

JIANZHU GONGCHENG
YOUXIAN SHOUCHANGQUAN ZHIDU YANJIU
HETONGFA DI286TIAO DE LILUN YU SHIWU

建筑工程优先受偿权制度研究

——合同法第286条的理论与实务

◎王旭光 著

人民法院出版社

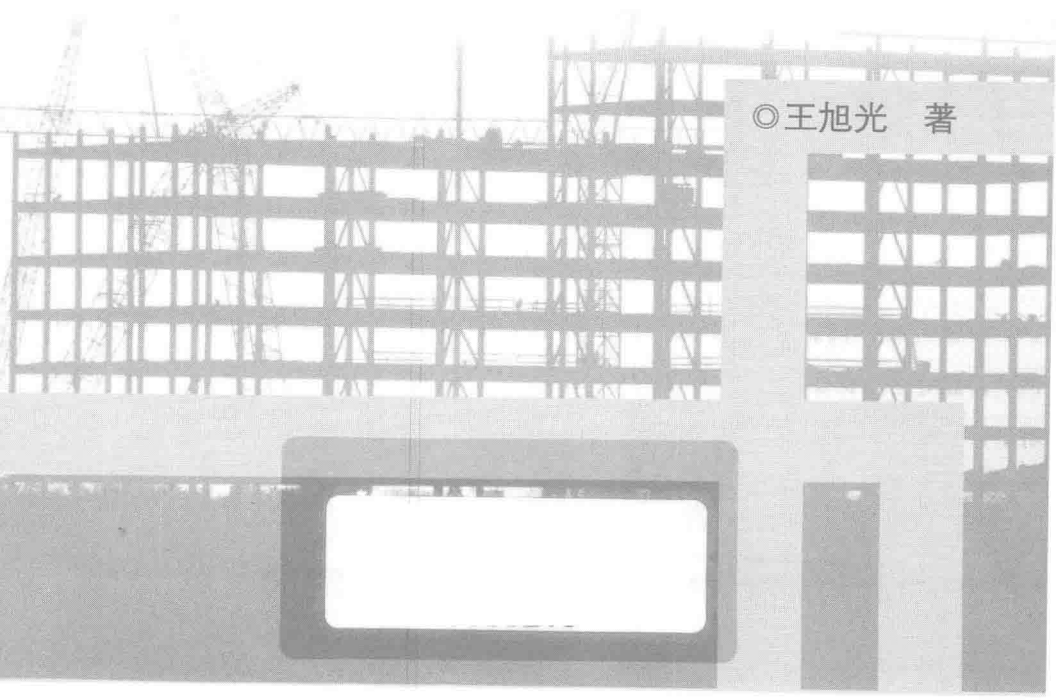
JIANZHU GONGCHENG
YOUXIAN SHOUCANGQUAN ZHIDU YANJIU
HETONGFA DI286TIAO DE LILUN YU SHIWU

D814.82
116

建筑工程优先受偿权制度研究

——合同法第286条的理论与实务

©王旭光 著



图书在版编目(CIP)数据

建筑工程优先受偿权制度研究/王旭光著. —北京:
人民法院出版社, 2010. 5
ISBN 978-7-5109-0075-4

I. ①建… II. ①王… III. ①建筑工程—经济纠
纷—赔偿—司法制度—研究—中国 IV. ①D923.64

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 039379 号

建筑工程优先受偿权制度研究

——合同法第 286 条的理论与实务

王旭光 著

责任编辑 兰丽专
出版发行 人民法院出版社
地 址 北京市东城区东交民巷 27 号(100745)
电 话 (010) 67550626(责任编辑) 67550516(出版部)
67550558 67550551(发行部)
网 址 <http://courtpress.chinacourt.org>
E-mail courtpress@sohu.com
印 刷 北京人卫印刷厂
经 销 新华书店

开 本 890×1240 毫米 A5
字 数 300 千字
印 张 11.75
版 次 2010 年 5 月第 1 版 2010 年 5 月第 1 次印刷
书 号 ISBN 978-7-5109-0075-4
定 价 28.00 元

