

建设工程价款结算及其优先受偿权的若干实务问题

□肖峰 韩浩

2020年12月25日,最高人民法院审判委员会第1825次会议通过了最高人民法院《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(一)》(以下简称《施工解释(一)》),自2021年1月1日起施行;同时废止了最高人民法院《关于建设工程价款优先受偿权问题的批复》(法释〔2002〕16号)《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》(法释〔2004〕14号)(以下简称2004年施工解释)《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(二)》(法释〔2018〕20号)(以下简称2018年施工解释)。虽然《施工解释(一)》对照民法典的规定精神,对原有两个司法解释进行了全面梳理、修改,建设工程施工合同纠纷案件适用法律关系错综复杂,现有法律及相关司法解释难以对实践中层出不穷的新问题、疑难问题作全面、具体性的规定,本文也仅针对建设工程施工合同纠纷案件中涉及建设工程价款结算及其优先受偿权的几个常见问题,结合审判实务展开讨论,并提出笔者个人的倾向性意见。

一、关于工程价款结算问题

工程价款结算问题是建设工程施工合同纠纷案件中最常见的争议焦点,而其中合同效力问题又直接影响到工程价款结算依据的认定,实务中对此争议较大。这里有几个问题需要进一步研究分析。

(一)无效建设工程施工合同中的折价补偿问题

合同无效是国家对法律行为最为强烈的否定性评价。合同无效自始没有法律约束力,即自合同缔结之初无效,未履行的合同不必履行,已经履行的合同负返还义务或赔偿义务。

根据《施工解释(一)》第1条和第3条的规定,存在以下情形之一的,应当认定建设工程施工合同无效:(1)承包人未取得建筑施工企业资质或者超越资质等级的;(2)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;(3)建设工程必须进行招标而未招标或者中标无效的;(4)转包、违法分包建设工程的;(5)起诉前未取得建设工程规划许可证等规划审批手续的。

民法典第一百五十七条“民事法律行为无效、被撤销或者确定不发生效力后,行为人因该行为取得的财产,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由此所受到的损失;各方都有过错的,应当各自承担相应的责任。法律另有规定的,依照其规定。”具体到建设工程施工合同领域,由于在实际履行无效建设工程施工合同过程中,承包人付出的人力、物资等已经物化到建设工程之中,如采取返还财产方式显然不可取。

为此,关于施工合同无效工程价款结算处理问题,2004年施工解释第2条规定,建设工程施工合同无效,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。

对该条的适用,实务中存在以下疑问:一是该条规定实际上将无效合同有效化处理,违反基本法理;二是无效建设工程施工合同中哪些条款可以参照适用不明确;三是该条并未明确发包人是否有权主张适用该条抗辩承包人。

就所谓无效合同有效化问题,应当指出,合同无效后应对当事人的返还请求及损害赔偿请求加以衡量,避免当事人无规则的获益返还,鼓励当事人背信的效果。就无效建设工程施工合同而言,由于一般情况下,按建设工程定额标准计算工程价款金额远高于通过竞争性报价签订合同确定的工程价款金额,故为避免诱导承包人恶意主张合同无效,谋取比有效合同更多的利益,该条规定了“参照合同约定支付工程价款”。

民法典第七百九十三条第一款以该条表述为基础,规定“建设工程施工合同无效,但是建设工程经验收合格的,可以参照合同关于工程价款的约定折价补偿承包人。”随后出台的《施工解释(一)》第24条承继了民法典该条的规定精神。

上述变化回应了司法审判中的实务问题:

一是将“参照合同约定支付工程价款”改为“参照合同关于工程价款的约定折价补偿”。该规定承继了民法典第一百五十七条的处理原则,即不能返还或者没有必要返还的,应当折价补偿,将“支付工程价款”改为“折价补偿”可以指明法律依据,消除无效合同有效化的误解。

二是当事人有权参照的合同条款仅限于与工程价款有关的条款,反之,与工程价款无关的条款不应作为适用依据。在评判工程价款条款时,应当结合民法典第一百五十七条的规定理解,该条前半部分系关于合同无效后的折价补偿条款,后半部分属于因合同无效后产生的缔约过失责任。具体言之,民法典第七百九十三条规定的是折价补偿条款,解决的是承包人对建设工程投入返还不能的补偿问题,故折价补偿范围应仅限于工程价款计价相关条款,不宜作扩大性解释。

