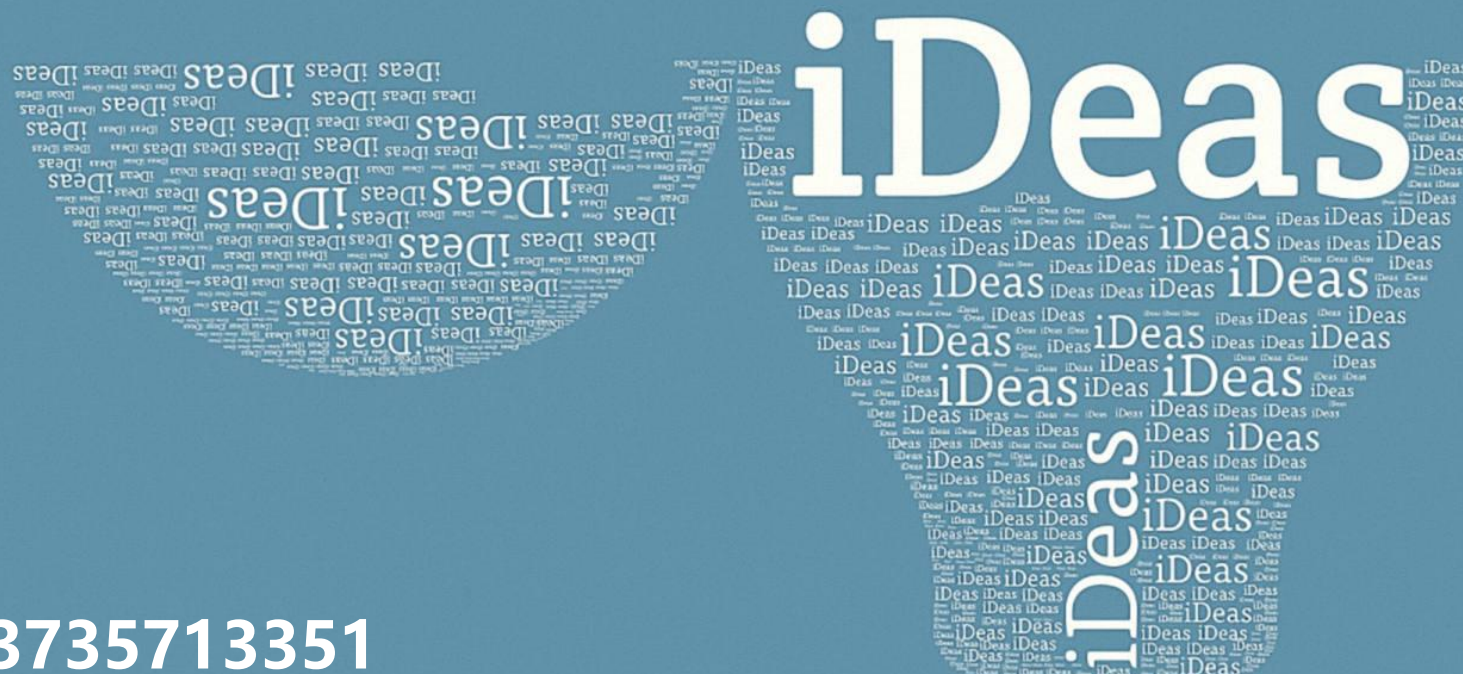


# 《实际施工人的权利保护和民事责任》



● 应旭升 13735713351

2022.6.15





- ◆ 国际律师协会建设工程专业委员会委员
- ◆ ENR最值得推荐60位中国工程专业律师
- ◆ 最高人民检察院民事行政咨询专家
- ◆ 全国建设工程优秀法律顾问
- ◆ 浙江省律师协会房地产委员会副主任
- ◆ 浙江省建筑业行业协会法务委副理事长
- ◆ 金华市律师协会建筑房产委员会主任
- ◆ 金华市建筑业行业协会法务委理事长

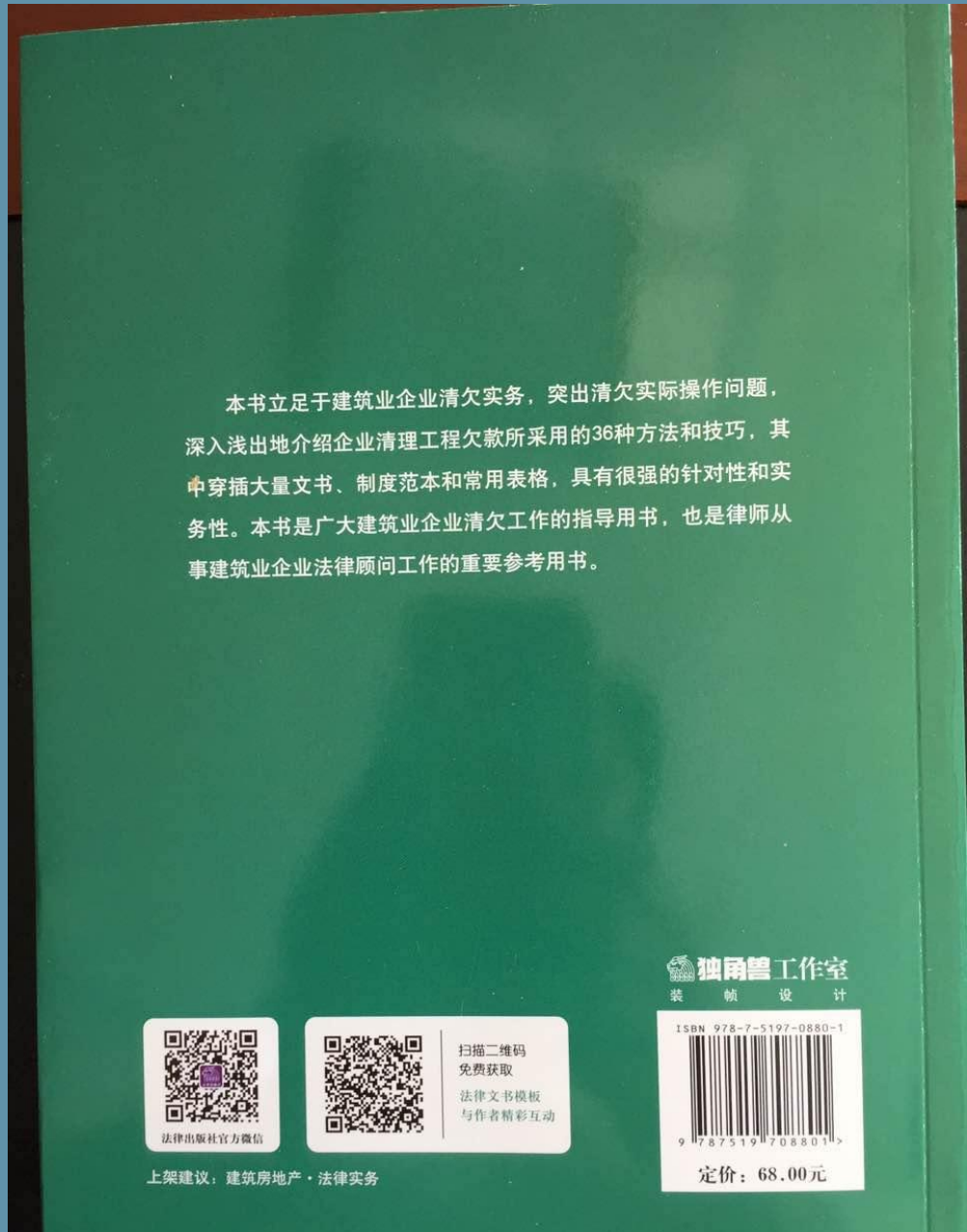
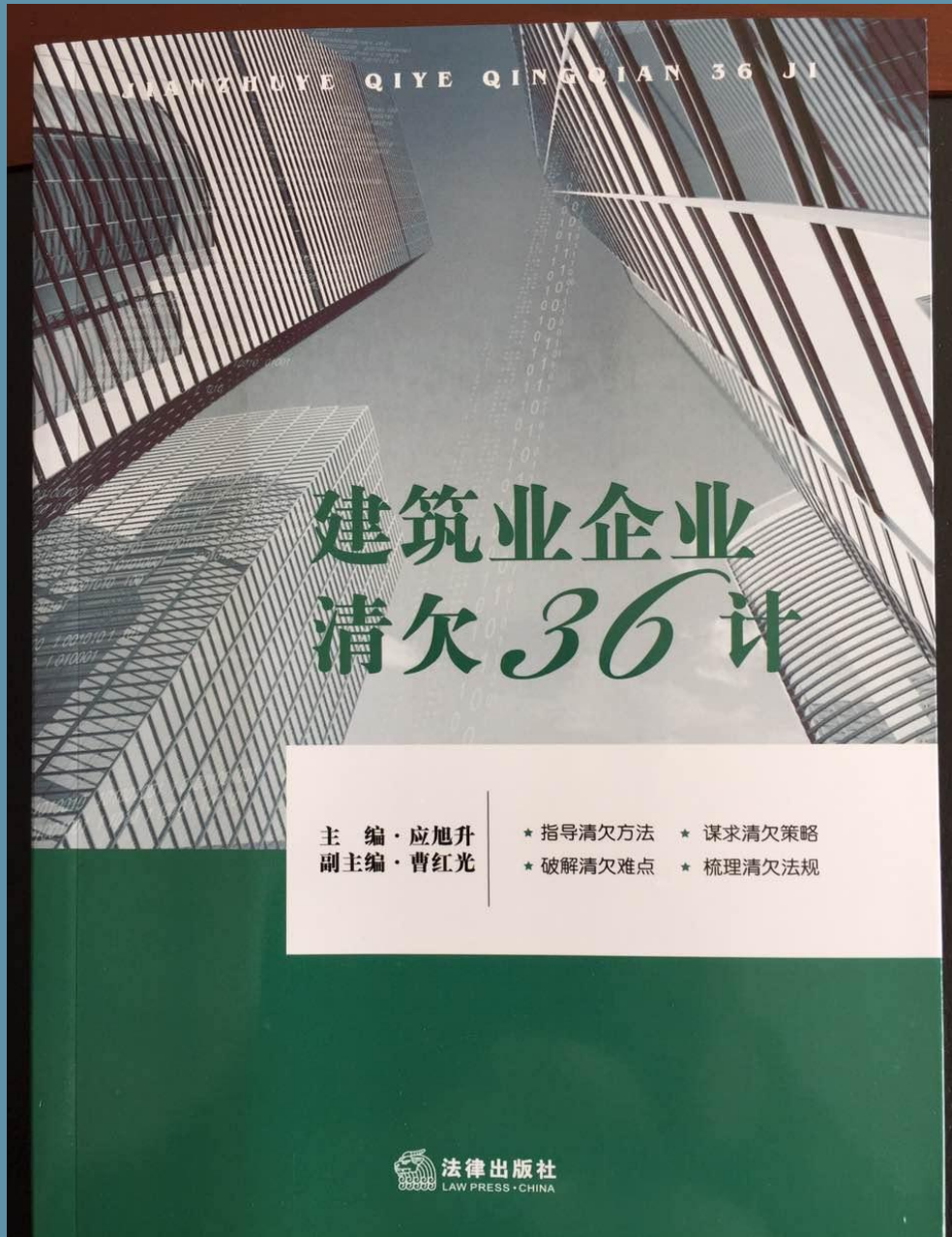
## 相关著作