版权所有 侵权必究

序

1999年10月1日生效的《中华人民共和国合同法》，在其第286条确立了我国的建筑工程优先受偿权制度，填补了一项法律空白。该制度实行10多年来，可以说是实务困惑不已，学界众说纷纭，其功过得失颇值分析总结。因此，从民法理论高度及实证分析角度，结合优先受偿权制度的系统研究，从权利的性质、范围、效力、行使等方面，对建筑工程优先受偿权制度进行专题探讨，无疑具有重要的理论意义和实践价值。

早在十多年前，旭光同志在我的指导下获得了硕士学位。2008年，旭光同志又在我的指导下获得了博士学位。在这期间，他长期从事民商法理论研究和实务运作，并兼任高等院校教学和法官培训授课工作，勤于学习，敏于思考，既具有扎实的理论基础和科研能力，也有着良好的业务素养与司法技能，是一位专家型法官、学者型领导。《建筑工程优先受偿权制度研究——合同法第286条的理论与实务》一书，不仅是他的博士论文研究成果，也是多年审判工作实践的总结，是作者以建筑工程优先受偿权为切入点，在历史与现实、思辨与实证、理论与实践的沟通上所做的一次很好的尝试。

在我的阅读范围内，本书是国内第一部研究建筑工程优先受偿权制度的专著。作者就建筑工程优先受偿权的立法基础及性质功能、立法演变与制度异同、成立要件与具体实行、效力冲突与

利益衡平等基本理论问题,进行了系统的论证与设计;同时结合人民法院的审判实践,对合同法第286条司法适用中的问题进行了具体的归纳和分析。书中的观点及其论证,体现了作者对建筑工程优先受偿权的充分把握,在很多方面做了具有创新性的研究工作。这主要表现在以下几点:

一是较为系统地梳理了建筑工程优先受偿权制度的发展和演变历程,尤其是在国内首次对以美国法为代表的普通法国家中的建筑优先权(construction lien)制度进行了系统引介,并以之比较了大陆法上以法国为代表的不动产特别优先权和以德国为代表的法定抵押权制度,从而深化了我国合同法第286条的比较法研究基础。作者认为,无论是大陆法系,还是英美法系,其建筑工程优先受偿权制度都渊源于古罗马法,立法体系不同但法律渊源相同,具体规则不同但制度取向相同,表现形式不同但权利性质相同,呈现出“花开几朵、各表一枝”的状态。作者敏锐注意到了各立法例上对建筑工程优先受偿权制度妥当性的质疑、反思,以及由此作出的相应修订与完善工作。具体表现是,在制度价值的追求上,继续坚持保护建筑承揽人利益之动机,逐渐赋予其他社会价值目标;在具体规则上,引入或完善了登记公示,既强化了对承揽人利益的保护,同时兼顾其他债权人利益和交易安全;在功能发挥上,既注重建筑工程优先受偿权作用的施展,又注意强化其他担保方式的作用,以“综合治理”的方式共同实现立法的目的。

二是就建筑工程优先受偿权的立法基础、法律性质、效力范围、行使机制、冲突协调策略等相关理论问题进行了探讨,厘清了有关争议。作者指出,建筑工程优先受偿权是实施社会政策、追求公平正义和保护特种债权的需要;该权利是一种独立于传统担保物权种类之外而存在的,具有担保物权性质的优先受偿权,至于是以“优先权”命名,还是称作“法定抵押权”,是一个立法选择的问题;各立法例之所以在权利的成立条件、效力范围以及行使机制等方面存在着不同的具体规定,是各自的利益衡平价

值取向不同所致。作者区分了建筑工程优先受偿权的对内效力和对外效力并基于这种分类进行了探讨,明确建筑工程优先受偿权的对外效力是相对于普通债权所具有的优先受偿效力,其对内效力则是该权利作为优先受偿权与抵押权、与其他优先受偿权在效力发生对抗时,法律所采取的冲突协调和利益衡平措施。在讨论建筑工程优先受偿权的实行时,作者归纳了积极条件和消极条件,论述了权利实行的两种渠道以及协议折价与申请拍卖的变价方式,同时论及了法律基于利益衡平需要而对权利行使所作出的限制。

