

建设工程领域出借资质的法律适用

热点关注

□ 王毓莹（中国政法大学法学院教授）

长期以来,建设工程领域存在大量出借资质现象。此种现象屡禁不止来源于建筑行业资质准入壁垒与大量不具备资质的施工主体希冀通过挂靠进入市场之间的矛盾。因建设工程施工质量与社会公共利益存在强关联性,故我国法律对出借资质行为持否定态度。此前《中华人民共和国建筑法》《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)》等法律法规、司法解释中均明确禁止建筑施工企业出借资质。2026年6月30日起施行的《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)》(以下简称《建工解释二》)第四条在延续此前法律法规、司法解释对出借资质行为效力否定论的基础上,进一步系统性明确了此问题的处理准则:一方面明确出借资质协议无效且对出借资质费用持否定立场;另一方面强调借用资质主体可主张的是“折价补偿款”的救济路径。《建工解释二》对于建设工程领域出借资质问题进行了系统性厘清,有助于司法实践中争议性问题处理标准的统一。

明确出借资质合同无效,维护建筑市场秩序

此前诸如《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》《最高人民法院第二巡回法庭2020年第7次法官会议纪要》《最高人民法院第六巡回法庭民商事审判实践疑难问题解答之建设工程纠纷部分》对涉及出借资质收取管理费的问题均作出回应。目前,司法实践及主流观点均认为出借资质、允许使用本企业名义而收取管理费的约定应属无效。此前司法实践中的裁判观点法律依据主要系借用资质、挂靠经营违反了法律规定,进而依据民法典第一百五十三条认定出借资质合同无效。《建工解释二》采纳此前司法实践中形成的主流观点,通过司法解释的形式明确了出借资质、允许使用本企业名义的合同无效,为此类纠纷的裁判提供了直接的法律支撑。这体现了司法机关禁止建筑领域资质出借、挂靠的立法原

意,引导建筑企业规范参与生产经营活动,遏制建筑领域管理秩序混乱现象,进而保障公共安全。

明确不予支持建筑施工企业主张约定的资质借用费、使用费,统一裁判标准

此前主流观点及司法裁判大都否认出借资质收取管理费协议的效力,但司法实践中对于能否收取管理费、资质借用费、使用费的观点存在争议。《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》认为,实践中出借资质方不参与实际施工,仅收取一定比例管理费,此类行为系违法套利行为,管理费实质属于违法收益,出借资质企业请求实际施工人支付管理费,不应予以支持。《最高人民法院第二巡回法庭2020年第7次法官会议纪要》认为,应当根据个案情况进行判断,若管理费属于工程价款的组成部分且转包方也实际参与了施工组织管理协调的,可参照合同约定处理;对于转包方纯粹通过转包牟利,则不予支持。《最高人民法院第六巡回法庭民商事审判实践疑难问题解答之建设工程纠纷部分》认为,管理费不能理解为转包人、违法分包人或者有资质的施工单位转包、违法分包工程或者出借资质的对价。如果仅给予工程或出借资质但没有实施具体的施工行为或管理行为,一般不支持支付管理费的请求;如果前述主体也实施了一定的施工行为或管理行为,应当考虑转包人、违法分包人或者出借资质人的支出成本、合同各方的过错程度、实现利益平衡等因素,在各方之间合理分担该管理成本损失。

《建工解释二》第三条明确规定建筑施工企业主张约定的资质借用费、使用费的,人民法院不予支持。其法理基础在于出借资质谋取的利益本质上是违法行为的不法对价,属于违法收益,不应予以支持。因此前实践中存在转包人或者出借资质人在给予工程或出借资质后也提供了施工行为或管理行为的情形,故该条文中使用“资质借用费、使用费”一词,而未直接使用“管理费”,笔者认为这是司法解释对于实践中有无实际提供管理行为进行了区分。“资质借用费、使用费”一词能够准确定义纯粹出借资质获利行为,同时保留了司法实践中基于实际履行情况及个案因素的自由裁量空间。该条解释体现了司法机

关对于出借资质获利行为的惩戒立场,否定了出借资质的建筑施工企业通过违法行为获利的合法性,有助于从经济因素上削弱建筑企业出借资质的动力,从而减少违法行为,促进建筑领域竞争秩序良性发展。

