

建筑法苑

施工企业篇

上海元始律师事务所主办

2016年第2期 总第23期



回音壁——工程签证的风险防控

和战之策——启动诉讼的决策要素

建设工程价款优先受偿权疑难问题解答

以古喻今——工程款纠纷先发制人的必要性

工程建设领域的专业律师事务所

上海元始律师事务所

■ 办公地址

上海市浦东新区世纪大道88号，金茂大厦2003室。

■ 核心业务

担任房地产开发企业和建筑施工单位常年法律顾问，处理建设工程施工合同纠纷，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，80%以上律师拥有硕士或博士学位。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.cn

《建筑法苑》

2016年第2期 总第23期

CONTENTS

目录

施工企业篇

和战之策	01
清收工程欠款，是否启动诉讼程序，应考虑四个方面关键点： （一）业主是否有能力支付工程款？ （二）诉讼是否影响后续合作？ （三）诉讼是否有利可图？ （四）不采取诉讼，是否可能造成无法挽回的损失？	
回音壁——工程签证管理制度	18
防范项目经理恶意签证，一靠制度，二要监督。单纯指望“人品”，企业难免损失。	
建设工程价款优先受偿权疑难问题解答	20
专家解惑	24
以古喻今——工程款纠纷先发制人的必要性	28



和战之策

□文 / 上海元始律师事务所 李宗猛律师



兵者，国之大事，死生之地，存亡之道，不可不察也。

/ 李博士 /

业主拖欠工程款是常有的事情。有些项目，完工之后一两年，结算都下不来。每次去协商，业主都说快了、快了，但始终不落实。去打官司呢，又担心没把握。是委曲求全与业主谈判，还是直接到法院解决，在这方面您能否给我们一些建议，怎样掌握这个分寸？

/ 答复 /

近两年来，建筑市场的下滑已是不争的事实。施工企业带资垫资本就是常态，能有百分之六七十的进度款已经不错了。为了承接业务，以“更优惠的付款条件”来打动业主的例子比比皆是。苛刻的付款条件，加之房产调控导致业主的资金紧张，以及社会诚信的每况愈下，造成工程款清收的难度日益加剧。最保守的估计，全国范围内工程款拖欠的数额不会低于10万亿元。

大量的工程款不能收回，势必影响施工企业的生存和发展。诉讼毕竟是大事。在起诉之前，双方争执吵闹、拉闸封门等，哪怕激烈一点，只要没有撕破脸，总还有坐下来协商的机会。一旦诉诸法庭，相互追究违约责任，攻击指责无所不用其极，双方之间肯定不会再有后续合作的可能，诉讼还可能产生额外的风险。

故此，启动诉讼程序之前，应结合业主的信用、合同的履行、在建工程的进展、房屋的销售情况等诸方面因素，进行审慎的分析和判断，至少应考虑的因素包括以下四个方面：

第一个方面，业主是否诚信？业主是否有能力支付工程款？

业主是否讲信誉是首要考虑的问题。如果业主将本项目的销售资金挪作他用，对外投资另外买地等，压根就不想支付工程款，恶意占用施工单位的资金，则起诉不应犹豫。

如业主过往讲话还算数，只因一时困难，暂时无力支付工程款。但是，若业主的财产足以清楚债务，而且业主愿意配合的话，可以考虑答应复工。毕竟若是工程烂尾，打赢官司也难以变卖。但是，允诺复工之前，一定要满足以下两个先决条件：

（一）业主是否能够付款，不能是空口承诺，最关键还是看未销售房屋的价值是否大于所有债务及后期的开发建设费用。故在复工之前，应切切实实查清楚，该项目到底有多少未销售的房屋、未销售的房屋是否已经设定抵押。同时还要查清楚，未销售房屋的市场价减去营销成本、税金、担保债务及其他债务之后的余额，是否足以支付对承包方的工程欠款（包括此前的欠款及复工之后的工程款）、以及其他施工单位的分包工程款和配套工程款。如不足，则肯定不能再继续垫资施工。

（二）承包方一定要掌控销售。此事需要政府介入协调，强调没有承包方的签字，房屋不能销售、房地产销售中心不给办理合同网签手续；同时，销售款必须在政府和承包方的监控下进行支付，必须首先用于支付本项目的工程款。

