

实际施工人主张工程价款优先受偿权之合法性初探

张 硕

波士顿大学法学院, 马萨诸塞 波士顿
Email: 13126696635@163.com

收稿日期: 2020年11月27日; 录用日期: 2020年12月10日; 发布日期: 2020年12月17日

摘 要

目前国内建设工程领域内, 发包人利用市场优势地位, 拖欠承包人工程价款、强制承包人垫资施工的情形屡见不鲜。工程价款优先受偿权(下文中简称“优先受偿权”)作为《合同法》第286条赋予承包人实现工程价款债权最有力的武器, 却在权利主体上进行了严格的限缩性把握, 其仅承认与工程所有人即发包人签订有效施工合同的承包人享有优先受偿权。如此这般, 转包、违法分包、挂靠等情形下实际施工人工程价款债权的实现并不能得到充分保护。虽然现行法对实际施工人是否享有优先受偿权问题采消极态度, 但从法理角度来看, 赋予实际施工人优先受偿权以及明确实际施工人可通过代位权制度主张优先受偿权具有合理性及可行性。

关键词

实际施工人, 工程价款, 优先受偿权代位权

On the Legitimacy of the Construction Project Priority Claimed by the Actual Constructor

Shuo Zhang

School of Law, Boston University, Boston Massachusetts
Email: 13126696635@163.com

Received: Nov. 27th, 2020; accepted: Dec. 10th, 2020; published: Dec. 17th, 2020

Abstract

At present, in the field of domestic construction, it is common for the employer to make use of the dominant position in the market to default on the project price of the contractor and force the contractor to advance funds for construction. As the most powerful weapon for the contractor to realize the credit of the project—the Construction Project Priority (hereinafter referred to as “priority right”) is imposed strict subject restriction by Article 286 of the contract law, which only admits that the contractor who has signed an effective construction contract with the owner of the project is entitled to the priority right. In this way, under the circumstances of subcontracting, illegal subcontracting, affiliation and so on, the realization of the construction cost creditor’s rights of the actual constructor cannot be fully protected. Although the current law takes a negative attitude on whether the actual construction workers are entitled to the priority right, from the perspective of legal theory, it is reasonable and feasible to give the actual constructors the priority right and to make clear that the actual constructors can claim the priority right through the system of subrogation.

Keywords

Actual Constructor, Project Price, Priority Subrogation Right

Copyright © 2020 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

1. 问题的提出

自改革开放以来,大量农村剩余劳动力转移到城市,而建筑业是吸纳农民工最多的行业之一。因此,劳动力属于相对过剩的生产要素。同时,土地与资金的稀缺性奠定了发包人天然的优势地位,发包人相对于承包人、实际施工人等主体具有更强的议价能力与更高的缔约地位[1]。这也导致了施工行业成为了薄利行业,一定程度上催生了违法分包、转包、挂靠等情形的出现。除此之外,《建设工程施工合同司法解释》第2条明确规定:“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约定支付工程价款的,应予支持”,有鉴于此,即使违法分包、转包、挂靠合同无效,实际施工人仍然可以请求按照无效合同当中的约定请求支付工程价款。不可否认,这种淡化合同效力对工程款支付影响的规定一定程度上助长了违法分包、转包、挂靠等违法现象的扩张。

另外,在我国建筑行业市场违法分包、转包等现象普遍存在的情形下,实际施工人的工程价款债权因在整个资金流的末端,其实现相较于总包承担着更大的风险。与此同时,实际施工人工程款债权关乎广大农民工工资利益,对社会稳定以及国家建设发展有至关重要的影响。因此,实际施工人的工程款债权更应当被着重保护。目前《建设工程施工合同司法解释》为了加强保障农民工利益,对实际施工人工程款债权已经进行了特殊规定,其中第26条专门规定实际施工人可突破合同相对性向发包人直接主张欠付的工程价款,但《建设工程施工合同司法解释(二)》第17条又明确否认了实际施工人为优先受偿权的权利主体。

总的来说,实际施工人这一角色在目前的建筑行业市场普遍存在,并且在将来较长一段时间内仍然会继续存在。其因代表了广大农民工利益而得到了立法上的特殊保护,被赋予了突破合同相对性的特权。

但保障实际施工人工程价款债权实现的一大重要权利“优先受偿权”目前却并未被肯定，那么实际施工人究竟是否应当享有优先受偿权以及在现行司法解释明确规定实际施工人不享有优先受偿权的前提下，其是否可以通过代位的方式来主张优先受偿权呢？鉴于挂靠与违法分包、转包情形有本质区别，且涉及情形较为复杂，本文暂不作讨论，本文中“实际施工人”仅指违法分包人与转包人。

