

法律知识学习园地



——与建设工程价款优先权有关的四个重要问题

2015年第2期

主 编： 盛惊宇

编 辑： 兰腾

局（沪）法律事务部 主办



正文

建设工程价款优先权（以下简称“优先权”）问题在房地产业这一虚拟经济处于调整周期的情况下对于实体经济的建筑业而言意义是非常大的。一方面，由于资金链的断裂，一些工程处于停建状态，甚至会成为烂尾楼，房地产开发商或其他一些建设单位无力清偿债务，优先权的行使会一定程度挽回建筑单位的损失；另一方面，优先权的行使必然也会对第三人的利益造成影响，产生权利冲突，处理不好会损失其他权利人的利益，所以正确适用法律，规范优先权的行使十分必要。

我国《合同法》第二百八十六条规定优先权以来，理论界就一直没有对优先权的性质停止过争论。至少有一点是明确的，一个是物权法定，既然《物权法》没有规定优先权，且优先权是由合同法规定而来的，解释论上没有必要去争论优先权是不是物权的问题。第二个是，《民事诉讼法》修改后，规定了担保物权实现程序，新民诉法司法解释也对担保物权实现程序作了进一步的细则性、操作性规定，但均未将优先权的行使纳入该程序，故从实定法角度审视的话，这种争论在法律适用层面意义并不是很大，本文无意讨论。

优先权纠纷中比较棘手的，也是争议比较大的，有这么几个问题值得讨论：1、优先权行使期限的起算点是否可认定为建设工程验收备案日之后；2、优先权预先放弃的效力；3、建设工程施工合同无效承包人的优先权主张应否支持；4、优先权能否随工程价款债权一并转让。我们拟分别就上述问题一陈洞见，以为抛

砖引玉。

一、优先权行使期限的起算点是否可认定为建设工程验收备案日之后

我国《合同法》第二百八十六条规定：“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。”但该条没有对优先权行使的期限作出规定。《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》”）第四条规定：“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。”由于该期限过短，且被认为除斥期间，承包人稍不注意便丧失优先权，司法实践中广为诟病，所以便出现了如杭州市中级人民法院的观点[注1]，实际上将该六个月的期限参照保证期限的规定作了解释。当然，这不是本文讨论范围。

《批复》规定了优先权行使期限的起算点，但是实务中对起算点认定还是颇有争论，这涉及到对《批复》第四条的理解。据此，一些高院出台指导意见，比如：《江苏省高级人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件若干问题的意见》第十九条指出：“建设工程已经竣工的，承包人的工程价款优先受偿权的行使期限自建设工程竣工之日起六个月；建设工程未竣工的，承包人的工程价款优先受偿权的行使期限自建设工程合同约定的竣工之日起六个月”。《浙江省高级人民法院执行局执行中处理建设工程价款优先受偿权有关问题的解答》指出：“六个月期限的起算点应区分以下情况予以确定：发生建设工程施工合同纠纷时工程已实际竣工的，工程实际竣工之日为六个月的起算点；发生建设工程施工合同纠纷时工程未实际竣工的，约定的竣工之日为六个月的起算点；约定的竣工日期早于实际停工日期的，实际停工之日为六个月的起算点。”那么，如何理解工程竣工之日或者工程实际竣工之日呢？在承发包双方规范操作，或者承发包双方无争议的情况下，该问题不难处理。但是承发包双方对实际竣工之日有争议，该如何认定？

工程实际竣工之日在优先权行使中是一个非常关键的事实，承发包双方往往有争议，而其优先权还涉及到第三人的利益，影响建设工程的抵押权人和发包方的其他债权人的利益。该问题显得尤为重要。承发包双方对工程竣工日期有争议的，《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“《解释》”）第十四条规定：“当事人对建设工程实际竣工日期有争议的，按照以下情形分别处理：（一）建设工程经竣工验收合格的，以竣工验收合格之日为竣工日期；（二）承包人已经提交竣工验收报告，发包人拖延验收的，以承包人提交验收报告之日为竣工日期；（三）建设工程未经竣工验收，发包人擅自使用的，以转移占有建设工程之日为竣工日期”。因该条第（二）、第（三）项的规定，最高人民法院已经明确不作为优先权行使期限的起算点[注2]，本文不评。但仅《解释》第十四条第（一）项规定的适用，在承发包双方违规操作的情况下仍会产生适用中的困惑。

