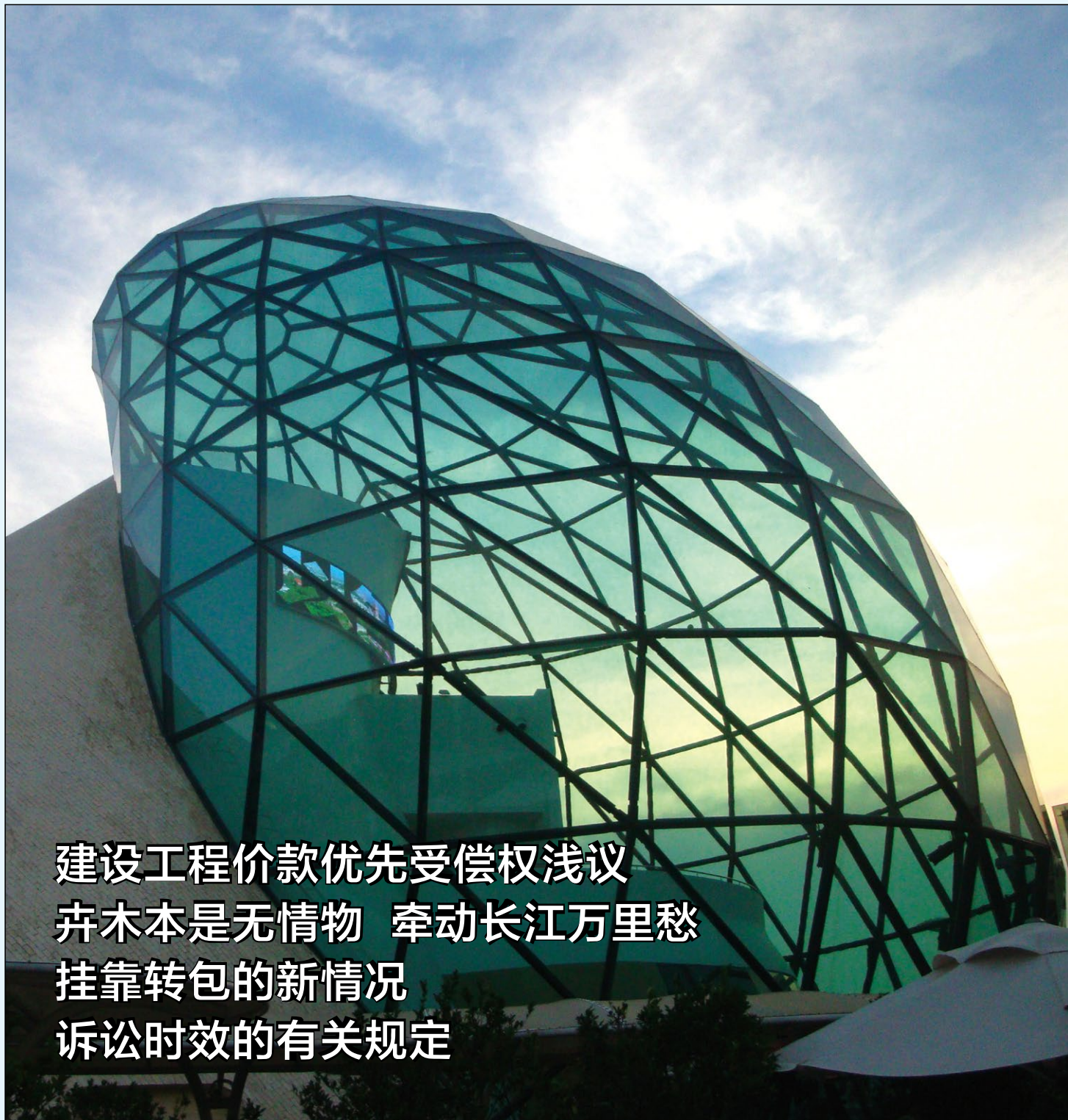


建筑法苑

施工企业篇

上海元始律师事务所主办

2011年第1期



建设工程价款优先受偿权浅议
弃木本是无情物 牵动长江万里愁
挂靠转包的新情况
诉讼时效的有关规定

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。



主任律师介绍

李宗猛 博士



李宗猛博士，上海元始律师事务所主任，知名工程管理专家，浦东新区律师事务所第十联合党支部书记，浦东新区青年联合会委员。

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。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。

李博士过往荣誉

- 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
- “创先争优，世博先锋行动”“五带头”共产党员



建筑法苑

2011年第1期

CONTENTS | 目录

施工企业篇

建设工程优先受偿权浅议 3

优先权是法律对施工企业的特别保护。但在司法实践中，许多施工企业对优先权并不通晓，未能得到优先保护的案例比比皆是。笔者针对经常碰到的十个方面问题，集中作答，期冀对施工企业有所帮助。

卉木本是无情物 牵动长江万里愁 7

建筑市场上，施工企业毕竟处于弱势地位，遭受欺压的例子不胜枚举。不少企业吃了亏，没有反思己方失误之所在，而是简单地讲“甲方不讲信誉”，与宋人归罪于花草树木如出一辙。这种习惯思维如不改正，今后在合同签署及履行过程中，吃亏上当仍然在所难免。

挂靠转包的新情况 11

工程承包市场上，挂靠、转包、内部承包、以设立分公司名义借资质施工等现象仍然普遍存在，实践中也出现了一些新情况、新案例，给挂靠企业带来了较大的风险。

专家解惑 13

对施工企业常碰到的工程问题，结合本律师事务所代理案件的判决结果、并参照最高人民法院专家法官的观点进行解答。

企业劳动人事专题 16

公司法务 20

最高人民法院关于审理民事案件适用诉讼时效制度 若干问题的规定 23

LV SUO XIN WEN



律所新闻

(2011年1月大事记)

一、本所主任李宗猛博士获浦东新区区委嘉奖

本所主任李宗猛律师获中共上海市浦东新区委员会授予“创先争优，世博先锋行动”“五带头”共产党员荣誉称号。

2010年上海世博会期间，李宗猛博士先后为世博轴、美国馆、拉托维亚馆等展馆建设提供法律服务，协助处理世博工地上的多起重大工伤事故、建筑施工企业间的群体斗殴事件，妥善解决“东方亮明珠、同心迎世博”展会40余家参展单位上百人员的投诉、上访，获得浦东新区区委和参建单位的普遍认可。

二、本所担任金山海滨新城项目建设全过程咨询及法律顾问

金山海滨新城是上海蔚蓝置业有限公司开发的大型综合开发项目，包括酒店、多层与高层住宅、酒店式公寓、商业及配套设施，是上海市金山区目前最大的在建商业项目之一。2011年1月9日，本所与建设单位签署了全过程咨询及法律顾问合同。

全过程咨询服务由李宗猛博士担任项目负责人。服务内容包括：

- (1) 项目统筹；
- (2) 土地使用权出让与转让，项目拆迁及补偿安置；
- (3) 项目公司设立，房地产项目联营、合作开发；
- (4) 项目融资法律服务；
- (5) 招投标、合同管理及成本控制服务。
- (6) 现场施工管理咨询及法律服务；
- (7) 商品房销售、租赁与物业管理的法律服务；
- (8) 签证、索赔、工程纠纷处理及其他日常法律服务。

三、本所应邀担任冠龙公司新建办公楼、工业厂房建设的代甲方

2011年1月4日，上海元始律师事务所与冠龙集团旗下的上海骐荣机械自控有限公司签订工程建设咨询服务合同，担任该公司于上海嘉定黄渡厂区新建厂房及办公楼工程建设的代甲方，为该项目提供全过程咨询及管理服务，以保证工程顺利实施。

冠龙集团是阀门制造业的领军企业之一，有着40多年阀门制造历史，企业生产的各类水力控制阀、排气阀、止回阀、蝶阀、紧急关闭阀等产品，在业内卓有声誉。目前公司产品在台湾阀门市场占有率达80%以上，且远销美国、法国、德国、新西兰及东南亚地区；在国内亦广泛应用于三峡工程、东方明珠电视塔、黄河小浪底工程、浦东国际机场等重大项目，供应客户数万家。

本所此前已经担任冠龙公司多个工业项目建设的法律顾问或代甲方。

四、本所代理长春影视城工程款纠纷一案圆满结束

本所李宗猛律师、张伟宏律师代理的上海金田钢结构有限公司与江南造船集团、长春长影影视科技股份有限公司工程款纠纷一案，在当事人及承办律师努力下，于2011年1月11日调解结案。

本案涉及较为复杂的关系。工程包括长春影视城“长影车史”、“儿童乐园”、“太空穿梭车”、“火山喷发”、“玛雅礼品店”、“5D影院”、“球幕影院”、“影视八卦”、“密林古堡”、“影视剧场”、“4D影院”、“巨幕影院”、“特技表演场”、“主入口”等十四个单体（钢结构及幕墙工程结算审定价达到8410余万元）。涉及总承包、专业分包、材料设备供应商20余家。

本案值得施工企业深思。该工程于2003年5月签订施工合同，2005年5月竣工验收，2008年7月工程审价结束，2011年1月11日调解结案。从施工开始到诉讼结束拿到尾款，历经8年多的艰苦抗战，抛开经济上的损失不说，当事人耗费的心力难以数计。如当事人在工程承接之初，即在工程承发包关系、合同拟定、收付款手续、证据保留等方面采取足够的戒心，听取专业人员的意见，必能裨补阙漏、减少纷争。

五、本所协助客户成功竞拍地块

本所协助顾问单位（泰州市德驰置业有限公司）成功竞拍江苏省姜堰市姜堰大道北侧、杭州路西侧（府西人家西侧地块）。项目规划为商住用地。本所在土地使用权取得、合作竞拍以及日后的开发建设方面为德驰置业提供服务。

德驰置业是当地知名的房地产企业。本所此前已协助德驰置业成功开发德驰金郡项目。该项目位于姜堰市姜堰大道南侧、外环东路西侧，南邻老通扬运河，交通便捷，环境优美。整个小区由精品多层、品质高层及商业裙房组成，建筑风格、造型、景观配套均采用英伦建筑风格，致力打造为姜堰首席英伦风范之郡。

六、本所应邀担任上海市第一个农村集体土地流转项目法律顾问

农村集体土地流转是一个在法律上尚在探索的领域。外省市有个别地方政府部门出于“土地财政”目的，在法规还不健全的情况下圈占集体土地，由此造成的农民“被上楼”现象已引发诸多争议。

上海市在农村集体流转方面步子较为慎重，此次决定在浦东新区首先拿一个项目作为集体土地流转试点。通过该项目的实施，在土地整治及农村集体建设用地流转指标的产生、农村建设用地使用权指标流转、农村建设用地使用权转让、农村集体土地建设开发（项目审批、融资贷款、权证办理等）诸多方面积累经验，完善政策，为出台相应地方性法规和日后农村集体土地的市场流转创造条件。