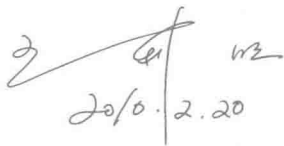
三是对合同法第 286 条施行以来相关案件的审判、执行情况 and 实践效果进行了实证调查。由于我国法律对于建筑工程优先受偿权的规定比较原则,对于权利行使的条件和程序、审判与执行的衔接等均未做具体规定,各地法院认识不一,做法也不尽相同。例如,哪些主体是能够享有优先受偿权的承包人?建筑工程优先受偿权的主体是否包括勘察、设计合同的承包人?分包、转包合同的实际施工人可否主张建筑工程优先受偿权?建设工程合同无效时,承包人是否享有工程价款的优先受偿权?建筑物装饰装修合同、安装合同中的承包人能否享有优先受偿权?建筑工程优先受偿权的标的物是否包括建筑物坐落土地?是否包括未竣工建筑物?对“不宜折价、拍卖的工程”应如何理解和认定?优先受偿权的效力范围中,是否包括承包人应得利润、工程垫付款、履约保证金及实现优先权的费用?如何认定建筑工程优先受偿权的成立时间?物权法实施后如何将保护购房消费者权利与预告登记制度结合起来?建筑工程优先受偿权能否预先抛弃?行使建筑工程优先受偿权是否以催告为前置程序?等等。对于诸如此类的问题,本书广泛予以了收集归纳,并结合理论研究探寻了处理方法和解决路径,提高了问题研究和解决问题的针对性。

四是对于如何进一步规范和完善建筑工程优先受偿权的立法和法律适用,发表了对策性意见和构想。作者提出,我国必须从立法模式选择入手,考察并确定建筑工程优先受偿权在整个担保

物权体系中所应担当的角色和所能处于的位置，并在此基础上就权利性质及其具体的权利构成、权利顺位和权利实行等内容作出妥当的界定，从而完善我国的建筑工程优先受偿权制度。与此同时，应当借鉴各立法例的做法，尽快对建筑工程优先受偿权实行登记制度，并以登记作为权利效力保全的要件。因此，如何围绕建筑工程优先受偿权的根本立法宗旨，妥当运用登记作为兼顾交易安全的手段，衡平建筑工程优先受偿权人、抵押权人及其他权利人的利益，应当是我国完善建筑工程优先受偿权制度的出发点和落脚点。此外，为了建立我国的建筑工程优先受偿权登记公示制度，应当实行预告登记，采用以本登记和预告登记相结合的登记方式，并以此为基础完善具体的登记程序和登记效力规则。

本书的最大亮点在于实证分析及对策性研究，作者在此基础上得出的相关结论，值得立法、司法与学界关注和参考。相形之下，在优先权制度的理论基础，建筑工程优先受偿权在民法优先权体系中的地位界定，以及当今主要立法例中的相关具体实践等问题上，还可以作进一步的拓展和深化。民商法博大精深，其理论研究和实务探索没有止境。愿旭光同志在今后的工作中，多出成果，多做贡献，担负起一名学者型、专家型法官的社会责任。

是为序。



Handwritten signature and date: 2010.2.20

内容提要

《中华人民共和国合同法》(以下简称合同法)第286条确定了建筑工程优先受偿权,填补了一项法律空白,在一定程度上矫正了建设单位与建筑企业间的不平等地位,为解决工程款拖欠问题、促进建筑市场的健康发展提供了重要途径。该制度确立后,引起了学界和实务界对其性质及其适用等一系列问题的日渐深入的探讨。然而,由于建筑工程优先受偿权并不是在担保物权体系下的具体表述,而只是作为一个应急性条款孤零零地出现于合同法之中,虽然后续司法解释做出了很大的努力,但仍然没有明确法律意义上的权利定性,对权利的主体、客体、效力、担保的债权范围及其实实现程序等规定的过于简单且不甚合理,尚不能很好地实现作为特殊债权保护制度的功能。因此,针对实务中的问题,运用比较法研究方法,结合现行的法律、司法解释以及有关学术观点,就建筑工程优先受偿权制度进行系统的研究,对于完善我国立法、促进司法实践,具有重要的理论意义和实践意义。

本书结合法院审理建设工程承包合同纠纷案件的具体实践,围绕课题所涉及的问题,逐章展开了研究和论述。各部分的主要内容如下:

