

建设工程价款优先受偿权权利主体问题争议评议

□金悦

包人存在直接的施工合同关系,实际施工人因与发\\包人不具有直接合同关系,而被排除在建设\\工程价款优先受偿权的主体之外。随后出版的《建设工程司法解释二》理解与适用中,更是进一步阐明了实际施工人不享有建设工程价款优先受偿权的官方观点。至此,建设工程价款优先受偿权的权利主体问题似乎已经尘埃落定,但对该问题的分析和争议,并没有因此停止。

首先,从实际施工人的分类来看,不但有司法解释明确界定身份的违法转包、分包的实际施工人,实践中还存在挂靠型实际施工人。第一类实际施工人因与发\\包人之间无直接合同关系,虽然可以依据《建设工程司法解释二》第二十四条的规定,突破合同相对性起诉发\\包人,但也仅享有向发\\包人主张其欠付工程款范围内的工程价款请求权,第二类挂靠型实际施工人,最高人民法院有判例认为不能直接依据《建设工程司法解释二》第二十四条起诉发\\包人。于是这类实际施工人实践中有的以被挂靠单位名义起诉发\\包人,也有的作为有独立请求权第三人提出工程款诉讼请求。在挂靠施工的情形下,实际又分为两种情况。一种是发\\包人并不知悉挂靠事实的情况下,实际施工人以被挂靠单位名义承揽工程,亦以被挂靠单位名义履行合同,被挂靠单位虽不履行施工义务,但有接收中转工程价款等参与行为;另一种是实际施工人与发\\包人事先接洽承揽工程,只是借用被挂靠单位资质,以被挂靠单位名义签订并履行建设工程施工合同,在整个建设工程施工合同履行过程中,被挂靠单位没有任何参与行为。司法实践中,已有判例认定,如果借用资质的实际施工人和发\\包人形成事实上的合同关系,则实际施工人可直接向发\\包人主张工程价款。《建设工程司法解释二》的理解与适用一书中,在对第二十四条进行分析的时候,也提出“虽然缺乏合法性效力要件,但借用资质的实际施工人与发\\包人……就建设特定工程而相互设定权利义务形成了合意,只是双方形成的意思表示违反了法律、行政法规的强制性规定,故不能得到法律认可的后果,不产生合同效力,但仍要产生《合同法》上的效力,即借用资质的实际施工人与发\\包人之间

就建设工程施工合同之标的产生了实质性的法律关系。……双方当事人围绕合同订立、履行建设工程施工合同而形成一系列法律关系,双方当事人之间会基于这些法律关系产生债法上的请求权……在建设工程质量合格的情况下,实际施工人直接向发\\包人请求参照合同约定支付工程价款,有法律和法理依据”。上述观点对借用资质并实际与发\\包人形成实质意义上建设工程施工合同法律关系的挂靠型实际施工人,得以直接向发\\包人提出主张进行了理论阐明,也为这类实际施工人向发\\包人主张工程款优先受偿权提供了理论依据。

审判实践中,经常出现出借资质的承包人怠于向发\\包人主张建设工程价款优先受偿权的现象,实际施工人的工程款权益往往会受到实质性损害。从保护实际施工人权益的价值取向出发,笔者赞成借用资质的实际施工人与明知挂靠事实的发\\包人之间存在事实合同关系这一观点。而以此观点为出发点,对于这一类借用资质挂靠型实际施工人,能否向发\\包人主张工程款优先受偿,尚有待司法实践进一步探索。

债权受让人能否行使工程价款优先受偿权

目前的主流观点认为,承包人享有的建设工程款债权不属于《合同法》规定不可转让之债权,除非承包人和发\\包人约定不得转让工程款债权,否则应当允许债权转让,便于承包人尽快实现债权。但在承包人转让工程款债权的情况下,债权受让人是否同时受让优先受偿权,实践中也存在不同的判例。赞同的观点认为,优先受偿权是依附于所建工程而存在的权利,属于工程价款债权的从权利,具有一定的追及效力,其功能是担保工程款优先支付。建设工程承包人转让其在施工中所形成的债权,受让人基于债权转让而取得工程款债权,因而其应当享有该工程款的优先受偿权。即使被担保的工程发生转让,也不影响承包人优先受偿权的行使。最高人民法院(2019)最高法民终519号民事判决书认为“工程款债权本质上是可流通转让的财产权,建设工程价款优先受偿权具有附属工程款债权的担保权利。……主债权转让,担保权利应一并依法转让。”这种观点的价

