

破产语境下实际施工人权利救济路径选择初探

吴开梅

[摘要]破产语境下,实际施工人权利救济路径的设计与选择以能实现建设工程价款优先受偿权为首要原则。本文认为,在现有的法律规定对实际施工人对建设工程价款优先受偿权不予认可的情况下,通过合法的协议安排、权利让与、主张农民工工资等方式全部或部分“变相”实现实际施工人对建设工程价款优先受偿权,提出了具体的路径设计与构想。

[关键词]实际施工人;破产;优先受偿权;债权转让;代位权

引言

最高人民法院 2004 年、2019 年制定的关于建设工程施工合同的两个司法解释,规定了实际施工人可以突破合同相对性向与自己没有合同关系的发包人主张权利。2020 年最高人民法院《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《2020 建工解释》)第 43 条沿用了原有条文。但是,在建筑企业破产的情况下,实际施工人是否享有优先受偿权,是否还可以请求发包人支付工程款?在建设企业破产的情况下,实际施工人在现有法律框架内如何选择权利救济路径,以最大限度地维护自身的合法权益?本文,结合笔者近几年来经办的案件,就破产语境下,实际施工人权利救济路径的选择进行粗浅的分析与探讨,以期为实际施工人权利救济提供点滴参考。

一、实际施工人的定义

要分析实际施工人在破产语境下权利救济路径的选择,就需要先明确实际施工人的定义及范围。

我国《民法典》《建筑法》《建设工程质量管理条例》等法律法规在表述承包人概念时使用了以下几个概念:承包人、建筑施工企业、施工人、承包建筑工程的单位等,均没有“实际施工人”的表述。

随着我国建筑业的蓬勃发展,建筑行业从业人员中集聚了数量庞大的农民工群体,而农民工群体多就职于没有资质或者资质等级比较低的建筑施工企业。具有相应资质的建筑施工企业出于经营成本考虑,通常在承包到建设工程后,将技术要求不高的一些工程转包或者违法分包给缺乏相应资质的施工队伍,以较低的成本完成工程建设。由此带来的各类纠纷,使得农民工的权益保护问题凸显。而实践中针对此类情形的施工单位及发包方权利义务等法律规范缺位,使得主要由农民工组成的施工队伍缺乏有效的法律保障。为解决这一突出问题,最高人民法院于 2004 年出台《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《2004 建工解释》),该司法解释突破合同相对性原则,为区别合法承包人、施工人而创设了“实际施工人”概念,旨在描述无效合同中实际承揽工程干活的低于法定资质的施工企业、非法人单位、农民工个人等,具体详见《2004 建工解释》第一、四、二十五、二十六条之规定。

从上述条款文义表述中可以看出,实际施工人出现的前提条件是建设施工合同

存在转包、违法分包及借用有施工资质的企业名义承揽建设工程等无效情形。“实际施工人”一般是“无效合同的承包人，转承包人、违法分包合同的承包人、没有资质借用有资质的建筑施工企业的名义与他人签订建筑工程施工合同的承包人”^[1]。

现有的法律规定并未对“实际施工人”具体的范围进行明确的规定。司法实践中，关于实际施工人的认定亦存在很多争议。因实际施工人的认定标准、裁判规则非本文重点论述内容，本文对实际施工人的定义及认定标准不再展开论述。

二、建设企业破产情况下，实际施工人权利救济的路径选择

企业破产，能选择的最佳权利救济路径就是主张优先权。如若被认定为普通债权，以司法实践中普通债权清偿率现状，实际施工人将蒙受巨额损失。因此，在建设企业^[2]破产情况下，实际施工人权利救济路径设计以能实现工程款优先权为首要原则。

（一）实际施工人是否享有建设工程价款优先受偿权

审判实践中，对于实际施工人是否享有建设工程价款优先受偿权的问题，认识不一致。

最高法院民一庭 2021 年第 21 次法官会议讨论认为：实际施工人不享有建设工程价款优先受偿权。

建设工程价款优先受偿权是指在发包人经承包人催告支付工程款后合理期限内仍未支付工程款时，承包人享有的与发包人协议将该工程折价或者请求人民法院将该工程依法拍卖，并就该工程折价或者拍卖价款优先受偿的权利。

