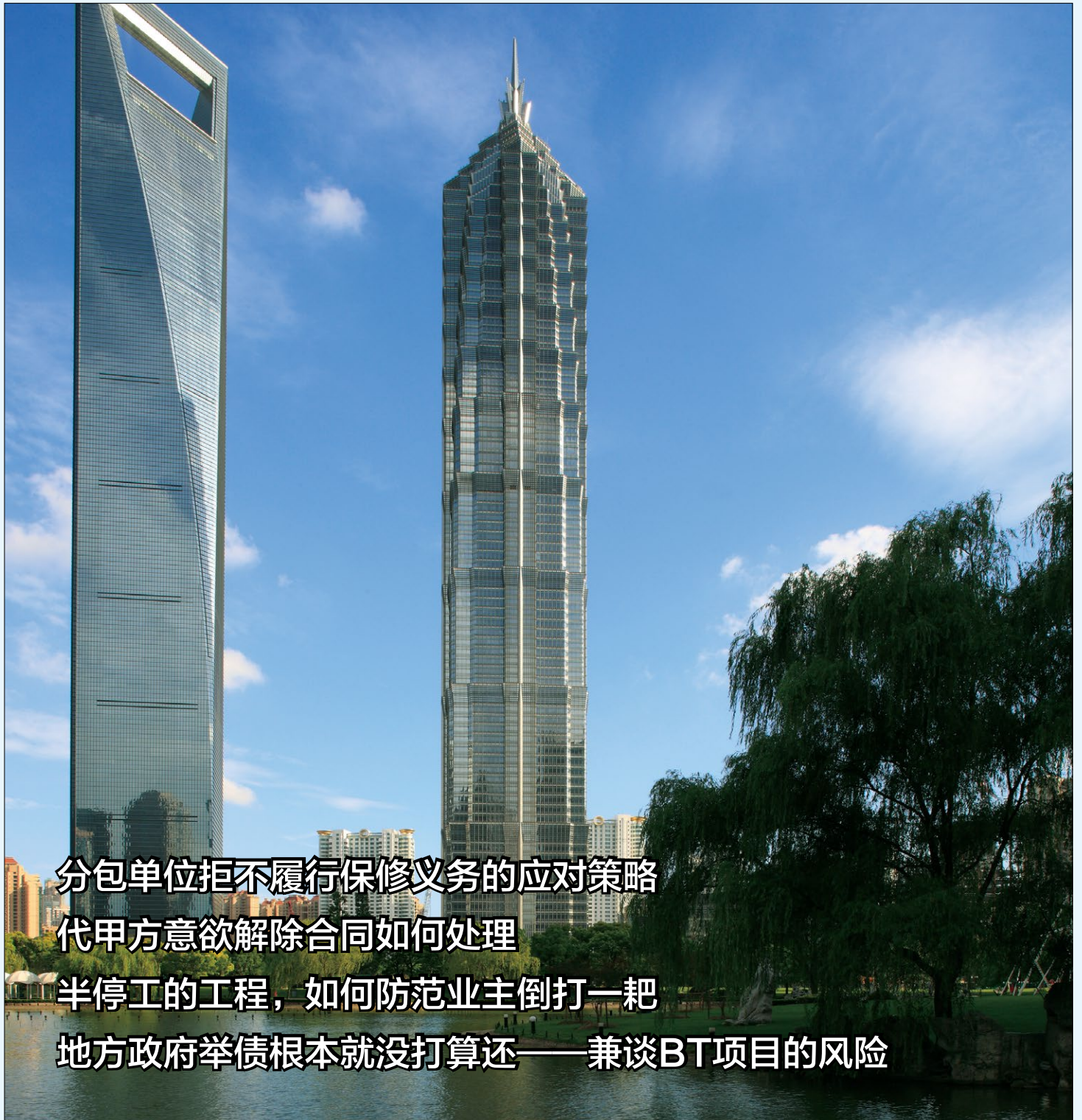


建筑法苑

施工企业篇

上海元始律师事务所主办

2014年第2期 总第18期



分包单位拒不履行保修义务的应对策略

代甲方意欲解除合同如何处理

半停工的工程，如何防范业主倒打一耙

地方政府举债根本就没打算还——兼谈BT项目的风险



主任律师 李宗猛博士

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

李宗猛博士，上海元始律师事务所主任，知名工程管理专家。

李博士精通合同法、建筑法、招标投标法及其它与房产开发相关的法律、法规和政府规章，熟悉建设程序，擅长工程开发建设、房产公司改制、项目投资等非讼法律业务及诉讼与仲裁事务，服务内容涵盖房产开发过程中的土地使用权取得、动拆迁、项目转让、工程招投标、合同拟定、签证索赔、竣工结算、商品房销售等所有环节。对工程类合同有精深研究，多次为上海市工商局执笔起草示范合同文本。拟定的合同体系坚实严密，从事前防御的角度出发，构筑保护建设单位的“战略防御系统”，被喻为建设单位的防波堤。

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

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

上海元始律师事务所

李宗猛

主任/律师/博士

地址：中国上海浦东新区世纪大道88号金茂大厦2003室

邮编：200121

电话：021-68407068

E-mail: yuanshizixun@126.com

手机：13901686274

传真：021-68407066

网址：www.yslawfirm.com

十年风雨路

似乎还是昨日，晃眼之间，元始人已走过了十年的创业之路。三千六百个日子的风雨洗礼，元始律师事务所已由破壳出土的青涩幼苗，茁壮成长可为堪遮风蔽雨的参天大树。

我们的发展并非一帆风顺。十年之间，我们经历了无数的坎坷和波折。顽石从来坚砥砺，在挫折和磨难之中，我们收获了经验和教训，锻炼了一支百折不挠、进取不息的核心团队，成为本所为客户提供优质服务的基础。

我们又是幸运的。十年的风雨历程，我们从来不是孤独的，我们得到了数不清的支持和帮助。投我以桃李，报之以琼瑶。我们惟有以更勤勉、更尽责的专业服务，才能回报客户的宽容和信赖。

雄关漫道真如铁，而今迈步从头越。十年庆典之际，适逢本所乔迁，我们希望搬迁之后招贤纳士，吸纳更多的优秀人才，成为工程建设领域最强大的专业律师事务所。

乘长风破万里浪，是我们的憧憬，也是我们对客户的祝愿。我们衷心希望，通过我们的不懈努力，与客户的事业一同迈向明日的辉煌！



十年

《建筑法苑》

2014年第2期 总第18期

目录

CONTENTS

施工企业篇

律所新闻（2014年3月-4月大事记）	01
分包单位拒不履行保修义务的应对策略	03
<p>要将工程存在质量缺陷的事实固定下来，并以可靠方式通知对方履行修复义务。在对方拒不履行修复义务后，我方可以有理有据要求对方承担责任。</p>	
代甲方意欲解除合同如何处理	08
半停工的工程，如何防范业主倒打一耙	11
<p>关键是要剖析清楚停工的责任，并固定业主拖延付款且拒绝履行相应辅助义务的证据。</p>	
地方政府举债根本就没打算还——兼谈BT项目的风险	14
案例警示	16
专家解惑	20
劳动人事	24
政策法规	28
以古喻今	29
为何聘请法律顾问	30
海纳百川，求贤若渴	F3



律所新闻

(2014年3月-4月大事记)

◆ 乔迁之喜

因业务发展，上海元始律师事务所于2014年4月28日，迁移至浦东金茂大厦2003室。办公室搬迁，旨在吸引更多优秀人才加盟，成为工程建设领域法律服务的排头兵。高素质的法律人才，勤勉尽责的专业服务，是本所为客户提供优质服务的基础。

◆ 本所协助多家施工企业处理建设工程施工合同纠纷

由于房产市场的持续低迷，造成建设单位资金紧张，工程建设领域的纠纷案件近来日益增多。从本所上半年处理的案件来看，工程案件有以下几个方面的趋势：

一、建设单位以各种不当手段拒付工程款的案件日渐增多。

1. 有将房屋全部销售一空、然后销声匿迹逃避付款义务的。
2. 有将烂尾工程转让他人，让施工单位找不到债主的。前面的发包人收款后，将款项转移，让承包人无法执行；后面的房屋买受人因为支付了对价，对前面的工程款不承担给付义务。
3. 有故意压低合同总价少付工程款的。比如明明4个亿的工程，暂定总价写为2.8亿。工程快完工，应付三个多亿，业主仅付两个亿。去催款，他说付款额已经超过合同价的70%，不欠钱；政府出面协调时他也一样说法。明知过低的暂定总价不能作为进度款的支付依据，但他无理搅三分，让你恨得牙痒痒的确又对他无可奈何。毕竟愿轻易起诉业主的总承包方是不多的。
4. 有以合同付款条件不成就等各种借口而拒付工程款的。比如合同约定结构封顶后支付工程进度款，20个单体建设单位只开工16个，4个单体不开工自然谈不上结构封顶；建设单位遂以4个单体未封顶而拒付全部工程款；当面骂业主要是流氓，他也无所谓，反正没有钱，能赖一时是一时。只要合同有一丁点空子，就成为业主拒付工程款的护身符。
5. 有故意找茬克扣巨额工程款的。某项目由施工企业代为办理施工许可证。业主付不出钱来。施工单位请款时，业主说你当初帮我办施工许可证延迟了4个月，让工程延期开工，错过了销售旺季，让我损失了上亿元，至少要扣你们3600万。施工单位恨不得打他一顿，可是终究还是没敢动手；去闹也没用，反正他没钱。业主当然明知扣不住这个钱，只是找一个由头少付进度款。

二、包工头恶意侵害施工企业的案件日渐增多。

实际承包人恶意签单，将债务转移给挂靠企业，给施工单位的经营安全带来极大的威胁。某包工头的工程造价6200万元，施工单位已经支付5960万元，剩余不多的是工程质保金。按说包工头收款后应将民工工资、材料款基本付得差不多。但是，这个包工头收款后隐藏起来不说，而且对外恶意签单，材料商、民工班组负责人等拿着包工头签署的结算单、欠账单等凭证前来挂靠企业催款，欠款总额高达6000多万元，数额之巨触目惊心。不问可知，其中多数欠款单是包工头与所谓的债权人合谋后签署（结算价才6000多万，欠款6000多万能将工程做成吗？而且拿到的5960万不可能一分钱不对外支付）。但是，政府不管，首先逼迫挂靠企业拿出几百万将所谓的民工欠款清偿掉。还有数不清的材料商拿出欠款单前来静坐、闹事、封门、挂条幅，还有起诉。但是，没有一个政法机关去通缉那个躲起来的包工头，一有事就打压这个挂靠企业。

至于包工头让挂靠企业承担几十万、几百万债务的案例就更多了。挂靠施工始终是施工企业的第一大风险。如何防范，笔者将另文撰述。

三、诈骗类案件屡禁不绝，手法日新月异，防不胜防。

多数是以工程发包为名，骗取保证金或好处费的。在诱惑面前，冷静一下，想一想，查一查，听听专业律师的意见是很有必要的。

四、因为轻信而对外借款、担保，致使吃亏上当的案件增多。

多数是为朋友、熟人、客户提供借款或担保。由于社会诚信和道德的下降，借款不还成为常态。至于担保，可能很多施工企业的管理者并不清楚担保的责任和后果，认为无非是帮忙盖一个章，与人方便、与己方便。殊不知，担保的字一旦签署，别人不还钱，就意味你要替他还债。有企业为钢材供应商的银行贷款提供担保，钢材商无力还贷，也没有什么资产，银行起诉企业，浦东法院判决该企业偿还1.14亿元的巨额债务和利息，还查封了该企业所拥有的价值1.5亿元的办公楼。当初的一个担保章，造成了今天一点几亿元的损失。