如果做不到上述两点，承包方不能为业主作出复工承诺。即使要复工，也应该在政府见证下签署复工协议。以下是复工协议最关键的条款：

甲方委托乙方承担京填庄园项目（以下简称本项目）总承包施工任务。现由于房地产市场调控影响，销售业绩未能达至如期目标，甲方开发资金紧张，未能如期支付工程款，导致项目建设断续施工，目前基本处于停工状态。为避免项目继续停工致使损失扩大，保障建设单位、施工单位、购房业主、债权人及其他参与各方的利益，维护社会稳定，甲、乙、丙、丁四方于2016年10月10日在上京市人民政府的见证下，就本项目的复工、款项支付及保证等相关事宜，各方本着互谅互让原则，经友好协商一致，达成如下备忘录。

一、甲方首先向与会各方介绍了本项目的开发建设情况。至本备忘录签署之日，项目总规划建设面积_____平方米，已开工建设的建筑面积_____平方米。达至预售条件的住宅共有_____套（合计_____平方米建筑面积），其中已经对外销售住宅_____套（合计_____平方米建筑面积）；可销售而未销售的住宅共有_____套（合计_____平方米建筑面积）。

另外，已开工建设的房屋中，另有商业用房约_____平方米建筑面积，其中已经对外销售_____平方米商业用房；可销售而未销售的商业房屋共有_____平方米。还有_____地下车位（不含人防车位）未对外销售。

按照甲方售楼处对外公布的销售底价，目前未销售住宅房屋价值约_____万元；可销售的商业设施的价值约_____万元；可销售的地下车位的价值约_____万元。合计未销售的物业总价值约计人民币_____万元。

二、甲方确认，至本备忘录签署之日，甲方对外负有债务合计人民币_____万元；甲方同时确认，自本备忘录签署至项目建成，还需支付建设费用、销售费用、房屋维修基金、税金计人民币_____万元（详见附件甲方的《项目债务及后续建设费用报告》）。

甲方保证上述《项目债务及后续建设费用报告》的真实性。

三、甲方向与会各方报告项目当前困境的症结，在于项目建设虽然达到了可以销售条件，但因市场调控致使一时销售困难，致使项目建设资金紧张，无力支付工程款和各项债务。

甲方同时向各方报告，项目现有未销售物业的价值大于现有债务、应支付工程款及后期各项费用之和，有履行债务的能力，各方投入的资金是安全的，故恳请见证方协调各方关系，促使项目复工，如期建成并交付使用。

四、乙方表示，目前乙方为本项目已经施工的工程量达到了1.1亿元，甲方仅支付工程款2000万元，欠付工程款达到9000万元以上。乙方实无力继续垫资施工。本着尊重政府的角度，如要求乙方复工，乙方要求满足下列条件：

（一）甲方所做的有关未销售房屋、目前的债务、后续有关建设成本和支出的报告是真实的，没有任何隐瞒；而且甲方在本项目的剩余资产足以清偿所有债务和后续建设费用等各项支出。这是乙方提供担保的前提和生效条件。

（二）银行所发放的按揭贷款以及购房业主支付给甲方的房屋收付款均必须进入甲方的指定账户。该账户由甲方及乙方共同监管。所有的售房款，其中55%款项用于支付乙方的工程款。剩余45%的款项，在甲方、乙方的共同批准后用于下列用途：

1. 其中5%用于支付甲方的工资、管理费、销售佣金及广告等各项营销费用。
2. 其中25%用于偿还此前债权人的欠款本金及利息。
3. 其中15%用于支付设计、监理、其他专业分包工程和配套工程的费用。如该费用不足以支付的，请求见证方协调水、电、燃气、通讯等配套部门，暂缓收取配套费用（但不能停止配套工程施工，以免影响竣工验收和房屋交付使用）。

（三）所有未销售的物业，若需对外销售，需经甲方和乙方签字认可，甲方不得绕开乙方自行销售物业。为保证此条款的落实，乙方提请见证方协调房地产管理部门，没有乙方负责人的签字，房地产管理部门不得办理本项目任何物业的销售合同的备案登记和过户手续。

（四）由甲乙双方共同组建项目管理班组，负责后续的开发建设和管理工作，避免拖拉、延迟决策而影响工程进展。若甲方、乙方出现分歧，乙方建议见证方协调建设行政管理部门安排专门领导，负责协调双方的分歧和推进中存在的问题。

