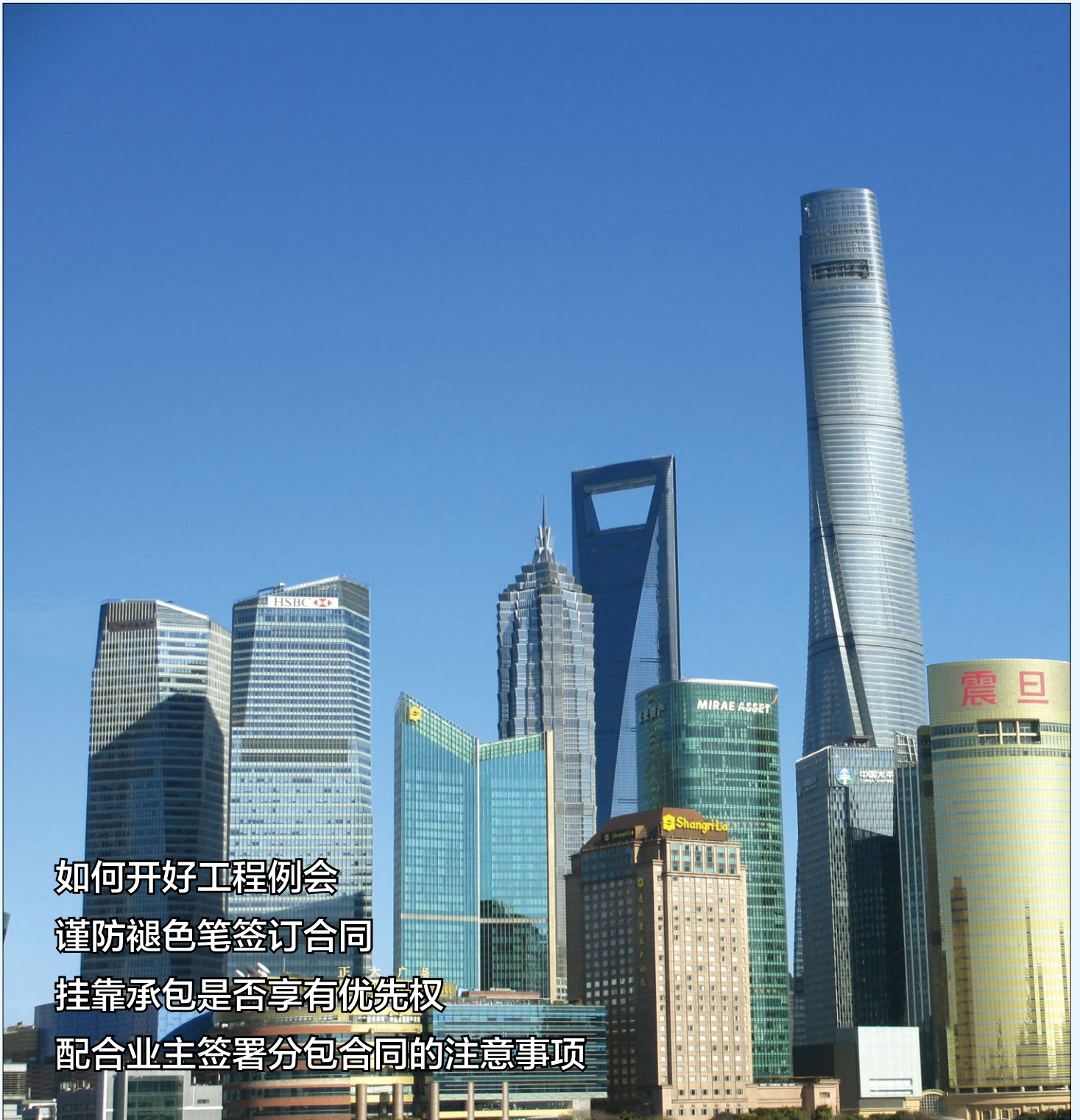


建筑法苑

施工企业篇

上海元始律师事务所主办

2015年第2期 总第21期



如何开好工程例会
谨防褪色笔签订合同
挂靠承包是否享有优先权
配合业主签署分包合同的注意事项

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》

2015年第2期 总第21期

目录

CONTENTS

施工企业篇

挂靠承包施工，名义总承包是否享有工程款优先权 01

个人借用总承包名义与业主签订工程施工合同，由此产生两个法律关系：其一，总包与业主之间的总承包合同，该合同形式上仍然有效，总包依法享有在建工程的优先受偿权；其二，总包与个人之间的挂靠合同，违背法律规定而无效，但总包与个人仍应参照无效合同进行款项结算。总包方应特别注意防范挂靠者用各种不法手段侵害自身利益。

轻率缴纳现金担保，巨款被骗嗟悔何及 03

工程例会建设单位与施工单位最重要的“斗争”场所，尤其在当前建筑业市场不景气、施工报价利润十分薄弱的情况下，开好工程例会，做好会议纪要，以争取利益、规避责风险，就显得尤为重要。

停工之后如何应对反索赔 06

总承包方在承接工程时，免不了需要配合业主办分包合同及验收。在配合业主签署指定分包合同、办理相关手续之前，一定要让业主和分包单位做出明确承诺，界定款项结算、支付、质量、保修等责任，避免日后产生争端。

太想钱的招标人 08

工程实践中，建设单位要求施工单位先开具发票、后支付款项是常有的事情。开了发票并不意味着施工单位必然已经收到了工程款。但是，在最高院判决的一起合同纠纷中，法院认定的结果却让所有人大吃一惊。

案例警示——兼谈民间借贷中应注意的几个法律问题 10

劳动人事 21

工伤保险中的疑难问题 23

挂靠承包施工， 名义总承包方是否享有工程款优先受偿权

文 / 上海元始律师事务所 李宗猛律师

李博士：

我公司是工程签约承包方。但工程现场管理人员、工程往来资料相关联系人实际上并非公司在册购买社保的员工，工资也不在我司发放。发生欠款纠纷诉讼时，可能会认定为违法分包，这种情况下我公司工程款优先受偿权能否实现？会否出现其他法律风险？

胡小姐并呈董事长钧鉴：

从贵司询问的问题来看，应该是贵司与建设单位签订工程施工合同，然后贵司将工程发包给实际施工人（包工头）施工。由此涉及两个合同关系。其一是建设单位与贵司签订的总承包合同，其二是贵司与包工头之间的内部承包合同（转包合同）。

一、贵司与建设单位签订的总承包合同，这是一份有效的合同。贵司可以依照施工合同，向建设单位主张工程款优先受偿权。即使贵司在合同履行过程中，存在转包或者违法分包行为，不影响贵司的优先权。

二、至于贵司与实际施工人之间的转包合同或者内部承包合同（不论以什么名义签署），都因违背法律规定而无效。至于实际施工人是否享有优先权，目前还存在争议。2011年全国民事审判工作会议纪要第29条明确规定，“因违法分包、转包等导致建设工程合同无效的，实际施工人请求依据合同法第二百八十六条规定对建设工程行使优先受偿权的，不予支持”。但在2015年4月的全国民事审判工作会议纪要（征求意见稿）上，对实际施工人是否享有优先权出现“应

予支持”和“不予支持”两种截然相反的意见。但截止目前，所看到工程款纠纷判例，基本都是判决实际施工人不享有优先权。

三、由此，在建设单位拖欠工程款时，可以有两种诉讼思路：

（一）第一种思路，是由总承包方作为原告，直接起诉建设单位（被告）。这种思路的好处是可以主张优先权，总承包方拿到执行款，扣除总包管理费之后，将余额支付给实际施工人。实践中由总承包方出面诉讼的案例比较多见。

（二）第二种思路，是由实际施工人作为原告，起诉总承包方（第一被告）和建设单位（第二被告）。这种操作思路，实际施工人没有优先权，看起来没有什么优势，但近来如此操作的案例也渐有增加趋势。究其原因：

1. 一个方面是有些总包不愿起诉业主，不配合包工头办理诉讼手续。包工头一怒之下，索性连总包、业主一起告了。

2. 另一个原因，是有些项目的业主资不抵债、破产、逃逸，或将房屋全部抵押甚至销售一空，没有任何财产来履行工程款支付义务，即使

有优先权也没有用。在此情况下，包工头不甘心血本无归，直接起诉总包和业主。只要内部承包合同关系存在，法院将会判决依照总包向实际施工人支付工程款，业主在欠付总包工程款范围内对实际施工人承担责任。执行阶段，包工头不找业主，直接要求执行总包的财产。由此导致的结果是，总包可能需向包工头支付全部工程款，而到业主那里一分钱工程款拿不回来，白白承担巨额的亏损。

这是挂靠承包模式下，总承包方面临的最大风险之一。为了防范这一风险，我们建议贵司在与包工头签署内部承包合同时，让包工头向贵司承诺：

“感谢公司对本人的信任，委托本人以内部承包形式负责某某工程的施工任务。鉴于公司并非本工程的受益人，若业主破产、资不抵债、业主的股东或主要负责人逃逸、或者因其他原因致使业主不能向公司支付工程款，则公司亦不负有向本人支付工程款的责任。如最终业主不能足额付款，公司仅须在实收业主工程款的范围内承担责任（且公司有权扣除税金、管理费及应由本

人承担的费用后支付），而本人仍须足额清偿本工程的民工工资、材料款、设备款及其他费用；亏损由本人承担，本人不会给公司增添任何负担”。

四、提请贵司注意的是，工程款优先权的期限，从合同约定的竣工之日或者实际竣工之日起为六个月内。超过六个月将会丧失权利。这六个月是固定不变期限，双方当事人不可以人为约定将其延长。

