

坚定信心 多措并举“五大专项行动”

助力建企化解当前重大法律风险

□顾增平

近年来，受房地产行业持续低迷、房地产企业暴雷影响，建筑企业面临着持有或经其背书转让的巨额商票到期无法兑付、大量的“工抵房”（以房抵付工程款）无法办理网签备案登记、部分房地产开发企业被法院裁定破产或破产重整、建筑企业的工程款债权及优先受偿权需及时得到确认以及建筑企业被诉案件骤增，债务清偿压力增加，债务危机四伏等重大法律风险。如何化解建筑企业当前所涉的上述重大法律风险，是建筑企业当下共同面临的问题，也亟需建筑企业坚定信心，采取更务实的举措，通过专项行动、以挂图作战的方式，逐一梳理所在企业当前的重大法律风险，逐一化解。笔者将近期在部分建企化解重大法律风险专题会上所作的《坚定信心，多措并举“五大专项行动”助力建企化解当前重大法律风险》专题发言内容整理如下，以期对建筑行业主管部门加强行业指导，建筑行业协会加强行业服务，建筑企业化解当前重大法律风险有所帮助，以共同助力建筑企业早日摆脱当前困境，早日实现转型升级和高质量发展。

一、关于化解未兑付商票法律风险的专项行动

电子商业汇票是指出票人依托电子商业汇票系统，以数据电文形式制作的，委托付款人在指定日期无条件支付确定金额给收款人或者持票人的票据。电子商业汇票分为电子银行承兑汇票和电子商业承兑汇票。其中电子商业承兑汇票由金融机构以外的法人或其他组织承兑，也即本行所称商票。由于商票具有融资成本低，无需资产抵押，不纳入企业银行信贷额度和可背书转让、可贴现等优点，一度成为房地产行业作为支付建筑企业工程款、材料款、人工费的主要工具。经梳理，由于商票具有可背书转让，可贴现的特点，建筑企业接收的商票中，部分商票背书转让给了与其存在业务合作关系的下游分包商、材料商、租赁商等单位，部分商票下游分包商、材料商、租赁商又背书转让给了其下游的合作单位，部分商票流向了专门从事民间贴现业务的单位，部分商票仍为建筑企业持有或为融资需要为其实际控制的关联企业持有。

房地产行业暴雷后，建筑企业持有的或经其背书转让的巨额商票到期无法兑付，建筑企业面临巨大的资金压力和被诉要求承担相应责任的债务危机。自2021年部分房地产企业暴雷以来至目前为止，建筑企业已被判决承担责任且已承担清偿责任的商票案件不在少数，数额巨大。那么，建筑企业如何化解其持有的巨额商票以及被判决且承担清偿责任商票所产生的法律风险呢？建筑企业是依据票据权利提起诉讼，要求承兑人（房地产企业开具的商票，承兑人一般为出票人即房地产开发企业）承担履行给付票据金额的义务，还是基于与房地产开发企业签订并履行的建设工程施工合同关系，要求房地产开发企业继续履行给付工程价款的义务呢。从法律规定来看，建筑企业既可以基于票据权利主张房地产开发企业履行给付票据金额的义务。同时基于商票仅是工程款的一种支付方式，商票到期无法兑付后，实质上建筑企业并未收到相应的工程款，因此建筑企业也可以基于建设工程施工合同关系要求房地产开发企业继续履行给付工程价款的义务。但建筑企业究竟选择何种请求权要求房地产开发企业承担责任，这里最重要要考量的是房地产开发企业当下的境况及将来可能的走向，房地产开发企业由于高杠杆现已暴雷，将来的走向极有可能会被法院裁定破产重整或破产清算。根据《中华人民共和国破产法》及最高人民法院关于建设工程价款优先受偿权的有关规定，房地产开发企业破产重整或破产清算时，一般按破产费用和共益债务、消费者购房债权、建设工程价款优先受偿权、职工劳动债权、欠付社保费用和税款、普通债权的顺序清偿。因此从建筑企业将来实现债权的清偿顺序及清偿比例角度出发，笔者建议建筑企业要坚持选择以基础合同关系即建设工程施工合同关系主张债权，同时要求确认该工程款债权享有建设工程价款优先受偿权。