此次司法解释出台,解答了对于未发生的“资质借用费、使用费”的处理规则。对于既往已经缴纳的管理费、资质借用费、使用费如何处理未作出统一性规制。那么对于前述已经发生、已经缴纳的挂靠费用,借用资质的单位或者个人能否主张返还?目前司法实践中存在争议。笔者倾向认为,对于出借资质的建筑施工企业已经收取的管理费,借用资质的单位或者个人不得要求返还,但对于约定收取但尚未实际收取的管理费,依据《建工解释二》第四条之规定,出借资质的建筑施工企业再行主张无法得到支持。此前(2023)最高法民再256号民事判决书中,通过论述出借资质的建筑施工企业允许无资质自然人挂靠存在明显过错为由,以及建筑施工企业提供了实际管理服务,判决驳回建筑施工企业要求借用资质的个人按照合同约定收取的诉请。同时对于个人已经实际支付的部分管理费不予返还。除前述理由,笔者倾向性认为已经收取的管理费不予返还的法理基础还在于给付原因行为因双方均违反法律法规构成不法原因给付,且借用资质的单位或者个人的违法挂靠行为系为规避建筑行业对于资质的监管规制,故应属不法利益,不应予以返还。

合同无效后的折价补偿救济规则

《建工解释二》第三条第2款规定,建设工程质量合格,借用资质的单位或者个人参照其与建筑施工企业就支付工程款项的约定请求建筑施工企业支付折价补偿款的,人民法院依法予以支持。本款与前款逻辑关系为前款明确出借资质行为本身违法,所签署的合同无效,但借用资质单位实际投入建筑物中的人力、物力、财力,不能因合同无效而使得一方单纯受到损失,故第2款明确了借用资质单位合同无效后权利救济途径。该条款的适用须满足两个重要条件:一是借用资质的单位或者个人与建筑施工企业之间协议无效;二是建设工程经验收合格。

本款规定的法理基础为建设工程施工合同因借用资质而无效,但是建设工程验收合格后



呈现整体性、不可分割性等特性,故根据民法典的规定,对于不能返还的应当折价补偿。本款规定中用词与民法典第一百五十七条、第七百九十三条保持衔接,采用“折价补偿款”一词,而非“工程款”一词。这种表述的调整,不仅理顺了法律适用逻辑,也有助于引导当事人正确主张权利,彰显了法律适用的严谨性。

须注意的是,此条款的适用范围限于借用资质的单位或者个人与建筑施工企业之间,不及于发包人。如借用资质的单位或者个人认为该合同直接约束自己和发包人,以此为由直接以发包人作为被告,需要符合《建工解释二》第四条规定的发包人明知或应知的情形,否则无法得到支持。如借用资质的单位或者个人基于民法典第五百三十五条关于代位权的规定向发包人行使代位权,需符合《建工解释二》第七条规定的出借资质的建筑施工企业怠于行使到期债权或者与该债权有关的从权利,影响到到期债权实现的情形。综上所述,《建工解释二》对于借用资质的实际施工人的救济路径主体上严格遵循了合同相对性原则和传统民法的立法精神。

实践中,资质挂靠问题始终是建设工程合同纠纷中较为复杂、棘手的问题之一。《建工解释二》对于建设工程领域出借资质协议效力的处理,“资质借用费、使用费”的处理以及实际施工人权利救济等多个层面进行了系统构建,将相关法律法规从“细碎化”整合至“体系化”,随着司法解释的公布和司法实践的不断积累,出借资质行为的处理准则将更加成熟、完善。

