



CCLR

China Construction
Law Review Vol.5

实际施工人

“实际施工人”司法乱象及厘清
工程总承包人视角下的实际施工人问题辨析
实际施工人的法律实务探讨

工程款

当议非工程价款“不受优先受偿保护=普通债权”——以履约保证金为例，从专业人视角
建设工程质量保证金返还问题实务探析
无效建设工程施工合同的工程款支付
——兼评《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

造价及鉴定

当议建设工程造价鉴定的法律边界
建设工程司法鉴定的法律理论与实务研究

建设工程价款优先受偿权

法条与立法目的的“偏差”及“纠正”——谈《合同法》第286条有关工程优先权主体规定的修改
建设工程价款优先受偿权纠纷中存在的法律问题及裁判原则的调研报告
建设工程价款优先受偿权七大争议问题实证研究

索赔及责任承担

建设工程合同民事责任问题研究
建设工程施工合同无效情形下发包方逾期竣工损失的索赔及处理原则

工程实务

关于建筑工程管理创新与技术落实的研究——对基坑边坡塌方事故的成因探索
建筑劳务公司规范用工研究——以南通华振建筑劳务公司为例

中国建设工程 法律评论

第五辑

于健龙 王红松 冯小光 孙巍 主编
最高人民法院民事审判第一庭 审定



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

CCLR

China Construction Law Review

中国建设工程 法律评论

第五辑

于健龙 王红松 冯小光 孙 巍 主编
最高人民法院民事审判第一庭 审定



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

中国建设工程法律评论.第5辑/于健龙等主编;
最高人民法院民事审判第一庭审定. —北京:法律出版社, 2017. 1

ISBN 978 - 7 - 5197 - 0314 - 1

I. ①中… II. ①于…②最… III. ①建筑法—研究—中国 IV. ①D922.297.4

中国版本图书馆CIP数据核字(2016)第279470号

中国建设工程法律评论(第五辑)
于健龙等主编
最高人民法院民事审判第一庭审定

编辑统筹 法商出版分社
责任编辑 慕雪丹 章雯
装帧设计 李瞻

© 法律出版社·中国

出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
经销 新华书店
印刷 三河市兴达印务有限公司
责任印制 胡晓雅

开本 710毫米×1000毫米 1/16
印张 22
字数 410千
版本 2017年1月第1版
印次 2017年1月第1次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5197-0314-1

定价:68.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

《中国建设工程法律评论》 编委会

Editors of the China Construction Law Review

主 编 Editors-in-Chief

于健龙	YU Jianlong
中国国际商会 秘书长	Secretary General of China Chamber of International Commerce
王红松	WANG Hongsong
北京仲裁委员会 副主任	Vice Chair of BAC
冯小光	FENG Xiaoguang
最高人民法院民一庭 副庭长	Deputy Chief Judge of the First Civil Division of the Supreme People's Court
孙 巍	SUN Wei
中伦律师事务所 合伙人	Partner of Zhong Lun Law Firm

副主编 Deputy Chief Editor

陈 建	Dr. CHEN Jian
中国国际经济贸易仲裁委员会 处长	Director of CIETAC

顾 问 Board of Consultant Editors

杜万华	DU Wanhua
最高人民法院 审判委员会专职委员	Permanent Member of the Judicial Committee of the Supreme People's Court
何伯森	HE Bosen
天津大学 教授	Professor of Tianjin University
维维安·拉姆齐	Sir Vivian Ramsey
英国Keating Chambers 御用大律师	QC at Keating Chambers
约翰·阿夫	John Uff
英国Keating Chambers 御用大律师	QC at Keating Chambers
罗伯特·盖茨克尔	Robert Gaitskell
英国Keating Chambers 御用大律师	QC at Keating Chambers
安德鲁·伯尔	Andrew Burr
英国Atkin Chambers 出庭律师	Barrister at Atkin Chambers