◆ 本所应邀担任淮安市伟盛地产发展有限公司常年法律顾问

淮安市伟盛地产发展有限公司是淮北地区房地产开发的领头企业之一。公司目前在淮安地区开发建设的伟盛·中央豪庭项目，项目规划及设计品质卓越，赢得广泛的市场赞誉。

◆ 本所应邀担任上海贵牛贸易有限公司常年法律顾问

上海贵牛贸易有限公司是一家综合性贸易公司。公司已有500余家实体店面。近年来投入巨额资金整合自身的服装、贸易、物流等领域的资源，打造“贵牛网”，利用现有渠道开辟网上分销门户，形成兼具批发、零售、分销等多种模式于一体的大型综合性贸易平台。服务于线下各种渠道，并着力于开拓网上交易市场，在市场稳步发展的前提下实现公司品牌多元化的经营目标。

◆ 本所应邀担任上海同皆设备工程有限公司常年法律顾问

上海同皆设备工程有限公司于2006年7月由原上海设备工程公司改制而成。在电力工程施工、咨询领域具有强劲实力和良好信誉。先后参与上海外高桥第二、第三发电公司、吴泾第二发电公司、星火热电公司及梅山钢铁公司、上海吴泾电厂等大型项目建设。

◆ 本所应邀担任上海理握机电设备安装工程有限公司常年法律顾问

公司是从事机电设备安装、建筑装修装饰、建筑防水工程施工的综合性施工企业，公司拥有技术力量雄厚、竞争实力强劲的建筑装饰施工队伍，业务遍及上海及周边多个省市。公司注重质量和口碑，多年来不懈努力发展，成为行内的明星企业之一。

◆ 本所协助施工企业处理多起建筑工地伤亡事故

入夏以来，本所处理的工地伤亡事故案件又在逐步增加。许多伤亡事故的发生，都是一刹那之间的疏忽。从二楼室外的脚手架上行走，觉得不高没问题，未系安全带，掉下去脑袋着地当场死亡。拆除临时工程的空调室外机，没当心摔下去也是不幸亡故。还有工人早上五点起来上厕所，居然不小心摔死，到底真正死因是什么，至今还不清楚，反正家属不依不饶索赔了几十万。另一施工单位在室外开挖沟渠，管子还没来得及埋设，因下雨暂时歇工，也没顾得上设置安全防护设施，不小心一个小孩就掉下去了。

一旦发生事故，家属不问情由，总要围攻施工企业索要费用，动辄数十万甚至上百万，给施工企业造成巨额负担。按照本所多年的经验，工地事故似乎与气温有正比的关系。随着夏季高温天气的到来，事故有进一步高发的可能。施工企业应该在酷暑到来之前，加强安全教育，强化安全措施，加大检查力度。

分包单位拒不履行保修义务的应对策略

□ 文 / 上海元始律师事务所 李宗猛律师

对于分包造成的工程质量缺陷，部分分包可能会听从总承包方的意见，及时修复质量问题。但也有些不诚信的分包商，以各种借口砌词抵赖，拒不履行维修义务。在此情况下，总承包方如果不去修复，担心业主那里交代不过去；而且多数情况下业主手上还扣留保修金，业主会从总承包方的保修金中扣罚相应款项。但如总承包方自己去修了，垫费用不说，日后能否从分包单位的尾款扣除相应费用又成了问题。工程实践中，不乏总承包方为分包单位修复缺陷、而维修费又难以让分包单位承担的案例。究其原因，关键是总承包方在处理事情的程序、方法和证据方面不够严谨，让分包单位有机会推卸责任。

要解决这一问题，堵住分包单位的借口，避免因证据不足而无法追究分包单位责任，总承包方应采取以下八个方面的措施：

第一步、书面催告分包单位，其施工的分包工程存在质量缺陷，催促分包单位履行修复义务。以下是催告函的实例：

关于催促大兴公司履行质量保修义务的函

示范文本

上海大兴玻璃铝业有限公司：

本次来函，是催促贵司恪守合同约定，履行质量保修义务。

本着对贵司的信任，我司委托贵司承建银城广场项目建筑幕墙分包工程施工任务。自工程完工以来，一直存在石材缺角、开裂、修补污渍、硅胶龟裂、防护处理不到位等诸多缺陷（附部分质量缺陷的现场照片）。我司已多次电话通知贵司前来处理，但至今贵司未给予明确回复，亦未进场整改。

幕墙工程的质量缺陷影响建筑外观和小区品质，已引起建设单位的严重关注。建设单位明确要求我司督促分包单位（亦即贵司）限期整改；整改仍不通过的，建设单位将拒绝结算、拒绝支付尾款，并保留采取进一步追究措施的权利。为避免损失加大，我司催告如下：

1. 对幕墙工程的质量缺陷进行整改、保修，是贵司的合同义务和法定责任。《建设工程质量管理条例》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”。故此，我司希望贵司于收悉本函后三个日历天内前来工程现场，对质量缺陷进行系统检查，拟定修复计划，并

在2012年5月10日前完成全部整改、保修任务。

2. 如贵司拒绝按照我司通知的时间前来工程现场或者拒绝修复的，我司将安排有资质的第三方予以修复，有关费用及责任全部由贵司承担，我司并保留依照建筑法第六十三条之规定向建设行政主管部门举报、投诉直至采取法律诉讼的权利。贵我双方合作多年，我司珍惜这一份合作情谊，希望贵司不要迫使我司走到这一步。

特此函告。

上海厚德建设工程有限公司

2012年4月28日

第二步、如对方回文狡辩，对其回函中的不实之处，须一一驳斥。比如分包单位可能辩称是业主指定的包工头不行，如下例：

示范文本

上海厚德建设有限公司：

我司于2012年5月2日收到贵司发给我司的《关于催促大兴公司履行质量保修义务的函》后，我司立即安排我司项目经理到现场与贵司姚工一同检查，发现基本都是黄金钻石材爆边、缺角及石材边未抛光，还有石材密封胶发硬开裂所造成整体效果明显不行。

同时石材供货及安装王大为（业主项目经理介绍的施工队及供应商）所施工部位普遍存在上述问题，当时我司也与王大为取得了联系，并告知他必须在5月10日之前整改完成，由于王大为是业主介绍进来做的，故他有可能对于我司安排不配合，前期工程没结束之前就发生过不服从我司项目部管理的情况，质量问题我项目部也多次提出要求他整改，但他就是置之不理，所以我司恳请贵司及业主协助我司共同督促王大为，按我司规定的时间保质保量完成此次维修整改任务。



分包单位将质量问题推卸给业主方介绍的人。姑且不论是否属实，存在质量问题业主必然追究总承包方责任（业主不可能去骂自己的项目经理），罚款也要罚总承包方。从合同上看，王大为也是与分包单位之间建立承发包关系（即使这种再分包不合法），故总承包方应追究分包单位的责任。分包单位将责任推卸给王大为是讲不过去的。以此分析为基础，总承包方必须反驳分包单位的函件，避免日后混淆视听。

以下即是回复对方函件的示例：

示范文本

上海大兴玻璃铝业有限公司：

贵司2012年5月4日的回函，称部分质量缺陷系由王大为造成，并要求我司督促王大为整改，这种说法我司不能接受。我司及业主与王大为并无合约关系。王大为系由贵司自行订立合同、并由贵司直接支付款项，贵司对贵司分包单位的质量缺陷依法应当承担连带责任。因此，即使贵司部分缺陷确因王大为造成，亦应由贵司直接督促王大为整改；贵司将责任推卸给我司，缺乏法律基础。

需要提醒贵司注意的是，本项目业主再次于2012年5月9日送交我司一份《质量问题汇总》，列出现存质量问题48项，要求我司限期整改、修复。鉴于部分缺陷涉及贵司承包施工的玻璃幕墙、石材工程，请贵司派遣项目管理人员于2012年5月15日（下周二上午九点），赴工地现场总承包项目部办公室，与我司及其他专业施工单位一道，查明缺陷成因，分清责任，并制定修复计划。请贵司务必准时到会。

如贵司拒绝与会，视为贵司放弃权利。我司将根据业主、设计单位、监理单位的分析认定缺陷责任。

特此函告。

第三步、如对方仍不进场修复，须固定有关缺陷证据。

对于修复缺陷需要较大费用的项目，建议邀请律师甚至公证部门前赴工地现场，拍摄照片或者录像，做好证据保全工作。即使公证，也花不了多少费用，但是证据有力、可信。拍摄照片时应有意摄入三个方面要素：

- （一）人物：比如业主、监理或者总承包方的人员。
- （二）时间：假设2014年5月28日前赴工地拍照，可让项目经理手持5月28日的解放日报（或其他有影响力的可信媒体），将项目经理、报纸和工程缺陷所在地一并拍入。
- （三）地点或背景：要看得出是系争工程所在地场景。

第四步、对分包单位进行最后警示性通知。

比如函告对方：“上海大兴玻璃铝业有限公司：我司5月10日通知贵司，于2012年5月15日赴现场查看缺陷成因，分析责任。但贵司拒绝与会。现建设单位、设计单位、监理单位及我司赴现场查看，一致认为缺陷乃是由贵司材料选择不符合要求及施工不当所致。

为避免业主及我司损失进一步扩大，我司再次要求贵司于2012年5月22日之前务必赶赴工地进行修复。如贵司仍拒绝履行义务，我司将安排第三方于5月底进场维修，所产生的费用全部由贵司承担”。

第五步、最后警示对方之后，如分包单位仍拒绝修复的，我方可以邀请有能力的第三方进场修复（当然，在第三方进场前，应通过议标、比价的方式确定第三方修复的价款，并与第三方订立严谨的缺陷修复合同），并将合同订立及收费情况告知分包单位。

在此需要注意的有两个方面：

(一) 即使有较大把握日后可由原分包单位承担修复费用，我方委托第三方的修复价格应基本合理。曾有某地下室顶板渗水，防水分包不愿修复，总承包方委托第三方处理，本来大约二三十万元的修复成本，总承包方为了“治”分包单位，故意订立了一个80多万的修复合同。日后涉诉，原分包单位对修复费用的合理性提出质疑。由于80万的修复价格明显畸高，法院委托司法审价。审价单位按照定额计算，没有考虑堵漏工程的难度系数和额外费工的实际情况，审下来不过10多万元。总承包方反而吃了一个哑巴亏，所以过犹不及。

(二) 即使与第三方还有其他合作业务，应单独就维修事项订立修复合同（其他业务可另订合同，不要混起来）。曾有某总承包方委托第三方修复、同时还让第三方额外负责零星增补工程，两项合起来订立合同，一共是50多万元。涉诉后，分包单位不承担修复费用，称50多万元的合同基本都是增加的工程量。由于合同粗略，无法切开，分不清到底修复花费多少钱，法官最终酌情判了几万块钱，不够弥补总承包方的损失。

