

建设工程优先受偿权

——兼评《中华人民共和国合同法》第286条

宋宗宇

(重庆大学 贸易及法律学院,重庆 400044)

摘要:建设工程优先受偿权应当定性为法定抵押权,该权利成立时间为建设工程合同成立之时,但行使该项权利还须具备承包人已按合同约定履行全部合同义务这一条件。此权利优先于一般抵押权,但在与预售商品房请求权发生冲突时,应不允许承包人行使建设工程优先受偿权。承包人向法院申请拍卖建设工程不以提起诉讼为前提,应当准许直接适用民事诉讼法规定的执行程序。

关键词:建设工程优先受偿权;法定抵押权;一般抵押权;直接拍卖

中图分类号:D923.6 **文献标识码:**A **文章编号:**1008-5831(2001)04-0081-04

On the Right to Receive Priority Repayment in Construction Project ——Annex to Comment on Article 286 of the Law of the People's Republic of China on Contracts

SONG Zong-yu

(College of Trade and Law, Chongqing University, Chongqing 400044, China)

Abstract: This thesis thinks that the priority to receive repayment authority in constructive project should be characterized to be legal hypothecation, the time of this right establishment is that the construction project contract be set up, but if enforces this right realistically, it must have the condition that the contractor have carried out the entire contractual obligation. This right take precedence of the ordinary hypothecation, but when it occurs conflict with the claim of advance sales of commercial housing, the contractor can not be permitted to exercise the priority to repayment authority in construction project. The contractor applies for auction of the construction to the court, this must not be asked to lodge a complaint as a prior, it should be permitted to directly apply the implementation measure that the civil procedure law ordains.

Key words: the priority to receive repayment authority in constructive project; legal hypothecation; ordinary hypothecation; direct auction

我国现行合同法赋予了承包人对建设工程享有优先受偿权,这一规定对有效解决发包人拖欠工程款、承包人实现债权具有十分重要的意义。

一、建设工程优先受偿权的法律性质是法定抵押权

我国现行合同法第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。建设工程的价款可从工程折价或者拍卖的价款中优先受偿”。

理论上,对建设工程优先受偿权的法律性质有不同认识。一种观点认为,建设工程优先受偿权的法律性质是留置

权^[1,2];另一种观点认为,建设工程优先受偿权的法律性质是不动产优先权或者承包人优先权^[3,5];还有一种观点认为,建设工程优先受偿权的法律性质是法定抵押权^[4]。

认真考察建设工程优先受偿权的法律特征,将建设工程优先受偿权的法律性质理解为法定抵押权是正确的。首先,从合同法起草过程看,合同法第286条,从设计、起草、讨论、修改、审议直至正式通过,始终是指法定抵押权^[2]。其次,建设工程优先受偿权符合抵押权的主要特征。下转移占有是抵押权与质押权、留置权等其它担保物权的重要区别。就质押权、留置权而言,权利人一旦丧失对标的物的占有,其所享有的担保物权也随之消灭,而抵押权的成立与存续则不以转移标的物的占有为必要,在建设工程实务中,通常是发包人

收稿日期:2001-07-01

作者简介:宋宗宇(1968-),男,四川达川人,重庆大学贸易及法律学院讲师,主要从事民商法和经济法研究。

和承包人均派代表对建设工地共同进行管理,承包人并未对建设工程实施单独占有或者控制,而且,建设工程竣工验收交付发包人后,承包人的优先受偿权也并不因此消灭。而且,留置权的成立一般以债权已届清偿期,且未获清偿为条件,而抵押权则无此限制。因此,建设工程优先受偿权作为一种担保物权完全在诸多方面均符合抵押权的根本特征。第三,将建设工程优先受偿权定位为法定抵押权符合世界各国立法趋势。法定抵押权制度产生于法国民法典,以后为其他大陆法系国家继承和发展。英美法系没有法定抵押权制度,但它有类似于法定抵押权的留置权制度。德国民法典第648条规定,建设工程或建筑工程一部分的承揽人,就其由契约产生的债权,对定作人的建筑用地得请求让与保全抵押权。如工作尚未完成,承揽人得为了与给付的劳务相符的一部分报酬和在报酬中未计算在内的垫款,请求让与保全抵押权。瑞士民法第837条规定,对职工或承揽人就土地上建筑或其他工程提供材料及劳务所生之债权,得就该土地设定法定抵押权。日本民法没有对法定抵押权作专门规定,但它有类似法定抵押权的先取特权规定。日本民法典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,并可先于抵押权而行使。但是,工事费用超过预算额时,先取特权不就其超过而存在。我国台湾地区民法有承揽人法定抵押权的规定,台湾地区民法第513条规定,承揽之工作物为建筑物或其他土地上之工作物或为此等工作物之重大修缮者,承揽人就承揽关系所生之债权,对于其工作所附之定作人之不动产有抵押权。可见,从世界各国(地区)的立法例看,均认可承揽人可在其营造或添附的建筑物上享有法定抵押权。^[8]

