

# 法律知识学习园地



——工程疑难法律问题各地高院观点汇总与评析（下）

2015年第9期

主编：盛惊宇

编辑：李沛

局（沪）法律事务部 主办



正文

## 疑难法律问题点之十一：未竣工工程如何计算优先受偿权的起算期限

### 【争议问题描述】

虽然《最高院优先受偿权批复》明确规定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。但实践中常常发生施工合同解除、工程尚未竣工，以及承包人起诉并主张优先权时工程已实际停工超过六个月等复杂情况，此时承包人优先权的行使期限应该如何计算。对此问题，看看各地高院作何规定。

### 【各地高院观点】

《广东高院适用优先权指导意见》规定：承包人在2002年12月28日之后行使建设工程价款优先受偿权的期限为6个月，自建设工程竣工之日或者建设工程承包合同约定的竣工之日起计算。建设工程竣工之日与建设工程承包合同约定的竣工之日不一致的，以日期在后的为准。

《浙江高院执行中处理优先权问题解答》规定：发生建设工程施工合同纠纷时工程已实际竣工的，工程实际竣工之日为六个月的起算点；发生建设工程施工合同

纠纷时工程未实际竣工的，约定的竣工之日为六个月的起算点；约定的竣工日期早于实际停工日期的，实际停工之日为六个月的起算点。权利人未在上述期限内行使优先权的，建设工程价款优先受偿权丧失。

《江苏高院意见》规定：建设工程已经竣工的，承包人的工程价款优先受偿权的行使期限自建设工程竣工之日起六个月；建设工程未竣工的，承包人的工程价款优先受偿权的行使期限自建设工程合同约定的竣工之日起六个月。

### 【归纳与评析】

对于优先权行使期限的起算问题，尽管广东、浙江、江苏三地高院规定略有不同，但可以看出其基本原则是一致的，都是本着最大程度地保护承包人的合法权益的角度出发。一是，建设工程已经竣工的，广东高院规定以实际竣工之日和约定竣工之日两者日期在后的为准；而浙江高院、江苏高院则规定以实际竣工之日为起算点。二是，建设工程未竣工的，优先权的行使期限如何起算，广东高院未予明确；而浙江高院、江苏高院则规定以合同约定的竣工之日为六个月的起算点。此外，浙江高院特别指出：“约定的竣工日期早于实际停工日期的，实际停工之日为六个月的起算点。”

但实践中常常发生承包人起诉时，工程已经因发包人责任导致工期延误超过合同约定竣工之日（或实际停工之日），甚至已经超过了六个月，在此情况下若从合同约定竣工之日（或实际停工之日）起算优先权行使期限，明显不利于保护承包人的合法权益。对此，最高院《全国民二审判工作会议纪要（2011年）》（法办[2011]442号）第26条意见可供借鉴：“非因承包人的原因，建设工程未能在约定期间内竣工，承包人依据合同法第二百八十六条规定享有的优先受偿权不受影响；承包人行使优先受偿权的期限为六个月，自建设工程合同约定的竣工之日起计算；建设工程合同未约定竣工日期，或者由于发包人的原因，合同解除或终止履行时已经超出合同约定的竣工日期的，承包人行使优先受偿权的期限自合同解除或终止履行之日起计算。”

## 疑难法律问题点之十二：工程价款优先受偿权约定放弃是否有效

### 【争议问题描述】

鉴于建设工程价款优先受偿权优先于抵押权，因此在工程实践中，发包人往往基于自身需求或者其贷款银行的要求，事先与承包人约定放弃优先受偿权或要求承包人出具放弃优先受偿权的书面承诺。那么，建设工程价款优先受偿权能否事先约定放弃，这种放弃是否有效？对此问题，无论是法学理论还是司法实践都存在较大争议，各地高院也鲜有对此问题作出明确规定者。

### 【各地高院观点】

《广东高院适用优先权指导意见》规定：承、发包双方当事人在建设工程承包合同中约定承包人不能行使建设工程价款优先权，事后承包人以建设工程价款优先权是法定权利为由向人民法院主张合同约定无效并要求行使建设工程价款优先权的，人民法院不予支持。

### 【归纳与评析】

各地高院中目前仅有广东高院作出明确规定，认可承包人可以在工程承包合同中约定放弃行使建设工程价款优先权，并且规定“事后承包人以建设工程价款优先权是法定权利为由向人民法院主张合同约定无效并要求行使建设工程价款优先权的，人民法院不予支持。”

