

实际施工人突破合同相对性的界限

欠付范围与代位权路径的竞合

赵跃

(安徽国运律师事务所, 安徽 合肥 230000)

摘要: 建设工程施工合同司法解释一第四十三条允许实际施工人直接起诉发包人, 由发包人在欠付工程价款范围内承担责任。该条是合同相对性的法定例外, 其正当性在于保护农民工的劳动报酬, 但其适用在实务中被大幅扩张: 有的法院不问实际施工人的身份, 一概允许其起诉发包人; 有的法院将“欠付范围”理解为“全部欠付”, 使发包人承担了超出其过错的责任; 有的法院混淆了第四十三条与第四十四条代位权的关系, 导致路径选择的混乱。本文主张, 第四十三条的适用须具备三项要件: 实际施工人身份的成立、工程质量合格、发包人欠付工程价款; 其责任性质是“法定直接责任”, 而非连带责任或者补充责任, 范围以“欠付数额”为限, 且应当扣除发包人已付、已抵扣、已抵销的部分。第四十四条的代位权路径与第四十三条并非竞合关系, 而是“一般与特别”的关系: 符合第四十三条要件的, 优先适用该条; 不符合的, 可以回归代位权。在程序上, 应当区分“实际施工人起诉发包人”与“实际施工人起诉转包人”, 前者须追加转包人为第三人, 后者无须; 判决主文应当明确发包人承担责任的具体数额与履行顺序。

关键词: 实际施工人; 合同相对性; 欠付工程款; 代位权; 发包人责任; 建设工程

中图分类号: D923.6 **文献标识码:** A **文稿编号:** WJLT(2024)06-0001-13

The Limits of Piercing Privity of Contract by Actual Constructors: Outstanding Payment and the Concurrence with Subrogation

ZHAO Yue

(Anhui Guoyun Law Firm, Hefei 230000, Anhui, China)

Abstract: Article 43 of the Judicial Interpretation on Construction Contracts permits actual constructors to sue the employer directly, with the employer liable within the scope of outstanding project payments. This provision is a statutory exception to privity, justified by the protection of migrant workers' remuneration, yet its application has been widely expanded: some courts allow such actions regardless of the plaintiff's status, some equate the scope of outstanding payment with the totality of unpaid sums, and some confuse Article 43 with the subrogation path under Article 44. This article argues that Article 43 requires three elements: the status of actual constructor, the qualified quality of the works, and outstanding payment by the employer. The liability is a statutory direct liability rather than joint or subsidiary liability, limited to the outstanding amount after deducting payments, set-offs, and deductions already made. Article 44 is not concurrent but residual: where Article 43 applies it takes precedence, and where it does not, subrogation remains available. Procedurally, actions against the employer require joining the contractor as a third party, and judgments should specify both the amount and the order of performance.

Key words: actual constructor; privity of contract; outstanding project payment; subrogation; employer's liability; construction contract

说明: (本文为作者个人研究观点, 不代表所在单位意见)

作者简介: 赵跃, 安徽国运律师事务所执业律师, 研究方向为民商法学、建设工程法律实务。

一、问题的提出

建设工程领域, 转包、违法分包、借用资质等现象长期存在。工程经层层转手, 最终由实际施工人完成; 而合同的相对方, 往往是并不实际施工的转包人或者被挂靠企业。

当工程款被拖欠时, 实际施工人面临两难: 起诉合同相对方(转包人), 其往往已无偿付能力; 起诉发包人, 其与发包人之间并无合同关系。合同相对性, 成为实际施工人维

权的障碍。

为保护实际施工人尤其是农民工的权益，司法解释创设了例外。建设工程施工合同司法解释一第四十三条规定：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。

