

建筑法苑

施工企业篇

上海元始律师事务所主办

总第30期



如何防范虚假签单
工程代付款的安全防范
工抵房的相关法律分析
建设工程中介合同的注意事项

元始律师事务所主任 李宗猛博士 介绍



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

李宗猛律师，博士，上海元始律师事务所主任，党支部书记。

李博士精通民法典、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、项目投资等非诉法律业务及诉讼仲裁事务，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。拟定的合同体系坚实严密，从事前防御的角度出发，构筑保护企业合法权益不受侵害的防波堤。先后为上海市工商局执笔起草多份示范合同文本。

李博士的经验来自于工程实践。李博士曾作为上海科技馆设计室主任兼施工管理室副主任，负责科技馆展示内容从设计到施工管理的全过程。在没有前例可援的情况下，创造性完成了天地馆、生命馆、智慧馆、创造馆、未来馆五个展馆、十八个展区的内容框架，并成功组织实施。四年之内，李博士的心从未离开过工地，赢得参与会战的几十支队伍、数千名建设人员的尊敬。科技馆建成后，李博士作为唯一执笔人，负责《上海科技城重大工程实践与研究》课题的报奖工作，要在极短的时间内从浩如烟海的资料中，总结、升华、提炼出有相当水准的理论与实践成果。李博士及其团队经三个月艰苦卓绝的努力，成功完成了成果整理和报奖准备，并最终荣获上海市科技进步一等奖、国家科技进步二等奖，在极为困难的情况下实现近乎奇迹的目标。

APEC会议之后，李博士出任香梅花园工程总指挥。该项目工期紧，可用资金有限，动工之前已签订了十分不利的施工合同，前后三任总经理均因无法掌控如此复杂困难的局面，不得不相继离职。受命于危难之际，李博士到任后，大刀阔斧，20天开始试桩，3个月桩基完毕，6个月达到预售条件，香梅花园一期在两年内即成功建成，销售业绩跃居上海前列，成为展示浦东开发建设成果的标志性住宅建筑群之一。

丰富的工程管理实际经验，为李博士解决房产开发、工程建设领域的疑难问题奠定了坚实基础。二十年来，李博士及其领导的团队先后为上海市警备区、中国科学院上海微系统与信息技术研究所、中国建筑技术有限公司、中国化学工程第十四建设有限公司、中国核工业二四建设有限公司、中冶建工集团有限公司、上海建工七建集团有限公司、上海市建工机械工程有限公司、江苏省建筑工程集团有限公司、南通四建集团有限公司、苏通建设集团有限公司、江苏启安建设集团有限公司、江苏恒生建设集团有限公司、浙江许正昌建设有限公司、江西省地质工程（集团）公司、湖南昱景节能阀门有限公司、广东万源建设工程有限公司、甘肃省第五建设集团有限责任公司等320余家机关企业提供法律服务，代理诉讼、仲裁案件逾千件，最大限度地维护当事人的利益。

李博士为人善良、正直，深受传统儒家思想熏陶，博学、审问、慎思、明辨、笃行，处处为人着想，宁可人负，不会负人。在工程领域从事管理多年，近年来主持招标的项目更是以百亿元计，从未利用职权和便利谋过一分钱私利，刚正、廉洁之名人所共知。做人坦坦荡荡、堂堂正正，处事严谨细致、坚韧不拔，赢得建设方和施工企业的尊重与信赖，是李博士多年来咨询或监管项目，做一个，成一个，从无败绩的主要原因。

成功无侥幸。李博士对所有承担的工作，均是全力以赴，兢兢业业，如履薄冰。多年的摸爬滚打，李博士练就了火眼金睛的洞察力，预见性地发现问题，更为企业避免了许多陷阱。从招标询标到合同履行，从项目管理到成本控制，李博士为客户提供了许多切实有效的解决方案，拓展了律师在工程非诉领域的服务广度和深度。正是这种全身心的投入，才使得李博士每能在关键时刻排除险阻、力挽狂澜，成为解决问题、奠定胜利的领军人物。

由于出色的工作绩效和良好的职业道德，李博士赢得了广泛的社会赞誉，先后荣获“上海市建设功臣”称号（在全上海四万多名律师中，李博士唯一获此殊荣）、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等各项荣誉。个人业绩多次被政府媒体报道。

上海元始律师事务所

李宗猛 主任/律师/博士

地址：中国上海市浦东新区银城中路501号上海中心大厦4106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》

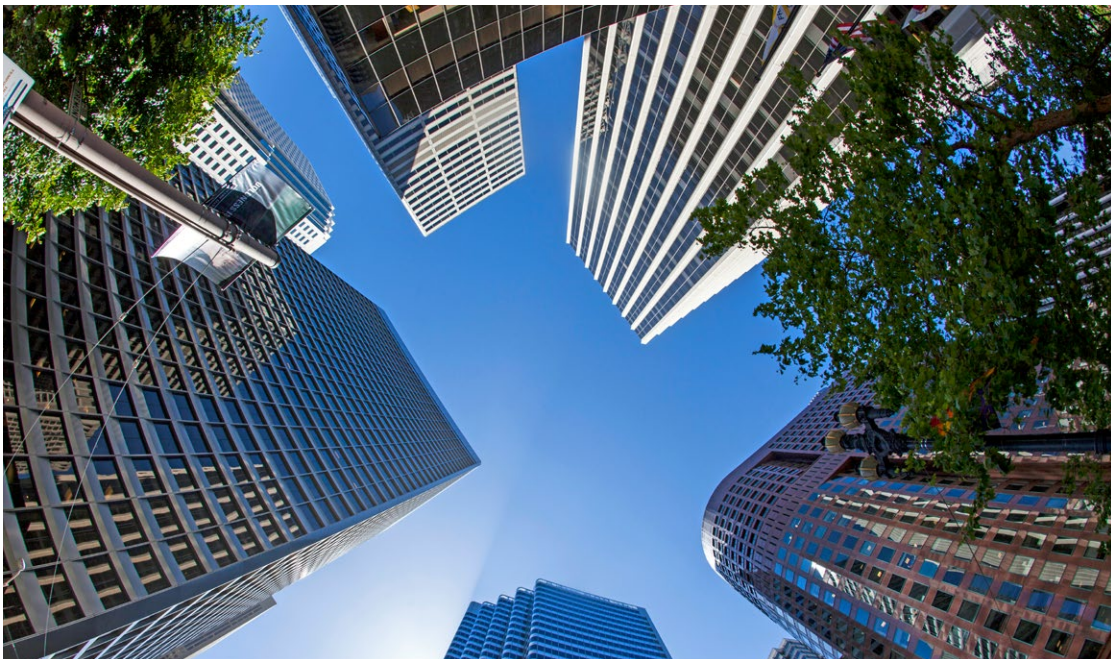
总第30期

CONTENTS

目录

施工企业篇

如何防范虚假签单	01
工程代付款的安全防范	04
建设工程中介合同的注意事项	09
工抵房的相关法律分析	12
包工头逃逸，民工欠薪的处理	19
《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）》的反馈意见	23
裁判观点	30



如何防范虚假签单

□ 文 / 上海元始律师事务所 李宗猛律师

前事之不忘，后事之师也。是以君子为国，观之上古，验之当世，参之人事，察盛衰之理，审权势之宜，去就有序，变化因时，故旷日长久而社稷安矣。

——贾谊·《过秦论》

| 案情 |



日前，张总来事务所咨询，称其公司承接了浦东某项目的总承包施工任务。张总委派亲戚担任材料员，负责进场材料的签收和管理工作。目前工程已经完工。张总与业主结算对量时发现，业主确认的干粉砂浆数量仅有3595吨；但张总的材料员签给供应商7605.48吨，超签量达到4010吨。签单数量比合理用量超出一倍还多。

| 分析 |



买卖合同最常见的计价原则是固定单价，按照实际签收数量乘以合同单价结算货款。签单数量的真实性对保障公司权益就显得尤为重要。

承包商“以钱开路”是常态。工程建设领域也是腐败的重灾区。利益输送屡禁不止，究其原因，主要有两个方面：

一则是财帛动人心。工程签单动辄上百万乃至数千万。签单人从承包商的获益中分一杯羹，所得“回馈”可能远超其工资收入。

上海某企业赵总在重庆购置土地、兴建厂房，委派姐夫担任甲方代表，一支笔负责工程签证，心想亲姐夫总该信得过。想不到的是，这份固定总价1430万元的承包合同，姐夫竟然给承包方签署了1000多万元的签证，其中有600多万元签证在施工过程中从未提交给甲方；在工程完工后一年多时间内，双方结算、对账过程中，承包方也没有提交这些签证。直到承包方提起诉讼时，甲方才知晓。很多签证都做得非常巧妙，比如说“现场土方超过合同量20180立方”。这些签证，承包方在施工过程中故意不提供，工程完工后一年多在提起诉讼时才披露，业主方既无法复核，又无从推翻。

老板的至亲，为何会出卖企业？赵总自己分析，其姐夫年收入不过二三十万。而上海一套很普通的住宅，至少大几百万元。单靠死工资，一辈子也买不起像样的房屋，维持不了

体面的生活，更不能为子孙留下产业。姐夫的逻辑可能是：给施工单位多签600万元，对于身家十数亿的赵总，根本不会伤筋动骨；而施工单位“返回”300万，却能立竿见影地改善自家生活。所以，一朝权在手，他们签单签得心安理得，完全不会良心有愧。