- 《建筑业企业法务指南》 主编 (法律出版社 2013.3)
- 《建筑业企业清欠36计》 主编 (法律出版社 2017.7)
- 《工程法律实务全解答》 主编 (法律出版社 2021.7)

# 应旭升律师

北京盈科（金华）律师事务所

# 作品简历



JIANZHUYE QIYE FAWU ZHINAN

# 建筑业企业 法务指南

——建筑业企业风险控制实务

应旭升·编著

- ★ 建设法务工作机构
- ★ 防范各种合同风险
- ★ 堵截财务管理漏洞
- ★ 清理企业工程欠款
- ★ 梳理法务管理流程
- ★ 规范项目经理行为
- ★ 谋划诉讼案件策略
- ★ 解决民工工资拖欠

法律出版社  
LAW PRESS · CHINA

建设工程  
常见法律实务问题  
全解答

应秀良 应旭升 主编

# 建设工程 常见法律实务问题 全解答

Q&A:  
Law and Practice  
in  
Construction Projects

应秀良 应旭升 主编

法律出版社 LAW PRESS · CHINA

# 目 录

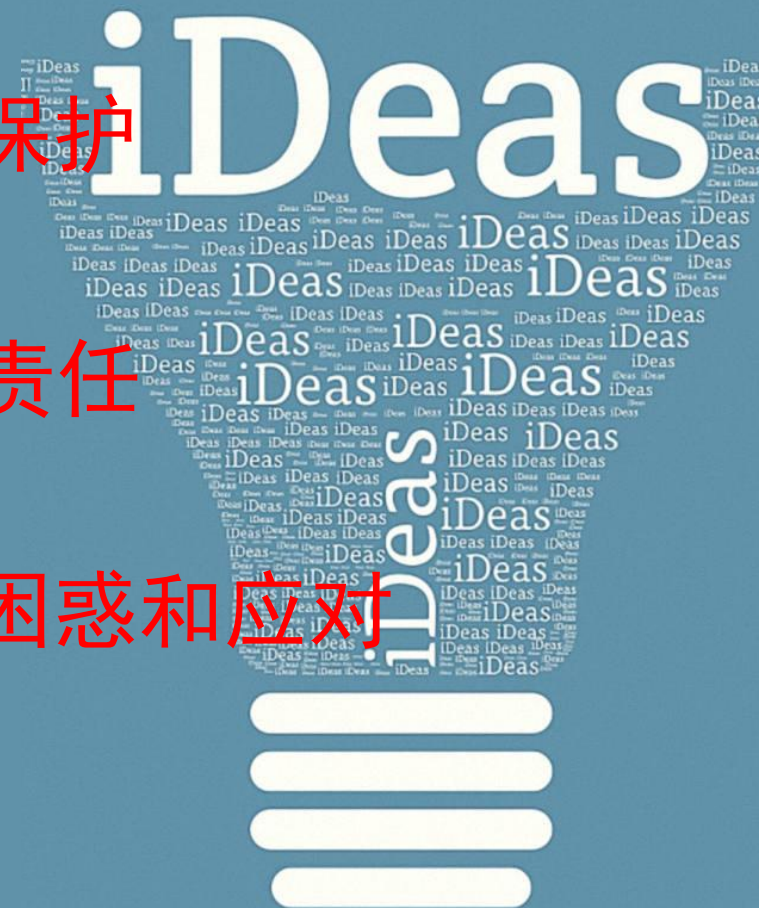
## Contents

01 第一章 实际施工人的概念

02 第二章 实际施工人的权利保护

03 第三章 实际施工人的民事责任

04 第四章 实际施工人制度的困惑和应对





# 一、实际施工人的由来

2005年1月1日施行的《最高人民法院施工合同解释》（法释[2004]14号）首次提出“实际施工人”概念。

《最高人民法院施工合同解释》（法释[2004]14号）规定：

T4 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134条规定，收缴当事人已经取得的非法所得。

T25 因建设工程质量发生争议的，发包人可以向总承包人、分包人和实际施工人为共同被告提起诉讼。

T26 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。

## 二、实际施工人的定义

### （一）法律依据

《最高人民法院对十二届全国人大四次会议第9594号建议的答复》指出“实际施工人”是指依照法律规定被认定为无效的施工合同中实际完成工程建设的主体，包括施工企业、施工企业分支机构、工头等法人、非法人团体、公民个人等，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》确定的概念，目的是为了区分有效施工合同的承包人、施工人、建筑施工企业等法定概念。

### （二）构成条件

1. 基于无效施工合同进行施工；
2. 实际完成工程建设的主体；其实质要求是实际投入了资金、材料与劳力。
3. 形式上包括施工企业、施工企业分支机构、工头等法人、非法人团体、公民个人等。

最高法院在具体案例中认为，劳务人员（班组）并非法律意义上的实际施工人。如：乐殿平、福建四海建设有限公司劳务合同纠纷再审审查与审判监督民事裁定书【案号：（2019）最高法民申5594号】

## 二、实际施工人的定义

### (三) 常见无效合同情形 1.非法转包

#### (1) 法律依据

《最高法院施工合同解释一》第1条第2款规定：承包人因转包、违法分包建设工程与他人签订的建设工程施工合同，应当依据民法典第153条第1款及第791条第2款、第3款的规定，认定无效。

#### (2) 参考案例

**【裁判要旨】** 建筑公司与责任制承包人签订承包合同，但建筑公司不提供任何支持，实为非法转包；二者之间承包合同为无效合同。责任制承包人之后的分包也为无效合同。

**【裁判摘要】** 一审法院认为，新农村建设与富顺公司签订的III标段安置房施工合同合法有效。富顺公司就III标段安置房施工项目与蒋增加签订的合同，名为“项目管理责任承包合同”，但富顺公司在人员、设备、技术、资金各方面不向蒋增加提供任何支持，实为转包给蒋增加个人施工，属非法转包，二者之间的承包合同为无效合同。蒋增加承包施工项目后将其中的四幢房屋分包给钱洪清施工、钱洪清又将四幢房屋的铝合金门窗工程分包给于世山施工，均属违法分包，该二个层级的分包合同也为无效合同。【（2017）浙07民终1496号】

## 二、实际施工人的定义

### (三) 常见无效合同情形 1.非法转包

#### (3) 工作启发（需要鉴别转包和内部承包）

转包与内部承包的主要区别：

其一、具体承包老板是否为承包人公司员工；包括：公司有无与其建立劳动合同、 社保关系； 公司有无实际支付工资；

其二，公司有未对该项目部提供资金、技术、人员等各方面支持。



## 二、实际施工人的定义

### (三) 常见无效合同情形

## 2.违法分包

### (1) 法律依据

《民法典》第791条第3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。

《建筑法》第29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，必须经建设单位认可。

《建设工程质量管理条例》第78条规定：本条例所称违法分包，是指下列行为：（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；

### (2) 参考案例

【裁判要旨】 施工单位与发包人约定未经同意不得分包， 施工单位擅自分包且无证据证明发包人同意，该分包行为应为无效。

【裁判摘要】 一审法院认为：被告未经发包人同意分包本案工程给原告的行为无效，但工程经竣工验收合格的，承包人请求参照合同约定支付工程价款的，应予支持。本院认为，涉案工程发包人与光大公司签订的合同约定光大公司未经发包人同意不得进行工程分包，现有证据也不能证明发包人同意工程分包，故一审法院认定光大公司的分包行为无效合法有据。【（2018）浙07民终5814号】

## 二、实际施工人的定义

### (三) 常见无效合同情形

#### 2. 违法分包

#### (3) 工作启发（合法分包四个必备要件）

其一、发包人认可或事后追认；

其二、分包单位具备相应资质条件。

其三、分包对象为非主体结构。

其四、分包次数仅限为一次。



## 二、实际施工人的定义

### (三) 常见无效合同情形 3.没有规划

#### (1) 法律依据

《最高人民法院施工合同解释一》第3条第1款规定：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。

#### (2) 参考案例

【裁判要旨】案涉工程至起诉时未办理规划手续，应认定合同无效。

【裁判摘要】一审法院认为，《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（二）》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。”之规定，本案所涉工程至今未办理规划审批手续，故中一建设公司、溪口经济合作社之间签订的《建设工程施工合同》应认定为无效。 本院认为，一、对溪口经济合作社向戴光耀支付的案涉800万元能否认定为其向中一建设公司支付的工程进度款问题，**本案所涉工程系农村集体经济组织成员的房屋，至今未办理规划审批手续，故中一建设公司、溪口经济合作社之间签订的《建设工程施工合同》应认定为无效**，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》第二条的相关规定，中一建设公司可请求溪口经济合作社参照合同约定支付工程款。【金华市中级人民法院（2019）浙07民终3435号】

# 二、实际施工人的定义

## (三) 常见无效合同情形 3.没有规划

### (3) 工作启发 (签约前的尽职调查一)

业主资信审查表  
编号:

项目情况	项目名称		工程地点	
	计划造价		计划工期	
业主情况	业主全称		单位地址	
	法人代表 联系方式		注册资本 开发资质	
	净资产		资产负债率	
	以往业绩		资金来源	
	主要股东		社会地位	
项目负责人基本情况	姓名		联系电话	
	身份证号		实际住所	
	即往业绩		资金来源	
业务联系人	初步意见 1、业主能力 2、垫资情况 3、付款条件 4、支付担保 5、合同让利 6、其他意见	签名: 时间:		

市场部门	审查意见	签名: 时间:
经营副总裁	审查意见	签名: 时间:
总裁	审批意见	签名: 时间:

附:

1. 业主营业执照复印件、资质证书复印件;
2. 业主工商机读资料 (含股份构成, 股东信息);
3. 网络下载业主单位基本信息、有关该公司新闻报道;
4. 近三

# 二、实际施工人的定义

## (三) 常见无效合同情形 3.没有规划

### (3) 工作启发 (签约前的尽职调查二)

附件 建设工程项目审查表 编号: 时间: \_\_\_年\_\_月\_\_日

项目基本情况	项目名称		工程地点	
	计划造价		计划工期	
	建筑面积		质量要求	
	建设单位		经营场所 联系方式	
项目合法性审查	土地证号		土地款项 支付情况	
	立项批复		是否完成 勘察设计	
	需否招标		规划许可	
	全程跟踪 律师意见	签名: _____ 时间: _____		