编 委 Editorial Board

- | | |
|--|--|
| <p style="text-align: center;">陈福勇</p> <p>北京仲裁委员会 副秘书长</p> | <p style="text-align: center;">Dr. CHEN Fuyong</p> <p><i>Deputy Secretary General of BAC</i></p> |
| <p style="text-align: center;">李 琪</p> <p>最高人民法院民一庭 高级法官</p> | <p style="text-align: center;">LI Qi</p> <p><i>Senior Judge of the First Division of the Supreme People's Court</i></p> |
| <p style="text-align: center;">亓培冰</p> <p>北京市第三中级人民法院 民一庭庭长</p> | <p style="text-align: center;">QI Peibing</p> <p><i>Chief Judge of the First Division of Beijing Third Intermediate Court</i></p> |
| <p style="text-align: center;">罗有才</p> <p>江苏省高级人民法院 法官</p> | <p style="text-align: center;">LUO Youcai</p> <p><i>Judge of JiangSu High People's Court</i></p> |
| <p style="text-align: center;">张水波</p> <p>天津大学 教授</p> | <p style="text-align: center;">ZHANG Shuibō</p> <p><i>Professor of Tianjin University</i></p> |
| <p style="text-align: center;">何红锋</p> <p>南开大学 教授</p> | <p style="text-align: center;">HE hongfeng</p> <p><i>Professor of NanKai University</i></p> |
| <p style="text-align: center;">汪 明</p> <p>北京市高级人民法院 民事审判第一庭 法官</p> | <p style="text-align: center;">WANG Ming</p> <p><i>Judge of the First Civil Division of the Beijing Municipal High People's Court</i></p> |
| <p style="text-align: center;">高印立</p> <p>采安律师事务所 合伙人</p> | <p style="text-align: center;">GAO Yinli</p> <p><i>Partner of CYAN Law Firm</i></p> |
| <p style="text-align: center;">陈 旻</p> <p>金杜律师事务所 合伙人</p> | <p style="text-align: center;">CHEN Min</p> <p><i>Partner of King & Wood Mallesons</i></p> |
| <p style="text-align: center;">安 淮</p> <p>英国 39 Essex Street Chambers 御用大律师</p> | <p style="text-align: center;">Adrian Hughes</p> <p><i>QC at 39 Essex Street Chambers</i></p> |
| <p style="text-align: center;">迟少宇</p> <p>富唐航信投资管理有限公司 合伙人</p> | <p style="text-align: center;">CHI Shaoyu</p> <p><i>Partner of Photon Capital</i></p> |

合作伙伴 Partners

中国国际经济贸易仲裁委员会 Chinese International Economic and Trade Arbitration Commission

北京仲裁委员会 Beijing Arbitration Commission

北大法律信息网 Chinalawinfo

目 录

实际施工人

“实际施工人”司法乱象及厘清	王永强(3)
工程总承包人视角下的实际施工人问题辨析	王 莹(15)
实际施工人的法律实务探讨	葛春良(24)
实际施工人的权利主张及其限制	王 勇(35)
对“实际施工人”概念及制度的反思	曲笑飞(46)
实际施工人突破合同相对性诉发包人的相关问题探讨	刘丽彩 孙玉龙(55)

工程款

刍议非工程价款“不受优先受偿保护 = 普通债权”	
——以履约保证金为例,从专业人视角	闻继孙(69)
建设工程质量保证金返还问题实务探析	张培亮 刘 健(74)
无效建设工程施工合同的工程款支付	
——兼评《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	万 怡 黄 晨(83)

—— 造价及鉴定 ——

刍议建设工程造价鉴定的法律边界

- 恽其鋈 李琦 汪磊 王璟 邓晶 李紫玮(99)
- 建设工程司法鉴定的法律理论与实务研究 田植钊(111)

—— 建设工程价款优先受偿权 ——

法条与立法目的的“偏差”及“纠正”

- 谈《合同法》第286条有关工程优先权主体规定的修改
..... 吴文达 朱佳莹(127)
- 建设工程价款优先受偿权纠纷中存在的法律问题及裁判原则的
调研报告 胡威(142)
- 建设工程价款优先受偿权七大争议问题实证研究 陈万莉 胡昂(184)
- 建设工程价款优先受偿权审判疑难问题研究 李后龙 潘军锋(207)
- 建设工程价款优先受偿权在破产程序中的处理 金恒(217)
- 建设工程优先权的行使 蒋军平 陈丽平(228)
- 无效施工合同工程价款优先权的行使 苏如飞(247)

—— 索赔及责任承担 ——

- 建设工程合同民事责任问题研究 秦旺(259)
- 建设工程施工合同无效情形下发包方逾期竣工损失的索赔及处理
原则 张培亮 刘健(269)

工程实务

关于建筑工程管理创新与技术落实的研究

——对基坑边坡塌方事故的成因探索 曹瑞冬(277)

