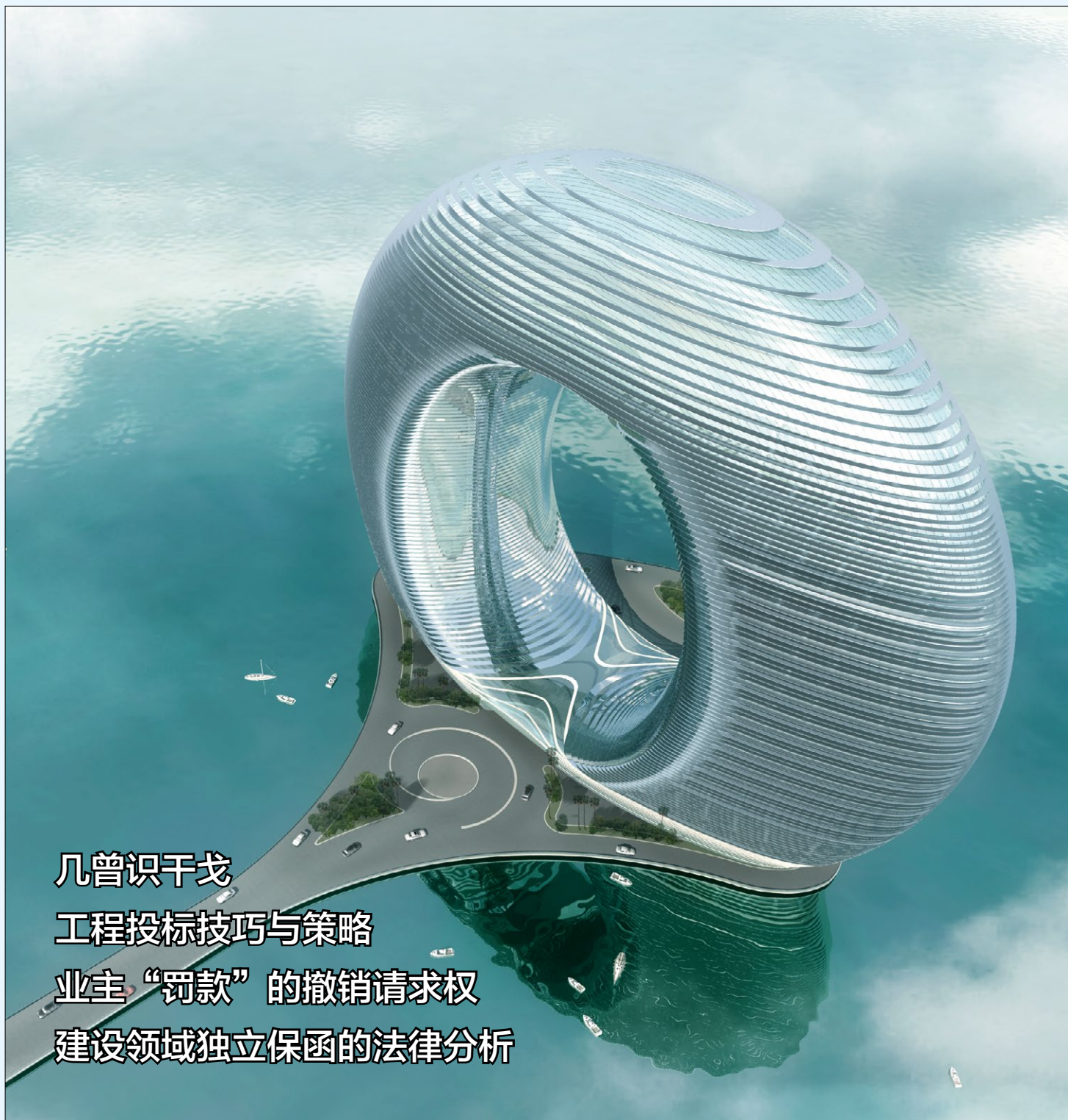


建筑法苑

施工企业篇

上海元始律师事务所主办

2014年第3期 总第19期



几曾识干戈

工程投标技巧与策略

业主“罚款”的撤销请求权

建设领域独立保函的法律分析

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

担任施工企业常年法律顾问，将风险防范于未然，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的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、连云港中华东路月光蝴蝶园、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。

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

《建筑法苑》

2014年第3期 总第19期

CONTENTS

目录

施工企业篇

律所新闻（2014年6月-8月大事记）	01
几曾识干戈	02
<p>不少施工单位都曾自豪地表示，做了几十年工程，还从来没打过官司。可惜的是，一旦涉诉，吃亏上当、遭受巨额损失的，多数是这些没有诉讼准备的企业。工程款纠纷自有其规律。善于从细微征兆中识破对方的意图，采取积极的应对措施，才能将风险防患于未然。</p>	
浅论建设工程的投标技巧与策略	06
<p>建筑企业如何能够从激烈竞争的市场中竞标胜出，不仅取决于各投标人的综合实力、社会关系等等，在实际操作中还得注意投标报价策略的选择和投标报价技巧运用。</p>	
建设工程领域独立保函的法律分析	09
<p>国内尚无对独立保函的明确法律规定。施工企业通常认为没关系，只要接到项目能签合同，随便业主要什么样保函，反正银行是我的开户行，会保护我的利益，按业主要求先把保函开出来再说。为便于施工企业对外开展业务和降低独立保函风险，现将独立保函在国内应用的司法实践作简要介绍和分析。</p>	
如何应对业主的结算“罚款”	13
<p>业主动辄以“罚款”名义克扣结算价款，施工单位如何应对呢？</p>	
劳动人事	16
专家解惑	20
劳动人事	24
建筑工程施工发包与承包计价管理办法	27

NEWS



律所新闻

(2014年6月-8月大事记)

◆ 本所应邀担任上海金茸建设工程有限公司常年法律顾问

金茸公司是一家具有房屋建筑工程一级资质、建筑工程装饰一级资质、市政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、市政公用工程等各类项目。业务遍及江浙沪周边多个省市。公司注重市场信誉，赢得业主的交口称赞。

◆ 本所应邀担任上海港湾基础建设（集团）有限公司常年法律顾问

上海港湾集团是一家专业从事软地基处理及有关技术研究科研、咨询、设计、施工的跨国企业集团，是国家《吹填土地基处理》规范主编单位，中国发明协会副理事长、中国岩石力学与工程学会下属软土地基改良技术委员会主任单位。集团十年完成软地基处理项目三百多项，处理面积超1.5亿平方米，涉及港口、机场、铁路、电厂、市政、石化等领域，参建项目多次获得国家市政金奖、鲁班奖等奖项，蜚声海内外。

◆ 本所应邀担任上海康帅实业发展有限公司常年法律顾问

上海康帅实业发展有限公司是一家主营各类空调制冷设备配套销售、中央空调销售设计安装、大中型冷库工程专业化设计安装配套的现代化实业型的综合企业。公司旗下拥有全资子公司三家，参与投资控股公司一家。目前业务还拓展延伸至各类工业房产相关的投资建造经营、物业管理维修、设备保养维护等领域。

◆ 本所应邀担任上海宇菲建筑装饰工程有限公司常年法律顾问

上海宇菲建筑装饰工程有限公司是一家专业从事建筑室内外（高档别墅、酒店、会所、办公楼、商业等）装饰施工及设计的综合性公司，具有建筑装饰装修设计与施工二级资质。公司以其精湛的品质及专业的工艺水平立足于上海，同时将业务扩展至江西、浙江、江苏、湖南及广东等地区。

◆ 本所应邀担任中冶建工集团有限公司上海分公司常年法律顾问

中冶建工集团有限公司是世界500强企业中国冶金科工集团有限公司属下的大型骨干施工企业。中冶建工具有多项国家工程一级总承包资质、专业施工资质。上海分公司是集团公司在上海拓展业务的桥头堡，公司主要经营国内外大中型工业与民用建设工程，业务遍及华东各省市。

◆ 本所应邀担任上海家盛门窗有限公司常年法律顾问

上海家盛门窗有限公司是一家集新产品开发、研制、生产、销售、施工于一体的专业门窗生产企业。公司生产规模庞大，技术水平领先，产品种类丰富，质量过硬，市场信誉有口皆碑。

◆ 本所应邀担任上海恒汇供用电设备运行管理有限公司常年法律顾问

上海恒汇供用电设备运行管理有限公司是上海市电力公司信息网的入网电气施工企业，拥有五级承装（修、试）电力设施许可证。公司是专业的变电运行管理公司，在电力工程专业技术领域的开发、转让、咨询、服务等项目方面经验丰富，先后承建变电站工程80余座。

◆ 本所应邀担任上海法赫桥梁隧道养护工程技术有限公司常年法律顾问

法赫公司是新一代桥梁隧道养护工程技术公司，拥有特种专业工程承包施工资质。公司在全国各地设立多个办事处，与众多世界领先的友商建立了长期、稳固的合作关系。公司依托先进的技术和优质服务，营销及服务网络遍及全国。

◆ 本所应邀担任浙江中乐建设有限公司常年法律顾问

中乐公司是一家具有房屋建筑工程施工总承包资质一级、市政工程三级资质、钢结构工程、土石方工程专业承包资质的综合性施工企业。多次被省市有关部门、行业协会评为先进单位，受到业主及客户的一致好评。

几曾识干戈

□ 文 / 上海元始律师事务所 李宗猛律师

四十年来家国，三千里地山河。凤阁龙楼连霄汉，玉树琼枝作烟萝，几曾识干戈？
一旦归为臣虏，沈腰潘鬓消磨。最是仓皇辞庙日，教坊犹奏别离歌，垂泪对宫娥。

这一阙《破阵子》是南唐后主李煜降宋后的词作。金陵被宋军攻破后，李煜率领亲属、随员等四十五人，“肉袒出降”，告别了烙印着无数美好回忆的江南。在往日梦幻般奢华的生活里，作者哪里还知道战争这回事？一旦强兵相加，三千里锦绣河山不再，国破而宗庙灭。一句“几曾识干戈”，承载了作者多少痛悔之情！

笔者担任许多施工企业的常年法律顾问。不少企业因为不熟悉诉讼规则，没有事前的准备，在涉诉事项中大败亏输，遭受惨痛的损失。问及当初为何不加关注时，企业管理者在嗟悔无及的同时，又无奈地苦笑，“我们做了几十年工程，从来都没打过官司，哪里想得到对方会如此处心积虑地来设套呢？”

是啊，一辈子没打过官司，所以就有许多的想不到，也就有了诉讼战场的丧师失地。事后的自责与悔恨，又何能挽回当初的损失！

但是，工程纠纷亦自有其规律。从合同订立、过程中对方的履约情况、有关文件的往来、工程款的支付等诸方面多加留心分析，洞悉合约方的心态及动向，从而可采取针对性的预防措施。将风险防范于未然，才是保护企业、避免损失的不二法门。为便于对施工企业有所帮助，笔者将对根据近来所碰到案例进行分析，并陆续介绍给读者。

案情：上海长河建设集团有限公司于上海金山区承接某化工厂的总承包施工任务。双方合同约定，工期为2013年10月17日至2014年6月8日，实际开工日期以施工许可证为准，吊顶工程、燃气工程等由建设单位另行分包。因建设单位中途增加了部分工程，且其指定的分包单位进场不及时等原因，导致2014年10月份工程尚未完工。日前，建设单位突然致函施工企业，称施工单位工期延误，并将有意索赔。建设单位来函如下：

示范文本

上海长河建设集团有限公司：

本项目自2013年10月17日开工至今日止，施工时间已逾合同所订施工期限（2014年6月8日）四个月，现贵司有拖延工程进度之情形，其产生之一切法律及经济后果请上海长河建设集团有限公司自负，我司将依实际损失情形求偿。请贵司对本工程施工加紧速度，我司强烈要求贵司派员协商。

我司再次陈述：自本项目开工以来，我司于各方面积极配合且从未拖欠工程进度款，甚至提前支付工程款以解施工方财务困难。然贵司之本工程项目部却有诸多不配合，建设进度拖延。以上内容，请贵司项目经理人积极厘清并沟通以利贵我双方合作，不使发生嫌隙，期使建设项目顺利进行并加紧完工，使贵我双方可互蒙其利。

建设单位的来函，固然有催促工期的用意，但是也不排除日后有依照此函要求施工企业承担工期延误赔偿责任的意图。由于投标的关系，几乎所有项目都不大可能按照合同约定的工期完工验收。在工程完工后，工程延期就成了建设单位对付施工企业的有力武器：