项目 可行性 审查	(一) 工程合同主要条件			
	工程承建范围			
	开工竣工时间			
	价款支付担保			
	结算价款标准			
	垫资及保证金			
	工程款支付方式时间			
	质量安全文明施工			
	(二) 项目施工经营价值			
	资金需求情况 (占用总额时间等)			
资金来源情况	公司出资比例及金额		项目部出资比例及金额	
公司可收管理费	可收管理费率 (%)		可收金额	
公司 审查 意见	市场 审查 部门 意见	签名: 时间:	经营 最终 副总 意见	签名: 时间:

## 二、实际施工人的定义

### (三) 常见无效合同情形

#### 4.出借资质

##### (1) 法律依据

《最高人民法院施工合同解释一》第1条规定：建设工程施工合同具有下列情形之一的，应当依据民法典第153条第1款的规定，认定无效：（一）承包人未取得建筑业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；…。

##### (2) 参考案例

【裁判要旨】施工合同违反“没有资质的实际施工人借用有资质的建筑施工企业名义”的规定导致无效，但是建设工程验收合格的，不影响实际施工主体向发包人主张相应施工价款。

【裁判摘要】虽然双方之间这一真实合同关系因违反《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，……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”的规定，亦应做无效评价，但黄夕荣作为实际施工主体，仍可根据上述司法解释第二条“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，向岚世纪公司主张相应施工价款。

【最高人民法院一第四巡回法庭：（2020）最高法民终1269号民事判决书】

## 二、实际施工人的定义

### (三) 常见无效合同情形

#### 4. 出借资质

### (3) 工作启发 (选择合法经营方式)

#### 合法模式一、内部承包模式

法律依据：浙江省高级人民法院《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》规定：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，主张该内部承包的，不予支持。



内部承包人与实际施工人:

虽外表相似;

但本质不同。



## 二、实际施工人的定义

### (三) 常见无效合同情形 4.出借资质

(3) 工作启发（需要鉴别挂靠和内部承包，选择合法经营方式）

合法模式二、项目自营模式

《公司法》规定

第3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5条 公司从事经营活动，必须遵守法律、行政法规，遵守社会公德、商业道德，诚实守信，接受政府和社会公众的监督，承担社会责任。 公司的合法权益受法律保护，不受侵犯。

## 二、实际施工人的定义

### (三) 常见无效合同情形

#### 5.违反程序

##### (1) 法律依据

《最高人民法院关于施工合同解释一》第1条规定：建设工程施工合同具有下列情形之一的，应当依据民法典第153条第1款的规定，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。

##### (2) 参考案例

**【裁判要旨】** 招投标中存在明招暗定、先定后招的行为，违反了招投标强制性规定，故中标合同《建设工程施工合同》无效。

**【裁判摘要】** 本案中，中厦公司在招投标之前已进场施工并从弘域公司处获得了部分报酬，双方就工程承包内容已达成了合意，此种明招暗定、先定后招的行为，违反了招投标强制性规定，故中标合同《建设工程施工合同》无效。（《中厦建设集团有限公司、新疆弘域房地产开发有限公司建设工程施工合同纠纷再审审查与审判监督民事裁定书(2020)最高法民申725号》）

# 02

## 第二章 实际施工人的权利保护



iDeas

- 一、工程款请求权
- 二、工程款利息请求权
- 三、工程价款优先权
- 四、管理费返还请求权



# 一、工程款请求权

## (一) 工程款请求权的基本条件

实际施工人请求折价补偿的必备条件：

- 其一、工程质量必须合格；
- 其二、价款金额明确具体；
- 其三，支付时点已经届满。

### 1. 工程质量必须合格

#### (1) 法律依据

原《最高法院施工合同司法解释》（法释[2004]14号）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。”

《民法典》第793条规定：**建设工程施工合同无效，但是建设工程经验收合格的，可以参照合同关于工程价款的约定折价补偿承包人。**建设工程施工合同无效，且建设工程经验收不合格的，按照以下情形处理：（一）修复后的建设工程经验收合格的，发包人请求承包人承担修复费用；（二）修复后的建设工程经验收不合格的，承包人无权请求参照合同关于工程价款的约定折价补偿。发包人对因建设工程不合格造成的损失有过错的，应当承担相应的责任。

# 一、工程款请求权

## (一) 工程款请求权的基本条件

[金华市中级人民法院（2020）浙07民终1101号]

### (2) 参考案例

**【裁判要旨】**工程违法转包的，对发包人关于实际施工人诉请的工程款系非法所得应予收缴的主张法院不予采信。

**【裁判摘要】**本院认为，本案二审争议焦点在于：...关于争议焦点二，《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（二）》第二十四条规定，“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”。一审庭审中，永康市土地开发整理中心对涉案工程已验收合格、欠款数额为429264元的事实均无异议，一审判决永康市土地开发整理中心支付黄勇建工程款429264元并无不当。本案中，**黄勇建实际付出相应劳动并交付合格成果，永康市土地开发整理中心对欠款数额429264元亦无异议，黄勇建并不存在非法所得，永康市土地开发整理中心关于要求收缴黄勇建非法所得的主张，本院不予采信。**

# 一、工程款请求权

## (一) 工程款请求权的基本条件

### 2. 价款金额明确具体

#### 方法（1）签订结算协议

《最高法院施工合同解释一》第29条规定：当事人在诉讼前已经对建设工程价款结算达成协议，诉讼中一方当事人申请对工程造价进行鉴定的，人民法院不予准许。

方法（2）政府投资项目约定以行政审计（财政评审）为准，按约定处理。

例外：发包人故意迟延审计或妨碍审计条件成就，

例外：行政审计（财政评审）部门明确表示无法进行审计或无正当理由超出合同约定的审计期限的一定期限内，仍未作出结论的，应允许工程造价司法鉴定。

# 一、工程款请求权

## (一) 工程款请求权的基本条件

**方法（3）固定总价合同在实际施工未超出约定施工范围的，按约定处理。**

《最高法院施工合同解释一》第28条规定：当事人约定按照固定价结算工程价款，一方当事人请求对建设工程造价进行鉴定的，人民法院不予支持。

**固定总价的结算，实际施工未超出约定施工范围的，应当适用固定价结算。**

**施工范围有所增减的，处理原则：**

**有约定按照约定；**

**没有约定，参照施工地建设行政主管部门发布的计价方法或者计价标准结算。**

**方法（4）符合司法解释规定的以送审价为准的。**

《最高法院施工合同解释一》第21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，人民法院应予支持。

**以送审价为准的基本条件。**

**其一、合同明确约定以送审价为准的合同条款。其二、承包人递交了完整的送审结算。**

**其三，送审资料由发包人有权人员签收且有证据证明。**

**其四，我公司送审造价明确具体。**

**其五，约定送审期满，承包人立即发函给发包人，谢绝审价，并由其立即按送审价支付。**

# 一、工程款请求权

## (一) 工程款请求权的基本条件

方法（5）就工程造价申请司法鉴定。

实务困惑：人民法院应审查重点有哪些？

3. 支付时点已经届满

实际施工人洽谈垫资条款应当量力而行：

序号	垫资节点约定	施工方决策
1	<u>垫资到基础</u>	<u>完全可以接受</u> 。
2	<u>垫资到主体结顶</u>	<u>勉强可以接受</u> !
3	<u>垫资到竣工备案</u>	<u>不能接受</u> !!!
4	<u>垫资到房产证办妥</u>	<u>绝对不能接受</u> !!!

# 一、工程款请求权

## (二) 具体实现途径

### 1. 直接诉讼法（突破相对性原则）

#### (1) 法律依据

《最高法院施工合同解释一》第43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。



# 一、工程款请求权

## (二) 具体实现途径

### (2) 法条理解

特点一、实际施工人有权宽泛的确定被告主体，可以将转包人或者违法分包人和发包人为被告，发包人在欠付范围内承担责任。

特点二、该法条所涉实际施工人不包括挂靠的实际施工人。

**《最高人民法院民事审判第一庭2021年第20次专业法官会议纪要》指出：**《建工解释一》第43条规定：...。本条解释涉及三方当事人两个法律关系：一是发包人与承包人之间的建设工程施工合同关系；二是承包人与实际施工人之间的转包或者违法分包关系。原则上，当事人应当依据各自的法律关系，请求各自的债务人承担责任。本条解释为保护农民工等建筑工人的利益，突破合同相对性原则，允许实际施工人请求发包人在欠付工程款范围内承担责任。对该条解释的适用应当从严把握。**该条解释只规范转包和违法分包两种关系，未规定借用资质的实际施工人以及多层转包和违法分包关系中的实际施工人有权请求发包人在欠付工程款范围内承担责任。**

# 一、工程款请求权

## (二) 具体实现途径

### (3) 参考案例

**【裁判要旨】** 作为实际施工人，有权在涉案工程发包人欠付转包人工程款的范围内请求发包人承担责任。

**【裁判摘要】** 本院认为，本案争议的焦点是实际施工人是否可以直接向发包人主张欠付承包人的工程款。本案中，义乌市市政设施处将义乌市五洲大道（K4+900—K6+400段及部分破损点）整修工程发包给八达公司负责施工，合同虽约定不进行转包及违法分包，但八达公司将又该工程转包给黄铠，黄铠是涉案工程的实际承包人，进行了工程施工并验收合格。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（二）》第24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”，黄铠作为实际施工人，有权在涉案工程发包方义乌市市政设施处欠付转包人八达公司3725040元工程款的范围内请求义乌市市政设施处承担责任，故其所请求义乌市市政设施处支付工程款3725040元的意见应予支持。

[（2020）浙07民终3161号]

# 一、工程款请求权

## (二) 具体实现途径

### 2. 代位诉讼法

#### (1) 法律依据

《最高人民法院施工合同解释一》第44条规定：实际施工人依据民法典第535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或者与该债权有关的从权利，影响其到期债权实现，提起代位权诉讼的，人民法院应予支持。

(2) 法条理解：不以欠付数额为限，收回的债权归于承包人。

#### (3) 参考案例

**【裁判要旨】** 实际施工人对违法分包人享有到期债权，违法分包人未通过诉讼或仲裁途径向发包人主张债权，直接影响实际施工人实现债权的，实际施工人可以向发包人提起代位权诉讼。

**【裁判摘要】** 最高人民法院认为：根据《合同法》第73条之规定，因债务人怠于行使其到期债权，对债权人造成损害的，债权人可以向人民法院请求以自己的名义代位行使债务人的债权，但该债权专属于债务人自身的除外。故王强向谢向阳主张债权不能实现的，如谢向阳怠于行使其自身的债权，王强还可以行使债权人代位权，本案建工四公司未承担连带清偿责任不影响实际施工人王强的权利救济。（王强与贵州建工集团第四建筑有限责任公司施工合同纠纷，最高人民法院（2018）最高法民申1808号裁定书）

