



法院审理案件观点集成丛书

法院审理 建设工程案件 观点集成

Aggregation of Trail Views on Cases of Constuction Projects

朱树英 主编

法院如何区分和认定劳务分包与工程分包

法院如何认定实际施工人和实际开工日期

法院如何认定因联合承包发生的质量纠纷责任主体

法院如何认定转包、违法分包行为及其相应的法律后果


发包人违约解除固定价格合同，承包人如何结算已完工程价款

法院如何处理工程未经验收合格，发包人擅自使用产生的质量纠纷

法院如何认定垫资约定效力、垫资利率及其诉讼时效

法院如何认定建设工程价款优先受偿权的行使期间及行使范围

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE



典型案例在司法审判活动中具有独特的价值。《法院审理案件观点集成》丛书通过整理全国各级法院的已生效裁判，总结、归纳出具体的裁判经验、思路和尺度，以及认定事实、适用法律的方法。同时结合最高人民法院司法解释、司法政策精神、审判业务意见以及最高人民法院专家法官著述、目前审判实务中的主流观点等对案例进行了透彻分析。阅读本丛书，使读者可以在快速了解某一类型案件法律争议问题的前提下，迅速了解法院的司法观点和态度，以及裁判的思路和尺度。

Aggregation of Trail Views on Cases of Constuction Projects

上架建议 司法实务·案例

ISBN 978-7-5093-6257-0



9 787509 362570 >

定价: 148.00元



法院审理案件观点集成丛书

法院审理 建设工程案件 观点集成

Aggregation of Trail Views on Cases of Constuction Projects

主编 朱树英 副主编 曹珊

编委会成员（以姓氏笔画为序）

孙玉军	孙海军	朱树英
曲笑飞	李俊华	宋仲春
陈 沸	周志芳	贺倩民
徐文斌	袁仲斌	曹 珊
谭敬慧	魏 来	戴勇坚

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

法院审理建设工程案件观点集成/朱树英主编. —北京:
中国法制出版社, 2015. 4

(法院审理案件观点集成丛书)

ISBN 978 - 7 - 5093 - 6257 - 0

I. ①法… II. ①朱… III. ①建设工程 - 经济纠纷 -
审判 - 中国 IV. ①D922. 297

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2015) 第 072921 号

策划编辑: 赵 宏

责任编辑: 马金凤 (editormjf@163. com)

封面设计: 李 宁

法院审理建设工程案件观点集成

FAYUAN SHENLI JIANSHE GONGCHENG ANJIAN GUANDIAN JICHENG

主编/朱树英

经销/新华书店

印刷/三河市紫恒印装有限公司

开本/787 × 1092 毫米 16

版次/2015 年 6 月第 1 版

印张/59.5 字数/907 千

2015 年 6 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 6257 - 0

定价: 148.00 元

北京西单横二条 2 号

邮政编码 100031

网址: <http://www.zgfzs.com>

市场营销部电话: 66033393

值班电话: 66026508

传真: 66031119

编辑部电话: 66070046

邮购部电话: 66033288

深度研究典型案例 全面总结司法观点 ——为健全完善建设工程法律体系做贡献

随着中国经济的高速发展，工程建设项目不断增多，有关建设工程的纠纷也与日剧增，我国关于建设工程的法律法规也在逐渐完善。1998年3月1日起施行的《中华人民共和国建筑法》为建设工程领域的法律体系奠定了基础。之后又相继出台了《中华人民共和国招标投标法》、《中华人民共和国安全生产法》及《中华人民共和国城乡规划法》等法律。除此之外，国务院还相继颁布了《建设工程质量管理条例》、《建设工程勘察设计管理条例》、《建设工程安全生产管理条例》、《对外承包工程管理条例》等工程建设相关的行政法规。为了统一审理建设工程施工合同纠纷案件的标准，最高人民法院还于2004年公布了《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》。上述法律法规及司法解释连同各地、各政府部门发布的规章规定等为维护建筑市场正常秩序提供了重要的法律依据。

我国建筑市场的繁荣发展快速提高了国民经济水平增长的速度，但是也产生了很多问题。工程建设从招投标开始，到施工准备、施工建设，再到竣工验收，最后竣工结算的每一个阶段都有可能出现问题，并因此产生纠纷而诉诸法院。法院对在长期司法实践中反映出来的突出问题，形成了一套司法处理的原则及观点，这些原则和观点是对业主和承包商在工程建设过程中防控风险的提示，也是律师在办案过程中为客户争取利益及化解纠纷的依据，是各地法院在判案过程中统一标准的

