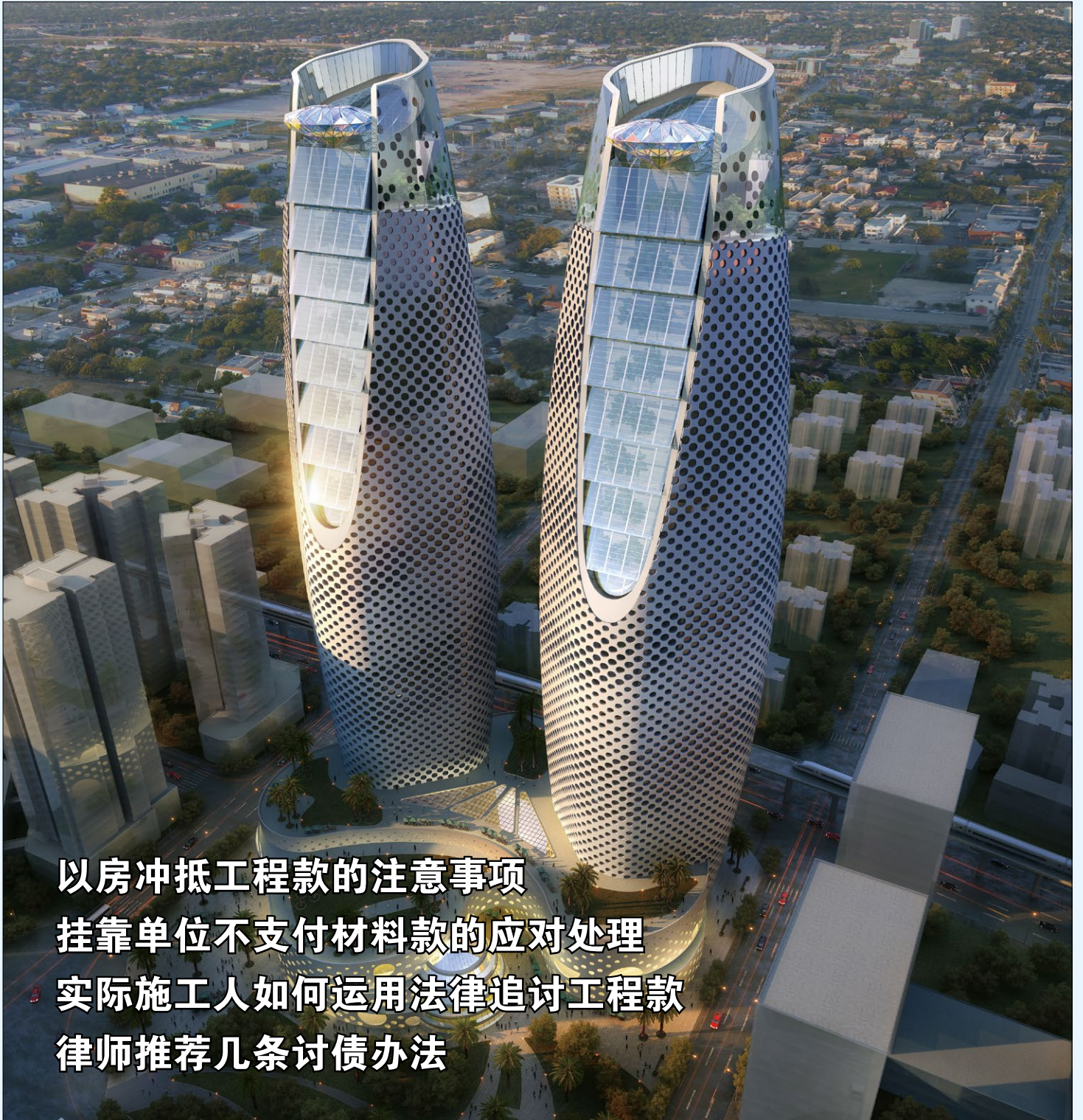


建筑法苑

施工企业篇

上海元始律师事务所主办

2013年第2期 总第15期



以房冲抵工程款的注意事项
挂靠单位不支付材料款的应对处理
实际施工人如何运用法律追讨工程款
律师推荐几条讨债办法

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2期 总第15期

CONTENTS

目录

施工企业篇

律所新闻 （2013年5月-8月大事记）	01
以房冲抵工程款的注意事项	03
<p>史无前例的房产调控政策，造成建设单位房屋销售成交量萎缩、开发资金紧张。为缓解资金压力，愈来愈多的建设单位选择用未销售的在建房屋抵付给施工单位，以冲抵部分工程款。以房抵款与传统的货币方式支付工程款存在明显不同，由此也衍生了较多的问题和矛盾。本文介绍以房抵款过程中应注意的六个方面问题。</p>	
挂靠单位的混凝土供应商向我公司追讨欠款如何处理	10
<p>项目经理越权使用项目印章，擅自签订材料供应合同，而挂靠单位又拒不履行材料款支付义务。材料商有意起诉总包方，挂名总包方如何应对？</p>	
实际施工人如何运用法律追讨工程款	12
<p>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。</p>	
律师推荐几条讨债办法	16
专家解惑	19
<p>针对工程实践中常碰到的问题，结合本律师事务所代理案件的结果、并参照最高人民法院专家法官的观点进行解答。</p>	
施工企业用工问题	23
最高人民法院《全国民事审判工作会议纪要》	27

律所新闻

(2013年5月-8月大事记)

NEWS



·本所协助多家施工企业处理建设工程施工合同纠纷·

由于市场经济影响，工程欠款案件日益增多，给施工企业造成巨大困难。某项目拖欠工程款2.2亿元，而建设单位根本没有履行能力，反拖欠高达数亿元的民间借贷，所有未销售房屋，全部被法院查封甚至被多家法院轮候查封。某施工单位为建设单位全垫资兴建工业厂房，业主是一个号称拥有数项专利的留美博士，拖欠工程款五千多万元，账户上没有资金，已建成的厂房全部抵押给银行；目前仅支付工程款400多万元，法庭上该留美博士竟声称全部工程款已经付完（对于“假洋鬼子”之类的发包人，施工单位应有足够的戒心）。另一起案件，施工单位不仅为建设单位全部垫资施工，还为建设单位融资2700万元，供建设单位支付钢结构、桩基分包工程款之用；工程至今几近完工，而建设单位一分钱工程款没有支付，借给建设单位的2700万元也分文未还，连垫资带借款高达9200万元，一个案件就抽空了企业的全部流动资金，让企业举步维艰。

建筑市场上僧多粥少，在较长时间内建设单位仍将处于主动地位。但是，施工单位切不可为承接工程而盲目冒进。订立合同前，对建设单位的过往信誉、支付能力应有审慎的调查，不可为建设单位的光鲜外表或虚言承诺而蛊惑。一旦贸然陷进去，要想解套绝非轻而易举。

·本所协助多家施工企业处理停工索赔纠纷·

因建设单位工程停工、缓建，给施工单位造成停工窝工损失的案例时有发生。是迫于建设单位的强势忍气吞声，还是据理力争维护企业的正当权益，是值得研究的课题。本所最近成功处理了多起索赔案例。某酒店项目，工程结算造价9200万元，通过当事人及律师的努力，建设单位同意补偿2800万元，索赔成功的额度可观。另一项目，虽然仅成功索赔280万元，但是复工协议上弥补了合同漏洞，免除了施工单位的过往工期延误责任，后续付款也有明确的承诺，索赔谈判取得了满意的结果。

根据本所的经验，在符合法理及足够证据的支撑下，有理、有利、有节地采取正确方法与建设单位协调、沟通，多数情况下能够争取一定利益，不宜轻易放弃索赔权。

·本所协助施工企业处理多起建筑工人伤亡事故·

高温引发工人伤亡事故骤然增多，自今年入夏以来，本所接连受理9起建筑工人死亡事故。某工地因钢结构屋顶垮塌，当场造成五人死亡、二人受伤，惊动国家安检总局。另一起工地事故，二死一伤。一名桩基施工单位的员工被挖机撞击身亡。还有工人因高温饮酒而意外猝死。

一旦发生事故，家属不问情由，总要问施工企业讨说法，给施工企业造成巨额负担。日前，上海地区最热的天气虽已过去，但炎热天气还将持续。工伤发生率与高温似乎成正比关系，企业应有足够的谨慎。加强工人的安全教育，配置必要的安全设施，选择具有一定经验的施工班组，是防止意外发生的有效手段。

·本所协助多家施工企业应对员工劳动纠纷·

2013年7月1日，新《劳动合同法》出台。国家对劳动者的保护越来越重视，而劳动者的法律意识也日渐增强。劳动者起诉企业要求支付工资、双倍赔偿的事件时有发生。数额从几千到上十几万不等，企业不能小觑，应引起足够的重视。案件败诉损失的不仅是金钱，还造成其他员工的不安，影响企业凝聚

力和士气。委托专业律师，建立严谨的用工制度、员工手册，规范劳动合同和薪酬结构，是防范纠纷的必要手段。

·李宗猛博士应邀担任江苏盛大建设工程公司常年法律顾问·

盛大公司具有建筑工程施工总承包、市政工程施工总承包、钢结构专业施工、管道工程专业承包等多项施工资质。凭借自身的专业技术优势和实力，独立承担各种大中型的工业和民用建筑工程、市政桥梁工程、公用公共建筑工程、水利工程、工艺设备管道安装工程。

·李宗猛博士应邀担任上海精文绿化艺术发展有限公司常年法律顾问·

精文公司是全资国有企业，上海园林工程一级施工企业。隶属中共上海市委宣传部。公司成立于1998年，注册资金人民币2000万元。公司同时还具有养护认证资格、绿化装饰能力认证资格，是从事园林景观绿化规划设计及施工养护、园林养护、室内外绿化艺术装饰、花艺经营、电子商务、都市现代农业园、观赏植物研发生产销售、物流仓储等综合型的绿化专业公司。

·李宗猛博士应邀担任上海博大园林建设发展有限公司常年法律顾问·

博大园林公司成立于1999年，其是集园林设计、施工与养护为一体、具有城市园林绿化一级资质的综合性园林性工程设计施工企业。公司先后承建市政、公园、住宅、企事业单位的园林绿化近百项，包括北京西山温室、北京杏林山庄、上海国际赛车场、上海公共卫生中心、外环线、奥林匹克花园、深水港商务广场、南京世茂滨江等一批具有较大影响的绿化景观工程。

·李宗猛博士应邀担任上海闵绿实业有限公司常年法律顾问·

闵绿公司成立于1993年，是一家专业从事园林景观设计与施工、建筑工程、建筑装饰的综合型施工企业。公司综合能力雄厚，具备园林绿化、建筑施工、建筑装饰等各类工程的施工能力。多次荣获上海市守合同重信用企业称号，连续多年被评为闵行区文明单位，为上海的城市环境建设做出了贡献。