第六步、在第三方将缺陷修复完成之后，总承包应再次邀请业主、监理单位赴现场查看、验收，并就修复完好的工程再次拍摄照片。

一来是对业主有交代，避免业主追索我方责任；同时也是我方日后追究分包单位责任的依据。

第七步、就修复工程，与第三方进行最终结算，签署结算单，并将结算情况告知原分包单位。

这一步一定要及时办妥。有些总承包方，在分包单位起诉之后，才匆匆忙忙炮制所谓的修复合同、费用结算等文件。这些后补的文件经不起推敲，一则签字签章的日期即使往前倒签，通过司法鉴定还是可以鉴定出来是倒签作假的；二则仓促编制的文件，难免有破绽，在法庭上经不起对方质询。毕竟你要扣对方的钱，对方恨不得拿放大镜来看你方的证据。所以，应该按照正常的工程、正常结算的程序，将所有工作做好。

第八步、让第三方开具工程修复费用发票，支付第三方有关修复费用。

发票金额、付款金额须与结算书完全一致。而且付款时间、发票开具时间都应基本合理。如果在分包单位起诉之后，再来补办修复费用的支付及开票手续，很难取信法官。

在上述过程中，一旦启动程序，除非对方主动来和解、主动来修复，否则不论对方有何托词，不要在中途随便停下来。如果过程中对方来函辩解，一定要将对方的来函驳回去，同时毫不犹豫地按照既定程序往前走，不要因为对方的来函而耽搁。

另外特别要紧的是，过程中凡是涉及需要“函告”、“通知”的，都应该采取书面形式，而且应该用邮政EMS特快专递邮寄给对方（订立工程分包合同时，就需要对方将联系地址写在合同内）。需要注意的是：

(一) 只是让分包过来，当面沟通是不够的，因为没有留下书面证据，日后对方可以不承认，哪怕有人证也不行。曾有类似案例，上海一中院的主审法官当庭说，你一百个证人我也不相信。

(二) 打电话、发短信、发邮件或者普通快递方式，均可能存在问题。普通快递的邮递日期可能被人为篡改，公信力不足。至于电子邮件，虽说是合同法意义上的书面证据，但其证据效力可能存疑。曾有当事人承包工程，未订立书面合同，只有电子邮件往来。提交法庭作为证据时，法官先让你去做公证；费钱费力做好公证后，法官又说，你怎样证明邮件地址是对方公司的邮箱呢？这个案件法官虽有偏袒的嫌疑，但他的话也有一定依据，让当事人有苦说不出。所以，从保护企业的角度，每一步工作都要做踏实，铁的证据让人无懈可击。



(三) 邮局的EMS相对可靠，司法实践一般相信EMS快递的效力。但是，快递单的填写也要注意（以下附填写参考实例），千万不要填错，以免所有准备工作都白费，功亏一篑实在可惜。

 全球邮政特快专递 WORLDWIDE EXPRESS MAIL SERVICE		国内标准快递 客服电话：11183 网站：www.ems.com.cn
① 寄件人信息： 寄件人：张众成 电话/手机：13806840678 公司名称：上海厚德建设工程有限公司 客户代码： 地址：上海市浦东新区莲振路3398号23号楼2305室		② 收件人信息： 收件人：赖仁达 电话/手机：13307459876 公司名称：上海大兴玻璃铝业有限公司 客户代码： 地址：上海市浦东新区顾高路7143号金恒大厦508室
客户单号： 邮编：2000456		
③ 邮件详细说明： 总件数 实际重量(千克) 计费重量(计费重+千克) 总体积 长×宽×高cm 内件品名：关于催促大兴公司履行质量保修义务的函 保价： <input type="checkbox"/> 是 <input checked="" type="checkbox"/> 否 声明价值： 万 仟 佰 拾 元 (¥ 元)		④ 附加服务： <input type="checkbox"/> 妥投短信 <input type="checkbox"/> 实物返单 <input type="checkbox"/> 电子返单 <input type="checkbox"/> 其它： <input type="checkbox"/> 代收货款： 元 ⑤ 寄递费用： 邮费： 元 保价费： 元 封装费： 元 其他费用： 元 费用合计： 元 投递应收寄递费： 元 ⑥ 付款方式： <input type="checkbox"/> 寄件人付 <input type="checkbox"/> 收件人付 <input type="checkbox"/> 刷卡 <input type="checkbox"/> 月结 <input type="checkbox"/> 第三方付费 <input type="checkbox"/> 现金 ⑦ 投递员信息： 收寄人员： 投递人员：
⑧ 收件人签署： 请仔细阅读背面购买条款！承运人已承认义务，您的签名意味着您理解并同意接受条款的一切内容。 签名：王 晓 燕 2012年4月28日 时 ⑨ 收件人签收： 签名： 证件号码： 年 月 日 时 备注：		⑩ 快递跟踪： ⑪ 收件人存 ⑫ 收件人存 ⑬ 收件人存
⑭ 条形码： 1 0 0 0 0 0 0 0 0 1 X 0 0		⑮ 条形码： 10 0000001 X 00

按照上述方式，程序到位了，对分包单位应有足够的震慑作用，多数分包单位会按照总承包方的要求进场整改维修。如对方仍不履行的，一旦涉诉，我方的证据充分、可信、完备，法庭也不大可能无视我方意见，分包单位是难以抵赖的，维修费用就极有可能判决由分包单位承担。

代甲方意欲解除合同如何处理

□ 文 / 上海元始律师事务所 李宗猛律师

· 案情 ·

南江装饰工程在广东承建某装饰工程。进场施工近半年之久，由于各方面原因，工程未能按照预定进度完工。2014年4月3日，本工程的代甲方突然致函南江公司，提出解除工程施工合同，要求立即撤场并赔偿损失。

对方来函如下：

示范文本

南江装饰工程有限公司：

根据我司上一份合同履行警告函件，贵司仍未采取有效的措施，工地施工人员依然短缺、材料供应依然不及时、各班组衔接不利，造成工效无法发挥。因贵司的不作为，工地进度已全面落后，给我司及合作方造成极大的伤害和损失。

现依据总承包合同通用条款第18条第18.1.2小条之第（2）、（4）、（6）款，解除总承包合同，请贵司在收到本函后即刻安排退场，并按18.1.3、18.1.4、18.1.5、18.1.6、18.1.7的合同条款相关规定，完成如下工作：

1. 即刻停止所有合同要求及工地指令要求的全部施工内容；
2. 即刻与现场我司项目部、监理方、造价咨询公司开展已完工工程量的核准；现场已完工作量全部拍照留档，作为结算依据；并将已完工程和运抵现场的工程物资全部移交予我司。
3. 根据合同，尽快结清工地用水、用电等费用；
4. 将所有现场文件资料全部移交予我司项目部，并做移交清单；包括图纸、管理资料、全部分包合同及现场材料、机具、设备清单等；
5. 为了做好现场劳务工的工资发放工作，要求贵司接函后，在2014年4月4日上午10时之前将劳务工的工资足额发放至每个工人手中。超出此期限，我司将直接向贵司聘用的劳务工发放工资，其后，我司有权要求贵司承担该等费用。

收悉上述函件后，南江公司一下子懵了。公司领导不得已于4月4日上午九点，携带有关工程资料紧急赶赴本所磋商对策。从资料上看，情况不容乐观。关键有两点：

第一在工期方面，固然有设计出图延迟、频繁的设计变更、需要甲方确认的事项不能及时批复等诸多因素。但可惜的是，施工单位平常太不注意有关证据的收集和积累。贸然起诉，试图让法院否认对方解除合同的合法性，在证据方面胜算不大。何况，施工单位的施工

及人员设备安排方面确有短板，对工期延误不能说完全没有责任。

第二是在付款方面，合同约定款项由建设单位支付给代甲方，代甲方再支付给南江公司。从表面上看，对方已经按照合同约定支付了1800多万元的工程进度款，在付款方面对方没有违约。南江公司的不足之处是，在对方付款之后不久，即以南江公司上海分公司负责人的个人名义借款1300万元给代甲方的法定代表人。虽说如果涉诉，可以称对方以借款名义截留工程款；但是，两个自然人之间的借款，与两个公司之间的工程款支付，毕竟是两个法律关系，况且案件在外地，能否将借款认定为垫资款，难有确切的把握。

本所分析南江公司的资料之后，认为虽说在证据方面有一定弱势，但如同意对方解除合同、自动撤场，无异承认对方的违约指责，在后续的工程结算、违约赔偿、款项支付诸方面必将陷入十分被动的境地。故本所建议不能同意对方解除合同，也不能轻易撤出工地。

正在本所与南江公司领导商讨、会议尚未结束之时，上午十点左右，南江公司工地项目经理突然打电话过来，称代甲方邀请当地建设局、劳动监察大队等部门领导，并邀请两名律师，一同赴工地现场，要求南江公司立即撤场；如果有民工工资未能支付，要求南江公司立即召集所有民工到现场，由代甲方发放工资，不得以工资未付为由滞留工地。建设局领导要求南江公司负责人立即赴工地协调解决。显然，代甲方想以雷霆手段，一举解决南江公司的撤场问题。

面对代甲方的咄咄逼人之势，工地项目经理无法招架。南江公司领导及本所律师又远隔千里，一时之间无论如何来不及赶赴现场。而政府部门及代甲方又催逼甚急，立等南江公司表态。工地150余名施工管理人员也人心惶惶，形势一触即发。

救场如救火。急迫之间，本所一方面通知项目经理，安抚工人切勿闹事，避免将有理变成无理；同时让项目经理冷静应对政府人员，待公司立刻给予回音。与此同时，本所在一刻钟左右，拟定了如下回函：

对代甲方2014年4月3日来函的回复

示范文本

泰地工程管理咨询有限公司：

贵司2013年4月3日所发之《解除合同通知》及《索赔通知书》，我司表示完全反对。

贵我双方签署的建设工程施工合同，是缔约双方的真实意思表示。合同法第八条规定，“依法成立的合同，对当事人具有法律约束力。当事人应当按照约定履行自己的义务，不得擅自变更或者解除合同”。自合约签署之后，我司一直严格按照施工合同约定，全面履行施工义务，完全不存在有意违约之处。至于工程进度延迟，缘于工程量大幅增加、频繁的设计变更以及贵司和业主迟迟不能决定工程有关事项等，责任不在我司。有关延迟之原因此前我司曾多次报告贵司，本函不再一一赘述。

由于我司没有违约，贵司解除合同于法无据，所谓“索赔通知”更是完全没有法理基础。

鉴于合同第16.3.2条约定，发生争议后，除非“经合同双方协议停止实施”，或者“仲裁机构或法院责令停止实施”，双方须继续履行合同约定的责任和义务，保持工程继续实施。基于此，我司将安排施工班组依照合同约定，继续履行施工义务，不会撤离施工现场。

至于贵司所称，贵司有意于2014年4月4日发放工人工资。如贵司届时确实支付我司工人工资，对贵司这一清欠行为，我司表示认同。贵司所付款项经我司确认后，我司将视为贵司履行合同支付义务的一部分。

施工单位是建设单位的帮手而不是对手。尽管贵司对我司及工程现状有一定误会，我司仍愿尽全力帮助贵司及业主将工程如期建成。如贵司一意孤行，坚执解除合同，迫使我司提请法院确认解除合同效力，双方陷入无休止的纷争之中，贵我双方耗尽精力不说，还势必造成工程停工、给业主利益造成重大损害，最终三败俱伤。诚盼贵司熟思之。

特此回复。

南江装饰工程有限公司

2014年4月4日

函件成文后，本所立即电邮给工地项目经理，让其打印十余份，并呈送与会的每一位人员。由于函件有理有据，对方律师无话可说，政府也不可能强制我方退场，代甲方更不可能以“清欠”名义向我方员工发放工资。建设局领导只能摇头苦笑散会：“你们的函件来得太及时了”。