建筑劳务公司规范用工研究

——以南通华振建筑劳务公司为例 曹瑞冬(291)

其 他

建设工程设计合同纠纷裁判规则及履行要点分析

——基于最高人民法院/各地高级人民法院的 90 份裁判文书
..... 华心萌 阎 军(317)

适用我国《物权法》第 28 条之仲裁裁决变更不动产物权实现建设

工程款优先权的若干问题研究

——基于仲裁裁决案例的视角分析 高 谊 李 琛 赵奉志(333)

实际施工人

“实际施工人”司法乱象及厘清

王永强*

摘 要 建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的司法解释提出“实际施工人”概念并允许实际施工人突破合同相对性直接起诉发包人,目的是解决农民工欠薪问题。通过对最高人民法院122个案例的分析,结果是实际施工人权利的失控和裁判失去准则、立法目的落空。实际施工人与合同无效紧密相关,是合同无效的责任人,却从无效合同中获得利益,这种在合同基本法理中设定新的效力规则的做法需要修正,要重回合同相对性轨道。

关键词 实际施工人 施工合同 合同相对性 代位权

2004年9月29日最高人民法院审判委员会通过了《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,以下简称《施工合同司法解释》),该司法解释于2005年1月1日起施行。在《施工合同司法解释》里首次提出了“实际施工人”概念,将“实际施工人”与《中华人民共和国合同法》中的总承包人、承包人、第三人、分包单位、施工人合并做解释,与其中的“施工人”做比较区分,最后将“实际施工人”的内涵概括为:“合同法的‘施工人’是有效建设工程的合同主体,包括总承包人、承包人、专业分包人、劳务作业分包人,不包括转承包人和违法分包的承包人,是无效合同的承包人。”^①最高人民法院虽然没有对“实际施工人”下定义,但是一开始就把它作为与“无效合同”密不可分的施工合同主体。创造“实际施工人”的目的是解决农民工工资的拖欠问题。发布《施工合同司法解释》后,时任最高人民法院副院长回答《法制日报》记者提问时着重强

* 王永强,男,1964年生,广西柳州人,法学硕士,广东法制盛邦律师事务所律师。

① 黄松有主编:《建设工程施工合同司法解释的理解与适用》,人民法院出版社2004年版,第218页。

调了创立实际施工人制度的目的。^① 时任最高人民法院院长肖扬向全国人民代表大会做报告时肯定了这个解决农民工欠薪的“司法救济”安排。

除了“实际施工人”定义问题外,另一个引发争议的是《施工合同司法解释》第26条,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价款范围内对实际施工人承担责任”。这条规定直接地、大尺度地突破了合同相对性,导致后来司法裁判的混乱。

笔者于2016年2月在北大法宝网,设定条件为最高人民法院,通过搜索关键词“实际施工人”后得到165个案例。排除案件重复,案由为债权转让、执行异议等与施工合同无关的案件后得到122个案例。122个案例所暴露的“实际施工人”问题令人吃惊。

一、有关“实际施工人”裁判的混乱

前面说了,最高人民法院提出“实际施工人”时是没有对这个概念下定义的,查阅了相关规定,除了北京市高级人民法院对实际施工人的范围作出规定外,没有其他法院作更具体的规定。以下的案例中可以看到,即便北京市高级人民法院对实际施工人作有具体规定,按北京市高级人民法院的规定来断定实际施工人也是困难或矛盾的。^②

从文义上看,“实际施工人”就是施工任务的承担者,是施工现场从事具体施工工作的自然人。从创设“实际施工人”的目的是解决农民工欠薪,允许实际施工人直接起诉发包方来看,人们更加认为“实际施工人”就是现场实际施工的、被拖欠报酬的农民工。对法人或非法人团体,法律用语是“欠款”而非“欠薪”。案例证明将“实际施工人”理解为被欠薪的农民工个人是错误的,正如最高人民法院冯小光法官所说:“实际施工人可能是法人、非法人团体、个人合伙、自然人等”。^③

为了弄清“实际施工人”的范围,笔者在北大法宝网输入“实际施工人”进行法律法规的全文检索,得到含“实际施工人”司法解释3条,部门规章5条,团体、行业规定、军事法规1条。司法解释的3条中包含了最高人民法院的《施工合同司法解释》、2015年12月最高人民法院民一庭庭长程新文的讲话,最高人民法院2009年