值在于,允许建设工程价款优先受偿权随主债权一并转让,有利于加速主债权人通过流转的方式实现权利,从根本上实现建设工程价款优先受偿权设立的目的,保障工程款债权人的利益。

反对的观点则认为,“建设工程价款优先受偿权是基于承包人作为‘承包人’这一身份属性所获得的专属性的从权利,具有人身依附性。承包人将建设工程价款债权转让,建设工程价款的优先受偿权消灭。”相应地有(2019)最高法民申3349号民事裁定,认为“债权转让属于当事人意思自治范畴,债权人转让权利的,从权利随之转让,但专属于债权人自身的除外。建设工程价款优先受偿权为法定优先权,其设立初衷意在通过保护承包人的建设工程价款债权进而确保承包工人的工资权益得以实现,专属于承包人。当承包人的债权转让后,该优先受偿权背后所保护的建筑工人的工资权益已经消失了,因此,该优先受偿权随其法益的丧失而消灭。”

笔者认为,优先受偿权不属于《合同法》第七十九条规定不得转让的债权。该权利的所谓专属性,也并非最高人民法院于适用《中华人民共和国合同法》若干问题的解释(一)第十二条规定的依附于人身关系的特殊权益。从优先受偿权制度立法目的来说,其成为法定优先权的制度出发点就是保障施工主体获得投入费用的清偿,该权利来源则施工主体对工程的材料、人工、机械等实际投入。

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:上海营口路588号18楼
邮 编:200433
E-mail:652016115@qq.com
联系人:何梦吉 孙贤程
手 机:18616259529 13817068164

分包合同的承包人,不得扩大范围和滥用实际施工人身份炮制诉讼。比如,最高人民法院(2019)最高法民申5594号民事裁定(乐殿平诉四海公司案)已经作出裁判,认定劳务班组是受雇佣从事劳务的人员,并非法律意义上的实际施工人。笔者认为应当将适用24条的实际施工人限定为:提供了人力、主要材料、大型机械设备,替代承包人履行建设工程施工合同的人员。

严守承包链条上的合同相对性

1.尊重承包链条上每个环节的合同相对性,对于“发\\包人在欠付工程款范围内承担举证”,应当理解为合同项下权利义务清结后的最终“欠付”数额,既包括发\\包人的期限利益,也包括互负债务的抵销利益,不得打乱正常的施工合同关系和利益安排。

2.应当对发\\包人和承包人进行释明,指导双方尽快进行结算,如果无法达成结算,可通过另诉的情况解决。

3.实际施工人与发\\包人在施工中直接建立联系的,双方协商进行的变更,未经承包人同意的,对承包人不发生约束力。

4.未经承包人授权,发\\包人直接向实际施工人支付工程款,给承包人造成损失的,应当赔偿承包人损失,但是为了承包入利益的除外。

合理确定举证责任

实际施工人应当提出初步证据证明发\\包人尚欠工程款,否则应当驳回实际施工人的诉讼请求。实际施工人在起诉的时候应尽量写明发\\包人欠付数额,提供计算方法。发\\包人反驳不欠工程款的,应当对反驳的事实承担举证责任。因发\\包人未完成举证责任查不清具体数额时,推定实际施工人的诉讼请求成立,发\\包人在实际施工人诉请的范围内承担责任。承包人应承担辅助举证义务,承包人承认发\\包人结算完毕的应出具承诺书,保证不再向发\\包人主张权利。

寻求替代性解决方案,提倡代位权诉讼

从法定构成要件上看,实际施工人突破合同相对性起诉发\\包人的诉讼与代位权诉讼构成竞合和关系。因为承包人只是将工程转让给第三人施工,利益仅限于少量的管理费,尤其在“背靠背”条款时,更是怠于向发\\包人主张工程款。《建设工程司法解释二》第25条引入代位权制度,规定实际施工人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。以笔者理解,此条是给实际施工人提供了另一种更符合法理的请求权基础,引导实际施工人用代位权诉讼来保护自己的权利,殊值赞同。

