

# 建筑法苑

施工企业篇

上海元始律师事务所主办

2012年第1期总第10期



债权时效——关注企业的应收款安全  
如何应对投标幕后黑手  
借你一双慧眼，识别投资陷阱  
疑难案例专家解惑

# 工程建设领域的专业律师事务所

## 上海元始律师事务所

### ■ 核心业务

帮助施工企业处理签证索赔事项，参与结算谈判，并在发生纷争之后以诉讼或非诉方式追索工程欠款，是本所最核心的服务内容之一。

### ■ 专业团队

本所拥有众多经验丰富的资深律师。人品正直、勤勉敬业是本所选聘律师的首要标准。所有律师均接受过国内外著名学府的专业法学教育，一半以上律师拥有硕士或博士学位。多名合伙人具有十年以上中级人民法院或者高级人民法院主审法官任职经历。同时，本所还专门聘请了一批享有国际盛誉的设计师、工程索赔专家、工料测量师、著名大学法学院的资深教授作为本所的特别顾问。高层次的专业人才，成为本所向社会提供优质服务的基本保障。



### ■ 资深经验

我们服务过的客户包括众多中外知名企业。事务所先后为上海警备区新建重大工程、华森钻石广场、杭州东方商务会馆、连云港月光蝴蝶园、佳友维景大酒店、枫泾商业步行街、南汇金梅雅苑、张江润和国际总部园、启东东方银座大酒店、曹路镇四号地块大型住宅小区、香梅花园三、四、五期工程等数十个大型开发项目提供全过程咨询和法律服务，项目性质包括市政工程、酒店、办公楼、住宅、工业厂房、娱乐场馆等各类建筑，积累了丰富的实践经验，形成了知名的专业品牌。

### ■ 宽泛网络

通过长期的法律实践，本所与上海及周边省市的政府主管部门、司法机关、政法院校、行业协会、投资银行、房地产基金、海内外律师行、设计院、造价咨询公司、会计师事务所等单位建立了良好、深入的合作关系，为境内外客户提供卓有成效的法律服务构建了坚实基础。

### ■ 敬业服务

德以慎立，达由谨成。律师的专业能力和敬业态度在法律服务中的重要性已为世人所公认。兢兢业业，尽善尽美，与客户分享成功的喜悦，是每位元始律师始终不渝的追求。





## 主任律师 李宗猛博士

- 上海市建设功臣
- 浦东开发建设贡献奖
- 浦东新长征突击手
- 上海市重大工程记功个人
- 上海新经济组织优秀共产党员
- 浦东新区司法行政系统先进个人
- “创先争优，世博先锋行动”“五带头”共产党员
- 浦东新区律师党委优秀共产党员

李宗猛博士，上海元始律师事务所主任，知名工程管理专家，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、项目投资等非讼法律业务及诉讼与仲裁事务，服务内容涵盖房产开发过程中的土地使用权取得、动拆迁、项目转让、工程招投标、合同拟定、签证索赔、竣工结算、商品房销售等所有环节。对工程类合同有精深研究，多次为上海市工商局执笔起草示范合同文本。拟定的合同体系坚实严密，从事前防御的角度出发，构筑保护建设单位的“战略防御系统”，被喻为建设单位的防波堤。

李博士具有丰富的工程实践经验。李博士曾作为上海科技馆设计室主任兼施工室副主任，负责科技馆展示内容从设计到施工管理的全过程。APEC会议之后，李博士出任香梅花园工程总指挥，到任之后，大刀阔斧，20天开始试桩，3个月桩基完毕，6个月成功达到预售条件，两年时间项目销售产值跃居全上海销售榜第五位、浦东第三位，挽狂澜于既倒，在极为困难的情况下，实现近乎奇迹的任务。

近年来，李博士先后担任上海警备区、澳大利亚华森集团、博奥盛世集团、佳信房产、纬纳置业等五十余家境内外大型投资公司和房产公司的项目顾问及常年法律顾问，并先后承接了数百起有关房地产项目的融资、股权转让、项目参建、公司联营、工程款纠纷等方面的案件。处事严谨细致、坚韧不拔，多年来担当大事未尝败绩。

上海元始律师事务所

李宗猛 执行主任  
律师博士

地址：浦东新区世纪大道1500号  
东方大厦901室  
手机：13901686274  
E-mail:yuanshizixun@126.com

# 《建筑法苑》

2012年第1期总第10期 | 目录

## CONTENTS | 施工企业篇

律所新闻（2011年10月~12月大事记） ..... 1

债权主张超时效，法院判决不支持——关注企业的应收款安全 ..... 3

普通债权超过两年即不受法律保护。债权时效关系到施工企业的切身利益，不少企业在时效方面观念比较薄弱。超过时效的工程欠款，无论是谈判还是应诉，都处于被动地位。落后就要挨打，企业应该树立时效保护的意识。

如何应对投标幕后黑手 ..... 10

由于房产市场调控影响，新建开工项目渐有减少趋势，工程承包过程中的投标竞争更趋激烈。为达到中标目的，个别投标单位甚至不惜采取中伤、诋毁等不正当竞争手段。如何应对招投标幕后的黑手，以期避免损失呢？

借你一双慧眼 ..... 14

漂亮骗局表面的超额“利益”往往使施工企业在利令智昏下作出错误判断。本文分析最常见的三类陷阱及其应对方略：第一是高息的对外放贷，第二是为承接项目缴纳的投标保证金，第三是各种极有诱惑力的所谓“投资机会”。

专家解惑 ..... 16

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 ..... 22

公司法务 ..... 25

致谢栏 ..... 28

LV SUO XIN WEN



# 律所新闻

(2011年10月~12月大事记)

## 1、李宗猛博士应邀担任中国化学工程第十四建设有限公司上海分公司常年法律顾问

中国化学工程第十四建设有限公司成立于一九六四年，前身为中国人民解放军基本建设工程兵部队，是一支曾获得国务院嘉奖令的我国唯一的从事国家大型重点石油化工建设的专业化部队。一九八三年整编为中央直属的大型综合性施工企业，公司目前拥有化工石油工程、市政公用工程、机电安装工程、房屋建筑工程等施工总承包壹级及钢结构工程、管道工程、环保工程、消防设施工程等多项专业承包资质。

公司作为中央直属的大型综合性施工企业，业务领域宽泛，涵盖工程总承包、项目管理、设备采购及项目施工、煤化工、精细化工、能源、电力、食品、医药、基础设备、市政等诸多行业。在甲醇、多晶硅、LNG & CNG、仓储、烧碱、热电、氟化工等行业施工领域形成了明显的品牌优势。

十四化建在国际市场上也卓有信誉，近年来先后参与了沙特拉比格(RABIGH)炼油厂、孚宝亚洲公司(VOPAK Asia Pte Ltd)投资的越南APPV-II石化厂、越南国家石油天然气局投资建设的越南金瓯化肥厂及其他涉及外商投资的项目近百个，蜚声海内外。

## 2、李宗猛博士应邀担任中铁五局集团建筑工程有限公司上海分公司常年法律顾问

中铁五局集团建筑工程有限公司成立于1950年，房屋建筑工程总承包一级施工企业。在房地产开发、房屋建筑工程、装饰工程、桥隧、市政、建筑幕墙、送变电、机电设备安装等专业领域具有丰富的经验。技术力量雄厚，装备精良。作为老牌的国有劲旅，公司注重信誉，在建筑市场上有口皆碑。

近年来先后承建了洛阳火车站、航天部遵义汽车城、湖南省首幢“预应力砼叠合结构”科技示范工程(长沙天龍大酒店)、全国首例采用II型空腹夹层板施工工艺工程(贵州通源汽车有限公司综合楼)、深圳“九洲创展大厦”等重大项目，以及上海、广州等多个地铁工程。多次荣获国家级QC成果奖、全国用户满意工程、国家经济技术开发区突出贡献企业，以及建设部及各省市颁发的建设部优质样板工程、白玉兰奖、优秀工程奖等各类奖项数百个。

## 3、李宗猛博士应邀担任江苏启安建设集团有限公司常年法律顾问

启安建设集团成立于1959年5月，拥有国家机电安装工程施工总承包一级资质、房屋建筑工程施工总承包一级资质，以及机电设备安装、化工石油设备管道安装、钢结构工程、消防设施工程、管道工程专业承包一级资质以及压力管道安装、电力设施承装、锅炉安装、桥门式起重机安装许可资质。

公司从业人员近8000名，一、二级建造师235名，专业技术人员1000多名，施工地域涉足全国25个省(市)自治区，并在北京、天津、上海、南京、苏州、昆明、新疆、沈阳、长春等地设置区域管理公司。先后参与或承建了北京国家大剧院、上海虹桥枢纽、南京紫峰大厦、世博会展馆、南通韩华新能源、天津诺和诺德制药、上海通用汽车研发中心、苏州上海花城、盐城天澜湾、淮安威尼斯、昆明螺蛳湾商贸城、镇江荣德、南通韩华太阳能科技等重大工程建设项目。

公司荣获“鲁班奖”、“国优奖”4项，中国“安装之星”2项，“扬子杯”、“白玉兰”等省(市)级优质工程56项，并且连续7年获评全国“优秀施工企业”、江苏省建筑业“最佳企业”，2009、2010年连续荣登江苏省“建筑百强企业”建筑安装类榜首。

#### 4、李宗猛博士担任常年法律顾问的杭州博赛德酒店成功建成并对外营业。

杭州博赛德酒店位于著名的国际旅游城市杭州滨江区。酒店从立项规划设计之初，即立足于成为滨江区首屈一指的涉外商务酒店。2011年10月28日，酒店隆重开业。高贵、典雅的中庭、客户、餐饮、各类设施赢得来宾赞誉不绝。钱塘江畔增添了一颗璀璨明珠。

该酒店自2007年动工之初，即邀请李博士担任全过程法律顾问，在工程招投标、合同管理、签证索赔、竣工结算等诸方面为建设单位提供顾问和咨询。

#### 5、李宗猛博士应邀担任金大元集团（上海）有限公司常年顾问。

金大元集团是一家以开发大型精品住宅、商业办公及旅游酒店项目为主的境外独资房地产开发企业。集团早期开发的“金钟苑”是浦东华夏文化旅游区的标志性楼盘。开发的“金大元香梅花园”是浦东世纪公园旁国际化生态住宅，由著名侨界领袖陈香梅女士以自己的名字命名并亲笔题词。“金大元香梅花园”已成为海内外知名品牌，获得联合国住宅署颁发的“第九届全球国际花园社区人居奖”和“上海市优秀住宅金奖”等40多个奖项。集团目前正在兴建唐镇御珑公馆（获2010中国房地产品牌价值TOP10荣誉）、上海滨海温泉大酒店、昆山香梅花园等多个项目。

