

试论施工合同法律效力的判断原则(二)

文/冯小光

违反建筑市场准入规定的施工合同效力的认定

目前,建筑市场违法违规现象普遍存在。本部分重点论述违反建筑市场准入规定对施工合同效力的影响。《施工合同司法解释》第一条规定,建设工程合同具有下列情形之一的,应当根据《合同法》第五十二条第五项的规定,认定无效:(一)承包人未取得建筑施工企业资质或者超越资质等级的;(二)没有资质的实际施工人借用有资质的建筑施工企业名义的……

首先,实际施工人未取得施工资质的,应当认定施工合同无效。没有取得施工资质,意味着实际施工人就不是施工企业,是一个工头或者是一个经营其他业务的企业,不具备建筑业最基本的市场准入条件,欠缺施工企业最基本的技术、资金、管理、融资、抵御风险等要素,签订的施工合同应当无效。

其次,实际施工人为施工企业,但超越本企业资质等级许可的业务范围承揽工程建设项目而签订的施工合同,原则上认为无效。建筑业企业的市场准入规定较为严格,除了有营业执照外,还有资质证书,施工资质还划分为不同的等级,不允许超越资质等级许可的经营范围承揽建筑工程,实行严格的市场准入。《合同法》第二百七十二条规定,禁止承包人将工程分包给不具备相应资质条件的单位。《招标投标法》第三十一条规定,联合投标的联合体,由同一专业的单位组成的联合体,按照资质等级较低的单位确定资质等级。《中华人民共和国建筑法》(以下简称《建筑法》)第十三条规定,建筑施工单位取得相应等级的资质证书后,方可在其资质等级许可的范围内从事建筑活动。

再次,施工资质包括哪些内容?国家有权部门制定的施工资质管理规定十分庞大而复杂,分为施工总承包资质、专业承包资质和施工劳务三个序列。《建筑业企业资质标准》对资质类别规定为,施工总承包、专业承包和施工劳务三个序列。施工总承包序列设有12个类别,一般分为4个等级(特级、一级、二级、三级);专业承包序列设定为36个类别,一般分为3个等级(一级、二级、三级);施工劳务序列不区分类别和等级。监理行业、工程造价鉴定、工程质量鉴定、工程设计、工程勘察、装饰装修行业等都是按照资质等级设立的。施工总承包序列资质标准,包括公路、铁路、电力、石化、通信等;专业承包序列资质标准,包括地基基础、起重设备安装工程、预拌混凝土专业、消防设施专业、防水防腐保温工程专业、桥梁工程专业、隧道工程专业等;施工劳务序列不分类别和等级。其中,劳务分包合同是有自己独特特点的分包合同,与专业分包不同,是指施工总承包企业或者专业承包企业将其承包工程中的劳务作业发包给具有劳务作业法定资质的企业完成的活动。比如消防工程中,把其中所含劳务部分交给劳务企业去做,叫劳务分

包。劳务作业分为13个类别,包括:木工、砌工、抹灰、油漆、钢筋、混凝土、脚手架、模板、焊接、水电暖等。《施工合同司法解释》第七条规定,具有劳务作业法定资质的承包人与总承包人、分包人签订的劳务分包合同,当事人以转包建设工程为由请求确认合同无效的,不予支持。劳务分包合同性质是施工合同,不是劳务合同或者劳动合同。劳务分包的本质是将施工劳动区分为复杂劳动和简单劳动,将其中的简单劳动剥离出来交由劳务分包企业承揽,不属于二次分包,属于合法分包行为。

总而言之,工程施工合同分为工程总承包合同,施工总承包合同和专业技术分包合同和劳务分包合同。《合同法》第二百七十二条、《建筑法》第二十九条规定,禁止分包单位将其承包的工程再分包。施工总承包中的专业技术分包只能分包一次,就是说,分包商承包建设消防工程后禁止其再次分包给具有(或者不具有)消防施工资质的消防施工企业再次承接同一个消防工程项目,两次分包是违法行为。审判实践中,超越本企业资质等级许可业务范围承揽工程,或者以通过转包、违法分包等其它违反建筑市场准入规定的违法违规形式从事工程建设的,也比比皆是,也应当属于建筑法体系规制的范围。

