

## 关于建设工程价款优先受偿权 适用的若干问题探究

刘 坚, 刘斐然

(陕西永嘉信律师事务所, 陕西 西安 710061)

**摘 要:**建设工程价款优先受偿权的确立无疑为建设工程施工合同承包人能够及时收回建设单位拖欠的工程价款提供了新的司法救济途径。但现行相关规定中关于该权利的实现及限制等条款的规定却存在一定的模糊和矛盾情形,导致该权利的实现存在着诸多的不确定性。本文通过对相关权利性质的探讨以及对法律、司法解释制定动机的解读,结合实务,对该权利实现中出现的适用主体、权利行使的先决条件、权利担保的债权范围、优先权与买受人权利效力冲突、权利的司法实现程序等问题进行分析和探讨,就上述问题的解决提出了建议。

**关键词:**建设工程;承包人优先受偿权;优先权;建设工程优先权

中图分类号: D 923.6

文献标志码: A

文章编号: 1008-7192(2012)06-0026-10

## Issues Concerning the Preferential Right of the Construction Project Price Paid in Priority

LIU Jian, LIU Fei-ran

(Shaanxi Yongjiaxin Law Firm, Xi'an 710061, China)

**Abstract:** The establishment of the preferential right that the construction project price should be paid in priority has no doubt made a new way of judicial remedy for the contractor of construction project to get back the default project price from the developer in time. However, the items of the current regulations, concerning the implementing and restriction of the right, still remain vague and paradoxical to some extent, which causes uncertainty in the realization of the right. This paper discusses the characteristics of relevant rights and explicates the legal and judicial interpretations of the enacting intention. Based on the study of cases, it analyzes the issues such as the subject to claim in right realization, the precondition of right execution, the credit domain guaranteed by the right, the validity conflict between the preferential right and the buyer's right, the judicial process and so on, thus proposing solutions to the problems above.

**Key words:** construction project; contractor's right to be repaid in priority; preferential right; the priority of construction project

收稿日期: 2012-08-23

作者简介: 刘 坚(1978-),男,陕西西安人,陕西永嘉信律师事务所资深律师,硕士,研究方向为土地、建设、房产法律实务。

全国房地产开发领域在高速发展的同时也为建筑市场带来了极大的繁荣与兴盛,但这同样造成了建筑工程领域法律纠纷多发的社会现状。为解决相应问题,我国在《合同法》中为建设施工合同的承包人设立了建设工程价款优先受偿权以保护施工企业的利益,为明确该权利的行使,最高人民法院也对相应的法律规定做出了司法解释。但是,在实务领域对该权利的行使过程中,相应问题却层出不穷,而这些问题所引发的争论也从未停息。

## 一、建设工程价款优先受偿权概述

### 1. 我国有关建设工程价款优先受偿权的立法现状

《合同法》第286条规定:“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,除按照建设工程的性质不宜折价、拍卖的以外,承包人可以与发包人协议将该工程折价,也可以申请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”。

2002年6月11日,最高人民法院以向上海市高级人民法院的请示批复的形式,发布了《最高人民法院关于建设工程价款优先受偿权问题的批复》(法释[2002]16号)(以下简称批复),对上述合同法条款作出了相应的解释:①人民法院在审理房地产纠纷案件和办理执行案件中,应当依照《中华人民共和国合同法》第二百八十六条的规定,认定建筑工程的承包人的优先受偿权优于抵押权和其他债权。②消费者交付购买商品房的全部或者大部分款项后,承包人就该商品房享有的工程价款优先受偿权不得对抗买受人。③建筑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。④建设工程承包人行使优先权的期限为六个月,自建设工程竣工之日或者建设工程合同约定的竣工之日起计算。⑤本批复第一条至第三条自公

布之日起施行,第四条自公布之日起六个月后施行。

上述法律及司法解释,共同构成了我国法律体系中建设工程价款优先受偿权的权利内容。

### 2. 我国法学界对建设工程价款优先受偿权性质的争论

关于上述承包人优先受偿权的性质,我国学界长期以来一直存在着多种观点,相互之间颇多争论。主要归纳,以留置权说、法定抵押权说、优先权说等三种学说最盛。

(1)留置权说的支持观点。该学说认为建设工程价款优先受偿权属于留置权的一种,这种观点属我国学者独创。其理论源于1991年建设部与国家工商行政管理局联合制订的《建设工程施工合同(示范文本)》(GF-91-0201)第28条约定:“由于甲方违反有关规定和约定,经办银行不能支付工程款,乙方可留置部分或全部工程,并予以妥善保管,由甲方承担保护费用”。

