

国枫周刊

GRANDWAY WEEKLY

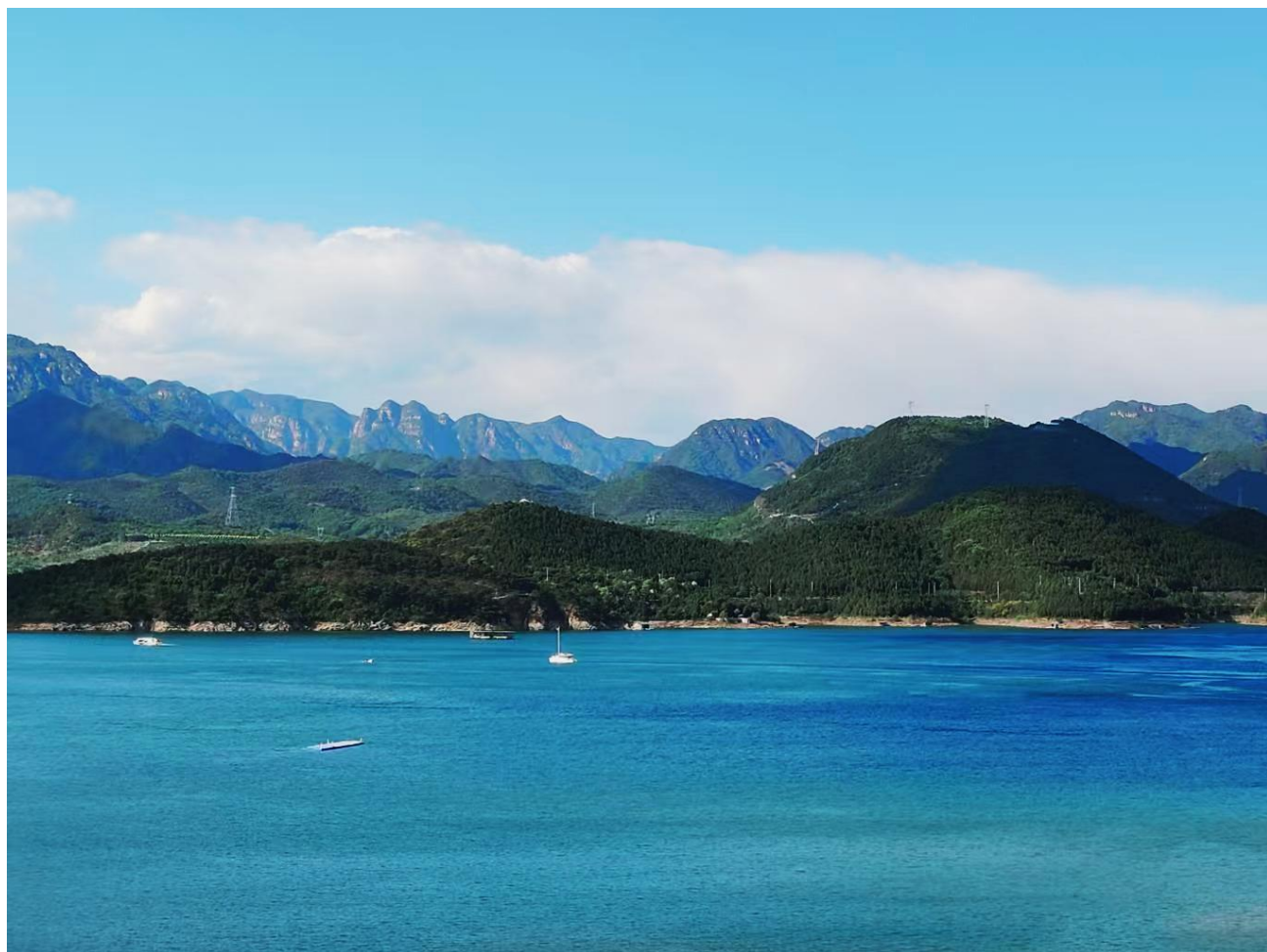


GRANDWAY

2026 年第 30 期

总第 882 期

2026/8/21



北京国枫律师事务所（北京-上海-深圳-成都-西安-杭州-南京-苏州-香港）

Grandway Law Offices (Beijing-Shanghai-Shenzhen-Chengdu-Xi'an-Hangzhou-Nanjing-Suzhou-Hong Kong)

地 址:北京市东城区建国门内大街 26 号新闻大厦 7、8 层

Address: 7-8/F, Beijing News Plaza, NO.26 Jianguomenneidajie,

邮 编:100005

Dongcheng District, Beijing, China, 100005

电 话:010 - 66090088/88004488

Tel:86-10-6609-0088/8800-4488

传 真:010 - 66090016

Fax:86-10-6609-0016

网 址:www.grandwaylaw.com

Website:www.grandwaylaw.com

（本周刊仅供本所内部交流及本所客户参阅之用）

目录 CONTENTS

国枫动态	GRANDWAYLAW NEWS	1
国枫荣誉 国枫合伙人刘涛律师荣列“2026 The Litigation 证券诉讼首发律师 11 强”		1
Grandway Performance Grandway Partner Liu Tao Named Among 2026 The Litigation Top 11 Securities Litigation Lawyers (The Starting XI)		1
国枫动态 国枫律师事务所到访南京仲裁委员会座谈交流		4
Grandway Performance Grandway Law Offices Visits Nanjing Arbitration Commission for Exchange		4
国枫动态 “逸才云集，赓启芳途” 国枫迎来三位合伙人加盟		7
Grandway Performance Great Luminaries in Convergence, Splendorous Future to Embrace: Three new partners joined Grandway		7
法制动态	SECURITIES INDUSTRY NEWS	11
三部门发布《关于进一步做好财政金融协同促内需政策有关工作的通知》		11
Three Departments Issue Notice on Further Improving the Implementation of Coordinated Fiscal and Financial Policies to Boost Domestic Demand		11
《网络数据安全风险评估办法》8 月 20 日施行 公安部有关负责人答记者问		12
Measures for Network Data Security Risk Assessment Take Effect on August 20, MPS Officials Answer Media Questions on Implementation		12
最高法修改司法解释 进一步统一著作权案件裁判尺度		13
Decision of the Supreme People's Court to Amend the Interpretation of the Supreme People's Court Concerning the Application of Laws in the Trial of Civil Disputes over Copyright		13
专题研究	RESEARCH ON CURRENT ISSUES	14
国枫观察 《医药健康视点周刊 (20260810-20260816) 》		14
Grandway Insights News Digest of Healthcare Industries (10 Aug – 16 Aug 2026)		14
国枫观察 公司高管劳动合同法权益保护及合规路径 (一) · 制度篇		19
Grandway Insights legal Protection and Compliance pathways for executives under the Labor Contract Law (Chapter I): Institution		19
国枫观察 《建工司法解释二》下借用资质方主张工程款的路径剖析与总承包人的应对		28
Grandway Insights Pathway for Qualification-Borrowing Parties to Claim Project Payments and Countermeasures for General Contractors under Interpretation II on Construction Contract Disputes		28
律所人文	GRANDWAY COMMUNITY	36
九歌·东君		36
The Nine Songs: Dongjun (Lord of East)		36

国枫荣誉 | 国枫合伙人刘涛律师荣列

“2026 The Litigation 证券诉讼首发律师 11 强”

Grandway Performance | Grandway Partner Liu Tao Named Among 2026 The Litigation Top 11 Securities Litigation Lawyers (The Starting XI)



2026 年 8 月 18 日，国际法律评级机构 The Litigation 公布了“2026 年度证券诉讼首发律师 11 强”榜单，国枫律师事务所合伙人刘涛律师凭借卓越的专业能力和优秀的客户口碑脱颖而出，荣登该榜单。