2. 实际施工人与优先受偿权

2.1. 实际施工人享有优先受偿权的可行性分析

根据《建设工程施工合同司法解释(二)》第 17 条^[1]之规定，享有优先受偿权的权利主体仅包括与发包人订立建设工程施工合同的承包人。而根据《建设工程施工合同司法解释》第 4 条^[1]²之规定，实际施工人因系无效合同的承包人，与发包人之间并无直接的合同关系，而不符合优先受偿权权利主体的要求。另外，《2011 年全国民事审判工作会议纪要》明确指出：“因违法分包、转包等导致建设工程合同无效，实际施工人请求依据《合同法》第 286 条规定对建设工程行使优先受偿权不予支持。”因此，在现行法层面，实际施工人是明确不享有优先受偿权的。

最高院的观点认为：“客观上，无论是分包人还是实际施工人，即使勉强给予其优先受偿权，也难以行使。无论是技术分包还是劳务分包，或者其他情形下的实际施工人，实际施工的范围有限，所得工程价款同样有限，不足以取得与发包人协商变卖或者申请人民法院拍卖建设工程的地位。在分包人或者实际施工人只享有部分工程价款或者所占整个工程价款比例很低的情况下，要求发包人同意折价或者由分包人或者实际施工人申请拍卖，对发包人亦不公平”^[1]³。但事实上，若工程存在转包的情形，实际施工人即承建了整个工程，其享有的工程价款债权对应整个工程造价而非部分，不存在最高院观点中所认为的实际施工人享有的工程价款占整个工程价款比例很低的问题；若工程存在违法分包，末端往往存在众多违法分包人，发包人对其中某实际施工人欠付工程款，则其大概率对其他实际施工人也存在欠款，此时，对于所有实际施工人的工程款债权要求发包人折价或者拍卖工程并不会对发包人造成不公。

有观点认为：“我国合同法只保护承包人追偿工程价款的合法权利，如果合同无效情形下，承包人追偿的不是追偿工程价款的权利，而是请求折价补偿的权利，这一权利不具有优先性。”^[2]对此观点，笔者持反对态度：首先，《合同法》第 286 条之规定未明确规定享有优先受偿权的工程价款必须是合法合同产生的工程价款；其次，根据《建设工程施工合同司法解释》第 2 条^[1]⁴之规定，在合同无效的情形下，只要工程质量合格，发包人仍然应当参照合同约定支付工程价款。由此可见，合同是否有效对于工程价款的支付并无实质性影响，其核心问题在于工程质量是否合格，一定程度上，实际施工人在工程质量合格的情况下其地位是等同于承包人的。同时，因工程质量合格，实际施工人投入的劳动和材料亦成功物化进工程本身，理应受到保护，其工程款债权系合法债权。因此，该观点主张的无效合同中实际施工人应受偿的工程价款系折价补偿不具有优先性，有生搬硬套之嫌，并未实际领悟贯彻保护实际施工人工程款债权的立法宗旨以及工程价款的支付条件。

笔者认为，对于实际施工人享有优先受偿权的理论障碍主要在于债的私密性和相对性。原则上来说，实际施工人不能突破合同相对性直接向缺乏合同关系的发包人提起诉讼亦不能以自身承包范围的债权获

¹《建设工程施工合同司法解释(二)》第 17 条：与发包人订立建设工程施工合同的承包人，根据合同法第二百八十六条规定请求其承建工程的价款就工程折价或者拍卖的价款优先受偿的，人民法院应予支持。

²《建设工程施工合同司法解释》第 4 条：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。

³最高人民法院民事审判第一庭编著：《最高人民法院建设工程施工合同司法解释(二)理解与适用》，人民法院出版社，第 370 页。

⁴《建设工程施工合同司法解释》第 2 条：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约定支付工程价款的，应予支持。

得物权的对世性。但是根据我国国情，现行司法解释对实际施工人进行着重保护，实际施工人可以突破合同相对性向发包人主张欠付工程款，债的相对性问题已经得以解决。至于债的私密性，实际施工人可以基于承包人地位以代位权理论主张优先受偿权，承包人承建工程无论是在招投标，工地公开宣传，工程相关许可证照中均达到了公示效果，因此，债的私密性问题也是可以解决的。