最危急的时候过去了，争取到了一定的缓冲时间。在此期间，本所协助南江公司整理工期延误的证据、借款给代甲方法定代表人的证据，并将有关情况与建设单位详细沟通，取得建设单位的谅解，同时让建设单位了解合同解除可能产生的后果（成本、工期、费用等）。最终，经过多轮的艰难谈判，南江公司作出一定让步，代甲方撤销了解除合同通知，各方达成了复工协议，事情得以妥善解决。



半停工的工程，如何防范业主倒打一耙

□ 文 / 上海元始律师事务所 李宗猛律师

上海高远建设工程有限公司于上海闵行区承接某办公楼的总承包施工任务。消防工程、门窗工程、室外工程、配套工程等由建设单位另行分包。该项目实为工业用地，办公楼建成之后不可能分割出售；且由于项目周边开发还很不成熟，办公楼也难以出租。考虑到收回投资无望，建设单位在支付很少一部分工程款之后就不再继续付款。高远公司倒是垫资数千万元将土建及安装工程基本做完，但建设单位直接发包的消防工程、门窗工程都处于停工状态，室外工程、配套工程则根本没有进场。

停工近一年时间内，工地都是由高远公司负责看管，留守及保安人员的费用一年也有几十万。垫付资金的利息成本也让高远公司吃不消。不得已之下，高远公司致函建设单位，询问建设单位对本工程的后续打算。称：

一、如建设单位确因资金安排或其他方面考虑，拟缓建本工程，则双方可以就已完工程量进行核算，办妥结算、工程款支付及工程资料移交手续，施工合同中止履行。日后如建设单位决定继续复工，高远公司可以重新进场，配合建设单位完成项目竣工及验收等诸项手续。

二、如建设单位目前即有安排分包复工的意图，则需要建设单位协调铝合金门窗、消防工程等分包单位的款项支付问题，并落实室外工程、水电煤卫等配套工程的合同签订及进场开工事宜。

高远公司的本意是通过与建设单位的沟通，提请建设单位早下决定，不论是停建还是复工，都要有一个明确的说法，避免久拖不决造成损失进一步加大。这是一个正常施工单位的善意举措。孰料建设单位于2014年5月10日来函，否认之前因资金紧张造成工地停工的事实，声称要追究施工单位工期延误的责任，并要求施工单位根据工程竣工验收的标准，尽快完成所有施工任务，达到质监站验收的标准；并按竣工要求将所有资料组织到位，送交质监站及甲方。最后并强调必须保证在2014年5月底能组织竣工验收。

建设单位当然知道他自己函件中所提要求不尽情理。工地现场还有大量的工作需要处理。就算是建设单位的资金到位，指定分包工程、室外工程、配套工程全部进场，再有六个月抓紧赶工也未必能达到竣工验收要求。现在要求总承包方在20天内达到竣工验收标准，否认停工责任，显然是睁着眼睛说瞎话。但是，不要轻视建设单位这份看起来蛮不讲理的函件。建设单位可能意识到施工单位将要通过诉讼方式追索数千万元的工程欠款，所以故意发

出函件来免除己方责任，加重施工单位的负担。所以，对这份函件需要慎重处理，将有关事实阐述清楚，避免日后对方混淆责任。

以下是本所拟定的回函：

对建设单位2014年5月10日来函的回复

示范文本

上海桑德置业有限公司：

贵司2014年5月10日来函，我司于5月14日收悉。贵司拟文者对合同履行情况可能并未全盘了解，故函中内容与事实有明显出入。

一、关于贵司的甲供材料

贵司来函称，“水电工程施工所需材料已经采购到位”，实际上还有许多缺口。4月23日会议之后，我司于4月27日将需要贵司提供的甲供材料清单提交贵司（详见附件一）。但至今贵司仅供应部分材料到场（进场材料清单详见附件二），尚余部分材料还未供应（欠缺材料清单详见附件三）。对进场材料，我司已在安排人员进行安装施工；尚未供应的材料，请贵司立即组织供应，避免我司进场人员的停窝工。

二、贵司函中称需要达至竣工验收标准。需要说明的是，按照贵司现有的施工安排状况，达不到质监站的验收条件。工程要竣工验收，室外工程、配套工程、贵司指定分包的工程都必须完工。而目前的现状是，贵司指定分包工程处于停工状态，室外工程、配套工程都没有进场；道路不通，水电不通，质监站何能验收通过？我司份内的工程，在贵司甲供材料到场之后，我司可以加班加点抓紧完成；但分包工程、室外工程、配套工程不进场的话，工程竣工只能是一句空话。

如贵司经办人员对这一情况不清楚的话，我司可以邀请工程质量监督站负责同志前来工程现场，就有关工程竣工验收的要求对贵司进行详细解释。

三、贵司函中要求我司“不再延误”，让我司倍感意外。工地现场此前因贵司资金紧张而处于半停工状态，责任不在我司，这是不争的事实，有目皆见。在此期间，我司将可以施工的工作面全部完成之后，一直催促贵司支付分包单位工程款，让分包单位可以完工，同时催促贵司落实室外工程和配套工程的施工事项，贵司从没有给予回音，也没有落实相关工作。本着为贵司着想，我司被迫安排数十名管理人员和安保人员留守工地，保护已完工程，为此额外支出的管理成本和工程款不能如期收取产生的利息以百万元计算。从合作的角度，我司没有向贵司追索相关损失，贵司反过来隐射我司“延误”。这一做法，不仅违背实情，有失公允，也伤害双方的合作感情。

四、至于所谓“整改”，不知贵司何所指？我司所有进场施工材料均为合格产品，均有准用证、合格证，且在进场前报请监理单位验收；所有隐蔽工程均在隐蔽前提请贵司及监理单位查看，验收合格后才进行下一道工序施工；我司的施工组织设计提请了贵司及监理单位审核把关；所有分部分项工程的质量亦经过贵司、设计院、监理单位多次检查审核；施工过程中还有质监站、安监站多次检查、监督。我司深知，质量和信誉是企业的根本，我司从进场第一天起，就打算为贵司作出优质工程，质量方面定能经得起检验。如贵司对质量还有不放心的话，双方可以邀请监理单位赴工地现场，逐项查验（现场查验的时间可由贵司确定，最好是在近日，不宜拖延）。但不论如何，不应以莫须有的理由指责我司。

我司在4月17日、5月6日致贵司的两份函件中，一再询问贵司的打算，贵司是有意在我司将剩余水电工程完工之后暂停建设，还是有意一鼓作气将整个工程施工完成至可以竣工验收的程度。贵司对我司的问题一直避不做答。但这个最关键的问题是回避不了的。

如贵司函中所称“竣工验收”，只是由建设单位、施工单位、设计单位、监理单位、勘察单位组织的五方验收，则我司可以在贵司甲供材料进场后，抓紧完成，达至可以验收的质量标准，包括按照质监站的要求做好竣工资料。如贵司意指达到质监站可以竣工验收的程度，则指定分包工程、室外工程、配套工程均须完工，还得由贵司筹措资金，安排相应分包单位、专业单位进场施工。贵司具体打算如何，恳请明确告知。

特此回复。

上海高远建设工程有限公司

2014年5月16日

本函发出后，建设单位有所收敛。需要特别提醒各施工单位的是，在工程的延期、停工、欠款等方面，如建设单位确有责任的情况下，施工单位一定要有防范意识，注意收集、保留相关证据，必要时委托专业律师出谋划策。



地方政府举债根本没打算还 兼谈BT项目的风险

近年来，地方政府债务飞速膨胀既有片面政绩观的驱动，也有缺乏有效监管的放纵，在某种程度上，地方债已经成为各地政府的“经济鸦片”，欲罢不能。全国政协委员、审计署副审计长董大胜在两会上表示：我国地方政府的债务风险总体可控。但他也表达过担忧：一些干部政绩观扭曲，为了单纯追求GDP或城市大变样，盲目举债，借的时候根本没想还。

（网易网3月12日源自《中国青年报》报道）



一、审计署：地方政府借款根本不会还

据审计署统计，截至2013年6月末，全国地方政府性债务合计17.89万亿，省市县三级政府负有偿还责任的债务余额105789.05亿元，比2010年增加38679.54亿元，年均增长率19.97%。而地方政府主要依靠土地出让收入偿还债主债务。

在以GDP论英雄的政绩观下，政府官员只管追求经济发展，不顾实际财政收入。上大项目，搞大工程，大幅举债，给当地以后的经济发展造成巨额的还款负担。这样做，一是使得当地经济压力太大，抑制后期经济的增长；二是地方政府迫于还款的压力，想方设法增加收费名目，加大社会负担；三是拖欠建设项目款、银行贷款、民工工资，影响社会稳定。

地方政府之所以敢于借钱，是因为其借款的风险极小。政府主要官员只需要考虑怎么样借到钱，绝大部分不需要考虑还钱的问题，跟市井无赖没什么区别。有的领导干一两年，就因“政绩突出”被提拔走了，留下一个债务深坑，让继任者去处理，而继任者为了自己的政绩，又将这个坑挖的更大更深。

因为手里有土地，所以地方政府能借到钱。地方政府通过卖地拿钱，再搞基础设施，然后招商引资，形成恶性循环，导致地方债务风险积聚。特别是房价也因此畸高不下，百姓抱怨买不起房，开发商抱怨交给政府的税费金占到开发成本的60%，而政府却一直处于财政运行高风险赤字状态，表明这是一种不合理的债务扩张模式，需要立即纠正。

地方政府能轻松借到钱，因为监管缺位。地方政府债务突出问题，不止是某届政府的责任，而是历届政府累积的结果。政府能轻松借到钱，一方面是他们手握权力，借债行为不透明，难以监督；另一方面是缺乏有效的责任追究机制，导致地方政府债务赤字扩大，却无人负责。

二、“广东雷州副市长称不能盲目信法院”，判决之后地方政府仍难履行付款义务

“不能盲目相信法院。”近日，这句出自雷州市政府副市长陈汉枢口中的话在网上持续燃烧，网民们认为雷州市政府不仅欠债不还，而且官员不尊重法院判

决，拒绝还债理由荒唐。

360万水利工程款15年不还

1998年，雷州市兴修水利工程，市民莫文海从雷州市水务局承包下了其中一项工程。在水务局让其先垫资施工的情况下，莫文海于2002年完成所承包项目。据莫文海介绍，整个水利工程花费1200多万元，水务局最终只付给他900多万元，剩下360多万元迟迟不付。

在连续3年催债无果后，莫文海一纸诉状将雷州市政府、雷州市水务局告上法庭。湛江市中级人民法院、省高级人民法院，先后一审、终审做出判决，雷州市政府、雷州市水务局偿还欠款。

2012年10月25日，雷州市政府及雷州市水务局与莫文海达成协议，承诺在2013年3月8日前，还清所有欠款。然而令莫文海始料不及的是，有雷州市市长签名的还款协议在手，雷州市水务局仍然拒绝执行。

“官司我打赢了，不但一分钱没有讨回，就连

51292元诉讼费，他们也是一分都不出。”莫文海说。

副市长称“不能盲目相信法院”

日前，中央电视台就雷州市水务局欠莫文海债务问题先后采访了雷州市水务局以及主管财政的副市长陈汉枢。

刚刚搬进5层新建办公大楼的雷州市水务局局长许立生说，没有钱落实给莫文海。

陈汉枢副市长则称，“莫文海的案子，法院判定的欠款数额，我们认为是不准确的；我们认为，法院应该按照我们的异议改过来”。湛江市人民法院、省高级人民法院一审、二审判定并终结该案，陈汉枢仍觉得“还是不能盲目相信法院”。