① 《依法保护当事人权益 促进建筑市场健康发展——最高人民法院副院长黄松有就有关司法解释答本报记者问》,载《法制日报》2004年10月26日。

② “楼颂春与祁连县科技农牧扶贫开发局等建设工程施工合同纠纷上诉案”[(2013)民一终字第149号]中,施工总承包单位与楼某、施某签订内部承包协议,施某负责技术和施工管理,楼某负责项目资金,按照北京市高级人民法院的规定,施某和楼某都是实际施工人。在该案中生效判决回避了谁是实际施工人问题。

③ 冯小光:《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》,载 http://blog.sina.com.cn/s/blog_905b8b640100ucc6.html。

印发《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》的通知。笔者没有从以上文件中得到更多的关于“实际施工人”认识,反而在部门规章中强化了这样一个观念:“实际施工人”就是施工现场从事具体施工工作的法人或自然人。如住房和城乡建设部办公厅《关于进一步做好工程建设实施和工程质量管理专项治理排查工作的通知》(建办市〔2009〕47号)中规定,其中一项排查工作就是排查“总包企业与现场项目负责人及主要管理人员间是否有合法人事关系,合同施工企业与实际施工人是否一致”。通过“现场检查”的方式确定实际施工人。“如果施工单位虽以自身名义在现场设立了项目管理机构,但项目管理机构的主要管理人员(包括项目负责人、技术负责人、质量管理负责人、安全管理负责人等)同施工单位间没有合法的劳动合同、工资、社会保险关系的,对施工单位的行为可认定为转包,对实际施工人可认定为挂靠。”《工业和信息化部关于开展通信工程建设领域突出问题排查工作的通知》(工信部通〔2009〕614号)、《承装(修、试)电力设施许可证监督管理实施办法》(电监资质〔2012〕24号 国家电监会)等部门规章中所用的“实际施工人”也是在“现场施工”意义上使用的。

学理上、立法方面都找不到实际施工人的定义,122个案例认定的“实际施工人范围”瞠目结舌。在劳务公司与借用资质人员谁是实际施工人的问题上就出现相互矛盾的判决。最高人民法院程新文法官要求法院适用《施工合同司法解释》第26条之规定“只有在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”。^①按此说法劳务分包公司的欠款自然属于“劳务分包关系的欠薪”,认定劳务分包公司为实际施工人更符合常理,实际情况却不是这样。“孙玉龙与中建六局建设发展有限公司等建设工程施工合同纠纷申请案”[(2012)民申字第1598号]中,借用资质的孙玉龙以出借资质单位名义与劳务公司签订劳务分包合同后,孙玉龙是实际施工人。

由于没有对实际施工人下定义,实际施工人概念内涵和外延不清不定,没有争议的时候,你可以判定项目经理为实际施工人^②,甚至可以判断一个房地产公司是

^① 程新文:《最高人民法院关于当前民事审判工作中的若干具体问题》,载 <http://gzlawyer.chinalawinfo.com/newlaw2002/slc/slc.asp?db=chl&gid=267397>,最后访问日期:2015年12月24日。

^② “开封市兴育房地产开发有限公司等与王军等建设工程施工合同纠纷申请案”中,最高人民法院认定项目经理王军为实际施工人。但是根据建设部《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。判定项目经理为实际施工人,等于判定承包单位为实际施工人。

自己开发项目的实际施工人。^① 一旦出现谁是实际施工人的争议时,法院就有点乱了。例如,在某案件中,两人合作,楼某以资金投入,施某以管理及施工技术投入,两人共同借用有资质的单位承包工程,出现矛盾后楼某和施某都说自己是实际施工人。从解决民工欠薪角度看,楼某提供资金,认定楼某为实际施工人更好,但是从“实际施工”的角度看,施某更接近实际施工人的说法。该案中一审法院和二审法院对谁是实际施工人分别做不同认定,最高人民法院最后作出程序上的裁定,回避了实际施工人的认定方面的争议。^② 按照北京市高级人民法院的规定,提供资金或者投入劳动力的是实际施工人^③的话,楼某和施某都可以认定为实际施工人。

建筑施工领域,多层转包分包是常态。北京市高级人民法院规定,“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”^④。最高人民法院则创造性地使用了“前手实际施工人”和“后手实际施工人”,明确“多手转包、违法分包合同关系中,后手实际施工人应当依据合同关系以上一手转包人、违法分包人为被告提起以不突破合同相对性为原则的诉讼;原则上讲,后手实际施工人不能突破合同相对性提起与其没有合同关系的总承包人、业主为被告的民事诉讼”^⑤。“实际施工人”功能上成为语文中起指代说明作用的词汇。既然有了“上手实际施工人”和“下手实际施工人”,也就有“上手发包人”和“下手发包人”,实际施工人就可以在“下手实际施工人”到“上手发包人”这条违法施工的链条中任意寻找一个民事主体作为被