对于烂尾工程（未正式竣工即中途停工的工程），一般认为，施工单位仍可以主张工程款优先权。最高院2011年会议纪要第曾规定，烂尾工程的优先权期限应自合同实际终止履行（停工）之日起算；但也有在停工一年之后再起诉，法院支持施工单位享有优先权的判例。当然，因为是否享有优先权至关重要，尤其在破产案件中，没有优先权几无清偿的可能，为保险计，施工单位还是应该在停工后半年内提起诉讼，请求法院确认享有优先权。

如对个案工程的优先权期限没有把握，应该及时咨询专业律师的意见。



五、对于贵司所询及的企业没有为实际施工管理人员发放工资、缴纳社保，这同样不会影响贵司的工程款优先权。但是，一般我们建议，企业还是应该为项目经理和主要管理人员缴纳社会保险、逐月发放工资（哪怕按照最低标准）；有关工资和保险费用可以从实际施工人的工程款中按实扣除。主要风险有：

（一）没有为管理人员缴纳保险、发放工资，很容易被认定为非法转包或者违法分包。如建设单位知晓贵司将工程发包给不具备资质的自然人，建设单位可以依照合同及法律规定，追究贵司的违约责任甚至解除施工合同，由此难免遭受损失。

如果为管理人员缴纳了社保，可以理直气壮地说，项目部是我公司自己的人，都是我们自己施工，没有任何转包、违法分包行为。社保是最过硬的凭证。

（二）政府可能来查处。按照住建部《建筑工程施工转包违法分包等违法行为认定查处管理办法（试行）》第十一条规定，

“存在下列情形之一的，属于挂靠：

……（五）施工单位在施工现场派驻的项

目负责人、技术负责人、质量管理负责人、安全管理负责人中一人以上与施工单位没有订立劳动合同，或没有建立劳动工资或社会养老保险关系的”。

根据上述的第（五）项规定，主要负责人之一与企业没有劳动合同关系，即可能被认定为挂靠。河南某项目，总承包方甚至没有挂靠、转包行为，只因项目经理在外企业交社保，因与业主关系紧张，业主蓄意向建管署告状，建管署按照前述规定认定总承包方存在挂靠行为，并拟给予行政处罚，弄得施工单位十分被动。

六、回到主题。虽说工程发包给实际施工人，不影响贵司依法享有的优先权，但是毕竟存在风险。除了前述第三条所述风险之外，更大、更常见的风险在于包工头可能恶意欠账，将所有债务抛给挂靠的公司。因为企业总是要为包工头出具委托书，让其处理工程现场事务。对于包工头对外签署的合同、签证单、结算单、欠款单，即使没有加盖公司的印章，法院也会认可其效力。本所就碰到多起包工头恶意签单，给挂靠企业造成几千万甚至几亿元损失的案例。

最高人民法院关于建设工程价款优先受偿权问题的批复

（2002年6月11日最高人民法院审判委员会第1225次会议通过）法释[2002]16号

上海市高级人民法院：

你院沪高法[2001]14号《关于合同法第286条理解与适用问题的请示》收悉。经研究，答复如下：

一、人民法院在审理房地产纠纷案件和办理执行案件中，应当依照《中华人民共和国合同法》第二百八十六条的规定，认定建筑工程的承包人的优先受偿权优于抵押权和其他债权。

二、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。

三、建筑工程价款包括承包人为建设工程应当支付的工作人员报酬、材料款等实际支出的费用，不包括承包人因发包人违约所造成的损失。

四、建设工程承包人行使优先权的期限为六个月，自建设工程竣工之日或者建设工程合同约定的竣工之日起计算。

五、本批复第一条至第三条自公布之日起施行，第四条自公布之日起六个月后施行。

轻率缴纳现金担保，巨款被骗嗟悔何及

文 / 上海元始律师事务所 李宗猛律师

前两天，某施工企业就其600万元保证金被骗事宜，前来本所咨询，并拿出了一份委托他人代为起草的举报信。其举报内容如下：

举报人：上海五洲装饰工程有限公司

被举报人1：张有才。

被举报人2：上海宇宙置业有限公司。

举报涉嫌罪名：合同诈骗罪，诈骗金额600万元。

举报犯罪事实：

举报人系一家专业从事建筑装饰工程的公司，2014年举报人经人介绍认识了被举报人张有才，其身份为上海宇宙集团有限公司总经理。在与其交谈中，张有才声称其有一个金额达数亿元的装饰工程在建项目急需开工，工程名称为“秣陵市地铁四号线周庄段地下商业装饰及安装工程”。因张有才声称项目与秣陵地铁四号线有关，故举报人信以为真。经过几轮磋商谈妥后，张有才以其实际控制的上海宇宙置业有限公司名义与举报人签订了一份《秣陵地铁4号线周庄段地下商业装饰及安装工程框架协议》，并要求举报人在2日内向被举报人缴纳600万元施工履约保证金。举报人于2014年9月10日向被举报人开具了一张600万元银行本票，全额缴纳了保证金。

被举报人得款后大半年来一直未通知开工，举报人多次催促开工，张有才均不予置理。后举报人感觉情况可疑，经调查得知，双方合同载明的工程项目“秣陵地铁4号线周庄段地下商业装饰及安装工程”与在施工的秣陵地铁4号线毫无关系，地铁方面根本没有这个商业及安装项目。经现场察看合同载明施工地点“秣陵地铁4号线周庄软件园”，也无这个施工现场。合同中所指项目无规划许可、无环评，施工现场范围内的土地使用权人目前为秣陵市政府，且无挂牌出让计划。后举报人多次找张有才及宇宙置业公司要求退还上述保证金，但各被举报人一直回避拒不归还。

据举报人了解，张有才此前曾因合同诈骗被公安机关处理过。

举报人认为，张有才通过虚构在建项目，编造事实，抓住举报人想要承揽项目的心理，通过签订装修合同骗取举报人保证金，其行为已违反《中华人民共和国刑法》第二百二十四条规定，构成合同诈骗罪，且诈骗数额特别巨大。为维护国家对合同市场的正常管理秩序，保护举报人的财产所有权，维护法律尊严，同时也维护秣陵地铁的形象，举报人现依法向贵局报案，请求依法追究被举报人刑事责任。



平心而论，举报单位的代理律师所起草的这份《举报信》，确有相当专业水准，所做的调查工作也非常翔实。然而，最可惜的是，举报单位委托律师来做这些工作的时间太迟了。

骗子单位既然处心积虑地谋取了施工单位的保证金，拿到了钱，转眼之间就会挪用或者挥霍一空。肉包子打狗，就算花再大的精力，要想将钱讨回来，岂是轻而易举之事！

当今建筑市场遭遇前所未有的困境。国家统计局发布的今年一季度全国经济运行情况显示，2015年固定资产投资同比增长率是自2001年以来15年内的最低水准，成为GDP增速放缓的主要原因。建设资金投入不足，建筑市场的经济形势在短期之内几无好转可能。由此造成两大类的社会问题：

其一，整个建筑业的诚信急剧下降。开发商采取多种手段拖延结算，缓付工程款，甚至以各种莫须有的理由要求扣减总承包方应得款项。相应地，总包对分包、分包对材料商也有类似的失信行为。

其二，违规、违纪甚至犯罪案件大量增加。以包工头谋算挂靠企业的案件最为猖獗；而以工程发包为诱饵，吃喝拿要，恶意侵吞保证金的案件比比皆是。笔者曾多次在各种场合提醒保证金的风险，但仍有很多企业为承揽工程饥不择食，置风险于不顾，屡屡吃亏上当。事后追悔莫及，又于事何补？

就前述案例而言，骗子张有才的手法本来不新鲜，甚至说有一些拙劣。如果施工单位还有一点警惕之心，不要说委托专业律师调查，事前自己到工地现场看一看，就不难发现骗局。后来，笔者了解到这家被骗的单位是三级装修资质，事业才刚起步，就遭到了当头一棒，企业前景可想而知。

骗子的新手法可能更隐蔽、更狡猾、更有欺骗性。从本所处理的案件，骗子的办公室有设置在北京钓鱼台的，真实的办公室，装修得美轮美奂，任何考察者乍看之下都不会怀疑该企业的实力，骗取到几千万，花费一两千万装修和房租又算什么。

也有将摊子铺得非常大的，在苏北七八个区县租赁上千亩的土地，构筑所谓的现代产业园连锁基地，地方政府为这个投资“财团”保驾护航，一百五十多家施工企业前后支付了两个多亿元的工程投标保证金。在保证金收得差不多的时候，“财团”董事长刘某卷款潜逃，留下来上千亩耕地被破坏的烂摊子，仅在上面砌筑了围墙、硬地坪和临时设施。骗去的保证金不说，这些临设费用也是施工单位垫付的，无处追讨。刘某前后所花费的不过是100多万元的前期土地租金、几十万元的宣传册、还有最多不超过三五百万元的办公室成本，“拿到”保证金两亿多元，可谓是一本万利。为了百分之三百的利润，敢冒上绞架危险的人不在少数。何况对于该案的刘某，至今还在逍遥法外，可能也没有哪个经侦人员在真心实意地缉捕刘某，何险之有？

上海地区经侦力量的配置还是比较强的。但是，经侦总队每年查处的案件不过两三千件，少数年份可能只有五六百件；而每年发生的经济类犯罪案件，保守估计也以十万件数量级计算。所以，靠政府的力量，还远远不足以威慑、制裁犯罪行为，所以企业自身的防范和保护是必不可少的。

天上不会掉馅饼。不要轻易以缴纳保证金作为承揽工程的手段。迫不得已支付保证金，付款之前，也要看一看，想一想，委托专业人员查一查。真金白银交给别人，再谨慎也不为过。

停工之后如何应对反索赔

文 / 上海元始律师事务所 李宗猛律师

【案情】

华冶建设工程有限公司承担滨江世家住宅小区总承包工程施工任务。合同履行过程中，业主未能如期足额支付工程款。至2014年12月，经业主核定的已完产值约12100万元，按合同应付进度款为8470万元；但至2015年2月（春节前），业主仅支付4800万元。华冶公司多次向业主追索未果，无奈之下停止施工。

