

# 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》第二十六条规定的反思与

曾耀林

<p class="p0" style="margin-top: 0pt; text-indent: 32pt; margin-bottom: 0pt;"><span style="font-family: '仿宋\_GB2312'; fnoway-size: 16pt; mso-spacerun: 'yes';">&nbsp;  </span><span style="font-family: '仿宋\_GB2312'; fnoway-size: 16pt; mso-spacerun: 'yes';">最高人民法院基于为国家清理拖欠工程款和农民工工资重大部署的实施提供司法保障的背景下出台的《关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《建工解释》）至今施行近十年。十年来，法院据此审理了大量建设工程纠纷案件，一定程度上保护了实际施工人的合法权益，树立了建筑市场秩序的导向准则。但是实践表明，我国建筑市场的乱象并没有得到根本的扭转，农民工工资问题依然突出，特别每逢节日或敏感时期，农民工工资问题是引发涉稳的重要因素而被特别关注。除去宏观经济发展环境的影响，法律缺失没有得到弥补，法律制度没有得到遵从，也是建筑市场乱而不治的关键。现在透过诉讼现象审视司法中适用得最多的《建工解释》，可以发现其制定的初衷良好，但因部分内容突破了一些基本法理，条文设计还有语义模糊不全之处，为司法实践带来了诸多困惑，其中尤以第二十六条规定为最，因认识和操作不一致影响到司法裁判的统一性和权威性。对《建工解释》的反思，特别是对第二十六条的修善更显得迫切。本文即对第二十六条规定在司法实践中遇到的困惑进行分析、研究，以期提出完善的建议。</span><span style="font-family: '仿宋\_GB2312'; fnoway-size: 16pt; mso-spacerun: 'yes';"></span></p><p class="p0" style="margin-top: 0pt; text-indent: 32pt; margin-bottom: 0pt;"><span style="font-family: '仿宋\_GB2312'; font-size: 16pt; fnoway-weight: bold; mso-spacerun: 'yes';">一、《建工解释》第二十六条在司法实践中出现的“六难”问题</span><span style="font-family: '仿宋\_GB2312'; font-size: 16pt; fnoway-weight: bold; mso-spacerun: 'yes';"></span></p><p class="p0" style="text-align: left; margin-top: 0pt; margin-bottom: 0pt;"><span style="font-family: '仿宋\_GB2312'; fnoway-size: 16pt; mso-spacerun: 'yes';">第二十六条分两款规定：1、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。2、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、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。该条规定最大的特点是突破合同相对性原理。最高法院也详细解读过突破合同相对性的理论依据。</span><span style="font-family: '仿宋\_GB2312'; fnoway-size: 16pt; mso-spacerun: 'yes';">最高法院的法官也著文详细地解读了该条规定的适用前提、适用原则等问题。</span><span style="font-family: '仿宋\_GB2312'; fnoway-size: 16pt; mso-spacerun: 'yes';">但这些条件和原则并未在条文规定中直接体现，因此实践运用中仍然是外行不懂，内行不解。从司法实践看，适用第二十六条审判案件有“六难”问题。</span><span style="font-family: '仿宋\_GB2312'; fnoway-size: 16pt; mso-spacerun: 'yes';"></span></p><p class="p0" style="margin-top: 0pt; text-indent: 32pt; margin-bottom: 0pt;"><span style="font-family: '仿宋\_GB2312'; font-size: 16pt; fnoway-weight: bold; mso-spacerun: 'yes';">（一）程序难定。</span><span style="font-family: '仿宋\_GB2312'; fnoway-size: 16pt; mso-spacerun: 'yes';">二十六条分两款规定，从文意表述和立法技术而言，称其蕴含着有序诉讼原则不难理解。</span><span style="font-family: '仿宋\_GB2312'; fnoway-size: 16pt; mso-spacerun: 'yes';">第26条之所以在第1款中对无需解释的内容作出安排，并在该条第1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。</span><span style="font-family: '仿宋\_GB2312'; fnoway-size: 16pt; mso-spacerun: 'yes';">但实践中，因建设工程层层转分包现象普遍存在，多份合同中如果出现仲裁、诉讼两种平等的解决纠纷机制，如何遵循有序诉讼原则进行裁决面临巨大程序障碍。如某A公司系发包方，B公司为总承包方。B公司又将部分工程分包给实际施工人陈某。A公司与B公司的工程承包合同约定的是诉讼方式解决纠纷，B公司与陈的分包合同约定的是仲裁方式解决纠纷。现陈某依二十六条之规定将A公司作为第一被告、B公司作为第二被告诉至法院，追索工程款。依有序诉讼原则，法院应先审理清楚陈某与B公司之间的工程结算关系，方能确认A公司的欠付责任。但陈某与B公司的解纷方式是仲裁，法院不能越俎代庖违反主管原则去审理二者间的建工纠纷。但二十六条规定，陈某又享有直接起诉A公司的诉权。此种情形下，诉讼应当如何进行下去有着巨大障碍。</span><span style="font-family: '仿宋\_GB2312'; fnoway-size: 16pt; mso-spacerun: 'yes';"></span></p><p class="p0" style="margin-top: 0pt; text-indent: 32pt; margin-bottom: 0pt;"><span style="font-family: '仿宋\_GB2312'; font-size: 16pt; fnoway-weight: bold; mso-spacerun: 'yes';">（二）主体难认。</span><span style="font-family: '仿宋\_GB2312'; fnoway-size: 16pt; mso-spacerun: 'yes';">二十六条涉及的当事人有实际施工人、发包人、转包人、分包人。在仅有一层转分包关系中，认定各自的主体身份并不难。但在多层转分包合同关系中如何确认主体则无定论。一是关于发包人的认定。在建设工程合同中，合同相对方为发包人和承包人，但发包人有绝对和相对之分。当工程业主系发包人时，该发包人为绝对发包人；当承包人从绝对发包人手中承包到工程后再转分包，此时的承包人相对接受转分包人的身份就变成了发包人，是为相对发包人。二十六条中规定的发包人是绝对发包人还是相对发包人并不明确，导致实践中难认定承担欠付责任的主体。二是关于转分包人的认定。在多层转分包关系中，实际施工人系转分包和借用资质签订建工合同的承包方，归根结底是最终实际施工的企业或包工头。对于其他环节的转分包方是否都应追加为案件当事人，实践和法律均无定论。如某开发商将工程发包给具有一级资质的A公司后，A公司又转包给B公司。李某凭