#### 6、李宗猛博士应邀担任柯融建筑装饰设计工程（上海）有限公司常年法律顾问

柯融建筑装饰设计工程（上海）有限公司是一家卓有声誉的从事装饰工程设计、施工的专业装饰设计工程公司。业务范围遍及国内和亚太周边国家。

#### 7、李宗猛博士应邀担任上海浦拓建设工程有限公司的常年法律顾问

上海浦拓建设工程有限公司是浦东最早获得国家房屋建筑施工总承包一级资质的施工企业。现有员工2000余人，拥有各类专业技术人员310人，中高级技术职称120人，一级建造师20人，二级建造师35人。公司多次获得过国家“市政金奖”、上海市“白玉兰奖”、上海市“市政金奖”、上海市“优质工程”、上海市“文明工地”、上海市总工会“红旗班组”、“浦江杯”、“东方杯”、“金鸡湖杯”、“琥珀杯”等奖项。

#### 8、李宗猛博士协助客户成功竞拍地块

这是上海第一个农村集体土地流转项目。上海市在农村集体流转方面步子较为慎重。政府希望通过该项目的实施，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。

（为保守客户的商业秘密，以下客户单位不予署名）

9、李宗猛博士为客户与商业伙伴合作开发房地产提供建议和咨询。

10、李宗猛博士、张伟宏律师代理的某建设集团工程款纠纷案顺利达成和解协议，建设单位已经履行了支付义务。

11、李宗猛博士、张伟宏律师代理的某公司工伤案圆满结案。

12、李宗猛博士为客户发生的重大交通事故案提供咨询和帮助。

13、李宗猛博士、张伟宏律师代理的某公司工程保证金一案调解结案。施工企业因轻信而交纳保证金，由此造成吃亏上当的不在少数。决策之前应该听取专业人员的意见。



# 债权主张超时效，法院判决不支持 ——关注企业的应收款安全

□ 文 / 上海元始律师事务所 李宗猛律师

上海元始律师事务所  
SHANGHAI YUANSHI LAW FIRM

## 基本案情

原告：阀门公司

被告：宏苑地产

2006年1月~7月，江东集团的项目公司（宏苑地产）向阀门公司先后采购数批阀门，供货完成后出具结算书一份，确认货款总额为98.68万元，约定当年10月底前付款。同年11月7日，宏苑地产向阀门公司支付了部分款项，剩余53.18万元未付。2010年7月28日，阀门公司以江东集团项目公司拖欠货款53.18万元未付为由，将江东集团告上法庭，请求法院判令江东集团给付欠款53.18万元及利息。法院审理后认为，宏苑地产具有法人资格，依法应独立承担民事责任，阀门公司起诉江东集团属主体错误的主张，遂以诉讼主体错误为由，裁定驳回了阀门公司的起诉。

2010年9月，阀门公司又以该项目公司（宏苑地产）为被告再次提起诉讼。庭审中，宏苑地产主张阀门公司诉称买卖合同发生在2006年，业已超过诉讼时效，依法丧失胜诉权，请求法庭驳回阀门公司的诉讼请求。2011年2月25日，法院做出一审判决，以阀门公司起诉时已超过诉讼时效，其提交的证人证言不能证明发生过诉讼时效中断的情形，阀门公司未在法定期限内依法行使诉权而丧失胜诉权为由，驳回了阀门公司的诉讼请求。阀门公司不服一审判决，向南江市中级人民法院提起上诉。2011年7月，南江市中院判决驳回阀门公司的上诉，维持原判。

## 分析与对策

明明向对方供应了阀门，对方也已签收了产品，办理了供货结算，而且工程已经竣工验收投入使用。证据清清楚楚，为什么材料款得不到呢？这个世界还有天理吗？

不少企业管理者对诉讼时效没有基本概念，或者在时效方面存在误区，认为法院不会根据时效驳回起诉。的确，在多数情况下，法院倾向于保护债权人的利益，对单纯时效抗辩的支持力度不大。但是，不能排除例外。如果法院依照诉讼时效的规定，判决驳回当事人的起诉，当事人即面临血本无归的结果；不论法官与对方当事人的关系如何，至少他依照时效驳回起诉有足够的法律依据，当事人连喊冤的地方都没有。

所以，单纯抱怨是没有用的。企业管理者应该了解：诉讼时效是什么？超过诉讼时效有什么后果？有什么办法延长诉讼时效？

### 一、诉讼时效的概念

诉讼时效对多数企业管理者来说，是个一知半解甚至完全陌生的概念。诉讼时效是指民事权利受到

《建筑法苑》——施工企业篇

侵害的权利人在法定的时效期间内不行使权利，当时效期间届满时，人民法院对权利人的权利不再进行保护的制度。在法律规定的诉讼时效期间内，权利人提出请求的，人民法院就强制义务人履行所承担的义务。而在法定的诉讼时效期间届满之后，权利人行使请求权的，人民法院就不再予以保护。当事人超过诉讼时效后起诉的，人民法院受理后查明无中止、中断、延长事由的，判决驳回其诉讼请求。

《民法通则》第一百三十五条规定，向人民法院请求保护民事权利的诉讼时效期间为二年，法律另有规定的除外。一般民事债权（比如工程款、材料款、设备租赁款）的诉讼时效即为两年。这个两年的时效，对绝大多数企业的应收款都至关重要，题述案例的阀门公司，就是因为起诉时超过两年的诉讼时效而被判决驳回起诉；至于其他方面的诉讼时效，我们列举于后，供各企业参考。

## 二、诉讼时效方面的常见误区

几乎每个企业都有数额不等的应收工程款和其他债权在外。国内企业习惯上通过电话或者当面追讨工程款，不少项目竣工三、四年之久工程款尚未支付到位。在当前经济形势下，这种做法存在较大的风险，因为发包方更容易以销售状况差、资金困难作为拖延支付的借口，甚至恶意拖过两年的时效期。

按照法律规定，诉讼时效从请求成立之日起计算；诉讼时效可因提起诉讼、当事人一方提出要求或者同意履行义务而中断，即可以因为起诉、请求或认诺行为导致时效中断，使已经经过的时效期间归零，诉讼时效期间重新起算。“电话催讨”或“当面催讨”不容易形成法律上的证据，达不到诉讼时效中断的后果，

为防止债权过期，企业可以根据诉讼时效的法律特点，采取针对性的预防措施。

## 三、策略与手段

第一，对于每一个工程，在工程完工后迅速确认债权。工程完工之后，企业自身应立即绘制完整的竣工图、提交正式的竣工结算送审稿，并安排专职预算人员配合发包方和审价单位的审价工作，审价过程中遗漏的资料立即补齐，不要给发包方留下拖延结算的借口，将工程总造价和未付款总额固定下来（与对方签署的《结算审定单》是最有力的证据）。在当前房地产调控、开发商资金紧张的大形势下，结算工作不能容许发包方一拖数月甚至数年之久，因发包方人员调动、证据湮灭、资金挪用等，均会给企业日后的债权追讨带来重重困难。

第二，对于存在较多施工项目的建筑企业，应该对所有工程项目的进展、结算、支付情况进行系统整理，避免遗漏事项。文末附一份检查对照表的样式，供各单位参考。可能有些单位对项目检查不以为然，实际由此造成损失的不在少数。笔者担任法律顾问的某施工企业，应收款超过一亿二千万元，笔者建议企业进行整理。检查后发现确有一些项目已经超过诉讼时效（后经律师设法，部分超过时效的款项对方承认支付）；但也有项目，完工结算至今四五年时间，经律师调查，欠款的公司已经注销，由此造成的损失根本无从挽回。

第三，催讨债权留下证据。凡已确认的工程款，除当面或电话催讨外，定期还可以用挂号邮寄方式发出书面催收的信函，留下主张债权的书面证据，以求得将来举证上的便利。白纸黑字，对方在法庭无可抵赖；而且就算是碰上个别有疑问的法官，亦难以明目张胆帮助对方。春节前后是发函催款的好时机。

可能有些企业担心，书面催款是否会惹得甲方不高兴。这种顾虑应该消除。催款函的内容可以写得非常客气：如果对方有诚意履约，对我方的函件应该能够理解；如果对方有赖账的打算，我方也达到了延续时效、保护债权的目的。不发函，我方的权利可能完全丧失。所以，对于有一定年限的工程欠款，权衡利弊，发函还是必要的，因为书面追索后诉讼时效中断，2年的诉讼时效期可以重新起算。发函的过程中，有三点需要特别注意：

1. 发函或者其他促使诉讼时效中断的手段必须要在2年的时效期内行使才可以达到中断、重新起算的目的。如果超过2年的时效期，则建议请专业人员代为拟写催款函，尽可能不惊动对方。

2. 催款函需要注意行文的方式和分寸。函件的措辞应客气、理智、不动声色。函件的力量，不在于言辞是否激烈，而在于处理事情的方式是否在点子上。有水准的函件，既能解决问题，又不伤害承包方与发包方的关系。

3. 所有函件发送，应留下可查询的记录。比如可以要求债务人提交催收回执或类似的表明已接到催收通知的函件。如债务人拒绝这样做，企业可采取挂号信的方式发出催收通知，并保留挂号查询单（最好是邮局发出的EMS，有关函件的主题内容可以填写在EMS单据上）。在对方恶意拖欠时，可以发律师函；也可采取公证送达的方式发出催收通知。

第四，对于工程欠款数额较大、完工后较长时间还未支付的，可以根据具体情况，采取两个方面的措施：对方有履行能力，只是一时资金确有困难的，可以与对方签订还款协议，约定还款期限，以书面行为确认欠款数额和还款计划，并可要求对方提供担保，以利将来债权的实现；对于信誉较差、有大量外债甚至资金链有断裂迹象的开发商，应立即起诉，并采取保全措施。

## 结 语

债权的时效关系到施工企业的切身利益，不少企业在这方面观念比较薄弱，甚至碍于面子，不愿轻易采用书面形式讨帐，由此造成损失十分可惜。

法律的支持是企业最大的依靠。超过时效的欠款，无论是谈判还是应诉，都处于被动地位。落后就要挨打，企业应该树立时效保护的意识。



附：供参考的时效检查对照表

## 工程项目检查对照表

编号	类别	项目	检查内容	
一	工程概况	项目名称		
		合同编号		
		工程地点		
		诉讼管辖地		
		合同签署日期		
		合同的相对方（发包方）		
二	工期	预定开工日期	实际开工日期	
		预定竣工日期	实际竣工日期	
		工期是否有延误		
		工程延期的理由分析		
		如未竣工，目前的进展情况		
		如未竣工备案，工程完工时是否向发包方提交竣工验收申请报告		
三	结算	结算审定单签署日期	结算至今是否有两年	
		结算总价		
		如果结算未完成	结算报告提交日期	
			合同约定的结算时限	
			结算过程中是否有商洽函件	
			从竣工到结算是否有两年	
四		合同约定的预付款支付日期	预付款实际支付日期	
		第一笔进度款应付时间	第一笔进度款实付时间	
		第二笔进度款应付时间	第二笔进度款实付时间	
		第三笔进度款应付时间	第三笔进度款实付时间	
		第四笔进度款应付时间	第四笔进度款实付时间	
		第五笔进度款应付时间	第五笔进度款实付时间	
		结算款应付时间	结算款实付时间	
		合同约定的质量保修期		
		质保金应付时间	质保金实付时间	
		如结算款、质保金未支付，则最后一次的付款时间		
		最后一次付款距今是否有两年		