二来承包商的商业贿赂手段，通常都非常隐蔽，难以取证，即便有合理怀疑，经侦机关也难以立案查处。

某外墙涂料工程，业主与涂料施工单位按照包工包料方式结算，总价才3000余万元。但涂料单位的项目经理，给劳务班组签署的点工单就超过800万元，令人难以置信。项目经理签单后已经离职。劳务班组拿800余万元的点工单前来催款。涂料单位无奈之下报警。

外墙涂料施工时不可能设置录像监控，公安机关无法溯源查明事实，只能逐一对方进行问话。询问监理单位，监理答复确有点工，但点工数量有多少，并非监理单位管理和复核的范围，真实情况只有涂料单位和劳务班组清楚。询问劳务班组，劳务班组说每一张点工单都是真实的，绝无虚假。打电话给离职的项目经理，项目经理说所有点工都是应公司要求发生的，只是公司想赖账，不承认点工单而已。

公安机关无从辨识真假，由于无法查明犯罪线索，遂不予立案。最终法院判决涂料单位将800多万元的点工款全部支付给劳务班组。

| 对策 |



不能指望每一个员工都有圣人品德。企业要防止商业贿赂、虚假签单等行为，只能从强化自身管理方面，来加以规范和约束。以下是四个方面最常见的措施：

第一，与任何承包商签订合同，不论是分包合同、劳务合同、买卖合同、租赁合同（以下均简称“承包合同”），在订立合同时，均应要求承包商签订一份《廉洁协议》。廉洁协议上可以约定严格的违约责任，比如，“若承包商存在利益输送等违背廉洁协议的行为，每发现一次，承包商需承担签约合同总价5%的违约金，且由此获取的签单对甲方不具有约束力，甲方有权拒绝认可”。这样的制约条款，通常能够得到法院支持。而承包商要想拿到项目，在订立合同时一般也不会拒绝签署廉洁协议。

第二，承包合同中，永远不要仅授权一个人负责签单。用人不疑，固然值得提倡；但一个人的权力太大，在承包商的攻击下容易“沦陷”，最终损害企业的利益，伤害企业和员工的感情。

一人为私，二人为公。企业宜安排二人以上共同负责签单，且对签单人的权限应有所限制。比如，合同中可以约定，“甲方指定项目经理赵某某、材料员钱某某、仓管员孙某某三人负责材料收货。所有材料签收单或其他权利凭证，均需经甲方上述三人同时签字方为有效，否则不能作为结算依据。任何其他人员的签字不发生效力。上述合同代表仅能签署接收货物的数量，无权签署货物价格，亦无权代表甲方与乙方进行结算；货物价格或结算单必须经甲方公司盖章确认方能生效。如乙方无法提供有效材料签收单，则甲方有权根据工程施工完毕、现场丈量的材料净数量进行结算，所有损耗均不计取”。

第三，材料进场时，一定要当场清点数量，核实规格、型号、制作厂商等信息是否符

合合同约定。有外观缺陷的，应当场退回，并记录在案。需要过磅称重的，应及时过磅。材料商有本能的短斤少两的利益驱动。笔者代理的某案中，总承包方在合同内约定，每车混凝土进场都必须过磅测量，以过磅实测量作为结算依据。实际操作中，也是对每一车都过磅测量的。结算时发现，3万多方的混凝土，过磅数量比厂商随车小票上的方量少700多方，相差几十万元。在混凝土供应商明知总包会对每一车都进行测量的情况下，随车小票上的方量仍然超出实际供应方量。如果没有实测实量，实供方量只怕会相差更大。

现场清点的情况、实测实量的结果等原始记录，应要求以邮件、微信或视频等便捷方式，当场发送到公司经营预算部，防止事后补签。

第四，公司中标、拿到施工图纸后，也应该对钢筋、混凝土、水泥、砌块、模板木方、电缆等主要材料的用量有一个基本准确的测算。公司同时还应要求供应商每月提供供货单及送货数量汇总表，报公司进行核实。公司可根据工程形象进度、应发生的材料预算量及供应商实际供货数量进行比照、核对，发现异常后及时查处。不能等到工程完工时，才发现材料数量已经超签了一倍多，届时要想通过报警、诉讼等手段撤销已签署的单据，是非常困难的。



工程代付款的安全防范

□ 文 / 上海元始律师事务所 李宗猛律师

| 案情 |



张某三挂靠风云建设集团有限公司，承接某住宅小区总承包施工任务。工程已竣工。已完产值约1.85亿元。业主已付风云集团工程款1.523亿元（含工抵房2000余万元）。风云集团扣除税金、管理费之后，仅有180来万元没有支付给包工头张某三；扣留一点款项，是防止日后有民工闹事，或有材料款或其他债务牵连到风云集团。

令风云集团极为意外的是，包工头张某三突然起诉风云集团，要求风云集团支付工程款8450余万元。风云集团分析下来，双方的分歧至少有：

（一）张某三对风云集团收取的2%管理费（约370万元）不予认可。

（二）张某三不接受2000余万元的工抵房，要求风云集团以现金支付。风云集团当初答应业主进行工抵房，是考虑到业主可能爆雷，能争取到一些工抵房，也胜于日后没有任何财产。工抵房前还征求过张某三口头同意，可惜当时没有让张某三签字确认。现在工抵房的价格贬值，张某三就不再认可工抵之事。

（三）张某三主张按照1.85亿元的全部产值来计算工程欠款，而不是按业主实际付款数额1.523亿元来主张。对于业主未支付给风云集团的3270万元工程尾款，张某三也要求风云集团全额支付。

（四）最令风云集团震惊的是，对于风云集团为张某三代付的民工工资、材料款、机械费等各项费用合计近1.2亿元，张某三仅认可9200余万元。张某三不承认的代付金额超过2800万元。

对于管理费、工抵房，以及业主未支付工程款时包工头是否有权要求被挂靠企业支付的问题，笔者将另行专题撰述。本文重点介绍第四个方面，对于施工企业为承包老板代付费用时，应采取的相应防范措施。

（注：本文所涉人名、单位名称均为化名。如有雷同，纯属巧合）

| 分析 |



绝大部分建筑企业，为包工头代付款项时，都会履行相应的财务手续，即便就已付款数额产生分歧，金额差距也不会太大，通常都在数十万元之内，一两百万元已是大差异了。笔者之前代理的案件中，已付款数额相差最大的一个例子是，承包人程某起诉某园林公司，园林公司为程某代付劳务费、材料款、机械费合计4226.0965万元，程某仅认可收到3852.3649万元，程某未认可的金额也不过373万余元。像本案中承包老板不认可2800余万元代付款的情况，从所未见。

笔者与风云集团分析认为，张某三提起诉讼，目的不仅仅是要收回扣留在风云账上的

180万元。最大的诱因可能在于业主已濒临破产，业主未付的3270万元工程尾款，几无可能获得清偿。几千万元拿不到，包工头不甘心血本无归，遂把主意打到风云集团的头上，“我张三与你风云集团订立的合同，风云集团就应该给我支付工程款”。而且既然已经不顾及道义和情面，张三和他的律师团队索性就将利益最大化，估计是看到风云集团在付款手续方面存在缺陷，故对于没有张三签字确认的任何付款，张三决意一概不予认可。这样下来，就将诉请金额膨胀到8000多万元。

承办律师与风云集团的财务梳理了合同履行情况：

（一）本项目涉及的劳务分包合同、材料采购合同、塔吊等机械设备的租赁合同，几乎都是以风云集团名义与相应单位所订立。但绝大部分合同上都仅有风云集团盖章，少部分合同上有法人章。由于张三的社会保险不在风云集团，风云的采购合同、分包合同、租赁合同上，均没有让张三作为经办人签字；也没有张三对合同的确认手续。

（二）对于2800万元没有张三签字确认的代付款，笔者询问财务人员当初为何没有办理手续。财务说：“我们也要求张三在合同、付款手续上签字，每次催张三，张三总是以不耐烦的语气说，‘就你们单位规矩多。我来挂靠是给你们公司送钱的。而且你们账上有我的工程款。你们再不付，我就打电话给王总’。王总是我公司老板，工地上确有急用钱的时候，账上又有张三可用的工程款。张三打电话给王总埋怨，王总吩咐下来，我们财务挡不住，还是只能将款项付出去。张三给老板打电话多了，财务人员也不愿再吃老板挂落，后续确实有不少次是根据张三电话通知付款出去的，现在他起诉明显就是想钻这个空子。”

（三）财务告知，还有一些小费用，张三也不认可。比如，项目上张三进度上不去，公司去帮他赶工，赶工费用他不认可；还有一些维修工作，张三不愿意干，公司去维修的，维修费用张三也拒绝承认。



且不论张三三的谋算能否得逞，至少在张三三看来，他的策略没有错，这个2800万元，他先不认可。哪怕法院最终认定2800万元全部都应计入已付款之内，张三三也没有一分钱损失。万一法院将部分款项不计入已付款之内呢，张三三不就大赚了一笔吗？

而对风云集团来说，要证明涉及上百笔、总额2800万余元的代付款都应由张三三承担，绝非易事。风云集团要提供让法院信服的证据，证明每一笔代付的款项，都是确实发生在本项目上的。由于材料商、分包单位等都是张三三找来的，材料商、分包单位是否愿意配合风云集团，存在疑问；加上送货单、签收单等原始凭据也在张三三手上，风云集团要证明费用应由张三三承担，难度可想而知。

张三三要赖是比较容易的。比如，风云集团代付了20万元防水卷材费用，但张三三可以辩称，“你们支付的20万元防水卷材费与我无关，风云公司每年承接几十个项目，谁知道你们购买的防水卷材用在哪个工地上。这个20万元卷材费，没有我签字，我是不认的”。

