业分包) 工程总承包企业和再发包承包单位应当自行完成承包工程范围内的主体工作，但可根据合同约定依法将其承包工程范围内的非主体工作分包给具有相应资质的分包单位。

第2节 中标通知书性质认定

——中标通知书，性质如何定？（中标通知）

类型一、依据中标通知书可认定双方合同关系成立

139. 依据中标通知书，应认定招、投标人之间就案涉项目确立合同关系，双方当事人的权利义务，应依据招标人的《招标文件》、投标人的《投标文件》、中标通知书及相关证据予以认定。招标人取消投标人中标资格，违反了双方的合同约定，应承担相应的违约责任。

案例 139. 最高人民法院（2014）民一终字第155号“广厦建设集团有限责任公司与福州市台江区房地产开发公司其他合同纠纷案”



关于中标通知书的效力问题。二审法院认为，根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（二）》第十四条、《中华人民共和国合同法》第五十二条第五项之规定，确认民事合同无效，应以效力性强制性法律、行政法规规定为法律依据。《中华人民共和国建筑法》第七条、《中华人民共和国招标投标法》第九条关于建筑工程开工前建设单位应当申请领取施工许可证、招标项目应当先履行审批手续等规定，属于管理性的强制性规定，而并非对招投标行为及中标合同的效力性强制性规定。广厦公司以案涉项目公开招标时不具备国有土地使用权证、规划许可证等，违反了建筑法、招标投标法等法律规定为由，主张案涉中标通知书无效，缺乏法律依据，本院不予支持。一审判决依据中标通知书，认定广厦公司、台江公司之间就案涉项目确立合同关系正确。本案双方当事人的权利义务，应依据台江公司的《招标

文件》、广厦公司的《投标文件》、中标通知书及相关证据予以认定。

关于广厦公司被取消中标资格双方的过错及责任认定问题。二审法院认为，按照《招标文件》第三章第七部分第10条的约定，广厦公司在收到中标通知书后10天内，并在签订合同前，须向台江公司提供履约保证金9000万元，履约担保可以现金或银行保函的方式提交；按照台江公司、建信公司2010年10月25日共同作出的《中标通知书》的要求，广厦公司应于2010年11月24日前到台江公司与招标人签订合同。广厦公司虽然没有在上述文件及通知要求的时限内，向台江公司提交履约保证金，亦未与台江公司签订合同，但就逾期提供保函，广厦公司于2010年11月30日向台江公司递交了《承诺函》，承诺将于2010年12月8日前提交银行保函，该《承诺函》送达台江公司后，台江公司未作出明确意思表示，同意或拒绝广厦公司逾期提供保函。2010年12月8日，台江公司接收了广厦公司按照上述《承诺函》载明时限提交的银行保函。二审法院认为，台江公司在收到广厦公司的《承诺函》后未予明确表态的默示行为，虽然不能单独作为认定其同意广厦公司逾期提交履约保证金的事实依据，但结合其嗣后实际接收了广厦公司按照《承诺函》载明期限提交的银行保函的行为，应当认为，台江公司对广厦公司逾期提交履约保证金的行为予以接受，双方当事人以实际行为变更了原合同约定的履约保证金提交期限的约定。台江公司主张其从未同意广厦公司变更履约保证金的提交期限，与事实不符。

就台江公司所持招投标文件中关于履约保证金的提交期限，系合同实质性内容，依法不允许当事人予以变更的主张，二审法院认为，工期、工程价款、工程项目性质等中标结果中所包含的内容，应视为中标合同的实质性内容，为维护国家、集体、第三人合法权益，招标人和中标人不得另行签订协议予以变更。履约保证金的提交期限，不属于中标合同的实质性内容，当事人应可依据《中华人民共和国合同法》第七十七条第一款之规定予以变更。故对台江公司的上述主张，本院不予采信。

根据招投标文件的约定，双方当事人应在投标方提交履约保证金后签订建设工程施工合同，故在双方未作出相反意思表示的情况下，履约保证金提交期限顺延后，签约期限应作相应合理顺延。在台江公司同意变更履约保证金的提交期限，并实际接受了广厦公司逾期提交的履约保证金的情况下，二审法院认为，招投标文件约定的招标人取消投标人中标资格的条件尚未成就。台江公司于2010年12月14日通知取消广厦公司中标资格，违反了双方的合同约定，应承担相应的违约责任。一审判决认为台江公司通知取消广厦公司的中标资格，系依法行使合同约定解除权，属于认定事实不清，适

用法律错误，本院依法予以纠正。

二审法院判决：一、撤销福建省高级人民法院（2012）闽民初字第23号民事判决；二、福州市台江区房地产开发公司于本判决生效之日起十五日内退还广厦建设集团有限责任公司投标保证金80万元，并按照中国人民银行同期同类贷款利率，支付自2010年12月15日起至实际返还之日止的利息；三、福州市台江区房地产开发公司于本判决生效之日起十五日内赔偿广厦建设集团有限责任公司中标工程交易服务费5.3万元、保函手续费56.25万元、临时设施费54903元，共计670403元；四、驳回广厦建设有限责任公司的其他诉讼请求；五、驳回福州市台江区房地产开发公司的反诉请求。

140. 依据中标通知书，认定案涉项目双方确立合同关系。

案例 140. 最高人民法院（2014）民一终字第155号“广厦建设集团有限责任公司与福州市台江区房地产开发公司其他合同纠纷案”



关于中标通知书的效力问题。二审法院认为，根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（二）》第十四条、《中华人民共和国合同法》第五十二条第五项之规定，确认民事合同无效，应以效力性强制性法律、行政法规规定为法律依据。《中华人民共和国建筑法》第七条、《中华人民共和国招标投标法》第九条关于建筑工程开工前建设单位应当申请领取施工许可证、招标项目应当先履行审批手续等规定，属于管理性的强制性规定，而并非对招投标行为及中标合同的效力性强制性规定。一审判决依据中标通知书，认定A建设公司、B房地产公司之间就案涉项目确立合同关系正确。本案双方当事人的权利义务，应依据B房地产公司的《招标文件》、A建设公司的《投标文件》、中标通知书及相关证据予以认定。

141. 发出中标通知书后，招标人不与投标人签订书面合同，而将涉案工程交由第三人施工，构成根本违约，应承担赔偿损失等违约责任。

案例 141. 合肥市中级人民法院（2014）合民一终字第 01755 号“安徽华新光电饰业有限公司与安徽蓝鼎置地集团有限公司建设工程施工合同纠纷案”



二审法院认为，安徽蓝鼎公司关于涉案工程以招标邀请的形式向安徽华新公司发出要约邀请，安徽华新公司以要求缔结合同为目的向安徽蓝鼎公司以投标的形式发出要约，此后，安徽蓝鼎公司以中标通知书的形式向安徽华新公司发出承诺。安徽蓝鼎公司向安徽华新公司发出中标通知书后，应按照招标文件的约定在 5 日内与安徽华新公司签订书面合同，但安徽蓝鼎公司违反约定未与安徽华新公司签订书面建设工程施工合同，而将涉案工程交由第三人施工，原审法院据此认定安徽蓝鼎公司已经构成根本违约，应承担赔偿损失等违约责任，并无不当。

142. 投标函相当于要约，中标通知书相当于承诺，中标通知书到达投标人时，双方之间的建设工程施工合同成立并生效。虽然之后双方没有签订书面建设工程施工合同，但由于中标通知书中包含了建设工程施工合同的基本要素，故未签订书面合同并不影响双方之间成立建设工程施工合同关系。

案例 142. 江苏省高级人民法院（2013）苏民申字第 604 号“无锡市世达建设有限公司与无锡市百田建筑设计咨询有限公司建设工程施工合同纠纷案”



关于世达公司与百田公司之间是否成立建设工程施工合同关系的问题。法院再认为，涉案工程经百田公司以邀请招标的形式向相关施工单位进行招标，而世达公司依据招标文件发出投标函，百田公司依该函向世达公司出具了中标通知书。世达公司

发出投标函相当于要约，而百田公司发出的中标通知书相当于承诺，该中标通知书到达世达公司时，双方之间的建设工程施工合同成立并生效。虽然之后双方没有签订书面建设工程施工合同，但由于中标通知书中包含了建设工程施工合同的基本要素，故未签订书面合同并不影响双方之间成立建设工程施工合同关系。世达公司认为没有签订书面合同，故双方之间的合同关系未成立的理由不能成立。由于双方之间已成立建设工程施工合同关系，且世达公司实际已进场施工，双方之间的建设工程施工合同已实际履行。世达公司认为本案应适用缔约过失责任的理由亦不能成立。

类型二、发出《中标通知书》后未签订书面合同的行为，应由行政机关处理

143. 不属于必须进行招标的工程建设项目，承、发包双方在履行招投标程序前，自主签订施工合同并未违反法律强制性规定，应当认定有效。双方就同一建设项目又履行招投标程序，意在变更施工合同的部分内容，因招标人与中标人未按照《中标通知书》记载的实质性内容签订施工合同，中标合同未成立，对签约在先的施工合同未产生变更的法律效力，工程取费也应当按照签约在先的合同约定确定。招标人与中标人在招标机构发出《中标通知书》后未履行正式签订书面合同的行为，违反了《中华人民共和国招标投标法》的规定，应由行政机关处理，不属于民事案件审理范围，不影响签约在先的施工合同的法律效力。

案例 143. 最高人民法院“新疆建工集团第六建筑工程有限责任公司与新疆天通房地产开发有限公司建设工程施工合同纠纷案”

关于合同的性质、效力和工程取费。最高人民法院二审认为，本案为建设工程施工合同纠纷案件。新疆六建具备与承揽的讼争工程项目相适应的法定资质等级。签约时，合同当事人意思表示真实、自愿，合同内容并不违反法律、行政法规规定，应当认定双方签订的建筑工程施工主合同及补充协议有效。虽然在双方当事人签订施工合同后，就同一工程建设项目又履行招投标程序时，未按照中标通知书记载的实质性内

容签订施工合同，但讼争工程项目不属于必须招标的工程建设项目。《中华人民共和国招标投标法》第三条规定：在中华人民共和国境内进行下列工程建设项目包括项目的勘察、设计、施工、监理以及与工程建设有关的重要设备、材料等的采购，必须进行招标：（一）大型基础设施、公用事业等关系社会公共利益、公众安全的项目；（二）全部或者部分使用国有资金或者国家融资的项目；（三）使用国际组织或者外国政府贷款、援助资金的项目。前款所列项目的具体范围和规模标准，由国务院发展计划部门会同国务院有关部门制定，报国务院批准。依据2000年5月1日国家发展计划委员会发布的《工程建设项目招标范围和规模标准规定》的规定，本案讼争建设项目不属于《招标投标法》第3条规定的必须进行招标的工程建设项目，天通公司与新疆六建自主签订施工合同并未违反法律强制性规定。本案承、发包双方当事人在履行招投标程序前，已经签订了施工合同，应当依据法律规定独立审核施工合同效力。如前所述，应当认定签约在先的建设工程施工合同及补充协议有效。天通公司与新疆六建就同一建设项目又履行招投标程序，意在变更施工合同的部分内容，因招标人与中标人未按照《中标通知书》记载的实质性内容签订施工合同，中标合同未成立，对签约在先的施工合同未产生变更的法律效力。工程取费也应当按照签约在先的合同约定确定。至于招标人与中标人在招标机构发出《中标通知书》后未履行正式签订书面合同的行为，违反了《中华人民共和国招标投标法》第四十五条第二款和第五章有关“法律责任”部分的规定，应由行政机关处理，不属于民事案件审理范围，不影响签约在先的施工合同的法律效力。

类型三、中标通知书确定中标人后，招标人与中标人之间成立预约合同

144.《中华人民共和国招标投标法》第四十六条、第五十九条规定，招标人向中标人发出中标通知书后，双方还需履行签订书面合同的程序，故建设工程施工合同属于要式合同，其成立生效须以形成书面协议为要件。中标通知书确定中标人后，招标人与中标人之间成立预约合同，双方均负有依据中标通知书的内容订立本约合同的义务，但预约合同并不等同于本约合同。

案例 144. 天津市高级人民法院（2013）津高民一终字第0077号“林州市采桑建筑劳务输出有限公司、天津市西青区大寺镇倪黄庄村民委员会、天津市诚益投资有限公司与天津市华北建设有限公司建设工程施工合同纠纷案”



二审法院认为，涉诉工程通过招投标程序确定华北建设公司为中标单位后，招标人倪黄庄村委会并未与华北建设公司根据中标通知书签订书面的建设工程施工合同。林州采桑公司虽然主张倪黄庄村委会与华北建设公司已经根据中标通知书签订了书面的建设工程施工合同，并提供了一份由倪黄庄村委会与华北建设公司签订的建设工程施工合同复印件，但倪黄庄村委会与华北建设公司均否认其曾经签订过此份合同。一审法院根据林州采桑公司的申请，依法向天津市西青区建设工程招标管理办公室调取诉争工程的备案合同，但备案材料中并无该合同。林州采桑公司主张诉争工程《中标通知书》的性质为承诺，自华北建设公司收到《中标通知书》时合同即告成立，在天津市西青区建设工程招标管理办公室对《中标通知书》进行备案后，合同即生效。但结合《中华人民共和国招标投标法》第四十六条、第五十九条的规定，招标人向中标人发出中标通知书后，双方还需履行签订书面合同的程序，故建设工程施工合同属于要式合同，其成立生效须以形成书面协议为要件。中标通知书确定中标人后，招标人与中标人之间成立预约合同，双方均负有依据中标通知书的内容订立本约合同的义务，但预约合同并不等同于本约合同。综上，林州采桑公司关于本案存在备案合同的主张依据不足，难以认定。三方协议明确约定，林州采桑公司执行2007年8月8日合同。

当事人各方对林州采桑公司实际按照施工图施工的事实均无异议，且房友咨询公司在回复意见中明确指出，备案的《工程量清单报价》与图纸量存在严重偏差，故本案应以2007年8月8日合同以及施工图作为结算及鉴定依据，一审法院的认定并无不当，林州采桑公司关于此项的上诉理由不能成立。

类型四、决标时合同并不成立

145. 民事合同必须在双方自愿的基础上签订，如无法律明文规定，法院不能判决强制一方与另一方缔结合同。根据《中华人民共和国招标投标法》第四十五条、第四十六条，决标（承诺）时合同并不成立，当事人正式签订书面合同时，合同才成立。该规定与《中华人民共和国合同法》第三十二条规定相符。如招标人改变中标结果未与投标人签订书面合同，投标人可向招标人主张赔偿损失等缔约过失责任。

案例 145. 龙岩市中级人民法院（2014）岩民终字第194号“龙岩市恒洁保洁有限公司与龙岩市环境卫生管理处合同纠纷案”



2013年2月16日，龙岩市环境卫生管理处对龙岩市生活垃圾运输承包项目进行公开招标。2013年3月13日对中标结果进行了公示。公示显示：龙岩市畅顺汽车服务有限公司为该招标项目的第一中标人，龙岩市恒洁保洁有限公司为第二中标人；当中标人依法被确定为中标无效时，则按中标候选人顺序依次确定中标；公示时间从2013年3月13日起至2013年3月22日止。

后第一中标人因存在弄虚作假行为被取消中标资格。后龙岩市环境卫生管理处二次招标，确定龙岩市龙顺物业管理有限公司为中标人并核发了中标通知书。

现龙岩市恒洁保洁有限公司认为在第一次招标中其已具备龙岩市生活垃圾运输承包招标项目的中标资格，后龙岩市环境卫生管理处进行第二次招标违法，故诉至法院。请求法院判决确认原告为“龙岩市环境卫生管理处生活垃圾运输承包”招标项目的中

标人；被告龙岩市环境卫生管理处在三十日内与原告签订《垃圾运输承包合同》。

一审法院认为，根据《中华人民共和国合同法》的规定，要约邀请是希望他人向自己发出要约的意思表示；要约是希望和他人订立合同的意思表示；承诺是受要约人同意要约的意思表示。从招标、投标程序中各行为的定性来看，被告龙岩市环境卫生管理处就龙岩市环境生活垃圾运输承包工程发布招标公告属要约邀请。原告龙岩市恒洁保洁有限公司根据招标公告进行投标属于要约。被告发出中标公告及中标通知书属于承诺。本案被告龙岩市环境卫生管理处在公开招标过程中，已确定原告为第二中标人。在第一中标人被取消中标资格后，被告向原告作出的按中标候选人顺序依次确定中标的承诺仍具有法律效力，其应与原告订立书面合同。但是民事合同必须是在双方自愿的基础上签订，如无法律明文规定，法院不能判决强制一方与另一方缔结合同。同时，根据《中华人民共和国招标投标法》第四十五条、第四十六条可知，决标（承诺）时合同并不成立，当事人正式签订书面合同时，合同才成立。该规定与《中华人民共和国合同法》第三十二条规定相符。如被告改变中标结果未与原告签订书面合同，原告可向被告主张赔偿损失等缔约过失责任。因此，原告诉讼请求缺乏法律依据，不予支持。依照《中华人民共和国合同法》第四条、第十四条、第十五条第一款、第二十一条、第三十二条、第四十二条，《中华人民共和国招标投标法》第四十五条、第四十六条的规定，判决：驳回原告龙岩市恒洁保洁有限公司的诉讼请求。案件受理费100元，减半收取为50元，由原告龙岩市恒洁保洁有限公司负担。

一审宣判后，龙岩市恒洁保洁有限公司不服一审判决，向本院提起上诉。上诉人龙岩市恒洁保洁有限公司的主要上诉理由：一、被上诉人就“龙岩市环境卫生管理处生活垃圾运输承包招标项目”发布招标公告的行为，属于向上诉人等不特定的人发出要约邀请。上诉人按照被上诉人招标文件规定的截止时间前提交符合招标文件规定的投标文件等行为，属于要约。被上诉人在2013年3月13日中标结果公示，确定上诉人为第二中标人且明确如第一中标人被依法确定为中标无效时，则按中标候选人顺序依次确定中标人。因此，被上诉人对中标结果进行公示的行为，属于承诺行为。那么依据《中华人民共和国合同法》第二十五条的规定，承诺生效时合同成立。二、依据《中华人民共和国招标投标法》规定，被上诉人在取消了第一中标人的中标资格后，就应当按中标结果的公示的规定，依法确定上诉人的中标资格，并向上诉人发出中标通知书。并于中标通知书发出的三十日内与上诉人签订《垃圾承包运输》，另依据《中华人民共和国合同法》第二十五条的规定，承诺生效时合同成立。被上诉人与上诉人应

签订书面的《垃圾承包运输》是《中华人民共和国招标投标法》的规定，并非《中华人民共和国合同法》第三十二条规定的双方的合同自签订书面合同时，合同才成立。另依据《中华人民共和国合同法》关于当事人应当遵循诚实信用原则履行合同，当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定的，应当承担继续履行、采取补救措施或者赔偿损失等违约责任的规定来看，被上诉人不依法确定上诉人的中标资格及与上诉人签订书面的《垃圾承包运输》合同完全违反法律的规定。综上，上诉人请求二审法院：依法撤销龙岩市新罗区人民法院作出的（2013）龙新民初字第5698号民事判决书，并依法改判支持上诉人的原审诉讼请求。

被上诉人龙岩市环境卫生管理处辩称，一、招标人向投标人核发中标通知书才是招标人的承诺，中标结果公示不等同中标通知书，答辩人未向上诉人核发中标通知书，并未产生承诺的效力。二、中标人龙岩市畅顺汽车服务有限公司被取消中标资格时，招标文件规定的投标有效期已过，且上诉人已取回投标保证金，上诉人的投标文件已失效，不具有中标的前提条件。答辩人未确定上诉人为中标人，不违反招投标文件规定及法律规定。三、招标投标活动中的定标或订立合同，不属于法院判决强制的范畴，上诉人的诉讼请求无法律依据。请求驳回上诉人的上诉请求，维持原判。

二审法院认为，被上诉人与上诉人应依法进行招标投标活动。上诉人按照招标文件进行投标，其作出了愿意按照招标文件和投标文件订立书面合同的意思表示。被上诉人对中标结果进行公示，其作出了同意按照招标文件和中标人（当中标人依法被确定为中标无效时，则按中标候选人顺序依次确定中标人）的投标文件订立书面合同的意思表示。该公示行为对被上诉人具有法律约束力。但在第一中标候选人被取消中标资格后，上诉人仅取得中标候选人资格。上诉人是否能成为“龙岩市环境卫生管理处生活垃圾运输承包”招标项目的中标人应由招标人综合各方情况确定。因此上诉人要求确认其为“龙岩市环境卫生管理处生活垃圾运输承包”招标项目中标人的诉讼请求，本院不予支持。至于被上诉人龙岩市环境卫生管理处拒不上诉人发出中标通知书是否应承担相应的损害赔偿责任，上诉人应另行主张。原审判决认定事实清楚，适用法律正确，程序合法，本院予以维持。判决驳回上诉，维持原判。

裁判依据或参考

司法解释及其他

最高人民法院《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》

第一条〔中标通知书的性质〕

招标人向中标人发出中标通知书后，一方未依照招标投标法第四十六条第一款的规定履行订立书面合同义务，对方请求其承担预约合同违约责任或者要求解除预约合同并主张损害赔偿的，人民法院应予支持。

另一种意见：招投标文件与中标通知书已具备建设工程施工合同主要内容，且不得作实质性变更，即使未订立书面合同，本约亦成立。

地方司法性文件及其他

北京市第一中级人民法院《对民事审判中部分执法不统一问题的规范意见》（2011年）

第三部分 建设工程施工合同案件中的问题

4. 中标后双方未签订合同时如何处理？

基本意见：（1）招投标程序完成后，招标人拒绝与投标人签订合同或者投标人拒绝与招标人签订合同，项目也未实际进行施工，此时可以考虑按照《合同法》第四十二条的缔约过失责任处理。（2）双方不签订合同而直接施工，在施工过程中或工程结束后双方发生争议。此时招投标文件应当作为解决双方争议的依据。

地方规范性文件

吉林省住房和城乡建设厅《关于进一步明确招投标活动相关问题的通知》（2015年2月9日 吉建招〔2015〕2号）

三、规范中标后履约行为。投标人中标后，应当按照招标文件和投标承诺与招标人签订合同，保证投标文件载明的项目负责人及其他管理人员到岗履职，承诺的机械设备按时、按标准到位。项目负责人不能履行职责，建设单位同意更换的，所更换人员必须是投标人本单位专职人员，且其资格不得低于被更换的项目负责人资格。双方需签订合同变换条款，并在签订后7日内报原合同管理部门进行备案。被更换的项目

负责人1年内不得在全省范围内参加工程投标,并在吉林省建设信息网上进行公示。各级住房城乡建设主管部门应加强合同履行情况的监督检查,对于检查中发现的问题要及时督促改正,对于违法违规情况,要依法依规进行严肃处理。

合同示范文本

《99版FIDIC新红皮书》

1.6 合同协议书

除非另有协议,双方应在承包商收到中标函后28天内签定合同协议书。合同协议书应以专用条件所附格式为依据。为签订合同协议书,依法征收的印花税和类似费用(如果有)应由雇主承担。

第3节 工程总承包与再分包

——工程总承包,效力如何定?(工程总包)

类型一、工程总承包合同的认定

146. 如何区分BOT与EPC? 建设工程领域的所谓EPC承包模式,即Engineering—工程设计、Procurement—设备采购、Construction—组织施工,通称设计采购施工总承包。BOT承包模式,即Build—建设、Operate—运营、Transfer—转让,通常是指政府部门就某个基础设施项目签订特许权协议,授权签约的私企来承担该项目的投资、融资、建设和维护。

案例 146. 最高人民法院(2017)最高法民终57号“上诉人首钢京唐钢铁联合有限责任公司(简称首钢京唐公司)与被上诉人大连绿诺集团有限公司(简称绿诺公司)建设工程施工合同纠纷案”



关于案涉合同的承包方式是BOT还是EPC问题。二审法院认为，建设工程领域的所谓EPC承包模式，即Engineering—工程设计、Procurement—设备采购、Construction—组织施工，通称设计采购施工总承包。BOT承包模式，即Build—建设、Operate—运营、Transfer—转让，通常是指政府部门就某个基础设施项目签订特许权协议，授权签约的私企来承担该项目的投资、融资、建设和维护。在特许期限内，许可其融资建设和经营特定的公共基础设施，并通过向用户收费或出售产品以清偿贷款，回收投资并赚取利润。政府对该公共基础设施有监督权、调控权，特许期满，签约的私企将该公司基础设施无偿或有偿移交给政府部门。因此，从BOT承包模式的性质和本案所涉工程项目并非公共基础设施以及不存在政府部门作为合同当事人的情况看，案涉《工程总承包合同》不属于BOT承包模式。另一方面，从《工程总承包合同》第二条可以看到，承包方式为“采取设计采供施工（EPC）/交钥匙的工程总承包方式”，而且根据该合同第1.17规定：“组成合同的文件即有限解释顺序”，《工程总承包合同》的解释效力高于合同所附的其他文件。因此，案涉《工程总承包合同》不是BOT承包方式。

147.EPC模式只是工程总承包的一种方式，即设计+采购+施工，而承包人与发包人签订的《总包合同》，并没有约定承包工程设计和采购，从合同内容看，涉案《总包合同》的实质是施工合同。

案例 147. 甘肃省高级人民法院（2017）甘民终133号“上诉人中国能源建设集团安徽电力建设第二工程有限公司与被上诉人吉林协合电力工程有限公司建设工程施工合同纠纷案”



2013年3月10日，永昌协合太阳能发电有限公司与吉林协合公司签订《甘肃永昌50MW并网光伏发电项目建筑安装工程施工总承包合同》（下称总包合同），约定：永昌协合太阳能发电有限公司将涉案光伏厂区建筑、安装工程及升压站建筑、设备、安装工程发包给吉林协合公司。

2013年4月25日，吉林协合公司与安徽电建二公司签订《甘肃永昌50MW并网

光伏发电项目建筑安装工程施工合同》(下称施工合同),约定:安徽电建二公司承包修建吉林协合公司分包的“甘肃永昌 50MW 光伏并网发电项目升压站建筑、安装工程”项目。

一审法院认为,吉林协合公司将其承包的涉案工程转包给安徽电建二公司,违反了《中华人民共和国建筑法》的强制性规定,吉林协合公司与安徽电建二公司签订的施工合同应属无效。

二审争议焦点:吉林协合公司与安徽电建二公司签订的施工合同效力如何认定?

二审裁判要点:《中华人民共和国建筑法》第二十八条规定,禁止承包人将其承包的全部建筑工程转包给他人,禁止承包人将其承包的全部建筑工程肢解后以分包的名义分别转包给他人。本案中,吉林协合公司与业主永昌协合太阳能发电有限公司签订了总包合同。对比《施工合同》与《总包合同》,二份合同的施工范围均为光伏发电区建筑和安装工程、升压站建筑和安装工程。同时,吉林协合公司在二审庭审中也认可讼争建设项目由安徽电建二公司全部完成,所以一审法院认定《施工合同》系转包合同,应属无效正确,予以维持。安徽电建二公司上诉提出讼争建设项目是吉林协合公司承建“施工+试运行”的总承包 EPC 项目,故其有权将施工内容分包给安徽电建二公司。本院认为,EPC 模式只是工程总承包的一种方式,即设计+采购+施工,而吉林协合公司签订《总包合同》时,并没有约定承包工程设计和采购,从合同内容看,《总包合同》的实质就是一个施工合同。因此,安徽电建二公司的该上诉理由不成立。

类型二、工程总承包合同的效力认定

148. 未履行招投标程序, EPC 工程总承包合同无效。

案例 148. 最高人民法院(2015)民一终字第 144 号“上诉人青海世纪能源科技发展有限公司(简称世纪能源公司)与被上诉人中利腾晖光伏科技有限公司(简称中利腾晖公司)建设工程施工合同纠纷案”



关于案涉《光伏发电项目总承包合同》的性质和效力问题。一审法院认为，本案世纪能源公司作为发包方与中利腾晖公司作为承包方签订的《光伏发电项目总承包合同》，约定总承包范围为共和30MWP光伏发电项目工程的设计、建筑工程、安装工程等全过程的总承包，属于合同法所规定的承包人进行工程建设，发包人支付价款的建设工程合同性质，双方约定了该光伏发电项目工程的设计、建筑工程、安装工程等EPC总承包，且合同最终目的是要实现该光伏发电项目竣工并网发电，因此，本案应为建设工程施工合同纠纷而非加工承揽合同纠纷。根据《中华人民共和国招标投标法》第三条规定，在中华人民共和国境内进行下列工程建设项目包括项目的勘察、设计、施工、监理以及与工程建设有关的重要设备、材料等的采购，必须进行招标：（一）大型基础设施、公用事业等关系公共利益、公众安全的项目……经国务院批准的《工程建设项目招标范围和规模标准规定》第二条规定，关系社会公共利益、公众安全的基础设施项目的范围包括：（1）煤炭、石油、天然气、电力、新能源等能源项目；第三条规定：关系社会公共利益、公众安全的公用事业项目的范围包括：（1）供水、供电、供气、供热等市政工程项目。第七条还规定，本规定第二条至第六条规定范围内的各类工程建设项目，包括项目的勘察、设计、施工、监理以及与工程建设有关的重要设备、材料等的采购，达到下列标准之一的，必须进行招标：（一）施工单项合同估算价在200万元人民币以上的；（二）重要设备、材料等货物的采购，单项合同估算价在100万元人民币以上的；（三）勘察、设计、监理等服务的采购，单项合同估算价在50万元人民币以上的；（四）单项合同估算价低于第（一）（二）（三）项规定的标准，项目总投资额在3000万元人民币以上的。本案双方当事人约定的光伏发电项目EPC总承包，承包范围包括涉及该项目所需的设计、采购及施工，属于关系社会公共利益、公众安全的基础设施项目和公用事业项目，且作为承包合同总价达3.03亿元，应属于《中华人民共和国招标投标法》第三条所规定依法必须招标的工程项目。2012年9月29日青海省发改委“青发改能源〔2012〕1498号”《关于海南州世能光伏公司发电有限公司30兆瓦并网光伏发电项目核准的批复》内容载明“项目招标严格按《中华人民共和国招标投标法》规定执行，工程设备供应商及施工单位均采用招标方式确定”，亦明确了案涉项目必须履行招标程序。本案双方并没有按照招标投标法的规定履行招标投标法定程序，根据《中华人民共和国合同法》第五十二条第五项以及《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》第一条第三项的规定，世纪能源公司与中利腾晖公司签订的《光伏发电项目总承包合同》因违反《中华人民共和国招投

标法》第三条强制性规定，应为无效。

二审法院认为，2012年7月25日，世纪能源公司与中利腾晖公司签订了一份《光伏发电项目总承包合同》，该合同项目系能源开发建设，合同金额3.03亿元。根据《中华人民共和国招标投标法》第三条的规定，涉案工程属于必须进行招标的建设项目。青海省发改委青发改能源〔2012〕1498号《关于海南州世能光伏发电有限公司30兆瓦并网光伏发电项目核准的批复》亦对此明确，项目招标应严格按照招标投标法规定执行。世纪能源公司认可应履行招标程序，但称其已自行组织了招标工作，并向海南州发改委履行了备案手续。对此主张，世纪能源公司在一审和本院二审期间均没有提供招标文件等证据证明，中利腾晖公司亦不认可，本院不予采信。一审法院认定《光伏发电项目总承包合同》因违反《中华人民共和国招标投标法》第三条强制性规定而无效，并无不当。世纪能源公司称涉案合同有效的上诉理由不能成立，本院不予支持。

149.EPC工程总承包人持有的资质证书中明确规定持有设计资质的主体可以从事资质证书许可范围内的相应工程总承包、工程项目管理和相关的技术、咨询管理服务，故总承包人签订的《EPC总包合同》有效。

案例149. 最高人民法院（2016）最高法民终695号“上诉人陕西达华电力工程有限责任公司（简称达华公司）与被上诉人陇川鸿宇安新能源科技有限公司（简称鸿宇安公司）及原审第三人中机国能电力工程有限公司（简称中机电力公司）、西北电力建设第四工程公司（简称西北电建四公司）、中设石化机械有限公司（简称中设石化公司）建设工程施工合同纠纷案”



关于《EPC总包合同》的效力问题。鸿宇安公司认为，达华公司不具有总包资质，合同无效。达华公司认为其具有总包资质，合同有效。

法院认为，依照中华人民共和国住房和城乡建设部颁布的《工程设计资质标准》及《电力行业建设项目设计规模划分表》，涉案工程项目（生物质发电工程）属于电力行业新能源工程。因达华公司具备工程设计电力行业乙级资质，故其可以承担包含该项新能源发电工程在内的电力行业设计业务。关于鸿宇安公司主张设计资质不能进行

工程总承包问题，法院认为，《工程设计资质标准》以及达华公司持有的资质证书中均已明确持有设计资质的主体可以从事资质证许可范围内的相应工程总承包、工程项目管理和相关的技术、咨询管理服务，故达华公司可以从事总承包业务。关于鸿宇安公司主张涉案工程规模为 $2 \times 15\text{MW}$ ，超出达华公司的资质规模问题，一审法院认为，《电力行业建设项目设计规模划分表》未对新能源建设项目的规模做出划分，故鸿宇安公司的该项抗辩理由一审法院不予采信。综上，达华公司可以承担涉案工程 EPC 总承包业务，且鸿宇安公司关于因达华公司不具备相应资质，故《EPC 总包合同》无效的主张，法院不予采信。

类型三、工程总承包项目二次分包合同无效的情形

150.EPC 工程总承包方在未征得建设单位许可的情况下，违反总承包合同“……无论本合同其他条款如何规定，对于本工程关键部分的分包商的资质必须经业主批准，否则，总承包商不得对该部分工程进行分包。总承包商应保证任何分包商均不将其分包项下的工程进行转包或再分包”的约定，将承包工程分包，违反了法律的强制性规定，属于违法分包，合同无效。分包单位将其承包的工程再分包，亦应认定无效。

案例 150. 凉城县人民法院（2016）内 0925 民初 158 号“原告山东飞乐城市建设有限公司（原山东澳普信建设有限公司）与被告中机新能源开发有限公司、北京国电龙源环保工程有限公司、内蒙古岱海发电有限责任公司建设工程施工合同纠纷案”



2012 年 10 月 22 日，内蒙古岱海发电有限责任公司（以下简称发电公司）与北京国电龙源环保工程有限公司（以下简称龙源公司）订立了《二期 #3 机组脱硝改造 EPC 工程总承包商务合同》《二期 #4 机组脱硝改造 EPC 工程总承包商务合同》，被告龙源公司作为总承包商承包发包方岱海发电公司的 #3、#4 机组脱硝改造 EPC 工程项目。合

同第 14.1 约定“……无论本合同其他条款如何规定，对于本工程关键部分的分包商的资质必须经业主批准，否则，总承包商不得对该部分工程进行分包。总承包商应保证任何分包商均不将其分包项下的工程进行转包或再分包”，合同对价格、付款、设计文件、工程质量、设备安装、争议解决等作出了详细约定。

2013 年 1 月，龙源公司与中机新能源开发有限公司（以下简称中机公司）订立了《内蒙古岱海发电有限责任公司二期 SCR 烟气脱硝改造工程建筑安装施工合同》，中机公司的承包范围为：脱硝工程范围内全部建筑安装施工，合同第 36.1 约定“承包人未经发包人书面批准，严禁将任何工程分包，否则发包人有权不支付该分包工程的工程款”，同时合同对双方的权利义务、合同价格与支付、质量与检验、违约责任等进行了明确约定。

2013 年 4 月 13 日，山东飞乐城市建设有限公司（以下简称飞乐公司）与中机公司订立了合同编号为 ZJ-TX-13-SG002 的《内蒙古岱海发电有限责任公司二期 SCR 烟气脱硝改造工程建筑安装工程施工分包合同》，约定由飞乐公司承包发电公司二期 SCR 烟气脱硝改造工程建筑安装工程项目的工程建设。

后飞乐公司以发电公司、龙源公司、中机公司欠付工程款为由将诉至法院。

争议焦点：EPC 总承包合同下的分包合同效力如何认定？

裁判要点：依据《中华人民共和国合同法》第二百七十二条款第三款规定“禁止承包人将工程分包给不具备相应资质条件的单位。禁止分包单位将其承包的工程再分包。建设工程主体结构的施工必须由承包人自行完成”。《中华人民共和国建筑法》第二十九条规定“建筑工程总承包单位可以将承包工程中的部分工程发包给具有相应资质条件的分包单位；但是，除总承包合同中约定的分包外，必须经建设单位许可。施工总承包的，建筑工程主体结构的施工必须由总承包单位自行完成。建筑工程总承包单位按照总承包合同的约定对建设单位负责；分包单位按照分包合同的约定对总承包单位负责。总承包单位和分包单位就分包工程对建设单位承担连带责任。禁止总承包单位将工程分包给不具有相应资质条件的单位，禁止分包单位将其承包的工程再分包”。本案中，被告龙源公司作为总承包方在未征得建设单位（发电公司）许可的情况下，违反总承包合同的约定，将承包工程分包给被告中机公司，违反了上述法律的强制性规定，属于违法分包，其与被告中机公司订立的《内蒙古岱海发电有限责任公司二期 SCR 烟气脱硝改造工程建筑安装施工合同》应认定为无效合同。被告中机公司作为分包单位将其承包的工程再分包给原告飞乐公司的行为，亦违反了法律关于禁止分

包单位将其承包的工程再分包的强制性规定，双方签订的《内蒙古岱海发电有限责任公司二期 SCR 烟气脱硝改造工程建筑安装工程施工分包合同》应依法认定为无效合同。

151.EPC 工程总承包方将涉案工程分包后，分包人再次进行分包，违反了《中华人民共和国建筑法》第二十九条第三款“禁止分包单位将其承包的工程再分包”的规定，分包人为再次分包签订的合同无效。

案例 151. 新疆克拉玛依市中级人民法院（2017）新 02 民终 291 号“上诉人中石化工程建设有限公司（简称中石化建公司）与被上诉人江苏鑫鹏钢结构工程有限公司（简称江苏鑫鹏公司）、原审被告新疆石油工程设计有限公司（简称石油工程设计公司）建设工程施工合同纠纷案”



石油工程设计公司 EPC 项目部就其总承包的工程教育基地实训基地工程施工部分一至五标段公开招标，中石化建公司参与竞标并中标第二标段，即采油实训厂房二、三、四工程，建设规模为上述厂房范围内的建筑安装、室内系统配套等的施工、试运行等。中标后二公司于 2012 年 11 月 21 日签订《建设工程施工合同》。

中石化建公司取得上述工程后，中石化工程建设有限公司新疆分公司（以下简称中石化建新疆分公司）于 2013 年 6 月 13 日与江苏鑫鹏公司签订《克拉玛依工程教育基地采油实训场工程采油实训厂房三、四栋网架工程承包合同》，约定工程范围为：按照工程项目部、中石化建公司及设计单位确认的施工图纸，负责网架结构加工制作、运输、安装、防腐、防火涂料及屋面龙骨的制作安装、屋面单层彩板铺设（不含保温层及保温层以上工程部分）等工作。江苏鑫鹏公司经营范围包括钢结构、网架、屋面设计、加工、制造、安装、销售；内外建筑装饰工程设计、施工；钢结构工程施工等内容。

合同签订后，江苏鑫鹏公司按照合同约定履行施工义务，涉案工程于 2014 年 10 月 10 日竣工验收，现已投入使用。后江苏鑫鹏公司以石油工程设计公司、中石化建公司为被告提起诉讼。

一审法院认为，首先，二被告之间的《建设工程施工合同》，系被告石油工程设计

公司将部分标段的工程通过招投标的合法方式分包给被告中石化建公司施工，合同内容及形式均符合法律、行政法规的规定，应当认定合同法有效，不存在违法分包或者非法转包的情形。但中石化建新疆分公司就被告承揽的部分工程与原告签订《工程承包合同》，系属将其承揽的工程再分包的行为，根据国务院下发的《建设工程质量管理条例》第七十八条第一款第（四）项之规定，分包单位将其承包的建设工程再分包的，属于该条例所称的违法分包。又因根据建设工程法律解释第四条之规定，承包人非法转包、违法分包建设工程的行为无效。故被告中石化建公司作为承包人将涉案工程再分包给原告的行为，因违反上述行政法规的禁止性规定，根据《中华人民共和国合同法》第五十二条第（五）项之规定，应当认定原告江苏鑫鹏公司与被告中石化建新疆分公司之间订立的《工程承包合同》无效。

后中石化建公司提起上诉。

二审争议焦点：江苏鑫鹏公司与中石化建公司签订的工程承包合同是否有效？

二审裁判要点：原审被告石油工程设计公司将其承包的工程教育基地实训基地工程施工部分一至五标段公开招标，上诉人中石化建公司依照程序参与投标并中标二标段工程即采油实训厂房二、三、四工程。后上诉人中石化建公司将其承包的采油实训厂房三、四工程分包给被上诉人江苏鑫鹏公司徐州分公司施工。因此，原审被告石油工程设计公司系涉案工程的总承包方，上诉人中石化建公司系分包方，被上诉人江苏鑫鹏公司徐州分公司系再分包方。因《中华人民共和国建筑法》第二十九条第三款明确禁止分包单位将其承包的工程再分包，上诉人中石化建公司作为具备相应资质条件的分包方将其承包的工程再分包，违反了法律的强制性规定，故依据《中华人民共和国合同法》第五十二条第（五）项之规定，上诉人中石化建公司与被上诉人江苏鑫鹏公司徐州分公司之间签订的《工程承包合同》无效。

案件后续处理：

后中石化建公司不服新疆维吾尔自治区克拉玛依市中级人民法院（2017）新02民终291号民事判决，申请再审，2017年12月14日，新疆维吾尔自治区高级人民法院以原审法院对于收据所记载的900000万元款项是否已经支付的事实并未查清，原判决就该事实的举证证明责任分配亦存在不当，作出（2017）新民申2166号民事裁定书，裁定如下：一、指令新疆维吾尔自治区克拉玛依市中级人民法院再审本案；二、再审期间，中止原判决的执行。

类型四、工程总承包项目二次分包合同有效的情形

152.EPC 工程总承包人与分包人签订的合同不违反法律、行政法规的强制性规定，为有效合同。

案例 152. 酒泉市肃州区人民法院（2014）酒肃法民二初字第178号“原告酒泉昊阳建筑工程有限公司（简称昊阳建筑公司）与被告中铁十五局集团有限公司（简称中铁十五局）、被告玉门市第二建筑安装工程公司（简称玉门二建）、被告国电电力酒泉发展有限公司（简称国电公司）建设工程施工合同纠纷案”



2010年5月，国电公司与中铁十五局集团有限公司之间就建设“国电电力酒泉热电厂（2×330MW）新建工程（F标段）铁路专用线工程”签订了《总承包（EPC）合同》一份，依据该合同约定的工程承包范围包括：“国电电力酒泉热电厂铁路专用线工程初步设计范围内全部工程的设计、施工、调试、报验及开通等。包括但不限于酒泉站至电厂站区间施工图设计、编制施工图预算，铁路全部路基及土石方、桥涵、轨道、电力、牵引供电、通讯、信号及信息、站场、房屋及改造、设备采购及安装、调试等施工，工程用地征租、拆迁等外协工作，取得铁路主管部门验收合格证明，并完成铁路营运开通手续”。

2013年5月23日，中铁十五局酒泉热电厂专用线项目部将其中国电酒泉热电厂（2X330MW）新建工程（F标段）铁路专用线工程酒泉站改造工程分包给玉门二建，双方签订了建设施工合同，约定：“分包范围：国电酒泉热电厂（2X330MW）新建工程（F标段）铁路专用线工程酒泉站改造工程信号机械室（既有信号楼东侧）、红外探测楼机房工程。”

合同签订后，玉门二建又将该项工程分包给昊阳建筑公司具体施工，双方再次签订了分包合同，该合同将合同总价73万元调整为70万元。交工时间30天调整为45天，其他条款与中铁十五局与玉门二建签订的合同一致。

昊阳建筑公司以拖欠工程款为由将玉门二建、中铁十五局、国电公司诉至法院。

争议焦点：EPC 总承包合同下的分包合同效力如何认定？

裁判要点：昊阳建筑公司与玉门二建、玉门二建与中铁十五局、中铁十五局与国电公司之间形成的建设工程施工合同，系双方当事人真实意思的表示，该合同并不违反相关法律、行政法规的强制性规定，为有效合同，对当事人均具有法律约束力。

裁判依据或参考

法律法规

《中华人民共和国建筑法》(2011年7月1日)

第二十四条 提倡对建筑工程实行总承包，禁止将建筑工程肢解发包。

建筑工程的发包单位可以将建筑工程的勘察、设计、施工、设备采购一并发包给一个工程总承包单位，也可以将建筑工程勘察、设计、施工、设备采购的一项或者多项发包给一个工程总承包单位；但是，不得将应当由一个承包单位完成的建筑工程肢解成若干部分发包给几个承包单位。

第二十九条 建筑工程总承包单位可以将承包工程中的部分工程发包给具有相应资质条件的分包单位；但是，除总承包合同中约定的分包外，必须经建设单位认可。施工总承包的，建筑工程主体结构的施工必须由总承包单位自行完成。

建筑工程总承包单位按照总承包合同的约定对建设单位负责；分包单位按照分包合同的约定对总承包单位负责。总承包单位和分包单位就分包工程对建设单位承担连带责任。

禁止总承包单位将工程分包给不具备相应资质条件的单位。禁止分包单位将其承包的工程再分包。

部门规范性文件

中共中央、国务院《关于进一步加强城市规划建设管理工作的若干意见》(2016年2月6日)

四、提升城市建筑水平

(九) 落实工程质量责任。完善工程质量安全管理制度，落实建设单位、勘察单位、设计单位、施工单位和工程监理单位等五方主体质量安全责任。强化政府对工程建设全过程的质量监管，特别是强化对工程监理的监管，充分发挥质监站的作用。加

强职业道德规范和技能培训，提高从业人员素质。深化建设项目组织实施方式改革，推广工程总承包制，加强建筑市场监管，严厉查处转包和违法分包等行为，推进建筑市场诚信体系建设。实行施工企业银行保函和工程质量责任保险制度。建立大型工程技术风险控制机制，鼓励大型公共建筑、地铁等按市场化原则向保险公司投保重大工程保险。

（十）加强建筑安全监管。实施工程全生命周期风险管理，重点抓好房屋建筑、城市桥梁、建筑幕墙、斜坡（高切坡）、隧道（地铁）、地下管线等工程运行使用的安全监管，做好质量安全鉴定和抗震加固管理，建立安全预警及应急控制机制。加强对既有建筑改扩建、装饰装修、工程加固的质量安全监管。全面排查城市老旧建筑安全隐患，采取有力措施限期整改，严防发生垮塌等重大事故，保障人民群众生命财产安全。

（十一）发展新型建造方式。大力推广装配式建筑，减少建筑垃圾和扬尘污染，缩短建造工期，提升工程质量。制定装配式建筑设计、施工和验收规范。完善部品部件标准，实现建筑部品部件工厂化生产。鼓励建筑企业装配式施工，现场装配。建设国家级装配式建筑生产基地。加大政策支持力度，力争用10年左右时间，使装配式建筑占新建建筑的比例达到30%。积极稳妥推广钢结构建筑。在具备条件的地方，倡导发展现代木结构建筑。

住房和城乡建设部《关于进一步推进工程总承包发展的若干意见》（2016年5月20日 建市〔2016〕93号）

一、大力推进工程总承包

（一）充分认识推进工程总承包的意义。工程总承包是国际通行的建设项目组织实施方式。大力推进工程总承包，有利于提升项目可行性和初步设计深度，实现设计、采购、施工等各阶段工作的深度融合，提高工程建设水平；有利于发挥工程总承包企业的技术和管理优势，促进企业做优做强，推动产业转型升级，服务于“一带一路”战略实施。

（二）工程总承包的主要模式。工程总承包是指从事工程总承包的企业按照与建设单位签订的合同，对工程项目的设计、采购、施工等实行全过程的承包，并对工程的质量、安全、工期和造价等全面负责的承包方式。工程总承包一般采用设计—采购—施工总承包或者设计—施工总承包模式。建设单位也可以根据项目特点和实际需要，按照风险合理分担原则和承包工作内容采用其他工程总承包模式。

（三）优先采用工程总承包模式。建设单位在选择建设项目组织实施方式时，应当本着质量可靠、效率优先的原则，优先采用工程总承包模式。政府投资项目和装配式建筑应当积极采用工程总承包模式。

二、完善工程总承包管理制度

（四）工程总承包项目的发包阶段。建设单位可以根据项目特点，在可行性研究、方案设计或者初步设计完成后，按照确定的建设规模、建设标准、投资限额、工程质量和进度要求进行工程总承包项目发包。

（五）建设单位的项目管理。建设单位应当加强工程总承包项目全过程管理，督促工程总承包企业履行合同义务。建设单位根据自身资源和能力，可以自行对工程总承包项目进行管理，也可以委托项目管理单位，依照合同对工程总承包项目进行管理。项目管理单位可以是本项目的可行性研究、方案设计或者初步设计单位，也可以是其他工程设计、施工或者监理等单位，但项目管理单位不得与工程总承包企业具有利害关系。

（六）工程总承包企业的选择。建设单位可以依法采用招标或者直接发包的方式选择工程总承包企业。工程总承包评标可以采用综合评估法，评审的主要因素包括工程总承包报价、项目管理组织方案、设计方案、设备采购方案、施工计划、工程业绩等。工程总承包项目可以采用总价合同或者成本加酬金合同，合同价格应当在充分竞争的基础上合理确定，合同的制订可以参照住房城乡建设部、工商总局联合印发的建设项目工程总承包合同示范文本。

（七）工程总承包企业的基本条件。工程总承包企业应当具有与工程规模相适应的工程设计资质或者施工资质，相应的财务、风险承担能力，同时具有相应的组织机构、项目管理体系、项目管理专业人员和工程业绩。

（八）工程总承包项目经理的基本要求。工程总承包项目经理应当取得工程建设类注册执业资格或者高级专业技术职称，担任过工程总承包项目经理、设计项目负责人或者施工项目经理，熟悉工程建设相关法律法规和标准，同时具有相应工程业绩。

（九）工程总承包项目的分包。工程总承包企业可以在其资质证书许可的工程项目范围内自行实施设计和施工，也可以根据合同约定或者经建设单位同意，直接将工程项目的设计或者施工业务择优分包给具有相应资质的企业。仅具有设计资质的企业承接工程总承包项目时，应当将工程总承包项目中的施工业务依法分包给具有相应施工资质的企业。仅具有施工资质的企业承接工程总承包项目时，应当将工程总承包项目

中的设计业务依法分包给具有相应设计资质的企业。

(十) 工程总承包项目严禁转包和违法分包。工程总承包企业应当加强对分包的管理,不得将工程总承包项目转包,也不得将工程总承包项目中设计和施工业务一并或者分别分包给其他单位。工程总承包企业自行实施设计的,不得将工程总承包项目工程主体部分的设计业务分包给其他单位。工程总承包企业自行实施施工的,不得将工程总承包项目工程主体结构的施工业务分包给其他单位。

(十一) 工程总承包企业的义务和责任。工程总承包企业应当加强对工程总承包项目的管理,根据合同约定和项目特点,制定项目管理计划和项目实施计划,建立工程管理与协调制度,加强设计、采购与施工的协调,完善和优化设计,改进施工方案,合理调配设计、采购和施工力量,实现对工程总承包项目的有效控制。工程总承包企业对工程总承包项目的质量和安全全面负责。工程总承包企业按照合同约定对建设单位负责,分包企业按照分包合同的约定对工程总承包企业负责。工程分包不能免除工程总承包企业的合同义务和法律责任,工程总承包企业和分包企业就分包工程对建设单位承担连带责任。

(十二) 工程总承包项目的风险管理。工程总承包企业和建设单位应当加强风险管理,公平合理分担风险。工程总承包企业按照合同约定向建设单位出具履约担保,建设单位向工程总承包企业出具支付担保。

(十三) 工程总承包项目的监管手续。按照法规规定进行施工图设计文件审查的工程总承包项目,可以根据实际情况按照单体工程进行施工图设计文件审查。住房城乡建设主管部门可以根据工程总承包合同及分包合同确定的设计、施工企业,依法办理建设工程质量、安全监督和施工许可等相关手续。相关许可和备案表格,以及需要工程总承包企业签署意见的相关工程管理技术文件,应当增加工程总承包企业、工程总承包项目经理等栏目。

(十四) 安全生产许可证和质量保修。工程总承包企业自行实施工程总承包项目施工的,应当依法取得安全生产许可证;将工程总承包项目中的施工业务依法分包给具有相应资质的施工企业完成的,施工企业应当依法取得安全生产许可证。工程总承包企业应当组织分包企业配合建设单位完成工程竣工验收,签署工程质量保修书。

三、提升企业工程总承包能力和水平

(十五) 完善工程总承包企业组织机构。工程总承包企业要根据开展工程总承包业务的实际需要,及时调整和完善企业组织机构、专业设置和人员结构,形成集设计、

采购和施工各阶段项目管理于一体，技术与管理密切结合，具有工程总承包能力的组织体系。

（十六）加强工程总承包人才队伍建设。工程总承包企业要高度重视工程总承包的项目经理及从事项目控制、设计管理、采购管理、施工管理、合同管理、质量安全管理和风险管理等方面的人才培养。加强项目管理业务培训，并在工程总承包项目实践中锻炼人才、培育人才，培养一批符合工程总承包业务需求的专业人才，为开展工程总承包业务提供人才支撑。

（十七）加强工程总承包项目管理体系建设。工程总承包企业要不断建立完善包括技术标准、管理标准、质量管理体系、职业健康安全和环境管理体系在内的工程总承包项目管理标准体系。加强对分包企业的跟踪、评估和管理，充分利用市场优质资源，保证项目的有效实施。积极推广应用先进实用的项目管理软件，建立与工程总承包管理相适应的信息网络平台，完善相关数据库，提高数据统计、分析和管控水平。

四、加强推进工程总承包发展的组织和实施

（十八）加强组织领导。各级住房城乡建设主管部门要高度重视推进工程总承包发展工作，创新建设工程管理机制，完善相关配套政策；加强领导，推进各项制度措施落实，明确管理部门，依据职责加强对房屋建筑和市政工程的工程总承包活动的监督管理；加强与发展改革、财政、税务、审计等有关部门的沟通协调，积极解决制约工程总承包项目实施的有关问题。

（十九）加强示范引导。各级住房城乡建设主管部门要引导工程建设项目采用工程总承包模式进行建设，从重点企业入手，培育一批工程总承包骨干企业，发挥示范引领带动作用，提高工程总承包的供给质量和能力。加大宣传力度，加强人员培训，及时总结和推广经验，扩大工程总承包的影响力。

（二十）发挥行业组织作用。充分发挥行业组织桥梁和纽带作用，在推进工程总承包发展过程中，行业组织要积极反映企业诉求，协助政府开展相关政策研究，组织开展工程总承包项目管理人才培养，开展工程总承包企业经验交流，促进工程总承包发展。

国务院办公厅《关于促进建筑业持续健康发展的意见》(2017年2月21日 国办发〔2017〕19号)

一、总体要求

全面贯彻党的十八大和十八届二中、三中、四中、五中、六中全会以及中央经济工作会议、中央城镇化工作会议、中央城市工作会议精神,深入贯彻习近平总书记系列重要讲话精神和治国理政新理念新思想新战略,认真落实党中央、国务院决策部署,统筹推进“五位一体”总体布局和协调推进“四个全面”战略布局,牢固树立和贯彻落实创新、协调、绿色、开放、共享的发展理念,坚持以推进供给侧结构性改革为主线,按照适用、经济、安全、绿色、美观的要求,深化建筑业“放管服”改革,完善监管体制机制,优化市场环境,提升工程质量安全水平,强化队伍建设,增强企业核心竞争力,促进建筑业持续健康发展,打造“中国建造”品牌。

二、深化建筑业简政放权改革

(一) 优化资质资格管理。进一步简化工程建设企业资质类别和等级设置,减少不必要的资质认定。选择部分地区开展试点,对信用良好、具有相关专业技术能力、能够提供足额担保的企业,在其资质类别内放宽承揽业务范围限制,同时,加快完善信用体系、工程担保及个人执业资格等相关配套制度,加强事中事后监管。强化个人执业资格管理,明晰注册执业人员的权利、义务和责任,加大执业责任追究力度。有序发展个人执业事务所,推动建立个人执业保险制度。大力推行“互联网+政务服务”,实行“一站式”网上审批,进一步提高建筑领域行政审批效率。

(二) 完善招标投标制度。加快修订《工程建设项目招标范围和规模标准规定》,缩小并严格界定必须进行招标的工程建设项目范围,放宽有关规模标准,防止工程建设项目实行招标“一刀切”。在民间投资的房屋建筑工程中,探索由建设单位自主决定发包方式。将依法必须招标的工程建设项目纳入统一的公共资源交易平台,遵循公平、公正、公开和诚信的原则,规范招标投标行为。进一步简化招标投标程序,尽快实现招标投标交易全过程电子化,推行网上异地评标。对依法通过竞争性谈判或单一来源方式确定供应商的政府采购工程建设项目,符合相应条件的应当颁发施工许可证。

三、完善工程建设组织模式

(三) 加快推行工程总承包。装配式建筑原则上应采用工程总承包模式。政府投资工程应完善建设管理模式,带头推行工程总承包。加快完善工程总承包相关的招标投标、施工许可、竣工验收等制度规定。按照总承包负总责的原则,落实工程总承包单

位在工程质量安全、进度控制、成本管理等方面的责任。除以暂估价形式包括在工程总承包范围内且依法必须进行招标的项目外，工程总承包单位可以直接发包总承包合同中涵盖的其他专业业务。

（四）培育全过程工程咨询。鼓励投资咨询、勘察、设计、监理、招标代理、造价等企业采取联合经营、并购重组等方式发展全过程工程咨询，培育一批具有国际水平的全过程工程咨询企业。制定全过程工程咨询服务技术标准和合同范本。政府投资工程应带头推行全过程工程咨询，鼓励非政府投资工程委托全过程工程咨询服务。在民用建筑项目中，充分发挥建筑师的主导作用，鼓励提供全过程工程咨询服务。

四、加强工程质量安全管理

（五）严格落实工程质量责任。全面落实各方主体的工程质量责任，特别要强化建设单位的首要责任和勘察、设计、施工单位的主体责任。严格执行工程质量终身责任制，在建筑物明显部位设置永久性标牌，公示质量责任主体和主要责任人。对违反有关规定、造成工程质量事故的，依法给予责任单位停业整顿、降低资质等级、吊销资质证书等行政处罚并通过国家企业信用信息公示系统予以公示，给予注册执业人员暂停执业、吊销资格证书、一定时间直至终身不得进入行业等处罚。对发生工程质量事故造成损失的，要依法追究经济赔偿责任，情节严重的要追究有关单位和人员的法律责任。参与房地产开发的建筑业企业应依法合规经营，提高住宅品质。

（六）加强安全生产管理。全面落实安全生产责任，加强施工现场安全防护，特别要强化对深基坑、高支模、起重机械等危险性较大的分部分项工程的管理，以及对不良地质地区重大工程项目的风险评估或论证。推进信息技术与安全生产深度融合，加快建设建筑施工安全监管信息系统，通过信息化手段加强安全生产管理。建立健全全覆盖、多层次、经常性的安全生产培训制度，提升从业人员安全素质以及各方主体的本质安全水平。

（七）全面提高监管水平。完善工程质量安全法律法规和管理制度，健全企业负责、政府监管、社会监督的工程质量安全保障体系。强化政府对工程质量的监管，明确监管范围，落实监管责任，加大抽查抽测力度，重点加强对涉及公共安全的工程地基基础、主体结构等部位和竣工验收等环节的监督检查。加强工程质量监督队伍建设，监督机构履行职能所需经费由同级财政预算全额保障。政府可采取购买服务的方式，委托具备条件的社会力量进行工程质量监督检查。推进工程质量安全标准化管理，督促各方主体健全质量安全管控机制。强化对工程监理的监管，选择部分地区开展监理

单位向政府报告质量监理情况的试点。加强工程质量检测机构管理，严厉打击出具虚假报告等行为。推动发展工程质量保险。

五、优化建筑市场环境

(八) 建立统一开放市场。打破区域市场准入壁垒，取消各地区、各行业在法律、行政法规和国务院规定外对建筑业企业设置的不合理准入条件；严禁擅自设立或变相设立审批、备案事项，为建筑业企业提供公平市场环境。完善全国建筑市场监管公共服务平台，加快实现与全国信用信息共享平台和国家企业信用信息公示系统的数据共享交换。建立建筑市场主体黑名单制度，依法依规全面公开企业和个人信用记录，接受社会监督。

(九) 加强承包履约管理。引导承包企业以银行保函或担保公司保函的形式，向建设单位提供履约担保。对采用常规通用技术标准的政府投资工程，在原则上实行最低价中标的同时，有效发挥履约担保的作用，防止恶意低价中标，确保工程投资不超预算。严厉查处转包和违法分包等行为。完善工程量清单计价体系和工程造价信息发布机制，形成统一的工程造价计价规则，合理确定和有效控制工程造价。

(十) 规范工程价款结算。审计机关应依法加强对以政府投资为主的公共工程建设项目的审计监督，建设单位不得将未完成审计作为延期工程结算、拖欠工程款的理由。未完成竣工结算的项目，有关部门不予办理产权登记。对长期拖欠工程款的单位不得批准新项目开工。严格执行工程预付款制度，及时按合同约定足额向承包单位支付预付款。通过工程款支付担保等经济、法律手段约束建设单位履约行为，预防拖欠工程款。

六、提高从业人员素质

(十一) 加快培养建筑人才。积极培育既有国际视野又有民族自信的建筑师队伍。加快培养熟悉国际规则的建筑业高级管理人才。大力推进校企合作，培养建筑业专业人才。加强工程现场管理人员和建筑工人的教育培训。健全建筑业职业技能标准体系，全面实施建筑业技术工人职业技能鉴定制度。发展一批建筑工人技能鉴定机构，开展建筑工人技能评价工作。通过制定施工现场技能工人基本配备标准、发布各个技能等级和工种的人工成本信息等方式，引导企业将工资分配向关键技术技能岗位倾斜。大力弘扬工匠精神，培养高素质建筑工人，到2020年建筑业中级工技能水平以上的建筑工人数量达到300万，2025年达到1000万。

(十二) 改革建筑用工制度。推动建筑业劳务企业转型，大力发展木工、电工、砌

筑、钢筋制作等以作业为主的专业企业。以专业企业为建筑工人的主要载体，逐步实现建筑工人公司化、专业化管理。鼓励现有专业企业进一步做专做精，增强竞争力，推动形成一批以作业为主的建筑业专业企业。促进建筑业农民工向技术工人转型，着力稳定和扩大建筑业农民工就业创业。建立全国建筑工人管理服务信息平台，开展建筑工人实名制管理，记录建筑工人的身份信息、培训情况、职业技能、从业记录等信息，逐步实现全覆盖。

(十三) 保护工人合法权益。全面落实劳动合同制度，加大监察力度，督促施工单位与招用的建筑工人依法签订劳动合同，到2020年基本实现劳动合同全覆盖。健全工资支付保障制度，按照谁用工谁负责和总承包负总责的原则，落实企业工资支付责任，依法按月足额发放工人工资。将存在拖欠工资行为的企业列入黑名单，对其采取限制市场准入等惩戒措施，情节严重的降低资质等级。建立健全与建筑业相适应的社会保险参保缴费方式，大力推进建筑施工单位参加工伤保险。施工单位应履行社会责任，不断改善建筑工人的工作环境，提升职业健康水平，促进建筑工人稳定就业。

住房和城乡建设部《关于印发工程勘察设计行业发展“十三五”规划的通知》
(2017年5月2日 建市〔2017〕102号)

4. 培育全过程工程咨询。积极利用工程勘察设计的先导优势，拓展覆盖可行性研究、项目策划、项目管理等工程建设全生命周期的技术支持与服务，提高工程项目建设水平。鼓励企业采取联合经营、并购重组等方式发展全过程工程咨询，培育一批具有国际水平的全过程工程咨询企业。开展全过程工程咨询服务试点，探索总结全过程工程咨询的服务模式和监管方式。促进大型企业向具有项目前期咨询、项目管理和融资等集成化服务能力的工程公司或工程顾问咨询公司发展，中小型企业向具有较强专业技术优势的专业公司发展。鼓励有条件的企业以设计和研发为基础，以自身专利及专有技术为优势，拓展装备制造、设备成套、项目运营维护等相关业务，逐步形成工程项目全生命周期的一体化服务体系。

地方规范性文件

上海市住房和城乡建设管理委员会《上海市工程总承包试点项目管理办法》(2016年12月19日 沪建建管〔2016〕1151号)

第二条(定义) 本办法所称工程总承包，是指从事工程总承包的企业(以下简称

工程总承包企业)按照与建设单位签订的合同,对工程项目的勘察、设计、采购、施工等实行全过程的承包,并对工程的质量、安全、工期和造价等全面负责的承包方式。

工程总承包一般采用设计—采购—施工总承包或者设计—施工总承包模式。建设单位也可以根据项目特点和实际需要,按照风险合理分担原则和承包工作内容采用其他工程总承包模式。

第三条(适用范围)经市建设行政主管部门或者试点区建设行政主管部门确定的试点项目,采用工程总承包组织建设和监督管理的,适用本办法。

政府投资项目、采用装配式或者BIM建造技术的项目应当积极采用工程总承包模式。

国家部委对于专业工程的工程总承包另有规定的,从其规定。

第四条(管理部门)市建设行政主管部门负责本市工程总承包活动的监督管理;区建设行政主管部门按照其职责权限,负责本行政区域内工程总承包活动的监督管理。

第二章 承发包管理

第五条(发包阶段)工程总承包发包可以采用以下方式实施:

(一)项目审批、核准或者备案手续完成;其中政府投资项目的工程可行性研究报告已获得批准,进行工程总承包发包;

(二)初步设计文件获得批准或者总体设计文件通过审查,并已完成依法必须进行的勘察和设计招标,进行工程总承包发包。

第六条(发包条件)采用工程总承包方式招标的,应具备下列条件:

(一)按照国家及本市有关规定,已完成项目审批、核准或者备案手续;

(二)建设资金来源已经落实;

(三)有招标所需的基础资料;

(四)满足法律、法规及本市其他相关规定。

采用本办法第五条第(一)项情形发包的,工程项目的建设规模、设计方案、功能需求、技术标准、工艺路线、投资限额及主要设备规格等均应确定,并满足下列情形之一:

(一)经核定的重点产业项目;

(二)建设标准明确的一般工业项目;

(三)功能需求可由国家或行业技术标准、规程确定的市政基础设施及维修项目、园林绿化项目;

(四) 受汛期等因素制约的中、小型水利项目；

(五) 采用装配式或者 BIM 建造技术的中、小型房屋建筑项目；

(六) 列入市级重大工程且对建设周期有特殊要求的项目；

(七) 其他前期条件充分且功能技术符合工程总承包发包的项目。

第七条（承包人资格） 工程总承包企业应当具备与发包工程规模相适应的工程设计资质（工程设计专项资质和事务所资质除外）或施工总承包资质，且具有相应的组织机构、项目管理体系、项目管理专业人员和工程业绩。

第八条（承包禁止条件） 工程总承包企业不得是工程总承包项目的代建单位、项目管理单位、监理单位、招标代理单位或者与前述单位有控股或者被控股关系的机构或单位。

采用本办法第五条第（二）项情形发包的，工程总承包企业还不得是项目的初步设计文件或者总体设计文件的设计单位或者与其有控股或者被控股关系的机构或单位。

第九条（项目负责人资格） 工程总承包项目负责人应当具有相应工程建设类注册执业资格（包括注册建筑师、勘察设计注册工程师、注册建造师、注册监理工程师），拥有与工程建设相关的专业技术知识，熟悉工程总承包项目管理知识和相关法律法规，具有工程总承包项目管理经验，并具备较强的组织协调能力和良好的职业道德。

第十条（再发包情形） 存在以下情形之一的，本办法称为工程总承包再发包：

（一）工程总承包企业具备相应的设计和施工资质的，可以自行实施工程的设计和施工业务，也可以将工程的全部设计或者全部施工业务再发包给具备相应资质条件的设计单位、施工总承包单位；

（二）工程总承包企业仅具备相应的设计或者施工资质的，应当自行实施其资质承揽范围内的设计或者施工业务，并将其资质承揽范围外的全部施工或者全部设计业务再发包给具备相应资质条件的施工总承包单位或者设计单位；

（三）工程总承包企业可以将工程的全部勘察业务再发包给具备相应资质条件的勘察单位。

上述工程总承包再发包，可以不再通过招标方式，但应当经建设单位同意，并在工程总承包合同中予以明确。

第十一条（暂估价招标） 以暂估价形式包含在工程总承包招标范围内的，达到国家规定应当招标规模标准的重要设备、材料以及专业工程，应当依法进行招标。

工程总承包暂估价招标应当由建设单位，或者工程总承包单位，或者建设单位和

工程总承包单位联合体作为招标人。

第十二条（禁止转包和违法分包）工程总承包企业不得将工程总承包项目进行转包，不得将工程总承包项目中设计和施工全部业务一并或者分别再发包给其他单位。工程总承包企业自行实施设计的，不得将工程总承包项目工程主体部分的设计业务分包给其他单位。工程总承包企业自行实施施工的，不得将工程总承包项目工程主体结构的施工业务分包给其他单位。

第十三条（招标文件编制）工程总承包项目招标文件的编制按照国家及本市相关规定执行：

（一）招标文件中应当提供完备、准确的水文、地勘、地形、工程可行性研究报告及其批复材料等基础资料，以保证投标方案的深度、准确度、针对性以及对工程风险的合理评估；

（二）招标文件中应当明确招标的内容及范围，主要包括：设计、勘察、设备采购以及施工的内容及范围、功能、质量、安全、工期、验收等量化指标；

（三）招标文件中应当明确招标人和中标人的责任和权利，主要包括：工作范围、风险划分、项目目标、奖惩条款、计量支付条款、变更程序及变更价款的确定条款、价格调整条款、索赔程序及条款、工程保险、不可抗力处理条款等；

（四）招标文件中应当要求投标人在其投标文件中明确再发包和分包内容；

（五）采用 BIM 技术或者装配式技术的，招标文件中应当有明确要求；建设单位对承诺采用 BIM 技术或装配式技术的投标人应当适当设置加分条件；

（六）建设单位应当在招标文件中明确最高投标限价。

第十四条（评标办法）工程总承包评标宜采用综合评估法，综合评估因素主要包括工程总承包报价、项目管理组织方案、勘察设计技术方案、设备采购方案、施工组织设计或者施工计划、质量安全保障措施、工程总承包项目业绩及信用等。工程总承包评标办法由市住房和城乡建设管理委员会另行制定。

第十五条（评标委员会的组成）评标委员会由招标人代表和有关技术、经济等方面的专家组成，总人数为不少于 9 人的单数。

第十六条（提交投标文件截止时间）建设单位应当合理确定投标文件编制时间，自招标文件开始发售之日起至投标人提交投标文件截止时间止，采用本办法第五条第（一）项情形发包的，不得少于 45 日；采用本办法第五条第（二）项情形发包的，不得少于 30 日。

第十七条（专业分包） 工程总承包企业和再发包承包单位应当自行完成承包工程范围内的主体工作，但可根据合同约定依法将其承包工程范围内的非主体工作分包给具有相应资质的分包单位。

第十八条（分包要求） 工程总承包企业对承包工程进行分包的，应当征得建设单位同意；再发包承包单位对承包工程进行分包的，应当征得工程总承包企业同意。分包要求应当在招标文件中明确。

第三章 合同和结算

第十九条（合同形式） 工程总承包项目宜采用总价包干的固定总价合同，合同价格应当在充分竞争的基础上合理确定，除招标文件或者工程总承包合同中约定的调价原则外，工程总承包合同价格一般不予调整。

第二十条（风险分担原则） 建设单位和工程总承包企业应当在招标文件以及工程总承包合同中约定总承包风险的合理分担。建设单位承担的风险包括：

（一）建设单位提出的工期或建设标准调整、设计变更、主要工艺标准或者工程规模的调整；

（二）因国家政策、法律法规变化引起的工程费变化；

（三）主要工程材料价格和招标时基价相比，波动幅度超过总承包合同约定幅度的部分；

（四）难以预见的地质自然灾害、不可预知的地下溶洞、采空区或障碍物、有毒气体等重大地质变化，其损失与处置费由建设单位承担；因总承包单位施工组织、措施不当等造成的上述问题，其损失和处置费由工程总承包企业承担；

（五）其他不可抗力所造成的工程费的增加。除上述建设单位承担的风险外，其他风险可以在工程总承包合同中约定由工程总承包企业承担。

第二十一条（结算和审计） 采用固定总价合同的工程总承包项目在计价结算和审计时，仅对符合工程总承包合同约定的变更调整部分进行审核，对工程总承包合同中的固定总价包干部分不再另行审核，审计部门可以对工程总承包合同中的固定总价的依据进行调查。

第四章 参建单位的责任和义务

第二十二条（建设单位责任） 建设单位应当向工程总承包企业、工程监理等单位提供与建设工程有关的原始资料，原始资料应真实、准确、齐全。工程总承包项目正式开工前，建设单位应当做好与工程总承包项目实施相关的动拆迁、管线搬迁、三通

一平等准备工作。

第二十三条（工程总承包企业项目组织）工程总承包企业应当具备与工程总承包项目相适应的管理能力，建立与工程总承包项目相适应的项目团队，实施工程总承包合同范围内的勘察、设计、采购、施工、性能检测、试运行、验收配合和交付等工程内容的总协调、总集成，督促再发包承包单位和分包单位加强现场管理，全面履行工程总承包项目管理职责。

第二十四条（工程总承包企业、再发包承包单位责任）工程总承包企业应当按照工程总承包合同的约定，对总承包工程范围内的工程设计、施工质量、施工现场安全生产和工程进度等负总责；再发包承包单位应当按照再发包承包合同的约定对工程总承包企业负责；工程总承包企业和再发包承包单位对再发包承包工程承担连带责任。

第二十五条（合同信息报送）参建单位应当按照本市有关规定向本市建设行政管理部门报送工程总承包合同、再发包承包合同和分包合同。

第二十六条（总承包项目人员配备）工程总承包企业应当配备项目负责人、项目设计负责人、项目勘察负责人、项目技术负责人、工程质量负责人、施工安全负责人、项目造价负责人等主要项目管理人员；再发包承包单位及分包单位应当按照国家及本市有关规定配备项目管理人员。

第二十七条（项目负责人责任）工程总承包企业项目负责人负责工程总承包项目的勘察、设计、施工等工程内容的总体组织、协调和实施，对工程总承包项目的工程质量、施工安全、工程工期和工程造价等负全面管理责任；再发包承包单位和分包单位的项目负责人，对合同责任范围内的工程质量和施工安全承担连带管理责任；工程总承包企业和再发包承包单位项目负责人不得同时在两个或两个以上的工程项目上担任项目负责人。

第二十八条（监理单位责任）监理单位应当对工程总承包范围内的工程质量和施工安全实施监督管理，监理单位应当配备与监理工作相适应的项目监理机构人员，并承担相应监理责任。项目监理机构在项目实施过程中发现勘察、设计、施工行为违反法律法规、强制性技术标准或者合同约定的，应当要求工程总承包企业予以改正；工程总承包企业拒不改正的，应当及时报告建设单位。

第五章 监督管理

第二十九条（施工图审查）工程总承包项目按照相关法规规定应当进行施工图审查的，建设单位可以根据项目实施情况，将施工图分阶段报工程总承包项目所在地建

设行政管理部门审查。

第三十条（施工许可）建设单位可以在符合国家和本市相关规定的前提下，一次性申请领取工程总承包项目的施工许可证，也可以根据施工图审查进度分标段申请领取施工许可证。

第三十一条（过程资料）工程总承包项目的各类工程管理技术性文件、报验表格等资料应按工程总承包项目特点和相关规定进行调整；工程资料由建设单位、工程总承包企业、监理单位负责人根据各自职能签署意见。

第三十二条（竣工验收和保修）工程总承包企业、监理单位等工程总承包参建单位应参与建设单位组织的工程竣工验收；工程竣工验收中总承包范围内涉及勘察、设计、施工等由工程总承包企业全面负责。

第三十三条（法律责任）工程总承包项目在实施过程中，有违反《中华人民共和国建筑法》《中华人民共和国招标投标法》《建设工程勘察设计管理条例》《建设工程质量管理条例》《建设工程安全管理条例》《上海市建筑市场管理条例》等建筑业相关法律、法规的，按其相应处罚规定追究工程总承包企业和工程总承包项目负责人的法律责任。

《上海市建设工程招标投标管理办法》(2017年3月1日起施行 市政府令第50号)

第六条（工程招标类型）

招标人可以对建设工程的勘察、设计、施工、监理以及与工程建设相关的重要设备、材料等的采购分别进行招标，也可以进行工程总承包招标。

建设工程设计招标，可以对方案设计、初步设计以及施工图设计等进行分阶段招标，也可以将不同阶段的设计合并招标。

第七条（设计方案招标和设计单位招标）

建设工程设计招标可以根据项目特点和实际需要，采用设计方案招标或者设计单位招标。设计方案招标通过以设计方案为主的综合评审确定中标人；设计单位招标通过对投标人拟从事该工程设计的人员构成、业绩经历、设计费报价和设计构思等的评审确定中标人。

第九条（工程总承包再发包）

工程总承包单位依法将其承接的勘察、设计或者施工依法再发包给具有相应资质企业的，可以采用招标发包或者直接发包；相应的设计、施工总承包企业可以依法将

部分专业工程分包。

第十条（批量招标和预选招标）

招标人在同一时间段实施多个同类工程的，可以采用批量招标的方式进行招标。

应急抢险工程以及经常发生的房屋修缮、园林绿化养护、市政设施和水利设施维修等工程，可以采用预选招标的方式进行招标。

第4节 招标投标的效力认定

——违法招投标，如何来认定？（招标投标）

类型一、构成违法招投标，合同无效的情形

153. 当事人之间存在明标暗定的串标行为，案涉建设工程合同无效。

案例 153. 最高人民法院（2016）最高法民终687号“江苏省金陵建工集团有限公司与沛县汉之源商贸有限公司、沛县国有资产经营有限公司等建设工程施工合同纠纷案”



关于案涉建设工程合同效力问题。承包人金陵建工集团认为，涉案工程合同的签订为当事人真实意思表示。涉案工程进行过两次招标，因投标人不符合法律规定，造成两次流标，故沛县招标办同意涉案工程直接发包给金陵建工集团，符合法律规定。涉案工程为政府招商引资项目，招投标经过沛县政府确认，沛县政府亦同意担保，即使在招标过程中简化招投标程序，也不应影响涉案工程合同的效力。汉之源公司从立之初即是民营企业，涉案工程不是必须招标工程，即使双方不通过招投标，所签订的涉案工程合同仍然是合法有效的。涉案工程已经在2008年5月18日投入使用，视为竣工验收合格，即使涉案工程合同无效，也应按照有效合同结算工程款。

发包人汉之源公司认为，涉案项目属于政府项目，从汉之源公司成立时间、股东

组成、注册资本来源等均证明汉之源公司只是为办理建设手续而成立的公司，涉案工程系使用国有资金投资建设，属于必须进行招标的项目。涉案工程在十余天内进行了两次招投标，违反了招投标法的强制性规定。汉之源公司在第一次招标时尚未成立，金陵建工集团在2007年6月25日招投标期间已经进场施工，虽然沛县招标办允许将涉案工程直接发包给金陵建工集团，但涉案工程不符合法定直接发包的条件，因此，涉案工程在招投标过程中除程序违法外，也违反了公平公正公开的原则。因此，双方签订的涉案工程合同应认定为无效。

担保人沛县国资公司、沛县政府认为，涉案工程属于必须进行招标的项目，但双方实际在招投标之前已经进行了实质性谈判，因此涉案工程合同应认定为无效。

二审法院认为，根据《中华人民共和国招标投标法》的规定，全部或者部分使用国有资金投资或者国家融资的工程项目，必须进行招标，任何单位和个人不得以任何方式规避招标。案涉工程作为使用国有资金且预算过亿的建设项目，属于必须招标的工程，应当严格遵守招投标程序确定工程承包人。本案中，案涉工程招投标时汉之源公司尚未成立；案涉工程两次招标公告的间隔时间仅为十余日；涉案工程于2007年6月11日发布第一次招标公告，于2007年6月26日发布第二次招标公告，在十余天内进行了两次招投标，违反了《中华人民共和国招标投标法》法定最低不得少于二十日的规定，而金陵建工集团在2007年6月25日已经进场施工。当事人在招投标过程中的上述行为违背工程招投标程序，违反了法律的强制性规定。一审法院据此认定当事人之间存在明标暗定的串标行为、案涉建设工程合同无效正确，本院予以维持。金陵建工集团认为案涉合同合法有效的上诉理由不能成立，本院不予支持。

154. 为涉及社会公共利益和公众安全的大型基础设施建设项目而签订的代建服务合同，是否必须经过招标投标程序才能签订？

案涉工程是必须进行招标投标的涉及社会公共利益和公众安全的大型基础设施建设项目，而总代建协议及其补充协议是与案涉工程有关的代建服务合同，必须经过招标投标程序才能签订。因案涉总代建协议及其补充协议的签订均未经过招标投标程序，违反法律、行政法规的强制性规定，应认定无效。

案例 154. 最高人民法院（2013）民四终字第12号“上诉人（一审原告）宁波剡界岭高速公路有限公司与上诉人（一审被告）阿尔皮内建筑有限责任公司（AlpineBauGmbH）建设总代理协议纠纷案”



一审法院认为，本案系涉外建设总代理协议纠纷，应首先确定本案适用的准据法。双方当事人在案涉总代建协议中约定“本协议受中华人民共和国的法律管辖，且按中华人民共和国的法律解释”，根据《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》第四十一条之规定，本案应当适用中华人民共和国法律。

本案的争议焦点是案涉总代建协议及补充协议中关于代建费条款的效力认定问题。结合已查证的案件事实和相关法律规定，一审法院浙江高院分析如下：

关于甬金高速公路宁波段工程是否属于政府投资项目的问题。《浙江省政府投资项目管理办法》第二条规定：政府投资项目，是指县级以上人民政府利用下列资金所进行的固定资产投资项：（一）财政预算安排的建设资金；（二）纳入财政预算管理的专项建设资金；（三）政府融资以及利用国债的资金；（四）国际金融组织和外国政府的贷款、赠款；（五）转让、出售、拍卖国有资产及其经营权所得的国有产权权益收入；（六）土地使用权出让金；（七）法律、法规规定的其他政府性资金。第三条规定：政府投资分为直接投资、资本金注入和投资补助、转贷、贷款贴息等方式。具体到本案，从A高速公路公司的最终出资主体看，艾尔瓦格公司及B建筑公司共计出资2300万美元，占A高速公路公司注册资本的25%，宁波交投公司占10%，宁兴甬金公司占65%，从出资主体的性质看，宁波交投公司系宁波市政府性投资公司，宁兴甬金公

司又系由宁波市政府全资设立的宁兴（集团）有限公司出资设立，因此，A高速公路公司系国有控股公司。从建设甬金高速公路宁波段工程的投入资金看，A高速公路公司注册资本与投资总额的差额部分是由A高速公路公司向直属国务院的开发性金融机构国家开发银行贷款。因此，案涉项目既为采用资本金注入方式进行的政府投资项目，又同时系用融资方式进行的政府投资项目。浙江高院（2007）浙刑二终字第126号刑事裁定书也已经认定甬金高速公路宁波段工程属政府性投资项目。综上，浙江高院认为甬金高速公路宁波段工程为政府投资项目。

关于代建费条款是否经过A高速公路公司和B建筑公司的独立谈判确定、是否存在以合法形式掩盖非法目的的情形的问题。经查，根据《中华人民共和国招标投标法》第三条第一款第（一）项的规定，甬金高速公路宁波段工程属于必须进行招标的大型基础设施、公用事业等关系社会公共利益、公众安全的项目。由于总承包协议违反了前述法律的强制性规定，浙江省交通厅曾发函要求宁波市交通局予以纠正，据此，宁波市交通局要求解除A高速公路公司和B建筑公司之间的总承包协议。根据2002年7月11日会议纪要的记载，A高速公路公司和B建筑公司决定将总承包协议包装成总代建协议，B建筑公司享有施工招标的权利，经济利益上可以获得总包和分包之间的差额。2002年11月1日，双方当事人签订的谅解备忘录一记载：各方因总承包协议享有的报酬和利益视为总代建协议产生的补偿和利益。此后，双方当事人签订了总代建协议。再从两份协议的价格内容看，总承包协议合同价格为1239026810元人民币和19667092欧元，而根据施工合同付款计划之总价项目向付款计划项目的转换第18项“小计”一栏记载A高速公路公司最终需付款为1376696456元人民币。而总代建协议项下B建筑公司享有的利益为总代建费=1320380303元人民币-第1、2、3合同段中标合同价-第4合同段中标合同价。根据查明的案件事实，工具设备费用53381317元人民币、项目保险费2934836元人民币均不包括在代建工作范围内，据此，总承包协议的价格1376696456元人民币-工具设备费用53381317元人民币-项目保险费2934836元人民币与总代建协议约定的1320380303元人民币相符。根据2002年7月11日的会议纪要及同年8月27日B建筑公司致A高速公路公司的函件中记载的内容显示，在总承包协议项下B建筑公司要求放松分包30%的限制，加大分包百分比，可见，总承包协议项下B建筑公司的施工主要需通过分包完成。这与总代建协议项下由B建筑公司通过招投标确定各标段施工人并无本质区别。根据以上分析可得知，总代建协议项下与总承包协议项下B建筑公司可获得的利益基本一致。同时，浙江高院

(2007)浙刑二终字第126号刑事裁定书也认定“励奎铭违反规定既未向宁波市政府要求指定代建单位，也未通过招投标方式选择代建单位，而是采取名为代建实为总承包的方式，决定将该工程交由B建筑公司总代建，并进一步明确保证B建筑公司在代建制下取得与总承包相同的利益”。综上，浙江高院认为，从总承包协议解除、总代建协议签订的过程及两份合同确定的B建筑公司可获得的经济利益看，总代建协议主要是为了规避招标投标法的相关规定，代建费条款也未经双方当事人协商，而是为确保B建筑公司可以获得原总承包协议项下的所有利益而确定。

关于是否存在艾尔瓦格公司和B建筑公司事先串通，利用艾尔瓦格公司的控股地位确定代建费条款的问题。A高速公路公司主张艾尔瓦格公司系在2000年1月与宁波交投公司签订成立A高速公路公司的《协议书》后才于2000年6月成立的，注册资本仅为7万欧元，根据A高速公路公司章程，艾尔瓦格公司出资额为8280万美元，艾尔瓦格公司和B建筑公司在2000年12月22日签订有协议，艾尔瓦格公司通过对A高速公路公司董事会的控制权表决将工程交给B建筑公司施工，签订代建费条款时，艾尔瓦格公司在A高速公路公司占90%的股权，利用控股权确定了代建费条款。事实上，艾尔瓦格公司仅于2001年10月23日逾期出资1242万美元，在B建筑公司获得案涉工程的承包权后，艾尔瓦格公司就不再出资。B建筑公司不认可A高速公路公司的主张，但在庭审中承认是通过艾尔瓦格公司的介绍进入案涉项目，B建筑公司支付了艾尔瓦格公司490万元人民币的补偿，主要是双方对投融资事项进行过多次协商，艾尔瓦格公司根据外方银行的要求作了大量的工作，最后虽然没有成功，但双方约定B建筑公司支付500万元人民币作为补偿。浙江高院认为，签订总代建协议时，艾尔瓦格公司在A高速公路公司拥有90%股权，并在董事会组成中占据多数，因此，艾尔瓦格公司具备相应控制权，但关于总代建协议的董事会决议显示，董事会成员是一致同意的，因此，目前证据尚不能证实A高速公路公司的前述主张。同时，B建筑公司虽不能提供其与艾尔瓦格公司之间的协议以证实双方之间并不存在事先串通，及艾尔瓦格公司获得490万元人民币的合法性，但由于本案的举证责任在于A高速公路公司，因此，举证不能的不利后果应由A高速公路公司自行承担。

关于审计署上海特派员办事处(2006年1月23日出具审计报告)和宁波市审计局(2008年9月26日出具审计报告)的审计是否合法的问题。双方当事人对审计机关的审计是否合法以及本案应适用1995年实施的《中华人民共和国审计法》还是现行的《中华人民共和国审计法》存在争议。1995年版的《中华人民共和国审计法》第二十三

条规定：审计机关对国家建设项目的预算的执行情况和决算进行审计监督；而经修订后于2006年2月28日颁布的现行的《中华人民共和国审计法》第二十二条规定：审计机关对政府投资和以政府投资为主的建设项目的预算执行情况和决算，进行审计监督。由于本案工程系政府投资项目，无论适用1995年实施的《中华人民共和国审计法》还是现行的《中华人民共和国审计法》，审计署上海特派员办事处和宁波市审计局的审计行为均是合法的。根据现行《中华人民共和国审计法》第四十一条的规定，审计机关应当将审计机关的审计报告和审计决定送达被审计单位和有关主管机关、单位，审计决定自送达之日起生效，故相关审计报告具备法律效力，应作为认定本案事实的证据采信。

关于A高速公路公司是否系出于超出交通部批复概算的担忧，故采取概算包干的方式确定代建费的问题。对此，浙江高院认为，根据宁波市交通局《关于代建制的有关说明》，政府投资项目代建确实可采用投资包干的方式确定代建费。根据2002年10月18日会议纪要的记载，B建筑公司要求土建工程全部实行邀请招标，而审计署上海特派员办事处收集的证据显示，在进行邀请招投标之前的2001年3月起至2002年3月间B建筑公司分别向中国水利水电第十工程局、浙江省交通工程集团有限公司、上海隧道股份有限公司、中国路桥集团第一工程局就全部工程或土建工程进行询价，其中浙江省交通工程集团有限公司还提供了工程方案。因此，在2002年3月23日总承包协议签订时，B建筑公司已经清楚知悉案涉工程项目承包施工将获得的利润数额。事实上，在邀请投标模式运作下，曾经提供过工程报价的中铁十四局、上海公路桥梁工程有限公司（上海隧道股份有限公司的全资子公司）、浙江省交通工程建设集团有限公司等3家单位中标，总报价合计96603万元，其中浙江省交通工程建设集团有限公司及其下属公司浙江宏途交通建设有限公司分别中标1、3标，中标价分别为16805万元人民币和37952万元人民币；中铁十四局集团有限公司和上海公路桥梁工程有限公司组成的联合体中2标，总报价42206万元人民币。故可以认定，经过之前的总承包协议项下邀请招标模式的运作、进行询价等行为，B建筑公司已基本确定其可获得的利润数额，并不存在承担所谓超出交通部批复概算的投资风险。

综上，本案代建费条款是为确保B建筑公司可获得的经济利益，将因违反招标投标法而无效的总承包协议项下B建筑公司的利益直接嫁接至总代建协议项下，该代建费条款属《中华人民共和国合同法》第五十二条第（三）项规定的“以合法形式掩盖非法目的”之情形，总代建协议及补充协议中相关代建费条款应依法认定无效。由

于 B 建筑公司确实提供了相应的代建服务，故应根据 B 建筑公司履行总代建协议义务的具体情况给予其适当报酬，根据中汇公司的鉴定结论，结合本案实际情况，浙江高院确定 B 建筑公司享有的代建服务报酬为 7169.88 万元人民币。关于 B 建筑公司已收取的代建费，A 高速公路公司认为为 257882633.22 元人民币，B 建筑公司则认为为 257887920 元人民币，两者的差距为 5286.78 元人民币，浙江高院认为，由于 B 建筑公司认可的较 A 高速公路公司主张的多，对多出部分可按 A 高速公路公司放弃主张为由不予支持。故 B 建筑公司应返还 A 高速公路公司以代建费名义收取的 186183833.22 元人民币。至于 A 高速公路公司提出 B 建筑公司应支付返还款项利息的问题，浙江高院认为，总代建协议及补充协议中的代建费条款无效系在本案诉讼中方才明确，故 A 高速公路公司要求 B 建筑公司承担相应利息的请求，不予支持。据此，浙江高院依照《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》第四十一条、《中华人民共和国招标投标法》第三条、《中华人民共和国合同法》第五十二条第（三）项之规定，判决如下：一、确认 A 高速公路公司与 B 建筑公司签订的总代建协议及补充协议中关于代建费的条款无效；二、B 建筑公司应于判决生效之日起 30 日内返还 A 高速公路公司 186183833.22 元人民币；三、驳回 A 高速公路公司的其他诉讼请求。如果未按本判决指定的期间履行给付金钱的义务，应当依照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百二十九条之规定，加倍支付迟延履行期间的债务利息。一审案件受理费 972719 元人民币，由 B 建筑公司负担。

A 高速公路公司不服一审判决，提起上诉称，一审判决认定 B 建筑公司应获得的代建报酬数额中的奖励金部分为 5462.49 万元人民币有误。该认定未充分考虑 B 建筑公司没有出具保函等诸多违约事实，亦未按照司法鉴定报告中奖励金上限数额 1820.83 万元人民币进行认定。B 建筑公司代建报酬应为 1707.39 万元人民币加 1820.83 万元人民币共计 3528.22 万元人民币。A 高速公路公司已经支付给 B 建筑公司的报酬减去其应得的报酬为 222600433.22 元人民币。请求改判 B 建筑公司向 A 高速公路公司返还 222600433.22 元人民币，维持一审判决其他判项。

B 建筑公司亦不服一审判决，提起上诉称，（一）案涉总代建协议、补充协议及其中有关代建费的条款是合法有效的。当事人订立并实际履行的是总代建协议，不存在以合法形式掩盖非法目的的行为。浙江高院认定有关代建费条款未经当事人协商系以合法形式掩盖非法目的应属无效的认定有误。（二）浙江高院以该院（2007）浙刑二终字第 126 号刑事裁定书、《审计报告》为依据，认定案涉甬金高速项目宁波段为政府投

资项目并据此认定代建费为建设单位管理费有误。(三)在A高速公路公司未在法定举证期限内申请司法鉴定的情况下,浙江高院违法启动司法鉴定程序,鉴定的程序、方法、依据和结论等均属违法。(四)B建筑公司已经依约履行完毕总代建协议项下的总代建义务,并依约提供了优质的代建服务且项目竣工验收质量优良,A高速公路公司应依总代建协议的约定向B建筑公司支付代建费用。综上,请求撤销一审判决、依法改判驳回A高速公路公司的全部诉讼请求并由A高速公路公司承担全部诉讼费用。

B建筑公司针对A高速公路公司的上诉庭审时口头答辩称,B建筑公司的主要合同义务是工期、成本和质量控制,B建筑公司有效完成了合同义务,提前竣工,节约成本13%,工程质量优良。出具保函不是B建筑公司的义务,A高速公路公司未能提交证据证明B建筑公司存在违约行为,理应支付合同约定的费用。

A高速公路公司针对B建筑公司的上诉庭审时口头答辩称,从本案产生的背景来看,案涉项目是必须进行招标、投标的基础设施建设项目,当事人签署合同的目的是将总承包合同包装成为总代建合同。B建筑公司没有履行总承包商的义务却获得了总承包商的利益,违反了公平原则。B建筑公司没有开具履约保函构成违约。

二审院认为,B建筑公司系外国公司,本案为涉外建设总代理协议纠纷。根据最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释(一)》第二条的规定,本案应根据涉外民事关系发生时的有关法律确定应当适用的法律。根据《中华人民共和国民事诉讼法》第一百四十五条第一款的规定,浙江高院适用当事人在案涉总代建协议中约定的中华人民共和国法律审理本案纠纷是正确的。

根据A高速公路公司和B建筑公司的上诉请求和答辩意见,本案的争议焦点在于案涉总代建协议的效力和当事人的责任承担问题。

关于案涉总代建协议的效力。

根据已经查明的事实,2002年3月23日,A高速公路公司与B建筑公司就案涉工程签订了总承包协议。2002年11月1日,A高速公路公司与B建筑公司解除了总承包协议并签订了总代建协议。2004年12月1日,A高速公路公司又与B建筑公司签订了总代建协议的补充协议,该补充协议约定对B建筑公司的代建费进行变更。总代建协议签订后,B建筑公司履行了代建服务,A高速公路公司支付了代建费用,当事人均实际按照总代建协议约定的内容履行。一审法院原始判决认为案涉总代建协议及其补充协议中的代建费条款是为确保B建筑公司可获得的经济利益,将因违反招标投标法而无效的总承包协议项下的利益直接嫁接至总代建协议项下,属于“以合法形式掩盖非

法目的”而无效的理由，缺乏事实和法律依据。B 建筑公司关于总代建协议及其补充协议中的代建费条款不属于“以合法形式掩盖非法目的”而无效的上诉理由成立。本院认为，案涉总代建协议及其补充协议是当事人的真实意思表示，但上述协议因违反中华人民共和国相关法律和行政法规的强制性规定，应当认定无效。理由如下：《中华人民共和国招标投标法》第三条规定：“在中华人民共和国境内进行下列建设工程项目包括项目的勘察、设计、施工、监理以及与工程建设有关的重要设备、材料等的采购，必须进行招标：（一）大型基础设施、公用事业等关系社会公共利益、公众安全的项目……”《中华人民共和国招标投标法实施条例》第二条规定：“招标投标法第三条所称建设工程项目，是指工程以及与工程建设有关的货物、服务。……所称与工程建设有关的服务，是指为完成工程所需的勘察、设计、监理等服务。”《工程建设项目招标范围和规模标准规定》第七条规定：“本规定第二条至第六条规定范围内的各类建设工程项目，包括项目的勘察、设计、施工、监理以及与工程建设有关的重要设备、材料等的采购，达到下列标准之一的，必须进行招标：……（三）勘察、设计、监理等服务的采购，单项合同估算价在 50 万元人民币以上的；……”《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》第一条规定：“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：……（三）建设工程必须进行招标而未招标或者中标无效的。”《中华人民共和国合同法》第五十二条规定：“有下列情形之一的，合同无效：……（五）违反法律、行政法规的强制性规定。”。由于案涉工程是必须进行招标投标的涉及社会公共利益和公众安全的大型基础设施建设项目，而总代建协议及其补充协议是与案涉工程有关的代建服务合同，必须经过招标投标程序才能签订。但是，案涉总代建协议及其补充协议的签订均未经过招标投标程序，根据上述法律、行政法规的规定并参照上述司法解释的规定，案涉总代建协议及其补充协议因违反法律、行政法规的强制性规定，应认定无效。浙江高院原审判决以案涉合同双方以合法形式掩盖非法目的为由仅认定总代建协议及其补充协议中的代建费条款无效有误，本院予以纠正。

二、关于当事人的责任承担

《中华人民共和国合同法》第五十八条规定：“合同无效或者被撤销后，因该合同取得的财产，应当予以返还；不能返还或者没有必要返还的，应当折价补偿。有过错的一方应当赔偿对方因此所受到的损失，双方都有过错的，应当各自承担相应的责任。”本院认为，A 高速公路公司和 B 建筑公司明知案涉总代建协议及其补充协议的

签订应当依照中华人民共和国法律和行政法规的规定进行招标投标而不进行招标投标，双方当事人对合同的无效具有同等过错。根据上述法律规定，案涉总代理协议及其补充协议无效，双方当事人因该协议取得的利益应予返还。B 建筑公司应向 A 高速公路公司返还其已经取得的代建费 257887920 元人民币，B 建筑公司向 A 高速公路公司提供的代建服务已经实际履行完毕，A 高速公路公司应当予以补偿。因案涉总代理协议及其补充协议无效，协议中的代建费条款亦当然无效，B 建筑公司关于应依照协议约定支付其代建费用的上诉理由，缺乏法律依据，不能成立。一审法院浙江高院委托相关机构参照政府投资项目代建制的相关标准对 B 建筑公司的代建服务补偿进行司法鉴定，程序合法，并无不当。B 建筑公司关于一审法院浙江高院委托司法鉴定的程序、鉴定参照的标准和鉴定结论违法的上诉理由均不能成立。B 建筑公司的代建服务使得案涉工程顺利并提前竣工、质量鉴定为优良。A 高速公路公司对 B 建筑公司基本依约履行了代建服务并无异议，其上诉称 B 建筑公司的代建服务存在未提供保函等瑕疵应减少代建报酬的理由，缺乏相关证据证明，本院不予支持。一审原审判决以司法鉴定结论为基础，综合考虑 B 建筑公司履行代建服务的实际情况，酌情提高对 B 建筑公司应获得的奖励金亦无不当。A 高速公路公司关于一审判决对 B 建筑公司应获得的奖励金认定有误的上诉理由，本院不予支持。

综上，一审原审判决认定事实基本清楚，但虽遗漏部分事实，在认定案涉总代理协议及其补充协议的效力上适用法律错误不当，本院予以纠正。一审判决但对本案的实体处理包括对当事人责任的处理结果并无不当，应予维持。A 高速公路公司和 B 建筑公司的上诉请求均不能成立，应予驳回。本案经本院经审判委员会讨论决定，依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百四十五条第一款、《中华人民共和国招标投标法》第三条、《中华人民共和国合同法》第五十二条、第五十八条、《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十条第（一）项、（第二）项、最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释（一）》第二条之规定，判决如下：

一、变更浙江省高级人民法院（2008）浙民一初字第 3 号民事判决第一项为：确认宁波剡界岭高速公路有限公司与阿尔皮内建筑有限责任公司签订的 YJEC1《提供代理服务的建设总代理协议》及其补充协议无效；二、维持浙江省高级人民法院（2008）浙民一初字第 3 号民事判决第二、三项。

三、驳回宁波剡界岭高速公路有限公司和阿尔皮内建筑有限责任公司的上诉。

155. 实质上未进行招投标的认定。案涉工程为公开招标，发布了招标公告，承包人交纳了投标保证金，但是未提交证据表明其提交了投标文件，案涉工程由于没有进行开标、评标等程序，没有发出中标通知书，签订的《工程施工协议书》也没有在相关部门备案，由此分析案涉工程形式上发布了招标公告，实质上并未进行招投标。

案例 155. 青海省高级人民法院（2014）青民一终字第64号“青海西部建业有限责任公司、青海居易实业集团有限公司建设工程施工合同纠纷案”



关于双方签订的《工程施工协议书》的效力问题，法院认为，根据A实业集团与B建业公司所签施工协议约定的工程内容及规模，该建设工程项目属于必须招投标的工程范围。根据我国招标投标法的规定，招标分为公开招标和邀请招标，公开招标的程序包括发布招标公告、交纳投标保证金、提交投标文件、开标、评标、中标公示、发出中标通知书和签订合同文件等一系列的程序。案涉工程为公开招标，发布了招标公告，B建业公司交纳了投标保证金，但是未提交证据表明其提交了投标文件，没有进行开标、评标等程序，没有发出中标通知书，签订的《工程施工协议书》也没有在相关部门备案，由此分析案涉工程形式上发布了招标公告，实质上并未进行招投标。此外，A实业集团发布招标公告后，B建业公司于2011年6月1日签订《投标保证金约定确认书》，但却在签订该确认书之前的2011年5月30日即提前支付了10万元履行保证金，也就是说在还没有确定投标的情况下即支付了履约保证金，由此也可以看出双方在没有进行投标、中标的情况下即确定了要签订施工协议书、要将案涉工程承包给B建业公司，双方的行为明显违反招标投标法的相关规定。此外《工程施工协议书》有A实业集团“确保”B建业公司承包工程、“甲方无法提供本工程给乙方承包施工或发生本项目工程及所属地块由第三方建设或施工……”的约定，按照招标投标法规定案涉工程必须进行招投标，但A实业集团却在没有进行招投标的情况下要将案涉工程确保承包给B建业公司并签订施工协议，该行为明显违反招标投标法的规定。综上，案涉工程为必须进行招投标的工程，双方未经过招投标相关必要程序，未进行招投标即签

订了《工程施工协议书》，双方的行为违反了法律强制性规定中的效力性规定，协议应为无效。

156. 施工单项合同估算价在 200 万元人民币以上的建设项目，未进行招标的建设工程施工合同应当无效。

不属于“涉及国家安全、国家秘密”可以不进行招标的工程，以涉及商业机密为由不进行招投标而签订的合同无效。

案例 156. 最高人民法院（2009）民一终字第 7 号“青海 A 化工有限责任公司与 B 建设集团有限公司建设工程施工合同纠纷案”



关于案涉建设工程施工合同的效力问题。二审法院认为，《中华人民共和国招标投标法》（2000 年 1 月 1 日起施行）第三条规定：“在中华人民共和国境内进行下列工程建设项目包括项目的勘察、设计、施工、监理以及与工程建设有关的重要设备、材料等的采购，必须进行招标：（一）大型基础设施、公用事业等关系社会公共利益、公众安全的项目；（二）全部或者部分使用国有资金投资或者国家融资的项目；（三）使用国际组织或者外国政府贷款、援助资金的项目。前款所列项目的具体范围和规模标准，由国务院发展计划部门会同国务院有关部门制订，报国务院批准。法律或者国务院对必须进行招标的其他项目的范围有规定的，依照其规定。”该法第六十六条规定涉及国家安全、国家秘密、抢险救灾或者属于利用扶贫资金实行以工代赈、需要使用农民工等特殊情况，不适宜进行招标的项目，按照国家有关规定可以不进行招标。”《工程建设项目招标范围和规模标准规定》（2000 年 4 月 4 日国务院批准，2000 年 5 月 1 日国家发展计划委员会发布）第七条规定本规定第二条至第六条规定范围内的各类工程建设项目，包括项目的勘察、设计、施工、监理以及与工程建设有关的重要设备、材料等的采购，达到下列标准之一的，必须进行招标：（一）施工单项合同估算价 200 万元人民币以上的……”第八条规定：“建设项目的勘察、设计，采用特定专利或专有技术的，或者其建立艺术造型有特殊要求的，经项目主管部门批准，可以不进行招标。”本案建设工程施工合同属于施工单项合同。根据《中华人民共和国招标投标法》第三条和

《工程建设项目招标范围和规模标准规定》第七条规定，该合同价款暂估 550 万元，应当属于必须招标的范围。虽然 A 化工公司在向青海省格尔木昆仑经济开发区管委会递交的《申请报告》中，提出“由于本项目的一些工艺布局、工艺流程、施工图纸、技术参数尚属世界顶尖技术，属于我公司的高度商业机密，为防止技术泄密，因此特请对此项工程不采取公开招标的方式，而采用议标的方式进行施工招标”，其所称该公司的“高度商业机密”并不符合《中华人民共和国招标投标法》第六十六条规定所称的可以不进行招标的“涉及国家安全、国家秘密”的特殊情况。此外，青海省发展计划委员会向 A 化工公司下发青计工业（2003）314 号《柴达木天然气—盐湖资源利用基地规划项目示范工程的批复》，以及青海省格尔木昆仑经济开发区开发建设局分别为本案团结湖示范工程项目核发建设用地规划许可证、建设工程规划许可证和建筑工程施工许可证的事实，也不能认定为《工程建设项目招标范围和规模标准规定》第八条规定的项目主管部门对本案工程可以不进行招标的批准行为。据此，本院认为，案涉建设工程属于法律、行政法规规定的必须招标的项目。《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》第一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……（三）建设工程必须进行招标而未招标或者中标无效的。”根据该规定，应当认定本案当事人所签的建设工程施工合同无效。对案涉工程施工合同的无效，A 化工公司作为建设方，应承担主要责任。

类型二、不构成违法招投标，合同有效的情形

157. 承包人在招投标之前向发包人出具承诺书，能否认定合同无效？虽然承包人在招投标之前向发包人出具了承诺书，但该承诺仅是承包人的单方表示，发包人并未就此作出回应，没有就投标价格、投标方案等内容与承包人进行谈判，双方系通过招投标程序确定承包人中标后才签订施工合同。因此，没有证据证明在招投标之前发包人与承包人就投标的实质性内容进行谈判，也不存在承包人与发包人串通投标的情形，故承包人认为涉案工程招投标程序违法的意见，于法无据。

案例 157. 江苏省高级人民法院（2015）苏民终字第 00636 号“浙江省建工集团有限责任公司与江苏常工房地产发展有限公司、常工投资集团有限公司等建设工程施工合同纠纷案”



关于涉案招投标程序是否违法、施工合同效力的认定问题。承包人建工公司认为，在招投标之前其公司即向发包人常工公司出具承诺书，就涉案工程的范围、工期、价款、结算等内容向常工公司作出承诺，内容涉及了施工合同的主要条款，与之后签订的施工合同内容一致，属于串标行为，违反了招投标法的规定，施工合同应为无效。发包人常工公司认为，涉案工程是按照邀请招标的程序进行招投标，之前其公司邀请了包括建工公司在内的几家单位洽谈施工意向，建工公司就其施工条件出具了承诺，但并未就投标价格进行明确，故并未违反招投标程序，施工合同应为合法有效。

一审法院认为，根据招标投标法的规定，招标分为公开招标和邀请招标，邀请招标是指招标人以投标邀请书的方式邀请特定的法人或者其他组织投标。涉案工程系常工公司自行开发建设商品房住宅小区，其采用邀请招标的方式进行招投标，并不违反法律法规的强制性规定。虽然建工公司在招投标之前向常工公司出具了承诺书，但该承诺仅是建工公司的单方表示，常工公司并未就此作出回应，没有就投标价格、投标方案等内容与建工公司进行谈判，双方系通过招投标程序确定建工公司中标后才签

订施工合同。因此，没有证据证明在招投标之前常工公司与建工公司就投标的实质性内容进行谈判，也不存在建工公司与常工公司串通投标的情形，故建工公司认为涉案工程招投标程序违法的意见，于法无据，一审法院不予采信。中标之后签订的施工合同及补充协议，系双方的真实意思表示，且不违反法律法规的强制性规定，应为合法有效。双方应当按照合同的约定并遵循诚实信用原则，全面履行各自的义务。

二审法院认为，虽然建工公司在招投标之前向常工公司出具了承诺书，但没有证据证明常工公司在招投标前对此作出回应并就投标价格、投标方案等实质性内容与建工公司进行过协商，建工公司主张其与常工公司存在串标情形故合同无效的上述理由缺乏依据，本院不予采信。

158. 私人投资建设的生产车间、仓库、办公楼是否属于必须进行招标的项目？由于发包人建设的生产车间、仓库、办公楼建筑工程属于国内私人投资建设工程项目，不属于《中华人民共和国招标投标法》第三条规定的必须进行招标的工程。因此，双方签订的《办公楼、生产车间工程承包施工合同》合法有效。

案例 158. 广西壮族自治区高级人民法院（2011）桂民一终字第 15 号“广西桂川建设集团有限公司与柳州赛威汽车塑胶件有限公司、广西桂川建设集团有限公司柳州分公司、李武成、陶云高建设工程施工合同纠纷案”



关于桂川建设与赛威塑胶件公司签订的《办公楼、生产车间工程承包施工合同》是否有效的问题。二审法院认为，虽然赛威塑胶件公司在 2002 年 8 月 15 日与桂川建设签订《建筑工程施工补充协议书》时没有将本案工程进行招、投标，后因工程办理审批验收问题，赛威塑胶件公司补办了招、投标手续，并于 2003 年 10 月 15 日又与桂川建设重新签订了一份《办公楼、生产车间工程承包施工合同》。但由于赛威塑胶件公司建设的生产车间、仓库、办公楼建筑工程属于国内私人投资建设工程项目，因而本案工程不属于《中华人民共和国招标投标法》第三条规定的必须进行招标的工程。即便赛威塑胶件公司于 2002 年 8 月 15 日与桂川建设签订《建筑工程施工补充协议书》时没有对工程项目进行招标投标，根据《广西壮族自治区建设工程施工招标投标管理条例》

第三条第二款“……国内私人投资建设工程项目，由投资者自行决定是否实施招标投标”的规定，也是允许的。因此，赛威塑胶件公司与桂川建设签订的《办公楼、生产车间工程承包施工合同》，双方主体合格，内容合法，意思表示真实，应确认有效，受法律保护。桂川建设上诉主张其与赛威塑胶件公司签订的《办公楼、生产车间工程承包施工合同》无效的理由不成立，本院不予支持。

159. 能否因施工后期投入有国有资金而否定已经签订的建设工程施工合同效力？在建设施工合同签订在前，且已经实际履行的情况下，不能因为施工后期确定投入部分国有资金而认定该建设项目必须进行招投标，从而否定已经签订的建设施工合同的效力。

案例 159. 重庆市高级人民法院（2014）渝高法民终字第 00054 号“上诉人重庆市弘山川光电股份有限公司（简称弘山川光电公司）与被上诉人重庆一建建设集团有限公司（简称一建建设公司）建设工程施工合同纠纷案”



关于涉案工程的合同效力应如何认定的问题，二审法院认为，B 建设公司与 A 光电公司签订的《LED 节能灯项目工程施工合同》系双方当事人的真实意思表示，不违反法律、法规的禁止性规定，应属有效，双方均应按照合同约定内容履行相关权利和义务。《中华人民共和国招标投标法》第三条规定：中华人民共和国境内进行下列工程建设项目包括项目的勘察、设计、施工、监理以及与工程建设有关的重要设备、材料等的采购，必须进行招标：（一）大型基础设施、公用事业等关系社会公共利益、公众安全的项目；（二）全部或者部分使用国有资金投资或者国家融资的项目；（三）使用国际组织或者外国政府贷款、援助资金的项目。本案中，涉案工程为 LED 节能灯项目建设工程，该工程不属于大型基础设施、公用事业等关系社会公共利益、公共安全的项目，也不属于使用国际组织或者外国政府贷款、援助资金的项目。虽然在项目建设工程施工合同履行后期，A 光电公司申请并获得了三峡库区产业基金投资补助 3000 万元作为于该项目扶持资金，但《LED 节能灯项目工程施工合同》签订于 2010 年 4 月 30 日，而 A 光电公司提出可行性报告的时间是在 2011 年 1 月，正式申请三峡库产业基

金投资补助 3000 万元的时间是在 2011 年的 6 月 8 日。故在双方签订该建设工程施工合同之时，该工程建设项目并不属于全部或部分使用国有资金投资或者国家融资的项目。在 A 光电公司申请 3000 万元三峡库产业基金投资补助的报告及相关审批单位的通知中也载明，该项目前期运作资金来源于自筹资金和银行贷款，并无国家资金或国家融资。故该项目工程在签订合同时并不属于法律强制规定的必须招投标的项目。而且在申请 3000 万元三峡库产业基金投资补助时，A 光电公司也认可该建设工程中有 5 幢厂房已建设完毕，面积 41138 平方米，正进行设备调试安装，于 2011 年 4 月组织试生产。所以在建设施工合同签订在前，且已经实际履行的情况下，不能因为施工后期确定投入部分国有资金而认定该建设项目必须进行招投标，从而否定已经签订的建设施工合同的效力。故 A 光电公司主张《LED 节能灯项目工程施工合同》无效的上诉理由不能成立。

160. 大卖场工程应否属于必须招投标项目范围？购物中心项目是发包人自有资金予以投资，项目本身属于商业用途，非属由政府投资管理提供公共服务、关系社会公共利益、公众安全的相关工程项目，不属于《中华人民共和国招标投标法》第三条及《招标范围和规模标准规定》（国家计委 3 号令）第三条所规定的强制招标投标范围。

案例 160. 最高人民法院（2014）民一终字第 310 号“中国建筑股份有限公司与昆山市超华投资发展有限公司建设工程施工合同纠纷案”



关于涉案合同效力如何认定的问题。一审法院认为，1. 涉案工程属于必须招标项目。《中华人民共和国招标投标法》（以下简称招标投标法）第三条规定，在中华人民共和国境内进行下列工程建设项目包括项目的勘察、设计、施工、监理以及与工程建设有关的重要设备、材料等的采购，必须进行招标：（一）大型基础设施、公用事业等关系社会公共利益、公众安全的项目；（二）全部或者部分使用国有资金投资或者国家融资的项目；（三）使用国际组织或者外国政府贷款、援助资金的项目。前款所列项目的具体范围和规模标准，由国务院发展计划部门会同国务院有关部门制订，报国务院批

准。法律或者国务院对必须进行招标的其他项目的范围有规定的，依照其规定。依据招标投标法的授权，国家发展计划委员会 2000 年 5 月 1 日颁布《国家发展计划委员会工程建设项目招标范围和规模标准规定》(以下简称招标规定)，即国家计委 3 号令。招标规定第三条规定，关系社会公共利益、公众安全的公用事业项目的范围包括：(一)供水、供电、供气、供热等市政工程项目；(二)科技、教育、文化等项目；(三)体育、旅游等项目；(四)卫生、社会福利等项目；(五)商品住宅，包括经济适用住房；(六)其他公用事业项目。涉案“超华·欧尚购物中心”项目立项时为大卖场，工程完工后，一、二层实际已出租为大型超市使用，人流密集，工程质量直接关系公众人身、财产安全，属于上述规定中“关系社会公共利益、公众安全的公用事业项目的范围”，应认定属于必须招投标项目范围。承包人中建公司、发包人超华公司均主张涉案工程为非强制招标项目，不符合上述规定，不能成立。2. 915 合同无效。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》(以下简称建设工程司法解释)第一条第(三)项的规定，建设工程必须进行招标而未招标或者中标无效的，应当根据合同法第五十二条第五项的规定，认定无效。如上所述，涉案工程属于必须进行招标项目，但双方签订的 915 合同没有进行招投标，违反了法律强制性规定，应认定无效。3. 929 合同无效。招标投标法第四十三条规定，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。第五十五条规定，依法必须进行招标的项目，当事人进行实质性谈判影响中标结果的，中标无效。本案双方在正式招标前就投标价格等实质性内容进行谈判，并签订标前合同即 915 合同，最终中建公司中标，又签订备案的 929 合同，双方实际按 915 合同履行，双方的标前行为影响了中标结果，应认定中标无效。根据建设工程司法解释第一条第三项“建设工程中标无效的，建设工程施工合同认定无效”的规定和合同法第五十二条第五项之规定，929 合同违反法律强制性规定，应认定无效。

二审法院认为，本案昆山超华商贸城二期工程“超华·欧尚”购物中心项目是超华公司以自有资金予以投资，项目本身属于商业用途，非属由政府投资管理提供公共服务、关系社会公共利益、公众安全的相关工程项目，不属于《中华人民共和国招标投标法》第三条及《招标范围和规模标准规定》(国家计委 3 号令)第三条所规定的强制招标投标范围。依据合同法第五十二条第五项、《最高人民法院关于适用若干问题的解释(一)》第四条之规定，人民法院确认合同无效应当以全国人大及其常委会制定的法律和国务院制定的行政法规为依据，不得以地方性法规、行政规章为依据。一审

判决认定 915 合同无效不当，本院予以纠正。关于 926 合同的效力问题。926 合同虽经过招标和投标程序后签订，且招标投标过程中，超华公司委托的招标代理公司也通知邀请投标单位进行了投标，但该中标结果与之前超华公司与中建公司已签订 915 合同的总价款基本一致；同时，招投标之前，中建公司已开始进场施工，据此，双方的行为属于串通投标。根据招标投标法第五十三条之规定，招标人和投标人串通投标的，中标无效。一审判决认定 929 合同无效，依法有据，本院予以维持。

161. 承包人主张在确定中标人前承、发包双方就投标价格、投标方案等实质性内容进行过谈判和串通，仅有其单方陈述，不能举出其他书证、物证、视听资料、电子数据等证据佐证，其由此主张合同无效不予支持。

案例 161. 广西壮族自治区高级人民法院（2013）桂民一终字第 51 号“广西建工集团有限责任公司与梧州学院建设工程施工合同纠纷案”



关于《建设工程施工合同》的效力问题。二审法院认为，涉案梧州学院教学综合楼工程属于关系社会公共利益必须进行招投标的项目，梧州学院作为招标人在委托中介机构招标过程中，按照法定程序，经过公开招标、投标程序，于 2003 年 12 月 31 日发出中标通知书，确定建工集团为中标人，之后建工集团与梧州学院于 2004 年 1 月 8 日签订《建设工程施工合同》，此过程公开、合法，符合《中华人民共和国招标投标法》的相关规定。承包人建工集团在诉讼中主张在确定中标人前双方就投标价格、投标方案等实质性内容进行过谈判和串通，仅有建工集团单方陈述，不能举出其他书证、物证、视听资料、电子数据等证据佐证。建工集团还主张梧州学院授意案外人广西建工集团第三建筑工程有限责任公司、中化二建集团有限公司、南宁连冠建筑工程有限公司与建工集团四家单位进行串通投标，亦未能举出充分证据证明。本院二审中依职权调查取证的证人证言也不足以认定在确定中标人前双方就投标价格、投标方案等实质性内容进行过谈判。相反，梧州学院提交的《教学综合楼施工招标项目归档资料》等证据反映招标过程是依法进行的，因此，梧州市中级人民法院（2013）梧民一初字第 7 号民事判决认定中标有效，《建设工程施工合同》为有效合同并无不当。

类型三、商品住宅属于必须招标项目，因未招标，合同无效的情形

162.《工程建设项目招标范围和规模标准规定》是直接根据招标投标法的授权而制定，并经国务院批准发布施行的，故该规定的法律地位等同于招标投标法的规定，在被修改或者被更高层级的规范性文件取代之前，法院在按照招标投标法判断争议工程是否必须招标时应当适用。

案例 162. 最高人民法院（2016）最高法民申1285号“广西凯建筑工程有限公司与乐业县嘉乐房地产开发有限公司建设工程施工合同纠纷案”



关于本案工程是否必须进行招标程序。法院再审认为，招标投标法第三条规定：“在中华人民共和国境内进行下列工程建设项目包括项目的勘察、设计、施工、监理以及与工程建设有关的重要设备、材料等的采购，必须进行招标：（一）大型基础设施、公用事业等关系社会公共利益、公众安全的项目；……前款所列项目的具体范围和规模标准，由国务院发展计划部门会同国务院有关部门制订，报国务院批准。”原国家发展计划委员会经国务院批准于2000年5月发布的《工程建设项目招标范围和规模标准规定》第三条第（五）项规定：“关系社会公共利益、公众安全的公用事业项目的范围包括：……（五）商品住宅，包括经济适用住房。”本案建设工程系公务员小区，属于商品住宅，依据上述规定属于必须招标的范围。一审判决认为《工程建设项目招标范围和规模标准规定》属部门规章，不能作为认定合同效力的依据，在判断招标范围时不予适用该规定，是错误的。本案判断合同效力问题的依据是招标投标法以及施工合同司法解释的有关规定。《工程建设项目招标范围和规模标准规定》中关于必须招标工程范围的规定，并不直接涉及合同效力的判断问题，其只是界定了招标投标法中涉及的“关系社会公共利益、公众安全的公用事业项目”的范围，而这种范围和规模标准是直接根据招标投标法的授权而制定，并经国务院批准发布施行的，故该规定的法律地位等同于招标投标法的规定，在被修改或者被更高层级的规范性文件取代之前，法院在按照招标投标法判断争议工程是否必须招标时应当适用。

163. 国家发展计划委员会《工程建设项目招标范围和规模标准规定》是依照法定程序制定的，现仍为有效规定，原审法院依据该规定认定商品住宅的工程建设项目属于必须招标的工程建设项目，并无不当。关于合同效力的认定属于人民法院必须依职权主动审查事项，故即使当事人均认为合同有效，人民法院仍应根据法律规定对合同效力作出判断。

案例 163. 最高人民法院（2015）民申字第 2254 号“浙江天业建设有限公司与泰州市新东方房地产开发有限公司建设工程施工合同纠纷案”



原审法院认为，该工程建设项目根据国家发展计划委员会《工程建设项目招标范围和规模标准规定》属于必须招标的工程建设项目，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》第一条之规定，《施工合同意向协议》系未经招标签订的合同，应认定为无效。

天业公司再审申请认为，根据《江苏省工程建设项目招标范围和规模标准规定》，商品住宅的工程建设项目不属于必须招标项目，原审法院认定本案所涉工程建设项目属于必须招标项目，适用法律错误。

法院再审认为，国家发展计划委员会《工程建设项目招标范围和规模标准规定》是依照法定程序制定的，现仍为有效规定，原审法院依据该规定认定商品住宅的工程建设项目属于必须招标的工程建设项目，并无不当。此外，关于合同效力的认定属于人民法院必须依职权主动审查事项，故即使当事人均认为合同有效，人民法院仍应根据法律规定对合同效力作出判断。天业公司以当事人一致认定《施工合同意向协议》为有效合同为由主张该协议有效，缺乏依据，不予支持。即使《施工合同意向协议》有效，本案所涉工程价款也不当然以该协议作为结算依据。可见，《施工合同意向协议》效力的认定，不影响本案的实体审理。天业公司关于《施工合同意向协议》效力的再审理由，不予支持。

164. 在《中华人民共和国招标投标法》《工程建设项目招标范围和规模标准规定》相关法律法规对必须进行招投标项目没有进行修订的情况下，当事人以 2014 年住建部《关于推进建筑业发展和改革的若干意见》主张涉案工程不属于必须招投标项目，进而主张涉案《建设工程施工合同》应认定为有效没有法律依据。

案例 164. 最高人民法院（2015）民四终字第 30 号“肇东鹏程房地产开发有限责任公司、汇聚投资有限公司与江苏省苏中建设集团股份有限公司建设工程施工合同纠纷案”



关于涉案《建设工程施工合同》效力问题。法院再审认为，《招标投标法》第三条规定：“在中华人民共和国境内进行下列工程建设项目包括项目的勘察、设计、施工、监理以及与工程建设有关的重要设备、材料等的采购，必须进行招标：（一）大型基础设施、公用事业等关系社会公共利益、公众安全的项目；（二）全部或者部分使用国有资金投资或者国家融资的项目；（三）使用国际组织或者外国政府贷款、援助资金的项目。前款所列项目的具体范围和规模标准，由国务院发展计划部门会同国务院有关部门制订，报国务院批准。”2000年4月4日经国务院批准，2000年5月1日由国家发展计划委员会发布施行的《工程建设项目招标范围和规模标准规定》第三条规定：“关系社会公共利益、公众安全的公用事业项目的范围包括：（五）商品住宅，包括经济适用住房；”第七条规定：“本规定第二条至第六条规定范围内的各类工程建设项目，包括项目的勘察、设计、施工、监理以及与工程建设有关的重要设备、材料等的采购，达到下列标准之一的，必须进行招标：（一）施工单项合同估算价的200万元人民币以上的；”上述法律法规对必须进行招投标的项目进行了明确规定。鹏程开发与苏中建设公司《建设工程施工合同》签订于2009年10月，约定施工的项目为商品住宅项目，暂定工程总造价为9275万元，因此，涉案工程属于《中华人民共和国招标投标法》第三条规定的必须进行招标的工程。本院《建设工程解释》第一条规定：“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：（三）建设工程必须进行招标而未招标或者中标无效的。”据此，在上述法律法规及司法解释对必须进行招投标的建设工程及未经招标对建设工程施工合同效力

的影响有明确规定的情形下，鹏程开发公司、汇聚投资公司主张应依据诚实信用原则、公平原则及维护交易安全的审判理念等认定涉案《建设工程施工合同》有效，不符合法律适用规则。鹏程开发公司、汇聚投资公司依据2014年住建部《关于推进建筑业发展和改革的若干意见》主张涉案工程不属于必须招标投标项目，进而主张涉案《建设工程施工合同》应认定为有效。因该意见发布于2014年，本案《建设工程施工合同》签订于2009年，且在上述相关法律法规对必须进行招标投标项目没有进行修订的情况下，仅以该意见为依据主张原审认定涉案建设工程须经招标及《建设工程施工合同》无效错误，缺乏法律依据。综上，原审判决认定涉案《建设工程施工合同》因必须进行招标而未招标，违反法律、行政法规的效力性强制性规定，应为无效合同，适用法律并无不当。鹏程开发公司、汇聚投资公司关于涉案《建设工程施工合同》有效的上诉主张理由不成立，本院不予支持。

165. 针对商品房开发项目，当地建设行政主管部门同意采用直接发包的方式进行建设而签订的《建设工程施工合同》无效。

案例165. 最高人民法院（2014）民申字第463号“苏州东方威尼斯置业有限公司与中城建第六工程局集团有限公司建设工程合同纠纷案”



法院再审认为，案涉工程虽系东方威尼斯公司自行投资的商品房开发项目，当地建设行政主管部门也同意采用直接发包的方式进行工程建设，但国家发展计划委员会《工程建设项目招标范围和规模标准规定》第三条第（五）项明确规定商品住宅属于《中华人民共和国招标投标法》第三条第一款第（一）项规定的关系社会公共利益、公众安全的必须进行招标的工程建设项目范围，因此，案涉工程建设项目必须进行招标而未招标，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》第一条第（三）项的规定，案涉《建设工程施工合同》无效。

166. 商品住宅属于必须进行招标的项目。

案例 166. 最高人民法院（2016）最高法民终736号“远海建工（集团）有限公司与新疆厚德置业有限公司哈密分公司建设工程施工合同纠纷案”



关于《建安工程施工补充协议》及《建设工程施工合同》的效力如何认定的问题。法院再审查认为，《中华人民共和国招标投标法》第四十三条规定：“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”；第五十五条规定：“依法必须进行招标的项目，招标人违反本法规定，与投标人就投标价格、投标方案等实质性内容进行谈判的，给予警告，对单位直接负责的主管人员和其他直接责任人员依法给予处分。前款所列行为影响中标结果的，中标无效”。案涉工程的性质为商品住宅，施工合同估算价超过200万元，依据《中华人民共和国招标投标法》第三条、《工程建设项目招标范围和规模标准规定》第三条、第七条之规定，属于必须进行招标的项目。双方当事人对于必须进行招标的项目，在招标开始前就签订了《建安工程施工补充协议》，确定了远海公司为施工人，并对工程范围、工期、工程价款等做了具体明确的约定，属于就“实质性内容进行谈判”的情形，违反了《中华人民共和国招标投标法》第四十三条规定，故两份《建安工程施工补充协议》应为无效。同时，上述影响中标结果，依据《中华人民共和国招标投标法》第五十五条规定，中标应认定无效。中标无效后，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若干问题的解释》第一条规定，中标后签订的《建设工程施工合同》亦应认定无效，一审判决对此认定并无不当。

167. 商品住宅属于必须进行招标的关系社会公共利益、公众安全的大型公用事业项目，双方未经招标直接签订了《工程承包合同》，应认定无效。

案例 167. 河南省高级人民法院（2013）豫法民三终字第4号“灵宝市灵大房地产开发有限责任公司与河南天河建设工程有限公司建设工程施工合同纠纷案”



关于天河建设公司与灵大房产公司签订的《工程承包合同》是否有效问题。二审法院认为，清华园工程项目是商品住宅，总造价超过3000万元，属于《工程建设项目招标范围和规模标准规定》（国家发展和改革委员会第3号令）第三条、第七条规定的必须进行招标的关系社会公共利益、公众安全的大型公用事业项目。灵大房产公司和天河建设公司均认可双方未经招标直接签订了《工程承包合同》，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》第一条第（三）项之规定，该《工程承包合同》应认定无效。

168. 以市发展和改革局同意涉案工程不进行招标为由能否认定合同有效？《中华人民共和国招标投标法》第四条规定，任何单位和个人不得将依法必须进行招标的项目化整为零或者以其他任何方式规避招标。必须招标的工程项目，以市发展和改革局同意涉案工程不进行招标为由认为合同有效不能成立。

案例 168. 广东省江门市中级人民法院（2013）江中法民再字第34号“江门市蓬江区建筑集团有限公司与江门市芷琳房地产有限公司建设工程施工合同纠纷案”



2007年6月25日，蓬江建筑公司与芷琳公司未经招投标程序，双方协商一致分别签订了蓬江建筑2007-06-01号、2007-06-06号《建设工程施工合同》，两份合同约定由芷琳公司将自己开发的位于江门市江海区蓬江大桥南引桥西侧江海玉圭园C型1、2

幢，E型1、2幢，D型1、2幢商品住宅楼土建工程发包给蓬江建筑公司承包建设。

上述工程竣工移交，芷琳公司未依约付款。蓬江建筑公司起诉至江门市江海区人民法院请求芷琳公司向蓬江建筑公司支付工程款及逾期付款违约金等。

关于本案涉及的两份《建设工程施工合同》及《补充协议书》的效力问题。一审法院认为，蓬江建筑公司是具有房屋建筑工程施工总承包叁级资质的建筑企业，其与芷琳公司签订的《建设工程施工合同》及《补充协议书》，是双方当事人的真实意思表示，合同内容不违反法律、行政法规的禁止性规定，应认定为有效合同或协议书。芷琳公司抗辩认为双方所签订的《建设工程施工合同》及《补充协议书》违反《中华人民共和国招标投标法》（下称《招标投标法》）第三条、国家发展计划委员会（现为国家发展和改革委员会）制订的《工程建设项目招标范围和规模标准规定》（下称《规定》）第三条以及《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》第一条第（三）项的规定而无效。《中华人民共和国合同法》第五十二条规定：“有下列情形之一的，合同无效：……（五）违反法律、行政法规的强制性规定”，在判断合同效力的问题上，仅能以法律、行政法规的规定为据，而《招标投标法》第三条并无明文规定商品住宅楼建设必须经过招标投标，《规定》是部门规章，不是行政法规，因此，芷琳公司的上述抗辩主张，不予采信。

