

# 建筑法苑

施工企业篇

上海元始律师事务所主办

2012年第3期总第12期



建设单位拒绝调价如何处理  
工程质量保修的三大误区  
工伤保险小百科  
没有赢家的战争

# 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

邮编：200122  
电话：021-68407068  
传真：021-68407066  
<http://www.yslawPrm.com>

# 《建筑法苑》

2012年第3期总第12期  
CONTENTS

目录

## 施工企业篇

律所新闻（2012年5月~8月大事记） .....	1
建设单位拒绝调价如何处理 .....	3
<p>施工单位在履行固定总价或固定单价的建设工程施工合同期间，如遇材料或人工价格大幅度波动，则可能面临巨大的风险。通常建设单位会以合同约定为由拒绝调价，施工单位如何应对以达到调价目的？</p>	
工程质量保修的三大误区 .....	12
<p>工程竣工后建设单位往往会以承包方的工程存在质量缺陷、且未能修复为由扣减工程款、不予结算甚至追究巨额的违约责任。而承包方由于对工程质量保修存在误区，应对不善从而吃亏上当。</p>	
工伤保险小百科 .....	14
<p>人工上涨、市场调控等诸多因素影响，工伤事故案件明显上升。本所将有关工伤保险的基本法律规定和注意事项整理汇编，供施工企业借鉴。</p>	
公司法务 .....	18
专家解惑 .....	23
没有赢家的战争 .....	28
<p>在工程款结算纠纷中，一些施工企业聘请的顾问、专家因利益驱动，不顾具体情况，鼓动当事人提起诉讼。而企业因缺乏全局性把握轻信人言，贸然行动，最终导致两败俱伤。审时度势、谋定而后动是解决问题、防止损失的不二法门。</p>	

LV SUO XIN WEN



# 律所新闻

(2012年5月~8月大事记)

## 1、本所协助处理多起建筑工人伤亡事故

今年入夏以来，工伤事故发生率之高异乎寻常。5~8月份期间，本所接连受理7起建筑工人死亡事故（六起为工伤死亡，一起为药物中毒意外死亡），协助处理四十余起一般工伤（从十级至四级伤残不等）。事故发生率比去年陡增数倍之多。

工伤事故频发，一来是观念上的疏忽；二来由于市场调控，房地产业上游资金紧张，施工单位降低安全防护措施的投入；三来近年人工费用上涨，建筑企业雇用缺乏经验的新人以降低成本，而新入行民工的安全观念相对淡薄，大大增加出事概率。一旦发生意外，企业背负重担，伤者本人及家属亦遭受无法弥补的损害。加强安全教育、配置必要的措施、将风险防患于未然，是企业减少损失的王者之道。

## 2、李宗猛博士应邀担任上海耀河建设工程有限公司常年法律顾问

耀河公司是一家具有房屋建筑工程二级资质、市政公用工程承包二级资质、建筑装修装饰工程二级资质、机电设备安装工程二级资质的综合性施工企业。承接房屋建筑工程、建筑装修装饰工程、市政公用工程、钢结构工程、地基与基础工程、机电设备安装工程、园林绿化工程等各类项目。

## 3、李宗猛博士应邀担任上海席尔诺电梯有限公司常年法律顾问

席尔诺公司是一家集研发、设计、生产制造各类电梯、新型停车系统的综合性电梯企业。拥有闵行工业工厂、嘉定工业工厂等多个生产制造基地。工作场地超过60000平方米，年产5000台（套）各种电梯。在上海、北京、重庆、南京、厦门、东莞、内蒙、湖南、江西、山东、海南等地有13家全资子公司、控股子公司、分公司及办事机构。

## 4、李宗猛博士应邀担任上海鲁通混凝土有限公司常年法律顾问

鲁通公司是专业混凝土生产厂家。公司位于上海市闵行区浦江镇，濒临大治河。公司拥有200米长的码头岸线，水陆交通便捷。

公司自建1600吨级水泥中转库一套，配备南方路基3立方和2立方混凝土搅拌系统各一套，日生产混凝土6000立方以上。拥有华菱、五十铃混凝土搅拌车及各类汽车泵、重工固定泵等各类设备数十辆。生产销售C60（含C60）以下各类规格的混凝土，向浦东新区、闵行区、南汇区、奉贤区大中型建筑工地供应优质混凝土。市场信誉有口皆碑。

## 5、李宗猛博士应邀担任上海海利建设工程有限公司常年法律顾问

海利公司是具有建筑工程施工总承包、市政工程施工总承包、钢结构专业施工、管道工程专业承包等四项施工资质的民营股份制施工企业。凭借自身的专业技术优势和实力，独立承担各种大中型的工业和民用建筑工程、市政桥梁工程、公用公共建筑工程、水利工程、工艺设备管道安装工程。

## 6、李宗猛博士应邀担任上海浦坚机电设备安装工程有限公司常年法律顾问

浦坚公司主要从事暖通管道（除专控）及水电安装、室内装饰及设计等施工任务，并经营机电设备、电动工具、阀门、电子计数机及配件、空调设备及配件、建筑五金等建筑材料设备的生产和销售。

### 7、李宗猛博士应邀担任上海航南建筑工程有限公司常年法律顾问

航南公司是专业从事建筑劳务分包的施工企业。公司拥有砌筑劳务分包二级、钢筋劳务分包二级、脚手架作业劳务分包二级、木工作业分包二级、以及油漆作业、水暖作业、混凝土作业、抹灰作业等多项劳务分包资质，是业内领先的劳务分包专业施工单位。

### 8、李宗猛博士应邀担任上海福元工程有限公司常年法律顾问

福元公司是从事建筑工程、水电管道安装、网络布线、展览展示服务、机械设备租赁、金属制品加工等综合性服务的建筑施工企业。

福元公司曾先后参加多个大型项目的建设，如上海南浦大桥、杨浦大桥、徐浦大桥、卢浦大桥、上海金贸大厦、上海开开商厦、上海第一八佰伴、上海时代广场、上海林克斯休闲别墅区、上海万科春申城；承接施工过上海万科华尔兹花园、上海万科蓝山小城、上海金地格林世界、杭州逸天广场公寓、上海万科白马花园四期、上海万科新里程、杭州万科城市花园、杭州万科良渚、上海万科华漕213号地块、上海万科宝山四季花城二期联体别墅、镇江万科魅力之城、杭州九堡魅力之城、南京万科光明城市等的装饰、房屋维修等项目。

### 9、李宗猛博士应邀担任上海富开环保节能设备有限公司常年法律顾问

富开公司是一家专业从事国际一流品牌空调经销和安装的公司，主要代理东芝、日立、特灵、麦克维尔等知名品牌。公司一直秉承“优质、环保、节能”的理念。先后成功完成多个大项目的空调销售和安装，如张江创新园、创业源、张江微电子港办公楼等，受到了开发商和业主的一致好评。

(为保守客户的商业秘密，以下客户单位不予署名)

### 10、李宗猛博士协助多家企业处理以房充抵工程款争议

在房地产销售形势紧张、建设单位资金紧张不能及时支付工程款的情况下，以房源充抵工程款不失为一条可取之道，但有关协议仍须严谨完备，房屋充抵的价格应合适，合同的履程序及手续亦应清楚。

### 11、李宗猛博士协助处理多起工程结算及尾款追讨纠纷

建设单位拖延结算、拖延支付、压低价款是常有的事。一旦涉诉，证据充足与否是压倒一切的关键。事后补充有效证据是极为困难的事情，工程施工过程中要有意识地固定有效证据，包括签证、发函、会商纪要、摄像、照片等。证据如同武器，落后就要挨打。

### 12、李宗猛博士、张伟宏律师代理的某创意园工程款纠纷一案圆满结案

本项目总造价不高（结算送审价3100万元），但是合同十分粗略，结算涉及土建、安装、装修、房修等多个定额。合同缺陷是本案双方产生争执的根本原因，双方分歧巨大（建设单位的初审仅有1400万元，还不到送审造价的一半）。经当事人和代理律师近三年的不懈努力，抽丝剥茧寻找证据，最终以双方都能接受的价格调解结案。

### 13、本所协助客户参与政府斡旋下的工程复工谈判

徐州某重大国际商城项目，由于开发商资金链断裂，拖欠近亿元工程款，导致施工单位无奈停工。基于数百家购房客户的压力，徐州当地政府出面组织双方协商。本所李宗猛博士应邀参与协调，就停工诉讼及复工之间的利弊提供分析意见，并建议由政府、开发商和总承包方三方共同对开发商的未销售房源和销售款进行监管（避免民间借贷者或其他债权人恶意追索），以保证施工单位的工程款安全。这一建议得到政府的认可，因为只有项目如期建成交付使用，才符合购房客户、建设单位、总承包方的利益。在本所律师的参与下，政府、建设单位、总承包方签署了复工协议，工程已顺利复工。

# 建设单位拒绝调价如何处理

□ 文 / 上海元始律师事务所 李宗猛律师

对于固定总价或者固定单价的建设工程施工合同，如合同履行期间，材料或人工价格大幅度波动，施工单位就可能面临巨大的风险。部分建设单位能够体谅施工单位的处境，或许同意按照一定规则调整合同价款。但也有不少建设单位因各种原因，以合同约定为借口，拒绝调价。本文试分析如何化解分歧，减轻压力，达到调整价款的目的。

## ◎ 一、不可将全部调价希望寄托于法院

建设单位不肯调整合同价款，可能有些施工单位被逼急了，会说“那你们等着打官司吧”。官司是否能赢，决策之前一定要有清楚的判断。

### （一）政策性文件不能作为调整合同价款的依据

建材价格和人工费用的上涨，若风险全部由承包商承担，确实不近情理。为缓解矛盾，减轻施工企业非正常的负担，各地政府造价管理部门相继出台了一系列调整合同风险的指导性意见，例如上海市建筑建材业市场管理总站2008年3月发布的《关于建设工程要素价格波动风险条款约定、工程合同价款调整等事宜的指导意见》（沪建市管〔2008〕12号），不少其他省市定额管理部门也颁布有相应文件。那么，承包方能否根据定额站指导性意见要求涨价呢？

根据最高人民法院关于适用《中华人民共和国合同法》若干问题的解释，合同法实施以后，对合同效力的认定及条款的变更，应当以全国人大及其常委会制定的法律和国务院制定的行政法规为依据，不得以地方性法规、行政规章为依据。也就是说，各省市人大制定的地方性法规，以及财政部、建设部、地方政府制定的规章、规定等，不能改变双方在合同中的约定。各地造价管理部门颁布的文件，其效力还在地方性法规、行政规章之下。因此，如双方在合

同中约定了计价原则，人工、材料价格上涨以后，定额站文件不能作为承包方变更合同、要求涨价的直接依据。

### （二）最高院明确慎用“情势变更原则”

多数施工企业认为，“甲方总不可能让我们亏本来做事情吧”，在某些情况下，不调价可能确实面临亏本的局面。那么，是否能够请求法院依照情势变更调整合同价款呢？

我国法律对情势变更并无明确规定，并且价格上涨达到多大幅度可认定为明显不公，也没有具体的标准。最高人民法院更是在2009年7月发布《指导意见》，明确提出“慎重适用情势变更原则，合理调整双方利益关系”，在适用情势变更时着重考量四个方面：

