

建筑法苑

施工企业篇

上海元始律师事务所主办

2013年第1期 总第14期



工程索赔过程中的注意事项
从一起案例看分包合同的风险化解
再论工程款优先受偿权
工伤保险中的疑难问题

工程建设领域的专业律师事务所

上海元始律师事务所

■ 核心业务

帮助施工企业处理签证索赔事项，参与结算谈判，并在发生纷争之后以诉讼或非诉方式追索工程欠款，是本所最核心的服务内容之一。



■ 专业团队

本所拥有众多经验丰富的资深律师。人品正直、勤勉敬业是本所选聘律师的首要标准。所有律师均接受过国内外著名学府的专业法学教育，一半以上律师拥有硕士或博士学位。多名合伙人具有十年以上中级人民法院或者高级人民法院主审法官任职经历。同时，本所还专门聘请了一批享有国际盛誉的设计师、工程索赔专家、工料测量师、著名大学法学院的资深教授作为本所的特别顾问。高层次的专业人才，成为本所向社会提供优质服务的基本保障。

■ 资深经验

我们服务过的客户包括众多中外知名企业。事务所先后为上海警备区新建重大工程、华森钻石广场、杭州东方商务会馆、连云港月光蝴蝶园、佳友维景大酒店、枫泾商业步行街、南汇金梅雅苑、张江润和国际总部园、启东东方银座大酒店、曹路镇四号地块大型住宅小区、香梅花园三、四、五期工程等数十个大型开发项目提供全过程咨询和法律服务，项目性质包括市政工程、酒店、办公楼、住宅、工业厂房、娱乐场馆等各类建筑，积累了丰富的实践经验，形成了知名的专业品牌。

■ 宽泛网络

通过长期的法律实践，本所与上海及周边省市的政府主管部门、司法机关、政法院校、行业协会、投资银行、房地产基金、海内外律师行、设计院、造价咨询公司、会计师事务所等单位建立了良好、深入的合作关系，为境内外客户提供卓有成效的法律服务构建了坚实基础。



■ 敬业服务

德以慎立，达由谨成。律师的专业能力和敬业态度在法律服务中的重要性已为世人所公认。兢兢业业，尽善尽美，与客户分享成功的喜悦，是每位元始律师始终不渝的追求。



主任律师 李宗猛博士

- 上海市建设功臣
- 浦东开发建设贡献奖
- 浦东新长征突击手
- 上海市重大工程记功个人
- 上海新经济组织优秀共产党员
- 浦东新区司法行政系统先进个人
- “创先争优，世博先锋行动”“五带头”共产党员
- 浦东新区律师党委优秀共产党员

李宗猛博士，上海元始律师事务所主任，知名工程管理专家。

李博士精通合同法、建筑法、招标投标法及其它与房产开发相关的法律、法规和政府规章，熟悉建设程序，擅长工程开发建设、房产公司改制、项目投资等非讼法律业务及诉讼与仲裁事务，服务内容涵盖房产开发过程中的土地使用权取得、动拆迁、项目转让、工程招投标、合同拟定、签证索赔、竣工结算、商品房销售等所有环节。对工程类合同有精深研究，多次为上海市工商局执笔起草示范合同文本。拟定的合同体系坚实严密，从事前防御的角度出发，构筑保护建设单位的“战略防御系统”，被喻为建设单位的防波堤。

李博士具有丰富的工程实践经验。李博士曾作为上海科技馆设计室主任兼施工室副主任，负责科技馆展示内容从设计到施工管理的全过程。APEC会议之后，李博士出任香梅花园工程总指挥，到任之后，大刀阔斧，20天开始试桩，3个月桩基完毕，6个月成功达到预售条件，两年时间项目销售产值跃居全上海销售榜第五位、浦东第三位，挽狂澜于既倒，在极为困难的情况下，实现近乎奇迹的任务。

近年来，李博士先后担任上海警备区、澳大利亚华森集团、博奥盛世集团、佳信房产、纬纳置业等五十余家境内外大型投资公司和房产公司的项目顾问及常年法律顾问，并先后承接了数百起有关房地产项目的融资、股权转让、项目参建、公司联营、工程款纠纷等方面的案件。处事严谨细致、坚韧不拔，多年来担当大事未尝败绩。

上海元始律师事务所

李宗猛 执行主任
律师博士

地址：浦东新区世纪大道1500号
东方大厦901室
手机：13901686274
E-mail:yuanshizixun@126.com

邮编：200122
电话：021-68407068
传真：021-68407066
<http://www.yslawPrm.com>

《建筑法苑》

2013年第1期 总第14期

CONTENTS

目录

施工企业篇

律所新闻（2013年2月-3月大事记）	01
工程索赔过程中的注意事项	03
因建设单位履约不当给施工企业造成损失的例子不胜枚举。本文结合停工索赔的真实案例，分析索赔的策略、步骤和方法，供施工企业参考。	
从一起案例看分包合同的风险化解	10
总承包方稍有不慎，可能面临建设单位打压、分包单位追索的双重压力。因分包合同漏洞遭受巨额损失的案例时有发生。本文介绍如何化解总承包方的压力，将质量、工期、安全、签证索赔等诸方面责任传递于分包商。严谨的分包合同，不仅能够分解责任、减轻总包压力，更能促成总包、分包利益的一致性，更有利于工程实施。	
再论工程款优先受偿权	13
优先权是法律对施工企业的特别保护。但在司法实践中，许多施工企业对优先权并不通晓，未能得到优先保护的案例比比皆是。本文对工程款优先权的司法解释进行解读，希望施工企业能够善用优先权，避免损失。	
工伤保险中的疑难问题	14
本文介绍工伤保险方面的难点疑点，希望企业了解有关基本知识，避免突发事件时应对失措。	
专家解惑	22
对施工企业常碰到的工程问题，结合本律师事务所代理案件的判决结果、并参照最高人民法院专家法官的观点进行解答。	
案例警示	26
社会诚信缺失导致近年来涌现了一批新问题、新案例，企业因一时疏忽造成损失的例子时有发生。本所结合工程实践中的典型案例进行分析，期冀对施工企业有所帮助。	

律所新闻

(2013年2月-3月大事记)

NEWS



1、李宗猛博士协助多家企业处理停工索赔

房地产调控对建筑市场的负面影响日渐凸现。销售资金回笼不力，工程款支付形势趋于严峻，由此产生的争议日益增多。以停工等激烈手段要求付款、索偿损失的案例屡见不鲜。邀请专业律师参与索赔，谋定而后动，不战屈人，是值得施工企业借鉴的思路。

2、本所协助多家企业处理以房冲抵工程款纠纷

建设单位不能如期付款时，以房屋冲抵工程款不失为一条可取的路子，施工单位至少不至于血本无归。商定抵房之后，应该签署严谨的抵房协议、及时确定房源、并立即办理房屋过户手续，以防意外。

涉及建设单位不讲诚信的案例也有多起。某建设单位以5套房屋冲抵工程款、将房屋钥匙交给施工单位之后，诡称维修基金无法缴纳，十年来一直没有为施工单位办理过户手续。日前笔者知悉该情况后，提醒施工单位注意由此产生的风险。施工单位尚不以为然，称对方不会如此做人。在律师的反复坚持下，当事人才到房地产交易中心调查该房屋信息，发现建设单位已经将该房屋抵押给银行。

另一建设单位答应以房屋冲抵总承包方6800万元工程款，并承诺给予施工单位优先选房权，双方签署了结算及抵房协议，但协议中没有约定具体的房号。待施工单位挑选房屋时，售楼处百般推托；实在抵赖不过，提供给施工单位一些极差的房源，楼层、朝向不忍睹。

3、李宗猛博士协助处理建设项目参建合同纠纷

某施工企业本希望通过合作开发房地产项目，分享一定的投资收益。基于信任，该施工企业只拨付资金而未参与建设管理，心想建设单位的老板是本乡本土的人，不可能坑人。孰料几年后，对方不仅不分配建设利润，连出资的本金也拒绝归还，后来索性将房产公司注销。再去调查，房产公司老板每一个儿女都有七八套房产商铺，而自己名下的资产却所剩无几。

开发商的利润确实要远远超过施工企业。笔者亦多次鼓动施工企业寻找项目建设开发的机会。但是，施工与开发还是有着截然不同的不同，只出钱、不管事是不行的。从项目规划设计、工程承包、项目管理、对外销售、款项的收取与支付、政府部门的沟通与协商等各个环节，参建单位均应全程参与。即使不熟悉开发程序，或者缺乏相应的专业人员，亦可招聘相应人才或咨询专业顾问。只投入资金、不参与管理的合作模式，几乎注定要失败。

4、李宗猛博士协助处理多起工程结算及尾款追讨纠纷

工程款不能如期收回，几乎是所有施工企业的心头之痛。忽视程序、忽视证据，是施工企业普遍存在的缺陷。落后就要挨打，没有证据，难免承担不利的法律后果，而赖账之人亦因此有恃无恐。订立严谨合同，选派精明精干的管理班子，保留过程证据，完工后及时提交竣工报告。平常工作扎实了，结算、追款就要轻松得多。

5、本所协助处理多起建筑施工企业员工劳动纠纷

建筑行业用工不规范似乎已成为常态。企业管理者对法律规定多数不以为然。“谈定一年多少钱，只

要我兑现了，凭什么来告我？”这种心态普遍存在。孰不知劳动合同法已经日渐深入人心，农民工亦有维权意识。由此导致员工起诉企业的案例日益增多，企业由于不设防、不规范，败诉而吃亏的不在少数。

某企业信任有加的17个员工，没有签订合同，但也跟随多年，仅因去年春节前的奖金稍少一点，突然集体提出离职，并提出由于企业没有订立合同，要求企业依照法律规定，赔偿用工期间的两倍工资计54万元（劳动合同法规定，企业聘用员工而不签署劳动合同，需要支付两倍工资）。虽经律师设法协商，企业的赔偿额度不大，但是不少骨干离职，未离职员工的心态、对企业的忠诚度、信任度都大幅下滑。最近还有一个案例，项目经理和施工员离职，也向企业索赔两倍工资。

所以，施工企业管理者为了避免类似损失，应该建立完备的用工体系，签订用工合同。至于合同如何签署，如何处理加班、社会保险等各类问题，则可以委托律师代为处理。既可以规避风险，又不用加重企业负担。

6、本所再次协助企业处理多起民工伤亡案件

气温日渐升高，又到了工伤事故高发的季节。施工企业应该在事前防范、过程中的风险控制、事故善后的处理等方面加强管理，必要时咨询专业人员意见，避免意外，减少损失。

7、李宗猛博士应邀担任上海东江建筑装饰有限公司常年法律顾问

东江幕墙是国内的知名品牌。公司拥有建设部核准的国家甲级建筑装饰工程设计资质、甲级建筑幕墙工程设计资质、建筑幕墙工程专业承包一级、建筑装饰装修工程专业承包一级、金属门窗工程专业承包一级，以及机电设备安装、房屋建筑工程施工总承包、钢结构工程专业承包等多项专业资质。在石材幕墙、隐框玻璃幕墙、铝塑板幕墙、单元幕墙、点式幕墙、明框玻璃幕墙、半隐框玻璃幕墙等幕墙工程领域卓有声誉，蜚声海内外。