三是合同无效后产生的缔约过失责任,则有《施工解释(一)》第6条“建设工程施工合同无效,一方当事人请求对方赔偿损失的,应当就对方过错、损失大小、过错与损失之间的因果关系承担举证责任。损失大小无法确定,一方当事人请求参照合同约定的质量标准、建设工期、工程价款支付时间等内容确定损失大小的,人民法院可以结合双方过错程度、过错与损失

之间的因果关系等因素作出裁判”相对应。

四是发包人也可以请求参照合同折价补偿。根据对等原则,发包人也应有权抗辩要求参照合同约定折价补偿,故民法典第七百九十三条第一款将2004年施工解释第2条规定的“承包人请求参照合同”修改为“可以参照合同”,删除了“承包人”这一主体限制,纠正了司法实践中认为只有承包人才有权参照合同约定主张工程款的狭隘理解。

(二)无效合同约定的管理费处理问题

根据《工程造价术语标准》(GB/T50875—2013)的规定,管理费是指施工企业为组织施工生产和经营管理所发生的费用。

一般而言,对有效合同约定的管理费认定和收取没有争议,但是对无效合同约定的管理费如何认定,实践中做法并不统一。

在转包、违法分包情形下,转包人、违法分包人通过“倒卖”工程赚取工程差价,故这种情形下约定的管理费实质为转包或违法分包中工程价款的下浮或让利条款,属于建设工程施工合同中的工程价款条款,不宜再认定为管理费性质,可以按照上述折价补偿条款予以处理。

在借用有资质的建筑施工企业名义承揽工程情形下,允许他人以本企业的名义承揽工程的一方通常会以内部承包费、管理费等名义收取另一方相应费用。该行为类似于施工资质违法租赁法律关系,所谓的管理费即施工工资或其他特许经营的违法租金,而非一般意义上的合法管理费。由于该种利用国家授权的资质或资格进行非法牟利的行为恶意规避市场监管,严重扰乱了建筑市场秩序,危及社会公共利益,故基于该行为产生的所谓管理费本质上属于不法原因给付。

关于借用有资质的建筑施工企业名义承揽工程情形下的管理费争议,实务中主要存在以下情形:

第一,主张返还未出借资质人已经收取的管理费。对此,有观点认为,应当按照不当得利处理,因他人没有法律依据,取得不当利益,受损失的人有权请求其返还不当利益,既然施工合同无效,出借资质人取得的管理费无法律及合同依据,当事人当然有权主张返还。

如最高人民法院〔2016〕民申2762号民事裁定书认为,施工合同因违反法律和司法解释的规定属无效合同,其中关于转包人收取管理费约定无效,故转包人通过转包行为谋取的管理费应返还给实际施工人;最高人民法院〔2014〕民抗字第10号民事判决书亦持相同观点。

也有观点认为,管理费属于违法所得,但当事人亦不能从其违法行为中获得利益,当事人主张的只能是其合法所有的财产,如最高人民法院〔2017〕民申2327号民事裁定书、〔2018〕民申5532号民事裁定书持此观点。

笔者赞同后一种观点,由于出借资质导致合同无效双方都存在过错,且管理费具有不法性,对于违法所得任何人都不得主张权利,当事人主张返还管理费,本质上是将违法所得从一方转移到另一方,不应予以支持,对此司法审判实践中逐渐形成共识。

第二,主张尚未收取的管理费。出借资质人主张参照合同约定支付管理费的,有观点认为应当参照合同约定,结合合同履行情况,行业惯例中此类合同管理费的一般计价方法等予以处理。

但是笔者以为,依前逻辑,如支持此类管理费,易形成负面激励效果,扰乱建筑市场,不利于打击此类挂靠违法行为,故也应当驳回当事人的诉讼请求。

至于对该违法所得能否由法院收缴的问题,2004年施工解释第4条曾规定:“承包人非法转包、违法分包建设工程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与他人签订建设工程施工合同的行为无效。人民法院可以根据民法通则第一百三十四条规定,收缴当事人已经取得的非法所得。”