本所主任李宗猛律师因在工程建设方面具有资深经验，应邀担任这一探索项目的法律顾问。

七、本所举行年度总结大会

2011年1月28日，事务所举行年度优秀律师、年度优秀员工颁奖大会。

李红俊律师被评为“2010年事务所年度优秀律师”。李律师勤勉敬业，锐意进取，执业过程中多次获得客户好评。

王颖玲助理工作任劳任怨，认真负责，为事务所提供了较好的后勤支持，被评为“2010年事务所年度优秀员工”。

事务所主任李宗猛博士为李红俊律师、王颖玲助理颁发了荣誉证书。

建设工程价款优先受偿权浅议

□ 文 / 上海元始律师事务所 李宗猛律师

工程款优先受偿权是法律对施工企业的特别保护。合同法第286条规定，发包人逾期不支付工程价款的，承包人可以与发包人协议将该工程折价，也可以申请人民法院将该工程依法拍卖。建设工程的价款就该工程折价或者拍卖的价款优先受偿。最高人民法院为解决司法实践中产生的问题，对上述条款又以司法解释（法释〔2002〕16号）的形式进一步明确，“人民法院在审理房地产纠纷案件和办理执行案件中，应当依照《合同法》第286条的规定，认定建设工程的承包人的优先受偿权优于抵押权和其他债权。”因此，工程款的优先受偿通常被认为是一种法定优先权，其立法初衷在于解决拖欠工程款，保障建筑企业工人的基本生存权。

尽管工程款存在法定的优先受偿权，但在司法实践中未能得到优先保护的案例仍占多数比例。笔者针对经常碰到的问题，集中说明如下。

第一，优先受偿权是否适用所有项目？

对于按照建设工程的性质不宜折价、拍卖的项目，比如道路、桥梁等市政工程，学校、医院等公益性工程，以及不能单独处置的绿化工程等，承包人难以主张优先受偿权。

第二，优先受偿权的行使时间是否有限制？

承包人须在法定期间内行使优先受偿权。根据《最高人民法院关于建设工程价款优先受偿权问题的批复》第四条的规定，承包人行使优先受偿权的期限为6个月。优先期限的起算时间为：自合同约定的竣工之日或实际竣工之日起计算。《批复》所规定的6个月的期限，应当为除斥期间，不存在中止、中断和延长的情形。比如，某个总承包工程的合同工期是2008年3月1日至2010年7月31日。若实际完工时间为2010年6月15日（提前完工1个半月），则优先权的期限自合同约定的完工日期（7月31日）起算6个月，亦即优先权至2011年1月31日止。若实际完工日期为2010年10月15日（延迟完工2个半月），则优先权的期限自实际完工日（10月15日）起算6个月，至2011年4月

15日止。

工程款优先权超过六个月未行使即告丧失。在工程实践中，工程竣工后施工企业提交结算报告，发包方通常会拖延审核，六个月内很难结算完毕，而一旦过期再主张优先权则法院不予支持。因此，工程完工后，若施工单位发现建设单位在结算过程中缺乏信誉、蛮不讲理地克扣工程款或有可能丧失付款能力，应在六个月内及时起诉。

第三，烂尾楼工程价款是否具有优先受偿权？

工程款优先权并不以工程竣工为必要条件。对于烂尾楼工程，承包人为工程建设支付民工工资、购买材料、提供机械而实际支出费用，亦应依法享有优先权利。需要注意三个方面：一，优先权的行使亦有时效，从合同约定的竣工日或者停工退场之日起六个月计算；二，承包人所施工的工程须质量合格（如未通过整体验收，则分部分项工程应该验收合格）；三，如承包人对工程停工烂尾存在过错，须承担相应责任。

第四，建设工程施工合同的实际施工人能否直接向发包人主张优先受偿权？

若实际施工人是实际上的承包人（比如挂靠施工、转包施工等），承担了总承包工程的全部施工义务，应当根据《合同法》第286条之规定，享有优先

受偿权。

如果实际施工人只是总承包聘请的工人（施工班组）或者分包合同的承包人，则不能按照《合同法》的规定享有总承包人的优先受偿权，不能主张拍卖、变卖建设单位的房屋优先受偿；而仅能根据层层发包合同的约定，享有发包合同赋予的权利。

第五，总承包工程价款存在优先受偿，对于发包人（建设单位）直接聘请的专业分包单位，比如幕墙、铝窗、钢结构、消防等专业分包工程，是否同样享有优先权利？

专业分包工程本质上属于建设工程。将专业分包工程款适用优先受偿权的原则，符合《合同法》第286条的立法本意。在专业分包工程中，正是因专业分包企业（优先权人）之工作行为而使原先之不动产增值，故其与建筑工程应属同一法理。在发包人拖欠的专业分包工程价款中，除专业分包施工所需要的材料费外，相当一部分是承包人应当支付的工作人员的工资和其他劳务费用。因此，将专业分包工程款纳入建设工程款优先受偿的范围之内，有利于保护广大劳动者及时获得劳动报酬的权利。

但是，不同性质的专业分包，其受偿情形存在差异：

一、新建工程：对于建设单位聘请的专业分包单位，一般享有优先权利。但是，专业分包工程款的优先受偿权，应仅限于因专业分包而使该建筑物增加的价值范围内。在司法实践中，因专业分包而使建筑物增值的范围，一般应当根据当事人双方的合同约定来判断，如果合同中约定了洽商变更的条件及例外情形，则常常需要借助于司法鉴定来综合判定。

二、改扩建工程：

1. 专业分包工程的发包人必须是该建筑物的所有权人，或者发包人虽然不是所有权人，但建筑物的所有权人与专业分包工程的承包人之间已经形成合同关系。专业分包工程总是依附于已经完成或基本完成的建筑物之上，因此，专业分包工程的发包人一般应当是该建筑物的所有权人，这是专业分包工程的承包人行使优先受偿权的基础和前提。

2. 在司法实践中，常常有一些发包人并不是专业分包工程所依附的建筑物的所有权人，而是以租赁、联营等方式实际占有和使用该建筑物的占有人（例如租赁别人的房子来开设酒吧、歌厅、浴场或作一般办公之用等，由承租人聘请专业装修单位、空调单位、消防单位等进行施工），对这些专业分包工程





承包人的优先受偿权应当进行合理限制，即该专业分包工程未征得建筑物所有权人同意担保的前提下，该专业分包工程的承包人不享有优先受偿权。

如发包人虽然不是专业分包工程所依附的该建筑物的产权人，但产权人愿意为该专业分包工程的发包人承担连带保证责任，足以认定其知道并同意承包人承包其专业分包工程，且产权人与专业分包工程的承包人之间已经形成新的合同关系。此时，即可认定该保证合同成立，承包人就该专业分包工程的工程款享有优先受偿权。

由于房屋产权人愿意为承租人提供连带担保的例子极为少见，因此对于这类租赁房子“借鸡生蛋”的项目，专业分包单位多数情况下不享有优先受偿权，面临的风险也比较大（发包方租房后经营不善，致使无力支付工程款、甚至连房租也付不出来的例子，我们曾多次碰到）。专业分包单位在订立合同、签证、结算、工程款追讨等方面都需要采取较强的力量和措施。

第六，建设工程合同包括工程勘察、设计、施工合同。勘察费、设计费是否在优先受偿范围内？

一般认为，虽然合同法规定建设工程合同包括工程勘察、设计、施工合同，但这三类合同所包含的意义是不同的。最高人民法院《关于建设工程价款优先受偿权问题的批复》的本意是为了保护民工的利益，保护弱势群体在施工行业中的稳定性，避免因拖欠工程款影响了民工的工作、生活，避免对在建工程造成不必要的隐患。而勘察单位、设计单位与建设单位形成的是因提供技术服务而产生的债权债务关系，因为勘察、设计资质要求更为严格，且这些单位往往是国家控制或者授权的专业机构，其债务并不影响到身后若干弱小群体的利益保护问题，因此不能将勘察、设计单位与建设单位之间形成的债权债务关系按照《合同法》第286条之规定，判定他们享有优先受偿权。

第七，履约保证金、带资款、垫资工程款是否可以主张优先权？

依照最高院的司法解释，承包人可以主张优先受偿的建筑工程价款包括承包人为建设工程应当支付的工作人员报酬、材料款等实际支出的费用，不包括承包人因发包人违约所造成的损失。因此，承包人自行购买材料、支付工资、设备租金等实际垫资施工的工程款，可以主张优先受偿。

对于承包人以现金形式支付给发包人的履约保证金，以“借款”或者其他名义划入发包人账户的带资款，则不在优先受偿范围内，承包人须充分注意其中的风险。

第八，优先权的效力是否及于已被法院查封、冻结的建设工程？

由于法院查封、冻结建筑工程的依据往往是发包人对外负有债务或者在建筑工程上设定了抵押权，而工程款优先受偿权优于抵押权和一般债权。因此，对于法院已采取了查封、冻结措施的建设工程，承包人仍可以向法院提出申请参与分配，主张工程价款优先受偿。

第九，优先权是否可以放弃？

一般说来，工程款优先权不可无条件全盘放弃。发包人在申请在建工程抵押贷款时，银行会要求发包人提供施工企业作出放弃优先权的承诺。放弃优先权

的承诺是否有效，此前曾有争议，目前的主流观点是，承包人尽管在合同中放弃优先权，但毕竟工程涉及到大多数的建筑工人，并非承包人一人的权利。所以，为了得到工程承包权，承包人以牺牲大多数建筑工人利益的方式换取暂时的权利，应当认定该行为无效。发包人、承包人之间涉及的是经营损益，而承包人与广大工人之间却涉及到工人及其家属的生存权利，生存权利的保护要比经营权利的保护更为重要，因此优先权不可无条件全盘放弃。

至于实践中存在的发包人要求承包人放弃部分工程的优先权，若剩余工程的价值仍大于欠付承包人的工程款，或者发包人另行提供担保以保障承包人工程款安全，则放弃优先权的行为应该有效。但无论如何，承包人在放弃优先权之前，应审慎判断由此产生的后果及风险。

第十，法院会主动援引优先受偿权判案吗？

民事诉讼一般实行不告不理的原则。如果施工企业在诉讼时仅提出判令发包方支付工程款和违约金（利息），而没有提出优先受偿权的请求，法院不会主动判决施工企业具有优先受偿权。在丧失优先受偿权的情况下，工程款往往难以全部清偿。因此，起诉

时主张优先权应有明确的优先受偿诉讼请求，也就是请求法院确认施工企业对建设工程拍卖、折价的价款享有优先权利。

需要注意的是，承包人的优先受偿权优于抵押权和其他债权；但是，“消费者交付购买商品房的全部或者大部分款项后，承包人就该商品房享有的工程价款优先受偿权不得对抗买受人”，也就是说，承包人不能主张拍卖、变卖已经销售给消费者的房屋。因此，诉讼中施工企业提出请求确认优先权的同时，仍要申请法院对所建工程进行查封。因为不申请的话，建设单位仍然可以将房屋进行销售、转让；而一旦转让，消费者支付款项后，工程款优先受偿权就失去了基础。