支持该观点的学者正是援引上述合同范本的指导约定,同时认为建设工程施工合同属于承揽合同的一种,可以适用加工承揽关系中的相应规定,定作人在工程验收合格后不依照合同支付价款,则承揽人即可依照留置的相关规定将工程依法留置以保障其工程价款的实现。因而认为建设工程价款优先受偿权属于法定的留置权。

(2)法定抵押权说的法律渊源及支持观点。而所谓法定抵押权是相对于一般抵押权而言的,是指当事人依照法律的规定,直接取得的抵押权。梁慧星教授对承包人优先受偿权的性质一直持此观点,主要是采用了历史解释的方法,认为“《合同法》第286条从设计、起草、讨论、修改、审议直至最后通过,始终被理解为法定抵押权;在历次专家讨论会上,未有任何人对此表示异议,亦无任何优先权的建议”<sup>[1]</sup>。

上述观点的实务依据源于瑞士以及我国台湾地区民法的规定,认为建设工程价款的优先受偿权具有从属性、不可分性、追及性、物上代位性以及优先受偿性,不需转移占有亦可实现。如《瑞士民法典》第837条列举的法定抵押权中即

包括了建设工程优先权：“为在土地上的建筑或其他工程提供材料及劳务或单纯提供劳务的职工或承包人，对该土地的债权；土地所有人为债务人，或承包人为债务人的，亦同。”第839条规定：“（1）职工及承包人的法定抵押权，自发生给付劳务义务之时起，在不动产登记簿上登记。（2）前款情形，法定抵押权最迟须在劳务义务终止后的三个月内登记。（3）登记，仅在债权为所有人承认或经法院确定后，始得进行。但所有人以申请登记的债权已提供充分担保的，不在此限。”第840条规定：“职工及承包人的若干法定抵押权均已登记的，即使其登记的日期不同，其对抵押物仍有受同等清偿的权利。”

我国台湾地区的民法典第531条规定：“承揽人对承揽的建筑物或其他土地上的工作物进行建造或重大修缮时，就承揽关系所生之债权，对其工作所附之定作人的不动产享有法定抵押权。”《国民住宅条例》第27条规定：“申请贷款自建之‘国民住宅’，其因贷款所生之债权，自签订契约之日起，贷款机关对该住宅及其基地享有第一顺位之法定抵押权。”

（3）优先权说及其国外立法例。优先权是法律基于特殊政策性考虑而赋予某些特种债权或其他权利的一种特殊效力，以保障该项权利能够较之普通债权而优先实现。持该观点的学者认为：承包人的优先受偿权绝非留置权或抵押权，而是承包人对该建筑工程享有的优先于其他债权受清偿的权利。此种立法例见于《法国民法典》与《日本民法典》。

《法国民法典》于其第三编“取得财产的各种方式”第十八章规定建设工程优先权为优先权：“建筑师、承包人、瓦工与其他受雇于建筑、重建或者修理楼房水渠或其他任何工程施工的工人，只要有楼房，建筑所在管辖区内的大审法院依职权任命的鉴定专家做成的笔录，确认与所有人宣告拟建的工程有关的场地的状况，并且完工后最迟6个月内已由同样依职权任命的鉴定专家的验收，即对工程有优先权。”

《日本民法典》则将之称为不动产先取特权，

其327条规定：“不动产工事的先取特权，就工匠、工程师及承揽人对债务人不动产进行工事的费用，存在该不动产上”。第337~339条规定：“不动产工事的先取特权，因于工事开始前登记其费用预算额，而保存其效力，并可优先于抵押权而行使”。

（4）对我国建设工程价款优先受偿权性质的分析。我国建设工程价款优先受偿权的权利性质，应以优先权说为准。

留置权说存在的问题。支持该观点的学者的理论来源并不可取。首先，该合同示范文本的效力仅为供工程发包人与承包人参考使用，并无强制性；其次，其制订者并非立法机关，其带有指导性的意见当然不能直接作为法律进行适用，亦无普遍约束力；而留置权也并不能因当事人约定而设立。最后，该合同示范文本的发布通知中也有要求使用人将条款错漏反馈以供修改的要求，且在建设部后续发布的两种新示范文本中，类似的留置权条款也再未能够出现。