## 诉讼时效期间的具体规定

诉讼时效适用于请求权，如果超过一定期间不行使权力，就会导致丧失“胜诉权”。以下是各种诉讼时效的期间

### 【1年时效期间】

1.《民法通则》第136条下列的诉讼时效期间为一年：

- (一) 身体受到伤害要求赔偿的；
- (二) 出售质量不合格的商品未声明的；
- (三) 延付或者拒付租金的；
- (四) 寄存财物被丢失或者损毁的。

2.《海商法》第257条第1款就海上货物运输向承运人要求赔偿的请求权，时效期间为一年，自承运人交付或者应当交付货物之日起计算；在时效期间内或者时效期间届满后，被认定为负有责任的人向第三人提起追偿请求的，时效期间为九十日，自追偿请求人解决原赔偿请求之日起或者收到受理对其本人提起诉讼的法院的起诉状副本之日起计算。

3.《海商法》第260条有关海上拖航合同的请求权，时效期间为一年，自知道或者应当知道权利被侵害之日起计算。

4.《海商法》第263条有关共同海损分摊的请求权，时效期间为一年，自理算结束之日起计算。

5.《拍卖法》第61条第3款因拍卖标的存在瑕疵未声明的，请求赔偿的诉讼时效期间为一年，自当事人知道或者应当知道权利受到损害之日起计算。

### 【2年时效期间】

1.《民法通则》第135条向人民法院请求保护民事权利的诉讼时效期间为二年，法律另有规定的除外。

2.《合同法解释（一）》第6条技术合同争议当事人的权利受到侵害的事实发生在合同法实施之前，自当事人知道或者应当知道其权利受到侵害之日起至合同法实施之日超过一年的，人民法院不予保护；尚未超过一年的，其提起诉讼的时效期间为二年。

3.《专利法》第62条侵犯专利权的诉讼时效为二年，自专利权人或者利害关系人得知或者应当得知侵权行为之日起计算。

发明专利申请公布后至专利权授予前使用该发明未支付适当使用费的，专利权人要求支付使用费的诉讼时效为二年，自专利权人得知或者应当得知他人使用其发明之日起计算，但是，专利权人于专利权授予之日前即已得知或者应当得知的，自专利权授予之日起计算。

4.《商标案件解释》第18条侵犯注册商标专用权的诉讼时效为二年，自商标注册人或者利害关系人知道或者应当知道侵权行为之日起计算。商标注册人或者利害关系人超过二年起诉的，如果侵权行为在起诉时仍在持续，在该注册商标专用权有效期限内，人民法院应当判决被告停止侵权行为，侵权损害赔偿数额应当自权利人向人民法院起诉之日起向前推算二年计算。

5.《著作权纠纷解释》第28条侵犯著作权的诉讼时效为二年，自著作权人知道或者应当知道侵权行为之日起计算。权利人超过二年起诉的，如果侵权行为在起诉时仍在持续，在该著作权保护期内，人民法院应当判决被告停止侵权行为；侵权损害赔偿数额应当自权利人向人民法院起诉之日起向前推算二年计算。

6.《国家赔偿法》第32条第1款赔偿请求人请求国家赔偿的时效为两年，自国家机关及其工作人员行使职权时的行为被依法确认为违法之日起计算，但被羁押期间不计算在内。

7.《海商法》第257条第2款有关航次租船合同的请求权，时效期间为二年，自知道或者应当知道权利被侵害之日起计算。

8.《海商法》第258条就海上旅客运输向承运人要求赔偿的请求权，时效期间为二年，分别依照下列规定计算：

(一)有关旅客人身伤害的请求权，自旅客离船或者应当离船之日起计算；

(二)有关旅客死亡的请求权，发生在运送期间的，自旅客应当离船之日起计算；因运送期间的伤害而导致旅客离船后死亡的，自旅客死亡之日起计算，但是此期限自离船之日起不得超过三年；

(三)有关行李灭失或者损坏的请求权，自旅客离船或者应当离船之日起计算。

9.《海商法》第259条有关船舶租用合同的请求权，时效期间为二年，自知道或者应当知道权利被侵害之日起计算。

10.《海商法》第261条有关船舶碰撞的请求权，时效期间为二年，自碰撞事故发生之日起计算；本法第一百六十九第三款规定的追偿请求权，时效期间为一年，自当事人连带支付损害赔偿之日起计算。

11.《海商法》第262条有关海难救助的请求权，时效期间为二年，自救助作业终止之日起计算。

12.《海商法》第264条根据海上保险合同向保险人要求保险赔偿的请求权，时效期间为二年，自保险事故发生之日起计算。

13.《产品质量法》第45条因产品存在缺陷造成损害要求赔偿的诉讼时效期间为二年，自当事人知道或者应当知道其权益受到损害时起计算。

因产品存在缺陷造成损害要求赔偿的请求权，在造成损害的缺陷产品交付最初消费者满十年丧失；但是，尚未超过明示的安全使用期的除外。

#### 【3年时效期间】

1.《海商法》第265条有关船舶发生油污损害的请求权，时效期间为三年，自损害发生之日起计算；但是，在任何情况下时效期间不得超过从造成损害的事故之日起六年。

2.《环境保护法》第42条因环境污染损害赔偿提起诉讼的时效期间为三年，从当事人知道或者应当知道受到污染损害时起计算。

#### 【4年时效期间】

《合同法解释（一）》第7条技术进出口合同争议当事人的权利受到侵害的事实发生在合同法实施之前，自当事人知道或者应当知道其权利受到侵害之日起至合同法施行之日超过二年的，人民法院不予保护；尚未超过二年的，其提起诉讼的时效期间为四年。

#### 【5年时效期间】

《行诉解释》第42条公民、法人或者其他组织不知道行政机关作出的具体行政行为内容的，其起诉期限从知道或者应当知道该具体行政行为内容之日起计算。对涉及不动产的具体行政行为从作出之日起超过二十年、其他具体行政行为从作出之日起超过五年提起诉讼的，人民法院不予受理。

#### 【20年时效期间】

①《民法通则》第137条诉讼时效期间从知道或者应当知道权利被侵害时起计算。但是，从权利被侵害之日起超过二十年的，人民法院不予保护。有特殊情况的，人民法院可以延长诉讼时效期间。

②《民通意见》第175条第2款民法通则第一百三十七条规定的“二十年”诉讼时效期间，可以适用民法通则有关延长的规定，不适用中止、中断的规定。

③《行诉解释》第42条公民、法人或者其他组织不知道行政机关作出的具体行政行为内容的，其起诉期限从知道或者应当知道该具体行政行为内容之日起计算。对涉及不动产的具体行政行为从作出之日起超过二十年、其他具体行政行为从作出之日起超过五年提起诉讼的，人民法院不予受理。

除此之外，还有一个概念就是“除斥期间”，前面的诉讼时效指的是诉讼权利，这个概念主要指针对与实体权利，也就是法律规定你的某种实体权利的存续有一个固定的期间，如：

《民通意见》73条：可变更或者可撤销的民事行为，自行为成立时起超过一年当事人才请求变更或撤销的，人民法院不予保护。

《合同法》55条：“有下列情形之一的，撤销权消灭：（一）具有撤销权的当事人自知道或者应当知道撤销事由之日起一年内没有行使撤销权；（二）具有撤销权的当事人知道撤销事由后明确表示或者以自己的行为放弃撤销权。”

《继承法》25条：“受赠人应当在知道受遗赠后两个月内，作出接受或者放弃受遗赠的表示，到期没有表示的，视为放弃受遗赠。”

《婚姻法》的第11条规定：“因胁迫结婚，受胁迫的一方可以向婚姻登记机关或人民法院请求撤销该婚姻。受胁迫的一方撤销婚姻的请求，应当自婚姻登记之日起一年内提出。被非法限制人身自由的当事人请求撤销婚姻的，应当自恢复人身自由之日起一年内提出。”

最高人民法院《关于审理铁路运输损害赔偿案件若干问题的解释的通知》第15条规定：“对承运中的货物、包裹、行李发生损失或逾期，向铁路运输企业要求赔偿的请求权，时效期间适用铁路运输规章180日的规定。自铁路运输企业交付的次日起算；货物、包裹、行李全部灭失的，自运到期限届满后第30日的次日起计算。但对在此期间内或运到期间内已经确认灭失的，自铁路运输企业，交给货运记录的次日起计算”。



# 如何应对投标幕后黑手

□ 文 / 上海元始律师事务所 李宗猛律师

由于房地产市场调控影响，新建开工项目渐有减少趋势，工程承包过程中的投标竞争更趋激烈。为达到中标目的，个别投标单位甚至不惜采取中伤、诋毁等不正当竞争手段。如何应对招投标幕后的黑手，以期避免损失呢？

## 案 情

上海城信建设工程有限公司（以下简称“城信建设”）是浦东一家知名一级施工企业。日前投标某政府项目办公楼。经评标委员会评选确定为中标人。在评标结果于网上公示期间，建设单位收到另一投标单位的投诉信。投诉的主要内容包括：

- 一、城信建设的注册资金为4000万元，装饰资质为三级。
- 二、城信建设目前在上海社会信誉度不怎么好（如银天花园建筑质量问题通报批评）。
- 三、该投标的项目经理是否有类似项目的施工管理经验。
- 四、城信建设的商务报价明显高其他单位报价。

五、城信建设技术标中的施工方案不合理，如地下室分块施工可能造成漏水隐患，基坑开挖应该两级放坡、否则影响周边建筑沉降等等；投诉者在技术标方面林林总总提出了六七条意见。

投诉信还称，如办公楼项目由城信建设中标，他们将收集证据向上海市招投标办公室举报中标的合理性。建设单位领导对举报投诉内容心存疑虑，迟迟不给城信建设发出正式的中标通知书。城信建设的中标前途蒙上阴影，由此前来律师事务所咨询应对方略。

## 分 析

投诉者是出于公心、善意提醒建设单位，还是出于私心、希望打掉城信建设而为自己创造中标机会，仔细分析其投诉内容即可得出结论：

（一）所招标工程属于土建施工项目，对投标企业要求的资质是土建总承包资质。城信建设具有一级房屋总承包资质，三级装修资质只不过是公司附带的资质。投诉者蓄意避开城信建设的一级土建资质不谈，单纯投诉其三级装修资质，目的不过是希望降低城信建设在建设单位领导心目中的地位和评价（招标范围并不包括精装修）。