借与B公司老板的朋友关系，假以项目经理身份内部承包该项目，其后李某又转包给曾某，曾某又肢解给包工头张某、王某、郭某等三人。现B公司、李某、曾某收取了相应的管理费（转包溢价费用）后下落不明。张、王、郭三人以实际施工人身份诉至法院要求开发商支付工程款。依二十六条规定，涉案各方当事人应以什么身份作为诉讼主体引起审判实践的分歧。

（三）事实难查。

法院审理案件，必须查清事实，划清责任，定纷止争。但在适用二十六条审理案件时，查清事实即为一道“拦路虎”。二十六条在保护实际施工人时直接将责任追及于发包方，是以实在合同相对性为理论前提，但相应的审理工作则是翻倍增加。因为不仅要查清实际施工人与其相对方转包人或分包人的建设工程结算情况，还要查清发包人与其总承包人的工程结算情况，否则无法判定发包方是否还有欠付的事实，是否应当承担欠付的责任。因为实际施工人与发包人并无直接的合同关系，实际施工人没有条件也没有义务举证发包方是否欠付总承包方工程款，而发包方与总承包方是否进行工程款结算也不取决于发包方的意愿，因为建设工程过程中，建设资料和建设成果都掌握在承包方手中。在此类合同中，通常都约定承包方提出结算请求，发包方进行确认。法院的角色注定不会主动介入发包方与承包方的结算中。在一层转发包合同关系中，即使需要审理发包方与承包方的结算，也意味着法院在一件案件中审理了两份工程合同的结算，尚未排除发包方与承包方还未具备结算的条件。在多层转发包合同关系中，如果需要把其中的每层合同方都追加为案件当事人进行审理，更意味一件案件有着几件案件的工作量，还不排除实践中中间的多层转分包人下落不明不能到庭。如此以来，要查清案件事实难上加难。