另外，根据后颁布《物权法》对留置权的相关规定：“债务人不履行到期债务，债权人可以留置已经合法占有的债务人的动产，并有权就该动产优先受偿。”依据上述规定，留置权人行使留置权有两种限制：其一，留置权人应当合法占有债务人的留置物，其二，留置物为动产。因而，就以上规定来看，将建设工程价款优先受偿权认定为留置权明显不妥，盖因《物权法》对留置权的规定明确，而建设工程价款优先受偿权则是以不动产折价或拍卖以实现债权，若将其认定为留置权，则明显违背了物权法定原则，造成物权体系的混乱，并不可取。

法定抵押权说存在的问题。有反对观点认为，将合同法第286条设立的权利认定为法定抵押权的最大障碍是以现有法律规定的体系，难以解决其登记问题，而抵押权如不能经登记公示，于不动产抵押而言不能发生物权效力；而且以其对抗善意第三人也存在不妥。笔者认为，该观点虽有一定道理，但并未触及到弃用法定抵押权说的实质原因，而且关于法定抵押权是否需要经过

登记才能生效,立法例上确有肯定和否定的两种做法,法定抵押权的处理也可以不同于一般抵押权。而且,就现有的在建工程抵押登记以及施工合同备案手续而言,也并非难以在现有法律体系框架内完善其登记制度。

而且,对法律条文进行解释有多种方法,支持该观点的学者所采用的历史解释,自然最为接近立法者的立法目的及意图。但是,不论采取何种解释方法,都需要符合整个法律权利体系的设定。我国《担保法》第38条规定:“抵押人和抵押权人应当以书面形式订立抵押合同”,明确规定抵押权的设立应当以约定并订立书面合同为要件。当然,合同法于1999年生效,相对于担保法而言属新法,但2006年出台的《物权法》中,依然存在同样的规定:“设立担保物权,应当依照本法和其他法律的规定订立担保合同。”由此可见,我国担保法律体系中并未为所谓的法定抵押权留有设立空间,抵押权必须通过当事人双方约定并订立抵押合同来设立,而不能通过法律规定产生。因而,法定抵押权说由于违背了我国《物权法》对抵押权权利体系的设置,难以被立法所支持。

采用优先权的理由。就立法者设立建设工程价款优先受偿权的目的而言,其实质确是旨在向承包人提供一项具有担保性质的权利,以保全其工程款债权的实现,当发包人违约拖欠工程款时,承包人得以工程项目的折价或拍卖款,优先满足此项债权。仅从权利外观以及权利功能上看,上述三种学说所指向的权利都能够达到,其效力并不会存在太大差异。但是,从立法目的的深层次分析,仍然是将其解释为优先权更为适宜。

首先,解释为优先权满足了法律设立该权利的政策性需要。优先权所担保的债权是法律基于社会政策立法的考量所予以特别保护的,而非基于当事人自己的利益考虑所设立的。现今在我国,拖欠工人工资已经是社会上最为多发、普遍的纠纷类型之一,以至于几乎每到春节前,国务院建设主管部门都需要联合其他相关部门制

定保障农民工依法取得工资的相关文件。就建设工程价款而言,其中不仅包含着建设工程项目所投入的材料、管理费用,更重要的是其中包含了大量的劳务费用,即建筑工人工资,由于工人工资属生存利益,关系到社会的安定和政局的稳定。因而,我国切实存在着利用法律来保护施工人获得其劳务报酬的政策性需要,而优先权说正好可以满足该需求。

其次,解释为优先权也能够满足我国法律权利体系的架构,避免了采用留置权说所造成的权利内容冲突。我国有关特别法已经规定了特定标的物的优先权,如《海商法》中的船舶优先权与《民用航空法》中的民用航空器优先权。船舶优先权、民用航空器优先权和建设工程优先权都是某些特定主体针对某一特定标的物优先于其他债权人受偿的一种权利,完全能够做到与其他权利体系并行不悖。

最后,该解释也已经为最高人民法院所采用。最高人民法院在《批复》第1条中已明确规定:“认定建设工程的承包人的优先受偿权优于抵押权和其他债权。”在此,最高人民法院明显将承包人的优先受偿权与抵押权相区分。因此,排除掉将其纳入留置权或抵押权体系后,将建设工程优先受偿权定性为优先权显然是最合适的。

## 二、对建设工程优先权在司法适用中存在的问题分析与对策建议

自我国建立建设工程优先权制度以来,虽经《合同法》与最高人民法院《批复》先后规定与阐述,但在司法适用中,该权利的实际适用仍然存在诸多的问题,究其原因,即是相关条款的规定仍有不明之处所致。

