

Analysis of the Conditions for the Actual Builder to Exercise the Subrogation Right

Jie Sun

School of Economics and Management Engineering, Beijing University of Civil Engineering and Architecture, Beijing, 100044, China

Abstract

This paper analyzes the significance of the litigation system of the subrogation right of the actual construction personnel, and makes it clear that the right basis of article 26 of the judicial interpretation of construction project I is not the right of subrogation, but a special right of litigation. The paper points from four aspects to study the actual construction of the exercise of subrogation right conditions: the actual construction of the subcontractor, the illegal subcontractor legitimate creditor's rights; the subcontractor or the illegal subcontractor is negligent in exercising the creditor's right due to it, and causes damage to the actual constructor; the creditor's rights of the actual builder have expired; the creditor's right of the actual constructor is not exclusively the creditor's right of the subcontractor or the illegal subcontractor.

Keywords

actual builder; subrogation right; construction contract

实际施工人行使代位权的条件分析

孙杰

北京建筑大学经济与管理工程学院, 中国·北京 100044

摘要

论文分析了实际施工人代位权诉讼制度的意义,明确了《建设工程司法解释一》第二十六条的权利基础并非代位权,而是一种特殊诉讼权。论文重点从四个方面研究了实际施工人行使代位权的条件,即实际施工人对转包人、违法分包人的债权合法;转包人、违法分包人怠于行使其到期债权,且对实际施工人造成损害;实际施工人的债权已经到期;实际施工人的债权不是专属于转包人、违法分包人自身的债权。

关键词

实际施工人; 代位权; 施工合同

1 引言

中国的代位权制度是一种债的保全制度,其目的在于保护债权人利益,维护交易安全与建立良好的经济运行环境。

《合同法》第七十三规定:“因债务人怠于行使其到期债权,对债权人造成损害的,债权人可以向人民法院请求以自己的名义代位行使债务人的债权,但该债权专属于债务人自身的除外。代位权的行使范围以债权人的债权为限。债权人行使代位权的必要费用,由债务人负担。”

2019年2月1日,最高人民法院颁布实施的《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《施工合同司法解释二》)第二十五条规定:“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。”该条款首次明确了实际施工人的代位权诉讼制度,赋予实际施工人向发包人提起代位权诉讼的权利。

2 实际施工人代位权诉讼制度的意义

2.1 明确了实际施工人直接起诉发包人的权利基础是一种特殊诉讼权

“实际施工人”这一概念理论界一般认为是2005年1月1日起施行的《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》(以下简称《施工合同司法解释一》)所创设的概念。

“实际施工人”是指依法被认定无效的施工合同中实际

完成工程建设的主体,即非法转包合同的转承包人、违法分包合同的承包人以及没有资质而借用有资质的建筑施工企业的名义与他人签订建设工程施工合同的承包人(即业界所称“挂靠”情形下的承包人)。实际施工人可能是法人、非法人团体、个人合伙、自然人等。中国当下的建筑市场中,非法转包、违法分包和挂靠现象比较普遍,拖欠工程款情形非常严重,实际施工人作为建设工程最终的施工人,其利益往往得不到保障。为了维护实际施工人利益,《施工合同司法解释一》第二十六条规定:“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,人民法院应当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款范围内对实际施工人承担责任。”其中,该条第二款关于实际施工人向发包人主张工程款的规定显然突破了合同相对性,主要有“代位权”和“特殊权利”两种理论解释^[1]。

《建设工程司法解释二》基于进一步加强保护农民工等建筑工人权益的角度出发,对实际施工人的权利救济路径进行了完善,第二十四条规定:“实际施工人以发包人为被告主张权利的,人民法院应当追加转包人或者违法分包人为本案第三人,在查明发包人欠付转包人或者违法分包人建设工程价款的数额后,判决发包人在欠付建设工程价款范围内对实际施工人承担责任。”与《建工合同司法解释一》第二十六条规定相比较,将“可以追加”修改为“应当追加”,将“当事人”修改为“第三人”,将“发包人只在欠付工程款范围内对实际施工人承担责任”修改为“判决发包人在欠付建设工程价款范围内对实际施工人承担责任”,使得实际施工人特殊诉权行使的条件更加明晰,对实际施工人的保护力度也大大加强。

《建设工程司法解释二》第二十五条的规定是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,而《建设工程司法解释(二)》第二十四条是关于实际施工人权力保护的特别规定。《建设工程司法解释一》第二十六条的权利基础并非代位权,而是一种特殊诉权^[2]。