一是要求人民法院应当依据公平原则和情势变更原则严格审查；

二是在适用情势变更原则时，法院应当充分注意全球性金融危机和国内宏观经济形势变化并非完全是一个令所有市场主体猝不及防的突变过程，而是一个逐步演变的过程；

三是人民法院要合理区分情势变更与商业风险；

四是在调整尺度的价值取向把握上，人民法院仍应遵循侧重于保护守约方的原则。

在程序上，对于情势变更的适用也比较严格，例如上海对需要适用情势变更裁决的个案，需要层报

高级人民法院审查批准，基层法院不可擅自调价。因此，承包人主张依照情势变更原则调整合同价款有相当的难度。当然，实践中针对继续履行合同将给承包方造成特别不公平、利益可能遭受巨大损失的个案，是否有适用情势变更的可能，承包方可以征询专业人员给予判断。

### （三）低于成本价投标难以认定

可能还有承包商认为，我国招标投标法规定，不能低于成本价投标，低于成本价的合同应该无效。由此，在投标时不顾实际情况恶意低价中标，寄希望于日后法院或司法审价单位按照市场公平价格给予结算。这样的做法存在极大的风险，从以下案例可见一斑。

武昌一高校为建设学生公寓对外进行招标，湖北某建筑公司参加投标。评标办法规定：评标前先采用“拦标价”检验本项目评标入围投标人。具体办法是招标人委托有资质的造价咨询中介机构编制本招标项目工程的“拦标价”，若投标人的投标报价高于“拦标价”，则投标报价视为招标人不可接受的报价，即为废标，该投标人的投标文件不纳入评标范围。

投标前，该施工企业委托预算人员测算，该工程单方造价为每平米803.68元，但同日学校公布的该工程的“拦标价”（即单方造价）为每平米632.4元。为了中标，施工企业只好按照校方的拦标价（每平米632元）进行投标并确定中标。随后双方签订了建设工程施工合同。工程竣工后，由于学校仅承认合同价（每平米632元），不答应按照实际造价结算，双方遂发生争议。

区法院受理后，委托一家专业机构进行审价，最终司法鉴定结论显示，涉案工程单方造价为829元。法院遂认为学校公布的“拦标价”低于成本价，而某建筑公司以低于成本价的报价竞标，违反了相关法律规定，一审判决双方签订的建设工程施工合同无效。

校方不服一审判决，很快上诉至市中级人民法院。市中院在审理时认为，本案鉴定单位作出的司法鉴定结论（即涉案工程单方造价为829元），系根据建筑行业主管部门颁布的工程定额标准和价格信息进行编制的，而定额和价格信息反映的是建筑市场建筑成本的平均值，故该鉴定结论可以证明学校在招标过程中设置的“拦标价”和建筑公司的投标价是低于招标工程的社会平均成本的。但每个企业存在自身的个别成



本，企业个别成本与企业规模、管理水平相关，管理水平越高的企业其个别成本越低，故鉴定结论并不能证明该建筑公司投标价低于其企业个别成本。同时本案没有证据证明学校强迫该公司投标，本案也没有证据证明该建筑公司系非自愿投标及签订合同，在工程已经施工完毕后，该建筑公司以其自身行为违反了法律规定，主张合同无效违背了诚实信用原则。故撤销洪山区法院的一审判决，驳回某建筑公司的诉讼请求。

湖北省高院组织再审。施工企业认为，自己参加投标虽然是自愿的，但以低于成本价投标却是被迫的，投标人参加投标必须要接受学校公布的“拦标价”，是学校利用其招标人的优势地位强迫投标人接受的。法院认为，某建筑公司作为一独立的民事主体，能够理性地评判自己的民事行为及其后果，如其认为学校设置的“拦标价”过低无法盈利，选择不参与竞标，其并没有处于一种无可选择的境地。故某建筑公司认为学校迫使其以低于成本的价格参与投标的理由不能成立。最终维持市中院的判决。施工单位最终只能按照623元/平米结算，连本钱都收不回来。

广东省有同样的判决。某公司新建厂房工程，《投标须知》中明确了工程范围及合同固定总价的性质，工程完工后若无增减项目，不另行结算。某施工单位的投标价为：土建工程12188221元，安装工程3969817元，合计1615.8万元。该施工单位为获得该施工任务，向建设单位出具《承诺书》，表示愿将自己的投标报价压低至1250万元。双方遂签订了总价为1250万元的厂房土建和安装工程。在合同签订后的施工过程中，施工单位发现该合同价格低于成本价，于是向建设单位要求提高合同价格。双方各执己见，完工后施工单位向某区法院提起诉讼，要求判令建设单位补偿工程价款256.7万元。

该案件的审理经历了一审和二审，两次判决的结果截然相反。一审认为双方的合同条款违背公平、等价有偿原则，显失公平，依法应予撤销。施工单位起诉要求建设单位补偿合同价与成本价之间的差额256.7万元，依法应予以支持。而二审认为《合约书》是双方真实意思的表示，并不违反法律规定，应为有效合同，因此认定双方签订的合同有效不构成显失公平，施工单位面临的应视为商业风险，撤销了一审判决。施工单位同样面临亏损的结果。



## ◎ 二、求人不如求己，积极应对才是王者之道

### （一）利用合同风险条款要求调整合同价款

对于采用固定总价或者固定单价计价的施工合同，施工单位可以根据合同中有关风险范围约定情况的条款要求调整合同价款。

建设部1999版《建设工程施工合同（示范文本）》或上海市2004版《上海市建设工程施工合同（示范文本）》中，均有关于风险调整的条款。比如，建设部示范合同23.3条约定，可调价格合同中合同价款的调整因素包括，（1）法律、行政法规和国家有关政策变化影响合同价款；（2）工程造价管理部门公布的价格调整；（3）一周内非承包人原因停水、停电、停气造成的停工累计超过8小时；（4）双方约定的其他因素。对于固定价格合同，双方亦可以在专用条款中约定调整方法。如果双方依照示范文本签订合同，且已约定了调整办法，比如参照定额站规定的3%、5%、8%风险系数条款（即俗称的三五八条），则承包方完全可与发包方协商，要求根据合同约定，并参照定额站文件意见调整合同价款。

### （二）未约定风险调整的处理

对于固定总价或者固定单价合同，如果合同中并没有约定风险调整办法，材料价格涨跌的风险，通常由承包方自行承担（除非双方之后另行达成补充协议）。但是，合同价格的固定也不是绝对的，即使对方在条款中写明，“任何情况下合同总价或者合同单价均不得调整”，也不等于合同价款无论在何种情况下都固定不变。至少有两种例外：

1. 因不可归责于承包方原因导致合同延迟履行的，合同延迟履行之后，材料或者人工价格上涨，承



包方有权调整原合同约定的固定总价或者固定单价。

比如说，承包方本可以于4月份供应并安装钢结构，由于建设单位没有办妥施工许可证，或者总承包方前道工序没有完成，导致钢结构被迫推迟至8月份施工。延迟期间，材料价格上涨部分，承包方可以主张权利。此时双方可以参照定额站文件，要求增补人工或材料上涨的部分。比如：假设4月份钢材为4600元/吨，8月份上涨到4900元/吨；合同约定的钢结构综合单价为8100元/吨，则上涨后的价格为： $8100 + (4900 - 4600) \times (1 + 3.41\%) = 8410.23$ 元/吨。至于材料涨价后，承包方的管理费、利润等能否同比例得到补偿，答案通常是否定的（除非双方在合同或补充协议中另有约定）。

因发包方延误而调整合同价款，对所有合同体系，同时对总承包工程、专业分包工程都是适用的。承包方需要收集、保留发包方原因导致工期延误的证据。常见的证据包括设计方面（出图是否延迟，需要设计确认的事项是否及时给予答复）、开工方面（是否及时提供场地，是否办理开工手续）、发包方付款

是否依照合同约定、第三方的影响、政府禁令或不可抗力等。

## 2. 订立合同时，未明确包含在合同之内的工程量

比如说4月份订立合同，工程已经开始施工了。到7月份，甲方突然有一个新增的项目（如增加了一个钢结构雨篷，甚至边上再增加一个会所或者配电房之类的工程）。雨篷或新增工程的单价该怎么算？有以下三种情况：

最理想情况：承包方接获新增项目通知时，立即向发包方发出书面通知。典型示例如下：“贵司7月5日所发新增雨篷项目之指令已收悉。我司愿意按贵司指令实施该项目。只是需要贵司考虑的是，我司4月份报价时并未得知有雨篷项目，目前钢材价格已上涨300元/吨。请贵司体谅我司处境，对新增雨篷的钢材价格上涨部分给予合理补偿。”若是发包方同意补偿，双方签署补充协议最为理想。由此，不管今后是正常结算还是进入司法程序，雨篷单价都会在原合同单价上得到调整。

最不利情况：甲方发出新增工程量指令后，承



包方没有提出任何异议（有记录的书面形式的异议才行），直接将新增工程施工完毕。正常审价也好，司法审价也好，雨篷通常只能按照原合同单价结算。这种做法最不可取。

有争议情况：实践中可能比较常见，比如承包方发出调价申请，发包方不理睬、不回复，而且以工期为由，逼迫承包方抓紧施工新增项目（有时承包方不做还不行）。对于这种情况，根据具体的案由，可能出现不同的结果：如果结算是发包方委托的社会审价（绝大多数项目的审价模式），只要发包方没有书面同意涨价，审价单位不会支持承包方的要求，几乎铁定按照原来的合同单价结算新增项目。如果承包方起诉，进入司法审价程序，结果取决于双方的证据和法官的裁决，实践中曾出现截然相反的判例。为避免遭受损失，承包方最好是在发包方确认价格调整单之后再施工；如对方不同意调价，可以拒绝施工。如果怕得罪甲方迫不得已要施工，亦须留下证据，比如发包方提出新增项目后，立即发出价格调整的催告函，“贵司要求我司立即制作钢结构雨篷的指令已收悉。鉴于

贵司提出，若雨篷施工拖延，将导致整个项目工期延迟，给贵司造成巨大损失。我司理解贵司处境，将立即安排下料加工。但也请贵司体谅我司情况，雨篷材料涨价并非我司份内责任，恳请贵司对我司上次关于雨篷价格调整的函件给予批复；逾期未批复的，视为贵司认可”。发函可以非常客气，也不费什么事情；但留下类似证据，日后如果起纠纷，得到法官支持的可能性大大增加。

### （三）利用发包方的根本性违约迫使对方让步

根据最高院的司法解释，因发包方根本性违约、承包方可以解除合同的情形主要有：（一）未按约定支付工程价款的；（二）提供的主要建筑材料、建筑构配件和设备不符合强制性标准的；（三）不履行合同约定的协助义务的。如果合同履行过程中，发包方有上述情形之一的，承包方可以用有权停工或者单方解除合同为由给发包方施压，与发包方谈判要求参照定额站文件调整合同价款。采取这一办法是比较激烈的手段，也有不少因发包方延迟付款威胁停工而成

