

民法典下实际施工人起诉发包人的诉权基础

邹婷婷

宁波大学, 浙江 宁波
Email: 654448539@qq.com

收稿日期: 2020年8月27日; 录用日期: 2020年9月10日; 发布日期: 2020年9月17日

摘要

最高人民法院在司法解释中规定实际施工人可以以直接起诉和提起代位权之诉两种诉讼方式直接向发包人主张权利, 实质上赋予了实际施工人以实体权利。理论上, 实际施工人直接起诉的诉权基础应当理解为突破不当得利之债的相对性。民法典实施后, 第25条不应再被适用, 第24条则建议吸纳进民法典或另行作出解释。

关键词

实际施工人, 直接起诉, 代位权

The Basis of the Litigation Right of the Actual Builder to Sue the Developer under the Civil Code

Tingting Zou

Ningbo University, Ningbo Zhejiang
Email: 654448539@qq.com

Received: Aug. 27th, 2020; accepted: Sep. 10th, 2020; published: Sep. 17th, 2020

Abstract

The Supreme People's Court stipulated in the judicial interpretation that the actual builder can directly claim the rights to the developer through two litigation methods, namely direct lawsuit and subrogation right lawsuit, which essentially endowed the actual builder with substantive rights. Theoretically, the basis of the litigation right of the actual constructor to directly sue should

be understood as the relativity of breaking through the debt of unjust enrichment. After the implementation of the Civil Code, Article 25 should no longer be applied, while Article 24 is recommended to be incorporated into the Civil Code or to be interpreted separately.

Keywords

Actual Builder, Direct Lawsuit, Right of Subrogation

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. 引言

《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,以下简称《法释(二)》)第24条对《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,以下简称《法释(一)》)第26条第2款进行了完善,同时《法释(二)》新增第25条,规定实际施工人可以对发包人提起代位权之诉。但是理论上,实际施工人基于何得以直接起诉发包人,一直争议不断。实际施工人在实践中应当如何选择,以维护自己的合法权益?民法典颁布实施后,是否有变化?

2. 实际施工人直接起诉发包人的理论质疑

《法释(一)》首次提出了实际施工人的概念,并在第26条第2款规定实际施工人可以以发包人为被告,主张其欠付的工程价款。《法释(二)》第24条在前者的基础上有所修改,体现为一是从“可以追加转包人或违法分包人为当事人”到“应当追加为第三人”,二是明确应当对发包人欠付的工程款数额予以查明,但仍坚持了实际施工人可以直接起诉发包人的立场。

关于实际施工人为何可以在与发包人之间没有合同关系的情况下,直接起诉发包人要求其在欠付工程款范围内承担责任,理论上事实合同关系说、不当得利返还说、突破合同相对性说、代位权说等四种不同观点。

2.1. 事实合同关系说

事实合同关系说认为,当实际施工人已经全面履行了本应由承包人完成的施工义务时,实际施工人在事实上代替承包人完成了发包人与承包人之间的合同,也已经与发包人之间形成了事实上的合同关系,此时,可以依据事实合同赋予实际施工人直接向发包人直接主张工程款的权利[1]。

此处的事实合同关系,类似于德国民法学上的“事实上契约关系”,主张以“客观的一定事实过程”,取代主观的“法律效果意思”。然而,事实上契约关系理论备受批评且终告没落[2]。原因在于民法上古典的“要约及承诺”缔约方式,足以应付其所欲克服的问题。此处实际施工人与发包人之间事实合同关系即可解释为系默认订立施工合同的意思表示。然而实际上,发包人与实际施工人之间往往并无合意,且若构成事实合同关系,则司法解释无需另外作此规定,法院直接援引《合同法》第36条即可。

2.2. 不当得利返还说

不当得利返还说认为,在尚待规范的建筑工程行业中,转包和违法分包的现象大量存在,承包人作

为发包人和实际施工人的中间人，往往只是签了合同即把施工的义务转给或分给了实际施工人，一旦承包人破产或经营恶化，其既不向实际施工人付款又不积极地向发包人主张权利，导致实际施工人无从取得工程款，与此同时，取得完工工程的发包人也未逃避了支付工程款的义务，产生了不当的利益[1]。又因为建设工程施工合同的特殊性，无法采用恢复原状的方式恢复合同签订之前的状态，故只能折价返还。