### 1. 权利适用的主体范围问题

对建设工程价款优先受偿权适用主体的探讨,主要是针对何种建设工程合同的合同承包人可以享有建设工程价款优先受偿权的问题,以及如若同时存在两种主体,其优先受偿权之间又应当如何予以保护的问题。

众所周知,我国《合同法》以第十六章对建设工程合同作了专章规定,其中明确规定的建设工程合同共有三种,分别为建设工程勘察合同、建设工程设计合同以及建设工程施工合同。从而使得建设工程合同具有了广义与狭义之分,狭义上的建设工程合同即单指施工合同,而广义上的概念则同时包含有工程勘察合同及工程设计合同。毫无疑问,无论是采取广义或是狭义,工程施工合同承包人都能够享有优先权,而在实务中,对勘察合同的勘察人与设计合同的设计人是否能够享有优先权则存在不同看法。

(1)建设工程的勘察人与设计人应当享有建设工程优先权。实务中有观点认为,鉴于建设工程优先权的立法目的主要是针对我国建筑市场工程款纠纷较多,为解决施工企业收不回工程款的情况而做出的规定。一方面,勘察合同与设计合同很少出现此类情况,另一方面,优先权是法律基于政策需要专门为某些债权做出的特殊规定,任意的扩大解释可能造成这种特殊权利的滥用,不利于权利及民事交易的稳定,违背立法本意。对此观点,笔者并不认同。

《合同法》并未排除非施工合同承包人的优先权。《合同法》第269条规定:“建设工程合同是承包人进行工程建设,发包人支付价款的合同。建设工程合同包括勘察、设计、施工合同。”而在最高人民法院的《批复》中,也未见有明确排除勘察、设计合同承包人的规定。因此,既然建设工程优先权便是设立给建设工程合同承包人的,那么同为承包人的勘察、设计人便天然应当享有该权利。

排除部分承包人的权利有违公平。应当承认的是,法律设立建设工程优先权,其主旨确是为了解决建筑市场上拖欠工人工资的现象。但仅因为建筑施工工人团体较大,产生工资拖欠纠纷也较多,就因此将权利限定于其独享是甚为不妥的。笔者以为,就项目工程建设过程而言,无论是勘察、设计还是施工人,其劳动成果对于工程的最终建设完工而言都是不可或缺的,并非是只有建筑施工工人对工程付出了劳动,且无论履

行何种合同的工人,其劳动成果都已物化于项目工程本身。因此,就工程进行折价或者拍卖自然就处分了勘察人与设计人的劳动成果,如果对其债权不予保护,将无法体现法律的公平所在。

(2)建设工程存在数个承包人时优先权的优先顺位问题。如果建设工程存在数个承包人,那么将出现数个优先权并存的情况。而这些承包人之间将如何确定清偿顺位问题,笔者认为需从以下两个方面作一讨论。

建设工程总承包人、分包人及转包人的优先权分析。一般而言,发包人只与总承包人签订建设工程合同,总承包人应当享有建设工程优先权是毫无疑问的,而分包、转包人则是与总承包人签订合同来参与工程建设施工,发包人与二者之间并无合同关系及付款义务,因而其是否能享有优先权就值得讨论。

对于非法转包与违法分包而言,由于其违反了相关建设工程管理法规,根据《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》的规定,其签订的建设工程施工合同均属无效。虽然在建设工程竣工验收合格的情况下,法院也支持此类承包人要求支付工程款的请求,但司法解释的支持该请求的目的则是鉴于合同无效后互为返还义务的结算和执行便利,借助合同约定工程款的形式来实施返还义务,并非依据合同支持其工程价款请求。因此,非法转包人与违法分包人不应享有建设工程优先权,对这一点理论界与实务界都不存在异议。但对于合法分包而言,由于合同合法有效且经过发包人认可,其施工工人的劳务报酬权便不容忽视,如此,就应当以其工程款拖欠的情况及原因的不同进行具体区分。

在工程分包是经发包人认可,符合工程各项施工资质要求,且合同有效的情况下,分包人工程款未能及时收回可能存在两种原因:其一是发包人已完全支付款项,而总承包人怠于履行其付款义务的情况;另一种则是由于发包人未能依约履行付款义务,而总承包人也怠于行使其债权及优先权的情况。

就第一种情形而言,由于发包人已经完全履行了合同付款义务,此时要求发包人将工程项目折价或拍卖明显违背公平原则,因而不可取,分包人无权要求行使优先权。

在第二种情形下,虽然分包人与发包人之间并无合同约定,但分包人订立合同毕竟是经发包人认可的。因此,笔者建议不妨结合《合同法》第73条的规定,赋予分包人得以其欠款数额为限,要求代位行使总承包人的优先权,以保障其工程价款的回收。