（四）责任难定。

第二十六条确定了发包方应承担的是欠付范围内的责任而非直接给付责任。但在司法实践中，该责任性质系垫付责任、补充责任还是欠付范围内的连带责任，均莫衷一是。该条文如此规定，在各类权威解读中未曾见到明确的答案。实践中一般倾向认为连带责任对保护实际施工人的权益力度更强，故多数以连带责任判之。但连带责任系法定责任，二十六条没有明确规定，也找不到其他法源，此种做法显属不妥。还有一种观点认为既然二十六条没有明确责任性质，法院也不应擅自界定其性质，只需要在查清事实的基础上照二十六条表述作出相应判决即可。此种判决暂时解决了审判阶段的困惑，却显然造成执行阶段无所适从，也为不妥。由于对责任性质的认定不同，不仅未给当事人的行为给清晰的判断准则，也往往造成二审甚至再审法院对案件进行反复的改判，直接伤害到司法的权威。

（五）关系难理。

《建工解释》设定的“实际施工人均指无效合同的承包人，其包括三种具体情形：转承包人、违法分包合同的承包人、没有资质借用有资质的建筑施工企业的名义与他人签订建设工程施工合同的承包人。”而二十六条强调的突破相对方追及发包方责任的情形仅涉及转包和违法分包。司法实践中老太太量存在的借用资质（即俗称戴帽现象）却未在此列，也引发了对借用资质的合同关系相对方认定的争议。如甲为一包工头，无固定建筑企业。其得知某公司欲修建一猕猴桃酒业基地后，即找到有二级建筑企业资质的B公司找出借用资质。B公司与甲签订了一份内容承包协议，甲的身份为项目经理，实际上甲与B公司没有任何劳动关系。随后，甲又以B公司的委托代理人身份在A公司与B公司签订的《基地工程承包协议》上代表B公司签字，B公司也加盖了公章。实际施工中，由甲直接组织力量施工完毕。因A公司未按时支付工程款，甲起诉A公司至法院。此案中，如何理清甲、A公司、B公司的法律关系出现争议。有的意见认为甲是借用B公司资质与A公司签订合同，虽然建工合同是公司之间签订，但甲全面履行了该合同义务，与A公司形成事实上的建设工程合同的权利义务，应认定A公司承担直接向甲支付工程款的义务。有的意见则认为，甲与B公司之间名为存在内部承包关系，实为转包关系，当A、B公司签订建工合同后，甲获得的工程实为B公司转包的工程，应依《建工解释》二十六条进行法律适用，A公司仅承担欠付责任而非直接责任。上述争议表明二十六条区分对待实际施工人的情形将导致同类事实法律关系难以理清的后果。

（六）矛盾难解。

我国经济长期保持较高增长的态势，建筑业是其中重要的增长点。但建筑业发展同时带来的工程质量问题、市场不规范问题，特别是投资不足问题造成的大量拖欠工程款和农民工工资问题由来已久，即使有众多建筑法律法规和司法解释的法律保障，问题也未消停。近年来为应对金融危机而出台的四万亿刺激政策的遗留问题很大一部份也会演化成建设行业的问题。司法解释的不完善、二十六条的诸多缺项规定无力化解上述进入诉讼领域的矛盾，反而会积累认识不一致、操作不统一、结果不统一的消极后果。因拖欠工程款而引发的法外群体闹、以命逼等极端维权的涉稳事件不时产生。以笔者所在法院为例，从2008年至今，两级法院建设工程纠纷案件持续增长。每年春节前夕都要开展清理拖欠民工工资的专项审判活动，每年处理因拖欠工程款的涉稳事件不低五次。这些都说明化解建筑业拖欠工程款的矛盾任重道远。