·李宗猛博士应邀担任上海隆盛钢结构制造有限公司常年法律顾问·

隆盛钢结构成立于1991年，在国内钢结构专业领域拥有良好声望。公司本部占地面积23亩，厂房建筑面积8000余平米，注册资金1580万元。公司在当地政府的大力支持下业务不断拓展，形成了自有的“隆盛钢构”品牌。

·李宗猛博士应邀担任上海国兰建筑材料有限公司常年法律顾问·

国兰公司是一家专门从事商品混凝土生产销售的企业。公司成立以来，始终坚持质量第一、管理科学、服务到位、用户至上的指导方针。先后为泰日动迁、华特容器、凯翔建设、世博园智利馆、枫丹白露等上百个工程项目提供了优质的商品混凝土，赢得了广泛的市场赞誉。

·李宗猛博士应邀担任上海维牙纳机电设备安装工程有限公司常年法律顾问·

维牙纳公司主要从事消防工程、暖通管道及水电安装施工任务，并经营机电设备、电动工具、阀门、电子计数机及配件、空调设备及配件、建筑五金等建筑材料设备的生产和销售。

·李宗猛博士应邀担任上海博超科技有限公司常年法律顾问·

博超公司是专业从事弱电工程的施工单位。公司拥有多项资质，是上海市电子制造行业协会（电子商会）、上海市安防报警协会、上海市刑事科学技术协会、上海市漕河泾开发区企业协会等行业协会的理事单位，以及全国安全防范报警系统标准化技术委员会（SAC/TC100）通讯委员单位等。公司具有“上海市高新技术企业”、“国家软件企业”和“上海市浦东新区研发机构”等称号，先后获得2010年度上海市“明星软件企业”和“优秀软件产品”等荣誉。

以房屋冲抵工程款的法律问题

□文 / 上海元始律师事务所 李宗猛律师

史无前例的严控政策下，城市房价的快速上涨势头确已受到部分遏制。然而，房屋销售成交量萎缩、开发资金紧张、进而给整个建筑业下游带来不利影响却也是不争的事实。为缓解资金压力，愈来愈多的建设单位选择用未销售的在建房屋抵付给施工单位，以冲抵部分工程款。

以房抵款与传统的货币方式支付工程款存在明显不同，由此也衍生了较多的问题和矛盾。实践中，接受以房抵款的企业应注意以下六个方面的问题。

一、订立严谨合同

由于以房抵款通常交易数额较大，有些甚至达到数千万，因此双方当事人应当采用书面形式对权利义务作出明确具体的约定。合同若存在缺陷，日后产生纷争，施工单位难以摆脱不利地位。要知道，建设单位一般具有较为深厚的人脉资源和关系，也能够动用较大资金聘用专业律师为其保驾护航。所以，施工单位宁愿一开始就将抵房协议拟定得非常完善，没有歧义。

二、固定抵房价格

在双方协商以房屋冲抵工程款时，对于房屋的价格，合同双方通常采用两种方式：（一）建设单位承诺以将来抵付时的公开销售价的一定优惠比例计算价款；比如，双方可约定抵房价格为甲方日后实际销售价格的72%。（二）另一种方式是在抵房协议中明确具体的销售价格；比如约定冲抵房屋单价为16700元/平方米。

对于前者，在订立以房抵款协议时，一定要让建设单位拿出所有销售房屋的单价表（一房一价表），乘以相应折扣比例，即为冲抵房屋的价格。然后，将这份价格表作为抵房协议的附件。避免日后建设单位抛出虚高的销售价格，而损害施工单位的利益。

三、落实冲抵房源

用于冲抵工程款的房号（比如几幢几号几零几室），一定要在合同中明确。某公司在上海郊区承接的一个工程，结算价3.4亿元，建设单位提出其中6800万元用房屋冲抵，双方未约定房号，仅写明施工单位可以有优先选房权，冲抵单价统一为14600元/平方米。协议签署后，施工单位向建设单位要求选房时，建设单位根本不配合，拿出来供施工单位挑选的都是朝向、楼层最差的房屋。几个月下来都谈不拢，施工单位无奈起诉。建设单位一边尽一切办法拖延诉讼程序，一边加紧卖房，近一年的诉讼过程中，建设单位将好的房屋差不多都卖光了。最终施

工单位拿到判决书，剩下的都是一些“鸡头鸡脚”未销售房屋，已经卖掉的好房屋又不可能从其他业主手上夺过来。施工单位签署抵房协议时，原本是想将抵到的房产转手给材料商或分包单位，或者自行出售后套现的，但剩下的房产根本卖不出去，材料商及分包单位也不愿意接手。明知道建设单位违约又不讲诚信，但是法院也很难追究建设单位的责任。

四、及时办理手续

冲抵工程款的房屋有两种消化方式。第一是施工单位自行购买或者指定朋友、家人购买抵款的房屋，办理房屋过户手续。第二种是仍委托建设单位向不特定的第三人销售，销售款到位后支付给施工企业。不论采用哪种方式，都应注意办理手续的时间。

如施工单位自行购买或者指定朋友及家人购买，应立即签署房屋销售合同（或者预售合同），并在条件具备后（房屋建成具备交付条件、建设单位办出大产证）办理房屋过户手续。拖延办理产证可能造成不测的风险。以下是一个真实的案例：某建设单位在2003年以5套房屋冲抵300余万元工程款给施工企业，签订了抵房协议和房屋销售合同，建设单位开具了与抵款额相同的房屋销售发票给施工单位，房屋钥匙也给了施工单位。但是，建设单位一直欺瞒施工单位，声称房屋不能缴纳维修基金，因此也不能办理房屋产权过户手续。施工企业信以为真，近10年时间内也未过问产证事宜。其后，无意中向笔者提及如何处理五套房屋事宜，笔者立即提醒房屋登记在原开发商名下存在的风险。安排查询后结果令人难以置信，开发商已经将这五套抵款的房屋，又以1600万元的价格抵押给银行。

如委托开发商销售，也应该明确一个时间。比如说，半年之内若能按照施工单位同意的条件对外销售，销售款归施工单位。若半年之内不能销售，则施工单位应该有将房屋过户给自己单位或指定买受人的准备。因为房屋的所有权以登记为标志，登记在开发商名下的房屋，即使有抵房协议，也属于开发商。如开发商拖欠其他款项（不论是真实债权还是虚假债权），其他债权人可以起诉、查封登记在开发商名下的房屋，并申请执行，所以登记在开发商名下的抵款房屋，对施工单位来说存在法律上的风险。

也许施工单位有顾虑，如过户过来，日后再销售就变成了二手房，不好卖；而且还涉及两次销售的税费。但是，与房屋登记在开发商名下的风险及可能的损失比较下来，花费一定成本，将房屋过户至自己名下，还是值得的。当然，如果有可能，施工单位自行找到合适的购买人，及早从建设单位将房屋直接销售、过户到买受人手上，这样的成本最低，但是在销售方面需要动脑筋。

五、明确税费分担

（一）一般说来，房屋销售过程中的契税、印花税等，应由建设单位及房屋最终买受人根据法律和政策规定各自承担。作为接受以房抵款的施工单位，不应承担由此产生的费用（除非施工单位自己来作为买受人，将房屋过户到施工单位自己名下，则应承担房屋买受人应支付的税费）。

（二）施工单位不应该承担任何广告费、宣传费、公关费或任何其他类似名目的费用。施工单位也不应该承担销售代理公司的中介费用（即使开发商委托某代理公司担任独家代理销



售)。

(三) 双方若在以房抵款协议中明确了冲抵价格, 如实际销售价格高出抵款价款, 超出部分的溢价应该属于施工单位。若产生溢价, 依照国家规定应由房屋出卖人支付的契税、印花税、维修基金及其他费用, 冲抵价款额度内的部分由建设单位承担; 溢价部分对应的税收(包括建设单位在溢价部分缴纳的营业税、所得税)、契税、印花税及维修基金由施工单位承担(应由房屋买受人承担的费用, 则由实际购房人承担)。

(四) 关于房屋销售款发票及工程款发票涉及的税费, 宜按照以下原则处理:

1. 若房屋的实际销售价格低于抵款价格(比如双方商定以某套房屋冲抵280万元工程款, 结果该套房屋实际对外出售价格为265万元):

(1) 建设单位按照房屋实际销售价格(265万元)向房屋买受人开具售房款发票。开具售房款发票涉及的税金由建设单位承担。

(2) 施工单位按照房屋实际销售价格(265万元)向建设单位开具工程款发票。开具工程款发票涉及的税金由施工单位承担。

(3) 房屋买卖过程中, 依照国家规定应由房屋出卖人支付的契税、印花税、维修基金及其他费用, 均由建设单位承担(应由房屋买受人承担的费用, 则由实际购房人承担)。施工单位不支付由此产生的任何费用。

2. 若房屋的实际销售价格高于抵款价格(比如双方商定以某套房屋冲抵280万元工程款, 结果该套房屋实际对外出售价格为328万元):

(1) 建设单位按照房屋实际销售价格(328万元)向房屋买受人开具售房款发票。开具售房款发票涉及的税金分担原则如下: 冲抵价款(280万元)之内的税金由建设单位承担, 溢价部分($328 - 280 = 48$ 万元)的税金由施工单位承担(为避免分歧, 双方可在抵房协议中事先

谈定施工单位承担的税金为溢价款的一定比例，比如说10%~14%左右。事先不谈定，日后税收清算是很麻烦的事情，耗日持久，建设单位有可能以此为借口，迟迟不将销售款支付给施工单位。我们碰到这样真实的案例，施工单位将抵款房屋卖给亲友，银行按揭贷款只能进入建设单位账户，建设单位以税收未清算为由，将这部分款项扣留不给施工单位）。

(2) 施工单位以冲抵价款（280万元）向甲方开具工程款发票（请注意，此处的工程款发票不是实际销售价格328万元）。开具工程款发票涉及的税金由施工单位承担。溢价部分不再开具工程款发票。

六、在其他方面，需要注意的有：

(一) 房屋过户过程中，建设单位不得向施工单位收取手续费、代理费或任何其他名目的费用。对于抵款房源的购买客户，建设单位必须承担房屋出卖人的义务，在办理房屋预售合同（买卖合同）及备案登记、房屋交付、过户（小产证）手续等诸方面不能设置任何障碍。

(二) 如果建设单位已将冲抵工程款的房屋抵押给他人，则必须要求建设单位在约定时间内撤销抵押。如抵押权人要求建设单位支付费用后，方能撤销抵押，则所有费用由建设单位负责承担，并由建设单位直接支付给抵押权人，不得从抵款房源的销售款中扣除。

