

律师代理北京某市政工程公司、北京广汉市分公司应 诉陈某某诉其建设工程施工合同纠纷案

【案情简介】

2013年，第三人苏某某挂靠北京某市政工程有限责任公司（以下简称北京某市政工程公司），中标广汉市某房地产开发有限公司开发的“广汉市维城新天地”项目，工程总价款1亿余元，每月按照进度支付70%工程款，验收合格支付95%工程款，其余5%作为质保金，挂靠费为项目结算金额的2%。该项目为地下商场工程，位于四川省广汉市老城区黄金地段雒城公园门口，北京某市政工程公司作为“广汉市维城新天地”项目总承包方，根据当地规定，成立北京广汉市分公司作为项目公司。2015年9月15日，陈某某与北京广汉分公司签订施工合同，对“广汉市维城新天地”项目中的地下商场进行装修施工，对工程内容，价款等进行了约定。陈某某主张工程已经竣工，并且双方在2016年8月8号，2016年8月16号分别进行了结算，北京广汉分公司尚欠工程款共计2436660元，要求支付此工程款。陈某某的身份比较特殊，陈某某系第三人苏某某雇佣的项目工作人员之一，因此，他对于第三人苏某某挂靠北京某市政工程公司是完全知情的，发包方广汉市某房地产开发有限公司仅支付了2000万左右的工程款，对于发包方广汉市某房地产开发有限公司拖欠施工进度款也是完全知情的，苏某某和北京某市政工程公司已经垫资一亿多元，开发商拖欠施工款，导致总承包方不能支付分包商的分包工程款，形成了三角债。北京广汉分公司和北京某市政工程公司为了自身的利益以及法

律法规和司法解释的规定，认为双方签订的协议为无效合同，该项目尚未总体竣工验收，也没有进行分项验收，不具备工程款的支付条件。

第三人在施工现场的项目经理分别为王某某、李某某，北京某市政工程公司向四川省广汉市住建局备案的项目经理为高某某。另，第三人苏某某刻制两枚北京广汉分公司的印章未向北京某市政工程公司备案。

本案程序上，原告陈某某起诉了北京某市政工程公司和北京广汉分公司，为了便于法院查明案件事实，经北京某市政工程公司和北京广汉分公司申请，追加了苏某某作为本案第三人，第三人苏某某在法院的传唤下出庭做了陈诉。“广汉市雒城新天地”项目主体结构已经于2015年8月验收结算。

【代理意见】

代理人做为被告的代理人发表如下代理意见：

一、原告陈某某是自然人，不具有任何资质可以承包此项工程，根据我国《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》第一条第一款的规定“建设工程施工合同，承包人未取得建筑施工企业资质或者超越资质等级所签订的合同认定无效”，所以陈某某与北京广汉市分公司签订的工程合同无效。

二、根据我国《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的约定支付工程价款的，应予支持”。但“广汉维城新天地”项

目尚未竣工验收，证人李某某所称的验收完毕仅是对原告施工的事实，施工的工程量，工程款的金额的确认，并不等于验收竣工，并且原告对其分包工程项目部分，并未举证证明其施工的部分已经进行了分项竣工验收合格。所以并不具备支付工程款的条件。

三、原告提供施工合同的印章不是北京广汉分公司备案的印章，结算单上的施工人员均不是北京广汉分公司在广汉住建局备案的项目管理人员。

四、苏某某（第三人）与北京某市政工程公司是挂靠关系，原告是苏某某邀约的施工人员，应由苏某某承担支付工程款的义务。

【判决结果】

驳回原告陈某某的诉讼请求。

【裁判文书】

(2017)川 0681 民初 265 号

【案例评析】

本案涉及建设工程中分包，挂靠等很普遍的工程现象和常见的法律问题。分包是承包人在承包工程后，将其承包范围面的部分工程项目交给第三人完成的行为。根据“《建设工程质量管理条例》”第 78 条第二款规定，违法分包主要是指以下情况：

（一）总承包方将建设工程分包给不具备相关资质条件的单位。

（二）建设工程总承包方合同中虽然没有约定，但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）施工总承包方将建设工程的主体结构施工分包给其他单位的。

（四）分包单位将其承包的建设工程再分包的。

上面是法律对违法分包的有关界定，本案中陈某某是自然人，根本不具备建设工程分包人的相关资质条件，违反以上第一条的规定，所以陈某某与北京广汉分公司签订的分合同无效。

另外，原告主张的根据《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》第二条的规定“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的约定支付工程价款的，应予支持”中，对于竣工验收合格也有错误的认识。根据《住房和城乡建设部建筑工程施工质量验收统一标准》的规定，建设工程施工质量验收划分为单位工程，分部工程，分项工程和检验批。分项工程可按主要工种，材料，施工工艺，设备类别进行划分。在本案中，原告施工的工程内容为商场所有区域外墙夹壁墙安装，铺贴地砖，应属于《住房和城乡建设部建筑工程施工质量验收统一标准》附录B建筑的分项工程，分项工程划分序号3中装饰装修中的分项工程内容。而作为分项工程的验收应有专业监理工程师组织施工单位项目专业技术负责人等进行验收。作为“广汉市潍城新天地”整体尚未竣工。证人李某某所称的验收完毕，并

不等于验收竣工。因此原告主张根据《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》第二条的规定并不能得到支持！

因此，在本案中，违法分包是原告败诉的主要原因。

【结语和建议】

分包是法律允许的行为，合法的分包是不为法律所禁止的。合法分包，主要是对主体符合资质要求，专业工程经约定或认可条件性下的分包。分包的内容是除主体结构施工外的部分内容，还允许一次分包且分包指向内容合法。

合法分包属于法律允许的经营行为，因此，对于合法分包应认定为有效并依照合同的约定进行处理。

违法分包、非法转包和挂靠是法律明确禁止的行为，对此，法律明确规定这三种行为无效。同时，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的解释》第4条的规定，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，人民法院可以收缴当事人已经取得的非法所得。

在结算问题上，根据《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》第20条的规定，分包、挂靠签订的建设工程合同被确认无效后，应按实际施工人的建筑资质等级结算工程款，但对施工人主张的工程结算中有关计划利润部分的请求可不予支持。

另外违法分包，非法转包，挂靠的行政，刑事责任问题，《建筑法》及《建设工程质量管理条例》也作出了具体规定。

声 明

本电子文档由微信公众号 "智法 AI" (ID: WitLegal) 编辑整理, 仅供个人学习使用, 未经许可, 不得用于商业用途或任何营利性活动。

本电子文档仅供参考, 不构成法律建议或政策解读, 亦不具有法律效力。文件名所示的发布或生效时间仅供参考, 具体内容请以官方最新发布版本为准, 使用时建议自行核实最新内容。若电子文档存在内容错误、涉嫌侵权或其他问题, 请通过微信 (sunquanxuefa) 联系处理。我们将及时核查并依法处理。