卉木本是无情物 牵动长江万里愁

□ 文 / 上海元始律师事务所 李宗猛律师

咏杭州之词，当以柳永《望海潮》为最。相传金主完颜亮听唱“有三秋桂子，十里荷花”以后，羡慕钱塘的繁华，遂起投鞭渡江之志。金人屡次南侵，给南宋造成了深重的灾难，山河破碎，千里哀鸿，姜夔《扬州慢》称，“自胡马窥江去后，废池乔木，犹厌言兵”。宋廷无力抵抗，宋人谢驿写了一首诗：“谁把苏杭曲子讴，荷花十里桂三秋。卉木本是无情物，牵动长江万里愁。”将金人洗劫的罪过归于杭州的山川草木太太好了。

国力衰弱、抗击无力自是南宋招人欺凌的主因，荷花桂子不过是国破之余无可奈何的伤悼罢了。建筑市场上，施工企业招受欺压的例子不胜枚举。不少企业吃了亏，没有反思己方失误之所在，而是简单地讲“对方不讲信誉”，与宋人归罪于花草树木如出一辙。这种习惯性思维若是不改正，今后在合同签署及履行过程中依旧不设防的话，吃亏上当仍然在所难免。

从我们处理的众多案例来看，施工企业遭受损失主要有以下五个方面的主因：

一、因轻信而未签合同

包工头张某组建施工班组，与王某合作承接工程。王某做土建，张某做安装。施工合同由王某出面与甲方签署，工程款也由王某领取；王某领取工程款之后，再将张某应得的安装价款支付给张某。张某与王某是邻村的人，向来熟悉，相互之间也没有签合作协议。前面几个小工程王某还算是守信誉，没有拖欠张某的安装款，但工程做大之后王某一拖再拖。张某无奈起诉，王某没有出庭，王某的律师在法庭上声称“我们不认识张某”。张某没有任何承接工程的记录，前面的款项支付都是现金，也没有其他象样的证据，判决结果可想而知。气急的张某打电话给王某“我算是认识你了”。“认识你”所花费的代价太大了，至今张某一分钱没有讨到；民工多年来一直向张某逼债，弄得张某连家都不敢回，灰头土脸。

没有设防，引他国起觊觎之心。没有证据，亦促使他人起赖债之念。

二、合同先天不足

由于建设单位的主动地位，施工合同中的霸王条款、不平等条款普遍存在，施工企业对建设单位的违约行为普遍感到无可奈何。为减少其中风险，施工单位还是应该对合同条款进行分析，是“一般性”的不平等，还是“根本性”的隐患。如属根本性的问题，则合同签署前应该慎重衡量其中风险。某化工厂安装工程招标，招标文件第19.2条写明：“本工程将经过社会审计和国家审计等二次审计或多次审计，最终的决算按国家审计核定价格确认。”在投标之初，我们即提醒施工企业，两次审计严重损害承包方利益，而且以国家审计作为结算依据对承包方更为不利：国家审计的结论可能比市场合理价格低得多（如果合同中没有明确约定以国家审计作为结算依据，则承包方可按社会审价结果申请价款，国家审计的结论可以不作为结算依据）；从时间上来看，社会审价有明确的时间限制（一般在工程竣工之后几个月完成），国家审计的时间不能确定（要看审计部门抽查到这个项目，还要看审计部门人员的时间安排），国家审计完成的时间可能在项目竣工后一年或几年之后才能完成。果不其然，该项目

2008年完工后，至今尚未进行国家审计。因此，若以国家审计结论作为结算依据，如果国家审计部门忙不过来，工程排不上国家审计单位的日程安排，则施工单位拿到工程尾款可能遥遥无期。

三、重实利、轻程序而招致损失

施工企业靠传统经验、以传统模式进行管理的比较常见。不需要提醒，所有施工企业对经济签证的申办都比较积极，但在程序方面则容易疏忽。常见的失误有以下三个方面：

第一，对合同约定的期限不以为然。建设工程施工合同示范文本对于工程量月报、变更工程价款、索赔的申报及审核时效都有明确的约定。施工企业超期未申报的，视为放弃权利；建设单位逾期未回复的，视为认可。许多施工企业没有将时效放在心上，但是应该知道，对于超期的签证、索赔事件，即使不进入诉讼或仲裁程序，在双方协商过程中，承包人谈判时也处于十分不利的地位，曾有浙江某特级企业在工程完工后申报1800多万元签证、建设方只签认100多万元的例子。

第二，忽视书面证据。当事人对自己的主张负有举证义务；举证不能的，须承担不利的后果。尤其是在法庭上，当事人单凭“某年月日开会时，甲方承诺的”，“某年月日我们多次电话催促的”，这些口头话语均不能作为呈堂证据。对方答应条件，应该以会议纪要的形式固定下来；拖延支付的，可以书面催促对方；拒绝签收的，可以用挂号邮寄方式送达。

在书面证据方面，最常见的失误有四个方面：

一是工期签证。百分之百的企业都会去做经济签证，但是百分之九十的企业都没有做工期延误签证，一旦被甲方以延误为由要求罚款时，难以对抗。

二是通知。例如如果对方未按期付款、我方要求停工，则在停工之前一定要发出催告函，尽合同约定的通知义务。这样的函件要求比较高，最好是专业人员代为拟定。

三是辩解。比如建设单位要求维修、而责任并非我方，定要书面发函告知对方，而不能单纯电话回复。

四是申请。比如隐蔽验收申请、竣工验收申请，定要采用有记录的报告(当面签收或者挂号邮寄)催促建设方。这样在建设方拖延验收的时候，验收申请报告递交之日视为竣工之日，对保护施工企业有利。没有这样操作的施工企业，吃亏的教训太多了。

第三，没有时效观念。民事权利的一般保护时效



是两年，过了时效就是对方赖帐的最好借口。某企业为上海国际赛车场有限公司实施钢结构工程，2004年完工，剩余300多万元工程款。碍于领导面子，施工单位一直没有去书面催款；实在拖不下去了，到2009年才去起诉。庭审中，对方态度极为强硬，而且拒绝调解。请注意，该案中对方是国有大企业，仍然以诉讼时效作为抗辩(意思是“过了诉讼时效，我们的款项就不用支付了”)；为民营企业的建设方施工，过了时效的工程款就更玄乎了。

注意时效还有一个目的是防止时过境迁，债权无从着落。有一家施工企业，我们了解到，2009年夏天他们的应收工程款是8450万元；到2010年3月份，应收款为1亿元；到2010年9月份，应收工程款达到1.25亿元。律师多次提醒，需要注意债权时效，企业才拿出三个陈年烂账项目。经查对，青浦的一个项目，发包人的公司都已经注销了，追讨欠款何从谈起(浙江的两个项目，也已经过了诉讼时效)。律师提醒剩余的债

权需要整理，对于时效可以用很客气的催款函延续起来；但是企业可能还是没有听进去，称“我们已经安排几个副总去负责催收了”。光是电话或口头“催收”，其时效仍是令人担忧。

四、垫资借款或履约担保过重而投鼠忌器

由于市场竞争的压力，施工企业有时明知垫资、借款存在风险，但为承接工程而不得已答应开发商的垫资、借款或保证金要求。垫资方与建设方按理说有投桃报李的关系，但是，也有不诚信的建设方变本加厉地克扣垫资方的例子。某企业为承接工程，答应以履约保证金名义借给建设方1100万元，而且其利率按一年存款基准利率结算，结构封顶后30天内一次性返还本金和利息。按照存款利率去借1100万元，这样的好事并没有填满建设方的欲壑。借的款(保证金)支付后，建设方才邀请施工企业进行实质性谈判：按照93定额下浮8%；所有材料价格按照2010年5月份的信息价固定不予调整(钢筋、混凝土除外)；再将所有可能存在富余利润的地方(比如土方工程、排水工程、桩基工程、安全文明施工措施费、开办费、人工费补差等)全部包死，包死的价格甚至比正常市场价还低。在谈判过程中，施工单位察觉不对，但保证金已付，退出来亦不甘心，咬着牙硬上了。到下半年，材料价格

大幅度上涨，亏损已成定局。停下来又担心对方没收保证金，不停下来又难找到增补、索赔的口子。

本案中，施工单位操作不当，主动权逐步沦丧是主因。抛开借款的风险不说，即使要借钱，也是先将合同条件谈透；合同谈清楚了，觉得有利可图，才承接工程，再将保证金支付过去。像本案这样，先将保证金支付过去，确实是解决了建设方的燃眉之急，但我方却丧失了谈判的筹码，难免遭人步步进逼，受制于人。

五、“人为刀俎，我为鱼肉”，过高的违约责任成为施工企业的心头之痛

某企业承接一住宅工程，施工合同约定：“承包人须向发包人缴纳500万的履约保证金；工程延期10天以上(含10天)、15天以内，扣罚保证金的1/3；工程延期15天以上(含15天)、20天以内，扣罚保证金的1/2；工程延期20天以上(含20天)，扣罚全部保证金。同时，每延迟一天，承包人承担每天该幢楼工程总造价的2‰的赔偿”。我们计算了一下，如果延迟20天，按照合同计算，每延迟一天，施工企业要承担延误赔偿金59万元。工程完工结算之后，建设单位的处罚通知下来了，累计要扣罚150多万元的赔偿金。施工单位去甲方理论，甲方说严格按合同执行，扣罚1000万元也不止，现在只罚150万元已经是法外施恩了。





所以，象这样过高违约责任的合同，在签订合同之初即需要慎重。如因承接工程而迫不得已签署，在合同履行过程中即要保留足够的证据，比如对方履行合同不约定、不可归责于承包人的第三方影响等可以合法顺延工期的证据。前面案例，好在施工单位在施工过程中保留了部分证据，可以用来抗辩甲方的违约处罚。若是一点证据也没有，这样的罚款是很难应对的。

还有一些绝对不能签署的违约条款。一类是过高的延期付款责任。某企业购买钢筋，付款协议上写

明，延迟付款一天，按照欠款金额的每天2.5%支付利息。之后，由于建设单位延迟付款，施工单位拖欠了100多万元的钢筋材料款。钢筋供应商起诉施工企业，没有按照每天2.5%，而是按照每月2.5%要求违约金。一审法院酌情确定违约金为18万多元。二审法院就按照每月2.5%判决了68万多元的违约金。施工单位懊悔不迭，按照月息2.5%(相当于年息30%)到哪里不能融资。所以说，违约金过高时，施工企业的风险很大。虽说过高的违约金可以请求法庭酌情减少，但此时处罚权在法官手上，罚多罚少施工单位完全不能控制。

另一类是实体权利的违约处罚。比如，前几天有某消防工程招标，招标单位要求投标企业承诺“若我司弄虚作假虚报工作量或虚报材料数量的，对虚报的部分，发包人有权不予结算，且我司应当按照虚报数量与实际数量差额的3倍向发包人支付违约金”。像这样的条款绝对不能答应。施工单位申报的结算价不可能与实际审定价完全一致(如果施工单位的结算价与审定价完全一致，所有的审价单位都可能关门，审价单位收费的主要来源就是审价核减部分的费用)。日后结算时，假设施工单位申报结算500万元，审定下来为430万元，对方认为虚报70万元，扣除后承包单位仅能得到 $(430-70 \times 3=220)$ 万元。施工单位连本钱都收不回来。防止高估冒算是对的，但也不能采取对方所设想的极端办法。施工企业可以与对方协商，按照上海市物价局834号文件，若工程量超出实际审价数据，对于核减额超出5%的部分，所发生的审价费用由施工单位承担。如果对方不肯妥协，像这样的标不投也罢。