该条突破了合同相对性，其正当性在于保护劳动报酬。但例外一旦确立，便有扩张的倾向。实务中，该条的适用出现了三种偏差：主体泛化、范围泛化、路径混用。

主体泛化，是指不问实际施工人的身份，一概允许其起诉发包人。有的法院将“班组”“包工头”乃至“材料供应商”都认定为实际施工人，使例外的适用范围无限扩大。

范围泛化，是指将“欠付范围”理解为“发包人应付的全部工程款”，而未扣除已付、已抵扣、已抵销的部分；有的甚至判决发包人与转包人承担连带责任，超出了条文的本意。

路径混用，是指混淆第四十三条与第四十四条的关系。有的法院在不符合第四十三条要件时，仍依该条判决；有的则在符合要件时，却要求实际施工人走代位权路径。

本文的基本主张是：第四十三条的适用须具备三项要件，即实际施工人身份、工程质量合格、发包人欠付；其责任性质是法定直接责任，范围以欠付数额为限；第四十四条与第四十三条是“残余关系”而非竞合关系；程序上须追加转包人为第三人，判项须明确数额与顺序。

实际施工人应当向谁主张工程款、有哪几条路径、范围如何确定，可参见“实际施工人怎么讨工程款：两条路、一个范围、一个别忘的时效”一文的梳理；本文不重复维权步骤，只讨论突破相对性的教义界限。

建设工程的特殊性，是理解这一制度的起点。工程周期长、投资大、涉及主体多，从发包、承包、分包到劳务，形成长长的链条；链条的每一环，都可能出现拖欠。

链条的末端，往往是农民工。其与发包人之间，隔着数个主体；其与直接雇主之间，往往只有口头约定。一旦工程款被拖欠，其维权之路便格外艰难。

正是基于这一现实，司法解释创设了实际施工人制度。其目的，不是赋予实际施工人特权，而是为其提供一条“跨越链条”的救济通道。

但通道一旦打开，便有被滥用的可能。有的主体并非真正的施工人，却以“实际施工人”名义起诉发包人，试图绕开其合同相对方；有的主体在工程款已获清偿后，仍重复主张。

故制度的适用，须有严格的界限。界限的划定，既是保护真实施工人的需要，也是维护合同秩序的需要。二者并不矛盾：只有界限清晰，保护才不至于异化为投机。

还有一个背景，不能忽略。我国建筑业长期实行“资质管理”，企业承揽工程须有相

应资质；而大量中小施工队伍并无资质，只能挂靠或者转包。这是制度性成因。

资质管理的目的，是保证工程质量；但其副作用，是催生了庞大的“灰色市场”。实际施工人制度，某种意义上是对这一现实的“司法回应”。

回应的方式，不是承认灰色市场的合法性，而是在个案中为弱势一方提供救济。故其适用范围，应当限于“确有必要”的情形。

若将救济泛化，则等于变相承认转包、挂靠的合法性，与资质管理的初衷相悖。此即“救济的边界”问题。

二、实际施工人的概念与类型

“实际施工人”并非立法用语，而是司法解释的创造。其含义，是指无效建设工程施工合同中，实际投入资金、材料、劳力，完成工程施工的主体。

概念的要素有三：其一，合同无效。若合同有效，则承包人是“承包人”，而非“实际施工人”；其二，实际施工。即实际投入并组织施工，而非仅提供资质或者收取管理费；其三，与发包人无合同关系。

实务中，实际施工人的类型主要有四：转承包人、违法分包承包人、借用资质的单位或者个人、以及内部承包中的实际经营者。四类的法律地位不同，适用的规则也不同。

转承包人，是指从承包人处承接全部工程的主体。其与承包人之间的合同，因转包而无效；其与发包人之间，无合同关系。

违法分包承包人，是指从承包人处承接部分工程的主体。其与承包人之间的合同，因违法分包而无效；其与发包人之间，亦无合同关系。

借用资质人（挂靠人），是指借用有资质企业的名义承揽工程的主体。其与出借资质的企业之间，是“借用”关系；其与发包人之间，形式上无合同关系，但实务中常认定其与发包人之间存在“事实上的合同关系”。

内部承包，是指施工企业的内部人员承包工程。若其仅领取工资、接受管理，则属于“内部管理”，不构成实际施工人；若其自负盈亏、独立核算，则可能构成“名为内部承包、实为转包”。