（二）所谓城信建设的“社会评价不好，遭到质量通报批评”云云，亦不过是投诉者的杜撰之词。“通报批评”是根本不存在的事情，不过是投诉者从网络上下载的一份帖子：某项目的购房者，买房之后在屋顶自行改建，破坏屋面结构导致渗水，反过来向开发商和施工单位索赔；这种索赔要求依法不能成立，当然遭到开发商和施工单位拒绝；买房者为达到目的，不惜网上发帖向开发商和施工单位施压。个别人在网络上发布的不负责任的言辞，在投诉者眼中居然成了“质量通报”。

（三）对于城信建设的技术标和施工方案，投诉者提出了数条意见。很显然，投诉者仔细

研究过诚信建设的技术标。但反过来推断，投诉者作为同一批投标单位，从理论上说不可能看到诚信建设的技术标，只有可能是投诉者与建设单位（招标人）的个别人员串通，才有可能拿到诚信建设的技术标，进而提出投诉意见。

## 对 策

分析事情的来龙去脉之后，尤其是招标背后可能有建设单位工作人员与投诉者串通打压的情况下，我们建议诚信建设慎重处理。

目前建筑市场上招标过程中，不少投标单位都竭力在建设单位内部找到自己的“代言人”，希望了解建设单位有关招标的幕后信息，并希望“代言人”在适当场合发表对自己有利的言论。有些“代言人”出于公心，还有持平之论。但也有少数“代言人”，从利益出发，不遗余力打压意向中标人；他们可能没有定标的决定权，但是背后诋毁、中伤的本事很出色，因遭受暗算而吃亏落标的企业不在少数，所谓成事不足、败事有余，此等之人是也。

应对小人中伤，第一是要对投诉内容有理有据进行逐条反驳，不推诿、不卸责，有诚意的函件是消除误会的有力手段，第二要将有关情况与建设单位领导进行沟通，面对面的交流。以下即是笔者帮助诚信建设代为拟定的说明函，函中姓名及项目名称均为化名。



## 对远洋公司上海办事处新建办公楼投标情况的说明

城信（远洋办公楼）函第2012001号

远洋公司上海办事处办公大楼建设指挥部：

感谢贵部对我司的信任，让我司参与贵部新建办公楼项目的总承包招标活动。获悉贵部评标结果、并拟让我司中标之后，我司十分珍惜这一机会，立即着手进场准备，落实施工班组和机械，安排精干管理人员，力图尽最大努力作出精品工程，不辜负部对我司的信任。

日前，我司前来贵部洽商签发中标通知书及进场安排时，贵部领导对若干事项表示疑虑，我司特此澄清如下：

### 一、关于我司的企业资质

贵部询及，我司的装饰资质为三级。这可能是我司此前介绍不全面所致。实际上，我司具有房屋建筑总承包一级、市政公用工程二级、钢结构工程三级、建筑装修装饰工程三级等多项资质。

贵部本次招标的办公楼，招标文件要求的施工资质为“房屋建筑工程总承包企业二级及其以上资质”，我司作为房屋建筑总承包一级企业，完全具备承担贵部办公楼的施工资质。实际上，按照中华人民共和国住房和城乡建设部核定的承包工程范围，我司可以承担的业务范围（详见我司资质证书）如下：

（一）合同额不超过企业注册资本金的5倍。我司注册资金为5000万元，因此可以承接2.5亿元合同造价以下的工程。贵部办公楼的投标报价为人民币9850万元，在我司许可承接的范围内。

（二）40层及以下、各类跨度的房屋建筑工程。贵部办公楼的最大层数为18层，没有超过我司许可承建的范围。

（三）高度240米及以下的构筑物。贵部办公楼的最大高度为76米，远远没有达到我司可以承建的最大建筑高度。

（四）建筑面积20万平方米及以下的住宅小区或建筑群体。贵部办公楼的建筑面积为39500平方

米，没有超过我司可以承建的20万平米的规模。

所以，在企业资质方面，敬请贵部领导放心。我司近年来也确实承建了一大批与贵部办公楼项目规模相当甚至远超办公楼规模的项目，例如浦东天新路公交停车场综合办公楼（亚洲最大规模的类似项目）、安徽逸阳商业城、金顶国际商业广场、浦东德立中学办公楼、港口机械公司研发中心大楼、浦东国际机场晨曦花园、中央文化公园动迁住宅工程、浦东锦绣红城，以及浦东数十个立交工程及轨道交通站等一大批具有广泛影响的项目，赢得了良好的社会评价。

### 二、关于我司的社会信誉及个别人员在网络上的不实言论

对于贵部询及的网络上个别人员发帖反映我司质量问题，为便于贵部领导有一公允的判断，在此我司将有关事实详述如下。

我司确实曾经收到过金地项目一业主关于房屋漏水的反映。本着积极解决问题的态度，我司安排富有经验的管理人员会同开发商到该业主房屋现场查看。查明漏水原因系该业主在屋面擅自增设阳光棚等违章建筑，且该业主擅自改建屋面排水系统、造成屋面排水不畅所致。渗水原因并非我司或开发商责任。

当时，本着为业主着想，尽管并非我司或开发商责任，我司也愿意帮助其修复。但是业主拒绝我司修复，坚持提出无理由之天价索赔要求。协商无果之下，我司和开发商建议业主，双方可以邀请质监站或其他权威机构前来鉴定，分清责任。业主或许是担心其违章搭建之事情曝光，拒绝鉴定，坚持巨额索赔，进而以网络发帖等手段威胁我司及开发商。

上述事实，当日有我司、开发商、物业管理公司、业主多人在场，众目睽睽。贵部可向物业公司、开发商或其他方面了解情况，当知我司并无虚言。

我司作为上海浦东新区先期获得建筑总承包一级资质的施工企业，深知质量和信誉是企业生存之根本。故自公司成立以来近三十年间，一直兢兢业业，为客户着想、急客户所急，已成为企业的立业之本。近年来，公司先后荣获“中国市政金杯奖”、上海市“白玉兰奖”、上海市“市政金奖”、上海市“优质工程”、上海市“文明工地”、上海市总工会“红旗班组”、“浦江杯”、“东方杯”、“金鸡湖杯”、“琥珀杯”等各类奖项近百个，业务遍及上海、江苏、浙江、安徽等多个省市，2009年、2010年连续获得上海市文明单位。上述事实均是我司具有良好社会信誉的标志。

至于个别人的不实网络言论，相信贵部领导不会为其所蒙蔽。周公吐哺，天下归心之时尚有流言困扰；桀犬吠尧，圣人亦不免小人讥评。我司作为浦东地区最大的施工企业之一，投标时难免遭到其他单位一些不正当的竞争手段。但不论如何，贵部可以放心的是，我司愿意与贵部这样卓有声誉的企业保持关系，我司也希望在浦东新区维持良好的信誉，我司必然将贵部项目作为我司的重点工程，做好质量，做好进度，做好安全，给贵部交上一份满意的答卷。在家门口，我司塌不起台。

### 三、本项目拟安排的项目经理

贵部询及我司安排的项目经理是否具有相应的施工经验。敬请贵部放心的是，我司安排的项目经理周浩洋先生，年富力强，近年来先后负责过平建路花园小区、上海五洲实业有限公司（办公楼、住宿楼、车间）、上海银环医疗设备有限公司（办公楼、办公楼、仓库及配套）、上海浦东天元国际购物中心、苏州银新公司工业坊、上海金山石化××路高架、上海银顶联排别墅、上海中环线浦东段××标（××路、××路立交工程）、上海××路跨线桥工程、上海滨江商城（一期）工程（商贸城工程）、上海滨江商城（二期）工程（人防地下室、商住楼工程）等十余个项目。2009年周浩洋先生担任项目经理的上海滨江商城一期工程（建筑面

积16万平方米）、二期工程（建筑面积15.6万平方米、建筑总高度96.3米、地下室底标高-8.2米），项目规模和复杂程度均超过贵部办公楼。为了做好贵部这个工程，我们才将周浩洋先生抽调回来。其工作经验和管理协调能力，毫无疑问均能胜任本项目。

### 四、关于我司的商务标

我司在商务报价时，综合考虑了项目场地狭小、对周边建筑物保护要求高等各类施工难度，经我司富有经验的预算人员及管理人员仔细测算，我司认为是一份合理的报价。

由于是在浦东投标，从企业信誉出发，我司不可能采取低价竞标、高价索赔的手段，所以我司报价非常慎重、仔细。我司相信我司的报价经得起检查，经得起同行评定。以低价竞标，进来之后偷工减料、找各种理由向甲方要求增补价款，这样的事情我司做不出来。

### 五、关于我司技术方案及施工组织设计的合理性

（一）基础工程分三块施工，本身就是原设计要求。按照贵部提供的施工图纸，基础地板上有两条后浇带。我司的施工方案、围护设计等即是以原设计图纸为基础来展开的。

（二）关于围护方案设计，鉴于项目地块狭小等不利因素，本着审慎的原则，我司邀请上海岩土设计院资深专家参与方案设计，并经反复论证而形成的方案。在施工方案上已充分考虑施工场地安排、施工工序、防渗漏、防差异沉降、地下室顶板覆土及抗浮等各类问题。

（三）当然，本着有则改之、无则加勉的原则，对于贵部、各类专家提供的合理化建议，我司亦愿意虚心采纳，优化围护方案、优化施工工序，确保围护工程和周边建筑万无一失。我司可以向贵部承诺的是，我司投标所申报的围护工程造价包干使用，如因吸纳贵部及各方合理化建议造成围护工程施工成本增加的，增加部分由我司承担，以体现我司合作诚意，请贵部放心。

果然，按照上述思路致函并沟通后，很快打消了建设单位领导的顾虑，双方顺利签署了施工合同并已进场施工。

## 借你一双慧眼

□ 文 / 上海元始律师事务所 李宗猛律师

【粤人食芝】粤人有采山而得菌，其大盈箱，其叶九成，其色如金，其光四射。以归，谓其妻子曰：“此所谓神芝者也，食之者仙。吾闻仙必有分，天不妄与也。人求弗能得而吾得之，吾其仙矣！”乃沐浴，斋（同“斋”，斋戒）三日而煮食之，入咽而死。其子视之，曰：“吾闻得仙者必蜕其骸，人为骸所累，故不得仙。今吾父蜕其骸矣，非死也”。乃食其余，又死。于是同室之人皆食之而死。——《郁离子》刘基



