

# 工程款拖欠 老话重提

## 是优先权还是抵押权

### 合同法第286条的 权利性质及其适用

**编者按：**工程款的拖欠是一个老大难问题，专门为此创设的《合同法》第286条在2年多的实施过程中发挥了积极的作用，但在实际的操作中，仍然存在一些具体的问题难以把握。据悉，最高法院不久将出台相关的司法解释。为加速此项工作的进程，7月16日，全国律师协会、人民法院报和建筑时报共同主办了《合同法》第286条研讨会，会议邀请了国家和地方的建设主管部门、最高法院和有关地方法院的领导、以及民法专家、律师和施工企业的代表出席研讨会。全国律师协会副秘书长袁江和建筑时报副总编何重建主持了研讨会。与会的专家、学者发表了精辟的见解。现将中国社会科学院法学所研究员梁慧星和全国律师协会民事业务委员会副主任朱树英的发言刊登于此，以飨读者。

文·梁慧星 中国社科院法学所研究员

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。”要正确适用本条，关键在于正确解释本条权利的性质。

迄今发表的文章，有的解释为留置权，有的解释为优先权，有的解释为法定抵押权。按照民法原理，留置权的对象仅限于动产。担保法第82条对此有明文规定。本条规定的权利客体是建设工程，属于不动产。因此，将本条解释为留置权是错误的。而要判断本条究竟属于优先权还是法定抵押权，必须考察本条的立法背景和过程。

合同法起草始于1993年。当年10月，立法机关委托包括笔者在内的8位民法学者拟定的合同法立法方案，针对社会上严重存在的拖欠承包费问题，规定：“为保护承包人利益，可规定承包人对建设工程有法定抵押权”。据此，由12个单位的学者起草的合同法建议草案第306条规定：“建设工程完工后，发包人未按合同约定支付建设费用和报酬的，承包人对建设工程有法定抵押权”。由法制工作委员会在建议草案基础上提出的合同法草案（1995年10月试拟稿）也在第177条规定：“承建人对其所完成的建设工程享有抵押权”。1996年5月27日至6月7日在北京西郊召开的合同法修改工作会议上，与会专家一致同意保留承包人法定抵押权。在后来的修改中，考虑到法律条文仅规定承包人享有法定抵押权，而该法定抵押权的内容、效力如何实现仍有待于解释，不如直接规定其内

容、效力和实现方式，更有利于法律适用。因此，1997年5月14日的合同法征求意见稿采取了直接规定其内容、效力及实现方式的条文表述，其第161条规定：“建设工程完成后，建设人未按照约定支付价款的，承建人应当催告建设人支付价款，催告的期限不得少于两个月。建设人逾期不支付的，承建人可以与建设人协议将该工程折价，也可以将该工程依法拍卖。承建人就该工程折价或者拍卖的价款优先受偿”。这是按照法定抵押权的内容所作的规定。1997年6月9日至18日在北京昌平召开的专家讨论会上，与会专家对本条未有任何异议。1998年7月10日至14日在北京通县召开的民法起草工作小组会议上，笔者发言指出这一条即是“法定抵押权”时，亦未有任何人表示异议。可见，在这两次重要的专家会议上，对本条法定抵押权性质的认识未有分歧。

1998年8月提交人大常委会第四次会议审议的合同法草案（第一次审议稿）第285条，只是将“完成”改为“竣工”，将“承建人”改为“承包人”，并用“合理期限”代替“不得少于两个月”的“催告期”。同年12月提交人大常委会第六次会议审议的合同法草案（第三次审议稿）第280条，所作惟一修改是，规定承包人必须“申请人民法院依法拍卖”。这一修改具有重大意义。1999年1月7日至11日在北京召开的合同法专家讨论会上，注意到有的建设工程不适于折价和拍卖，建议增设除外规定。因此，1999年1月29日提交人大常委会第七次会议审议的合同法草案（第四次审议稿）第287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”。此即合同法第286条。

从以上立法过程可知,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。在历次专家讨论会上,未有任何人对此表示异议,未有任何人提出过规定承包人优先权的建议。所谓在立法过程中曾发生激烈争论,形成3种不同观点,最后采纳了优先权主张的说法,是完全不符合事实的臆测。合同法第286条所规定的既然是法定抵押权,当然其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。其成立条件是:一,建设工程已竣工。建设工程若未竣工,则不发生法定抵押权。建设工程未竣工而中途解除建设工程合同的情形,亦不发生法定抵押权。二,须是建设工程承包合同所生债权。这里所谓建设工程合同,应当作狭义解释,仅指第269条第2款中的施工合同,勘察合同和设计合同不包括在内。订立总承包合同后,再由总承包人订立分承包合同、转承包合同,仅总承包人享有法定抵押权,分承包人、转承包人无此权利。三,其债权为依建设工程合同所应支付的价款。此所谓“价款”非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承包费。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,及依合同发生的损害赔偿。亦即报酬请求权、垫付款项请求权,及损害赔偿请求权。四,法定抵押权的标的物为承包人施工所完成的,属于发包人所有的建设工程(不动产)及其基地使用权。包括组装或固定在不动产上的动产。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。五,须不属于“不宜折价、拍卖的”建设工程。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:公有物,如国家机关办公的房屋建筑物及军事设施;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。但国家机关的员工宿舍不属于公有物。法定抵押权的行使条件是: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,应由法院按照建筑行业习惯及建筑工程合同具体情形判断。

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。主要理由是:一,法定权利应当优先于约定权利;二,从法律政策上考虑,法定抵押权所担保的债权中相当部分是建筑工人

的劳动工资,应予优先确保;三,建设工程是靠承包人付出劳动和垫付资金建造的,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欠债转嫁给属于第三人之承包人,违背公平及诚实信用原则;四,承包人法定抵押权,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。

如果建设工程为商品房,且在竣工之前发包人(开发商)已经分别与消费者订立房屋买卖合同,在发包人拖欠承包费用时,即可能发生承包人法定抵押权与消费者权利的冲突。在已经办理产权过户登记的情形下,消费者已经取得房屋所有权,就该房屋而言,法定抵押权已归于消灭,自不待言。在开发商尚未交房或虽交房但尚未办理产权过户的情形下,该房屋仍属于开发商所有,仍在法定抵押权的标的物范围内。但考虑到,如果允许承包人行使法定抵押权,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,因此应不允许承包人行使法定抵押权。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。

法定抵押权的行使方式:一是由发包人与承包人协议折价;二是承包人申请人民法院拍卖。此与担保法第53条规定的抵押权行使方式不同。该条规定,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。此诉讼的性质,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。而按照合同法第286条的规定,承包人既可以与发包人协议将该工程折价,也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”。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。在民诉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。法定抵押权人向法院申请,须提出证明法定抵押权存在及法定抵押权具备执行条件的证据。法院受理申请后,应当通知发包人。发包人就法定抵押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,以确认法定抵押权之成立,待获得生效胜诉判决后,始能申请法院依法拍卖。

中国  
律师