8、李宗猛博士应邀担任上海龙徽建筑工程有限公司常年法律顾问

龙徽公司是从事房屋建筑总承包工程、建筑装饰工程、钢结构工程、建筑防水工程、机电设备安装工程施工的综合性施工企业。业务遍及上海、安徽、江苏、浙江等多个省市。公司注重市场信誉，赢得业主的交口称赞。

9、李宗猛博士应邀担任上海铸凝建筑装饰工程有限公司常年法律顾问

铸凝公司是一家专业从事建筑装饰工程的施工企业。近年来发展迅速，业务已拓展到土建工程、市政工程、基础工程、土方工程等多个领域。

10、李宗猛博士应邀担任赛诺化工（上海）有限公司常年法律顾问

赛诺化工是国际著名品牌美国Dupli-Color公司授权在华全权生产销售SUNO涂料的专业厂家。生产、销售各类高档木器涂料、水性涂料。公司座落于上海青浦区，厂房占地面积30000平方米，年生产能力过万吨。产品远销多个省市，是涂料行业的龙头企业之一。

11、李宗猛博士代理的连云港某工程款纠纷案经江苏省高院调解结案

该案中，本所作为建设单位（被告方）的代理律师。该案值得施工单位吸取的教训是，该案自2009年起诉，经过一审（含造价鉴定）、二审，2013年初调解结案，历经四个春秋，施工单位没有获得任何额外收益。费心费力，劳民伤财。

施工单位失败的缘由在于起诉的轻率和盲动，可能也受了个别律师的误导。多数律师有其执业操守，但不排除个别律师为收取费用而挑动诉讼。决策之前，施工单位应该分析：建议诉讼之人对案件是否有全面透彻之了解、是否有工程领域相应的专业知识？所提建议是出于公心还是为其自身谋取利益？在为施工方争取利益最大化的同时，是否为对方留下余地？对方如果反击，施工方证据是否充足、防御上是否有漏洞？如有缺陷，施工方是否有弥补的手段？起诉之前，务必要有全局性的把握、审慎的判断。

工程索赔过程中的注意事项

□ 文 / 上海元始律师事务所 李宗猛律师

· 案情 ·

CASE

衡阳天宏置业有限公司委托安徽龙城建筑工程有限公司负责临江新城一、二、三期工程施工任务。双方基于信任关系，总承包合同比较粗略，工程款支付条款存在歧义（全部工程达到正负零零线付款，还是分批次达到正负零零线、分批付款）。建设单位认为款项已经支付过头，而施工单位认为尚拖欠3800万元。由于双方分歧较大，春节前未能达成一致。春节后施工单位拒绝复工，并要求建设单位支付工程款、赔偿停工损失和延期付款利息。建设单位寸步不让。施工单位遂采取封闭工地等激烈手段，矛盾逐步升级，双方的关系濒于破裂。施工单位无奈之下打算起诉建设单位，并就诉讼问题求助于本所。

· 分析 ·

ANALYSIS

接受委托之后，本所即赴工地现场，了解合同、文件往来、会议纪要、技术核定单、签证单等各类文件以及工程的实际进展情况，并与建设单位进行了初步接洽。结合证据及建设单位的反应，本所向委托人建议如下：

一、关于工程进度款，从初次接触的情况来看，对方有支付的打算（至于付款的数额，对方表示要看我方的表现，要看我方能否拿出切实可行的赶工计划）。本所认为，如果能够通过谈判达到获取工程款的目的，则未必需要通过诉讼方式解决。

二、诉讼的利弊在于：

（一）有利之处在于，如果采取诉讼手段，在司法审价过程中，通过专业律师的努力，工程结算价款的总额会高一些。因为社会审价机构系由建设单位聘请，他们通过核减额拿审价提成；核减愈多，他们拿到审价费愈高，所以社会审价单位通常会尽力压价。

（二）不利之处有三：

1、即使现在立即提起诉讼，诉讼程序走完（包括司法审价、一审结束甚至还有二审），这样的大案子通常至少需要两三年甚至更久。在判决生效前，建设单位可以不支付工程款（最多按照约定的同期银行贷款利率支付欠款利息）。由于可能两三年拿不到工程款，施工单位的资金成本负担很重。

2、诉讼涉及一系列的费用，比如法院的诉讼费（数十万元）、司法审价的费用、律师费、差旅费、还有虽然不合法但不可避免的人情打点费等。各项支出不会少于100万元。

3、客观地说，我们的证据还不是特别完备（比如一期的停工索偿部分、高层脚手架拆除的停工补偿、要求月息百分之三的资金成本等），在诉讼中缺乏有力证据未必能够得到法庭支持。

（三）当然，进入诉讼，对方称我方延误工期、要求我方承担违约责任的诉求亦不易得到法庭



支持。因为工期延误对方也有责任，毕竟对方延期付款、甲方分包对工程进度的影响等确实存在。

(四) 所以说，如果起诉，最终案件的走向可能是：工程款按实结算、延期付款的利息（按合同约定的贷款利率）可能得到补偿。双方要求对方承担违约责任（对方要求我方赔偿工期延误的损失，我方要求赔偿停窝工损失、高额利息）的主张，法院可能都不支持（双方都有责任的情况下，法院图省事、简单，可能按照据实结算、互不追究的原则判案）。这样一来，如果起诉，工程造价这一块没有什么问题，其他额外的利益就有相当难度。没有额外的诉讼利益，而且现在谈判中对方有付款的意向，则起诉就没有其必要性。

三、如果不通过起诉、通过施加压力的谈判能够达到目标，何乐而不为呢？

四、既然施工单位希望通过谈判达到多争取工程款和索赔利益之目的，则应该拿出一定的履约诚意。对方希望施工单位拿出切实可行的赶工计划，本所建议施工单位按照这一要求抓紧编制工期计划，原因有三：

(一) 编制计划并不费多少费用，了不起是一些人工罢了。

(二) 我方有了赶工态度，拿出了工期计划，下次与对方商谈时有了最基本的筹码。不然，就算是董事长与他们的总裁会面，对方问我们的计划，董事长何以为对？

(三) 最关键的一点，如果多层建筑不能如期完工，建设单位一旦真正对小业主承担了延期交付的违约责任，损失发生了，对方必然追究我方责任。由此双方谈判的余地减少，法院也可能判决我方承担一定责任。所以说，工期如一再拖延下去，我方也存在风险，并非高枕无忧。

五、所以本所的最终意见是：

(一) 勿轻易提起诉讼，争取通过谈判达到目标。当然，这一意图和我方底线不要轻易让对方知晓。相反，谈判时要有有意无意露出不惜一战的决心。谈判的核心在于：复工前的付款数量、

一期工程的停工补偿、高层的脚手架拆除补偿、春节前延期付款的利息等。

(二) 如决意谈判, 工期计划(紧凑计划)应抓紧编制, 争取两三天内完成。为谈判做好准备, 体现我方合作诚意。计划初稿抛出前, 本所可以代为审核一次。如双方互不相让, 极有可能造成两败俱伤的结果。

(三) 我方编制计划时, 应仔细征询分包商、施工班组的意见, 编制的计划既紧迫、又有实现的可能。

(四) 达成一致后, 抓紧赶工。施工单位拿出赶工的态度, 实现了赶工的目标, 日后要求甲方额外再补偿一定赶工费也有可能。

· 定计 ·

PLAN

经过上述分析, 施工企业同意本所通过谈判施压的建议, 无须轻易启动诉讼。为此, 本所帮助当事人拟定了十项谈判请求:

(一) 落实复工前的款项(排定具体数额和付款时间, 首笔款项不低于1000万元, 收款后进场安排施工班组; 同时后续款项要有保证)。

(二) 对合同付款条件进行澄清, 明确开工之后的工程进度款均按照当月完成工程量的80%支付, 高层合同、多层合同均如此。在付款程序上, 严格按照合同约定, 不能无故拖延(每月25日申报, 当月月底前审核, 次月5日前支付)。

(三) 解决一期停工补偿问题, 商定具体补偿额度。

(四) 希望建设单位合理支付我方延期支付工程款的利息(包括一期工程未能依约定时间足额付款的利息, 后续多层、高层后续标段的延期付款利息, 以及2013年春节前我方对外举债的资金成本)。

(五) 合理补偿我方二期高层停工的损失费用。由于建设单位原因, 高层暂停施工, 1号地下室、2号地下室上部的建筑外脚手架拆除, 请建设单位补偿停工期间的脚手架拆除费、来回运输费、重新搭建的费用、停工期间的塔吊和其他机械设备的租赁费、工人误工费、管理人员的工资等必要支出。

(六) 13栋多层的结算时间: 希望在工程结算资料提交给建设单位后两个月内审查完毕(财政部建设部《建设工程价款结算暂行办法》第十四条规定, 5000万元以上造价的工程, 从接到竣工结算报告和完整的竣工结算资料之日起审价时间不超过60天, 所以说我方要求并不过分)。

(七) 为保证工程进度, 希望双方都能加快工作效率, 对一方提出的问题及时反馈, 工作联系单应该在两天内答复, 签证单、核价单等应该在七天内答复。

(八) 从保证工程进度和质量的角度, 要求工程开工后建设单位尽可能减少指定分包单位或甲供材料。

(九) 对延期开工的工程进行甩项: 未能开工的1号楼、32号楼, 由于拖延日久未能开工, 作为甩项工程处理, 日后由建设单位另行委托第三方施工。如建设单位仍希望我方施工, 待工程具备相应施工条件后, 贵我双方另行协商实施条件, 不能仍按照原合同计价方式结算。

(十) 建设单位核价的材料, 应考虑我方的实际发生成本, 包括企业的税负(营业税及附加、企业所得税), 公司管理费, 施工现场的采购、搬运、保管成本, 破碎、被盗等损失, 材料进场之后的损耗(采购两个6米的铜管, 施工现场不可能正好为12米, 总有切割、损耗, 这些损耗量远超出定额损耗值), 施工现场管理人员的工资, 企业承担采购材料的资金利息等。要求建设单位体谅施工单位的实际处境, 合情合理给予核价, 且核定价格不参与总价下浮。

协商定计之后，我方即将上述事项细化，补充相关材料和计算依据，然后将我方要求（包括款项及索赔具体数额等）以书面形式提交建设单位。

为避免谈判破裂，承办律师与建设单位沟通时，多次表示我们是来劝和的。维系双方谈判的气氛，避免激烈的冲突。

尽管如此，由于双方利益分歧巨大，建设单位在前几次谈判中并不轻易让步，并多次试图反击我方。以下即是在谈判期间建设单位发出的两份函件，期冀以函件压迫我方让步：

函件一、关于督促二期多层抓紧施工的函 (临江新城(2013)01号)

贵公司承建的临江新城二期共19幢多层建筑，根据合同分批工期的要求，已经延期工期达6-12个月。已经对我方不能及时销售造成了巨大经济损失。现距我方向业主交房的时间已近，如贵方不能及时抓紧施工、扫尾、竣工验收交房子我方，导致我方向业主交房延期所产生的一切损失将由贵方承担全部法律责任。

函件二、关于督促施工单位开启施工现场大门的函 (临江新城(2013)02号)