从执行角度谈合同继续履行纠纷的裁决与请求问题

实务解析

□ 仲伟珩（最高人民法院执行局二级高级法官）

近年来,人民法院深入贯彻习近平法治思想,积极主动做深做实“抓前端、治未病”工作,加强立审执协调配合,依法保障胜诉当事人及时实现权益。人民法院执行工作实践中,部分生效裁判因不具备可执行性被裁定不予执行。该情形不仅阻碍当事人合法权益的及时实现,还造成仲裁、司法资源浪费。在所涉不予执行的裁判文书中,合同继续履行类文书占较大比重。通过对此类裁判文书的梳理和分析可以发现,此类生效文书不被执行问题的产生,既有纠纷裁决端的裁决思路和法律适用存在模糊的因素,也有当事人提出诉请不准确、不妥当的因素。为避免继续履行合同类法律文书不被执行引发进一步的纠纷,应从人民法院强制执行工作实践出发,在厘清继续履行法律性质基础上,结合强制执行给付内容的类型区分,强调裁决思路与提出诉请同向发力,力求在诉请请求端和裁决文书制作环节前化解解潜在矛盾,阻断纠纷传导蔓延。

强制执行工作对继续履行合同裁决的要求

依法成立的合同具有法律拘束力。但实践中,一方当事人以各种理由不履行合同,是合同类纠纷的典型形态。针对一方不履行合同的救济路径,法院依据继续履行合同系承担违约责任承担方式这一认识,直接在裁决主文中作出“继续履行合同”的简单表述。一旦该裁决内容进入执行程序,对于如何执行继续履行合同内容往往发生争议。

针对实践中多发的继续履行合同裁决内容不明确导致的执行难题,在1998年《最高人民法院关于人民法院执行工作若干问题的规定(试行)》第18条(2020年该司法解释修正调整为第16条)中就已明确,人民法院受理执行案件应当符合条件之一是,申请执行的法律文书有给付内容,且执行标的和被执行人明确。

虽然该司法解释对生效文书的立案强制执行有要求,但是生效裁判文书中仅明确“继续履行合同”的情形,仍然系继续履行合同裁决文书主文的典型表述方式;实践中导致此类裁决无法

执行的问题仍未得到有效解决。为深入解决上述问题,2014年《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第四百六十三条进一步明确,“当事人申请人民法院执行的生效法律文书应当具备下列条件:(一)权利义务主体明确;(二)给付内容明确。法律文书确定继续履行合同的,应当明确继续履行的具体内容”。2018年《最高人民法院关于人民法院立案、审判与执行工作协调运行的意见》第11条强调,法律文书主文应当明确具体,包括“继续履行合同的,应当明确当事人继续履行合同的履行内容、方式等”“当事人之间互负给付义务的,应当明确履行顺序”等。

虽然相关司法解释和规范意见多次作出指引,但是裁判文书主文中仅简单载明继续履行合

同的情形,在司法实践中仍然普遍存在。对于裁判文书是否符合立案强制执行标准,实务层面争议不断。由此,结合强制执行工作的要求,从继续履行合

同的基础理论分析出发,研究此类纠纷的裁决思路以及为当事人规范提出诉请提供指引,对于防范此类纠纷持续发生具有重要意义。

裁决继续履行应做到给付内容明确、具体、可执行

人民法院立案强制执行的生效法律文书要求给付内容明确、具体、可执行,这不仅要求审判人员应做到对纠纷裁判、裁决认定事实清楚、适用法律正确,而且还须确保法律文书具备现实可执行性。继续履行合同纠纷的产生,往往由于当事人围绕合同履行已产生争议,无法就继续履行合同达成一致,如果裁决者在审理后仅驳回合同应继续履行,但对继续履行合

同的方式、标准、期限、先后履行顺序、抗辩权行使、违约责任等均未明确,则本质上并未解决当事人的争议;即使后续人民法院立案执行,也可能因为上述争议在裁决主文中并未解决,裁决主文不具有给付内容而被人民法院裁定不予执行。

事实上,对于合同之债,在认定合同合法有效的情况下,继续履行合同即为债的第一层效力的体现。因此,裁决债的继续履行虽然有继续履行的表述,但该裁决内容本质上更接近于确认该债务合法有效、应继续履行的效力;在该裁决没有明确具体的给付内容的前提下,往往不符合强制执行所要求的具有给付内容。对于如何明确具体化继续履行的给付内容,需要从强制执行的法