由于以房抵款的情况各不相同，例如冲抵工程款的房屋性质不同，如商品房、办公楼、酒店式公寓；取得抵款房屋后的用途差异，如出租、自用、套现、转嫁给分包；建设单位不能履约的原因千差万别，是资不抵债、濒于破产，还是一时的周转困难。因此以房抵款协议的约定内容、风险防范重点亦因此而有变化，单凭施工企业自己的判断难免百密一疏。有可能时，还是应当聘请专业的律师协助把关，并对其后问题进行跟踪处理，如房屋销售合同的签订、房产过户手续办理等，将风险防患于未然，切实保护自身的利益。



房屋冲抵工程款协议书

示范文本

甲方：金陵盛大酒店有限公司

乙方：金陵盛大房地产开发有限公司

丙方：江东八建集团有限公司

(注：公司名称、项目名称均为化名)

鉴于：

丙方为甲方承建金陵明珠假日酒店工程总承包施工任务。工程已经竣工验收、交付甲方投入使用。甲方、丙方已办理该工程的结算工作，双方并于2013年5月10日签署《工程款支付协议》。协议约定，甲方在征得乙方同意后，以价值2500万元的房产（金陵盛大花园项目已建成的商业住宅房屋）清偿对丙方的工程欠款。

就房屋冲抵工程款事宜，甲乙丙三方经友好协商一致，达成如下协议条款：

一、以房抵款的基本原则

- (一) 乙方自愿以其拥有完全所有权的房屋为甲方清偿对丙方的工程欠款。
- (二) 乙方依照本协议约定，向丙方清偿工程欠款后，视为甲方已经履行了对丙方的等额给付义务。
- (三) 乙方为甲方清偿工程款，与甲方之间由此产生的权利义务关系，由甲乙双方自行协商解决，与丙方无涉。丙方并不因此对乙方负有债务。

二、抵款房源

(一) 甲乙丙三方同意，以附件一所列明的房屋抵偿对丙方的工程欠款（以下简称“抵款房源”）。抵款房源的冲抵价格详见附件一。抵款房源的房屋产权证（大产证）详见附件二，大产证的权利人为乙方。

鉴于附件一上列明的抵款房源的总价超出2500万元（差额为人民币23.56万元），对于最后一套抵款房屋在依照本协议约定对外销售后，乙方可将本项差额（亦即人民币23.56万元）从销售款中扣除。除此之外，乙方不得以任何名义扣减丙方款项。

(二) 本协议签署之后，对于抵款房源，由丙方自行寻找房屋买受人。丙方就抵款房源之中一套或多套与房屋买受人谈妥购房条件后，乙方应当与丙方指定的房屋买受人按照丙方同意的售房条件订立房屋买卖合同（对于丙方自行寻找的购房客户，以下简称“指定买受人”），办理房屋过户手续。丙方同意的售房条件应以书面形式通知乙方。

(三) 乙方或乙方聘请的房屋销售代理公司亦可向丙方推荐房屋买受人（以下简称“推荐买受人”）。若推荐买受人获得丙方认可，丙方以书面形式通知乙方，由乙方按照丙方同意的条件与推荐买受人订立房屋买卖合同，办理房屋过户手续。推荐买受人的房款全额支付之后，丙方可按推荐成交的房屋销售价格百分之一向乙方或乙方聘请的房屋销售代理公司支付居间报酬。

除前款约定的居间报酬之外，丙方不承担任何广告费、宣传费、公关费或任何其他类似名目的费用。乙方与销售代理公司之间的权利义务关系，与丙方无涉。

(四) 房屋买受人（不论是指定买受人还是推荐买受人）支付给乙方的购房款，乙方应当在收款后两

个工作日内全额支付给丙方。如房屋买受人以银行按揭方式支付购房款，则在银行贷款到达乙方账户后两个工作日内，乙方应将银行贷款全额支付给丙方。如乙方违背本条约定，视为乙方根本性违约；乙方应参照同期银行贷款利率的四倍向丙方支付违约金，同时甲方对乙方的违约行为承担连带责任。乙方将售房款支付给丙方，视为履行等额工程款的清偿义务。

（五）丙方亦可自行作为抵款房源的房屋买受人与乙方签订房屋买卖合同。丙方自行购买抵款房源时，乙方不得拒绝，且应按规定为乙方办理房屋过户手续。丙方自行购买房屋时，视为乙方履行了与销售合同价款等额的工程款清偿义务。

（六）指定买受人、推荐买受人或者丙方自行购买时，房屋销售合同的价格可以低于、等于或者高于附件一上列明的冲抵价格。但均应事前获得丙方书面认可，由丙方根据市场行情及资金状况决定。乙方不得擅自决定抵款房源的销售价格，亦不得再行对外销售抵款房源。

三、销售过户过程中的费用分担

（一）如丙方同意的房屋实际销售价格（以房屋买卖合同约定的额度为准，下同）低于或者等于附件一上列明的冲抵价格：

1. 乙方应将实际销售款支付给丙方。实际销售价格与附件一上列明的冲抵价格之间的差额由丙方自行承担。甲方或者乙方不向丙方支付款项弥补亏损。
2. 乙方按照房屋实际销售价格向房屋买受人开具售房款发票。开具售房款发票涉及的税金由乙方承担。
3. 丙方按照房屋实际销售价格向甲方开具工程款发票。开具工程款发票涉及的税金由丙方承担。
4. 房屋买卖过程中，依照国家规定应由房屋出卖人支付的契税、印花税、维修基金及其他费用，均由乙方承担（应由房屋买受人承担的费用，则由实际购房人承担）。丙方不支付由此产生的任何费用。

（二）如丙方同意的房屋实际销售价格高于附件一上列明的冲抵价格：

1. 乙方应将实际销售款全额支付给丙方。实际销售价格超出附件一上列明的冲抵价格所产生的溢价收益归丙方所有（溢价款 = 实际销售总价 - 冲抵价款）。甲方或者乙方不得以任何理由截留。
2. 乙方按照房屋实际销售价格向房屋买受人开具售房款发票。开具售房款发票涉及的税金分担原则如下：冲抵价款之内的税金由乙方承担，溢价部分的税金由丙方承担（丙方承担的税金为溢价款的12%）。
3. 丙方按照附件一上列明的冲抵价款向甲方开具工程款发票。开具工程款发票涉及的税金由丙方承担。溢价部分不再开具工程款发票。
4. 房屋买卖过程中，依照国家规定应由房屋出卖人支付的契税、印花税、维修基金及其他费用，冲抵价款额度内的部分由乙方承担，溢价部分对应的契税、印花税及维修基金由丙方承担（应由房屋买受人承担的费用，则由实际购房人承担）。

（三）不论实际销售价格与附件一上列明的冲抵价格是否一致，乙方均须对房屋质量负责，承担房屋销售合同上约定的房屋出卖人的全部义务。丙方不承担房屋出卖人的任何义务。

（四）房屋过户过程中，乙方不得向丙方收取手续费、代理费或任何其他名目的费用。对于抵款房源的购买客户，乙方必须承担房屋出卖人的义务，在办理房屋预售合同（买卖合同）及备案登记、房屋交付、过户（小产证）手续等诸方面不能设置任何障碍。

四、其他约定

（一）附件一所列明的抵款房源，乙方已经设定在建工程抵押贷款。乙方向丙方承诺，乙方将及时清

偿抵押权人债务，办理抵押注销手续，不影响丙方的房屋销售。丙方与指定买受人、推荐买受人达成房屋买卖意向，或者丙方具有自行购买意图后，以传真或双方约定的其他书面形式通知乙方，乙方应在收到丙方通知后10日内完成抵押注销手续，并在30天内与房屋买受人签订房屋买卖合同、办妥房屋过户手续。

如抵押权人要求乙方支付费用后，方能撤销抵押，则所有费用由乙方负责承担，并由乙方直接支付给抵押权人，不得从抵款房源的销售款中扣除。

乙方未能按时办理抵押注销手续的，应当按指定房源冲抵金额的5%向丙方支付违约金，给丙方造成损失的，还应赔偿丙方损失。超过30天仍未能撤销抵押的，视为指定房源无法实现以房抵款的目的，丙方有权要求甲乙双方任何一方偿还指定房源冲抵金额的工程款，并要求支付指定房源冲抵金额10%的违约金。

若乙方未能在收到丙方通知后30天内与房屋买受人签订房屋买卖合同并办理过户手续，乙方承担违约责任（违约金以该房屋冲抵总价为基数，按照同期银行贷款利率的四倍计算，至房屋实际过户之日止）。

（二）乙方不得擅自处分丙方冲抵房源，包括转让、抵押、出租及其他一切损害丙方利益的行为。

（三）本协议签署后，如丙方组织意向购房客户前来项目工地现场查看抵款房屋，乙方应提供必要的配合，不得设置任何障碍。在本项目建成完工、具备交付条件（以取得房地管理部门颁发的新建住宅交付使用许可证为标志）后，如地块房源仍有未对外销售的，丙方承担抵款房源内未销售房屋的物业管理费。物业管理费的收费标准为以物价管理部门核准的价格为准（物价局标准详见附件三）。丙方拒绝支付物业管理费的，乙方有权暂缓提供手续办理服务。

（四）本协议书签订后三个月内，甲乙双方任何一方可以按附件价格以现金方式回收丙方尚未销售的剩余或全部抵款房源，丙方同意不计利息。如超出三个月，甲方或者乙方需要回购抵款房源的，则应按照丙方同意的价格执行。

（五）乙方确认，所有抵款房源将于2014年12月31日前建成，并具备交付条件（以取得房地管理部门颁发的新建住宅交付使用许可证为标志）。如乙方逾期建成交付的，乙方需承担违约金，违约金按照冲抵总额（人民币2500万元）和同期银行贷款利率的四倍计算。

（六）在丙方将抵款房源全部对外销售之前，如乙方将本项目转让给第三方，乙方应确保项目的受让方履行本合同义务。甲方、乙方并需对项目受让方的合同义务承担连带责任。

（七）甲方对乙方的违约行为对丙方负连带责任。

（八）除本协议约定的2500万元以房抵款事项外，甲方、丙方之间的其他权利义务关系依照甲方、丙方此前签署的合同及2013年5月10日签署《工程款支付协议》执行。

五、本协议未明事宜，各方应当友好协商，签订补充协议，补充协议与本协议具有同等法律效力。

六、本协议一式陆份，各方各执两份，自各方盖章之日起生效。

【后记】

以上房屋冲抵工程款协议书涉及三个方面。实践中也有仅发生在建设单位和承包人之间的两方协议，还有建设单位、承包人及指定的房屋买受人之间的三方协议，均可以参照上述协议原则修改拟定。但是，每一个案例的具体情况可能不一样，应针对实际项目及各方商定的原则拟定合同条款，不宜简单照抄照搬前述协议。如仍有不明事项，可咨询专业律师。