对于建设工程价款优先受偿权约定放弃是否有效的问题，历来争议不断。一种主流观点认为，优先受偿权不能约定放弃。理由主要包括：（1）放弃优先受偿权不利于保障农民工获得劳动报酬，不符合立法目的；（2）优先受偿权基于法律直接规定，不得预先放弃；（3）现实中承包人往往处于弱势地位，允许放弃可能导致优先受偿权制度落空。

但也有另一种观点认为，优先受偿权约定放弃有效。其中典型的代表是2014年7月25日发表于“中国法院网”的《承包人可以放弃建设工程价款优先受偿权》一文，该文认为承包人自愿放弃优先受偿权应为有效，主要理由有：（1）优先受偿权虽基于法律直接规定，但不可否认其本质仍属于民事权利，当事人自由处

分民事权利符合意思自治原则；（2）承包人约定放弃之后又主张放弃无效的，有违诚实信用的基本原则，且不利于交易安全（在建工程抵押贷款）；（3）最高院批复规定优先受偿权的行使期限为六个月，逾期则丧失权利，可见优先受偿权没有绝对的排他性；（4）根据《物权法》第一百七十七条第（三）项规定，担保物权可以因债权人的放弃而归于消灭，同理可证，优先受偿权也可因承包人的放弃而归于消灭；（5）承包人放弃的仅是优先受偿权，并非工程价款债权，而工人工资的发放受到劳动法、劳动合同法等法律保护，自有其救济途径，将其实现完全归于优先受偿权，过分夸大了该权利的效应，也弱化了其他法律对民事权利的救济。

尽管理论中存在较大争议，但司法实践中不断出现一些肯定优先受偿权放弃有效的判例，仍值得承包人和发包人予以高度关注。例如：

其一，在“中国工商银行股份有限公司常山支行等诉常山县住宅建筑有限公司等建设工程施工合同纠纷案”一案的(2014)浙衢民终字第 50 号二审民事判决书中，衢州市中级人民法院判决第二项：“被上诉人常山县住宅建筑有限公司在 797121 元工程款范围内对其在浙江华叶铜业有限公司位于常山县辉埠新区厂区建造的工程享有建设工程价款优先受偿权，但在其承诺放弃优先受偿权的 109760 元工程款范围内不得优先于中国工商银行股份有限公司常山支行的抵押权。”

其二，在“重庆市某建筑工程公司与重庆某某房地产开发有限公司建设工程施工合同纠纷上诉案”一案的(2011)渝一中法民终字第 06643 号二审民事判决书中，重庆市第一中级人民法院认为：“上诉人某建司在被上诉人某某支行与某某公司的贷款活动中，作出了放弃工程价款优先受偿权的意思表示，促使双方贷款完成，该放弃优先受偿权的意思表示应当具有法律效力。……上诉人还提出工程价款优先受偿权其无权放弃的意见，本院认为，工程价款优先受偿权属于当事人享有的民事权利，法律设立该项权利的目的在于优先保障民工工资等合法权益的实现，但是该类权益的保障也可以通过当事人的其他措施予以实现，而某建司已明确表示了放弃该优先受偿权并促使相关的贷款完成，对作出该项承诺的相应法律后果某建司应予承担，至于依法保障民工工资等权益是另一法律问题，并不影响某建司放弃优先受偿权承诺的效力，故对该上诉意见本院不予采纳。”

综上，对于工程价款优先受偿权约定放弃是否有效的问题，目前暂无统一定论。对此问题，发包人和承包人均应当审慎对待。特别是承包人，不应事先约定放弃而后又主张放弃无效，否则可能因此承担不利后果。当然，需要指出的是，根据《合同法》第 286 条的规定，“按照建设工程的性质不宜折价、拍卖的”，例如所有权不属于发包人的工程、国家重点工程、具有特定用途的工程等（见《中华人民共和国合同法释义》，全国人民代表大会常务委员会法制工作委员会编，法制出版社，1999 年版），承包人不能将该工程折价或拍卖，并就该价款优先受偿。

### **疑难法律问题点之十三：新增工程量是否属于固定价承包范围**

#### **【争议问题描述】**

对于工程变更如何调整合同价款的问题，《最高院司法解释》第 16 条第二款已有明确规定：“因设计变更导致建设工程的工程量或者质量标准发生变化，当事人对该部分工程价款不能协商一致的，可以参照签订建设工程施工合同时当地建设行政主管部门发布的计价方法或者计价标准结算工程价款。”也就是说，工程变更部分的工程价款，有约定的按约定计价，没有约定的参照当地定额计价。