参考，也会是将来立法者制定法律法规时的借鉴。为此，作为建设工程领域的专业律师就有必要将过去的案例进行总结，使得案例进入法律实践，形成指引，为规范建筑市场主体的操作、提高自身服务质量、统一司法裁判标准及健全完善建设工程的法律体系出一份力。

基于上述考虑，上海市建纬律师事务所的专业律师经过深入挖掘，搜集了500多个案例，并从中精心选择了70个案例——其中最高人民法院公报案例6个，最高人民法院判例9个，高级人民法院判例42个，中级人民法院判例13个；涉及关联案例161个——其中最高人民法院公报案例6个，最高人民法院判例9个，高级人民法院判例121个，中级人民法院判例23个，基层法院判例2个。汇集了大量各级人民法院审理终结的典型建设工程纠纷案件。

本书共十一章，每一章为一个专题，每个专题开始均有一篇综述，对该专题所涉及类型纠纷案例的司法观点和司法处理原则等进行综合分析和论述。在综述之后为该专题所选取的案例，每个案例分为案例信息简介、案情简介、各方观点、法院观点、关联案例、律师点评等几个部分。全书从施工合同的主体、施工合同的效力、施工合同工程价款、施工合同工程质量、施工合同工程工期、建设工程专业分包、施工合同的变更和解除、实际施工人的权利保护、建设工程（造价、质量、工期）鉴定、施工合同其他类型纠纷及与建设工程有关的其他纠纷等角度，对法院审理建设工程案件过程中所涉及各类建设工程纠纷案件的司法观点和处理原则进行了全面系统的研究和分析。

上海市建纬律师事务所始终以建设工程及房地产领域的法律服务作为专业特色，坚持对建设工程及房地产领域的法律问题进行深度研究，并于2012年10月受中国法制出版社之邀出版了《法院审理房地产案件观点集成》一书，受到了广大读者们的赞誉，在业界也产生了强烈的反响中，该书的第二版也将于今年推出。正是由于读者们及业内

人士的鼓励及好评，使得建纬律师有信心再次接受中国法制出版社的邀约，撰写了本书，作为《法院审理房地产案件观点集成》的姊妹篇。本书是建纬律师在建设工程及房地产法律服务领域研究成果的又一个阶段性呈现和展示，希望能够对建设工程领域的理论研究者和实务工作者有所裨益和借鉴。

限于时间和水平，书中难免存在疏漏和不足，敬请广大读者批评指正。

中华全国律师协会建设工程与房地产专业委员会主任
上海市建纬律师事务所主任

Handwritten signature in black ink, reading '朱树云' (Zhu Shuyun).

目 录

第一章 施工合同的主体

综述：施工合同纠纷案件常见诉讼主体争议及司法处理原则	1
1.1 法院如何认定因联合承包发生的质量纠纷责任主体	12
1.2 法院如何确认未签订施工合同的联合开发商承担支付工程款的 连带责任	24
1.3 法院如何认定非施工合同发包人的建筑物所有权人应否承担支 付工程款的义务	35
1.4 法院如何认定建设工程施工合同项下债权转让的问题	47
1.5 法院如何认定建设工程施工合同中的债务加入	59

第二章 施工合同的效力

综述：建设工程施工合同的效力常见法律问题分析	73
2.1 法院如何认定当事人在中标前所签“补充协议”及中标备案合 同的效力	85
2.2 法院如何认定未取得劳务资质的承包人所签订的施工合同的效力 ...	97
2.3 法院如何认定转包、违法分包行为及其相应的法律后果	111
2.4 法院如何认定在未办理国有土地使用权证、建设用地规划许可 证、建设工程规划许可证的情况下签订的施工合同的效力	123
2.5 法院如何认定与中标备案施工合同有实质性变更的补充协议的 效力	133

第三章 施工合同工程价款

综述：建设工程施工合同工程款结算纠纷常见法律问题及司法处理原则	144
---------------------------------------	-----

