

《建工解释二》对实际施工人诉发包人规则的重塑



◇ 中国政法大学教授、博士生导师 王毓莹

2004年《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,现已失效)第二十六条首次确立了实际施工人突破合同相对性向发包人主张权利的规则。此后,2018年《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)》(法释〔2018〕20号,现已失效)、2020年《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)》(法释〔2020〕25号,以下简称《建工解释一》)对此规则进一步完善,但学界支持与反对的观点仍然存在,且各地司法裁判不一。归根结底是因为该规则突破了合同相对性这一传统民法的基础性原则,始终缺乏坚实的法治支撑,进而造成法律适用和裁判上的分歧。

本次《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》)的出台,意味着转包、违法分包情形下实际施工人直接起诉发包人的特别救济机制不再延续,司法解释的立场从“特别保护”转向

“严格坚守合同相对性”,仅对农民工工资这一关乎民生的特殊权益保留了特殊救济渠道。同时,在立法技术上,《建工解释二》以“借用资质的单位或者个人”“接受转包或者违法分包的单位或者个人”两类主体更加清晰地区分适用规则,重塑和完善了实际施工人的维权路径,有助于引导建筑行业的理性、健康发展。

一、区分两类适用主体,强调实际施工人主张的是“折价补偿款”而非“工程款”

实际施工人是指在无效合同中,实际投入资金、材料和劳力进行工程施工的主体。这一概念明确了两个核心前提:一是合同法律关系无效,二是其实际履行了建设工程施工义务。根据此前司法解释的隐含逻辑,实际施工人分为三类:一是接受转包的单位或者个人,二是接受违法分包的单位或者个人,三是借用资质的单位或者个人。2004、2018、2020年出台的前述司法解释仅规定了接受转包、违法分包的实际施工人能否突破合同相对性向发包人主张权利,对于借用资质以及层层转包、违法分包的实际施工人能否参照适用该规则并未予以明确,导致学界众说纷纭。本次《建工解释二》的第五条、第七条以“借用资质的单位或者个人”“接受转包或者违法分包的单位或者个人”两类主体进行区分,明确规定两类主体的适用规则,解决了长久以来的司法分歧,起到了定分止争的作用。

同时,《建工解释二》衔接了民法典第七百九十三条的规定,采用“折价补偿款”而非“工程款”的表述,明确实际施工人是在合同无效的情况下,以工程质量验收合格为前提,主张对其实际投入建筑物中的人力、物力、财力进行折价补偿,有别于基于有效合同产生的约定债权。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。

二、规范实际施工人起诉发包人的路径,回归合同相对性本源

1. 挂靠情形下,以“发包人在订立合同时是否明知”为界限划分不同的权利救济路

径。根据《建工解释二》第四条的规定,在挂靠的情况下,若发包人订立合同时知道或应当知道存在借用资质情形,说明其对挂靠行为系明知,发包人与借用资质的单位或者个人已经形成事实上的施工合同关系,此时借用资质的单位或者个人完成工程且验收合格后,可直接向发包人主张折价补偿款。此时,法院应通知出借资质的建筑施工企业作为第三人参加诉讼或者同意其申请作为第三人参加诉讼,依法认定相关合同无效并判决发包人承担责任。若发包人在订立合同时不知道且不应当知道挂靠事实,则应严格遵循合同相对性,借用资质的单位或者个人无权直接起诉发包人,仅能依据其与出借资质企业的约定,向出借资质企业主张折价补偿款。该规定既避免了挂靠人滥用权利,保护善意发包人的合法权益,也理清了挂靠人主张权利的正确路径。

就该条的规范适用而言,有以下要点值得关注:第一,判断发包人是否知情的时间节点为“订立合同时”,若发包人在订立合同后才知晓相关挂靠事实,不影响认定;第二,判断发包人是否知情标准是“知道或者应当知道”,挂靠人对此负有举证责任,若挂靠人能提供确切证据让法院推断发包人在订立合同时应当知晓挂靠事实,那么即使发包人事后否认自己知情,法院仍可以依法认定发包人与挂靠人直接成立施工合同关系;第三,在发包人对挂靠明知情况下,法院应以民法典第一百五十三条第一款所规定的“违反法律、行政法规的强制性规定”为由认定发包人与出借资质企业间的施工合同无效,而非依据民法典第一百六十六条规定的“虚假的意思表示”,这体现法律适用的一致性。