理角度进行分析,从执行端研究继续履行合同类案件的裁决思路。

在强制执行法律体系中,对生效法律文书给付内容的执行,又类型化区分为金钱给付义务、物的给付义务、行为给付义务(作为、不作为)的强制执行。为适应上述强制执行的基本类型化给付内容,裁决者应将当事人的诉讼请求对应类型化并细分为金钱给付义务、物的给付义务和行为给付义务,并在裁决文书中基于上述类型具体写明给付的标的、方式、履行顺序、标准、日期,甚至包括不履行的替代履行以及损害赔偿后果等。在类型化给付内容的基础上,裁决者可以针对给付标的并结合当事人的诉讼请求,进一步查清相应给付标的的可能性、给付方式、日期、标准等,并据此裁决。

上述裁决内容要求当事人在请求环节所提诉请与之配合,这就要求,裁决者应从实质解纷角度看待审理继续履行合同纠纷中的释明权行使。实践中,裁决者应从有利于推进落实“抓前端、治未病”工作、有利于纠纷实质化解、有利于裁决权规范高效行使角度,辩证看待和规范高效行使释明权。

提出裁决请求应准确、妥当

目前,在我国民事纠纷解决机制中,纠纷的启动和请求权行使往往由当事人提起请求所推动。请求明确决定了纠纷的实质审理方向、纠纷事实的查明、举证责任的分配、争点的归纳、辩论权的行使等,并最终体现在裁判文书主文中;一旦请求不准确或不妥当,叠加裁决者不敢、不愿、不能行使释明权,则极有可能导致裁决结果的不被执行。对此,当事人在提出继续履行合同的裁决请求时,应在充分研判裁决结果可执行性基础上,强化诉请提出的准确性和妥当性。

就准确提出继续履行合同的请求来说,一方面,要结合强制执行实务基本区分为金钱给付、物的给付和行为给付义务的基本法理,类型化细化对应上述三种类型的请求;另一方面,继续履行合同纠纷往往系由于合同履行已经产生争议而起,故应在请求端做好问题发现和漏洞填补请求的工作,准确提出裁决请求。在此阶段,提出请求者系纠纷亲历者,能够更直接认识到纠纷的冲突和交易存在的漏洞。本质上,裁决纠纷的过程也是解决冲突问题和填补交易漏洞的过程。因此,只有当事人在请求端做到准确反映冲



突的问题,并提出明确具体的填补交易漏洞的诉求,才能准确高效启动裁判的定分止争工作。

就妥当提出继续履行合同的请求来说,类型化细化具体的给付内容,并基于给付内容的强制执行可能性确定请求,亦具有重要意义,尤其体现在混合合同的继续履行纠纷中。混合合同往往包含多个典型合同的给付内容,既可能有金钱给付内容,也可能有物的给付义务,还可能

有行为给付义务。金钱给付债务原则上不存在不能强制履行的问题,对于物的给付义务,则应在区分特定物、种类物的基础上,明确争议标的物的客观存在与否、交付可能性、交付标准、替代给付内容等;对于行为给付义务,则需要考虑民法典规定的合同性质不能强制履行以及强制执行可能涉及侵害更高位阶权利的情形;如果经研判,该行为给付义务不能通过强制执行完成且该给付义务直接决定了合同目的的实现,则变更请求为解除合同、请求违约损害赔偿,似是更妥当的请求方式。

法苑新声

□ 吴月红（广东工业大学国家安全与人权研究院研究员）

数字经济治理推动智慧法院建设由技术赋能转向制度重构阶段。大数据、人工智能、区块链等技术深度嵌入司法过程,重塑司法权运行逻辑、主体结构与制度形态。数字时代亟须回应技术介入如何推动司法权运行机制结构转型、如何构建契合数字司法特征的理论体系。立足我国智慧法院建设实际,体系化阐释与规范建构数字司法权运行机制有助于深化司法现代化理论研究,为智慧法院制度完善与实践发展提供理论支撑。

三元协同理论:司法权运行结构的范式重构

传统司法权运行理论,以“规范适用—司法裁量”二元结构为分析框架,以法律规范约束与法官裁量判断为核心,将司法过程视为封闭的法律适用活动,技术视为外部辅助工具。然而,智慧法院建设推动数字技术由工具性要素转向结构性变量。类案检索、量刑辅助、电子卷宗和司法数据评估系统等通过数据、算法与平台机制深度介入裁判生成、事实认定与行为评价过程,重塑司法权运行逻辑。在数字司法场域,算法系统、数据平台等技术要素虽不具有法律主体资格,却通过技术网络参与与司法秩序建构,成为影响司法权运行的结构性因素。