须注意，“班组”不是实际施工人。班组是施工企业内部的劳动组织，其与施工企业之间是劳动关系或者劳务关系；其索要的是工资，而非工程款。

“包工头”是否属于实际施工人，须看其是否实际组织施工、是否承担经营风险。若其仅组织农民工提供劳务，收取劳务费，则属于“劳务分包”，不构成实际施工人。

材料供应商、设备租赁商，不是实际施工人。其与施工企业之间是买卖或者租赁关系，可以依合同法主张权利，但不得依第四十三条起诉发包人。

合同相对性的理论，源自罗马法。其要义是：债是特定人之间的关系，只有债权人可以请求，只有债务人应当履行；第三人既不享有权利，也不承担义务。

相对性的功能，在于“预期”：当事人只须考虑其合同相对方的行为，无须顾虑第三人的主张；交易的链条因此可以延伸，市场的分工因此可以深化。

但相对性也有其局限。当合同涉及第三人的利益，或者第三人的行为影响合同的履行时，严格的相对性便可能导致不公。故各国法上，均设有例外。

我国法上的例外，包括：代位权、撤销权、买卖不破租赁、建设工程价款优先受偿权、实际施工人制度等。这些例外，各有其正当性基础，不可混为一谈。

实际施工人制度的正当性，在于“劳动报酬的优先保护”。农民工的工资，是其生存的基础；若不给予特殊保护，则其权益极易落空。

但正当性不等于无限性。保护劳动报酬，可以通过工资保证金、专用账户、总包代付等制度实现；实际施工人制度，只是其中一种，且是“事后救济”的一种。

故在解释上，应当坚持“例外从严”：凡不符合要件者，不得适用；凡可以通过其他途径救济者，不宜适用。此即“辅助性原则”。

须注意，实际施工人制度保护的是“实际施工人”，而非“农民工”。二者并不重合：实际施工人可能是包工头，其与农民工之间是劳务关系；农民工的工资，应由其雇主支付。

实务中，有的法院将“农民工工资”与“实际施工人工程款”混为一谈，导致保护的错位。较为稳妥的做法是：分别审查，各依其法律关系处理。

若农民工直接起诉发包人，能否支持？依保障农民工工资支付条例，发包人有“清偿”责任的情形有限；一般情况下，农民工应向与其有劳动或者劳务关系的主体主张。

比较法上，德国法通过“合同相对性”的严格适用，配合“工资保障”制度，解决类似问题；日本法则通过“分包人保护”的特别立法，赋予分包人直接请求权。

我国的选择，是“司法解释加个案裁量”。其优点是灵活，可以根据案件的具体情形调整；其缺点是不确定，可能导致同案不同判。

为减少不确定，学理的任务是提供“要件化的标准”：把抽象的“保护必要”，转化为可操作的构成要件。

本文提出的三项要件，正是这一努力的一部分。要件越清晰，裁量越有限；裁量越有限，裁判越统一。

三、突破相对性的规范依据

合同相对性，是合同法的基本原则。其含义是：合同只在当事人之间发生效力，非当事人不得主张合同权利，也不承担合同义务。

民法典第四百六十五条第二款规定，依法成立的合同，仅对当事人具有法律约束力，但是法律另有规定的除外。“法律另有规定”，即为相对性的例外。

第四十三条的例外，其性质是“法定例外”，而非“约定例外”。即：不待当事人约

定，由法律直接赋予实际施工人对发包人的请求权。

该请求权的性质，学理上有“代位权说”“法定请求权说”“直接请求权说”三种主张。代位权说认为，该权利是代位权的特别形态；法定请求权说认为，该权利由法律直接赋予；直接请求权说认为，该权利是实际施工人对发包人的独立请求权。

本文采“法定请求权说”。理由在于：该权利不以“转包人怠于行使”为前提，与代位权的构成不同；其效果是发包人在欠付范围内“直接”承担责任，而非“向转包人履行”。

法定请求权说的实益，在于解释“为何无须证明转包人怠于行使”：因为该权利是法律直接赋予的，其成立不依赖转包人的行为。

该权利的性质，还有一点须明确：它是“债权性”的，而非“物权性”的。即：实际施工人不能优先于其他债权人受偿，也不能对抗发包人的其他债权人。

若实际施工人主张建设工程价款优先受偿权，则须具备承包人的身份；实际施工人通常不具备该身份，故不能主张优先受偿权。此点，实务中常被混淆。

须注意，第四十三条的适用，不以“合同无效”为前提吗？通说认为，该条适用于转包、违法分包导致合同无效的情形；若合同有效，则实际施工人即为承包人，可以直接向发包人主张，无须援引该条。