现春节、元宵节已过，正值春暖花开时，是工程施工的大好时机，而贵公司承包施工的项目工地大门至今均封闭着，造成我方房屋销售现场看房受阻，严重影响了正常营销；也造成其他配套工程单位无法进场施工，严重影响了工程的正常进行（正月初八起供水，供电、天然气、弱电场外工程施工方已陆续准备进场，均因施工现场大门封闭而不能进入）。我方已多次电话与贵方协调未果。

为了能使工程顺利施工，减少损失，今特致函。务必请贵方在3月3日前打开大门，方便购房者现场看房和其他施工单位进场施工。如贵方还是置若罔闻，我行我素，对我方造成的损失和在施工现场产生的不稳定因素及一切后果，均由贵方负责。

对建设单位的来函不可忽视。如不慎重处理，万一谈判不成进入诉讼，我方就会处于十分不利的境地。所以，应该妥善回复（在此郑重提醒所有施工企业，在日常经营过程中，理论上对所有来函均应妥善回复，一个文件处理不当，甚至可能影响日后涉诉案件的判决结果），以下是本所代为拟定的回函。

对建设单位2013年3月1日来函的回复

衡阳天宏置业有限公司：

贵司2013年3月1日所发的函件（临江新城（2013）01号、02号），我司已收悉。贵司函中所称情况与事实并不完全相符。为避免双方的误会和分歧增大，我司谨此回复如下：

一、关于工期，贵司来函称，“二期共19幢多层建筑，已经延期工期达6-12个月”。工期延误确为事实，但延误之责任不在我司：

（一）合同法第二百六十九条规定，“建设工程合同是承包人进行工程建设，发包人支付价款的合同”。可见，依约支付工程款是贵司的根本合同义务。但是，工程开工后贵司从未依照合同及时、足额支付我司应得工程进度款。贵我双方签署的《建设工程施工合同》第13.1条明确规定，发包人未能按约定日期支付工程预付款、进度款，致使施工不能正常进行，工期可相应顺延。

（二）贵司延迟付款，现实上给我司造成困难，客观上造成施工不能正常进行。土建及安装工程的造价近七成为材料、设备的购置成本。本项目位于湖南衡阳地区，材料、设备都要就近采购。贵司、我司实际上都是外地企业。如在安徽，我司还可想办法让材料商垫一部分资金。但在衡阳，没有钱，哪一家材料商也不会将钢筋、混凝土送到工地上。所以资金方面存在确实实的压力，没有虚言。

（三）对于工期延误，贵司在操作管理上亦负有不可推卸的责任：

1、贵司未能协调好政府、地块原住民的关系。原住民阻挠施工，导致6幢单体未能按照合同约定如期开工。

2、频繁发生设计变更，工程一直未能顺利开展。

3、贵司在项目实施过程中先后五次更换项目总经理。各任负责人工作作风、思路差异很大，后任甚至对前任确定的施工方案全盘更改，让我司疲于应付，白白浪费时间和精力。个别负责人消极不作为，不承担本应由建设单位解决的份内工作，比如：

（1）我司申报的工程量月报，贵司应在7天内计量，但贵司从未及时审核回复；

（2）关于工程变更价款签证，贵司应在14天内予以确认，但是多数签证单一拖数月（降水费用的签证单、13幢楼的干挂花岗岩增加的龙骨钢架的签证单等至今仍未签署），对施工班组的积极性无疑带来不利影响；

（3）开通施工场地与公共道路的通道、满足施工运输的需要，这是贵司责无旁贷的义务（合同第8.1条第（3）款），走遍天下都是这个道理。工地开工后，由于缺乏施工进出通道，材料、设备均无法正常进出，我司数十次建议贵司开通工地与交通西路的路口、便于车辆进出。但是贵司一直不给予答复。空等几个月、被逼无奈之下，我司自告奋勇搭设桥梁、开通道口（花费20余万费用，贵司后来仅同意补偿10万元）。我司做了事、亏了钱、还没有得到贵司认可。如贵司经办人勇于任事，及早解决贵司份内工作，节省工期的价值远远不止这一点费用。

（4）贵司经办人多次将合同之内本应由我司施工的内容进行肢解分包，而且确定分包的时间比我司要求进场的时间动辄延迟几个月。比如塑钢窗工程，在我司多次要求下，贵司延迟近半年时间才确定分包单位（详见工程例会纪要）。贵司指定的外墙干挂石材单位，中途因无力履行合同，退场不干，我司只好另行选聘分包单位帮助其收尾，白白耽误四个月。如此种

种，不一而足。

（四）拖延工期徒然增大我司的负担。管理成本不说，塔吊设备及脚手架等周转材料的租赁费用逐日增加，故拖延工期对我司有百害无一利，我司亦从未有拖延之故意。只是我司作为乙方，对贵司工作上的失误、指定分包（甚至是贵司经办人的亲友队伍）的不配合等诸事项，敢怒而不敢言。这也是我司在2013年2月25日（星期一）与贵司会商时，提及希望复工后双方配合好、避免因人为因素影响工期的主要原因。

（五）我司理解贵司向业主交房的时间压力。所以，尽管目前双方有分歧，我司仍愿尽全力协助贵司抢工期。只是兵马未动，粮草先行。我司在2月25日与贵司会商时，贵司提及希望我司拿出赶工计划。我司回来后，立即召集所有材料商、施工班组商定工期。这些人我司会商时，对年前我司未能足额付款、我司项目负责人自行返回宣城一事耿耿于怀，要求我司对前面的欠款及后续付款的节点一定要有明确的答复。在我司强烈要求下，工期计划是排出来了；但是，提请贵司务必考虑好资金计划；不然，工期是一句空话，材料商、施工班组只相信真金白银，再让他们垫资送货、拖欠付款确有难度，恳请谅解。

二、关于封闭工地事宜

贵司关于工地进出场之事当有误会。春节期间，为保障安全对工地大门确实采取了一定安保措施（但是，其间贵司售楼处人员需要陪同客户进场看房，我司仍是给予积极配合）。节后，我司本想立即开工，但是一来此前部分材料商已有过激之言，称“如果不付钱，我们将东西拖回去”，为避免意外，不得不对进场人员有一定限制。二来由于春节前贵司未能足额支付、导致我司一时之间难以召集民工班组全面进场；如现场没有足够的施工管理人员，我司担心放任分包进场发生工伤、盗窃或其他损失（2013年3月2日，贵司指定分包绿化景观施工单位进场擅自盗接电源即是明证）。当然，如贵司定要开启大门，贵我双方可以坐下来协商一个既安全、又有利施工的管理办法（贵司销售人员陪同购房客户进出工地是没有问题的，惟在工地内应小心谨慎、避免意外）。

诚如我司一向所言，即使双方目前存在一定分歧，我司仍愿继续履行合同，双方配合将工期赶上去，将工程做好。但一些基本的问题、基本的困难希望贵司能够解决（详见我司2013年2月25日提交贵司《关于再次恳请建设单位协调项目施工相关事宜的函》），特别是开工前的预付款（材料商等对此非常指望）、一期工程的停工补偿、二期高层停工的脚手架拆除损失、延期付款的利息等问题。这些费用，一来确实发生，而责任不在我司；二来贵司邓总裁于工地现场考察时，曾当众明确表态同意承担，当时数十人陪同，邓总裁一言九鼎，材料商、民工班组对邓总裁的承诺寄予厚望，如贵司不能履行，将极大地伤害邓总裁的声望，在情、理、法各方面也讲不过去；第三，本项目确实没有利润，如贵司兑现补偿承诺，我司将补偿款用于赶工措施，为贵司赶工期、减少损失，成就一个双赢的局面，何乐而不为呢？

特此致函。希望收到贵司积极的回音。

安徽龙城建筑工程有限公司

2013年3月2日

· 结果 ·

RESULT

建设单位在文字及证据方面占不到优势，最终只能坐到谈判桌上来。在本所的支持下，施工单位与建设单位经过一个半月（七轮来回）的艰苦磋商，最终就工程复工的启动资金、此前延期付款的利息、停工损失的赔偿数额、复工后的资金安排等方面达成一揽子协议，对合同中比较含糊的条款进行了修订，同时还解决了自2008年开工以来前期工程留而未决的疑难问题，且让双方承诺互不追究此前可能存在的工期、质量等方面的违约责任。应该说结果还是非常满意的。

· 后记 ·

POSTSCRIPT

虽然本次索赔基本达到了预期目标。但是，工期压力毕竟存在。所以，在复工协议达成之后，本所立即提醒施工单位：

（一）在本次谈判过程中，我方可能给建设单位留下咄咄逼人的印象，双方关系不可避免受到一定伤害。由于此后合作还有多年时间，关系过于紧张对施工企业不利（付款、签证等需要甲方支持），所以一定要想方设法予以修复。而修复关系最有效的手段，是完成预定的工期计划。按时完工、如期交房，比什么手段都有用。

（二）开工之后，虽说住宅工程并不复杂，但涉及到主体结构、地下室防水、土方回填、外墙（粉刷、保温、涂料、面砖、铝窗、干挂石材）、屋面等多个分项工程，全面计划协调至关重要。如果现有负责人不是非常称职的话，在管理人员配置上，应予以加强。兵在精不在多，关键是要有一两个非常内行的人抓总指挥，协调各方面、各班组的关系。

（三）关于进度较慢的王德良施工班组，不论是否继续让其施工，建议公司张总直接与其协商。如要继续干下去，应谈定后续的施工计划和人员安排、还有前面的停工补偿；如不干，如何退出，均应谈清楚。张总出面谈能够直接拍板。这件事情不宜拖。

（四）从有利与王德良班组谈判的角度，建议龙城公司立即通知黄文奇班组（负责另外几幢建筑的服务态度较好的班组）进场施工。既对甲方有交待，同时对王德良有触动作用。这是一步可以马上走的棋（有利无弊）。如果王德良班组有想法，马上谈定一个补偿数额也可以，愈快谈定愈好。

（五）同时还建议立即着手通知前面13幢多层的施工班组立即进场，检查剩下的扫尾工作，确保5月30日的节点工期能够完工。

（六）如需要采取赶工措施的，建议花一些小钱。只要将进度赶上去，日后与甲方协商，希望他们支付一定赶工措施费，还是有可能的（此前与建设单位集团总部的毛总助商谈时，提起过赶工措施费的事情。他们的意见是赶上去再来谈）。进度不上去，日后话不好讲。

（七）当然，日后对甲方的防范心理还是要有有的。此次停工要求补偿、索赔等对甲方多少有一定冒犯，防止对方秋后算账。所以在复工后，合同履行过程中的文件往来（函件、核定单、签证、会议纪要等各类材料），建议让本所帮助把关。不害人，但防人之心不可无。有证据，日后无论是谈判，还是涉诉，心中有底气。

从一起案例看分包合同的风险化解

□ 文 / 上海元始律师事务所 汇编

· 案情 ·

在某工业厂房建设工程纠纷案中，由于建设单位拖欠巨额工程款导致总承包方未能结清与水泥、钢材供应商、钢管租赁商等分包单位的余款。工程竣工后，数家分包单位先后在工程所在地法院起诉总承包方，要求其支付欠款及利息。总承包方在应诉后陆续败诉。由于总承包方项目部未得到建设单位付款，因缺乏资金无法及时履行判决，案件进入执行程序。总承包方公司总部于执行程序中被迫向各家分包单位偿付了欠款，还支付了相应的利息。同时，总承包方还支付了法院审理的相关诉讼费、律师费、申请执行费等，共计数十万元。