① “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申请案”[(2013)民申字第231号]是房地产开发公司借用施工企业的名义签订合同为自己施工,从而扩大房屋建设成本,减少缴纳房地产开发的税收,这个案件判决实际施工人就是发包人。

② “楼颂春与祁连县科技农牧扶贫开发局等建设工程施工合同纠纷上诉案”[(2013)民一终字第149号]中,施工总承包单位与楼某、施某签订内部承包协议,施某负责技术和施工管理,楼某负责项目资金,最后引发施某和楼某谁是实际施工人的争端。最高人民法院回避了谁是实际施工人问题。

③ 《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)中明确“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”。

④ 《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)。

⑤ “中太建设集团股份有限公司与余松坚等建设工程分包合同纠纷申请案”[(2014)民申字第861号]中认为,最高人民法院《民事裁定书》“工程建设方与中太公司签订的合同性质为施工总承包合同;中太公司与余松坚、黄泽喜签订的合同性质为工程转包合同;余松坚、黄泽喜与案外人签订部分工程分包合同性质为转包或违法分包合同。三手法律关系各自独立,指向标的是同一的,即本案诉争工程,各手法律关系间具有关联”。“多手转包、违法分包合同关系中,后手实际施工人应当依据合同关系以上一手转包人、违法分包人为被告提起以不突破合同相对性为原则的诉讼;原则上讲,后手实际施工人不能突破合同相对性提起与其没有合同关系的总承包人、业主为被告的民事诉讼。”

告主张权利。合同相对性一旦突破,引发的诉讼主体五花八门,无可避免地引发实际施工人的诉权基础问题。

有人认为实际施工人向发包人主张权利的法理基础是代位权。^① 甘肃省高级人民法院在《甘肃杰出建筑工程有限公司与中交第二公路工程局有限公司建设工程施工合同纠纷案》也持同样的观点。^② 代位权法理上属于债的保全,它不是请求权,而是以行使他人权利为内容的管理权,属于法定债权。^③ 代位权成立的首要条件是债权人对债务人的债权合法,债务人对次债务人的债权也合法。^④ 而债权的合法性恰恰是“实际施工人”的权利硬伤,因此称“实际施工人”突破合同相对性的诉权基础是代位权在法理上是不成立的。有人称,承包人与实际施工人签订的转包、分包合同是无效合同,无效合同导致合同相对性弱化,进而通过《施工合同司法解释》第2条,得出实际施工人起诉发包人诉权基础为代位权^⑤。试图通过这种演绎方法来证明发包人与承包人施工合同中的仲裁条款有效,设想:假设实际施工人签订的合同中有仲裁条款,而第一手承包合同中没有仲裁条款,这种情况下实际施工人承诺的纠纷通过仲裁解决的承诺是否有效?刻意为实际施工人的诉权寻找法理依据有点缘木求鱼。最高人民法院在“荣盛(蚌埠)置业有限公司诉王修虎等建设工程施工合同纠纷案”[(2014)民申字第1575号]中指出《施工合同司法解释》第26条是一定期限及背景下为解决拖欠农民工工资问题的一种特殊制度安排,其不等于代位权诉讼,不具有代位请求的性质。最高人民法院通过司法裁定的形式

① 李健、王业华:《关于实际施工人向发包人主张权利的法律问题探讨》,载微信号“建筑工程法律评论”:https://mp.weixin.qq.com/s?__biz=MzAwNTA4NjA4OQ==&mid=2650665276&idx=2&sn=fef1d95d47478017b2334305ed1e51ab&scene=1&srcid=0725DrUc37CZW1TfZufgProZ&key=77421cf58af4a65313a872c7f3cb5ad662ac793ceed97a2712a67eff017f8919939fd52c2435a2ed942e75b0c50cc9a&scene=1&uin=MTczN-jlxOTYyMg%3D%3D&devicetype=Windows-QQBrowser&version=61030003&pass_ticket=xX7u1iN3UcGr4HeKYePy3fR5nnuKAMUtHKyBkpRQPc%2FaeHD3hybTOzWNsle7kxy,最后访问日期:2016年5月6日。