负责执行的茂名市茂港人民法院法官透露说，多次向雷州市水务局、雷州市政府发出执行还债判决通知书；但雷州方总以各种理由拒绝执行，双方来往公文前后已经8回了。

· 分析 ·

有几人能请动中央电视台主持公道？面对摄像头，副市长大人仍然表示不相信法院，赖债之心，昭然若揭。

上述工程并非个案。上海某一级绿化施工企业，在江苏某地以BT方式承接绿化景观工程。完工后如期交付，政府欠付施工企业4000多万元工程款。施工单位前去恳请付款时，某局长表示，“目前政府有困难，最多能付2000万元了结此事。如果你们接受，办一个手续，签了字，年内可以付款。如果不接受，你们自己想办法”。对政府的项目，派民工去闹事没有用；打官司胜算且不说，打赢了也无法申请执行，难道将政府大楼查封拍卖？施工单位纠结再三，只能忍气吞声接受仅2000万元的结算价。好在这是一个国有企业，亏了也是国家的。如果是民营企业，一个项目亏损几千万，再大的家底也吃不消。

无独有偶。在浙江某市，同样是政府绿化工程，上海某企业去承建，招投标文件、施工合同都很规范，按照当地有关定额结算，材料按照市场信息价。施工完成之后，当地财政局、建设局、定额站等部门联合起来，以红头文件形式下发通知，“为了更好服务当地经济建设，节省有限的财政资源，凡我市的

政府建设项目，材料价格按照当地信息价的50%结算”。明火执仗，莫此为甚。施工单位百般不忿，但在人矮檐下，最终只能低头。

地方政府的18万亿元债务，可能三成以上是拖欠施工企业的工程款。所以，施工企业对政府项目应有足够的戒心，尤其是在一些二三线城市，好大喜功的官员比比皆是。特别是BT项目，施工单位多数需要先垫资，建成之后才能收款，风险更大。介入之前，一要了解当地政府的财力，二要看项目的性质，三要看承建项目工程款万一不能如期回收，是否影响本企业的生存和发展。某县一年财政收入才10亿元，为建设经济园区，以BT方式招标选择前期土地整理、道路及景观等工程施工单位，并拟与上海某施工单位签署总额达6亿元的承建合同。笔者再三提醒该项目有风险，不听。进场之后累计垫资逾亿元，当地领导换届，后续投入资金亦眼见无望，陷入进退两难之境。对于大桥、隧道、高速公路等有收费权的项目，风险还小一些。对于无法拍卖变现的绿化景观工程等，风险最大。

（评析人：上海元始律师事务所 李宗猛博士）

案例警示

□ 文 / 上海元始律师事务所 汇编

案例一、送货车内藏猫腻，大变魔术偷钢材

【案情】杭州西湖警方破获特大钢材诈骗案，浙沪苏三地建筑工地被骗1500万

一辆看似平常的货车却暗藏玄机，只要驾驶员轻轻按一下按钮，车内的钢筋就会比工地收料员清点的少掉2~10吨。从去年开始，就有人利用这样的手法疯狂诈骗。

杭州西湖区公安分局昨日召开新闻发布会宣布，警方破获了8个利用改装货车侵吞货主钢材的诈骗团伙，目前已抓获犯罪嫌疑人25名，已查实案件11起，涉案金额高达1500万元。

今年1月8日，西湖警方接到某建设集团有限公司杭州分公司项目经理的报案，称1月3日晚，他们的供货商——江苏昆山聂生物资贸易有限公司按照合同约定向工地提供100吨钢材。工地收料员在车上清点时没有发现任何问题，可在卸货后重新点货时，却发现少了整整5捆、总重达10吨的钢筋。货车驾驶员看到验货出现问题，立即弃车逃跑。

警方发现，这辆货车的尾部有一个90厘米见方的暗箱，箱子里藏有半米多长的钢筋5捆（标准长度为9米）。

暗箱内装有一个液压装置，操纵按钮隐藏在驾驶室里头。这个奇怪的暗箱应该是钢筋前后少了整整5捆的原因。

西湖警方成立专案组进行侦查，初步断定这是一个分工明确、人员众多的有组织的犯罪集团，集团成员绝大多数系湖南衡山籍人。1月中旬，西湖警方与上海警方合作分别在上海、杭州两地抓获犯罪嫌疑人25名，他们分别来自8个诈骗团伙，却用着同一种诈骗手段。

据其中最大的一个犯罪团伙首脑、江苏昆山聂生物资贸易有限公司杭州办事处业务员刘进军交代，货车上的暗箱就是用来诈骗的。每次发货前，他们就会根据对方的钢材型号将1-5捆短钢筋悄悄放在暗箱里。收料员在货车尾部清点货物时，驾驶员就在驾驶室内操纵液压装置把短钢筋顶出来。收料员会把这些钢筋按照正常规格清点。等到卸货时，驾驶员又把短钢筋偷偷降回暗室。通过这样的手段，他们每次可以扣下2-10吨钢材。自去年以来，刘进军采用上述诈骗手段诈骗钢筋850吨，按照每吨2820元的市场价，诈骗所得约239万元。

西湖公安分局刑侦大队副大队长陈成说，据他们掌握，同类的犯罪嫌疑人多达200余人，他们分别在浙江、上海、江苏、安徽等地实施诈骗。这些犯罪团伙要么自己成立公司，要么挂靠在其他建材公司下面。他们以每吨钢材低于市场价20-50元、且包运费可以欠款的优惠措施吸引建筑商“上钩”，并在购销合同上注明“货到工地由供货方自卸，如有散件现象，乙方无异议”的条款。买卖谈成后，犯罪嫌疑人选择在深夜或者凌晨送货。这样一来，工地根本无法及时清点钢材数量，就算后来发现货物短缺，也因缺乏证据无法找犯罪嫌疑人的麻烦。警方提醒各建筑工地，对类似案件应加强防范。

案例二、自残团伙骗取工伤赔偿70多万

近年来，一团伙在上海、江苏昆山市，以及浙江宁波、台州、绍兴等地，用自残的方式骗了13次，从中非法获利70多万元。

【案情】

16岁的李亮（化名）在宁波一家服装厂打工。因一事跟妈妈争吵离家出走。之后，李亮没有找到工作，整天在网吧里混。钱很快花完了，这时他遇到了王刚，命运从此改变。一开始，王刚给他吃的玩的，后来逐渐露出了狰狞的面目：把李亮介绍到象山某小区工地做木工，要他故意锯掉自己的大拇指，要求工伤赔偿，“如果不干，不残废也要把你搞成残废。”

李亮没办法，在别人的监视下，锯掉了大拇指。随后，李亮入院7天。由于被锯下的大拇指已被监视人藏匿，他最终也没有接回指头。随后张峰等人冒充李亮的亲戚，以工伤为由，从工地负责人那里骗到了9.2万元现金。

18个犯罪嫌疑人，绝大多数来自四川南部县。为首的张峰深谙其中的“秘诀”：想多拿到赔偿款，自残的部位必须是大拇指，且要完全被机器切除。这样就可以评六级伤残，如果大拇指还有部分残根的话，只能评七级。对相关法律法规中关于工伤赔付的条文，张峰背得滚瓜烂熟——六级伤残的最低赔偿为21万元（上海地区，2102年上海职工月平均工资为4692元），七级只有17万元。他们的作案对象，是那些没有按规定签订劳动合同、不交工伤保险的工地。在他看来，这样的地方一旦出了工伤事故，许多包工头会为了赶工程进度，选择私了。

怎样说动人家断指？他们首先在网吧、车站等地找像李亮一样无业的流浪男子，以赚大钱、赚快钱为诱饵说动对方，带到团伙居住地好吃好待，再用利诱、威逼等方式迫使这些人同意断指。如果有人断指时退缩了，一旁监视的人会上前“帮”一把，断指也会被他们藏起来或故意扎烂，无法再植，这样可以获得更高额的赔偿款。



【评析】

犯罪分子的残忍令人发指。在利益面前，人性和良知荡然无存。为了施工企业自身的安全和发展，企业应规范用工，包括：一、尽量选择成建制的施工班组。不要从“马路游击队”中随便挑人；二、民工进场时，一定要签订劳动合同。劳动合同可尽量让律师或顾问代为拟定。切勿以为反正民工是流动的，签不签合同无所谓；三、查证民工的身份证及家庭住址、联系方式；四、入职民工做好安全交底，并记录在案；五、民工有异常时，予以关心。对于存心不正的人，企业只要细心一些，总能发现端倪；六、为每一个民工办理一张与其身份证相符的银行卡，工资发放到民工卡上（即使是包工头的工人，也应支付给民工个人；但付款前记得让包工头签字确认）；七、民工离职时应立即办好离职手续；八、必要时购买意外险。

案例三、上亿保证金被骗，施工企业事前防范必不可少

【案情】

上海某置业发展有限公司涉嫌诈骗，案发后当地政府组成专案组专门处理此案。截至案发时该公司已非法聚敛两亿多保证金，而向公安机关报案的施工企业就达一百五十余家。由于主犯刘某已经潜逃，并且其团伙已经就非法聚敛的钱财疯狂挥霍，实际上施工企业的损失已无法避免。

该置业公司打着投资的旗号，在苏北很多地方，以租赁的形式，征用上千亩耕地，用于标准化厂房建设。自称该公司董事长的刘某，声称该置业公司总资产达70亿元，该公司专注于工业园区的开发与运营，建有装饰材料生产基地、体育器材生产基地、小家电工业区、通讯电子工业区、ITO导电膜玻璃生产基地等。

该公司利用施工企业急于承揽业务的心理和建筑市场低价承包的恶性竞争局面，承诺其苏北几十个亿的工程项目分标段招标，建设工程造价按定额不下浮而且按约定支付工程款不用垫资，甚至许诺工程不受监，但前提是必须先向该公司缴纳投标保证金、履约保证金等各种名义保证金，从十几万到数百万不等。面对如此优厚的施工条件，不少建筑商趋之若鹜，其中不乏有二十年以上从业经验的老法师，其实也有人犹豫、怀疑过，但“都怪骗子太狡猾”，把骗局做得像真的一样。所以，一百多家施工企业就在大项目和熟人帮忙不会上当的幌子下，争先恐后地交纳了数十万乃至数百万的保证金，在事发之前，很多人都没有考虑过该公司所称投资项目的真实性和可行性。

建筑企业挣一点钱不容易，凭借辛辛苦苦的劳动能有所收获本已不易。但此次，有这么多家施工企业同时被骗，涉及的资金如此巨大，实在叫人不得不深思！前车之鉴，后事之师，愿所有的施工企业都能从这个案件中得到警示。

【评析】

本案中，上当受骗者不乏有经验的承包企业。究其原因，不外乎是在巨大的利益面前，丧失了基本的警戒心。

以发包工程为由骗取保证金，在工程建设领域的犯罪案件中，始终是排在第一位。按说，骗子的手法要想做的天衣无缝也是不容易的，奈何利字当头，一叶障目，才导致如此多的施工企业上当受骗。以下四点，请各位看官牢记：