### 译文：

有个粤地的人到山上采药，得到一个蘑菇，它比一个箱子还大，它的叶子有九层，它的颜色像金子一样，它光亮四射。拿回家，对他的老婆孩子说：“这就是所说的神灵芝啊，吃了它的人要成仙的。我听说成仙必然有其注定的缘分，老天不会随便乱给的。别人求都求不到，而我得到了它，说明我有成仙的福分”。便沐浴，斋戒三天然后煮蘑菇吃，一进咽喉就死了。他的儿子看了他说：“我听说成仙的人必定蜕化掉他的骸骨肉身，人被骸骨肉身所牵累，所以不能成仙。今天我的父亲是蜕掉骸骨肉身成仙而去，不是死”。就吃剩下的蘑菇，又死了。于是一家人全吃蘑菇死过去了。

### 评析：

光彩照人的外观，成仙升天的欲望，造成了粤人一家的悲剧。时至今日，举凡为人所诱而吃亏上当者，原因亦不外如此，漂亮骗局表面的超额“利益”是根本诱因，利令智昏下作出错误判断也就不足为怪了。

对于施工企业管理者，最常见的陷阱有三个方面：第一是高息的对外放贷，第二是为承接项目缴纳的投标保证金，第三是各种极有诱惑力的所谓“投资机会”。

#### （一）借贷风险

民间借贷之风险由来已久，近来尤为严重。从各级法院的执行公告来看，在判决生效而无法执行的案件中，民间借贷纠纷占全部案件的近一半比例。笔者曾多次提醒谨慎放贷或对外提供担保，但仍有相当多的企业家吃亏上当。究其原因，出借人或因抹不开情面，或因看中民间借贷的高利息收入而愿意为之。某施工单位负责人胡先生，朋友称投标需要，暂借80万元急用，一个月之后连本带利归还90万元。律师提醒借贷应办理担保手续，胡先生称朋友在当地是有身份的人，名下至少还有三套商铺，几十万元的事情不用担心；后有借无还涉诉，执行阶段才发现，朋友名下一无所有，三套商铺早就转在了别人的名下。

浦东一企业，借朋友3000万元去安徽开发房地产，约定25%年利息，如到期不能归还，以开发的地产作为抵押。这位借款的朋友，据说有五个亿身家，在当地开办很知名的企业，与其相识有二十多年，号称绝对是信得过的。借款最终是没有归还，查问下来，对方称安徽地块没有竞拍成功，所借的钱也已经全部开销完毕。诉讼后查明，借款人所开办的企业早已债台高筑，所谓几个亿的资产则是子虚乌有的事情。执行至今仍是颗粒无收。

应对借贷风险，三个方面措施最为关键：第一，借款之前，调查借款人的过往信誉和偿还能力，这是一切的根本；碰到不诚信的人，所有风险防范都成为空话。第二，索取借条并保留款项交接凭据，借据是借贷关系合法成立的依据，内容详尽、格式规范的债权文书是保护出借人的防波堤；资金的往来如交付货币或偿还借款，建议通过银行转账方式完成，将来有据可查。第三，采取适当担保措施，确保债权的顺利实现。借

款担保是确保债权得以实现并促使借款人履行债务的法律措施。《担保法》规定了保证、抵押、质押、留置等债权担保制度。一般说来，当债权人的合法债权受到债务人的侵害时，采取了担保的债权保护率就越高，反之就越低。如在借贷中，采用保证或动产、不动产抵押担保方式的，借款人在不能清偿到期借款时，可由保证人代替借款人履行还款义务，或以抵押的动产、不动产变卖、拍卖所得的价款清偿借款，从而避免血本无归。

### （二）保证金风险

以保证金名义骗取钱财是另一类风险。苏州某珠宝公司，号称投资10亿元建造最大的珠宝集散贸易基地。某绿化公司参与绿化工程投标。珠宝公司承诺的施工合同条件极为优惠，绿化工程总价3000万元，按照定额计价不下浮。绿化公司喜出望外，支付了30万元的保证金，给珠宝公司负责人40余万元的好处、打点费。这种忽悠的项目最终是中途停建，珠宝公司的负责人据悉是判了刑。绿化公司支付的40万元好处费没有凭证无从追讨，30万元的保证金也只拿到一纸判决书。好在绿化公司没有进场，亏损也就是这几十万元；而土建单位工程做到了一半，经济损失以数千万元计算。

骗取保证金者多数有光鲜的外表。前几年曾有一定影响的阮希玮诈骗案，阮租用办公室在南京路上最豪华地段，办公室装修得富丽堂皇，反正都是骗来的钱，花得不心痛。我们曾有一个当事人，即曾以发包工程保证金的名义，向其支付过1000万元的保证金。后当事人采用极端手段，威胁阮吐出800万元；剩余200万元采用一切手段包括七场诉讼仍未能追回。甚至有租用钓鱼台国宾馆作为办公场所，诈骗投标保证金的真实案例。

应对保证金风险，第一是要有谨慎的心态，尤其是碰到一些商务条件过分优惠的项目；建设单位不是傻子，谁挣钱也不容易，他不懂也会雇佣熟悉业务的顾问单位，不可能将暴利让给施工单位。所以，对一些条件过于优越的项目，心里要打一个问号；如对方要求支付承接工程的保证金，更要慎重又慎重，不少单位吃亏就在这里。第二，支付保证金之前，务必调查项目的真实性、建设单位的过往业绩和信誉。委托专业人员进行尽职调查是一种有效的手段。曾有某房产商，号称是中国经济导报的下属公司，拍卖了一块地说是花了7亿元，需要施工单位提前进入，承接工程的条件也很是优惠，但需支付500万元作为前期信用保证。律师调查了一下，2004年该房产企业的注册资本不过是100万元，租赁了徐汇区40平米的民房作为办公室，后虽有几次增资，但几年之内不大可能聚集几亿元的财富来竞拍土地。故建议施工单位谨慎介入，至少要看到该单位向政府交纳土地出让金的凭证才行。至今日，还看到该房产商在找寻合作伙伴的网上广告。

### （三）投资风险

以投资机会来诱骗，则具有一定隐蔽性和狡猾性。上海某知名房地产企业的前任总经理，在任的时候对下面的承包商称，拟建立一合伙企业，在浙江拿地开发项目，要求承包商的老板都来入伙。浦东一建筑单位老板，还真的向这个合伙企业投资1500万元。从律师的视角来看，总经理准备的一整套入伙文件破绽百出，完全经不起推敲。但是施工单位老板出于对时任房产公司总经理的敬畏，也期冀在该房产公司还能承接项目，居然就投下去了1500万元。尽管笔者提醒施工单位，在该合伙企业及其投资的项目上要止损，老板对收回投资还抱有幻想与侥幸心理。

投资之前咨询专业人员可以极大限度减少风险。2011年12月，闵行一施工企业老板，官员介绍其与一“朋友”合作。据说该“朋友”很有来头，用几千万元的价格从杭州市中院拿到一批价值过亿元的金丝楠木，准备投资设立一个家具公司制造高档家具，让施工单位老板出资1500万元占公司10%的股份。笔者一听就觉得这件事情很不靠谱，双方做过家具吗？准备生产什么产品？市场销路如何？入股者是否参与管理？产品定价及成本核算？如何保证利润分配？对方的90%股份以何种方式出资？这些疑问没有打消施工企业老板的顾虑，他觉得其一，介绍官员很可靠，不会骗他；其二，对方还邀请了据说是某区政府法律顾问的律师出面，拿出了杭州市法院的判决书、拍卖文件；其三，如果做成了，肯定有利可图。在笔者的坚持下，施工单位老板同意在合作协议签署之前对合作单位进行调查，并提供了对方的姓名及公司全称。知晓对方名称后，倒是不需要再调查了：对方是一个典型的黑道枭雄人物（不要以为黑道只有重庆才存在），五年多来，笔者与其本人及公司多次打过交道，无数次胜诉而无法执行。作为新一代的黑道人物，他们已经告别了斧头帮的野蛮时代，对上结交官员，自身再设立律师事务所为其保驾护航，辅以更精明、更狡猾的隐蔽性手段，多年来受其欺骗欺凌者不知凡几。

天上不会掉馅饼。审慎决策，必要时听取专业人员的意见，是避免损失的不二法门。

# 专家解惑

□ 文 / 上海元始律师事务所汇编

**【问】**一审判决支持承包人要求支付尚欠工程款本金及逾期付款违约金的诉讼请求，二审认定建设工程施工合同无效，能否判决发包人承担工程欠款的利息损失？

## 解答 >>>

承包人之所以未主张工程款利息，是基于合同有效的认识，二审法院在认定双方当事人所签建设工程施工合同无效时，不能以承包人没有主张工程款欠款利息而简单予以发回重审。如果承包人基于合同有效提出了违约金主张，而当事人对合同无效的过错清楚，损失确定明了且并未超出当事人请求的数额范围，从司法为民和提高诉讼效率出发，人民法院可以不将案件发回重审，直接判决发包人承担工程欠款的利息损失。

本案中，虽然施工单位在起诉时没有对欠款的利息提出主张，但其基于合同有效并根据合同约定主张了逾期付款违约金。从施工单位诉请化工公司支付的工程欠款数额看，其利息显然低于合同约定的逾期付款违约金。该诉讼请求的提出应当是施工单位权衡两者之后所作的选择。就举重明轻角度而言，施工单位要求化工公司承担数额更高的违约金责任，说明其诉讼目的远非仅获得欠款利息所能满足，其追究对方违约金责任所提请求涵盖了对工程欠款利息的主张。在因合同无效并至其违约金主张失去法律依据的前提下，施工单位当然不可能放弃欠款本金的利息。从另一个角度看，因化工公司对涉案工程施工合同的无效应当承担主要责任，且利息具有本金法定孳息的性质，化工公司理应承担其未付工程款部分相应利息的支付义务。否则，本案的处理将会产生不公平的结果，即化工公司对合同无效具有重大过错，但却连欠款利息都不用支付。

关于二审法院应否将该案件发回重审的问题。该案中当事人所签建设工程施工合同应为无效，一审法院所作判决则是以该合同有效为前提。合同效力是关系案件裁判走向的最为重要的案件事实，从这个意义上说，按照《民事诉讼法》第153条第1款第3项之规定，二审法院既可以原判认定事实错误，裁定撤销原判决，发回原审人民法院重审，也可以查清事实后改判。应发回重审还是直接改判，需要根据案件具体情况而定：如果一审原告的起诉是要求继续履行合同并主张对方承担违约责任，且对当事人就合同无效过错的认定和损失之确定较为复杂，原则上应当考虑发回重审；如果一审原告诉讼请求是把对方应承担的违约责任视作自己的损失，且对当事人就合同无效过错的认定和损失之确定比较清楚明了，则可以直接作出改判。综合而言，二审处理思路

