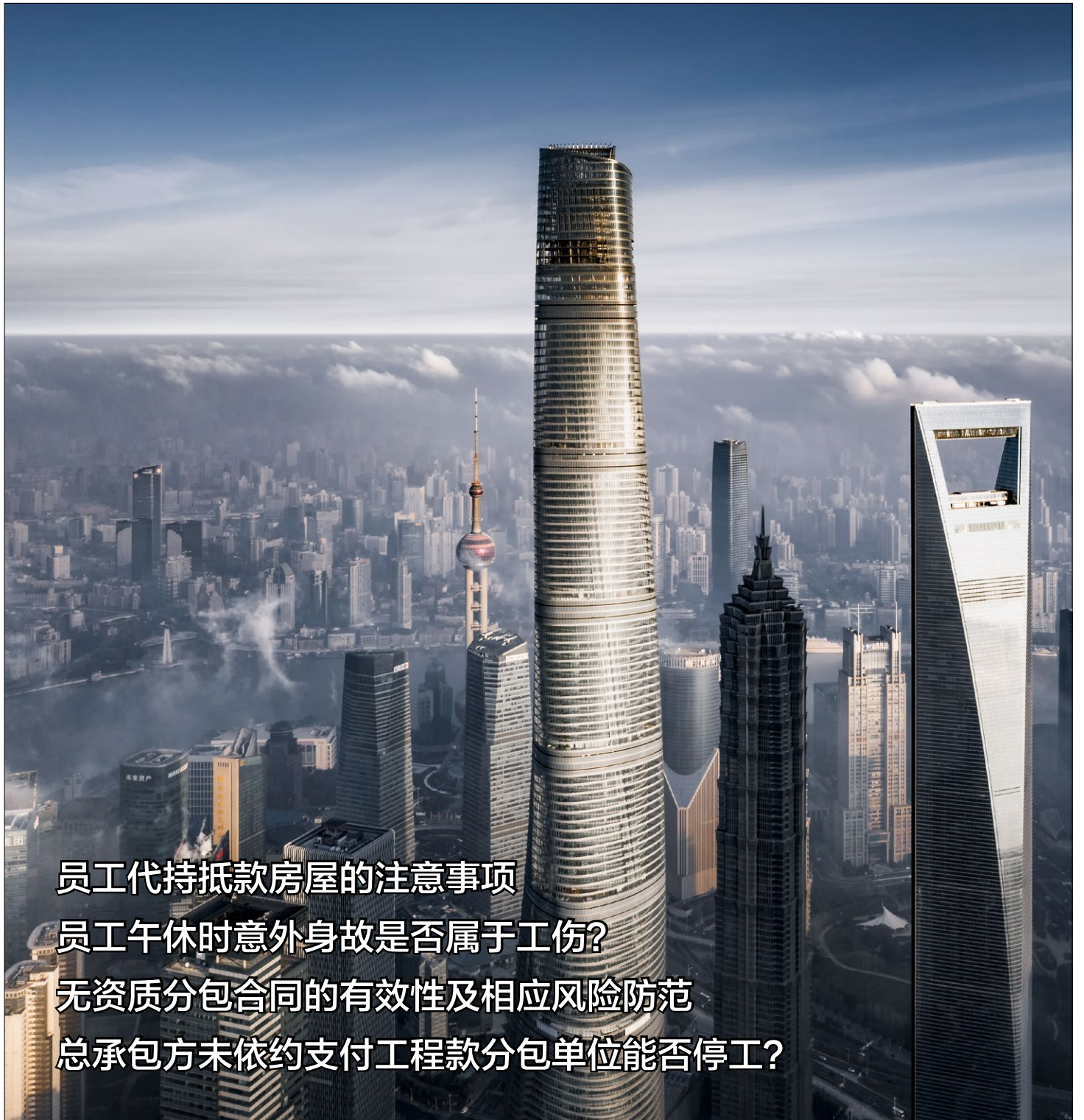


建筑法苑

施工企业篇

上海元始律师事务所主办

2022年2月 总第29期



员工代持抵款房屋的注意事项

员工午休时意外身故是否属于工伤？

无资质分包合同的有效性及相关风险防范

总承包方未依约支付工程款分包单位能否停工？

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

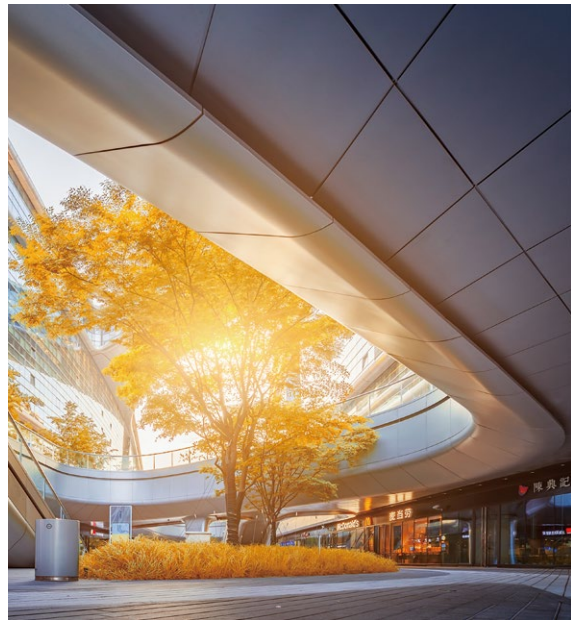
《建筑法苑》

2022年2月 总第29期

目录

CONTENTS | 施工企业篇

员工代持抵款房屋的注意事项	01
员工午休时意外身故是否属于工伤?	05
无资质分包合同的有效性及相关风险防范	12
总承包方未依约支付工程款, 分包单位能否停工?	17
员工账户冻结后要求公司将工资发放到他人卡上如何处理?	20
未知分包人地址, 总承包人如何发函?	24
白首如新, 倾盖如故	26
民法典: 关于诉讼时效的5个要点	28



员工代持抵款房屋的注意事项

□ 文 / 上海元始律师事务所 李宗猛律师

| 问题简述 |



我司施工的某项目，业主通过以房抵款的方式冲抵了工程款200余万元，由于公司当时指定员工任某某与开发商签署的商品房买卖合同，所以房屋产权证上的权利人就是任某某。

公司类似这种情况还有不少，有的一起签了三方协议（开发商、施工单位、施工单位指定人员即产证权利人），有的只有开发商和我司的两方协议，有的员工（产证权利人）和我司之间仅有口头协议。

请问这些情况下，公司要与员工（产证权利人）签署何种文书以确保公司利益？

| 答复 |



一、在当前建设单位没有资金支付工程款的情况下，以房屋冲抵工程款不失为施工单位解决工程欠款的一种办法。

在当前建筑市场上，房地产企业一般都是设立项目公司，由项目公司对该项目的债权债务承担责任。假如项目公司拖欠工程款，而该项目的房屋又被销售一空，施工单位有可能打赢官司而无法执行回款。

故，对于建设单位资信状况严重恶化的项目，以房屋冲抵工程款，总比一无所有好得多。拿到房屋后，施工单位可以变现，也可以继续抵给下家的材料商或者分包单位，将损失尽可能降低。

二、但是，若施工单位指定公司员工作为名义上的权利人，与业主签订商品房买卖合同，如果施工单位与指定买受人之间只有口头约定，而没有书面的协议，会造成比较大的法律风险。

《中华人民共和国民法典》第二百零九条规定：“不动产物权的设立、变更、转让和消灭，经依法登记，发生法律效力；未经登记，不发生法律效力，但是法律另有规定的除外”。以房抵款的房屋只要登记在员工的名下，员工就是房屋的权利人。若施工单位与员工之间没有书面的协议，日后施工单位如何能证明房屋是公司的财产？在没有书面协议的情况下，若将来发生纠纷，施工单位去诉讼，也会承担很大的风险。

而且，由于现在房屋的价值越来越高，很多房屋的价值甚至超过员工几年甚至几十年的收入，施工单位不能轻易的用房屋来考验人性。第一，假如将来员工发生经济困难穷苦潦倒

时，公司指定登记在该员工名下的房屋就有可能出现问题；第二，当员工的妻子、子女知道其名下有这样的房屋时，也有可能滋生不应有的贪念。仅有口头约定，就将价值巨大的房屋登记在员工名下，这样来考验员工的人品是不合适的，有可能会害了公司，也害了员工。

