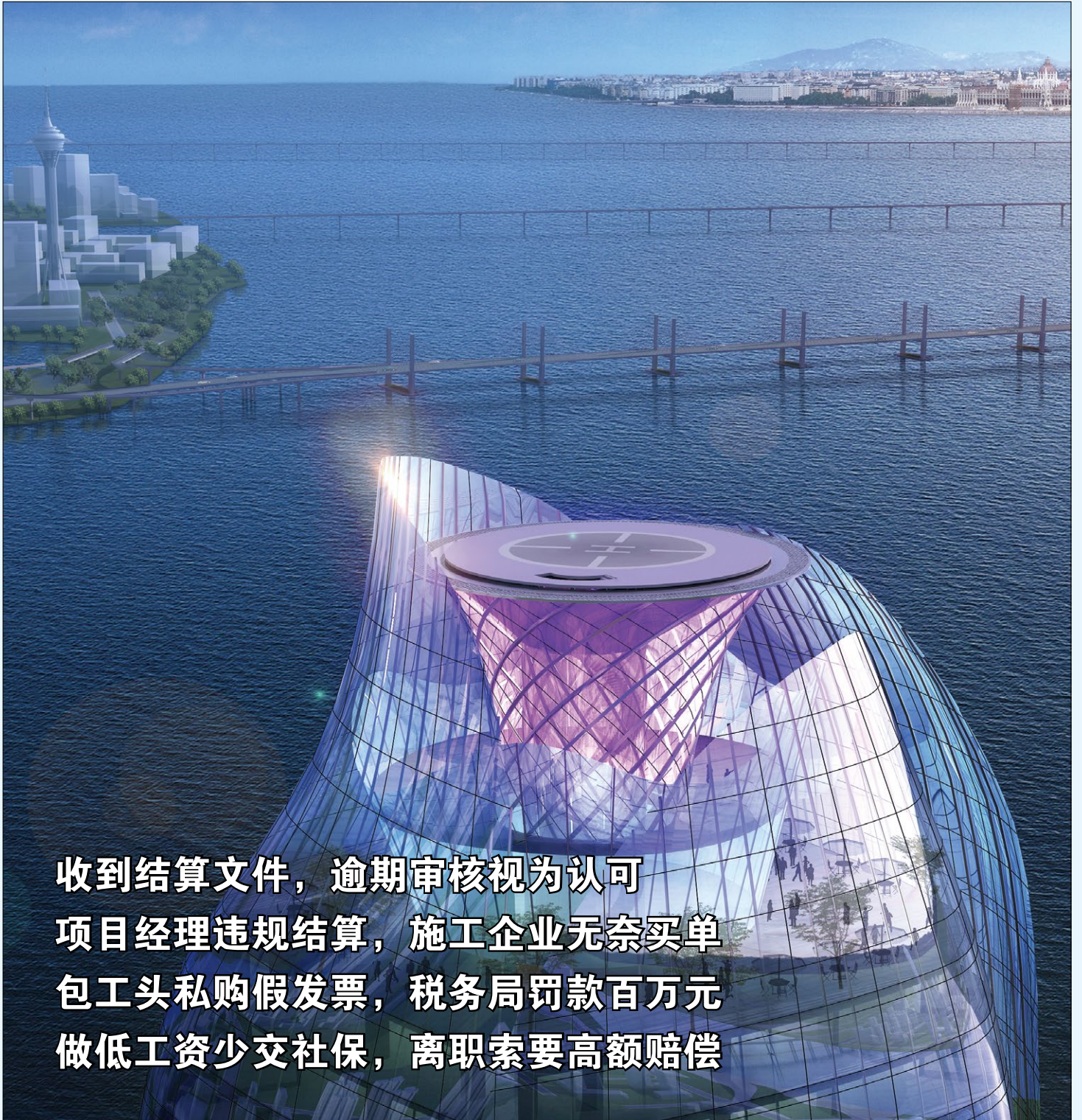


建筑法苑

施工企业篇

上海元始律师事务所主办

2014年第1期 总第17期



**收到结算文件，逾期审核视为认可
项目经理违规结算，施工企业无奈买单
包工头私购假发票，税务局罚款百万元
做低工资少交社保，离职索要高额赔偿**

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.yslawfirm.com

《建筑法苑》

2014年第1期 总第17期

目录

CONTENTS | 施工企业篇

律所新闻（2014年1月-2月大事记）	01
项目经理违规结算，施工企业无奈买单	02
<p>项目经理不负责地签署结算书，给施工企业带来极大的隐患。有效之策有三：一，订立分包合同时，应明确项目经理仅负责施工过程中的进度、质量和施工安全诸事项，但是项目经理没有代表公司进行结算的权利；对分包工程价款的结算，必须经过甲方确认，加盖公司公章后才能生效。二，重要的经济签证，在合同上约定同时由项目经理、施工员、材料员、工地预算员等数人同时签字才发生效力。三，对于有腐败苗头的管理人员，应对全部分包单位、施工班组、材料商都发一份挂号公函，告知结算程序和注意事项。</p>	
收到结算文件，逾期审核视为认可	06
包工头私购假发票，税务局罚款百万元	08
举报偷税勒索老东家	10
<p>财务经理离职后声称，掌握了公司偷税漏税的证据，要求董事长支付200万元的封口费，不然就要向税务部门举报。本文介绍相关应对方略。</p>	
做低工资少交社保，离职索要高额赔偿	12
<p>项目经理入职时谈定8000元/月的工资，同意公司按照2800元缴纳社保费。合同到期后，经理要求企业赔偿少交社保的费用7万元。如何处理呢？</p>	
轻率担保惹祸患	13
小案例中取教训	15
劳动人事	19
公司法务	25
最高人民法院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二（征求意见稿）	28

律所新闻

(2014年1月-2月大事记)

NEWS

·李宗猛博士应邀担任上海奉贤二建股份有限公司常年法律顾问·

奉贤二建创建于1965年11月。经过五十年的发展，公司已成为区域领先的建筑施工企业。公司现拥有生产经营基地27000平方米，各类生产经营用房11000平方米；企业员工1400余人，其中包括150余人的各类经济技术专业人员在内的骨干队伍达400余人。公司拥有固定资产2400余万元，大型施工机械100余台。

公司承建的奉贤金叶商厦、江海镇农业科技综合楼、悦华大酒店工程、阳光公寓、奉贤邮电大厦等工程获得业主的交口称赞。江海花园53号、阳光学校、上海海赢制衣厂、中心医院门诊楼和内儿妇产大楼等多项工程获上海市优质结构奖。

公司二次被评为“全国先进集体建筑企业”，还先后荣获“上海市市级先进企业”、“上海市建筑施工企业业绩综合考评优胜单位”、“上海市文明单位”、“重合同守信用单位”、“奉贤区财富50强”等光荣称号。

·李宗猛博士应邀担任江苏盐城二建集团上海建设有限公司常年法律顾问·

盐城二建集团是国家特级资质建筑施工总承包企业，是一家以建筑施工为主业，融建筑多元化经营、三产服务等于一体的综合型的大型企业集团。其上海分公司是集团拓展上海地区业务的桥头堡。经过三十多年的发展，公司在国内外建筑市场上打出了盐阜建筑铁军的响亮品牌。

·李宗猛博士应邀担任上海兴冶建筑工程技术有限公司常年法律顾问·

兴冶公司是专业从事建筑钢结构及非标设备制作、安装的生产企业。公司先后承揽上海文化广场改造工程等一批市重点建设项目，并获得金钢奖等荣誉称号。

·李宗猛博士应邀担任上海铭海建设有限公司常年法律顾问·

铭海建设是专业从事地基与基础工程施工的建筑企业。公司技术力量雄厚，机械装备精良，施工实践经验丰富，在地基加固、隔水抗渗、地基注浆加固、SMW工法、深层搅拌桩、高压旋喷桩、钻孔灌浆桩以及各种地下工程的化学注浆堵漏和结构补强、防水工程等领域处于行业领先地位。

·李宗猛博士应邀担任上海嘉洁生态科技有限公司常年法律顾问·

嘉洁公司是专业从事河流、湖泊、湿地、海岸、山体、铁路及公路等工程技术领域生态修复的高新技术企业。拥有绿化混凝土的生态修复技术、湖泊及湿地生态保护与修复、农业面源污染控制及生态灌区建设技术、河湖水岸硬质护坡的生态改造、与防护工程有机结合的河流污染整治及生态修复、裸露岩土坡的生态修复等多项生态修复核心技术。

项目经理违规结算，施工企业无奈买单

□ 文 / 上海元始律师事务所 李宗猛律师

案情

中建二十局建筑集团有限公司是知名国有施工企业。2009年，集团在嘉定区承接某大型商业及住宅综合项目，工程造价近四亿元。由于项目较为复杂，集团委派上海分公司副总经理毛义伟担任项目经理。毛副总是分公司成立之初入职的老员工，十几年来为分公司的发展立下汗马功劳，也有丰富的工程管理经验。

总承包合同签署之后，项目部进场开展工作。毛副总迅速制定了施工方案，安排了施工班组，签订了分包合同。应该说，各方面前期工作都还是不错的，工程进展也算顺利。2012年初工程如期完成，验收后交付建设单位投入使用。

工程竣工后，经过半年多的艰苦努力，集团总算是与建设单位完成了对账审价，签订了结算协议。其后，材料供应商、分包班组相继前来分公司要求结账。由于毛副总是工程施工期间的总负责人，对所有情况非常熟悉，所以前期的结算工作，分公司仍安排毛副总负责审核对账。但是没多久，分公司就发现毛副总在结算过程中“对下家的手比较松，把关不严”，还出现了多种指向毛副总的风言风语。为控制材料商、分包单位虚高结算，避免公司利益受到不正常损害，分公司遂于2012年8月8日召集党政班子所有管理人员开会，形成《上海分公司第二次党政联席会议纪要》。纪要明确，嘉定项目的所有结算工作，由分公司副总经理赵文卫负责，副总经理毛义伟和财务经理黄大明予以配合，项目部不得再擅自与水电公司及其他分包单位结算。毛义伟副总经理也出席了本次会议，在会议签到本上签了字。会议纪要上加盖了分公司公章，并呈报中建集团备案。