在司法实务操作中,对于管理费人民法院可以依法予以收缴,但是由于收缴非法所得赋予司法机关直接剥夺民事主体财产的权力,带有明显的惩罚性质和公法色彩,故民法典已经删除了民法通则第一百三十四条关于收缴财产作为无效法律行为后果的规定,同时新出台的《施工解释(一)》也未吸纳原有的收缴规定。

笔者以为,对于此类问题的处理属于其他机关的职权范畴,在其未作出收缴处罚决定前,是否应予收缴以及收缴数额均不确定。人民法院可考虑参考住房和城乡建设部《建筑工程施工发包与承包违法行为认定查处管理办法》第十四条的规定,将违法线索移交行政机关并建议由行政机关将管理费予以收缴,以平衡、修复民事法律关系,防止无效合同的当事人获得额外利益。

(三)结算协议的效力认定问题
结算协议是指对建设工程的发包合同价款进行约定和依据合同约定进行工程预付款、工程进度款、工程竣工价款结算达成的协议。

一般而言,结算协议是以建设工程施工合同约定为主要结算依据。实务中,关于结算协议效力与建设工程施工合同效力的问题存在争议。

一种观点认为,结算协议系依据建设工程施工合同形成的结算和清理条款,两

者系主从合同关系,主合同无效,从合同相应无效;

也有观点认为,结算协议是与施工合同相互联系但彼此独立的协议,由于结算协议具有自身的独立性,并非建设工程施工合同的结算和清理条款,其应被视为独立协议。

笔者原则上赞成后一种观点。从财政部、建设部制定的《建设工程价款结算暂行办法》第十四条规定来看,结算协议是发包人与承包人按照或参照建设工程施工合同约定确认工程价款数额、给付方式、时间等内容,是履行建设工程施工合同权利义务的行为和表现,故两者具有密切的联系;与此同时,结算协议又是建设工程施工合同履行完毕后双方就工程价款结算达成的意思自治,具有一定的独立性,系双方真实的意思表示。当事人对自身权利的处分,如不存在民法典关于民事法律行为无效的情形,应当尊重,故建设工程施工合同是否有效并不必然影响结算协议的效力。

值得注意的是,对于招标的建设工程,当事人以结算协议不符合有效中标合同约定主张结算协议无效的情形,有观点认为,结算协议是双方就工程价款结算达成的意思自治,系双方真实的意思表示。当事人对自身权利的处分应予尊重,故不能支持此种情形下结算协议无效的主张。

笔者认为,在结算协议并非依据中标合同约定达成的情形下,仍认定结算协议合法有效,值得商榷。理由在于,《施工解释(一)》第2条已经规定,招标人和中标人另行签订的建设工程施工合同约定的工程价款等实质性内容,与中标合同不一致的,一方当事人请求按照中标合同确定权利义务,人民法院应予支持。之所以此处不再支持参照另行签订的合同折价补偿,主要是为维护建筑市场与招标投标管理秩序,保护其他投标人公平竞争权益、杜绝规避招投标的违法行为。故为了遏制“低价中标、高价结算”的顽疾,对于“白合同”即中标合同之后变更实质性内容的“黑合同”的效力应当予以否定,进而也不能参照该“黑合同”进行结算。人民法院应当依据民法典等法律、行政法规关于合同无效或可撤销的规定,重点审查发包双方的结算协议是否存在恶意串通损害他人合法权益等无效或可撤销的情形,综合认定结算协议效力。

(四)行政审计的性质认定问题
在建设工程施工领域,行政审计是审计机关对政府投资和以政府投资为主的建设项目的预算执行情况和决算进行审计监督的活动。该审计活动仅是对建设单位的监督行为,并不当然决定建设单位和承包单位之间的工程价款结算。

2017年6月5日,全国人大常委会法工委在回复中国建筑业协会作出的《关于对地方性法规中以审计结果作为政府投资建设项目竣工结算依据有关规定提出的审查建议的复函》(法工备函〔2017〕22号)中,明确“地方性法规中直接以审计结果作为竣工结算依据和应当在招标文件中载明或者在合同中约定以审计结果作为竣工结算依据的规定,限制了民事权利,超越了地方立法权限,应当予以纠正。”