挂靠单位的混凝土供应商向我公司追讨欠款如何处理

□ 文 / 上海元始律师事务所 李宗猛律师

【来函照登】

李博士：您好！

又要麻烦您了，实在不好意思。目前嘉兴项目又有一家混凝土供应商发来催讨函，向我公司讨要货款675,045.04元。这份合同确实为项目经理余逸飞与对方所签（我们当初将项目部印章交给他的同时附带发了一份通知：不能将该印章用作签材料购销合同等相关经济活动中。这种情况下，我们可否追究余逸飞的责任）。目前，项目经理让挂靠单位老总私下与该供应商协商，暂不起诉我公司（但如果甲方不能及时支付这笔款给供应商，我们不能保证供应商一直不起诉）。挂靠单位的工程款目前只从我账户过了一千多万，但本项目的施工合同额总数为7,927.78万元。公司账户里除了嘉兴劳务分工司的10万元诚信保证金以外，几乎没有其他与该工程相关的款项留存。

这个项目，一开始是准备给我们公司自己做的，后来由于其他原因，甲方要自己做，挂靠在我公司，材料由甲方自己购买。余逸飞为我公司派驻的项目经理，但工资不在我公司发放。再就是我公司与项目部签订的内部承包协议，代表项目部签协议者为甲方人员。这种情况是否有效？请您为我们支招，我公司现在应该如何做？可以起诉甲方公司吗？因为他们目前工程已基本完工，但实际汇给我们工程款还不到20%。或者是否还有更好的办法？请指教。

【回复意见】

一、目前暂不宜直接起诉业主。应首先抓紧做好相应的准备工作，了解清楚全部情况后，再决定下一步如何处理。

二、对于贵司询及的三个问题的答复：

（一）“余逸飞为我公司派驻的项目经理，但工资不在我公司发放”：

不论余逸飞的真实身份情况如何，只要他是贵司任命的项目经理，他的行为所造成的后果都要由尚德公司承担。也许贵司会觉得冤枉、委屈，但现实

中法院就是这样判决。所以，项目经理一定要选好、用好，过程中必须注意监督。至于余逸飞有没有在贵司拿工资，对本案基本没有影响。起诉余经理个人也没有太大意义。

（二）“项目章仅能用在资料上”：

贵司与项目部的这种内部约定没有对外效力。加盖项目章，且供应商已经履行了供应义务的供应合同，法院铁定会认可合同的效力。在合同效力上动脑筋没有意义。

（三）“业主仅支付20%工程款进入我公司”：

其余款项，不论是60%还是70%，假设由业主直接支付给挂靠单位或项目经理，法院一般会认为是支付给贵司的工程款。因为业主款项没有直接支付进入贵司账户，要求业主重复支付是不可能的，要知道贵司多半对挂靠公司的人或项目经理有完整的授权。

三、建议如下：

（一）第一步，立即通知挂靠单位的负责人前来尚德公司，报告项目的进展及收付款情况：

1. 项目是否竣工，是否办理了竣工验收手续？
2. 项目是否已经结算？结算审定单是否签署？

如未结算，是否已经向业主提交了结算书（送审稿）？

3. 业主总共支付了多少款项？哪些是通过尚德公司付款？哪些是直接付给挂靠单位？一定要查清楚。要知道业主直接支付给项目经理或者挂靠单位的款项，通常也被认为是业主支付给尚德公司的工程款。法院不可能让业主支付两笔款项，所以对全部支付的工程款及其流向都要了解清楚。

4. 挂靠单位对外总共签署了多少合同？这些合同的结算价款如何？已经支付了多少款项？还剩余多少债务？这些基本情况一定要弄清楚。

5. 目前总共向业主开具了多少发票？哪些是尚德公司直接开具的？请务必查明，挂靠单位是否以尚德公司名义开具发票给业主（发票数量待挂靠单位申报后，尚德公司再与业主对账复核确认）。

不要轻视此条。我们经常碰到挂靠单位擅自收款、然后擅自开具假发票给业主（市场上提供开具假发票的公司非常多），这些假发票足可乱真，业主也不一定能否及时发觉，也许只有等到税务清算时这些假发票才会被发现。税务部门一旦查出假发票，铁定处罚业主，而业主也会据此起诉尚德公司，尽管尚德公司对假发票不知情，法院多数会判决尚德公司承担相应罚款。所以，不得不非常小心。

6. 上述基本情况，与挂靠单位谈话后，可将相应数据整理成文，让挂靠单位签署。避免他们胡乱报告数据。

（二）第二步：

1. 与业主复核挂靠单位申报的情况。尤其应了解解到工程总价款、已付款（包括直接支付给挂靠单位

或项目经理的费用）、剩余工程款的数额。

2. 如剩余工程款数额足以支付所有未了结的债务，对尚德公司的风险还不是太大。

3. 如剩余款项不足以清偿所有债务，因为是业主让人挂靠，一定要让业主牵头，挂靠单位的负责人到场，在会上明确债务的承担（挂靠单位各自拿出多少钱，业主承担多少责任等），一定要形成会议纪要，让挂靠单位加盖公章确认。

如果挂靠单位或者项目经理涉及恶意抽逃资金或者虚构债务，要妥善处理，必要时采取报警、起诉等法律手段。

4. 前面的所有工作都必须抓紧进行，防止业主继续付款给挂靠单位。查清楚之后，不论剩余的工程款是否足以清偿未了结的债务，会后一定要以书面形式（邮政特快专递EMS）通知业主，所有款项必须支付进入尚德公司账户，否则视为业主未履行付款义务。

5. 如有涉及假发票的问题，一定要处理妥当。不能将隐患留到以后。

6. 与业主会谈时，要讲明业主指定挂靠单位这一条，尚德公司给业主帮忙，于情于理，不应该再承担额外的责任。

四、上述工作说起来似乎比较多，但应该能够在三五天内解决。问题查清楚之后，律师帮助分析，然后再商量对策。

五、让挂靠单位通知混凝土公司暂不起诉，不能从根本上解决问题。单独处理一件混凝土欠款也没有太大意义。今天处理了混凝土供应商，明天钢材商可能再来起诉。应从总体上将所有问题全部查明，定一个全面的解决方案。

六、今后切不可轻易让别人挂靠贵司承包工程施工。挂靠单位在外面所拖欠的材料款、分包工程款、设备租赁款，法院都会判决贵司承担。靠挂靠单位支付的一点管理费，远远不能弥补由此产生的风险。贵司目前现有管理人员的法律意识和风险防范意识，还不足以制衡不诚信挂靠单位。更多意见可以参考本所文章《无资质分包的特别注意事项》、《挂靠转包的新情况》。

实际施工人如何运用法律追讨工程款

一、转包人、违法分包人、发包人和实际施工人的概念

1、转包人

《建设工程质量管理条例》第七十八条规定:本条例所称转包是指:承包单位承包建设工程后,不履行合同约定的责任和义务,将其承包的全部建设工程转给他人或者将其承包的全部建设工程肢解以后以分包的名义分别转给其他单位承包的行为。建设部规章《建筑安装工程总分包实施办法》对工程转包的定义为:建筑施工单位以营利为目的,将承包的工程转包给其他施工单位,不对工程承担任何技术、质量、经济法律责任的行

为。
司法实践和学者认为:转包的表现形式主要有以下几种:

一是将全部工程转包;二是将全部工程肢解后以分包的名义转包;三是总承包人违反分包合同约定,将工程的主要部分或者群体工程中半数以上的单位工程转给其他单位施工的;四是分包单位违反分包规定,将承包的工程再次包给其他施工单位施工的。

2、违法分包人

《建设工程质量管理条例》第七十八条规定:本条例所称违法分包人是指下列行为:(一)总承包单位将建设工程分包给不具有相应资质条件的单位的;(二)建设工程总承包合同中未有约定,又未经建设单位认可,承包单位将其承包的部分建设工程交由其他单位完成的;(三)施工总承包单位将建设工

程主体结构施工发包给其他单位的;(四)分包单位将其承包的建设工程再分包的。

3、发包人

《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。发包人就是建设工程合同中具有支付价款义务的一方合同相对人。

4、施工人与实际施工人

《合同法》在建设工程合同一章中提到了“施工人”的概念。《合同法》中“施工人”概括了建设工程施工合同的所有合法施工主体,包括总承包人、承包人、专业工程分包人、劳务作业分包人。可见,《合同法》中的“施工人”是指有效建设工程合同主体,不应包括转包、违法分包的承包人。而《司法解释》中“实际施工人”的概念在第四、二十五、二十六条出现,三处均是指实际参加建设工程施工的无效合同的承包人,如转包合同的承包人、违法分包合同的承包人、没有资质借用或挂靠有资质的建筑施工企业的名义与他人签订建设工程合同的承包人等。可见“实际施工人”与《合同法》中的“施工人”是不同的。

二、司法解释颁布和实施对实际施工人保护具有重大的现实意义

为保护实际施工人的利益,2005年1月1日生效的《司法解释》第二十六条第一次明确,实际施工人可以发包人为被告直接提起诉讼,这对保护实际施工人利益,确保社会

安定具有现实意义：

1. 对实际施工人的合法权益提供了重要的维护措施

过去，实际施工人如果与发包人没有直接的合同关系，往往投诉无门，在程序上受合同相对性制约而不能以发包人为被告直接提起追索工程款的诉讼，通常只能依靠转包人或违法分包人来提起诉讼；实体上，即使发包人欠付工程款，只要转包人、违法分包人不主张权利，实际施工人就无法单独向发包人主张权利；此外，个别转包人或违法分包人怠于主张权利的，还可能超过诉讼时效，导致实体权利丧失。《司法解释》生效后，根据解释第二十六条，实际施工人可以直接以发包人为被告向其追讨久拖不决的工程欠款，而不必再依赖于转包人或违法分包人的意志。由于实际施工人大多是农民工组成，维护了实际施工人的利益，也就很好地维护了农民工的权益，这对社会稳定也具有

重大的现实意义。

2. 进一步加强建筑市场追讨拖欠工程款的力度

过去，施工单位可能会考虑到发包人特殊的地位或长期合作关系而不敢轻易动用法律武器来维护自身利益，最终导致工程款拖欠问题久调不决。《司法解释》赋予实际施工人可以发包人为被告直接提起诉讼的权利后，由于拖欠的工程款直接影响实际施工人的切身利益，实际施工人就会更为主动地运用法律武器来维护自身利益，这就进一步加强了建筑市场追讨工程欠款的力度。