功索赔的例子；但是采用这一手段需要慎重，在证据保留、往来函件（通知义务）、启动的时机和策略方面，均需要专业人员协助把关。

#### （四）在合同体系上寻找突破口

有些承包方抱侥幸心理，以极低的价格（甚至低于成本价）投标承接工程，在结算时主张合同无效、希图推翻合同按照定额体系进行结算，这种想法是难以成立的。最高法院司法解释明确规定，合同无效，当事人请求参照合同进行结算的应予支持。司法实践中也有多个判例，判决按照低价的合同进行结算，承包方的不诚信行为难以获利。这里需要提醒的是，对于有些发包人在招标时设定拦标价、且拦标价过低的情形，承包方投标之时需要慎重，切忌盲目投标致使最终亏本。

可以利用的是备案合同与补充协议的差异。当前总承包工程基本上需要办理招投标及施工合同备案手续。不少发包方自行或者邀请测量师事务所拟定的“真合同”极为苛刻、严密，把承包方要求调整合同价款的口子基本堵死，有些条款明显过于不公平，但承包方在合同谈判时无能为力，只能签署否则无法承接工程。但对于办理备案手续的“假合同”多数不以为然，条款比较简单，而且基本是参照示范文本签署，条款对承包方比较有利。由于司法解释明确规定，办理备案的“假合同”效力大于双方签署的“真合同”或者“补充协议”，承包方谈判时可以用备案合同的有利条款，迫使发包方答应承包方的合理调价要求（不然，按照备案合同进行诉讼，发包方的付出将会更多）。

利用这一条基本是最后的手段。尽管司法解释确认了备案合同的效力，但是双方心知肚明备案合同只是一个形式。承包方提起的备案合同条款，会大大影响承发包双方的关系和施工企业自身的信誉，不到万不得已，不可轻用。

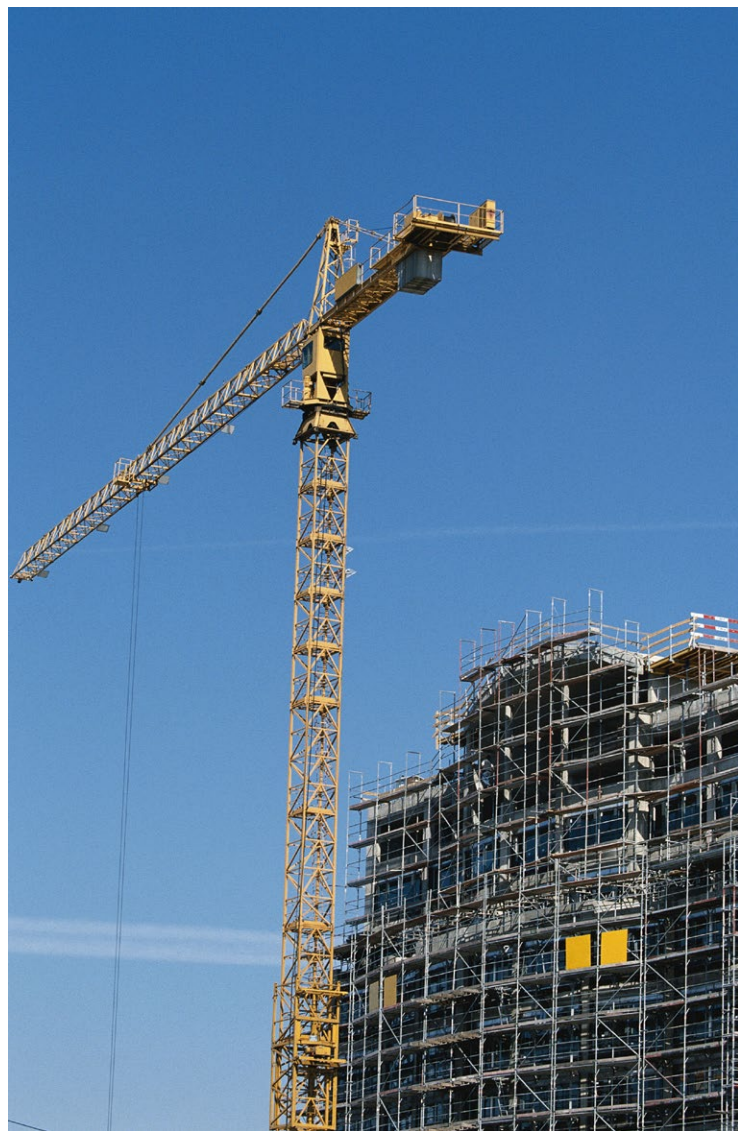
#### （五）分寸上注意把握

为了要求调价，采取激烈的手段，有时也能取得一定效果。比如南汇某工程，按照93定额结算下浮6%。合同未约定人工单价调整办法。按93定额计算人工确实亏损。施工单位的项目经理给建设单位老板打电话，“陈总，如果人工补差今晚谈不拢，明天我们就停工”。建设单位为避免停工造成更大的损失（复工需要大量的费用不说，逾期交房违约金也是非常巨大

的数字），无奈答应给予一次性补偿240万元。施工单位的目标暂时是达到了，但是在后面的签证、结算过程中，建设单位从严控制，施工单位也是非常难过的，二期工程也没有参与投标的机会。

施工企业毕竟是乙方，在调价要求时采取柔和一点的态度还是必要的。要点有三：第一，将工程质量、进度抓上去，事情做好了，与甲方谈涨价就有底气；第二，将涨价的理由、计算的明细，明明白白、清清楚楚地算给甲方看，将心比心取得甲方谅解；第三，要求调价的文件，在措辞及分寸上一定要把握好，既不要放弃权利，也不要刺激对方，在互谅互让的氛围下协商调价可能更有效果。

以下是一个典型的案例：



## 【本所处理的参考案例】

一、施工单位在完工后，提交了竣工结算书，结果遭到建设单位退回。建设单位并回函称：“贵司测算的17680万元的结算没有合同依据。合同约定的合同价款调整方式为‘固定单价，调整因素仅为设计变更，且单价执行投标时的清单价格’。贵司完全置双方签订的合同于不顾，重新编制了预算，调整了人工、材料等所有的价格，完全违背了合同约定的固定清单价格的调价方式”。

二、施工单位收到建设单位函件后，打算如下回函“贵司所回函件我司完全不能接受。调整合同价款是双方多次商量好的。如果你们不讲信誉，我们在质监站验收备案时也不配合。造成的后果，由贵司承担全部责任”。

三、本所经仔细审核双方的证据，认为对抗如果升级，可能造成两败俱伤的结果。所以，帮助施工单位代拟了如下的回函：

上海天飞置业有限公司：

贵司金融中心大楼指挥部2012年7月28日致我司之函件，让我司深感意外。函件拟文者可能对贵我双方合同的履行情况并未全盘了解，故来函中所称情况与事实有明显出入。

为避免贵我双方的误会和分歧进一步增大，故不得不冒昧致函贵司，呈述我司之观点，希望取得贵司的谅解和支持。

一、合同及法律赋予我司调整合同价款之权利。我司申报的工程结算书正是基于尊重合同而调整价款，并非如贵司所称“完全置双方签订的合同于不顾”。

的确，贵我双方签署的合同是固定总价合同。但是，固定总价合同不等于合同价款绝对不变。合同及法律均赋予我司在一定情况下调整合同价款的权利：

（一）贵我双方合同约定的开工日期为2010年8月5日（详见合同协议书第三条第1款）。但贵司未能在开工前办理施工许可证。建筑法第七条规定，“建设工程开工前，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申请领取施工许可证”，办理施工许可证是贵司（建设单位）的法定义务；贵司没有及时办理施工许可证，造成工程延期开工。合同通用条款第三部分《施工组织设计和工期》第11.2款约定，因发包人原因不能按照协议书约定的开工日期开工，发包人赔偿承包人因延期开工造成的经济损失，并相应顺延工期。

可见，我司要求贵司补偿延期开工损失是符合合同及法理的。延期开工给我司造成的损失至少包括两个方面：第一，我司根据合同预定日期安排人员和设备进场，延期开工所发生的误工费、窝工费、机械设备停滞台班费等；第二，在延期开工期间，材料、人工价格的上涨部分。

（二）合同通用条款第8.3款约定，发包人未能履行8.1款各项义务，导致工期延误或给承包人造成损失的，发包人赔偿承包人有关损失，顺延延误的工期。因贵司没有履行合同约定的义务，造成我司的成本及负担增加的例子比比皆是，例如按照合同专用条款第8.1款第（7）项，贵司应该在开工前完成图纸会审和设计交底，但迟至2010年11月16日（详见009号例会纪要），贵司“还有水、电、暖通三个专业未交底”。又如，至2011年8月24日（详见0046号例会纪要），“外墙涂料等待业主及设计院的进一步确认”；到2011年8月31日（详见0047号例会纪要），“外墙涂料请业主及设计院抓紧时间确认，已严重影响后道工序的施工”；2011年9月14日（详见0049号例会纪要），“新增卫生间安装施工图纸需由设计院出变更图”。因为贵司原因造成

延期及误工，我司要求误工费、脚手架及机械设备的延期台班费、延误期间材料价格的上涨费用，既有法律及合同依据，也符合一般工程惯例，根本谈不上“置合同于不顾”。

（三）贵司直接指定分包人造成工期延误，并增大我司成本。特别是贵司直接分包的幕墙施工单位，贵司一直迟迟不能确定队伍，导致我司无法安排后续工序，我司多次提请贵司“尽快确定幕墙施工单位。幕墙施工队伍不确定，将直接影响后续内装饰和总工期”（详见0027号例会纪要），但贵司确定幕墙队伍的日期仍是滞后。幕墙单位进场以后，其实际工期亦严重滞后于预定工期，工程无法竣工，我司脚手架租赁时间大大延长；我司向贵司呼吁“外墙幕墙部分施工人员不足，进度迟后需抓紧落实”（详见0047号例会纪要），但未能有效解决。由此增加的成本，贵司合理补偿我司，也是合情合理的。

因贵司履约不符约定的情况还有多种，我司在此不一一自辩，以免进一步损害双方的关系。我司在此说明的是，从法律角度，《合同法》第一百零七条规定，当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定的，应当承担继续履行、采取补救措施或者赔偿损失等违约责任。因此，由于贵司原因，导致工程延期开工、并延期实施了，确实给我司增加的成本比如材料价格上涨及停工、窝工等其他损失，贵司应该给予我司合理补偿。

**二、关于调整价款的请求，我司曾数次与贵司领导沟通，多次得到过贵司领导及投资商的明确表态。贵司应该看在我司一向积极履约的份上，信守约定，兑现承诺。**

正如我司此前所述，我希望与贵司保持良好的合作关系，一直在以最大的努力来履行双方的合同。我司作为特级施工企业，尽管贵司的工程规模在我司承接的项目中不是特别大，但我司仍将其作为第一等重要的工程组织施工，列为我司的年度重点工程。贵我双方签约后，我司即积极做好施工准备，克服了各种困难，包括施工过程中贵司屡次提出的设计变更以及因现场不具备施工条件而采取的各种非常规措施。其间，因施工许可证办理时间及内装饰图纸和方案确认的滞后、指定分包单位未能如期施工、材料核价单不能及时批复等因素，致使工期落后于预定计划，为满足贵司的工期计划要求，我司不惜工本，加班加点赶工，为工程顺利推进奠定了基础。