综上所述,《建设工程司法解释二》24条是对既有司法解释的改良,只是权宜之计,唯有严守商事合同的相对性原则,通过民事裁判的指引作用,促使建设工程合同主体自律重契约精神,规范法律行为,才是解决司法困境、保障建筑市场健康发展的根本路径。(作者单位:河南省高级人民法院民事审判第四庭)

这些实际投入本身亦不存在人身依附性和专属性。当承包人通过转让工程款债权实现上述投入,受让人已经作为承包人该权利的实现了支付了对价,优先受偿权的价值已经在承包人身上实现。此外,建设工程价款优先受偿权与工程款债权的一并转让,既不增加发\\包人的负担,也并不损害发\\包人其他债权人的利益。债权转让后,相应其他权益转移至受让人并无事实和法律上的障碍。

同理,如果工程价款优先受偿权不宜认定具有依附于承包人人身的专属性质,那么当实际施工人依据《建设工程司法解释二》第25条提起代位权诉讼时,亦可以代位行使优先受偿权。在未实际

履行合同的承包人怠于行使诉权时,实际施工人可代位诉讼的事实基础在于,在转包、违法分包和借用资质等施工合同中,实际施工人在工程建设已经实际投入人材机成本,因合同无效可请求折价补偿。虽然合同无效,但权利本身应为合法债权,且代位之诉中实际施工人行使优先受偿权的理由较之与案涉工程没有直接关联的债权受让人,更具有正当性。

结语

理论而言,建设工程价款优先受偿权的性质认定,对实践中行使该权利有着重要的影响。而从实践角度来说,运行一项法律制度的最终目的,还是实现其立法价值,维护社会健康有序发展。在办理建设工程价款优先受偿权案件中,个人认为,应当以价值取向为导向,以个案的具体证据反映的客观事实为依据,准确适用法律,平衡各方利益,实现社会效果与法律效果的统一。(作者单位:河南省高级人民法院民事审判第四庭)

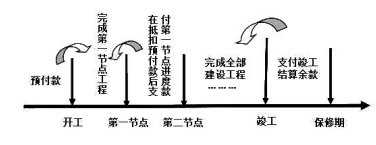
建设工期与工程造价的关系

□张正勤

建设工程施工合同是有履行顺序的双务合同

由于建设工程的周期较长,在实务中,往往会采用支付预付款和进度款的方式缓解承包人资金的压力。若存在“预付款”的,则在之后的几期的“进度款”中,发\\包人会将该“预付款”抵扣完毕;若不存在“预付款”的,则当承包人完成前一节点工程后,发\\包人按比例支付相应的“进度款”。由此可见,建设工程合同是一种先由承包人“按时保质”完成建设工程,后由发\\包人“按时足额”支付工程款的有履行顺序的双方合同。

鉴于此,无论《合同法》,还是《民法典》,均在《建设工程合同》中规定:先由承包人按时保质完成建设工程,后由发\\包人按时足额支付工程价款,也均在《承揽合同》中也明确规定:先由承揽人完成工作成果,在其交付成果时,定作人履行付款义务。因此,建设工程合同具有“承包人先履行,发\\包人后履行”这一特点。

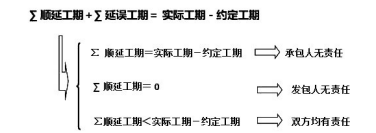


图一:承包人先建设发\\包人后支付过程示意图

承\\包双方确定未按时完成建设工程的责任的方式

若工程未按时完工(即:实际工期大于约定工期),即便是第三人或其他原因造成的,就建设工程合同本身而言,其责任的承担主体不是承包人就是发\\包人。若责任主体是发\\包人,则实务中通常以“顺延工期”来表达;若责任主体是承包人,则实务中通常以“误\\延工期”来表达。因此,从理论上讲,存在以下等式:实际工期-约定工期=\\顺\\延工期+\\误\\延工期。