一、骗子多数“来头很大”，我们处理的案例有“南京副市长介绍的”、“陈良宇的叔叔

（陈良宇未倒台前的事情）”、“海军副司令的儿子”。办公室有设在北京钓鱼台的。老百姓多数以为钓鱼台是国家级的大企业，殊不知钓鱼台也对外招商，骗子承租入驻的大有人在。最近还碰到一个“前副总理的儿媳妇”，总承包方几年不敢去讨钱，到本所来咨询，经本所调查，公司一无所有，建造的房子没有产权证，连土地都被别人查封了，总承包方垫付的几十万元何以着落？

二、骗子的承包条件很优惠。不垫资或不下浮，不然何以吸引人。要知道，嫌货的才是买货人。条件越优惠，越要打一个问号。只有骗子才无所谓，工程造价再高，他根本没打算履行。

三、骗子拿出来的承包合同也很粗糙，甚至让施工单位自己起草合同。能够有钱搞开发的，不会是傻子，不可能不知道谁起草合同对谁有利；他再不懂，也会请懂行的顾问帮忙起草合同。对于专业律师来说，只从对方拿出合同的架式来看，对该单位的信誉、意图等方面，大体上已经有一个八九不离十的判断。

四、对于难变现的项目，比如绿化景观工程项目、工业厂房项目等，不论其真假，千万不要轻易支付保证金，务必慎之又慎。

天上不会掉馅饼。付保证金之前，多看看，多想想，问问专业人员的意见。诸葛一生惟谨慎，小心一些不为过。

案例四、新买的二手房遭到法院查封

——法官提醒避免抵押房买卖风险

【案情】

日前，浦东新区法院专门对一起房产查封异议案件召开执行听证会。张女士通过中介公司与朱某签订了房屋买卖合同，支付了大部分购房款，并搬家入住。谁知，在办理房屋过户手续前，这房子被查封了。张女士觉得冤枉，向法院提出执行异议，请求法院解除查封。

2012年5月，张女士与朱某签订房屋买卖合同。然而，待房屋过户时，朱某开始推脱了。原来，他还有170多万元的抵押贷款未归还。拿到张女士的房款后，朱某并未及时还贷款，而是用来做生意。同时，朱某在外还欠了100万元的债。去年底，债主向法院执行局申请执行，法院依法查封了朱某名下的房屋，包括张女士买下的那套房产。

房屋究竟该如何处理？法院根据《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》第十七条规定认为，该房产仍然在朱某名下，法院的查封并无不当。而且该房产被查封还没有付清贷款，为此，法院驳回了张女士的执行异议。

【评析】

本案中，朱某显然是纠纷的始作俑者，张女士是最大的受害者。但同时，张女士也有一定责任。作为买房人，在购房前，应该仔细审查卖家的信用以及房屋是否有抵押等情况。在知道卖家尚有银行贷款时，直接将钱款付给卖家欠妥，应该与其一同前往银行先办理还贷手续，或者把钱打入可信的中介公司或其他第三方的监管账户，将卖家的银行贷款先行还清，再支付其他购房款。当付完大部分房款之后才知晓卖家尚有银行贷款未还清，而且卖家一再借口推诿办理手续，应该及时运用法律武器保护自己的合法权益，将损失降至最少。

专家解惑

□ 文 / 上海元始律师事务所 汇编

一、签订执行和解协议后当事人反悔效力如何认定？

问题： 周某承包一房屋墙面粉刷工程，施工过程中周某以110元每天的工资雇请杨某拎石灰桶。一日，杨某从二楼下楼时不慎摔倒，造成右股骨颈骨折，经鉴定为九级伤残，花费医药费等费用75600元。法院判决周某承担50%的责任，赔偿杨某37800元。案件进入执行程序后，杨、周二人私下达成执行和解协议，约定周某一次性给付杨某24000元了结此案，杨某不得再向周某主张任何权利。当日杨某即领走周某的24000元赔偿款。之后，杨某向执行人员反映其受周某胁迫签下该执行和解协议，要求按照生效法律文书强制执行。

分析： 一种观点认为，执行和解协议是双方当事人就变更生效法律文书所确定的部分或全部权利义务而自愿达成协议，执行和解协议的签订会导致执行程序的终止。一方当事人反悔双方的约定在实体上不发生法律效力。另一种观点认为，执行和解协议基于双方当事人自愿的意志，如果当事人在协议履行完毕之前反悔，则和解协议不发生法律效力，但当事人已经履行完毕，该和解协议发生法律效力。

解答： 笔者赞同第二种观点，理由如下：

第一，根据《最高人民法院关于人民法院执行工作若干问题的规定（试行）》第87条的规定：“当事人之间达成的和解协议合法有效并已履行完毕的，人民法院作执行结案处理”，可知执行和解履行完毕是执行案件的一种结案方式，从而确定了执行和解协议的效力。

第二，作为执行和解协议的成立要件之一，即当事人应在自愿协商的基础上达成执行和解协议，和解协议的内容必须完全符合当事人的真实意愿，当事人受他人威胁、利诱、欺诈、胁迫，或在重大误解的情况下而作出的协议是无效的。本案中杨某称其是在周某的胁迫下签订的和解协议，则杨某应该向执行人员举证其有被胁迫的事实，否则该协议仍为有效协议。因杨某未能提出受胁迫的证据，该和解协议为有效协议，法院不能恢复对原判决内容的执行。

二、人民法院能否追加被执行人的合作人为被执行人？

问题： 某法院在甲公司申请执行乙公司一案中发现，被执行人乙公司与丙公司此前曾签订过合作建房协议，丙公司擅自将其与乙公司联合开发的价值1000余万元的房屋作为对丁公司的投资，导致乙公司无力清偿债务。法院能否以丙公司擅自转移财产为由，直接追加丙公司为被执行人？

解答： 追加丙公司为本案被执行人没有法律依据。丙公司擅自处分共有物的行为侵犯了乙公司的合法权利，如果乙公司怠于对丙公司提起诉讼，甲公司可代为提起，待取得对丙公司的执行依据后方可对其执行。如果有证据证明乙公司、丙公司在执行程序中通谋转移财产，可以追究乙公司、丙公司妨害执行的民事责任。

三、人民法院能否执行总公司已收取的资金和调拨给子公司经营管理的财产？

问题： 某运输总公司所属的、具有独立法人资格的子公司的注册资金为100万余元。子公司成立后，该总公司先后以各种形式调拨700余万元资金及10余亩土地使用权交由子公司经营管理。在此期间，总公司先后从子公司收取千万元的资金。其后，子公司在使用总公司调拨的吊机、拖车为一装饰材料公司吊装设备（价值103万美元）时，将装饰公司的设备坠地损毁。经一、二审法院判决，该子公司应赔偿某装饰材料公司主机设备款103万美元、其他经济损失人民币8万余元。在法院执行期间，总公司又将其调拨给子公司经营管理的上述财产调回。法院能否执行该总公司从子公司收取的资金和总公司拨给子公司经营管理的财产（运输设备和土地使用权）？

解答： 人民法院在执行程序中变更和追加被执行人应当严格依照《民事诉讼法》及其司法解释和最高人民法院《执行规定》的有关条款进行。从本案情况看，母公司拨付了一定财产给子公司经营，并从子公司收取了近千万元的资金，在子公司涉案后又将拨付的现金和实物收回。必须明确：母公司提供财产供子公司经营管理，不是投资，子公司对该财产不具有所有权和处分权。子公司具有独立法人资格，仅应以自己的财产承担民事责任。对母公司从子公司收回的款项是否违反双方的合同或法律规定，人民法院在执行程序中无权认定，当事人如果对此有异议，应通过诉讼程序解决。因此，本案不能追加母公司为被执行人而执行上述财产。





四、原判决确定的债权人死亡后，被执行人是否还应该执行判决确定的护理费？

问题：原告周某诉被告某公司工伤赔偿一案，某法院于2005年12月8日判令某公司赔偿周某护理费以及其他费用共计人民币175924.91元。执行过程中，原告周某死亡。法院对执行数额存在争议：一种意见认为执行数额应为判决数额，理由是该判决为生效判决，在没有其他判决改变原判决时，应执行原判决。原告死亡后，应由他的法定继承人继承，属于遗产。另一种意见认为，被执行人死亡后，护理费不再发生，再继续执行护理费对债务人不公平，应扣除护理费，哪种意见正确？

解答：人民法院在执行程序中只能根据执行依据确定的内容进行执行，如果在执行过程中发生可能导致执行依据内容发生变动的事实，应当由相关利害关系人通过审判监督程序予以确定，执行法官在执行程序中无权变更执行依据所确定的债务数额。因此，第一种意见是正确的。

五、法院能否执行债务人涉嫌诈骗所得并登记在自己名下的房产？

问题：刘某于2005年通过社会拍卖合法取得一幢厂房及一块土地，并对该厂房进行了扩建。之后委托该厂房的租赁者张某办理该厂房的房产证。碰巧张某想问谢某借钱，于是张某托人就上述刘某拍得的厂房以张某的名义办理了一份房产证以取得谢某信任（张又伪造了一份产权人为刘某的房屋产权证交给刘某）。后因张某欠债不还，谢某诉至法院并申请对张某名下的上述房产进行保全。法院判决谢某胜诉，后谢某即请求法院拍卖该房产。而刘某也向公安机关报案，要求追究张某的刑事责任，公安机关对张某立案并予以通缉。执行法院能否执行张某名下的该处房产？

解答： 物权登记具有公示效力，除非经过法定程序撤销登记以及法定情形外，执行程序中财产所有权人的认定一般以登记为准。涉案的房产既然登记在债务人张某名下，就应当作为张某的财产来履行对谢某的债务。至于刘某与张某之间因委托代理关系产生的民事和刑事关系，则属于另案解决的范畴，不影响本案的执行。如刘某认为法院涉案房产所有权属于自己，可以通过向执行法院提起第三人异议之诉的方式维护自己的合法权利。

评析： 可能有些读者对本案不以为然，认为房屋既然是刘某拍卖获得，承租人张某不可能将房产证办在他的名下。但是就本所的实践经验，现实中只要与登记部门个别人员内外勾结，很有可能出现这种情况。天津一房屋工程自2003年开售以来，多人反应房地产商将房屋重复销售、一房多卖，一些小业主将房地产商告上法庭。购房户之间也出现了很多纠纷，有的人为了抢房大打出手，曾经出现了一天一户防盗门三次易主的情况。甚至有争执不下的两户人家挤进一套房子的奇闻，另有购房户表示要效仿，这些都应当引起购房者的严重关切。另外，深圳也出现类似案例，一豪车男空手“套”二手房30套，诈骗获利高达5000余万元。其通过关系将房屋销售手续办理齐全，连促成交易的中介公司都没有察觉。所以，办理房屋产权证不宜假手于人，至少要看一下，查一下。

六、对债务人预告登记的商品房该如何执行？

问题： 2010年5月12日，被告王某（债务人）借了原告吕某（债权人）50万元，约定还款期限一年，被告到期未还。原告吕某起诉到法院要求被告还款，并对王某以按揭方式购置的商品房进行了诉讼保全。2011年8月9日法院判决被告王某偿还吕某50万元，原、被告双方均未上诉，一审判决已生效。

2011年9月15日，债权人吕某向法院申请执行，要求执行王某的房产。但是该房屋在房管部门只进行了商品房预告登记，王某只缴纳首付款15万元，且王某下落不明，银行按揭贷款已经2个月没有还款。这种情况，吕某是否可以执行王某的房产？