② “甘肃杰出建筑工程有限公司与中交第二公路工程局有限公司建设工程施工合同纠纷案”[(2013)民一终字第149号]中认为:“杰出建筑公司以实际施工人的身份起诉承包人中交公路公司时,可以追加发包人兰渝铁路公司为共同被告。但兰渝铁路公司只在中交公路公司欠付杰出建筑公司工程款范围内承担责任。因本案诉争的基础法律基础是杰出建筑公司与中交公路公司之间的建设工程施工合同法律关系,杰出建筑公司向兰渝铁路公司的代位请求也必须依据杰出建筑公司与中交公路公司之间的施工总价承包合同……”判词中的“代为请求”表明法院将实际施工人的诉权基础为合同法上的代位权。

③ 王利明主编:《合同法要义与案例析解》,中国人民大学出版社2001年版,第262页。

④ 杨立新:《债法总论》,法律出版社2011年版,第251~264页。

⑤ 李琳:《实际施工人与发包人争议纠纷管辖问题分析》,载微信号“中国仲裁”:https://mp.weixin.qq.com/s?__biz=MzA4NTM2MTUzMQ==&mid=2661176986&idx=2&sn=3e6cb8dc88a828dec40f563b4732ce94&scene=1&srcid=08068m6cGPBbM0EQxqPLJ4Zr&key=8dceb9e179c9f3ac1c9338c1298fdd4714d6d8913fe675c989a8c3c21d6e1c62cee3b8428058e529d4166e804c9d15&scene=1&uin=MTczN-jlxOTYyMg%3D%3D&devicetype=Windows-QQBrowser&version=61030003&pass_ticket=z25mKJuf4JLZ%2BSRjwchyEFMgT7m%2BL8lxmw%2BhWAntx%2BSWn1rcPliuwBSj%2B%2BHHE%2BHU,最后访问日期:2016年8月3日。

否定实际施工人的诉权为代位权,为实际施工人的诉权寻找理论依据的努力成为幻影。缺乏法理基础的“实际施工人”在获得对发包人的直接诉权后,其权利必然膨胀、失控。

二、失去控制的实际施工人权利

“实际施工人”权利的膨胀首先是在诉权方面,表现为诉讼主体选择的任意性以及程序上不受合同仲裁条款的约束。

借用资质的实际施工人作为原告起诉发包人时,可以以本人作为原告,也可以选择出借资质的承包单位为原告。在多级转包、分包情形下,实际施工人又可以将其上游的所有违法转包、发包人纳入被告。^①在“周祝昌等诉苗华公司建设工程施工合同纠纷案”[(2013)民申字第2073号]^②中,法院的观点是,“《施工合同司法解释》第26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。”^③反过来,如果当事人隐瞒实际施工人身份的话,发包人想追加实际施工人为被告就十分困难。在“湖南弘欣置业发展有限公司与长沙九峰建设工程有限公司建设工程施工合同纠纷申请案”[(2014)民申字第305号]中,实际施工人就选择出借资质的公司为原告起诉工程款,发包人提交了监理公司的说明,公安机关的调查,庭审笔录,财务往来款、社保关系、施工签证单等一系列书证,证明自己已向实际施工人退还了履约保证金,减少发包人的付款责任,法院就不支持发包人已向实际施工人付款的主张。有的案件发包人已经向实际施工人支付工程款,要求追加实际施工人作为案件第三人的请求,也得不到支持。^④实际施工人和发包人在诉讼地位上明显不对等,诉讼程序上权利失衡。

“实际施工人”权利的膨胀其次是在不受仲裁条款约束方面。案例中有发包人

① “吴发军等与南通市达欣工程股份有限公司建设工程施工合同纠纷申请案”[(2013)民申字第2346号],颖都公司将其涉案工程发包给达欣公司施工后,达欣公司与盐城二建连云港分公司签订一份《建设工程施工合同》,将该工程非法转包给盐城二建连云港分公司,盐城二建连云港分公司又与没有建筑施工资质的吴发军签订一份《内部承包合同》,将该工程违法分包给吴发军施工。吴发军将以上从发包人到承包方,转包方,分包方列为被告,案件被法院受理审理。