在导论中,叙述了合同法第286条实施以来的学术研究和司法实践情况,阐明了系统研究建筑工程优先受偿权制度的理论意义和现实价值,表明了作者的研究方法,简介了各章的主要内容

及其逻辑体系。

第一章为“建筑工程优先受偿权的概念与特征”，论证了权利名称及其概念特征。由于历史传统和立法选择的不同，在各个国家或地区的法律中，有关建筑工程款债权之优先受偿权利的名称和表现形式各不相同，合同法第 286 条及其司法解释尚没有明确权利的名称。在比较分析的基础上，本书将该权利称为建筑工程优先受偿权，并对权利归类及其概念特征进行了界定。

第二章为“建筑工程优先受偿权制度的沿革与发展”，较为系统地梳理了建筑工程优先受偿权制度的产生和演变历程，归纳了各自的特点及当代的发展趋势。尤其是对以美国法为核心的普通法国家中的 construction lien 制度进行了论证，并与大陆法系的立法进行了比较研究，得出无论是大陆法系，还是英法法系，其建筑工程优先受偿权制度都渊源于古罗马法的结论，更好地奠定了合同法第 286 条的比较法基础。

第三章为“建筑工程优先受偿权的立法基础”，论证了该制度产生的社会需求与理论依据。重点讨论了建筑工程优先受偿权在保护劳工、衡平利益和促进建筑市场健康发展方面的制度价值，反思了其功能作用上的问题与不足，指出该制度的设立是回应社会现实、实现社会公平、保护特种债权的需要，应当进一步完善我国的建筑工程优先受偿权制度，促进其功能作用的有效发挥。

第四章为“建筑工程优先受偿权的性质”，从实然和应然的不同角度，深入讨论我国建筑工程优先受偿权的性质。提出该权利具有浓郁的财产权属性，不仅是一种物权，而且是一种担保物权；就该权利在担保物权体系中的类型属性，本书在分析比较基础上将之界定为优先受偿权的一种。

第五章为“建筑工程优先受偿权的成立”，论述了法律规定之权利取得和效力保全的条件。各国立法对于权利成立条件的规定不同，事实上是衡平各方利益的结果。建筑工程优先受偿权的成立要件，包括权利主体、权利客体、担保债权范围以及权利的

保全登记等内容,本书分别予以了详细论述。

第六章为“建筑工程优先受偿权的效力”,集中对建筑工程优先受偿权的对外效力与对内效力进行了研讨。其对外效力是相对普通债权所具有的优先受偿效力,其对内效力则是该权利作为优先受偿权与抵押权、与其他优先受偿权之间在效力发生对抗时,法律所采取的冲突协调和利益衡平的措施。

第七章为“建筑工程优先受偿权的实行”,对于权利人在债务人不履行到期债务时处分所施工的建筑工程并以变价价值优先受偿其债权的方式方法进行了论述。归纳了权利实行的积极条件和消极条件,论述了权利实行的两种渠道以及协议折价与申请拍卖的变价方式,同时讨论了法律基于利益衡平需要而对权利行使所做出的限制。

第八章为“我国建筑工程优先受偿权制度的完善”,根据本书研究结论,对建筑工程优先受偿权制度的法律定性、公示与登记以及具体制度规则的完善提出了立法、司法的建议。指出必须从立法模式选择入手,考察并确定建筑工程优先受偿权在整个担保物权体系中所应担当的角色和所能处于的位置,并在此基础上就权利性质及其具体的权利构成、权利顺位以及权利实行等内容做出妥当系统的界定,从而完善我国的建筑工程优先受偿权制度。

Abstract

Article 286 of the Contract Law (Article 286 for short) proscribed the constructor's privilege ("Privilege" for short thereafter), which fills a legal gap in China, justifies the unequal positions between developers and constructors in some degree, and offers an important way to solve the default on construction cost, which, meanwhile, causes increasing debates about the nature and applying of the Privilege between academic application circles. As an isolated, emergency clause in the contract law system in stead of a systematic part of the real rights guaranteed system, in spite of the concerned judicial interpretation made by the SPC, the Privilege's nature, subject, object, effect and the obligation guaranteed are still unclear or even unreasonable, which has an obviously negative effect on its function of protecting certain obligation. Therefore, in order to improve our legislation and judicial practice, it is of the most theoretical as well as practical importance to do a scientific research based on current legislation, judicial interpretation and arguments, and using comparative law as well.