发包人责任的正当性，学理上有“不当得利说”“代位说”“法定责任说”三种解释。不当得利说认为，发包人因实际施工人的劳动而受益，应当返还；代位说认为，该责任是代位权的变形；法定责任说认为，该责任由法律直接规定。

本文采“法定责任说”。理由在于：发包人的责任，不以“受益”为限，而以“欠付”为限；其责任的范围，与不当得利的返还范围并不一致。

法定责任说的实益，在于解释“为何发包人可以抗辩”：因为责任是法定的，其范围由法律限定；超出限定的部分，发包人无须承担。

责任的性质，还有一点须明确：它是“财产责任”，而非“行为责任”。即：发包人只须支付金钱，不须承担修复工程、继续施工等义务。

若工程存在质量缺陷，发包人可以主张“减少价款”；减少后的数额，即为“欠付范围”。若质量缺陷严重，导致工程无法使用，则发包人可以主张“拒付”。

若工程未完工，实际施工人主张工程款，则须区分“已完工程”与“未完工程”。已完部分，经质量验收合格的，可以主张；未完部分，不得主张。

“欠付范围”的计算，还须注意“利息”。发包人欠付工程款的，应当支付利息；利息的计算标准，依合同约定或者法定标准确定。

若实际施工人主张利息，则利息应当计入“欠付范围”吗？通说认为，利息是工程款的附随债权，可以一并主张；但须以“欠付范围”为限。

须注意，发包人不得以“与转包人之间的抗辩”对抗实际施工人吗？答案是否定的：

发包人主张其对转包人的一切抗辩，包括质量抗辩、抵销抗辩、同时履行抗辩。

这一规则，体现了“抗辩的延续性”：实际施工人的权利，源自转包人的债权；转包人的债权有何瑕疵，实际施工人的权利便有何瑕疵。

责任的范围，还有一个维度：时间。发包人的欠付，是指“何时”的欠付？是起诉时的欠付，还是判决时的欠付？通说认为以“判决时”为准，因为判决须以最后的事实为基础。

若在诉讼中，发包人向转包人支付了部分款项，则该部分应当从欠付范围中扣除；实际施工人可以请求增加对转包人的请求。

若在诉讼中，转包人将其对发包人的债权转让给他人，则该转让是否影响实际施工人的权利？通说认为，若转让损害实际施工人的利益，则可以主张撤销。

须注意，发包人不得以“已向转包人支付”为由，对抗实际施工人，除非其能证明支付的数额与时间；举证责任，由发包人承担。

四、发包人责任的性质与范围

发包人责任的性质，学理上有“连带责任说”“补充责任说”“直接责任说”三种主张。连带责任说认为，发包人与转包人承担连带责任；补充责任说认为，发包人在转包人不能清偿时承担补充责任；直接责任说认为，发包人在欠付范围内直接承担责任。

本文采“直接责任说”。理由在于：条文的表述是“在欠付建设工程价款范围内对实际施工人承担责任”，并未使用“连带”或者“补充”的表述；且该责任以“欠付”为限，与连带责任的范围不同。

直接责任说的实益，在于解释“发包人为何可以抗辩”：发包人主张“已付”“已抵扣”“已抵销”，因为其责任以“欠付”为限；而连带责任则无此抗辩。

“欠付范围”的确定，是实务中的难点。其计算方式，通常是：应付工程价款减去已付工程价款、减去已抵扣的材料款、减去已抵销的债权、减去依约应当扣除的质量保证金。

须注意，“应付工程价款”的确定，须以发包人与转包人之间的合同为依据，而非以实际施工人与转包人之间的合同为依据。二者的价款可能不同，前者是“欠付范围”的基础。

若发包人与转包人之间的工程价款尚未结算，则“欠付范围”难以确定。此时，法院可以委托鉴定，或者告知当事人先行结算；不能以“未结算”为由，驳回实际施工人的请求。

若发包人已向转包人支付全部工程款，则“欠付”为零，发包人不承担责任。此时，实际施工人只能向转包人主张，或者依第四十四条行使代位权（若转包人对发包人享有到期债权）。