个人简介

刘涛律师，北京国枫律师事务所合伙人、刑事业务牵头人，西南政法大学法学学士、法学硕士，具备近二十年资本市场法律实务经验，专注证券领域刑事控辩、行政处罚申辩、重大民事诉讼以及上市公司证券合规、企业刑事合规专项法律服务。

刘涛律师专业领域覆盖欺诈发行证券、违规披露不披露重要信息、操纵证券期货市场、内幕交易等证券犯罪辩护、证券虚假陈述赔偿民事诉讼、资本市场行政处罚申辩、企业附条件不起诉合规等业务，始终坚持“如我在诉”的服务理念，承办多起具有行业示范效应的重大疑难案件，实现了不予刑事立案、缓刑、降档处罚、行政处罚大幅核减、涉诉主体民事赔偿责任完全免责、企业合规不起诉、不予行政立案等良好效果，深得客户好评和信赖。

刘涛律师担任北京大学金融法实务论坛主讲人、资本市场学院、深交所特邀授课专家、深圳市证券业协会投教特聘讲师，并深耕理论研究，出版《信息引导侦查实务指引》，主笔经济领域法律专栏，公开发表数十篇证券诉讼专业论文，常态化面向上市公司开展内控与行政、刑事风险合规培训，具备刑事、行政、民事三个领域的全视野、体系化、多维度的资本市场法律研判与争议解决能力。

上榜理由

刘涛律师长期从事证券领域及其他经济领域的争议解决法律业务，对于相关民事、行政以及刑事案件的处理均具备丰富的实践积累与娴熟的法律技术。成为执业律师前，刘律师曾长期任职于公安部证券犯罪侦查局和国家开发银行上市子公司，具有复合型的证券领域法律从业背景和案件实战经验，办案思路严谨缜密、实操功底扎实稳健。在涉嫌操纵证券期货市场、违规披露不披露重要信息、内幕

交易、背信损害上市公司利益等重大疑难证券类案件的办理过程中，刘律师善于快速厘清案件核心争议点与关键证据，同时围绕案件事实，充分运用相关法律规定和过往案例为当事人构建完整严密且具有针对性的抗辩或者控告体系，帮助客户全方位维护合法权益、为案件创造有利空间，其主办的多起案件帮助客户取得了完全免责、减轻处罚、挽回经济损失等良好代理成效。刘律师的专业能力不仅仅体现在深厚的专业功底和出色的分析论证能力，更在于对案件节奏的有力把控、与办案部门的有效沟通以及在证券诉讼中全法域的系统化研判、全维度的专业化论证、全流程的精细化服务，其对于疑难案件的精准破局能力以及严谨负责的执业精神得到了客户的广泛盛赞。

客户评价

“刘律师专业性极强，具备深厚的证券领域案件专业功底和约 20 年的相关法律实践积累，稔熟相关法律法规、部门规章和交易所相关制度和文件，对办案流程、要点以及节奏把握具有丰富经验，尤其对证券类案件的疑难、复杂、前沿问题有着精准、独到的见解和判断。”

“在内幕交易从严监管的背景下，刘律师通过专业陈述申辩，成功推动相关部门修正相关事实认定，大幅降低处罚力度，有效化解了本次重大法律风险。刘律师在证券处罚领域实务经验充足，处理此类复杂监管案件稳妥可靠，值得推荐。”



The Litigation 是国际媒体公司 Accurate Media 旗下专注于争议解决领域的法律评级机构。“**2026 The Litigation 证券诉讼首发律师 11 强**”重点考察了申报律师的案件具体表现、代表性案件的难点与复杂度、案件处理的创新性、实际影响力等维度，同时结合客户评价与市场反馈进行综合评估，最终选出十一位卓越的证券诉讼首发律师。



刘涛律师荣登该榜单，彰显了国枫律师在证券诉讼领域杰出的专业实力和高度的客户认可度。“专业诠释价值，卓越铸就未来”，国枫律师将继续秉持“精益求精，客户至上，包容信任，合作共赢”的价值观，为客户提供高效、专业、优质的法律服务。

(来源：国枫公众号)

国枫动态 | 国枫律师事务所到访南京仲裁委员会座谈交流

Grandway Performance | Grandway Law Offices Visits Nanjing Arbitration
Commission for Exchange



2026年8月18日上午，**北京国枫律师事务所**执行合伙人、争议解决业务组牵头召集人**周晶敏**律师率队到访**南京仲裁委员会**座谈交流。南京仲裁委员会办公室党组书记、主任**顾燕宁**，党组成员、副主任**丁淑琼**，立案和发展部副部长**王传柱**等热情接待并参加了本次活动。国枫律师事务所争议解决业务组联席召集人**潘君辉**律师、上海办公室合伙人**袁晓东**律师、南京办公室合伙人**戴文东**律师、合伙人**孟睿**律师、合伙人**王蒙**律师、授薪合伙人**潘晓丹**律师以及**韩葳萍**律师等共同参加了本次活动。

活动伊始，**顾燕宁**主任带领国枫律师一行参观了南京仲裁委员会的办公场所及相关设施，详细介绍了南京仲裁委员会的发展历程。

座谈环节，**顾燕宁**主任代表南京仲裁委员会对国枫律师一行的到访表示热烈欢迎，并围绕机构沿革、组织架构、案件受理情况及专业化建设等方面，详细介绍了南京仲裁委员会的重点和亮点工作。**周晶敏**律师代表国枫对南京仲裁委员会的热情接待致以诚挚感谢，并就国枫律师事务所的发展历程、全国布局、管理架构、专业特色等作了介绍，**戴文东**律师向与会各位介绍了国枫南京办公室的筹建和业务发展情况。



在随后的自由交流环节，双方围绕知识产权、海商海事、投融资纠纷等多领域案件的争议现象及发展趋势进行了深入探讨，并就仲裁机构与律师事务所之间如何深化专业交流等话题充分交换了意见。与会人员结合各自实务经验踊跃发言，现场气氛热烈。



此次交流活动进一步增进了国枫律师事务所与南京仲裁委员会之间的相互了解与信任。未来，国枫将继续发挥争议解决领域的专业优势，深化与南京仲裁委员会等专业仲裁机构的沟通与合作，共同为当事人提供优质、高效、专业的争议解决服务，助力法治化营商环境建设。

(来源：国枫公众号)

国枫动态 | “逸才云集，康启芳途” 国枫迎来三位合伙人加盟

Grandway Performance | Great Luminaries in Convergence, Splendorous Future to Embrace: Three new partners joined Grandway



近日，国枫律师事务所迎来**徐伟**律师、**朱挺**律师、**杨煜**律师以合伙人身份加盟。目前，相关手续正在办理中。

作为一家追求专业、追求卓越的有限多元的综合律所，国枫始终重视对优秀人才及团队的吸纳与培养，以开放的胸怀与多元的文化汇聚人才，不断引进相关领域的专家及团队，致力于为客户提供高效、专业、优质的法律服务。相信三位律师及其团队定能发挥所长，进一步提升国枫的综合实力，为国枫的稳健发展注入全新动力！



徐伟

业务专长

- 重大争议解决
- 私募基金
- 投融资
- 跨境并购

徐伟律师兼具法官、律师、证券监管政策研究从业背景，具有法律、会计复合专业背景。曾任苏州某法院副庭长，并在中国证监会博士后科研工作站从事博士后研究。

徐伟律师深耕证券与资本市场、争议解决、跨境投资并购与涉税法律服务等领域，先后为“杭州俞瑶”系列纠纷，某上市公司证券虚假陈述，多家上市公司及高管内幕交易，境内企业赴韩国、新加坡、越南海外投资等项目提供专项法律服务；同时为私募基金管理人登记、重大事项变更、基金备案等提供全流程法律服务。凭借扎实的专业能力，徐伟律师代理的某上市公司实际控制人股票质押回购纠纷案件，成功入选上海金融法院十大执行案例，并入选人民法院案例库。