二审法院认为，《招标投标法》第三条规定，在中华人民共和国境内进行下列工程建设项目包括项目的勘察、设计、施工、监理以及与工程建设有关的重要设备、材料等的采购必须进行招标：（一）大型基础设施、公用事业等关系社会公共利益、公共安全的项目；（二）全部或者部分使用国有资金投资或者国家融资的项目；（三）使用国际组织或者外国政府贷款、援助资金的项目。蓬江建筑公司虽然提交了一份江门市发展和改革局核准的可以不招标的文件，但是《合同法》第五十二条第（五）项规定，违反法律、行政法规的强制性规定，合同无效。但诉争工程是大型商业住宅，是关系社会公共利益的基础设施项目，符合《招标投标法》中必须招标的条件。而《招标投标法》是全国人大常委会制定的法律。由于芷琳公司和蓬江建筑公司签订的《建设工程施工合同》以及《补充协议书》因违反了《招标投标法》的效力性强制性规定，依法应认定无效。

蓬江建筑公司申请再辩称，2007年5月14日，江门市发展和改革局核发江发改资（2007）166号文《关于核准江门市芷琳房地产有限公司兴建江海玉圭园小区商住楼的通知》，核准芷琳公司开发的江门市江海区玉圭园小区商住楼工程施工不采用招

标方式发包。蓬江建筑公司认为，本案施工工程经江门市发展和改革局核准不采用招标方式，蓬江建筑公司与芷琳公司据此签订的《建设工程施工合同》及其《补充协议书》合法有效。二审以施工工程未经招标为由认定双方签订的合同无效，是适用法律错误。根据我国《招标投标法》第三条的规定，以及2001年6月28日国家发展计划委员会第9号令《建设项目可行性研究报告增加招标内容以及核准招标事项暂行规定》第五条“属于下列情况之一的，建设项目可以不进行招标。但在可行性研究报告中须提出不招标申请，并说明不招标原因：……（三）承包商、供应商或者服务提供者少于三家，不能形成有效竞争的；（四）其他原因不适宜招标的”的规定，经相关职能审批部门批准，建设工程施工可以不进行招标。本案施工工程经江门市发展和改革局核准不采用招标方式。因此，蓬江建筑公司与芷琳公司签订的《建设工程施工合同》及其《补充协议书》，符合我国《招标投标法》及国家发展计划委员会的有关规定，为合法有效合同。

再审争议焦点：经江门市发展和改革局核准不采用招标方式而签订的建设工程施工合同是否有效。

再审裁判要点：《招标投标法》第三条规定：“在中华人民共和国境内进行下列工程建设项目包括项目的勘察、设计、施工、监理以及与工程建设有关的重要设备、材料等的采购必须进行招标：（一）大型基础设施、公用事业等关系社会公共利益、公共安全的项目；（二）全部或者部分使用国有资金投资或者国家融资的项目；（三）使用国际组织或者外国政府贷款、援助资金的项目。前款所列项目的具体范围和规模标准，由国务院发展计划部门会同国务院有关部门制订，报国务院批准。”国家发展计划委员会发布的《工程建设项目招标范围和规模标准规定》第三条规定：“关系社会公共利益、公众安全的公用事业项目的范围包括：“……（五）商品住宅，包括经济适用住房；……”因此，涉案工程属于《招标投标法》第三条规定中必须进行招标的项目，但该工程并没有进行招标。根据《合同法》第五十二条第（五）项规定，违反法律、行政法规的强制性规定，合同无效。因此，芷琳公司和蓬江建筑公司签订的《建设工程施工合同》以及《补充协议书》因违反上述规定而无效。蓬江建筑公司以江门市发展和改革局同意涉案工程不进行招标为由认为合同有效。因涉案工程属于《招标投标法》第三条规定中必须进行招标的项目，根据该法第四条规定，任何单位和个人不得将依法必须进行招标的项目化整为零或者以其他任何方式规避招标。因此，蓬江建筑公司的抗辩合同有效的理由不能成立。

169. 科研用地工程项目里包含有商品住宅是否属于必须进行招标的工程项目？讼争的科技大厦用地属于科研用地，并且科技大厦工程里包含有商品住宅，属于必须进行招标的工程项目。

案例 169. 广西壮族自治区高级人民法院（2014）桂民一终字第7号“广西华业建筑工程有限公司、卢光昌与南宁宽博科技人员创业服务有限责任公司建设工程施工合同纠纷案”



关于宽博公司与华业公司签订的《建设工程施工合同》是否有效的问题。二审法院认为，由于本案讼争的科技大厦用地属于科研用地，并且科技大厦工程里包含有商品住宅，根据中华人民共和国国家发展和改革委员会令（第3号）《工程建设项目招标范围和规模标准规定》第三条“关系社会公共利益、公众安全的公用事业项目的范围包括：……（二）科技、教育、文化等项目；……（五）商品住宅，包括经济适用住房”的规定，本案的科技大厦工程属于关系社会公共利益、公众安全的公用事业项目。而关系社会公共利益、公众安全的公用事业项目，根据《中华人民共和国招标投标法》第三条“在中华人民共和国境内进行下列工程建设项目包括项目的勘察、设计、施工、监理以及与工程建设有关的重要设备、材料等的采购，必须进行招标：（一）大型基础设施、公用事业等关系社会公共利益、公众安全的项目；……”的规定，科技大厦工程又属于必须进行招标的工程项目。因宽博公司在进行招投标之前就与华业公司对本案的工程价款、工期、结算等进行实质性地磋商，并签订了《工程承包协议》，承诺给华业公司中标。根据《中华人民共和国招标投标法》第五十五条“依法必须进行招标的项目，招标人违反本法规定，与投标人就投标价格、投标方案等实质性内容进行谈判的，……前款所列行为影响中标结果的，中标无效”的规定，应认定本案的招投标行为无效。因此，宽博公司与华业公司签订的《建设工程施工合同》也无效。

类型四、商品住宅不属于必须招标项目，因未招标，合同有效的情形

170. 案涉商品住宅并非属于涉及社会公共利益、公共安全的公用事业商品住宅，故以未履行招标程序而无效的主张不能成立。

案例 170. 海南省高级人民法院（2014）琼环民终字第 2 号“深圳市中邦（集团）建设总承包有限公司与万宁钓鱼台山水温泉旅业有限公司、海南山之水旅业投资有限公司建设工程施工合同纠纷案”



关于 B 公司、C 公司与 A 建设总承包公司 2010 年 7 月 15 日签订的《建设工程施工合同》是否为无效合同问题。二审法院认为，尽管依据《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》第一条第（三）项的规定，建设工程必须进行招标而未招标或者中标无效的，应当根据合同法第五十二条第（五）项的规定认定无效，但依据《中华人民共和国招标投标法》第三条第一款第（一）项的规定，只有在中华人民共和国境内进行的大型基础设施、公用事业等关系社会公共利益、公共安全的项目才必须进行招标。根据该条第二款的规定，对于大型基础设施、公用事业等关系社会公共利益、公共安全项目的具体范围和规模标准，由国务院发展计划部门会同国务院有关部门制订，报国务院批准。经国务院批准，国家发展计划委员会于 2000 年 5 月 1 日发布了《工程建设项目招标范围和规模标准规定》，该《规定》第三条规定：关系社会公共利益、公共安全的公用事业项目的范围包括商品住宅，其中包括经济适用住房。可见，该条中的“商品住宅”系指关系社会公共利益、公共安全的公用事业的商品住宅，本案《施工合同》所涉商品住宅并非涉及社会公共利益、公共安全的公用事业商品住宅，故 B 公司以该《施工合同》因未履行招标程序而无效的主张不能成立。该《施工合同》系各方当事人真实意思的表示，未违反法律、行政法规的效力性禁止性规定，应属有效。本案已查明的事实表明，《施工合同》签订后，A 建设总承包公司为履行合同做了大量的准备工作，但 B 公司却未依约完成项目相关拆迁工作，未依照双方约定的项目工程量办理施工许可证等，且在未经 A 建设总承包公司同

意的情况下，单方通知解除合同，并将工程另行发包他人，已构成违约。B公司违约，无权单方解除合同，但鉴于其已将工程另行发包他人，本案《施工合同》事实上已无法继续履行，故应予解除。

综上所述，原判认定事实清楚，适用法律正确。判决驳回上诉，维持原判。

171. 涉案商品房开发，无论从项目性质，还是资金来源上看，均不属于必须强制招标的项目范围。且当地建设行政主管部门也同意本案工程采用直接发包的方式。故发包人以直接发包方式与承包人签订施工合同后，再行主张合同无效，理由不能成立。

案例 171. 江苏省高级人民法院（2013）苏民终字第 0230 号“中城建第六工程局集团有限公司与苏州东方威尼斯置业有限公司建设工程合同纠纷案”



关于涉案工程是否因未履行招投标程序而导致合同无效的问题。二审法院认为，《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》第一条规定，建设工程必须进行招标而未招标的，双方当事人所签订的建设工程施工合同为无效合同。而强制招标的项目，是指国家投资、融资的项目、关系到社会公共利益和公共安全的项目或者使用国家统借外债的项目。而本案项目属于商品房开发，无论从项目性质，还是资金来源上看，均不属于必须强制招标的项目范围。且当地建设行政主管部门也同意本案工程采用直接发包的方式。故威尼斯公司以直接发包方式与中城建公司签订施工合同后，再行主张合同无效，理由不能成立，原审法院未予支持，并无不当。

172. 住宅楼工程经市建设局审核,认为符合《江苏省房屋建筑和市政基础设施工程施工直接发包管理暂行办法》的规定,同意由发包人直接发包的工程,不属于必须进行招投标的工程。

案例 172. 最高人民法院(2014)民申字第90号“江苏南通六建建设集团有限公司与昆山华强房地产开发有限公司建设工程施工合同纠纷案”



关于住宅楼工程是否存在黑白合同问题。法院再审认为,《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》第二十一条规定:当事人就同一建设工程另行订立的建设工程施工合同与经过备案的中标合同实质性内容不一致的,应当以备案的中标合同作为结算工程价款的根据。适用该条的前提条件是工程属于必须进行招投标的工程。本案A建设集团施工的住宅楼工程系经江苏省昆山市建设局审核,认为符合《江苏省房屋建筑和市政基础设施工程施工直接发包管理暂行办法》的规定,同意由B房地产开发公司直接予以发包的工程,不属于上述规定的适用范围。A建设集团称与B房地产开发公司就住宅楼工程签订的《建设工程施工合同》与《补充协议》之间构成黑白合同关系缺乏法律依据。

类型五、违法招投标，但合同有效的情形

173.《中华人民共和国招标投标法》第四十三条“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。”系从行政管理角度规范招标人在公开开标前订立合同的要求，属于管理性强制性规定，并非效力性强制性规定。非必须招标的工程项目，《建设工程施工合同》在《中标通知书》前签订，虽然违反《中华人民共和国招标投标法》第四十三条规定，但不必然无效。

案例 173. 最高人民法院（2015）民申字第280号“河北省乾荣城市建设有限公司与石家庄市麟凯房地产开发有限公司建设工程施工合同纠纷案”



关于二审判决《建设工程施工合同》有效是否正确的问题。最高人民法院再认为，依照《中华人民共和国合同法》第五十二条及《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（二）》第十四条规定，违反法律、行政法规效力性强制性规定的合同无效。本案中，麟凯公司与乾荣公司于2005年10月17日签订一份《建设工程施工合同》，主要约定麟凯公司将涉案工程发包给乾荣公司施工，合同价款为1900万元，合同工期为396天。从乾荣公司提供的《中标通知书》来看，麟凯公司于2005年11月17日才公开开标，于2005年11月23日才通知乾荣公司以19465735.3元中标该工程施工，工期为760天。1、从时间上看，《建设工程施工合同》在《中标通知书》前签订。《中华人民共和国招标投标法》第四十三条规定：“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。”违反该规定的，对属《中华人民共和国招标投标法》第三条规定必须进行招标的建设项目，《中华人民共和国招标投标法》在第五十五条中规定中标无效，但对不属《中华人民共和国招标投标法》第三条规定必须进行招标的建设项目，《中华人民共和国招标投标法》中并无相应条款规定中标无效。可见，《中华人民共和国招标投标法》第四十三条规定系从行政管理角度规范招标人在公开开标前订立合同的要求，属于管理性强制性

规定，并非效力性强制性规定。而本案工程既非大型基础设施、公用事业等关系社会公共利益、公众安全的项目，亦非全部或者部分使用国有资金投资或者国家融资的项目，更非使用国际组织或者外国政府贷款、援助资金的项目，即不属《中华人民共和国招标投标法》第三条规定必须进行招标的建设项目。据此，上述《建设工程施工合同》在《中标通知书》前签订，虽然违反《中华人民共和国招标投标法》第四十三条规定，但不必然无效，二审判决认定有效，适用法律并无不当。乾荣公司申请再审提出无效的理由，缺乏事实和法律依据，不能成立。

2. 从内容上看，《建设工程施工合同》与《中标通知书》不一致。《中华人民共和国招标投标法》第四十六条第一款规定：“招标人和中标人应当自中标通知书发出之日起三十日内，按照招标文件和中标人的投标文件订立书面合同；招标人和中标人不得再行订立背离合同实质性内容的其他协议。”违反该规定的，《中华人民共和国招标投标法》在第五十九条中规定责令改正，可以处中标项目金额千分之五以上千分之十以下的罚款，但并无相应条款规定招标人和中标人订立的合同无效。可见，《中华人民共和国招标投标法》第四十六条第一款规定系从行政管理角度规范招标人和中标人在公开开标后订立合同的要求，属于管理性强制性规定，而非效力性强制性规定。据此，上述《建设工程施工合同》与《中标通知书》不一致，虽然违反该规定，但不必然无效，二审判决认定有效，适用法律亦无不当。乾荣公司申请再审提出无效的理由，缺乏事实和法律依据，不能成立。

174. 发包方为获得承包人垫资施工利益，未经招投标即允许承包人进场施工，诉讼中为避免承担合同风险，主张合同无效，具有恶意因素，应认定案涉合同有效。

案例174. 最高人民法院（2014）民一终字第181号“山西长实房地产开发集团有限公司、山西晋豪国际大酒店有限公司与江苏南通六建建设集团有限公司其他合同纠纷案”



关于案涉《施工合同》及《补充合同条款》的效力问题。二审法院认为，案涉天家园项目《建设工程入场交易证明》、2009年7月27日太原市建筑工程交易中心出

具的工程招标服务费发票及长实公司的自认均证实，案涉天天家园建设工程项目履行了招投标程序。长实公司和晋豪公司关于案涉《施工合同》《补充合同条款》未履行招投标程序因认定无效的主张，理据不足，本院不予支持。本案虽然存在南通六建进场施工后，长实公司方将案涉工程进行招投标的事实，但一审判决基于长实公司、晋豪公司并未提供证据证明上述招投标具有《中华人民共和国招标投标法》规定的中标无效情形，同时结合案涉工程属于太原市杏花岭区政府招商引资项目“希尔顿大酒店”的相关配套工程，长实公司作为发包方为获得南通六建垫资施工利益，未经招投标即允许南通六建进场施工，诉讼中为避免承担合同风险，主张合同无效，具有恶意的因素，认定案涉《施工合同》及《补充合同条款》有效，并无不妥。

裁判依据或参考

法律法规

《中华人民共和国招标投标法》(2000年1月1日 2017年修正)

第三条 在中华人民共和国境内进行下列建设工程项目包括项目的勘察、设计、施工、监理以及与工程建设有关的重要设备、材料等的采购，必须进行招标：

- (一) 大型基础设施、公用事业等关系社会公共利益、公众安全的项目；
- (二) 全部或者部分使用国有资金投资或者国家融资的项目；
- (三) 使用国际组织或者外国政府贷款、援助资金的项目。

前款所列项目的具体范围和规模标准，由国务院发展计划部门会同国务院有关部门制订，报国务院批准。

法律或者国务院对必须进行招标的其他项目的范围有规定的，依照其规定。

第四条 任何单位和个人不得将依法必须进行招标的项目化整为零或者以其他任何方式规避招标。

第五条 招标投标活动应当遵循公开、公平、公正和诚实信用的原则。

第六条 依法必须进行招标的项目，其招标投标活动不受地区或者部门的限制。任何单位和个人不得违法限制或者排斥本地区、本系统以外的法人或者其他组织参加投标，不得以任何方式非法干涉招标投标活动。

《中华人民共和国招标投标法实施条例》(2012年2月1日 国务院令第613号 2018年修正)

第二条 招标投标法第三条所称工程建设项目，是指工程以及与工程建设有关的货物、服务。

前款所称工程，是指建设工程，包括建筑物和构筑物的新建、改建、扩建及其相关的装修、拆除、修缮等；所称与工程建设有关的货物，是指构成工程不可分割的组成部分，且为实现工程基本功能所必需的设备、材料等；所称与工程建设有关的服务，是指为完成工程所需的勘察、设计、监理等服务。

第三条 依法必须进行招标的工程建设项目的具体范围和规模标准，由国务院发展改革部门会同国务院有关部门制订，报国务院批准后公布施行。

第二章 招 标

第七条 按照国家有关规定需要履行项目审批、核准手续的依法必须进行招标的项目，其招标范围、招标方式、招标组织形式应当报项目审批、核准部门审批、核准。项目审批、核准部门应当及时将审批、核准确定的招标范围、招标方式、招标组织形式通报有关行政监督部门。

第八条 国有资金占控股或者主导地位的依法必须进行招标的项目，应当公开招标；但有下列情形之一的，可以邀请招标：

(一) 技术复杂、有特殊要求或者受自然环境限制，只有少量潜在投标人可供选择；

(二) 采用公开招标方式的费用占项目合同金额的比例过大。

有前款第二项所列情形，属于本条例第七条规定的项目，由项目审批、核准部门在审批、核准项目时作出认定；其他项目由招标人申请有关行政监督部门作出认定。

第九条 除招标投标法第六十六条规定的可以不进行招标的特殊情况外，有下列情形之一的，可以不进行招标：

(一) 需要采用不可替代的专利或者专有技术；

(二) 采购人依法能够自行建设、生产或者提供；

(三) 已通过招标方式选定的特许经营项目投资人依法能够自行建设、生产或者提供；

(四) 需要向原中标人采购工程、货物或者服务，否则将影响施工或者功能配套要求；

(五) 国家规定的其他特殊情形。

招标人为适用前款规定弄虚作假的,属于招标投标法第四条规定的规避招标。

第十条 招标投标法第十二条第二款规定的招标人具有编制招标文件和组织评标能力,是指招标人具有与招标项目规模和复杂程度相适应的技术、经济等方面的专业人员。

第十一条 国务院住房城乡建设、商务、发展改革、工业和信息化等部门,按照规定的职责分工对招标代理机构依法实施监督管理。

第十三条 招标代理机构在招标人委托的范围内开展招标代理业务,任何单位和个人不得非法干涉。

招标代理机构代理招标业务,应当遵守招标投标法和本条例关于招标人的规定。招标代理机构不得在所代理的招标项目中投标或者代理投标,也不得为所代理的招标项目的投标人提供咨询。

第十四条 招标人应当与被委托的招标代理机构签订书面委托合同,合同约定的收费标准应当符合国家有关规定。

第十五条 公开招标的项目,应当依照招标投标法和本条例的规定发布招标公告、编制招标文件。

招标人采用资格预审办法对潜在投标人进行资格审查的,应当发布资格预审公告、编制资格预审文件。

依法必须进行招标的项目的资格预审公告和招标公告,应当在国务院发展改革部门依法指定的媒介发布。在不同媒介发布的同一招标项目的资格预审公告或者招标公告的内容应当一致。指定媒介发布依法必须进行招标的项目的境内资格预审公告、招标公告,不得收取费用。

编制依法必须进行招标的项目的资格预审文件和招标文件,应当使用国务院发展改革部门会同有关行政监督部门制定的标准文本。

第十六条 招标人应当按照资格预审公告、招标公告或者投标邀请书规定的时间、地点发售资格预审文件或者招标文件。资格预审文件或者招标文件的发售期不得少于5日。

招标人发售资格预审文件、招标文件收取的费用应当限于补偿印刷、邮寄的成本支出,不得以营利为目的。

第十七条 招标人应当合理确定提交资格预审申请文件的时间。依法必须进行

招标的项目提交资格预审申请文件的时间，自资格预审文件停止发售之日起不得少于5日。

第十八条 资格预审应当按照资格预审文件载明的标准和方法进行。

国有资金占控股或者主导地位的依法必须进行招标的项目，招标人应当组建资格审查委员会审查资格预审申请文件。资格审查委员会及其成员应当遵守招标投标法和本条例有关评标委员会及其成员的规定。

第十九条 资格预审结束后，招标人应当及时向资格预审申请人发出资格预审结果通知书。未通过资格预审的申请人不具有投标资格。

通过资格预审的申请人少于3个的，应当重新招标。

第二十条 招标人采用资格后审办法对投标人进行资格审查的，应当在开标后由评标委员会按照招标文件规定的标准和方法对投标人的资格进行审查。

第二十一条 招标人可以对已发出的资格预审文件或者招标文件进行必要的澄清或者修改。澄清或者修改的内容可能影响资格预审申请文件或者投标文件编制的，招标人应当在提交资格预审申请文件截止时间至少3日前，或者投标截止时间至少15日前，以书面形式通知所有获取资格预审文件或者招标文件的潜在投标人；不足3日或者15日的，招标人应当顺延提交资格预审申请文件或者投标文件的截止时间。

第二十二条 潜在投标人或者其他利害关系人对资格预审文件有异议的，应当在提交资格预审申请文件截止时间2日前提出；对招标文件有异议的，应当在投标截止时间10日前提出。招标人应当自收到异议之日起3日内作出答复；作出答复前，应当暂停招标投标活动。

第二十三条 招标人编制的资格预审文件、招标文件的内容违反法律、行政法规的强制性规定，违反公开、公平、公正和诚实信用原则，影响资格预审结果或者潜在投标人投标的，依法必须进行招标的项目的招标人应当在修改资格预审文件或者招标文件后重新招标。

第二十四条 招标人对招标项目划分标段的，应当遵守招标投标法的有关规定，不得利用划分标段限制或者排斥潜在投标人。依法必须进行招标的项目的招标人不得利用划分标段规避招标。

第二十五条 招标人应当在招标文件中载明投标有效期。投标有效期从提交投标文件的截止之日起算。

第二十六条 招标人在招标文件中要求投标人提交投标保证金的，投标保证金不

得超过招标项目估算价的2%。投标保证金有效期应当与投标有效期一致。

依法必须进行招标的项目的境内投标单位，以现金或者支票形式提交的投标保证金应当从其基本账户转出。

招标人不得挪用投标保证金。

第二十七条 招标人可以自行决定是否编制标底。一个招标项目只能有一个标底。标底必须保密。

接受委托编制标底的中介机构不得参加受托编制标底项目的投标，也不得为该项目的投标人编制投标文件或者提供咨询。

招标人设有最高投标限价的，应当在招标文件中明确最高投标限价或者最高投标限价的计算方法。招标人不得规定最低投标限价。

第二十八条 招标人不得组织单个或者部分潜在投标人踏勘项目现场。

第二十九条 招标人可以依法对工程以及与工程建设有关的货物、服务全部或者部分实行总承包招标。以暂估价形式包括在总承包范围内的工程、货物、服务属于依法必须进行招标的项目范围且达到国家规定规模标准的，应当依法进行招标。

前款所称暂估价，是指总承包招标时不能确定价格而由招标人在招标文件中暂时估定的工程、货物、服务的金额。

第三十条 对技术复杂或者无法精确拟定技术规格的项目，招标人可以分两阶段进行招标。

第一阶段，投标人按照招标公告或者投标邀请书的要求提交不带报价的技术建议，招标人根据投标人提交的技术建议确定技术标准和要求，编制招标文件。

第二阶段，招标人向在第一阶段提交技术建议的投标人提供招标文件，投标人按照招标文件的要求提交包括最终技术方案和投标报价的投标文件。

招标人要求投标人提交投标保证金的，应当在第二阶段提出。

第三十一条 招标人终止招标的，应当及时发布公告，或者以书面形式通知被邀请的或者已经获取资格预审文件、招标文件的潜在投标人。已经发售资格预审文件、招标文件或者已经收取投标保证金的，招标人应当及时退还所收取的资格预审文件、招标文件的费用，以及所收取的投标保证金及银行同期存款利息。

第三十二条 招标人不得以不合理的条件限制、排斥潜在投标人或者投标人。

招标人有下列行为之一的，属于以不合理条件限制、排斥潜在投标人或者投标人：

(一) 就同一招标项目向潜在投标人或者投标人提供有差别的项目信息；

(二) 设定的资格、技术、商务条件与招标项目的具体特点和实际需要不相适应或者与合同履行无关;

(三) 依法必须进行招标的项目以特定行政区域或者特定行业的业绩、奖项作为加分条件或者中标条件;

(四) 对潜在投标人或者投标人采取不同的资格审查或者评标标准;

(五) 限定或者指定特定的专利、商标、品牌、原产地或者供应商;

(六) 依法必须进行招标的项目非法限定潜在投标人或者投标人的所有制形式或者组织形式;

(七) 以其他不合理条件限制、排斥潜在投标人或者投标人。

第三章 投 标

第三十三条 投标人参加依法必须进行招标的项目的投标, 不受地区或者部门的限制, 任何单位和个人不得非法干涉。

第三十四条 与招标人存在利害关系可能影响招标公正性的法人、其他组织或者个人, 不得参加投标。

单位负责人为同一人或者存在控股、管理关系的不同单位, 不得参加同一标段投标或者未划分标段的同一招标项目投标。

违反前两款规定的, 相关投标均无效。

第三十五条 投标人撤回已提交的投标文件, 应当在投标截止时间前书面通知招标人。招标人已收取投标保证金的, 应当自收到投标人书面撤回通知之日起5日内退还。

投标截止后投标人撤销投标文件的, 招标人可以不退还投标保证金。

第三十六条 未通过资格预审的申请人提交的投标文件, 以及逾期送达或者不按照招标文件要求密封的投标文件, 招标人应当拒收。

招标人应当如实记载投标文件的送达时间和密封情况, 并存档备查。

第三十七条 招标人应当在资格预审公告、招标公告或者投标邀请书中载明是否接受联合体投标。

招标人接受联合体投标并进行资格预审的, 联合体应当在提交资格预审申请文件前组成。资格预审后联合体增减、更换成员的, 其投标无效。

联合体各方在同一招标项目中以自己名义单独投标或者参加其他联合体投标的, 相关投标均无效。

第三十八条 投标人发生合并、分立、破产等重大变化的，应当及时书面告知招标人。投标人不再具备资格预审文件、招标文件规定的资格条件或者其投标影响招标公正性的，其投标无效。

第三十九条 禁止投标人相互串通投标。

有下列情形之一的，属于投标人相互串通投标：

- (一) 投标人之间协商投标报价等投标文件的实质性内容；
- (二) 投标人之间约定中标人；
- (三) 投标人之间约定部分投标人放弃投标或者中标；
- (四) 属于同一集团、协会、商会等组织成员的投标人按照该组织要求协同投标；
- (五) 投标人之间为谋取中标或者排斥特定投标人而采取的其他联合行动。

第四十条 有下列情形之一的，视为投标人相互串通投标：

- (一) 不同投标人的投标文件由同一单位或者个人编制；
- (二) 不同投标人委托同一单位或者个人办理投标事宜；
- (三) 不同投标人的投标文件载明的项目管理成员为同一人；
- (四) 不同投标人的投标文件异常一致或者投标报价呈规律性差异；
- (五) 不同投标人的投标文件相互混装；
- (六) 不同投标人的投标保证金从同一单位或者个人的账户转出。

第四十一条 禁止招标人与投标人串通投标。

有下列情形之一的，属于招标人与投标人串通投标：

- (一) 招标人在开标前开启投标文件并将有关信息泄露给其他投标人；
- (二) 招标人直接或者间接向投标人泄露标底、评标委员会成员等信息；
- (三) 招标人明示或者暗示投标人压低或者抬高投标报价；
- (四) 招标人授意投标人撤换、修改投标文件；
- (五) 招标人明示或者暗示投标人为特定投标人中标提供方便；
- (六) 招标人与投标人为谋求特定投标人中标而采取的其他串通行为。

第四十二条 使用通过受让或者租借等方式获取的资格、资质证书投标的，属于招标投标法第三十三条规定的以他人名义投标。

投标人有下列情形之一的，属于招标投标法第三十三条规定的以其他方式弄虚作假的行为：

- (一) 使用伪造、变造的许可证件；

- (二) 提供虚假的财务状况或者业绩;
- (三) 提供虚假的项目负责人或者主要技术人员简历、劳动关系证明;
- (四) 提供虚假的信用状况;
- (五) 其他弄虚作假的行为。

第四十三条 提交资格预审申请文件的申请人应当遵守招标投标法和本条例有关投标人的规定。

第四章 开标、评标和中标

第四十四条 招标人应当按照招标文件规定的时间、地点开标。

投标人少于3个的,不得开标;招标人应当重新招标。

投标人对开标有异议的,应当在开标现场提出,招标人应当当场作出答复,并制作记录。

第四十五条 国家实行统一的评标专家专业分类标准和管理办法。具体标准和办法由国务院发展改革部门会同国务院有关部门制定。

省级人民政府和国务院有关部门应当组建综合评标专家库。

第四十六条 除招标投标法第三十七条第三款规定的特殊招标项目外,依法必须进行招标的项目,其评标委员会的专家成员应当从评标专家库内相关专业的专家名单中以随机抽取方式确定。任何单位和个人不得以明示、暗示等任何方式指定或者变相指定参加评标委员会的专家成员。

依法必须进行招标的项目的招标人非因招标投标法和本条例规定的事由,不得更换依法确定的评标委员会成员。更换评标委员会的专家成员应当依照前款规定进行。

评标委员会成员与投标人有利害关系的,应当主动回避。

有关行政监督部门应当按照规定的职责分工,对评标委员会成员的确定方式、评标专家的抽取和评标活动进行监督。行政监督部门的工作人员不得担任本部门负责监督项目的评标委员会成员。

第四十七条 招标投标法第三十七条第三款所称特殊招标项目,是指技术复杂、专业性强或者国家有特殊要求,采取随机抽取方式确定的专家难以保证胜任评标工作的项目。

第四十八条 招标人应当向评标委员会提供评标所必需的信息,但不得明示或者暗示其倾向或者排斥特定投标人。

招标人应当根据项目规模和技术复杂程度等因素合理确定评标时间。超过三分之

一的评标委员会成员认为评标时间不够的，招标人应当适当延长。

评标过程中，评标委员会成员有回避事由、擅离职守或者因健康等原因不能继续评标的，应当及时更换。被更换的评标委员会成员作出的评审结论无效，由更换后的评标委员会成员重新进行评审。

第四十九条 评标委员会成员应当依照招标投标法和本条例的规定，按照招标文件规定的评标标准和方法，客观、公正地对投标文件提出评审意见。招标文件没有规定的评标标准和方法不得作为评标的依据。

评标委员会成员不得私下接触投标人，不得收受投标人给予的财物或者其他好处，不得向招标人征询确定中标人的意向，不得接受任何单位或者个人明示或者暗示提出的倾向或者排斥特定投标人的要求，不得有其他不客观、不公正履行职务的行为。

第五十条 招标项目设有标底的，招标人应当在开标时公布。标底只能作为评标的参考，不得以投标报价是否接近标底作为中标条件，也不得以投标报价超过标底上下浮动范围作为否决投标的条件。

第五十一条 有下列情形之一的，评标委员会应当否决其投标：

- (一) 投标文件未经投标单位盖章和单位负责人签字；
- (二) 投标联合体没有提交共同投标协议；
- (三) 投标人不符合国家或者招标文件规定的资格条件；
- (四) 同一投标人提交两个以上不同的投标文件或者投标报价，但招标文件要求提交备选投标的除外；
- (五) 投标报价低于成本或者高于招标文件设定的最高投标限价；
- (六) 投标文件没有对招标文件的实质性要求和条件作出响应；
- (七) 投标人有串通投标、弄虚作假、行贿等违法行为。

第五十二条 投标文件中有含义不明确的内容、明显文字或者计算错误，评标委员会认为需要投标人作出必要澄清、说明的，应当书面通知该投标人。投标人的澄清、说明应当采用书面形式，并不得超出投标文件的范围或者改变投标文件的实质性内容。

评标委员会不得暗示或者诱导投标人作出澄清、说明，不得接受投标人主动提出的澄清、说明。

第五十三条 评标完成后，评标委员会应当向招标人提交书面评标报告和中标候选人名单。中标候选人应当不超过3个，并标明排序。

评标报告应当由评标委员会全体成员签字。对评标结果有不同意见的评标委员会

成员应当以书面形式说明其不同意见和理由，评标报告应当注明该不同意见。评标委员会成员拒绝在评标报告上签字又不书面说明其不同意见和理由的，视为同意评标结果。

第五十四条 依法必须进行招标的项目，招标人应当自收到评标报告之日起3日内公示中标候选人，公示期不得少于3日。

投标人或者其他利害关系人对依法必须进行招标的项目的评标结果有异议的，应当在中标候选人公示期间提出。招标人应当自收到异议之日起3日内作出答复；作出答复前，应当暂停招标投标活动。

第五十五条 国有资金占控股或者主导地位的依法必须进行招标的项目，招标人应当确定排名第一的中标候选人为中标人。排名第一的中标候选人放弃中标、因不可抗力不能履行合同、不按照招标文件要求提交履约保证金，或者被查实存在影响中标结果的违法行为等情形，不符合中标条件的，招标人可以按照评标委员会提出的中标候选人名单排序依次确定其他中标候选人为中标人，也可以重新招标。

第五十六条 中标候选人的经营、财务状况发生较大变化或者存在违法行为，招标人认为可能影响其履约能力的，应当在发出中标通知书前由原评标委员会按照招标文件规定的标准和方法审查确认。

第五十七条 招标人和中标人应当依照招标投标法和本条例的规定签订书面合同，合同的标的、价款、质量、履行期限等主要条款应当与招标文件和中标人的投标文件的内容一致。招标人和中标人不得再行订立背离合同实质性内容的其他协议。

招标人最迟应当在书面合同签订后5日内向中标人和未中标的投标人退还投标保证金及银行同期存款利息。

第五十八条 招标文件要求中标人提交履约保证金的，中标人应当按照招标文件的要求提交。履约保证金不得超过中标合同金额的10%。

第五十九条 中标人应当按照合同约定履行义务，完成中标项目。中标人不得向他人转让中标项目，也不得将中标项目肢解后分别向他人转让。

中标人按照合同约定或者经招标人同意，可以将中标项目的部分非主体、非关键性工作分包给他人完成。接受分包的人应当具备相应的资格条件，并不得再次分包。

中标人应当就分包项目向招标人负责，接受分包的人就分包项目承担连带责任。

第五章 投诉与处理

第六十条 投标人或者其他利害关系人认为招标投标活动不符合法律、行政法规

规定的，可以自知道或者应当知道之日起 10 日内向有关行政监督部门投诉。投诉应当有明确的请求和必要的证明材料。

就本条例第二十二条、第四十四条、第五十四条规定事项投诉的，应当先向招标人提出异议，异议答复期间不计算在前款规定的期限内。

第六十一条 投诉人就同一事项向两个以上有权受理的行政监督部门投诉的，由最先收到投诉的行政监督部门负责处理。

行政监督部门应当自收到投诉之日起 3 个工作日内决定是否受理投诉，并自受理投诉之日起 30 个工作日内作出书面处理决定；需要检验、检测、鉴定、专家评审的，所需时间不计算在内。

投诉人捏造事实、伪造材料或者以非法手段取得证明材料进行投诉的，行政监督部门应当予以驳回。

第六十二条 行政监督部门处理投诉，有权查阅、复制有关文件、资料，调查有关情况，相关单位和人员应当予以配合。必要时，行政监督部门可以责令暂停招标投标活动。

行政监督部门的工作人员对监督检查过程中知悉的国家秘密、商业秘密，应当依法予以保密。

《中华人民共和国政府采购法》(2014 年修正)

第二条 在中华人民共和国境内进行的政府采购适用本法。

本法所称政府采购，是指各级国家机关、事业单位和团体组织，使用财政性资金采购依法制定的集中采购目录以内的或者采购限额标准以上的货物、工程和服务的行为。

政府集中采购目录和采购限额标准依照本法规定的权限制定。

本法所称采购，是指以合同方式有偿取得货物、工程和服务的行为，包括购买、租赁、委托、雇用等。

本法所称货物，是指各种形态和种类的物品，包括原材料、燃料、设备、产品等。

本法所称工程，是指建设工程，包括建筑物和构筑物的新建、改建、扩建、装修、拆除、修缮等。

本法所称服务，是指除货物和工程以外的其他政府采购对象。

第三条 政府采购应当遵循公开透明原则、公平竞争原则、公正原则和诚实信

用原则。

第四条 政府采购工程进行招标投标的，适用招标投标法。

第五条 任何单位和个人不得采用任何方式，阻挠和限制供应商自由进入本地区和本行业的政府采购市场。

第十条 政府采购应当采购本国货物、工程和服务。但有下列情形之一的除外：

(一) 需要采购的货物、工程或者服务在中国境内无法获取或者无法以合理的商业条件获取的；

(二) 为在中国境外使用而进行采购的；

(三) 其他法律、行政法规另有规定的。

前款所称本国货物、工程和服务的界定，依照国务院有关规定执行。

第十一条 政府采购的信息应当在政府采购监督管理部门指定的媒体上及时向社会公开发布，但涉及商业秘密的除外。

第十二条 在政府采购活动中，采购人员及相关人员与供应商有利害关系的，必须回避。供应商认为采购人员及相关人员与其他供应商有利害关系的，可以申请其回避。

前款所称相关人员，包括招标采购中评标委员会的组成人员，竞争性谈判采购中谈判小组的组成人员，询价采购中询价小组的组成人员等。

第十三条 各级人民政府财政部门是负责政府采购监督管理的部门，依法履行对政府采购活动的监督管理职责。

各级人民政府其他有关部门依法履行与政府采购活动有关的监督管理职责。

第二十二条 供应商参加政府采购活动应当具备下列条件：

(一) 具有独立承担民事责任的能力；

(二) 具有良好的商业信誉和健全的财务会计制度；

(三) 具有履行合同所必需的设备和专业技术能力；

(四) 有依法缴纳税收和社会保障资金的良好记录；

(五) 参加政府采购活动前三年内，在经营活动中没有重大违法记录；

(六) 法律、行政法规规定的其他条件。

采购人可以根据采购项目的特殊要求，规定供应商的特定条件，但不得以不合理的条件对供应商实行差别待遇或者歧视待遇。

第二十三条 采购人可以要求参加政府采购的供应商提供有关资质证明文件和业

绩情况，并根据本法规定的供应商条件和采购项目对供应商的特定要求，对供应商的资格进行审查。

司法解释及其他

《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》(2005年1月1日 法释〔2004〕14号)

第一条 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：

(三)建设工程必须进行招标而未招标或者中标无效的。

部门规范性文件

国家发展计划委员会《工程建设项目招标范围和规模标准规定》(2000年4月4日国务院批准 2000年5月1日发布 国家发展计划委员会令第3号 2018年6月10日废止)

第一条 为了确定必须进行招标的工程建设项目的具体范围和规模标准，规范招标投标活动，根据《中华人民共和国招标投标法》第三条的规定，制定本规定。

第二条 关系社会公共利益、公众安全的基础设施项目的范围包括：

- (一)煤炭、石油、天然气、电力、新能源等能源项目；
- (二)铁路、公路、管道、水运、航空以及其他交通运输业等交通运输项目；
- (三)邮政、电信枢纽、通信、信息网络等邮电通讯项目；
- (四)防洪、灌溉、排涝、引(供)水、滩涂治理、水土保持、水利枢纽等水利项目；

(五)道路、桥梁、地铁和轻轨交通、污水排放及处理、垃圾处理、地下管道、公共停车场等城市设施项目；

(六)生态环境保护项目；

(七)其他基础设施项目。

第三条 关系社会公共利益、公众安全的公用事业项目的范围包括：

- (一)供水、供电、供气、供热等市政工程项目；
- (二)科技、教育、文化等项目；
- (三)体育、旅游等项目；

- (四) 卫生、社会福利等项目；
- (五) 商品住宅，包括经济适用住房；
- (六) 其他公用事业项目。

第四条 使用国有资金投资项目的范围包括：

- (一) 使用各级财政预算资金的项目；
- (二) 使用纳入财政管理的各种政府性专项建设基金的项目；
- (三) 使用国有企业事业单位自有资金，并且国有资产投资者实际拥有控制权的项目。

第五条 国家融资项目的范围包括：

- (一) 使用国家发行债券所筹资金的项目；
- (二) 使用国家对外借款或者担保所筹资金的项目；
- (三) 使用国家政策性贷款的项目；
- (四) 国家授权投资主体融资的项目；
- (五) 国家特许的融资项目。

第六条 使用国际组织或者外国政府资金的项目的范围包括：

- (一) 使用世界银行、亚洲开发银行等国际组织贷款资金的项目；
- (二) 使用外国政府及其机构贷款资金的项目；
- (三) 使用国际组织或者外国政府援助资金的项目。

第七条 本规定第二条至第六条规定范围内的各类工程建设项目，包括项目的勘察、设计、施工、监理以及与工程建设有关的重要设备、材料等的采购，达到下列标准之一的，必须进行招标：

- (一) 施工单项合同估算价在 200 万元人民币以上的；
- (二) 重要设备、材料等货物的采购，单项合同估算价在 100 万元人民币以上的；
- (三) 勘察、设计、监理等服务的采购，单项合同估算价在 50 万元人民币以上的；
- (四) 单项合同估算价低于第（一）、（二）、（三）项规定的标准，但项目总投资额在 3000 万元人民币以上的。

第八条 建设项目的勘察、设计，采用特定专利或者专有技术的，或者其建筑艺术造型有特殊要求的，经项目主管部门批准，可以不进行招标。

第九条 依法必须进行招标的项目，全部使用国有资金投资或者国有资金投资占控股或者主导地位的，应当公开招标。

招标投标活动不受地区、部门的限制，不得对潜在投标人实行歧视待遇。

第十条 省、自治区、直辖市人民政府根据实际情况，可以规定本地区必须进行招标的具体范围和规模标准，但不得缩小本规定确定的必须进行招标的范围。

国家发展改革委关于印发《必须招标的基础设施和公用事业项目范围规定》的通知（2018年6月6日起施行 发改法规规〔2018〕843号）

各省、自治区、直辖市人民政府，国务院各部委、各直属机构：

《必须招标的基础设施和公用事业项目范围规定》已经国务院批准，现印发你们，请按照执行。

附件：必须招标的基础设施和公用事业项目范围规定

第一条 为明确必须招标的大型基础设施和公用事业项目范围，根据《中华人民共和国招标投标法》和《必须招标的工程项目规定》，制定本规定。

第二条 不属于《必须招标的工程项目规定》第二条、第三条规定情形的大型基础设施、公用事业等关系社会公共利益、公众安全的项目，必须招标的具体范围包括：

（一）煤炭、石油、天然气、电力、新能源等能源基础设施项目；

（二）铁路、公路、管道、水运，以及公共航空和 A1 级通用机场等交通运输基础设施项目；

（三）电信枢纽、通信信息网络等通信基础设施项目；

（四）防洪、灌溉、排涝、引（供）水等水利基础设施项目；

（五）城市轨道交通等城建项目。

第三条 本规定自 2018 年 6 月 6 日起施行。

国家发展和改革委员会《必须招标的工程项目规定》（2018年6月1日起施行 发展和改革委员会令第16号）

《必须招标的工程项目规定》已经国务院批准，现予公布，自 2018 年 6 月 1 日起施行。

必须招标的工程项目规定

第一条 为了确定必须招标的工程项目，规范招标投标活动，提高工作效率、降低企业成本、预防腐败，根据《中华人民共和国招标投标法》第三条的规定，制定本规定。

第二条 全部或者部分使用国有资金投资或者国家融资的项目包括：

- (一) 使用预算资金 200 万元人民币以上，并且该资金占投资额 10% 以上的项目；
- (二) 使用国有企业事业单位资金，并且该资金占控股或者主导地位的项目。

第三条 使用国际组织或者外国政府贷款、援助资金的项目包括：

- (一) 使用世界银行、亚洲开发银行等国际组织贷款、援助资金的项目；
- (二) 使用外国政府及其机构贷款、援助资金的项目。

第四条 不属于本规定第二条、第三条规定情形的大型基础设施、公用事业等关系社会公共利益、公众安全的项目，必须招标的具体范围由国务院发展改革部门会同国务院有关部门按照确有必要、严格限定的原则制订，报国务院批准。

第五条 本规定第二条至第四条规定范围内的项目，其勘察、设计、施工、监理以及与工程建设有关的重要设备、材料等的采购达到下列标准之一的，必须招标：

- (一) 施工单项合同估算价在 400 万元人民币以上；
- (二) 重要设备、材料等货物的采购，单项合同估算价在 200 万元人民币以上；
- (三) 勘察、设计、监理等服务的采购，单项合同估算价在 100 万元人民币以上。

同一项目中可以合并进行的勘察、设计、施工、监理以及与工程建设有关的重要设备、材料等的采购，合同估算价合计达到前款规定标准的，必须招标。

第六条 本规定自 2018 年 6 月 1 日起施行。

七部委《工程建设项目施工招标投标办法》(2013 年 4 月修订 七部委第 30 号令)

第五条 工程施工招标投标活动，依法由招标人负责。任何单位和个人不得以任何方式非法干涉工程施工招标投标活动。

施工招标投标活动不受地区或者部门的限制。

第八条 依法必须招标的工程建设项目，应当具备下列条件才能进行施工招标：

- (一) 招标人已经依法成立；
- (二) 初步设计及概算应当履行审批手续的，已经批准；
- (三) 有相应资金或资金来源已经落实；
- (四) 有招标所需的设计图纸及技术资料。

第十二条 依法必须进行施工招标的工程建设项目有下列情形之一的，可以不进行施工招标：

- (一) 涉及国家安全、国家秘密、抢险救灾或者属于利用扶贫资金实行以工代赈需

要使用农民工等特殊情况，不适宜进行招标；

（二）施工主要技术采用不可替代的专利或者专有技术；

（三）已通过招标方式选定的特许经营项目投资人依法能够自行建设；

（四）采购人依法能够自行建设；

（五）在建工程追加的附属小型工程或者主体加层工程，原中标人仍具备承包能力，并且其他人承担将影响施工或者功能配套要求；

（六）国家规定的其他情形。

住房和城乡建设部《关于推进建筑业发展和改革的若干意见》（2014年7月1日 建市〔2014〕92号）

（五）改革招标投标监管方式。调整非国有资金投资项目发包方式，试行非国有资金投资项目建设单位自主决定是否进行招标发包，是否进入有形市场开展工程交易活动，并由建设单位对选择的设计、施工等单位承担相应的责任。建设单位应当依法将工程发包给具有相应资质的承包单位，依法办理施工许可、质量安全监督等手续，确保工程建设实施活动规范有序。各地要重点加强国有资金投资项目招标投标监管，严格控制招标人设置明显高于招标项目实际需要和脱离市场实际的不合理条件，严禁以各种形式排斥或限制潜在投标人投标。要加快推进电子招标投标，进一步完善专家评审制度，加大社会监督力度，健全中标候选人公示制度，促进招标投标活动公开透明。鼓励有条件的地区探索开展标后评估。勘察、设计、监理等工程服务的招标，不得以费用作为唯一的中标条件。

住房和城乡建设部《关于进一步推进工程总承包发展的若干意见》（2016年5月20日 建市〔2016〕93号）

各省、自治区住房城乡建设厅，直辖市建委，北京市规委，新疆生产建设兵团建设局，国务院有关部门建设司（局）：

为落实《中共中央国务院关于进一步加强城市规划建设管理工作的若干意见》，深化建设项目组织实施方式改革，推广工程总承包制，提升工程建设质量和效益，现提出以下意见。

一、大力推进工程总承包

（一）充分认识推进工程总承包的意义。工程总承包是国际通行的建设项目组织实

施方式。大力推进工程总承包，有利于提升项目可行性和初步设计深度，实现设计、采购、施工等各阶段工作的深度融合，提高工程建设水平；有利于发挥工程总承包企业的技术和管理优势，促进企业做优做强，推动产业转型升级，服务于“一带一路”战略实施。

（二）工程总承包的主要模式。工程总承包是指从事工程总承包的企业按照与建设单位签订的合同，对工程项目的设计、采购、施工等实行全过程的承包，并对工程的质量、安全、工期和造价等全面负责的承包方式。工程总承包一般采用设计—采购—施工总承包或者设计—施工总承包模式。建设单位也可以根据项目特点和实际需要，按照风险合理分担原则和承包工作内容采用其他工程总承包模式。

（三）优先采用工程总承包模式。建设单位在选择建设项目组织实施方式时，应当本着质量可靠、效率优先的原则，优先采用工程总承包模式。政府投资项目和装配式建筑应当积极采用工程总承包模式。

二、完善工程总承包管理制度

（四）工程总承包项目的发包阶段。建设单位可以根据项目特点，在可行性研究、方案设计或者初步设计完成后，按照确定的建设规模、建设标准、投资限额、工程质量和进度要求等进行工程总承包项目发包。

（五）建设单位的项目管理。建设单位应当加强工程总承包项目全过程管理，督促工程总承包企业履行合同义务。建设单位根据自身资源和能力，可以自行对工程总承包项目进行管理，也可以委托项目管理单位，依照合同对工程总承包项目进行管理。项目管理单位可以是本项目的可行性研究、方案设计或者初步设计单位，也可以是其他工程设计、施工或者监理等单位，但项目管理单位不得与工程总承包企业具有利害关系。

（六）工程总承包企业的选择。建设单位可以依法采用招标或者直接发包的方式选择工程总承包企业。工程总承包评标可以采用综合评估法，评审的主要因素包括工程总承包报价、项目管理组织方案、设计方案、设备采购方案、施工计划、工程业绩等。工程总承包项目可以采用总价合同或者成本加酬金合同，合同价格应当在充分竞争的基础上合理确定，合同的制订可以参照住房城乡建设部、工商总局联合印发的建设项目工程总承包合同示范文本。

（七）工程总承包企业的基本条件。工程总承包企业应当具有与工程规模相适应的工程设计资质或者施工资质，相应的财务、风险承担能力，同时具有相应的组织机构、

项目管理体系、项目管理专业人员和工程业绩。

（八）工程总承包项目经理的基本要求。工程总承包项目经理应当取得工程建设类注册执业资格或者高级专业技术职称，担任过工程总承包项目经理、设计项目负责人或者施工项目经理，熟悉工程建设相关法律法规和标准，同时具有相应工程业绩。

（九）工程总承包项目的分包。工程总承包企业可以在其资质证书许可的工程项目范围内自行实施设计和施工，也可以根据合同约定或者经建设单位同意，直接将工程项目的的设计或者施工业务择优分包给具有相应资质的企业。仅具有设计资质的企业承接工程总承包项目时，应当将工程总承包项目中的施工业务依法分包给具有相应施工资质的企业。仅具有施工资质的企业承接工程总承包项目时，应当将工程总承包项目中的设计业务依法分包给具有相应设计资质的企业。

（十）工程总承包项目严禁转包和违法分包。工程总承包企业应当加强对分包的管理，不得将工程总承包项目转包，也不得将工程总承包项目中设计和施工业务一并或者分别分包给其他单位。工程总承包企业自行实施设计的，不得将工程总承包项目工程主体部分的设计业务分包给其他单位。工程总承包企业自行实施施工的，不得将工程总承包项目工程主体结构的施工业务分包给其他单位。

（十一）工程总承包企业的义务和责任。工程总承包企业应当加强对工程总承包项目的管理，根据合同约定和项目特点，制定项目管理计划和项目实施计划，建立工程管理与协调制度，加强设计、采购与施工的协调，完善和优化设计，改进施工方案，合理调配设计、采购和施工力量，实现对工程总承包项目的有效控制。工程总承包企业对工程总承包项目的质量和安全全面负责。工程总承包企业按照合同约定对建设单位负责，分包企业按照分包合同的约定对工程总承包企业负责。工程分包不能免除工程总承包企业的合同义务和法律责任，工程总承包企业和分包企业就分包工程对建设单位承担连带责任。

（十二）工程总承包项目的风险管理。工程总承包企业和建设单位应当加强风险管理，公平合理分担风险。工程总承包企业按照合同约定向建设单位出具履约担保，建设单位向工程总承包企业出具支付担保。

（十三）工程总承包项目的监管手续。按照法规规定进行施工图设计文件审查的工程总承包项目，可以根据实际情况按照单体工程进行施工图设计文件审查。住房城乡建设主管部门可以根据工程总承包合同及分包合同确定的设计、施工企业，依法办理

建设工程质量、安全监督和施工许可等相关手续。相关许可和备案表格，以及需要工程总承包企业签署意见的相关工程管理技术文件，应当增加工程总承包企业、工程总承包项目经理等栏目。

（十四）安全生产许可证和质量保修。工程总承包企业自行实施工程总承包项目施工的，应当依法取得安全生产许可证；将工程总承包项目中的施工业务依法分包给具有相应资质的施工企业完成的，施工企业应当依法取得安全生产许可证。工程总承包企业应当组织分包企业配合建设单位完成工程竣工验收，签署工程质量保修书。

三、提升企业工程总承包能力和水平

（十五）完善工程总承包企业组织机构。工程总承包企业要根据开展工程总承包业务的实际需要，及时调整和完善企业组织机构、专业设置和人员结构，形成集设计、采购和施工各阶段项目管理于一体，技术与管理密切结合，具有工程总承包能力的组织体系。

（十六）加强工程总承包人才队伍建设。工程总承包企业要高度重视工程总承包的项目经理及从事项目控制、设计管理、采购管理、施工管理、合同管理、质量安全管理和风险管理等方面的人才培养。加强项目管理业务培训，并在工程总承包项目实践中锻炼人才、培育人才，培养一批符合工程总承包业务需求的专业人才，为开展工程总承包业务提供人才支撑。

（十七）加强工程总承包项目管理体系建设。工程总承包企业要不断建立完善包括技术标准、管理标准、质量管理体系、职业健康安全与环境管理体系在内的工程总承包项目管理标准体系。加强对分包企业的跟踪、评估和管理，充分利用市场优质资源，保证项目的有效实施。积极推广应用先进实用的项目管理软件，建立与工程总承包管理相适应的信息网络平台，完善相关数据库，提高数据统计、分析和管控水平。

四、加强推进工程总承包发展的组织和实施

（十八）加强组织领导。各级住房城乡建设主管部门要高度重视推进工程总承包发展工作，创新建设工程管理机制，完善相关配套政策；加强领导，推进各项制度措施落实，明确管理部门，依据职责加强对房屋建筑和市政工程的工程总承包活动的监督管理；加强与发展改革、财政、税务、审计等有关部门的沟通协调，积极解决制约工程总承包项目实施的有关问题。

（十九）加强示范引导。各级住房城乡建设主管部门要引导工程建设项目采用工程总承包模式进行建设，从重点企业入手，培育一批工程总承包骨干企业，发挥示范引

领带动作用，提高工程总承包的供给质量和能力。加大宣传力度，加强人员培训，及时总结和推广经验，扩大工程总承包的影响力。

（二十）发挥行业组织作用。充分发挥行业组织桥梁和纽带作用，在推进工程总承包发展过程中，行业组织要积极反映企业诉求，协助政府开展相关政策研究，组织开展工程总承包项目管理人才培训，开展工程总承包企业经验交流，促进工程总承包发展。

中华人民共和国住房和城乡建设部

2016年5月20日

地方司法性文件及其他

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若干疑难问题的解答》
(2012年8月6日 京高法发〔2012〕245号)

3. 如何认定是否属于必须招标的建设工程？

《解释》第一条第（三）项规定的“必须进行招标”的建设工程的认定应当依据《中华人民共和国招标投标法》第三条的规定、《中华人民共和国招标投标法实施条例》和原国家发展计划委员会《工程建设项目招标范围和规模标准规定》的相关规定予以确定。法律、行政法规有新规定的，适用其新规定。

江苏省高级人民法院《建设工程施工合同案件审理指南》(2010年)

3. 建设工程必须进行招标而未招标或者中标无效的。

对属于招标投标法第3条规定的必须进行招标的建设项目，建设方与承包方必须采取招投标方式订立合同，否则因合同订立违反法律强制性规定，合同即为无效。常见情形主要有：应当招标的工程而不招标；招标人隐瞒工程真实情况，如建设规模、建设条件、投资、材料的保证等；招标人或招标代理机构泄漏应当保密的与招标投标活动有关的情况和资料；招标代理机构与招标人、投标人串通损害国家利益、社会公共利益或者他人的合法权益；依法必须进行招标的项目招标人向他人透露已获取招标文件的潜在投标人的名称、数量或者可能影响公平竞争的有关招标投标的其他情况；依法必须进行招标的项目招标人泄露标底；投标人相互串通投标或者与招标人串通投标；投标人向招标人或者评标委员会成员行贿的手段谋取中标；投标人以他人名义投标或以其他方式弄虚作假，骗取中标；依法必须进行招标的项目，招标人违反招标投标法的规定，与投标人就投标价格、投标方案等实质性内容进行谈判；招标人在评标委员

会依法推荐的中标候选人以外确定中标人；依法必须进行招标的项目在所有投标被评标委员会否决后，自行确定中标人。

针对具体案件，证明项目确实属于“必须进行招投标”的范围，可以让当事人提供证据。由于合同效力属于法院依职权审查的范围，因此法院就必须主动审查项目是否属于“必须进行招投标”的范围。在确定中标后，当事人如果又签订协议对中标合同进行实质性变更，则违反招投标法第46条，应为无效。

（一）黑白合同的认定

法律、行政法规规定必须进行招投标的建设工程，当事人实际履行的建设工程施工合同和备案的中标合同实质性内容不一致的，应当以备案的中标合同作为工程价款的结算根据；未经过招标投标的，该建设工程施工合同为无效合同，可以参照实际履行的合同作为工程价款的结算依据。法律、行政法规虽未规定必须进行招投标的建设工程，但当事人依法履行了招投标手续的，当事人实际履行的建设工程施工合同和中标合同实质性内容不一致的，应当以中标合同作为工程价款的结算依据。

1. 强制招标工程中黑白合同效力的认定

所谓强制招标工程是指根据法律或行政法规规定必须通过招标投标形式签署合同的建设工程。根据《招标投标法》第三条规定，在中华人民共和国境内进行下列工程建设项目包括项目的勘察、设计、施工、监理以及与工程建设有关的重要设备、材料等的采购，必须进行招标：（一）大型基础设施、公用事业等关系社会公共利益、公众安全的项目；（二）全部或者部分使用国有资金投资或者国家融资的项目；（三）使用国际组织或者外国政府贷款、援助资金的项目。前款所列项目的具体范围和规模标准，由国务院发展计划部门会同国务院有关部门制订，报国务院批准。法律或者国务院对必须进行招标的其他项目的范围有规定的，依照其规定。第四条规定，任何单位和个人不得将依法必须进行招标的项目化整为零或者以其他任何方式规避招标。强制招标工程若未通过招标程序签订工程合同的，则无论黑白合同，根据《合同法》第五十二条的规定，该合同均因违反法律的强制性规定而无效。若强制招标工程虽然通过招标程序，但是双方签订了黑白合同，则无论黑合同签署在白合同之前还是之后都属无效。

山东省高级人民法院《2008年民事审判工作会议纪要》（鲁高法〔2008〕243号）

（一）关于建设工程必须进行招标而未招标或者中标无效后应当如何把握的问题。

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》第一条第三项规定，建设工程必须进行招标而未招标或者中标无效的，应当根据《合同法》第五十二条的规定认定无效。这里规定的“应当招标的建设工程”的范围应当依据《招标投标法》第三条的规定，并参照原国家计划委员会《工程建设项目招标范围和规模标准规定》和原建设部《房屋建筑和市政基础设施工程施工招标投标管理办法》的规定加以确定，主要审查项目用途和资金来源等因素，否则不宜轻易认定建设工程施工合同无效。

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》（2015年3月16日川高法民一〔2015〕3号）

8. 如何认定是否属于必须招投标的建设工程？

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》（以下简称《建工司法解释》）第一条第（三）项规定的“必须进行招标”的建设工程的认定应当依据《中华人民共和国招标投标法》第三条、《中华人民共和国招标投标法实施条例》和原国家发展计划委员会《工程建设项目招标范围和规模标准规定》（2000年第3号令）的相关规定予以确定。法律、行政法规有新规定的，适用新规定。

法律、行政法规规定不是必须进行招投标的建设工程，但当事人自愿进行招投标的，应当受《中华人民共和国招标投标法》的约束。

广东省高级人民法院《关于审理建设工程合同纠纷案件疑难问题的解答》（2017年8月1日 粤高法〔2017〕151号）

一、合同效力

1. 建设工程依法必须进行招标的范围如何确定

工程建设项目包括项目的施工、勘察、设计、监理以及与工程建设有关的重要设备、材料等的采购，符合《中华人民共和国招标投标法》第三条第一款规定的三种条件之一，并达到《工程建设项目招标范围和规模标准规定》的相应范围和标准，应依法进行招标。但根据国务院《关于促进建筑业持续健康发展的意见》（2017年第19号），在民间投资的建设工程项目中，可由建设单位自主决定发包方式。

北京市第一中级人民法院《对民事审判中部分执法不统一问题的规范意见》 (2011年)

第三部分 建设工程施工合同案件中的问题

1. 对“必须进行招投标”的建设工程项目如何判定?

问题说明:《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》(以下简称《建设工程司法解释》)第一条的规定,建设工程必须进行招标而未招标或者中标无效的,所签订的建设工程施工合同无效。在审判实践中,涉及招投标的问题时,常常与合同的效力认定相关,故对于“必须进行招标的项目”的确定需有一定的标准。

基本意见:在国家发改委2000年5月1日发布的《工程建设项目招标范围和规模标准规定》中,对于《招标投标法》第三条涉及的项目的性质、规模进行了细化,属于该规定内的项目应当认定为必须进行招投标的项目;不属于该规定范围内的项目,不宜认定属于法律法规规定必须进行招投标的项目。

江苏省盐城市中级人民法院《关于审理建设工程施工合同纠纷案件若干问题的指导意见》(盐城市中级人民法院审判委员会2010年7月15日第9次会议讨论通过)

2.《解释》第一条所称“必须进行招标”的建设工程项目应当以《中华人民共和国招标投标法》第三条的规定为依据,并参照原国家发展计划委员会制定的《工程建设项目招标范围和规模标准规定》予以确定。必要时可以省、市人民政府相关规定为补充,主要审查工程用途和资金来源等因素。

地方规范性文件

辽宁省住房和城乡建设厅《关于非国有资金投资房屋建筑和市政工程项目发包有关问题的通知》(2015年11月2日 辽住建发〔2015〕16号)

一、改革非国有资金投资项目发包方式

按照辽发改投资〔2015〕883号文件规定,凡不使用国有资金和国际组织或者外国政府贷款、援助资金的项目,由建设单位自主决定是否招标,但法律和行政法规另有规定的除外。

上述项目发包由原来必须采用招标发包的方式,调整为可采用招标发包或直接发包两种发包方式,采用何种发包方式由项目建设单位自主决定。项目建设单位对选择

的勘察、设计、施工、监理等单位承担相应的责任。

二、加强非国有资金投资项目直接发包管理

项目建设单位采用直接发包的，应当切实履行工程质量安全主体责任，依法将工程项目发包给具有相应资质和资格的承包单位，严格遵守相关工程项目建设的法律法规和规章规定，不得具有下列情形：

1. 《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）规定的违法发包行为；
2. 恶意压缩合理工期和工程造价，提出有碍公平的其他条件；
3. 选择被限制建筑市场准入的企业和执（职）业人员；
4. 存在法律、法规和规章规定的其他违法违规行为。

三、简化非国有资金投资项目直接发包办理程序

非国有资金投资项目采用直接发包方式的，项目建设单位或委托的招标代理机构须登陆辽宁建设工程信息网填报相关材料信息，并持材料原件到项目所在地招投标监督管理机构办理直接发包书。

招投标监督管理机构要认真审核报送材料，对材料真实齐全、符合法律法规等相关要求的项目，于2个工作日内发放直接发包书，项目建设单位持直接发包书方可办理施工许可证等后续事项。如发现相关方存在弄虚作假及违法违规行为，要责令改正或依法依规处理。

办理直接发包书的项目竣工验收合格后，可作为企业业绩直接转入企业诚信库。

吉林省住房和城乡建设厅《关于进一步明确招投标活动相关问题的通知》（2015年2月9日 吉建招〔2015〕2号）

一、将《吉林省住房和城乡建设厅关于调整非国有投资项目招标范围的通知》（吉建招〔2013〕10号）第一条修改为：非国有投资的商品住宅（保障性安居工程除外）项目，由建设单位自主决定是否进行招标发包，是否进入有形市场开展工程交易活动，并由建设单位对选择的勘察、设计、施工、监理、材料供应商等单位承担相应的责任。其他关系公共利益、公共安全的非国有投资的基础设施项目、公用事业项目的招标范围及规模标准，按照国家规定执行。

第5节 低于成本价中标认定

——低于成本价，合同应无效？（低价中标）

类型一、构成低于成本价中标的情形

175. 发包人在招投标程序中设置拦标价的行为，是导致投标人低于造价成本报价的主要原因。承包人在发包人设置拦标价的情况下，故意以低于成本报价竞标并中标的行为，均违反了招标投标活动应当遵循公开、公平、公正和诚实信用的原则，侵害了其他投标人的合法权益，扰乱了我国建筑施工的正常招投标秩序，双方签订的合同无效。

案例 175. 湖北省高级人民法院（2016）鄂民终173号“湖北金垦建筑工程有限公司与湖北省宜昌监狱建设工程施工合同纠纷案”



二审法院认为，根据查明事实，发包人宜昌监狱虽就涉案工程依法进行了公开招标，但其在招标过程中就工程价款向招标人设置拦标价，将投标价格上限限定在8241600元之下。无论是从宜昌监狱招投标前审核确定的预算价9263714.30元来看，还是从一审法院委托湖北中衡信工程造价咨询有限公司宜昌分公司就涉案工程造价做出的鄂中衡信造咨字（2015）0701号《宜昌监狱第6标段（习艺钢球）车间厂房工程造价的鉴定报告》确认的涉案工程成本造价11638395.69元（13503284.01元—1864888.32元）来看，宜昌监狱设置的拦标价均远低于上述成本造价。另从宜昌监狱二审提交的华发鼎诚建设集团有限公司、湖北中勤建设发展有限公司、宜昌市坤发建筑有限责任公司、荆州市九鑫建设发展有限公司、金垦公司这五个公司的投标函、投

标函附录来看，均是按照宜昌监狱限定的拦标价以下报价，故宜昌监狱在招投标程序中设置拦标价的行为，是导致投标人低于造价成本报价的主要原因。宜昌监狱设置拦标价的行为，以及金垦公司在宜昌监狱设置拦标价的情况下，故意以低于成本报价竞标并中标的行为，均违反了招标投标活动应当遵循公开、公平、公正和诚实信用的原则，侵害了其他投标人的合法权益，扰乱了我国建筑施工的正常招投标秩序，一审依据《中华人民共和国招标投标法》第三十三条关于“投标人不得以低于成本的报价竞标，也不得以他人名义投标或者以其他方式弄虚作假，骗取中标”的规定，以及第四十一条关于“中标人的投标应当符合下列条件之一：（一）能够最大限度地满足招标文件中规定的各项综合评价标准；（二）能够满足招标文件的实质性要求，并且经评审的投标价格最低；但是投标价格低于成本的除外”的规定，据此确认承包人金垦公司中标行为及双方签订的《建设工程施工合同》无效，具有事实和法律依据。

类型二、不构成低于成本价中标的情形

176. 不能以签订合同时可预测到的市场风险引起价款上涨倒推中标价低于成本价。

案例 176. 安徽省高级人民法院（2014）皖民四终字第00027号“亳州市九洲房地产开发有限公司与安徽阜阳建工集团有限公司建设工程施工合同纠纷案”



关于双方签订的《建设工程施工合同》及《补充协议》是否有效。二审法院认为，根据双方招标文件的相关内容，B建工集团公司投标报价工程量计算是按施工图为依据。材料价格参考《亳州工程造价》2010年底7期及市场价，所有材料价格均由其自行到市场考察，且材料上涨等所有风险因素都纳入报价内。在施工过程中确存在材料、人工价格上涨因素，这应是双方签订合同时可预测到的市场风险。故B建工集团公司现以2260万中标价格低于合肥莲道公司和安徽金阳公司在2013年所作的审核价格为由，认为B建工集团公司以低于成本价中标违反《招标投标法》第42条的规定，认

为双方的《建设工程施工合同》及《补充协议》无效的理由，本院不予采纳。

177. 双方对工程价款未结算，依据现有证据尚不能证明案涉工程中标价低于成本价。

案例 177. 四川省高级人民法院（2014）川民终字第560号“大邑县泰瑞房地产开发有限公司与四川省通江建筑集团总公司建设工程施工合同纠纷案”



关于A建筑公司主张双方签订的案涉合同的金额远远低于成本价，违反《中华人民共和国招标投标法》的规定而应属无效的问题，二审法院认为，在二审中双方均认可案涉合同经过招投标，双方认可至今未对案涉工程造价进行决算，双方对工程价款也未结算，故依据本案现有证据尚不能证明案涉工程中标价远远低于成本价这一事实，A建筑公司的该项上诉理由不能成立，不予支持。

178. 社会平均成本不等同承包人的个别成本，不能以社会平均成本高于承包人的个别成本，主张合同约定的价格低于自身成本价。

案例 178. 最高人民法院（2014）民申字第848号“浙江杭萧钢构股份有限公司与湖北香利资产管理有限公司、武汉中联三星实业有限公司建设工程施工合同纠纷案”



法院再审认为，首先，《中华人民共和国招标投标法》第三十三条所称的“低于成本”，是指低于投标人的为完成投标项目所需支出的个别成本。每个投标人的管理水平、技术能力与条件不同，即使完成同样的招标项目，其个别成本也不可能完全相同，个别成本与行业平均成本存在差异，这是市场经济环境下的正常现象。本案中，A钢构公司主张合同约定价格低于其成本价的依据是D工程咨询公司出具的《工程造价咨询报告书》中载明的社会平均成本，该社会平均成本不能等同于A钢构公司的个别成

本，因其申请再审未提交证明其自身成本的其他相关证据，故 A 钢构公司主张合同约定的价格低于其自身成本没有事实依据。

179. 承包人以“已仔细研究了工程项目招标文件的全部内容，自愿以投标总报价”投标，并经过评标委员会评定，承包人以投标价低于成本价主张合同无效不予支持。

案例 179. 吉林省高级人民法院（2014）吉民一终字第 63 号“湖南中烟工业有限责任公司四平卷烟厂与长春新星宇建筑安装有限责任公司建设工程施工合同纠纷案”



关于双方当事人签订的《建设工程施工合同》的效力及是否应当解除的问题。法院认为，从现有证据看，不能证明 B 卷烟厂的招标控制价和 A 建筑公司的投标价低于成本，且 A 建筑公司以 34886935 元投标、中标是经过其“我方已仔细研究了湖南中烟工业有限责任公司 B 卷烟厂易地技术改造项目综合仓库、片烟中转库工程项目招标文件的全部内容，我方愿按固定总价的合同方式，以人民币叁仟肆捌拾捌万陆仟玖佰叁拾伍元（¥34886935 元）投标总报价”投标的，并经过评标委员会评定。因此，应当认定本案《建设工程施工合同》依法经招投标程序签订，合法有效。

180. 承包人在自主投标并中标后，又以工程价款低于成本价为由主张《建设工程施工合同》无效，有违诚实信用原则，不予支持。

案例 180. 江苏省高级人民法院（2014）苏民终字第 00367 号“南通市通州百盛市政工程有限公司与苏州市吴江东太湖综合开发有限公司建设工程施工合同纠纷案”



关于成本问题。二审法院认为，《中华人民共和国招标投标法》第三十三条规定，投标人不得以低于成本的报价投标。此处的成本应指企业个别成本。姑苏造价事务所

出具的鉴定结论系依据建筑行业主管部门颁布的工程定额标准和价格信息编制的，而定额和价格信息反映的是建筑市场的社会平均成本。企业个别成本与企业规模、管理水平相关，管理水平越高的企业其个别成本越低，故姑苏造价事务所出具的鉴定结论并不能当然作为认定 A 工程公司投标价低于其企业个别成本的依据。更何况，鉴定结论载明对于招标范围内的工程，在采用市场询价得出的成本价载重按每车 16m^3 计算时，无论是按照投标时成本价还是实际施工期成本价，均低于 B 开发公司的最高限价。现 A 工程公司没有提供证据证明其企业的个别成本，故其主张《建筑工程施工合同》约定的工程价款低于成本价，本院亦不予支持。此外，《中华人民共和国招标投标法》第三十三条的立法目的是为规范投标人的行为，维护公平竞争秩序，A 工程公司的投标价是以 B 开发公司的最高限价为基础的，其主观上并无以低于成本价投标排挤其他竞争对手的恶意，因此不存在损害社会公共利益的情形，也不符合根据上述法律规定认定合同无效的情形。再者，A 工程公司作为专业从事市政工程的单位，应能够依据招标时的工程量清单准确核算工程量，据此判断最高限价是否低于其个别成本而选择是否参加投标，现 A 工程公司在自主投标并中标后，又以工程价款低于成本价为由主张《建筑工程施工合同》无效，有违诚实信用原则，其主张本院不予采信。

181. 企业的个别成本由于其技术力量、管理水平和经营状况千差万别，工程本身又各具特点，因此，要想对企业的个别成本进行确定难度很大，承包人要求进行成本造价鉴定的请求不具有合理性和可操作性。

案例 181. 江苏省高级人民法院（2013）苏民终字第 0360 号“淮安市烽驰房地产开发有限公司与江苏开远建设工程有限公司建设工程施工合同纠纷案”



关于争议工程是否低于成本价，是否需要进行鉴定问题。法院认为，成本价的确定，涉及企业个别成本问题，如何科学合理地确定企业的个别成本难以界定。建设工程具有单件性和投资额巨大的特点，其建造的过程具有技术复杂、专业分工细、社会化程度高、周期性长等特点，因此建造成本的计算非常复杂；企业的个别成本由于其技术力量、管理水平和经营状况千差万别，工程本身又各具特点，因此，要想对企业

的个别成本进行确定难度很大。故 A 工程公司要求进行成本造价鉴定的请求不具有合理性和可操作性。

182. 双方当事人采取最高限价的方式进行招投标并签订合同，承包人以最高限价与标底之间超过了合理浮动幅度为由主张合同无效，不予支持。

案例 182. 江苏省高级人民法院（2014）苏民终字第 00367 号“南通市通州百盛市政工程有限公司与苏州市吴江东太湖综合开发有限公司建设工程施工合同纠纷案”



工程公司认为，开发公司公布的投标最高限价为 5130 万元，仅为标底价的 60%，超过了苏州市工程造价管理处制定的苏建价便（2008）2 号《关于调整苏州市建筑、装饰、安装和市政工程最高限价合理浮动幅度的通知》中规定的 93% 的合理浮动幅度，《建设工程施工合同》应认定为无效。开发公司答辩称，开发公司制定的最高限价参照了同期同类工程的市场成交价格，招标文件和最高限价均经备案，符合建设工程主管部门的要求。

争议焦点：A 工程公司与 B 开发公司签订的《建设工程施工合同》是否有效。

裁判要点：关于最高限价问题，双方当事人系采取最高限价的方式进行的招投标并签订的《建设工程施工合同》，目前法律对于最高限价与标底之间的浮动幅度并无强制性规定，苏州市工程造价管理处制定的苏建价便（2008）2 号文件不能作为认定合同无效的依据，A 工程公司以最高限价与标底之间超过了合理浮动幅度为由主张《建设工程施工合同》无效，于法无据，本院不予支持。

183. 投标人不得以低于成本的报价竞标应指投标人投标报价不得低于其为完成投标项目所需支出的企业个别成本，以定额标准所作鉴定结论为基础据以推定投标价低于成本价，依据不充分。

案例 183. 最高人民法院（2015）民提字第 142 号“佛山市南海第二建筑工程有限公司与佛山华丰纺织有限公司建设工程施工合同纠纷案”



关于本案是否存在《中华人民共和国招标投标法》第三十三条规定的以低于成本价竞标的问题。法院再审查认为，法律禁止投标人以低于成本的报价竞标，主要目的是为规范招标投标活动，避免不正当竞争，保证项目质量，维护社会公共利益，如果确实存在低于成本价投标的，应当依法确认中标无效，并相应认定建设工程施工合同无效。但是，对何为“成本价”应作正确理解，所谓“投标人不得以低于成本的报价竞标”应指投标人投标报价不得低于其为完成投标项目所需支出的企业个别成本。招标投标法并不妨碍企业通过提高管理水平和经济效益降低个别成本以提升其市场竞争力。原判决根据定额标准所作鉴定结论为基础据以推定投标价低于成本价，依据不充分。南海二建未能提供证据证明对案涉项目的投标报价低于其企业的个别成本，其以此为由主张《建设工程施工合同》无效，无事实依据。案涉《建设工程施工合同》是双方当事人真实意思表示，不违反法律和行政法规的强制性规定，合法有效。原判决认定合同无效，事实和法律依据不充分，本院予以纠正。

裁判依据或参考

法律法规

《建设工程质量管理条例》（2000年1月30日 国务院令第279号）

第十条 建设工程发包单位不得迫使承包方以低于成本的价格竞标，不得任意压缩合理工期。

建设单位不得明示或者暗示设计单位或者施工单位违反工程建设强制性标准，降

低建设工程质量。

《中华人民共和国招标投标法》(2000年1月1日 2017年修正)

第三十三条 投标人不得以低于成本的报价竞标,也不得以他人名义投标或者以其他方式弄虚作假,骗取中标。

第四十一条 中标人的投标应当符合下列条件之一:

- (一) 能够最大限度地满足招标文件中规定的各项综合评价标准;
- (二) 能够满足招标文件的实质性要求,并且经评审的投标价格最低;但是投标价格低于成本的除外。

《中华人民共和国招标投标法实施条例》(2012年2月1日 国务院令 第613号 2018年修正)

第五十一条 有下列情形之一的,评标委员会应当否决其投标:

- (一) 投标文件未经投标单位盖章和单位负责人签字;
- (二) 投标联合体没有提交共同投标协议;
- (三) 投标人不符合国家或者招标文件规定的资格条件;
- (四) 同一投标人提交两个以上不同的投标文件或者投标报价,但招标文件要求提交备选投标的除外;
- (五) 投标报价低于成本或者高于招标文件设定的最高投标限价;
- (六) 投标文件没有对招标文件的实质性要求和条件作出响应;
- (七) 投标人有串通投标、弄虚作假、行贿等违法行为。

部门规范性文件

《2013 建设工程工程量清单计价规范》(GB50500-2013)

6 投标报价

6.1 一般规定

6.1.1 投标价应由投标人或受其委托具有相应资质的工程造价咨询人编制。

6.1.2 投标人应依据本规范第6.2.1条的规定自主确定投标报价。

6.1.3 投标报价不得低于工程成本。

6.1.4 投标人必须按招标工程量清单填报价格。项目编码、项目名称、项目特征、

计量单位、工程量必须与招标工程量清单一致。

6.1.5 投标人的投标报价高于招标控制价的应予废标。

住房和城乡建设部《建筑工程施工发包与承包计价管理办法》(2014年2月1日住房和城乡建设部令第16号)

第十条 投标报价不得低于工程成本,不得高于最高投标限价。

投标报价应当依据工程量清单、工程计价有关规定、企业定额和市场价格信息等编制。

第十一条 投标报价低于工程成本或者高于最高投标限价总价的,评标委员会应当否决投标人的投标。

对是否低于工程成本报价的异议,评标委员会可以参照国务院住房城乡建设主管部门和省、自治区、直辖市人民政府住房城乡建设主管部门发布的有关规定进行评审。

住房城乡建设部《建设工程定额管理办法》(2015年12月25日建标〔2015〕230号)

第二条 国务院住房城乡建设行政主管部门、各省级住房城乡建设行政主管部门和行业主管部门(以下简称各主管部门)发布的各类定额,适用本办法。

第三条 本办法所称定额是指在正常施工条件下完成规定计量单位的合格建筑安装工程所消耗的人工、材料、施工机具台班、工期天数及相关费率等的数量基准。

定额是国有资金投资工程编制投资估算、设计概算和最高投标限价的依据,对其他工程仅供参考。

第四条 定额管理包括定额的体系与计划、制定与修订、发布与日常管理。

第五条 定额管理应遵循统一规划、分工负责、科学编制、动态管理的原则。

第六条 国务院住房城乡建设行政主管部门负责全国统一定额管理工作,指导监督全国各类定额的实施;行业主管部门负责本行业的定额管理工作;

省级住房城乡建设行政主管部门负责本行政区域内的定额管理工作。

定额管理具体工作由各主管部门所属建设工程造价管理机构负责。

地方司法性文件及其他

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意见》
(2008年12月17日 苏高法审委〔2008〕26号)

第七条 经过招标投标订立的建设工程施工合同，工程虽经验收合格，但因合同约定的工程价款低于成本价而导致合同无效，发包人要求参照合同约定的价款结算的，人民法院应予支持。

江苏省高级人民法院《建设工程施工合同案件审理指南》(2010年)

2. 坚持规范建筑市场秩序原则。中标合同约定的工程价款低于成本价的，建设工程施工合同无效。

江苏省高级人民法院《关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的讨论纪要》
(一)(2005年9月27日 苏高法审委〔2005〕16号)

二、撤销权

第九条 债权人主张债务人以明显不合理的低价转让财产的，债权人须举证证明第三人知道或应当知道转让价格为“明显不合理的低价”。

人民法院认定“明显不合理的低价”时，应当以交易当地一般经营者的判断，并参考交易当时当地的物价部门的指导价或者市场交易价，结合其他因素综合考虑予以确认。一般情况下，转让价格低于当时当地同类商品市场物价部门的指导价或者市场交易价格的30%以上的，可以视为“明显不合理的低价”。

第十条 当事人依据合同法第七十四条的规定行使撤销权的，撤销权的行使范围以债权人的债权为限。但债务人处分的标的物是不可分的，债权人超出其债权范围请求撤销的，人民法院应当支持。

第十一条 行使撤销权的债权人对因撤销债务人的行为而返还给债务人的财产要求直接受偿的，人民法院不予支持。

广东省深圳市中级人民法院《关于建设工程合同若干问题的指导意见》(2010年3月9日审判委员会第6次会议修订)

6. 按照《中华人民共和国招标投标法》第三条规定必须进行招标的工程，经过招

投标而签订的施工合同，承包人有证据证明工程价款低于成本价，主张合同无效的，应予支持。

不属于《中华人民共和国招标投标法》第三条规定必须进行招标的工程，建设工程合同履行中承包人有证据证明工程价款低于成本价或承包人对总价包干合同中工程量有重大误解的，承包人在法定期限内要求撤销或变更合同的，应予支持。

安徽省宣城市中级人民法院《关于审理建设工程施工合同纠纷案件若干问题的指导意见（试行）》（宣中法〔2013〕19号）

建设工程施工合同的效力

第六条 建设工程施工合同约定的价款明显低于工程定额标准，当事人以合同价款明显违反定额为由，主张合同价款约定无效的，人民法院不予支持。

工程价款及鉴定

第十六条 经过招、投标订立的建设工程施工合同，工程虽经验收合格，但因合同约定的工程价款低于成本价而导致合同无效，发包人要求参照合同约定的价款结算的，人民法院应予支持。

浙江省金华市中级人民法院《民事审判若干疑难问题讨论纪要》（2009年7月30日）

34. 建设工程施工合同约定的价款明显低于工程定额标准，已经超出一定合理范围的，当事人以合同约定价款明显违反定额为由，主张价款约定无效，应否支持？

以显失公平为由，主张撤销或变更合同，应否支持？工程造价定额标准不属于法律、法规的强制性规定，因此，建设工程施工合同约定的价款低于工程定额标准，不导致该约定无效。当事人以合同约定的价款过低、显失公平为由，主张撤销或变更合同的，依《合同法》的相关规定处理。

第6节 实为转包合同的认定

——工程被转包，如何来认定？（工程转包）

类型一、如何认定居间合同和工程转包合同

184. 合同关系不能以双方曾协商讨论过给付介绍费而认定为居间合同，应以最终签订的《施工承包合同》来认定。

案例 184. 江西省高级人民法院（2014）赣民一终字第 58 号“黄细芽、简敖根、杨金根与刘海洲、黎泰成、江西泰城投资有限公司建设工程施工合同纠纷案”



关于黄某、刘某、A 投资公司签订的《施工承包合同》应如何定性以及是否有效的问题。二审法院认为，《施工承包合同》第一条明确约定：“甲方（刘某）将盛合公司登封大道的盛合·公园壹号共 3 栋楼的土建和水电工程以包工包料的方式转包给乙方（黄某）承建施工（施工条款以甲方跟盛合公司签订的施工合同条款内容为准）”。从该条关于“转包”的文字表述，以及合同中其他条款就甲、乙双方相关权利和义务进行的详细约定看，原审认定 2011 年 1 月 29 日黄某、刘某、A 投资公司签订的《施工承包合同》中各方当事人的真实意思表示实为工程转包合同，事实清楚、于法有据，应予维持。一审中虽然刘某申请到庭的证人陈某某、谢某某均陈述黄某与刘某协商过程中讨论了给付 500 万元介绍费的相关事宜，但两位证人均未实际参与黄某与刘某双方订立书面《施工承包合同》的过程，黄某与刘某双方法律关系应以最终签订的《施工承包合同》来认定。故刘某、黎某、A 投资公司认为该合同实为居间合同，双方在《施工承包合同》中将双方关系表述为“转包”系当事人文化水平不高、缺乏法律常识

所致的抗辩理由，因其未提供充分证据予以证明，本院不予支持。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》第四条“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”之规定，2011年1月29日黄某、刘某、A投资公司签订的《施工承包合同》为非法转包合同，应认定为无效。

类型二、如何认定内部承包合同和工程转包合同

185. 内部承包是指企业与其内部的职能部门、分支机构、职工之间为实现一定的经济目的，而就特定的生产资料及相关的经营管理权所达成的双方权利义务约定。就其主体而言，内部承包双方除具备平等民事主体间的合同关系外，还存在一定意义上的隶属管理关系。其次，内部承包关系中，企业须给内部承包人员提供一定资金、机械、设备、技术、人员等必要的物质条件，并由单位最终承担经营风险。在不能举证证明双方存在劳动关系，且内部承包人须自行组织人员、机械、设备、材料进行施工，企业除按固定比例收取施工管理费外，不参与利润分配，不承担任何经济责任，这是典型的以内部承包为名行转包之实。

案例 185. 最高人民法院（2014）民申字第 1277 号“腾达建设集团股份有限公司与姚汉昭、姚汉林建设工程施工合同纠纷案”



关于 A 建设集团与姚甲、姚乙是内部承包还是对外转包的问题。最高人民法院再审认为，A 建设集团与姚甲、姚乙于 2006 年 10 月 8 日签订《工程施工合同》《协议书》以及此后形成的多份《会议纪要》等往来文件上记载的“分包方”是“清连高速公路项管部”，但事实上上述文件均由姚甲、姚乙与相关各方进行商谈、协调和确认签字，未曾加盖“清连高速公路项管部”印章。在诉讼中，A 建设集团并未举证证明其所称成立“清连高速公路项管部”的事实，足以认定涉案《工程施工合同》的所载“分包

方”是姚甲、姚乙。原审判决对《工程施工合同》缔约主体的认定，并无不当。A 建设集团与姚甲、姚乙间的工程承包不构成内部承包关系。内部承包，是指发包方与其内部的职能部门、分支机构、职工之间为实现一定的经济目的，而就特定的生产资料及相关的经营管理权所达成的双方权利义务约定。就其主体而言，内部承包中发包方与承包方除具备平等民事主体间的合同关系外，还存在一定意义上的隶属管理关系。A 建设集团主张姚甲、姚乙系其委派的公司项目部的负责人，并以此主张其涉案工程施工合同系公司内部承包合同。但是，A 建设集团不能提供其与姚甲、姚乙签订有劳动合同，所称与姚甲、姚乙具有劳动关系，缺乏证据支持。其次，内部承包关系中，内部发包工程的单位须给本单位承包的人员提供一定资金、机械、设备、技术、人员等必要的物质条件，并由单位最终承担经营风险。而涉案《工程施工合同》约定，姚甲、姚乙须自行组织人员、机械、设备、材料进行施工，施工所需的人员、机械、设备、材料均与 A 建设集团无关，A 建设集团除按固定比例收取施工管理费外，不参与利润分配，不承担任何经济责任。这与内部承包关系有着根本区别。故 A 建设集团主张其与姚甲、姚乙系内部承包关系，缺乏事实依据，不予支持。

A 建设集团与姚甲、姚乙工程承包构成事实上的工程转包关系。A 建设集团与姚甲、姚乙签订的《工程施工合同》中载明“分包方”“分包原则”“分包单位”等有关分包的表述，但同时明确约定 A 建设集团与清连公路公司签订“大合同的全部条款”均对分包方具有约束力，分包方应无条件遵循在投标过程中 A 建设集团对业主的一切承诺、应遵循业主对 A 建设集团的所有书面要求、应确保按照 A 建设集团与业方签订的工程合同中的工程内容的全部履行、应承担业主在工程合同中对 A 建设集团的全部责任条款要求。据此，可以认定 A 建设集团将其全部工程或工程的主要部分转包给姚甲、姚乙，且在此之后仅收取一定的管理费，而不参与具体施工。原判认为涉案《工程施工合同》因违反了法律禁止工程转包的规定而无效，依据充分，适用法律正确。

186. 合同约定内部承包人负责全部工程施工、管理、独立运作核算、盈亏自理，因此，双方名为内部合作，实为工程转包。

案例 186. 最高人民法院（2015）民申字第 644 号“李亚峰与新疆路祥矿业开发有限责任公建设工程施工合同纠纷案”



关于《内部合作协议书》的效力问题。法院再审认为，根据《建设工程质量管理条例》第二条规定，“本条例所称建设工程，是指土木工程、建筑工程、线路管道和设备安装工程及装修工程”。案涉工程为煤矿土方剥离工程，属于上述条例规定的建设工程，应适用建设工程相关的法律规定。从《内部合作协议书》的内容来看，李亚峰负责全部工程施工、管理、独立运作核算、盈亏自理，因此，路祥公司与李亚峰之间名为内部合作，实为转包，违反《中华人民共和国建筑法》《建设工程质量管理条例》以及《中华人民共和国合同法》中关于禁止工程转包的规定，其行为应为无效。一审、二审法院对此认定并无不当，故李亚峰关于合同效力以及法律适用的申请再审的理由不成立。

187. 内部承包中发包方与承包方应存在真实的隶属管理关系，发包单位对外应承担施工合同权利义务和经营风险，对内应向承包人提供一定资金、设备等必要的物质条件。

案例 187. 最高人民法院（2017）最高法民申 59 号“武汉市东西湖海口建筑工程有限公司与湖北瑞德置业有限公司襄阳分公司建设工程施工合同纠纷案”



关于认定海口公司与薛应许系转包关系是否缺乏证据证明的问题。法院再审认为，
1. 内部承包中发包方与承包方应存在真实的隶属管理关系。虽然海口公司提交了与薛

应许签订的劳动合同，但在薛应许说明该劳动合同系因涉案工程需要而补签，且海口公司并未为其办理劳动保险的情形下综合判断，海口公司提交的证据尚不足以证实海口公司与薛应许之间存在真实劳动关系。2. 内部承包关系中，发包工程单位对外应承担施工合同权利义务和经营风险，对内应向承包人提供一定资金、设备等必要的物质条件。本案中，从海口公司与薛应许于2004年9月签订的《内部承包责任书》和《补充协议》的内容看，有以下约定：合同约定工程内容以海口公司与建设方承包内容为准；启动资金由薛应许自备，工程款由薛应许负责；该工程所发生的所有债务薛应许承担，与海口公司无关等。因此，上述协议虽名为内部承包，但实际上合同中约定的相关内容符合转包的特征。3. 在实际履行中，薛应许向海口公司支付工程履约金300万元后才被任命为涉案工程项目部经理，并作为涉案工程的实际施工人于2004年9月进场施工，实际履行了该工程项目的投资、施工和管理等义务。4. 海口公司称已履行支付项目保证金的前期义务，瑞德公司返还的保证金用于工程建设，缴纳了相关税金并垫付部分材料款，但该申请理由不足以否认薛应许是案涉工程实际施工人，也不足以否认薛应许与海口公司之间实质为转包关系，其可就相关费用另行主张权利。故海口公司认为认定其与薛应许系转包关系缺乏证据证明的理由不能成立。

188. 承包人作为《内部经济责任承包合同》的相对人，应承担直接向实际施工人支付工程款的义务，发包人在欠付工程价款范围内承担责任。

案例 188. 江西省高级人民法院（2015）赣民一终字第 243 号“秦峥嵘、陈招兴、余建忠、福建省二建建设集团有限公司与南昌正荣（新加坡）置业有限公司建设工程施工合同纠纷案”



关于秦峥嵘、陈招兴、余建忠是否是实际施工人的问题。二审法院认为，本案中，承包人福建二建在与发包人正荣公司签订《建设工程施工合同》后，又与吴建辉签订内部承包合同，非法将工程转包给吴建辉。其后，吴建辉和秦峥嵘、陈招兴、余建忠签订协议，约定共同出资，按出资比例承受所涉工程的利益与风险。秦峥嵘、陈招兴、余建忠在整个正荣大湖之都 E3、H1 地块工程中，履行了工程承包人的义务。

对此，正荣公司也予以认可。故秦嵘嵘、陈招兴、余建忠及吴建辉均为实际施工人。福建二建上诉称秦嵘嵘、陈招兴、余建忠不是本案工程实际施工人，与事实不符，不予支持。

关于福建二建是否应在本案中享有权利、承担义务的问题。如上所述，福建二建取得本案工程承包权后，即将本案工程转包给了吴建辉，吴建辉又与秦嵘嵘等三人合作，共同出资承建了本案工程。福建二建除了按与吴建辉签订的内部承包合同的约定收取总工程款2%的利润之外，并未对本案工程实际施工。故福建二建对本案工程款不享有权利。但是，福建二建是《内部经济责任承包合同》的相对人，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》第二十六条规定，福建二建应承担直接向秦嵘嵘等人支付工程款的义务，正荣公司在欠付工程价款范围内承担责任。至于福建二建根据其与吴建辉之间的《内部经济责任承包合同》应收取总工程款2%的利润，属另一法律关系，福建二建可另行主张。

类型三、劳务分包合同向工程转包合同转化如何认定

189. 双方虽签订劳务分包合同，但在实际履行过程中，一方采取包工包料的大包及垫资的方式进行施工，而不仅仅是提供劳务，应认定双方的实际履行行为将劳务分包合同变更为建设工程转包合同，应认定为无效。

案例 189. 天津市第一中级人民法院（2012）一中民一终字第 222 号“上诉人（原审被告、反诉原告）甲公司与被上诉人（原审原告、反诉被告）乙公司、原审被告丙公司建设工程合同纠纷案”



法院认为，双方签订《建设工程施工劳务分包合同》后，在合同履行中，分包方又以包工、包料的大包方式履行了合同，其性质变为建设工程转包合同关系，应属无效。

类型四、总公司将其承包工程交由其子公司施工和管理，应否视为工程转包

190. 公司将其承包项下的工程交由其子公司进行施工和管理，应为转包关系，违反了法律的禁止性规定，应认定为无效。

案例 190. 山东省济南市中级人民法院（2013）济民五终字第 566 号“济南正恒聚氨酯材料有限公司与山东省建设建工集团第三有限公司、山东省建设建工（集团）有限责任公司、山东建大教育置业有限公司建设工程施工合同纠纷案”



二审法院认为，省建工三公司具备独立的法人资格，依法对外独立承担民事责任，属于独立的建筑施工企业。因此，省建工公司将其总承包项下的工程交由其子公司省建工三公司进行施工和管理，双方之间应视为存在转包关系。虽然省建工公司与省建工三公司均主张双方之间系专业分包关系，但双方并未签订任何书面协议，亦未提交相应证据予以证实，本院不予采信。

类型五、公司将工程交由分公司施工，是否构成转包

191. 公司签订建设工程施工合同后，将工程交由其分公司完成，属内部分工，不属于工程转包。

案例 191. 山西省高级人民法院（2014）晋商终字第 3 号“上诉人（原审原告）寿阳县污水处理厂有限公司与被上诉人（原审被告）山西省工业设备安装有限公司建设工程施工合同纠纷案”



一审法院认为，B安装公司与A污水处理厂于2007年10月14日签订的建设工程施工合同系双方真实意思的表示，且未违反法律、法规的强制性规定，应认定为合法有效。B安装公司为污水厂施工寿阳县城污水处理与回用工程设备工艺安装工程事实清楚，污水厂作为该项目的权利义务承受者，应当承担偿付工程款的义务。B安装公司在与A污水处理厂签订《建设工程施工合同》后，将该施工项目交由其下属第一分公司具体实施，是作为企业内部管理的一种具体分工，不存在非法转包问题。判决：一、A污水处理厂在本判决生效后十日内支付B安装公司工程款1907377.25元。并从2008年11月1日起至付清款之日止，按照中国人民银行同期同类贷款利率计算利息。二、驳回B安装公司的其他诉讼请求。

上诉人A污水处理厂不服上述判决，上诉称，B安装公司将工程交给下属公司施工，施工过程中完全由下属公司出具手续，违背了合同主体的唯一性。

被上诉人B安装公司答辩称，被上诉人不存在非法转包的问题。

二审争议焦点：结算表是否合法有效？

二审裁判要点：本案诉争双方签订的施工合同是双方真实意思的表示，应为有效合同。B安装公司将合同交由其第一分公司完成，属内部分工，不存在转包问题。结算资料由第一分公司提供，但其法律后果由B安装公司承担，不影响结算表的效力。结算资料中出现监理工程师签字不一是事实，但是所有资料，监理公司及上诉人A污水处理厂、被上诉人B安装公司及第一分公司均有签章，且该结算经过上诉人一年的审核，上诉人最终在结算书上的签字理应视为其对结算表的认可。原审法院认定结算表真实有效是正确的，根据结算表判决给付工程款是有事实和法律依据的。综上，原审判决认定事实清楚，适用法律正确。依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十条第一款第一项之规定，判决驳回上诉，维持原判。

类型六、如何认定联营合同与转包合同

192. 名为联营，实为费用全额承包并交纳承包费，应为工程转包合同关系。

案例 192. 四川省高级人民法院（2014）川民终字第 27 号“吕鸿鹄、李成伟与成都市第六建筑工程公司、西华大学、四川鑫楠建筑工程有限公司、熊素兰建设工程施工合同纠纷案”



法院认为，关于六建公司应否承担案涉款项的给付责任问题。根据六建公司与鑫楠公司签订的《联营工程项目管理经济责任书》约定，六建公司将其承包的案涉工程发包给鑫楠公司承建，实行全额费用承包，按承包工程竣工结算总价的 3% 计算承包费，约定鑫楠公司在确保费用上缴、保证施工质量、进度、安全等情况下，项目经理熊素兰对项目劳务、设备、材料、财务、分包等进行管理，六建公司无权干预，鑫楠公司承担与工程相关的税费及债权债务。该协议内容并不涉及联营的出资比例、收益分配、联营责任分担的约定。鑫楠公司及熊素兰在原审庭审中认可六建公司将案涉工程转包给鑫楠公司，故从该协议的内容以及双方签订合同的意思表示看，该协议是工程转包合同而非联营合同。六建公司与鑫楠公司之间形成了工程转包关系。

类型七、如何认定工程分包与转包

193. 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。

案例 193. 最高人民法院（2013）民提字第 156 号“沈阳凯城房屋开发有限公司与大连华洋建筑工程有限公司、大连圣达科建集团有限公司建设工程施工合同纠纷案”



关于圣达公司与华洋公司签订的《中油吉利街 B 区工程项目施工管理协议书》的效力问题。法院再审认为，发包人凯城公司与承包人圣达公司于 2007 年 6 月 14 日签订《建设工程施工合同》，将中油吉利街项目 B 区 16 栋楼的工程发包给圣达公司，圣达公司又将本案争议的 B2#、B3#、B4# 三栋楼工程分包给了华洋公司。根据《建设工程质量管理条例》第七十八条第三款规定，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。本院认为，圣达公司将其总承包的 16 栋楼中的 3 栋楼以分包的名义转给华洋公司承包的行为，属于该条例所称的转包行为。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》第四条规定，承包人非法转包建设工程的行为无效，故案涉的《中油吉利街 B 区工程项目施工管理协议书》应认定为无效。原判决对该协议书效力的认定不当，本院予以纠正。

194. 发包人不仅知晓承包人与第三人之间的分包协议，且未对此提出异议，可以视为其对工程分包施工的默认。根据《中华人民共和国建筑法》第六十七条的规定，承包人只对因分包工程不符合规定的质量标准受到的损失向发包人承担责任，发包人依据分包工程其应支付给承包人的价款与承包人实际支付给分包人价款之间的差额，主张承包人向其赔偿直接分包经济损失没有事实和法律依据，不予支持。

案例 194. 湖南省高级人民法院（2014）湘高法民三终字第 35 号“湖南水总水电建设集团有限公司与江华瑶族自治县大林江水电有限公司建设工程施工合同纠纷案”



关于分包的损失赔偿问题。发包人大林江电站认为承包人湖南水总公司违反合同约定，将土石方开挖工作分包给郭尚安，依据本中大林江电站就郭尚安所施工的土石方开挖工作应支付给湖南水总公司价款 24078347.85 元与湖南水总公司实际支付给郭尚安的土石方工程款 15333817 元的差价，反诉主张湖南水总公司应向其赔偿直接分包经济损失 8744530.85 元。湖南水总公司认为，该 8744530.85 元直接分包经济损失并不是因质量问题造成的损失，故其不应当承担赔偿责任。二审法院认为，因双方在《大林江水电站厂房土建与金属结构设备安装工程协议书》中约定该合同工程不得分包，如若分包视为违约，但对违约责任未予明确；而在另外两个协议书中并未约定不得分包，而仅约定，如若分包，工程质量、进度及其安全、风险、责任等，均由承包人负责，概与发包人无关，可见，双方对涉案工程并非约定绝对不能分包。此外，依据大林江电站提供的工程款支付明细，大林江电站代付郭尚安工程款 536649 元，表明大林江电站不仅知晓湖南水总公司与郭尚安之间的分包协议，且未对此提出异议，可以视为其对湖南水总公司将土石方开挖工作分包给郭尚安施工的默认。另，《中华人民共和国建筑法》第六十七条规定，承包单位对因转包工程或者违法分包的工程不符合规定的质量标准造成的损失，与接受转包或者分包的单位承担连带赔偿责任。本院认为，根据上述规定，承包人也只对因分包的工程不符合规定的质量标准受到的损失承担责任，而大林江电站反诉主张所遭受的直接分包经济损失并不是因质量问题所遭受的损

失。故大林江电站主张损失赔偿没有事实和法律依据。

类型八、工程被转包的价款计算

195. 承包人未经发包人同意将工程全部转包给第三人，发包人非转包合同签订人，无权要求实际施工人参与工程结算。

承包人与发包人签订施工合同后，未经发包人同意，将建设工程进行转包，严重违反了国家法律强制性规定及双方当事人的合同约定，工程款应以实际施工人的资质据实结算，承包人依据双方合同约定结算工程款的请求不予支持。另外，以承包人资质据实结算，工程款仅计取直接费用（直接工程费用 + 直接工程费用税金）不当，同样应予纠正。

案例 195. 最高人民法院（2006）民一终 42 号“新疆新世纪成功房地产开发有限公司与青岛建设集团公司建设工程施工合同纠纷案”



2000 年 8 月 28 日，发包人成功公司与承包人青建集团签订《建设工程施工合同》和《补充条款》，约定青建集团承建成功公司成功广场综合楼工程，工程暂估价款为 5800 万元。

青建集团与成功公司签订《建设工程施工合同》后，于 2000 年 9 月 18 日与南通四建签订《建设工程施工合同》《补充条款》《工程质量保修书》，将成功广场综合楼工程转包给南通四建施工，合同约定工程价款暂估为 4500 万元。合同签订后，南通四建于 2000 年 9 月 20 日开工，至 2002 年 7 月 25 日停工。成功广场综合楼工程总建筑面积 89, 085.57 平方米，由裙楼、住宅、公寓三部分组成。所有施工项目已经建设、监理、勘察、设计、施工五方验收，工程质量均达优良。施工期间，成功公司于 2002 年 7 月书面通知青建集团解除合同，后双方就工程交接事宜予以交涉，成功公司接收了建设工程，并于 2002 年 9 月 14 日开业。

后成功公司提起诉讼称：成功公司与青建集团签订了《建设工程施工合同》后，

青建集团将其承包的工程全部非法转包给南通四建，故青建集团违反合同约定，给成功公司造成损失。因此请求：1. 解除《建设工程施工合同》；2. 青建集团返还未用于工程的1300万元工程款；3. 青建集团赔偿损失75358939.25元；4. 青岛建行承担1000万元担保责任；5. 南通四建赔偿返工费68万元；6. 青建集团返还施工资料、报建审批手续；7. 扣除5%的保修费585万元。

青建集团提起反诉，请求：1. 成功公司向青建集团支付相应配合费829248.12元；2. 成功公司向青建集团支付工程款39270774.99元，损失8001150.42元，利息6210836.27元（2001年4月1日~2004年12月16日）；3. 确认青建集团对工程价款享有优先受偿权。

一审法院认为，（一）关于合同效力和工程转包问题。1. 发包人成功公司与承包人青建集团于2000年8月28日签订的《建设工程施工合同》和《补充条款》系双方当事人的真实意思表示，内容不违反法律规定，合同双方主体符合法定条件，故该合同为有效合同，双方应严格履行。成功公司作为工程发包人应依约及时履行办理建设手续、提供施工图纸、拨付工程款等义务；青建集团作为工程承包人应履行组织施工、按质按量完成进度、保证施工安全等义务。

2. 青建集团与南通四建签订的《建设工程施工合同》无效。《中华人民共和国建筑法》第二十八条规定：“禁止承包单位将其承包的全部建筑工程转包给他人。”本案中，青建集团与成功公司签订《建设工程施工合同》后即于2000年9月18日与南通四建签订了《建设工程施工合同》《补充条款》《工程质量保修书》，将承揽的全部工程以低价承包给南通四建，该行为未经发包方成功公司同意，属非法转包。该转包合同的工程名称、地点、工程项目及开竣工时间、质量保证范围等均与青建集团和成功公司签订的《建设工程施工合同》《补充条款》《工程质量保修书》内容一致，且转包价为4500万元远低于承包价5800万元，虽然转包合同未明确约定管理费，但转包价低于承包价的部分应视为管理费，且系整体转包。庭审期间，青建集团未向法院提供其为该项工程实际施工人的证据，青建集团非法转包成立，青建集团与南通四建的合同无效。青建集团辩称该合同系复印件不应认定的理由没有法律依据。青建集团与南通四建签订的《建设工程施工合同》虽系复印件，但依据《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第七十五条“有证据证明一方当事人持有证据无正当理由拒不提供，如果对方当事人主张该证据的内容不利于证据持有人，可以推定该主张成立”的规定，青建集团作为转包合同的当事人应当持有转包合同的原件，但拒绝提供，应承

担不利的后果，故成功公司关于青建集团非法转包的主张成立。另，根据南通四建出具的“2000年基础施工总结汇报”、2001年9月6日的“2001年成功广场工程主体施工情况汇报”等证据也可证实成功广场综合楼工程的实际施工人为南通四建，故对青建集团非法转包的事实本院予以认定。基于青建集团转包工程、工程实际施工单位为南通四建的事实，该工程应据实结算，承包人青建集团不应再参与工程取费，应依据该工程造价的直接费用收取工程款。

(二)关于工程款和利息、配合费问题。该工程经委托有关机构对工程造价予以鉴定，证实该工程依据青建集团全民一级资质取费标准的总造价为117327734.93元。其中，直接工程费用为108520818.6元，直接工程费用税金为3697637.41元，直接工程费用和直接工程费用税金共计112218456元，该部分工程直接费用成功公司应予以支付。

成功公司与青建集团均不服一审判决，提起上诉。

二审期间，最高人民法院委托国信会计师事务所对工程造价作了《补充鉴定》，鉴定结论为：成功广场综合楼按集体三级资质取费的工程总造价(含税金)为104724957.78元。2008年1月15日，对鉴定机构作出的《补充鉴定》，二审法院组织双方当事人进行了质证，鉴定机构派员参加了质证。质证中鉴定人员对双方当事人提出的异议进行了答疑。

二审争议焦点：1.青建集团与南通四建法律关系的认定。2.建设工程的工程款应如何结算。

1.关于青建集团与南通四建法律关系的认定问题。二审法院认为，根据发包人成功公司与承包人青建集团在本案所提出的诉讼请求，该案为建设工程施工合同纠纷。双方当事人诉讼的目的是请求人民法院处理双方因建设施工合同所发生的纠纷。本案中实际施工人南通四建未参与成功公司与青建集团的合同签订，不是该建设工程施工合同纠纷的当事人。青建集团与成功公司签订合同后，虽与南通四建签订合同将建设工程转包予南通四建，但因成功公司未向南通四建提起侵权诉讼，因此，在本案的诉讼中成功公司无权主张青建集团与南通四建签订的建设工程施工合同无效。另，成功公司主张南通四建承担返修费用亦不能支持。青建集团与成功公司签订的建设工程施工合同虽为有效合同，但青建集团在签订合同后，即将建设工程进行了转包，其转包行为严重违反了国家法律强制性规定及双方当事人的合同约定。对此，青建集团依据双方合同约定结算工程款的请求，人民法院不应予以支持。成功公司与青建集团应以建设

工程实际施工人的资质据实结算工程款。

2. 关于成功公司与青建集团工程款结算及工程款利息问题。二审法院认为，青建集团虽将工程进行了转包，但是工程建设经过验收为合格工程，成功公司也接收了该建筑物。对此，成功公司应支付该建筑物的工程款。对如何结算工程款，成功公司认为，应依照实际施工人南通四建三级资质据实结算；青建集团认为，应依照成功公司与青建集团签订的合同约定进行结算。二审法院审理认为，青建集团在与成功公司签订合同后，未进行工程施工，其提出依照合同约定按青建集团一级资质结算工程款无事实依据，不予支持。双方当事人争议的建设工程是由三级资质的建设单位完成的，因此，应依照实际施工人资质等级据实结算工程款。本案一审法院委托鉴定机构以青建集团一级资质进行鉴定不妥，应予纠正。二审期间，经二审法院委托国信会计师事务所对讼争工程造价作了《补充鉴定》，鉴定结论为：成功广场综合楼按集体三级资质取费的工程总造价（含税金）为104724957.78元。《补充鉴定》作出后，成功公司提出工程量及材料价款亦应重新进行鉴定问题。二审法院认为，《补充鉴定》仅是将原鉴定的取费标准由一级取费变更为集体三级取费，在此次鉴定中不涉及对工程量及材料价款重新核定问题。成功公司提出的工程量及材料价款问题，在原鉴定结论作出后一审法院已进行过答疑质证，并根据双方提出的异议，由鉴定机构作出了相应的调整。在成功公司未提供新证据的情况下，其请求重新核对工程量及材料价款，不予支持。关于成功公司提出应由南通四建提供鉴定资料进行鉴定问题。二审法院审理认为，本案是成功公司与青建集团的工程结算纠纷，虽然本案是按照实际施工人的资质进行鉴定确定工程款数额，但是不能由此认为本案是成功公司与南通四建之间的工程结算。成功公司与南通四建之间没有法律关系，成功公司无权要求南通四建参与工程结算。因此，成功公司此项请求依据不足，不能支持。

成功公司已支付工程进度款、材料款、劳保统筹费用共计81552452.94元，成功公司尚欠青建集团工程款为23172504.84元，利息属于法定孳息，成功公司应支付工程交付后的工程款利息，即2002年9月14日至付款之日的中国人民银行同期贷款利息。成功公司提出不应支付利息的主张不予支持，予以驳回。

类型九、不构成违法转包的情形

196. 发包人对承包人承包范围内部分工程由有资质的第三人施工明知，且在第三人向其申报工程款时，并未提出异议，故第三人施工不构成《建设工程质量管理条例》第七十八条第二款规定的违法分包行为，发包人主张承包人承担非法转包的违约责任，不予支持。

案例 196. 吉林省高级人民法院（2015）吉民一终字第 14 号“长春建设股份有限公司与长春信诚房地产开发有限责任公司建设工程施工合同纠纷案”



关于长建公司对 16# 楼是否是非法转包，应否承担违约责任的问题。《中华人民共和国建筑法》第二十九条的规定，建筑工程总承包单位可以将承包工程中的部分工程发包给具有相应资质条件的分包单位；但是，除总承包合同中约定的分包外，必须经建设单位认可。《建设工程质量管理条例》第七十八条第二款规定，本条例所称违法分包，是指下列行为：（一）总承包单位将建设工程分包给不具备相应资质条件的单位的；（二）建设工程总承包合同中未有约定，又未经建设单位认可，承包单位将其承包的部分建设工程交由其他单位完成的；（三）施工总承包单位将建设工程主体结构的施工分包给其他单位的；（四）分包单位将其承包的建设工程再分包的。《建设工程质量管理条例》第七十八条第三款规定，本条例所称转包，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。本案中长建公司承建南湖学府经典项目的一期 1# 楼、2# 楼、3# 楼和二期二标段 11# 楼、12# 楼、13# 楼、18# 地下室及二期三标段 14# 楼、15# 楼、16# 楼及 16# 人防工程。其中的 16# 楼由吉源公司实际承建，除 16# 楼之外，上述工程均由长建公司自行组织施工力量，完成合同义务，故长建公司的行为并不构成《建设工程质量管理条例》第七十八条第三款规定的转包行为。2007 年 12 月 19 日的《工程款拨付申请会签单》载明，吉源公司以自己的名义主张 16# 楼工程款，监理单位于 2008 年 1 月 11 日签字盖章认可，信诚

公司工程部的迟浩田在建设单位一栏签字，认可工程量属实。通过上述行为可以认定，信诚公司对吉源公司负责 16# 楼的施工是明知的，且在吉源公司申报工程款时，信诚公司及监理单位并未提出异议，吉源公司是具有相关资质的施工单位，所以吉源公司负责 16# 楼施工的行为，并未构成《建设工程质量管理条例》第七十八条第二款规定的违法分包行为。信诚公司主张长建公司承担非法转包的违约责任，并依据《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》第四条的规定，请求人民法院收缴长建公司的非法所得，依据不足，本院不予支持。

裁判依据或参考

法律法规

《中华人民共和国建筑法》(2011 年 7 月 1 日)

第二十八条 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。

第二十九条 建筑工程总承包单位可以将承包工程中的部分工程发包给具有相应资质条件的分包单位；但是，除总承包合同中约定的分包外，必须经建设单位认可。施工总承包的，建筑工程主体结构的施工必须由总承包单位自行完成。

建筑工程总承包单位按照总承包合同的约定对建设单位负责；分包单位按照分包合同的约定对总承包单位负责。总承包单位和分包单位就分包工程对建设单位承担连带责任。

禁止总承包单位将工程分包给不具备相应资质条件的单位。禁止分包单位将其承包的工程再分包。

第六十七条 承包单位将承包的工程转包的，或者违反本法规定进行分包的，责令改正，没收违法所得，并处罚款，可以责令停业整顿，降低资质等级；情节严重的，吊销资质证书。

承包单位有前款规定的违法行为的，对因转包工程或者违法分包的工程不符合规定的质量标准造成的损失，与接受转包或者分包的单位承担连带赔偿责任。

《中华人民共和国合同法》(1999 年 10 月 1 日)

第二百七十二條 发包人可以与总承包人订立建设工程合同，也可以分别与勘察

人、设计人、施工人订立勘察、设计、施工承包合同。发包人不得将应当由一个承包人完成的建设工程肢解成若干部分发包给几个承包人。

总承包人或者勘察、设计、施工承包人经发包人同意，可以将自己承包的部分工作交由第三人完成。第三人就其完成的工作成果与总承包人或者勘察、设计、施工承包人向发包人承担连带责任。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。

禁止承包人将工程分包给不具备相应资质条件的单位。禁止分包单位将其承包的工程再分包。建设工程主体结构的施工必须由承包人自行完成。

《建设工程质量管理条例》(2000年1月30日 国务院令第279号)

第二十五条 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。

施工单位不得转包或者违法分包工程。

本条例所称转包，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。

司法解释及其他

《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》(2005年1月1日 法释〔2004〕14号)

第四条 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。人民法院可以根据民法通则第一百三十四条规定，收缴当事人已经取得的非法所得。

第五条 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。

第七条 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，当事人以转包建设工程违反法律规定为由请求确认无效的，不予支持。

部门规范性文件

住房和城乡建设部《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）》（2014年10月1日 建市〔2014〕118号）

第四条 本办法所称违法发包，是指建设单位将工程发包给不具有相应资质条件的单位或个人，或者肢解发包等违反法律法规规定的行为。

第五条 存在下列情形之一的，属于违法发包：

- （一）建设单位将工程发包给个人的；
- （二）建设单位将工程发包给不具有相应资质或安全生产许可的施工单位的；
- （三）未履行法定发包程序，包括应当依法进行招标未招标，应当申请直接发包未申请或申请未核准的；
- （四）建设单位设置不合理的招投标条件，限制、排斥潜在投标人或者投标人的；
- （五）建设单位将一个单位工程的施工分解成若干部分发包给不同的施工总承包或专业承包单位的；
- （六）建设单位将施工合同范围内的单位工程或分部分项工程又另行发包的；
- （七）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；
- （八）法律法规规定的其他违法发包行为。

第六条 本办法所称转包，是指施工单位承包工程后，不履行合同约定的责任和义务，将其承包的全部工程或者将其承包的全部工程肢解后以分包的名义分别转给其他单位或个人施工的行为。

第七条 存在下列情形之一的，属于转包：

- （一）施工单位将其承包的全部工程转给其他单位或个人施工的；
- （二）施工总承包单位或专业承包单位将其承包的全部工程肢解以后，以分包的名义分别转给其他单位或个人施工的；
- （三）施工总承包单位或专业承包单位未在施工现场设立项目管理机构或未派驻项目负责人、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，不履行管理义务，未对该工程的施工活动进行组织管理的；
- （四）施工总承包单位或专业承包单位不履行管理义务，只向实际施工单位收取费用，主要建筑材料、构配件及工程设备的采购由其他单位或个人实施的；

(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；

(六) 施工总承包单位或专业承包单位通过采取合作、联营、个人承包等形式或名义，直接或变相的将其承包的全部工程转给其他单位或个人施工的；

(七) 法律法规规定的其他转包行为。

第八条 本办法所称违法分包，是指施工单位承包工程后违反法律法规规定或者施工合同关于工程分包的约定，把单位工程或分部分项工程分包给其他单位或个人施工的行为。

第九条 存在下列情形之一的，属于违法分包：

(一) 施工单位将工程分包给个人的；

(二) 施工单位将工程分包给不具备相应资质或安全生产许可的单位的；

(三) 施工合同中沒有约定，又未经建设单位认可，施工单位将其承包的部分工程交由其他单位施工的；

(四) 施工总承包单位将房屋建筑工程的主体结构的施工分包给其他单位的，钢结构工程除外；

(五) 专业分包单位将其承包的专业工程中非劳务作业部分再分包的；

(六) 劳务分包单位将其承包的劳务再分包的；

(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；

(八) 法律法规规定的其他违法分包行为。

第十条 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。

第十一条 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养老保险关系的；

（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。

住房和城乡建设部《关于进一步推进工程总承包发展的若干意见》（2016年5月20日 建市〔2016〕93号）

（七）工程总承包企业的基本条件。工程总承包企业应当具有与工程规模相适应的工程设计资质或者施工资质，相应的财务、风险承担能力，同时具有相应的组织机构、项目管理体系、项目管理专业人员和工程业绩。

（九）工程总承包项目的分包。工程总承包企业可以在其资质证书许可的工程项目范围内自行实施设计和施工，也可以根据合同约定或者经建设单位同意，直接将工程项目的的设计或者施工业务择优分包给具有相应资质的企业。仅具有设计资质的企业承接工程总承包项目时，应当将工程总承包项目中的施工业务依法分包给具有相应施工资质的企业。仅具有施工资质的企业承接工程总承包项目时，应当将工程总承包项目中的设计业务依法分包给具有相应设计资质的企业。

（十）工程总承包项目严禁转包和违法分包。工程总承包企业应当加强对分包的管理，不得将工程总承包项目转包，也不得将工程总承包项目中设计和施工业务一并或者分别分包给其他单位。工程总承包企业自行实施设计的，不得将工程总承包项目工程主体部分的设计业务分包给其他单位。工程总承包企业自行实施施工的，不得将工

程总承包项目工程主体结构的施工业务分包给其他单位。

(十一) 工程总承包企业的义务和责任。工程总承包企业应当加强对工程总承包项目的管理, 根据合同约定和项目特点, 制定项目管理计划和项目实施计划, 建立工程管理与协调制度, 加强设计、采购与施工的协调, 完善和优化设计, 改进施工方案, 合理调配设计、采购和施工力量, 实现对工程总承包项目的有效控制。工程总承包企业对工程总承包项目的质量和安全全面负责。工程总承包企业按照合同约定对建设单位负责, 分包企业按照分包合同的约定对工程总承包企业负责。工程分包不能免除工程总承包企业的合同义务和法律责任, 工程总承包企业和分包企业就分包工程对建设单位承担连带责任。

地方司法性文件及其他

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意见》(2008年12月17日 苏高法审委〔2008〕26号)

第三条 具有下列情形之一, 当事人要求确认建设工程施工合同无效的, 人民法院应予支持:

- (一) 承包人未取得建筑施工企业资质或者超越资质等级的;
- (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;
- (三) 建设工程必须进行招标而未招标或者中标无效的;
- (四) 承包单位将工程进行转包或者违法分包的;
- (五) 中标合同约定的工程价款低于成本价的;
- (六) 法律、行政法规规定的其他情形。

江苏省高级人民法院《建设工程施工合同案件审理指南》(2010年)

3. 坚持慎用合同无效原则。建设工程合同受到不同领域的多部法律及其他规范性文件调整。如果违反这些规范都以违反法律强制性规定为由而认定合同无效, 不符合《合同法》的立法本意。在审判实务中应当将法律、行政法规规定的强制性规定区分为效力性规定与倡导性规定, 只有违反效力性规定的建设工程合同方为无效。建设工程合同生效后, 当事人对有关内容没有约定或者约定不明确的, 可以协议补充; 不能达成补充协议的, 按照合同有关条款或者参照国家建设部和国家工商总局联合推行的《建设工程施工合同(示范文本)》的通用条款确定

二、建设工程施工合同的效力

（一）建设工程施工合同效力的审查

无论当事人是否对建设工程施工合同的效力提出主张或抗辩，人民法院都应当主动审查建设工程施工合同的效力并在判决书中明确载明。

建设工程施工合同的效力是审理建设工程施工合同纠纷案件首要审查的内容。即使当事人对建设工程施工合同的性质与效力未产生争议，人民法院也应当就合同的性质与效力进行强制审查，不受当事人请求的影响。

（二）建设工程合同的有效要件

1. 合同的当事人即发包人和承包人应当符合法律和行政法规规定的条件，也就是要具备《民法通则》第55条规定的“相应的民事行为能力”。

2. 意思表示真实且发包人和承包人就合同的内容协商一致。

3. 建设工程施工合同的当事人即发包人和承包人在签订合同的过程中应当履行法律和行政法规规定的必须履行的程序。这一条件是建设工程合同所特有的条件。建设工程往往涉及国计民生而且一般投资规模较大，所以国家对建设行为予以更多的关注并通过法律、行政法规和部门规章以及地方性法规来进行约束和规范。如依照《中华人民共和国招标投标法》任何单位和个人不得将依法必须进行招标的项目化整为零或者以其他任何方式规避招标。依法应当招标而未招标的合同无效。

4. 建设工程施工合同应当符合法律规定的形式要件。

5. 内容合法，不违反法律或社会公共利益。

（三）建设工程施工合同的无效情形

1. 承包人未取得建筑施工企业资质或者超越资质等级的。

比较典型的表现形式主要有以下几种情况：（1）个体施工队伍在没有资质的情况下违法承揽建设工程的；（2）施工单位冒用、盗用营业执照、资质证书承揽工程的；（3）建筑施工企业的分支机构以自己的名义对外承揽工程的；（4）非建筑施工企业超越经营范围对外承揽建设工程的。此外，承包人在工程竣工前未取得相应资质，竣工验收合格后才取得资质的，建设工程施工合同也应认定为无效。

2. 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通的独立核算；（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建筑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建筑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建筑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。

3. 建设工程必须进行招标而未招标或者中标无效的。

对属于招标投标法第三条规定的必须进行招标的建设项目，建设方与承包方必须采取招标投标方式订立合同，否则因合同订立违反法律强制性规定，合同即为无效。常见情形主要有：应当招标的工程而不招标；招标人隐瞒工程真实情况，如建设规模、建设条件、投资、材料的保证等；招标人或招标代理机构泄漏应当保密的与招标投标活动有关的情况和资料；招标代理机构与招标人、投标人串通损害国家利益、社会公共利益或者他人的合法权益；依法必须进行招标的项目招标人向他人透露已获取招标文件的潜在投标人的名称、数量或者可能影响公平竞争的有关招标投标的其他情况；依法必须进行招标的项目招标人泄露标底；投标人相互串通投标或者与招标人串通投标；投标人向招标人或者评标委员会成员行贿的手段谋取中标；投标人以他人名义投标或以其他方式弄虚作假，骗取中标；依法必须进行招标的项目，招标人违反招标投标法的规定，与投标人就投标价格、投标方案等实质性内容进行谈判；招标人在评标委员会依法推荐的中标候选人以外确定中标人；依法必须进行招标的项目在所有投标被评标委员会否决后，自行确定中标人。

针对具体案件，证明项目确实属于“必须进行招投标”的范围，可以让当事人提供证据。由于合同效力属于法院依职权审查的范围，因此法院就必须主动审查项目是否属于“必须进行招投标”的范围。在确定中标后，当事人如果又签订协议对中标合同进行实质性变更，则违反招标投标法第四十六条，应为无效。

4. 发包人在一审庭审结束前未取得土地使用权证、建设工程规划许可证的。

5. 承包人进行转包或违法分包的。

转包一直是建设工程实务中比较普遍的现象。《建设工程质量管理条例》第七十八条第三款规定：“本条例所称转包，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工程肢解以后以分包的名义分别转给他人承包的行为。”转包的特征为：（1）转包人不履行建设工程合同全部义务，不履行施工、管理、技术指导等技术经济责任；（2）转包人将合同权利与义务全部转让给转承包人。在司法实践中，转包往往表现为，转包人在承接建设工程后并不成立项目部，也不派驻管理人员和技术人员在施工现场进行管理和技术指导。法官在审理案件时，如果核实查清进行实际工程建设的单位不是承包人而是承包人以外的第三人，承包人也没有为工程项目成立项目部，也未在施工现场派驻管理人员和技术人员进行现场管理和技术指导，施工现场的管理人员和技术人员均隶属于承包人以外的第三人，则基本可以认定承包人的行为为非法转包。

违法分包指下列行为：（1）总承包单位将建设工程分包给不具备相应资质条件的单位的；（2）建设工程总承包合同中未有约定，又未经建设单位认可，承包单位将其承包的部分建设工程交由其他单位完成的；（3）施工总承包单位将建设工程主体结构的施工分包给其他单位的；（4）分包单位将其承包的建设工程再分包的。

实践中，违法分包行为主要表现在以下几个方面：发包人将应当由一个承包人完成的建设工程肢解成若干部分后分包给几个承包人；承包人未经发包人同意，将自己承包的工程全部或部分地分包给第三人；分包的第三人将其分包的工程再次分包的；承包人将主体结构的施工工作分包给第三人；承包人将其承包的全部建设工程转包给第三人；承包人将其承包的全部建设工程肢解以后以分包名义分别转包给第三人。

6. 中标合同约定工程价款低于成本价的。

7. 法律、行政法规规定的其他情形。

（十）无效建设工程施工合同的效力转化。

根据法释〔2004〕14号的规定，建设工程施工合同无效有下列几种情形：（1）承包人未取得建筑施工企业资质或者超越资质等级的；（2）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；（3）建设工程必须进行招标而未招标或者中标无效的；（4）承包单位将工程进行转包或者违法分包的。而法释〔2004〕14号第五条规定：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。由此可见，根据法释〔2004〕14号规定合同效力可以转化的情形只有“超越资质等级许可而签订的合同”这一种。从上述规定可以看出，在效力转化的时间点上应为“在建设工程竣工前”，即只有承包人在建设工程竣工前取得相应资质等级的才能发生合同效力的转化。

江西省高级人民法院《2004年全省法院民事审判工作座谈会纪要》（2004年12月16日 赣高法〔2005〕52号）

五、关于建设工程合同纠纷案件审理

4. 承包人将中标项目整体转让给他人，或者将承包项目肢解后分别转让给他人，或者将承包项目中主体、关键性工程分包给他人，发包人以此为由主张终止合同的，应予支持。在具体施工中，承包人将部分技术含量不大、非关键性、基本属于劳务性质的工作量分包，承包人对技术、管理等进行了实质性控制，发包人据此主张承包人存在非法转包、分包行为的，不予支持。在转包、分包合同纠纷中，该转包、分包合同的效力应予以认可。

无资质的企业、个人借用有资质企业的名义承揽工程，发包人以此为由主张合同无效的，应予以支持。但承包人将工程分包给下属企业，或者由单位内部项目经理组织施工，承包人采取了控制措施，分派人员直接参与技术、管理等工作，对外向发包人承担合同上的权利义务的，应认定为内部承包。发包人以此为由主张合同无效的，不予支持。

福建省高级人民法院《关于审理建设工程施工合同纠纷案件疑难问题的解答》（2007年11月22日）

1. 问：如何认定施工企业内部承包合同的性质与效力？

答：建设工程施工合同的承包人与其下属分支机构或职工就所承包的全部或部分工程施工所签订的承包合同为企业内部承包合同，属建筑施工企业的一种内部经营方式，法律和行政法规对此并不禁止，承包人仍应对工程施工过程及质量等进行管理，对外承担施工合同的权利义务。当事人以内部承包合同的承包方无施工资质为由主张合同无效的，不予支持。

2. 问：如何区分劳务分包与转包、违法分包？

答：劳务分包是指建设工程的总承包人或者专业承包人将所承包的建设工程中的

劳务作业（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、架线等）发包给劳务作业承包人完成的活动。转包是承包人将所承包的全部建设工程转由第三人施工完成。分包是承包人将所承包的建设工程的某一部分施工项目交由第三人施工建设，其中《建筑法》与《建设工程质量管理条例》第七十八条所列的四种行为属违法分包。劳务分包既不是转包，也不是分包；转包及违法分包为法律所禁止，劳务分包则不为法律所禁止。

新疆维吾尔自治区高级人民法院《审理建设工程施工合同案件情况的调研报告》

（六）承包人将建设工程以内部承包、内部联营等方式交由第三人施工的，人民法院应当审查承包人与第三人签订合同的效力；构成非法转包、违法分包的，应依法认定无效，但并不影响发包人与承包人签订的建设工程施工合同的效力。

（七）人民法院审查承包人与第三人签订的合同是否构成非法转包，主要从施工过程中六个方面综合考虑：

1. 核实承包合同主体是否变更或者实际上已变更；
2. 检查现场管理人员的隶属关系，且与申报质量监督时是否一致；
3. 检查承包人履行合同行为（包括组织机构、工作协调、技术措施、方案、质量、安全责任）的落实情况；
4. 核查承包人管理人员的到位情况；
5. 核查工程项目的原材料是否由承包人供应；
6. 核查用于工程施工的大型机具、设备、设施是否为承包人所拥有。

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》（2015年3月16日 川高法民一〔2015〕3号）

3. 如何认定转包？

转包是指建筑施工企业承包工程后，不履行合同约定的责任和义务，将其承包的全部工程或者将其承包的全部工程肢解后以分包的名义分别转给其他企业或个人施工的行为。

存在下列情形之一的，一般可以认定为转包：

（一）建筑施工企业未在施工现场设立项目管理机构或未派驻项目负责人、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，不履行管理义务，未对该工程的施工活动进行组织管理的；

（二）建筑施工企业不履行管理义务，只向实际施工企业或个人收取费用，主要建

筑材料、构配件及工程设备由实际施工企业或个人采购的；

(三) 劳务分包企业承包的范围是建筑施工企业承包全部工程，劳务分包企业计取的是除上缴给建筑施工承包企业管理费之外的全部工程价款的；

(四) 建筑施工企业通过采取合作、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企业或个人施工的；

(五) 法律、行政法规规定的其他转包情形。

4. 如何认定违法分包？

违法分包是指建筑施工企业承包工程后违反法律法规规定或者施工合同关于工程分包的约定，把单位工程或分部分项工程分包给其他企业或个人施工的行为。

存在下列情形之一的，一般可以认定为违法分包：

(一) 建筑施工企业将工程分包给个人的；

(二) 建筑施工企业将工程分包给不具备相应资质的企业的；

(三) 施工合同中沒有约定，又未经建设单位认可，建筑施工企业将其承包的部分工程交由其他企业施工的；

(四) 施工总承包企业将除钢结构工程以外的房屋建筑工程的主体结构的施工分包给其他企业的；

(五) 专业分包企业将其承包的专业工程中非劳务作业部分再分包的；

(六) 劳务分包企业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；

(七) 法律、行政法规规定的其他违法分包情形。

5. 如何认定借用资质（挂靠）？

借用资质（挂靠）是指没有建筑施工资质的企业或个人以其他建筑施工企业的名义，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名义，没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名义承揽工程的行为，或者有资质的建筑施工企业通过名义上的联营、合作、内部承包等其他违法方式允许他人以本企业的名义承揽工程的行为。

前述所称承揽工程，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。

审判实践中，可以结合下列情形综合认定是否属于借用资质（挂靠）：

(一) 借用资质（挂靠）人通常以出借资质（被挂靠）人的名义参与招投标、与发

包人签订建筑施工合同，借用资质（挂靠）人与出借资质（被挂靠）人之间没有产权联系，没有劳动关系，没有财务管理关系的；

（二）借用资质（挂靠）人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出借资质（被挂靠）人没有订立劳动合同，或没有建立劳动工资或社会养老保险关系的；

（三）借用资质（挂靠）人承揽工程经营方式表现为自筹资金，自行组织施工，自主经营，自负盈亏。出借资质（被挂靠）人只收取管理费（包括为确保管理费收取为目的的出借账户），不参与工程施工、管理，不承担工程技术、质量和经济责任的；

（四）出借资质（被挂靠）人与发包人之间没有实质上工程款收付关系，均是以“委托支付”“代付”等其他名义进行工程款支付，或者仅是过账转付关系的；

（五）施工合同约定由出借资质（被挂靠）人负责采购主要建筑材料、构配件及工程设备或租赁施工机械设备，实际并非由出借资质（被挂靠）人进行采购、租赁，或者出借资质（被挂靠）人不能提供有关采购、租赁合同及发票等证明，又不能进行合理解释并提供证据证明的；

（六）法律、行政法规规定的其他借用资质（挂靠）情形。

6. 如何认定内部承包？

建筑施工企业将其承包的全部或部分工程交由其下属分支机构或在册的项目经理等本企业职工个人承包施工，建筑施工企业对工程施工过程及质量进行管理，并在资金、技术、设备、人力等方面给予支持的，属于内部承包。

审判实践中，可以结合下列情形综合认定是否属于内部承包：

（一）合同的发包人为建筑施工企业，承包人为建筑施工企业下属分支机构或在册的项目经理等本企业职工，两者之间存在管理与被管理的行政隶属关系的；

（二）发包给个人的，发、承包人之间有合法的劳动关系以及社会保险关系的；

（三）承包人使用建筑施工企业的建筑资质、商标及企业名称等是履行职责行为，在建筑施工企业的管理和监督下进行项目施工，承包人根据承包合同约定向建筑施工企业交纳承包合同保证金的；

（四）施工现场的项目经理或其他现场管理人员接受建筑施工企业的任免，调动和聘用的；

（五）承包人组织项目施工所需的人、财、物及资金，由建筑施工企业予以协调支持的；

(六)承包人在建筑施工企业统一管理和监督下独立核算、自负盈亏,承包人与建筑施工企业按照承包合同约定对经营利润进行分配的。

内部承包的对外民事权利义务主体为该合同发包人建筑施工企业。

7. 如何认定劳务分包?