若发包人尚未支付，但工程存在质量缺陷，则发包人可以主张减少价款；减少后的数额，即为“欠付范围”。质量抗辩，是发包人的重要防御手段。

若发包人与转包人约定“以房抵款”，且已实际履行，则该部分应当计入“已付”；若仅签订协议而未履行，则不能计入。

须强调，发包人不得以“与实际施工人无合同关系”为由，拒绝承担责任；但可以以“已付”“已抵扣”“质量缺陷”等事由抗辩。抗辩的范围，以其与转包人之间的合同为限。

代位权制度的功能，是保全债务人的责任财产。当债务人怠于行使其债权，致债权人受损时，债权人可以代位行使。

在建设工程领域，代位权的适用，有其特殊性：实际施工人对转包人的债权，往往基于无效合同；而代位权的行使，以“债权合法”为前提。

合同无效，是否影响“债权合法”？通说认为不影响：合同无效后，实际施工人依“折价补偿”规则享有的债权，仍是合法债权。

故实际施工人可以依第四十四条行使代位权。但其须证明：转包人怠于向发包人行使到期债权；该怠于行使影响其债权实现。

“怠于行使”的认定，通常以“未以诉讼或者仲裁方式主张”为标准。若转包人仅口头催告，而未起诉，则构成“怠于行使”。

须注意，若转包人已起诉发包人，则实际施工人不得再行使代位权；但其可以申请参加诉讼，或者申请保全。

代位权诉讼中，发包人可以向实际施工人主张其对转包人的抗辩；也可以主张其对实际施工人的抗辩（如已向转包人履行）。

代位权的效果，是“直接清偿”。即：发包人向实际施工人履行后，其对转包人的债务消灭；转包人对实际施工人的债务亦消灭。

若实际施工人的债权大于发包人的欠付，则其只能就欠付部分受偿；剩余部分，仍可向转包人主张。

实务中，有的实际施工人先依第四十三条起诉，败诉后又依第四十四条起诉，导致重复诉讼。较为稳妥的做法是：在第一次诉讼中，法院应当释明两种路径的差异，引导其选择适当者。

五、代位权路径与第四十三条的关系

第四十四条规定：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向发包人行使到期债权或者与该债权有关的从权利，影响其到期债权实现为由，提起代位权诉讼的，人民法院应予支持。

该条与第四十三条的关系，学理上有“竞合说”与“残余说”两种主张。竞合说认

为，二者是竞合关系，实际施工人可以选择；残余说认为，第四十三条优先，第四十四条是补充。

本文采“残余说”。理由在于：第四十三条是特别规定，其适用无须证明“怠于行使”；第四十四条是一般规定，其适用须具备代位权的全部要件。特别规定优先，符合法律适用的基本原理。

残余说的实益，在于避免“规避要件”：若允许自由选择，则实际施工人可能规避第四十三条的“欠付范围”限制，通过代位权主张全部债权。

但残余说并不意味着第四十四条无用。在以下情形，第四十四条仍有适用空间：其一，实际施工人不符合第四十三条的要件（如工程质量不合格）；其二，发包人的欠付范围难以确定；其三，实际施工人主张的是“与该债权有关的从权利”（如优先受偿权）。

代位权的构成要件，包括：债权人对债务人的债权合法、到期；债务人怠于行使其到期债权，影响债权人的到期债权实现；债务人的债权不专属于其自身；债务人的债权已到期。

代位权的行使范围，以“债权人的到期债权”为限。即：实际施工人只能在其对转包人的债权范围内主张代位，不能超出。

代位权的效果，是“直接受领”。即：发包人向实际施工人履行，履行后，实际施工人与转包人、转包人与发包人之间的相应债权债务消灭。

须注意，代位权诉讼与第四十三条诉讼，在管辖上不同。前者依“被告住所地”确定管辖；后者依“建设工程所在地”确定管辖（专属管辖）。

实务中，有的实际施工人同时提起两种诉讼，导致程序的重复。较为稳妥的做法是：法院应当释明，要求其选择其一；必要时，可以合并审理。

实际施工人身份的证明，是实践中的难点。因其往往没有书面合同，其施工的事实，须通过间接证据证明。

间接证据包括：施工现场的照片、视频；监理日志、施工日志；材料采购单、租赁合同；工人工资发放记录；工程签证、验收单；发包人或者监理的指令。

证据的组合，应当形成“完整链条”：从进场、施工、验收到结算，环环相扣。若仅有零散的证据，则难以认定。

实务中，有的实际施工人以“证人证言”证明其身份，但证人是其雇佣的工人，与案件有利害关系。此种证言，证明力较弱，须有其他证据佐证。

若实际施工人与转包人之间签订“内部承包协议”，则须审查该协议的性质：是“内部管理”，还是“转包”。审查的标准，是“是否自负盈亏、是否独立核算、是否承担经营风险”。