As the following parts, the dissertation explores some concerns in combination with the trial practice.

The Introduction briefs the judicial practice and theoretical arguments about the Privilege after the practice of Article 286, explains the importance and value of the research, shows the author's research method and introduces the main concerns and the logic system among the chapters.

Chapter I, "The Conception and Characteristic of the Constructor's Privilege", explores the conception and characteristic of the Privilege. The similar system is named in different ways and stipulated in different forms in different countries according to their different legal tradition; meanwhile the right proscribed in Article 286 remains unnamed. Based on a comparative analysis, the dissertation names it "Constructor's Privilege" and defines its category and characteristic.

Chapter II, "The Evolution of the Constructor's Privilege", demonstrates the origin, history, national features and future of the similar systems not only in civil law countries but also in common law countries, especially the Construction Lien systems in USA and Canada. A comparative legal study is made between the two major legal systems leading to the conclusion that such systems all originated from Roman law, which is also the Article 286's comparative law basis.

Chapter III, "The Legislative Foundation of the Constructor's Privilege", sets out the important points about the social need and theoretical basis of the Privilege system, assesses its value in protecting the labors, balancing the interests and promoting the healthy development of construction market, rethinks its functioning and effective disadvantages, points out the purpose of this system which is to satisfy the social need, secure fairness and guarantee specific obligation. Therefore, we shall improve the Privilege system in China to make it more effective.

Chapter IV, "The Nature of Constructor's Privilege", discusses "What Is" and "What Should Be" the nature of the Privilege. It leads us to the conclusion that the Privilege is a kind of property right, more specific a right in rem, or a guaranty. According to its attributive character in the guaranties system, it is defined a kind of privilege which entitles the constructor to be preferred before other creditors.

Chapter V, "The Establishment of Constructor's Privilege", explores the statute requirements of obtaining a privilege and guaranteeing its debt. A comparative study shows that the requirements are diverse in different countries, which indicates the result of harmony of interests. The dissertation dwells on these requirements, inclusive of subject, object, extent of guaranteed rights and the registration of the Privilege.

Chapter VI, "The Effects of Constructor's Privilege", focuses on the internal and external effects of the Privilege. Its external effect is the priority to other obligations while the internal effect is the legal measure to harmonize the conflicts and balance the interests between the constructor's debts with mortgage or other privileges.

Chapter VII, "The Enforcement of Constructor's Privilege", discusses the way for the privilege's holder to enforce it when the debtor failed to pay the debt, analyses the positive and negative requirements of the enforcement, and demonstrates the two approaches to enforcement: liquidation and auction. Meanwhile, it argues the due restricts to the enforcement in accordance with the balance of interests.

Chapter VIII, "How to Make it Better?", puts forward the advice for legislation amendment and judicial practice in the area the Privilege's legal character, publication and registration. It

suggests that we should explore and ensure the due position of the Privilege in the guarantee system, begin with the selecting of statute model, proportionally define the nature, composition and enforcement of the Privilege and its relationship with other rights and interests. The final goal is to perfect our constructor privilege system.

导 论

公平、平等是人类天生的和永恒的追求,反映人类意志的法律必然要充实着公平与正义的内涵。债权的平等受偿即是其当然之意。随着优先受偿的理念与制度的诞生、繁衍,债权的这种平等与正义又有了进一步的内涵——实现了从形式平等到实体正义的延伸。在这一进程中,建筑工程优先受偿权即扮演了重要的角色。1999年10月1日生效的《中华人民共和国合同法》第286条(以下简称合同法第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。建设工程的价款就该工程折价或者拍卖的价款优先受偿。”该条的诞生,确立了我国的建筑工程价款优先受偿权制度,填补了一项法律空白,适应了我国加入WTO以后建筑市场开放的需要,在一定程度上矫正了建设单位与建筑企业间的不平等地位,为解决工程款拖欠问题提供了重要途径。

然而,正如理想总是与现实存在着一段距离,建筑工程优先受偿权制度确立之后,其作用似乎并没有发挥到立法者所期望的程度。众所周知,合同法第286条的出台,是针对我国现实中存在的发包人拖欠承包人工程款现象十分严重的状况,“尤其是许多承包人是贷款建设,拖欠工程款不仅使一些承包人的职工不能

