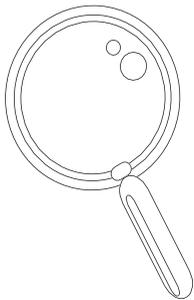


在建设工程施工合同纠纷中根据具体工程建设情况的不同，会出现许多不同的角色定位，而“实际施工人”就是这些角色中的一个。本文主要以最高人民法院《建设工程施工合同司法解释二》的有关条文为依据，结合相关司法实践，试图探索“实际施工人”如何准确认定以及认定“实际施工人”后法律后果的问题。

为了应对纷繁复杂的建筑行业现状，最高人民法院公布了《建设工程司法解释（二）》（以下简称“解释二”），其中很多内容相比较《建设工程司法解释（一）》有了很大的变动，“实际施工人”的相关内容就是其中之一。虽然解释二依旧没有对实际施工人做出一个明确的定义，但是从字里行间中可以看出解释二对“实际施工人”这个称谓逐渐淡化，下面就“实际施工人”的具体问题进行深入阐述。



# 建设工程施工合同纠纷中“实际施工人”的认定与责任探析

## “实际施工人”概念的厘清

### （一）“实际施工人”的概念

从语义分析上分析，实际施工人可以理解为在施工过程中实际参与施工的相关人员。从法条上来解释，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。”

### （二）“施工人”“总承包人”“承包人”等类似概念的关系

#### 1、发包人与承包人

《民法典》第七百八十八条规定：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。

#### 2、施工人、总承包人、承包人、专业工程分包人、劳务作业分包人

《民法典》中“施工人”的含义概括了建设工程施工合同的所有合法施工主体，包括总承包人、承包人、专业工程分包人、劳务作业分包人。

#### 3、转包人

《建设工程质量管理条例》第七十八条规定：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。建设部规章《建筑安装工程总分包实施办法》对工程转包的定义为：建筑施工单位以营利为目的，将承包的工程转包给其他施工单位，不对工程承担任何技术、质量、经济法律责任的行为。司法实践和学者认为：转包的表现形式主要有以下几种：一是将全部工程转包；二是将全部工程肢解后以分包的名义转包；三是总承包人违反分包合同约定，将工程的主要部分或者群体工程中半数以上的单位工程转给其他单位施工的；四是分包单位违反分包规定，将承包的工程再次包给其他施工单位施工的。

#### 4、违法分包人

《建设工程质量管理条例》第七十八条规定：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有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发包给其他单位的；（四）分包单位将其承包的建设工程再分包的。上述主体的概念，与《建筑法》的相关概念相对应并相容、周延、自洽、融洽得以解释，且均在法律、行政法规的框架体系内进行法律解释。

### （三）“实际施工人”法律解释方法之厘定

当法律规范出现文义上的复数解释时，首先考虑的是文义、体系和合宪这一固定框架，以探明文义具体的界限，排除赘释，如此仍不能确定法律规范之真正意义时，应首先考虑法意解释的切入，而法意解释之切入，往往会结合社会学解释、比较法解释来探明法律真意，当然无论之前解释方法如何运用，其均以法律目的为最高准则。而《解释》中“实际施工人”概念的解释界定混乱、认定不一，对其进行法律解释应遵循此规则。

1、文义解释方法。实际施工人的概念仅在《解释》中首次出现，而且并没有对之做出规定。因此，文义解释已无法得出结论，只能求助于体系解释与合宪性解释。

2、体系解释方法，即依其编、章、节、条、款、项之前后关系位置，或相关法条之法意，阐明其规范意旨之解释方法。“实际施工人”的概念在《解释》中第一、四、二十五、二十六条出现，其他各条均没有出现，而且该《解释》并无编、章、节，且条、款、项之前后关系位置及相关法条之法意之联系缺乏周延性、严密性。因此，体系解释之方法也无法解决“实际施工人”的概念问题。

3、合宪性解释方法，指依宪法及阶位较高的法律规范，解释位阶较低的法律规范的一种法律解释方法。《解释》是最高人民法院根据1981年全国人大常委会《关于加强法律解释工作的决议》和1983年修订的《法院组织法》中