一、如果不涉诉，建设单位可以工期延误损失迫使施工企业在结算方面作出让步。此前曾有某土建工程，约定的工期延误赔偿金是每延误一天，赔偿8万元。实际完工的工期比合同约定工期推迟245天。在工程结算时，有将近560多万元的工程签证单，由监理单位签字而建设单位未签署；实际上相关施工内容基本属实，但建设单位就是不同意支付费用。完工一年多时间，结算单签不下来。施工单位有意起诉时，建设单位明确表示，如果你们起诉，我们也要追究你们的工期责任，耽误245天，按照合同就要处罚你们1960万元。

施工单位怒极。他们明知工期延误的责任主要在于业主，但是他们的资料管理混乱，也不注重证据的收集。如果起诉，几乎很难找到有力的证据来应付建设单位的反诉请求。斟酌再三，施工单位忍痛接受了建设单位的条件，放弃了部分签证价款要求。

所幸该单位经过这一次教训，在后续其他工程施工中，能够听从律师意见，注重证据及风险防范，企业管理水平所有提高。吃一堑，长一智，但是之前的损失毕竟无法挽回。

二、如果施工企业起诉索要工程款，建设单位就要依照工期延误条款提出反索赔。近来我们碰到案例，建设单位拖延几年不结算、不付款，施工单位起诉后，建设单位动辄要求施工企业承担数百万甚至几千万的工期延误赔偿。

所以，在工期延误方面，不能大意。对建设单位指责工期拖延的函件，绝不能只是与建设单位口头协商，而必须以书面形式回复。以下是本所针对前述建设单位来函的回复。

对建设单位2014年10月16日来函的回复

示范文本

大字置业有限公司：

贵司2014年10月16日至我司之函件，称我司拖延工期四个月，并有意要求我司承担赔偿责任，对此我司表示完全反对。

我司对贵司项目的支持可谓不遗余力。自2013年10月13日贵我双方签署建设工程施工合同以来，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，因贵司施工许可证办理滞后、指定分包单位未及时进场、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。应该说，我司一直在以最大的诚意来履行双方的合约。

而贵司此次来函，以所谓工期延误之理由，要求我司承担责任。贵司应清楚工期延误之责任不在我司，贵司之处罚主张根本不能成立。

（一）合同约定的计划开工日期虽为2013年10月18日，但合同上亦非常明确地写明具体开工日期以施工许可证为准。《中华人民共和国建筑法》第七条规定，“建筑工程开工前，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建设行政主管部门申请领取施工许可证”。可见，办妥建设工程施工许可证是工程开工的法定前提条件，没有施工许可证，工程不得开工。

贵司实际办理施工许可证的日期为2014年1月28日，比合同预定的开工日期（2013年10月18

日)推迟102天,工期由此可以依法顺延102天。

(二)需要贵司决策的事项迟迟不能批复,贵司指定分包不能按时进场施工,也是影响工期的另一个根本原因。

时至今日,贵司直接分包的室内吊顶工程还在施工,直接导致我司的水电安装工程无法施工,工程如何能够如期完工?至于室外工程,燃气项目还在施工;这些配套工程项目不完工,工程也无法竣工验收。我司数十名安装人员在施工现场停工等待工作面,每日的窝工损失近万元。这些停窝工损失,依法我司本可以向贵司主张。我司顾全合作情谊,尚未提及这些费用。贵司来函无视我司为履约所做出的艰辛努力,无视贵司应尽义务,反而指责我司工程项目部“有诸多不配合,建设进度拖延”,将延误责任强加于我司,让我司倍感意外和委屈。

工程顺利推进符合贵我双方的利益。但是,工程进度毕竟不能为我司所单方掌控。我司尊重贵司,并不愿意将双方之间的矛盾激化至不可调和的地步,故对于因贵司原因导致工期不能如期实现之情由,我司在此不再一一详述,以免进一步损害双方的关系。从情势上看,当前的急务是如何完成贵司的工程,而不应陷入无休止的争端之中。故我司提出如下建议,供贵司参考:

一、鉴于工程工期十分紧迫,建议双方搁置争议,求同存异,以诚信、务实、合作的态度,积极履行双方已签订的建设工程施工合同及补充合同,并以此作为解决分歧的基本原则。

二、请贵司撤销2014年10月16日之函件,毕竟该函件缺乏事实基础,徒然伤害双方的关系和感情。

三、为保障后续的进度,我希望双方都能加快工作效率,需要贵司决策的事项,恳请贵司及时给予指示;工作联系单应该在两天内答复。双方配合好,有速度,也有成效。

四、对于贵司指定分包的吊顶工程、燃气工程等,请贵司督促各有关单位提交施工计划,并监督其依照计划如期实施。如指定分包单位再次延误,必然进一步加大贵我双方的损失。

至于贵司所称“从未拖欠甚至提前支付工程款”亦不成立。抛开合同内价款的支付多次延迟不说,对于我司此前多次申请贵司签署的工程变更签证单、核价单等(合计有52份,涉及变更价款数百万),贵司至今没有给予任何回复。而依照合同第10.4.2条约定,贵司本应在14天内审批完毕(贵司逾期未完成审批或未提出异议的,视为认可我司提交的变更估价申请;同时,合同10.4.2条还约定,“因变更引起的价格调整应计入最近一期的进度款中支付”)。可见,我司提交的工程变更签证单,应视为贵司已经认可,且贵司应在支付进度款时同步支付变更价款。而现在贵司拒不签署签证单,进而达到拒付变更价款的目的,已经是根本性违约,何谈提前付款之说?

此外,对合同之内本来并未包含的弱电系统(烟感部分)、风机电源部分,工地现场之内多余土方外运事宜、以及因延期施工导致混凝土价格上调问题,此前我司多次与贵司协商,贵司黄应宏同志等多位负责人也一再表示,让我司放心施工,日后会据实结算给我司。我司根据贵司意见,已经着手烟感、风机电源等分项工程施工;但在我司前来贵司办理手续时,贵司又有个别同志认为属于我司漏报,要求我司自行承担相应损失。一来烟感、风机电源确实未包含在报价之内;二来当初未报价亦非我司责任,贵司招标文件明确不包含弱电工程(而贵司将烟感图纸放在弱电之内)、通风系统(风机电源也应该是在通风报价之内);第三,在我司没有责任的情况下,让我司承担额外损失,不仅显失公平,也与贵司的承诺不符,出尔反尔何以取信于人。

从有利解决问题的角度,我司诚盼贵司能本着实事求是、公平合理的原则,妥善解决签证、烟感、风机电源、混凝土价格调整、余土外运等事宜。这些费用事项一拖经年之久,对下面施工班组多少有些负面影响。

工程抢进度、抓工期,不能是虚话,只有将一个个矛盾、问题解决了,才有顺利推进的可

能。我司理解贵司对工期的要求，我司迫切希望赶工的心情不亚于贵司，毕竟我司进场的材料设备租赁费、管理人员工资都要一天天支出，工期拖延对我司有百害而无一利。只是指定分包延误等诸多问题并非我司一己之力所能解决。我司亟愿在贵司主持下，配合贵司同心协力将进度赶上去；但无论如何，双方之间不应该动辄以莫须有理由进行处罚，以免影响双方的信任与合作关系。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。

特此回复。本函若有失礼之处，还请贵司谅解。

上海长河建设集团有限公司
2014年10月20日

发出本函的同时，笔者同时还告知施工单位，若待完工之后再再来商谈有关问题，届时人为刀俎我为鱼肉，不但有关工程变更价款难以争取，工期延误的处罚权亦操控于甲方之手，施工单位的利益根本不能保证，故此次事件不宜轻易让步。由于施工单位的态度坚决，方法得当，甚至不惜以停工相抗争，建设单位最终有所让步。



浅论建设工程的投标技巧与策略

自建设工程领域实施招标投标制度以来，建设工程的招投标活动已成为建设工程项目定价的主要方式，建筑企业如何能够从激烈竞争的市场中胜出，不仅取决于各投标人的综合实力、社会关系等等，在实际操作中还得注意投标报价策略的选择和投标报价技巧运用。

一、掌控信息，明确招标意图

在拿到招标文件后，如何从厚厚的招标文件中过滤有效信息是整个投标工作的第一步，也是关键所在。通常先看邀请函，一般邀请函和招标公告上的内容一致，主要是资金落实状况、图纸设计情况、工程位置、资料发放时间和投标截止时间地点、评标方法等。

须知正文。要重点关注招标内容及专业分包，工程质量、安全、文明施工要求，工期要求及约定，投标文件的具体内容和装订顺序，投标报价的计价依据和报价组成，特别是报价时对无效投标文件的注意事项，文件如何装订、密封、包封要求及盖章，这些将直接影响投标文件的接受或拒绝。以及在开标、评标中具体需要提供哪些证件，注意评审时对投标文件要进行哪些符合性鉴定，杜绝废标的发生，避免投标文件的修正。合同价款相关规定中，主要看工程进度款支付状况，从而考虑是否发生资金成本，并怎样用适当的方式考虑到报价中，同时注意竣工结算综合单价如何计算与调整。工程量清单及施工图纸是报价中不可或缺的一部分，在填报综合单价过程中一定要看清项目特征描述，否则所报综合单价会不完整。

对评标办法及细则中的一般评标原则不用多看，但评标内容及打分标准必须仔细阅读和分析，并同步制定对应的投标、报价策略，这将直接影响投标文件的质量和中标概率。

二、掌握细节，制定投标策略

建筑工程投标是既公平又残酷的竞争，是实力、信誉、经验、投标策略与报价技巧等多方面综合能力的比拼，认真研究、正确理解招标文件的内容，并按要求编制投标文件对整个投标操作工作十分的重要。

1. 把握标书要点

在商务标文件的编写中重点把握：(1)投标函或者投标承诺书和施工投标标书汇总表，须严格按照附件中的格式进行填写；(2)投标书综合说明，要把工程概况、报价依据、要说明的事项及工程管理等进行综合说明；(3)工程量清单报价，必须完全按照招标文件的规定格式编制，不允许有任何改动，如有漏填，则视为其已经包含在其他价格报价中。在分项清单报价中要仔细阅读特征描述，并结合图纸合理报价。其中安全文明施工措施费各地均有合理的区间控制，其他措施费用由投标人自行报价。

工程施工方案、施工现场平面布置图、保证工程进度、质量、安全、文明生产的技术措施、保证质量的技术措施、以及其他必须采取的技术措施和主要施工机械一览表等等。

2. 把握编写关键点

编制投标文件时，应详细研究各章节的有关要求，并对可能成为无效标处理进行必要把握：(1)投标截止时间；(2)投标人法人代表或委托人准时、全效证件到场并准时递交投标文件；(3)招标文件的密封；

(4)投标文件不符合须知规定格式内容情况；(5)投标人资格；(6)投标文件的组成内容是否符合规定格式填写或打印；(7)投标文件附有招标人不能接受的条件或承诺内容未能满足招标文件要求的；(8)投标人存在以他人名义投标、串通投标或弄虚作假方式行为；(9)投标总报价高于工程预算价或低于招标最低控制价的；(10)质量、工期、投标保证金规定；(11)不合理报价偏差金额。

当然，投标细微偏差也会影响投标质量，如个别地方存在漏项或者提供了不完整的技术信息、数据等情况，这些遗漏如果补正不完整会对其他投标人造成不公平的结果，这也是投标过程中所不允许的。

三、号准脉搏，灵活报价技巧

投标过程中的成本分析与工程结束后的成本分析不同，工程结束后的成本核算是工程量和材料价格已经明确，主要是实际成本与计划成本的比较和分析，从而杜绝以后项目中不必要的成本增加。投标过程中的成本分析是为了适应激烈的市场竞争，采用成本分析来确认不低于本投标工程成本价的最低合理报价，从而提高中标的机会。

1. 投标报价前要对项目进行充分调研，从而规避经营风险

(1)尽可能早的对拟投标工程进行考察。重点考

察工程是否存在招标人不能履约的风险，如立项、报建、施工许可手续不完备、建设资金不到位等情况，如有此类风险，则应停止参与投标；(2)考察拟投标工程是否适合本企业承建。包括建设规模、专业要求、技术水平、投资大小等是否适合本企业承建，对超出本企业承建能力的工程要谨慎参与；(3)考察拟投标工程的建设环境。工程现场的施工环境，以及工程建设可能存在的安全隐患和当地政府有关的规章和税收管理政策等等。