若施工单位已经决定指定员工作为以房抵款房屋的买受人，本所建议施工单位可以挑选经济条件比较好、人品比较可靠的员工，并与其签订一份《房屋代持协议》（参考附件一）。

三、需要说明的是，关于冲抵工程款的房屋，若需要登记在员工名下，即使签订了附件的《房屋代持协议》，也不能百分之百保障安全。代持的员工将来不论是有善意的债务（比如借钱治病），或者是恶意的债务（比如做一份虚假合同，恶意帮别人担保3000万），一旦债权人起诉该员工后，就有可能查封、拍卖登记在其名下代持的房屋。

在此情况下，施工单位以房屋“实际所有权人”的身份向法院提执行异议，是不能抗拒法院执行的。房屋被法院执行拍卖后，施工单位只能依据《房屋代持协议》来起诉员工追偿房款，但员工在房屋已经被拍卖的情况下，往往也已经没有偿还施工单位房款的能力了。

因此，施工单位在指定员工来代持以房抵款的房屋时，一定要审慎考虑以上风险后再下决定，特别要注意员工的人品是否可靠、可信，该员工是否有适当的经济能力，是否有不良嗜好。

四、另外，以房屋冲抵工程款时，与建设单位也要签订严谨的协议，明确各方权利义务，确定房号并及时办理网签或过户手续，避免日后无端产生纠纷。有关具体注意事项，可向本所另行索取相应文件。



附件一：

协 议 书

甲方：上海AA园林建设有限公司

乙方：任某某，身份证号码：_____

丙方（乙方配偶）：_____

丁方（乙方子女）：_____

鉴于：

（一）上海BB建设工程有限公司（以下简称“上海BB建工”）委托甲方承担甲方承接无锡**项目绿化工程分包施工任务。

（二）工程完工后，甲方与上海BB建工、山东BB置业有限公司（以下简称“山东BB置业”）达成《工程款抵房协议书》，约定用山东BB置业所有的山东海阳XXX项目12号楼2601室（以下简称“抵款房屋”）冲抵上海BB建工应付甲方的绿化工程款840932元。

（三）甲方指定本协议乙方（任某某）与山东BB置业签署了房屋买卖合同，山东BB置业已经将抵款房屋过户至乙方名下。

由于乙方实际并未支付抵款房屋的任何购房款，购房款实际由甲方支付（上海BB建工从应付甲方的绿化工程款内扣除）。为保护各方的合法权益，各方现根据《中华人民共和国民法典》及有关法律法规之规定，在公平、平等、自愿及诚实信用的基础上，经友好协商一致，达成如下协议条款，以资共同信守。

一、各方确认，抵款房屋的购房款由甲方支付，甲方为抵款房屋的实际权利人。购买房屋所产生的一切费用，包括但不限于购房款、税费及购买过程中发生的其他费用均由甲方实际承担，乙方、丙方、丁方未实际投入任何费用。购买成功后，购买所得的抵款房屋登记在乙方名下，不构成甲方对乙方的赠与。

乙方仅为抵款房屋的代持人，乙方对抵款房屋不享有任何权利；在任何情况下，乙方不得将抵款房屋对外出租、出售、抵押或做任何其他处分。甲方为抵款房屋的实际所有人。

二、乙方同意为甲方免费代持抵款房屋，直至甲方通知乙方解除代持关系为止。若甲方拟解除代持关系、将抵款房屋登记至甲方自身或甲方指定的第三方名下时，甲方应提前5日通知乙方，乙方应无条件给予必要的配合。办理抵款房屋不动产所有权人变更登记手续所需的一切费用，包括但不限于税费、公证费（如有）等，均由甲方承担。

三、丙方、丁方对本协议的内容及乙方为甲方代持抵款房屋的情况清楚、明白。丙方、丁方知悉甲方为房屋的实际所有权人，乙方仅为代持人。丙方、丁方同意，在任何情况下不得要求以任何形式分配、分割、继承抵款房屋。

四、乙方因自身债务而导致纠纷、诉讼可能导致抵款房屋被冻结、查封、拍卖、变卖或可能受到其他损失时，应书面通知甲方，并提供其他任何财产向法院、仲裁机构或其他机构申请解封，以免甲方遭受损失。

五、若因本协议的履行而产生任何争议的，各方应协商解决。协商不成的，任何一方可向抵款房屋所在地人民法院提起诉讼。

六、本协议一式四份，各方各执一份，经各方签署后生效。

甲方：_____（公章）

乙方：_____（签字、手印）

丙方：_____（签字、手印）

丁方：_____（签字、手印）

签署日期： 年 月 日

签署地点：



员工午休时意外身故是否属于工伤？

□ 文 / 上海元始律师事务所汇编

| 问题简述 |



我司一位建筑工人，在2021年10月7日下午三点钟，被发现午休时死亡在宿舍床上，被发现时意识丧失一小时余。现在死因还不能明确，因为解剖的话需要家属同意，请问这种情况是否构成工伤？另外麻烦您大概给我们一些思路和谈判时候的注意事项，公司之前未处理过这种事情，比较生疏，谢谢。

| 答复 |



在2021年10月份这一个月內，本所碰到了四起民工意外死亡的事件：

（一）2021年10月2日中午，有一个施工单位的员工在门口等外卖时，突发心脏病去世。

（二）2021年10月7日，就是咨询上述问题的单位，一位建筑工人在下午三点钟被发现午休时死亡在宿舍床上。

（三）2021年10月20日，李博士一整天在外地开庭。休庭期间，有一个电话打进来，庭后李博士回拨过去，原来是一家客户单位的员工留下遗书后割腕自杀身亡。

（四）2021年10月23日，某施工单位的民工在宿舍内突发疾病，送医院后抢救无效身亡。

对于此类的意外伤亡的情况，是否属于工伤？施工企业应该如何妥善处理？本所经整理后答复如下：

一、上述四个意外死亡事件，根据本所的判断，均不属于工伤。

（一）认定工伤的最基本原则是，“职工在工作时间和工作场所内，因工作原因受到事故伤害，应当认定为工伤”。“工作时间”、“工作场所”、“因工作原因”三个要素缺一不可。

（二）在实践中，有一些额外情况也视为工伤，比如：

1. 工作时间前后在工作场所内，从事与工作有关的预备性或者收尾性工作受到事故伤害的；
2. 在工作时间和工作场所内，因履行工作职责受到暴力等意外伤害的；
3. 在上下班途中，受到非本人主要责任的交通事故或者城市轨道交通、客运轮渡、火车事故伤害的；
4. 在工作时间和工作岗位，突发疾病死亡或者在48小时之内经抢救无效死亡的。

（三）对于员工在取外卖时突发心脏病死亡，并不符合“在工作时间和工作岗位，突发

疾病死亡或者在48小时之内经抢救无效死亡的，视同工伤”其中的法定要素，即工作时间及工作岗位，毕竟，午餐时间并不属于工作时间，且该员工未处于工作岗位上。

同样，对于在午休或者在宿舍突然死亡的情况，由于午休及宿舍并不属于工作时间、工作场合、工作岗位，这些员工的死亡也不能视同工伤。

对于员工自杀身亡的情况，《工伤保险条例》第十六条明确约定：“职工符合本条例第十四条、第十五条的规定，但是有下列情形之一的，不得认定为工伤或者视同工伤：（三）自残或者自杀的”，由此可知，员工自杀身亡不构成工伤。

二、对于此类意外事件，虽说不构成工伤，但是按照我们的经验，逝者家属来现场之后，他们不管死因如何，总是会向公司索取赔偿的。家属的理由是，“活生生的人，在你们工地上没了，当然要你们承担责任”。

最终，双方的矛盾焦点就在于：企业要不要赔钱，要赔多少钱？

（一）如前所述，对于工人意外身亡的事件，并不属于工伤，企业从法律上无需承担赔偿责任。

（二）但是，一分钱不补偿，家属不会罢休，事情处理不下去。有些家属还会到工地上闹事，骚扰业主，让工地无法施工，业主可能会催促施工单位尽快了结。故施工单位多数情况下只能息事宁人，从道义上酌情补偿一下家属。