3.1 法院如何判定有效合同中价款约定不明确问题的工程款结算纠纷	163
3.2 法院如何认定工程验收不合格的有效合同的工程款结算纠纷	176
3.3 无效合同的工程款结算纠纷	189
3.3.1 法院如何认定合同无效但工程验收合格的工程款结算纠纷	189
3.3.2 法院如何认定合同无效且工程验收不合格的工程款结算纠纷	203
3.4 法院如何认定施工合同解除/终止后的工程款结算纠纷	215
3.5 法院如何认定因工程变更（例如：设计变更、施工方案变更、新增附加工作、删除工作等）而引起的工程款结算纠纷	230
3.6 法院如何认定工程量计量纠纷	244
3.7 工程款利息纠纷	257
3.7.1 法院如何认定工程款利息的计算标准	257
3.7.2 法院如何认定在合同对工程款的付款时间没有约定或者约定不明的情况下工程款利息的起算时间	267
3.8 法院如何认定因发包人逾期不结算产生的纠纷	276
3.9 双方签订多份施工合同产生的纠纷	288
3.9.1 法院如何认定建设工程施工“黑白合同”的效力引起的工程款结算纠纷	288
3.9.2 法院如何认定多份建设工程施工合同的效力而引起的工程款结算纠纷	298
3.10 发包人违约解除固定价格合同，承包人如何结算已完工程价款	306

第四章 施工合同工程质量

综述：施工合同工程质量常见问题及司法处理原则	318
4.1 法院如何确认工程质量存在争议及认定工程质量争议的途径	324
4.2 法院如何处理建设工程施工合同案件反诉（或抗辩）程序中的发包人质量索赔	343
4.3 法院如何处理工程未经验收合格，发包人擅自使用产生的质量纠纷	353
4.4 法院如何认定承包人拒绝修复质量缺陷的行为及法律后果	363
4.5 法院如何认定工程质量异议的效力及后果	370
4.6 法院如何认定工程质量保修责任	380

第五章 施工合同工程工期

综述：施工合同工期纠纷案件的司法处理原则	393
5.1 法院如何对承包人工期延误违约责任进行认定并如何适用法律 调处纠纷	408
5.2 法院如何认定承包人可以顺延工期	419
5.3 发包人要求承包人承担单方停工责任的法院如何处理	434
5.4 法院如何处理因发包人原因导致承包人停工窝工的损失承担问题	447

第六章 建设工程专业分包

综述：建设工程分包合同纠纷案件常见争议及司法处理原则	458
6.1 法院如何认定符合地方政策但不符合法律强制性规定的分包合同 的效力	468
6.2 法院如何区分和认定劳务分包与工程分包	478
6.3 法院如何认定指定分包合同纠纷中发包人的责任	488
6.4 法院如何认定劳务分包合同中约定的“罚款”条款的性质和效力	499
6.5 法院如何认定劳务发包人借用劳务承包人工人作业发生工伤后的 赔偿责任主体	509

第七章 施工合同的变更和解除

综述：合同的变更与解除常见法律问题分析	518
7.1 法院如何认定承包人转包导致发包人解除合同的标准	526
7.2 法院如何认定发包人依据约定解除合同	537
7.3 法院如何认定承包人解除合同后关于工程款利息、保修金和建设 工程价款优先受偿权	549
7.4 当事人一方解除的施工合同依法应当认定为无效的，法院如何处理	558
7.5 法院能否以双方当事人在前案诉讼中均表示同意解除施工合同为 由认定施工合同已解除	571
7.6 当事人一方作为证据提交的变更双方原先约定的补充协议不具有 真实性，法院如何处理	584

第八章 实际施工人的权利保护

综述：司法实务中对实际施工人权益的保护与限制——基于 22 个

相关案例的考察	598
8.1 法院如何认定实际施工人	616
8.2 法院如何调处中标合同无效情形下的工程款结算纠纷	628
8.3 法院如何处理无效合同中所约定的管理费	639
8.4 法院如何认定发包人的付款对象和付款效力	652
8.5 法院如何处理实际施工人主张的优先受偿权	664
8.6 法院如何认定建设工程优先受偿权的约定放弃	679
8.7 实际施工人因履行无效施工合同所遭受的损失如何赔偿	691

第九章 建设工程（造价、质量、工期）鉴定

综述：施工合同纠纷案件常见司法鉴定程序及司法处理原则	704
9.1 法院如何认定工程造价鉴定计价标准	724
9.2 法院如何处理固定价合同下的工程造价鉴定	736
9.3 对于施工合同无效时造价鉴定中的间接费和利润是否应当计取	748
9.4 法院如何认定施工过程中的工程质量缺陷鉴定	759
9.5 法院如何采纳专业鉴定机构出具的修复加固方案	769
9.6 法院如何通过鉴定认定保修期内工程质量缺陷及责任承担	778
9.7 法院对工期鉴定如何认定	789
9.8 法院如何处理建设工程合同纠纷中工期延误损失的鉴定	800