劳务分包是指建设工程的总承包人或者专业承包人将其承包工程中的劳务作业(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、架线等)发包给具有相应劳务资质的劳务作业承包人完成的行为。

审判实践中,可以结合下列情形综合认定是否属于劳务分包:

- (一) 劳务作业承包人具有劳务分包企业资质;
- (二) 分包内容是劳务作业而不是工程本身;
- (三) 劳务作业承包人一般仅提供劳务作业,施工技术、工程主要材料、大型机械、设备等均由总承包人或者专业承包人负责;
- (四) 劳务费用一般是通过工日的单价和工日的总数量进行费用结算,不发生主要材料、大型机械、设备等费用的结算,不收取管理费。

8. 如何认定是否属于必须招投标的建设工程?

《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》(以下简称《建工司法解释》)第一条第(三)项规定的“必须进行招标”的建设工程的认定应当依据《中华人民共和国招标投标法》第三条、《中华人民共和国招标投标法实施条例》和原国家发展计划委员会《工程建设项目招标范围和规模标准规定》(2000年第3号令)的相关规定予以确定。法律、行政法规有新规定的,适用新规定。

法律、行政法规规定不是必须进行招投标的建设工程,但当事人自愿进行招投标的,应当受《中华人民共和国招标投标法》的约束。

《上海市工程总承包试点项目管理办法》(2017年1月1日起施行 沪建建管〔2016〕1151号)

第十二条(禁止转包和违法分包)工程总承包企业不得将工程总承包项目进行转包,不得将工程总承包项目中设计和施工全部业务一并或者分别再发包给其他单位。工程总承包企业自行实施设计的,不得将工程总承包项目工程主体部分的设计业务分包给其他单位。工程总承包企业自行实施施工的,不得将工程总承包项目工程主体结构的施工业务分包给其他单位。

北京市第一中级人民法院《对民事审判中部分执法不统一问题的规范意见》 (2011年)

11. 转包、违法分包、劳务分包对合同效力的影响?

问题说明：在建设工程的承发包关系中，经常有转包和分包的情况出现，这时如何判断合同的效力？

基本意见：(1)转包是指承包人将其承包的全部工程都交由第三人完成；违法分包是指承包人将其承包的部分工程肢解为若干部分后，全部交由若干单位或个人完成。转包、违法分包的合同无效。(2)对于将全部工程劳务都分包给第三人的，只要第三人具有劳务资质，则劳务分包合同有效。但如是将整个工程肢解分包给若干劳务队伍，则属违法分包，分包合同无效。

上海市中级人民法院《建设工程施工合同纠纷审判实务相关疑难问题解答》(2015年10月22日)

三、如何认定违法分包？

解答：法律允许建筑工程总承包单位将承包工程中的部分工程发包给具有相应资质条件的分包单位，即专项分包，前提是必须经建设单位认可。然而，实践中的分包形式却多种多样，以下几种情形因违反相关法律规定，应当认定为违法分包：

- (一) 承包人将建设工程主体结构的施工分包给他人完成；
- (二) 分包单位不具备相应的资质条件；
- (三) 分包未经建设单位认可；
- (四) 分包单位将其承包的工程再行分包。

理由：区分合法分包与违法分包对于确定合同效力意义重大。《中华人民共和国建筑法》(下称《建筑法》)第二十九条规定除总承包合同中约定的分包外，分包必须经建设单位认可。施工总承包的，建筑工程主体结构的施工必须由总承包单位自行完成。禁止总承包单位将工程分包给不具备相应资质条件的单位。禁止分包单位将其承包的工程再分包。住建部《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)》第九条也对违法分包情形作出了同样的规定。

江苏省南通市中级人民法院《关于建设工程实际施工人对外从事商事行为引发纠纷责任认定问题的指导意见（试行）》（2010年7月7日 通中法〔2010〕130号）

8. 区分是行政隶属关系还是挂靠、转包、违法分包关系，可根据以下情形综合分析判断：施工合同约定的建筑单位与现场施工方之间有无产权关系、有无统一的财务管理；施工合同约定的建筑单位与施工现场的项目经理或其他现场实际施工人员之间有无合法的人事或劳动关系以及社会保险关系。

合同示范文本

《2017 建设工程施工合同（示范文本）》（GF-2017-0201）

第二部分 通用合同条款

3.5 分包

3.5.1 分包的一般约定

承包人不得将其承包的全部工程转包给第三人，或将其承包的全部工程肢解后以分包的名义转包给第三人。承包人不得将工程主体结构、关键性工作及专用合同条款中禁止分包的专业工程分包给第三人，主体结构、关键性工作的范围由合同当事人按照法律规定在专用合同条款中予以明确。

承包人不得以劳务分包的名义转包或违法分包工程。

3.5.2 分包的确定

承包人应按专用合同条款的约定进行分包，确定分包人。已标价工程量清单或预算书中给定暂估价的专业工程，按照第10.7款〔暂估价〕确定分包人。按照合同约定进行分包的，承包人应确保分包人具有相应的资质和能力。工程分包不减轻或免除承包人的责任和义务，承包人和分包人就分包工程向发包人承担连带责任。除合同另有约定外，承包人应在分包合同签订后7天内向发包人和监理人提交分包合同副本。

3.5.3 分包管理

承包人应向监理人提交分包人的主要施工管理人员表，并对分包人的施工人员进行实名制管理，包括但不限于进出场管理、登记造册以及各种证照的办理。

3.5.4 分包合同价款

（1）除本项第（2）目约定的情况或专用合同条款另有约定外，分包合同价款由承包人与分包人结算，未经承包人同意，发包人不得向分包人支付分包工程价款；

（2）生效法律文书要求发包人向分包人支付分包合同价款的，发包人有权从应付

承包人工程款中扣除该部分款项。

3.5.5 分包合同权益的转让

分包人在分包合同项下的义务持续到缺陷责任期届满以后的，发包人有权在缺陷责任期届满前，要求承包人将其在分包合同项下的权益转让给发包人，承包人应当转让。除转让合同另有约定外，转让合同生效后，由分包人向发包人履行义务。

第7节 劳务分包的认定标准

——劳务承发包，合同应有效？（劳务分包）

197. 如何认定劳务承包与违法分包？建设工程施工合同是承包人进行工程施工建设，发包人支付工程价款的合同。建设工程中的劳务分包合同，是指发包人将建设工程中的劳务作业分包给具有建筑劳务分包资质的劳务公司，并支付劳务费用的合同。劳务分包合同的性质可从合同约定的施工项目内容、费用组成、计价方式等方面判断。案涉合同虽名为劳务承包，但超越劳务承包范围，具有建设工程施工合同性质，在未经业主同意的情形下，擅自将工程分包给不具有建筑资质的公司施工，构成违法分包。

案例 197. 重庆市高级人民法院（2011）渝高法民终字第00315号“重庆市巴南区华渐建筑劳务有限公司与重庆市公路工程（集团）股份有限公司建设工程分包合同纠纷案”



重庆市巴南区华渐建筑劳务有限公司（以下简称华渐公司）系劳务公司，经营范围为建筑劳务服务。重庆市公路工程（集团）股份有限公司（以下简称公路公司）系建筑公司，经营范围为公路工程施工总承包壹级、公路路面工程专业承包壹级、公路路基工程专业承包壹级、桥梁工程专业承包贰级等。

2005年，公路公司承包重庆高速公路发展有限公司北方分公司的重庆绕城高速公

路南段土建项目第 S12 合同段。2005 年 11 月 8 日，公路公司未经其业主同意，与华渐公司签订《重庆市绕城公路南段 S12 合同段项目经理部工程施工劳务合同》（以下简称《劳务合同》），甲方是公路公司，乙方是华渐公司。合同主要约定：“一、作业地点：K141+760—K143+140（主线桥）。二、劳务内容：工程量清单中所包含的全部工程项目内容：1. 施工所需的设备及工具；2. 施工现场的场地硬化；3. 支架的基础处理和支架的搭设；4. 钢筋的购买、制作、加工、安装等工序。5. 现浇、预制砼等的关、拆模板及砼的浇筑、修饰、养生。6. 砌筑工程的安砌、勾缝、泄水管等工序，条石、水泥、河砂、碎石等购买；7. 预应力工程的购买、下料、穿波纹管、钢绞线、安装锚、垫板、锚环、锚具、夹片、张拉、压浆等工序。8. 垫石的成型和支座的安装。（后附工程量清单）。四、劳务费用：1. 劳务费用的计量方式：以乙方实际完成的经甲方、业主、监理检验认可后，并以甲、乙双方现场收方的实际工程量为准进行计量，价格按后附的工程量清单中单价执行，不调价。2. 该劳务费用包含：乙方劳务人员的进出场费用、临时设施费用、生活费用、劳务费用、管理费、保险费（含养老保险、工伤保险等）、施工安全费等一切有关费用。六、工程量清单所列的工程量为预计工程量，最终结算工程量以甲、乙双方现场实际收方的工程量为准进行结算支付。”

2010 年 3 月 1 日，华渐公司提起诉讼，请求公路公司支付工程款 10244688 元。

公路公司辩称，双方签订的《劳务合同》包含人工费、材料费、机械使用费等所有费用，是名为劳务施工实为包含人工、材料、机械使用等费用在内的建设工程分包合同。

一审法院认为，从双方签订的《劳务合同》约定的内容可见，本合同是包含人工费、材料费、机械使用费等所有费用在内的合同，是名为劳务合同实为工程分包合同。由于华渐公司系劳务公司并无施工资质，公路公司将该工程分包给华渐公司也未经发包方同意，故该合同依法应认定为无效合同。

华渐公司提起上诉，认为一审认定双方签订的《工程施工劳务合同》为全包干合同不当，该合同未约定现浇、预制砼、支座等材料为华渐公司购买，并非全部材料包干合同。

二审争议焦点：双方当事人所签《劳务合同》的性质及效力。

二审裁判要点：建设工程施工合同是承包人进行工程施工建设，发包人支付工程价款的合同。建设工程中的劳务分包合同，是指发包人将建设工程中的劳务作业分包给具有建筑劳务分包资质的劳务公司，并支付劳务费用的合同。劳务分包合同对承包

人的资质要求不同于建设工程施工合同，其承包内容亦有别于建设工程施工合同。关于本案所涉《劳务合同》的性质，本院从以下几方面进行分析。首先，从《劳务合同》约定内容看，作业地点为绕城高速公路 S12 合同段的 k141+760--k143+140，内容包括工程量清单所包含的全部工程项目内容，华渐公司不仅要提供设备和工具，还要负责相关工序所需材料的购买，已非单纯的劳务承包合同应有的内容；其次，合同所约定的劳务费用里明确包含有施工安全费等一切费用，该费用里有的明显属于具有建筑资质的施工单位在建设工程施工过程中才会计取的费用；再次，合同约定的计价方式为工程量清单计价，该种计价方式亦是建设工程施工合同计价方式的一种，而从工程量清单的计价内容看，亦非仅计取单纯的劳务报酬费用。因此，本案所涉《劳务合同》虽名为劳务承包，但其已经超越劳务承包范围，具有建设工程施工合同性质。由于华渐公司不具备建筑承包资质，而公路公司作为重庆绕城高速公路南段土建工程项目第 S12 合同段的承包人，在未经业主同意的情形下，擅自将工程分包给不具有建筑资质的华渐公司施工，构成违法分包，双方当事人所签《劳务合同》应属无效。因此，一审判决对《劳务合同》的性质和效力的认定正确，本院予以维持。

198. 工程分包合同与劳务分包合同的认定。建设工程分包合同的主要法律特征是承包方将其承包的部分工程交给第三方完成，第三方就其施工交付的工程获得工程价款。劳务分包合同的主要内容指向的是工程施工中具有较强专业技术性的劳务作业，其对象是计件或者计时的施工劳务，主要指人工费用以及劳务施工的相应管理费用。

工程分包合同中承包人将其承包的部分工程交给第三人完成，承包人需要对第三人的施工提供一定的施工管理，也不排除承包人与第三人约定承包人提供部分材料设备。承包人以其提供材料设备、施工管理为由，主张案涉合同为劳务分包合同，应认定有效，缺乏事实及法律依据，不予支持。

案例198. 最高人民法院（2013）民一终字第 93 号“黄国盛、林心勇与江西通威公路建设集团有限公司、泉州泉三高速公路有限责任公司建设工程分包合同纠纷案”



关于本案所涉合同的性质及效力问题。二审法院认为,《中华人民共和国建筑法》第二十九条规定,建筑工程总承包单位经发包人同意,可以将承包工程中的部分工程发包给具有相应资质条件的分包单位。依据上述法律规定,建设工程分包合同的主要法律特征是承包方将其承包的部分工程交给第三方完成,第三方就其施工交付的工程获得工程价款。原建设部颁布的《房屋建筑和市政基础设施工程施工分包管理办法》将劳务作业分包定义为,施工总承包企业或者专业承包企业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。原建设部颁布的《建筑业劳务分包企业资质标准》规定,木工、砌工、抹灰、油漆等十三种作业类别属于劳务作业范围。上述行政主管部门规章内容表明,劳务分包合同的主要内容指向的是工程施工中具有较强专业技术性的劳务作业,其对象是计件或者计时的施工劳务,主要指人工费用以及劳务施工的相应管理费用。本案中,江西通威公司与黄国盛先后签订的两份《公路建设工程施工劳务承包合同》,约定的主要内容是江西通威公司将其承包泉三高速公路公司的泉三高速公路QA4合同段路基、土石方、涵洞、防护排水、土建工程交给黄国盛施工,双方按照江西通威公司与泉三高速公路公司签订的中标单价下浮一定比例结算工程价款。江西通威公司与黄国盛、林心勇实际履行了上述合同。上述合同约定内容符合工程分包合同的法律特征,一审判决将其认定为工程分包合同,并以黄国盛、林心勇不具备相应资质承揽工程违反法律禁止性规定为由,认定合同无效,适用法律正确。因工程分包合同是承包人将其承包的部分工程交给第三人完成,因此,承包人需要对第三人的施工提供一定的施工管理,也不排除承包人与第三人约定承包人提供部分材料设备。江西通威公司以其提供材料设备、施工管理为由,主张本案所涉合同为劳务分包合同,应认定有效,缺乏事实及法律依据,本院不予支持。

199. 工程劳务分包合同属于建设工程施工合同的范畴,案涉合同纠纷的性质是建设工程施工合同纠纷,而非劳务合同纠纷。

案例 199. 江苏省南京市中级人民法院(2013)宁民终字第1114号“南京正业钢结构有限公司与上海普研建筑安装工程有限公司建设工程合同纠纷案”



2011年5月15日,德邦公司(发包人)与正业钢结构公司(承包人)签订《建设工程施工合同》一份,约定,工程名称:一号、二号厂房(钢结构)。

2011年7月1日,普研建筑公司(乙方)与正业钢结构公司(甲方)签订工程安装合同一份,合同约定了工程名称为德邦公司1号、2号厂房某结构工程;承包范围为预埋螺栓的安装、主次钢结构的安装、屋面板、墙面板、落水管、雨棚的安装及与工程有关的附件安装(图纸上与钢结构有关的所有工程量);包甲方验收合格。承包方式为钢结构安装的人工及钢结构安装所需要的辅材、吊机费等。工期为安装总工期90天。总价格为柒拾肆万元整(一次性包死价):¥740000元,含钢结构挂靠费及税金。

后正业钢结构公司提起诉讼,要求普研建筑公司返还正业钢结构公司多支付的工程款612112元及逾期利息损失3521元等

普研建筑公司辩称,从合同的内容来看,工程项目是德邦公司厂房某结构工程,正业钢结构公司是该项目的承包方,正业钢结构公司与普研建筑公司签订的这份合同实际上是把工程转包给普研建筑公司,转包形成的合同应当是无效的。

争议焦点:1.本案纠纷的性质是劳务分包合同纠纷还是建设工程施工合同纠纷?2.正业钢结构公司与普研建筑公司签订工程安装合同的效力

裁判要点:关于本案纠纷的性质是劳务分包合同纠纷还是建设工程施工合同纠纷的问题。首先,正业钢结构公司从德邦公司取得承建该公司一号、二号厂房某结构工程后,即与普研建筑公司签订《工程安装合同》,承包范围包括预埋栓的安装、主次钢结构的安装、屋面板、墙面板、落水管、雨棚的安装及与工程有关的附件安装,钢结构的焊接、紧固件连接、钢结构组装、拼装。其次,根据合同的实际履行情况,普研建筑公司在承建上述工程中不仅提供劳务,还负责采购所需要的辅材、承担吊机费用,工程施工管理都是其独立完成。根据相关法律规定,工程劳务分包仍属于建设工程施工合同的范畴,因此,本案纠纷的性质是建设工程施工合同纠纷,而非劳务合同纠纷。

2.关于正业钢结构公司与普研建筑公司签订工程安装合同的效力问题。本院认为,正业钢结构公司与普研建筑公司签订的《工程安装合同》虽是双方真实意思表示,但根据钢结构工程施工规范,按照本案工程的施工面积、总重量等,涉案工程需由钢结构工程专业承包二级资质以上的企业承建,而普研建筑公司仅具有钢结构工程专业承包三级资质,根据《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷适用法律问题的解释》第一条第(一)项“承包人未取得建筑施工企业资质或者超越资质等级的”,应当认定无效。《中华人民共和国建筑法》第二十九条规定,建筑工程总承包单位可以将承

包工程中部分工程发包给具有相应资质条件的分包单位；但是，除总承包合同中约定的分包外，必须经建设单位认可。施工总承包的，建筑工程主体结构的施工必须由总承包单位自行完成。正业钢结构公司与德邦公司签订的合同中对工程分包即本工程发包人同意承包人分包的工程一栏中并没有约定可分包的工程，正业钢结构公司亦未提供证据证明其将钢结构安装工程分包给普研建筑公司施工系经过德邦公司同意。故正业钢结构公司与普研建筑公司签订的工程安装合同，因违反法律强制性规定，而无效。

200. 双方未签订书面合同，且均提供了购买材料的票据，在未提供充分证据证实双方为劳务合同的情况下，应认定为建设工程施工合同。

案例 200. 山东省济南市中级人民法院（2013）济民五终字第 478 号“济南岳恒加固工程有限公司与武利停建设工程施工合同纠纷案”



法院认为，原告岳恒公司将承建的工程交由被告武利停施工，双方未签订书面合同，对于原告岳恒公司与被告武利停的合同性质，原告岳恒公司诉称该合同为劳务合同，被告武利停辩称该合同为建设工程施工合同，由于原告岳恒公司与被告武利停均提供了购买材料的票据，而原告岳恒公司未提供充分证据证实其与被告武利停之间的合同为劳务合同，故原告岳恒公司与被告武利停之间为建设工程施工合同。原告岳恒公司将承建的工程转包给被告武利停进行施工，违反了法律规定，原告岳恒公司与被告武利停之间的建设工程施工合同为无效合同。

201. 名为劳务分包协议，但合同中明确约定单价包括劳务、材料、机械、质检（自检）、安装、缺陷修复、管理、税费、利润等费用，因此，该协议是建设工程施工合同，而非劳务分包合同。

案例 201. 最高人民法院（2014）民提字第 80 号“重庆皇华建设（集团）有限公司与重庆市万州区清江建筑工程有限公司等建设工程分包合同纠纷案”



2008 年 10 月 24 日，水电八局与皇华公司签订《西藏自治区雅鲁藏布江藏木水电站导流明渠工程 C1 标段施工分包协议书》（以下简称《施工分包协议书》），约定了皇华公司分包的内容、范围、工程价款等内容。

2008 年 10 月 28 日，皇华公司（甲方）与清江公司（乙方）签订《劳务分包协议书》，皇华公司将其承包的前述工程分包给清江公司，双方约定了工程内容、范围、价款等内容。

2011 年 3 月，清江公司以双方签订的《劳务分包协议书》是无效合同，皇华公司的违法分包行为不能得到法律保护，清江公司应当获得的工程款不能按照无效合同的约定执行，而应按皇华公司实际获得的工程款作为计算和结算的基本根据为由，向一审法院提起诉讼。皇华公司以其已超付工程款为由，提起反诉。

关于皇华公司与清江公司签订的《劳务分包协议书》的效力如何确定的问题。法院认为，虽然皇华公司和清江公司签订的《劳务分包协议书》名为劳务分包协议，但双方在合同中明确单价包括劳务、材料、机械、质检（自检）、安装、缺陷修复、管理、税费、利润等费用。因此，该协议不是一个劳务分包而是一个施工合同。我国《中华人民共和国建筑法》第二十八条规定，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他人。我国《水利建设工程施工分包管理规定》（水建管（2005）304 号）第十七条也规定，分包人将工程再次分包的，属违法分包。本案工程系水利建设工程，由皇华公司从水电八局处分包，现皇华公司将从水电八局处分包来的工程再次分包给清江公司，违反了上述法律及行政法规的规定，应为无效。

裁判依据或参考

司法解释及其他

《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》(2005年1月1日 法释〔2004〕14号)

第七条 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，当事人以转包建设工程违反法律规定为由请求确认无效的，不予支持。

冯小光《回顾与展望——写在〈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〉颁布实施三周年之际》[《民事审判指导与参与》2008年第1集(总第33集)P80]

同时也应当看到，施工企业为追求利润最大化，意图将违法行为包装为合法行为的“法律意识”也很强，即意图规避法律规定的意识很强。像《解释》第7条规定，劳务分包合同不能定性为转包合同从而认定无效。审判实务中，大量存在施工企业意图将转包、违法分包等违法行为包装为劳务分包，意图使违法行为合法化，我们对此应当保持清醒认识。虽然建筑业经营管理水平和法律意识有所增强，但从行业整体形势看，建筑业远没有达到正规化、法制化的目标。

部门规范性文件

住房和城乡建设部《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)》(2014年10月1日起施行 建市〔2014〕118号)

第七条 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；

第九条 存在下列情形之一的，属于违法分包：

(六) 劳务分包单位将其承包的劳务再分包的；

(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；

第十一条 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；

财政部、建设部《建设工程价款结算暂行办法》(2004年10月20日 财建〔2004〕369号)

第二十四条 建设工程施工专业分包或劳务分包，总(承)包人与分包人必须依法订立专业分包或劳务分包合同，按照本办法的规定在合同中约定工程价款及其结算办法。

住房和城乡建设部《建筑业企业资质管理规定》(2015年3月1日起施行 住房和城乡建设部令第22号)

第五条 建筑业企业资质分为施工总承包资质、专业承包资质、施工劳务资质三个序列。

施工总承包资质、专业承包资质按照工程性质和技术特点分别划分为若干资质类别，各资质类别按照规定的条件划分为若干资质等级。施工劳务资质不分类别与等级。

第十一条 下列建筑业企业资质，由企业工商注册所在地设区的市人民政府住房城乡建设主管部门许可：

- (一) 施工总承包资质序列三级资质(不含铁路、通信工程施工总承包三级资质)；
- (二) 专业承包资质序列三级资质(不含铁路方面专业承包资质)及预拌混凝土、模板脚手架专业承包资质；
- (三) 施工劳务资质；
- (四) 燃气燃烧器具安装、维修企业资质。

地方司法性文件及其他

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若干疑难问题的解答》(2012年8月6日 京高法发〔2012〕245号)

4. 劳务分包合同的效力如何认定？

同时符合下列情形的，所签订的劳务分包合同有效：

- (1) 劳务作业承包人取得相应的劳务分包企业资质等级标准；
- (2) 分包作业的范

围是建设工程中的劳务作业（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）；（3）承包方式为提供劳务及小型机具和辅料。

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。

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》（安徽省高级人民法院审判委员会2009年5月4日第16次会议通过）

6. 同时符合下列情形的，应认定为劳务分包，所签订的合同有效：

（1）实际施工人具备劳务分包企业资质等级标准规定的一种或几种项目的施工资质，承包的施工任务仅是整个工程的一道或几道工序，而不是工程的整套工序；（2）承包的方式为提供劳务，而非包工包料。

福建省高级人民法院《关于审理建设工程施工合同纠纷案件疑难问题的解答》（2007年11月22日）

2. 问：如何区分劳务分包与转包、违法分包？

答：劳务分包是指建设工程的总承包人或者专业承包人将所承包的建设工程中的劳务作业（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、架线等）发包给劳务作业承包人完成的活动。转包是承包人将所承包的全部建设工程转由第三人施工完成。分包是承包人将所承包的建设工程的某一部分施工项目交由第三人施工建设，其中《建筑法》与《建设工程质量管理条例》第七十八条所列的四种行为属违法分包。劳务包既不是转包，也不是分包；转包及违法分包为法律所禁止，劳务分包则不为法律所禁止。

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》（2015年3月16日 川高法民一〔2015〕3号）

4. 如何认定违法分包？

违法分包是指建筑施工企业承包工程后违反法律法规规定或者施工合同关于工程分包的约定，把单位工程或分部分项工程分包给其他企业或个人施工的行为。

存在下列情形之一的，一般可以认定为违法分包：

(一) 建筑施工企业将工程分包给个人的;

(二) 建筑施工企业将工程分包给不具备相应资质的企业的;

(三) 施工合同中约定, 又未经建设单位认可, 建筑施工企业将其承包的部分工程交由其他企业施工的;

(四) 施工总承包企业将除钢结构工程以外的房屋建筑工程的主体结构的施工分包给其他企业的;

(五) 专业分包企业将其承包的专业工程中非劳务作业部分再分包的;

(六) 劳务分包企业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;

(七) 法律、行政法规规定的其他违法分包情形。

7. 如何认定劳务分包?

劳务分包是指建设工程的总承包人或者专业承包人将其承包工程中的劳务作业(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、架线等)发包给具有相应劳务资质的劳务作业承包人完成的行为。

审判实践中, 可以结合下列情形综合认定是否属于劳务分包:

(一) 劳务作业承包人具有劳务分包企业资质;

(二) 分包内容是劳务作业而不是工程本身;

(三) 劳务作业承包人一般仅提供劳务作业, 施工技术、工程主要材料、大型机械、设备等均由总承包人或者专业承包人负责;

(四) 劳务费用一般是通过工日的单价和工日的总数量进行费用结算, 不发生主要材料、大型机械、设备等费用的结算, 不收取管理费。

上海市中级人民法院《建设工程施工合同纠纷审判实务相关疑难问题解答》(2015年10月22日)

四、如何区分劳务分包与一般劳务?

解答: 施工人具有资质的应当认定为建设工程中劳务分包合同, 施工人不具有资质的应当按劳务纠纷处理。

农民工追索劳动报酬的, 不受合同效力的影响。

理由: 《建筑法》对劳务分包的资质作了要求, 《建筑业企业资质管理规定》将建筑业企业资质分为施工总承包资质、专业承包资质、施工劳务资质三个序列。具有资

质的施工队伍因符合劳务分包合同主体的条件，其与总承包人之间的合同应为劳务分包合同。不具有资质的农民工队伍进行劳务作业的，应当作为一般劳务纠纷处理。农民工付出了劳务，用工单位应当支付相应的报酬，不受合同效力影响。

五、如何区分劳务分包与工程分包？

解答：当事人为规避法律关于施工资质的规定，名义上签订劳务分包合同，实质内容符合工程分包的情形，则应当认定为工程分包，因施工人不具备相应资质，属于违法分包，合同无效。实践中应注意区分劳务分包与工程分包。

劳务分包的特点：劳务作业承包人取得相应的劳务分包企业资质；分包作业的范围是建设工程中的劳务作业（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）；承包方式为提供劳务及小型机具和辅料。

工程分包的特点：合同约定承包人除提供劳务外，还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。

理由：当事人名义上签订劳务分包合同，如果提供大型机械、主要材料设备，实质上是工程分包，违反《解释》第一条、《建筑法》第二十六条、第二十九条的规定，合同无效。

合同示范文本

《99版 FIDIC 新红皮书》

4.4 分包商

承包商不得将整个工程分包出去。

承包商应对任何分包商、其代理人或雇员的行为或违约，如同承包商自己的行为或违约一样地负责。除非专用条件中另有规定：

(a) 承包商在选择材料供应商或向合同中已指名的分包商进行分包时，无需取得同意；

(b) 对其他建议的分包商应取得工程师的事先同意；

(c) 承包商应至少提前 28 天将各分包商承担工作的拟定开工日期和该工作在现场的拟定开工日期通知工程师；以及

(d) 每个分包合同应包括，雇主有权要求根据第 4.5 款 [分包合同权益的转让] (如有或适用时) 的规定，或根据第 15.2 款 [由雇主终止] 的规定终止时，将分包合同转让给雇主的规定。

4.5 分包合同权益的转让

如果分包商的义务延伸到有关缺陷通知期限的期满日期以后，工程师在该日期前，指示承包商将此类义务的权益，转让给雇主时，承包商应照办。除非在转让中另有规定，在转让生效后，承包商对分包商实施的工作，不应再对雇主负责。

第 8 节 内部承包合同的认定

——内部搞承包，合同应有效？（内部承包）

类型一、内部承包与违法分包的认定

202. 施工企业没有提供充分、有效的证据证明内部承包人是其内部职工，双方存在合法的劳动合同关系，不具备构成内部承包关系的法律要件，双方不是内部承包关系，而是违法分包关系。

案例 202. 安徽省高级人民法院（2013）皖民四终字第 00116 号“安徽省桐城市第一建筑安装工程有限公司与束某、袁某、朱某及广厦建筑公司建设工程施工合同纠纷案”



2007 年 5 月 17 日，广厦建筑公司与桐城一建签订一份联营协议，约定：桐城新东方 - 世纪城项目由广厦建筑公司总承包后交给桐城一建承建。桐城一建接受工程后，将其中 11#、16# 楼土建工程分包给束某、袁某、朱某施工，但双方未签订书面合同。

后桐城一建与束某、袁某、朱某就工程款结算发生纠纷诉诸法院。

关于桐城一建与束某、袁某、朱某之间是内部承包关系，还是分包关系。法院认为，桐城一建没有提供充分、有效的证据证明束某、袁某、朱某三人是其内部职工，双方存在合法的劳动合同关系，不具备构成内部承包关系的法律要件。束某、袁某、朱某三人属于个体建筑从业人员，未取得建筑施工企业资质。桐城一建将涉案工程分

包给束某、袁某、朱某施工，不具有合法性。因此，桐城一建与束某、袁某、朱某之间并不是内部承包关系，而是违法分包关系。

类型二、内部承包与工程转包的认定

203. 工程公司与内部承包人没有合法的人事和劳动关系，也没有社会保险关系，双方之间既无行政隶属的上下级法律关系，也不存在劳动合同法律关系。《内部承包合同》约定由内部承包人包工包料完成该工程并交纳管理费，应当认定为工程转包关系，而非内部承包关系。

案例 203. 新疆维吾尔自治区高级人民法院生产建设兵团分院（2014）新兵民一终字第 00013 号“沈孝辉与赵建新、石军、新疆生产建设兵团建设工程（集团）有限责任公司建设工程分包合同纠纷案”



关于赵某、石某是否是履行的职务行为的问题。二审法院认为，从本案查明的事实看，A 工程公司与赵某、石某没有合法的人事和劳动关系，也没有社会保险关系，故 A 工程公司与赵某、石某既无行政隶属的上下级法律关系，也不存在劳动合同的法律关系。A 工程公司虽然与赵某签订了《内部承包合同》，但从合同的内容看，赵某包工包料完成该工程，购买材料进行支付结算，并向 A 工程公司交纳管理费。因此，A 工程公司与赵某、石某签订的内部承包合同应当认定为工程转包关系，而非内部承包关系。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》第一条第二项规定：“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：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。”A 工程公司将该工程转包给没有施工资质的赵某，该合同应认定无效。赵某承包工程后聘用石某为工程人员，并与石某一同作为甲方和作为乙方的沈某签订了《施工协议书》，该《施工协议书》应认定为工程分包合同。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》第四条的规定：“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。”赵某和石某将其转承包的工程又与沈某签订《施工协议书》的行为，因违反法律的禁止性规定，故赵某、石某与沈某签订的《施工协议书》无效。一审法院认定 A 工程公司与赵某之间为内部承包关系，赵某、石某的行为属职务行为没有事实和法律依据，应予纠正。

类型三、内部承包与借用资质的认定

204. 内部承包关系需要承包一方为单位的职工或内设机构，名为内部承包，但无内部承包之实，应为借用施工资质并支付管理费的关系。

案例 204. 北京市高级人民法院（2013）高民终字第 3150 号“杭州蓝天园林建设集团有限公司与陈相远、北京鲜花港投资发展中心建设工程合同纠纷案”



2012 年 11 月 8 日，陈相远诉至原审法院称：2008 年 9 月 10 日，我为承揽北京国际鲜花港绿化景观工程，以与蓝天园林公司签订《经济责任内部承包管理协议书》的形式，借用蓝天园林公司的资质，于 2009 年 2 月 28 日，以蓝天园林公司的名义，通过招投标的形式与鲜花港中心签订《建设工程施工合同》。此后，我作为实际施工人完成了工程的施工工作，并垫付了相应的工程款。目前该工程施工已完成，且已于 2009 年 9 月 14 日经验收合格并交付使用。现起诉请求鲜花港中心支付我欠付的工程款 60333200 元；本案诉讼费由鲜花港中心承担。

鲜花港中心辩称：2009 年 2 月，蓝天园林公司中标，双方签订《建设工程施工合同》。该工程从招投标到签订施工合同，都由陈相远出面与我中心洽商及完成前期工作。合同签订后，由陈相远出面且全程组织施工建设，后期养护工作也由陈相远组织实施。2009 年 9 月 14 日工程通过竣工验收，由我中心使用至今。我中心已支付工程款 87800000 元，已支付工程款由陈相远或其指派的财务人员领取，陈相远负责开具了税务机关代开统一发票。

蓝天园林公司诉称：涉案工程的实际施工人是我公司而非陈相远。陈相远为我公司北京分公司的负责人，其行为为职务行为，涉案工程的主要施工技术人员、管理人员亦为我公司员工，涉案工程的大量工程款、员工差旅费、相关税费及法院生效判决所确定的民事责任均是由我公司承担，且总公司与分公司不会发生挂靠的情形。我公司作为涉案工程的承包方，与鲜花港中心签有施工合同，并完成了全部合同义务。故陈相远并非本案适格主体，其无权请求支付工程款，工程款应直接向我公司支付。

法院经审理认为：没有资质的实际施工人借用有资质的建筑施工企业名义订立的建设工程施工合同无效。本案中的《建设工程施工合同》形式上为蓝天园林公司与鲜花港中心签订，实质上是陈相远借用蓝天园林公司施工资质与鲜花港中心所签订。

首先，陈相远与蓝天园林公司并非内部承包关系。内部承包关系需要承包一方为单位的职工或内设机构，本案中，陈相远并非蓝天园林公司的职工，陈相远也非以北京分公司负责人身份签订内部承包协议。理由如下：1. 陈相远与蓝天园林公司不存在劳动关系。蓝天园林公司与陈相远之间既没有签订劳动合同的事实，也没有陈相远向蓝天园林公司提供劳动、蓝天园林公司向陈相远支付劳动报酬、为陈相远缴纳社会保险的事实。2. 陈相远也非以北京分公司负责人身份签订内部承包协议。在内部承包协议之后签订的《承诺书》和《备忘录》中，均是陈相远个人与蓝天园林公司就涉诉工程上的债权债务关系予以明确，并明确相应的权利义务均由陈相远个人承担。综上，蓝天园林公司仅以曾委托陈相远办理北京分公司成立手续、登记陈相远为北京分公司负责人为依据，认为陈相远为自己员工的主张，依据不足，法院不予采纳。

其次，陈相远与蓝天园林公司签订的《经济责任内部承包管理协议书》及《承诺书》《备忘录》，实质上确立了陈相远借用蓝天园林公司施工资质并支付管理费的关系。已如前述，陈相远并非蓝天园林公司员工，陈相远也非以北京分公司负责人身份签订内部承包协议，《经济责任内部承包管理协议书》虽有内部承包之名，并无内部承包之实。在没有资质的实际施工人借用有资质建筑企业名义情形的认定上，应从双方当事人约定的真实意思和实际履行情况认定。从陈相远与蓝天园林公司约定来看：1. 双方约定的主要权利义务关系为蓝天园林公司按工程总造价的3%向陈相远收取管理费，蓝天园林公司除协助办理招投标手续和签订施工合同外，对涉诉工程不实施管理。2. 双方签订的《承诺书》和《备忘录》约定，陈相远在涉诉工程上自负盈亏，工程范围内发生的一切债权债务纠纷由陈相远个人承担。从实际履行情况来看，陈相远组织了工程的投标和合同前的洽商工作，在工程施工中陈相远独立组织施工，在资产、财务及

人员管理上，均独立于蓝天园林公司，工程的后期养护亦是由陈相远独立进行。具体来讲：1. 在施工合同的签订上，前期的投标及洽商工作均由陈相远组织，蓝天园林公司只是配合进行了投标和签订合同。2. 蓝天园林公司未向陈相远的施工队伍进行投资或其他投入；陈相远的施工队伍独立进行财务核算，对此陈相远向法庭提供了鲜花港项目的全部账目，蓝天园林公司不予认可，但不能提供北京分公司的账目，故蓝天园林公司对涉诉项目并无直接有效的财务管理；陈相远独立组织人员进行施工，虽然陈相远聘用的人员中有蓝天园林公司的员工，但均为陈相远个人聘用，并由陈相远支付劳动报酬，且上述人员并非由蓝天园林公司调动、指派和管理。3. 涉诉工程后期的养护工作亦由陈相远实施至今，也印证了双方在《承诺函》《备忘录》中关于权利义务负担的约定。综上，陈相远在承揽涉诉工程上，存在借用蓝天园林公司资质的行为，其借用资质签订的建设工程施工合同应认定为无效。

建设工程施工合同无效，但建设工程竣工验收合格，承包人请求参照合同约定支付工程价款的，应予支持。本案中，陈相远以蓝天园林公司名义与鲜花港中心签订的建设工程施工合同无效，但涉诉工程已经竣工验收合格，现陈相远请求参照建设工程施工合同的约定向其支付欠付工程款，具有事实和法律依据，法院予以支持。原审法院判决：一、北京鲜花港投资发展中心与杭州蓝天园林建设集团有限公司于二〇〇九年二月二十八日签订的《建设工程施工合同》无效；二、北京鲜花港投资发展中心于判决生效之日起七日内向陈相远支付工程款人民币六千零三十三万三千二百元。

后蓝天园林公司提起上诉，二审法院驳回上诉，维持原判。

205. 不具备建筑工程施工资质的自然人借用有资质的建筑施工企业名义进行施工，并交纳一定比例的管理费，由此签订的内部承包合同无效。

案例 205. 最高人民法院（2016）最高法民申 623 号“张小华与新疆建工集团建设工程有限责任公司、中国人民武装警察 8660 部队建设工程施工合同纠纷案”



关于《工程项目内部经济承包合同》的效力问题。法院再审认为，2010年7月8日，建设公司（甲方）与张小华（乙方）签订《工程项目内部经济承包合同》，约定：

建设公司将 8664 部队一、三营宿舍楼发包给张小华施工，合同价款、承包范围、风险抵押金等都作了明确约定。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》第一条的规定：“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……”本案建设公司与张小华签订的《工程项目内部承包合同》，实际是不具备建筑工程施工资质的自然人张小华借用建设公司名义进行施工，建设公司收取一定比例的管理费，《工程项目内部承包合同》违反了法律强制性规定，应当为无效合同。

类型四、构成内部承包，合同有效的情形

206. 判断双方是否是内部承包关系，可从合同主体、效力、内容、履行情况等来综合判断。首先，看双方是否具有劳动关系，其次，考察合同签订是否是双方当事人真实意思表示，再次，结合合同内容及履行过程中人员和资金支持、利润分配与亏损补偿情况等案件事实来认定合同性质。

双方构成内部承包关系，施工企业依据合同约定将项目利润以奖金的形式分配给内部承包人，因此内部承包人向施工企业主张工程款和停工损失缺乏请求权基础，其诉讼请求不能得到支持。

案例 206. 最高人民法院（2015）民申字第 52 号“陈明富与重庆一建建设集团有限公司内部承包合同纠纷案”



关于重庆高院对双方之间为内部承包关系的认定是否正确的问题。法院再审认为，首先，2001 年 9 月，陈明富与一建建设公司签订《内部承包合同》，从《内部承包合同》订立的主体来看，陈明富与一建建设公司具有劳动关系。其次，从合同的效力来看，双方是在平等、自愿的基础上签订该合同，是双方当事人真实意思的表示，且没有违反法律规定，是一份合法有效的合同。再次，从合同内容来看，《内部承包合同》约定：一建建设公司要对涉案工程进行人员、资金支持，对工

程分包进行审查，对涉案工程审计和考核后将工程利润作为奖金分配给陈明富（详见《内部承包合同》第六条利润分配与亏损补偿），结合合同全部内容以及合同实际履行情况，可以认定双方签订的合同符合内部承包合同的特征。最后，从责任承担上来看，在人民法院已裁决的案件中，实际施工人孙祥明、谢建明、水利建筑分公司以一建建设公司而不是以陈明富为被告诉请工程款。人民法院已发生法律效力裁判文书亦认定，一建建设公司是孙祥明、谢建明、水利建筑分公司已收工程款的付款主体。陈明富作为一建建设公司的代理人参加了两案的诉讼，未提出相反意见。此外，通过二审查明的事实，孙祥明、谢建明、水利建筑分公司已收工程款的资金实际来源也是一建建设公司，陈明富并未以转包人的身份向上述实际施工人承担责任。综上所述，陈明富与一建建设公司之间成立内部承包关系，重庆高院结合本案的案件事实以及合同性质，对双方当事人之间的法律关系作出的认定，并无不当。

关于陈明富是否可以依据《内部承包合同》向一建建设公司主张工程款和停工损失的问题。法院再审认为，陈明富与一建建设公司签订的《内部承包合同》是双方当事人真实的意思表示，合法有效，双方均应按照合同的约定履行义务，因此，陈明富可以依据《内部承包合同》向一建建设公司主张权利。但是，《内部承包合同》并未约定陈明富可以向一建建设公司主张工程款和停工损失，并且鉴于合同性质属于内部承包合同，一建建设公司是依据合同第六条的约定将项目利润以奖金的形式分配给陈明富，因此陈明富向一建建设公司主张工程款和停工损失缺乏请求权基础，其诉讼请求不能得到支持，重庆高院基于上述理由驳回了陈明富的诉讼请求，并无不当。

类型五、不构成内部承包，合同无效的情形

207. 施工企业未与内部承包人签订劳动合同并为其缴纳养老金，双方签订的内部经济责任承包合同，约定内部承包人向施工企业支付管理费，同时需承担本工程项目的全部经济责任，实行自担风险、自负盈亏，违反了国家法律、法规强制性规定，应属无效合同。

案例 207. 陕西省高级人民法院（2013）陕民一终字第 00106 号“刘文平、浙江鸿翔建设集团有限公司与浙江鸿翔建设集团有限公司西安分公司债务纠纷案”



二审法院认为，鸿翔公司作为有资质的建筑施工企业，仅与新九洲公司签订施工协议后，其分公司便与刘文平签订《浙江鸿翔建设集团有限公司建设工程内部经济责任承包合同》，鸿翔西安分公司并未与刘文平签订劳动合同并为其缴纳养老金，双方签订的内部经济责任承包合同，约定鸿翔西安分公司履行管理职责，刘文平需按工程最终审定的合同价款的 6.5% 向鸿翔西安分公司支付管理费，同时刘文平需承担本工程项目的全部经济责任，实行自担风险、自负盈亏。鸿翔公司作为有资质的建筑施工企业，与新九洲公司签订施工协议后，其分公司便将整个工程非法转包给没有资质的个人，根据《中华人民共和国建筑法》第二十八条“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”以及《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》第四条“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”的规定，鸿翔西安分公司与刘文平签订《浙江鸿翔建设集团有限公司建设工程内部经济责任承包合同》违反了国家法律、法规强制性规定，应属无效合同。

208.《工程内部施工合同》将工程项目及与此有关的一切工作承包给非本单位职工，施工人又不具备相应资质条件，属无效合同。

案例 208.浙江省高级人民法院（2008）浙民一终字第 240 号“上诉人吕宝金与上诉人浙江省交通工程建设集团有限公司建设工程施工合同纠纷案”



法院认为，承包人非法转包、违法分包建设工程的行为依法应认定无效。工程公司在承包建设衢江大桥第Ⅱ合同段工程后，又与吕宝金签订《工程内部施工合同》，将衢江大桥第Ⅱ合同段桥梁及路基所有工程项目及与此有关的一切工作承包给吕宝金施工，吕宝金非工程公司单位职工，又不具备相应资质条件，故吕宝金、工程公司签订的《工程内部施工合同》属无效合同。工程公司关于双方是内部承包、劳务分包关系的抗辩不能成立。

209. 虽提供劳动合同和聘书，但未能提供发放工资及在社会保险管理机构办理养老、医疗、工伤和失业等保险的证据，不能认定双方存在合法的劳动关系，故双方属内部承包关系的主张不能成立。

案例 209.广西壮族自治区高级人民法院（2014）桂民一终字第 7 号“广西华业建筑工程有限公司、卢光昌与南宁宽博科技人员创业服务有限责任公司建设工程施工合同纠纷案”



关于华业公司与卢光昌于 2004 年 10 月 18 日签订的《工程内部项目承建合同》是否有效问题。2004 年 10 月 18 日，华业公司与卢光昌签订《工程内部项目承建合同》，约定由华业公司将本案诉争工程的整体工程按三类建筑收费标准的总造价下浮 12.5% 承包给卢光昌施工；工程承包范围、结算方式等与宽博公司与华业公司签订的《建设

工程施工合同》的内容一致，且约定卢光昌承建该工程为独立核算，自负盈亏，并独立承担因工程所发生的相应经济责任和法律责任，按规定缴纳税金及其他相应费用。华业公司与卢光昌主张《工程内部项目承建合同》是华业公司内部承包的施工合同，不属非法转包，因华业公司与卢光昌虽提供华业公司与卢光昌的劳动合同和聘书，但未能提供华业公司给卢光昌发放工资及华业公司已在社会保险管理机构为卢光昌办理养老、医疗、工伤和失业等保险的证据，不能认定华业公司与卢光昌之间存在合法的劳动关系，且华业公司与卢光昌在本案中既主张卢光昌属华业公司的内部工作人员，也主张卢光昌是涉案科技大厦工程的实际施工人，在施工主体上存在矛盾，故对华业公司与卢光昌主张双方属内部承包关系的主张，不予采信。综上，宽博公司诉请确认宽博公司与华业公司签订的《建设工程施工合同》和华业公司与卢光昌签订的《工程内部项目承建合同》无效，理由充分，予以支持。

210. 双方不存在劳动合同关系，内部承包合同应认定为无效。

案例 210. 最高人民法院（2015）民申字第 2872 号“王洪与江苏登达建设集团有限公司、江苏登达建设集团有限公司河北分公司建设工程施工合同纠纷案”



关于《内部承包合同》是否有效的问题。法院再审认为，登达公司承包荣盛公司发包的相关工程后，登达河北分公司与王洪签订《内部承包合同》，将部分工程分包给王洪施工。登达公司主张王洪系本公司职工，但未能提交与王洪签订过劳动合同或支付过工资等能够直接证明双方存在劳动关系的证据。登达公司在原审中提交伙食费清单、工资表等，但上述证据材料仅能证明王洪曾参与过登达公司泗县面粉厂项目，并不能证明双方存在劳动合同关系。因王洪并非登达公司职工，双方签订的《内部承包合同》并不符合内部承包的法律特征。《内部承包合同》约定，登达河北分公司收取管理费，在扣除税费、管理费等相关费用后所有经济责任由王洪自负盈亏，该行为违反了法律、行政法规强制性规定，双方签订的《内部承包合同》应认定为无效。登达公司关于《内部承包合同》有效的主张不能成立，本院不予支持。

211. 施工企业与内部承包人存在劳动关系难以证明，同时也难以证明施工企业在内部承包人施工过程中，对其进行了有效管理并提供了资金、技术等方面的支持，内部承包合同无效。

案例 211. 杭州市中级人民法院（2015）浙杭民终字第 2990 号“卢永生与浙江伟达建设工程有限公司、浙江伟达建设工程有限公司滨江分公司等建设工程施工合同纠纷案”



关于《工程项目内部承包合同》的效力问题。二审法院认为，首先，根据劳动合同书内容及实际履行，结合工资报酬支付及社会保险缴纳等情况，原审法院认为难以确定卢永生与伟达公司、伟达滨江分公司之间存在合法劳动关系，并无不当。其次，依据《工程项目内部承包合同》关于经济核算、风险责任等相关约定，结合当事人的举证，原审法院认为并未有充分证据证明伟达公司或伟达滨江分公司在卢永生施工过程中，进行了有效管理并提供了资金、技术等方面的支持，也无不当。综上，原审法院认定《工程项目内部承包合同》无效，依法有据。

裁判依据或参考

部门规范性文件

劳动部办公厅《关于履行企业内部承包责任合同的争议是否受理的复函》（1993 年 12 月 27 日 劳办发〔1993〕224 号）

企业实行内部责任制后与职工签订的承包合同与劳动合同有很大差别，一般不属于劳动合同，因此在工作中应防止用承包合同代替劳动合同的倾向。但是，如果承包合同中包含有工资福利等应在劳动合同中规定的劳动权利义务方面的内容，则该合同带有劳动合同的某些属性。职工与企业因执行承包合同中有关劳动权利义务方面的规定发生的争议，属于劳动争议。当地仲裁委员会可根据《中华人民共和国企业劳动争议处理条例》规定的受案范围予以受理。

地方司法性文件及其他

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若干疑难问题的解答》(2012年8月6日 京高法发〔2012〕245号)

2.《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》(以下简称《解释》)第一条第(二)项规定的“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(即“挂靠”)具体包括哪些情形?

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。

5.如何认定建筑企业的内部承包行为?

建设工程施工合同的承包人将其承包的全部或部分工程交由其下属的分支机构或在册的项目经理等企业职工个人承包施工,承包人对工程施工过程及质量进行管理,对外承担施工合同权利义务的,属于企业内部承包行为;发包人以内包人缺乏施工资质为由主张施工合同无效的,不予支持。

江苏省高级人民法院《建设工程施工合同案件审理指南》(2010年)

(二)关于项目经理

1.项目经理的职责权限

建设工程实行项目经理负责制。建筑施工企业的项目经理,是指受企业法定代表人委托对工程项目施工过程全面负责的项目管理者,是建筑施工企业法定代表人在工程项目上的代表人。根据建设部《建筑施工企业项目经理资质管理办法》的相关规定,项目经理具有以下主要职权:(1)组织项目管理班子;(2)以企业法定代表人的代表身份处理与所承担的工程项目有关的外部关系,受委托签署有关合同;(3)指挥工程项目建设的生产经营活动,调配并管理进入工程项目的人力、资金、物资、机械设备等生产要素;(4)选择施工作业队伍;(5)进行合理的经济分配;(6)企业法定代表人授予的其他管理权力。可见,作为承包企业法定代表人在工程项目上的代表,项目经

理在工程项目上具有人、财、物等方面全方位的管理权限。

2. 项目经理行为的法律责任

(1) 外部责任

一般而言，项目经理在工程项目上的行为代表着承包企业的行为，包括参与建设工程招标、投标和签订建设工程承包合同、决定项目资金的投入和使用、物质采购、分包或转包工程、参与竣工验收、与发包人 or 分包人结算工程价款等行为均属职务代理行为，对外应当由所在的承包企业承担法律责任。在实际生活中，项目经理往往是挂靠建设工程承包企业的“个体包工头”，与施工企业之间存在挂靠关系，项目经理以施工企业的名义承接建设工程，施工企业则收取一定的管理费。但由于项目经理对外仍以施工企业的名义进行经营，无论是根据“合同相对性”原理，还是从施工企业权利与义务的统一、保证建设工程质量、维护发包人等合法权益或是制裁建设工程领域违法挂靠经营的角度考虑，施工企业仍应对挂靠的实际承包人在工程项目上的行为负责，实务中目前普遍的做法是施工企业与挂靠的实际承包人对外承担连带责任。

但是，实务中也出现了实际承包人假借施工企业的名义虚构债务，或者以施工企业名义赊购物资、租赁设备、举债甚至私自占有、挪用，或者在工程项目终止后再以施工企业的名义赊购物资、租赁设备举债，因此引发债务纠纷成为实务中的处理难题。我们认为，审理此类纠纷案件时既要注重保护善意相对人利益，也要兼顾施工企业的利益。对当事人就债务真实性存有争议或者有合理怀疑的，要加强诉讼指导、释明工作，合理分配举证责任，严格审查购销、借贷、租赁、欠款等基础事实，如果能够查明实际承包人假借名义、虚构债务，施工企业当然不应承担法律责任。但在不能否认债务真实性时，施工企业应否承担法律责任就涉及实际承包人行为性质的认定问题。

根据《合同法解释一》第十四条的规定，认定构成表见代理的，应当以被代理人的行为与权利外观的形成具有一定的牵连性即被代理人具有一定的过错为前提，以“相对人有理由相信行为人有代理权”即相对人善意无过失为条件。第十五条规定，在衡量相对人是否构成善意无过失时，应结合代理原理和经验法则以及案件的具体情况等因素综合作出判断，下列情形下不应当认定为属于合同法第四十九条所称的“相对人有理由相信行为人有代理权”：（1）被代理人授权明确，行为人越权代理的；（2）行为人与相对人订立的合同内容明显损害被代理人利益的；（3）基于经验法则，行为人的代理行为足以引起相对人合理怀疑的。通常，实际承包人在赊购物资或者融资时加盖项目经理部的印章，凭此一般可以认定相对人有理由相信实际承包人的行为系职务

行为,要求相对人举证证明实际承包人与其发生交易时持有施工企业的授权委托书不符合实际,过于苛刻。但是不能一概而论,根据实务中的一些具体情况,以下情形中不应认定实际承包人的行为构成表见代理:(1)授权委托书载明的授权明确,相对人与实际承包人发生的交易属无权代理权;(2)相对人应对涉及工程项目上的“项目经理”身份进行必要的审查,如其未尽合理的审查义务而与实际没有“项目经理”身份的人、没有“项目经理”授权的人或者在工程项目终止后无权代表施工企业的“项目经理”发生交易;(3)相对人将实际承包人采购的物资、租赁的设备根据实际承包人的指示,运送至施工企业“承包”工程项目以外的工地的,或者相对人将实际承包人所借款项汇至与施工企业或工程项目无关的银行账户的,也即无证据证明交易与施工企业“承包”的工程项目有关;(4)相对人与实际承包人订立的合同明显损害施工企业的合法利益,可按照当事人恶意串通损害他人利益的原则处理;(5)实际承包人以自己作为交易主体与相对人订立、履行合同,但未经施工企业授权而以施工企业名义出具债务凭证;(6)实际承包人加盖私刻(或伪造)的印章与相对人发生交易或者向相对人出具债务凭证,相对人又没有证据证明该印章曾在施工企业“承包”的工程项目中使用过或者施工企业知道或应当知道实际承包人利用该印章从事相关行为,又不能证明相关资金、物质、设备用于施工企业“承包”的工程项目的。虽然,相对人可能无法辩明实际承包人加盖的印章与施工企业的关联性,但如果加盖的印章确为实际承包人私刻,且没有证据证明相关资金、物质、设备用于施工企业“承包”的工程项目的,让施工企业承担责任没有法律和事实依据,按合同相对性原则予以处理最为妥当。

(2) 内部责任

① 挂靠关系产生的内部责任。在挂靠关系中,实际承包人与施工企业主体地位平等,因挂靠关系产生的债权债务关系应属民事权利义务关系。建设工程领域的挂靠行为属于借用资质、出借资质的一种,应为违法行为。但不论建设工程合同是否有效,已经履行的建设工程合同一般不能恢复原状,因此挂靠关系中实际承包人与施工企业之间的债权债务应当参照挂靠协议处理,施工企业取得的工程价款应归实际承包人所有,施工企业为实际承包人支出的费用应由实际承包人承担。至于挂靠管理费问题,因属违法所得,原则上应予收缴。

② 内部承包产生的内部责任。实际生活中,内部承包也是施工企业的重要经营方式,内部承包合同通常设定项目经理应当达到的绩效指标,按绩效指标的完成情况,施工企业给予项目经理一定比例的提成,或者规定项目经理上缴利润,给企业造成损

失的给予一定的惩罚。签订内部承包合同纠纷是否具有可诉性，理论和实务中存在争议。有观点认为，企业内部承包是企业实行内部劳动管理、考核的一种方式，内部承包合同争议应属劳动争议。也有观点认为，内部承包合同的主体具有隶属性，而非平等主体之间的财产或人身关系，内部承包合同纠纷不属人民法院民事诉讼受理范围。还有观点认为，内部承包合同一般涉及个人参与企业经营方面的权利义务、责任风险承担及利益归属，应系平等主体之间的民事法律关系。我们认为，内部承包经营是一种生产经营的激励机制，合理使用好内部承包经营有利于增进企业员工的生产经营积极性、责任性，促进企业生产经营水平的提升，如果将内部承包合同纠纷一概拒之诉讼之外，不利于促进内部承包经营制度的健康发展，也不利于双方的权利得到救济。但是，在处理内部承包合同纠纷时，应当贯彻权利与义务相一致以及充分保护劳动者的原则，总体而言，应由承包人享有的权益应予充分保护，对企业要求承包人承担的义务明显不失当、责任过重的应予否定或调整。

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》(2012年2月23日 浙法民一〔2012〕3号)

一、如何认定内部承包合同？如何认定其效力？

建设工程施工合同的承包人与其下属分支机构或在册职工签订合同，将其承包的全部或部分工程承包给其下属分支机构或职工施工，并在资金、技术、设备、人力等方面给予支持的，可认定为企业内部承包合同；当事人以内部承包合同的承包方无施工资质为由，主张该内部承包合同无效的，不予支持。

浙江省高级人民法院《出台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新闻发布会发言稿》(2012年4月5日 浙江省高级人民法院民事审判第一庭负责人蒋卫宇)

(一) 关于内部承包合同的效力和认定标准的问题。建筑的经营管理模式有其特点，施工人多是采用项目经理部形式对建设项目进行经营管理。项目经理部实行内部承包经营负责制。浙江建筑施工模式即是如此。内部承包，作为建筑施工企业的一种经营管理模式，既不是违法转分包，也不是挂靠，因此其本身是合法的，属企业自主决策的范围。但究竟是挂靠、转分包还是内部承包，由于有着相似的“外观”，在认定标准上存在模糊之处，司法实践中的做法也不统一。对此，我们本着既要承认建筑公

司的经营管理模式，也要防止当事人规避法律，以内部承包之名行违法转分包、挂靠之实的原则，认为：承包人与其下属分支机构或在册职工签订合同，将其承包的全部或部分工程承包给其下属分支机构或职工施工，并在资金、技术、设备、人力等方面给予支持的，可认定为企业内部承包合同，该内部承包合同有效。这既将内部承包合同与违法转分包、挂靠区分开来，也明确了内部承包合同的效力，以此可以起到规范市场秩序的作用。

福建省高级人民法院《关于审理建设工程施工合同纠纷案件疑难问题的解答》
(2007年11月22日)

1. 问：如何认定施工企业内部承包合同的性质与效力？

答：建设工程施工合同的承包人与其下属分支机构或职工就所承包的全部或部分工程施工所签订的承包合同为企业内部承包合同，属建筑施工企业的一种内部经营方式，法律和行政法规对此并不禁止，承包人仍应对工程施工过程及质量等进行管理，对外承担施工合同的权利义务。当事人以内部承包合同的承包方无施工资质为由主张合同无效的，不予支持。

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》
(2015年3月16日 川高法民一〔2015〕3号)

6. 如何认定内部承包？

建筑施工企业将其承包的全部或部分工程交由其下属分支机构或在册的项目经理等本企业职工个人承包施工，建筑施工企业对工程施工过程及质量进行管理，并在资金、技术、设备、人力等方面给予支持的，属于内部承包。

审判实践中，可以结合下列情形综合认定是否属于内部承包：

(一) 合同的发包人为建筑施工企业，承包人为建筑施工企业下属分支机构或在册的项目经理等本企业职工，两者之间存在管理与被管理的行政隶属关系的；

(二) 发包给个人的，发、承包人之间有合法的劳动关系以及社会保险关系的；

(三) 承包人使用建筑施工企业的建筑资质、商标及企业名称等是履行职责行为，在建筑施工企业的管理和监督下进行项目施工，承包人根据承包合同约定向建筑施工企业交纳承包合同保证金的；

(四) 施工现场的项目经理或其他现场管理人员接受建筑施工企业的任免，调动和

聘用的：

（五）承包人组织项目施工所需的人、财、物及资金，由建筑施工企业予以协调支持的；

（六）承包人在建筑施工企业统一管理和监督下独立核算、自负盈亏，承包人与建筑施工企业按照承包合同约定对经营利润进行分配的。

内部承包的对外民事权利义务主体为该合同发包人建筑施工企业。

江西省高级人民法院《2004年全省法院民事审判工作座谈会纪要》（2004年12月16日 赣高法〔2005〕52号）

五、关于建设工程合同纠纷案件审理

4. 承包人将中标项目整体转让给他人，或者将承包项目肢解后分别转让给他人、或者将承包项目中主体、关键性工程分包给他人，发包人以此为由主张终止合同的，应予支持。在具体施工中，承包人将部分技术含量不大、非关键性、基本属于劳务性质的工作量分包，承包人对技术、管理等进行了实质性控制，发包人据此主张承包人存在非法转包、分包行为的，不予支持。在转包、分包合同纠纷中，该转包、分包合同的效力应予以认可。

无资质的企业、个人借用有资质企业的名义承揽工程，发包人以此为由主张合同无效的，应予以支持。但承包人将工程分包给下属企业，或者由单位内部项目经理组织施工，承包人采取了控制措施，分派人员直接参与技术、管理等工作，对外向发包人承担合同上的权利义务的，应认定为内部承包。发包人以此为由主张合同无效的，不予支持。

安徽省宣城市中级人民法院《关于审理建设工程施工合同纠纷案件若干问题的指导意见（试行）》（宣中法〔2013〕19号）

建设工程施工合同的效力

第五条 建设工程施工合同的承包人与其下属的分支机构或职工就所承包的工程施工所签订的承包合同为企业内部承包合同，当事人以内部承包合同的承包方无施工资质为由主张合同无效的，人民法院不予支持，但名为内部承包，实为挂靠的除外。

浙江省杭州市中级人民法院民一庭《关于审理建设工程及房屋相关纠纷案件若干实务问题的解答》(2010年11月1日)

2. 如何区分建设工程施工过程中的挂靠与内部承包?

对于建设单位内部承包合同,应当认定为是工程承包人就其承包的全部或部分工程与其下属分支机构或职工签订的工程承包合同,属建筑施工企业的一种内部经营方式,法律和行政法规对此并不禁止,该承包人应对工程施工过程及质量等进行管理,对外承担施工合同的权利义务。当事人一方以内部承包合同中的承包方无施工资质为由主张该内部承包合同无效的,不予支持。而挂靠则是指实际施工主体借用有资质的建筑施工企业名义承揽建设工程,该实际施工主体与被挂靠企业间并不存在隶属或管理关系,构成独立主体间的承包合同关系,如果挂靠单位并无相应施工资质的,应认定该承包合同关系无效。因此,二者区分主要应从合同当事人间是否有劳动或隶属管理关系,承包工程所需资金、材料、技术是否由对方当事人提供等进行判断。

浙江省绍兴市中级人民法院《关于审理建筑领域民商事纠纷案件若干问题的纪要》(2013年10月15日绍兴市中级人民法院审判委员会第912次会议通过)

一、本纪要所指的建筑施工企业项目经理有三种类型:第一类是建筑施工企业在册员工(即受建筑施工企业雇佣、与建筑施工企业签订有劳动合同的人员),受企业委派担任某建设工程的项目经理,或者受企业委派去参与招投标承接工程,中标后企业任命其担任项目经理,负责工程管理,并与企业签订内部(经济责任制)承包合同;第二类是建筑施工企业不在册员工,未与企业签订劳动合同,但对外以企业名义承接工程进行业务活动,企业任命其为该工程的项目经理,该项目经理与企业签订挂靠经营性质的内部承包合同;第三类为除上述两类人员之外,通过向建筑施工企业转包或者分包承接工程的实际施工人(俗称“包工头”)。

二、根据建设部《建筑施工企业项目经理资质管理办法》的规定,建筑施工企业项目经理,是指受企业法定代表人委托对工程项目施工过程全面负责的项目管理者,是建筑施工企业法定代表人在工程项目上的代表人。在我市建筑行业内,目前普遍实行建筑施工企业与项目经理签订内部承包合同,该合同的性质是建筑施工企业实行内部经济责任制的一种经营方式,仅对建筑施工企业和经济责任承包人具有法律约束力,合同约定的内容不能当然约束第三人。

十、关于经济责任承包人与项目经理分离情况下表见代理的认定

(一) 经济责任承包人是指与建筑施工企业以内部承包合同方式约定负责工程项目施工管理并对工程项目结算自负盈亏的承包人；

(二) 经济责任承包人与建筑施工企业指派但并不实际行使工程管理权的项目经理不一的，经济责任承包人的职权按项目经理的职权和内部承包合同的规定确定；

(三) 经济责任承包人以建筑施工企业名义管理工程，其签订合同的行为性质与表见代理的认定与项目经理相同；

(四) 合同相对人知道或者应当知道经济责任承包人为自负盈亏承包工程，仍与其个人签订合同而不要求确认建筑施工企业行为的，应根据合同相对性确定合同主体，合同相对人要求建筑施工企业承担合同责任的，不应予以支持。

江苏省徐州市中级人民法院《进一步规范关于审理建设工程施工合同纠纷案件的若干问题》

〔什么是内部承包合同？效力怎样认定？〕

建设工程施工合同的承包人与其下属分支机构或职工签订合同，将其承包的全部或部分工程承包给其下属分支机构或职工施工，并在资金、技术、设备、人力等方面给予支持的，可以认定为企业内部承包合同。

当事人以内部承包合同的承包方无施工资质为由，主张该内部承包合同无效的，不予支持。该承包企业对外承担责任。

对名为内部承包合同，实为挂靠或转包关系的，按照实际法律关系处理。

浙江省金华市中级人民法院《民事审判若干疑难问题讨论纪要》(2009年7月30日)

33. 如何认定施工企业内部承包合同的性质与效力

建设工程施工合同的承包人与其下属分支机构或职工就所承包的全部或部分工程施工所签订的承包合同为企业内部承包合同，属建筑施工企业的一种内部经营方式，法律和行政法规对此并不禁止，承包人仍应对工程施工过程及质量等进行管理，对外承担施工合同的权利义务。当事人以内部承包合同的承包方无施工资质为由主张合同无效的，不予支持。

第9节 资质挂靠的认定标准

——资质被挂靠，如何来认定？（资质挂靠）

类型一、工程转包与借用资质的认定

212. 向承包人交纳管理费，表面系转包关系，实质系借用承包人资质承建工程，应为挂靠关系。

案例 212. 最高人民法院（2015）民申字第 581 号“再审申请人四川堂宏实业集团有限公司（简称堂宏集团公司）、四川堂宏实业集团有限公司房地产开发分公司（简称堂宏房地产分公司）与被申请人牟三青、四川鑫玛建设有限公司（简称鑫玛建设公司）建设工程施工合同纠纷案”



法院再审认为，《建设工程施工合同》虽然约定承包方为鑫玛建设公司并加盖鑫玛建设公司的印章，但在承包方处签字的是牟三青，而牟三青不是鑫玛建设公司员工。《建设工程施工合同》签订后，牟三青与鑫玛建设公司即签订《项目工程承包合同》，约定从投标报名到竣工交付验收的相关手续均由牟三青自行办理，所需费用由牟三青自行承担，鑫玛建设公司向牟三青提供相应的企业经营和资质证明并收取一定的管理费。此后，牟三青直接与堂宏房地产分公司、堂宏集团公司联系并交付工程，堂宏集团公司及堂宏房地产分公司也直接向牟三青提出要求并支付款项。由上述事实可以得出，表面上是鑫玛建设公司将涉诉工程转包给牟三青，实质上是牟三青借用鑫玛建设公司资质承揽堂宏集团公司的工程，鑫玛建设公司向牟三青收取一定管理费，因此鑫玛建设公司与牟三青之间不是转包关系，而是牟三青借用鑫玛建设公司资质承建工

程，即鑫玛建设与牟三青为挂靠关系。而在签订合同及施工过程中，堂宏集团公司、堂宏房地产分公司知晓牟三青借用鑫玛建设公司资质承建工程，且认可由牟三青完成案涉工程施工任务，因此堂宏集团公司与牟三青之间直接形成权利义务关系，而堂宏集团公司与鑫玛建设公司之间不存在建设工程施工合同关系。根据本院《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》第一条第二项规定，二审判决认定牟三青借用鑫玛建设公司资质与堂宏房地产分公司签订的《建设工程施工合同》无效，并无不当。堂宏集团公司、堂宏房地产分公司称二审在未释明的情况下直接确认《建设工程施工合同》无效，剥夺其辩论权利，但对于《建设工程施工合同》效力问题，牟三青在一审中即请求法院予以认定，上诉时牟三青就合同效力问题也提起了上诉请求，因此堂宏集团公司、堂宏房地产分公司应当针对牟三青的诉求主动进行答辩。此外，堂宏集团公司、堂宏房地产分公司在本案中亦未提起反诉，二审直接确认《建设工程施工合同》无效不影响其具体的诉讼权利，故堂宏集团公司、堂宏房地产分公司该再审申请理由不成立。关于工程款如何结算问题。如上所述，堂宏集团公司与牟三青之间直接形成权利义务关系，而与鑫玛建设公司之间不存在建设工程施工合同关系，因此工程结算应当在牟三青与堂宏集团公司之间进行。堂宏集团公司、堂宏房地产分公司主张按照其与鑫玛建设公司诉讼前签订的《结算协议》进行结算，但牟三青与鑫玛建设公司仅是借用资质关系，而非转包关系，鑫玛建设公司无权代表牟三青与堂宏集团公司进行结算，该二公司签订的《结算协议》对牟三青不具有约束力。由于牟三青与堂宏集团公司没有结算，故一、二审法院参照《建设工程施工合同》的约定，结合鉴定机构的鉴定意见确认工程价款，并无不当。关于牟三青能否依据承诺书向堂宏集团公司主张权利问题。由于牟三青借用鑫玛建设公司的资质承接的工程，故堂宏集团公司向鑫玛建设公司出具的《承诺书》，即是向牟三青作出的承诺。在《承诺书》中堂宏集团公司对超过约定的钢筋用量承诺由其担责，因此牟三青有权依据《承诺书》向堂宏集团公司主张相应的钢筋价款。

类型二、企业内部承包与挂靠的认定

213. 若一方是施工企业职工，应认定为内部承包，而不是挂靠。

案例 213. 辽宁省高级人民法院（2014）辽审一民抗字第12号“沈阳市外事服务学校与沈阳东升博大岩土工程有限公司建设工程合同纠纷案”



申诉人A学校与被申诉人B工程公司建设工程合同纠纷一案，再审法院认为，关于灯塔公司与A学校签订的《建设工程施工合同》效力一节。原审诉讼过程中A学校陈述称“是田喜柱个人挂靠，确实进入工地施工了。干了一个多月就停工，烂尾了”，B工程公司代理人（王强、田喜柱）称属实。在本院再审过程中，田喜柱称其是对“干了一个多月”的承认，并提交了项目经理证、灯塔公司工程师资格证、灯塔公司历年颁发的先进工作者奖状，证明自己是灯塔公司的职工，不是挂靠灯塔公司施工。

根据《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》，当事人承认对己方不利的事实，人民法院应予确认，但当事人反悔并有相反证据足以推翻的除外。根据本案证据，可以认定1996年4月26日灯塔公司与A学校签订《建设工程施工合同》时，田喜柱是灯塔公司的职工。田喜柱与灯塔公司之间的关系不应认定为挂靠，应属于企业内部承包性质，不能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施工，原审认定涉案《建设工程施工合同》有效正确。

类型三、构成挂靠的情形

214. 挂靠一般是指无相应资质的人员借用有资质的企业或其他单位的名义对外从事生产经营等活动，并由挂靠人向被挂靠的企业或其他单位支付管理费或其他费用的行为。

案例 214. 江苏省盐城市中级人民法院（2013）盐民终字第1822号“苏州市金荣建筑安装工程发展有限公司与杨红云、蔡平建设工程施工合同纠纷案”



2011年3月10日，金荣公司（甲方）与蔡平（乙方）签订单位工程内部承包协议书一份，内容为：甲方因施工任务需要，现将江苏华胜新材料制造有限公司的厂房、办公研发综合楼工程，由公司项目部发包给乙方施工。

2011年3月16日，发包方江苏华胜新材料有限公司（甲方，以下简称华胜公司）与承包方金荣公司（乙方）签订了江苏华胜新材料有限公司办公楼、宿舍楼和厂房建设工程施工合同一份。

合同签订后，被告蔡平以苏州市金荣建筑安装工程发展有限公司第六项目部（以下简称金荣公司第六项目部）的名义开展施工承包业务。

2011年3月19日，原告杨红云与被告蔡平达成协议，由原告杨红云承包华胜公司办公楼桩基工程，该工程于2011年4月底完工。

后杨红云以蔡平、金荣公司拖欠其工程款为由诉至法院，并请求二者承担连带给付责任。

关于被告蔡平与金荣公司间的关系问题。一审法院认为，挂靠一般是指无相应资质的人员借用有资质的企业或其他单位的名义对外从事生产经营等活动，并由挂靠人向被挂靠的企业或其他单位支付管理费或其他费用的行为。本案中，被告蔡平非金荣公司的员工，诉讼中蔡平、茆荣军一致陈述：蔡平系挂靠金荣公司对华胜公司工程进行承包施工，并由金荣公司收取7%的管理费，系涉案工程的实际施工人。虽然工程内部承包协议书系复印件，但与蔡平等人的陈述相印证，被告金荣公司否认与被告蔡

平之间存在挂靠关系，其主张与他人之间存在挂靠关系，对此蔡平等人均予以否认，且被告金荣公司未提供相应的证据予以证实，结合华胜公司向两被告支付工程款的情况，一审法院对该工程内部承包协议书复印件予以确认。一审法院综合内部承包协议书、蔡平和茆荣军陈述、汇款凭证等证据进行综合认定，被告蔡平与金荣公司间存在挂靠关系。

后金荣公司提起上诉，二审法院维持原判。

215. 发包人、承包人与承包人项目负责人签订三方协议，约定项目负责人负责组织人力、财力、物力进行施工，承担所有措施费及施工方所应承担的规费、建筑施工报建费用和各项税费，该协议反映了施工人挂靠承包人承建案涉工程及发包人明示同意该挂靠行为的事实。

案例 215. 最高人民法院（2012）民申字第 1634 号“熊洪基与东莞市浩源机电设备有限公司、广东省东莞市莞城建筑工程公司建设工程施工合同纠纷案”



关于《东莞市建设工程施工合同》的效力。法院再审认为，2005年10月15日浩源公司与莞城公司、熊洪基三方签订《工程款支付补充协议》，该协议明确约定熊洪基是案涉工程项目负责人，负责组织人力、财力、物力进行施工，承担所有措施费及施工方所应承担的规费、建筑施工报建费用和各项税费，由此可知系由熊洪基实际承受了《东莞市建设工程施工合同》中施工方的全部权利与义务，该协议真实地反映了熊洪基挂靠莞城公司承建案涉工程及浩源公司明示同意该挂靠行为的事实。浩源公司再审申请中虽提出熊洪基并非《东莞市建设工程施工合同》的签订主体，其仅系以莞城公司代表的身份对案涉工程进行管理和施工，以及对《建设工程分包施工合同》并不知情等理由，但均不足以推翻三方签订的《工程款支付补充协议》以及该协议所示的实际挂靠关系。一、二审判决认为《东莞市建设工程施工合同》系熊洪基挂靠莞城公司与浩源公司签订，并依据《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》第一条第二款规定认定该合同无效，并无不当。

216. 建设集团未向其开办的分公司投入任何财产，仅向分公司派驻过一名会计和一名合同监管员。虽然形式上双方为企业承包经营合同关系，但分公司不具备建筑施工企业应当具有的相应资金、技术装备和专业技术人员的条件，双方在承包经营合同中约定由建设集团为分公司负责人提供经营必需的资质证书，协助其办理外出施工手续等，可以认定双方事实上是挂靠经营关系。

案例 216. 最高人民法院（2013）民申字第 2028 号“江苏中阳建设集团有限公司与何晓明、何洪企业承包合同纠纷案”



A 建设集团申请再审称：一、二审法院认定 A 建设集团与何甲签订的企业承包经营合同无效错误。何甲承包的是 A 建设集团的南京分公司，不是转包的 A 建设集团承接的建设工程，不属于挂靠经营合同关系，不适用《中华人民共和国建筑法》第二十六条第二款关于资质许可的规定。该承包经营合同为双方真实意思表示，不违反法律法规禁止性规定，应认定为合法有效。且 A 建设集团作为总公司已承担了南京分公司因涉案工程相应的对外赔偿责任，不可因南京分公司缺乏资金、技术装备及专业技术人员的事实而认定 A 建设集团与何甲之间为挂靠经营。

关于 A 建设集团与何甲签订的企业承包经营合同的效力问题。最高人民法院再审认为，根据一、二审法院查明的事实，并经询问当事人，A 建设集团自 2003 年至 2005 年未向其开办的南京分公司投入任何财产，仅向南京分公司先后派驻过一名会计和一名合同监管员。虽然形式上双方为企业承包经营合同关系，但南京分公司显然不具备建筑施工企业应当具有的相应资金、技术装备和专业技术人员的条件，双方在承包经营合同中约定由 A 建设集团为何甲提供经营必需的资质证书，协助何甲办理外出施工手续等，可以认定双方事实上就是挂靠经营关系，上述行为显然违反了《中华人民共和国建筑法》第二十六条第二款规定的“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《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》第一条和《中华人民共和国合同法》第五十二条第（五）项的规定，二审法院认定双方签订的两份承包经营合同无效并无不当。

类型四、不构成挂靠的情形

217. 一人身兼多职不必然构成挂靠关系。法律不禁止一人身兼多职，发包人以为以承包人办事处负责人在多个公司任职，与承包人之间系挂靠关系，据此主张施工合同无效，不予支持。

案例 217. 最高人民法院（2013）民申字第 633 号“新乡市升华房地产开发有限责任公司与科兴建设有限公司、孙某宇建设工程施工合同纠纷案”



关于孙某宇与科兴公司之间是否系挂靠关系问题。法院再审认为，发包人升华公司与承包人科兴公司于 2009 年 1 月签订《建设工程施工合同》，约定由科兴公司承建升华公司开发的“温泉公馆”工程。升华公司法定代表人严某、科兴公司驻新乡办事处负责人孙某宇分别在合同中签名。升华公司在庭审中也认可孙某宇代表科兴公司履行职务的行为。至于孙某宇在其他公司任职的证据，不足以证明孙某宇与科兴公司之间系挂靠关系，法律亦不禁止一人身兼多职。故升华公司以孙某宇在多个公司任职且与科兴公司之间系挂靠关系，据此主张签订的《建设工程施工合同》无效与事实不符，于法无据。

218. 通过对涉案工程的施工组织、机械设备来源、法律关系、挂靠的实质内涵进行综合分析，发包人以案工程系挂靠施工主张合同无效不能成立。

案例 218. 湖南省高级人民法院（2014）湘高法民一终字第108号“郴州市晓园房地产开发有限公司与湖南家和建设工程有限公司建设工程施工合同纠纷案”



关于发包人晓园公司上诉认为涉案工程系挂靠施工，《建筑工程施工合同》《湖南省建筑工程施工合同》及5.15协议均系无效合同的问题。二审法院认为，从涉案工程的组织来看，承包人家和公司专门成立了雅景新村项目部，任命赵轶为项目负责人，刘定良为项目经理，并安排了质检员、安全员等施工必备人员，可见，家和公司对涉案工程是有实际参与和精心组织的；从涉案项目建设的机械设备来源看，用于施工的四台塔式起重机的产权单位为邵东一建，晓园公司认为机械设备均非家和公司提供的理由不成立；从赵轶与家和公司的法律关系来看，邵东县建筑工程管理站出具的证明证实赵轶系家和公司的在岗工作人员，同时，家和公司还授权赵轶为该公司的代理人，全权代表处理雅景新村工程的一切事务，晓园公司认为赵轶只是借用家和公司的名义承揽工程与客观事实不符；从挂靠的实质内涵看，建筑领域的挂靠是指没有资质的施工人或资质较低的施工人借用有资质的或资质高的施工企业的名义承揽工程并向其交纳管理费的行为，赵轶虽然没有相关资质，但依据家和公司成立雅景新村项目部的通知，赵轶的身份只是项目负责人，而担任项目经理的刘定良具备相应的资质。故，晓园公司上诉认为涉案合同因存在挂靠而无效的理由不成立，应予驳回。综上，涉案《建筑工程施工合同》《湖南省建筑工程施工合同》及5.15协议应为合法有效，各方当事人均应按照合同约定履行相应的义务。由于涉案合同当事人均为家和公司和晓园公司，赵轶并非必须参加诉讼的当事人，况且其已作为家和公司的诉讼代理人参与诉讼，故一审法院驳回晓园公司要求追加赵轶为第三人的请求并无不当。

裁判依据或参考

司法解释及其他

《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》(法释〔2015〕5号)

第五十四条 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。

冯小光《回顾与展望——写在〈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〉颁布实施三周年之际》[《民事审判指导与参与》2008年第1集(总第33集)P80]

以挂靠、联营、内部承包等形式借用有资质的建筑施工企业的名义承揽建筑工程的情况更加普遍,转包和违反分包现象没有明显减少。总之,建筑业违法违规的现象依旧普遍存在,并未得到根本改变,有些违法、违规行为还有发展蔓延趋势,甚至有些违规行为还作为成功的经营模式得到强化和推广。

部门规范性文件

住房和城乡建设部《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)》(2014年10月1日起施行 建市〔2014〕118号)

第十条 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。

第十一条 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养老保险关系的;

(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。

七部委《建设项目施工招标投标办法》(2013年4月修订 七部委第30号令)

第四十八条 投标人不得以他人名义投标。

前款所称以他人名义投标, 指投标人挂靠其他施工单位, 或从其他单位通过受让或租借的方式获取资格或资质证书, 或者由其他单位及其法定代表人在自己编制的投标文件上加盖印章和签字等行为。

地方司法性文件及其他

北京市高级人民法院《审理民商事案件若干问题的解答之五(试行)》(2007年3月12日 京高法发〔2007〕168号)

46. 建筑行业中的挂靠经营行为是否无效?

建筑行业中的挂靠经营行为并不都是当然无效, 在下列情形下挂靠行为有效:

(1) 挂靠者虽然以被挂靠者的名义签订建设工程施工合同, 但其本身具备建筑等级资质, 且实际承揽的工程与其自身资质证书等级相符;(2) 被挂靠者提供工程技术图纸、进行现场施工管理, 并由开发单位直接向被挂靠者结算。

47. 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。

北京市高级人民法院《关于〈北京市高级人民法院审理民商事案件若干问题的解答之五（试行）〉的说明》

问题解答 46. 建筑行业中的挂靠经营行为是指没有相应建筑资质或建筑资质较低的企业、其他经济组织、个体工商户、个人合伙、自然人（即挂靠者）以盈利为目的，借用其他有相应建筑资质或建筑资质较高的建筑施工企业（即被挂靠者）名义承揽施工工程的行为。

实践中，被挂靠者不参与工程施工，只收取管理费，不承担工程施工管理，不承担技术、质量、经济责任。依据《建筑法》第二十六条、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》第四条以及《合同法》第五十二条第（五）项的规定，挂靠经营行为违反了建筑法建筑行业特许经营的规定，挂靠者为资质等级借权经营的，属于违反法律强制性规定，故应属无效协议。但有两种情况需要注意，即挂靠者实际承揽的工程与其自身资质证书等级相符，或尽管存在管理费，但挂靠者已完全处于被挂靠者的管理之中。

问题解答 47. 挂靠协议签订后，挂靠者在建设施工活动中，会与挂靠协议以外的第三者发生许多经济往来，产生许多纠纷，包括建设工程施工合同纠纷、买卖合同纠纷、租赁合同纠纷、定作合同纠纷、借贷合同纠纷等。当挂靠者（企业）以被挂靠企业的名义对外发生经济行为时，被挂靠者作为合同主体应当承担合同责任，但其对挂靠者的经营行为不予管理，对与工程发生合同关系的合同相对人更无选择权，因此挂靠者也应承担合同责任，但要有所区别，要考虑合同相对人行为时对挂靠情况是否明知。当合同相对人对挂靠事实明知时，则说明其行为时实际的交易对象为挂靠者，名义的交易对象则为被挂靠者，其对此存在一定的过错。同时考虑到被挂靠者责任承担能力通常强于挂靠者，在这种情况下，挂靠者应首先承担责任，在挂靠者履行不能时由被挂靠者承担补充的民事责任。

基于挂靠经营纠纷的处理结果，即被挂靠者向挂靠者返还管理费，由挂靠者对挂

靠协议涉及的债权债务享有权利承担义务，被挂靠者有权将自己先行承担的民事责任，向挂靠者行使追偿权。

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若干疑难问题的解答》
(2012年8月6日 京高法发〔2012〕245号)

2.《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》(以下简称《解释》)第一条第(二)项规定的“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(即“挂靠”)具体包括哪些情形?

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。

20.不具有资质的挂靠施工人主张欠付工程款的，如何处理？挂靠人又将工程分包、转包给他人施工，施工人主张欠付工程款的，如何处理？

不具有资质的实际施工人(挂靠施工人)挂靠有资质的建筑施工企业(被挂靠人)，并以该企业的名义签订建设工程施工合同，被挂靠人怠于主张工程款债权的，挂靠施工人可以以自己名义起诉要求发包人支付工程款，法院原则上应当追加被挂靠人为诉讼当事人，发包人在欠付工程款范围内承担给付责任。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。

挂靠人承揽工程后，以被挂靠人名义将工程分包、转包给他人施工，施工人主张欠付工程款的，按照《北京市高级人民法院审理民商事案件若干问题的解答之五》第四十七条规定处理。

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意见》
(2008年12月17日 苏高法审委〔2008〕26号)

第四条 有以下情形之一的，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(即通常所称的“挂靠”)：(一)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；

(二) 资质等级低的建筑企业以资质等级高的建筑企业的名义承揽工程；

(三) 不具有工程总包资格的建筑企业以具有总包资格的建筑企业的名义承揽工程；

(四) 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。

第五条 承包人之间具有下列情形之一的，可以认定为本意见第四条规定的“挂靠”：

(一) 相互间无资产产权联系，即没有以股份等方式划转资产的；

(二) 无统一的财务管理，各自实行或者变相实行独立核算的；

(三) 无符合规定要求的人事任免、调动和聘用手续的；

(四) 法律、行政法规规定的其他情形。

江苏省高级人民法院《2009年审判工作座谈会纪要》

2. 挂靠纠纷的处理

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。

江苏省高级人民法院《执行异议之诉案件审理指南》(2015年7月2日)

23. 挂靠在承包人名下承揽工程的实际施工人以其系工程款的实际债权人为由提起执行异议之诉的，如何处理？人民法院针对建设工程发包人应给付承包人的工程款到期债权实施强制执行，实际施工人以其与承包人之间存在挂靠关系、其应享有工程款债权为由提起执行异议之诉的，应当不予支持。实际施工人可以根据合同相对性原则，向承包人主张债权。

江苏省高级人民法院《建设工程施工合同案件审理指南》(2010年)

2. 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建筑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建筑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建筑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。

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》（1998年10月30日山东省高级人民法院审判委员会第52次会议讨论通过）

9. 具有挂靠经营关系的建筑施工企业以自己的名义或以被挂靠单位的名义对外签订建筑工程承包合同，产生纠纷后一般应以挂靠经营者和被挂靠单位为共同诉讼人起诉或应诉。

22. 不具有资质证书或不具有相应资质证书的建筑施工队伍挂靠其他建筑施工企业承揽建筑工程，无论是以自己的名义签订合同，还是以挂靠单位的名义对外签订合同，应一律认定无效。但被挂靠单位以自己的名义与建设单位签订建筑工程承包合同，将承揽的工程交给挂靠单位施工的，不影响建筑工程承包合同的效力。

广东省高级人民法院《关于审理建设工程合同纠纷案件的暂行规定》（2000年7月28日 粤高法〔2000〕31号）

9. 有下列情形之一，并以被挂靠建筑企业名义签订的建筑工程合同无效：

（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建筑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建筑企业的名义承揽工程。

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指导意见》(2011年7月26日 粤高法发〔2011〕37号)

十四、挂靠人以被挂靠人的名义与发包人订立建设工程施工合同，被挂靠人与挂靠人应当对施工合同债务承担连带责任，但建设工程施工合同明确约定被挂靠人不承担责任的除外。

广东省高级人民法院《关于审理建设工程合同纠纷案件疑难问题的解答》(2017年8月1日 粤高法〔2017〕151号)

22. 实际施工人主张挂靠人和被挂靠人承担欠付工程款连带责任的如何处理

挂靠人以被挂靠人的名义承接工程后，又将工程进行分包或转包，实际施工人主张挂靠人和被挂靠人承担欠付工程款连带责任的，应区分情形处理：挂靠人以被挂靠人名义对外签订分包或转包合同的，挂靠人和被挂靠人承担连带付款责任；挂靠人以自己名义对外签订分包或转包合同的，挂靠人承担付款责任。

23. 挂靠人主张被挂靠人和发包人承担欠付工程款连带责任的如何处理

因发包人欠付工程款，挂靠人主张被挂靠人和发包人承担欠付工程款的连带责任的，不予支持，但挂靠人和被挂靠人之间的合同明确约定被挂靠人承担支付工程款义务的除外。挂靠人主张被挂靠人支付已收取但尚未转付工程款的，应予支持。

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》(安徽省高级人民法院审判委员会2009年5月4日第16次会议通过)

4. 同时符合下列情形的，应认定为挂靠经营，所签订的建设工程施工合同无效：

(1) 实际施工人未取得建筑施工企业资质或者超越资质等级；(2) 实际施工人以建筑施工企业的分支机构、施工队或者项目部等形式对外开展经营活动，但与建筑施工企业之间没有产权联系，没有统一的财务管理，没有规范的人事任免、调动或聘用手续；(3) 实际施工人自筹资金，自行组织施工，建筑施工企业只收取管理费，不参与工程施工、管理，不承担技术、质量和经济责任。

5. 符合下列情形之一的，应认定为违法分包，所签订的建设工程施工合同无效：

(1) 承包人将建设工程主体结构的施工分包给他人完成；(2) 分包单位不具备相应的资质条件；(3) 分包未经建设单位认可；(4) 分包单位将其承包的工程再行分包。

6. 同时符合下列情形的，应认定为劳务分包，所签订的合同有效：

(1) 实际施工人具备劳务分包企业资质等级标准规定的一种或几种项目的施工资质，承包的施工任务仅是整个工程的一道或几道工序，而不是工程的整套工序；(2) 承包的方式为提供劳务，而非包工包料。

浙江省杭州市中级人民法院民一庭《关于审理建设工程及房屋相关纠纷案件若干实务问题的解答》(2010年11月1日)

第一部分 建设工程纠纷案件

合同效力认定

1. 如何理解《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》(以下简称《解释》)第一条第一款第(二)项中规定的“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”。

答：具体可分为以下几种情形，即：

(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建筑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建筑企业的名义承揽工程。

2. 如何区分建设工程施工过程中的挂靠与内部承包？

对于建设单位内部承包合同，应当认定为是工程承包人就其承包的全部或部分工程与其下属分支机构或职工签订的工程承包合同，属建筑施工企业的一种内部经营方式，法律和行政法规对此并不禁止，该承包人应对工程施工过程及质量等进行管理，对外承担施工合同的权利义务。当事人一方以内部承包合同中的承包方无施工资质为由主张该内部承包合同无效的，不予支持。而挂靠则是指实际施工主体借用有资质的建筑施工企业名义承揽建设工程，该实际施工主体与被挂靠企业间并不存在隶属或管理关系，构成独立主体间的承包合同关系，如果挂靠单位并无相应施工资质的，应认定该承包合同关系无效。因此，二者区分主要应从合同当事人间是否有劳动或隶属管理关系，承包工程所需资金、材料、技术是否由对方当事人提供等进行判断。

3. 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，被挂靠人是否应当与挂靠人一并承担连带责任？

答：挂靠人作为实际施工主体应对自己的施工内容承担相应的法律后果，被挂靠人虽未直接参与工程建设施工，但允许他人以自己名义承揽施工，也应负担该施工行

为产生的法律后果。因此，当该建设工程施工合同向对方主张挂靠人与被挂靠人承担连带责任的，一般应予以支持。

福建省高级人民法院《关于审理建设工程施工合同纠纷案件疑难问题的解答》
(2007年11月22日)

1. 问：如何认定施工企业内部承包合同的性质与效力？

答：建设工程施工合同的承包人与其下属分支机构或职工就所承包的全部或部分工程施工所签订的承包合同为企业内部承包合同，属建筑施工企业的一种内部经营方式，法律和行政法规对此并不禁止，承包人仍应对工程施工过程及质量等进行管理，对外承担施工合同的权利义务。当事人以内部承包合同的承包方无施工资质为由主张合同无效的，不予支持。

2. 问：如何区分劳务分包与转包、违法分包？

答：劳务分包是指建设工程的总承包人或者专业承包人将所承包的建设工程中的劳务作业（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、架线等）发包给劳务作业承包人完成的活动。转包是承包人将所承包的全部建设工程转由第三人施工完成。分包是承包人将所承包的建设工程的某一部分施工项目交由第三人施工建设，其中《建筑法》与《建设工程质量管理条例》第七十八条所列的四种行为属违法分包。劳务分包既不是转包，也不是分包；转包及违法分包为法律所禁止，劳务分包则不为法律所禁止。

3. 问：被挂靠单位（出借名义的建筑施工企业）是否应对挂靠人在施工过程中的转包、购买施工材料等行为承担责任？

答：挂靠人以自己的名义将工程转包或者与材料设备供应商签订购销合同，实际施工人或者材料设备供应商起诉要求被挂靠单位承担合同责任的，不予支持；挂靠人以被挂靠单位的名义将工程转包或者与材料设备供应商签订购销合同的，一般应由被挂靠单位承担合同责任，但实际施工人或者材料设备供应商签订合同时明知挂靠的事实，并起诉要求挂靠人承担合同责任的，由挂靠人承担责任。

4. 问：发包人与无相应施工资质的承包人签订建设工程施工合同，承包人依合同取得的工程价款超过其实际施工成本的，超过部分是否应予收缴？承包人非法转包、违法分包、出借资质而依合同约定取得的“挂靠费”“管理费”等是否应当收缴？

答：承包人无相应施工资质，所签订的建设工程施工合同虽然无效，但最高人民

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》第二条规定：“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。”因此，对承包人依合同取得的工程价款不应予以收缴。

对承包人因非法转包、违法分包建设工程而已经取得的利益，或者建筑施工企业因出借施工资质而已经取得的利益，例如：“挂靠费”、“管理费”等，人民法院可以根据我国《民法通则》第一百三十四条的规定予以收缴，但建设行政机关已经对此予以行政处罚的，人民法院不应重复予以制裁。

5. 问：建设工程施工合同无效，但建设工程质量合格，发包人请求按照合同约定计算工程造价，而承包人请求按照工程定额标准计算工程造价的，如何处理？

答：建设工程施工合同无效，但建设工程质量合格的，发包人或者承包人任何一方请求参照合同约定支付工程价款的，均应予以支持。

6. 问：建设工程施工合同约定的价款明显低于工程定额标准，已经超出一定合理范围的，当事人能否以合同约定价款明显违反定额为由，主张价款之约定无效，或者以显失公平为由，主张撤销或变更合同？

答：工程造价定额标准不属于法律、法规的强制性规定，因此，建设工程施工合同约定的价款低于工程定额标准，不导致该约定无效。当事人以合同约定的价款过低从而显失公平为由，主张撤销或变更合同的，依《合同法》的相关规定处理。

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》（2015年3月16日 川高法民一〔2015〕3号）。

5. 如何认定借用资质（挂靠）？

借用资质（挂靠）是指没有建筑施工资质的企业或个人以其他建筑施工企业的名义，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名义，没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名义承揽工程的行为，或者有资质的建筑施工企业通过名义上的联营、合作、内部承包等其他违法方式允许他人以本企业的名义承揽工程的行为。

前述所称承揽工程，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。

审判实践中，可以结合下列情形综合认定是否属于借用资质（挂靠）：

（一）借用资质（挂靠）人通常以出借资质（被挂靠）人的名义参与招投标、与发

包人签订建筑施工合同，借用资质（挂靠）人与出借资质（被挂靠）人之间没有产权联系，没有劳动关系，没有财务管理关系的；

（二）借用资质（挂靠）人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出借资质（被挂靠）人没有订立劳动合同，或没有建立劳动工资或社会养老保险关系的；

（三）借用资质（挂靠）人承揽工程经营方式表现为自筹资金，自行组织施工，自主经营，自负盈亏。出借资质（被挂靠）人只收取管理费（包括为确保管理费收取为目的的出借账户），不参与工程施工、管理，不承担工程技术、质量和经济责任的；

（四）出借资质（被挂靠）人与发包人之间没有实质上工程款收付关系，均是以“委托支付”“代付”等其他名义进行工程款支付，或者仅是过账转付关系的；

（五）施工合同约定由出借资质（被挂靠）人负责采购主要建筑材料、构配件及工程设备或租赁施工机械设备，实际并非由出借资质（被挂靠）人进行采购、租赁，或者出借资质（被挂靠）人不能提供有关采购、租赁合同及发票等证明，又不能进行合理解释并提供证据证明的；

（六）法律、行政法规规定的其他借用资质（挂靠）情形。

上海市中级人民法院《建设工程施工合同纠纷审判实务相关疑难问题解答》（2015年10月22日）

二、挂靠经营的特点及表现形式主要有哪些？

解答：挂靠经营通常具备以下特征，即实际施工人以建筑施工企业的分支机构、施工队或者项目部等形式对外开展经营活动，但与建筑施工企业之间没有产权联系，没有统一的财务管理，没有规范的人事任免、调动或聘用手续；实际施工人自筹资金，自行组织施工，建筑施工企业只收取管理费，不参与工程施工、管理，不承担技术、质量和经济责任。

实践中常见的挂靠经营主要有以下几种情况：

（一）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；

（二）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；

（三）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；

（四）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。

理由：2002年8月5日《最高人民法院关于审理建设工程合同纠纷案件的暂行意见》第九条具体列举了上述挂靠情形。住建部《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）》第十一条对挂靠经营的特点及表现形式也作出了同样的规定。

二十四、被挂靠单位是否应对挂靠人在施工过程中的转包行为承担责任？

解答：（一）挂靠人以自己的名义将工程转包，实际施工人订立合同时不知道挂靠事实，后实际施工人起诉要求被挂靠单位承担合同责任的，不予支持；

（二）挂靠人以被挂靠单位的名义将工程转包，实际施工人以挂靠人和被挂靠人为共同被告起诉的，一般应由挂靠人承担合同责任，被挂靠单位承担连带责任。但实际施工人签订合同时明知挂靠的事实，并仅起诉要求挂靠人承担合同责任的，由挂靠人承担责任。

理由：一般情况下以合同相对性为原则，但挂靠人以被挂靠人名义将工程转包的，实际施工人在订立合同时名义上的合同相对人是被挂靠单位，实际上的合同相对人是挂靠单位，挂靠人和被挂靠单位应当承担连带责任。

江苏省徐州市中级人民法院《进一步规范关于审理建设工程施工合同纠纷案件的若干问题》

〔实际施工人可以向谁主张权利？〕

实际施工人应向其合同相对人主张权利，发包人在欠付工程款范围内承担连带责任。如实际施工人至总承包人之间的建设工程施工合同为无效的，实际施工人可要求各违法转包人及非法分包人承担连带责任。

〔实际施工人主张工程款应当起诉谁？〕

实际施工人仅起诉发包人主张工程款债权的，应当追加其合同相对人为诉讼当事人；实际施工人仅起诉其合同相对人主张工程款债权的，人民法院不应主动追加发包人为诉讼当事人。

〔挂靠之后挂靠人怎样主张工程款？〕

不具有施工资质的挂靠人挂靠有施工资质的建筑施工企业，并以该企业的名义签订建设工程施工合同，应以被挂靠人名义主张工程款债权；被挂靠人怠于主张工程款

债权的，挂靠人可以自己名义起诉要求发包人支付工程款，人民法院一般应追加被挂靠人为诉讼当事人。

〔挂靠之后发生的债务怎么承担？〕

因履行施工合同产生的债务，挂靠人与被挂靠人应承担连带责任。

〔挂靠人转包或分包，施工人向谁主张工程款？〕

挂靠人承揽工程后，以自己名义将工程分包、转包给他人施工，施工人应向挂靠人主张欠付工程款。

挂靠人承揽工程后，以被挂靠人名义将工程分包转包给他人施工，施工人明知挂靠行为的，其名义上的合同相对人为被挂靠人，实质上合同相对人为挂靠人，施工人对此存在一定过错。其主张工程欠款的应向挂靠人主张，被挂靠人承担补充责任。施工人不知挂靠行为的，挂靠人与被挂靠人承担连带责任。

〔哪些行为属于挂靠？〕

（1）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；

（2）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；

（3）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；

（4）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；

（5）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；

（6）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；

（7）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；

（8）法律法规规定的其他挂靠行为。

〔挂靠后质量保修责任谁来承担?〕

实际施工人挂靠有资质的建筑企业与发包人签订建设工程施工合同的,如果建设工程出现质量问题,发包人根据《合同法》第二百八十一条、《解释》第二十五条的规定主张实际施工人承担建设工程的质量保修责任的,应予支持,人民法院一般应追加被挂靠企业为当事人参加诉讼。

江苏省盐城市中级人民法院《关于审理建设工程施工合同纠纷案件若干问题的指导意见》(盐城市中级人民法院审判委员会2010年7月15日第9次会议讨论通过)

28. 挂靠人为履行施工合同而与第三人发生买卖、租赁、借贷等纠纷,第三人以挂靠人、被挂靠人为被告提起诉讼,要求承担责任的,按下列原则予以处理:

(1) 挂靠人明确以自己的名义与第三人交易,根据合同相对性原则,一般应当由挂靠人承担责任,但第三人有证据证明被挂靠人也应承担责任的除外。

(2) 挂靠人明确以被挂靠人的名义(如持被挂靠人介绍信或委托书、盖有被挂靠人章印的合同等)与第三人交易或者第三人有理由相信挂靠人系以被挂靠人名义进行交易的,一般应当由被挂靠人与挂靠人承担连带责任,但被挂靠人有证据证明不应当承担责任的除外。

(3) 挂靠人以被挂靠人的工程项目部、工程负责人等名义与第三人交易的,一般应当由挂靠人与被挂靠人承担连带责任,但被挂靠人有证据证明不应当承担责任的除外。

第 10 节 资质挂靠的责任承担

——资质被挂靠，责任如何担？（责任承担）

类型一、被挂靠人不向挂靠人承担责任的情形

219. 挂靠人通过被挂靠人向发包人交纳保证金，依据合同约定，被挂靠人不向挂靠人承担保证金不能返还的风险。

案例 219. 最高人民法院（2012）民申字第 1624 号“刘新华、杨勇与湖南省建筑工程集团总公司建设工程分包合同纠纷案”



关于建工集团是否应对刘新华交纳的 800 万元保证金承担返还责任。法院再审认为，首先，《建筑工程施工合同》系刘新华、杨勇、廖荟三人借用建工集团的名义与南洋公司签订，刘新华、杨勇、廖荟与建工集团存在挂靠合同关系，而非建设工程转包合同关系。其次，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》第一条之规定，没有资质的实际施工人借用有资质的建筑施工企业名义签订的建设施工合同应认定无效，而本案《建筑工程施工合同》系无资质的刘新华、杨勇、廖荟一方借用建工集团的名义签订，故应认定无效。再次，建工集团不对刘新华交纳的 800 万元保证金承担返还责任，亦无需承担赔偿责任。《建筑工程施工合同》专用条款“47. 补充条款”规定在正式签订合同后即向南洋公司交纳 800 万元的合同履行保证金，故该保证金是依据南洋公司而非建工集团的要求交纳的，建工集团在收取了刘新华交纳的 800 万元后即汇付给南洋公司，并没有占有、使用该笔款项，因此建工集团已经履行了《项目责任承包合同》项下的义务。由于《项目责任承包合同》

属于挂靠合同，而非建设工程转包合同，故二审判决将建工集团的收、付款行为认定为受刘新华等三合伙人委托实施的受托行为并无不妥。在《建筑工程施工合同》因无法履行而被解除后，对于不能收回的款项，作为受托人的建工集团并无替代南洋公司履行的义务，其至多负有协助追讨的义务。同时，廖荟向建工集团出具《承诺函》称：“集团总公司领导：由本人负责联系的‘南洋国际（湖南）公交能源开发有限公司红易大道湘潭段’工程属议标项目，本人承诺该项目引起的一切经济、法律责任均由本人承担。”对于该份《承诺函》，刘新华、杨勇虽表示不知情，但由于廖荟系合伙人之一，且代表其余合伙人参与合同的商洽及签订，该《承诺函》应对刘新华、杨勇两合伙人有拘束力，且该《承诺函》的内容与刘新华、杨勇参与签订的《项目承包责任合同》中关于“如建设单位要求施工垫资或带资施工，要求交付质保金、信誉保证金及筹措其他资金的，其资金全部由乙方负责组织资金运作，并承担由此造成的风险”的约定精神一致，足以证明刘新华、杨勇两人在签订合同时就已经知道并认可建工集团不承担保证金不能返还的风险，故建工集团对于800万元保证金不应承担返还责任。

220. 挂靠人主张被挂靠人承担发包人尚欠工程款的给付义务，没有法律依据，不予支持。

案例 220. 最高人民法院（2013）民一终字第100号“满洲里市扎赉诺尔宏基城市基础设施投资开发有限责任公司与聂绮、中国内蒙古森林工业集团森天建设有限公司建设工程施工合同纠纷案”



法院认为，《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》第一条第（二）项规定：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。聂绮与森天公司签订《协议书》的行为及《协议书》的内容，证明森天公司接受聂绮承揽的给排水工程内容，以森天公司出具企业资质，聂绮挂靠到森天公司的形式，完成该工程项目。森天公司中标并与宏基公司签订《建筑工程施工合同》。森天公司成立市政工程项目部，聘用聂绮为项目部经理，并给该项

目部设立临时账户，宏基公司将前期工程款付至项目部临时账户，后期工程款汇入聂绮个人公司账户等一系列行为，证明涉案给排水市政工程的发包人是宏基公司，聂绮在承揽工程后，挂靠森天公司，涉案工程事实是由聂绮承包并作为实际施工人完成，故聂绮与宏基公司已经形成事实上的建设工程承包合同关系。因此，森天公司与宏基公司签订的《建设工程施工合同》，因违反招投标法以及建设工程施工合同司法解释等法律、法规的规定，应认定为无效合同。

关于宏基公司及森天公司是否应给付聂绮尚欠工程款 17825815.36 元及利息的问题。《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》第二条规定：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。涉案《建设工程施工合同》签订后，施工义务是由聂绮履行，工程款也由宏基公司直接拨付聂绮承包的项目部及其个人开办的广告公司，故该工程合同权利义务指向的对象是聂绮。聂绮与宏基公司已经全面履行了发包人与承包人之间的合同，形成了事实上的权利义务关系，故聂绮是涉案工程的实际承包人，聂绮的合法权益依法应予保护。涉案给、排水工程已经竣工验收，工程质量均为合格，工程的发包人对经竣工验收合格工程的实际承包人应当按照合同约定给付尚欠工程款。因此，宏基公司应当给付聂绮尚欠工程款 17825815.36 元。聂绮主张其挂靠单位森天公司承担尚欠工程款的给付义务，没有法律依据，不予支持。

221. 实际施工人借用承包人资质承揽建设工程，承包人不是本案所涉工程的转包人或分包人，实际施工人向承包人主张工程款，不予支持。

案例 221. 浙江省丽水市莲都区人民法院（2013）丽莲民重字第1号“卢尚敏与浙江万景市政园林工程有限公司、宁波江北灵山禅寺建设工程施工合同纠纷案”



法院认为，原告卢尚敏以涉案工程未取得建设规划许可、原告无资质承包合同，建设工程施工合同无效，原告是实际施工人且工程竣工验收合格而要求被告万景公司支付相应工程款，由于本案中原告方在庭审中对双方关系已明确陈述为是挂靠的，原告是合同实际施工人，是借用第一被告资质的，同时原告与被告万景公司签订经济责

任内部承包合同的时间为2011年5月24日，而原告提供的支付保证金银行凭证却载明其在2011年5月9日就向灵山禅寺支付了15万元保证金，原告不可能在其与被告万景公司转包关系未建立前就去先行支付保证金，应是原告先联系好工程后再向被告万景公司去借用资质。实际上原告在实际施工过程中，也是自己出资交纳履约保证金并投入资金、技术、设备、人力等，整项工程均由卢尚敏垫资施工，被告万景公司均未参与。因此，被告万景公司不是本案所涉工程的转包人或分包人，而是原告借用被告万景公司资质承揽建设工程的挂靠关系。在庭审中，本院就该法律关系已向原告予以释明，是否变更诉讼请求，原告明确表示不变更诉讼请求，坚持按原诉讼请求主张权利。原告卢尚敏主张要求被告万景公司支付工程款，与本案事实不符，本院不予支持。

222. 被挂靠人未实际参与施工，不享有实际的合同权利，故亦不应承担合同责任，挂靠人主张被挂靠人应当承担付款责任不予支持。

案例 222. 山东省高级人民法院（2014）鲁民再字第21号“临沂市利群房地产开发有限公司、陈中东与临沂市利群房地产开发有限公司、陈中东等建设工程施工合同纠纷案”



一审法院认为，陈中东以他人名义参与工程招标、投标，以沂滨公司的名义与发包人利群公司签订建设工程施工合同，工程已通过竣工验收，并交付使用的事实清楚，可由双方当事人的陈述、施工合同、拨款单据、现场照片、竣工验收资料证实，法院予以确认。陈中东作为实际施工的个人，虽不具备施工资质，所签合同无效，但其施工的工程已通过竣工验收，并交付使用，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》第二条：“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”的规定，陈中东有权向发包人按照合同的约定请求支付工程价款。利群公司在对外发包工程时，陈中东先是以山东志华建设工程集团有限公司的名义投标，后以沂滨公司的名义签订施工合同，合同价款与此前标书中的投标价相同，施工中，陈中东又曾以个人名义与利群公司签订1-3号沿街楼前地面工程施工，故利群公司对陈中东实际施工人的身份应

该知情，不应以其非合同当事人为由对抗其支付工程款的权利。因本案工程在施工中有变更，与合同签订时情形不相同，故应以变更后的工程量确定施工价款。陈中东委托第三方以合同、图纸及施工变更签证等资料对工程价格进行评估，符合相关法律规定。利群公司无证据证实该预算评估违反独立、客观、公正的原则，故对该预算、评估价格，原审予以采信。因本案工程已竣工验收，且交付使用，故对利群公司关于施工未完毕的主张，原审不予采信。沂滨公司作为被挂靠公司，未实际参与施工，不享有实际的合同权利，故亦不应承担合同责任。陈中东关于5万元保证金的主张，未提供单据资料证实，可在取得相关证据后另行主张，原审暂不予支持。综上，临沂市中级人民法院于2012年4月26日作出（2012）临民一初字第142号民事判决：一、利群公司于判决生效后十日内支付拖欠陈中东的工程款5058276.87元及利息（利息按中国人民银行同期贷款基准利率计算，自2012年5月30日起至实际支付之日止）；二、驳回陈中东对沂滨公司的诉讼请求；三、驳回陈中东的其他诉讼请求。

二审争议焦点：一是陈中东是否有权作为原告主张权利；二是本案中沂滨公司应承担何种责任；三是原审对涉案工程的工程量及工程价款的认定是否正确。

二审裁判要点：关于陈中东是否有权作为原告主张权利的问题。虽然沂滨公司与陈中东签订合同书，但判断陈中东是内部承包还是挂靠沂滨公司的关键在于陈中东是否属于沂滨公司的职工，即沂滨公司与陈中东之间是否具有劳动关系。庭审期间，利群公司不能举证证明陈中东是沂滨公司内部职工，结合陈中东又曾以个人名义与利群公司签订1-3号沿街楼前地面工程施工及外挂大理石工程的事实，应认定陈中东以他人名义投标，挂靠沂滨公司签订合同并施工，原审认定陈中东是实际施工人正确。因没有资质的实际施工人借用有资质的建筑施工企业名义签订的建设工程施工合同，违反了法律、行政法规强制性的规定，系无效合同。原审认定利群公司与沂滨公司签订的合同无效正确。利群公司关于陈中东系沂滨公司派驻工地项目经理的主张不能成立。现陈中东已完成了涉案工程，且工程已竣工验收合格并交付使用，利群公司主张工程未完工与事实不符，陈中东作为实际施工人，有权向发包人利群公司主张权利。

关于本案中沂滨公司应承担何种责任的问题。本院认为，沂滨公司作为被挂靠公司，未实际参与施工，利群公司称沂滨公司应当承担付款责任，本院不予支持。

关于原审对涉案工程的工程量及工程价款的认定是否正确的问题。关于外挂大理石工程的问题。利群公司认为该工程是合同内工程。本院认为，因该工程系陈中东、利群公司与案外人朱方林单独签订的施工合同，合同的签订日期在涉案建设工程施工

合同签订之后，陈中东提交的根据招标文件制作的投标书中亦未涉及该工程，故该工程不应认定为合同内工程，利群公司的该项主张不能成立，依法不予支持。关于工程预算报告能否作为定案依据的问题。经查明，涉案报告虽名为预算编制报告，但根据该报告的委托日期及依据的涉案合同、图纸、变更资料和签证资料，结合涉案工程的竣工日期，可以认定该报告系作为涉案工程造价决算而出具的。利群公司主张合同中的固定价鉴定报告按定额计算错误。但因该报告是依据涉案合同、图纸、变更资料和签证资料作出，业经双方当事人庭审质证，上述主张利群公司一审期间未提出，且未提出申请重新鉴定，二审期间对此亦未提交足以反驳的相反证据。该工程造价鉴定报告，程序合法，依据充分，原审采信该报告是正确的。利群公司主张原审对已付款数额的认定不准确，亦未提交证据证明，本院依法不予支持。关于陈中东主张的5万元保证金问题。因陈中东未提交直接证据证明其主张，可在取得相关证据后另行主张。综上，本院于2013年12月9日作出（2013）鲁民一终字第336号民事判决：驳回上诉，维持原判。

再审争议焦点：一、陈中东施工行为的性质；二、涉案工程量及工程造价。

再审裁判要点：关于陈中东施工行为的性质问题，本院认为，陈中东是挂靠沂滨公司的实际施工人，而非沂滨公司的工作人员，其行为是个人行为而非职务行为。理由如下：第一，陈中东与沂滨公司不具有劳动关系。利群公司主张陈中东系沂滨公司项目经理，但未能提供陈中东与沂滨公司之间存在劳动合同、沂滨公司向陈中东发放工资等证明劳动关系存续的证据。而陈中东提供的其与沂滨公司在2011年5月23日的合同书明确约定陈中东上缴沂滨公司的管理费用指标以及陈中东向沂滨公司交纳管理费的单据一宗，这足以证实陈中东是借用沂滨公司资质的实际施工人。第二，利群公司对陈中东借用沂滨公司资质是明知的。陈中东为承建涉案工程曾以山东志华建设工程集团有限公司名义、沂滨公司名义向利群公司投标，结合利群公司母公司美多集团曾收取陈中东建设工程押金、利群公司与陈中东个人签订1-3号沿街楼前地面工程等事实，可证实利群公司对陈中东借用沂滨公司资质施工之事是明知的。

关于焦点二中的涉案工程量的问题，即外墙保温、外挂大理石是否为工程增项的问题。本院认为，外墙保温、外挂大理石工程为工程增项。理由为：第一，美多大酒店及沿街楼招标文件和陈中东依据招标文件制作的投标书中均未涉及上述工程，涉案建设合同是依据招投标文件确定的工程量、工程造价签定的，而陈中东实际施工的工程量根据临沂中山工程咨询有限公司的结算仅外墙保温、外挂大理石两项造价为

2189317元，占建设合同约定价款751.8万元的29.1%，将上述增项认定为合同约定项目与事实和常理不符；第二，山东省城镇建筑设计院在2011年6月制作的设计修改通知便函载明，更改理由：原构造设计的改进或完善，要求是：本工程外墙石材饰面采用挂石材，颜色见立面图，这表明上述工程项是涉案的增项，原因是工程发生了设计变更。

关于焦点二中的工程造价问题，即山东元真建设项目管理有限公司作出的工程预（结）算报告能否作为确定涉案工程造价的问题。本院认为，山东元真建设项目管理有限公司作出的工程预（结）算报告作为确定工程价款的依据并无不当。理由如下：第一，涉案建设合同中虽约定涉案工程为固定价751.8万元，但合同同时约定发生设计变更时，工程造价可作调整以及调整方式。根据上述查明的事实，涉案工程后来发生设计变更，出现工程增项、增量，应当进行造价调整；同时，建设单位、监理单位及施工单位就涉案工程的部分材料价格进行了约定，即建设方要根据市场价对施工方的工程造价进行差价补偿，这表明双方在履行合同过程中实质上变更了工程造价固定价的约定，是以可变更价格履行合同的。第二，涉案工程已经竣工验收且交付利群公司，利群公司也将涉案工程对外经营。涉案工程于2012年4月10日竣工，同年5月25日通过验收并交付使用。利群公司主张涉案工程未完工，其提供的材料仅表明涉案工程缺乏相关检测报告，并不能证明涉案工程未竣工。利群公司在接收涉案工程后未及时进行工程结算和支付工程款，陈中东作为实际施工人对外委托鉴定涉案工程造价并无不当。第三，山东元真建设项目管理有限公司作出的工程预（结）算报告，虽名为预算编制报告，但根据该报告的委托日期及依据的涉案合同、图纸、变更资料和签证资料，结合涉案工程的竣工日期，可以认定该报告系作为涉案工程造价决算而出具的。该报告业经双方当事人庭审质证，利群公司一审期间虽有异议，但未申请重新鉴定，一审据此鉴定作出判决并无不当。二审期间，利群公司虽申请重新鉴定，但二审以其未提交足以反驳的相反证据为由不予支持亦无不当。第四，从陈中东提供的山东元真建设项目管理有限公司作出的工程预（结）算报告以及临沂中山工程咨询有限公司出具的结算书对比看，临沂中山工程咨询有限公司按照工程原造价、签证造价、增量造价、差价补偿等项目对涉案工程造价进行了分类鉴定。这种计价方式即是以固定价格加增量增项造价方式进行的，其造价与山东元真建设项目管理有限公司作出的工程造价相差无几。第五，关于利群公司主张工程造价中的资质取费问题。因建设工程定额标准是建设主管部门根据本地建筑市场建筑成本的平均值确定的，是完成一定计

量单位产品的人工、材料、机械和资金消费的规定额度，是衡量建筑企业正常营运成本的一种方式。无论施工企业有无资质，在建筑施工过程中总要支出相应成本，对其成本的衡量不应以资质的有无而区分。第六，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》第二条“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。”的规定，并未禁止承包人以据实结算价格主张工程价款，而是赋予承包人在合同价款、据实结算之间的选择权。本案中，利群公司在工程竣工验收且交付使用后未及时支付工程款，陈中东对涉案工程以据实结算价格主张权利并无不当。

综上，判决如下：维持山东省高级人民法院（2013）鲁民一终字第336号民事判决。

223. 被挂靠人虽将施工资质出借给挂靠人，但其仍应对挂靠人施工的工程承担质量责任。被挂靠人对挂靠人施工亦尽到了监督和管理责任，且发包人支付的工程进度款被挂靠人在按约扣除税金及管理费后转付给了挂靠人，故被挂靠人在应付挂靠人工程款数额中扣除税金及管理费，并无不当，挂靠人关于被挂靠人不应计取管理费的请求，不予支持。

被挂靠人出借施工资质给挂靠人承接工程，而非将工程转包给挂靠人施工，故其与挂靠人之间并无结算工程价款的关系，被挂靠人主张其不应向挂靠人承担工程款支付义务的抗辩理由成立，予以支持。

案例 223. 江苏省高级人民法院（2013）苏民终字第0347号“秦金贵与昆山市建筑安装工程有限公司与昆山东辉房地产发展有限公司等建设工程施工合同纠纷案”



二审争议焦点：一、合作协议及补充协议的性质及效力应如何认定。二、秦金贵已完工程造价应如何认定，昆建公司计取工程价款8%的税金及管理应否支持。三、昆建公司是否应对欠付秦金贵的工程款承担赔偿责任。

二审裁判要点：关于合作协议及补充协议的性质及效力应如何认定的问题。本院认为，从东辉公司与昆建公司于2006年6月10日及20日签订的建设工程施工合同内

容看，东辉广场 2#、3#、4#、5# 号商住楼的土建、水电、桩基工程由昆建公司中标承建。后因土建、水电未能实际履行，东辉公司指定由秦金贵负责施工，为此三方签订合作协议及补充协议。从合作协议约定的内容看，三方均享有原建设工程施工合同的权利，说明本案工程对外仍由昆建公司承建，对内由秦金贵实际施工。且在实际施工中，秦金贵亦是以昆建公司项目部名义施工，并以昆建公司名义办理工程竣工验收及备案手续，再以昆建公司项目部名义提交竣工结算报告。故原审判决将合作协议的性质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施工，并无不当。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》第一条第（二）项的规定，原审判决认定合作协议及补充协议无效正确。秦金贵主张昆建公司系违法分包，昆建公司应向其支付工程款的上诉请求及理由，缺乏事实和法律依据，本院不予支持。

关于秦金贵已完工程造价应如何认定。本院认为，合作协议及补充协议虽然无效，但本案工程经竣工验收合格，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》第二条的规定，秦金贵请求参照协议约定支付工程价款，应予支持。根据合作协议约定，秦金贵享有直接与东辉公司进行结算工程款的权利，而昆建公司对工程款结算仅享有知情权，故应当认定东辉公司与秦金贵之间存在工程款的结算关系，秦金贵完成施工义务后应当向东辉公司主张工程款。虽然合作协议约定东辉公司将工程款先给付昆建公司，昆建公司在扣除 8% 税金及管理费后再给付秦金贵，但该约定仅为工程款的支付方式，并未改变东辉公司与秦金贵之间结算工程价款的关系。本案工程完工后，秦金贵以昆建公司项目部名义提交了竣工结算报告，东辉公司委托咨询监理公司进行了审计。原审中，秦金贵在变更诉讼请求申请书中明确表示同意按审计意见确定工程价款，对此，原审判决确认秦金贵已完工程总造价为 69321133.42 元，并无不当。因三方合作协议约定工程款由秦金贵与东辉公司直接结算，故昆建公司提出不认可审计意见，并要求按补充协议所确定的 65337942 元结算工程价款的上诉请求，本院不予支持。

关于昆建公司计取工程价款 8% 税金及管理费应否支持的问题，本院认为，本案工程由昆建公司中标承建，并且支付了有关报建费用，后因东辉公司指定由秦金贵完成土建、水电等安装工程的施工义务，由此三方签订合作协议及补充协议，并且在协议中明确由昆建公司计取工程价款的 8% 税金及管理费。虽然合作协议约定，秦金贵就工程质量向东辉公司负责，但该约定仅为三方内部约定，而秦金贵实际以昆建公司

项目部的名义施工，工程有关施工资料及单位工程竣工验收证明书上载明的施工单位均是昆建公司，故昆建公司虽将施工资质出借给秦金贵，但其仍应就秦金贵施工的工程承担质量责任。本案工程经竣工验收合格，昆建公司对秦金贵施工亦尽到了监督和管理责任，且东辉公司支付的工程进度款昆建公司在按约扣除 8% 税金及管理费后转付给了秦金贵，故原审判决在认定应付秦金贵工程款数额中扣除 8% 的税金及管理费，并无不当。秦金贵关于昆建公司不应计取管理费的上诉请求，本院不予支持。

关于昆建公司是否应对欠付秦金贵的工程款承担赔偿责任的问题。本院认为，如前所述，本案工程的发包人为东辉公司，秦金贵作为实际施工人，在完成施工义务后应当向发包人东辉公司主张工程价款。从东辉公司向昆建公司及秦金贵出具的结算承诺书、付款承诺书等证据看，东辉公司已明确表示履行付款义务，且王某出具保证函，自愿为东辉公司履行的付款义务承担连带责任保证。昆建公司系出借施工资质给秦金贵承接工程，而非将工程转包给秦金贵施工，故其与秦金贵之间并无结算工程价款的关系，故原审判决认定昆建公司承担债务人东辉公司和保证人王某不能清偿部分的 30% 赔偿责任，缺乏事实和法律依据，应予纠正。昆建公司主张其不应承担工程款赔偿责任的抗辩理由成立，本院予以支持。

另，关于东辉公司提出的周市政府代垫 236 万元款项的性质及王某提出的因合同无效其不应承担保证责任的问题，因双方在原审判决后均未提出上诉，故本院二审不予理涉。

综上所述，原审判决认定事实基本清楚，但认定昆建公司对东辉公司、王某不能清偿的工程款承担 30% 的赔偿责任，适用法律不当，本院予以纠正。判决如下：

一、维持江苏省南通市中级人民法院（2011）通中民初字第 0048 号民事判决书主文第一项、第二项、第四项及一审诉讼费部分；二、撤销江苏省南通市中级人民法院（2011）通中民初字第 0048 号民事判决书主文第三项；三、驳回秦金贵的上诉请求；四、驳回昆山市建筑安装工程有限公司的其他上诉请求。

类型二、被挂靠人向挂靠人承担责任的情形

224. 虽然挂靠人与被挂靠人签订的《内部承包合同》及《补充协议》均为无效，但涉案工程挂靠人已实际进行了施工，并已通过竣工验收，故挂靠人仍有权参照合同约定向被挂靠人主张支付工程款。

案例 224. 浙江省宁波市中级人民法院（2016）浙02民终669号“上诉人浙江盛峰建设有限公司（简称盛峰公司）与被上诉人胡修利、原审被告宁波中万置业有限公司（简称中万公司）建设工程施工合同纠纷案”



一审争议焦点：1. 原告胡修利是否为涉案工程的实际施工人，原告与被告盛峰公司签订的《工程项目内部承包合同》及《补充协议》是否有效；2. 原告与被告中万公司可否就涉案工程直接结算；3. 被告盛峰公司、中万公司的付款责任如何承担。

一审裁判要点：

关于争议焦点1：原告是否为涉案工程的实际施工人，原告与被告盛峰公司签订的《工程项目内部承包合同》及《补充协议》是否有效。原告主张其系涉案工程的实际施工人，而被告盛峰公司则主张其与原告之间系内部承包合同关系。对此，一审法院认为，建设工程施工合同的承包人与其在册职工签订合同，将其承包的全部或部分工程承包给其职工施工，并在资金、技术、设备、人力等方面给予支持的，可认定为企业内部承包合同。本案中，（1）虽然盛峰公司提供了一份公司内部任命文件，载明任命原告为宁波分公司项目负责人，但双方并不存在劳动关系，也没有社会保险缴纳记录证明原告系公司在册职工，且任命文件也是被告盛峰公司单方制作；（2）从资金来源及使用看，被告盛峰公司不垫付任何工程资金，仅约定在建设单位资金到账后扣留管理费等费用，其余资金拨付给原告，之后更是将公司账户直接交给原告使用，由原告自行控制资金，盛峰公司对资金没有有效控制和支持；（3）被告盛峰公司提供的证据不足以证明其在技术、设备、人力方面给予了支持；（4）虽然原告与被告盛峰公司签订的《浙江盛峰建设有限公司工程项目内部承包合同》约定原告以内部承包方式

负责涉案工程施工，但原告与盛峰公司签订的《补充协议》则明确原告系实际承包人。（2014）甬鄞民初字第1998号民事判决书亦已认定《浙江盛峰建设有限公司工程项目内部承包合同》及《补充协议》上载明的项目工程内部承包关系不成立。综上分析，本院认为，原告与被告盛峰公司之间名为内部承包，实际系原告挂靠被告盛峰公司名下施工，故原告与被告盛峰公司签订的《浙江盛峰建设有限公司工程项目内部承包合同》及《补充协议》均为无效，原告系涉案工程的实际施工人。

关于争议焦点2：原告与被告中万公司可否就涉案工程直接结算。一审法院认为，原告与被告中万公司于2015年5月18日对涉案工程的工程量进行了结算复核，原告及被告中万公司均对《工程造价报告书（结算复审）》载明的工程造价无异议，但被告盛峰公司则主张其并没有盖章确认，原告不能代表盛峰公司进行结算。本院认为，被告盛峰公司并非涉案工程的施工方，涉案工程系由原告挂靠盛峰公司实际施工，相关的施工资料亦不在盛峰公司掌握中，原告作为实际施工人与被告中万公司结算并无不妥。原告与被告盛峰公司签订的《浙江盛峰建设有限公司工程项目内部承包合同》也明确约定，工程竣工后，由原告与建设单位及时结算，除非原告拖延结算，再由盛峰公司自行组织与建设单位结算，且对工程量以建设单位审计为准。可见，《浙江盛峰建设有限公司工程项目内部承包合同》已将工程结算的权利义务赋予了原告，故原告与被告中万公司进行工程量结算也符合原告与被告盛峰公司之间的约定，该院对被告盛峰公司以其没有盖章确认、原告无权代表其进行结算的抗辩理由不予采纳。综上，原告有权与被告中万公司对涉案工程的工程量进行结算。该院认定涉案工程量造价为25319044元，并以此作为结算工程价款的依据。

关于争议焦点3：被告盛峰公司、中万公司的付款责任如何承担。一审法院认为，虽然原告与被告盛峰公司签订的《浙江盛峰建设有限公司工程项目内部承包合同》及《补充协议》均为无效，但涉案工程已实际进行了施工，并已通过竣工验收，故原告仍有权参照合同约定主张支付工程款。经结算，涉案工程的复审工程造价为25319044元，被告盛峰公司已直接支付给原告的工程款为17712000元，被告中万公司直接支付给原告的工程款为764015元，即原告已收到的工程款为18476015元。《浙江盛峰建设有限公司工程项目内部承包合同》约定被告盛峰公司收到建设方工程款后，扣除管理费、税金、质量保证金、安全保证金、规费等共计10%费用，余款按工程进度支付原告。根据该院查明的事实及双方当事人陈述，本案项目工程管理费为1.1%、质量保证金为3%，向地税部门缴纳的税金为3.49%，其余2.41%为安全保证金等其他费用。原