党政会议纪要形成之后，分公司心想总算堵住了漏洞。新任结算负责人赵文卫副总紧锣密鼓地安排人员审核各分包的造价。内部审核刚刚大致完成，赵文卫正打算邀请分包单位前来对账的时候，不曾想收到嘉定区法院的传票。

原告正是党政会议纪要上明确的项目部不得擅自与其结算的水电公司。原告提供的最关键的证据是一份《结算协议》，该协议上甲方一栏赫然由毛义伟副总经理签字，并加盖了项目部印章（签字日期为2012年9月28日，在党政联系会议之后50天）。结算协议载明：工程送审价为人民币1675万元，“甲方”确认水电公司的结算总价为人民币1450万元。而按照赵文卫副总安排人员测算的数据，水电公司的造价无论如何不超过1100万元。

可能感觉案件结果不乐观，中建集团觉得再花钱请律师也没有必要，委派公司的法务人员和赵文卫副总出庭应诉。在法庭上，中建集团一再解释，称这份结算协议是毛义伟的个人行为，不是分公司的真实意思，而且公司已经明确毛义伟无权代表公司结算，有党政会议纪要为证；而且该结算价格明显畸高，按照实际的工程量和分包合同单价计算，其工程造价不超过1100万元，因此法院应该委托司法审价单位对工程实际造价进行鉴定。

可是，法院并未采信中建集团的答辩意见。理由有三：第一，结算协议上的签字人毛义伟是水电分包合同上的甲方代表，而且整个工程的全部资料（包括建设单位的验收资料）上，中建集团一方的签字人均为毛义伟。第二，中建集团的党政纪要，并没有通知水电公司，也没有通知任何其他分包，没有对外效力。第三，关于工程造价，既然毛义伟已经代表公司进行了结算，则委托司法审价已无必要。

至于造价过高的问题，在毛义伟所签署的《结算协议》上，有意识地加入了两条：“（一）因建设单位材料供货不及时，批复材料单价过低等原因造成乙方水电施工班组大量窝工及损失。（二）甲方安排两次停工造成乙方误工费费用等”。可以看到，对方很清楚“1450万元结算价”肯定远大于实物工程量，但有了所谓的“误工费”做铺垫，在庭上对方有抗辩、抵赖的借口，法官也无法辨识其真伪。不难想象，对方既然一开始就蓄意造假，结算协议自然做得天衣无缝。

判决结果不出意外。最终法院判令总承包方按照毛义伟副总签署的1450万元结算价支付水电分包工程价款。败诉之后，中建集团承办人自嘲地向领导解释，“不是我们无能，而是敌人太狡猾”。

分析与建议

毛副总在公司党政会议之后“顶风作案”，冒着声名扫地的危险擅自与水电公司高额结算，若说没有猫腻，殊难令人信服。在数百万元的利益之前，党政联会的纪要约束不住这个59岁的老领导。

可能有人疑惑，该国有企业为何不向毛副总问责。但要知道，想找到毛副总与水电公司幕后交易的证据，其势难于上青天。没有证据，自然无法追究毛副总的刑事责任。而且在国有企业，除非是经办人之间有个人恩怨或者是检察机关有证据，否则很少有领导会赶尽杀绝，让责任人去坐牢。中建集团也是这样，事发后只不过将毛副总调到贵阳管理另外项目。尽管大家都心知肚明毛副总的签字结算是怎么一回事，但毛副总只要厚颜一些，十目所视，干夫所指，又能奈其何？几乎可以肯定，最终毛副总能够拿着“筹谋”来的钱财平安退休而去。

国有企业如此，民营企业且勿庆幸过早。民企人员素质与国企相比恐怕是弗如远甚，而且民企除了钱财之外，不像国企还有荣誉、级别和政治前途等方面考虑，民企管理者对钱财的贪念可能更为炽烈，内外勾结、损公肥私者大有人在。只不过由于民营企业没有纪检、纠察等部门，更多的蛀虫未被发现罢了。

寄希望于企业管理人员自身的素质和道德约束远远不够。按照本所的经验，至少应该采取如下方面的措施：

一、订立分包合同时，在合同中明确，项目经理仅负责施工过程中的进度、质量和施工安全诸事项，但是项目经理没有代表公司进行结算的权利。对分包工程价款的结算，必须经过甲方确认，加盖公司公章后才能生效。

将结算权利收归公司，不仅可以防止项目经理被收买而不正当地签出高额结算价，一定条件下对项目经理和现场管理人员也是一种保护，可以避免分包人员围攻项目经理、甚至采用非法拘禁等极端手段，逼迫项目经理违心地签出不应有的高价。此前确曾有过类似案例，某分包单位假装邀请项目经理到太湖“游玩”，将其扣留在太湖边一酒店，迫使项目经理结算，不签字不让走。三天之后，项目经理实在吃不消，不得不同意签署了1500多万元的结算

单，而实际工程造价不过1300万元左右。项目经理出来向公司反映，公司经报警，才撤销了这份在胁迫情况下签署的“结算书”。如果在合同中明确项目经理没有结算签字权，就算遭人围攻，也可以“自己没有权签字”来解释脱身。

二、对于在施工履行过程中，需要项目管理人员签字确认的“材料进货签收单”、“隐蔽工程量核认单”等单据，每一份单据都到公司来盖章可能不大现实。比较可取的办法是，对这些与经济价款息息相关的重要单据，在合同上约定同时由项目经理、施工员、材料员、工地预算员等数人同时签字才发生效力。这样约定是合法的，也可以有效防止个别人的舞弊行为，毕竟对方腐蚀一个集体比单独拉拢一人要困难得多。

三、对于有腐败苗头的管理人员，不能只在公司内形成一个会议纪要限制其权力（内部纪要对外不产生效力），而应该对全部有关的外包单位、施工班组、材料商都发一份挂号公函，告知结算程序和注意事项。比如，本案中，中建集团完全可以向水电公司发出一份这样的函件：

示范文本

委托付款协议

上海君秀水电安装工程有限公司：

我公司委托贵司施工的嘉定华园项目1#~6#楼水电安装工程，在工程完工后我公司已多次催促贵司前来我司结算，但贵司至今未提交工程结算书，致使结算工作无法进行。

为保证结算审价工作的准确性和严肃性，减少结算分歧，避免不必要的拖延，我司函告如下：

一、根据内部承包合同约定，贵司应在工程完工后一个月内提交完整的工程结算书。而工程完工后，贵司一再拖延。故请贵司务必在收悉本函后10天内，将完整的结算资料提交由我司组织审核。逾期提交结算资料，造成审价延迟的，责任由贵司承担。

二、根据合同约定，本工程在竣工之后进行一次结算。故竣工之后，贵司递交的工程竣工结算书只能有一个正式版本（应称为“正式送审稿”），而不能有“初稿”或“二稿”、“三稿”之类的名目。该正式送审稿作为审核的基本依据。

三、贵司正式提交的结算送审稿，应包含贵司承包的全部施工内容、所有签证变更款项、以及一切辅助服务之应得全部价款。若在递交结算送审稿之后，贵司发现仍有遗漏造价事项，我司将不予采纳。结算送审稿须由贵司法定代表人签字、并由贵司加盖公章确认，不得委派现场施工员或预算员代签。

四、希望贵司重视对本工程竣工图纸的编制工作，作为结算依据的竣工图纸必须如实反映本工程现场水电工程的实际情况，使得递交的竣工结算书送审稿较为真实可靠。

五、贵司提交正式结算送审稿时，除竣工图纸之外，必须附上完整的、经我司及监理单位会签确认的工程签证、技术核定单或其它依据性文件。

六、贵司提交的结算送审价应基本合理，不得高估冒算。如贵司的送审价过高，我司将根据合同约定，委托有资质的专业咨询机构进行审价。根据合同及相应政府文件规定，竣工结算审价费的分担原则如下，核减率在5%以上的，5%以内的审核费用由委托单位承担；超过部分由原编制单位（亦即贵司）负担。请贵司在编制正式的竣工结算书时，审慎考虑这一因素，工程量及取费应基本准确，指定分包工程、甲供料不应包含在贵司送审价

中。如送审价过高，我司委托第三方审价后，应由贵司承担的审价费用，我司将根据内部承包合同从贵司应得工程款中直接扣除。

七、我公司委派赵文卫副总负责水电工程的结算工作。原项目负责人毛义伟副总另有任用，不再负责本项目的管理及结算事宜。所有对账结算文件必须经赵文卫副总、黄大明经理二人同时签字并加盖我公司印章才能生效。同时，为加快对账复核过程，贵司应安排对口的工程管理人员和预算人员予以配合。

八、在结算对账过程中，贵司应做好材料商、民工班组的安抚工作，不得采用围攻、上访等过激手段向我司或建设单位追索费用。不然，每发生一起上访、围攻事件，我司将根据承包合同约定，从贵司工程结算款中扣除5万元的违约金。

九、目前现场剩余的一些工作，包括建设单位和物业公司提出的整改维修事项，请贵司务必增加力量在15天之内完成。否则，我司将安排第三方负责修复，所发生的费用从贵司的工程款中扣除。还有我司此前催促的钥匙移交、使用说明书和操作手册的交付等诸项工作，请贵司及时移交我司。如贵司拒绝移交，不论因何原因，贵司难免有胁迫之嫌，传出去也影响贵司声誉。望贵司冷静、审慎地处理此事，给我司一个积极的回音。

特此函告。

这样的函件发出后，对方舞弊的空间大大减少。“篱笆扎得牢，野狗钻不进”，话虽然粗俗，道理却值得深思。



收到结算文件，逾期审核视为认可

□ 文 / 上海元始律师事务所 李宗猛律师

案情

上海博雅置业有限公司委托浙江东华集团有限公司承担金色年华住宅小区的总承包施工任务。博雅置业有限公司的董事长陈晨是公务员出身，对工程并不十分熟悉，所以请了一个懂工程的朋友杨总来负责项目开发。所签署的总承包合同初稿由施工单位东华集团提供，博雅置业未请常年法律顾问，由杨总来负责合同审查及谈判工作。杨总看了施工单位的合同之后，没提什么意见，所以最终签署的合同条件对东华集团比较有利。关于结算时间，合同上约定，“在工程竣工后一个月内乙方提交竣工结算资料，甲方须在两个月内审查完毕，逾期视为认可乙方的竣工结算文件”。