各地相关条例或办法也相继删除或修正了相关内容,明确不能强制要求以审计结果作为建设项目竣工结算依据。

同时,根据国务院出台的《保障中小企业款项支付条例》第十一条之规定,“机关、事业单位和国有大型企业不得强制要求以审计机关的审计结果作为结算依据,但合同另有约定或者法律、行政法规另有规定的除外”。

关于但书部分目前并未有法律、行政法规的特别规定,因此,行政审计应当视为工程价款结算的一种方式,除非建设工程施工合同明确约定以行政审计、财政评审作为工程价款结算依据,建设单位不得以行政审计、财政评审结算工程价款。

在实践中,由于行政审计、财政评审审批流程繁多、耗时久,审计或财政评审机构未能按照发包承包双方约定的期限出具审计意见,或者在合理期限内未出具意见,或者审计、财政评审机构明确表示无法进行审计,导致发承包双方可能长时间无法形成结算文件。此时,继续等待审计结果对承包人而言相不公平,如承包人就工程价款结算事项申请司法鉴定定的,为避免双方当事人长时间处于纠纷、不确定状态,人民法院可以准许当事人的司法鉴定申请,但是人民法院启动司法鉴定前,应当与审计、财政评审机构沟通确认未出具审计意见的具体原因。如果在司法鉴定过程中审计、财政评审机构出具审计意见的,由于人民法院已经启动司法鉴定定,应当视为双方已经达成变更结算依据的意思表示,即以司法鉴定意见作为新的结算依据,此时应当继续进行司法鉴定;如果双方当事人都愿意接受该审计意见的,从节约诉讼资源、提高诉讼效率角度而言,可以予以支持。

(五)合同无效情形下工程质量保证金返还问题
工程质量保证金,是指发包人与承包人在建设工程施工合同中约定,从应付的工程款中预留,用以保证承包人在缺陷责任期内对建设工程出现的质量问题进行维修的资金。

关于工程质量保证金的法律性质,一般为说,工程质量保证金是发包人从应付工程款中预留的资金,用于保证承包人在缺陷责任期内对建设工程出现的缺陷进

行维修。

作为担保承包人对建设工程缺陷进行维修的工具,并非必须采用工程质量保证金的方式。就现有规定而言,至少可以通过银行保函、缴纳履约保证金、工程质量保证担保、工程质量保险等其他保证方式替代。

换言之,是否采用从工程款中扣留工程质量保证金的保证方式,完全取决于合同当事人的约定,并非立法强制性规定。进而,工程质量保证金从工程款中扣留也只是将本应作为工程款支付给承包人的款项,转变为承包人应交给发包人的工程质量保证金。故工程质量保证金虽从工程款中扣留,但其性质并非工程款。在合同有效情形下,关于工程质量保证金返还问题,发包人与承包人应当按照《施工解释(一)》第17条的规定处理。

实务中,经常出现当建设工程施工合同被认定为无效时,承包人主张发包人支付包括工程质量保证金在内的工程款时,发包人抗辩该工程质量保证金尚未届期应予扣留的情形。对此,有不同观点。

第一种观点认为,工程质量保证金是对工程质量保修期内工程质量的担保,是一种法定义务,不应以合同效力为认定前提,且质保金的约定属于结算条款范畴,应当予以相应扣留。

第二种观点认为,发包人从工程款中扣留工程质量保修金的依据是建设工程施工合同的约定。如前所述,在施工合同无效情形下,关于工程价款的支付时间、支付进度、下浮率等与工程价款有关的条款均应参照适用,由于工程质量保证金属于承包人工金的一部分,对于该工程质量保证金的返还问题仍应参照合同约定执行。而且,如支持承包人关于工程质量保证金返还的诉讼请求,则承包人可在原合同约定的质保期届满前主张包括工程质量保证金在内的全部工程款,产生的法律后果是承包人取得了比合同有效时更多的利益,尤其是在因承包人原因导致合同无效的情形下,承包人却因违法行为而获利,变相鼓励了承包人追求合同无效的法律后果,显然有违公平。

第三种观点认为,施工合同无效,质保金条款并非合同中的结算和清理条款,不应认定为有效,发包人应当予以返还。如建设工程在质保期间出现质量维修问题,发包人可依法另行主张权利。