依据《中华人民共和国民法典》第八百零七条以及《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）》第三十五之规定，只有与发包人订立建设工程施工合同的承包人才享有建设工程价款优先受偿权。实际施工人不属于“与发包人订立建设工程施工合同的承包人”，不享有建设工程价款优先受偿权。^[3]另外，《全国民事审判工作会议纪要（2011 年）》第 29 条明确说明“因违法分包、转包等导致建设工程合同无效的，实际施工人请求依据合同法第二百八十六条规定对建设工程行使优先受偿权的，不予支持。”。

不是规定了实际施工人可以突破合同相对性原则，找发包人索赔工程款吗？怎么又规定对建设工程行使优先权不予支持了呢？

看似矛盾，实际并不冲突。理由是，实际施工人向发包人主张权利的制度基础是债权人代位权制度^[4]，其本质上是债权。而建设工程法定优先权的立法基础是为平衡承包人与其他抵押权人的权益，避免承包人行权时，建设工程已设立多个抵押而权利落空的一种独立担保物权。^[5]

2020 年最高人民法院《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》第 43 条赋予实际施工人突破合同相对性向发包人主张工程款的权利，该权利仅为一般的债权，并不包括《中华人民共和国民法典》第八百零七条规定的建设工程价款优先受偿权，两者并不能等同。

另外，因实际施工人系在违法分包、非法转包过程中产生。若赋予实际施工人优先于普通债权的受偿权，无异于鼓励违法分包、非法转包的违法行为，与我国法律规范建筑市场、保证工程质量的立法宗旨相违背。

笔者认为，最高院民一庭法官会议认定实际施工人不享有建设工程价款优先受偿权，有充分的法律及法理依据。

因此，在建设企业（也即发包方）破产的情况下，实际施工人有权以实际施工人的名义主张权利，申报债权，但因缺乏优先受偿的请求权基础，该债权为普通债权。但是，一旦认定为普通债权，基于普通债权清偿率普遍偏低的司法实际，实际施工人的权利救济目的，基本上已落空。在现有法律框架下，实际施工人是否还有可以主张优先权的路径选择？

（二）在现有法律框架下，实际施工主张优先权的路径选择

根据《民法典》第 807 条“发包人未按照约定支付价款的，承包人可以催告发包人在合

理期限内支付价款。发包人逾期不支付的，除根据建设工程的性质不宜折价、拍卖外，承包人可以与发包人协议将该工程折价，也可以请求人民法院将该工程依法拍卖。建设工程的价款就该工程折价或者拍卖的价款优先受偿。”之规定，工程款优先权的行使主体为承包人，行使对象是工程发包人。基于合同相对性原理，要针对发包人主张工程款优先权，实际施工人必须获得相当于工程承包人的地位。

那么，实际施工人如何合法、依法获得承包人的地位，进而对发包方主张工程款优先权呢？笔者认为，根据现有的法律规定，结合司法判例及司法实践，主要有以下几个路径可供选择：

1. 以工程承包人的名义主张工程款优先权

实际施工人能够作为某工程的施工人对工程完成承包、施工，是因为实际施工人与工程承包人存在“内部合作”的分包协议或内部承包协议。即使分包协议或内部承包协议会被法律认定为无效，但并不妨碍工程承包人与实际施工人之间的这种“内部合作”关系。因工程为实际施工人实际投入资金并组织人员完成施工，与工程相关的权利义务虽然在权利的外观上看归属于工程承包人，但在本质上该等权利义务有实际施工人享有、承担。

实际施工人基于上述与工程承包人的合作关系，通过沟通、协调，与工程承包人的名义起诉工程发包人，在工程承包人实现工程款优先权，获得工程款后，再由工程承包人将该款项支付给实际施工人，“曲线救国”，实现实际施工人权益。

