

指定分包模式下的建筑工程价款优先受偿权行使

——以专业承包人为视角

□刘波

当前关于指定分包模式的探讨多集中于指定分包合同效力的浅析或实施指定分包模式下的工程管理及财务管理方向，对于指定分包模式下指定分包人是否享有建筑工程价款优先受偿权，学界几乎未涉及，但明确指定分包人的法律性质进而明确其是适格的优先受偿权权利主体，不仅是维护指定分包人权益的重要保障，更是正确理解适用优先权的应有之义。

指定分包概述

指定分包内涵界定

虽指定分包在建设领域盛行已久，但遗憾的是我国现行法律、行政法规并无明确的规定，仅散见于个别管理职能部门的类似否定的相关规定，国内学界对于指定分包定义亦无定论，均为零散讨论。不同学者从不同角度给出答案，有认为指定分包是指“业主……往往将项目的部分专业工程指定某个或几个专业分包单位实施，如智能化、电梯、防水等工程，由此在建设过程中出现了业主指定专业分包的情形”；有认为指定分包商是“由业主或工程师指定、选定，完成某项特定工作内容并与承包商签订分包合同的分包商”；有认为是“建设工程的总承包人将承包工程中的部分工程交由发包人指定的分包人完成。”细析上述具有代表性的观点后，笔者认为目前对于指定分包的定义均有割裂发包人、总承包人、指定分包人三方联系之嫌，在结合指定分包实践和学者研究的基础上，笔者尝试将我国现行的指定分包模式内涵界定为：发包人将工程发包给具备总包资质的总承包人之时或之后，发包人与指定的专业分包人就总包范围内的特定分包工程有签订分包协议的合意，但最终让总承包人以自己名义就分包工程与指定的专业分包人签订分包协议的模式，由特定分包人实施前述范围内工程的模式。

指定分包模式在我国现行法律框架下的法律性质

基于前述定义，指定分包的隐名代理的法律性质呼之欲出。所谓隐名代理是指“代理人虽未以本人之名义为法律行为，但实际上有代理之意思、且为相对人所明知或可得而知者，亦得发生代理之效果”。代理人不披露被代理人，甚至不表明自己代理人的身份，而被代理人相对于第三人而言处于隐名状态。

隐名代理制度并非我国原创，而是源于英美法的舶来品。英美法学界关于隐名代理的通说认为，只要符合“①代理人取得了被代理人的许可，并以此作为权利依据从事相关行为；②代理人的行为没有超出被代理人的许可范围；③第三人知晓与自己进行法律活动的人并非实际履行合同的当事人，也并未为自己的利益行事”三个要件，英美法体系下都将由被代理人来承担法律行为的后果。而根据《中华人民共和国合同法》（以下简称“《合同法》”）第四百零二条规定“受托人以自己的名义，在委托人的授权范围内与第三人订立的合同，第三人在订立合同时知道受托人与委托人之间的代理关系的，该合同直接约束委托人和第三人，但有确切证据证明该合同只约束受托人和第三人的除外”。可知我国目前的隐名代理构成要件为：①代理人以自己的名义与第三人订立合同；②代理人是在被代理人的授权范围内实施；③第三人在订立合同时就知道代理人与被代理人之间存在代理关系；④无确切证据证明代理人与第三人订立的合同只约束代理人与第三人。

基于笔者对于指定分包模式的定义，将指定分包法律性质界定为隐名代理有据可依：外部形式上总承包人以自己的名义与指定分包人订立合同，且对于指定的分包人，总承包人是在发包人关于指定分包涉及的特定分包工程范围内亦即发包人的授权范围内，代理发包人而与分包人签订分包合同；而对于代理关系的知情，指定分包人在与总承包人签订分包合同时，显然对被代理人即发包人与代理人即总承包人之间的代理关系知情。原因很简单，溯回到意思表示层面，作为被指定的分包人的专业承包本身即是与发包人达成的关于特定范围内的施工活动达成合意，仅是囿于某些特定情况而不得与代理人即总承包人签订分包合同，实践中主要是缘于具备专业工程部分资质的总承包人有权自行实施专业部分的工程内容。