（三）由此，还是必须回到补偿金额的谈判上。请注意，家属开出的数额不会低，他们极有可能仍按照工伤的赔偿标准开出一百多万元数字。

（四）谈判时需要注意的事项：

第一，不能按照家属的思路，不能在他们的工伤赔偿的计算方式上讨价还价。按照工伤赔偿标准，无论如何都需要上百万元。

第二，企业应该坚持说，这不是工伤。企业仅能出于道义，酌情给予适当补偿。补偿的数字，公司应该坚持按照极低的数字报出去（比如说五到十万元）。

第三，家属可能不同意，可能会闹事。企业应坚持不让步。请注意，在家属不讲道理的时候，企业可以报警。不要怕闹事。

如果是真正的工伤，为了避免安监站查处，企业尽快处理掉这是对的。但是非正常死亡，企业并没有责任，不怕政府、公安查处，因此也不怕家属闹事。

也不用担心家属去打官司。企业可以告诉家属，如果他们愿意起诉也可以，法院怎么判决，企业怎么履行。家属也会掂量，因为他们也会咨询律师，知道打官司没有胜算，所以多数不会去起诉。

既然企业既不怕政府来查处、也不担心对方打官司，且法律上企业没有责任，所以不应答应家属漫天要价。

当然，为便于政府处理事情，企业可以将有关情况写一个书面的说明（可以让律师来起草）。然后，若家属闹事，企业可以请政府部门或者派出所出面，会上企业可以将情况说明递交给每一个与会领导，这样让与会人员对事情的来龙去脉更清楚。

我们曾经处理的一个案例。员工死亡了，家属要87万元。企业坚持只支付1万元补偿，守口如瓶，雷打不动。家属前后闹事18天，使用了各种手段，最终无可奈何。最后，在政府的

调解下，企业将补偿数字提高到7万元（企业内部再捐款了大约2万元），签署了和解协议。

第四、按照上述原则处理，企业最终补偿的数字是不高的。近十年来，本所处理了数十起意外死亡事件，赔偿数额从几万元到三十万元之间（之前还没有超过30万元的案例）。当然，企业一开始不能开出30万元的价码，你开30万他们可能要60万；开出10万来，最终才可能控制在30万元以内。

第五，在施工单位和死者家属谈定补偿数额后，企业可以按照本所的模板，与家属签订一次性的《员工病故（意外死亡）处理协议》（文本可向本所索取）。对于《员工病故（意外死亡）处理协议》，让逝者家属当着贵司人员的面当面签署，文件大于等于两页的，在每一页都要签字、手印，并且也进行骑缝签字、手印，再将协议原件直接交给用人单位留存。

第六，上面几个案例的最终处理结果，也与大家通报一下，便于各位了解市场行情：

（一）10月2日的心肌梗塞案例，我们多次告知施工单位，不要超过30万元。但该企业老板顶不住，在家属闹事的压力下，业主要求他们尽快解决，施工单位当时答应了60万。话一出口就收不回。这个60万，算是破了记录。

（二）10月7日的宿舍病亡案例，施工单位对我们30万这条红线听进去了，坚持不超过30万，最终家属同意按照30万元签署了补偿协议。

（三）10月20日的案件，因为有公安机关的割腕自杀证明，最终赔偿3万元（死者的父母至亲没来，仅有几个堂哥出面处理）。

三、关于工伤认定的标准，《工伤保险条例》第十四条及第十五条进行了规定。但在实践中，员工受伤的情形可以说是复杂且多样的，本文列举了实践中常见的九类不能认定为工伤的情形，希望对用人单位有所帮助。



（一）在工作时间和工作场所内，非因工作原因受到伤害的

依据《工伤保险条例》第十四条第（一）规定，在工作时间和工作场所内，因工作原因受到事故伤害的应当认定为工伤，这就是所谓的“三工”。

“三工”中最核心的因素是“工作原因”，是构成工伤的充分条件，“工作场所”和“工作时间”更多的是证明工作原因的辅助因素，同时也对工作原因起补强作用。根据最高人民法院司法解释规定，在工作时间和工作场所内受到伤害，用人单位或者社会保险行政部门没有证据证明是非工作原因导致的，则推定为工作原因，亦可认定为工伤。

因此，如果用人单位有证据证明员工在工作时间和工作场所内受到伤害并非因工作原因导致，则不能认定为工伤。

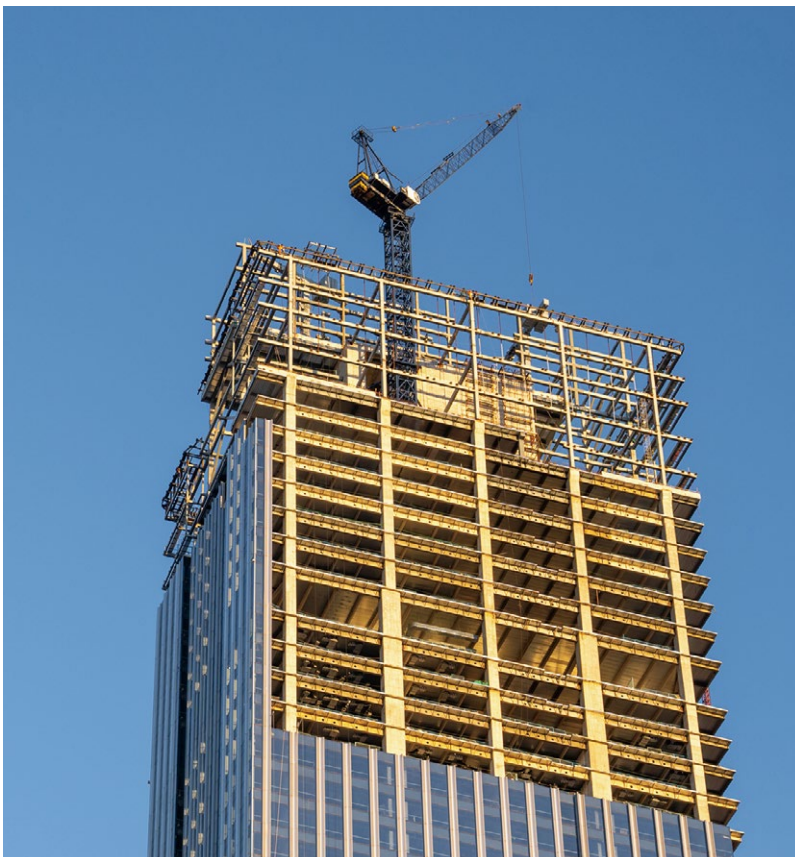
（二）在工作时间和工作场所内，不是履行工作职责受到暴力伤害的

工伤保险条例规定在工作时间和工作场所内“因履行工作职责受到暴力等意外伤害”可认定为工伤，包括两层含义：

1. 是指职工因履行工作职责，使某些人的不合理的或违法的目的没有达到，这些人出于报复而对该职工进行的暴力人身伤害；

2. 另一层是指在工作时间和工作场所内，职工因履行工作职责受到的意外伤害，诸如地震、厂区失火、车间房屋倒塌以及由于单位其他设施不安全而造成的伤害等。

“因履行工作职责受到暴力等意外伤害”强调的是受到的伤害与履行工作职责之间存在有因果关系。如果员工因个人利益、个人私怨等原因受到暴力伤害，显然无法认定为工伤。



（三）因工外出期间从事个人活动受到伤害的

因工外出期间一般包括以下情形：

1. 员工受用人单位指派或者因工作需要在工作场所以外从事与工作职责有关的活动期间；
2. 员工受用人单位指派外出学习或者开会期间；
3. 员工因工作需要的其他外出活动期间。

《工伤保险条例》规定职工因工外出期间，由于工作原因受到伤害或者发生事故下落不明的，应当认定为工伤，这里强调的是“工作原因”。

如果员工在因工外出期间从事个人活动，则不能认定为工伤。最高人民法院在《关于审理工伤保险行政案件若干问题的规定》中对此亦进行了明确，“职工因工外出期间从事与工作或者受用人单位指派外出学习、开会无关的个人活动受到伤害，社会保险行政部门不认定为工伤的，人民法院应予支持”。

（四）在上下班途中发生交通事故但本人负主要责任或全部责任的

上下班交通事故是工伤认定的常见类型，但并非所有在上下班途中发生交通事故都能认定为工伤，这里需考虑员工在交通事故中的责任大小。

工伤保险条例规定上下班途中受到“非本人主要责任的交通事故”可认定为工伤，“非本人主要责任”如何理解？具体是指“无责任”“次要责任”“同等责任”。

如果交警部门出具的事故认定结论为员工个人承担事故的“主要责任”或“全部责任”，则不能认定为工伤。



（五）在工作时间和工作岗位，突发疾病抢救无效在48小时后死亡的

工伤保险条例规定“在工作时间和工作岗位，突发疾病死亡或者在48小时之内经抢救无效死亡的”视同工伤。

“突发疾病”包括各类疾病，不要求与工作有关联。实务中较为常见的病是心脏病、脑出血、心肌梗塞等突发性疾病，但必须是工作时间突发。“48小时”的起算时间，以医疗机构的初次诊断时间作为突发疾病的起算时间。