徐伟律师为对外经贸大学法学博士、美国天普大学法学硕士（LLM）、华东理工大学会计硕士（MPAcc）、南京师范大学法学学士。现为苏州市律协仲裁与律师调解专委会主任，江苏省律师协会涉外法律服务与外事工作委员会委员，苏州仲裁委等多家仲裁机构仲裁员。凭借优秀的涉外法律服务能力，徐伟律师入选江苏省、苏州市涉外律师人才库。



朱挺

业务专长

- 知识产权
- 涉外法律诉讼与非诉业务
- 常年法律顾问

朱挺律师长期从事知识产权保护工作，兼具资本投研、国际知识产权运营多重经验。执业以来，朱挺律师承办大量知识产权案件，多数案件实现停止侵权、赔偿损失、促成撤诉等胜诉效果，为客户挽回巨额经济损失。同时，朱挺律师在企业知识产权合规、无形资产管理方面有独到的见解，擅长为客户量身定制知识产权保护方案，以专业能力赢得客户高度信任与行业尊重。

作为金华贸促会专家库成员，朱挺律师长期关注国际贸易中的知识产权动态，积极为企业跨境经营提供智库支持与专业赋能。其客户主要集中在新能源、工业制造、高端装备及跨境电商等领域。朱挺律师深谙行业技术特点与商业逻辑，能精准识别企业出海过程中的知识产权风险点，提供从预警分析、权利确权到侵权维权的全链条法律服务。凭借扎实的理论功底与丰富的实战经验，朱挺律师多次协助客户成功应对复杂的国际知识产权纠纷，有效维护了客户的全球市场利益。

朱挺律师毕业于上海大学法学院知识产权学院，获法律硕士学位，具备系统深厚的知识产权法学理论素养。



杨煜

业务专长

- 知识产权
- 民商事争议解决
- 常年法律顾问

杨煜律师具有工科和法律复合背景，从事法律职业逾 25 年。曾任上海市第二中级人民法院、上海市高级人民法院法官，任职期间审理的五起案件入选最高人民法院公报，后出任某法律科技公司副总经理，负责法律科技产品研发工作。

杨煜律师于 2019 年开始律师执业，主要从事知识产权领域（特别是技术类）诉讼及非讼相关法律服务，为国内外多家知名企业提供专利领域常年法律服务和商业秘密合规管理服务，为国内三甲医院提供常年科技成果转化服务，并多次代理国内外客户处理专利、著作权、商标及反不正当竞争等知识产权纠纷案件。

杨煜律师法律功底深厚、分析能力强，思路清晰。凭借多年来丰富的法院工作经验，熟练掌握国内法，熟悉民商事诉讼程序和审理思路。杨煜律师同时拥有丰富的公司运营经验，善于从企业运营的角度分析、解决法律问题。

杨煜律师本科及研究生皆毕业于清华大学，分别取得工学学士和法学硕士学位。

(来源：国枫公众号)

三部门发布《关于进一步做好财政金融协同促内需政策有关工作的通知》

Three Departments Issue Notice on Further Improving the Implementation of Coordinated Fiscal and Financial Policies to Boost Domestic Demand

关于进一步做好财政金融协同促内需政策有关工作的通知

财金〔2026〕71号

各省、自治区、直辖市、计划单列市财政厅（局），新疆生产建设兵团财政局，中国人民银行上海总部及各省、自治区、直辖市、计划单列市分行，各金融监管局，有关金融机构：

为贯彻落实党中央、国务院关于扩大内需的决策部署，激发民间投资，促进居民消费，更好发挥财政金融协同促内需一揽子政策作用，现就有关事项通知如下：

一、扩大贴息范围

将符合条件的中小微民营企业的新发放流动资金贷款纳入中小微企业贷款贴息政策支持范围，中央财政按照流动资金贷款本金给予年化1个百分点、期限不超过2年的贴息支持。

将信用卡专项分期、消费分期、预借现金分期等新发生信用卡各类分期业务纳入个人消费贷款财政贴息政策支持范围，贴息比例为年化1个百分点。

二、增加经办机构

将中小微企业贷款贴息政策、服务业经营主体贷款贴息政策经办机构范围扩大至21家全国性银行和金融监管评级3A及以上的城市商业银行、农村合作金融机构、民营银行、外资银行。

三、适当提高额度

单户在单家经办机构可享受中小微企业贷款贴息的贷款规模上限由每年5000万元提高至7500万元。

单户在单家经办机构可享受服务业经营主体贷款贴息的贷款规模上限由每年1000万元提高至2000万元。

每名借款人在单家经办机构可享受的个人消费贷款和信用卡分期业务累计贴息上限由每年3000元提高至每年5000元。

四、其他事项

本通知自2026年8月1日起施行。其他未尽事项按照《财政部 中国人民银行 金融监管总局关于优化实施个人消费贷款财政贴息政策有关事项的通知》（财

金〔2026〕1号）、《财政部 国家发展改革委 工业和信息化部 中国人民银行 金融监管总局关于实施中小微企业贷款贴息政策的通知》（财金〔2026〕4号）、《财政部 商务部 中国人民银行 金融监管总局关于优化实施服务业经营主体贷款贴息政策的通知》（财金〔2026〕5号）等相关规定执行。

财政部 中国人民银行 金融监管总局

2026年8月17日

(来源：财政部官网)

《网络数据安全风险评估办法》8月20日施行

公安部有关负责人答记者问

Measures for Network Data Security Risk Assessment Take Effect on August 20
MPS Officials Answer Media Questions on Implementation

《网络数据安全风险评估办法》是贯彻落实党中央、国务院关于数据安全治理工作部署的重要举措，是落实数据安全法、《网络数据安全条例》等法律法规要求的有力措施，旨在规范网络数据安全风险评估活动，完善数据安全管理体系机制，以数据安全保障数据开发利用和产业发展。

《网络数据安全风险评估办法》于2026年8月20日起施行，公安部有关负责人就其实施有关事项回答了记者提问。

问1：如何申请网络数据安全风险评估服务认证？

答：《网络数据安全风险评估办法》第八条规定：“鼓励相关评估机构通过认证。评估机构的认证按照《中华人民共和国认证认可条例》的有关规定执行。”国家网信办数据与技术保障中心、公安部第三研究所、泰尔认证中心等认证机构，已向国家认证认可监督管理委员会备案《数据安全风险评估服务认证规则》，相关认证机构将依据认证规则和有关标准规范实施认证。评估机构可向上述认证机构申请服务认证。

问2：公安机关在网络数据安全风险评估工作中承担哪些法定职责？具体有哪些落实举措？

公安部有关负责人：依照有关法律法规规定，在国家数据安全工作协调机制指导下，公安部将会同中央网信办、工业和信息化部等有关部门，建立网络数据安全风险评估专项工作机制，指导、监督网络数据安全风险评估工作。

(来源：人民日报客户端)

最高法修改司法解释 进一步统一著作权案件裁判尺度

Decision of the Supreme People's Court to Amend the *Interpretation of the Supreme People's Court Concerning the Application of Laws in the Trial of Civil Disputes over Copyright*

最高人民法院 8 月 20 日发布关于修改《最高人民法院关于审理著作权民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》的决定，自 2026 年 9 月 1 日起施行。

决定针对著作权司法实践中的作品发表认定、合理使用的边界、报刊转载法定许可的范围等重点难点问题，进一步细化和完善法律适用标准，统一案件裁判尺度，为当事人提供明确诉讼指引，为市场提供明确行为预期，确保著作权法的正确实施。

决定进一步明确报刊转载法定许可的适用范围，将原司法解释中“报纸、期刊”的范围明确为“报纸、期刊主管部门批准出版的纸质报纸、期刊以及与其内容和版面格式相一致的数字化版本”，以适应网络和数字技术发展需要。同时增加一款，明确报纸、期刊与互联网信息服务提供者之间相互转载，互联网信息服务提供者之间相互转载已发表的作品，应当经过著作权人许可并支付报酬。