（五）债权人（丁方及其他主要债权人）明确承诺，在项目建成交付之前，不得采用诉讼、查封等方式追索甲方责任。若任一债权人在项目竣工验收交付之前采取诉讼或者仲裁方式向甲方主张权利，则乙方有权停止施工、起诉甲方以保障己方的正当权益。

当然，如果能够让业主方的上级集团公司或其他关联企业提供担保就更好了。至于说业主的股东个人向承包方作出付款承诺、但是其财产没有正式抵押给承包人，这样的担保仅具象征意义，很难有实际作用。因为如果发生意外，业主股东想逃避责任的话，他们的房地产很容易转让掉（不动产抵押必须在房地产交易中心登记后才能生效），他们在其他公司的股权也可以转让给其他人（股权出质，质权自工商行政管理部门办理出质登记时设立），因为没有抵押、质押，承包方几乎不可能追索到他们股东个人。所以说，关键还是承建项目的未销售房屋。

第二个方面，起诉是否影响后续合作？

起诉之后，承包双方的关系自然会陷入冰点。若甲乙双方仅有一个工程合作，起诉与否关系还不大。若有多个项目合作，或者日后还有合作的可能，则应考虑起诉的不利影响。

华山建筑公司承接隆硕集团某项目，在施工过程中因为隆硕集团规划调整、设计更改等原因，中途停工较长时间。因停工给华建公司造成的人工窝工、设备停滞台班费等损失，华建公司要求补偿900来万。甲乙双方经过八九次的沟通，中途有多份会议纪要认可停工的事实。甲方现场项目管理人员有意补偿部分损失，但集团总部不同意，担心引起其他工程仿效。谈判陷入了僵局。华建公司遂来咨询本所。

笔者分析来看，华建公司停工的证据还是很扎实的，停工的责任是明显的，停窝工的时间、误工人数、周转材料和设备的数量等，均有监理单位的确认。如果诉讼，还是有相当把握的。但起诉之前，笔者建议华建公司再私下听听业主方面相熟人员的意见，探探他们公司的真实想法。

隆硕公司上海的经理告知华建公司，业主总部对这个索赔也经过多次讨论，还咨询过律师和造价工程师的意见。他们自己也知道，因为停工的事实在，如果打官司，业主赢不了，但900万的索赔法院不可能全额支持，他们也有输掉三四百万的思想准备。不过，业主的经理也讲，如果施工单位放弃这个索赔，给他们集团董事长一个面子，将会给董事长留下极好的印象。因为多数施工企业会尽一切手段争取赔偿，主动放弃利益的几乎没有；如果，华建公司放弃索赔，那么今后集团的工程可以放心发包给华建。

与甲方人员沟通之后，华建公司斟酌再三，觉得碰上一个好的业主也不容易，隆硕公司的资金充足，答应的款项都能及时兑现，而且后面还有看得到的开发项目。遂拜访甲方董事长，表示可以放弃索赔，希望今后有项目还考虑华建公司。董事长也感到意外，说既然你们有这个姿态，我也不让你们吃亏，停工你们毕竟有损失，马上昆山的项目我考虑给你们做；上海还有一个工程，同等条件下我也包给你们。双方谈得比较愉快，其后业主还真委托华建公司承包了两个工程，三四个亿的造价，挽回了前面的损失。

上述案例成功的关键是业主讲信誉。如业主没有诚信，则不可仿效。建力公司是一家不大的企业，长期为红叶集团做一些外墙涂料分包项目，前后承接二三十个工程。红叶集团虽然名满天下，但骨子内都是利用承包人的资金满世界扩张，不论是总包还是分包，从没有如期支付工程款的。建力公司拿到的工程款一向只有百分之五六十，担心催款多了，影响后续项目。好在此前业主同意他们用自己配置生产的涂料，材料费是自己的，还能够忍受。

但是，情况突然发生变化。业主要求涂料必须用他们指定的知名品牌。建力公司与指定厂商联系，发现厂商的价格高，没有商谈的余地（材料一块的利润就没有了），二来厂商必须拿款提货，不可能为建力公司垫资。建力公司将商谈的情况告知业主，说既然你们要求我们用品牌厂家，付款比例可否提高。答复付款仍按照老办法，再三请求，业主也不松口。如此一来，建力公司按照业主的新规是做得多、垫得多、亏得多，之前的资金没有收回来，再要垫付材料款，企业不可能转得动。鉴于继续合作已无价值，建力公司遂决意起诉，将此前20多个项目工程欠款一并催收。