2. 重构转包、违法分包情形下实际施工人的权利救济路径。对于转包、违法分包情形,《建工解释一》第四十三条规定了“实际施工人以发包人为被告主张权利的,人民法院应当追加转包人或者违法分包人为本案第三人,在查明发包人欠付转包人或者违法分包人建设工程价款的数额后,发包人在欠付建设工程价款范围内对实际施工人承担责任”的裁判规则,该规则在特定历史时期在保护底层施工主体权益、化解工程款拖欠纠纷方面发挥了重要作用,但也因突破民法的合同相对性原则而受到诟病。其最大的问题是容易引发当事人滥诉、各责任主体责任边

界不清等一系列实践困境。

本次《建工解释二》第六条彻底摒弃了前述突破合同相对性的权利救济路径,回归合同相对性的规范立场,明确规定接受转包、违法分包的单位或者个人仅能向与其存在合同关系的承包人主张折价补偿款,无权直接向与其无合同关系的发包人请求折价补偿款或者赔偿损失,平息了长久以来的争议,纠正了此前法律适用规则在理论上的缺陷。

而基于同一法理逻辑,在多层转包、分包的情形下,最末端的施工主体同样不得突破合同相对性向非合同相对方主张权利,更无权跨越多层法律关系直接向发包人或者总承包人主张权利。该规则既符合传统民法的立法精神,也体现出明确的市场规制导向,某种程度上倒逼市场主体遏制多层转包、违法分包的违法乱象,有助于推动建筑市场健康规范化发展。

3. 农民工工资权益特别保护制度的设立,构成突破合同相对性的例外情形。《建工解释二》第八条规定:“参与工程建设的农民工依据《保障农民工工资支付条例》第二十九条、第三十条、第三十六条、第三十七条关于保障农民工工资支付的规定,请求建设单位和施工总承包单位、分包单位等施工单位先行垫付、先行清偿或者清偿拖欠工资的,人民法院依法予以支持。”该条款为农民工工资请求权开辟了独立救济通道,让农民工依据《保障农民工工资支付条例》向建设单位、总承包单位、分包单位主张工资债权有了立法层面的依据,体现了农民工工资权益保护在制度层面的持续强化。

当然,该制度的设立和落地也有赖于近年来我国对农民工工资保护的配套制度不断完善,尤其是《保障农民工工资支付条例》构建了完整的农民工工资保障体系,比如农民工实名制管理制度、农民工工资专用账户制度、工资保证金制度等。同时,《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律问题的解释(二)》(法释〔2025〕12号)第一条规定,具备合法经营资格的承包人将承包业务转包或者分包给不具备合法经营资格的组

三、实际施工人通过代位权路径维护合法权益

虽然《建工解释二》彻底收缩了实际施工人突破合同相对性的救济路径,但实际施工人仍可以通过代位权进行权利救济。《建工解释二》第七条在《建工解释一》第四十四条的基础上进一步完善,增加了“借用资质的单位或者个人”情形,明确借用资质的单位或者个人、接受转包或者违法分包的单位或者个人都可以依据民法典第五百三十五条关于代位权的规定起诉发包人,维护自身合法权益。

该代位权路径的行使须满足以下要件:第一,实际施工人对其合同相对方享有合法且到期的债权;第二,实际施工人的合同相对方怠于行使其对发包人的债权或与其有关的从权利,且该怠于行使的行为已影响到期债权的实现;第三,代位权的行使范围以实际施工人对其相对方享有的债权数额为限。同时,该代位权的行使仍然要在遵守合同的相对性的框架内,即仅能向合同相对方的债务人主张,而不能层层代位,故不适用于多层转包、违法分包的情形。

综上,《建工解释二》严格限缩了实际施工人起诉发包人的适用情形,从司法解释层面夯实了合同相对性的基本原则,规范实际施工人的维权路径,在程序正当性与实质正义之间寻求新的平衡,其规范效应在于引导建筑市场回归合同相对性原理下的理性交易秩序。《建工解释二》体现了高超的司法智慧,体现了平衡原则,对各方利益予以兼顾,即保护力度要与其法律地位相适应,既不过度偏袒,也不漠视农民工的权益,能够发挥以司法裁判引导建筑市场健康有序发展的积极作用。



用人单位惩戒性解雇的程序与实体审查

劳动争议 前沿观察



◇ 睢晓鹏

惩戒性解雇,也称为过失性辞退,是指因劳动者严重违反劳动纪律或者规章制度,用人单位单方解除劳动合同的情形。惩戒性解雇是用人单位劳动管理的重要手段之一。关于惩戒性解雇规则的适用,实务中还存在一定的争议和误区,有必要辨明,笔者拟对用人单位惩戒性解雇的程序和实体审查略作探析。

一、程序审查

惩戒性解雇是对劳动者的一项负面评价,涉及劳动者的就业权,对劳动者而言,可谓影响巨大。故而,基于劳动法倾向保护劳动者的立法目的,法律对该解除权的行使设置了程序要求。