2. 通过债权受让的方式，依法获得工程承包人工程款优先权

《民法典》第五百四十五条“债权人可以将债权的全部或者部分转让给第三人，但是有下列情形之一的除外：（一）根据债权性质不得转让；（二）按照当事人约定不得转让；（三）依照法律规定不得转让。”之规定，工程款不属于不得转让的债权，可以依法转让。根据《民法典》第五百四十七条“债权人转让债权的，受让人取得与债权有关的从权利，但是该从权利专属于债权人自身的除外。”之规定，工程款优先权并不属于生命健康权、人格权等专属于债权人自身的权利。

根据上述法律规定，实际施工人可与工程承包人签署《债权转让协议》，受让工程承包人对工程发包人的工程款债权。在受让该等债权时，该工程款债权的优先受偿权也一并受让。实际施工人再根据受让的债权（含工程款优先权）向工程发包人主张工程款优先受偿权。

3. 在欠付工程款中，就归属于施工人员工资报酬部分，主张优先受偿权。

若实际施工人无法与工程承包人协商一致，达成以工程承包人的名义主张工程款优先权或者与工程承包人签订债权转让协议，受让债权主张工程款优先权，要实现实际施工人全部工程款的优先权已经不可能。在此情况下，能否减少实际施工人损失，最大化地实现实际施工人的合法权益呢？

建设工程是将材料通过人工物化、固化的结果。实际施工人在实际承包工程并完成工程的施工过程中，除了采购施工所必需的建筑材料外，就是雇佣工程施工人员完成工程的施工。实际施工人所承建工程项目中瓦工、钢筋工、木工、架子工等一线建筑工人，为工程提供劳务所获取的劳务报酬，即俗称的“农民工工资”，本身属于建设工程价款的范畴，构成了工程款的主要部分。

那么，在企业破产过程中“农民工工资”是否具有优先受偿的权利呢？

我国现行法律法规及司法解释中，对于破产清算案件中“农民工工资”债权的清偿顺序并无明文规定。以往的建筑企业破产审判司法实践既有根据《破产法》第一百一十三条的规定，将破产企业结欠的“农民工工资”债权直接列为普通破产债权予以清偿，也存在不少判例，判定农民工工资享有优先受偿权。

笔者认为，结合已有司法判例，农民工工资在破产过程中，优先受偿具备较为充分的政策、法理、法律依据。

首先，从贯彻党和国家保障和改善民生的政策要求来看：

第一、习近平总书记曾多次发表重要论述，指出保障和改善民生的重要意义，提出在当前和今后一段时期中，民生工作的着力点是把广大人民群众凝聚到追求幸福中国的目标上来。农民工工资问题一直是社会公认的重点民生问题之一。

第二、依法保障农民工合法权益，化解纠纷矛盾，服务社会基层治理，是法治社会建设的需要，是为全面推进乡村振兴、加快农业农村现代化努力提供有力的司法保障的需要。

第三、根据《最高人民法院关于做好当前涉农民工工资案件执行工作的通知》第二条规定，要充分发挥执行指挥中心的作用，对农民工申请人开辟绿色通道，对案件特别是群体性申请或信访案件，要及时受理或处理，优先安排解决。按照有关规定主动减免或垫付申请执行费、实际执行支出等费用。所以农民工工资应当优先安排解决，保障农民工工资优先受偿有利于维护劳动者的合法权益，也有利于维护社会的稳定，树立党和政府的良好形象。

其次，从现有的法律规定来看：

根据《2020 建工司法解释》第四十二条^[6]、第四十三条的规定，在建设工程领域，为保障一线劳务人员的基本生存权而间接赋予了其劳务报酬优先受偿的权利。根据《民法典》第八百零七条的规定，建设工程价款具有优先受偿权。根据《破产法》第一百零九条的规定，一般担保物权本身属于别除权，除《破产法》第一百三十二条规定的特殊情形外，其担保物具有优先于破产债权进行受偿的权利。因此，农民工工资欠款本身具有在破产中优先受偿的属性。