解答： 一、预告登记虽然不是完全意义上的产权登记，但也是《物权法》以及建设部《房屋登记办法》上规定的一种物权登记方式，在一定程度上对证明此房屋属于债务人王某所有，起到公示公信的作用。法院在执行过程中，既可以对完全物权登记的房屋进行转让、拍卖或者折价，也可对于预告登记的房屋进行竞买、拍卖等处理，来实现债权人的债权。

二、王某下落不明，不能履行法院的生效判决，其已经预告登记的房屋是唯一可供执行的财产，如果不执行房屋只执行王某15万元的首付款，显然不能实现债权人的债权。因此，法院可以通过与房管部门、房产商、银行协商，通过撤销预告登记、变更合同等手段将房屋执行给债权人，让债权人不仅可以执行到房屋的首付款，还获到房屋的增值利益，最大限度的保证了债权的实现。

劳动人事

□ 文 / 上海元始律师事务所 汇编

1. 上海于2014年4月1日起调整本市最低工资标准

沪人社综发〔2014〕6号

一、月最低工资标准从1620元调整为1820元。下列项目不作为月最低工资的组成部分：

1. 延长法定工作时间的工资；2. 中班、夜班、高温、低温、有毒有害等特殊工作环境、条件下的津贴；3. 个人依法缴纳的社会保险费和住房公积金；4. 伙食补贴（饭贴）、上下班交通费补贴、住房补贴。

二、小时最低工资标准从14元调整为17元。小时最低工资不包括个人和单位依法缴纳的社会保险费。

三、月最低工资标准适用于全日制就业劳动者，小时最低工资标准适用于非全日制就业劳动者。

2. 劳动者“同意”倒签合同，单位是否应赔付双倍工资？

【案情】 刘某于2012年1月5日入职某公司，入职后的一个月内公司未与刘某签订书面劳动合同。员工入职近一年后，公司才于2012年12月3日与刘某补签书面劳动合同，合同约定的期限为2012年1月5日至2013年1月5日，并将合同签订时间标注为2012年1月5日。2013年1月5日劳动合同到期后，双方未续签劳动合同，劳动合同终止。后刘某申请劳动仲裁，劳动争议仲裁委支持了刘某要求的2012年2月5日至2012年12月2日未签订书面劳动合同的双倍工资。而公司则认为，2012年12月3日已与刘某补签了劳动合同，合同签订时间标注为2012年1月5日也是刘某同意的。因此，不应支付未签订书面劳动合同的双倍工资，故公司向法院起诉，要求不支付该双倍工资。

【分析】 法院认为，《中华人民共和国劳动合同法》在第十条规定：建立劳动关系，应当订立书面劳动合同。已建立劳动关系，未同时订立书面劳动合同的，应当自用工之日起一个月内订立劳动合同。该法第八十二条同时规定：用人单位自用工之日起超过一个月不满一年未与劳动者订立书面劳动合同的，应当向劳动者每月支付二倍的工资。因此，用人单位与劳动者签订书面劳动合同，是用人单位的强制性义务。但在现实情况中，经常会出现用人单位未在法律规定的一个月内签订劳动合同，而采用倒签劳动合同的方式，但这也并不能改变用人单位未与劳动者签订书面劳动合同的事实。所以就本案而言，该公司应当向刘某支付入职一个月后至签订劳动合同期间，即2012年2月5日至2012年12月2日的双倍工资。

【警示】 单纯责怪“刁民”是没有用的，企业亦无法改变仲裁委或者法院的裁决，只有从企业自身方面加强管理才能避免类似损失。既然法律强制企业必须与员工订立书面劳动合同，企业就应该遵循“先订合同再上岗”这一基本原则，不要希图例外或心存侥幸。

3. 退休返聘的劳动者是否可以享受带薪年假?

【问题】 某施工企业返聘了多位退休工作人员。一日,该企业人事负责人询问本所,退休人员能与公司其它员工一样享受带薪年假吗?

【解答】 根据《劳动合同法》及相关规定,职工达到法定退休年龄,并且享受基本退休养老待遇是劳动关系终止的法定条件,劳动者从而进入社会保障体系,不再受劳动法的调整。至于退休返聘合同,是劳动者与用人单位在自愿基础上签订的服务合同。所以,退休返聘的员工与单位建立的关系一般不视为劳动关系,现实中大都认定为劳务关系。因此,退休返聘的劳动者都无法享受带薪年假。

4. 只签试用合同可行吗?

【问题】 王小姐去年7月份毕业后,被某建筑公司招用。签约当天公司负责人对王小姐说:“凡是新被录用的职工要先与公司签订三个月的试用合同,每月工资2160元,试用合格后再签正式的劳动合同,每月工资3000元。”为了保留岗位,王小姐和单位签订了该试用合同。其后,该企业人事经理觉得这样做可能也不是十分妥当,于是致电本所进行咨询。

【解答】 依据《劳动合同法》第19条第4款规定:“试用期包含在劳动合同期限内。劳动合同只约定试用期的,试用期不成立,该期限为劳动合同期限。”该法83条规定:“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后的月工资为标准,按已经履行的超过法定试用期的期间向劳动者支付经济赔偿金。”该公司与王小姐签订试用合同违反了我国劳动法律法规的规定。其单独签订的试用合同应被视作为正式合同。

5. 申请人因被申请人未依法缴纳社会保险而辞职,被申请人是否应支付经济补偿金?

【案情】 申请人张某与被申请人某公司签订了为期三个月的试用期合同。试用期期间,张某曾向被申请人询问缴纳社会保险事宜,但被申请人答复试用期满合格后才能为其缴纳社会保险。张某遂向被申请人提出书面辞职,并要求支付经济补偿金。协商未果后,张某向劳动争议仲裁委员会申请仲裁,要求被申请人依法补缴试用期期间的社会保险、支付经济补偿金。

【分析】 《劳动合同法》第三十八条第三款规定:用人单位未依法为劳动者缴纳社会保险的,劳动者可以解除劳动合同;第四十六条规定:劳动者依照本法第三十八条规定解除劳动合同的,用人单位应当向劳动者支付经济补偿。本案中被申请人在劳动合同期限内,未依法为申请人缴纳社会保险,申请人以此为由提出书面辞职,被申请人应依法支付经济补偿金。《劳动法》规定,用人单位和劳动者都有依法参加社会保险、缴纳社会保险费的义务。享受社会保险是劳动者的基本权益。用人单位未依法为劳动者缴纳社会保险费,是对劳动者合法权益的严重侵害。劳动者可以据此提出辞职并要求支付经济补偿金。

6. 放弃社保的劳动合同条款有效吗?

【问题】 用人单位与员工签订的放弃缴纳社会保险的条款是否有效?员工的社会保险是否可以“自愿放弃”?

【解答】 根据我国《劳动法》、《社会保险法》等相关法律的规定,参加社会保险并缴纳保险费是用人单位的法定义务。故此用人单位与员工签订的劳动合同中有关放弃社会保险的条款从法理上讲是无效的,企业员工也无权放弃社会保险,用人单位以员工“自愿放弃”为由而不给员工缴纳社会保险属违法行为。即使有员工主动承诺“放弃”社保,因这种承诺违反法律强制性规定,也是无效的。一旦员工将来改变主意提起劳动仲裁,企业还得给他补缴社会保险,甚至有可能被劳动监察部门罚款。

7. 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，加之目前正处综保向社保的过渡期，许多企业仍在观望阶段，大多企业没有为劳动者缴纳社会保险。由此一来，企业即使为员工申报工伤，最终的赔偿责任仍由企业自己承担，还影响企业的声誉。因此，实践中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经过深思熟虑，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，租了三部大巴，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，但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，则应支付给其配偶或成年子女）。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，留下支付凭证。

8. 员工欺诈公司，劳动报酬是否可以不再发放？

【案情】 高中毕业生李某在社会上混了几年，发现找工作时学历很重要，就伪造学历应聘某公司销售专业人员，称自己的学历是大学本科，毕业于中央财经大学。该公司选聘李某为销售部经理，约定月薪为4000元。不久，公司根据李某的工作能力和工作实绩对李某的学历产生怀疑，经过向校方核实，证实李某的学历系伪造，公司遂以李某伪造学历、欺诈公司为由解除了与李某的劳动合同。公司给李某发放了2000元（一半月薪）作为李某最后一个月的工资，扣发了2000元。

李某向劳动争议仲裁委员会申诉，要求公司补发最后一个月扣发的工资2000元，并支付提前解除劳动合同的经济补偿金4000元和替代通知金4000元。公司认为李某以欺诈的手段与公司订立了劳动合同，要求确认劳动合同无效。并且，李某只能得到一般销售员月薪（2000元），不同意补发李某工资。最终仲裁委裁决确认劳动合同无效，公司补发李某2000元工资。

【分析】 （1）李某伪造学历文凭欺诈用人单位，其与用人单位之间签订的劳动合同被确认为无效。因此用人单位根据《劳动合同法》第39条的规定，依据法律程序解除劳动合同没有争议，用人单位也无需支付经济补偿金和替代通知金。

（2）李某在公司担任销售部经理，提供了劳动，用人单位依法应当支付劳动报酬。销售部经理的劳动报酬是4000元，所以李某可以拿到4000元的劳动报酬。公司没有正当理由扣发李某半个月工资，理应补发。

（3）如果劳动者的劳动报酬是和学历水平直接挂钩，那么公司就有可能依据这项规定扣除李某的学历待遇。

政策法规一：商品住宅可能无需强制招标

今后，我国的商品住宅项目有望不必进行招标，只有保障性安居工程才属于必须强制招标的住房范围。国务院法制办公室公布《工程建设项目招标范围和规模标准规定（修订）（送审稿）》，向社会征求意见，截止日期为今年4月24日。

根据招标投标法，2000年原国家发展计划委员会报经国务院批准发布了《工程建设项目招标范围和规模标准规定》（以下简称《规定》）。随着我国社会经济的不断发展，《规定》设置的强制招标范围、标准限额显得过宽、过低，一定程度上增加了市场主体的负担。国务院法制办相关负责人介绍，在当前招投标市场体系不断健全、建筑行业利润水平普遍较低的情况下，有必要对《规定》加以修改。

送审稿明确界定了建设工程项目的范围。依照《建设工程质量管理条例》和《建设工程安全生产管理条例》的有关规定，明确工程是指建设工程，包括土木工程、建筑工程、线路管道和设备安装工程及装修工程。

送审稿调整了必须进行招标项目的范围。在《规定》中，必须招标的公用事业项目有六种情形，其中一种为“商品住宅，包括经济适用住房”，而送审稿删除了“商品住宅”，将必须招标的住房范围限定在“保障性安居工程项目”；将第5条第3项“使用国家政策性贷款的项目”删除，不再属于原来规定的国家融资项目范围；增加必须招标的项目，即“道路、桥梁、地铁和轻轨交通、污水排放及处理、垃圾处理、地下管道、公共停车场等城市设施项目”。

《规定》中，必须进行招标项目的规模标准为：施工单项合同估算价在200万元人民币以上的；重要设备、材料等货物的采购，单项合同估算价在100万元人民币以上的；勘察、设计、监理等服务的采购，单项合同估算价在50万元人民币以上的；而送审稿将这些标准翻了一番：“施工单项合同估算价在400万元人民币以上的；重要设备、材料等货物的采购，单项合同估算价在200万元人民币以上的；勘察、设计、监理等服务的采购，单项合同估算价在100万元人民币以上的”，并删除了《规定》中项目总投资额在3000万元人民币以上的工程建设项目必须招标的条款。