第三个方面，诉讼是否有利可图？

诉讼之弊在于三个方面：（一）影响与业主的关系；（二）需花费一定的时间、精力和费用；（三）业主可能在工期、质量等方面提出反诉，存在一定的风险。

诉讼之利亦有三个方面：（一）法院总会有一个判决的期限，避免业主无限制拖延下去；（二）法院委托司法审价的工程款数额一般说来会比业主单方面委托的审价结果高，经济上有利；（三）法院通常会判决业主支付工程欠款违约金、利息等。

一、起诉前应考虑的主要风险

起诉之前，应该咨询专业律师，对案件的所有材料进行分析。分析的资料包括施工合同（备案合同及真实履行的合同）、补充协议、会议纪要、往来函件、签证单、技术核定单、核价单、验收资料、施工日记等全部基础资料。业主方最常见的反扑理由在两个方面：其一，工程质量是否合格；其二，工期是否延误。起诉之前，即应审查我方的证据是否完备，业主方是否可能在工期、质量或以其他违约行为追究我方的责任，全面分析案件的风险。如我方在履约方面存在一定的不完备之处，应尽可能在起诉之前将有关问题弥补妥当，不打无准备之仗。

工作若是没有做好，贸然起诉，招致业主反扑，打“虎”不成反受损失，就太可惜了。

二、起诉有利的一面

（一）司法审价，可能核定的工程款数额更公平、对承包方更有利一些

在承发包双方对工程款不能协商一致时，起诉后法院会委托司法审价。审价单位由法院指定（上海地区的司法审价统一由上海市高院在候选名单中随机挑选）。一般说来，第一次开庭时，原告可能就会向法院提出造价鉴定审价，然后由法院委托审价单位。

在没有起诉时，通常是由业主单方面委托第三方进行社会审价。社会审价单位必定是听从业主的。造成社会审价与司法审价的结果存在差异的原因，在于司法审价收费与社会审价收费有三个方面的不同：

1. 付费时间不同：

司法审价单位的费用，在审价之前就要收取。通常由原告预交。最终判决的时候，法院会决定原告、被告各承担多少审价费用（大约双方各承担一半）。

社会审价费用是在审价完成、三方（业主、施工单位、审价单位）签署结算审定单之后再付费。



2. 计费基础不同：

司法审价单位按照送审工程总造价的额度收取费用。我们以刚承办的一个1.7亿元的工程为例，1.7亿元的工程送审价，按照上海地区的收费标准，大约收费53.5万元（特别复杂的案件，审价单位可能会要求将该费用上浮）。其收费额与最终的核减额不挂钩。最终审出来是1.4亿元还是1.5亿元，与司法审价单位没有直接经济利益关系。通常，司法审价的费用，最终法院会判决双方各承担一半。

社会审价费用是按照核减额来计取的。比如说1.7亿元的送审价，如果审下来是1.50亿元，审价单位收费57.5万元；如果审价下来是1.45亿元，审价单位收费82.5万元；如果审价下来是1.40亿元，审价单位收费107.5万元。所以审价单位从工程送审价中“砍”得越多，他们自己拿得越多。社会审价费用都是要施工单位承担的，不会给你打折，也不怕你不付（他们可要求业主从工程尾款中直接扣）。

所以，承包方承担的社会审价费用通常会高出司法审价费用。

3. 因利益驱动而造成的审价结果不同。

社会审价单位当然听从业主。即使不考虑人为因素干扰，社会审价的结果通常也要低于司法审价。因为社会审价核减额越多，他们自己拿得越多，有时过于克扣施工单位的正当利益。而司法审价单位若核减过多，施工单位不大可能轻易同意，要求反复对账，增大了司法审价单位的工作量，而经济上对司法审价单位没有好处，所以说司法审价不会像社会审价那样过于克扣，相对要公平一些，结果对施工单位应该是有利。