二、关于化解“工抵房”法律风险的专项行动

何为工抵房？工抵房通常是指房地产开发企业在资金压力大的情形下，欠付建筑企业工程款到期无法支付时，通过与建筑企业协商，将部分商品房抵给建筑企业，抵付工程款。近年来，由于房地产企业暴雷，大多数建筑企业为了保住债权不得已接受了大量的商品房及车位抵付工程款。现在的问题是，建筑企业接受海量工抵房，其权益如何保障？

司法实践中，对工抵房权益问题，一般按以下几种情形处理。1.对债务履行期限届满后，房地产企业以建筑企业自己承包施工项目上的商品房抵付工程款的性质及效力认定，法院一般持肯定态度。法院通常认为，该类以物抵债协议为诺成合同，债权人既可以请求继续履行以物抵债协议，也可以请求恢复履行旧债。通常情况下建筑企业会请求房地产企业履行以商品房抵付工程款。同时，该种情形下，实质是发包人、承包人通过协商折价抵偿实现承包人就案涉项目所享有的建设工程价款优先受偿权，其权利优先于其他债权人（如（2020）最高法民再352号一案观点）。2.对债务履行期限届满后，第三方房地产企业以其他建筑企业承包施工项目上的商品房抵付工程款的性质及效力认定，因会涉及其他项目上可能存在的其他优先债权人如其他项目的承包人、抵押权人等，法院一般相对谨慎。笔者在代理的某建筑企业诉某房地产开发企业及第三方房地产开发

企业履行以房抵债协议时就碰到了上述难点。笔者经过研究最高人民法院《全国法院民商事审判工作会议纪要》（法〔2019〕254号）第44条第三人代物清偿、第71条关于让与担保以及第45条关于债务履行期届满前达成的以物抵债协议的相关规定后，参照履行期限届满前的以物抵债协议类似于以物提供了相应担保和让与担保的规定，我们认为债权人有权请求履行新债且具有现实意义（履行旧债，原房地产开发企业无支付能力），担保及让与担保尚可请求拍卖、变卖价款清偿债务。根据举轻以明重的规则，现第三人愿意以物抵债，就更应可以请求法院确认建筑企业以抵付工程款的商品房拍卖、变卖的价款清偿债务。3.对已签订商品房买卖合同或认购协议的工抵房效力性质如何认定，法院一般会依据当事人的真实意思表示，确认商品房买卖合同或认购协议有效。在时某与景天公司商品房买卖合同一案中，徐州市中级人民法院经审理认为，景天公司与实际施工人蔡某就某欧洲城5号、6号、7号楼及人防建设工程竣工验收并结算后，景天公司与案外人时代公司及蔡某达成的以涉案欧洲城某区商品房冲抵工程款的协议和变更时某为购房主体的协议，系当事人的真实意思表示，合法有效。

笔者通过近年来对部分地区建筑行业、部分建筑企业的调研、梳理发现，建筑企业的工抵房存在以下特点：1.工抵房的数量巨大，地域分布广泛。部分建筑企业近年来接受的工抵房高达几十亿甚至上百亿，其工抵房分布全国各地。2.工抵房并未全部签订《商品房买卖合同》并备案。工抵房中有相当一部分商品房由于尚在建设中，各方只是签订了工抵房的相关协议、《商品房认购协议书》，但由于住建部门加强了监管，该部分《商品房买卖合同》在住建主管部门根本不予网签备案登记。部分商品房签订了工抵房的相关协议，还同时签订了《商品房买卖合同》并在住建主管部门备案，甚至进行了预告登记。3.签订的工抵房协议文本不一。有的工抵房协议明确的就是以商品房抵付工程款，有的工抵房协议明确的是工程款抵付购房款，有的建筑企业直接指定部分自然人作为接受抵债商品房的购房人。同时为了方便建筑企业将该抵债的商品房销售折成货币资金，在上述工抵房协议中还有大量条款涉及如何销售如何网签等条款。4.工抵房所涉商品房既有建筑企业自己承包施工项目上的商品房，部分是房地产开发企业经集团协调，以其他房地产开发企业其他建筑企业承包施工项目上的商品房。笔者曾接受咨询的某工抵房案件，建筑企业与房地产开发企业及第三方房地产开发企业达成工抵房协议，签订了《商品房买卖合同》，办理商品房买卖合同网签备案，并进行了预告登记。但第三方房地产开发企业的承包商提起建设工程价款诉讼，要求确认享有建设工程价款优先受偿权，并查封了案涉抵债的