在应付分包单位诉讼的同时，总承包方将建设单位起诉至法院，请求法院判令建设单位支付工程欠款、利息、并赔偿相关损失，其中包括上述与分包单位诉讼有关的损失数十万元，其认为造成该损失应归因于建设单位拖欠工程款。而建设单位认为，总承包方向法院和律师支付的诉讼费、申请执行费、律师费等费用与自己无关，而且，在双方签订的总承包合同中并未约定建设单位要赔偿总承包方与第三方的诉讼损失。

最终，法院经过审理后判决驳回了总承包方有关与第三方诉讼损失的这项诉讼请求。

· 分析 ·

《中华人民共和国合同法》第一百一十九条规定：“当事人一方违约后，对方应当采取适当措施防止损失的扩大；没有采取适当措施致使损失扩大的，不得就扩大的损失要求赔偿。当事人因防止损失扩大而支出的合理费用，由违约方承担。”

在本案中，建设单位拖欠工程款构成了违约。根据施工合同，向总承包方支付工程款价款及违约金，无疑是建设单位的义务。但是，根据合同法的上述规定，总承包方与分包单位诉讼发生的额外费用即属于“扩大的损失”，总承包方应当采取适当措施防止此类损失的扩大。这是由于一般情况下，总承包合同和分包合同属于背对背的合同，分包合同为总承包合同项下的合同，其价款已包含

在总承包合同价款中，因此建设单位违约除承担总承包合同中的违约金外，并无义务承担总承包合同价款以外的其他费用。

当然，也有特殊情况，即总承包合同有不同约定——如果合同条款写明：一旦建设单位拖欠工程款，导致总承包方与第三方之间发生诉讼，在总承包方提供相应付款凭证后，建设单位除承担总承包合同项下的欠款利息（违约金）外，还应赔偿总承包方实际支出相应的诉讼费、申请执行费、法院执行中产生的费用、律师费等。可是，在本案中，建设单位与总承包方并没有将此约定写进总承包合同中，因此建设单位没有义务承担总承包合同价款以外的其他费用。



· 建议 ·

在本案中，总承包方扮演的角色显得有些“无奈”，其不仅要对众分包单位承担相应的违约责任，还要另外承担由于建设单位拖欠工程款而导致的额外诉讼损失。为了避免以上这些额外的损失，笔者认为，总承包方在对外洽谈相关承包项目时应注意以下三个方面的问题。

首先，扩展总承包合同中的建设单位违约赔偿范围。由于《中华人民共和国合同法》第一百一十九条规定的“防止损失扩大而支出的合理费用”，在全国人大法制工作委员会的立法解释和最高人民法院的司法解释中尚未明确定义，因此笔者认为，金额适度的欠款利息（违约金）、法院审理诉讼费，以及合理的律师费开支是可以被认为是“因防止损失扩大而支出的合理费用”的，故这些款项应由违约方——建设单位来承担。因此，总承包方在中标后的签约谈判环节中，应争取将上述“损失补偿”条款并入总承包合同中，从而明确建设单位拖欠工程款的违约责任。

其次，在谈判签订分包或者采购合同时，总承包方可以考虑加入所谓的“PayWhenPaid”条款（得到建设单位付款后再安排分包

款），即约定收到建设单位工程款后顺延一定期限（比如14天或者21天）再（同比例）安排支付分包单位或者供应商款项。以避免同时面对建设单位拖欠工程款和分包单位催讨、起诉的风险。

最后，注意把握这种情形下合同范围变更的处理原则以及应对分包单位诉讼的策略。如果经过建设单位、总承包方双方协商，总承包合同在履行过程中原为甲供料后由于特殊原因改为乙供料，总承包合同金额做核增，那么总承包方除要求建设单位在合同价款外增加支付自己供料的合同金额及其他支出的合理采购费用，包括招标、签约的费用外，一旦建设单位拖欠工程款，总承包方应采取适当措施防止与分包单位、供应商有关的损失扩大。与之对应的是，如果原为乙供料后改为甲供料，总承包合同金额做核减，那么建设单位仅能在合同价款中减去甲供料部分的乙方原报价金额，不得扣除由于一旦建设单位缺乏资金导致的建设单位自身被甲供料的供应商起诉引起的“扩大损失部分”，这样做的原因即：建设单位不得由于己方过错而将损失转嫁于总承包方。

同时，《中华人民共和国合同法》第

一百一十九条规定的“适当措施”，要求总承包方在应对分包单位催款或者诉讼时，在总承包合同条款没有明确约定补偿的情况下，不能幻想今后起诉建设单位时可以得到补偿，必须积极应对分包单位诉讼，尽可能采取友好协商、庭外和解或者庭内调解的方式尽快解决纠纷，避免牵扯过多精力，尽量降低支付金额，避免承担额外损失。但是，目前多数国内建筑施工企业的项目部资金为独立结

算，一旦建设单位拖欠工程款，单凭项目部的力量不可能筹措到足够资金来解决与分包单位的纠纷，在这种情况下，施工企业必须统一资金运用，在建设单位拖欠工程款时先行安排资金“安抚”分包单位，或和分包单位建立利益共同体和统一战线，联合分包单位共同向建设单位催讨欠款，把工作重点放在对建设单位索赔和结算上。上述案例反映出的问题应引起相关单位的重视。

· 评析 ·

本案中，总承包方因建设单位拖欠工程款遭巨额损失，向建设单位索要相应赔偿却未获法院支持。可见，总承包方在分包合同中化解风险确属必要。如何在分包合同中化解相应风险呢？根据笔者多年的经验，一般说来，分包合同条款中应包含如下内容：

一、关于质量：分包单位为本分包工程质量的第一责任人，对工程质量包括所有的质量事故负责。若建设单位因本分包工程的质量处罚总承包方，所处罚金全部由分包单位承担，总承包方有权并在建设单位罚款额度的基础上加收10%作为违约金。

二、关于工期：分包单位应按照建设单位和总承包方要求的工期实施本分包工程。若因分包单位责任造成工期延误导致建设单位处罚总承包方，所有罚金均由分包单位承担。总承包方有权并在建设单位罚款额度的基础上加收10%作为违约金。

三、关于签证：若在施工中发生设计变更或修改、且影响造价时，分包单位可办理签证，以总承包方名义报建设单位审批。经建设单位同意的签证纳入结算，执行本分包合同有关计价和管理费、下浮比率等有关规定。若建设单位拒绝分包单位有关签证变更价款的要求，则总承包方对分包单位亦无任何补偿。

四、关于付款：若建设单位延迟付款给总承包方，则总承包方亦相应延迟付款给分包单位。若总承包方能追索建设单位延迟付款赔偿，则总承包方按相应比例支付分包单位延迟付款的补偿。若总承包方未能获取延迟付款赔

偿，则总承包方对分包单位亦无任何补偿，亦不承担任何逾期付款违约金。

若总承包方有确切证据表明，分包单位的工程质量存在问题，或者分包单位拖延支付给劳务班组、材料设备商或者相关单位，则总承包方可根据实际情况，决定是否暂停支付或者减少支付分包单位工程进度款。

五、关于其他违约：除本合同前述约定的质量、工期、安全文明施工处罚之外，若合同履行过程中，因分包单位责任导致政府职能部门或建设单位对总承包方进行经济处罚，所发生的处罚全额由分包单位承担。

上述五条约定，将来自于政府或建设单位的风险，转嫁给分包单位承担，条件虽然看起来稍苛刻，但却也在情理之中（绝大多数项目能够让分包单位签署这样的合同条件）。建筑法规定，总承包方就分包工程对建设单位承担连带责任。连带责任的内容应包含权利和义务两方面，完成分包工程并确保分包工程的进度、质量是总承包方、分包单位双方的共同义务，而收取建设单位的工程款是共同的权利。因此，如果分包合同约定，工期、质量、安全文明施工等由分包单位承担，且待总承包方收到建设单位工程款后再支付分包单位工程款，体现的是对连带的权利和义务作了特别约定，此约定不违背法律的规定。在司法实践中，如果分包合同有这样的约定，法官一般都会按分包合同的这个约定来处理案件。（评析人：上海元始律师事务所 李宗猛律师）

工程款优先受偿权的解读

□ 文 / 上海元始律师事务所 汇编

最高院在2002年6月20日做出了《关于建设工程价款优先受偿权问题的答复》，具体内容如下：

1、法院审理案件时应适用合同法第286条关于工程款优先受偿权的规定，认定建设工程的承包人优先受偿权优于抵押权和其他债权。

2、消费者交付购买商品房的50%以上款项后，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。

3、工程款优先受偿权行使的期限为六个月，自建设工程竣工之日或工程合同约定的竣工之日起计算。

4、优先受偿的工程款包括承包人实际支出的费用，不包括因发包人违约所造成的损失。

该答复再次确认了工程款优先受偿权的效力，但也限制了优先权的部分内容，在实践中产生了一系列的争议。为便于理解，现结合实践中法院的普遍做法，对优先权的要点进行讲解。

1、工程款优先权是指发包人逾期不支付工程价款时，承包人可以与发包人协议将该工程折价，也可以申请法院将该工程依法拍卖，承包方就该折价或拍卖的价款优先受偿。

2、优先受偿权是一种优先权，目的在于优于其他债权（如银行、购房者对开发商的债权）实现；优先权未能实现，不影

响承包人对发包人的债权。

3、为保障社会公共利益，医院、学校、港口、机场等影响国计民生的基础设施，不能作为优先受偿权的对象；商品房买卖中，消费者已经支付了50%以上款项的，也不受优先权对抗。

4、优先受偿的款项指承包人为工程施工实际支出的部分，而不包括发包人违约造成的损失。具体来说，包括人工、材料、税费、管理等，而不包括违约金、担保金、利息等。实际操作中，法院是按照合同约定的工程结算造价确定优先受偿的债权范围。

5、工程已经竣工的，优先受偿权行使的期限是工程竣工之日起六个月；工程尚未竣工的，行使期限为合同约定的竣工之日起六个月。承包方只要在该期限内向发包人发出要求行使优先权的通知，就能保障该权利不失效。

6、发包人要求承包人在工程合同内承诺放弃优先受偿权的，该约定有效。作为承包人，我们不能随便放弃这一法定权利。

7、装修装饰工程的发包人不是该建筑物的所有权人或者承包人与该建筑物的所有权人之间没有合同关系的，装修承包人不能对工程行使优先受偿权。对于装修公司，只有与建设单位有合同关系时，才能行使优先权；同时，签订合同时，应调查发包人是否为建筑工程的所有人。

工伤保险中的疑难问题

□ 文 / 上海元始律师事务所 汇编

工伤事故始终是施工企业的心头之痛。2012年，本所处理的工伤事故案例之多异乎寻常。从4月份至12月份九个月之间，本所先后受理17起建筑工人意外死亡事故，协助处理六十余起一般工伤（从十级至四级伤残不等）。今年第一季度，又遇到多起伤亡事故。