由于业主无法筹措资金来支付拖欠的巨额工程款，双方数次谈判均未取得进展，而且一时之间也看不到业主付款的诚意，华冶公司遂采取封闭工地、停水停电等激烈手段。

华冶公司的措施没有等来业主积极的回应，反而收到业主转发过来的一份索赔函。称因为华冶公司的停工，造成消防分包单位停窝工损失24.8万元，要求华冶公司立即支付给消防分包单位，不然日后将从华冶公司工程款中扣除，并加收利息。

业主这一步棋，可以说是深思熟虑的。业主先让一家单位出头索赔，看看华冶公司的反映。如果应对不善，业主的索赔很有可能得逞。更为可怕的是，有了第一家，日后第二家分包单位也很可能冒出来索赔。所有分包单位都要求赔偿的话，几百万可能都挡不住。所以，对于业主的这份索赔函，一定要打回去，回复要快，而且有关理由要有充足的依据。以下是本所帮助华冶公司拟定的回函。



对润阳公司2011年1月18日工程索赔函的回复

示范文本

江苏润阳置业有限公司：

贵司工程部2015年1月18日致我司的工程索赔函，我司表示完全反对。

江苏省西泰消防工程有限公司（以下简称“西泰公司”）所提出的要求我司赔偿24.8万元的001号《工程签证单》，没有任何事实依据和法律基础，贵司根据该签证单要求我司承担赔偿责任根本不能成立。

一、停工之责任不在我司，因此而造成的损失应由贵司自行承担。

自贵我双方签订建设工程施工合同以来，我司积极履行合同义务。但是，贵司从未依约支付工程款。合同法第二百六十九条规定，“建设工程合同是承包人进行工程建设，发包人支付价款的合同”。依约支付工程款是贵司的最基本合同义务，贵司欠付巨额工程款已经构成根本性违约。在贵司未能依照合同履行支付义务，且在我司多次催促贵司依约付款、而贵司仍拒绝履行时，我司完全有权暂停履行合同，这是法律赋予我司的正当权利。

对于贵司长期的巨额拖欠，我司多次以书面形式催促贵司付款。在暂停施工之前，也一再提请贵司注意，但贵司没有给予任何回音。暂停施工的《停工报告》，我司不仅告知贵司，还抄送监理公司。在程序上，我司也没有任何过错。

暂停施工之责任不在我司，贵司要求我司承担分包单位的所谓停工损失，不符合法律的规定，不应得到支持。

二、西泰公司一再违约，我司没有义务为其承担任何费用。

西泰公司自进场之后，从未向我司履行应尽义务。比如，贵我双方的施工合同约定，水电费由各使用单位分别承担。在施工过程中，所有水电费均由我公司代为缴纳。西泰公司本应按比例分摊其应承担的水电费。但是，自西泰公司进场之后，我司已多次要求西泰公司支付水电费，西泰公司至今分文未付，我司完全有理由拒绝其使用本工程的临水临电。而且，合同明确约定，西泰公司应该及时向我司支付总包管理服务费；西泰公司至今未支付我司分文的总包管理服务费，违约在先。贵司、我司及西泰公司的三方合同明确约定，“违约所造成的所有责任和经济损失概由违约方承担”。因此，即使因停水停电造成损失，后果理应由西泰公司自行承担。

另，由于贵司一直未能依照约定给我司支付工程款，造成我司的资金利息、停窝工损失等高达数百万元。我司多次与贵司协商，但贵司至今仍未给予答复。请贵司务必依照合同约定及时支付我司应得工程款，不然因此造成损失扩大的部分亦应由贵司承担。

特此回复。

华冶建设集团有限公司

2015年1月20日

建设工程施工合同履行过程中，业主和总承包方难免会有磕磕碰碰。一旦业主提出过分霸道的要求，施工单位切记，单纯去吵、去嚷是没有用的，还是要有熟悉合同及法律的专业人士，协助企业将对方的无理要求反驳回去。尤其是涉及到工程停工时，双方的关系剑拔弩张，施工单位更要妥善应对，做好必要的防范。万一涉诉，施工单位处理失妥的函件，就有可能成为对方打压我方的武器。

太想钱的招标人

文 / 上海元始律师事务所 李宗猛律师

日前，某施工单位送来一份招标文件，请笔者代为审核，希望笔者就招标文件中的法律风险提出建议。

笔者审查了招标文件之后，第一感是让施工单位放弃参与投标。缘由何在？

该项目位于浙江台州。工程为1幢19层办公楼，一至三层为商铺，四层以上为办公楼。规划建设用地6739平方米，总建筑面积40790平方米，建筑高度80米，是一个规模不大的项目。然而，招标文件所提出的要求让人匪夷所思：

其一，“投标人须提交1000万元的投标保证金，汇入招标人公司账户。非中标单位在开标结束后10天内退还投标保证金（无息）；中标单位的投标保证金直接转为履约保证金，在工程验收合格后无息返还”。

其二，“投标人应提交诚信保证金，500万元起步，增加按500万元每档，高者优先考虑。在开标结束后10天内退还诚信保证金（无息）”。

国家明文规定，工程投标保证金不得超过80万元。本项目的工程造价预计不过几千万，投标保证金居然高达1000万元。尤其是500万元起步的所谓“诚信保证金”，将招标人渴望借资的急迫之情赤裸裸地写在脸上。

抛开保证金骗局不说，即使项目是真实的，这样的做法，对投标人来说，亦至少存在三个方面的风险：

一、发包方拖延决标

投标保证金及所谓的诚信保证金是没有利

息的。只要有三五家单位按其要求参与投标，招标人一下子可以忽悠到几千万元的款项。如果招标人蓄意占用投标人的资金，他完全可以拖延决标，白白占用投标人的辛苦钱。这个月下发招标补充文件，下个月要到各单位考察施工项目，再用几个月组织多轮询标，三到六个月是不稀奇的。在此过程中，投标人对于项目中标总有一点企盼，对招标人只能言听计从，完全没有还手之力。

二、资金断裂的风险、项目管理不力的风险

工程实践中，不排除发包方要求承包方提供一定资金的情形。但是，其通常做法是，甲方确定将工程让乙方承包，双方谈妥合作条件后签署内部协议，乙方以保证金的名义提供一定资金给甲方，之后进场搭设临建，组织施工。在此种情况下，工程定向发包的意向非常明确，乙方提供保证金，甲方让其承包，至于之后的招标手续只是形式。

而本项目的招标人，在八字没有一撇的情况下，即要求投标人投入巨额资金，其操作方法违背常情。这只能说明两个问题：第一，这家单位之前可能没有做过房地产，对建筑市场的常规做法和行情不熟悉；第二，这家单位可能也没有懂行的管理团队，所以才提出一些异乎寻常的招标要求。既缺乏资金，又没有精通业务的管理人员，外行人来指挥施工，让承包方非常痛苦不说，项目能否如期实施，能否顺利销售，能否及时筹措资金返还保证金并支付工程款，都存在疑问。

三、处罚风险

即使一切顺利，投标人如愿中标，但由于1000万元的投标保证金转化为履约保证金，招标人可以各种理由，日后从保证金中扣除违约金。本项目的招标文件中就有多处扣罚的约定，比如“获得括苍杯奖，不予奖励，否则罚款100万，直接从结算款中扣除”，“产生质量缺陷影响验收和使用的，甲方可从履约保证金中扣罚”，“发生重大质量或安全事故或不能一次性通过合格验收，扣罚全部履约保证金”等等。

在施工过程中，承包方要做到百分之百满足合同要求，基本是不大可能的。比如，“一次性验收合格”就只能是一句口号，质监站、消防局的首次验收，多少都会提出一些问题，经整改后

才能通过，国内项目几乎还没有一次性验收通过的例子。

而不“发生安全事故”，哪一个施工单位也不敢保证。工地发生意外，承包方尽力处理，避免家属闹事进而造成政府勒令停工等，这是承包方应该做的事情。承包方已经向家属支付了巨额赔偿，发包方再要扣罚这1000万元的保证金，无疑让承包方雪上加霜，哪一家单位也吃不消。

不要以为这种违约条款只是写写而已。承包方的钱在发包方手上，如果发包方资金紧张，以扣罚为由拒不返还保证金，承包方如何与其抗争？即使通过诉讼解决，以合同条款显失公平或者违约金过高为由要求减少罚款，但此时处罚权在法官手上，人为刀俎、我为鱼肉，承包方的利益完全没有保障。

由于建筑市场经济大环境的不利影响，短时间之内，建筑市场上承接“优质”项目的难度愈来愈高。但企业再困难，亦不能饥不择食，看到有机会，不计代价去争取。如所有施工企业都能理性投标，这样奇葩的招标文件自然没有市场。



案例警示

——兼谈民间借贷中应注意的几个法律问题

文 / 上海元始律师事务所 汇编

近来因借款往来所产生的纠纷案件日渐增多。尤其是施工企业负责人，经过数年乃至数十年的奋斗，大多积累了不菲的身家，在朋友、商圈中也有一定口碑，因此向其开口、伸手的人很多。因基于信任或抹不开情面，出借过程中对借款人的资金状况未进行详细了解，借款手续不完备，缺乏必要的风险防范措施等，导致借款不能如期回收的案例比比皆是。建筑施工企业老板成了借款受害案中的高危人群，由此产生的风险不可不察。

文中人名、公司名称、项目名称等均为化名。

警示一、昨日的有钱人，不等于今天有偿债的能力

案情:



程总是浙江诸暨人，来上海成立一家建筑施工企业，依托上海建工集团承接工程。浙江商人在经营方面确有过人之道，七八年之间，程总就将一个百来平米办公室的小公司，发展到现在每年逾十亿元的产值。企业虽然做大了，程总对故里还是比较念旧的，对家乡之人经常施以援手。