（二）诉讼可以主张违约金、利息等费用

与业主通过协商方式结算工程款，即便业主拖欠，一般也不好意思要求业主支付利息。多数企业能拿到工程款本金就要谢天谢地了。

但如果起诉，最起码可以按照贷款利率主张利息；如果违约金超过贷款利率，只要不离谱（比如不超过欠款金额的每日千分之一），法院多数也会支持。利息的数额有时会超出预计。今年我们才处理完的一个案件，判决支持的工程款本金是3700多万元，还有1000万元的垫资款（实为借款）。起诉时我们就查封了业主的厂房，判决后业主不能履行，在法院主持下将厂房以1.5亿元拍卖给第三方。执行分配时，本金全部拿到不说，计算的利息达到2800多万元；在业主求情之下，承包方考虑到后面还有一定配合，同意免收200万元利息，实际分配到手2600多万元的利息。在判决之后，房产评估、各方协商转让、直至最终拍卖这些时间内，利息都是双倍计算的。

可见，若工程欠款时间长，在执行没有问题的情况下，利息是非常客观的一块收益，不能轻易放弃。

所以，从诉讼的利弊来看，造价有利的一面以及利息等收益，肯定大于诉讼的成本（诉讼费、律师费等）。关键点是要考虑业主是否会提起反诉、及法院有无支持其反诉的可能。这一点，应请专业人员协助衡量。

当然，诉讼还要考虑法官是否偏袒，律师是否专业、是否得力等因素，对案件的影响也非常大，限于篇幅，在此不展开。

第四个方面，不采取诉讼，是否可能造成无法挽回的损失？

如果业主方资不抵债、恶意抽逃资金、或者发生其他影响债权安全的情形，即使诉讼条件可能并不十分完备，亦应果断决策立即行动，拖延势必造成损失。以下是九种最常见的不可拖延诉讼的情形：

一、业主方资金链明显出现问题时

四建集团在苏北承建某大型综合项目，包括住宅、商业综合楼等超过20多万平米。在住宅基本建成、商业综合楼接近完工的时候，业主方实在付不出钱来。此时已完工程产值大约3.5亿元，已付工程款2.2亿元，承包方也无力继续垫资。2013年1月5日，在区建设局见证下，业主与承包方签订了工程甩项协议，承包方协助业主办理住宅的验收交付手续；未竣工的综合楼停止施工，未完部分作为甩项，待业主筹措资金后再行施工。

停工之后，承包方配合办理了住宅验收手续，将住宅全部交付了小业主。交房之后，承包人也很纠结：住宅一旦交付，没有几百家小业主去闹事，政府安心了；但是，我们的一点几亿的工程款谁来管，是继续等下去，还是跟业主打官司。犹豫不决的承包方遂来咨询本所。

笔者询问承包方：

1. 这个项目，住宅都已经销售，工程款支付应该没问题，款项到哪里去了？答复是，郑老板另外拍了一块地，本来预想是8个亿，结果竟拍到16个亿，这个项目的资金都抽过去了。本来不缺钱，现在也弄得没有办法了。

2. 综合楼能卖得动吗？答复：综合楼都抵押给别人了，当时需要融资，有抵给银行的，有抵给高利贷的，目前动不了。

3. 那么业主有没有说怎样来偿还工程款？答复：他们讲另外项目一启动，只要到正负零零，就可以对外预定。他们答应销售款首先支付给我们。

4. 另外项目什么时候能动呢？答复：目前规划还在调整。两三个月应该就能动工了。

5. 另外项目与这个项目是同一个公司吗？答复：是不同的项目公司，股东虽不一样，但老板都是郑老板。

6. 业主去年答应支付你们的工程款兑现了吗？答复：去年真难。业主答应至少付5000万，结果全年只有800万。

7. 其他单位的付款情况怎么样？答复：我们还拿到几百万。分包比我们还惨。几千亿的幕墙，去年连汤水都没弄到一点，早就停掉了。

8. 你们了解业主方是否有诉讼吗？答复：停工后，我们也很着急，想方设法从业主那儿了解内情。有一个杨总，是他介绍我们进来做这个项目的，透露说有一个高利贷公司通过金陵银行委托放贷，已经起诉了，欠款本金及利息大约要到1.5亿元。

9. 我们从工商网上了解到，房产商的法人不是你说的郑老板，而是在去年10月就换成叶某某。这事情你们知道吗？叶某某是什么人，你们认不认识？答复：法人换了，我们怎么不知道？目前还是郑老板与我们商谈，没有叶某某这个人嘛。

