

CONSTRUCTION
LIEN UNDER PRC LAW

建设工程 优先受偿权

中国建设工程法律评论第四工作组 编著

法律出版社
LAW PRESS · CHINA



CCLR China Construction Law
Review Vol.6



CONSTRUCTION
LIEN UNDER PRC LAW

建设工程 优先受偿权

中国建设工程法律评论第四工作组 编著

撰稿人

常宏磊 陈 旻 丁建勇 董连和
李 昱 刘文鹏 罗有才 亓培冰
史智军 舒 曼 孙 巍 汤 雷
王先伟 吴 凡 许海峰 岳建明
张 然



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

建设工程优先受偿权 / 中国建设工程法律评论第四工作组编著. —北京:法律出版社, 2017. 6

ISBN 978 - 7 - 5197 - 0793 - 4

I. ①建… II. ①中… III. ①建筑工程—经济合同—
合同法—研究—中国 IV. ①D923. 64

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2017)第 081442 号

建设工程优先受偿权

JIANSHE GONGCHENG YOUXIAN
SHOUCANGQUAN

中国建设工程法律评论第四工作组 编著

责任编辑 章 雯 慕雪丹
装帧设计 李 瞻

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 固安华明印业有限公司

责任印制 胡晓雅

编辑统筹 法商出版分社

开本 710 毫米 × 1000 毫米 1/16

印张 15.5

字数 188 千

版本 2017 年 6 月第 1 版

印次 2017 年 6 月第 1 次印刷

法律出版社 / 北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

网址 / www.lawpress.com.cn

投稿邮箱 / info@lawpress.com.cn

举报维权邮箱 / jbwq@lawpress.com.cn

销售热线 / 010 - 63939792 / 9779

咨询电话 / 010 - 63939796

中国法律图书有限公司 / 北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司销售电话:

统一销售客服 / 400 - 660 - 6393

第一法律书店 / 010 - 63939781 / 9782

西安分公司 / 029 - 85330678

重庆分公司 / 023 - 67453036

上海分公司 / 021 - 62071010 / 1636

深圳分公司 / 0755 - 83072995

书号: ISBN 978 - 7 - 5197 - 0793 - 4

定价: 68.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

《中国建设工程法律评论》（《评论》）创办于2010年，是目前中国建设工程法律领域唯一的连续出版物。2014年起，《评论》每年举办由最高院民一庭担纲评审的全国性征文比赛，并与中国国际经济贸易仲裁委员会共同举办年度“中国建设工程法律与争议解决高峰论坛”，为促进中国建设工程法律的发展发挥了积极作用。

2015年以来，《评论》先后成立三个工作组，发表《关于在建设工程案件中法官、仲裁员和律师专业协作提高案件审理效率的倡议》（第一工作组）、《当前建设工程案件中鉴定程序存在问题的解决方案初探》（第二工作组）和《建设工程纠纷案件中运用可视化方法的倡议》（第三工作组），获得良好的业界反响。

在以上优秀成果激励下，《评论》第四工作组于2016年4月成立，成员阵容强大，包括最高院、江苏高院、北京三中院知名法官，贸仲、北仲、深仲、石仲仲裁业务专家，金杜、中伦、建纬、天同、方达、青创等知名律师事务所的合伙人，新兴际华、上海建工集团、河北建设集团、为安法律金融等公司资深法务管理人员等，工作组成员呕心沥血，历时八个月，终成本书！

这一本用心而作的研究成果，如能为读者带来一些借鉴与思考，将是《评论》与各工作组无尚的荣耀！

——孙巍《中国建设工程法律评论》主编
中伦律师事务所合伙人

第四工作组成员

曹文衍	常宏磊	陈建	陈旻	丁建勇
董连和	樊奇娟	李琪	李昱	罗有才
亓培冰	孙巍	汤雷	王峰	王松
王先伟	许海峰	岳建明	张然	

感谢以下机构对第四工作组调研的大力支持

中国国际经济贸易仲裁委员会

北京仲裁委员会

石家庄仲裁委员会

深圳仲裁委员会

江苏省高级人民法院审监三庭

目 录

Contents

第一章 建设工程优先受偿权之权利主体

一、建设工程优先受偿权权利主体之争概述	1
【基本观点】	1
【观点解读】	2
二、对建设工程优先受偿权之权利主体的具体争议	4
三、对建设工程优先受偿权权利主体的构建	14
【基本观点】	14
【实务中应注意的问题】	19

第二章 建设工程优先受偿权之担保债权

一、对最高院建设工程价款优先受偿权问题批复第3条的 理解	21
二、工程款中的利润是否属于优先受偿权所担保债权的范围?	24
【基本观点】	24
【观点解读】	25

【实务中应注意的问题】	28
三、工程款中的垫资款是否属于优先受偿权所担保债权的范围?	28
【基本观点】	28
【观点解读】	30
【实务中应注意的问题】	33
四、工程款中的质量保证金是否属于优先受偿权所担保债权的范围?	34
【基本观点】	34
【观点解读】	34
【实务中应注意的问题】	35
五、因发包人违约所造成的停窝工等实际损失、索赔是否属于优先受偿权所担保债权的范围?	36
【基本观点】	36
【观点解读】	38
【实务中应注意的问题】	40
六、工程款利息是否属于优先受偿权所担保债权的范围?	43
【基本观点】	43
【观点解读】	44
【实务中应注意的问题】	45
七、履约保证金是否属于优先受偿权所担保债权的范围?	47
【基本观点】	47
【观点解读】	48
【实务中应注意的问题】	48
八、发包人应当支付的违约金、赔偿金等是否属于优先受偿权所担保债权的范围?	50
【基本观点】	50

【观点解读】	50
【实务中应注意的问题】	52
九、承包人的预期可得利润是否属于优先受偿权所担保债 权的范围?	53
【基本观点】	53
【观点解读】	54
【实务中应注意的问题】	56

第三章 建设工程优先受偿权之权利对象

一、建设工程优先受偿权的对象是否包括工程所涉建设用 地使用权价款?	58
【基本观点】	58
【观点解读】	58
【实务中应注意的问题】	60
二、所建工程不是施工合同发包人所有的工程, 建设工程 价款优先受偿权的处理问题	62
【基本观点】	62
【观点解读】	62
【实务中应注意的问题】	62
三、承包人可否就不属于自己完成的其他部分工程主张工 程价款优先受偿权?	64
【基本观点】	64
【观点解读】	64
【实务中应注意的问题】	65
四、质量不合格的工程, 有关工程价款优先受偿权的处理	67
【基本观点】	67

【观点解读】	67
【实务中应注意的问题】	70
五、违法建筑工程，有关工程价款优先受偿权的处理	74
【基本观点】	74
【观点解读】	74
【实务中应注意的问题】	75

第四章 建设工程优先受偿权之行使期限及方式（一）

一、对最高人民法院《批复》第4条中“自建设工程竣工之日或者建设工程合同约定的竣工之日”的理解	77
二、建设工程价款优先受偿权行使期限的性质和行使方式问题	80
三、承包人在法定期限内主张建设工程价款优先受偿权后与诉讼时效如何衔接的问题	82
四、建设工程优先受偿权的行使期限和行使方式的立法建议	83

第五章 建设工程优先受偿权之行使期限及方式（二）

第一节 优先受偿权行使期限	89
一、关于建设工程价款优先受偿权行使期限的性质	89
【基本观点】	90
【观点解读】	90
二、关于建设工程优先受偿权行使期间的起算	92
第二节 优先受偿权行使方式	100
一、关于“催告”，催告是否为必经阶段	100
【基本观点】	100
【观点解读】	101

二、催告合理期间如何界定	102
【基本观点】	102
【观点解读】	102
三、催告期间是否需计入“六个月”	103
【基本观点】	104
【观点解读】	104
四、催告是否须为书面形式	105
五、关于催告方式——协议折价方式之疑难探讨	106
【基本观点】	107
【观点解读】	107
六、申请拍卖方式之疑难探讨	108
【基本观点】	108
【观点解读】	109
七、发函主张之可行性探讨	111
【基本观点】	111
【实务中应注意的问题】	111