3. 对建设单位或不讲诚信逃避债务的违法行为给予有力的遏制与惩罚

过去，发包人可能以与实际施工人没有合同关系为由，逃避实际施工人对工程欠款的追讨。但2005年1月1日《司法解释》生效后，如果发包人没有处理好与实际施工人的工程款结算问题，发包人很有可能被实际施



工人作为被告直接告上法庭。在此情况下，发包人不讲诚信、逃避债务的违法行为就能得到遏制与惩罚。

三、实际施工人如何行使诉权保护自身权益

1、实际施工人应首先向合同相对方（转包人，违法分包人）主张权利

《司法解释》第二十六条第一款规定：“实际施工人以转包人、违法分包人为被告起诉的，人民法院应予受理。”如前所述，实际施工人主要是指转包、违法分包合同中的承包人。实际施工人往往与转包人、违法分包人签订合同，他们是转包或违法分包合同的相对人。实际施工人向转包人、违法分包人起诉主张权利，人民法院应当受理，对此毋庸置疑。最高人民法院认为，《司法解释》第二十六条第一款主要是倡导性地告诉各级人民法院：实际施工人起诉索要工程款的，首先应当向与其有合同关系的转包人或违法分包人主张权利，这是实际施工人主张权利的主要渠道和主导方向。

2、实际施工人可以发包人为被告直接起诉

如本文第一部分所述，实践中，承包人与发包人订立建设工程施工合同后，往往再将建设工程转包或违法分包给实际施工人。按照合同的相对性来讲，实际施工人应当向与其有合同关系的转包人或违法分包人主张权利，而不应当直接向发包人主张权利。

但从实际情况看，我国法律不允许建设工程的转包与违法分包，转包和违法分包合同违反我国法律的强制性规定，因而是无效的。根据无效合同的法律后果，双方返还财产的原则，既然实际施工人已经为发包人履行了工程建造任务，那么发包人对实际施工人付出的劳动就应当付出对等的价值。这符合我国民法通则“平等、公平和等价有偿”原则。另外，由于转包或违法分包合同是无效的，无效合同的相对性已经弱化，在程序上

人民法院可以视不同情况允许实际施工人以发包人为被告主张权利。因此，实际施工人直接以发包人为被告是合乎情理的，也是符合我国民法基本理论的。

然而，考虑到合同相对性原则，《司法解释》第二十六条第二款没有明确指出，实际施工人可以发包人为被告主张权利，而是规定“实际施工人以发包人为被告主张权利的，人民法院可以追加转包人或者违法分包人为本案当事人。发包人只在欠付工程价款范围内对实际施工人承担责任。”但根据最高人民法院的解释：该款的真正含义是“实际施工人以发包人为被告向人民法院主张权利的，人民法院应当受理。”

3、为方便案件审理，人民法院可追加转包人或违法分包人为共同被告或第三人

为了方便案件审理，《司法解释》第二十六条第二款还规定，人民法院可以追加转包人或违法分包人为本案当事人，考虑到案件的审理涉及两个合同关系，如果转包人或违法分包人不参加到诉讼的过程中来，许多案件的事实难以查清，法律责任难以界定。所以人民法院可以根据案件的实际情况追加转包人或违法分包人为共同被告或案件的第三人；实际施工人也可以发包人、承包人为共同被告主张权利。这样既能够方便查清案件的事实，分清当事人的责任，也便于实际施工人实现自己的权利。

4、发包人只在欠付工程价款的范围内对实际施工人承担责任。

《司法解释》第二十六条第二款还同时对实体问题进行了规定，即发包人只在欠付工程价款范围内对实际施工人承担责任。也就是说，如果发包人已经将工程价款全部支付给承包人的，发包人不应当再承担支付工程价款的责任，在此情况下，实际施工人只能要求收到价款的承包人支付工程款。

但哪些价款属于“欠付工程价款范围内”呢？《司法解释》和最高人民法院都没有予以明确。笔者根据建设工程施工合同纠纷的

案件实践，以及建筑业计算工程造价的规则理解，工程价款范围应包括（1）实际拖欠的工程款及其逾期付款利息；（2）施工过程中发包人签证确认的价款；（3）由于发包人的责任导致实际施工人的停工、窝工损失。

四、实际施工人如何正确行使诉权

根据对《司法解释》第二十六条的分析和解释，可以发现，虽然《司法解释》赋予实际施工人可以直接起诉发包人的诉权，但如何正确行使该诉权，预防诉讼风险，也是实践中需要研究并采取相应对策的。

1、在法律时限内行使诉权

由于《司法解释》赋予实际施工人直接起诉发包人的权利，如果发包人拖欠工程款，而转包人或违法分包人又不愿起诉发包人的，实际施工人要及时提起诉讼，否则可能会丧失其应有的权利。《合同法》第286条规定了承包人对建设工程有优先于抵押权和其他债权的优先受偿权，但根据最高院的司法解释，“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”。实际施工人如果也想利用优先受偿权来追讨工程款，那么就要在法定期限内提起诉讼。

2、把握发包人应当对实际施工人承担的责任

首先，由于《司法解释》规定发包人只在拖欠工程款的范围内对实际施工人承担责任。因此，实际施工人提起诉讼前，应当了解发包人是否已经向合同相对方承包人支付了全部工程款，如果发包人已经向转包人支付了全部工程款，而转包人没有向实际施工人付款，此时实际施工人就应当将转包人列为被告，而不应当向发包人提起诉讼。

其次，实际施工人在行使诉权时，应当按照相关的合同进行工程造价的结算。要了解和掌握发包人欠款的事实就应当与发包人结算工程款，核对收付款情况，确定已经支

付的工程款和尚未支付的工程款，以便明确债权、债务关系。如果难以与发包人进行工程款结算的，实际施工人可先与转包人结算工程款，并收集相关的付款凭证、往来函件以及涉及的价款和经济签证等，为在法院主持下结算或司法审价鉴定提供充分的依据。

3、实际施工人在提起诉讼前，要提供工程质量合格的依据

《司法解释》生效后，工程质量是否合格成为支付工程款的关键依据。《司法解释》第二条规定，施工合同无效，但建设工程竣工验收合格，承包人请求参照合同约定支付工程款的，应予支持。《司法解释》第三条规定，修复后的建设工程经竣工验收不合格，承包人请求支付工程价款的，不予支持。由于多数实际施工人是通过转包获得工程的，转包合同是无效的，那么是否能按无效合同结算工程款，就要看工程质量是否合格了。另外，如果工程质量不合格，实际施工人提起诉讼后，被发包人反诉质量问题的，实际施工人可能会承担不利后果。

4、制定诉讼策略，是联合转包人或违法分包人，还是将他们追加为第三人或共同被告

实际施工人除了可依照《司法解释》以发包人为被告提起诉讼外，还可直接以转包人或违法分包人作为共同被告，或要求人民法院追加转包人或违法分包人为共同被告或第三人。是否要将转包人列为诉讼当事人就应根据诉讼的需要或有利于实际施工人的利益予以选择。

如果实际施工人与转包人或违法分包人有着共同的利益或较好的合作关系，那么可以联合转包人或违法分包人，共同起诉发包人，以便获得更多的证据材料并增加追讨工程欠款的力度。

如果转包人或违法分包人急于行使权利，而发包人对拖欠的工程款无力支付的，实际施工人可以考虑将转包人或违法分包人列为共同被告，要求其与发包人一起承担支付工程款的连带责任。

律师推荐几条讨债的方法

□ 文 / 上海元始律师事务所 汇编

【一】

对新客户或没有把握的老客户，无论是代销或赊销，交易的金额都不宜过大。

宁可自己多跑几趟路，多结几次账，多磨几次嘴皮，也不能图方便省事，把大批货物交给对方代销或赊销。须知欠款越多越难收回，这一点非常重要。

很多销售人员都有这样的经验：有些新客户，一开口就要大量进货，并且不问质量，不问价格，不提任何附加条件，对卖方提出的所有要求都满口应承，这样的客户风险最大。

对于工程施工项目来说，有些建设单位给出的承包条件非常优惠，材料、人工取信息价，定额取费不下浮，只是要求承包人支付投标保证金。这样的项目亦存在极大的风险，切勿轻易介入。

【二】

货款无归的风险有时是由推销人员造成的。

有些推销人员惟恐产品卖不出去(特别是在市场上处于弱势的产品)，因此在对客户信用状况没有把握的情况下，就采用代销或赊销方式，结果给企业造成重大损失。

为避免发生这种情况，可以在企业与销售人员之间实行“买卖制”，即企业按照100%的回款标准向销售人员收取货款，客户的货款由销售人员负责收取。这种办法把货、款无归的风险责任落实到销售人员身上，销售人员在向有一定风险的客户供货时就会三思而后行。

一旦发生货、款不能回收的情况，也会千方百计、竭尽全力去追讨，否则将直接损害其自身经济利益。这是最能调动销售人员责任心和工作积极性的办法，比上级主管人员的催促督导要有效、简单得多。

【三】

一些销售人员在催款中会表现出某种程度的怯弱，这里一个很重要的问题是必须要有坚定的信念。

一个人在催收货款时，若能信心满怀，遇事有主见，往往能出奇制胜，把本来已经没有希望的欠款追回。反之，则会被对方牵着鼻子走，本来能够收回的货款也有可能收不回来。因此，催款人员的精神状态是非常重要的。

还有的收款人员认为催收太紧会使对方不愉快，影响以后的交易。如果这样认为，你不但永远收不到货款，而且也保不住以后的交易。客户所欠货款越多，支付越困难，越容易转向他方(第三方)购买，你就越不能稳住这一客户，所以还是加紧催收才是上策。

【四】

为预防客户拖欠货款，在交易当时就要规定清楚交易条件，尤其是对收款日期要作没有任何弹性的规定。

例如，有的代销合同或收据上写着“售完后付款”，只要客户还有一件货物没有卖完，他就可以名正言顺地不付货款；还有的合同或收据上写着“10月以后付款”，这样的规定今后

也容易扯皮。

另外，交易条件不能由双方口头约定，必须使用书面形式(合同、契约、收据等)，并加盖客户单位的合同专用章。有些客户在合同或收据上仅盖上经手人的私章，几个月或半年之后再去看结账时，对方有可能说，这个人早就走了，他签的合同不能代表我们单位；有的甚至说我们单位根本没有这个人。如果加盖的是单位的合同专用章，无论经手人在与不在，对方都无法推脱或抵赖。

【五】

交易达成之后，要经常观察客户的经营状况，及时察觉其异动。

如果客户出现异常的变化，一般事先会有一些征兆出现，如进货额突然减少，处理并不滞销的库存商品，拖延付款，客户单位的员工辞职者突然增多，老板插手毫不相干的事业等。还有些外部环境的变化也要及时察觉，如果发现这些情况，要立刻结账，防止客户不知去向。