不同承包人的优先权之间不存在优先顺序。对于在同一工程上同时存在勘察、设计、施工以及各类专业分包等承包人时,建设工程上便同时也包含着多个优先权。此类优先权之间是否应当有优先顺序呢?有观点认为,可以由债权设立的时间先后来确定清偿顺序。笔者认为此观点不妥,虽然工程建施工序有时间先后,但是各承包人的劳动成果对于建设工程的落成所起到的作用却并不可分,因而对工程进行处分相当于对所有优先权人的债权优先权载体同时进行了处分。因此,笔者较为赞同不同承包人之间优先权并无优先行使顺序的观点。

当然,由于建设工程优先权毕竟属于民事权利,当属不告不理。因而,在部分承包人要求行使优先权的同时,法院应当公告征询其他优先权人是否要求行使,如要求,则告知其起诉合并审理;如其他承包人放弃行使,则只需实现提出请求的承包人优先权即可。

## 2. 关于承包人行使建设工程优先权的先决条件问题

根据《合同法》及《批复》的规定,承包人要求实现其优先权,应当首先满足两项先决条件:其一为工程竣工,其二则为承包人应当催告发包人在合理期限内支付工程款。但是,法律对该两项条件的规定却又都不够明确,可能会妨碍承包人正常行使其优先权。

(1)以工程竣工为权利行使要件缺乏合理性。对于承包人行使优先权必须满足工程竣工的条件,其实《合同法》与《批复》均未直接予以规

定。但从最高法解释中却不难得出上述判断:“建设工程承包人行使优先权的期限为六个月,自建设竣工之日或者建设工程合同约定的竣工之日起计算。”就字面意思而言,该解释规定了行使优先权期间的起算点。但实质上,权利从竣工时才可行使,那么工程竣工自然也就是先决条件。

“工程竣工”的含义,实务中一般有两种认识,一为竣工交付使用,另一则为竣工验收合格。前者是指当事人双方对合同履行情况的相互认可;而后一种则是由于竣工交付使用应进行的行政许可程序,以检查工程项目是否符合各项行政规定。但是无论哪一种都要求“工程竣工”不能由承包人单方面宣告达成。但是,如果观察建设工程施工进程,就会发现该两种“竣工”的理解都不一定会直接与工程款的履行期限相关。

工程款的给付过程为:预估总工程款并写进合同→支付一定比例的预估工程款作为工程预付款→在工程进展过程中分期支付比例进度款→竣工验收→交付使用→决算确定工程款总额→计算未结工程款金额→确定应结清工程款数额、留取质量保证金→质量保证期届满后且工程未出现重大瑕疵再支付保证金。因此,拖欠工程款可能发生在合同履行的各个环节之中,与竣工前后并无绝对之关联。而倘若以竣工为先决条件,那么发包人在此之前未按约定支付工程款时,承包人则只能选择垫资完成工程建设以满足“竣工”要求。因而以竣工为权利行使的条件本身就与国家法律政策的规定相互冲突。

而在承包人无力垫资进行建设时,按照《批复》的精神理解,承包人则只能等待合同约定的竣工日期才得以借助其优先权收回工程款。然而,在此之前,承包人完全可以向发包人提起违约之诉,以拖延某期工程款为由要求实现权利。至此,对承包人而言,等待直至竣工的做法明显缺乏吸引力,因为这将要求其不得不延迟收回工程款的时间。

(2)应当明确何谓催告的“合理期限”。在《合同法》对建设工程优先受偿权的规定中有“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,……”的规定。如此一来,承包人行使建设工程优先权就有了催告的前置条件,待发包人逾期仍不支付时,才可行使相关权利。然而,究竟何谓“合理期限”,合同法并未规定,最高法作出的《批复》中也未提及。因此,如何确定承包人行使催告的“合理期限”即成为行使建设工程优先权亟待明确的问题之一。

确定“合理期限”最好能就涉诉工程本身所具备的特定情势进行判断,但这必将造成个案的不同。同时,通过建设工程合同的约定直接明确催告期限或者依照各地建筑市场的付款惯例来予以确定,也具有一定的可取之处。但仍需在此明确的是,司法解释中明确了关于权利行使期限6个月的相关规定,那么合理期限也就应当必须少于6个月,以便向承包人给予充足的行使期间。