商品房。也即该工抵房为第三方房地产开发企业的商品房，为其他建筑企业承包施工，面临该项目承包商主张建设工程价款优先受偿权的风险。综合司法实践中法院处理工抵房的上述基本原则和建筑企业工抵房的上述现状，不难发现，建筑企业要最终实现工抵房权益，既涉及到能否顺利签订《商品房买卖合同》备案登记，也涉及该商品房能否顺利交付，办理不动产权属证书。如不能依上述程序实现工抵房权益，则涉及如何通过司法途径主张工抵房权益的问题。同时在实现上述权益的过程中，又会涉及是否会与其他债权人的抵押权、建设工程价款优先权、消费者购房债权和其他债权人先行查封并申请司法拍卖、变卖等权利发生冲突的问题。上述种种，均会让建筑企业接受的工抵房权益处于不确定状态，存在重大法律风险。因此，建筑企业有必要关注到工抵房的重大法律风险，采取专项行动，辅以务实的举措予以化解。笔者建议建筑企业：一要专项梳理工抵房的实际情况，区分是否为建筑企业自行施工项目上的工抵房。如系本项目工抵房则实为行使优先权的方式，要确保该部分工抵房权益实现。如系其他项目工抵房，要根据工抵房的现状及可实现的可能性，及时通过诉讼确认权利或及时转为工程款，确保该部分工程款享有优先权。二要专项梳理已将工抵房抵付下游分包商、材料商、租赁商等情况，签订好抵房协议、商品房买卖合同及网签备案，及时办理预告登记，争取将该部分债权债务转化为分包商、材料商、租赁商等与开发的商品房买卖合同关系，减少该部分工抵房可能产生的讼累。

三、关于保障建筑企业享有建设工程价款优先受偿权的专项行动

在房地产开发企业暴雷，可能面临破产重整或破产清算的情形下，建设工程价款优先受偿权的制胜法宝。关于建设工程价款优先受偿权的法律规定主要包括《中华人民共和国民法典》第八百零七条、《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）》第三十五条至第四十二条的规定以及《最高人民法院关于商品房消费者权利保护问题的批复》（法释〔2023〕1号）。虽然关于建设工程价款优先受偿权的法律规定条款较少，看似没有太多争议，但在司法实践中，建筑企业关于建设工程价款优先受偿权如何行使、发生与其他债权人权利冲突如何解决等等，却是司法实践中的重点难点。笔者曾在中国建筑业协会法律服务工作委员会、上海仲裁委员会主办、建筑时报社承办的“《民法典》合同编新司法解释解读及工程法律热点问题研讨会”上就《建设工程价款优先受偿权中的若干问题探讨》主题发表过主旨演讲，内容涉及建设工程价款优先受偿权行使的主体、行使条件、行使期限及起算时间点、行使范围、行使方式和实现方式、对建设工程的追及效力、发包人、金融机构限制或承包人放弃建设工程价款优先受偿权的效力及例外、BT模式和PPP模式下建设工程价款优先受偿权的行使、建设工程价款优先受偿权与建设用地使用权设定抵押权的冲突、建设工程价款优先受偿权与非消费者的买受人权