2011年5月，工程几经波折后总算是竣工验收备案。7月15日，东华集团提交了一份工程竣工结算书，送审价为人民币8512万元。东华集团的项目经理刘柏梁非常老练，提交结算书的同时，还附上一式两份的《竣工结算文件交接单》，注明“甲方经审查，东华集团提交的竣工结算文件完整、齐全”。交接单上东华集团已经先加盖了公章。建设单位本不愿签收，但在刘柏梁的反复纠缠下，杨总无奈答应在两份《竣工结算文件交接单》上签字、盖章，之后一份由博雅置业留存，一份交给刘柏梁带回东华集团。由于担心结算审价费时日久，杨总在签字时有意留了一个心眼，故意没有写结算文件的签收日期。

竣工备案之后由于事务繁杂，杨总要忙着办理住宅交付许可证，忙着应付小业主的质量投诉，忙着处理延期交房违约金，所以并没有将东华集团的结算工作放在心上，结算书交给审价单位也没有去问动静。审价单位看建设单位没来催，也不着急审核。几个月下来，东华公司看到博雅置业既不出审价初稿，也不通知复核对账，于当年11月向上海仲裁委员会提起仲裁，要求博雅置业按照8512万元的结算总价支付工程欠款和违约金。

收到仲裁通知后，博雅置业才惊慌起来，赶紧寻找律师商量对策。但是，律师看到东华集团的证据材料后，也感到非常棘手。最高人民法院《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》第二十条规定，“当事人约定，发包人收到竣工结算文件后，在约定期限内不予答复，视为认可竣工结算文件的，按照约定处理。承包人请求按照竣工结算文件结算工程价款的，应予支持”。而对方提起仲裁之前对这一条文显然已有透彻了解，针对性的准备工作和证据都比较扎实：

一是合同约定，收到竣工结算文件后两个月内审核，逾期视为认可，先天条件对建设单位不利。

二是工程已经竣工验收，办理了竣工验收手续。在履行合同义务和质量方面对方没有瑕疵。尽管可以找一些对方工期延误的证据，但不能从根本上扭转大局。

三是对方提交的《竣工结算文件交接单》上，标注竣工结算资料完整齐全，而建设单位

加盖了公章予以确认，难以采用资料不全或其他类似理由加以反驳。建设单位盖章时虽未注明日期，但是对方起诉前将当初实际提交的日期（7月15日）用钢笔填写在交接单上。这样算来，对方从提交结算文件至仲裁申请之日已超过两个月，按照司法解释的规定，对方要求按照送审价8512万元进行结算已经成立；而大家都知道，结算送审价中都含有较大的水分，按送审价结账自然对建设单位极为不利。东华集团以有心算无心，建设单位如果没有额外手段，仲裁几乎必败无疑。

唯一可以动脑筋的是当初结算文件交接单上的签字日期。建设单位当初盖章时没有填写，而东华集团填写“7月15日”之后提交仲裁委，显然是东华集团后补的日期。为对抗这一证据，建设单位经斟酌再三，决定在己方保留的一份交接单上签署一个另外的日期“10月15日”交给仲裁委。两份内容一模一样的结算书交接单，就只有日期不一样，谁也不能驳倒对方的真实性。如果按照10月15日递交结算书来看，审价时间还没有超过两个月，那么只能按照施工合同及实际完成的工程量据实进行审核，不能直接按照送审价8512万元判案。应该说这样还是比较公平合理的，仲裁委亦准备这么做，已打算安排司法审价。案件似乎有柳暗花明的迹象。

想不到的是，精明的东华集团又走了一步棋，建设单位憨厚的杨总再次“中招”。东华集团的刘柏梁经理在他们律师的指导下，主动致电杨总：

“杨总，我们之间的案子，打来打去，没什么意思。大家一起共事了几年，没有必要弄得像个仇人。您看，双方是否有可能坐下来商量一个解决办法”。

“谈，当然是可以的。你们看是怎样一个尺度结账？”

“总价肯定要我们王总与你们陈总协商拍定。另外，还有一个事情，需要您给我说明一下。当初我明明是7月15日将结算书交给您的，您怎么填写10月15日呢？集团王总把我骂死了。”

“这不是打官司需要嘛。我们老板陈总让我填写10月15日的，你不能怪我呀。”

掏心置腹的杨总，继续絮絮叨叨与刘柏梁聊了半天，心里还憧憬着东华集团抓紧过来协商和解。不曾想的是，第二天东华集团就将通话情况整理成文，还有电话录音光盘一道提交到仲裁委。按照这个电话，显然10月15日的一份签字日期是虚假的。仲裁情况又变成一边倒的局面。去跟仲裁委沟通，仲裁员两手一摊，“我们也知道按照8512万元判案可能不公平，但是法律是这样规定的，谁也帮不上你们。你们再跟对方谈谈看。如不能和解，我们就要裁决了”。

懊恼的建设单位回头来继续与东华集团协商。但是，胜算在握的东华集团寸步不让。最终，走投无路的建设单位只好威胁东华集团，“如果你们不让步，坚持让仲裁委按照8512万元判案，我们就要将你们的全部伎俩公之于众。看今后谁还敢请你们东华集团做工程”。

也许觉得已经赚够了，也许觉得事情曝光对这个特级企业杀伤力太大，东华集团最终有所妥协，同意按照正常审价结果（约7400万）和送审价（8512万）的中间值7960万元和解结案。建设单位两步失着，净亏560万元以上。

分析与建议

东华集团在本案中虽然是反面角色，但是其精明之处仍值得施工企业借鉴。最关键的胜着有三点：第一，在合同中争取有利的条件（结算书逾期审核视为认可）；第二，注意保留证据（提交结算书时让建设单位盖章签收）；第三，碰到意外情况采取补救措施（以录取方式弥补不利证据）。兵家有云，多算胜，少算不胜，在工程纠纷中，道理是一样的。

包工头私购假发票，税务局罚款百万元

□ 文 / 上海元始律师事务所 李宗猛律师

案情

上海程信幕墙公司在国内的门窗、幕墙工程施工领域久负盛名。愿意挂靠程信公司的个人或小企业也比较多，毕竟依托知名单位，投标成功的机会大大增加。2006年6月，一个名叫张春生的个体老板，经朋友介绍前来协商，愿意缴纳2.5%的管理费挂靠程信公司，承接嘉兴桐乡市的一个项目，工程造价约720万元。张春生承诺自主经营、自负盈亏、独立核算，决不给程信公司添麻烦。碍于朋友面子，程信公司与张春生签署了挂靠协议，给张春生出具了全权委托书，并于2006年8月25日，由程信公司出面与建设单位浙江聚财置业有限公司签署了门窗工程施工合同。

合同签订不久，聚财置业支付了程信公司75万元的预付款，扣除税金和管理费之后，程信公司全额支付给张春生。同时，程信公司向聚财置业开具了75万元预付款的工程款发票。预付款到位后，张春生组织人员进场施工。

由于700多万的工程，对程信公司来说并不大；且桐乡市虽说不远，但毕竟是外省，所以程信公司也没有派人跟进项目。材料采购、民工安排、加工制作、现场管理、与建设单位联系等所有事情由张春生一人说了算。工程开工不久，张春生突然向程信公司报告，声称聚财置业要解除门窗合同，已完工程的结算及工程预付款是否退还等问题，由张春生负责与聚财置业协商，请程信公司放心。这个合同被解除，程信公司不过少了十几万的管理费而已，无伤大雅，程信公司也没放在心上。

六年过去了。2012年12月23日，程信公司突然接获嘉兴仲裁委员会仲裁通知。案由让程信公司大吃一惊。原来是桐乡项目的建设单位聚财置业公司提起仲裁，称程信公司于2006年12月22日向程信公司开具号码为01235601# ~ 01235607#共七份上海市工业统一发票，票面金额合计650万元整；2009年5月，桐乡市国家税务局对聚财置业的企业所得税情况进行检查，确认该七份发票为假发票，作出《税务处理决定书》，认定聚财置业用上述假发票充账已构成不合法凭证申报税前扣除，应予以调整应纳税所得额并追补企业所得税。聚财置业遂按照税务局的处罚结果，要求程信公司承担补缴所得税749275.81元及税款滞纳金497871.04元，合计1247146.85元。

程信公司了解情况后，才发觉事情不妙。原来张春生已经做好了一切的准备工作：

(一) 张春生虽向程信公司称已与建设单位解除合同，实际上仍以程信公司名义履行门窗合同，将工程全部施工完成，目的是少向程信公司缴纳挂靠管理费。

(二) 建设单位的结算款项725万元，除首付款75万元支付进入程信公司账户外，其余650万元款项全部被张春生领走。

(三) 桐乡市税务局所查处的650万元门窗工程款发票，即为张春生私自从第三方（假

发票供应“专业户”）购得，假发票几可乱真。张春生再擅自刻制程信公司发票专用章，加盖于发票之后提交给建设单位。浙江省桐乡市国家税务局稽查局向上海市嘉定区国家税务局查证，上述发票均系假票，假发票的事实无法否认。

对于张春生来说，伪称解除合同，采用假发票应付建设单位，既不用交挂靠费，又省去税金，平白净“赚”四十万，自己又没有一丁点风险，何乐而不为呢？

在仲裁庭审过程中，尽管程信公司一再解释，公司根本没有履行后续门窗工程施工合同，也没有收款，假发票上所加盖的“上海程信幕墙有限公司 310114630817890”发票专用章明显系伪造，所有事项都是张春生个人行为，与程信公司无涉。但是，仲裁员问：