挂靠转包的新情况

□文 / 上海元始律师事务所 李宗猛律师

工程承包市场上，挂靠、转包、内部承包、以设立分公司名义借资质施工等现象仍然普遍存在，实践中也出现了一些新情况、新案例，给挂靠企业带来了较大的风险。风险不仅仅在于上述承包合同的违法性及可能招致建筑业管理办公室查处的问题，更大的风险在于挂靠者、分包人利用现行法律的规定，不法侵害被挂靠单位的利益。

施工企业将工程进行转包、分包给没有资质的施工单位、或者分包给个人(为行文便利计，上述合同主体的另一方以下均称实际施工人)，所订立的施工合同均属无效。从表面看来，“合同无效时，当事人请求参照合同结算价款，应予支持”，似乎施工企业仍只须按照无效合同向实际施工人支付工程价款，并无多大的额外风险。但其实不然。

在当前的司法实践中，对于转包、无资质分包等无效承包合同的情况，若实际施工人对外拖欠设备租赁款、材料款、再分包工程价款、民工工资，法院基本上判决发包的施工企业与实际施工人一道对外承担连带责任。即使施工企业将已全部分包工程款支付给实际施工人，施工企业仍不能免责，法院非常有可能判定总包清偿对外欠付的款项(至于施工单位声称已经支付给实际施工人，施工企业可再向实际施工人追偿，但是这种追偿的难度可想而知)。所以施工企业可能面临双倍支付的风险，风险程度远大于开发商(开发商仅在欠付工程款范围内承担责任，如开发商已经将款项支付给总承包单位，下面的实际施工人、材料商等追索不到开发商的责任)。

不仅如此，由于愈来愈多的实际施工人已经熟知上述法律关系，个别的实际施工人甚至利用这种无效挂靠分包合同，更大限度地侵害挂靠企业的利益。最近碰到的有以下几种典型的案例：

一、移花接木，将实际施工人的个人债务转嫁为公司债务

赵某本身代表一个不入流的施工企业，在昆山某地承接工程时，拖欠了160多万元的材料款。之后赵某挂靠上海某一级施工企业，并以其名义在青岛设立分公司承接工程。昆山材料商向赵某追讨欠款时，赵某想出了一个“妙计”，材料商的欠款数字他全部认

下来，但是以青岛分公司的名义与材料商重新订立了供货合同，签署了送货单、验收单、结算单，而将昆山项目的合同、账单全部收回。材料商只要账款有着落，很默契地配合赵某办妥了全部手续。有心算无心之下，赵某与材料商的文书想必会做得非常完备。若材料商以这些合同、结算单等起诉上海企业(总公司)，判决的结果可想而知。

可能会有人认为，赵某这种行为是否会涉嫌犯罪。但要知道，多数企业对挂靠的实际施工人、项目管理部、分公司都是疏于管理的，要取得对方违法的证据极为困难。即使施工企业对所有材料用量进行核算，对方也可以声称管理不善、材料损耗过高等，施加处罚的难度是很大的。

二、两手一摊，遗留债务公司买单

天飞公司为增加公司名义产值，允诺钱某以该公司名义在江苏淮安设立分公司，按照分公司承接工程的产值，收取5%的管理费，双方讲明分公司独立核算，经营风险、收益由分公司承担。天飞公司心想，反正不花什么本钱，分公司有业务最好，没业务也不会有什么负担。谁知一年下来，没有收到一分钱管理费，反而收到一张混凝土供应商的传票。判决结果天飞公司支付28万元的材料款。这笔钱在天飞公司的要求下，钱某还是付出来了。

天飞公司心想，钱某负责这样的分公司不是事

儿，将分公司的印章从钱某那儿收回，并告知钱某不能再以分公司名义承接工程；但是，天飞公司没有去当地办理分公司的工商、银行、税务注销手续，钱某还是分公司的法人。天飞人员离去后，一转眼钱某又刻制了全部的分公司印章，在不通知天飞公司的情况下又承接了工程。这个工程做下来，情况更夸张了，一个工程净亏损至少400多万元，多个分包单位、材料商都将天飞公司告上法庭。天飞去找钱某，钱某两手一摊，“工程确实没有做好，家里也没有什么财产，案子你们看着办，如果需要我承担责任的，等我日后挣了钱，再归还公司”。

三、恶意签单，将挂靠企业当成提款机

孙某以德旺公司名义承接黑龙江某浴场施工。德旺公司因为是朋友关系，也不收取管理费，400多万元的工程款由黑龙江方面直接支付给孙某个人银行卡。工程完工后，孙某仅支付了100多万元的材料款、民工工资，欠付18家单位200多万元的债务。在18家单位围追堵截孙某未果，采用各种激烈手段追索德旺公司。德旺公司无奈替孙某偿还了200多万元的欠款，去找孙某时，孙某已经离婚，一无所有。

更为恶劣的是，18家单位的事情平息没多久，又有一个姓林的女士前来起诉灯具材料款。德旺公司明知林女士与孙某是同居关系，街坊、保安都有证言，所提供的由孙某手写的合同、结算单明显有倒签日期的嫌疑。与法官沟通时，法官两句话将德旺公司噎了回去，“情妇难道就不可以供应灯具？给孙某的全权委托书是不是你公司盖章的？”判决结果，一审、二审德旺公司均告败诉。

恶意签单的行为近来有愈演愈烈的架势。在我们处理的众多案例中，凡是实际施工人有意将工程债务转嫁给公司时，几乎有一半情形下，实际施工人所签署的材料商供应单、分包价款结算单存在猫腻。但是，由于实际施工人基本是独立操作，挂靠企业要分辨其真伪，并追查到可供法庭质证的可靠证据难度太大，而法庭、仲裁庭通常又倾向于同情弱勢的施工班组、分包商等，基本上是判定企业承担责任。

实际施工人向关联户多签单、恶意转移债务等，被挂靠企业无奈超额支付，企业再向实际施工人追索时、实际施工人无履行能力，这样就形成了一个向被挂靠企业吸血的死循环。实际施工人如果讲诚信，不会将麻烦牵引到公司；将责任转移到公司，已经是打算不讲信誉了；既然不讲信誉，那么斩一回是一回。

这是好多不诚信实际施工人的思维逻辑。在现有的法律框架下，企业若是没有妥善的应对之道，吃亏上当在所难免。以下几条是最基本的防范之策：

第一，不要因为好大喜功而遍地开花设立分公司，尤其是以分公司之名、行挂靠之实的情形。无论与挂靠者的内部约定如何，法律规定分公司的债务由总公司承担，被挂靠单位对外是不能免责的。设立分公司前，对分公司负责人(挂靠者)的人品、履约能力均需有充分的了解。

第二，尽可能采用合法的分包，包括分包给有资质的专业单位或者劳务分包。有效的承发包合同，是防止下家不法侵害的最有力的“防火墙”。

第三，在任何情况下，不能包而不管。监管应该至少注意五个方面：一是安全，若出工伤事故，企业轻则受罚，重则降级；二是质量，防止偷工减料、粗制滥造，影响企业信誉；三是用工，督促挂靠者规范用工，缴纳保险，工资发放到岗到人；四是分包，要求所有采购合同、专业分包合同、民工班组合同均须经企业审核、备案，并核查真伪，是否有遗漏；五是付款，定期检查、核实实际施工人对外支付分包工程款、材料设备款、劳务分包款的情况。所有监督、检查、核实工作不能流于形式，必要时果断采取措施。

第四，让实际施工人提供担保。由于承包企业实质上要对实际施工人在工程履行过程中的债务承担连带责任，一定形式的担保还是必要的，尤其是目前司法环境下，个别看起来符合法理的判例导致社会诚信的缺失。对一些信誉、实力不大了解的承包商，若无担保，宁愿不选择他们作为分包商。选择担保时，尽可能让实际施工单位的法定代表人或负责人以个人财产对该分包合同所负债务承担完全连带保证责任(企业是有限责任，很容易将公司关闭而逃避债务)。并须注意担保的合法性、有效性、可执行性，比如以房产作为担保，单独将房产证作为抵押没有用处(权利人很容易可以去补办一张产证)；订立一纸合同声称将房屋抵押给企业也不能产生效力(不动产抵押须在房地产中心登记才能生效)；如果是实际施工人的唯一自有住房，即使办理了抵押登记手续，日后实现抵押权的可能性也不大(理论上可以，但实际操作中极为困难)；即使实际施工人有多套住房，他也可以将其他几套住房先卖掉，唯一一套抵押的住房，他可以让一家人搬进里面，让抵押权人难以执行。所以，对于涉及一些比较专业的担保形式，施工企业可以事先咨询专业人员的意见。

ZHUAN JIA JIE HUO



专家解惑

□ 文 / 上海元始律师事务所汇编

1、总承包人与无资质的施工组签订的劳务分包合同，如在施工过程中该劳务分包的施工人員发生事故时，总承包人是否要承担责任？

【解答】

依据《建筑法》第45条和《建设工程安全生产管理条例》第24条的规定，总承包人应对施工现场安全负责，总承包单位依法将建设工程分包给其他单位的，分包合同中应当明确各自的安全生产方面的权利、义务。总承包单位和分包单位对分包工程的安全生产承担连带责任。如果是因分包单位不服管理导致发生生产安全事故，由分包单位承担主要责任。

因此，对于劳务分包的施工组的生产安全，总承包单位承担一定的责任，一、如果劳务分包合同有效，且明确了安全生产方面的权利、义务，约定了劳务分包人对自己的施工安全负责的话，一旦发生生产安全事故，应该由劳务分包人承担主要责任；二、如果劳务分包合同无效，发生生产安全事故，责任由总承包承担。

2、案例：一个建筑的工程分包合同约定：分包单位的变更签证工程量虽由总包单位审核确定，但最终以业主单位确认为准。后虽实际增加了工程量(有证据)，但总包单位未认可，且业主认可的更少，分包单位对此有异议。

【问】该条约定是否有效？能否以显失公平为由撤销？在已过撤销申请时效的情况下，如何否定该条约定？

【解答】

(1) 工程量及变更价款虽有总包、分包合同约定，却又约定由总包单位确认，并由业主单位确认为准，的确对每个分包单位是不公平的，难免有受制于人的感觉。但类似条款如果得出显失公平、损害承包人权益的结论，其实也不能完全确定。异议人申请撤销，可能理由不够太扎实。如果某个条款明显损害了相关当事人的权益被申请撤销是可行的，关键是理由与结果之间的关系是否密切。

(2) 既然以撤销权改变相关条款有一定难度，无论在撤销权申请时效之内，还是已过撤销申请时效，可以考虑按处理建筑工程承包案件的通常做法，即由异议人对工程量、工程价款结算提出鉴定申请，按实际工作量结算价款。这样可以避免因合同某个条款理解、解释认识上的差异和矛盾。如果分包人对工程量增加提供证据，申请鉴定，应当得到人民法院的支持。