2. 要根据企业往来的成本对项目报价进行成本分析

投标人在投标过程中由于各个企业完成各项工程的人力、材料、机械消耗的水平不同，所以不能用统一的预算定额消耗量来计算。应根据图纸，结合施工方案及施工组织计划，并根据以往施工积累的经验计算出全部人工、材料、机械消耗量，再乘以它们的成本单价。每个施工企业经过多年的材料采购，都有其特有的采购方式和供货渠道，各类材料的价格也会有所不同。现今企业，应充分利用互联网的优势，拓宽进货渠道，多方比价，以求采购质优价廉的材料，同时更加有效地调动工人的积极性、减少窝工怠工现象。特别是人工的成本，在工程建设中的比例已经越来越高，而人工的投入及现场的材料损耗在工程中也最具压缩性，管理方式、经营模式都将影响工程成本



的实际控制。比如有的施工单位一个工程下来就钢筋损耗率达4.5%，而有的施工企业的钢筋损耗率只有1.5%，比定额平均水平损耗率还要低。其它费用的计取一定要经过缜密的调查后计入，在我国现阶段仍存在着许多政府规定费率而实际通过各种渠道可以减免的情况，减免的程度不同，意味着成本可降程度不同。同时也要考虑可能发生的通货膨胀、物价上涨等不可预见因素的影响，什么风险考虑在成本中，什么风险可以通过诸如合同条款进行规避。

通过这样分析的成本，为投标决策层制定投标策略提供了准确的依据。决策层再根据招标文件的要求，在充分调查建设单位的资金能力、竞争对手、工程难易度及技术含量后，根据自身实力、施工经验及人员、机械设备及资金状态等进行综合分析，对投标报价作出决策。

3. 投标过程中的不平衡报价

为赢得投标，以及中标后的利润最大化，投标人采取不平衡报价是投标中的主要方法。通常做法有：(1)在形成合理和有竞争力的投标总价的前提下，增大前期项目的报价，如土方、基础工程等；(2)预测工程量可能发生变化、变更的项目，调整其单价偏高或偏低，形成可能导致结算价格巨增的基础。预计今后工程量会增加的项目，单价适当提高，而把工程量

会减少的项目单价降低，实施可能性大的暂定工作量报高价，实施可能小的报低价；图纸不明确，估计修改后工程量要增加的，可以提高单价，而工程内容解说不清楚的，则可适当降低一些单价，待澄清后可再要求提高；对任意项目或选择项目，对这些项目要具体分析。因为这类项目要在开工后再由业主研究决定是否实施，以及由哪家承包商实施。如果工程不分包，则其中肯定要做的单价要高些，不一定做的要低些，如果工程分包，该暂定项目也可能由其他承包商施工时，则不宜报高价，以免抬高总报价；采用计日工报价的项目，其单价较高报价。对计日工单价和仅有项目而没有工程数量的，可调高其单价；(3)利用工程运行中的诸多不确定因素，如施工配合、施工条件、技术方案、所用材料等的变化，而导致分项工程的变化，想方设法提出变更要求，或创造条件争取变更，利用变更把价格合理调整，高价子项增加工程量等等，达到变更后增加收益的目的。

4. 对成本的信息化管理

为在投标报价时能更准确的进行成本分析，投标人在建立、完善自身的供应链管理时，需要大量准确及时的掌握各类成本信息，如市场供应数量、供应价格、需求数量、需求价格以及库存数量、品种、质量、规格等等，一旦出现遗漏和错误处理都将直接影响投标价，从而影响中标概率。做好投标资料、已完工程资料、材料机械采购资料、人力资料的积累工作，建立可行的计算机数据库，有条件的企业还要建立自己的定额体系。通过信息化管理，建立完善的信息数据库和信息分析规则，对企业的整个环节进行自动化的财务结算和审核，全面掌握企业在整个供应链环节的收入和支出，改进企业的各个供应链环节，在企业维持和增长市场份额的基础上，更好地对企业经营活动进行全程监控，不但可以提高中标率，更可以为企业提高项目效益。

综上所述，投标人在投标过程中必须协调处理好三个问题。一是不断提高本企业的技术水平和员工总体素质；二是掌握好招标文件要求的详尽情况和有关信息资料；三是是否进行竞标的对策及措施。在市场运作过程中，一旦捕捉到工程招标的信息，投标人一定要根据本企业实际和工程项目的难易程度，组织专门班子或主管部门及时组织各类专业人员和足够时间，对招标工程进行全面分析和周密的研究，在最短的时间内作出可行的投标方案。（陈凤娟 吴琼）



建设工程领域独立保函的法律分析

近年来，随着国际工程承包的不断涌现和国内基础设施投资建设的蓬勃发展，独立保函在工程合同履行过程中不断出现。然而在与多数施工总承包企业沟通时，发现施工企业并不太了解独立保函的概念和性质及国内独立保函的司法操作。而国内因尚无对独立保函的明确法律规定，所以往往出现二种极端的态度，一是施工企业认为没关系，只要接到项目能签合同，随便业主需要什么样保函，反正银行是我的开户行，会保护我的利益，按业主要求先把保函开出来再说；二是银行觉得很紧张，认为一旦出具此类保函则必须按保函承诺履行独立担保义务，否则银行将面临违约和被诉。为便于施工企业对外开展业务和降低独立保函风险，现将独立保函在国内应用的司法实践，作以简要介绍和分析。

一、独立保函的概念和性质

工程保函起源于美国（1894年的“米勒法案”），是指担保人应工程合同一方的委托，向另一方作出承诺，当委托人（或被担保人）不履行合同约定义务，致使担保权人遭受损失时，担保人在保函承诺的条件下（时间、金额、责任方式等）替代履行合同或承担支付义务的一项工程担保制度。

独立保函的概念源于1992年国际商会公布的《见索即付担保统一规则》（也有译为《见索即付保函统一规则》、《凭要求即付担保统一规则》等），将独立保证定义为：见索即付保证，不管其命名如何，是指由银行、保险公司或其他组织或个人以书面形式出具的，表示只要凭付款要求声明或符合担保文件规定就可以从其那里获得付款的保证、担保或其他付款承诺。

独立保函的特性在于虽然源于基础合同，但原则上独立于基础合同、独立于基础交易、不受基础合同的效力影响；其项下的索赔不依靠基础合同、也不以基础合同是否真实存在违约为前提和条件。

国内司法审判实践中，对工程建设领域保函中出

现类似“不可撤销”、“无条件支付”、“见索即付（见单即付）”、“放弃主合同一切抗辩权”、“独立于基础合同或主合同”、“不因主合同无效而无效”、“适用国际商会《见索即付担保统一规则》”等表述的，司法实践中通常都视为独立保函。

独立保函是一种非常严格的担保方式，在《见索即付担保统一规则》除了规定“欺诈例外”（沈阳市中级人民法院[2005]沈中民四外初字第34号案例，认定印度电热公司【electrotherm (india) limited.】向中信银行股份有限公司沈阳分行主张保函项下237,500.00美元的索款行为存在欺诈，中信银行股份有限公司沈阳分行可以终止向印度电热公司支付保函项下款项），担保人可止付外，担保人只能就担保权人索赔的资料进行形式审查。也就是说担保人是否承担担保责任，并不是基于被担保人是否违约及违约性质、违约责任，而是基于担保权人索赔时提交的声明或资料是否符合独立保函规定的相应文件和手续（比如独立保函规定担保权人索赔时，必须提交担保权人企业主体资格证明、索赔声明必须由企业法定负责人亲笔签名等）。

二、最高人民法院对独立保函案件审理的观点

最高人民法院在《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》中指出：独立的、非从属性的担保合同只能适用于涉外经济、贸易、金融等国际经济活动中，而不能适用于国内经济活动。在国内担保活动中，对其适用范围应当予以限制，否则将给国内担保法律制度带来重大影响。

最高人民法院副院长奚晓明在全国民商事审判工作会议上的讲话《充分发挥民商事审判职能作用为构建社会主义和谐社会提供司法保障》（2007年5月20日）中，对独立保函的司法应用提出：“考虑到独立担保责任的异常严厉性，以及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，目前独立担保只能在国际商事交易中使用。”物权法第一百七十二条第一款关于“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。”

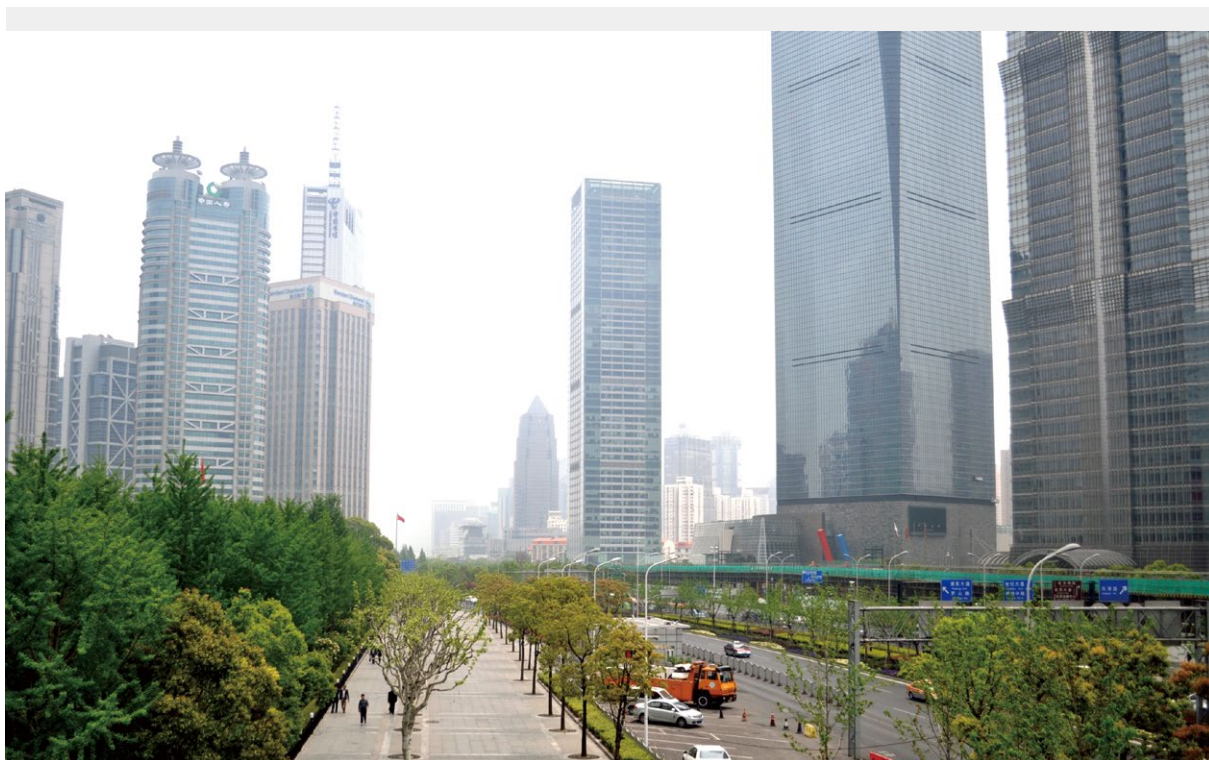
最高人民法院民四庭庭长刘贵祥在《独立保函纠纷法律适用刍议》中，也指出：尽管就立法层面而言，尚缺乏对独立保函全面系统的规定，但司法实践中，已经出现了不少有关独立保函的案件。其做法可以归结为：独立保函只适用于涉外商事海事活动，而不能适用于国内保证。

三、司法实践中独立保函的案例

1、对于涉外的独立保函：我国没有具体法律规定，而且我国缔结或者参加的国际条约也没有相关规定，所以依据《中华人民共和国民法通则》的相关规定，可以适用有关的国际惯例，即国际商会1992年正式公布的《见索即付担保统一规则》。

马来西亚KUB电力公司诉中国光大银行股份有限公司沈阳分行履行独立保函承诺案，沈阳市中级人民法院经审理认为：本案所涉保函虽然提及了沈阳机械设备进出口公司与本案原告之间的合同，但是依据《见索即付担保统一规则》相关规定可以判断出本案所涉保函与其基础合同无关。因此，判决被告中国光大银行股份有限公司沈阳分行于本判决生效后10日内向原告马来西亚KUB电力公司（KUB Power Sdn. Bhd.）支付保函金额174,150美元。