第六章 建设工程优先受偿权与保证之关系

【基本观点】	113
【观点解读】	113
【实务中应注意的问题】	116

第七章 建设工程优先受偿权之实现程序

一、建设工程优先受偿权必须通过审判或仲裁程序还是可以直接通过执行程序实现?	121
【基本观点】	121

【观点解读】	121
【实务中应注意的问题】	123
二、是否可以通过担保物权实现程序实现建设工程优先受 偿权?	126
【基本观点】	126
【观点解读】	126
【实务中应注意的问题】	127
三、在判决、裁决主文中是否需要承包人对承包人是否享有工程优先 受偿权以及优先受偿权担保债权的具体数额予以明确?	128
【基本观点】	128
【观点解读】	129
【实务中应注意的问题】	129
四、建设工程款给付之诉与建设工程优先权确认之诉的关系	133
【基本观点】	133
【观点解读】	133
【实务中应注意的问题】	134
五、建设工程优先权是否成立及担保债权数额能否通过调 解方式确定?	136
【基本观点】	136
【观点解读】	136
【实务中应注意的问题】	136

第八章

建设工程优先受偿权与消费者购房优先权等相关权利的权利 顺位问题

一、建设工程价款优先权、消费者购房优先权、抵押权的 权利顺位	138
【基本观点】	138

【观点解读】	138
二、消费者购房优先权的性质及行使条件	144
【基本观点】	144
【观点解读】	144
三、消费者请求返还已付购房款的权利与建设工程价款优 先权的顺位	152
【基本观点】	152
【观点解读】	153

第九章

建设工程优先受偿权与无过错房屋买受人过户权利的顺位问题

一、两种权利的性质界定	157
二、对“消费者”的争论	172
【基本观点】	172
【观点解读】	173
三、对“大部分款项”的认定	176
【基本观点】	176
【观点解读】	177
四、对“不得对抗”的理解	179
五、承包人优先受偿权的实现	182

第十章

建设工程优先受偿权与已经办理预告登记或预售合同备案登记的房屋买受人过户权利的顺位问题

一、预告登记	184
二、商品房预售合同备案登记	192
三、总结	193

第十一章**建设工程优先受偿权与以工程抵债的材料商等权利人
过户权利的顺位问题**

- 【基本观点】 194
- 【观点解读】 195
- 【实务中应注意的问题】 197

第十二章**建设工程优先受偿权对已办理产权过户登记的房屋之
追及力问题**

- 【基本观点】 199
- 【观点解读】 199
- 【实务中应注意的问题】 202
- 【各地法院的相关规定】 203

第十三章**建设工程优先受偿权对工程转让价款实现物上代位问题**

- 【基本观点】 205
- 【观点解读】 206
- 【实务中应注意的问题】 209

第十四章**同一工程中多个建设工程优先受偿权之权利顺位及其
冲突时的救济问题**

- 一、同一工程中多个建设工程优先权之间的权利顺位 220
 - 【基本观点】 220
 - 【观点解读】 220
 - 【实务中应注意的问题】 222
- 二、上述权利发生冲突时如何通过执行异议之诉或者执行
分配方案异议之诉程序进行救济? 224

【基本观点】	224
【观点解读】	225
【实务中应注意的问题】	226
三、《合同法》第 286 条是否具有溯及力?	229
【基本观点】	229
【观点解读】	230
【实务中应注意的问题】	231

案例索引

- 典型案例 2.1** 宁波美特斯邦威纺织品有限公司与浙江省台州市繁荣建设工程有限公司建设工程价款优先受偿权案 / 28
- 典型案例 2.2** 东至县恒新工程有限公司与安徽省长金种子研发有限公司建设工程价款优先受偿权案 / 33
- 典型案例 2.3** 宁波超强装饰有限公司与余姚龙鼎商业广场有限公司建设工程施工合同案 / 35
- 典型案例 2.4** 上海家树建筑工程有限公司与昆山领地置业发展有限公司建设工程施工合同案 / 36
- 典型案例 2.5** 重庆宏耀建设有限公司与富亿实业有限公司建设工程施工合同案 / 41
- 典型案例 2.6** 浙江乔兴建设集团有限公司与凯博置业、中铁房地产有限公司建设工程施工合同案 / 42
- 典型案例 2.7** 广西明宏达有限公司、陈伟建诉永茂有限公司、福顺有限公司建设工程价款优先受偿权上诉案 / 42
- 典型案例 2.8** 永康钱塘江房产开发公司与东阳南方建筑工程公司建设工程价款优先受偿权案 / 46

- 典型案例 2.9 江苏鲁人有限公司与冀州国兰宏博房地产开发公司建设工程施工合同纠纷案 / 46
- 典型案例 2.10 重庆建工第七建筑工程有限公司与科华电子技术有限公司建设工程价款优先受偿权案 / 47
- 典型案例 2.11 浙江特富锅炉有限公司与中轻房地产开发公司建设工程施工合同纠纷案 / 49
- 典型案例 2.12 五洋建设股份公司与中轻房地产开发公司建设工程施工合同纠纷案 / 49
- 典型案例 2.13 商丘华商农村商业银行与天宏建筑公司建设工程施工合同纠纷案 / 49
- 典型案例 2.14 宁波世纪防护设备厂与舟山安舟置业公司建设工程分包合同纠纷案 / 52
- 典型案例 2.15 常州二建建设公司与中天凤凰电器城置业公司建设工程施工合同纠纷案 / 53
- 典型案例 2.16 浙江衢盛建设公司与亨吉得食品公司建设工程施工合同纠纷案 / 57
- 典型案例 3.1 甲建筑公司诉乙房地产开发公司拖欠建设工程价款纠纷案 / 61
- 典型案例 3.2 富汇公司与肖县教育局、美音学校建设工程施工合同纠纷案 / 63
- 典型案例 3.3 周正良诉陕西中拓力实业有限公司等建设工程价款优先受偿权纠纷案 / 66
- 典型案例 3.4 南通一建公司诉均英光电公司建设工程价款优先受偿权纠纷案 / 71
- 典型案例 3.5 望奎县第二建筑工程有限公司诉内蒙古宁城恒业房地产开发有限公司、王秀娟、于海滨建设工程价款优先受偿权纠纷案 / 72

- 典型案例 3.6 华恒建设集团有限公司诉宁波市北仑蓝天造船有限公司建设工程价款优先受偿权纠纷案 / 75
- 典型案例 6.1 启安公司诉中苏储公司连带清偿责任纠纷案 / 119
- 典型案例 7.1 永茂公司诉明宏达公司、陈伟建建设工程价款优先受偿权纠纷案 / 124
- 典型案例 7.2 福建省启光钢构有限公司与肇庆高新达旺铝业有限公司建设工程价款优先受偿权纠纷案 / 127
- 典型案例 7.3 浙江华匠建设有限公司与浙江金巢包装有限公司建设工程施工合同纠纷案 / 130
- 典型案例 7.4 陕西西岳山庄有限公司与中建三局建发工程有限公司、中建三局第三建设工程有限责任公司建设工程施工合同纠纷案 / 134
- 典型案例 7.5 云南某某建设集团有限公司诉云南某某集团畹町某某水泥有限公司建设工程价款优先受偿权纠纷案 / 137
- 典型案例 8.1 江苏淮阴建设工程集团有限公司诉江苏鸿洲置业有限公司建设工程施工合同纠纷案 / 143
- 典型案例 8.2 宋宇与北京盛和发房地产开发有限公司、广东粤财投资控股有限公司、北京城乡建设集团有限责任公司商品房预售合同纠纷案 / 148
- 典型案例 8.3 吴岳、窦艳群等申请承认与执行法院判决、仲裁裁决案 / 149
- 典型案例 8.4 重庆市巴南区诚通小额贷款股份有限公司等诉重庆诚全置业(集团)有限公司等执行效力公证债权文书案 / 150
- 典型案例 8.5 郑春华诉河北天司福房地产开发有限公司等执行异议案 / 151
- 典型案例 8.6 中国中材东方国际贸易有限公司诉上海宝奥国际贸易有限公司等执行异议之诉案 / 152

- 典型案例 8.7** 董佳瑜、陶传孝与惠州市名人实业发展有限公司商品房预售合同纠纷案 / 154
- 典型案例 8.8** 谢长志与葛祥顺、广德瑞达房地产开发有限公司、广德国际大酒店有限公司破产债权确认纠纷案 / 156
- 典型案例 11.1** 徐筱平诉衢州市健立石油制品有限公司破产债权确认纠纷案 / 196
- 典型案例 11.2** 六安市远方建设工程有限公司执行异议案 / 197
- 典型案例 11.3** 徐州市六建公司诉东北商场有限公司建设工程施工合同再审案 / 197
- 典型案例 12.1** 尹艳芳、杨国会与上海耀河建设工程有限公司执行异议案 / 203
- 典型案例 13.1** 工程被转让丧失优先受偿权案 / 218
- 典型案例 14.1** 王文虎、申桥公司与明园公司建设工程价款优先受偿权案 / 223
- 典型案例 14.2** 廖明方与刘家祥、宏大公司执行异议之诉再审案 / 226