在工程施工过程中，对于贵司原因导致我司开工延迟、工期顺延、成本增加等各种情况，我司亦曾在不同场合多次向贵司各位领导反映；过程中贵我双方也有过多次协商。贵司领导多次明确承诺，“同意按照实际情况和法律、政策之规定，给予相应价款调整”（详见我司2011年10月19日、10月31日函）。有贵司领导的这些表态，我司觉得踏实了，放心施工至今，对贵司的各项要求从无丝毫违逆。

至于投资商方面，我司曾于2011年春节前，专程前往北京拜访投资单位董事长李达仁先生。商量时，李董亦明确表态，只要我司按照要求顺利完成工程，一切差价部分都可以解决（详见我司2011年4月26日函）。因此投资商方面理应不存在障碍。况且，我司曾多次向贵司提交有关调整合同价款的报告，贵司从未表示过异议。根据合同通用条款第31.3条，“工程师应在收到变更工程价款报告之日起28天内予以确认，工程师无正当理由不确认时，自变更工程价款报告送达之日起28天后视为变更工程价款报告已被确认”。因此从合同及法律上，我司调整合同价款的要求亦得以成立。

但是，贵司项目指挥部7月28日这份函件，半点也不提贵司在过程中的承诺和表态，反过来

指责我司“完全置双方签订的合同于不顾”。这些指责，让我司倍感意外和委屈。

我司作为具有一定声誉的特级资质建筑企业，守法、守信、重口碑，这是我司一贯的态度。我希望贵司各位领导以相应诚意回报我司。如果对于我司可以依法主张的费用，贵司不予支付的话，将会导致我司血本无归的结果。毕竟所发生的损失，都是我司已经支付出去的：误工管理人员和民工的工资每个月都是要支付的；脚手架、塔吊的租赁商不会免任何一天的租赁费；材料价格上涨了，市价4600元的钢筋，材料商不会便宜到4500元卖给你。而这些损失，我司本来是不应该发生的，也不应该由我司来承担。

**三、尽管双方在理解上有差距，我司仍愿尽力弥合分歧，但也需要贵司给予应有的理解和支持。**

（一）尽管我司在法律和证据上具有优势，我司目前绝无向贵司较真之意。我司可以表态的是，只要贵司能依约履行合同，我司愿意继续尽全力配合贵司，把工程及后续服务工作做好。

（二）我司所申报的结算书，贵司如果觉得有异议，我司将按照合同及有关事实，详细补充材料和计算依据，交贵司审核。但贵司亦应给予合情合理、公允的判断，而不宜不问情由，一概予以拒绝。毕竟我司要求的费用，存在基本的事实，符合基本的法理和一般的工程惯例。至于会面协商的时间、地点，可由贵司定。

施工单位是建设单位的帮手而不是对手。我们对贵司这样卓有声望的单位一向非常尊重，也希望与贵司日后还有合作的机会。因此，我司会尊重贵司的审核结果。我司相信，若是双方都能本着诚信的态度，没有分歧是不能解决的。

至于贵司来函中承诺当前支付的款项，则恳请贵司及时拨付，缓解我司的燃眉之急。目前材料商、施工班组、设备租赁单位催款异常急迫，巨大的资金压力，已让我司到了喘不过气的地步。

特此致函。本函情非得已，若有失礼之处，还请贵司谅解。

中国建筑第十七集团有限公司

2012年7月31日

# 工程质量保修的三大误区

□ 文 / 上海元始律师事务所 李宗猛律师

对已完工程进行质量保修是承包方的法定义务。《建设工程质量管理条例规定》第四十一条规定，“建设工程在保修范围和保修期限内发生质量问题的，施工单位应当履行保修义务，并对造成的损失承担赔偿责任”。建设单位即因此常以承包方的工程存在质量缺陷、且未能修复为由扣减工程款、不予结算甚至追究巨额的违约责任。承包方对保修事项应对不善而吃亏上当的不在少数。本文分析施工单位的常见误区，并提出应对方略。

## ◎ 误区一：直承其过

工程出现质量缺陷，是难以完全避免的。发现问题，不推诿、不卸责，是承包方应有的态度。但是，在处理方式上，切忌直承责任。比如，某企业对建设单位发函，称“最近，贵司高层对在施过程中检查发现的质量问题很为恼火，我司在此表示理解接受，且在按部序整改之中”。这样的函件一旦发出，日后可能成为我方的致命伤。由于我方承认了质量问题，但对质量缺陷的部位、规模、成因，对工程整体的影响程度、修复的周期及支出等没有界定，一旦发生纠纷，对方可以拿这份函件大做文章，我方势必陷入难以抗辩的境地。

既要不得罪甲方，又要将态度表达清楚，行文方式上就要有所讲究。比如，可以回复如下，“感谢贵司对我司的信任，近日派遣工作人员前来工地检查工程质量，指导我司工作。对贵司在检查中提出的问题和建 议，我司极为慎重，立即安排管理人员对现场情况进行调查。现将检查结果及我司观点回复如下：

（一）我司经现场查看，目前绝大部分幕墙完好无损。检查人员在现场所发现的一些问题，均为其他单位人为损坏我司幕墙所造成。

（二）我司清楚，房屋质量乃是百年大计。保障工程质量，本身就是我司份内职责。在过往的施工中，我司对工程质量一直十分关注。采购的材料、设备均

是正规产品，隐蔽工程邀请监理单位查验，至今无一次验收未能通过。应该说，我司工程质量合格无疑。

（三）当然，对于贵司意见，我司也十分尊重。我司将本着有则改之、无则加勉的精神，对我司施工的全部幕墙进行一次系统的检查。我司欢迎贵司、监理与我司一道参与检查工作（贵司确定时间后，请通知我司，我司可以配合贵司的时间），对贵司、监理的合理意见我司将虚心接受。如检查下来发现问题，确属我司责任的，我司承诺立即予以整改，请贵司放心；因使用不当、人为损坏或其他不属我司原因造成的缺陷，若贵司认为需要，我司也愿意帮助贵司修复，且仅收取维修成本。”

## ◎ 误区二：拒不理睬

在保修期内，如果建设单位或者总承包人发现质量问题，发出质量整改通知单，承包人应及时回应。回应需注意以下三个方面：

（一）不管与建设单位、总承包人的关系如何，承包人应立即指派专业人员赴现场查看。确属承包人责任的，及时予以修复。即使与建设单位的关系再僵（哪怕对方拖延结算、拒不付款），也不宜拒绝承担保修义务。一来因为保修是承包人的法定义务，拒绝修复若导致损失扩大，承包人要承担责任；二来拒绝修复也影响企业信誉。所以，企业应采取的态度是：该由我们承担的保修责任，我们承担；同时，该追讨



的工程款继续追讨，能够追索的费用不要轻易放弃。

(二) 同时，对建设单位、总承包人的整改通知单给予书面回复。确属我方责任的，立即拿出修复计划报请建设单位、总承包人批准后实施。如不属我方责任，亦应立即回函，典型示例如下：“贵司2012年5月5日所发整改通知单已收悉。就现场卷材开裂问题，我司人员与贵司王经理在现场勘察之后，已查明卷材开裂系贵司施工不当所致。贵司现场施工人员亦非常清楚这一成因。高分子卷材本不应在五度以下低温进行屋面施工，而贵司当初为赶进度，不顾我司的多次劝阻，在下雪天且温度都是5℃以下（甚至在零下十几二十度）的低温下冒险赶工，致酿成今日苦果。当然，本着为业主负责的态度，即使贵司与我司观点不一致，我司仍愿与贵司协商。但协商之地点建议改为工程现场。届时如贵我双方对缺陷成因仍有疑虑，可委托有资质的第三方鉴定。根据鉴定结论，由责任方承担修复费用。”

(三) 回复要快，事实要清楚，同时也不要虚言搪塞。如果各方对质量缺陷的成因有异议，承包人可以立即提请质量鉴定，由责任方承担鉴定费用和修复费用。承包人切忌“等”和“拖”。几乎所有的工程款纠纷案，发包人都提出质量反索赔请求。可以想象，如果发包人发出整改通知，承包人不理睬、又没有给予正确回复，在法庭上发包人完全可以声称：

- (1) 工程质量出了问题；
- (2) 我们已经向承包人发出了整改通知单；
- (3) 承包人没有给予答复，亦拒绝修复；
- (4) 为防止损失扩大，我们不得以聘请第三方修复；
- (5) 第三方的修复费用，理应由承包人承担。

对方这个思路，基本上能够得到法庭支持。请注意，一旦按照这个思路判案，承包人有两个方面

的风险：

(1) **责任混淆**：一旦对方委托他人修复，可能本来不是承包人责任，或者承包人只有部分责任，由于修复后现场情况的改变，承包人很难找到证据证明自己的清白，质量责任就极可能全部由承包人背进。

(2) **费用增大**：本来合理的修复价格可能只有3000元，发包人委托第三方修复，可能开出5万元的修理发票。不管对方实际的修复成本是多少，承包人若无有力的相反证据，法官就可能按照对方拿出的发票判决。承包人由此招致经济损失的例子比比皆是，个别单位的损失非常惨重。我们甚至碰到建设单位因为承包人拒绝修复而索赔700多万元的例子。

所以说，对质量整改通知单不理睬并不妥当。即使发包人拖延结算、拖欠支付工程款，承包人亦不宜以发包人有在先的付款义务为由，拒绝维修，“发包人不付钱，我就不维修”这种做法是不可取的。

### ◎ 误区三：忽视证据

不少施工企业在接获修复通知后，可能也会派人去修理，但是常常忽视保留必要的证据。若碰到不诚信的甲方，极有可能面临不利的后果。较为稳妥的是，修复人员在修复后，当场要求建设单位或者物业公司签署《维修回执单》。签署的人员应该是对方授权的人，否则也可能产生隐患。比如，上海某区党校的智能化系统，施工单位维修之后，请保安人员签字确认（智能化工程的安保系统与保全确实有关，并非毫无关联的人）；后因工程款纠纷，党校居然出公函给法庭，称保安人员不属党校员工，签署单据无效。

如果当时没有签署《维修回执单》，返回公司之后，可以采取发函补救的方式，“贵司2012年6月3日来函，提及地下车库渗水事宜。我司当即赴工程现场，与贵司项目部吴子虚先生等人员一道，对现场情况进行调查。根据当时贵我双方在现场商谈的结果，对于当时已经查明的问题，姑且不论是否属于我司份内责任，我司均愿意帮助贵司维修，以显示我司合作诚意。现场会商之后，我司立即组织了人员、设备、器材，对所有问题进行了检查，并已修复妥当。本次修复之后，如贵司或业主在今后使用过程中还发现问题，只要在质保期内并确属我司责任的，我司承诺立即无条件予以整修。请贵司放心。只是恳请贵司注意产品保护，大量无端的损坏确实令人心痛和惋惜”。这样的函件既固定了证据，又不致影响我方与建设单位的关系。

# 工伤保险小百科

□ 文 / 上海元始律师事务所汇编

## 一、应当认定为工伤的情形有哪些？

根据《工伤保险条例》的规定，以下情形认定为工伤：

1. 在工作时间和工作场所内，因工作原因受到事故伤害的；
2. 工作时间前后在工作场所内，从事与工作有关的预备性或者收尾性工作受到事故伤害的；
3. 在工作时间和工作场所内，因履行工作职责受到暴力等意外伤害的；
4. 患职业病的；
5. 因工外出期间，由于工作原因受到伤害或者发生事故下落不明的；
6. 在上下班途中，受到非本人主要责任的交通事故或者城市轨道交通、客运轮渡、火车事故伤害的；
7. 法律、行政法规规定应当认定为工伤的其他情形。