【六】

对于支付货款不干脆的客户，如果只是合同规定的收款日期前往，一般情况下收不到货款，必须在事前就催收。

事前上门催收时要确认对方所欠金额，并告诉他下次收款日一定准时前来，请他事先准备好这些款项。这样做，一定比收款日当天来催讨要有效得多。

如果客户太多，距离又远，可事先通过电话催收，确认对方所欠金额，并告知收款日前来的准确时间。或者把催款单邮寄给对方，请他签字确认后寄回。

【七】

到了合同规定的收款日，上门的时间一定要提早，这是收款的一个诀窍。

否则客户有时还会反咬一口，说我等

了你好久，你没来，我要去做其他更要紧的事，你就无话好说。

登门催款时，不要看到客户处有另外的客人就走开，一定要说明来意，专门在旁边等候，这本身就是一种很有效的催款方式。因为客户不希望他的客人看到债主登门，这样做会搞砸他别的生意，或者在亲朋好友面前没有面子。在这种情况下，只要所欠不多，一般会赶快还款，打发你了事。

收款人员在旁边等候的时候，还可听听客户与其客人交谈的内容，并观察对方内部的情况，也可找机会从对方员工口中了解对方现状到底如何，说不定你会有所收获。

【八】

对于付款情况不佳的客户，一碰面不必跟他寒暄太久，应直截了当地告诉他你来的目的就是专程收款。

如果收款人员吞吞吐吐、羞羞答答的，反而会使对方在精神上处于主动地位，在时间上做好如何对付你的思想准备。

一般来说，欠款的客户也知道这是不应该的，他们一面感到欠债的内疚，一面又找出各种理由要求延期还款。一开始就认为延期还款是理所当然的，这种客户结清这笔货款后，最好不要再跟他来往。

【九】

如果客户一见面就开始讨好你，或请你稍等一下，他马上去某处取钱还你（对方说去某处取钱，这个钱十有八、九是取不回来的，并且对方还会有“最充分”的理由，满嘴的“对不住”），这时，一定要揭穿对方的“把戏”，根据当时的具体情况，采取实质性的措施，迫其还款。

【十】

如果只收到一部分货款，与约定有出入时，你要马上提出纠正，而不要等待对方说明。

另外，要注意在收款完毕后再谈新的生意。这样，生意谈起来也就比较顺利。

【十一】

如果你的运气好，在一个付款情况不好的客户处出乎意料地收到很多货款时，就要及早离开，以免他觉得心疼，并告诉他××产品现在正是进货的好机会，再过10天就要涨价若干元，请速做决定以免失去机会等等，还

要告诉他与自己联系的时间和方式，再度谢谢他之后，马上就走。

【十二】

如果经过多次催讨，对方还是拖拖拉拉不肯还款，一定要表现出相当的缠劲功夫，或者在侦知对方手头有现金时，或对方账户上刚好进一笔款项时，就即刻赶去，逮个正着。

上述一系列软磨硬缠的功夫都不奏效时，就只有使用最后两个“杀手锏”：一是把货拖回去(如果还未销售的话)，另一个就是起诉并申请法院强制执行。



专家解惑

□ 文 / 上海元始律师事务所 汇编

1. 连带保证人承担保证责任后能否依原执行依据直接申请执行被保证人？

【问题】张三挂靠天飞建筑公司承接某工程业务。因张三拖欠钢筋供应款，材料商起诉张三和天飞公司。法院受理后，判决张三支付钢材款及利息148万元，天飞公司负连带责任，并在判决中注明：天飞公司在承担连带责任后有权向张三追偿。案件执行中，天飞公司承担了连带责任，向钢材商支付了赔偿款。后天飞公司依据原判决书向法院申请执行，要求张三给付该公司垫支的赔偿款项。对于天飞公司的申请执行，法院能否受理？

解答

ANSWER

连带责任人与主债务人之间因承担赔偿责任所产生的纠纷属于独立的民事实体法律关系，连带责任人在承担赔偿责任后应当通过审判程序确定应向主债务人追偿的数额，不经审判程序，执行机构无权确定。但是，如果人民法院已经对主债务人与连带责任人之间的纠纷进行了一并审理，执行依据对追偿数额的判决具体并且确定，则连带责任人在承担责任后，可以直接向人民法院申请对追偿额的执行。

2. 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】某材料商申请执行主债务人预制品厂、一般保证人晋江房产管理公司（以下简称管理公司）一案，因预制品厂无其他财产可供执行，执行法院查封了该厂的一批设备。由于该批设备已经陈旧，经多次拍卖均无人竞买而流拍，材料商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，预制品厂的设备评估价值已经足以满足材料商的债权，现材料商不同意以物抵债，则该公司就不应承担责任。管理公司的异议是否成立？

解答

ANSWER

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，预制品厂的设备多次拍卖而流拍，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。

3. 法院可否以出资不实为由将已经转让股权的开办单位追加为被执行人？

【问题】债权人某混凝土公司与债务人东华建工购销合同纠纷一案，东华建工无可供执行的财产。经执行法院查明，丰华公司为东华建工的开办单位之一，其对东华建工的4000万元出资没有到位，于是，执行法院以出资不实为由，裁定丰华公司在出资不实的数额范围内对债权人承担偿付义务。丰华公司提出抗辩认为，在混凝土公司与东华建工发生购销合同业务之前，丰华公司已经将自己的股权转让给海达公司，自己已经不是东华建工的开办单位，不应再承担开办单位出资不实的责任。并且海达公司一直没有付清转让款，应当由海达公司承担责任。

解答

ANSWER

依据我国有关法律规定，开办单位对其所开办的企业负有足额出资的义务。应当指出，只要没有补足出资，开办单位丰华公司足额出资的义务就不会因其股权转让而消灭。至于股权受让单位海达公司是否付款，产生的只能是丰华公司与海达公司的股权转让纠纷，属于另外一个法律关系，不影响执行法院按照最高人民法院《关于执行工作若干问题的规定(试行)》第80条之规定，裁定丰华公司在出资不实的范围内承担责任。综上，丰华公司的抗辩理由不能成立。

4. 如何在执行程序中除去拍卖财产上的租赁权？

【问题】某法院在对被执行人某甲设定抵押的一处房产进行执行时，发现被执行人在将房产抵押后又将房屋出租给某乙。根据最高人民法院《担保法解释》第66条的规定，抵押人将已抵押的财产出租的，抵押权实现后，租赁合同对受让人不具有约束力。而依据《关于人民法院民事执行中拍卖、变卖财产的规定》第31条，拍卖财产上的租赁权不因拍卖而消灭，如果对在先设定的担保物权实现有影响，应依法除去后再行拍卖。如何处理两个解释之间的关系以及如何对抵押后的租赁权进行除去？

解答

ANSWER

为保护抵押权的顺利实现，《担保法解释》对抵押财产抵押后的出租行为采取对抵押权人和受让人绝对无效的态度。而拍卖司法解释则在平衡抵押权人、债务人二者利益的基础上，在具体案件中视在后设定的租赁权是否对抵押权的实现构成妨碍，来决定是否对抵押权人和拍定人无效。按照后法优于前法的法律适用原则，本案应适用拍卖司法解释。关于如何除去在后设定的租赁权问题，由于抵押财产一般均须登记，权利设定的时间比较容易判断，为避免当事人讼累，在后设定的租赁权影响抵押权实现时，我们认为应当由执行法院在执行程序中直接以裁定除去某甲与某乙之间的租赁权。

5. 对购买股权所拖欠的余款是否可以裁定强制执行？

【问题】某法院在执行案件中，变卖了一被执行企业的股权。购买者支付了部分款后，以暂无钱为由拖欠，经多次催收无果。是否可以裁定强制执行？

解答

ANSWER

最高人民法院《执行规定》第49条11款规定：“拍卖、变卖被执行人的财产成交后，必须即时钱物两清。”这一款规定了收取转让价款钱物两清的原则。但在实践中情况往往较为复杂，重要的是保证及时收取价款，保护执行债权人的利益。本案的买受人只交付了部分

价款，以无支付能力为由拒付余款，违反前述规定，应当再行变卖，但由原买受人承担两次拍卖、变卖之间多发生的费用以及可能存在的减价损失。执行中拍卖、变卖的买受人虽是在强制执行中受让财产，但其不能支付余款的行为尚不能引起被强制执行的后果，对债权人只能通过执行法院再行组织的拍卖、变卖活动予以救济。

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

ANSWER

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，债务人可进行必要的管理和使用。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. 执行依据被撤销后，能否对执行拍卖的标的物实行执行回转？

【问题】人民法院在执行债权人李某某与债务人天一化工有限公司股权纠纷案时，依法对天一化工所有的厂房进行了拍卖。李某某竞得该财产，在扣除其债权及利息1462730元后，支付了全部价金，该厂房过户到李某某名下。后该股权纠纷案的执行依据被撤销，天一化工申请执行回转。但对何种财产进行回转有两种不同的意见：一种意见认为应当对李某某分得的债权及利息1462730元回转；另一种意见认为应当对厂房进行执行回转。

解答

ANSWER

原执行依据被撤销后，执行回转的对象只能是原债权人按照原执行依据所取得的利益。本案中，李某某依据原执行依据取得的利益就是1462730元债权及利息。至于李某某竞拍取得所有权的厂房，由于是其在法院的拍卖程序中以竞买人身份竞得的财产，除非拍卖程序本身因违法而被撤销，为了维护司法拍卖的公信力，不得因执行依据的撤销而对拍卖标的物进行执行回转。



8. 两个法院执行同一个被执行人，当财产拍卖款不能清偿全部债务时，应适用《执行规定》的哪一条？

【问题】某法院执行局在执行一金钱债权案件中，查封了被执行人的财产，其财产没有担保物权，拍卖款不能清偿全部债务。另一法院也有以该被执行人为债务人的金钱债权执行案件。在执行中对应适用最高人民法院《执行规定》的哪一条有两种意见：一种意见是债务人的财产已被我院查封，应按《执行规定》第88条第1款规定，按执行法院采取执行措施的先后顺序受偿；另一种意见是债务人的财产拍卖款不能清偿全部债务，应按《执行规定》第90条规定参与分配。

解答

ANSWER

《执行规定》第88条至第96条关于参与分配制度的规定，针对被执行人主体性质的不同，区分了不同的处理方式：在执行过程中遇到资不抵债的情况，被执行人是法人的，原则上按破产程序解决债权人之间的公平受偿问题；被执行人是公民或其他组织的，因为没有相应的破产程序，适用债权人参与分配受偿的制度。根据本案情况，如果该被执行人是法人，在其资不抵债的情况下，如果有申请其破产主张的，适用《执行规定》第89条的规定，按破产程序处理；如果无申请其破产主张的，适用《执行规定》第88条第1款的规定，在查明各债权人对执行标的物均无担保物权时，按照执行法院采取执行措施的先后顺序受偿。如果本案的被执行人是公民或其他组织，在其资不抵债的情况下，适用《执行规定》第90条的规定，在被执行人的财产被执行完毕前，其他债权人可以持已经取得的金钱债权执行依据，申请对该被执行人的财产参与分配。