承包人先“按时保质”完成建设工程,发\\包人后“按时足额”“支付价款”中前者的“时”是指建设工程的“节点工期”和“建设工期”,后者的“时”是指支付建设工程“进度款”和“竣工结算余款”的期间。由于“按时保质”完成建设工程的义务属于承包人,因此,当实际工期大于约定工期时,若承包人不\\能证明存在\\顺\\延工期的,则实际工期与约定工期之差的责任由承包人承担;若承包人能证明\\顺\\延工期之和等于实际工期与约定工期之差的,则实际工期与约定工期之差的责任由发\\包人承担;若承包入仅\\能证明部分\\顺\\延工期的,则发\\包人承担\\顺\\延工期部分的责任,对于其余的工期延长由承包人承担相应责任。



图二:未按时完工责任关系
造价应当包括工程造价和成本造价

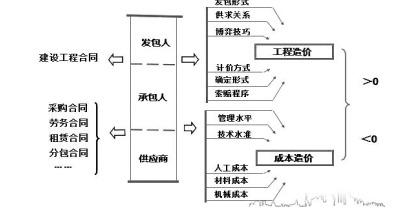
所谓的“工程造价”是由承\\包双方约定的,承\\包人保质完成建设工程后发\\包人应当支付的对价,而承\\包人为了取得工程造价而按时保质完成建设工程所支出的成本之和通常称为“成本造价”。前者是双方经过谈判博弈后形成合意的结果,后者是单方应承担的结果,主要由承\\包人单方的管理水平和技术水准所决定。

当今中国价格体系中,除极少数商品或服务采用政府定价或政府指导价外,其余大多数的价格均属于市场价。而建设工程施工合同中的工程造价不具备属于“关系到国计民生或稀缺垄断等的商品或服务”这一必要条件,且其在程序上也未满足“被列入国家或地方的定价目录”这一充分条件。当今的工程造价(以下用A表示)属于市场价,因此,其最终数额主要由发\\包形式、供求关系、博弈技巧所决定。

由于成本造价(以下用B表示)直接由具体的承包人的技术水平和管理水准所决定。因此,从理论上讲,某一

特定承包人在某一特定期建造某一特定建设工程的成本造价是恒定的

若A-B>0,则承\\包人就赢利;若A-B<0,则承\\包人就亏本。



图三:合同造价与成本造价关系图

建设工期对工程造价的影响

约定工期与实际工期不符对工程造价的影响具体是通过工程造价和成本造价来反映。而这种反映则与工程造价确定形式的不同而有所不同,并且根据\\顺\\延工期和\\误\\误工期的不同,承\\包双方所承担的权利和义务分配亦有所不同。

\\顺\\延工期对工程造价的影响

1.按可调价确定工程造价时的影响

以可调价方式确定工程造价时,通常其调整范围包括对原价格的调整。因此,由于\\顺\\延工期而造成成本造价涨价的因素通常在可调范围内已予以调整完毕。

但是,由于\\顺\\延工期所造成承包人在现场的停工、窝工、倒运、机械设备调迁、材料和构件积压等损失和实际费用,以及由于\\顺\\延工期导致迟于约定时间支付的进度款和竣工结算余款而产生的利息应当由发\\包人承担。

2.按固定价确定工程造价时的影响

除非承\\包双方有约定,否则在通常情况下以固定价方式确定工程造价的,其总价(或单价)是不予调整的。但是,由于\\顺\\延工期造成的成本造价的上涨部分应由发\\包人承担。同时,因\\顺\\延工期而造成承包人在现场的停工、窝工等损失和实际费用以及迟于约定时间支付工程款所产生的相应利息也应当由发\\包人承担。

\\误\\延工期对工程造价的影响

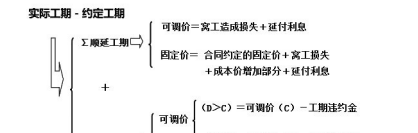
1.按可调价确定工程造价时的影响

如果\\误\\延工期,发\\包人通常在要求承\\包人承担相应工期违约金后仍会按实际工期所计算出的工程造价支付相应款项,由于基于约定工期所计算出的合同造价(以下用C表示)并非等于实际工期与约定工期之差的,则实际工期与约定工期之差的责任由发\\包人承担;若承包入仅\\能证明部分\\误\\延工期的,则发\\包人承担\\误\\延工期部分的责任,对于其余的工期延长由承包人承担相应责任。