益及商业地产项目买受人权益的冲突等十七个重点难点问题。在近期的法律服务过程中，笔者还碰到了建设工程价款优先受偿权行使和实现的一些新问题。如某建设工程项目，在建筑企业诉讼某房地产开发企业给付建设工程价款并请求确认享有建设工程价款优先受偿权过程中，发现该项目上的其他债权人已取得生效判决书，并已申请法院先行拍卖处置其先行查封的该项目上商品房。此时，建筑企业如何应对？若其他债权人的司法拍卖不，则意味着该项目上的商品房被处置清偿其他债权人的债权，资产减少，影响建筑企业的建设工程价款债权实现。如主张建设工程价款优先受偿权，则如何主张。经过研究，我们立即向法院提出要求对拍卖、变卖价款优先受偿的申请，同时请求审理法院对该笔拍卖、变卖价款采取保全措施。执行法院、审理法院均支持了我们的请求。此时，其他债权人又提出建筑企业仅对建设工程部分的价款优先受偿，但对土地使用权部分对应的价款不享有优先受偿权。这种情况下，建筑企业如何应对等等。又如《最高人民法院公报》（2023年第3期）四川成煤建设（集团）有限责任公司与成都弘昌嘉泰房地产开发有限公司建设工程施工合同纠纷一案中，最高法院认为，对于同一建设工程，可能存在多个承包人，如承包人完成的工程属于建设工程，且共同完成的建设工程易于折价、拍卖的，则应依法保障承包人的优先受偿权。建设工程中基坑工程由承包人投入的建筑材料和劳动力已物化到建筑物中，与建筑物不可分割，基坑施工合同的承包人应享有优先受偿权。根据该案例确定的规则，对同一建设工程，将可能会出现多份确认不同的承包人对建设工程享有优先受偿权的判决，那将来各承包人之间如何就同一建设工程拍卖、变卖的价款优先受偿，也是需要研究的问题，等等。

鉴于建设工程价款优先受偿权是建筑企业实现工程债权的重要法宝，加上建设工程价款优先受偿权行使和实现过程中涉及诸多重点难点问题，因此，建议建筑企业要关注到建设工程价款优先受偿权行使和实现过程中这些难点问题，提前谋划，开展专项行动。针对建设工程价款行使期限问题，为防逾期行使不受法律保护，建议建筑企业要专项梳理已竣工项目建设工程价款优先受偿权的行使期限截止日，确保建设工程价款优先受偿权的行使不违反法律规定的期限。在该专项行动中，要特别注意《民法典》实施前后，建设工程价款优先受偿权的不同行使期限，《民法典》施行前优先受偿权行使期限为自应付价款之日起六个月，《民法典》施行后优先受偿权行使期限为自应付价款之日起最长不超过十八个月。针对建设工程价款优先受偿权可能与其他债权人权利发生冲突及其他债权人可能先行申请查封并司法拍卖项目上涉涉房地产权问题，建议建筑企业要动态关注项目上资产的处置情况，特别是关注项目上资产的司法拍卖信息，及时以享有建设工程价款优先受偿权为由主张优先受偿。必要时，及时提起建设工程施工合同纠纷诉讼，申请法院采取保全措施，查封项目的资产。

四、关于加强实际施工人债权债务风险管控的专项行动

《建筑法》第二十八条规定，禁止承包单位将其承包的全部建设工程转包给他人，禁止承包单位将其承包的全部建设工程肢解以后以分包的名义分别转包给他人。第二十九条规定，建设工程总承包单位可以将承包工程中的部分工程发包给具有相应资质条件的分包单位；但是，除总承包合同中约定的分包外，必须经建设单位认可。施工总承包的，建筑工程主体结构的施工必须由总承包单位自行完成。禁止总承包单位将工程分包给不具备相应资质条件的单位。禁止分包单位将其承包的工程再分包。虽然建筑法明令禁止转包、违法分包，但实践中，建筑企业承接的工程项目或多或少存在转包、违法分包的现象。为解决转包、违法分包情形下实际施工人的权益保护问题，《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）》第四十三条和第四十四条分别赋予实际施工人可以突破合同相对性，以转包人或违法分包人及发包人为被告起诉或基于代位权向发包人提起诉讼。另一方面，转包、违法分包情形下，实

际施工人基于项目施工需要对外的分包、材料采购、机械租赁等也基本以转包人、违法分包人即总包单位名义对外签订合同、支付价款，这就涉及到该部分债务也需要建筑企业对外承担责任。因此，在房地产企业暴雷，资产压力大，现金流紧张的情形下，应当加强对实际施工人债权债务风险管控，以防实际施工人躺平，享受权益，不承担债务，将债务甩给建筑企业，增加建筑企业的负担。