第十章 施工合同其他类型纠纷

综述：施工合同其他类型纠纷	813
10.1 法院如何认定垫资约定效力、垫资利率及其诉讼时效	821
10.2 内部承包模式及合同效力在司法实践中的认定	830
10.3 法院如何认定建设工程价款优先受偿权的行使期间及行使范围	840
10.4 法院如何认定建设工程施工合同纠纷的管辖地	851
10.5 法院如何认定工程款及违约金等款项请求权的诉讼时效起算与 中断	858

第十一章 与建设工程有关的其他纠纷

综述：建设工程其他法律问题的司法处理	872
11.1 法院如何认定虚假招标导致中标结果无效的情形	881
11.2 法院如何认定中标通知书发出后一方拒绝按招标文件签订合同 的责任	895
11.3 法院如何认定设计单位的设计变更成立及已履行	904
11.4 法院如何认定勘察设计单位在承担勘察设计质量责任时的赔偿 范围	916
11.5 法院如何认定涉讼行政机关行为具有可诉性及是否判 决撤销违法行政行为	925
后 记	939

第一章 施工合同的主体

综述：施工合同纠纷案件常见诉讼主体争议及司法处理原则^①

因建设工程施工合同纠纷而起诉到法院，首先要确定案件的诉讼当事人（原告和被告，有时还会涉及第三人）。通常情况下，在施工合同纠纷案件中，施工合同的双方当事人（发包人和承包人）即为此类案件的诉讼当事人（原告和被告），对此一般不会出现争议。但因种种原因，在某些施工合同纠纷案件中，诉讼当事人（原告和被告）的确定会成为各方当事人争执的问题，甚至会成为此类案件中最重要、最复杂的争议焦点，对诉讼主体争议的处理和认定甚至直接决定着此类案件的最终裁判结果。诉讼当事人的确定，特别是被告的确定，属于法院在确定案件是否应予受理及作出实体裁决时均需予以关注、审查并作出认定的问题。本章所选取的案例中，当事人均对案件中“被告”或“被告之一”的诉讼主体资格及其是否应当承担责任存在争议，相关争议成为案件的主要争议焦点或主要争议焦点之一。本文结合本章所选取的案例，对施工合同纠纷案件中的常见诉讼主体争议及司法处理原则进行分析和论述，以期为法律实务工作者办理施工合同纠纷案件时处理诉讼主体争议提供有益的借鉴和参考。

一、施工合同纠纷诉讼当事人主体资格的法律规定、实践做法和学说观点

《中华人民共和国民事诉讼法》（下称《民事诉讼法》）第119条规定：“起诉必须符合下列条件：（一）原告是与本案有直接利害关系的公民、法人和其他组织；（二）有明确的被告；（三）有具体的诉讼请求和事实、理由；（四）属于人民法院受理民事诉讼的范围和受诉人民法院管辖。”其中第（一）项规定了原告的主体资格问题，第（二）项规定了被告的主体资格问题。也就是在立案审查时即应当确定案件的原告和被告，这样才能进行后续程序。民事诉讼中的当事人，是指因民事权利义务发生争议，以自己的名义

^① 撰稿人：曹珊，上海市建纬律师事务所。

进行诉讼，要求法院行使民事裁判权的人。民事诉讼中的当事人包括形式上的当事人和实质上的当事人。所谓形式上的当事人是纯粹诉讼上的概念，与实体法律关系没有联系；而实质上的当事人，也称为正当当事人、适格当事人，是从实体法的角度观察的结果，是指对于特定的诉讼能够以当事人的名义行使诉讼实施权的资格，通常作为诉讼标的的民事法律关系的主体就是正当当事人。

《民事诉讼法》第119条在起诉条件上对原告与被告有不同的要求，原告必须与本案有直接的利害关系，而被告则只需明确即可。基于此，法院在立案审查时，如发现原告不适格，应当裁定不予受理；如在立案后才发现原告不适格，应裁定驳回起诉。由于《民事诉讼法》并没有对被告适格作出明确的规定，只是要求“有明确的被告”，因而在原告的起诉已确定明确被告的情况下，法院不能以被告不适格为由裁定不予受理或驳回起诉。如果法院经过审理，发现被告对原告不负有讼争的民事义务或民事责任的，应当判决驳回原告的诉讼请求。