### 3. 关于优先权担保的债权范围问题

《合同法》对优先权所担保的债权范围的表述为“建设工程的价款”,并未对价款的范围进行罗列或限定。而最高院在《批复》中则做出了如下解释:“建筑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。”如此看来,貌似二者之间存在一定的差异,就此差异,笔者认为应当通过立法及解释的目的以及上述规定对承包人实现权利的实际影响入手进行分析,以判断该规定的实际执行效果。

(1)相关立法与解释的目的分析。①立法建议者的建议目的。“当时建设部给人大法工委建议,要求规定建筑工程价款的优先受偿权的理由有两个,一是建筑施工企业以提供劳务为主;二是破产法、民事诉讼法规定职工的工资优先,所以工程的价款应当优先”<sup>[2]</sup>。从上述建议理由中可以得出:第一,对建筑工程价款予以优先性保护的,目的在于保护建筑企业工人工资。第二,所谓的“工程价款”,主要是指由工人提供劳务形成的价款。综上,对建议者而言,其建立立

法的目的主要在于保障工人劳务所形成的那部分价款。②立法者立法本意探究。对于立法者在立法时的基本思路,由于全国人大常委会并未对《合同法》第286条作出相应的立法解释,因而没有权威的文件可供分析。但从全国人大法工委对《合同法》所做的解释中,第286条均被认为旨在“保障债权人价款债权的实现”<sup>[3-4]</sup>。因而,似乎就立法者的考虑而言,设立优先权是为了保障承包人全部工程价款债权的实现。③司法解释目的研究。而在法院看来,第286条的目的应当是对于工人劳动报酬的保护。最高人民法院的解释目的正如解释本身所示,“建筑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”。这两部分明显未能完全包涵286条规定的全部“价款”。实务中,对于前述“价款”一般分为四个部分,分别为直接费、间接费、利润及税金。对于最高法解释的价款,基本涵盖了直接费与间接费,即成本。最高法院的观点,大致上是认为既然设立权利的目的在于保护劳动者,那么一旦劳动者劳动报酬能够得到相应保障,则承包人的其他债权是否能够实现并非优先权应当考虑的问题。至于同时保护了其他成本构成方面如实际支出的费用,可能在于考虑成本是否收回在承包人分配工程价款时,对承包人是否愿意支付工人工资具有较大的影响,不加以保护可能仍会影响工人获取报酬。

(2)优先权担保债权范围对承包人行使权利动机的影响。首先,对于承包人而言,其作为经营主体,承包工程主要是为了追求经营利益。而就司法解释的目的而言,却将该部分价款组成排除在优先权的担保范围之外,因此,除非发包人拖欠工程款致使承包人损失大量成本且执行存在极大困难的情形下,承包人主动要求行使优先权的动机就不会强烈。其次,建设工程优先权作为民事权利,如果承包人不提出权利诉求,法院则可能不会在判决中对此予以支持,也就造成承包人难以通过执行阶段直接提出适用。而就工程价款的实现而言,承包人完全可以直接通过诉

讼要求法院判令发包人全额支付,因而要求行使优先权与因不行使优先权而无法全额获偿二者之间,都无法全额受偿。而提出行使优先权,不但不能保证全部债权的收回,相反还需要对工程价款的构成予以区分以确定适用优先权的受偿金额,反而增加了诉累。最后,就建筑市场现状而言,既然能够产生如此之多的工程款拖欠纠纷,乃至大量存在施工人违规为发包人垫资的情形,即不难说明承包人与发包人之间的市场地位悬殊。而承包人通过行使优先权,拍卖发包人工程项目,将可能对发包人利益造成极大减损,从而“得罪”发包人,继而丧失获取后续工程施工机会。如此,所谓大力支持承包人行使建设工程优先权,从同情的角度讲很有意义,但从商业的层面看则缺乏基本的常识。

综上,就权利应受保护的理由而言,无论是建议者,还是立法者、司法者对权利设立目的考量及其本意都并无不当。但是,对劳动者利益的实现毕竟也存在于承包人工程价款的构成之中,因此,如果欠缺对承包人利益的重视和保护,那么仍然可能造成承包人怠于行使权利,从而导致工人利益受损的情况发生。因此,立法、司法机关应当对此予以重视,就相关问题重新作出合理的设计,从而真正使建设工程优先权的作用落到实处。