第一章

建设工程优先受偿权之权利主体

◇ 王先伟*

一、建设工程优先受偿权权利主体之争概述

【基本观点】

1. 广义说

该观点认为，建设工程优先受偿权的主体除了工程施工的承包人以外，还应包括勘察人、设计人。这主要是基于《中华人民共和国合同法》（以下简称《合同法》）第269条第2款的规定：“建设工程合同包括工程勘察、设计、施工合同。”因此，勘察人和设计人也是工程合同的承包人，基于以上两种合同而产生的勘察费、设计费，也同样物化在工程造价中。另《合同法》第286条也未明确将勘察费、设计费排除在建设工程的价款之外，故其理应属于建设工程优先受偿权的权利范围内。

2. 狭义说

该观点认为，建设工程优先受偿权的主体严格限定为施工合同承

* 王先伟，上海市建纬律师事务所高级合伙人。

包人，不包括勘察人、设计人及其他人员。建设工程优先受偿权主要是基于保护社会弱势群体，保障弱者利益的公共政策而确立。勘察人、设计人与建筑工人不同，并非社会弱势群体，没有必要出于公共利益进行保护。www.docsriver.com 入驻商家巨力法律书

【观点解读】

1. 争议原因

笔者认为，产生以上争议的原因主要是对《合同法》第 286 条提出的建设工程优先受偿权设立初衷的认识差异和权利性质的理解不一。

对于建设工程优先受偿权的设立初衷，国内有学者提出是为了保障社会弱势群体特别是建筑工人和材料商的利益。但是，建筑工人和材料商都不是承包人。笔者认为，承包人行使建设工程优先受偿权后并不一定意味着建筑工人和材料商的利益能得到补偿。但是从社会资源角度看，建设工程优先受偿权可以实现资源的再流通，工程及时易主后让凝聚在工程中的材料和劳动力得到折价，工程也可以实现其使用价值。

2. 建设工程优先受偿权为优先权

对于建设工程优先受偿权的性质有以下三种主流学说：

(1) 法定抵押权说。持该主张的学者认为，一般的抵押权为意向担保物权，由当事人以合同方式自由设定。法定抵押权是指承揽人承揽工作物为建筑物或者其他土地上的工作物或者重大修缮所产生的债权，依法对定作人的不动产享有的抵押权。这种抵押权非因抵押合意产生而是依法律的规定当然产生，不以登记为必要。因此承包人的优先受偿权符合法定抵押权的主要特征，是一种由法律直接规定的抵押权。^{〔1〕}

〔1〕 参见梁慧星：《裁判的方法》，法律出版社 2003 年版，第 130～137 页。

(2) 不动产留置权说。持该主张的学者认为，当发包人不按约支付工程价款，承包人即可留置该工程，并以此优先受偿。^{〔1〕}

(3) 优先权说。持该主张的学者认为，建设工程承包人优先受偿权的性质既不是留置权也不是抵押权。因为，留置权的标的物是动产，不动产抵押权以登记为生效要件，所以，承包人的优先受偿权在性质上应为优先权。^{〔2〕}

建筑工程价款优先受偿权是一种法定的优先权，依据法定权优于约定权的原则，建筑工程价款优先权应当予以优先保护。不动产抵押权以登记为生效要件，是经当事人合意而产生的权利。根据物权法理论，一旦对建设工程优先权认定为法定抵押权，势必对债务人以外的第三人利益构成威胁，也是对物权公示制度的否定。留置权的标的物是动产，而承包人完成工作的标的物是不动产，且对建设工程优先权的行使不以占有为要件，与留置权的行使方式有异。

3. 权利的性质要求具体讨论权利主体范围

一旦认定建设工程价款优先受偿权是法定的优先权，该优先权基于法律的规定直接在债务人的财产上设立，无须转移财产的占有状态，也无须登记。也就是说，优先权是不以占有或者登记为公示要件的权利，无须公示即可具有优先受偿的效力。从经济流通的角度看，法定优先权的性质更利于流通和价值的实现。基于建设工程优先权在权利阶位上的优先性和行使的便利性，使得在具体实践中如何准确鉴定建设工程优先受偿权权利主体的范围就显得至关重要，对建设工程优先权权利主体的争议值得进行更具体的讨论。

〔1〕 参见江平主编：《中华人民共和国合同法精解》，中国政法大学出版社1999年版，第223页。

〔2〕 参见徐杰、赵景文主编：《合同法教程》，法律出版社2000年版，第486页。

二、对建设工程优先受偿权之权利主体的具体争议

(一) 建设工程勘察人、设计人的资格问题

支持方认为建设工程勘察人、设计人应享有建设工程优先受偿权，主要理由：

1. 《合同法》设立建设工程优先受偿权的初衷是为了解决长期存在的建设工程价款拖欠难题，但这不是唯一目的，勘察、设计人员的费用也应得到偿还。因勘察、设计单位提供设计类工作，就认为其具有优势地位的想法有失偏颇。退一步说，即使在建设项目初期，其处于有利地位，而相关的纠纷往往常出现在施工中或竣工后，其优势地位已经丧失。

2. 工程中凝聚着勘察人、设计人的劳动，且随着现代社会大众安全意识的觉醒和审美要求的提高，对勘察人、设计人也提出了更高的要求，其工作的作用越来越大，为项目增加价值。若在实践中，评估工程价值时忽视勘察、设计的作用，不能准确反映建筑物的真正价值。

3. 赋予勘察、设计人员优先受偿权，有利于保护创造的积极性，建筑工人的工资需要保护，勘察人、设计人的费用同样需要保护，一样是劳动力的体现，且结合我国《合同法》第269条和第286条的规定，被拖欠工程价款的勘察人、设计人理应享有建设工程优先受偿权。

4. 在司法实践中，有地方已明确表示支持勘察人、设计人的该项权利。

《天津仲裁委员会建设工程施工合同纠纷案件仲裁指引》第7条

“工程价款优先受偿”规定：“发包人逾期支付工程款，经承包人书面催告后在合理期限内仍未支付工程款，承包人可以主张工程款优先受偿。1. 主体方面一般限于与工程范围内的建设工程勘察、设计、施工承包人之间，不包括提供技术服务的工程监理和买卖合同的供应商……”

反对方认为建设工程勘察人、设计人应不享有建设工程优先受偿权，主要理由：

1. 《合同法》在建设工程合同一章中将“承包人”、“勘察人”、“设计人”、“施工人”分开表述，且在该法第 272 条第 3 款中明确规定：“……建设工程主体结构的施工必须由承包人自行完成。”因此，该法明确将勘察人与设计人排除在承包人的概念之外，且《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《施工合同司法解释》）中也采用了“承包人”的概念，但从第 5 条“承包人超越资质等级许可的业务范围签订建设工程施工合同……”等司法解释条文中能清晰地看出，“承包人”仅限建设工程施工合同中的承包人。

2. 从《合同法》第 286 条确立承包人建设工程价款优先受偿权的立法初衷来看，该条规定旨在解决建筑市场中长期存在的拖欠建筑工程价款问题，维护承包人的合法权益。因此该条款针对的标的是工程价款，而合同法中对发包人支付给勘察人、设计人的价款的表述为“勘察费、设计费”，而非工程价款，可见合同法是将勘察费、设计费排除在工程价款概念之外的。

3. 根据 2002 年起施行的《最高人民法院关于建设工程价款优先受偿权问题的批复》（以下简称《批复》）中对建设工程价款范围的描述：“……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。……”可知，这里的价款是针对建设工程施工合同而言的，

而对建设工程勘察、设计合同则没有进行这样的规定。

4. 在司法实践中,不少地方明确不支持勘察人、设计人的该项权利。

《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权问题的解答》第6条规定:“工程勘察人或设计人就工程勘察或设计费主张优先受偿权的,不予支持。”

《安徽省高级人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷意见适用法律问题的指导意见》第16条规定:“工程勘察人或设计人就工程勘察或设计费主张优先受偿权,不予支持。”

《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》(粤高法发〔2004〕2号)第3条明确规定:“《合同法》第286条所规定的建设工程价款优先受偿权适用于建设工程施工合同。建设工程幕墙装修、装饰合同属于建设工程施工合同。”

(二) 分包人的资格问题

1. 装饰装修工程的承包人

目前各地司法实务普遍都支持装饰装修工程的承包人的建设工程优先权,但是要求是在因装饰装修而增加的价值范围内优先受偿,且该装饰装修工程非家庭住宅装修,家庭住宅装饰装修合同适用承揽合同,工程中的装饰装修工程适用施工合同。