的选择应该把握这样几个原则：一是不损害当事人的诉讼权利和实体权利。合同有效无效对当事人权利主张和行使必将产生重大影响，若二审直接改判将导致法院对当事人争议的处理变相成为一审终审或者导致当事人在合同无效情况下其他损失无法纳入本案诉讼，则必须发回重审。二是有利于诉讼经济和提高诉讼效率。如果对当事人就合同无效过错的认定和损失之确定比较清楚了，且该损失的确定并未超出当事人诉讼请求(其把握标准见前述)，则应着眼诉讼经济和提高诉讼效率，直接作出改判，以免造成诉讼拖延。除此以外，还应注意二审直接作出改判对工程欠款利息的处理应以当事人请求的违约金数额为限，否则将导致上诉人负担加重。

2、2006年5月28日，长城公司与宏伟公司签订《建设工程施工合同》，长城公司承建宏伟公司开发的宏伟大厦综合楼项目。合同总价概算为3000万元，长城公司先垫资1000万元进行施工，此后，宏伟公司按照工程进度支付工程款。合同结算按照工程量据实结算。但从长城公司垫资施工起直至工程主体结构完工，宏伟公司未向长城公司支付工程款。由于长城公司无力继续垫资施工，在催要工程款未果的情况下，工程于2007年5月4日停工。长城公司向法院起诉，请求解除双方签订的《建设工程施工合同》，由宏伟公司支付相应的工程款并承担违约责任；同时提出工程款的优先受偿权。

**【问】**未完工程承包人是否可以主张优先受偿工程款？

解答 >>>

《合同法》第286条规定：“发包人未按照约定支付价款的，承包人可以催告发包人在合理期限内支付价款。发包人逾期不支付的，除按照建设工程的性质不宜折价、拍卖的以外，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。”《合同法》第286条的规定，是法律赋予承包人工程款优先受偿的权利。从合同法规定的条文表述分析，没有要求承包人优先受偿工程款以工程完工并经竣工



验收为先决条件，在合同解除的情形下，承包人也对未完工程享有优先受偿的权利。

讼争工程虽系未完工程，但导致工程停工的责任在于宏伟公司，即宏伟公司未按照合同约定支付工程款，致使长城公司无力继续垫资施工而使工程被迫停工，进而导致解除合同。且已完工程虽然存有质量问题，但经鉴定属于建设工程施工中的质量通病，并不影响整体的工程质量，经适当整改后可以继续施工建设。建设工程施工合同中，存在一般性的质量瑕疵，是该类合同履行经常遇到的情况，不会对工程的结构安全构成威胁。因此，不能以质量不合格为由，限制长城公司工程款优先受偿的权利。

长城公司多次催告宏伟公司履行合同，宏伟公司仍未支付工程款，故长城公司依据合同法的相关规定，应当优先受偿工程款。

3、某施工单位中标并提交了48万元的履约保证金。在施工过程中，承包人项目部以项目部名义向民间借款37万元用于购买工程材料。但项目部逾期未清偿该债务，债权人遂向法院起诉要求承包人偿还借款，并申请保全承包人向业主提交的履约保证金。法院裁定保全了承包人交纳在业主方的履约保证金。后经法院生效判决责令承包人偿还此笔款项，承包人过了生效法律文书规定的期限仍未偿还，于是，债权人向法院申请执行，法院从业主方强制扣划了承包人交纳的履约保证金。

【问】法院能否执行该笔履约保证金？

解答 >>>

本案的判决是正确的，但是对于法院在执行程序中强制执行承包人交纳给业主的履约保证金，值得商榷。案中的履约保证金是承包人为担保建设工程施工合同的履行而按招标文件向业主方提交的一笔资金款项。其目的是担保合同的履行（主要是质量、工期、安全），履约保证金的用途是在承包人违约时由业主方进行法律处分，而不是由合同外的第三人来主张权利，该履约保



证金担保的权利对象是业主，而不是担保承包人的债务人（担保债务人的机制属于“承包商付款担保”的范畴），虽然该笔款项从法律权属的角度而言属于承包人所有，但其已特定化为业主所占有。根据法律的规定，该履约保证金的收取和交纳行为属于承包人与业主设定权利的行为，该行为属于担保方式的质押行为，该履约保证金的法律性质为金钱质权的标的物。

由此可见，业主对承包人所享有的是担保物权，案中的债权人对承包人享有的是普通债权。根据物权优于债权的一般原理，案中债权人的债权不能对抗业主对履约保证金的担保物权。《最高人民法院关于人民法院民事执行中查封、扣押、冻结财产的规定》第13条规定：“查封、扣押、冻结担保物权人占有的担保财产，一般应当指定该担保物权人作为保管人；该财产由人民法院保管的，质权、留置权不因转移占有而消灭。”根据该条规定，法院冻结案中履约保证金的裁定并不能消灭履约保证金的质权效力。同时，该司法解释第26条规定：“被执行人就已经查封、扣押、冻结的财产所作的移转、设定权利负担或者其他有碍执行的行为，不得对抗申请执行人。”该条司法解释说明了被执行人（案中承包人）在该履约保证金未被法院冻结前与业主方设定权利的行为（以履约保证金形式设定质押行为）可以对抗申请执行人（案中普通债权人）。所以，本案根据承包人的执行异议和司法解释的规定，法院应该不执行案中履约保证金。法院在案中承包人向其提出执行异议后，仍然强制执行履约保证金的行为有侵犯业主（案外人）担保物权的嫌疑，似值得商榷。

4、某施工单位为大地公司建造一座构造物并由大地公司使用，但大地公司一直拖欠工程尾款。后大地公司在未通知该施工单位的情况下将此构造物连同其他固定资产一起经大地公司所在地法院拍卖用于偿还银行贷款。法院只在该地报刊公告拍卖信息，而施工单位住所在异地，直到拍卖后才知情。施工单位遂向大地公司所在地法院起诉大地公司，法院判决大地公司给付工程尾款。但大地公司已无资产可执行。

【问】施工单位是否有权向法院主张从拍卖中标方执行回转该构造物尾款？是否还有其他救济手段？

解答 >>>

从介绍情况看，法院拍卖程序并没有问题，尽管施工单位是大地公司的债权人，但毕竟该构造物已经交付使用，所有权已经转移。至于中拍方本身并无过错，其是在公开场合，以公开竞价方式取得该标的物，只要向主持拍卖方交付了标的价款，无论价高价低，均应认定其履行了拍卖中标义务。

如果要追究中拍方的责任，应当基于其拖欠中标款未付，或者已经偿还了银行贷款尚有剩余，还没有向主持拍卖方交付余款。否则，不能以其中标而标的物已实际转移到中标方为由，追究其还款责任。

此处拍卖法院的确存在瑕疵，本应当通知施工单位到场，对该标的物中其享有的权益可以一并考虑的，但法院却在大地公司所在地媒体公告，使施工单位丧失了直接主张权利的机会。

5、房地产公司欲盖商品房，各项手续齐全，但附近居民阻挠不让开工，房地产公司能否提起诉讼，房地产公司如何举证，诉讼风险有多大？

解答 >>>

房地产公司施工会扰民，破坏环境，使附近居民进出不方便，他们活动的区域减少。附近居民会基于各种各样原因不同意房地产公司开工。如果房地产商想尽快开工，获得司法支持，应当主要提供以下方面的证据材料：

第一，应当有合法的审批手续。如地产使用权证，规划部门对商品房的规划、设计、批准手续。

第二，应当有开工许可证。该工地开工在批准的期限内施工，每日施工有一定的时间起止点的限制，不能扰乱附近居民的正常生活。

第三，对于施工噪音，经检测符合环保方面的规定。一般工地施工没有不产生噪音污染的，对此，应当依照国家政策规定向当地居民发放噪音污染补偿费，并注意施工时间，不能影响居民的正常生活、休息权。

第四，规划部门批准施工项目，是否对原市政规划进行了重大变更，使附近居民失去休闲活动场所，是否有违公共利益的保护？如果出现这种情况，可能附近居民的阻挠是有道理的，否则，房地产公司的胜诉可能性较大。

6、张三以开发其土地为条件，引进李四作为出资方。李四在开发中资金不足，经张三同意将其合同权益转让给王五，王五为此支付李四全部前期投入并增加新的资金开发。现某施工单位因承包挖土工程与李四签订协议，因李四拖欠工程款，起诉李四，以张三、王五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，判决李四承担，张三、王五不承担责任。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，判决张三、王五承担连带赔偿责任。

【问】张三、王五不是合同一方，王五支付了对价，二审法院这样判决是否恰当？

解答 >>>

问题关键点出在李四转让工程时，未能将所有债权债务告知张三、王五，如工程方还有其他未尽事宜，张三、王五不会同意李四收取转让款后离开，王五更不会轻易同意支付全部款项。尽管在合同关系上张三、王五与李四的合同关系无涉，也不存在过错行为，但毕竟施工方向工程进行了投入，在追索李四未果的情况下，鉴于张三、王五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，二审法院判决张三、王五承担连带赔偿责任是妥当的，张三、王五承担责任后有权向李四进行追偿。

7、建筑承包商带资承包建设，在建建筑物权属是否归承包商？承包商抵押了在建建筑物，承包商破产，抵押权人要变现抵押物，根据《物权法》第182条，抵押权人要求处置在建建筑物和土地建设用地使用权。建设用地使用权人是否可以抗辩，称建设用地使用权不是抵押物？

解答 >>>

在建建筑物属于建设单位，而不属于建筑承包商，承包商无权将他人在建工程用于抵押，但所有权人同意的除外。建设单位以所有权人、使用权人





身份进行抗辩，只要理由正当，承包人所提供抵押即应被认定为无效。在这种情况下，在建工程抵押无效，附着的土地使用权必然不能被认定为抵押标的，也不会认定该抵押有效。如上所述，如果土地使用权人明示同意办理抵押，那么该土地使用权也应一并被认定抵押有效。

8、李某以北海某建设工程公司的名义就某高校的文化广场工程，与该高校签订了《建设工程施工合同》。之后该工程竣工验收合格并投入使用。发包方某高校支付了一部分工程款后，不再支付工程款。李某多次催讨工程款，该高校以李某不是合同当事人，与其不存在建设工程施工合同关系为由，不愿向李某支付费用。

**【问】**李某是否有权以实际施工人提起诉讼追讨工程款？

**解答 >>>**

通常情况下合同主要是在合同当事人之间发生法律效力。合同主体、内容以及合同责任的相对性原则决定了只有合同当事人一方才能基于合同向对方提出请求或者提起诉讼。在现实的建筑市场中，时常出现一些没有资质的个人借用有资质的建筑施工企业名义与发包方签订建设工程施工合同，以挂靠形式进行实际施工的情况。根据最高人民法院《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》之规定，签订的建设工程施工合同认定无效。合同无效但建设工程竣工验收合格，实际施工人以发包人为被告主张权利的，人民法院可以受理，发包人只在欠付工程款范围内对实际施工人承担责任。本案中，李某显然是借用其他有资质的建筑施工公司进行施工。李某虽然不是建设工程施工合同的相对方，但作为实际施工人，在建设工程竣工验收合格并投入使用后，李某仍有权向发包方主张权利，要求对方支付尚欠的工程款，发包方并不能以李某不是合同当事人为由进行抗辩拒绝履行付款义务。