# 一、工程款请求权

## (二) 具体实现途径

### 3. 挂靠情形下直接起诉发包人

#### (1) 法律依据

《最高人民法院民事审判第一庭2021年第20次专业法官会议纪要》指出：借用资质的实际施工人与发包人形成事实上的建设工程施工合同关系且工程经验收合格的，可以请求发包人参照合同约定折价补偿。

#### (2) 法条理解

发包人知道或者应当知道相关工程系借用资质的实际施工人进行施工的情况下，发包人与借用资质的实际施工人之间形成事实上的建设工程施工合同关系。该建设工程施工合同因违反法律的强制性规定而无效。《民法典》第793条第1款规定：“建设工程施工合同无效，但是建设工程经验收合格的，可以参照合同关于工程价款的约定折价补偿承包人。”因此，在借用资质的实际施工人与发包人之间形成事实上的建设工程施工合同关系且建设工程经验收合格的情况下，借用资质的实际施工人有权请求发包人参照合同关于工程价款的约定折价补偿。

# 一、工程款请求权

## (二) 具体实现途径

### (3) 参考案例

**【裁判要旨】** 发包人已知晓实际施工人借用资质施工，且认可由该实际施工人完成工程施工任务，因此发包人与实际施工人之间直接形成权利义务关系。虽然建设工程施工合同无效，但案涉工程已竣工验收合格，实际施工人在实际施工完成后，有权要求发包方参照合同约定支付工程价款。

**【裁判摘要】** 《建设工程施工合同》签订后，案涉工程实际由彭义芳进场进行施工，并由彭义芳向永安公司缴纳保证金，其不仅负责案涉工程的现场管理，而且所有的工程资料均由其掌握，且项目施工过程中，案涉设备租赁费、材料费、工人工资均由彭义芳直接支付。可见，案涉工程实际是由彭义芳在进行施工…。因此，彭义芳借用永安公司建筑资质与兴盛公司签订《建设工程施工合同》，违反法律强制性规定，该合同应认定为无效。根据《最高法院施工合同解释》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”。本案中，《建设工程施工合同》无效，但案涉工程已竣工验收合格，彭义芳在实际施工完成后，有权要求兴盛公司参照合同约定支付工程价款。（湖南省永安建筑股份有限公司因与萍乡市兴盛房地产开发有限公司、彭义芳建设工程施工合同纠纷一案，最高法（2019）民申1307号民事裁定书）

# 一、工程款请求权

## (三) 工程款请求范围 (折价补偿范围)

### 1. 实际施工人是否有权主张管理费、规费？

实际施工人是否有权获取**企业管理费和规费**？关于**企业管理费和规费等间接费用**，在合同无效时是否应全额支付给实际施工人并无明确规定。

文件依据	《关于印发〈建筑安装工程费用项目组成〉的通知》（建标〔2003〕206号）		
造价组成	1.直接费		
	2.间接费	(1) 规费	(1)社会保险费(2)住房公积金(3)工程排污费
		(2) 企业管理费	(1)管理员工资: (2)办公费: (3)差旅交通费: (4)固定资产使用费: (5)工具用具使用费: (6)劳动保险和职工福利费 (7)劳动保护费: (8)检验试验费: (9)工会经费: (10)职工教育经费: (11)财产保险费 (12)财务费: (13)税金 (14)其他
	3.利润		
4.税金			

# 一、工程款请求权

## (三) 工程款请求范围 (折价补偿范围)

### 1. 实际施工人是否有权主张管理费、规费？

实际施工人是否有权获取**企业管理费和规费**？关于**企业管理费和规费等间接费用**，在合同无效时是否应全额支付给实际施工人并无明确规定。

住房和城乡建设部、财政部关于印发《建筑安装工程费用项目组成》的通知建标[2013]44号

建筑安装工程造价

(一) 建筑安装工程费用项目按费用构成要素组成划分为

人工费  
材料费  
施工机具使用费  
企业管理费  
利润  
规费  
税金

(二) 为指导工程造价专业人员计算建筑安装工程造价，将建筑安装工程费用按工程造价形成顺序划分为

分部分项工程费  
措施项目费  
其他项目费  
规费  
税金

# 一、工程款请求权

## (三) 工程款请求范围 (折价补偿范围)

### (1) 肯定说

民事法律行为无效后，行为人因该行为取得财产，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。企业管理费作为工程价款组成部分，应予支付。

如：最高法院认为：“（三）化某、来某有权取得企业间接费。本院认为，原审判决支持化某、来某取得企业间接费并无不当。首先，依据相关法律规定及规范，工程价款包含直接费、间接费、利润、税金等，本案建设工程分包合同虽属无效合同，但涉案工程经竣工验收合格交付使用，化某、来某作为实际施工人有权依照法律规定请求支付工程价款。其次，企业间接费包含企业管理费，化某、来某已按照约定向新月公司缴纳了企业管理费，新月公司再行主张企业间接费有违公平。第三，新月公司明知化某、来某不具备施工资质，仍将涉案工程违法分包，对导致合同无效存在过错，其以化某、来某不具有资质为由拒付企业间接费，亦有违诚信原则。原审判决要求新月公司支付化某、来某企业间接费1237867.23元及利息正确。”

申诉人宁夏新月建筑有限公司与被申诉人化某、来某建设工程施工合同纠纷一案，最高法院作出（2018）最高法民再183号判决书。

# 一、工程款请求权

## (三) 工程款请求范围 (折价补偿范围)

### (2) 否定说

最高人民法院观点：原审判决认定化某、来某有权取得企业间接费，适用法律确有错误。

企业间接费是指在施工过程中所产生的应由企业承担的费用。化某、来某作为实际施工人，不具有企业资质，不能主张企业间接费。2000年5月10日宁夏回族自治区建设厅发布的《宁夏回族自治区施工企业取费类别管理规定》有规定，施工企业承揽工程必须持有《施工企业取费类别资格证书》，方能按企业取费类别计取相应的间接费用。本案原审判决支持化某、来某取得企业间接费，适用法律确有错误。

# 一、工程款请求权

## (三) 工程款请求范围 (折价补偿范围)

### 2. 工程款支付方式可否参照适用?

(1) 支付方式包括支付节点、支付进度、质保金约定等。

(2) 肯定说

《江苏高院施工合同解答》（2018年6月26日）第5条规定，建设工程施工合同无效，建设工程经竣工验收合格的，当事人主张工程价款或确定合同无效的损失时请求将合同约定的工程价款、付款时间、工程款支付进度、下浮率、工程质量、工期等事项作为考量因素的，应予支持。

《山东高院施工合同解答》（2020.8.15）第1条规定，施工合同无效，建设工程经竣工验收合格的，可以将合同中关于工程价款、付款时间、工程款支付进度、下浮率、质保金等约定条款作为折价补偿的依据。

# 一、工程款请求权

## (三) 工程款请求范围 (折价补偿范围)

2. 工程款支付方式可否参照适用？

(3) 否定说

最高法院认为，根据《合同法》第58条的规定，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。

《分包合同》无效，合同中有关支付方式的条款亦为无效，沈家河公司认为应当按照合同约定支付30%工程款及应扣留5%质保金的申请再审理由不能成立。

宁夏沈家河湿地公园扶贫旅游开发有限公司、宁夏广盛建筑机械工程有限公司建设工程施工合同纠纷再审审查与审判监督民事裁定书【(2019)最高法民申5458号】

## 二、工程款利息请求权

### (一) 实际施工人有权主张工程款利息

#### 1. 利息系法定孳息

一般理解，工程款利息并非违约金，属于法定孳息。

《建筑法》第18条规定：“…发包单位应当按照合同的约定，及时拨付工程款项。”

如：河南高院认为由于具有本金法定孳息的性质，总包方应当承担未付工程款部分相应利息的支付义务，发包人对此也应当承担责任。（参见河南高院（2011）豫法豫法民二终字第108号民事判决书）

#### 2. 合同效力不影响利息主张

某实际施工人起诉A建筑公司，要求其支付工程款100万元及逾期付款利息。一审法院认为：实际施工人与A公司之间合同无效，因工程质量合格，实际施工人有权参照合同约定要求建筑公司支付工程价款100万元。但双方对于合同无效均有过错，所以工程款利息按过错程度予以各半分摊。实际施工人就利息问题提出上诉。二审法院予以纠正，改判由建筑公司承担起诉以后全部利息。

结论：故承包合同是否无效，均不影响承包人利息请求，利息计算无需按照过错责任分摊。

## 二、工程款利息请求权

### (一) 实际施工人有权主张工程款利息

#### 3. 承包人是否违约不影响利息主张

我们认为，承包人违约并不影响其工程款利息主张。笔者代理的上诉人（原审原告）H建筑公司与被上诉人（原审被告）王某施工合同纠纷案二审结果有启发。

H公司一审中提出诉求，要求发包人王某支付工程款及起诉之后的同期贷款利息。发包人王某就工期延误问题提出反诉。一审法院审理后，分别支持了H公司工程款请求和王某的工期反诉请求。但其判决认为，因H公司存在工期延误事实，故H公司主张的工程款利息不予支持。

H公司提出上诉：H公司是否存在拖延工期事实，仅涉及到工期违约责任承担问题，并不导致法定利息权利丧失；何况工期延误的主要原因系王某延期付款导致。

二审法院依法改判，支持H公司的利息主张。

## 二、工程款利息请求权

### (二) 利息计算基数

工程款包括预付款、进度款、结算款、保修金等。利息计算基数就是已到期的工程款金额。

### (三) 利息计算标准

利息计算标准，有约定的按约定；没有约定的，按中国人民银行同期发布的同期同类贷款利率或者同期贷款市场报价利率计算。

《最高法院施工合同解释一》第26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，按照同期同类贷款利率或者同期贷款市场报价利率计息。

如：浙江中成建工集团有限公司诉上海德威五金制品有限公司、上海红富士家纺有限公司建设工程施工合同纠纷案--(2012)沪高民一(民)终字第16号。该案中，法院认定对未计取违约金的应付工程款，德威公司应补偿相应的利息损失，由于合同没有约定该部分的利率标准，故法院认定应按照银行同期贷款利率向中成公司计付利息，即德威公司应对欠付工程款支付利息以弥补中成公司的工程款利息损失。

## 二、工程款利息请求权

### (四) 利息计算起点

#### 1. 通常起算点

当事人约定应付之日→工程交付之日→提交竣工结算文件之日→当事人起诉之日。

《最高人民法院施工合同解释一》第27条规定：利息从应付工程价款之日开始计付。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。

#### 2. 先交付后结算的起算点

**【裁判要旨】**在对利息未有约定情况下，先交付工程，后结算的，从交付日计付利息。

**【裁判摘要】**由于郑祥庄与西部中大公司未对工程款付款时间和如何计算利息进行约定，且涉案工程已经于2009年底交付使用，故一审判决认定应从2010年1月1日起计算欠付工程款的利息是正确的。西部中大公司上诉主张应从2014年7月17日双方进行最终结算后，工程款的数额才是确定的，才能开始计算欠付工程款的利息，但双方的《最终结算书》并无对利息如何计算的约定，西部中大公司亦未提交其他充分的证据证明其主张，故其该项上诉主张没有事实和法律依据，本院不予支持。