据介绍，目前知识产权理论界和司法实践均认可，作品因他人侵权行为而被公开也属于公之于众。决定进一步明确“公之于众”的认定标准，删去原司法解释中“著作权人自行或者经著作权人许可”的限定，把“公之于众”明确为将作品向不特定的人公开，但不以公众知晓为构成要件。

此外，决定进一步细化合理使用的适用规则，将原司法解释规定的“室外公共场所的艺术作品”修改为“公共场所的艺术作品”，与 2020 年修改的著作权法有关规定保持一致。同时，决定明确对公共场所艺术作品的临摹、绘画、摄影、录像人，可以对其成果依法以合理的方式和范围再行使用，但是未经著作权人许可不得以相同方式设置、陈列或者公开传播。

(来源：人民日报客户端)



如今，医药健康领域的发展可谓日新月异。本所始终坚守在行业一线，特别推出《**医药健康视点周刊**》，为您提供医药健康领域最新的法律法规、资本市场项目动态以及行业热点，帮助您在这个充满机遇与挑战的行业中保持清晰的前瞻视野和稳健的发展步伐。《医药健康视点周刊》每周一期，敬请期待！



國楓律師事務所
GRANDWAY LAW OFFICES

Grandway Insight

医药 健康 视点

News Digest of Healthcare Industries



10 Aug – 16 Aug 2026

(周刊)

目 录

01/ 新规解读 Analysis of Laws

【关键词】

- 国家药监局关于发布《牙科学 光固化机》等 46 项医疗器械行业标准的公告（2026 年第 76 号）
- 2026 年 8 月 14 日中药品种保护受理公示
- 国家药监局关于注销医用提取机等 16 个医疗器械注册证书的公告（2026 年第 74 号）
- 国家药监局综合司公开征求《国家药品监督管理局主责国家重点研发计划重点专项管理实施细则（征求意见稿）》意见
- 京津冀联合印发药品上市许可持有人药物警戒检查指南
- 国家药监局药审中心关于将 JAB-8263 片纳入“关爱计划-延伸”试点项目的通知
- 国家药监局药审中心关于公开征求“药审中心外聘专家续聘名单（2026 年第一批）（征求意见稿）”意见的通知
- 国家药监局药审中心关于 SZJ0107 片纳入“关爱计划-延伸”试点项目的公示
- 国家药监局关于同意山东省食品药品检验研究院作为铈标记及正电子类放射性药品检验机构的通告（2026 年第 28 号）
- 国家药监局器审中心创新医疗器械特别审查申请审查结果公示（2026 年第 13 号）
- 国家医保局印发《检验类医疗服务价格项目立项指南（试行）》

08/ 市场资讯 Market News

- IPO
- 再融资
- 并购
- 投融资

13/ 行业热点 Topical issues

- AP301 新药上市申请获受理，礼邦医药-B 推进商业化
- HER2 阳性乳腺癌一线治疗迎突破，德曲妥珠单抗联合方案在华获批
- 《自然》刊发华东师大团队成果：智能益生菌 GIFT 精准控糖，安全性优于司美格鲁肽
- 三生曼迪二度携手翰宇药业加码司美格鲁肽，国产仿制药商业化仍待数据保护期结束
- 上海发布方案支持创新药全球注册认证
- 上海自贸区试点扩大基因诊疗技术开放应用
- 云知声发布自研医学影像多模态大模型 U2-RadiMed
- 全国首单脑机接口手术意外险落地 产业化进程提速
- 单日百济神州、信达生物、甘李药业三笔 BD 交易落地 创新药全球化合作驶入快车道
- 国家药监局批准两款创新药上市，覆盖胆管癌与小儿便秘
- 国家药监局批准天境生物多发性骨髓瘤创新药菲泽妥单抗上市
- 国家药监局附条件批准创新药替恩戈替尼片上市
- 国药现代全资子公司阿莫西林克拉维酸钾干混悬剂通过一致性评价
- 安徽省首次完成 2 例“北脑一号”无线脑机接口植入手术
- 浙江省发布脑机接口产业新政，2027 年营收目标超 50 亿元

扫描下方二维码阅读国枫《医药健康视点周刊（20260810-20260816）》全文：



扫描下方二维码阅读国枫《医药健康视点周刊》往期内容：



(来源：国枫公众号)

国枫观察 | 公司高管劳动合同法权益保护及合规路径（一）·制度篇

Grandway Insights | legal Protection and Compliance pathways for executives
under the Labor Contract Law (Chapter I): Institution



公司高管退出的争议，往往始于一纸董事会决议，却很少终于这纸决议。董事会免去职务后，公司是否还要安排工作、支付工资、缴纳社会保险？高管主张继续履行劳动合同，公司能否以信任基础已经丧失为由拒绝？股权激励、绩效薪酬和离任补偿又应当按照公司治理规则还是劳动法规处理？这些问题有一个共同前提：同一名高管与公司之间，可能同时存在职务关系和劳动关系，两者的成立依据、法律内容及终止方式并不相同。

作为系列开篇，本篇只处理高管退出的制度前提：谁是《公司法》意义上的高级管理人员，高管何时又构成劳动法意义上的劳动者，以及职务解聘与劳动关系处理为什么不能相互替代。

作者：张龙

引言：一项离任决定，可能同时改变数项法律关系

公司决定更换总经理，通常会连续实施多项行为：董事会审议解聘议案，修改经营权限和印章授权，停止原任高管接触业务系统，确定工资、奖金和股权激励的处理方式，并要求其办理工作交接。如果双方还存在劳动关系，公司还需决定劳动合同是继续履行、协商解除，还是依据法定事由单方解除。

这些行为在商业上都指向“离任”，在法律上却分别产生公司组织法、劳动法和乃至合同法上的效果。董事会决议解决的是“这个人还能不能当总经理”；劳动合同处理解决的是“这个人还是不是公司员工”；股权激励和递延薪酬则要回到激励计划、薪酬制度及监管规则判断。把数项法律效果压缩为一句“解聘即离职”，或者反过来认定“解聘绝不影响劳动关系”，都会遗漏决定案件结果的事实。

现行法律并未建立一套脱离一般劳动法规则的“职业经理人解雇制度”。高管是否具有劳动者身份，仍须根据劳动合同和实际用工判断；公司是否有权免去其职务，则应当按照《公司法》、公司章程和治理文件审查。所谓高管“双重身份”，并不是两个部门法争夺同一个结论，而是同一个自然人可能同时进入两套规范体系，两套规范分别处理不同问题。

要避免掉进这个陷阱，先要理解高管双重身份的规范构造。这是本篇的任务。

一、先确定范围：谁是本系列讨论的“高管”

（一）《公司法》上的高级管理人员具有法定范围

《公司法》第二百六十五条将高级管理人员界定为公司的经理、副经理、财务负责人，上市公司董事会秘书以及公司章程规定的其他人员。这一定义并不以劳动合同中的岗位名称为准。

公司内部使用的“总裁”“副总裁”“首席运营官”“事业部总监”等称谓，只有在与法定职务相对应，或者已经被公司章程纳入高级管理人员范围时，才当然具有《公司法》上的高管身份。反之，一名员工即使名片上印有“副总裁”，

如其既未依章程成为高级管理人员，也未经有权机构聘任，就不能仅凭职务称谓适用高管的公司法责任规则。

董事、监事与高级管理人员也是不同的法定身份。董事长首先是董事，并不因其职位较高而自动成为高级管理人员；董事同时兼任经理、财务负责人等职务时，才会叠加高管身份。对董事与公司关系形成的裁判规则，可以为高管问题提供分析方法，但不能不加区分地移用于经理、副经理或者财务负责人。