# 企业劳动人事专题

□ 文 / 上海元始律师事务所汇编

## 1、用人单位以末位淘汰制辞退劳动者的，是否合法？

《劳动法》第23条规定：“劳动合同期满或者当事人约定的劳动合同终止条件出现，劳动合同即行终止。”从表面上看，末位淘汰是当事人双方约定的劳动关系终止条件，实质上仍然是用人单位单方解除劳动关系。

《劳动法》规定的“当事人约定的劳动合同终止的条件出现”，是指双方在签订劳动合同时，对因意外事件的出现和当事人失去履行合同能力而不能继续履行合同规定的权利和义务时，所作出的前瞻性的终止合同效力的约定，如用人单位破产、劳动者死亡或遭遇自然灾害等。将末位淘汰制纳入当事人约定的劳动合同终止条件范围之内，对劳动者而言是不公平的。如果允许当事人双方约定末位淘汰制为劳动合同终止条件，实际上是纵容用人单位漠视劳动者权益，把过于苛刻的条款强加给劳动者，违背劳动法律、法规的立法精神和本意。因此，末位淘汰制不符合劳动法律、法规关于劳动合同终止、解除的规定，不具有法律效力。被告根据末位淘汰制终止与原告的劳动关系，该决定无效，应当予以撤销。

## 2、职工患病在医疗期内的，单位能否终止合同？

原劳动部《关于贯彻执行〈中华人民共和国劳动法〉若干问题的意见》第34条规定：“除劳动法第二十五条规定的情形外，劳动者在医疗期、孕期、产期和哺乳期内，劳动合同期限届满时，用人单位不得终止劳动合同。劳动合同的期限应自动延续至医疗期、孕期、产期和哺乳期期满为止。”

根据原劳动部《企业职工患病或非因工负伤医疗期规定》(劳部发[1994]479号)的规定，医疗期是指企业职工因患病或非因工负伤停止工作治病休息不得解除劳动合同的时限。企业职工因患病或非因工负伤，需要停止工作医疗时，根据本人实际参加工作年限和在本单位工作年限，给予三个月到二十四个月的医疗期：(一)实际工作年限十年以下的，在本单位工作年限五年以下的为三个月；五年以上的为六个月。(二)实际工作年限十年以上的，在本单位工作年限五年以下的为六个月；五年以上十年以下的为九个月；十年以上十五年以下的为十二个月；十五年以上二十年以下的为十八个月；二十年以上的为二十四个月。医疗期三个月的按六个月内累计病休时间计算；六个月的按十二个月内累计病休时间计算；九个月的按十五个月内累计病休时间计算；十二个月的按十八个月内累计病休时间计算；十八个月的按二十四个月内累计病休时间计算；二十四个月的按三十个月内累计病休时间计算。“病休期间，公休、假日和法定节日包括在内。”

### 3、员工未提前通知用人单位而径行辞职的，用人单位能否扣留其档案？

《劳动合同法》第37条规定：“劳动者提前三十日以书面形式通知用人单位，可以解除劳动合同。”第90条规定：“劳动者违反本法规定解除劳动合同，或者违反劳动合同中约定的保密义务或者竞业限制，给用人单位造成损失的，应当承担赔偿责任。”“如果被告未提前通知原告即自行辞职，给原告造成损失的，应当承担赔偿责任。按照《违反(劳动法)有关、劳动合同规定的赔偿办法》第4条的规定，“劳动者违反规定或劳动合同的约定解除劳动合同，对用人单位造成损失的，劳动者应赔偿用人单位下列损失：(一)用人单位招收录用其所支付的费用；(二)用人单位为其支付的培训费用，双方另有约定的按约定办理；(三)对生产、经营和工作造成的直接经滞损失；(四)劳动合同约定的其他赔偿费用。”原告可以要求被告赔偿上述损失，但无权扣留其档案和拒绝为其办理相关证明。

### 4、劳动者工作岗位发生变化，能否再规定试用期？

《劳动合同法》第19条第2款明确规定：“同一用人单位与同一劳动者只能约定一次试用期。”在试用期内解除劳动合同，不管是用人单位解除还是劳动者解除，用人单位再次招用该劳动者时，不得再约定试用期。劳动者试用期结束后，无论在劳动合同期限内，还是劳动合同续订，劳动者岗位发生变化，用人单位不得再约定试用期。在试用期结束解除劳动合同后又招用劳动者的，用人单位不得再约定试用期。劳动合同终止后一段时间又招用劳动者的，对该劳动者，用人单位不得约定试用期。

将约定试用期的次数限制为一次，是考虑到劳动者的人品和基本技能，试用一次即可了解，无需再次试用。



## 5、职工受到治安处罚的，单位能否解除劳动合同？

《关于贯彻执行〈劳动法〉若干问题的意见》第29条规定：“劳动者被依法追究刑事责任的，用人单位可依据劳动法第二十五条解除劳动合同。‘被依法追究刑事责任’是指：被人民检察院免予起诉的、被人民法院判处刑罚的、被人民法院依据刑法第三十二条免予刑事处罚的。劳动者被人民法院判处拘役、三年以下有期徒刑缓刑的，用人单位可以解除劳动合同。”第31条规定：“劳动者被劳动教养的，用人单位可以依据被劳教的事实解除与该劳动者的劳动关系。”

劳动者受到的如果是公安机关的治安处罚，没有被司法机关追究刑事责任，是不可以单方面行使随时解除权的。

## 6、劳动者持假文凭与用人单位签订劳动合同的，如何解决？

根据《劳动合同法》的规定，劳动合同因采取欺诈、胁迫等手段而订立的无效。同时，劳动合同是否有效，由劳动争议仲裁机构或者人民法院确认。其他任何部门或者个人都无权认定无效劳动合同。劳动合同部分无效，不影响其他部分效力的，其他部分仍然有效。因此，劳动者通过欺诈手段与用人单位订立劳动合同，属于无效合同，用人单位有权予以解除，并且无须支付任何赔偿金，也不支付经济补偿金。

《劳动合同法》第28条规定：“劳动合同被确认无效，劳动者已付出劳动的，用人单位应当向劳动者支付劳动报酬。劳动报酬的数额，参照本单位相同或者相近岗位劳动者的劳动报酬确定。”

## 7、职工在服务期内辞职的，违约金如何支付？

用人单位不能因履行法定培训义务而享有与劳动者约定服务期及违约金从而对劳动者流动进行限制的权利。用人单位提供的培训必须是在法定培训义务之外进行的培训。专项培训费用，即专门用于对职工进行培训的费用。用人单位对劳动者进行一般性培训，不能与劳动者约定服务期。

违约金的数额按照双方在服务期协议中的约定履行，但不得超过法律规定的最高数额。约定的违约金不得超过用人单位提供的培训费用，是指劳动者违反服务期违约金的最高数额等于用人单位提供的培训费用。而劳动者违约时支付的违约金，不得超过服务期尚未履行部分所应分摊的培训费用。如培训费用10万元，服务期10个月，则每月分摊1万元；如果已经履行5个月，则违约金不得超过尚未履行5个月服务期所应分摊的5万元培训费用。

## 8、用人单位规定：任何失职行为均作开除处理，是否合法？

《劳动法》第25条和《劳动合同法》第39条均规定：劳动者严重违反用人单位的规章制度的，以及严重失职，营私舞弊，给用人单位造成重大损害的，用人单位可以解除劳动合同，并且不需要履行提前通知的程序。这里所说的劳动者违反规章制度，从程度和影响来判断，属于“严重违反”。违反规章制度是否严重，由用人单位来判断，但应符合本单位一般职工和普通人的理性判断。“规章制度”必须是用人单位根据劳动法律、法规制定的有效的规章制度。这里所说的严重失职或者营私舞弊，都必须导致用人单位遭受重大损害，才构成用人单位解除劳动合同的条件。不同的企业，因为经营规模和所在行业的特点的不同，其重大损害的标准也不同，总的原则应当是公平合理。“职工在工作中有任何失职行为，给企业造成经济损失的，均立即解除劳动合同”显然与劳动法律、法规的规定相违背，对劳动者的要求和规定的处罚过于苛刻，侵犯了劳动者的合法权益。因此，该规定属于无效的规定。

# 公司法务

□ 文 / 上海元始律师事务所汇编

1、某市政府向社会发布招商信息，某公司响应号召进行投资，市政府以会议纪要形式明确了给予该公司的优惠政策明细，后市政府承诺的优惠政策未全部兑现，公司可否起诉市政府要求将未兑现的优惠政策转化为债权偿还？

## 「解答」

本案是基于政府优惠政策而非基于合同关系引起的纠纷，不符合《民事诉讼法》第108条规定的起诉条件，不属于人民法院民事案件的受理范围，法院应当裁定驳回某公司的起诉。因为优惠政策是在公司不参加的情况下，由市政府有关部门单方研究后作出的，优惠政策的载体——会议纪要是行政文件，是市政府公共权力的体现，根据《合同法》对合同概念的界定，由于双方当事人在优惠政策的形成过程中缺少平等的协商，地位不平等，会议纪要不是民事合同。同时，依人民法院目前所处的地位和作用，如果政府没有兑现优惠政策引起的纠纷作为民事案件审理，显然法院也是消化不了的，社会效果也不好。相比较而言，政府解决问题的手段很多，处理起来远比法院灵活。

2、如何判断企业法人资格存续与否？

## 「解答」

实践中工商行政管理部门对违反法律、行政法规的公司大量采取了吊销企业法人营业执照的行政处罚。对于企业法人营业执照被依法吊销后，其法人资格是否存在的问题，长期以来，最高人民法院和国家工商行政管理总局的意见是不一致的。

工商行政管理部门以前一直坚持企业法人一经吊销营业执照，其法人资格即终止，不应存在企业法人依然存续的情形。并且企业法人被吊销营业执照后，法人资格随即终止，不需办理注销登记。因此《企业法人营业执照》被登记机关吊销，企业法人资格随之消灭。

而最高人民法院则一直认为工商行政管理部门发放、收缴《企业法人营业执照》的行为不具有绝对的确立或者消灭企业法人资格的效力。吊销企业法人营业执照是工商行政管理部门依据国家行政法规对违法的企业法人作出的一种行政处罚，企业法人被吊销营业执照后，应当依法进行清算，清算程序结束并办理工商注销登记后，该企业法人才归于消灭。因此企业法人被吊销营业执照至其被注销登记前，该企业法人仍应视为存续，可以以自己的名义进行诉讼活动。如果该企业法人组成人员下落不明，无法通知参加诉讼，债权人以被吊销营业执照企业的开办单位或者清算义务人为被告的，人民法院也应予以准许。该开办单位或者清算义务人对被吊销营业执照的企业法人，如果不存在投资不到位或者转移资产逃避债务等情形的，仅应作为企业清算人参加诉讼，承担清算责任。