（西部中大建设集团股份有限公司、郑祥庄建设工程施工合同纠纷二审民事判决书，案号：（2017）最高法民终972号）

## 二、工程款利息请求权

### (四) 工程款利息起算点

#### 3. 拖延审价的起算点

为避免发包人无限期拖延审价，我们认为，应从发包人合理审价期限届满的次日起算利息。

《北京高院施工合同解答》（京高法发[2012]245号）规定：35、发包人无正当理由拒绝结算工程款的，欠付工程款利息的起算点如何确定？发包人在施工合同约定的审核结算期限内无正当理由拒绝结算或故意拖延结算，在审核期限届满后也未支付工程款，承包人要求发包人从合同约定的审核结算期满次日起计算欠付工程款利息的，可支持，但合同另有约定除外。

《江苏高院施工合同意见》（苏高法审委[2008]26号）规定：15. 发包人应及时审查承包人提交的工程竣工结算文件。发包人在合同约定的审核结算期限届满后，又以承包人提交的竣工结算文件不完整为由拒绝结算，承包人要求从合同约定的审核结算期限届满之日起计算工程价款利息的，人民法院应予支持。

## 二、工程款利息请求权

### (四) 工程款利息起算点

#### 4. 审价期满的计息起算点

(1) 发包人逾期提出资料完整性，承包人**可以主张**审价期满后利息

《广东高院施工合同意见》（粤高法发〔2011〕37号）规定：10、发包人在合同约定的审核结算期限届满后，以承包人提交的竣工结算文件不完整为由拒绝结算，承包人请求从合同约定的审核结算期限届满之次日起计算工程款利息的，应予支持，但建设工程施工合同另有约定的除外。

(2) 发包人及时做出审核报告，承包人**无权主张**审价期满后利息

如安徽金九华国际大酒店有限公司诉广厦建设集团有限责任公司建设工程施工合同纠纷案——(2011)皖民四终字第00087号。

**主审法院认为：**金九华公司在收到广厦建设公司提交的结算性结算书后，已在合同约定期限内审核并出具了决算报告，明确对广厦建设公司编制的结算不予认可。这种情形属于双方当时对未付工程款数额达成一致，并非合同约定的发包人逾期不予审核结算文件或无正当理由不支付结算款的情形，因此不应从审理期限届满次日开始计算利息，并认定应从工程实际交付之日开始计算利息。

# 三、工程价款优先受偿权

## (一) 主流观点 (实际施工人**没有**工程价款优先受偿权)

### 1. 法律依据

《2011年全国民事审判工作会议纪要》明确：“因违法分包、转包等导致建设工程合同无效，实际施工人请求依据《合同法》第286条规定对建设工程行使优先受偿权不予支持”。

《最高人民法院民事审判第一庭2021年第21次专业法官会议纪要》指出：**四、实际施工人不享有建设工程价款优先受偿权。**建设工程价款优先受偿权是指在发包人经承包人催告支付工程款后的合理期限内仍未支付工程款的情况下，承包人享有的与发包人协议将该工程折价或者请求人民法院将该工程依法拍卖，并就该工程折价或者拍卖的价款优先受偿的权利。

《民法典》第807条规定：“发包人未按照约定支付价款的，承包人可以催告发包人在合理期限内支付价款。发包人逾期不支付的，除根据建设工程的性质不宜折价、拍卖外，承包人可以与发包人协议将该工程折价，也可以请求人民法院将该工程依法拍卖。建设工程的价款就该工程折价或者拍卖的价款优先受偿”

《最高法院施工合同解释一》**第35条规定：**与发包人订立建设工程施工合同的承包人，依据民法典第807条的规定请求其承建工程的价款就工程折价或者拍卖的价款优先受偿的，人民法院应予支持。

# 三、工程价款优先受偿权

## (一) 主流观点 (实际施工人**没有**工程价款优先受偿权)

### 2. 参考案例

**【裁判要旨】**根据《合同法》第286条规定，承包人享有工程价款优先受偿权，但并无法律规定实际施工人也享有该项权利。

**【裁判摘要】**最高法院认为，优先受偿权作为一种物权性权利，根据《物权法》第五条“物权的种类及内容，由法律规定”之物权法定原则，享有建设工程价款优先受偿权的主体必须由法律明确规定。而《合同法》第286条、《最高法院优先受偿权问题的批复》第1条均明确限定优先受偿权的主体是建设工程的承包人，而非实际施工人。这也与《最高法院施工合同解释（二）》第17条明确规定工程优先受偿权的主体为“与发包人订立建设工程施工合同的承包人”这一最新立法精神相契合。陈金国作为实际施工人，并非法定的建设工程价款优先受偿权主体，不享有建设工程价款优先受偿权。

再审申请人陈金国与被申请人兴业银行股份有限公司三明列东支行、二审被上诉人福建鑫科置业有限公司、第三人福建省东泉建筑工程有限公司建设工程施工合同纠纷一案，最高法院作出（2019）最高法民申2852号民事裁定书

# 三、工程价款优先受偿权

## (二) 不同观点 (实际施工人享有建设工程价款优先权)

### 1. 最高法院

【裁判要旨】挂靠人既是实际施工人，也是实际承包人，而被挂靠人只是名义承包人，认定挂靠人享有主张工程价款请求权和优先受偿权，更符合法律保护工程价款请求权和设立优先受偿权的目的。

【裁判摘要】最高法院认为：在合同无效的情况下，承包人的工程价款请求权同样需要优先于一般债权得以实现，故应当认定承包人享有优先受偿权。在第一条第二项“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”情况下，实际施工人和建筑施工企业谁是承包人，谁就享有工程价款请求权和优先受偿权。在合同书上所列的“承包人”是具有相应资质的建筑施工企业，即被挂靠人；而实际履行合同书上所列承包人义务的实际施工人，是挂靠人。关系到发包人实际利益的是建设工程是否按照合同约定的标准和时间完成并交付到其手中，只要按约交付了建设工程，就不损害发包人的实际利益。但是否享有工程价款请求权和优先受偿权，直接关系到对方当事人的实际利益。事实上，是挂靠人实际组织员工进行了建设活动，完成了合同中约定的承包人义务。所以，挂靠人因为实际施工行为而比被挂靠人更应当从发包人处得到工程款，被挂靠人实际上只是最终从挂靠人处获得管理费。因此，挂靠人比被挂靠人更符合法律关于承包人的规定，比被挂靠人更应当享有工程价款请求权和优先受偿权。挂靠人既是实际施工人，也是实际承包人，而被挂靠人只是名义承包人，认定挂靠人享有主张工程价款请求权和优先受偿权，更符合法律保护工程价款请求权和设立优先受偿权的目的。（2019）最高法民申6085号案件（裁判时间2020年6月2日）

### 2. 地方法院

(1) (2019)鲁1724民初1238号 转包情况下，实际施工人享有优先受偿权

(2) (2019)鲁1603民初223号 挂靠情况下，实际施工人享有优先受偿权

# 三、工程价款优先受偿权

## (三) 实际施工人主张优先权的可能途径

### 1. 直接行使法（最不安全）

2021年1月1日，《最高法院施工合同解释一》实施后争议更多，本人认为最不安全。

2002年《浙江高院施工合同解答》第22条规定：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。

### 2. 债权转让法（相对安全）

承包人将对发包人享有的债权转让的；实际施工人受让债权后，是否可以主张优先受偿权？

# 三、工程价款优先受偿权

## (三) 实际施工人主张优先权的可能途径

### 2. 债权转让法（相对安全）

#### (1) 肯定说

最高法院民一庭出版《建设工程司法解释二理解与适用》第373页认为，有观点认为：承包人转让工程款债权，受让人享有该工程款的优先受偿权。承包人转让工程价款债权获得相应对价，可以保护工人的劳动报酬。

《江苏高院施工合同解答》认为：建设工程价款优先受偿权**依附于**工程款债权，承包人将建设工程价款债权转让的，建设工程价款优先受偿权随之转让

福建高院在(2016)闽民终1595号判决中支持债权转让后，实际施工人享有优先受偿权。

#### (2) 否定说

河北高院《建设工程施工合同案件审理指南》认为：建设工程价款优先受偿权与建设工程价款请求权具有**人身依附性**，承包人将建设工程价款债权**转让**，建设工程价款的优先受偿权消灭。

# 三、工程价款优先受偿权

## (三) 实际施工人主张优先权的可能途径

### 3. 间接行使法（最安全方法）

实际施工人与承包人（特指与发包人签订施工合同的承包人）进行协商，然后以承包人名义向发包人提起诉讼，间接实现优先受偿权；

#### (1) 法律依据

《最高人民法院施工合同解释一》第35条规定：与发包人订立建设工程施工合同的承包人，依据民法典第807条的规定请求其承建工程的价款就工程折价或者拍卖的价款优先受偿的，人民法院应予支持。

#### (2) 现实启发

启发一、做好承包人沟通工作，让其允许实际施工人以承包人的名义起诉发包人。

具体要点：法律规定+利害关系。

启发二、如采取直接起诉法，需完善起诉风险告知手续，控制办案律师风险。

# 三、工程价款优先受偿权

## (三) 实际施工人主张优先权的可能途径

### 承诺书

本人\_\_\_\_\_系“\_\_\_\_\_”（工程名称）实际承包人。本人在“\_\_\_\_\_”（工程名称）的施工过程中，与发包人\_\_\_\_\_公司、承包人\_\_\_\_\_公司就工程施工合同纠纷一案，委托贵所为本人担任\_\_\_\_\_一审诉讼代理人。贵所在起诉前已明确告知本人，若坚持以实际施工人的名义起诉承包人与发包人的，则会存在如下风险：

（1）实际施工人与发包人之间可能会被认定为不存在合同关系，而导致实际施工人向发包人主张工程款的请求及工程款优先受偿权可能不会被支持；

（2）承包人与发包人之间的建设工程施工合同、本人与承包人之间的《工程内部承包合同》可能被法院认定为无效合同，在合同无效的情况可导致建设工程价款优先受偿权实现存在不确定性，有可能不被支持。贵所对上述问题与相关法律规定都做了充分解释，本人也明白这一问题的严重性。

但考虑到承包人负债较多的情况，故本人仍然要求以实际施工人的名义起诉承包人与发包人，由此所造成的全部风险皆由本人承担，与贵所无关。

特此申明！

承诺人： 二〇二二年六月 日

# 四、管理费返还请求权

## (一) 法理基础

实际施工人有权申请减免管理费用，但是否支持由法院综合判断。

《民法典》第155条规定：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157条规定：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。