其中稍有争议的是关于《合同法》中的隐名代理的要件四“无确切证据证明代理人与第三人订立的合同只约束代理人与第三人”部分。《房屋建筑和市政基础设施工程施工分包管理办法》（以下简称“《分包管理办法》”）中，第七条关于“建设单位不得直接指定专业分包工程承包人”的规定是否属于总承包人与指定分包人签订的分包协议只约束总承包人和分包人的“证据”。答案是肯定的，原因有二，一是从证据角度出发，《分

包管理办法》的禁止性规定与待证事实不具备关联性。证据的“关联性”是指“就要证事实具有可推测其存在或不存在的可能的关系。”《合同法》第四百零二条涉及的待证事实为总承包人与指定分包人是受合同相对性约束，所谓相对性是指“合同的效力原则上仅仅及于合同当事人各方，第三人既不享有合同项下的权利，也不承担合同项下的义务。”但《分包管理办法》第七条规定仅对发包人指定专业分包人做原则上的禁止性规定，并未正面回答如若发包人未遵守而实际指定了专业分包人签订的合同效力问题，更遑论合同相对性问题。因此，该条规定并不能作为证据证明指定分包模式下的分包合同仅对总承包人与指定分包人有约束力；二是从立法本意出发，《合同法》第四百零二条是关于举证责任的分配，而非针对行为本身合规与否的阐释。该条主要是明确是否构成隐名代理发生争议时双方的举证责任，即：代理人未以被代理人的名义时，由主张构成的一方就第三人知道代理关系承担举证责任，否则应当承担败诉的风险，而另一方则可以援引“有确切证据证明该合同只约束受托人和第三人的除外”的但书，通过举证证明行为没有代理意思，来推翻直接代理的法律效果，该举证责任的核心在于判断行为人是否有代理意思，但《分包管理办法》第七条仅是从应然角度出发，指出发包人指定分包人扰乱市场规范行为的不合规状态。

可见，指定分包模式符合隐名代理的构成要件，将其定性为由代理人（总承包人）代理被代理人（发包人）与第三人（指定分包人）签订分包合同、被代理人（发包人）相对于第三人（指定分包人）而言处于隐名状态、但第三人（指定分包人）明显对该代理链条关系知情的隐名代理行为，并无不妥，且有利于厘清当前三方主体的权利义务混乱不清的状态，维护各方利益，维护建筑市场的稳定。

指定分包模式下指定分包人属于建筑工程价款优先受偿权权利主体

随着工程建设领域的蓬勃发展，保护农民工权益的诉求应运而生。从这个初衷出发，我国创设性地提出了建筑工程价款优先受偿权制度，我国《合同法》第二百八十六条、《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）》（以下简称“《建设工程司法解释一》”）《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“《建设工程司法解释二》”）及最高法的系列批复将建筑工程价款优先受偿权纳入法制化道路，不仅让建设工程的各方参与者有了维护自身权益的利器，也方便裁判者把握尺度，是一项有利于定纷止争的制度。关于该优先权的性质，自其产生之日便有着巨大的争议。目前学界通说有三种观

点，一种以江平教授为代表的留置权说，一种是以梁慧星教授为代表的法定抵押权说，第三种认为是法定优先权。三种观点各有其优劣，笔者赞同第三种法定优先权之说，由于本部分主要探究指定分包人是否享有优先权，与优先权的性质关联并不多，因此此处不展开阐述。

对于指定分包人是否是建筑工程价款优先受偿权的适格主体，笔者认为答案是肯定的：作为隐名代理的第三人，指定分包人取得发包人承包地位，有行使优先权。

《合同法》第二百八十六条规定优先权主体为承包人，但对于“承包人”的内涵，学界亦多有争议，有认为“优先受偿权仅仅针对施工合同，而不包括勘察、设计合同。”排除了勘察人、设计人，有认为“对该建设工程的增值具有贡献的主体均可成为主体，甚至‘包括勘察人、设计人、发承包方雇请的建造师、建筑工人、材料供应商、总承包商、分包商、提供资金用于清偿工程债务的出借方等’，但无论哪种观点对于与发包人签订施工合同的承包人是优先权权利主体应属于通说共识，且2019年2月1日起施行的《建设工程司法解释二》第十七条‘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。’佐证了这点。

