

建筑法苑

施工企业篇

上海元始律师事务所主办

2018年第1期 总第26期



骗子是有征兆的

材料商自行篡改的天价送货单

核减率超过5%之后的超常违约金

对于挂靠承包，公司是统一管理还是置身事外

工程建设领域的专业律师事务所

上海元始律师事务所

■ 办公地址

上海市浦东新区世纪大道88号，金茂大厦2003室。

■ 核心业务

担任房地产开发企业和建筑施工单位常年法律顾问，处理建设工程施工合同纠纷，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，80%以上律师拥有硕士或博士学位。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、连云港中华东路月光蝴蝶园、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 主任/律师/博士

地址：中国上海浦东新区世纪大道88号金茂大厦2003室
 邮编：200121
 电话：021-68407068
 E-mail: yuanshizixun@126.com
 手机：13901686274
 传真：021-68407066
 网址：www.yslawfirm.cn

《建筑法苑》

2018年第1期 总第26期

CONTENTS

目录

施工企业篇

对于挂靠承包，公司是统一管理还是置身事外	01
因挂靠人原因公司涉诉，公司是否需要参与诉讼	04
核减率超过5%之后的超常违约金	06
材料商自行篡改的天价送货单	07
固定单价还是可调单价	09
骗子是有征兆的	11
企业为员工出具高收入证明是否存在风险	13
【案情通报】	
案例一、PDF格式合同被篡改	14
案例二、建设方登报解除合同	14
案例三、业主指定分包起诉挂名总包	15
案例四、现场踏勘疏忽遭损失	16
案例五、已付进度款等于结算价	16
案例六、包工头拒认分摊费	16
案例七、定金写成预付款	17
接受虚开的增值税专用发票的不构成虚开犯罪	18
劳动人事	21
最高法关于“实际施工人”对外法律行为责任承担14条裁判观点	24

对于挂靠承包，公司是统一管理还是置身事外

□文 / 上海元始律师事务所 李宗猛律师

| 问题 |



您好，李博士。有个问题想请教下的，关于浙江的那个挂靠工程，下面的材料供应商合同和工人工资这些，我们需要公司统一进行管理吗，还是说就让挂靠的人自己去办，我们就不参与。还有他现在用于备案的人员证书全部是公司提供的13本证书。我们是否应该让他自己转证书到我们公司来还是在内部承包合同中提出约束这些证书的内容呢。谢谢。

| 答复 |



所谓挂靠，就是挂靠人（也称“包工头”或“实际施工人”）借用贵司名义承接工程，由挂靠人自主经营、自负盈亏的施工行为。

也许有人认为，既然是挂靠人自己负责，那么被挂靠的总承包施工企业没有必要对挂靠人多加干涉，材料采购、劳务用工等均由挂靠人自行处理。这种说法不能说没有道理。但是，若碰到不诚信的挂靠人，或者由于项目建设单位经济困难或其他原因、造成项目亏损，则挂靠人可能使用各种不地道的手段，将债务和亏损转嫁给挂靠的单位。所以，对挂靠承包的项目，仍然要有一定的管理和监督，“包而不管”极有可能造成隐患。

要减少挂靠的风险，最关键的有五个方面：

第一、挑选有一定实力的挂靠人。对其背景、经济能力、过往信誉等要有一定了解，不能随便让不知道根底的人来挂靠。

第二、与挂靠人签订严谨的内部承包合同。至少要约定清楚以下内容：

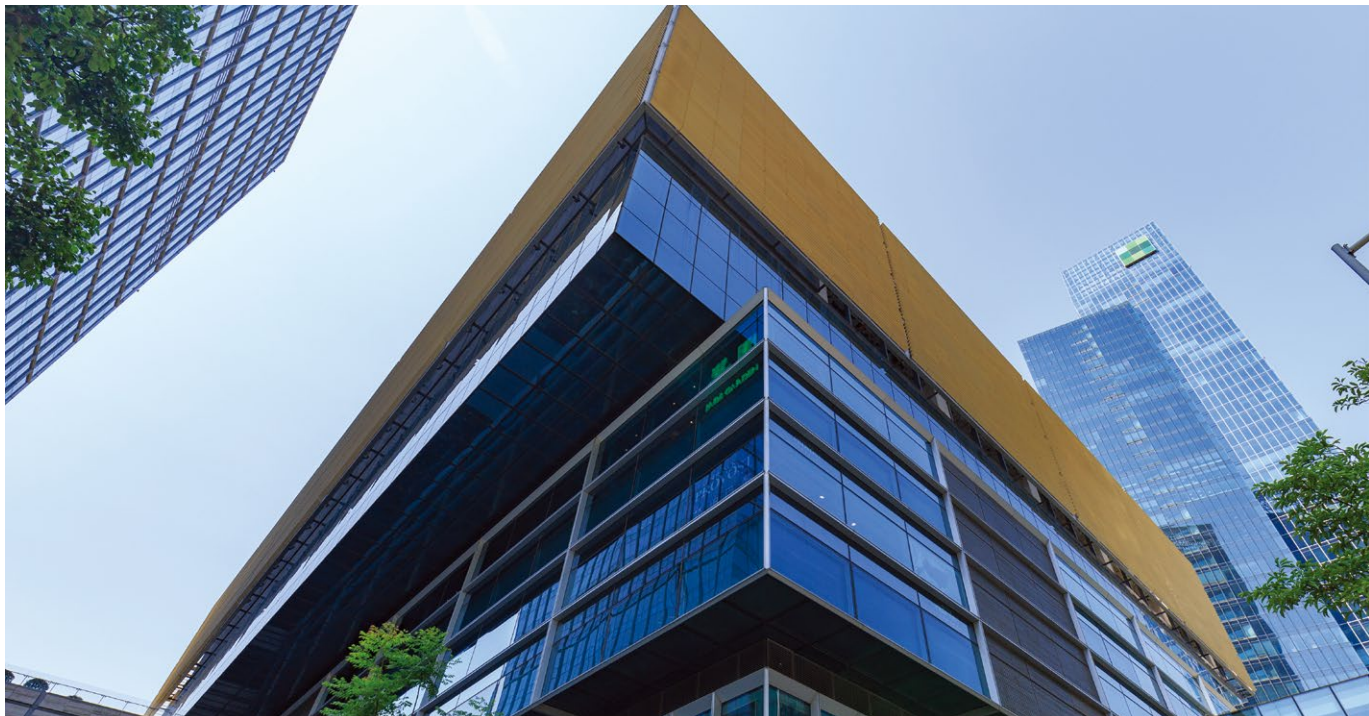
（一）履行施工合同所产生的全部债务（包括并不限于人工费、材料费、机械费、管理费、税金、政府收取的各项费用以及因挂靠人不履行付款义务导致贵司代为清偿的本金、利息、违约金、诉讼费、保全费、鉴定费、律师费、差旅费等各项费用），均由挂靠人承担。

（二）工程施工的进度、质量、安全等均由挂靠人承担。因履约不当，导致建设单位或者政府部门要求支付违约金、罚金等，均由挂靠人承担。如发生安全事故，事故处理费用亦由挂靠人承担。

（三）所有工程变更签证、追加合同价款等，均以建设单位认可为前提。

（四）在付款方式上，以收到建设单位的工程款为付款前提，扣除税金、管理费、总承包方垫付费用以及应由挂靠人承担的其他费用之后，再支付给挂靠人。如建设单位需要先开具发票再支付工程款，则开发票所需税金由挂靠人先行支付给挂靠企业。

（五）如果建设单位破产、资不抵债、建设单位的股东或主要负责人逃逸、或者因其他原因致使建设单位不能向挂靠企业支付工程款，则挂靠企业亦不负有向挂靠人支付工程款的责任。如最终建设单位不能足额付款，挂靠企业仅须在实收建设单位工程款的范围内承担责任（且贵司有权扣除税金、管理费及应由本人承担的费用后支付），而挂靠人仍须足额清偿本项目的民工工资、材料



款、设备款及其他费用；亏损由挂靠人承担，挂靠人承诺放弃向挂靠企业追索任何工程款的权利。

以上约定内容看起来苛刻，实际上也是公平合理的；若发生纠纷，法院也会支持，是有效的约定。如果贵司需要有关内部承包合同，可向本所索取；或者请贵司将有关详细挂靠合作条件告知本所，由本所为贵司度身定制有关挂靠协议（内部承包合同）。

第三、尽可能让挂靠人向企业提供担保，最有效的担保方式是挂靠人将自有的房产抵押给公司。许多企业接受我们的建议，让挂靠人提供房屋担保，很有效地防止了挂靠人的不诚信行为。

第四、对挂靠人需要给予一定指导。指导包括两个方面：

（一）其一是技术方面，包括各项施工方案，尤其是较为复杂的深基坑等，这个方面可能大家不会忽略。

（二）其二是风险防范方面。由于挂靠人整个团队的力量通常不强，尤其缺乏熟悉合同管理及法律业务的专业人才，风险防范方面是挂靠人的短板。很多挂靠人自己没有合同起草人员，让分包单位、材料商自己起草合同文本，材料商、分包单位极有可能在合同中预埋陷阱。比如，此前，我们帮助审查的一个外购土方回填合同，对方在合同单价一栏写明“材料单价：35元/吨”。其实，双方的本意是综合单价（包括购土、装卸、运输、回填、压实等），现仅写材料费，则日后还可能向总包索要运输费、回填人工机械费等等，留下隐患。土方的单价通常是按照“元/立方”计价，而合同初稿中写为“元/吨”，这又是一个需要注意的地方，价格相差将近一倍。

这还是很简单的合同陷阱。有些合同上的埋伏是极为隐蔽的。比如材料商有可能在合同上写明“发生纠纷时，向有管辖权的人民法院起诉”，看似公平，实际上若是总包欠付材料款，材料商可以在他们本地（原告所在地）起诉。材料商只需要将家门口的法院关系处理好，基本上可以立于不败之地。又如，钢筋供应商可能在合同中约定，若是欠付钢材款，按照每天每吨5元承担欠款违约金；这样不起眼的违约金比例，如仔细换算，其欠款利率高达年息40%以上。

挂靠人自身可能未必能够识别这些陷阱，由此吃亏上当的例子不在少数。某包工头挂靠浙江企业在山东承接工程，欠付钢材款800多万元，法院判决支持了1000多万元的利息。挂靠的总承包方



被迫代为支付高额利息，而包工头个人无法承担这些亏损，甩手一走了之。最近我们在南京调解的一个例子，包工头私刻总包印章采购钢材，约定违约金是每日千分之一，起诉时本金仅有122万，利息高达140多万。在法院多方调解，钢材商仅肯将违约金让步至24%的标准（最终计算的违约金也达到80来万）。这样的合同，如果此前公司帮助包工头把关，完全可以避免类似的损失。