员工虽然是在工作时间和工作岗位突发疾病，但经过抢救无效48小时之后才死亡的，不属于视同工伤的情形。

同时，就是像开篇的施工单位咨询的情况，如果员工突发心梗死亡，但死亡时正在取外卖，并不是在“工作时间和工作岗位突发疾病”，也不属于视同工伤的情形。

（六）工作时间和工作岗位突发疾病请假回家后再到医院救治或死亡的不能视同工伤

人力资源社会保障部法规司《关于如何理解〈工伤保险条例〉第十五条第（一）项的复函》认为，对条例第十五条第（一）项视同工亡的理解和适用，应当严格按照工作时间、工作岗位、突发疾病、径直送医院抢救等四要件并重，具有同时性、连贯性来掌握，具体情形主要包括：

1. 职工在工作时间和工作岗位突发疾病当场死亡；
2. 职工在工作时间和工作岗位突发疾病，且情况紧急，直接送医院或医疗机构当场抢救并在48小时内死亡等。

至于其他情形，如虽在工作时间、工作岗位发病或者自感不适，但未送医院抢救而是回家休息，48小时内死亡的，不应视同工伤。

（七）非因工作原因对遇险者实施救助导致伤亡又未经有关部门认定为见义勇为的

《工伤保险条例》第15条第（二）项规定在抢险救灾等维护国家利益、公共利益活动中受到伤害的视同工伤，这里需注意司法实践中的做法。

《最高人民法院关于非因工作原因对遇险者实施救助导致伤亡的情形是否认定工伤问题的答复》（【2014】行他字第2号）中意见如下：

非因工作原因对遇险者实施救助导致伤亡的，如未经有关部门认定为见义勇为，似不属于《工伤保险条例》第十五条第一款第（二）项规定的视同工伤情形。考虑到请示所涉案件中张诗春舍身救人的行为值得提倡，建议你院与下级法院协调当地有关部门，尽可能通过其他方式做好相关安抚工作，以妥善化解争议。

（八）醉酒或者吸毒导致伤亡的

法律将因醉酒导致伤亡的情形排除在工伤认定的范围之外，主要是考虑国家的一些法律规定禁止醉酒后工作、醉酒后驾车等，因此，由于醉酒导致行为失去控制而引发的各种事故不能作为工伤处理，这样规定也是为了在一定程度上控制职工酒后工作，减少工伤事故的发生。

（九）自残或者自杀的

“自残”是指通过各种手段和方式伤害自己的身体，并造成伤害结果的行为。

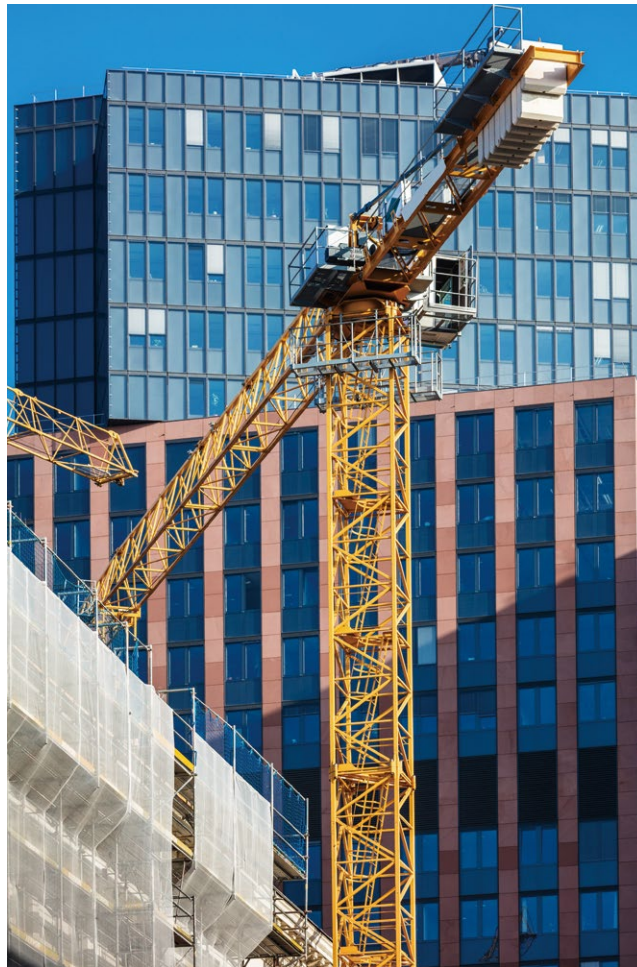
“自杀”是指通过各种手段和方式结束自己生命的行为。有的自残或者自杀是员工精神状态导致的，但也有的不能排除是为了获得工伤待遇导致的，自残或者自杀与工作没有必然

联系，员工应对其主观故意承担责任，因此，不能认定工伤。实务中比较难做到的是怎么证明员工是自残或者自杀？毕竟不是人人都会留下遗书的，这个举证责任在用人单位，实践中若有公安机关的证明比较有利。

四、鉴于，工人到企业的工地上施工，无论是因何种原因而身亡，用人单位均难以完全推脱责任。因此，我们建议，对于工人入职时，企业最好进行适当把关，年纪过大的、体质虚弱的、有疾病的等不适宜施工岗位的人员，多数还是不要录用，这也是对企业权益的保护。

同时，企业可以考虑让员工在入职时签署一份《无重大疾病承诺书》（文本可向本所索取）。

特此回复，供贵司参考。



无资质分包合同的有效性及相关风险防范

□ 文 / 上海元始律师事务所 李宗猛律师

| 问题简述 |



李博士and all,

我们是一家绿化单位。公司相关部门最近在主抓依法合规，尤其关注分包合同的有效性。以下是我收集到的相关信息，我的疑问如下：

- 1、如果分包商的公司没有相应的资质那么我们之间签署的分包合同是无效的吗？如是，请问如何补救这样的无效合同？
- 2、如果分包商以个人名义签的分包合同，那么这个人的社保必须转入公司是吗？如果他本人因某种原因实在无法转入而把他的员工或朋友转入到公司，这种情况要如何操作规避风险？

| 答复 |



关于贵司咨询的分包合同是否有效的问题，本所答复如下：

一、对于对外进行分包、签订的分包合同是否有效的问题，首先要看贵司在项目承发包关系中的法律地位。

（一）如果贵司是和业主直接签订绿化工程施工合同，贵司将合同的非主要部分对外分包给有资质的企业施工，且该分包征得了业主同意，这份分包合同是有效的。但如果贵司分包前，并没有征得业主同意，则这份分包合同也有可能无效。

（二）如果贵司本身是专业分包单位，即业主与总承包方签订施工合同，总承包方将项目中绿化工程分包给贵司施工，总承包方与贵司签订的绿化工程施工合同，那么贵司将绿化工程中的任何部分再进行分包，所签署的“分包合同”都是无效的。

（三）在上述贵司所处的两种法律地位中，贵司仅将劳务部分分包给有资质的劳务公司，这样签署的劳务分包合同可能是有效的。

（四）但是，无论贵司在承发包关系中处于何种法律地位，只要贵司将工程分包给没有资质的企业、劳务公司或者自然人，这份分包合同也是无效的。

二、因此，从这样来看，要做到有效的分包合同，条件是比较严格的，必须同时满足至少四个条件：

（一）贵司本身处于总承包方地位，而不是分包地位（亦即分包不能再分包，分包单位将劳务部分发包给有资质的劳务公司属有效的除外）。



- (二) 承接工程的分包单位具有相应的施工资质。
 - (三) 分包的项目必须是非主要部分，合同约定的主要义务，还是必须由贵司完成。
 - (四) 分包必须征得业主同意。
- 一旦不满足上述任一条件，这份分包合同大概率就是无效合同。

三、分包合同的有效和无效，其中的区别还是很大的。如果分包合同被认定为无效，承包企业可能承担的风险如下：

(一) 处罚风险：

如果企业将工程分包给没有资质的单位、劳务公司或者自然人，则构成违法分包。一旦有人对违法分包进行举报，政府可能会对承包企业进行处罚。对于处罚的适用情形及标准，在《中华人民共和国建筑法》《建设工程质量管理条例》以及《住房和城乡建设部关于印发建筑工程施工发包与承包违法行为认定查处管理办法的通知》等法律法规中均有明确规定。违法分包的企业可能会面临被没收违法所得、处罚款、责令停业整顿、降低资质等级，甚至吊销资质证书的行政处罚。