据此产生两点提示：其一，虽然董事、监事不必然属于“高级管理人员”，但由于实务中董事兼任经理等高管职务的情形极为常见，本系列讨论的多数规则可参照适用于兼任情形；董事解任的特殊规则（详见下文第七十一条）亦与经理解聘问题直接相关。其二，章程有权自行扩展高管范围，但扩围是有代价的——被纳入高管序列的人员将整体进入忠实勤勉义务、信息披露等公众公司治理框架。上市公司修订章程时应审慎评估，此点在本系列特别篇中详述。

（二）高管职务来自公司治理行为，而不是劳动合同授予

有限责任公司董事会有权决定聘任或者解聘公司经理及其报酬事项，并根据经理提名决定聘任或者解聘副经理、财务负责人及其报酬事项；该规则通过《公司法》第一百二十条适用于股份有限公司，股份有限公司经理由董事会决定聘任或者解聘。

因此，高管取得公司法上的经营管理权限，直接依据是公司法、公司章程和有权公司机关作出的聘任决定。劳动合同可以约定岗位、职责和报酬，却不能代替董事会完成法定聘任程序。反过来，董事会聘任一名自然人担任经理，也足以证明其取得公司职务，并不能单独证明双方已经建立劳动关系。

这一职务关系属于公司组织法上的任职关系。它以公司机关的信任和授权为基础，决定高管能够代表公司实施哪些管理行为，也使其对公司承担忠实、勤勉等法定义务。理论和裁判中有时使用“委任关系”描述董事与公司的关系，但经理职务的产生、权限及责任具有更强的组织法属性，不宜简单等同于《民法典》上的一般委托合同。

二、劳动者身份来自“用工”，不因管理权限当然消失

（一）高管不在劳动法排除适用的主体范围内

《劳动合同法》第七条以实际用工作为劳动关系成立的基本事实，第十条要

求建立劳动关系应当订立书面劳动合同。现行劳动立法没有因为劳动者薪酬较高、议价能力较强或者负有管理职责，就当然排除其劳动者资格。

高管代表公司管理普通员工，与高管本人接受公司用工并不矛盾。经理可以对下属作出考核、奖惩和岗位安排，同时仍需向董事会报告经营情况，按照公司制度提供持续劳动，并以公司支付的工资作为劳动对价。判断重点不是其有没有下属，而是公司是否对其形成劳动法意义上的支配性管理，高管是否持续、亲自地向公司提供作为业务组成部分的劳动。

书面劳动合同是证明劳动关系的重要依据，但不是唯一依据。未订立劳动合同的，应当结合工资支付和纳税记录、社会保险缴纳、考勤与休假、绩效考核、工作指令、办公条件、费用报销、任职的专职程度及双方关于关系性质的沟通记录综合判断。高管持股、兼任董事或者担任法定代表人，也只是判断独立性和从属性的事实因素，不能单独得出存在或者不存在劳动关系的结论。

（二）高管身份与劳动关系可以形成三种常见组合

第一种是职务关系与劳动关系并存。专职经理、财务负责人或上市公司董事会秘书经董事会聘任，同时与公司订立劳动合同，接受持续的工作安排并领取工资，是最常见的双重关系形态。公司法调整其职务权限和忠实勤勉义务，劳动法调整劳动报酬、社会保险、休息休假和劳动合同解除。

第二种是只有公司法上的职务关系。自然人可能基于投资关系、集团委派或者专门的经营管理安排担任公司职务，但其工作方式、报酬结构和风险承担显示双方没有建立从属性用工。在这种情况下，任职文件、服务协议或公司决议构成权利义务依据，不能因为公司按月支付款项就直接认定劳动关系。报酬按月结算只是证据之一，款项究竟属于工资、董事报酬、管理服务费还是投资收益，仍应结合产生原因判断。

第三种是只有劳动关系而没有《公司法》意义上的高管职务。大量企业把“总监”“副总裁”作为职级或者业务头衔使用，但相关人员未经法定程序聘任，也不属于章程规定的高级管理人员。这类人员即使承担重要业务，也不能仅凭头衔减损其劳动法权利，或者要求其承担高管的公司法责任。

另外，在实务中，集团化用工还会增加第四个判断：哪一家公司是用人单位。任命文件由集团总部出具、工资由一家关联公司支付、社会保险由另一家公司缴纳、日常工作又服务于上市公司，并不少见。此时不能只凭某一份文件确定主体，而应当审查劳动合同、实际管理、工作成果归属、薪酬负担和社保缴纳等事实。

高管身份越复杂，越需要先确定每一法律关系的具体相对方。

（三）双重劳动关系的司法裁判观点

在司法实务中，最高人民法院在孙起祥与吉林麦达斯轻合金有限公司劳动争议再审案〔（2020）最高法民再 50 号〕中，处理了董事职务、法定代表人身份与事实劳动关系交织的问题。法院明确认为：公司依据章程规定及股东会决议聘任董事行使法定职权，董事同意任职并依法开展委托事项，双方即形成委任关系，实为委托合同关系；但委任关系并不排斥劳动合同关系的存在，二者在符合特定条件时可以同时构成。该案中，孙某因担任法定代表人而从事董事职权以外的公司经营管理事务、从公司按月领取报酬，最高法院据此认定其与公司同时形成委任关系和事实劳动关系。

值得注意的是同案的另一层裁判逻辑：孙某被免除职务且公司未再安排其从事其他工作后，法院认为双方劳动关系的基础已经丧失，劳动关系应相应解除，并综合解聘原因、薪酬水平、剩余任期等因素酌定公司支付相当于六个月工资的补偿。当然，本案这项裁判不能被提炼为“职务解除必然导致劳动关系解除”。本案存在数项不能省略的事实：当事人没有独立的书面劳动合同，劳动内容与董事长、法定代表人职务高度重合，公司没有安排其他工作，并在诉讼期间进入破产程序。

这提示我们，法院在高管案件中并非机械套用普通劳动者的保护规则，而是在个案中作利益平衡。

另外，北京市第一中级人民法院发布的涉公司高管劳动争议十大典型案例，则进一步细化了审查方法：劳动关系是否存在，应结合书面劳动合同的订立情况与实际用工事实综合判断；有真实有效的书面劳动合同或其他证据足以证明双方存在建立劳动关系合意的，应认定劳动关系成立；缺乏直接证据的，则应参照原劳动和社会保障部《关于确立劳动关系有关事项的通知》的规定，从主体资格、劳动管理、业务组成部分等维度审查是否存在事实劳动关系。高管挂着“总裁”“总监”的头衔，并不妨碍其被认定为劳动者。

该批典型案例同时表明，股东基于股东间约定兼任高管、双方并无建立劳动关系合意的，即便存在形式上的劳动合同，亦不宜认定劳动关系成立——可见“形式标志”与“实际用工”的审查是双向的，既防止公司以委任关系架空劳动法保护，也防止形式上的合同文本被滥用。

三、职务解聘与劳动关系处理：分别判断，但不否认事实上的联动

（一）董事会解聘首先产生公司法上的职务效果

新《公司法》（2024年7月1日施行）第七十一条规定：“股东会可以决议解任董事，决议作出之日解任生效。无正当理由，在任期届满前解任董事的，该董事可以要求公司予以赔偿。”该条经第一百二十条第二款同样适用于股份有限公司。

由此可以看出，《公司法》赋予董事会聘任、解聘经理等高级管理人员的职权，并未把《劳动合同法》上的严重违纪、不能胜任工作等事由设为董事会行使职权的前提。该条确立了“效力无因、责任有因”的制度逻辑：解任决议本身有效，无需正当理由；但无正当理由的提前解任，公司须承担赔偿责任。