建筑业改革中,有关建筑市场主体准入制度改革的新趋势。国务院办公厅《关于促进建筑业持续健康发展的意见》(国办发〔2017〕19号)明确指出,有序发展个人执业事务所,强化个人执业资格管理,推动个人执业保险制度。优化资质管理。进一步简化工程建设企业资质类别和等级设置,减少不必要的资质认定。对信用良好、具有专业技术能力、提供足额担保的企业,在其资质类别内放宽承揽业务范围限制。目前正在选择部分地区开展试点。同时,加快完善信用体系、工程担保及个人执业资格等相关配套制度,加强事中事后监管。强化个人执业资格管理,明晰注册执业人员的权利、义务和责任,加大执业责任追究力度。2016年5月29日,住建部下发《关于批准浙江、安徽、陕西三省开展建筑劳务用工制度改革试点工作函》,明确取消劳务资质并对劳务资质取消后劳务企业前景作出安排。从改革趋势看,存在简化施工企业资质,强化施工各流程工程师个人资质条件;改革建筑市场准入条件同时,强化优胜劣汰的清出机制等。

如何“简化工程建设企业资质类别和等级设置,减少不必要的资质认定”?与FIDIC背景下的建筑市场准入条件的比较。FIDIC,国际咨询工程师联合会,土木工程施工合同文本,包括:《土木工程施工合同条件》(红皮书)、《电气和机械工程施工合同条件》(黄皮书)、《雇主/咨询工程师标准服务协议书》(白皮书)、《设计—建造与交钥匙工程合同条件》(橘皮书),以后又对上述合同文本作出多次修订。建筑业改革中能够看见FIDIC的潜在影响,包括:

EPC交钥匙工程合同条件,适用于工厂化建设的开发项目,包括有策划、可研、设计、建造、安装、试车等全过程承包;FIDIC合同为雇主与承包商之间订立的土木工程施工合同,属于单价合同,必须实行监理制度,雇主聘请并全权委托工程师实行施工管理。雇主一般不与承包人接触,不参与工程管理,工程师在施工中有很大权力,具有特殊的地位,工程师的信用、能力、公正性,是承包人投标报价必须考虑的重要因素。概括讲,FIDIC合同条款是以“发包人或者其委托的咨询单位负责设计,承包人负责施工”为条件,以“承包人施工获得报酬、发包人付款得工程”为框架,以“程序公正、公平竞争、机会均等”为原则。此外,还体现为三个特征:其一,风险分担均衡合理。其二,突出工程师地位和作用。工程师几乎拥有工程顺利实施所必须具有的一切权力,甚至包括修改合同,既是设计者,又是业主的代理人。其三,是一种重新计量的单价合同。目前,国务院有关建筑业改革政策推动有序发展个人执业事务所,强化个人执业资格管理,推动个人执业保险制度。与FIDIC文本的施工合同成立条件比较而言,我国建筑市场以下部分尚需改进:一是,招标投标市场尚未充分体现制度设计应有的公开、公正、公平的本质属性,违法违规现象普遍存在,明招暗定,轮流坐庄,围标陪标,黑白合同,贿买中标等违规行为比比皆是。改革的目标是更加充分体现公开、公正、公平,如果缺乏以上三点作为基础,再好的机制、制度都不会有好的效果;二是,FIDIC文本条件背景下,监理工程师居于工程管理的核心和支配地位(像大型工程的咨询监理组织机构:监理员→工程师代表→驻工地工程师→总监理工程师)。监理工程师职责包括:参与招标、签订合同;质量争议裁决权(类似于中间仲裁);签字付款;工程洽商变更和变更估价;分包商确认;开工、停工、复工;技术方案确认;承包商与业主争端裁决权。与我国建筑业改革方向比较而言,国务院办公厅《关于促进建筑业持续健康发展的意见》强调,培育全过程工程咨询。鼓励投资咨询、勘察、设计、监理、招标代理、造价等企业采取联合经营、并购重组等方式发展全过程工程咨询,培育一批具有国际水平的全过程工程咨询企业。在民用建筑项目中,充分发挥建筑师的主导作用,鼓励提供全过程工程咨询服务。全面落实各方主体的工程质量责任,特别要强化建设单位的首要责任和勘察、设计、施工单位的主体责任。严格执行工程质量终身责任制,在建筑物明显部位设置永久性标牌,公示质量责任主体和主要责任人。改革方向符合我国建筑市场实际情况,若能切实落实上述方案,将优化建筑市场诚信履约的营商环境,没有必要引进国外相关机制。三是,建筑市场的实践证明,对施工人实行施工资质管理体制和通过招标投标程序选任施工人机制远未达到制度设计的初衷目标,且