style="font-family: '仿宋\_GB2312'; font-size: 16pt; mso-spacerun: 'yes';"></span></p><p class="p0" style="margin-top: 0pt; text-indent: 32pt; margin-bottom: 0pt;"><span style="font-family: '仿宋\_GB2312'; font-size: 16pt; font-weight: bold; mso-spacerun: 'yes';">二、修善建工解释二十六条应把握的原则</span><span style="font-family: '仿宋\_GB2312'; font-size: 16pt; font-weight: bold; mso-spacerun: 'yes';"></span></p><p class="p0" style="margin-top: 0pt; text-indent: 32pt; margin-bottom: 0pt;"><span style="font-family: '仿宋\_GB2312'; font-size: 16pt; mso-spacerun: 'yes';">《建工解释》的许多条文秉持了规范建筑市场秩序、维护交易稳定与安全、促进诚实守信的理念，在不轻易否定合同效力、保证工程质量合格前提下对无效合同按有效处理等方面作出了有现实意义的规定。但二十六条应有的立法价值效果并没有得到充分实现，根本原因在于条文设计不够成熟和全面。虽然在突破合同相对性上找到了相应的理论依据，却也因内容的不完善带来了实践的混乱。现实的需要决定了不能也不必否定二十六条，但必须进行完善和补强。对该条进行修善应把握三原则。</span><span style="font-family: '仿宋\_GB2312'; font-size: 16pt; mso-spacerun: 'yes';"></span></p><p class="p0" style="margin-top: 0pt; text-indent: 32pt; margin-bottom: 0pt;"><span style="font-family: '仿宋\_GB2312'; font-size: 16pt; font-weight: bold; mso-spacerun: 'yes';">一是适用条件明确易甄别。</span><span style="font-family: '仿宋\_GB2312'; font-size: 16pt; mso-spacerun: 'yes';">就现有的两款规定而言，第一款规定是倡导性规定，实际施工人向其合同相对方主张权利是法律规则的应有之义，毋庸置疑。第二款规定的适用透过最高法院法官的学理解释可以看出实质上蕴含了发包方与承包方合同无效的前提，这也是合同相对性能被突破的突破点。</span><span style="font-family: '仿宋\_GB2312'; font-size: 16pt; mso-spacerun: 'yes';">最高法院法官解读了</span><span style="font-family: '仿宋\_GB2312'; font-size: 16pt; mso-spacerun: 'yes';">适用《建工解释》第二十六条第二款严格适用的三项条件：&ldquo;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。</span><span style="font-family: '仿宋\_GB2312'; color: #000000; font-size: 16pt; mso-spacerun: 'yes';">&rdquo;&ldquo;其</span><span style="font-family: '仿宋\_GB2312'; font-size: 16pt; mso-spacerun: 'yes';">次，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。&rdquo;</span><span style="font-family: '仿宋\_GB2312'; color: #000000; font-size: 16pt; mso-spacerun: 'yes';">这样的适用条件并未在条文中体现，首要的语义解释的法律解释方法是无法读出这样的含义，因而引发司法实践中各行其是。因此完善二十六条规定，首先要将此前提条件明确无误地予以展现。</span><span style="font-family: '仿宋\_GB2312'; color: #000000; font-size: 16pt; mso-spacerun: 'yes';"></span></p><p class="p0" style="margin-top: 0pt; text-indent: 32pt; margin-bottom: 0pt;"><span style="font-family: '仿宋\_GB2312'; color: #000000; font-size: 16pt; mso-spacerun: 'yes';">第二十六条既然是为保护实际施工人权益的特殊规定，宜将实际施工人的三种情形的权益保护一并规定。在此一并明确借用资质或挂靠的实际施工人可起诉发包人，如果发包人知道或应当知道没有资质的实际施工人借用资质承揽工程的，由发包人向实际施工人直接履行建设工程合同约定的权利义务，而非仅是欠付范围内的责任。</span><span style="font-family: '仿宋\_GB2312'; color: #000000; font-size: 16pt; mso-spacerun: 'yes';"></span></p><p class="p0" style="margin-top: 0pt; text-indent: 32pt; margin-bottom: 0pt;"><span style="font-family: '仿宋\_GB2312'; font-size: 16pt; font-weight: bold; mso-spacerun: 'yes';">二是条文语义明确易理解。</span><span style="font-family: '仿宋\_GB2312'; background: #ffffff; color: #000000; font-size: 16pt; mso-spacerun: 'yes'; mso-shading: #ffffff;">&nbsp;&ldquo;确定性是和谐之母，因而法律的目的就在于确定性&rdquo;。</span><span style="font-family: '仿宋\_GB2312'; color: #000000; font-size: 16pt; mso-spacerun: 'yes';">第二十六条的适用之所以存在难现象，和其规定内容不清晰、明确、具体不无关系。现有的</span><span style="font-family: '仿宋\_GB2312'; font-size: 16pt; mso-spacerun: 'yes';">法条语义既然如此，条文修正时就有必要将语义模糊的地方予以不含糊的明确，便于内行、外行、法官、非法官都易理解。如发包方的含义就直接明确为绝对发包人；涉层层转分包关系的案件，只审理实际施工人与其相对方和发包人与总承包人两层建设工程合同关系的事实，对于其他中间环节只审关系产生事实而不用审工程结算或给付情况。对发包方欠付范围内应承担的责任形式明确为垫付责任，并赋予发包人履行后向总承包人结算抵扣或向直接责任人追偿的权利。这些规定既是对多年来司法实践的成功做法的总结和固定，也回应了司法实务者的迫切需求。</span><span style="font-family: '仿宋\_GB2312'; font-size: 16pt; mso-spacerun: 'yes';"></span></p><p class="p0" style="margin-top: 0pt; text-indent: 32pt; margin-bottom: 0pt;"><span style="font-family: '仿宋\_GB2312'; font-size: 16pt; font-weight: bold; mso-spacerun: 'yes';">三是诉讼程序明确易操作。</span><span style="font-family: '仿宋\_GB2312'; font-size: 16pt; mso-spacerun: 'yes';">《建工解释》并不是一部完全的实体法的司法解释，也含有规范程序的内容。虽然二十六条的分款设计包含了有序诉讼原则，但毕竟未予以明确，而且如前述上旦出现与仲裁程序相冲突时该如何处理亦无明确规定。故修正二十六条可以将程序内容完善，明确实际施工人虽然可以直接起诉发包人，但应当将其相对方（无论是书面合同还是事实合同的相对方）转分包人作为共同被告起诉。不起诉的，法院应追加为共同被告。法院必须先对实际施工人与转分包的工程关系审理清楚作出责任认定后才能判决承包方承担欠付责任。如果实际施工人与转分包方约定仲裁管辖的，法院应当向实际施工人进行法律释明，告知其应向仲裁机构先行申请仲裁。实际施工人拒不接受法院释明的，法院应当驳回其诉讼请求。需要注意的是，因二十六条已明确了实际施工人有直接起诉发包方的权利，故不能从管辖角度驳回起诉，进而剥夺其诉权，否则与该条规定产生矛盾。驳回诉讼请求虽然是实体判决，但又不同于因证据不足而被驳回诉讼请求的判决，否则动辄引发再审，动摇判决的稳定性。因当事人不接受法院释明被驳回诉讼请求的理论依据和后果可参照最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干问题》第三十四条确定的