初步交谈后，笔者提醒施工单位：

第一，这个项目的业主方资金可能出问题，继续等待存在极大的风险。

第二，另外项目的销售款，远水解不了近渴。如果业主不诚信，所谓另外项目的销售款，打官司你们也是无法执行的。

第三，更换法人是一个很不好的信号。原来的老板退居幕后作为实际控制人，将一个不相干的人顶在法定代表人的位置上，一旦公司无法清偿债务，法院难以追究前任法人的责任。

第四，施工方的工程款优先受偿权期限是六个月，对于烂尾工程，优先权的起算时间点是合同终止履行之日（亦即1月5日）开始计算。要是错过了优先权，现在的金陵银行及其他高利贷者若是陆续起诉、拍卖未销售的房屋，施工方的工程款将没有着落。耽延下去，风险太大了。

承包方斟酌再三，担心这一点几亿工程款有闪失，听从了笔者的建议，在优先权届满前的最后一刻终于决定提起仲裁，于7月1日将仲裁申请书提交仲裁委，7月3日缴纳了100多万元仲裁费。

果不其然，在四建集团提起仲裁不久，业主申请破产。申报债权的公司及个人达到580多家（人），债务总额高达9.86亿元。业主的全部财产不过3亿元，拍卖实得的金额不会超过2亿元。

请注意，这个2亿元的拍卖款并不是580多家企业来平分。破产财产的分配次序大致如下：

（一）首先优先拨付破产费用（破产费用主要包括：破产案件的诉讼费用；管理、变价和分配债务人财产的费用；管理人执行职务的费用、报酬和聘用工作人员的费用等）和共益债务（因管理人或者债务人请求对方当事人履行双方均未履行完毕的合同所产生的债务）。

（二）支付业主方拖欠的员工工资（大约300万元）。

（三）剩下的款项，从法律上看，就要轮到我们的工程款了。破产申报债权时，我们的工程款案件已经裁决，仲裁委确认了工程款欠付本金为1.26亿元，享有优先权。

（四）其次是欠付的税金、享有抵押权的贷款。此时金陵银行的贷款案也已裁决，裁决书确认了1.5亿元的贷款本息，确认了抵押优先权。最高院的司法解释，明确规定工程款优先权是优于银行的抵押优先权的，而且工程款优先权也优于税款优先权。

（五）再其次是一般债权。

对于本案，最终在债权人会议上确认的有优先权的单位或个人仅有两个，一个四建集团，一个是金陵银行。

如果大家都按照法律办，本案也很好分配。拍卖的钱，支付管理人和业主拖欠的工资之后，剩下的余额支付给四建集团，余额再支付税金和金陵银行的贷款本息。但是，业主的财产拍卖的款项，付掉四建集团的工程款之后，余额已经很少了，银行虽有抵押权，但根本拿不到多少钱。

委托金陵银行放贷的“高利贷者”自然不甘心，于是委托执行局长的亲家来代理执行案，从各方面来攻击四建集团。法院的赵副院长甚至公开讲，你们是串通的，优先权是虚假的。笔者协助企业，将建设局加盖见证公章的停工协议（1月5日）和7月1日仲裁委受理单、7月3日仲裁费收据送给赵副院长，明明白白没有超过六个月，优先权完全符合法律规定，赵副院长才闭嘴。



法院至今没有将拍卖款进行分配。他们将款项付给四建集团，他们不甘心；付给金陵银行，他们又不敢这么明目张胆违法。事情虽然搁置，但是承包人的工程款优先权横在这地方，就是要枉法，他们绕不过去。所以，政府、法院有什么事情，还是与四建集团来商量。

可以想象，若是施工单位犹豫、耽误，错过了6个月的期限，没有优先权的裁决，可能款项早就被分配掉。承包人的死活、血汗钱是否有着落，有几个官员是真正关心。所以承包人还是要懂得法律，还是要保护自己。

这个案子，四建集团及时行动，还是幸运的。那些没有及时起诉的分包单位，比如幕墙、消防、保温、绿化、空调等十几家分包单位，在破产时才申报债权，已经丧失了优先权，与其他人一样属于一般债权，几乎铁定一分钱都拿不到。而那些着急送货、疏于催款的供应商（比如上海某电气公司供应了1600多万元的电力设备、电缆等），也注定是血本无归。

二、业主方非正常抛售房屋时

上海明光建设集团有限公司在盐城某县承建一个住宅项目。之前的销售一直不理想，开盘超过半年，销售不过50来套房屋。没有售房收入，工程款支付自然迟延，累计拖欠总包方3000来万元。星期一下午，总包方戴总很高兴地来电，“李博士，最近项目销售情况大为好转，一个星期卖出60多套，工程款有望解决”。