施工企业用工问题

□ 文 / 上海元始律师事务所 汇编

1. 员工赌气离开，用人单位直接登报公告解聘是否有效？

【典型案例】

李某与某公司签订了无固定期限劳动合同。2012年9月15日，公司因为李某严重违反本单位规章制度的事实清楚、确凿，解除了李某的劳动合同。人力资源部负责人在宣布李某走人时，李某二话没说就离开了单位。因为公司没有李某的联系方式，公司在本市的报纸上刊登了解除劳动合同的决定。3个多月后，李某由于寻找新工作未果，又回到公司要求上班，遭到公司拒绝。李某提起劳动争议仲裁，请求补发工资，继续履行劳动合同。

【判决】

尽管解除李某的劳动合同事实清楚，证据确凿，但由于李某不承认公司曾经送达过解除劳动合同的通知，用人单位也没有通过邮寄方式送达离职法律文书，因此公告送达是无效的。因为送达无效，所以仲裁庭判决劳动合同解除决定没有对李某发生效力。

【案例分析】

仲裁庭的判决并无问题。按照《劳动部办公厅关于通过新闻媒介通知职工回单位并对逾期不归者按自动离职或旷工处理问题的复函》（劳办发[1995]179号），“企业对有旷工行为的职工做除名处理，必须符合规定的条件并履行相应的程序。因此，企业通知请假、放长假、长期病休职工在规定时间内回单位报到或办理有关手续，应遵循对职工负责的原则，以书面形式直接送达职工本人；本人不在的，交其同住成年亲属签收。直接送达有困难的可以邮寄送达，以挂号查询回执上注明的收件日期为送达日期。只有在受送达职工下落不明，或者用上述送达方式无法送达的情况下，方可公告送达，即张贴公告或通过新闻媒介通知。自发出公告之日起，经过三十日，即视为送达。在此基础上，企业方可对旷工和违反规定的职工按上述法规做除名处理。能用直接送达或邮寄送达而未用，直接采用公告方式送达，视为无效”。

【对策】

本案中公司一方的失策是没有保留员工的联系方式。为避免类似的损失，企业与劳动者订立合同时，应让劳动者提供身份证复印件，同时让劳动者在合同上填写居住地址（并注明如居住地发生变化应及时通知公司）。一旦企业决定解聘劳动者，可向其身份证上的户籍地和居住地都用邮政特快方式（EMS）邮寄解除合同通知，保留挂号凭证作为解除合同的证据。即使员工日后辩称没有收到挂号信，公司已经尽到通知义务，仲裁庭不大可能判决企业败诉。

2. 没有与用人单位签订保密协议的劳动者需要为用人单位保守商业秘密吗？

(1) 保密义务是劳动者的法定义务，一旦用人单位的某种或某些信息被认定为商业秘密，任何人都无权侵犯。因此，用人单位即使没有与员工签订保护本单位商业秘密的协议，员工仍有保守本企业商业秘密的默示义务。

(2) 虽然用人单位不和劳动者签订保密协议，劳动者也应当为用人单位保守商业秘密，保密协议还是必要的，理由如下：

第一，保密协议可以作为证明商业秘密存在的重要证据；

第二，保密协议可以把涉密劳动者和一般员工区别开来，便于用人单位采取一定的保密措施对涉密劳动者管理工作。

第三，保密协议可以明确保密的内容和范围、用人单位和劳动者双方的权利和义务、保密期限、侵犯商业秘密的赔偿责任等。这就会使用人单位的商业秘密受到侵犯时的权利保护更加具有可操作性。

用人单位不与劳动者订立保密协议，虽然可以主张损害赔偿，但举证难度大，不易于操作。因此，为了保护用人单位的合法权益，用人单位应当与劳动者订立保密协议。当然，建议用人单位与劳动者订立保密协议的同时订立竞业限制协议，这样可以在协议中约定违约金，以便于更好地保护用人单位的利益。

关于保密协议和竞业限制协议，常年法律顾问单位可以向本所免费索取。

3. 用人单位要求劳动者保守商业秘密，需要支付保密费或者保密津贴吗？

(1) 用人单位要求劳动者保守商业秘密，不需要支付保密费或者保密津贴，因为商业秘密保护权属于企业的绝对权力，任何知晓企业商业秘密的人员，包括法人和自然人，不管因何原因知晓，在未获得商业秘密所有者同意的前提下都不应当向外界透露，损害所有者的合法权益。与此权力相对应的是义务的履行，是不以商业秘密所有者是否支付了保密费或者保密津贴为前提的。即使用户单位与劳动者签订保密协议，用人单位也不需要以支付保密费、保密津贴为对价（代价）来换取劳动者的保密义务。

(2) 用人单位主动给付或者依约定给付劳动者保密费的，法律不禁止。

4. 用人单位应该为试用期内的劳动者缴纳社会保险吗？

【解析】

(1) 缴纳社会保险费用是劳动者和用人单位双方的义务，用人单位和劳动者都应当依法缴纳社会保险费用。个人应当缴纳的社会保险费一般由用人单位从其本人工资中代扣代缴。

(2) 劳动关系一旦建立，用人单位就应当依法为劳动者缴纳社会保险费，为劳动者代扣代缴社会保险费。用人单位自用工之日起即与劳动者建立劳动关系，试用期并非独立于劳动关系外的“别除期”，试用期包括在劳动合同期限内。

【典型案例】

左某是A公司的部门经理，与A公司签订有为期3年的劳动合同，合同约定试用期为3个月。根据A公司规章制度，试用期满后A公司为其缴纳和代扣代缴各项社会保险费。1年后，左

某计划跳槽到另一公司谋职，与A公司协商解除劳动合同，遭到A公司拒绝。左某就以A公司试用期没有为其缴纳社会保险为由单方解除劳动合同，A公司认为左某没有履行提前30天书面通知A公司的义务，应承担赔偿责任。

【案例分析】

本案中，该公司试用期没有为左某上社会保险，公司规章制度和公司的具体行为都违反了国家的强制性规定，侵害了左某的合法权益。因此，用人单位应当承担赔偿责任。左某则可以据此单方解除劳动合同，不必提前30天书面通知公司，同时左某还可以主张经济补偿金。

所以，企业应该为员工及时缴纳社会保险，以避免不必要的风险。同时还请注意，企业与员工即使签订协议，约定企业无须为员工缴纳保险，这种约定因违背法律规定也是无效的。

5. 员工欺诈公司，劳动报酬是否可以不再发放？

【典型案例】

高中毕业生李某在社会上混了几年，发现找工作时学历很重要，就伪造学历应聘某公司销售专业人员，称自己的学历是大学本科，毕业于中央财经大学。该公司选聘李某为销售部经理，约定月薪为6000元。不久，公司根据李某的工作能力和工作实绩对李某的学历产生怀疑，经过向校方核实，证实李某的学历系伪造，公司遂以李某伪造学历、欺诈公司为由解除了与李某的劳动合同。公司给李某发放了3000元（一半月薪）作为李某最后一个月的工资，扣发了3000元。

李某向劳动争议仲裁委员会申诉，要求公司补发最后一个月的扣发工资3000元，并支付提前解除劳动合同的经济补偿金6000元和替代通知金6000元。公司认为李某以欺诈的手段与公司订立了劳动合同，要求确认劳动合同无效。并且，李某只能得到一般销售员的月薪（3000元），不同意补发李某工资。最终仲裁庭裁决确认劳动合同无效，公司补发李某3000元工资。

【案例分析】

李某伪造学历文凭欺诈用人单位，其与用人单位之间签订的劳动合同被确认为无效。

因此用人单位根据《劳动合同法》第39条的规定，依据法律程序解除劳动合同没有争议，用人单位也无需支付经济补偿金和替代通知金。

李某在公司担任销售部经理，提供了劳动，用人单位依法应当支付劳动报酬。销售部经理的劳动报酬是6000元，所以李某可以拿到6000元的劳动报酬。公司没有合适的理由扣发李某半个月工资，理应补发。

如果劳动者的劳动报酬是和学历水平直接挂钩，那么公司就有可能依据这项规定扣除李某的学历待遇。

6. 没有参加工伤保险的职工发生工伤事故时，用人单位应承担什么责任？

【典型案例】

张某（申请人）到某装饰公司（被申请人）从事户外墙壁的面砖铺贴工作。张某在工作中不慎跌落，后经劳动部门认定其为工伤，张某前期治疗共花费医疗费26万元，其中装饰公司只支付12万元。现张某急需进行二次手术，但某装饰公司拒绝支付医疗费用。张某遂提请仲裁，要求装饰公司向其支付医疗费14万元。

【案例分析】

根据《关于确立劳动关系有关事项的通知》规定，用人单位招用劳动者未订立书面劳动合同，但同时具备下列情形的，劳动关系成立。

- (一) 用人单位和劳动者符合法律、法规规定的主体资格；
- (二) 用人单位依法制定的各项劳动规章制度适用于劳动者，劳动者受用人单位的劳动管理，从事用人单位安排的有报酬的劳动；
- (三) 劳动者提供的劳动是用人单位业务的组成部分。

在本案中，张某从事的户外装饰工作系装饰公司所安排，且装饰公司为其支付了劳动报酬，张某的工作内容属于装饰公司业务的组成部分，应为劳动关系。《工伤保险条例》第60的规定：未参加工伤保险期间用人单位职工发生工伤的，由该用人单位按照本条例规定的工伤保险待遇项目和标准支付费用。本案中张某所主张的医疗费14万元，应由装饰公司支付。

7. 劳动合同是否必须由单位保管？

【解答】

根据法律规定，劳动合同文本由用人单位和劳动者各执一份。因此，劳动合同文本应至少两份。

目前有些单位在员工签订劳动合同以后，将劳动合同收回，统一保管，是不符合法律规定的。

用人单位提供的劳动合同文本未载明本法规定的劳动合同必备条款，或者用人单位未将劳动合同文本交付劳动者的，由劳动行政部门责令改正；给劳动者造成损害的，应当承担赔偿责任。