第五、在施工过程中需要必要的监督。主要是监督挂靠人将工程款如数支付给分包单位、材料商、设备租赁商。缺乏监管时，包工头完全可能将款项挪作他用。最近我们正在处理的一个案例，包工头的实物工程量仅有9000多万元，挂靠企业也将工程款全部支付给包工头，但是包工头欠下大量债务，导致数十家单位围堵、起诉总包，所有单位都将总包当成唐僧肉，总包被迫偿付了大量款项，累计付款达到1.27亿元，亏损预计达到3500万元。所以，过程中不能忽视对付款方面的监督。核查的内容至少包括：

（一）与哪些单位订立了合同，合同预算工程量（材料供应量）是多少，累计完成产值（累计供货量）多少，按照合同应付款数额，累计付款数额。统计时，不可完全听信挂靠人的一面之词，公司的预算员也要核实有关图纸和原始单据；付款数额还需要与分包单位、供应商核对。统计这些数据，一是确保付款在安全的范围内，二是款项确实已经付出，没有被挪用。

（二）在用工方面，要有用工名册、工资清单（工人进场前，还是需要订立一份劳动合同，一则备检查，二来也是发放工资的需要），并复核其真实性。应该监督挂靠人将工资发放给工人。工资发放若是不清楚，只要工人一闹事，政府必然会敦促总包来解决；很多情况下总包超付工程款，就是在工人闹事时，迫于政府压力不得不超额付款。

回头再来看贵司的问题：

一、“下面的材料供应商合同和工人工资这些，我们需要公司统一进行管理吗，还是说就让挂靠的人自己去办，我们就不参与”。

【答复】（一）材料商可以让挂靠人自己去选购（贵司可以适当过问，以免材料品质太差，影响贵司声誉；如工程质量出问题，最终是总承包方承担质量责任）。但是，材料合同建议由贵司提供版本给挂靠人，让挂靠人作为模板去与供应商谈判。如贵司需要，合同模板可以由本所代为起草。最终订立采购合同时，贵司加盖印鉴时，最好是将合同再仔细审核一次，以免留下隐患。订立租赁合同、劳务分包合同或其他合同，可按照同样原则处理。

请注意，若贵司对印章管理非常严格，挂靠人为图方便，极有可能私刻一枚项目部印章（甚至有私刻公章、合同章的案例）。如何防范印章管理方面的风险，日后我们另行介绍。

（二）劳务班组可由挂靠人自己聘用。同样建议公司为挂靠人提供劳务清包合同，减少合同风险。公司应该提醒挂靠人避免选用马路游击队式的施工班组（已有多起案例）。特别要注意是核实其工资，监督工资的发放。千万不能说“就让挂靠的人自己去办，我们就不参与”。如果项目亏损，最终的风险还是在总承包身上，故不能当甩手掌柜。

二、“还有他现在用于备案的人员证书全部是公司提供的13本证书。我们是否应该让他自己转证书到我们公司来还是说在内部承包合同中提出约束这些证书的内容呢”。

【答复】使用建造师、安全员证书，这方面的问题不大。既可以让挂靠人将证书使用费支付给公司（需要贵司与挂靠人在内部承包合同中谈清楚，为日后扣款留下依据）。如果挂靠人自己的团队有证书，建议让他们将证书转入到贵司（在此情况下，还应该与挂靠人以书面形式约定清楚，挂证人员的工资、奖金、加班费、高温费、社会保险及其他福利均由挂靠人承担）。

因挂靠人原因公司涉诉，公司是否需要参与诉讼

□ 文 / 上海元始律师事务所 李宗猛律师

| 问题 |



李博，您好！

有个案件咨询下您，个人挂靠我们公司的一个项目，项目上有个劳务人员向法院提起诉讼，将挂靠的个人和我们公司一起告上了法院。

有如下事宜咨询您：鉴于工程挂靠是违法行为，这个诉讼是否会导致建设管理机关的处罚？这个案件让挂靠人自己去处理，还是我公司一同参与？

| 答复 |



第一个问题，因挂靠导致涉诉，一般不至于遭受建设管理部门的处罚，除非法院向建设局发出司法建议书。但由于挂靠普遍存在，几乎没有法院会专门建议建设局处罚挂靠的施工企业。

第二个问题，公司是否需要参与诉讼的问题。我们认为，公司应该谨慎应对，并委托代理人出庭应诉。一般法院会判决贵司对挂靠人的债务承担连带责任。所以，贵司不要因为是挂靠，而掉以轻心。有些挂靠人想，反正有总包在后面，挂靠人对案件不尽心，亏损最终由总承包方来买单。类似的案例很多：



案例一、浦东某总包，被混凝土单位起诉。包工头代表总包去出庭。法庭上，法官询问：这家单位是给你们供应混凝土吗？是。混凝土送货单是你签收的吧？是。数量有没有问题？核对过，没错。为什么不付款？一时困难。这样来开庭，法官不将全部责任扣在总包头上才怪。

案例二、有一个总包，被脚手架单位起诉，总包让包工头去摆平，包工头说“好”，结果包工头根本不出庭，法院直接按照缺席判决。全部本金及利息70多万元，从总包账户上划走时，总包才知情。款项被执行走，再要想挽回损失何其困难。

案例三、钢筋单位起诉总包。总包同样让包工头处理。包工头寻找的律师根本不专业，被法院判决支付800多万元的本金，1000多万元的逾期付款利息，而且全部款项被执行走。总包要追索包工头赔偿，包工头说，我是企业的员工，与企业有劳动合同，诉讼结果应由企业承担，与我有什么关系。现在你们公司几个月没有给我发工资，我还要向你们追讨呢。气急的总包找了20多个“黑道”，将包工头扣起来，可是包工头一报警，企业无奈放人。

案例四、某项目有多个材料商起诉总包，材料结算单上都有包工头委派材料员的签字。钢筋翻样仅有2000来吨，而包工头签署给材料商的数量有2800吨，超出700多吨。模板、木方等，按照合理测算仅有300来万元，包工头签署给材料商的有460多万元。所以说，包工头还可能串通材料商来坑害总包。

所以，对目前的案件：

- 一、贵司应积极应诉，仔细核对工程量、已付款和应付款数额，避免无端遭受损失。
- 二、应将诉讼信息（包括法院传票及有关证据材料书面）书面通知包工头，让其处理，并告知诉讼后果（包括本金、利息、诉讼费、律师费及其他诉讼成本）均由其承担，为日后追偿做好准备。
- 三、如果包工头推荐人员代理，贵司仍应派人出庭，以免包工头坑害贵司利益。不要吝啬诉讼成本，毕竟诉讼无小事。
- 四、庭审时注意合理分寸，讲法律、讲事实，不要胡搅蛮缠、激怒法官，导致法官采取一些激烈的举措，包括向建设行政主管部门发出司法建议书，要求处罚贵司违法挂靠等。



核减率超过5%之后的超常违约金

□ 文 / 上海元始律师事务所 李宗猛律师

| 案情 |



日前，我们正在办公室审查合同时，看到有一家单位拿过来的合同上，有这样一个条款：

“乙方提交的工程竣工结算金额要准确、实事求是。乙方所报的工程结算造价不能超出丙方最终核定价的5%（含5%），若超出5%（含5%），则丙方有权要求乙方按超出金额部分的20%承担违约金，即违约金 = [（乙方申报金额 - 丙方最终核定金额） / 丙方最终核定金额 - 5%] × 20% × 乙方申报金额”。

| 提示 |



提醒所有施工单位注意的是，本条是不能接受的条款。结算送审稿超出5%是很常见的事情。一般说来，超出5%之后，让施工单位承担相应审价费是合理的，但不能处以20%的违约处罚。

如果每一家施工单位的核减额都不超过5%，审价单位没有办法拿到核减对应的审价费，所有审价单位都无法维持生存。上海市咨询行业协会曾有过统计，大致的工程造价核减额一般在17%~20%左右。今年八月份我们在江苏开庭，江苏一个法官讲，他们委托审计，一般的核减额要达到30%左右。

所以，结算送审价超出5%是常态。由此要求施工单位承担超常的违约金，对施工单位显失公平。

我们客户单位曾碰到的一个案件，建设单位利用与此相似的条款，从施工单位的工程款中扣减了570多万元，而工程结算总额仅有9000多万元。这样的违约金条款，是极为可怕的。这家施工单位因为不愿意去诉讼，居然默默接受了业主方570万元的处罚。

可能在订立合同时，施工单位想不到违约金会这样高。我们举一个例子，按照前述合同条款，假设工程结算审定价仅有1亿元，送审价为1.3亿元。按照业主方的公式，业主要求施工单位承担的违约金数额为：

违约金 = [（乙方申报金额 - 丙方最终核定金额） / 丙方最终核定金额 - 5%] × 20% × 乙方申报金额 = [（1.3亿元 - 1亿元） ÷ 1亿元 - 5%] × 20% × 1.3亿元 = 650万元。

违约金数额之高会超出施工单位的想象。所以，这样的违约金条款，一定要与业主方协商修改。

实际上，政府有关结算审价收费文件上，对核减核增收费有明确的规定。通常核减5%以内的审价费由业主方承担，超出5%审价费由施工单位（原编制单位）承担。这样的约定，对施工单位已经有所约束，没有必要再课以高额的违约处罚。

所以，本条应修改为：“乙方提交的工程竣工结算金额要准确、实事求是。乙方所报的工程结算造价不能超出丙方最终核定价的5%（含5%）；若超出5%（含5%），由此产生的审价费由乙方承担”。

材料商自行篡改的天价送货单

□文 / 上海元始律师事务所 李宗猛律师

前言

日前，一位客户来事务所咨询案件，本所觉得对所有客户均有警示意义，故载文于此，以供借鉴。

案情

上海某一级总承包公司在山东承接工程，委托当地某材料商供应建筑材料。一日，材料商的业务员提交一份供货对账单，请总包项目经理核实。对账单上列明了品名、规格和数量，单价及合价没有填写。总包项目经理让材料员复核了一下，数量没有差异，遂签署“货已到场，数量按实结算”几个字，并将对账单给了材料商。

想不到的是，几个月之后，总包收到了材料商的起诉状。起诉的依据是项目经理签字的对账单。令总包震惊的是，材料商在那份仅填写数量的对账单上，自行增添了畸高的单价，并写上结算总价为600多万元，材料商并据此查封了总包账户上的600多万元现金。而按照双方真实的合同，材料总价不过160万元。