《最高人民法院民事审判第一庭2021年第21次专业法官会议纪要》指出：五、合同无效，承包人请求实际施工人按照合同约定支付管理费的，不予支持。

法官会议意见：转包合同、违法分包合同及借用资质合同均违反法律的强制性规定，属于无效合同。前述合同关于实际施工人向承包人或者出借资质的企业支付管理费的约定，应为无效。实践中，有的承包人、出借资质的企业会派出财务人员等个别工作人员从发包人处收取工程款，并向实际施工人支付工程款，但不实际参与工程施工，既不投入资金，也不承担风险。实际施工人自行组织施工，自负盈亏，自担风险。承包人、出借资质的企业只收取一定比例的管理费。该管理费实质上并非承包人、出借资质的企业对建设工程施工进行管理的对价，而是一种通过转包、违法分包和出借资质违法套取利益的行为。此类管理费属于违法收益，不受司法保护。因此，合同无效，承包人或者出借资质的建筑企业请求实际施工人按照合同约定支付管理费的，不予支持。

## 四、管理费返还请求权

### (二) 实践争议

#### 1、返还实际施工人（企业最伤心，真金白银吐出来）

参考案例：（2014）民抗字第10号

裁判要旨：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。

#### 2、收缴管理费（企业较伤心，真金白银被没收）

参考案例：（2012）民复字第1号

裁判要旨：本案的招投标程序存在串通行为，而且中建一局将涉案工程以低价转包，行为违法，不能得到超出（2006）郑民二终字第1723号民事判决所认定的江苏方圆公司应得到的工程款2530.16405万元，而英协公司支付给中建一局的工程款数额为2617.5576万元，已超出了应付的工程总造价，不存在拖欠工程款的事实。故中建一局应返还英协87万余元，**二审法院认为该款项系中建一局非法转包所得，应予收缴**。中建一局以其非法转包行为，已经受到郑州建委的行政处罚为由，就该民事制裁决定书，向最高人民法院申请复议。最高人民法院维持了这一判决。



# 四、管理费返还请求权

## (二) 实践争议

### 3、酌情判决（企业能接受，多少拿一点）

参考案例：（2014）民申字第1277号

裁判要旨：本案所涉及《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，因此该合同中约定腾达公司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，故腾达公司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。腾达公司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、姚汉林向腾达公司支付施工管理费55.6241万元，并无不当。

### 4、按鉴定报告意见判决（企业最开心，鉴定多少拿多少）

参考案例：（（2013）民提字第77号

裁判要旨：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。在案涉工程实际施工时，川康公司的上述资质证书已因到期失效。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。

## 四、管理费返还请求权

### (三) 工作启发



#### 1. 总承包人全面支持实际施工人施工。

总承包人不能只收管理费，不管扶持；应当对实际承包人的工程全面支持，包括资金、技术、人员等。

#### 2. 总承包人规范约定管理费收取时间比例。

不能约定管理费用在工程结束后一次性收取。

# 03

## 第三章 实际施工人的民事责任

- (一) 保证工程质量义务
- (二) 及时完成施工内容
- (三) 支付材料款
- (四) 支付民工工资



iDeas



# 一、实际施工人的民事责任

## (一) 保证工程质量义务

### 1. 法律依据

《民法典》第801条规定：因施工人的原因致使建设工程质量不符合约定的，发包人有权请求施工人在合理期限内无偿修理或者返工、改建。经过修理或者返工、改建后，造成逾期交付的，施工人应当承担违约责任。

《最高法院施工合同解释一》第15条规定：因建设工程质量发生争议的，发包人可以向总承包人、分包人和实际施工人为共同被告提起诉讼。”

### 2. 相关案例

【裁判要旨】刘小华作为涉案工程的实际施工人，应当对其施工的工程质量承担责任，工程所对应的修复均应由其承担。

【裁判摘要】最高法院审查认为，《合同法》第281条规定，因施工人的原因致使建设工程质量不符合约定的，发包人有权要求施工人在合理期限内无偿修理或者返工、改建。本案所涉《土建劳务施工合同》虽因刘小华缺乏相应施工资质而无效，但刘小华系案涉工程实际施工人，对于案涉工程质量负有直接责任。刘小华主张案涉工程质量问题系因丽江公司技术指导与监督管理不当导致，但未提供充分证据予以证明。二审法院判决由刘小华承担全部工程修复费用并无明显不当。如果实际施工人因分包、转包合同无效被免除承担工程质量责任，这将出现当事人从无效合同中获得的利益比从有效合同中获得的利益更多的怪象。无异于鼓励当事人积极促成合同无效。这明显不是法律所倡导和鼓励。

（丽江市建筑工程有限公司、刘小华建设工程分包合同纠纷，最高法院2020最高法民申5773号再审与审判监督民事裁定书）

# 一、实际施工人的民事责任

## (二) 及时完成施工内容

### 实际施工人应及时完工

1. **实际施工人不承担工期逾期违约金。** 建设工程施工合同无效，发包人主张工期延误违约金的，法院不应支持。《民法典》第155条规定，“无效的或者被撤销的民事法律行为自始没有法律约束力。”
2. **但是实际施工人依法承担工期延误损失。** 施工合同无效，不代表实际施工人不承担任何工期责任。

#### (1) 基本原理

《最高法院施工合同解释一》第6条规定，“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。”

# 一、实际施工人的民事责任

## (二) 及时完成施工内容

### (2) 相关规定

《江苏高院施工合同解答》（2018年6月26日）第5条规定，建设工程施工合同无效，建设工程竣工验收合格的，当事人确定合同无效的损失时请求将合同约定的工期等事项作为考量因素的，应予支持。

### 3. 相关案例

**【裁判要旨】** 分包合同无效不等同于分包施工就没有了工期限限制。施工合同无效不影响工程款的结算，但工程款的结算应与工程质量、工期等因素进行考量。

**【裁判摘要】** 本院认为，对于涉案工程工期延误的原因问题，从双方提供的责任书、承诺书、会议纪要看，工程工期延误不是上诉人或被上诉人单方造成，而是由与工程相关的多种原因所造成，因而上诉人认为工期延误的原因完全不在上诉人的依据不足。根据《最高人民法院施工合同解释》第二条规定，**施工合同无效不影响工程款的结算，但工程款的结算应与工程质量、工期等因素进行考量。因此分包合同无效不等同于分包施工就没有了工期限限制。现上诉人未能依约按期完成施工义务，理应对被上诉人遭受的实际损失承担合理的赔偿责任。**由于合同无效，一审法院未按合同约定进行处罚，而是以实际损失为基础，兼顾合同的履行情况、当事人的过错程度等综合因素按月利率2%计算304天，确定赔偿额269333.26元并无不当。综上，上诉人上诉理由不能成立，其请求本院不予支持。原审判决认定事实基本清楚，适用法律正确，实体处理并无不当。[（2017）浙07民终2587号]

# 一、实际施工人的民事责任

## (三) 支付材料款

实际施工人独立经营、自负盈亏，自然包括由其支付并承担材料款。但是实际施工人拖欠材料款、租赁费时，法院有不同裁判思路。

### 1. 不同裁判思路

**(1) 实际施工人自行承担付款责任，承包人不承担任何责任。**其法理基础是合同相对性原则；由材料供应商直接向合同相对人（即实际施工人）主张。

**(2) 实际施工人不承担付款责任，承包人承担付款责任。**实际施工人没有施工资质，其以承包人名义对外施工、赊欠材料，构成委托代理或表见代理，其合同责任应由承包人承担。

**(3) 实际施工人承担付款责任，承包人承担连带责任。**实际施工人自主经营、自负盈亏，理应承担付款责任；承包人出借资质或存在管理过错，应承担连带责任。

**(4) 实际施工人承担支付责任；承包人承担补充责任。**实际施工人是购销合同相对人，应承担付款责任；承包人明知实际施工人没有施工资质而转包、非法分包给实际施工人，应承担补充责任。

# 一、实际施工人的民事责任

## (三) 支付材料款

### 2. 支付责任考量因素

#### (1) 名义

序号	签约时名义	结算时名义	责任主体的判断原则
1	实际施工人	实际施工人	实际施工人
2	实际施工人	承包人	经承包人授权的（如任命书、委托书、加盖印章等），由承包人承担； 反之，没有承包人授权的，由实际施工人承担。
3	承包人	承包人	综合判断是否构成职务行为、有权代理、表见代理

# 一、实际施工人的民事责任

## (三) 支付材料款

### 2. 支付责任考量因素

#### (2) 印章

序号	印章名称	具体种类	责任主体的判断原则
1	符合要求的印章 (非技术资料章)	承包人公章、合同专用章、项目部印章	承包人行为
2	技术资料章	技术专用章、资料专用章	综合判断
3	私刻印章	承包人未同意私刻的	实际施工人行为
		承包人未同意私刻的,但相对人可以举证证明该印章在本工程施工中正常使用或承包人知道或应当知道实际施工人利用该印章从事经济行为的。	承包人行为

# 一、实际施工人的民事责任

## (三) 支付材料款

### 2. 支付责任考量因素

(3) 付款不是考量的单独因素，需结合其他因素综合判定。

序号	付款主体	具体种类	责任主体判断原则
1	实际施工人支付	直接汇款、付现给材料商	实际施工人行为
2	承包人支付	承包人自行支付	承包人行为
3		承包人受托支付	实际施工人行为

原《合同法》第65条规定，当事人约定由第三人向债权人履行债务的，第三人不履行债务或者履行债务不符合约定的，债务人应当向债权人承担违约责任。

# 一、实际施工人的民事责任

## (三) 支付材料款

### 2. 支付责任考量因素

#### (4) 其他考量因素

序号	考量因素	责任主体判断原则
1	个人身份，即有无员工身份，包括是否具备劳动合同、社保关系、工资支付关系等。	综合判断
2	(1) 交易习惯 (2) 发票签收 (3) 合同标的物是否用于涉案工程 (4) 签约期间	

# 一、实际施工人的民事责任

## (三) 支付材料款

### 3. 实际施工人加盖技术专用章的合同效力

#### (1) 加盖技术资料章的合同无效。

《绍兴中院建筑民商事纠纷纪要》（2013年10月15日）指出，项目经理对外签订的合同对建筑施工企业不具约束力：…（五）签订合同时所盖印章为技术专用章等非合同专用章的…

金华司法实践〔（2020）浙07民终210号〕

**【裁判要旨】** 承包合同所使用公章系技术资料专用章，且明确非经济合同章，个人作为代表人在合同上签名，且在结算单中签名的，在该个人无法提供充足证明其签订合同系职务行为的，且承包人未予追认的情形下，该个人应认定为合同相对方。

**【裁判摘要】** 本院认为，本案二审主要争议焦点为郑岗是否应支付郭立跃相应款项及具体数额。涉案承包合同、补充合同虽以八达公司项目部名义与郭立跃签订，但所使用公章系技术资料专用章，且明确非经济合同章，郑岗作为代表人曾在上述合同上签名。郭立跃主张该合同的相对人系郑岗，郑岗未提供充分证据证明其签订该合同系职务行为，且八达公司亦未对该合同予以追认，一审法院根据当事人陈述及在卷证据，认定郑岗系涉案合同相对人，符合法律规定。根据涉案结算单，明确尚欠348874元，郑岗自认曾在该结算单中签名，本院对该事实予以确认。郑岗辩称之后曾支付部分款项，但未提供充分依据，相关上诉意见不能成立，本院不予支持。

