

Research on Several Issues of the System of Subrogation Rights of Practical Constructors

Jie Sun

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

Abstract

This paper analyzes the determination of the subject of the “practical constructor” in the subrogation rights system of the practical constructor, focuses on the connection with the subrogation rights system of the contract law and the defense reasons of the employer, expounds the jurisdiction issues involved in the litigation of subrogation and the choice of the relief ways for the actual workers’ rights, and clarifies the status of the subcontractors and illegal subcontractors in the litigation and whether the practical constructor can exercise the right of subrogation in the case of affiliation.

Keywords

practical constructors; subrogation rights; construction contract

实际施工人代位权制度若干问题研究

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制度中有关“实际施工人”主体的确定,重点研究了与《合同法》代位权制度的衔接问题和发包人的抗辩理由,阐述了有关提起代位权诉讼涉及的管辖问题和实际施工人权力救济途径的选择,明确了转包人、违法分包人在诉讼中的地位以及挂靠情形下的实际施工人可否行使代位权。

关键词

实际施工人; 代位权; 施工合同

1 引言

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,赋予了实际施工人向发包人提起代位权诉讼的权利,扩展了实际施工人权利救济途径,是维护实际施工人利益的一种特殊规定。

2 “实际施工人”主体的确定

“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》^①(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包人、违法分包合同的承包人以及没有资质而借用有资

^①《建设工程司法解释一》规定:“第一条 建设工程施工合同具有下列情形之一的,应当根据合同法第五十二条第(五)项的规定,认定无效:

- (一) 承包人未取得建筑施工企业资质或者超越资质等级的;
- (二) 没有资质的实际施工人借用有资质的建筑施工企业名义的;
- (三) 建设工程必须进行招标而未招标或者中标无效的。

第四条 承包人非法转包、违法分包建设工程或者没有资质的实际施工人借用有资质的建筑施工企业名义与他人签订建设工程施工合同的行为无效。人民法院可以根据民法通则第一百三十四条规定,收缴当事人已经取得的非法所得。

第二十五条 因建设工程质量发生争议的,发包人可以向总承包人、分包人和实际施工人为共同被告提起诉讼。

第二十六条 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,人民法院可以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价款范围内对实际施工人承担责任。”

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）^①。实际施工人可能是法人、非法人团体、个人合伙、自然人等^②。

实际施工人起诉发包人主张欠付工程款，首先要证明其具有诉讼主体资格，也即证明自己是实际施工人。其次，需举证证明其对债务人（即转包人或违法分包人）享有合法的到期债权且债务人未履行相应支付工程款的义务。尤其在代位权诉讼中，实际施工人还应举证债务人对发包人享有合法的工程款债权。实际施工人最为重要的是提供证据证明所涉工程质量合格，这是实际施工人主张权利的前提。这些证据可以是涉案工程整体竣工的竣工验收报告、竣工备案登记表，分部分项验收记录等相关证据。

3 与《合同法》代位权制度的衔接问题

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。”

（1）实际施工人对转包人、违法分包人的债权合法

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^③。若实际施工人完成的建设工程质量合格，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^④。

（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。”

① 冯小光：《民事审判指导与参考》2008年第1集（总第33集），冯小光：回顾与展望——写在《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若干问题的解释》颁布三周年之际，第80页。

② 何志著：《最高人民法院合同法司法解释精解》，中国法制出版社2019年6月第2版，第264页。

（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。

（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

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。

4 发包人的抗辩理由

依据合同法的相关规定，次债务人（即发包人）对债务人（即转包人或违法分包人）的抗辩权可以向债权人（即实际施工人）主张。发包人的这种抗辩事由，可以是基于与转包人或违法分包人所签订的合同债权真实、是否超过诉讼时效，以及合同履行中抗辩权的行使。但有些专属于对转包人或违法分包人的抗辩事由，如程序上协议管辖抗辩，是不可以向实际施工人主张的。