1. 通知工会义务。劳动合同法第四十三条规定,用人单位单方解除劳动合同,应当事先将理由通知工会。用人单位违反法律、行政法规规定或者劳动合同约定的,工会有权要求用人单位纠正。用人单位应当研究工会的意见,并将处理结果书面通知工会。对该条文的理解,实务中无争议,但对于未建立工会组织的用人单位如何执行该条规定,却有两种不同的意见。一种意见认为,用人单位通知工会义务,应以已经建立工会组织为前提,对未建立工会组织的,用人单位该项义务客观上无法履行,不应强其所难,故应豁免该通知义务。另一种意见认为,通知工会程序的设定是为了保护劳动者的合法权利,在用人单位未建立工会组织时,应通知用人单位所在地总工会。

笔者认为,前述两种观点,各有其道理,应区分不同情况分别处理。

首先,有地方立法规定的,应从其规定。例如,《江苏省劳动合同条例》第三十一条规定:“用人单位解除或者终止劳动合同,应当符合法定的条件和程序。用人单位单方解除劳动合同,应当事先将理由通知工会;用人单位尚未建立工会的,通知用人单位所在地工会。”因为有地方立法作为依据,用人单位可援引该规定通知其所在地总工会,此与劳动合同法规定的规范目的一致,自应当遵照执行。

其次,无地方立法规定的,应豁免用人单位该义务。劳动合同法所指的工会,应指在用人单位建立的工会组织,此可参见《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律问题的解释(一)》第四十七条使用的“建立工会组织的用人单位”这样的概念,总工会显然不是用人单位内建立的工会组织。用人单位内建立的工会组织比较了解情况,可以对用人单位某一具体解雇行为是否存在违法情形提出有效的意见,而总工会由于职能不同,并不了解某个个别劳动关系的具体情况。在无法律或地方立法规定通知总工会的情况下,如要求用人单位必须通知总工会,恐怕会流于形式。上述第四十七条仅规定建立工会组织的用人单位有通知义务,未建立工会组织的用人单位未予以规定,也说明此情形下客观上难以要求用人单位履行该义务。

当然,用人单位通知工会义务的全面落实,最终要靠工会组织的不断完善,但此并非仲裁或司法的职责。现阶段,司法机关可进行的工作,一方面是强化用人单位惩戒性解雇的实体审查,切实保护劳动者的权利;另一方面对案件审理中发现的应当建立工会组织却未建立的用人单位,可向其所在地总工会发出司法建议,助力工会组织的完善。

2. 通知劳动者义务。用人单位惩戒性解雇,应当通知劳动者,在解除时应明确其解除的事实依据和规范依据。

首先,对用人单位而言,上述程序要求可督促其慎重行使权利。劳动合同法与劳动法相比,不仅增加了经济补偿的适用场景,而且创设了经济赔偿金规则,即用人单位违法解除劳动合同,应按照经济补偿的二倍支付经济赔偿

金。故对用人单位而言,通过固定劳动者违纪等事实,并对照单位规章制度以及法律规定,来确定是否符合惩戒性解除的构成要求以及是否行使解除权,从而可最大程度减少用工成本和纠纷摩擦成本。

其次,对劳动者而言,上述程序要求可推动其理性维权。用人单位既已告知解除的事实依据和规范依据,劳动者自可对照规范和事实作出判断并决定后续的行为:若劳动者对事实和规范均无异议,则自然接受处理后果;若劳动者对事实或规范有异议,则可以通过与用人单位协商、调解、仲裁、诉讼等方式维护自己的权益。

最后,对裁判机关而言,上述程序要求为案件审理划定了范围。从目前仲裁和司法的实践来看,裁判机关基本上是以用人单位解除劳动合同的事由作为审查的内容,用人单位解除时未提及的事由,无论是否符合惩戒性解除的条件,均不作为审查的内容。这样处理的好处是,一方面如上所述,可增加当事人对其行为的预期;另一方面也防止用人单位无充足理由惩戒性解雇后再搜集补充依据,损害劳动者的利益。实践中,还有用人单位仅以“劳动者违纪”为由通知劳动者解除劳动合同,但不明确具体的违纪事实,而在仲裁和诉讼中抗辩多种解除事实,对此类情况,笔者认为,应当认为用人单位违反了惩戒性解雇的程序要求,可直接认定其构成违法解除劳动合同。