此外，为增强可操作性，此次修订还明确了估价规则和连续采购的要求，增加了可以不进行招标的具体情形，删除《规定》关于授权地方人民政府制定本地区必须进行招标的范围和规模标准的规定，并明确了各地方人民政府和国务院其他部门不得另行制定必须进行招标的具体范围和规模标准，旨在处理好政府和市场的关系，让市场在资源配置中发挥决定性作用。

政策法规二：注册资本金限制取消 三个罪名或将消失

新修订的公司法放宽了企业注册资本登记条件，除法律、法规另有规定外，取消有限责任公司最低注册资本3万元、一人有限责任公司最低注册资本10万元、股份有限公司最低注册资本500万元等限制。

此前，由于注册成本高昂，企业在注册过程中虚报注册资本等行为相对比较普遍。同时，目前单纯的企业注册资本限制政策没有与之相匹配的企业信用制度，其实际作用是非常有限的。法律界人士认为，此次放宽注册资本登记条件，也将对《刑法》和《公司法》中的部分条款产生直接影响，之前令一些企业主频频“触礁”的虚报注册资本罪、虚假出资罪、抽逃出资罪将有望取消。罪名的成立是由于涉事企业侵犯了相关法律的客体，如今这个制度本身都不存在了，这些罪名也将随之消失。相信未来会出台其他的法律法规来代替虚报注册资本罪等来规范企业的经营。

法律中与企业注册资本相关的三个罪名或处罚：

◆ 虚报注册资本罪

《刑法》第一百五十八条规定：申请公司登记使用虚假证明文件或者采取其他欺诈手段虚报注册资本，欺骗公司登记主管部门，取得公司登记，虚报注册资本数额巨大、后果严重或者有其他严重情节的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处虚报注册资本金额百分之一以上百分之五以下罚金。单位犯前款罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，处三年以下有期徒刑或者拘役。

《公司法》第一百九十九条规定：违反本法规定，虚报注册资本、提交虚假材料或者采取其他欺诈手段隐瞒重要事实取得公司登记的，由公司登记机关责令改正，对虚报注册资本的公司，处以虚报注册资本金额百分之五以上百分之十五以下的罚款；对提交虚假材料或者采取其他欺诈手段隐瞒重要事实的公司，处以五万元以上五十万元以下的罚款；情节严重的，撤销公司登记或者吊销营业执照。

◆ 虚假出资罪

《刑法》第159条1款规定：公司发起人、股东违反公司法的规定未交付货币、实物或者未转移财产权，虚假出资，或者在公司成立后又抽逃出资，数额巨大、后果严重或者有其他严重情节的，处五年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处虚假出资金额或者抽逃出资金额2%以上10%以下罚金。

◆ 抽逃出资罪

《公司法》第二百零一条规定：公司的发起人、股东在公司成立后，抽逃其出资的，由公司登记机关责令改正，处以所抽逃出资金额百分之五以上百分之十五以下的罚款。

咏史 ● 汉家青史上

汉家青史上，计拙是和亲。
社稷依明主，安危托妇人。
岂能将玉貌，便拟静胡尘。
地下千年骨，谁为辅佐臣。



【作品鉴赏】

中唐诗人戎昱这首《咏史》，题又作《和蕃》，最早见于晚唐范摅的笔记小说《云溪友议》“和戎讽”条。据说，唐宪宗召集大臣廷议边塞政策，大臣们多持和亲之论。于是唐宪宗背诵了戎昱这首《咏史》，并说：“此人若在，便与朗州刺史。”还笑着说：“魏绛（春秋时晋国大夫，力主和戎）之功，何其懦也！”大臣们领会圣意，就不再提和亲了。这则轶闻美谈，足以说明这首诗的流传，主要由于它的议论尖锐，讽刺辛辣。

这是一首借古讽今的政治讽刺诗。唐代从安史乱后。朝政紊乱，国力削弱，藩镇割据，边患十分严重，而朝廷一味求和，使边境各族人民备罹祸害。所以诗人对朝廷执行屈辱的和亲政策，视为国耻，痛心疾首。这首讽喻诗，写得激愤痛切，直截了当，一针见血。

在中唐，咏汉讽唐这类以古讽今手法已属习见，点明“汉家”，等于直斥唐朝。所以首联是开门见山，直截说和亲乃是有唐历史上最为拙劣的政策。实际上是把国家的安危托付给妇女。三联更鞭辟入里，透彻揭露和亲的实质就是妄图将女色乞取国家的安全。诗人愤激地用一个“岂”字，把和亲的荒谬和可耻，暴露无遗。末联以斩钉截铁的严峻态度责问：是谁制订执行这种政策？这种人难道算得辅佐皇帝的忠臣吗？诗人以历史的名义提出责问，使诗意更为严峻深广，更加发人思索。此诗无情揭露和亲政策，愤激指责朝廷执政，而主旨却在讽谕皇帝作出英明决策和任用贤臣。从这个角度看，这首诗虽然尖锐辛辣，仍不免稍用曲笔，为皇帝留点面子。

对于历史上和亲政策的是非得失要作具体分析，诗人极力反对的是以屈辱的和亲条件以图苟安于一时。由于“社稷依明主，安危托妇人”一联，击中了时政的要害，遂成为时人传诵的名句。

【以古论今】

日前，习近平夫人彭丽媛女士邀请美国总统奥巴马夫人米歇尔及家人于3月20日至26日访华。希望借助夫人外交，从侧面提升两国关系。

主席及夫人为谋求国家生存和发展殚精竭虑，其情可佩。然而，遏制中国是美国既定的长期国策，在国家利益面前，一两次亲密交往于事何补？不到一月（4月23日），奥巴马访日时公开表示，钓鱼岛适用美日安保条约，偏袒日本，制衡中国，司马之心，路人皆见。

“各出所学，各尽所能，使国家富强不受外侮，足以自立于地球之上”。百多年前，詹天佑先生的话语至今仍可借鉴。诚盼全体国人精诚团结，为国家发展戮力同心。国力强盛了，国家和民族才有更多的尊严和话语权。

管理企业亦如治国。企业的强盛，固然有产值、有员工、有规模等诸方面因素，但不可忽视的是更要有完备的管理制度，有严谨的合同和防御体系。在纷争萌芽前聘请专业律师采取必要的安全防范措施，才能保证企业免于他人侵害，可持续地健康发展。

为何聘请企业法律顾问

春节前，腊月二十八上午，一位陌生的客户突然致电本所，“李博士，劳务班组有一百多个工人来我公司闹事，要求我公司支付劳务费。按照合同，明明我公司已经超付了。但是包工头和这些工人还是蛮横无理，吵骂不休。您看有什么好法子？能不能请您现在过来？”

笔者询问，“多数企业不都应该在腊月十五前将工人工资安排妥当吗？你公司难道没有法律顾问来协助处理这些纠纷？”对方下意识地回答，“为什么要有法律顾问？我们从事施工几十年，从来不请律师，也从来没有官司。”

是啊，多数企业可能都有类似的疑问，法律顾问能有什么作用，他能帮我们干什么活，能在哪些方面体现价值？

正因为有这样的疑惑，不少企业平常不咨询律师，事到临头才急时抱佛脚。殊不知，出事之后再来处理，一则费时费力，二则损失在所难免，堵漏永远是难事。

法律顾问就是要协助企业将风险防患于未然。一个勤勉而尽责的专业律师，至少可以帮助顾问单位处理以下十六个方面的工作：

一、健全管理：帮助企业完善公司管理构架、人力资源管理制度、行政办公管理制度、财务管理制度、企业经营管理制度、生产运营管理制度、材料设备管理制度。

二、法律咨询：对于顾问单位在日常经营活动中涉及的法律问题，提供建议和咨询。

三、招投投标：协助顾问单位确定投标策略，起草、修订投标文件和投标承诺书，规避招投标文件中潜在陷阱，并在中标之后审查、修改顾问单位与建设单位签署的承包合同，最大限度减少合同风险。

四、合同拟定：代为起草工程分包合同、材料设备采购合同、内部承包合同及其他各类合同、协议。

五、商务谈判：参与顾问单位的重大经济项目谈判，审查或准备谈判所需要的各类法律文件。

六、签证索赔：在施工合同履行过程中，就工程变更签证、停窝工损失及各类索赔事项，提供专业意见。

七、企业用工：协助顾问单位拟定员工手册和各类劳动合同，规范薪酬结构，规避用工风险。

八、催收欠款：关注企业的债权安全，提请企业注意诉讼时效，以常年顾问名义协助企业催收欠款。

九、工伤事故：帮助企业分析事故责任，测算事故赔偿数额，提供处理事故的有关建议和对策。特别重大的事故，代表企业与家属沟通，拟定完善的事故处理协议。

十、业务培训：对顾问单位相关事务提供法律指导和培训，不定期向顾问单位介绍宣传国家和地方新颁布的有关法律法规。

十一、工商事务：为顾问单位的企业设立、股权转让、增资减资、合并分立、清算注销、资产重组、改制上市提供法律服务。

十二、知识产权：为顾问单位的商标权、专利权、著作权、商业秘密和专有经营权的保护提供法律建议，并协助顾问单位制定保密制度和保密协议。

十三、信用调查：对合作单位的主体资格、经营及资产状况进行调查。

十四、投资融资：代理顾问单位办理贷款、信托等各类融资法律事务。

十五、风险评估：对顾问单位在商务活动中可能遇到的法律风险提供分析和建议。

十六、诉讼仲裁：代理顾问单位处理仲裁、诉讼等各类纠纷。

海纳百川，求贤若渴

孟子曰：“天时不如地利，地利不如人和”。优秀的人才，是企业的根本，也是事务所为客户提供优质服务的基石。

为满足客户多方面的需要，经过近十年的发展，事务所拟设立以下八个职能部门：

- 一、**咨询一部**（参与工程结算或司法审价，编制标底或施工图预算，签证、索赔、竣工结算，及其他与工程造价有关的咨询服务）
- 二、**咨询二部**（面向建设单位提供法律服务）
- 三、**咨询三部**（面向施工企业提供法律服务）
- 四、**诉讼一部**（建设工程施工合同纠纷）
- 五、**诉讼二部**（一般民商事合同纠纷）
- 六、**诉讼三部**（再审、抗诉、执行及其他各类疑难案件）
- 七、**投融资部**（项目转让，参建，并购，资产重组，信托及其他融资法律服务）
- 八、**涉外事务部**（涉外投资，国际工程，国际私法，境外购置不动产，移民，及其他涉外法律事务）

欢迎专业律师、退休法官、检察官、政法干警、法学教授、造价工程师、注册会计师、注册税务师、注册建造师、金融分析师、留学回国人员等各类英才加盟。学历、年龄、性别、户籍不限，唯才是举。希望我们共同努力，在工程建设及相关领域，成为中国一流的律师事务所！

个人材料可投递至：200121，浦东新区世纪大道88号金茂大厦2003室 或电邮至：yyss_ys@126.com（来信必复）

诚邀四海英豪加盟！



事务所搬迁通知

尊敬的新、老客户：

感谢您对本所的支持和信赖。本所因为规模扩大及业务发展，已于2014年4月28日喜迁新址。我们将进一步为您提供更优质的法律服务，与您共同发展！

新办公地址：上海市浦东新区世纪大道88号金茂大厦2003室

邮编：200121

电话：021-68407068

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

因事务所的搬迁给您带来的不便，我们深表歉意，敬请谅解！衷心祝愿您事业蒸蒸日上，新年鸿图大展！

上海元始律师事务所

2014年5月20日