若认定为“内部承包”，则实际施工人是施工企业的员工，其主张的是工资或者奖金，而非工程款；此时不适用第四十三条。

若认定为“转包”，则实际施工人是独立的主体，其主张的是工程款；此时可以适用第四十三条。

须注意，身份的认定，不以“名称”为准，而以“实质”为准。名为“项目经理”，实为“包工头”的，应当认定为实际施工人。

质量合格的证明，通常以“竣工验收报告”为准。若工程未经验收，但已交付使用，则可以推定质量合格；但发包人有权就使用中发现的质量缺陷主张权利。

若工程未完工，则须对“已完工程”进行质量验收；验收合格的，可以主张工程款；不合格的，须修复后重新验收。

六、构成要件的审查

第一项要件，是实际施工人身份的成立。其证明，包括：实际投入资金、材料、劳力的证据；组织施工的记录；与转包人之间的合同或者协议；工程签证、验收资料。

第二项要件，是工程质量合格。依司法解释的规定，建设工程施工合同无效，但建设工程经竣工验收合格，承包人请求参照合同约定折价补偿的，人民法院应予支持。

工程质量不合格的，须区分情形：修复后合格的，可以主张工程款；修复后仍不合格的，不得主张工程款。此即“质量优先”的规则。

第三项要件，是发包人欠付工程价款。其证明，包括：发包人与转包人之间的合同；结算资料；付款凭证；抵扣、抵销的记录。

三项要件中，第二项最易被忽视。实务中，有的法院只审查“实际施工”与“欠付”，而未审查“质量”，导致发包人在工程不合格的情况下仍须付款。

质量的审查，应当以“竣工验收”为准。若工程未经验收，但已实际使用，则可以认定为“质量合格”；但若使用后发现质量缺陷，则发包人 can 主张修复或者减少价款。

须注意，质量的举证责任，由主张工程款的一方承担。即：实际施工人应当证明工程质量合格；若不能证明，则其请求不予支持。

实务中，有的发包人以“质量不合格”为由抗辩，但未提供证据。此种抗辩，不能成立：抗辩的成立，须有证据支持。

诉讼的构造，须注意“三方关系”：实际施工人、转包人、发包人。三方的权利义务，交织在一起，须在一个程序中解决。

若实际施工人只起诉转包人，则发包人不是当事人；判决的效力，不及于发包人。此时，实际施工人仍可另案起诉发包人，但可能构成重复诉讼。

若实际施工人只起诉发包人，则须追加转包人为第三人；否则，欠付范围难以查明，判决可能损害转包人的利益。

若实际施工人同时起诉转包人与发包人，则二者为共同被告；法院可以合并审理，一

并判决。

举证责任的分配，须注意“层次”：实际施工人须证明其身份、施工事实、工程质量、债权数额；发包人须证明其已付、已抵扣、已抵销；转包人须证明其与发包人之间的结算情况。

若发包人主张“已付”，则须提供付款凭证；若仅提供“收据”，而无银行流水，则证明力不足。

若发包人主张“抵扣”，则须证明抵扣的依据（如合同约定、双方确认）；无依据的抵扣，不予支持。

判决的执行，亦须注意。若判令发包人在欠付范围内支付，则执行时须查明“欠付范围”是否已经履行；若发包人已支付，则不得重复执行。

若发包人不履行判决，则实际施工人可以申请强制执行；发包人的其他债权人，也可以申请参与分配。

须注意，实际施工人的债权，不具有优先性。其与发包人的其他普通债权人，按比例受偿；但其可以主张建设工程价款优先受偿权吗？通说认为不可以，因为其不是承包人。