与制度初衷渐行渐远,建筑市场鱼目混珠,需通过改革予以解决。此外,FID-IC文本中的一般条款、特殊条款,质量缺陷责任期,索赔责任,保修制度等对施工合同格式文本有着潜移默化影响。作上述对比的意义在于,明确建筑业改革方向,在改革进程中订立的施工合同,只要符合改革方向的,尽管由于修法滞后导致与现行法律规定不吻合,也不轻易认定施工合同无效。

建筑业市场准入规定与房地产开发市场准入条件的比较。如上所述,建筑业市场准入规定已有规定,房地产行业市场准入如何呢?最高人民法院《关于审理涉及国有土地使用权合同纠纷案件适用法律问题的解释》第十五条规定,合作开发房地产合同的当事人一方具备房地产开发经营资质的,应当认定合同有效。当事人双方均不具备房地产开发经营资质的,应当认定合同无效。但起诉前当事人一方已经取得房地产开发经营资质或者已依法合作成立具有房地产开发经营资质的房地产企业的,应当认定合同有效。最高人民法院《关于审理房地产管理法施行前房地产开发经营案件若干问题的解答》第1条规定,从事房地产的开发经营者,应当是具备企业法条件、经工商行政管理部门登记并发给营业执照的房地产开发企业。第2条规定,不具备房地产开发经营资格的企业与他人签订的以房地产开发经营为内容的合同,一般应当认定无效,但在一审诉讼期间依法取得房地产开发经营资格的,可以认定合同有效。与施工合同效力比较而言,相同点为:从事房地产开发开发与从事建筑施工一样都有市场准入门槛限制,对经营主体都需要具备法定资质条件。不具备开发经营资质的,可能导致合同无效。不同点为:第一,房地产开发企业超越房地产开发资质等级,从事房地产开发经营行为,不影响开发合同效力;而施工合同则不同,原则上会导致施工合同无效;第二,没有房地产开发经营资质从事房地产开发经营行为原则无效,特定条件下,可以转化为有效,补正合同效力;施工合同不存在补正合同效力问题。第三,只要开发人对特定的房地产开发项目享有开发经营权益,政府有关部门原则批准设立针对开发项目的房地产项目公司,开发人因此取得房地产开发经营资质;即使施工人对建造的工程项目享有权益,不意味着施工人就必须取得建设工程施工资质。上述比较看出,建设工程施工市场的准入条件高于房地产开发,这主要是由于两类市场定位不同,签订合同的法律关系性质不同,履行合同对社会公共利益和公共安全的影响不同所致。施工合同的履约目的是建造高质量建筑物、构筑物、路桥等,建筑产品质量直接关乎居民及其他使用者、不特定公众人身财产安全,对公共安全和公共利益的影响大;而“房地产开发市场是指市场主体以土地和房屋作为投资对象,进行相应的土地或者房屋开发,并因此形成房地产商品使用价值的市场领域”,

房地产开发具有资本运作的属性,履行合同对公共利益可能产生的不利影响就是资金链断裂造成众多购房小业主“钱房两空”,开发的房产质量等则属于施工合同法律关系调整。相对而言,房地产开发对公共利益的影响相对较小,故法律对两个市场的准入条件作出了差别化的规定,违反上述法律规定而导致合同无效的条件也相应不相同。因此,合同无效条件因个案法律关系性质而不同,不能一概而论笼统认定合同效力。

有关建筑市场准入的资质管理规定性质,是属于管理性强制性规定?还是效力性强制性规定?对施工合同效力的影响如何?市场准入制度是指国家或者政府准许自然人、法人进入市场从事经营活动的法定条件和程序规则的总称。一般采取企业设立登记制度,体现国家对市场主体的干预。经济法体系内,按照特殊市场准入的特别要求,必须取得行政许可许可,才能办理企业设立登记。“特殊市场准入的特别要求”,体现了为了社会公共利益而对市场主体的准入作出的必要干预,是国家对社会应当承担的责任,符合经济运行规律。法理上认为,判断效力性强制性规定应当重点把握以下三点:“(1)违反法律、行政法规同时构成了违反社会公共利益、社会公德的,该强制性规定应为国家强制性规定。(2)如果强制性规定禁止某类物的流通、禁止当事人实施某种行为,此类物就成为禁止流通物,买卖此类禁止流通物的行为就成为不得实施的行为。系争合同若将此类物作为标的物、将此类行为作为标的,就应当无效。”崔建远老师认为,“有观点认为,法律明文规定违反法律规定的合同无效的,该规定即效力性规定。本书作者认为,这不完全符合我国现行法的实际,因为在我国现行法上,有些违反管理性的强制性规定的合同也是无效的。”经济法体系中,一般认为有关市场准入的法律规定属于管理性强制性规定,施工企业资质规定也应当属于管理性规定。但,笔者认为,总体上说,有关建筑市场准入的资质管理规定是支撑建筑法律体系的基础;违反建筑市场资质管理规定的,原则认定施工合同无效。按照《建筑法》规定,规制施工行为的法律体系,包括:法律原则;建筑许可(施工许可、从业资格);发包与承包;工程监理;建筑安全生产管理;建筑工程质量管理等。上述法律规制的范围均以建