如此一来，效力问题与责任问题被拆开处理——公司换人的自由得到保障，被解任者的信赖利益通过金钱赔偿救济。董事会因经营战略调整、业绩评价、团队磨合或者信任变化作出高管更换决定，不能仅因理由不属于劳动合同解除事由，就否定其公司法效力，聘任合同对任期、提前解聘程序或者补偿另有约定的，公司还可能承担相应合同责任。

另外，也需要如实指出：第七十一条规范的对象是董事，新《公司法》并未对经理等高管的解聘设置对应的赔偿条款。被无正当理由解聘的经理等高管能否获得赔偿，目前存在两条可能的请求权路径——类推适用第七十一条，或依据《民法典》第九百三十三条关于委托合同任意解除权项下的损害赔偿规则主张。截至本文写作时，尚无权威司法解释或指导性案例对此作出明确回应，这将是未来司法实践的重要争点。

【实务提示】无论“正当理由”之争最终如何落地，公司在解聘决议中如实、具体地记载解聘事由，都是成本最低的自我保护——它既是治理程序的要求，也是将来赔偿争议中证明“正当理由”存在的第一手证据。“决议不写理由”的传统做法，在新法下应当改变。

（二）劳动关系是否终止，应当审查另一组事实

上述“商事决议有效”并不等于“劳动解除合法”。

董事会可以基于业绩不达标、战略分歧甚至纯粹的信任丧失免去经理职务，决议在公司法层面完全有效；但“战略分歧”“信任丧失”这类商业理由，无法直接嵌入第三十九条的过错情形或第四十条的无过错情形。免职之后，劳动关系

如何处理，是一道必须独立作答的劳动法题目。

在公司免去高管职务后，劳动关系可能出现三种结果。其一，劳动合同继续履行，公司与高管协商调整岗位、职责和薪酬；其二，双方协商一致解除，或者高管依法辞职；其三，公司依据劳动合同、规章制度及《劳动合同法》主张单方解除，并对解除事由和程序承担相应举证责任。

如上述（2020）最高法民再 50 号，当劳动合同和实际履行均以高管职务为唯一内容时，职务解除是否使劳动合同失去履行基础，可能成为争议焦点。此时应当结合合同如何约定、解聘由谁提出、公司是否另行安排工作、双方是否作出解除意思表示以及当地裁判尺度判断，不能只引用董事会决议得出劳动关系已经终止，也不能脱离岗位基础要求公司永久维持原有待遇。

董事会决议与劳动关系处理文件应当各自准确表达法律效果。董事会决议写明免去职务、停止履职和交接要求，劳动合同解除通知则写明解除主体、解除日期、事实理由和法律依据。文件分开并不等于事实可以割裂：公司一面声明劳动关系继续，一面停发全部工资、拒绝安排任何工作并注销全部身份权限，裁判机关仍可能根据实际行为判断公司是否已经作出解除。

（三）“双轨处理”仅仅是一种审查方法，而非免责条款

在劳动合同中约定“高管职务解除时劳动合同自动终止”，不当然构成《劳动合同法》规定的终止事由；反过来，高管聘任协议中写入“职务解聘不当然导致劳动合同解除”，可以减少内部决策混同，却不能预先排除司法机关将来对实际用工和实际解除行为的评价。条款能否发生预期效果，要接受劳动合同法强制性规则和个案事实审查。

制度设计不能依靠一句概括性条款预定争议结果。聘任文件、劳动合同、薪酬制度和实际管理应当彼此一致；任何一份文件与实际履行明显背离，都会削弱公司或者高管一方的证明力。

四、上市公司使双重关系更加显性，而不是改变劳动关系标准

上市公司董事会秘书被《公司法》直接列入高级管理人员范围。现行《上市公司治理准则》还要求上市公司与高级管理人员签订聘任合同，明确双方权利义务、高管违反法律法规和公司章程的责任、离职后的义务及追责追偿；高管薪酬方案由董事会批准，并应当按照规定予以说明和披露。

聘任合同的强制性治理要求，并不意味着上市公司可以用聘任合同替代劳动合同。聘任合同主要承载公司治理上的职权、责任、履职评价、离任义务和追责安排；双方存在从属性用工的，仍应依法订立劳动合同。

上市公司高管的基本薪酬、绩效薪酬和中长期激励，可能同时服务于劳动对价和公司治理激励。某项收入是否属于工资、离任时能否停止支付或者追回，不能仅依文件标题判断。支付条件与持续提供劳动紧密关联的，可以被认定为具有较强的劳动报酬属性；与任职资格、公司业绩、资本市场指标和归属条件相联系的，还要适用薪酬制度、股权激励计划及证券监管规则。把全部高管收入都视为普通工资，或者通过改名把劳动对价全部排除在工资之外，均不足以解决争议。

公开披露同样不能代替内部法律行为。上市公司公告某人“不再担任高级管理人员”，首先证明职务变化；公告是否同时表达劳动合同解除，还要结合公告措辞、解除通知和实际履行判断。公司在披露前就应当统一董事会、证券事务、人力资源和法务部门对离任法律效果的认识，避免不同文件对同一事实作出相互矛盾的表述。

五、制度层面的首要任务，是让身份、文件和履行相互对应

高管入职时，公司至少应当分别确认四项内容：其是否属于公司章程规定的高级管理人员，由哪个机关聘任；其是否与本公司建立劳动关系，还是由集团内其他主体派驻；职务报酬、工资、绩效薪酬和长期激励分别基于何种条件取得；职务解除后，各项合同是否继续履行以及由谁作出后续决定。

上述事项不能只留在人力资源部门的录用审批表中，应当体现在章程、董事会决议、聘任合同、劳动合同和薪酬激励文件中。

任职期间，公司治理评价和劳动用工证据也应当分别积累。董事会对经营业绩、忠实勤勉义务和任职资格的评价，服务于是否继续聘任及是否追究公司法责任；公司如拟以严重违纪、严重失职或者不能胜任工作解除劳动合同，则还应当准备规章制度、岗位职责、绩效标准、损失及因果关系、培训或岗位调整等劳动法证据。董事会认为“不再适合担任高管”，并不自然等于已经满足劳动合同单方解除条件。

退出决定作出前，公司应先完成关系盘点，而不是先免职、停薪和清退，再寻找劳动法理由。盘点范围包括任职依据、劳动合同主体、实际工作内容、薪酬构成、解除事由、工会程序、股权激励、未完成交接、未公开信息以及对外公告。

对高管而言，同样应当区分职务救济、劳动请求和合同请求，避免把董事会决议效力、继续履行劳动合同、工资奖金和股权激励全部混入一项诉求。

结语

只有正确理解冲突的根源，才能准确把握解决问题的前提。

公司高管既可能是公司组织法上的经营管理者，也可能是劳动法上的劳动者。职务关系决定其管理权从何而来、对公司承担何种法定义务以及有权机关能否解除职务；劳动关系决定谁是用人单位、公司应当提供何种工作和报酬，以及劳动合同如何解除或者终止。二者可以并存，也可能只存在其一。

高管退出的困难，不在于必须在《公司法》和《劳动合同法》之间选择一部法律，而在于公司经常试图用一个决定同时处理数项关系。准确的处理顺序应当是：先确认主体和关系，再确定每项行为的权限、程序和法律效果。只有完成这一步，解聘、调岗、协商解除、过错解除、薪酬结算及股权激励处理才有可靠的制度起点。



张 龙
国枫律师事务所 授薪合伙人

- 投融资
- 民商事争议解决
- 并购重组

(来源：国枫公众号)

国枫观察 | 《建工司法解释二》下借用资质方主张工程款的路径剖析与总承包人的应对

Grandway Insights | Pathway for Qualification-Borrowing Parties to Claim Project Payments and Countermeasures for General Contractors under Interpretation II on Construction Contract Disputes