# 一、实际施工人的民事责任

## (三) 支付材料款

(2) 加盖技术资料章的合同在一定条件下有效。

最高法院认为，技术资料专用章系总承包公司项目部内部施工用章，一般不作为对外公章使用。但根据法院查明的事实，总承包公司在与多个主体的经济往来中均使用过该技术资料专用章，其他施工各方对加盖该技术资料专用章即能够代表总承包公司行为均已产生信赖。

王洁与青海省建筑工程总承包有限公司建设工程施工合同纠纷案件，最高人民法院（2016）民申1131号民事裁定书

(3) （延伸阅读）加盖私刻项目章的合同依旧有效。

如：山东天成建设工程有限公司与东营市裕兴装饰材料有限责任公司等民间借贷纠纷一案即最高人民法院（2015）民申字第1189号民事裁定书指出：“至于曹刚是否私刻项目专用章问题，本院认为，曹刚为天成公司委派的驻工地全权代表，多次代表天成公司与发包人景港公司进行业务往来，往来函件也加盖项目部专用章，天成公司对此并未提出异议，其主张项目专用章为曹刚私刻或伪造，但并未提供证据证明；且即使存在曹刚私刻行为，亦难以否认项目部专用章的对外效力。”

# 一、实际施工人的民事责任

## (三) 支付材料款

### 4. 工作启发（承包人如何应对项目印章管理风险）

- (1) 禁刻项目行政章
- (2) 注明技术资料专用
- (3) 省级媒体报刊公告
- (4) 领章人签字留样
- (5) 发现假章及时报案



# 一、实际施工人的民事责任

## (四) 支付民工工资

### 1. 实际施工人聘用劳动者与建筑企业之间不存在劳动关系。

《全国民事审判工作会议纪要（法办[2011]442号）第59条，“建设单位将工程发包给承包人，承包人又非法转包或者违法分包给实际施工人，实际施工人招用的劳动者请求确认与具有用工主体资格的发包人之间存在劳动关系的，不予支持。”

《浙江省高级人民法院民事审判第一庭浙江省劳动人事争议仲裁院关于审理劳动争议案件若干问题的解答（二）》（浙高法民一〔2014〕7号）第一条也明确规定，“不具备用工主体资格的组织或者自然人所招用的人员请求确认与承包单位存在劳动关系的，不予支持。”

上海市高级人民法院《劳动争议案件几个问题的讨论纪要》第9条也规定，劳动者虽然向单位提供劳动（务），领取报酬，但双方未形成身份上的从属关系的，不是劳动关系。

# 一、实际施工人的民事责任

## (四) 支付民工工资

### 2. 实际施工人聘用劳动者由建筑企业承担用工主体责任。

劳动和社会保障部《关于确立劳动关系有关事项的通知》（劳社部发[2005]12号）第四条规定，**建筑施工、矿山企业等用人单位将工程（业务）或经营权发包给不具备用工主体资格的组织或自然人，对该组织或自然人招用的劳动者，由具备用工主体资格的发包方承担用工主体责任。**

### 3. 实际施工人可以构成拒不支付劳动报酬罪。

最高法院负责人就“拒不支付劳动报酬罪”司法解释答记者问中讲到：看了这个解答，如果认定实际施工人与其聘用的劳动者之间是劳务关系，则双方永远都是在民事法律关系调整的范畴内，跟刑事处罚不会沾边。但是，实际施工人不能因此而偷着乐。因为，**根据《最高院拒不支付劳动报酬罪解释》第7条的规定，不具备用工主体资格的单位或者个人，违法用工且拒不支付劳动者的劳动报酬，数额较大，经政府有关部门责令支付仍不支付的，应当依照刑法第276条之一的规定，以拒不支付劳动报酬罪追究刑事责任。**据此，不具备用工主体资格的实际施工人，仍然可以拒不支付劳动报酬罪被追究刑事责任。

# 第四章 实际施工人制度的困惑和应对

04

## 一、实际施工人制度的困惑

- (一) 裁判规则不完善
- (二) 实际施工人获得比有效合同更多的利益

## 二、承包人及代理律师应对

- (一) 认真学习司法审判文件
- (二) 指导企业控制法律风险

iDeas



# 一、实际施工人制度的困惑

## (一) 裁判规则不完善

### 1. 具体规则不统一

如：发包人直接支付实际施工人价款的认定问题

发包人要求对已付实际施工人支付部分抵扣该如何处理，不同法院的裁判结果是不一致的。

**规则（1）企业买单** 《江苏高院施工合同规定》第14条规定：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。

**规则（2）企业免单**

# 一、实际施工人制度的困惑

## (一) 裁判规则不足

如：金华本地案例，采取企业买单的观点。

**【裁判要旨】**第三人系合同签订的联系入、委托代理人、建设工程管理人且在合同上私自添加个人账号进行收款公司长时间未采取措施的，第三人收取的工程款应当计入在已支付的工程款中，其对账的行为的效力及于承包人。

**【裁判摘要】**本院认为，徐步华收取的工程款应当计入在三江开源公司已支付的工程款中，其对账的行为的效力及于浙江捷强公司。理由如下：1、根据三方当事人的陈述，涉案的工程系由徐步华联系后承包，且其承包的土建工程和浙江捷强公司承包的钢结构建造工程均签订在两份《钢结构厂房建设工程施工承包合同》中。2、在涉案的两份《钢结构厂房建设工程施工承包合同》中，徐步华均作为浙江捷强公司的委托代理人与三江开源公司签订合同。3、浙江捷强公司法定代表人在二审中也自认徐步华平时参与管理了由浙江捷强公司承包施工的钢结构厂房建设工程。4、在三方2013年10月28日签订的《钢结构厂房建设工程施工承包合同》中，徐步华事后私自添加了其个人银行账号作为收取工程款的账户，浙江捷强公司知悉该情况后却长时间没有采取相应措施，放任徐步华用其个人账户收取工程款。

[（2017）浙07民终3178号]

# 一、实际施工人制度的困惑

## (一) 裁判规则不足

## 2. 司法审判意见

发包人直接支付实际施工人的价款在结算时可否抵扣问题

可以抵扣（列入承包人已得价款）	主要观点对比	不可抵扣（不列入承包人已得价款）
江苏省高院	代表法院	北京市高院
<p>《江苏省高院关于审理建设工程施工合同纠纷案件若干问题的规定》第14条规定：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。</p>	具体规定	<p>《北京高院关于审理建设工程施工合同纠纷案件若干问题的解答》（京高法发【2012】245号）指出，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。</p>

# 一、实际施工人制度的困惑

## (一) 裁判规则不足

### 2. 部分规则空白

如：以实际施工人可否要求没有合同关系的总承包人承担支付责任为例

《最高法院施工合同解释一》规定了发包人在欠付款范围承担责任，但未规定没有合同关系的总承包人是否对实际施工人的工程款请求承担何种责任，并无明文规定。



# 一、实际施工人制度的困惑

## (一) 裁判规则不足

### (1) 基本案情

M街道办事处（发包人）与A建筑公司（总承包人）签订《建设工程施工合同》，将其办公楼交付给A建筑公司施工。A建筑公司（总承包人）将该工程交付给钱某施工，并签订《内部承包合同》。此后，钱某又将工程交付徐某（实际施工人）承包施工。此后，工程通过竣工验收，M街道办事处（发包人）委托工程审价金额为300万元。M街道办事处（发包人）向浙江A建筑公司（总承包人）付清价款，总承包人扣除合同约定管理费税金后向钱某（内部承包人）付清价款，但钱某（内部承包人）只是向徐某（实际施工人）支付价款190万元。

2016年12月底，实际施工人徐某（实际施工人）将钱某（内部承包人）、A公司（总承包人）、M街道办事处（发包人）起诉法院，要求钱某支付工程款80万元，其他被告承担连带责任。2017年6月，A县法院判决被告钱某支付原告徐某80万元，由总承包人A建筑公司承担连带责任。该法院认为，总承包人层层转包存在过错；其对徐某实际施工行为应当明知，但没有未付款到徐某，故应对钱某债务签订承担连带责任。

### (2) 争议焦点

**总承包人A公司与实际施工人徐某并无合同关系，其是否应对实际施工人徐某工程款请求承担连带责任。**

# 一、实际施工人制度的困惑

## (一) 裁判规则不足

### (3) 观点分析

我们认为，总承包人与实际施工人并无合同关系，不应对实际施工人工程款请求承担连带责任。

其一，转包、违法分包的法律后果并不涉及总承包人连带责任。本案虽然存在违法转包情况，但并没有任何法律规定违法转包者应对没有合同关系的实际施工人承担连带责任。

其二，实际施工人主张总承包人承担连带责任的唯一法律依据是江苏省高院相关会议纪要，该会议纪要与对浙江省司法实践没有指导意义。

《江苏高院施工合同意见》第23条第2款规定：“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。”

# 一、实际施工人制度的困惑

## (一) 裁判规则不足

其三. 司法实践中，最高法院、浙江高院主流观点为总承包人对没有合同关系的实际施工人并不承担连带责任。

**【裁判要旨】** 总承包人并非发包人，故实际施工人不能要求总承包人在欠付工程价款范围内承担连带责任。

**【裁判摘要】** 与孙国生、浙江中成建工集团有限公司建设工程施工合同纠纷【案号：（2015）浙民申字第487号】浙江高院认为，本案中，娄望祥一方在二审中陈述称：2005年4月，浙江玻璃钢股份有限公司将其下属企业浙江绍兴陶堰玻璃有限公司的厂房项目整体发包给中成建工公司，中成建工公司又将该项目中大部分工程违法分包给孙国生，之后孙国生又将该工程内外墙涂料项目分包给娄望祥。可见，按照娄望祥一方的主张，中成建工公司系案涉工程的总承包人，而非发包人。娄望祥要求中成建工公司在欠付工程价款范围内承担连带责任，并不符合《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》第26条规定的情形。一、二审法院未予支持，并无不当。