## 二、视同工伤和不得认定或视同为工伤的情形有哪些？

（一）根据《工伤保险条例》及相关法规，以下情形视同工伤：

1. 在工作时间和工作岗位，突发疾病死亡或者在48小时之内经抢救无效死亡的；
2. 在抢险救灾等维护国家利益、公共利益活动中受到伤害的；
3. 职工原在军队服役，因战、因公负伤致残，已取得革命伤残军人证，到用人单位后旧伤复发的。

职工有前款第（1）项、第（2）项情形的，按照本条例的有关规定享受工伤保险待遇；职工有前款第（3）项情形的，按照本条例的有关规定享受除一次性伤残补助金以外的工伤保险待遇。

（二）根据《工伤保险条例》及相关法规，不得认定为工伤的情形有：

1. 故意犯罪的；
2. 醉酒或者吸毒的；
3. 自残或者自杀的。

## 三、职工外出学习休息期间受到伤害能否认定为工伤？

应根据具体情况具体分析。《工伤保险条例》第14条第（5）项规定，“因工外出期间，由于工作原因受到伤害或者发生事故下落不明的，应认定为工伤。”劳动者是在受单位指派，外出学习期间发生的伤害，即应根据受伤害的情形加以分析和判断。如劳动者在培训学校教室内不慎摔倒受伤，按照上述规定，应该认定为工伤。但如在课后外出饮酒、与人争斗等发生伤害，不应视为工伤。所以，受伤与培训学习是否有直接关联，是判断的标准。

## 四、如何防止工伤职工“小病大养”？

对于工伤员工，由于停工留薪期除了享受工伤医疗待遇外，原工资福利待遇不变，由所在单位承担，因此，为了避免一些比较精明的员工以养伤为由人为延长停工留薪期，企业可以有如下举措：

1. 工伤职工住院治疗期间用人单位应主动前去探望，向主治医生了解伤情及所需要的住院和休养时间；
2. 工伤职工出院时，用人单位可根据工伤医疗机构出具的诊断证明或者休假证明，按照地方政府制定的停工留薪期的评定标准来确定工伤职工的最长停工留薪期，并书面通知工伤职工；
3. 停工留薪期满，企业应书面通知员工前来上班，否则将停发工资福利。

4. 在以上处理过程中，凡涉及书面通知的，建议采用邮政EMS挂号信，不宜使用短信、传真、邮件。

以上措施有一定成效。但对于一些希望以工伤、养病等借口赖在企业身上的员工，可能还达不到釜底抽薪的效果。有效的措施是，在与员工订立劳动合同时，即将工资结构进行合理设计，出勤与否所得效益天差地别，避免员工“泡病假”甚至在外兼职等情况的发生。至于具体方法，可以由专业人员协助企业规划、完善。

### 五、工伤认定和伤残鉴定的注意事项

一旦发生工伤，如企业已经为员工缴纳社会保险，则企业应及时申请工伤认定，并在员工伤愈后申请伤残鉴定，办理理赔手续。由此可以减轻企业的负担。

如果企业没有为员工缴纳社会保险，依照规定，本可由保险基金支付的费用，须由企业承担。在此情况下，企业应积极与员工或其家属协商，确定赔偿金额，并签署事故处理协议。及时了结，以免遗留后患。协商时可以咨询专业人员的意见，甚至可以请专业人员一并参加谈判。

是否有专业人员参与，结果可能差别很大。徐州

某工地，一个工人进工地第一天就从脚手架上摔下不幸遇难。家属开出了120万元的赔偿请求。在律师介入后，对方将索赔额降低至96万元。律师帮助企业，将有关规定向民工家属逐项解释、分析、计算，最终达成60万元的和解协议。结果双方都比较满意，既安抚了民工家属，企业也没有遭受额外的损失。

另外一个项目，员工摔伤造成骨裂。员工本来希望企业补偿2.5万元，但企业只希望赔偿2万元。无法达成一致后，员工自行咨询律师，了解了各类政策，向企业提出了近10万元的仲裁申请。在仲裁庭上，企业无奈同意了6.2万元的补偿要求。

发生工伤后，对企业一方，最忌讳的是等和拖。许多企业都会因为顾忌工伤对于企业形象以及工程安全施工指标的影响，或者因为与员工谈不拢而消极拖延，既不申报工伤，也不申请伤残鉴定，误认为拖下去员工可能不了了之，由此极易产生风险。某企业员工2009年9月初进场施工，9月下旬发生轻微工伤，没有签订劳动合同。企业希望补偿几千元了结此事，员工不同意，也不来上班，几个月没有音信。到2011年5月份（事发一年半之后），员工起诉企业，索要十几万元。社会上存在不少协助处理工伤、交通事故等



方面的黄牛客，他们与医院、鉴定机构、律师串通，形成了一个灰色的产业链，炮制证据，与部分不良鉴定人勾结提高伤残鉴定等级（在目前是非常普遍的，绝非个案），扩大企业一方的损失。该员工即是在黄牛客及律师的指使下，与医院协商治疗至2010年7月，再等到2011年4月做出伤残鉴定。依照规定，医疗期、伤残鉴定期内，企业均需要支付员工工资。就这一部分，企业就要支付近20个月的工资。企业当时如正确应对，及时申请工伤认定和伤残鉴定，这个损失本来是不应发生的。

## 六、工伤后“私了”时企业应当注意哪些问题？



由于发生工伤事故对于企业的形象，工程的安全标准都会产生很大的负面影响，加之目前正处综保和社保的过渡期，许多企业仍在观望阶段，没有及时为劳动者购买社保，因此企业觉得及时申报了工伤，最终的赔偿责任还是由企业自己承担。因此，实践中可能绝大多数的工伤事故是未经申报的，私了是工伤事故处理最为普遍的方式。

一些企业认为私了，无非是故意压低赔偿数额或者就是花钱买平安，但其实私了也应该在合理、合法的框架下进行。同时，若企业私了不当，不但无法解决工伤事故，反而会造成更大的损失。在此提醒企业，私了过程中应当特别注意的几个环节，即沟通协商、订立协议、签署协议以及赔偿付款。

一、及时谈判，注意分寸。工伤发生后的沟通协商必须及时，不要心存侥幸心理或者置之不理，谈判时不要说过激的话激怒工伤人员及家属。

二、在讨价还价的过程中，我方报出的数字应该深思熟虑，切勿错报。曾有一个企业，员工从北京路66层建筑上摔下，企业顾问因计算错误，自己报出了76万元的赔偿额（而当时正常的赔偿标准大约42万元）。员工家属当场就表态，“好，就按照你们的76万元”。在工伤谈判过程中，话一旦说出去就收不回来。企业不答应。家属数十人，租赁了3部大巴，到静安区政府静坐，要求政府协调。最终企业无奈支付了70万元。

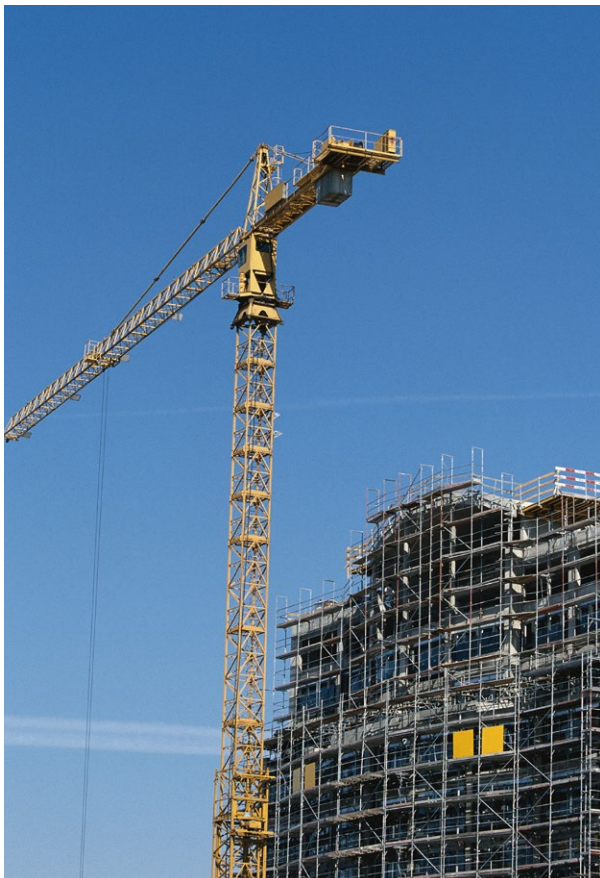
三、和解协议必须严谨，有关权利义务约定应清晰明了。若有条件，最好还是让律师把关。协议签署人必须是工伤人员本人或者其配偶或成年子女（有可能时应加盖手印，不要以为这是一种落后的方式，能够非常有效地防止抵赖），其他亲属可以作为见证人一并签署。

四、约定的赔付款项，宜直接支付给员工本人（如本人亡故，则应支付其配偶或成年子女）。支付给其他人代收赔偿款应极为慎重。所有费用支付不应采取现金，应通过银行转账方式，留下支付记录。

## 七、“工伤概不负责”条款是否可以让企业免责？

一些企业基于种种原因没有为公司员工购买工伤保险，但又不想承担发生工伤后的责任，于是在劳动合同、企业规章制度中设定类似的免责条款，或者在企业与包工头签订的合同中加入类似条款。

对于前者，由于这类免责条款违反《工伤保险条例》等相关法律的规定，因此属于无效条款，企业仍



需承担法定的工伤赔偿责任。对于后者，由于包工头并不具备相应的资质，加之一旦发生工伤事故，包工头往往无力承担，故实践中往往会认定事实劳动关系或者连带责任，发包企业最终仍需承担赔偿责任。

“工伤概不负责”条款根本只能是掩耳盗铃，达不到任何效果。有效的安全措施，必要的岗前教育，出事后的积极应对，才是降低风险的王者之道。

## 八、商业险能否取代工伤保险？

上海市政府取消外来从业人员综合保险，民工需要缴纳社会保险。由于社会保险涉及的金额比较大。许多施工企业询问，可否不购买社会保险，购买意外伤害险或其他商业保险以降低成本是否可行？

商业保险能否替代工伤保险？人力资源和社会保障厅医保工伤处工作人员明确表示，商业保险不能取代工伤保险。

社会保险是国家规定的强制性保险，根据我国《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律

若干问题的解释》规定，工伤职工因用人单位以外的第三人侵权造成人身损害，请求第三人民事赔偿的同时，依然可以按照《工伤保险条例》规定享受相关待遇。因各种原因用人单位没有参加工伤保险统筹的，相关工伤保险待遇的支付由用人单位负责。也就是说，商业保险不能取代社会保险。

工伤保险是国家为了保障职工合法权益而规定的强制性保险，符合法律规定的用人单位必须为其职工参加工伤保险，并缴纳保险费，这是无条件的。而商业保险是法定社会保险之外的非强制性保险，具有自愿性，单位或雇主可以为职工购买，也可以不购买，法律不会加以干涉。劳动者为用人单位付出了劳动，单位为其购买商业意外伤害保险，这只能算是单位给予职工的福利。尽管出钱购买商业保险的是单位或雇主，但受益人是职工而非单位，所以在职工遇到意外伤害时，保险公司的赔偿金理应为职工所有。