(二) 用工风险：

建筑施工企业将工程发包给不具备用工主体资格的组织或自然人，对该组织或自然人招用的劳动者，由具备用工主体资格的发包方承担用工主体责任。也就是说，无资质分包商（尤其是个体承包商）所聘用的员工，涉及劳动合同纠纷、工伤或其他意外事件，事故处理责任可能均需要承包企业承担，政府官网上记载的事故责任人也是工程承包企业。

无资质的分包商没有资质，不怕行政处罚，在劳动合同及用工方面，极少能达到劳动法规定的最低要求。无资质分包商的民工发生工伤意外事件，或者发生欠付农民工薪资时，承包企业几乎无一例外要承担责任。

法条依据:

《关于确立劳动关系有关事项的通知》第四条规定：“建筑施工、矿山企业等用人单位将工程(业务)或经营权发包给不具备用工主体资格的组织或自然人，对该组织或自然人招用的劳动者，由具备用工主体资格的发包方承担用工主体责任”。

《最高人民法院关于审理工伤保险行政案件若干问题的规定》第三条规定：“社会保险行政部门认定下列单位为承担工伤保险责任单位的，人民法院应予支持：（四）用工单位违反法律、法规规定将承包业务转包给不具备用工主体资格的组织或者自然人，该组织或者自然人聘用的职工从事承包业务时因工伤亡的，用工单位为承担工伤保险责任的单位”。

《保障农民工工资支付条例》第三十六条 建设单位或者施工总承包单位将建设工程发包或者分包给个人或者不具备合法经营资格的单位，导致拖欠农民工工资的，由建设单位或者施工总承包单位清偿。

施工单位允许其他单位和个人以施工单位的名义对外承揽建设工程，导致拖欠农民工工资的，由施工单位清偿。

（三）民事责任风险：

承包企业除应承担与违法分包合同无效的相同法律责任、后果及风险外，还须对无资质分包商借用其名义与外部发生的借款、设备租赁欠款、材料欠款及招用人员的工资等承担连带责任，甚至有可能承担全部责任的重大风险。

在承包企业将全部分包工程款支付给无资质分包商之后，企业本身仍然还存在巨大风险。无资质分包商收款后，若是不支付给下面的材料商、施工班组，材料商、施工班组仍可以起诉承包企业。原因在于在实际施工过程中，因为无资质分包商不能“见光”，他的所有采购行为、签订合同、来往文件（包括签署的函件、申报的资料、填写的表格等）都是以承包企业的名义，材料商完全有理由相信无资质分包商是承包企业的授权（代理）行为。

《中华人民共和国民法典》第一百六十二条规定：“代理人在代理权限内，以被代理



人名义实施的民事法律行为，对被代理人发生效力”。也就是说，无资质分包商签署的结算单，视同总承包方的授权确认的债务。如果材料商非常有经验，不起诉个人分包商，而是将总包单位作为唯一的被告起诉，则法院非常有可能判定总包首先清偿欠付的材料款；至于总包抗辩已经支付给无资质分包商，则总包在付款给材料商之后，可向无资质分包商追偿。可以想象，已经支付给无资质分包商（或包工头）的钱款，若对方存心赖帐，要想追索回来，绝非轻而易举之事。在司法实践中，由于无资质分包商携款潜逃，或者因故丧失支付能力，最后只得由承包企业自己买单的不幸遭遇也不在少数。风险就在于此。

（四）质量风险：

《建筑法》第二十九条规定，“总承包单位和分包单位就分包工程对建设单位承担连带责任”。因建设工程质量发生争议的，发包人可以向总承包人、分包人和实际施工人为共同被告提起诉讼。分包之后，总包的质量责任没有丝毫减少，而无资质分包商的实力较弱，管理体系、质量意识、企业荣誉感都无法与正规企业相提并论。所以，引入无资质分包对质量无疑会有负面影响。如果发生分包工程质量问题，发包的建筑企业向建设单位承担违约赔偿责任后，很难从无资质分包商得到实质性的补偿。

（五）成本风险：

如果承包企业与下家签署的分包合同无效，合同中的违约条款、处罚条款以及管理费条款均是无效的。一旦分包单位不认可合同约定的管理费，双方产生纠纷，法院可能也不会支持承包企业的管理费诉求。这样的话，承包企业可能白做了无用功，甚至还可能贴钱，毕竟贵司还要承担一定的税款，增值税也许还可以扣住，但是企业所得税有可能难以判决要求无资质的企业来承担。

四、从上面的分析可以看出，将工程分包给没有资质的单位或自然人，承包企业担责的风险机率几乎为百分之百。与无资质分包所取得的几个百分点收益相比，我们认为，风险与收益不对称，应该尽量避免，尽可能做到合规合法。如果对方当事人恶意违约，背后又有非常高明的专业人员指点，招致的损失可能十分可怕。这方面的工程实践案例非常多。

因此，在接下来贵司进行发包时，要审慎查询该企业资质情况、过往履约情况、失信被执行情况等，尽量找知根知底的优质分包单位，与具备一定的规模、讲信誉的企业订立合同。对于工程款项，也要依据合同付到合同相对方的企业账户，而不能听取项目经理的请求（有些工程是自然人挂靠有资质的企业承接的），直接支付到项目经理的个人账户，否则，如果挂靠的包工头卷款跑路，贵司很难向被挂靠企业主张责任。

五、对于已经签署的分包合同，如果因对方不具备资质构成违法分包，从而导致合同无效，这种情况下，合同的效力是难以补正的，贵司只能从规避风险、减少损失的角度出发进行防范。

（一）要求该分包企业的控股股东（如果是自然人承接工程，就由自然人做出承诺）向贵司出具承诺书，承诺合同履行的质量、进度、安全文明施工等一切责任均由他承担，工程施工所需的人工费、材料费、机械费等一切费用也由他承担，即让企业的老板对分包合同的履行承担连带保证责任。

（二）在施工过程中，对分包方的监管，重点在于督促分包方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，若是分包方将款项挪作他用，材料商、施工班组完全有可能起诉贵司。所以，过程中不能忽视对合同签署及款项支付方面的监管。

（三）同时，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。应该监督分包方将工资发放给工人。工资发放若是不清楚，只要工人一闹事，政府、业主或者总包必然会敦促贵司来解决；很多情况下超付工程款，就是在工人闹事时，迫于政府压力不得不超额付款。

（四）即便企业可能与无资质的分包方约定，所有安全事故均由分包方承担。但这样的约定在法律层面是无效的。若是发生安全事故，政府仍会追究贵司的责任。因此，在安全方面不能“包而不管”。企业应该派遣安全人员，定期巡查工地，对施工班组进行安全交底，检查必要的安全设施和消防设施是否齐备、完整，发现隐患及时敦促整改。

六、对于贵司咨询的，分包方以个人名义签的分包合同，我们建议，尽量不要同意与个人签署分包合同。但如果不得和个人签署，最好是让个人分包方将其社保转入贵司，贵司与个人签署劳动合同，贵司为他发放工资、缴纳社保。但是，需要让他向贵司出具一份确认书，确认双方之间并不存在真实的劳动关系。如有需要，确认书文本可向本所索取。

如果因某种原因，个人分包方的社保关系实在无法转入，这对于贵司的危险就更大。实践中遇到这种情况，可以考虑让他把儿子或女儿的社保关系转入贵司，让他的儿子（或女儿）签署一系列的承包合同，但是他本人还是需要对儿子（或女儿）签署的承包合同承担连带保证责任。

综上，如果企业进行违法分包，导致合同无效，对于施工企业存在重大的法律风险。因此，企业一定要非常谨慎，尽可能做到合规合法，立身正、不违规，是建筑企业防范风险的最基本要求。



总承包方未依约支付工程款， 分包单位能否停工？

□ 文 / 上海元始律师事务所 李宗猛律师

| 问题简述 |



李博士：您好。

我们是一家门窗工程分包单位，与总承包方签署门窗分包合同。合同约定，合同订立之后，总承包方支付合同总价35%预付款，材料进场之后七天内支付合同至合同总价的70%。但是，截至目前，总承包方至今未支付我司分文进度款，反而多次催促我司进场施工。