一日，程总突然接到同村商人程有为的电话，称资金周转需要借款三百万元，一周之内铁定归还。程有为与程总来自于同一个村庄，在浙江本土发展，据说生意每年有几十亿元规模，是四里八乡的骄傲。本着对程有为过往声誉的信任，程总二话没说，当即将300万元划入程有为的账户，连借条都没有索取。

数天之后，程有为并未依约还款，打电话也不接。回乡了解情况，才知道程有为夫妻都已经潜逃意大利，所谓“几十亿元的家当”，早已是昨日黄花，留下几个烂摊子企业负债累累，不值一文。尤其恶劣的是，临走之前，程有为还不忘捞一笔，以各种借口向熟人、同乡、生意上的合作伙伴等借款十几亿元，潜逃之时，席卷一空。

程总的妻子赶往程有为父母家，希望联系程有为家人还款。碰到程有为的父母正欲赴机场跑到意大利，立即报警。警察到场了解情况之后，说这是程有为欠款，他的父母不欠钱，警察无法扣留其父母。于是程有为一家顺利在意大利团圆，逍遥国外，而国内的十几亿元“借款”，至今一分钱没有归还。

【相似案例】

刘总来上海从事建筑施工近三十年，确实非常成功，个人身家不下20余亿。2014年8月，朋友兼老乡张文权提出借款2000万元作为短期流动资金，元旦之前归还。刘总与张文权有数十年的交情，应该说还是知根知底的。张文权在房地产开发、酒店经营、建筑施工、机械制造、典当金融等领域拥有多家实力不错的公司，曾获江苏十大优秀青年企业家等称号，先后

向社会捐赠数千万元，在上海也拥有一家非常知名的酒店。当地人都相信，张文权的财产应该不会少于八九十亿元。

本着对张文权实力的信任，刘总二话没说，以银行承兑汇票方式将2000万元资金借给了张文权。

到了年底，张文权仅归还了300万元。在刘总的追问下，张文权坦称，“目前确实整个集团的资金链出现了问题，根本没有钱来归还；对于其他的债务不说，刘总是老兄弟，不能让你吃亏。我名下还有两个一级建筑施工企业，过给你作为抵债，你看怎么样？”

刘总大吃一惊，赶紧来律师事务所商量对策。经律师调查，张文权拥有的所有公司（包括拟抵债给刘总的两家一级建筑企业）均是官司缠身，有多个未了结的执行案件，隐性债务更不知有多少，拿过来也没有实际价值；而其名下的优质资产（上海某知名饭店）均已转让给他人。实际上，张文权在借款的时候，非常清楚自己的经济状况根本不可能翻过身来，但是他没有向自己的“老兄弟”刘总进行财务交底。目前，当地政府、经侦支队介入调查，张文权旗下企业的负债高达数十亿元。

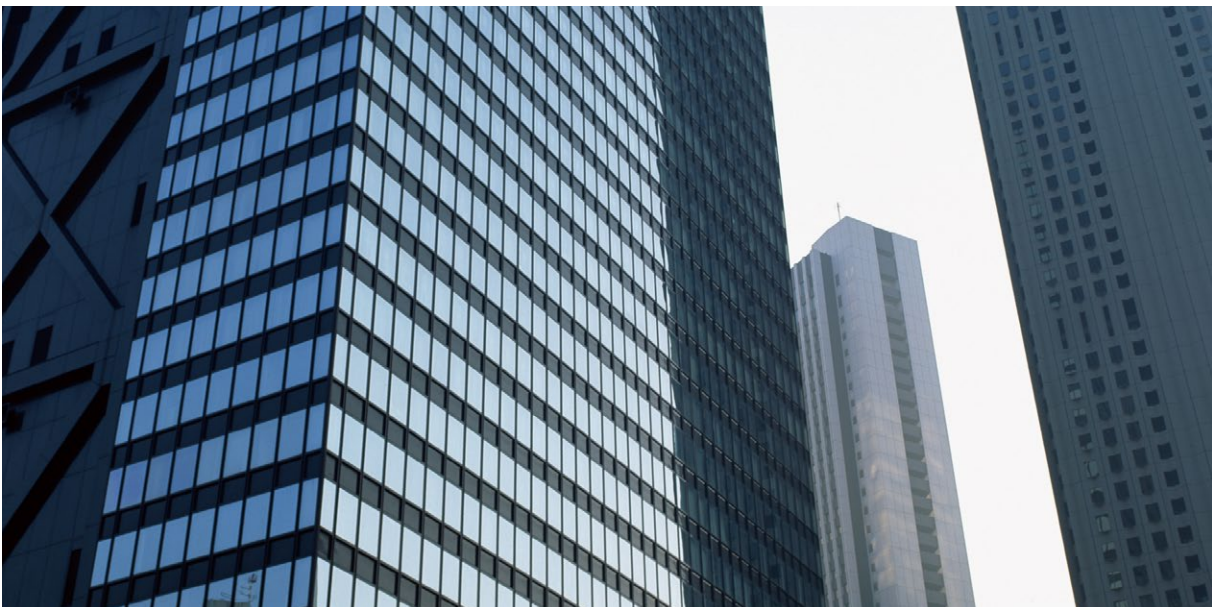
借款不还之外，两个“老兄弟”之间的情分也没有了。此前，刘总给张文权打电话，张文权还会接听。之后，张文权不再接听电话，但刘总发短消息过去，张文权还会让秘书拨打过来。到现在，则是不理不睬，完全失去联系。

评析：



前述案例中，程总、刘总两个成功的企业家，都因轻信借款人的实力而草率划款。应记住的是，在市场经济下，昨日的成功人士，不等于今天还有同等实力。出借之前，应该进行审慎调查，其公司目前的状况如何，收入是否正常，是否有诉讼或者其他可能没有偿还能力的异常事件？与其事后追悔，不如事前摸底。

本案例中，程有为蓄意骗款不说，张文权从成功到失败的过程还是值得反思的。在经侦支队调查下，张文权集团下各企业所雇佣的职业经理人通过各种手段侵吞、窃取公司的资金竟然高达十几亿元，触目惊心。这些管理人员的心思不放在公司的经营和发展上，将好好的一个企业整垮。国内的多数民营企业是家族模式，固然有其局限性。张文权借鉴国外的管理理念，走出家族模式，出发点不能说不对；但是，他忽视了国内职业经理人道德缺失和诚信缺失的现状，仅放权而没有监管，害了自己，也害了不少的老朋友、老兄弟。



警示二、超出常情的高息，几无偿付的可能

案情:



钱总是一家石化工程施工企业的负责人。为人精明能干，在其他建筑企业因房产调控而生计维艰的情况下，仍能通过各种渠道承揽业务，企业经营风生水起；而且由于石化领域的工程款支付条件还不错，公司资金并不缺乏。为使得闲置资金能够创造效益，钱总专门聘请了一个经理来公司帮助理财。而理财经理的主要创收思路，就是将公司的富余资金对外高息放贷。

出于律师的职业习惯，本所提醒钱总，目前的放贷方式存在极大的法律风险：

第一，所有的借款都没有担保，如对方不讲诚信、恶意拒付，借出去的钱很难有保障。

第二，法律规定，借款利率不能超过银行贷款利率的四倍。一旦涉诉，超额利息无法索取。

第三，目前钱总以公司名义对外贷款更为不妥。企业间的借贷不受法律保护（主流司法观点是认为企业间借款合同无效）。届时全部利息可能都不被法院支持。

尽管律师提醒，对外借款存在上述诸多风险，但钱总认为，公司数千万计的资金闲置在账户上“吃”活期利息，太可惜了。遂不听律师意见，对外放贷如故。

2015年2月初，钱总突然致电笔者，“糟了，李博士，银行行长去自首了，我们借给他的3200万元怎么办”？在笔者的询问下，钱总道出了事情的始末。

2013年12月，通过“朋友”介绍，钱总认识了某商业银行行长。据称，该行长是当地金融界的“风云人物”，在资金运作方面具有相当能力，客户资金通过该行长对外贷款给紧缺资金的客户，可以获得月息三分以上的利息，大额贷款收益还可以更高。在“朋友”的鼓动之下，钱总将3200万款项委托行长对外贷款，约定月息4.5%。

当初几个月，行长倒是按时支付利息。临近2014年年底，行长数月没有音信。钱总正在疑惑，突然接获行长到公安机关自首的信息。

原来，行长以高息为诱饵，吸引多个单位或个人投放资金。其中有部分被行长正常放贷，也有一部分利息收入，但正常利润如何能兑现每月数分的高息？无奈之下，行长只能拆东墙补西墙，以后面忽悠来的钱款兑付之前的利息，实在顶不下去了，行长只好到公安机关自首。

评析:



可能有人以为行长的行为太傻，好好的日子不过，要去犯罪坐牢。殊不知，行长也是有深谋远虑的：

一、按照现有的法律体系和司法环境，该行长就算造成几个亿的资金窟窿，刑期不会太重（非法吸收公众存款罪，数额巨大或者有其他严重情节的，处3年以上10年以下有期徒刑），自首还可以减刑。

二、由于涉及几百个账户，行长完全有可能转移、隐匿几千万元的资金（在现有的金融体系下，这些钱，公安机关几乎不可能完全追索）。即使判刑，钱能通神，行长在狱中的日子也可以过得很滋润，根本不受罪。

三、入狱之后，行长的家人可以花钱请人写文章、出书或者做出其他能够减刑的成果，可以提前出狱（近日，广东省高院在网上公示了对733名罪犯减刑的案件，媒体梳理此类案件，盘点了官员商人的减刑方式，包括“积极写稿”型、“表现突出”型等。通过写文章减刑，是很常见的方式，而文章可以花钱请人捉刀代笔）。这样要不了几年，行长就可以“凯旋”回家。其隐藏的钱财，普通拿工资的人，可能十辈子也挣不到。“辛苦我一个，幸福全家人”，何乐而不为。