编号	品名	材质	规格	工程量	单位	单价(元)	金额(元)	备注
3楼衣帽间木制品:								
220	图8 木饰面	密度板白色混水油漆	1500*850*18	1.28	m²	1101	1409	
221	图8 移门连套	密度板白色混水油漆	880*2600*240	1	趟	8228	8228	
222	图8 腰线	密度板白色混水油漆	1500*80*45	1.5	m	436	653	
223	图8 地脚线	密度板白色混水油漆	1500*200*18	1.5	m	204	305	
224	图8 大花板	密度板描金		4	块	2239	8954	
225	图8 小花板	密度板描金		28	块	2118	59290	
226	图9 木饰面	密度板白色混水油漆	980*850*18	0.833	m²	1101	917	
227	图9 衣柜	密度板白色混水油漆	525*2600*520	1	组	8071	8071	
228	图9 衣柜花板	密度板白色混水油漆	246*100*18	2	块	424	847	
229	图9 腰线	密度板白色混水油漆	980*80*45	1	m	436	436	
230	图9 地脚线	密度板白色混水油漆	980*200*18	1	m	204	204	
231	图10 衣柜	密度板白色混水油漆	2510*2600*520	1	组	20346	20346	
232	图10 衣柜花板	密度板白色混水油漆	246*100*18	4	块	424	1694	
233	图11 木饰面	密度板白色混水油漆	3110*850*18	2.65	m²	1101	2918	
234	图11 腰线	密度板白色混水油漆	3110*80*45	3.11	m	436	1355	
235	图11 地脚线	密度板白色混水油漆	3110*200*18	3.11	m	204	633	
236	图11 窗套	密度板白色混水油漆	1000*2135*165	3	套	3146	9438	

注：上表中，工程量和单位是准确的，所以项目经理才会签字；单价和金额两栏，是材料商回去后用钢笔自行添加的。



收到法院传票，总包感到事态严重，反复追问项目经理，“对账单是你签署的吧；你是否有什么把柄在对方手上，被对方挟制而不得不签署天价的对账单？”急眼的项目经理，赌咒发誓说签单时没有任何猫腻，只是没想到人性这么坏，当初疏忽，签署时没有在单价、合价上划掉，对账单仅签署了一份给了对方，自己没有留档，所以给了对方可乘之机。

总包在法庭上将有关情况如实告知法官，并将合同及合同所附单价提交给法庭。而材料商的律师很精明，称双方结算时已经修改了合同，结算单上的材料规格型号与合同不完全一样。山东的这家一审法院遂判决总包按照对账单上的600多万元金额支付材料款。

这个案件经总包提起上诉后，二审法院发回重审。重新审理还未终结。总包在这近一年的诉讼中烦不胜烦，而且账上被冻结的600多万元资金也不能动，结果怎么样也还不清楚。

| 反思 |



类似的案例，本所已经碰到多起。在全民奔经济的情况下，道德无下限。总包的失误在于：

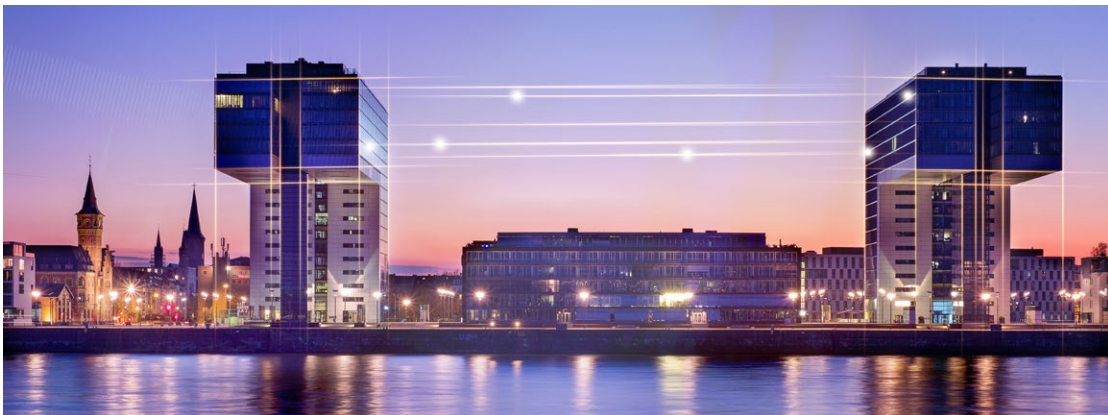
一、签署的对账单仅有一份，且交给对方，自己没有留档，从而给了别人增添内容、算计总包的机会。故今后凡是签署单据，一定要一式两份以上（如有多页，一定要加盖骑缝章），不要给别人变造、伪造、添附的机会。

二、今后不论什么合同，均要对签字的效力加以约束。比如：

（一）“所有收货单必须经甲方负责人、指定材料员及公司本部预算员三个人同时签字才能发生效力，仅有一人或者二人签字不能作为结算依据”。

（二）“甲方负责人、指定材料员或其他任何工作人员无权改变本合同约定，无权减免乙方合同义务，无权单独向乙方下发工作联系单、任务单，无权与乙方签署签证单、结算书或其他界定双方权利义务的文件。需要甲方承担费用的联系单、签证单、结算书必须经甲方加盖公章才能生效；没有加盖甲方公章、仅有甲方负责人或任何其他工作人员签字的文件，均不能作为乙方向甲方主张权利的依据”。

三、不要因为贪图省事，而让材料商自己拿出合同文本（如需要合同，顾问单位均可向本所索取）。材料商的合同文本对材料商有利，比如逾期付款，通常设置高额的违约金。又如，通常直接或者间接约定在材料商所在地诉讼，地方法院的保护倾向在所难免（请注意，如果没有约定管辖法院，材料商可以在他们自己的注册地亦即原告住所地起诉总包）。上述案例，一审法院应明知对账单存在问题，但仍然按照600万元判决。所以，总包还是应该利用自己的优势地位，约定较为有利的争议解决方式（比如，在外地的工程，劳务分包或者专业分包合同可以约定在上海仲裁；采购合同、租赁合同等可以约定在总包所在地诉讼）。



固定单价还是可调单价

□文 / 上海元始律师事务所 李宗猛律师

| 问题 |



我们承包的一个钢结构工程，结算时审价单位一定要修改我们的合同单价。从合同中，您认为单价是固定的还是可调的？如果不同意他的价格，我们该如何操作？

以下是我们的合同条件。

“六、合同价款

（一）本合同暂定总价为人民币93万元（大写人民币玖拾叁万元整）。工程竣工后，按审计后的价格结算。

（二）结算原则为：本合同以预算书（93万元）上的报价为基础，进行审计结算。合同单价详见附件（预算书）。工程竣工后，根据报价书上的面积结算。”

| 答复 |



该合同为暂定总价合同。关键是单价。

从合同条款上看，“合同单价详见附件（预算书）”，则合同单价（预算书）也是合同的有效组成部分。在合同中没有约定材料价格波动时可以调整合同单价，应属于固定单价合同。审价单位在结算时是没有权利要求调整合同单价的。

审价单位要求调低价格，一是秉承业主意志；二是希望压低结算总价，增加核减率，从而多收审价费（审价单位收取的费用是与核减率成正比挂钩的）。

这个合同最大的问题是合同条款太过粗略，有些条款的表述很不严谨。比如“工程竣工后，根据报价书上的面积结算”，到底是按照竣工后的实际施工面积结算（这样结算比较合理公平）、还是按照报价书上的数量（字面意思，但是如果工程量相差较大，显然不公平）进行结算？合同约定的不够精准、细致，容易给业主和审价单位留下扣减合同价款的借口。建议今后合同在签订前，还是请专业人员审核把关。

就目前的情况，贵司可以采取的步骤大致如下：

一、贵司可以再次与业主、审价单位沟通一次，请审价单位说明他们要求调整单价的理由。如果没有其他特别约定的话，审价单位扣款的理由应该是不成立的，贵司可以据理力争，尽可能说服审价单位。

二、如与审价单位沟通未果，贵司可以测算一下，按照审价单位的意见，扣减工程款总额达到多少，是相差3万、30万元还是300万。差额的多少，决定贵司下一步工作的决策方向。若金额相差较大，肯定要尽力争取合法权益，不能无条件放弃。

三、在结算金额相差较大、且沟通无效的情况下，若是有意通过法律手段解决争议，在决定起



诉之前，建议将有关资料转交律师审查，对诉讼的风险有一个整体的判断。考虑的风险点主要是：

（一）合同约定的争议解决方式是什么（诉讼还是仲裁）。

（二）业主是否还有财产。如工业项目，厂房产权登记在业主名下，则问题不大。如为住宅或者商业项目，要看是否还存在未销售房屋（可通过网络调查得知）；如本项目的住宅、商铺全部销售完毕，业主是否还有其他在建项目或其他财产。

业主的财产决定胜诉后能否执行的问题。对所有工程项目，我们提请施工单位注意，应该时刻关注项目的销售情况。

（三）业主是否有反诉的可能。反诉主要有三个方面：

一是工程质量是否合格，如已经验收则不存在这个方面的担忧。

二是工期是否存在延误。几乎所有项目都难以在合同约定工期内完工。如施工单位认为逾期完工是业主造成，则需要有证据支持。很多施工单位都忽视工期方面的证据，值得引起重视。

三是贵司是否履行保修义务。如果业主发出了维修单，而贵司没有及时响应的话，业主可能另行委托他人维修，将维修费用从贵司的工程款中扣除。由此产生的风险是业主可能虚报维修费用（上海某企业在南京一个项目，施工单位自身维修可能只需要几千元；结果施工单位让物业公司自行找人维修，物业公司串通维修单位，做出了51万元的维修合同、维修工程量确认单等。全部单据做得很扎实，最后51万元全部从施工单位的工程款中扣除）。另外，对于维修工作也要有记录，比如维修好之后请业主或者物业公司当场确认维修已完成；如对方签署维修确认单，则在维修完成后的当日，以EMS挂号邮寄方式，向业主发出维修回复函，告知业主来函所提维修问题已经处理妥当，留下履行维修义务的书面凭证。

四、待所有证据系统审查、对诉讼风险有一个审慎的判断之后，再决定是否提起诉讼。当然，在起诉之前，某些方面的证据若有缺陷，仍是有可能弥补的。比如工期方面、维修方面等，均有补台的可能，可以针对具体案件的不同情形进行相应补救。

骗子是有征兆的

□文 / 上海元始律师事务所 李宗猛律师

| 案情 |



日前我们正在办公室审查合同时，看到有一家单位拿过来的合同上，基本情况是甲方将某会展中心大楼委托乙方总承包施工，合同计价方式、支付条件极为优惠。但要求已经缴纳的50万元投标保证金转为履约保证金，同时乙方在开工前缴纳300万元开工保证金后合同生效。

| 提示 |



对于投标的项目，开工前要求缴纳数百万元保证金，在支付之前一定要留一个心眼，这个项目是否真实，对方是否蓄意以骗取保证金为目的。

实际上，再好的骗子也很难将骗术做到天衣无缝。至少可以从以下几个方面着眼：

一、了解一下业主的背景。

（一）该案例中的业主方，经查询，由三个自然人注册，认缴注册资本仅有800万元，没有房地产开发资质，没有过往的开发业绩。

总承包方应该留一个心眼，当地政府会将这样的会展中心大楼地块出让给一个仅有800万元的企业吗？

（二）当然，注册资本不能完全说明问题（目前注册资本本身就施行认缴制。如要求实缴，也可以通过过桥公司将注册资本实缴到位，再不动声色地撤走）。我们也碰到过这样一个案例：一个企业注册资本达到13亿元，也纯粹是骗子公司，前后骗取四五个亿之多。甚至有银行知道他们是骗子，还蓄意帮助骗子公司，让骗子公司骗取其他钱财来归还银行的贷款。