而根据前述分析，笔者认为指定分包人属于隐名代理链条上的第三人，根据《合同法》第四百零二条规定，隐名代理一旦成立，其法律后果是代理人与第三人签订的合同直接约束委托人和第三人。其本质是隐名代理向直接代理的转化，对应指定分包模式，即总承包人与指定分包人签订的分包协议直接约束发包人与指定分包人，即分包协议的实际履约主体是发包人，指定分包人由此取得发包人发包的关于指定分包工程的实际承包地位，该指定工程范围通常属于专业度较高如装饰装修工程等。由此可知，指定分包人是适格的优先权权利主体，诉求优先权是会得到裁判者的支持。

指定分包模式下的优先权行使

在明确指定分包模式的法律性质属于隐名代理、指定分包人取得承包人地位的前提下，从指定分包人视角而言，最值得关注的莫过于如何拿起优先权的武器维护自身合法权益。目前工程实践中，优先权存在的问题纷繁复杂，一一列举并不现实，本文仅从装饰装修指定分包人如何正确适用《建设工程司法解释二》第十八条予以分析。

该条规定明确装饰装修工程的承包人行使优先受偿权的前提条件为发承包人是该建筑物的所有权人。该条看似设置了不合理的“门槛”，但结合优先权的设立初衷及装饰装修的工程实践，便很好理解。一方面，建设工程优先权是为解决作为发包人的房地产开发商工程款拖欠问题而诞生的，主要是为了农民工的生存权益，因此优先权的义务主体是发包人。但在装饰装修工程实践中，一般情况下由总承包人再行发包给装饰装修分包单位，此时“发包人”其实是总承包人，此时向总承包人行使优先权并不能从根本上解决问题，不能发挥出优先权突破债的相对性的优势，与立法本意不符。但作为发包人指定的装饰装修分包人，其实并不属于该情形，原因在于基于隐名代理原理，其合同相对方实际上为发包人，而非名义上与已签订合同的总承包人，因此并不受此条限制。当然，指定分包人也要排除发承包人身无产权，如发承包租赁、代建等情形。

结语

指定分包模式对于国内建设工程市场专业化程度大有裨益，有利于提升发包人与分包人细化合作的水平，盘活建筑市场的活力。但我国的指定分包模式尚未取得合法地位，导致企业实践中指定分包模式五花八门，各方权利与义务混乱，使得作为指定分包人的专业分包人由此取得发包人发包的关于指定分包工程的实际承包地位，该指定工程范围通常属于专业度较高如装饰装修工程等。由此可知，指定分包人是适格的优先权权利主体，诉求优先权是会得到裁判者的支持。（作者单位：苏州金螳螂建筑装饰股份有限公司）

建筑法苑

主编：何梦吉 孙贤程
 本报建设法律
 咨询服务工作室

联系电话：021-63212799
 传真：021-63210873
 地址：上海漕河泾路538号18楼
 邮编：200433
 E-mail: sunxiancheng@sina.com
 联系人：何梦吉 孙贤程
 手机：18616259529 13817068164

一道保障弱勢群体的“护身符”

——解读《保障农民工工资支付条例》

□曹水

备受各方关注的《保障农民工工资支付条例》（以下简称《条例》）终于在这个新冠疫情尚未完全解除的情况下，由国务院于2020年5月1日正式发布实施。这是自出现农民工身影以来，国家高级别的对农民工群体的保护，不论在中国农民历史上，还是近现代和当代农民转型发展过程中，都具有里程碑意义。

《条例》全文共七章六十四条，分别从适用范围和重点规范内容、明确政府责任、关于拖欠农民工工资清偿的责任主体、建设领域工程款拖欠导致欠薪的预防、建设领域用工及工资支付规范、关于加强监督检查、关于欠薪行为的惩戒等七个方面，基本构建了利用不良借口拖欠农民工工资发放的保护网。作为一名长期从事劳务管理的基层工作者，就个人对《条例》九个方面解读，浅谈下个人不成熟见解，不到之处，还请主管部门、资深专家和同行批评指正。