意大利商业银行诉江苏溧阳莎菲特非公司见索



即付保函案，最高法院审理认定：意大利银行出具的保函为见索即付保函，一般来说此类保函可以与购销合同相独立，债权人可凭保函对保证人单独提起诉讼，但我国法律并无禁止将基础合同关系和保函合并审理的规定。本案购销合同约定保函是购销合同的第十个附件，莎菲特非公司在起诉意大利公司的同时起诉意大利银行承担保证责任，原审法院对此合并审理并无不妥。

2、对于不涉外的独立保函：究其根本和性质为一种担保方式和责任，根据国内《担保法》第5条规定、《物权法》第172条规定担保合同为从合同，如果担保基于的主合同无效则作为担保的从合同无效。而独立保函的性质是独立于主合同，不因主合同的无效而无效，因此，非涉外的独立担保在国内的出现和使用，与国内法的规定长期存在直接的冲突。近些年，司法实践中逐渐确立了：在国内经济贸易中的独立保函应否定其独立性、转为有效的从属性连带保证或担保物权的观点。

湖南机械进出口公司、海南国际租赁公司与宁波东方投资公司代理进口合同纠纷一案中，最高人民法院认为：海南公司的担保函中虽然有“本担保函不因委托人的原因导致代理进口协议书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。

中国建设银行股份有限公司宜昌葛洲坝支行与天门市天仙一级公路建设开发公司建设工程施工合同赔偿纠纷案中，湖北省汉江中级人民法院审理认为葛洲坝建行出具的《履约银行保函》，从保函内容看系独立担保，但此担保应属担保法所规定的保证担保系从合同，从合同因主合同无效而无效。

上海嘉金高速公路发展有限公司与交通银行股份有限公司上海宝山支行保证合同纠纷案，法院审理认为：交行宝山支行向嘉金公司出具的《履约银行保函》，从其内容看构成独立担保中的独立保证，否定了担保合同的从属性，而独立担保目前只能适用于国际商事交易，结合案件其他事实，法院驳回了嘉金公司的诉讼请求。

四、国内司法实践对独立保函案件审理的观点所产生的问题

最高法院通过相关解释、会议精神和判例，确定了独立保函案件的审理观点，但随之也产生了很多问

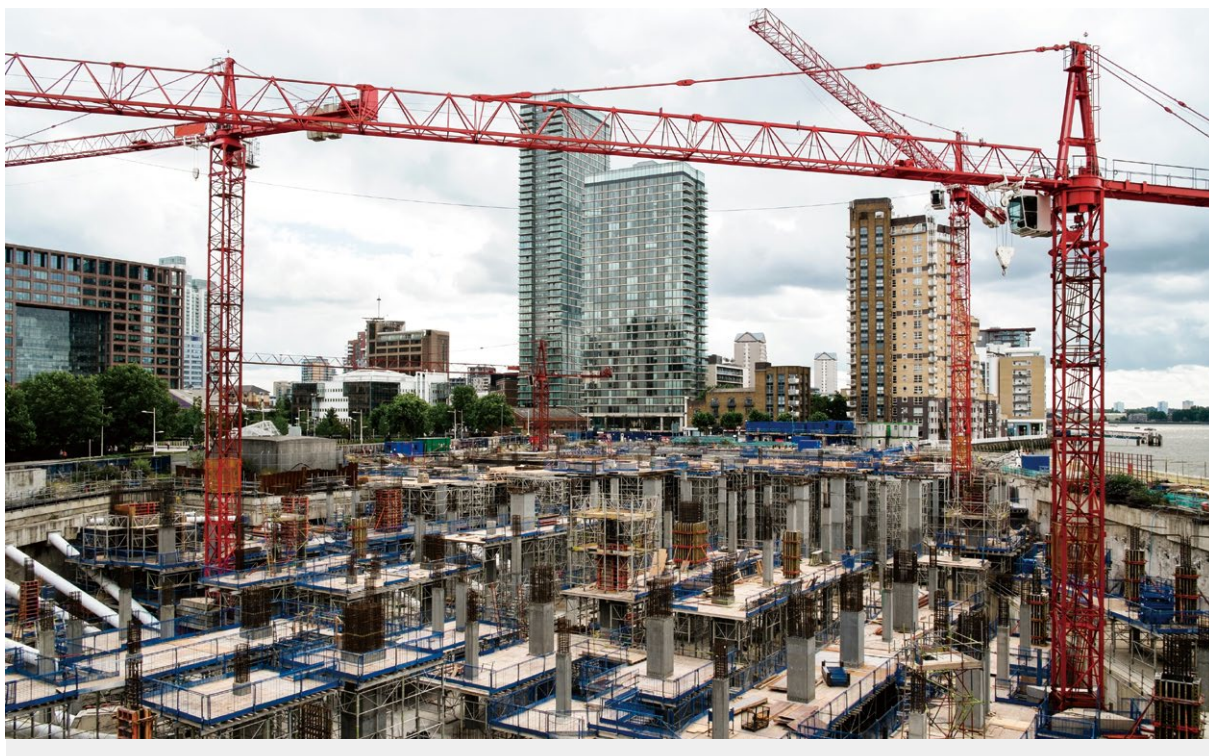
题：

1、因缺乏独立保函适用法律的明确规定，实践中法官只能本着最高法院的指导精神和最高法院及其他法院的相关判例进行裁决，缺乏权威性、严肃性。

2、最高法院确定了“独立保函仅适用于涉外民商事案件”的指导精神，但没有对“涉外”因素如何认定作出解释。虽然，最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见（试行）》规定：“凡民事关系的一方或者双方当事人是外国人、无国籍人、外国法人的；民事关系的标的物在外国领域内的；产生、变更或者消灭民事权利义务关系的法律事实发生在外国的，均为涉外民事关系”。但目前经济贸易关系十分复杂，时常伴有国际国内因素和环境难以明显划分；而且，对于涉外因素的审查是基于保函法律关系本身，还是包括基础合同法律关系？比如这个案例：北京某承包商在印尼承包某电站项目的工程总承包，将其中安装工程分包给浙江某公司，北京承包商根据总承包合同约定向国外业主出具了独立保函，同时浙江公司向北京承包商出具了分包部分独立保函，目前北京承包商对浙江公司的担保银行提起独立保函诉讼，要求担保银行无条件支付担保金额人民币5000万元，开庭时双方对独立保函仅适用于国际商事贸易没有争议，但对本案分包商的独立保函是否含有“涉外”因素双方有明显相反的观点，是基于保函关系本身还是依据基础合同、担保关系综合认定是否“涉外”，双方争论不休。虽然最高人民法院民四庭庭长刘贵祥观点认为，涉外因素应基于保函法律关系本身来审查，但从前述案件的审理来看尚存在较大争议。

3、最高法院将独立保函的法律适用区分为涉外和不涉外二种情况，且得出的结论对当事人产生相反的影响。尤其是对类似于前述印尼电站的项目，总承包商向国外业主开出的独立保函司法实践中予以认可，总承包的担保银行需承担担保责任；而总承包商就此承担责任后，向分包商的担保银行索赔时，则可能会因不具备涉外因素而被否定独立性，从而给总承包商带来极大的履约和索赔风险。

4、由于司法实践中对于国内经济贸易的独立保函否定了其独立性，会造成施工单位为承担业务毫不犹豫的按业主要求答应出具独立保函，而银行则会基于国内司法实践的考虑，先配合施工单位出具、在业主索赔时则以独立保函在国内经济中应否认其独立



性为由,行使主合同及从合同的抗辩权,不予承担保函约定的责任。这种局面将会助长企业和银行的不诚信,造成建筑市场的进步混乱。

五、独立保函的风险控制

1、尽量使用银行自己格式的履约保函。施工企业不能仅关注某个项目的业绩和利益,盲目使用业主要求的独立保函,造成企业经营风险扩大。目前国内各大银行和商业银行都有自己的保函格式,此类保函银行基于自身风险控制和被担保人的利益,基本都不属于独立保函,可以避免独立保函的法律风险,而且可以避免业主独立保函与分包独立保函在法律适用上的风险。

2、对业主、项目风险及基础合同履行的风险进行评估。对业主的信誉、项目的技术风险、基础合同履行期限、受当地地质条件、客观环境、自然灾害、所在国法律规定、政治局势、劳工使用、疾病、汇率等影响基础合同履行的各项因素进行分析,对于风险过大的项目不宜采用独立保函的担保方式。

3、采用闭口保函,清楚约定生效和失效时间、条件,尤其是失效的时间和条件,这样一旦时间或条件具备,即可解除担保责任。避免出现类似“待工程竣工验收日止”等单纯条件的约定,此种情况下建议

同时约定具体时间,以条件先成就为准。否则因基础合同双方产生纠纷或因疾病、动乱等主、客观因素导致项目长期不能竣工时,施工单位和担保银行的保函责任将难以解除。

4、保函应有确切的保证责任限额。因独立保函的异常严厉性,如果独立保函没有非常明确的最高限额规定,将可能面临保函的风险无限扩大。

5、项目具备条件的,可以同业主协商根据标段或单体等分别出具保函,将担保金额和责任拆分。当其中一个标段或单体等符合条件时,对应的保函则失效或解除,担保责任则随之减轻。

6、具备协商条件或当地法律有规定的,可以要求业主提供反担保。通过反向制约,有助于避免业主欺诈或随意甚至恶意通过保函索赔。

7、针对涉外独立保函的担保权人提出的索赔声明及资料,及时配合担保银行审查。对担保权人的索赔资料存在虚假或不真实的,可以停止支付;对有证据显示担保权人索赔系欺诈时,应立即启动“欺诈止付”的法律程序,避免保函的损失。

8、针对非涉外独立保函的担保权人的索赔,积极准备证据资料,配合担保银行否定保函的独立性,阻止担保权人的保函索赔。

(韩如波)

如何应对业主的结算“罚款”

一、工程结算，业主擅自“罚款”

2007年4月，某施工单位通过投标程序中标后，与业主签订了“上海某商城一期商业用房项目《装修工程合同书》”，承接业主的商业用房装饰工程；承包方式为包工包料，施工期限为75天，合同价款为人民币1060万元；该合同还具体约定了工程验收，工程款支付时间和支付方式，以及业主延期支付工程款的违约责任。

2007年5月，施工单位按照业主施工指令进场施工。半年的施工期间，业主增加工程，双方通过签证对增加工程量予以确认。

2008年1月，涉案装修工程通过相关部门验收，质量合格。随后，施工单位将工程结算报告送达业主，工程结算价为人民币19,484,524.00元。业主未在合同约定的15天内提出异议，但业主也迟迟不予结算付款。

2009年春节前，业主利用其优势地位和春节临近之机，强行要求施工单位在其事先准备的“费用汇总表”上盖章，作为结算依据。该“费用汇总表”不仅与施工单位一年之前提交的工程结算报告金额相差300万之多，而且在第4条中对施工单位工程质量强行罚款人民币416,000.00元。施工单位为解决春节时期的材料商和民工工资，被迫接受业主单位的“质量罚款”。

面对业主的单方“罚款”，施工单位该如何应对呢？是默默忍受，还是据法力争？

二、针对业主单位的结算“罚款”，司法实践有两种不同判例

针对业主单位在结算过程中对施工单位的工期和质量的“罚款”，法院和仲裁机构有着截然相反的判例。

第一种判例认为：工程结算中业主的“罚款”是一种民事行为，虽名为“罚款”，但实际上属于民法上的违约金性质；只要施工单位在“罚款”的法律文件上签字或盖章或履行了缴纳“罚款”的行为，就构成合同法上的合意，并不违反法律和行政法规的强制性规定，应该合法有效。

第二种判例认为：“罚款”是一种行政处罚，是政府行政机关依据法律的授权，按照法定的程序，对相对人违法行为的处罚，属于行政法的调整范畴。而业主作为民事合同的主体，不具有行政执法部门的职能，无权对施工单位进行“罚款”。且“罚款”都要上缴国家财政，而业主在结算中的“罚款”都是占为己有；一旦施工企业提出抗辩或请求撤销，法院应该予以支持。

三、“罚款”的可撤销请求法律分析

《合同法》第五十四条规定，人民法院或者仲裁机构可撤销的三种法定事由是：一、因重大误解订立的合同；二、在订立合同时显失公平的；三、一方以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危，使对方在违背真实意思的情况下订立的合同。

业主工程结算的单方“罚款”，笔者认为应该属于法定“显失公平”的范畴。最高人民法院在解释“显失公平”条款时，认定了两种情形：一是一方当事人利用优势，二是利用对方没有经验，致使双方的权利与义务明显违反公平、等价有偿原则的。