最后，从我国《破产法》等相关法律立法目的及价值取向的法理基础来看：

第一、《破产法》第一百一十三条将破产企业所欠职工的工资列入破产费用和共益债务后的第一清偿顺序，其法理基础在于，破产法事关工人及社会公众共同和普遍的生存权。保护工人工资就是保障劳动者的生存权，故工资债权优先于其他普通债权是现代企业制度和劳动保护制度的重要原则。

第二、《破产法》确定的职工工资优先受偿和建设工程价款优先受偿的立法宗旨是一致的。

第三、《2020 建工司法解释》第四十二条关于损害建筑工人利益的放弃优先权条款无效的规定，以及第四十三条关于突破合同相对性原则、保护实际施工人利益的规定，均反映了司法领域对于优先保障农民工工资的审判理念与价值取向。

需要特别说明的是，根据《保障农民工工资支付条例》（国务院令 第 724 号）第二条“保障农民工工资支付，适用本条例。本条例所称农民工，是指为用人单位提供劳动的农村居民。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”之规定，实际施工人雇佣的人员听从实际施工人的安排，为实际施工人提供劳务，区别于“为用人单位提供劳动的农村居民”，无法根据该条款的规定，直接将工程项目的农民工工资定性为职工债权。

《最高人民法院关于建设工程价款优先受偿权问题的批复》第三条规定：建设工程价款包括承包人为建设工程应当支付的工作人员报酬、材料款等实际支出的费用，不包括承包人因发包人违约所造成的损失。但该批复已失效。

在企业破产过程中，农民工工资债权优先受偿，在现有的法律框架下并未有明确的法律规定，也使得司法审判实践过程中，各地、各级法院裁判尺度、认定不一致，带来不少争议。但农民工工资具有优先受偿权，且优先于抵押权，符合当前政策导向，有利于维护社会和谐稳定，有稳定的法理基础，作为民事事务，在没有法律明确规定的情况下，可以对相关条文类推适用。^[7]

虽然破产财产分配时遵循顺位法定原则，但是这并不妨碍管理人遇到顺位法律不明确如涉及弱势群体债权时，根据债权产生的原因和债权人抵御风险的能力，按照公平受偿的价值取向等审慎地权衡受偿顺序。^[8]如果实际施工人的工程款债权中包含农民工工资，且其也确

实没有向农民工支付工资的能力，管理人可以从维护人的生存权和发展权的角度，对涉及的农民工工资债权顺位予以调整。^[9]司法实践中，已经有管理人从保护弱者的角度出发对普通债权人的债权予以优先清偿的案例。^[10]

三、建筑企业^[11]破产情况下，实际施工人权利救济的路径选择

现代法律制度追求的是精准的概念、精细的规则、严密的体系，一个孤立的规则如果不能纳入既有的体系，其规制、引发的问题就无法得到全面协调解决。从这个意义上讲，只有债权人代位权制度可以作为实际施工人向发包人主张权利的制度依据。^[12]

因此，建筑企业破产情况下，实际施工人应通过行使代位权的方式实现自身的权利救济。

根据民法典第五百三十五条“因债务人怠于行使其债权或者与该债权有关的从权利，影响债权人的到期债权实现的，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对相对人的权利，但是该权利专属于债务人自身的除外。”之规定，结合《2020 建工司法解释》第四十四条“实际施工人依据民法典第五百三十五条规定，以转包人或者违法分包人怠于行发包人行使到期债权或者与该债权有关的从权利，影响到其到期债权实现，提起代位权诉讼的，人民法院应予支持。”的规定可以看出，《2020 建工司法解释》第四十四条的规定是民法典代位权制度在建设工程施工合同纠纷领域的具体解释与适用，也是实际施工人权利救济路径选择的最主要法律依据。