实践中会碰到建设单位为了提前办理房屋登记用以抵押贷款，在工程实际尚未竣工的情况下，会同施工、设计、勘察、监理单位出具不真实的竣工验收报告办理建设工程验收备案。纠纷发生后，承包人不认可该竣工验收报告，认为这些文件时虚假的，主张备案之时工程尚未竣工，应当以实际竣工的时间为优先权行使期限的起算点。此时的竣工日期往往会成为争议的焦点。

工程竣工是一个事实问题，从事实判断的角度，用虚假的竣工验收报告等资料骗取建设工程验收备案，不能改变工程尚未竣工的事实，如果从这个角度，结合《批复》、《解释》的规定，似乎应当认定竣工日期在工程验收备案之后。从事实推定角度，备案是已知事实，根据《房屋建筑工程和市政基础设施工程竣工验收备案管理暂行办法》第四条“建设单位应当自工程竣工验收合格之日起15日内，依照本办法规定，向工程所在地的县级以上地方人民政府建设行政主管部门（以下简称备案机关）备案”的规定，可以推定备案之前建设工程已经竣工验收合格，竣工日期在备案日之前。但从证据规则角度，事实推定是可以推翻的。承包人以证据推翻该事实推定，人民法院或仲裁机构如何确定实际竣工日期，或者如何认定优先权行使期限的起算点，便成为一个疑难问题。

解决该疑难问题，我们需要注意另一情况，依照《批复》的规定，优先权的清偿顺序在抵押权之前，必然涉及建设工程价款的债权人与其他债权人和抵押权人之间的利益冲突，此时必然有一个价值判断的问题。如果允许优先权行使期限的起算点认定为备案日之后，一则会诱发道德危险，激发承发包双方恶意串通损害其他权利人的利益；二则会损害其他权利人的信赖利益，谨慎的抵押权人在接受抵押物担保之前或一些债权人在债权发生之前会调查该建设工程竣工的情况

以确定优先权是否存在，涉及第三人信赖利益的保护问题。所以该等情形下，不仅仅是一个实际竣工日期的事实判断，还是一个法律判断问题，即价值判断问题。

我们以为，承包人与第三人的利益应当进行利益衡量，在承包人有过错，而第三人无过错的情况下，优先保护第三人，这是一个应该掌握的原则。除了上述避免诱发道德危险，和第三人信赖利益保护的理​​由外，承包人配合发包人编造虚假竣工验收资料骗取备案，应当视为对优先权的放弃，已无特别保护的必要。据此，我们认为承包人此时主张优先权行使期限的起算点在建设工程验收备案日之后的，应不予支持。

二、优先权预先放弃的效力

优先权作为私权利，基于处分原则，理论上权利人当然可以作放弃的处分。但是，平等主体之间的平等只是法律上的平等，或者说是形式上的平等，实质上的不平等的客观存在需要国家进行适度干预。比如格式合同条款的规制，诉讼时效的预先放弃禁止等。换言之，优先权预先放弃是否需要国家适度介入干预。

为什么会产生优先权的预先放弃现象呢？造成该问题的主要原因主要在于一些建设单位为排除建设工程抵押时可能形成的障碍而作的预先安排。我们知道，建筑市场竞争非常激烈，建设单位往往利用卖方市场的优势地位要求承包人作出让步，接受预先放弃优先权的安排。

优先权的放弃分为预先放弃和事后放弃。什么是优先权的预先放弃呢？也就是说判断预先放弃的时间标准是什么？我们以为，优先权的行使期限起算点便是判断是预先放弃还是事后放弃的时间标准，在起算点前的放弃便是预先放弃。