3、施工承包合同约定工程款以固定价结算，根据司法解释，如一方提出工程造价鉴定的人民法院不予支持。但现在发包人提出了工程造价鉴定，法院支持了，并要求双方提交相关工程施工资料，承包人提出异议。（承包人为原告，发包人为被告）

【问】 (1)承包人因不同意鉴定，可否拒绝提交工程资料？(2)有何途径纠正法院的错误决定？

【解答】

2005年1月1日起实施的法释[2004]14号《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22条规定，当事人约定按照固定价结算工程价款，一方当事人请求对建设工程造价进行鉴定的，不予支持”。因而，一般情况下，工程施工任务确定之后，承发包双方均应严格履行合同约定的义务，在工程竣工之后，按明确约定的固定价或标准结算工程价款，其中一方请求对工程造价进行鉴定的，人民法院不予支持。

但是，该司法解释第23条规定，“当事人对部分案件事实有争议的，仅对有争议的事实进行鉴定，但争议事实范围不能确定，或者双方当事人请求对全部事实鉴定的除外”。该规定实际是肯定了当事人对案件事实有争议的，有权申请鉴定。例如中途改变设计方案，增加或减少工程量的；因设计者不可预料的情形，客观上施工难度增加的；因物价上涨，导致施工成本大幅上涨，均可依实际进行鉴定。故而，只要当事人请求鉴定理由正当，另一方不得抗拒提交工程资料，否则，应承担不利后果。人民法院决定鉴定的行为确有错误的，可通过提出异议程序加以纠正。

4、案例：甲和乙订立工程承包合同，由乙按甲方设计要求包工包料在丙地现场建造钢结构大型贮水罐若干座。因罐体出现锈蚀，甲拒付乙部分工程款作为补偿。为此，乙在乙所在地法院起诉甲催讨被扣工程款。甲提出管辖异议，认为合同是工程承包合同，发生地在丙地而非乙地，要求移送甲地或丙地法院管辖。但乙地法院认为是承揽合同，驳回甲诉求。

【问】 是承揽合同还是工程承包合同？

【解答】

对于承揽与工程承包的区别，主要从工程性质而言，从大的方面看工程承包亦具有承揽性质，但我们所说的《合同法》上的承揽则一般指的是动产制作，附有特殊要件的制作。工程承包则指的是不动产的建造，例如房屋建筑，特殊工业用设施的建造，需要进行建筑材料的重新组合制造新的建造物的。

因此，贮水罐建设属于建筑工程承包范畴，不应属于一般的承揽合同范畴。对于该类案件的管辖，应由建筑施工主要工作完成所在地，或者被告所在地法院管辖；而不应由原告所在地法院管辖。本案由于原、被告与施工地均不在同一地，宜由施工地所在法院管辖为宜。

5、案例：甲方以开发其土地为条件，引进乙方作为出资方，乙方提供全部开发资金。乙方在开发过程中资金不足，经甲方同意将其合同权益转让给丙方，丙方为此支付乙方全部前期投入并增加新的资金开发。现丁方因承包挖土工程与乙方签订协议，因乙方拖欠工程款，起诉乙方，要求还款，以甲方、丙方为第三人要求承担连带赔偿责任。一审法院以合同相对性原则为由，判决乙方承担，甲、丙方不承担责任。二审法院，以公平



为原则，认为工程所有者及使用方从工程中受益，对一审判决改判，判决甲、丙方对乙方负清偿责任，承担连带赔偿责任。

【问】 甲方、丙方不是合同一方，丙方支付了对价，二审法院这样判决是否恰当？

【解答】

问题关键点出在乙方转让工程时，未能将所有债权债务告知甲方、丙方，如因工程方还有其他未尽事宜，甲方、丙方不会同意乙方收取转让款后离开，丙方更不会轻易同意支付全部款项。尽管在合同关系上甲方、丙方与乙方的合同关系无涉，也不存在过错行为，但毕竟施工方向工程进行了投入，在追索乙方未果的情况下，鉴于甲方、丙方都会从该工程中受益，从公平原则出发，以及保护施工单位及其员工合法权益出发，二审法院判决甲方、丙方承担连带赔偿责任是妥当的，甲方、丙方承担责任后有权向乙方进行追偿。

6、案例：A防水公司为B公司做防水处理，双方签订了协议，该协议中除规定了A公司如果质量出现漏水等问题应承担违约责任及负责保修外，另外协议还单独写了一条，即工程完工之后如发现漏水一处则由A公司赔偿B公司50万元。5年后，A公司因B公司拖欠A公司20万元工程款项提起诉讼，诉讼过程中B公司又提起反诉，称漏水2处，要求法院按合同规定判A公司赔偿B公司100万元，并提供物管公司有关漏水证据。

【问】 A公司应如何处理？

【解答】

A、B公司应当在合同中约定合理的维修期限，不能一概讲只要漏水就要每处赔偿50万元。特别是合同履行结束后5年了，难免因客观情况变化，引起漏水的情况。所以，反诉纠纷产生于双方约定不明，导致A、B公司对合同条款理解上的不一致。该问题即使交给法官判断，也必然会提出这样的问题，是否有必要约定一个合理的期限予以处罚，处罚的力度有多大，不应当悖离客观实际情况作出结论。因此，每漏一处罚50万元的条款应当从公平原则加以考量，且应当从维护双方利益出发，避免发生争议金额过大，使一方当事人难以承受的结果。

企业劳动人事专题

□ 文 / 上海元始律师事务所汇编

1、如何区分雇佣关系和承揽关系？

『解答』雇佣合同，是雇员从事雇主授权或者指示范围内的劳务活动，雇主支付报酬的合同。承揽合同，是约定一方为他方完成工作，他方在承揽方交付独立完成的工作成果后支付报酬的合同。雇主对雇员存在身份上的支配关系和从属关系，而承揽关注的是工作成果，当事人双方没有身份上的约束。雇佣关系和承揽关系均属于基于劳务合同产生的法律关系，但两者的归责原则不同，雇主责任为替代责任，且系严格责任；而承揽合同则基本上属于过错责任，定作人对承揽人致人损害，仅在定作或者选任、指示有过失时，承担赔偿责任。区分两者的意义在于审判实践中存在一些边际案型，不易区分。

具体来说，可以综合下列因素，结合案件具体情况予以认定：(1)当事人之间是否存在控制、支配和从属关系；(2)是否由一方指定工作场所、提供劳动工具或设备、限定工作时间；(3)是定期给付劳动报酬还是一次性结算劳动报酬；(4)是继续性提供劳务，还是一次性提供劳动成果；(5)当事人一方所。提供的劳动是其独立的业务或者经营活动，还是构成合同相对方的业务或者经营活动的组成部分。上述标准之(1)学理上称为“控制标准”，(2)、(3)、(4)称为“契约形态标准”，(5)称为“组织标准”。如当事人之间存在控制、支配和从属关系，由一方指定工作场所、提供劳动工具或设备，限定工作时间，定期给付劳动报酬，所提供的劳动是接受劳务一方生产经营活动的组成部分的，可以认定为雇佣。反之，则应当认定为承揽。

2、用人单位能多次“试用”同一劳动者吗？

『解答』1995年实施的《劳动法》第二十一条规定：“劳动合同可以约定试用期。试用期最长不得超过6个月。”按照《劳动法》规定，职工在试用期内达不到录用条件，用人单位可以随时解除劳动合同，并且不用支付经济补偿金。正是由于现行法律的疏漏，劳动者权益受到侵害无法得到保护。

《劳动合同法》对试用期有了更为详细的规定：劳动合同期限三个月以上不满一年的，试用期不得超过一个月；劳动合同期限一年以上不满三年的，试用期不得超过二个月；三年以上固定期限和无固定期限的劳动合同，试用期不得超过六个月；同一用人单位与同一劳动者只能约定一次试用期；试用期的工资，不得低于本单位相同岗位最低档工资或者劳动合同约定工资的百分之八十，并不得低于用人单位所在地的最低工资标准；试用期中，用人单位不得解除劳动合同的情形。

用人单位违反本法规定与劳动者约定试用期的，由劳动行政部门责令改正；违法约定的试用期已经履行的，由用人单位以劳动者试用期满月工资为标准，按已经履行的超过法定试用期的期间向劳动者支付赔偿金。

3、用人单位能扣押劳动者的身份证吗？

【解答】用人单位招用劳动者，不得扣押劳动者的居民身份证和其他证件，用人单位如违反本法规定，扣押劳动者居民身份证等证件的，由劳动行政部门责令限期退还劳动者本人，并依照有关法律规定给予处罚。此外，单位也不得要求劳动者提供担保或者以其他名义向劳动者收取财物，如违反本法规定，以担保或者其他名义向劳动者收取财物的，劳动行政部门可责令用人单位限期退还劳动者本人，并以每人500元以上2000元以下的标准处以罚款；给劳动者造成损害的，还应当承担赔偿责任。

4、合同期内“不得结婚、不得生育”的约定有效吗？

【解答】林女士大学毕业后被某公司聘用。公司要求她签订一份为期5年的劳动合同，其中有一条约定，她在合同期内不得生育，否则公司有权解除劳动合同。当时林女士求职心切，虽然心里不满意，可还是在合同上签字了。后来她在合同期内怀孕了并打算要孩子，公司以其违反劳动合同为由将其辞退。

该公司的做法显然是错误的。根据《劳动合同法》规定，违反法律的规定无效，《劳动法》第18条也规定，违反法律、行政法规的劳动合同无效。该公司限制林女士5年内不得生育违反了《婚姻法》的规定，所以是无效的，对合同双方均没有约束力，所以该公司不能以其违反此约定为由将其辞退。

此外，有的单位规定员工在合同期内不能结婚，这也是无效的条款。



5、单位能强迫劳动者加班吗？

『解答』《劳动合同法》第31条规定：用人单位应当严格执行劳动定额标准，不得强迫或者变相强迫劳动者加班。

此外，《劳动法》第41条规定：用人单位由于生产经营需要，经与工会和劳动者协商后可以延长工作时间，一般每日不得超过1小时。因特殊原因需要延长工作时间的，在保障劳动者身体健康的条件下延长工作时间每日不得超过3小时，但是每月不得超过36小时。《劳动法》第38条规定：用人单位应当保证劳动者每周至少休息一日。

对企业违反法律、法规强迫劳动者延长工作时间的，劳动者有权拒绝。

6、补休代替加班费合法吗？

『解答』职工正常工作时间为每日工作8小时，每周工作40小时。

《劳动法》规定，休息日安排劳动者工作又不能安排补休的，支付不低于工资200%的工资报酬。

由此可见，休息日安排劳动者工作，企业可以首先安排补休。在无法安排补休时，才支付不低于工资200%的加班费。休息日一般是指双休日。当企业能够安排职工补休时，职工应当服从。这既保护了劳动者的休息权，又利于职工的身体健康，也使职工及时恢复体力投入新的工作，有利于安全生产。法定节假日加班，不能安排补休，单位必须按照日工资基数的300%支付加班工资。