笔者认为，业主工程结算中的质量或工期等“罚款”可撤销事由主要是业主“利用优势”，“致使双方的权利与义务明显违反公平、等价有偿原则的”。而业主在工程结算中是否“利用优势”，是否可撤销？应充分审查以下几个方面因素。



第一、审查业主对施工单位的工期和质量“罚款”，是否具有合同依据。

“罚款”可能就是工程施工过程中习惯说法，而实际上是违约金和赔偿金之意。对合同条款的理解，应根据合同的本意及上下文意。如果合同中对质量没达到约定的标准或工期延期约定为“罚款”，毫无疑问，该约定的真实意思就是违约金。该“罚款”就是民法的调整范围，对合同当事人均有约束力。

第二、审查业主对施工单位的“罚款”，是否具有事实依据。

施工合同中虽然有工程质量或工期延期的“罚款”约定，法院或仲裁机构还必须审查施工企业在施工过程中是否具有工程质量问题或工期延期的事实。如果具有这些事实，适用合同的约定。如果施工企业没有工程质量和工期延期问题，那么，业主的结算“罚款”显然是利用了自己的优势地位或行业强势，因为没有事实依据而不能成立。

第三、应充分考量业主拖欠工程款的时间。

业主拖欠施工单位的工程进度款、工程结算款司空见惯，时间短则半年，长则一年、两年甚至更长。虽然在此期间，施工企业大都已无数次地催讨工程款，但业主往往不予理睬。如果业主拖欠工程款的时间长达一年以上，在工程结算时，又没有“罚款”的事实依据，那么，业主的“罚款”便带有很强的单方意愿，施工企业即使签字盖章也必然属于被逼无奈。

第四、审查结算“罚款”是否处于特殊节日。

春节前夕结算工程款，似乎成了建筑行业的惯例或潜规则。因在这期间，众多的材料商以及工地民工往往采取围堵施工单位项目部或公司总部办公室的方法，讨要材料款和工资。业主抓住施工单位此时的困难处境，利用自身的优势地位，乘人之危，强求施工单位接受明显有失公平的结算“罚款”。这显然不是施工单位的自觉、自愿行为，并非其真实意思的表示。

第五、审查“罚款”金额占合同总价的比例。

施工企业在激烈的建筑市场竞争中，施工的利润空间已十分狭小，如果业主长期拖欠工程款，或者施工单位具有垫资行为，施工企业几乎就是微利、无利甚至亏损状态。在工程结算过程中，业主单位“罚款”比例超出合同总价的百分之二以上，即使施工企业签字画押，也必然是施工单位“屈打成招”的结果。

第六、审查业主“罚款”文件的起草主体和形式。

业主单位的“罚款”文件，多数是以“承诺书”或“补充协议”的形式出现。但是无论是何种法律形式，都有一个共同点，就是“罚款”文件都是由业主起草，施工单位只能选择接受和盖章，而没有其他选择的权利。“罚款”文件的起草过程，均能发现业主的优势地位和单方意思，而不能反映双方协商、合意的过程。

笔者认为，工程进入结算阶段，施工企业已经完成了《建设工程施工合同》约定的施工义务，按时足额支付工程款，是业主必须履行合同的义务。没有法



定的事实和理由，任何借口少付或不付工程款，均会导致违背合同公平和等价有偿的原则。所以，如果业主在工程结算过程中，具有以上情形进行“罚款”，应该认定业主具有“利用优势”，具备撤销的法定条件。

本案中，业主正是利用了自身的优势地位，在拖延支付工程款近一年时，于春节前夕，乘材料供应商和民工围堵施工单位办公场所之时，在既无合同约定的“罚款”依据又无质量、工期延误等事实依据的情形下，用业主单方编制的“费用汇总表”，强求施工单位盖章签字，作为对工程价款的结算依据和春节前支付工程款的前提条件，更是突出了业主的单方意思和强制性，违背了合同法的意思自治原则，完全符合上述的撤销情形。

四、撤销权是一种请求权，必须基于当事人在法定的一年时间内行使，过期失权

第一、撤销权本身就是针对已经签字盖章并生效的合同条款。

《合同法》第五十四条规定：“在订立合同时显失公平的，当事人一方有权请求人民法院或仲裁机构变更或撤销”；同时还规定：“一方以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危，使对方在违背真实意思的情况下订立的合同，受害方有权请求人民法院或者仲裁机构变更或者撤销”。显而易见，可变更或撤销的合同条款本来就是指已经签署的生效的合同条款。如果以维护合同稳定为由，不区别合同签署的条件和背景，笼统

认为合同条款一旦盖章签字，就必然不能被撤销。那么，《合同法》规定的合同撤销权就失去实际意义，《合同法》第五十四条岂不是一纸空文？

第二、撤销权必须依赖当事人的主动请求。

撤销权仅仅是一种请求权，并不必然导致合同或合同条款撤销的法律后果。法院或仲裁机构也不会以职权主动审查可撤销合同或合同条款；只有当事人一方依法主动向法院或仲裁机构请求，法院或仲裁机构才能启动撤销的法律审查程序。

第三、撤销权必须在法定的一年不变期间内行使，过期失权。

《合同法》第五十五条规定：“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”。

“最高人民法院关于贯彻执行《民法通则》若干问题的意见”第73条规定第二款规定：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请求变更或者撤销的，人民法院不予保护。

因此，即使具有法定的可撤销理由和事实，施工企业也必须在知道或应当知道撤销事由的一年内行使，不适用中止、中断和延长的规定；过期则撤销权消灭。

（潘定春）

劳动人事

□ 文 / 上海元始律师事务所 汇编

1. 公司能否以“在试用期间被证明不符合录用条件”为由解除劳动合同？

【案情】 公司想招聘一名前台，小周过来面试。人事部经理觉得小周形象不错，重要的是小周已于三年前结婚并生育了一个女儿，这样小周就可以安心工作，免去了产假前台空缺的烦扰。就这样公司以每月5000元的工资将小周招聘进来，合同一次性签了三年，试用期三个月，按照公司规定，经理依例让小周作了入职体检。但体检报告下来之后，小周一直没有向经理汇报，也没有将体检报告交由公司审核。因为人事经理工作比较繁忙就没有在意。在试用期的前两个月经理发现小周在上班的时候经常打瞌睡，时不时还请病假，其他的工作也不尽如人意。本想过几天辞退小周的，没想到小周过来告诉经理，她怀孕了，因为体质不好，医生建议她请一个月的病假休息，还开好了医院的病假单。这下经理傻眼了，做了多年的人事工作，他知道员工在工作期间怀孕，公司是不能因此将其辞退的，并且后续还有很多麻烦的事情。但其转念一想，现在小周正处于试用期，是否可以“以员工在试用期间被证明不符合录用条件”为由单方解除与小周的劳动合同。

问题一：劳动者在试用期间怀孕，公司是否可以解除劳动合同？

问题二：劳动者在怀孕期间，请假时间过长，公司是否可以解除劳动合同？

【评析】 相较于一般的劳动者，《劳动合同法》对于三期女职工有倾斜性的保护，第四十二条第四项规定，女职工在孕期、产期、哺乳期的，用人单位不得依照本法第四十条、第四十一条的规定解除劳动合同。第四十条是指劳动者非过错性解聘，第四十一条指用人单位的经济性裁员。

但这种保护并不是无条件、无原则的。倘若女职工在“三期”内，因为出现了《劳动合同法》第三十九条规定的过错，被用人单位解除劳动合同的，法律不会对其进行什么特别保护。第三十九条第一项规定，劳动者在试用期间被证明不符合录用条件的，用人单位可以解除劳动合同。

本案例中小周在试用期被证明不符合录用条件，虽然她已怀孕，但用人单位仍可以由此解除劳动合同。

2. 本案应认定承包方还是包工头为用工主体？

【案情】 某石材公司是经过工商部门批准成立的企业法人，其将承包的大理石干挂工程转包给没有用工主体资格的包工头马经理。马经理招用黄某从事该工程的钢结构焊接工作，但未与黄某签订劳动合同。某日黄某下班途中遭遇车祸身亡，黄某之妻诉至法院，要求确认黄某与某石材公司存在事实劳动关系。

【分歧】 针对该案，存在两种不同的意见：

一种意见认为，黄某与石材公司不存劳动关系。因为黄某是案外人马经理招用的员工，石材公司并不知情，也没有授权或授意让其招用黄某，并且石材公司与黄某未签订劳动合同，不属于劳动法调整范畴。

另一种意见认为，黄某与石材公司存在事实劳动关系，马经理不具有用工主体资格，与黄某不能形成劳动关系，而石材公司具有用工主体资格，虽与黄某未签订劳动合同，但也形成事实劳动关系。

【评析】

主审法官支持第二种意见，理由如下：

1、根据《中华人民共和国劳动合同法》第二条的规定，用人单位是中华人民共和国境内的企业、个体经济组织、民办非企业单位等组织。马经理作为实际施工人，没有工商行政部门颁发的个体工商户营业执照，不属于劳动合同法规定的用人单位，故马经理不具有用工主体资格，不宜认定其与黄某形成劳动关系。

2、《劳动和社会保障部关于确立劳动关系有关事项的通知》第四条规定，建筑施工、矿山企业等用人单位将工程（业务）或经营权发包给不具备用工主体资格的组织或自然人，对该组织或自然人招用的劳动者，由具备用工主体资格的发包方承担用工主体责任。某石材公司为经工商行政机关依法登记的企业法人，具备用工主体资格，其将承包的工程转包给不具有相应建筑施工资质条件以及用工主体资格的马经理，根据上述规定，应由具备用工主体资格的发包方，即某石材公司承担用工主体责任。

综上，黄某与某石材公司存在劳动关系。

3. 显失公平的工伤赔偿协议可否撤销？

【案情】 谢某某于2012年6月8日被应聘到江西省丰城市东鹏陶瓷有限公司（以下简称“东鹏陶瓷”）从事搬运工作。2012年6月23日，谢某某在工作期间受伤，遂入住医院治疗。同年8月24日，丰城市人力资源和社会保障局对谢某某作出工伤认定。2013年3月22日，宜春市劳动能力鉴定委员会对谢某某进行伤情鉴定，构成八级伤残。2013年4月19日，东鹏陶瓷与谢某某达成工伤赔偿协议，即东鹏陶瓷一次性赔偿谢某某各项费用共计34400元。事后，谢某某后悔，2013年4月25日向丰城市劳动人事争议仲裁委员会提出仲裁申请，该仲裁委员会以双方已经达成调解协议为由，作出不予受理决定。2013年4月26日，谢某某诉请法院撤销与东鹏陶瓷签订的工伤赔偿协议，并要求东鹏陶瓷依法一次性赔偿伤残补助金、工伤医疗补助金、伤残就业补助金、鉴定费、护理费等共计26.8万元。

【分歧】 人民法院对谢某某与东鹏陶瓷所达成的工伤赔偿协议，是支持还是撤销？存在两种观点：

第一种意见认为，谢某某作为具有完全民事行为能力之人，在明知自己构成八级（工伤）伤残情况下，与东鹏陶瓷达成赔偿协议，是谢某某意思自治的结果，人民法院应予维持。

第二种意见认为，谢某某虽然是自愿与东鹏陶瓷达成赔偿协议，但协议赔偿金额与按法定标准计算的赔偿金额相差很大，属民法上的显失公平，人民法院应予撤销。

【评析】 主审法官支持第二种观点，理由是：

我国《民法通则》第五十九条第一款第（二）项规定，显失公平的民事行为，一方有权请求人民法院或者仲裁机关予以变更或者撤销。显失公平的合同是指一方在紧迫或者缺乏经验的情况下而订立的明显对自己有重大不利的合同。显失公平的合同通常情况下当事人的权利与义务极不对等，经济利益不平衡，属违反民法上公平合理原则的协议。显失公平合同具有以下法律特征：一是对一方当事人明显不公平；二是另一方获得的利益明显超过了法律所允许的限度；三是受害一方是在缺乏经验或紧迫的情况下实施的民事行为。



结合本案分析，根据谢某某所提供的相关证据，按照我国《工伤保险条例》中规定的赔偿项目和标准，可概算出其可获赔金额远大于协商赔偿数额（34400元）。谢某某与东鹏陶瓷达成工伤赔偿协议，表面看是双方自愿行为，但协议结果明显对谢某某极不利，原因是谢某某缺乏经验，不清楚八级伤残的赔偿标准以及可获赔的金额。另外，再从东鹏陶瓷看，其与谢某某达成的赔偿金额明显低于依法计算的赔偿数额，从中获取的不当利益明显偏大，故双方达成的赔偿协议应予撤销。