现在，我们已经加工好全部施工材料，如果不进场担心推脱不下去；但是，如果进场施工，我们又担心日后不仅预付款拿不到，其他进度款也拿不到。现我司需要了解的是，**在我司进场施工后7天内，如果总承包方未按照合同约定支付至合同总价的70%，我们能否停工？**

| 答复 |



很多分包单位，都会碰到类似的情况，在业主或者总承包方不支付工程款的情况下，他们有意停工，但是不清楚停工是否合理合法。日后如果发生纠纷，停工这个行为是否会被追究违约责任？

对于这一问题，本所答复如下：

一、任何情况下，分包单位与业主、总承包方之间，虽然不是说鼓励诉讼，但是一定要考虑到，一旦发生纠纷、进行诉讼，分包单位怎么来保护自己。而对于诉讼来讲，证据是最重要的。

二、对于门窗单位咨询的这种情况，要想做到合法地停工，就要有证据证明，分包单位的义务履行情况已经达到了付款条件，但是总承包方并未依约付款。合同约定，材料进场之后七天内支付合同总价70%的预付款，因此，要想证明总承包方支付款项的条件已经具备，分包单位需要证明的就是，工程所需全部材料已经进场。

分包单位如何证明材料已经进场？何时进场？材料是80%、90%还是100%已经进场？

如按合同字面上看，万一涉诉，总承包方可以辩称，合同“材料进场”的字面意思是必须100%的材料进场，才能支付70%的进度款。如果有一部分未进场（哪怕0.01%未进场），总承包方也可以说，分包单位的材料没有全部进场，合同付款条件未成就。这种情况下，如果门窗单位擅自停工，就会构成违约，业主或总承包方极有可能倒打一耙，向分包单位主张擅自停工、工期延误等违约责任，包括给整个项目造成的工期延迟、给业主造成的延期交房的损失等全部责任，均由分包单位承担。

三、对于材料是否进场，并不是某一方说得算的。我们建议，分包单位每安排一批材料进场时，就提交一份材料进场报验单，请业主、总承包方、监理单位签字，确认进场的材料数量是多少，且确认质量合格、符合设计需求、配套的施工资料齐全等，这是一个正常完备的程序，有固定的表格形式，一般业主、监理、总承包方是会签字验收的。报验单经业主、总承包方、监理单位签字后，分包单位拿到原件后，一定要妥善保存。

对于最后一批材料进场时，在材料进场报验单上载明“至此，我司用于本项目的材料已全部进场，提请验收”字样，这个时候，业主、总承包方、监理单位大概率是会盖章的。

以上的报验单，属于一组证据，是为了堵住总承包方的质疑，清晰明了地证明工程所需全部材料已经进场、何时进场。

四、在全部材料进场，且经业主、总承包方、监理单位签字确认后，接下来催款流程如下：

（一）根据合同约定，在全部材料进场后达到七天时，若总承包方未支付款项，分包单位除了进行口头催款之外，同时应该给总承包方发送一份《关于恳请总承包方如期支付进度款的函》，希望总承包方能够依约支付款项。这是第一份催款函。

（二）在第一份催款函发出后，若是总承包方未按照合同约定付款，门窗单位还不能擅自停工。分包单位需要向总承包方再发送一封《关于再次恳请总承包方如期支付工程进度款的紧急致函》，在函中要求总承包方在收到函件后的七日内支付工程进度款，如届时仍未能支付，



则分包单位将停止施工，由此产生的责任均由总承包方自行承担。这是第二份催款函。

（三）如果在发完第二封函件后，总承包方没有回应，也仍未向分包单位支付款项，分包单位在确定停工之前，需再向总承包方发送一封《关于分包单位不得不停止履行合同义务的告知函》，告知总承包方停工日期，且载明合同中止履行以及由此产生的成本和损失，均由总承包方承担。

（如有需要，上述三份函件的文本均可向本所索取。）

五、此外，上述所有函件，均需要有总承包方的签收记录，如果总承包方不签收，则分包单位需要通过EMS挂号信的形式邮寄给总承包方，并保留好邮寄凭证。

凡是面临中止履行合同义务的情况，建议所有的函件均由律师进行审核、起草，包括快递面单的填写，也需要在律师的指导下填写，以免因为投递、邮寄、签收等环节不符合规范，而导致证据无效。

分包单位只有做到了上述流程，才可以停止施工，后续产生纠纷时，工期、费用等方面的责任才可以比较有效的推脱，不至于被业主或总承包方倒打一耙。

| 结论 |

在业主或者总承包方拒绝依约付款的情况下，施工单位有停工的权利，但是一定要严格按照程序办理，操作规范，保留必要的证据。



员工账户冻结后要求公司将工资发放到他人卡上如何处理？

□ 文 / 上海元始律师事务所 李宗猛律师

| 问题简述 |



李博士：你好！

咨询一个问题，我们新招的一个员工，昨天突然联系我，说是他的银行卡被法院冻结了，要求领现金。具体情况他也不说，反正说是欠了几十万。

他现在要求打到他老婆的账号上，那么，是否可以？比如说是出具委托书。

还有，公司在知道他这种情况下，还帮他躲避法院的执行，有没有法律方面的责任？

万一他目前是离婚状态的话，是否可以委托他人收这个工资款？

麻烦给出建议，谢谢。

| 答复 |



关于贵司所询问的员工账户被冻结，员工要求用现金领工资，或者由公司将工资支付到其配偶的银行卡上这一问题，本所经整理答复如下：

一、本所询问贵司，贵司说工程部的领导有继续留用该员工的打算，我们认为，留用这样的员工，对贵司存在比较大的法律风险。

（一）一个人欠下债务不予偿还，而且在要求公司支付现金工资时都不能清楚的说出欠债的原因，那么他欠债这件事，可能本身就有很大的问题。当然，从常规上来讲，不论债务因何产生，不论是合法有效的债务，还是因赌博或者其他陋习形成的恶性债务，这个员工想通过其他方式领取工资，骨子里的目的都是想逃避债务。

如果是善意之债，该员工不履行债务，就可以认定其人品存在问题，人无信不立，这样的人也不值得信任。但如果恶性的、因员工赌博或者其它陋习形成的债务，一旦沾染上这些陋习，除非有大勇气、大决心、大毅力，可以说是很难戒掉陋习。这样的话，其品行也是存在问题的，聘用这样的员工，很可能给贵司带来一定的损失。

（二）当员工不讲信誉，欠下巨额债务，这时员工处于经济窘迫的状况中，他除了赖债，还有可能做出一些有失诚信，甚至给公司造成巨大危害的事情。我们常碰到的有如下情形：

1. 失信员工向单位同事借钱。

类似情况已有多起。前天，我们就碰到另一个客户单位（董事长的司机），他除了向公司借钱不还，还向企业内的同事们大量举债，很多同事出于信任、碍于面子出借了款项，司

机也均未归还。虽然直接蒙受损失的是员工而非公司，但这会导致公司的员工发生纠纷、矛盾等，影响工作效率、工作氛围等。这家单位现在也头痛该怎么处理。

对于这种情况，为了避免更多的同事向失信员工出借款项，贵司可以在公司内部发布通告（不需要点名），表示为了营造良好的工作范围，保持融洽的工作的关系，公司鼓励同事之间工作上互帮互助，但是，公司建议同事之间不要出于交情或者碍于面子，互相发生借贷关系等。贵司给所有员工发一份通知，以免更多的人蒙受风险。

2. 失信员工向贵司的分包单位、材料商“借钱”。

对于贵司这个项目部员工，如果贵司选择继续留用他，在工作过程中，他还极有可能向贵司的材料商、分包单位“借钱”。类似情况本所也碰到过多起，自然是有借无还。分包单位、材料商遭受损失后，自然将怨气转嫁给贵司。

为了避免类似风险，建议贵司向项目所有的分包单位、材料商、租赁单位等，也发送一份书面的通告函件（函件可向本所索取），以免因合作单位出借款项，而给贵司造成纠纷及损失。

3. 失信员工雁过拔毛。

我们还碰到多起案例。公司让员工经手钱财，比如公司将3.5万元交给该员工，让员工去支付零星工程的班组费用，该员工扣留1.4万元，仅支付2.1万元出去。因此，对于这种员工，贵司尽量不要让他经手银钱相关事务，所有钱款都直接由贵司账户支付到分包商的账户。

4. 失信员工向分保单位、材料商直接索贿

项目管理人员手上多少都有一点权利。贵司不得不防备的是，该员工除了“借钱”之外，可能利用职权会向合作单位索要回扣。分包单位、材料商多数情况下不得不从，损失最终会转嫁到贵司身上。