诉讼中，实际施工人可以申请财产保全，查封发包人的财产；但保全的范围，应当以其请求的数额为限，不得超额保全。

若实际施工人申请保全错误，造成发包人损失，则应当承担赔偿责任；此即“保全错误的赔偿责任”。

诉讼中，法院可以依职权追加转包人；转包人无正当理由不到庭的，可以缺席审理，但其陈述与证据，仍须审查。

七、程序问题

管辖的问题，须区分两种诉讼。依第四十三条起诉发包人的，属于建设工程施工合同纠纷，适用专属管辖，由工程所在地法院管辖。

依第四十四条提起代位权诉讼的，属于合同纠纷，适用一般地域管辖，由被告住所地法院管辖。

当事人的列明，亦须注意。依第四十三条起诉的，应当追加转包人或者违法分包人为第三人；未追加的，属于程序瑕疵，可能被发回重审。

追加转包人为第三人的意义，在于查明“欠付范围”：转包人是合同的相对方，其掌握结算资料、付款记录；其参加诉讼，有助于查清事实。

若转包人下落不明，无法追加，则法院可以公告送达；公告后仍未到庭的，可以缺席审理。但不能因“无法追加”而驳回实际施工人的起诉。

判决的方式，须明确数额与顺序。判项通常表述为：“被告某发包人在欠付某转包人工程价款若干元的范围内，向原告某实际施工人支付若干元”。

判项中，“欠付范围”与“支付数额”应当分别表述。若实际施工人的债权小于欠付范围，则支付数额为其债权额；若大于，则为欠付范围。

判项中，还应当明确“履行顺序”。即：发包人承担责任后，转包人的相应债务消灭；实际施工人不得重复受偿。

须注意，发包人承担责任后，可否向转包人追偿？通说认为可以，因为发包人并非终局的责任人；其承担责任，只是“代为履行”。

类型七：工程款已结算，但发包人未付。此时，欠付范围明确，实际施工人可以直接主张；发包人不得以“未结算”抗辩。

类型八：工程款未结算，但已交付使用。此时，欠付范围须通过鉴定确定；鉴定的范围，限于“欠付部分”，而非“全部工程款”。

类型九：发包人已付清，但转包人未付实际施工人。此时，发包人不承担责任；实际施工人只能向转包人主张，或者主张转包人的其他财产。

类型十：转包人破产。此时，实际施工人可以向破产管理人申报债权；也可以依第四十三条起诉发包人，但须注意“个别清偿”的限制。

类型十一：工程被查封。此时，实际施工人的债权，与其他债权人的债权，按查封的先后或者按比例受偿；其不得主张优先。

类型十二：发包人是国有企业。此时，欠付工程款的认定，须依审计结论；但审计结论不是唯一依据，法院可以结合合同、结算资料综合判断。

类型化的意义，在于把抽象的规则落到具体的场景。场景清晰，裁判便有据；场景模糊，裁量便易恣意。

八、实务中的类型化

类型一：层层转包。工程经三次转手，最终由实际施工人完成。此时，实际施工人可以起诉其直接合同相对方，也可以依第四十三条起诉发包人；但不能起诉中间的转包人（无合同关系）。

类型二：挂靠。挂靠人以被挂靠企业的名义承揽工程，发包人不知情。此时，挂靠人能否依第四十三条起诉发包人？通说认为可以，因为其是实际施工人；但发包人可以主张“不知情”抗辩。

类型三：发包人明知挂靠。此时，发包人与挂靠人之间可能成立“事实上的合同关系”；挂靠人可以直接依合同主张权利，无须援引第四十三条。

类型四：内部承包。施工企业的项目经理承包工程，自负盈亏。此时，其是否属于实际施工人？须看其是否“独立核算、自负盈亏”；若是，则可能构成“名为内部承包、实为转包”。