职工所受伤害，经鉴定为工伤后，职工获得的人身意外保险赔偿不影响其享受工伤保险。

# 公司法务

□ 文 / 上海元始律师事务所汇编

## 1、法院执行时是否能够重复查封？

### 【解答】

根据《民事诉讼法》第94条第4款的规定：“财产已被查封、冻结的，不得重复查封、冻结。”《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》(以下简称《民诉法适用意见》)第282条规定：“人民法院在执行中已依照民事诉讼法第221条、第223条的规定对被执行人的财产查封、冻结的，任何单位包括其他人民法院不得重复查封、冻结或者擅自解冻，违者按照民事诉讼法第102条的规定处理。被执行人的财产不能满足所有申请执行人清偿要求的，执行时可以参照民事诉讼法第204条的规定处理。”可见，我国现行立法禁止重复查封，后采取的查封措施无效。

但根据2004年2月10日最高人民法院、国土资源部以及建设部联合下发的最高人民法院、国土资源部、建设部《关于依法规范人民法院执行和国土资源房地产管理部门协助执行若干问题的通知》(法发[2004]5号)规定，两个以上人民法院对同一宗土地使用权、房屋进行查封的，国土资源、房地产管理部门为首先送达协助执行通知书的人民法院办理查封登记手续后，对后来办理查封登记的人民法院作轮候查封登记，并书面告知该土地使用权、房屋已被其他人民法院查封的事实及查封的有关情况。并在第20条规定，轮候查封登记的顺序按照人民法院送达协助执行通知书的时间先后进行排列。查封法院依法解除查封的，排列在前的轮候查封自动转为查封；查封法院对查封的土地使用权、房屋全部处理的，排列在后的轮候查封自动失效；查封法院对查封的土地使用权、房屋部分处理的，对剩余部分，排列在后的轮候查封自动转为查封。可见，现行法院允许轮候查封，并规定了轮候查封在一定条件下仍可优先受偿。

## 2、“本担保函不因委托人的原因导致合同无效而失去担保责任”的约定是否有效？独立担保的效力和适用范围如何认定？

### 【解答】

《担保法》第5条第1款在规定了主合同与担保合同之间的主从关系后，又作出“担保合同另有约定的，按照约定”的规定，通常被视为独立担保的法律依据。独立担保包括独立保证和独立担保物权，在担保实务中经常体现为见索即付的担保、见单即付的担保、无条件不可撤销的担保、放弃先诉抗辩权和主合同一切抗辩权的担保等形式。这里应当注意到，由于独立担保的实质是否定担保合同从属性，不再适用担保法律中为担保人提供的各种保护措施，诸如未经担保人同意而变更担保合同场合下担保人的免责，担保人因主债权债务

合同无效、被撤销、诉讼时效或强制执行期限完成而产生的抗辩权，以及一般保证人独有的先诉抗辩权等，因此独立担保是一种担保责任非常严厉的担保。担保实务和审判实践对独立担保的适用范围存在争议，考虑到独立担保责任的异常严厉性，以及该使用该制度可能产生欺诈和滥用权利的弊端，尤其是为了避免严重影响或动摇我国担保法律制度体系的基础，独立担保目前只能在国际商事交易中使用。《物权法》第172条第1款关于“但法律另有规定的除外”之规定，进一步表明当事人不能约定独立性担保物权的立场。因此，对于独立担保的处理，应当坚持维护担保制度的从属性规则，在主合同有效的前提下，若当事人在非国际商事交易领域约定独立保证或独立担保物权，应当否定担保的独立性，并将其转换为有效的从属性连带保证或担保物权。

因此，担保合同中虽然有“本担保函不因委托人的原因导致合同无效而失去担保责任”的约定，但在国内民事活动中不应采取此种独立担保方式，因此该约定无效。如主合同无效，应当按照《担保法》第5条第1款的规定，认定该担保合同因主合同无效而无效。

### 3、法院只向银行出具了查询书，没有冻结书，查询过程中银行把企业头一天下午下班前递进来的支票记账支付了（接待查询和记账的非同一人）。查询法院要追究银行的责任，要银行支付其查询资金，银行向对方上级法院申请复议，对方上级法院维持其意见，银行该怎么办？

#### 【解答】

最高院认为，查询属于法院在执行过程中采取查封、冻结措施的前奏，但区别于强制措施。法院向银行出具查询书，相当于向银行了解案件当事人的账户资金往来情况，不同于采取强制措施。对此，银行并不能在没有接到法院冻结裁定、协助执行通知书的情况下





向法院提供法律支持，也无权主动帮助法院将当事人的资产冻结。故法院在欠缺强制措施手续的情况下，无权要求银行承担当事人资金被正常支付的民事责任，银行正常履行金融工作手段的行为，不应受到法律的追究。

本案中，债权人一方胜诉后无法执行，又不能要求银行承担责任，损失未能追回。这样的结果本来是可以避免的，在起诉时可以请求法院采取保全措施，冻结对方的资金账户。单纯的“查询”，既打草惊蛇，又给了对方转移资金的可乘之机。

#### 4、经理擅自以公司名义提供担保，公司承担责任吗？

##### 【案情】

某施工单位的股东张某向银行贷款28.5万元，用于自己的建材销售部。该施工单位总经理赵某以公司名义为上述借款提供连带责任保证。保证合同中写明赵某是该施工单位的总经理，此借款是张某的个人借款。借款期限届满后，张某未还款，施工单位也没承担保证责任。银行诉至法院要求张某、施工单位还款。

##### 【解答】

公司为他人债务提供担保，从而形成了公司的潜在债务。在被担保人无力清偿债务的情况下，保证人要代为清偿，从而使得这种潜在的债务威胁变成了现实的债务负担。因此，为了防止公司面临不必要的债务风险，保障公司的资本和资产充实，我国公司法对公司担保进行了限制性规定。

《公司法》第16条规定，公司为他人提供担保，依照公司章程的规定，由董事会或者股东会、股东大会决议；公司章程对担保的总额及单项担保的数额有限额规定的，不得

超过规定的限额。公司为公司股东或者实际控制人提供担保的，必须经股东会或者股东大会决议，同时规定股东或者实际控制人支配的股东，不得参加担保事项的表决，该项表决由出席会议的其他股东所持表决权的过半数通过。据此，我国公司法允许公司提供担保，但是为本公司的股东或者实际控制人的债务提供担保，必须经过股东会或者股东大会的同意。董事、经理在没有获得股东会或者股东大会授权的情况下，擅自以公司名义用公司财产设定担保的，属于违反董事义务的行为，董事、经理应当对公司的损失承担损害赔偿责任。

该担保合同是否有效，还需根据案件情况加以具体分析。本案中，该施工单位的股东张某向银行的借款属于其个人债务，施工单位总经理赵某擅自以公司名义用公司资产为张某的个人债务提供担保，违反了法律的禁止性规定。按照《最高人民法院关于（担保法）中若干问题的司法解释》第4条规定，以公司资产为本公司的股东或者其他个人债务提供担保的，担保合同无效。除债权人知道或者应当知道的外，债务人、担保人应当对债权人的损失承担连带赔偿责任。首先，董事、经理擅自以公司名义进行担保所签订的担保合同无效。其次，如果债权人是恶意的，即债权人明知经理是擅自担保，担保人不必承担责任；如果债权人是善意的，即债权人不知道是经理擅自担保，债务人、担保人要对该债务承担连带赔偿责任。因此，担保合同是否有效取决于债权人是否为善意。本案中，赵某与银行签订的保证合同中写明赵某是施工单位总经理，此笔债务是张某的个人债务，因此作为债权人的银行应当知道赵某无权代理公司，他只是以公司名义为张某的个人债务提供担保。在这种情况下，银行仍然与赵某签订保证合同，银行存在主观恶意。因此，施工单位不必对银行的损失承担连带赔偿责任。

## 5、《公司法》第72条第3款规定的其他股东的优先购买权是否为法律的强制性规定？公司股东会议删除股东优先购买权的做法是否合法？

### 【案情】

某有限责任公司的公司章程中原来规定，股东在对外转让股权时，其他股东享有优先购买权。后来，该公司召开股东会议，会议表决通过了修改公司章程的决议，删除了优先购买权的规定，并规定在公司面临停产、倒闭等生存危机时，经股东过半数同意，可以直接确定股权受让人。

### 【解答】

股东的优先购买权其实是对一个公司经营过程中股权变动的规定。公司所有股东均应当遵守法律的规定。优先购买权是股东的重要权利，不属于经营活动中的需要表决的重大事项，法律给予特别的保护。公司章程经股东会决议删除股东优先购买权的规定，是不符合《公司法》的规定的，同时，客观上也会侵害其他股东的合法权益。股东放弃优先购买权，需要股东有明确的表示，并不能通过公司章程决议的办法使股东主动放弃这一权利。《公司法》的规定应当属于切实保护股东利益的规定，公司股东对此具有选择权，并非做惟一决定，尽管不构成法律意义上的强制规定，但是也并不意味着公司股东会议可以随意地代替其他股东做出这样的选择，因此，股东会议删除股东优先购买权，既不符合法律规定，也会损害投反对票和未参加股东会议的股东的合法权益，也就是说，对于优先购买权的问题，应当由股东自主决定，而不是由大股东或者股东代表代替其他股东作出决定。

## 6、公司的法定代表人以个人名义签订的塔吊转让合同效力如何认定？

### 【案情】

张某是甲公司的总经理及法定代表人，大小事务都由张某决定，并以其个人名义签字为准。2009年6月，张某与乙公司签订设备转让合同，乙公司知道张某是甲公司的法定代表人。在正式签订合同时，张某以自己的名义与乙公司约定：甲公司向乙公司转让塔吊两台，总价款为40万元，合同签订后，由乙公司付款20万元，其余款项1年内付清。后乙公司到期未付款，甲公司向法院提起诉讼。乙公司辩称：该设备转让合同是以甲公司总经理张某的个人名义所为的行为，签订合同时张某并未说明其是代表甲公司，而且合同也未加盖甲公司印章，乙公司主张转让合同无效。

### 【解答】

本案的关键是判断张某的行为是个人行为还是公司行为，如果是张某的个人行为，那么该行为引起的后果与公司无关，应由张某自己对此行为负责；如果是公司行为，则该行为的一切法律后果应该由张某所在的甲公司负责。

就本案而言，如果张某是以甲公司名义与乙公司签订合同，当然代表公司，该行为的后果当然由甲公司承担。但问题是甲公司的法定代表人张某是以个人名义与乙公司签订合同，而且在签订合同时并未加盖甲公司的印章，在这种情况下，张某的行为是否构成表见代表？仔细分析案件，我们发现，张某虽然是以个人名义签订合同，但是双方签订的合同约定：甲公司向乙公司转让塔吊两台。该合同条款表明，合同的履约主体是甲公司和乙公司，并不是张某个人来履行和乙公司签订的合同义务，合同的后果由甲公司来承担，张某和乙公司签订合同的目的是为了甲公司的利益。