笔者通过调研发现，建筑企业存在的转包、违法分包情形，基于应付住建主管部门监督检查的需要，大多数以内部承包责任制、项目管理责任制的方式出现，这在项目有利的情形下，一般不会出现实际施工人不认账的情况。但近年来，经济下行，行业处于转型升级调整周期阶段，就往往成为部分实际施工人不承担责任的借口。因此，对建设工程项目存在实际施工人的建筑企业，建议要针对实际施工人签订的相关文件是否完善，开展一次专项行动，防范和杜绝实际施工人躺平，增加建筑企业债务和负担，影响建筑企业的正常经营发展。

加强对实际施工人债权债务风险管控，最重要的是首先要确认实际施工人身份，落实主体责任。建议建筑企业：一是要全面梳理排查现有与实际施工人签订的相关文件是否完善，如尚有改进的地方，建议进一步签署、完善相应的合同文件包括承诺书等，明确实际施工人主体身份，职责权利义务，特别是需明确实际施工人需承担项目所有债务。二是要实际施工人提供有效的担保措施，包括连带保证责任担保、资产抵押担保等。三是要全面梳理实际施工人承包施工的工程项目上的债权、债务及资产情况，动态跟踪，对工程款资金收取、对外债务支付等采取相应的控制措施。四是要一项目一对账，及时将财务记载的内容包括管理费（上缴利润）、税金、工程款收支、对外债务支付、借款等转化为清晰的债权债务关系文件，便于要求实际施工人承担责任。五是对建筑企业已实际为实际施工人施工的项目垫资，且数额较大的，必要时可以先行通过司法途径主张该部分权利，无需等到项目竣工结算结束时。六是对实际施工人施工项目的工程款债权要提前与建设单位做些沟通，以防因建筑企业其他债务被要求协助执行，从而影响该项目的正常施工。如被协助执行，可以实际施工人身份及时提出执行异议、执行异议之诉等。

五、关于债权清收、债务清偿的专项行动

当前，建筑企业因承接建设项目规模减少，建设单位拖延支付工程款，对外债务清偿数额不断增加等；另一方面，建筑企业又普遍存在应收账款数额巨大，这就导致建筑企业现阶段普遍面临资金流不足问题。要解决这一主要矛盾，除拓展新增业务增加资金流外，建议建筑企业成立专班或工作组，一要抓工程款清收，二要抓债务清偿，尽快解决工程款清收期限与债务清偿期限不匹配的矛盾，从而实现良性循环。

一要抓工程款清收。建筑企业工程款应收账款数额巨大，有的应收账款账龄超龄较长，建筑企业要全面梳理所有应收工程款，制定一项目一清收方案，并落实到项目部，专人全年无休清收应收账款。对清收效果不理想的，应当及时果断采取措施通过司法途径追索工程款。确保应收工程款应收尽收，减少坏账率和不良债权。二要抓债务清偿。建筑企业在债务清偿时，一是可以参照债务重组的做法。通过与债权人协商或通过法院执行和解等方式，以资产加资金，达成分期履行债务、免除部分债务的协议，从而降低债务总额、减轻资金压力。二是加大与法院执行部门的沟通。随着民事诉讼案件不断增加，建议企业加强与各地法院的沟通，争取主动申请执行案件与涉诉被执行案件统筹执行，减少执行措施升级给企业正常经营带来的影响。

相信信心的力量，相信举借的力量，相信行动的力量。我们坚信，在国家关于房地产建筑业一系列利好政策和举措的发布实施后，通过建筑企业自身的积极努力和专项行动的开展，建筑企业一定能够有效化解当前重大法律风险，早日实现高质量发展！（作者单位：上海市建纬律师事务所）

建筑法苑 主编：何梦吉 本报建设法律咨询服务工作室 联系电话：021-63212799 地址：上海黄浦区西藏路588号18楼 E-mail:6520161415@qq.com 联系人：何梦吉