根据《民法典》的公平原则以及相关条款的精神,笔者认为:若D>C,发\\包人应当按C支付相应的工程造价;若D<C时,发\\包人应按D支付相应的工程造价。

2.按固定价确定工程造价时的影响

虽然约定工期内完工的成本造价(以下用E表示)并非等于实际工期内完工的成本造价(以下用F表示)。但是,无论F<E,还是F>E,均由承包人自己承担,结果是公平的。因此,如果\\误\\误工期,发\\包人在要求承\\包人承担相应工期违约金后,按固定价款支付是合理的。



图四:工程造价与建设工期的关系图

结语

按约定工期完成建设工程虽然是承\\包双方共同追求的目标,但由于建设工程的不确定性,往往实际工期并非等同于约定工期。因此,研究工期对造价的影响就显得很有必要。事实上,人们往往更注重质量对造价的影响而忽视工期对造价的影响。本文希望能起到抛砖引玉的作用,以期引起众多人对这一问题的关注。

(作者单位:上海东方环发律师事务所)

实际施工人向发\\包人主张欠付责任的法律困境与解决路径

□于跃辉

包人主张权利,是一种有效的权利救济途径,吸引不少\\人滥用实际施工人身份炮制虚假诉讼,谋求不正当利益。例如:劳务班组或者农民工以实际施工人的名义起诉发\\包人;承包人硬拉实际施工人起诉发\\包人,规避与发\\包人的债务抵销,或者躲避债权人执行。

1.判决既判力扩张

在实际施工人起诉发\\包人的案件中,根据第24条之规定,法院必须查明发\\包人欠付承包人工程款的数额,还需在判决书中写明发\\包人在欠付数额范围内承担责任。由于人民法院作出的判决书具有既判力,发\\包人和承\\包人互享主张权利时,只能囿于该裁判结果的约束。

2.侵犯其他\\包人权利

复杂的工程项目,承\\包人会\\将工程分包给多个\\包人。如果实际施工人向发\\包人主张权利,法院需查明各\\包人的工程量以及款项支付情况,如果判决认定事实错误,其他\\包人无\\权上诉。

3.确定举证责任和证明标准困难

实际施工人应当对自己主张的事实承担举证责任,但实际施工人很难对总包合同履行情况举证,导致要加大发\\包人的举证责任,违反了“谁主张、谁举证”的基本原则,举证责任的分担也成为该类诉讼又一难题。

4.总\\包合同与转、分\\包合同权利义务割裂,不同阶段的诉讼会对同一事实作出矛盾的认定,有损司法公信力。例如:总\\包合同与转\\包合同对于计价方式约定不一致,造成转\\包合同工程价款高于总\\包合同工程价款。

解决现实困境的相关建议

建议取消《建设工程司法解释二》24条提上日程

《建设工程司法解释二》第24条的初衷是为了妥善解决农民工欠薪问题,但农民工权益的保护应着重建设规范、法治、健康的建筑市场,而非保护非法的实际施工人。目前国家在各个层面不断探索保障农民工利益的新举措:国务院《农民工工资保护暂行办法》施行;住建部印发《关于培育新时期建筑产业工人队伍的指导意见(征求意见稿)》,明确提出加强农民工工人技能培训、施工现场实名制管理;劳动保障部门与社会各管理部门联动,接受农民工投诉,将拖欠农民工工资的主单位列入“黑名单”,推送至国家信息共享平台,运用行政管理职能查处拖欠农民工工资现象;《刑法》第二百七十六条规定拖欠农民工工资入刑更具威慑力。上述制度强有力的保障了农民工的利益,而司法保护的效果并不显著,造成的负面影响已背离初心。值《民法典》即将生效之际,对与《民法典》法义相冲突的司法解释,也应当作出效力评判。

严格界定实际施工人内涵和外延

《建设工程司法解释二》第24条的适用主体仅限于转\\包合同的承包人和违法分包合同的承包人,不得扩大范围和滥用实际施工人身份炮制诉讼。比如,最高人民法院(2019)最高法民申5594号民事裁定(乐殿平诉四海公司案)已经作出裁判,认定劳务班组是受雇佣从事劳务的人员,并非法律意义上的实际施工人。笔者认为应当将适用24条的实际施工人限定为:提供了人力、主要材料、大型机械设备,替代承包人履行建设工程施工合同的人员。