國楓律師事務所
GRANDWAY LAW OFFICES

国枫 观察

Insights & Views

2026年6月30日施行的《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）》（法释〔2026〕12号，以下简称“《建工司法解释二》”）对借用资质（挂靠）情形下的权利义务规则进行了系统性重构。本文站在总承包人立场，全面梳理借用资质的单位或个人可能主张工程款的五条路径，逐项列明对应的规则依据、法理分析，并针对每条路径为总承包人提供体系化的应对思路。

作者：刘元涛、张曼悦、杨冬梅

一、前提界定：总承包人在挂靠关系中的“发包人”地位

在挂靠结构中，合同链条为：发包人（业主）→总承包人→被挂靠人（名义分包人、出借资质的建筑施工企业）→挂靠人（借用资质的单位或者个人）。总承包人与被挂靠人之间签订分包或承包合同，被挂靠人出借资质给挂靠人实际施工。如何界定《建工司法解释二》第4条、第7条所称“发包人”，有不同的理解：第一种观点，发包人是静态绝对的，仅指建设工程的建设单位^[1]；第二种观点，发包人是动态相对的，在层层多手转包链条中，中间链条的总承包人、转包人、违法分包人也可能是发包人，如最高人民法院（2018）最高法民申5959号^[2]。在《建工司法解释二》第4条、第7条所称“发包人”，我们倾向认同第二种观点。这是因为挂靠人“以出借资质的建筑施工企业（被挂靠人）名义与发包人（总承包人）订立建设工程施工合同”，总承包人是该名义施工合同的相对方，在对下游的分包中处于发包人地位。这一身份定位是分析所有主张路径和抗辩策略的出发点。

若合同链条中存在更多中间环节（如发包人→总承包人→转包人→被挂靠人→挂靠人），则总承包人与被挂靠人之间隔着转包人，无直接合同关系。此时按照《建工司法解释二》第6条规定挂靠人不得越过直接合同相对方追索更上游的总承包人。

二、路径一：向被挂靠人主张折价补偿款

（一）规则依据

《建工司法解释二》第3条第2款：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。该条确立了借用资质的单位或者个人向被挂靠人主张工程款的请求权基础。核心要点包括：（1）挂靠协议因出借资质而无效（《建工司法解释二》第3条第1款），但合同无效不等于不能取得工程款；（2）须以“建设工程质量合格”为前提条件；（3）请求权性质为“折价补偿款”而不是“工程价款”，与《民法典》第793条“建设工程施工无效，可以参照合同关于工程价款的约定折价补偿”的规定一致；（4）参照的是挂靠人与被挂靠人之间“关于支付工程款项的约定”，而非被挂靠人与总承包人之间的合同约定。《建工司法解释二》第3条第1款明确规定出借资质的建筑施工企业主张资质借用费、使用费的，人民法院不予支持，彻底切断了出借资质的获利空间。

（二）总承包人的应对思路

此路径虽不直接向总承包人追偿，而被挂靠人向挂靠人付款后，可能转而向总承包人追索工程款。总承包人从两个层面做好应对：其一，及时与被挂靠人完成结算，锁定应付工程款数额，防止挂靠人通过被挂靠人扩大索赔金额。其二，保留转账记录、收据、发票等完整凭证链。

三、路径二：向总承包人直接主张折价补偿款

（一）以“发包人是否知情”为标准进行二分处理

《建工司法解释二》第四条规定：借用资质的单位或者个人以出借资质的建筑施工企业名义与发包人订立建设工程施工合同，发包人订立合同时不知道且不当知道资质借用情形，借用资质的单位或者个人以该合同直接约束自己和发包人为由请求发包人支付折价补偿款的，人民法院不予支持。借用资质的单位或者个人提供证据证明发包人订立合同时知道或者应当知道资质借用情形，就其施工的工程向发包人请求支付折价补偿款的，人民法院应当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，并根据发包人支付价款、借用资质的单位或者个人施工相关情况，判决发包人向借用资质的单位或者个人承担责任。

《建工司法解释二》第4条首次以“发包人是否知情”为标准进行二分处理；若是发包人订立合同时不知道且不当知道资质借用情形，则借用资质的人员向发包人主张权利不当支持。若发包人订立合同时知道或者应当知道资质借用情形，则借用资质的人员可以要求发包人承担责任。规则将发包人是否知情的判断时点严格限定为“订立合同时”，施工过程中甚至结算阶段才知道挂靠事实的，不符合该条要求。这一设计旨在保护发包人对合同相对方的合理信赖。

在《建工司法解释二》之前，最高人民法院已经出现同类意思的判决：如最高人民法院(2021)最高法民终985号[3]载明“在挂靠关系中，挂靠人能否依据被挂靠人与发包人之间的合同向发包人主张权利，主要取决于发包人在缔约时对挂靠关系是否知情：知情的，挂靠人可以基于事实关系直接向发包人主张权利；反之，则不可以。”山西省高级人民法院(2024)晋民申404号[4]、上海市第一中级人民法院(2026)沪01民终4211号[5]等亦与上述裁判逻辑一致。

该款确立了善意发包人保护规则。法理基础有三：（1）信赖保护原则-出借资质企业以自身名义签订合同、公示资质信息，形成了合法有效的权利外观，善意发包人基于该外观产生的信赖应当受到法律优先保护。（2）意思表示解释的客观

主义标准—依据《民法典》第 142 条第 1 款，民事主体意思表示的效力以相对人能够合理认知的客观含义为准。善意发包人缔约时的意思表示客观指向具有合法资质的出借企业，而非隐名的实际施工人。（3）合同相对性原则—挂靠人与被挂靠人之间的内部挂靠约定属于内部法律关系，不具有对抗善意第三人的对外效力。

（二） 总承包人应对方式

其一、 避免向对方提供订立合同时知晓挂靠的证据

《建工司法解释二》第 4 条第 1 款明确规定发包人订立合同时不知道且不当知道资质借用情形的，挂靠人直接向总承包人主张将不予支持。从举证责任角度而言，虽应该由挂靠人承担举证责任，但总承包人亦应积极提供反证，如招标投标时被挂靠人来投标、施工合同以被挂靠企业名义签订、盖章为被挂靠企业公章、往来文件均以被挂靠企业为相对方。

需防范的“知情”证据类型及应对：

挂靠人可能提交的证据	总承包人的应对
直接与挂靠人谈判的微信记录、会议纪要	主张系履约过程中的正常沟通，非订约时即知情
直接向挂靠人付款的银行流水	主张系按被挂靠人指示付款，非明知挂靠
直接向挂靠人发出施工指令的签证单	主张系现场管理需要，非订约时即知晓挂靠
挂靠人缴纳投标保证金的凭证	审查保证金是否通过被挂靠企业账户缴纳；保函由被挂靠企业开具

其二、 已经付款情况等应对

如总承包人已向被挂靠人支付对应工程款，则无需再向挂靠人付款。如履行过程中的工程质量、工期、逾期递交竣工资料等事项也可据实作为抗辩的要点。

四、 路径三：向总承包人行使代位权

（一） 规则依据及分析

《建工司法解释二》第 7 条：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依据《民法典》第五百三十五条关于代位权的规定，以出借资质的建筑施工企业、转包人或者违法分包人怠于行使到期债权或者与该债权有关的从权利，影响其到期债权实现为由，向发包人行使代位权的，人民法院依法

予以支持。《建工司法解释一》第 44 条仅规定了转包或违法分包情形下的代位权，未明确挂靠人是否可行使。《建工司法解释二》第 7 条明确了借用资质的单位或者个人也可以行使代位追偿权。代位权结构为：挂靠人（债权人）→被挂靠人（债务人）→总承包人/发包人（次债务人）。《建工司法解释二》第 6 条规定“挂靠人不得越过直接合同相对方追索更上游的总承包人”。能够得出，代位权只能行使一个层级，不能跨级追索更上游的发包人（业主）。