### 3、企业法人资格能否因企业未参加年检而丧失？

#### 「解答」

《人民司法》研究组认为：在我国，企业的法人资格是以工商行政管理部门的登记核准为标志的。企业经工商部门核准登记，并发放了《企业法人营业执照》，即取得了企业法人资格。企业法人资格的丧失，也是以有关工商行政管理部门的注销登记为条件的。国家工商行政管理总局发布的《企业法人年度检验办法》明确要求企业法人应当参加年检，这是对企业法人的行政管理方面的要求。企业法人连续两年以上不参加年检，有关的工商部门就有权吊销其法人营业执照。但是，在有关的工商管理部门未作出该吊销决定之前，法院就应当认定该企业的法人资格依然存在；该企业签订的合同倘若没有其他导致无效的原因，还应当认定有效，不宜因该企业未参加年检而否定其企业法人资格，进而否定其所签订的经济合同的法律效力。

### 4、公司设立过程中，发起股东之一以自己名义对外签订的合同，应由谁承担责任？

#### 「解答」

此问题实际牵涉到的是新设公司的债务承担问题。股东在设立新公司的过程中，由于新设公司尚未取得营业执照或尚未进行生产经营，股东为新设公司的利益对外签订合同，因此产生的法律后果应由新设公司独立承担。如新设公司最终未能成立，则由发起股东对合同后果承担法律责任；如股东对新设公司投资不到位或存在抽逃资金的现象，则股东应在注册资金不足或所抽逃资金的范围内承担民事责任。

结合一案例，分析如下：飞天公司与遁地公司合资设立某商务酒店。为了商务酒店能够尽快运营，在商务酒店尚未取得营业执照时，飞天公司以自己名义与未来公司签订了关于商务酒店装修的建筑安装工程承包合同，此后商务酒店取得企业法人营业执照，开始正常运营，成为能够独立承担民事责任的民事主体。飞天公司作为股东，为了商务酒店的利益所签订的合同，在飞天公司和遁地公司对于商务酒店的注册资金均已到位，且不存在抽逃企业资金的情况下，应由商务酒店独立承担法律后果。

5、多个公司法人表面上彼此独立，但实质上构成人格混同，因此损害债权人合法权益的，是否承担连带清偿责任？

【解答】

存在股权关系交叉、均为同一法人出资设立、由同一自然人担任各个公司法定代表人的关联公司，如果该法定代表人利用其对于上述多个公司的控制权，无视各公司的独立人格，随意处置、混淆各个公司的财产及债权债务关系。造成各个公司的人员、财产等无法区分的。该多个公司法人表面上虽然彼此独立。但实质上构成人格混同。因此损害债权人合法权益的，该多个公司法人应承担连带清偿责任。

【解答】

依照《公司法》、《民法通则》及《企业法人登记管理条例》的规定，企业被吊销营业执照后，应当依法进行清算，并停止清算外的活动。最高人民法院《关于企业法人营业执照被吊销后，其民事诉讼地位如何确定的复函》及《最高人民法院经济审判庭关于人民法院不宜以一方当事人公司营业执照被吊销，已丧失民事诉讼主体资格为由，裁定驳回起诉问题的复函》中明确指出，企业未进行清算，债权人可以起诉企业股东或者开办单位承担清算责任。上述法律规定及最高人民法院函复精神表明，清算是企业被吊销营业执照后，进行债务清偿的必经程序。企业进行诉讼活动，是通过诉讼明确债权债务的一种方式，以帮助企业对资产进行清算。但诉讼活动不是企业清算行为，诉讼程序亦不能等同于企业清算程序，企业通过诉讼对资产的处分因不符合停止清算外活动的规定而应予以限制。

7、股份有限公司发起人在公司成立后3年内，与他人签订股权转让协议，约定等公司成立3年后办理股权过户手续，并约定委托受让方行使股权，该股权转让协议是否有效？

【解答】

《公司法》原第147条第1款关于“发起人持有的本公司股份。自公司成立之日起3年内不得转让”的规定。旨在防范发起人利用公司设立谋取不当利益。并通过转让股份逃避发起人可能承担的法律风险。

股份有限公司的发起人在公司成立后3年内，与他人签订股权转让协议，约定待公司成立3年后为受让方办理股权过户手续。并在协议中约定将股权委托受让方行使的，该股权转让合同不违反《公司法》原第147条第1款的规定。协议双方在《公司法》所规定的发起人股份禁售期内，将股权委托给未来的股权受让方行使。也并不违反法律的强制性规定。且在双方正式办理股权登记过户前，上述行为并不能免除转让股份的发起人的法律责任，也不能免除其股东责任。因此。上述股权转让合同应认定为合法有效。



# 致 谢 栏

一元复始，万象更新。新的一年来临了。元始律师事务所全体律师，对一年来给予我们关心、支持和信赖的朋友们，致以衷心的问候和诚挚的谢意！

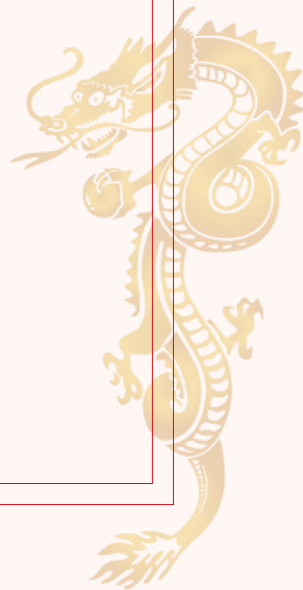
事务所取得的每一点进步，离不开客户的理解、宽容和帮助。“投我以桃李，报之以琼瑶”，兢兢业业，谨慎尽责，妥善处理每一件委托事务，是我们应有的态度。希望我们的努力，能够回报客户的厚爱于万一，能够为客户的事业发展尽上一份绵薄之力。

本所2012年将出版六期《建筑法苑》施工企业篇，定于双月15日发布。欢迎客户单位来函来电索取。客户在实践中如有新的问题，欢迎随时垂询，也希望客户提出批评和建议，以便我们将本栏目办得更丰富、更持久。

乘长风破万里浪，是我们的憧憬，也是我们对客户的祝愿。我们希望，我们与客户的事业一同迈向明日的辉煌！

## 本所谨对下列常年顾问单位致以衷心的祝福和诚挚的谢意（排名不分先后）：

- 金大元（集团）上海有限公司
- 博奥集团
  - 连云港博奥盛世置业有限公司
  - 上海景源房地产开发有限公司
  - 上海霖林实业有限公司
  - 上海春满园绿化工程发展有限公司
- 嘉兴中安钢贸城
- 蔚蓝集团
  - 上海蔚蓝置业有限公司
  - 上海朋鑫建设工程有限公司
  - 上海金贵建设工程有限公司
- 响水天和房地产开发有限公司
- 冠龙集团
  - 上海冠龙阀门机械有限公司
  - 上海骐荣机械自控有限公司
  - 江苏融通阀门机械有限公司
- 杭州川海置业有限公司
- 上海丹林房地产开发公司
- 泰州市德驰置业有限公司
- 佳友集团
  - 上海佳友房地产公司
  - 上海佳友维景大酒店
  - 上海佳友电力有限公司
  - 上海汇大机械制造有限公司
  - 湖州汇大机械有限公司



# 致 谢 栏

- 睿思科技（苏州）有限公司
- 湖北沼山建设工程有限公司上海分公司
- 江苏启安建设集团第二建筑安装工程有限公司
- 南通海洲建设集团有限公司
- 上海福盛建设发展有限公司
- 上海利保实业发展有限公司
- 上海鸣越建筑工程有限公司
- 上海浦东川沙建筑工程有限公司
- 上海浦拓建设工程有限公司
- 上海田栅体育设施工程有限公司
- 上海远达建设工程有限公司
- 中国化学工程第十四建设有限公司上海分公司
- 中国建筑技术集团有限公司上海分公司
- 中铁五局集团建筑工程有限公司上海分公司
- 上海园林绿化建设有限公司
- 上海海纳尔屋面系统安装工程有限公司
- 上海君顺消防设备安装工程有限公司
- 上海乾雁电力建设有限公司
- 上海瑞谊德安装工程有限公司
- 上海万建建筑安装工程有限公司
- 天裕集团
  - 上海天裕建筑工程有限公司
  - 圣裕基础工程有限公司
  - 天裕建筑基础工程有限公司
- 宝钢钢构有限公司
- 上海帆华幕墙装饰有限公司
- 上海旭博幕墙装饰工程有限公司
- 柯融装饰设计工程（上海）有限公司
- 上海东徽建筑装饰工程有限公司
- 上海元邦化工有限公司
- 上海安居乐生物科技有限公司
- 上海市职工保障互助会
- 上海天易海洋石油工程科技有限公司
- 上海浦东殡仪馆
- 上海平达信息技术有限公司

# 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。

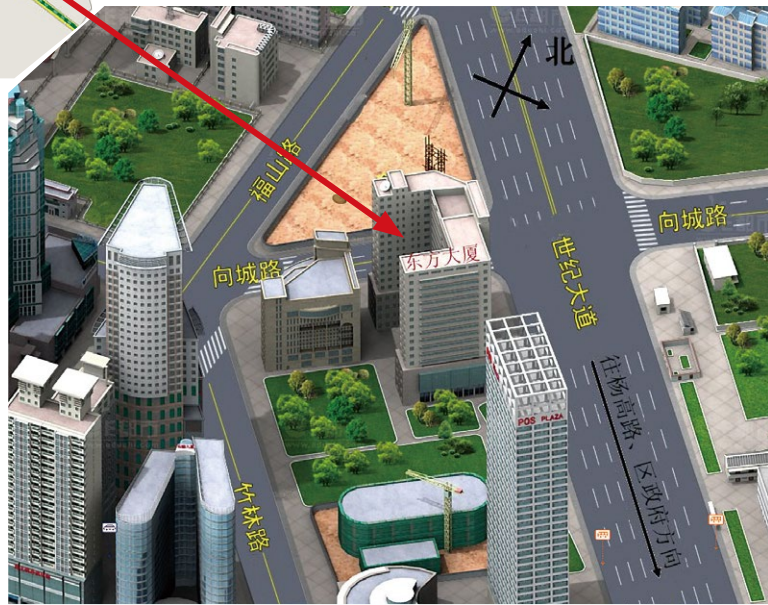
**希望我们的努力，能为您的建设事业尽上一份锦薄之力！**

# 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12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。

夫君子之行，静以修身，俭以养德，

非淡泊无以明志，

非宁静无以致远。

## 上海元始律师事务所

主任律师：李宗猛博士，13901686274  
工程建设领域的专业律师事务所

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>