告在庭审中承认未在本案中扣除过 1.1% 的管理费，且认可应在本案中扣除 3% 质量保证金，故原告与被告盛峰公司结算时应将上述 1.1% 管理费、3% 质量保证金扣除。对于 3.49% 地税税金，《补充协议》已明确约定开具的工程款发票向地税部门各项税收计 3.49% 由原告自行支付，而原告也向法院提供了其分别于 2014 年 5 月 6 日、2014 年 6 月 6 日向镇海地税局支付 218835.2 元、567125 元税金支付凭证，该两份凭证时间、金额与被告盛峰公司开具给被告中万公司的建筑业统一发票时间、金额一致，可见在实际操作中，税金亦系由原告自行在支付，故原告与被告盛峰公司结算时不应再扣除 3.49% 的税金。对于安全保证金部分，《浙江盛峰建设有限公司工程项目内部承包合同》已明确约定保证金待工程结束后无发现质量和安全事故一次性返还原告，现涉案工程已通过竣工验收，未证据表明原告在施工过程中发生了安全事故，故在工程结束后原告与被告盛峰公司结算时无需再扣除安全保证金。《浙江盛峰建设有限公司工程项目内部承包合同》约定由原告独立核算、自负盈亏，被告盛峰公司不垫付任何资金，而在《补充协议》中对于 1.5% 个人所得税也是约定在原告支付给被告盛峰公司后，由盛峰公司代缴。可见，管理费、税金、质量保证金、安全保证金、规费等共计 10% 费用中的税金、规费等费用，约定由被告盛峰公司在支付进度款中扣除的目的系为了由被告盛峰公司代扣代缴该部分费用，而被告盛峰公司未能举证证明其代缴了该部分费用，故涉案工程竣工验收后原告与被告盛峰公司结算时不应再扣除该部分费用。综上，本院认为，被告盛峰公司依据《浙江盛峰建设有限公司工程项目内部承包合同》尚有权扣除的费用为 1.1% 的管理费 278509.484 元、3% 的质量保证金 759571.32 元，合计为 1038080.804 元。另，原告同意从工程款中扣除相应的水费 3278.45 元、电费 103087.056 元、测试费 36000 元，合计为 142365.506 元。综上，被告盛峰公司应支付原告的工程款金额为 5662582.69 元（25319044 元 - 18476015 元 - 1038080.804 元 - 142365.506 元）。

发包人应在欠付工程价款范围内对实际施工人承担责任。结算后，被告中万公司扣除 3% 质量保证金，应支付至工程结算造价的 97% 即 24559472.68 元（25319044 元 × 97%）。被告中万公司已直接支付给盛峰公司工程款 18016282 元，直接支付给原告工程款 764015 元，即被告中万公司已支付的工程款金额为 18780297 元。两被告同意从工程款中扣除相应的水费 3278.45 元、电费 103087.056 元、测试费 36000 元，合计为 142365.506 元。综上，被告中万公司尚应支付工程款 5636810.174 元，被告中万公司在该欠付工程款范围内对原告承担付款责任。

被告中万公司主张涉案工程施工中存在质量问题，导致标高不够，由总包单位对此进行了承台加深处理，共支出费用 70000.75 元，主张该部分款项再加收 20% 管理费后合计 84000 元应从工程款中扣除。《宁波万科城四期桩基工程合同》约定“乙方承包范围的各分部分项工程，按设计图纸、设计变更、规范规程、验收标准以及地方的有关规定、甲方要求进行施工和验收，若未达到此标准，乙方应采取措施在规定工期内进行整改，若规定时间内整改达不到要求，乙方须向甲方支付相当于上述不合格工作范围对应合同价款作为违约金，甲方有权委托第三方完成上述工作内容，发生的费用（另加 20% 的管理费）由乙方承担，甲方在支付乙方的工程款项中扣除”。对此，本院认为，涉案工程已通过竣工验收，被告中万公司未提供其曾因乙方施工未达标准而要求乙方进行整改的证据，且原告与被告中万公司已于 2015 年 5 月 18 日对涉案工程的工程造价进行结算复审，《工程造价报告书（结算复审）》也明确载明“部分工程量由于原始地坪标高计算未按计算原则执行故核减”，本院认为，即使被告中万公司主张的该笔费用客观发生，在随后的《工程造价报告书（结算复审）》中没有特别注明该笔费用未包含在内的情况下，应视为双方对该部分工程量进行了核减、结算，工程量应以双方最终结算的工程造价为准，故对于被告中万公司的该抗辩意见不予采纳。被告中万公司同时主张涉案工程施工逾期。本院认为，涉案工程于 2014 年 4 月 17 日开工建设，竣工报告载明的竣工日期为 2014 年 5 月 28 日，施工日期未超出合同约定的 45 日历天，对被告中万公司的该抗辩意见亦不予采纳。

据此，一审法院判决：一、被告浙江盛峰建设有限公司支付原告胡修利工程款 5662582.69 元，于本判决生效之日起十日内履行完毕；二、被告宁波中万置业有限公司对上述工程款在欠付工程价款 5636810.174 元范围内向原告胡修利承担支付的民事责任，于本判决生效之日起十日内履行完毕；三、驳回原告胡修利的其他诉讼请求。如果未按本判决指定的期间履行给付金钱义务，应当依照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百五十三条及相关司法解释之规定，加倍支付迟延履行期间的债务利息（加倍部分债务利息 = 债务人尚未清偿的生效法律文书确定的除一般债务利息之外的金钱债务 × 日万分之一点七五 × 迟延履行期间）。案件受理费 53441 元，保全申请费 5000 元，合计 58441 元，由原告胡修利负担 2810 元（已预交），由被告浙江盛峰建设有限公司负担 55631 元。

二审法院认为，根据原审提供的证据，涉案工程由被上诉人胡修利施工完成。上诉人未提供证据证明被上诉人胡修利是其公司在册员工及对其承包的工程在资金、技

术、设备、人力等方面给予了支持，故对其关于被上诉人胡修利系上诉人指派到涉案桩基工程项目的现场负责人的主张，本院难以采信。上诉人盛峰公司并非涉案工程的施工方，涉案工程系由被上诉人胡修利借用上诉人盛峰公司的资质实际施工，相关的施工资料亦不在上诉人掌握中，被上诉人胡修利作为实际施工人与原审被告中万公司结算并无不妥。上诉人在一审审理过程中并未提出要求被上诉人胡修利承担保理商业汇票贴现费用 304393.86 元的主张，双方就该笔费用可另行处理。综上，上诉人之上诉理由不足，本院不予支持。判决驳回上诉，维持原判。

225. 挂靠人与被挂靠人签订的《工程项目承包协议》无效，但涉案工程系挂靠人完成，即挂靠人系工程实际施工人，实际施工人有权就发包人支付给被挂靠人的工程款及利息主张权利。

案例 225. 四川省成都市双流县人民法院（2014）双流民初字第 4443 号“魏长福与四川鑫升工程建筑有限责任公司挂靠经营合同纠纷案”



关于原、被告在骥龙鞋业公司项目施工中是否为挂靠施工关系的问题。法院认为，结合民事判决书中载明的被告鑫升公司授权原告魏长福在骥龙鞋业公司项目施工过程中全权处理项目施工事宜，原告魏长福实际组织人员进行施工，以及后来魏长福作为鑫升公司的委托代理人参加诉讼向骥龙鞋业公司主张工程款，并个人承担了鑫升公司在项目施工过程中对苏伟产生的债务的事实来看，能够与原告提交的鑫升公司出具的证明形成证据锁链，证明在项目施工过程中，魏长福系实际施工人，故本院对原告关于其系挂靠在被告处实际进行施工，原、被告之间系挂靠施工关系的主张予以支持。

关于被告鑫升公司是否应向魏长福支付工程款 1250000 元的问题，原告认为，根据（2012）成民终字第 4259 号民事判决书载明的内容，骥龙鞋业公司应向鑫升公司支付工程款 1054787.7 元，此外，加上工程款利息，鑫升公司共应向原告支付工程款 1250000 元。法院认为，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》第一条“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：（一）承包人未取得建筑施工企业资质或

者超越资质等级的；（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；（三）建设工程必须进行招标而未招标或者中标无效的。”的规定，原、被告签订的《工程项目承包协议》为无效合同。又由于本案所涉的工程实际系魏长福个人完成，即魏长福系工程实际施工人，故魏长福有权就骥龙鞋业公司支付给鑫升公司的工程款及利息主张权利。但由于原、被告之间的挂靠施工关系违反了法律强制性规定，双方约定的原告按照0.5%的比例向被告支付的管理费系违法所得，依法应予以没收。故原告魏长福仅有权向被告鑫升公司主张（2012）成民终字第4259号民事判决书确认的工程款1054787.7元中扣除管理费5273.94元（1054787.7元×0.5%）后的部分1049513.76元及利息。综上，依照《中华人民共和国合同法》第八条、第五十八条、《中华人民共和国建筑法》第二十六条第二款、第六十六条、《中华人民共和国民事诉讼法》第一百四十四条、《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》第一条第（二）项、第二十六条之规定，判决如下：被告四川省鑫升工程建筑有限责任公司于本判决生效之日起十日内向原告魏长福支付工程款1049513.76元及利息（按照中国人民银行公布的人民币同期同档贷款基准利率，从2014年8月22日起，计算至判决确定的付款之日止）。

226. 挂靠人以被挂靠人的名义承建涉案工程，挂靠合同因违反法律法规的强制性规定而无效，但鉴于涉案工程已通过竣工验收并投入使用，被挂靠人应按照双方约定向挂靠人支付工程款。

案例226. 江苏省宿迁市中级人民法院（2016）苏13民终31号“陈斯尧、王永斌等与江苏国邦建设有限公司、宿迁市城区开发投资有限公司建设工程施工合同纠纷案”



法院认为，陈斯尧、王永斌、龚杰亭与国邦公司之间系挂靠合同关系，陈斯尧、王永斌、龚杰亭以国邦公司的名义承建涉案工程，上述挂靠合同因违反法律法规的强制性规定而无效。但鉴于涉案工程已通过竣工验收并投入使用，国邦公司仍应按照双方约定向陈斯尧、王永斌、龚杰亭支付剩余的工程款。

227. 被挂靠人收取挂靠人（实际施工人）管理费，并未进行实际管理，在实际施工人依法缴纳全部税款，并提交工程全部税收通用完税证后，实际施工人请求被挂靠人持完税凭证开具相应建安税票的请求，应予支持。

案例 227. 最高人民法院（2013）民一终字第100号“满洲里市扎赉诺尔宏基城市基础设施投资开发有限责任公司与聂绮、中国内蒙古森林工业集团森天建设有限公司建设工程施工合同纠纷案”



关于被挂靠人森天公司是否应履行开具工程款税票的义务。法院认为，森天公司存在收取聂绮15万元的管理费，但并未实际管理的违法事实。在实际施工人聂绮依法缴纳全部税款，并提交工程全部税收通用完税证后，聂绮请求森天公司持完税凭证开具相应建安税票的请求，应予支持。

类型三、被挂靠人对挂靠人享有的权利

228. 工程质量事故发生后，被挂靠人在承担了相关的返修、更换等赔偿责任后，依法有权向挂靠人追偿。

案例 228. 最高人民法院（2013）年民申字第2367号“张俊华与德州亚太空调设备有限公司、李绍忠、曹如峰其他合同纠纷案”



关于张俊华承担管道返修、更换费用是否有事实和法律依据的问题。法院再审查为，根据原审及审查期间查明的事实，原审判决张俊华承担修理及更换费用并无不当。第一，张俊华与亚太公司之间并非劳动关系。张俊华虽持有亚太公司的工作证，

但其并未提供与亚太公司存在真实劳动关系的证据；再审申请中，张俊华亦承认属挂靠亚太公司对外从事工程活动。第二，案涉工程虽是亚太公司与山西省临汾市引沁入汾管理局（以下简称引沁入汾管理局）签订，但属张俊华以亚太公司名义对外行为，张俊华是该合同的实际履行方、收益方，亚太公司只按合同金额收取一定额度的管理费。在工程质量事故发生后，亚太公司在承担了相关的返修、更换等赔偿责任后，依法有权向实际的责任方追偿，原审以修理、更换合同处理双方之间的费用纠纷也并无不当。第三，张俊华作为涉案工程的实际履行方，依法应承担相应的工程质量事故责任。一是2003年7月10日，其对外签订《产品加工协议书》，案涉问题产品是委托亚太集团作为加工方，其认为该委托是亚太公司指定，证据不足；同时，张俊华虽主张亚太集团同意其在外生产，但亚太集团相关的意见亦表明产品质量由张俊华负责。二是在施工管道破裂事故发生后，2007年11月张俊华与曹如峰、李绍忠所订协议表明张俊华作为事故处理方，对事故管道的更换制作、运输及维修费用均是认可和接受的，原审中，张俊华虽对此证据涂改部分提出异议要求提供协议原件，但并未明确否定该复印件作为证据的效力。三是作为实际的项目履行人，张俊华在2008年4月引沁入汾管理局与亚太公司订立的《玻璃钢压力管道返修工程协议》上签字，表明其同意返修并按约承担有关责任。四是张俊华在亚太公司2010年7月26日出具的《关于临汾市引沁入汾夹砂管道返修工程的费用说明》上签字，其虽表示有关费用以实际发生单据为准，不作为个人承担责任的依据，应由质量责任方承担，但其作为合同的实际履行方，应首先承担工程质量事故责任，至于其是否追究其他主体的产品质量责任，属另一法律关系，与亚太公司追偿返修、更换费用无关，本院不予审查。第四，张俊华认为产品质量不合格是工程质量事故的原因，其施工中所用的产品属亚太集团生产，亚太公司作为名义的合同履行方与亚太集团存在关联关系，甚至有人格混同问题，故主张减轻或免除其承担事故赔偿责任。经查，亚太公司与亚太集团虽有关联，但均属独立法人主体，在亚太集团是否承担产品质量责任并不确定的情况下，因亚太公司与亚太集团的关联减轻或免除张俊华的民事责任，根据不足。综上，原审判决张俊华承担亚太公司的返修、更换费用，依法有据。

229. 借贷关系与建设工程承包款垫付关系的认定。挂靠人向被挂靠人出具借条，应及时归还借款及相应利息，即使双方存在工程款纠纷，可以另案起诉。

案例 229. 浙江省宁波市中级人民法院（2013）浙甬商终字第1048号“宁波市华立建筑安装有限公司与沈忠裕民间借贷纠纷案”



2012年1月12日，沈忠裕出具借条1份，约定向华立公司借款430000元。借条内容为：“借条：今有宁波三唯机械工业有限公司（以下简称三唯公司）工程项目部沈忠裕向华立公司借用人民币肆拾叁万元正。用途春节前支付民工工资。此款同意在工程款到华立公司时扣除。此条。沈忠裕，2012年1月12日。”后沈忠裕又在该份借条上添加了“备注，利息约定按贰分利计算，沈忠裕”字样。该款项华立公司已交付给沈忠裕。沈忠裕未归还该笔借款。

华立公司与沈忠裕之间存在建设工程承包关系，双方就三唯公司的工程项目尚有工程款未结清。

华立公司提起诉讼，要求向华立公司归还借款430000元。

沈忠裕在原审中答辩称：华立公司、沈忠裕系建设工程挂靠关系，现三唯公司已将结算后的工程款汇入华立公司账户，其数额也已多于沈忠裕向华立公司借贷垫付民工的工资。现华立公司起诉要求沈忠裕还款，于法无据。

一审法院认为，根据借条内容，本案所涉法律关系应为借贷关系。沈忠裕关于借款用途及还款方式的约定，系其单方承诺，对于出借方华立公司而言并无约束力，案外人三唯公司与华立公司的工程款往来与本案无关联性。合法的借贷关系应受法律保护，现经华立公司催讨沈忠裕未归还借款，显属违约。华立公司诉请沈忠裕归还借款430000元并按约定的二分利支付利息的诉讼请求，理由正当合法，予以支持。沈忠裕认为华立公司、沈忠裕之间非民间借贷关系而是建设工程承包款垫付关系，但其提供的证据不足以证明其主张，难以支持。华立公司、沈忠裕之间若存在工程款纠纷，可以另案起诉。一审法院判决：沈忠裕于判决生效之日起七日内归还华立公司借款。

沈忠裕上诉称，本案基础关系是建设工程合同，双方纠纷的诉讼标的与事实也是

工程款纠纷，原审以民间借贷审理，适用依据明显错误。请求二审法院撤销原判，依法改判为驳回华立公司诉讼请求。

华立公司答辩称，沈忠裕与华立公司之间确实存在内部承包关系，但不能排除双方之间存在民间借贷关系。沈忠裕向华立公司借款，华立公司也出借了资金，沈忠裕对此也是认可的，民间借贷关系依法成立。沈忠裕应当按照承诺归还借款并支付相应利息。而且工程亏损，华立公司对外欠供应商款项。根据内部承包协议，约定沈忠裕自负盈亏，华立公司不承担工程款的垫付。请求二审法院驳回上诉，维持原判。

二审争议焦点：借贷关系能否成立。

二审裁判要点：借条中虽载明沈忠裕同意在工程款到华立公司时扣除的内容，但根据借条载明的其他内容，沈忠裕尚不能否定双方不存在借贷关系。故沈忠裕在华立公司催讨后，应及时归还借款及相应利息。沈忠裕认为与华立公司存在工程款纠纷，原审法院认为可以另案起诉，并无不当。沈忠裕的上诉，理由不足，其上诉请求，本院予以支持。原审认定事实清楚，适用法律正确，判决得当。依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十条第一款第（一）项之规定，判决驳回上诉，维持原判。

类型四、被挂靠人不向第三人承担法律责任的情形

230. 挂靠人以自己名义对外签订合同，合同相对人要求被挂靠人承担责任不予支持。

案例 230. 最高人民法院（2013）民申字第1538号“再审申请人天津开发区安宝工贸有限公司与被申请人天津市双发西部开发咨询服务有限公司、天津市滨海新区中塘镇刘塘庄村村民委员会、天津市滨海新区大港建筑工程公司等建设工程施工合同纠纷案”



关于大港公司应否对案涉工程款的支付承担连带责任。法院再审认为，安宝公司主张大港公司是诉争工程的承包方，应当对工程款的支付承担连带责任。根据一、二

审法院查明的事实，大港公司虽然是诉争工程的中标方，并与刘塘村委会签订有《建设工程施工合同》，但其后并未实际参与施工。诉争工程系双发公司以自己名义转包给安宝公司施工完成，大港公司与双发公司之间并无合同关系。尽管双发公司参与到工程后，借用了大港公司的资质，与大港公司之间存在挂靠关系，但安宝公司并未提供证据证明大港公司从中分享了利润，而且，双发公司并未以大港公司的名义对外签订合同，安宝公司对此明知，故安宝公司在签订合同时信赖的主体是双发公司而非大港公司，安宝公司与大港公司不存在直接的法律关系。此外，大港公司虽出具过105万元施工发票等手续，但一审庭审中，安宝公司亦承认系双发公司支付款项、仅从大港公司走账，这进一步佐证大港公司并未参与讼争工程施工的事实。故一、二审法院对于安宝公司要求大港公司承担连带责任的主张不予支持，于法有据。安宝公司关于二审判决适用法律错误的申请理由不能成立，本院不予支持。

231. 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，发包人依据无效合同诉请被挂靠人赔偿其逾期竣工损失及其他损失，缺乏法律依据，不予支持。

案例 231. 最高人民法院（2015）民申字第3185号“杨云九与曾俊辉、曾智勇等建设工程分包合同纠纷案”



法院再审认为，没有资质的实际施工人借用有资质的建筑施工企业名义与他人签订建设工程施工合同的行为无效，发包人依据无效合同诉请被挂靠人赔偿其逾期竣工损失及其他损失，缺乏法律依据，不予支持。

232. 挂靠人借用被挂靠人资质承接工程后，再将工程以其个人名义分包，非以被挂靠人的名义分包，分包人与被挂靠人无合同关系，分包人直接向被挂靠人主张工程款缺乏事实和法律依据，不予支持。

案例 232. 江苏省南通市中级人民法院（2015）通中民终字第 01801 号“曹张义与南通四建集团有限公司建设工程分包合同纠纷案”



关于曹卫、曹张义与孙月亮相互之间的法律关系。二审法院认为，曹卫与曹张义、孙月亮就案涉工程应为建设工程分包关系。主要理由有：（一）案涉工程由曹卫实际承接。曹卫经人介绍首先与发包人骏马公司商谈案涉工程，后又由曹卫出面投标。（二）曹卫承接工程后，将部分工程交由曹张义、孙月亮施工，三方均独立施工，不存在共同投资，合作经营。（三）曹卫与曹张义、孙月亮约定了管理费用。并与孙月亮、曹张义约定公用费用的分配方式，同时约定除上缴四建公司的管理费外，另提取 2% 活动费用。（四）曹卫控制工程款的领取与发放。曹张义与孙月亮无支取工程款的决定权。曹卫从业主处另获增加的工程款 165 万元后，仅用 130 万元与曹张义、孙月亮分配，充分反映了曹张义在工程款支付上的支配地位。（五）曹卫与孙月亮、曹张义分别结算工程款。与发包方工程款结算后，曹卫与孙月亮、曹张义就工程款分别结算，而非三方协商分配。后因存在争议致讼。可见三方非平等的协作关系，仅因工程上的牵连而产生公用费用的分配不改变建设工程分包关系的本质。

关于四建公司与曹卫、曹张义、孙月亮之间的法律关系，曹卫、曹张义与四建公司均认可曹卫借用四建公司的资质承接工程。曹卫直接参加与发包方签订建设工程施工合同，与发包方结算工程款等事实，与其借用四建公司资质承接工程相吻合。案涉工程非由四建公司承接后再转包给曹张义。因此，曹卫与四建公司为借用资质的挂靠关系。曹卫承接工程后再将工程分包给曹张义、孙月亮，非以四建公司的名义分包，而是以其个人名义分包。在 2006 年 10 月 13 日签订的协议中，明确约定除上缴公司的管理费，另由曹卫提留 2% 的活动经费，该条款表明发包方为曹卫而非四建公司。曹张义、孙月亮与四建公司并无合同关系。曹张义主张与四建公司存在建设工程分包合

同关系缺乏事实和法律依据，本院不予支持。曹张义在本案中直接向四建公司主张工程款，因其工程分包自曹卫而非四建公司，四建公司只是向曹卫出借资质，其主张缺乏事实和法律依据，依法不能成立。

类型五、被挂靠人应向第三人承担法律责任的情形

233. 被挂靠人应就挂靠人的表见代理行为向实际施工人承担责任。

案例 233. 最高人民法院（2013）民申字第600号“河南民基建设工程有限公司与周发炳及富跃飞劳务分包合同纠纷案”



关于民基公司是否应当连带承担给付案涉工程劳务费问题。法院再审认为，首先，民基公司同丰源公司于2010年3月28日签订《建筑施工承包合同》，该合同系富跃飞在实施了一段时间工程后，找到民基公司加盖民基公司合同专用章，民基公司对该公章的真实性并无异议。其次，富跃飞并非民基公司的人，其在2009年底已挂靠到民基公司，曾经向民基公司交纳过挂靠费；富跃飞是经过民基公司负责对外经营的罗秋亮考察同意之后才进入案涉工地开始施工的。再次，2009年12月1日，民基公司给富跃飞出具《授权委托书》，明确由富跃飞全权处理案涉工程事宜，富跃飞在向当地公安机关报案称自己私刻民基公司公章一节中，并未提及该《授权委托书》上的民基公司公章系虚假；周发炳看到了富跃飞的上述《授权委托书》、民基公司营业执照副本后，才与富跃飞签订《轻工总承包合同》，周发炳完全有理由相信富跃飞有权代表民基公司，富跃飞在本案中的民事行为构成了表见代理，其民事行为的后果依法应当由民基公司承担。民基公司与丰源公司解除《建筑施工承包合同》系在涉案工程已实际建设近半年之际，且民基公司在合同实际解除后并未实际通知实际施工人周发炳，民基公司与丰源公司解除合同的事实并不影响本案表见代理事实的成立。二审判决认定富跃飞有权代表民基公司，判令民基公司承担向周发炳支付工程劳务费的连带责任，具有事实和法律依据，并无不当。

关于本案诉讼程序问题。尽管富跃飞自认为了向丰源公司索要工程款，私刻民基公司公章，但其仅在另案提交的《还款协议》《起诉书》上使用私刻的公章，并不包括上述《授权委托书》。本院再审审查查明的事实表明民基公司所持有并实际使用的公司印章并非仅备案的唯一一枚。故无论民基公司所指的《还款协议》《起诉书》上公章是否与其提交的印模一致，均不影响民基公司就本案承担民事责任，本案并无必要就公章进行司法鉴定。故一、二审法院未支持民基公司有关公章的鉴定申请并不违反民事诉讼证据规则的要求，本案不存在伪造证据问题。本案系劳务分包合同纠纷，丰源公司系发包人，民基公司系第一手承包人，周发炳系实际施工人。《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》第二十六条赋予了实际施工人向转包人、违法分包人及发包人的诉权。实际施工人是否起诉发包人属于其对自己民事诉权的处分范畴，人民法院无权干涉。周发炳在本案中未起诉丰源公司不违反法律规定，故一、二审法院未追加丰源公司为被告并无不当。

234. 挂靠人多次使用私刻印章，推定被挂靠人对于挂靠人使用该印章知情，被挂靠人应对挂靠人使用私刻印章行为承担法律责任，挂靠人私刻印章是否涉嫌犯罪不影响被挂靠人责任的认定与承担。

案例 234. 最高人民法院（2016）最高法民申425号“**江市江建房地产开发有限责任公司与雷伟程与江西四季青生态科技有限公司、吴自旺、俞小貂民间借贷纠纷案**”



关于江建公司是否应当承担担保责任。法院再审认为，吴自旺与雷伟程达成的《还款协议》是双方真实意思表示，应为有效，《还款协议》上江建公司作为担保人加盖公章。虽然该公章已被刑事判决认定为吴自旺伪造，但从一审查明的情况看，吴自旺多次使用该枚公章从事一系列经营活动，且该公章已为施工单位和相关政府职能部门确认。本案中，吴自旺通过挂靠江建公司，取得了“金迪商厦”项目的开发人资格，吴自旺是该项目的实际控制人，吴自旺所借款项部分用于“金迪商厦”项目。江建公司为涉案款项提供担保的行为合法有效。吴自旺在《招标通知书》和《建设工程施工招标备案资料》以及与施工单位订立的《建设工程施工合同》中均使用了该枚私刻的

公章。上述法律行为必须要使用公章，在此情况下，二审判决推定江建公司对于吴自旺使用该枚公章知情并无不当。且依据一审时的鉴定结论，吴自旺使用的该枚公章与其向东乡县房管局申报《承诺书》中的公章相同。上述事实使雷伟程对于该公章形成合理信赖，雷伟程的合理信赖利益应当受到保护。一、二审判决认定江建公司承担担保责任并无不当。

关于一、二审是否存在程序违法。法院再审认为，对于借款人是否涉嫌犯罪的认定，不影响担保责任的认定与承担。在由第三人提供担保的民间借贷中，就法律关系而言，存在出借人与借款人之间的借款关系以及出借人与第三方的担保关系两种法律关系，而借款人涉嫌犯罪或者被生效判决认定有罪，并不涉及担保法律关系。刑事案件的犯罪嫌疑人或犯罪人仅与民间借贷纠纷中的借款人重合，而出借人要求担保人承担担保责任的案件，其责任主体与刑事案件的责任主体并不一致。因此，借款人涉嫌或构成刑事犯罪时，出借人起诉担保人的，应适用“民刑分离”的原则。江建公司关于本案程序违法的主张缺乏依据，本院不予支持。

类型六、挂靠人与被挂靠人应向第三人承担连带责任的情形

235. 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。

案例 235. 江苏省盐城市中级人民法院（2013）盐民终字第1822号“苏州市金荣建筑安装工程发展有限公司与杨红云、蔡平建设工程施工合同纠纷案”



关于金荣公司是否应当对蔡平的给付义务承担责任的问题。一审法院认为，本案中，被告蔡平个人无建设工程施工的相应资质，借用有施工资质的被告公司第六项目部的名义与原告杨红云订立口头施工协议，将涉案工程的桩基分包给无资质的原告杨红云个人施工，该行为违反了法律的强制性规定，应为无效。根据相关规定，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，应予以支持。根据相关规定，挂靠人以被挂靠人的名义订立的建设工程施工合同，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。故被告金荣公司应对被告蔡平的给付义务承担连带责任。被告金荣公司辩称其不应承担责任，与一审法院查明的事实不符，一审法院不予采信。遂判决被告蔡平给付原告杨红云工程款 283520 元，金荣公司对被告蔡平的上述给付义务承担连带责任。

二审法院认为，本案系实际施工人在履行分包合同中追索工程款而发生的纠纷，属于建设工程施工合同相关法律、法规等的调整范畴，故一审定性为建设工程施工合同纠纷并无不当。根据相关规定，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，被上诉人蔡平以上诉人金荣公司名义对外施工并进行肢解分包，金荣公司应当对其上述行为产生的民事责任承担连带责任。

236. 被挂靠人向不具有资质的个人出借资质承揽工程，违反了法律强制性规定，应对挂靠人因履行涉案工程合同产生的民事责任承担连带责任，即使被挂靠人主张其与挂靠人系转包关系，被挂靠人作为违法转包人，同样应对实际施工人承担支付责任。

案例 236. 江苏省高级人民法院（2016）苏民终 460 号“田文华、杨志华与中建七局安装工程有限公司建设工程施工合同纠纷案”



关于田文华、杨志华是否为涉案工程的实际施工人。二审法院认为，挂靠是施工企业允许他人在一定期间内使用自己企业名义对外承揽工程的行为。本案中，中建七局主张与陈德华之间为转包关系而非挂靠关系，但因其无法提供与陈德华签订的转包合同，故其主张无法证实。陈德华持中建七局的授权委托书与中海公司签订的建设工程施工合同，陈德华与田文华、杨志华签订的《项目合作协议书》中载明“甲方以中建七局名义承接中海工业江都生产基地二期管网二标段施工项目…”，能够印证陈德华系以中建七局名义承揽的涉案工程，现场施工系以中建七局的名义进行，中建七局不参与施工管理，仅收取管理费，综合上述事实，陈德华与中建七局之间更符合挂靠的

法律特征。根据《中华人民共和国建筑法》第二十六条的规定，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。中建七局向不具有资质的陈德华个人出借资质承揽工程，违反了法律强制性规定，判令其对挂靠人因履行涉案工程合同产生的民事责任承担连带责任，包括支付工程款，系对其违法行为的归责。退一步讲，即使中建七局主张的转包关系成立，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》第二十六条的规定，实际施工人有权以转包人、违法分包人为被告主张工程款，中建七局作为违法转包人，对于涉案工程款同样应承担支付责任。

237. 挂靠人欠付他人工程款，被挂靠人应承担连带清偿责任。

案例 237. 苏州市中级人民法院(2015)苏中民终字第05068号“胡会海与苏州腾翔建设发展有限公司、周鑫生等建设工程施工合同纠纷案”



一审法院认为，周鑫生以腾翔公司名义承建本案工程，系借用建筑施工企业资质个人施工，所涉建设工程施工合同无效。胡会海以个人名义自周鑫生处转包工程施工，同样无效。鉴于本案工程已竣工验收合格，则双方应按合同约定支付工程价款。胡会海就其主张的工程价款60000元，已提供周鑫生出具的欠条予以证实，落款时间在周鑫生向苏城机动车检测服务公司出具核对收据之后，具有一定的合理性，应认定是本案工程欠款。腾翔公司辩解周鑫生与胡会海之间存在其他工程合作关系，不排除其他欠款，应承担举证责任，但就其主张仅提供吴江晶峰食品厂的施工协议（2008年9月27日），不足以证实，原审法院对其辩解意见不予采纳。周鑫生结欠胡会海工程价款，理应承担清偿责任，并应偿付逾期付款利息。腾翔公司作为周鑫生承建工程的被挂靠单位，应对上述款项承担连带清偿责任。

二审争议焦点：本案所涉欠条上的欠款6万元是否是周鑫生挂靠腾翔公司承建苏城机动车检测服务公司厂房、传达室等工程并转包胡会海施工后结欠的工程款项，腾翔公司是否应承担连带责任。

二审裁判要点：二审中，腾翔公司对苏城机动车检测服务公司厂房、传达室工程

由周鑫生挂靠腾翔公司施工未持异议，本院对该事实予以确认。根据胡会海提供的2010年10月18日、10月19日苏城机动车检测服务公司法定代表人夏国美、周鑫生、胡会海签订的两份工程款结算协议书，可以证明胡会海参与了涉案工程的施工。周鑫生未作涉案6万元不是苏城机动车检测服务公司厂房、传达室工程项目上结欠工程款的抗辩。而根据周鑫生于2011年4月14日向苏城机动车检测服务公司出具核对收据，于2012年1月13日向胡会海出具涉案欠条的事实，结合一、二审中的证人证言，周鑫生结欠胡会海的涉案6万元即为苏城机动车检测服务公司厂房、传达室工程项目上的款项已达到相当的可能性，本院予以认定。周鑫生结欠胡会海工程款6万元应予偿还，周鑫生与腾翔公司之间为挂靠施工关系，腾翔公司应对涉案工程欠款6万元承担连带责任。

238. 挂靠人以被挂靠人的名义承建工程，而后转包给实际施工人施工，挂靠人应对实际施工人承担付款责任，被挂靠人违反法律规定允许挂靠人以其名义进行施工活动，且收取了挂靠费用，从工程施工中获取利益，应对挂靠人的付款义务承担连带责任。

案例 238. 福建省三明市中级人民法院（2016）闽04民终1174号“李军才与福建金鼎建筑发展有限公司、罗帮富等建设工程施工合同纠纷案”



一审法院认为，罗帮富以金鼎公司的名义承建鲲鹏公司发包的建设工程，罗帮富与金鼎公司属挂靠与被挂靠关系。罗帮富将该工程转包给无资质的李军才，该合同无效。李军才作为该工程的实际施工人已经实际履行施工义务，且涉案工程已竣工验收合格并投入使用。罗帮富作为挂靠人系该工程的转包人，是与李军才间转包合同的实际相对人，应对尚欠李军才的工程款承担付款责任。金鼎公司作为被挂靠人，违反法律规定允许挂靠人以其名义进行施工活动，且收取了挂靠费用，从工程施工中获取利益，应对罗帮富的付款责任承担连带支付责任。故李军才要求罗帮富支付工程款754362元并要求金鼎公司承担连带责任的诉讼请求，予以支持。

二审争议焦点：金鼎公司是否应对罗帮富向李军才支付的工程款承担连带支

付责任。

上诉人金鼎公司主张，本案工程并非其交给罗帮富施工，而是罗帮富要求挂靠，并以金鼎公司名义对外签订合同，且罗帮富与李军才签订《工程施工承建合同》时，金鼎公司并不知情，故金鼎公司不应承担责任。

被上诉人李军才主张，金鼎公司对于罗帮富转包的事实是明知的，且收取了挂靠费，故金鼎公司应承担连带清偿责任。

二审法院认为，挂靠行为是在不符合法律规定的情况下，借用他人名义及资质进行生产经营，对于被挂靠方，明知挂靠方行为不合法，但为获得利益而允许他人以自己名义从事生产经营，这一行为严重违反诚实信用原则。金鼎公司既然允许他人以自己名义从事生产经营，就必须承担因此而产生的风险。金鼎公司虽未在罗帮富与李军才签订《工程施工承建合同》中加盖印章进行确认，但罗帮富是基于其与金鼎公司的挂靠关系，才以自己的名义与李军才签订合同，李军才亦是基于罗帮富与金鼎公司的挂靠关系，才与罗帮富签订合同，故由此产生的债务，金鼎公司理应承担连带清偿责任，以保护善意第三人，维护市场经济秩序。

综上所述，本院认为，罗帮富挂靠金鼎公司并以金鼎公司名义对外签订建设工程施工合同，后又将承建工程转包李军才，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》第一条第（一）项的规定，罗帮富与李军才签订的《工程施工承建合同》依法无效；原审判决以本案工程经竣工验收合格并已投入使用为由，判令罗帮富支付尚欠的工程款符合《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》第二条的规定；鲲鹏公司作为工程发包人，应当在欠付工程款范围内对李军才承担付款责任，符合《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》第二十六条第二款的规定；金鼎公司在本案诉讼中出借公司名称及施工资质对违法转包的无效行为存在过错，应对罗帮富尚欠的工程款承担连带清偿责任，原审判决并无不当。

239. 被挂靠人应对挂靠人欠付第三人的劳务费承担连带清偿责任。

案例 239. 最高人民法院（2016）最高法民申 3692 号“再审申请人宁夏共合建设工程有限公司永宁分公司（简称共合公司永宁分公司）与被申请人宁夏鸿洲劳务有限公司（简称鸿洲劳务公司），一审被告宁夏共合建设工程有限公司（简称共合公司）、王常青劳务合同纠纷案”



关于共合公司永宁分公司是否应对王常青的劳务费给付义务承担连带清偿责任。法院再审认为，2013 年，共合公司永宁分公司与王常青签订《建设工程施工合同》，约定共合公司永宁分公司将宁夏回族自治区永宁县李俊镇宁化中心村 34#、36#、39#、40#、43#、44# 楼工程承包给王常青，王常青需向共合公司永宁分公司缴纳工程总价款的 1.5% 作为企业管理费。同年 7 月 10 日，王常青以永宁县李俊镇宁化中心村第十四项目部的名义将上述工程承包给鸿洲劳务公司施工。在履行合同过程中，王常青又将从共合公司永宁分公司承包的宁化中心村幼儿园工程交给鸿洲劳务公司完成。共合公司永宁分公司提交的《王常青 2013 年度承建宁化中心村工程决算清单》应扣税费项目中载明共合公司永宁分公司将工程总价款的 1.5% 作为企业管理费扣除。原审中宁夏回族自治区永宁县信访督办局出具的《证明》中载明杨浩（共合公司永宁分公司负责人）承认十四项目部就是该公司的项目部。综合以上事实可以认定，共合公司永宁分公司与王常青签订的《建设工程施工合同》体现出的法律关系符合挂靠的特征，双方之间是挂靠关系。根据原审查明的事实，共合公司永宁分公司经过王常青的同意，于 2013 年 11 月 8 日向鸿洲劳务公司付款 105 万元，且在宁夏回族自治区永宁县信访督办局组织的调解中，一直都是共合公司永宁分公司的负责人杨浩前来参加处理。由此可见，共合公司永宁分公司对王常青挂靠承包及其后将案涉工程违法转包给鸿洲劳务公司的事实是明知的，主观上存在过错，共合公司永宁分公司不能以《建设工程施工合同》无效来抗辩其应承担的法律责任。且永宁县李俊镇宁化中心村第十四项目部是共合公司永宁分公司的分支机构，对于第十四项目部对外的债权债务，应由设立其的共合公司永宁分公司来承担。原审法院认定作为被挂靠人的共合公司永宁分公司应对王常青

欠付鸿洲劳务公司的劳务费承担连带清偿责任并无不当，本院予以确认。共合公司永宁分公司申请再审主张其与王常青之间不属于挂靠关系，其不对王常青的劳务费给付义务承担连带清偿责任，没有事实和法律依据，本院不予支持。

240. 被挂靠人出借资质给挂靠人，使得不具有从事建筑活动主体资格的挂靠人以其名义承揽涉案工程，违反国家强制性法律规定，被挂靠人应当对挂靠人在承揽工程中发生的民事行为承担连带责任。

案例 240. 安徽省高级人民法院（2013）皖民四终字第00042号“上诉人中铁一局集团有限公司（简称中铁一局）、刘某与合肥市大军装饰有限公司（简称大军公司）建设工程施工合同纠纷案”



关于大军公司与中铁一局、刘某之间存在什么关系，大军公司是否为本案适格主体。二审法院认为，2011年10月23日，中铁一局（甲方）与刘某（乙方）签订的《标前合作协议》约定刘某以中铁一局名义参与涉案工程施工的竞标。投标定价中铁一局有建议权，投标最终报价由刘某确定。工程中标后，以中铁一局名义负责工程施工，刘某按中标总价的3%向中铁一局上缴管理费。可见，双方合作的内容是刘某借用中铁一局施工资质，并以中铁一局的名义承揽工程，双方属挂靠关系。涉案工程并非由中铁一局取得承包权后再转包给刘某施工的，所以，原判认定中铁一局与刘某之间是转包关系有误，应予纠正。陈某某个人虽向刘某支付了780万元，但陈某某作为大军公司法定代表人，完全可以代表公司从事经营活动，大军公司与中铁一局签订的《结算协议》进一步证明大军公司为实际施工人，而不是陈某某个人承包施工。参照最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》第43条“个体工商户、个人合伙或私营企业挂靠集体企业并以集体企业的名义从事生产经营活动的，在诉讼中，该个体工商户、个人合伙或私营企业与其挂靠的集体企业为共同诉讼人”规定，大军公司以中铁一局公司、刘某为被告提起诉讼，符合法律规定，中铁一局、刘某主张大军公司不是本案适格主体的上诉理由，不能成立，本院不予采纳。

关于涉案780万元款项的性质以及中铁一局、刘某对该笔款项承担怎样的责任。

二审法院认为,刘某以中铁一局的名义中标涉案工程未进行施工,而是转包给大军公司进行施工。刘某对其收到陈某某 780 万元款项没有异议,仅认为该 780 万元不是保证金,其中 480 万元是用于涉案工程的费用。大军公司则认为该 780 万元全部是保证金。因刘某出具的收条未注明收款用途,也未与大军公司之间签订书面合同,故不能直接确定该 780 万元的性质。刘某收取大军公司的款项后,支付给中铁一局 500 万元保证金,中铁一局对收取 500 万元保证金没有异议,故该 500 万元应认定为保证金。刘某借用中铁一局的名义承揽工程以及转包给没有施工资质的大军公司施工均违反国家强制性法律规定,刘某与中铁一局、大军公司之间达成的协议均为无效,且已终止履行。依据无效合同的处理原则,刘某收取的 780 万元,依法应予返还。刘某提出不予返还 780 万元的上诉理由,没有事实和法律依据,不能成立,本院不予采纳。因涉案合同无效,各方应在大军公司实际退出施工时应及时清结双方的债权债务,刘某未能及时返还大军公司 780 万元,给大军公司造成相应的利息损失,原审判令刘某承担自大军公司起诉之日起的利息符合法律规定,应予维持。鉴于大军公司二审期间同意按工程款 6254559 元的 5% 给付刘某 312727.95 元相应费用,本院予以支持。因此,刘某实际返还大军公司 7487272.05 元,原审判令刘某返还 780 万元不当,应予纠正。

中铁一局出借资质给刘某,使得不具有从事建筑活动主体资格的刘某以中铁一局名义承揽涉案工程,违反国家强制性法律规定,中铁一局应当对刘某在承揽工程中发生的民事行为承担连带责任。中铁一局实际收取了 500 万元保证金,依法予以返还。因此,原审判令中铁一局对刘某应返还大军公司款项中的 500 万元保证金承担连带偿还责任,并无不当,本院予以维持。中铁一局提出其不承担责任的上诉理由,不能成立,本院不予采纳。

类型七、挂靠人、被挂靠人与第三人特殊情况处理

241. 发包人与挂靠人之间直接形成权利义务关系的，被挂靠人（承包人）与发包人签订的《结算协议》对挂靠人不具有约束力。

施工合同签订及履行过程中，发包人明知挂靠人借用承包人资质承建工程，且认可挂靠人完成案涉工程施工任务，因此发包人与挂靠人之间直接形成权利义务关系，而与承包人之间不存在建设工程施工合同关系。据此，被挂靠人（承包人）无权代表挂靠人与发包人进行结算，双方签订的《结算协议》对挂靠人不具有约束力，发包人主张按照其与被挂靠人（承包人）诉讼前签订的《结算协议》进行结算不予支持。

案例 241. 最高人民法院（2015）民申字第581号“再审申请人四川堂宏实业集团有限公司（简称堂宏集团公司）、四川堂宏实业集团有限公司房地产开发分公司（简称堂宏房地产分公司）与被申请人牟三青、四川鑫玛建设有限公司（简称鑫玛建设公司）建设工程施工合同纠纷案”



关于牟三青、堂宏集团公司、鑫玛建设公司之间的法律关系及堂宏房地产分公司与鑫玛建设公司所签《建设工程施工合同》的效力问题。本院认为，《建设工程施工合同》虽然约定承包方为鑫玛建设公司并加盖鑫玛建设公司的印章，但在承包方处签字的是牟三青，而牟三青不是鑫玛建设公司员工。《建设工程施工合同》后，牟三青与鑫玛建设公司即签订《项目工程承包合同》，约定从投标报名到竣工交付验收的相关手续均由牟三青自行办理，所需费用由牟三青自行承担，鑫玛建设公司向牟三青提供相应的企业经营和资质证明并收取一定的管理费。此后，牟三青直接与堂宏房地产分公司、堂宏集团公司联系并交付工程，堂宏集团公司及堂宏房地产分公司也直接向牟三青提出要求并支付款项。由上述事实可以得出，表面上是鑫玛建设公司将涉诉工程转包给牟三青，实质上是牟三青借用鑫玛建设公司资质承揽堂宏集团公司的工程，鑫玛建设公司向牟三青收取一定管理费，因此鑫玛建设公司与牟三青之间不是转包关系，而是

牟三青借用鑫玛建设公司资质承建工程，即鑫玛建设公司与牟三青为挂靠关系。而在签订合同及施工过程中，堂宏集团公司、堂宏房地产分公司知晓牟三青借用鑫玛建设公司资质承建工程，且认可由牟三青完成案涉工程施工任务，因此堂宏集团公司与牟三青之间直接形成权利义务关系，而堂宏集团公司与鑫玛建设公司之间不存在建设工程施工合同关系。根据本院《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》第一条第二项规定，二审判决认定牟三青借用鑫玛建设公司资质与堂宏房地产分公司签订的《建设工程施工合同》无效，并无不当。堂宏集团公司、堂宏房地产分公司称二审在未释明的情况下直接确认《建设工程施工合同》无效，剥夺其辩论权利，但对于《建设工程施工合同》效力问题，牟三青在一审中即请求法院予以认定，上诉时牟三青就合同效力问题也提起了上诉请求，因此堂宏集团公司、堂宏房地产分公司应当针对牟三青的诉求主动进行答辩。此外，堂宏集团公司、堂宏房地产分公司在本案中亦未提起反诉，二审直接确认《建设工程施工合同》无效不影响其具体的诉讼权利，故堂宏集团公司、堂宏房地产分公司该再审申请理由不成立。

关于工程款如何结算问题。如上所述，堂宏集团公司与牟三青之间直接形成权利义务关系，而与鑫玛建设公司之间不存在建设工程施工合同关系，因此工程结算应当在牟三青与堂宏集团公司之间进行。堂宏集团公司、堂宏房地产分公司主张按照其与鑫玛建设公司诉讼前签订的《结算协议》进行结算，但牟三青与鑫玛建设公司仅是借用资质关系，而非转包关系，鑫玛建设公司无权代表牟三青与堂宏集团公司进行结算，该二公司签订的《结算协议》对牟三青不具有约束力。由于牟三青与堂宏集团公司没有结算，故一、二审法院参照《建设工程施工合同》的约定，结合鉴定机构的鉴定意见确认工程价款，并无不当。

类型八、收款行为认定

242. 案涉建设工程施工合同系挂靠人借用被挂靠人资质签订，依据《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》第五十四条的规定，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。因此，挂靠人不仅是案涉工程的实际施工人，同时，其也与被挂靠人共同享有并承担案涉建设工程施工合同项下的债权债务。根据连带责任的法理，负有工程款给付义务的发包人向连带债权人中的任何一方给付，对于其他连带债权人也发生效力，即发生在给付范围内债务关系消灭的效果。故发包人向挂靠人支付的工程款应视为支付案涉建设工程施工合同项下的工程款。被挂靠人关于根据合同相对性原则，发包人将工程款直接支付给挂靠人的行为不能对抗被挂靠人的理由不能成立。

案例 242. 最高人民法院（2016）最高法民申 1893 号“安徽杰强建设有限公司、孙尔保建设工程施工合同纠纷案”



关于飞宇公司向孙尔保支付工程款的行为对杰强公司是否具有拘束力。法院再审认为，案涉建设工程施工合同系孙尔保借用杰强公司资质签订，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》第一条第二项的规定，应认定无效。依据《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》第五十四条的规定，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。因此，本案中作为挂靠人的孙尔保不仅是案涉工程的实际施工人，同时，其也与被挂靠人杰强公司共同享有并承担案涉建设工程施工合同项下的债权债务。根据连带责任的法理，负有工程款给付义务的飞宇公司向连带债权人中的任何一方给付，对于其他连带债权人也发生效力，即发生在给付范围内债务关系消灭的效果。故二审判决认定飞宇公司向孙尔保支付的工程款应视为支付案涉建设工程施工合同项下的工程款并无不当。杰强公司关于根据合同相对性原则，飞宇公司将工程款直接支付给实际施工人孙尔保的行为不能对

抗杰强公司等申请再审理由不能成立。

综上，裁定驳回安徽杰强建设有限公司的再审申请。

243. 实际施工人借用承包人资质与发包人签订施工合同，原审法院根据合同相对性判决由发包人返还承包人相关款项，再由承包人返还实际施工人，不利于判决生效后的实际履行，变更为由发包人直接向实际施工人支付相关款项。

案例 243. 福建省高级人民法院（2014）闽民终字第 89 号“苏建勇、福建省泷澄建设集团有限公司与福建发现传媒科技有限公司等建设工程施工合同纠纷案”



二审法院认为，《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》第一条规定，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合同认定无效。本案中苏建勇借用泷澄公司的名义向发包人发现公司承包工程，应当认定为无效合同。苏建勇系本案讼争工程的实际施工人。发现公司尚欠工程款 1400529 元，《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》第二十六条规定，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。发包人只在欠付工程价款范围内对实际施工人承担责任。因此，发现公司应当向苏建勇返还工程款 1400529 元。苏建勇向发现公司支付了 400 万元保证金，发现公司应当返还该保证金。原审法院根据合同相对性判决由发现公司返还泷澄公司相关款项，再由泷澄公司返还苏建勇，不利于判决生效后的实际履行，应予变更。由于本案讼争工程于 2011 年 4 月 24 日停工，发现公司应当于 2011 年 5 月 4 日返还保证金，所以，该保证金应当从 2011 年 5 月 4 日开始计算保证金利息损失。据此，二审法院判决：福建发现传媒科技有限公司应于本判决生效之日起十日内返还苏建勇工程款 1300529 元；福建发现传媒科技有限公司应当在本判决生效之日起十日内返还苏建勇保证金 400 万元的利息，该利息以月息 2% 计算从 2011 年 5 月 4 日计算至实际还款之日止。

裁判依据或参考

司法解释及其他

《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）》
(2019年2月1日 法释〔2018〕20号)

第四条 缺乏资质的单位或者个人借用有资质的建筑施工企业名义签订建设工程施工合同，发包人请求出借方与借用方对建设工程质量不合格等因出借资质造成的损失承担连带赔偿责任的，人民法院应予支持。

最高人民法院《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》

第九条〔借用资质的单位或个人责任〕

建设工程施工合同因实际施工人借用有资质的建筑施工企业名义签订被认定无效，发包人请求实际施工人和出借资质的建筑施工企业对其因合同无效所受到的损失承担连带赔偿责任的，人民法院应予支持。

发包人订立合同时明知实际施工人借用资质，实际施工人或者出借资质的建筑施工企业以此为由主张发包人承担相应责任的，人民法院应予支持。

发包人订立合同时明知实际施工人借用资质，实际施工人向出借资质的建筑施工企业主张工程价款的，不予支持；实际施工人主张出借资质的建筑施工企业对发包人不能清偿的工程价款承担补充责任的，可予支持。

第 11 节 转包与挂靠法律后果

——转包与挂靠，为何须区分？（性质区别）

244. 发包人与承包人签订《建设工程承包合同》的时间远在承包人与第三人签订的《工程项目责任合同》之前，更符合承包人与发包人签订承包合同之后又将工程转包给第三人的情况，而非发包人所称第三人借用承包人资质签订合同。

承包人将工程转包的行为仅涉及其与第三人之间的合同效力问题，并不影响发包人与承包人之间所签合同的效力。

案例 244. 最高人民法院（2015）民申字第 2529 号“益阳利丰农科发展有限公司与湖南麟辉建设集团有限公司建设工程施工合同纠纷案”



关于原审判决认定《建设工程承包合同》有效是否适用法律错误的问题。发包人利丰公司主张陈光前与麟辉公司系挂靠关系，属于《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》第一条规定的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情形，《建设工程承包合同》应认定为无效合同，并在二审诉讼中提交麟辉公司与陈光前等人于 2012 年 12 月 18 日签订的《工程项目责任合同》，刘建卫、陈光前以利丰大厦名义与案外人高春分、郑君君于 2011 年 10 月 7 日、11 月 29 日签订的《工程大包干施工合同》《劳务承包合同》，用以证明其上述主张。法院再审认为，从发包人利丰公司与承包人麟辉公司签订《建设工程承包合同》的时间远在陈光前与麟辉公司签订《工程项目责任合同》之前的事实分析，本案更符合麟辉公司与利丰公司签订承包合同之后又将利丰大厦工程转包给陈光前的情况。而麟辉公司将

利丰大厦工程转包的行为仅涉及《工程项目责任合同》的效力问题，并不影响麟辉公司与利丰公司所签《建设工程承包合同》的效力。据此，原审法院认定利丰公司提出的《建设工程承包合同》无效的理由不充分，有事实依据，并无不当。利丰公司申请再审所提原审认定《建设工程承包合同》有效并判决其按照合同约定支付违约金，属于适用法律错误的主张，理据不足，不能成立。裁定驳回益阳利丰农科发展有限公司的再审申请。

245. 工程转包关系与借用施工企业资质的认定及法律效果。实际施工人以承包人名义参加了发包人案涉工程的招投标，并以承包人委托代理人的身份参与了承包人与发包人《建设工程施工合同》的订立，实际施工人与承包人订立《工程项目内部承包协议》依附于承包人与发包人订立的《建设工程施工合同》，缺少转包合同所需的独立结算，独立付款的要件，应认定案涉工程系实际施工人借用承包人资质与发包人订立工程施工合同并进行施工。

实际施工人与承包人约定双方结算以发包人付款为条件，因实际施工人系借用承包人资质，双方非工程转包关系，在约定的付款条件未成就的情况下，实际施工人要求承包人支付工程价款的诉讼请求缺乏相应的事实及法律依据，不予支持。

案例 245. 杭州市中级人民法院（2014）浙杭民终字第110号“彭纪明与杭州永翔建设集团有限公司建设工程分包合同纠纷案”



关于彭纪明与永翔公司订立《工程项目内部承包协议》，永翔公司将建国机电公司车间1、2、3工程委托给彭纪明承包，双方形成的系工程转包关系抑或彭纪明借用永翔公司资质进行工程施工。

一审法院认为，《建设工程质量管理条例》第七十八条规定：“转包是指承包单位承包工程后，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后，以分包的名义分别转给其他单位承包的行为”。借用资质，通常是指没有资质的实际施工人或资质低的实际施工人借用有资质或资质高的

施工企业的名义承揽工程并向其缴纳管理费的行为。经审查，彭纪明与永翔公司订立《工程项目内部承包协议》未明确约定永翔公司将案涉工程转包给彭纪明施工。庭审中经永翔公司发问，彭纪明陈述建国机电公司发招标通知给彭纪明，彭纪明参加招投标，但未中标，后变更陈述为以永翔公司名义参加招投标。同时根据建国机电公司法定代表人在公安机关询问笔录中的陈述，案涉工程由彭纪明挂靠永翔公司于2008年1月20日中标，及2008年3月3日建国机电公司与永翔公司订立的《建设工程施工合同》中，彭纪明在委托代理人处签名的事实，可以认定彭纪明参加了建国机电公司案涉工程的招投标，并参与了案涉《建设工程施工合同》的订立。同时根据彭纪明与永翔公司的约定，案涉工程彭纪明以工程结算造价7.5%作为永翔公司的税金及管理成本，永翔公司在工程竣工决算后，建设单位将全部工程款汇入永翔公司账户一个月内，由永翔公司支付彭纪明工程价款的约定，可以认定彭纪明与永翔公司订立《工程项目内部承包协议》依附于永翔公司与建国机电公司订立的《建设工程施工合同》，缺少转包合同所需的独立结算，独立付款的要件。综上，在现有证据条件下，可以认定案涉工程系彭纪明借用永翔公司资质与建国机电公司订立工程施工合同并进行施工，彭纪明为工程实际施工人。彭纪明认为永翔公司将案涉工程转包给彭纪明进行施工的主张缺乏相应的事实依据，不予采信。永翔公司的辩称予以采信。

因彭纪明系借用永翔公司资质进行案涉工程施工，故双方于2013年7月10日出具询证函所确认的工程造价因未经建国机电公司审核确认，故该确认的工程造价非案涉工程有效的结算行为。现建国机电公司与永翔公司就案涉工程尚未结算，且彭纪明与永翔公司约定，在工程竣工决算后，建设单位将全部工程款汇入永翔公司账户一个月内，由永翔公司支付彭纪明工程价款。故在付款条件尚未成就的情况下，彭纪明要求永翔公司支付工程价款的诉讼请求缺乏相应的事实及法律依据，不予支持。彭纪明作为工程实际施工人，可以向工程发包人主张相应的权利。现案涉工程已竣工验收，故彭纪明要求永翔公司返还民工保障金236000元的诉讼请求符合法律规定，予以支持。彭纪明的诉讼请求中的合理部分予以支持。据此，依照《中华人民共和国合同法》第六十条、第九十二条，《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条第一款之规定，判决：一、杭州永翔建设集团有限公司在判决生效后十日内返还彭纪明民工保障金236000元；二、驳回彭纪明的其余诉讼请求。

宣判后，彭纪明不服，向本院提出上诉称：一、一审判决认定彭纪明与永翔公司之间是挂靠关系是错误的。应是转包关系。国务院颁布施行的《建设工程质量管理条

例》第七十八条第二款规定：“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工程肢解以后以分包的名义分别转给他人承包的行为。”转包具有下列法律特征：（1）转包人不履行建设工程合同全部义务，不履行施工、管理、技术指导等责任；（2）转包人将合同权利与义务全部转让给转承包人。具体到本案，双方是转包关系，有以下理由：1. 永翔公司承接了建国机电公司车间一、二、三工程，并与建国机电公司在2008年3月11日签订了《建设工程施工合同》。之后，才与彭纪明在2008年4月10日签订了《工程项目内部承包协议》。2. 永翔公司在《承包协议》中明确将其《施工合同》中的权利、义务全部转让给彭纪明，其只收取一定的管理费。而且双方在《承包协议》中也明确约定：工程施工由彭纪明单独负责；彭纪明在经济上自负盈亏；技术管理人员由彭纪明自行组成，永翔公司不参与工程的实际管理及不提供技术上的支持。3. 彭纪明及工程相关管理人员与永翔公司之间不存在任何劳动关系，不是永翔公司的内部员工。由此可见，《承包协议》名义上是一个内部承包协议，实质上就是一个转包协议。而且是永翔公司与建国机电公司签订《施工合同》在先，彭纪明与永翔公司签订《承包协议》在后，所以也不是一审判决所认定的挂靠关系。二、既然彭纪明与永翔公司之间是转包关系，而且双方在2013年7月10日的《询证函》中已经确认最终结算价，那么彭纪明就有权利向永翔公司主张支付剩余工程款。本案所涉施工合同不管是转包还是借用资质，该合同无效，根据最高人民法院关于适用建设工程施工合同的意见的规定，合同无效以后，彭纪明可以按照双方签订的合同约定主张权利，双方的约定已经有结算，确认了工程的总造价1300余万元，但是，本案一审法院对造价没有予以认定，对双方的合同自治的约定、结算价没有确认，是错误的。该工程是2009年通过竣工验收，2009年到现在，将近4年多，但是，永翔公司未依法向业主即发包方进行工程结算以及依法主张自己的权利，同时也有可能存在诉讼时效的丧失，这些永翔公司的不作为行为应该由永翔公司自行承担，不能因为永翔公司故意不主张权利而损害彭纪明应当享受得到工程款的权利。综上，一审判决认定的事实是错误的。彭纪明与永翔公司之间存在的是转包关系，而不是挂靠关系。请求撤销原判第二项，依法改判永翔公司支付彭纪明工程价款5172723元并由永翔公司承担诉讼费用。

被上诉人永翔公司辩称：一、本案中，彭纪明系借用永翔公司资质，彭纪明是本案所涉工程的实际施工人，具体工程的负责也均由彭纪明在负责实施。二、根据彭纪明与永翔公司2008年4月20日签订的合同第4条第1款的约定，本案中，彭纪明要

求永翔公司支付工程款在工程尚未经过决算的情况下，无法履行。三、关于2013年7月10日出具的询证函，未经确认，不属结算的有效行为。关于彭纪明认为本合同无效，应按合同约定的结算方式，根据刚才永翔公司第二点的答辩意见，本案还不具备支付相应款项的条件。四、就本案的事实在一审诉讼过程中，经过几次开庭，就事实询问，一审法官明确要求彭纪明本人回答一些与案件有关的问题，并且，明确告知其，如果拒绝回答，将由其承担不利的后果，但是，彭纪明就一些问题，即如何拿到永翔公司的介绍信，介绍信是谁给他的，始终拒绝回答，对本案事实的陈述一再变化，基于此，彭纪明故意混淆本案的基本事实，想达到向永翔公司骗取钱财的目的，违背客观事实，因此，请求驳回上诉，维持原判。

二审法院认为，建国机电公司与永翔公司在2008年3月3日签订的《建设工程施工合同》，约定建国机电公司将公司1、2、3号车间土建工程发包给永翔公司进行施工，该合同是由彭纪明作为永翔公司的委托代理人与建国机电公司签订合同，2008年5月19日，彭纪明又与永翔公司订立《工程项目内部承包协议书》，该协议书约定案涉工程彭纪明以工程结算造价7.5%作为永翔公司的税金及管理成本，永翔公司在工程竣工决算后，建设单位将全部工程款汇入永翔公司账户一个月内，由永翔公司支付彭纪明工程价款的约定，彭纪明与永翔公司订立《工程项目内部承包协议》是依附于永翔公司与建国机电公司订立的《建设工程施工合同》，缺少转包合同所需的独立结算，独立付款的要件。因此，原审法院认定案涉工程系彭纪明借用永翔公司资质与建国机电公司订立工程施工合同并进行施工，彭纪明为工程实际施工人并无不当。2013年7月10日的询证函所确认的工程造价由于未经建国机电公司审核确认，且建国机电公司与永翔公司就案涉工程尚未结算，彭纪明与永翔公司约定，在工程竣工决算后，建设单位将全部工程款汇入永翔公司账户一个月内，由永翔公司支付彭纪明工程价款。故原审法院认为在付款条件尚未成就的情况下，彭纪明要求永翔公司支付工程价款的诉讼请求缺乏相应的事实及法律依据，未予支持并无不当。

综上，彭纪明的上诉理由依据不足，不能成立，本院不予采纳。原审判决认定事实清楚，适用法律和实体处理正确。据此，判决驳回上诉，维持原判。

246. 承包人与其内部承包人之间是转包关系还是借用资质关系，应视内部承包人与承包人之间的关系及其在工程施工合同及工程施工过程中的地位、作用等情况予以认定。涉案内部承包人除了全程参与《施工承包合同》《工程补充协议》的签订并在《工程补充协议》中作为承包人签字外，其作为实际施工人负责承建了案涉全部工程，进场施工、工程的施工投入、施工管理等均由其个人负责，承包人并未参与，发包人也把大部分工程进度款直接支付给了内部承包人个人。发包人明知承包人的内部承包人没有施工资质，却同意其作为承包人在合同上签字和施工，并直接将工程款支付给个人，因此其对内部承包人借用承包人资质承建案涉工程是明知和认可的。承包人虽与其内部承包人签订了内部承包合同，但内部承包人并非承包人的内部工作人员，从该内部承包合同中双方约定的包工包料的承包方式、交纳管理费、任命项目负责人等内容来看，承包人与其内部承包人之间符合借用资质的法律特征，而不符合转包或内部承包的法律特征。综上所述，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订立合同，本案《施工承包合同》及《工程补充协议》应认定无效。

案例 246. 江西省高级人民法院（2015）赣民一终字第 058 号“赣州上联鞋业工业有限公司与江西省赣南祥龙建筑有限责任公司建设工程施工合同纠纷案”



关于本案《施工承包合同》《工程补充协议》的效力应如何认定及应否解除的问题。一审法院认为，发包人上联公司主张解除与承包人祥龙公司之间的建设工程施工合同关系。祥龙公司及第三人廖庆辉主张本案建设工程施工合同无效。本案争议焦点为建设工程施工合同的效力问题。从现有证据看，本案的建设工程施工合同应认定为无效。理由如下：上联公司与祥龙公司于 2011 年 2 月 17 日签订了一份《施工承包合同》，但在其后上联公司、祥龙公司及第三人廖庆辉三方之间又签订了一份《工程补充协议》，此时约定发包方为上联公司，承包方为第三人廖庆辉，祥龙公司作为保证人。2011 年 3 月 12 日，祥龙公司与第三人廖庆辉之间签订了内部承包合同，约定由廖庆辉为工程项目责任人，以包工包料方式进行内部承包，廖庆辉一次性交清管理费 30000 元。但

无证据证明第三人廖庆辉为祥龙公司的工作人员或职业项目经理具备相关的从业资格。第三人廖庆辉组织进场施工，工程的施工投入、施工管理等均由第三人廖庆辉个人负责，上联公司也将大部分工程进度款直接支付给了第三人廖庆辉个人。签订调解协议书后，第三人廖庆辉向祥龙公司书面承诺调解协议内容由其个人负责，与祥龙公司无关。以上情形，符合没有资质的实际施工人借用有资质的建筑施工企业名义签订建设工程施工合同的情形，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》第一条的规定，应当根据合同法第五十二条第（五）项的规定，认定合同无效。因此，本案的施工合同应认定无效，即本案《施工承包合同》及《工程补充协议》无效。无效的合同自始无效，不存在是否予以解除的问题。

二审法院认为，上联公司与祥龙公司于2011年2月17日签订《施工承包合同》，合同约定案涉工程由祥龙公司承建，祥龙公司除加盖公司印章和法定代表人李生亮印章外，廖庆辉作为祥龙公司委托代理人也在合同上签字。其后，上联公司、祥龙公司及第三人廖庆辉三方之间又签订了一份《工程补充协议》，上联公司在甲方（发包方）一栏盖章，廖庆辉在乙方（承包方）一栏签字，祥龙公司在保证人一栏盖章，由此可见上联公司对廖庆辉作为案涉工程的实际承包人是明知和认可的，其上诉称廖庆辉在乙方（承包方）一栏签字，祥龙公司在保证人一栏盖章属于笔误证据不足，不予支持。2011年3月12日，祥龙公司与廖庆辉签订内部承包合同，约定由廖庆辉为工程项目责任人，以包工包料方式进行内部承包，廖庆辉一次性交清管理费30000元。上述内部承包合同虽然是在《施工承包合同》《工程补充协议》之后签订的，但不能以此推导出祥龙公司与廖庆辉之间为转包关系。祥龙公司与廖庆辉之间是转包关系还是借用资质关系，应视廖庆辉、祥龙公司之间的关系及其在工程施工合同及工程施工过程中的地位、作用等情况予以认定。本案中，廖庆辉除了全程参与《施工承包合同》《工程补充协议》的签订并在《工程补充协议》中作为承包人签字外，其作为实际施工人负责承建了案涉全部工程，进场施工、工程的施工投入、施工管理等均由廖庆辉个人负责，祥龙公司并未参与，上联公司也将大部分工程进度款直接支付给了廖庆辉个人。上联公司明知廖庆辉没有施工资质，却同意其作为承包人在合同上签字和施工，并直接将工程款支付给廖庆辉，因此其对廖庆辉借用祥龙公司资质承建案涉工程是明知和认可的。廖庆辉虽然与祥龙公司签订了内部承包合同，但廖庆辉并非祥龙公司的内部工作人员，上联公司也未提供证据证明廖庆辉与祥龙公司之间存在劳动合同关系，从该内部承包合同中双方约定的包工包料的承包方式、交纳管理费、任命廖庆辉为项目责任

人等内容及廖庆辉于2013年11月1日出具的《情况说明》来看，廖庆辉与祥龙公司之间符合借用资质的法律特征，而不符合转包或内部承包的法律特征。综上所述，本案系没有资质的实际施工人廖庆辉借用有资质的建筑施工企业祥龙公司的名义与上联公司订立合同，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》第一条的规定，本案《施工承包合同》及《工程补充协议》应认定无效。无效的合同自始无效，不存在是否解除的问题。上联公司上诉主张其与祥龙公司之间签订的《施工承包合同》及《工程补充协议》有效没有事实与法律依据，不予支持。

247. 如果实际施工人挂靠承包人与发包人签订建设工程施工合同，则涉案合同应当认定无效；如果承包人承包工程后将涉案工程转包给没有资质的实际施工人施工，则承包人与实际施工人签订的合同无效，但转包合同无效，不影响发包人与承包人之间建设工程施工合同的效力。

在建设工程施工合同关系中，大量挂靠或者整体转包工程均以内部承包合同的形式出现，难以明确区分。发包人不能提供证据证明实际施工人与承包人之间系挂靠关系，且从《工程项目责任合同》的签订时间来看，该合同签订时间远远晚于发包人与承包人签订《建设工程施工合同》的签订时间，故根据现有证据不能证实实际施工人与承包人之间系挂靠关系。因此，发包人主张其与承包人之间的《建设工程施工合同》无效理由不予采纳。

案例 247. 湖南省高级人民法院（2015）湘高法民一终字第97号“上诉人湖南麟辉建设集团有限公司与被上诉人益阳利丰农科发展有限公司建设工程施工合同纠纷案”



关于发包人利丰公司与承包人麟辉公司签订的《建设工程施工合同》的效力问题。二审法院认为，虽然发包人利丰公司在二审中提交了承包人麟辉公司与陈光前等人签订的《工程项目责任合同》，可以证明麟辉公司实际将涉案工程交由陈光前等人施工，但是利丰公司不能提供证据证明本案系陈光前等人挂靠麟辉公司与利丰公司签订建设工程施工合同，还是麟辉公司与利丰公司签订建设工程施工合同后，将涉案项目转包给陈光前等人施工。如果陈光前等人挂靠麟辉公司与利丰公司签订建设工程施工合同，

则该合同属于《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》第一条第二项“没有资质的实际施工人借用有资质的建筑施工企业名义”的情形，涉案合同应当认定无效；如果麟辉公司承包工程后将涉案工程转包给没有资质的陈光前等人施工，则麟辉公司与陈光前等人签订的合同属于《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》第一条第一项规定的“承包人未取得建筑施工企业资质”的情形，麟辉公司与陈光前等人签订的《工程项目责任合同》无效，但转包合同无效，不影响麟辉公司与利丰公司之间建筑工程施工合同的效力。在建筑工程施工合同关系中，大量挂靠或者整体转包工程均以内部承包合同的形式出现，难以明确区分。本案中，利丰公司不能提供证据证实陈光前与麟辉公司之间系挂靠关系，且从《工程项目责任合同》的签订时间来看，该合同签订时间为2012年12月18日，远远晚于利丰大厦与麟辉公司签订《建设工程施工合同》的签订时间2011年11月18日，故根据现有证据不能证实陈光前与麟辉公司之间系挂靠关系。因此，利丰公司关于其与麟辉公司之间《建设工程施工合同》无效的理由不充分，不予采纳。此外，即使双方《建设工程施工合同》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》第二条“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”的规定，只要涉案工程已经竣工验收合格，麟辉公司亦可请求参照合同约定支付工程价款，故涉案合同是否无效并不必然影响本案中利丰公司应当承担的支付价款的义务。

248. 挂靠人通过被挂靠人向发包人交纳保证金，依据合同约定，被挂靠人不向挂靠人承担保证金不能返还的风险。

案例 248. 最高人民法院（2012）民申字第1624号“刘新华、杨勇与湖南省建筑工程集团总公司建设工程分包合同纠纷案”



关于建工集团是否应对刘新华交纳的800万元保证金承担返还责任。法院再审理认为，首先，《建筑工程施工合同》系刘新华、杨勇、廖荟三人借用建工集团的名义与南洋公司签订，刘新华、杨勇、廖荟与建工集团存在挂靠合同关系，而非建设工程转包

合同关系。其次，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》第一条之规定，没有资质的实际施工人借用有资质的建筑施工企业名义签订的建设施工合同应认定无效，而本案《建筑工程施工合同》系无资质的刘新华、杨勇、廖荟一方借用建工集团的名义签订，故应认定无效。再次，建工集团不对刘新华交纳的800万元保证金承担返还责任，亦无需承担赔偿责任。《建筑工程施工合同》专用条款“47. 补充条款”规定在正式签订合同后即向南洋公司交纳800万元的合同履行保证金，故该保证金是依据南洋公司而非建工集团的要求交纳的，建工集团在收取了刘新华交纳的800万元后即汇付给南洋公司，并没有占有、使用该笔款项，因此建工集团已经履行了《项目责任承包合同》项下的义务。由于《项目责任承包合同》属于挂靠合同，而非建设工程转包合同，故二审判决将建工集团的收、付款行为认定为受刘新华等三合伙人委托实施的受托行为并无不妥。在《建筑工程施工合同》因无法履行而被解除后，对于不能收回的款项，作为受托人的建工集团并无替代南洋公司履行的义务，其至多负有协助追讨的义务。同时，廖荟向建工集团出具《承诺函》称：“集团总公司领导：由本人负责联系的‘南洋国际（湖南）公交能源开发有限公司红易大道湘潭段’工程属议标项目，本人承诺该项目引起的一切经济、法律责任均由本人承担。”对于该份《承诺函》，刘新华、杨勇虽表示不知情，但由于廖荟系合伙人之一，且代表其余合伙人参与合同的商洽及签订，该《承诺函》应对刘新华、杨勇两合伙人有拘束力，且该《承诺函》的内容与刘新华、杨勇参与签订的《项目承包责任合同》中关于“如建设单位要求施工垫资或带资施工，要求交付质保金、信誉保证金及筹措其他资金的，其资金全部由乙方负责组织资金运作，并承担由此造成的风险”的约定精神一致，足以证明刘新华、杨勇两人在签订合同时就已经知道并认可建工集团不承担保证金不能返还的风险，故建工集团对于800万元保证金不应承担返还责任。

裁判依据或参考

地方司法性文件及其他

上海市中级人民法院《建设工程施工合同纠纷审判实务相关疑难问题解答》（2015年10月22日）

二十四、被挂靠单位是否应对挂靠人在施工过程中的转包行为承担责任？

解答：（一）挂靠人以自己的名义将工程转包，实际施工人订立合同时不知道挂靠

事实，后实际施工人起诉要求被挂靠单位承担合同责任的，不予支持；

（二）挂靠人以被挂靠单位的名义将工程转包，实际施工人以挂靠人和被挂靠人为共同被告起诉的，一般应由挂靠人承担合同责任，被挂靠单位承担连带责任。但实际施工人签订合同时明知挂靠的事实，并仅起诉要求挂靠人承担合同责任的，由挂靠人承担责任。

理由：一般情况下以合同相对性为原则，但挂靠人以被挂靠人名义将工程转包的，实际施工人在订立合同时名义上的合同相对人是被挂靠单位，实际上的合同相对人是挂靠单位，挂靠人和被挂靠单位应当承担连带责任。

浙江省绍兴市中级人民法院《关于审理建筑领域民商事纠纷案件若干问题的纪要》（2013年10月15日绍兴市中级人民法院审判委员会第912次会议通过）

十三、对项目经理伪造印章的行为，涉嫌犯罪的，应把握以下几点：

（一）《刑法》第二百八十条“伪造公司、企业、事业单位、人民团体印章罪”，并非“伪造公司、企业、事业单位、人民团体公章罪”，遵从字面解释的方法，将本罪名所称的“印章”理解为包括：公司公章、项目部章、合同专用章、技术专用章、财务专用章、法定代表人私章等印章；

（二）《刑法》第二百八十条属于行为犯，项目经理虽然没有利用伪造印章实施犯罪行为，但伪造印章数量已达3枚的，可以涉嫌犯罪移送侦查机关查处；对于项目经理伪造印章、虚构事实并通过非法手段获取非法利益的行为，造成严重后果或者恶劣影响的，符合《刑法》关于犯罪本质和该个罪构成要件的规定，可以不受3枚的限制，移送侦查机关查处；

（三）项目经理通过违规利用（伪造、偷盖、修改粘贴方式）建筑施工企业印章、虚假诉讼以及损害企业利益的其他手段，为获取非法利益而实施其他行为，可能构成其他犯罪的，应移送侦查机关一并查处。

浙江省金华市中级人民法院《民事审判若干疑难问题讨论纪要》（2009年7月30日）

30. 丙没有资质借用有资质的乙公司名义承包了某房地产公司的某楼盘工程，丙又将该楼盘工程中的单项工程以乙公司名义或者项目部、项目部经理名义分包给第三人施工，现第三人就交付工程款起诉丙、乙，丙、乙对欠付的工程款应承担何种民事责任？

实际施工人明知项目经理丙是挂靠乙公司借用乙公司资质承包该工程的，根据合

同相对性原则，实际施工人只能向项目经理丙主张工程款。被挂靠人乙不承担责任。

第 12 节 行政许可的效力影响

——未办许可证，合同应无效？（行政许可）

类型一、未取得施工许可证，签订的建设工程施工合同有效

249.《中华人民共和国建筑法》第七条、《中华人民共和国招标投标法》第九条关于建筑工程开工前建设单位应当申请领取施工许可证、招标项目应当先履行审批手续等规定，属于管理性的强制性规定，而并非对招投标行为及中标合同的效力性强制性规定。

案例 249. 最高人民法院（2014）民一终字第 155 号“**厦门建设集团有限责任公司与福州市台江区房地产开发公司其他合同纠纷案**”



关于中标通知书的效力问题，二审法院认为，根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（二）》第十四条、《中华人民共和国合同法》第五十二条第五项之规定，确认民事合同无效，应以效力性强制性法律、行政法规规定为法律依据。《中华人民共和国建筑法》第七条、《中华人民共和国招标投标法》第九条关于建筑工程开工前建设单位应当申请领取施工许可证、招标项目应当先履行审批手续等规定，属于管理性的强制性规定，而并非对招投标行为及中标合同的效力性强制性规定。一审判决依据中标通知书，认定 A 建设公司、B 房地产公司之间就案涉项目确立合同关系正确。本案双方当事人的权利义务，应依据 B 房地产公司的《招标文件》、A 建设公司的《投标文件》、中标通知书及相关证据予以认定。

250. 工程从开工到竣工止未取得施工许可证，应由建设行政主管部门对发包人进行行政处罚，但不影响建设工程施工合同的效力。

案例 250. 浙江省台州市中级人民法院（2013）浙台民终字第157号“浙江鼎天建筑工程有限公司与三门炜翰铜业有限公司建设工程施工合同纠纷案”



2008年6月9日，鼎天公司（承包人）与炜翰公司（发包人）签订了一份《工程承包合同》及《房屋建筑工程质量保修书》，由鼎天公司承建炜翰公司位于三门洞港工业园区的1#、2#车间的土建部分工程。

合同签订后，鼎天公司组织了人员进行施工，并经验收合格。

后鼎天公司以炜翰公司拖欠工程款为由诉至法院，并称炜翰公司涉案工程没有办理施工许可证，应认定合同无效。

争议焦点：未取得建筑工程施工许可证是否影响合同效力？

裁判要点：依照《中华人民共和国建筑法》第六十四条、《建设工程质量管理条例》第五十七的规定：未取得施工许可证或者开工报告未经批准擅自施工的，责令改正，对不符合开工条件的责令停止施工，可以处罚款；建设单位未取得施工许可证或者开工报告未经批准、擅自施工，责令停止施工，限期改正，处工程合同款百分之一以上百分之二以下的罚款。本案发包人的工程从开工到竣工止一直未取得施工许可证，依照上述法律、法规的规定，应由建设行政主管部门对被上诉人进行行政处罚，但不影响建设工程施工合同的效力。承包人以发包人未取得施工许可证为由，认为双方签订的《工程承包合同》无效是缺乏法律依据的，不予支持。

251. 办理施工许可证或者开工报告属于管理性强制性规定，而非效力性强制性规定，建设单位是否取得施工许可证对建设工程施工合同的效力不产生影响。

案例 251. 山东省高级人民法院（2014）鲁民一终字第197号“山东省颐恒建设有限公司与山东海天软件工程专修学院建设工程施工合同纠纷案”



关于涉案工程未取得施工许可是否导致双方当事人签订的《建设工程施工合同》无效的问题。二审法院认为，根据《中华人民共和国建筑法》第七条规定，建筑工程开工前，建设单位应当按照国家有关规定向工程所在地县级以上人民政府建设行政主管部门申请领取施工许可证。同时，为加强对建设工程施工许可的管理，国务院建设行政主管部门1999年专门颁布了《建筑工程施工许可管理办法》和《关于加强建筑工程施工许可管理工作的通知》，对建设单位申领施工许可证的工程范围、条件及相关法律责任等作了具体规定。按照上述规定，在建设工程正式施工前发放施工许可证是建设行政主管部门对建设工程项目加强监管的一种行政手段，主要目的是审查建设单位或者承包单位是否具备法律规定的建设或者施工条件，实质上是对建设单位或者施工单位进行工程建设资格的一种审查，具有行政管理的性质。依据《中华人民共和国建筑法》第六十四条和国务院《建设工程质量管理条例》第五十七条的规定，如果建设单位未取得施工许可证或者开工报告擅自施工的，应当受到相应的行政处理，由建设行政主管部门责令停止施工，限期改正，并处以罚款。因此，从《中华人民共和国建筑法》第七条的规定来看，办理施工许可证或者开工报告应属于管理性强制性规定，而非效力性强制性规定，而且建设单位申请领取施工许可证时，建设工程施工合同已经订立，因此，不能视为施工许可证是建设工程施工合同的有效要件，建设单位是否取得施工许可证对建设工程施工合同的效力不产生影响。

类型二、未取得建设工程规划许可证，签订的建设工程施工合同无效

252. 未取得建设工程规划许可或者未按照建设工程规划许可证规定的内容建设的房屋及建筑物为违法建筑，由于违法建筑直接危害国家和社会公共利益，且违反了法律规定，因此，双方签订的建设工程施工合同应认定为无效合同。

案例 252. 江苏省高级人民法院（2014）苏民终字第 0157 号“南通森峰置业有限公司与如皋市宇泃果蔬专业合作社建设工程施工合同纠纷案”



上诉人 A 果蔬合作社与被上诉人 B 置业公司建设工程施工合同纠纷一案，关于双方于 2011 年 6 月 13 日签订的协议是否有效，法院认为，一方面 B 置业公司无建筑施工资质，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》的规定应当认定为无效。另一方面，建设工程具有涉及人民群众生命财产安全等特点，这些特点决定了国家对建设工程从建设审批手续上必须做出严格规定和要求。未取得建设工程规划许可或者未按照建设工程规划许可证规定的内容建设的房屋及建筑物为违法建筑，由于违法建筑直接危害国家和社会公共利益，且违反了法律规定，因此，双方签订的建设工程施工合同应认定为无效合同。

253. 《中华人民共和国城乡规划法》对建设工程需取得建筑工程规划许可证的规定属于效力性强制性规定，涉案工程未取得规划许可证，所签施工合同应属无效。

案例 253. 江苏省徐州市中级人民法院（2013）徐民终字第 2007 号“徐州平安投资有限公司与南京市消防工程有限公司深圳分公司，刘建治建设工程施工合同纠纷案”



一审法院认为，在城镇规划区内进行工程建设的，建设单位应当向城乡规划主管部门申请办理建设工程规划许可证；平安公司与消防公司订立合同将建设工程发包给消防公司承建，但至今不能提供建设工程规划许可证，故其与消防公司订立的建设工程施工合同违反了法律的强制性规定，应属无效合同。

平安公司提起上诉称，施工合同是双方的真实意思表示，并不存在合同法第五十二条规定的无效情形。我国城乡规划法第四十条和第六十四条规定属于行政管理性规定，未取得建设工程规划许可证进行建设的，建设单位应当承担相应的行政责任，并非导致施工合同无效。同时，《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》第一条明确列举的三种无效合同类型中并无建设单位未取得建设工程规划许可证的情形。故工程项目是否取得建设工程规划许可证并不影响合同本身的法律效力。请求二审法院撤销原审判决并发回重审，判令消防公司承担一、二审诉讼费。

二审争议焦点：双方所签建设工程施工合同是否有效？

二审裁判要点：涉案工程尚未取得规划许可证，如果进行施工建设，将损害国家和社会公共利益，故我国《中华人民共和国城乡规划法》对建设工程需取得建筑工程规划许可证的规定属于效力性强制性规定。根据《中华人民共和国合同法》第五十二条的规定，双方当事人所签施工合同应属无效。

类型三、取得建设用地规划许可证，但未办理建设工程规划许可证时签订的建设工程施工合同有效

254.《中华人民共和国城乡规划法》是管理性规定，而非效力性规定，违反其规定，并不必然导致合同无效。案涉工程已经取得了建设用地规划许可证，说明在合同签订时，合同的预期目的可以得到实现。没有积极履行办理建设工程规划许可证，系发包人股东之间发生股权纠纷，发包人股东举报违法所致，现发包人又以此原因主张无效，有悖诚信。据此，发包人申请再审主张案涉合同无效，不予支持。

案例 254. 最高人民法院（2013）民申字第 2198 号“吉林省金盛房地产开发有限公司与吉林建工集团有限公司建设工程施工合同纠纷案”



金盛公司申请再审称：1. 一、二审判决均已认定案涉工程未取得建设工程规划许可证，根据《中华人民共和国城乡规划法》第四十条“在城市、镇规划区内进行建筑物、构筑物、道路、管线和其他工程建设的，建设单位或者个人应当向城市、县人民政府城乡规划主管部门或者省、自治区、直辖市人民政府确定的镇人民政府申请办理建设工程规划许可证”的规定，案涉工程未取得规划许可证，并不具备招标条件，应当认定中标无效，进而认定双方签订的施工合同也无效。一、二审判决认定案涉合同有效缺乏依据。

建工集团提交书面意见称：取得规划许可的批件是金盛公司的责任，投标前的所有批件，施工单位一无所知，也无权过问。建工集团是依法投标，中标后依照中标通知书签订的《建设工程施工合同》，应当依法认定有效。

再审争议焦点：案涉合同的是否无效？

最高人民法院再审裁判要点：首先，《中华人民共和国城乡规划法》是管理性规定，而非效力性规定，违反其规定，并不必然导致合同无效。根据一、二审查明的事实，2008年8月12日，金盛公司在长春市建设工程信息网上公开发布了案涉工程的

招标公告（招标编码为2008G402），委托吉林省汇通招标投标代理有限公司对外公开招标。2008年9月4日，建工集团中标。2008年9月7日，金盛公司和吉林省汇通招标投标代理有限公司向建工集团发放了编号为2008G401的中标通知书。2008年9月8日，金盛公司与建工集团签订了一份与中标通知书内容完全一致的《建设工程施工合同》。以上事实表明，案涉工程经过了合法的招投标程序，金盛公司主张中标无效，缺乏事实和法律依据。其二，案涉工程已经取得了建设用地规划许可证，说明在合同签订时，合同的预期目的可以得到实现。没有积极履行办理建设工程规划许可证，系金盛公司股东之间发生股权纠纷，金盛公司股东王振碰（现任法定代表人）和蔡永润等人到长春市建委举报违法所致。现金盛公司又以此原因主张无效，有悖诚信。据此，金盛公司申请再审主张案涉合同无效的理由，本院不予支持。

综上，金盛公司的再审申请不符合《中华人民共和国民事诉讼法》第二百条第二项、第六项规定的情形。依照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百零四条第一款之规定，裁定驳回吉林省金盛房地产开发有限公司的再审申请。

类型四、起诉前补正，合同有效

255. 承、发包双方签订《建设工程施工合同》时，发包人未取得相应的批准文件，但在起诉前及诉讼中取得了建设用地规划许可证、国有土地使用权证、建设工程规划许可证，合同效力已得到补正，双方签订的《建设工程施工合同》应当认定为有效合同。

案例 255. 安徽省高级人民法院（2015）皖民四终字第00177号“上诉人安徽华朗生物技术有限公司（简称华朗生物公司）与上诉人淮北市恒基建筑安装有限公司（简称恒基建安公司）建设工程施工合同纠纷案”



关于双方签订的《建设工程施工合同》及补充条款是否合法有效。二审法院认为，双方在签订《建设工程施工合同》及补充条款时，华朗生物公司尚未取得相应的批准

文件，但其在原审起诉前取得了建设用地规划许可证及国有土地使用权证，在原审审理过程中取得了建设工程规划许可证，合同效力已得到补正。双方签订的《建设工程施工合同》及补充条款应当认定为有效合同。对恒基建安公司关于《建设工程施工合同》及补充条款无效的上诉理由，本院不予采纳。

类型五、不属民事案件审查范围

256. 案涉项目是否取得土地使用权证书、规划许可证以及取得的时间，不属于民事案件审查范围。

案例 256. 最高人民法院（2013）民申字第742号“陕西建工集团机械施工有限公司与泰州三福船舶工程有限公司建设工程施工合同纠纷案”



关于合同效力的问题。法院再审认为，案涉两份建设工程施工合同是三福公司和陕西建工协商签订，约定了各自的民事权利义务，是双方真实意思表示，不具有合同无效的法定情形，二审法院认定合同有效并无不当。案涉项目是否取得土地使用权证书、规划许可证以及取得的时间，不属于民事案件审查范围。《中华人民共和国防洪法》《中华人民共和国河道管理条例》等法律、行政法规对工程建设审批程序的规定，属于管理性规范而非效力性规范，不影响民事合同的效力。陕西建工关于案涉合同无效的主张缺乏法律依据，本院不予支持。

一、施工许可裁判依据或参考

法律法规

《中华人民共和国建筑法》（2011年7月1日）

第七条 建筑工程开工前，建设单位应当按照国家有关规定向工程所在地县级以上人民政府建设行政主管部门申请领取施工许可证；但是，国务院建设行政主管部门

确定的限额以下的小型工程除外。

按照国务院规定的权限和程序批准开工报告的建筑工程，不再领取施工许可证。

第八条 申请领取施工许可证，应当具备下列条件：

- (一) 已经办理该建筑工程用地批准手续；
- (二) 在城市规划区的建筑工程，已经取得规划许可证；
- (三) 需要拆迁的，其拆迁进度符合施工要求；
- (四) 已经确定建筑施工企业；
- (五) 有满足施工需要的施工图纸及技术资料；
- (六) 有保证工程质量和安全的具体措施；
- (七) 建设资金已经落实；
- (八) 法律、行政法规规定的其他条件。

建设行政主管部门应当自收到申请之日起十五日内，对符合条件的申请颁发施工许可证。

第九条 建设单位应当自领取施工许可证之日起三个月内开工。因故不能按期开工的，应当向发证机关申请延期；延期以两次为限，每次不超过三个月。既不开工又不申请延期或者超过延期时限的，施工许可证自行废止。

第十条 在建的建筑工程因故中止施工的，建设单位应当自中止施工之日起一个月内，向发证机关报告，并按照规定做好建筑工程的维护管理工作。

建筑工程恢复施工时，应当向发证机关报告；中止施工满一年的工程恢复施工前，建设单位应当报发证机关核验施工许可证。

第十一条 按照国务院有关规定批准开工报告的建筑工程，因故不能按期开工或者中止施工的，应当及时向批准机关报告情况。因故不能按期开工超过六个月的，应当重新办理开工报告的批准手续。

《中华人民共和国城乡规划法》(2008年1月1日)

第三十七条 在城市、镇规划区内以划拨方式提供国有土地使用权的建设项目，经有关部门批准、核准、备案后，建设单位应当向城市、县人民政府城乡规划主管部门提出建设用地规划许可申请，由城市、县人民政府城乡规划主管部门依据控制性详细规划核定建设用地的位置、面积、允许建设的范围，核发建设用地规划许可证。

建设单位在取得建设用地规划许可证后，方可向县级以上地方人民政府土地主管部门申请用地，经县级以上人民政府审批后，由土地主管部门划拨土地。

第四十条 在城市、镇规划区内进行建筑物、构筑物、道路、管线和其他工程建设的，建设单位或者个人应当向城市、县人民政府城乡规划主管部门或者省、自治区、直辖市人民政府确定的镇人民政府申请办理建设工程规划许可证。

第四十一条 在乡、村庄规划区内进行乡镇企业、乡村公共设施和公益事业建设的，建设单位或者个人应当向乡、镇人民政府提出申请，由乡、镇人民政府报城市、县人民政府城乡规划主管部门核发乡村建设规划许可证。

《建设工程安全生产管理条例》(2004年2月1日 国务院令第393号)

第十条 建设单位在申请领取施工许可证时，应当提供建设工程有关安全施工措施的资料。

依法批准开工报告的建设工程，建设单位应当自开工报告批准之日起15日内，将保证安全施工的措施报送建设工程所在地的县级以上地方人民政府建设行政主管部门或者其他有关部门备案。

司法解释及其他

《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)》
(2019年2月1日 法释〔2018〕20号)

第二条 当事人以发包人未取得建设工程规划许可证等规划审批手续为由，请求确认建设工程施工合同无效的，人民法院应予支持，但发包人在起诉前取得建设工程规划许可证等规划审批手续的除外。

发包人能够办理审批手续而未办理，并以未办理审批手续为由请求确认建设工程施工合同无效的，人民法院不予支持。

《最高人民法院关于审理建设工程合同纠纷案件的暂行意见》(2002年8月5日)

14. 承包人跨省区或跨市承揽建设工程，但未办理外来施工企业承包工程许可证手续而订立的建设工程合同，应责令承包人补办有关手续，并由有关行政部门按规定处理，而不应据此认定合同无效。

《最高人民法院经济审判庭关于国营黄羊河农场与榆中县第二建筑工程公司签订的两份建筑工程承包合同的效力认定问题的复函》(1992年1月13日 1992法经字第10号)

甘肃省高级人民法院:

你院甘法经上〔1991〕22号请示报告收悉。关于国营黄羊河农场与榆中县第二建筑工程公司签订的两份建筑工程承包合同的效力认定问题,经研究,答复如下:

国营黄羊河农场在经上级主管部门批准建设仓库和职工住宅两项工程后,即于1989年5月16日与榆中县第二建筑工程公司分别签订了仓库和职工住宅两份建筑施工合同。合同内容合法,当事人双方均具备主体资格。虽然建设单位国营黄羊河农场当时未领取“建设许可证”,但事后已补办了手续。而且两项工程已完成82%的工程总量,因此,对本案合同的效力,可不以建设单位当时未领取“建设许可证”为由确认无效。

部门规范性文件

住房和城乡建设部《建筑工程施工许可管理办法》(2014年10月25日 住房和城乡建设部令第18号)

第二条 在中华人民共和国境内从事各类房屋建筑及其附属设施的建造、装饰装修和与其配套的线路、管道、设备的安装,以及城镇市政基础设施工程的施工,建设单位在开工前应当依照本办法的规定,向工程所在地的县级以上地方人民政府住房城乡建设主管部门(以下简称发证机关)申请领取施工许可证。

第三条 本办法规定应当申请领取施工许可证的建筑工程未取得施工许可证的,一律不得开工。

任何单位和个人不得将应当申请领取施工许可证的工程项目分解为若干限额以下的工程项目,规避申请领取施工许可证。

地方司法性文件及其他

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若干疑难问题的解答》(2012年8月6日 京高法发〔2012〕245号)

一、建设工程施工合同效力的认定

发包人未取得建筑工程施工许可证的,不影响施工合同的效力。

山东省高级人民法院《关于印发全省民事审判工作座谈会纪要的通知》(2005年11月23日 鲁高法〔2005〕201号)

(一)关于施工许可证对合同效力的影响问题。会议认为,在建设工程正式施工前发放施工许可证应是建设行政主管部门对建设工程项目加强监管的一种行政手段,主要目的是审查建设单位或者承包单位是否具备法律规定的建设或者施工条件,具有行政管理的性质,如果建设单位或者施工单位违反该管理规定,应当受到相应的行政处理。因此施工许可证应属于管理性规范,非影响合同效力性的规范,而且领取施工许可证时,施工合同已经签订,因此,施工许可证不是建设工程施工合同的有效要件,是否取得施工许可证不影响合同的效力。

湖北省高级人民法院《2013年民事审判工作座谈会会议纪要》(2013年9月)

34.建设工程应办理施工许可证的规范属于管理性规范,不是效力性规范,是否取得施工许可证不影响建设工程施工合同的效力。

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》(2012年2月23日 浙法民一〔2012〕3号)

二、如何认定未取得“四证”而签订的建设工程施工合同的效力?

发包人未取得建设用地使用权证或建筑工程施工许可证的,不影响建设工程施工合同的效力。

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》(2015年3月16日 川高法民一〔2015〕3号)

2.未取得建设审批手续的建设工程施工合同的效力如何认定?

建设单位未领取施工许可证的,不影响建设工程施工合同的效力。

广东省高级人民法院《关于审理建设工程合同纠纷案件疑难问题的解答》(2017年8月1日 粤高法〔2017〕151号)

3.施工许可证是否影响建设工程施工合同的效力认定

建设工程施工许可证是行政主管部门对建设施工行为的行政管理措施,发包人未依法领取施工许可证的,不影响当事人签订的建设工程施工合同效力。

重庆市高级人民法院《关于当前民事审判若干法律问题的指导意见》(2007年11月22日)

10. 施工许可证对合同效力的影响。有关施工许可证的规范属于管理性规范,不是影响合同效力性的规范,是否取得施工许可证不影响合同的效力。

北京市第一中级人民法院《对民事审判中部分执法不统一问题的规范意见》(2011年)

第三部分 建设工程施工合同案件中的问题

3. 违反行政法规的行为是否必然导致建设工程施工合同无效?

问题说明: 在施工合同的签订、履行过程中,当事人会违反一些行政管理规定,例如没有办理开工许可证、没有进行规划审批或用地审批、合同没有备案等。则能否因存在这些违规行为而认定合同无效?

基本意见: 建设工程合同无效的认定,主要是涉及资质、招投标、违法分包、转包几方面,目的是为保证工程的质量。如果是违反其他的行政管理规定,并不必然导致双方合同的无效,应视具体情况处理:(1)如违反管理禁止性规范,如《建筑法》规定的“没有办理开工许可证不得施工”,还有合同登记备案的规定等,其规定本身并不禁止建设工程的承发包交易,因此并不导致合同无效。(2)如违反效力禁止性规范,特别是涉及公共利益保护,例如违反未经用地和规划审批不得进行工程项目建设的规定等。这些规定为建设工程的承发包交易设立的前提条件,如果不具备这些前提条件,建设工程项目本身就是非法的,当事人就此签订的合同自然也就是无效的。如果当事人能够在诉讼中补齐相关审批手续,则可以认定合同有效。

安徽省宣城市中级人民法院《关于审理建设工程施工合同纠纷案件若干问题的指导意见(试行)》(宣中法〔2013〕19号)

建设工程施工合同的效力

第八条 发包人或承包人以未取得建筑工程施工许可证为由,主张双方签订的建设工程施工合同无效的,人民法院不予支持。

江苏省盐城市中级人民法院《关于审理建设工程施工合同纠纷案件若干问题的指导意见》(盐城市中级人民法院审判委员会2010年7月15日第9次会议讨论通过)

3. 建设工程施工许可证的取得与否,不影响发包人与承包人签订的施工合同效力。
4. 承包人跨行政区域承揽工程所签订的建设工程施工合同,不因未办理外来施工企业承包工程许可手续而认定无效。

广东省深圳市中级人民法院《关于建设工程合同若干问题的指导意见》(2010年3月9日审判委员会第6次会议修订)

1. 人民法院受理的建设工程施工合同纠纷,在审理过程中,如行政主管部门正在对涉案工程的合法性进行审查处理,应中止审理,待行政主管部门作出有效决定后恢复审理。涉案工程被认定为非法建筑的,应认定合同无效,承包人请求参照合同支付工程价款的,应予支持。在开庭前,涉案工程已按行政主管部门规定补办手续,建设工程施工合同有效。

2. 人民法院受理的建设工程施工合同纠纷,在审理过程中,一方当事人以涉案工程未取得土地使用权或建设用地规划许可、建设工程规划许可主张合同无效的,在开庭前发包人仍未取得土地使用权及上述行政许可的,应认定施工合同无效;开庭前已经取得土地使用权及上述行政许可,但未取得施工许可的,应认定施工合同有效。

深圳仲裁委员会《关于审理建设工程施工合同案件若干问题的意见》(2006年1月17日)

(三)承包人为外省市施工企业的,即使该施工企业未在工程所在地办理外来施工企业施工许可证,一般不以此为由认定合同无效。

合同示范文本

《2017 建设工程施工合同(示范文本)》(GF-2017-0201)

第二部分 通用合同条款

2. 发包人

2.1 许可或批准

发包人应遵守法律,并办理法律规定由其办理的许可、批准或备案,包括但不限于建设用地规划许可证、建设工程规划许可证、建设工程施工许可证、施工所需临时

用水、临时用电、中断道路交通、临时占用土地等许可和批准。发包人应协助承包人办理法律规定的有关施工证件和批件。

因发包人原因未能及时办理完毕前述许可、批准或备案，由发包人承担由此增加的费用和（或）延误的工期，并支付承包人合理的利润。

二、规划许可裁判依据或参考

司法解释及其他

《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）》（2019年2月1日 法释〔2018〕20号）

第二条 当事人以发包人未取得建设工程规划许可证等规划审批手续为由，请求确认建设工程施工合同无效的，人民法院应予支持，但发包人在起诉前取得建设工程规划许可证等规划审批手续的除外。

发包人能够办理审批手续而未办理，并以未办理审批手续为由请求确认建设工程施工合同无效的，人民法院不予支持。

《最高人民法院关于审理建设工程合同纠纷案件的暂行意见》（2002年8月5日）

11. 发包人经审查被批准用地，并已取得建设用地规划许可证，只是用地手续尚未办理而未能取得土地使用权证的，不宜将因发包人的用地手续在形式上存在欠缺而认定所签订的建设施工合同无效。

12. 违反《建设工程规划许可证》的规定，超规模建设所签订的建设工程施工合同经批准可补办手续，且无违反其他法律规定的，应确认合同有效。

最高人民法院《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》

第五条〔违法建筑施工合同无效〕

当事人以发包人未取得建设用地规划许可证、建设工程规划许可证为由，请求认定建设工程施工合同无效的，人民法院应予支持。但发包人一审法庭辩论终结前取得建设用地规划许可证、建设工程规划许可证的，人民法院不予支持。

地方司法性文件及其他

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若干疑难问题的解答》
(2012年8月6日 京高法发〔2012〕245号)

一、建设工程施工合同效力的认定

1. 未取得建设审批手续的施工合同的效力如何认定？

发包人就尚未取得建设用地规划许可证、建设工程规划许可证等行政审批手续的工程，与承包人签订的建设工程施工合同无效。但在一审法庭辩论终结前发包人取得相应审批手续或者经主管部门批准建设的，应当认定合同有效。

江苏省高级人民法院《建设工程施工合同案件审理指南》(2010年)

建设工程施工合同的效力是审理建设工程施工合同纠纷案件首要审查的内容。即使当事人对建设工程施工合同的性质与效力未产生争议，人民法院也应当就合同的性质与效力进行强制审查，不受当事人请求的影响。

(三) 建设工程施工合同的无效情形

4. 发包人在一审庭审结束前未取得土地使用权证、建设工程规划许可证的。

江苏省高级人民法院《建设工程施工合同案件审理指南》(2010年)

(七) 施工合同约定的建设工程是“三无”工程或被行政主管部门认定为违法建筑工程价款的结算。

什么是违法建筑，或者说是违章建筑？违法建筑是指未取得建设工程规划许可证或者未按照建设工程规划许可证规定内容建设的房屋及建筑物为违法建筑。所谓“三无”工程，指未取得土地使用权证、未取得建筑工程规划许可证、未办理报建手续的工程。对于这样的工程，如果发包人和承包人签订了施工合同，其效力如何？正式公布的法释〔2004〕14号未作明确规定。认为合同应当有效的理由是：房屋建设者违反《城乡规划法》等公法的规定，引起的法律后果是接受相关行政部门的处罚，其私法行为效力不受违反公法影响。《城乡规划法》第六十四条规定：未取得建设工程规划许可证或者未按照建设工程规划许可证的规定进行建设的，由县级以上地方人民政府城乡规划主管部门责令停止建设；尚可采取改正措施消除对规划实施的影响的，限期改正，处建设工程造价百分之五以上百分之十以下的罚款；无法采取改正措施消除影

响的，限期拆除，不能拆除的，没收实物或者违法收入，可以并处建设工程造价百分之十以下的罚款。

我们认为应认定无效。一是2002年8月《最高人民法院关于审理建设工程合同纠纷的暂行意见》第十条规定：“发包人与承包人签订未取得土地使用权证、未取得建筑工程规划许可证、无办理报建手续的‘三无’工程建设施工合同，应确认无效；但在审理期间已补办手续的，应确认合同有效。”二是违章建筑具有违法性。具体体现在：①违法建筑违反了《城乡规划法》规定。②《城乡规划法》对此作出的规定是强制性的规定，是有关合同效力性的规定。三是国家对违法建筑持否定性评价，是因为违法建筑损害了国家利益，规避了国家对规划体系、建筑产品质量、房地产交易市场等系列行为的监管，使得违法建筑在现行体制以外生存，直接危及社会的公共安全，直接危及人民群众的生命财产安全。违法建筑直接损害国家和社会公共利益，并不是在当事人私权范畴内就能解决的问题，人民法院作为公权力的行使者，应当旗帜鲜明地认定就违法建筑订立的合同无效。四是建设工程的特殊性决定了建设工程施工合同效力必然受建设审批手续的影响。建设工程具有不可移转、投资大、对周围环境影响大、涉及人民群众生命财产安全等特点，这些特点也决定了国家对建设工程从建设审批手续上必须作出严格规定和要求，否则有损公共利益。五是由于未取得土地使用权证、未取得建筑工程规划许可证的工程，无法进行竣工验收和备案，也就无法申领到相关权属证书。故该类合同应依据《合同法》第五十二条的规定认定为无效合同。

因违法建筑或“三无”工程严重违反了《土地管理法》《城乡规划法》，这样的建设工程无论工程质量是否合格，都不作为支付工程价款的依据，均应立即拆除和返还所支付的工程款。发包人或承包人的损失，是发包人的过错，发包人对自己的损失自负，同时应赔偿承包人的施工中支付人工费、材料费等实际损失；是承包人的过错，承包人对自己的损失自负，同时应赔偿发包人材料费等实际损失。双方都有过错，按过错大小各自承担相应的赔偿责任。

江苏省盐城市中级人民法院《关于审理建设工程施工合同纠纷案件若干问题的指导意见》（盐城市中级人民法院审判委员会2010年7月15日第9次会议讨论通过）

一、合同效力及主体

发包人未取得土地使用权证、建设工程规划许可证或未办理建设用地审批手续、建设工程规划审批手续而签订的施工合同，一般也应当认定无效。但在一审法庭辩论

终结前补办相关手续的，可以认定有效。

广东省高级人民法院《关于审理建设工程合同纠纷案件的暂行规定》(2000年7月28日 粤高法〔2000〕31号)

10. 发包人与承包人签订未取得土地使用权证、未取得建设工程规划许可证、无办理报建手续的“三无”工程建设施工合同，应确认无效；但在审理期间已补办手续的，应确认合同有效。

11. 发包人经审查被批准用地，并已取得《建设用地规划许可证》，只是用地手续尚未办理而未能取得土地使用权证的，不宜将因发包人的用地手续在形式上存在欠缺而认定所签订的建设施工合同无效。

12. 违反《建设工程规划许可证》的规定，超规模建设所签订的建设工程合同经批准可补办手续，且无违反其他法律规定的，应确认合同有效。

广东省高级人民法院《全省民事审判工作会议纪要》(2012年6月26日 粤高法〔2012〕240号)

18. 建设工程没有取得建设工程规划许可证，属于违法建筑，就该违法建筑所签订的施工合同无效。但在一审法庭辩论终结前取得建设工程规划许可证或者经主管部门批准建设的，应当认定该施工合同有效。

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》(2012年2月23日 浙法民一〔2012〕3号)

二、如何认定未取得“四证”而签订的建设工程施工合同的效力？

发包人未取得建设用地规划许可证或建设工程规划许可证，与承包人签订建设工程施工合同的，应认定合同无效；但在一审庭审辩论终结前取得建设用地规划许可证和建设工程规划许可证或者经主管部门予以竣工核实的，可认定有效。

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》(2015年3月16日 川高法民一〔2015〕3号)

2. 未取得建设审批手续的建设工程施工合同的效力如何认定？

未取得建设用地规划许可证、建设工程规划许可证签订的建设工程施工合同无效。

但在审理期间取得建设用地使用权，办理了相应审批手续或者经行政主管部门批准建设且已经竣工验收合格的，应当认定为有效。

建设单位未领取施工许可证的，不影响建设工程施工合同的效力。

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》(安徽省高级人民法院审判委员会 2009 年 5 月 4 日第 16 次会议通过)

7. 发包人未取得建设工程规划许可证，与承包人签订建设工程施工合同的，应认定合同无效，但起诉前取得规划许可证的，应认定合同有效。

违反建设工程规划许可证规定超规模建设的，所签订的建设工程施工合同无效，但起诉前补办手续的，应认定合同有效。

江西省高级人民法院《2004 年全省法院民事审判工作座谈会纪要》(2004 年 12 月 16 日 赣高法〔2005〕52 号)

五、关于建设工程合同纠纷案件审理

2. 合同部分条款违反法律、行政法规强制性规定的，不影响其余条款的效力。该部分条款属于行政审批手续内容，且系合同生效特别要件的，如果当事人在一审诉讼期间补办了相关手续，可认定合同有效。

第 13 节 独立保函的效力认定

——独立担保函，效力如何定？（独立保函）

类型一、独立担保的约定不能变更担保的从属性

257. 独立担保在国内商事交易中具有从属性——见票即付银行保函是由银行提供的担保书，其性质属于独立担保。独立担保只能在国际商事交易中使用，在国内商事交易中仍然具有从属性，即独立担保的约定不能变更担保的从属性。

案例 257. 甘肃省高级人民法院（2014）甘民二终字第 231 号“甘肃省酒泉市浩海煤化有限公司与东北金城建设股份有限公司、中国工商银行股份有限公司玉门支行建设工程施工合同纠纷案”



2012 年 8 月 30 日，持有所谓被告东北金城建设股份有限公司相关证照资料及授权委托书的曹东，以被告东北金城建设股份有限公司的名义，经议标，与作为发包人的原告酒泉市浩海煤化有限公司，签署了建设工程施工合同。在合同第一部分协议书第十条中约定：合同签订并发包人收到承包人银行履约保函（合同签订后 7 日内承包人向发包人提供银行履约保函）后生效。在第三部分专用条款第 11 项工程预付款条款中约定：合同签订后 7 日内，承包人向发包人提供 500 万的银行履约保函，发包人同时支付等额的工程预付款。同时在第三部分专用条款第 23 项担保条款 23.1 中，双方对担保事项约定：承包人向发包人提供履约保证金，担保方式为保证金或由银行出具的以发包人为受益人的不可撤销的履约保函。

合同签订后，被告中国工商银行股份有限公司玉门支行副行长蒋祁海，在未得到

相应担保，并未经相关审批的情况下，擅自于2012年9月19日，依据原告酒泉市浩海煤化有限公司提供的履约保函样本，向原告酒泉市浩海煤化有限公司出具经其签名、并加盖被告中国工商银行股份有限公司玉门支行印章的银行履约保函一份，为东北金城建设股份有限公司承建的煤化工及资源综合利用循环经济项目1号焦炉及配套工程向原告酒泉市浩海煤化有限公司不可撤销、无条件的担保以下内容：1. 如果承包人在任一方面不能履行合同或违约，则根据发包人第一次提出的不带证据和条件的要求，担保人在收到其要求后14天内，不论承包人或任何第三方是否有异议或反对，担保人都应立即无条件支付总额为人民币五百万元（5000000.00元）的担保金。2. 在征得或未征得担保人同意的条件下，无论承包人或发人间签订何种协议，或者无论发包人在合同项下的义务发生何种变化，或者无论承包人对于付款时间、履行情况以及其他事项作出何种让步，或无论发包人或承包人的名字组织机构发生何种改变，都不能免除担保人的担保责任。3. 本保函持续有效，有效力将相应地保持到该工程最终验收通知单签发日期，或合同终止后3个月，二者以先为准。4. 担保人同意，无论未偿还金额能否通过法律行为或仲裁方式获得，并且无论这笔未偿还金额是否由于承包商亏损、损坏、花费以及由于发包人的某些原因造成的，担保人同样给予担保。

之后，原告酒泉市浩海煤化有限公司按照合同约定向曹东支付了500万元预付款，曹东组织工人于2012年当年进行了部分工程施工后停工，对于已完工程量双方始终未形成结算结果。

原告酒泉市浩海煤化有限公司认为曹东在履约过程中存在违约行为，遂提起诉讼，要求被告中国工商银行股份有限公司玉门支行在保函规定的时间内无条件全额支付担保金500万元。

一审法院认为，原告酒泉市浩海煤化有限公司据以向被告中国工商银行股份有限公司玉门支行主张权利的银行履约保函，具有保证无条件、不可撤销地付款的内容，既包括效力上的独立，又包括抗辩权上的独立，具备独立保函的特征，属于独立担保。根据我国社会经济发展状况，《中华人民共和国担保法》将保证的方式规定为一般保证和连带责任保证两种，该法第五条所规定的“担保合同另有约定”，并非指有关独立保函的约定，而应是有关担保合同无效后当事人如何分担责任的约定。同时，由于考虑到独立担保责任的异常严厉性，以及使用该制度可能产生欺诈和滥用权利的弊端，易引起更多纠纷，从而损害社会公共利益。因此在国内民事活动中不应采取此种独立担保的方式，国内保证即便约定了独立保函条款，对此有关独立性的约定也应为无效。

否定担保独立性，并不意味着保证合同当然无效，判断保证合同是否无效，要依法审查是否具有导致保证合同无效的其他情形。因本案所涉的建设工程施工合同，系原告酒泉市浩海煤化有限公司作为发包方与持有被告东北金城建设股份有限公司相关证照资料及授权委托书的曹东所签，对于签订合同时曹东所持有的相关证照资料及加盖公章的真实性，被告东北金城建设股份有限公司不认可，其事先未曾授权曹东签订合同，事后亦未予追认；同时，原告酒泉市浩海煤化有限公司在庭审中认可，签订的建设工程施工合同上加盖的被告东北金城建设股份有限公司的印章，与本院依法从沈阳印章制作研究中心调取的被告东北金城建设股份有限公司印章印模不一致。曹东以被告东北金城建设股份有限公司名义与原告签订建设工程施工合同的行为，属无权代理，因其并未得到被告东北金城建设股份有限公司的追认，依据《中华人民共和国合同法》第四十八条规定，涉案双方所签订的建设工程施工合同应为无效。故作为从合同的保证合同也因主合同无效而无效。原告以保证合同有效要求被告中国工商银行股份有限公司玉门支行按照银行履约保函支付500万元履约保证金的诉讼请求，与《中华人民共和国担保法》的规定不符。本案中原告并未提供施工方违约以及违约造成损失的相关证据，经释明后也不要求本院对施工方违约的事实进行审理，亦未变更诉讼请求，主张被告承担担保合同无效后的赔偿责任。因此，对于原告要求被告中国工商银行股份有限公司玉门支行支付履约保证金的诉讼请求，于法无据，本院不予支持。判决：驳回原告酒泉市浩海煤化有限公司对被告中国工商银行股份有限公司玉门支行的诉讼请求。案件受理费47640元，由原告酒泉市浩海煤化有限公司承担。

后酒泉市浩海煤化有限公司提起上诉，请求二审法院依法撤销（2013）酒民二初字第9号判决，查清事实依法改判本案。

二审争议焦点：1. 是国内商事交易领域能否运用独立担保，即能否确认涉案担保的独立性；2. 被上诉人应否承担本案保证责任，如属无效保证被上诉人是否承担的赔偿责任。

二审裁判要点：1. 涉案履约保函是由银行提供的担保书，其性质属于独立担保。根据《中华人民共和国担保法》第五条第一款以及最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》，独立担保只能在国际商事交易中使用，在国内商事交易中仍然具有从属性，即独立担保的约定不能变更担保的从属性。

2. 关于被上诉人中国工商银行股份有限公司玉门支行应否承担本案保证责任及赔偿责任的问题。本案所涉的主合同，即上诉人酒泉市浩海煤化有限公司作为发包方与

曹东所签建设工程施工合同，因被上诉人东北金城建设股份有限公司认为其事先并未曾给曹东授权，事后亦未予追认，对曹东签订合同时所持有的相关证照资料及授权委托书加盖公章的真实性不予认可。加之曹东加盖在东北金城建设股份有限公司的印章，与原审法院依法从沈阳印章制作研究中心调取的该公司印章印模不一致。故曹东的行为，属无权代理。原审法院认为因涉案双方所签订的建设工程施工合同应为无效，作为从合同的保证合同也因此而无效，被上诉人中国工商银行股份有限公司玉门支行不应承担保证责任，原判驳回上诉人酒泉市浩海煤化有限公司被上诉人中国工商银行股份有限公司玉门支行支付500万元履约保证金的诉讼请求，是正确的。同时本案上诉人并未变更诉讼请求，提起被上诉人承担担保合同无效后赔偿责任之诉。因此，上诉人酒泉市浩海煤化有限公司关于确认作为保证合同的银行履约保函有效并要求被告中国工商银行股份有限公司玉门支行按约承担保证责任的上诉理由不能成立。

综上，二审法院判决驳回上诉，维持原判。

类型二、履约保函具有独立性

258. 案涉履约保函符合独立保函的认定条件，非案涉建设工程施工合同的从合同，不适用担保法关于一般保证或连带保证的相关规定；独立保函的单据性是指独立保函应该遵守单据交易的原则，受益人仅需提交与保函约定相符的文件，即可要求保证人履行付款义务，而保证人也不必关注基础合同项下合同履行的情况。

保函项下付款请求纠纷，不构成独立保函欺诈，亦无需就案涉基础交易相关事实进行审查，故案涉履约保函的指示人非本案必要诉讼参与人，一审法院未追加其作为第三人并无不当。

案例 258. 南通市中级人民法院（2016）苏06民终2779号“五冶集团上海有限公司与中国建设银行股份有限公司启东支行保证合同纠纷案”



2013年9月，五冶上海公司作为发包方，江苏中信公司作为承包方，双方签订了一份《沙特 SABICPCO-2 罐区项目土建工程施工合同》，合同约定承包人应在签订合同后的14日内向发包人提交一份由银行开出不可撤销的且应发包人第一次要求即可付款的履约担保书，以保证承包人履行合同约定的义务。

2013年9月23日，建行启东支行向五冶上海公司出具编号B-QD2013-112的《履约保函》。

2015年12月22日，五冶上海公司通过EMS快递向建行启东支行邮寄《索赔通知书》《关于中信建设集团有限公司违约的通知》，2015年12月27日，江苏中信公司向建行启东支行发出请求拒付函，认为五冶上海公司要求索赔的理由不成立，请求拒付。同日，江苏中信公司函致五冶上海公司，认为由于五冶上海公司的原因导致工期延误，不应该进行索赔。

五冶上海公司向一审法院起诉请求：判令建行启东支行立即向其支付8738400元并承担本案诉讼费。

一审法院认为，见索即付的独立保函系指银行、保险公司或者其他机构或者个人以书面形式出具的担保书、保证书、或其他付款承诺，不论其名称或描述如何，规定在收到符合承诺条款的付款要求以及保函可能规定的其他单据时即予以付款。就其性质而言，保函与可能作为其基础的合同或者投标条件是相互独立的交易，保函项下的担保人的义务是在收到表面上与保函条款相一致的书面付款要求及保函所规定的其他文件后支付保函所规定的金额。本案中，建行启东支行作为保证人向五冶上海公司出具的履约保函未违背法律、行政法规的强制性规定，合法有效。该履约保函规定建行启东支行承担的是“无条件、不可撤销地担保”及“无条件的、不可撤销的直接责任”，同时约定“无论承包商有任何反对，银行将凭……在72小时内按贵方提出的累计金额不超过上述金额的款项和按贵方通知规定的方式支付给贵方”。从该履约保函的内容看，建行启东支行为江苏中信公司提供的担保关系系脱离基础法律关系的独立担保关系，案涉履约保函是不可撤销的、见索即付的独立保函。虽我国的相关法律对独立保函未作出专项规定，但根据《中华人民共和国担保法》第五条第一款：“担保合同是主合同的从合同，主合同无效，担保合同无效。担保合同另有约定的，按照约定。”的规定，当事人可以对独立担保关系进行约定。该保函系对境外工程的担保，因此涉案保函系服务于国际商事贸易，其关于保函具有独立性的约定应认定为有效。

案涉履约保函是不可撤销的见索即付独立保函，保函的款项构成银行不可撤销的

直接保证责任，出具保函的银行在收到符合承诺条款的书面付款要求时，应支付保函所规定的金额。现根据查明事实，在保函约定的期限内，工程尚未竣工验收，保函也未能延期，故五冶上海公司向建行启东支行提出索赔请求，符合保函约定的条件，建行启东支行应按约承担支付义务。至于五冶上海公司与江苏中信公司就所涉工程的纠纷，双方应根据合同约定及各自责任承担进行协商或由相关机关予以处理，并不影响本案中建行启东支行独立承担责任。判决：建行启东支行于判决生效之日起十日内支付五冶上海公司 8738400 元。如果未按判决指定的期间履行给付金钱义务，应当依照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百五十三条之规定，加倍支付迟延履行期间的债务利息。案件受理费 72968 元减半收取 36484 元，由建行启东支行负担。

二审争议焦点：建行启东支行是否负有依照履约保函支付款项的义务。

二审裁判要点：在本案审理期间，《最高人民法院关于审理独立保函纠纷案件若干问题的规定》施行，该规定对独立保函的性质、审查标准、适用情形等问题均进行了明确，故依照该规定相关条款，建行启东支行应承担案涉履约保函所约定的付款义务，具体分述如下：

第一，案涉保函符合独立保函的形式要件。根据《最高人民法院关于审理独立保函纠纷案件若干问题的规定》第一条规定，“独立保函是指银行或非银行金融机构作为开立人，以书面形式向受益人出具的，同意在受益人请求付款并提交符合保函要求的单据时，向其支付特定款项或在保函最高金额内付款的承诺。”本案中，建行启东支行向五冶上海公司出具的履约保函中明确约定，只要五冶上海公司确定承包商未能忠实地履行所有合同文件的规定，无论承包商有任何反对，银行将凭五冶上海公司关于承包商违约说明的书面通知及保函正本，在 72 小时内按五冶上海公司提出的累计金额不超过 8738400 元的款项和按其通知规定的方式支付给五冶上海公司。该保函已载明见索即付，对据以付款的单据即“关于承包商违约说明的书面通知”以及最高金额亦有明确约定，故案涉履约保函应认定为独立保函，并非案涉建设工程施工合同的从合同，故不适用担保法关于一般保证或连带保证的相关规定。

第二，案涉保函约定的付款条件已成就。独立保函的单据性是指独立保函应该遵守单据交易的原则，受益人仅需提交与保函约定相符的文件，即可要求保证人履行付款义务，而保证人也不必关注基础合同项下合同履行的情况。而《最高人民法院关于审理独立保函纠纷案件若干问题的规定》第六条规定，“受益人提交的单据与独立保函条款之间、单据与单据之间表面相符，受益人请求开立人依据独立保函承担付款责任

的，人民法院应予支持。开立人以基础交易关系或独立保函申请关系对付款义务提出抗辩的，人民法院不予支持，但有本规定第十二条情形的除外。”该条款使得独立保函的单据性特征更加突出。案涉保函为履约保函，从文义上理解，系为确保江苏中信公司能正常履行合同约定所设立，现因案涉工程尚未验收合格且江苏中信公司未能延长保函有效期，履约保函中约定的给付条件已经成就，五冶上海公司有权据此向建行启东支行主张保函所涉款项。五冶上海公司依据《索赔通知书》《关于中信建设集团有限公司违约的通知》向建行启东支行主张权利，两份通知与独立保函中要求的单据表面相符且内容亦与独立保函条款一致，故建行启东支行理应按照履约保函的约定承担相应付款责任。

第三，案涉保函不适用欺诈例外原则。《最高人民法院关于审理独立保函纠纷案件若干问题的规定》第十二条规定，“具有下列情形之一的，人民法院应当认定构成独立保函欺诈：（一）受益人与保函申请人或其他人串通，虚构基础交易的；（二）受益人提交的第三方单据系伪造或内容虚假的；（三）法院判决或仲裁裁决认定基础交易债务人没有付款或赔偿责任的；（四）受益人确认基础交易债务已得到完全履行或者确认独立保函载明的付款到期事件并未发生的；（五）受益人明知其没有付款请求权仍滥用该权利的其他情形。”案涉基础交易即五冶上海公司与江苏中信公司之间的建设工程施工纠纷，虽已由中国国际经济贸易仲裁委员会立案，但尚未有处理结果，故无法确认基础交易债务人江苏中信公司并无付款或赔偿责任，且建行启东支行亦无证据证明案涉履约保函存在上述构成独立保函欺诈的其他情形，故其关于五冶上海公司就案涉履约保函构成欺诈并要求就所涉基础交易进行审查的主张，缺乏事实与法律依据，本院不予采信。

第四，江苏中信公司并非必要的诉讼参与者。《最高人民法院关于审理独立保函纠纷案件若干问题的规定》第十九条规定，“保函申请人在独立保函欺诈诉讼中仅起诉受益人的，独立保函的开立人、指示人可以作为第三人申请参加，或由人民法院通知其参加。”本案系保函项下付款请求纠纷，并非独立保函欺诈诉讼，亦无需就案涉基础交易相关事实进行审查，故案涉履约保函的指示人即江苏中信公司并非本案必要诉讼参与者，一审法院未追加其作为第三人并无不当。

综上，判决驳回上诉，维持原判。

259. 独立保函的性质决定了开立人付款义务的单务性、独立性和单据性, 单据是决定开立人能否付款的唯一性, 其独立于基础法律关系和其他法律关系。开立人仅处理单据而不受基础交易法律关系和独立保函申请法律关系的有效性、修改、转让、履行等情况影响。独立保函的基本运作原理是受益人凭形式化的单据从开立人处获得付款, 其后由受益人和债务人另行就基础债权债务关系再作清结。

案例 259. 成都市中级人民法院 (2016) 川 01 民初 1021 号 “成都市第四建筑工程公司与四川国栋建设集团有限公司、中国建设银行股份有限公司深圳南山支行建设工程施工合同纠纷案”



2013 年 10 月 9 日, 国栋集团 (发包人) 与成都四建 (承包人)、四川国栋建设股份有限公司 (工程管理人) 签订了《建设工程施工合同》, 第七条约约定合同组成文件包括 3. 履约保函样本等。第 10.3 条约定 “经三方法定代表人和授权代表人签字并加盖单位公章后, 承包人须在本合同签订后 15 个工作日内按合同组成文件 3. 履约保函样本内容向发包人提交合同暂定包干总价的 10% (即 36912735.14 元) 无条件见索即付的银行履约保函”。

建行南山支行于 2013 年 10 月 24 日开具《履约保函》一份, 受益人为国栋集团。建行南山支行于 2014 年 12 月 15 日出具《保函修改函》一份, 延长上述《履约保函》期限至 2016 年 2 月 3 日止。建行南山支行于 2016 年 1 月 15 日出具《保函修改函》一份, 延长上述《履约保函》期限至 2016 年 7 月 3 日止。

2016 年 5 月 3 日, 国栋集团向建行南山支行发出《索偿通知书》, 建行南山支行于 2016 年 5 月 5 日收到。

2016 年 5 月 18 日, 法院 (2016) 川 01 财保 58 号《民事裁定书》对国栋集团在建行南山支行索偿的 36912735.14 元款项予以冻结, 建行南山支行尚未依据《履约保函》向国栋集团支付任何款项。案涉工程至今未竣工验收合格。成都四建与国栋集团因建设工程施工结算纠纷在本院另案诉讼中。

原告成都四建向法院提出诉讼请求：1. 依法确认被告国栋集团针对编号为“建保2013-1007-5795”《履约保函》的索赔行为构成欺诈，其索赔行为无效；2. 判令第三人建行南山支行终止向被告国栋集团支付编号为“建保2013-1007-5795”《履约保函》项下金额为36912735.14元的款项；3. 诉讼费由被告国栋集团承担。

争议焦点：1. 成都四建是否是适格原告；2. 国栋集团索偿行为是否构成欺诈，是否无效；3. 成都四建诉请建行南山支行终止向国栋集团支付《履约保函》项下金额是否成立。

裁判要点：基于成都四建与国栋集团因《建设工程施工合同》履行需要，成都四建向建行南山支行申请开具以国栋集团为受益人的履约保函，案涉《履约保函》及其修改函是各方当事人的真实意思表示，内容不违反法律、行政法规的强制性规定，应属合法有效。

关于成都四建是否是适格原告。根据《中华人民共和国民事诉讼法》第一百一十九条“原告是与本案有直接利害关系的公民、法人和其他组织”。本案系因保函索赔而产生的纠纷，而原告成都四建作为案涉《建设工程施工合同》的签约当事人以及见索即付保函的申请人，其与本案有直接利害关系，因此成都四建是适格原告，其提起本案诉讼符合法律规定。

关于案涉保函性质。《最高人民法院关于审理独立保函纠纷案件若干问题的规定》第一条规定：“本规定所称的独立保函，是指银行或非银行金融机构作为开立人，以书面形式向受益人出具的，同意在受益人请求付款并提交符合保函要求的单据时，向其支付特定款项或在保函最高金额内付款的承诺。第三条规定：“保函具有下列情形之一，当事人主张保函性质为独立保函的，人民法院应予支持，但保函未载明据以付款的单据和最高金额的除外：……（三）根据保函文本内容，开立人的付款义务独立于基础交易关系及保函申请法律关系，其仅承担相符交单的付款责任……”根据上述规定，案涉《履约保函》的性质应当认定为独立保函。理由如下：1. 该《履约保函》是由建行南山支行作为开立人，以书面形式向国栋集团出具的，同意在国栋集团向建行南山支行发出书面索偿通知时，向国栋集团在保函最高金额内付款的承诺。2. 《履约保函》载明索偿通知须说明成都四建没有履行合同中约定的义务，不管成都四建提出任何理由，建行南山支行收到国栋集团书面索偿通知后的十五个工作日内向国栋集团付款。从该文本内容来看，索偿通知只要说明了成都四建形式上未按约履行义务即可，并不要求具体审查基础交易关系中违约原因及违约责任大小，因此，建行南山支行的

付款义务应当是独立于基础交易关系。3.《履约保函样本》是成都四建与国栋集团的合同组成部分，该保函样本表述为“见索即付”，还约定开立人的付款义务完全独立，不取决于任何交易、合同等，也能够印证案涉《履约保函》性质应当属于独立保函。独立保函的性质决定了开立人付款义务的单务性、独立性和单据性，单据是决定开立人能否付款的唯一性，其独立于基础法律关系和其他法律关系。开立人仅处理单据而不受基础交易法律关系和独立保函申请法律关系的有效性、修改、转让、履行等情况影响。独立保函的基本运作原理是受益人凭形式化的单据从开立人处获得付款，其后由受益人和债务人另行就基础债权债务关系再作清结。

关于国栋集团索偿行为是否构成欺诈，是否无效。《最高人民法院关于审理独立保函纠纷案件若干问题的规定》第十二条规定：“具有下列情形之一的，人民法院应当认定构成独立保函欺诈：（一）受益人与保函申请人或其他人串通，虚构基础交易的；（二）受益人提交的第三方单据系伪造或内容虚假的；（三）法院判决或仲裁裁决认定基础交易债务人没有付款或赔偿责任的；（四）受益人确认基础交易债务已得到完全履行或确认独立保函载明的付款到期事件并未发生的；（五）受益人明知其没有付款请求权仍滥用该权利的其他情形”。本案成都四建主张国栋集团在合同解除后提出索偿，且索偿理由不成立，国栋集团的行为符合上述规定第（五）项滥用付款请求权的欺诈情形，对此，本院认为，成都四建与国栋集团存在真实的建设工程施工合同法律关系。成都四建与国栋集团因建设工程施工合同法律关系而产生的债权债务尚未最终明确，双方在基础交易中是否构成违约以及承担责任大小应属另案审查范畴，在双方就此存在争议的情形下，根据独立保函先付款后争议的设立机制，成都四建提交的证据不足以证明国栋集团明知没有付款请求权而滥用诉权情形。另成都四建也未能举证证明国栋集团的索偿行为符合上述规定的其他欺诈情形，成都四建应当承担举证不能的法律后果，其关于国栋集团索偿行为构成欺诈的主张本院不予采信。同理，成都四建关于索偿行为无效的主张，缺少事实和法律依据，本院不予支持。

关于成都四建诉请建行南山支行终止向国栋集团支付《履约保函》项下金额的问题。《最高人民法院关于审理独立保函纠纷案件若干问题的规定》第二十条：“人民法院经审理独立保函欺诈纠纷案件，能够排除合理怀疑地认定构成独立保函欺诈，并且不存在本规定第十四条第三款情形的，应当判决开立人终止支付独立保函项下被请求的款项”。因国栋集团的行为不构成独立保函欺诈，成都四建依据上述规定主张建行南山支行终止支付没有事实和法律依据，不能成立。