借用资质的单位或者个人主张代位权行使，需要举证同时满足如下四项构成要件：（1）挂靠人对被挂靠人享有到期债权；（2）被挂靠人对总承包人享有到期债权；（3）被挂靠人怠于行使该到期债权；（4）怠于行使影响挂靠人到期债权的实现。

（二）总承包人的应对思路

总承包人可以针对该四个要点逐项抗辩；此外，按照《民法典》第 535 条第 3 款规定：“债务人相对人对债务人的抗辩，可以向债权人主张”。这意味着总承包人对被挂靠人享有的所有抗辩，均可向挂靠人主张，包括：工程质量不合格的抗辩、工程款未届付款条件的抗辩、同时履行抗辩权、抵销抗辩等。

五、路径四：基于事实合同关系主张

（一）规则依据及分析

《民法典》第 490 条第 2 款：法律、行政法规规定或者当事人约定合同应当采用书面形式订立，当事人未采用书面形式但是一方已经履行主要义务，对方接受时，该合同成立。《民法典》第 146 条：行为人与相对人以虚假的意思表示实施的民事法律行为无效。以虚假的意思表示隐藏的民事法律行为的效力，依照有关法律规定处理。当发包人（总承包人）明知挂靠事实，且在施工过程中直接与挂靠人对接、结算、付款时，可认定总承包人与挂靠人之间形成事实上的合同关系。即《建工司法解释二》第 4 条“订立合同时发包人是否知情之外”，借用资质的单位和个人可能基于“直接谈判、直接付款、直接发出施工指令、直接结算等”主张形成事实合同行为，并要求发包人进行付款。如最高人民法院(2019)最高法民申 2722 号^[6]。

（二）总承包人的应对思路

避免与挂靠人直接发生往来。比如签约阶段，招标投标文件为有资质的建筑施工企业、合同相对方为有资质的建筑施工企业，投标保证金、保函等由有资质的建筑施工企业支付、开具。履约阶段，所有往来文件（指令、签证、结算单）

均以被挂靠企业为相对方，避免直接与挂靠人形成书面往来；付款一律通过被挂靠企业对公账户，避免直接向个人付款；如确需按被挂靠企业指示向第三方支付，应取得被挂靠企业的书面授权文件。结算阶段，与被挂靠企业完成结算，签订结算协议，并明确已付工程款金额、应付工程款金额、付款时间节点、质保金扣留比例及返还条件。

六、路径五：农民工工资先行清偿路径

（一）规则依据及分析

《建工司法解释二》第8条：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。该条并非挂靠人主张工程款的直接路径，但可能成为挂靠人施压的间接手段。当挂靠人拖欠农民工工资时，农民工可依据该条直接请求施工总承包单位先行清偿。总承包人先行清偿后可向挂靠人/被挂靠人追偿，但增加了资金压力。

《建工司法解释二》第8条仅适用于农民工工资，不适用于借用资质、接受转包或违法分包的单位或个人的工程款。挂靠人不能以农民工工资的名义变相主张工程款。但实务中，即使总承包人已经按照结算进度足额支付了工程进度款，由于下游承包人拖欠农民工工资等原因，挂靠人可能通过组织农民工集体讨薪的方式向总承包人施压，间接主张工程款。

（二）总承包人的应对思路

总承包人应建立农民工工资专户管理制度，确保工资发放闭环，避免农民工工资被挪用。同时，在建立合同阶段可要求承包人提供对应见索即付的银行保函，在出现特定情形时，可以通过索偿保函弥补损失。

七、总结

《建工司法解释二》实施后，借用资质的单位或个人主张工程款共有五条可能路径。其中路径一（向被挂靠人主张）和路径二（发包人知情时向总承包人直接主张）有明确的法律依据；路径三（代位权）是法定的间接救济通道；路径四（事实合同关系）虽对挂靠人具有更高的举证要求，也要注意规避；路径五（农民工工资）仅适用于农民工工资而非工程款。总承包人在每条路径下均可构建充分的应对方案，核心在于准确识别挂靠人的请求权基础，并据此开展针对性的抗

辩准备。针对挂靠人主张的情况，总承包人防控风险的关键在于签约、履约、结算等过程中避免留存体现其直接与挂靠人发生法律关系的沟通记录与书面文件等。

参考文献

[1]《最高人民法院新建设工程施工合同司法解释（一）理解与适用》，人民法院出版社 2021 年 4 月第 1 版，446 页。

[2] 最高人民法院(2018)最高法民申 5959 号“.....作为实际施工人的向某、刘某可以突破合同相对性起诉作为承包人、同时亦是转包人的湖南六建公司，主张工程价款。关于责任范围，因湖南六建公司将案涉工程转包给金鑫联鑫公司，相对于金鑫联鑫公司以及实际施工人向某、刘某来讲，湖南六建公司相当于发包人地位，故原判决认定可参照发包人地位在欠付工程款范围内承担支付责任，并无不当.....”

[3] 最高人民法院(2021)最高法民终 985 号“在挂靠关系中，挂靠人能否依据被挂靠人与发包人之间的合同向发包人主张权利，主要取决于发包人在缔约时对挂靠关系是否知情：知情的，挂靠人可以基于事实关系直接向发包人主张权利；反之，则不可以。”

[4] 山西省高级人民法院(2024)晋民申 404 号“本案中，余某某系挂靠陕西某工程有限责任公司进行的施工，对此余某某予以认可，山西某煤业有限公司明确表示其对陕西某工程有限责任公司出借资质的行为不知情，余某某提交的证据亦不足以证明山西某煤业有限公司知道或者应当知道陕西某工程有限责任公司出借资质的行为。余某某主张与山西某煤业有限公司形成了事实上的法律关系，缺乏事实依据，原审判决认定余某某无权向山西某煤业有限公司主张工程款符合上述法律规定。”

[5] 上海市第一中级人民法院（2026）沪 01 民终 4211 号“本案中，两份《建设工程施工合同书》及相应《补充协议》所载明的签约主体均为某乙公司与某丙公司，某甲公司主张其系借用某乙公司资质与某丙公司订立案涉合同、某丙公司对挂靠情形明确知晓，但其对此未能提供充分的证据予以证明，无论是其所述的付款情况、还是双方工作人员的沟通情况，都不足以证明某丙公司在订立合同时明确知晓存在挂靠情形、其为案涉工程的实际施工人，故其应当承担举证不能的法律后果。”

[6] 最高人民法院(2019)最高法民申 2722 号“从前述分析可知，杨贤林参与了案涉《幕墙工程分包合同》的签订、履行合同义务以及行使合同权利的全过程，符合没有资质的个人以其他有资质的施工单位的名义承揽工程的情形，与被借用资质的信泰公司之间形成挂靠关系，信泰公司系案涉《幕墙工程分包合同》的名义相对人，杨贤林系该合同实际相对人。”



刘元涛

国枫律师事务所 合伙人

- 公司常年法律服务
- 投融资
- 房地产与建设工程
- 争议解决



张曼悦

国枫律师事务所 律师

- 公司常年法律服务
- 投融资
- 房地产与建设工程
- 争议解决

(来源：国枫公众号)

九歌·东君

The Nine Songs: Dongjun (Lord of East)

作者 / 【楚】屈原

暾将出兮东方，照吾槛兮扶桑。

抚余马兮安驱，夜皎皎兮既明。

驾龙辀兮乘雷，载云旗兮委蛇。

长太息兮将上，心低徊兮顾怀。

羌声色兮娱人，观者憺兮忘归。

絃瑟兮交鼓，萧钟兮瑶簫。

鸣篪兮吹竽，思灵保兮贤姱。

翱飞兮翠曾，展诗兮会舞。

应律兮合节，灵之来兮蔽日。

青云衣兮白霓裳，举长矢兮射天狼。

操余弧兮反沦降，援北斗兮酌桂浆。

撰余轡兮高驰翔，杳冥冥兮以东行。