4. 超过法定退休年龄的农民工与单位属劳动关系

【案情】 原告徐芳智之父徐树祥出生于1935年12月24日，生前系莒县洛河镇徐家庄村农民，徐树祥于2006年10月到被告莒县恒基建材有限公司从事值班保卫工作，徐树祥于2013年1月23日在值班期间突发心脏病死亡。2013年1月24日徐芳智向莒县劳动人事争议仲裁委员会申请仲裁，请求确认徐树祥与莒县恒基建材有限公司存在劳动关系，该委员会于同日作出莒劳人仲案字【2013】第4号不予受理通知书，以原告徐芳智的仲裁请求不属于劳动人事争议受案范围为由，对原告徐芳智的申请不予受理。徐芳智于2013年1月28日向法院提起诉讼，要求确认徐树祥与莒县恒基建材有限公司存在劳动关系。

【分歧】 关于徐树祥是否与莒县恒基建材有限公司存在劳动关系，形成了两种不同的意见：

第一种意见认为：徐树祥已达60周岁的退休年龄，不是劳动合同中劳动者的适格主体，只能与用人单位形成劳务关系，而不能形成劳动关系。

第二种意见认为：确认劳动者与用人单位之间是否存在劳动关系，应对劳动者与用人单位是否存在劳动法上的隶属关系予以考量，即用人单位要对劳动者支付劳动报酬、进行管理、安排工作。徐树祥自2006年10月起在莒县恒基建材有限公司从事值班保卫工作，其劳动报酬由莒县恒基建材有限公司支付，并服从其管理安排，且徐树祥与莒县恒基建材有限公司均符合劳动法律法规规定的主体资格，根据，徐树祥与莒县恒基建材有限公司之间具备事实劳动关系的构成要件，形成劳动关系。

【评析】 主审法官同意第二种意见。

劳动关系是用人单位与劳动者之间，依法签订劳动合同，劳动者接受用人单位的管理，从事用人单位安排的工作，从用人单位领取报酬和受劳动法律、法规保护所产生的法律关系。劳动关系的特征在于劳动者与用人单位之间存在人格、经济、身份上的依附性，以及主体上的不平等性，劳动者所提供的劳动具有职业性。用人单位与劳动者未签订劳动合同，而劳动者在用人单位的管理下从事劳动，用人单位向其支付劳动报酬的，形成事实劳动关系。《劳动和社会保障部关于确立劳动关系有关事项的通知》第一条规定：用人单位招用劳动者未订立书面劳动合同，但同时具备下列情形的，劳动关系成立，

(一)用人单位和劳动者符合法律、法规规定的主体资格；(二)用人单位依法制定的各项劳动规章制度适用于劳动者，劳动者受用人单位的劳动管理，从事用人单位安排的有报酬的劳动；(三)劳动者提供的劳动是用人单位业务的组成部分。

本案中徐树祥在莒县恒基建材有限公司的管理、指挥和监督下从事值班保卫工作，受莒县恒基建材有限公司制定的管理制度的约束，从莒县恒基建材有限公司支付劳动报酬，且徐树祥与莒县恒基建材有限公司均符合劳动法律、法规规定的主体资格，因此，徐树祥在莒县恒基建材有限公司从事值班保卫期间与莒县恒基建材有限公司形成劳动关系。

依据《中华人民共和国劳动法》第十五条第一款规定，禁止用人单位招用未满十六周岁的未成年人。对达到法定退休年龄仍然从事劳动的人员，法律法规并未作出禁止性的规定，只要未违反法律、法规禁止性规定的有劳动能力的人员，均可成为劳动关系中的劳动者；而且，徐树祥作为农民也无所谓何时退休的问题。《中华人民共和国劳动合同法》第四十四条规定：“劳动者开始依法享受基本养老保险待遇的，劳动合同终止。”同时，《最高人民法院〈关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释〉(三)》第七条规定：“用人单位与其招用的已经依法享受养老保险待遇或领取退休金的人员发生用工争议，向人民法院提起诉讼的，人民法院应当按劳务关系处理。”该条的适用条件是依法享受养老保险待遇或领取退休金，因此，达到法定退休年龄并不是劳务关系存在的前提，而享受养老保险待遇才是劳务关系存在的基本前提。徐树祥达到退休年龄，但未享受养老保险待遇，并不适用该条的规定。

综上，徐树祥与莒县恒基建材有限公司之间形成劳动关系。

5. 住房公积金能否被强制执行

【案情】 张某与邓某民间借贷纠纷案，法院判决邓某在2013年12月30日前归还张某的借款400000元。邓某到期未履行还款义务，张某向法院申请执行，提出要冻结并扣划邓某的住房公积金。经查，邓某有一套一百三十平米的住房，住房条件充裕，住房公积金账户上有120000元。

【分歧】 对该款能否扣划，有两种不同的意见：

一种意见认为：住房公积金是一项政策性专项资金，专款专用，只能用于购买、建造、大修自住住房，任何单位和个人不得挪作他用，更不能用于清偿债务，所以法院不能强制扣划；

另一种意见认为：公积金既然是以银行存款的形式存在，被执行人的住房水平充裕的条件下，将其闲置的住房公积金存款用于清偿债务，更能发挥公积金存款的作用，使权利人的合法权益得到及时救济，被执行人的生活水平也不会因此而降低，所以住房公积金可以被强制执行扣划。

【评析】 目前法律对可否强制执行住房公积金没有明确的规定，在司法实践中有的法院强制扣划了，也有的法院不予执行，笔者同意第二种意见。从客观事实上分析，住房公积金属于个人财产，《住房公积金管理条例》虽然规定其只能用于购买、建造、大修自住住房，任何单位和个人不得挪作他用，但这并不能改变其个人财产的性质；从法律上分析，《住房公积金管理条例》属于国务院行政法规，《民事诉讼法》作为国家的法律是其上位法，下位法不得与上位法相抵触，何况《住房公积金管理条例》并没有限制和排斥人民法院对公积金的强制执行，《民事诉讼法》也未规定住房公积金属于免于执行的财产；从社会效果上看，当被执行人的住房条件充裕不需要使用公积金时，该财产就无法发挥作用，与其闲置在此，不如用来清偿债务，对各方都有利无害，反倒能发挥其社会效用，且不违反国家设立住房公积金的目的。因此依法将住房公积金纳入执行财产予以强制执行，有利于保障当事人的合法权益。

专家解惑

□ 文 / 上海元始律师事务所 汇编

一、企业之间借款合同被认定无效后利息的给付

案情: 2013年11月15日,被告广西亚盟投资有限公司以资金周转困难为由,向原告广西河池市旭日房地产开发有限公司借款,双方签订了一份《借款协议》。协议中约定:原告出借人民币150万元给被告,借款的利息按月息2.5%计付,借款期限至2014年1月31日,到期后一次性归还借款本金和利息。但借款逾期后,被告没有归还本金和利息给原告,原告遂诉至广西河池市南丹县人民法院,要求被告归还借款本金并按中国人民银行同期一年人民币流动资金贷款利率计付利息。

被告广西亚盟投资发展有限公司辩称:企业之间的借贷违反了有关的法律规定,合同无效,本金应当归还,但原告要求被告支付利息的诉讼请求不应得到支持。

原、被告之间签订的《借款协议》是否有效?被告是否应当支付利息给原告?

评析: 原告与被告签订的《借款协议》虽是双方真实意思表示,但中国人民银行颁布的《贷款通则》第61条规定:“企业之间不得违反国家规定办理借贷或变相借贷融资业务。”最高人民法院在《关于对企业借款合同借款方逾期不归还借款的应如何处理问题的批复》中明确规定:“企业借款合同违反有关金融法规,属无效合同。对于合同期限届满后,借款方逾期不归还本金,当事人起诉到人民法院的,人民法院除应按照最高人民法院法〔经〕发〔1990〕27号《关于审理联营合同纠纷案件若干问题的解答》第四条第二项的有关规定判决外,对自双方当事人约定的还款期满之日起,至法院判决确定借款人返还本金期满期间内的利息,应当收缴,该利息按借贷双方原约定的利率计算,如果双方当事人对借款利息未约定,按同期银行贷款利率计算。借款人未按判决确定的期限归还本金的,应当依照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百三十二条的规定加倍支付迟延履行期间的债务利息。”因此,根据《中华人民共和国合同法》第五十二条第一款第(五)项“违反法律、行政法规的强制性规定的合同无效”的规定,原、被告签订的《借款协议》和《借款补充协议》为无效合同。

《中华人民共和国合同法》第五十八条规定:“合同无效或者被撤销后,因该合同取得的财产,应当予以返还。”故对原告要求被告归还借款本金150万元的诉讼请求,予以支持;对原告要求被告支付借款利息的诉讼请求,不予支持,并收缴从2014年2月1日起至本判决生效之日止的利息(按照中国人民银行同期一年人民币流动资金贷款利率计算),本判决生效后,被告在未清偿债务的,则加倍支付利息给原告(从判决确定的最后履行之日的次日起计算至债务全部清偿之日止)。

二、约定仲裁与协议管辖的效力辨析

案情： 王某与李某签订了买卖合同，约定由王某向李某供应燃煤，双方约定争议解决方式为到合同签订地法院诉讼或按另行达成的仲裁协议进行仲裁，合同签订地为北京市通州区，李某的住所地和合同履行地均不在北京市通州区。后王某如约供货，李某未按约定及时付款，现尚欠部分货款，故王某起诉至通州区人民法院要求被告给付货款。通州法院受理了此案。

分歧： 本案的争议焦点在于通州法院是否有管辖权，即当事人约定诉讼或另行达成仲裁协议仲裁，后未达成仲裁协议的，关于法院诉讼的协议管辖是否有效。

一种意见认为，“或裁或审”即当事人既约定法院诉讼又约定仲裁裁决的约定无效，因为仲裁和诉讼是两种互相排斥的争议解决方式，当事人只能选择其一，否则无效，故通州法院无管辖权，王某只能到李某的住所地或合同履行地法院起诉。

另一种意见认为，当事人未另行达成仲裁协议，实际上当事人的争议解决方式是确定的法院诉讼方式，且当事人协议选择合同签订地法院管辖未违反级别管辖和专属管辖的约定，故此协议管辖有效，通州法院有管辖权。

评析： 笔者赞同第二种意见，具体分析如下：

（一）协议管辖的法理依据

协议管辖又称合意管辖或者约定管辖，是指双方当事人在合同纠纷发生之前或发生之后，以协议的方式选择解决他们之间纠纷的管辖法院。

协议管辖的法理依据在于民事活动中应充分尊重当事人的意思，是意思自治原则的体现。意思自治原则是合同法的基本原则，合同双方在民事活动中地位平等，有权决定从事或不从事某种民事活动、有权选择相对人、有权决定民事活动的内容等，自然，当事人也有权决定争议解决的方式，只要其不违反法律规定。故民事纠纷解决中应充分尊重当事人的意思自治，在能确定当事人意思的情况下，应作出符合其意愿的判断。故在判定当事人协议管辖是否有效的问题上，重点在探究当事人的本意，而不能简单地凭字面意思认定。



（二）协议管辖的效力问题

《民事诉讼法》第三十四条规定：“合同或者其他财产权益纠纷的当事人可以书面协议选择被告住所地、合同履行地、合同签订地、原告住所地、标的物所在地等与争议有实际联系的地点的人民法院管辖，但不得违反本法对级别管辖和专属管辖的规定。”依据此规定，协议管辖效力的判断基于以下几点因素：一是纠纷的性质应为合同或者其他财产权益类纠纷，其他类型的纠纷不适用协议管辖；二是形式上应采用书面形式，而不能是口头形式；三是可选择的法院范围限于被告住所地、合同履行地、合同签订地、原告住所地、标的物所在地等与争议有实际联系地点的人民法院，在当事人双方产生纠纷一方起诉时必须是确定的唯一的法院；四是不得违反民事诉讼法对级别管辖和专属管辖的规定。满足以上条件的为有效的协议管辖，否则无效。

本案中，当事人约定争议解决方式为合同签订地法院诉讼或按另行达成的仲裁协议进行仲裁。虽然表面上看，既约定了诉讼又约定了仲裁解决方式，但因并未另行达成仲裁协议，当事人实际上只选择了诉讼方式，且合同签订地法院是法律允许选择的法院，同时亦未违反级别管辖和专属管辖的规定。