综上所述，判决驳回原告成都市第四建筑工程公司的诉讼请求。

260. 承、发包双方签订的建设工程施工合同解除后，依据原合同约定，承包人向发包人出具的《履约保证书》并未解除，发包人依据独立保函取得索赔款不构成不当得利，双方可依据《解除合同协议》对违约责任及损失继续梳理，然后与保函项下已支付的担保款项数额一并清算。

案例 260. 最高人民法院（2014）民申字第 418 号“中国建筑第五工程局有限公司与和记黄埔地产（成都）温江有限公司不当得利纠纷案”



法院再审认为，发包人和记黄埔温江公司依据《履约保证书》取得中行湖南省分行支付的 1889 万元是否构成不当得利是本案争议焦点。

（一）关于《履约保证书》是否已变更或解除的问题。承包人中建五局认为《履约保证书》仅为双方施工合同项下的担保条款，应当随着主合同的解除而终止履行。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》第十条规定：“主合同解除后，担保人对债务人应当承担的民事责任仍应承担担保责任。但是，担保合同另有约定的除外”。2006 年 12 月 13 日，中行湖南省分行应中建五局申请向和记黄埔温江公司出具《履约保证书》，第 5 项约定：“此履约保证书对总承包方及担保人双方本身、其继任人及受让人均共同和分别地有不可撤销的约束力”。2009 年 9 月 15 日，中建五局与和记黄埔温江公司签订的《解除合同协议》，对担保事宜亦未作任何说明。综上，中建五局的该项再审申请理由不能成立。

（二）中行湖南省分行支付和记黄埔温江公司 1889 万元是否有合法根据。2006 年 12 月 11 日，中建五局向中行湖南省分行出具《关于开具银行履约保函 / 备用信用证的申请书》，要求中行湖南省分行“按照国际惯例及国家有关法规以及贵行的有关规定办理保函 / 备用信用证项下的一切事宜”，并承诺“我司绝不以合同执行情况或一切事实背景为依据拒绝偿付，并放弃一切抗辩及追索的权利”。同日，中建五局还向中行湖南省分行出具《承诺函》，表明“保函见索即付风险我单位已经知晓”等。据此，中行湖南省分行向和记黄埔温江公司开具涉案《履约保证书》。2012 年 2 月 16 日，和记黄

埔温江公司向中行湖南省分行发出索款通知后，中行湖南省分行书面通知了中建五局，中建五局仅向中行湖南省分行发出委托函，中行湖南省分行根据该委托回复并要求和记黄埔温江公司提供相关文件。和记黄埔温江公司回复中行湖南省分行，认为要求其提交与中建五局协商一致的文件或相关生效裁判文书作为承担保证责任的前置条件，是不符合《履约保证书》约定的。后中行湖南省分行致函中建五局，告知了其速办理案涉保函索赔款的自行划账支付手续。中建五局未再提出异议。综上，中建五局认为和记黄埔温江公司取得履约保证金没有合法依据的主张不能成立。

（三）关于二审判决适用法律是否正确的问题。二审判决认定中行湖南省分行为中建五局提供的担保属于独立担保关系，案涉银行保函是不可撤销的、见索即付保函的独立保函。我国有关担保的相关法律虽未对独立保函作出专项规定，但根据《中华人民共和国担保法》第五条第一款：“担保合同是主合同的从合同，主合同无效，担保合同无效。担保合同另有约定的，按照约定。”的规定，双方约定的独立担保关系成立并生效，和记黄埔温江公司取得独立保函项下钱款具有合同依据，不属于《中华人民共和国民法通则》第九十二条规定的情形，不构成不当得利。二审判决改判虽未引用实体法，但其作出的认定符合上述法律规定，并无不妥。

另，2009年9月15日中建五局与和记黄埔温江公司签订的《解除合同协议》解除了双方的建设工程施工合同，并约定：“甲方、乙方须承担因各自原因造成之工期延误责任，由于工期延误以致双方蒙受的直接损失双方另行协商解决”。本案实质是因双方未能及时对各自违约责任及损失协商一致而形成的纠纷。双方可对各自责任及损失继续梳理，然后与本案保函项下已支付的担保数额一并清算，实体上也不会存在和记黄埔温江公司不当得利的情形。

综裁判依据或参考

司法解释及其他

《最高人民法院关于审理独立保函纠纷案件若干问题的规定》（2016年12月1日法释〔2016〕24号）

第一条 本规定所称的独立保函，是指银行或非银行金融机构作为开立人，以书面形式向受益人出具的，同意在受益人请求付款并提交符合保函要求的单据时，向其支付特定款项或在保函最高金额内付款的承诺。

前款所称的单据，是指独立保函载明的受益人应提交的付款请求书、违约声明、第三方签发的文件、法院判决、仲裁裁决、汇票、发票等表明发生付款到期事件的书面文件。

独立保函可以依保函申请人的申请而开立，也可以依另一金融机构的指示而开立。开立人依指示开立独立保函的，可以要求指示人向其开立用以保障追偿权的独立保函。

第二条 本规定所称的独立保函纠纷，是指在独立保函的开立、撤销、修改、转让、付款、追偿等环节产生的纠纷。

第三条 保函具有下列情形之一，当事人主张保函性质为独立保函的，人民法院应予支持，但保函未载明据以付款的单据和最高金额的除外：

（一）保函载明见索即付；

（二）保函载明适用国际商会《见索即付保函统一规则》等独立保函交易示范规则；

（三）根据保函文本内容，开立人的付款义务独立于基础交易关系及保函申请法律关系，其仅承担相符交单的付款责任。

当事人以独立保函记载了对应的基础交易为由，主张该保函性质为一般保证或连带保证的，人民法院不予支持。

当事人主张独立保函适用担保法关于一般保证或连带保证规定的，人民法院不予支持。

第四条 独立保函的开立时间为开立人发出独立保函的时间。

独立保函一经开立即生效，但独立保函载明生效日期或事件的除外。

独立保函未载明可撤销，当事人主张独立保函开立后不可撤销的，人民法院应予支持。

第五条 独立保函载明适用《见索即付保函统一规则》等独立保函交易示范规则，或开立人和受益人在一审法庭辩论终结前一致援引的，人民法院应当认定交易示范规则的内容构成独立保函条款的组成部分。

不具有前款情形，当事人主张独立保函适用相关交易示范规则的，人民法院不予支持。

第六条 受益人提交的单据与独立保函条款之间、单据与单据之间表面相符，受益人请求开立人依据独立保函承担付款责任的，人民法院应予支持。

开立人以基础交易关系或独立保函申请关系对付款义务提出抗辩的，人民法院不

予支持，但有本规定第十二条情形的除外。

第七条 人民法院在认定是否构成表面相符时，应当根据独立保函载明的审单标准进行审查；独立保函未载明的，可以参照适用国际商会确定的相关审单标准。

单据与独立保函条款之间、单据与单据之间表面上不完全一致，但并不导致相互之间产生歧义的，人民法院应当认定构成表面相符。

第八条 开立人有独立审查单据的权利与义务，有权自行决定单据与独立保函条款之间、单据与单据之间是否表面相符，并自行决定接受或拒绝接受不符点。

开立人已向受益人明确表示接受不符点，受益人请求开立人承担付款责任的，人民法院应予支持。

开立人拒绝接受不符点，受益人以保函申请人已接受不符点为由请求开立人承担付款责任的，人民法院不予支持。

第九条 开立人依据独立保函付款后向保函申请人追偿的，人民法院应予支持，但受益人提交的单据存在不符点的除外。

第十条 独立保函未同时载明可转让和据以确定新受益人的单据，开立人主张受益人付款请求权的转让对其不发生效力的，人民法院应予支持。独立保函对受益人付款请求权的转让有特别约定的，从其约定。

第十一条 独立保函具有下列情形之一，当事人主张独立保函权利义务终止的，人民法院应予支持：

（一）独立保函载明的到期日或到期事件届至，受益人未提交符合独立保函要求的单据；

（二）独立保函项下的应付款项已经全部支付；

（三）独立保函的金额已减额至零；

（四）开立人收到受益人出具的免除独立保函项下付款义务的文件；

（五）法律规定或者当事人约定终止的其他情形。

独立保函具有前款权利义务终止的情形，受益人以其持有独立保函文本为由主张享有付款请求权的，人民法院不予支持。

第十二条 具有下列情形之一的，人民法院应当认定构成独立保函欺诈：

（一）受益人与保函申请人或其他人串通，虚构基础交易的；

（二）受益人提交的第三方单据系伪造或内容虚假的；

（三）法院判决或仲裁裁决认定基础交易债务人没有付款或赔偿责任的；

(四) 受益人确认基础交易债务已得到完全履行或者确认独立保函载明的付款到期事件并未发生的;

(五) 受益人明知其没有付款请求权仍滥用该权利的其他情形。

第十三条 独立保函的申请人、开立人或指示人发现有本规定第十二条情形的,可以在提起诉讼或申请仲裁前,向开立人住所地或其他对独立保函欺诈纠纷案件具有管辖权的人民法院申请中止支付独立保函项下的款项,也可以在诉讼或仲裁过程中提出申请。

第十四条 人民法院裁定中止支付独立保函项下的款项,必须同时具备下列条件:

(一) 止付申请人提交的证据材料证明本规定第十二条情形的存在具有高度可能性;

(二) 情况紧急,不立即采取止付措施,将给止付申请人的合法权益造成难以弥补的损害;

(三) 止付申请人提供了足以弥补被申请人因止付可能遭受损失的担保。

止付申请人以受益人在基础交易中违约为由请求止付的,人民法院不予支持。

开立人在依指示开立的独立保函项下已经善意付款的,对保障该开立人追偿权的独立保函,人民法院不得裁定止付。

第十五条 因止付申请错误造成损失,当事人请求止付申请人赔偿的,人民法院应予支持。

第十六条 人民法院受理止付申请后,应当在四十八小时内作出书面裁定。裁定应当列明申请人、被申请人和第三人,并包括初步查明的事实和是否准许止付申请的理由。

裁定中止支付的,应当立即执行。

止付申请人在止付裁定作出后三十日内未依法提起独立保函欺诈纠纷诉讼或申请仲裁的,人民法院应当解除止付裁定。

第十七条 当事人对人民法院就止付申请作出的裁定有异议的,可以在裁定书送达之日起十日内向作出裁定的人民法院申请复议。复议期间不停止裁定的执行。

人民法院应当在收到复议申请后十日内审查,并询问当事人。

第十八条 人民法院审理独立保函欺诈纠纷案件或处理止付申请,可以就当事人主张的本规定第十二条的具体情形,审查认定基础交易的相关事实。

第十九条 保函申请人在独立保函欺诈诉讼中仅起诉受益人的,独立保函的开立

人、指示人可以作为第三人申请参加，或由人民法院通知其参加。

第二十条 人民法院经审理独立保函欺诈纠纷案件，能够排除合理怀疑地认定构成独立保函欺诈，并且不存在本规定第十四条第三款情形的，应当判决开立人终止支付独立保函项下被请求的款项。

第二十一条 受益人和开立人之间因独立保函而产生的纠纷案件，由开立人住所地或被告住所地人民法院管辖，独立保函载明由其他法院管辖或提交仲裁的除外。当事人主张根据基础交易合同争议解决条款确定管辖法院或提交仲裁的，人民法院不予支持。

独立保函欺诈纠纷案件由被请求止付的独立保函的开立人住所地或被告住所地人民法院管辖，当事人书面协议由其他法院管辖或提交仲裁的除外。当事人主张根据基础交易合同或独立保函的争议解决条款确定管辖法院或提交仲裁的，人民法院不予支持。

第二十二条 涉外独立保函未载明适用法律，开立人和受益人在一审法庭辩论终结前亦未就适用法律达成一致的，开立人和受益人之间因涉外独立保函而产生的纠纷适用开立人经常居所地法律；独立保函由金融机构依法登记设立的分支机构开立的，适用分支机构登记地法律。

涉外独立保函欺诈纠纷，当事人就适用法律不能达成一致的，适用被请求止付的独立保函的开立人经常居所地法律；独立保函由金融机构依法登记设立的分支机构开立的，适用分支机构登记地法律；当事人有共同经常居所地的，适用共同经常居所地法律。

涉外独立保函止付保全程序，适用中华人民共和国法律。

第二十三条 当事人约定在国内交易中适用独立保函，一方当事人以独立保函不具有涉外因素为由，主张保函独立性的约定无效的，人民法院不予支持。

第二十四条 对于按照特户管理并移交开立人占有的独立保函开立保证金，人民法院可以采取冻结措施，但不得扣划。保证金账户内的款项丧失开立保证金的功能时，人民法院可以依法采取扣划措施。

开立人已履行对外支付义务的，根据该开立人的申请，人民法院应当解除对开立保证金相应部分的冻结措施。

第二十五条 本规定施行后尚未终审的案件，适用本规定；本规定施行前已经终审的案件，当事人申请再审或者人民法院按照审判监督程序再审的，不适用本规定。

第二十六条 本规定自 2016 年 12 月 1 日起施行。

部门规范性文件

建设部《关于印发〈关于在房地产开发项目中推行工程建设合同担保的若干规定（试行）〉的通知》（2004 年 8 月 6 日 建市〔2004〕137 号）

第一章 总 则

第一条 为进一步规范建筑市场主体行为，降低工程风险，保障从事建设工程活动各方的合法权益和维护社会稳定，根据《中华人民共和国建筑法》《中华人民共和国招标投标法》《中华人民共和国合同法》《中华人民共和国担保法》及有关法律法规，制定本规定。

第二条 工程建设合同造价在 1000 万元以上的房地产开发项目（包括新建、改建、扩建的项目），适用本规定。其他建设项目可参照本规定执行。

第三条 本规定所称工程建设合同担保，是指在工程建设活动中，根据法律法规规定或合同约定，由担保人向债权人提供的，保证债务人不履行债务时，由担保人代为履行或承担责任的法律行为。

本规定所称担保的有效期，是指债权人要求担保人承担担保责任的权利存续期间。在有效期内，债权人有权要求担保人承担担保责任。有效期届满，债权人要求担保人承担担保责任的实体权利消灭，担保人免除担保责任。

第四条 保证人提供的保证方式为一般保证或连带责任保证。

第五条 本规定所称担保分为投标担保、业主工程款支付担保、承包商履约担保和承包商付款担保。投标担保可采用投标保证金或保证的方式。业主工程款支付担保，承包商履约担保和承包商支付担保应采用保证的方式。当事人对保证方式没有约定或者约定不明确的，按照连带责任保证承担保证责任。

第六条 工程建设合同担保的保证人应是中华人民共和国境内注册的有资格的银行业金融机构、专业担保公司。

本规定所称专业担保公司，是指以担保为主要经营范围和主要经营业务，依法登记注册的担保机构。

第七条 依法设立的专业担保公司可以承担工程建设合同担保。但是，专业担保公司担保余额的总额不得超过净资产的 10 倍；单笔担保金额不得超过该担保公司净资产的 50%。不符合该条件的，可以与其他担保公司共同提供担保。

第八条 工程建设合同担保的担保费用可计入工程造价。

第九条 国务院建设行政主管部门负责对工程建设合同担保工作实行统一监督管理，县级以上地方人民政府建设行政主管部门负责对本行政区域内的工程建设合同担保进行监督管理。

第十条 各级建设行政主管部门将业主（房地产开发商）、承包商违反本办法的行为记入房地产信息管理系统、建筑市场监督管理系统等不良行为记录及信用评估系统。

第二章 业主工程款支付担保

第十一条 业主工程款支付担保，是指为保证业主履行工程合同约定的工程款支付义务，由担保人为业主向承包商提供的，保证业主支付工程款的担保。

业主在签订工程建设合同的同时，应当向承包商提交业主工程款支付担保。未提交业主工程款支付担保的建设工程，视作建设资金未落实。

第十二条 业主工程款支付担保可以采用银行保函、专业担保公司的保证。

业主支付担保的担保金额应当与承包商履约担保的担保金额相等。

第十三条 业主工程款支付担保的有效期应当在合同中约定。合同约定的有效期截止时间为业主根据合同的约定完成了除工程质量保修金以外的全部工程结算款项支付之日起 30 天至 180 天。

第十四条 对于工程建设合同额超过 1 亿元人民币以上的工程，业主工程款支付担保可以按工程合同确定的付款周期实行分段滚动担保，但每段的担保金额为该段工程合同额的 10-15%。

第十五条 业主工程款支付担保采用分段滚动担保的，在业主、项目监理工程师或造价工程师对分段工程进度签字确认或结算，业主支付相应的工程款后，当期业主工程款支付担保解除，并自动进入下一阶段工程的担保。

第十六条 业主工程款支付担保与工程建设合同应当由业主一并送建设行政主管部门备案。

第三章 投标担保

第十七条 投标担保是指由担保人为投标人向招标人提供的，保证投标人按照招标文件的规定参加招标活动的担保。投标人在投标有效期内撤回投标文件，或中标后不签署工程建设合同的，由担保人按照约定履行担保责任。

第十八条 投标担保可采用银行保函、专业担保公司的保证，或定金（保证金）担保方式，具体方式由招标人在招标文件中规定。

第十九条 投标担保的担保金额一般不超过投标总价的 2%，最高不得超过 80 万元人民币。

第二十条 投标人采用保证金担保方式的，招标人与中标人签订合同后 5 个工作日内，应当向中标人和未中标的投标人退还投标保证金。

第二十一条 投标担保的有效期应当在合同中约定。合同约定的有效期截止时间为投标有效期后的 30 天至 180 天。

第二十二条 除不可抗力外，中标人在截标后的投标有效期内撤回投标文件，或者中标后在规定的时间内不与招标人签订承包合同的，招标人有权对该投标人所交付的保证金不予返还；或由保证人按照下列方式之一，履行保证责任：

（一）代承包商向招标人支付投标保证金，支付金额不超过双方约定的最高保证金金额；

（二）招标人依法选择次低标价中标，保证人向招标人支付中标价与次低标价之间的差额，支付金额不超过双方约定的最高保证金金额；

（三）招标人依法重新招标，保证人向招标人支付重新招标的费用，支付金额不超过双方约定的最高保证金金额。

第四章 承包商履约担保

第二十三条 承包商履约担保，是指由保证人为承包商向业主提供的，保证承包商履行工程建设合同约定义务的担保。

第二十四条 承包商履约担保的担保金额不得低于工程建设合同价格（中标价格）的 10%。采用经评审的最低投标价法中标的招标工程，担保金额不得低于工程合同价格的 15%。

第二十五条 承包商履约担保的方式可采用银行保函、专业担保公司的保证。具体方式由招标人在招标文件中作出规定或者在工程建设合同中约定。

第二十六条 承包商履约担保的有效期应当在合同中约定。合同约定的有效期截止时间为工程建设合同约定的工程竣工验收合格之日后 30 天至 180 天。

第二十七条 承包商由于非业主的原因而不履行工程建设合同约定的义务时，由保证人按照下列方式之一，履行保证责任：

（一）向承包商提供资金、设备或者技术援助，使其能继续履行合同义务；

（二）直接接管该项工程或者另觅经业主同意的有资质的其他承包商，继续履行合同义务，业主仍按原合同约定支付工程款，超出原合同部分的，由保证人在保证额度

内代为支付；

(三)按照合同约定，在担保额度范围内，向业主支付赔偿金。

第二十八条 业主向保证人提出索赔之前，应当书面通知承包商，说明其违约情况并提供项目总监理工程师及其监理单位对承包商违约的书面确认书。如果业主索赔的理由是因建筑工程质量问题，业主还需同时提供建筑工程质量检测机构出具的检测报告。

第二十九条 同一银行分支行或专业担保公司不得为同一工程建设合同提供业主工程款支付担保和承包商履约担保。

第五章 承包商付款担保

第三十条 承包商付款担保，是指担保人为承包商向分包商、材料设备供应商、建设工人提供的，保证承包商履行工程建设合同的约定向分包商、材料设备供应商、建设工人支付各项费用和价款，以及工资等款项的担保。

第三十一条 承包商付款担保可以采用银行保函、专业担保公司的保证。

第三十二条 承包商付款担保的有效期限应当在合同中约定。合同约定的有效期限截止时间为自各项相关工程建设分包合同(主合同)约定的付款截止日之后的30天至180天。

第三十三条 承包商不能按照合同约定及时支付分包商、材料设备供应商、工人工资等各项费用和价款的，由担保人按照担保函或保证合同的约定承担担保责任。

国务院办公厅《关于清理规范工程建设领域保证金的通知》(2016年6月23日国办发〔2016〕49号)

一、全面清理各类保证金。对建筑业企业在工程建设中需缴纳的保证金，除依法依规设立的投标保证金、履约保证金、工程质量保证金、农民工工资保证金外，其他保证金一律取消。对取消的保证金，自本通知印发之日起，一律停止收取。

二、转变保证金缴纳方式。对保留的投标保证金、履约保证金、工程质量保证金、农民工工资保证金，推行银行保函制度，建筑业企业可以银行保函方式缴纳。

三、按时返还保证金。对取消的保证金，各地要抓紧制定具体可行的办法，于2016年底前退还相关企业；对保留的保证金，要严格执行相关规定，确保按时返还。未按规定或合同约定返还保证金的，保证金收取方应向建筑业企业支付逾期返还违约金。

四、严格工程质量保证金管理。工程质量保证金的预留比例上限不得高于工程价款结算总额的5%。在工程项目竣工前，已经缴纳履约保证金的，建设单位不得同时预留工程质量保证金。

五、实行农民工工资保证金差异化缴存办法。对一定时期内未发生工资拖欠的企业，实行减免措施；对发生工资拖欠的企业，适当提高缴存比例。

六、规范保证金管理制度。对保留的保证金，要抓紧修订相关法律法规，完善保证金管理制度和具体办法。对取消的保证金，要抓紧修订或废止与清理规范要求不一致的制度规定。在清理规范保证金的同时，要通过纳入信用体系等方式，逐步建立监督约束建筑业企业的新机制。

七、严禁新设保证金项目。未经国务院批准，各地区、各部门一律不得以任何形式在工程建设领域新设保证金项目。要全面推进工程建设领域保证金信息公开，建立举报查处机制，定期公布查处结果，曝光违规收取保证金的典型案例。

各地区、各部门要加强组织领导，制定具体方案，强化监督检查，积极稳妥推进，切实将清理规范工程建设领域保证金工作落实到位。各地区要明确责任分工和时限要求，并于2017年1月底前将落实情况报送住房城乡建设部、财政部。住房城乡建设部、财政部要会同有关部门密切跟踪进展，加强统筹协调，对不按要求清理规范、瞒报保证金收取等情况的，要严肃追究责任，确保清理规范工作取得实效，并及时将落实情况上报国务院。

住房和城乡建设部、财政部《关于印发〈建设工程质量保证金管理办法〉的通知》
(2017年7月1日 建质〔2017〕138号)

第一条 为规范建设工程质量保证金管理，落实工程在缺陷责任期内的维修责任，根据《中华人民共和国建筑法》《建设工程质量管理条例》《国务院办公厅关于清理规范工程建设领域保证金的通知》和《基本建设财务管理规则》等相关规定，制定本办法。

第二条 本办法所称建设工程质量保证金（以下简称保证金）是指发包人与承包人在建设工程承包合同中约定，从应付的工程款中预留，用以保证承包人在缺陷责任期内对建设工程出现的缺陷进行维修的资金。

缺陷是指建设工程质量不符合工程建设强制性标准、设计文件，以及承包合同的约定。

缺陷责任期一般为1年，最长不超过2年，由发、承包双方在合同中约定。

第三条 发包人应当在招标文件中明确保证金预留、返还等内容，并与承包人在合同条款中对涉及保证金的下列事项进行约定：

- (一) 保证金预留、返还方式；
- (二) 保证金预留比例、期限；
- (三) 保证金是否计付利息，如计付利息，利息的计算方式；
- (四) 缺陷责任期的期限及计算方式；
- (五) 保证金预留、返还及工程维修质量、费用等争议的处理程序；
- (六) 缺陷责任期内出现缺陷的索赔方式；
- (七) 逾期返还保证金的违约金支付办法及违约责任。

第四条 缺陷责任期内，实行国库集中支付的政府投资项目，保证金的管理应按国库集中支付的有关规定执行。其他政府投资项目，保证金可以预留在财政部门或发包方。缺陷责任期内，如发包方被撤销，保证金随交付使用资产一并移交使用单位管理，由使用单位代行发包人职责。

社会投资项目采用预留保证金方式的，发、承包双方可以约定将保证金交由第三方金融机构托管。

第五条 推行银行保函制度，承包人可以用银行保函替代预留保证金。

第六条 在工程项目竣工前，已经缴纳履约保证金的，发包人不得同时预留工程质量保证金。

采用工程质量保证担保、工程质量保险等其他保证方式的，发包人不得再预留保证金。

第七条 发包人应按照合同约定方式预留保证金，保证金总预留比例不得高于工程价款结算总额的 3%。合同约定由承包人以银行保函替代预留保证金的，保函金额不得高于工程价款结算总额的 3%。

第八条 缺陷责任期从工程通过竣工验收之日起计。由于承包人原因导致工程无法按规定期限进行竣工验收的，缺陷责任期从实际通过竣工验收之日起计。由于发包人原因导致工程无法按规定期限进行竣工验收的，在承包人提交竣工验收报告 90 天后，工程自动进入缺陷责任期。

第九条 缺陷责任期内，由承包人原因造成的缺陷，承包人应负责维修，并承担鉴定及维修费用。如承包人不维修也不承担费用，发包人可按合同约定从保证金或银行保函中扣除，费用超出保证金额的，发包人可按合同约定向承包人进行索赔。承包

人维修并承担相应费用后，不免除对工程的损失赔偿责任。

由他人原因造成的缺陷，发包人负责组织维修，承包人不承担费用，且发包人不得从保证金中扣除费用。

第十条 缺陷责任期内，承包人认真履行合同约定的责任，到期后，承包人向发包人申请返还保证金。

第十一条 发包人在接到承包人返还保证金申请后，应于 14 天内会同承包人按照合同约定的内容进行核实。如无异议，发包人应当按照约定将保证金返还给承包人。对返还期限没有约定或者约定不明确的，发包人应当在核实后 14 天内将保证金返还承包人，逾期未返还的，依法承担违约责任。发包人在接到承包人返还保证金申请后 14 天内不予答复，经催告后 14 天内仍不予答复，视同认可承包人的返还保证金申请。

第十二条 发包人和承包人对保证金预留、返还以及工程维修质量、费用有争议的，按承包合同约定的争议和纠纷解决程序处理。

第十三条 建设工程实行工程总承包的，总承包单位与分包单位有关保证金的权利与义务的约定，参照本办法关于发包人与承包人相应权利与义务的约定执行。

第十四条 本办法由住房城乡建设部、财政部负责解释。

第十五条 本办法自 2017 年 7 月 1 日起施行，原《建设工程质量保证金管理办法》(建质〔2016〕295 号)同时废止。

合同示范文本

《2017 建设工程施工合同(示范文本)》(GF-2017-0201)

第二部分 通用合同条款

2.5 资金来源证明及支付担保

除专用合同条款另有约定外，发包人应在收到承包人要求提供资金来源证明的书面通知后 28 天内，向承包人提供能够按照合同约定支付合同价款的相应资金来源证明。

除专用合同条款另有约定外，发包人要求承包人提供履约担保的，发包人应当向承包人提供支付担保。支付担保可以采用银行保函或担保公司担保等形式，具体由合同当事人在专用合同条款中约定。

3.7 履约担保

发包人需要承包人提供履约担保的，由合同当事人在专用合同条款中约定履约担

保的方式、金额及期限等。履约担保可以采用银行保函或担保公司担保等形式，具体由合同当事人在专用合同条款中约定。

因承包人原因导致工期延长的，继续提供履约担保所增加的费用由承包人承担；非因承包人原因导致工期延长的，继续提供履约担保所增加的费用由发包人承担。

《2017 建设工程施工合同（示范文本）》(GF-2017-0201) 附件 8

履约担保

(发包人名称)：

鉴于(发包人名称，以下简称“发包人”)与(承包人名称)(以下称“承包人”)于 年 月 日就(工程名称)施工及有关事项协商一致共同签订《建设工程施工合同》。我方愿意无条件地、不可撤销地就承包人履行与你方签订的合同，向你方提供连带责任担保。

1. 担保金额人民币(大写)_____元(¥)。
2. 担保有效期自你方与承包人签订的合同生效之日起至你方签发或应签发工程接收证书之日止。
3. 在本担保有效期内，因承包人违反合同约定的义务给你方造成经济损失时，我方在收到你方以书面形式提出的在担保金额内的赔偿要求后，在7天内无条件支付。
4. 你方和承包人按合同约定变更合同时，我方承担本担保规定的义务不变。
5. 因本保函发生的纠纷，可由双方协商解决，协商不成的，任何一方均可提请_____仲裁委员会仲裁。
6. 本保函自我方法定代表人(或其授权代理人)签字并加盖公章之日起生效。

担保人：(盖单位章)

法定代表人或其委托代理人：(签字)

地址：

邮政编码：

电话：

传真：

年 月 日

《2017 建设工程施工合同（示范文本）》(GF-2017-0201) 附件 9

预付款担保

(发包人名称):

根据(承包人名称)(以下称“承包人”)与(发包人名称)(以下简称“发包人”)于 年 月 日签订的(工程名称)《建设工程施工合同》,承包人按约定的金额向你方提交一份预付款担保,即有权得到你方支付相等金额的预付款。我方愿意就你方提供给承包人的预付款为承包人提供连带责任担保。

1. 担保金额人民币(大写)_____元(¥)。

2. 担保有效期自预付款支付给承包人起生效,至你方签发的进度款支付证书说明已完全扣清止。

3. 在本保函有效期内,因承包人违反合同约定的义务而要求收回预付款时,我方在收到你方的书面通知后,在7天内无条件支付。但本保函的担保金额,在任何时候不应超过预付款金额减去你方按合同约定在向承包人签发的进度款支付证书中扣除的金额。

4. 你方和承包人按合同约定变更合同时,我方承担本保函规定的义务不变。

5. 因本保函发生的纠纷,可由双方协商解决,协商不成的,任何一方均可提请_____仲裁委员会仲裁。

6. 本保函自我方法定代表人(或其授权代理人)签字并加盖公章之日起生效。

担保人:(盖单位章)

法定代表人或其委托代理人:(签字)

地址:

邮政编码:

电话:

传真:

年 月 日

第 14 节 农村自建房合同效力

——建低层住宅，认定何标准？（低层住宅）

类型一、三层（含三层）以上的农民住房建设管理要严格执行《中华人民共和国建筑法》《建筑工程质量管理条例》等法律法规的有关规定，施工人须具建筑工程资质。否则，合同无效

261. 国务院 1993 年《村庄和集镇规划建设管理条例》第 21 条规定：“在村庄、集镇规划区内，……以及 2 层（含 2 层）以上的住宅，必须由取得相应的设计资质证书的单位进行设计，或者选用通用设计、标准设计。”建设部 2004 年《关于加强村镇建设工程质量安全管理的若干意见》第三条第三款规定：“对于村庄建设规划范围内的农民自建两层（含两层）以下住宅的建设活动，县级建设行政主管部门的管理以为农民提供技术服务和指导作为主要工作方式。”建设部 2006 年《关于加强农村住房建设技术服务和管理的通知》第六条规定：“三层（含三层）以上的农民住房建设管理要严格执行《中华人民共和国建筑法》《建筑工程质量管理条例》等法律法规的有关规定。”《中华人民共和国建筑法》第八十三条第三款规定：“抢险救灾及其他临时性房屋建筑和农民自建低层住宅的建筑活动，不适用本法。”根据上述法律规定，涉案建筑标的物为地面之上一层平房，属于农民自建低层住宅，在适用法律方面，不能适用《中华人民共和国建筑法》及其相关法律，只能适用《村庄和集镇规划建设管理条例》。农民自建低层住宅施工人资质问题，没有严格的法律规定，故施工人虽无建筑资质，但不违背法律规定，双方口头约定合法有效。

案例 261. 吉林省高级人民法院（2015）吉民申字第 49 号 “陈玉龙与冷艳军建设工程施工合同纠纷案”



关于本案性质。法院再审认为，双方当事人对 2013 年 9 月口头约定由被申请人冷艳军为再审申请人陈玉龙自建房屋进行施工均无异议，再审申请人为农村建房户，被申请人为施工方。最高人民法院 2011 年修订的《民事案件案由规定》，将农村建房纠纷案由定为“农村建房施工合同纠纷”，故本案双方当事人形成建设工程施工合同关系。双方当事人没有签订书面建设工程施工合同，口头约定以包清工形式施工，现被申请人已实际施工，再审申请人已交付部分工程款。鉴于合同已实际履行，且再审申请人已实际入住，双方口头协议的建设工程施工合同应为有效。

关于本案的法律适用。涉案建筑标的物为地面之上一层平房，属于农民自建低层住宅。国务院 1993 年《村庄和集镇规划建设管理条例》第二十一条规定：“在村庄、集镇规划区内，……以及 2 层（含 2 层）以上的住宅，必须由取得相应的设计资质证书的单位进行设计，或者选用通用设计、标准设计。”建设部 2004 年《关于加强村镇建设工程质量安全管理的若干意见》第三条第三款规定：“对于村庄建设规划范围内的农民自建两层（含两层）以下住宅的建设活动，县级建设行政主管部门的管理以为农民提供技术服务和指导作为主要工作方式。”建设部 2006 年《关于加强农村住房建设技术服务和管理的通知》第六条规定：“三层（含三层）以上的农民住房建设管理要严格执行《中华人民共和国建筑法》《建筑工程质量管理条例》等法律法规的有关规定。”《中华人民共和国建筑法》第八十三条第三款规定：“抢险救灾及其他临时性房屋建设和农民自建低层住宅的建筑活动，不适用本法。”故涉案再审申请人自建房屋，在适用法律方面，不能适用《中华人民共和国建筑法》及其相关法律，只能适用《村庄和集镇规划建设管理条例》。根据上述法律规定，就农民自建低层住宅施工人资质问题，没有严格的法律规定，故本案被申请人虽无建筑资质，但不违背法律规定，其有权根据双方口头约定，向再审申请人主张工程款。

262. 根据《中华人民共和国建筑法》以及《建设部关于加强村镇建设工程质量安全管理的若干意见》的规定，农民自建低层住宅〔两层（含两层）〕的建筑活动不适用《中华人民共和国建筑法》；而自建两层（不含两层）以上住宅则适用《中华人民共和国建筑法》，承建方须具备相应建筑从业资质。

案例 262. 重庆市第四中级人民法院（2017）渝04民终485号“李天学与李正平农村建房施工合同纠纷案”



NO:001.0262

二审法院认为，农村建房施工合同是建设工程合同类的细化，农村建房施工合同纠纷可参照建设工程施工合同纠纷适用法律。根据《中华人民共和国建筑法》以及《建设部关于加强村镇建设工程质量安全管理的若干意见》的规定，农民自建低层住宅〔两层（含两层）〕的建筑活动不适用《中华人民共和国建筑法》；而自建两层（不含两层）以上住宅则适用《中华人民共和国建筑法》，承建方须具备相应建筑从业资质。本案中，李正平与李天学签订的建房协议约定修建三层房屋，又因李正平无相应建筑从业资质。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》第一条第一款之规定，双方签订的建房施工合同无效。

263. 建设部《关于加强村镇建设工程质量安全管理的若干意见》第三条第（三）项规定，农民自建低层住宅是指农民自建二层（包括二层）以下的住宅。案涉工程为二层建筑，属于农民自建低层住宅，不适用《中华人民共和国建筑法》，作为工程承建方不需具备一定施工资质。

案例 263. 日照市中级人民法院（2014）日商终字第83号“厉吉祥与李玉胜建设工程施工合同纠纷案”



NO:001.0263

二审法院认为，《中华人民共和国建筑法》第八十三条第三款规定：农民自建低层住宅的建筑活动，不适用本法。建设部《关于加强村镇建设工程质

量安全管理的若干意见》第三条第(三)项规定,农民自建低层住宅是指农民自建二层(包括二层)以下的住宅。上诉人厉吉祥的楼房为二层建筑,属于农民自建低层住宅,不适用《中华人民共和国建筑法》,因此作为工程承建方的被上诉人李玉胜不需具备一定施工资质,上诉人关于合同无效的上诉理由亦不成立。

264. 双方签订的《建房协议》约定施工人承建三层房屋,系农村建房施工合同,因施工人不具有施工资质,应认定无效,一审法院以双方形成承揽合同关系认定《建房协议》成立并有效有误,应予纠正。

案例 264. 昆明市中级人民法院(2015)昆民一终字第441号“王坤与李学东农村建房施工合同纠纷案”



关于《建房协议》的效力问题,一审法院认为,2014年5月28日,原告李学东与被告王坤签订《建房协议》,约定由被告王坤以包工不包料的方式承建原告三层房屋,是原告李学东与被告王坤意思表示一致的产物,合同约定由被告为原告建盖住房,双方形成承揽合同关系,《建房协议》成立并有效。

二审法院认为,本案系农村建房施工合同纠纷,因上诉人王坤不具有施工资质,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》第一条关于“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:(一)承包人未取得建筑施工企业资质或者超越资质等级的……”的规定,双方签订的《建房协议》系无效合同,一审法院对此认定有误,本院予以纠正。

265. 多层建筑（二层以上）不属于低层住宅，不适用有关农民自建低层住宅的规定，应严格执行《中华人民共和国建筑法》及《建筑工程质量管理条例》等法律法规，因施工人不具备建筑施工资质，双方所签合同违反法律、行政法规的强制性规定而无效。

案例 265. 茂名市中级人民法院（2016）粤09民终90号
“李文强与叶观生农村建房施工合同纠纷案”



法院认为，李文强将农村自建房发包人给叶观生施工，虽叶观生辩称应为建设工程施工合同纠纷，但从李文强身份及其用地性质看，立案时定性为农村建房施工合同纠纷是合适的，不必改变。李文强以5层报建，以建6层进行建筑设计、建造，其兴建的住宅楼属多层建筑（二层以上）不属于低层住宅，不适用有关农民自建低层住宅的规定，应严格执行《中华人民共和国建筑法》及《建筑工程质量管理条例》等法律法规。因叶观生不具备建筑施工资质且无施工许可证，双方之间的承包合同因违反法律、行政法规的强制性规定而无效。

266. 建设部《关于加强村镇建设工程质量安全管理的若干意见》以及《中华人民共和国建筑法》的相关规定，“自建低层住宅”是指两层（含两层）以下住宅，农民自建两层（含两层）以下的住宅承建方不需要建筑从业资质，而三层（含三层）以上的则受《中华人民共和国建筑法》的调整，承建方需具备相应建筑从业资质。

案例 266. 南充市中级人民法院（2016）川13民终2525号
“诸小荣与姚学林农村建房施工合同纠纷案”



二审法院认为，根据建设部《关于加强村镇建设工程质量安全管理的若干意见》以及《中华人民共和国建筑法》的相关规定，“自建低层住宅”是指两

层（含两层）以下住宅，农民自建两层（含两层）以下的住宅承建方不需要建筑从业资质，而三层（含三层）以上的则受《中华人民共和国建筑法》的调整，承建方需具备相应建筑从业资质。本案中，诸小荣发包给姚学林承建的房屋为三层，超出了农民自建低层住宅的范围，而姚学林作为自然人不具备建筑从业资质，故双方签订的《合同书》应属无效。

267. 农村建房户与施工方签订四层房屋建设合同，因施工方未取得相应建筑施工资质，合同无效。

案例 267. 韶关市中级人民法院（2017）粤02民终738号
“陈湘杰与欧振平、欧振强农村建房施工合同纠纷案”



一审法院认为，陈湘杰与欧振平、欧振强签订的建房合同，系农村建房户与施工方为建设房屋而签订的明确双方权利义务的协议，故本案案由应定性为农村建房施工合同纠纷。

二审法院认为，根据《中华人民共和国建筑法》第二条：“在中华人民共和国境内从事建筑活动，实施对建筑活动的监督管理，应当遵守本法。本法所称建筑活动，是指各类房屋建筑及其附属设施的建造和与其配套的线路、管道、设备的安装活动。”、第八十三条第三款：“抢险救灾及其他临时性房屋建筑和农民自建低层住宅的建筑活动，不适用本法。”《村庄和集镇规划建设管理条例》第二十一条：“在村庄、集镇规划区内，凡建筑跨度、跨径或者高度超出规定范围的乡（镇）村企业、乡（镇）村公共设施和公益事业的建筑工程，以及二层（含二层）以上的住宅，必须由取得相应的设计资质证书的单位进行设计，或者选用通用设计、标准设计。”第二十三条：“承担村庄、集镇规划区内建筑工程施工任务的单位，必须具有相应的施工资质等级证书或者资质审查证书，并按照规定的经营范围承担施工任务。”《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》第一条：“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：（一）承包人未取得建筑施工企业资质或者超越资质等级的；（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；（三）建设工程必须进行招标而未招标或者中标无效的。”的规

定，本案涉案房屋为四层，陈湘杰未取得相应建筑施工资质，违反法律的强制性规定，故陈湘杰与欧振平、欧振强签订的实际建房合同无效。

类型二、《住宅设计规范》规定的低层住宅为一层至三层。三层及以下不适用建筑法关于从事建筑活动必须具有相关资质的规定

268. 《中华人民共和国建筑法》第八十三条第三款规定：“抢险救灾及其他临时性房屋建筑和农民自建低层住宅的建筑活动，不适用本法。”而《住宅设计规范》规定的低层住宅为一层至三层。本案双方当事人施工前口头约定只修建三层住宅楼房，所以该约定不适用建筑法关于从事建筑活动必须具有相关资质的规定，双方关于修建三层住宅楼的口头约定为有效合同。

案例 268. 平凉市中级人民法院（2015）平中民一终字第66号“上诉人陈继红与被上诉人刘莽梅农村建房施工合同纠纷案”



一审法院认为，本案陈继红与刘莽梅之间修建五层楼房的建设工程施工合同，因陈继红无相应资质而违反法律、行政法规的强制性规定，属无效合同。

二审法院认为，《中华人民共和国建筑法》第八十三条第三款规定：“抢险救灾及其他临时性房屋建筑和农民自建低层住宅的建筑活动，不适用本法。”而《住宅设计规范》规定的低层住宅为一层至三层。本案双方当事人施工前口头约定只修建三层住宅楼房，所以该约定不适用建筑法关于从事建筑活动必须具有相关资质的规定，双方关于修建三层住宅楼的口头约定为有效合同。至于施工过程中陈继红按照刘莽梅的要求加盖四层、五层的行为，不但超出了陈继红的施工能力范围，而且违反了法律的强制性规定，故双方约定的修建四层、五层楼房合同无效。上述合同效力已被生效的（2013）庄民初字第306号民事判决认定。因此，原审法院本次判决以陈继红无相应资质修建五层楼房违反法律、行政法规的强制性规定为由，认定双方之间建房施工合同全部无效不当。

裁判依据或参考

司法解释及其他

最高人民法院《第八次全国法院民事商事审判工作会议（民事部分）纪要》（2016年11月30日）

五、关于物权纠纷案件的审理

物权法是中国特色社会主义法律体系中的重要支柱性法律，对于明确物的归属，发挥物的效用，增强权利义务意识和责任意识，保障市场主体的权利和平等发展，具有重要作用。妥善审理物权纠纷案件，对于依法保护物权，维护交易秩序，促进经济社会发展，意义重大。

（一）关于农村房屋买卖问题

19. 在国家确定的宅基地制度改革试点地区，可以按照国家政策及相关指导意见处理宅基地使用权因抵押担保、转让而产生的纠纷。

在非试点地区，农民将其宅基地上的房屋出售给本集体经济组织以外的个人，该房屋买卖合同认定为无效。合同无效后，买受人请求返还购房款及其利息，以及请求赔偿翻建或者改建成本的，应当综合考虑当事人过错等因素予以确定。

20. 在涉及农村宅基地或农村集体经营性建设用地的民事纠纷案件中，当事人主张利润分配等合同权利的，应提供政府部门关于土地利用规划、建设用地计划及优先满足集体建设用地等要求的审批文件或者证明。未提供上述手续或者虽提供了上述手续，但在一审法庭辩论终结前土地性质仍未变更为国有土地的，所涉及的相关合同应按无效处理。

部门规范性文件

建设部《关于加强村镇建设工程质量安全管理的若干意见》（2004年12月6日建质〔2004〕216号）

一、进一步提高认识，完善村镇建设工程管理体制

（一）做好村镇建设工程质量安全工作，直接关系到广大人民群众切身利益。各级建设行政主管部门要从实践“三个代表”重要思想的高度，充分认识做好村镇建设工程质量安全工作的重要意义，增强做好村镇建设工程质量安全工作的紧迫感和

使命感。

(二) 各地要统筹城市建设与村镇建设,并与现行的村镇行政管理体系结合起来,进一步健全和完善村镇建设工程管理服务机构,并充分发挥村民委员会等村民自治机构的作用,制定相关政策,促进村镇建设社会化服务体系的发展。

(三) 各级建设行政主管部门应整合监管资源,特别是县级建设行政主管部门应建立对市场、质量、安全管理进行统一管理的工程管理机构。

二、加强服务和指导力度,提高村镇工程质量安全水平

(一) 各地建设行政主管部门应结合本地区实际情况,充分考虑当地的建材及习惯做法,因地制宜,并通过必要的试验,组织编制、修订本行政区域内建制镇、集镇规划区内的居民和村庄建设规划范围内的农民自建住宅标准、通用设计图或标准设计图集。住宅通用设计图或标准设计图集应符合国家现行技术标准中有关工程质量安全的规定,并向村庄建设规划范围内的建房农民无偿提供。建筑设计应注意对当地民居建筑风格的继承和保持,方案应多样化,以适应不同层次的需求。

(二) 各地建设行政主管部门要有针对性地组织设计力量开展村镇工程设计竞赛,提倡推广新型住宅设计方案,逐步引导村庄建设规划范围内的农民自建住宅由传统结构型式向符合国家标准规范的结构型式转变。同时,结合本地情况,指导农民改革自建住宅的建造模式,通过样板村镇建设活动引导新的村镇工程建造和管理模式。

(三) 各地建设行政主管部门要把大力扶持发展本地建筑劳务输出与提高村镇建设工程质量紧密结合起来,加强村镇建筑队伍的技术培训工作,并制定符合本地实际的农民自建住宅施工技术规程等地方标准以指导施工。县级建设行政主管部门对培训合格人员可发给培训合格证书。

(四) 鉴于村镇建设规划范围内的居民和农民自建住宅一般规模较小的实际情况,可由县级建设行政主管部门在村镇规划选址勘察的基础上适当增加取土孔,并在地质报告中做出基础埋深及基础形式的初步建议。

三、突出重点,分类指导,创新监督管理方式

(一) 对于建制镇、集镇规划区内的所有公共建筑工程、居民自建两层(不含两层)以上、以及其他建设工程投资额在30万元以上或者建筑面积在300平方米以上的所有村镇建设工程、村庄建设规划范围内的学校、幼儿园、卫生院等公共建筑(以下称限额以上工程),应严格按照国家有关法律、法规和工程建设强制性标准实施监督管理。

建制镇、集镇规划区内所有加层的扩建工程必须委托有资质的设计单位进行设计，并由有资质的施工单位承建。

（二）对于建制镇、集镇规划区内建设工程投资额 30 万元以下且建筑面积 300 平方米以下的市政基础设施、生产性建筑，居民自建两层（含两层）以下住宅和村庄建设规划范围内的农民自建两层（不含两层）以上住宅的建设活动（以下简称限额以下工程）由各省、自治区、直辖市结合本地区的实际，依据本意见“五”明确的对限额以下工程的指导原则制定相应的管理办法。

（三）对于村庄建设规划范围内的农民自建两层（含两层）以下住宅（以下简称农民自建低层住宅）的建设活动，县级建设行政主管部门的管理以为农民提供技术服务和指导作为主要工作方式。

四、采取有效措施，强化监督管理力度

（一）县级建设行政主管部门要加强本行政区域内村镇建设工程的质量安全监督管理工作，重点加强对本行政区域内，特别是城关镇以外的限额以上工程执行基本建设程序情况的监督检查，并建立相应的巡查报告制度，明确巡查人员及其职责。

（二）巡查人员若发现建制镇、集镇规划区内和村庄建设规划范围内限额以上工程未经开工批准擅自施工的项目以及在以上规划区外擅自进行建设的，应立即责令停止施工并报告县级建设行政主管部门进行处理。

（三）县级建设行政主管部门应建立相应的质量安全流动抽查与定点监督检查制度，监督重点应放在抓好工程的结构质量和施工安全上，加大对工程的地基验槽和主体结构施工过程以及预制构件等涉及结构安全的建材的监督检查力度；同时坚持监督与服务并举的原则，对工程的设计、施工提供必要的技术指导和服务。

（四）限额以上工程竣工后，建设方要组织竣工验收，并按有关规定向县级建设行政主管部门或委托的建制镇、集镇的村镇工程管理服务机构办理竣工验收备案。县级建设行政主管部门或其委托的村镇工程管理服务机构要做好工程竣工验收的监督工作。

五、加强对限额以下工程和农民自建低层住宅的指导

（一）限额以下建设工程建设方必须取得规划批准文件方可开工，并应在动土施工前到村镇建设工程管理服务机构办理报建备案手续。

（二）建设方在申请建房基地时，应与村镇建设工程管理服务机构签订建房服务协议，协议要明确双方的权利与义务。村镇建设工程管理服务机构应指导建设方选用合适的设计通用图及其配套基础形式或联系有关技术人员提供基础设计有偿服务。建房

协议可作为村镇建设工程管理服务机构对其工程进行管理的依据。

(三) 建设方应选择具有设计、施工承包资质的设计、施工企业进行设计、施工,也可依照有资格的建筑师、结构工程师以个人名义设计的图纸和选择有资格的建造师、监理工程师组织的施工队伍或具有劳务资质的施工队伍,并由设计、施工单位或建筑师、建造师、监理工程师分别对设计、施工质量和安全负责。由建设方自行组织施工的,由建设方对工程质量和施工安全负责。建设方应优先考虑选择具有工程技术职称的技术人员和经县级建设行政主管部门培训合格的建筑施工人员。

(四) 县级建设行政主管部门应对村民自治机构有关人员提供培训服务,并通过发放挂图、基本知识读本等方式宣传推广识图、施工管理方法等基本常识。对限额以下工程和农民自建低层住宅建设方及承建方,在开挖地基、砌筑墙体、安装预制楼板、拌制混凝土、防水层施工、安装拆卸模板、搭拆脚手架等重要工序上进行必要的技术指导。

六、加强村镇建设的抗灾、防灾工作

(一) 地质环境条件是构成建设工程质量安全的重要因素之一。在村镇建设规划中的建设用地必须考虑工程建设质量安全因素。村镇建设规划中划定建设用地时,要考虑避开自然灾害易发地带,如山体滑坡隐患、地质条件不稳定、风口、有严重环境污染、不便于进行基础设施配套的地域。

(二) 各地在对村镇规划、村镇建设的管理规定中,要根据本地实际增加有关抗震、抗风等防灾的要求,按照不同地区、区分不同结构形式,组织编制农房建设抗震、抗风等设防标准和标准图集;提出规模建设的村镇规划、建设中加强抗震抗风管理工作的指导意见。

(三) 对基本完成的村庄规划,各地要组织专家对规划选址进行防灾评估;对存有重大安全隐患的选址,尽快进行合理调整,防患于未然。

(四) 要充分利用各种手段加强对群众的抗震、抗风等防灾知识普及和安全教育,提高全民的工程质量安全意识,将灾害损失控制降低在最低限度。

地方司法性文件及其他

江西省高级人民法院《2004年全省法院民事审判工作座谈会纪要》(2004年12月16日 赣高法〔2005〕52号)

五、关于建设工程合同纠纷案件审理

1. 当事人承包《建筑法》第八十三条第三款规定的建筑工程、一般的家庭装修、

农村中不属于《村庄和集镇规划建设管理条例》第二十一条规定的规划区的建筑工程，均按照承揽合同的有关规定处理。

浙江省绍兴市中级人民法院民事审判庭《关于审理建设工程施工合同纠纷案件若干问题的意见（试行）》

19. 农村村民建房、城市家庭住宅装修案件是否可适用最高人民法院《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》？该类案件中，承包人是否必须具备施工资质？

答：农村村民建房、城市家庭住宅装修属于承揽合同纠纷范畴，适用《中华人民共和国合同法》的相关规定。

法律、行政法规中对承包人的资质问题有强制性规定的，则承包人必须具备相应资质，否则认定合同无效。

第 15 节 居间合同的效力认定

——居间促交易，业务报酬无？（工程居间）

类型一、居间合同无效，不应支付居间费用

269. 以“保证中标”为条件收取费用的协议，违反了招投标活动应遵循的“三公原则”，扰乱了市场正常秩序，协议无效。

案例 269. 北京市高级人民法院（2004）高民终字第 00408 号“北京 A 建筑装饰工程有限公司与 B 建设工程总公司建设工程施工合同居间纠纷案”

2000 年 12 月，A 公司与 B 公司签订联合协议，约定 A 公司保证 B 公司获得华腾园二期两个楼座的总承包施工，B 公司承诺支付工程合同总额的 10% 给 A 公司。

协议签订后,2001年7月30日,B公司与北京C房地产开发有限公司签订了北京市建设工程施工协议。后B公司通过招投标取得协议所涉工程的施工,但未向A公司支付相关费用。

A公司将B公司诉至法院,请求法院判令B公司给付所欠5877859.8元及逾期支付滞纳金等。

B公司辩称:(1)A公司所依据的联合协议不具备居间合同的基本特征,不属居间合同的范畴。(2)本案涉嫌刑事问题,恳请法庭调取证据,慎重裁判。(3)联合协议涉及内容严重违法,涉嫌不正当竞争,属无效协议。请求法院依法驳回A公司的诉讼请求。

一审法院认为,居间合同是居间人向委托人报告订立合同的机会或者提供订立合同的媒介服务,委托人支付报酬的合同。本案中A公司向B公司提供了华腾园小区工程建筑施工的信息,而B公司也通过招投标取得了联合协议中约定的华腾园小区的建筑工程。联合协议中确定的居间指向的标的物已经在其后的两个建筑工程施工合同中得到实现。所以,B公司与A公司签订的联合协议符合居间合同的基本特征,其性质属于居间合同,A公司亦按照联合协议的约定履行了居间的义务。联合协议系双方当事人的真实意思表示,应属有效。C公司已经向B公司支付了工程款。B公司在C公司已经支付工程款的条件下,应按照其在联合协议中的承诺,向A公司支付居间的报酬。在B公司逾期未能给付A公司居间报酬的情况下,B公司还应当按照逾期付款的有关规定并依联合协议的约定,自C公司支付第一笔工程款的第二日起赔偿A公司的损失。关于被告B公司所辩本案涉嫌刑事问题,要求法院调查取证的问题,法院认为,法院处理的民事案件与B公司所称的刑事案件无涉,故对于答辩人的此项答辩,法院不予采信。综上,依据《中华人民共和国合同法》第八条、第四百二十四条、第四百二十六条第一款之规定,判决如下:

被告B国际建设工程总公司于本判决生效之日起十日内给付原告北京A建筑装饰工程有限公司人民币5877859.8元,并赔偿利息损失(自2001年9月26日起至给付之日止,按照中国人民银行同期逾期付款的规定计算)。

B公司上诉称,联合协议内容严重违法,涉嫌不正当竞争,属无效协议。被上诉人在未做任何工作的情况下,公然保证上诉人中标,主要原因是利用C公司是股东的特殊地位,获取不法利益,这严重扰乱了正常的建筑行业秩序。C公司的原任法定代表人,在华腾园小区的开发建设中涉嫌受贿,已被检察院立案侦查,并批准逮捕,其

与本案审理结果有直接的因果关系。

A公司辩称，一审法院认定事实清楚；没有证据证明A公司与C公司之间存在恶意串通行为；联合协议符合居间合同的特征，是双方真实意思表示；刑事案件与本案无关。

二审法院另查明：C公司是A公司的股东之一；C公司所属华腾园小区工程项目的发包方式是公开招标。B公司在二审法院庭审调查中，对一审法院判决“经审理查明”部分所查明的事实表示没有异议。

二审争议焦点：联合协议是否有效？

二审裁判要点：本案所涉及的工程项目施工，是C公司根据法律规定以招标投标方式进行发包的。《中华人民共和国招标投标法》第五条规定，“招标投标活动应当遵循公开、公平、公正和诚实信用的原则”，但是在C公司公开招标、B公司投标行为开始之前，联合协议约定“A公司保证B公司获得华腾园二期二个楼座约35000平方米左右的工程总承包施工”，该约定明显违反了招标投标活动中要求遵循的公开、公平、公正和诚实信用原则，属于以合法形式掩盖非法目的，其扰乱了建筑市场的正常秩序，损害了其他参与招标投标活动当事人的合法权益。虽然B公司中标并承包该项目工程，但对于这种以“保证中标”为条件收取费用，明显违反招标投标活动应遵循的“三公原则”、扰乱市场正常秩序的行为，法院不应予以支持。故法院认定联合协议无效，双方当事人对协议的无效均有过错。综上，B公司关于联合协议属于无效协议的上诉理由成立。原审法院判决认定的事实清楚，但适用法律错误，应予改判。依据《中华人民共和国招标投标法》第五条、《中华人民共和国合同法》第五十二条第（三）项、《中华人民共和国民事诉讼法》第一百五十三条第一款第（二）项的规定，判决如下：

一、撤销北京市第一中级人民法院〔2003〕一中民初字第12473号民事判决；

二、北京A建筑装饰工程有限公司与B国际建设工程总公司签订的联合协议无效；

三、驳回北京A建筑装饰工程有限公司的诉讼请求。

一审案件受理费39400元，北京A建筑装饰工程有限公司负担19700元，B国际建设工程总公司负担19700元；二审案件受理费39400元，由北京A建筑装饰工程有限公司负担。

270. 居间合同违反了招投标活动中要求遵循的公开、公平、公正和诚实信用原则，扰乱了建筑市场的正常秩序，损害了其他参与招投标活动当事人的合法权益。居间人要求依照合同约定支付居间报酬的诉讼请求不予支持。

案例 270. 新疆维吾尔自治区高级人民法院（2014）新民一终字第91号“胜利、高伟与钧泰国际投资（集团）有限公司、钧泰国际投资（集团）有限公司新疆分公司居间合同纠纷案”



关于居间合同是否有效？居间报酬应否支付？二审法院认为，《中华人民共和国合同法》第四百二十四条规定：居间合同是居间人向委托人报告订立合同的机会或者提供订立合同的媒介服务，委托人支付报酬的合同。居间合同的主体：委托人可以是任何公民、法人；居间人是经过有关国家机关登记核准的从事居间营业的法人或公民。本案中，胜利、高伟未能举证其具有国家机关登记核准的从事居间营业资格，故不是居间合同的适格主体。本案涉案工程项目系根据法律规定应以招投标方式对外进行发包。《中华人民共和国招标投标法》第五条规定：招标投标活动应当遵循公开、公平、公正和诚实信用的原则。胜利、高伟与钧泰新疆分公司签订的《建设工程居间服务合同书》约定：钧泰新疆分公司委托胜利、高伟为其提供居间服务，并使钧泰新疆分公司获得该工程项目一个或分期多个工程标段的中标。该约定违反了招投标活动中要求遵循的公开、公平、公正和诚实信用原则，扰乱了建筑市场的正常秩序，损害了其他参与招投标活动当事人的合法权益。故原审法院认定胜利、高伟与钧泰新疆分公司于2012年4月11日签订的《建设工程居间服务合同书》无效，对胜利、高伟要求钧泰公司、钧泰新疆分公司依照合同约定支付居间报酬的诉讼请求不予支持正确。胜利、高伟的上诉无事实、法律依据，本院不予支持。

271. 任何机构和个人都不得通过提供有偿中介服务而规避招投标，居间人非法介绍工程，规避行政主管部门对招投标的监管，导致建设工程施工合同无效，其与委托人约定收取工程信息费，不受法律保护。

案例 271. 最高人民法院（2013）民提字第92号“哈尔滨金鑫建筑工程有限公司与王长柱工程信息费纠纷案”



2004年7月11日和7月15日，经王某介绍，A工程公司与B公司签订《建筑工程承包协议书》及《建筑工程施工合同》。2004年7月27日，A工程公司为王某出具《承诺书》，约定A工程公司分期给付工程信息费46万元，工程完工后付清。之后，A工程公司按约定给付王某一张20万元的现金支票，但没有承兑。

一审法院认为，王某为A工程公司介绍建筑施工工程，履行了提供媒介服务应尽的义务，A工程公司已按王某提供的服务进行施工并已完工，应给付王某信息费。虽然《承诺书》约定发包方支付工程款后再给付信息费，但事实上工程已部分投入使用，B公司已给付部分工程款，A工程公司也有以其占有部分工程抵顶工程款的意思表示，其再以B公司不给付工程款为由不给付王某信息费，损害了王某的合法权益，违反了诚实信用原则。王某的诉讼请求合理合法，应予支持。该院于2005年6月15日作出（2005）平民二初字第91号民事判决：1. A工程公司给付王某工程信息费46万元；2. 驳回王某的其他诉讼请求。诉讼费9410元由A工程公司负担。

A工程公司上诉称，一审判决适用法律错误，双方当事人约定的给付信息费的条件未成就，关于信息费的约定系无效的民事行为，真正生效的《建设工程承包协议书》不是经王某介绍签订的。

二审法院查明：A工程公司提交B公司五常开发一部证明三份，用以证实该公司在拉林六合小区工程中任命王甲为经理，王某为副经理，二人利用权力，回扣该公司工程款46万元，被公司发现后撤销二人职务以及B公司尚未给付A工程公司工程款等事实。2004年9月26日，B公司与A工程公司重新签订施工承包合同（一审中未提供），约定的工程款比原合同约定少44万元。

哈尔滨中院二审认为，A工程公司为王某出具《承诺书》后，B公司未按照其与

A 工程公司签订的《建筑工程承包协议书》的付款办法给付 A 工程公司工程款，所以《承诺书》没有成就的条件，王某请求 A 工程公司给付工程信息费，不予支持。王某可在 B 公司给付 A 工程公司工程款后再另行主张权利。一审判决适用法律不当，应予改判。该院于 2005 年 11 月 2 日作出（2005）哈民二终字第 1574 号民事判决：（一）撤销一审法院（2005）平民二初字第 91 号民事判决；（二）驳回王某的诉讼请求。

王某不服二审判决，于 2005 年 11 月 12 日以二审判决认定事实有误，双方当事人约定给付工程信息费的条件已经成就为由向哈尔滨中院申请再审。该院于 2006 年 12 月 8 日作出（2006）哈民二监字第 639 号民事裁定，由该院再审本案。

哈尔滨中院再审查明：B 公司与 A 工程公司签订的《建筑工程承包协议书》约定，工程地点为五常市拉林镇内；建筑面积 1500 平方米，按实际面积计取；承包方式为包工包料；工程造价：土方、基础、地下室和框架部分为每平方米 700 元，标准住宅及坡屋面每平方米 650 元；阳台部分计取全面积，现场变更增减工程量按现行定额和取费定额计取，纳入本工程形象进度。

哈尔滨中院再审查明的其他事实与原审判决认定的事实基本一致。

哈尔滨中院再审认为，王某在本案中以联系、介绍承揽工程收取信息费的方式，从开发建筑住宅的工程款中获取 46 万元，其结果可能导致承包人偷工减料，减少工程正常投入，难以保证工程质量，损害公共利益，其行为应属无效。另外建设部、国家工商行政管理局联合《建筑市场管理规定》中也明确规定：“任何单位和个人都不得在承发包活动中行贿或收受回扣，不得以介绍工程任务为手段收取费用。”为此，双方的协议属于无效协议，王某要求 A 工程公司给付工程信息费没有法律依据。该院于 2007 年 4 月 9 日作出（2007）哈民二再终字第 10 号民事判决，维持二审判决。

王某不服哈尔滨中院的二审和再审判决，于 2006 年 3 月 23 日向黑龙江高院申请再审称，其取得的新证据证明 A 工程公司已向 B 公司收取工程款 350 万元，给付王某信息费的条件已经成就。黑龙江高院于 2007 年 12 月 5 日作出（2007）黑监民监字第 178 号民事裁定，由该院提审本案。

黑龙江高院再审查明：本案所涉工程款再审时 A 工程公司与 B 公司已经结算完毕。

黑龙江高院再审认为，王某收取工程信息费损害公共利益仅仅是一种可能，没有事实依据。且介绍承揽工程收取信息费只有减少施工方利润的可能，而不必然导致损害公共利益。建设部、国家工商行政管理局《建筑市场管理规定》，不属于《中华人民共和国合同法》（以下简称合同法）第五十二条第（五）项规定所包含的行政法规，故

哈尔滨中院再审判决依据上述规定认定双方协议无效，属于适用法律错误。王某已提供证据证实本案所涉工程款已结算完毕，A工程公司履行《承诺书》约定的条件已经成就。因此，王某履行了提供媒介服务的义务，A工程公司应遵守诚实信用原则，支付工程信息费，其不付工程信息费损害了王某的合法利益，因此王某要求A工程公司给付工程信息费46万元的诉讼请求合理合法，应予支持。该院遂作出135号判决：撤销本案二审判决和哈尔滨中院作出的再审判决，维持一审判决。

A工程公司不服135号判决，于2008年6月29日向最高人民法院申诉称，135号判决认定事实不清，适用法律不当，判决结果错误。请求撤销该判决，维持哈尔滨中院（2007）哈民二再终字第10号民事判决。其理由是：王某是发包方的项目副经理，利用职务之便假借提供信息之名行收取回扣之实，违反了国家强制性规定，是无效的民事行为。135号判决确认该行为有效，判决A工程公司给付王某信息费，违背法律规定，应当予以纠正。

最高人民法院再审查明：2004年7月11日和7月15日，B公司五常开发一部与A工程公司分别签订《建筑工程承包协议书》和《建筑工程施工合同》，五常开发一部项目经理王甲、五常开发一部经理张玉仁分别在合同上签字并加盖五常开发一部的印章。由于王某的介绍，A工程公司未经招投标即承揽了涉案工程。

再审争议焦点：1.《承诺书》是否合法有效；2.《承诺书》约定的付款条件是否已经成就。

再审裁判要点：1.关于《承诺书》是否合法有效的问题。A工程公司主张其承诺支付工程信息费属于王某利用职权非法收取回扣，应认定《承诺书》无效。王某主张其介绍建筑工程并不违反法律的强制性规定，应认定《承诺书》有效。最高人民法院认为，认定《承诺书》的效力涉及以下两个问题：

（一）谁是《承诺书》的受益人。《承诺书》没有写明是谁介绍的工程和向谁支付工程介绍费，结合A工程公司交给王某一张支票的事实，应认定王某是《承诺书》的受益人。从《承诺书》的标题看，A工程公司承诺给付的是“保证金”，但从其内容看，A工程公司承诺给付的是“工程信息费”，《承诺书》的标题与内容存在明显矛盾。然而，无论给付“保证金”还是“工程信息费”，其真实意图都是向王某支付所谓的工程介绍费。

（二）关于王某介绍工程行为的效力。涉案工程为造价1044.4万元的商业服务和住宅楼，属于按规定必须进行招标而未招标的工程。王某介绍涉案工程，A工程公司承

诺付给其 46 万元工程信息费，直接规避了建设工程的招投标程序，双方的行为不仅违反了建设部、国家工商行政管理局《建筑市场管理规定》第五条关于“任何单位和个人都不得在承包活动中行贿受贿或者收受‘回扣’，不得以介绍工程任务为手段收取费用”的规定，而且违反了《中华人民共和国招标投标法》（以下简称招标投标法）第四条关于“任何单位和个人不得将依法必须进行招标的项目化整为零或者其他任何方式规避招标”的规定。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》第一条的规定，因建设工程必须进行招标而未招标所签订的建设工程施工合同为无效合同。本案中因王某非法介绍工程，规避行政主管部门对招投标的监管，导致本案建设工程施工合同无效，其与 A 工程公司约定借此收取工程信息费，不受法律保护。否则，如果因规避招标导致建设工程施工合同无效而认定规避招标行为有效，允许从违法行为中获得利益，那将会使不法行为合法化，不仅有损法律的权威，而且客观上会鼓励这种行为发生，扰乱建筑市场秩序，损害建筑工程质量，危害购房人的安全。

建筑行业为特许经营的行业，任何机构和个人都不得通过提供有偿中介服务而规避招投标。本案中王某、A 工程公司规避招投标的行为，违反了法律的强制性规定，根据《合同法》第五十二条第（五）项的规定，应认定《承诺书》无效。对于王某关于其行为不违反法律的强制性规定，《承诺书》有效的主张，本院不予支持。135 号判决仅认定二审判决适用的《建筑市场管理规定》不属于行政法规，从而认定《承诺书》有效，而未适用《招标投标法》和《合同法》的有关规定，认定《承诺书》无效，属于适用法律错误。

2. 关于《承诺书》约定的付款条件是否成就的问题。

A 工程公司主张工程结算是以房屋抵顶工程款，实际并未收到全部工程款，故《承诺书》约定的付款条件未成就。王某主张有证据证明 B 公司已向 A 工程公司付清了全部工程款，《承诺书》约定的付款条件已经成就。本院认为，尽管 B 公司已向 A 工程公司结清了全部工程款，但由于《承诺书》被认定为无效，无论《承诺书》约定的付款条件是否成就，对 A 工程公司均无约束力。王某依据无效的《承诺书》主张工程信息费，本院不予支持。

综上，王某非法介绍工程，不受法律保护。A 工程公司关于《承诺书》无效的主张，于法有据，本院予以支持。但 A 工程公司对《承诺书》的无效具有重大过错，对其违法行为依法应予处罚。黑龙江省高级人民法院（2007）黑监民再字第 135 号民事

判决适用法律错误，应予纠正。判决如下：

撤销黑龙江省高级人民法院（2007）黑监民再字第135号民事判决；

维持黑龙江省哈尔滨市中级人民法院（2007）哈民二再终字第10号民事判决。

272. 居间人促成委托人与第三人订立了建设工程施工合同，但合同中约定的工程项目并不存在，第三人利用建设工程施工合同进行诈骗，委托人合同目的无法实现，损害了委托人的利益，居间人收取居间报酬无法律依据。

案例 272. 河南省郑州市中级人民法院（2010）郑民四终字第173号“高振中与朱克强、张子敬、杨更喜、陆伟杰居间合同纠纷案”



一审法院认为，在本案中，朱克强等四人的真实意图是与案外人郑州市宇森高温陶瓷有限公司签订建设工程施工合同，朱克强等四人请求高振中帮忙促成其所在的公司与案外人郑州市宇森高温陶瓷有限公司签订建设施工合同，也就是说朱克强等四人试图要与案外人建立相应的合同关系，高振中的工作是促成朱克强等四人与案外人之间合同关系的成立。依据《中华人民共和国合同法》第四百二十四条之规定，居间合同是指居间人向委托人报告订立合同的机会或者提供订立合同的媒介服务，委托人支付报酬的合同。朱克强等四人与高振中之间是居间合同法律关系。依据《中华人民共和国合同法》第八十九条之规定，定金是债权担保的一种方式，是当事人双方约定一方向对方给付定金作为债权的担保。债务人履行债务后，定金应当抵作价款或者收回。给付定金的一方不履行约定的债务的，无权要求返还定金；收受定金的一方不履行约定的债务的，应当双倍返还定金。依据双方之间书写的收条内容及朱克强等四人诉求高振中归还工程定金3.2万元，朱克强等四人交给高振中的3.2元现金是为了促成朱克强等四人与案外人之间建设工程合同关系的成立，并不是为了担保朱克强等四人与高振中之间的居间合同关系，故该3.2万元并不具有担保的属性，收条上虽写明是定金，但事实上该3.2万元是基于居间合同朱克强等四人向高振中支付的劳务报酬。依据《中华人民共和国合同法》第四百二十五条、第四百二十七条的规定：居间人应当就有关订立合同的事项向委托人如实报告。居间人故意隐瞒与订立合同的有关重要事

实或者提供虚假情况，损害委托人利益的，不得要求支付报酬并应当承担损害赔偿责任。居间人未促成合同成立的，不得要求支付报酬，但可以要求委托人支付从事居间合同支出的必要费用。朱克强等四人与案外人郑州市宇森高温陶瓷有限公司虽然签订了建设工程施工合同，但合同中约定的工程项目并不存在，该公司是通过签订建筑施工合同实施合同诈骗，公司的法定代表人及第一负责人现在已被依法追究刑事责任，朱克强等四人与高振中之间的居间合同目的并没有实现。在高振中未促成合同成立的情况下，高振中不得要求支付报酬。同时高振中给朱克强等四人出具的收条中也明确约定如果案外人郑州市宇森高温陶瓷有限公司未能将该工程交与朱克强等四人进行施工或不存在此工程项目，高振中于3月15日应全部退还已收取的现金。故高振中应当返还已收取的3.2万元。朱克强等四人请求高振中双倍赔偿3.2万元是依据定金双倍罚则，由于朱克强等四人交给高振中的3.2万元并非定金，故也不应适用双倍罚则，朱克强等四人请求高振中双倍赔偿3.2万元的诉讼请求依法不予支持。综上所述，依据《中华人民共和国民法通则》第一百三十五条、第一百四十条，《中华人民共和国合同法》第八十九条、第四百二十四条、第四百二十五条、第四百二十七条之规定，判决：被告高振中自判决生效之日起十日内向四原告朱克强、张子敬、杨更喜、陆伟杰返还已收取的现金3.2万元。案件受理费1400元，朱克强、张子敬、杨更喜、陆伟杰负担700元，高振中负担700元。

高振中上诉称，高振中收到的3.2万元现金是河南省永鑫建筑公司支付的报酬，并非朱克强、张子敬、杨更喜、陆伟杰；居间行为已经完成，郑州市宇森高温陶瓷有限公司的负责人实施合同诈骗，建设工程合同约定项目不存在，没有事实和法律依据。请求二审法院依法驳回朱克强、张子敬、杨更喜、陆伟杰的诉讼请求。

朱克强等四人答辩称，高振中收取朱克强、张子敬、杨更喜、陆伟杰的3.2万元定金事实清楚；高振中在提供订立合同过程中隐瞒事实，损害了我方的合法权益，应当退还已收取的报酬。请求二审法院维持原判。

二审争议焦点：高振中收取居间报酬应否获得支持？

二审裁判要点：居间人故意隐瞒与订立合同的有关重要事实或者提供虚假情况，损害委托人利益的，不得要求支付报酬并应当承担损害赔偿责任。居间人未促成合同成立的，不得要求支付报酬，但可以要求委托人支付从事居间合同支出的必要费用。朱克强、张子敬、杨更喜、陆伟杰作为河南省永鑫建筑公司挂靠的项目部经理与案外人郑州市宇森高温陶瓷有限公司签订了建筑施工合同，但案外人利用建筑施工合同进

行诈骗，合同目的无法实现，损害了朱克强、张子敬、杨更喜、陆伟杰的利益，高振中收取居间报酬无法律依据。高振中的上诉理由不成立，本院不予支持。原审判决认定事实清楚，适用法律正确，程序合法，实体处理适当，应予维持。判决驳回上诉，维持原判。

类型二、居间合同有效，应按约支付费用

273. 被委托人的经营范围包含办理建设工程投标事项，委托人主张合同无效，但又不能举证证明被委托人代理投标过程中，具体实施何违法行为干扰涉案工程招投标，主张居间合同无效不予支持。

案例 273. 江苏省连云港市中级人民法院（2013）连商终字第 0469 号“南京山珠建筑安装工程有限公司与连云港龙亿投资管理咨询有限公司、柏岁福、陈后福居间合同纠纷案”



山珠公司委托龙亿公司与王坊村委会进行工程项目前期业务洽谈，并承诺业务成功后，给付龙亿公司一定的报酬。承诺书内容：“山珠公司因赣榆县柘汪工程项目业务开展需要，特委托龙亿公司与柘汪鑫海花园 19#-36# 小楼工程王坊村委会进行前期业务洽谈。为保证其业务能够顺利开展，确保我司的信誉，我司向龙亿公司承诺如下：一、若业务成功，我司自愿按照项目的合同总价款 3% 作为龙亿公司的信息服务费（税后报酬）；二、项目总造价约 1600 万人民币，最终以合同或决算为准。”

2011 年 10 月 16 日，山珠公司中标，并签订建设工程施工合同，合同工程造价为 16030224 元，合同落款处由山珠公司法定代表人朱国文及委托代理人柏岁福签名。在此期间龙亿公司多次要求山珠公司履行承诺给付约定的酬金，山珠公司只通过银行转账向龙亿公司支付了一万元酬金。后龙亿公司诉至法院，请求判令山珠公司、柏岁福、陈后福支付酬金 47 万元及违约金。

龙亿公司经工商行政部门核准的企业法人营业执照载明的经营范围包括：商务信息、招投标代理、房地产中介等范围。

龙亿公司在2011年中秋节前已将王坊村工程项目招标的信息告诉山珠公司，为实现山珠公司在招标中能中标，龙亿公司和柏岁福一起找到案外人张运厚制作投标书，龙亿公司为山珠公司垫付了做标书费用8000元。

一审法院认为，龙亿公司为山珠公司提供了王坊村工程招标信息，并为促成合同订立做了一定工作，从而促成山珠公司中标鑫海花园小区一期工程项目，其应按约定向龙亿公司支付报酬。

上诉人山珠公司不服一审判决向本院提起上诉称鑫海花园一期工程是招投标项目，信息公开的，山珠公司是通过公正程序竞争中标承接的，不是龙亿公司所称是其居间周旋承接的，假设存在一审法院认定的事实，龙亿公司干扰招投标的行为属违法行为，不应受到保护。

二审争议焦点：龙亿公司为山珠公司办理鑫海花园一期工程投标的行为是否违法。

二审裁判要点：办理建设工程投标事项是龙亿公司的经营范围。本案中，龙亿公司代山珠公司做招标工作，是在其合法的经营范围内。《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第二条规定，当事人对自己提出的诉讼请求所依据的事实或者反驳对方诉讼请求所依据的事实有责任提供证据加以证明。没有证据或者证据不足以证明当事人的事实主张的，由负有举证责任的当事人承担不利后果。本案中，山珠公司上诉认为龙亿公司代理其投标是干扰涉案工程招投标属违法行为，但山珠公司对其主张没有提供证据证明龙亿公司具体实施何违法行为干扰涉案工程招投标。山珠公司的该上诉理由不成立，本院不予支持。

综上，山珠公司向龙亿公司出具《委托承诺书》是其真实意思表示，不违反法律法规的禁止性规定，合法有效。龙亿公司为山珠公司在涉案工程投标工作中作了卓有成效的工作，山珠公司应当遵循诚信原则，兑现其承诺。

274.《中华人民共和国建筑法》《中华人民共和国招标投标法》相关法律规定的均是发包方与承包方之间不得以不正当手段签订建设工程承包合同，没有禁止建设工程承包合同居间服务，公开招标的事项也存在向他人报告投标和订立合同机会的情形，投标人也可以将自己在投标活动中所办理的投标事项委托他人代理或者协助进行。招投标活动遵循公开、公正、公平和诚实信用原则，但并非招投标活动有居间行为就违反了招投标活动的原则，作为投标人和承包人，没有提供发包方与承包方以及居间人之间有违反《中华人民共和国建筑法》和《中华人民共和国招标投标法》相应规定的行为，没有证据证明自己已付居间费用用于行贿和回扣，也没有提供居间人违反有关法律规定的事实依据的情况下，主张协议违反法律规定而无效不予支持。

案例 274. 山东省东营市中级人民法院（2013）东商终字第56号“东营君临商贸有限公司与山东黄河建工有限公司、秘先军居间合同纠纷案”



关于黄河建工与商贸公司签订的《合作协议》性质及效力。一审法院认为，民事活动应当遵循公平、诚实信用原则。当事人订立、履行合同，应当遵守法律、行政法规，不得扰乱社会经济秩序、损害社会公共利益。本案中，双方当事人订立居间合同的合作项目是河口区河仙路立交桥工程，该工程项目系事关社会公共利益、公共安全的公共事业项目，工程必须进行招标。根据我国招标投标法的相关规定，招投标活动应遵循公开、公正、公平和诚实信用的招标投标原则，因此，该居间合同违反了我国招标投标法的相关规定，属于以合法形式掩盖非法目的，扰乱了建筑市场的正常秩序，损害了其他参与招标活动当事人的合法权益，应认定协议无效。判决驳回商贸公司要求黄河建工支付居间报酬的诉讼请求。

后商贸公司提起上诉。

关于《合作协议》的性质。二审法院认为，《中华人民共和国合同法》第四百二十四条规定，“居间合同是居间人向委托人报告订立合同的机会或者提供订立合同的媒介服务，委托人支付报酬的合同。”在涉案《合作协议》中，双方约定由上诉人

负责报送投标资料工作，与建设单位联系，投标人黄河建工承担投标保证金、标书等费用，被上诉人黄河建工中标并与建设单位签订合同后向上上诉人支付一定比例的业务提成，该协议符合居间合同的法律特征，应认定为居间合同。

关于《合作协议》的效力。二审法院认为，涉案《合作协议》合法有效。理由如下：《中华人民共和国合同法》确立了居间合同法律制度，我国法律没有禁止建设工程承包合同居间。招标公告虽然为公开事项，但并非公开的事项就众所周知。因此，公开招标的事项也存在向他人报告投标和订立合同机会的情形，投标人也可以将自己在投标活动中所办理的投标事项委托他人代理或者协助进行。招投标活动遵循公开、公正、公平和诚实信用原则，但并非招投标活动有居间行为就违反了招投标活动的原则，只是招投标活动中的居间事项与其他合同的居间事项有所差别。上诉人没有违反我国法律规定，因此该行为为有效民事法律行为。《中华人民共和国建筑法》（以下简称《建筑法》）和《中华人民共和国招标投标法》相关法律规定的均是发包方与承包方之间不得以不正当手段签订建设工程承包合同。本案各方当事人没有提供发包方与承包方以及居间人之间有违反《建筑法》和《中华人民共和国招标投标法》相应规定的行为。被上诉人作为投标人和承包人，没有证明自己已付居间费用用于行贿和回扣等，也没有提供当事人违反有关法律规定的的事实依据，故本院对被上诉人关于该协议违反法律规定而无效的主张不予支持。因此一审法院以该协议违反了招投标法等法律法规的相关规定而确认合同无效错误，本院予以纠正。

关于被上诉人黄河建工应否向上上诉人商贸公司支付业务提成 189356.50 元。二审法院认为，基于涉案《合作协议》有效，且《中华人民共和国合同法》规定，居间人促成合同成立的，委托人应当按照约定支付报酬。判决如下：

- 一、撤销东营市东营区人民法院（2012）东商初字第 957 号民事判决；
- 二、山东黄河建工有限公司自本判决生效之日起十日内向东营君临商贸有限公司支付居间报酬 189356.50 元。

275. 居间人在工程中起到了促成合同成立、履行的作用，委托人出具的承诺书符合居间合同的法律特征，且系双方真实意思表示，不违反法律法规的强制性规定，该承诺书应为合法有效，委托人应按约支付居间人相关费用。

案例 275. 江苏省泰州市中级人民法院（2013）泰中民终字第 0979 号“姚思言与李培元、苏州香山古建园林工程有限公司居间合同纠纷案”



2009年9月3日，案外人泰州市海陵区民族宗教事务局与香山公司签订建设工程施工合同一份，约定香山公司承建泰山公园岳武穆祠维修工程的古建筑保护性修缮，合同载明工程项目经理为华中新、李培元。2009年9月9日，李培元向姚思言出具承诺书，内容为：本人李培元自愿付给姚思言《泰州市泰山公园岳武穆祠修缮工程》业务咨询及设计费，业务咨询费及设计费为工程最终审计造价的14%。付款方式按照业主付工程款同比例支付；支付时间为业主工程款到账后的一周内，由公司账下直接支付给姚思言，领取费用所需要的各类发票由李培元提供。业主尾款付清后，本承诺自动终止。承诺书出具后，李培元共向姚思言支付了上述款项共计人民币166000元。2011年3月9日，泰州市海陵区审计局出具关于岳王庙修复工程结算的审核报告，确定古建部分审定造价为人民币2940786.75元。现姚思言因就剩余款项向李培元、香山公司索要未果，遂涉讼。

一审法院认为，本案系一起依据姚思言与李培元之间签订的承诺书引起的合同纠纷。该承诺书系姚思言与李培元真实意思的表示，且不违反法律法规的强制性规定，该承诺书对双方应具有法律约束力，双方应按照合同的约定履行各自的权利义务，事实上李培元已依据该承诺书履行了部分的合同义务。关于香山公司是否应承担给付义务的问题，虽姚思言与李培元均称该工程系挂靠香山公司，但未能提供证据予以证明，且香山公司对该事实不予认可，即便系挂靠香山公司，从姚思言诉称的事实及理由可以看出，承诺书所载明的款项并非李培元拖欠的工程款，故姚思言要求香山公司作为被挂靠人对承诺书载明的款项承担连带给付责任的诉讼请求，没有事实及法律依据，原审法院不予支持。原审依照《中华人民共和国合同法》第八条、《最高人民法

院关于民事诉讼证据的若干规定》第二条之规定，作出如下判决：一、李培元于判决生效之日起十日内给付姚思言人民币 245710.15 元。二、驳回姚思言对苏州香山古建园林工程有限公司的诉讼请求及其他诉讼请求。

后姚思言提起上诉。

二审法院认为，居间合同是指居间人向委托人报告订立合同的机会或者提供订立合同的媒介服务，委托人支付报酬的合同。居间人促成合同成立的，委托人应当按照约定支付报酬。本案中，姚思言在工程中起到了促成合同成立、履行的作用，李培元向姚思言出具的承诺书符合居间合同的法律特征，且系双方真实意思表示，不违反法律法规的强制性规定，该承诺书应为合法有效，一审判决李培元按约支付姚思言相关费用并无不当。根据查明的事实可以看出，双方之间约定给付的款项并非工程款，不管李培元是否挂靠香山公司，香山公司均不应在欠付工程款范围内承担责任，原审判决驳回姚思言对香山公司的诉讼请求并无不当。上诉人姚思言上诉称其系实际施工人不符合事实。实际施工人应当是组织人员施工，具体完成工程建设的人。姚思言称涉案工程从工程的投资开发、合同签订、工程的验收审计以及发包方工程进度款的拨付，其付出了大量劳动，该行为只是对工程进行协调和沟通的行为，其并未对工程实际施工。

综上，判决驳回上诉，维持原判。

276. 居间合同是居间人向委托人报告订立合同的机会或者提供订立合同的媒介服务，委托人支付报酬的合同。居间人促成合同成立的，委托人应当按照约定支付报酬。

案例 276. 四川省内江市中级人民法院（2013）内民终字第 511 号“内江市东兴建筑工程有限公司与黎静、内江市东兴建筑工程有限公司威宁分公司居间合同纠纷案”



2011 年 3 月，黎静经朋友介绍认识邱千林，在交谈中邱千林自我介绍是东兴建司职工，是项目负责人，长期挂靠东兴建司，得知黎静与贵州威宁一个马上开工的楼盘的开发商是好朋友，邱千林立即请黎静介绍给他总承包修建，并口头承诺事成后给黎

静三个点子的报酬。黎静就按邱千林口头委托，于2011年6月促成了威宁分公司与贵州省毕节地区东兴房地产开发公司签订了威宁县广场路“元亨名都”商品房项目的《建设工程施工合同》，并立即进场施工至今。2011年8月17日，黎静与威宁分公司正式签订了《委托介绍、服务、报酬承诺书》，该承诺书中第四条约定威宁分公司分两次付给黎静报酬50万元。威宁分公司按约分六次已支付黎静30万元，尚欠20万元未支付。经黎静多次催收未果，故诉请法院依法判决威宁分公司立即支付尚欠的报酬并承担诉讼费用，东兴建司对上述款项承担连带责任。东兴建司于2011年5月3日经贵州省威宁县工商行政管理局登记注册成立威宁分公司，公司负责人是邱千林。

一审法院认为，黎静与威宁分公司签订的居间合同合法有效，黎静按约履行了促成威宁分公司与第三人正式签订《建设工程施工合同》的义务，其合法权益应予保护。威宁分公司提出与黎静是合伙人，无证据予以证实，该院不予支持。东兴建司提出与其无关以及威宁分公司工程未完工不应支付报酬的抗辩理由不成立，该院不予支持。该院在查明事实、分清是非责任的基础上，依照《中华人民共和国合同法》第八条、第一百零七条、第四百二十六条之规定，判决：一、威宁分公司于该判决生效后十日内给付黎静20万元；二、东兴建司对上述款项承担连带清偿责任。

上诉人东兴建司上诉称，原审判决认定事实错误，适用法律错误。黎静与邱千林之间是个人约定，不是与威宁分公司的约定。上诉人不应承担连带清偿责任。故请求撤销原判，依法改判。

被上诉人黎静答辩称，原审判决认定事实清楚，适用法律正确，请求驳回上诉，维持原判。

二审争议焦点：黎静是与邱千林本人还是威宁分公司签订的协议？黎静要求支付20万元的居间费是否应当得到支持？上诉人是否应当承担连带清偿责任？

二审裁判要点：居间合同是居间人向委托人报告订立合同的机会或者提供订立合同的媒介服务，委托人支付报酬的合同。居间人促成合同成立的，委托人应当按照约定支付报酬。邱千林作为威宁分公司的负责人，其在《委托介绍、服务、报酬承诺书》上签名并加盖公司印章的行为是职务行为，故黎静是与威宁分公司签订的《委托介绍、服务、报酬承诺书》。该承诺书是双方真实意思表示，未违反法律、法规的强制性规定，合法有效，双方当事人应按照合同履行各自的义务。黎静促成了威宁分公司与毕节地区东兴房地产开发有限责任公司签订《建设工程施工合同》，且威宁分公司对工程进行了实际施工，黎静已完成了其义务。而威宁分公司未按照约定支付全部费用，

故黎静要求支付未付的20万元居间费的请求应得到支持。根据《中华人民共和国公司法》第十四条第一款“公司可以设立分公司。设立分公司，应当向公司登记机关申请登记，领取营业执照。分公司不具有法人资格，其民事责任由公司承担”的规定，作为东兴建司的分支机构，威宁分公司的民事行为所产生的民事责任应由东兴建司承担。但作为能独立成为民事诉讼的当事人来说，威宁分公司也应承担责任，因此原审法院判决威宁分公司与东兴建司承担连带责任并无不当。东兴建司认为按照公司章程分公司不能对外签订合同，但公司章程只对内产生效力，作为居间合同的当事人黎静有理由相信威宁分公司可以与其签订居间合同，东兴建司认为签订《委托介绍、服务、报酬承诺书》是邱千林的无权代理行为且系其个人行为，应由邱千林本人承担责任的上诉理由不能成立。

综上，上诉人东兴建司的上诉理由不能成立，判决驳回上诉，维持原判。

277. 欠条中载明的支付居间费用的条件成就时，应当按约支付居间费用。

案例 277. 江苏省南京市中级人民法院（2013）宁商终字第1223号“杨勇与南京安安市政工程有限公司居间合同纠纷案”



博学建设公司以江都集团南京分公司的名义承接了麒麟科创园沧麒东路道路工程。后安安市政公司与江都集团南京分公司第十五工程处签订《工程项目施工分包合同》一份，该合同首部载明的甲、乙双方分别为江都集团南京分公司（博学建设公司）和安安市政公司，合同约定甲方将承接的南京麒麟科创园沧麒东路道路工程的水泥稳定碎石摊铺项目以专业分包的方式给乙方施工。王某甲作为乙方安安市政公司的代表在合同上签字。2012年2月11日，王某甲向杨勇出具欠条一张，载明“兹有王某甲欠到水稳回款计人民币贰拾叁万元正（230000元），到博学款付清付款”。2012年12月27日，江都建设集团有限公司南京分公司第十五工程处确认在水泥稳定碎石摊铺项目中尚欠安安市政公司工程款1194252元，并于当日将该款项支付给安安市政公司。

另查明，王某甲与孙紫凌（安安市政公司法定代表人）系夫妻关系，王某甲系安安市政公司（成立于2011年8月9日）的股东（发起人），持股比例为20%（孙紫凌

持股 80%)。江都集团南京分公司与安安市政公司仅发生一起业务,即本案所涉的麒麟科创园沧麒东路道路工程中的水泥稳定碎石摊铺项目,且江都集团南京分公司未曾与南京安安物资贸易配套中心(以下简称安安物资中心)发生过业务往来。2012年7月,杨勇向原审法院提起诉讼,要求安安市政公司支付居间费230000元,原审法院于2012年12月19日以付款条件尚未成就等为由驳回杨勇的诉讼请求。后杨勇不服该判决,上诉至本院,在审理过程中,杨勇于2013年3月20日向本院书面申请撤回上述,本院于同日裁定准许其撤回上诉。2013年4月,杨勇再次向原审法院提起诉讼。

一审法院认为,王某甲于2012年2月11日向杨勇所出具的欠条系当事人真实的意思表示,且双方当事人均对欠条的真实性予以认可,原审法院予以确认。王某甲与江都集团南京分公司(博学建设公司)所签订《工程项目施工分包合同》乃系其作为安安市政公司的股东(发起人)代表公司履行职务行为,故其向杨勇出具居间费用的欠条并非为其个人利益所为,也应该是职务行为,对于安安市政公司认为该欠条系王某甲的个人行为,与其无关的辩称意见,原审法院不予采纳。

安安市政公司在质证中认可王某甲向杨勇出具的欠条上所载明的“水稳回款”系水稳项目的居间费用,结合该欠条中所载明“博学款付清”的表述,可认为该欠条中的230000元欠款系王某甲代表安安市政公司向欠条的持有人明确在与博学建设公司发生水稳业务所产生的居间费用的数额。因“麒麟科创园沧麒东路道路工程中的水泥稳定碎石摊铺项目”系安安市政公司与江都集团南京分公司发生的唯一业务,且江都集团南京分公司(博学建设公司)也并未与安安物资中心发生过任何建设工程项目业务往来,故对杨勇主张本案所涉23万元系其向安安市政公司居间介绍水稳业务而产生欠款的意见,原审法院予以采信。

发起人以设立中公司名义对外签订合同,公司成立后,合同相对人请求公司承担责任的,应予支持。对于安安市政公司辩称,杨勇为王某甲所代表的安安市政公司居间介绍水稳业务发生在其公司成立之前,公司不应当承担责任的意见,因王某甲系安安市政公司的发起人之一,杨勇向王某甲居间介绍其与江都集团南京分公司(博学工程公司)发生业务,理应由安安市政公司向杨勇承担居间费用的给付义务。安安市政公司经原审法院合法传唤,无正当理由拒不到庭参加诉讼,依法可缺席判决。综上,依照《中华人民共和国合同法》第四百二十六条、《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的规定(三)》第三条第一款、《中华人民共和国民事诉讼法》第一百四十四条之规定,判决:安安市政公司欠杨勇居间费23万元,于判决发生

法律效力之日起10日内付清。如果未按判决指定的期间履行给付金钱义务，应当依照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百五十三条之规定，加倍支付迟延履行期间的债务利息。一审案件受理费4750元，减半收取为2375元，财产保全费1920元，合计4295元，由安安市政公司负担。

上诉人安安市政公司不服原审法院判决，向本院提起上诉称，2011年5月，杨勇介绍业务时，安安市政公司尚未成立，安安物资中心系王某甲的个人独资企业，故杨勇介绍的博学建设公司水稳工程业务的相对人只能是王某甲或安安物资中心。且博学建设公司工程所需的水稳材料均由安安物资中心生产、供应，并有安安物资中心的发料单佐证，进一步说明履行涉案博学建设公司供应水稳业务的只能是安安物资中心。综上，一审判决认定事实错误，请求二审法院撤销原审判决，发回重审。

杨勇答辩称，安安市政公司与江都集团南京分公司签订的合同及补充协议均能证明杨勇介绍的业务是给安安市政公司做的，王某甲系安安市政公司的股东，与市政公司的法定代表人孙紫凌系夫妻关系，王某甲出具欠条的行为是代表市政公司的职务行为。且王某甲出具的欠条中载明的付款条件为：“博学款付清付款”。江都集团南京分公司已将案涉工程款支付给了安安市政公司，付款条件已成就。原审判决认定事实清楚，适用法律正确，请求二审法院驳回安安市政公司的上诉请求，维持原判。

另查明，2012年6月8日，孙紫凌代表乙方安安市政公司与甲方江都集团南京分公司第十五工程处签订的补充协议，首部内容为：甲、乙双方于2011年7月1日签订麒麟科创园沧其东路工程水泥稳定碎石摊铺专项分包合同……并由乙方提出终止分包合同，第四条还约定：上述协议约定条款待原经办人王某甲回来后协商办理，若协商不成，按本协议条款执行。

还查明，2012年12月27日，江都集团南京分公司（甲方）与安安市政公司、安安物资中心（共同乙方）签订调解协议一份，甲方承诺于2013年1月5日前支付乙方1194252元。调解协议加盖有安安市政公司、安安物资中心的印章，乙方签字栏有孙紫凌的签名。当日江都集团南京分公司将上述款项已向安安市政公司支付完毕。

二审争议焦点：安安市政公司应否给付案涉居间费用？

二审裁判要点：安安市政公司与江都集团南京分公司签订的补充协议约定终止双方签订的《工程项目施工分包合同》，并就案涉的麟科创园沧其东路水泥稳定工程的结算和付款方式达成新的协议，在补充协议中，安安市政公司认可王某甲系原分包合同的经办人。在原审审理中，安安市政公司认可王某甲出具的欠条所载明的水稳回款系

杨勇的居间费用，结合欠条中言明的付款条件“博学款付清付款”及上述补充协议，杨勇所介绍的工程应为安安市政公司施工的博学公司水泥稳定工程。江都集团南京分公司已与安安市政公司结清工程款，安安市政公司支付居间费用的条件已成就，原审据此判决安安市政公司给付杨勇 23 万元居间费用并无不当，本院予以维持。安安市政公司认为案涉工程系安安资源中心承建的上诉意见，缺乏事实依据，本院不予支持。

综上，判决驳回上诉，维持原判决。

278. 依照法律规定必须进行招投标的建设工程项目，建设方所发布的招标信息因受发布时间、地点、方式的制约而并非众所周知，因此向从事建设工程施工的企业或个人报告招标信息并撮合建设方与施工方通过洽商签订《建设工程施工合同》是现实中客观存在的现象，且不属于法律禁止的行为，故《居间合同》有效。

关于居间报酬，首先，居间人的作用也仅仅限于报告招标信息及撮合招投标双方相关负责人相识，所取得的居间报酬应当与其从事居间活动所付出的劳动相符。其次，建筑工程施工行业属于微利行业。双方当事人在居间合同中对居间报酬的过高约定，存在利益失衡的可能，将当事人在居间合同中约定的居间报酬从工程总金额 5% 调整为 1% 的做法，既符合建筑施工行业系微利行业的基本情况，也与居间人实际在居间活动中的付出相符，较好地平衡了双方当事人之间的利益。

案例 278. 最高人民法院（2014）民提字第 74 号“中国中铁航空港建设集团有限公司、中国航空港建设总公司华东分公司与胡某居间合同纠纷案”



关于居间合同是否有效的问题，法院再审认为，胡某与 A 建设集团于 2004 年 5 月 14 日签订的《居间合同》可以证明，双方当事人之间存在居间的民事法律关系。该合同第二条中明确约定了居间报酬为施工合同总金额的 5%，并约定此后 3~4 年内，A 建设集团在安徽省境内承接的其他所有工程，均按该合同的第二、三条执行。该《居间合同》符合《合同法》第四百二十四条有关居间合同的规定。依照法律规定必须进行

招投标的建设工程项目，建设方所发布的招标信息因受发布时间、地点、方式的制约而并非众所周知，因此向从事建设工程施工的企业或个人报告招标信息并撮合建设方与施工方通过洽商签订《建设工程施工合同》是现实中客观存在的现象，且不属于法律禁止的行为。故一、二审判决认定案涉《居间合同》有效是正确的。

关于一、二审判决将《居间合同》中约定的居间报酬从工程款总金额的5%调整到1%是否属于适用法律错误的问题。法院再审认为，本案一、二审法院行使自由裁量权，将当事人约定的工程总金额5%的居间报酬调整为1%，并无不当。首先，根据《招标投标法》的规定，“大型基础设施、公用事业等关系社会公共利益公众安全的项目”必须进行招投标。案涉芜湖联盛国际商业广场项目属于必须招投标的范围，从一、二审法院查明的情况看，A建设集团对该项目的承包权也正是通过招投标活动最终中标取得。由于案涉工程的招投标活动必须遵守《招标投标法》第四十三条的规定，即“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。”故胡某在A建设集团在芜湖联盛国际商业广场项目中标一事中居间的作用也仅仅限于报告招标信息及撮合招投标双方相关负责人相识，所取得的居间报酬应当与其从事居间活动所付出的劳动相符。如果胡某认为其在促成A建设集团在案涉工程项目中标一事上存在除报告招标信息、撮合招投标双方负责人相识以外的其他居间活动，一是必须提出证据证明其付出，二是应当证明其居间活动不违反《招标投标法》第四十三条的规定。但胡某在本案一、二审期间所举证据，并未证明其尚有其他合法的居间活动及付出。其次，近年来我国建筑工程施工行业属于微利行业。双方当事人在居间合同中对居间报酬的过高约定，存在利益失衡的可能。本案一、二审法院行使自由裁量权，将当事人在居间合同中约定的居间报酬从工程总金额5%调整为1%的做法，既符合建筑工程施工行业系微利行业的基本情况，也与胡某实际在居间活动中的付出相符，较好地平衡了双方当事人之间的利益，故这一调整并非滥用自由裁量权。

裁判依据或参考

法律法规

《中华人民共和国合同法》(1999年10月1日)

第二十三章 居间合同

第四百二十四条 居间合同是居间人向委托人报告订立合同的机会或者提供订立

合同的媒介服务，委托人支付报酬的合同。

第四百二十五条 居间人应当就有关订立合同的事项向委托人如实报告。

居间人故意隐瞒与订立合同有关的重要事实或者提供虚假情况，损害委托人利益的，不得要求支付报酬并应当承担损害赔偿责任。

第四百二十六条 居间人促成合同成立的，委托人应当按照约定支付报酬。对居间人的报酬没有约定或者约定不明确，依照本法第六十一条的规定仍不能确定的，根据居间人的劳务合理确定。因居间人提供订立合同的媒介服务而促成合同成立的，由该合同的当事人平均负担居间人的报酬。

居间人促成合同成立的，居间活动的费用，由居间人负担。

第四百二十七条 居间人未促成合同成立的，不得要求支付报酬，但可以要求委托人支付从事居间活动支出的必要费用。

《中华人民共和国招标投标法》(2000年1月1日 2017年修正)

第三十二条 投标人不得相互串通投标报价，不得排挤其他投标人的公平竞争，损害招标人或者其他投标人的合法权益。

投标人不得与招标人串通投标，损害国家利益、社会公共利益或者他人的合法权益。

禁止投标人以向招标人或者评标委员会成员行贿的手段谋取中标。

《中华人民共和国招标投标法实施条例》(2012年2月1日 国务院令第613号 2018年修正)

第四十一条 禁止招标人与投标人串通投标。

有下列情形之一的，属于招标人与投标人串通投标：

- (一) 招标人在开标前开启投标文件并将有关信息泄露给其他投标人；
- (二) 招标人直接或者间接向投标人泄露标底、评标委员会成员等信息；
- (三) 招标人明示或者暗示投标人压低或者抬高投标报价；
- (四) 招标人授意投标人撤换、修改投标文件；
- (五) 招标人明示或者暗示投标人为特定投标人中标提供方便；
- (六) 招标人与投标人为谋求特定投标人中标而采取的其他串通行为。

部门规范性文件

七部委《建设项目施工招标投标办法》(2013年4月修订 七部委第30号令)

第四十七条 下列行为均属招标人与投标人串通投标：

(一) 招标人在开标前开启投标文件并将有关信息泄露给其他投标人，或者授意投标人撤换、修改投标文件；

(二) 招标人向投标人泄露标底、评标委员会成员等信息；

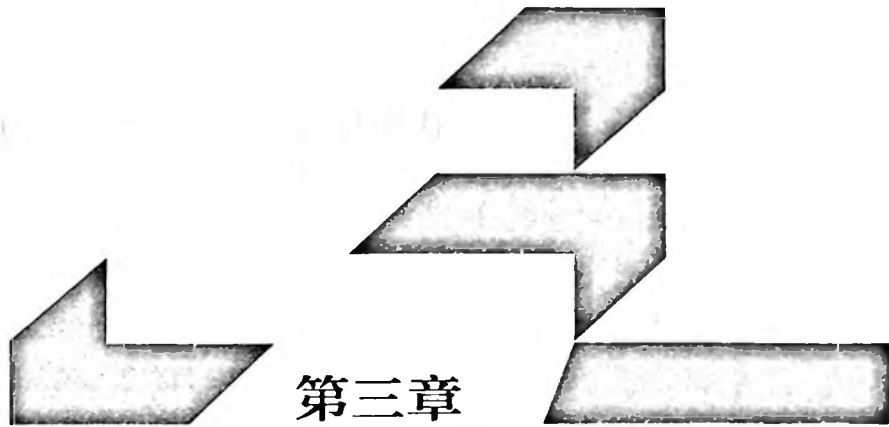
(三) 招标人明示或者暗示投标人压低或抬高投标报价；

(四) 招标人明示或者暗示投标人为特定投标人中标提供方便；

(五) 招标人与投标人为谋求特定中标人中标而采取的其他串通行为。

第四十八条 投标人不得以他人名义投标。

前款所称以他人名义投标，指投标人挂靠其他施工单位，或从其他单位通过受让或租借的方式获取资格或资质证书，或者由其他单位及其法定代表人在自己编制的投标文件上加盖印章和签字等行为。



第三章

合同无效的法律处理

第1节 合同无效与结算效力

——合同没有效，结算也无效？（结算效力）

279. 补充协议从订立背景、订立目的和内容上看，性质上属于承、发包之间既存债权债务关系的结算和清理，在法律效力上具有独立性和约束力，不违反法律、行政法规的效力性强制性规定，合法有效。

案例 279. 最高人民法院（2014）民一终字第 61 号“博坤建设集团有限公司与安阳广佳欣置业有限公司、管广生建设工程施工合同纠纷案”



关于案涉合同及补充协议效力的问题。二审法院认为，案涉《建设工程施工合同》因违反《招标投标法》的规定，应为无效。《补充协议一》主要涉及案涉工程施工进度等事项，因《建设工程施工合同》无效，故《补充协议一》亦应认定无效。一审判决认定案涉施工合同有效，并判决解除该合同属适用法律错误，本院予以纠正。

《补充协议二》在形式上虽为《建设工程施工合同》之补充协议，但该协议具有独立性。首先，从该协议的订立背景看，是截至 2013 年 4 月 30 日，广佳欣公司未按双方约定支付工程进度款、退还履约保证金和支付利息。其次，从该协议的订立目的和内容上看，是确认博坤公司已完工程范围及价值、明确欠款数额及广佳欣公司所应承担的逾期付款补偿责任、广佳欣公司所应承担的逾期付款违约金责任，以及管广生同意提供连带保证责任。本院认为，《补充协议二》在性质上属于广佳欣公司和博坤公司对双方之间既存债权债务关系的结算和清理，确认《补充协议二》在法律效力上的独立性和约束力，不违反法律、行政法规的效力性强制性规定。据此，本院认定《补充协议二》合法有效。

280. 施工合同虽无效，但工程完工后双方就工程款的支付问题达成的协议合法有效，发包人没有按照协议书约定支付工程款，应依约向承包人支付违约金。

案例 280. 陕西省高级人民法院（2014）陕民一终字第 00080 号“重庆市新蓝湾房地产开发公司与白河城投建筑建材有限公司、徐争明、李勋勇、李功长、徐涛、胡承波、李军、周继勇、闰书礼、杨吉兵建设工程施工合同纠纷案”



关于 10 万元违约金的问题，法院认为，尽管 A 房地产开发公司与杨某建材部签订的《土石方及河道治理工程承包合同》、杨某建材部与 C 工程队签订的《土石方及河道治理工程承包合同》，B 建筑建材有限公司与杨某建材部签订的《补充协议》，因杨某建材部、C 工程队均无建设工程施工资质而无效，但 2012 年 8 月 30 日 B 建筑建材有限公司与 C 工程队签订《协议书》，是工程完工后，B 建筑建材有限公司就工程款的支付问题与 C 工程队徐某等人达成的协议，该协议有 B 建筑建材有限公司的盖章和法定代表人签名，C 工程队的代表人徐某签名，双方意思表示真实，应属有效。B 建筑建材有限公司与 C 工程队签订协议书约定，若一方违约，需向对方支付违约金人民币 10 万元。该协议约定 B 建筑建材有限公司 2012 年 9 月 5 日前借支徐某等人壹佰万元整，2012 年 9 月 15 日前再行借支 50 万元，但实际 B 建筑建材有限公司于 2012 年 9 月 12 日支付 50 万元，之后零星支付了 45.5 万元，在 2013 年 2 月 1 日、2 月 6 日分别支付了 100 万元。由此可见，B 建筑建材有限公司没有按照协议书约定支付工程款，徐某、李某、李某某、徐某、胡某、李某、周某、闰某要求支付 10 万元违约金，应予支持。

281. 建设工程合同无效，结算及付款协议有效，发包人主张协议是在承包人胁迫的情况下签订的，不是其真实意思表示，但未能提供任何证据予以证明，应由其承担举证不能的不利后果。

案例 281. 河北省高级人民法院（2013）冀民一终字第134号“承德德生房地产开发有限公司与北京中关村开发建设股份有限公司建设工程施工合同纠纷案”



二审法院认为，双方签订的建设工程施工合同虽然因违反法律强制性规定而无效，但对于施工方已经施工完毕的工程发包方仍应支付工程款。德生公司在二审庭审中认可中关村建设公司确实完成了15~18号楼地下基础工程，德生公司在结算及付款协议上的盖章也是真实的，足以表明德生公司对该协议的认可；德生公司主张该协议是在对方胁迫的情况下无奈签订的，不是其真实意思表示，但未能提供任何证据予以证明，应由其承担举证不能的不利后果，本院对此不予采信。原审将结算及付款协议作为工程款支付依据是正确的，本院予以维持。

282. 承、发双方法定代表人签字认可的结算书具有法律约束力，承包人以结算无效为由提出的诉请，应予驳回。

案例 282. 云南省怒江傈僳族自治州中级人民法院（2012）怒民二初字第18号“贡山县独龙江建筑建材综合服务有限公司与贡山独龙族怒族自治县独龙江乡人民政府建设工程施工合同纠纷案”



法院认为，原、被告签订的“建设工程施工合同”虽系双方平等自愿的基础上签订的，但由于原告不具有建设工程施工资质，双方所签订的《建设工程施工合同》违反法律和行政法规的强制性规定，合同为无效合同。本案中，原、被告双方已经按照

约定对原告所做的工程进行了结算，且双方法定代表人均在结算书上签字认可，原告因此领取了工程结算款，且双方进一步明确约定支付完工程决算款后，不再牵涉任何违约和赔偿事宜，原告的结算、领款和再约定等行为，只要不存在《中华人民共和国民事诉讼法》第五十八条规定的民事行为无效情形之一的，一经作出，即具有法律约束力，现原告又以结算无效为由提出的诉讼请求的证据不足，诉讼理由不能成立，应予驳回。根据《中华人民共和国民事诉讼法》第五十七条、第五十八条《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条第一款之规定，并经本院审判委员会讨论决定，判决驳回原告贡山县独龙江建筑建材综合服务有限公司的诉讼请求。

283. 发包人主张《建设工程施工合同》无效，《结算审定单》亦应无效，不予支持。

案例 283. 最高人民法院（2014）民申字第1223号“南宁宽博科技人员创业服务有限责任公司与广西华业建筑工程有限公司、卢光昌建设工程施工合同纠纷案”



关于《结算审定单》可否作为确定工程造价的依据问题。最高人民法院再认为，A创业服务公司与B工程公司、卢某签署的《结算审定单》系由A创业服务公司与B工程公司分别委托相关人员就案涉工程量进行审核后作出的结算凭证，于2008年7月7日共同确认形成，南宁市高新技术产业开发区建设局作为见证人亦在《结算审定单》上签章。A创业服务公司与B工程公司于2008年7月18日签订《协议书》，再次认可案涉工程结算价为18127920元。上述事实表明，《结算审定单》确认的工程结算价并非B工程公司的单方主张；且A创业服务公司特别授权的委托代理人在2009年8月31日（2008）南市民一初字第51号房屋买卖合同案庭审中仍然确认工程结算依据为《结算审定单》。若A创业服务公司仅为竣工验收而被迫同意按该价格结算，其在竣工备案后有权申请撤销《结算审定单》，其未在一年的除斥期间内申请撤销，A创业服务公司以B工程公司（卢某）乘人之危为由主张《结算审定单》无效，不予支持。施工合同被认定为无效，但案涉工程经竣工验收合格，可参照合同约定结算工程款，A创业服务公司主张《建设工程施工合同》无效，《结算审定单》亦应无效，依据不足。

284. 合同无效，不能影响承、发包双方为工程款结算而签订的《补充协议》效力。

案例 284. 黑龙江省高级人民法院（2017）黑民终 24 号“黑龙江天宏房地产开发有限公司与哈尔滨市东方国际建筑工程有限公司建设工程施工合同纠纷案”



二审法院认为，依据双方当事人签订《建设工程施工协议》《建设工程施工合同》的过程及内容，一审法院适用《中华人民共和国招标投标法》《工程建设项目招标范围和规模标准规定》以及《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》的相关条款认定《建设工程施工协议》《建设工程施工合同》均为无效正确，本院予以维持。双方于 2013 年 11 月 1 日签订的《补充协议》系案涉工程完工交付且经双方验收合格后，双方就工程结算达成的新协议，是双方真实意思表示，且不违反法律和行政法规强制性效力性规定，一审法院认定该《补充协议》合法有效正确。该《补充协议》与《建设工程施工协议》之间不存在主合同与从合同关系，而系两个各自独立的合同，《建设工程施工协议》的效力不能影响对后续因工程款结算而签订的《补充协议》的效力。

285. 必须招标的工程，招标前即签订合同并用其备案，施工过程中又签订补充协议，并对承包范围、合同价款及结算方式等实质性内容进行了变更，违反了《中华人民共和国招标投标法》的规定，所签订的合同均无效。后承、发包双方以均认可的施工合同作为结算依据形成的《会议纪要》，双方意思表示真实，应作为确认工程价款的依据。

案例 285. 黑龙江省高级人民法院（2014）黑民终字第 34 号“黑龙江化工建设有限责任公司与伊春市绿城房地产开发有限公司建设工程施工合同纠纷案”



关于承包人化建公司与发包人绿城公司就涉案工程所签订的三份合同的效力问题。二审法院认为，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》（以下简称《建设工程司法解释》）第一条规定“建设工程施工合同具有下列情形之一的，应当根据《中华人民共和国合同法》第五十二条第（五）项的规定，认定无效：（三）建设工程必须进行招标而未招标或者中标无效的”，化建公司与绿城公司就涉案工程所签订的四份合同应属无效合同。依据《中华人民共和国招标投标法》第三条之规定及《工程建设项目招标范围和规模标准规定》第三条、第七条之规定，本案涉案工程属必须招标工程，绿城公司与化建公司于诉争工程中标前即对工程施工的实质性内容进行了协商，并于2010年5月24日签订《建筑工程施工补充协议》及2010年6月21日在招标前签订《建设工程施工合同》。虽然中标后双方以《建设工程施工合同》报伊春市建设局备案，但因该行为违反《中华人民共和国招标投标法》第四十三条规定“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”及第五十五条规定“依法必须进行招标的项目，招标人违反本法规定，与投标人就投标价格、投标方案等实质性内容进行谈判的，给予警告，对单位直接负责的主管人员和其他直接责任人员依法给予处分。前款所列行为影响中标结果的，中标无效”，故双方签订的《建筑工程施工补充协议》及《建设工程施工合同》应属无效合同。双方于诉争工程施工过程中，又签订了《建筑工程施工补充协议》及《龙栖湾建筑工程施工补充协议二》，并对承包范围、合同价款及结算方式等实质性内容进行了变更，因该行为违反《中华人民共和国招标投标法》第四十六条规定“招标人和中标人应当自中标通知书发出之日起三十日内，按照招标文件和中标人的投标文件订立书面合同。招标人和中标人不得再行订立背离合同实质性内容的其他协议”，故双方签订的《建筑工程施工补充协议》及《龙栖湾建筑工程施工补充协议二》亦应属无效合同。原审法院判决关于合同效力的认定适用法律不当，本院依法予以纠正。

关于绿城公司是否拖欠化建公司工程款的问题。《建设工程司法解释》第二条规定“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”。本案中，诉争工程已竣工并交付使用，化建公司与绿城公司以双方认可的施工合同为结算依据，于2012年1月8日共同召开议题为“伊春龙栖湾小区建筑项目一期工程结算事宜”的结算会议，对施工工程量及应付工程款进行了确认，经核算确定绿城公司应付化建公司工程款为64619763.08元，双方共同在该《会议纪要》上签字盖章，系双方真实意思表示，符合上述规定。且绿城公司已按《会议纪

要》确定的数额向其支付了工程款。现化建公司主张绿城公司仍欠付其工程款 800 万元，无事实及法律依据，故对于化建公司的上诉主张，不予支持。

裁判依据或参考

法律法规

《中华人民共和国民法通则》(1987 年 1 月 1 日)

第五十八条 下列民事行为无效：

- (一) 无民事行为能力人实施的；
- (二) 限制民事行为能力人依法不能独立实施的；
- (三) 一方以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危，使对方在违背真实意思的情况下所为的；
- (四) 恶意串通，损害国家、集体或者第三人利益的；
- (五) 违反法律或者社会公共利益的；
- (六) 经济合同违反国家指令性计划的；
- (七) 以合法形式掩盖非法目的的。

无效的民事行为，从行为开始起就没有法律约束力。

第六十条 民事行为部分无效，不影响其他部分的效力的，其他部分仍然有效。

第六十一条 民事行为被确认为无效或者被撤销后，当事人因该行为取得的财产，应当返还给受损失的一方。有过错的一方应当赔偿对方因此所受的损失，对方都有过错的，应当各自承担相应的责任。

双方恶意串通，实施民事行为损害国家的、集体的或者第三人的利益的，应当追缴双方取得的财产，收归国家、集体所有或者返还第三人。

《中华人民共和国合同法》(1999 年 10 月 1 日)

第十条 当事人订立合同，有书面形式、口头形式和其他形式。

法律、行政法规规定采用书面形式的，应当采用书面形式。当事人约定采用书面形式的，应当采用书面形式。

第十一条 书面形式是指合同书、信件和数据电文（包括电报、电传、传真、电子数据交换和电子邮件）等可以有形地表现所载内容的形式。

第三十二条 当事人采用合同书形式订立合同的，自双方当事人签字或者盖章时合同成立。

第三十三条 当事人采用信件、数据电文等形式订立合同的，可以在合同成立之前要求签订确认书。签订确认书时合同成立。

第五十二条 有下列情形之一的，合同无效：

- (一) 一方以欺诈、胁迫的手段订立合同，损害国家利益；
- (二) 恶意串通，损害国家、集体或者第三人利益；
- (三) 以合法形式掩盖非法目的；
- (四) 损害社会公共利益；
- (五) 违反法律、行政法规的强制性规定。

第五十三条 合同中的下列免责条款无效：

- (一) 造成对方人身伤害的；
- (二) 因故意或者重大过失造成对方财产损失的。

第五十六条 无效的合同或者被撤销的合同自始没有法律约束力。合同部分无效，不影响其他部分效力的，其他部分仍然有效。

第五十七条 合同无效、被撤销或者终止的，不影响合同中独立存在的有关解决争议方法的条款的效力。

第五十八条 合同无效或者被撤销后，因该合同取得的财产，应当予以返还；不能返还或者没有必要返还的，应当折价补偿。有过错的一方应当赔偿对方因此所受到的损失，双方都有过错的，应当各自承担相应的责任。

第五十九条 当事人恶意串通，损害国家、集体或者第三人利益的，因此取得的财产收归国家所有或者返还集体、第三人。

《中华人民共和国民法总则》(2017年10月1日)

第一百五十三条 违反法律、行政法规的强制性规定的民事法律行为无效，但是该强制性规定不导致该民事法律行为无效的除外。

违背公序良俗的民事法律行为无效。

第一百五十四条 行为人与相对人恶意串通，损害他人合法权益的民事法律行为无效。

第一百五十五条 无效的或者被撤销的民事法律行为自始没有法律约束力。

第一百五十六条 民事法律行为部分无效，不影响其他部分效力的，其他部分仍然有效。

第一百五十七条 民事法律行为无效、被撤销或者确定不发生效力后，行为人因该行为取得的财产，应当予以返还；不能返还或者没有必要返还的，应当折价补偿。有过错的一方应当赔偿对方由此所受到的损失；各方都有过错的，应当各自承担相应的责任。法律另有规定的，依照其规定。

地方司法性文件及其他

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》
(1998年10月30日山东省高级人民法院审判委员会第52次会议讨论通过)

31、发包方和承包方协商进行了工程结算，签订工程结算书的，原则上应以双方签字认可的工程结算书作为定案依据；诉讼中，当事人一方对工程结算书有异议而又不能提供充分证据请求法院予以鉴定的，原则上不予支持。

广东省高级人民法院《关于审理建设工程合同纠纷案件的暂行规定》(2000年7月28日 粤高法〔2000〕31号)

17. 建设工程合同对工程款结算没有约定或虽有约定，但发包人与承包人自行结算达成的结算协议有效。属国家投资建设的重大工程，并由国家对工程款结算依法进行管理的除外。

广东省高级人民法院《全省民事审判工作会议纪要》(2012年6月26日 粤高法〔2012〕240号)

24. 当事人依照无效的建设工程施工合同就工程价款签订了结算协议，且工程经竣工验收合格的，可参照结算协议认定工程价款。

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》
(2015年3月16日 川高法民一〔2015〕3号)

22. 当事人诉前达成的结算协议如何处理？

当事人在诉讼前已就工程价款的结算达成协议，一方在诉讼中要求重新结算的，不予支持，但结算协议被人民法院或仲裁机构认定为无效或撤销的除外。

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若干疑难问题的解答》
(2012年8月6日 京高法发〔2012〕245号)

7、当事人在诉讼前已就工程价款的结算达成协议，一方要求重新结算的，如何处理？

当事人在诉讼前已就工程价款的结算达成协议，一方在诉讼中要求重新结算的，不予支持，但结算协议被法院或仲裁机构认定为无效或撤销的除外。

建设工程施工合同无效，但工程经竣工验收合格，当事人一方以施工合同无效为由要求确认结算协议无效的，不予支持。

江苏省徐州市中级人民法院《进一步规范关于审理建设工程施工合同纠纷案件的若干问题》

〔合同无效后结算条款有没有效？〕

建设施工合同无效，但工程经竣工验收合格的，根据《解释》第二条的规定，发包人与承包人均可以请求参照合同约定确定工程价款。

〔合同无效后还有哪些条款可结算时以拿来用？〕

建设工程施工合同无效，建设工程经竣工验收合格的，合同中约定的工程造价、工程款支付期限、工期和进度、工程质量、竣工验收、质量保修等条款仍可参照适用。

第2节 无效合同下的管理费

——合同没有效，管理费计否？（管理费用）

类型一、合同无效，参照合同约定计算工程价款

286. “参照合同约定支付工程价款”并不意味着发包人可以按照扣除利润、管理费后的成本价格支付工程款，若发包人按扣除利润、管理费后的成本价格支付工程款给承包人，实际上是发包人因其违法行为而获得了利益，这与无效合同的处理原则相悖。

案例 286. 绍兴市中级人民法院（2016）浙06民终809号“浙江八汇建筑有限公司与荣森控股集团有限公司、浙江天洋控股集团房地产开发有限公司等建设工程施工合同纠纷案”



法院认为，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》第二条之规定，建设工程施工合同无效，但建设工程竣工验收合格，承包人可以请求参照合同约定支付工程价款。其中“参照合同约定支付工程价款”并不意味着发包人可以按照扣除利润、管理费后的成本价格支付工程款，若发包人按扣除利润、管理费后的成本价格支付工程款给承包人，实际上是发包人因其违法行为而获得了利益，这与无效合同的处理原则相悖。

287. 合同无效，但管理费系定额造价的组成部分，且系施工过程中必须发生的成本，应予以计取。

案例 287. 江苏省高级人民法院（2015）苏民终字第 00541 号“扬州良国房地产开发有限公司与汤时庆、江苏天宇建设集团有限公司建设工程施工合同纠纷案”



二审法院认为，《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》第二条规定，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。管理费系定额造价的组成部分，且系施工过程中必须发生的成本，原审判决对该费用不予支持，缺乏依据，涉案工程管理费应予以计取。

288. 合同无效，案涉工程经竣工验收合格，实际施工人有权请求参照合同约定支付工程价款，工程管理费、安全文明措施基本费系施工过程中必须发生的成本，应当计入工程款。

案例 288. 最高人民法院（2017）最高法民申 831 号“扬州良国房地产开发有限公司与汤时庆、江苏天宇建设集团有限公司建设工程施工合同纠纷案”



法院再审认为，《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》第二条规定，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。本案中，因汤时庆不具备施工资质，其借用天宇公司资质与良国公司订立的建设工程施工合同无效，但案涉工程经竣工验收合格，其有权请求参照合同约定支付工程价款。且工程管理费、安全文明措施基本费均系施工过程中必须发生的成本，故二审法院将案涉工程管理费、安全文明措施基

本费计入良国公司应当支付的工程款，并无不当。良国公司关于案涉工程管理费、安全文明措施基本费等相关费用不应计取的主张，于法无据。

类型二、合同无效，不应计取管理费

289. 实际施工人借用资质签订的合同无效，按工程造价鉴定报告中不取费工程造价进行补偿。

案例 289. 辽宁省沈阳市中级人民法院（2008）沈中民二终字第 779 号“上诉人（原审原告）孙瑞涛与上诉人（原审被告）沈阳顺意福莱英房地产开发有限公司（简称顺意房产公司）、原审第三人沈阳聚隆建筑安装工程有限公司双盈分公司（简称聚隆双盈分公司）建设工程施工合同纠纷案”



二审法院认为，我国《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》第一条规定：“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：（一）承包人未取得建筑施工企业资质或者超越资质等级的；（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；”本案中孙某作为自然人并没有建筑企业施工资质却以 B 建筑公司七号楼工程的项目部经理名义与 A 房产公司签订阳光维也纳工程补充协议，该合同显属无效合同。根据《中华人民共和国合同法》第五十八条规定：“合同无效或者被撤销后，因该合同取得的财产，应当予以返还；不能返还或者没有必要返还的，应当折价补偿。”因此，对孙某的实际施工工程量，应依据鉴定机构作出的工程造价鉴定进行折价补偿，即按照辽宁东联工程造价咨询事务所有限责任公司出具的工程造价鉴定报告中不取费工程造价为 924510.47 元补偿给孙某。

290. 违法建筑在法律上的拟制状态是应当拆除。如被拆除，则承包人在该建筑中投入的直接建筑成本就属于承包人的损失。除直接建筑成本之外，承包人的损失还有垫资（即直接建筑成本）的利息。考虑到发包人具有主要缔约过失责任，承包人也具有相应的缔约过失责任，承包人的主要损失即直接建筑成本应当由发包人承担，承包人的次要损失即垫资利息应当由承包人自行承担。发包人给付承包人工程款的方式就是支付承包人在该工程中所投入的直接建筑成本。承包人投入的直接建筑成本仅仅是材料费、人工费和机械费，不包括税金、规费、管理费和利润等。

案例 290. 江西省赣州市中级人民法院（2010）赣中民一终字第 57 号“上诉人（原审被告）张祖海、宋祥忠与被上诉人（原审原告）宋和清建设工程施工合同纠纷案”



关于本案争议合同是否有效的问题。二审法院认为，本案争议的工程位于赣州市中心城区规划范围内，且房屋高达八层，依法应当办理规划审批等报建手续。但事实上，该房屋不仅未办理规划审批、施工许可等报建手续，连建设用地的土地使用权都未取得，建房所占土地仍然属集体所有的农村承包地，该房屋属典型的违法建筑。争议的建房合同属无效合同。该合同无效有两个方面的原因：第一是未办理任何审批报建手续，属违法建筑，且在二审审理终结前未能补办相关的审批报建手续；第二是施工人宋乙为自然人，不具有施工资质。对于该合同的无效，上诉人与被上诉人均具有过错。上诉人的过错在于：未取得土地使用权；未办理规划审批、施工许可等报建手续；未选任有施工资质的单位承建。被上诉人的过错在于：明知不具有施工资质仍签订合同承建房屋；在签订施工合同前未尽审查义务，审查发包人是否取得土地使用权，是否取得了有关审批报建手续；在施工过程中，明知赣州市人民政府已发《通告》明令禁止违法违规建房，仍置《通告》于不顾，继续完成该违法建筑。综合考量双方的过错程度，上诉人的过错程度更大，应承担缔约过失的主要责任。

关于本案上诉人是否可拒付工程款的问题。上诉人认为该工程未经验收，工程质量不合格，给付工程款的条件不成立。本案中，该工程未经规划审批，未履行任何报

建手续，未聘请设计单位、监理单位，无法通过规划、设计、监理等部门的认可而完成竣工验收手续。上诉人也没有提供鉴定机构有关该建筑质量不合格的鉴定结论，且上诉人已经将部分房屋出售并交付给了购房人。上诉人擅自使用建筑工程后，不得再以该建筑工程质量不合格为由拒付工程款。故上诉人该理由不成立，本院不予支持。

关于本案被上诉人工程款如何计算的问题。被上诉人认为，上诉人已擅自使用，可视为工程已竣工验收，按照《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》（下称《建设工程解释》）第二条之规定，应参照合同约定价款即550元/㎡支付工程价款。本院认为，《建设工程解释》第二条的适用条件是该建筑工程为合法建筑，办理了相应的审批报建手续。施工合同的无效仅仅是因为承包人施工资质的问题，不存在违法建筑的问题，此时承包人施工资质的瑕疵可通过工程验收合格而得以弥补和涵盖。而本案中的违法建筑之缺陷不能通过工程验收合格而得以弥补，仅能通过补办相关手续得以弥补，但至二审审理终结前，该违法建筑仍未能补办相关审批报建手续，系违法建筑。故被上诉人关于适用《建设工程解释》第二条参照合同约定计算工程款的请求，本院不予支持。然则对于被上诉人的工程款如何计算之问题。本院认为，此问题可从无效合同“双方返还、过错方赔偿损失”的处理原则入手解决。该违法建筑在法律上的拟制状态是应当拆除。如被拆除，则被上诉人在该建筑中投入的直接建筑成本就属于被上诉人的损失。除直接建筑成本之外，被上诉人的损失还有垫资（即直接建筑成本）的利息。考虑到上诉人具有主要缔约过失责任，被上诉人也具有相应的缔约过失责任，被上诉人的主要损失即直接建筑成本应当由上诉人承担，被上诉人的次要损失即垫资利息应当由被上诉人自行承担。上诉人给付被上诉人工程款的方式就是支付被上诉人在该工程中所投入的直接建筑成本。因此，如何考究被上诉人投入的直接建筑成本就成为本案处理的关键。二审审理中，上诉人向本院申请对被上诉人投入的直接建筑成本进行鉴定，但由于该建筑工程未办理任何审批报建手续，而被上诉人又没有提交任何的施工资料，双方能够提交的仅仅是施工草图，故鉴定机构无法对该建筑的直接建筑成本进行鉴定。由于该建筑未取得土地使用权，未办理规划审批、施工许可等报建手续，也没有设计、监理单位，因此，被上诉人投入的直接建筑成本仅仅是材料费、人工费和机械费，不包括税金、规费、管理费和利润等，故该建筑的直接建筑成本应当比一般合法建筑的直接建筑成本要低。纵观双方的签约过程，双方前后签订了三份协议。第一份是2008年8月8日签订的《建房工程协议书》，该协议约定的包干单价为450元/㎡，每建好一层支付一层的工程款，故在被上诉人看

来, 450元/㎡的单价仍然具有相应的利润, 该建筑的直接建筑成本应当在450元/㎡以下。第二份是本案争议的合同, 即2008年10月16日的《建房工程协议书》, 该合同除工程包干单价与前一合同不同, 由450元/㎡调整为550元/㎡, 并且增加了建好房屋主体结构以后, 上诉人如不付工程款, 可由被上诉人出售房屋以抵工程款的内容之外, 其余约定内容基本相同。而包干单价之所以调整, 是因为双方约定了由被上诉人垫资承建之内容, 故包干单价相应地提高, 并非直接建筑成本可达到550元/㎡。第三份是2008年12月1日双方就第八层加层事宜所签订的《建房合作协议》, 该合同约定, 建好第八层后三人各一套, 建房由宋乙负责建好, 建筑成本按300元/㎡计算, 飘檐和楼梯亭三人平分, 也按300元/㎡计算。该合同是双方真实意思的表示, 内容之约定更贴近于不以盈利为目的的合作建房协议, 300元/㎡是双方对建房成本进行核算后作出的约定, 基本贴近于实际直接建筑成本的标准。该争议房屋的直接建筑成本可在300元/㎡~450元/㎡范围内确定, 考虑到上诉人承担主要的缔约过失责任, 故本院酌情确定该诉争房屋1~7层的直接建筑成本为410元/㎡。关于本案争议工程的建筑面积, 双方在二审审理中已经书面确认“所涉房屋1~7层建筑面积为2061.80㎡, 阁楼为90.80㎡”。双方在2008年10月16日的合同中约定阁楼按半价计算。故争议房屋1~7层的直接建筑成本可计算如下: $2061.80\text{㎡} \times 410\text{元/㎡} + 90.80\text{㎡} \times 410\text{元/㎡} \div 2 = 863952\text{元}$ 。上诉人已经支付的款项为145000元, 剩余款项718952元上诉人仍应给付。

291. 冒用有施工资质企业承包涉案工程, 企业施工管理费并未产生, 应予扣除。

案例 291. 郴州市中级人民法院(2015)郴民再终字第3号“张万球与郴州七星大市场管理处建设工程施工合同纠纷案”



关于工程造价是否应扣减施工管理费。二审法院认为, 本案两项工程涉案合同均是无效合同, 上诉人郴州七星大市场管理处认为基于两份无效合同的两项工程决算不能参照合同约定, 工程造价应扣除企业管理费、计划利润和税金。本院认为, 《中华人

《中华人民共和国合同法》第五十八条规定：合同无效或者被撤销后，因该合同取得的财产，应当予以返还；不能返还或者没有必要返还的，应当折价补偿。有过错的一方应当赔偿对方因此所受到的损失，双方都有过错的，应当各自承担相应的责任。本案造成两份合同无效的原因是张万球未取得建筑施工企业资质冒用安仁县建筑工程公司的名义和借用安仁县建筑工程总公司的名义与郴州七星大市场管理处签订合同。两份合同均约定按照湖南省九四定额及市有关文件进行结算，但与九四《湖南省建筑工程预算定额》相配套的施工企业取费标准是针对具备法人资格且具备相应施工资质的施工企业在正常的生产经营过程中实际发生的上级管理费、工会经费、职工教育经费、企业支付离退休职工退休金等而制定的，不适用无施工资质的企业和个人承包的建安工程费用的取定。张万球未取得建筑施工企业资质冒用安仁县建筑公司和借用安仁县建筑工程总公司的名称和施工资质承包涉案工程，企业施工管理费并未产生，如果将未实际产生的企业施工管理费补偿给张万球，不符合合同无效的折价补偿原则，亦不符合公平原则，因此本案两项工程造价应扣除企业施工管理费。

292. 工程款结算方式约定不明，应通过司法鉴定确定工程造价。实际施工人以虚构的公司名义与发包人签订合同，应承担合同无效的主要责任，其不能取得比合同有效时更高的利益，仅应按工程施工成本费用确定工程款，不应计取利润、企业管理费、住房公积金和税金（税金由发包人代扣代缴），应计入工程款的费用包括直接费用、社会保障费、意外伤害保险。

案例 292. 河南省高级人民法院（2015）豫法民三终字第46号“李开玉与河南广华置业有限公司建设工程施工合同纠纷案”



广华公司应否支付工程款及工程款数额如何认定问题。二审法院认为，李开玉以西北公司名义与广华公司签订《建设工程施工合同》，合同中涉及的1#楼工程竣工后，李开玉以西北公司债权受让人身份向广华公司主张工程款，经原审法院查证，西北公司不存在，该合同应确认无效。双方对工程款结算方式约定不明，“砖混暂定710元/平方米”不能认定为“固定价”，双方在专用条款的补充条款中又约定“执行2008定

额的取费标准”，原审法院委托司法鉴定机构对工程造价进行司法鉴定并无不当。李开玉虚构西北公司名义与广华公司签订合同，应承担合同无效的主要责任，其作为实际施工人不能取得比合同有效时更高的利益，本案仅应按工程施工成本费用确定工程款，不应计取利润，税金亦应由广华公司代扣向当地税务部门缴纳。社会保障费是建设单位依法应为施工人员缴纳的社会保险费用，广华公司未缴纳该笔费用，故社会保障费 129426.59 元应计入工程款。意外伤害保险是建筑施工企业必须为施工人员办理的保险，李开玉、李运超、王传智作为雇主亦应为施工人员办理该项保险，该笔费用应计入工程款。西北公司不存在，企业管理费和住房公积金不应计取。综上，本案应计入工程款的费用为直接费用 3859492.7 元、社会保障费 129426.59 元、意外伤害保险 10381.81 元，合计 3999301.1 元。广华公司已支付工程款 837000 元，下欠工程款数额为 3162301.1 元，广华公司应支付给李开玉、李运超、王传智各 1054100.37 元。综上，原审判决认定事实清楚，程序合法，但认定工程款时计取利润、企业管理费、住房公积金和税金不当，本院予以纠正。税金由广华公司向当地税务机关代为缴纳。

293. 在双方当事人对工程结算方式没有明确约定的情况下，应当按照国家定额标准结算相应价款。同时，由于实际施工人为不具备相应施工资质的个人，故在按定额计取工程造价时，不应当计取因施工企业资质而计取的相应费用，如规费、企业管理费、计划利润、税金等间接费。因此，在当事人没有约定的情况下，仅计取工程的人工、材料、机械费用，既不违反法律规定，亦属客观公平。

案例 293. 江苏省高级人民法院（2014）苏民终字第 0106 号“左加伟与中交二公局第一工程有限公司建设工程施工合同纠纷案”



关于左某与 A 工程公司的工程价款应当如何结算的问题，二审法院认为，A 工程公司经过招投标手续承接了宿新高速公路 SX-SQ6 标段工程后，将其中的部分工程交给左某个人施工，双方虽然没有订立书面的施工合同，但左某实际进行了工程的施工，双方形成事实的建设工程施工合同关系。因左某个人并不具备建筑工程的施工资质，故双方之间形成的建设工程施工合同关系违反了《中华人民共和国建筑法》的上述强

制性规定，双方的施工合同关系应属无效。在双方当事人对工程结算方式没有明确约定的情况下，应当按照国家定额标准结算相应价款。由于左某施工的工程系交通建设工程，故应当按照施工期间的 2008 版《交通建设工程清单计价规范》的要求计算工程价款。同时，由于实际施工人左某系不具备相应施工资质的个人，故在按定额计取工程造价时，不应当计取因施工企业资质而计取的相应费用，如规费、企业管理费、计划利润、税金等间接费，以及其他没有证据证明实际发生的其他工程费，如雨季施工费、夜间施工费、现场文明施工费等费用。因此，在当事人没有约定的情况下，原审法院根据 2008《交通建设工程清单计价规范》，按照 B 鉴定中心出具的鉴定报告结论 2 及鉴定报告的相关说明 2，仅计取了左某施工工程的人工、材料、机械费用，既不违反法律规定，亦属客观公平。

类型三、合同无效，应计取管理费

294. 根据《建设工程造价鉴定规程》的规定：“管理费和利润的风险由承包人全部承担”，实际施工人是管理费的承担者和利润的获得者，造价报告书的管理费和利润不应扣减。

案例 294. 泰州市中级人民法院（2016）苏 12 民终 394 号“何长平、何长进与宿迁市洋河建筑安装工程有限公司、江苏华煜房地产开发有限公司建设工程施工合同纠纷案”



关于造价报告书的管理费、规费、税费、利润等费用是否应在何长进、何长平主张的工程造价中核减的问题。洋河安装公司、华煜房地产公司辩称何长进、何长平主张的工程款中应核减管理费、利润、规费、税金。法院认为，利润，是指施工企业完成所承包工程获得的盈利，双方当事人作为市场经济主体，其在承包和再分包的过程中的共同目的是盈利，何长平、何长进作为该木模工程的实际施工人，追求经济利益是其根本的动因，根据《建设工程造价鉴定规程》的规定：“管理费和利润的风险由承包人全部承担”。本案中，木模工程由洋河安装公司再行发包，何长平、何长进成为

该工程的最终承包人和具体施工人，根据公平等价原则，何长平、何长进必然是管理费的承担者和利润的获得者，洋河安装公司辩称在工程款中核减管理费和利润无事实和法律依据。对于何长平、何长进要求华煜房地产公司对洋河安装公司所欠工程款承担连带责任的诉讼请求，原审法院认为，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》第二十六条第二款的规定，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，发包人只在欠付工程价款范围内对实际施工人承担责任。本案中，华煜房地产公司将建筑工程发包给洋河安装公司，其未能举证证明双方就工程价款已结算完毕，其应在所欠付工程价款的范围内承担连带责任。

295. 合同无效，约定的结算方式又不能适用，由于承包人不具备相应建筑企业资质，不应按照具有相应资质企业的标准计算管理费，而应按照个人承包标准计算。

案例 295. 最高人民法院（2013）民提字第77号“四川省邛崃市川康建筑工程有限责任公司、四川省邛崃市川康建筑工程有限责任公司西藏分公司与西藏世邦投资有限责任公司建设工程施工合同纠纷案”



再审法院认为，依据《中华人民共和国招标投标法》第三条第一款第（一）项并结合《工程建设项目招标范围和规模标准规定》第三条第（五）项之规定，案涉工程作为商品房工程属于必须招标投标的工程，世邦公司在未进行必要的招标投标程序的情况下与川康公司及川康西藏分公司签订的《建设工程施工合同》，因违反法律的强制性规定而无效。

关于案涉工程款总额应如何确定的问题。根据建设工程司法解释第二条和第三条的规定，建设工程施工合同被确认无效后，工程价款的支付，应区分建设工程是否竣工验收合格，采用不同的结算方法。川康西藏分公司未完成案涉工程的全部施工，故本院认为，原则上应当以工程质量为基本标准，对符合国家标准和设计施工图纸要求的已完工程，参照建设工程司法解释第二条的规定予以结算，对质量不符合上述标

准的部分，则应参照司法解释第三条第（二）项的规定，在结算的工程款中予以相应扣除。但是，从四川衡平司法鉴定所作出的鉴定报告看，由于案涉合同仅约定了单价，而在确定单价时没有工程施工图，也没有工程预算，因此对于已完工程无法按照合同约定价格进行工程造价和成本价的核算。本院认为，在一审法院已经委托四川衡平司法鉴定所对案涉工程已完工程造价和成本费用进行鉴定，鉴定结论已经扣除了因质量问题应当扣减的费用，鉴定报告不存在法定不能作为证据使用问题的情况下，应当将该鉴定报告作为确定案涉工程已完工程价款的证据。鉴定结论中的工程造价与成本费用的差额由三部分构成，即规费、利润和管理费差额。由于世邦公司与川康西藏分公司对案涉合同无效均有过错，故不应仅由承包人承担全部不利后果，而使发包人获得全部工程利润并免除部分必要成本。因此，一、二审判决按照鉴定结论中的工程成本费用确定工程款数额不当。关于管理费差额。本院认为，虽然案涉工程系川康西藏分公司实际承建，但考虑到根据《建筑业企业资质管理规定》的规定，建筑业企业资质仅向企业法人授予，故川康西藏分公司作为川康公司的分支机构，能否要求世邦公司按照具有相应资质企业的标准，支付其管理费，应当首先考察川康公司的建筑业企业资质情况。川康公司提交的《建筑业企业资质证书》显示，其于2002年8月23日获得了房屋建筑工程施工总承包三级资质。根据《建筑业企业资质管理规定》第十二条的规定，资质证书有效期为5年。案涉工程的开工日期分别为2007年8月20日、2007年10月20日，而川康公司的上述资质证书于2007年8月23日到期，因此，在案涉工程实际施工时，川康公司的上述资质证书已经失效。其次，从鉴定报告的内容看，川康西藏分公司在人员资质及经营管理方面，确实存在瑕疵，不符合相应资质企业的要求。因此，一、二审判决认定川康西藏分公司不具备相应建筑业资质，并采信鉴定报告的意见，按照3%的个人承包标准，计算案涉工程的管理费用，并无不当。川康西藏分公司要求世邦公司按照具有相应资质和经营管理完善的企业标准，向其支付按照3%的个人承包标准计算的管理费与按照12.2%的企业承包标准计算的管理费差额的再审诉讼请求，缺乏事实和法律依据，本院不予支持。

裁判依据或参考

法律法规

《中华人民共和国合同法》(1999年10月1日)

第三章 合同的效力

第四十四条 依法成立的合同，自成立时生效。

法律、行政法规规定应当办理批准、登记等手续生效的，依照其规定。

第四十五条 当事人对合同的效力可以约定附条件。附生效条件的合同，自条件成就时生效。附解除条件的合同，自条件成就时失效。

当事人为自己的利益不正当地阻止条件成就的，视为条件已成就；不正当地促成条件成就的，视为条件不成就。

第四十六条 当事人对合同的效力可以约定附期限。附生效期限的合同，自期限届满时生效。附终止期限的合同，自期限届满时失效。

第四十七条 限制民事行为能力人订立的合同，经法定代理人追认后，该合同有效，但纯获利益的合同或者与其年龄、智力、精神健康状况相适应而订立的合同，不必经法定代理人追认。

相对人可以催告法定代理人在一个月内予以追认。法定代理人未作表示的，视为拒绝追认。合同被追认之前，善意相对人有撤销的权利。撤销应当以通知的方式作出。

第四十八条 行为人没有代理权、超越代理权或者代理权终止后以被代理人名义订立的合同，未经被代理人追认，对被代理人不发生效力，由行为人承担责任。

相对人可以催告被代理人在一个月内予以追认。被代理人未作表示的，视为拒绝追认。合同被追认之前，善意相对人有撤销的权利。撤销应当以通知的方式作出。

第四十九条 行为人没有代理权、超越代理权或者代理权终止后以被代理人名义订立合同，相对人有理由相信行为人有代理权的，该代理行为有效。

第五十条 法人或者其他组织的法定代表人、负责人超越权限订立的合同，除相对人知道或者应当知道其超越权限的以外，该代表行为有效。

第五十一条 无处分权的人处分他人财产，经权利人追认或者无处分权的人订立合同后取得处分权的，该合同有效。

第五十二条 有下列情形之一的，合同无效：

(一) 一方以欺诈、胁迫的手段订立合同，损害国家利益；

(二) 恶意串通，损害国家、集体或者第三人利益；

(三) 以合法形式掩盖非法目的；

(四) 损害社会公共利益；

(五) 违反法律、行政法规的强制性规定。

第五十三条 合同中的下列免责条款无效：

(一) 造成对方人身伤害的；

(二) 因故意或者重大过失造成对方财产损失的。

第五十四条 下列合同，当事人一方有权请求人民法院或者仲裁机构变更或者撤销：

(一) 因重大误解订立的；

(二) 在订立合同时显失公平的。

一方以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危，使对方在违背真实意思的情况下订立的合同，受损害方有权请求人民法院或者仲裁机构变更或者撤销。

当事人请求变更的，人民法院或者仲裁机构不得撤销。

第五十五条 有下列情形之一的，撤销权消灭：

(一) 具有撤销权的当事人自知道或者应当知道撤销事由之日起一年内没有行使撤销权；

(二) 具有撤销权的当事人知道撤销事由后明确表示或者以自己的行为放弃撤销权。

第五十六条 无效的合同或者被撤销的合同自始没有法律约束力。合同部分无效，不影响其他部分效力的，其他部分仍然有效。

第五十七条 合同无效、被撤销或者终止的，不影响合同中独立存在的有关解决争议方法的条款的效力。

第五十八条 合同无效或者被撤销后，因该合同取得的财产，应当予以返还；不能返还或者没有必要返还的，应当折价补偿。有过错的一方应当赔偿对方因此所受到的损失，双方都有过错的，应当各自承担相应的责任。

第五十九条 当事人恶意串通，损害国家、集体或者第三人利益的，因此取得的财产收归国家所有或者返还集体、第三人。

司法解释及其他

《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》(2005年1月1日 法释〔2004〕14号)

第一条 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:

- (一) 承包人未取得建筑施工企业资质或者超越资质等级的;
- (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;
- (三) 建设工程必须进行招标而未招标或者中标无效的。

第二条 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。

最高人民法院《第八次全国法院民事商事审判工作会议(民事部分)纪要》(2016年11月30日)

(二) 关于违法建筑相关纠纷的处理问题

21. 对于未取得建设工程规划许可证或者未按照建设工程规划许可证规定内容建设的违法建筑的认定和处理,属于国家有关行政机关的职权范围,应避免通过民事审判变相为违法建筑确权。当事人请求确认违法建筑权利归属及内容的,人民法院不予受理;已经受理的,裁定驳回起诉。

22. 因违法建筑倒塌或其搁置物、悬挂物脱落、坠落造成的损害赔偿纠纷,属于民事案件受案范围,应按照侵权责任法有关物件损害责任的相关规定处理。

地方司法性文件及其他

江苏省徐州市中级人民法院《进一步规范关于审理建设工程施工合同纠纷案件的若干问题》

〔施工合同无效情形下鉴定怎样进行?〕

建设工程施工合同无效,但建设工程经竣工验收合格的,应当参照实际履行的合同约定计价标准进行鉴定。

对于因缺乏建设工程用地规划许可证、建设工程规划许可证、国有土地使用权证的“三无工程”,承包人主张工程价款申请鉴定的,仅需对人工费、机械费、材料费委

托鉴定。

浙江省金华市中级人民法院《民事审判若干疑难问题讨论纪要》(2009年7月30日)

40. 实际施工人起诉转包人或违法分包人主张支付工程款的, 工程款中是否应包括税金、利润?