但问题是发承包双方往往对新增工程量是否属于固定价承包范围以内发生争议。对此争议，司法实践中有两种不同的做法。一种做法是，法院认为承包人不能证明工程变更增加的工程量属于合同约定的固定价范围以外，因此不予支持；另一种做法是，法院认为虽然合同约定为固定价承包，但因发包人原因导致工程变更的事实客观存在，由此不加区分地对增加的工程量全部给予计价，甚至将固定价打开，对整个工程造价进行鉴定。对此问题，各地高院的规定不尽相同。

#### **【各地高院观点】**

《江苏高院意见》规定：建设工程施工合同约定工程价款实行固定价结算的，因设计变更导致工程量变化或质量标准变化，当事人要求对工程量增加或减少部分按实结算的，人民法院应予支持，当事人另有约定的除外。

《重庆高院指导意见》规定：建设工程合同中当事人约定按固定价结算，或者总价包干，或者单价包干的，承包人按照合同约定范围完工后，应当严格按照合同约定的固定价结算工程款。

《北京高院解答》规定：建设工程施工合同约定工程价款实行固定总价结算，在实际履行过程中，因工程发生设计变更等原因导致实际工程量增减，当事人要求对工程价款予以调整的，应当严格掌握，合同对工程价款调整有约定的，依照其约定；没有约定或约定不明的，可以参照合同约定标准对工程量增减部分予以单独结算，无法参照约定标准结算的，可以参照施工地建设行政主管部门发布的计价方法或者计价标准结算。主张工程价款调整的当事人应当对合同约定施工的具体范围、实际工程量增减的原因、数量等事实承担举证责任。

《浙江高院解答》规定：建设工程施工合同采用固定总价包干方式，当事人以实际工程量存在增减为由要求调整的，有约定的按约定处理。没有约定，总价包干范围明确的，可相应调整工程价款；总价包干范围约定不明的，主张调整的当事人应承担举证责任。

《广东高院意见》规定：当事人约定工程款实行固定价，而实际施工的工程量比约定的工程范围有所增减的，可在确认固定价的基础上，参照合同约定对增减部分进行结算，再根据结算结果相应增减总价款。不应撇开合同约定，对整个工程造价进行重新结算。

### 【归纳与评析】

固定价，俗称“包死价”、“包干价”，包括固定总价和固定单价两种形式。上述争议主要发生在固定总价合同中。固定总价合同一般适用于有详细施工图纸、合同工期较短且工程合同总价较低的中小型工程；一般不适用于没有详细施工图纸、技术较复杂、工期较长的大型工程。而在工程实践中，有些发包人不顾是否具备适用的条件而盲目倾向于采用固定总价合同，意图将工程施工过程中的“量”和“价”的风险全部转移给承包人，但结果往往事与愿违，尤其是在招标图纸（初步设计图纸）与施工图纸不一致时，固定总价合同隐藏着较大的结算风险。

所谓固定总价，是建立在合同承包范围和工作内容固定不变的基础上的。因此，采用招标图纸签订的合同固定总价所对应的承包范围和工作内容就是招标图纸。当实际施工图纸与招标图纸发生较大变化时，往往会产生大量的设计变更以及新增项目，此时原固定总价的基础已经发生变化，双方之间的工程款结算不能再以原固定总价进行结算，由此导致新增工程量的价款自然应当由发包人承担。

在此类纠纷案件中，发承包双方往往对于新增工程量是否属于固定价的承包范围产生较大争议。而法院对此争议问题如何作出认定将直接影响案件结果。

江苏高院规定，因设计变更导致工程量变化或质量标准变化，当事人要求对工程量增加或减少部分按实结算的，人民法院应予支持。重庆高院规定，承包人按照合同约定范围完工后，应当严格按照合同约定的固定价结算工程款。应该说，江苏高院和重庆高院的规定无疑都是正确的，但规定较为原则，仍然无法解决上述争议。

北京高院和浙江高院则从审判实务的角度，将举证责任分配给主张调整价款的当事人一方，即主张工程价款调整的当事人应当对合同约定施工的具体范围、实际工程量增减的原因、数量等事实承担举证责任。该规定不仅符合民事诉讼法“谁主张，谁举证”的基本原则，而且也更具有操作性。广东高院则特别强调，不应撇开合同约定，对整个工程造价进行重新结算。