综上所述，在我国立法方针已经决定对实际施工人的工程款债权进行特殊保护的背景下，优先受偿权作为工程价款债权的从权利应当同时赋予实际施工人，只有将优先受偿权覆盖的客体延伸至无效合同的工程款债权才可能真正的达到保护广大农民工利益的立法目的。

2.2. 实际施工人代位主张优先受偿权的合理性分析

现行法律下的司法实践往往不承认实际施工人享有优先受偿权，因此，在现阶段，通过代位权制度来解决实际施工人主张优先受偿权这一司法困境更具有可操作性。根据《建设工程施工合同司法解释(二)》第 25 条^[1]之规定，在符合代位权行使条件的情形下，实际施工人可以向发包人提起代位权诉讼。该条规定一定程度上为《建设工程施工合同司法解释》第 26 条^[1]提供了法理依据，同时亦将实际施工人对发包人的请求权引入到代位权诉讼的法律框架内，其规定实际施工人可代位行使的转包人或者违法分包人对发包人的债权并不限于建设工程价款债权^[1]⁷。笔者认为违法分包及转包合同中的实际施工人不仅可以代位向发包人主张工程价款债权，同样可以代位主张优先受偿权。

为保障债权人正确行使代位权，《合同法司法解释(一)》第 11 条明确规定，只有债权人对债务人的债权合法；债务人的债权已到期；债务人怠于行使其到期债权，对债权人造成损害；债务人的债权不是专属于债务人自身的债权的情况下债权人可依照合同法第七十三条的规定提起代位权诉讼。

首先，债权人代位权性质上既属债权效力的一种特别体现，又是赋予债权的一种权能，作为其前提，自然要求债权人的债权属于合法的债权。违法分包或转包行为虽然系违法行为，导致施工合同无效，但实际施工人实际投入劳务、材料等进而完成质量合格的工程有权请求折价补偿，并且依据《建设工程施工合同司法解释》，有权获得相应的工程款报酬，其工程款债权系合法债权。

其次，根据《合同法司法解释(一)》第 13 条之规定，“债务人怠于行使其到期债权，对债权人造成损害的”，是指债务人不履行其对债权人的到期债务，又不以诉讼方式或者仲裁方式向其债务人主张其享有的具有金钱给付内容的到期债权，致使债权人的到期债权未能实现。此处司法解释将债权人代位权的客体相较于《合同法》第 73 条中规定的“到期债权”进行了进一步的限缩解释，即“具有金钱给付内容的到期债权”。我国立法机关以及司法机关将债权人代位权的客体进行如此限定主要是为解决“三角债”问题提供一个新的手段，有人亦称此为代位权行使的“货币性”要件，其理由在于，考虑到非金钱给付内容的权利行使代位权对于债权的保障意义不大并且程序复杂，并有过多干预债务人权利之嫌，故合同法解释将代位权的标的限定在具有金钱给付内容的债权，债务人的其他权利不得作为代位权的标的^[3]。我国对代位权制度进行如此安排不乏因小失大之嫌，在民法理论中代位权制度作为债的保全的主要手段，其效用并非解决三角债如此狭隘，其根本趣旨系赋予债权人对债务人的财产实施管理行为，通过增加债务人的责任财产以达到对全体债权人的共同担保。从比较法的角度来看《法国民法典》第 1166 条规定，债权人得行使债务人的一切权利和诉权；日本和我国台湾地区的民事立法及理论认为，可代位行

⁵ 《建设工程施工合同司法解释(二)》第 25 条：实际施工人根据合同法第七十三条规定，以转包人或者违法分包人怠于向发包人行使到期债权，对其造成损害为由，提起代位权诉讼的，人民法院应予支持。

⁶ 《建设工程施工合同司法解释》第 26 条：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。

⁷ 参见《最高人民法院建设工程施工合同司法解释(二)理解与适用》p511 人民法院出版社。

使的权力十分广泛，概括为“属于债务人的权利”。有鉴于此，对于合同法中规定的“到期债权”应当采取目的性扩张解释^[4]。因此笔者认为，虽然优先受偿权相较于一般抵押权具有优先效力，很大程度上体现出了其物权属性，但其法律性质并非完全意义上的物权，其权力产生的方式以及权力行使的期限都与传统物权存在较大差异，目前仍然存在“优先权说”、“留置权说”及“法定抵押权说”的争议。另外，从民法理论出发，实际施工人作为债权人代位主张优先受偿权系对债务人的财产的有益处分，该管理行为系可以代位作出的行为。