乙公司在与张某签订合同的时候，知道张某是甲公司的法定代表人。从双方签订的合同的内容来看，乙公司应当知道其购买的是甲公司的塔吊，而不是张某个人的塔吊。从合同的履约主体来看，乙公司应当知道提供塔吊的是甲公司，而不是张某。所以，在这种情况下，张某的行为是合法的法人代表行为，其与乙公司签订的合同为有效合同，乙公司辩称合同无效的理由是不成立的，其以不知道张某是代表甲公司与其签订合同的理由，有为自己违约寻找借口之嫌，甚至存在着以合同有此漏洞而不付剩余款项的恶意。

其实，从本案中我们也应该注意到，公司在经营运作过程中，一定要规范法定代表人的行为。本案甲公司在平常的业务活动中均由其法定代表人张某决定并且由张某签字而不盖公司印章的行为是极其不规范的，很容易让交易相对方抓住漏洞，从而给公司造成不必要的损失。



# 专家解惑

□ 文 / 上海元始律师事务所汇编

## 1、甩项工程是否仅能计算成本，不得计算利润？

【案情】某建设单位委托一施工企业负责建造新建厂房总承包施工。因双方关系紧张，在厂房主体施工完成之后，双方终止了合同，室外总体、装修等均作为甩项工程，由建设单位另行发包施工。进入结算阶段，双方产生分歧，后涉诉。建设单位称，施工企业未履行合同全部施工义务，按照工程惯例，对于甩项工程，施工单位施工的部分，仅能结算成本，不得计算利润。承办法官也有些疑惑。

对于甩项工程，承包方是否确实仅能计算成本呢？

### 解答 >>>

建设单位的理由不能成立。并不存在甩项工程仅计算成本的所谓“工程惯例”。最高人民法院《关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》第十条亦明确，“建设工程施工合同解除后，已经完成的建设工程质量合格的，发包人应当按照约定支付相应的工程价款”。所谓相应的工程价款，即是相应完成的实际工程量和合同约定的计价原则计算得出的价款。因此，对于甩项工程，施工企业已经完成的部分，如验收合格，应按照实际工程量，全额计算造价。当然，如果质量不合格，则另当别论。已经完成的建设工程质量不合格的，按照司法解释第三条规定，“修复后的建设工程经竣工验收合格，发包人请求承包人承担修复费用的，应予支持；修复后的建设工程经竣工验收不合格，承包人请求支付工程价款的，不予支持”。

所以，质量合格与否，是能否结算工程价款的分水岭。至于是否甩项，不能成为建设单位扣减已完工程价款的理由。

司法解释第十条同时规定，“因一方违约导致合同解除的，违约方应当赔偿因此而给对方造成的损失”。所以，本案中法院可判令造成工程甩项的责任方承担违约责任，而已完工程价款则据实结算。

## 2、工程款优先权与抵押权和购买权竞合如何处理？

### 解答 >>>

《合同法》第286条规定，建设工程承包人在发包人逾期不支付工程款的情况下，享有对该建设工程的优先受偿权，称为工程款优先权。在司法实践中，存在工程款优先权与抵押权和消费者购买权竞合，以及抵押权与消费者购买权竞合等几类情形，应当遵循下列原则处理：

### （一）工程款优先权与一般抵押权竞合的处理

在工程款优先权与一般抵押权并存的情况下，何者优先？根据《合同法》第286条及最高人民法院《关于建设工程价款优先受偿权问题的批复》（以下简称《批复》）第1条的规定，工程款优先权优先于一般抵押权和其他债权。其原因为：第一，一般认为，工程款优先权是法定权利，一般抵押权是约定权利，法定权利应当优先于约定权利；第二，从法律政策上考虑，工程款优先权所担保的债权中相当部分是建筑工人的劳动报酬，应予优先确保；第三，建设工程许多是靠承包人付出劳动和垫付资金建造的，如果允许约定抵押权优先行使，则无异于以承包人的资金清偿发包人的债务，等于发包人将自己的欠债转嫁给承包人，违背公平及诚实信用原则；第四，工程款优先权是法律保护承包人利益而特别赋予的权利，具有保护劳动者利益和鼓励创造社会财富的目的。同时，为保护一般抵押权人的利益，承包人的工程款额应实行预先登记制度。虽从优先权的性质来看，此种权利无需登记，因为它本身就是直接依据法律的规定而产生的优先受偿权。这样做可使一般抵押权人知悉抵押物状况：建设工程是否拖欠承包人工程款，是否存在法定权利。

## （二）工程款优先权与消费者购买权竞合的处理

在实务中，如果建设工程为商品房，且在竣工之前发包人（开发商）已经分别与消费者订立房屋买卖合同，在发包人拖欠承包费用时，即可能发生承包人的优先受偿权与消费者购买权的冲突。根据《批复》第2条“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”之规定，按下列情形处理：

1.在消费者已交付房款，并已经办理产权过户登记的情形下，消费者已经取得房屋所有权，就该房屋而言，工程款优先权已归于消灭，自不待言。

2.在开发商尚未交房或虽交房而尚未办理产权过户，但消费者交付了全部或者大部分款项的情形下，工程款优先权不能对抗消费者。这是因为，如果允许承包人行使优先受偿



权，无异于用消费者的资金清偿开发商的债务，等于开发商将自己的债务转嫁给广大消费者，严重违背保护消费者的特殊法律政策。

3.消费者未交付房款或只交付了少部分房款，但已办理了产权过户登记的情形下，工程款优先权具有对抗消费者的效力。因为未付清房款就办理产权过户，开发商与消费者显然具有明显恶意，损害承包人的利益。按揭贷款则另当别论，毕竟开发商已经从金融机构取得房款。

### （三）消费者购买权与抵押权竞合的处理

根据《批复》的规定，工程款优先权优先于抵押权，而支付了全部和大部分购房款的消费者，其权利又可对抗工程款优先权，不少人以此作一个三段论的推理：消费者的权利可对抗抵押权，从而得出了消费者权利、工程款优先权、抵押权、一般债权这样的财产分配规则。对此，一是支付了全部和大部分购房款但未取得房产证的消费者，其对该商品房所享有的权利性质，目前尚无定论。根据法理，该权利应属于债权，则债权不能优先于担保物权。二是消费者购买权并不能对抗已办理登记的抵押权。在消费者购买权与抵押权竞合时，应按下列情形处理：

1.房屋先出售后抵押。若房屋买卖合同未登记而抵押已办理登记的，该抵押权可对抗消费者购买权；若房屋买卖合同已登记备案或买受人已取得房地产权证，则抵押权不能对抗消费者购买权。因为登记备案的买卖合同具有对抗第三人的效力，而买受人取得所有权后，开发商进行抵押属于无权处分。

2.房屋先抵押后出售。根据担保法司法解释第67条的规定，即使出卖人未通知抵押权人或未告知购房人抵押物设定抵押的情况，买卖合同的效力不因此受影响，抵押权人仍可就经登记的抵押物行使物上追及权实现其权利。因此，不管该房屋已转移至何人之手，即使转让给消费者，消费者享有的权利仍然不能对抗该房屋的抵押权。



### 3、是否所有参与工程施工的主体都可以适用《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》第二十六条第二款，以实际施工人名义向发包人主张权利？

【案情】某施工单位将某建设单位开发的一小区6号楼工程的劳务部分发包给郭某。完工后，施工单位尚欠郭某劳务费73593.15元。郭某提起诉讼，请求判令施工单位支付劳务费及利息，建设单位在欠付施工单位工程款范围内承担连带清偿责任。

对于甩项工程，承包方是否确实仅能计算成本呢？

#### 解答 >>>

当前，我国建筑市场非法转包、违法分包现象尤为严重，许多承包人取得工程后并不施工，而是将工程再次转包或违法分包。由于这些承包人已经获得了相当数额的管理费，工程完工后他们往往不积极向发包人主张工程款。《解释》第二十六条突破合同相对性原则，规定实际施工人可以将发包人作为被告，发包人在欠付工程款范围内承担责任。但是，是否所有参与了工程施工的主体都可以适用《解释》第二十六条第二款向发包人主张权利呢？

要解决这一问题，首先要明确《解释》第二十六条规定的“实际施工人”应如何界定。《解释》共有四条提及实际施工人，其中第一条第二项规定：“没有资质的实际施工人借用有资质的建筑施工企业名义的，应当根据合同法第五十二条第（五）项的规定，认定无效。”第四条规定：“承包人非法转包、违法分包建设工程或者没有资质的实际施工人借用有资质的建筑施工企业名义与他人签订建设工程施工合同的行为无效。”第二十五条规定：“因建设工程质量发生争议的，发包人可以以总承包人、分包人和实际施工人为共同被告提起诉讼。”第二十六条规定：“实际施工人以转包人、违法分包人为被告起诉的，人民法院应当依法受理。实际施工人以发包人为被告主张权利的，可以追加转包人或者违法分包人为本案当事人。发包人只在欠付工程价款范围内对实际施工人承担责任。”

依据《解释》的上述规定，目前较为一致的观点认为，实际施工人应该是指无效建设工程施工合同的承包人，包括转承包人、违法分包合同的承包人、借用资质的承包人、挂靠施工人，而不包括承包人的履行辅助人、合法的专业分包工程承包人、劳务作业承包人。最高人民法院编著的《最高人民法院建设工程施工合同司法解释的理解与适用》意见也认为，实际施工人应与发包人全面实际的履行了发包人与承包人之间的合同，并形成了事实上的权利义务关系，即此时转承包人、违法分包的承包人已经取代第一手的承包人与发包人形成事实上的合同关系，在这种情况下，才准许转承包人、违法分包的承包人作为实际施工人，以发包人为被告提起追索工程款的诉讼。这一意见对《解释》第二十六条第二款的适用进行了限定。

《解释》第二十六条第二款对农民工利益的保护是一种间接保护，该条对合同相对性原则的突破是有限度的，农民工个人不能以实际施工人身份、以发包人为被告提起追讨工资的诉讼。虽然《解释》第二十六条第二款创设的目的是为了保护农民工的利益，但从上述分析可以得出，该条款针对的对象主要是缺乏建筑资质的建筑企业和施工队，通过加强对这些建筑企业和施工队的保护而间接的保护农民工的利益。因此，审判实践中，应正确理解《解释》第二十六条第二款的真实内涵，严格控制实际施工人的范围，不宜单纯根据字面含义，将所有参与建设工程施工的主体都界定为实际施工人。对于因劳务分包、承揽、雇佣等法律关系参与了建设工程施工的农民工个人，应严格按照合同相对性原则向其合同相对方主张权利，而不应简单适用《解释》第二十六条第二款，加重发包人的法律责任。

以本案为例，根据查明的事实，郭某与施工单位之间系劳务分包关系，郭某施工的具体项目为刷白水泥等劳务作业，郭某与建设单位之间并未形成权利义务关系，因此，郭某不应属于《解释》中规定的实际施工人，本案亦不应适用《解释》第二十六条第二款。

需要指出的是，审判实践中，大量符合实际施工人条件的施工队往往以工头个人名义

提起诉讼，法院在查明原告实际履行了建设工程施工合同义务，与发包人形成了事实上的权利义务关系的前提下，大多支持了原告要求发包人承担责任的诉请。这种情形与前述农民工追讨个人工资的情况是有着实质区别的。