(1) 《最高人民法院关于装饰装修工程款是否享有合同法第二百八十六条规定的优先受偿权的函复》(〔2004〕民一他字第14号)规定:“装饰装修工程属于建设工程,可以适用《中华人民共和国合同法》第二百八十六条关于优先受偿权的规定,但装饰装修工程的发包人不是该建筑物的所有权人或者承包人与该建筑物的所有权人之间没有合同关系的除外。享有优先权的承包人只能在建筑物因装修而增加价值的范围内优先受偿。”

(2) 《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权问题的解答》第6条规定：“装饰装修工程承包人主张工程价款优先受偿权的，可予以支持。但装饰装修工程的发包人不是该建筑的所有权人，或者承包人与该建筑物的所有权人之间没有合同关系的除外。享有优先权的承包人只能在建筑物因装饰装修而增加价值的范围内优先受偿。”

(3) 《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16条规定：“装饰装修工程承包人主张工程款优先受偿权，可予支持。”

(4) 《广东省高级人民法院关于在审判工作中如何适用〈合同法〉286条的指导意见》（粤高法发〔2004〕2号）第3条规定：“《合同法》第286条所规定的建设工程价款优先受偿权适用于建设工程施工合同。建设工程幕墙装修、装饰合同属于建设工程施工合同。”

(5) 《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32条规定：“建设单位直接发包的基础工程，享有工程价款优先受偿权。建设单位直接发包的消防工程、玻璃幕墙工程、装饰装修工程，在该工程增加价值的范围内享有工程价款优先受偿权。总承包人分包的专业工程，专业工程分包人不享有工程价款优先权。”

(6) 《四川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疑难问题的解答》（川高法民一〔2015〕3号）第37条规定：“装饰装修工程属于建设工程，可以适用《中华人民共和国合同法》第二百八十六条的规定，但装饰装修工程的发包人不是该建筑物的所有权人或者承包人与该建筑物的所有权人之间没有合同关系的除外。享有优先受偿权的承包人只能在建筑物因装饰装修而增加价值的范围内优先受偿。”

(7) 《江苏省高院〈审判工作座谈会纪要2009年〉——建设工程纠纷案件》第8条规定：“装饰装修合同纠纷的法律适用家庭住宅装

饰装修合同以外的装饰装修合同纠纷适用《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》；家庭住宅装饰装修合同纠纷适用法律关于承揽合同的规定，对合同效力以外的问题可以参照司法解释处理。”

2. 建设工程合法的分包人

(1) 总包合法分包产生的分包人

支持方认为，承包人与分包人之间的合同实际上属于承揽合同。分包人属于实际的承揽人，对于其完成的作品，承揽人享有留置权。同时，基于不动产留置权说，分包人享有留置该不动产（即建设工程）的权利；此外，赋予分包人优先受偿的权利，也有利于调动其积极性。

另外，若认为建设工程价款优先受偿权是法律基于合同之债而赋予承包人的一项法定权利，则相对性并非不能突破，在《施工合同司法解释》中有多处可以体现。分包人需就其工作成果，向发包人承担连带责任，这就破除了合同相对性原则。若不赋予其优先受偿的权利，将有权利、义务不对等之嫌，且不利于调动分包人的积极性。^{〔1〕}

在司法实务中，《天津仲裁委员会建设工程施工合同纠纷案件仲裁指引》中明确规定：“总承包人怠于行使优先权导致分包人权利受损时，实务中可以酌情考虑分包人代为行使优先受偿权。”

反对方认为，应根据合同的相对性和债的相对性特征进行确定。其主张，分包人与发包人直接并未订立独立的合同，未发生直接的合同关系，故其不具有独立的诉讼资格，为保护发包人的合法权益，分包人不应享有优先受偿权。^{〔2〕} 如果赋予分包人对工程欠款的优先求偿

〔1〕 参见孙科峰、杨遂全：《建设工程优先受偿权主体的争议与探究——〈合同法〉第286条之分析》，载《河北法学》2013年第6期。

〔2〕 参见梁慧星：《合同法第二百八十六条的权利性质及其适用》，载《山西大学学报（哲学社会科学版）》2001年第3期。

权，在现实执行中，如何确定给分包还是总承包是个问题。

《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》（粤高法发〔2004〕2号）第2条规定：“建设工程合同订立总承包合同后，再由总承包人订立分包合同的，在总承包合同、分包合同均有效的情形下，发包人拖欠工程款的，总承包人可以对工程折价或者拍卖价款主张优先受偿权。分包人对自己承建部分主张享有优先权的，人民法院不予支持。但如因总承包人怠于行使优先权损害分包人利益，分包人可依照《合同法》第七十三条的规定就其承包工程价款范围内向发包人主张权利。”

《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32条规定：“总承包人分包的专业工程，专业工程分包人不享有工程价款优先权。”www.docsriver.com 入驻商家巨力法律书

（2）甲方直接分包的专业分包承包人

专业分包承包人与总承包人都是合同的相对方，符合合同相对性原则，可以在自己承包的范围内主张建设工程优先受偿权。

（三）无效施工合同的承包人资格问题

1. 违法分包的分包人、转包人、借用资质的承包人

有观点认为违法分包的分包人、转包人、借用资质的承包人不应是建设工程优先受偿权的主体。

与合法分包相对应，违法分包是指工程总承包人未经发包人同意，直接将部分工程交由第三方完成的情形。转包是指承包人在承接项目后，直接将工程整个转让给第三方，转让人退出整个工程项目的情形。因转包易使不具有项目资质的第三方进行工程建设，从而使工程项目质量低下，不利于建筑市场的稳定发展，故我国法律明确禁止此类行为。

违法分包、转包都是违法行为，违反法律的强制性规定，且在实践中易造成建设工程的质量问题，故法律应对这两种现象积极予以规

制。《合同法》和相关司法解释都只保护承包人的合法权益，若该合同违法无效，则非法承包人、违法分包人、转包人无法追偿该合同的工程价款，而只享有一种返还请求权，请求对自己的物化劳动进行“折价补偿”。“折价补偿”的法定原则不适用建设工程价款优先受偿。^{〔1〕}

也有观点认为应该享有。在建设工程合同无效，工程验收合格的情况下，否定其获取工程款权利已无必要，因此最高人民法院司法解释赋予了其按照合同约定价款主张工程款的权利。工程竣工验收合格即表明法律认可无效合同的承包人对工程价值的增值，此时应当从保护实际施工人权利的角度出发赋予其优先受偿的权利。

2. 实际施工人

一种观点主张：实际施工人享有优先受偿的权利，具有主体资格。

(1) 基于类推原则，根据《施工合同司法解释》第2条和第26条的规定，在施工合同无效的情形下，但实际施工人的工程项目经验收合格，其可以通过诉讼的方式来获得约定的工程价款。该规定有效保障了实际施工人的合法权益，为其提供了一条合法的救济途径，从某种意义上而言，赋予了实际施工人承包人的主体资格。

(2) 实际施工人是建筑工程的真正创造者，由《建设工程质量管理条例》第78条第2款和第3款对违法分包、转包的定义，转包、违法分包后的工程由实际施工人完成，对于发包人能否及时支付工程款真正受损失和影响较大的是具体负责施工的实际施工人。

(3) 建设合同虽无效，但实际施工人完全履行其合法职责，建筑工程验收合格，理应给予其获得工程款的权利。工程竣工验收合格即表明法律认可该实际施工人对工程价值的增值行为，其自然应享有优先受偿的地位。若无效合同承包人承建的工程竣工验收不合格，则发

〔1〕 参见杨陈慧：《建设工程价款优先受偿权适用重难点研究》，载《法制博览》2014年第7期。

包人不能使用该建设工程，无效合同的承包人的劳务亦未使工程价值增值，无权要求建设工程价款优先受偿。

《浙江省高级人民法院民事审判第一庭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》规定，……二十二、建设工程施工合同无效情形下，谁有权行使优先受偿权？建设工程施工合同无效，但工程经竣工验收合格，承包人可以主张工程价款优先受偿权。《四川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疑难问题的解答》（川高法民一〔2015〕3号）规定，……37. 如何确定享有优先受偿权的主体？……建设工程施工合同无效，但建设工程经竣工验收合格，或者未经竣工验收但已经实际使用，实际施工人请求其工程价款就承建的建设工折价或拍卖的价款优先受偿的，应予支持。

另一种观点则持反对意见。

首先，根据《合同法》设定这一权利的目的在于保障承包人的合法债权。无论是不动产留置权说，还是法定抵押权说，其都是一种担保物权。根据《担保法》的规定，担保物权作为一种从权利，附属于主债权，主债权无效，相应的担保物权也将随之失效。