听到戴总的讲述，笔者第一感不是欣慰款项有着落，而是警觉地提醒戴总，马上查一下这些房屋是卖给谁，立刻行动，千万不能耽搁。戴总听从笔者建议，当晚奔赴工地。星期二一早赶往房地产交易中心，了解到这60多套房屋都是网签给业主董事长刘总的侄子表兄等亲属。戴总这才感到情况不对，询问笔者怎样应对。

笔者向戴总解释，开发商向近亲属抛售房屋，目的不外乎两个方面：

（一）第一种目的：利用假按揭，套取银行的贷款资金。这是开发商常采取的一条融资途径。开发商与“购房者”（实为开发商的亲属、员工或其他所能控制的人）签订房屋买卖合同；购房首付款实际上由开发商筹措，银行贷款发放到开发商账户，日后的按揭贷款也由开发商代替“购房



者”偿还银行。这样一套操作下来，开发商获得了银行贷款，解决了资金短缺问题。

（二）第二种目的：转移资产，逃避债务。开发商偿还债务的主要资产是项目的未销售房屋。按照《最高人民法院关于建设工程价款优先受偿权问题的批复》第二条，“消费者交付购买商品房的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”。可见，已经出售的房屋，承包人只能望洋兴叹。

所以，不少开发商就是利用上述司法解释的规定，将房屋出售给自己人，办理网签手续，甚至做好“购房者”支付全部房款的银行手续。这样，一旦日后开发商不能付款，承包人起诉时，仅能查封未销售的房屋。对于开发商将房屋出售给他人，承包人哪怕是怀疑开发商与“购房者”串通，属于假销售，但是承包人不可能拿到他们串通的证据；而“购房者”很容易拿出房屋买卖合同、付款凭证。由于“购房者”所具有的证据优势，施工单位不可能要求法院撤销这份房屋买卖合同，不能拍卖这套“消费者”已付款的房屋来偿还债务。这就是假销售的赖债原理。

要分清开发商抛售房屋的目的，到底是筹措资金还是意欲逃避债务，关键是看开发商将筹得的资金派什么用场。如用于支付工程款或者本项目的其他建设费用，则其抛售房屋（哪怕是假按揭）的目的是善意的，可以接受；如将资金挪做他用甚至抽逃出走，则开发商的恶意明显，应及时采取措施。

听了笔者分析，戴总当即与其相熟的甲方财务部方经理联系，从侧面探听甲方抛售房屋的原因。方经理与戴总平素关系很好，却不过情面，在戴总再三请求下告知了内情。原来甲方董事长刘总偶尔到澳门小赌怡情，前不久赢了1700万，买了一部1300万元的跑车。这一次，一下子输掉了两个亿。赌场内“托儿”、“高利贷者”一应俱全，当时就让刘总签署了借款单据。现在他们拿着欠条，勒逼刘总还钱；高利贷的追索手段无所不用其极，刘总无奈之下只能抛售房屋，所得贷款全部归还赌债。

在获知甲方销售房屋的内情之后，总包方听从笔者的建议，当即决定提起诉讼，要求解除合同、结算工程款、主张优先权，并查封未销售的剩余房屋。从星期二下定决心，到星期五就将诉状及保全申请提交到法院。但就是这短短的三天时间，甲方又将房屋“买出去”20多套。等保全裁定生效时，查封到的房屋仅有100多套，当地的房价不高，查封房屋的价值比欠付工程款多不了多少。

没有正当理由，承建项目的销售业绩突然大幅度变化，通常是一个危险的信号。每个项目的房屋销售情况，施工企业可从当地房地局的官网上随时查看。

本案幸亏是措施及时，如果动作迟缓，更多房屋被销售一空，总承包方日后再起诉，甲方没有资产，拿到判决书不过是一纸空文。

三、业主方意欲将项目整体转让

这是业主逃债最恶劣的手段之一。业主拖欠工程款不付，而将在建工程全盘转让给他人，第三方付款之后，项目登记在第三方名下。日后承包人如想起诉第三方，第三方说，“我跟你没有合同，没有债务关系；而且我购买这个项目，支付了对价，转让款全部付清，没有义务再向你支付工程款”，法院不会判决第三方支付工程款。