通常情况下，因施工合同产生纠纷提起诉讼的，施工合同的双方当事人（发包人和承包人）即为案件的诉讼当事人（原告和被告），通常不会对案件的诉讼当事人的主体资格产生争议。但由于种种原因，如建设工程实践中普遍存在的联合体投标、合作开发房地产、委托代建、BT工程、债权转让、债务加入、表见代理、非法转包、违法分包和借用资质（挂靠）等情形，以及在建设工程发包和施工合同签订过程中存在不规范情形时，一旦发生争议提起诉讼，极易导致各方当事人对案件诉讼当事人的主体资格产生争议。我国现行《民事诉讼法》等法律法规中并未对上述情形下施工合同纠纷案件的诉讼当事人作出具体、明确的规定，最高人民法院制定的相关司法解释和司法文件中对此作出了一些规定，包括：

（一）《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日发布）第一部分“诉讼主体”中的条款：

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

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筑工程合同被起诉的，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。

6. 两个以上的承包人联合承包工程，由其中一方与发包人签订建设工程合同而发生纠纷的，其他联合承包工程的施工人应列为共同的原被告。

7. 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被告。

（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》（法释〔2004〕14号，下称《最高院施工合同司法解释》）中的以下条款：

第25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26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。

（三）《最高人民法院关于印发〈全国民事审判工作会议纪要〉的通知》（法办〔2011〕442号）中的以下条款：

18. 当事人以国有土地使用权或资金出资进行合作开发，并以一方名义进行开发的，因合作项目产生的债权债务，按照物权法第一百零二条的规

定处理。

另一种意见：当事人以国有土地使用权或资金出资进行合作开发，并以一方名义进行开发建设的，因合作项目产生的债权债务，应当严格遵循合同相对性原则处理。

28. 人民法院在受理建设工程施工合同纠纷时，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，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。

除最高院制定的上述司法解释和司法文件中对施工合同纠纷案件的当事人作出相应规定之外，各地法院（主要是各地高院）制定的有关司法文件中亦有关于施工合同纠纷案件当事人的规定，包括：《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18~20、39、40条、《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23~25条、《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》第一部分“关于诉讼主体的确认”、《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》第3、4、35条等。上述规定是处理和解决施工合同纠纷案件诉讼主体争议的依据，但上述规定存在以下问题：

1. 除《最高院施工合同司法解释》为司法解释之外，其他文件均为司法文件，法律效力位阶较低。法院在审理施工合同纠纷案件时，不能直接引用和适用这些司法文件。

2. 这些文件中对相同问题作出的规定之间存在着不尽一致，甚至相冲突的情形，如就合作开发各方是否对外承担连带责任的问题，最高院印发的《全国民事审判工作会议纪要》第18条中就同时列举了两种截然相反的意见。

除最高院制定的司法解释、司法文件及各地法院制定的司法文件中对施工合同纠纷案件的当事人作出规定之外，最高院发布的指导性案例及最高院审判业务庭及法官撰写的相关文章中也涉及施工合同纠纷案件当事人的确定，这些指导性案例和相关文章亦可作为处理和解决施工合同纠纷案件诉讼主体争议的参考依据。指导性案例包括《最高人民法院公报》中公布的案例，以及最高人民法院民事审判第一庭编著的《民事审判指导与参考》、《最高人民法院建设工程施工合同司法解释的理解与适用》等书刊中所选编的案例。相

关文章包括《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》（作者：冯小光，载于《民事审判指导与参考》2008年第1集，下称“《回顾与展望》一文”）等。

综合梳理和分析上述司法解释、司法文件、指导性案例和相关文章，可以发现就同一类诉讼主体争议，存在着不同的（甚至截然相反）的规定、做法和观点，这给司法实践中处理相关施工合同纠纷案件诉讼主体争议造成了不应有的混乱和困扰。

二、司法实践中常见施工合同纠纷诉讼主体争议及司法处理原则

本章所选取的案例均涉及司法实践中常见的施工合同纠纷诉讼主体争议及司法处理原则，对本章所选案例进行研究和分析，可以结合上述关于施工合同纠纷诉讼当事人的司法解释和司法文件中的规定，更好地理解 and 掌握司法实践中对常见诉讼主体争议的司法处理原则。