7、单位在哪些情形下可以进行经济性裁员？

『解答』《劳动法》规定，用人单位只有在濒临破产进行法定整顿期间或者生产经营状况发生严重困难时才可以裁员。《劳动合同法》除延续《劳动法》以上规定外，补充增加了三种单位可以裁员的情形：

- 1) 企业转产、重大技术革新或者经营方式调整，经变更劳动合同后，仍需裁减人员的；
- 2) 其他因劳动合同订立时所依据的客观经济情况发生重大变化，致使劳动合同无法履行的。
- 3) 为了与《企业破产法》的规定衔接，《劳动合同法》修正了《劳动法》中“用人单位濒临破产进行法定整顿期间可以裁员”的规定，而规定单位在“依照《企业破产法》规定进行重整”时可以裁员。

8、劳动者“兼职”，单位可以解除劳动合同吗？

『解答』劳动者同时与其他用人单位建立劳动关系，对完成本单位的工作任务造成严重影响，或者经用人单位提出，拒不改正的，用人单位可以解除劳动合同。劳动者与其他单位建立劳动关系（以下简称“兼职”），用人单位解除劳动合同的，需要具备以下条件之一：

- 1) 兼职对完成本单位工作任务造成严重影响；
- 2) 用人单位对兼职提出反对意见，劳动者拒不改正。

这两个条件都需要用人单位提供相应的证据予以证明。

需要注意的是，单位以职工兼职提出解除劳动合同的情形，仅限于劳动者与用人单位之间属于全日制的劳动合同关系，而且无论其所“兼职”的是全日制劳动关系还是非全日制劳动关系，用人单位均可适用上述规定。

9、严重违反单位的规章制度，单位可以解除合同吗？

【解答】职工严重违反用人单位的规章制度，用人单位可以解除劳动合同。

劳动者严重违反用人单位的规章制度，用人单位解除劳动合同的，需要用人单位事先在规章制度中明确规定哪些情况属于“严重情形”，且可以解除劳动合同。只有在劳动者严重违反劳动纪律或用人单位规章制度的情况下，用人单位才可以以此理由与劳动者解除劳动合同。

需要注意的是，当用人单位以劳动者“严重违反单位的规章制度”为由与劳动者解除劳动合同时，其前提必须为该“规章制度”是经过合法程序制定，并提前曾向劳动者公示或者告知，是合法、有效，对劳动者具有约束力的。

10、用人单位辞退职工，哪些情形下可以不支付经济补偿？

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

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

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

11、合同到期单位不续签，需支付经济补偿吗？

【解答】《劳动合同法》规定，固定期限劳动合同期满后，用人单位不再与职工续签而导致劳动合同终止时，用人单位应当向劳动者支付经济补偿。当然，如果用人单位维持或者提高劳动合同约定条件续订劳动合同，劳动者仍然不同意除外。

上述规定是《劳动合同法》的一个新突破，该规定可以使用用人单位慎重考虑终止聘用员工，以经济手段引导用人单位与劳动者订立长期或者无固定期限劳动合同，鼓励长期、稳定的劳动关系。

12、劳动者在哪些情况下需要承担违约责任？

【解答】违约金作为承担违约责任的主要形式，一向是用人单位绑住劳动者的“紧箍咒”。

但按照《劳动合同法》的规定，在用人单位和劳动者的劳动合同约定中，严格限定了违约金的约定条件，规定单位只有在“培训服务期”和“竞业限制”这两种情形下，才能设定违约金。也就是说，除非劳动者在约定的培训服务期满前离职，或违反了保密协议、竞业限制的约定，否则劳动者无需向单位支付任何违约金。

公司法务

□ 文 / 上海元始律师事务所汇编

1、案例：原合同中约定甲方有权单方面解除合同，现甲方已向违约方乙发出书面解除通知，违约方乙也收到了该通知，但双方又想恢复原合同的效力。

【问】(1)前述解除合同的通知能否撤销？(2)若双方就“撤销解除合同的通知”达成合意，此时原合同效力如何？(3)原合同的保证人在问题(2)的这种情况中是否仍承担保证责任？(4)债务人基于原合同的保证向担保人提供的反担保是否仍然有效？

「解答」

(1) 解除合同通知可以撤销，但其撤销行为应当征得违约方同意。既然合同约定甲方有权解除合同，甲方通知在乙方收到时即已生效，此时合同宣告解除。若要恢复合同效力，甲方应与乙方协商，在乙方同意时，合同自然可以恢复，解除合同通知视为已撤销，效力消灭。

(2) 双方同意撤销解除合同通知，原则上原合同效力恢复，但不是必然恢复，而是协商恢复，因为撤销了通知等于授予乙方谈判权，主动权转移至乙方，乙方态度决定原合同是否全部复效，还是个别条款会被修改。

(3) 由于解除合同通知已经到达乙方，此时合同解除，保证人按约定承担保证责任抑或免责。当甲、乙双方同意恢复合同效力时，保证人责任不一定恢复，如果恢复保证责任，则需经保证人同意，保证人不同意的，合同恢复效力后保证人不再承担责任。

(4) 如果保证责任与原合同效力同时恢复，则乙方的反担保效力同时恢复。如果保证责任未恢复，反担保即成为空中楼阁，失去了反担保的对象，只能是另行确定新的担保人，并明确反担保对新保证发生效力。

2、公司工商备案公章与实际使用公章不一致，如何处理？

「解答」

实践中，有的公司有两套以上的公章，在工商部门登记备案的公章与实际使用的公章不一致，在签订合同时用实际使用的公章，如发生纠纷，就主张签订合同的公章是虚假的，与工商登记备案的公章不一致。法院审判实务认为，这种行为是违反行政管理规定的行为，应当受到行政处罚。但就民事行为的效力而言，只要有证据证明签订结算协议书时加盖的公章就是该公司实际使用的公章，即使与备案公章不一致，对公司也具有法律约束力。结算协议的另一方只需通过举证证明签订施工合同与签订结算书使用的是同一公章或者该公司在其他实际履行的协议中也使用了该公章即完成了举证责任。

3、案例：企业已停产十年，欠银行债务1400万元，欠职工债务500万元，其他债务80万元，2006年5月11日该企业将其仅有的财产6亩土地使用权及附着物与甲签订了一份“兼并协议”（实际是6亩土地使用权的转让协议）并交企业100万元定金；2006年5月12日法院执行企业时（因另一案强制执行）将这6亩土地查封；2007年3月5日企业将6亩土地中的半亩转让给了乙，签订了“转让协议”。乙在使用时被甲阻止。现职工要求用6亩土地财产来支付欠职工债务；法院要执行；甲要求企业履行“兼并协议”；乙要求企业继续履行“转让协议”，该怎么办？

「解答」

企业停产10年，拖欠银行、职工等大笔债务，实际已经资不抵债。此种情形，债权人、企业均可依《企业破产法》之规定向人民法院申请破产。人民法院应当按破产程序处理该企业的财产。

首先，企业仅有的6亩土地使用权可经拍卖依法予以转让，提存转让价款，用于满足拖欠职工的500万元工资等债务；如有剩余，需要缴纳拖欠税收，有担保的债权，最后才是一般债权。

第二，对于企业将6亩土地使用权售予甲的情况，应根据实际加以审核，如果转让价格符合当地市场价格，应当认定转让有效，由甲向企业交纳转让款，按法律规定的偿付程序办理。如果转让价款偏低则应按无效处理。

第三，在法院查封后企业擅自转让其中半亩的行为显然无效，应当按无效转让原则处理。最后，法院的执行应当根据法律规定的程序办理，不能将该6亩土地使用权变现后仅满足个别债权人权益。



4、执行董事落选后拒不交出公章、营业执照，其他股东能否起诉，应如何处理？

「解答」

执行董事拒不交出公章、营业执照实际上就是违背了公司章程，也违背了《公司法》关于董事应当履行的相关义务的规定，对于董事不履行应尽义务的情形，公司特别是股东会、董事会可根据《公司法》的规定、公司章程的规定采取一定的措施加以解决。对于确实难于解决的，公司有权向人民法院提起诉讼要求执行董事归还占用的或者擅自拿走的公章、营业执照等。当然，如果公司通过决议向工商行政管理部门申报并在媒体上挂失，以此杜绝执行董事的违法、违规行为，并通过重新刻制公章、申领营业执照等办法加以解决，也是可行的。

5、有一家公司借我们公司一笔款子，只有公司盖章和经办人签字，该合同是否有效？

「解答」

合同上盖章、签字为成立、生效的形式要件，但不一定必须由法定代表人签字。合同经过公司法定代表人授权以公司名义签署是很正常的。

因而，在一般工程承包合同中，只要有公司加盖公章、经办人员签字，能够被认定为表见代理的，该类合同应当被认定为有效。但如果重大、特殊合同，则须有公司书面授权，或经请示后由公司正式确认。

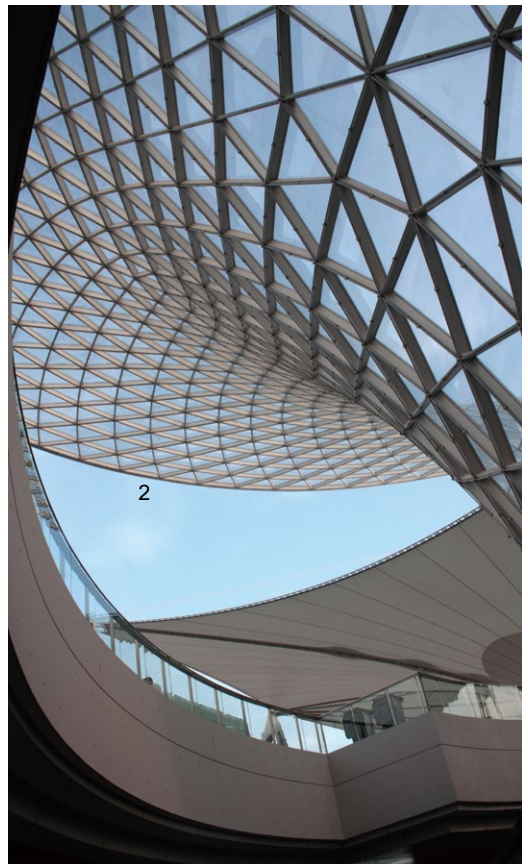
对于借款等金融类合同，除上述合同应具备的一般形式要件之外，贷款方须有人民银行批准授予的从事金融业务的特别许可证，否则，所签合同可能会因违法而被认定为无效。

6、当事人在合同中约定违约方应当支付违约金，但未约定违约金计算标准的，如何处理？

「解答」

对当事人没有约定违约金计算标准的，可以参照中国人民银行规定的金融机构计收逾期贷款利息的标准计算违约金，具体可表述为：“按中国人民银行规定的同期逾期贷款利率计算。”

对于违约金标准的确定，一般是尊重当事人的意思自治，由其自行约定，也可以在发生纠纷后由其自行协商一个标准。对于以下几种情况，则要考虑：一是违约金约定过高的，可以参考实践中的一般性标准予以调整；二是对于违约金标准过低，不足以弥补当事人损失的，可以予以适当调高；三是对于未约定违约金的，则在判决时可以不判定违约方向对方支付违约金。