筑市场准入的资质管理规定为基石,如果认定资质管理规定为管理性强制性规定,违反之不影响施工合同效力,现行的以规制资质以入规模施工企业为调整对象的建筑法体系并不能调整包工头等不具备施工资质的实际施工人,可能因此造成现有的建筑法律体系残缺不全或者直接崩塌。具体讲,第一,资质管理规定与施工许可。审判实务中,违反建筑市场资质管理规定的施工主体为低资质的施工企业或者是工头带领农民工的施工队,大多数情况就是工头带领的施工队。工头带领的施工队不可能取得开工许可,也没有任何一个工头试图取得开工许可审批手续后再施工。据此,突破资质管理规定的施工行为或将有关建筑许可的法律规定全部予以规避,这显然是建筑法体系所不能接受的。第二,不具备施工资质的施工队不可能通过招投标程序承揽建筑工程。法律有关禁止转包、违法分包、肢解发包的规定、禁止超越资质等级许可的业务范围承揽工程建设等规定,对工头带领的施工队并不适用,毫无规制意义。实践中,工头任意转包工程的现象比比皆是。第三,建筑法体系中有关工程监理、工程安全生产、保障工程质量等的规定、制度设计和制度安排都是以有资质的施工企业为适用条件的,没有资质的施工队并不受上述法律规定的规制。至此,没有资质的施工队自开工至完工的施工全流程均处于法律规制不到的空白处,出现安全生产和工程质量事故是迟早的事。第四,如果认定不具备法定资质的施工队与发包人签订的施工合同有效,对有资质的施工企业构成不正当竞争,甚至是致命一击,直接导致建筑企业大企业破产。原因很简单,没有资质的施工队的施工成本是最低的,无需缴纳国家税费,管理费支出也是最低的。第五,没有资质的施工队较有资质的施工企业,施工所需资金、技术能力、工程质量、施工安全等较弱,必然对建筑物质量带来安全隐患等不利影响,可能危及公共安全。总之,笔者认为,有关建筑市场准入的施工企业资质管理制度是施工合同法律关系的基础,承包人未取得建筑施工企业资质或者没有资质的实际施工人借用有资质的建筑施工企业名义承揽工程的,应当认定施工合同无效;否则,转包、违法分包等也存在违法资质管理规定的其它违法行为就可能合法化了,建筑市场几乎所有违法行为都应当认定为有效了,建筑法体系至此崩塌。但,对于超越资质等级许可的业务范围承揽工程的,符合“在其资质类别内放宽承揽业务范围限制”条件的,可以适度放宽合同效力认定标准,认定施工合同有效。

建筑法苑

联系电话:021-63212799

传 真:021-63210873

地 址:上海营口路588号18楼

邮 编:200433

E-mail:sunxiancheng@sina.com

联系人:孙贤程

手机:13817068164

主 编:孙贤程

本报建设法律

咨询服务工作室

建领城达律师事务所《施工合同司法解释(二)》解读专栏

针对《解释二》中优先受偿权相关条款的解读和探索(二)

文/李瑞升

一、条文解读

上一篇文章中,我们讨论了优先受偿权的权利主体,本次我们将分析优先受偿权的客体 and 担保范围。《解释二》中与此有关的条文主要集中在第18、19、20、21条。

(一)优先受偿权的权利客体

作为一项具有物权特征的担保权利,优先受偿权通常以建设工程作为权利客体,但针对不同情形下主张该项权利的主体和建设工程的不同状态,《解释二》对优先受偿权的客体作出了不同的规定。就常态而言,对于竣工验收合格的建设工程,承包人就可就工程折价或拍卖的价款优先受偿(第19条)。此处“工程”应至少被理解为在建成后能独立发挥生产能力或使用功能,且具备独立转让之可能性的单项工程,且不限于承包人实际负责的工程部分。特殊情况下,如果建设工程质量合格但未竣工(即质量合格的烂尾工程),承包人仅能以其所承建工程部分折价或拍卖的价款优先受偿(第20条),对于其他工程部分则不能主张行使优先受偿权。这与烂尾工程涉及较多债权债务纠纷(且往往涉及发包人破产)有关,如果允许承包人以全部工程行使优先受偿权并优先受偿,将引起发包人债权人之间的不平等受偿。此外,如果承包人仅承建建筑装饰装修工程,行使优先受偿权也以其所承建装饰装修工程部分的变现价款为限(第18条)。