事故频发之原因，一来是观念上的疏忽；二来由于市场调控，房地产业上游资金紧张，施工单位降低安全防护措施的投入；三来近年人工费用上涨，建筑企业雇用缺乏经验的新人以降低成本，而新入行民工的安全观念相对淡薄，大大增加出事概率。一旦发生意外，企业背负重担，伤者本人及家属亦遭受无法弥补的损害。

随着气温的日渐升高，又到了事故高发的季节。加强安全教育、采取必要的措施、将风险防患于未然，是企业减少损失的王者之道。

为协助企业处理相关工伤事故案例，本所针对企业常见问题集中作答，期冀对各企业有所帮助。如企业在生产中遇到其他问题，欢迎随时垂询，便于本所将本栏目长期连载，愈办愈翔实。



1. 能否以商业保险替代社会保险？工伤职工投保了人身意外伤害保险，能同时理赔吗？

自2012年4月1日起，本市外来从业人员综合保险停止施行。与注册在本市的在沪施工企业建立劳动关系的外省市非城镇户籍的外来从业人员，应当同时参加基本养老保险、基本医疗保险和工伤保险。由此企业每年要为每名员工多支出近万元费用（日后还要逐年升高）。而商业保险的付费额度相对较低，许多企业询问能否购买商业保险以替代社会保险？

【解答】

工伤保险与人身意外伤害保险是两种性质不同的保险，可同时存在，两者的保险待遇也不发生重叠或抵消，工伤职工可同时享受工伤保险待遇和人身意外伤害保险赔偿。

【典型案例】

A建筑总公司承接了B大厦施工工程，并为包括邵某在内的82名员工在某保险公司投保了建筑工程团体意外伤害保险（保险金额为20万元/人）。保险合同约定按劳动能力等级支付保险金，保险期间至B大厦工程结束。A建筑总公司未到社会保险部门缴纳工伤保险。

2010年7月3日，邵某在施工时大拇指被锯断，经植活后拇指关节功能丧失。经鉴定为伤残七级。保险事故发生发生在保险期间内。

2010年12月8日，保险公司将理赔款8万元支付给邵某。

2011年4月，邵某委托律师将A建筑总公司诉至南京市浦口区劳动争议仲裁委员会，要求A建筑总公司支付各项工伤待遇共计16万余元。A建筑总公司认为，用人单位已为员工投保人身意外伤害险，其目的就是降低企业风险，保险公司支付的8万元理赔款应予以扣除。

【理论解析】

我国为了保障劳动者的权益，规定用人单位有为员工参加工伤保险的义务，一旦员工发生工伤，用人单位均应当依法给予工伤保险待遇，而无论用人单位是否为员工缴纳工伤保险。本案中邵某虽未参加工伤保险，但其所在公司仍应当对邵某承担工伤赔付责任，用人单位不能将未参加工伤保险作为逃避工伤给付责任的理由。

再看工伤保险赔偿与意外伤害保险赔偿是否可以同时并存。从性质来看，工伤保险属于社会保险，是强制性、基础性的社会保障；意外伤害保险属于商业保险，是自愿的、补充性的保障，二者是可以并存的，并不存在相互排斥。《工伤保险条例》中，并未规定劳动者在接受了意外伤害保险赔偿后，就丧失了请求工伤保险赔偿的权利。所以，邵某在得到意外伤害保险赔偿后，仍有权向A建筑总公司要求工伤保险赔偿，A建筑总公司不得以邵某已经得到保险赔偿为由拒绝给予邵某工伤保险待遇。

所以，A建筑总公司主张保险公司已支付的8万元理赔款应从工伤待遇赔偿款中予以扣除缺乏法律依据。

【后述】

可见，一旦发生工伤，由于企业没有为员工缴纳工伤保险，应该由工伤保险赔偿的部分全部由企业承担；加上企业购买商业保险的费用支出，企业的负担不减反增。施工企业希望购买意外保险以降低企业负担的目的不能实现。由于员工可以获得两份赔偿，商业保险只能视为企业对员工的额外福利。

2. 劳动合同中可否约定将社会保险费直接支付给员工？

【典型案例】

陈某为农村进城务工人员，2012年春到一家公司工作。订立劳动合同时，陈某表示不愿意上社会保险，能否将公司应缴纳的相应社保费直接支付给其本人。公司也考虑到一部分员工经济困难，不想参保，希望直接获得货币形式的社会保险费用，因此，同意将应付的社保费折现，每月连同工资一起支付给陈某。年底合同到期后，公司不愿与陈某续订劳动合同。陈某则要求公司为其补缴合同签订期间的社会保险费用。

【理论解析】

《劳动法》第72条规定，用人单位和劳动者必须依法参加社会保险，缴纳社会保险费。可见，社会保险具有强制性，依法参加社会保险，缴纳保险费用，是用人单位与劳动者的法定责任和义务。只要用人单位和劳动者依法确立了劳动关系，用人单位就必须参加社会保险，按照社会保险的项目、保险费缴纳的方式和标准、保险待遇的内容和标准等为员工办理参加社会保险的相关手续。由于参加社会保险是法律规定的强制性义务，其不因双方当事人的任何约定而被排除或免除。本案中，虽然双方对不办理社会保险和以其他形式支付社保费用达成了协议，但由于该约定违反了法律的强制性规定，因此，该约定无效。



3. 试用期未滿能认定为工伤吗？

【解答】

试用期包括在合同期内。职工与用人单位自签订劳动合同之日起，劳动关系就已确立，应该认定为工伤。

【典型案例】

何某与某幕墙公司于2012年5月签订了为期3年的劳动合同，合同约定试用期半年。2012年7月5日，何某在工作中因机械故障受伤，住院治疗一个月，在住院治疗期间何某家属曾向企业提出工伤待遇申请。伤愈后，何某找企业报销医疗费时，企业不仅不按工伤支付相应医疗费用，还以误工为由只发给基本生活费。其说法是何某试用期未滿，不是企业正式职工，不能享受工伤待遇。

问：幕墙公司的做法对吗？

【理论解析】

幕墙公司以何某在试用期不是正式职工为由，不按照国家法律、法规规定支付其工伤保险待遇，是违反劳动法律、法规的。理由如下：

一是《劳动法》及其相关的配套法规规定，试用期包括在合同期内。何某与幕墙公司自签订劳动合同之日起，劳动关系就已确立，成为该企业的职工。劳动合同依法签订具有法律约束力，双方当事人必须履行合同规定的义务。如果劳动者在试用期内被证明不符合录用条件的，用人单位可以解除劳动合同；在出现这种情况之前，用人单位不保障劳动者的权益，显然是违反劳动法的。

二是何某既然成为该企业职工，就应享受国家规定的保险福利待遇。第一，该企业应该向当地劳动保障部门申请认定工伤，并为何某申请劳动能力鉴定确定伤残等级。第二，为何某落实工伤医疗待遇。第三，为何某落实停工留薪期待遇，保持原工资福利待遇不变。

4. “工伤保险由劳动者自行缴纳”的约定是否有效?

【解答】

《工伤保险条例》规定，用人单位应作为一个整体为本单位的所有职工(雇工)缴纳工伤保险费，其工伤保险费用由用人单位按工资总额的一定比例缴纳，职工个人不缴纳工伤保险费。因此单位与劳动者约定“工伤保险由劳动者自行缴纳”无效。

【理论解析】

约定“工伤保险由劳动者自行缴纳”的情况通常有两种：一是企业认为高薪可以代替社会保险，另一种是企业在发工资的时候将社保费用一同发给劳动者，让劳动者自行缴纳。但是缴纳工伤保险是法律规定的用人单位的一项强制性义务，所以无论是哪种情况，这样的约定都是无效的。一旦发生工伤，用人单位还是要承担全部的工伤保险赔偿责任。

5. 没有基本工资，只拿提成的销售人员在工作中受伤是否属于工伤?

【解答】

该问题不能一概而论。

【理论解析】

要确定是否属于工伤，关键在于双方是否存在劳动关系。对于没有基本工资、只拿销售提成的销售人员，通常存在两种情况：一种是要接受公司的人事制度和销售制度的管制，以公司的名义对外从事销售业务，但薪酬主要与销售业绩挂钩，这属于松散型的劳动关系；另一种是虽然以公司的名义对外开展业务，但公司对其考勤无任何约束，也不向其发出任务指令，仅按销售业绩给其约定的提成作为报酬，或者是其先从公司购买商品，再转手卖给第三方来赚取差额利润，这些属于居间关系或经销商关系，而非劳动关系。因此，属于第一种情况的，在工作中受伤后就属于工伤，可以申请工伤认定并要求相应的工伤待遇；属于第二种情况的，则不属于工伤，也就无权要求工伤待遇了。

因此，对企业来说，为避免承担不必要的负担，对于从事居间（中介）服务或代理服务的人员，企业应该与其签订居间合同或代理合同（合同模板可问本所索取）。明确了居间关系或代销关系，一旦发生工伤，企业不用承担相应用工责任。

6. 借调人员发生工伤,由谁承担工伤保险责任?

【解答】

《工伤保险条例》第四十一条第三款规定：“职工被借调期间受到工伤事故伤害的，由原用人单位承担工伤保险责任，但原用人单位与借调单位可以约定补偿办法。”

【理论解析】

也就是说，借调人员的工伤保险仍应当由原用人的单位来办理和缴纳，发生工伤后工伤赔偿责任也由原用人单位承担。但为了公平起见，原用人单位可以在借调前或借调后与借调单位就借调期间工伤保险费和发生工伤后的赔偿等工伤保险费用事宜达成协议，由借调单位承担一部分或者全部，支付给原用人单位或代付给工伤职工。

7. 工作时间突发疾病是否属于工伤?

【解答】

是疾病，当然不是工伤。但企业应给予劳动者医疗期。在医疗期内企业要支付至少是当地最低生活费标准的工资。

【理论解析】

根据《劳动部办公厅关于在工作时间发病不作工伤处理的复函》（劳办发（1994）177号）、《劳动部办公厅关于在工作时间发病是否可比照工伤处理的复函》（劳办发（1996）133号）及《工伤保险条例》第十五条有关规定，劳动者在工作时间和工作岗位上突发疾病的，通常不按工伤处理，但如果高强度的工作或恶劣的工作环境是突发疾病的重要诱因的，可根据具体情况比照工伤待遇处理。如果是突发疾病死亡或在48小时内经抢救无效死亡的，视同工伤，可按工伤的程序和标准处理。

8. 劳动者违章作业造成事故的是否属于工伤？对单位造成损失是否需要劳动者赔偿？

【解答】

属于工伤。如果工伤职工对单位造成损失，工伤职工的工资在支付个人及其抚养的家庭成员的有关费用后，尚有剩余的，公司可扣除剩余部分作为对公司损失的赔偿。

【理论解析】

劳动者违章作业，要么是因其缺乏相关的专业知识，要么是为了“图方便”，并没有料到会发生事故，或者知道可能会发生事故但轻信能够避免，主观并没有自杀或者自残的故意。而劳动法对工伤的认定采取的是“无责任补偿原则”，即发生工伤事故时，无论工伤职工在事故中有没有责任，都应当依法得到补偿。因此，违章作业发生事故的，仍属于工伤。当然如果该工伤职工的工资在支付个人及其抚养的家庭成员的有关费用后，尚有剩余的话，该公司可以扣除剩余部分作为对公司损失的赔偿，否则该公司不得扣减该职工的工资，也不得另行要求劳动者赔偿。由于实践中要扣减员工工资、以弥补企业损失是很困难的事情，所以应该加强监管，杜绝违章的发生。

另外，根据《工资支付条例》的规定，单位对于个人处罚的，扣罚工资不得高于当月工资的20%。

9. 因公饮酒造成伤亡的是否应认定为工伤？

【案例】

工地结构封顶后，施工企业的管理人员陪同质监站、建设单位等工作人员饮酒。不慎饮酒过量抢救无效。可否视为工伤？

【理论解析】

工地检查后，陪同质监站和建设单位人员饮酒，确实可视为工作关系。但是，《工伤保险条例》第十六条明确规定，醉酒导致伤亡的不属于工伤，此处的“醉酒”应做扩张解释，即凡因超过自身承受能力的“过量饮酒”造成的伤亡均不属于工伤。

10. 为保护单位财产而伤亡的是否属于工伤?