#### 4. 承包人优先权与商品房买受人权利的冲突问题

在最高人民法院《批复》中有明确规定:“消费者交付购买商品房的全部或者大部分款项后,承包人就该商品房享有的工程价款优先受偿权不得对抗买受人。”对此,最高人民法院或许持此观点:“我们不否认消费者在购买商品房前应当了解商品房开发建设的基本情况,考察开发商应当具备的各种批准手续和开发建设的实力,并采取相应的手段使自己的权益免于侵害,但是,相对于作为个体的消费者而言,承包人作为一种经营组织,有更多的措施和手段判断、分析和控制交易风险,更有能力保护自己的权益。因此比较承包人利益与消费者利益,消费者的利益属于生

存利益,应当优先,承包人的利益属于经营利益,应当退居其次”<sup>[5]</sup>。但排除该规定的目的,在具体的适用中其实还存在如下问题。

(1)实务中发包人对建设工程优先权的规避情形。就该解释规定的字面意思而言,消费者应当是指购买房屋主要用于居住或直接使用的人,如果买受人将该房屋用于投资或出租等,“消费者”概念便不再适宜,而是投资者或投机者。但是,在实务中买受人的目的是非常难以确定,而且多数买受人都会采取向银行贷款支付开发商房屋价款,而转将房屋抵押给银行的做法。因此,买受人想获得消费者的身份以及支付大部分的房款等条件都不难达成,这就使在实务中非常容易出现利用上述解释,将承包人优先权做空的情形。

在广州已经出现过相关案例,发包人在工程竣工后长期拖欠承包人工程款,承包人多次追索无果后称将采取诉讼手段以实现法定优先权。就在承包人起诉前一个月,发包人突将该工程共计46套商品房预售给一家关联公司,并办理了预售登记。此后,发包人又出具委托书,委托该关联公司向银行全额归还到期贷款,银行在接受该笔还款后,即以该款项冲抵了发包人的相关贷款。随后,承包人起诉至法院要求发包人偿还拖欠工程款8000万元获得胜诉,但此时该商品房已由该关联企业继续转让给众多小买家且已大量入住。承包人根本无从行使其优先受偿权,只能以发包人与其关联企业恶意串通、转移资产为由,再次向法院起诉要求撤销二者之间的预售买卖合同。

另外,就中国的商品房交易市场而言,大量房屋都是在预售阶段便已售出,而此时承包人还未能达到“工程竣工”的条件。等到达成时,大部分房屋已被处分,基本不存在让承包人行使优先权的条件。

(2)关于优先权是否具有“物上代位性”的探讨及实现。对实务中上述问题,笔者虽认可最高人民法院对消费者权利进行保护的用意,但也难免对建设工程优先权的落空感到嗟叹。在进行

思考后,笔者认为,既然无法与消费者对抗,那么不妨以消费者所支付的价款为方向进行突破。

就优先权本身而言,虽然承载着与担保物权极为近似的功能,但仅仅是就某种债权而专门设立的优先受偿的权利,与纯粹的担保物权还是存在着较大差异,因而期望获得担保物权所衍生的“物上代位权”仍然存在较大的理论鸿沟。但是,理论无法突破并不代表着实务中不能通过其他措施来满足同样的目的。因此,可以通过建立由商品房预售及销售主管部门对发包人预售或销售价款的合理监管制度,在建设工程出售后,即以相应销售款项满足承包人行使优先权的需要,而发包人也并不会因为该款项可能被作为价款支付而故意压低销售价格,毕竟压低价格后最终受损的仍然是发包人自身。

#### 5. 关于建设工程优先权在司法程序中的实现问题

(1)建设工程优先受偿权在司法程序中的混乱现状。《合同法》对承包人行使建设工程优先权的手段做了两种规定,分别为协商折价与申请法院拍卖,其实质上应当存在三种具体的实现方式:其一即为承包人与发包人协商将工程项目折价抵偿;其二为承包人直接申请法院就建设工程进行拍卖;最后为承包人向法院提起优先确认之诉。在最高人民法院《批复》中,对人民法院支持优先权的规定为“在审理房地产纠纷案件和办理执行案件中”,因而,从字面意思上看,似乎人民法院在审判程序中和执行程序中均可以直接支持建设工程优先权的实现。

但在实践操作中,各地法院的做法却存在一定程度的混乱。实务中有大量的法院认为,在未经审理查明实际欠付工程价款数额的情形下,不应直接以承包人诉请数额进行优先受偿,因而要求承包人直接提起给付之诉的请求的同时提出请求法院确认其对某建筑物具有优先受偿权,由法院经审理查明欠付数额后,以判决形式对其优先受偿权作出确认。此外,还存在部分法院并不要求当事人提出行使优先权的诉请,只在执行阶段通过执行程序予以优先执行和分配。最后,还