5. 失信员工可能偷盖项目部印章

工地一般有项目部印章。公司对自己员工可能没有设防心理。员工作为管理人员可能会接触到项目部印章的。员工偷盖印章据以获利，比如以公司名义借款（法院多数判决公司承担还款责任）、或者以公司名义给分包单位输送利益（我们碰到某员工，擅自给劳务公司盖章，承诺给劳务公司合同总价20%的赶工费，私盖印章的协议书，法院予以认可，企业蒙受200多万元的损失，但员工个人势必私下收取劳务公司的好处费）。

6. 失信员工可能通过给分包单位签单来换取个人利益

我们甚至碰到一个项目经理，在施工过程中给劳务班组签署了800多万元的点工单。最终通过报警、审判、上诉等所有程序，800多万元的点工单都无法推卸掉。这些都是真实的案例，防不胜防，一旦发生，企业遭受巨大的损失。

（三）一个正常的自然人，通常都有自己为人的基本准则，不大会干损人利己甚至违法的事情。但是一个失信的人，在穷困潦倒之下，所做的行为可能超出道德底线。企业的管理难免百密一疏，因此对于失信人员，我们建议贵司尽量不要留用，本所碰到的例子太多了。

（四）人无廉耻，百事可为。在施工管理岗位，品德和能力一样重要。因为员工失德给企业造成的损失，会远远超过企业预期。

二、尽管本所强烈不建议贵司留用该员工，但是贵司自行决定要留用他，他要求把工资以现金方式支付给本人，或者将工资转账给他夫人的账户，建议贵司做好如下防范措施。

（一）如果工资以现金形式当面发放

1. 请在领取每月工资时，都让该员工当面签署一份收条（文件可向本所索取），让该员工当面签字、按手印，贵司保留好收条原件。

2. 每次领工资时，都让该员工手捧现金、收条进行拍照，以留存证明。

（二）如果工资转入该员工夫人的账户

尽管他诉称那是他夫人的账户，但也不一定是真实的。我们也碰到过这种情况，材料商让施工企业把材料款付到他“老婆”的卡上。到法庭上他却不承认收到款项，拿出一份派出所出具的单身证明，说那个收款人与他根本没有关系，主张施工单位并未支付材料款，由于他当时要求代付时，也只是口头说那是他夫人的账号，并未形成书面协议，施工企业当时也未去查证，现在他就咬定不承认，也拿他没有办法。

所以说付工资给第三人存在风险的。假如一定要支付给第三人的话，贵司一定要做如下准备工作。

1. 请他提供结婚证以及他夫人的身份证原件，供贵司查验。当然，如果他目前是离婚状态的话，贵司可能也无法查验出来，毕竟可能是已经离婚，只不过结婚证没有注销。

2. 因此，最重要的一步，是请该员工和其夫人一起来到贵司，当面签署一份《委托付款确认书》（文件可向本所索取），让该员工和其夫人都当面签字、按手印，再将原件与员工人事档案一起审慎保存。

3. 对于贵司咨询的，万一他目前是离婚状态的话，是否可以委托他人收这个工资款？这种情况下，建议最好让他的父母或者子女代收，而不要让朋友或远亲代收。当然，无论是谁



代为收取工资，最重要的防范措施就是请员工本人、代收人一起到贵司，当面签署《委托付款确认书》。

三、至于公司在知道他这种情况下，还帮他躲避法院的执行，有没有法律方面的责任？

实际上，贵司这样的操作是有一定的法律风险的。但是，目前贵司虽然知晓该员工有诉讼案件，可在没有收到法院的《协助执行通知书》时，按照员工要求的方式进行付款，一时之间是没有问题的。

如果贵司留用了该员工后，法院向贵司发送了《协助执行通知书》，贵司就应该停止对其的现金支付，也不能将工资支付给他的夫人或其他代收人。而是必须按照法院的协执通知，将该员工的工资交由法院处理。如果贵司不遵循法院的协执通知，造成其他债权人的损失，贵司极有可能需要承担赔偿责任。

总体说来，贵司留用这样欠债的员工，贵司蒙受的风险还是比较大的。在建筑市场上，有能力又有品行的管理人员还是挺多的。至于说，若是贵司提出解除劳动合同，在法律框架内支付经济补偿金，其风险也比留用员工的风险小很多。

特此回复，供贵司参考。

未知分包人地址，总承包人如何发函？

□ 文 / 上海元始律师事务所 李宗猛律师

| 问题简述 |



李博士，您好。

感谢贵所给予我司的风险提示，我们也知道很多情况下，尤其是承包人不履约的情况下，需要向承包人发出整改通知函。但是，如果承包人故意提供假地址，或者合同履行中，其搬离合同中的地址，我司该如何发函？

| 答复 |



要解决这个问题，需要做好以下工作：

第一步，贵司在日常经营过程中，比如通过招标（邀请议标或者单纯询价）方式确定分包单位、劳务公司、施工班组、材料商、设备租赁商时，让投标单位（报价单位）提供一份书面的联系方式确认书。确认书的文本可向本所索取。

在投标（报价）之初，对方提供的地址应该是准确的，不大可能作假。当然，为确凿起见，贵司在投标（询价）过程中，也可以按照对方提交的地址，发一些文件（比如询标澄清函等），看对方能否收到，这样可以有效且不动声色地验证地址的真实性。同时，正式定标前，一般建议贵司还要到对方单位考察一下，看看他们的人员配置、履约能力等，顺便可以看看他们的地址与确认书是否一致。

如果定标之前，发现对方填写虚假信息的，那么就不应当让对方中标，不宜与对方继续合作。

招标人要求投标人（报价人）提供联系人、联系电话、联系地址等，是正当合理的要求，对方不会反感。当事人涉及诉讼案件时，法院也会要求每一个当事人都填写一份《送达地址确认书》，其道理是一样的。

第二步，假如某单位中标（直接发包成交），在订立分包合同/劳务合同/租赁合同/采购合同/时，贵司将《联系方式确认书》与合同文本一并装订。

如果没有签署这样的《联系方式确认书》，则应该在合同内专设一个送达条款。内容如下：

“乙方地址为：上海市_____区_____路_____号_____大厦_____室。乙方确认，上述地址同时也是法律文书送达地址。若乙方变更地址的，应提前以书面形式通知甲方。乙方未通知甲方的，由此造成的不利后果由乙方承担”。

很多企业在订立合同时，对于合同的内容（包括本所提供的模板）都不详细查看，对姓名、地址、联系方式、合同订立日期等都图方便不填写，只在最后加盖一个公章。这种情况一定要避免，今后务必将合同中这些内容准确的填写完整。

同时，我们再次提醒贵司，订立合同时，一定要让对方当面签字、盖章，若文件数量大于等于两张，应当加盖骑缝章或每一页都签字，由此来保证合同的有效性，千万不能只在末尾盖章。

第三步，在日常交往中，有关文件送达时需要注意：

（一）日常普通的文件来往，一定要建立起文件签收制度。将文件发给分包单位、劳务班组、材料商时，一定要让对方的合同代表（或者指定的联系人）予以签收。没有签收的文件往来，几乎没有效力。

（二）重要的文件（比如催促对方增派力量赶抢工期、要求对方履行质量保修义务、敦促对方纠正违约行为、以函件形式延续诉讼时效等），建议不仅要求对方联系人来签收，同时还要用EMS方式发给对方公司的负责人（法定代表人、执行董事或者总经理等能够代表公司履行义务的人员）。

至于说，若贵司在订立合同之初没有要求对方预留地址，在履行过程中发现对方违约，贵司有意发函给对方，对方故意提供虚假地址，或者对方搬离原合同的地址，导致贵司发给对方的函件被退回，应如何处理的问题，建议如下：

（一）贵司将退回的文件（EMS快递盒）保留好，不要拆封。包括快递盒上的退件单（上面通常会标注退件原因，比如地址不对、查无此人、联系不上）等。

（二）贵司在合同履行过程中，与对方现场负责人一般都会有微信、邮件等联系方式。建议贵司可以将函件盖章、扫描后以微信和邮件方式发给对方的现场负责人。同时，要求对方现场负责人告知公司的联系方式，便于贵司向他们公司发函；贵司可以明确告知对方，若对方拒绝提供真实地址、或者发函过去之后，对方拒绝签收的，贵司将要采用登报方式将函件内容送达对方。