笔者在参与办理的案件中都采第三种观点。

理由在于,首先,立法并未强制规定发包人收取工程质量保证金。工程质量保证金的作用就是担保承包人在缺陷责任期内对建设工程出现的质量问题进行维修,从其作用角度,多少当事人还可以选择银行保函、缴纳履约保证金、工程质量保证担保、工程质量保险等其他保证方式替代。

其次,建设工程施工合同无效是包括工程质量保证金条款在内所有条款整体无效,既然承包人已向发包人交纳工程质量保证金并非法定义务,那么发包人基于约定取得的工程质量保证金,也应该因约定无效而缺乏继续保留的依据。

再次,建设工程施工合同无效,承包人有权利要求合同约定折价补偿,而发包人再以工程质量保证金的名义扣留折价补偿款缺乏依据。

最后,承包人基于建设工程施工合同无效,得到折价补偿后,表面上承包人因未被发包人扣留工程款而比该合同有效时得到更多,即便发包人扣留该工程质量保证金,在缺陷责任期满后,如无工程质量问题,发包人仍要将工程质量保证金退还给承包人,故不存在所谓承包人因建设工程施工合同无效而额外获益的问题。最后,即便建设工程施工合同没有工程质量保证金的约定,如果建设工程在缺陷责任期内出现质量问题的,发包人仍可依法要求承包人维修或承担维修费用。

二、关于建设工程价款优先受偿权问题

合同法第二百八十六条创设了建设工程价款优先受偿权制度,民法典第八百零七条除个别文字调整外,对该制度予以保留。一般而言,建设工程价款优先受偿权是指承包人对于建设工程的价款就该工程折价或者拍卖的价款享有优先受偿的权利。司法实践中,关于建设工程价款优先受偿权的行使主体、行使条件、行使时间、行使范围等逐渐形成共识。《施工解释(一)》对上述问题进一步明确。笔者将结合司法实务中涉及建设工程价款优先受偿权的几类特殊问题予以分析。

(一)建设工程价款优先受偿权的行使主体

《施工解释(一)》第35条将建设工程价款优先受偿权的行使主体限定在与发包人订立建设工程施工合同的承包人,如何界定与发包人订立建设工程施工合同的承包人范围,实践中仍有部分争议。

1.转包、违法分包中的实际施工人、无资质的承包人

从笔者参与2018年施工解释起草、定稿时了解的情况看,各方对实际施工人是否享有建设工程价款优先受偿权的问题分歧较大。

一种观点认为,实际施工人是建设工程人、财、物的实际投入者,且其主张的工程款也包括应付给建筑工人的工资,故应赋予其建设工程价款优先受偿权;

另一种观点(也是笔者观点)则认为,实际施工人都涉及违法施工,故从价值层面应对其作否定评价,进而,对其权利保

护不应与合法承包人等同。而当时尚未失效的合同法第二百八十六条“发包人未按照约定支付工程价款”的文字解释也说明适用该条的前提是合同有效。而转包、违法分包中的实际施工人都与其前手之间不存在合法有效的建设工程施工合同,故不能适用该条主张建设工程价款的优先受偿权。

最后,2018年施工解释第17条通过“与发包人订立建设工程施工合同的承包人”的表述,实际采纳了第二种观点。需要补充说明的是,该条中的承包人也不包括没有相应建设工程施工资质但与发包人签订了建设工程施工合同的承包人,理由同上,不再赘述。由于民法典第七百九十三条和第八百零七条的体系解释可以印证上述观点,故《施工解释(一)》第35条沿袭了2018年施工解释第17条的规定。

2.勘察人、设计人

建设工程的勘察、设计主体一般直接与发包人订立建设工程合同,但是实践中一般认为勘察人、设计主体不享有工程价款优先受偿权,只有建设工程的施工人才可能享有工程价款优先受偿权,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;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。

因为工程价款优先受偿权设立的初衷是切实解决拖欠工程款的问题,保护施工人所代表的广大农民工等弱势群体的生存权益。从行业特点而言,勘察、设计主体所从事的勘察、设计工作一般为具有技术性的智力劳动,且其可以通过拒绝交付智力成果的方式进行自力救济,故对其没有必要通过工程价款优先受偿权方式加以特别保护。

故《施工解释(一)》第35条对民法典第八百零七条(合同法第二百八十六条)的“承包人”进行了限缩解释,仅特指与发包人订立建设工程施工合同的施工人,而不包括勘察、设计主体。

需要进一步讨论的是,在工程总承包模式下,工程总承包人同时担任设计主体及施工主体角色,工程总承包人是否当然具备建设工程价款优先受偿权的行使主体资格?