二、成立建设工程优先受偿权

(一)建设工程优先受偿权成立时间及登记

就一般抵押权而言,其权利起算时间始于登记之时,即由申请人向登记机关提出申请并提交登记文件,且由登记机关将申请人申请事项登记在册,即发生登记效力。而优先权是为保障承包人的工程价款债权而设,因此,优先权的产生时间应与工程价款债权的产生时间相同,而与债权的清偿期无关。^[9]既然建设工程优先受偿权的法律性质是法定抵押权,当然其权利的成立直接根据法律规定,不须当事人间订立抵押合同,也不须办理抵押权登记,其成立时间应为建设工程合同成立之时。虽然工程价款给付请求权产生于工程完工后,但是,法律设立建设工程优先受偿权的立法目的无非是为了保护承包人的利益,并进而保护人民居住安全,因此,以建设工程合同成立之时为建设工程优先受偿权发生时间,使其及早生效,则保护更周全,从而不至于在发包人不支付价款时,已由其他债权人先设定一般抵押权。^[10]

虽然不须办理抵押权登记即成立建设工程优先受偿权,但是,是否存在这种权利,一般只有发包人和承包人才清楚,第三人却无法从登记机关的登记文件中得到这方面的信息,因此,实践中,不可避免可能发生承包人行使建设工程优先

受偿权与第三人的利益发生冲突,这就需要建立一种将建设工程优先受偿权存在状态向社会披露的制度,使第三人有充足便利考虑建设工程是否存在优先受偿权的事实,对与发包人进行交易的风险作合理评估。依现行立法,似可设立预登记制度以保全承包人建设工程优先受偿权的效力。按德、日等国做法,承包人可通过两种途径申请对工程的优先受偿权进行预登记:其一是经登记义务人(发包人)的承诺而在登记机关办理登记;其二是单方面申请法院作出采取预登记的裁定,并据此在登记机关办理预登记。以第二种途径预登记时,申请人须提交欲登记的优先受偿权存在的证明材料,但无须证明其欲保全的优先受偿权日后有侵害之虞,“经预登记的优先受偿权可以保全其优先顺位,而且,妨害优先受偿权实现或者有害于优先受偿权的处分行为均为无效。”^[11]

(二)建设工程优先受偿权成立条件

依合同法规定,成立建设工程优先受偿权须具备下列实质性条件:

建设工程合同依法成立 如前所述,建设工程合同成立之时即为建设工程优先受偿权发生之时,因此,建设工程合同依法成立是成立建设工程优先受偿权的前提条件。如建设工程合同被依法确认无效的,则承包人不享有建设工程优先受偿权,因为合同法只保护承包人追偿工程价款的合法权利,如合同被确认无效,则承包人不享有追偿工程价款的权利,而只能请求折价补偿,折价补偿不能适用建设工程优先受偿权。

建设工程合同所生债权 这里所谓建设工程合同,应当作广义解释,不仅指第269条第2款中的施工合同,还应包括勘察合同和设计合同

发包人未按合同约定支付工程价款 此所谓“价款”不是指市场交易中的商品价款,而是发包人依建设工程合同约定应支付给承包人的工程款,包括工程竣工验收后工程款的清结,也包括按合同约定按工程进度应拨付的工程款

法定抵押物为承包人施工所完成的,属于发包人所有的建设工程及其基地使用权 包括组装或固定在建设工程这一不动产上的动产,但不包括建设工程中配套使用并未组装或固定在不动产上的动产。