建设工程施工合同因工程转包或违法分包, 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而无效, 但建设工程经竣工验收合格的, 实际施工人请求参照合同支付直接费中的工资或事实上已发生的材料款、机械台班费, 以及工程款组成内容中的间接费和利润的, 应予支持。

部门规范性文件

《2013 建设工程工程量清单计价规范》(GB50500-2013)

1.0.3 建设工程发承包及实施阶段的工程造价应由分部分项工程费、措施项目费、其他项目费、规费和税金组成。

住房和城乡建设部、财政部《建筑安装工程费用项目组成》(2013年7月1日 建标〔2013〕44号)附件1: 建筑安装工程费用项目组成(按费用构成要素划分)

(四) 企业管理费: 是指建筑安装企业组织施工生产和经营管理所需的费用。内容包括:

1. 管理人员工资: 是指按规定支付给管理人员的计时工资、奖金、津贴补贴、加班加点工资及特殊情况下支付的工资等。

2. 办公费: 是指企业管理办公用的文具、纸张、账表、印刷、邮电、书报、办公软件、现场监控、会议、水电、烧水和集体取暖降温(包括现场临时宿舍取暖降温)等费用。

3. 差旅交通费: 是指职工因公出差、调动工作的差旅费、住勤补助费, 市内交通费和误餐补助费, 职工探亲路费, 劳动力招募费, 职工退休、退职一次性路费, 工伤人员就医路费, 工地转移费以及管理部门使用的交通工具的油料、燃料等费用。

4. 固定资产使用费: 是指管理和试验部门及附属生产单位使用的属于固定资产的房屋、设备、仪器等的折旧、大修、维修或租赁费。

5. 工具用具使用费：是指企业施工生产和管理使用的不属于固定资产的工具、器具、家具、交通工具和检验、试验、测绘、消防用具等的购置、维修和摊销费。

6. 劳动保险和职工福利费：是指由企业支付的职工退职金、按规定支付给离休干部的经费，集体福利费、夏季防暑降温、冬季取暖补贴、上下班交通补贴等。

7. 劳动保护费：是企业按规定发放的劳动保护用品的支出。如工作服、手套、防暑降温饮料以及在有碍身体健康的环境中施工的保健费用等。

8. 检验试验费：是指施工企业按照有关标准规定，对建筑以及材料、构件和建筑安装物进行一般鉴定、检查所发生的费用，包括自设试验室进行试验所耗用的材料等费用。不包括新结构、新材料的试验费，对构件做破坏性试验及其他特殊要求检验试验的费用和建设单位委托检测机构进行检测的费用，对此类检测发生的费用，由建设单位在工程建设其他费用中列支。但对施工企业提供的具有合格证明的材料进行检测不合格的，该检测费用由施工企业支付。

9. 工会经费：是指企业按《工会法》规定的全部职工工资总额比例计提的工会经费。

10. 职工教育经费：是指按职工工资总额的规定比例计提，企业为职工进行专业技术和职业技能培训，专业技术人员继续教育、职工职业技能鉴定、职业资格认定以及根据需要对职工进行各类文化教育所发生的费用。

11. 财产保险费：是指施工管理用财产、车辆等的保险费用。

12. 财务费：是指企业为施工生产筹集资金或提供预付款担保、履约担保、职工工资支付担保等所发生的各种费用。

13. 税金：是指企业按规定缴纳的房产税、车船使用税、土地使用税、印花税等。

14. 其他：包括技术转让费、技术开发费、投标费、业务招待费、绿化费、广告费、公证费、法律顾问费、审计费、咨询费、保险费等。

第3节 无效合同的利润计取

——合同没有效，利润应计否？（工程利润）

类型一、合同无效，参照合同约定计算工程价款

296. 双方合同约定“工程结算给直接费用，不取费”，发包人在支付涉案工程款时可以依据合同约定对工程价款的间接费（含劳保基金）、利润予以扣除。

案例 296. 宁夏回族自治区高级人民法院（2014）宁民终字第48号“王跃武与宁夏东辰房地产开发有限公司建设工程施工合同纠纷案”



关于房地产开发公司在支付涉案工程款时能否对工程价款的间接费（含劳保基金）、利润予以扣除？二审法院认为，《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》第二条规定，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。根据该条规定，结合本案合同无效且涉案工程已交付使用（当事人对工程质量未提出异议）的情况，涉案工程价款的确定与支付应当参照当事人的合同约定。

根据原建设部、财政部《关于印发〈建筑安装工程费用项目组成〉的通知》〔建标（2003）206号，2013年7月1日废止〕的相关规定，建筑安装工程费由直接费、间接费、利润和税金组成。A房地产开发公司与王某签订的涉案《建设工程施工合同》专用条款47.2条约定“工程结算给直接费用，不取费”，专用条款47.9条约定“甲方不给乙方支付劳保基金”；同时，依据《宁夏回族自治区建筑工程劳动保险费基金统一管理试行办法》（2011年4月1日失效）的有关规定，劳保基金不能直接支付给施工

企业，应由施工企业依规定申请拨付。故，A 房地产开发公司在支付涉案工程款时可以根据合同约定对工程价款的间接费（含劳保基金）、利润予以扣除。因此，王某关于 A 房地产开发公司应当向其支付间接费、利润及劳保基金而不应扣除的上诉主张不能成立。

297. 建设工程的价值是建设工程的完整造价。如合同无效，承包人只能主张直接费和间接费，则其融入建筑工程产品当中的利润及税金就被发包人获得。发包人依据无效合同取得了承包人应得的利润，对承包人而言有失公平。参照合同约定确定工程款数额符合签约时当事人的真实意思，有利于平衡双方的利益关系。

案例 297. 新疆维吾尔自治区高级人民法院（2014）新民一终字第 5 号“上诉人（原审被告）中铁二十一局集团有限公司与被上诉人（原审原告）李亿民、原审被告中铁二十一局集团第一工程有限公司建设工程施工合同纠纷案”



关于在合同无效的情况下，李某是否只能计取直接费，而对于间接费、税金、利润等，属违法所得不应计取的问题，二审法院认为，建设工程的价值是建设工程的完整造价。如合同无效，李某只能主张直接费和间接费，则其融入建筑工程产品当中的利润及税金就被工程局获得。工程局依据无效合同取得了李某应得的利润，对李某而言有失公平。参照合同约定确定工程款数额符合签约时当事人的真实意思，有利于平衡双方的利益关系。

298. “参照合同约定支付工程价款”并不意味着发包人可以按照扣除利润、管理费后的成本价格支付工程款，若发包人按扣除利润、管理费后的成本价格支付工程款给承包人，实际上是发包人因其违法行为而获得了利益，这与无效合同的处理原则相悖。

案例 298. 绍兴市中级人民法院（2016）浙06民终809号“浙江八汇建筑有限公司与荣森控股集团有限公司、浙江天洋控股集团房地产开发有限公司等建设工程施工合同纠纷案”



法院认为，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》第二条之规定，建设工程施工合同无效，但建设工程竣工验收合格，承包人可以请求参照合同约定支付工程价款。其中“参照合同约定支付工程价款”并不意味着发包人可以按照扣除利润、管理费后的成本价格支付工程款，若发包人按扣除利润、管理费后的成本价格支付工程款给承包人，实际上是发包人因其违法行为而获得了利益，这与无效合同的处理原则相悖。

299. 合同无效，工程款应参照双方合同约定认定。发包人认为合同无效，只应支付承包人发生的直接费用，对工程间接费、利润、税金等不应支付的理由缺乏法律依据，不予支持。

案例 299. 河南省高级人民法院（2013）豫法民三终字第4号“灵宝市灵大房地产开发有限责任公司与河南天河建设工程有限公司建设工程施工合同纠纷案”



关于天河建设公司施工工程款应如何认定的问题。《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》第二条规定：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。因天河建设公司与灵大房产公司发生纠纷，天河建设公司退出施工，所施工工程为未完工程，不存在验收的条件，且灵大房产公司将下余工程另行发包他人，天河建设公司退出施工已超过两年时间，灵大房产公司对天河建设公司施工工程没有提出过质量异议，应视为天河建设公司施工的工程质量合格，工程款应参照双方合同约定认定。灵大房产公司上诉认为合同无效，建设方只应支付施工方发生的直接费用，对工程间接费、利润、税金等不应支付的理由缺乏法律依据，本院不予支持。

300. 如果合同无效，承包人只能主张合同约定价款中的直接费和间接费，则承包人融入建筑工程产品中的利润和税金就被发包人获得。发包人依据无效合同取得了承包人应当得到的利润，这与无效合同的处理原则不符，即使双方协议无效，发包人也应参照合同的约定支付工程款。

案例 300. 江苏省苏州市中级人民法院（2012）苏中民终字第 1187 号“上诉人（原审被告）吴江市林达环保科技有限公司与被上诉人（原审原告）郑云平、朱雪春建设工程施工合同纠纷案”



2010 年 9 月 30 日，郑云平、朱雪春作为承包人与发包人吴江市林达环保科技有限公司签订废水治理及回用土建工程承包合同一份，由郑云平、朱雪春承包建造吴江飞乐天和电子材料有限公司污水处理池。

承包合同签订后，郑云平、朱雪春即开始施工。施工过程中，承、发包双方因故发生争议，郑云平、朱雪春中途撤场，郑云平、朱雪春向法院起诉，请求判令吴江市林达环保科技有限公司支付欠款 83318.45 元。

后在庭审过程中，法院委托鉴定机构对郑云平、朱雪春已经完工的工程进行了鉴定，鉴定报告确认已完工程量造价为 62.611545 万元。

一审法院认为，郑云平、朱雪春未取得建筑施工企业资质，而承包建造吴江飞乐天和电子材料有限公司污水处理池的工程，故原审原、被告间的废水治理及回用土建工程承包合同无效。

合同无效，则因合同取得的财产，应当予以返还；不能返还或不必要返还的，应当折价赔偿。现工程没有完工，但原审原告已完成的工程量应视为原审被告取得的财产，该工程量对应的价款则应由原审被告返还，原审原告可以已完成的工程量向原审被告主张工程款。遂依据鉴定报告和双方的质证意见，判决吴江市林达环保科技有限公司给付郑云平、朱雪春工程款人民币 77318.45 元。

吴江市林达环保科技有限公司提起上诉称，一审判决根据鉴定报告得出被上诉人已完工程量造价为 62.611545 万元，但该款中包括了规费 2.209972 万元、税金 2.090985 万元、现场文明安全施工费 9767.5 元，因双方合同无效，同时也因为被上诉人一再违约，故上述三笔费用不应计算在工程价款内。

郑云平、朱雪春答辩称，规费、税金和现场文明安全施工费，是工程项目中的应计价款，鉴定报告是依照国家的有关标准依法做出的，所以这几项应当计算在已经完成的工程款项中。

二审争议焦点：合同无效，规费、税金和现场文明安全施工费应否计入工程价款？

二审裁判要点：当事人对自己提出的主张，有责任提供证据。没有证据或者证据不足以证明当事人的事实主张的，由负有举证责任的当事人承担不利后果。两被上诉人因不具备建筑施工资质，而承包建造吴江飞乐天和电子材料有限公司污水处理池的工程，故双方之间的《废水治理及回用土建工程承包合同》无效。因合同无效，故上诉人认为被上诉人违约的观点并无依据。

根据鉴定报告，被上诉人已完工工程量占总工程量的比例为 90.17%，已完工程量造价为 62.611545 万元，该款包含了规费、税金和现场安全文明施工费，上诉人认为因合同无效故规费、税金和现场安全文明施工费不应计算在工程价款内。对此，二审法院认为，承包人主张的工程价款，包含了合同约定的直接费和间接费，以及利润和税金。就建设工程而言，其价值就是建设工程的整体价值，也即建设工程的完整造价。如果合同无效，承包人只能主张合同约定价款中的直接费和间接费，则承包人融入进建筑工程产品中的利润和税金就被发包人获得。发包人依据无效合同取得了承包人应当得到的利润，这与无效合同的处理原则不符。事实上，上诉人在鉴定后，另行找人完成了工程，并已交付业主使用，即使双方协议无效，上诉人也应参照合同的约定支付工程款。考虑到涉案工程当时并未完工，上诉人应支付被上诉人实际施工的该部分工程款。因此，上诉人应当根据鉴定报告结论，支付被上诉人已完工程量的工程价款。

类型二、合同无效，不应计取利润

301. 合同无效，按工程造价鉴定报告中不取费工程造价补偿。

案例 301. 辽宁省沈阳市中级人民法院（2008）沈中民二终字第779号“上诉人（原审原告）孙瑞涛与上诉人（原审被告）沈阳顺意福莱英房地产开发有限公司（简称顺意房产公司）、原审第三人沈阳聚隆建筑安装工程有限公司双盈分公司（简称聚隆双盈分公司）建设工程施工合同纠纷案”



二审法院认为，我国《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》第一条规定：“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：（一）承包人未取得建筑施工企业资质或者超越资质等级的；（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；”本案中孙某作为自然人并没有建筑企业施工资质却以B建筑公司七号楼工程的项目部经理名义与A房产公司签订阳光维也纳工程补充协议，该合同显属无效合同。根据我国《合同法》第五十八条规定：“合同无效或者被撤销后，因该合同取得的财产，应当予以返还；不能返还或者没有必要返还的，应当折价补偿。”因此，对孙某的实际施工工程量，应依据鉴定机构作出的工程造价鉴定进行折价补偿，即按照辽宁东联工程造价咨询事务所有限责任公司出具的工程造价鉴定报告中不取费工程造价为924510.47元补偿给孙某。

302. 违法建筑在法律上的拟制状态是应当拆除。如被拆除, 则承包人在该建筑中投入的直接建筑成本就属于承包人的损失。除直接建筑成本之外, 承包人的损失还有垫资(即直接建筑成本)的利息。考虑到发包人具有主要缔约过失责任, 承包人也具有相应的缔约过失责任, 承包人的主要损失即直接建筑成本应当由发包人承担, 承包人的次要损失即垫资利息应当由承包人自行承担。发包人给付承包人工程款的方式就是支付承包人在该工程中所投入的直接建筑成本。承包人投入的直接建筑成本仅仅是材料费、人工费和机械费, 不包括税金、规费、管理费和利润等。

案例 302. 江西省赣州市中级人民法院(2010)赣中民一终字第57号“上诉人(原审被告)张祖海、宋祥忠与被上诉人(原审原告)宋和清建设工程施工合同纠纷案”



关于本案争议合同是否有效的问题。二审法院认为, 本案争议的工程位于赣州市中心城区规划范围内, 且房屋高达八层, 依法应当办理规划审批等报建手续。但事实上, 该房屋不仅未办理规划审批、施工许可等报建手续, 连建设用地的土地使用权都未取得, 建房所占土地仍然属集体所有的农村承包地, 该房屋属典型的违法建筑。争议的建房合同属无效合同。该合同无效有两个方面的原因: 第一是未办理任何审批报建手续, 属违法建筑, 且在二审审理终结前未能补办相关的审批报建手续; 第二是施工人宋乙为自然人, 不具有施工资质。对于该合同的无效, 上诉人与被上诉人均具有过错。上诉人的过错在于: 未取得土地使用权; 未办理规划审批、施工许可等报建手续; 未选任有施工资质的单位承建。被上诉人的过错在于: 明知不具有施工资质仍签订合同承建房屋; 在签订施工合同前未尽审查义务, 审查发包人是否取得土地使用权, 是否取得了有关审批报建手续; 在施工过程中, 明知赣州市人民政府已发《通告》明令禁止违法违规建房, 仍置《通告》于不顾, 继续完成该违法建筑。综合考量双方的过错程度, 上诉人的过错程度更大, 应承担缔约过失的主要责任。

关于本案上诉人是否可拒付工程款的问题。上诉人认为该工程未经验收, 工程质量不合格, 给付工程款的条件不成立。本案中, 该工程未经规划审批, 未履行任何报

建手续，未聘请设计单位、监理单位，无法通过规划、设计、监理等部门的认可而完成竣工验收手续。上诉人也没有提供鉴定机构有关该建筑质量不合格的鉴定结论，且上诉人已经将部分房屋出售并交付给了购房人。上诉人擅自使用建筑工程后，不得再以该建筑工程质量不合格为由拒付工程款。故上诉人该理由不成立，本院不予支持。

关于本案被上诉人工程款如何计算的问题。被上诉人认为，上诉人已擅自使用，可视为工程已竣工验收，按照最高人民法院《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》（下称《建设工程解释》）第二条之规定，应参照合同约定价款即550元/㎡支付工程价款。本院认为，《建设工程解释》第二条的适用条件是该建筑工程为合法建筑，办理了相应的审批报建手续。施工合同的无效仅仅是因为承包人施工资质的问题，不存在违法建筑的问题，此时承包人施工资质的瑕疵可通过工程验收合格而得以弥补和涵盖。而本案中的违法建筑之缺陷不能通过工程验收合格而得以弥补，仅能通过补办相关手续得以弥补，但至二审审理终结前，该违法建筑仍未能补办相关审批报建手续，系违法建筑。故被上诉人关于适用《建设工程解释》第二条参照合同约定计算工程款的请求，本院不予支持。然则对于被上诉人的工程款如何计算之问题。本院认为，此问题可从无效合同“双方返还、过错方赔偿损失”的处理原则入手解决。该违法建筑在法律上的拟制状态是应当拆除。如被拆除，则被上诉人在该建筑中投入的直接建筑成本就属于被上诉人的损失。除直接建筑成本之外，被上诉人的损失还有垫资（即直接建筑成本）的利息。考虑到上诉人具有主要缔约过失责任，被上诉人也具有相应的缔约过失责任，被上诉人的主要损失即直接建筑成本应当由上诉人承担，被上诉人的次要损失即垫资利息应当由被上诉人自行承担。上诉人给付被上诉人工程款的方式就是支付被上诉人在该工程中所投入的直接建筑成本。因此，如何考究被上诉人投入的直接建筑成本就成为本案处理的关键。二审审理中，上诉人向本院申请对被上诉人投入的直接建筑成本进行鉴定，但由于该建筑工程未办理任何审批报建手续，而被上诉人又没有提交任何的施工资料，双方能够提交的仅仅是施工草图，故鉴定机构无法对该建筑的直接建筑成本进行鉴定。由于该建筑未取得土地使用权，未办理规划审批、施工许可等报建手续，也没有设计、监理单位，因此，被上诉人投入的直接建筑成本仅仅是材料费、人工费和机械费，不包括税金、规费、管理费和利润等，故该建筑的直接建筑成本应当比一般合法建筑的直接建筑成本要低。纵观双方的签约过程，双方前后签订了三份协议。第一份是2008年8月8日签订的《建房工程协议书》，该协议约定的包干单价为450元/㎡，每建好一层支付一层的工程款，故在被上诉人看

来, 450元/㎡的单价仍然具有相应的利润, 该建筑的直接建筑成本应当在450元/㎡以下。第二份是本案争议的合同, 即2008年10月16日的《建房工程协议书》, 该合同除工程包干单价与前一合同不同, 由450元/㎡调整为550元/㎡, 并且增加了建好房屋主体结构以后, 上诉人如不付工程款, 可由被上诉人出售房屋以抵工程款的内容之外, 其余约定内容基本相同。而包干单价之所以调整, 是因为双方约定了由被上诉人垫资承建之内容, 故包干单价相应地提高, 并非直接建筑成本可达到550元/㎡。第三份是2008年12月1日双方就第八层加层事宜所签订的《建房合作协议》, 该合同约定, 建好第八层后三人各一套, 建房由宋乙负责建好, 建筑成本按300元/㎡计算, 飘檐和楼梯亭三人平分, 也按300元/㎡计算。该合同是双方真实意思的表示, 内容之约定更贴近于不以盈利为目的的合作建房协议, 300元/㎡是双方对建房成本进行核算后作出的约定, 基本贴近于实际直接建筑成本的标准。该争议房屋的直接建筑成本可在300元/㎡~450元/㎡范围内确定, 考虑到上诉人承担主要的缔约过失责任, 故本院酌情确定该诉争房屋1~7层的直接建筑成本为410元/㎡。关于本案争议工程的建筑面积, 双方在二审审理中已经书面确认“所涉房屋1~7层建筑面积为2061.80㎡, 阁楼为90.80㎡”。双方在2008年10月16日的合同中约定阁楼按半价计算。故争议房屋1~7层的直接建筑成本可计算如下: $2061.80\text{㎡} \times 410\text{元/㎡} + 90.80\text{㎡} \times 410\text{元/㎡} \div 2 = 863952\text{元}$ 。上诉人已经支付的款项为145000元, 剩余款项718952元上诉人仍应给付。

综上, 上诉人的上诉理由部分成立, 本院部分予以支持。原审判决在本院认为部分认定争议的《建房协议书》为承揽合同, 属有效合同, 但判决适用的条文又是《合同法》第二百六十九条建设工程合同之规定。原审判决认定事实基本清楚, 但适用法律不当, 认定合同效力错误, 处理欠妥。依据《中华人民共和国民法通则》第一百零六条第一款、《中华人民共和国合同法》第五十二条第(五)项、第五十八条、第二百六十九条、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》第一条第(一)项之规定, 判决如下:

变更赣州市章贡区人民法院(2009)章民二初字第269-2号民事判决为: 限上诉人宋甲、张某于本判决生效之日起七日内支付被上诉人宋乙争议房屋1~7层的剩余工程款(直接建筑成本)人民币718952元。

303. 实际施工人以虚构的公司名义与发包人签订合同，应承担合同无效的主要责任，其不能取得比合同有效时更高的利益，仅应按工程施工成本费用确定工程款，不应计取利润、企业管理费、住房公积金和税金（税金由发包人代扣代缴），应计入工程款的费用包括直接费用、社会保障费、意外伤害保险。

案例 303. 河南省高级人民法院（2015）豫法民三终字第46号“李开玉与河南广华置业有限公司建设工程施工合同纠纷案”



广华公司应否支付工程款及工程款数额如何认定问题。二审法院认为，李开玉以西北公司名义与广华公司签订《建设工程施工合同》，合同中涉及的1#楼工程竣工后，李开玉以西北公司债权受让人身份向广华公司主张工程款，经原审法院查证，西北公司不存在，该合同应确认无效。双方对工程款结算方式约定不明，“砖混暂定710元/平方米”不能认定为“固定价”，双方在专用条款的补充条款中又约定“执行2008定额的取费标准”，原审法院委托司法鉴定机构对工程造价进行司法鉴定并无不当。李开玉虚构西北公司名义与广华公司签订合同，应承担合同无效的主要责任，其作为实际施工人不能取得比合同有效时更高的利益，本案仅应按工程施工成本费用确定工程款，不应计取利润，税金亦应由广华公司代扣向当地税务部门缴纳。社会保障费是建设单位依法应为施工人员缴纳的社会保险费用，广华公司未缴纳该笔费用，故社会保障费129426.59元应计入工程款。意外伤害保险是建筑施工企业必须为施工人员办理的保险，李开玉、李运超、王传智作为雇主亦应为施工人员办理该项保险，该笔费用应计入工程款。西北公司不存在，企业管理费和住房公积金不应计取。综上，本案应计入工程款的费用为直接费用3859492.7元、社会保障费129426.59元、意外伤害保险10381.81元，合计3999301.1元。广华公司已支付工程款837000元，下欠工程款数额为3162301.1元，广华公司应支付给李开玉、李运超、王传智各1054100.37元。综上，原审判决认定事实清楚，程序合法，但认定工程款時計取利润、企业管理费、住房公积金和税金不当，本院予以纠正。税金由广华公司向当地税务机关代为缴纳。

304. 在双方当事人对工程结算方式没有明确约定的情况下，应当按照国家定额标准结算相应价款。同时，由于实际施工人为不具备相应施工资质的个人，故在按定额计取工程造价时，不应当计取因施工企业资质而计取的相应费用，如规费、企业管理费、计划利润、税金等间接费。因此，在当事人没有约定的情况下，仅计取工程的人工、材料、机械费用，既不违反法律规定，亦属客观公平。

案例 304. 江苏省高级人民法院（2014）苏民终字第 0106 号“左加伟与中交二公局第一工程有限公司建设工程施工合同纠纷案”



关于左某与 A 工程公司的工程价款应当如何结算的问题，二审法院认为，A 工程公司经过招投标手续承接了宿新高速公路 SX-SQ6 标段工程后，将其中的部分工程交给左某个人施工，双方虽然没有订立书面的施工合同，但左某实际进行了工程的施工，双方形成事实的建设工程施工合同关系。因左某个人并不具备建筑工程的施工资质，故双方之间形成的建设工程施工合同关系违反了《中华人民共和国建筑法》的上述强制性规定，双方的施工合同关系应属无效。在双方当事人对工程结算方式没有明确约定的情况下，应当按照国家定额标准结算相应价款。由于左某施工的工程系交通建设工程，故应当按照施工期间的 2008 版《交通建设工程清单计价规范》的要求计算工程价款。同时，由于实际施工人左某系不具备相应施工资质的个人，故在按定额计取工程造价时，不应当计取因施工企业资质而计取的相应费用，如规费、企业管理费、计划利润、税金等间接费，以及其他没有证据证明实际发生的其他工程费，如雨季施工费、夜间施工费、现场文明施工费等费用。因此，在当事人没有约定的情况下，原审法院根据 2008《交通建设工程清单计价规范》，按照 B 鉴定中心出具的鉴定报告结论 2 及鉴定报告的相关说明 2，仅计取了左某施工工程的人工、材料、机械费用，既不违反法律规定，亦属客观公平。

类型三、无效合同约定的结算方式在不能适用的情况下，利润视为合同无效导致的损失。根据过错情况、案件事实酌定各自负担比例

305. 无效合同约定的结算方式在不能适用的情况下，无法在案涉工程造价和成本费用的差额中具体区分规费和利润的数额，故只能将其视为案涉合同无效导致的损失。根据《中华人民共和国合同法》第五十八条的规定，根据双方当事人对合同无效的过错情况和相关案件事实，酌定各自负担比例。

案例 305. 最高人民法院（2013）民提字第77号“四川省邛崃市川康建筑工程有限责任公司、四川省邛崃市川康建筑工程有限责任公司西藏分公司与西藏世邦投资有限责任公司建设工程施工合同纠纷案”



法院再审认为，一审法院以工程未招投标、施工人不具备建筑施工资质为由认定案涉《建设工程施工合同》无效，并认定川康公司及川康西藏分公司对合同无效具有过错并无不当。根据建设工程司法解释第二条和第三条的规定，建设工程施工合同被确认无效后，工程价款的支付，应区分建设工程是否经竣工验收合格，采用不同的结算方法。川康西藏分公司未完成案涉工程的全部施工，故本院认为，原则上应当以工程质量为基本标准，对符合国家标准和设计施工图纸要求的已完工程，参照建设工程司法解释第二条的规定予以结算，对质量不符合上述标准的部分，则应参照司法解释第三条第（二）项的规定，在结算的工程款中予以相应扣除。但是，从四川衡平司法鉴定所作出的鉴定报告看，由于案涉合同仅约定了单价，而在确定单价时没有工程施工图，也没有工程预算，因此对于已完工程无法按照合同约定价格进行工程造价和成本价的核算。本院认为，在一审法院已经委托四川衡平司法鉴定所对案涉工程已完工程造价和成本费用进行鉴定，鉴定结论已经扣除了因质量问题应当扣减的费用，鉴定报告不存在法定不能作为证据使用问题的情况下，应当将该鉴定报告作为确定案涉工程已完工程价款的证据。鉴定结论中的工程造价与成本费用的差额由三部分构成，即规费、利润和管理费差额。由于世邦公司与川康西藏分公司对案涉合同无效均有过错，

故不应仅由承包人承担全部不利后果，而使发包人获得全部工程利润并免除部分必要成本。因此，一、二审判决按照鉴定结论中的工程成本费用确定工程款数额不当。关于规费和利润，本院认为，虽然规费和利润在性质上并不相同，但鉴于根据鉴定报告的内容，无法在案涉工程造价和成本费用的差额中具体区分规费和利润的数额，故只能将其视为案涉合同无效导致的损失。根据《中华人民共和国合同法》第五十八条的规定，合同无效后，双方都有过错的，应当各自承担相应的责任。对本案中合同无效损失的具体分担比例，根据双方当事人对合同无效的过错情况和相关案件事实，本院酌定为川康西藏分公司与世邦公司各自负担 50%。

类型四、无效合同，也应计取利润

306. 根据《建设工程造价鉴定规程》的规定：“管理费和利润的风险由承包人全部承担”。实际施工人是管理费的承担者和利润的获得者，在工程款中不应核减管理费和利润。

案例 306. 泰州市中级人民法院（2016）苏12民终394号“何长平、何长进与宿迁市洋河建筑安装工程有限公司、江苏华煜房地产开发有限公司建设工程施工合同纠纷案”



关于造价报告书中的管理费、规费、税费、利润等费用是否应在何长进、何长平主张的工程造价中核减的问题。洋河安装公司、华煜房地产公司辩称何长进、何长平主张的工程款中应核减管理费、利润、规费、税金。法院认为，利润，是指施工企业完成所承包工程获得的盈利，双方当事人作为市场经济主体，其在承包和再分包的过程中的共同目的是盈利，何长平、何长进作为该木模工程的实际施工人，追求经济利益是其根本的动因，根据《建设工程造价鉴定规程》的规定：“管理费和利润的风险由承包人全部承担”。本案中，木模工程由洋河安装公司再行发包，何长平、何长进成为该工程的最终承包人和具体施工人，根据公平等价原则，何长平、何长进必然是管理费的承担者和利润的获得者，洋河安装公司辩称在工程款中核减管理费和利润无事实

和法律依据。对于何长平、何长进要求华煜房地产公司对洋河安装公司所欠工程款承担连带责任的诉讼请求，原审法院认为，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》第二十六条第二款的规定，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，发包人只在欠付工程价款范围内对实际施工人承担责任。本案中，华煜房地产公司将建筑工程发包给洋河安装公司，其未能举证证明双方就工程价款已结算完毕，其应在所欠付工程价款的范围内承担连带责任。

类型五、合同无效，利润可由建设主管行政部门予以收缴

307. 实际施工人挂靠有资质的施工单位施工的，定额利润不予支持，建设主管行政部门可予收缴。

案例 307. 江苏省高级人民法院（2015）苏民终字第 00541 号“扬州良国房地产开发有限公司与汤时庆、江苏天宇建设集团有限公司建设工程施工合同纠纷案”



关于定额利润。二审法院认为，因汤时庆没有施工资质，根据司法解释第四条规定，没有资质的实际施工人挂靠有资质的施工单位施工获得的利益不应予以支持，故原审法院对该定额利润不予支持，并无不当。建设主管行政部门对该利润部分依法可予以收缴。

裁判依据或参考

司法解释及其他

《最高人民法院关于审理建设工程合同纠纷案件的暂行意见》（2002 年 8 月 5 日）

20. 转包、挂靠签订的建设工程合同被确认无效后，应按实际施工人的建筑资质等级结算工程款，但对施工人主张的工程结算中有关计划利润部分的请求可不予支持。

部门规范性文件

住房和城乡建设部、财政部《建筑安装工程费用项目组成》(2013年7月1日 建标〔2013〕44号)附件1:建筑安装工程费用项目组成(按费用构成要素划分)

(五)利润:是指施工企业完成所承包工程获得的盈利。

《2013建设工程工程量清单计价规范》(GB50500-2013)

2.0.32 利润

承包人完成合同工程获得的盈利。

地方司法性文件及其他

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若干疑难问题的解答》(2012年8月6日 京高法发〔2012〕245号)

17. 无效建设工程施工合同中的工程价款如何确定?

建设工程施工合同无效,但工程经竣工验收合格,当事人任何一方依据《解释》第二条的规定要求参照合同约定支付工程折价补偿款的,应予支持。承包人要求发包人按中国人民银行同期贷款利率支付欠付工程款利息的,应予支持。发包人以合同无效为由要求扣除工程折价补偿款中所含利润的,不予支持。

广东省高级人民法院《关于审理建设工程合同纠纷案件的暂行规定》(2000年7月28日 粤高法〔2000〕31号)

20. 转包、挂靠签订的建设工程合同被确认无效后,应按实际施工人的建筑资质等级结算工程款,但对施工人主张的工程结算中有关计划利润部分的请求可不予支持。

江苏省徐州市中级人民法院《进一步规范关于审理建设工程施工合同纠纷案件的若干问题》

[施工合同无效情形下鉴定怎样进行?]

建设工程施工合同无效,但建设工程经竣工验收合格的,应当参照实际履行的合同约定计价标准进行鉴定。

对于因缺乏建设工程用地规划许可证、建设工程规划许可证、国有土地使用权证

的“三无工程”，承包人主张工程价款申请鉴定的，仅需对人工费、机械费、材料费委托鉴定。

浙江省金华市中级人民法院《民事审判若干疑难问题讨论纪要》(2009年7月30日)

40. 实际施工人起诉转包人或违法分包人主张支付工程款的，工程款中是否应包括税金、利润？

建设工程施工合同因工程转包或违法分包，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而无效，但建设工程经竣工验收合格的，实际施工人请求参照合同支付直接费中的工资或事实上已发生的材料款、机械台班费，以及工程款组成内容中的间接费和利润的，应予支持。

第4节 发包人计价权利行使

——合同没有效，依约来计价？（价款计算）

308. 建设工程施工合同无效但工程竣工验收合格，承包人可以请求参照合同约定支付工程款，不是赋予承包人选择参照合同约定结算或者据实结算的权利，发包人同样可以主张参照合同约定支付工程款，除非双方另行协商一致同意以合同约定的结算方式以外的其他方式进行结算。

案例 308. 江苏省高级人民法院（2014）苏民终字第0047号“王爱根与沐阳县和城房地产开发有限公司、宿迁市象山建筑工程有限公司建设工程施工合同纠纷案”



关于涉案工程造价如何认定的问题。王某上诉认为，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》第二条的规定，其对参照合同约

定结算还是据实结算支付工程款享有选择权。二审法院认为,《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》第二条规定:“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”,其确定了处理建设工程施工合同无效但工程竣工验收合格的基本原则,即参照合同约定进行结算的补偿方式。从该条规定的文义内容看,承包人请求参照合同约定支付工程价款的表述形式,只是在文字表述上以承包人的名义出现而已,不是赋予承包人选择参照合同约定结算或者据实结算的权利。承包人可以请求参照合同约定支付工程款,发包人同样可以主张参照合同约定支付工程款,无论发包人或承包人选择与否,一般应参照合同约定支付工程款,除非双方另行协商一致同意以合同约定的结算方式以外的其他方式进行结算。王某主张其对参照合同约定结算还是据实结算支付工程款享有选择权,是对该条规定的错误理解。本案中合同无效是因为王某无资质造成的,王某对合同无效有一定过错,王某作为违法承包工程的实际施工人不当因合同无效后按实结算工程款而获得比合同有效更多的利益,否则与无效合同处理原则及制定上述司法解释以期达到规范建筑市场、促进建筑业发展并提供法律保障的初衷相悖。故王某要求据实结算的主张,本院不予支持。

309.《最高人民法院关于审理建设工程施工合同司法解释》第二条确立了建设工程施工合同无效,但建设工程经竣工验收合格时的折价补偿原则,即“参照合同约定支付工程款”,该条既未赋予承包人选择参照合同约定或者定额标准进行结算的权利,也非将请求参照合同约定支付工程价款的权利主体局限于承包人,根据该条规定的精神,发包人也可以请求参照合同约定支付工程款。根据诚实信用的原则,除非当事人另行协商一致同意按照定额标准据实结算,否则,一般应当参照合同约定支付工程款。

案例 309. 最高人民法院(2014)民提字第00016号“长春永信集团汽车贸易有限公司与长春建工集团吉源建设股份有限公司建设工程施工合同纠纷案”



再审申请人 A 建设公司与被申请人 B 汽车公司建设工程施工合同纠纷一案,关于

B 汽车公司支付给 A 建设公司工程折价补偿款的计算依据及金额问题，法院再审认为，首先，从本案查明的事实看，A 建设公司与 B 汽车公司虽然签订了《建设工程施工合同》，但该合同并未实际履行。此后，A 建设公司与 B 汽车公司在没有进行招标投标的情况下，完全背离了《建设工程施工合同》的内容，签订了补充协议，改变了施工内容，将工程改变为三十一层工程。根据《招标投标法》第三条、《工程建设项目招标投标范围和规模标准规定》第三条、《建设工程施工合同司法解释》第一条的规定，该补充协议应认定无效，一、二审判决的认定是正确的。

其次，建设工程结算工程款的基本原则是尊重当事人之间的约定。本案中，补充协议约定了固定单价，并约定按实际建筑面积结算（不包括地下室），约定是明确、具体的。对于 A 建设公司提出的二审判决适用《建设工程施工合同司法解释》第二条错误，该条仅适用于承包人请求按约定支付工程价款情形的理由，本院认为，《建设工程施工合同司法解释》第二条确立了建设工程施工合同无效，但建设工程经竣工验收合格时的折价补偿原则，即“参照合同约定支付工程价款”，该条既未赋予承包人选择参照合同约定或者定额标准进行结算的权利，也非将请求参照合同约定支付工程价款的权利主体局限于承包人，根据该条规定的精神，发包人也可以请求参照合同约定支付工程价款。根据诚实信用的原则，除非当事人另行协商一致同意按照定额标准据实结算，否则，一般应当参照合同约定支付工程价款。因此，A 建设公司的该理由不能成立，不予支持。

310. 施工合同司法解释并未规定只有承包人请求参照合同约定支付的情况下才能参照适用，即该司法解释并不是对承包人的单独赋权性规定。据此，原审法院依据双方施工合同的约定结算工程款，有事实和法律根据。

案例 310. 最高人民法院（2013）民申字第 1101 号“天水市秦州区第四建筑工程公司与天水宝鼎房地产开发有限公司建设工程施工合同纠纷案”



关于本案施工款应以协议标准还是以实际造价结算的问题。法院再审认为，根据 2008 年 3 月 7 日 A 工程公司与 B 房地产公司签订的《工程承包补充协议书》（以下简称

补充承包协议),案涉工程属由A工程公司包工包料,按实际竣工面积计算;砖混结构每平方米656元,框架结构每平方米906元。同时约定本协议执行过程中,如遇国家政策变化,材料市场价格波动均不影响协议规定的工程造价款额(钢材5000元/吨,普通水泥320元/吨,鸳鸯水泥380元/吨,若市场价格上涨幅度超过20%,按市场价结算)。案涉建设工程,因未进行招标投标程序,原审根据《中华人民共和国招标投标法》第三条及施工合同司法解释第一条第(二)项、第(三)项的规定,认定该建设工程施工合同无效,并无不当。因建设工程施工合同中有关工程价款的约定属合同双方的真实意思表示,在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,人民法院应予支持;但施工合同司法解释并未规定只有承包人请求参照合同约定支付的情况下才能参照适用,即该司法解释并不是对承包人的单独赋权性规定。据此,原审法院依据双方施工合同的约定结算工程款,有事实和法律根据。

311. 合同无效,应参照合同约定支付工程价款。

案例 311. 吉林省高级人民法院(2014)吉民一终字第27号“仲崇金与江苏万象建工集团有限公司、江苏鼎大建筑安装工程有限公司吉林市分公司、苏长之建设工程施工合同纠纷案”



关于合同无效后确认折价补偿方式的问题,二审法院认为,《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》第二条规定“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”,即在合同无效的情况下,人民法院需要确认施工工程的折价补偿方式,而折价补偿的具体方式就是“参照合同约定支付工程价款”,故一审法院根据当事人确认的工程施工面积,参照《工程内部承包协议书》约定的固定综合单价,确认应给付仲某的工程价款数额并无不当。

裁判依据或参考

司法解释及其他

最高人民法院副院长就《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》答记者问

三、合同无效但建设工程质量合格的，也可参照合同约定结算工程价款

问：按照《解释》规定，合同被确认无效，如果建设工程经竣工验收合格的，可以参照合同约定结算工程价款，这是否违反《民法通则》和《合同法》关于无效合同的处理原则？

答：《合同法》第五十八条规定，合同无效或者被撤销后，因该合同取得的财产，应当予以返还；不能返还或者没有必要返还的，应当折价补偿。建设工程施工合同具有特殊性，合同履行的过程，就是将劳动和建筑材料物化在建筑产品的过程。合同被确认无效后，已经履行的内容不能适用返还的方式使合同恢复到签约前的状态，而只能按照折价补偿的方式处理。从建设工程施工合同的实际履行情况看，当合同被确认无效后，有两种折价补偿方式，一是以工程定额为标准，通过鉴定确定建设工程价值，考虑到目前我国建筑市场的实际情况，有的发包人签订合同时往往把工程价款压得很低，如果合同被确认无效还按照第一方案折价补偿，将会造成无效合同比有效合同的工程价款还高，这超出了当事人签订合同的预期。二是参照合同约定结算工程价款。这种折价补偿的方式不仅符合双方当事人在订立合同时的真实意思，而且还可以节省鉴定费用，提高诉讼效率。因此，通过对以上两种折价补偿方案的比较，根据我国建筑行业的现状，衡平合同各方当事人的利益，在《解释》第二条规定，建设工程施工合同被确认无效以后，建设工程质量合格的，可以参照合同约定结算工程价款。《解释》确立了参照合同约定结算工程价款的折价补偿原则。这与《民法通则》《合同法》第五十八条的规定并不矛盾，而是在处理无效的建设工程施工合同纠纷案件中具体体现了《合同法》规定的无效处理原则。

《解释》第二条规定适用的无效合同仅指合同标的物为质量合格的建设工程，不包括质量不合格的建设工程。建设工程质量合格，包括两方面的意思，一是建设工程经竣工验收合格，二是建设工程经竣工验收不合格，但是经过承包人修复后，再验收合格。总之，只要建设工程经过验收合格，即使确认合同无效，也可以按照合同约定结

算工程价款。

地方司法性文件及其他

广东省高级人民法院《关于审理建设工程合同纠纷案件疑难问题的解答》(2017年8月1日 粤高法〔2017〕151号)

二、工程价款结算

6. 建设工程合同无效情形下工程价款应如何结算

建设工程施工合同无效,但建设工程经竣工验收合格,承包人或发包人请求参照合同约定支付工程价款的,应予支持。

浙江省金华市中级人民法院《民事审判若干疑难问题讨论纪要》(2009年7月30日)

27. 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》第2条规定施工合同无效,但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。如果按定额计算的工程价款高于合同约定,承包人要求按定额计价,而发包人主张参照合同约定支付工程价款的,能否支持?

施工合同无效,但合同约定的工程结算标准是签约当时各方当事人自愿协商确定的,体现的是签约各方的真实意思,只要工程验收合格,从平衡各方利益考虑,应遵循双方有关工程造价结算的意思表示。无论承包人是否请求按合同约定方式结算,只要有一方请求参照合同约定结算工程价款,即应按合同约定结算。若按定额计算,承包人显然从中取得了超出合同约定的收益。

第5节 无效合同的违约条款 ——合同没有效，违约金计否？（违约条款）

类型一、合同无效，约定的违约金不应计取

312. 合同无效，违约金的约定亦因合同无效而不应支持。

案例 312. 内蒙古自治区高级人民法院（2014）内民一终字第00142号“陕西联腾建工集团有限公司与呼和浩特市富邦新技术房地产开发有限责任公司建设工程施工合同纠纷案”



法院认为，根据《中华人民共和国合同法》第五十六条规定，无效的合同自始没有法律约束力。既然双方签订的《建设工程施工合同》无效，则该合同中关于违约金的约定亦因合同无效而不予支持。

313. 无效合同关于违约金约定也无效，未能施工部分的预期利润也不属实际损失范围，不予支持。

案例 313. 重庆市高级人民法院（2014）渝高法民终字第00012号“重庆市有益建筑劳务有限公司与重庆双湖机电设备有限公司、咸阳第一建筑工程有限公司建设工程施工合同纠纷案”



二审法院认为,因《劳务分包合同》及《三方协议》均无效,故合同及协议中关于违约金及律师费、差旅费、保全费等负担的约定也无效,有益劳务公司的该部分请求不予支持。同理,未能施工部分的预期利润也不属有益劳务公司的实际损失范围,不予支持。

314. 依据无效合同主张违约金于法无据。

案例 314. 青海省高级人民法院(2013)青民一终字第35号“江苏伟业建设集团有限公司与西宁华远建筑劳务有限公司建设工程施工合同纠纷案”



法院认为,伟业公司将“香格里拉城市花园”16#、17#楼土建及安装工程发包给了仅具备劳务作业资质的华远公司,其行为违反了《建筑法》等相关法律的规定,该合同应属无效,伟业公司依据该合同主张违约金于法无据,经释明,伟业公司仍坚持其违约金主张,故其请求应予驳回。

315. 合同无效, 诉请解除合同并主张延误工期违约金于法无据。

案例 315. 河北省高级人民法院(2014)冀民一初字第34号“浙江A建设集团与石家庄B投资公司建设工程施工合同纠纷案”



法院认为,施工合同无效,发包人诉请解除合同并主张延误工期违约金于法无据,不予支持。

316. 发包人依据无效合同主张承包人支付工期延误违约金及要求赔偿损失，不予支持。

案例 316. 陕西省高级人民法院（2014）陕民一终字第 00025 号“西安市虹桥置业有限责任公司与陕西建工第三建设集团有限公司建设工程施工合同纠纷案”



法院认为，发包人认为承包人迟延交付工程的证据不足且涉案合同无效，故发包人以此为据主张承包人支付工期延误违约金及要求赔偿损失的诉讼请求，依法不予支持。

317. 无效合同的后果是在当事人之间产生返还财产及赔偿损失的请求权，不存在按有效协议追究违约责任的问题，不能依据违约条款主张支付违约金。

案例 317. 青海省高级人民法院（2014）青民一终字第 64 号“青海西部建业有限责任公司、青海居易实业集团有限公司建设工程施工合同纠纷案”



法院认为，因《工程施工协议书》无效，导致违约条款亦无效，无效的后果是在当事人之间产生返还财产及赔偿损失的请求权，不存在按有效协议追究违约责任的问题，承包人不能依据其中的违约条款主张发包人支付违约金、罚金。

318. 合同无效，违约金条款在对方当事人明确表示反对的情况下，不宜以此约束双方当事人。

案例 318. 最高人民法院（2017）最高法民申 372 号“再审申请人河南东锋房地产开发有限公司（简称东锋公司）与被申请人河南建总国际工程有限公司（简称建总公司）建设工程施工合同纠纷案”



关于发包人东锋公司诉请的 190 万元工程逾期违约金问题。法院再审认为，双方补充协议约定“工期每拖延一天罚款一万元，因东锋公司原因及拨款、外部环境等原因造成停工或延误的，工期顺延。”现东锋公司主张案涉工程延期交付，建总公司应承担 190 万元违约金。建设工程施工合同及相关补充协议被确认无效后，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》第二条规定，在案涉工程质量合格的情形下可以参照合同约定结算工程价款。但违约金并非工程结算价款，在建总公司明确表示反对的情况下，不宜以此约束双方当事人。况且，经一审查证，双方补充协议签订后，规划执法部门不断来施工现场进行执法，导致多次停工、返工，周围住户亦不断阻止，导致无法正常施工，建总公司为此出具工作联系单要求东锋公司顺延工期并赔偿损失，东锋公司签收认可。故在因东锋公司原因导致工期顺延的情形下，东锋公司亦无权要求建总公司支付工程逾期违约金。

319. 无效合同不适用违约金的约定，当事人要求按照合同约定支付违约金不予支持。

案例 319. 最高人民法院（2012）民申字第 1375 号“湛江市建筑工程集团公司三公司与广东省湛江市质量技术监督局及陈妃赤建设工程施工合同纠纷案”



法院再审认为，二审判决认定陈妃赤借用湛江建筑集团三公司的名义挂靠承揽建筑工程，违反了《中华人民共和国建筑法》关于建筑工程施工资质的禁止性规定，双方所签建设工程施工合同无效并无不当。无效合同不适用违约金的约定。因此，湛江建筑集团三公司申请再审要求按照合同约定由湛江技监局承担欠付工程款部分每月1.2%的违约金，不能成立。

320. 合同无效，关于违约金的约定亦属无效，依合同约定要求支付违约金不予支持。

案例 320. 最高人民法院（2014）民申字第501号“武汉海源建筑工程有限公司与武汉新创建设集团有限公司建设工程施工合同纠纷案”



关于海源公司提出赔偿工程延期完工损失的主张能否得到支持的问题。因涉案建设工程施工合同属于无效合同，合同中关于违约金的约定亦属无效，故二审判决未支持海源公司要求新创公司支付相应违约金的主张并无不当。

321. 计付违约金是以合同有效为前提的，合同没有法律效力，要求支付违约金的主张缺乏法律依据和合同依据。

案例 321. 浙江省高级人民法院（2016）浙民终768号“宁波建工股份有限公司、舟山凤凰岛置业发展有限公司建设工程施工合同纠纷案”



关于工程进度款和工程预付款违约金的认定。建工公司主张凤凰岛公司未按照合同约定支付工程进度款和工程预付款，应按备案合同中约定每延迟一天按应付款的万分之二支付违约金的计算标准，向建工公司支付工程进度款的违约金1231307元（暂计算至案件受理日）和工程预付款逾期违约金为164267元。法院认为，因案涉备案合

同与补充合同均归于无效，双方实际履行的是补充合同，补充合同虽有每延迟一天按应付款的万分之二支付违约金的约定，但是计付违约金是以合同有效为前提的，补充合同没有法律效力，要求支付违约金的主张缺乏法律依据和合同依据。建工公司主张工程进度款和工程预付款逾期违约金的诉请，不予支持。

类型二、合同无效，违约金诉讼请求没有法律依据，利息损失应予支持

322. 合同无效，一方主张违约金的诉讼请求没有法律依据，但对其利息损失应予支持。

案例 322. 江苏省南京市中级人民法院（2013）宁民初字第47号“孔某与被告南京凯盛建设集团有限公司、威海报关职业技术学校建设工程施工合同纠纷案”



法院认为，合同无效，一方主张违约金的诉讼请求没有法律依据，但对其利息损失应予支持。

323. 合同无效，主张按合同约定支付违约金缺乏法律依据，但应按照中国人民银行发布的同期同类贷款利率计付利息。

案例 323. 广东省江门市中级人民法院（2013）江中法民再字第34号“江门市蓬江区建筑集团有限公司与江门市芷琳房地产有限公司建设工程施工合同纠纷案”



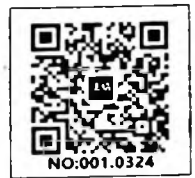
法院再审认为，因《建设工程施工合同》和《补充协议书》无效，蓬江建筑公司主张按合同约定支付每日10000元违约金缺乏法律依据，但芷琳公司应按照中国人民银行发布的同期同类贷款利率计付利息给蓬江建筑公司。由于双方的工程总价款尚未

结算，因此芷琳公司向蓬江建筑公司支付工程款利息应从讼争工程交付之日起算即从2009年5月27日起算。本院二审对逾期付款违约金问题处理正确，本院再审予以确认。蓬江建筑公司主张违约金的理由不充分，本院再审不予支持。

类型三、合同无效，参照合同约定计算违约金

324. 合同无效，承包人请求参照合同约定支付工程款，根据合同对价及民法的公平原则，亦应参照合同约定承担合同义务，参照双方约定的工期、违约金支付标准向发包人支付逾期竣工违约金。

案例 324. 广东省东莞市中级人民法院（2013）东中法民二终字第1147号“吴庚先与陈堆锋、陈炳权农村建房施工合同纠纷案”



法院认为，合同无效，承包人请求参照合同约定支付工程款，根据合同对价及民法的公平原则，其亦应参照合同约定承担合同义务，参照双方约定的工期、违约金支付标准向发包人支付逾期竣工违约金。

325. 合同无效，工程价款参照合同约定计算，相应地，施工人逾期完工的责任，亦应参照合同约定予以赔偿。

案例 325. 江门市中级人民法院（2016）粤07民终8号“叶成秋与江门市曙光物流市场有限公司建设工程施工合同纠纷案”



关于叶成秋应否支付逾期完工违约金问题。二审法院认为，叶成秋是不具有建筑施工企业资质的个人，故其与曙光公司签订的《建设工程施工承包合同》是无效合同。

因本案工程价款参照合同约定计算，相应地，叶成秋逾期完工的责任，亦应参照合同约定予以赔偿。原审据此认定叶成秋逾期完工 52 日，并判令叶成秋向曙光公司赔偿 26 万元并无不当，本院予以维持。

类型四、合同无效，按照过错确定违约金分担比例及数额

326. 合同中约定的罚款性质应认定为发包方对施工方主张的违约金，按照双方当事人对合同无效的过错，确定分担比例及数额。

案例 326. 最高人民法院（2017）最高法民申 394 号“中铁十局集团第二工程有限公司与华通路桥集团有限公司建设工程施工合同纠纷案”



关于原审判决对罚款的事实认定和判令双方按比例承担是否正确。法院再审认为，华通公司与中铁二公司签订的《经营承包合同》因违反《中华人民共和国招标投标法》的强制性规定而无效，故合同中有关罚款承担的约定条款亦无效。《经营承包合同》中双方关于罚款的约定不属于结算和清算条款，华通公司认为应适用《中华人民共和国合同法》第九十八条“合同的权利义务终止，不影响合同中结算和清算条款的效力”的理由不能成立。罚款的性质应认定为发包方对施工方主张的违约金，人民法院有权依据实际情况对违约金予以调整。原审判决考虑到华通公司与中铁二公司双方对《经营承包合同》无效均存在一定过错，确定该笔罚款按照各自的过错分担，确定的分担比例及数额并无不当。

裁判依据或参考

法律法规

《中华人民共和国合同法》（1999 年 10 月 1 日）

第一百一十四条 当事人可以约定一方违约时应当根据违约情况向对方支付一定

数额的违约金，也可以约定因违约产生的损失赔偿额的计算方法。

约定的违约金低于造成的损失的，当事人可以请求人民法院或者仲裁机构予以增加；约定的违约金过分高于造成的损失的，当事人可以请求人民法院或者仲裁机构予以适当减少。

当事人就迟延履行约定违约金的，违约方支付违约金后，还应当履行债务。

司法解释及其他

《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》
(2009年7月7日 法发〔2009〕40号)

8. 为减轻当事人诉累，妥当解决违约金纠纷，违约方以合同不成立、合同未生效、合同无效或者不构成违约进行免责抗辩而未提出违约金调整请求的，人民法院可以就当事人是否需要主张违约金过高问题进行释明。人民法院要正确确定举证责任，违约方对于违约金约定过高的主张承担举证责任，非违约方主张违约金约定合理的，亦应提供相应的证据。合同解除后，当事人主张违约金条款继续有效的，人民法院可以根据合同法第九十八条的规定进行处理。

15. 正确理解、识别和适用合同法第五十二条第（五）项中的“违反法律、行政法规的强制性规定”，关系到民商事合同的效力维护以及市场交易的安全和稳定。人民法院应当注意根据《合同法解释（二）》第十四条之规定，注意区分效力性强制规定和管理性强制规定。违反效力性强制规定的，人民法院应当认定合同无效；违反管理性强制规定的，人民法院应当根据具体情形认定其效力。

16. 人民法院应当综合法律法规的意旨，权衡相互冲突的权益，诸如权益的种类、交易安全以及其所规制的对象等，综合认定强制性规定的类型。如果强制性规范规制的是合同行为本身即只要该合同行为发生即绝对地损害国家利益或者社会公共利益的，人民法院应当认定合同无效。如果强制性规定规制的是当事人的“市场准入”资格而非某种类型的合同行为，或者规制的是某种合同的履行行为而非某类合同行为，人民法院对于此类合同效力的认定，应当慎重把握，必要时应当征求相关立法部门的意见或者请示上级人民法院。

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（二）》（2009年5月13日 法释〔2009〕5号）

第二十七条 当事人通过反诉或者抗辩的方式，请求人民法院依照合同法第一百一十四条第二款的规定调整违约金的，人民法院应予支持。

第二十八条 当事人依照合同法第一百一十四条第二款的规定，请求人民法院增加违约金的，增加后的违约金数额以不超过实际损失额为限。增加违约金以后，当事人又请求对方赔偿损失的，人民法院不予支持。

第二十九条 当事人主张约定的违约金过高请求予以适当减少的，人民法院应当以实际损失为基础，兼顾合同的履行情况、当事人的过错程度以及预期利益等综合因素，根据公平原则和诚实信用原则予以衡量，并作出裁决。

当事人约定的违约金超过造成损失的百分之三十的，一般可以认定为合同法第一百一十四条第二款规定的“过分高于造成的损失”。

《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》（2009年7月7日 法发〔2009〕40号）

二、依法合理调整违约金数额，公平解决违约责任问题

5. 现阶段由于国内宏观经济环境的变化和影响，民商事合同履行过程中违约现象比较突出。对于双方当事人在合同中所约定的过分高于违约造成损失的违约金或者极具惩罚性的违约金条款，人民法院应根据合同法第一百一十四条第二款和最高人民法院《关于适用中华人民共和国合同法若干问题的解释（二）》（以下简称《合同法解释（二）》）第二十九条等关于调整过高违约金的规定内容和精神，合理调整违约金数额，公平解决违约责任问题。

6. 在当前企业经营状况普遍较为困难的情况下，对于违约金数额过分高于违约造成损失的，应当根据合同法规定的诚实信用原则、公平原则，坚持以补偿性为主、以惩罚性为辅的违约金性质，合理调整裁量幅度，切实防止以意思自治为由而完全放任当事人约定过高的违约金。

7. 人民法院根据合同法第一百一十四条第二款调整过高违约金时，应当根据案件的具体情形，以违约造成的损失为基准，综合衡量合同履行程度、当事人的过错、预期利益、当事人缔约地位强弱、是否适用格式合同或条款等多项因素，根据公平原则和诚实信用原则予以综合权衡，避免简单地采用固定比例等“一刀切”的做法，防止

机械司法而可能造成的实质不公平。

8. 为减轻当事人诉累，妥当解决违约金纠纷，违约方以合同不成立、合同未生效、合同无效或者不构成违约进行免责抗辩而未提出违约金调整请求的，人民法院可以就当事人是否需要主张违约金过高问题进行释明。人民法院要正确确定举证责任，违约方对于违约金约定过高的主张承担举证责任，非违约方主张违约金约定合理的，亦应提供相应的证据。合同解除后，当事人主张违约金条款继续有效的，人民法院可以根据合同法第九十八条的规定进行处理。

第6节 无效合同与利息支付

——合同没有效，利息支付否？（利息支付）

类型一、合同无效，不应支付工程款利息

327. 涉案合同为无效合同，双方约定支付利息的条款无效，按照无效合同的约定判处利息无法律依据。

案例327. 甘肃省高级人民法院（2014）甘民一终字第75号“临泽县沙河水利管理所与甘肃沙河建筑装饰工程有限责任公司建设工程施工合同纠纷案”



一审法院认为，原、被告签订的《建设工程施工合同》无效，被告应当承担给原告支付下欠工程款1587417.59元的民事责任。关于欠付工程款的利息问题，《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》第二条规定：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。第十七条规定：当事人对欠付工程价款利息计付标准有约定的，按照约定处理；没有约定的，按照中国人民银行发布的同期同类贷款利率计息。工程款

利息的性质是法定孳息，即使合同中没有欠付工程款利息的约定，发包人也应按照中国人民银行发布的同期同类贷款利率承担属于法定孳息性质的利息。原、被告在建设施工合同中约定：工程开工后付合同价款的30%，主体完工付至合同价款的50%，工程竣工验收前付总价款的70%。涉案工程合同价款为2075852.09元，开工时间为2006年8月20日，主体完工时间为2007年7月25日，2008年1月10日经原、被告结算，原告（郭天生项目部）实际完成的工程量价款为3587783.88元。被告应当按照约定的时间和付款比例支付工程款，逾期应当承担欠款利息。

被告B水利管理所提起上诉，认为一审判决B水利管理所支付A建筑公司利息56万多元无法律依据。

二审争议焦点：一审判决的利息是否适当？

二审裁判要点：关于一审法院判令利息是否适当的问题。本案中涉案合同为无效合同，双方约定支付利息的条款理应无效，一审法院按照无效合同的约定判处利息无法律依据。上诉人B水利管理所的该项上诉请求成立，予以支持。

328. 实际施工人借用有资质的建筑施工企业名义承揽涉案工程，违反了法律的强制性规定，亦应承担相应的不利后果，其要求支付工程欠款利息的诉讼请求，不予支持。

案例 328. 北京市高级人民法院（2015）高民终字第3654号“贺永敏与北京市东阳建筑工程公司等建设工程施工合同纠纷案”



二审法院认为，《中华人民共和国建筑法》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。本案中，保利公司与东阳公司签订的《建设工程施工合同》中亦明确约定，东阳公司不得将其承包的全部工程转包给他人，也不得将其承包的全部工程肢解以后以分包的名义分别转包给他人，同时，贺永敏作为自然人，并无建设施工资质，显然不具备承揽涉案工程的条件。贺永敏借用有资质的建筑施工企业名义承揽涉案工程，违反了法律的强制性规定，虽然其完成了相关施工工作，本院支持了其要求支付

工程欠款的诉讼请求，但其亦应承担相应的不利后果，据此，其要求支付工程欠款利息的诉讼请求，本院不予支持。

类型二、合同无效，应支付工程款利息

329. 欠付工程款的利息从性质上来说，属于法定孳息的范畴，合同无效，发包人应当支付工程价款及利息。

案例 329. 江苏省高级人民法院（2014）苏民终字第 0109 号“刘建国与宿迁现代建筑工程有限公司、宜兴市兰山房地产开发有限公司沐阳分公司建设工程施工合同纠纷案”



关于工程款利息。建筑公司上诉主张，因刘某拒绝开具工程款发票并拒绝承担税金，其有权在收到发票后再支付工程余款；工程存在超期、因刘某的过错导致合同无效，其不应当支付工程款的利息。对此，二审法院认为，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》的精神，欠付工程款的利息从性质上来说，属于法定孳息的范畴，在工程结算后或者在法定的应付款日之后，发包人仍不支付工程价款的，发包人应当向承包人支付工程欠款的利息。因此，建筑公司以刘某未开具发票、工程超期、存在过错等为由拒绝支付工程欠款的利息，没有法律依据，本院依法不予支持。

330. 按照中国人民银行同期同类贷款利率支付利息。无效合同中约定的利息条款无效，但发包人存在拖欠工程款事实，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》第十七条规定，按照没有约定支付利息的情形，按照中国人民银行同期同类贷款利率支付利息。

案例 330. 陕西省高级人民法院（2014）陕民一终字第 00080 号“重庆市新蓝湾房地产开发公司与白河城投建筑建材有限公司、徐争明、李勋勇、李功长、徐涛、胡承波、李军、周继勇、闰书礼、杨吉兵建设工程施工合同纠纷案”



法院认为，合同无效，对于无效合同中约定的利息支付依据，也属无效。但发包人确实存在拖欠工程款事实，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》第十七条规定，按照没有约定支付利息的情形，按照中国人民银行同期同类贷款利率支付利息。

331. 合同无效，承包人主张违约金没有法律依据，但对其利息损失应予支持，按中国人民银行同期贷款利率计算。

案例 331. 江苏省南京市中级人民法院（2013）宁民初字第 47 号“孔某与被告南京凯盛建设集团有限公司、威海报关职业技术学校建设工程施工合同纠纷案”



法院认为，因双方合同无效，孔某主张违约金的诉讼请求没有法律依据，但对其利息损失应予支持，故被告建设公司应按中国人民银行同期贷款利率标准自 2012 年 2 月 14 日起支付利息。

332. 按合同约定计算工程款利息。《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》第二条规定“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”，这不仅包括工程价款的计价方式，还应包括工程款的支付时间及未按期支付计算损失的标准等约定。

案例 332. 珠海市中级人民法院（2015）珠中法民三终字第 347 号“吴买旺与珠海市斗门区白蕉镇竹洲村经济合作社、珠海市斗门区白蕉镇丰洲村民委员会建设工程施工合同纠纷案”



关于欠付工程款的利息。一审法院认为，按合约书的约定，欠付工程款的利息“按银行贷款工业利率附加 20%”计算，但是原审法院已认定涉案合约书无效，且双方对合同无效均有过错，故吴买旺援引涉案合约书的约定，要求竹洲经联社支付欠付工程款的利息，没有依据，原审法院不予支持。由于竹洲经联社欠付工程款的行为实际上给吴买旺造成了利息损失，故原审法院参照《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》第十七条的规定，确定由竹洲经联社按中国人民银行同期同类贷款利率支付利息。竹洲经联社应支付的欠付工程款的利息如下：从 1999 年 2 月 1 日至 2015 年 1 月 26 日的欠付工程款利息 411256.14 元（详见原审判决书附表）；2015 年 1 月 27 日至法院确定还款日的利息（以本金 61068.66 元按中国人民银行同期同类贷款利率计息）。

二审法院认为，合约书虽违反法律规定，属无效合同，但是《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》第二条规定“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”，这不仅包括工程价款的计价方式，还应包括工程款的支付时间及未按期支付计算损失的标准等约定，而且《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》第十七条规定“当事人对欠付工程价款计付标准有约定的，按照约定处理；没有约定的，按照中国人民银行发布的同期同类贷款利率计息”，竹洲经联

社未按约定支付工程款确会造成吴买旺利息损失，现合约书已约定未按期付款按银行贷款利率上浮 20% 计息，因此吴买旺主张按银行同期贷款利率上浮 20% 计算利息，于法有据，应予支持，原审法院对此认定错误，本院予以纠正。

333. 工程价款利息并非违约金而系法定孳息，无论合同是否有效，施工方基于其工程款请求权均有权主张利息损失。

案例 333. 最高人民法院（2013）民申字第 1947 号“深圳市国远船务工程有限公司与福建省顺达航道疏浚工程有限公司、广西北部湾国际港务集团有限公司、中国水产广州建港工程公司航道疏浚合同纠纷案”



关于案涉工程款是否支付利息的问题。法院再审认为，建设工程司法解释第二条突破了无效合同处理后果的一般原则，确定了建设工程施工合同虽然被认定无效，但建设工程验收合格，施工方可参照合同约定支付工程价款的原则。该司法解释第十七条规定，当事人未对工程款利息计付标准进行约定的，应按照中国人民银行发布的同期同类贷款利率。依据此项规定，工程价款利息并非违约金而系法定孳息，因此无论合同是否有效，施工方基于其工程款请求权均有权主张利息损失。依照一审查明的事实，案涉工程于 2011 年 12 月 29 日经北部湾集团、建港公司与相关单位进行了验收，确认工程质量合格，顺达公司依据司法解释的规定有权主张工程款并请求利息损失。二审法院依照建设工程司法解释第十七条及第十八条第（一）项判定国远公司自工程交付之日起支付工程款利息并无不当。国远公司关于涉案工程款不应支付利息的再审申请理由不能成立。

334. 合同约定的利息计算标准因合同无效而无效，但鉴于欠付工程款所产生的利息属工程款的法定孳息，按照中国人民银行规定的同期基准贷款利率计付利息。

案例 334. 海南省高级人民法院（2014）琼环民终字第10号“琼华装饰工程有限公司与临高县人民政府建设工程施工合同纠纷案”



关于欠付工程款利息问题。依照施工合同司法解释第二条的规定，施工合同无效但工程经竣工验收合格，应参照合同约定支付工程价款，该“价款”仅指工程款本金，不包括欠付工程款利息，故临高县政府与琼华公司有关欠付工程款按月息1.8%计息的约定以及临高县政府在2006年12月26日的欠款回复中承诺的按合同约定的月息1.8%计取18个月利息均无效，琼华公司主张临高县政府应按双方约定和临高县政府承诺的月息1.8%计取利息不能成立。但鉴于欠付工程款所产生的利息属工程款的法定孳息，临高县政府应按照中国人民银行规定的同期一年期一般流动资金基准贷款利率计付利息。原审判决对欠付工程款利率的认定错误，应予纠正。

335. 合同无效，利息应予支付。

案例 335. 最高人民法院（2014）民申字第501号“武汉海源建筑工程有限公司与武汉新创建设集团有限公司建设工程施工合同纠纷案”



关于海源公司应否支付利息的问题。涉案建设工程施工合同虽属无效合同，但建设工程施工合同司法解释第十八条规定：“利息应从应付工程价款之日计付。当事人对付款时间没有约定或者约定不明的，下列时间视为付款时间：（一）建设工程已实际交付的，为交付之日……”根据该规定，一、二审判决认定海源公司应从实际占有涉案

工程之日起计算工程款利息并无不当。

336. 在合同被确认无效的情况下，利息损失应以中国人民银行发布的同期同类贷款利率为标准计算。

案例 336. 河南省高级人民法院（2015）豫法民二终字第 223 号“河南省广厦建设工程有限公司与河南省实验中学建设工程施工合同纠纷案”



关于本案工程款利息的起算时间和利率标准应如何确定的问题。二审法院认为，在本案合同被确认无效的情况下，本案工程款利息问题应依据合同无效的法律效果进行处理。本案中河南广厦公司已将建设工程交付省实验中学使用多年，河南广厦公司已全部履行完毕合同义务，但其工程价款多年未予受偿，从而产生利息损失。在合同被确认无效的情况下，该利息损失的认定应以中国人民银行发布的同期同类贷款利率为标准。依据《中华人民共和国合同法》第五十八条“合同无效或者被撤销后，因该合同取得的财产，应当予以返还；不能返还或者没有必要返还的，应当折价补偿。有过错的一方应当赔偿对方因此所受到的损失，双方都有过错的，应当各自承担相应的责任”的规定，基于省实验中学对本案合同无效具有较大的过错，因此，对于河南广厦公司所受利息损失应当予以赔偿。

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》（以下简称《解释》）第十八条规定：“利息从应付工程价款之日计付。当事人对付款时间没有约定或者约定不明的，下列时间视为应付款时间：（一）建设工程已实际交付的，为交付之日”。本案在合同被确认无效的情况下，本院参照该条规定，对于欠付工程价款的利息损失应自建设工程交付之日起按照中国人民银行发布的同期同类贷款利率计算损失。

综上，承包人河南广厦公司上诉主张应以实际交工日期计算利息损失的请求成立，本院予以支持。但其主张按合同约定的双倍利率计算利息的请求不能成立，本院不予支持。发包人省实验中学上诉主张对工程欠款不应支付利息损失的请求因无法律依据，本院不予支持。

337. 合同虽无效，但承包人已将建设工程交付发包人使用多年，已全部履行完毕合同义务，但其工程价款多年未予受偿，从而产生利息损失。发包人对建设工程施工合同无效具有较大的过错，对于承包人所受利息损失应当予以赔偿，该利息损失应以中国人民银行发布的同期同类贷款利率为标准。

案例 337. 河南省高级人民法院（2015）豫法民二终字第 223 号“河南省广厦建设工程有限公司与河南省实验中学建设工程施工合同纠纷案”



关于本案工程款利息的起算时间和利率标准应如何确定的问题。二审法院认为，在本案合同被确认无效的情况下，本案工程款利息问题应依据合同无效的法律效果进行处理。理由为：第一，本案中河南广厦公司已将建设工程交付省实验中学使用多年，河南广厦公司已全部履行完毕合同义务，但其工程价款多年未予受偿，从而产生利息损失。在合同被确认无效的情况下，该利息损失的认定应以中国人民银行发布的同期同类贷款利率为标准。依据《中华人民共和国合同法》第五十八条“合同无效或者被撤销后，因该合同取得的财产，应当予以返还；不能返还或者没有必要返还的，应当折价补偿。有过错的一方应当赔偿对方因此所受到的损失，双方都有过错的，应当各自承担相应的责任”的规定，基于省实验中学对本案合同无效具有较大的过错，因此，对于河南广厦公司所受利息损失应当予以赔偿。

第二，《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》（以下简称《解释》）第十八条规定：“利息从应付工程价款之日计付。当事人对付款时间没有约定或者约定不明的，下列时间视为应付款时间：（一）建设工程已实际交付的，为交付之日”。本案在合同被确认无效的情况下，本院参照该条规定，对于欠付工程价款的利息损失应自建设工程交付之日起按照中国人民银行发布的同期同类贷款利率计算损失。

综上，河南广厦公司上诉主张应以实际交工日期计算利息损失的请求成立，本院予以支持。但其主张按合同约定的双倍利率计算利息的请求不能成立，本院不予支持。省实验中学上诉主张对工程欠款不应支付利息损失的请求因无法律依据，本院不

予支持。

类型三、合同无效，利息各半承担

338. 合同无效双方皆有过错，应当各自承担相应的责任，基于公平原则，宜按双方约定利息标准的一半进行计算。

案例 338. 信阳市中级人民法院（2014）信中法民终字第1952号“光山县宏源建筑工程公司与光山县惠农粮油购销有限公司建设工程施工合同纠纷案”



法院认为，因光山宏源公司建筑资质不足，双方签订合同前又没依法履行招投标手续，双方所签合同为无效合同。本案惠农粮公司在明知光山宏源公司资质不足的情况下，仍与之签下合同，惠农粮公司对合同无效明显存在过错。依据《中华人民共和国合同法》关于合同无效处理的有关规定，双方对签定合同皆有过错时，应当各自承担相应的责任；合同无效时合同效力自始无效。本案中工程款已全部结清，确实存在利息损失，基于公平原则，宜按双方约定利息标准的一半（1%）进行计算，总利息损失为285010.025元；鉴于双方皆有过错，本院认为对利息损失各自承担一半（即142505.012元）为宜。

类型四、合同无效，公平原则酌情平衡当事人利益

339. 无效合同约定的利息不具约束力，依公平原则酌情平衡当事人利益。

案例 339. 最高人民法院（2015）民申字第 581 号“再审申请人四川堂宏实业集团有限公司（简称堂宏集团公司）、四川堂宏实业集团有限公司房地产开发分公司（简称堂宏房地产分公司）与被申请人牟三青、四川鑫玛建设有限公司（简称鑫玛建设公司）建设工程施工合同纠纷案”



关于欠付工程款利息的计算标准问题。由于《建设工程施工合同》无效，故合同中关于发包人未按时拨付工程款应按中国人民银行同期贷款利率 3 倍支付利息的约定亦不具有约束力。经查，牟三青用于工程建设的部分工程款系向鑫玛建设公司借支，且双方约定利息是按月利率 15‰ 计算，因此，为弥补牟三青的损失，二审法院判令堂宏集团公司按照按月利率 15‰ 计付工程款利息符合公平原则。

裁判依据或参考

司法解释及其他

《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》（2005 年 1 月 1 日 法释〔2004〕14 号）

第六条 当事人对垫资和垫资利息有约定，承包人请求按照约定返还垫资及其利息的，应予支持，但是约定的利息计算标准高于中国人民银行发布的同期同类贷款利率的部分除外。

当事人对垫资没有约定的，按照工程欠款处理。

当事人对垫资利息没有约定，承包人请求支付利息的，不予支持。

第十七条 当事人对欠付工程价款利息计付标准有约定的，按照约定处理；没有约定的，按照中国人民银行发布的同期同类贷款利率计息。

第十八条 利息从应付工程价款之日计付。当事人对付款时间没有约定或者约定不明的，下列时间视为应付款时间：

- (一) 建设工程已实际交付的，为交付之日；
- (二) 建设工程没有交付的，为提交竣工结算文件之日；
- (三) 建设工程未交付，工程价款也未结算的，为当事人起诉之日。

地方司法性文件及其他

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若干疑难问题的解答》
(2012年8月6日 京高法发〔2012〕245号)

17. 无效建设工程施工合同中的工程价款如何确定？

建设工程施工合同无效，但工程经竣工验收合格，当事人任何一方依据《解释》第二条的规定要求参照合同约定支付工程折价补偿款的，应予支持。承包人要求发包人按中国人民银行同期贷款利率支付欠付工程款利息的，应予支持。发包人以合同无效为由要求扣除工程折价补偿款中所含利润的，不予支持。

第7节 无效合同的定金条款

——合同没有效，定金双倍还？（定金效力）

340. 合同无效，定金条款也无效，不应双倍返还。判决返还定金，并按中国人民银行同期定期存款利率支付利息。

案例 340. 北京市高级人民法院（2011）高民再终字第8号“北京燕京汽车厂与北京贝伦钢结构有限责任公司建设工程施工合同纠纷案”



关于燕京厂应否双倍返还贝伦公司所付定金的问题。二审法院认为，燕京厂与贝

伦公司未履行正式的招、投标手续，签订的《工程承揽合同》应确认无效。对于合同无效双方均负有责任，燕京厂作为发包方应承担主要责任。《中华人民共和国合同法》第五十八条规定：“合同无效或者被撤销后，因该合同取得的财产应当予以返还；不能返还或者没有必要返还的，应当折价补偿，有过错的一方应当赔偿对方因此所受到的损失，双方都有过错的，应当各自承担相应的责任”。鉴于涉案合同属于无效合同，故燕京厂不应双倍返还贝伦公司所付定金，原判判决燕京厂双倍返还定金有误，本院予以纠正。判决北京燕京汽车厂返还北京贝伦钢结构有限责任公司定金 300 万元，并按中国人民银行同期定期存款利率支付利息，从 2006 年 5 月 23 日起至付清之日止。

341. 合同无效，为确认和落实该无效合同定金条款而签订的协议也当然无效。

案例 341. 最高人民法院（2013）民提字第 49 号“武汉市十建集团有限公司与信阳万家灯火实业有限公司、于涛建设工程施工合同纠纷案”



法院再审认为，案涉工程属必须招投标项目，A 建设与 B 实业公司在本案讼争工程项目启动招投标程序前，对实质性内容进行谈判并签订了《工程承包框架协议》，双方对合同无效均有过错。另外，案涉《框架协议》签订后，A 建设公司虽未按约定参加讼争工程项目投标，也未与 B 实业公司直接签订正式的建设工程施工合同文本，而是作为乙方与 B 实业公司（甲方）于 2008 年 7 月 21 日签订了《协议》。该《协议》约定“鉴于甲方单方违反 2007 年 6 月 29 日甲乙双方签订的《工程承包框架协议》，经双方协商，甲方愿意承担定金罚则，乙方承诺放弃其他经济赔偿，双方并达成如下协议：……”内容还包括赔偿金额的确定、支付期限和方式和担保责任等。《协议》约定的上述内容表明，签订《协议》的目的是为履行《框架协议》中有关定金罚则条款约定内容。如前所述，由于《框架协议》因违反法律、行政法规的效力性强制性规定而归于无效，《协议》作为《框架协议》定金罚则条款的确认和落实，也当然无效。

342. 合同无效，主张依约适用定金罚则和违约金条款不予支持。

案例 342. 最高人民法院（2014）民申字第399号“江苏浩辉建筑工程有限公司与浙江申盛建筑工程有限公司建设工程施工合同纠纷案”



法院再审认为，申盛公司滨河花园项目部负责人倪建庆将本应由申盛公司自己承建的1-9#楼中2#、4#、5#楼土建、水电、门窗安装工程以包工包料的方式转包给浩辉公司进行施工，违反了《中华人民共和国建筑法》第二十九条关于“建筑工程主体结构的施工必须由总承包单位自行完成”以及《中华人民共和国合同法》第二百七十二条款第三款“建设工程主体结构的施工必须由承包人自行完成”的规定。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》（法释〔2004〕14号）第四条的规定，涉案《建设工程施工合同》应属无效合同。浩辉公司以案涉《建设工程施工合同》中的约定，对申盛公司主张适用定金罚则和违约金等诉讼请求依法应不予支持。

裁判依据或参考

法律法规

《中华人民共和国合同法》（1999年10月1日）

第一百一十五条 当事人可以依照《中华人民共和国担保法》约定一方向对方给付定金作为债权的担保。债务人履行债务后，定金应当抵作价款或者收回。给付定金的一方不履行约定的债务的，无权要求返还定金；收受定金的一方不履行约定的债务的，应当双倍返还定金。

第一百一十六条 当事人既约定违约金，又约定定金的，一方违约时，对方可以选择适用违约金或者定金条款。

地方司法性文件及其他

北京市高级人民法院《审理买卖合同纠纷案件若干问题的指导意见（试行）》
（2008年12月15日北京市高级人民法院审判委员会第23次会议通过）

第二十六条（违约金和定金的适用）当事人同时约定违约金和定金，但没有约定定金性质的，当事人一方违约，对方一并主张定金和违约金的，法院不予支持。

当事人同时约定违约金和定金并约定了定金性质的，当事人一方违约，对方依据约定的定金性质一并主张违约定金和违约金的，法院不予支持；当事人一方违约，对方依据约定的定金性质一并主张解约定金和违约金的，法院应予支持。

第二十七条（定金和赔偿损失的适用）

在同一诉讼中，当事人约定的定金不足以弥补当事人一方因对方违约遭受的损失，当事人一方请求赔偿超过定金部分的损失的，法院应予支持。

北京市高级人民法院《关于〈北京市高级人民法院审理买卖合同纠纷案件若干问题的指导意见（试行）〉的说明》

第二十六条的理解与适用：本条指导意见是对合同法第一百一十六条规定的明确化。合同法第一百一十六条规定：当事人既约定违约金，又约定定金的，一方违约时，对方可以选择适用违约金或者定金条款。可见，合同法只是赋予了当事人适用违约金或者定金条款的选择权，如果当事人一并主张违约金和定金，当然不能获得支持。合同法第一百一十五条规定：当事人可以依照《中华人民共和国担保法》约定一方向对方给付定金作为债权的担保。债务人履行债务后，定金应当抵作价款或者收回。给付定金的一方不履行约定的债务的，无权要求返还定金；收受定金的一方不履行约定的债务的，应当双倍返还定金。最高人民法院关于适用《中华人民共和国担保法》若干问题的解释第一百一十七条的规定：定金交付后，交付定金的一方可以按照合同的约定以丧失定金为代价而解除主合同，收受定金的一方可以双倍返还定金为代价而解除主合同。对解除主合同后责任的处理，适用《中华人民共和国合同法》的规定。可见，定金是担保的方式之一，其担保功能体现在合同订立、履行、解除等环节上，不同种类的定金有不同的功能、性质。根据定金具体性质，定金通常包括立约定金、成约定金、证约定金、违约定金和解约定金。但立约定金（存在一个独立的约定定金的合同，以保证其后主合同的签订）、成约定金（合同成立或者生效所附的条件）、证约定金（保

证合同履行，与违约金类似）等主要是学理上的分类，在审判实践中并不多见，而且学理上的概念也并不统一。同时，立约定金和成约定金均存在于合同成立或生效前，不适用本条指导意见规定的合同已生效情形；证约定金则与违约金性质相同。因此，本指导意见对上述几种定金形态未作规定，只就实践中可见的违约定金、解约定金进行了区分、规定。因违约定金与违约金在目的、性质、功能等方面基本是相同的，故二者不能并用，而应由守约方选择适用。根据《中华人民共和国担保法》若干问题的解释第一百一十七条的规定，当事人是可以定金为代价解除合同的，而无论合同履行是否构成违约，因此解约定金和违约金在目的、性质、功能等方面是有区别的，二者可以并用。

第二十七条的理解与适用：根据合同法第一百一十六条的规定，定金是债权的担保。给付定金的一方不履行约定的债务的，无权要求返还定金，收受定金的一方不履行约定的债务的，应当双倍返还定金。而赔偿损失是当事人一方违约的法律后果。合同法第一百零七条规定：当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定的，应当承担继续履行、采取补救措施或者赔偿损失等违约责任。第一百一十二条规定：当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定的，在履行义务或者采取补救措施后，对方还有其他损失的，应当赔偿损失。可见，定金罚则的运用不以实际发生损失为前提，定金责任的承担不能替代损害赔偿，因此在定金不足以弥补守约方实际损失的情况下，二者应当可以并用，但定金和损害赔偿的数额总和不应高于因违约方违约造成的损失，也不再区分定金的性质（违约定金或者解约定金）。之所以强调同一个诉讼中，考虑到是同一合同的履行问题，给付定金和赔偿损失有牵连；而且从减少诉累和便于查明事实角度出发，也应在一个诉讼中解决。

第 8 节 担保合同的效力认定

——合同没有效，担保也无效？（履约担保）

343.《施工合同》系无效合同，主合同无效，作为从合同的抵押合同亦无效，承包人基于无效合同的约定内容主张房屋抵押权，依法不能获得支持。

案例 343. 最高人民法院（2013）民一终字第 12 号“福建融港侨装饰设计工程有限公司与新疆天山实业发展有限公司建筑装饰工程施工合同纠纷案”



关于优先受偿权。一审法院认为，本案优先受偿权的认定涉及优先受偿权的范围及期限问题。1. 优先受偿的范围。本案系建筑装饰装修工程合同纠纷，依照《最高人民法院关于装饰装修工程款是否享有合同法第二百八十六条规定的优先受偿权的函复》（〔2004〕民一他字第 14 号）的精神，鉴于天山实业公司是天山大酒店的所有人且与融港侨公司之间有合同关系，融港侨公司作为装饰装修工程的承包人，对案涉工程亦享有优先受偿权，但该优先受偿权只能在建筑物因装饰装修而增加价值的范围内优先受偿。2. 优先受偿的期限。依照《最高人民法院关于建设工程价款优先受偿权问题的批复》第四条的规定“建设工程承包人行使优先权的期限为六个月，自建设工程竣工之日或者建设工程合同约定的竣工之日起计算”。本案中，从融港侨公司与天山实业公司《施工合同》第四条的约定看，竣工日期在 2006 年 11 月 30 日，故融港侨公司应在 2007 年 5 月 30 日前提出优先受偿权的请求，而融港侨公司在此期间并未提出；就融港侨公司的自认和所提供的证据而言，证明案涉工程在 2008 年 10 月已完工，融港侨公司亦应在 2009 年 4 月之前主张优先受偿权，而融港侨公司在此期间亦未主张。直至 2011 年 5 月 26 日融港侨公司起诉时，才主张优先受偿权，根据上述司法解释的规

定，融港侨公司已超过行使优先受偿权的期限，据此，对其有关优先受偿权的主张不予支持。

融港侨公司提起上诉称，一审时融港侨公司主张房屋抵押的优先权，而原判却以超过法定“建设工程优先权行使期限为由”予以驳回，显然判非所诉。

关于一审判决未支持融港侨公司关于优先权问题的诉请是否正确。二审法院认为，首先，融港侨公司在一审期间确曾明确表示本案应当适用《合同法》第二百八十六条规定并认为其享有该法定优先受偿权。一审法院在查明事实的基础上，根据法律及最高人民法院相关司法解释规定作出其不享有法定优先权的认定，结论正确，不存在融港侨公司上诉所认为的判非所诉问题。其次，融港侨公司上诉主张的房屋抵押优先权，是双方当事人当初为担保融港侨公司收回工程款而在天山实业公司名下房产上设定的抵押权。该抵押合同是案涉《施工合同》的从合同，具有从属性，其合同效力是由主合同效力决定的。《施工合同》已被认定系无效合同，主合同无效，作为从合同的抵押合同亦无效。融港侨公司基于无效合同的约定内容主张房屋抵押权，依法不能获得支持。因此，一审法院未支持融港侨公司关于优先权的诉讼请求，结论正确，应予维持。

344. 履约担保合同是建设工程施工合同的从合同，建设工程施工合同由于承、发包双方串标无效，导致担保合同无效，担保人没有过错，不承担保证责任。

案例 344. 河南省高级人民法院（2016）豫民终 222 号“平顶山美邦房地产开发有限公司与河南嘉泰工程担保有限公司建设工程施工合同纠纷案”



二审法院认为，按照《中华人民共和国招标投标法》的规定，招标人美邦公司与投标人鸿硕公司存在相互串通并在招投标之前就投标价格等实质性内容已协商一致，双方签订的 7001 号及 5001 号《建设工程施工合同》均应确认为无效。嘉泰公司作为担保人，并未参与本案《建设工程施工合同》的签订，对造成本案《建设工程施工合同》的无效没有过错。按照《中华人民共和国担保法》第五条“担保合同是主合同的从合同，主合同无效，担保合同无效。担保合同另有约定的，按照约定。担保合同被

确认无效后，债务人、担保人、债权人有过错的，应当根据其过错各自承担相应的民事责任”的规定，在主合同被确认无效的情况下，嘉泰公司与鸿硕公司 2010 年 4 月 26 日签订的《承包商履约委托保证合同》亦无效，且无证据证明嘉泰公司存在过错，因此，美邦公司上诉请求嘉泰公司承担保证责任于法无据。

345. 担保人原系案涉工程的建设方，对于涉案无效工程合同的缔结及为无效合同提供担保有明显过错，应承担不超过发包人不能清偿部分的三分之一的责任，承包人主张担保人承担连带责任及担保人主张不承担责任，均没有法律依据，不予支持。

案例 345. 最高人民法院（2016）最高法民终 687 号“江苏省金陵建工集团有限公司与沛县汉之源商贸有限公司、沛县国有资产经营有限公司等建设工程施工合同纠纷案”



关于沛县国资公司的民事责任问题。承包人金陵建工集团认为，沛县国资公司在《协议书》中明确承诺对涉案工程款本息、违约金、赔偿金等全部义务承担担保责任，该书面担保符合法律规定，对沛县国资公司具有法律效力，沛县国资公司作为担保人应对发包人汉之源公司的全部付款承担连带责任。

沛县国资公司认为，涉案工程合同无效，沛县国资公司签订的《协议书》也无效，故沛县国资公司不应承担责任。

一审法院认为，《中华人民共和国担保法》第五条规定，担保合同是主合同的从合同，主合同无效，担保合同无效。金陵建工集团、汉之源公司与沛县国资公司签订的《协议书》中约定“丙方对汉源宾馆项目施工合同及其补充协议中的支付工程款本息、违约金、赔偿金等全部义务、责任，向甲方予以连带责任担保。担保期从工程开工后满 100 日起计算，至工程款项结清”，该约定属于担保条款，鉴于作为主合同的涉案工程合同无效，该担保条款作为从合同亦应认定为无效。根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》第八条的规定，主合同无效而导致担保合同无效，担保人无过错的，担保人不承担民事责任；担保人有过错的，担保人承担民事责任的部分，不应超过债务人不能清偿部分的三分之一。本案中，沛县国资公司原

系涉案工程的建设方，全面参与了涉案工程的招投标和合同签订工作，对于涉案无效工程合同的缔结及为无效合同提供担保有明显过错，故沛县国资公司应承担不超过汉之源公司不能清偿部分的三分之一的责任。金陵建工集团主张沛县国资公司承担连带责任及沛县国资公司主张不承担责任，均没有法律依据，不予支持。

二审法院认为，根据《中华人民共和国担保法》第五条规定，案涉建设工程施工合同无效，沛县国资公司为该无效合同提供担保的条款作为从合同亦应无效。一审法院根据沛县国资公司的过错，判令其承担不超过汉之源公司不能清偿部分的三分之一的责任，符合《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》第八条的规定。

346. 案涉建设工程施工合同无效，且机关法人不具备为工程合同提供担保的主体资格，其所作担保承诺自始无效，根据其过错程度，判令其承担不超过发包人不能清偿部分的二分之一的责任。

案例 346. 最高人民法院（2016）最高法民终 687 号“江苏省金陵建工集团有限公司与沛县汉之源商贸有限公司、沛县国有资产经营有限公司等建设工程施工合同纠纷案”



关于沛县政府应如何承担责任的问题。承包人金陵建工集团认为，沛县政府作为机关法人，不具有担保主体资格。担保合同被认定无效后，债务人、担保人及债权人有过错的，应当根据其过错各自承担相应的责任。主合同有效而担保合同无效，债权人无过错的，担保人与债务人对主合同债权人的经济损失，承担连带赔偿责任。沛县政府应对发包人汉之源公司的全部付款承担连带责任。

沛县政府认为，金陵建工集团对于国家机关不能作为担保人的法律规定是明知的，金陵建工集团存在明显过错，沛县政府出具的《特别承诺函》应认定为无效。本案无论工程合同作为主合同有效还是无效，沛县政府出具的《特别承诺函》均是无效的，而非主合同无效导致的担保合同无效，二者不具有因果关系，故沛县政府不应承担无效合同的赔偿责任。

一审法院认为，《中华人民共和国担保法》第八条规定“国家机关不得为保证人，

但经国务院批准为使用外国政府或者国际经济组织贷款进行转贷的除外。”《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》第三条规定“国家机关和以公益为目的的事业单位、社会团体违反法律规定提供担保的，担保合同无效。因此给债权人造成损失的，应当根据担保法第五条第二款的规定处理。”《中华人民共和国担保法》第五条第二款规定“担保合同被确认无效后，债务人、担保人、债权人有过错的，应当根据其过错各自承担相应的民事责任。”《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》第七条规定“主合同有效而担保合同无效，债权人无过错的，担保人与债务人对主合同债权人的经济损失，承担连带赔偿责任；债权人、担保人有过错的，担保人承担民事责任的部分，不应超过债务人不能清偿部分的二分之一。”沛县政府向金陵建工集团出具《特别承诺函》，承诺对涉案工程竣工后所欠60%的工程款，若汉之源公司不能按期及时偿还，则由沛县政府用财政资金支付，该承诺系担保意思表示，根据上述法律规定，沛县政府作为国家机关对涉案工程款不具有担保主体资格，故沛县政府所作的承诺为无效担保。担保合同无效，并不代表担保人必然免除担保责任，当事人仍要按照其过错程度承担民事责任。本案中，金陵建工集团明知政府不能作为保证人，仍要求沛县政府出具《特别承诺函》，其主观存在过错。同理，沛县政府亦明知其不能作为保证人，却仍出具《特别承诺函》，亦存在过错。故本院依据当事人的过错程度，认定沛县政府应对汉之源公司的欠付工程款不能清偿部分承担二分之一的赔偿责任。金陵建工集团主张沛县政府承担连带责任及沛县政府主张不承担赔偿责任，亦于法无据，本院不予支持。

二审法院认为，沛县政府作为机关法人，不具备为案涉工程合同提供担保的主体资格，其所作担保承诺自始无效，一审法院依据沛县政府的过错程度，判令沛县政府对汉之源公司的欠付工程款承担部分赔偿责任符合《中华人民共和国担保法》第五条第二款的规定。综上，金陵建工集团关于因建设工程合同有效，沛县政府应就汉之源公司工程欠款及利息承担全部赔偿责任的请求不能成立，本院不予支持。

法律法规

《中华人民共和国担保法》(1995年10月1日)

第五条 担保合同是主合同的从合同，主合同无效，担保合同无效。担保合同另有约定的，按照约定。

担保合同被确认无效后，债务人、担保人、债权人有过错的，应当根据其过错各

自行承担相应的民事责任。

第二十九条 企业法人的分支机构未经法人书面授权或者超出授权范围与债权人订立保证合同的，该合同无效或者超出授权范围的部分无效，债权人和企业法人有过错的，应当根据其过错各自承担相应的民事责任；债权人无过错的，由企业法人承担民事责任。

司法解释及其他

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》(2000年9月29日最高人民法院审判委员会第1133次会议通过 法释〔2000〕44号)

第三条 国家机关和以公益为目的的事业单位、社会团体违反法律规定提供担保的，担保合同无效。因此给债权人造成损失的，应当根据担保法第五条第二款的规定处理。

第四条 董事、经理违反《中华人民共和国公司法》第六十条的规定，以公司资产为本公司的股东或者其他个人债务提供担保的，担保合同无效。除债权人知道或者应当知道的外，债务人、担保人应当对债权人的损失承担连带赔偿责任。

第五条 以法律、法规禁止流通的财产或者不可转让的财产设定担保的，担保合同无效。

以法律、法规限制流通的财产设定担保的，在实现债权时，人民法院应当按照有关法律、法规的规定对该财产进行处理。

第六条 有下列情形之一的，对外担保合同无效：

- (一) 未经国家有关主管部门批准或者登记对外担保的；
- (二) 未经国家有关主管部门批准或者登记，为境外机构向境内债权人提供担保的；
- (三) 为外商投资企业注册资本、外商投资企业中的外方投资部分的对外债务提供担保的；
- (四) 无权经营外汇担保业务的金融机构、无外汇收入的非金融性质的企业法人提供外汇担保的；
- (五) 主合同变更或者债权人将对外担保合同项下的权利转让，未经担保人同意和国家有关主管部门批准的，担保人不再承担担保责任。但法律、法规另有规定的除外。

第七条 主合同有效而担保合同无效，债权人无过错的，担保人与债务人对主合

同债权人的经济损失，承担连带赔偿责任；债权人、担保人有过错的，担保人承担民事责任的部分，不应超过债务人不能清偿部分的二分之一。

第八条 主合同无效而导致担保合同无效，担保人无过错的，担保人不承担民事责任；担保人有过错的，担保人承担民事责任的部分，不应超过债务人不能清偿部分的三分之一。

第九条 担保人因无效担保合同向债权人承担赔偿责任后，可以向债务人追偿，或者在承担赔偿责任的范围内，要求有过错的反担保人承担赔偿责任。

担保人可以根据承担赔偿责任的事实对债务人或者反担保人另行提起诉讼。

第十六条 从事经营活动的事业单位、社会团体为保证人的，如无其他导致保证合同无效的情况，其所签定的保证合同应当认定为有效。

第十七条 企业法人的分支机构未经法人书面授权提供保证的，保证合同无效。因此给债权人造成损失的，应当根据担保法第五条第二款的规定处理。

企业法人的分支机构经法人书面授权提供保证的，如果法人的书面授权范围不明，法人的分支机构应当对保证合同约定的全部债务承担保证责任。

企业法人的分支机构经营管理的财产不足以承担保证责任的，由企业法人承担民事责任。

企业法人的分支机构提供的保证无效后应当承担赔偿责任的，由分支机构经营管理的财产承担。企业法人有过错的，按照担保法第二十九条的规定处理。

第十八条 企业法人的职能部门提供保证的，保证合同无效。债权人知道或者应当知道保证人为企业法人的职能部门的，因此造成的损失由债权人自行承担。

债权人不知保证人为企业法人的职能部门，因此造成的损失，可以参照担保法第五条第二款的规定和第二十九条的规定处理。

合同示范文本

《2017 建设工程施工合同（示范文本）》(GF-2017-0201) 附件 10

支付担保

(承包人):

鉴于你方作为承包人已经与(发包人名称)(以下称“发包人”)于 年 月 日签订了(工程名称)《建设工程施工合同》(以下称“主合同”),应发包人的申请,我方愿就发包人履行主合同约定的工程款支付义务以保证的方式向你方提供如下担保:

一、保证的范围及保证金额

1. 我方的保证范围是主合同约定的工程款。
2. 本保函所称主合同约定的工程款是指主合同约定的除工程质量保证金以外的合同价款。
3. 我方保证的金额是主合同约定的工程款的 %，数额最高不超过人民币元（大写： ）。

二、保证的方式及保证期间

1. 我方保证的方式为：连带责任保证。
2. 我方保证的期间为：自本合同生效之日起至主合同约定的工程款支付完毕之日后日内。
3. 你方与发包人协议变更工程款支付日期的，经我方书面同意后，保证期间按照变更后的支付日期做相应调整。

三、承担保证责任的形式

我方承担保证责任的形式是代为支付。发包人未按主合同约定向你方支付工程款的，由我方在保证金额内代为支付。

四、代偿的安排

1. 你方要求我方承担保证责任的，应向我方发出书面索赔通知及发包人未支付主合同约定工程款的证明材料。索赔通知应写明要求索赔的金额，支付款项应到达的账号。
2. 在出现你方与发包人因工程质量发生争议，发包人拒绝向你方支付工程款的情形时，你方要求我方履行保证责任代为支付的，需提供符合相应条件要求的工程质量检测机构出具的质量说明材料。
3. 我方收到你方的书面索赔通知及相应的证明材料后 7 天内无条件支付。

五、保证责任的解除

1. 在本保函承诺的保证期间内，你方未书面向我方主张保证责任的，自保证期间届满次日起，我方保证责任解除。
2. 发包人按主合同约定履行了工程款的全部支付义务的，自本保函承诺的保证期间届满次日起，我方保证责任解除。
3. 我方按照本保函向你方履行保证责任所支付金额达到本保函保证金额时，自我方向你方支付（支付款项从我方账户划出）之日起，保证责任即解除。

4. 按照法律法规的规定或出现应解除我方保证责任的其他情形的,我方在本保函项下的保证责任亦解除。

5. 我方解除保证责任后,你方应自我方保证责任解除之日起 个工作日内,将本保函原件返还我方。

六、免责条款

1. 因你方违约致使发包人不能履行义务的,我方不承担保证责任。

2. 依照法律法规的规定或你方与发包人的另行约定,免除发包人部分或全部义务的,我方亦免除其相应的保证责任。

3. 你方与发包人协议变更主合同的,如加重发包人责任致使我方保证责任加重的,需征得我方书面同意,否则我方不再承担因此而加重部分的保证责任,但主合同第 10 条〔变更〕约定的变更不受本款限制。

4. 因不可抗力造成发包人不能履行义务的,我方不承担保证责任。

七、争议解决

因本保函或本保函相关事项发生的纠纷,可由双方协商解决,协商不成的,按下
列第 种方式解决:

(1) 向 仲裁委员会申请仲裁;

(2) 向 人民法院起诉。

八、保函的生效

本保函自我方法定代表人(或其授权代理人)签字并加盖公章之日起生效。

担保人:(盖章)

法定代表人或委托代理人:(签字)

地址:

邮政编码:

传真:

年 月 日

第9节 无效合同的损失赔偿

——合同没有效，损失如何赔？（损失赔偿）

类型一、合同无效，可得利益损失不予赔偿

347. 合同无效，一方当事人因此受到的损失应以实际发生为限，不应赔偿期待利益。

案例 347. 最高人民法院（2015）民四终字第30号“肇东鹏程房地产开发有限责任公司、汇聚投资有限公司与江苏省苏中建设集团股份有限公司建设工程施工合同纠纷案”



关于发包人鹏程开发公司、汇聚投资公司主张的损失应否支持问题。一审法院认为，因鹏程开发公司与承包人苏中建设公司签订的《建设工程施工合同》无效，一方当事人因此受到的损失应以实际发生为限，不应赔偿期待利益，故对发包人鹏程开发公司主张的4200万元可得利益损失不予支持。

关于损失范围及赔偿责任承担问题。二审法院认为，对鹏程开发公司、汇聚投资公司上诉主张原审应认定而未认定的损失，因本案鹏程开发公司与苏中建设公司签订的《建设工程施工合同》无效，无效的法律后果应按照《中华人民共和国合同法》第五十八条的规定处理。鹏程开发公司、汇聚投资公司按照《中华人民共和国合同法》第九十七条、第一百一十三条规定的有效合同解除的法律后果诉请损失赔偿，没有法律依据。故其上诉主张的可得利润损失4200万元，不属于无效合同损失范围，对其该主张本院不予支持。

348. 当事人签订的协议为无效协议，主张可得利益损失缺乏事实依据和法律依据，不予支持。

案例 348. 最高人民法院（2014）民一终字第 311 号“江苏省第一建筑安装股份有限公司与呼和浩特市牧王房地产开发有限责任公司、内蒙古创世达商业建设有限公司建设工程施工合同纠纷案”



关于承包人一建公司主张的可得利益损失 280 万元的问题。二审法院认为，可得利益是合同履行后可以获得的利益，其成立的前提条件为合同有效成立。从本案的情况看，因当事人签订的协议为无效协议，故一建公司主张可得利益损失缺乏事实依据和法律依据，本院不予支持。

349. 合同无效，承包人主张可得利益损失不予支持。

案例 349. 新疆维吾尔自治区高级人民法院（2013）新民一终字第 245 号“聊城市黄河工程局、陈李奇与和田地区吉音水利枢纽工程建设管理局建设工程施工合同纠纷案”



关于可得利润。因黄河工程局与陈李奇之间的内部管理合同无效，陈李奇主张获取合同有效的情况下，履行完毕所产生的可得利益缺乏法律依据，本院不予支持。

类型二、合同无效，适用缔约过失原则，赔偿范围为信赖利益损失，包括直接损失和间接损失

350. 没有资质的实际施工人借用有资质的建筑施工企业名义签订的建设工程施工合同无效，给当事人造成损失的，当事人要求赔偿的损失当然不能再基于合同约定，其法理依据为缔约过失损害赔偿请求权，应适用缔约过失责任。缔约过失责任的赔偿范围为信赖利益的损失，包括直接损失和间接损失，根据双方的过错程度进行承担。

案例 350. 重庆市第一中级人民法院（2007）渝一中法民初字第 1252 号“重庆丽桥房地产开发有限公司诉邻水县恒升工程建设有限责任公司建设工程施工合同案”



法院认为，发包人丽桥公司名义上与承包人新城公司签订建设工程施工合同，实际由承包人恒升公司完成全部工程，并由双方以协议方式最终确立建设工程合同关系，其实质为恒升公司借用新城公司的建筑资质承揽建设工程，此种行为为《中华人民共和国建筑法》所禁止。因此，原、被告所签“建设工程施工合同”违反《中华人民共和国建筑法》的强制性规定，应确认为无效合同。

关于损失的真实性，丽桥公司庭审中出示了购房合同及收条原件，经审查未见变造痕迹，在恒升公司无辩驳证据对抗的情况下，应当认为丽桥公司的证据达到基本的证明标准，对其真实性应予确认，恒升公司称丽桥公司的损失无事实依据不能成立。

本案难点在于判断丽桥公司受到的损失是否属于因合同无效而产生，该损失是否与恒升公司逾期完成竣工验收行为存在合理的因果联系。虽然恒升公司否认二者在法律上的因果关系，但经仔细推敲，可得出恒升公司抗辩不能成立的结论。《中华人民共和国合同法》第五十八条规定：“合同无效或者被撤销后，因该合同取得的财产，应当予以返还；不能返还或者没有必要返还的，应当折价补偿。有过错的一方应当赔偿对方因此所受到的损失，双方都有过错的，应当各自承担相应的责任。”该条款对“因此所受到的损失”规定比较简单，范围难以明确，应当作进一步解释。依通说，在合同

被确认无效时，当事人要求赔偿的损失当然不能再基于合同，其法理依据为缔约过失损害赔偿请求权，此种赔偿的范围主要是信赖利益的损失，一般包括订约费用、履行费用以及合理的间接损失。本案中建设工程合同被判断为无效，但在当事人履行该无效合同的商业活动中，不可能充分意识到合同无效，丽桥公司对恒升公司必然存在某种最低限度的信赖，从而导致丽桥公司与购房者签订2004年12月31日前交付商品房的售房合同，因此，由于履行迟延导致的损失符合“合理的间接损失”的界定，恒升公司应当对丽桥公司的损失承担责任，鉴于双方对该无效合同的形成均负有过错，且过错程度接近，可由双方各自承担50%的民事责任。综上，丽桥公司的损失金额最终确定为74 862.18元。

判决邻水县恒升工程建设有限责任公司赔偿重庆丽桥房地产开发有限公司损失37 431.09元。

351. 案涉建设工程施工合同均无效，应依缔约过失责任判定双方责任、确定赔偿范围、计付损失数额。

案例 351. 甘肃省高级人民法院（2015）甘民一终字第87号“上诉人金昌市隆凯建筑安装有限公司与被上诉人金昌富云商贸运输有限公司建设工程施工合同纠纷案”



关于违约及责任承担问题。二审法院认为，鉴于案涉两份建设工程施工合同均无效，本案应依缔约过失责任判定双方责任、确定赔偿范围、计付损失数额。

1. 关于责任划分。被上诉人富云公司作为建设单位，未将案涉工程依照法律规定进行招投标，而上诉人隆凯公司作为从业二十余年的施工企业，对案涉工程属于招投标工程亦应是明知的，故对于合同无效，在合同签订过程中，双方的责任应是对等的。在工程的实际实施过程中，被上诉人富云公司及时支付了相应工程款项；隆凯公司未能按时交付建设工程，也未能提交申请工程延期的相应施工资料，双方当事人认可增加了地下室工程。二审法院认为，虽被上诉人富云公司在项目实施中并无过错，但本案确实存在增加部分工程量的情形，故可适当减轻上诉人隆凯公司在工期延误中的过失。综合上述情形，对本案所涉损失应由隆凯公司承担主要责任，富云公司承担相

应责任。

2. 关于损失。本案中，根据富云公司一审反诉请求，其主张的损失主要为另行发包产生的损失 1000000 元、未按期交工造成的房屋租金损失 1420000 元，一审法院最终根据审理情况综合确定以双方约定的违约金数额作为隆凯公司的赔偿额度。对此，隆凯公司上诉认为，中标面积为 2970 m²，实际施工面积为 7098.62 m²，远超中标面积，故其不应承担工期延误的责任。经核，根据一审鉴定，金昌富云物流园综合楼及商铺建筑面积为 7098.62 m²，商铺建筑面积为 1234.52 m²，综合楼建筑面积为 5864.13 m²，其中地下室建筑面积为 1447.41 m²，双方均认可地下室工程为新增工程。据上，二审法院认为，一审认定的损失数额基本适当，但责任承担应予调整。虽施工方未就增加面积提出延长施工期限的申请，但工程量增加确实存在，故应适当减轻上诉人隆凯公司因逾期交工给富云公司造成损失的赔偿责任。综合案涉合同效力、缔约情况、实施情况，应在一审认定的基础上由隆凯公司承担 60% 的赔偿责任。

类型三、合同无效，合理损失按过错分担

352. 实际施工人因履行无效施工合同所遭受的合理损失应根据双方的过错程度确定与承担。

案例 352. 河南省高级人民法院（2010）豫法民一终字第 130 号“黄真银与金鑫洛阳房地产开发有限公司（简称金鑫公司）及上海龙海建筑安装工程有限公司（简称龙海公司）建设工程施工合同纠纷案”



二审法院认为，因黄真银未取得建筑施工资质，金鑫公司在明知黄真银无资质的情况下仍与黄真银签订施工合同，导致施工合同无效双方均有过错，依据《中华人民共和国合同法》第五十八条之规定，根据双方的过错程度，对于黄真银的合理损失，确定金鑫公司和黄真银各承担 50% 的责任为宜。

类型四、合同无效，损失赔偿主张不予支持

353. 合同无效，承包人主张因发包人、担保人的过错导致其产生重大损失，但未提供证明其损失的证据，故其要求赔偿实际损失的请求不予支持。

案例 353. 最高人民法院（2016）最高法民终 687 号“江苏省金陵建工集团有限公司与沛县汉之源商贸有限公司、沛县国有资产经营有限公司等建设工程施工合同纠纷案”



关于承包人金陵建工集团支付逾期付款违约金、资金占用费利息并赔偿经济损失的请求能否成立的问题。二审法院认为，因案涉建设工程合同无效，故金陵建工集团依据合同中的违约责任条款主张发包人汉之源公司支付违约金的请求不能成立，本院不予支持。对于案涉工程竣工后剩余工程款的支付，双方约定从竣工验收合格后按银行同期贷款基准利率计算资金占用费，符合法律规定。金陵建工集团主张应依同期银行贷款利率上浮 30% 的标准调高资金占用费的利息标准，没有事实依据和法律依据，本院不予支持。金陵建工集团虽主张因汉之源公司、沛县国资公司的过错导致其产生重大损失，但在一、二审中均没有提供证明其损失的证据，故其要求赔偿实际损失的请求，本院不予支持。综上，一审法院以案涉工程交付使用之日确定工程款的支付日期，并按银行同期贷款基准利率计算资金占用费的认定，符合法律规定，本院予以维持。金陵建工集团要求支付逾期付款违约金、按罚息标准确定资金占用费利息，并赔偿经济损失的主张不能成立，本院不予支持。

354. 合同无效，发包人未能提供有效证据证明损失已经实际发生，主张由承包人承担赔偿责任不予支持。

案例 354. 最高人民法院（2017）最高法民申 328 号“四川省第一建筑工程公司与成都双流新兴建材有限公司、彭俊鑫建设工程施工合同纠纷案”



关于《建设工程施工合同》是否有效的问题。法院再审认为，本案中，虽然《建设工程施工合同》由一建公司作为施工人与建设单位新兴公司签订，但实际上系由自然人陈某和彭俊鑫实际施工，一建公司并未实际参与工程的具体施工。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工程，涉案《建设工程施工合同》无效。

关于承包人一建公司是否应向发包人新兴公司承担赔偿责任问题。法院再审认为，新兴公司在一审诉讼中关于赔偿的反诉请求为“一建公司立即赔偿因合同无效给新兴公司造成的财产损失 1233185 元”。在之后庭审中，又陈述其诉请的损失包括陈某离场搭架租赁费损失、龙门架二次搭撤费、抹灰返工、安全鉴定费、延期交房免除业主物管费。而在本案再审审查中，新兴公司请求的损失 123 多万元损失为“一建未移交资料导致我们无法办证导致的损失，包括直接的水、电、气、物业费都是我们在交，我们现在的损失远不止 123 万。”可见，针对赔偿损失的请求，新兴公司在本案审查中明确的具体损失与其在一审庭审中明确的具体损失并不相同。即便针对新兴公司再审审查中明确的“一建未移交资料导致无法办证的损失”进行审查。损失赔偿的前提是损失实际发生，即新兴公司应当举证充分证据证明其主张的“无法办证导致的损失”已经实际发生，但新兴公司未能提供有效证据支持其主张，其主张赔偿损失不予支持。

355. 承、发包双方对合同无效均有过错，承包人要求发包人赔偿其经济损失不予支持。

案例 355. 山东省高级人民法院（2016）鲁民终284号“山东魏桥创业集团有限公司与光大国际建设工程总公司建设工程施工合同纠纷案”



关于发包人魏桥公司应否向承包人光大公司赔偿因其违约而给光大公司造成的损失问题。光大公司的该上理由由两个方面：一是魏桥公司在施工过程中存在不按期、不足额支付工程款的行为，故应当向光大公司支付违约金；二是魏桥公司单方面解除合同，应赔偿由此给光大公司造成的经济损失。二审法院认为，第一，《中华人民共和国合同法》第五十八条规定：“合同无效或者被撤销后，因该合同取得的财产，应当予以返还；不能返还或者没有必要返还的，应当折价补偿。有过错的一方应当赔偿对方因此所受到的损失，双方都有过错的，应当各自承担相应的责任。”据此，因合同无效不应产生承担违约责任的问题。光大公司主张魏桥公司应向其承担违约责任没有法律依据，本院不予支持。第二，虽然魏桥公司先行提出解除涉案合同，但最终认定涉案合同无效是由法院依法作出的。在本案中，双方对合同无效均有过错。根据《中华人民共和国合同法》第五十八条的规定，对由此造成的损失应由双方当事人各自承担。光大公司要求魏桥公司赔偿其经济损失的理由不能成立，本院不予采纳。

类型五、合同无效，赔偿范围的认定

356. 合同无效，当事人的租金及材料损失、人员工资应予赔偿。

案例 356. 重庆市高级人民法院（2014）渝高法民终字第 00012 号“重庆市有益建筑劳务有限公司与重庆双湖机电设备有限公司、咸阳第一建筑工程有限公司建设工程施工合同纠纷案”



关于有益劳务公司的损失金额问题。二审法院认为，分包人有益劳务公司与总包人咸阳一建公司签订的《劳务分包合同》无效，咸阳一建公司应赔偿有益劳务公司租金及材料损失 2866351 元，并按每天 100 元的标准赔偿有益劳务公司现场保卫人员工资损失。主要事实和理由：因业主方双湖机电公司要求咸阳一建公司停工并起诉要求其撤场，2011 年 12 月 9 日咸阳一建公司西南分公司函告有益劳务公司撤场，由于合同是否能继续履行前景不明，有益劳务公司应先按咸阳一建公司西南分公司的函告要求，将除“已经安装但尚未浇筑砼部分的模板及固定此模板的材料”之外的其他设备及材料在合理期间内撤场，并将现场移交咸阳一建公司。今后如能继续施工，双方再行协商。如未在合理期间撤场，由此扩大的损失应由有益劳务公司自行承担。该合理期间本院确定为 60 天。因此，鉴定报告中的塔机及鉴定中三方认定数量的小型设备机具属于可以撤走的设备、鉴定报告中未体现的材料等有益劳务公司应在 60 天内撤场。有益劳务公司请求赔偿的损失本院评述如下：

1. 塔机的租金损失。有益劳务公司辩称塔机的拆除应由咸阳一建公司签字盖章后才能进行，但该公司一直拒绝签字盖章，直至二审中才履行了这一义务，故塔机租金损失应计算至拆除前。但有益劳务公司并未举示证据证明在 2011 年 12 月 9 日至起诉前其曾要求咸阳一建公司在塔机拆除协议上签字盖章，故有益劳务公司的抗辩本院不予支持。塔机租金损失主张 60 天，即塔机租金为 280 元/天 × 2 台 × 60 天 = 33600 元，加上进出场费用 32000 元，塔机的损失为 67200 元。

2. 附着现场并经双方签字确认的钢管、扣件、顶托和高强丝杆、步步紧、竹跳板、

木方、九夹板、安全网等的损失。三方当事人均认可上述材料属咸阳一建公司 2011 年 12 月 9 日函告中“已经安装但尚未浇筑砼部分的模板及固定此模板的材料”，在撤场时无法撤出。上述材料如有益劳务公司顺利施工完毕本可正常拆除，但因施工中途咸阳一建公司要求停工并撤场，导致无法拆除，因此，咸阳一建公司应按上述材料的重置价或购买价对有益劳务公司进行赔偿。待咸阳一建公司接收现场后，上述材料的残值由咸阳一建公司享有。按照鉴定结论，钢管、扣件、顶托的重置价为 1745503 元；高墙丝杆、步步紧、竹跳板、木方、九夹板、安全网等的市场购买价为 1053648 元。故该部分在撤场时不能拆除的材料咸阳一建公司应赔偿有益劳务公司 2799151 元。