二、骗子的合同条件通常特别优惠。

骗子的合同，通常利润厚、付款条件好，而且根本不设置什么违约责任。所谓“财帛动人心”。正因为条件优厚，才有更多的施工企业明知有疑问而冲昏头脑，飞蛾扑火，不外如此。

三、骗子的合同条款一般仍有征兆。

骗子拿出的合同文本，通常有两种情况：一种是他们自己起草，通常比较简单，篇幅不长；另外一种参照建设部示范文本拟订，也比较简略。

因为骗子不大可能支付巨额的顾问费用，聘请专业人员将合同做得非常完美。所以从专业角度，仍可从骗子合同的条款中看出蛛丝马迹。

比如，对于题述案件，其合同条款中表述的“24.工程预付款 此工程预付款为月进度40%支付”。其表述很不专业。由此愈发提醒贵司注意合同诈骗风险：

（一）如果业主是真心开发，一定要有稍微懂行一点点的合同预算部人员、律师来帮助合同把关，不会连基本的文理都不通。

（二）本合同上建设单位的表述“预付款为月进度40%支付”，到底是每月支付40%，还是在订立合同时一次性按照总价的40%向贵司支付进度款？

如按照每月支付40%，则实际上没有预付款。

如在订立合同之后一次性支付40%，则应该用准确无误的言辞说明“本合同订立后10天内，甲方一次性支付乙方合同总价40%款项作为预付款”。但世界上没有这样的好事，从来没有看到过民营企业开发商一次性向施工单位支付40%预付款的先例。天上不会掉馅饼。请该投标单位务必关心一下已经支付的50万元投标保证金的安全（可以了解一下其他投标单位的保证金是否如期退回，还是说当初仅有自己一家单位缴纳了投标保证金）。

四、如果不愿意仅因为疑虑而错失投标机会，那么在支付巨额的保证金之前，可以实地调查一下：

（一）该项目是否存在，是否为净地。

（二）建设单位是否取得了该地块的土地使用权，出让合同是否签署，出让金是否缴纳，土地证及建设用地规划许可证是否办妥。这些先决条件一定要弄清楚。曾有一个项目，建设单位要求施工单位先进场，支付了1000万元的保证金，进场之后又施工了桩基等，直接工程量达到一千几百万元。其后，政府对土地招标，该建设单位居然未中标，政府及后面的土地中标单位将该施工单位清退出场，前后两千多万元的投资目前就极为头痛。

（三）勘察单位、设计单位是否委托，设计图纸进展如何？初步设计是否审批，施工图是否完成、是否经过审图，是否办理了建筑工程规划许可证？

这些情况了解详细之后，再做出是否缴纳巨额保证金的决定。

谁挣钱也不容易。建筑市场上骗取保证金的案件不胜枚举，施工单位应有足够的戒心。条件许可的情况下，最好能请专业人员，对支付保证金项目的风险进行初步判断。



企业为员工出具高收入证明 是否存在风险

□文 / 上海元始律师事务所 李宗猛律师

员工因为出国、买房或者其他原因，有时可能需要企业出具比正常工资高一些的收入证明。企业人事管理部门询问如此操作是否有风险，如何规避风险。

一、从规避企业风险的角度，如果员工的收入仅有8000元/月，要求企业开具16000元/月的收入证明。高开是有风险的，按照实际开工收入证明对企业相对安全。

但是，一般不建议拒绝给员工帮忙。企业管理也应该人性化，如果员工觉得企业这样的举手之劳也不愿意帮，员工会有离心之感，工作势必难以尽心尽责。所以说，拒绝为员工提供收入证明，不妥。

二、企业为员工提供16000元的收入证明，对员工贷款买房确有帮助，应该为员工盖章。至于说风险，可以让员工出具一份承诺书。绝大多数人都会遵守一定的道德底限，而且对方签署承诺书之后，如果再不讲信誉，法院也不大可能支持背信弃义的一方。

三、企业为员工提供这样的收入证明，与骗贷或其他商业欺诈行为完全不同，企业一方承担的法律风险还是非常小的（即使员工不能如期还贷，银行也不可能追究企业责任）。所以说问题不大，可以给员工帮忙。

四、这样的承诺书样式附后。

五、至于具体金额，请贵司根据需要填写。文中的数字仅为行文方便而假设。

附：开具收入证明确认书

上海大地建设工程有限公司：

感谢公司对本人的信任，聘请本人担任工程部现场施工员职务。现本人因购买房屋申请贷款需要，本人提请公司在本人的收入证明上盖章，并希望公司在本人的收入证明上写明本人工资为16000元/月。为保障公司权益，本人谨此承诺如下：

一、本人的实际收入仍按照公司与本人签订的劳动合同执行，不因收入证明的开具而有任何改变。在任何情况下，本人不得以公司开具的用于银行购房的收入证明作为本人向公司主张权利的依据。

二、本人在房屋购买及贷款过程中所涉及的一切权利、义务均由本人承担。不论本人所签署的房屋买卖合同是否有效，亦不论本人在申请贷款、房屋价格评估、贷款合同公证等各个环节中是否有不当行为，在任何情况下公司不承担为本人支付银行贷款、利息或其他费用的义务。

三、本人以个人信誉作为本确认书的担保。

特此确认。对公司的支持和信赖再次表示衷心的感谢。

以上确认内容乃是本人的真实意思表示，绝无异议：

确认人（签字、手印）：_____

签署日期：2017年12月____日 _____

案情通报

□ 文 / 上海元始律师事务所 李宗猛律师

/ 案例一 / PDF格式合同被篡改



日前某总承包企业来电咨询紧急问题。他们在外省与当地一家材料商签订合同。采购合同的版本是参照本所示范文本拟定，本来没有问题。该总包将谈定的合同条款，做成PDF格式，然后电邮给材料商，要求材料商将PDF文本打印出来，盖章扫描给总承包方看，总承包方一看与当初发过去的文本一样，没有问题，就让材料商将合同正式打印、装订，邮寄给总承包方盖章。

总承包方的办事人员一直认为，PDF文本是没有办法修改的，故收到材料商邮寄过来的合同之后，没有任何审核，就让办公室加盖公章。想不到几个月之后，开会协调让材料商供货时，材料商说需要总承包方将95%货款全部预付到位才发货。总包心想，这与当初商谈的完全不一样嘛，责问材料商，材料商拿出合同原件，大吃一惊的总包才发现材料商已经自行将付款方式等主要合同条款全部更改了。

总包除了痛骂材料商太过龌龊之外，目前谈判十分被动。

总包的失误在于，他们以为PDF文本是没有办法修改的，发出PDF版本的合同文本万无一失。殊不知现在电脑很发达，我们办公室几乎所有助理都会在PDF文件和Word文件之间自由转换。再笨一些，他们拿到总包的PDF文本，哪怕让打字员重新打一遍，也费不了多少功夫。所以，谈好合同之后，在盖章用印之前，一定要逐条仔细复核一遍，以免为人所乘。

/ 案例二 / 建设方登报解除合同



【案情】

日前某公司来本所咨询，称他们为上海某开发商装修房屋。由于开发商资金紧张，半年的工程拖延三年多。好歹基本完工，但开发商就是不验收，一直要求施工单位整改。由于工程款仅支付到70%左右，装修公司烦不胜烦，在今年8月份退出施工现场。

令装修单位意想不到的，退场没有几天，开发商就在报纸上登报声明，因为装修单位没有完成施工任务、无故退场，拒不履行合同义务，且发函给装修单位的注册地址和原合同地址均退回，故他们登报声明解除合同、另行委托第三方施工，由此产生的责任和费用均由装修单位承担。

【提示】

这个项目的开发商，处心积虑地对付装修单位，明明已经完工，仅因为开发商原因没有验收，居然声称施工单位拒绝履行合同。而且施工单位与开发商之间都有手机通信，完全可以电话通知，他蓄意发这样一份登报声明，做好证据，日后如装修单位起诉他们要求工程款，开发商就可以拿出这份声明来对付装修单位。

装修单位碰到不诚信的业主，也应有足够的戒心。至少应该注意的有三个方面：

一、对业主影响施工的因素，应该以书面形式提请业主解决。

二、在施工过程中，对业主的来函必须立即书面回复，切勿搁置；而且应该保留书面的回复凭证。建工集团某公司，收到业主的律师函，之后由本所代为起草回函。当时施工单位为慎重计，将该回函邮寄给施工单位自己的项目经理，再由项目经理当面送给甲方的负责人；但涉诉后，甲方居然否认收到这份回函。所以，任何文件若是没有签收记录或者邮寄凭证，是达不到效果的。

三、工程完工时，就可以向开发商发出书面竣工验收申请，而不能让开发商一再拖延验收。

／ 案例三 ／ 业主指定分包起诉挂名总包



【案情】

日前某施工单位致电本所，他们是总承包方。施工中应业主要求，与指定分包单位签订分包合同，双方还商定这个分包合同仅用于办理报建手续，不作为结算依据，分包工程款也是由业主直接支付给分包单位的。但目前由于分包单位和业主谈崩了，分包单位仍按照该备案的分包合同起诉总包（第一被告）和业主（第二被告）。

【提示】

案情如何姑且不说。分包单位以备案合同来起诉总包和业主，不能说他们有什么不对，程序上是应该这样。如果没有充足的证据，法院一般会判决总包承担付款责任、业主在欠付工程款内承担责任（也有判决业主承担连带付款责任的，具体要看合同等证据材料）。

由于总包是第一付款义务人，所以对于业主指定分包，总承包方为了备案手续而签署分包合同，总承包方是存在风险的，尤其是业主因资金困难甚至破产等不能付款的情况下。

之前我们就代理过一起案件。本所作为消防施工单位的代理人，消防是业主指定分包，因工程款消防分包单位起诉总承包方（宝山区某施工企业）和建设单位。之前总包也曾起诉过业主，但没有执行到款项（上海也有建设单位破产的，不要以为上海的项目就万无一失）。而消防单位起诉总包后，法院判决总承包方作为第一付款义务人，胜诉后从总包账户上将款项执行到位。所以这个项目的总包，既没有从业主那儿拿到工程款，反而要付款给指定分包单位。

正因为总承包方配合业主签订指定分包合同存在上述风险，我们建议在签订合同之前，一定要让业主和指定分包单位向总承包方做出免责承诺，非常要紧。免责范本可以向本所索取。



/ 案例四 / 现场踏勘疏忽遭损失



日前，某施工单位来本所咨询问题。江苏某总包去浙江承接工程。业主招标文件规定，投标人应自行踏勘现场，如有错漏，自行承担。其中有关降水费用，由投标人自报，在措施费内包干，不因任何原因而调整。

施工单位述称，考察的时候多家单位一同到现场，只能大致看一下，前后不到一小时，看现场的土质大致还可以，遂根据苏北的经验，报了十几万元的降水费用。想不到的是，场地外隔了一片树林就是甬江。工地开工时，地下水源源不断，前后花了100多万元降水，而业主根本不打算给补偿。