从法定构成要件上看,实际施工人突破合同相对性起诉发\\包人的诉讼与代位权诉讼构成竞合和关系。因为承包人只是将工程转让给第三人施工,利益仅限于少量的管理费,尤其在“背靠背”条款时,更是怠于向发\\包人主张工程款。《建设工程司法解释二》第25条引入代位权制度,规定实际施工人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。以笔者理解,此条是给实际施工人提供了另一种更符合法理的请求权基础,引导实际施工人用代位权诉讼来保护自己的权利,殊值赞同。

综上所述,《建设工程司法解释二》24条是对既有司法解释的改良,只是权宜之计,唯有严守商事合同的相对性原则,通过民事裁判的指引作用,促使建设工程合同主体自律重契约精神,规范法律行为,才是解决司法困境、保障建筑市场健康发展的根本路径。(作者单位:河南省高级人民法院民事审判第四庭)

合同相对性原理包括合同当事人的相对性,一旦脱离了合同相对性的制约,实际施工人身份的辨识度降低,加之实际施工人的概念也边界不清,所以对实际施工人身份的认定也成为司法界难题。24条规定实际施工人可以直接向发\\包人主张权利,是一种有效的权利救济途径,吸引不少\\人滥用实际施工人身份炮制虚假诉讼,谋求不正当利益。例如:劳务班组或者农民工以实际施工人的名义起诉发\\包人;承包人硬拉实际施工人起诉发\\包人,规避与发\\包人的债务抵销,或者躲避债权人执行。

1.判决既判力扩张

在实际施工人起诉发\\包人的案件中,根据第24条之规定,法院必须查明发\\包人欠付承包人工程款的数额,还需在判决书中写明发\\包人在欠付数额范围内承担责任。由于人民法院作出的判决书具有既判力,发\\包人和承\\包人互享主张权利时,只能囿于该裁判结果的约束。

2.侵犯其他\\包人权利

复杂的工程项目,承\\包人会\\将工程分包给多个\\包人。如果实际施工人向发\\包人主张权利,法院需查明各\\包人的工程量以及款项支付情况,如果判决认定事实错误,其他\\包人无\\权上诉。

3.确定举证责任和证明标准困难

实际施工人应当对自己主张的事实承担举证责任,但实际施工人很难对总包合同履行情况举证,导致要加大发\\包人的举证责任,违反了“谁主张、谁举证”的基本原则,举证责任的分担也成为该类诉讼又一难题。

4.总\\包合同与转、分\\包合同权利义务割裂,不同阶段的诉讼会对同一事实作出矛盾的认定,有损司法公信力。例如:总\\包合同与转\\包合同对于计价方式约定不一致,造成转\\包合同工程价款高于总\\包合同工程价款。

解决现实困境的相关建议

建议取消《建设工程司法解释二》24条提上日程

《建设工程司法解释二》第24条的初衷是为了妥善解决农民工欠薪问题,但农民工权益的保护应着重建设规范、法治、健康的建筑市场,而非保护非法的实际施工人。目前国家在各个层面不断探索保障农民工利益的新举措:国务院《农民工工资保护暂行办法》施行;住建部印发《关于培育新时期建筑产业工人队伍的指导意见(征求意见稿)》,明确提出加强农民工工人技能培训、施工现场实名制管理;劳动保障部门与社会各管理部门联动,接受农民工投诉,将拖欠农民工工资的主单位列入“黑名单”,推送至国家信息共享平台,运用行政管理职能查处拖欠农民工工资现象;《刑法》第二百七十六条规定拖欠农民工工资入刑更具威慑力。上述制度强有力的保障了农民工的利益,而司法保护的效果并不显著,造成的负面影响已背离初心。值《民法典》即将生效之际,对与《民法典》法义相冲突的司法解释,也应当作出效力评判。