可以预见，付款手续上的缺陷，将急剧增加风云集团的应诉工作量和诉讼风险。

| 对策 |



不要用金钱考验人性。在几千万元的利益面前，风云集团王总与张三三之间二十年的交情也荡然无存。

挂靠项目永远是施工企业最大的风险源。但当前情况下，挂靠现象尚难完全避免。为防止张三三这样的包工头侵害公司利益，企业在付款安全方面，至少需要采取以下八个方面的措施：

一、对于任何人来挂靠承包，一定要由专业人员起草相应的内部承包合同。尤其是有关结算、付款等方面的约束条款，应该严谨、清晰、完整，具有可执行性，且可为法院所采信。切勿因为朋友、领导推荐，碍于面子，简单写上“收两个点管理费、一切费用风险由乙方承担”等几句话，就让他人挂靠进场施工了。合同无隙可乘，才能从源头上控制风险。如需要完整的内部承包合同、承诺书等文件，可联系本所免费领取。

二、对于挂靠承包项目，公司为工程施工所代为签署的每一份合同（不论是分包合同、劳务合同、采购合同、租赁合同还是其他合同文本），签署每一份合同之前，都需要包工头向公司出具确认书，由包工头书面确认：“本人张三三（身份证号码：_____）提请风云集团与AAA混凝土公司签订混凝土购销合同，有关混凝土的价格、支付方式及其他合同条款，本人均予以认可。对AAA混凝土公司的所有付款义务，均应由本人承担。贵司支付给AAA混凝土公司的款项，视为支付给本人的工程款”。如需要完整的“包工头提请被挂靠企业签署采购合同、签署分包的确认书”，可联系本所免费领取。

三、对于为包工头代付的劳务费、材料款、机械费或其他款项，每一笔钱都要由包工头事前书面确认，哪怕只有一句话，“本人张三三提请风云集团向安徽BBB设备租赁有限公司支付塔吊租金18.50万元，所付款项计入支付给本人的工程款之内”。如果付款情况特

别紧急，来不及到公司当面签字，最少需要让包工头从其本人手机上先发一条微信给贵司负责人，事后包工头来公司时再让其补签书面手续。

四、凡是需要包工头签署的合同、补充协议、备忘录、确认书或其他涉及债权债务的书面文件，均应由包工头当面签字，且应每一页都签字。

如果包工头并不常驻工地，有些工作必须委托现场带班代为处理的，则必须由包工头亲笔出具授权委托书，提交给公司。委托书至少载明：“本人张三委托李某四（身份证号码：_____）作为本人的现场代表，代表本人处理本工程进度、质量、安全文明施工、合同价款申请、工程变更、签证索赔、民工工资的确认、款项结算、代付资金、以房抵款以及合同履行过程中其他全部有关事项。委托期限至本项目竣工验收通过、结算完成、保修期结束、合同价款（包括质保金）全部结清之日止。本人确认，对于李某四在施工过程中的全部行为及对贵司作出的承诺，本人均无条件接受并承担由此产生的一切法律后果，绝无异议”。如需要完整的授权委托书版本，可联系本所免费领取。

五、对于包工头雇用的每一名员工，均需要包工头以书面形式确认，“CCC工地所有管理人员和建筑工人（详见员工名册），均是由本人张三雇佣，为本人提供劳务。上述管理人员、施工人员与贵司并无劳动合同关系或者雇佣关系。所有管理人员、所有施工人员的工资、保险、加班费、高温费以及一切其他劳动报酬均应由本人承担。如发生工伤或其他意外事件，事故责任及处理费用均由本人承担。对于贵司代付的所有人员的工资，均视为贵司支付给本人的工程款”。有关确认书的完整版本，可联系本所免费领取。

六、过程中对主要材料、主要分包工程的价款也要有审核和监督。着重审查包工头提请代付的金额是否合理，代付的工程量（货物数量）与工程现场实际完成量是否相符。曾有包工头与材料商串通，合理用量约200万元的模板木方，包工头累计虚签450万元的木方送货单；2200万元的钢筋，包工头虚签2800万元的钢筋送货单。被挂靠企业按照包工头虚签的数字将进度款付出去，木方和钢筋供应商拿到款项后，自然将超额部分返还给了包工头，包工头提前获利。但是，整个项目的剩余工程款不足以支付其他的材料款。包工头对这些债务不予理睬，最终拿不到钱的供应商都来起诉被挂靠企业。被挂靠企业蒙受重大损失之后，回头再来起诉包工头，胜诉后却又难以执行。

七、如果企业在合同履行过程中，代付款手续方面存在一定的欠缺，也可以予以补正。只要双方还没有进入诉讼地步，包工头多少都会讲一定诚信，对于已付款数额应该是会据实确认的。常见的补正手段是签署对账协议，由包工头书面确认：“截至2025年10月31日，风云集团累计支付本人工程款（含代付民工工资、代付材料款、代付机械费等款项在内）人民币119876468.32元。贵司应本人要求，代付给浙江某建筑劳务有限公司、江西某混凝土有限公司、上海某幕墙工程有限公司、杭州某园林工程有限公司、安徽某工程设备有限公司的款项，均应计入支付给本人的工程款之内，绝无异议”。对账协议上的付款对象、付款金额、付款日期等信息应准确无误，避免因错漏给对方留下拒绝认可的借口。如需要完整的对账协议模板，可联系本所免费领取。

八、企业老板也要坚持原则，不要轻易让财务人员在缺乏手续的情况下，匆忙付款。并不是每一个包工头都是以诚待人的。每一次违规付款，都在加大企业自身的风险。

| 回顾与反思 |



近年来，由于建筑业经济下滑，各种超出常人所能理解的奇葩案件时有所见。前段时间笔者就曾代理一个钢结构分包起诉总包的案例。分包起诉的工程尾款本金和利息高达7947万余元；而一审、二审、当地省高院再审均认定总包应付金额仅为659万余元。

分包难道不知道自己的实际工程量吗？他抛高十几倍，无非是认为，如果法院将他虚报的金额全部不支持，他也几乎没有任何损失，最多浪费一点诉讼费。但这几千万的虚报，万一法院支持部分，哪怕是百分之一，他也不亏。万一法院支持更多呢？

存在同样心思的包工头并不鲜见，在诉讼过程中不择手段的案件也层出不穷。若是没有证据，若是没有防范意识，是挡不住承包人如火般侵略的。诗曰，“如临深渊，如履薄冰”，可不慎哉。



建设工程中介合同的注意事项

□ 文 / 上海元始律师事务所 李宗猛律师

| 案情 |



上周末，一位施工企业老板张总（化名）来事务所，咨询笔者工程相关问题。张总称其有一个几千亿的项目（确实几千亿，不是几千万），想要将该项目引荐给相应的施工单位，然后收取中介费用。

张总询问，对于这么大的项目，中介费涉及到数十亿元，这样大笔的中介费应当如何收取、订立什么样的合同才有保障？

笔者听闻后，询问张总，这么大几千亿的项目投资人是谁？是否需要招标？张总回答称，该项目是类似南水北调这样的大型水利工程，投资人为境外投资者，且该项目无需招标。

笔者对张总提到的情况感到担忧，提醒张总，若不需要招标，要想取得几千亿项目的承包权，可能至少需要省部级乃至副国家级领导关照。商场上的酒肉朋友，不可能有这么大的能量。因此，需要特别注意防范上当受骗的风险。

也许张总对该项目寄望甚殷，跟踪了很长时间，投入了精力和感情。所以张总对笔者的警示和提醒，颇不以为然，认为从五六个渠道获得的该项目信息，绝对不可能有假。张总咨询完后，便离开了事务所。

担心张总上当受骗，两点钟张总离开事务所后，笔者在两点半向张总发送微信，再次提醒其注意该项目的风险：

“张总：作为朋友，我想想，认为还是需要提醒，在巨大利益的诱惑之前，一定要保持冷静、审慎的态度，防止上当受骗。”

假如有时间，应该尽可能核实项目的情况、建设单位的情况、投资方的情况、总承包方的情况，以判断项目的真伪。可以通过适当渠道，做一个初步调查。骗子都是有征兆的，从蛛丝马迹之中仔细审核，有些情况下可以发现端倪。

再多渠道反馈过来的信息，都不如自己仔细调查的可靠、可信。自己若是忙不过来，信得过的话，可以让律师做一个初步的调查。

无论如何，不见兔子不撒鹰。您自己与业主、总包、招标人交往时，简单的招待可以不计较，但不要支付礼品费、好处费、打点费、信息费、保证金、诚意金或其他名目的费用。万骗不离其宗，骗子的核心还是想要钱。”

微信发送后，不知是否张总仍未转过弯来，毕竟是跟进几年的项目，耗费了大量心力，所以几个小时都并未回复笔者。晚上7点多，张总才回复，项目可靠，不仅有领导介

绍，而且有哈密市发改委颁发的施工许可证。有发改委的施工许可证，怎么可能还有假？笔者遂提请张总将施工许可证发过来，如下图所示：



从上述施工许可证来看，该项目确实诱人。施工土方量高达50亿立方，合同价格148元/立方。这样算下来，工程造价高达7400亿（50亿*148=7400亿）。真的拿到这样大的工程，做梦都要笑醒。