在实践中,常常出现合同义务已由承包人按期完成,但并未进行竣工验收,或者合同义务尚未按期完成的情况,对承包人是否享有优先受偿权有不同认识。笔者认为,成立建设工程优先受偿权与行使建设工程优先受偿权应当是两个不同概念,建设工程优先受偿权自建设工程合同成立之时成立,但是,承包人现实行使该项权利还须具备一定条件,因此,一般而言,承包人已按合同约定全部履行了自己的义务应当是行使建设工程优先受偿权的条件,如果合同义务已由承包人按期完成,但并未进行竣工验收,或者合同义务尚未按期完成是不可归责于承包人的原因(主要指发包人的违约行为和不可抗力因素)造成的,则承包人仍然可行使优先受偿权。

值得注意的是:(1)承包人与发包人订立总承包合同后,再由总承包人与分包人订立分包合同、转包合同的,只有总承包人享有优先受偿权,分包人、转包人不享有优先受偿权,分包人、转包人主张权利须通过总承包人。(2)享有建设工程优先受偿权的承包人不仅应包括施工合同的承包人,而且也应包括勘察人和设计人,但如果勘察人、设计人以及承包人未直接与发包人有合同关系,而只是与总承包人有合同关系,则分包人没有优先权。(3)建筑物建造过程中的装修,如装修人与发包人有直接的合同关系,应当享有优先权;对于建筑物使用过程中的装修,承包人不享有优先权。

(三)建设工程优先受偿权中法定抵押物价值计算标准

由于世界各国(地区)对法定抵押权产生时间的规定各有差异,因此,研究法定抵押物的价值计算标准具有一定实践意义。法定抵押物的价值计算标准主要有:以债权产生为计算标准,如德国、台湾立法;自始产生为计算标准,如瑞士立法规定的无须登记法定抵押权;于工事开始为计算标准,如日本立法;以期间经过为计算标准,如法国立法;以登记为计算标准,如瑞士立法规定的须登记法定抵押权。从我国现行合同立法及司法实践看,以已形成的建筑物价值为计算标准应是正确的。

三、建设工程优先受偿权的效力

(一)建设工程优先受偿权优先于一般抵押权

实践中,针对特定抵押物,常常出现数个抵押权共存,包括数个一般抵押权及数个法定抵押权同时存在的情况,理论上称之为抵押权竞合。依一般登记理论,无论一般抵押权或者法定抵押权,均以登记先后次序享受权利,同时登记者,依登记债权比例受偿。但是,建设工程优先受偿权作为一种法定抵押权,无须登记即可优先受偿,因此,在发生法定抵押权与约定抵押权并存的情形时,无论约定抵押权发生在前或在后,法定抵押权均应优先于约定抵押权行使。因为承包人的利益包含工人的劳动报酬,在任何情况下,劳动报酬都应当得到优先受偿,如果发包方将抵押贷款用于营建目的,必然会减少承包人的融资或者投资,相反,如果发包方将抵押贷款用于其他目的,那么,从理论上讲,该抵押贷款部分与建筑物不具有或者很少有联系,在此情况下,承包人的利益与其融资营造物将增大关联系数。如果允许约定抵押权优先行使,则无异于以承包人的资金清偿发包人的债务,等于发包人将自己的债务转嫁给属于第三人的承包人,违背公平及诚实信用原则。事实上,建设工程优先受偿权是法律为保护承包人的利益而特别赋予的权利,具有保护劳动者利益和鼓励建筑、创造社会财富的政策目的。^[7]

如果数个承包人对同一建筑物均享有优先权,则应按下列顺序受偿:报酬请求权优先于垫款请求权,垫款请求权优先于损害赔偿请求权。因为报酬涉及到职工工资,关系到社会利益,自应处于优先地位;而垫款构成建筑物的一部分,没有垫款,就不会有可以称为优先权标的物的建筑物,因此,其应列在损害赔偿之前受偿。同一种类请求权应同序受偿,不