/ 案例五 / 已付进度款等于结算价



【案情】

这是一个奇葩的业主。合同中结算条款约定如下：

“甲乙双方同意严格按照本合同约定的时限办理结算，若乙方在本工程内部二次验收通过后30日内仍未向甲方报送结算书及完整的结算资料，即视为乙方自动放弃结算，甲方有权按已付的款项作为最终结算价”。

该案例中的合同为固定总价330多万元。工程施工过程中，甲方累计支付250多万元，剩余78万元尚未支付。乙方起诉甲方要求支付余款时，甲方向法庭辩称，该工程已经完工多年，乙方没有在30天内上报结算资料，视为乙方放弃结算，甲方已经支付的250多万元就是最终结算价，甲方无需再向乙方支付任何款项。

【提示】

像这样显失公平极其不合理的合同条款，自然不会得到法庭支持。提醒的是，乙方在订立合同时，对类似条款应该引起足够的重视，尽可能与甲方协调，将合同修改至基本合理。同时，若万不得已签下了“南京条约”，那么在合同履行过程中应严格按照合同履行，比如及时向业主方提交工程结算书和竣工资料，并保留书面的递交证据（比如让业主签收，如果拒绝签收，可以通过邮政局EMS邮寄），以防赖账。

/ 案例六 / 包工头拒认分摊费



【案情】

包工头王某挂靠总包施工。王某自身施工了近一半工程量，王某因自身资金实力原因，还分包给张三施工两幢楼，分包给李四施工两幢楼。

工程完工后，承包两幢楼的包工头张三以实际施工人身份起诉总承包方，要求支付工程款。

在总承包方出庭应诉时，提出需要从张三承包两幢楼的工程款内扣除一些费用，包括税金、管理费、临时设施分摊费、审价费、招待费、当初拿到工程所支付的业务介绍费。张三全部不承认，称没有他签字。由于总包与张三是没有合同的，这些费用单据，总包也不可能让张三签字。

千万不要以为张三这样的蛮不讲理没有用处。实际上，张三将该明显应该承担的费用（如税金）及可能存在争议的费用（如介绍费、招待费）等一概否认，法官也是很难办的。由于举证责任在总承包方身上，如何将这费用摊在张三身上，总承包方可能需要准备大量的证据、做大量的工作，而且可能难免有所损失。

【提示】

上述案件如何应对姑且不论。本文主要介绍今后如何防止恶意的包工头蓄意赖账。主要有两点：

一、与包工头讲明，一切施工成本及费用均由包工头承担（以书面形式签署确认）。大致应该列明的费用名目有（愈详细愈好）：

- 1、管理人员工资、奖金、社会保险及其他劳动报酬；
- 2、证书使用费；
- 3、分包工程款；
- 4、劳务公司（或施工班组）的劳务费用（包括代付的民工工资）；
- 5、材料和设备的采购费用；
- 6、塔机、井架或其他设备的租赁费用；
- 7、水电费；
- 8、建造临时设施的费用；
- 9、因本项目而缴纳的各类商业保险金、社会保险金；
- 10、办理施工招投标和工程开工手续时，应由施工单位承担的费用；
- 11、因履行工程施工而开具履约保函或提供其他担保所涉及的费用；
- 12、因履行工程施工所需向行政机关、行业协会、其他单位机构等缴纳的费用；
- 13、因本项目发生安全事故而支付的各项赔偿金；
- 14、因履行与本项目相关的各类合同约定而支付的违约金、赔偿金、逾期付款利息等；
- 15、项目公司的法律顾问费、会计师事务所审计费用、投资监理费用及其他经双方认可的顾问费用；
- 16、合同履行过程中的各类诉讼、仲裁而支出的诉讼费、律师费、差旅费、鉴定费 etc 诉讼成本，以及判决或裁定所确定的应由甲方承担支付的费用；
- 17、现场办公及管理费用，包括如下费用：
 - A、工地日常办公费用（如需租赁办公室，包括租赁办公室的租金和装修费用等）；
 - B、项目招待费用；
 - C、项目管理部的办公设备购置费和使用费；
 - D、双方认可的应纳入管理成本的其他支出。
- 18、项目开发过程中涉及的维持双方面合作关系的费用；
- 19、竣工结算费用，包括并不限于应由施工单位承担的审价费、另聘预算人员的复核费用等；
- 20、在保修期内，因履行保修义务所发生的各项成本（因防水工程保修期为五年、地基基础工程和主体结构终身保修，在全部保修期内，双方均应按照比例承担相应责任）；
- 21、其他因工程施工合同而支出的其他费用。

二、还要告知包工头，若日后他对外分包（不论是专业分包还是部分工程量发包给第三方施工），一定要使用公司的合同版本，将所有需要第三方承担的费用明细要列清楚，防止日后人家抵赖。

／ 案例七 ／ 定金写成预付款

上海某实业公司向山东某金属制品厂采购镀锌钢板。合同约定甲方向乙方支付定金60万元，之后乙方开始送货。合同订立之后，甲方如期付款，但乙方以钢材涨价为由拒绝送货。甲方拟起诉乙方，前来本所咨询时，才发现该公司财务人员在付款备注栏上写明的是“预付款”。

法律上，“定金”与“预付款”存在明显差异。如果合同及付款凭证上都写明“定金”，对方不履行合同时，可以要求对方双倍返还定金（也就是说付出去60万元定金，可以要求对方返还120万元，）。而支付“预付款”时，只能要求对方返还预付款，最多再加上一些利息。一个词不当，就可能造成损失。

有些客户有时还使用“订金”这个术语。支付“订金”后，若对方不履约，也无法要求对方双倍返还“订金”。一字之差，意义截然不同。

接受虚开的增值税专用发票的不构成虚开犯罪



一、问题的提出

张某在上海太平洋电脑城经营电脑配件业务，在向同在商城经营的王某的A公司采购配件时，明确要求对方提供专票。双方采取先拿货，后不定期结算，结算时王某先将专票开给张某的公司，张某再付钱。当张某第一次拿到王某开具的增值税专用发票时，发现发票上的销售方不是王某的A公司，而是B公司。对此，张某提出异议，王某解释称，A、B公司均是其经营的公司，为避免A公司开票太多，被税务部门盯上，所以才用自己的B公司来开票。因为商城里普遍存在一个商户开有多家公司的情况，遂同意接受了该专票，并按王某要求向B公司帐户汇款。后因B公司虚开专票案发，张某的公司因使用B公司的专票抵扣而被公安机关以虚开专票案立案侦查。

对此案的处理，有两种看法，一种意见认为张某公司属于虚开专票，构成虚开专票罪；另一种意见认为张某仅仅是被动接受虚开的专票，不符合虚开专票的四种情形，不构成虚开专票罪。

二、虚开增值税专用发票规定

虚开增值税专用发票犯罪是行政犯，其犯罪的构成行为模式要从行政法规上找依据。《中华人民共和国发票管理办法》第二十二条规定，任何单位和个人不得有下列虚开发票行为：

- (一) 为他人、为自己开具与实际经营业务情况不符的发票；
- (二) 让他人为自己开具与实际经营业务情况不符的发票；
- (三) 介绍他人开具与实际经营业务情况不符的发票。

为此，《中华人民共和国刑法》第二百零五条规定：虚开增值税专用发票或者虚开用于骗取出口退税、抵扣税款的其他发票，是指有为他人虚开、为自己虚开、让他人为自己虚开、介绍他人虚开行为之一的。

基于上述规定，虚开专票的行为包括：为他人、为自己、让他人为自己，介绍他人他人开具与实际经营业务情况不符的发票四种情形。从这四种行为的表现形式上看均属于行为人主动为之，那么被动接受虚开的专票的行为该如何定性呢？

三、被动接受虚开专票不构成虚开专票犯罪

实践中，企业有时会被动收到实质上属于虚开的增值税专用发票，并用于抵扣。对此，税务总局作出了明确规定，对于接受虚开的专票行业，区分善意接受和非善意接受。

（一）善意接受虚开专票

国家税务总局曾颁布四个有关纳税人取得虚开的增值税专用发票的规范性文件，规定了善意取得虚开的增值税专用发票以及非善意取得虚开的增值税专用发票的认定、法律后果等。

这4个规范性文件为：《国家税务总局关于纳税人善意取得虚开增值税专用发票已抵扣税款加收滞纳金问题的批复》（国税函[2007]1240号）、《国家税务总局关于〈国家税务总局关于纳税人取得虚开的增值税专用发票处理问题的通知〉的补充通知》（国税发[2000]182号）、《国家税务总局关于纳税人善意取得虚开的增值税专用发票处理问题的通知》（国税发[2000]187号）及《国家税务总局关于纳税人取得虚开的增值税专用发票处理问题的通知》（国税[1997]134号）。

根据上述规范性文件，纳税人善意取得虚开的增值税专用发票指购货方与销售方存在真实交易，且购货方不知取得的增值税专用发票是以非法手段获得的。构成善意取得虚开的增值税专用发票，应当满足如下条件：

- （1）购货方与销售方存在真实的交易；
- （2）销售方使用的是其所在省（自治区、直辖市和计划单列市）的专用发票；
- （3）专用发票注明销售方名称、印章、货物数量、金额及税额等全部内容与实际相符；
- （4）没有证据表明购货方知道销售方提供的专用发票是以非法手段获得的。

实践中，税务机关常以“货、票、款一致”为基础，综合考虑交易和发票开具的时间、资金结算方式、货物交付方式的多种因素，判断取得专用发票的一方是否为善意取得虚开的增值税专用发票。如果符合上述条件，税务部门会认定属于善意取得虚开专票，不会移送公安机关追究虚开增值税专用发票的刑事责任，但仍会要求企业重新取得真实的专票，否则，对于已抵扣的会要求作增值税进项转出。因此，实践中有的企业对虚开发票没有引起足够的重视，防范意识较差，发票审核制度不健全。在不知情的情况下，接受了虚开的发票，不但无法抵扣进项税，连成本费用也不能列支，从而遭受了惨重的损失。

（二）非善意接受虚开的专票

国税总局并没有在界定善意取得虚开的专票的同时界定非善意接受虚开的专票的概念，但是，笔者认为从广义上说凡是不属于善意接受虚开专票的，都构成非善意接受。但是在非善意接受中，有些行为是故意主动为之，很显然构成虚开专票犯罪；有些行为是被动无意为之，则不能构成虚开专票犯罪。

笔者认为，前述案例是典型的被动接受销售方提供的第三方虚开的专票行为，因不符合虚开专票的四种表现形式，不构成虚开专票罪。虚开专票的四种表现形式为：为他人、为自己、让他人自己，介绍他人开具与实际经营业务情况不符的发票。与上述案例中的情形最接近的是“让他人自己”虚开。

何为“让他人自己虚开”？

刑法并无明确规定，最高人民法院《关于适用〈全国人大常委会关于惩治虚开、伪造和非法出售增值税专用发票犯罪的决定〉的若干问题的解释》（法发[1996]30号）第一条规定，具有下列行为之一的，属于“虚开增值税专用发票”：