3. 施工用水管电线电缆等小型设备机具零星周转材料及所用辅料的损失。由于有益劳务公司未提供施工用水管电线电缆、零星周转材料及所用辅料权属和数量等信息，鉴定机构未进行评估，该部分损失由于有益劳务公司未能举证证明，不予支持。至于三方认定数量的小型设备机具，属于有益劳务公司应在合理期限内撤场的设备，故有益劳务公司请求以市场购买价计算上述设备的损失不予支持。因有益劳务公司未在合理期限内将上述小型设备撤场，即使因一直滞留现场导致损坏，损失也应由有益劳务公司自己承担。

4. 停工以来的现场保卫所需人员工资损失。诉讼中，咸阳一建公司认可现场由有益劳务公司控制，有益劳务公司在现场留有保卫人员，但保卫人员数量及工资标准双方未达成一致意见。因该事实无法查清，而未完工施工现场确需看守，本院酌定有益劳务公司的现场看守人员为两人，工资标准为每人每天 50 元，即咸阳一建公司应按每天 100 元的标准赔偿有益劳务公司现场保卫人员工资损失。因施工现场一直未移交，故该损失应赔偿至现场移交时止。为防止损失的扩大，有益劳务公司应在本案判决后及时将施工现场移交给咸阳一建公司。

综上，咸阳一建公司应赔偿有益劳务公司塔机租金损失及附着现场不能拆除的钢管、扣件、顶托和高墙丝杆、步步紧等材料的损失共计 67200 元 + 2799151 元 = 2866351 元，并按每天 100 元的标准赔偿有益劳务公司现场保卫人员工资损失（从 2011 年 12 月 9 日起支付至实际移交施工现场止）。

357. 实际施工人应当知道合同已存在可能履行不能的情况下，没有采取适当措施致使损失扩大，对于扩大的损失不得要求赔偿。

案例 357. 河南省高级人民法院（2010）豫法民一终字第 130 号“黄真银与金鑫洛阳房地产开发有限公司（简称金鑫公司）及上海龙海建筑安装工程有限公司（简称龙海公司）建设工程施工合同纠纷案”



二审法院认为，黄真银于 2008 年 3 月 26 日停工后，因金鑫公司于 2008 年 8 月 13 日向洛阳市老城区人民法院提起民事诉讼，要求其撤出施工现场，至此，黄真银应当知道双方签订的施工合同已存在履行不能的可能。在此情况下，黄真银应当采取积极有效的措施防止损失扩大。由于黄真银没有采取适当措施致使损失扩大，对于其扩大的损失，依据《中华人民共和国合同法》第一百一十九条的规定，不得向金鑫公司要求赔偿。

358. 合同无效，承包人因逾期竣工导致发包人向第三方赔偿，承包人对此应承担赔偿责任。

案例 358. 最高人民法院（2016）最高法民终 736 号“远海建工（集团）有限公司与新疆厚德置业有限公司哈密分公司建设工程施工合同纠纷案”



关于承包人远海公司应否向发包人厚德哈密分公司赔偿逾期交工损失的问题。法院再审认为，案涉《建安工程施工补充协议》及《建设工程施工合同》虽应认定无效，但在认定无效之前双方在履约时仍应遵循诚实信用原则，远海公司应按照合同约定及时竣工并交房，厚德哈密分公司应按照合同约定及时足额支付工程款。远海公司称逾期竣工是因厚德哈密分公司未及时足额支付工程款所致，本院认为，《建安工程施工补

充协议》对工程款按进度支付虽有约定，但远海公司没有提交证据证明厚德哈密分公司在哪一笔款项上未及时支付以及对工期有何具体影响等等，故远海公司关于此点的主张不能成立。远海公司主张厚德哈密分公司向第三人逾期交房是多种原因造成，但也未提交证据证明，故其该主张亦不能成立。综上，根据现有证据可以认定，远海公司逾期竣工，导致厚德哈密分公司逾期交房并向第三方赔偿，远海公司对此应承担赔偿责任。一审判决认定远海公司应向厚德哈密分公司支付逾期交工损失 650110 元并无不当，远海公司关于此点的上诉理由不能成立。

359. 建设工程施工合同无效，并不影响承包人因履行该合同所应承担的损失赔偿责任及已经结算确认的损失赔偿数额的效力。

案例 359. 江苏省高级人民法院（2015）苏审二民申字第 00091 号“陶学年与孙宏枝、盐城可理斯机械制造有限公司等建设工程施工合同纠纷案”



二审法院认为，孙宏枝与可理斯公司于 2012 年 6 月 13 日签订的《调解协议书》可以作为定案依据。首先，孙宏枝与可理斯公司的结算协议已经成立。孙宏枝借用伟业公司名义承揽可理斯公司讼争工程，伟业公司并未实际履行其与可理斯公司签订的建设工程施工合同，孙宏枝实际已取代承包人伟业公司与发包人可理斯公司形成事实上的权利义务关系，可以直接、独立与可理斯公司结算工程款。《调解协议书》是经孙宏枝与可理斯公司法定代表人签字确认的工程款结算协议，伟业公司未在该协议上签章，不影响孙宏枝与可理斯公司之间结算协议的成立及生效。其次，孙宏枝与可理斯公司之间签订的《调解协议书》是其真实意思表示，内容合法有效。孙宏枝虽称其受可理斯公司欺诈签订调解协议，该协议确认的可理斯公司 43 万元损失没有事实依据，但其并未在法定的撤销权行使期限内主张变更或撤销该协议，也未提供足以推翻该协议内容的反证。关于其在该协议中认可的其“在施工中延误工期等合计赔偿可理斯公司损失 43 万元”，双方已明确系损失赔偿款，而非孙宏枝所称的“延期交付违约责任”，可理斯公司与伟业公司之间的建设工程施工合同无效，并不影响孙宏枝因履行该合同所应承担的损失赔偿责任及已经结算确认的损失赔偿数额的效力。综上，孙宏枝

对2012年6月13日《调解协议书》的异议不能成立，该协议是孙宏枝与可理斯公司的真实意思表示，内容合法有效，对孙宏枝与可理斯公司具有法律拘束力。

裁判依据或参考

法律法规

《中华人民共和国民法通则》(1987年1月1日)

第五十八条 下列民事行为无效：

- (一) 无民事行为能力人实施的；
- (二) 限制民事行为能力人依法不能独立实施的；
- (三) 一方以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危，使对方在违背真实意思的情况下所为的；

(四) 恶意串通，损害国家、集体或者第三人利益的；

(五) 违反法律或者社会公共利益的；

(六) 经济合同违反国家指令性计划的；

(七) 以合法形式掩盖非法目的的。

无效的民事行为，从行为开始起就没有法律约束力。

第六十条 民事行为部分无效，不影响其他部分的效力的，其他部分仍然有效。

第六十一条 民事行为被确认为无效或者被撤销后，当事人因该行为取得的财产，应当返还给受损失的一方。有过错的一方应当赔偿对方因此所受的损失，对方都有过错的，应当各自承担相应的责任。

双方恶意串通，实施民事行为损害国家的、集体的或者第三人的利益的，应当追缴双方取得的财产，收归国家、集体所有或者返还第三人。

《中华人民共和国合同法》(1999年10月1日)

第四十二条 当事人在订立合同过程中有下列情形之一，给对方造成损失的，应当承担损害赔偿责任：

(一) 假借订立合同，恶意进行磋商；

(二) 故意隐瞒与订立合同有关的重要事实或者提供虚假情况；

(三) 有其他违背诚实信用原则的行为。

司法解释及其他

《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）》
（2019年2月1日 法释〔2018〕20号）

第三条 建设工程施工合同无效，一方当事人请求对方赔偿损失的，应当就对方过错、损失大小、过错与损失之间的因果关系承担举证责任。

损失大小无法确定，一方当事人请求参照合同约定的质量标准、建设工期、工程价款支付时间等内容确定损失大小的，人民法院可以结合双方过错程度、过错与损失之间的因果关系等因素作出裁判。

第四条 缺乏资质的单位或者个人借用有资质的建筑施工企业名义签订建设工程施工合同，发包人请求出借方与借用方对建设工程质量不合格等因出借资质造成的损失承担连带赔偿责任的，人民法院应予支持。

最高人民法院《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》

第六条〔合同无效承包人的赔偿责任〕

建设工程施工合同无效，发包人可就以下损失请求承包人予以赔偿：

- （一）承包人承建的工程不符合规定的质量标准造成的损失；
- （二）承包人承建的工程超出规定的合理期限造成的损失；
- （三）承包人过错导致的其他损失。

上述造成的损失，发包人有过错的，应承担相应的责任。

第七条〔合同无效发包人的赔偿责任〕

建设工程施工合同无效，承包人可就以下损失请求发包人予以赔偿：

- （一）发包人拖欠工程价款造成的损失；
- （二）发包人原因导致承包人停工、窝工造成的损失；
- （三）发包人过错导致的其他损失。

上述造成的损失，承包人有过错的，应承担相应的责任。

第八条〔合同无效损失赔偿的认定标准〕

建设工程施工合同无效，当事人一方依照《合同法》第五十八条规定，请求对方赔偿其因无效合同所受到的损失，人民法院应当综合对方过错、一方受到的损害、损

害与对方过错是否具有因果关系等因素，依照诚实信用原则和公平原则，作出认定并予以裁决。

地方司法性文件及其他

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》（1998年10月30日山东省高级人民法院审判委员会第52次会议讨论通过）

46. 因无效合同造成的损失范围，一般应当包括：窝工停工费、机械设备调遣费、倒运费、建筑材料和构件积压费、保管费、机械设施闲置费、租赁费、临时设施建造费以及其他直接与该工程有关而独立发生的费用等。

江苏省高级人民法院《建设工程施工合同案件审理指南》（2010年）

四、建设工程施工合同无效的法律后果

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。”我们认为应从以下几个方面具体分析：

（一）建设工程施工合同订立后尚未履行前被确认无效的，按缔约过失处理。

（二）建设工程施工合同所约定的工程已经开工但尚未完工时被确认无效的，按下列原则处理：第一，立即停止履行。第二，恢复原状或折价赔偿。对此应当区分三种情况：一是已完成部分工程质量低劣，无法弥补质量缺陷，存在安全隐患的，按照一般无效合同的处理原则，已经完成部分工程应该拆除，建设方支付的工程款应当返还。二是已完成部分工程质量合格或者能够以较小的代价弥补工程质量缺陷的，应该折价补偿。三是建设工程严重违反规划，或未取得项目审批合法手续，无论工程质量是否合格，均应该拆除所建工程和返还所支付的工程款。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3条规定，建设工程施工合同无效，且建设工程经竣工验收不合格的，按以下情形分别处理：1. 修复后的建设工程经竣工验收合格，发包人请求承包人承担修复费用的，应予支持；2. 修复后的建设工程经竣工验收不合格，承包人请求支付工程价款的，不予支持。该条文对于未履行完毕的无效合同同样适用。第三，赔偿损失。损失主要包括为准备签订、履行合同支出的费用和签订以及履行合同过程中支出的费用，包括直接费用和间接费用。在这里仍应区分情况：一是已建工程应该拆除，而建设方存在过错的，建设方对自己的损失自负，同时应赔偿

施工方施工工程支付的人工费、材料费等实际支出费用；如果是施工方存在过错的，施工方对自己的损失自负，同时要赔偿建设方材料费等实际支出的费用。双方都有过错的，按过错大小各自承担相应的赔偿责任。二是已建的部分工程质量合格或可以弥补工程缺陷时，赔偿范围仅限于工程材料和人工外的实际支出费用和维修费用，仍然按照过错大小和比例承担责任。

（三）建设工程施工合同已经履行完毕后被确认无效的，如果建设工程验收合格的，建设方应该参照合同约定支付施工方工程价款，但仍应追究双方的其他相应法律责任。建设工程经竣工验收不合格的，分两种情况不同处理：一是维修后建设工程经竣工验收合格的，建设方仍应参照合同约定支付工程款，但承包人应承担相应的维修义务，或自己维修，或负担建设方维修费；二是维修后建设工程经竣工验收不合格的，建设方不支付施工方工程款，对此损失由施工方自行承担。同时按照双方的过错及过错大小对其他损失承担相应的赔偿责任。其他损失包括签订、履行合同和合同被确认无效后的后续费用，如拆除质量不合格的建筑物的费用、工程延期费用、材料费等。

（四）建设工程施工合同被确认无效后，如果该合同属于损害国家、集体或者第三人利益情形的，应收缴财产。

五、建设工程施工合同无效的处理中应注意问题

基于无效合同的基本原理，考虑到建设工程施工的特殊性，在建设工程施工合同无效的处理中，应注意以下一些问题：

（一）在建设工程案件的审理中，应牢牢把握工程质量是否合格这根主线。

工程质量是承、发包人共同的生命线，它关系到社会的公共安全和人民群众的生命财产安全。为了确保建设工程质量，《合同法》《建筑法》等法律、法规或者部颁规章都作出了许多具体规定，这些规定的核心都是为了保证工程质量。在审理建设工程施工合同纠纷案件时，应牢牢把握工程质量这根主线，以工程质量是否合格作为支付工程价款的前提条件。只要建设工程经验收合格，就可以要求参照合同中的价格条款主张权利，而人民法院应当予以支持。

（二）法释〔2004〕14号第二条之规定确立的原则是施工合同无效时折价补偿原则，而不是无效合同按有效处理原则。

虽然合同无效，但建设工程经竣工验收合格即具备了法定的交付使用条件，发包人应当支付工程款。法释〔2004〕14号第二条确定的“参照合同约定支付工程价款”原则，是按照当前建筑市场供需关系的实际情况所确定，符合我国的基本国情，衡平

了合同各方当事人的利益，且避免当事人通过鉴定确定工程价款，扩大诉讼成本。参照合同约定支付工程价款的折价补偿原则，与《民法通则》《合同法》的规定并不矛盾，而是在处理无效的建设工程施工合同纠纷案件中具体体现了《合同法》规定的无效处理原则。

（三）按照法释〔2004〕14号第二条规定，发包人是否有权请求参照合同约定支付工程价款。

法释〔2004〕14号第二条规定了承包人可以请求参照合同约定支付工程价款。相反，发包人是否也有权请求参照合同约定支付工程价款呢？回答是肯定的。一是建设工程施工合同的相对方为发包人与承包人，既然承包人可以请求参照合同约定支付工程价款，根据权利对等原则，发包人理所当然也应享有此权利。二是从法释〔2004〕14号第二条规定的目的和文义内容来看，并没有排斥、否定发包人的适用问题。

（四）当事人不得请求继续履行无效的施工合同。

合同被确认无效后，合同内容对双方当事人失去法律拘束力，合同尚未履行的，不得履行。当事人一方请求继续履行无效的施工合同，应予驳回。

（五）当事人不得请求另一方承担违约责任。

合同被确认无效后，将导致合同自始无效。该合同对当事人不再具有任何约束力，自然也包括合同约定的违约责任条款。由于当事人对合同的效力理解有偏差或法律水平较低，此种情形下，人民法院有告知当事人变更诉讼请求的义务。司法实践中，可能也存在当事人坚持诉讼请求而不愿意变更的情况，此时人民法院可直接驳回当事人的诉讼请求。

（六）当事人不得基于法释〔2004〕14号第二十条请求按照竣工结算文件结算工程价款。

法释〔2004〕14号第二十条规定：“当事人约定，发包人收到竣工结算文件后，在约定期限内不予答复，视为认可竣工结算文件的，按照约定处理。承包人请求按照竣工结算文件结算工程价款的，应予支持。”该条是发包人逾期不答复也不结算所承担的法律后果，前提是施工合同为有效。当合同无效时，当事人不得依据此规定请求按照竣工结算文件结算工程价款。

江苏省高级人民法院《关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的讨论纪要》
(一)(2005年9月27日 苏高法审委〔2005〕16号)

第三十二条 当事人依据合同法第四十二条的规定要求赔偿可得利益损失的，人民法院不予支持。

江西省高级人民法院《2004年全省法院民事审判工作座谈会纪要》(2004年12月16日 赣高法〔2005〕52号)

五、关于建设工程合同纠纷案件审理

3. 在招投标合同纠纷中，如果工程还未开工，招标人或者发包人以中标人资质不够招标文件规定的等级主张合同无效的，应当予以支持；对中标人或者承包人以招标人或者发包人存在部分或者全部缔约过失主张赔偿相应损失的，应予以支持。

浙江省金华市中级人民法院《民事审判若干疑难问题讨论纪要》(2009年7月30日)

41. 建设工程施工合同无效，但建设工程经竣工验收合格的，工程价款和损失赔偿数额如何处理？

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》第二条规定精神，建设工程施工合同无效，但建设工程经竣工验收合格的，承包人和发包人请求参照合同约定支付工程价款的，应予支持。损失赔偿数额可参照合同约定的违约责任计算。

第 10 节 无效合同的价款计算

——合同没有效，如何来计价？（参照约定）

360. 合同无效，但经竣工验收合格，应当参照合同约定计算工程价款。承包人不应获得比合同有效时更多的利益，要求据实结算，不予支持。

案例 360. 最高人民法院（2011）民提字第 235 号“莫志华、深圳市东深工程有限公司与东莞市长富广场房地产开发有限公司建设工程合同纠纷案”



关于涉案工程款是应按照合同约定结算还是据实结算。法院再审认为，鉴于建筑工程的特殊性，虽然合同无效，但莫志华与东深公司的劳动和建筑材料已经物化在涉案工程中，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的解释》第二条的规定，建设工程无效合同参照有效合同处理，应当参照合同约定来计算涉案工程款。莫志华与东深公司主张应据实结算工程款，其主张缺乏依据。莫志华与东深公司不应获得比合同有效时更多的利益，涉案工程款应当依据合同约定结算。

361. 合同无效，不应据实结算，应参照合同约定进行计价。据实结算，会导致当事人因无效合同获得额外利益，除非当事人另行协商一致达成新的结算合意，否则，均应当参照合同约定进行结算。

案例 361. 最高人民法院（2013）民提字第 59 号“济南市历城区建筑安装工程公司、济南市历下区城乡基础建设工程处与济南市历城区建筑安装工程公司第十分公司、济南市历城区城市建设综合开发公司建设工程施工合同纠纷案”



在一审诉讼过程中，2006 年 12 月 26 日，济南中院委托山东立信工程造价咨询事务所有限公司（以下简称立信公司）对工程处施工的涉案工程造价进行鉴定，立信公司作出鲁信鉴字（2007）149 号《关于济南市历下区城乡基础建设工程处施工的济南市高墙王将军小区 12# 楼工程造价的技术鉴定报告》，鉴定结论 1：依据原合同主要内容每平方米 720 元建筑面积包死单价，工程造价为每平方米 720 元 × 7662.38 平方米（含地下室 301.4 平方米）= 5516913.6 元。由于未提供合同价中所含甲方供材资料，未扣甲方供材造价。鉴定结论 2：依据施工图纸按实计算、丙级三类取费后，工程造价为 7521255.36 元。其中含甲方供材 756901.2 元，总造价中扣减，扣减后造价为 6764354.16 元。不符合规定的结算资料（例如只有建设单位盖章，但没有负责人签字）造价 302468.28 元，以上两条鉴定结论均不含此造价。后工程处、建安公司、建安十分公司提出异议，鉴定人员在接受质询后表示，不变更鉴定结论。

关于涉案工程的工程价款应该如何确定。法院再审认为，综合本案案情，结合相关法律规定，本案应当参照《工程施工协议书》的约定结算工程价款。

首先，建安十分公司与工程处签订的《工程施工协议书》因违反法律的强制性规定而无效。2003 年 10 月 14 日，建安十分公司与开发公司签订《建设工程施工合同》，承建将军小区 12# 住宅楼工程，其随后将工程转包给工程处，工程处又将工程交由韩还师负责施工。《中华人民共和国建筑法》第二十八条规定：“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。”《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》第四条规定：“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。”建安十分公司与工程处将工程非法转包的行为违反上述规定，《工程施工协议书》为无效协议。对此建安十分公司以及工程处均有过错，均应承担相应的法律责任。

其次，本案参照合同约定结算工程价款有法律依据。按照《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》第二条规定，建设工程施工合同无效，但建设工程经竣工验收合格，承包人可以请求参照合同约定支付工程价款。该规定确立了建设工程施工合同无效而建设工程竣工验收合格的情形下，可参照合同约定结算工程价款的折价补偿原则。从本案建设工程实际履行情况来看，合同被确认无效后，如果采取鉴定结论2的结算方式，会造成无效合同比有效合同的工程价款还高，这不仅超出了当事人签订合同时的预期，也会导致合同当事人反而因无效合同获得额外利益。因此，除非双方当事人另行协商一致达成新的结算合意，否则，均应当参照合同约定进行结算。

再次，本案工程项目未有重大设计变更，因此不存在据实结算的基础。第一，2003年11月3日，开发公司及设计单位山东恒信建筑设计有限公司就出具了《关于高墙王将军住宅小区9#、12#楼施工图设计的变更说明》，载明“12#楼套用10#住宅楼图纸”，实际施工人韩还师于2003年11月8日与工程处签订《工程施工协议》，且其本人在上述变更说明上写明于“2003年11月25日收到”，而涉案工程于2003年11月30日才开工。由此说明，12#楼套用的是10#图纸施工，且工程处、韩还师对此是明知的。第二，开发公司于2012年12月6日出具的《证明》以及其在一审庭审中的陈述，均证明12#楼与10#楼设计相同共用一套图纸，并无从12#楼设计图纸变更为10#楼设计图纸的颠覆性变更。第三，工程处虽然主张原合同施工图纸作了重大设计变更，但一直未提交证据证明。另外，建安十分公司与开发公司签订《建设工程施工合同》中第一条“工程内容”已经明确为“阁楼独立户”，而工程处与建安十分公司签订《工程施工协议书》又约定工程承包范围等所规定的条款均执行建安十分公司与开发公司所签订的施工合同。由此可知，所谓“阁楼改为独立户”在双方合同中早已约定，不能视为重大设计变更。第四，本院再审期间，调查了恒信建筑设计公司，该公司亦证实12#楼套用10#住宅楼图纸，12#楼阁楼从面积的改造上看，根本不构成重大设计变更。通过上述证据足以认定，涉案工程项目未进行重大设计变更，据实结算工程价款也就失去了存在的基础。

最后，本案参照合同结算工程价款较为公平。建安十分公司、工程处只是名义施工人而非实际施工人，涉案工程的实际施工人是韩还师。建安十分公司与开发公司结算后扣除总造价 9% 作为其收益，其余款项均支付给工程处；工程处将相应款项支付给韩还师。建安十分公司与工程处只是收取固定利益，不承担任何经营风险。经山东正义会计师事务所审核，认定涉案工程总造价为 5322404.47 元，建安十分公司与开发公司对此均予认可。如果本案采纳鉴定结论 2 的工程造价为 7521255.36 元，则作为转包方的建安十分公司不仅不能获得固定收益，反而要补差额 200 余万元。故此，按照鉴定结论 1 结算工程款较为符合本案客观情况，且无显失公平之处，应予采纳。

综上，因建安十分公司与开发公司约定，按照单位平方米造价一次性包死，地下室不计算面积，故工程处与建安十分公司的结算工程造价亦应如此。济南中院采纳了鉴定结论 1 的工程总价款，扣除总造价的 9%，同时调增不符合规定的结算资料造价 302468.28 元，再减去建安十分公司已付的款项，得出欠付工程款的数额，此种计算方法并无不当，其判决应予维持；山东高院二审、再审判决均采纳了鉴定结论 2 据实结算工程总造价，扣除总造价的 9% 和建安十分公司已付款项后，得出建安十分公司欠付工程款数额的计算方法，因缺乏事实和法律依据，应予纠正。

362. 废止计价文件的文件不属于法律和行政法规，无效合同约定适用废止的计价文件，应按约定执行。

案例 362. 陕西省高级人民法院 (2016) 陕民终 283 号“大秦建设集团有限责任公司与陕西安诚房地产开发有限公司建设工程施工合同纠纷案”



关于应按 2004 年还是 2009 年的工程计价各项规则计费的问题。二审法院认为，首先，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》第二条的规定：“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。”该规定的出台是为了平衡双方当事人之间的利益，保证工程质量，而把无效合同作为有效处理的一种形式。如果合同无效后可由承包人选择高于合同约定的工程款结算方式，获得比合同有效更大的利益，这与

无效合同的处理原则及制定该司法解释的初衷是相悖的。其次，大秦公司作为专业的建设施工单位，在2010年签订合同时应知晓2009年工程计价各项规则已经出台，但其仍在合同中约定按照2004年计价规则计费，现其认为应该按照获得更高结算价款的2009年计价规则计费，不符合诚实信用原则。再次，陕西省住房和城乡建设厅陕建发（2009）199号文件中虽规定2004年的工程计价各项规则废止，但该文件不属于法律和行政法规，违反该规定并不必然导致约定无效。故，大秦公司认为因2004年工程计价各项规则结算的约定无效，应按2009年工程计价各项规则结算工程款的上诉理由不能成立，原审法院认定并无不当。

363. 合同无效，建设工程施工合同与中标通知书约定了不同的让利点，参照合同约定，考虑建筑市场融资情况等因素，行使自由裁量权，折中酌定让利点。

案例 363. 最高人民法院（2017）最高法民申372号“再审申请人河南东锋房地产开发有限公司（简称东锋公司）与被申请人河南建总国际工程有限公司（简称建总公司）建设工程施工合同纠纷案”



关于二审法院酌情认定工程价款让利比例为8%是否符合客观实际。法院再审认为，东锋公司在招标前即已与建总公司签订建设工程施工合同，违反了《中华人民共和国招标投标法》第五十五条的规定，该建设工程施工合同和相关补充协议及中标通知书均被二审法院确认为无效，由此约定的涉及工程造价实质性内容的让利约定亦为无效。在此情形下，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》第二条的规定，可以参照合同约定确定工程价款。因建设工程施工合同约定的让利点为12%，中标通知书约定的让利点为5%，二审法院出于利益平衡的考量，参照合同约定，考虑建筑市场融资情况等因素，行使自由裁量权，折中酌定让利点为8%，平等保护了双方当事人的利益，并无不当。

364. 合同无效，案涉工程规模较大，在双方当事人既未对已完工程的工程量和质量进行确认，也未对工程价款进行合意结算的情况下，从化解矛盾、维护社会稳定的实际情况出发，对发包人要求承包人撤场的诉讼请求不予支持，待相关条件成就后，可再基于无效合同就撤场的问题另行协商或者诉讼解决。

案例 364. 重庆市高级人民法院（2013）渝高法民终字第00142号“重庆双湖机电设备有限公司与咸阳第一建筑工程有限公司建设工程施工合同纠纷案”



关于承包人咸阳一建公司是否应当撤场的问题。二审法院认为，双方当事人实际履行的“12月12日合同”被认定为无效，发包人双湖机电公司以此为由请求咸阳一建公司撤出施工现场，本无不妥。但由于案涉工程规模较大，在双方当事人既未对已完工程的工程量和质量进行确认，也未对工程价款进行合意结算的情况下，直接判令撤场将导致与施工现场有关的证据灭失，不利于发包人与承包人、承包人与材料供应商、承包人与农民工等相关主体之间的系列问题的顺利解决。故一审法院基于上述理由，从化解矛盾、维护社会稳定的实际情况出发，对双湖机电公司要求咸阳一建公司撤场的诉讼请求不予支持的处理，并无不当。待相关条件成就后，双方当事人可再基于无效合同就撤场的问题另行协商或者诉讼解决。

365. 案涉《施工合同》和《补充协议》均无效，不影响承包人请求按照合同约定及结算结果要求发包人支付工程价款。

案例 365. 重庆市高级人民法院（2012）渝高法民终字第00149号“重庆市康德实业（集团）有限公司、重庆正轩房地产开发有限公司与中国建筑第二工程局有限公司西南分公司建设工程施工合同纠纷案”



二审法院认为,《施工合同》和《补充协议》虽均为无效合同,但讼争工程竣工验收合格后,双方当事人已依据《施工合同》和《补充协议》的约定合意进行了结算并最终确定了工程总价款。因此,按照《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》第二条有关“建设工程施工合同无效,但建设工程竣工验收合格,承包人请求参照合同约定支付工程价款的,应予支持。”的规定,案涉合同的无效,不影响工程公司请求按照合同约定及结算结果支付工程价款。

裁判依据或参考

司法解释及其他

《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》(2005年1月1日 法释〔2004〕14号)

第二条 建设工程施工合同无效,但建设工程竣工验收合格,承包人请求参照合同约定支付工程价款的,应予支持。

第三条 建设工程施工合同无效,且建设工程竣工验收不合格的,按照以下情形分别处理:

(一) 修复后的建设工程竣工验收合格,发包人请求承包人承担修复费用的,应予支持;

(二) 修复后的建设工程竣工验收不合格,承包人请求支付工程价款的,不予支持。

因建设工程不合格造成的损失,发包人有过错的,也应承担相应的民事责任。

最高人民法院《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》

第十七条〔合同无效工程价款结算条件〕

建设工程施工合同无效,因设计变更、建设工程规划指标调整等原因导致无法参照合同约定结算工程价款,当事人请求按照签约时的市场价格信息结算工程价款的,人民法院应予支持。

最高人民法院《2015年全国民事审判工作会议纪要》

47. 当事人就建设工程订立的施工合同被认定无效后，人民法院经审查，建设工程无规划变更、增加工程量、提高施工标准等情形的，应严格依据《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》第二条的规定精神，参照当事人的合同约定结算工程价款，对于实际施工人申请造价鉴定并据实结算的请求，一般不予支持。

《最高人民法院关于当前民事审判工作中的若干具体问题》(2015年12月24日)

六、关于建设工程合同纠纷案件的审理问题

第三，关于工程价款结算问题。要尊重合同中有关工程价款结算方法、标准的约定内容，严格执行工程造价、工程质量等鉴定程序的启动条件。虽然建设工程施工合同无效，但建设工程经竣工验收合格的，一般应参照合同约定结算工程价款，实际施工人违反合同约定另行申请造价鉴定结算的，一般不予支持。

地方司法性文件及其他

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》
(2006年11月1日粤高法发〔2006〕37号)

(三) 建设工程施工合同无效，但按照《解释》第二条的规定可参照合同约定计算工程价款的，如承包人存在延期完工或者发包人存在延期支付工程款的情形，当事人应参照合同约定赔偿对方因此造成的损失。

江苏省高级人民法院民一庭《建设工程施工合同纠纷案件司法鉴定操作规程》
(2015年12月21日)

第三十一条 建设工程施工合同无效，但建设工程经竣工验收合格的，应当参照合同约定的结算方法进行鉴定。

对于发包人未领取建设用地规划许可证、建设工程规划许可证、国有土地使用权证的“三无工程”，经竣工验收合格，应当参照合同约定的结算方法进行鉴定。

江苏省徐州市中级人民法院《进一步规范关于审理建设工程施工合同纠纷案件的若干问题》

〔施工合同无效情形下鉴定怎样进行?〕

建设工程施工合同无效,但建设工程经竣工验收合格的,应当参照实际履行的合同约定计价标准进行鉴定。

对于因缺乏建设工程用地规划许可证、建设工程规划许可证、国有土地使用权证的“三无工程”,承包人主张工程价款申请鉴定的,仅需对人工费、机械费、材料费委托鉴定。

江苏省盐城市中级人民法院《关于审理建设工程施工合同纠纷案件若干问题的指导意见》(盐城市中级人民法院审判委员会2010年7月15日第9次会议讨论通过)

三、工程结算及鉴定

14. 建设工程施工合同无效,但建设工程经竣工验收合格,当事人请求参照合同约定支付工程价款的,应予支持。

江苏省金华市中级人民法院《民事审判若干疑难问题讨论纪要》(2009年7月30日)

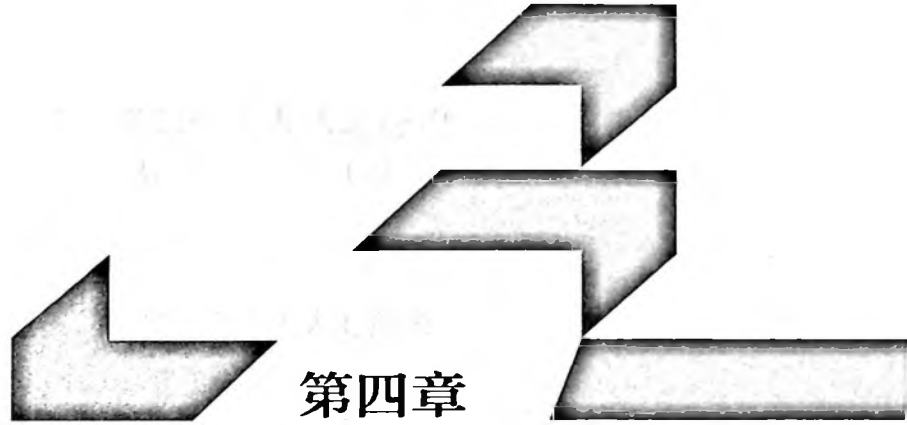
40. 实际施工人起诉转包人或违法分包人主张支付工程款的,工程款中是否应包括税金、利润?

建设工程施工合同因工程转包或违法分包,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而无效,但建设工程经竣工验收合格的,实际施工人请求参照合同支付直接费中的工资或事实上已发生的材料款、机械台班费,以及工程款组成内容中的间接费和利润的,应予支持。

江苏省南京市江宁区人民法院《关于审理房地产案件若干问题的意见》(2006年6月3日)

二十二、建设工程施工合同方面

1. 建设工程施工合同无效不适用返还原则,如果已经竣工并验收合格,或虽未经竣工验收,发包人擅自使用后,又提出使用部分质量不符合约定的,除地基基础工程和主体结构质量问题外,承包人有权请求参照合同约定支付工程款。



第四章

实际施工人的权利救济

第1节 实际施工人认定标准

——实际施工人，如何来认定？（认定标准）

类型一、构成实际施工人的情形

366. 建设工程施工合同纠纷案件中的实际施工人一般是指在建设工程中最终实际投入资金、材料和劳力等并承担具体施工义务的民事主体。关于自发包人向下追溯至实际施工人应为三个层次的主张，缺乏法律依据而且与建筑市场的客观现状不符，不能成立。

案例 366. 天津市高级人民法院（2014）津高民一终字第 0002 号“天津市宝孚建筑服务有限公司、中交一航局第四工程有限公司、天津滨海新区投资控股有限公司与张生、张立生建设工程分包合同纠纷案”



关于张甲是否为 A 建筑公司的合同相对人，是否为涉诉工程的实际施工人的问题。二审法院认为，依照《天津市建设工程施工合同》《建设工程施工专业分包合同》的约定，C 投资公司系涉诉工程的发包人，B 工程公司系涉诉工程的总包人，A 建筑公司系涉诉工程的转包人。A 建筑公司所主张的张乙（第二施工队）承包的涉诉工程实际系由张甲组织施工，A 建筑公司与张甲之间存在事实上的转包合同关系，张甲系 A 建筑公司的合同相对人。依照司法解释的规定，建设工程施工合同纠纷案件中的实际施工人一般是指在建设工程中最终实际投入资金、材料和劳力等并承担具体施工义务的民事主体。本案中，A 建筑公司转包涉诉工程后，张乙主张其并未进行实际施工，施工人应为张甲。而 A 建筑公司的分包项目经理蒋某亦确认该事实，故应认定张甲系涉诉

工程的实际施工人。A 建筑公司与 B 工程公司关于自发包人向下追溯至实际施工人应为三个层次，A 建筑公司应为涉诉工程实际施工人的主张，缺乏法律依据而且与建筑市场的客观现状不符，不能成立。

367. 建设工程施工合同约定的内容不能作为认定实际施工人的唯一证据，应结合建设工程施工合同履行过程中形成的各种合同、收付款凭证、技术文件等资料进行综合判断。

案例 367. 最高人民法院（2011）民提字第 104 号“齐河环盾钢结构有限公司与济南永君物资有限责任公司建设工程施工合同纠纷案”



关于环盾公司是否是涉案工程的实际施工人的问题。法院再审认为，首先，虽然从本案建设工程施工合同的形式看，承包人为第九冶金建设公司第五分公司，与环盾公司并无直接的法律关系，从本案建设工程施工合同的内容看，也没有约定与环盾公司有关的权利义务内容；但是，环盾公司提供了中国网通齐河分公司书证，证明上述施工合同乙方（承包方）一栏记载的电话 0534-5676388、0534-5676999 均是环盾公司办公电话。其次，环盾公司提供的提货单证明永君公司抵顶工程款的钢材均运送到环盾公司；环盾公司的财务记账凭证、外联单位的收款收据、发票等证据能够证明支付给涉案工程外联单位的各种款项由环盾公司支付；环盾公司法定代表人刘文栋还以“第九冶金建筑公司第五分公司”名义与案外人山东英格利实业有限公司签订的用于“济南永君钢铁公司轧钢厂房”工程预拌混凝土供需合同。再次，环盾公司法定代表人刘文栋与永君公司工作人员刘泽洪签订的一份证明，证明称永君公司发包给“第九冶金建筑公司第五分公司”承建的 30 万吨棒线材轧钢厂、加热炉厂房及翼缘板轧钢工程的施工地点已由济南市工业北路 68 号改为董家镇机场路谢家屯村西。最后，环盾公司持有双方争议工程的施工合同、施工技术资料，收取了永君公司供应的工程用钢材及永君公司支付的工程价款。因此，原一、二审和认定环盾公司是涉案工程的实际施工人并无不当。永君公司提出的主张环盾公司不是实际施工人的申请再审理由不成立，本院不予支持。

关于涉案工程施工合同的效力问题。法院再审查认为，根据原一、二审查明的事实和证据，能够证明承包人“第九冶金建筑公司第五分公司”系环盾公司工作人员假冒中国第九冶金建设公司第五工程公司的企业名称和施工资质承包涉案工程，环盾公司的行为构成欺诈，且违反了建筑法以及相关行政法规关于建筑施工企业应当取得相应等级资质证书后，在其资质等级许可的范围内从事建筑活动的强制性规定。依照《中华人民共和国合同法》第五十二条第（五）项、《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》第一条之规定，应当认定环盾公司假冒中国第九冶金建设公司第五工程公司的企业名称和施工资质与永君公司签订的建设工程施工合同无效。永君公司提出的建设工程施工合同无效的主张正确，本院予以支持。

368. 承包工程后直接转包，只收取固定数额管理费，不负责工程投入，构成转包关系。

案例 368. 新疆维吾尔自治区高级人民法院（2013）新民一终字第 183 号“上诉人（一审原告）罗伟与上诉人（一审被告）伊犁师范学院奎屯校区、上诉人（一审被告）新疆铁龙建筑工程有限责任公司、被上诉人（一审被告）伊犁师范学院建设工程施工合同纠纷案”



关于罗伟是否符合实际施工人身份的问题，二审法院认为，《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》中的实际施工人专指违法转包、分包合同关系中的承包人，故实际施工人与违法转包人、分包人签订的合同必然是无效的。本案中，铁龙公司伊犁分公司从奎屯校区承包涉案工程后，将整个工程直接转包给罗伟，并只收取固定数额管理费，罗伟负责所有的工程投入和交纳管理费后盈亏自负的基本案件事实，已经被伊犁分公司与罗伟签订的《协议书》内容和其后的实际履行情况所证实，故铁龙公司主张与罗伟之间是内部承包关系的辩解，显然与以上案件事实相悖，本院不予采信。因此，铁龙公司（伊犁分公司）是违法转包人，罗伟是实际施工人。

369. 以承包人项目经理的身份进行施工，向承包人交纳管理费，不是承包人的职工，构成违法转包，是实际施工人，具有原告主体资格。

案例 369. 山东省济南市中级人民法院（2013）济民五终字第 559 号“上诉人（原审原告）张继东与被上诉人（原审被告）济南汇富建设开发集团有限公司、山东华泉建筑安装工程有 限 公 司 建 设 工 程 施 工 合 同 纠 纷 案”



关于张继东的诉讼主体资格。法院认为，华泉公司中标“莒南汇富苑小区”部分建设工程项目后，将其中 9#、12# 楼的土建工程转包给张继东，由张继东以华泉公司“莒南汇富苑小区”9#、12# 楼项目经理的身份进行施工，华泉公司提取项目部工程造价 25% 的管理费，而张继东不是华泉公司的职工，不具备从事建筑施工的资质，因此，华泉公司构成违法转包。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》（以下简称《解释》）第二十六条的规定：“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。实际施工人以发包人主张权利的，人民法院可以追加转包人或者违反分包人为本案当事人。发包人只在欠付工程款范围对实际施工人承担责任。”本案中张继东即为“实际施工人”，应具有原告主体资格。

370. 以有施工资质企业委托代理人的身份签订施工合同，自行组织人员、自行筹集资金垫款施工，从竞标投标、组织人员到实际施工的各个环节均实际参与，可以认定借用企业施工资质承揽工程并进行施工，应认定其是工程实际施工人。

案例 370. 最高人民法院（2013）民申字第 1111 号“大连圣达科建集团有限公司与大连裕乾矿山冶金机械厂、王斌建设工程施工合同纠纷案”



关于案涉工程的施工及结算主体的问题。法院再审认为，圣达科建公司主张第三人王斌系圣达科建公司圣信分公司负责人，本案工程施工主体实际为圣达科建公司，但其未能提供对案涉工程进行实际施工的证据，亦不能提供聘用任免、社保关系、工资关系等证据证明王斌系其单位员工。根据本案查明的事实，第三人王斌以圣达科建公司圣信分公司的名义向冶金机械厂出具《投标书》，以圣达科建公司委托代理人的身份签订施工合同，自行组织人员、自行筹集资金垫款施工，从竞标投标、组织人员到实际施工的各个环节均实际参与，可以认定案涉工程系王斌借用圣达科建公司企业资质承揽并进行施工，王斌是工程实际施工人。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》第一条第（二）项关于“没有资质的实际施工人借用有资质的建筑施工企业名义签订的建设工程施工合同，应当根据合同法第五十二条第（五）项的规定，认定无效”的规定，圣达科建公司与冶金机械厂之间签订的《建设工程施工合同》为无效合同，王斌作为实际施工人有权与发包方结算。退一步讲，即使合同有效，王斌作为圣达科建公司的委托代理人，全程参与了工程投标、合同签订、组织施工等过程，冶金机械厂与其进行结算亦无不当。

371. 挂靠、借用资质，对工程全额投资、自主组织施工、独立核算、自负盈亏者，应将其认定为实际施工人。

案例 371. 最高人民法院（2013）民一终字第 100 号“满洲里市扎赉诺尔宏基城市基础设施投资开发有限责任公司与聂绮、中国内蒙古森林工业集团森天建设有限公司建设工程施工合同纠纷案”



关于聂绮是否为本案的实际施工人问题。二审法院认为，聂绮与承包人森天公司所签订的《协议书》明确约定，聂绮挂靠、借用森天公司的资质，聂绮对工程全额投资、自主组织施工、独立核算、自负盈亏。协议签订后，涉案工程全部是由聂绮组织施工及投资建设的。对此，森天公司并无异议，而且发包方宏基公司已付的工程款项，是直接拨付至聂绮承包的项目部和聂绮个人公司账户的。这说明宏基公司明知或者应当知道涉案工程是由聂绮投资并组织施工建设的。鉴此，一审判决认定聂绮为实际施

工人正确，应予维持。虽然宏基公司否定聂绮实际施工人身份，但事实依据不足，不予支持。

372. 分包人有理由相信作为涉案工程项目经理有权代表承包人与其签订《分包协议书》，并向法院提交了承包人向项目经理出具的法人委托书以及案涉工程施工资料原件等证据，能够认定其是涉案工程的实际施工人。

案例 372. 最高人民法院（2016）最高法民申 288 号“贺永敏与北京市东阳建筑工程公司、保利（北京）房地产开发有限公司建设工程施工合同纠纷案”



对于贺永敏与东阳公司之间是否形成分包关系这一根本性争议，贺永敏与东阳公司各持己见。贺永敏主张双方之间存在分包关系，其为实际施工人，并向法院提交了《分包协议书》、东阳公司对刘玉庆出具的法人委托书以及涉案工程施工资料原件等证据；东阳公司不认可双方之间存在分包关系，并主张是其组织实施了涉案工程的施工作业，刘玉庆的授权范围仅为施工管理，其并未授权刘玉庆对外签订协议，贺永敏参与了涉案工程，但只是劳务分包方的建制队队长，并不是实际施工人。

二审法院认为，根据东阳公司对刘玉庆的授权，刘玉庆有权对东阳公司承包的涉案工程实施全过程、全面管理，该授权并未将对外签署协议排除在外，贺永敏有理由相信作为涉案工程项目经理的刘玉庆有权代表东阳公司与其签订《分包协议书》，东阳公司虽主张刘玉庆的授权范围仅为施工管理，并不包括对外签订协议，但并未提供其他证据予以佐证。同时，从施工过程来看，东阳公司虽主张贺永敏仅是以劳务分包方建制队队长的身份参与了涉案工程，并不是实际施工人，但是，对于其所提交的涉案工程对外支付费用的票据中绝大部分有贺永敏签字以及贺永敏持有涉案工程施工资料原件等与其主张及建设工程施工管理通常情况相悖的事实，东阳公司并未作出合理的解释。综上，贺永敏提供的证据能够证明其上述主张，东阳公司虽予以反驳，但所提供的证据不足以证明其事实主张，故应认定刘玉庆与贺永敏签订《分包协议书》属于职务行为，相应法律责任应由东阳公司承担，贺永敏与东阳公司之间存在分包关系，贺永敏系涉案工程的实际施工人。

东阳公司申请再审称，二审判决认定贺永敏与东阳公司存在分包合同关系错误。贺永敏没有证据证明其实际完成了该项目，也没有证据证明其以何种身份参与相关项目。刘玉庆获得的授权是项目管理权，无权签署案涉协议，其行为也不构成表见代理。贺永敏没有与东阳公司缔结合同的意愿，其并非善意第三人。贺永敏与刘玉庆达成的是个人协议。并且，分包合同对合同总金额只有越分越小，案涉合同却越分越大。案涉6号楼和地下停车场的总合同才2700万元左右，而所谓分包协议却为2900多万元，这种情形违背常理。贺永敏与东阳公司之间不存在任何合同关系，东阳公司也从未履行该协议，该协议对东阳公司没有任何约束力。本案没有证据证明贺永敏究竟以何种身份参与该项目，其在发票背面的签字也仅为经手人，不同于实际施工人。二审判决认定贺永敏在发票背面签字就是支付给贺永敏的款项是错误的。发票背面签字的人只能证明是其为经手人，并且本案有多人均在发票背面签字，这仅为公司财务管理的流程，东阳公司未向贺永敏支付过工程款，贺永敏也从未向东阳公司主张过工程款。贺永敏持有施工资料不能证明其为实际施工人。从贺永敏提供的大量施工资料反而可以看出，代表东阳公司的是刘玉庆和田阁。田阁的身份在一审中已经明确就是东阳公司的技术主管，这就足以证明在整个施工过程中都是东阳公司的职工在具体负责施工建设，所形成的施工资料也足以认定整个工程是由东阳公司实际施工完成，仅持有施工资料并不能证明有关事实。

贺永敏没有任何证据证明为该工程投入资金，而东阳公司却实际支付了2700万元的各项费用，二审判决在没有查清贺永敏投入资金的情况下，认定相应投入“物化”到建筑物中，要求东阳公司再支付750多万的工程款。这就相当于东阳公司盖一栋楼要支付两份工钱，二审判决错误。东阳公司向法庭出示了整个项目中相应的费用票据，东阳公司总共支付了21791491.59元的材料费用，3784000元的劳务费用，1828399.87元的税费管理费用（不含所得税），这些证据能够证明案涉工程为东阳公司实际投资建设。

贺永敏提交意见称，贺永敏与东阳公司已经形成并履行完毕分包施工合同，贺永敏是案涉工程的实际施工人。刘玉庆是东阳公司委派的案涉工程的项目经理，其代表东阳公司签订的《分包协议书》对东阳公司有约束力。贺永敏完全按照约定履行了义务。贺永敏垫资建成造价三千余万元的案涉工程，东阳公司只支付给贺永敏1900余万元。东阳公司应当向贺永敏据实结算案涉工程的全部款项。贺永敏提交的多份证据均能证明贺永敏组织人员、机械，垫资施工，能够证明贺永敏是实际施工人。

关于二审法院认定双方当事人之间存在分包合同关系是否缺乏证据证明的问题。法院再审认为，贺永敏主张双方之间存在分包关系，其为实际施工人，并向法院提交了《分包协议书》、东阳公司为刘玉庆出具的法人委托书以及案涉工程施工资料原件等证据；东阳公司不认可贺永敏的主张。对于东阳公司对刘玉庆的授权，二审法院认定该授权并未将对外签署协议排除在外，贺永敏有理由相信作为刘玉庆有权代表东阳公司与其签订《分包协议书》，东阳公司虽主张刘玉庆的授权范围仅为施工管理，不包括对外签订协议，但并未提供其他证据予以证明。二审法院同时根据案涉工程对外支付费用的票据中绝大部分有贺永敏签字，以及贺永敏持有案涉工程施工资料原件等事实，结合东阳公司不能对其主张贺永敏不是实际施工人及建设工程施工管理通常情况相悖的事实作合理解释的情况，认定贺永敏提供的证据能够证明其主张，二审法院对该事实的认定不存在缺乏证据证明的情形。

373. 承包人将其承包的工程以内部承包的形式非法转包给不具备施工资质的自然人，该自然人应为实际施工人，其有权向发包人主张欠付的工程款。

案例 373. 陕西省高级人民法院（2013）陕民一终字第00093号“张俊成、陕西大华实业集团有限公司与陕西华山建设有限责任公司、汉中市圣元建筑工程有限责任公司建设工程施工合同纠纷案”



关于张俊成是否为实际施工人的问题。大华公司将其开发的“君临汉江”二期工程的8栋楼中1、4#楼发包给华山公司承建，其余的6栋楼发包给圣元公司承建。华山公司按照与圣元公司签订的协议没有参与工程施工，而委托张俊成负责施工，圣元公司则通过内部单项承包合同委派张俊成具体负责施工，华山公司与圣元公司实质上是将其承包的工程非法转包给不具备施工资质的张俊成，张俊成应为实际施工人。由于工程现已竣工投入使用，大华公司尚欠部分工程款未予支付，故张俊成有权向大华公司主张欠付的工程款。

374. 实际施工人是指非法转包或违法分包等无效施工合同的相对人，不是指合法的建设工程施工合同当事人，也不是指具体从事施工劳务的建筑工人。

案例 374. 最高人民法院（2016）最高法民再 270 号“长春北方建筑工程公司与翟淑芹等建设工程施工合同纠纷案”



关于路太军是否是案涉工程实际施工人。法院再审认为，第一，案涉《内部承包协议》《补充协议》无效。《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》第一条规定，承包人未取得建筑施工企业资质或者超越资质等级的、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，应当根据合同法第五十二条第五项的规定，认定建设工程施工合同无效。本案中，1996年6月20日，韩国村公司与北方建筑公司签订《建设工程施工合同》，将长春市韩国村工程承包给北方建筑公司施工。1996年6月30日、1999年5月3日，北方建筑公司又通过与周振树、张德义签订《内部承包协议》《补充协议》将该工程分包给没有建设工程施工资质的路太军等六人，北方建筑公司的违法分包行为违反了法律、行政法规的禁止性规定，案涉《内部承包协议》《补充协议》无效。

第二，北方建筑公司关于路太军不是案涉工程实际施工人的申诉理由没有证据支持。首先，从法律规定看，《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》第二十六条规定，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。发包人只在欠付工程价款范围内对实际施工人承担责任。该规定所指的实际施工人是非法转包或违法分包等无效施工合同的相对人，不是指合法的建设工程施工合同、承包合同的相对人，也不是指具体从事施工劳务的建筑工人。本案韩国村公司将案涉工程承包给北方建筑公司，北方建筑公司属于承包人。之后，北方建筑公司将该工程违法分包给路太军等人，不仅导致案涉《内部承包协议》《补充协议》无效，而且也使路太军成为该工程的实际施工人。因此，北方建筑公司仅是案涉工程的承包人，并非实际施工人。

其次，从合同约定看，案涉《内部承包协议》明确约定，北方建筑公司将案涉工

程承包给周振树等人，周振树等负责工程进度、质量和防火安全生产，在北方建筑公司指挥部的领导下全面开展工作。北方建筑公司供应钢材、水泥等，每平方米人工费100元。该工程1996年7月1日开工，该工程必保全优，在保证质量的同时按时交工，竣工日期详见施工合同。《补充协议》约定，北方建筑公司、路太军同意继续执行1996年6月30日签订的内部承包协议，交竣工日期另行商定，关于收取质保金的内容取消，质保金的管理和返还原则不变。该《内部承包协议》《补充协议》具备了建设工程分包合同施工范围、施工工期、施工质量、价款支付、材料供应等实质性内容，双方之间工程分包关系成立，北方建筑公司仅以该协议名称为内部承包协议为由否认与路太军等的工程分包关系，与承包协议约定相悖。

再次，从合同履行看，路太军持有案涉工程的全套技术资料、财务账簿、工程预决算资料、施工签证及项外签证等，并提供了购买建筑材料的协议、欠据、收据等，证明其对案涉工程进行了施工。原韩国村公司的崔吉秀董事长、白学哲、林二逊、北方建筑公司韩国村工程的全权代表李润森、驻工地代表常志君及该工程的监理公司也证实路太军是案涉工程实际施工人。在本案以前的多次诉讼中，北方建筑公司一直辩称其与路太军已经结清了工程款，实际上并未否认路太军施工案涉工程的事实。在本次庭审中，北方建筑公司也认可路太军施工了案涉部分工程。因此，路太军已经实际履行了该工程的部分施工义务。北方建筑公司申诉称本院（1997）经终字第170号民事判决确认其是案涉工程施工人，原审判决认定路太军等是案涉工程实际施工人与生效判决认定事实不符。但本院（1997）经终字第170号民事判决解决的是案涉工程发包方与承包方之间的权利义务争议，并未涉及北方建筑公司将部分工程分包给路太军等的事实，也未确认北方建筑公司是该工程实际施工人。北方建筑公司关于路太军不是案涉工程实际施工人的申诉理由，没有证据证明，不予支持。

375. 承包人通过签订《内部承包协议》将工程违法分包给没有建设工程施工资质的自然人，该自然人持有案涉工程的全套技术资料、财务账簿、工程预决算资料、施工签证及项外签证等，并提供了购买建筑材料的协议、欠据、收据等，证明其对案涉工程进行了施工，应认定其为实际施工人。

案例 375. 最高人民法院（2016）最高法民再 271 号“张玉德与长春北方建筑工程公司建设工程施工合同纠纷案”



关于原审判决认定张玉德是否是案涉工程实际施工人的问题。法院再审认为，第一，案涉《内部承包协议》《补充协议》无效。《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》第一条规定，承包人未取得建筑施工企业资质或者超越资质等级的、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，应当根据合同法第五十二条第五项的规定，认定建设工程施工合同无效。本案中，1996年6月20日，韩国村公司与北方建筑公司签订《建设工程施工合同》，将长春市韩国村工程承包给北方建筑公司施工。1996年6月30日、1999年5月3日，北方建筑公司又通过与周振树、张德义签订《内部承包协议》《补充协议》将该工程分包给没有建设工程施工资质的张玉德等六人，北方建筑公司的违法分包行为违反了法律、行政法规的禁止性规定，案涉《内部承包协议》《补充协议》无效。

第二，北方建筑公司关于张玉德不是案涉工程实际施工人的申诉理由没有证据支持。首先，从法律规定看，《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》第二十六条规定，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。发包人只在欠付工程价款范围内对实际施工人承担责任。该规定所指的实际施工人是非法转包或违法分包等无效施工合同的相对人，不是指合法的建设工程施工合同、承包合同的相对人，也不是指具体从事施工劳务的建筑工人。本案韩国村公司将案涉工程承包给北方建筑公司，北方建筑公司属于承包人。之后，北方建筑公司将该工程违法分包给张玉德等人，不仅导致案涉《内部承包协议》《补充协议》无效，而且也使张玉德成为该工程的实际施工人。因此，北方建筑

公司仅是案涉工程的承包人，并非实际施工人。

其次，从合同约定看，案涉《内部承包协议》明确约定，北方建筑公司将案涉工程承包给周振树等人，周振树等负责工程进度、质量和防火安全生产，在北方建筑公司指挥部的领导下全面开展工作。北方建筑公司供应钢材、水泥等，每平方米人工费100元。该工程1996年7月1日开工，该工程必保全优，在保证质量的同时按时交工，竣工日期详见施工合同。《补充协议》约定，北方建筑公司、张玉德同意继续执行1996年6月30日签订的内部承包协议，交竣工日期另行商定，关于收取质保金的内容取消，质保金的管理和返还原则不变。该《内部承包协议》《补充协议》具备了建设工程分包合同施工范围、施工工期、施工质量、价款支付、材料供应等实质性内容，双方之间工程分包关系成立，北方建筑公司仅以该协议名称为内部承包协议为由否认与张玉德等的工程分包关系，与承包协议约定相悖。

再次，从合同履行看，张玉德持有案涉工程的全套技术资料、财务账簿、工程预决算资料、施工签证及项外签证等，并提供了购买建筑材料的协议、欠据、收据等，证明其对案涉工程进行了施工。原韩国村公司的崔吉秀董事长、白学哲、林二逊、北方建筑公司韩国村工程的全权代表李润森、驻工地代表常志君及该工程的监理公司也证实张玉德是案涉工程实际施工人。在本案以前的多次诉讼中，北方建筑公司一直辩称其与张玉德已经结清了工程款，实际上并未否认张玉德施工案涉工程的事实。在本次庭审中，北方建筑公司也认可张玉德施工了案涉部分工程。因此，张玉德已经实际履行了该工程的部分施工义务。北方建筑公司申诉称本院（1997）经终字第170号民事判决确认其是案涉工程施工人，原审判决认定张玉德等是案涉工程实际施工人与生效判决认定事实不符。但本院（1997）经终字第170号民事判决解决的是案涉工程发包方与承包方之间的权利义务争议，并未涉及北方建筑公司将部分工程分包给张玉德等的事实，也未确认北方建筑公司是该工程实际施工人。北方建筑公司关于张玉德不是案涉工程实际施工人的申诉理由，没有证据证明，不予支持。

376. 承包人承包工程后将合同项下的主要权利义务概括转移给第三人，仅收取相应管理费而不承担承建工程产生的所有经济利益，债权债务均由第三人承担，该第三人应为实际施工人。

案例 376. 汕尾市中级人民法院（2017）粤15民终9号“邓芝华、余文忠与海丰县和荣贸易有限公司 深圳市宝安建筑工程有限公司建设工程施工合同纠纷案”



关于邓芝华是否借用资质承建工程的问题。邓芝华主张其挂靠宝安建筑公司与和荣公司签订《施工合同》，且有涉案《承包合同》为据。和荣公司、宝安建筑公司则辩称一审法院认定上述情形属施工合同内部转包关系正确。二审法院认为，涉案工程是否存在借用资质规避法律禁止性的情形，应根据各方在履行合同所反映出来的真实权利义务的事实予以裁判。宝安建筑公司为邓芝华缴付社保金相关资料、内部任免文件等事实不能作为否定借用资质的必然依据。根据本案已查明事实，一是从邓芝华与宝安建筑公司签订的《承包合同》约定而言，宝安建筑公司按其与和荣公司约定的工程总价款的百分之一收取管理费，工程所产生的风险、权责、盈亏、税费等均由邓芝华负责。由此可见，宝安建筑公司将《施工合同》的主要权利义务概括转移给邓芝华，所获取利益仅是相应管理费而不是承建工程产生的所有经济利益，显然不符正常缔约合同之目的。二是从工程实际履行而言。邓芝华与余文忠合作承建，约定垫资等权责内容，故宝安建筑公司并无为承建涉案工程支付成本。另邓芝华以工程项目负责人名义与和荣公司共同确认结算了第一期工程量、二期部分工程量及已付款，宝安建筑公司在决议邓芝华不再负责涉案工程建设时也确认一期的债权债务均由邓芝华承担。因此，在实际履行《施工合同》中承包人享有的权利和承担的义务完全转移给邓芝华承受，而邓芝华、余文忠因合作关系成为涉案工程的实际施工人。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》第四条：“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”的规定，邓芝华关于借用资质一项主张的依据充分，本院予以采信，一审判决对此认定错误，予以纠正。

377. 建设工程经数次转包后，实际投入资金、材料和劳力进行工程施工的个人，符合实际施工人的认定条件。

案例 377. 阆中市人民法院（2016）川1381民初2467号“郭齐贵、丁勇、李加玉与华鸿建设集团有限公司、四川天泽投资有限公司建设工程施工合同纠纷案”



法院认为，被告华鸿公司依据与天泽公司就桃花山隧道工程签订的工程施工合同承建了该工程，之后被告华鸿公司又与何绍锋签订了《工程项目施工目标任务承包责任书》，根据该承包责任书中约定的承包经营模式为“上缴管理费、自负盈亏”和双方在该工程中的权利义务，以及华鸿公司在审理中认可何绍锋是该工程实际投资人，可以认定何绍锋挂靠被告华鸿公司进行工程施工。何绍锋因与华鸿公司之间的挂靠关系取得工程的施工权利后又与郭齐贵签订合作协议，依据该合作协议的内容，该合作协议名为合作，实为转包，即何绍锋在招揽工程后交由郭齐贵施工，对工程的盈亏均不承担责任，在该工程中的收益也为净利润，而郭齐贵则负责筹集应向发包方缴纳的保证金、组织施工所需的人力、材料、机械设备和工程施工资金的投入。根据本案证据来看，郭齐贵实际也依据该合作协议约定履行了筹集保证金、组织材料、机械和人工进行施工。建设工程经数次转包后，郭齐贵是实际投入资金、材料和劳力进行工程施工的个人，符合《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》对实际施工人的界定。

378. 通过对讼争工程施工关键证据的分析，比对确定证据优势，认定实际施工人。

案例 378. 福建省高级人民法院（2014）闽民终字第89号“苏建勇、福建省泮澄建设集团有限公司与福建发现传媒科技有限公司等建设工程施工合同纠纷案”



关于苏建勇是否是讼争工程实际施工人的问题。上诉人泷澄公司认为，讼争工程是由泷澄公司施工的理由是：1. 本案讼争工程系由泷澄公司与发包人发现公司直接商谈施工事宜，并签订了工程项目的意向书和建设施工合同，不存在借用资质的情况。项目意向书和施工合同原件之所以在苏建勇手中，是因为苏建勇是泷澄公司聘请的项目部管理人员。2. 上诉人泷澄公司自行完成了支付保证金、组织施工、现场管理、工人工资的发放及分项工程的验收。3. 苏建勇至今都无法证明其与泷澄公司是挂靠或借用名义关系，而其提供本案讼争工程所有的内业资料及工地例会等证据反而印证上诉人陈述的事实，也说明了被上诉人苏建勇只是上诉人聘请的工地管理人员，负责制作工程内业资料及部分班组管理。4. 在张少聪返还保证金案件中，苏建勇自己承认是上诉人泷澄公司聘请的发现传媒工程项目管理人员，履行的是职务行为。5. 苏建勇自从1997年到2011年就承包了福建省金泉建设集团有限公司漳州分公司，有资质及能力承建本案的讼争工程，却去借用泷澄公司名义签订合同进行施工，逻辑上说不通。6. 苏建勇辩称通过福建省金泉建设集团有限公司漳州分公司汇240万元给泷澄公司是作为工程保证金，然后向泷澄公司借款200万元共440万元作为保证金支付发现公司，而泷澄公司只支付400万元保证金。原审对多出40万元款项的性质没有查明，泷澄公司陈述该40万元是支付给苏建勇的介绍费，在庭审中苏建勇不承认却也无法解释清楚这40万元款项的性质是什么。7. 苏建勇利用被聘请之际借发现传媒这个工地项目名称擅自与其他材料供应商及班组签订合同收取保证金等行为，为自己承建的工程项目服务，同时把无力支付款项的风险转嫁给泷澄公司，其提供的所有的合同及诉讼材料均印证上述事实。8. 发现公司一直承认苏建勇是实际施工人是因为他们之间存在利益输送，由于苏建勇虚构委托书冒领工程款，发现公司为了逃避违反合同的责任（根据合同约定工程款必须转账给上诉人公司账户）与苏建勇串通作出了违背事实的陈述。

上诉人苏建勇认为，原审法院认定苏建勇系实际施工人符合客观及法律事实，完全正确。约2010年10月份，苏建勇通过关系联系承包发现公司在云霄县投资的工程项目，苏建勇随即联系挂靠泷澄公司承包该工程项目，以被挂靠单位的名义签订承包合同。同年11月1日，发现公司与泷澄公司签订了一份承包《意向书》。之后，苏建勇根据意向书的约定，于2010年11月4日通过案外人福建省金泉建设集团有限公司漳州分公司账户向泷澄公司支付保证金240万元，泷澄公司也随即于当月5日将其中的200万元保证金支付给发现公司。该项目即正式启动，泷澄公司即发文刻制项目工程项目专用印章并将印章交由苏建勇掌管。随后，苏建勇即开始进行开工前的准备工

作并着手开始施工，先后与案外人福建树人活动房贸易有限公司、吴辉泉、吴荣海、张少聪、漳州百树钢铁贸易有限公司、漳州市鲁旺机械设备租赁有限公司、梁文汉、陈基德（漳州市凯德贸易有限公司）、漳州市华信建材有限公司等签订了各子项目的分包合同及材料供应合同。2011年3月3日发现公司与泷澄公司签订《建设工程施工合同》，施工合同签订后，因苏建勇缺乏资金，以向泷澄公司借款的方式直接通过泷澄公司账户向发现公司支付保证金200万元，苏建勇共向发现公司支付保证金400万元。施工过程中，苏建勇陆续向发现公司领取工程款合计360万元。整个工程的施工资料全部由苏建勇实际掌管。以上事实，有苏建勇提供的承包合同、分包合同、施工图纸、施工内业资料及组织相关资料、法院判决书、项目专用单、证人证言、收据等大量确实充分的证据相互印证，以及发现公司的认可及证据予以佐证，足以认定。而泷澄公司除施工合同外，无法提供其他证据。

二审法院认为，虽然泷澄公司在一审中提供《建设工程施工合同》，二审中提供证据1、2、3用于证明该讼争工程系其自行施工。但是该讼争工程施工的关键证据——《意向书》及《建设工程施工合同》原件、所有的内业资料原件、讼争工程的图纸、结算单据均在苏建勇手中。除此之外，证人梁文汉提供证言，证明了讼争工程由苏建勇施工。苏建勇使用工程技术专用章对外签订合同并进行结算的事实进一步证明工程是由苏建勇组织施工。苏建勇使用工程技术专用章签订合同或进行结算，并将讼争工程的水电、钢筋架、钢筋等工程分包给他人施工。从案件的证据情况看，证明讼争工程由苏建勇施工的证据具有优势，原审法院认定讼争工程由苏建勇施工正确。苏建勇是讼争发现公司工程的实际施工人。

379. 提供了银行证明、现金支票、转账支票等证据, 证明其控制项目部的财务收入与支出管理, 且签发或签批报销项目部负责人工资、节日补贴、出差报销等款项, 持有诉争工程的《建设工程施工合同》原件、施工图纸、与各施工班组签订的分包协议、供货协议、材料支付款凭证等证据, 可证明其实际履行承建诉争工程的各种义务, 应为实际施工人。

案例 379. 最高人民法院 (2013) 民申字第 231 号“福建省利恒建设工程有限公司与福建省仙游县世和房地产开发有限公司建设工程施工合同纠纷案”



一审争议焦点: 1. 利恒建设公司、世和开发公司之间签订的《建设工程施工合同》是否真实有效? 是否实际履行? 利恒建设公司、世和开发公司之间是否存在挂靠、借用资质关系? 2. 世和开发公司是否尚欠利恒建设公司工程进度款 710 万元及利息?

一审裁判要点: 1. 本案中双方就世和丽景工程签订了《建设工程施工合同》, 之后, 利恒建设公司与陈旭峰签订了《企业内部生产经营责任制承包合同》一份, 由陈旭峰负责的仙游项目部全面负责履行《建设工程施工合同》, 至 2008 年 10 月, 世和丽景工程已完成讼争所指的工程量, 可见, 上述合同是合法有效的, 并已实际履行。根据权利与义务相一致的原则, 世和开发公司应依工程价款审核书的承诺履行付款义务。合同约定利恒建设公司是承建人, 虽然承包给陈旭峰负责的仙游项目部, 但从形式上看属于利恒建设公司内部承包, 故应认定讼争的工程应属利恒建设公司施工。所以, 利恒建设公司主张世和开发公司支付工程进度款应予以支持。

2. 利恒建设公司主张工程进度款双方已结算清楚, 并提供了世和开发公司出具的《工程价款审核书》等证据。世和开发公司主张该证据系伪造, 并申请鉴定。经审查, 双方对该书证上的印章真实性没有异议, 至于印章与文书形成的先后时序不影响该书证的证明力, 且世和开发公司提出司法技术鉴定申请后又不缴纳鉴定费, 可见至今没有证据证明该书证是伪造的, 因此, 可推定该证据具有真实性、合法性。世和开发公司应当依照该审核书的内容履行支付工程进度款的义务, 即世和开发公司应按承诺向利恒建设公司支付工程进度款 710 万元。《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷

纷案件适用法律问题的解释》第十七条规定：“当事人对欠付工程价款利息计付标准有约定的，按照约定；没有约定的，按照中国人民银行发布的同期同类贷款利率计息。”因本案双方当事人约定，逾期支付尚欠工程进度款按月 2% 计付利息，并没有违反法律强制性规定，该院予以支持。

综上，一审法院判决：世和开发公司于本判决生效之日起 10 日内支付尚欠利恒建设公司工程进度款人民币 710 万元及利息（以人民币 710 万元为基数自 2008 年 10 月 26 日起至还清欠款之日止按月 2% 利率计算）。利恒建设公司对上述工程进度款享有就该工程折价或拍卖的价款优先受偿权。

世和开发公司不服一审判决，上诉至福建省高级人民法院。

二审争议焦点：讼争的工程是否由利恒建设公司实际施工。

二审裁判要点：利恒建设公司形式上与世和开发公司签订了《建设工程施工合同》，实际上双方当事人以签订施工合同的合法形式掩盖世和开发公司借用利恒建设公司资质和名义自建世和开发公司开发的世和丽景工程的违法行为，双方当事人的行为都违反了建筑法的相关规定，属于无效的民事行为。利恒建设公司所举证据不足以证实名义上负责施工的仙游项目部实际由其组建、运营，从而不足以证实双方签订的施工合同有实际履行。而世和开发公司提供的证据却足以认定双方签订合同后，利恒建设公司实际上没有对讼争的世和丽景工程进行施工，也没有将工程转包给世和开发公司以外的任何第三人施工而是允许世和开发公司借用其公司的名义申请设立仙游项目部，并以该项目部名义具体施工承建世和丽景工程，利恒建设公司也已依约收取世和开发公司一年的管理费 3 万元，可见，双方当事人之间并不存在真实的民事法律关系，现利恒建设公司请求世和开发公司支付工程进度款和利息，主张相应的工程款优先受偿权，缺乏事实和法律依据，依法应予以驳回。据此，判决：撤销一审判决；驳回利恒建设公司对世和开发公司的诉讼请求。

法院再审裁判要点：1. 关于本案的事实认定问题。《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第二条规定：“当事人对自己提出的诉讼请求所依据的事实或者反驳对方诉讼请求所依据的事实有责任提供证据加以证明。没有证据或者证据不足以证明当事人的事实主张的，由负有举证责任的当事人承担不利后果。”本案中，利恒公司虽与世和公司签订《建设工程施工合同》，但综合本案的相关证据分析，利恒公司不能成为涉案诉争工程的实际施工人。首先，利恒公司与世和公司之间签订的《建设工程施工合同》约定本合同价款采用包工包料按实结算方式确定，工程预付款按月工程进度预

付80%，每月30日之前。工程款（进度款）支付采用转账，每月30日之前等内容。从合同对工程预付款的约定和利恒公司的诉讼请求来看，当事人并未按照合同履行相应的义务。其次，陈旭峰虽为仙游项目部的负责人，但其工资、节日补贴、出差报销等均由世和公司签发或签批报销领款。在一审庭审调查中，陈旭峰不能说明仙游项目部的组成人员、财产来源、财物管理情况。相反，世和公司在一审、二审过程中提供了银行证明、现金支票、转账支票等证据，证明世和公司控制仙游项目部的财务收入与支出管理。陈旭峰对仙游项目部的人、财、物没有独立的支配权。再次，涉及诉争工程的《建设工程施工合同》原件、施工图纸、与各施工班组签订的分包协议、供货协议、材料支付款凭证等证据，为世和公司持有。该证据亦可证明涉案诉争工程为世和公司对外开展施工，实际履行承建诉争工程的各种义务。最后，世和公司持有加盖利恒公司公章的空白施工合同、空白施工方案、空白税（费）申报表、空白企业（公司）登记委托书、空白施工方案审批表和施工组织设计（方案）报审表，仙游项目部通过转账支付给利恒公司管理费3万元，以及证人张建荣、温加禄、刘龙清、邵永仲在一审过程中所做的证言等有关情形，进一步佐证世和公司为涉案工程实际施工人的事实。利恒公司申请再审提供的《工程价款审核书》《工程停工报审表》、150万元的汇款凭证以及世和公司在证据清单中“证明对象”的有关表述等证据不足以证明利恒公司为涉案诉争工程的实际施工人，不能推翻二审判决认定的事实。

2. 关于本案的法律适用问题。根据上述分析，利恒公司与世和公司之间并不存在真实的建设工程施工合同关系，双方当事人签订的《建设工程施工合同》违反了法律的有关规定，依法应为无效。利恒公司不是涉案诉争工程的实际施工人，其向法院主张世和公司支付工程进度款和利息，以及相应的工程价款优先受偿权的请求，缺乏事实和理由，不能获得支持。二审判决适用法律并无不当。

综上，裁定驳回福建省利恒建设工程有限公司的再审申请。

380. 实际施工人通常指无效建设工程施工合同的承包人，包括转承包人、违法分包人、挂靠人等。涉案工程无论是挂靠人还是被挂靠人没有进行实际施工，而是进行了违法分包，由违法分包人提供人力、材料、资金，全面实际履行了建设工程施工合同，故违法分包人的实际施工人身份应予确认。

案例 380. 江苏省高级人民法院（2016）苏民终 460 号“田文华、杨志华与中建七局安装工程有限公司建设工程施工合同纠纷案”



关于田文华、杨志华是否为涉案工程的实际施工人。二审法院认为，实际施工人通常指无效建设工程施工合同的承包人，包括转承包人、违法分包人、挂靠人等。涉案工程由陈德华挂靠中建七局的名义承揽后，无论是中建七局还是陈德华都没有进行实际施工，而是违法分包给田文华、杨志华提供人力、材料、资金全面实际履行了中建七局与中海公司的建设工程施工合同，故田文华、杨志华实际施工人的身份应予确认。中建七局主张田文华、杨志华与陈德华之间形成内部劳务转包关系，没有事实依据，本院不予支持。

类型二、不构成实际施工人的情形

381. 承接非法转包工程后又肢解分包的，其非实际施工人，不能主张发包人向其承担直接付款责任。

案例 381. 天津市高级人民法院（2014）津高民一终字第 0015 号“天津瑞森建筑安装工程有限公司、天津住宅建设发展集团有限公司与天津工业大学建设工程施工合同纠纷案”



二审法院认为，C工业大学与B建设集团通过招投标程序订立的《天津市建设工程施工合同》是当事人真实意思表示，且不违反法律、行政法规的强制性规定，该合同属于有效合同。B建设集团通过与A工程公司订立《合作承建工程协议书》，将其依法承包的涉诉工程转包给不具有相应建筑施工资质的A工程公司承建，并收取相应管理费及税金，该行为属于非法转包，双方订立的《合作承建工程协议书》为无效合同，双方系非法转包关系。关于C工业大学是否应向A工程公司承担支付欠付工程款的责任问题。B建设集团将涉诉工程非法转包给A工程公司后，A工程公司又将其肢解后分别分包给天津青龙公司、盐城二建公司、河南宏大公司。涉诉工程由上述三家公司实际施工完成，故A工程公司并非《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》第二十六条第二款规定的实际施工人，A工程公司不能依照该条款主张发包人C工业大学向其承担直接付款责任。A工程公司的此项上诉请求没有法律依据，本院不予支持。

382. 未提供证据证实对工程实际垫资和投入，也未能证明对工程施工的实际管理和组织，且全部工程施工签证材料中没有一处有其签名或能显示施工与其有关联，主张自己是实际施工人证据不充分。

案例 382. 江西省高级人民法院（2013）赣民一终字第 155 号“吴相国与内蒙古创隆房地产开发集团有限责任公司、海力建设集团有限公司建设工程施工合同纠纷案”



关于吴相国是否为本案工程实际施工人、是否实际组织施工的问题，二审法院认为，吴相国既未提供证据证实其对工程实际垫资和投入，也未能证明其对工程施工的实际管理和组织，而且在本案的全部工程施工签证材料中没有一处有吴相国签名或能显示施工与吴相国有关联，因而其主张自己是实际施工人证据不充分。原审法院仅依据《内部经济责任承包合同》、两份保证金收条收据和海力公司的自认，就认定吴相国为本案工程实际施工人证据不足，本院对该事实不予确认。综上，吴相国起诉主张本案工程款和保证金证据不足，其一审诉讼请求没有事实依据，应予驳回，本院对创隆公司的上诉请求予以支持。对其他争议问题，因海力公司未起诉，与吴相国没有关联，

本案不做评判。据此，判决如下：一、撤销江西省南昌市中级人民法院（2012）洪民一初字第21号民事判决；二、驳回吴相国的诉讼请求。

383. 双方当事人都不能充分证明自己所主张的事实，依据案件事实及自由心证，判断一方证据优势是否达到高度盖然性标准。

案例 383. 辽宁省沈阳市中级人民法院（2013）沈中审民终再字第166号“佟延吉与沈阳市铁西区翟家镇东胜村民委员会建设工程施工合同纠纷案”



关于东胜村委会是否应支付佟延吉附属工程款？法院再审认为，法律真实与客观真实相统一是法院的定案原则，根据双方所争议的附属工程已经建成使用的客观事实，虽然依据证据规则的规定应谁主张谁举证，即佟延吉作为施工主体其有义务举证但未能举证证明其已按协议约定履行了附属楼的施工义务，但由于东胜村委会对其与佟延吉所签订的附属工程协议书的真实性并无异议，现东胜村委会仅抗辩佟延吉没有按该协议所约定的履行承建附属楼工程，鉴于附属工程已经建成并使用，东胜村委会对支付高出主体教学楼工程款25613元的原因及现东胜村委会账目仍显示欠佟延吉工程款4875.6元的原因均未作出合理的解释，现其又不能举证附属工程由他人所建的证据，由此，因本案双方当事人都不能充分证明自己所主张的事实，为达到法律真实与客观真实相统一的标准，故依据本案的案件事实及法官自由心证，经审理认为佟延吉提供的证据更有优势，更加接近客观真实，达到了高度盖然性标准，故原审仅以佟延吉没有提供附属工程实际履行的工程量为由驳回佟延吉的诉讼请求不妥。综上，因双方对附属楼何时交付均没有证据证明，又因双方对违约金的约定为银行利息的双倍，故本案对违约部分的起算时间应界定为佟延吉诉讼之日，依法判决东胜村委会支付佟延吉剩余的附属工程款。

384. 合法的劳务分包人不属于实际施工人。“实际施工人”系针对承包人非法转包、违法分包建设工程，或者没有资质的施工主体，借用他人名义签订建设工程施工合同的情形。合法的劳务分包关系不属于违法分包，不适用实际施工人的规定。

案例 384. 最高人民法院（2014）民一终字第84号“四川博宇建筑劳务有限公司与中国水利水电第十四工程局有限公司、中国水电建设集团路桥工程有限公司、贵广铁路有限公司劳务（雇佣）合同纠纷案”



关于A建筑劳务公司是否属《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》规定的实际施工人问题。二审法院认为，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》第一条、第四条、第二十五条及第二十六条有关“实际施工人”的表述，该解释规定的实际施工人，系针对承包人非法转包、违法分包建设工程；或者没有资质的施工主体，借用他人名义签订建设工程施工合同的情形。根据本案《施工总价承包合同协议书》《劳务协议》约定，案涉贵阳至广州铁路站前工程 ggtj-10 标段，由B铁路公司整体发包给C路桥公司进行施工建设；C路桥公司作为承包方，将该工程中路基部分的劳务作业分包给A建筑劳务公司。A建筑劳务公司承包C路桥公司所承建一部分工程的劳务作业，符合《中华人民共和国建筑法》第二十四条关于建筑工程发包、承包范围及方式的规定，不属该法规定的违法分包情形，亦不涉及承包人转包工程或A建筑劳务公司借用C路桥公司名义与B铁路公司签订建设工程施工合同的问题。故《劳务协议》约定的分包关系不属违法分包、且获实际履行，本案不符合《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》关于实际施工人规定的适用情形。在此情况下，A建筑劳务公司以参与案涉工程施工的具体过程主张其为实际施工人，本院不能支持。

385. 未能提供存在转包关系的相关协议，亦未能提供有效证据证明其对涉案工程独自投入资金，主张其是实际施工人不予支持。

案例 385. 最高人民法院（2016）最高法民申 2163 号“九冶建设有限公司与喻建方、咸阳科通信息技术有限公司等建设工程施工合同纠纷案”



关于喻建方主张其是案涉工程实际施工人是否成立的问题。科通公司认为喻建方仅是涉案工程项目部负责人，受该公司委托全权管理工程施工，虽独立施工但并非实际施工人。法院再审认为，喻建方未能提供其与科通公司存在转包关系的相关协议，亦未能提供有效证据证明其对涉案工程独自投入资金，其购置施工材料、发放农民工工资的资金均来源于科通公司或由科通公司委托九冶公司汇入喻建方银行账户的资金。并且，在科通公司停止汇入资金后，喻建方签字确认的材料款、工资款等均由科通公司支付。现有证据表明科通公司对涉案工程有资金投入，且涉案工程的承包人九冶公司仅认可科通公司的实际施工人身份，不认可喻建方的实际施工人身份。因此，涉案工程施工人应为科通公司。喻建方提出其与科通公司无劳动合同关系，其不仅是涉案工程项目经理，还是实际施工人，双方口头约定，科通公司只收取 16% 的管理费，证据并不充分。一、二审裁定认为喻建方并非涉案工程的实际施工人，其不是涉案工程款的利害关系人，依法不具有原告主体资格，并无不当。

386. 实际施工人应承担自己为实际施工人主体地位的举证责任，证明建设工程施工合同存在非法转包、违法分包、借用有施工资质的企业名义承揽建设工程无效情形及双方达成合意的合同等。

案例 386. 最高人民法院（2014）民申字第 737 号“佟延安与沈阳双兴建设集团有限公司、沈阳双兴建设集团华鹏建筑工程有限公司等建设工程施工合同纠纷案”



法院再审认为，佟延安主张其系案涉工程实际施工人证据不足。首先，《中华人民共和国合同法》《中华人民共和国建筑法》《建设工程质量管理条例》中表述承包人时通常使用承包人、建筑施工企业、施工人、承包建筑工程的单位等。“实际施工人”出现于《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》第一、四、二十五、二十六条。“实际施工人”旨在描述无效施工合同中实际承揽工程的低于法定资质的施工企业、非法人单位、农民工个人等，包括借用建筑企业的名义或者资质证书承接建设工程的承包人、非法转包中接受建设工程转包的承包人、违法分包中接受建设工程分包的分包人等情形。实际施工人出现的前提要件是建设施工合同存在非法转包、违法分包及借用有施工资质的企业名义承揽建设工程等无效情形，但佟延安并未证明其与华鹏公司之间存在违法分包、非法转包的法律关系，或者其借用华鹏公司资质承建案涉工程，故佟延安认为其属于案涉工程实际施工人没有依据。其次，佟延安所提交的《汇宝国际花园 20#、21# 楼账目明细》及其他证据亦不能证明其为案涉工程的实际施工人。从账目明细来看，其中甲方、乙方所指何人并不明确，相关费用具体内容也不明确，账目明细是否具有结算属性也不明确。虽然通过该明细可以看出除人工费外还包括其他的费用，但是，双兴集团公司和华鹏公司否认该明细系其出具，认为是佟延安单方制作，仅承认在该明细上王振鹏同意按照每平方米 850 元进行结算，对其他内容不予认可。而佟延安又“不同意每平方米按 850 元结算……”因此，该账目明细不能认为双方达成一致意见，也就不能证明双方就佟延安所施工内容达成一致意见。同时，佟延安原审中虽提供了工程结算书、工程款收据及复印于沈阳市城市建设档案馆的竣工报告以证明其施工的事实，但工程结算书、工程款收据上并无建设单位、施工单位的签字及盖章，而竣工报告中载明的施工单位均为华鹏公司，佟延安为华鹏公司的项目经理，佟延安主张其系实际施工人与证据显示其系项目经理相矛盾，本院不予支持。第三，建设工程施工过程中，一个建设工程由多家施工队伍完成也较为普遍。对于每一个参与施工的施工队伍而言，其很容易提供例如租赁机械设备协议、材料买卖协议、人工费等证据用于证明其实际参与工程的施工。但并不能得出其中的某一个施工队伍是全部工程的实际施工人。具体本案而言，佟延安并无证据证明其对案涉工程价款享有排他性的权利，所以，原审法院没有支持其诉讼请求并无不当。第四，《中华人民共和国合同法》第二百七十条规定：“建设工程合同应当采用书面形式。”佟延安主张案涉工程价款总造价达 31971164 元，对于如此规模的建设工程而言，双方当事人之间理应签订书面合同。但佟延安既无书面承包协议，又无口头协

议对相关事项进行约定，此与常理显然不符。故佟延安将面临并承担由此产生的法律风险。综上，本院认为，佟延安主张其系案涉工程的实际施工人证据不足，本院不予支持。

387. 承包人委托代理人不能提供证据证明挂靠或借用建筑企业资质进行施工，亦未提供证据证实自行组织人员、自行筹集资金施工，其以实际施工人身份主张权利，非适格原告，裁定驳回起诉。

案例 387. 山东省高级人民法院（2016）鲁民终 2001 号“刘强国与威海博奥房地产开发有限公司、威海冠发置业有限公司等建设工程施工合同纠纷案”



关于刘强国与博奥公司之间签订建设工程施工合同的行为应当如何认定。一审法院认为，《中华人民共和国合同法》第四十九条规定：“行为人没有代理权、超越代理权或者代理权终止后以被代理人名义订立合同，相对人有理由相信行为人有代理权的，该代理行为有效。”上述内容即是表见代理的相关规定，司法实践中对表见代理的认定，应从是否在客观上形成具有代理权的表象和相对人主观上是否善意且无过失的相信行为人有代理权两个方面进行认定。本案中，对原告刘强国与被告博奥公司签订建设工程施工合同的行为是否构成表见代理，应从上述两个方面予以评判。从本院查明的事实和当事人提供的证据分析，原告与被告博奥公司之间签订建设工程施工合同行为构成表见代理。

（一）在客观上原告具有使被告博奥公司相信其有代理权的相关表象。

第一，从本案查明的事实看，金鹰公司于 2009 年 12 月 22 日出具授权委托书，委托原告代表金鹰公司参与威海地区的招投标活动，金鹰公司法定代表人毛学贤于 2009 年 12 月 9 日出具授权委托书，委托原告全权处理威海地区业务。原告持有金鹰公司的相关授权委托书成立金鹰公司威海分公司，并办理了进场施工的相关手续。原告亦认可上述材料中金鹰公司的公章均是真实的。第二，原告以金鹰公司的名义参与涉案工程的招投标，上述手续均是通过政府有关部门进行审核的，虽然原告主张投标书中的公章系其伪造的，但该公章已经过政府职能部门的确认，且原告持有上述手续与被告

博奥公司磋商签订合同，基于上述事实，被告博奥公司有理由相信原告持有的金鹰公司相关手续均是真实的，其上所加盖的金鹰公司的公章也是真实的，被告博奥公司对于原告持有的金鹰公司的相关材料形成合理信赖，被告博奥公司的合理信赖利益应当受到保护。第三，金鹰公司曾诉至法院要求被告博奥公司支付涉案工程款，该案中金鹰公司认可涉案工程系金鹰公司与被告博奥公司签订的建设工程施工合同，其后又以金鹰公司并未参与涉案工程为由申请撤回起诉，其行为也表明金鹰公司对于原告以其名义与被告签订的涉案建设工程施工合同是知情并认可的。基于以上分析，在客观上原告具有使被告博奥公司相信其有代理权的外观表象。

（二）在主观上，被告博奥公司是善意且无过失的相信原告有代理权。

表见代理中相对人是否善意无过失，是对相对人在订立协议时主观心态的判断，应结合案件的相关事实进行认定。在合同签订过程中，原告一直以金鹰公司名义或金鹰公司威海分公司的名义与被告博奥公司进行磋商，直至签订涉案建设工程施工合同。虽然金鹰公司曾与原告商议解除金鹰公司威海分公司解除授权事宜，但金鹰公司并未注销金鹰公司威海分公司或更换该公司的负责人。原告在与被告博奥公司签订合同时实际上仍是金鹰公司威海分公司的负责人。基于前述因素，被告博奥公司不知道亦不应当知道原告在此种表象下签订涉案工程合同的行为不具有代理权。通过一审法院调取的金鹰公司进威许可的备案登记档案材料以及金鹰公司威海分公司的工商登记档案，可以认定被告博奥公司与原告在签订涉案工程合同时已尽了合理谨慎的审查注意义务，是善意无过失的。

综上，一审法院认定，即使原告伪造了招投标文件以及涉案建设工程施工合同中金鹰公司公章和毛学贤私章，但基于上述事实 and 证据，被告博奥公司仍有理由相信原告签订涉案建设工程施工合同的行为构成表见代理，且其代理进行涉案工程招投标、工程施工及工程竣工验收行为业经有关政府职能部门审核确认。原告的起诉不符合法定条件，应予驳回。

二审法院认为，金鹰公司出具授权委托书，委托刘强国代表金鹰公司参与威海地区的招投标活动，金鹰公司法定代表人毛学贤出具授权委托书，委托刘强国全权处理威海地区业务。在此基础上成立金鹰公司威海分公司，并办理了进威施工的相关手续。在刘强国持有金鹰公司及法定代表人出具的授权委托书之情况下，其一直以金鹰公司名义或金鹰公司威海分公司的名义与博奥公司进行磋商，并以金鹰公司的名义参与涉案工程的招投标，直至签订涉案建设工程施工合同。上述行为具有使博奥公司相信刘

强国具有代理权的外观事实或理由。即使刘强国伪造了涉案建设工程施工合同中金鹰公司公章和毛学贤私章。本院认为，博奥公司在客观上确实无法核实公章真伪，且基于刘强国提供了上述材料，博奥公司相信公章是真实的也符合生活情理。综上，应认定刘强国在与博奥公司进行业务往来时，其代表金鹰公司在授权范围内订立合同的行为，属于职务行为，产生的民事法律后果应由金鹰公司承担。

刘强国未提供证据证实其系挂靠或借用建筑施工企业的资质进行施工，亦未提供证据证实自行组织人员、自行筹集资金垫款施工，并完成了涉案工程，其以实际施工人的身份向博奥公司等主张权利不能成立，故刘强国非本案适格原告。一审法院以刘强国的起诉不符合法定条件，并予以驳回是正确的。

裁定驳回上诉，维持原裁定。

388. 发包人主张涉案工程存在实际施工人借用资质的情形，应承担相应的举证责任。发包人仅提供了其曾将工程款汇至个人账户的证据，不足以证实涉案工程存在实际施工人借用资质施工的情形，故对其主张涉案合同无效以及要求追加实际施工人参加诉讼的理由不予支持。

案例 388. 江苏省高级人民法院（2013）苏民终字第 0230 号“中城建第六工程局集团有限公司与苏州东方威尼斯置业有限公司建设工程合同纠纷案”



涉案工程是否存在因实际施工人借用资质施工而导致合同无效的问题。二审法院认为，发包人威尼斯公司与承包人中城建公司之间存在承发包合同关系，威尼斯公司主张本案工程存在实际施工人借用资质的情形，但对本案工程究竟谁是实际施工人，前后陈述不一。且从其提供的证据看，也仅是从威尼斯公司曾将工程款汇至个人账户的事实判断实际施工人。由于威尼斯公司所举证据尚不足以证实涉案工程存在实际施工人借用资质施工的情形，故对其主张双方当事人签订的涉案合同无效以及要求追加实际施工人参加诉讼的请求，本院均不予支持。

389. 合同关系不同于其他民事法律关系的特点在于合同的相对性。合同关系的相对性是合同规则和合同制度赖以建立的基础和前提，也是合同法立法和审判实践必须遵循的一项重要原则。依据该原则，只有合同当事人可以就合同起诉和被告。建设工程施工合同中，依据承包人的意思表示从事负责施工管理的项目负责人不是法律规定的实际施工人，其不能对工程款享有独立请求权，同理，发包人支付给项目负责人的工程款，也不能视为向承包人支付的工程款。

案例 389. 最高人民法院（2009）民一终字第 75 号“黑龙江省 A 建筑工程有限公司与哈尔滨 B 医院及第三人刘某某建设工程施工合同纠纷案”



一审法院认为，发包人 B 医院与承包人 A 公司签订《施工合同》前，A 公司与刘某某已对工程前期管网改造。虽《施工合同》主体为 B 医院与 A 公司，但根据 A 公司与刘某某于 2006 年 9 月 12 日及 2007 年 1 月 22 日签订的两份《协议书》约定，实际施工方为 A 公司与刘某某，即 A 公司及刘某某共同履行了《施工合同》。此承包方式非法律法规所禁止，《施工合同》合法有效。

一审法院判决：（1）B 医院自判决生效之日起 30 日内付 A 公司工程款 2737008 元及利息（2008 年 3 月 28 日起至判决确定的给付之日止，按人民银行同期同类贷款利率给付）；（2）B 医院自判决生效之日起 30 日内付刘某某工程款 9264673.69 元及利息（2008 年 3 月 28 日起至判决确定的给付之日止，按人民银行同期同类贷款利率给付）；（3）驳回 A 公司的其他诉讼请求；（4）驳回刘某某其他有关 B 医院给付工程款的诉讼请求。

A 公司上诉称，一审判决认定该公司与刘某某为实际施工人错误。

二审争议焦点：1. 刘某某是否为医技楼项目工程的实际施工人，其对工程款是否享有独立的请求权；2. B 医院已付刘某某的 8806222.35 元，应否视为向 A 公司支付的工程款。

二审裁判要点：1. 关于第三人刘某某是否为医技楼项目工程的实际施工人，其对工程款是否享有独立请求权的问题。

二审法院认为，依据《中华人民共和国合同法》第二百六十九条之规定，建设工程合同是承包人进行工程建设，发包人支付价款的合同。本案作为承包人 A 公司在完成医技楼项前期管网改造工程后，与作为发包人的 B 医院签订的《施工合同》，为双方当事人的真实意思表示，内容不违反法律法规的强制性规定，应认定合法有效。

《施工合同》签订后，A 公司陆续将安装、消防、水暖等后续工程分别分包哈尔滨市 C 混凝土有限公司等公司，并签订相关分包施工合同。各分包施工合同进行过程中，虽刘某某与 A 公司于 2006 年 9 月 12 日签订《协议书》约定，A 公司不参与管理，出现问题由 A 公司的项目公司六分公司与刘某某负责，刘某某负责办理了工程的《工程报审表》《结算书报审表》《工程结算报审表》《工程概预算书》等与施工相关的事项，但上述各类表格载明的刘某某，均为医技楼项目施工负责人或者管理人，（2007）外民三初字第 752 号民事判决、（2007）外民一初字第 1958 号民事判决及（2008）南民一初字第 2128 号民事判决等生效的民事判决，均判令 A 公司向医技楼工程项目的分包单位履行付款义务。2008 年 5 月 12 日，黑龙江省建设厅发布的《关于发布 2007 年度黑龙江省建设工程最优质建设工程获奖名单的通知》亦载明：施工单位为 A 公司。

事实证明，A 公司为涉案《施工合同》，及分包施工合同的签约主体与义务承担主体。刘某某作为医技楼项目施工负责人，是依据 A 公司的意思表示从事负责施工管理，不符合最高人民法院《解释》第 26 条“实际施工人为转包人”和“违法分包人的承包人”的条件。A 公司关于刘某某不是实际施工人的上诉主张，依据充分，本院予以支持。一审判决认定刘某某为医技楼项目工程的实际施工人，对工程款享有独立请求权，适用法律错误，本院予以纠正。

2. 关于 B 医院支付刘某某的 8806222.35 元，应否视为向 A 公司支付的工程款问题。

二审法院认为，合同关系不同于其他民事法律关系的特点在于合同的相对性。合同关系的相对性是合同规则和合同制度赖以建立的基础和前提，也是合同法立法和审判实践必须遵循的一项重要原则。依据该原则，只有合同当事人可以就合同起诉和被诉。本案各方当事人对一审判决认定的彼此为建设工程施工合同纠纷的法律关系性质无异议。因此，涉案《施工合同》的权利义务，只能对特定的签约主体 A 公司与 B 医院产生约束力，而且，只有 A 公司与 B 医院才能行使合同约定的权利。刘某某与《施工合同》签约双方不存在合同关系，不能以合同当事人的名义向 B 医院提出支付工程款的请求。同理，B 医院也不能为刘某某设定合同上的权利义务，即不能向刘某某支

付工程款。据查明的案件事实，2007年4月29日及同年5月9日，A公司分别在黑龙江日报刊登声明和向B医院送达经过公证证明的《通知》，声明该公司财务专用章、营业执照丢失作废及B医院一切业务往来及财务结算由企业法人冯某某负责。A公司与B医院作为《施工合同》的相对方，理应依据约定向对方履行合同义务，似B医院在明知A公司的意思表示后，向刘某某支付了8806222.35元工程款，其行为违反了双方签订《施工合同》关于发包人向承包人支付工程款的约定。因此，B医院2007年5月9日后支付刘某某的8806222.35元工程款，A公司不予认可为该公司收取的工程款，依据充分。B医院应向A公司支付该笔工程款，一审判决该笔工程款由B医院支付刘某某不当，本院予以纠正。刘某某对于该笔8806222.35元工程款，负有向B医院返还的义务，B医院亦有权向刘某某追偿。

综上，二审法院判决：（1）维持黑龙江省高级人民法院（2008）黑民一初字第5号民事判决第三、四项；（2）撤销黑龙江省高级人民法院（2008）黑民一初字第5号民事判决第二项；（3）变更黑龙江省高级人民法院（2008）黑民一初字第5号民事判决第一项为哈尔滨B医院于判决生效起30日给付黑龙江省A建筑工程有限公司工程款20807904.04元及利息（自2008年3月28日起至生效判决确定的给付之日止，按照中国人民银行同期同类贷款利率给付利息）。

裁判依据或参考

司法解释及其他

《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）》（2019年2月1日 法释〔2018〕20号）

第二十四条 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。

第二十五条 实际施工人根据合同法第七十三条规定，以转包人或者违法分包人怠于向发包人行使到期债权，对其造成损害为由，提起代位权诉讼的，人民法院应予支持。

《最高人民法院关于审理建设工程合同纠纷案件的暂行意见》(2002年8月5日)

1. 建设工程合同纠纷案件的当事人通常为建设工程的发包人和承包人。人民法院应根据不同的情况来具体确定该类纠纷案件当事人的诉讼地位。

2. 因拖欠工程款引起的纠纷, 承包人将承包的建设工程合同转包而由实际施工人起诉承包人的, 可不将发包人列为案件的当事人; 承包人提出将发包人列为第三人, 并对其主张权利而发包人对承包人又负有义务的, 可将发包人列为第三人, 当事人根据不同的法律关系承担相应的法律责任; 如转包经发包人同意, 即属合同转让, 应直接列发包人为被告。

3. 因工程质量引起的纠纷, 发包人只起诉承包人, 在审理中查明有转包的, 应追加实际施工人作共同被告, 实际施工人与承包人对工程质量承担连带责任。

4. 施工人挂靠其他建筑施工企业, 并以被挂靠建筑施工企业名义签订建设工程合同, 而被挂靠建筑施工企业不愿起诉的, 施工人可作为原告起诉, 不必将被挂靠建筑施工企业列为共同被告。

5. 施工人挂靠其他建筑施工企业, 并以被挂靠建筑施工企业的名义签订建设工程合同而被起诉的, 应将施工人和被挂靠建筑施工企业列为共同被告; 被挂靠建筑施工企业对施工人因承揽的工程不符合质量标准造成发包人损失的, 应承担连带责任。

《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》(2005年1月1日 法释〔2004〕14号)

第一条 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。

第四条 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。人民法院可以根据民法通则第一百三十四条规定, 收缴当事人已经取得的非法所得。

第二十五条 因建设工程质量发生争议的, 发包人可以以总承包人、分包人和实际施工人为共同被告提起诉讼。

第二十六条 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。发包人只在欠付工程价款范围内对实际施工人承担责任。

最高人民法院副院长就《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》答记者问

十一、加强了对农民工合法权益的保护

问：《解释》第二十六条第二款规定是否存在突破合同相对性的问题？作出这样的规定是否会损害发包人利益？

答：《解释》第二十六条规定是为保护农民工的合法权益作出的规定。因为建筑业吸收了大量的农民工就业，但由于建设工程的非法转包和违法分包，造成许多农民工辛苦一年往往还拿不到工资。为了有利地保护农民工合法权益，《解释》第二十六条规定，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，发包人只在欠付工程价款的范围内对实际施工人承担责任。从该条的规定看：

一是实际施工人可以发包人为被告起诉。从建筑市场的情况看，承包人与发包人订立建设工程施工合同后，往往又将建设工程转包或者违法分包给第三人，第三人就是实际施工人。按照合同的相对性来讲，实际施工人应当向与其有合同关系的承包人主张权利，而不应当向发包人主张权利。但是从实际情况看，有的承包人将工程转包收取一定的管理费用后，没有进行工程结算或者对工程结算不主张权利，由于实际施工人与发包人没有合同关系，这样导致实际施工人没有办法取得工程款，而实际施工人不能得到工程款则直接影响到农民工工资的发放。因此，如果不允许实际施工人向发包人主张权利，不利于对农民工利益的保护。

二是承包人将建设工程非法转包、违法分包后，建设工程施工合同的义务都是由实际施工人履行的。实际施工人与发包人已经全面实际履行了发包人与承包人之间的合同并形成了事实上的权利义务关系。在这种情况下，如果不允许实际施工人向发包人主张权利，不利于对实际施工人利益的保护。基于此种考虑，《解释》第二十六条规定实际施工人可以向发包人主张权利，但发包人仅在欠付工程款的范围内对实际施工人承担责任，如果发包人已经将工程价款全部支付给承包人的，发包人就应当再承担支付工程价款的责任。因此，发包人只在欠付工程价款范围内对实际施工人承担责任，并不会损害发包人的权益。

三是为了方便案件审理，《解释》第二十六条还规定，人民法院可以追加转包人或

者违法分包人为本案当事人，考虑到案件的审理涉及两个合同法律关系，如果转包人或者违法分包人不参加到诉讼的过程中来，许多案件的事实没有办法查清，所以人民法院可以根据案件的实际情况追加转包人或者违法分包人为共同被告或者案件的第三人；实际施工人可以发包人、承包人为共同被告主张权利。这样规定，既能够方便查清案件的事实，分清当事人的责任，也便于实际施工人实现自己的权利。

《最高人民法院关于当前形势下进一步做好房地产纠纷案件审判工作的指导意见》
(2009年7月9日 法发〔2009〕42号)

六、妥善处理非法转包、违法分包、肢解发包、不具备法定资质的实际施工人借用资质承揽工程等违法行为，以保证工程质量。对规避标准化法关于国家强制性标准的规定，降低建材标号，擅自缩减施工流程，降低工程质量标准等危及建筑产品安全的行为，要按照法律规定和合同约定严格予以处理；构成犯罪的，交由有关部门依法追究责任人的刑事责任。

最高人民法院《2015年全国民事审判工作会议纪要》

50. 对实际施工人向与其没有合同关系的转包人、分包人、总承包人、发包人提起的诉讼，要严格依照法律、司法解释的规定进行审查，不能随意扩大《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》第二十六条第二款的适用范围，并且要严格根据相关司法解释规定明确发包人只在欠付工程价款范围内对实际施工人承担责任。

51. 实际施工人借用建筑施工企业资质或者挂靠建筑施工企业进行招投标的，如果建设工程出现质量问题，发包人依据《合同法》第一百一十一条规定及《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》第二十五条规定，主张由投标的建筑施工企业和实际施工人承担连带质量保修责任的，人民法院应予支持。

53. 第一种意见：建设工程施工合同无效，但建设工程经竣工验收合格，实际施工人请求依据合同法第二百八十六条规定对承建的建设工工程享有优先受偿权的，应予以支持。

第二种意见：建设工程施工合同无效，实际施工人请求对承建的建设工工程享有优先受偿权的，不予支持。

62. 对于发包人将建设工程发包给承包人，承包人又转包或者分包给实际施工人，

实际施工人招用的劳动者请求确认与发包人之间存在劳动关系的，人民法院不予支持。

地方司法性文件及其他

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若干疑难问题的解答》
(2012年8月6日 京高法发〔2012〕245号)

一、建设工程施工合同效力的认定

2.《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》(以下简称《解释》)第一条第(二)项规定的“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(即“挂靠”)具体包括哪些情形?

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。

18.《解释》中“实际施工人”的范围如何确定？

《解释》中的“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、转承包人、借用资质的施工人(挂靠施工人)；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。法院应当严格实际施工人的认定标准，不得随意扩大《解释》第二十六条第二款的适用范围。对于不属于前述范围的当事人依据该规定以发包人为被告主张欠付工程款的，应当不予受理，已经受理的，应当裁定驳回起诉。

建筑工人追索欠付工资或劳务报酬的，按照工资支付的相关法律、法规规定及《北京市高级人民法院关于依法快速处理建设领域拖欠农民工工资相关案件的意见》妥善处理。

19.违法分包合同、转包合同的实际施工人主张欠付工程款的，诉讼主体如何确定？发包人的责任如何承担？

实际施工人以违法分包人、转包人为被告要求支付工程款的，法院不得依职权追加发包人为共同被告；实际施工人以发包人为被告要求支付工程款的，应当追加违法

分包人或转包人作为共同被告参加诉讼，发包人在其欠付违法分包人或转包人工程款范围内承担连带责任。发包人以其未欠付工程款为由提出抗辩的，应当对此承担举证责任。

20. 不具有资质的挂靠施工人主张欠付工程款的，如何处理？挂靠人又将工程分包、转包给他人施工，施工人主张欠付工程款的，如何处理？

不具有资质的实际施工人（挂靠施工人）挂靠有资质的建筑施工企业（被挂靠人），并以该企业的名义签订建设工程施工合同，被挂靠人怠于主张工程款债权的，挂靠施工人可以以自己名义起诉要求发包人支付工程款，法院原则上应当追加被挂靠人为诉讼当事人，发包人在欠付工程款范围内承担给付责任。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。

挂靠人承揽工程后，以被挂靠人名义将工程分包、转包给他人施工，施工人主张欠付工程款的，按照《北京市高级人民法院审理民商事案件若干问题的解答之五》第四十七条规定处理。

21. 发包人主张将其已向合法分包人、实际施工人支付的工程款予以抵扣的，如何处理？

承包人依据建设工程施工合同要求发包人支付工程款，发包人主张将其已向合法分包人、实际施工人支付的工程款予以抵扣的，不予支持，但当事人另有约定、生效判决、仲裁裁决予以确认或发包人有证据证明其有正当理由向合法分包人、实际施工人支付的除外。

安徽省高级人民法院《关于加强涉及农民工权益案件审理工作的意见》（安徽省高级人民法院审判委员会 2006 年 12 月 18 日第 64 次会议通过）

6. 建设单位拖欠工程款导致实际施工人拖欠农民工工资，实际施工人以拖欠工程款为由向人民法院起诉建设单位的民事诉讼，人民法院应当受理。

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）》（2014 年 1 月 1 日）

第十一条 非法转包、违法分包建设工程，实际施工人与承包人约定以发包人与承包人的结算结果作为结算依据，承包人与发包人尚未结算，实际施工人向承包人主张工程价款的，分别下列情形处理：

- (一) 承包人与发包人未结算尚在合理期限内的，驳回实际施工人的诉讼请求。
- (二) 承包人已经开始与发包人结算、申请仲裁或者诉至人民法院的，中止审理。
- (三) 承包人怠于向发包人主张工程价款，实际施工人主张参照发包人与承包人签订的建设工程施工合同确定工程价款的，应予支持。

第十二条 非法转包、违法分包建设工程的当事人未签订书面合同，又无法查明双方的计价方法或者计价标准，一方主张参照承包人与发包人签订的建设工程施工合同确定工程价款的，可予支持。

第十三条 实际施工人根据《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》第二十六条第二款的规定要求发包人承担责任，发包人对其已支付的工程价款数额负有举证责任。

江苏省高级人民法院《执行异议之诉案件审理指南》(2015年7月2日)

23. 挂靠在承包人名下承揽工程的实际施工人以其系工程款的实际债权人为由提起执行异议之诉的，如何处理？人民法院针对建设工程发包人应给付承包人的工程款到期债权实施强制执行，实际施工人以其与承包人之间存在挂靠关系、其应享有工程款债权为由提起执行异议之诉的，应当不予支持。实际施工人可以根据合同相对性原则，向承包人主张债权。

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意见》
(2008年12月17日 苏高法审委〔2008〕26号)

第三条 具有下列情形之一，当事人要求确认建设工程施工合同无效的，人民法院应予支持：

- (一) 承包人未取得建筑施工企业资质或者超越资质等级的；
- (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；
- (三) 建设工程必须进行招标而未招标或者中标无效的；
- (四) 承包单位将工程进行转包或者违法分包的；
- (五) 中标合同约定的工程价款低于成本价的；
- (六) 法律、行政法规规定的其他情形。

第四条 有以下情形之一的，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（即通常所称的“挂靠”）：

(一)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企业的名义承揽工程;

(二)资质等级低的建筑企业以资质等级高的建筑企业的名义承揽工程;

(三)不具有工程总包资格的建筑企业以具有总包资格的建筑企业的名义承揽工程;

(四)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。

第五条 承包人之间具有下列情形之一的,可以认定为本意见第四条规定的“挂靠”:

(一)相互间无资产产权联系,即没有以股份等方式划转资产的;

(二)无统一的财务管理,各自实行或者变相实行独立核算的;

(三)无符合规定要求的人事任免、调动和聘用手续的;

(四)法律、行政法规规定的其他情形。

第六条 建设工程施工合同中约定的正常使用条件下工程的保修期限低于法律、行政法规规定的最低期限,当事人要求确认该约定无效的,人民法院应予支持。

第十四条 承包人根据建设工程施工合同要求发包人支付工程款,发包人要求对已经向实际施工人支付的部分进行抵扣的,人民法院应予支持,但承包人有证据证明发包人与实际施工人恶意串通的除外。

第二十三条 实际施工人以发包人为被告要求支付工程款的,人民法院一般应当追加转包人或者违法分包人为被告参加诉讼。

建设工程因转包、违法分包导致建设工程施工合同无效的,实际施工人要求转包人、违法分包人和发包人对工程欠款承担连带责任的,人民法院应予支持,但发包人只在欠付的工程款范围内承担连带责任。

实际施工人要求发包人给付工程款,发包人以实际施工人要求给付的工程款高于其欠付的工程款进行抗辩的,应当由发包人承担举证责任。

江苏省高级人民法院《2009年审判工作座谈会纪要》

5. 对实际施工人的保护

实际施工人以转包人、违法分包人和发包人为被告主张权利的,发包人在欠付工程价款范围内与转包人、违法分包人承担连带责任。

实际施工人要求按承包人的资质等级向发包人主张权利的，不予支持。

对工程价款是否欠付的举证责任，由发包人承担。

江苏省高级人民法院《建设工程施工合同案件审理指南》(2010年)

4. 坚持保护利益相关人原则。建筑业吸收了大量的农民工就业，但由于建设工程的非法转包和违法分包，造成许多农民工追讨工资无门。为了有利地保护农民工合法权益，认定实际施工人以发包人为被告主张权利的，法院可以追加转包人或者违法分包人为案件当事人，发包人只在欠付工程价款的范围内对实际施工人承担责任。

2. 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建筑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建筑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建筑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) 工程质量诉讼中的共同被告

因工程质量发生争议，发包人可以总承包人、分包人和实际施工人为共同被告提起诉讼。

《建筑法》第二十九条第二款规定：建筑工程总承包单位按照总承包合同约定对建设单位负责；分包单位按照分包合同的约定对总承包单位负责。总承包单位和分包单位就分包工程对建设单位承担连带责任。第五十五条规定：建筑工程实行总承包的，

工程质量由工程总承包单位负责，总承包单位将建筑工程分包给其他单位的，应当对分包工程的质量与分包单位承担连带责任。分包单位应当接受总承包单位的质量管理。根据上述法律规定，总承包人与分包人就工程质量对发包人承担连带责任，故发包人可以将总承包人与分包人为共同被告提起诉讼。

实际施工人主要指违法分包人和转包的承包人。违法分包和转包合同均属于无效合同，总承包人与实际施工人主观上均存在过错，也应当承担连带责任。故发包人也可以总承包人与实际施工人为共同被告提起诉讼。

山东省高级人民法院《2005 年全省民事审判工作座谈会纪要》（2005 年 11 月 23 日 鲁高法〔2005〕201 号）

第二、要坚持依法保护双方当事人合法权益的原则。人民法院在审理建设工程施工合同纠纷案件时，要依法平等保护双方当事人的合法权益。对建设单位无正当理由拖欠工程款的，在确定支付工程款或者利息时，都要充分注意保护承包人的合法权益。对因承包人的原因，造成建设工程施工合同无效的，如果工程已经经过竣工验收且质量合格的，应参照合同约定支付工程价款；对承包人将建设工程转包或者非法分包给实际施工人的，实际施工人可以直接起诉发包人，请求发包人在拖欠工程款的范围内承担清偿工程款的责任，并追加承包人、转包人或者非法分包人为共同被告或者第三人。

山东省高级人民法院《2011 年全省民事审判工作会议纪要》（2011 年 11 月 30 日 鲁高法〔2011〕297 号）

（一）关于项目经理的法律地位问题

根据建设部《建筑施工企业项目经理资质管理办法》第 2 条的规定，建筑施工企业项目经理是指受企业法定代表人委托对工程项目施工过程全面负责的项目管理者，是建筑施工企业法定代表人在工程项目上的代表人。按照建设部、国家工商行政管理总局制定的《建设工程施工合同（示范文本）》（GF—1999—02011）第 1.5 款的规定，项目经理是指承包人在专用条款中指定的负责施工管理和合同履行的代表。根据上述规定，在法律层面上，项目经理是建设工程承包人在履行建设工程施工合同中的全权代理人，项目经理部是承包人履行建设工程施工合同的肢解责任部门，不属于承包人的分支机构，不具有独立的法人资格，也无需办理工商登记，领取营业执照。在

建设工程施工中，项目经理的行为视为承包人的行为，项目经理在建设工程施工中与发包人、分包人或者实际施工人发生的争议，应当由承包人作为诉讼主体并承担相应的责任。

(六) 关于实际施工人的诉讼地位和发包人责任的性质问题

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》第26条规定的实际施工人，是指工程转包合同的转承包人、违法分包合同的承包人、借用资质（资质挂靠）的承包人。司法实务中应当严格实际施工人的认定标准，不得随意扩大实际施工人的适用范围。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（俗称“包工头”），但从事建筑业劳务作业的农民工不属于实际施工人。

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》第26条的规定，实际施工人直接起诉发包人请求支付欠付工程价款的，为查明案件事实，应当追加转包人、违法分包人为共同被告；实际施工人直接起诉转包人或者违法分包人请求支付工程价款的，不得追加发包人为诉讼当事人。

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》第26条的规定，实际施工人起诉发包人请求支付欠付工程价款的，发包人在欠付工程价款的范围内对实际施工人承担直接支付欠付工程价款的责任，发包人与转包人或者违法分包人承担支付工程价款的连带责任没有法律依据。

湖北省高级人民法院《2013年民事审判工作座谈会会议纪要》（2013年9月）

37. 实际施工人为无资质个人，工程经竣工验收合格的，可参照合同约定计算工程价款。若无合同约定，可通过鉴定确定工程价款，对于直接费和实际发生的间接费按最低标准计算。工程经竣工验收不合格的，待实际施工人对工程修复合格后方可主张工程价款。

广东省高级人民法院《关于审理建设工程合同纠纷案件的暂行规定》（2000年7月28日 粤高法〔2000〕31号）

2. 因拖欠工程款引起的纠纷，承包人将承包的建设工程合同转包而由实际施工人起诉承包人的，可不将发包人列为案件的当事人；承包人提出将发包人列为第三人，并对其主张权利而发包人对承包人又负有义务的，可将发包人列为第三人，当事人根据不同的法律关系承担相应的法律责任；如转包经发包人同意，即属合同转让，应直

接列发包人为被告。

3. 因工程质量引起的纠纷，发包人只起诉承包人，在审理中查明有转包的，应追加实际施工人作共同被告，实际施工人与承包人对工程质量承担连带责任。

4. 施工人挂靠其他建筑施工企业，并以被挂靠建筑施工企业名义签订建设工程合同，而被挂靠建筑施工企业不愿起诉的，施工人可作为原告起诉，不必将被挂靠建筑施工企业列为共同原告。

5. 施工人挂靠其他建筑施工企业，并以被挂靠建筑施工企业的名义签订建设工程合同而被起诉的，应将施工人和被挂靠建筑施工企业列为共同被告；被挂靠建筑施工企业对施工人因承揽的工程不符合质量标准造成发包人损失的，应承担连带责任。

20. 转包、挂靠签订的建设工程合同被确认无效后，应按实际施工人的建筑资质等级结算工程款，但对施工人主张的工程结算中有关计划利润部分的请求可不予支持。

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指导意见》
(2011年7月26日 粤高法发〔2011〕37号)

八、承包人请求发包人支付工程款，发包人主张对其已经向实际施工人支付的工程款进行抵扣的，应予支持，但发包人未经承包人同意向实际施工人支付的超出其应得工程款以外的部分除外。

广东省高级人民法院《全省民事审判工作会议纪要》(2012年6月26日 粤高法〔2012〕240号)

15. 对实际施工人向与其没有合同关系的转包人、分包人、总承包人、发包人提起的诉讼，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》第二十六条第二款的规定，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案件当事人。审判实践中应注意要严格依照法律、司法解释的规定进行审查；不能随意扩大最高人民法院《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》第二十六条第二款的适用范围，并且要严格根据相关司法解释的规定，明确发包人只在欠付工程价款范围内对实际施工人承担责任。

16. 借用资质的实际施工人以自己的名义独立向第三人购买建筑材料等商品的，出借资质方无需对实际施工人的欠付货款承担民事责任。

23. 工程款的结算和支付，原则上应当在合同相对人之间进行，并符合合同约定。

如果没有合同依据或者承包人的授权,发包人直接向没有合同关系的转包人、违法分包人、实际施工人结算和付款,一般不构成有效的结算和支付。

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》(安徽省高级人民法院审判委员会2009年5月4日第16次会议通过)

为正确审理建设工程施工合同纠纷案件,根据《中华人民共和国民法通则》《中华人民共和国合同法》、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》等法律和司法解释的规定,结合本省民事审判实际,制定本意见。

一、建设工程施工合同纠纷诉讼主体的确定

1. 因转包、分包建设工程发生纠纷,实际施工人起诉承包人索要工程款的,一般不追加发包人为案件当事人,但为查明案件事实需要,人民法院可追加发包人为第三人。

因建设工程质量发生纠纷,发包人仅起诉承包人或仅起诉实际施工人的,人民法院可依当事人申请,将实际施工人或承包人追加为共同被告。

2. 实际施工人以被挂靠单位名义签订建设工程施工合同,实际施工人或被挂靠单位单独起诉发包人索要工程款的,发包人可申请人民法院追加被挂靠单位或实际施工人为案件当事人;发包人起诉实际施工人或被挂靠单位的,人民法院可依被挂靠单位或实际施工人的申请,追加被挂靠单位或实际施工人为案件当事人。

3. 未经登记成立的工程项目部不是适格的诉讼主体,应以设立该项目部的法人或法人的分支机构为当事人。

二、建设工程施工合同效力的认定

4. 同时符合下列情形的,应认定为挂靠经营,所签订的建设工程施工合同无效:

(1) 实际施工人未取得建筑施工企业资质或者超越资质等级;(2) 实际施工人以建筑施工企业的分支机构、施工队或者项目部等形式对外开展经营活动,但与建筑施工企业之间没有产权联系,没有统一的财务管理,没有规范的人事任免、调动或聘用手续;(3) 实际施工人自筹资金,自行组织施工,建筑施工企业只收取管理费,不参与工程施工、管理,不承担技术、质量和经济责任。

5. 符合下列情形之一的,应认定为违法分包,所签订的建设工程施工合同无效:

(1) 承包人将建设工程主体结构的施工分包给他人完成;(2) 分包单位不具备相应的资质条件;(3) 分包未经建设单位认可;(4) 分包单位将其承包的工程再行分包。

6. 同时符合下列情形的，应认定为劳务分包，所签订的合同有效：

(1) 实际施工人具备劳务分包企业资质等级标准规定的一种或几种项目的施工资质，承包的施工任务仅是整个工程的一道或几道工序，而不是工程的整套工序；(2) 承包的方式为提供劳务，而非包工包料。

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》(2012年2月23日 浙法民一〔2012〕3号)

二十二、建设工程施工合同无效情形下，谁有权行使优先受偿权？

建设工程施工合同无效，但工程经竣工验收合格，承包人可以主张工程价款优先受偿权。分包人或实际施工人完成了合同约定的施工义务且工程质量合格，在总承包人或转包人怠于行使工程价款优先受偿权时，就其承建的工程在发包人欠付工程价款范围内可以主张工程价款优先受偿权。

二十三、实际施工人可以向谁主张权利？

实际施工人的合同相对人破产、下落不明或资信状况严重恶化，或实际施工人至承包人（总承包人）之间的合同均为无效的，可以依照最高人民法院《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》第二十六条第二款的规定，提起包括发包人在内为被告的诉讼。

福建省高级人民法院《关于审理建设工程施工合同纠纷案件疑难问题的解答》(2007年11月22日)

3. 问：被挂靠单位（出借名义的建筑施工企业）是否应对挂靠人在施工过程中的转包、购买施工材料等行为承担责任？

答：挂靠人以自己的名义将工程转包或者与材料设备供应商签订购销合同，实际施工人或者材料设备供应商起诉要求被挂靠单位承担合同责任的，不予支持；挂靠人以被挂靠单位的名义将工程转包或者与材料设备供应商签订购销合同的，一般应由被挂靠单位承担合同责任，但实际施工人或者材料设备供应商签订合同时明知挂靠的事实，并起诉要求挂靠人承担合同责任的，由挂靠人承担责任。

4. 问：发包人与无相应施工资质的承包人签订建设工程施工合同，承包人依合同取得的工程价款超过其实际施工成本的，超过部分是否应予收缴？承包人非法转包、违法分包、出借资质而依合同约定取得的“挂靠费”、“管理费”等是否应当收缴？

答：承包人无相应施工资质，所签订的建设工程施工合同虽然无效，但最高人民法院《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》第二条规定：“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。”因此，对承包人依合同取得的工程价款不应予以收缴。

对承包人因非法转包、违法分包建设工程而已经取得的利益，或者建筑施工企业因出借施工资质而已经取得的利益，例如：“挂靠费”、“管理费”等，人民法院可以根据我国《民法通则》第一百三十四条的规定予以收缴，但建设行政机关已经对此予以行政处罚的，人民法院不应重复予以制裁。

新疆维吾尔自治区高级人民法院《审理建设工程施工合同案件情况的调研报告》

二、审理建设工程施工合同案件的相关问题

(八)“实际施工人”与“施工人”的概念区分问题

《解释》颁布后出现了“实际施工人”的概念，这一概念与合同法中“施工人”一词在各级法院的法律文书中存在混用现象，为保证法律适用的严谨、统一，明确“实际施工人”为无效合同主体，“施工人”为有效合同主体，在使用时应当加以区分。

除上述问题之外，建设工程施工合同中的转包、非法分包、内部承包和内部联营及监理等问题也是审判实践中难以判断、难以处理的热点问题，调研组根据审判经验和对现行法律、法规的把握对上述问题提出了初步意见。

三、关于审理建设工程施工合同案件相关问题的建议

(八)发包人知道或者应当知道承包人非法转包、违法分包建设工程，并对实际施工人履行合同的施工事实默认为的，可以认定发包人主观上存在过错并对因此而引发的不利后果承担相应责任。

(二十四)实际施工人依据内部承包协议向承包人主张支付工程款，承包人以尚未与发包人结算或者发包人拖欠工程款为由拒绝支付的，不予支持。

(二十六)《合同法》中的“施工人”是指有效建设工程施工合同的主体，不包括转承包人和违法分包的承包人；《解释》中的“实际施工人”是指无效建设工程施工合同的承包人，即非法转包、违法分包合同的承包人。

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》
(2015年3月16日 川高法民一〔2015〕3号)

一、建设工程施工合同效力的认定

1. 哪些情形下的建设工程施工合同无效?

具有下列情形之一的建设工程施工合同，人民法院应当根据《中华人民共和国合同法》第五十二条第（五）项的规定，认定无效：

- （一）承包人未取得建筑施工企业资质或者超越资质等级的；
- （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；
- （三）建设工程必须进行招投标而未招投标或者中标无效的；
- （四）转包、违法分包建设工程的；
- （五）法律、行政法规规定的其他情形。

承包人超越资质登记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。

二、诉讼主体的确定

12. “实际施工人”的范围如何确定?