5 有关提起代位权诉讼涉及的管辖问题

《合同法解释（一）》第十四条规定：“债权人依照合同法第七十三条的规定提起代位权诉讼的，由被告住所地人民法院管辖。”而《民事诉讼法》第三十三条则规定：“下列案件，由本条规定的人民法院专属管辖：（一）因不动产纠纷提起的诉讼，由不动产所在地人民法院管辖；……。”

同时，《民事诉讼法司法解释》第二十八条第二款规定：“农村土地承包经营合同纠纷、房屋租赁合同纠纷、建设工程施工合同纠纷、政策性房屋买卖合同纠纷，按照不动产纠纷确定管辖。”因此，关于实际施工人对发包人提起的代位权诉讼的管辖法院确定问题，如果涉及到建设工程价款债权的，应当由建设工程所在地人民法院专属管辖，如不涉及建设工程价款债权的，则应由发包人住所地人民法院管辖。

发包人和转包人、违法分包人之间签署的合同与转包人、违法分包人和实际施工人之间签署的合同对纠纷解决方式的约定可能有所不同，如前一个合同约定仲裁，后一个合同约

定诉讼,亦或反之,只要实际施工人提起代位权诉讼,因其与发包人之间并无仲裁协议,也应由被告(即发包人)住所地人民法院管辖。

6 实际施工人权力救济途径的选择

实际施工人维护自身权利,如何在《建设工程司法解释二》第二十四条和第二十五条规定之间作出选择,需要结合具体情况分析以权衡利弊。

一方面,如实际施工人依据第二十四条规定,直接以发包人为被告行使特殊诉权进行救济,则维权途径相对简单的多。实际施工人需对自己是实际施工人、工程质量合格、欠付工程款等基本事实举证。且实际施工人直接起诉发包人主张的工程款,只能基于发包人欠付转包人或者违法分包人基于特定建设工程项目产生的建设工程价款数额,发包人也只在欠付的工程款范围内承担责任,实际施工人是无权主张建设工程款优先受偿权的。

另一方面,如实际施工人依据《建设工程司法解释二》第二十五条规定,提起代位权诉讼,起诉条件则要相对严苛的多,实际施工人除上述证明外还需要证明转包人、违法分包人与发包人的债权到期,且转包人、违法分包人怠于行使债权。但这种到期债权并不仅限于建设工程价款债权,也可以是其他债权。实际施工人不仅可就发包人欠付的工程款、利息、违约金等一并主张,还可主张建设工程款优先受偿权。

还需注意的是,实际施工人提起代位权诉讼,发包人与转包人、违法分包人应当已经结算且债权债务关系明晰;行使特殊诉权不以是否结算为前提,实际施工人只要证明工程已经竣工验收合格或因发包人原因导致工程停建的即可。

7 转包人、违法分包人在诉讼中的地位

实际施工人行使代位权起诉发包人,法院是否应当追加转包人、违法分包人为第三人?《合同法司法解释一》第十六条第一款规定:“债权人以次债务人为被告向人民法院提起代位权诉讼,未将债务人列为第三人的,人民法院可以追加债务人为第三人。”也就是说法院“可以追加”,也“可以不追加”。因为在债权人与债务人的债权金额已经其他诉讼或仲裁途径予以明确,且次债务人也并不予以债务否认,债务人是否参加并不影响次债务人与债务人之间的债务金额确定的,则人民法院完全可以不追加债务人为第三人。反之,

多数情况下,为查明案件事实,人民法院可能追加债务人为第三人。

如果实际施工人同时分别起诉转包人、违法分包人或发包人,从而形成债权人与债务人之间、债权人与次债务人之间,两个诉讼同时发生,这时法院应如何处理?对此,根据《合同法司法解释一》第十五条第二款的规定:“受理代位权诉讼的人民法院在债权人起诉债务人的诉讼裁决发生法律效力以前,应当依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百三十六条第(五)项的规定中止代位权诉讼。”