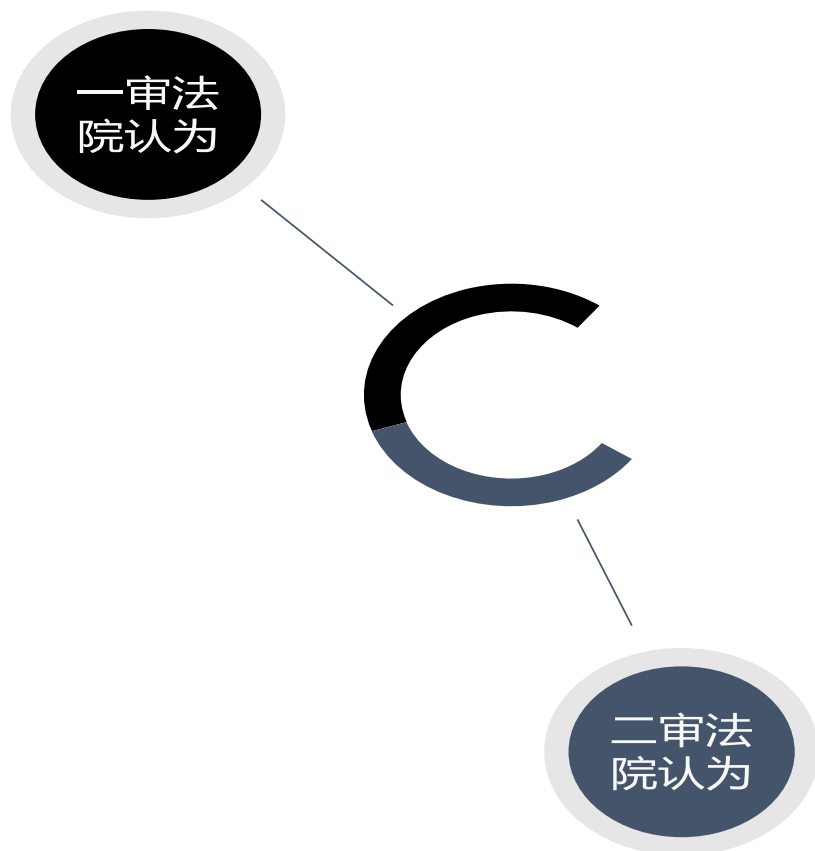
（2015）浙民申字第487号《民事裁定书》

# 一、实际施工人制度的困惑

## (一) 裁判规则不足

### (4) 二审结果

#### ▶ 法院观点



根据《建设工程司法解释一》第26条第2款的规定，“发包人”专指建设单位，不包括层层转包、分包过程中转包人或违法分包人。实际施工人与转包人或违法分包人之间仍应遵循合同相对性原则，在各自合同范围内向各自合同相对方主张权利。即实际工人若直接与转包人或违法分包人建立合同关系的，除了可以要求建设单位在未付工程款的范围内承担责任外，只能向与其有合同关系的转包人或违法分包人主张工程款支付，而不能向转包人或违法分包人的前手主张支付或承担连带付款责任。本案转包合同的相对方是钱某和徐某，因此应由钱某承担付款责任。M街道办事处作为发包人，依法只在欠付工程价款范围内对实际施工人承担责任，其承担的并非直接付款责任。

# 一、实际施工人制度的困惑

## (5) 本案对承包人的启发

其一、“内部承包人主体要规范。其应当具有员工身份（即签订劳动合同，办理社保等）；。

其二、总承包人拨付工程款流程要规范。内部承包人应向专款专用承诺书等。

其三，总承包人遵循合同相对性办理工程配合义务。

## (二) 实际施工人获得比有效合同更多的利益

项目老板起诉承包人和发包人，往往主动要求确认合同无效，要求发包人在欠款范围内承担责任。而合法分包的分包单位只能遵循合同相对性，起诉签约的对方当事人。

## 二、承包人及代理律师应对

### (一) 认真学习司法审判文件

#### 1. 做好本地大数据分析，判断市场和诉讼规则

如我们金华市律师协会建筑房产委员会作出了金华中院2017——2020年度建设工程合同纠纷案件裁判观点分析报告，该报告表明：2017年至2020年期间，金华中院共审理建设工程合同纠纷案件583件，其中判决书286件、裁定书297件。双方均未请律师的占2%，单方请律师的占20%，双方均请律师的占78%。

#### 2. 整理全国各地司法审判意见

#### 3. 主要司法审判意见

在金华地区办案应掌握的司法文件

层级	司法文件名称	文号
最高人民法院	最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释（一）	法释[2020]25号
	最高人民法院关于如何理解和适用《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20条复函	[2005]民一他字第2号
	最高人民法院关于建设工程款价款优先受偿问题的批复	法释[2002]16号
	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复函	[2004]民一他字第14号
浙江省高级人民法院	浙江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	浙法民一[2012]3号
	浙江省高级人民法院执行中处理有关建设工程款优先受偿权有关问题的解答	浙法民一[2012]2号
金华市中级人民法院	民事审批若干疑难问题讨论纪要	2009.7
	民事审批若干疑难问题讨论纪要	2011.9

## 二、承包人及代理律师应对

### (一) 认真学习司法审判文件

#### 在金华以外办案应掌握的司法文件

层级	司法文件名称	文号
各省高级人民法院	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	京高法发[2012] 245号)
	北京市高级人民法院审理民商案件若干问题解答之五(试行)	(2007年5月18日京高法发[2007]168号)
	(2006)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)
	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)
	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)
各省高级人民法院	(2008)江苏省高级人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷若干问题的意见	
	江苏省高级人民法院《建设工程施工合同案件审理指南》	
	(2008)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	
	(2013)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)	
	(2007)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)(节录)	
相关中级法院	(2010)杭州市中级人民法院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)(节录)	
	(2013)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)	

## 二、承包人及代理律师应对 (二) 指导企业控制法律风险

### 1. 防治实际施工人擅自领款

#### 承包人发现实际施工人擅自领款的应对（及时函告）

#### 【范本2】

关于项目工程款汇入建筑公司指定账户的函

\_\_\_\_\_公司：

兹有贵公司发包的\_\_\_\_\_工程由我公司承建施工。根据双方签订的《建设工程施工合同》约定及我公司财务管理制度，任何工程款必须汇入我公司指定单位账户。为了避免不必要的争议，特来函告知贵公司，涉及本工程的一切款项均汇入我公司如下账户，其他任何个人均无权向贵公司领取工程款或向贵公司借款。请给予支持为盼。

指定账户名称：

开户账号：

开户银行：

（单位盖章）：

年 月 日

（联系人： ，电话： ）

## 二、承包人及代理律师应对 (二) 指导企业控制法律风险

### 2. 缩减实际施工人权利范围

- (1) 不刻制项目部印章。提示技术专用章用途。
- (2) 合理限制实际施工人权限。

通过工程概况牌明示，工地任何个人签字均应加盖承包人公章才可生效。

材料采购双重签收有效制度+购销合同总价控制制度+背靠背支付条款综合运用。

### 3. 应对实际施工人自杀式投诉

- (1) 自杀式投诉现象有发生

(世上没有无缘无故的爱，也没有无缘无故的恨)

## 二、承包人及代理律师应对 (二) 指导企业控制法律风险



### 3. 应对实际施工人自杀式投诉

(2) 投诉对企业的伤害非常大。

《建筑法》第67条规定：“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。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。”

## 二、承包人及代理律师应对 (二) 指导企业控制法律风险

### (3) 承包人应对恶意投诉的五个抓手

#### 其一. 理清法律概念

转包：全部工程给人家做

违法分包：部分工程给人家做

挂靠：借资质承揽工程的行为

#### 其二. 自查自纠心中有数

《浙江高院施工合同解答》指出“ 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。”

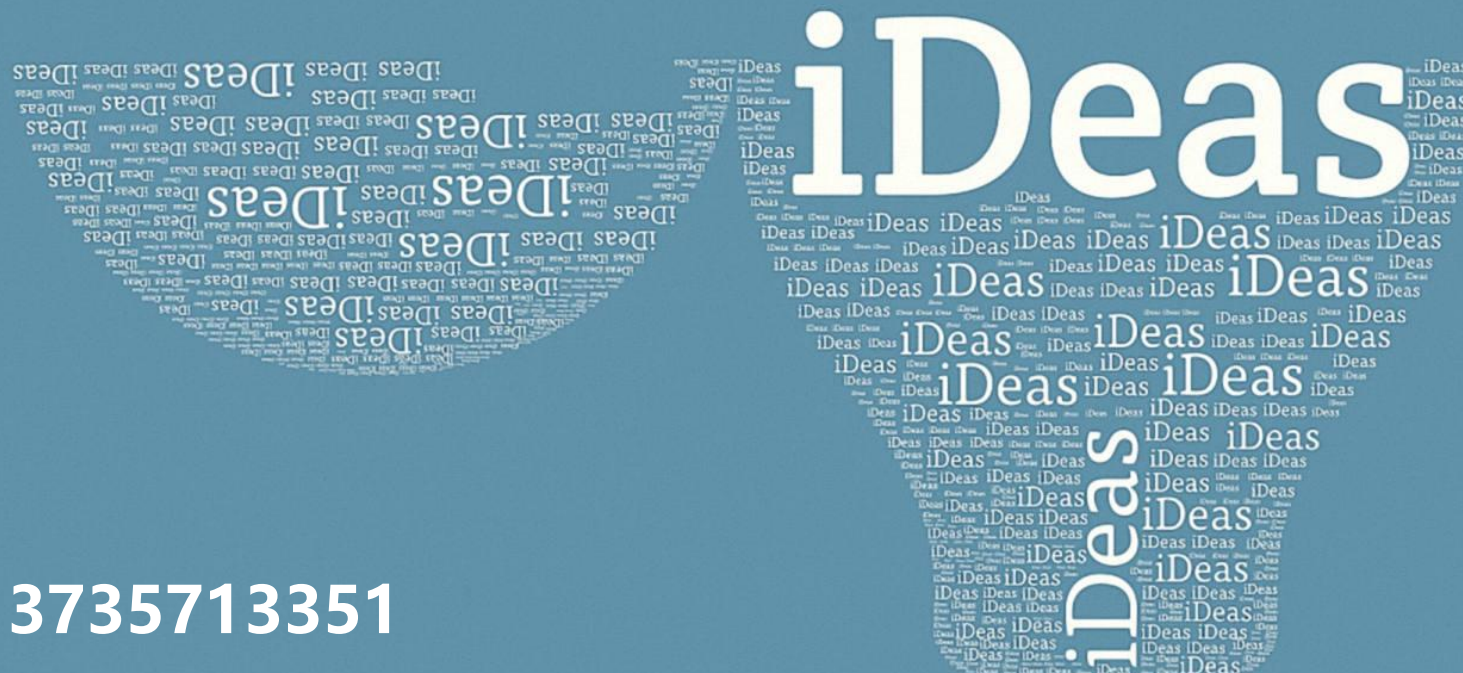
## 二、承包人及代理律师应对 (二) 指导企业控制法律风险

其三、慎重合法处理与投诉人关系

其四、聘请法律、造价等专业人员

# 《实际施工人的权利保护和民事责任》

感谢您的耐心观看



● 应旭升 13735713351

2022.6.15