有法院在审判时未要求当事人提出优先受偿的诉讼请求,也未判决该工程价款优先受偿,因而遇到在执行阶段,由于执行法官对该条理解与审判庭的审判法官理解不同,又要求当事人要另行提出优先受偿的确认之诉。这些都助长了承包人主张权利的无序性。

(2)对建立规范权利主张程序的建议。就上述情况,笔者认为应当建立统一、规范的权利主张程序,以方便承包人行使权利。对于承包人向发包人提起工程款纠纷诉讼的,可以由法院在审理案件时告知承包人可以主张优先受偿权,在承包人要求行使的情形下,据以审查是否符合优先受偿的条件,即合同是否有效、无效的原因、是否经过催告程序、是否超过6个月的权利行使期间等,对于符合条件的应及时予以确认。

针对承包人直接向法院申请拍卖以主张优先权的案件,可以建立相对于前者的“对物诉讼”的程序来进行,即对于承包人直接向法院申请拍卖的,只需对承包人的申请作出形式审查,确认其债权数额是确定的,且发包人逾期未付,承包人经过催告程序,即可委托拍卖。如发包人提出异议并有证据证明承包人的申请不符合拍卖条件的,应及时中止执行程序,告知承包人提起前段所述的“对人诉讼”,通过诉讼方式确认优先受偿权。

### 三、结 语

我国法律设立建设工程价款优先受偿权,为处理实务中大量出现的工程款拖欠案件指明了新的方向,为建设工程承包人、施工工人的权益保护提供了更有力的手段,甚至也为国家对建筑市场、房地产开发市场的管理和政策调控起到了巨大的积极推动作用。

然而,由于立法目的和立法技术之间缺乏协调,导致在相关权利在通过司法实现的过程中,出现了模糊的规定内容。虽然最高人民法院及时就相关司法适用问题做出了解释,但由于权利设定时即存在的价值冲突取向和立法目的指引

方向的偏差,又使得该权利在实现过程中出现了权利实现效果背离立法、解释目的的情形以及严重的实务漏洞。但是,不论立法者设立该权利的目的如何,以及司法者就适用该条规定的解释作出了何种价值取向的判断,均不能磨灭该项权利为国家所需政策提供的有力支持以及对弱势群体

的保护作用。因此,这就更需要理论界与实务界紧密结合起来,对该项权利的实施开展更广泛和深层次的研究与讨论,协同解决各类矛盾及问题,力争将使该权利能够为改善建设工程承包人及施工工人地位,以及对维护其合法权益作出更多的贡献和支持,使其能够更好的实现应有的价值,为社会主义市场经济秩序的完善提供更有效的服务。

#### 参 考 文 献

- [1]梁慧星. 合同法第 286 条的权利性质与适用[J]. 民商法论丛, 2001(2):275-277.
- [2]杨永清. 建设工程价款优先受偿权司法解释的理解与适用—兼谈与该权利有关的几个问题[J]. 判解研究, 2002(3): 12-26.
- [3]全国人大常委会法制工作委员会研究室. 中华人民共和国合同法释义[M]. 北京: 人民法院出版社, 1999:421.
- [4]胡康生. 中华人民共和国合同法释义[M]. 北京: 法律出版社, 1999:439.
- [5]汪治平. 建设工程价款优先受偿权的若干问题[J]. 人民司法, 2002(8):4-9.

(上接第 13 页)员发放转岗培训补贴、支付社保补贴、岗位补贴、求职补贴等相关措施来稳定就业、预防失业。除此之外,建立失业保险应急预案机制,针对局部地区发生的重大事件或自然灾

害而出现的大规模失业,给予及时的应急失业补助,保障失业人员基本生活,为社会经济的发展营造一个稳定的社会环境。

#### 参 考 文 献

- [1]郑功成. 社会保障学[M]. 北京: 中国劳动保障出版社, 2005:43-44.
- [2]汪洁. 王廷瑞. 孙学智. 失业保险基金筹集与支出问题[J]. 中国社会保障, 2007(10):32-33.
- [3]孙洁. 高博. 我国失业保险制度存在的问题和改革的思路[J]. 西北师范大学学报: 社会科学版, 2011(1):123-124.
- [4]吴天相. 编制失业保险稳定就业、调控失业的“安全网”[J]. 中国就业, 2011(10):51-52.
- [5]吕学静. 中国失业保险的稳定就业促进就业政策: 从临时措施到长效机制的思考[J]. 社会保障研究, 2010(6):60-63.