此外，《最高人民法院建设工程施工合同司法解释的理解与适用》在第22条的“条文主旨”中也有明确意见：“对于因设计变更等原因导致工程款数额发生增减变化的，在可以区分合同约定部分和设计变更部分的工程时，也不应导致对整个工程造价进行鉴定，只是根据公平原则对增减部分按合同约定的结算方法和结算标准计算工程款。”

## **疑难法律问题点之十四：建筑材料价格上涨能否调整合同价款**

### **【争议问题描述】**

施工合同约定采用固定价的，通常会在合同条款中写明：“固定价已包含的风险范围包括但不限于建筑材料价格上涨、政策性调整等……”然而在实际施工过程中，若真正出现建筑材料价格上涨的，承包人往往会以发包人推迟开工、设计变更延误工期等各种理由，在结算时提出调整合同价款的主张，由此引发争议。对此问题，看看各地高院作何规定。

### 【各地高院观点】

《江苏高院意见》规定：建设工程施工合同约定工程价款实行固定价结算的，一方当事人要求按定额结算工程价款的，人民法院不予支持，但合同履行过程中原材料价格发生重大变化的除外。

《广东高院暂行规定》规定：建设工程合同约定对工程总价或材料价格实行包干的，如合同有效，工程款应按该约定结算。因情势变更导致建材价格大幅上涨而明显不利于承包人的，承包人可请求增加工程款。但建材涨价属正常的市场风险范畴，涨价部分应由承包人承担。

《北京高院解答》规定：建设工程施工合同约定工程价款实行固定价结算，在实际履行过程中，钢材、木材、水泥、混凝土等对工程造价影响较大的主要建筑材料价格发生重大变化，超出了正常市场风险的范围，合同对建材价格变动风险负担有约定的，原则上依照其约定处理；没有约定或约定不明，该当事人要求调整工程价款的，可在市场风险范围和幅度之外酌情予以支持；具体数额可以委托鉴定机构参照施工地建设行政主管部门关于处理建材差价问题的意见予以确定。因一方当事人原因导致工期延误或建筑材料供应时间延误的，在此期间的建材差价部分工程款，由过错方予以承担。

### 【归纳与评析】

江苏高院规定，合同履行过程中原材料价格发生重大变化的，可以调整固定价合同的工程价款。但江苏高院并未对如何认定“重大变化”作出具体规定。广东高院则规定，建材涨价属正常市场风险范畴的涨价部分应由承包人承担，但因情势



变更导致建材价格大幅上涨而明显不利于承包人的，承包人可请求增加工程款。即广东高院的判断标准是——建材涨价的幅度是否超过正常市场风险范围。

相比较而言，北京高院的规定更为科学。首先，判断材料价格变化是否超出正常市场风险范围；其次，查明合同对材料价格变动风险负担是否有约定，有约定的按约定处理；再次，合同未约定或约定不明的，在市场风险范围和幅度之外酌情予以支持；最后，明确因一方当事人责任导致工期延误造成的材料价格上涨部分应由过错方承担。

我们认为，对于建筑材料价格上涨是否调整固定价合同价款的问题，应当遵循两个基本原则。第一原则是依约原则，即合同对材料价格上涨的风险范围和幅度有约定的，按照约定处理；第二原则是公平原则，即合同未约定或约定不明，而材料价格上涨的幅度明显超出正常市场风险范畴，致使双方当事人权利义务失衡的程度，方可调整合同价款。

需要特别指出的是，2013年7月1日起施行的国家标准《建设工程工程量清单计价规范》（GB50500-2013）第3.4.1款规定：“建设工程发承包，必须在招标文件、合同中明确计价中的风险内容及其范围，不得采用无限风险、所有风险或类似语句规定计价中的风险内容及范围。”该款规定为国家标准强制性条文。因此，为了合理分配风险、避免争议，发承包双方应当事先对材料价格变动的风险范围及其调价方式作出明确约定。

## **疑难法律问题点之十五：未完工工程如何结算工程款**

### **【争议问题描述】**

《最高院司法解释》第22条对于固定价工程在已经施工完毕的情况下的结算方式进行了规定，但对于合同未履行完毕、工程未完工时如何结算已完工程价款，没有相应规定。在工程实践中，因当事人一方或者双方的原因，导致施工合同被解除或者中止履行的情况并不鲜见，“半拉子”工程大量存在。对于固定价合同