其次，施工合同无效，承包人享有请求权的性质并非工程款支付请求权，而是基于无效合同而产生的物化劳动的返还请求权。严格从文义上解释，承包人得到的不是工程价款，而是因合同无效，发包人给予承包人的折价补偿。法律规定的优先受偿权是建设工程价款的优先受偿权，而不是折价补偿的优先受偿权。这种严格解释工程价款，从而否定承包人主张优先权效力的观点。

《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》（粤高法发〔2004〕2号）规定：“……7. 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。”

（四）瑕疵工程的承包人优先受偿问题

1. 未完工程或未竣工工程的承包人

有观点认为，建设工程优先受偿权中的“建设工程”可以是竣工的工程，也可以是未竣工的工程；可以是发包人最终工程，也可以是某一阶段的工程。但是，如果工程出现以下两种情况，承包人的优先权或者工程价款支付请求权并不存在：一是所建工程为违章建筑，这种建筑不可能被折价或者拍卖，只能依法予以拆除；二是工程质量存在重大瑕疵且难以修复，如果只是存在一般的质量问题，承包人予以改正即可。

2. 质量有瑕疵工程的承包人

有观点认为，基于类推原则，根据《施工合同司法解释》第3条的相关规定，施工合同无效，工程有质量瑕疵，经修复后竣工验收合格，承包人有权主张工程价款，则质量有瑕疵工程的承包人也应有权主张优先受偿权。

（五）优先受偿权行使中的问题

1. 优先受偿权的转移

司法实践中认为，建设工程承包人转让工程债权有效的，债权人应当享有该工程款的优先受偿权。

（1）《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》（粤高法发〔2011〕3号）规定：“……十五、承包人将建设工程施工合同约定的工程款债权依法转让，债权人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。”

（2）《江苏省高级人民法院建设工程施工合同案件审理指南》

(2010年)规定：“……六、建设工程施工合同条款……(二)建设工程价款优先受偿权……建设工程款优先受偿权属于法定抵押权，担保的是工程款债权，主债权转让的，担保物权应一并转让。根据法律条文的表述并不能确定工程款优先受偿权具有人身专属性，故工程款债权转让给他人的，优先受偿权应随之转让。”

2. 优先受偿权的放弃

第一种观点认为，承包人可以放弃。当事人意思自治是合同法的基本理念，优先受偿权本质上是一种民事权利，应尊重当事人的意思自治。该行为不违反国家政策、法律的强制性规范、公序良俗，不存在胁迫、威胁等事由，应当被认定是有效的。

第二种观点认为，承包人的放弃无效，建设工程价款优先受偿权是一种法定担保物权，这种法定代表物权不得放弃。

首先，考虑当下真实的市场环境，承包人的放弃很难说是真实意思表示，这种契约自由很可能是虚假的，一味强调形式上的意思自治，容易损害承包人利益，对工程质量产生影响，间接影响的是工人的工资、劳务费用及其家属的生存权利，不利于规范我国的建设工程的法治环境，不符合社会正义，不利于社会稳定。

其次，市场发包人地位强势，如果说承包人的放弃行为一概有效，那么《合同法》第286条可能成为具文而束之高阁。从优先受偿权的法定抵押权的性质来说，其成立和放弃都不应完全取决于合同当事人之间的意思自治，不宜认定当事人可以自由约定放弃行使权利。

第三种观点认为，放弃优先受偿权未尝不可，但是应附加条件。如果发包方能够提供其他足额的担保或者保证，可以允许当事人协商放弃优先受偿权，或者获得施工人和劳动者同意，才可以放弃。

司法实践中对于建设工程优先受偿权的承包人预先放弃、事后放弃、有条件放弃的行为有两种意见：

(1)《2015全国民事审判工作会议纪要》中认为，“……七、关

于建设工程施工合同纠纷案件……（三）关于建设工程价款优先受偿权问题”，“……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。”

（2）《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》（粤高法发〔2004〕2 号）规定：“……9. 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。”

三、对建设工程优先受偿权权利主体的构建

【基本观点】

综观建设工程优先受偿权权利主体范围的具体争议，笔者建议如下：

“发包人未按约定支付建设工程价款且经催告仍拒绝支付的，或未经催告直接向法院起诉的，以下主体可依《合同法》第 286 条的规定就该工程折价或者拍卖的价款在发包人欠付范围内行使建设工程价款优先受偿权：

（一）与发包人订立建设工程施工合同的承包人；

（二）甲方直接分包的专业工程或装饰装修工程承包人，其他合法分包人应在工程质量合格且总承包人怠于行使建设工程价款优先受偿权而利益受损时主张；

(三) 建设工程合同无效,但建设工程经竣工验收合格或未经竣工验收但已完工程质量合格的实际施工人;

(四) 依法转让建设工程工程款债权的受让人。

以上主体在签订合同时自愿放弃建设工程价款优先受偿权,事后又以放弃行为无效为由主张该权利的,人民法院不予支持。但有证据证明该种放弃是在发包人胁迫等非自愿情形下做出的除外。”

(一) 与发包人订立建设工程施工合同的承包人

建设工程合同包括工程勘察、设计、施工合同。工程勘察人、设计人与施工合同承揽工作明显不同,只有施工承包人享有建设工程优先受偿权。

1. 勘察人、设计人不同于施工承包人

虽然从价值创造角度出发,材料和劳动力的物化过程中也包括了勘察人、设计人的劳动力物化。但建设工程优先受偿权不能采用广义说,否则会损害其他债权人的合法权益。其主要理由为:(1)《合同法》第286条创设建设工程价款优先受偿权制度的初衷是解决建设工程领域长期存在的工程价款拖欠问题,保护建筑行业劳动者的工资权益。建设工程价款的构成中,人工费用,即建筑职工的工资占了相当大的比例。因建筑职工固定、长期在某一项目工程施工,如发包人长期拖欠工程价款,不仅损害承包人企业的权利,而且会使建筑职工的绝大部分的工资权利无法保障,这直接关系到建筑职工的生存利益。虽然勘察单位、设计单位的勘察费、设计费也不同程度的存在拖欠问题,但其数额相对较少,即使发包人未按时支付勘察费和设计费,一般也不会直接影响这些单位高端劳动者的绝大部分的工资权益乃至生存利益。而且实践中拖欠勘察费和设计费的问题远不如施工中的工程价款严重,所以对勘察费、设计费等工程价款没有必要设定特殊保护措施,无须赋予勘察、设计单位建设工程价款优先受偿权。(2)勘察、设计单位对于发包人拖欠勘察费和设计费,往往可以采取一些自

我保护措施，如拒绝交付设计文件等，以避免自身权益遭受损害。而建设工程的工人一般以劳务作业完成工程建设，一旦发包人不按合同约定支付工程价款，工人缺乏相应的自力救济手段，工程价款债权作为特种债权需要通过法律手段加以特殊保护。(3) 建设工程施工合同履行前期，承包人需要投入为保证安全施工、文明施工，保护现场内外环境和搭拆临时设施等所采用的措施而发生的费用（安全文明施工费），另施工机械设备的租赁、进出场，施工材料的采购等均属高额前期费用支出。因工人前期投入成本较高、履约风险较大，根据权利义务对等的原则，也应对其工程价款请求权着重保护。

2. 工程监理合同不属于建设合同

工程监理以监理技术对工程安全、质量等监督管理，计算的价款是技术服务费用。因拖欠监理合同价款，发包人未按约定支付监理服务费，不是工程价款。

(二) 甲方直接分包的专业工程或装饰装修工程承包人

1. 装饰装修的发包人为所有权人或存在合同关系

以租赁、联营等方式实际占有和使用该建筑物的占有人，对这些装饰装修工程承包人的优先受偿权应当进行合理限制，即该装饰装修工程未征得建筑物所有权人同意担保的前提下，该装饰装修工程的承包人不享有优先受偿权。

2. 装饰装修工程属于建设工程

装饰装修分为建筑物建造过程中的装修和使用过程中的装修，文本指的是建造过程中的装饰装修活动。《建设工程安全生产管理条例》第2条第2款明确了“建设工程，是指土木工程、建筑工程、线路管道和设备安装工程及装修工程。”在装饰装修工程中，同其他建设工程一样，将材料和劳动力物化，并增加了建筑物的价值。