一、你公司与聚财置业办过解除施工合同的书面手续没有？

二、给聚财置业出具的这份委托书，“兹授权张春生全权处理聚财置业门窗分包工程施工事宜，张春生之一切行为我公司均予以认可”，上面加盖的公章是你公司的吗？

由于张春生死活不露面，在仲裁庭上，程信公司百口莫辩，白白挨了这一刀。

分析与建议

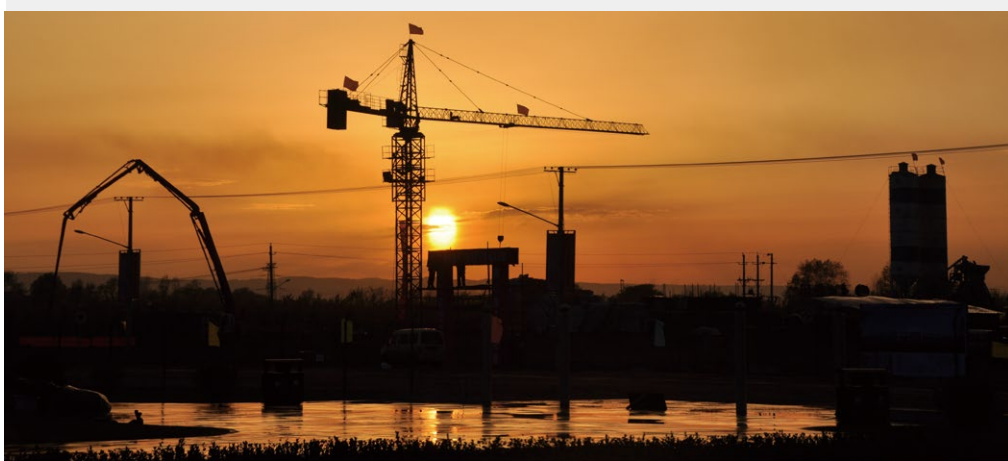
假发票由来已久，使用假发票且有愈演愈烈的趋势。2013年6月19日深圳市公安局收网行动查获各类伪造票证超过5吨；云南省罗平县一案查获假发票，票面可开金额达10520亿余元。假发票之泛滥、猖獗可见一斑。

曾有制造假发票的犯罪嫌疑人，在遭到公安机关追索后，前来本所咨询有关法律问题。根据犯罪嫌疑人介绍的情况，可以说，发票造假手段层出不穷，技术不断翻新，单靠普通手段辨识发票之真伪几无可能。

对于总承包方来说，为避免因分包人或材料商提供假发票而给施工企业造成损失，需要着重注意的有两个方面：

第一，不要轻易让分包人或材料商绕开总包方，直接提供发票给开发商。因为开发商最终需要进行项目的所得税清算，假发票被开发商使用冲账后，很有可能在清算过程中被税务局检查发现；一旦税务局罚款，开发商必然要算在总承包方头上。

第二，所有分包人或材料商提供的发票，让该单位的负责人在每一张发票上签字、并签署提交发票的日期。同时还要让提供发票的单位以书面承诺：“兹确认我单位提供的所有发票（发票清单附后）均真实有效；若我单位提供虚假发票，由此造成的一切损失均由我公司承担”。这样一旦收进假发票，日后有追责的可能。



举报偷税勒索老东家

□ 文 / 上海元始律师事务所 汇编

案情

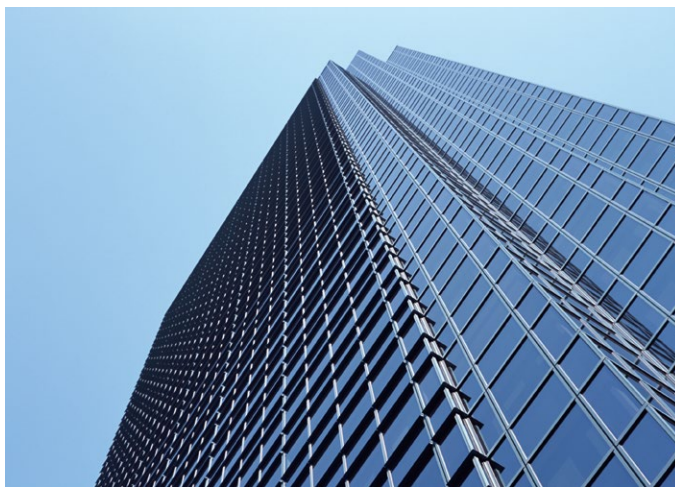
锦绣幕墙公司是一家颇有影响的建筑幕墙和装饰施工企业。2012年底，公司外聘的财务经理王某因个人原因辞去职务。2013年春节前，王某突然致电公司董事长刘总，称要求公司支付给他200万元，不然就要向税务部门举报公司偷税漏税的事情。刘总虽然十分恼火，但为息事宁人，当场还是让财务划账给王某5万元，叫王某做事不要太过分。王某当时也没有说什么。刘总觉得这件事情就到此为止了。

谁知，到了5月份，王某再次致电刘总，问剩余的195万元什么时候支付，而且语气十分强硬。刘总想付款给王某，担心他的要求没有止境；如采用激烈手段对付他，又担心王某与企业拼个鱼死网破，因为从侧面了解，王某从公司离职后并没有找到理想岗位，缺钱的人可能什么事情都做得出来。刘总十分为难，遂来本所咨询对策。

分析与对策

本所认为，王某显然是意图以其掌握的公司信息，作为勒索公司的筹码（如出于公心，不为私利，何须与公司沟通，直接向税务部门举报即可）。此等情况下，妥协是没有出路的。人心欲壑难填，企业支付了100万，他可能还希望200万；200万都付给他，他可能还希望更多收益，仍然还有继续举报的可能。而且企业支付的“封口费”愈多，愈显得企业亏心。因此，凡是遇到类似情况，切不可轻易让步。

退一万步说，即使对方真的举报，企业宁愿补交税款，也不能无端地支付给敲诈人。因



为企业如轻易妥协，王某拿到钱，说不定还会在其他员工之间张扬、显摆，对企业其他员工造成十分不利的影响，留下一个极为恶劣的样板。

当然，也要防止王某走极端，我们建议企业采取如下措施：

（一）掌握基本证据：让企业的副总与王某通一个电话，问问他到底有什么想法，在什么程度上能解决。王某在电话中毫不退步，一定要企业在限定时间内支付200万元，否则铁定要举报。副总在通话时有意予以录音，这样掌握了王某敲诈勒索公司的第一手证据。

（二）以相似案例震慑王某：我们将国内法院类似判决的案例材料提交该企业，让企业告知王某。该例中的案犯与王某的敲诈手段几乎如出一辙，同样是离职人员以举报偷税为名勒索企业，得手10万元，结果被判刑7年。而且公司告知王某，其敲诈公司的电话都已经录音，前面支付的5万元也有财务记录，如王某继续骚扰，将立即报警追究王某的责任。

在先例判决、可能遭受刑事指控的强大威慑下，王某终于胆怯了，企业平安度过了危机。以下是本所提供给企业的案例报道（而且告知王某可以从网上查阅该案例）。

参考案例

[离职总经理以“举报偷税”为名勒索前单位获刑]

本报讯（记者 王秋实）离职后自办公司欠下巨额债务，男子郭成虎以“举报偷漏税”相威胁，向原公司董事长敲诈勒索500万元，得手10万元。昨天记者获悉，海淀法院以敲诈勒索罪判处郭成虎有期徒刑7年，剥夺政治权利1年，并责令其继续退赔敲诈所得，以发还被害人。

今年43岁的郭成虎是甘肃人，曾在2006年任职于北京天行九州投资有限公司，后来升任该公司研发中心总经理，属于公司的骨干级别，并参与了该公司包括天津官港森林公园项目在内的多个重要地产项目。

去年3月，郭成虎从公司辞职，自己创办了北京如意龙网络科技有限公司，自任总经理，开发网络产品。短短几个月后，他就欠下了300多万元的债务。为了借钱填补漏洞，他想到了原公司的老板。

检方指控，去年11月25日，郭成虎找到北京天行九州投资有限公司董事长李先生，声称手里握有该公司偷漏税违法行为的材料，以向有关部门举报为要挟，向其索要500万元。最终，郭成虎从李先生处得到10万元。同年11月30日，警方在朝阳区一酒店将郭成虎抓获，并从他钱包内起获了存有赃款的一张银行卡。

第二天，郭成虎向警方表示愿意将卡内剩余赃款退还，并在民警监督下前往银行，将卡内剩余的44980元赃款取出后交给警方，现已发还给被害人。

法院审理后认为，郭成虎敲诈勒索他人财物，数额巨大，已构成敲诈勒索罪。鉴于郭成虎到案后能主动向警方交代并退缴部分赃款，挽回了被害人部分经济损失，所以法院做出上述从轻处罚的判决。

后记

用生效的判决案例来制止不法分子的贪念，应该说是一种有效的办法，既可以避免损失，又不损害企业的形象。由于绝大多数敲诈勒索的手法都不是创新，此前应该有过类似的案例和判决。因此，如果企业碰到其他的威胁，亦可以参考类似的办法，毕竟希图不劳而获者大有人在，敢铤而走险、甘冒牢狱之灾风险的人还是不多的。

做低工资少交社保，离职索要高额赔偿

□ 文 / 上海元始律师事务所 汇编

案情

自强弱电公司聘请程松涛担任项目经理，讲定工资为每月8000元。为节省成本，公司与程松涛商定，公司按照基数（2800元/月）缴纳社会保险和公积金，同时不扣除程松涛的个人所得税。程松涛很爽快地答应了，“没问题，完全能够理解”。

程松涛的简历是花团锦簇，但入职之后近两年时间，一直表现平平，能力也没什么长进。两年合同期满，公司没再与程松涛续签劳动合同。离职之后两三个月，程松涛仍未找到工作。这时，他又想起了老东家，主动致电公司董事长毛总。

程松涛的要求很“简单”。劳动法规定，公司应按工资总额8000元缴纳社会保险和公积金。目前仅按2800元缴纳。两年多节省费用74000元，公司应该补给他；算一个总数，公司补他6万元就好了。

毛总指责程松涛：“当时不是讲好的吗？为何不认账？如果当初要全额缴社保，公司可能不开出8000元工资”。

程松涛理直气壮地回复：“那个话不能算数的。法律有规定，公司必须按照工资总数足额缴纳。6万块，一分不能少。你要不给我，我就去举报。我知道你公司所有员工社保都在弄虚作假，曝光后每一个人你都要去补足。”其后，程松涛进一步威胁，“将要向客户投诉企业偷工减料的种种不是，让公司数百万工程款收不到”。

分析与对策

首先来看，程松涛的计算可能是有问题的。

- (1) 税前工资为2800元，个人缴费每月491.58元，单位缴费每月1181.26元。
- (2) 税前收入为8000元，个人缴费每月1400.00元，单位缴费每月3360.00元。
- (3) 程松涛的计算方法是将单位和个人少缴的部分全部计算进去了：
$$(1400+3360) \times 24 - (491.58+1181.26) \times 24=74091.84。$$
- (4) 从合理角度，即使补交社保费，单位应补交的额度为：
$$(3360-1181.26) * 24=52289.76$$
- (5) 而且即使补交社保费，个人应承担的一部分社保费用，应由个人将费用交到公司，再由公司统一缴纳到社保部门。
- (6) 但是，在任何情况下，公司没有义务将少交的社保费用以现金形式补给员工。