规则适用。

此外关于查明发包方欠付工程款的事实的举证责任也宜在条文中明确。从接近证据的距离远近和举证能力的强弱等因素考量，可直接规定发包方负有举证义务证明自己是否有欠付工程款事实。凡不能证明者（即使发包方与承包方还不具备结算条件），可直接判决发包方在转分包人在欠实际施工人工程款的范围内承担垫付责任。从市场规律而言，发包方与承包方之间的工程价款会高于实际施工人与转分包人之间的工程款，更何况发包方尚有追偿和抵销的权利。

### 三、对修善二十六条的建议

因《建工解释》已施行近十年，直接删除或在原解释上进行条文修改可行性不高。鉴于建设工程施工合同纠纷案件遇到的法律适用新问题也在不断出现，最高人民法院有必要出现进一步指导实践的系列建工解释。在新解释中，可对原二十六条进行补充完善，并在附则中明确与新解释相抵触的，以新解释为准。具体而言，原二十六条可作如下修善：

1、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。

2、实际施工人直接起诉建设工程业主作为发包人的，人民法院应当追加与实际施工人相对的转包人、违法分包人为本案当事人。法院明确转包人、违法分包人应向实际施工人承担的责任后，发包人只在欠付工程价款范围内对实际施工人承担垫付责任。

3、借用资质承揽工程的实际施工人，直接起诉建设工程业主作为发包人的，发包人知道或应当知道实际施工人没有资质而借用资质的，由发包人履行建设工程合同约定的权利义务。发包人主张出借资质的建筑企业承担合同责任的，不予支持，但当事人另有约定的除外。

4、发包人不知道实际施工人借用资质承担工程，由出借资质的建筑企业履行建设工程施工合同约定的权利义务，发包人只在欠付工程价款范围内对实际施工人承担垫付责任。

5、发包人承担垫付后，有权向转包人或违法分包人追偿，或与总承包人进行结算时直接抵扣。

6、发包人承担垫付后，有权向出借资质的建筑企业追偿，或与其进行结算时直接抵扣。

5、发包人对是否欠付工程价款负有举证义务。

6、实际施工人直接起诉建设工程业主作为发包人，又与转包人、违法分包人、出借资质的建筑企业约定仲裁管辖的，人民法院应当告知实际施工人先行向仲裁机构申请仲裁，实际施工人不同意法院释明意见的，人民法院应当驳回其诉讼请求。