笔者以为,在工程总承包模式下,工程总承包人与发包人签订工程总承包合同,承包工程设计、采购、施工或者设计、施工等阶段任务,因此工程总承包人属于法律及司法解释规定的承包人范围,有权主张建设工程价款优先受偿权。

值得注意的是,根据住房和城乡建设部、国家发展改革委制定的《房屋建筑和市政基础设施项目工程总承包管理办法》第十条规定,工程总承包单位可以由具有相应资质的设计单位和施工单位组成联合体,设计单位和施工单位组成联合体的,应当根据项目的特点和复杂程度,合理确定牵头单位,并在联合体协议中明确联合体成员单位的责任和权利。联合体各方应当共同与建设单位签订工程总承包合同,就工程总承包项目承担连带责任。在联合体总承包模式下,设计单位并未实际从事项目施工工作,理应排除在优先受偿权行使主体范围之外。如支持设计单位单独主张优先受偿权,则可能引发后续设计单位拿到工程款后与施工单位内部就工程款分配的纠纷。如果最终施工单位无法实际受领应得工程价款,则优先受偿权的价值目的可能无法实现。

3.装饰装修工程承包人

与一般的建设工程不同的是,装饰装修工程是在现存建筑物上进行的工程,关于装饰装修工程承包人是否享有建设工程价款优先受偿权,最高人民法院《关于装饰装修工程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》明确肯定装饰装修工程属于建设工程,可以适用优先受偿权的规定,但是装饰装修工程发包人不是建筑物所有权人的除外。2018年施工解释第18条对此问题的态度并无变动。当发包人不是建筑物所有权人时,承包人是否当然不享有建设工程价款优先受偿权?

有观点认为,发包人对建筑物不享有处分权利,发包人的债权人当然也不享有对该建筑物的任何权利,如再将该建筑物纳入到装饰装修工程承包人的优先受偿权范围,不仅无依据地扩大了承包人的债权受偿范围,而且侵犯了该建筑物所有权人及在该建筑物上设定其他担保物权的权利人的合法权益,明显有失偏颇。

但是,在司法适用过程中,笔者发现,虽然装饰装修工程一般依附于已经完成或基本完成的建筑物之上,但是装饰装修工程的附着性特点并不意味着装饰装修工程不具备独立价值,当装饰装修工程发 包人不是该建筑物所有权人时,仍应当进一步判断装饰装修工程客观上能否单独折价或拍卖。如装饰装修工程具备折价或者拍卖条件,装饰装修工程的承包人享有优先受偿权。《施工解释(一)》第37条亦采纳了上述观点。

关于具备折价或拍卖条件的判断标准和司法操作,可以参考最高人民法院《关于审理城镇房屋租赁合同纠纷案件具体适用法律若干问题的解释》关于区分装饰装修物是否形成附合的规定处理。

4.工程价款债权受让人

建设工程价款优先受偿权系法定优先权,具有从属性,其功能是担保工程价款债权能够得到优先清偿,最终保障建筑

工人的基本利益。有观点认为,建设工程价款优先受偿权与建设工程价款请求权具有人身依附性,承包人将建设工程价款债权转让,建设工程价款的优先受偿权消灭。然而,优先受偿权是一种类似于担保物权的优先性、从属性权利,且该主债权未见有人身属性,故无论从建设工程价款优先受偿权的性质还是为保障农民工等建筑工人生存权益这一设立目的,均不能得出建设工程价款优先受偿权具有身份属性的逻辑。而在实践中债权受让人也往往正是基于债权具备法定优先权这一“优秀品质”才使得其愿意支付对价取得该债权,故承包人将建设工程价款债权转让的,建设工程价款优先受偿权应随之转让,债权受让人享有优先受偿权的主体资格。

(二)建设工程价款优先受偿权的行使方式

建设工程价款优先受偿权是对建设工程折价、拍卖所得价款优先受偿的法定权利,对于该法定权利的实现是否必须通过诉讼或者仲裁等公权力或准公权力介入方式确定,司法实践中存在很大的争议。