规定“凡属于法院审判过程中具体适用法律、法令的问题，由最高人民法院进行解释”的规定依法通过颁布的司法解释，其效力位阶相对较低，且其上位法并不存在“实际施工人”的概念。所以，最高院的司法解释是否有权设定“实际施工人”还有待探讨。

4、法意解释系指探求立法者或准立法者于制定法律时所作的价值判断及其所欲实现的目的，以推知立法者的意思。《解释》仅是最高人民法院根据1981年全国人大常委会《关于加强法律解释工作的决议》和1983年修订的《法院组织法》中规定的“凡属于法院审判过程中具体适用法律、法令的问题，由最高人民法院进行解释”的规定依法通过颁布的司法解释，制定者不具有立法权或准立法权。所以，法意解释已无法适用。

5、目的解释，指以法律规范目的为根据，阐释法律疑义的一种解释方法。在《解释》中“实际施工人”的概念仅在第一、四、二十五、二十六条出现，而第一、四、二十五条仅只是为了合同无效的认定、行为无效的认定、保障建设工程的质量而规定，只有第二十六条是为保障和保护“实际施工人”的权益并间接保护农民工的利益而规定。因此，对第二十六条“实际施工人”进行目的解释，各种判定或疑义便可迎刃而解。实际施工人，必须置于程序法框架体系内进行目的解释，才能厘清其在实体法中的法律关系并与《民法典》合同无效的法律后果相衔接和相融洽，也才能在法律框架体系内保护和保障其合法权益，保证建设工程市场的健康发展，避免市场主体因违法而获利收益。

## “实际施工人”在司法解释中的规定与应用

《解释》中第二十六条规定“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。”该条共两款，第一款是程序性法律规范，规定的是实际施工人与转包人、违法分包人之间程序性的权利和义务关系，并不涉及实体权利和义务关系，实体权利义务必须

依据相关法律法规和条款；第二款第一句仍然是程序性法律规范，规定的是实际施工人与转包人、违法分包人、发包人之间程序性的权利和义务关系，并不涉及实体权利和义务关系，实体权利义务必须依据相关法律法规和条款；第二款第二句则是实际施工人与发包人实体权利义务关系且仅限于范围，更加突出和强调了对实际施工人的直接保护、对农民工的间接保护。因此，该条两款总体上仅是程序性法律规范，其目的在于通过程序性权利义务的规定保护实际施工人的实体性权益，至于是何种性质的实体性权益还必须依据相关法律法规。同时，也表明实际施工人的概念在《解释》中出现具有合宪性，但却不适用合宪性解释。可见，对于实际施工人概念的内涵与外延的界定，则是程序法的框架体系内的目的解释。

## “实际施工人”的认定与限制

实际施工人，是指非法转包、违法分包的承包人。其基本特征或认定标准是：非法转包、违法分包是前提；上位合同不是必然全部无效；与非法转包人、违法分包人签订的合同无效；诚信、全面、适当、实际、亲自履行完毕无效合同的全部义务；与作为建设单位的发包人之间不存在建设工程施工合同关系，也没有形成事实上的权利义务关系；无效合同的法律后果适用《民法典》第一百七十五条的相关规定。基于上述认识，实际施工人的表现形式有以下两种，非法转包的承包人；违法分包的承包人。据上述分析，建设工程施工合同领域的无效合同就存在两种样态或类型——存在实际施工人的无效合同和不存在实际施工人的无效合同。前者是指非法转包、违法分包的无效建设工程施工合同，后者是指不存在非法转包、违法分包的无效建设工程施工合同，但是，无效的法律后果都适用《民法典》有关合同无效情形的规定。因此，司法实践中要对“实际施工人”的身份进行厘清，这样才能更好落实法律精神中保护劳动者劳动成果的初衷，防止不法之徒冒充“实际施工人”的身份，为达到一己私利随意突破合同相对性，有违司法尊严。

（作者单位：上海市奉贤区人民法院）