严格界定实际施工人内涵和外延

《建设工程司法解释二》第24条的适用主体仅限于转\\包合同的承包人和违法分包合同的承包人,不得扩大范围和滥用实际施工人身份炮制诉讼。比如,最高人民法院(2019)最高法民申5594号民事裁定(乐殿平诉四海公司案)已经作出裁判,认定劳务班组是受雇佣从事劳务的人员,并非法律意义上的实际施工人。笔者认为应当将适用24条的实际施工人限定为:提供了人力、主要材料、大型机械设备,替代承包人履行建设工程施工合同的人员。

从法定构成要件上看,实际施工人突破合同相对性起诉发\\包人的诉讼与代位权诉讼构成竞合和关系。因为承包人只是将工程转让给第三人施工,利益仅限于少量的管理费,尤其在“背靠背”条款时,更是怠于向发\\包人主张工程款。《建设工程司法解释二》第25条引入代位权制度,规定实际施工人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。以笔者理解,此条是给实际施工人提供了另一种更符合法理的请求权基础,引导实际施工人用代位权诉讼来保护自己的权利,殊值赞同。

综上所述,《建设工程司法解释二》24条是对既有司法解释的改良,只是权宜之计,唯有严守商事合同的相对性原则,通过民事裁判的指引作用,促使建设工程合同主体自律重契约精神,规范法律行为,才是解决司法困境、保障建筑市场健康发展的根本路径。(作者单位:河南省高级人民法院民事审判第四庭)

合同相对性原理包括合同当事人的相对性,一旦脱离了合同相对性的制约,实际施工人身份的辨识度降低,加之实际施工人的概念也边界不清,所以对实际施工人身份的认定也成为司法界难题。24条规定实际施工人可以直接向发\\包人主张权利,是一种有效的权利救济途径,吸引不少\\人滥用实际施工人身份炮制虚假诉讼,谋求不正当利益。例如:劳务班组或者农民工以实际施工人的名义起诉发\\包人;承包人硬拉实际施工人起诉发\\包人,规避与发\\包人的债务抵销,或者躲避债权人执行。

1.判决既判力扩张

在实际施工人起诉发\\包人的案件中,根据第24条之规定,法院必须查明发\\包人欠付承包人工程款的数额,还需在判决书中写明发\\包人在欠付数额范围内承担责任。由于人民法院作出的判决书具有既判力,发\\包人和承\\包人互享主张权利时,只能囿于该裁判结果的约束。

2.侵犯其他\\包人权利

复杂的工程项目,承\\包人会\\将工程分包给多个\\包人。如果实际施工人向发\\包人主张权利,法院需查明各\\包人的工程量以及款项支付情况,如果判决认定事实错误,其他\\包人无\\权上诉。

3.确定举证责任和证明标准困难

实际施工人应当对自己主张的事实承担举证责任,但实际施工人很难对总包合同履行情况举证,导致要加大发\\包人的举证责任,违反了“谁主张、谁举证”的基本原则,举证责任的分担也成为该类诉讼又一难题。

4.总\\包合同与转、分\\包合同权利义务割裂,不同阶段的诉讼会对同一事实作出矛盾的认定,有损司法公信力。例如:总\\包合同与转\\包合同对于计价方式约定不一致,造成转\\包合同工程价款高于总\\包合同工程价款。

解决现实困境的相关建议

建议取消《建设工程司法解释二》24条提上日程

《建设工程司法解释二》第24条的初衷是为了妥善解决农民工欠薪问题,但农民工权益的保护应着重建设规范、法治、健康的建筑市场,而非保护非法的实际施工人。目前国家在各个层面不断探索保障农民工利益的新举措:国务院《农民工工资保护暂行办法》施行;住建部印发《关于培育新时期建筑产业工人队伍的指导意见(征求意见稿)》,明确提出加强农民工工人技能培训、施工现场实名制管理;劳动保障部门与社会各管理部门联动,接受农民工投诉,将拖欠农民工工资的主单位列入“黑名单”,推送至国家信息共享平台,运用行政管理职能查处拖欠农民工工资现象;《刑法》第二百七十六条规定拖欠农民工工资入刑更具威慑力。上述制度强有力的保障了农民工的利益,而司法保护的效果并不显著,造成的负面影响已背离初心。值《民法典》即将生效之际,对与《民法典》法义相冲突的司法解释,也应当作出效力评判。