3. 优先权行使的范围仅限于增值部分

装饰装修工程并非建筑物本身，故其优先权的行使范围应当限定

在装饰装修工程使建筑物增加价值的范围之内。该价值的认定，当事人之间有约定的从约定，没有约定或约定不明的，可通过司法鉴定来综合判定。

4. 扩建、改建的承包人也享有建设工程优先受偿权

扩建是指在原有基础上加高加层，改建是指在不增加建筑物或建设项目体量的基础上，对原有工程进行改造。扩建、改建的承包人对工程价值的贡献类似于装饰装修承包人，都是在原有基础上的增加。

（三）其他合法分包人

1. 甲方直接分包的专业分包

发包人不得将应当由一个承包人完成的建设工程肢解成若干部分发包给几个承包人。但是发包人可以将工程中的部分专业工程直接分包。虽然简称为分包，但是其实与总承包一样，直接与发包人是合同关系。

2. 经甲方同意的总包的分包

发包人已向总包支付相应分包工程的价款，而总包拖欠分包工程款的，是总包未按约定支付，不属于发包人的拖欠，分包不享有对总包的优先受偿权，也不能代位向发包人行使优先受偿权。如果发包人未支付总包相应的分包工程价款，造成总包拖欠分包工程款的，属于发包人的拖欠，分包不享有对总包的优先受偿权，分包在总包消极主张优先受偿权影响自身利益时，直接向总包就自己所完工程内主张。

3. 劳务分包人

劳务分包合同是指建设工程的承包人将其所包工程的劳务作业发包给劳务作业的单位^[1]，即劳务分包人对总包负责。劳务分包人是合法分包的一种，享有建设工程优先受偿权。具有劳务作业资质的分包人与总包、各分包签订劳务分包合同，当事人以转包建设工程违反法律规定为由请求确认无效的，不予支持。但是以劳务作业为名，实

[1] 参见崔建远：《合同法》，北京大学出版社2013年版，第553页。

行转包的，该合同无效，劳务分包人为实际施工人。

（四）实际施工人

1. 实际施工人享有工程款请求权

《施工合同司法解释》第26条第2款规定：“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。”该条规定赋予了实际施工人直接向发包人主张欠付工程款债权的权利。既然实际施工人有权请求工程款，就应该保证该请求权能够实现，而建设工程优先受偿权正是保障的有效手段，当然享有。值得注意的是，实际施工人的优先受偿权范围也仅限于发包人欠付工程款范围内。

2. 工程竣工验收合格或已完工程质量合格

《施工合同司法解释》第2条确定承包人在合同无效的情形下可以享有工程价款的请求权。建设工程施工合同的特殊之处在于，建设工程的施工过程，就是承包人将劳务及建筑材料物化到建设工程的过程。基于这一特殊性，合同无效，发包人取得的财产形式上是承包人建设的工程，实际上是承包人对工程建设投入的劳务及建筑材料（一般是工程款），故而无法使用无效恢复原状的返还原则，只能折价补偿。^{〔1〕}基于相同法理，工程竣工验收合格是实际施工人请求工程款的前提，实际施工人主张建设工程有限受偿权的前提也是工程竣工验收合格或已完工程质量合格。

（五）工程款债权的受让人

笔者认为，工程款优先受偿权属于法定优先权，是基于建造建筑物而产生的权利，系工程款本身具有的权利，是法律赋予权利人的一种对物权，其功能是担保工程款优先支付，该权利依附于所担保的工

〔1〕 参见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的理解与适用》，人民法院出版社2004年版，第33页。

程而存在。《合同法》第 286 条的立法目的，通过工程款债权转让行为可以实现，法律应确认其效力。同时，建筑施工中形成的债权转让并不违反法律、法规的强制性或者禁止性规定，合同依法可以转让，亦应认定工程款债权转让有效。既然建设工程承包人可以转让其在施工中形成的工程款债权，受让人基于债权的转让而取得工程款债权，根据上述工程款优先受偿的性质，债权受让人应当享有该工程款的优先受偿权。

【实务中应注意的问题】

1. 工程是否竣工或完工不影响建设工程优先受偿权成立与否

笔者认为，《批复》第 4 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”之内容，是解决承包人优先受偿权行使的期限和起算点，不是工程款优先受偿权的成立要件问题。从物权法的理论与立法上分析，未完工的建筑物可以成为工程价款优先受偿权的客体。工程价款优先受偿权的制度目的是保护建筑工人的利益，工程是否竣工并不会影响该制度所保护的利益。而实务中，拖欠工程款更多发生于未完工的工程中，进而导致中途停建的“烂尾”工程。若将工程价款优先受偿权仅限于已竣工工程，则会使《合同法》第 286 条的作用大打折扣。

2. 合同解除的，主体应在 6 个月内行使建设工程优先受偿权

笔者认为，建设工程合同由于发包人的原因解除或终止履行，承包人行使建设工程价款优先受偿权的期限可以自合同解除或终止履行之日起计算。建设工程优先权是法定优先权，以特定不动产（即建设工程）为标的物，不以对标的物的占有为要件，无须经过登记，作用在于保证建设工程款债权的实现。根据上述特性，当发包人未履约向承包人支付工程款时，承包人就可以行使建设工程优先权，而从建设工程的变价款中优先受偿。法定优先权是法律特别赋予承包人的权利。因此，合同解除后，承包人仍应享有建设工程优先权。

3. 建设工程优先受偿权可事先放弃、事中放弃或事后放弃

笔者认为，建设工程价款优先受偿权虽属一项法定权利，但是从权利性质本身来讲仍属于民事权利。因此，作为权利人当然可以处分自己的权利，只要该种处分不违反法律强制性规定、不为法律所禁止即可。但是，若权利人的这种放弃行为是在发包人等胁迫的情形下作出的，那么就不是权利主体的真实意思表示，该种放弃就应被认定为无效，但需要权利主体就被胁迫的事实提供证据证明，以防止权利人事先恶意虚假承诺，待达到目的后又反悔，有违诚实信用原则。

4. 建设工程优先受偿权权利的竞合

笔者认为，建设工程涉及诸多主体，各方利益交织，非常复杂。在合法分包的情况下，如经发包人同意后的再行分包或发包人将工程主体以外的其他专业工程分包；在合同无效的情况下，如施工合同转包、违法分包；在部分工程款债权被转让的情况下，都极有可能出现两个以上的建设工程优先受偿权发生竞合的情形。此时，在建设工程被拍卖或折价后，各优先受偿方应处于同一序列，若拍卖或折价价款不足以清偿所有优先受偿方时，应按债权比例进行清偿。

第二章

建设工程优先受偿权之担保债权

◇ 许海峰*

一、对最高院建设工程价款优先受偿权问题批复第3条的理解

《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3条规定：“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。”如何对建设工程优先受偿权担保的债权范围进行界定，笔者认为应当全面分析《合同法》第286条的立法本意并结合对《批复》的理解加以确定，具体包括以下三个层面：

第一，《合同法》第286条保护的客体是建设工程的全部价款。

根据《合同法》第269条第1款的规定：“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。”在这一法律关系中，承包人的主要义务是进行工程建设并依约交付合格的建设工程，发包人

* 许海峰，上海建工集团股份有限公司企业管理部总经理、法务部主任。

的主要义务是支付价款，也就是承包人完成工程建设的对价。《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……建设工程的价款就该工程折价或者拍卖的价款优先受偿。”这里的“价款”与第269条规定的“价款”显然是同一含义，因此我们认为建设工程价款优先受偿权的客体就是工程对价，而且法条只表述了“建设工程的价款”，而没有对价款的组成进行区分。因此，这里的“建设工程的价款”指的显然是构成建设工程价款的所有费用。2007年《最高人民法院关于司法解释工作的规定》（法发〔2007〕12号）第3条明确规定：“司法解释应当根据法律和有关立法精神，结合审判工作实际需要制定。”因此，所有司法解释应当符合法律的精神和原则，反映立法的本意，而不能超越法律本身的规定，既不能创设没有法律依据的权利义务，也不能消灭或者限制法定的权利义务。这是因为法院的基本职能是司法而不是立法，即便承认法院可以通过对法律条款的解释以完善、补充法律，但这种完善和补充也只能在法律的范围内进行，否则就不具有合法性。所以，既然《合同法》已经对建设工程价款作出了明确的规定，那么司法解释就不能对承包人的权利范围作出不同于法律规定的限制。

第二，《批复》并未排除工作人员报酬和材料款之外的工程价款。

建设工程价款的范围应以合同为基础，在认定优先受偿的建设工程价款范围时，也应以建设工程合同所约定计价方法确定的工程造价为基础。《批复》第3条对建筑工程价款所包括的费用范围明确界定为“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”。在中文汉语中对“等”字的理解有“等内”和“等外”两种含义，而《批复》中“工作人员报酬、材料款等……”的这个“等”字在语境上显然属于“等外”。这是因为承包人为建设工程应当支付实际支出的费用肯定不仅限于工作人员报酬和材料款，还包括了