对于企业如何缴纳社会保险，由于涉及的问题比较复杂和敏感，本文在此不便展开。施工企业可以聘用专业律师，在劳动合同、薪酬设计、管理制度等各方面加以完善，以规避相应风险。

轻率担保惹祸患

在市场经济活动中，碍于面子或因对担保的法律后果不了解，轻易为人提供担保、致遭受损失的案例日渐增多。本文结合最近的一些案例，对担保涉及的法律问题进行分析。

我国担保法律规定的担保方式有保证、抵押、质押、留置、定金五种。这五种方式中，尤以保证最为简便，经济往来中多被采用。在资金融通和商品流动过程中，债权人为保证债权的实现，总会让债务人提供担保。而债务人又多是拉出一个信誉较好的单位，向债权人承诺。若债务人到期不履行义务，其可代为履行；或债务人到期不能清偿，则由其清偿。这两种承诺看似平常，责任后果却有较大区别：从法律责任上看，前者为连带担保责任，后者为一般责任。连带担保责任勿论债务人有无经济实力。只要到期不履行义务，债权人就可依法向担保人主张权利，担保人必须先履行此项义务，而后再向债务人追偿。一般担保责任是在债务人无能力清偿债务，即破产了，由担保人来清偿此债务，因为担保人的此类保证，不以付出财物的方式进行，所以不为担保人重视，且多为无偿担保。可是一旦出现被担保人无力或不履行义务的情况，担保者便会招致突如其来的损失，企业由此而丧失发展能力。以下两起保证担保案件，担保人就是在这样的担保责任中被撂倒的。

第一个案例是一个外县造纸企业（以下简称甲企业），欲向西安地区的一家银行

（下称乙银行）申请为期一年的巨额贷款，便找了一个颇有信誉的企业（下称丙企业）的分支机构作保证担保。由于跨地区不能贷款，甲企业就找了一个西安地区的企业（下称丁企业）出面申请贷款。丙企业的分支机构明知自己不具备法人主体资格，却不请示上级。二话没说便在了丁企业与乙银行贷款担保合同的担保栏中盖章予以担保，更谈不上要求提供反担保的问题。甲企业由此取得了乙银行的贷款。实际上甲企业、丁企业与丙企业分支机构的行为，客观上规避了跨地区不予放贷的法律规定，欺骗了乙银行，丙企业也被蒙蔽。此笔贷款一年期满，乙银行收贷时，西安地区的丁企业破产倒闭。甲企业造纸厂因经营不善资不抵债。丙企业的该分支机构不具备法人主体资格，没有承担清偿贷款民事责任的能力，加之此时丙企业将其分支机构撤销，财产由丙企业接收，乙银行只能依法向丙企业主张权利，要求清偿贷款本息。丙企业对此事认识不足，认为其企业未实际使用此笔贷款，担保只是一个程序上的手续而已，其不承担任何还款的民事责任，因而采取了拒不合作的蛮横态度来对待银行。乙银行只好依法向人民法院提起了旨在要求丙企业承担连带还款责任的诉讼。

诉讼中，丙企业依然满不在乎。既不出庭应诉，又不及时行使自己的诉辩权利，不履行诉讼义务。最后被人民法院强制执行。处在发展上升阶段的丙企业，在突如其来的巨大损失面前，呆若木鸡、不知所措，一下子瘫痪了。而导致这个惨痛后果的仅是一个简单的保证担保条款。

第二个案例的事情经过与第一个案例大致相同。所不同的只是，担保的金额比前面高出几倍，近千万元人民币。担保者按借款人的要求在保证担保合同上签字盖章。由于该借款人违法经营，企业破产倒闭。这样近千万元的借款必然由担保者清偿了。近千万元的债务，不可谓不大。然而，法律是无情的，是不会迁就法盲的。

以上两个案例表现出几个共同的特点：其一是这两个保证人，均为无偿提供担保。这有悖于等价有偿和权利义务对等的法律原则。其二是没有要求被保证人提供反担保（反担保，即被保证人以法定方式再向担保人提供担保），日后追偿无保障。第三是担保合同约定的保证责任不明确。依担保法规定，约定不明确的担保视为连带担保，因而要承担连带责任。第四是均未认识到担保可能带来的严重后果，即使被起诉亦觉无所谓，直到被法院强制执行后才感到事态严重，但悔之晚矣。

根据我国新的担保法和我国民事诉讼法的规定，连带担保合同纠纷，债权人可以



单独向担保人主张权利（即债权人是否对主债务人行使权利不影响其向担保人主张权利）。担保人承担责任后，可以向主债务人追偿。许多担保者不了解此类法律规定，每每碰到此况，便觉突然，大惑不解。

保证担保的隐性责任虽使许多企业家谈虎色变，但是，作为市场经济条件下融通资金、促进商品流动、消除债权人顾虑的一种法律方式，保证担保的作用是不可低估的，更不必谈虎色变。一般来说，只要按以下几个方面去作担保，即可防止损失，亦可使双方受益：

首先应对被担保企业的资信进行分析。主要是了解该企业的注册资金、经营状况、资金利用情况，即理财能力如何。若注册资金虚假、经营混乱、资金未被合理利用，则不可作保。

其次要看被担保企业的机制及决策层人员的综合素质如何。“婆婆”多、产权不明晰、决策人员尚空谈、爱夸大，该企业将会是个“肥皂泡”，迟早要倒闭。

第三是了解被担保企业的发展前景，即利用借贷资金发展的现实可能性如何、贷款能否使企业产生应有的经济效益。

第四是监督被担保企业对借款资金的使用，必须专款使用，不得挪为他用。经常与被担保企业联系，做到心中有数。

第五是多与债权人保持联系，明确担保责任，提醒债权人注意自己的权利和义务，防止责任转移。

第六是完备担保合同内容，确定担保责任性质和范围。引起纠纷后，多与法律界朋友交换意见，最好是聘请律师作为企业的顾问，把可能出现的问题消灭在萌芽状态。

第七坚持等价有偿和权利义务对等的原则。在被担保人提供等额的反担保和有偿担保的前提下提供担保。这样既获取一定的经济利益，亦可增强被担保人的责任心，更主要的是日后向被担保人追偿有保障。

最后忠告每一位善良的商海朋友：

轻率担保，企业可能横遭损失；谨慎承诺，利多弊少，大家受益（作者：羿克）

小案例中取教训

□ 文 / 上海元始律师事务所 李宗猛律师

[案例一、抵款房擅自抵押]

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款发票给施工单位，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。查询的结果令人难以置信，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。

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。

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思想准备。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，如过户至自己名下，日后再销售就变成了二手房，不好卖；而且还涉及两次销售税费的问题。但是，这种风险及成本，与房屋登记在开发商名下的风险及可能的损失比较下来，还是值得考虑的。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，不过在销售方面需要花力气。

[案例二、包工头中途退场，竣工后索要全部工程款]

胡庆详是江西南昌人，在当地注册了一家绿化公司，有一定经济实力，市场关系也还过得去。2012年夏天，胡庆详拿到了一个政府项目的绿化景观工程施工任务。由于招标人要求



中标单位必须是业内知名绿化企业，胡庆详遂前来上海，托朋友商借上海景天绿化工程有限公司（业内有名的一级绿化施工企业）的资质，谈妥后以景天公司名义与建设单位签订了工程施工合同。

合同订立后，胡庆详并未自己组织施工，而是抽取20%管理费，将工程转包给当地一个包工头姜阿三。胡庆详并以景天绿化公司项目部的名义与姜阿三签订了内部承包协议，加盖了景天公司项目部的印章。姜阿三向胡庆详承诺，“将保质保量完成施工任务，决不给胡大哥丢脸”。

随后，姜阿三进场施工。但是，姜阿三所找的那些“游击队式”的工人，管理没有章法，进度上不去，工程质量也远不如姜阿三承诺的那样漂亮。忍无可忍的建设单位直接发函给景天公司，称景天公司的施工管理与其名望太不相称，若再无改善，将解除合同。

收悉建设单位来函后，景天公司十分恼火，督促胡庆详落实解决。胡庆详看到工程确实做得太不像样，担心建设单位不好交代，毕竟当地的关系还是靠他来维持的，于是找来姜阿三，催逼其退场。对姜阿三已施工的部分，讲定一口价210万元，姜阿三也没说啥，带着工人离开了现场。

胡庆详将分包单位驱逐出场，看姜阿三也没闹事，心里挺高兴，立即自行安排施工班组进场完成剩余工作。但是，疏忽的是，前后两个分包商之间没有办理已完工程量签认手续。后面的分包商进场后，还比较争气，按照预定计划将全部绿化工程施工完毕。竣工后，前面的分包商（姜阿三）起诉景天防公司索要全部工程款。这下麻烦了，前后两家绿化单位，谁做多少讲不清楚。姜阿三拿出自己的施工日记、民工工资支付记账本、材料发票、苗木发票等证据，反映他们已经完成全部工程。明知姜阿三的材料是伪造，但是景天公司拿不出证据，说姜阿三做到什么程度退场，法庭倾向于支持姜阿三，指示司法审价单位按照姜阿三提交的发票等证据测算工程量。司法审价结果为500多万元（实际上差不多是整个工程的全部

造价)，而按照景天公司测算，娄阿三退场时已完工程量才240多万。司法鉴定结果超出一倍还多。

所以，在分包或者班组交替之间，对已完施工界面一定要非常明确，并让前后两家单位签字确认，以免后患。

[案例三、“杂交”的定额体系]