不当得利返还说在理论上不通之处在于，发包人获益并非不具备法律上的原因。发包人与承包人之间具有合法有效的施工合同关系，承包人以第三人之给付履行其与发包人的合同义务。在三者的法律关系中，实为承包人对发包人为给付，而非实际施工人对发包人为给付，发包人并非因实际施工人的给付而受利益，因此实际施工人对发包人无不当得利请求权，发包人无需因不当得利而返还所受利益。

2.3. 突破合同相对性说

突破合同相对性说认为，建设工程施工合同不仅涉及双方当事人的利益，还涉及其他主体利益和社会公共利益，为加强农民工权益保护，允许突破合同相对性，由实际施工人直接对发包人提起诉讼，发包人在欠付工程款范围内对实际施工人承担责任[3]。

综观最高人民法院各司法文件，突破合同相对性是其作出该条解释的出发点。但是此观点的弊端在于：其一，承包人与实际施工人之间的合同自始无效，既然无效，何来合同相对性约束，无论突破之；其二，合同相对性是原则，如无法律另行规定均应当遵守，换言之，突破该原则应由法律明文规定。但是我国实体法上并无此相关规定，司法解释作为最高人民法院对于人民法院审判工作中具体应用法律问题的解释，不能超越现有法律所规定的权利范围。

2.4. 代位权说

代位权说认为实际施工人向发包人追索工程款的制度安排与代位权制度旨趣相符，应认定其系代位权制度在建设工程施工合同领域的具体化[4]。

然而，《法释(二)》第25条对实际施工人向发包人提起代位权之诉作出了规定，显然，最高人民法院并未将前一条作为代位权之诉对待。

综上所述，以上观点均无法在法理上解释实际施工人何以直接对发包人提起诉讼，换言之，司法解释实质上赋予了实际施工人以实体权利。《民法典》已颁布，实施在即，实际施工人对发包人的诉权基础又当如何解释？

3. 民法典下实际施工人对发包人诉权的解释论

除了前述的实际施工人对发包人直接提起诉讼，《法释(二)》还设置了实际施工人对发包人提起代位权之诉的权利救济方式，为实际施工人的权利实现提供了更多的路径选择和保障措施。那么，最高人民法院为何在已有前者的情形下，另增一条，允许实际施工人提起代位权之诉呢？民法典实施后，应如何理解该两种诉讼的诉权基础？

3.1. 直接起诉

笔者认为，《法释(二)》第24条的法理基础在于债的相对性原则的突破。

1) 突破不当得利之债的相对性

与物权所具有的得对抗一般不特定人的绝对性不同，债权具有相对性的特征。债的相对性原则在整个债法制度中具有重要的基础地位，指仅特定债权人得向特定债务人请求给付。虽然王利明教授认为债的相对性原则与合同相对性原则同义[5]，但笔者认为，二者还是应该有所区别。除了合同，债的发生原

因还包括无因管理、不当得利、侵权等，它们虽有相通之处，但各自亦有不同的调整规则。

《民法典》之前，我国合同法并未直接规定合同相对性原则。《民法典》中不设债法分编，也不设债法总则，关于债的相对性，仅在合同编——通则——一般规定中规定：依法成立的合同，仅对当事人具有法律约束力，但是法律另有规定的除外(第 465 条第 2 款)。对于非因合同产生的债权债务关系，《民法典》的安排是：非因合同产生的债权债务关系，适用有关该债权债务关系的法律规定；没有规定的，适用本编通则的有关规定，但是根据其性质不能适用的除外。(第 468 条)

实际施工人与转包人或违法分包人之间的合同关系，因实际施工人缺乏相应资质，违反法律、行政法规的强制性规定而无效，当事人之间的法律关系应依不当得利规定加以处理。依不当得利之债的相对性，应该是转包人或违法分包人返还不当得利。实际施工人向发包人主张权利，实则是突破与转包人或违法分包人的不当得利之债的关系，向与转包人或违法分包人形成合同关系并基于此合同关系获得合同利益的发包人主张权利。所以应为突破债的相对性，具体来说，是突破不当得利之债的相对性。