足部分,按比例受偿。

(二)建设工程优先受偿权与预售商品房请求权

如果建设工程为商品房,且在竣工之前发包人(开发商)已经分别与承购人(消费者)订立房屋买卖合同,在发包人拖欠承包费用时,极可能发生承包人优先受偿权与消费者预售商品房请求权的冲突。从本质上讲,承包人对工程价款的请求权是一种债权,但为保护承包人的利益,法律破除债权人平等原则,对承包人对价款的请求权赋予优先受偿的权利,使其具有担保物权的效力。但是,当商品房预售合同一旦经房地产管理部门和土地管理部门办理登记备案,承购人对预购商品房的请求权也具有了物权的排他效力,即承购人对预购商品房的请求权可以对抗第三人。显然,在此情形下,承包人优先受偿权与消费者预售商品房请求权发生了利益冲突,须建立一种科学的法律规则来调整承包人和承购人二者的利益关系。

按惯例,以时序的先后是决定权利次序先后的一般原则,^[11]且依我国现行立法规定,成立建设工程优先受偿权的时间一般先于承购人订立房屋买卖合同并进行预购登记的时间,那么,承包人享有的建设工程优先受偿权则优先于承购人享有的预售商品房请求权。但是,如果允许承包人行使建设工程优先受偿权,无异于用消费者的资金清偿开发商的债务,等于开发商将自己的债务转嫁给广大消费者,严重违背特殊保护消费者的法律政策,因此应下允许承包人行使建设工程优先受偿权。其实质是承包人利益与消费者利益比较,消费者属于生存利益应当优先,承包人属于经营利益应退居其次。^[7]

(三)建设工程优先受偿权权利范围

建设工程优先受偿权担保债权效力范围 承包人主张债权以依建设工程合同所应获得的价款为限,包括承包人施工所付出劳动的报酬、所投入的材料和因施工所垫付的其他费用,及依合同发生的违约金、损害赔偿金和实现建设工程优先受偿权的费用。简言之,包括报酬请求权、垫付款项请求权及损害赔偿请求权。这种理解符合担保法关于抵押权、质押权、留置权的效力均及于上述范围的规定,从法律体系的内在统一性角度看,建设工程优先受偿权作为一种法定抵押权,也应具有同样效力。

建设工程优先受偿权抵押物的范围 抵押物的范围仅包括承包人施工的建筑物,《合同法》第286条未规定优先权及于建筑物所占的土地,故承包人优先权就建筑物所占土地的交换价值无优先权,不能参照《担保法》第36条关于“房屋抵押,该房屋所占范围内的国有土地使用权同时抵押”的规定。在拍卖时应当一并拍卖,但承包人对土地使用权的交换价值无优先受偿权。

禁止行使建设工程优先受偿权的范围 “不宜折价、拍卖的”建设工程不能行使建设工程优先受偿权,这也是担保法关于设定担保物权的标的物的一般要求。此所谓“不宜折价、拍卖”的建设工程,应当解释为法律禁止流通物。包括:

(1)公有物,如国家机关办公的房屋建筑物及军事设施,但国家机关的员工宿舍不属于公有物;(2)公用物,如公共道路、桥梁、机场、港口及公共图书馆、公共博物馆等;(3)不具有独立价值的建设工程,如装饰工程、附属设施,这类工程独立存在时没有经济价值或者经济价值很小,只有与作为主物的其他建设工程相结合时才能发挥其真正意义的经济效用,当然,从公平角度讲,此等建设工程也不能用作担保与之不相干的工程价款。

此外,在承包人也有违约如工期迟延,工程尚有须修补之处等情形下,承包人是否可行使优先权?台湾判例认为此种情形,承揽人仍有法定抵押权,^[1]因为承包人的优先权系法定担保物权,该物权在符合上述法定要件时产生,不应受其他合同义务的影响。

(四)建设工程优先受偿权的时效效力

由于优先权未经登记公示,对其他债权人的利益颇有威胁,如不规定承包人行使优先权应有一个期限,则对交易安全不利,因此,似可参照《海商法》第29条规定的船舶优先权行使期限为一年之规定,明确行使建设工程优先受偿权以一年为限。

四、建设工程优先受偿权的实现

(一)催告程序

实现建设工程优先受偿权,除须具备建设工程优先受偿权有效成立及行使该权利的实质条件外,还须具备一定程序性条件,即须承包人向发包人发出催告通知后经过一个合理期限,而发包人仍未支付。此合理期限,应当从发包人收到催告通知之日起算。此催告通知应当采用书面形式。至于合理期限究竟是多少天,合同法没有规定。在考虑合理期限时,应充分体现发包人与承包人的利益平衡,既是承包人能够容忍的迟延给付工程款的“最长时间”,也是发包人在受催告后能够支付工程款的“最短时间”,因此,应综合考虑工程价款的数额、发包人支付能力、发包人付款意愿及筹集款项的难度等多方面因素。承包人没有经过催告程序的,不得直接向人民法院提起拍卖申请。