类型五：政府工程。发包人是政府部门，欠付工程款。此时，实际施工人可以依第四

十三条起诉，但须注意“政府投资条例”的限制，以及财政资金的支付程序。

类型六：工程已交付使用，但未结算。此时，“欠付范围”须通过鉴定确定；法院不能以“未结算”为由驳回起诉。

类型化的意义，在于明确不同情形下的要件审查重点。类型清晰，裁判便有坐标。

回望制度史，实际施工人制度从“个案批复”到“司法解释”，再到“民法典配套解释”，其规则逐步细化，其适用逐步规范。这一过程，反映了司法对“实质正义”的追求。

但实质正义的追求，不能脱离形式法治的框架。若为了保护一方，而随意突破合同的相对性，则交易的秩序将无从维系，最终损害的是所有人的利益。

故本文强调“界限”：主体的界限、范围的界限、路径的界限。界限不是冷漠，而是理性；不是拒绝保护，而是精准保护。

对法官而言，重要的或许不是记住多少规则，而是理解规则背后的价值：在保护弱者与维护秩序之间，寻找平衡；在个案正义与普遍规则之间，保持张力。

愿每一次判决，既能让劳动者拿到应得的报酬，也能让交易者守住应有的预期。此即法治的分寸。

另有一点，值得强调。实际施工人制度的完善，不能只靠司法；根本的出路，在于建筑市场的规范化：资质管理的改革、工程款支付的监管、农民工工资的保障。

司法的功能，是“兜底”而非“替代”。当市场机制健全时，司法的负担便减轻；当市场机制失灵时，司法便须承担更多的责任。

故讨论实际施工人制度，不能脱离建筑市场的整体改革；否则，便是“只见树木，不见森林”。

由此观之，突破相对性的正当性，最终要回到一个朴素的判断：谁实际付出了劳动，谁就应当获得相应的报酬；但这种获得，不应以牺牲他人的合法预期为代价。

两个价值之间的平衡，正是司法的艺术。偏向一端，或失之僵化，或失之泛滥；唯有精细的要件，才能使二者兼顾。

要件的精细，不是学理的自娱，而是实践的需要。每一个要件，都对应着一类争点；每一个争点，都关乎当事人的切身利益。

故本文不惜篇幅，逐一辨析。辨析的目的，不是制造复杂，而是减少恣意；不是设置障碍，而是提供路径。

建筑工程的质量，关乎公共安全；工程款的支付，关乎劳动者的生计。二者都是“公共利益”，都须在法律的天平上得到衡量。

衡量得当，则工程稳固、劳动有得、交易有序；衡量失当，则质量堪忧、纠纷频发、信用受损。此即规则的分量。

九、结语

实际施工人突破合同相对性，可以概括为三句话：主体须真实，质量须合格，范围须限于欠付。三者兼备，例外才正当；缺一，例外便沦为特权。

本文的三个主张，都围绕“界限”展开。主体解决“谁能主张”的问题，范围解决“主张多少”的问题，路径解决“怎么主张”的问题。三者依次展开，例外便从“政策工具”变为“教义规则”。

对实际施工人而言，这一框架的实益是预期的明确：其可以据此判断能否起诉发包人、能主张多少、须证明什么。预期明确，维权才有效。

对发包人而言，这一框架的实益是抗辩的空间：其可以主张已付、抵扣、质量缺陷，将责任限定在欠付范围内。抗辩的空间，是公平的保障。

对建筑市场而言，这一框架的实益是秩序的维护。转包、违法分包之所以屡禁不止，部分原因在于“违法成本低、维权路径多”；规则的清晰，有助于减少投机的空间。

最后须指出，第四十三条的立法初衷，是保护农民工的劳动报酬。这一初衷，值得肯定；但保护的方式，不应以牺牲合同秩序为代价。真正的保护，是让农民工的工资有保障，而不是让发包人成为“兜底的付款人”。

愿规则的适用，既能使劳动者得其应得，也能使交易者负其应负。此即本文的初衷。

参考文献

- [1] 《中华人民共和国民法典》第四百六十五条、第五百三十五条、第七百九十一条、第七百九十三条、第八百零七条。
- [2] 《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）》（法释〔2020〕25号）第一条、第二十四条、第四十三条、第四十四条。
- [3] 《保障农民工工资支付条例》第三十条、第三十六条。
- [4] 《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（二）》（法释〔2018〕20号）第二十四条。
- [5] 最高人民法院民事审判第一庭：《建设工程施工合同司法解释（一）理解与适用》，人民法院出版社2021年版。
- [6] 王利明：《合同相对性原则的突破与限缩》，《法学研究》2019年第5期。
- [7] 冯小光：《实际施工人权利保护的法律适用》，《法律适用》2021年第7期。