【典型案例】

秦某在一个建筑工地上干活，其岗位是一般的建筑工人。在一天晚上收工休息后，听闻建筑工地上的电缆线正在被盗窃，于是出来追捕正在逃窜的盗窃者。可是在穿越一条公路时，被一辆路过的机动车撞死。在交通事故中，秦某被认定承担主要责任。

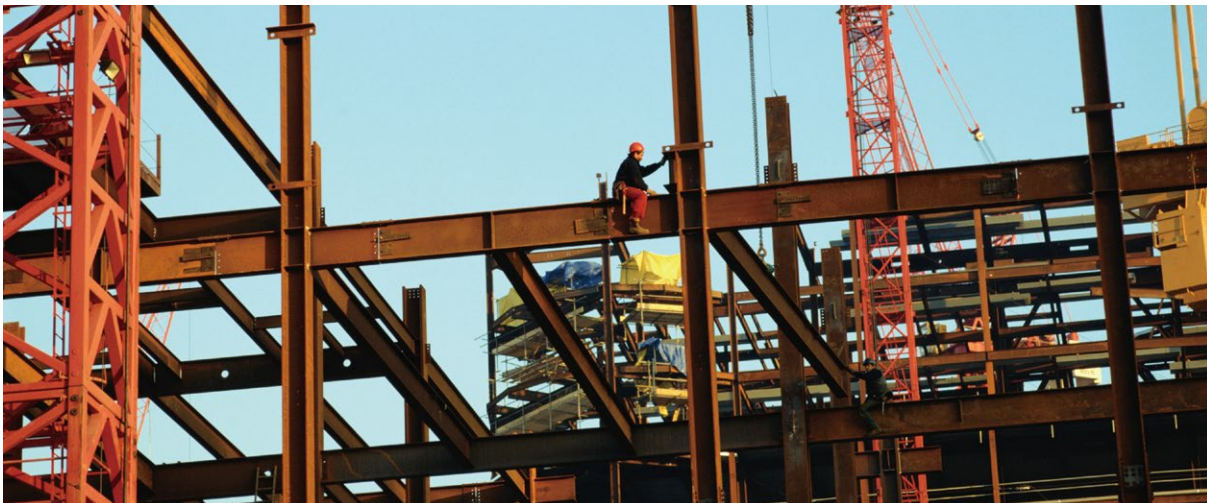
问：秦某这种情况是否属于工伤？

【理论解析】

我国工伤保险条例中规定，1、职工在工作时间和工作场所内，因履行工作职责受到暴力等意外伤害的属于工伤。2、职工因工外出期间，由于工作原因受到伤害或者发生事故下落不明的也属于工伤。3、职工在抢险救灾等维护国家利益、公共利益活动中受到伤害的视同为工伤。本案中秦某并非在抢险救灾，因此不能适用上述规定的第3项。因为交通事故并非发生在工作时间及工作场所内，因此也不能适用第1项。秦某为维护用人单位的财产利益，防止盗窃者逃匿而外出追捕盗窃者，可以被认定为因工外出。其外出时的工作职责就是采取妥当方式控制盗窃者，秦某因在履行该工作职责时受到了交通事故伤害，可以适用上述第2项，认定为工伤。

从另一个方面，即便劳动部门未认定为工伤，从无因管理的角度，秦某家属也可以此向用人单位索赔。





11. 上下班途中发生的事故都可认定为工伤?

【解答】

上下班途中发生交通事故，并非均为工伤。

【典型案例】

2011年7月4日，某企业职工谭某骑摩托车上班时发生交通事故，造成右腿骨折和脑震荡后遗症。经交警部门认定，谭某抢道通行，违反了《中华人民共和国道路交通安全法》第四十四条的规定，应负交通事故的主要责任。事后谭某向当地人力资源和社会保障行政部门申请认定工伤，但是人力资源和社会保障部门作出不予认定为工伤的决定。

【理论解析】

根据《工伤保险条例》中规定，“在上下班途中，受到非本人主要责任的交通事故或者城市轨道交通、客运轮渡、火车事故伤害的”，应当认定为工伤。但如果职工在上下班途中，受到本人主要责任的交通事故或者城市轨道交通、客运轮渡、火车事故伤害的，则不能认定为工伤。

12. 离退休人员在单位组织的外出疗养、旅游途中发生伤亡的是否属于工伤?

【解答】

离退休人员在单位组织的外出疗养、旅游途中发生意外伤害，不能按照工伤处理。

【理论解析】

(1) 工伤保险的对象是职工而不是离退休人员。工伤保险制度是对在工作时间和工作场所内，因工作原因遭受事故伤害或者患职业病的职工提供医疗救治、经济补偿。工伤保险的对象是在职职工，一般适用与用人单位建立劳动关系的劳动者，而离退休人员已不在生产、工作岗位，不属于工伤保险的对象；

(2) 从工伤保险的范围来看，离退休人员外出疗养、旅游属休闲活动，而不是因工作原因，不属于工伤保险的范围。不符合条例规定应当认定为工伤的七种情形。所以，离退休人员外出疗养、旅游发生的意外伤害事故不能认定为工伤。

13. 上下班途中被电动车、自行车等撞伤是否可以认定为工伤?

【解答】

上下班途中被电动车、自行车等撞伤不能认定为工伤。

【理论解析】

《工伤保险条例》第十四条第一款规定：职工在上下班途中，受到机动车事故伤害的，应当认定为工伤。

被电动自行车撞伤的员工不能认定为工伤。这是因为在我国《道路交通安全法》《道路交通安全法实施条例》中认定电动自行车为非机动车。

对于什么是机动车，什么是非机动车，《道路交通安全法》第一百一十九条第三款规定：“机动车”是指以动力装置驱动或者牵引，上道路行驶的供人员乘用或者用于运送物品以及进行工程专项作业的轮式车辆。该法第四款规定：“非机动车”是指以人力或者畜力驱动，上道路行驶的交通工具，以及虽有动力装置驱动但设计最高时速、空车质量、外形尺寸符合有关国家标准的残疾人机动轮椅车、电动自行车等交通工具。

规定中明确了电动自行车为非机动车，无论车速多少。因此，在上下班途中被电动自行车撞伤，不符合工伤认定的条件，不能认定为工伤。

14. 上班途中遭遇车祸受伤能够获得交通、工伤双重赔偿吗?

【解答】

将医疗费、丧葬费、护理费、伙食费等列为一次性消耗费用，不能向用人单位或侵权人重复求偿。

【典型案例】

2010年11月14日早上，阿凤乘坐其丈夫阿荣无证驾驶的二轮摩托车（该车无年检且前轮制动技术状况不符合要求）去上班，阿凤未戴安全头盔。在行经某路段时，摩托车与一辆客车发生碰撞，造成阿凤和阿荣不同程度受伤。经交警部门认定，阿荣承担事故主要责任，客车司机和阿凤承担次要责任。2011年6月，阿凤一纸诉状将客车司机及客车投保的某保险公司告上法庭。经过司法鉴定等程序，法院审理确定阿凤损害后果的赔偿责任由客车司机承担30%，阿荣承担50%，阿凤自负20%。

此案中，阿凤在遭遇车祸后，先是以对方客车司机和保险公司为被告要求侵权赔偿，随后，在法院审理工伤行政确认的案件过程中，又向劳动仲裁部门申请劳动仲裁，要求用人单位给付工伤赔偿费用。那么，阿凤可以要求并获得双重赔偿吗？

【理论解析】

据了解，根据《工伤保险条例》第十四条，职工在上下班途中，因非本人主要责任的交通事故或者城市轨道交通、客运轮渡、火车事故而受伤的，应当认定为工伤。所以，阿凤的受伤应属于工伤。但根据相关规定，职工在获得侵权赔偿后，用人单位可以在工伤保险责任中扣除包括医疗费、残疾辅助器费、工伤职工在停工留薪期间发生的护理费等五项内容。这些费用有共同特点：一是因伤害实际产生的直接费用；二是这些费用均有非常明确的单据凭证；三是这些费用均由劳动者、用人单位、侵权人之外的其他主体所收益，受伤害职工或其家属不应该从这些费用中收益。

专家解惑

□ 文 / 上海元始律师事务所 汇编

1、朋友借钱我做担保，朋友耍赖能否通缉？

【问题】朋友急需借钱，我出于同情，在借贷关系中任担保人。现在到了偿还截止日期，朋友一直找借口推迟，后来干脆联系不上。借款人有一套房子，并且之前答应过以房子偿还。请问我们可以通过通缉的方式找到他吗？我们可以直接拍卖他的房子吗？如果不行，那我该怎么办？

解答 >>>

您想将您朋友的房产拍卖来偿债的前提是，该套房子为该次借贷做了抵押，房产的抵押必须经过登记才产生效力，仅仅承诺以房抵债并不能产生抵押效力。如果该房没有经过登记，是不能以抵押物的名义予以拍卖的。

很可能债权人会起诉您，要求您履行债务，您在履行债务后可以向您朋友追偿。在此，我们提醒，担任保证人一定谨慎，因为一旦成为保证人，特别是连带保证人，其地位就无异于债务人。

至于您说是否可以去举报，我们认为本案到现在，总体还是民事案件，并不涉嫌犯罪，自然也无法予以通缉。

从减少损失的角度，可以立即调查借款人这套房子的情况（看房屋产权人是谁、是否设定抵押）。如果房屋还在这个赖债的朋友名下，且没有抵押，可以对这套房屋采取保全措施。

2、甲方不配合签证，施工单位是否可以停工？

【问题】我公司与甲方签订的工程施工合同约定签证资料必须加盖甲方公章方为有效。在施工过程中，甲方提出了部分工程变更，但当我司要求甲方对我公司递交的签证资料盖章时，甲方却种种推脱，例如管章的人出差了，项目负责人不在等等。这种情况该如何是好？

解答 >>>

首先，由于甲方显然处于合同的相对优势一方，因此，诸如“签证应当加盖甲方公章方为有效”这样的条款施工单位根本不可能要求更改，在这种情况下，如果没有加盖甲方公章，就可能导致签证无效，贵公司要求延长工期、增加费用的目的就可能无法实现。因为甲方盖章是贵公司与甲方约定的签证生效的要件。