浙江某开发商在安徽芜湖开发大型住宅小区，春节前邀请中铁二十局等“中”字头国有施工单位及浙江本地的几家特级施工企业参与施工投标。在招标文件上，开发商要求按照《浙江省建筑工程预算定额》（2003版）、《浙江省安装工程预算定额》（2003版）及相关定额配套文件进行报价，材料价格按照芜湖市定额站发布的造价信息执行。中铁二十局的预算人员觉得疑惑，按照上海定额和上海的信息价、或者按照浙江的定额和浙江的信息价进行报价，价位如何、下浮几个点，心里都是很有数的。按照浙江定额和芜湖的信息价进行土建报价，这样“杂交”的定额体系，此前还没有碰到过，怎样组价、下浮多少，心里还真没底。有心做一遍工程预算估一下成本，一来投标时间紧，二来做预算也要花成本，三来芜湖当地信息价与市场采购价之间有多少空间、对成本的影响如何等一时无法了解清楚，遂决定采用“讨巧”的办法打探行情：咨询一下芜湖本地施工单位，称“按照定额报价，大约下浮五六个百分点”；再问浙江的企业，差不多也是这个行情。中铁二十局心想，龙元、中天等浙江企业做得下来，我们也能做，遂在对当地市场材料价格不清楚的情况下，按照浙江定额、安徽芜湖的信息价下浮6%报价。

中标进场之后，中铁二十局平整场地、搭设临建、修通道路，前后一两个月，花费了





100多万元。在此过程中，项目部也逐步摸清了当地行情，测算了造价。计算结果让中铁二十局大吃一惊。如按照当初的报价继续实施，近四个亿的工程，至少要亏本三千万元以上。

实落的中铁二十局，赶紧与建设单位协商，看是否能够调整合同价款。建设单位死活不同意，称还没有开工，就要大幅度调价，日后如何合作；如中铁二十局违约退出，则要没收中铁二十局的投标保证金，并要追究中铁二十局的违约责任。实在无法承受巨额亏损的中铁二十局，无奈只好将已经修建的临设、围墙、道路等以五十万元的价格转让给后续意向承包人，净亏五十万元以上；而原先缴纳的160万元投标保证金至今亦未能收回。

[案例四、以次充好的抵款房]

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。用于冲抵工程款的房号（比如几幢几号几零几室），合同中未明确，留下了无穷后患。

劳动人事

□ 文 / 上海元始律师事务所 汇编

1. 劳动者在工作日加点、休息日加班以及法定节假日加班，用人单位能否安排补休而不予支付加班费？

(1) 工作日：用人单位安排劳动者在正常工作日延长工作时间（比如安排晚上加班的），应当向劳动者支付不低于工资的150%的工资报酬。如果用人单位和劳动者协商调休或者补休办法的，实践中一般不会受到干涉。

(2) 休息日（星期六、星期天）：用人单位安排劳动者休息日加班的，可以考虑安排劳动者补休（安排同等时间补休后，可以不支付加班费）。如果用人单位不能安排劳动者补休，劳动者在休息日工作的时间应当认定为加班时间，用人单位应当向劳动者支付不低于工资的200%的工资报酬。

(3) 法定节假日：用人单位在法定节假日安排劳动者加班工作的，应另外支付不低于工资的300%的工资报酬，不能安排补休（应该支付加班费）。2014年的法定节假日一共11天，包括元旦1天(1月1日)、春节3天(正月初一、初二、初三)、清明节1天(农历清明当日)、劳动节1天(5月1日)、端午节1天(农历端午当日)、中秋节1天(农历中秋当日)、国庆节3天(10月1日、2日、3日)。

2. 由他人代为签订的劳动合同有效吗？

【解析】

(1) 订立劳动合同，应当遵循合法、公平、平等自愿、协商一致、诚实信用的原则。一份劳动合同，劳动者没有签字不能体现上述原则。因此，他人代签的劳动合同一般无效。

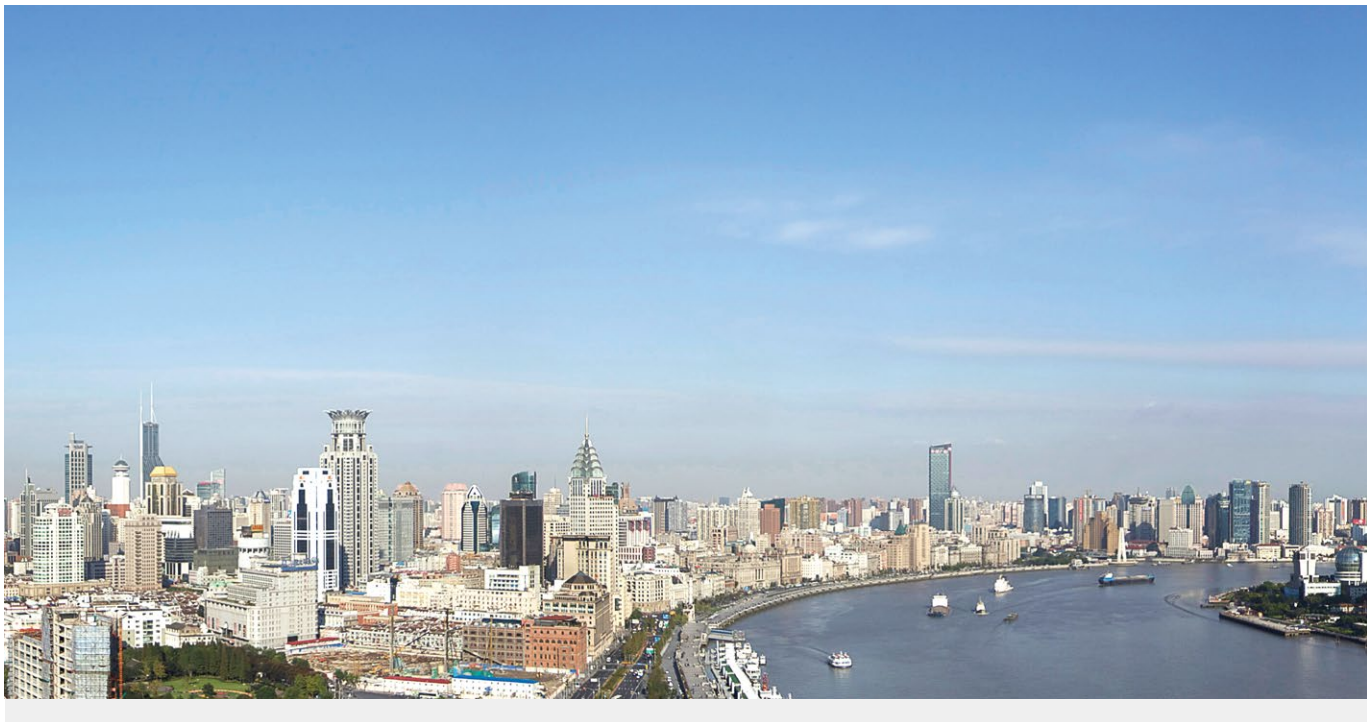
(2) 并非所有没有经过劳动者本人签订的劳动合同都是无效的。在以下两种情况下，劳动合同有可能被认定为有效，能够约束劳动者：

第一，劳动者书面委托他人（包括用人单位主管人员）代为签字的劳动合同。劳动者书面委托用人单位主管人员代为签字的劳动合同是否有效，要看具体情况，由劳动争议仲裁机构或者法院来确定。

第二，劳动者事后承认或追认的。

【基本案情】

小张厨艺精湛，饭店和他签约了为期1年的劳动合同。几个月后，饭店认为小张绝对是个人才，决定将小张的劳动合同由1年变为5年。可是小张当时不巧正在外地参加培训。饭店认



为不是什么大不了的事情，就替小张在变更后的劳动合同上签了字，认为劳动合同已经生效了。小张回来后听说此事，但认为是流言蜚语，就没有理睬。

小张在饭店工作了一年半以后，觉得饭店待遇不好，就跟饭店提出要辞职。饭店不同意，拿出变更后的劳动合同给小张看，认为5年的劳动合同没有履行完毕，小张不能走。小张认为自己没有签字，劳动合同无效。双方闹的很僵。小张咨询律师后得知用人单位不及时签订书面劳动合同需要支付双倍工资，因此提起劳动仲裁，索要应该签订劳动合同而未签订劳动合同的那几个月的双倍工资差额部分。

【案例分析】

本案中，因为小张没有在变更后的劳动合同上签字，事后也不认可该劳动合同，所以原劳动合同继续有效。因为一年合同到期，饭店没有及时和小张签订劳动合同，所以饭店需要向小张支付没有及时签订劳动合同的那段时间的双倍工资差额部分。

3. 用人单位可否拒绝为试用期内的劳动者缴纳社会保险？

(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。

【基本案情】

左某是A公司的部门经理，与A公司签订为期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，该公司在试用期间没有为左某上缴社会保险，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。

4. 工程承包企业是否可以在内部承包合同中约定将劳动者工伤风险转给实力有限的自然人承担？

【基本案情】

交通局将过境线指挥部工程的发包给中达公司，而中达公司再将该工程转交给蒋国忠具体负责施工。在施工过程中，工人龙建国被钢筋砸伤。龙建国请求中达公司赔偿，而中达公司以其与蒋国忠签订的《建设工程施工合同》中约定一切安全责任由龙建国承担为由，拒绝赔偿。

问：在内部承包合同中约定将劳动者工伤风险转给第三人承担是否有效？

【案例分析】

中达公司是经国家批准有资格承包建设工程的企业，在用人时应当承担《劳动法》规定的提供劳动保护、对劳动者进行劳动就业训练等义务。中达公司通过签订《建设工程承包

合同》，向交通局承包了过境线工程。作为该工程的直接承包者和《劳动法》规定的用人单位，中达公司在将该工程转交给蒋国忠具体负责施工后，没有履行《劳动法》规定的上述义务，也未对蒋国忠的工作情况进行监督管理，因而引起工伤事故的发生。对此，中达公司应承担民事赔偿责任。

蒋国忠通过与中达公司签订《建设工程施工合同》，与中达公司形成了内部承包关系，代表中达公司直接对过境线工程的具体施工和用人负责，因此也应当代表中达公司履行《劳动法》给用人单位规定的提供劳动保护、对劳动者进行劳动就业训练等义务。但是蒋国忠在聘用了劳动者以后，只给劳动者泛泛地讲些劳动时的注意事项，并未认真进行劳动就业训练就让劳动者上岗。在劳动过程中，蒋国忠也只是提供了搭架用的材料，并没有督促和指导工人采取有效的安全防护措施。特别是在看到钢筋架没有安全保护措施的情况下，蒋国忠还指挥工人返工，这种不顾劳动者安全的违章行为是导致此次事故发生的直接原因。因此，蒋国忠对此次事故应承担相应的民事责任。由于中达公司是过境线工程的承包人，蒋国忠与中达公司是内部承包关系，所以蒋国忠不能在本案中直接承担民事责任。