- （1）没有货物购销或者没有提供或接受应税劳务而为他人、为自己、让他人自己、



介绍他人开具增值税专用发票；

(2) 有货物购销或者提供或接受了应税劳务但为他人、为自己、让他人为自己、介绍他人开具数量或者金额不实的增值税专用发票；

(3) 进行了实际经营活动，但让他人为自己代开增值税专用发票。

上述三种行为(1)是无交易虚开；(2)是有交易，但开具和接受金额不真实的专票；(3)是有交易，但让他人为自己代开。

如何理解这里的“让他人为自己代开”？笔者认为，刑法规定所要惩处的是两类情形：一是供货方让第三方为自己开具；二是采购方主动让第三方开具或要求供货方找第三方开具，也就是说采购方有主动性。因此，在第三方代开的专票的情形下，是谁找第三方开具的，谁就构成虚开专票犯罪。如果是采购方找第三方开具，供货方由于不知情也没参与不构成本罪。但如果是供货方找第三方开具并提交给购货方，购货方接受发票并用于抵扣，那么采购方不应当构成虚开专票犯罪。

作出这一判断的关键是正确理解“让”。在通常的语境中，“让”就是主动为之的意思。在刑法中，“让”就是“指使”、“要求”的意思，体现出了行为人主观的故意性。在采购方接受供货方提供的虚开的专票这一过程中，“让”的主体是供货方，“他人”是第三方，整个虚开犯罪行为中就没有采购方的存在之地。当然，被动接受第三方专票的采购方，确实是在明知属于虚开的专票的情况下以该专票为自己抵扣进项税款行为，虽然不构成虚开专票罪，但该抵扣行为确实导致国家税款被抵扣，具有社会危害性，侵害了刑法第二百零一条逃税罪所要保护的法益。如果在税务机关要求做增值税进项转出并被补交相关税款却不缴纳的话，仍会被追究逃税罪的刑事责任。

劳动人事

□ 文 / 上海元始律师事务所 汇编

1、实行不定时工时制度的劳动者可以主张加班费吗？

【解析】

《劳动部关于企业实行不定时工作制度和综合计算工时工作制的审批办法》（劳部发[1994]503号）第四条规定，企业对符合下列条件之一的职工，可以实行不定时工作制。

（一）企业中的高级管理人员、外勤人员、推销人员、部分值班人员和其他因工作无法按标准工作时间衡量的职工；

（二）企业中的长途运输人员、出租汽车司机和铁路、港口、仓库的部分装卸人员以及因工作性质特殊，需机动作业的职工；

（三）其他因生产特点、工作特殊需要或职责范围的关系，适合实行不定时工作制的职工。

《劳动部关于企业实行不定时工作制度和综合计算工时工作制的审批办法》（劳部发[1994]503号）第七条规定，中央直属企业实行不定时工作制度和综合计算工时工作制等其他工作和休息办法的，经国务院行业主管部门审核，报国务院劳动行政部门批准。地方企业实行不定时工作制度和综合计算工时工作制等其他工作和休息办法的审批办法，由各省、自治区、直辖市劳动行政部门制定，报国务院劳动行政部门备案。

劳动和社会保障部《关于贯彻执行〈中华人民共和国劳动法〉若干问题的意见》（劳部发[1995]309号）第67条规定，经批准实行不定时工作制的职工，不受劳动法第四十一条规定的日延长工作时间标准和月延长工作时间标准的限制，但用人单位应采用弹性工作时间等适当的工作和休息方式，确保职工的休息休假权利和生产、工作任务的完成。

《工资支付暂行规定》（劳部发[1994]489号）第十三条第四款规定，实行不定时工时制度的劳动者，不执行上述规定（支付延长工作时间标准规定）。

由上，实行不定时工时制度的劳动者不能主张加班费。但企业应在保障职工身体健康并充分听取工意见的基础上，采用集中工作、集中休息、轮休调休、弹性工作时间等适当方式，确保职工的休息休假权利和生产、工作任务的完成。

2、关于加班工资计算基数如何确定的问题

我们认为，用人单位与劳动者对月工资有约定的，加班工资基数应按双方约定的正常工作时间的月工资来确定；如双方对月工资没有约定或约定不明的，应按《中华人民共和国合同法》第十八条规定来确定正常工作时间的月工资，并以确定的工资数额作为加班工资的计算基数。

如按《中华人民共和国劳动合同法》第十八条规定仍无法确定正常工作时间工资数额的，对加班工资的基数，可按照劳动者实际获得的月收入扣除非常规性奖金、福利性、风险性等项目后的正常工作时间的月工资确定。

如工资系打包支付，或双方形式上约定的“正常工作时间工资”标准明显不合常理，或有证据可以证明用人单位恶意将本应计入正常工作时间工资的项目归入非常规性奖金、福利性、风险性等项目，以达到减少正常工作时间工资数额计算目的的，可参考实际收入*70%的标准进行适当调整。

按上述原则确定的加班工资基数均不得低于本市月最低工资标准。

（上海市高级人民法院关于审理劳动争议案件若干问题的解答（民一庭调研指导【2010】34号）

3、对于企业人力资源高管利用自身的工作或职务便利，故意造成未签订书面合同假象，如何处理的问题

对于一些企业经理、人事主管等负责企业人力资源管理的高管，通过隐匿书面劳动合同等不良手段，使用人单位无法提供已签订过的书面劳动合同，企业高管以此为理由主张双倍工资差额的，我们认为，用人单位虽无法提供书面劳动合同的原件，但有其他证据证明双方已签订了书面劳动合同的，不属于《中华人民共和国劳动合同法》第八十二条第一款关于用人单位未与劳动者订立书面劳动合同的情形，对其提出要求用人单位支付双倍工资差额的诉请不予支持。

4、对于劳动者采取不当手段恶意请求支付双倍工资差额，如何处理的问题

如确有证据证明，劳动者以获取不当利益为目的，通过找替身代签等手段，致用人单位未与其本人签订真实的书面劳动合同，上述行为既违反了《中华人民共和国劳动合同法》第三条关于诚实信用的原则，也不符合《中华人民共和国劳动合同法》第八十二条第一款关于支付双倍工资请求权成立的构成要件之一——须用人单位主观上未与劳动者签订书面劳动合同，故对其请求用人单位支付双倍工资差额的诉请应不予支持。

5、以他人身份进单位，双方劳动关系仍成立

马某因身份证遗失，于2013年8月借用朋友李某的身份证进入一家电子公司上班，且其在公司也以李某自称，双方签订了书面合同，但公司未为其缴纳社保。2014年，马某在工作中受伤，因其以李某身份入职，合同上写的是李某的信息，马某无法以自己身份申报工伤，故申请劳动仲裁，请求认定其与公司之间存在劳动关系。

点评：马某虽冒用了他人名字，但其实际上是为公司提供劳动、接受公司管理，同时公司支付其报酬，双方存在实际用工的事实，二者之间存在劳动关系。

《中华人民共和国劳动合同法》第十条规定，用人单位自用工之日起即与劳动者建立劳动关系。也就是说，确认劳动关系的核心标准，是用人单位对劳动者是否存在实际用工的事实，即用人单位是否为实现生产经营目的，对劳动者进行指挥、监督和管理，劳动者是否为获取劳动报酬自愿服从用人单位安排、提供有偿劳动。

6、试用期不符合录用条件，解聘获支持

2014年3月，吴某进入本市一家科技公司任设备工程师。公司招聘时，职位描述中包含“生产部生产设备故障的维修及应急维修”等。

双方签订了书面合同，期限为2014年3月28日至2017年3月27日，其中试用期为2014年3月28日至同年5月27日。双方约定，公司根据岗位性质实行每周6天、每天8小时工作制。

2014年4月，公司设备发生故障，主管即电话通知吴某到场维修。但吴某以当日为假日、其在常州为由未到场。

同年4月的一日晚间，公司产线发生故障，当班负责人通知吴某到场维修，吴某认为该时段非上班时间内也未到场。经确认，公司仅吴某一人负责设备保养、维修。

当月，公司向吴某发出《员工试用期解除劳动合同的通知书》，告知其在试用期间的综合评估表现为不合格，不符合录用条件，公司决定与其解除劳动关系。吴某不服遂提起仲裁，要求公司支付其违法解除劳动关系的赔偿金7000元。

案例点评：公司招聘时，职位描述中已明确该岗位需要负责“生产部生产设备故障的维修及应急维修”。所谓“应急维修”，包括对突发事件的应急处理，即包含非正常工作时间内对设备进行必要的抢修。吴某应聘时已知其应聘的岗位需进行应急性维修，应聘该岗位应视为接受该岗位要求。故应聘时的职位描述为录用条件的重要部分，对双方均具有约束力。《中华人民共和国劳动合同法》第三十九条规定，劳动者试用期间被证明不符合录用条件的，用人单位可与其解除劳动合同，且不需要支付经济补偿金。公司解除双方劳动合同并无不当，无需支付赔偿金。

7、员工不愿随单位搬迁，解除劳动合同并给予补偿

【基本案情】

2009年11月，钱某某等与南通某三喜公司签订无固定期限劳动合同，从事材料折叠工作，月工资约2500元。《劳动合同》约定，如单位调整工作地点的，双方应当协商，协商不成则视为单位提出解除劳动合同。2015年9月，南通某三喜公司决定，公司从崇川区通富路整体搬迁到港闸区城港路新址。双方就变更工作地点未能达成一致意见。钱某某等提请劳动争议仲裁，后诉来法院，请求解除劳动合同，要求用人单位支付经济补偿金。

【裁判结果】

崇川法院审理认为，本案用人单位整体搬迁属于变更工作地点，不属于临时性变更。用人单位整体搬迁后，与原工作地点相距13公里，该变更明显超出了双方订立劳动合同时的本意。在双方无法协商一致的情况下，应视为单位单方面提出解除劳动合同，并应当向劳动者支付经济补偿金。为此，一审法院判决：确认双方劳动合同解除；南通某三喜公司向钱某某等各支付5万余元不等的经济补偿金。二审中，经南通中院调解，双方对经济补偿金作了少量调整，其他均服从一审判决。

【典型意义】

工作地点是劳动合同的重要内容。对劳动合同关于工作地点的约定，双方应当遵守。因用人单位原因，使劳动者工作地点发生实质性变更，明显超出劳动合同约定时的本意，双方协商无果的，应当支持解除劳动合同。同时，劳动者要求用人单位支付经济补偿金的，根据《中华人民共和国劳动合同法》第三十六条、四十条、五十条的相关规定，用人单位应当依法支付经济补偿金。

最高法关于“实际施工人”对外法律行为 责任承担14条裁判观点

阅读说明：

下列判例检索自“中国裁判文书网”，这些判例均由最高人民法院作出，为尊重裁判者，在案件标题下对合议庭成员以及裁判日期进行了必要的标明。裁判要旨系由整理者根据裁判主要内容总结，可能存在误解原判例趣旨情况，读者可根据标题中的关键词或案号检索相关判例对照参考。