正因为法律及监管体系的漏洞，才导致有人铤而走险。大量非法集资者都有类似的思考，本案中的行长不过是其中一例罢了。

天上不会掉馅饼。除非是贩毒，正常商业经营不可能做出每年50%、60%的高利润。出借人希图收取高额回报的同时，借款人很可能在图谋你的本金。

更为可怕的是，一旦借款人资不抵债，民间借贷作为普通债权，基本没有受偿的可能。在破产事件的处理中，高利贷也一直是政府、法院打压的对象，借款利益何来保障？

后记： 值得借鉴的是，在经侦支队介入下查明，介绍钱总认识行长的“朋友”也不过是行长的“托”。行长实际答应的利息是每月6%，“朋友”私自截留了1.5%。但不论是6%、还是4.5%，哪有兑现的可能？



孔子曰：“益者三友，损者三友。友直，友谅，友多闻，益矣。友便辟，友善柔，友便佞，损矣”。亲贤人，远小人，企业兴旺可期；亲小人，远贤人，吃亏上当在所难免。

警示三、未签借条酿苦果

案情： 原告张总与被告吴明前系朋友关系。2013年12月，吴明前因工程垫资困难，提出向张总借款120万元。张总先后三次通过工商银行向吴明前名下的银行卡汇入50万元、40万元、30万元。过后，双方对上述来往款项产生纠纷。原告经多次催还未果，拿着上述三张银行汇款凭证向法院起诉，请求判令被告偿还借款120万元。而被告则辩称，这是原告聘请被告作为劳务施工，将钱汇给被告发放民工工资，不是借款，不同意偿还此款，并提供多名工人的证言。



分歧： 本案有二种不同处理的意见。第一种意见认为，原告分别三次向被告账户汇款的凭证可以认定为双方存在借贷关系，法院应当支持其诉讼请求。理由：原、被告是朋友关系，因被告生意资金周转困难向原告借款，原告即汇款给被告，出于朋友面子不需要写借条，于情于理都不悖，故原告的诉讼请求应当得到支持。

第二种意见认为，原告分别三次向被告账户汇款的凭证不可认定为借贷关系，应当驳回其诉讼请求。理由：银行汇款凭证不能反映被告向原告借款的内容，只能证明原告曾向被告汇款，不排除双方有其他法律关系，故应当驳回原告的诉讼请求。

判决： 承办法官认可第二种意见，理由：根据《中华人民共和国合同法》第一百九十六条的规定：“借款合同是借款人向贷款人借款，到期返还借款并支付利息的合同。”本案中，原告请求被告偿还借款，因原、被告自然人之间的借贷关系属民间借贷纠纷。而民间借贷是借款合同的一种形式，其主要特征是出借人和借款人的合约行为，取决于借贷双方的书面或口头协议。原告提供的银行业务凭证，只能证明从其账户转存入被告账户现金120万元的事实，没有双方书面或者口头约定，并不能直接证明该款项是借给被告。原告是以借贷法律关系提起的诉讼。因原告所提供的证据不足以证实自己的主张，所以法院驳回原告的诉讼请求。

评析： 该案并非由本所代理。案件的起诉方式是否得当、判决结果是否合理，在此姑且不论。提醒当事人注意，在民间借贷关系中，最关键的两个方面证据是：



第一，借条。前述案例中，出借人因为没有借条，无法主张借贷关系成立，从而不能胜诉。收条、欠条等书面凭证，不能完全替代借条的作用。很随意手写的借条，可能也不保险。更为妥当的办法是请律师拟定严谨的借款合同；在当前诚信逐渐沦丧的社会里，请专业人员起草并见证借款合同的签署，是极为必要的。


第二，付款凭证。在出借款项时，以现金形式将款项交付给对方极不可取，一定要通过




银行转账，留下付款凭证，让对方无法抵赖。大额借款如以现金方式支付，法院可能不予采信。对方当事人也可能辩称，虽然他签署了借条，但是没有收到借款。采用银行转账付款时，还需要注意的是，款项应从出借人的账户（或银行卡）划入借款人的账户，不宜轻易采用委托付款或者委托收款的模式。只要有破绽，就可能给人留下赖账的借口。

只有同时具备严谨的借款合同和对应的银行付款凭证，案件才有胜诉的可能，故不能不当心。

警示四、担保不当难追偿

案情：  胡总是某钢结构公司的董事长。王义林是福建来沪创业的材料商，多年来一直为胡总公司供应钢材，双方关系还可以。2012年底，王义林向胡总提出借款680万元，用自己家的三个商铺作为担保，并主动表示愿意将三个商铺的房产证交给胡总保管。胡总派人去看了一下，三个商铺都在上海，地段还可以，加起来价值远不止680万元。拿到房产证，胡总放心了，将680万元划给了王义林。

一年借款期限届满，王义林并未如约还款。胡总前来本所咨询。律师立即调查三套商铺的产权状况，发现三套商铺均不在王义林名下，早已过户给他人。

评析：  本案中的胡总，在法律认知上存在误区。他可能认为，借条上写清楚用房屋做担保，并拿到房产证，就可以高枕无忧了。

担保法规定，以城市房地产作为担保的，双方应当签订抵押合同，且需到县级以上房地产交易中心办理抵押物登记，抵押合同自登记之日起生效。胡总没有与王义林一起到房地产交易中心办理抵押登记，商铺抵押自然没有效力。

仅凭房产证制约不了债务人。王义林在蓄意赖账之后，完全可以到房地产交易中心，声称房产证遗失，要求补办产权证，之后再将房屋出售给他人。王义林没有房屋或者其他财产，胡总打赢借款官司，也难以执行到相应款项。

法律对保证、抵押、质押等担保方式均有一些具体的规定。施工企业负责人可能并不全了解，仅凭自己朴素的是非观念去操作，而不注意法律的特别要求，有时难免遭受损失。只要有可能，对于所有类型的担保合同，均应邀请专业人员把关。

警示五、领导的面子，不代表借款人的诚信

案情: 朱总是金山本地人，从事房地产开发和建筑施工多年，在当地卓有声望。一日，朱总致电本所，称有一领导介绍的朋友，需要借款1000万元三个月，希望本所代为拟定借款合同。



朱总介绍说，领导朋友同意提供担保，担保物是一幅画，据说是某知名画家亲笔，据说画作的市场价格超过1800万元。笔者以为不妥，该幅画的真伪、价值如何未经确认；日后画作如何保管，若毁损责任怎样界定等，均是难题。

笔者分析后，委婉地告知朱总，对外借款存在极大的风险。朱总表示，这个领导在公司发展阶段给予极大的帮助，不能不借。笔者进而劝说，如考虑领导情分：一，于公，公司可以着力发展，多纳税、多招工，甚至可以多一些捐助，不负领导的帮助和支持；二，于私，对领导的家事上可以多用一些心。这样，在情在理都讲得过去。

朱总沉吟再三，终究顾念领导的面子，同意出借1000万元，且答应三个月之内免收利息。为妥当计，笔者派遣律师，专门赴金山协助朱总与借款人签订借款合同及担保合同。

合同虽然严谨了，但是两年多时间，至今仅归还300万元，之后电话也不接，发催款函也拒收。经济损失不说，朱总与领导的关系也变得尴尬起来，也不好让领导去帮助催款。至今还烦恼的是，请那位借款人用其他担保物将画作换回去，对方也不睬。朱总只好一直用一间大房子专门来储存这幅据说价值不菲的画作，生怕遭受淋雨或者虫害，反被对方讹一把。

评析: 本案中领导的出发点，从善意的角度推测，也许真是想帮助那位困难中的朋友。作为出借资金的一方应考虑的是，领导对借款人的实力、资金状况可能也没有详细的调查，他也不可能来帮助你承担风险。所以，你自己必须也有充分的风险准备。



不借应为常态。如拒绝借款，应考虑如何修复关系裂痕。但是，不论如何，拒绝借款，对关系的伤害是一时性的，总还有各种办法可能事后弥补；如借出资金无法收回，双方的关系可能是永久性的伤害，裂痕无法弥补。

警示六、错过诉讼时效，丧失胜诉权利

案情: 2009年3月，水电包工头刘某向同一工地的土建包工头张某借款18万元用于支付工资，约定使用一年并按银行利率支付利息。到期后，刘某未及时偿还借款，张某碍于情面也未曾向刘某索要欠款。2013年7月，张某的母亲因病住院，刘某得知后主动向张某偿还了7.5万元借款。后张某于2014年3月向刘某索要余款，刘某一直推脱未还。张某遂起诉至法院，要求刘某偿还剩余借款10.5万元。刘某以张某从未主动索要借款，该笔借款已超过诉讼时效为由抗辩。张某则称，刘某在2013年的主动还款行为，视为对该笔借款的重新确认，故诉讼时效应重新计算。

分歧: 本案在审理过程中，对于刘某主动偿还部分借款的行为是否引起诉讼时效中断，存在两种不同意见。

第一种意见认为，张某的借款已经超过诉讼时效，但刘某后来主动偿还了7.5万元借款，是对债务的重新确认，诉讼时效因此而中断。应自刘某偿还7.5万元借款之日起，重新计算诉讼时效。

第二种意见认为，刘某虽然主动偿还了部分借款，但因该笔借款已经超过了诉讼时效，其部分还款行为不能导致已经届满的诉讼时效重新起算，故应当驳回张某的诉讼请求。

判决： 承办法官同意第二种意见，理由如下：

首先，根据《民法通则》第138条的规定，“超过诉讼时效期间，当事人自愿履行的，不受诉讼时效限制”。本案中，因张某一直未曾要求刘某归还借款，因此诉讼时效自借款使用期满之日即2010年3月起算，至2012年3月届满。刘某于2013年7月的还款行为，是其在该笔借款已经超过诉讼时效的前提下进行的自愿履行行为，该行为不受诉讼时效的限制。