优先权预先放弃的效力如何评价，我国法律没有规定，更多的是从法理上来解读。审判实务中对此问题，殊有争议[注 3]。广东省高级人民法院关于在审判工作中如何适用《合同法》第 286 条的指导意见第九条指出：“承、发包双方当事人在建设工程承包合同中约定承包人不能行使建设工程价款优先权，事后承包人以建设工程价款优先权是法定权利为由向人民法院主张合同约定无效并要求行使建设工程价款优先权的，人民法院不予支持。”我们以为，应该区别对待。

我们将优先权的预先放弃的时间标准界定为优先权行使期限起算点之前，那么就会存在两种情况，一种情况是在缔结建设工程施工合同之前或缔结施工合同时的预先放弃安排，还有一种情况是建设工程施工合同缔结之后的优先权放弃安

排。对于第二种优先权放弃安排，因为合同已经缔结，很难用发包人的缔约优势地位来解释，而且该等优先权的放弃往往是基于第三人的要求向第三人作出的，比如发包人因贷款需要，将在建工程抵押给金融机构，金融机构要求提供承包人放弃优先权的承诺书，此时发包人与承包人协商由承包人作出优先权放弃的承诺，该等承诺基于权利处分、意思自治和诚实信用原则，应当认定为有效，禁止承包人反言。

对于第一种形式的优先权放弃，我们主张应当认定为无效，除非该种预先放弃是发包人作出了对工程价款的担保以对价换取的。因为，优先权实际上是一种具有担保性质的权利，其功能也在于担保承包人工程价款的实现，如果发包人以另外的担保换取承包人优先权的放弃，不违反公平、平等原则，应当尊重合同双方的这种安排。但是，在没有任何对价安排的情况下，应当从优先权为保障建筑工人生存权的立法初衷，以及基于发包人的缔约强势地位，否定放弃优先权的效力。

当然，这需要通过立法或司法解释来进行规制，在未作规定之前尚不宜认定优先权预先放弃为无效。

三、建设工程施工合同无效承包人的优先权主张应否支持

优先权的行使是否以合同效力为前提，目前存有争议[注4]。有不支持的，如《广东省高级人民法院关于在审判工作中如何适用《合同法》第286条的指导意见》第七条指出：“在建设工程承包合同无效的情形下，承包人主张建设工程价款优先受偿权的，人民法院不予支持。”也有支持的，如《安徽省高级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指导意见》第十七条指出：“建设工程施工合同无效，但工程经竣工验收合格的，承包人主张工程价款优先受偿权，可予支持”。浙江省以杭州市中院为代表，持支持观点，如《杭州市中级人民法院民一庭关于审理建设工程及房屋相关纠纷案件若干实务问题的解答》指出：“建设工程价款优先受偿权，是立法对承包人应得工程价款的优先保护，属于承包人的法定权利。即使承包合同被认定无效，但承包人所享有的工程价款请求权依然存在，相应的其优先受偿权也应一并受到保护。”

我们以为，对于该问题，有必要从解释论上厘清：

我国《合同法》第二百八十六条规定是针对建设工程价款作出了优先权的规

定。那么合同无效后的法律后果是什么？我国《合同法》第五十八条规定：“合同无效或者被撤销后，因该合同取得的财产，应当予以返还；不能返还或者没有必要返还的，应当折价补偿。有过错的一方应当赔偿对方因此所受到的损失，双方都有过错的，应当各自承担相应的责任。”具体到建设工程施工合同中，合同被确认无效后，由于承包方提供的劳务、原材料已经物化到建设工程中去了，属于不能相互返还的情况，依法应当折价补偿。据此，尽管《解释》第二条规定“建设工程合同无效，但建设工程经竣工验收合格，承包人请求参照合同约定支付工程价款的，应予支持。”此处虽也使用了工程价款的概念，但其性质上并不是合同有效场合下的对待给付意义上的工程价款，而是折价补偿意义上的工程价款，也就是说《解释》使用的工程价款并不是《合同法》第二百八十六条规定的工程价款，这个从合同法的体系解释中可以得出结论。

另外，从价值判断而言，我国历来强调规范建筑市场秩序，对建设工程承包合同的效力把握也一直从严，司法应当响应这种社会公共政策。应当否定合同无效场合承包人的优先权，以遏制泛滥的违法承发包现象。据此，我们倾向于建设工程合同无效，应不予支持承包人的优先权主张。