其次，甲方拒绝按照约定方式签证也并非毫无办法。按照法律规定，如果公司能够以签证以外的其他证据证明工程变更是甲方提出并要求贵公司实施的，可以以其他证据确认

工程变更、工期和价款调整等。因此，如果甲方一味拒绝加盖公章，贵公司应搜集整理好甲方发出工程变更指令及贵公司施工内容因此进行变更调整的证据，还有签证已递交甲方签收的记录，例如以快递、邮寄等方式递交的有关凭证等，隐蔽工程还应做好影像资料的留存。有了这些资料，贵公司就可以通过索赔实现施工合同约定的签证目的了。同时，如果条件允许，可以找监理单位加盖监理章。

最后，冒然停工不但无法逼甲方就范，若在不发任何书面通知的情况下单方面停工，反而会被甲方倒打一耙。即便甲方就范，给了签证，也会在最终结算时给施工单位小鞋穿。所以不到万不得已还是不要停工为好。

总之，停工是施工单位最后的一枚弹药，如果停工，一定要事先做好万无一失的准备。还是应当先礼后兵，如果所剩工程造价已经不多，不妨先完工，然后再找甲方要签证。要是造价高，那可以慢点干，准备着做，做到一半或者不到的时候领甲方监理去看看，他要是不签就先缓缓，放一两个工人做做样子，问起来可以说，不给签证，工人干的没劲回家了，没人干活，没钱买材料，诉诉苦。



3、在主债务人的财产无法变现时，法院能否执行一般保证人的财产？

【问题】某商业银行申请执行主债务人星光厂、一般保证人松花江公墓管理公司（以下简称管理公司）一案，因星光厂无其他财产可供执行，执行法院查封了该厂的一批仪器。由于该批仪器已经陈旧，经多次拍卖均无人竞买而流拍，某商业银行不同意以物抵债并且对一般保证人管理公司提出执行申请。执行法院冻结了管理公司的银行存款后，管理公司提出异议，认为该公司承担的仅仅是补充义务，星光厂的仪器评估价值已经足以满足商业银行的债权，现商业银行不同意以物抵债，则该公司就不应承担责任。管理公司的异议是否成立？

解答 >>>

在执行程序中，一般保证人享有先诉抗辩权，也就是说只有在主债务人没有可供执行的财产时，法院才能执行一般保证人的财产。但是，应当注意，主债务人所具有的财产必须是方便法院执行的财产。本案中，星光厂的仪器多次拍卖而流拍，说明该财产无法变现，债权人又不愿意以物抵债，只能视为主债务人无方便法院执行的财产。还应当注意的是，接受债务人的财产以抵偿债务是债权人的权利而非义务，一般保证人不得以此为由拒绝履行债务。综上，管理公司的异议理由不能成立，人民法院可以执行其财产。

4、当事人自愿达成以物抵债协议的，是否还要对标的物进行价格评估？

【问题】最高人民法院《民诉法意见》第301条规定：“经申请执行人和被执行人同意，可以不经拍卖、变卖、直接将被执行人的财产作价交申请执行人抵偿债务，对剩余债务，被执行人应当继续清偿。”在执行中，申请执行人和被执行人协商同意以物抵偿所有债务，是否还要经物价部门评估作价？

解答 >>>

当事人在执行程序中享有处分权。当事人自愿达成以物抵债协议并就价格达成一致意见，正是当事人在执行程序中处分自己实体权利的行为，只要这种行为不违反法律的规定，并且不损害第三人的合法权益，人民法院无权加以干涉。因此，申请执行人和被执行人协商同意以物抵偿所有债务，无需经物价部门评估作价。

5、对于结算报告甲方拖而不审，审而不决，付款遥遥无期该怎么办？

解答 >>>

首先，公司可以先和甲方确认无争议部分的工程造价，将有争议项目单列，与甲方另行协商或向法院提起诉讼。其次，如果甲方没有协商的诚意，贵公司应尽快就整个竣工结算造价或有争议部分提起诉讼或仲裁，要求甲方支付工程款和从工程实际交付之日起计算的欠付工程款的利息，避免一拖再拖。

此外，还有一个小技巧：在签订施工合同时，尽量在专用条款3.2款中约定“适用建设部369号文”，因为该文规定：在接到竣工结算报告和完整的竣工结算资料后的20~60天内，甲方应提出竣工结算审查意见，否则视为认可竣工结算报告；这样一旦甲方拖延审查竣工结算报告，贵公司就可以要求甲方按自己计算的竣工结算造价支付工程款了。

6、法院查封物被留置后，留置权人能否优先受偿？

【问题】洪某申请法院强制执行杨某拖欠款30万元。法院立案执行后，查封了杨某的奥迪轿车1辆（允许其继续使用，但不得转移、隐匿、毁损、变卖、抵押），并在车管所进行了查封登记。在执行过程中，洪某与杨某经协商达成和解协议，在签订协议时先付10万元，余款20万元在3个月内付清。协议达成后不久，杨某因酒后驾车，车损人伤。车被拉到修理厂修理后花去修理费4万元。由于杨某未能支付修理费，修理厂即将该车留置。3月期满后，因杨某未能向洪某支付余款20万元，故洪某要求法院继续执行。执行人员即到修理厂扣押查封该奥迪车，修理厂提出要先付清4万元修理费。那么修理厂的主张是否合法呢？

解答 >>>

查封的效力在于禁止债务人对已查封的不动产予以处分，债务人丧失了处分权，但仍拥有所有权。经执行法院许可，债务人可为必要的管理和使用。最高人民法院《关于人民法院执行工作若干问题的规定（试行）》第42条规定：“被查封的财产，可以指令由被执行人负责保管。如继续使用被查封的财产对其价值无重大影响，可以指令由被执行人继续使用。因被执行人保管或使用的过错造成的损失，由被执行人承担。”据此，本案被执行人在使用被查封的车辆致该车辆发生损失后，应就该车辆的损失额向申请执行人承担赔偿责任，同时应向修理厂支付修车的费用；被执行人无其他财产可供执行时，可以该车的变价款承担责任。依据《合同法》第264条关于“定作人未向承揽人支付报酬或者材料费等价款的，承揽人对完成的工作成果享有留置权，但当事人另有约定的除外”的规定，修车厂作为修理该车的承揽人，对该车享有留置权，即对该车拍卖或变卖后所得的价款应当优先受偿。

7、甲方拒绝验收，竣工日期如何确定？

【问题】由我公司施工的某厂房工程已经完工，我公司多次要求甲方组织验收，但其以各种理由为借口拖延不进行验收，并以急需投产为由开始使用已经完工的厂房。我公司应该怎么办？

解答 >>>

甲方在工程竣工后不及时组织验收，首先是想拖延应当支付给贵公司的竣工节点工程款，其次是想“造成”贵公司不能按期完工的局面，要求贵公司承担工期拖延的违约责任。

首先，按照法律规定，工程未经验收或者验收不合格的，不得交付使用。所以甲方拖延验收时，贵公司可以拒绝交付工程。其次，按照建设工程施工合同示范文本的规定，贵公司应按照合同约定的时间提交竣工验收报告并要求甲方签收，甲方应在收到竣工验收报告后28天内组织有关单位验收，并在验收后14天内给予认可或提出修改意见。如果甲方收到贵公司提交的竣工验收报告后28天内不组织验收，或者验收后14天内不提出修改意见，则视为竣工验收报告已被甲方认可。按照最高人民法院的解释，该工程以承包人提交验收报告之日为竣工日期。最后，如果甲方不经验收而擅自使用的，其应承担擅自使用部分的质量责任，但是在建设工程合理使用寿命内地基基础工程和主体结构质量责任仍由贵公司承担。

案例警示

□ 文 / 上海元始律师事务所 汇编

香港媒体《东方日报》4月19日发表《中华民族向钱看到了最缺德时候》。文章用《三国演义》“诸葛亮骂死王朗”中的一句名言形容今日之中国：“庙堂之上，朽木为官，殿陛之间，禽兽食禄；狼心狗行之辈，滚滚当朝，奴颜婢膝之徒，纷纷秉政。”港报言辞容或有过激之处，但社会诚信、道德下降却是不争的事实。体现在建设领域，近年来相继涌现了一批新问题、新案例，企业因一时疏忽造成损失的例子时有报道。本文结合几个真实案例进行分析，希望对各单位有所启示。

一、银行开出假保函 万吨水泥被骗走

案情 >>>

一张从哈尔滨农业银行动力支行新阳分理处主任办公室里开出的假保函，使得黑龙江省一家水泥厂万吨水泥被骗走。哈尔滨警方日前破获这起诈骗案。

哈尔滨立嵩建筑装饰工程有限公司法定代表人张秋梅与黑龙江省某水泥厂签订了一份价值255万元的水泥购销合同，合同约定立嵩公司先期支付20%的货款51万元，其余货款用银行保函作抵押担保，并在银行开出了担保函，立嵩公司并承诺在次年5月1日前付清全部货款。

到了付清货款的最后期限，立嵩公司已是人去楼空。水泥厂到银行进行核实，结果发现立嵩公司抵押的保函是假的。

经侦查，警方发现这是一起有组织、有预谋的团伙诈骗案，有人欺骗水泥厂签订合同，有人假扮银行主任开出假保函，有人负责销赃。

犯罪嫌疑人朴永浩、张秋梅、蒋文忠、刘春江为图谋钱财，利用虚假的银行保函为担保，谎称购买冬储水泥，用虚报注册资本成立的哈尔滨立嵩建筑装饰工程有限公司与黑龙江省某水泥厂签订了水泥购销合同。

同时，朴永浩让刘春江在哈尔滨农业银行动力支行新阳分理处的主任办公室里冒充主任。此前，朴永浩指示张秋梅、蒋文忠，给这个银行分理处的主任送去5万元现金，让他在水泥厂来银行核实保函时提供方便。亲眼看见保函出自银行主任办公室，水泥厂负责人深信银行保函是真实的，于是双方正式签订了合同。

在合同签订后，立嵩公司立即将水泥全部提走，随后以低于出厂价销售，非法占有水泥款70余万元，供个人挥霍。

评析 >>>

银行保函作为国内、国际通行的担保模式，在商业活动中使用愈来愈普遍。但是，在案发之前，几乎没有人会怀疑银行保函的真实性（不是专业人员，确实也难以分辨保

函的真伪)。保函骗局的受害者不仅有一般的企业管理者,自我保护意识甚强的法律人士也曾在假保函面前折戟沉沙。湖北武昌一名律师即被伪造银行公章造假的“保函”骗走60万元。

戴律师告诉记者,2011年初,经朋友引见,他认识了嘉鱼男子杜某。杜某称他在咸宁市咸安区要开发3000亩林地,急需资金周转三个月,等不及到当地银行办理贷款。于是,在杜某提供了银行保函这一充分“保障”后,他借给了杜某60万元钱。

然而,借款到期后,杜某并未归还借款。戴律师多次给杜某打电话,杜某总是今天推明天,明天推后天,至今未归还分文。不得已之下,戴律师与记者一道来到咸宁市咸安区向信用社追索。该区农村信用合作联社营业部负责人查看“保函”后表示,正规公章最下方要用数字区分柜员编号,这份“保函”上的公章系伪造;其次,该营业部并非法人单位,不能提供“保函”,“保函”要加盖信用合作联社的公章,且要有联社法人代表的签名才有效,此“保函”显然系伪造,“保函”提供者涉嫌诈骗,应向警方报案。