首先,承包人可以通过诉讼或者仲裁等公权力或准公权力介入方式行使建设工程价款优先受偿权。实务中需要注意两点:

一是由于建设工程价款优先受偿权打破了抵押权人、普通债权人的债权受偿顺位,涉及发包人的其他债权人特别是银行等抵押权人的切身利益,为切实防范虚假诉讼,避免损害第三人合法权益,人民法院在出具判决书、调解文件前或者仲裁机构出具裁决书前,应当对当事人行使建设工程价款优先受偿权是否符合法律规定的条件(行使主体、期限、范围等)进行审查,不符合条件的,不予确认。特别是在建设工程价款优先受偿权行使期限的问题上,注意到《施工解释(一)》第41条对行使期限的特别规定:1.应当在合理期限内行使;2.最长不得超过18个月;3.期限起点为发包人应当给付建设工程价款之日。

二是在同一财产上抵押权与建设工程优先受偿权同时存在时,建设工程价款优先受偿权有效与否,以及范围大小,对于抵押权人具有法律上的利害关系,故抵押人具有证据证明建设工程价款优先受偿权的确权文书确有错误时,有权提起第三人撤销之诉,以保护发包人/其他债权人的合法权益。对此,最高人民法院第150号指导案例《中国民生银行股份有限公司温州分行诉浙江山口建筑工程有限公司、青田依利高鞋业有限公司第三人撤销之诉案》的裁判要点也明确,建设工程价款优先受偿权与抵押权指向同一标的物,抵押权的实现因建设工程价款优先受偿权的有无以及范围大小受到影响的,应当认定抵押权的实现同建设工程价款优先受偿权案件的处理结果有法律上的利害关系,抵押权人对确认建设工程价款优先受偿权的生效裁判具有提起第三人撤销之诉的原告主体资格。

其次,当事人通过发函或者协议折价方式行使建设工程价款优先受偿权的,司法实务中仍未达成共识。肯定说观点认为,最高人民法院在《建设工程价款优先受偿权适用法律复函》〔2007〕执他字第11号《明确答复广东省高级人民法院:“建设工程价款优先受偿权是一种法定优先权,无需当事人另行予以明示。”“承包人享有的建设工程价款优先受偿权系法定权利,该法定权利不需要经法院确认即享有,而且从减轻当事人讼累、节约司法资源角度考虑,在不违反法律禁止性规定的前提下肯定发函或者协议折价方式行使建设工程价款优先受偿权,也有利于纠纷的及时解决。否定说观点认为,建设工程价款优先受偿权不仅涉及发包人与承包人之间的利益,还可能涉及发包人的其他债权人的合法权益,为了保障交易安全 and 交易秩序,其行使方式应以公权力介入为宜。笔者以为,建设工程价款优先受偿权的行使并不仅限于诉讼方式,还可以通过与发包人协商折价的方式行使,只要承包人并非急于行使工程价款优先受偿权,原则上都应予以保护,将优先受偿权的行使方式限定为诉讼方式,也立法本意不符。

同时,民法典第八百零七条并未排除承包人通过特别程序予以行使,承包工程款债权确定的,也可以申请人民法院对该工程依法拍卖,其建设工程的价款债权可就该工程拍卖的价款优先受偿。具体的行使程序可以考虑适用最高人民法院《关于审理民事申诉案件的解释》第372条关于担保物权实现程序的规定,因建设工程价款优先受偿权作为一种法定优先权,具有担保工程款债权实现的特定功能,通过特别程序实现优先受偿权并无不妥,这也与民法典第八百零七条的立法本意并不相悖。实践中,承包人对工程依法折价或者拍卖的,应当遵循一定的程序。承包人对工程折价的,应当与发包人达成协议,可以参照市场价格确定一定的价款将该工程的所有权由发包人转移给承包人,从而使承包人的价款债权得以实现。承包人因与发包人达不成折价协议而采取拍卖方式的,应当申请人民法院依法将该工程予以拍卖,承包人不得委托拍卖公司或者自行将工程予以拍卖。(原载于《民法》)作者单位:最高人民法院 江苏省南京市鼓楼区人民法院