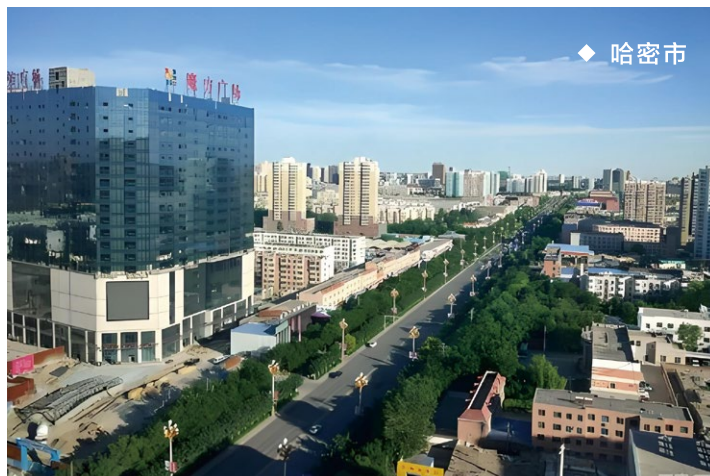
可是：

一、该“施工许可证”的颁发主体是“哈密市发改委办公室”。笔者做了多年的工程，一向的概念是发改委管立项，住建厅管施工许可证。但看到哈密市发改委这个鲜红的大印，一时都有点懵了，莫非新疆地区有什么特别的规定。赶紧翻翻法条，建筑法第七条明明白白写着，“建设单位应当按照国家有关规定向工程所在地县级以上人民政府建设行政主管部门申请领取施工许可证”。为确诊计，笔者又咨询新疆维吾尔自治区住房和城乡建设厅，确认新疆地区仍然是由住房和城乡建设局颁发施工许可证。看来，施工许可证上的“哈密市发改委办公室”印章不大可能是真实的。

二、施工许可证上显示中铁十八局为“建设单位”。通常情况下，中铁系统应该为总承包方，不大可能为建设单位。假如真有几千亿的项目，建设单位要么是政府，要么是城投开发公司，大概率不可能是中铁十八局。

三、笔者随后查询了新疆自治区的财政收入，2021年整个新疆的财政总收入不过1618.61亿元，也即一千多万人口的新疆自治区，超过四年半时间内，政府一分钱都不花，全部投到哈密市伊吾县，才能勉强够这个土方工程的施工费用。

笔者将上述疑点告知张总。也不知道张总能否听得



进去。笔者只能尽最后努力提醒张总：

第一，“不要继续往里面花钱，不要去给人家买礼品，不要交任何的保证金或任何其他费用。之前的损失就算了，不要试图花钱去挽回。要止损。”

第二，“还有一点需要提醒您，这些人虚构项目，甚至有可能私刻发改委的印章，你与他们交往需要特别当心。若是他们是诈骗团伙，你跟他们交往，甚至介绍施工单位给他们，如果您介绍的单位上当受骗，您有可能构成诈骗的共犯”。

| 回顾与反思 |



在如今经济环境不景气的情况下，许多不法分子利用现在干工程的人承包难、难承包，到处找活干的心理特点，虚构项目，以各种名义，如保证金、中介费等实施诈骗行为。而施工单位往往出于生存压力，急于拿到工程的心理，而忽略了风险防范，不幸落入骗局。

例如，上述案情中的张总，其本人并非不懂工程的人门者，而是自己白手起家创业，做出一家上海一级施工单位的企业家。张总为什么这么希望把该项目介绍给他人，赚取中介费？笔者猜测，是因为之前张总单位的一个案件败诉，遭受重创（非本所代理，该案的业主因为质量问题提出索赔，法院判决张总承担质量损失2930万元，再加70多万元的鉴定费用，损失超过3000万。这个案件的法官在一审判决后即从法院离职）。所以，张总可能希望看是否有更为轻松的赚钱思路，才如此重视和希望做成该项目。

天上不会掉馅饼，几千亿的项目不会平白砸到自己头上的。重利诱惑之前，要保持冷静，要有甄别能力，谨防上当受骗。



工抵房的相关法律分析

□ 文 / 上海元始律师事务所 李宗猛律师

| 案情 |



工抵房是建设领域常见的一种债务清偿方式。业主缺乏现金时，施工企业拿房屋冲抵工程款也是不得已的举措，总比什么都没有强。

很多施工企业误以为，与业主签订了工抵房协议，锁定了抵款房屋，工程款就已经有了保障。等业主将房屋卖掉，业主自然会将房屋销售款打给施工单位，不用担心什么了。

在社会经济比较正常、业主也讲信誉的情况下，这样操作自无不可。

然而，目前建筑行业经济低迷，建设单位资金紧缺，房地产公司相继爆雷，不诚信的现象层出不穷，大量诉讼案件不断涌现，不少法院每个法官年处理案件高达数百起。工抵房源若是仍登记在业主名下，不及时办理过户手续，工抵房就有可能被法院查封、拍卖，从而导致施工企业蒙受重大损失。

最近半个月来，我们就有三家客户的工抵房被法院查封，其中一家企业损失最为惨重，他们从业主方抵过来的67套房屋全部被外地法院查封了。

| 法律分析 |



很多施工企业老板认为，“业主既然将房屋抵给我们，冲抵了应付的工程款，既没有弄虚作假，又不偷不抢，工抵房属于我们是天经地义的事情，人家法院为什么可以来查封呢？我们能不能去提异议，要求法院不得查封工抵房，并将房屋确认给我们呢？”

为解答这些问题，我们需要将有关法律规定以及司法实践中的裁判原则告诉大家。

一、《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”。

也就是说，虽然施工单位与业主签订了工抵房协议，但只要没有到房地产交易中心办理房屋过户手续（转移登记），该房屋依法仍属于业主的财产。业主若是欠债（不论真实债务、还是虚假债务），债权人都是可以查封业主名下的房屋（哪怕这些房屋已经工抵给了施工企业），并在判决生效后拍卖这些房屋用于清偿债务。业主虚构债务并不鲜见，比如故意为他人担保等；这些虚假的债务，人民法院几乎不可能甄别清楚。

二、那么，对于已经工抵的房屋，在其他法院查封的情况下，施工企业能否提出执行异议，要求法院解除查封、确认该房屋实为施工企业所有呢？

（一）《最高人民法院关于人民法院办理执行异议和复议案件若干问题的规定》第

二十八条规定：“金钱债权执行中，买受人对登记在被执行人名下的不动产提出异议，符合下列情形且其权利能够排除执行的，人民法院应予支持：

1. 在人民法院查封之前已签订合法有效的书面买卖合同；
2. 在人民法院查封之前已合法占有该不动产；
3. 已支付全部价款，或者已按照合同约定支付部分价款且将剩余价款按照人民法院的要求交付执行；
4. 非因买受人自身原因未办理过户登记。”

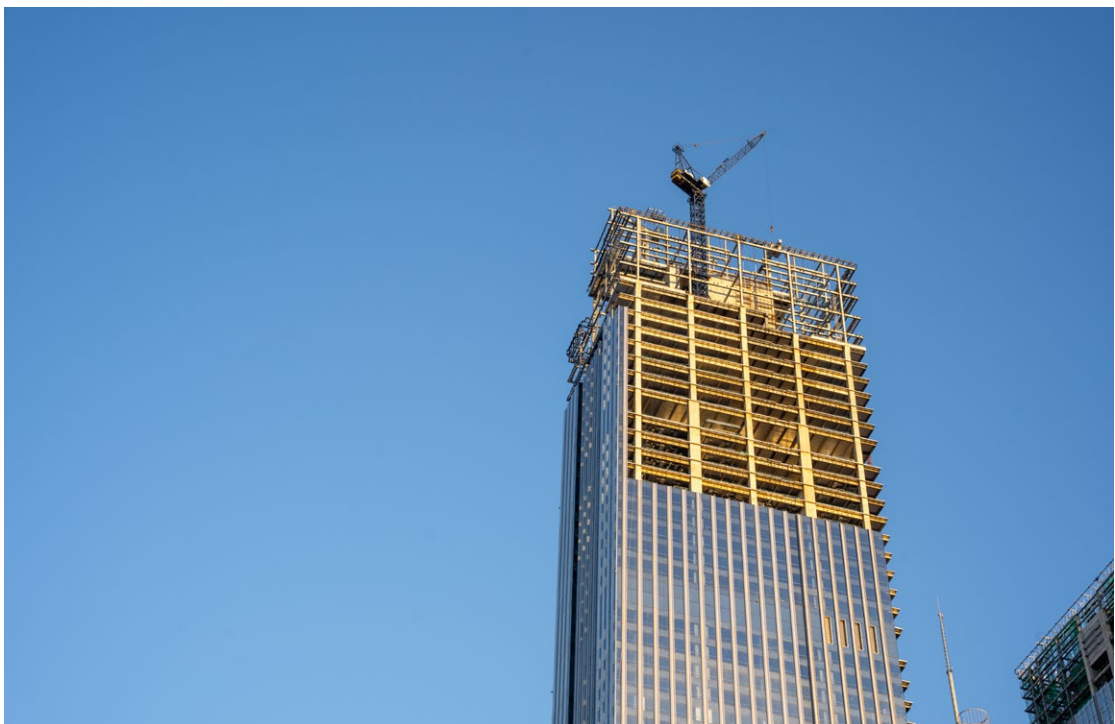
以及第二十九条的规定：“金钱债权执行中，买受人对登记在被执行的房地产开发企业名下的商品房提出异议，符合下列情形且其权利能够排除执行的，人民法院应予支持：

1. 在人民法院查封之前已签订合法有效的书面买卖合同；
2. 所购商品房系用于居住且买受人名下无其他用于居住的房屋；
3. 已支付的价款超过合同约定总价款的百分之五十。”