所以,对于金额较大的交易行为,对方以银行保函作为担保时,应有一定的警戒之心。

二、陕西豪华“项目部”骗局 涉案金额达3000多万

案情 >>>

没有任何政府批文、没有任何招投标手续,犯罪嫌疑人凭借临时组建起来的豪华项目部,撒下了弥天大谎,导演了一起利用假公章、假身份、假工程等制造的特大系列合同诈骗案,32人受骗上当,涉案金额高达3000多万元。

据报案人讲,这个工程项目部位于宝鸡市的高新区,自称是中铁十五局第一项目部,不仅机构庞大,办公区域内工程、预算、财务、土方大队等机构一应俱全,而且装修得非常豪华。看到这个架势,想做工程的老板趋之若鹜。

大量受骗群众报案后,警方介入调查。在中铁十五局的积极配合下,终于认定了这27名嫌疑人,没有一名是中铁十五局的正式员工,或者合同制聘用员工,他们和中铁十五局没有任何法律关系,这个证据充分证明所谓的中铁十五局第一项目部的一切工程都是虚假的。其后,27名犯罪嫌疑人在西安、宝鸡落网。

案件的教训可谓惨痛。该案上当受骗者为32人,多数受骗者最终是血本无归,涉案金额高达3000多万元。民警侦查中从27名嫌疑人身上查获了46张银行卡,涉及190个账户;经过公安和银行部门的协作,在这190多个涉案的账户中,又核查出六千余笔涉案交易。

行骗者中,尽管农民和无业人员就有24人,但是其智商已经远远超出了传统农民“忠厚老实”的范畴。行骗之初,看到不断有人找上门来,为了骗取更多的钱财,这个“豪华项目部”又导出了一个潜规则。要想承包到工程,必须先“孝敬”项目部的人。于是红包、烟酒、饭局、高档礼品接踵而至。记者在看守所见到了其中的两位犯罪嫌疑人,仅这两人就收取了红包和保证金一千多万元。

评析 >>>

天上不会掉馅饼。为承接项目,缴纳保证金之前,还是要有必要的分辨。付款之前,不能单看对方来头,应对发包方的资信背景进行审慎调查,切忌为对方的光环所迷惑而疏于防范。非法融资、集资、诈骗者,在事发之前,几乎个个都有一身的光环;前期的手续(招投标手续、规划许可证、施工许可证、质监安监的报监)应非常完备。多留一个心眼,是避免损失的不二法门。



三、企业招用建造师挂证 未签订合同判赔四万

案情 >>>

建筑公司招用注册建造师挂证（以维持资质和年检），双方不签订劳动合同，大家讲好一年多少钱，纯粹挂证、不用上班，这种合作模式在建筑行业中较为常见。但是，一旦双方发生纠纷，建筑公司要面临很高的诉讼风险。成都某法院日前判决了一起此类案件。

建造师何先生将其二级注册建造师证等挂在一家建筑公司，该建筑公司向他支付一定费用。何先生离职后申请劳动仲裁，要求解除双方劳动关系，索要解除劳动关系的经济补偿金、未签劳动合同的两倍工资等近9万元。后建筑公司向仲裁委员会申请反诉，称何先生由于工作失误给公司造成4.7万余元损失，要求他赔偿。经仲裁，裁决建筑公司支付各项费用、经济补偿金等约5万元，并缴纳社会保险费，驳回了该公司的反诉请求。该建筑公司不服起诉，一审法院认为，因双方并未签订劳动合同，判决该公司支付4.4万的两倍工资及经济补偿金4000元。对工作期间的劳动职责和违约责任的追究，公司主张由何先生赔偿其全部损失没有依据，法院不予支持。上诉后，二审法院认为，由于未签订劳动合同，所以反诉的4.7万元不该由何先生赔偿，因此驳回上诉，维持原判。

评析 >>>

案件发生后，单纯指责建造师不讲诚信，是没有用的。在利益驱动下，礼义廉耻没有容身之地。也不能埋怨法院葫芦僧判断葫芦案：建造师既然注册在你单位，是不是你单位的员工？是你单位员工，你为什么 not 签订劳动合同？既然是员工，为什么不缴纳社会保险？不签订合同，我依照劳动合同法要求你单位支付两倍工资有错吗？

所以，机械地看，法院的判决并没有问题。施工企业不可能改变法官的思路，也不可



能改变当前资质、年检、招投标等方面对建造师的要求，因此建造师还是要招聘，正式用工和纯粹挂证的都可能少不了。关键是如何合法、安全地使用挂证的建造师。从避免风险的角度，如何与建造师签订合作协议、如何签订劳动合同，同时又不增加企业的负担，这方面的工作可以委托专业律师来处理。

四、包工头欠债不还 承包商无奈买单

案情 >>>

胡某某挂靠某建筑公司承接一公路修建项目，由于胡某某品行不良、业务不精，在施工过程中拖欠了巨额的砂石款和水泥款，以项目部名义出具欠条给材料供应商，而所得工程进度款大部分被其挥霍，导致工程无法正常进行。工程还没竣工，众多债主天天上门逼债，胡某某推脱不过，干脆外出躲起来，不再露面。建设单位多次向建筑公司去函催告，要求及时组织施工，否则将解除合同，将该公司列入黑名单。

建筑公司不得不组织资金和队伍将工程做完，并且还支付了胡某某拖欠的近百万元的材料款。

评析 >>>

本案是典型的对挂靠者把关不严，管理不严造成的后果。由于项目经理权限很大，特别是用项目部印章对外签订合同或者出具欠条等都对建筑公司产生法律效力，倘若不严格管理，所产生的损失不可估量。建议建筑公司对于挂靠者的人品、资信情况、有无不良记录等予以调查考核。同时，加强对项目的管理，特别是印章的管理，制定严格的使用程序，最大限度减少经营中的法律风险。

面向施工企业的法律服务

1. 工程款纠纷处理

本所在处理工程欠款方面拥有强健的律师团队，熟悉工程实务，帮助施工企业通过协商或诉讼、仲裁方式，处理工程结算纠纷，追索工程欠款。多年来卓有成效。

2. 担任企业常年法律顾问

- (1) 对于施工企业在经营活动中涉及的商务问题、法律问题，提供建议和咨询。
- (2) 起草、审核、修改公司对外签署的合同、章程、规章、规定等法律文件及提供法律意见。
- (3) 对施工企业在商务活动中可能遇到的法律风险提供具体的法律建议。
- (4) 安排适当时间和人员对施工企业的相关事务提供法律指导和培训。
- (5) 协助施工企业处理公司内部矛盾，包括审核公司规章制度、起草劳动合同，处理员工劳动纠纷和农民工工资纠纷。
- (6) 招投标法律服务
 - A. 审核建设单位的招标文件并提供专业意见。
 - B. 调查建设单位的资信，确定项目风险尤其是带资垫资风险。
 - C. 协助施工企业确定投标策略，起草、修订投标文件和投标承诺书。为施工企业最大限度地争取中标机会，规避投标文件中潜在的风险。
 - D. 审查、修改承包合同，规避合同风险。
- (7) 就项目实施过程中的签证、索赔事项，提供专业意见，协助处理索赔纠纷。
- (8) 参与竣工结算谈判，维护施工企业权益。
- (9) 就施工企业日常经营活动的有关事项与第三方交涉、谈判（包括发律师函等），维护施工企业的合法权益。
- (10) 代理施工企业以调解、仲裁、诉讼等方式处理与建设单位、分包单位、材料设备供应商或其他第三方之间发生的纠纷。如有涉及案件，按照优惠条件接受代理，并完成整个诉讼准备及审理、执行工作。

本所服务对象不仅仅包括土建总承包施工单位，桩基工程、围护工程、消防工程、幕墙工程、铝合金门窗、电力工程、智能化系统、电信工程、园林绿化景观工程、市政工程等专业施工单位，以及电梯、空调、人防设备、石材供应等各种材料设备商，亦是本所着力服务的对象。

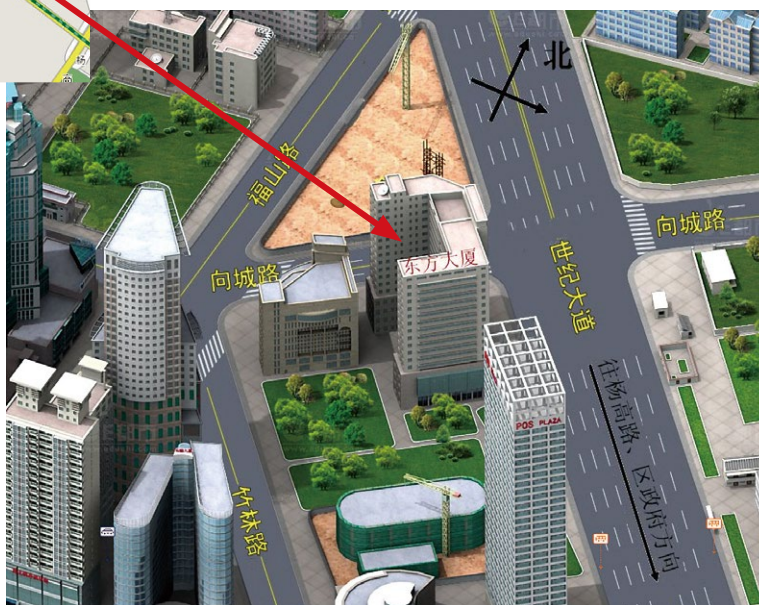
希望我们的努力，能为您的建设事业尽上一份绵薄之力！

来访路线 指南

地址：浦东新区世纪大道1500号东方大厦901室
 电话：021-68407068
 邮编：200122
 传真：021-68407466
 电子邮件：yuanshizixun@126.com
 网址：www.yslawfirm.com
 博客：http://blog.sina.com.cn/u/2019971895
 主任律师：李宗猛博士，13901686274



✓ 来访路线参考地图



如果您希望了解更多建设工程法律资讯，可致电上海元始律师事务所，咨询热线**68407068**、**13901686274**，或者登陆 <http://www.yslawfirm.com>、博客 <http://blog.sina.com.cn/u/2019971895> 李宗猛博士及事务所同仁愿竭诚为您服务。

声明：本刊所涉及事项截止于2013年3月31日。本刊所有署名文章均由本所《建筑法苑》编辑部独立撰稿，所有新闻资料均由编辑部汇编，上海元始律师事务所《建筑法苑》编辑部依法享有并保留所有版权。

诚然，我们在编撰本刊时，尽最大努力保证内容的准确和翔实。但是，工程实践中的情况千差万别，案情的细微差别、看似无关的证据缺失等，均可能对案件走向产生影响。因此，本刊所涉及观点并不能替代正式法律咨询和意见；发生争议时，不可简单参照本刊处理纷争。对具体问题，还是应该做具体的分析，必要时听取专业人员的意见。

必浚其泉源

欲流之远者

必固其根本

求木之长者

上海元始律师事务所

主任律师：李宗猛博士，13901686274
工程建设领域的专业律师事务所

地 址：浦东新区世纪大道1500号东方大厦901室

电 话：021-68407068

邮 编：200122

传 真：021-68407466

电子邮件：yuanshizixun@126.com

网 址：www.yslawPrm.com

博 客：<http://blog.sina.com.cn/u/2019971895>