2.2 进一步强化了对农民工等建筑工人权益的保护

《建设工程司法解释一》设立“实际施工人”的目的主要在于解决违法分包、非法转包和挂靠情形下的农民工工资问题,突破合同相对性的法理基础是“生存权”大于“经营

权”。因实际施工人所投入的资金、材料和劳力,已经物化于建筑工程本身,其投入与建筑工程形成紧密相关,支持实际施工人主张建设工程价款也是符合公平原则的。然而,《建设工程司法解释一》出台后,农民工的权益保护并未由此得到大幅改善,反而出现了利用实际施工人滥用诉权甚至恶意、虚假诉讼的现象。《建设工程司法解释二》第二十五条规定出台的意义,实际上是扩展了实际施工人权利救济的途径,体现了司法制度于对实际施工人的合法权益的保护。同时,立法者也注意到实际施工人的特殊保护制度存在理论瑕疵,因此努力尝试将这种制度纳入代位权制度中,从而回归合同相对性原则。

3 实际施工人提起代位权诉讼的条件

实际施工人提起代位权诉讼的条件是有着严格限制的,根据《合同法司法解释一》第十一条规定:“债权人依照合同法第七十三条的规定提起代位权诉讼,应当符合下列条件:

(一)债权人对债务人的债权合法;(二)债务人怠于行使其到期债权,对债权人造成损害;(三)债务人的债权已到期;(四)债务人的债权不是专属于债务人自身的债权。”具体而言,实际施工人提起代位权诉讼的条件如下。

3.1 实际施工人对转包人、违法分包人的债权合法

行使代位权的首要条件是“债权人对债务人的债权合法”,即实际施工人对转包人、违法分包人的债权合法。既然债权人对债务人合法债权的存在是行使代位权的前提条件,因此若债权人对债务人不享有合法债权,如赌博债权、买卖婚姻之债,因违法合同被认定为无效、合同被撤销或者已过诉讼时效,债权人就不能行使代位权。在《建设工程司法解释二》出台前,因为实际施工人与转包人、违法分包人之间的建设工程施工合同会被依法认定为无效合同,这成为实际施工人行使代位权诉讼的理论障碍。但是,如果合同的无效或被撤销是由于债务人的过错造成的,债权人对债务人享有返还请求权、赔偿请求权时,应认定债权人仍能行使代位权,即建设工程施工合同无效并不意味着实际施工人对转包人、违法分包人不享有合法债权。若实际施工人完成的建设工程质量合格,依据《建设工程司法解释一》第二条的规定,实际施工人还是享有向合同相对方请求支付工程价款的请求权。

还要注意的,关于债权的“合法”性,仅是人民法院

受理案件起诉时的判断,而非经过严格的审判程序之后的最终定性。债权的发生依据可以是合同之债、侵权之债、不当得利之债、无因管理之债,各类型合同等产生的债权,均可成为代位权的基础。所以,实际施工人向发包人主张的到期债权,既可以是有关建设工程价款的债权,也可能是诸如合同无效后不当得利之债的其他债权请求权。同理,债务人对次债务人的债权也应是合法债权。

3.2 转包人、违法分包人怠于行使其到期债权,且对实际施工人造成损害

所谓“怠于行使其到期债权”,根据《合同法司法解释一》第十三条规定:“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。”

例如,即使转包人、违法分包人通过调解的方式与发包人达成支付协议的,实际施工人仍可提起代位权诉讼,因转包人、违法分包人未通过诉讼方式或者仲裁方式向发包人主张债权。

3.3 实际施工人的债权已经到期

在实际施工人向发包人提起代位权诉讼中,存在两种债权债务关系,即实际施工人与转包人、违法分包人的债权债务关系和转包人、违法分包人与发包人之间的债权债务关系。这两种债权债务关系都须合法、到期且均未履行才可。

如果实际施工人已经和转包人、违法分包人达成了结算协议,结算协议支付期限届满后则按规定提起代位权之诉。

如果实际施工人和转包人、违法分包人未达成了结算协议,则债权是否到期需要根据工程状况、合同约定等证据综合认定。

3.4 实际施工人的债权不是专属于转包人、违法分包人自身的债权

根据《合同法司法解释一》第十二条规定:“合同法第七十三条第一款规定的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。”基于以上规定,专属于债务人自身的债权显然是针对自然人而言的。实际施工人向发包人代位主张工程款之债权,其债务人是转包人或违法分包人而非自然人,同时主张权利的基础是基于发包人欠付转包人或违法分包人工程款,这显然并非专属于转包人或违法分包人自身的债权,所以这一条件并不构成实际施工人行使代位权之障碍。

另外,在代位权诉讼中,实际施工人行使代位权的请求额不得超过转包人或违法分包人所负债务或超过发包人对转包人或违法分包人所负债务。对超出部分人民法院不予支持。

参考文献

- [1] 冯小光.《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》的理解与适用[J].建筑经济,2005(01):7-11.
- [2] 庞景玉,何志.最高人民法院合同法司法解释精释精解[M].北京:中国法制出版社,2016.