可以看到，对于登记在业主（开发商）名下的房屋，提出执行异议能够获得支持的仅有“用于居住且无其他房屋”的普通消费者。施工单位与开发商签订的工抵房协议，显然不能满足上述条件。

三、正因为最高人民法院有上述规定，所以上海市第一中级人民法院对工抵房的问题，有一个明确的意见：

“司法实践中，存在不少房地产开发企业选择以房抵债方式支付工程款的情形。如房屋受让人已办理不动产登记，对其权利依法应予保护。然而对于尚未办理不动产登记的受让人，以房抵债协议仅能产生合同法上的效力，基于债权的平等原则，其对涉案房屋一般不享有排除执行的权利”。



| 回顾与反思 |



可见，以房冲抵工程款的房屋，是否办理了过户手续，攸关生死。

但实践中，仍有许多施工企业不愿意将抵款房屋办理过户手续。究其原因，企业老板有两个方面的顾虑：

（一）房屋过户之后，即成二手房。担心日后不好销售。毕竟，施工企业的目的，是拿到工程款，而不是持有房屋。

（二）房屋过户过程中，需要缴纳契税、维修基金等费用，也是一笔不小的开销。

正因为有上述考虑，不少施工企业才将抵款房屋“暂时存放”在开发商的名下，等找好了下家（比如材料商）、或者购房人，再让开发商与下家签订房屋买卖合同、办理过户手续，这样减少一道买卖程序、节省一笔交易税费。

但是，抵款房屋不过户，又存在被查封、拍卖后清偿给他人的可能性。因此，施工企业需要审慎考虑其中的风险。

在当前房产企业频频爆雷的情况下，及时将抵款房屋过户到指定人名下，落袋为安，恐怕还是必要的。毕竟再大的房产公司，比如许家印，也有可能通过技术性离婚等手段来逃避债务。一旦抵款房屋被他人拍卖、执行掉，施工企业要想挽回损失几乎没有可能。

关于案外人对未过户房屋提起执行异议的法律法规

一、第一种情形

《最高人民法院关于人民法院办理执行异议和复议案件若干问题的规定》第二十八条规定：“金钱债权执行中，买受人对登记在被执行人名下的不动产提出异议，符合下列情形且其权利能够排除执行的，人民法院应予支持：

（一）在人民法院查封之前已签订合法有效的书面买卖合同；

（二）在人民法院查封之前已合法占有该不动产；

（三）已支付全部价款，或者已按照合同约定支付部分价款且将剩余价款按照人民法院的要求交付执行；

（四）非因买受人自身原因未办理过户登记。”

（一）对于上述规定第（二）款“合法占用”的认定。

（2021）最高法民申7524号案例中，法院认定“当事人提交房屋入住通知书、装饰装修管理协议、前期物业管理服务协议、水费单、电费单、物业费收据等材料，但未提供物业费、水费、电费等费用缴纳银行转账记录及缴费凭证原件，不符合证据规定，不足以证明其在人民法院查封之前已合法占有该案涉房屋。”从该案例来看，一般法院认定买受人是否合法占用未过户的房屋，需要看买受人是否实际居住，是否能够提供物业费、水费、电费等费用缴纳银行转账记录及缴费凭证原件。



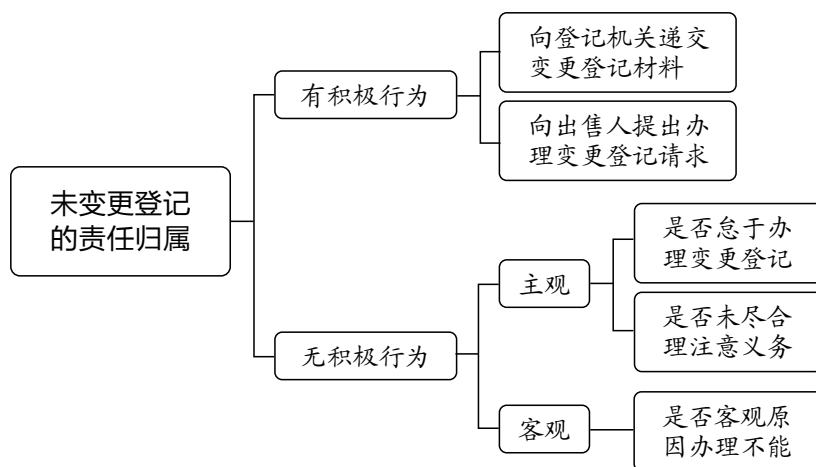
（二）对于上述规定第（四）款“非因买受人自身原因未办理过户登记”，上海一中院的观点如下（详见附件一）：

“关于非因案外人自身原因未办理不动产权属登记的认定，只要买受人存在向不动产登记机构递交过户登记申请材料或向出卖人提出办理过户登记的请求等积极行为，即可以认定符合上述要件。

当买受人不存在上述积极行为时，法院应综合考量主观、客观两方面因素，认定未办理过户登记能否归责于案外人。

关于主观方面的审查，应重点审查案外人是否存在怠于甚至故意不办理权属变更登记，或者由于自身未尽合理注意义务而导致不能办理权属变更登记的情形。如案外人为逃避税收等原因而故意未办理登记，未能注意到他人设定的抵押或者政策限制等造成的变更登记障碍。案件审理中，还应结合合同约定及履行情况、案外人自身的具体事实，对案外人的主观状态进行综合考量。

关于客观方面的审查，应重点审查是否存在因登记机构、出卖人阻碍等案外人不能控制的原因，导致不能办理过户登记的情形。司法实践中，可参考相同项目、相近购买时间的其他买受人能否顺利办理过户登记等事实，以判断案外人对涉案房屋未办理过户登记是否存在过错。”





二、第二种情形

《最高人民法院关于人民法院办理执行异议和复议案件若干问题的规定》第二十九条规定

“金钱债权执行中，买受人对登记在被执行的房地产开发企业名下的商品房提出异议，符合下列情形且其权利能够排除执行的，人民法院应予支持：

- （一）在人民法院查封之前已签订合法有效的书面买卖合同；
- （二）所购商品房系用于居住且买受人名下无其他用于居住的房屋；
- （三）已支付的价款超过合同约定总价款的百分之五十。

上海一中院对该法律规定的相关观点：

“参照最高法院《关于人民法院办理执行异议和复议案件若干问题的规定》第29条规定，商品房消费者物权期待权优先于建设工程价款优先受偿权和抵押权，同时满足下列要件的法院可予支持：一是保护的主体是为满足生活居住需要向房地产开发企业购买商品房的自然人；二是申请执行人的债权应为金钱债权；三是案外人与被执行人应当在法院查封之前签订合法有效的书面买卖合同；四是案外人的购房目的系用于居住，且其同一设区的市或者县级市范围内无其他居住房屋；五是案外人已支付的购房款超过或接近合同约定总价款的50%，且对于剩余购房款愿意按法院要求交付执行。

司法实践中，存在不少房地产开发企业选择以房抵债方式支付工程款的情形。如房屋受让人已办理不动产登记，对其权利依法应予保护。然而对于尚未办理不动产登记的受让人，以房抵债协议仅能产生合同法上的效力，基于债权的平等原则，其对涉案房屋一般不享有排除执行的权利。”

从上述规定来看，如果未过户的房屋产权在开发商名下，案外人提执行异议需满足以下三个条件：

（一）在人民法院查封之前已签订合法有效的书面买卖合同；

（二）所购商品房系用于居住且买受人名下无其他用于居住的房屋（1、案外人的购房目的系用于居住，且其在同一设区的市或者县级市范围内无其他居住房屋；2、如果所购商品房系用于生产经营活动的商业用房，则不享有排除强制执行的权利。参考案例：（2020）最高法民申2286号裁定）；

（三）已支付的价款超过合同约定总价款的百分之五十，且对于剩余购房款愿意按法院要求交付执行。

但是，从上海一中院的观点来看，如果系争房屋存在通过以房屋冲抵工程款的情形，对于尚未办理不动产登记的受让人，以房抵债协议仅能产生合同法上的效力，基于债权的平等原则，其对涉案房屋一般不享有排除执行的权利。

三、关于办理商品房预售备案登记（网签）是否能够足以排除强制执行的问题

（2017）最高法民终606号

裁判要点：签订《商品房买卖合同》并办理了预售备案登记……但没有办理预告登记，故麻小林主张其对商品房预售合同的备案登记等同于房屋产权预告登记的上诉理由不能成立。其对执行标的物享有的债权不能对抗法院对涉案标的物的查封行为。

（2019）最高法民申3875号

裁判要点：当事人之间达成的执行和解协议本质上属于合同的范畴，并不必然导致物权变动。并且，买卖双方签订的商品房买卖合同，虽然经过备案登记，但备案登记作为一种行政管理方式，不是预告登记，不能产生物权效力。



(2021)最高法民申5772号

裁判要点：虽办理了商品房预售合同登记备案手续，但未办理预告登记，房屋所有权亦未过户登记到林世杰名下。在未完成财产权利变动公示的情况下，其权利性质仍属于债权，不具有担保物权的效力，丰银投资公司主张就涉案房屋拍卖、变卖所得享有优先受偿权，一审法院未予支持，并无不当。

因此，从上述案例来看，未过户房屋仅办理过网签，不足以对抗法院的查封、执行。

四、关于预告登记是否足以排除强制执行的问题

《最高人民法院关于人民法院办理执行异议和复议案件若干问题的规定》第三十条规定：“金钱债权执行中，对被查封的办理了受让物权预告登记的不动产，受让人提出停止处分异议的，人民法院应予支持；符合物权登记条件，受让人提出排除执行异议的，应予支持。”