四、优先权能否随工程价款债权一并转让

建设工程价款是承包人对发包人享有的债权。根据我国《合同法》第七十九条的规定，承包人可以转让建设工程价款债权是没有疑义的。问题是，受让人能否以我国《合同法》第八十一条“债权人转让权利的，受让人取得与债权有关的从权利，但该从权利专属于债权人自身的除外”的规定取得优先权？换言之，优先权能否一并转让？

实务中，该问题也存有争议，支持一并转让的如《江苏省高级人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件若干问题的意见》，该意见第二十条指出：“承包人将建设工程价款债权转让的，建设工程价款的优先受偿权随之转让。”不支持一并转让的，如《深圳市中级人民法院关于建设工程合同若干问题的指导意见》第三十一条指出：“承包人将其对发包人的工程款债权转让给第三人的，建设工程价款优先受偿权不能随之转让。”此后，《广东省高级人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件若干问题的指导意见》第十五条指出：“承包人将建设工程施工合同约定的工程款债权依法转让，债权受让方主张其对建设工程享有优先受

偿权的,可予支持。承包人在转让工程款债权前与发包人约定排除优先受偿权的,该约定对承包人以外的实际施工人不具有约束力。”

支持优先权一并转让的理由无非是两个,一个是优先权是从权利,第二个是优先权是法定物权,可比照担保物权的规则。

我们不支持优先权随建设工程价款债权一并转让。首先,优先权是由《合同法》第二百八十六条设定的,《物权法》制定时也未纳入,根据物权法定原则,不宜比照担保物权规则;其次,优先权不以登记为生效要件和对抗要件,难以通过公示方式让第三人知道,允许优先权一并转让对第三人形成不利益,需要进行利益衡量;再次,优先权的规定是《合同法》制定当时,因大规模投资后引发危机,建筑业深受其害,为了优先保障建筑工人生存权而故给予立法上特殊保护,债权的受让人无此特殊保护之必要,否则有违立法初衷;最后,《合同法》第二百八十六条规定“承包人可以……”,依其文义,可以解释为该优先权系专属于承包人自身的,应适用《合同法》第八十一条但书规定。

[注 1] 《杭州市中级人民法院民一庭关于审理建设工程及房屋相关纠纷案件若干实务问题的解答》5、《最高人民法院关于建设工程价款优先受偿权问题的批复》第四条规定: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。那么承包人行使该优先受偿权是否适用诉讼时效的规定?

答:虽然上述批复规定了该优先受偿权的行使期限为六个月,但从《合同法》第286条的条文本意分析,该六个月的期限,仅是规定应由承包人向发包人催告支付工程价款,至于是否选择折价、拍卖等形式受偿的,并不在该期限内。但应当明确,从承包人催告时起,就意味着其知道自身可以行使优先受偿权了,所以也应当从这一时间点计算该项权利的诉讼时效,即为两年,若两年还内不起诉的,则应丧失该优先受偿的胜诉权。

[注 2] 最高人民法院《2011年全国民事审判工作会议纪要》27、当事人以《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》第十四条第(二)、(三)项规定的竣工日期作为承包人行使建设工程价款优先受偿权期间起算点的,不予支持。

[注3] 全国民事审判工作会议纪要(2015年4月征求意见稿)52、第一种意见：发包人与承包人在建设工程施工合同中约定承包人预先放弃行使优先受偿权，承包人起诉请求确认上述约定无效的，人民法院应在确定该预先放弃承包人真实意思的基础上，对承包人的请求不予支持。

第二种意见：发包人与承包人在建设工程施工合同中约定承包人预先放弃行使优先受偿权，承包人起诉请求确认上述约定无效的，人民法院应对该请求予以支持。

[注4] 全国民事审判工作会议纪要(2015年4月征求意见稿)53、第一种意见：建设工程施工合同无效，但建设工程经竣工验收合格，实际施工人请求依据合同法第二百八十六条规定对承建的建设工程享有优先受偿权的，应予以支持。

第二种意见：建设工程施工合同无效，实际施工人请求对承建的建设工程享有优先受偿权的，不予支持。