基于智慧法院实践提出“权力—规则—技术”三元协同理论框架,旨在解释数字时代司法权运行机制的结构转型。其中,权力系统提供制度授权与组织基础,保障司法权运行合法性;规则系统提供规范约束与价值指引,保障司法权运行规范性;技术系统通过数据、算法与智能辅助参与裁判生成,彰显司法权运行技术性。三者并非简单并列,而是在制度嵌入、规范调节与技术反馈中形成动态耦合:权力界定技术边界,规则规制技术逻辑,技术推动司法结构调适。该理论突破传统“主体—制度”二元分析模式,将技术由外在工具变量提升为司法权运行内生结构变量,实现数字司法由“技术赋能”向“结构重塑”的理论研究转向,为智慧法院司法权运行机制研究提供新的范式。

动态平衡理论:司法权运行系统的演化逻辑

从系统论法学维度看,“权力—规则—技术”三元协同结构内含控制、规范与效率间张力,决定数字时代司法权运行呈持续调适与动态演化特征。维纳的控制论表明,复杂系统稳定依赖反馈机制实现动态修正。因此,技术扩张、制度滞后与算法依赖等引发的系统偏移构成司法权运行中的常规风险。基于此,笔者提出的“动态平衡理论”旨在解释数字司法系统持续调适机制,以“失衡识别—反馈调节—制度修正—再平衡生成”为核心,通过制度完善、技术优化与主体能力强化实现三元要素协调。该理论突破传统“静态设计—单向运行”模式,将司法权运行理解为持续感知、反馈与调适的动态治理过程,为数字司法系统稳定演化提供理论阐释。

从反思性法律理论借鉴系统论视角,强调现代法律系统应通过结构耦合与自我调节机制回应复杂社会环境。数字时代司法权运行是在技术演进、制度调整与主体实践的互动中,通过动态平衡实现适应性演化。该理论为理解智慧法院制度韧性、治理能力提升及司法现代化转型提供新的理论框架。

制度整合实现理论:从学理范畴走向制度建构

制度整合实现理论是对三元协同理论及动态平衡理论制度化的延续,以解决数字司法从理论阐释到制度建构之问题。三元协同理论解决“数字司法结构如何形成”,动态平衡理论解决“司法如何演进变化”,制度整合实现理论解决“如何通过制度实现结构转变”问题。数字司法场域中的制度变迁即为技术变迁、社会结构调整及制度供给同调适的过程。该理论建构了主体制度、技术制度与协同制度三层制度系统。主体制度以能力建设、责任分配及权利保障推动法官和技术主体及相关参与者由事实参与走向规范参与;技术制度以算法治理、数据治理及平台规制推动技术从外在干法的技术工具向受到制度约束的司法要素转变;协同制度以流程整合、风险控制及反馈机制,实现“权力—规则—技术”间的制度性耦合。从运作过程看,制度实现通过制度激励、制度整合及制度回应使制度系统在实践中不断进行调节和完善。

此理论并非将制度视为一套固定规则,而是将其理解为一个不断自我调整的治理过程。质言之,其关注焦点从“制度怎么设计”转向“制度怎么运行”,从“规范该怎么定”转向“实践中怎么优化”的理论闭环。其核心价值是主张根据不同情况差异化对待,根据技术发展阶段、案件类型、司法系统运行状况的不同采取不同的治理方式。旨在数字技术带来便利和司法公正、程序稳定要求间找到动态调节平衡点,为智慧法院制度体系完善和司法现代化转型提供理论支撑。

中国智慧法院是国家治理现代化、数字经济发展、司法现代化及“技术—制度”互动的结果,是兼具人机结合、数据主导、平台整合、规则内嵌特质的新型制度建构。面向未来,智慧法院建设应向制度自适性出发,平衡技术规制与司法价值之间的关系。技术改变司法方式,但难以代替司法判断;算法改善认知条件,但难以取代裁判责任。这是建构数字时代司法权运行机制的根本准则。



数字时代司法权运行机制建构的理论逻辑