其次，《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》（下称《意见》）第173条规定，“诉讼时效因权利人主张权利或者义务人同意履行义务而中断后，权利人在新的诉讼时效期间内，再次主张权利或者义务人再次同意履行义务的，可以认定为诉讼时效再次中断”。由此可以认定，该条规定的适用有一个前提，即诉讼时效的中断只能发生在诉讼时效期间内。此时权利人主张权利或义务人同意履行的行为当然导致诉讼时效中断，且无次数限制。但在本案中，因该笔18万元借款本身已超过诉讼时效，故刘某主动偿还部分借款的行为并不导致诉讼时效中断。

最后，《意见》第171条规定，“过了诉讼时效期间，义务人履行义务后，又以超过诉讼时效为由反悔的，不予支持”。该规定是债务人对超过诉讼时效期间履行行为有效性的认定，规定债务人不得以已过诉讼时效为由向债权人主张不当得利请求权。具体到本案中来，即刘某不能以已超过诉讼时效为由要求张某返还其已偿还的7.5万元。当然，张某也不能将刘某部分还款的行为性质，强制认定为是其对债务的重新确认。

因此，基于刘某以超过诉讼时效为由抗辩，应当驳回张某的诉讼请求。

评析： 对多数企业管理者来说，诉讼时效是个一知半解甚至完全陌生的概念。诉讼时效是指民事权利受到侵害的权利人在法定的时效期间内不行使权利，当时效期间届满时，人民法院对权利人的权利不再进行保护的制度。在法律规定的诉讼时效期间内，权利人提出请求的，人民法院就强制义务人履行所承担的义务。而在法定的诉讼时效期间届满之后，权利人行使请求权



的，人民法院就不再予以保护。当事人超过诉讼时效后起诉的，人民法院受理后查明无中止、中断、延长事由的，判决驳回其诉讼请求。

《民法通则》第一百三十五条规定：向人民法院请求保护民事权利的诉讼时效期间为二年，法律另有规定的除外。第一百三十七条规定：诉讼时效期间从知道或者应当知道权利被侵害时起计算。

对于工程款、借款等普通债权，其诉讼时效为两年。如两年内既不提起诉讼，又不采取有效手段造成诉讼时效中止或者中断，一旦债务人在诉讼中以超过诉讼时效进行抗辩，债权人将面临败诉的风险。

警示七、犹疑不决，自身利益难保障

王总是上海某施工企业的董事长。2009年经朋友介绍，有意承接安徽一家工业厂房的土建施工任务。厂房老板杨某称资金紧张，先后向王总借款人民币220万元。借款之后，迟迟不能进场，经多方询问，王总才了解整个项目都是子虚乌有的事情。

案情：



王总发现受骗后，多次要求杨某还钱。杨某电话中总是承诺还钱，但是从不履行。王总担心起诉杨某，一来要花诉讼费用；二来至少表面上杨某还答应还款，如起诉可能彻底惹恼他，对方两手一摊，讨款就完全没有希望。于是，王总一直处于等待和电话催款的状态。两年的诉讼时效快到期了，怎么办呢，某“高人”指点王总，可到对方所在地法院起诉，递交诉状之后不交费，这样时效延续了，又不花费用，岂不是妙计？

王总听从了“高人”的意见，在2011年向杨某户籍地（浙江温州）某基层法院起诉，请求杨某归还借款，法院以借贷纠纷立案。法院一边向王总邮寄收费通知，一边将诉讼材料邮寄给被告。因王总有意不按法院规定预缴诉讼费，法院遂裁定对王总按自动撤回起诉处理，未开庭审理。





2013年7月，距前次撤诉又快两年了，王总按照此前“高人”的计策，再次向原基层法院递交上诉状。这次法院“精明”了，直接发出交费通知。王总仍按照预定计划，不到法院缴纳诉讼费用，法院也没有将诉讼材料邮寄给被告杨某，法院再次裁定按照撤诉处理。

其后，王总公司聘请笔者担任法律顾问，询问笔者此前的起诉又撤诉，能否构成诉讼时效中断，今后如再起诉能否胜诉。

解答： 对于类似案例，最高人民法院发布的审判业务意见认为：

当事人起诉后未依法交缴纳诉讼费，经催告仍不缴纳，法院裁定按撤诉处理，不能引起诉讼时效中断。因为撤诉是当事人依其意思表示放弃因起诉而发生的法律后果的行为，是当事人对其诉讼权利的处分，按照诉讼法上的“诉的撤回，视同未起诉”的诉讼规则，不发生起诉的效果，自然也就不产生诉讼时效的中断。

从诉讼时效的客体来看，其客体为请求权。请求权是相对权，必须向相对人送达才能产生请求权的效果。权利人向人民法院起诉或反诉本身，请求权的意思只送达到了法院，法院不是请求权的相对人，只是实现请求的居中裁判者，而未经法定程序到达相对人时，不能视为当事人已经行使了请求权。当法院已向对方当事人送达诉状后，请求权的意思表示已经到达义务人。引起诉讼时效中断的事由已非起诉，而是权利人向义务人主张权利，只是这种主张是通过法院送达的。这时法院起到的作用并非裁判者，而是意思表示的传递者。此时，法院和普通的意思表示传递者并无区别。在此种情况下可以发生诉讼时效中断的后果。但发生诉讼时效中断的效果已不属于《民法通则》第140条规定的第一种情形及提起诉讼，而是属于该条规定的第二种情形即当事人主张权利。

本案中，经催告当事人仍未缴纳诉讼费，法院裁定按撤诉处理，尤其是第二次的起诉状副本并未送达相对人，张某既未通过诉讼方式，也未通过诉讼外方式向相对人主张权利，故不构成诉讼时效的中断。



反思: 本案中，王总的操作中有两点重大失误，值得反思。

一、在提供借款之前，对项目的真实性及有关情况未进行审慎调查。

朋友介绍未必可靠。朋友可能出于好心给予帮助，也有可能出于收取介绍费的目的而积极介绍项目。但是朋友未必专业，也不可能有时间、精力、相应的专业知识对所介绍项目的真实性、市场前景进行全盘调查，可能也不了解项目中存在的法律风险。所以，对于朋友介绍的项目，也要有足够的谨慎。

尤其是需要支付诚意金、保证金、垫资或者借款的项目，在付款之前，一定要进行详细调查，包括是否取得项目用地指标、土地出让合同是否签署、出让金是否缴纳、规划方案是否审批、设计及监理单位是否落实、此前是否有过类似的开发建设、资金实力及过往信誉如何等。如不了解基本情况，盲目划出资金，一旦发生意外，损失难以挽回。

二、发现失误之后，应及时采取果断措施。比如，当年发现受骗，应立即报警或者起诉。事隔七八年后的今天，如再去报警，警察不会相信，也不会受理调查。姑息养奸，让对方没有丝毫压力，也只会让问题变得越来越难处理。至于具体案件，则应咨询专业律师的意见，避免被业务不甚精通的“高人”误导。

后记: 在全国范围内，欠债不还的案件可能已经高达数百万起。诚信的缺失，已成为严重的社会问题。究其原因，主要在于宽松的司法环境对赖债人缺乏约束力。法律及监管体系的缺陷主要在于三个方面：



一、“和谐社会”的前提客观上保护了债务人。

比如此前为了保护债务人的生存权，曾明文规定唯一住房不得执行。其后政策虽有松动，司法解释又附加尾巴，“强制迁出时，被执行人无法自行解决居住问题的，经人民法院审查属实，可以由申请执行人为被执行人及其所扶养家属提供临时住房”。翻译成白话文，意思是说，假设人家欠我的钱不还，如果要他卖房抵债，他自己不能解决住房时，需要我事先为他和他的家人提供临时住房，之后法院才能强制迁出。那么债权人为债务人提供多大的临时住房？供其居住多久，是三个月、三年还是三十年？债务人嫌远、嫌偏僻、嫌简陋，怎么办？所以实践中极难操作。

二、银行监管体系缺失，债务人很容易逃匿、隐藏财产。

执行法院一般需要当事人提供财产线索。债务人蓄意隐藏的财产，债权人哪有能力和精力去满世界查找。没有财产线索，执行法官很容易就终止执行，所以往往导致债权人空有判决书而拿不到钱。

三、不履行生效判决面临的法律后果太轻。

法律虽有规定，“对人民法院的判决、裁定有能力执行而拒不执行，情节严重的，处三年以下有期徒刑、拘役或者罚金”。但是，从程序上，要真心追究赖债人的刑事责任并不容易。

且不说出借人证据是否完备，能否胜诉，即使当事人极其幸运，打赢了官司，如果赖债人没有钱，不属于“有能力执行而拒不执行的情况”，不够让他判刑的。即使赖债人有钱，他藏起来了，你没有找到，你也不能追究他的刑事责任。在目前的金融监管体系下，当事人转移财产十分便利。

退一万步说，即使查证了赖债人有财产而抗拒执行的事实，也还需要经过刑事审判才能定罪。在审判过程中，能不能确实定罪且不说；即使一切都如当事人所愿，所有程序及证据完备无缺，赖债人一看风头火势不对，也会立马做出还款的决定。在刑事审判的最后关头，只要赖债人还了款，通常也免于刑事处罚。当事人费了九牛二虎之力，赖债人最多归还原来的欠款，一分钱损失也没有，一天刑罚也不用承担，可以说是完完全全的零风险。