从上述法律规定来看，办理过预告登记的不动产，如果房屋已经通过竣工验收并完成备案，符合物权登记条件的，买受人是有权排除其他债权人执行的。但是，如果案涉房屋尚未竣工验收，则不符合物权登记条件，不能排除强制执行。

(2018)最高法民申5297号

裁判要点：买受人虽然办理了预告登记，但如果房屋尚未竣工验收，则不符合物权登记条件，不能排除强制执行，请求执行法院解除查封措施。

(2020)最高法民申2355号

裁判要点：胡某卫与皮卡王公司签订《商品房买卖合同》并支付了购房款，案涉房屋于人民法院查封之前已办理预告登记手续，且现已通过竣工验收并完成备案，符合物权登记条件。受让人提出排除执行异议的，应予支持。



包工头逃逸，民工欠薪的处理

□ 文 / 上海元始律师事务所 李宗猛律师

| 问题 |

李博士：

不好意思打搅您。我司在杨浦区的一个项目，我司将绿化工程发包给融某公司，但现在融某公司的负责人跑掉了，工人在现场停工闹事，要求我司发放工资，请问此事如何处理？

| 案例 |

一、从贵司介绍的工程承包关系来看，贵司将工程分包给融某公司施工，融某公司将工程转包给包工头AAA。因为融某公司的负责人逃逸失联，包工头有恐慌心理，担心工程款拿不到，故组织工人来停工闹事。

在此情况下，贵司仍不能直接按照包工头AAA的要求，不能直接将工资发放给工人。因为贵司与包工头AAA没有直接的承包关系，与现场的工人也没有劳动关系或者雇佣关系。贵司本身没有对工人的直接付款义务。而贵司在未经融某公司确认的情况下，直接代付工资给工人，日后事件平息之后，融某公司仍可以跳出来，向贵司主张全部工程价款；对于贵司代付给工人的工资，融某公司完全有可能一分钱都不认可，融某公司可以向法庭辩解说，这些工人与他们没有关系，是你们总承包方直接雇佣的工人。

在司法实践中，因为忽视代付款之前的确认手续，施工单位蒙受损失的案例不胜枚举：

（一）上海某装修公司，委托包工头BBB承担某项目的装修施工任务。过程中按照包工头的要求，向包工头的工人发放工资75万元，没有任何签字手续，起诉的时候，包工头对装修公司代付的75万元民工工资全部不承认。

该案件是闵行法院审理的。法官虽明知包工头可能在耍赖，但因为装修单位拿不出由包工头签字的工人名册、考勤单、代付工资申请等材料，这些75万元的代付工资中，最终仅有4万元被法院认定为代包工头支付的本项目人工工资，装修单位蒙受了71万元的损失。二审也未能挽回损失。

代付工资之前没让包工头签字，包工头成功赖账71万元。

（二）上海某园林公司将山西某绿化项目（300来万元的工程造价）转包给天津某公司，天津公司又将工程转包给山西当地的包工头CCC。过程中，天津公司没有任何人出面，没有人参与现场管理，也没有做过工程的任何一丁点实物量。过程中都是包工头出面，上海某园林公司按照包工头的要求，代付民工工资、材料款等合计285万余元。

工程完工验收后，尾款所剩无几，仅有一点质保金的时候，天津公司跳出来起诉上海园林公司，称工程完工至今，一分钱工程款都没有收到，要求园林公司支付全部300多万元的工程款，对于园林公司代付的285万元材料款、民工工资，天津公司同样一分钱都不认可。

这个案件，由于没有天津公司的委托付款手续，同样极为艰辛。最终虽然天津公司的谋算没有得逞，但园林公司支付了鉴定费、律师费、差旅费等不菲的成本，也有相当的损失。

（三）当事人对自己提出的诉讼请求所依据的事实或者反驳对方诉讼请求所依据的事实有责任提供证据加以证明。落后就要挨打，没有证据或者证据不足的，就要承担不利的法律后果。

2024年本所的诉讼案件中，几乎所有的代付款，只要没有包工头本人签字的确认手续，包工头都会本能地希望抵赖，他的律师也会想方设法不予认可。这方面的风险，希望引起我们施工企业的足够重视。

二、在当前融某公司失联、而贵司迫于压力，可能不得不代为支付民工工资的情况下，建议贵司至少需要采取三个方面的步骤：

（一）第一步，除电话联系融某公司出面处理欠薪事件外，还应书面致函融某公司，将包工头闹事讨薪的情况告知融某公司，要求融某公司及时清偿民工工资，否则由此造成的损失，应由融某公司承担。

给融某公司的函件，如有需要可向本所索取相应模板。该函件应该以EMS挂号信发给对方。从节省时间的角度，还应该将该函件的扫描件用微信发给对方的负责人、项目经理。

（二）第二步，对于包工头主张的欠薪数据，贵司也应进行基本的核实。不少缺乏诚信的包工头，利用国家对建筑工人的保护政策，虚构用工人数、用工天数、工日单价，虚增欠薪数额，通过上访闹事、政府介入施压等手段谋取超额索要工程款。

我们在安徽阜阳曾有一个项目，包工头虚报300多万元的工人欠薪。我方当事人与当地劳



动局一道，提请政府工作人员逐一打电话给欠薪单上的工人。很多工人在收到政府电话后，如实陈述欠薪情况，比如说明明欠薪仅有2万元，包工头让他们虚填欠薪7万元。经过这样一一核实之后，最终确认的工人欠薪数额仅有108万元。之后在政府的督促下，我方将这108万元代付给工人。这样操作，至少防止了被包工头冒领200多万元，减少了损失。

实践中，可虑的是很多政府官员不作为，不愿意一一打电话给工人进行核实，而是一味压迫总承包方按照工人申报的数额（可能很多水分在内）进行支付，以维护稳定，客观上这些做法损害了施工单位的利益。故此，贵司现场项目经理应该大致判断这些工人是否确实在工地上干活，人数是否属实、工日天数是否可信、工日单价是否合理，避免被包工头吃太多的空饷。当然，日后工地上的实名制考勤等工作还是必须做得扎实，防止包工头钻空子。

除核实包工头主张的欠薪是否属实外，贵司还应核实，若是代付，在工程款支付方面是否有超付的可能。比如，若贵司仅欠付融某公司20万元，而包工头主张25万元的工资，则显然不属实，贵司若全额代付，必然导致超付。一旦超付，日后哪怕打赢官司也很难追索回来。

（三）第三步，如融某公司收到贵司函件后，书面确认由贵司代为支付包工头工资、且工资不超付的情况下，贵司可以将工资代为支付给工人，毕竟工人闹事，政府的压力一定在贵司。

但若是融某公司不答复，也不出面，且一味让工人闹事，贵司在维稳压力下，可能不得不代付工资。在此情况下，贵司应在政府主管部门（比如劳动监察大队等主管部门）的见证下，让包工头签署确认书之后，贵司再将工资代付给工人。包工头的确认书，如有需要可向本所索取相应模板。

提醒贵司，凡是需要包工头签字的确认书、民工工资单等文件，均需要包工头当面签字、每一张纸上都要签字，且要加按手印。同时，应请政府见证部门（或者出警人员）在包工头签署的确认书、民工工资单上签字或者盖章，以示见证之意。政府或者警察见证的文





件，是贵司日后提交给法院的有力证据，也是防止融某公司日后抵赖的必要举措。

三、另外，还需要提醒贵司的是：

（一）若贵司不愿意惊动工程所在地政府，让包工头、工人来贵司所在地处理有关欠薪问题（特别是政府见证事宜）也是可行的。毕竟贵司所在地有关部门更熟悉一些，更有可能请动政府部门出面。无论哪一级政府的见证，都会大大加强贵司证据的效力，法官更容易采信。

（二）对于工人在工地现场的围堵、闹事的情况，贵司应该进行拍照、录像取证，工人静坐、吵闹、堵门等过激情况，都可以录像下来，作为日后呈供给法院的证据，显示贵司在工人闹事的压力下，不得不为支付工资的事实。若没有摄像、照片等材料，日后贵司在法庭上口述受民工讨薪压力、被迫代付工资，法官就无法采信，也无法写进判决书内作为支持贵司主张的依据。请务必牢记，法庭上讲证据。

（三）若包工头、工人到政府去处理，也应该将现场情况拍照、录像下来。

（四）在政府调解下，贵司代付工资之前，对于包工头签署确认书、签署民工工资单的过程，也需要将包工头签字的过程拍照下来，防止包工头日后抵赖。

（五）代付的工资，一定要通过贵司自己的银行账户（不要委托第三家公司代付）支付到工人的银行卡上。

四、经本所查询，此次逃逸的融某公司，其实缴注册资本仅为3.7万元，公司仅有一个自然人股东，金山区税务局显示该公司在2024年4月23日欠缴增值税128448.18元（还欠缴城市维护建设税3211.20元），该公司没有任何施工资质，这是典型的空壳子公司。连欠缴税款都无所顾忌的公司，市场信誉可想而知。贵司今后在发包之前，就可以委托律师事务所对分包单位的情况进行调查，不可仅凭价格便宜就发包给该单位。

碰到流氓无产者，任何防范手段，可能都难以起到约束作用。

《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）》的反馈意见

□ 文 / 上海元始律师事务所 李宗猛律师

摘要

最高人民法院于2025年11月23日发布了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），笔者根据国内建筑市场的实际情况，向最高人民法院提出了六点建议：