如何理解第二条“本条例所称工资，是指农民工为用人单位提供劳动后应当获得的劳动报酬”？劳动报酬是指劳动者付出体力或脑力劳动所得的对价，体现的是劳动者创造的社会价值。我们以前在各类文件和地方性出台的法规中，经常出现的是农民工工资，这次《条例》明确规定了是劳动报酬，说明将农民工创造的价值范围扩大了，应该包括货币、实物和社会保险三部分，也就是说不仅仅包括了农民工工资，有的农民工在实际工作中的加班费用、奖金，或则脑力劳动取得的奖励等，都应该归属到劳动报酬

范畴。弄清了这个问题，我们就能够在日常工作中区别农民工工资和劳动报酬的概念差别，不会陷入以工资代报酬的误区。

如何理解第六条“用人单位实行农民工劳动用工实名制管理，与招用的农民工书面约定或则通过依法制定的规章制度规定工资支付标准、支付时间、支付方式等内容”？我们之前有一个惯性思维，即与招用的农民工书面约定的版本就是国家统一制定的《劳动合同法》，本次《条例》载明书面约定，就表明只要书面约定内容符合依法制定的规章制度规定，并且要约定好工资支付标准、支付时间、支付方式等重要内容，当然也要遵守《劳动合同法》相关条款。这里我们就不得不提到社会保险缴纳问题，现实工作中，广大农民工因为有了新农合，在很多城市社保部门是无法兼容的，对于这块社会保障，有的用人单位采取书面约定，将应该缴纳的社保由于无法缴纳到工资中，有的则办理了商业团体险。针对这块真空，还是建议用人单位采取书面约定和购买团体保险相结合的方式解决，等到国家相关社会保障制度完善后再根据新情况予以调整。关于实名制管理，目前国家已经发布和实施了实名制数据采集标准，各地都在贯彻落实当中，这无疑将从一定程度上有效拦截不法企业和个人欠薪和欠薪行为。

第十条“被拖欠工资的农民工有权依法投诉，或则申请劳动争议调解仲裁和提起诉讼”。任何公民都依法享受投诉和法律规定主张的保护权利，

农民工们也不例外。但现实是农民工们在启动或者进入司法程序后，其维权成本过高，特别是进入诉讼程序后，有的判决要在两年左右时间才能最终完结，这不论从哪方面来说，都将农民工置于较为不利境地。所以说希望司法机关能就农民工维权开通绿色通道，加快审理终结，不使农民工们最终赢了官司却损害了切实利益。

第十一条“农民工工资应当以货币形式，通过银行转账或则现金支付给农民工本人，不得以实物或有价证券等其他形式代替”。这一条款明确规定了发放农民工工资的唯一性和排他性，只能以货币形式，通过银行转账或则现金支付工资。以实物或有价证券等作为农民工工资形式发放，在一些小企业和个体作坊中一定是存在的。这个条款的规定，消除了今后农民工工资违规发放形式，具有很强保护作用。但在规模企业中，现金发放很少，大多企业认为现金发放证据或则痕迹不如银行转账，或则因省事减少工作量，这种看法是不对的，尤其是建筑行业，一定时候存在“打突击”现象。工资结结时时常有，少数岁数较大农民工没有银行卡，或则在老家办理的，也有跨行的，取款要收取手续费的。所以说有些时候也要灵活些，尽量满足农民工的实际需求。

第十九条“用人单位将工作任务发包给个人或则不具备合法经营资格的单位，导致拖欠所招用农民工工资的，依照有关法律规定执行”。实践中，要警惕部分企业利用合法身份层层转包的不合法行为，这样层层非法

转包的结果只能导致农民工工资发放失控，很多大企业，由于工程项目过多或则管理不过来，大多采取所谓内部承包方式，导致农民工工资发放风险加大，尽管有实名制约束，但仍有加大农民工工资金额和人员，将利润套出，达到少交或则不交企业和个人所得税的目的，所以说要认真研判内部承包和非法转包、分包的区别，不让非法企业和个人钻空子。