严格界定实际施工人内涵和外延

《建设工程司法解释二》第24条的适用主体仅限于转\\包合同的承包人和违法分包合同的承包人,不得扩大范围和滥用实际施工人身份炮制诉讼。比如,最高人民法院(2019)最高法民申5594号民事裁定(乐殿平诉四海公司案)已经作出裁判,认定劳务班组是受雇佣从事劳务的人员,并非法律意义上的实际施工人。笔者认为应当将适用24条的实际施工人限定为:提供了人力、主要材料、大型机械设备,替代承包人履行建设工程施工合同的人员。

从法定构成要件上看,实际施工人突破合同相对性起诉发\\包人的诉讼与代位权诉讼构成竞合和关系。因为承包人只是将工程转让给第三人施工,利益仅限于少量的管理费,尤其在“背靠背”条款时,更是怠于向发\\包人主张工程款。《建设工程司法解释二》第25条引入代位权制度,规定实际施工人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。以笔者理解,此条是给实际施工人提供了另一种更符合法理的请求权基础,引导实际施工人用代位权诉讼来保护自己的权利,殊值赞同。

综上所述,《建设工程司法解释二》24条是对既有司法解释的改良,只是权宜之计,唯有严守商事合同的相对性原则,通过民事裁判的指引作用,促使建设工程合同主体自律重契约精神,规范法律行为,才是解决司法困境、保障建筑市场健康发展的根本路径。(作者单位:河南省高级人民法院民事审判第四庭)

合同相对性原理包括合同当事人的相对性,一旦脱离了合同相对性的制约,实际施工人身份的辨识度降低,加之实际施工人的概念也边界不清,所以对实际施工人身份的认定也成为司法界难题。24条规定实际施工人可以直接向发\\包人主张权利,是一种有效的权利救济途径,吸引不少\\人滥用实际施工人身份炮制虚假诉讼,谋求不正当利益。例如:劳务班组或者农民工以实际施工人的名义起诉发\\包人;承包人硬拉实际施工人起诉发\\包人,规避与发\\包人的债务抵销,或者躲避债权人执行。

1.判决既判力扩张

在实际施工人起诉发\\包人的案件中,根据第24条之规定,法院必须查明发\\包人欠付承包人工程款的数额,还需在判决书中写明发\\包人在欠付数额范围内承担责任。由于人民法院作出的判决书具有既判力,发\\包人和承\\包人互享主张权利时,只能囿于该裁判结果的约束。

2.侵犯其他\\包人权利

复杂的工程项目,承\\包人会\\将工程分包给多个\\包人。如果实际施工人向发\\包人主张权利,法院需查明各\\包人的工程量以及款项支付情况,如果判决认定事实错误,其他\\包人无\\权上诉。

3.确定举证责任和证明标准困难

实际施工人应当对自己主张的事实承担举证责任,但实际施工人很难对总包合同履行情况举证,导致要加大发\\包人的举证责任,违反了“谁主张、谁举证”的基本原则,举证责任的分担也成为该类诉讼又一难题。

4.总\\包合同与转、分\\包合同权利义务割裂,不同阶段的诉讼会对同一事实作出矛盾的认定,有损司法公信力。例如:总\\包合同与转\\包合同对于计价方式约定不一致,造成转\\包合同工程价款高于总\\包合同工程价款。

解决现实困境的相关建议

建议取消《建设工程司法解释二》24条提上日程

《建设工程司法解释二》第24条的初衷是为了妥善解决农民工欠薪问题,但农民工权益的保护应着重建设规范、法治、健康的建筑市场,而非保护非法的实际施工人。目前国家在各个层面不断探索保障农民工利益的新举措:国务院《农民工工资保护暂行办法》施行;住建部印发《关于培育新时期建筑产业工人队伍的指导意见(征求意见稿)》,明确提出加强农民工工人技能培训、施工现场实名制管理;劳动保障部门与社会各管理部门联动,接受农民工投诉,将拖欠农民工工资的主单位列入“黑名单”,推送至国家信息共享平台,运用行政管理职能查处拖欠农民工工资现象;《刑法》第二百七十六条规定拖欠农民工工资入刑更具威慑力。上述制度强有力的保障了