2) 司法解释的正当性

根据《民法典》第 465 条第 2 款的规定，合同相对性原则只有一个例外，即“法律另有规定”，然而我国法律并无此相关规定。最高人民法院作为一个司法机构，并无法律上的立法权。司法解释赖以存在的现实合理性与必要性并不能成为证成其“立法化”的正当性与合法性的论据[6]。但是，司法解释在不少情况下突破了法律的规定，造成法律与司法解释之间的效力关系不清晰、法律适用混乱。薛军教授提出司法解释可以被认为是一种与制定法平行并列的独立的法源类型，类似于罗马法上的裁判官法，发挥补充、发展、完善法律的功能[7]。该观点为司法解释的法源定位提供了一种思路。

3.2. 代位权之诉

对于为何在已有第 24 条的情况下增加一条，允许实际施工人对发包人提起代位权之诉，最高人民法院的解释是：“二者有相同之处，都涉及实际施工人、转包人或者违法分包人以及发包人三方当事人的两个法律关系，但二者也有不同，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对债权并不限于建设工程价款债权。”[3]由此可见，实际施工人向发包人主张工程款，既可以依据第 24 条直接起诉，也可以依据第 25 条提起代位权之诉；而对于工程款之外的其他债权，则只能依据第 25 条提起代位权之诉。

民法典之前，代位权制度规定在我国《合同法》第 73 条，对于代位权可否适用于合同之外的债权，没有明确规定。实际施工人与转包人或违法分包人之间的合同无效，双方不构成合同债权债务关系，故难以直接适用合同法相关规定。司法解释作出此条解释，明确实际施工人可以根据合同法规定提起代位权诉讼，实际上也突破了合同法及其司法解释的规定。

此种情形在民法典下将发生改变，民法典扩大了代位权的适用范围，为不当得利债权人代位权提供了依据。如前所述，在民法典下，对于非因合同产生的债权债务关系，在没有该债权债务关系之规定时，适用《民法典》合同编通则的有关规定。因此，代位权的适用范围不再局限于合同领域，而是扩大至整个债法领域。实际施工人代位权的法条依据即为《民法典》第 535 条及第 468 条。

4. 民法典下《法释(二)》第 24 条、第 25 条的处理

民法典立法是一次大型立法活动，民事法律的法源体系被重塑，《合同法》等九部法律将被废止，但是民法典并未对司法解释的存废表明态度。那么，实际施工人赖以主张权利的这两条司法解释的命运如何呢？

4.1. 第 25 条

笔者认为，《法释(二)》第 25 条无需再作为实际施工人向发包人主张权利的诉权基础和法院裁判依

据。由于该条承担着实际施工人主张工程款和其他债权两项任务，接下来将分为以下两点，阐述该条的非必要性。

4.1.1. 向发包人主张工程款

实际施工人向发包人主张工程款时，既可以依据第 24 条直接起诉，也可以依据第 25 条提起代位权之诉，笔者将从起诉条件和胜诉效果两方面进行对比，分析两种诉讼方式的异同。

1) 起诉条件

根据《民法典》第 535 条(原《合同法》第 73 条与《合同法司法解释(一)》第 11 条)，实际施工人以代位权主张工程价款债权，应符合以下条件：1. 两个债权均合法且到期。2. 转包人或违法分包人怠于向发包人行使到期债权。3. 转包人或违法分包人怠于行使债权对实际施工人造成损害。4. 转包人或违法分包人的债权不是专属于其自身的债权。

可见，实际施工人向发包人提起代位权诉讼的，人民法院应对转包人或违法分包人与发包人之间的债权债务以及实际施工人与转包人或违法分包人之间的债权债务进行实质审查，实际施工人需要承担较大的举证责任，同时还面临着是否受发包人与转包人或违法分包人约定的工程结算、管辖、仲裁条款的约束等问题。