二、实体审查

关于用人单位单方解雇的条件,各国劳动法的规定有所不同。美国采用解雇自由主义,用人单位只要非处于歧视等法律禁止的情形下,可自由解除劳动合同。日本、德国等采用解雇合理主义,即用人单位应有合理的解雇理由。我国的规定与上述国家相比更为严格,采纳的是解雇法定主义,即除了法律另有规定的情形外,用人单位不得单方解除劳动合同。劳动合同法关于惩戒性解雇的规定见第三十九条,除在该条规定的六种情形外,用人单位无权进行惩戒性解雇。法定主义固然为了周全

保护劳动者的合法利益,但过于刚性的规定在实践中遇到了正反两方面的问题:一是劳动者存在严重违反职业伦理、社会公德等行为但规章制度没有对相关事项作出规定时,用人单位可否惩戒性解雇;二是规章制度有明确约定,但其情形显著轻微,用人单位以违反规章制度为由单方解雇是否构成违法解雇。

1. 规章制度是否仅限于书面制定的内容。劳动法第二十五条在关于惩戒性解除情形中,将劳动者违反劳动纪律和违反规章制度同时规定在第二项。劳动合同法第三十九条则仅保留了规章制度,取消了违反劳动纪律的规定。据此,有观点认为,只有劳动者违反劳动纪律等行为根据程序规定于规章制度中,用人单位才可惩戒性解雇,否则应当承担违法解除劳动合同的法律責任。在该观点的影响下,实务中出现了一些劳动者违反职业伦理、社会公德情形明显且严重,但因规章制度无相关规定而被判定违法解除的案件,引起了一定的争议。

笔者认为,对于规章制度是否仅限于书面制定的内容,还是也包括职业伦理和社会公德,应以探明规章制度的法律性质为前提。

首先,规章制度是用人单位指挥命令权的书面形式。劳动关系是一种从属性法律关系,劳动者提供的是从属性劳动,劳动关系同时是一种继续性法律关系。因无法预测劳动合同履行过程中的所有细节,法律赋予用人单位以单方的指挥命令权。用人单位对劳动者的指挥命令,可以是个别的,如要求张三加班、李四出差等,也可能是具有普遍性的,如规定考勤规则、奖惩规则等。对于普遍性的命令,通过制定书面规则的方式,可以提高劳动效率。因此,规章制度是用人单位指挥命令权的一种书面形式,违反用人单位的指挥命令,应与违反规章制度同样对待。

其次,职业伦理和社会公德的遵守未增加劳动者负担。用人单位的指挥命令权不能超出法定的界限。劳动合同法第四条规定,用人单位在制定、修改或者决定有关劳动报酬、工作时间、休息休假、劳动安全卫生、保险福利、职工培训、劳动纪律以及劳动定额管理等直接涉及劳动者切身利益的规章制度或者重大事项

时,应当经职工代表大会或者全体职工讨论,提出方案和意见,与工会或者职工代表平等协商确定。根据上述规定,对于劳动纪律等事项,应通过民主程序制定并告知劳动者,但对于职业伦理、社会公德等,则不在上述限制之中,应视为规章制度的默示条款,即任何理性的人均应当知晓并予遵守的规则,即使未书面规定,也应作为规章制度的组成部分。

2. 规章制度可否进行合理性审查。对此问题,有两种不同的意见:一种意见认为,根据前述规定,规章制度的制定应经过民主程序,而民主程序的设定既保证了其合法性,又决定了其合理性,故对规章制度只需审查其合法性而无需审查其合理性。另一种观点认为,民主程序仅关涉规章制度的合法性,对于合法的规章制度,仍须进行合理性审查。

笔者同意第二种观点,理由有二:其一,民主程序并不能保证合理性。民主程序是规章制度对劳动者有约束力的前提,其关涉的是合法性问题。事实上,虽然劳动合同法第四条规定的民主程序中包括了讨论、提出方案和意见、协商确定等具体内容,但在实践中,民主程序流于形式的情况所在多有,部分地区仲裁机构和司法机关对民主程序的审查也有所弱化,如有些地区掌握的裁判尺度为用人单位将规章制度告知劳动者而劳动者未提出异议的,该规章制度对劳动者具有约束力。在此情况下,进一步进行合理性审查有其必要性。

其二,劳动关系是一种“私人的权力结构”。基于劳动关系的从属性特征,用人单位对劳动者享有单方的指挥命令权,双方之间事实上形成了“私人的权力结构”。这种结构与公法上的权力结构具有类似性,用人单位处于权力的中心,而劳动者处于被动状态。正如对行政机关执行经过法定程序制定的法律时须进行合理性审查以防止权力的任性一样,对用人单位执行规章制度同样应进行合理性审查。对规章制度合理性进行审查,也可参照适用比例原则,从妥当性、必要性和均衡性三个方面进行审查。

(作者单位:浙江省杭州市中级人民法院)