（三）一般说来，如果贵司声称将要登报，绝大多数情况下，对方都会提供真实地址、且签收文件的。假如对方仍拒绝提供真实地址、或者拒收邮件的，贵司可以采取登报催告的形式。一般说来，可以在工程所在地及对方所在地同时登报。比如，之前南通某劳务公司拒绝履行劳务分包合同，本所告知客户，同时在工程所在地（上海法治报）和对方所在地（南通日报）上登载解除合同告知函。其后，果然涉诉，因为本所准备的证据比较扎实、充分，诉讼处于比较有利的地位。如贵司考虑采用登报方式发送函件或文书，可在本所指导下进行操作。

（四）对于特别特别重要的文件，可以采取公证送达的方式，即在公证员的见证下投递邮件，并由公证处出具公证书。这样的证据对方无法抵赖。

特此回复，供贵司参考。

白首如新，倾盖如故

□ 文 / 上海元始律师事务所 李宗猛律师

| 典源 |

西汉时期，邹阳受人诬陷被梁孝王关入死囚牢，他在狱中给梁孝王写信表明忠心。他列举了荆轲、卞和、李斯等事例，说“有白头如新，倾盖如故”。意思是有些人即使交往一辈子，相互仍然不了解，到老了还是像刚认识一样，有些人则一见如故。梁孝王深受感动并释放了他。——史记·鲁仲连邹阳列传

| 案例 |

薄总是一家知名装修企业的负责人，事业做得风生水起。这些年，薄总经营也比较谨慎，80%以上的工程都是自营项目，挂靠的工程量不超过20%。

薄总有一个朋友王某，是福建某商会驻沪分会会长。王会长的生意据说很成功，出入奔驰美女相伴，企业年会权贵明星荟萃。在外人眼中，风光无两的王会长无疑是一个成功人士。

2017年，王会长向薄总表示，他有关系可以承接装修项目，希望挂靠薄总公司签订合同。尽管笔者多次提醒薄总有关挂靠的风险，出于对王会长实力的信任，薄总没有多想，同意王会长挂名承揽项目，但希望王会长将工程质量做好，材料款、民工工资及时付清，不要给公司造成麻烦，王会长满口答应。



想不到的事情来了。春节前，薄总的公司突然接到工程所在地政府电话，要求公司前往工地处理民工欠薪问题。接电后薄总才知道，王会长煽动大量农民工围堵业主，要求业主再支付600万元。业主是国有企业，已按照合同如期支付进度款，再让业主额外超付，业主自然不答应，双方关系剑拔弩张。在政府压力下，薄总嘱托王会长一定要出面，与政府及业主协商，妥善处理，不要给企业抹黑。王会长仍是信誓旦旦地保证，这个事情与企业无关，他会出面处理的。

出乎薄总意料的是，王会长根本就不露面，仍是坐镇幕后遥控指挥工人闹事，愈演愈烈。其意图是通过施压，一下子就将工程款拿得差不多，日后结不结算无所谓。而业主又不肯就范。政府看到装修公司没有一个负责人到场，大为光火，在当地党报上大篇幅点名批评，“施工单位不付工资玩失踪”，给薄总公司的声誉造成无可挽回的损失。

薄总怎么也没有想到王会长居然会这样做事，遂让本所帮助调查一下王会长的情况。律师查询过后，发现从2013年开始，王会长就涉及大量的案件，基本都是被告，诸多欠款、融资、借贷案件，王会长根本不去应诉，法院缺席审理、缺席判决后，王会长也不去履行，作为失信被执行人的案件有数十件之多。进而侧面了解，王会长的房屋、资产一无所有，这么多年来依靠东混西骗、拆东墙补西墙来维持所谓体面的日子。

看到调查报告，大吃一惊的薄总感叹地说，“我与王某交往十几年，从来没有想到他居然是这样的人。前两年我与王某打算一道出差，办公室拿王的身份证无法预订机票，当时还没有想到他是被法院限制了高消费，没有引起警觉。现在后悔也晚了”。

| 回顾与反思 |

古语有云，“知人知面不知心”。在市场经济下，企业与客户交往，不可只看客户外在光鲜与否。委托专业人员，查一下对方的征信，是否有相关资质、业绩，经营是否异常，是否受过行政处罚，是否涉及诉讼，是否有不履行判决的情形。调查清楚，办事有底气，决策有依据，大大减少上当受骗的几率。



民法典：关于诉讼时效的5个要点

诉讼时效是指权利人在法定期间内不行使权利即丧失请求人民法院依法保护其民事权利的法律制度。也就是说，法律只保护民事主体在诉讼时效的有效期间内的胜诉权，超过诉讼时效有可能带来败诉的风险。换言之，权利人在法定期间内不行使权利，持续到一定期间而致使其请求权丧失胜诉权的法律事实，可称为诉讼时效期间，又称为即权利消灭。

要点一

《民法典》第188条：统一3年的诉讼时效期间

向人民法院请求保护民事权利的诉讼时效期间为3年。法律另有规定的，依照其规定。

诉讼时效期间自权利人知道或者应当知道权利受到损害以及义务人之日起计算。法律另有规定的，依照其规定。但是，自权利受到损害之日起超过20年的，人民法院不予保护，有特殊情况，人民法院可以根据权利人的申请决定延长。

根据上述规定，诉讼时效期间一律延长至3年，且起算点新增一个“义务人”为必要条件。“义务人”也即如债务人、侵权赔偿义务人、合同违约人等。如果不知道“义务人”，可视为诉讼时效期间并未开始计算。

要点二

《民法典》第189、190、191条：明确规定三种特殊情形的诉讼时效规则

情形1：当事人约定同一债务分期履行的，诉讼时效期间自最后一期履行期限届满之日起计算。（如借贷关系下的分期付款。）

情形2：无民事行为能力人或者限制民事行为能力人对其法定代理人的请求权的诉讼时效期间，自该法定代理终止之日起计算。（如父母是未成年人子女的监护人，而未成年子女作为无民事行为能力人、限制民事行为能力人，监护人是其法定代理人。）

情形3：未成年人遭受性侵害的损害赔偿请求权的诉讼时效期间，自受害人年满18周岁之日起计算。（考虑到未成年人对自身权益维护的弱势，特意用年龄段来明确诉讼时效开始的时间。）

要点三

《民法典》第194条：诉讼时效中止的法律效果：重新计算6个月

在诉讼时效期间的最后6个月内，因下列障碍，不能行使请求权的，诉讼时效中止：

- (1) 不可抗力（如台风、地震、洪水等）；
- (2) 无民事行为能力人或者限制民事行为能力人没有法定代理人，或者法定代理人死亡、丧失民事行为能力、丧失代理权；
- (3) 继承开始后未确定继承人或者遗产管理人（待确定了再行计算）；
- (4) 权利人被义务人或者其他他人控制（如被非法拘禁）；
- (5) 其他导致权利人不能行使请求权的障碍。

自中止时效的原因消除之日起满6个月，诉讼时效期间届满。

要点四

《民法典》第195条：诉讼时效中断的法律后果：重新计算3年的诉讼时效

有下列情形之一的，诉讼时效中断，从中断、有关程序终结时起，诉讼时效期间重新计算：

- (1) 权利人向义务人提出履行请求（如借贷纠纷中，出借人向借款人提出还款请求）；
- (2) 义务人同意履行义务（如借贷纠纷中，借款人向出借人提出还款请求）；
- (3) 权利人提起诉讼或者申请仲裁；
- (4) 与提起诉讼或者申请仲裁具有同等效力的其他情形。

要点五

《民法典》第196条：不适用诉讼时效的情形

下列请求权不适用诉讼时效的规定：

- (1) 请求停止侵害、排除妨碍、消除危险（如请求拆除危楼）；
- (2) 不动产物权和登记的动产物权的权利人请求返还财产（请求返还属于己方产权的房屋）；
- (3) 请求支付抚养费、赡养费或者抚养费（未成年子女主张父母支付抚养费）；
- (4) 依法不适用诉讼时效的其他请求权。

对上述内容，《民法典》进一步规定，诉讼时效的期间、计算方法以及中止、中断的事由由法律明确规定，当事人之间采取协议的形式给以变更的，不发生法律效力！同时，当事人对诉讼时效利益也不能预先放弃，否则也属无效。

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：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2022年2月10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。

▶▶▶ 工程建设领域的专业律师事务所

上海元始律师事务所

主任律师：李宗猛博士，13901686274

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

E-Mail: yuanshizixun@126.com

网址：www.yslawfirm.cn

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