第二十三条“建设单位应当有满足施工所需要的资金安排，没有满足施工所需要的资金安排的，工程建设项目不得开工建设；依法需要办理施工许可的，相关行业工程建设主管部门不予颁发施工许可证”。制约农民工工资发放的一个重要因素就是让各方头疼的工程建设资金不到位，究其原因，一方面建设单位准备不足，仓促上马项目，导致土地审批、资金等存在问题；另一方面也与施工总承包单位急于中标等有关，明明知道是个问题项目，但仍然坚持中标，说穿了，就是希望与建设单位绑在一起，利用农民工问题攫取自身利益。这个问题应该引起相关部门重视，从源头上遏制，不给不良建设单位和企业可乘之机，维护广大农民工切身利益。

第二十四条“建设单位应当向施工单位提供工程款支付担保”。这条政策的出台应该说是为了切实履行建设单位资金保障，确保项目顺利实施和农民工工资安全及时发放，问题是在实际工作中，施工单位往往也有挪用资金情况发生，从而导致劳资纠纷发生。关于这个条款，是不是能建立双

向支付担保，相互制约，从根本上维护项目顺利开展实施，也能确保资金专款专用，至少能为广大农民工们工资发放提高保险系数。

第三十一条“工程建设领域推行分包单位农民工工资委托施工总承包单位代发制度”委托支付不失为保障农民工工资发放保障，但现实工作中，也要警惕总包单位利用农民工专户，套取额外资金，同时，总包单位也要主动与劳务分包企业及时衔接，做好对账工作。我们在日常工作中就遇到这样的问题，总包单位利用农民工专户将资金支付，但没能及时要求分包企业开具票据等，造成劳务分包企业财务回补票据等，给分包和总包企业都带去不必要麻烦。这里还要指出的是，项目专户开设要注明具体到项目，不能笼统到公司，否则会造成一定混乱。

第四十三条“相关行业工程建设主管部门应当依法规范本领域建设市场秩序，对违法发包、转包、违法分包、挂靠等行为进行查处，并对导致拖欠农民工工资的违法行为及时予以制止、纠正”。这是个长期困扰行业行政主管部门的老大难问题，很多时候内部承包方式施工，但其本质就是转包行为，这个承包人（施工班组长）不在企业发放工资，二追溯劳动合同时效也没有等等，都是实质性转包行为，更为可怕的是这个内部承包人再转包，也学与劳务企业样

子，与再次转包人签订所谓内部承包协议，这从根本上说就是肢解施工项目，由此带来的因为成本原因导致的安全质量、劳资纠纷等隐患较大。

通过学习《条例》，让我们充分认识到国家对农民工群体利益的保护是坚定的，地方和企业也要提高意识，真正为这个群体办实事，办好事。在实际工作中，我们也不难看到，仍有些地方保护主义和官僚作风存在，比如说，建设主管部门或则总包单位要求农民工在指定银行开银行账户，难怪的农民工们调侃“银行卡一大把，不知工资哪对哪”，这无疑都加重农民工们不必要的办事成本。还有农民工工资实际发放问题，企业不应钻法律的空子，实事求是地发放工资金额，引导农民工们养成依法纳税的好习惯。再比如一些行业优势总包单位要求劳务分包企业缴纳质保金，如此等等，都需要在今后工作中不断去完善和改正。同样作为新时代农民工和即将转型的产业工人，也要紧跟时代步伐，抓住国家保护机遇，尽快适应现代产业发展要求，不断学习新知识，改变旧有思维，只有这样才能在日趋激烈竞争环境下练就过硬本领，最大限度保障自己合法权益不受侵害。要加强法律意识，学法、知法、守法，让这个为促进国家建设的群体不断实现质的飞跃。

我们期盼《条例》在今后实施过程中，不断改进、完善，最终实现立法，把维护这个群体的“护身符”做得更牢固、更健全。（作者单位：安徽水安建设集团有限公司）