《建工司法解释》中的“实际施工人”是指转包、违法分包以及借用资质的无效建设工程施工合同的承包人。建设工程经数次转包或分包的，实际施工人应当是实际投入资金、材料和劳力进行工程施工的企业或个人。对于不属于前述范围的当事人依据《建工司法解释》第二十六条第二款规定以发包人为被告主张欠付工程款的，应当不予受理，已经受理的，应当裁定驳回起诉。

建筑工人追索欠付工资或劳务报酬的，按照劳动关系或雇佣关系妥善处理。

13. 实际施工人主张欠付工程款的诉讼主体如何确定？发包人、转包人、违法分包人的责任如何承担？

《建工司法解释》第二十六条中的“发包人”应当理解为建设工程的业主，不应扩大理解为转包人、违法分包人等中间环节的相对发包人。

建设工程因转包、违法分包导致建设工程施工合同无效的，实际施工人以转包人、违法分包人为被告主张权利的，人民法院一般不主动依职权追加发包人作为共同被告参加诉讼。

实际施工人以发包人为被告主张权利的，人民法院应当追加与实际施工人存在直接合同关系的转包人、违法分包人作为共同被告参加诉讼，发包人在欠付工程价款范

围内对实际施工人承担责任。

发包人以其未欠付工程价款为由提出抗辩的，应当承担举证责任。

实际施工人可以以发包人、转包人，违法分包人为共同被告主张权利，当事人之间依据相应的合同关系承担法律责任。

建设工程施工合同无效，实际施工人要求未与其建立合同关系的转包人、违法分包人对工程欠款承担支付责任的，不予支持。

14. 如何确定借用资质（挂靠）人主张欠付工程款的诉讼主体及责任承担？

发包人知晓并认可实际施工人借用资质施工，能够认定发包人实际与实际施工人建立建设工程施工合同关系，实际施工人要求发包人直接承担工程价款支付责任的，应予支持。

15. 如何确定建设工程质量争议案件的诉讼主体和责任承担？

承包人经发包人同意将自己承包的部分工程交由第三人完成，因建设工程质量发生争议的，发包人可以与承包人、第三人为共同被告主张权利，承包人和第三人对工程质量向发包人承担连带责任。

承包人转包，违法分包建设工程，建设工程质量发生争议的，发包人可以与转包人、违法分包人和实际施工人为共同被告主张权利，转包人、违法分包人和实际施工人对工程质量向发包人承担连带责任。

16. 仅以不具有独立法人资格的建筑施工企业分支机构作为被告起诉的案件诉讼主体如何确定？

原告仅以不具有独立法人资格的建筑施工企业分支机构作为被告提起诉讼的，人民法院应当追加建筑施工企业作为共同被告参加诉讼。

19. 被确认无效的建设工程施工合同工程价款如何确定？

建设工程施工合同被确认无效，但工程经竣工验收合格，当事人依据《建工司法解释》第二条的规定要求参照合同约定支付工程价款的，应予支持。

实际施工人以转包或违法分包合同无效，主张按照转包人或违法分包人与发包人之间的合同作为结算依据的，不予支持。但实际施工人与转包人或违法分包人另有约定的除外。

30. 对转包，违法分包，借用资质非法所得如何处理？

承包人转包。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的建设工程施工合同被认定无效后，人民法院可以根据《中华

《中华人民共和国民法通则》第一百三十四条的规定，对承包人转包、违法分包建设工程已经取得的非法所得、出借资质的建筑施工企业因出借行为已经取得的非法所得，实际施工人因承建工程已经取得的非法所得予以收缴。

重庆市高级人民法院《关于当前民事审判若干法律问题的指导意见》(2007年11月22日)

14. 挂靠施工的结算。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》第二十六条的规定，实际施工人可以直接起诉发包人，请求发包人在拖欠工程款的范围内承担清偿工程款的责任，并追加承包人、转包人或者违法分包人为共同被告或者第三人。此种保护实际施工人的规定在实践中不应过于泛化。如实际施工人未向发包人主张权利，被挂靠的施工企业基于合同关系向发包人请求支付工程款，发包人以施工企业不是实际施工人为由提出抗辩并拒绝支付工程款的，人民法院不必然追加实际施工人为第三人，但应将诉讼情况通知实际施工人；发包人要求扣除其向实际施工人的已付款，经审查确已支付且付款正当的，可以支持。

江苏省南通市中级人民法院《关于建设工程实际施工人对外从事商事行为引发纠纷责任认定问题的指导意见（试行）》(2010年7月7日 通中法〔2010〕130号)

一、严格审查基础事实

5. 建筑单位与实际施工人订立的相关协议的性质和效力，应依照《中华人民共和国建筑法》《最高人民法院关于审理建设工程合同纠纷案件的暂行意见》《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》，参照《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意见》等相关规定予以认定。

工程挂靠、转包、违法分包协议，违反《中华人民共和国建筑法》等相关法律、行政法规的效力性强制性规定，应认定无效。

广东省深圳市中级人民法院《关于建设工程合同若干问题的指导意见》(2010年3月9日审判委员会第6次会议修订)

35. 劳务分包人不属于实际施工人，劳务分包人以建设工程的发包人为被告主张劳务报酬的，不予支持。

安徽省宣城市中级人民法院《关于审理建设工程施工合同纠纷案件若干问题的指导意见（试行）》（宣中法〔2013〕19号）

建设工程施工合同纠纷的诉讼主体

第一条 建设工程施工合同的发包方应当具有独立财产、能够对外独立承担民事责任，包括法人、其他组织和公民个人等。

建设工程施工合同的承包方应当具有：企业法人资格；履行合同的能力，即必须具有营业执照和由建设行政主管部门核准的资质等级。

实际施工人是指无效建设工程施工合同的工程实际承建人，包括转承包人、违法分包合同的承包人、借用资质的承包人、超越资质等级的承包人、挂靠施工人等。

江苏省盐城市中级人民法院《关于审理建设工程施工合同纠纷案件若干问题的指导意见》（盐城市中级人民法院审判委员会2010年7月15日第9次会议讨论通过）

6.《解释》第二十六条规定的“实际施工人”指无效建设工程施工合同的承包人，包括转承包人、违法分包合同的承包人、借用资质的承包人、超越资质等级的承包人、挂靠施工人等，可以是法人、非法人企业、个人合伙、包工头等民事主体，而不包括合法的专业分包工程承包人、劳务作业承包人、直接提供劳动力的农民工。

江苏省徐州市中级人民法院《进一步规范关于审理建设工程施工合同纠纷案件的若干问题》

〔谁是实际施工人？〕

“实际施工人”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、转承包人、借用资质的施工人；建设工程经数次转包的，实际施工人应当是最终投入资金、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。

〔谁不是实际施工人？〕

包工头下属的施工班组、建筑工人不属于“实际施工人”范围，上述人员追索劳务报酬或欠付工资的，不属于建设工程施工纠纷。

浙江省绍兴市中级人民法院《关于审理建筑领域民事纠纷案件若干问题的纪要》
(2013年10月15日绍兴市中级人民法院审判委员会第912次会议通过)

一、本纪要所指的建筑施工企业项目经理有三种类型：第一类是建筑施工企业在册员工（即受建筑施工企业雇佣、与建筑施工企业签订有劳动合同的人员），受企业委派担任某建设工程的项目经理，或者受企业委派去参与招投标承接工程，中标后企业任命其担任项目经理，负责工程管理，并与企业签订内部（经济责任制）承包合同；第二类是建筑施工企业不在册员工，未与企业签订劳动合同，但对外以企业名义承接工程进行业务活动，企业任命其为该工程的项目经理，该项目经理与企业签订挂靠经营性质的内部承包合同；第三类为除上述两类人员之外，通过向建筑施工企业转包或者分包承接工程的实际施工人（俗称“包工头”）。

二、根据建设部《建筑施工企业项目经理资质管理办法》的规定，建筑施工企业项目经理，是指受企业法定代表人委托对工程项目施工过程全面负责的项目管理者，是建筑施工企业法定代表人在工程项目上的代表人。在我市建筑行业内，目前普遍实行建筑施工企业与项目经理签订内部承包合同，该合同的性质是建筑施工企业实行内部经济责任制的一种经营方式，仅对建筑施工企业和经济责任承包人具有法律约束力，合同约定的内容不能当然约束第三人。

天津仲裁委员会《建设工程施工合同纠纷案件仲裁指引》(2011年)

(二) 主体资质

1. 如建设单位是房地产开发企业，应提交房地产开发资质证书。
2. 施工单位应提供施工企业资质证书、专业施工资质证书、进津施工许可证明。

(三) 特殊适格当事人

1. 发包人可以与总承包人、分包人和实际施工人为共同被申请人提起仲裁申请。
2. 实际施工人可以以转包人、违法分包人为被申请人提起仲裁申请。
3. 实际施工人可以直接以发包人、转包人或者违法分包人为被申请人提起仲裁申请（突破了合同当事人相对性原则）。

第2节 发包人义务主体认定

——发包人范围，如何来认定？（义务主体）

类型一、“发包人”不仅指工程建设方，还包括工程转包人、违法分包人

390. 工程经过多次转包、分包，前者相对于后者均相当于《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》第二十六条第二款规定的发包人，前者均应在欠付工程款范围内承担责任。

案例 390. 江苏省泰州市中级人民法院（2013）泰中民四终字第 0580 号“中建一局华江建设有限公司与高民兵、中国建筑一局（集团）有限公司、江苏万丰建筑安装工程公司建设工程施工合同纠纷案”



关于责任承担。二审法院认为，《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》第二十六条第二款规定：“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。发包人只在欠付工程价款范围内对实际施工人承担责任”。中建一局与华江公司之间的转包合同，华江公司与万丰公司之间的分包合同，万丰公司与高民兵之间的再分包合同，上述三份合同中，前者相对于后者均相当于上述司法解释中的发包人，前者均应在欠付工程范围内承担责任。本案中，无证据证明中建一局已向华江公司支付了全部工程款。因此，中建一局应在欠付工程款的范围内承担责任。据此，判决江苏万丰建筑安装工程公司于判决生效后十日内给付高民兵工程款，中国建筑一局（集团）有限公司、中建一局华江建

设有限公司对江苏万丰建筑安装工程公司的上述义务承担连带清偿责任。

391. 发包人对诉争工程存在转包、分包事实清楚，对实际施工人的施工事实予以默认，应在欠付工程款范围内对实际施工人承担付款责任。名义总承包人相对转包人、实际施工人而言系处于诉争工程发包人地位，应在欠付工程款范围内对实际施工人承担责任。

**案例 391. 湖北省高级人民法院（2016）鄂民终 565 号
“余国林与中国建筑第七工程局有限公司等建设工程施工合同纠纷案”**



关于中建七公司和污水处理公司在本案中承担给付工程欠款的事实和法律依据，以及各自责任应当如何区分的问题。二审法院认为，中建七公司系诉争工程的总承包人，但通过与中原建设公司订立《联合经营协议》的方式，将其合同中的建设义务全部转移至中原建设公司，除了向中原建设公司收取诉争工程总造价的 6% 管理费（此后双方经过协商调整为 4%）外，中建七公司并不承担诉争工程的相关费用和资金投入以及经营风险，故中建七公司与中原建设公司订立的联营协议，其实质为整体转包。此后，中原建设公司又与余国林订立《工程施工承包责任协议》，再次将诉争工程整体转包给余国林。中原建设公司为余国林出具了委托书，委托其组织并具体负责诉争工程的实施、办理工程结算等事项。鉴于一审中中原建设公司并未举证证明其与余国林存在劳动关系、社会保险关系以及行政管理关系，并且该承包合同明确将诉争工程涉及的工程质量、保修责任、盈亏风险、工伤（亡）事故的处理、管理费用、税费等全部约定由余国林承担，故该合同名为承包合同实质上为整体转包合同，余国林作为实际施工人有权依据《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》第二十六条规定，向诉争工程的发包人污水处理公司、转包人中建七公司、转包人中原建设公司主张权利。本案中，污水处理公司庭审中承认余国林为实际施工人，并且分别对其支付了部分工程款，其行为表明对诉争工程存在转包、分包事实清楚，对实际施工人的施工事实予以默认。所以，污水处理公司应当依据《最高人民法院关于〈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〉》第二十六条第二款

规定，在欠付工程款范围内对余国林承担付款责任。中建七公司与污水处理公司订立的《建设工程施工合同》系有效合同，基于合同相对性原则，依法享有向污水处理公司主张工程款的权利。但中建七公司将诉争工程违法整体转包给中原建设公司后，并未实际履行施工合同中的相关义务，其在本案中的诉讼地位为共同被告，应当依法与污水处理公司在欠付工程款范围内向余国林承担责任。此外，关于余国林主张污水处理公司、中建七公司应当对工程欠款利息承担连带责任的上诉主张。因为中建七公司与中原建设公司系转包关系，中原建设公司与余国林系转包关系，中建七公司为名义总承包人，但相对中原建设公司、余国林而言系处于诉争工程发包人地位；所以，中建七公司应当依据《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》第二十六条第二款规定，在欠付工程款范围内对余国林承担责任。余国林主张中建七公司、污水处理公司对欠付工程款利息承担连带责任的上诉理由，本院不予支持。综上，一审判决认定中建七公司与污水处理公司在欠付工程款的范围内对余国林承担付款义务，事实依据充分，中建七公司主张不应当承担上述付款责任的上诉理由不能成立。

类型二、“发包人”仅指工程建设方，不包括工程转包人、违法分包人

392. 从《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》的整个规定来看，发包人的概念是统一的，第二十六条所指的“发包人”是工程建设方，不包括工程转包人、分包人。

案例 392. 四川省高级人民法院（2014）川民提字第 452 号“四川景安投资有限公司与曹某、叶某、成都明都建筑工程有限责任公司、陈某建设工程施工合同纠纷案”



A 投资公司申请再审称，A 投资公司不是《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》第二十六条所指的“发包人”，不是本案适格被告。该条中的发包人、承包人、实际施工人概念是以内含两重法律关系的特定模型为

基础的，发包人只是一个相对性的概念。本案存在三重法律关系，原审仍机械地要求开发商承担发包人责任，有违条文旨意，在现行法律框架内也缺乏法理依据和制度基础。

法院再审认为，关于A投资公司在本案中是否属于《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》第二十六条所规定的“发包人”的问题。该条规定：“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。发包人只在欠付工程款范围内对实际施工人承担责任。”从《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》的整个规定来看，发包人的概念是统一的，就是指工程建设方，并不包括工程转包人、分包人。该条的立法旨意是针对建筑领域普遍存在的非法转包、违法分包情形下，实际施工人与发包人已经形成了事实上的权利义务关系，但因与发包人没有合同关系导致其权利难以实现的问题，为保护实际施工人（主要是农民工）的合法权益而作出的突破合同相对性的特别规定。因此，该条规定并非单纯依据债权人代位权原理，而是针对现实生活中的实际问题，为保护特定群体利益而制定的。A投资公司提出该司法解释条文是以两重法律关系的特定模型为基础，发包人只是一个相对性的概念，本案存在三重法律关系，因此A投资公司不应承担发包人责任的主张，缺乏法律依据。

393. 承包人和违法转包人不属《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》第二十六条第二款规定的发包人，实际施工人主张其在欠付工程款范围内承担连带责任，不符合法律规定，不予支持。

案例 393. 最高人民法院（2016）最高法民再31号“蒲旭与代江林、余义平等建设工程分包合同纠纷案”



关于本案工程款支付责任的承担问题。法院再审认为，根据《中华人民共和国建筑法》第二十六条的规定，承包建筑工程的单位应当持有依法取得的资质证书，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。《最高人民法院关于审理建设工程施工合同

《最高人民法院关于适用法律问题的解释》第一条第（一）项和第（二）项规定，承包人未取得建筑施工企业资质或者超越资质等级的，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，建设工程施工合同均无效。在本案中，八建公司将案涉工程内部承包给余义平，余义平再转包给代江林，代江林又将21号楼分包给蒲旭，将6号、7号楼分包给杨均伦。而蒲旭、代江林、余义平作为自然人，均无建筑施工企业资质。故蒲旭与代江林签订的《内部栋号管理协议》因违反上述法律禁止性规定而无效。

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》第二条的规定，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。本案所涉21号楼工程已经竣工验收合格并交付使用。代江林作为与施工人蒲旭签订《内部栋号管理协议》的合同相对方，应承担《内部栋号管理协议》无效而产生的工程款支付责任。

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》第二十六条第二款的规定，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当事人；发包人在欠付工程款范围内对实际施工人承担责任。在本案中，案涉工程的发包人是诚投公司。八建公司、余义平、代江林是承包人和违法转包人，不属上述司法解释规定的发包人。故蒲旭主张八建公司、余义平因违法转包而在欠付工程款范围内承担连带责任，不符合法律规定，应不予支持。

在本院再审中，蒲旭又主张其与八建公司直接形成合同关系，八建公司应与代江林共同承担工程款支付义务。代江林亦称其在有关合同、协议上签字是代表八建公司的职务行为，其不应承担工程款支付义务。如前所述，蒲旭和代江林的主张均与事实不符，不能成立，本院不予支持。

裁判依据或参考

司法解释及其他

《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）》（2019年2月1日 法释〔2018〕20号）

第二十四条 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。

第二十五条 实际施工人根据合同法第七十三条规定，以转包人或者违法分包人怠于向发包人行使到期债权，对其造成损害为由，提起代位权诉讼的，人民法院应予支持。

冯小光《回顾与展望——写在〈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〉颁布实施三周年之际》[《民事审判指导与参与》2008年第1集（总第33集）P80]

二是《解释》适用过程中，对个别条文理解存在偏差。像《解释》第二十六条第二款规定：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。发包人只在欠付工程价款范围内对实际施工人承担责任。有关制订此款规定的背景和适用范围，2004年10月27日最高人民法院负责人就《解释》答记者问中谈到此问题时已经予以明确。负责人明确：“《解释》第二十六条是为保护农民工的合法权益作出的规定”。在谈到合同相对性问题时，还讲到“按照合同相对性来讲，实际施工人应当向与其有合同关系的承包人主张权利，而不应当向发包人主张权利。但是从实际情况看，有的承包人将工程转包收取一定管理费用后，没有进行工程结算或者对工程结算不主张权利，由于实际施工人与发包人没有合同关系，这样导致实际施工人没有办法取得工程款，而实际施工人不能得到工程款则直接影响农民工工资的发放。因此，如果不准许实际施工人向发包人主张权利，不利于对农民工利益的保护”。按照负责人讲话精神，《解释》第二十六条第二款的立法目的主要在于解决由农民工组成的实际施工人在与其有合同关系的相对人，因下落不明、破产、资信状况恶化等原因导致其缺乏支付能力，实际施工人又投诉无门的情况下，为实际施工人主张工程价款提供的特殊救济途径，即准许实际施工人突破合同相对性，提起以发包人、施工总承包人为被告的诉讼。《解释》之所以作出这样的规定，体现了民事审判工作以科学发展观为指针，为构建和谐社会和解决民生服务的社会主义法治理念，人民法院在现行法律框架内充分保护农民工利益，就是讲政治、讲大局、讲稳定的具体体现。肖扬院长代表最高人民法院向全国人大所作的法院工作报告中也讲到最高法院制定司法解释，为保护农民工利益提供特殊的司法救济途径，与负责人答记者问的精神完全吻合。

从法理上讲，债权合同的基础就是合同相对性，物权的基础是对世权。准许一审原告突破合同相对性向不具有合同关系的当事人主张权利，从法理和法律规定上讲是

有缺陷的。《民法通则》第八十四条规定：债是按照合同的约定或者法律的规定，在当事人之间产生的特定的权利和义务关系。享有权利的人是债权人，负有义务的人是债务人。债权人有权要求债务人按照合同的约定或者法律的规定履行义务。也就是说，“特定的权利和义务关系”是在合同当事人之间产生的，债权所具有的相对性属性是债存在的基础。为弥补突破合同相对性带来的法理上的缺陷，适用《解释》第二十六条第二款规定是受严格条件限制的。首先，原则上不准许实际施工人提起以不具备合同关系的发包人、总承包人为被告的诉讼；只有在实际施工人的合同相对方破产、下落不明等实际施工人不提起以发包人或者总承包人为被告的诉讼就难以保障权利实现的情形下，才准许实际施工人提起以发包人或总承包人等没有合同关系的当事人为被告的诉讼。完整准确理解《解释》第二十六条第二款规定，应当结合该条第一款规定一并解读，只有这样才能正确适用此条文。《解释》第二十六条第一款规定：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。建筑市场上，实际施工人的合同相对人就是转包人或者违法分包人，他们之间就是合同相对人。合同相当人之间提起诉讼是正当的，符合《民事诉讼法》第一百零八条规定的案件受理条件，对此根本无需制订司法解释予以明确规定。《解释》第二十六条之所以在第一款中对无需解释的内容作出安排，并在该条第一款中予以明确，其目的在于提示各级法院原则上不准许当事人突破合同相对性提起诉讼，应当按照合同相对性原则有序诉讼，这是符合法律规定的主导诉讼方向。《解释》第二十六条第二款规定是有严格适用条件的，是为保护农民工利益作出的补充规定，不能因此款规定的存在而否认法定合同相对性的大原则。其次，适用《解释》第二十六条第二款规定时，原则上第一手承包合同与下手的所有转包合同均应当无效。《合同法》《建筑法》《建设工程质量管理条例》等法律、法规，在表述承包人概念时使用了以下几个概念：承包人、建筑施工企业、施工人、承包建筑工程的单位等，没有出现“实际施工人”的表述。此表述为《解释》创设的新概念，意在表达无效合同中实际干活的单位或者个人为实际施工人，实际施工人可能是法人、非法人团体、个人合伙、自然人等。使用“实际施工人”的概念本身就意味着“实际施工人”参与签订的合同无效，实际施工人为无效合同当事人，包括转包、非法分包、没有资质借用有资质的建筑施工企业名义等违反法律、行政法规强制性规定的违法行为。有学者认为，合同无效后，其相对性弱化。适用《解释》第二十六条第二款的条件之一就是原则上施工总承包合同及所有下手转包、违法分包合同均无效，这样才能符合债权合同相对性弱化原理。如果总承包合同有效，按照合同

法原则，有效合同就应当全面实际履行；发包人在有效合同中只对合同相对人负有履行义务，对合同之外的人不承担履行义务；如果不是这样，那么合同的效力就不完整，就有缺陷。合同相对人除负担合同义务外，还要负担合同以外的义务，这对合同当事人而言是不公平的，是签约时无法预料的，不能保障交易安全。施工合同与其他合同相比较而言，具有特殊性，特殊在于转包、违法分包合同与上手总承包合同比较而言，虽然属于两个独立的法律关系，但他们之间具有牵连关系。像转包合同与上手合同之间，一般而言，就是在工程价款上存在差异，其他内容，像施工范围、质量标准、工期、违约责任等合同主要条款均与上手合同基本相同。转包人、违法分包人为上手和下手两份合同的当事人，这些特征的存在为无效合同突破相对性后的处理方案打下了一定的基础。第三，不准许借用实际施工人名义，以适用《解释》第二十六条第二款为名，提起以发包人或总承包人为被告的诉讼，恶意损害他们的合法权益。目前，审判实践中出现了实际施工人并不存在投诉无门的情况，其合同相对人也具备支付工程款的实力，而原告只是为向发包人索要超出合同约定的高额不法利益，甚至原告与其有合同关系的相对人恶意串通，或者说就是合谋借机向发包人或者总承包人敲诈勒索，恶意提起以发包人或总承包人为被告的诉讼。由于发包人与实际施工人之间并不存在合同关系，有的发包人对工程被转包或被几经转包并不知情，对实际施工人的工作情况不了解，对工程支出的实际费用更是无从考证。此种情况下，以实际施工人名义提起诉讼的原告虚构事实，伪造证据，将工程量做大，工程费用提高，向发包人恶意主张高额工程款，企图通过恶意诉讼索取不正当利益，其中，甚至有些原告并未参与施工。由于发包人对转包、违法分包合同的履行情况并不知情，无法抗辩，诉讼结果极有可能损害发包人利益。应当明确的是，此类诉讼不属于《解释》第二十六条规定的案件受理条件，尚未受理的，应当裁定不予受理；已经受理的，应当裁定驳回起诉。对于总承包人欠付材料供应商的建筑材料款、借款等形成的债权债务关系，不属于《解释》第二十六条第二款规定的适用范围，施工人的债权人不是实际施工人，也无权适用《解释》第二十六条第二款规定，以发包人或者总承包人为被告向人民法院提起诉讼。

总之，《解释》第二十六条规定适用范围在司法解释条文的文义内容、领导答记者问、法律规定、法理等诸多方面看，对该条的适用范围是明确的，并不存在争议。不能扩大此条文的适用范围和适用条件，更不准许以此条规定作为恶意损害发包人或总承包人合法权益的当事人用以打人的一块砖头。

地方司法性文件及其他

广东省高级人民法院《关于审理建设工程合同纠纷案件疑难问题的解答》(2017年8月1日 粤高法〔2017〕151号)

24.《建设工程司法解释》第二十六条第二款规定在审判实践中应如何具体适用

《建设工程司法解释》第二十六条第二款规定的“发包人只在欠付工程价款范围内对实际施工人承担责任”应定性为连带责任。如果发包人和总承包人未就工程款纠纷进入仲裁、诉讼程序,实际施工人单独起诉合同相对人后,另案起诉发包人在欠付工程价款范围内支付工程款的,应予受理。

根据《建设工程司法解释》第二十六条第二款的规定,发包人应举证证明已向总承包人支付的工程款数额。发包人和总承包人已对工程款进行结算的,按照工程结算款扣减已支付工程款确定发包人欠付工程款的数额;发包人和总承包人未对工程款进行结算且未进入仲裁、诉讼程序的,根据工程实际完工的情况,可以按照合同约定的工程结算款扣减已支付工程款确定发包人欠付工程款的数额,发包人和总承包人实际结算后,如发包人仍欠付总承包人工程款的,实际施工人可就差额部分另行起诉;发包人和总承包人就工程款的结算纠纷进入仲裁、诉讼程序的,实际施工人可以申请参加该案的诉讼,其另案主张发包人承担付款责任的,不予受理。

25. 工程项目多次分包或转包的诉讼主体应如何确定

对于工程项目多次分包或转包的,实际施工人起诉合同相对方、发包人支付工程款的,为查明发包人欠付工程款的数额,应追加总承包人作为第三人。其余违法分包人、转包人如未参与实际施工,不影响案件事实查明的,可以不追加为案件诉讼主体。

江苏省徐州市中级人民法院《进一步规范关于审理建设工程施工合同纠纷案件的若干问题》

〔实际施工人可以向谁主张权利?〕

实际施工人应向其合同相对人主张权利,发包人在欠付工程款范围内承担连带责任。如实际施工人至总承包人之间的建设工程施工合同为无效的,实际施工人可要求各违法转包人及非法分包人承担连带责任。

〔实际施工人主张工程款应当起诉谁?〕

实际施工人仅起诉发包人主张工程款债权的,应当追加其合同相对人为诉讼当事

人；实际施工人仅起诉其合同相对人主张工程款债权的，人民法院不应主动追加发包人为诉讼当事人。

〔挂靠之后挂靠人怎样主张工程款？〕

不具有施工资质的挂靠人挂靠有施工资质的建筑施工企业，并以该企业的名义签订建设工程施工合同，应以被挂靠人名义主张工程款债权；被挂靠人怠于主张工程款债权的，挂靠人可以自己名义起诉要求发包人支付工程款，人民法院一般应追加被挂靠人为诉讼当事人。

〔挂靠之后发生的债务怎么承担？〕

因履行施工合同产生的债务，挂靠人与被挂靠人应承担连带责任。

〔挂靠人转包或分包，施工人向谁主张工程款？〕

挂靠人承揽工程后，以自己名义将工程分包、转包给他人施工，施工人应向挂靠人主张欠付工程款。

挂靠人承揽工程后，以被挂靠人名义将工程分包转包给他人施工，施工人明知挂靠行为的，其名义上的合同相对人为被挂靠人，实质上合同相对人为挂靠人，施工人对此存在一定过错。其主张工程欠款的应向挂靠人主张，被挂靠人承担补充责任。施工人不知挂靠行为的，挂靠人与被挂靠人承担连带责任。

〔哪些行为属于挂靠？〕

- (1) 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；
- (2) 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；
- (3) 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；
- (4) 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；
- (5) 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；
- (6) 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；

(7) 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；

(8) 法律法规规定的其他挂靠行为。

第 3 节 发包人承担责任情形

——合同相对性，能否被突破？（权利行使）

类型一、实际施工人可以向发包人（业主）主张权利

394. 因欠付工程款利息属法定孳息，与本金之间具有随附性，发包人、转包人迟延履行付款义务，实际施工人要求其给付工程款利息的请求应予支持，原二审判决发包人只对拖欠工程款承担连带清偿责任，却排除了对由此产生的法定孳息的清偿责任，属适用法律不当，应予纠正。

案例 394. 宁夏回族自治区高级人民法院（2011）宁民提字第 41 号“银川市第一建筑工程有限责任公司与吴忠市红寺堡区建设交通运输局、宁世宏建设工程施工合同纠纷案”



关于发包人吴忠市红寺堡区建设交通运输局应与转包人市建一公司对欠付工程款利息承担连带清偿责任。法院再审认为，市建一公司从发包人吴忠市红寺堡区建设交通运输局处承包红寺堡镇 AIA2B2B6 道路给排水工程后，将其转包给宁世宏，因宁世宏无施工资质，故原判认定该转包行为无效并无不当。本案涉案工程已竣工交付，吴忠市红寺堡区建设交通运输局、市建一公司欠付实际施工人宁世宏工程款的事实清楚。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》

第二十六条第二款“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。发包人只在欠付工程价款范围内对实际施工人承担责任”的规定，宁世宏要求吴忠市红寺堡区建设交通运输局、市建一公司支付所欠工程款，符合法律规定。因欠付工程款利息属法定孳息，与本金之间具有随附性，吴忠市红寺堡区建设交通运输局、市建一公司迟延履行付款义务，宁世宏要求其给付工程款利息的请求应予支持，利息应自2004年11月1日起按照年利率5.4%计算至给付之日止。原二审判决吴忠市红寺堡区建设交通运输局只对拖欠工程款承担连带清偿责任，却排除了对由此产生的法定孳息的清偿责任，属适用法律不当，应予纠正。检察机关的抗诉理由成立。

395. 发包人对于工程转包行为明知，并对实际施工人施工的事实默认，双方形成事实上的权利义务关系，实际施工人将发包人作为被告起诉，于法有据。

案例 395. 辽宁省高级人民法院（2009）辽民一终字第32号“锦州经济技术开发区王家街道办事处与高树文、锦州经济技术开发区第二建筑工程公司建设工程施工合同纠纷案”



关于王家街道是否具备作为被告的主体资格？高某在没有承包人二建公司的授权的情况下有无权起诉王家街道？二审法院认为，二建公司在王家街道签订建设工程施工合同之后，未履行合同约定的义务，将工程的主体结构及其他附属工程全部转包给高某，该行为虽然是当事人的真实意思表示，但违背相关法律关于禁止承包单位将其承包的全部建筑工程转包给他人的规定。故二建公司与高某之间的转包合同无效。但是高某作为工程的实际施工人，按照合同的约定完成全部的建设施工工作，向发包人王家街道交付经验收合格的工程，已经全面及时地履行了施工义务。发包人王家街道对于二建公司与高某的转包行为是明知的，对于高某是实际施工人的事实也予以默认，并与高某实际履行建设工程施工合同，双方已形成了事实上的权利义务关系。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》第二十六条规定：实际施工人以转包人、分包人为被告起诉，人民法院应当受理。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。发包人

只在欠付工程价款范围内对实际施工人承担责任。根据上述规定，本案王家街道已经接收高某承建的竣工验收合格的工程项目，且已向高某支付了大部分工程款，故高某作为施工人依据合同约定向王家街道、二建公司主张工程欠款的诉讼请求，符合上述法律规定，本院予以支持。王家街道认为其与高某不存在法律上的欠款关系，不具有作为被告主体资格的辩驳理由，显然于法无据。

396. 《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》第二十六条赋予了实际施工人可以突破合同相对性，直接向发包人主张工程价款的权利。

案例 396. 新疆维吾尔自治区高级人民法院（2014）新民一终字第 22 号“喀什区新怡发投资（集团）有限公司与刘春杰、喀什新怡发房产销售有限公司、喀什建工（集团）有限责任公司建设工程施工合同纠纷案”



法院认为，关于刘某是否有权利向 A 投资公司主张工程欠款的问题。A 投资公司是案涉工程的发包人，B 建工集团为承包人，刘某挂靠 B 建工集团，是案涉工程的实际施工人。《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》第二十六条规定，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。发包人只在欠付工程价款范围内对实际施工人承担责任。上述司法解释赋予了实际施工人可以突破合同相对性，直接向发包人主张工程价款的权利。因此，刘某向 A 投资公司主张工程款具有法律依据。

397. 实际施工人以发包人为被告主张权利的，发包人只在欠付工程价款范围内对实际施工人承担责任。实际施工人要求发包人对全部欠付工程款承担连带责任，缺乏合同依据和法律依据，不予支持。

案例 397. 最高人民法院（2013）民申字第1113号“广东省阳江市建安集团有限公司深圳分公司、广东省阳江市建安集团有限公司与深圳市规划和国土资源委员会龙岗管理局、深圳市龙岗区龙之盛实业发展有限公司、阳东县第二建筑工程公司建设工程施工合同纠纷申请再审案”



关于龙岗管理局对工程欠款承担何种责任的问题。龙岗管理局作为涉案工程的发包方将案涉工程项目发包给宝龙公司，其与宝龙公司形成了建设工程施工合同关系。宝龙公司又将部分工程转包给阳江建安深圳分公司施工，双方形成了事实上的转包合同关系。虽然合同因非法转包而无效，但阳江建安深圳分公司作为实际施工人对案涉工程进行了施工，且工程经竣工验收合格，其可以请求参照合同约定支付工程价款。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》第二十六条之规定，实际施工人以发包人为被告主张权利的，发包人只在欠付工程价款范围内对实际施工人承担责任。据此，阳江建安深圳分公司和阳江建安公司可以向发包人龙岗管理局主张工程款，但是龙岗管理局仅在其欠付工程款范围内承担责任。虽然龙岗管理局与宝龙公司、阳江建安深圳分公司分别在1996年4月18日、1996年10月4日与1997年先后签订过三份三方协议，但上述协议均是龙岗管理局作为建设单位为确保工程进度，向施工单位拨付工程款而签订的。协议明确约定工程款仍由宝龙公司、阳江建安深圳分公司按照双方合同进行结算，且从宝龙公司的结算款中将上述拨付款予以扣除。因此，龙岗管理局与阳江建安深圳分公司并未因上述协议的签订形成直接的建设工程施工合同关系，阳江建安深圳分公司、阳江建安公司要求龙岗管理局对全部欠付工程款承担连带责任，缺乏合同依据和法律依据，本院不予支持。

398. 实际施工人享有向发包人和转包人同时主张工程款债权的请求权，发包人对其欠付转包人工程款范围内的债务对实际施工人承担连带偿付责任，并未加重发包人债务负担，应予支持。

案例 398. 最高人民法院（2016）最高法民申 3687 号“枣庄源正建安工程公司、薛城区巨山街道筹备处工作委员会四里石社区居民委员会建设工程施工合同纠纷案”



关于二审判决认定四里石居委会在欠付案涉工程款范围内承担连带责任是否正确的问题。法院再审认为，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》第二十六条规定：“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。发包人只在欠付工程价款范围内对实际施工人承担责任。”本院认为，上述法律规定赋予实际施工人享有向发包人和转包人同时主张工程款债权的请求权，并明确了发包人承担工程款债务的责任范围。因此，二审法院根据本案现有证据及褚金山主张，认定四里石居委会对其欠付源正公司工程款范围内的债务承担连带偿付责任，并未加重四里石居委会债务负担，符合相关法律规定，应予确认。

399. 工程已竣工使用，实际施工人有权向发包人主张尚未付清的工程款。

案例 399. 最高人民法院（2016）最高法民申 2761 号“陕西大华实业集团有限公司、张俊成建设工程施工合同纠纷案”



关于二审判决认定张俊成为实际施工人并有权向大华公司主张欠付工程款是否正确的问题。法院再审认为，张俊成与大华公司之间虽无合同关系，但大华公司将案涉

工程发包后，承包人华山公司、圣元公司分别委托、委派不具备施工资质的张俊成负责具体施工，系将承包工程非法转包，二审认定张俊成成为实际施工人无误。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》第二十六条第二款“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。发包人只在欠付工程价款范围内对实际施工人承担责任”的规定，在案涉工程已竣工使用的情况下，张俊成向大华公司主张尚未付清的工程款有事实和法律依据。最高人民法院2011年《全国民事审判工作会议纪要》第二十八条“人民法院在受理建设工程施工合同纠纷时，不能随意扩大《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》第二十六条第二款的适用范围，要严格控制实际施工人向与其没有合同关系的转包人、违法分包人、总承包人、发包人提起的民事诉讼，且发包人只在欠付工程价款范围内对实际施工人承担责任”的规定，并未排除实际施工人向发包人主张欠付工程款的权利，故大华公司主张不能成立。

400. 发包人应在承包人欠付实际施工人工程款范围内承担责任。

案例 400. 最高人民法院（2015）民申字第 1578 号“马龙宝与河南宏景房地产开发有限公司建设工程施工合同纠纷案”



法院再审认为，金湖公司依据补充协议与马龙宝签订内部承包合同，将涉案工程转包给没有施工资质的马龙宝，虽然该转包合同无效，但是，鉴于马龙宝已经实际施工完毕，所涉工程已经全部竣工并经过验收合格，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》第一条、第二条、第二十六条的规定，马龙宝有权参照其与金湖公司所签合同的约定请求支付工程价款。由于马龙宝所享有的请求支付工程款的权利，即为承包人金湖公司向发包人宏景公司请求支付补充协议约定工程款的权利，因此，发包人宏景公司应在金湖公司欠付马龙宝工程款的范围内承担责任。

401. 实际施工人主张工程款，作为合同的相对方的承包人（转包人）应当向其承担付款责任，作为发包人仅在欠付工程价款范围内对实际施工人承担责任。原审突破合同相对性直接判决发包人向实际施工人承担付款责任，承包人（转包人）不承担任何责任，适用法律不当，应予纠正。

案例 401. 陕西省高级人民法院（2015）陕民再终字第 00011 号“陕西泰森房地产开发有限公司与宋治虎及宝鸡市秦龙建筑工程有限责任公司建设工程施工合同纠纷案”



关于原审判决发包人泰森公司直接向宋治虎承担工程款的付款责任是否正确的问题。二审法院认为，2007年3月8日，发包人泰森公司与承包人秦龙公司就涉案同心小区工程项目经招投标程序签订《建设工程施工合同》，该合同系双方当事人真实意思表示，内容不违反法律和行政法规的强制性规定，合法有效。同日，秦龙公司与宋治虎签订内部承包合同，但从合同约定内容看，系秦龙公司将涉案工程全部转包给宋治虎施工，并且已由宋治虎实际履行，故原判认定宋治虎为涉案工程的实际施工人并无不妥。但是《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》第二十六条第二款规定：“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。发包人只在欠付工程价款范围内对实际施工人承担责任”。实际施工人宋治虎主张工程款，作为合同的相对方的秦龙公司应当向其承担付款责任，作为发包人的泰森公司仅在欠付工程价款范围内对宋治虎承担责任。原审突破合同相对性直接判决发包人泰森公司向实际施工人宋治虎承担付款责任，秦龙公司不承担任何责任，适用法律不当，应予纠正。

402. 发包人与转包人（违法分包人）建设工程施工合同纠纷正在另案审理中，一审法院判决发包人对转包人（违法分包人）应支付实际施工人工程款、利息的全部范围承担连带给付责任不当，应变更为发包人在欠付转包人（违法分包人）工程款的范围内向实际施工人承担给付责任。

案例 402. 青海省高级人民法院（2016）青民终109号“青海临峰房地产开发有限公司与金效东、浙江中业建设集团有限公司、浙江中业建设集团有限公司青海分公司建设工程施工合同纠纷案”



关于本案是否应以另案的审理结果为依据，发包人临峰公司应否对承包人中业公司支付实际施工人金效东的工程款14818426.59元及利息1049638.5元承担连带给付责任的问题。二审法院认为，依照《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》第二十六条第二款“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。发包人只在欠付工程价款范围内对实际施工人承担责任”之规定，金效东可依据与中业公司的合同主张支付工程款的权利，亦可依法向发包人临峰公司主张相应权利，临峰公司只在欠付中业公司工程款范围内对金效东承担责任。

本案金效东为一审提起诉讼的原告主体，首先，应处理解决金效东与中业公司的实体权利义务。因一审判决后金效东、中业公司及其分公司均未提起上诉，以及二审庭审释明后，中业公司及其分公司对一审判决确认其欠付金效东工程款之事实及欠付数额14818426.59元、利息1049638.5元均无异议，是中业公司及其分公司基于与金效东的合同关系自认的事实，应当承担支付金效东欠付上述工程款及利息的责任。

其次，应处理解决金效东与临峰公司的实体权利义务。西宁市中级人民法院（2016）青01民初41号案正在一审审理中，所涉工程与本案工程内容一致，处理解决临峰公司与中业公司之间合同解除、工程价款、税款、违约金及不当得利等诉争，临峰公司是否欠付中业公司工程款及欠付数额尚待生效判决确定，结合该案一审正在审理、生效判决尚未作出的实际情况，在不违反发包人只在欠付工程价款范围内对实际

施工人承担责任的法律规定情况下，该案审理结果并不影响本案现阶段的处理，待该案作出生效裁判并确定临峰公司欠付中业公司及其分公司工程款之事实及具体数额后，临峰公司应当依据该案生效裁判所确定的内容，在欠付范围内对金效东承担责任。一审法院对临峰公司应当承担中业公司及其分公司支付金效东的工程款 14818426.59 元、利息 1049638.5 元的全部范围内承担连带给付责任的认定不当，应予纠正。判决变更（2016）青 01 民初 27 号民事判决第一项为：浙江中业建设集团有限公司与浙江中业建设集团有限公司青海分公司于本判决生效之日起十日内给付金效东工程款 14818426.59 元、利息 1049638.5 元；青海临峰房地产开发有限公司在欠付浙江中业建设集团有限公司、浙江中业建设集团有限公司青海分公司工程款的范围内承担给付责任。

403. 承包人在非法转包、违法分包时擅自将结算价款提高的法律后果，不应由发包人承担，发包人只应在欠付转包人、违法分包人工程款范围内向实际施工人承担连带责任。

案例 403. 江苏省高级人民法院（2014）苏民终字第 0265 号“中国对外建设有限公司东北分公司、中国对外建设有限公司与南京国瑞科技（集团）有限公司、沈阳国际软件园有限公司建设工程施工合同纠纷案”



关于发包人沈阳软件园应在何范围内对实际施工人中外建公司承担责任？在该范围内是否应承担连带责任的问题。二审法院认为，《最高人民法院关于建设工程施工合同纠纷适用法律问题的解释》第二十六条规定：“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。发包人只在欠付工程款范围内对实际施工人承担责任。”而基于合同相对性原则，发包人只在欠付转包人或违法分包人工程款的范围内承担责任，其承担责任的形式则由其在诉讼中的地位所决定。实际施工人如仅向发包人主张权利，则人民法院应追加转包人或者违法分包人为第三人，发包人应在欠付工程款范围内向实际施工人承担给付责任；如实际施工人以发包人和转包人或者违法分包人为被告主张权利，则后者的诉讼地位为共同被告，发包人

应在欠付工程款范围内与转包人或者违法分包人承担连带给付责任。本案中，中外建公司、中外建东北分公司虽以转包人国瑞公司为被告、以沈阳软件园为第三人提起诉讼，但主张二者承担连带责任，故该二者的诉讼地位实为共同被告，沈阳软件园依法应在欠付工程款范围内与国瑞公司承担连带责任。因沈阳软件园与国瑞公司约定的结算方式与国瑞公司与中外建东北分公司约定的结算方式不同，经鉴定后者的结算价款（19107274.18元）高于前者的结算价款（17518031.56元），而国瑞公司在非法转包时擅自将结算价款提高的法律后果，不应由发包人沈阳软件园承担。故沈阳软件园关于其只应在欠付国瑞公司工程款范围内承担责任的主张成立，即其只应在12701550.09元[14290792.71 - (19107274.18 - 17518031.56)]范围内与国瑞公司承担连带责任。

404. 实际施工人有权按相关法律规定向发包人、转包人（违法分包人）主张工程款。一审判决发包人在欠付转包人（违法分包人）工程款范围内承担责任，发包人未提出上诉，表明其已服判决，系当事人对其诉讼权利和民事权利的处分，依法予以维持。

案例 404. 攀枝花市中级人民法院（2016）川04民终1307号“四川宏山建设工程有限公司与陈锡君、攀枝花市盛茗旅游开发有限公司建设工程施工合同纠纷案”



二审法院认为，根据本院查明的事实，足以认定陈锡君系涉案工程的实际施工人，其借用宏山公司名义对盛茗公司发包的“盛茗山庄”工程进行施工建设，因陈锡君无建设工程施工资质，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》第一条第二款的规定，《建设工程施工合同》《补充合同》无效。但陈锡君作为涉案工程的实际施工人，将工程建设完成并交付使用，其有权按相关法律规定向宏山公司、盛茗公司主张工程款。一审判决盛茗公司在欠付工程款8669351元的范围内承担责任，盛茗公司未提出上诉，表明其已服判决，系当事人对其诉讼权利和民事权利的处分，因此本院对一审判决结果依法予以维持。

类型二、实际施工人不能突破合同相对性原则，向发包人主张权利

405. 根据合同相对性原理，实际施工人只能向与之签订合同的相对方主张结算并要求支付工程款，其主张因发包人、违法转包人应对欠付工程款承担连带责任，不符合法律规定。

案例 405. 重庆市高级人民法院（2014）渝高法民终字第 00144 号“蒲旭、代江林与重庆第八建筑工程公司，余义平建设工程分包合同纠纷案”



关于建设公司、余某应对否对欠付工程款承担连带责任的问题。二审法院认为，因本案争议工程是房地产公司将工程发包给建设公司，建设公司将该工程内部承包给余某，余某再转包给代某，代某再将 21 号楼分包给蒲某，故根据合同相对性原理，蒲某只能向与之签订合同的相对方代某主张结算并要求支付工程款。蒲某主张因建设公司、余某违法转包而应对代某欠付工程款范围承担连带责任，不符合法律规定，不予支持。

406. 《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》第二十六条第二款的规定是在严守合同相对性原则的前提下，为保护劳务分包关系中被欠付工资的农民工的合法权益所作的特别规定，只是合同相对性原则的例外，而非普遍适用的原则。实际施工人并非《建设工程施工合同》的主体，故其不能随意突破合同相对性原则直接向发包人主张合同权利。

案例 406. 海南省高级人民法院（2016）琼民终 198 号“麦昭与海南省洋浦物业发展总公司、儋州联丰房地产开发有限公司及重庆厦坤建设（集团）有限公司建设工程施工合同纠纷案”



关于实际施工人能否突破合同相对性原则直接向发包人主张合同权利的问题。二审法院认为，本案纠纷为建设工程施工合同纠纷。洋浦物业公司、联丰公司与重庆厦坤公司就涉案冀海大厦项目的施工先后签订了《冀海大厦建设施工合同》《建设工程施工合同》以及《解除合同协议书》，上述合同的签订主体分别是洋浦物业公司、联丰公司以及重庆厦坤公司，上诉人麦昭在重庆厦坤公司的委托代理人一栏中签字，故上诉人麦昭并非涉案建设工程施工合同的主体；在合同履行过程中，上诉人麦昭是以重庆厦坤公司名义履行合同义务和享有合同权利，联丰公司在支付工程进度款的过程中，除了在重庆厦坤公司出具委托书的情况下，将部分款项转至上诉人麦昭账户上外，其余款项均是根据该公司与重庆厦坤公司之间的合同的约定直接转账至重庆厦坤公司的账户上。因上述合同的签约主体以及合同权利的享有和义务的履行主体均是重庆厦坤公司，而非麦昭个人，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》的立法本意，应当根据该司法解释第二十六条第一款“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”的规定，严守合同相对性原则，只有在发包人欠付劳务分包工程款导致无法支付劳务分包关系中农民工工资时，才可以要求发包人在欠付工程价款范围内对实际施工人承担责任，不能随意扩大该条第二款“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。发包人只在欠付工程价款范围内对实际施工人承担责任”规定的适用范围，不能随意扩大发包人责任范围。该司法解释第二十六条第二款的规定是在严守合同相对性原则的前提下，为保护劳务分包关系中被欠付工资的农民工的合法权益所作的特别规定，只是合同相对性原则的例外，而非普遍适用的原则。因本案并非发包人欠付劳务分包工程款导致无法支付劳务分包关系中农民工工资案件，上诉人麦昭也非《建设工程施工合同》的主体，故其不能随意突破合同相对性原则直接向联丰公司和洋浦物业公司主张合同权利。至于上诉人麦昭与重庆厦坤公司之间的纠纷，因与本案纠纷并非同一法律关系，依法不属于本案建设工程施工合同纠纷案件的审理范围。原审法院认定上诉人麦昭不具有本案原告主体资格，并依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百一十九条之规定，裁定驳回麦昭的起诉，处理结果并无不当。

407. 实际施工人是发包人与承包人所签合同外的第三人，没有承继承包人与发包人之间合同权利义务的法律依据。按照合同相对性原理，合同关系只能发生在特定的合同当事人之间，与合同当事人没有发生合同上权利义务关系的第三人不能依据合同向合同当事人提出请求，也不应承担合同的义务和责任。

案例 407. 吉林省松原市中级人民法院（2013）松民二初字第 79 号“梅河口市满龙建材销售有限责任公司与松原市哈达山水利枢纽暨松原灌区开发有限公司、山东恒泰工程有限公司劳务合同纠纷案”



关于开发公司能否承担连带给付责任问题。法院认为，开发公司与工程公司之间存在合同关系，而劳务合同关系发生在工程公司与建材销售公司之间，按照合同相对性原理，合同关系只能发生在特定的合同当事人之间，与合同当事人没有发生合同上权利义务关系的第三人不能依据合同向合同当事人提出请求，也不应承担合同的义务和责任。在本案中，工程公司与开发公司的总包《施工合同》而言，建材销售公司是合同外的第三人，开发公司与工程公司之间的价款如何结算与建材销售公司无关，建材销售公司没有承继工程公司与开发公司之间合同权利义务的法律依据。《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》第二十六条规定：“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。发包人只在欠付工程价款范围内对实际施工人承担责任”，现有证据证明开发公司与工程公司就工程价款已全部结算完毕，建材销售公司要求开发公司承担连带给付责任，无证据及相关法律规定不予支持。

408. 发包人、承包人和实际施工人与涉案工程均有利害关系，各方均参与到诉讼中才能便于查清案件事实。实际施工人不请求承包人承担民事责任，而是突破合同相对性直接向发包人提出诉讼请求，在法院释明的情况下，实际施工人仍不要求承包人承担责任，实际施工人的诉讼请求应予驳回。

**案例 408. 河南省高级人民法院（2016）豫民再 508 号
“杨志强与安阳东部置业有限公司建设工程施工合同纠纷案”**



关于杨志强一审反诉请求东部置业公司向其支付工程款、停工损失等相关费用的问题。法院再审认为，根据查明的事实，本案城建集团公司与东部置业公司签订《建设工程施工合同》后，将涉案工程转包于项目经理杨志强，杨志强系涉案工程的实际施工人。虽然发包人东部置业公司与实际施工人杨志强之间存在事实上的施工关系，但其并非实际施工人的合同相对方。根据合同相对性原理，杨志强应当向城建集团公司主张权利，东部置业公司只应在欠付承包人工程款的范围内对实际施工人承担补充责任。在本案中，杨志强不请求城建集团公司承担民事责任，而直接向东部置业公司提出的诉讼请求不能得到支持。《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》第二十六条第二款规定“发包人只在欠付工程价款范围内对实际施工人承担责任。”因此，杨志强不能突破合同的相对性直接向东部置业公司提出诉讼请求。另外，本案涉及了发包人、承包人和实际施工人的权利义务，并且各方与涉案工程均有利害关系，故各方均参与到诉讼中才能便于查清案件事实。一审法院在审理期间，已向杨志强进行了释明，杨志强明确表示在本案中不要求城建集团公司承担责任，但保留其诉讼权利。因此，一审法院驳回杨志强的反诉请求并无不当，本院予以维持。

409. 实际施工人向合同相对方以外的转包人、违法分包人主张工程款，违反了合同相对性原则，不予支持。

案例 409. 浙江省衢州市中级人民法院（2010）浙衢民终字第 487 号“余某某与姚某某、A 建设集团有限公司建设工程施工合同纠纷案”



一审法院认为，2003 年 5 月 25 日，A 公司承包浙江 B 房地产开发有限公司的“恒诚·莱茵河畔”高尚住宅社区工程 1#、2# 标段的土建安装工程后，A 公司违法将建设工程肢解后分包给姚某某，姚某某又将分包工程中的部分工程非法转包给余某某，A 公司在明知实际施工人为余某某的情况下，向姚某某支付工程款而未向余某某直接支付工程款，A 公司有过错，因而应承担相应的民事责任。在余某某向姚某某主张执行前述工程款而未能清偿情况下，A 公司应对不能清偿部分承担补充赔偿责任。法院判决：姚某某支付余某某工程款 871241 元，A 公司对上述工程款经执行未能清偿部分承担补充赔偿责任。

A 公司不服，提起上诉。

二审法院认为，余某某的合同相对方为姚某某，一审判决由 A 公司对姚某某应支付余某某的工程款经执行未能清偿部分承担补充赔偿责任依据不足。2010 年 11 月 5 日，法院判决：姚某某支付余某某工程款 871241 元。

410. 实际施工人尚有以承包人的名义对外签订合同形成的负债，同时，根据合同相对性原则，发包人应向承包人支付工程款，实际施工人与承包人的内部纠纷应另案解决。至于实际施工人的权利保护可以在该款项的执行过程中统筹考虑。

案例 410. 河北省高级人民法院（2012）冀民一终字第 22 号“河北凯隆建筑工程有限公司、河北妇兴房地产开发有限公司及王满心建设工程施工合同纠纷案”



二审法院认为，工程建设工程施工合同的主体为妇兴公司和凯隆公司，凯隆公司依据合同主张工程款依法有据。王满心虽为南堡开发区 2 号住宅小区的实际施工人，但其在施工过程中以凯隆公司的名义对外签订过合同，目前尚有以凯隆公司名义形成的负债，故一审法院认定工程款应向凯隆公司支付、王满心与凯隆公司的内部纠纷应另案解决是正确的，但其在判决中认为王满心对该款项享有优先抵押权和其他债权的受偿权无法律依据，应予纠正。至于王满心作为实际施工人的权利保护，可以在该款项的执行过程中统筹考虑。

类型三、在满足一定条件下，实际施工人可突破合同相对性原则向发包人主张权利

411. 《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》第二十六条的适用有严格条件，一是因实际施工人的相对方下落不明、破产、资信状况恶化等原因导致其缺乏支付能力；二是违法分包合同和转包合同的承包人与分包人全面履行合同并形成事实上的权利义务关系。

案例 411. 新疆维吾尔自治区高级人民法院（2014）新民一终字第 117 号“沈孝辉与中铁二十一局集团第一工程有限公司、四川省宏锦劳务有限公司、陈振忠、郑茂珠、林道春建设工程施工合同纠纷案”



关于 A 工程公司应否在 B 劳务公司工程款范围内承担责任。二审法院认为，由于 A 工程公司将涉案工程分包给 B 劳务公司施工，B 劳务公司又将涉案工程转包给沈某施工，所以 A 工程公司与 B 劳务公司之间发生分包关系，其与沈某之间没有直接的法律关系。根据合同相对性原则，沈某应当向 B 劳务公司主张工程款，而不应当直接向 A 工程公司主张工程结算款。现沈某依据《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》第二十六条第二款关于“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当事人，发包人只在欠付工程价款范围内对实际施工人承担责任”之规定，突破合同相对性直接向 A 工程公司主张权利，由于该条的适用有严格条件，一是因实际施工人的相对方下落不明、破产、资信状况恶化等原因导致其缺乏支付能力；二是违法分包合同和转包合同的承包人与分包人全面履行合同并形成事实上的权利义务关系。本案中，沈某完成的劳务工程只是 B 劳务公司所承包工程中的部分工程，其并未取代 B 劳务公司的合同地位履行 B 劳务公司与 A 工程公司所签合同中的全部义务。故原审法院虽追加 B 劳务公司为被告，但沈某未向 B 劳务公司提出给付工程价款的诉讼请求，且在二审期间仍认为 B 劳务公司与本案无关，依据民事诉讼不告不理的原则，原审判令驳回沈某的诉讼请求，并

无不当。

412. 《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》(以下简称《解释》)第二十六条赋予实际施工人在一定条件下的诉权。但是此处的一定条件有严格的限制,主要是指“违法转包人不积极向发包人主张工程结算,怠于主张工程欠款而可能导致超过诉讼时效,违法转包人自身发生资信状况恶化、破产、主体资格消灭等”特殊情形。

案例 412. 新疆维吾尔自治区高级人民法院 (2013) 新民一终字第 183 号“上诉人 (一审原告) 罗伟、上诉人 (一审被告) 伊犁师范学院奎屯校区、上诉人 (一审被告) 新疆铁龙建筑工程有限责任公司、被上诉人 (一审被告) 伊犁师范学院建设工程施工合同纠纷案”



关于罗伟是否符合实际施工人身份的问题。二审法院认为,《解释》中的实际施工人专指违法转包、分包合同关系中的承包人,故实际施工人与违法转包人、分包人签订的合同必然是无效的。本案中,铁龙公司伊犁分公司从奎屯校区承包涉案工程后、将整个工程直接转包给罗伟、并只收取固定数额管理费、罗伟负责所有的工程投入和交纳管理费后盈亏自负的基本案件事实,已经被伊犁分公司与罗伟签订的《协议书》内容和其后的实际履行情况所证实,故铁龙公司主张与罗伟之间是内部承包关系的辩解,显然与以上案件事实相悖,本院不予采信。因此,铁龙公司(伊犁分公司)是违法转包人,罗伟是实际施工人。一审判决此项认定事实清楚,证据确凿,本院予以支持。

关于如何适用《解释》第二十六条规定厘清各方当事人之间关系、责任基础和范围的问题。二审法院认为,第一,人民法院审理合同类案件应当遵循合同相对性原则,除非法律有特殊规定。

合同相对性是合同法的一项重要原则。由于合同是特定当事人之间设立、变更、终止特定权利义务的协议。其效力仅及于特定的当事人,而不能及于第三人。合同的这一实质隐含了合同主体的特定性和合同权利义务的特定性。因此,合同的当事人只

能向合同相对人主张合同权利。即使由于第三人的原因导致合同一方违约，违约方仍应承担违约责任，守约方不能直接向第三方主张权利。如果合同相对性被打破，允许缔约方为他人设定债权债务，将会严重影响交易安全，合同目的将难以实现。

第二，《解释》第二十六条第二款规定突破了合同相对性，但是有严格的适用条件限制。

《解释》第二十六条赋予实际施工人在一定条件下的诉权。但是此处的一定条件有严格的限制，主要是指“违法转包人不积极向发包人主张工程结算，怠于主张工程欠款而可能导致超过诉讼时效，违法转包人自身发生资信状况恶化、破产、主体资格消灭等”特殊情形。

第三，罗伟的起诉符合《解释》第二十六条第二款的适用条件。

本案中，涉案工程于2007年9月13日竣工验收后交付使用，工程造价于2010年5月24日审核定案为11905944.82元，截止到2012年3月1日奎屯校区共计支付工程款2093661元等是不争的事实。罗伟作为全额垫资的实际施工人，面对奎屯校区长期付款拖欠工程款、铁龙公司只关心收取管理费而不起诉和债权将超过两年诉讼时效的困境，罗伟不得已于2012年5月9日提起诉讼，符合《解释》第二十六条第二款的规定。因此，一审法院适用《解释》第二十六条第二款规定进行判决正确，本院予以支持。

413. 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。司法解释之所以在第二款之前将该款列明，就是强调原则上不准许当事人突破合同相对性提起诉讼，应当按照合同相对性原则有序诉讼，只有在特定情形之下，实际施工人不提起以发包人为被告的诉讼就难以保障其权利实现时，才准许其提起以发包人等没有合同关系的当事人为被告的诉讼。

案例 413. 江苏省高级人民法院（2015）苏民终字第00028号“上海明境建筑安装有限公司与苏州观音园建设发展有限公司建设工程施工合同纠纷案”



观音园公司和中扶公司于2010年9月22日订立《苏州观音寺寺庙工程项目建设

工程施工合同》系由。观音园公司系业主方和发包方（甲方），中扶公司系承包方（乙方），该合同的签订经过招投标程序。2010年9月30日，中扶公司苏州观音寺寺庙工程项目部为发包方，明境公司为承包方，签订《中扶建设有限责任公司内部工程承包施工责任书》，约定由明境公司负责整体施工案涉工程，且根据《苏州观音寺寺庙工程项目建设工程施工合同》约定的付款方式付款，由中扶公司扣除6%的管理费后归明境公司支配使用。

后明境公司作为原告以观音园公司为被告、中扶公司作为第三人向法院起诉，要求被告观音园公司向其支付工程款。一审法院以本案不符合受理条件，裁定不予受理后，明境公司提起上诉。

二审法院认为，合同相对性是合同之债的基础，特定的权利义务关系产生于合同当事人之间，只有合同当事人一方能基于合同向合同对方提出请求，而不能向与其无合同关系的第三人提出请求。对施工合同司法解释第二十六条第二款的理解，应结合该条第一款的规定一并解读，该条第一款规定：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。该司法解释之所以在第二款之前将该款列明，就是强调原则上不准许当事人突破合同相对性提起诉讼，应当按照合同相对性原则有序诉讼，只有在特定情形之下，实际施工人不提起以发包人为被告的诉讼就难以保障其权利实现时，才准许其提起以发包人等没有合同关系的当事人为被告的诉讼。但本案中上诉人明境公司并未主张并提供证据证明本案存在其不提起以发包人观音园公司为被告的诉讼就难以保障其权利实现的特定情形。况且上诉人在原审中并未向原审第三人主张权利，未向原审第三人中扶公司提出任何诉讼请求，其诉讼请求系要求被上诉人依据寺庙施工合同直接向其支付工程款，而非主张被上诉人在欠付原审第三人工程款的范围内承担责任，此亦不符合施工合同司法解释第二十六条第二款的规定。退一步说，即便如上诉人所称涉案合同均无效，上诉人为实际施工人，但合同无效后的法律后果亦只发生于无效合同的双方当事人之间。因此，原审法院以本案不符合《中华人民共和国民事诉讼法》第一百一十九条的受理条件，裁定不予受理并无不当。

类型四、实际施工人可以向发包人主张权利，但发包人向实际施工人付款条件不成就

414. 发包人是否欠付总包人工程款有待于法院的判决确认，实际施工人要求总包人承担连带给付责任不予支持。

案例 414. 陕西省高级人民法院（2014）陕民一终字第00034号“陕西建工集团第二建筑工程有限公司与徐州东大钢结构建筑有限公司、西安飞机工业（集团）有限责任公司建设工程施工合同纠纷案”



关于西飞公司是否应对陕西二建拖欠东大公司工程款承担连带给付责任的问题，二审法院认为，按照《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》第二十六条规定发包人在欠付工程价款范围内对实际施工人承担责任。在本案中，由于陕西二建与西飞公司就总包合同涉及的工程价款发生争议，法院正在审理之中，因而对于发包人西飞公司是否欠付陕西二建工程款有待于法院的判决确认，故原审对于省二建要求西飞公司在本案中承担连带给付责任的请求不予支持并无不当。

415. 实际施工人有权以发包人为被告主张权利，发包人可在欠付工程价款范围内对实际施工人承担责任，但发包人对实际施工人承担的责任是附有条件的，即发包人与承包人之间必须存在欠款且达到约定或法定的付款条件。案涉工程尚未施工完毕，实际施工人亦无证据证明发包人与承包人之间已完成结算审计并存在欠款，故其请求发包人给付其欠付工程款没有事实和法律依据。

案例 415. 最高人民法院（2015）民申字第862号“向折平与郑尚昶、重庆龙辉建设有限公司等建设工程施工合同纠纷案”



关于发包人酉阳城建公司是否应承担相应责任的问题。法院再审认为，根据原审查明的事实，酉阳城建公司系工程发包人，龙辉公司在承包后又违法转包给郑尚昶，郑尚昶虽与龙辉公司签订有项目建设管理责任书，但根据双方所订协议有关龙辉公司将其与酉阳城建公司签订的《安置房工程合同》的所有工程内容（平基土石方及龙辉公司前期施工的零星工作内容除外）交给郑尚昶履行、由郑尚昶履行现场所有义务、承担全部责任等内容，郑尚昶与龙辉公司构成非法转包关系。本案向折平与郑尚昶签订的《建设工程施工劳务及周材承包合同》（以下简称劳务和周材承包合同）虽约定将安置房工程的劳务及周材分包给向折平，但从约定由向折平垫资完成有关工程等内容分析，向折平不是一般的劳务分包而是进行实际的施工，据此，向折平是实际施工人。根据郑尚昶与向折平所订上述承包合同，郑尚昶对向折平的付款是根据工程量和工程进度付款，工程大面积完工即付到土建工程部分的90%，工程验收合格即付到99%，这与酉阳城建公司与龙辉公司订立的《酉阳县钟渤快速通道延伸段安置房工程（BT模式）合同书》存在较大差异，据该合同约定，工程主体完工酉阳城建公司仅需支付40%，竣工验收合格且经审计后付到70%，项目结算审计完成一年后才付清全部工程款。《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》第二十六条虽规定实际施工人有权以发包人为被告主张权利，发包人可在欠付工程价款范围内对实际施工人承担责任，但发包人对实际施工人承担的责任是附有条件的，即发包人与承包人之间必须存在欠款且达到约定或法定的付款条件。根据原审查明的事实，案涉工程尚未施工完毕，向折平亦无证据证明酉阳城建公司与龙辉公司已完成结算审计并存在欠款，故其请求酉阳城建公司给付其欠付工程款没有事实和法律依据。

裁判依据或参考

司法解释及其他

《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）》
（2019年2月1日 法释〔2018〕20号）

第二十四条 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。

第二十五条 实际施工人根据合同法第七十三条规定，以转包人或者违法分包人

怠于向发包人行使到期债权，对其造成损害为由，提起代位权诉讼的，人民法院应予支持。

最高人民法院《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》

第二十四条〔实际施工人权利救济途径〕

第一种意见：实际施工人以与其没有合同关系的发包人为被告主张工程款权利的，人民法院不予受理。

实际施工人依据合同法第七十三条规定，以转包人、违法分包人怠于向总承包人、发包人行使工程款债权，损害其利益为由提起代位权诉讼的，人民法院应予受理。

第二种意见：实际施工人依据《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》第二十六条第二款规定提起诉讼的，应当符合下列条件：

实际施工人有证据证明与其具有合同关系的缔约人丧失履约能力或者具有下落不明等情形，导致其劳务分包工程款债权无法实现。

地方司法性文件及其他

江西省高级人民法院《2004年全省法院民事审判工作座谈会纪要》（2004年12月16日 赣高法〔2005〕52号）

五、关于建设工程合同纠纷案件审理

5. 实际施工人以转包人、违法分包人为被告请求支付其施工工程部分的工程款时，实际施工人、承包人、转包人要求追加发包人为当事人的，人民法院应当予以准许。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。发包人只在欠付工程价款范围内对实际施工人承担责任。但符合《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》第三条规定范围，实际施工人请求支付工程价款的，人民法院不予支持。

浙江省绍兴市中级人民法院《关于审理建筑领域民商事纠纷案件若干问题的纪要》（2013年10月15日绍兴市中级人民法院审判委员会第912次会议通过）

三、建筑施工企业与实际施工人签订的合同，实为挂靠经营合同或者转包、分包合同的，应根据最高人民法院《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》有关规定，审查认定合同是否有效。

对有效的合同，建设单位（发包人）与建筑施工企业（承包人）尚未结算工程款的，实际施工人向建筑施工企业（承包人）起诉要求结算并支付工程款的，应当根据其双方合同的约定；没有约定或者约定不明确的，按照《合同法》第六十一条、第六十二条以及《合同法解释（二）》第七条规定的交易习惯予以认定；

对无效的合同，双方就工程款的支付事宜，应参照合同约定的方式结算；没有约定或者约定不明确的，按照《合同法解释（二）》第七条规定的交易习惯予以认定。

九、关于转包、违法分包、借用资质的实际施工人行为与表见代理的认定

转包、违法分包、借用资质的实际施工人以建筑施工企业名义与合同相对人签订合同，合同相对人对代理表象应尽合理注意义务，实际施工人的行为构成表见代理的，由建筑施工企业承担责任。但合同相对人知道工程已转包、违法分包或者系出借资质的，应根据合同相对性原则确定责任人。

十一、严格防止涉及建筑施工企业的虚假诉讼。在审理民商事纠纷时，要从严审查项目经理是否存在以下情形：

（一）与分包人等恶意串通，销毁或者伪造签证、联系单、合同等结算资料后，由分包人等提起民事诉讼，向建筑施工企业索取或者拒付、少付相关款项的；

（二）与材料商、设备租赁商等勾结，签订虚高价格、数量等条款后，由材料商、设备租赁商等提起民事诉讼，向建筑施工企业索取相关款项的；

（三）与第三人恶意串通，伪造借据或者采取工程款债权转让等手段，由假债权人、假受让人提起民事诉讼，向建筑施工企业索取相关款项的。

十二、在审理民商事纠纷时，发现项目经理有下列情形之一的，应及时与侦查机关联系，将案件或者案件线索移送侦查机关处理：

（一）以公司、项目部名义对外签订经济合同，未按合同约定支付材料款或者设备租赁款等费用，携款潜逃、转移的；

（二）以公司、项目部名义采用骗取手段向第三人借款或者为自己借款作担保，携款潜逃、转移的；

（三）与第三人勾结伪造合同、联系单、签证等虚假结算资料向建筑施工企业套取虚高的工程相关款项并进行侵吞，或者携款潜逃、转移的。

对上述情形，建筑施工企业已向侦查机关报案，侦查机关已立案侦查的，法院不应受理；已受理的，中止审理或者移送侦查机关处理。

浙江省绍兴市中级人民法院民事审判庭《关于审理建设工程施工合同纠纷案件若干问题的意见（试行）》

1. 实际施工人仅起诉发包人要求支付工程款，发包人主张已按约向转包人、违法分包人付清了全部工程款，或实际施工人主张的工程款与发包人主张的欠付工程款不一致的，如何处理？

答：为查清发包人、转包人、违法分包人的具体付款情况，从而正确认定各方当事人的责任，应向当事人进行释明，由其申请追加转包人、违法分包人为案件当事人。人民法院根据案件具体情况，认为追加转包人、违法分包人为案件当事人确有必要的，也可依职权追加。

2. 实际施工人在两个以上，如存在同时起诉、先后起诉或尚有部分未起诉等情形，而发包人对转包人、违法分包人欠付的工程款数额却小于实际施工人主张的工程款总额，发包人对各实际施工人在欠付工程款范围内的责任如何判定？

答：根据不告不理原则，在事实清楚、权利义务关系可以独立认定并不以他案审理结果为依据的情况下，人民法院应当判决转包人、违法分包人承担付款责任，发包人在欠付工程款范围内对实际施工人承担责任，但在欠付工程款以付清为限这一分配原则可视情况在事实认定及说理部分加以阐述。

第4节 欠付工程款举证责任 ——欠付工程款，发包人举证？（举证责任）

类型一、认定发包人己足额支付工程款的情形

416. 实际施工人的举证不能推翻发包人己足额支付了工程价款的事实，据此要求发包人对转包人的欠款承担连带责任的请求，依据不足，不予支持。

案例 416. 江苏省高级人民法院（2014）苏民终字第 0109 号“刘建国，宿迁现代建筑工程有限公司，宜兴市兰山房地产开发有限公司沭阳分公司建设工程施工合同纠纷案”



关于 B 房地产公司沭阳分公司是否应当对 A 工程公司的付款承担连带责任的问题。二审法院认为，《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》第二十六条第二款规定：“发包人只在欠付工程价款范围内对实际施工人承担责任”。B 房地产公司沭阳分公司作为发包人，其对刘某承担给付工程价款责任的前提，必须是 B 房地产公司沭阳分公司尚欠付 A 工程公司工程价款。刘某二审中的举证并不能推翻 B 房地产公司沭阳分公司己就 G1#~G4# 楼向 A 工程公司足额支付了工程款价款的事实。基于此，刘某主张 B 房地产公司沭阳分公司尚欠付 A 工程公司 G1#~G4# 楼工程价款，并据此要求 B 房地产公司沭阳分公司对 A 工程公司的欠款承担连带责任的请求，依据不足，本院不予支持。

417. 实际施工人原则上应向转包人主张工程款，其突破合同相对性原则行使诉权时，应提供证据证明发包人可能欠付转包人工程款，以及合同相对方转包人有破产等严重影响实际施工人权利实现的情形。在实际施工人未提供充分的证据予以证明，且转包人认可发包人已向其付清案涉工程款的情况下，实际施工人要求发包人在欠付工程款的范围内承担连带责任，不予支持。

案例 417. 最高人民法院（2017）最高法民终 144 号“尹宏与袁小彬等建设工程施工合同纠纷案”



关于尹宏、袁小彬上诉请求能源公司、团鱼山煤矿对欠款承担连带付款责任应否予以支持的问题。二审法院认为，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》第二十六条第二款的规定，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。发包人只在欠付工程款范围内对实际施工人承担责任。司法实践中，适用上述规定有严格的限定条件，只有在转包人和分包人没有向实际施工人支付工程款，也没有能力支付，而发包人尚存在拖欠转包人和分包人工程款没有支付的情况下才可适用，发包人在未支付工程款的范围内，向实际施工人承担支付工程款的责任。本案中，尹宏、袁小彬原则上应向转包方庆田公司主张工程款，其突破合同相对性原则行使诉权时，应提供证据证明发包人能源公司、团鱼山煤矿可能欠付庆田公司工程款，以及合同相对方庆田公司有破产等严重影响实际施工人权利实现的情形。但尹宏、袁小彬在一、二审中均未提供充分的证据予以证明，且庆田公司认可能源公司、团鱼山煤矿已向其付清案涉工程款，故尹宏、袁小彬上诉请求能源公司、团鱼山煤矿在欠付工程款的范围内承担连带责任，缺乏事实和法律依据，不能成立，本院不予支持。

418. 发包人与承包人共同确认，发包人已经按照双方结算付清全部工程价款，实际施工人要求发包人承担连带清偿责任不予支持。

案例 418. 最高人民法院（2015）民申字第 1219 号“许建平、陈建云与大理通泰建筑装饰安装工程有限公司、云南大通大理房地产开发有限公司建设工程施工合同纠纷案”



关于大通公司应否承担连带责任的问题。法院再审认为，《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》第二十六条规定：“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。发包人只在欠付工程价款范围内对实际施工人承担责任。”本案中，发包人大通公司与承包人通泰公司在一审、二审中均共同确认，大通公司已经按照双方的结算付清全部工程价款，大通公司对通泰公司不存在工程欠款，故大通公司在本案中不应承担责任。许建平、陈建云关于大通公司应承担连带清偿责任的再审申请，无事实及法律依据，本院不予采信。

419. 我国现行法律并无明确规定，在存在借用资质的情形下，工程结算应由实际施工人与发包人单独结算，发包人与承包人基于合同相对性原则进行结算应属正常履行合同义务行为。实际施工人主张发包人与承包人结算行为恶意损害其利益但未提交证据证明，在发包人已举证证明与承包人结算完毕的情况下，实际施工人要求发包人承担付款责任不予支持，实际施工人未请求承包人承担民事责任的，可另循途径主张权益。

案例 419. 汕尾市中级人民法院（2017）粤 15 民终 9 号“邓芝华、余文忠与海丰县和荣贸易有限公司 深圳市宝安建筑工程有限公司建设工程施工合同纠纷案”



关于实际施工人邓芝华、余文忠是否享有向发包人和荣公司主张工程款的诉讼权利问题。二审法院认为,《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》第二十六条第二款已作出明确规定:“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。发包人只在欠付工程价款范围内对实际施工人承担责任。”具体到本案,因邓芝华、余文忠系借用资质承建工程而属无效民事行为,但其已为施工付出了个人成本、劳务、建材等而属实际施工人。据此,邓芝华、余文忠依法享有向发包人和荣公司主张工程款的诉讼权利,和荣公司、宝安建筑公司以合同相对性一项辩驳事由不能成立。

关于和荣公司是否存在欠付工程款以及应否赔偿损失的问题。本案中,邓芝华、余文忠主张和荣公司拖欠工程款并导致经济损失,根据上述司法解释规定,和荣公司只应在欠付工程价款范围内承担法律责任,故和荣公司所负担的法律责任范围是特定的。申言之,邓芝华、余文忠借用资质承建工程已违反法律禁止性规定,其也应自行承担因无效民事行为所产生不利的法律后果,即本案不能无限扩大发包人的民事责任。经查,和荣公司和宝安建筑公司先后在2014年、2015年对工程进行总结算并履行完毕。根据《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》第九十一条“人民法院应当依照下列原则确定举证证明责任的承担,但法律另有规定的除外:……(二)主张法律关系变更、消灭或者权利受到妨害的当事人,应当对该法律关系变更、消灭或者权利受到妨害的基本事实承担举证证明责任”的规定,邓芝华、余文忠应对以下情形承担举证义务:

首先,和荣公司是否存在明知或应当知道借用资质承建涉案工程的情形。在涉案工程合同的缔约、履行、结算的过程中,邓芝华均是以宝安建筑公司的名义参与,宝安建筑公司另行委派他人接手负责后继工程,涉案工程在邓芝华退场后也如期建造竣工并验收交付使用。据此,借用资质行为虽属法律禁止情形,但本案缺乏充分证据证明和荣公司事前知情或事后追认抑或默认邓芝华借用宝安建筑公司的资质并与余文忠合作承建涉案工程的情形。故本案不能因此加重无过错一方和荣公司的民事责任。

其次,和荣公司与宝安建筑公司是否存在故意串通结算而严重损害实际施工人的情形。对此,主要应从工程结算的权利主体和结算过程的合法性予以综合裁判。一是和荣公司是否享有与宝安建筑公司结算涉案工程的权利。因邓芝华已同意宝安建筑公司另委派他人负责二期后继工程,各方均无异议。况且,我国现行法律并无明确规定,在存在借用资质的情形下,工程结算应由实际施工人与发包人单独结算的情形。故和

荣公司、宝安建筑公司基于合同相对性为开展后继工程而结算应属正常履行合同义务行为，邓芝华作为建筑行业从业者对此合同后果也应当具有预见能力。二是工程结算过程是否存在明显不法的情形。2013年10月28日、31日，邓芝华与和荣公司结算确认第一期、第二期（部分）工程总款为75315538元，二期部分面积另结算；已付工程款为72582077元。邓芝华在同年12月31日书面同意退场，此后和荣公司才与宝安建筑公司于2014年1月3日签订《工程量结算书》确认第一期75315538元、已付73002077元。经比对，两次结算并无明显差异。据此，本案现有证据不足以认定两公司的结算行为明显恶意损害实际施工人的利益。

再次，邓芝华、余文忠未能提供证据佐证主张欠付工程款及损失的依据。和荣公司、宝安建筑公司2014年1月3日共同结算确认欠付工程款10857261元，其中：8597795元在签订协议后5日内付清，按第一期结算款3%计算质保金2259466元在2015年4月27日付清。两公司在2015年4月29日最终结算确认和荣公司已付清上述所有工程余款并超付144097元，且有相关结算依据、支付凭证和抵扣事实为证。本案中，邓芝华、余文忠主张工程款未足额清偿和造成经济损失，仅凭个人陈述，缺乏相关证据证明欠付工程款所对应的工程量、工程范围。同时，二人也自行放弃申请人民法院对所涉工程进行造价鉴定。因此，导致本案无法核实邓芝华、余文忠所述欠付工程款、利息、窝工损失的事实，该不利诉讼后果由二人自行承担。

综上所述，在涉案工程结算清偿后，邓芝华、余文忠主张和荣公司仍应承担支付工程款及利息、经济损失缺乏理据，本院不予采信。至于邓芝华、余文忠与宝安建筑公司之间的工程结算纠纷一项，因二人在本案中未请求该公司承担民事责任，其可另循途径主张权益。

类型二、认定发包人未足额支付工程款的情形

420. 尽管发包人提供了其支付工程款的证据，但因其与转包人（违法分包人）并未就案涉工程进行最终结算，故不能证明其不欠付转包人（违法分包人）工程款。在发包人无证据证明其不欠付转包人（违法分包人）工程款的情况下，其应在欠付工程款范围内对实际施工人承担支付工程款的责任。

案例 420. 最高人民法院（2014）民申字第 1132 号“张某等 159 人、甘肃利兴建筑工程有限公司与甘肃民盛房地产开发有限公司劳务合同纠纷案”



最高人民法院再认为，A 房地产开发公司作为本案工程的发包人和业主，在一审中提交了其向 B 工程公司支付工程款的凭据和单方所作的工程结算，主张其已超付工程款；而 B 工程公司根据 A 房地产开发公司支付工程款的凭据和单方所作的工程结算，主张 A 房地产开发公司还欠付工程款。根据《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第二条的规定：“当事人对自己提出的诉讼请求所依据的事实或者反驳对方诉讼请求所依据的事实有责任提供证据加以证明。没有证据或者证据不足以证明当事人的事实主张的，由负有举证责任的当事人承担不利后果。”尽管 A 房地产开发公司提供了其支付工程款的证据，但因其与 B 工程公司并未就案涉工程进行最终结算，故不能证明其不欠付 B 工程公司工程款。在 A 房地产开发公司无证据证明其不欠付 B 工程公司工程款的情况下，二审法院适用《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》第二十六条第二款的规定，判决 A 房地产开发公司在欠付工程款范围内对张某等 159 人承担支付工程款的责任，并无不当。A 房地产开发公司关于本案不具备适用上述司法解释规定条件的理由，本院不予采信。

421. 发包人提供的结算单存在形式瑕疵，无相应证据证实该结算单形成的真实性，发包人应对实际施工人承担连带清偿责任。

案例 421. 内蒙古自治区阿拉善盟中级人民法院（2013）阿民一终字第 58 号“内蒙古广原房地产开发有限公司与陶丽君承揽合同纠纷案”



关于广原公司应否承担连带责任？二审法院认为，内蒙古广原公司将其承包的阿拉善盟政协家属楼项目中的四栋楼违法分包给李天仓，李天仓应支付施工过程中拖欠陶丽君工资 261000 元。内蒙古广原公司提供的结算单证明 2012 年 12 月 7 日已经将李天仓承包工程的工程款全部结算并付清，并未拖欠李天仓的工程款，但该结算单存在形式瑕疵，无相应证据证实该结算单形成的真实性，且内蒙古广原公司在阿拉善盟劳动监察支队处理李天仓拖欠民工工资时，就已知李天仓仍拖欠较大数额的工程款及民工工资。内蒙古广原公司应对实际施工人陶丽君承担连带清偿的责任。

422. 发包人在规定的期限内未能提供其与违法分包人之间结算完毕的证据，视为其与违法分包人之间未进行结算，其应在欠付违法分包人工程款范围内对实际施工人的欠款承担相应责任。

案例 422. 信阳市中级人民法院（2012）信中法民初字第 42 号“苏小划与中铁二十四局集团有限公司淮息高速公路土建六标段项目经理部、郑州民翔建筑劳务有限公司、中铁二十四局集团有限公司建设工程施工合同纠纷案”



法院认为，淮息高速六标段项目部与郑州民翔公司签订的《淮滨至息县高速 6 标段施工协议》是双方真实意思表示，没有违反法律规定，应属有效协议。民翔公司在取得该标段施工资格后，又将该标段部分劳务分包给没有资质的苏小划施工队，双方

签订的《淮息高速六标项目部分工程劳务合同协议》因苏小划施工队没有资质，该协议应属无效协议。中铁二十四局以其只是与民翔公司有合同关系，与苏小划没有合同关系为由提出不应作为本案被告的辩解理由，本院不予支持。按照《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》的规定，实际施工人以发包人为被告主张权利的，发包人应在欠付工程价款范围内对实际施工人承担责任。由于中铁二十四局在本院规定的期限内未能提供其与民翔公司之间结算完毕的证据，故本院视为其与民翔公司之间未进行结算，在欠付民翔公司工程款范围内应对苏小划施工队的欠款承担相应的责任，但《协议》中对违约金的约定只是苏小划与民翔公司之间的约定，不能约束中铁二十四局，故中铁二十四局对违约金及保证金部分不应承担责任。

裁判依据或参考

司法解释及其他

《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）》
(2019年2月1日 法释〔2018〕20号)

第二十四条 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。

第二十五条 实际施工人根据合同法第七十三条规定，以转包人或者违法分包人怠于向发包人行使到期债权，对其造成损害为由，提起代位权诉讼的，人民法院应予支持。

《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》(法释〔2015〕5号)

四、证据

第九十条 当事人对自己提出的诉讼请求所依据的事实或者反驳对方诉讼请求所依据的事实，应当提供证据加以证明，但法律另有规定的除外。

在作出判决前，当事人未能提供证据或者证据不足以证明其事实主张的，由负有举证证明责任的当事人承担不利的后果。

第九十一条 人民法院应当依照下列原则确定举证证明责任的承担，但法律另有

规定的除外：

（一）主张法律关系存在的当事人，应当对产生该法律关系的基本事实承担举证证明责任；

（二）主张法律关系变更、消灭或者权利受到妨害的当事人，应当对该法律关系变更、消灭或者权利受到妨害的基本事实承担举证证明责任。

第九十二条 一方当事人在法庭审理中，或者在起诉状、答辩状、代理词等书面材料中，对于己不利的事实明确表示承认的，另一方当事人无需举证证明。

对于涉及身份关系、国家利益、社会公共利益等应当由人民法院依职权调查的事实，不适用前款自认的规定。

自认的事实与查明的事实不符的，人民法院不予确认。

《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》（2002年4月1日 法释〔2001〕33号）

一、当事人举证

第一条 原告向人民法院起诉或者被告提出反诉，应当附有符合起诉条件的相应的证据材料。

第二条 当事人对自己提出的诉讼请求所依据的事实或者反驳对方诉讼请求所依据的事实有责任提供证据加以证明。

没有证据或者证据不足以证明当事人的事实主张的，由负有举证责任的当事人承担不利后果。

第五条 在合同纠纷案件中，主张合同关系成立并生效的一方当事人对合同订立和生效的事实承担举证责任；主张合同关系变更、解除、终止、撤销的一方当事人对引起合同关系变动的事实承担举证责任。

对合同是否履行发生争议的，由负有履行义务的当事人承担举证责任。

对代理权发生争议的，由主张有代理权一方当事人承担举证责任。

地方司法性文件及其他

江西省高级人民法院《2004年全省法院民事审判工作座谈会纪要》（2004年12月16日 赣高法〔2005〕52号）

九、关于《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》（以下简称《规定》）的有关问题

7. 对同一事实的举证责任, 一方当事人在完成根据其事实主张充分举证后, 举证责任向另一方移转。另一方根据其抗辩进行举证, 提出足以推翻前一事实的证据后, 举证责任向对方移转。在举证责任倒置时, 负有举证义务的一方当事人对其法定举证义务的事项进行充分举证后, 举证责任向另一方移转。在同一事实的证明上, 举证责任可以发生多次移转。

安徽省宣城市中级人民法院《关于审理建设工程施工合同纠纷案件若干问题的指导意见(试行)》(宣中法〔2013〕19号)

损失赔偿及责任承担

第二十二条 实际施工人以发包人和转包人或违法分包人为共同被告主张工程款, 发包人未能举证证明其已付清工程款的, 人民法院可以判决发包人在欠付的工程款范围内对转包人或违法分包人应支付实际施工人的工程款承担连带责任。

第5节 转包违法分包人权利

——实际施工人, 应交管理费? (管理费用)

类型一、不应收取管理费

423. 无效合同中关于管理费的约定违反法律规定无效, 违法分包人收取实际施工人管理费没有法律依据, 不应支持。

案例 423. 宁夏回族自治区高级人民法院(2012)宁民再终字第9号“宁夏回族自治区第五建筑工程公司、宁夏回族自治区第五建筑工程公司第四分公司与蒋涛建设工程施工合同纠纷案”



二审法院认为，蒋涛无施工资质借用有资质的区建五公司的名义进行施工，依照《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》第一条的规定，蒋涛与区建五公司四分公司签订的《责任合同书》为无效合同。根据蒋涛与区建五公司四分公司签订的《责任合同书》的约定，各种税费共 18.58%，其中前期费用是工程的前期实际支出，应由实际施工人蒋涛来承担；税金依法向国家缴纳，蒋涛亦应支付；管理费的约定违反法律规定，约定无效，故蒋涛应承担前期费用及各种税费共 8.58%。

区建五公司、区建五公司四分公司申请再审称，二审法院认定管理费的约定违反法律规定，约定无效，属认定事实错误。按照《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷有关问题的司法解释》的相关规定，虽然合同无效，但是应该按照有效合同的约定结算工程价款。

再审争议焦点：应否支持违法分包人区建五公司、区建五公司四分公司请求依据《责任合同书》的约定，收取蒋涛的管理费？

再审裁判要点：区建五公司四分公司与蒋涛签订的《责任合同书》，因蒋涛无施工资质，其借用有资质的区建五公司的名义进行施工，依照《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》第一条第（二）项的规定，蒋涛与区建五公司四分公司签订的《责任合同书》为无效合同。鉴于蒋涛施工的部分工程已由区水利学校实际使用，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》第二条的规定，蒋涛作为实际施工人，可以主张工程价款。但作为违法分包人区建五公司、区建五公司四分公司请求依据《责任合同书》的约定，收取蒋涛的管理费，没有法律依据，申请再审人的该项请求不能成立。

424. 承包人将其承包工程非法转包给没有资质的实际施工人承建，合同无效，双方关于收取管理费的约定违反法律规定，不予支持。

案例 424. 四川省高级人民法院（2014）川民终字第 364 号“张玉龙与四川省新诚装饰工程有限公司、攀枝花友帮房地产开发有限公司建设工程施工合同纠纷案”



关于工程公司应否按约收取 6% 的管理费问题。二审法院认为，张某与 A 工程公司于 2010 年 12 月 21 日签订的《工程项目承包协议》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》第四条“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。人民法院可以根据《中华人民共和国民事诉讼法通则》第一百三十四条规定，收缴当事人已经取得的非法所得”的规定，2010 年 12 月 21 日，A 工程公司与张某签订《工程项目承包协议》约定：张某为 A 工程公司的项目承包法定责任人；由张某自行组建同乐世界家居广场室内装饰工程项目部，负责同乐世界家居广场室内装饰工程项目部工作，A 工程公司向张某收取工程总造价 6% 的管理费。双方约定表明，A 工程公司将其承包工程非法转包给没有资质的实际施工人张某承建，双方签订的《工程项目承包协议》无效，双方约定 A 工程公司按工程总造价 6% 收取管理费已违反法律规定，A 工程公司的该上诉请求本院不予支持。

425. 非法转包合同无效，判令转包人将实际施工前便已经收取的管理费向实际施工人予以返还，而非予以收缴，充分考虑了司法解释本意和具体情况，适用法律正确。

案例 425. 最高人民法院（2014）民抗字第 10 号“申诉人（一审被告、二审被上诉人）湖北中民建筑工程有限公司与被申诉人（一审被告、二审上诉人）胡俊雄、一审第三人中国化学工程第十六建筑公司建设工程施工合同纠纷案”



湖北省高级人民法院二审认为，本案中，中民建公司与胡俊雄签订的《设备租赁合同书》因中民建公司非法转包而无效，胡俊雄已向中民建公司交纳管理费 105 万元，中民建公司依据无效的《设备租赁合同书》，收取胡俊雄的管理费 105 万元没有法律依据，应向胡俊雄予以返还。一审法院认定胡俊雄还应向中民建公司交纳管理费 414000 元不当，予以纠正。该院于 2012 年 1 月 5 日作出（2011）鄂民一终字第 22 号民事判决：一、撤销湖北省宜昌市中级人民法院（2010）宜中民二初字第 00019 号民事判决；二、中民建公司在本判决生效后十日内向胡俊雄支付工程款 830979 元；三、中民建公

司在本判决生效后十日内返还胡俊雄交纳的管理费 105 万元；四、驳回胡俊雄的其他诉讼请求。

中民建公司不服湖北省高级人民法院上述二审判决，申请再审。

法院再审审查认为，关于二审判决适用法律是否错误的问题。《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》第一条规定：“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：（一）承包人未取得建筑施工企业资质或者超越资质等级的”。中民建公司与胡俊雄签订的协议名为租赁，实为承包，因胡俊雄属于无相应资质的个人，合同无效，二审适用法律并无不当。本案中，胡俊雄与中民建公司签订的合同被确认无效后，中民建公司依据该合同收取的管理费应当依法返还，胡俊雄并未表示放弃该项利益。因此，二审法院认定本案合同无效，并依法判令中民建公司返还收取的 105 万元管理费，不属于超出当事人的诉讼请求。本院于 2012 年 10 月 22 日作出（2012）民申字第 832 号民事裁定：驳回中民建公司的再审申请。

中民建公司不服，向检察机关申诉，最高人民检察院向本院提出抗诉。

最高人民检察院抗诉认为，湖北省高级人民法院（2011）鄂民一终字第 22 号民事判决适用法律错误。主要理由如下：

《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》第四条规定：“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。人民法院可以根据民法通则第一百三十四条规定，收缴当事人已经取得的非法所得。”《中华人民共和国建筑法》第六十七条第一款规定：“承包单位将承包的工程转包的，或者违反本法规定进行分包的，责令改正，没收违法所得，并处罚款，可以责令停业整顿，降低资质等级；情节严重的，吊销资质证书。”收缴或者没收非法转包、违法分包的非法所得，充分体现了法律对非法转包、违法分包行为的否定性评价，立法目的在于规范建筑市场，保证建筑工程质量，进而保证人民群众生命、财产安全。具体到本案，中民建公司依据无效的《设备租赁合同书》取得的 105 万元管理费，系违法分包所得，是典型的非法所得，无论是判归中民建公司还是返还胡俊雄，都没有法律依据，应当予以收缴。而且，胡俊雄本人也认为应当“依法收缴”该 105 万元非法所得，在诉讼中多次明确提出这一请求，并未请求返还该 105 万元。

二审判决在认定该 105 万元管理费系非法转包所得、胡俊雄本人也请求依法收缴

的前提下，却根据《中华人民共和国合同法》第五十八条关于无效合同应返还财产的规定，判令中民建公司将105万元退还给胡俊雄，使违法者胡俊雄不仅未受到应有的惩戒反而意外获利——既取得了工程款，又省下了依照合同本应交纳的管理费。这有违“任何人不得从自己的过错中获利”的基本法理，与《中华人民共和国建筑法》《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》等法律规定的立法目的背道而驰，鼓励了违法行为，也会扰乱建筑业市场秩序，进而危害人民群众的生命、财产安全，适用法律明显错误。

中民建公司申诉称，部分同意检察机关的抗诉意见。中民建公司并不是将工程甩手转包给胡俊雄后一切不管，从中渔利，而是自始至终参加管理，且为工程支付了费用，这些费用理应摊入工程成本，并从工程款中收回来。因此，该“管理费”并非“违法所得”。即便认定为“违法所得”，也应当将中民建参加管理的成本扣除后如果有剩余的才能上缴国库。原审判令将105万元的管理费全部退还胡俊雄明显错误，且超出胡俊雄的诉讼请求。此外，原审判决对胡俊雄应当承担的费用和领取的工程款数额以及判令中民建公司返还胡俊雄工程款数额认定错误。综上，请求撤销原审判决，查清管理费的属性，返还中民建公司项目的实际开支。

胡俊雄辩称，1. 根据合同法的规定合同无效应当返还，原审判决有法律依据。建筑工程违法分包收缴非法所得，不应该由法院收缴，而是行政处罚，由其他机关进行处理，本案不适用建筑法。2. 胡俊雄在原审中是建立在合同有效的情况下提出诉讼请求，法院认定合同无效进行处理，与胡俊雄的诉请并不矛盾，胡俊雄也没有放弃主张105万元管理费的权利。原审判决关于返还105万元管理费的判项完全合法，相反对于中民建公司非法收取的管理费应该由其他有权机关进行收缴，请求驳回检察机关的抗诉，维持原审判决。

十六化建公司声称，原审判决认定事实清楚，其他跟第三人无关，故无法发表意见。

除原审查明事实外，本院再审补充查明如下事实：《工程劳务分包协议书》约定十六化建公司收取中民建公司管理费130万元，但双方结算时除去工程终审金额630万元外，十六化建公司却补给中民建公司管理费100万元。对此，十六化建公司声称中民建公司前期比较辛苦所以给付，既然给了就不再去说了，在公司的账目中有。中民建公司亦承认这个100万元管理费与胡俊雄没有任何关系，是十六化建公司对中民建公司的补偿。

最高人民法院再审认为，根据《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉审判监督程序若干问题的解释》第三十三条的规定，检察机关抗诉的，人民法院应当在抗诉支持当事人请求的范围内审理再审案件。本案需要解决的关键问题是：二审判决判令中民建公司将105万元管理费退还给胡俊雄是否适用法律错误。

本案中，中民建公司将承包的案涉工程以设备租赁方式转包给胡俊雄，违反了《中华人民共和国建筑法》第六十七条第一款“承包单位将承包的工程转包的，或者违反本法规定进行分包的，责令改正，没收违法所得，并处罚款，可以责令停业整顿，降低资质等级；情节严重的，吊销资质证书”的规定，但承担该“行政处罚性”法律责任的主体应该是中民建公司。而且《中华人民共和国建筑法》第七十六条第一款还明确规定：“本法规定的责令停业整顿、降低资质等级和吊销资质证书的行政处罚，由颁发资质证书的机关决定；其他行政处罚，由建设行政主管部门或者有关部门依照法律和国务院规定的职权范围决定。”

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》第四条规定：“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。人民法院可以根据民法通则第一百三十四条规定，收缴当事人已经取得的非法所得。”上述司法解释通过对“非法转包”等无效行为取得的“非法所得”规定“可以”进行收缴，目的在于平衡当事人之间的利益关系，及时制裁违法行为，进一步规范建筑市场，保证建筑工程质量，进而保证人民生命、财产安全。对建设工程施工合同中的民事违法行为是否惩罚应根据案件实际情况及当事人违法情节而定，不能因为适用惩罚措施而导致当事人利益严重失衡。

本案中，105万元管理费是中民建公司与胡俊雄签订合同后，胡俊雄即支付中民建公司的。此外，《工程劳务分包协议书》约定十六化建公司收取中民建公司管理费130万元，但双方结算时除去工程终审金额630万元外，十六化建公司又补给中民建公司管理费100万元。实际上，中民建公司除了已经取得胡俊雄上交的105万元管理费外，还另外从十六化建公司获得管理费100万元。中民建公司亦承认这个100万元管理费与胡俊雄没有任何关系，是十六化建公司对中民建公司的补偿。胡俊雄组织几十名民工施工，最终完成了挖运工程，且验收合格，其理应获得施工的劳务费。如果将该105万元管理费予以收缴，则胡俊雄仅得525万元劳务费，与其付出的劳动不相符。而非法转包的中民建公司在收取的胡俊雄105万元管理费被收缴后，仍然获得了十六化建

公司补偿中民建公司的 100 万元管理费，势必造成新的不平衡，激发新的矛盾。

二审判决综合考虑上述实际情况，在中民建公司与胡俊雄签订的《设备租赁合同书》因中民建公司非法转包而无效的情况下，判令中民建公司将实际施工前便已经收取的 105 万元管理费向胡俊雄予以返还，而非予以收缴，充分考虑了司法解释本意和本案具体情况，适用法律并无不当。检察机关上述抗诉意见，不符合本案的实际情况，亦不符合本院司法解释规定的精神，本院不予支持。

综上，原审判决适用法律并无错误，应予维持。依照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百零七条第一款、第一百七十条第一款第（一）项之规定，判决维持湖北省高级人民法院（2011）鄂民一终字第 22 号民事判决。

426. 承包人出借资质给实际施工人签订合同，其并未参与涉案工程项目的组织、施工、管理，双方对于管理费的约定不受法律保护，对其主张扣除工程款税金及扣除约定管理费的主张，不予支持。

案例 426. 江苏省高级人民法院（2014）苏民终字第 0221 号“李英与常州第一建筑集团有限公司、江苏宏大建设集团有限公司等建设工程施工合同纠纷案”



2007 年 10 月 8 日，金湖县家和花园房地产有限公司（以下简称家和公司）与常州一建签订《建设工程施工合同》，约定家和公司将其开发的金湖县家和花园小区工程交由常州一建承建。

2007 年 10 月 30 日，常州一建南京分公司（甲方）与宏大公司（乙方）签订《建筑工程分包协议》，工程承包范围为：商场、3 号楼、人防地下室水电安装。

2007 年 10 月 30 日，宏大公司（甲方）与金湖家和花园水电项目部责任人李英（乙方）签订《项目承包协议》，约定李英以宏大公司资质承接常州一建承接的金湖家和花园水电安装工程，李英作为宏大公司的施工队伍负责施工。甲方为乙方提供企业资质和各种证照，为乙方提供工程招投标服务和工程施工管理的监督检查。乙方作为金湖家和花园水电安装工程项目部承包人，服从甲方管理，遵守甲方各项规定制度。乙方按分包合同价的 1% 向甲方缴纳管理费，国家或地方管理部门所收的各项费用

(包括税金)均由乙方自理。须有甲方代理的,由甲方直接从乙方账上代收代付。乙方在承包期内对工程质量、安全生产和合同履行全面负责。双方还就其他事项进行约定。

后李英施工完毕后将工程交付家和公司使用。

2012年9月28日,李英提起诉讼,请求判令宏大公司、常州一建、常州一建南京分公司支付工程款。

争议焦点:宏大公司主张扣除工程款税金及扣除约定管理费的意见应否支持。

裁判要点:李英挂靠宏大公司承接工程,宏大公司没有参与工程项目的管理与施工,李英作为实际施工人应承担法定权利与义务。根据宏大公司与常州一建签订的《建筑工程分包协议》以及宏大公司与李英签订的《项目承包协议》约定,税金应当由李英承担。对于工程款税金,各纳税义务人应当按照税收法律制度的规定进行缴纳,宏大公司主张扣除,没有法律依据,不予理涉。对宏大公司要求扣除管理费的主张,法院认为,宏大公司仅是借用资质给李英签订合同,并未参与涉案工程项目的组织、施工、管理,双方对于管理费的约定不受法律保护,对其主张,不予采纳。

427. 工程合同无效,双方计取管理费的约定无法律约束力,计取管理费也不属于结算工程价款的内容,转包人收取管理费的主张不予支持。

案例 427. 吉林省高级人民法院(2014)吉民一终字第186号“梅河口市满龙建材销售有限责任公司与山东恒泰工程集团有限公司建设工程施工合同纠纷案”



关于管理费的问题。二审法院认为,因恒泰公司与满龙公司签订的《工程施工合同》及后续转包工程的约定无效,根据《中华人民共和国合同法》第五十六条关于“无效的合同或者被撤销的合同自始没有法律约束力。合同部分无效,不影响其他部分效力的,其他部分仍然有效”的规定,当事人关于管理费的约定已无法律约束力,且计取管理费并不属于结算工程价款的内容。故恒泰公司收取管理费的主张即无法律依据,又无事实依据,本院不予支持。

类型二、管理费由人民法院收缴

428. 施工协议无效，管理费应依法收缴，法院另行制作民事制裁决定书。

案例 428. 河南省濮阳市中级人民法院（2012）濮中法民再终字第 20 号“高某某与濮阳市 A 建筑安装工程有限公司、濮阳市 A 建筑安装工程有限公司第四分公司建设工程施工合同纠纷案”



濮阳县人民法院一审认为，濮阳市 A 建筑安装工程有限公司第四分公司（简称第四分公司）以濮阳市 A 建筑安装工程有限公司的名义承包了天然小区 6 号住宅楼工程后，又将此工程委托高某某承建，双方约定的按工程总造价的 5.5% 提成管理费，是双方真实意思的表示，在双方自愿协商的基础上达成，且第四分公司在工程招标、拨付进度款、到工地监工、协调关系等方面作了大量工作，服务于高某某施工，第四分公司收取的管理费是正当收入，应从工程款中扣除。

一审判决生效后，检察院抗诉认为，第四分公司与高某某签订《施工协议》是转包合同，高某某没有施工资质，该协议属于无效协议，不受法律保护，第四分公司依据该协议收取高某某管理费及风险金没有法律依据，依据《中华人民共和国合同法》第五十八条及《最高人民法院〈关于审理建设工程施工合同纠纷适用法律问题的解释〉》（以下简称《解释》）第四条规定，第四分公司将收取的风险金和管理费要么返还高某某，要么应予以收缴。原审判决认为风险金和管理费的约定有效并支持第四分公司收取，明显违反法律规定，判决结果显失公正。

一审法院再认为，第四分公司以濮阳市 A 建筑安装工程有限公司的名义承包了油田天然气小区 6 号住宅楼工程后，又将此工程委托高某某承建，第四分公司虽与没有资质的高某某签订施工协议，但高某某所承建的中原油田天然气总厂十二房管所 6 号住宅楼经验收为合格工程，合同应认定为有效，但第四分公司按 5.5% 收取管理费明显过高，显失公平，故对于双方管理费的约定不予支持。对管理费酌定按 3% 计算，第四分公司多收取的管理费 48495 元应予以退回。第四分公司辩称高某某属其第四分

公司一处，没有事实依据，不予采信。第四分公司属濮阳市 A 建筑安装工程有限公司的分支机构，濮阳市 A 建筑安装工程有限公司应对第四分公司的经营活动承担民事责任，偿还第四分公司的债务。

法院再审判决，一、维持濮阳县人民法院（2006）濮民初字第 403 号民事判决书第一项（已履行）；二、被告第四分公司退还高某某工程款 48495 元，被告第四分公司不能履行部分，由被告濮阳市 A 建筑安装工程有限公司承担补充偿还责任，限判决生效十日内履行完毕；三、驳回原告高某某的其他诉讼请求。一审案件受理费 6710 元，财产保全费 1420 元，其他诉讼费 2270 元共计 10400 元，高某某负担 7123 元，第四分公司负担 3277 元（已履行）。

濮阳市 A 建筑安装工程有限公司、第四分公司上诉称，第四分公司与高某某 2003 年 7 月签订的施工协议中所做“按总决算造价的 5.5% 提取”的约定，是双方真实意思表示，不违反法律禁止性规定，并非显失公平，高某某在签订协议后的 6 年时间里从未请求变更，原审酌定按 3% 计算没有事实根据。请求二审改判。

高某某辩称，第四分公司是将工程转包给高某某，高某某是个体户，没有资质，不是第四分公司的工作人员，只是用对方的手续，第四分公司按 5.5% 收取管理费比例过高。请求二审维持原判。

二审法院认为，第四分公司在从中原石油勘探局房产管理处承包工程后，又与高某某签订《施工协议》，由高某某直接对中原油田天然气总厂十二房管所 6 号住宅楼工程进行施工，属工程承包人非法转包的情形，依照《解释》第四条之规定，该《施工协议》应当认定为无效。但是本案所涉建设工程竣工验收合格，依照《解释》第二条之规定，可参照双方在《施工协议》中的约定计付工程价款。在《施工协议》中，双方明确约定了工程款、税金、管理费的计算和拨付方式，高某某主张《施工协议》中约定管理费按总决算造价的 5.5% 提取的比例过高，缺乏充分依据，本院不予支持，双方当事人仍应当按照《施工协议》中的约定计算第四分公司所应给付高某某工程款的金额，即 94525 元。综上，原审判决适用法律错误。

二审法院判决，一、撤销濮阳县人民法院（2006）濮民初字第 403 号民事判决和（2008）濮法再初字第 19 号民事判决；二、第四分公司支付高某某工程款 94525 元，濮阳市 A 建筑安装工程有限公司承担补充清偿责任（该项已履行完毕）；三、驳回高某某的其他诉讼请求。

后河南省检察院抗诉认为，濮阳市中级人民法院（2010）濮中法民一终字第 492

号民事判决，适用法律错误，判决结果显失公正。首先该判决既已认定第四分公司与高某某签订的《施工协议》属于非法转包的无效协议，又判决按照该协议约定支付工程款、收取管理费、质量担保金等，是对《解释》作了片面理解。《解释》第二条规定：“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的约定支付工程款的，应予支持。”该条规定显然是为了保护实际施工人的实际劳动付出而作的规定，因此仅规定支持承包人一方的工程款请求，而不包括支持非法转包一方的管理费等请求。其次，关于非法转包人的处理。《解释》第四条的规定非常明确：“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，人民法院可根据《中华人民共和国民事诉讼法》第一百三十四条规定，收缴当事人已经取得的非法所得。”第四分公司非法转包，其收取高某某 5.5% 的管理费和 20000 元的质量保证金是非法的，原审法院却判决予以支持，显然错误地理解了法律规定。

高某某申诉称，濮阳市 A 建筑安装工程有限公司收取质量保证金和管理费，既无法律依据亦无事实依据，给申诉人造成巨大损失。质量保证金和管理费其实都是工程款的一部分，应当返还申诉人，濮阳市中级人民法院适用法律错误。

濮阳市 B 建筑安装工程有限公司及第四分公司答辩称，高某某是第四分公司的一个施工处，该工程不是非法转包，收取管理费用及质量保证金正当，因为第四分公司在高某某施工过程中尽到了管理义务，且高某某的工程没有达到约定的合格，故收取质保金也是合情合理的。

二审法院再审认为，原第四分公司在从中原石油勘探局房产管理处以前濮阳市 A 建筑安装工程有限公司的名义承揽工程后，又与没有施工资质的高某某签订施工协议，由高某某直接对中原油田天然气总厂十二房管所 6 号住宅楼工程进行施工，属工程承包人非法转包的情形。被申诉人第四分公司辩称高某某是分公司下属的施工一处，但不能提供相应证据，故其答辩理由不予采纳。原判既已认定该施工协议无效，又判决按协议约定支持管理费和质保金的收取与《解释》第四条规定相悖，故抗诉机关认为管理费和质保金应依法收缴的意见，予以支持；本院依法予以收缴，另行制作民事制裁决定书。高某某明知其无资质仍与第四分公司签订施工协议，其要求返还管理费及质保金的意见，不予支持。判决维持（2010）濮中法民一终字第 492 号的判决。

类型三、管理费不应由人民法院收缴

429. 人民法院收缴的对象为当事人已经取得的非法所得，在没有证据证明已经实际收取管理费的情况下，对收缴非法所得的请求不予支持。

案例 429. 江苏省高级人民法院（2014）苏民终字第 0039 号“江苏中厦集团有限公司与无锡市翠竹房地产开发有限公司、江苏东兴建设工程有限公司建设工程施工合同纠纷案”



二审法院认为，《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》第四条规定：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。人民法院可以根据民法通则第一百三十四条规定，收缴当事人已经取得的非法所得。人民法院收缴的对象为当事人已经取得的非法所得，本案中房地产公司没有证据证明建设公司已经实际收取管理费，故对该项请求不予支持。

430. 应将管理费支出与违法所得加以区分，如认为确需要收缴与本案相关的违法所得，应在查清违法所得具体数额后，由院长批准，另行制作民事制裁裁定书予以处置。

案例 430. 安徽省合肥市中级人民法院（2014）合民一终字第 00150 号“安徽湖滨建设集团有限公司与邱克讯返还工程款纠纷案”



关于管理费应否收缴？二审法院认为，湖滨公司承接信泰国际花园小区工程后，将其中 9 号、10 号楼工程以内部承包方式交给邱克讯施工，邱克讯不是湖滨公司员工，与湖滨公司之间不存在隶属关系，邱克讯也无承建建设工程的资质，双方签订的《内

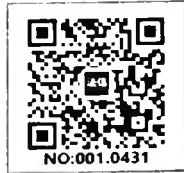
部承包协议》无效。

依据法律规定合同无效，工程质量合格的，实际施工人可参照合同约定请求给付工程款。依据双方合同中湖滨公司向邱克讯收取 8.8% 管理费的约定，邱克讯实际取得工程款应为工程总造价的 91.2%。双方在结算中，邱克讯也按 8.8% 的比例实际扣减了管理费。湖滨公司在承接信泰国际花园小区工程后，虽将工程分别转包给邱克讯等人施工，但为整个工程砌围墙，修建临时道路，搭建厕所等，统一为各项目部提供建筑主要材料钢筋水泥等，并派出多名工程技术及管理人员为整个工程质量和工期等服务，并按规定交纳税金及各项税费。湖滨公司收取的管理费除交纳税金后仍有大量费用支出，一审再审未能将管理费支出与违法所得加以区分，即在判决中直接予以收缴，既无事实根据，亦无法律依据。根据《中华人民共和国民法通则》第一百三十四条第三款及《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见（试行）》第 163 条的规定，人民法院在民事诉讼中，对与案件有关的违法行为给予收缴违法所得等民事制裁的，必须经本院院长批准，另行制作民事制裁决定书予以处理，不宜在涉及当事人民事权益处分的判决书中直接收缴违法所得，故对一审判决中关于收缴违法所得的判项二审应予撤销。一审法院如认为确需要收缴与本案相关的违法所得，应在查清违法所得具体数额后，由该院院长批准，另行制作民事制裁决定书予以处置。

431. 对已经取得的非法所得予以收缴，对于约定取得但没有实际取得的财产不适用收缴的民事制裁措施。

《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的解释》第四条规定：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。人民法院可以根据《中华人民共和国民法通则》第一百三十四条规定，收缴当事人已经取得的非法所得。该司法解释条款将非法所得的范围限定在已经实际取得的财产范围内，其理由为在合同被认定无效的情况下，如果对约定取得的财产采用收缴的制裁措施，等同于无效合同被强制履行，不仅与合同无效的法律后果相悖，亦会导致收缴范围的不当扩大。由此该司法解释明确规定对已经取得的非法所得予以收缴，对于约定取得但没有实际取得的财产不适用收缴的民事制裁措施。

案例 431. 最高人民法院（2014）民一复字第3号“河南四建股份有限公司与中国能源建设集团山西省电力建设二公司等建设工程施工合同纠纷案”



河南省高级人民法院在审理上诉人潘吉祥、上诉人山西电建二公司与被上诉人河南四建建设工程施工合同纠纷一案中，查明河南四建将其承包的云南大唐红河发电有限责任公司开远电厂2×300mw工程中的210 / 8.0米烟囱建设工程非法转包给潘吉祥个人进行施工，并约定按工程结算价款的5%收取潘吉祥的管理费，该费用共计453080.36元。依照《中华人民共和国民法通则》第一百三十四条第三款、《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的解释》第四条的规定，决定从山西电建二公司应支付河南四建的2116612.69元工程款中扣除河南四建的非法所得款453080.63元，予以收缴。

申请复议人河南四建股份有限公司（以下简称河南四建）因不服河南省高级人民法院（2013）豫法民三终字第00070-1号民事制裁决定，向最高人民法院申请复议，请求撤销该民事制裁决定。主要理由：1. 中国能源建设集团山西省电力建设二公司（以下简称山西电建二公司）应付给河南四建的2116612.69元工程款，不是非法所得。

2. 退一步讲, 假如山西电建二公司应付给河南四建公司工程款的 5% 是非法所得, 基于本案情况和司法解释的规定, 也不应予以收缴。

最高人民法院认为, 《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》第四条规定: 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。人民法院可以根据《中华人民共和国民事诉讼法》第一百三十四条规定, 收缴当事人已经取得的非法所得。该司法解释条款将非法所得的范围限定在已经实际取得的财产范围内, 其理由为在合同被认定无效的情况下, 如果对约定取得的财产采用收缴的制裁措施, 等同于无效合同被强制履行, 不仅与合同无效的法律后果相悖, 亦会导致收缴范围的不当扩大。由此该司法解释明确规定对已经取得的非法所得予以收缴, 对于约定取得但没有实际取得的财产不适用收缴的民事制裁措施。从本案查明的事实看, 虽然河南四建将其承包的云南大唐红河发电有限责任公司开远电厂 $2 \times 300\text{mw}$ 工程中的 210/8.0 米烟囱建设工程非法转包给潘吉祥个人进行施工, 并约定了按工程结算价款的 5% 收取潘吉祥的管理费, 但该项非法收益仅为约定取得, 而非实际取得。质言之, 河南四建作为约定取得方并未因其非法转包行为获得上述管理费, 而潘吉祥作为约定支付方, 亦没有因为无效合同获得利益。因此, 在该项管理费没有约定交付时间, 河南四建亦未予主张的情况下, 二审判决将该笔管理费从山西电建二公司应付河南四建的工程款中直接扣除并收缴, 与司法解释的规定相违背, 适用法律不当, 本院予以纠正。

综上, 河南四建申请复议的理由成立。本院复议决定如下: 撤销 (2013) 豫法民三终字第 00070-1 号民事制裁决定。

类型四、按合同约定收取管理费

432. 双方签订的工程分包合同虽被认定为无效，但应参照合同约定从应付工程款中扣除管理费。

案例 432. 山西省高级人民法院（2014）晋民终字第 116 号“山东省显通安装有限公司与中煤第六十八工程有限公司建设工程合同纠纷案”



关于安装公司应否支付 12% 的管理费？二审法院认为，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》第二条的规定，建设工程竣工验收合格的，承包人请求参照合同支付工程价款的，应予支持。本案中双方签订的工程分包合同虽被认定为无效，但应参照合同约定从应付工程款中扣除 12% 的管理费。

433. 转包合同无效，但上交管理费属于双方结算条款的重要内容之一，且转包人履行了合同约定义务，实际施工人应当参照内部承包合同的约定向转包人支付管理费。

案例 433. 湖南省高级人民法院（2014）湘高法民一终字第 50 号“周志明与湖南星沙建筑有限公司、湖南省大同房地产开发有限公司、第三人张安民建设工程施工合同纠纷案”



关于星沙公司上诉提出周志明应上交 2.5% 的管理费的问题，二审法院认为，双方内部承包合同约定周志明向星沙公司上交 2.5% 的管理费，虽然该内部承包合同系转包合同而无效，但上交管理费属于双方结算条款的重要内容之一，且星沙公司履行了合同约定义务，派驻了管理人员，尤其是在工程后期，负责了工程扫尾、质量整改和竣

工验收、结算等工作以及多次诉讼纠纷的处理。因此，周志明应当参照内部承包合同的约定向星沙公司支付管理费。本案工程总造价 35286055.76 元，按 2.5% 计管理费应为 882151 元，星沙公司已扣收管理费 223000 元，周志明还应上交管理费 659151 元。一审判决星沙公司支付工程款时未扣除其应得管理费不当，应予纠正。

434. 当事人将上交管理费约定在合同的“工程价款结算办法”中，名称虽约定为管理费，但该约定仍应属双方对工程价款计价方式的约定，故应按此约定扣减。

案例 434. 青海省高级人民法院（2013）青民一终字第 35 号“江苏伟业建设集团有限公司与西宁华远建筑劳务有限公司建设工程施工合同纠纷案”



二审法院认为，《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》第二条规定，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。因双方将华远公司按合同总造价的 5% 向伟业公司上交管理费约定在合同的“工程价款结算办法”中，因此，5% 的名称虽在合同中约定为管理费，但该约定仍应属双方对工程价款计价方式的约定，故应按此约定扣减。

435. 合同虽无效，但根据《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》第二条规定，转包人、违法分包人可以参照合同约定向实际施工人收取管理费。

案例 435. 重庆市高级人民法院（2014）渝高法民提字第 00032 号“重庆市南岸区六发建筑劳务有限公司与黄俊文，重庆建工集团股份有限公司建设工程施工合同纠纷案”



关于管理费 14325 元是否在黄某应收款项中抵扣的问题。法院再审认为，黄某系不具备建筑劳务承包资质的自然人，其与 A 建筑劳务公司于 2006 年 6 月 4 日签订的《劳务协议》应为无效。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》第二条规定，黄某可以参照合同约定要求支付工程款。鉴于《劳务协议》第一条约定 A 建筑劳务公司向黄某收取劳务费总额的 0.7% 管理费。故黄某在本案中应得工程款金额为涉案工程主体部分价款扣除管理费后的金额。

436. 转包人与实际施工人之间非内部承包关系，系无效的法律关系，不应再收取约定的管理费。但转包人组织了一定的人员对实际施工人的施工进行了管理，根据公平原则，结合双方约定，实际施工人应向转包人支付管理费。

案例 436. 上海市第二中级人民法院（2013）沪二中民二（民）终字第 1450 号“上海新宝建筑安装工程有限公司、李健建设工程施工合同纠纷案”



关于本案中李健与新宝公司间关于工程施工性质的认定及李健是否应承担工程总价 14% 的管理费，二审法院认为，李健认为其并非新宝公司内部员工，与新宝公司之间并非内部承包而系新宝公司将工程转包给无施工资质的个人施工，系无效的法律关系，不应再收取约定的管理费。虽然本院观点同于原审法院，认定双方间施工法律关系无效，但本案中有证据证明新宝公司组织了一定的人员对李健的施工进行管理，如黄伟忠对现场的管理，财务对工程款的管理等等。根据公平原则，李健理应支付一定管理费。结合双方约定，本院认定李健应支付新宝公司 14% 的管理费（含 5.33% 税费和规费）。李健认为合同无效其无需支付管理费的上诉意见缺乏依据，本院不予采纳。

437. 无效合同对于管理费收取标准作了约定，应参照执行。

案例 437. 上海市第一中级人民法院（2015）沪一中民二（民）终字第 1571 号“杨建国诉席海良等建设工程施工合同纠纷案”



关于管理费问题。二审法院认为，席海良从四川武通处承接工程后，又将工程非法转包给无施工资质的杨建国，故本案系争劳务施工合同应为无效，原审判决对此认定正确。本案系争劳务施工合同对于席海良应收取的管理费标准作了约定，这一约定亦是双方结算工程款的约定内容之一，虽然系争合同无效，但根据相关司法解释规定，合同约定的结算内容仍可参照执行，故上诉人杨建国要求扣除该管理费的主张与双方约定不符，亦不符合法律规定，本院不予支持。

438. 管理费是合同约定的一部分，合同无效应参照合同约定支付工程价款。

案例 438. 上海市第二中级人民法院（2012）沪二中民二（民）终字第 711 号“费某某与舟山市名洋石化有限公司建设工程施工合同纠纷案”



二审法院认为，涉案工程由名洋公司发包给泓旭公司总包，泓旭公司再以内部承包的形式交由费某某、舒某某施工，原审法院认定系费某某、舒某某以内部承包的名义，借用泓旭公司资质，并据此认定相关合同无效，本院予以认同。虽合同无效，但涉案工程已经竣工验收合格，根据法律规定，可参照合同约定支付工程价款。费某某、舒某某与泓旭公司之间就管理费的约定，亦是合同约定的一部分，故原审法院判决费某某、舒某某按约承担管理费，理由得当。

439. 合同无效，但案涉工程竣工后验收合格，故应参照合同约定计算工程价款，合同明确约定了管理费，同时约定了监督管理责任，不存在违反法律、行政法规强制性规定的情形，不应支付管理费的理由不能成立。

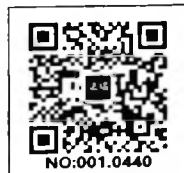
案例 439. 最高人民法院（2015）民申字第 3185 号“杨云九与曾俊辉、曾智勇等建设工程分包合同纠纷案”



关于曾俊辉依据《工程承包协议》约定提取管理费是否符合法律规定的问题。法院再审认为，依照《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》第二条关于“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”的规定，曾俊辉和杨云九签订的《工程承包协议》虽然应当认定无效，但案涉工程竣工后验收合格，故应参照合同约定计算工程价款。而本案双方当事人在《工程承包协议》已明确约定曾俊辉收取工程总价 11% 的管理费，同时约定曾俊辉派驻至少 2 名管理人员负责与业主的协调、工程进度、质量、安全的监督管理，该管理费的约定条款亦不存在违反法律、行政法规强制性规定的情形，故杨云九关于其不应支付管理费的再审申请理由不能成立。

440. 合同因实际施工人不具备施工资质而无效，但工程验收合格，应依照合同约定请求支付工程款，双方关于交付管理费的约定，应当作为双方结算的依据，实际施工人以合同无效为由主张返还管理费不予支持。

案例 440. 济南市中级人民法院（2017）鲁 01 民终 2689 号“焦明让与邹学明等建设工程合同纠纷案”



关于焦明让主张的涉案工程款是否应当扣除 7% 的管理费问题。二审法院认为，《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》第二条规定：“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。”本案中，焦明让与邹学明、石峰签订的《长清区文昌街道办事处袁庄村安置房合作协议》虽然因实际施工人焦明让不具施工资质而无效，但该工程所涉部分房屋已经实际入住，故应当视为焦明让所施工的竣工验收合格，现其依照合同约定请求支付工程款，应予支持。上述合作协议第六条约定：“甲方（邹学明、石峰）以标书价的形式承包给乙方（焦明让），并交付给甲方总造价7%管理费（含税）……”该条款系双方对工程价款的约定，应当作为双方结算的依据。按照该约定，焦明让实际仅能按照标书价的93%计取工程款。故一审按照标书价的93%计算涉案工程价款，并无不当。焦明让以上述合同无效为由主张邹学明、石峰应当返还该工程总造价7%管理费，亦无法律依据，本院不予支持。

类型五、酌情收取管理费

441. 合同因转包而无效，合同中约定转包人向实际施工人收取管理费的条款亦无效，但转包人施工过程中派出了工作人员参与管理和协调，酌情确定实际施工人向转包人支付施工管理费。

案例 441. 最高人民法院（2014）民申字第1277号“腾达建设集团股份有限公司与姚汉昭、姚汉林建设工程施工合同纠纷案”



关于施工管理费的问题。最高人民法院再审认为，本案中所涉及《工程施工合同》因属非法转包而无效，合同自成立时起不具有法律约束力，因此该合同中约定A建设集团转包后可向实际施工人姚汉昭、姚汉林收取施工管理费的条款亦无效，故A建设集团根据合同中约定请求姚汉昭、姚汉林支付管理费用，不予支持。A建设集团在施工过程中派出了工作人员参与管理和协调，原审判决酌情确定姚汉昭、姚汉林向A建设集团支付施工管理费55.6241万元，并无不当。

442. 转包合同无效，双方均有过错，管理费的法律性质主要是转包诉争工程渔利费用，属违法所得，不宜认定为合同无效后应当据实结算的工程款，尽管此约定是当事人真实意思表示，但合同被认定为无效后，如何分配此笔费用属审判权即自由裁量权调整范畴，根据案件实际情况决定分配。

案例 442. 最高人民法院（2014）民申字第 861 号“中太建设集团股份有限公司与余某、黄某建设工程分包合同纠纷案”



最高人民法院再审认为，2009 年 12 月 30 日《工程施工承包协议》约定：乙方（余某、黄某）按工程实际结算总价的 22% 扣缴甲方（A 建设集团）的工程管理费、税金。2009 年 12 月 30 日《工程施工承包协议》性质为转包合同，应认定为无效，A 建设集团与余某、黄某对合同无效均有过错。此笔管理费、税金的法律性质主要是转包诉争工程渔利费用，属违法所得，不宜认定为合同无效后应当据实结算的工程款；尽管此约定是当事人真实意思表示，但合同被认定为无效后，如何分配此笔费用属审判权即自由裁量权调整范畴；一、二审判决根据案件实际情况决定各半分配并无不当。A 建设集团再审主张按照无效合同约定收取此款，法律依据不足，本院不予支持。

443. 承包人依据内部管理合同的约定向实际施工人收取管理费是双方协商一致的结果，且其承担了对施工进行管理和监督的义务，但是内部管理合同无效，承包人在施工中管理能力不足，不能完全满足施工需要，根据实际情况，酌定承包人向实际施工人收取的管理费比例。

案例 443. 新疆维吾尔自治区高级人民法院（2013）新民一终字第 245 号“聊城市黄河工程局、陈李奇与和田地区吉音水利枢纽工程建设管理局建设工程施工合同纠纷案”



关于承包人黄河工程局与陈李奇的内部管理合同如何结算及各项损失如何认定的问题。二审法院认为,《中华人民共和国合同法》第五十八条规定,合同无效或被撤销后,因该合同取得的财产,应当予以返还;不能返还或者没有必要返还的,应当折价补偿。有过错的一方应当赔偿对方因此所受到的损失,双方都有过错的,应当各自承担相应的责任。《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》第二条规定,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。根据上述规定,虽然黄河工程局与陈李奇的内部管理合同因违反了法律的禁止性规定而无效,但陈李奇施工的工程已由发包人建管局接收,建管局未对工程质量提出异议,因此,对陈李奇完成的工程价款,可以参照内部管理合同约定的结算方式给予折价补偿。关于是否应当收取管理费,首先,黄河工程局收取管理费是双方当事人协商一致的结果;其次,根据内部管理合同,黄河工程局“负责统一制定各项管理目标,组织编制施工计划、物资需用量计划表,实施对工程质量、工期、安全生产、文明施工、计量检测、实验化验的控制、监督、检查和验收。负责与业主、监理、设计及有关部门工作联系,协调现场工作关系等”,即黄河工程局承担了对施工进行管理和监督的义务;第三,黄河工程局履行了管理职责,在施工现场派驻了管理人员,实施了管理行为,产生了相应的施工管理成本。因此,本院对黄河工程局应当收取一定比例的管理费予以确认。至于具体的收取比例,虽然内部管理合同约定的是18%,但是黄河工程局在施工中未尽管理职责,管理能力不足,不能完全满足施工需要,因此,黄河工程局不应按18%的比例足额收取管理费,本院根据本案实际情况,酌定管理费比例为9%。

类型六、已经收取的管理费不返还，未收取的不能再收取

444. 实际施工人要求返还因借用资质产生的管理费无法律依据，出借资质人对未支取的工程款部分，也无法律依据向实际施工人收取管理费。

案例 444. 山东省高级人民法院（2015）鲁民一终字第158号“上诉人刘法存与被上诉人山东祥都建设集团有限公司潍坊分公司（简称祥都集团潍坊分公司）、山东祥都建设集团有限公司（简称祥都集团）、潍坊富宏置业有限公司（简称富宏公司）建设工程施工合同纠纷案”



一审法院认为，刘法存实际借用祥都集团潍坊分公司的资质进行施工，因借用资质产生的管理费双方均无权利取得，故刘法存要求祥都集团潍坊分公司返还已收取的管理费无法律依据，同理，对祥都集团潍坊分公司未支取的工程款部分，祥都集团潍坊分公司亦无法律依据向刘法存收取管理费。

二审法院认为，刘法存借用祥都公司的资质承包工程，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》第四条的规定：“对于承包人非法转包、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。人民法院可以根据《中华人民共和国民法通则》第一百三十四条规定，收缴当事人已经取得的非法所得”。据此规定，对祥都集团已经收取的管理费，刘法存无权主张返还，一审对此认定正确，本院予以维持。

类型七、合同无效，管理费不应收取，但实际发生的费用由实际施工人支付

445. 合同无效，承包人无权依照该合同约定向实际施工人主张管理费及利润。但承包人在涉案工程管理过程中实际发生的费用，根据公平原则，应由实际施工人支付。

案例 445. 江西省高级人民法院（2014）赣民一终字第 074 号“赣州永德泰置业有限公司（简称永德泰公司）与周华良及绍兴银球建筑有限公司（简称银球公司）建设工程施工合同纠纷案”



关于银球公司是否有权按照其与周华良之间的合同约定收取 4% 的管理费及利润的问题。二审法院认为，承包人银球公司与分包人周华良约定收取 4% 的管理费及利润实际上为银球公司将涉案工程分包后对周华良收取的中间费，因双方合同无效，银球公司无权依照该合同向周华良主张管理费及利润，且该约定也不属于合同的工程结算条款，故银球公司要求依据合同在工程款中扣除 4% 的管理费及利润没有法律依据，本院不予支持。虽然合同无效，但对于银球公司在涉案工程管理过程中实际发生的费用，则应当根据公平原则，由周华良予以支付。如前所述，对于银球公司提出的 2508188.56 元管理费用，因其证据不足难以得到支持。对银球公司垫付的水电费、维修费依法确认并在工程款中进行核减。

裁判依据或参考

司法解释及其他

冯小光《回顾与展望——写在〈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〉颁布实施三周年之际》[《民事审判指导与参与》2008年第1集(总第33集)P80]

(四) 慎用民事制裁措施。

对《民法通则》第一百三十四条规定的民事制裁措施在施工合同中应当如何适用?《解释》第四条规定的民事制裁措施应当慎用,适用时,收缴额度不宜过大,人民法院审理民商事案件的主要职能是居中公正裁判,而不是要对当事人进行处罚。再是建筑行业属于微利行业,处罚额度过大,当事人难以承受。适用《解释》第四条,应当注意:一是收缴对象只能是当事人已经取得的违法所得;对约定取得,尚未履行的,不适用此条规定。二是对行政机关对当事人的违法行为已作出过行政处罚决定的,人民法院不宜再次进行民事制裁。三是对民事违法行为可以惩罚,也可以不惩罚;是否惩罚视情节而定。四是惩罚幅度不宜过重。民事制裁措施本身也是平衡当事人利益手段之一,不能因为适用惩罚措施而导致当事人利益严重失衡。

地方司法性文件及其他

北京市高级人民法院《关于〈北京市高级人民法院审理民商事案件若干问题的解答之五(试行)〉的说明》

问题解答 46. 建筑行业中的挂靠经营行为是指没有相应建筑资质或建筑资质较低的企业、其他经济组织、个体工商户、个人合伙、自然人(即挂靠者)以赢利为目的,借用其他有相应建筑资质或建筑资质较高的建筑施工企业(即被挂靠者)名义承揽施工工程的行为。

实践中,被挂靠者不参与工程施工,只收取管理费,不承担工程施工管理,不承担技术、质量、经济责任。依据《建筑法》第二十六条、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》第四条以及《合同法》第五十二条第(五)项的规定,挂靠经营行为违反了建筑法建筑行业特许经营的规定,挂靠者为资质等级借权经营的,属于违反法律强制性规定,故应属无效协议。但有两种情况需要注

意，即挂靠者实际承揽的工程与其自身资质证书等级相符，或尽管存在管理费，但挂靠者已完全处于被挂靠者的管理之中。

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）》（2014年1月1日）

第一条 建筑施工企业的内部人员对外以企业名义承包工程，对内与企业签订承包协议，企业只收取管理费，不在资金、技术、设备、人力等方面提供支持，不承担技术、质量监管和经济责任的，应当认定为借用资质，以建筑施工企业名义与发包人签订的建设工程施工合同无效。

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意见》（2008年12月17日 苏高法审委〔2008〕26号）

第二十八条 承包人转包、违法分包建设工程所获得的利润以及实际施工人支付的管理费，人民法院可以收缴。

江苏省高级人民法院《2009年审判工作座谈会纪要》

6. 约定管理费的收取

因转包、违法分包建设工程或者基于挂靠关系形成的合同约定了管理费，如果按照约定收取管理费的当事人在合同履行过程中实施了管理行为并在招投标过程中缴纳了相关费用，且建设工程竣工验收合格的，可以参照合同约定收取管理费。

江苏省高级人民法院《建设工程施工合同案件审理指南》（2010年）

2. 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建筑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建筑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建筑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。

①挂靠关系产生的内部责任。在挂靠关系中，实际承包人与施工企业主体地位平等，因挂靠关系产生的债权债务关系应属民事权利义务关系。建设工程领域的挂靠行为属于借用资质、出借资质的一种，应为违法行为。但不论建设工程合同是否有效，已经履行的建设工程合同一般不能恢复原状，因此挂靠关系中实际承包人与施工企业之间的债权债务应当参照挂靠协议处理，施工企业取得的工程价款应归实际承包人所有，施工企业为实际承包人支出的费用应由实际承包人承担。至于挂靠管理费问题，因属违法所得，原则上应予收缴。

江苏省高级人民法院民一庭《建设工程施工合同纠纷案件司法鉴定操作规程》
(2015年12月21日)

第三十七条 当事人对施工合同效力、结算依据和标准、签证文件的真实性及效力、举证责任分配、应否下浮、奖惩、缴纳管理费等问题存在争议的，应由人民法院进行审查并作出认定，法院未作出明确认定的，鉴定机构应当对该部分争议鉴定后列入鉴定意见的争议项，由法院判定。

山东省高级人民法院民二庭《关于合同纠纷审判实践中的若干疑难问题会议纪要》
(山东省法院商事审判研究小组2008年第一次会议)

(三) 建筑企业的项目(经理)部是否具备主体资格

建筑企业的项目(经理)部是建筑企业因经营需要为特定项目所设立的临时机构，一般随着项目的产生而组建，随着项目的结束而解散。从性质来说，此类项目(经理)部属于企业的有机组成部分，不具备独立的民事主体资格，不能独立对外承担民事责任。

实践中，有的项目（经理）部虽然不是由建筑企业出资设立，但长期以该建筑企业项目（经理）部的名义从事建筑经营活动，并向建筑企业上缴管理费。对于此类项目（经理）部的主体资格，应和建筑企业自己所设立的项目（经理）部同样对待。项目（经理）部所签订的与施工相关的买卖建材、租赁建筑设备等合同，后果应由建筑企业承担。

福建省高级人民法院《关于审理建设工程施工合同纠纷案件疑难问题的解答》（2007年11月22日）

4. 问：发包人与无相应施工资质的承包人签订建设工程施工合同，承包人依合同取得的工程价款超过其实际施工成本的，超过部分是否应予收缴？承包人非法转包、违法分包、出借资质而依合同约定取得的“挂靠费”、“管理费”等是否应当收缴？

答：承包人无相应施工资质，所签订的建设工程施工合同虽然无效，但最高人民法院《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》第二条规定：“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。”因此，对承包人依合同取得的工程价款不应予以收缴。

对承包人因非法转包、违法分包建设工程而已经取得的利益，或者建筑施工企业因出借施工资质而已经取得的利益，例如：“挂靠费”、“管理费”等，人民法院可以根据我国《民法通则》第一百三十四条的规定予以收缴，但建设行政机关已经对此予以行政处罚的，人民法院不应重复予以制裁。

广东省高级人民法院《关于审理建设工程合同纠纷案件疑难问题的解答》（2017年8月1日 粤高法〔2017〕151号）

26. 违法分包、转包或挂靠合同涉及的管理费、税费应如何处理

违法分包、转包工程合同或者挂靠合同中约定管理费，如果分包人、转包人或被挂靠人在工程施工过程中履行了管理义务，其主张参照合同约定收取劳务费用的，可予以支持；实际施工人有证据证明合同约定的管理费过高的，可依法予以调整。分包人、转包人或被挂靠人代实际施工人缴纳了税费，其主张实际施工人负担的，应予支持。

北京市第一中级人民法院《对民事审判中部分执法不统一问题的规范意见》(2011年)

第三部分 建设工程施工合同案件中的问题

13. 《建设工程司法解释》第四条规定了因违法分包、转包、出借资质等情形而认定合同无效后收缴当事人已经取得的非法所得。如何适用?

基本意见:在审判实践中,出现因违法分包、转包、出借资质等情形而认定合同无效,可以给违法一方所在地的建设行政主管部门提出司法建议,建议由建设行政主管部门按照《建筑法》的规定进行处罚,不宜在案件中直接涉及。

江苏省盐城市中级人民法院《关于审理建设工程施工合同纠纷案件若干问题的指导意见》(盐城市中级人民法院审判委员会2010年7月15日第9次会议讨论通过)

25. 建设工程施工合同无效,人民法院可以根据《中华人民共和国民事诉讼法通则》第一百三十四条的规定,收缴当事人已经取得的非法所得。

前款中的“非法所得”是指当事人因从事非法转包、违法分包、借用资质这三种违法行为而实际获取的利益。当事人为履行施工合同而实际支出的管理费用应当予以合理扣除,相关行政主管部门对此已经作出行政处罚的,人民法院可以不再予以民事制裁。

江苏省南京市建邺区人民法院《关于建筑工程合同纠纷的调研报告》(2012年2月2日《人民法院报》)

1. 利益驱使、监督不到位。在建筑领域,建设单位通过合法途径将工程总承包给有资质的建筑公司,可这些建筑公司出于经营成本以及利益最大化等因素的考虑,在公司本身并没有充足建筑队伍和机器设备的情况下,分包、转包,甚至层层转包、分包应运而生,转包人或违法分包人高价引进、低价转出,从中赚取所谓的管理费,由于在实践中缺乏有力的监督、惩罚措施不到位,使得这种乱象屡禁不止。

江苏省南京市江宁区人民法院《关于审理房地产案件若干问题的意见》(2006年6月3日)

2. 民事制裁措施:承包人非法转包、违法分包建设工程或者出借资质给没有资质的实际施工人而获取的非法所得,应当依法予以收缴。