中达公司在与被告蒋国忠签订的内部承包合同中约定：“如发生一切大小工伤事故，应由蒋国忠负全部责任”，把只有企业才能承担的风险转给实力有限的自然人承担。该约定损害劳动者合法权益，违反了《劳动法》的规定，是无效约定，不受法律保护。鉴于此次事故是由蒋国忠的违章行为导致的，中达公司在对原告龙建国承担了民事责任后，可另行追究蒋国忠应当承担的责任。

5. 用人单位招聘了没有和其他用人单位解除劳动关系的劳动者，有责任吗？

【基本案情】

小柳是甲公司的年轻工程师，去年被公司派往香港进行了6个月的造价师培训。培训回国后，其技术比以前有了很大提高，于是小柳开始对现在的职位和薪水产生了不满足感。为此，他偷偷在乙公司找了一份更满意的工作。小柳于是向甲公司提出辞职，甲公司要求小柳



承担4万元的培训费用。小柳不愿拿出4万元，所以不辞而别，进入乙公司。由于小柳的擅自离职，造成甲公司3万元的经济损失。

半个多月后，甲公司终于在乙公司发现了另谋高就的小柳，便与乙公司交涉，要求乙公司和小柳共同承担甲公司3万元损失的赔偿责任。乙公司人事部经理了解了情况后说：“这件事我们公司确实不知道。小柳来应聘时，我们还特意问过他，是否跟以前的单位解除了劳动合同关系。是他说已经解除了一切关系，我们才录用了他。”人事部经理表示马上请示上级辞退小柳。乙公司辞退了小柳，可是甲公司对乙公司依然不依不饶，继续要求乙公司承担3万元损失的连带赔偿责任。乙公司对此非常不满，也感到委屈，不知道究竟是否需要承担连带赔偿责任？

【案例分析】

乙公司招用小柳时，小柳与甲公司仍存在劳动关系；乙公司招用小柳的行为与甲公司的损失之间存在因果关系。根据以上事实和《劳动合同法》第九十一条的规定，乙公司应当承担连带赔偿责任。具体分析如下：

(1) 不论乙公司是否存在过错，只要乙公司存在招用与甲公司尚未解除劳动合同的小柳的行为，且该行为对甲公司造成损失，乙公司就应当对甲公司的损失承担连带赔偿责任，而不论乙公司是否知道其招用的小柳与甲公司尚未解除劳动合同或者终止劳动合同。

(2) 即使乙公司在获悉信息后，立即解除了其与小柳的劳动合同，该行为也不能改变乙公司已经侵害甲公司合法权益、且给甲公司造成经济损失这一事实，乙公司法定的连带赔偿责任是不能够被免除的。

所以，企业招聘员工时应慎重查看，该员工与前任单位之间的劳动合同是否已经依法解除，避免遭受不必要的损失。

6. 车辆挂靠其他单位经营，实际所有人聘用的司机工作中伤亡能否认定为工伤

【基本案情】

董华升将自己购买的货车挂靠在利达车队，并雇用吴益春驾驶该车。该车登记的所有权人为利达车队，董华升对外亦以利达车队的名义从事货运服务，利达车队按车定期收取挂靠费。吴益春在工作中不幸受伤。

问：吴益春是否可以被认定为工伤？

【案例分析】

吴益春与利达车队之间形成了事实劳动关系，应认定为工伤。

本案中，董华升将自己购买的货车挂靠在利达车队，并雇用吴益春驾驶，其与吴益春之间就形成了直接的雇佣关系。由于该车登记的所有权人为利达车队，董华升对外亦以利达车队的名义从事货运服务，利达车队按车定期收取挂靠费，实质上也从吴益春的劳动中受益，董华升虽以个人名义雇用吴益春为司机，但其行为的后果应当由利达车队承担。利达车队是吴益春法律上的雇主，双方已经形成事实上的劳动关系。因此，吴益春和利达车队之间的关系可以适用《劳动法》和《工伤保险条例》，吴益春在驾驶该车运输途中发生交通事故致伤，如果没有《工伤保险条例》规定的蓄意违章、自杀或自残等排除认定工伤的情形，就应依法认定为工伤。

7. 个体承包经营者要对劳动者的损害承担赔偿责任吗？

【基本案情】

甲公司作为总承包方，将其承建的一处办公用房的改造工程发包给包工头刘某，刘某带领临时招用的建筑工人进行工程改建工作。由于没有安全保护设备，工程进行到一半的时候，临时工小赵被坠落的砖块砸中头部而受伤，共花费35000元医疗费用。小赵要求刘某赔偿这笔医疗费。但是刘某认为自己只是负责工程的改建工作，工程的真正承包人是甲公司，因此拒绝赔偿。甲公司认为，刘某承包了工程，因此小赵的损害与他们无关。

【案例分析】

本案涉及个人承包经营中劳动者损害的赔偿问题。由于甲公司属于建设工程的施工单位，且系甲公司将工程发包给包工头刘某，依照《劳动合同法》第九十四条规定：“个人承包经营违反本法规定招用劳动者，给劳动者造成损害的，发包的组织与个人承包经营者承担连带赔偿责任”，因此临时工小赵可向甲公司追索责任。

8. 与用人单位存在劳动关系的劳动者因为各种原因不愿意和用人单位订立劳动合同，用人单位该如何处理？

(1) 如果在用工之日起1个月内劳动者不愿意签订劳动合同，用人单位必须有劳动者不愿意签订书面劳动合同的证据，然后可以书面通知劳动者终止劳动关系。如果用人单位在1个月内能够依法终止劳动关系，用人单位就无须向劳动者支付经济补偿，但是应当依法向劳动者支付其实际工作时间的劳动报酬。

(2) 用人单位自用工之日起超过1个月不满1年未与劳动者订立书面劳动合同，原因是劳动者不愿意与用人单位订立书面劳动合同的，用人单位必须有劳动者不愿意签订书面劳动合同的证据，然后用人单位可以终止其与劳动者的劳动关系。在这种情况下，用人单位不需要向劳动者支付自用工之日起满1个月的次日至劳动关系终止前一日的二倍工资，但是仍需要依法向劳动者支付经济补偿金。

《中华人民共和国劳动合同法实施条例》第6条规定：用人单位自用工之日起超过一个月不满一年未与劳动者订立书面劳动合同的，应当依照劳动合同法第八十二条的规定向劳动者每月支付二倍的工资，并与劳动者补订书面劳动合同；劳动者不与用人单位订立书面劳动合同的，用人单位应当书面通知劳动者终止劳动关系，并依照劳动合同法第四十七条的规定支付经济补偿。

《中华人民共和国劳动合同法》第47条规定：经济补偿按劳动者在本单位工作的年限，每满一年支付一个月工资的标准向劳动者支付。六个月以上不满一年的，按一年计算；不满六个月的，向劳动者支付半个月工资的经济补偿。

(3) 用人单位自用工之日起满1年未与劳动者订立书面劳动合同的，用人单位应该依照《劳动合同法》第八十二条的规定，向劳动者支付自用工之日起满1个月的次日至满1年前一日的二倍工资，并视为自用工之日起满1年的当日已经与劳动者订立无固定期限劳动合同，应当立即与劳动者补订书面劳动合同。劳动者不愿意签订书面劳动合同的，不影响双方劳动关系的存续和无固定期限劳动合同的履行。

公司法务

□ 文 / 上海元始律师事务所 汇编

1. 股东会作出撤销甲的董事长职务的决议，在变更登记之前甲是否还有权主持公司董事会议？

变更登记是对抗效力，不同于设立登记，后者是生效效力。在公司内部，股东会作出撤销甲董事长职务的决议，甲就不是董事长了，因此甲无权再主持董事会。但是因为撤销决议没有经过工商变更登记，所以甲与善意第三人签订的合同，对公司仍具约束力；因此，为避免甲的行为给公司造成损失，公司应及时办理工商变更登记手续。

2. 公司对外投资设立的公司，又对外投资设立公司。场地相同，财产相同，人员相同。两者能否认定为关联企业？设立的子公司是否需要对外债务承担偿还责任？

公司对外投资设立新公司，无论是以子公司的形式，还是参股的形式设立一个新公司，新公司和母公司之间均构成关联企业关系。即使新公司再设立新公司，新公司与其母公司之间也会构成关联关系。但是，由于所设新公司均具有独立的法人资格，因而子公司对外都是独立承担民事责任，即便是在诉讼中也不能与其他公司，包括母公司被列为共同被告或被追加为第三人。但在案件执行过程中，若母公司财产不足以清偿对外债务，法院有可能将其对外投资设立公司所享有的股权，作为母公司的财产予以拍卖变现，用于清偿母公司债权人的债务。所以在一般情况下，两个子公司不需要对母公司的对外债务承担偿还责任。

3. 某股份有限公司有董事十三人，在一次董事会上，董事会决定更换监事。这是否符合公司法规定？

根据公司法第一百零九条第三款关于股份有限公司董事会职权的规定，股份有限公司的董事会是无权更换监事的。公司法第一百一十八条规定，股份有限公司的监事会由股东代表和适当比例的公司职工代表组成，职工代表由公司职工代表大会更换。股东代表由股东大会更换。所以董事会是无权更换监事的。

4. 出席董事会的董事不足法定人数，所做的决议却被公司执行完毕，该如何看待该决议的效力？

根据保护善意第三人的原则，公司所达成的决议仍是有效的，因为决议程序只是公司的内部事务；如果第三人明知该程序有瑕疵，而故意促成决议的履行，则该决议应该被撤销。决议损害公司利益的，参加决议的董事还应对公司承担赔偿责任。

5. 一有限责任公司转让股权，转让人与受让人达成转让协议，受让人已经支付部分价款，并办理了工商变更登记手续，但还有部分价款未予支付。之后在合同履行过程中，双方发生分歧，现在转让人能否提出解除转让合同并追究受让人的违约责任？