相比较而言，实际施工人依据第 24 条起诉时，举证责任则较轻，只需证明工程质量合格，发包人尚欠工程款未付即可，且不受发包人与转包人或违法分包人的合同约定。

2) 胜诉效果

在胜诉效果方面，如果实际施工人依据第 24 条获得胜诉，将直接获得发包人欠付范围内的工程款。如果依据第 25 条，诉讼效果亦然。

《合同法》并未对代位权的行使效果作出规定，理论上则有入库规则和优先受偿规则之争。《合同法司法解释(一)》没有采纳入库规则，而选择了优先受偿规则，一直争议不断。反对者认为代位权仅是债权人实现债权的保障手段，代位权行使的效果应当归属债务人的责任财产，优先受偿规则违背了债权的平等原则，偏离了债权人代位权制度的本来趣旨。赞成者则认为入库规则容易使得其他债权人搭便车，不利于鼓励债权人积极维护自己的权利，且缺乏诉讼效率。

《民法典》第 537 条在《合同法司法解释(一)》第 20 条的基础上，作出了有限的改变。总体来说，在权利不涉及被采取保全、执行措施，或者债务人破产情形的，仍坚持优先受偿规则，由债务人的相对人向债权人履行义务，债权人接受履行后，债权人与债务人、债务人与相对人之间相应的权利义务终止。

在建设工程施工合同领域，采取优先受偿规则，使得实际施工人在代位权诉讼中，可以直接获得发包人的给付，与直接起诉效果相同。

综上所述，当实际施工人向发包人主张工程款时，两种诉讼的胜诉效果相同，依据第 25 条则起诉的限制条件更多。故直接依据第 24 条即可，无需借助第 25 条提起代位权诉讼。

4.1.2. 代位主张承包人的其他债权

当实际施工人代位主张承包人的其他债权时，将无法依据第 24 条，只能依据第 25 条，但是在民法典下，也无需以第 25 条作为请求权基础。

如前所述，民法典扩大了代位权的适用范围，实际施工人在主张该权利时，直接依据《民法典》第 535 条及第 468 条即可；相应的，法院也无需再援引第 25 条进行裁判。

总而言之，无论是主张工程款债权，还是其他债权，《法释(二)》第 25 条均无需再作为实际施工人向发包人主张权利的诉权基础和法院裁判依据。

4.2. 第24条

最高人民法院出于加强农民工权益保护的目，允许实际施工人突破不当得利之债的相对性，直接以发包人为被告主张其欠付的工程款。民法典并未吸纳实际施工人的此项权利，但该规定在短时间内取消的可能性也不大。随着合同法等法律将被废止，《法释(二)》能否继续沿用存疑。故在接下来的民法典修订之时，建议吸纳该项规定，或者在与法律具有同等效力的解释中加以规定，以赋予实际施工人主张权利的正当权源。

5. 结语

《法释(二)》第24、25条系针对当下存在的从事建筑业的大量农民工由于非法转包和违法分包而造成无法得到工资的问题，所采取的特殊规定，带有很强的时代性和政策性。民法典对实际施工人相关内容只字未提，也未对包括建设工程施工合同司法解释在内的民商事领域司法解释的命运作出安排。本文对实际施工人起诉发包人的诉权基础进行探讨，以期对将来的法律适用有所裨益。

参考文献

- [1] 最高人民法院民事审判第一庭, 编. 民事审判指导与参考[M]. 北京: 人民法院出版社, 2015.
- [2] 王泽鉴. 债法原理[M]. 北京: 北京大学出版社, 2013.
- [3] 人民法院出版社法规编辑中心, 编. 建设工程施工合同司法解释及司法观点全编[M]. 北京: 人民法院出版社, 2019.
- [4] 邹婷婷. 实际施工人向发包人追索工程款的权利解析[J]. 人民司法, 2013(9): 40-43.
- [5] 王利明. 论合同的相对性[J]. 中国法学, 1996(4): 63-73.
- [6] 袁明圣. 司法解释“立法化”现象探微[J]. 法商研究, 2003(2): 3-12.
- [7] 薛军. 民法典编纂如何对待司法解释[J]. 中国法律评论, 2015(4): 48-52.