(二)协议折价

按合同法的规定,可由发包人与承包人协议将建设工程折价,承包人的工程价款对折价款优先受偿。在具体操作上,可考虑采用折价抵偿、变卖、协议拍卖等方式来实现协议折价。

(三)申请拍卖

按合同法的规定,除协议折价方式外,承包人也可以申请人民法院将建设工程依法拍卖以实现建设工程优先受偿权。

第一,申请法院拍卖不以提起诉讼为前提。按照合同法的规定,承包人可以直接申请人民法院将该工程依法拍卖,这里规定的不是“提起诉讼”,而是“申请法院拍卖”,其实质是申请人民法院通过强制执行程序对作为担保物的建设工程进行拍卖,立法意图是要改变担保法规定的抵押权行使方式,由“对人诉讼”改为“对物诉讼”,即向法院申请执行抵押权。

第二,在民事诉讼法专门规定此种抵押权执行程序之前,应当准用民诉法第三编规定的执行程序。这与担保法第53条规定的一般抵押权行使方式不同,担保法第53条规定,债务履行期届满抵押权人未受清偿的,可以与抵押人协议以抵押物折价或者以拍卖、变卖该抵押物所得的价款受偿;协议不成的,抵押权人可以向人民法院提起诉讼。该条规定的诉讼性质,属于对人诉讼,应以抵押人为被告,是抵押权人与抵押人之间关于抵押权行使的争议,当然适用诉讼程序。

第三,建设工程优先受偿权人向法院提出申请,须证明建设工程优先受偿权存在及建设工程优先受偿权具备执行条件的证据,法院受理申请后,应当通知发包人,发包人若对建设工程优先受偿权是否成立及是否符合执行条件提出异议的,应当终止执行程序,驳回承包人之申请,此种情形,应由承包人另外提起确认之诉,以确认建设工程优先受偿权之成立,待获得生效胜诉判决后,始能申请法院依法拍卖。^[2]

此外,对于被动主张权利以及债权未界清偿期且其权利与一般抵押权有冲突的建设工程优先受偿权人来说,应当允许其提前介入拍卖程序并优先于一般抵押权人及其他债权人受偿拍卖价款。因为在此情形下,建设工程优先受偿权人的债权往往是尚未到期的,如果建设工程优先受偿权人过早行使其权利,将有可能引起预期违约,但是,如果建设工程优先受偿权人届期或者迟延主张权利,一般抵押权人通常又不愿意通知建设工程优先受偿权人参与拍卖,那么,建设工程优先受偿权赖以存在的法定抵押物有可能被一般抵押权人所执行,显然,充分考虑建设工程优先受偿权人的困境,允许其提前介入拍卖程序才能维护当事人利益的平衡。

参考文献:

- [1]江平. 中华人民共和国合同法精解[M]. 北京:中国政法大学出版社,1999:223.
- [2]宋宗宇. 建筑合同法原理与实务[M]. 重庆:重庆大学出版社,1999:97.
- [3]最高人民法院经济庭. 合同法解释与适用[M]. 北京:新华出版社,1999:302.
- [4]杨立新. 中华人民共和国合同法解释与适用[M]. 长春:吉林人民出版社,1999:867.
- [5]王红亮. 承揽合同、建设工程合同[M]. 北京:中国法制出版社,2000:187.
- [6]张学文. 建设工程承包人优先受偿权若干问题探讨[J]. 法商研究,2000,(3).
- [7]梁慧星. 合同法第286条的权利性质及其适用[EB/OL]. 中国民商事法律网,2001-02-04.
- [8]宋宗宇. 建设工程优先受偿权的法律性质[J]. 北京:西南政法大学学报,2001,(2).
- [9]傅在全. 民法物权论[M]. 北京:中国政法大学出版社,1999:695,687.
- [10]郑玉波. 民法物权论文选辑(下册)[M]. 台湾:五南图书出版公司,1985:688,666,679.
- [11]郑玉波. 民法债编各论[M]. 台湾:1981:378.