② 林作方与苗华于2008年3月1日签订协议书,将2007年12月15日周祝昌与林作方所签订的《架子协议》中的权利义务转让给苗华,并通知了周祝昌。2008年3月3日,周祝昌在《委托承诺书》中签字确认。应视为其认可林作方将《架子协议》转让给苗华继续履行。依据该事实,法院认为,苗华确系架子工程的实际施工人,有权向周祝昌主张《架子协议》合同工程款。

③ “河南民基建设工程有限公司与周发炳劳务分包合同纠纷再审案”[(2013)民申字第600号]。

④ “江西友尔房地产开发有限公司等与江西省剑杰建设工程有限公司建设工程施工合同纠纷上诉案”[(2014)民申字第2063号]、“华北城(天津)投资有限公司与江苏江都建设集团有限公司建设工程施工合同纠纷申请案”[(2013)民申字第1554号]两个案件,发包人在工程款支付,结算方面主张承包人“项目经理”中“实际施工人”,并提出了相应的证据,要求追加实际施工人为第三人的请求都没有得到法院的支持。

与承包人的承包合同中约定仲裁条款,也有转包、分包合同中约定有仲裁条款。无论哪个合同环节约定仲裁条款,“实际施工人”起诉发包人时都不受仲裁条款的约束,可以直接将案件提交法院,法院也立案和受理“实际施工人”的起诉。《荣盛(蚌埠)置业有限公司诉王修虎等建设工程施工合同纠纷案(2014)民申字第1575号》案中,发包人荣盛公司提出,自己与承包人人华星公司签订的《建设工程施工合同》中明确约定如发生争议由蚌埠仲裁委员会管辖,法院对案件没有管辖权。最高人民法院认为:“实际施工人向发包人主张权利,不能简单地理解为是对承包人权利的承继,也不应受承包人与发包人之间仲裁条款的约束。事实上,王修虎也无权依据荣盛公司与华星公司之间的仲裁条款向蚌埠仲裁委员会对荣盛公司提起仲裁申请。”多份判决、裁定认为发包人与承包人合同的管辖约定对实际施工人无约束力。^① 即便实际施工人与转包、分包人合同约定的仲裁条款,也约束不了实际施工人。“甘肃杰出建筑工程有限公司与中交第二公路工程局有限公司建设工程施工合同纠纷再审申请案”中,兰渝铁路有限责任公司是发包人,中交第二公路工程局有限公司是承包人,中交公司将工程转包给甘肃杰出建筑工程有限公司后,甘肃杰出公司被认为是实际施工人。甘肃杰出公司和中交公司的转包合同约定了仲裁条款,后来杰出公司直接起诉发包人兰渝铁路公司时,兰州市中级人民法院就认为:“实际施工人杰出建筑公司与承包人中交公路公司之间的仲裁协议约定对兰渝铁路有限责任公司并没有约束力。”允许实际施工人背弃承诺的仲裁解决纠纷的约定,对合同相对性做彻底否定。

程序上的不平等必然带来实体上的不公平。《施工合同司法解释》第26条规定的发包人对实际施工人的付款责任限于欠付承包人工程款的范围,但是很多判例都是判决实际施工人和发包人直接结算支付工程款。^② “徐州远大房地产开发有限公司与王由建建设工程施工合同纠纷再审案”[(2013)民申字第100号],最高人民法院认为:“王由建借用他人(中嘉公司)名义与远大公司(发包人)签订的施工合同无效,但案涉工程经验收合格并交付使用,王由建作为实际施工人,依法

① “满洲里市扎赉诺尔宏基城市基础设施投资开发与聂绮建设工程施工合同纠纷上诉案”法院判定森天公司(承包人)与宏基公司(发包人)之间即使有管辖约定,亦不能约束合同之外的利害关系人(实际施工人)。“中国联通通信有限公司新疆分公司等与林源管辖权异议纠纷上诉案”一审法院经审理认为,林源依据《施工合同司法解释》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”的规定提起本案诉讼,符合法律规定,依法应予受理。联通喀什分公司与喀什建工集团签订《施工合同》中虽约定有仲裁条款,但该仲裁条款对本案林源不具有法律约束力,一审法院依法对本案具有管辖权。最高人民法院认为:一审法院裁定对本案具有管辖权,适用法律并无不当。

② “宁夏东辰房地产开发有限公司与吕长印建设工程施工合同纠纷申请案”[(2012)民申字第929号]、“新疆广汇房地产开发有限公司与周新江等建设工程施工合同纠纷申请再审案”[(2013)民申字第272号]。