第一，从保障劳务作业质量与施工安全着眼，建议暂缓放宽劳务资质限制；

第二，在出借资质的情况下，不建议由出借资质的施工企业向实际施工人承担付款责任；

第三，在工程转包或违法分包情形下，建议维持“发包人需在欠付建设工程价款范围内承担责任”的既有裁判规则；

第四，合同无效情形下，中途退场项目的质保期，应自施工方实际退场之日起算，不应拖延到人民法院生效裁判认定合同无效之日为起算点；

第五、建议将承包人因工程停窝工产生的合理损失，纳入工程款优先受偿范围；

第六，建议工程款优先权可以依法转让。

最高人民法院：

2025年11月23日，贵院公布了《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）》，向社会公开征求意见。本所经认真研读，现向贵院提出如下修改建议，谨供贵院参考。

一、建议删除第三条第一款

理由：

根据本条第一款规定，已依法登记为企业的承包人订立的建设工程施工劳务分包合同，当事人以承包人未取得建筑业企业资质为由主张建设工程施工合同无效的，人民法院不予支持。此款规定，等同于放宽承接建筑劳务施工任务的企业范围，也即建筑工程劳务施工不再强制要求企业具备建筑劳务资质。

我们理解，放松劳务资质的要求，可能是想减轻劳务公司的负担。但减轻负担、取消资质的同时，意味着任何人只要设立了一个公司，不论该公司是否有资金实力，不论该公司是



否有相应的技术管理团队，亦不论该公司是否有相应安全生产的管理经验，都可以聚拢一帮建筑工人去承接建筑工程施工任务。

当前国内的建设工程，虽普遍采用工程总承包负责制，但实践中总承包方几乎将所有施工内容都委托劳务公司来实施。劳务公司不仅是组织工人干活，很多的施工方案也需要劳务公司来编制，对建筑工人的安全教育、安全交底很多也是劳务公司来负责，脚手架也通常是劳务公司来搭建（包括租赁钢管扣件等），还有部分辅材是由劳务公司采购的。

新设立的没有资质的劳务公司，未必有相应的技术人员、安全文明管理人员，未必有安全生产制度及必要的安全投入。降低资质门槛后，劳务公司也不需要办理安全生产许可证，主管部门也无法对劳务公司进行有效监督和管理。

没有资质、没有资金投入的劳务公司，是否珍惜企业自身信誉，是否为降低成本而采用价格低廉、但存在安全隐患的材料和工具，是否提供安全培训和基本防护装备等，均存在疑问。日前香港的特大火灾，已知的成因有，施工队使用低成本的毛竹脚手架和围网（国内建筑工地上，脚手架通常也是劳务公司租赁的），以及工人管理不善、现场抽烟等。若是降低劳务公司的资质要求，对工程质量和施工安全都会带来严重隐患。客观地说，当前国内建筑市场上，事故的总数量还是非常惊人的。

因此，我们认为，两害相权取其轻，在当前国内建筑情况下，以暂不取消劳务资质为宜，以加强对劳务公司的监督和管理，保障工程质量和施工安全。待建筑市场进一步规范、完善，时机成熟后，再考量为企业减负、取消劳务资质。

二、建议删除第四条第二款

理由：

依照该条原文，实际施工人有权要求出借资质的企业对其承担工程款（折价补偿款）的支付责任，这会对国内建筑总承包施工企业造成毁灭性打击。

出借资质行为当然应该予以否定评价。但在当前实践中，挂靠施工普遍存在。若允许借用资质的单位或个人请求建筑施工企业支付折价补偿款或者赔偿损失，将导致国内绝大多数具备资质的总包单位面临破产风险，引发系统性社会问题。

比如，某实际施工人挂靠一总承包企业，承接恒大集团的工程项目。现恒大集团不能支付工程款，实际施工人起诉总承包方要求支付折价补偿款，相当于将恒大的债务转嫁到总承包方身上。

国内几乎所有的总承包企业都有大量的挂靠项目。当前大量的民营企业爆雷，加上各地政府项目拖欠工程款，挂靠项目未能清偿的工程款至少数万亿元（甚至可能高达数十万亿元）。如果司法解释明确实际施工人可以要求被挂靠企业承担付款责任，如此巨额的债务必然将会大幅度转嫁到总承包单位身上，可以预见几乎没有任何总承包单位可以幸免，势必给建筑施工行业造成毁灭性打击，引起严重的社会问题。

此前的司法判例中，多数判决认为，被挂靠方仅负有将收取的工程款支付给挂靠方的义务，而非与发包人承担共同付款责任。被挂靠方的风险可控，这也是挂靠普遍存在的原因之一，双方对挂靠产生的风险有所预判。在当前挂靠已经普遍发生的情况下，若是改变裁判规则，要求被挂靠方承担付款责任，将会导致国内有资质的建筑施工总承包企业（被挂靠企业）陷入绝境。



三、建议删除第七条“接受转包或者违法分包的单位或者个人向与其没有合同关系的发包人主张折价补偿款或者要求其赔偿损失的，人民法院不予支持”这一规定。

理由：

国内建筑业转包现象普遍存在。转包当然应该给予否定评价。但工程实践中，有些转包并不是转包人、实际施工人所能控制。比如，有些地方政府的项目只能发包给当地的城投公司（其他单位无法中标），城投公司拿到项目无力组织施工，只能转包给第三方。还有一些地方政府为了税收落地，规定当地的所有项目（不论是国有项目还是民营项目），建设单位必须发包给当地的建筑企业，再由当地建筑企业转包给实际施工单位。

按照该条款，实际施工人仅有权要求承包人支付价款，无法向发包人主张权利。这与前些年司法解释确定的“实际施工人有权要求转包人支付价款，并有权要求发包人在欠付工程款范围内承担付款责任”的裁判规则有实质性改变。

关键是“发包人在欠付建设工程价款范围内承担责任”这一说法已经深入人心。正因为有发包人兜底，大量“接受转包或者违法分包的单位或者个人”觉得工程款有保障，才来承接转包或者违法分包的项目。在转包、违法分包的工程已经施工完成、工程款债权已经形成的情况下，现在如果改变裁判规则，告知实际施工人只能起诉转包人或者违法分包人，无法突破相对性要求发包人在欠款范围内承担责任，不仅会造成强烈的社会反响，也会严重影响实际施工人的权益。近年国内建筑业经济形势十分紧张，大量的转包人、违法分包人严重缺乏清偿能力，接受转包的企业若只能起诉转包人，工程款难以获得清偿；而依照本司法解释的第八条提起代位权诉讼，难度和风险又显著加大。

因此，为避免建筑市场动荡，我们认为裁判规则还是不宜做大的改变。

四、建议删除第十五条第二款“承包人退场后，人民法院认定合同无效的，从判决生效时起算”。

理由：

在合同有效的情况下，工程质量保证金预留期限从承包人退场时起算，当无异议。在合同无效的情况下，承包人退场后，质保金的预留期限需要从判决生效时起算，延长了承包人收取质保金的资金成本。

建设工程诉讼往往耗时较长，从承包人退场到法院最终判决认定合同无效，可能间隔数年。若质保金预留期限从判决生效确认合同无效之日才起算，意味着发包人可以合法地在这数年间继续占有质保金，而承包人需等待更长时间才能收回折价补偿款。这变相延长了质量保证金的实际预留期限，可能远超合理的质量缺陷期。

无论建设工程施工合同是否有效，承包人退场、将在建工程交付给发包人之后，该工程已处于发包人控制之下，发包人对工程进行续建，承包人的质量保修义务均应从退场之日起算。相应的，退还质量保证金的预留期限亦应从退场之日起算。如有效合同、无效合同设立不同的质量保修期起算时间、不同的质保金支付时间，相当于加重了无效合同承包人的负担。

合同无效时，参照合同约定确定双方的权利义务（包括价格、支付方式、质量保修期等

条款），符合当前建筑市场的习惯，也符合发包人和承包人的一般认知。

因此，我们认为，合同无效时，工程质量保证金的预留期限亦应从承包人退场时计算。

五、第十八条第二款，原文为：“承包人就发包人原因造成的停工、窝工等损失主张享有建设工程价款优先受偿权的，人民法院不予支持，但停工、窝工损失中的农民工工资部分除外。”

建议修改为：“承包人就发包人原因造成的停工、窝工等损失主张享有建设工程价款优先受偿权的，人民法院应予支持，但承包人未采取适当措施致使损失扩大的部分除外。”

理由：

依照征求意见稿原文，因发包人原因造成工程停工、窝工时，承包人仅有权主张停窝工损失中的农民工工资部分。但承包人的实际损失，并不止有农民工工资，通常还会有材料、设备的租金等各项支出；而且这些支出是为了保障工地安全、维护发包人利益的必要举措。

为便于贵院了解情况，现略举几例加以说明：

（一）安全施工措施费用：

停窝工期间，承包人仍需要在楼层周边、楼梯侧边、平台或阳台边、屋面周边和沟、坑、槽、深基础周边等危及人身安全的边沿部位采取临边防护措施，由此需要支付钢管的租赁费用。