此外,由于《合同法》第286条将“按照性质不宜折价、拍卖”的建设工程作为行使优先受偿权的除外情形,根据最高法院民一庭在《最高人民法院建设工程施工合同司法解释(二)理解与适用》(“《理解与适用》”)在《理解与适用》中的

观点,可参照《物权法》第184条第3项对禁止抵押的财产范围的规定,认定“学校、幼儿园、医院等以公益为目的的事业单位、社会团体办的教育设施、医疗卫生设施和其他社会公益设施”不属于优先受偿权的客体,但该等机构的非公益性设施(如酒店、对外出租的经营性物业)并不受限制。

(二)优先受偿权的担保范围

对于优先受偿权的担保范围,《解释二》规定以所承建工程的价款为限,改变了此前司法解释中限于“人员报酬、材料款等实际支出的费用”的观点,这大大减轻了裁判人员在审理优先受偿权案件时需要区分工程款中“人员报酬、材料款等实际支出的费用”与其他相关费用的负担。由于“工程价款”的具体范围与内涵是一项工程计价问题而非法律问题,最高法院将交由国务院有关行政主管部门具体确定,但对于逾期付款利息、违约金和损害赔偿金,最高法院明确规定不在优先受偿权的担保范围之内。

二、条文拓展

(一)对于优先受偿权客体的条文拓展

1. 土地使用权能否作为优先受偿权的客体

《解释二》(征求意见稿)第28条曾明确禁止将建设工程占用范围内的土地使用权作为优先受偿权客体(承包人请求对建设工程占用范围内的土地使用权享有优先受偿权的,人民法院不予支持),《解释二》最终删去了相关规定。是否可以认为最高法院的观点发生了变化?

首先,根据《合同法》第286条和最高法院相关司法解释,明确被认可作为优先受偿权客体的仅限于建设工程和公路

收费权,并不包括土地使用权。从语词内涵的角度分析,“土地使用权”与“建设工程”“公路收费权”的差异过于显著,除非存在特别的正当理由,否则不宜将土地使用权扩张解释为优先受偿权的客体。

其次,土地使用权的价值并不产生于承包人的建筑服务,也不必然因为承包人的建筑服务得到提升,证成优先受偿权的增值理论并不必然支持将土地使用权作为该项权利的客体。

最后,各地高院已经出台的司法指导意见中,浙江、广东、安徽、四川高院均反对将土地使用权作为优先受偿权的客体,浙江高院甚至明确提出“实际操作中可对建设工程和土地使用权分开进行价值评估,确定各自在总价值中的比例,然后一并拍卖,拍卖成交后再确定建设工程承包人可以优先受偿的金额”。

因此,作者同样认为不宜将土地使用权作为优先受偿权的客体,且实际操作时可参考浙江高院的做法确定承包人可以优先受偿的金额。

2. 违章建筑是否可作为优先受偿权的客体

违章建筑一般是指违反《土地管理法》《城乡规划法》等相关法律法规的规定而建造的建筑物和其他工作物。未取得建设工程规划许可证是建造违章建筑的典型情形之一,《解释二》(征求意见稿)曾将“未取得建设工程规划许可证或者未按照规划许可证的要求进行建设”作为不得行使优先受偿权的情形之一,但《解释二》最终删去了相关内容。作者认为,违章建筑能否作为优先受偿权的客体,主要考虑因素在于是否存在处分

变现的可能性,这委实可由国土规划、不动产交易及登记等方面的法律法规予以规制,而不必由《解释二》进行调整。因此,对于瑕疵仍可补正的违章建筑,应允许其在补正后作为优先受偿权的客体;对于瑕疵未及时补正,或合法合规性瑕疵显著以致无法补正的违章建筑,则因实际不具有处分交易的可能性,不应作为优先受偿权的客体。争议解决程序中,可将庭审辩论终结作为补正相关瑕疵的最终时点。