综上，双方的协议管辖有效，通州法院对本案有管辖权。

三、诉讼财产保全申请人能否在执行中优先受偿

案情： 张某因经商急需资金周转于2009年2月向李某借款现金10万元，双方约定借款期限为1年，月息为1分。与此同时，张某还欠其他债权人债务合计约16万余元。张某有一栋价值13万元的房产，而无其他财产。借款期限届满后，张某未按约偿付借款本息，李某于2010年4月提起诉讼，同日又申请了财产保全，查封了张某的上述房产，并向法院提供了等值的担保。该案开庭后，其它债权人三人亦纷纷起诉，但未申请诉讼保全。一审法院先后作出了裁判，后债权人先后申请法院执行，但债权人李某在申请执行时提出要优先全部实现其债权，而其它债权人认为应该按比例受偿，为此，债权人之间发生了执行分配异议。

分歧： 执行机构在审查执行分配异议时也产生了分歧，并形成了二种不同意见：
第一种意见认为，债权人李某享有优先清偿；
第二种意见认为，债权人李某与其它债权人一同参与分配，可依各债权数额比例平均受偿。

评析： 笔者同意第一种意见，其理由如下：

1、从我国诉讼财产保全制度的应然功能上分析。我国《民事诉讼法》第一百条规定，人民法院对于因当事人一方的行为或者其他原因，使判决不能执行或难以执行的案件，可以根据当事人的申请，作出财产保全的裁定。同时我国《民事诉讼法》第一百零三条、第一百零五条明确规定，财产已被查封、冻结的，不得重复查封、冻结；如申请错误的，申请人应当赔偿被申请人因保全所遭受的损失。从以上规定可以看出，立法者设立财产保全制度的真正意义在于采取限制当事人处分财产的法律强制措施，达到防止财产流失，避免执行落空，实现债权人利益之目的。从这点上来看，诉讼保全制度的价值特征具有限制性、风险性、先占性和固定性。尽管目前在法律上未明确赋予保全申请人享有优先受偿权，但保全制度所释放出的先占性功能与抵押担保制度所释放出的优先权功能是相一致的。在执行实践中，执行法官如根据立法意图和法理而赋予查封、冻结、扣押等保全措施相应的优先效力，也是符合民事执行价值取向的。如果不赋予保全申请人优先受偿的权利，不仅会严重削弱保全措施制度的应有功能，对

保全申请人而言也是极不公平的。

2、从我国民事权利与义务相一致的立法精神上看。很清楚，民事权利与义务相一致，是指导我国民事立法、司法的一个基本原则，或者说，当事人在行使民事权利时也必须承担相应的民事义务。具体来说，申请财产保全的当事人要求人民法院保护其合法权益，必须向法院提出申请，既要交纳财产保全费，也要提供相应的担保。对申请人而言，他交纳保全费用，提供担保的同时同样会产生保全风险。根据民事诉讼法第一百零五条的规定，如查封、扣押、冻结错误或不当，保全申请方同样要承担赔偿责任。这一点已充分体现了我国民事权利与义务相一致的原则，如让未提出财产保全的当事人可以要求均等分配执行标的物，在其没承担任何诉讼风险，更未尽任何义务的前提下享有某种特殊的“权利”，这显然违背了“民事权利与义务相一致”及公平原则。

3、从我国财产保全与留置权、质权、抵押权的“同一控制性”理论上。大家知道，民法上的留置权、质权、抵押权一个主要特性，就是将债权标的物进行实际控制，使得债权人利益的实现具有先占性和固定性，这就是优先受偿的原理基础。不难看出，财产保全也具有以上同样的特性。综上所述，该案的李某享有优先受偿权。

四、丈夫私自担保妻子是否承担连带责任

案情： 张某与李某系多年的好朋友关系。2012年初，李某欲开办化工厂，因欠缺资金，就找到张某，要求其出面担保，向信用社贷款10万元。张某碍于情面，未与妻子朱某商量便予答应，并在连带保证担保合同上签字认可。事后，张某也未将该事告知妻子，只是多次催促李某尽快还款。2013年底，因技术及其它原因，李某化工厂倒闭，李某低价处理后携款外出，现不知所踪。因到期后该款分文未还，信用社起诉，要求张某夫妻俩在保证范围内承担保证责任。试问：妻子在不知情的情况下是否应对丈夫的债务承担连带责任？

分歧： 第一种意见认为，因该债务担保明显超过日常家庭生活的范畴，相关债务也非用于家庭生活，且朱某也不知情，因此该债务不属夫妻共同债务范畴。故信用社无权要求朱某承担连带责任。

第二种意见认为，根据《婚姻法解释（二）》第二十四之规定，债权人就婚姻关系存续期间夫妻一方以个人名义所负债务主张权利的，应当按夫妻共同债务处理，朱某未能举证证明其属于法定的两种例外情形，故朱某应对此承担连带责任。

评析： 笔者同意第二种意见，理由如下：

首先，《民法通则》第八十四条规定：债是按照合同的约定或者法律的规定，在当事人之间产生的特定的权利和义务关系，享有权利的人是债权人，负有义务的人是债务人。担保之债是合同之债，本案中，信用社为债权人，张某为债务人。

其次，《婚姻法》第四十一条规定，离婚时，原为夫妻共同生活所负的债务，应当共同偿还。“为夫妻共同生活所负的债务”，自然应属于夫妻共同债务，但夫或妻共同债务并不限于此种情形。夫妻在通常情况下是经济利益共同体，如无特别约定或法律规定，一方所得视为双方共同所得，一方所失当然也是双方共同所失，这是日常生活经验告诉人们的夫妻关系法则。我国《婚姻法》第十七条、第十八条、第十九条作出一般性规定，除列举的特例外，夫或妻在婚姻关系所得的财产，属于夫妻共有财产，归夫妻共同所有。根据权利义务相一致

原则，除法定的特殊情形外，夫或妻在婚姻关系存续期间所负债务，当然也应属于夫妻共同债务。最高人民法院在法释（2013）19号《〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（二）》第二十四条规定：“债权人就婚姻关系存续期间夫妻一方以个人名义所负债务主张权利的，应当按夫妻共同债务处理。但一方能够证明债权人与债务人明确约定为个人债务，或者能够证明属于婚姻法第十九条第三款规定的情形除外。”司法解释对夫妻共同债务的认定作出推定性规定：“债权人就婚姻关系存续期间夫妻一方以个人名义所负债务主张权利的，应当按夫妻共同债务处理。”同时列明两种例外情形：第一，债权人与债务人明确约定为个人债务；第二，属于婚姻法第十九条第三款规定的情形，即“夫妻对婚姻关系存续期间所得的财产约定归各自所有的，夫或妻一方对外所负的债务，第三人知道该约定的”根据司法解释，可以明确，实质为夫妻共同生活所负债务，属于夫妻共同债务，自然应当共同偿还；实质并非夫妻共同生活所负债务，亦即个人债务，只要夫妻一方不能证明存在法定的例外情形，也应按夫妻共同债务处理。

最后，根据《〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（二）》第二十四条规定推定一方所负的债务为夫妻共同债务，唯一的条件就是时间条件，即夫妻关系存续期间，别无其他任何条件。第一种意见中，实际上是附加了一个“用于家庭共同生活”以及“知情”条件，是故第一种观点错误。本案中，债务系发生于夫妻关系存续期间，被告朱某未能举证证明属于两种例外情形，故应属于夫妻共同债务。

五、违法分包人死亡后材料供应商与承包人的关系

案情： 甲房地产开发公司（下称“甲公司”）将A住宅小区（下称“A小区”）1、2标段的建筑工程发包给乙公司四川分公司（下称“乙分公司”），乙分公司将A小区3、4、5号楼工程以包工包料的方式分包给张某。张某以乙公司A小区3、4、5号项目部名义与朱某签订沙石购销合同，由朱某为本项目供应沙石，双方对沙石单价、付款方式等进行了约定，张某个人在合同上签名，未加盖单位印章。结算后，张某向朱某出具付款申请书，要求乙分公司向朱某支付沙石款182,590元，但乙分公司、乙公司均称未收到该付款申请书，朱某也未提交证据证实二公司收到此付款申请书。后张某因病死亡，张某与乙分公司之间的工程款亦未结算。朱某诉至法院，请求判令乙公司、乙分公司付款182,590元。

成都市青白江区人民法院作出一审判决：驳回朱某诉讼请求。

朱某不服，上诉至成都市中级人民法院。二审审理中，经法院主持调解，双方当事人达成协议：乙分公司、乙公司一次性支付朱某砂石款150,000元。

本案诉争的焦点是：在违法分包且分包人死亡的情况下，材料供应商能否向工程总承包人主张材料款。

评析： 围绕这个问题，本案审理的第一个焦点是判断分包人是以何种身份与原告即材料商签订购销合同的，因为分包人身份的不同导致材料商与承包人之间的法律关系也不同。若分包人以承包人项目部名义或者其他足以让材料商相信自己是代表承包人的方式与材料商签订购销合同，假如承包人知道分包人的此种行为而明示或默许的，材料商是可以依据表见代理来向承包人主张权利的；而承包人不知道分包人的此种行为时，则不会向材料商承担责任。若分包人是以自己的名义同材料商签订合同的，则根据合同相对性原则，材料商是没有权利向承包人主张材料款的，因为此时纵然承包商和发包人签订的分包合同无效，也不影响材料商和分



包人之间的购销合同，更不可能产生将本属于分包人的合同债务的转移给承包人的效力。审理中，原、被告双方围绕这个问题以各自的证据为基础分别陈述了自己的诉、辩意见。但原告出示的证据并不足以证明分包人是被告公司员工或者就是代表被告公司与自己签订的购销合同。因此，一审法院根据《民事诉讼法》、《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》等法规认定分包人是以个人名义和本案原告签订的供货合同，根据合同相对性原则，该供货合同仅约束分包人和原告。

本案审理的第二个焦点是在第一个焦点的基础上判断分包人死亡的事实对材料商和承包商之间的法律关系有没有影响。根据《民法通则》、《继承法》、《合同法》等法律规定，作为自然人的分包人死亡后，其对材料商的合同债务绝不会自然地转移给承包人。审理中，一审法院就此问题向原告作出了释明，但原告表示只愿向本案被告主张权利。最后，一审法院根据庭审查明的事实，判决驳回原告诉讼请求。该判决牢牢把握住了合同相对性原则，在技术和形式上都是严格遵守了法律规定。

一审判决后原告不服而提起上诉。本着定纷止争的宗旨及公平正义的理念，二审法院主持双方进行了调解。最终承包商同意在其应付的工程款范围内承担部分材料款，材料商也放弃了其他诉讼请求。

六、诉讼期间能否执行已出卖未办理转户登记的房屋

案情： 2009年9月22日，李某因感到身体有皮疹到梁某依法开设的诊所就诊。经梁某诊断后，李某按照梁某所开处方在诊所打针后吃药，吃药后出现手脚无力的反应。第二天，李某按照梁某的嘱咐再去复诊并经梁某诊断开药服食。李某回家食药后急喘口吃，在当地卫生院医生赶到急救前死亡。因赔偿问题，李某的父母李某桂、钟某及妻儿岑某、李某洋、李某玲、李某芸将梁某诉至法院。2012年10月，桂平法院一审判决梁某赔偿各项经济损失共计314107元给李某的

父母及妻儿。梁某不服，向贵港中院提起上诉。贵港中院经审理于2013年4月2日驳回上诉，维持原判。判决生效后，梁某拒不履行赔偿义务，同年5月，李某桂等人向法院申请强制执行。

执行过程中，当法院依法对登记在被执行人梁某名下的房屋予以查封时，被执行人却向法院提供了2013年4月16日就已生效的桂平法院（2013）浔民初字第1332号民事调解书，证实查封房屋已卖给吴某，吴某已将买房款31万元分两次付清给梁某夫妻，只是未办理转户登记手续。吴某也提出该房屋已属其所有，并已正常管理和使用。

分歧： 针对该房屋能否作为申请执行人李某桂、钟某、岑某、李某洋、李某玲、李某芸与被执行人梁某医疗损害赔偿纠纷一案的执行标的存在不同的意见。

第一种意见认为，被执行人梁某夫妻在终审判决生效前已将登记在梁某名下的房屋卖给了吴某，吴某已付清购房款并实际占有和使用，只是尚未办理房屋权属变更登记手续，而且调解书已生效，生效调解书确认买卖合同合法有效并要求梁某夫妻协助吴某办理房屋土地权属变更手续，并腾空交付给吴某。如果没有证据证实第三人吴某有过错，梁某夫妻又不履行生效的调解书。吴某还可向法院申请强制执行，要求梁某夫妻履行生效调解书确定的义务。所以，尽管该房屋还登记在梁某名下，但也不能作为这起医疗损害赔偿纠纷案的执行标的。