（一）因联合体承包而产生的诉讼主体争议及其司法处理原则

所谓联合体承包是指两个或两个以上承包单位或其他组织，组成一个联合体，通过联合体之间的合同结成联营组织，并通过合同明确内部分工或共同经营的方式向发包方承揽特定工程。我国《中华人民共和国建筑法》（下称《建筑法》）第27条第1款规定：“大型建筑工程或者结构复杂的建筑工程，可以由两个以上的承包单位联合共同承包。共同承包的各方对承包合同的履行承担连带责任。”该条中已明确规定“共同承包的各方对承包合同的履行承担连带责任”，因此，在规范的联合体承包模式下，如因承包合同产生纠纷，联合体各方应当共同作为原告或被告，通常不会在诉讼主体上产生争议。但在不规范的联合体承包模式下，如有联合体承包之名、但无联合体承包之实，或有联合体承包之实、但无联合体承包之名，则极易在诉讼主体上产生争议。

本章所选取的“昆明理工大学诉云南帝豪岩土工程有限公司、云南省设计院建设工程施工合同纠纷一案”即属于一起比较典型的因“有实无名”的联合体承包而产生诉讼主体争议的案例。该案中，帝豪公司与设计院组成联合体，双方对内通过订立《关于共同承接挡墙工程设计、施工的协议》确定了合作关系，由帝豪公司负责工程施工，设计院负责工程设计。但对外却是以帝豪公司一方的名义投标，而非以联合体的名义或双方的名义共同投标，在中标后也是由帝豪公司一方与建设单位签订承包合同，而非以联合体的名

义或双方的名义共同与建设单位签订承包合同。在投标及签订承包合同过程中并未出现设计院的名义。后工程出现质量问题，建设单位以帝豪公司与设计院为联合体承包为由，要求帝豪公司与设计院共同向建设单位赔偿因工程质量不合格而导致的损失。法院经审理后，以“双方对外由帝豪公司投标并与建设单位订约，建设单位在工程出现问题后一直是与帝豪公司协商，通过上述行为已表明帝豪公司和设计院就设计的问题统一由帝豪公司对外承担相应的法律后果，形成了一致意见”为由，认定“就设计部分应由帝豪公司向建设单位承担责任，设计院在本案中不应向建设单位承担责任”。从法律层面进行分析，帝豪公司和设计院在签订共同承接工程协议之后的实际履约行为（以帝豪公司一方名义投标和签订承包合同），已经改变了双方之间原有的联合体承包法律关系。最终审理法院并未认定帝豪公司与设计院之间构成联合体承包，而是依据合同相对性原则，判决由对外与建设单位签订承包合同的帝豪公司承担因设计、施工原因导致质量问题的赔偿责任。

（二）因合作开发房地产而产生的诉讼主体争议及其司法处理原则

所谓合作开发房地产，是指两个或两个以上的当事人按照约定提供出让土地使用权、资金等作为共同投资，共享利润、共担风险合作开发房地产。在合作开发房地产过程中需要对外签订一系列的合同，包括施工合同。合作开发房地产中对外签订施工合同时存在以下两种情形：（1）合作开发各方当事人中的所有当事人共同作为发包人与承包人签订施工合同；（2）合作开发各方当事人中的部分当事人作为发包人与承包人签订施工合同。通常情况下，因施工合同产生纠纷的，根据合同相对性原则，应当以签订施工合同的当事人作为诉讼当事人，而未签订施工合同的当事人不应作为诉讼当事人。但承包人为最大限度地维护其自身权益，在要求签订施工合同的合作开发当事人承担工程款支付责任的同时，往往同时要求未签订施工合同的合作开发当事人承担支付工程款的连带责任，而未签订施工合同的合作开发当事人则会依据合同相对性原则提出抗辩，由此而产生诉讼主体争议。

就未对外签订施工合同的合作开发当事人是否承担支付工程款连带责任的问题，最高院存在着两种截然相反的观点，《最高人民法院关于印发〈全国民事审判工作会议纪要〉的通知》第18条中就同时列举了这两种截然相反的观点，由此可见司法实践中对该问题存在着非常大的分歧。《回顾与展望》一文中则明确提出“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”。与最高院对该问题存在两种截然相反的意见和观点不同，各地法院对该问题的意见和观点则较为一致，各地法院制定的相关司法文件中基本上都明确规定合作开发各方当事人（包括未签订施工合同的合作开发当事人）对外承担连带责任。

本章所选取的“大连渤海建筑工程总公司与大连金世纪房屋开发有限公司、大连宝玉房地产开发有限公司、大连宝玉集团有限公司建设工程施工合同纠纷案”就充分反映了司法实践中在未签订施工合同的合作开发当事人是否对外承担连带责任的问题上所存在的争议和分歧。对施工单位渤海公司要求未签订施工合同的合作开发当事人金世纪公司承担支付工程款连带责任的诉讼请求，一审法院认定金世纪公司对尚欠工程款承担连带给付责任，而最高院（二审法院）则依据合同相对性原则等，认为合作开发房地产各方并不必然对外承担连带责任，并据此认定金世纪公司作为未签订施工合同的合作开发当事人，不应当对尚欠工程款承担连带责任。该案例公布在《最高人民法院公报》2008年第11期中，显然体现了最高院在该问题上的倾向性观点和指导性意见。