中未完工工程如何办理结算的问题，在实务中相当棘手，各地高院的规定也不尽相同。

### 【各地高院观点】

《北京高院解答》规定：建设工程施工合同约定工程价款实行固定总价结算，承包人未完成工程施工，其要求发包人支付工程款，经审查承包人已施工的工程质量合格的，可以采用“按比例折算”的方式，即由鉴定机构在相应同一取费标准下分别计算出已完工程部分的价款和整个合同约定工程的总价款，两者对比计算出相应系数，再用合同约定的固定价乘以该系数确定发包人应付的工程款。当事人就已完工程的工程量存在争议的，应当根据双方在撤场交接时签订的会议纪要、交接记录以及监理材料、后续施工资料等文件予以确定；不能确定的，应根据工程撤场时未能办理交接及工程未能完工的原因等因素合理分配举证责任。

《广东高院指导意见》规定：建设工程施工合同约定工程款实行固定价，如建设工程尚未完工，当事人对已完工工程造价产生争议的，可将争议部分的工程造价委托鉴定，但应以建设工程施工合同约定的固定价为基础，根据已完工工程占合同约定施工范围的比例计算工程款。当事人一方主张以定额标准作为造价鉴定依据的，不予支持。

《重庆高院指导意见》规定：如果承包人中途退出，工程未完工，承包人主张按定额计算工程款，而发包人要求按定额计算工程款后比照包干价下浮一定比例的，应予支持。

《江苏高院指南》规定：建设工程施工合同履行过程中，当事人双方约定解除或单方法定解除合同，承包方主张其已完工程的工程款。因工程未完工，如何结算该部分工程款，往往涉及鉴定标准的把握。在工程没有全部完工的情况下，有两种不同的方式来确认工程款，一是根据实际完成的工程量，以建设行政管理部门颁发的定额取费，核定工程价款，并参照合同约定最终确定工程价款；此时，对工程造价鉴定不涉及到甩项部分，只须鉴定其完工部分即可。二是确定所完工程的工程量占全部工程量的比例，按所完工程量的比例乘以合同约定的固定价款得出工程价款。此时，对工程造价鉴定涉及到甩项部分，即对涉案工程总造价进行

鉴定。第一种方法较为经济，也是较为常用的一种方法，一般用于工程没有总体竣工验收；第二种方法鉴定费用较高，一般用于工程竣工验收合格。上述两种方式均具有一定的合理性，应尽量寻求双方当事人意见的一致，如无法取得一致时由人民法院酌情确定。

### 【归纳与评析】

从各地高院的规定看，至少有三种计价方法。一是“定额计价法”。如，重庆高院规定，按定额计算工程款后比照包干价下浮一定比例；江苏高院指出，根据实际工程量，以定额取费核定工程价款，并参照合同约定最终确定工程款。二是“已完工程量折算法”。如，广东高院规定，以合同约定的固定价为基础，根据已完工工程占合同约定施工范围的比例计算工程款；江苏高院指出，确定所完工程的工程量占全部工程量的比例，按所完工程量的比例乘以合同约定的固定价款得出工程价款。三是“第三方标准同比例法”。如，北京高院规定，采用“按比例折算”的方式，即由鉴定机构在相应同一取费标准下分别计算出已完工程部分的价款和整个合同约定工程的总价款，两者对比计算出相应系数，再用合同约定的固定价乘以该系数确定发包人应付的工程款。

相比较而言，我们认为，“第三方标准同比例法”更为科学合理。

其一，“定额计价法”尽管考虑了合同包干价下浮率，但仍然与合同约定的计价方法不符，按照定额计价有违当事人的真实意思表示。对此，广东高院明确指出：“当事人一方主张以定额标准作为造价鉴定依据的，不予支持。”

其二，“已完工程量折算法”是按照已完工程的工程量占全部工程量的比例进行折算，即将已完工程量的比例和已完工程价款的比例直接等同。然而在工程实践中，因各个分部分项工程的计量单位不同，且承包人可能存在不平衡报价等因素，因此，已完工程量和已完工程价款往往呈现非线性关系，若按照“已完工程量折算法”结算，具有很大的不确定性，既有可能损害发包人利益，也有可能损害承包人利益。

其三，“第三方标准同比例法”，是引入第三方取费标准作为参照物，计算出在同一取费标准下，已完工程部分价款占全部工程价款的比例系数，再用合同约定的固定价乘以该系数，以最终确定工程价款，既符合依约原则，也具有合理性。

但无论采取哪种方法结算，对于发承包双方而言都存在一定的不确定性。为此，发承包双方应当在固定价合同中事先对于合同解除时的终止结算条款作出约定，明确当工程尚未完工而一方依约解除合同时，双方如何办理已完工程部分的价款结算。如此可在一定程度上避免上述争议。