机械使用费、企业管理费、税金等其他费用。建成后的建筑物并不是简单的建筑材料的堆积，而是经过承包方施工管理后形成的具有交易价值的整体。所以，工程款优先权的保护范围理应包括施工过程的全部建安成本，即应包括施工过程中发生的机械费、管理费、措施费等费用^{〔1〕}。有观点认为，建设工程价款优先受偿权的立法目的只是解决施工工人的劳动报酬，主要是农民工工资，是为生存权而设立的一种制度。这个观点显然有失偏颇，这是因为施工工人工资仅是发包人应向承包人支付的工程价款中的一小部分，如法律仅对施工工人工资进行保护，则依据劳动法即可，无须合同法另行规定。

第三，“承包人因发包人违约所造成的损失”指的应是“为建设工程实际支出的费用”之外的损失。

《合同法》第286条及《批复》虽然没有对工程款优先受偿权的性质作出明确规定，理论界和实务界对此也有争论，但基本一致的观点认为该项权利属担保物权性质。依照法律对担保物权的一般规定，当事人之间如无特别约定，担保物权所担保的债权的范围应当是债权的全部，包括主债权及其利息、违约金、赔偿金及实现债权的费用^{〔2〕}。而工程款优先受偿权所指向的客体是建筑工程价款，实质上就是基于发包人对建设工程合同的违约行为而产生的债务，也就是依合同约定发包人应履行而未履行的付款义务。如果发包人依合同约定已经履行了付款义务，也就不存在所谓的优先受偿权问题了。因此，在本质上，建设工程价款优先受偿权要担保的债权就是因发包人违约而产生的给付之债，按照物权法的一般原理，可以包括主债权及其利息、违约金、赔

〔1〕 参见周丽霞：《完善工程款优先权制度的五大意见和建议》，载《建筑时报》2016年5月19日，第1版。

〔2〕 《物权法》第173条规定：“担保物权的担保范围包括主债权及其利息、违约金、损害赔偿金、保管担保财产和实现担保物权的费用。当事人另有约定的，按照约定。”

偿金及实现债权的费用。但由于主债权之外的其他损失并不属于工程价款的范畴，其对建筑产品价值的形成也未产生直接的作用，故《合同法》规定只有“工程价款”才可以优先受偿，如将其他损失也纳入优先受偿范围，有违背立法本意的嫌疑。因此，《批复》第3条作出了“不包括承包人因发包人违约所造成的损失”的规定。对这一表述的准确理解，需要完整地分析整个条款，在这个条款中“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”与“承包人因发包人违约所造成的损失”同属于一个条款，用逗号分隔，两者之间是一种补充说明的关系，即用后者对前者的范围进行补充说明，首先阐明建筑工程价款的范围是承包人为建设工程实际支出的费用，这里的“实际支出的费用”与工程价款应属同一含义，然后再强调“承包人因发包人违约所造成的损失”不在范围内。也就是说，如果这项费用是承包人为建设工程实际支出的费用的话，原则上就应纳入建筑工程价款范畴，但如果因发包人违约给承包人造成了损失，而且这种损失并非承包人为建设工程而实际支出的费用的话，就不能纳入建筑工程价款范畴。所以，我们认为《批复》第3条中“承包人因发包人违约所造成的损失”指的是“为建设工程实际支出的费用”之外的损失。

二、工程款中的利润是否属于优先受偿权所担保债权的范围？

【基本观点】

实务中有两种不同观点。第一种观点认为，利润是工程价款的组成部分，应当列入优先受偿范围。比如在（2012）民再申字第16号案申请再审民事裁定书中，最高人民法院认为，工程利润属于工程款

的组成部分，应属于优先权的受偿范围。第二种观点认为，利润作为承包人的预期收益，不属于“实际支出费用”的范畴。^{〔1〕}比如华恒建设集团有限公司与宁波市北仑蓝天造船有限公司建设工程价款优先受偿权纠纷案〔（2015）浙甬民二终字第539号〕中，浙江省宁波市中级人民法院二审认为，建设工程价款享有优先权的范围仅指承包人为建设工程所实际支出的费用，故建设工程价款中的利润部分不属于优先权的范围。

笔者赞成第一种观点。

【观点解读】

第一，工程款优先受偿权制度系为保护承包人工程债权所设，利润作为工程价款的重要组成部分，当然属于优先受偿的范围。《合同法》第286条规定：“建设工程的价款就该工程折价或者拍卖的价款优先受偿。”因此，对工程价款优先受偿权适用范围问题讨论的实质还是工程价款的问题，判断一项费用能不能优先受偿的关键和核心标准应当要看这项费用是不是属于工程价款。所谓工程价款，是指建筑企业因承包工程项目，按合同规定和工程结算办法的规定，将已完工程或竣工工程向发包单位办理结算而取得的价款。原国家建设部颁布的《建设工程施工发包与承包价格管理暂行规定》（建标〔1999〕1号）第5条规定：“工程价格由成本（直接成本、间接成本）、利润（酬金）和税金构成。”在传统的定额计价模式下，建设工程价款具体可分为四个部分：一是直接成本，又称直接费，包括定额直接费、其他直接费、现场管理费和材料价差。其中，定额直接费又包括人工费、材料费和施工机械使用费三部分。二是间接成本或称企业管理费，包括管理人员工资、劳动保护费等。三是利润，由发包人按照定额规定

〔1〕 参见丁林阳：《施工合同解除后，未完工程承包人主张工程价款优先受偿权起算点的确定》，载《人民司法》2012年第18期。

的差别利率计付给承包人。四是税金，主要包括营业税、城市建设税、教育费附加税和地方教育费附加。这四部分完整构成工程价款的整体，缺一不可。在2016年2月19日住建部办公厅颁布的《关于做好建筑业营改增建设工程计价依据调整准备工作的通知》（建办标〔2016〕4号）中明确规定：“工程造价可按以下公式计算：工程造价 = 税前工程造价 × (1 + 11%)。其中，11%为建筑业拟征增值税税率，税前工程造价为人工费、材料费、施工机具使用费、企业管理费、利润和规费之和。”因此，既然利润作为工程价款的重要组成部分，根据《合同法》第286条的立法本意，理应享有优先受偿权。对此，全国律协建房委副主任袁华之律师认为，根据工程价款的内涵，工程价款当然包括利润。^{〔1〕}周丽霞律师也认为，从公平性角度分析，建成后的价值高于直接费用部分，应根据各方投入予以合理分享。在严重拖欠工程款的情形下，承包方的合理利润也应属于工程款优先权受偿保护范围的。^{〔2〕}

第二，将利润排除在承包人优先权的范围之外在实务中既不可行，亦无必要，会极大地增加司法的运行成本和当事人的诉讼成本。^{〔3〕}近年来，国家大力推行工程量清单计价模式，根据2014年2月起施行的《建筑工程施工发包与承包计价管理办法》（住建部令第16号）第8条和2013版《建设工程工程量清单计价规范》（GB 50500 - 2013）的规定，工程价款主要有两种表现形式，即签约合同价（合同价款）和竣工结算价。《建设工程工程量清单计价规范》1.0.3款规定：“建设工程发承包及实施阶段的工程造价应由分部分项工程费、措施项目费、其他项目费、规费和税金组成。”2.0.47款规定签约合同价

〔1〕 参见全国律协：《建设工程优先受偿权问题专题研讨会会议综述》，载中国律师网。

〔2〕 参见周丽霞：《完善工程款优先权制度的五大意见和建议》，载《建筑时报》2016年5月19日，第1版

〔3〕 参见王林清等：《建设工程合同纠纷裁判思路》，法律出版社2014年版，第274页。

(合同价款)是指“发承包双方在工程合同中约定的工程造价,即包括了分部分项工程费、措施项目费、其他项目费、规费和税金合同总金额。”2.0.51款规定竣工结算价是指“发承包双方依据国家有关法律、法规和标准规定,按照合同约定确定的,包括在履行合同过程中按合同约定进行的合同价款调整,是承包人按合同约定完成了全部承包工作后,发包人应付给承包人的合同总金额。”工程量清单计价是一种符合市场经济规律,允许市场主体进行充分竞争的计价模式。在这一模式下,合同价款中并不包含法定的利润,也没有额定的利润率。承包人的利润来自于分部分项工程费、措施项目费、其他项目费等竞争性费用,企业通过有效的管理,降低工程成本和管理费开支,以获取利润。在工程量清单计价模式下,合同价格主要由清单中的工程量及其综合单价经合价计算后确定,综合单价中包括了完成一个规定清单项目所需的人工费、材料和工程设备费、施工机具使用费和企业管理费、利润以及一定范围内的风险费用^[1]。而承包人在投标时所报出的综合单价高低完全取决于企业自身管理水平,企业盈利或者亏损,均要通过对项目收入与支出进行完整详细的核算才能得出,这其中还包含了项目直接成本之外的企业管理费、风险费用等支出,在实践中法庭或仲裁庭根本无法从结算价中准确区分哪些是实际支出费用,哪些是损失、利润?有观点认为,由于利润不是承包人的实际支出,因此不能享有优先受偿权,我们认为这个观点是站不住脚的。首先,从客观上讲利润是工程价款不可分割的一部分,事实上也无法分割。其次,承包人是否从工程价款中获得利润本身存在不确定性,如果认为利润不是承包人的实际支出,那么如果承包人发生亏损,发包人是否需要补偿承包人因亏损而产生的实际支出呢?这部分补偿款是否也应当享有优先受偿权?