最高人民法院关于 审理民事案件适用诉讼时效制度若干问题的规定

诉讼时效，是指民事诉讼中，权利人请求人民法院保护自己的合法民事权益的法定期限。一般债权的时效为两年。超过了诉讼时效，虽可提起诉讼，但所主张的权利不受法律保护，不能被法院支持，即丧失了胜诉权。以下是最高法院司法解释的全文，附有部分专业律师的批注。

为正确适用法律关于诉讼时效制度的规定，保护当事人的合法权益，依照《中华人民共和国民事诉讼法通则》、《中华人民共和国物权法》、《中华人民共和国合同法》、《中华人民共和国民事诉讼法》等法律的规定，结合审判实践，制定本规定。

第一条 当事人可以对债权请求权提出诉讼时效抗辩，但对下列债权请求权提出诉讼时效抗辩的，人民法院不予支持：

- (一) 支付存款本金及利息请求权；
- (二) 兑付国债、金融债券以及向不特定对象发行的企业债券本息请求权；
- (三) 基于投资关系产生的缴付出资请求权；
- (四) 其他依法不适用诉讼时效规定的债权请求权。

第二条 当事人违反法律规定，约定延长或者缩短诉讼时效期间、预先放弃诉讼时效利益的，人民法院不予认可。

第三条 当事人未提出诉讼时效抗辩，人民法院不应就诉讼时效问题进行释明及主动适用诉讼时效的规定进行裁判。

第四条 当事人在一审期间未提出诉讼时效抗辩，在二审期间提出的，人民法院不予支持，但其基于新的证据能够证明对方当事人的请求权已过诉讼时效期间的情形除外。

当事人未按照前款规定提出诉讼时效抗辩，以诉讼时效期间届满为由申请再审或者提出再审抗辩的，人民法院不予支持。

第四条对诉讼时效抗辩权的行使阶段进行了规定。

在对该本条第一款规定进行理解时，应注意其包括两层涵义：第一，一般情形下，当事人一方在一审期间未提出诉讼时效抗辩，在二审期间提出的，人民法院不予支持。第二，在遵循前述基本原则的基础上，基于实体公正与程序公正相统一的原则，司法解释规定了例外情形，即如果在二审期间该当事人有新的证据足以证明权利人的请求权已过诉讼时效期间而提出诉讼时效抗辩的，人民法院应予支持。应予以注意的是，该例外情形须同时具备两个条件：一是必须义务人基于二审新的证据提出诉讼时效抗辩；二是必须义务人基于该二审新的证据足以证明权利人的权利已过诉讼时效期间。

除此之外，对第一款的理解，还应注意以下几点：第一，在一审期间，当事人一方已明确表示其放弃诉讼时效抗辩权或者以其行为可以认定其放弃诉讼时效抗辩权的，根据“禁反言”原则，其在二审期间提出诉讼时效抗辩的，即使有新的证据证明

诉讼时效期间已经经过，人民法院也不应予以支持。第二，例外情形的适用前提是义务人在一审期间未提出诉讼时效抗辩。如果义务人在一审期间已经提出诉讼时效抗辩的，则其在二审期间基于新的证据提出诉讼时效抗辩的，对该抗辩当然应该予以审理，但至于是否支持，则应视其证据是否充分而定。第三，义务人在二审期间提出诉讼时效抗辩人民法院应予审理的情形，不应区分上诉主体，即无论是义务人上诉还是权利人上诉引发二审程序，均应适用。第四，关于诉讼时效抗辩权在一审、二审期间的具体行使阶段问题，司法解释并未明确限定，实务中由法官在个案中自由裁量。

关于该条第二款的理解应注意以下两点：第一，当事人一方未按照第一款的规定提出诉讼时效抗辩，在判决生效后，基于诉讼时效抗辩权申请再审的，人民法院不予支持，而无论当事人是否基于新的证据申请再审。原因在于：该条第一款的规定实质是将诉讼时效抗辩权的行使阶段限制在原审期间，亦即如果在该期间届满后行使诉讼时效抗辩权，人民法院不予支持，即使当事人有再审新的证据足以证明诉讼时效期间已经经过。其理由为：诉讼时效抗辩权的行使本身有违于诚实信用这一债务履行的基本原则，故对于该权利的行使期间应进行合理限制，表现在其行使阶段问题上即为可规定其应在一定期间内行使。鉴于在原审审理期间，当事人已有合理期间行使诉讼时效抗辩权，故可将行使期间限制在原审期间，这样规定，也有助于实现程序的安定性和稳定社会交易秩序。应予以注意的是，这里的原审期间，既可能是一审期间也可能是二审期间，因为，在司法实务中，存在着一审终审和二审终审两种情形。

在对该款进行适用时，还应注意的是：我们规定当事人未按照前款规定提出诉讼时效抗辩，以诉讼时效期间届满为由申请再审或者提出再审抗辩的，人民法院不予支持的前提一定是当事人一方在原审期间未提出诉讼时效抗辩。如果其已提出诉讼时效抗辩，但未获支持，而基于再审新的证据证明诉讼时效期间已经经过申请再审，且符合申请再审条件的，则应予支持。

第五条 当事人约定同一债务分期履行的，诉讼时效期间从最后一期履行期限届满之日起计算。

第五条对同一债务分期履行的诉讼时效期间起算进行了规定。

在对本条规定进行理解时应注意把握以下两点：第一，本条是对给付分期履行债务中的某一笔债务请求权的诉讼时效期间起算点的规定，而非对给付全部债务请求权的诉讼时效期间起算点的规定，后者当然应从最后一期履行期限届满之日起算诉讼时效期间。第二，本条适用的情形是对同一笔债务约定分期履行。所谓同一笔债务，是指该债务在合同订立之时即已经确定，时间因素对其内容和范围不再起作用，受到时间因素影响的只是履行的方式。该类债务的典型表现形式为约定分期还款的借款之债等。

第六条 未约定履行期限的合同，依照合同法第六十一条、第六十二条的规定，可以确定履行期限的，诉讼时效期间从履行期限届满之日起计算；不能确定履行期限的，诉讼时效期间从债权人要求债务人履行义务的宽限期届满之日起计算，但债务人在债权人第一次向其主张权利之时明确表示不履行义务的，诉讼时效期间从债务人明确表示不履行义务之日起计算。

第七条 享有撤销权的当事人一方请求撤销合同的，应适用合同法第五十五条关于一年除斥期间的规定。

对方当事人对撤销合同请求权提出诉讼时效抗辩的，人民法院不予支持。

合同被撤销，返还财产、赔偿损失请求权的诉讼时效期间从合同被撤销之日起计算。

第八条 返还不当得利请求权的诉讼时效期间，从当事人一方知道或者应当知道不当得利事实及对方当事人之日起计算。

第九条 管理人因无因管理行为产生的给付必要管理费用、赔偿损失请求权的诉讼时效期间，从无因管理行为结束并且管理人知道或者应当知道本人之日起计算。

本人因不当无因管理行为产生的赔偿损失请求权的诉讼时效期间，从其知道或者应当知道管理人及损害事实之日起计算。

第十条 具有下列情形之一的，应当认定为民法通则第一百四十四条规定的“当事人一方提出要求”，产生诉讼时效中断的效力：

（一）当事人一方直接向对方当事人送交主张权利文书，对方当事人在文书上签字、盖章或者虽未签字、盖章但能够以其他方式证明该文书到达对方当事人的；

（二）当事人一方以发送信件或者数据电文方式主张权利，信件或者数据电文到达或者应当到达对方当事人的；

（三）当事人一方为金融机构，依照法律规定或者当事人约定从对方当事人账户中扣收欠款本息的；

（四）当事人一方下落不明，对方当事人在国家级或者下落不明的当事人一方住所地的省级有影响的媒体上刊登具有主张权利内容的公告的，但法律和司法解释另有特别规定的，适用其规定。

前款第（一）项情形中，对方当事人为法人或者其他组织的，签收人可以是其法定代表人、主要负责人、负责收发信件的部门或者被授权主体；对方当事人为自然人的，签收人可以是自然人本人、同住的具有完全行为能力的亲属或者被授权主体。

第十一条 权利人对同一债权中的部分债权主张权利，诉讼时效中断的效力及于剩余债权，但权利人明确表示放弃剩余债权的情形除外。

第十二条 当事人一方向人民法院提交起诉状或者口头起诉的，诉讼时效从提交起诉状或者口头起诉之日起中断。

在对本条进行理解时应注意把握以下三点：

第一，该条规定意在解决在认定“提起诉讼”这一诉讼时效中断事由时，如何界定诉讼时效中断点问题，即时效应从提交起诉状或者口头起诉之日起中断。

第二，该条并未表明只要当事人提起诉讼，诉讼时效即当然因提起诉讼行为而中断。一般而言，权利人提起的诉求应为符合我国《民事诉讼法》第一百零八条规定的起诉要件或者特殊诉讼要件的合法之诉，或者虽未完全具备上述要件，但其具备的起诉要件已足以证明权利人以提起诉讼的方式向适格义务主体主张争议的权利的，则起诉可导致诉讼时效中断。因此，在认定撤诉、不予受理或者被裁定驳回起诉的情形下，起诉是否具有诉讼时效中断效力时，均应以上述标准作为认定的标准，而不能绝对地认定其具有诉讼时效中断的效力或者不具有诉讼时效中断的效力。

第三，这里的提起诉讼，不仅包括权利人提起民事诉讼的情形，也应包括权利人提起刑事附带民事诉讼等情形。此外，如果权利人为保护民事权利提起行政诉讼，即使提起的行政诉讼不被受理，但如果仅是其对案件性质认识错误，但主张的对象、事实理由均无错误，则也应认定其提起行政诉讼的行为对于民事权利具有诉讼时效中断的效力。

第十三条 下列事项之一，人民法院应当认定与提起诉讼具有同等诉讼时效中断的效力：

- （一）申请仲裁；
- （二）申请支付令；
- （三）申请破产、申报破产债权；
- （四）为主张权利而申请宣告义务人失踪或死亡；
- （五）申请诉前财产保全、诉前临时禁令等诉前措施；
- （六）申请强制执行；
- （七）申请追加当事人或者被通知参加诉讼；

(八) 在诉讼中主张抵销；

(九) 其他与提起诉讼具有同等诉讼时效中断效力的事项。

第十四条 权利人向人民调解委员会以及其他依法有权解决相关民事纠纷的国家机关、事业单位、社会团体等社会组织提出保护相应民事权利的请求，诉讼时效从提出请求之日起中断。

第十五条 权利人向公安机关、人民检察院、人民法院报案或者控告，请求保护其民事权利的，诉讼时效从其报案或者控告之日起中断。

上述机关决定不立案、撤销案件、不起诉的，诉讼时效期间从权利人知道或者应当知道不立案、撤销案件或者不起诉之日起重新计算；刑事案件进入审理阶段，诉讼时效期间从刑事裁判文书生效之日起重新计算。