（三）因承包人要求非施工合同当事人的建筑物所有权人承担工程款支付责任而产生的诉讼主体争议及其司法处理原则

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

本章所选取的“广州市番禺区市场管理服务总站与广州市番禺区第二

建筑工程公司、广东华粤房地产股份有限公司等工程款纠纷案”涉及非施工合同发包人的建筑物所有权人是否承担支付工程款义务的问题。该案中，施工合同的双方当事人分别为华粤公司（发包人）和二建公司（承包人），市管总站并非施工合同的当事人，市管总站与华粤公司之间存在合作开发合同关系，后案涉建筑物被另案判归市管总站所有，二建公司在依据施工合同要求华粤公司向其支付剩余工程款的同时，以市管总站为案涉建筑物的所有权人为由要求市管总站承担支付工程款的连带责任。如上所述，司法实践中对未签订施工合同的合作开发当事人是否对外承担支付工程款的连带责任存在着比较大的分歧，该案中两审法院在该问题上的认定也截然相反。一审法院以案涉建筑物已判归市管总站所有、市管总站是该建筑物的受益人为由，认定市管总站承担连带清偿责任，而二审法院（最高院）则依据合同相对性原则，以市管总站不是施工合同的缔约人为由，认定市管总站不承担连带责任。

（四）因施工合同债权转让而产生的诉讼主体争议及其司法处理原则

《中华人民共和国合同法》（下称《合同法》）第79条中规定了三种不得转让的合同权利：（1）根据合同性质不得转让；（2）按照当事人约定不得转让；（3）依照法律规定不得转让。对施工合同项下债权（包括工程款债权）是否可以转让，现行法律法规和司法解释并未作出明确规定，由此导致施工合同一方当事人将其所享有的施工合同项下债权转让给第三方之后，另一方当事人往往会对施工合同项下债权转让的效力提出异议。对施工合同项下债权是否可以转让以及施工合同项下债权转让的受让方是否有权以自己的名义主张权利、提起诉讼，应当根据我国《合同法》第79、80条等规定进行分析和认定。部分地方法院制定的司法文件中明确规定施工合同项下债权可以依法转让。最高院在相关指导性案例中也明确施工合同项下债权可以依法转让。

本章所选取的“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”涉及施工合同项下债权是否可以转让的问题，该案例公布在《最高人民法院公报》2007年第12期中，表明最高院认为该案例中对施工合同项下债权是否可以转让所确立的裁判规则具有较强的指导作用。该案中，三建公司将其对西岳山庄所享有的工程款债权转让给建发公司，并通知了西岳山庄，西岳山庄在诉讼中以“施工合同项下的工程款债权属于依据合同性质依法不得转让的债权，且

其并未同意该转让行为”为由抗辩称三建公司将施工合同项下工程款债权转让给建发公司无效。两审法院并未支持西岳山庄所提出的抗辩，最终判决西岳山庄向工程款债权的受让方建发公司支付剩余工程款。最高院在该案例中确立了以下裁判规则：法律、法规并不禁止建设工程施工合同项下的债权转让，只要建设工程施工合同的当事人没有约定合同项下的债权不得转让，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。

（五）因施工合同债务加入而产生的诉讼主体争议及其司法处理原则

债务加入亦称为并存的债务承担，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。我国现行法律法规和司法解释中未对债务加入作出明确规定，但其作为债务承担的一种形式，在司法实践中较为常见。司法实践中对债务加入的认定标准及认定构成债务加入后的责任承担方式等问题容易产生分歧和争议。如果各方当事人（包括债权人、债务人和第三人）规范操作，在第三人承担债务时即对第三人承担债务的具体方式（是债务加入？还是债务转移？抑或是保证？）以及第三人承担债务的具体范围和具体责任形式（第三人是否承担连带责任？）等作出明确约定，可以在很大程度上避免因债务加入而产生不必要的纠纷。但如果各方当事人未对前述事项作出明确约定，则极易因此而产生纠纷，并会因此而增加法院审理此类纠纷案件的难度。