领到工资和报酬,而且使许多承包人资金严重困难,甚至破产,由此影响社会安定。基于这一原因,合同法为了强化对承包人的保护,设定了优先受偿权。”^①但是,由于我国民法既未系统规定独立的优先权制度,也未规定法定抵押权制度,只是在个别部门法中零星地规定了“优先受偿权”以及某些债权的优先清偿顺序。除了抵押权、质权和留置权等担保物权涉及“优先受偿”或“优先清偿”以表明某债权优先于无担保债权以外,就建设工程款债权而言,合同法第286条乃首次赋予其具有优先于其他债权受清偿的效力。因此,由于缺乏一个规定各类优先效力的担保物权体系和基本规则,该规定犹如一个荒野中的“孤儿”孤立无援。进而导致的结果是,尽管有了一个漂亮的法律条文,却无法在法律实践中大显身手,以至于一度成为“休眠条款”^②。在各界的关注与期盼之下,最高人民法院于2002年6月27日公布施行了《关于建设工程价款优先受偿权问题的批复》(以下简称《高法批复》)。该批复规定:“一、人民法院在审理房地产纠纷案件和办理执行案件中,应当依照《中华人民共和国合同法》第二百八十六条的规定,认定建筑工程的承包人的优先受偿权优于抵押权和其他债权。二、消费者交付购买商品房的全部或者大部分款项后,承包人就该商品房享有的工程价款优先受偿权不得对抗买受人。三、建设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。四、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。”这个批复虽然很短,但实质性地明确了建筑工程优先受偿权的效力范围、行使期限以及相对于其他权利的受偿顺位等问题,对于合同法第286条的司法适用发挥了指导作用。但是囿于

① 王利明主编:《中国民法典学者建议稿及立法理由》,法律出版社2005年版,第557~558页。

② 马荣:《论建设工程价款优先受偿权的权利属性及其在司法实践中的适用》,http://www.jscourt.gov.cn。

司法解释的功能,仍然没有很好地解决其中的问题,法律实施的效果不甚明显,以至于中央政府不得不动用行政手段集中清理建筑市场严重存在的拖欠工程款问题。这种尴尬的情况,从法院审理相关案件的比例中也可略见一斑。据笔者调研统计的资料显示,济南市两级法院自2000年至2008年间,共审结各类建设工程合同纠纷案件9671件,但涉及适用合同法第286条的案件不足5%;济南市历城区人民法院自2002年6月至2007年6月,共审结建设工程合同纠纷案件1057件,其中有2起案件适用合同法第286条作出了判决。可见,合同法286条虽然经过《高法批复》的“激活”,但至今仍处于“半梦半醒”之间。^①

之所以如此,制度自身的缺陷是重要原因。无论是合同法第286条,还是《高法批复》的规定,尚有许多问题和不足,突出表现在以下几个方面:(1)建筑工程优先受偿权的性质不明确。无论是理论界还是实务界,均存在着不同认识,由此导致当事人和各地人民法院理解的不同,在法律适用上也存在差异,损害了司法的统一性和权威性。同时,面对纷繁复杂的案情,更是难以利用法律解释、法律推理等法学方法进行分析、解释,达到灵活应用的目的。(2)成立条件不明确。首先,权利主体不明确。根据合同法,建设工程合同包括建设工程勘察、设计和施工合同。那么,建筑工程优先受偿权的权利主体,除建设工程施工合同中的承包人以外,是否还包括勘察人、设计人?分包人能否享有该项权利?其次,成立时间不明确。关于建筑工程优先受偿权的成立时间,实践中有合同成立时说、工程竣工时说、债权未受清偿时说以及成为不动产时说等。究竟哪种观点更符合法律和客观实际,更有利于平衡当事人的利益,莫衷一是。由于权利主体的不明确,使该项制度在法律上的规定无法达到指引、预测等规范作用的效果。(3)效力规定不完善。尽管合同法及《高法批复》确

^① 吴清旺:《房地产开发中的利益冲突与衡平——以民事权利保障为中心》,西南政法大学博士学位论文,2004年4月,第167页。