第二种意见认为，被执行人在诉讼期间明知道要承担赔偿责任，不但不积极想办法，反而采取及时出卖房屋转移财产，借以造成没有可供执行财产的假象，是一种恶意规避执行的行为。该房屋可直接作为这起医疗损害赔偿纠纷案的执行标的。在执行过程中，吴某可以提出执行异议，异议成立与否由法院裁定。

第三种意见认为，被执行人梁某明显是转移财产规避执行，损害了申请执行人的利益，应对已生效的调解书进行再审，只有通过再审程序撤销已生效的调解书，才可否认梁某夫妻与吴某买卖行为的合法性，该房屋才能作这起医疗损害赔偿纠纷案的执行标的。

评析： 笔者同意第三种意见。理由：

被执行人在医疗事故发生后，在诉讼过程中，明知要承担赔偿责任的责任，却趁机卖掉登记在其名下的房屋，而且卖掉房屋所得款不是用来履行生效判决书，而是造成没有可供执行财产的假象，很明显是在转移财产，恶意规避执行，以生效调解书的名义损害了申请执行人的利益。《最高人民法院关天适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉审判监督程序若干问题的解释》第五条的规定，申请执行人可以申请再审。只有通过再审，撤销生效调解书，被执行人出卖房屋的行为才不能成立，该房屋才可作为这起医疗损害赔偿纠纷案的执行标的才有法律依据。在没有撤销生效调解书之前，该房屋不能作为本案执行的标的。



建筑工程施工发包与承包计价管理办法

发布部门：中华人民共和国住房和城乡建设部
发文字号：住房和城乡建设部令第16号
发布日期：2013年12月11日
实施日期：2014年2月01日
效力级别：部门规章

第一条 为了规范建筑工程施工发包与承包计价行为，维护建筑工程施工发包与承包双方的合法权益，促进建筑市场的健康发展，根据有关法律、法规，制定本办法。

第二条 在中华人民共和国境内的建筑工程施工发包与承包计价（以下简称工程发承包计价）管理，适用本办法。

本办法所称建筑工程是指房屋建筑和市政基础设施工程。

本办法所称工程发承包计价包括编制工程量清单、最高投标限价、招标标底、投标报价，进行工程结算，以及签订和调整合同价款等活动。

第三条 建筑工程施工发包与承包价在政府宏观调控下，由市场竞争形成。

工程发承包计价应当遵循公平、合法和诚实信用的原则。

第四条 国务院住房城乡建设主管部门负责全国工程发承包计价工作的管理。

县级以上地方人民政府住房城乡建设主管部门负责本行政区域内工程发承包计价工作的管理。其具体工作可以委托工程造价管理机构负责。

第五条 国家推广工程造价咨询制度，对建筑工程项目实行全过程造价管理。

第六条 全部使用国有资金投资或者以国有资金投资为主的建筑工程（以下简称国有资金投资的建筑工程），应当采用工程量清单计价；非国有资金投资的建筑工程，鼓励采用工程量清单计价。

国有资金投资的建筑工程招标的，应当设有最高投标限价；非国有资金投资的建筑工程招标的，可以设有最高投标限价或者招标标底。

最高投标限价及其成果文件，应当由招标人报工程所在地县级以上地方人民政府住房城乡建设主管部门备案。

第七条 工程量清单应当依据国家制定的工程量清单计价规范、工程量计算规范等编制。工程量清单应当作为招标文件的组成部分。

第八条 最高投标限价应当依据工程量清单、工程计价有关规定和市场价格信息等编制。招标人设有最高投标限价的，应当在招标时公布最高投标限价的总价，以及各单位工程的分部

分项工程费、措施项目费、其他项目费、规费和税金。

第九条 招标标底应当依据工程计价有关规定和市场价格信息等编制。

第十条 投标报价不得低于工程成本，不得高于最高投标限价。

投标报价应当依据工程量清单、工程计价有关规定、企业定额和市场价格信息等编制。

第十一条 投标报价低于工程成本或者高于最高投标限价总价的，评标委员会应当否决投标人的投标。

对是否低于工程成本报价的异议，评标委员会可以参照国务院住房城乡建设主管部门和省、自治区、直辖市人民政府住房城乡建设主管部门发布的有关规定进行评审。

第十二条 招标人与中标人应当根据中标价订立合同。不实行招标投标的工程由发承包双方协商订立合同。

合同价款的有关事项由发承包双方约定，一般包括合同价款约定方式，预付工程款、工程进度款、工程竣工价款的支付和结算方式，以及合同价款的调整情形等。

第十三条 发承包双方在确定合同价款时，应当考虑市场环境和生产要素价格变化对合同价款的影响。

实行工程量清单计价的建筑工程，鼓励发承包双方采用单价方式确定合同价款。

建设规模较小、技术难度较低、工期较短的建筑工程，发承包双方可以采用总价方式确定合同价款。

紧急抢险、救灾以及施工技术特别复杂的建筑工程，发承包双方可以采用成本加酬金方式确定合同价款。

第十四条 发承包双方应当在合同中约定，发生下列情形时合同价款的调整方法：

- (一) 法律、法规、规章或者国家有关政策变化影响合同价款的；
- (二) 工程造价管理机构发布价格调整信息的；
- (三) 经批准变更设计的；
- (四) 发包方更改经审定批准的施工组织设计造成费用增加的；
- (五) 双方约定的其他因素。

第十五条 发承包双方应当根据国务院住房城乡建设主管部门和省、自治区、直辖市人民政府住房城乡建设主管部门的规定，结合工程款、建设工期等情况在合同中约定预付工程款的具体事宜。

预付工程款按照合同价款或者年度工程计划额度的一定比例确定和支付，并在工程进度款中予以抵扣。

第十六条 承包方应当按照合同约定向发包方提交已完成工程量报告。发包方收到工程量报告后，应当按照合同约定及时核对并确认。

第十七条 发承包双方应当按照合同约定，定期或者按照工程进度分段进行工程款结算和支付。

第十八条 工程完工后，应当按照下列规定进行竣工结算：

(一) 承包方应当在工程完工后的约定期限内提交竣工结算文件。(二) 国有资金投资建筑工程的发包方，应当委托具有相应资质的工程造价咨询企业对竣工结算文件进行审核，并在收到竣工结算文件后的约定期限内向承包方提出由工程造价咨询企业出具的竣工结算文件审核意见；逾期未答复的，按照合同约定处理，合同没有约定的，竣工结算文件视为已被认可。

非国有资金投资的建筑工程发包方，应当在收到竣工结算文件后的约定期限内予以答复，逾期未答复的，按照合同约定处理，合同没有约定的，竣工结算文件视为已被认可；发包方对竣工结算文件有异议的，应当在答复期内向承包方提出，并可以在提出异议之日起的约定期限

内与承包方协商；发包方在协商期内未与承包方协商或者经协商未能与承包方达成协议的，应当委托工程造价咨询企业进行竣工结算审核，并在协商期满后的约定期限内向承包方提出由工程造价咨询企业出具的竣工结算文件审核意见。

（三）承包方对发包方提出的工程造价咨询企业竣工结算审核意见有异议的，在接到该审核意见后一个月内，可以向有关工程造价管理机构或者有关行业组织申请调解，调解不成的，可以依法申请仲裁或者向人民法院提起诉讼。

发承包双方在合同中对本条第（一）项、第（二）项的期限没有明确约定的，应当按照国家有关规定执行；国家没有规定的，可认为其约定期限均为28日。

第十九条 工程竣工结算文件经发承包双方签字确认的，应当作为工程决算的依据，未经对方同意，另一方不得就已生效的竣工结算文件委托工程造价咨询企业重复审核。发包方应当按照竣工结算文件及时支付竣工结算款。

竣工结算文件应当由发包方报工程所在地县级以上地方人民政府住房城乡建设主管部门备案。

第二十条 造价工程师编制工程量清单、最高投标限价、招标标底、投标报价、工程结算审核和工程造价鉴定文件，应当签字并加盖造价工程师执业专用章。

第二十一条 县级以上地方人民政府住房城乡建设主管部门应当依照有关法律、法规和本办法规定，加强对建筑工程发承包计价活动的监督检查和投诉举报的核查，并有权采取下列措施：

- （一）要求被检查单位提供有关文件和资料；
- （二）就有关问题询问签署文件的人员；
- （三）要求改正违反有关法律、法规、本办法或者工程建设强制性标准的行为。

县级以上地方人民政府住房城乡建设主管部门应当将监督检查的处理结果向社会公开。

第二十二条 造价工程师在最高投标限价、招标标底或者投标报价编制、工程结算审核和工程造价鉴定中，签署有虚假记载、误导性陈述的工程造价成果文件的，记入造价工程师信用档案，依照《注册造价工程师管理办法》进行查处；构成犯罪的，依法追究刑事责任。

第二十三条 工程造价咨询企业在建筑工程计价活动中，出具有虚假记载、误导性陈述的工程造价成果文件的，记入工程造价咨询企业信用档案，由县级以上地方人民政府住房城乡建设主管部门责令改正，处1万元以上3万元以下的罚款，并予以通报。

第二十四条 国家机关工作人员在建筑工程计价监督管理工作中玩忽职守、徇私舞弊、滥用职权的，由有关机关给予行政处分；构成犯罪的，依法追究刑事责任。

第二十五条 建筑工程以外的工程施工发包与承包计价管理可以参照本办法执行。

第二十六条 省、自治区、直辖市人民政府住房城乡建设主管部门可以根据本办法制定实施细则。

第二十七条 本办法自2014年2月1日起施行。原建设部2001年11月5日发布的《建设工程施工发包与承包计价管理办法》（建设部令第107号）同时废止。



面向施工企业的法律服务

1. 工程款纠纷处理

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

2. 担任企业常年法律顾问

- (1) 对于施工企业在经营活动中涉及的商务问题、法律问题，提供建议和咨询。
- (2) 起草、审核、修改公司对外签署的合同、章程、规章、规定等法律文件及提供法律意见。
- (3) 对施工企业在商务活动中可能遇到的法律风险提供具体的法律建议。
- (4) 安排适当时间和人员对施工企业的相关事务提供法律指导和培训。
- (5) 协助施工企业处理公司内部矛盾，包括审核公司规章制度、起草劳动合同，处理员工劳动纠纷和农民工工资纠纷。
- (6) 招投标法律服务
 - A. 审核建设单位的招标文件并提供专业意见。
 - B. 调查建设单位的资信，确定项目风险尤其是带资垫资风险。
 - C. 协助施工企业确定投标策略，起草、修订投标文件和投标承诺书。为施工企业最大限度地争取中标机会，规避招标文件中潜在的风险。
 - D. 审查、修改承包合同，规避合同风险。
- (7) 就项目实施过程中的签证、索赔事项，提供专业意见，协助处理索赔纠纷。
- (8) 参与竣工结算谈判，维护施工企业权益。
- (9) 就施工企业日常经营活动的有关事项与第三方交涉、谈判（包括发律师函等），维护施工企业的合法权益。
- (10) 代理施工企业以调解、仲裁、诉讼等方式处理与建设单位、分包单位、材料设备供应商或其他第三方之间发生的纠纷。如有涉及案件，按照优惠条件接受代理，并完成整个诉讼准备及审理、执行工作。

本所服务对象不仅仅包括土建总承包施工单位，桩基工程、围护工程、消防工程、幕墙工程、铝合金门窗、电力工程、智能化系统、电信工程、园林绿化景观工程、市政工程等专业施工单位，以及电梯、空调、人防设备、石材供应等各种材料设备商，亦是本所着力服务的对象。

希望我们的努力，能为您的建设事业尽上一份绵薄之力！

来访路线 *指南*

地 址： 中国上海浦东新区世纪大道88号金茂大厦2003室
 电 话： 021-68407068
 邮 编： 200121
 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2014年9月。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。

曾子曰：

“吾日三省吾身，

为人谋而不忠乎？

与朋友交而不信乎？传不习乎？”

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：中国上海浦东新区世纪大道88号金茂大厦2003室

电话：021-68407068

邮编：200121

传真：021-68407466

E-Mail：yuanshizixun@126.com

网址：www.ylawPrm.com

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