第十六条 义务人作出分期履行、部分履行、提供担保、请求延期履行、制定清偿债务计划等承诺或者行为的，应当认定为民法通则第一百四十条规定的当事人一方“同意履行义务。”

第十七条 对于连带债权人中的一人发生诉讼时效中断效力的事由，应当认定对其他连带债权人也发生诉讼时效中断的效力。

对于连带债务人中的一人发生诉讼时效中断效力的事由，应当认定对其他连带债务人也发生诉讼时效中断的效力。

第十八条 债权人提起代位权诉讼的，应当认定对债权人的债权和债务人的债权均发生诉讼时效中断的效力。

第十九条 债权转让的，应当认定诉讼时效从债权转让通知到达债务人之日起中断。

债务承担情形下，构成原债务人对债务承认的，应当认定诉讼时效从债务承担意思表示到达债权人之日起中断。

第二十条 有下列情形之一的，应当认定为民法通则第一百三十九条规定的“其他障碍”，诉讼时效中止：

(一) 权利被侵害的无民事行为能力人、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、丧失代理权、丧失行为能力；

(二) 继承开始后未确定继承人或者遗产管理人；

(三) 权利人被义务人或者其他他人控制无法主张权利；

(四) 其他导致权利人不能主张权利的客观情形。

第二十条对《民法通则》第一百三十九条规定的“其他障碍”进行了规定。

在对本条规定进行理解时，应注意以下两点：第一，所谓“其他障碍”应指在客观上阻止权利人主张权利的障碍，即客观障碍事由。由于该客观事由的发生，致使权利人主观上虽有主张权利的意思，但客观上无法主张权利。第二，其所规定的“权利人的意志被义务人或者其他他人控制不能主张权利”这一诉讼时效中止事由，主要指但不限于以下事由：1、义务人与权利人之间存在代表与被代表关系，简言之，义务人是权利人的法定代表人。2、权利人系义务人的控股子公司。3、权利人被义务人或者其他他人限制人身自由。4、义务人与权利人之间存在监护与被监护关系。

第二十一条 主债务诉讼时效期间届满，保证人享有主债务人的诉讼时效抗辩权。

保证人未主张前述诉讼时效抗辩权，承担保证责任后向主债务人行使追偿权的，人民法院不予支持，但主债务人同意给付的情形除外。

第二十二条 诉讼时效期间届满，当事人一方向对方当事人作出同意履行义务的意思表示或者自愿履行义务后，又以诉讼时效期间届满为由进行抗辩的，人民法院不予支持。

第二十三条 本规定施行后，案件尚在一审或者二审阶段的，适用本规定；本规定施行前已经终审的案件，人民法院进行再审时，不适用本规定。

第二十四条 本规定施行前本院作出的有关司法解释与本规定相抵触的，以本规定为准。

二一添作五



《湖海奇闻》：胠篋唯京师为最黠。有盗能以一钱诒百金者，作贵游衣冠，先诣马市，呼卖胡床者，与一钱，戒曰：“吾即乘马，尔以胡床侍。”其人许诺，乃谓马主：“吾欲市骏马，试可乃已。”马主谨奉羁勒，其人设胡床上，盗上马疾驰而去。马主追之。盗径扣官店，维马于门，云：“吾某太监家人，欲缎匹若干，以马为质，用则奉价。”店睹其良马，不之疑，如数畀之。负而去。俄而马主迹至店，与之争马，成讼。有司不能决，为平分其马价云。

译文：

《湖海奇闻》载：盗窃之人属京城的最为狡猾。有个能用一钱骗来百金的盗贼，穿着打扮像游历的豪贵之人，首先来到马市，叫来卖胡床的人，给他一钱银子，告知说：“我想骑上马，你用胡床供我踏脚上马。”那人答应了。盗贼又对卖马人说：“我想买一匹骏马，试好了以后才能买下来。”卖马人谨慎地把马络头和马缰绳给了他。卖胡床的人支起胡床，盗贼蹬在胡床上，翻身上马疾驰而去。卖马人慌忙紧紧追赶。盗贼直接跑到一家绸缎庄，把马拴在门口，对店主说：“我是某太监的家人，要绸缎若干匹，先用马作抵押，如看中了，就按价送钱来。”店主仔细看了那匹骏马，没有怀疑他的身份，就把绸缎如数拿给他。盗贼扛上就走。不一会儿，卖马人跟踪到绸缎庄来，和店主争马不休，直闹到官府打官司。官家也无法判决是谁的马，只好让双方平分了马价作罢。

评析：

“二一添作五”、“各打五十大板”，是数千年来官府断案的常用手段。时至今日，对于一些复杂疑难的案例，法官不能决断时，亦常采用类似手法。某装修工程，按照93定额下浮9%结算，管理费、人工、利润未约定；93定额的管理费取值范围为0~7%，法官指示按照平均值3.5%计取（总价下浮9%，人工费又按定额计取不补差，装修单位预计亏损超过百万元）。某基坑工程，建设单位强令施工企业提前开挖，冒险操作导致塌方，损失200余万元；施工单位拿不出建设单位违章指挥的书面凭证，法官判决双方各担一半损失，施工单位只好吃进哑巴亏。

工程情况错综复杂，意外事件时有发生。漫说对工程并不熟悉的法官，即使专业人员，有时亦难以评判。为避免“葫芦僧判断葫芦案”，事前约定清楚，是施工企业自我保护的不二法门。有取值范围的，约定具体的数额或者上限、中值、下限。有时间跨度的，约定明确的起点和终点（比如材料价格按照“基础垫层开始至结构封顶期间”材料信息价的算术平均值计取）。建设单位口头通知的，让其补发联系单，或自己主动办理签证单、核定单。“为之于未有，治之于未乱”，事前防范可以避免许多不必要的损失。（评析人：上海元始律师事务所李宗猛博士）

本所服务内容 \\\

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. 审核建设单位的投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。如有涉诉案件（包括：一审、二审、再审），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。

您在工程实践中， 若碰到疑难问题， 您可以：

1. 致电李宗猛博士，021-68407068，13901686274
2. 登陆本所网站：www.yslawfirm.com，点击“在线咨询”
3. 登陆李宗猛博客：<http://blog.sina.com.cn/u/2019971895>
4. 上门咨询：凭本刊至事务所，可享受一次免费咨询服务

加拿大

CANADA

投资移民新政出台， 加拿大绿卡可望一年取得

“孩子的天堂，老人的福地，最宜居的环境，全球通行的绿卡”是加拿大的口碑：

- ☉ 子女12年教育全免费，大学费用低廉
- ☉ 全家免费医疗，小病无忧，大病全保障。
- ☉ 健全的社会养老和福利制度。
- ☉ 国家鼓励生育，小孩享受政府牛奶金。
- ☉ 子女就读美国名校，并可自由去美国发展
- ☉ 国际身份，多一种选择，多一份自由。
- ☉ 由免签出入全球，且无需放弃国内生意。
- ☉ 全世界最适合人类居住的环境，友好安全的移民国家。



临渊羡鱼，不如退而结网。

若您有移民意向，敬请垂询本所涉外事务部 **王颖玲小姐：13764567818，021-68407066**；亦欢迎前来本所当面咨询。

涉外事务部是本所继房产开发部、工程建设部、诉讼仲裁部之后设立的第四个职能部门。本所各部门服务内容如下：

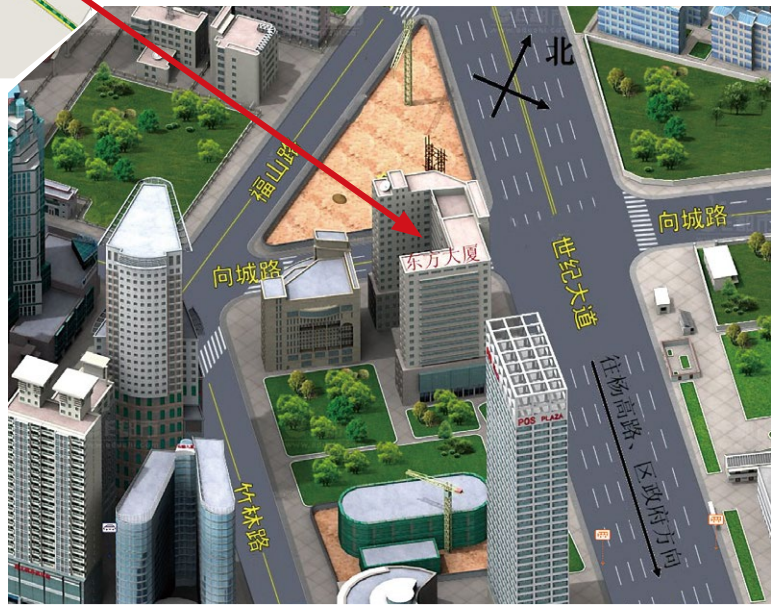
- 一、房产开发部：面向开发商（建设单位）提供法律服务。
- 二、工程建设部：面向施工企业、供应商提供法律服务。
- 三、诉讼仲裁部：处理各类诉讼、仲裁纠纷案件。
- 四、涉外事务部：为涉外投资、留学移民（美国、加拿大、澳大利亚、新加坡）提供法律服务。

来访路线 指南

地址：浦东新区世纪大道1500号东方大厦901室
 电话：021-68407068
 邮编：200122
 传真：021-68407466
 电子邮件：yuanshizixun@126.com
 网址：www.yslawfirm.com
 博客：http://blog.sina.com.cn/u/2019971895
 主任律师：李宗猛博士，13901686274



✓ 来访路线参考地图



如果您希望了解更多建设工程法律资讯，可致电上海元始律师事务所，咨询热线**68407068**、**13901686274**，或者登陆 <http://www.yslawfirm.com>、博客 <http://blog.sina.com.cn/u/2019971895> 李宗猛博士及事务所同仁愿竭诚为您服务。

声明：本刊所涉及事项截止于2011年1月31日。本刊所有署名文章均由本所《建筑法苑》编辑部独立撰稿，所有新闻资料均由编辑部汇编，上海元始律师事务所《建筑法苑》编辑部依法享有并保留所有版权。

诚然，我们在编撰本刊时，尽最大努力保证内容的准确和翔实。但是，工程实践中的情况千差万别，案情的细微差别、看似无关的证据缺失等，均可能对案件走向产生影响。因此，本刊所涉及观点并不能替代正式法律咨询和意见；发生争议时，不可简单参照本刊处理纷争。对具体问题，还是应该做具体的分析，必要时听取专业人员的意见。

士不可以不弘毅，任重而道远。

弘，宽广也。毅，强忍也。

非弘不能胜其重，非毅无以致其远。

《建筑法苑》

主 编：李宗猛

编 辑：王颖玲 韩 雪

编 委：朱顺喜 江立民 张伟宏 丁 静 李红俊

王娟梨 江爱华 廖 敏 童 林 顾颖颖

上海元始律师事务所

地 址：浦东新区世纪大道1500号东方大厦901室

电 话：021-68407068

邮 编：200122

传 真：021-68407466

电子邮件：yuanshizixun@126.com

网 址：www.yslawPrm.com

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

主任律师：李宗猛博士，13901686274