可以看到，要追究赖债人的刑事责任，绝非易事。法律惩罚缺乏威慑力，才是欠款人赖债不还的主因。

可能有人会觉得极端，但确实不对外借钱才是最可靠、最有效的防风险措施。

当前，因房地产调控的影响，造成整个建筑市场的资金紧缩。尽管国家有放宽调控的趋势，但是房地产回暖还有一个过程，建筑市场要恢复过往十几年的黄金发展期，估计不大可能，施工企业获取丰厚利润的机会将愈来愈困难。由此，对于企业领导者来说，如何在当前形势下生存和发展，是一个需要考虑的问题；同时，如何保留现有的奋斗成果，也是需要注意的事项。不轻易对外借款，不轻率为人提供担保，不随便让别人挂靠，这三个风险最大的行为应尽量避免。一旦不慎，多年心血毁于一旦，岂不可惜！

不折本

有人向朋友借钱，朋友执意不肯，那人坚持，朋友便说：“若要我借钱，除非你给我下跪。”那人便下跪，朋友无奈只好同意借钱了。旁观者讥笑说：“你不就为借几两银子吗？而且将来还要还他，何必如此自屈？”

下跪的人答道：“我虽然下了跪，但并不折本，将来他讨还钱时，给我下跪的时候多着呢！”

——明·浮白斋主人《笑林》

劳动人事

文 / 上海元始律师事务所 汇编

一、上海高院有关常见用工问题的解答

(1) 关于单位与劳动者之间仅存在代为办理用工登记手续或缴纳社会保险费等关系，是否可认定该单位与劳动者存在劳动关系的问题

上海高院认为，代为办理用工登记手续、缴纳社会保险费仅是认定劳动关系的一个参考因素，而非决定因素，故经审查双方仅存在办理用工登记手续或缴纳社会保险费的关系，但不具备劳动关系本质特征的，不宜轻易认定双方存在劳动关系。

(2) 关于征地人员与征地保障单位是否存在劳动关系的问题

上海高院认为，征地保障单位与征地人员仅存在支付相关社会保障费用的保障关系，不存在劳动关系。征地人员到其他单位工作的，征地保障单位、实际工作单位、征地人员之间的法律关系并非司法解释三第八条规定的双重劳动关系。

(3) 关于未办理《外国人就业证》但持有《外国人永久居留证》的外籍人员主张其与用人单位存在劳动关系的，该诉请是否支持的问题

上海高院认为，对于持有《外国人永久居留证》但未办理《外国人就业证》的外籍人员，如在中国境内就业的，可以认定其与用人单位存在劳动关系。

(4) 关于外国人就业许可证上注明的单位与实际就业单位不一致时，如何认定外国人与实际就业单位之间法律关系的问题

上海高院认为，如外国人实际就业单位与就业证注明不一致的，违反了行政管理的强制性规定，故其与实际就业单位之间应认定不存在劳动

关系。

(5) 关于外国人与用人单位在劳动合同中未就违约解除劳动合同的法律责任进行约定，法院如何处理违约解除的问题

上海高院认为，如外国劳动者主张要求恢复劳动关系的诉请，在审理中应审查双方劳动关系是否有恢复的可能。如用人单位同意恢复的，则可判决恢复劳动关系；如用人单位不同意恢复的，在向外国劳动者做好相关释明工作后，可判决不予支持。如外国劳动者以用人单位违约解除劳动合同为由要求赔偿损失的，如用人单位违约解除劳动合同，但劳动合同未约定违约解除的法律后果，外国劳动者要求赔偿实际损失的，可予支持。

(6) 关于停工留薪期内原工资福利是否包括加班费的问题

上海高院认为，停工留薪期内原工资不应包含加班工资。如有证据证明用人单位恶意将本应计入正常工作时间工资的项目计入加班工资，以达到减少正常工作时间工资计算标准的，则应将该部分“加班工资”计入正常工作时间工资的计算范围。

(7) 关于用人单位是否可以无理由解除或终止事实劳动关系的问题

上海高院认为，事实劳动关系不可无理由解除。无论是否签订书面劳动合同，用人单位违法解除或终止劳动关系的，均应按《劳动合同法》第48条规定处理。对于实践中出现的一些用人单位已尽了诚实磋商义务，因不可归咎于任何一方

责任导致无法与劳动者就劳动合同期限等必备条款达成一致意见的，用人单位可书面通知劳动者解除劳动关系，并支付经济补偿金。

(8) 关于劳动者拒绝去新岗位工作是否构成旷工的问题

上海高院认为，虽《劳动合同法》规定用人单位与劳动者协商一致可以变更劳动合同，但也不可否认用人单位因生产结构、经营范围进行调整或外部市场发生变化的情况下行使经营管理自主权，在合法、合理的前提下对劳动者岗位进行适当调整，对此劳动者应当予以配合，这也是劳动关系人身从属性的具体体现。如劳动者对调整工作岗位有异议，应当采用协商的方式解决，而不应当以消极怠工的方式进行抵制或对抗。故如劳动者既未到新的工作岗位报到也未到原岗位出勤的，按照用人单位规章制度规定确属严重违纪的，用人单位可以与劳动者解除劳动合同。

(9) 关于用人单位违法解除劳动合同，个人也存在过错的，用人单位是否仍然需要全额支付赔偿金的问题

上海高院认为，如审查认为用人单位系违法解除劳动合同，且劳动者不要求继续履行或劳动合同已不可能继续履行的，即使个人存在一定过错，用人单位仍需依法全额支付违法解除劳动合同的赔偿金。

(10) 关于劳动者在职期间违反保密义务是否向用人单位支付违约金的问题

上海高院认为，劳动合同中关于在职期内劳动者违反保密义务需支付用人单位违约金的约定系无效约定，用人单位主张劳动者支付在职期间违反保密义务违约金的，应不予支持。如果劳动者在职期内违反保密义务给用人单位造成损失，用人单位可通过赔偿实际损失的方式来获得救济。（来源：上海高院民一庭）

二、包工头招聘的工人，谁是用工主体

【案情】

鼎立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老板。马老板招用王某从事该工程的钢结构焊接工作，但未与王某签订劳动合同。某日王某下班途中遭遇车祸身亡，王某之妻诉至法院，要求确认王某与鼎立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，王某与石材公司不存劳动关系。因为王某是案外人马老板招用的员工，石材公司并不知情，也没有授权或授意让其招用王某，并且石材公司与王某未签订劳动合同，不属于劳动法调整范畴。

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

【评析】

承办法官同意第二种意见，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。马老板作为实际施工人，没有工商行政管理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，故马老板不具有用工主体资格，不宜认定其与王某形成劳动关系。

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。鼎立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老板，根据上述规定，应由具备用工主体资格的发包方，即鼎立石材公司承担用工主体责任。

综上，王某与该石材公司存在劳动关系。

工伤保险中的疑难问题

文 / 上海元始律师事务所 汇编

1、工作时间突发疾病是否属于工伤？

解答：是疾病，当然不是工伤。但企业应给予劳动者医疗期。在医疗期内企业要支付至少是当地最低生活费标准的工资。

理论解析：

根据《劳动部办公厅关于在工作时间发病不作工伤处理的复函》（劳办发（1994）177号）和《劳动部办公厅关于在工作时间发病是否可比照工伤处理的复函》（劳办发（1996）133号）的精神，劳动者在工作时间和工作岗位上突发疾病的，通常不按工伤处理，但如果高强度的工作或恶劣的工作环境是突发疾病的重要诱因的，可根据具体情况比照工伤待遇处理。如果是突发疾病死亡或在48小时内经抢救无效死亡的，视同工伤，可按工伤的程序和标准处理。

2、单位组织的旅游中发生意外能否算工伤？

解答：单位组织的旅游中发生意外不能算工伤。

典型案例：

某单位于2013年1月组织了年度工作总结会议，连着开了五天会。考虑到大家辛苦了，领导决定安排最后一天为旅游活动，组织大家爬山，让大家在紧张的工作之中放松放松。小林是单位的活跃分子，喜欢在大家面前表现表现，在爬山途中又是唱歌、又是蹦跳，一不留神从山上滚了下来，导致腰部严重受伤。

问：在旅游活动中发生意外能否算工伤？

理论解析：

一般来讲认定为工伤需要三个条件：必须是在工作时间发生的伤害；必须是在工作场所发生的伤害；必须是因为工作原因受到的伤害。旅游活动不涉及工作而主要是企业给予职工的一种福利，因此旅游活动中发生的意外伤害不属于工伤范围。在旅游公司从事导游工作的除外。

3、参加单位安排的体育活动受伤的是否属于工伤？

典型案例：

小张是某公司的网络工程师，同时也是一个篮球爱好者，并且是所在公司篮球队的主力。一次，在参加公司组织的与联谊企业的篮球对抗赛中，小张在投篮时被对方球员撞倒在地。经送到医院检查治疗后，小张被初步诊断为轻度脑震荡，需住院治疗。小张认为自己的情形属于工伤，要求公司按工伤

待遇处理。而公司则认为是因为对方球员的冲撞才造成的，与公司无关，无法认定为工伤。双方对此意见相左，产生了争执。

理论解析：

此种情形应该认定为工伤。相关法律法规如下：

《工伤保险条例》第十四条第一款规定：“在工作时间和工作场所内，因工作原因受到事故伤害的”，应当认定为工伤。

国务院法制办在给辽宁省政府法制办的《关于职工参加单位组织的体育活动受到伤害能否认定为工伤的请示》的复函【国法秘函（2005）311号】中规定：作为单位的工作安排，职工参加体育锻炼活动而受到伤害的，应当依照《工伤保险条例》第十四条第（一）项中关于“因工作原因受到事故伤害的”规定，认定为工伤。

从上述法规及文件看，小张参加篮球赛受伤虽然是因对方冲撞所致，但篮球赛确实是公司组织的，应属于国务院法制办的复函中所提及的体育活动性质。小张参与篮球赛的行为，应被认定为其在特定工作时间和特定工作场所完成特定的工作，因此此种情形应被认定为工伤。