#### 4、本案谁应当负举证责任？

**【案情】**施工单位甲承接了某房地产公司开发的住宅小区建设工程，在征得开发商同意的情况下，甲公司把承包项目中的一部分非主体工程分包给了施工单位乙。在施工过程中，甲公司对乙公司上报的工程量的相关签证单拒绝签字确认，乙公司完成了一部分工程后与甲公司达成解除工程施工合同的书面协议，但双方对乙公司已完成的工程量及计价未达成一致意见。甲公司又把乙公司未完成的部分分包给了丙公司。乙公司退场后，向人民法院起诉，要求甲公司支付所欠工程款。

#### 解答 >>>

对本案，审判人员存在两种观点：一种观点认为，原告乙公司只举出了证据施工合同、解除合同的协议和由乙公司自行编制的工程量清单。这些证据只能证明乙公司与甲公司有工程承包合同关系，不能证明其所完成的工程量。所以根据民事诉讼“谁主张，谁举证”的举证规则，法院应当驳回原告乙公司的诉讼请求。另一种观点认为，本案应当由被告甲公司举出丙公司所完成的工程量，然后用原分包给乙公司工程的总量减去该工程量，就得出乙公司所完成的工程量。法官应当分配被告甲公司举出相关证据的举证责任。

本人同意第二种观点，理由如下：

第一、虽然《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条第一款和《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第二条确定了民事诉讼中的一般举证原则是“谁主张，谁举证”，但是本案应当适用《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第七条“在法律没有具体规定，依本规定及其他司法解释无法确定举证责任承担时，人民法院可以根据公平原则和诚实信用原则，综合当事人举证能力等因素确定举证责任的承担”，因为本案相关证据在被告甲公司手中，被告甲公司有举证能力，而且在原告乙公司施工过程中，被告甲公司故意对原告乙公司上报的工程量签证单不予签字确认，被告甲公司违背了公平原则和诚实信用原则。所以，为查清事实本案法官应当分配被告承担举证责任。

第二，本案能够确定的就是原告乙公司完成了部分工程量，只是其无法举出完成工程量多少的证据。如果据此而驳回原告的诉讼请求，那么对原告乙公司而言是不公平的，被告甲公司也构成不当得利。如果明知被告构成不当得利而驳回原告的诉讼请求，是有违“以事实为依据，以法律为准绳”的法律原则，也是有违公平原则和诚实信用原则的。



# 没有赢家的战争

□ 文 / 上海元始律师事务所 李宗猛律师

【邓析议赎尸】洧水甚大，郑之富人有溺者，人得其死（通“尸”）者。富人请赎之，其人求金甚多，以告邓析。邓析曰：“安之，人必莫之卖矣。”得死者患之，以告邓析。邓析又答之曰：“安之，此必无所更买矣。”

## 译文：

郑国洧水有一年发洪灾，有个富人不慎落入洧水淹死了，尸体被一个穷人打捞上来。死者家属听说后想用钱赎回尸体埋葬。得尸者了解到死者家里很有钱，觉得奇货可居，就漫天要价，想趁机捞一把。

死者家属不想出那么多钱，便向邓析请教解决的办法，邓析说：你们不要着急，一文钱赎金也别多出。那遗体如果你不去买，没有第二个人会向他买，还怕他不卖给你？”死者家属以为有道理：“对啊，我是那遗体的唯一买主，我若不买，得尸者便一无所获，那我就耐着性子再等一等。尸体不能长期存放，只要我拖着，不怕穷人不降价”。

过了一阵，得尸者不见死者家属来赎尸，而遗体眼看就要腐败了，情急之下也去请邓析出主意。邓析说：“不要着急，一文钱赎金也不要降低，因为对方除了在你这里能买到那具尸体，在别处是买不到的”。得尸者以为没错：“是啊，我是那尸体的唯一卖主，只此一家别无分号，我再耐心等一等，死者家属早晚会来的”。



## 评析：

逝者家属和捞尸人之间最终如何解决，史书没有记载。出钱、费力自不必说，两家的关系还会弄得非常紧张。无论结果如何，这是一场“双输”的博弈，即双方都未从中获利，反而付出了巨大成本。运气好一些，富人可以花钱购买到深度腐烂尸体，而穷人在饱受腐臭后获得些许报酬；若是谈崩了，富人失去家人遗体，而穷人则莫名奇妙的收尸再抛尸。

工程实践中的问题，绝大多数比前述“赎尸”案要复杂得多。多数施工企业背后，都有一些顾问、专家帮助出谋划策。对于复杂、重大的事件，企业对“顾问高参”的建议亦应审慎对待，全面分析。如若轻信人言，贸然行动，吃亏上当在所难免。

天飞公司垫资承接某商住楼工程，在土建结构基本完工的情况下，甲方仅支付2800余万元，天飞

公司感觉垫资太吃力，要求甲方提前付款。因双方对后续工程款支付产生分歧，天飞公司停止后续工程施工。停工之后近10个月内，甲方陆续再支付了1000万元，试图督促天飞公司复工。但遭天飞公司拒绝。天飞公司的律师建议：第一，甲方不敢轻易解除合同，换土建总承包不是容易的事，不然土建工程日后难以验收、无法备案，日后交不了房；第二，如果去打官司，按照备案合同结算，备案合同没有约定下浮（双方真实履行的补充协议要下浮6%），打官司比不打官司要高出6个百分点，有几百万的收益；第三，打官司委托司法造价鉴定，司法造价鉴定单位的手比较松，造价又要高出三五个百分点；第四，打官司，利息、违约金总还可以要到几百万；第五，甲方肯定不敢打官司，一旦打官司交不了房，向购房人赔偿延期交房违约金也得有几百万；第六，后面都是粉刷、砌墙、修修补补等一些零星散活，出不了什么产值，就是干也赚不了多少钱。

有这样几条分析，天飞公司心定了。在当年10月份的补偿及复工谈判时，天飞公司极为强硬，提出四点要求：

一，甲方赔偿停工损失700万元（后让步至450万），不管是复工还是解除合同，补偿款现在就要付。二，如果要复工，立即再支付1000万元；废除合同的垫资条款，后续进度款按照当月产值的80%支付。三，如果解除合同，停工补偿款（450万）之外立即另行支付700万；收到两笔款合计1150万元之后，可以移交场地；春节前再付900万元；过了春节之后到次年三月份双方再进行结算，结算后全部付清。四，要求甲方的法定代表人对所有欠款承担连带责任。

甲方在谈判之前也进行过测算：第一点，工地上不过一个看门的老人，加上未拆除的一些脚手架、一台塔吊，无论如何一个月不超过5万元，10个月的实际成本不超过50万元，就是凭空翻两番也才200万元。第二点，已完工程的价格虽未结算，但是根据平米造价的经验数据拍脑袋，完工后都应该不超过5000万元，现在已经支付了3800万（合同比例是基础全垫资，竣工后再支付；上部结构按照60%支付），已付款数大大超过合同约定；如果让其复工，再付1000万，付款总额达到4800万元，即使后面一分钱进度款都不付，所余尾款连质保金都不够（何况对方还要求后面进度款按照80%再行

支付）。第三点，如果让其退场，已经支付的3800万元，加上1600万元的退场条件（700万当时付、900万春节前付，不算450万元的补偿款），合计付款达到5400万元，肯定要超过工程总价；一旦付款过头，到次年三月再去进行结算毫无意义。

天飞公司因为“心里有底”，谈判时寸步不让，甚至出言不逊。甲方董事长也是血性之人，无论如何不能接受近乎勒索的条件，亦避免其他项目的施工单位有样学样，“宁为玉碎、不为瓦全”一出口，天飞公司负责具体施工及谈判的包工头两口子遂拍桌子离去。

两年半的诉讼下来，天飞公司并未取得预料之中的“战果”：一、法官和审价单位还比较公正，没有“手松”、“放水”，造价鉴定不过4600万元；二、无力垫资不能作为停工的理由，甲方付款达到了合同比例，停工责任由施工单位自行承担，要求甲方支付停工违约金没能得到支持；三、既然要起诉，对于施工单位没有依据的签证，甲方自然不予承认；施工单位履行合同过程中的错误与疏忽，甲方不放弃追究责任。据说天飞公司包工头垫资款并非自有资金，而是从近乎黑道的人士手上高息融资；案件结果一明朗，额外的期望利润没有拿到，剩余尾款尚不足应付债务（案件超过两年半时间，利滚利可想而知），面对高利贷者的压力，包工头已有惶惶之势。

甲方在本案中遭致惨痛损失。停工加诉讼历时三年多，一半以上客户退房，支付的各项违约金数以百万计，市场信誉更是无可挽回，损失极为沉重；后续开工、完工交付还遥遥无期。所建楼盘亦成为当地标志性的“烂尾楼”，甲方与政府关系大受影响，只好暂停在当地的发展。

现代的律师，亦有因利益驱动，“操两可之说，设无穷之辞”，鼓动当事人提起诉讼，以收取代理费。比如本案中天飞公司的律师在谈判前的建议似乎亦能“持之有故，言之成理”。企业管理者自身应有冷静的分析和判断：提建议之人对问题是否有全面透彻之了解、是否具有工程领域相应的专业知识？所提建议是出于公心还是为其自身谋取利益？在为我方争取利益最大化的同时，是否为对方留下余地？对方如果反击，我方证据是否充足、我方防御上是否有漏洞？如有缺陷，我方是否有弥补的手段？全局性的把握、审慎的判断、谋定而后动，是防止损失的不二法门。

# 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。

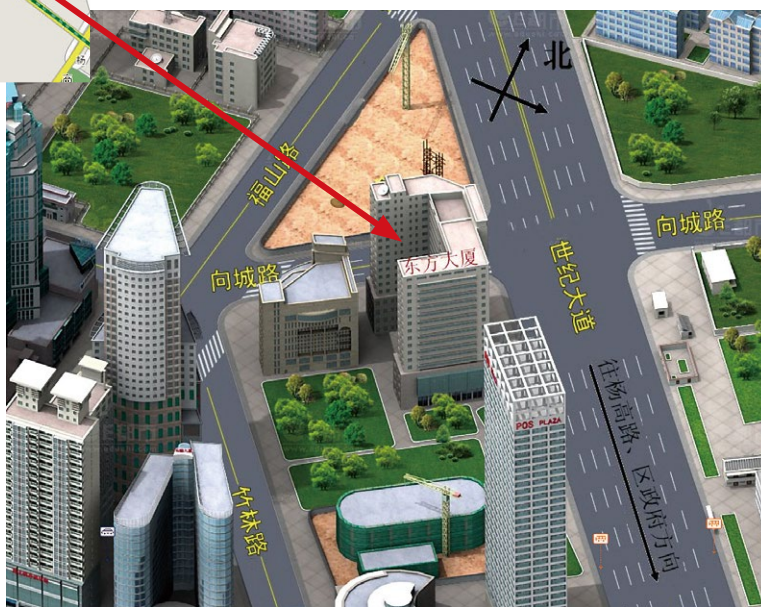
**希望我们的努力，能为您的建设事业尽上一份绵薄之力！**

# 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2012年8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。

人恒过，然后能改；

困于心，衡于虑，而后作；

征于色，发于声，而后喻。

入则无法家拂士，

出则无敌国外患者，国恒亡。

## 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>