1、虽然无书面之委托，但结合买卖前后之行为，可以认定已经在事实上委托了实际施工人代为采购材料的，施工单位应当承担合同责任。

——中国三冶集团有限公司第二建筑工程公司、李铸与中国三冶集团有限公司第二建筑工程公司、李铸等买卖合同纠纷案[案号：（2015）民申字第2926号；合议庭成员：张志弘、汪国献、李明义；裁判日期：二〇一五年十二月二十四日]

最高法院认为，杨继军所负责的涉案工程区域对外称为三冶二公司第五工程处，且有证据证明在涉案分包工程施工现场的展示牌中显示“项目经理：陶凤文、项目部副经理：杨继军”，亦有证据证明涉案分包工程有关材料的对外采购等具体施工工作均由杨继军负责。杨继军两次向三冶二公司递交的“关于进场钢材情况的报告”中说明，涉案工程的钢材短缺、影响工程进度，希望领导给予敦促答复。在三冶二公司项目部副经理徐德印签字后，杨继军以三冶二公司第五工程处的名义与鞍山市君旺物资经销有限公司（以下简称君旺公司）签订了《钢材购销合同》，君旺公司认可该合同系替李铸而签订。

在2011年8月13日至2011年9月25日期间，李铸将合同约定的全部钢材送至施工现场，目前尚欠李铸钢材款数额为4,544,060.13元。按照《工程分包合同》的约定，“钢筋、混凝土等主要材料均由三冶二公司统一供应。”因此，无论是按照《施工合同书》还是《工程分包合同》的约定，涉案项目中的钢材全部应由三冶集团、三冶二公司负责购买并支付款项。此事实，通过三冶二公司向五建二公司（陶凤文）支付工程款时扣除钢材材料款的行为可进一步得到证实。

尽管徐德印在情况报告上的签字并未明确允许杨继军代为购买钢材，但，基于涉案工程全部钢材应当由三冶二公司负责、在钢材急缺的情形下，负责涉案分包工程的杨继军在向三冶二公司作出情况报告后实际购买了涉案钢材并全部用于涉案分包工程、三冶二公司对此钢材的进场及使用从未提出异议等事实，再结合三冶二公司在之后支付工程款时明确的将涉案钢材款从中予以扣除的行为，本院认为，虽然杨继军无书面之委托，但综合考虑三冶二公司钢材买卖前后之行为，可以认定三冶二公司在杨继军向其说明涉案工程急需钢材后，已经在事实上委托了杨继军代为采购涉案钢材。原判决由三冶集团、三冶二公司共同承担连带给付钢材款的认定存在事实和法律依据，并无不当。

2、虽然实际施工人以自己的名义对外签订买卖合同，但相对人有理由相信实际施工人的行为代表建设单位的，可以认定实际施工人行为构成表见代理。

——湖北省工业建筑总承包集团第三建筑工程公司、王传华与湖北省工业建筑总承包集团第三建筑工程公司、王传华等买卖合同纠纷案[案号：（2015）民申字第2687号；合议庭成员：王展飞、朱燕、尹晓春；裁判日期：二〇一五年十一月二十一日]

最高法院认为：首先，在与发包人十堰市林森房地产开发有限公司签订“水岸新都”房地产项目建设施工合同时，张良义是以工建三公司委托代理人身份在承包人栏内签名，并加盖了工建三公司公章，随后十堰市林森房地产开发有限公司（甲方）与工建三公司（乙方）签署的补充协议亦由张良义在乙方栏签名。施工合同履行中，张良义在该工程中全面负责施工，并将办公地点设在项目现场。据此应当认定工建三公司对于张良义以该公司名义开展施工活动予以认可。其次，张良义在与王传华签订《钢材供应合同》后，王传华按约将钢材运送至建设项目施工现场，嗣后结算时，王传华与张良义就供货钢材的结算提货明细表中注明的是“省工建三公司张良义”。因此，虽然张良义以自己的名义与王传华签订了《钢材供应合同》，但基于上述事实，王传华有理由相信张良义的行为代表工建三公司，张良义的行为构成表见代理。

3、构成表见代理的实际施工人表示愿意承担民事责任，已经构成债的加入，法院可以判令实际施工人与建设单位承担共同清偿责任。

——湖北省工业建筑总承包集团第三建筑工程公司、王传华与湖北省工业建筑总承包集团第三建筑工程公司、王传华等买卖合同纠纷案[案号：（2015）民申字第2687号；合议庭成员：王展飞、朱燕、尹晓春；裁判日期：二〇一五年十一月二十一日]

最高法院认为：张良义的行为构成表见代理，本应由被代理人工建三公司承担相应的责任。但由于张良义在一、二审中均表示愿意承担本案民事责任，已经构成债的加入，二审据此判令由张良义与工建三公司承担共同清偿责任并无不妥。

4、原告起诉时要求实际施工人承担清偿责任，建设单位承担连带清偿责任，其本意就是要求两当事人均对案涉债务承担相应责任，法院判决实际施工人与施工单位承担共同清偿责任，不属超越原告的诉讼请求。

——湖北省工业建筑总承包集团第三建筑工程公司、王传华与湖北省工业建筑总承包集团第三建筑工程公司、王传华等买卖合同纠纷案[案号：（2015）民申字第2687号；合议庭成员：王展飞、朱燕、尹晓春；裁判日期：二〇一五年十一月二十一日]

最高法院认为：王传华起诉时要求张良义承担清偿责任，工建三公司承担连带清偿责任，其本意就是要求两当事人均对案涉债务承担相应责任。据此，一、二审判决认定张良义应与工建三公司对案涉债务承担共同清偿责任，并未超越王传华的诉讼请求。

5、施工单位应当知道“项目部印章”在实际施工人承建工程期间对外使用，但并未反对，施工单位应对实际施工人的行为对外承担民事责任。

——江苏摩天建工集团公司与淮安兴港建材有限公司买卖合同纠纷案[案号：2015）民申字第3341号；合议庭成员：贾清林、肖宝英、武建华；裁判日期：二〇一五年十二月十四日]

最高法院认为，根据内部承包协议，王荣贵以摩天公司的名义对外开展业务，摩天公司向王荣贵收取管理费。案涉工程施工合同亦是由王荣贵代表摩天公司与康驰公司签订，该合同上不仅有王荣贵的签名，摩天公司还加盖了公司印章，王荣贵是摩天公司认可的案涉工程负责人及实际施工人。工程施工期间，王荣贵以摩天公司的名义与兴港公司签订混凝土订购合同，合同上加盖了摩天公司项目部印章。兴港公司在二审中提交的杨永忠、朱传宇等建材供应商就涟水国际商贸城1#楼公寓项目所供建材与王荣贵订立的购销合同均加盖了该印章。其中2012年10月25日与杨永忠签订的钢结构承包合同中，代表摩天公司签订合同的是摩天公司委派至项目部负责印章管理人员张一平，故摩天公司应当知道该印章在王荣贵承建工程期间对外使用，但并未反对。根据《中华人民共和国民法通则》第六十六条中“本人知道他人以本人名义实施民事行为而不作否认表示的，视为同意”的规定，摩天公司应对王荣贵的行为对外承担民事责任。

6、实际施工人在购买材料时，出示了其代表建设单位与开发单位签订的《建设工程施工合同》的复印件，其所购材料均为案涉工程施工所用。足以使相对人相信实际施工人系代表施工单位，工单位应当承担向相对人支付材料款的法律责任。

——大庆龙安建筑安装有限公司、沙磊与大庆龙安建筑安装有限公司、沙磊等买卖合同纠纷案[案号：（2015）民申字第1217号；合议庭成员：辛正郁、潘杰、司伟；裁判日期：二〇一五年七月二十九日]

最高法院认为，当事人提交的《建设工程施工合同》、2011年4月18日龙安公司与孟令东签订的协议书等证据以及案涉建设工程施工的有关事实表明，孟令东系借用龙安公司的资质承包案涉工程，是案涉工程的实际施工人。在向沙磊购买红砖时，孟令东出示了其代表龙安公司与呼伦贝尔市龙安房地产开发有限责任公司签订的《建设工程施工合同》的复印件，其所购红砖均为案涉工程施工所用。上述事实足以使沙磊相信孟令东系代表龙安公司向其购买红砖。因此，龙安公司应当承担向沙磊支付红砖款的法律责任。

7、实际施工人超出所持委托书所记载的授权范围对外签订材料买卖合同，加之合同约定的交货地点均为施工工地，相对人在签约时有理由相信实际施工人是代表施工单位，该施工单位应当承担付款责任。

——河南兴隆建筑工程公司、张家口市景泰商贸有限公司与河南兴隆建筑工程公司、张家口市景泰商贸有限公司买卖合同案[案号：（2015）民申字第426号；合议庭成员：杨永清、周伦军、郑勇；裁判日期：二〇一五年三月三十日]

最高法院认为，张希林与兴隆公司北京工程处之间存在着事实上的挂靠关系。景泰公司与兴隆公司北京工程处签订案涉张北县宏怡嘉苑工程、涿州工地的《钢材购销合同》，是以张希林所持北京工程处负责人王海霞分别于2010年7月21日、2011年3月17日出具的《委托书》和北京工程处的四证为依据，虽然该两份委托书上所记载的授权范围为委托张希林办理工程的前期业务及投标活动，因工程施工中的分包和挂靠现象大量存在，加之合同约定的交货地点均为施工工地，故景泰公司在签约时有理由相信张希林是代表兴隆公司北京工程处。

在景泰公司与张希林签订通州工地的《钢材购销合同》时虽然没有在当时取得2011年5月1日王海霞出具的《委托书》，但因该合同与涿州工地的合同同时签订，景泰公司在签约时亦有理由相信张希林有权代表兴隆公司北京工程处。上述合同签订后，景泰公司已经依约将案涉钢坯实际交付至上述工地并由张希林聘用的人员签收，但兴隆公司北京工程处仅支付了部分货款，依法应当承担继

续支付货款并承担赔偿损失的违约责任。原审判决关于张希林与兴隆公司签订并履行三份合同的行为构成表见代理并应由兴隆公司承担相应法律责任的认定正确，本院予以确认。

8、施工单位明知实际施工人以施工单位的名义进行施工，对买卖合同相对人而言，到工商管理部门核实签章的真实性并非签订合同的必要环节，其有理由相信实际施工人具有施工单位的授权，实际施工人以“项目部”的名义签订合同的行为构成表见代理，由此产生的法律后果应由施工单位承担。

——合肥鑫丰建筑安装工程有限公司、青海华瑞物资有限公司与合肥鑫丰建筑安装工程有限公司、青海华瑞物资有限公司等买卖合同纠纷案[案号：（2015）民申字第1620号；合议庭成员：王淑梅、傅晓强、黄西武；裁判日期：二〇一五年八月二十日]