8 挂靠情形下的实际施工人可否行使代位权

对于挂靠情形下,借用资质一方(即挂靠人)在《建设工程司法解释一》第一条^①和第四条^②中都有规定,其做为“实际施工人”是没有争议的。而《建设工程司法解释二》第二十五条仅对转包、违法分包情形下的实际施工人行使代位权进行了规定,从法条文义解释上理解,是排除了挂靠人依此条规定向发包人行使代位权诉讼的权利。对于建设工程质量合格情形下,挂靠人是不能援引《建设工程司法解释二》第二十五条规定向发包人提起代位权诉讼的,但其直接援引《合同法》第七十三条和《合同法解释一》第十一条规定向发包人提起代位权诉讼,似乎并不存在法律上的障碍。如中国北京市高级人民法院^③和徐州市中级人民法院^④出台的指导意见中明确规定,挂靠情形下的实际施工人可行使代位权,在被挂靠人怠于主张工程款债权的情形下,挂靠人可以自己名义起诉要求发包人支付工程款。

但需要注意的是,挂靠人行使代位权直接向发包人起诉主张权利的前提条件是很难满足的。代位权行使的前提建立在前后两个债权的存在前提之下。而在挂靠情形中,除非被

① 施工合同司法解释一第一条第(二)项指出,“没有资质的实际施工人借用有资质的建筑施工企业名义的”,施工合同无效。
② 第四条又规定,“承包人非法转包、违法分包建设工程或者没有资质的没有资质的实际施工人借用有资质的建筑施工企业名义与他人签订建设工程施工合同的行为无效。”
③ 《北京市高级人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件若干疑难问题的解答》中规定,“不具有资质的实际施工人(挂靠施工人)挂靠有资质的建筑施工企业(被挂靠人),并以该企业的名义签订建设工程施工合同,被挂靠人怠于主张工程款债权的,挂靠施工人可以以自己名义起诉要求发包人支付工程款,法院原则上应当追加被挂靠人为诉讼当事人,发包人在欠付工程款范围内承担给付责任。因履行施工合同产生的债务,被挂靠人与挂靠施工人应当承担连带责任。”
④ 《徐州市中级人民法院关于进一步规范关于审理建设工程施工合同纠纷案件的若干问题》中规定,“不具有施工资质的挂靠人挂靠有施工资质的建筑施工企业,并以该企业的名义签订建设工程施工合同,应以被挂靠人名义主张工程款债权;被挂靠人怠于主张工程款债权的,挂靠人可以自己名义起诉要求发包人支付工程款,人民法院一般应追加被挂靠人为诉讼当事人。”

挂靠人已获得发包人支付的工程款,或者因被挂靠人的原因造成挂靠人的工程款债权请求权难以实现,否则被挂靠人对挂靠人是不负有支付工程款的义务。在被挂靠人没有克扣发包人支付的工程款的情形下,被挂靠人对于挂靠人是不负有支付工程款义务的;而在被挂靠人克扣发包人支付的工程款的情形下,意味着发包人实际上已经向被挂靠人支付工程款,因而又不欠付被挂靠人工程款。显然,代位权能够成立的前提是前后两个债务(主债务与次债务)需同时成立,而这对于挂靠情形是不适用的。

9 对实际施工人及其代位权诉权制度的思考

《建设工程司法解释二》第二十五条规定是否真正能起到保护实际施工人利益的作用,还有待时间的考验,其理论引导意义实际更大于实际审判意义。

实际施工人的代位权诉权制度是对《合同法》中代位权制度的重申。实际施工人代位权的行使对象也仅仅限定为发包人,而非对转包人或违法分包人负有债务的除发包人以外

的其他债务人。更重要的一点是,实际施工人行使代位权所主张的转包人或违法分包人对于发包人所享有债权的性质是没有限制的,即代位权所主张的债权有可能是转包人或违法分包人就实际施工人承建的工程对发包人享有的工程价款的债权,也有可能是转包人或违法分包人对发包人享有的其他债权。

参考文献

- [1] 冯小光.《民事审判指导与参考》2008年第1集(总第33集),冯小光:回顾与展望——写在《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若干问题的解释》颁布三周年之际,第80页。
- [2] 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,2019.

作者简介

孙杰(1976-),男,中国辽宁锦州人,副教授,从事工程管理方向研究。