3. 与建设工程相关的补贴权、经营权、收费权能否作为优先受偿权的客体

《解释二》有关优先受偿权客体的规定,在传统的工程实施模式下不存在太大的适用障碍。传统工程实施模式中:发包人是工程的建设单位和实际业主,具备一定资质并且是工程价款的最终责任主体;承包人不承担建设单位职能,仅提供建筑服务,并以发包人支付的工程价款作为服务对价。此时,承包人以建设工程作为客体,用于优先清偿发包人欠付的工程价款,不存在太大问题。

但实践中工程实施模式不断变化,特别在政府负有投资责任的公益性项目中,BT(“Build-transfer”,建设-转让)、委托代建、PPP(“Public-private-partnership”,政府与社会资本合作,含特许经营)等模式的运用更为广泛。与传统的工程实施模式相比,这些模式存在如下特点:(1)承包商不仅提供建筑服务,还会通过单独或合资设立项目公司的方式履行建设单位职责,但仍由政府方作为项目的最终业主;(2)建设单位通常不拥有建设工程的实际产权,且建设工程通常不是具有社会公益性质,不宜折价拍卖的实体资产;(3)建设单位不具备独立

的付款能力,工程价款最终来源于政府支付的补贴、回购款,或通过政府特别授予建设单位的经营权、收费权得以实现。

在此情况下,如果拘泥于《解释二》的上述规定,一方面承包人并不能以建设工程作为客体实际行使优先受偿权,另一方面具有经济价值的政府补贴、回购款、经营权、收费权却不能用于保障工程价款的实现。此时,作者认为应允许参照适用《关于公路建设单位对公路收费权是否享有建设工程价款优先受偿权以及建设工程价款优先权是否效力于质权的请示的答复》(车辆通行收费权是公路经营权中的主要内容,执行中可以转让收费权或者直接从所收费中提取款项。施工单位的优先受偿权应及于该收费权,可以从提取的款项中优先受偿),允许承包人以建设单位在BT、委托代建、PPP项目中的补贴权、经营权、收费权等作为客体,就该等权利转让所得款项或直接行使该等权利获得的款项,优先实现承包人的建设工程价款债权。

(二)对于优先受偿权担保范围的条文拓展

《解释二》框架内,优先受偿权的担保范围是工程价款(不含逾期支付建设工程价款的利息、违约金、损害赔偿金),但具体涵盖的款项并不明确。“工程价款”的内涵固然是有待细化的工程计价问题,但垫资款、履约保证金、质量保证金、工程总承包项目中的勘察设计费用、BT模式下的回购款等款项是否能被优先受偿,则仍属于应由立法者——最高法院做出回应的法律问题。

1. 垫资款、垫资利息

垫资施工在实践中主要表现为发包

人不支付工程款,直至工程达到某形象进度或通过竣工验收。

由于垫资款已被实际用于建设工程,并已主要形成各类建安费用,江苏和浙江地区的司法指导意见均将承包人用于建设工程的垫资款纳入优先受偿权的担保范围。对《解释二》进行补充时,应采纳相同的观点,即允许承包人就实际用于建设工程但尚未收回的垫资款行使优先受偿权。至于尚未用于建设工程的垫资款和垫资款利息,由于前者尚未形成工程价款,而后者实际属于借款利息,均不在“工程价款”之列,不应通过优先受偿权被优先清偿。

2. 履约保证金和质量保证金

通常情况下,履约保证金和质量保证金均不属于工程价款,通过优先受偿权主张该等款项不会获得法院认可(譬如,四川高院明确拒绝将该等款项作为优先受偿权担保的债权)。一项例外是,在预留工程价款作为履约保证金或质量保证金的情形中,履约保证金和质量保证金本身就是工程价款的一部分,此时主张退还该等保证金则应有权被优先受偿。

3. 工程总承包合同项下的勘察、设计费用

根据对《解释二》的补充,作者认为工程总承包人有权作为优先受偿权人,其有权行使优先受偿权以优先清偿被欠付的工程价款。作为总承包人工程价款的组成部分,勘察、设计费用自然也能获得优先受偿权的担保,这也是最高法院民一庭在《理解与适用》中的观点。

4.BT项目中的回购款

BT项目一般由投资人自身负责项目建设,由回购人在建设费用的基础上加计一定投资回报作为回购款。因此,BT合同通常会包含施工合同的大部分内容(工期、质量标准、计价规则等),BT回购款也以工程价款为主要组成部分。在此基础上,至少对于回购款中与工程建设价款等额的部分,应允许BT投资人通过优先受偿权获得清偿。