最高法院认为，鑫丰公司承包民和县保障性住房和棚户区改造工程安置房工程后，与刘建民签订《幢号承包责任制合同》，刘建民实际负责鑫丰公司该项目6号楼、7号楼、8号楼的施工。鑫丰公司虽称其与刘建民之间是分包关系，但刘建民个人并无工程建筑的施工资质，鑫丰公司应当知晓刘建民只能以鑫丰公司的名义进行施工。而对华瑞公司而言，到工商管理部门核实签章的真实性并非签订合同的必要环节。华瑞公司根据“合同、付款协议、以及现场勘查”，已有理由相信刘建民具有鑫丰公司的授权，华瑞公司已尽到谨慎的审查义务。刘建民以鑫丰公司6号楼、7号楼、8号楼项目部的名义签订合同的行为构成表见代理，由此产生的法律后果应由鑫丰公司承担。

9、实际施工人受施工单位的委托，以施工单位的名义对外签订买卖合同，实际施工人并非涉案合同的一方，法院不应追加实际施工人为案件当事人。

——江西省地质工程（集团）公司与北京中宇鑫泰经贸发展有限公司、江西省地质工程（集团）公司赣西分公司买卖合同纠纷案[案号：（2014）民申字第1142；合议庭成员：王涛、梅芳、杨卓；裁判日期：二〇一四年九月二十五日]

最高法院认为：马旭光只是受赣西分公司的委托，以赣西分公司的名义与中宇公司签订了涉案合同，其并非涉案合同的一方。法院未追加马旭光为本案当事人并无不当。马旭光是否是本案所涉工程的实际施工人，其与赣西分公司之间是否存在挂靠关系与本案所涉买卖合同无关，不属本案审理范围。地质公司关于应当追加马旭光为本案当事人的再审主张没有事实和法律依据，不能成立。

10、买卖合同所附的建工合同中能够证明施工代表人身份的，说明出卖方对施工代表人身份及权限已经尽到了足够的注意义务，有权要求施工单位对涉案货款承担清偿责任。

——沈阳市合富源物资有限公司与辽宁国际建设工程集团有限公司、李敏强等买卖合同纠纷案[案号：（2014）民抗字第31号；合议庭成员：陈佳、左红、邱明；裁判日期：二〇一四年十二月三日]

最高法院认为，辽国建公司和华凌公司签订的《施工补充合同条款》中明确约定该工程由辽国建公司包工、包料施工、李敏强为辽国建公司的现场负责人。根据上述内容，李敏强是辽国建公司的工作人员，有权代表辽国建公司就涉案工程对外采购施工材料，辽国建公司应当对李敏强以辽国建公司名义采购钢材的行为承担民事责任。合富源公司与李敏强缔结的工业品买卖合同中明确载明附施工合同，合富源公司在一审中也提供了上述《施工补充合同条款》，说明合富源公司对李敏强的身份及权限已经尽到了足够的注意义务，有权要求辽国建公司对涉案货款承担清偿责任。

- 11、实际施工人使用“项目部”公章，以施工单位项目部名义施工及进行其他民事行为，施工单位作为承包人，并没有予以制止。施工单位的默认，使实际施工人的行为客观上形成了具有代理权的表象，租赁的设备、器材也全部运到项目部承建的项目工地，用于工地施工，实际施工人构成表见代理。

——江苏帝都建设工程有限公司、袁秀莲等与江苏帝都建设工程有限公司、袁秀莲等租赁合同纠纷案[案号：(2015)民申字第1413号；合议庭成员：杨国香、李振华、张娜；裁判日期：二〇一五年八月三十日]

最高法院认为：帝都公司是案涉荷能公司（宏盛公司车间）项目的承包人。其通过与王学运签订《项目承包合同》的方式，将工程违法转包给没有任何施工资质的个人王学运，并且收取1%的管理费。说明帝都公司与王学运之间存在违法转包关系。虽然帝都公司与王学运在《项目承包合同》中约定债权债务由实际施工人王学运负责，王学运与帝都公司之间没有隶属关系和职务关系，但是王学运在经营期间，使用帝都公司项目部公章，以帝都公司项目部名义施工及进行其他民事行为，帝都公司作为承包人，并没有予以制止。帝都公司的默认，使王学运的行为客观上形成了具有帝都公司代理权的表象。王学运与袁秀莲、刘中厂签订《租赁建筑设备合同》时，是以帝都公司项目部名义签订合同，在签订合同中，王学运并没有告知袁秀莲、刘中厂自己与帝都公司没有关系。

因此，虽然帝都公司没有实际授权给王学运，但是，王学运以帝都公司项目部经理名义签订《建筑器材租赁合同》，合同上加盖帝都公司项目部印章，租赁的设备、器材也全部运到帝都公司项目部承建的项目工地，用于工地施工。这一切使得交易相对人袁秀莲、刘中厂能根据这些表象推断出王学运对帝都公司具有代理权，并且有理由相信王学运对帝都公司享有代理权。在债权得不到清偿时，袁秀莲、刘中厂根据合同相对性原则，以案涉《租赁建筑设备合同》的签约方帝都公司及其项目部经理王学运为共同被告提起诉讼，有事实依据。而承包人帝都公司不能举证袁秀莲、刘中厂明知或应当知道王学运没有代理权仍然与王学运签订《建筑器材租赁合同》，故仍需对该租赁行为承担民事责任。

- 12、施工单位并未以项目部的名义向涉案工程投入资金、实际组织施工，也未将该工程部的公章和账户交给实际施工人使用，施工单位对于实际施工人自己组织资金，以项目部名义进行施工应当是明知的，施工单位应当承担用于工程借款的连带还款责任。

——广东省第四建筑工程公司与梁湘雄民间借贷纠纷案[案号：(2014)民申字第604号；合议庭成员：李明义、贾劲松、姜强；裁判日期：二〇一四年十月二十一日]

最高法院认为，梁湘雄等人所借款项依现有证据证明已用于涉案工程，广东四建公司是工程的总承包人，且实际占有该工程，是涉案项目的权利义务承受者。广东四建公司承建皖江明珠、皖江商业街土建与安装工程后，与化州二建公司签订《专业分包工程合同》，实为整体转包合同。根据《中华人民共和国建筑法》第二十八条“禁止承包单位将其承包的全部建筑工程转包给他人，禁止承包单位将其承包的全部建筑工程肢解以后以分包的名义分别转包给他人”以及最高人民法院《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》第四条“承包人非法转包、违法分包建设工程或者没有资质的实际施工人借用有资质的建筑施工企业名义与他人签订建设工程施工合同的行为无效”，该《专业分包工程合同》应为无效。

广东四建公司作为转包人对合同无效具有明显过错。广东四建公司承包涉案项目后，虽然组建了“广东四建公司繁昌县工程部”，任命林耀章为工程部负责人，刻制了公章，设立了账户，但广东四建公司并未以该项目部的名义承接其他工程，或向涉案工程投入资金、实际组织施工，也未

将该工程部的公章和账户交给实际施工人段德根使用，广东四建公司对于段德根自己组织资金，以“广东四建公司繁昌县工程部”的名义进行施工，并在工地上悬挂有“广东四建公司繁昌县工程部”的招牌应当是明知的，但广东四建公司并未在施工过程中予以制止，直至停工之后才责令段德根销毁私自刻制的公章。为此，广东四建公司应承担相应的法律责任。即使广东四建公司不承担借款的还款责任，也应向实际施工人对工程的投入支付工程款。因此，依据公平原则，由工程总承包人广东四建公司承担用于工程借款的连带还款责任，并无不妥。

13、合同相对方主张实际施工人的借款行为构成表见代理，应当承担举证责任，一方面需举证证明实际施工人的代理行为存在有权代理的客观表象形式要素，另一方面需证明其善意且无过失地相信实际施工人具有代理权。

——张玉航与中太建设集团股份有限公司、张玉民间借贷纠纷案[案号：（2015）民申字第1895号；合议庭成员：王展飞、朱燕、尹晓春；二〇一五年十月二十五日]

最高法院认为，张玉航主张张玉的借款行为构成表见代理，应当承担举证责任，一方面需举证证明张玉的代理行为存在有权代理的客观表象形式要素，另一方面需证明其善意且无过失地相信张玉具有代理权。首先，从张玉航提交的借款合同及收款条上看，张玉在借款合同及收款条中均注明借款人为中太集团香格今典项目部，且加盖了中太集团香格今典项目部的印章，具备一定的有权代理的客观表象。但是，从张玉航出借款项的流向上看，相关款项系直接存入或转账存入张玉的会计田美娟、张春莲个人的银行卡，而非存入中太集团香格今典项目部或者中太集团的账户，形式要素上有所欠缺。其次，张玉航与张玉系表兄弟关系，张玉航对张玉的身份、借款的具体用途等情况应当是知晓的。张玉航未能证明其善意且无过失地相信张玉具有代理权，能够代表中太集团借款，故不符合表见代理的构成要件。

14、尽管诉争借款用于涉案工程，但借款合同与建设工程施工合同是两个不同的合同关系，实际施工人对外借款不是对涉案项目建设工程施工合同的履行，《借款协议》也不属于工程项目资料，故在《借款协议》上加盖项目部资料专用章超越了该公章的使用范围，在未经施工单位追认的情况下，不能认定《借款协议》是施工单位的意思表示。

——陈晓兵与国本建设有限公司、中太建设集团股份有限公司民间借贷纠纷案[案号：（2014）民申字第1号；合议庭成员：王洪光、张纯、潘杰；裁判日期：二〇一四年七月二十五日]

最高法院认为，诉争《借款协议》是由出借人陈晓兵与借款人陆双红、徐鹏签订，协议落款处借款人栏由陆双红、徐鹏签字并加盖中太公司项目部资料专用章。中太公司项目部资料专用章具有特定用途，仅用于开工报告、设计图纸会审记录等有关工程项目的资料上。尽管诉争借款用于涉案工程，但借款合同与建设工程施工合同是两个不同的合同关系，实际施工人对外借款不是对涉案项目建设工程施工合同的履行，《借款协议》也不属于工程项目资料，故在《借款协议》上加盖中太公司项目部资料专用章超越了该公章的使用范围，在未经中太公司追认的情况下，不能认定《借款协议》是中太公司的意思表示。再结合中太公司和国本公司未参与《借款协议》的签订、协议上未加盖国本公司公章以及出借人陈晓兵对陆双红、徐鹏借用国本公司和中太公司的资质施工是明知的事实，应认定诉争借款是陆双红、徐鹏的个人债务，陈晓兵要求中太公司和国本公司对诉争借款承担连带还款责任缺乏依据。（来源：“小甘读判例”微信公众号；整理：甘国明）

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，规避招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：中国上海浦东新区世纪大道88号金茂大厦2003室
 电 话：021-68407068
 邮 编：200121
 传 真：021-68407466
 电子邮件：yuanshizixun@126.com
 网 址：<http://www.yslawfirm.cn>
 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.cn>、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2017年12月15日，文中姓名、企业、单位均为化名。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。

歲寒，然後知松柏之後凋也。

上海元始律師事務所

主任律師：李宗猛博士，

13901686274

地址：中國上海浦東新區世紀大道88號金茂大廈2003室

電話：021-68407068

郵編：200121

傳真：021-68407466

E-Mail: yuanshizixun@126.com

網址：www.yslawPrm.cn

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