再次，对于专属于债务人自身的债权，《合同法司法解释(一)》第12条亦进行了明确界定：“专属于债务人自身的债权，是指基于扶养关系、抚养关系、赡养关系、继承关系产生的给付请求权和劳动报酬、退休金、养老金、抚恤金、安置费、人寿保险、人身伤害赔偿请求权等权利”，而对于优先受偿权所覆盖的人工费、材料费、施工机具使用费等，其并不具有人身专属性，况且该部分费用往往由实际施工人直接支出。

综上所述，从法理角度出发实际施工人代位主张优先受偿权是合乎法理且符合代位权制度建立目的的。

3. 实际施工人主张优先受偿权之完善建议

3.1. 赋予实际施工人优先受偿权

首先，如上文所述，目前司法机关认定实际施工人不享有优先受偿权的理由多数并不成立。按照目前司法解释的口径，实际施工人被赋予了突破合同相对性向发包人主张工程价款的权利，优先受偿权作为工程价款债权的从权利既然可随主债权移转，理应同时赋予实际施工人，这也是公平公正原则的应有之义。

合同法第286条所创设的优先受偿权之理论基础系我国从实际国情出发，为保障弱者利益而施行的公共政策，建设工程价款虽然是财产权，但其中很重要的一部分是建筑工人的工资及福利，因此需要予以特殊保护。既然立法目的如此，优先受偿权作为工程价款债权实现最重要的保障更应当赋予直接代表弱者利益的实际施工人。另外，从比较法的角度来看，我国台湾地区“民法”第513条、《德国民法典》第648条第1款和《韩国民法典》第666条将不动产工程承揽人作为建设工程优先受偿权的唯一权利主体。该类将承揽人作为优先受偿权主体的立法技术建立在增值理论之上。该理论认为：“既然债权人的行为使债务人的财产得以增加或避免了债务人财产的减少，那么就债务人财产的增值部分而言，债权人在该增值部分就应当优先于其他债权人而受清偿。增值观念为不动产优先受偿权制度提供了理论机理，他有效地解释了对债权人提供优先受偿权保护的合理性。”^[5]域外立法目前就笔者了解并不存在无效施工合同的承包人为实际施工人这一概念，但结合我国实际国情，实际施工人正是增值理论中为不动产增值的直接主体。依据《合同法》及《建设工程施工合同司法解释》的相关规定，实际施工人的工程款债权成立的条件系工程质量合格，与施工合同是否有效并无关系。究其本质，以违法分包、转包、挂靠等情形的有无来对施工合同效力进行规定主要是为了保障工程质量，严格建筑行业准入标准，确认责任主体。因此，在建设工程合同无效，实际施工人承建工程质量合格的情况下，否认其获取工程款权利已无必要，一定程度上其此时的地位与承包人并无二致。依据增值理论实际施工人应当享有优先受偿权。

3.2. 明确实际施工人可代位主张优先受偿权

如上文所述，实际施工人通过代位权制度主张优先受偿权在法理上是可行的，至于我国代位权制度所规定的代位客体为“具有金钱给付内容的到期债权”亦应结合建设工程领域中对实际施工人的着重保护进行扩张性解释。笔者认为，可在《建设工程施工合同司法解释(二)》第25条的理解适用及司法实践

中,明确实际施工人可代位行使的权利包括优先受偿权,从而使得实际施工人主张优先受偿权拥有直接的依据。

但对于代位权行使后的法律效果笔者并不认同我国目前所实行的“直接清偿”制度,即《合同法司法解释(一)》第20条之规定,债权人向此债务人提起的代位权诉讼,在经人民法院确认后,将产生直接消灭债权人与债务人之间的债权债务关系的法律效果。虽然,在司法实践中实际施工人代位主张工程款得到人民法院支持时,通常会判令发包人直接向实际施工人旅行支付工程款的义务,但实际施工人通过代位行使优先受偿权而取得的工程款应当归属于与发包人签订有效施工合同的承包人,实际施工人不得直接受偿,其仍然应依普通债权另行主张。

首先,从理论上讲代位权在法理上属于债的保全,它不是请求权,而是以行使他人权利为内容的管理权[6]。这种增益的管理系债权人代债务人的位向此债务人行使债权,从而增加债务人的责任财产,提高债务人全体债权人的债权受清偿的可能性,其法律效果应直接地归属于债务人。质言之,债权人只能代位行使债权,而不能代位接受清仓。行使代位权的债权人并不能因其提起了代位权诉讼就获得优先受偿的权利。“这种将行使代位权取得的财产先加入债务人的责任财产的做法名之为入库规则[7]。”