4、上班干私活受伤算不算工伤？

解答：上班干私活不能认定为工伤。

典型案例：

孙某系农机厂机修车间工人，2013年5月20日10时许，瞅准车间主任不在的时候，在车间制作私用菜刀，用砂轮机打磨时，因砂轮崩碎，将其右眼打伤，造成右眼失明。事后，孙某以砂轮机维修不及时，安全防护装置不全等企业原因造成受伤为由，要求企业按因工受伤处理，享受工伤待遇。厂方认为孙某违反企业管理规定在工作时间干私活受伤，不属于工伤。孙某不服，5月30日到当地劳动部门进行咨询。

理论解析：

本案中孙某受伤不能认定为工伤，应按非因工处理，其理由如下：

一是从工伤认定的范围看，工伤是指职工从事本职工作或者单位负责人临时指定的工作所致的伤亡或职业病，本案中孙某因制作私用菜刀，使用单位的设备和材料干私活，不属本单位生产工作，也与本单位利益无任何联系，不属工伤范围。

二是从受伤起因看，孙某在工作时间干私事，本身就是违反企业管理规定的。孙某因干私事受伤责任自负，而不应由企业承担。同时，他的行为应作为违反劳动纪律、损坏生产设备论处，而不能成为要求工伤待遇的理由。

5、私自提前下班遭受交通事故伤害能否认定为工伤？

解答：提前下班遭受交通事故伤害可以认定为工伤。

典型案例：

涂料化工有限公司员工赵某，于2014年12月13日11时30分左右，因私人原因，在未向公司请假的情形下，擅自脱离工作岗位，并于2014年12月13日中午12点左右，在下班回家途中遭遇交通事故受伤。赵某本人对交通事故无责任。人力资源和社会保障局认定赵某系工伤。涂料公司认为人保局作出的工伤认定决定属于认定事实不清，适用法律错误，遂起诉至法院，请求法院依法撤销人保局作出的工伤认定决定。

理论解析:

“上下班”只是对“途中”的限定，其强调的重点是“途中”，只要职工在“途中”是为了或者因为“上下班”即可，至于“上下班”时间则不应作严格限制。

提前下班有两种情形：

一种是违反用人单位用工纪律擅自脱岗提前下班；另一种是通过请假、请示等形式获得用人单位同意而离岗提前下班。对于“合纪”提前下班，应当视为正常下班，不存在认定“上下班”的问题；对于“违纪”提前下班的，用人单位通常不承认其间发生的交通伤害属于工伤范畴。

但“违纪”提前下班也属于“上下班”范畴。第一，职工擅自离岗提前下班的行为，并没有增加在途的潜在危险，意外交通伤害与工作之间的关联性并没有因此而削弱；第二，职工擅自离岗只是违反用人单位用工纪律，本身并不属于《工伤保险条例》第十六条规定的不构成工伤的法定情形，工伤制度是为保障职工因工受意外伤害后能够获得及时的经济补偿而设，并没有约束职工遵守用人单位工作纪律的制度功能；第三，工伤认定采用的是无过错补偿原则，在一般工伤事故中，即使劳动者违反了劳动纪律，也不影响劳动者的工伤认定。譬如，劳动者在工作过程中因未能按照规范流程操作机器设备造成意外伤害的，也应认定为工伤，即使其存在严重过错，相对而言，职工擅自离岗提前下班的过错程度甚小，而且与通勤事故发生没有直接关联，故应该认定为工伤。

6、上下班途中发生的事故都可认定为工伤？

解答：上下班途中发生交通事故，并非均为工伤。

典型案例：

2013年7月4日，某企业职工谭某骑摩托车上班时发生交通事故，造成右腿骨折和脑震荡后遗症。经交警部门认定，谭某抢道通行，违反了《中华人民共和国道路交通安全法》第四十四条的规定，应负交通事故的主要责任。事后谭某向当地人力资源和社会保障行政部门申请认定工伤，但是人力资源和社会保障部门作出不予认定为工伤的决定。

理论解析：

根据《工伤保险条例》中规定，“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”，应当认定为工伤。但如果职工在上下班途中，受到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，则不能认定为工伤。

7、退休返聘人员因工致伤能否认定为工伤？

典型案例：

叶先生原是某施工企业的会计，退休后一直赋闲在家。2011年5月的一天，老朋友聚会时，得知朋友儿子所在的某建筑材料公司急缺一会计，叶先生觉得在家闲着，还不如找个力所能及的事做。叶先生表示愿意干会计这个职位，当时就联系了对方，双方同意。同年6月，叶先生正式到该建材公司财务部上班，双方签订了为期1年的返聘合同。合同期满后，叶先生与该建材公司均未提出续签合同和解除合同的要求，他一直在该公司财务部工作。2012年11月6日，叶先生到工地给领导送会计报表时摔倒致使右腓骨骨折，花掉医药费4215元。随后，叶先生一直要求该建材公司按工伤对待，报销医药费并补发治疗期间的工伤津贴，但该公司不予认可。双方因此而发生争议。请问，叶先生作为退休后的返聘人员，在工作中受伤也可以享受工伤保险待遇吗？

理论解析:

叶先生因已办理退休手续,享受养老保险待遇,所以他与建筑材料公司之间形成的不是劳动关系,在工作中所受事故伤害,不能认定为工伤。

对于依法享受养老保险待遇或领取退休金的人员,在从事劳务活动中受到事故伤害,可以通过最高人民法院《关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》的规定来处理。其中第十一条规定,雇员在从事雇佣活动中遭受人身损害的,雇主应当承担赔偿责任。

结合本题来说,虽然建筑材料公司无需为叶先生申请工伤认定,更无需为其支付工伤保险待遇,但仍应为其遭受的事故伤害承担民事赔偿责任,这其中包括了残疾赔偿金、医疗费、误工费、护理费、交通费、住宿费、住院伙食补助费、必要的营养费和精神损害赔偿等等。

8、司机因交通事故伤亡的是否属于工伤?

解答:司机在执行单位工作任务时,因交通事故造成本人伤亡是否属于工伤,要根据发生交通事故时司机本人的情况具体分析。

理论解析:

旧《工伤保险条例》第十六条规定:“职工有下列情形之一的,不得认定为工伤或者视同工伤:(一)因犯罪或者违反治安管理伤亡的;(二)醉酒导致伤亡的;(三)自伤或者自杀的。”根据这一规定,构成犯罪的、酒后驾驶的、自杀自残的均不属于工伤;而“因违反治安管理伤亡的”是指违反了《治安管理处罚法》第六十四条的规定,即“偷开他人机动车的;未取得驾驶证驾驶或偷开他人航空器、机动船舶的。”无证驾驶机动车并不属于“违反治安管理”,因此无证驾驶和其他轻微违反交通管理的行为造成交通事故的,只要不构成犯罪,仍应认定为工伤。

但2011年1月1日实施的新《工伤保险条例》对此作出了更为宽松的规定,该条例第十六条规定:“有下列情形之一的,不得认定为工伤或者视同工伤:(一)故意犯罪的;(二)醉酒或者吸毒的;(三)自残或者自杀的。”也就是说,就现在而言,除了以上三种情形,过失犯罪和违反治安管理造成的交通事故伤亡,也将可以作为工伤享受相关待遇。

9、异地探亲返回单位途中发生事故,能否认定为工伤?

解答:异地探亲返回单位途中发生事故不能认定为工伤。

典型案例:

某电力公司财务人员陈某,因工作需要调往外地一个公司工作。2013年12月12日陈某回家探亲,12月14日傍晚搭乘某单位轿车由家返回工作地,当天晚上9点50分左右,车辆向左驶出路外撞到山体的岩石,造成两死两伤及车辆损坏的交通事故,陈某在这起交通事故中死亡,陈某亲属提出工伤认定申请。

当地劳动保障部门认为,陈某探亲返回属个人行为与工作无关,其在回程途中发生交通事故死亡的情形不符合《工伤保险条例》第十四条(六)项规定:“在上下班途中,受到机动车事故伤害”的情形,作出陈某因交通事故死亡不属于工伤的认定决定。

法院认为:陈某因探亲在返回途中死亡,不符合《工伤保险条例》第十四条(六)项规定:“在上下班途中,受到机动车事故伤害”的情形。被告作出的《关于陈某工伤认定的决定》证据充分,适用法律正确,符合法定程序,维持不认定工伤的决定。

理论解析：

节后到外地探亲返回工作单位驻地与日常的上下班不是一个概念。职工上下班是一个规律性的行为，要根据用人单位的工作时间安排来确定自己的上下班时间，而异地探亲返回单位驻地是假期的结束，并非是上班途中，因此在途中发生机动车交通事故不符合《工伤保险条例》第十四条（六）项规定：“在上下班途中，受到机动车事故伤害”的情形，不应认定为工伤。”

10、超过一年的工伤认定申请时限，还能要求工伤赔偿吗？

解答：超过一年，有关部门对工伤不予认定，但是并不意味着无法申请工伤赔偿。

理论解析：

根据《工伤保险条例》第十七条第一款和第二款的规定，用人单位应当自事故伤害发生之日起或者被诊断、鉴定为职业病日起三十日内提出工伤认定申请；用人单位未提出的，工伤职工一方可以在一年内提出。超过一年时限的，劳动行政部门通常不会再受理申请。但这并不意味着劳动者丧失了以工伤待遇进行求偿的胜诉权，只要工伤职工一方能在劳动仲裁或法院诉讼中提供证据证明其符合工伤的构成要件，审理机构经查证亦可在裁定或判决中认定为工伤。《工伤保险条例》第十七条第四款规定：“用人单位未在本条第一款规定的时间内提交工伤认定申请，在此期间发生符合本条例规定的工伤待遇等有关费用由该用人单位负担。”工伤职工乙方也可以依此要求用人单位承担全部赔偿责任。



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2015年7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。

见贤思齐焉，见不贤而内自省也。

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.yslawfirm.com

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