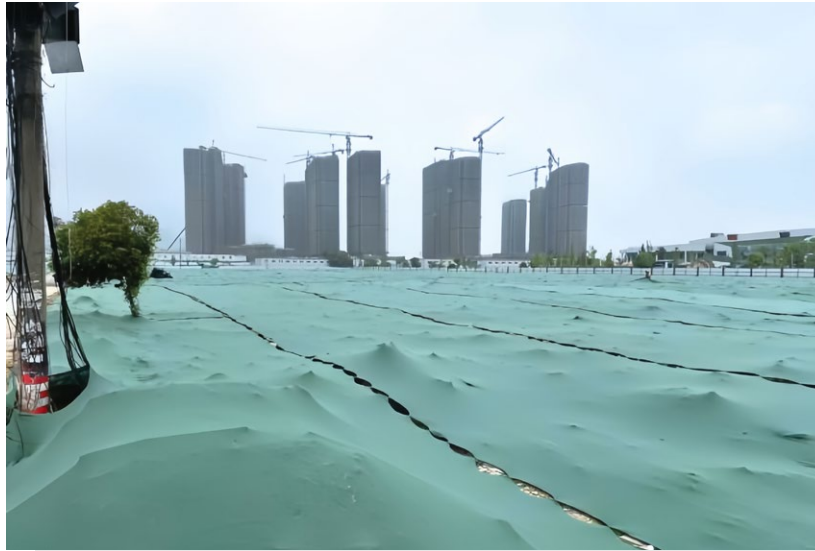
如果这部分防护费用不享有优先权，在发包人破产时，承包人的租赁费用难以获得清偿，承包人为了减少自身的损失，有可能拆除所有的防护措施，急剧增加进入工地的安全风险。



（二）文明施工措施费用：

停工期间，现场若有浮土，需要加以覆盖，以防扬尘污染环境。承包人需要支付防尘网或者土工布的材料费用。

在停窝工期间，如果防止扬尘的费用不能获得优先受偿，承包人拆除覆盖材料，必然造成环境污染。



（三）维护在建工程安全的必要费用：

比如，在地下工程施工期间，常采用型钢支撑作为围护措施，防止基坑塌方。型钢的租金是按天计算的。停窝工期间，承包人也需持续不断地每天支付型钢租金。

在停窝工期间，还有其他的保护在建工程的其他措施（比如井点降水，涉及设备租金和电费）。上述措施需要支付材料费、机械费、租金、水电费等各项费用，且每天都要发生。停窝工时间愈长，费用愈大。

本所处理的一个案件，自2019年停工至今，破产清算尚未完成，而该工程停工时尚处于地下室施工阶段，大量的钢支撑至今不可拆除，每年的型钢租金高达上百万元。基础阶段停工的案例很多，上海环球金融中心在桩基和地下工程阶段就曾停工八年零三个月。



上述临边防护、土工布、钢支撑、井点降水等，在停窝工期间发生的费用，无法计算在实物工程量之内。如果上述费用不享有建设工程价款优先受偿权，在破产程序中可能就无法获得清偿。以钢支撑为例，承包人若是为了减少损失，拆除型钢支撑，可能导致基坑塌方，危及建筑物安全。承包人若是不拆除，要求承包人自行承担相应损失，显然有失公允。

因此，对停窝工费用仅支持农民工工资享有优先权，材料费、机械费、水费、电费等不支持优先权，损害承包人的利益，不符合法律所应倡导的合理、公平原则，甚至有可能危害建筑物安全。



六、第二十条原文为：

（方案一）建设工程价款债权依法转让后，受让人参照民法典第八百零七条的规定主张就该工程折价或者拍卖的价款优先受偿的，人民法院依法予以支持。

（方案二）建设工程价款债权依法转让后，受让人就建设工程折价或者拍卖的价款主张优先受偿权的，人民法院不予支持。

建议采用方案一，亦即“建设工程价款债权依法转让后，受让人参照民法典第八百零七条的规定主张就该工程折价或者拍卖的价款优先受偿的，人民法院依法予以支持”。

理由：

法律设定建设工程价款优先受偿权，重要原因之一是保障建筑工人的生存权益。允许该优先权随债权一并转让，有助于承包人通过债权转让实现其应有权益，及时获得现金收入，进而可支付工人的劳动报酬。

相反，若债权受让人无法主张优先受偿权，受让方基于资金安全保障和收益考量，难有收购意愿，承包人的工程款债权无法及时变现。发包人破产清算可能拖延三到五年甚至更长时间，承包人的工程款在破产程序中长时间难以获得清偿，直接影响承包人的现金流和工人工资发放。若受让人可主张优先受偿权，受让人收购工程款的意愿必然大幅度增加，工人工资有望获得支付，符合立法目的。

建设工程价款的债权受让人可主张优先受偿权，既符合承包人和受让人利益，也不加重发包人负担，同时不损害其他债权人合法权益，也并不违反法律规定。

裁判观点

最高人民法院民事审判第一庭

一、准确把握承包人行使建设工程价款优先受偿权的条件

依据《民法典》第八百零七条规定，建设工程的价款就建设工程折价或者拍卖的价款优先受偿需要具备以下条件：一是发包人未按照建设工程施工合同约定支付建设工程价款；二是发包人经承包人催告后，在合理期限内仍未支付建设工程价款；三是建设工程依其性质，宜折价、拍卖；四是承包人与发包人协议将该工程折价，或者请求人民法院将该工程依法拍卖。在满足上述四个条件后，承包人就可以要求其发包人享有的建设工程价款债权就该工程折价或者拍卖的价款优先受偿。

实践中，承包人并非严格按照上述程序或者条件行使建设工程价款优先受偿权，通常在请求发包人支付欠付工程款时，一并主张享有或者行使建设工程价款优先受偿权。对此，司法实践一般予以认可。

此外，司法审判中还应注意以下问题：

第一，承包人行使建设工程价款优先受偿权应当以建设工程质量合格为条件。如果承包人施工完成的建设工程质量不合格，导致发包人合同目的不能实现，就无权请求发包人依照约定支付建设工程价款。而且，质量不合格的建设工程一般也适于折价或者拍卖。

第二，承包人行使建设工程价款优先受偿权无需以建设工程施工合同有效为条件。关于承包人行使建设工程价款优先受偿权是否必须以建设工程施工合同有效为前提的问题，《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（一）》第三十八条规



定：“建设工程质量合格，承包人请求其承建工程的价款就工程折价或者拍卖的价款优先受偿的，人民法院应予支持。”本条解释的本义是，承包人享有建设工程价款优先受偿权必须以建设工程质量合格为前提，无需以建设工程施工合同有效为前提。

第三，承包人行使建设工程价款优先受偿权无需以建设工程竣工为条件。建设工程价款优先受偿权不是合同权利而是法定权利，其成立不以登记或当事人达成一致意见为条件，而是以法律规定的构成要件成就为条件。对此，《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（一）》第三十九条规定：“未竣工的建设工程质量合格，承包人请求其承建工程的价款就其承建工程部分折价或者拍卖的价款优先受偿的，人民法院应予支持”。

第四，承包人行使建设工程价款优先受偿权须以建设工程宜折价、拍卖为条件。

二、准确把握承包人承诺放弃建设工程价款优先受偿权行为的效力

建设工程价款优先受偿权是较为特殊的民事权利。关于建设工程价款优先受偿是否可由承包人承诺放弃的问题，实践中存在争议。

一方面，依民法法理，如果不违反法律的禁止性规定和社会公序良俗，民事主体有权自由处分其财产权利，包括放弃财产权利或者限制该财产权利。如果民事主体放弃或者限制财产权利的行为损害第三人利益的，对第三人不发生效力；另一方面，建设工程价款优先受偿权属于法定权利，《民法典》第八百零七条规定赋予承包人此项权利，目的是为保护建筑工人的利益。

因此，承包人对该项权利的处分不能违背《民法典》第八百零七条的立法宗旨，不能损害农民工等建筑工人的权益。对此，《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（一）》第四十二条规定：“发包人与承包人约定放弃或者限制建设工程价款优先受偿权，损害建筑工人利益，发包人根据该约定主张承包人不享有建设工程价款优先受偿权的，人民法院不予支持”。



面向施工企业的法律服务

1.工程款纠纷处理

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

2.担任企业常年法律顾问

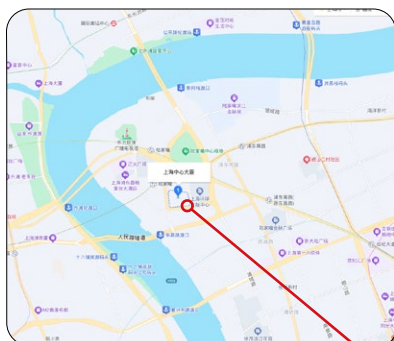
- (1) 对于施工企业在经营活动中涉及的商务问题、法律问题，提供建议和咨询。
- (2) 起草、审核、修改公司对外签署的合同、章程、规章、规定等法律文件及提供法律意见。
- (3) 对施工企业在商务活动中可能遇到的法律风险提供具体的法律建议。
- (4) 安排适当时间和人员对施工企业的相关事务提供法律指导和培训。
- (5) 协助施工企业处理公司内部矛盾，包括审核公司规章制度、起草劳动合同，处理员工劳动纠纷和农民工工资纠纷。
- (6) 招投标法律服务
 - A.审核建设单位的招标文件并提供专业意见。
 - B.调查建设单位的资信，确定项目风险尤其是带资垫资风险。
 - C.协助施工企业确定投标策略，起草、修订投标文件和投标承诺书。为施工企业最大限度地争取中标机会，规避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：中国上海市浦东新区银城中路501号上海中心大厦4106室
电 话：021-68407068
邮 编：200121
电子邮件：yuanshizixun@126.com
网 址：http://www.yslawfirm.cn
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>、李宗猛博士及事务所同仁愿竭诚为您服务。

声明：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



李博士个人微信
二维码



《建筑法苑》微信
公众号二维码

上海元始律师事务所

主任律师：李宗猛博士，13901686274

地址：中国上海市浦东新区银城中路501号上海中心大厦4106室

电话：021-68407068

邮编：200121

E-Mail: yuanshizixun@126.com

网址: www.yslawfirm.cn