本章所选取的“杭州利星凯悦大酒店有限公司等与浙江中成建工集团有限公司建设工程施工合同纠纷上诉案”为一起涉及建设工程施工合同中债务加入的典型案。该案中，杭州公司作为建设单位，将工程以工程总承包的方式发包给上海公司，杭州公司与上海公司之间存在合同关系；上海公司总承包工程之后，将其中的部分工程分包给中成公司，上海公司与中成公司之间存在合同关系；杭州公司与中成公司之间并不存在合同关系。按照合同相对性原则，应由上海公司向中成公司支付分包合同工程款，杭州公司无需向中成公司支付分包合同工程款。但由于杭州公司在总承包方上海公司和分包方中成公司之间的分包合同的履行过程中，频繁介入，多次参与会议纪要的签署，参加土建工程的中间结构验收，并多次直接向分包方支付工程款，特别是向分包方中成公司出具书面函承诺工程款支付事宜，而被法院认定杭州

公司的行为构成债务加入，判决杭州公司对上海公司应付中成公司的工程款承担连带清偿责任。

（六）因其他情形产生的诉讼主体争议及其司法处理原则

除上述诉讼主体争议之外，司法实践中还存在其他常见的诉讼主体争议，包括但不限于：

1. 因无权代理、表见代理而产生诉讼主体争议。

在司法实践中，还存在着因无权代理、表见代理而产生的诉讼主体争议。《合同法》第48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1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49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。”表见代理制度是基于本人的过失或本人与无权代理人之间存在特殊关系，使相对人有理由相信无权代理人享有代理权而与之作为民事法律行为，代理行为的后果由本人承受的一种特殊的无权代理。表见代理虽然也属于一种特殊的无权代理，但表见代理与无权代理的法律后果截然不同：表见代理情形下，代理行为的后果是由本人承受（本人承担责任后可以向无权代理人追偿）；在无权代理情形下，代理行为的后果是由无权代理人承受。在施工合同纠纷案件中，当事人从维护各自利益的角度出发，往往会对相关人员（特别是建设工程施工挂靠、转包、违法分包等情形中的项目经理、项目负责人）的行为是否构成表见代理产生争议。《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》（法发〔2009〕40号）第四部分“正确把握法律构成要件，稳妥认定表见代理行为”中对表见代理行为的认定标准作了较为具体的规定，根据其中规定，法院在具体个案中认定是否构成表见代理时，需要考虑具体个案中的各种相关因素后作出综合分析判断。

2. 因借用资质（挂靠）而产生诉讼主体争议。

在工程管理实践和司法实践中，借用资质（挂靠）的现象较为常见。因挂靠内部关系而产生纠纷的，挂靠人和被挂靠人即为诉讼的双方当事人，通常不会产生诉讼主体争议。但因挂靠外部关系而产生纠纷的，则在挂靠人和

被挂靠人的诉讼当事人地位如何确定及承担何种责任等问题上容易产生争议。《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》及各地法院制定的相关司法文件中对该问题作出的规定，可作为处理该类诉讼主体争议的参考依据。

3. 因实际施工人依据《最高院施工合同司法解释》第26条第2款提起诉讼而产生诉讼主体争议。

《最高院施工合同司法解释》第26条第2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。”该规定在实际适用过程中产生了一系列问题，最高院和各地法院均在限制该规定的适用范围，如《最高人民法院关于印发〈全国民事审判工作会议纪要〉的通知》第28条规定：“人民法院在受理建设工程施工合同纠纷时，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，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。”《回顾与展望》一文中提出“为弥补突破合同相对性带来的法理上的缺陷，适用《解释》第26条第2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。”上述规定和精神以及各地法院制定的司法文件中的相关规定（包括对“实际施工人的范围”及“实际施工人依据《最高院施工合同司法解释》第26条第2款提起诉讼的条件”等作出的规定）应当作为处理因实际施工人依据《最高院施工合同司法解释》第26条第2款提起诉讼而产生的诉讼主体争议的依据。

综上所述，对施工合同纠纷诉讼主体争议，最高院和各地法院通过司法解释、司法文件、指导性案例和相关文章，确立了常见诉讼主体争议的司法处理原则，但由于前述法律规定、实践做法和学说观点之间存在着不尽一致（甚至截然相反）之处，由此给司法实践中处理相关诉讼主体争议造成了不应有的混乱和困扰。对最高院上述司法解释、司法文件、指导性案例及相关文章进行梳理和总结，不难发现最高院在处理施工合同纠纷诉讼主体争议时对