问题是，债权债务具有相对性。援引《民法典》第五百三十五条、《2020 建工司法解释》第四十四条之规定，实现实际施工人权利救济的前提是仅存在一层转包、违法分包关系。换言之，向实际施工人转包、违法分包的建筑企业与发包人存在直接的合同关系。层层转包、多层分包的情形无法适用《2020 建工司法解释》第四十三条之规定，实现权利救济。

好在《2020 建工司法解释》第四十三条规定：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。根据该条规定，层层转包、多层分包的情形下的实际施工人可以径直起诉发包人，列建筑企业为第三人，请求发包人在欠付工程款的范围内承担款项支付义务。新建设工程解释第 43 条规定的实际施工人制度相当于代位权制度的扩展版，其可以适用于层层转包、多层分包的情形。

^[13]

虽然在此情形下，实际施工人无法“穿透”工程承包人，对工程发包人主张工程款优先权，但通过诉讼的方式，越过破产的建筑企业，径直获得工程发包欠付的工程款，间接地实现了权利救济。

结语

实际施工人通过协议安排、债权受让等方式依法获得等同于工程承包方的地位，进而实现工程款优先受偿权是工程发包人破产情况下，实际施工人权利救济较好的路径选择；依托于代位权制度，援引《2020 建工司法解释》第四十三、四十四条之规定，列工程发包人为被告，破产建筑企业为第三人，主张发包人在欠付工程款内向实际施工人支付工程款，是建筑公司破产情况下，实际施工人权利救济较好的路径选择。

破产语境下实际施工人权利救济路径的选择，涉及实际施工人的外延与内涵的确定、建设工程价款优先受偿权的认定、破产财产的界定、破产法平等受偿原则与农民工利益保护平衡等诸多问题。本文因篇幅有限，并未就各种内容细细展开。在现有法律框架下，本文结合司法实践，仅就企业破产情况下实际施工人权利救济路径选择进行粗略的探讨。不足、待完善、待进一步分析研讨的问题还很多，望各位读者海涵并期待各位读者斧正。

作者单位：安徽安联律师事务所

参考文献：

[1]最高人民法院民事审判第一庭编著：《最高人民法院新建设工程施工合同司法解释理解与适用》，人民法院出版社 2015 年版，第 187 页。

[2]本文所称“建设企业”为建设工程的发包人，“建筑企业”为建设工程的承包人。

[3]最高人民法院民一庭公众号，

<https://mp.weixin.qq.com/s/l2nKm0cIT0PvTdlppXaa0g>

[4]江苏省宿迁市宿城区人民法院课题组：“建筑企业破产时实际施工人主张权利的路径”，载《人民司法》2022 年第 19 期，第 62 页。

[5]董慧凝：“建设工程优先权立法基础与立法构想”，载《北京工商大学学报（社会科学版）》，2005 年第 3 期，第 102 页。

[6]发包人与承包人约定放弃或者限制建设工程价款优先受偿权，损害建筑工人利益，发包人根据该约定主张承包人不享有建设工程价款优先受偿权的，人民法院不予支持。

[7]南城县人民法院 吴献忠 吴芳怡：“农民工工资优先受偿问题的思考”，载于抚州法院网，<http://fzzy.chinacourt.gov.cn/article/detail/2022/02/id/6532085.shtml>。

[8]徐根才：“破产法实践指南”，法律出版社 2018 年第 2 版，第 245 页。

[9]江苏省宿迁市宿城区人民法院课题组：“建筑企业破产时实际施工人主张权利的路径”，人民司法 2022 年第 19 期第 67 页。

[10]王力、张弛：“在公平原则指导下对生活困难债权人的特殊救济，载浙江省律师协会编：“破产疑难案件实务应对”，法律出版社 2017 年版，第 83-90 页。

[11]本文指工程总承包人。

[12]谢勇、郭佩佩：“论实际施工人的民法保护”，载《法律适用》2021 年第 6 期。

[13]最高人民法院民事审判第一庭编著：《最高人民法院建设工程施工合同司法解释（二）理解与适用》，人民法院出版社 2019 年版，第 487 页。