8. 用人单位辞退职工，哪些情形下可以不支付经济补偿？

【解答】

如果劳动者存在过错，用人单位可以随时通知劳动者解除劳动合同，这也叫过失性解除劳动合同。在这种情况下，用人单位如果提出解除劳动合同，可以不支付经济补偿金。

根据《劳动合同法》第39条规定，劳动者有下列六种情形之一的，用人单位可以解除劳动合同：

- (1) 在试用期间被证明不符合录用条件的。
- (2) 严重违反用人单位的规章制度的。
- (3) 严重失职，营私舞弊，给用人单位造成重大损害的。
- (4) 劳动者同时与其他用人单位建立劳动关系，对完成本单位的工作任务造成严重影响，或者经用人单位提出，拒不改正的。
- (5) 以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危，使对方在违背真实意思的情况下订立或者变更劳动合同，致使劳动合同无效的。
- (6) 被依法追究刑事责任的。

上述六种情形中，最常采用的理由是“劳动者严重违反规章制度”而解除合同，为保障解除合同的正当、有效，企业应该聘请专业律师拟定规章制度，并采取适当方式予以公示。

最高人民法院关于印发 《全国民事审判工作会议纪要》的通知

法办〔2011〕442号

- 一、民事审判工作的总体要求
- 二、关于物权纠纷案件
- 三、关于房地产纠纷案件
- 四、关于建设工程合同纠纷案件
- 五、关于民间借贷纠纷案件
- 六、关于侵权责任纠纷案件
- 七、关于婚姻家庭纠纷案件
- 八、关于劳动争议纠纷案件
- 九、关于民事诉讼程序及其他问题

2011年6月22日至24日，最高人民法院在杭州召开了全国民事审判工作会议。各高级人民法院和新疆生产建设兵团分院分管民事审判工作的副院长和民一庭庭长，解放军军事法院民庭庭长，以及计划单列市中级人民法院分管民事审判工作的副院长参加了会议。最高人民法院副院长奚晓明出席会议并讲话。……通过讨论，与会同志对今后一段时期如何更好开展民事审判工作提出了许多意见和建议，并形成广泛共识。现将有关情况纪要如下（编者注：限于本刊篇幅，内容有删节）：

三、关于房地产纠纷案件

15、在农村集体所有土地上建造房屋并向社会公开销售，应当依据合同法第五十二条和土地管理法第四十三条规定，认定该买卖合同无效。

将宅基地上建造的房屋出卖给本集体经济组织成员以外的人的合同，不具有法律效力；出售给本集体经济组织成员的，应当符合法律、行政法规和国家政策关于宅基地分配、使用条件的规定。

在确定合同无效后的损失承担时，应综合考虑当事人的过错，避免处理结果导致当事人利益的失衡。

16、数份房屋买卖合同均为合法有效且各买受人均要求履行合同的，应按照已经办理房屋所有权移转登记、合法占有房屋以及买卖合同成立先后等顺序确定权利保护顺位。确定买卖合同成立时间，应综合考虑合同在主管机关备案的时间、合同载明的签订时间以及其他证据证明的合同签订时间等。

预告登记期间内，未经预告登记的权利人同意，房屋所有权人所为的处分行为，不得对

抗预告登记权利人。

17、当事人以转让房地产时未达到城市房地产管理法第三十九条第一款第（二）项规定的条件为由，请求认定转让合同无效的，不予支持。

18、当事人以国有土地使用权或资金出资进行合作开发，并以一方名义进行开发的，因合作项目产生的债权债务，按照物权法第一百零二条的规定处理。

另一种意见：当事人以国有土地使用权或资金出资进行合作开发，并以一方名义进行开发的，因合作项目产生的债权债务，应当严格遵循合同相对性原则处理。

19、对房屋买卖合同明确约定以按揭贷款方式付款，且买受人能够举证证明其确因首付款比例提高、贷款利率提高或不能办理按揭贷款等因素，导致无履约能力的，其以不可归责于双方当事人的事由为由请求解除合同，并要求出卖人返还收取的购房款或者定金的，可以支持。

对合同未明确约定以按揭贷款方式付款的，买受人以信贷政策变化为由请求解除买卖合同的，原则上不予支持；但买受人举证证明订立合同时出卖人明知且接受其实际将以按揭方式付款的，人民法院应依据相关法律、司法解释的规定，审查其解除合同的理由是否成立。

20、房屋买受人在合同签订后由于相应住房限购政策的实施而无法办理房屋所有权转移登记的，买受人以不可归责于双方当事人的原因导致合同目的无法实现为由，请求解除合同，返还所支付的购房款和定金的，可以支持。当事人并主张赔偿损失的，原则上不予支持。

21、人民法院对因国家宏观调控政策调整导致双方当事人解除房屋买卖合同后的损失，应适当区分基本住房、改善性住房和投资性住房予以公平处理，依法保护普通民众特别是弱势群体和低收入阶层的利益。对购买基本住房或改善性住房的，出卖人在解除合同后请求买受人赔偿损失的，原则上不予支持；对购买投资性住房的，出卖人在合同解除后请求买受人承担相应补偿责任的，人民法院应当依据公平原则进行处理，合同约定定金的，补偿数额原则上以定金数额为限，没有约定定金的，原则上不超过合同标的额的10%；对购买投资性住房的，应依据合同法的相关规定处理。

22、对因国家宏观调控政策变化引发的居间报酬纠纷应加以重视。房屋买卖双方确因中介机构的居间行为订立合同的，除合同另有约定外，一方当事人以宏观调控政策调整无法继续履行合同为由，请求解除居间合同并要求返还已支付的居间报酬的，原则上不予支持。但约定的居间报酬确实过高，当事人请求适当酌减的，人民法院可以根据案件具体情况，根据公平原则处理。

对于中介机构故意隐瞒真实情况、违规操作，恶意促成买卖双方交易，导致房屋买卖合同无法履行，严重损害委托人利益的，中介机构请求委托人支付居间报酬的，不予支持；委托人请求中介机构赔偿损失的，应当根据当事人的过错程度处理。

四、关于建设工程合同纠纷案件

23、招标人和中标人另行签订的改变工期、工程价款、工程项目性质等中标结果约定，应当认定为变更中标合同实质性内容；中标人作出的以明显高于市场价格购买承建房产、无偿建设住房配套设施、让利、向建设方捐款等承诺，亦应认定为变更中标合同的实质性内容。

建设工程开工后，发包方与承包方因设计变更、建设工程规划指标调整等原因，通过补充协议、会谈纪要、往来函件、签证等形式变更工期、工程价款、工程项目性质的，不应认

定为变更中标合同的实质性内容。

24、对按照“最低价中标”等违规招标形式，以低于工程建设成本的工程目标底订立的施工合同，应当依据招标投标法第四十一条第（二）项的规定认定无效。

对建设工程施工合同中有关违反工程建设强制性标准，任意压缩合理工期、降低工程质量标准的约定内容，应认定为无效。该约定被认定为无效后，依据《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》相关规定处理。

25、当事人以审计机关作出的审计报告、财政评审机构作出的评审结论，主张变更有效的建设工程施工合同约定的工程价款数额的，不予支持。

26、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。

27、当事人以《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》第十四条第（二）、（三）项规定的竣工日期作为承包人行使建设工程价款优先受偿权期间起算点的，不予支持。

28、人民法院在受理建设工程施工合同纠纷时，不能随意扩大《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》第二十六条第二款的适用范围，要严格控制实际施工人向与其没有合同关系的转包人、违法分包人、总承包人、发包人提起的民事诉讼，且发包人只在欠付工程价款范围内对实际施工人承担责任。

29、因违法分包、转包等导致建设工程合同无效的，实际施工人请求依据合同法第二百八十六条规定对建设工程行使优先受偿权的，不予支持。

30、在审理建设工程施工合同纠纷案件时，应当准许并鼓励合同当事人就与诉争焦点密切相关的工程管理、质量标准、工程技术、计价方法和计价标准等专业性问题，聘请专家证人参加庭审、邀请鉴定人出庭接受质询或者出具专业性书面意见。

五、关于民间借贷纠纷案件

31、对于民间借贷纠纷案件的全部证据，应从各证据与案件事实的关联程度、各证据之间的联系等方面进行综合审查判断。

出借人应对存在借贷关系、借贷内容以及已将款项交付给借款人等事实承担举证责任；借款人应承担已经归还借款的举证责任。对于形式要件有瑕疵的“欠条”或“收条”等，应结合其他证据认定是否存在借贷关系。对现金交付的借贷，可根据借贷金额大小、交付凭证、支付能力、交易习惯、当事人关系以及当事人陈述的交付经过等因素，综合判断是否存在借贷关系。

32、原则上应将民间借贷借据上记载的借款金额认定为本金。当事人约定利息预先在本金中扣除的，应当按照实际出借金额认定本金。

当事人既约定利息又约定违约金的，最终收取利息的利率不得超过银行同类贷款利率的四倍（包含利率本数）。超出此限度的，超出部分不予保护。

33、当事人仅约定了借期内的利率，没有约定逾期利率的，出借人以借期内的利率主张逾期还款利息的，应予支持。当事人既未约定借期内利率，也未约定逾期利率的，出借人参照中国人民银行公布同期同类贷款基准利率，请求自逾期还款之日或者主张权利之日起的利息的，应予支持。

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。

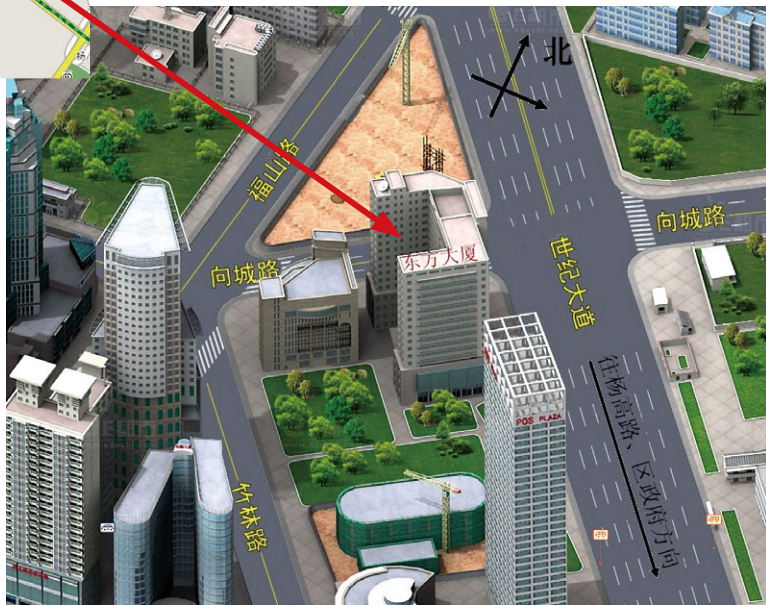
希望我们的努力，能为您的建设事业尽上一份绵薄之力！

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8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。

曾子曰：『吾日三省吾身

——为人谋而不忠乎？

与朋友交而不信乎？

传不习乎？』

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>