[1] 参见《建设工程工程量清单计价规范》(GB 50500-2013)2.0.8款“综合单价”。

【实务中应注意的问题】

笔者认为，享有优先受偿权的建设工程价款范围，如系已竣工工程，应指竣工结算价；如系未竣工工程，应以签约合同价为基础确定已完工程价款。因此，受优先受偿权保护的利润应当是包含于已完工程量之中的利润，该部分利润已在事实上构成工程价款的组成部分。实务中，对合同解除、“烂尾楼”等未完工程，其未施工部分的预期可得利润，因尚未在事实上成为工程价款的组成部分，虽然可依据《合同法》第113条的规定，要求违约方赔偿“包括合同履行后可以获得的利益”在内的因违约所造成的损失，但该部分损失应作为一般债权处理，不应享受优先受偿权。

【典型案例 2.1】

宁波美特斯邦威纺织品有限公司与浙江省台州市 繁荣建设工程有限公司建设工程价款优先受偿权案^{〔1〕}

浙江高院认为：“我国《合同法》第二百八十六条规定优先受偿的是建设工程的价款，而作为合同价款本身，即应当包含正常的利润，且相关法条和司法解释并未将施工人在履行施工合同中应当获取的正常利润排除在优先受偿的工程价款之外，美特斯邦威就此提出的再审理由，无法律依据，本院不予采信。”

三、工程款中的垫资款是否属于优先受偿权所担保债权的范围？

【基本观点】

《批复》第3条将建设工程优先权的范围限定在承包人为建设工

〔1〕（2011）浙民提字第84号。

程支付的工作人员报酬、材料款等实际支出的费用，但未明确承包人的垫资款是否可以优先受偿？一种观点认为，垫资是我国目前市场条件下承包人一种不得已而为之的行为，同时也是一种国际惯例，承包人的垫资款已经投入物化到建设工程中，成为工程价款，应当优先受偿。^{〔1〕}另一种观点认为，垫资不应纳入优先受偿的范围，一种理由认为，垫资行为发生后，在发包人和承包人之间产生一般的债权债务关系，其性质属于企业间的资金拆借行为，虽不宜将此类行为视为非法行为并予以处罚，但如果将由此产生的债权赋予法定优先权，则与立法目的及法理不合。《合同法》第286条的立法目的在于工程价款有相当部分是建筑工人的工资，应优先保护，但垫资款则来自承包人的自有资金，并非工人的工资。如将垫资款所生债权纳入优先受偿的范围，与立法目的不符。另一种理由认为，对垫资行为的法律效力应当具体分析。如果垫资行为扰乱了建筑市场，就危害了社会公共利益，那么垫资当然不能享有优先受偿权；如果垫资行为对公共利益不构成危害，有关部门的禁止性规定只能认定有害于建筑企业，对垫资只能认定为承包人自甘冒险。即使垫资的效力可认定，也只是发包人、承包人之间的借贷行为。这样，如果这种借贷而形成的债权应当优先受偿，银行的借贷也应当优先受偿^{〔2〕}。

汪治平法官认为，垫资款能否优先受偿，应视是否已物化成为已完工程组成部分而定。承包人的垫资实际上有两种可能：一种情况是，虽然承包人垫付了资金，但未必真正用到工程中去，这种情况属于企业之间借款性质，有其明显的违法性，显然不能受《合同法》第286条的保护；另一种情况是，承包人垫付的资金确实已经物化到建设工程中去了，这部分资金应该列入《合同法》第286条所称的“工程价

〔1〕 参见王牧：《建设工程价款优先受偿权的行使》，载中国法院网。

〔2〕 参见汪治平：《建设工程价款优先受偿权的若干问题》，载《人民司法》2002年第8期。

款”的范围，并且应该优先受偿。^{〔1〕}

【观点解读】

笔者赞成将垫资款纳入优先受偿权担保范围，主要理由如下：

首先，承包人垫资是建筑施工行业的交易惯例，实际用于工程施工的垫资款已经转化为工程价款。在一个正常的工程款支付关系中，工程款一般分为工程预付款、工程进度款和工程结算款等，现实中向承包人提供预付款的发包人较为少见，常见的方式是发包人按时间节点（如按月、按季）或按工程进度节点向承包人支付相当于已完工程价值一定比例的进度款，不足部分由承包人垫付。即承包人先施工，发包人后付款，待工程竣工验收合格后，再进行最终结算，发包人按约定支付结算款。比如，《建设工程价款结算暂行办法》（财建〔2004〕369号）第13条规定：“发包人应按不低于工程价款的60%，不高于工程价款的90%向承包人支付工程进度款。”住房和城乡建设部颁布的《建设工程施工合同（示范文本）》和国际通行的FIDIC《施工合同条件》（红皮书）均有类似条款，属于建筑施工行业的交易惯例。在国际上通行的“交钥匙工程”中，承包人往往需要垫付所有涉及建设工程的款项，待工程交付后收取相应价款。目前我们所讲的垫资施工，发包人更多采用低比例支付进度款、延期付款等方式，其表现形式是比传统的进度款付款比例更低、期限更长。因此，如果这种做法是垫资的话，可以说工程建设中几乎所有的价款都是垫资，若将这种垫资排除在优先受偿权范围之外，这显然与《合同法》立法目的不符。《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6条第2款规定：“当事人对垫资没有约定的，按照工程欠款处理。”已经明确表示，除非当事人另有约定，垫资的性质就是工程欠款。《江苏省高级人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷

〔1〕 参见汪治平：《建设工程价款优先受偿权的若干问题》，载《人民司法》2002年第8期。

纷案件若干问题的意见》(苏高法审委〔2008〕26号)第21条规定:“承包人的优先受偿权范围限于建设工程合同约定的工程价款,包括承包人应当支付的工作人员报酬、材料款、用于建设工程的垫资等实际支出的费用。”《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》(浙高法执〔2012〕2号)也明确规定:“建设工程价款优先受偿权的范围为建设工程的工程价款,包括承包人应当支付的工作人员报酬、材料款和用于建设工程的垫资款等。”可见,用于建设工程的垫资款属于工程价款的范畴已经在司法审判实践中得到普遍认可。而且,由于是先施工后付款,不论是依合同约定垫付的,还是承包人被迫自行垫付的,承包人用于工程施工的垫资款实际上已经物化为工程的一部分,当然应属于《合同法》第286条规定的工程价款和《批复》中所称“实际支出费用”的范畴^{〔1〕},应属于建设工程优先权所涵盖的工程款债权范围。

其次,承包人垫资并不具有违法性,应当受到法律的保护。“承包人垫资违法”的依据是1996年6月由建设部、国家计委、财政部下发的《关于严格禁止在工程建设中带资承包的通知》(建建〔1996〕347号),该文规定:“任何建设单位都不得以要求施工单位带资承包作为招标投标条件,更不得强行要求施工单位将此类内容写入工程承包合同。对于在工程建设过程中出现的资金短缺,应由建设单位自行筹集解决,不得要求施工单位垫款施工。”“施工单位不得以带资承包作为竞争手段承揽工程。”^{〔2〕}2006年1月,《建设部、国家发改委、财政部、中国人民银行关于严禁政府投资项目使用带资承包方式进行建设的通知》(建市〔2006〕6号)规定:“政府投资项目一律不得以建筑业企业带资承包的方式进行建设,不得将建筑业企业带资承包作

〔1〕 参见王林清等:《建设工程合同纠纷裁判思路》,法律出版社2014年版,第275页。

〔2〕 该通知已于2006年1月4日废止失效。