其次,实际施工人代位主张优先受偿权与承包人主张优先受偿权一大不同即权利主体数量的不同。承包人主张优先受偿权,其系唯一的权利主体,在其对工程折价或者拍卖后所得的工程价款优先受偿后可进一步依据合同约定等向下游分包清偿分配。但若在违法分包的情形下,即可能存在多个实际施工人,若以先到先得的机制对提起代位诉讼的实际施工人直接清偿,难免在众多实际施工人之间难以维持平衡,可能会造成实际施工人受偿的不均衡。实行入库原则则能很好地解决这一问题,无论任何实际施工人代位提起诉讼,通过优先受偿权取得工程款,该部分款项仍还纳入承包人的责任财产,进而提高所有实际施工人的受到全面清偿的可能性。

综上,赋予实际施工人代位主张优先受偿权,系在债务人怠于向次债务人主张的情形之下对实际施工人的救济,实际施工人并不能因此而直接受偿。

3.3. 完善工程担保制度从而实现实际施工人工程价款债权的保护

换一种角度,从保护优先受偿权保障的利益出发,通过完善工程担保制度同样可以一定程度上实现对实际施工人工程价款债权的保护。

最早关于建设工程担保的法律规定源于美国国会1935年通过的“米勒法案(Miller Act)”。该法案规定,当签订10万美元以上的联邦政府工程合同时,总承包商必须提供全额的履约保证及付款保证,以保证其正常履约并按时支付工人工资、分包商及材料设备供应商的费用。许多国际组织和许多国家的行业组织在标准合同条件中均制订有建设工程担保的相关条款。如国际咨询工程师联合会FIDIC颁布的《土木工程施工合同条件》(1987年第4版)其中第10条就是关于履约担保(Performance Security)的规定[8]。

在我国,自2009年住房和城乡建设部建筑市场监管司首次发布年度工作要点以来,工程担保制度的推进工作一直是建筑市场监管工作的重中之重。从2009年的“继续推行工程担保、保险制度”、2010年的“推动工程担保制度发展”,到2019年的“加快推进实施工程担保制度”,工程担保制度建设工作持续推进。但我国工程担保市场仍处于发展初期,政策引导与市场运作尚未达成和谐统一。工程担保市场行为中普遍存在的不规范现象也要求主管部门加大监督检查力度、创新监管机制。当前,我国工程担保法律尚处于缺位状态,散布在各项法规中的相关条文不足以完全规范工程担保行为。《工程担保合同示范文本》作为试行文件,也亟需修订与更新。

笔者认为,可效仿美国对承包人提供履约担保进行强制性规定,履约担保可覆盖对农名工工资支付的担保,这样能够较大幅度地保障实际施工人工程款债权的实现。工程担保的形式目前已经发展的较为

丰富, 承包人可通过银行保函、担保公司保函、保证保险等方式提供担保, 该等方式均相较保证金制度大幅减轻了承包人的负担。工程担保制度既是工程风险防范和化解的重要措施, 又是建筑市场信用体系的主要支撑; 是利益约束机制, 也是信用保证机制, 其推进与发展是未来的趋势, 应当在健全该机制的过程中, 着重考虑实际施工人的工程款债权, 切实达到保障农民工利益的目的。

参考文献

- [1] 最高人民法院民事审判第一庭. 最高人民法院建设工程施工合同司法解释(二)理解与适用[M]. 北京: 人民法院出版社, 2020: 481.
- [2] 隋海波, 王宇. 建设工程承包人工程价款优先受偿权的行使[J]. 长春工程学院学报社会科学版, 2005(1): 51-54.
- [3] 曹守晔. 对合同法中代位权的理解与适用(上) [N]. 人民法院报, 2000-03-03(3).
- [4] 韩世远. 民法总论(第四版) [M]. 北京: 法律出版社, 2018: 335.
- [5] 于海涌. 法国不动产担保物权研究(第二版) [M]. 北京: 法律出版社, 2006: 29, 37.
- [6] 史尚宽. 债法总论[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2000: 445.
- [7] 崔建远, 韩世远. 《合同法》中的债权人代位权制度[J]. 中国法学, 1999(3): 3-5.
- [8] 孟宪海. 建设工程担保制度相关法律问题的研究[J]. 政法论坛, 2001(3): 50-54.