就此种情况而言，出让一方已经完全履行了自己的义务——将股权转让至受让方名下，并且在工商行政管理部门办理了股权变更登记，但受让方仅支付部分股权转让款。尚未履行完合同义务。双方实际上形成了一个债权债务关系。双方对于股权转让合同本身并无争议，故而并非典型意义上的股权转让纠纷。所以，出让人并不能因此解除股权转让合同，但其可以以受让方不履行合同义务——拖欠转让款为由，要求受让方支付对价，并承担相应的违约责任。

6. 甲、乙两自然人设立A公司，甲占40%的股权，乙占60%。2009年1月，甲、乙双方签订股权转让协议，甲将40%股权转让给乙，但乙未支付转让款，也未办理工商变更登记。之后，甲便不再参与A公司经营管理。至2010年6月，乙伪造甲的签名，作出股东会决议，决定注销A公司。随后依原公司的规定在报纸上公告三次，即注销了公司。随即，乙将注销时A公司剩余的所有财产交由其控制的B公司接手。2012年8月，甲了解到公司被注销的事情后，起诉至法院要求分配A公司的剩余财产。

问：注销时，甲是否还拥有A公司的40%股权？甲的起诉是否过了诉讼时效？

本案中甲、乙虽然签订了股权转让协议，但并没有实际履行，乙未支付转让款，双方也未到工商行政管理机关变更股权登记，所以40%的股权没有实际转让给乙，故甲仍享A公司的40%股权。

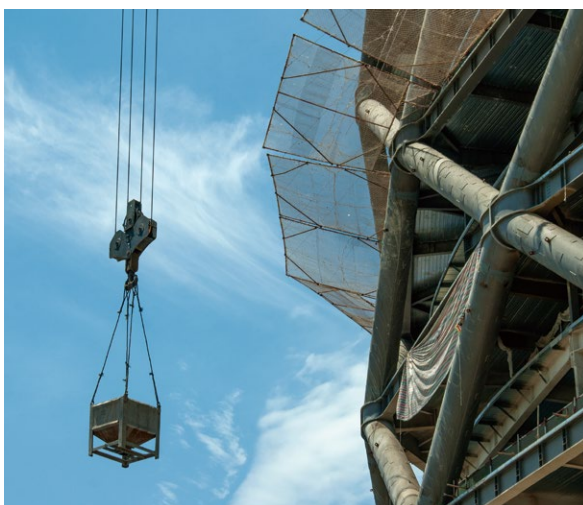
单纯从时间上看，从2010年6月公司注销，到2012年8月甲提起诉讼，好像已超过两年诉讼时效。但按照公司法的规定，公司注销是必须要经过清算的，甲作为A公司的股东，乙在注销A公司之前，应与甲进行公司债权债务清算。即便乙认为甲已退出公司，也应当给甲打个拖欠股权转让款的欠条。乙在注销公司的时候，没有给甲拖欠转让款的欠条，说明乙是明知甲的股东身份没有改变。按照公司清算的规定，公司注销前甲和乙应当对公司清算，未经清算不能注销。所以，甲有权诉请法院责令对公司进行清算，同时，甲也有权对乙提出清偿其在A公司所占的40%股权范围内的财产的请求权。甲对乙的诉权没有超过两年的诉讼时效。

7. 公司或其他股东对于瑕疵出资股东或抽逃出资股东的补足出资请求权或返还出资请求权是否受诉讼时效的限制？

根据公司法的规定，股东需要向公司承担忠诚义务，这是一种自公司成立产生，至公司消亡、解散、破产为止的义务。公司资本不变原则，要求股东始终忠诚于公司。瑕疵出资和抽逃出资都是对公司的侵权行为，公司有权随时向法院提起诉讼，要求瑕疵或抽逃出资的股东补足或退还出资，因此这种责任不受诉讼时效限制，仅受公司存续期间的限制。

8. 某债务人被吊销执照（不参加年检），但未清算，次年债权人起诉要求债务人还款、股东履行清算责任。另有证据证明股东怠于清算，导致财产损失，债权人是否在起诉公司的同时起诉股东，要求股东承担连带清偿责任？

根据《公司法解释二》第18条规定，“有限责任公司的股东、股份有限公司的董事和控股股东未在法定期限内开始清算，导致公司财产贬值、流失、毁损或者灭失，债权人主张其在造成损失范围内对公司债务承担赔偿责任的，人民法院应依法予以支持。有限责任公司的股东、股份有限公司的董事和控股股东因怠于履行义务，导致公司主要财产、账册、重要文件等灭失，无法进行清算，债权人主张其对公司债务承担连带清偿责任的，人民法院应依法予以支持”。因而，只要公司股东存在上述行为，并造成公司财产损失的，司法实践中法院都会依请求判令股东对造成的损失承担连带赔偿责任。



《最高人民法院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》

(二)

(征求意见稿)

为了正确审理建设工程施工合同纠纷案件，根据《中华人民共和国民事诉讼法通则》、《中华人民共和国合同法》、《中华人民共和国民事诉讼法》等法律规定，结合民事审判实践，作如下解释。

一、合同效力

第一条【违法建筑施工合同无效】

当事人以建设单位未办理建设工程规划许可证为由，请求认定建设工程施工合同无效的，应予支持。

第二条【依法应认定有效的五种合同】

当事人以建设工程施工合同具有下列情形之一，主张无效的，不予支持。

- (一) 承包人未取得建筑施工企业资质或者超越资质等级的；
- (二) 没有资质的实际施工人借用有资质的建筑施工企业名义的；
- (三) 建设工程必须进行招标而未招标或者中标无效的。

另一种意见：删除

第三条【内部承包的认定标准】

承包人与其下属分支机构或者职工签订合同，将其承包的全部或者部分工程承包给其下属分支机构或者职工施工，并对其下属分支机构或者职工的施工进行财务管理、技术指导、质量监管等必要管理的，应认定为企业内部承包合同。当事人以上述内部承包合同的承包人无施工资质为由，请求认定合同无效的，不予支持。

第四条【中标通知书的性质】

招标人向中标人发出中标通知书后，建设工程施工合同成立。招标人无正当理由不签订书面合同，中标人请求招标人承担违约赔偿责任的，应与支持。

另一种意见：招标人向中标人发出中标通知书后，建设工程预约施工合同成立。招标人无正当理由不签订书面合同，中标人请求招标人承担建设工程预约施工合同违约赔偿责任的，应与支持。

第五条【不属于必须招标工程进行招标的法律效果】

发包人将依法不属于必须招标的工程进行招标后，与承包人另行订立的建设工程施工合同与备案的中标合同实质性内容不一致，当事人请求以备案的中标合同作为结算工程价款根据的，应与支持。

另一种意见：发包人将依法不属于必须招标的工程进行招标后，与承包人另行订立的建设工程施工合同与备案的中标合同实质性内容不一致的，以双方实际履行的合同作为结算工程价款的根据。不能确定实际履行合同的，以后订立的合同作为结算工程价款的根据。

第六条【合作开发房地产合同当事人责任】

合作开发房地产合同一方当事人作为发包人与承包人订立建设工程施工合同，承包人请求合作开发房地产合同的其他当事人对发包人建设工程价款债务承担连带责任的，不予支持。

另一种意见：合作开发房地产合同一方当事人作为发包人与承包人订立建设工程施工合同，承包人请求合作开发房地产合同的其他当事人对施工合同债务承担连带责任的，应与支持。

二、工期、工程质量

第七条【工期顺延的认定】

当事人对工程日期是否应当顺延有争议的，按照施工过程中形成的签证等书面文件确认。当事人约定，承包人不在约定时间内提出工期顺延申请视为工期不顺延的，按照约定处理。

第八条【发包人质量主张的处理】

承包人请求发包人给付工程价款纠纷案件中，发包人以工程质量不合格或者不符合合同约定为由主张减少工程价款的，应作为抗辩处理；发包人主张承包人承担建设工程质量违约赔偿责任的，应作为反诉处理。

三、工程价款的结算

第九条【合同实质性内容的范围及背离判断标准】

招标投标法第四十六条规定的“合同实质性内容”，主要包括合同工期、工程价款、工程项目性质等。人民法院应当综合备案的中标合同价款、工程性质、施工工艺、实质性内容变更的程度，依据诚实信用原则认定当事人另行订立的建设工程施工合同是否背离中标合同实质性内容。

第十条【变更中标合同实质性内容的例外情形】

建设工程开工后，因设计变更、建设工程规划指标调整等客观原因，发包人与承包人变更合同工期、工程价款、工程项目性质等约定的，不应认定为变更合同的实质性内容。

第十一条【仅备案登记合同的效力】

当事人在相关性质管理部门备案的施工合同未经招标投标、不适用招标投标法第四十六条的规定。当事人仅以双方另行订立的合同与上述备案合同的实质性内容不一致为由，请求依据《建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》第二十一条规定结算工程价款的，不予支持。

第十二条【多份无效合同的结算】

当事人就同一建设工程订立的数份施工合同均被认定无效，应当参照当事人实际履行的合同约定结算工程价款。不能确定实际履行合同的，可以参照后订立的合同约定结算工程价款。

第十三条【审计机构等行政审计不能作为结算依据】

发包人主张以审计机构出具的审计报告或者财政评审机构出具的评审结论作为工程价款结算依据的，不予支持。但当事人另有约定的除外。

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！

《建筑法苑》 欢迎订阅

中国建筑业界资深法律服务平台

「 设立八个板块 」

1. 工程实务
2. 理论研究
3. 案例警示
4. 专家解惑
5. 公司法务
6. 劳动人事
7. 法规速递
8. 以古喻今



全年订价：120元，每期订价：20元

编辑部现地址：上海市浦东新区世纪大道1500号东方大厦901室 邮编：200122

2014年5月1日后编辑部新地址：上海市浦东新区世纪大道88号金茂大厦2003室 邮编：200120

发行咨询电话热线：13661944182，021-68407066 张晓蕾小姐

凭杂志可到事务所免费咨询一次



事务所搬迁通知

尊敬的新、老客户：

感谢您对本所的支持和信赖。本所因为规模扩大及业务发展，将于2014年5月1日喜迁新址。我们将进一步为您提供更优质的法律服务，与您共同发展！

新办公地址：上海市浦东新区世纪大道88号金茂大厦2003室

邮编：200120

电话：021-68407068

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

因事务所的搬迁给您带来的不便，我们深表歉意，敬请谅解！衷心祝愿您事业蒸蒸日上，新年鸿图大展！

上海元始律师事务所

2014年3月20日