承包人回过来再找原来的业主，业主说，“项目转让的钱，支付了土地款，清缴了税金，剩下的都被高利贷拿走了。项目做亏了，实在没办法”。一旦发生这种情况，承包人就算是打赢官司，原来的业主名下没有土地、没有房屋，项目转让款也可以马上转移掉，执行的结果可想而知。

前两年，我们在浦东就碰到这样的案例。承包人借款2700万元给业主，而且全垫资（订立合同

之初本所就提醒承包人，这样苛刻的项目不要去承接）。果不其然，在工程施工垫资近5000万元之后，业主仍然一分钱工程款都不支付，借款也分文未还。这年三月，业主拿出一份文件请承包人签署，文件意思是承包人同意业主将项目转让给第三方，业主并拍胸脯承诺拿到转让款之后就支付工程款。

承包人拿到这份文件，询问本所可否签署。笔者询问承包人：一，此前该业主数十次还款承诺、付款计划可曾兑现？二，如果业主收到转让款之后，仍不支付工程款，可有什么制约手段？承包人默然。

所幸承包人听从了笔者的建议，未盖章同意其转让，而是提起诉讼，查封了在建工程。目前，胜诉判决已经下达，法院认可了工程款优先权，厂房正在拍卖评估之中。其间，了解到业主方所谓的项目转让，不过是试图转让到老板儿子的公司名下，逃避债务的意图昭然若揭。一旦疏忽，让其转让成功，承包方极有可能血本无归。

四、第三方起诉业主

开发商为筹措资金，除银行正常贷款外，还可能向信托公司、基金公司、小贷公司甚至高利贷者借款。一旦房产销售不畅，开发商很难如期还本付息。

如果其他债权人（比如民间借贷）因开发商违约而提前起诉、提前采取保全措施，对施工单位就特别不利。因为民间借贷案件证据少，事情清楚，判决速度快，债权人拿到胜诉判决后可以立即申请执行。而施工单位与开发商的工程款纠纷案，涉及造价鉴定（司法审价），至少需要几个月甚至一年。若施工单位案件启动太慢，别人已经判决，申请执行将开发商的房屋都拍卖了，施工单位拿到胜诉判决也无可奈何。

所以一旦有其他债权人起诉业主（尤其是大标的案件），则切不可耽搁。我们在鄱阳湖边碰到的一个案例，“高利贷”通过银行以委托放贷方式借钱给开发商，并要求开发商将在建房屋进行抵押。其后，因开发商不能如期归还贷款，“高利贷”起诉开发商，查封在建工程。笔者获悉后，当即提醒施工单位，应马上起诉，要求解除合同、支付已完工程价款、并主张优先权。

审理过程中，因地方保护的关系，政府、法院对“高利贷”都很偏袒，承包方的工程款案件迟迟没有进展，而“高利贷”案件很快判决，工程也很快被拍卖。在法院有意将拍卖款支付给“高利贷”的紧急关头，承包人采取三个措施：

一、致函法院，因承包人在停工后半年之内起诉，依法享有建设工程的优先受偿权。因承包人的优先受偿权优于“高利贷”的抵押权，故法院应该在拍卖价款中，保留承包人的工程款优先权份额，不能分配给“高利贷”。

二、向人大及监察部门反映情况，避免当地法院违规操作，无视法律规定而径行将拍卖款支付给“高利贷”。

三、提请该工程的买受人与法院协调沟通，告知其若是法院将拍卖款项支付给“高利贷”，承包人的工程款若是没有着落，日后工程的移交必然不会顺利。

经过各方的努力，最终执行法官也没敢违规操作，保留了1700多万元（起诉金额）未分配。最终，承包方按照判决结果拿到了1300来万的工程款。

在该案中，因为高利贷者首先起诉、首先查封、而且拥有在建工程的抵押权，如果承包方没有及时起诉，丧失了工程优先权，再想从“高利贷”的虎口中夺食，谈何容易。没有法律的支持，承包人的利益何来保障。

五、业主方因自身决策机制，无望解决结算争议

五建公司承接某住宅项目。签订合同时，为节省报建费用等成本，听从业主建议，将工程造价曲意压低在1.7亿元左右，实际造价应该在2.65亿元以上，工程完工之后，加上变更签证等，结算总价达到3.1亿元。但由此也引发了业主方内部的矛盾。

业主方有四个股东，其中大股东是境外的基金公司，他们不理解国内有阴阳合同、有故意降低合同造价这种做法。按照大股东的理解，1.7亿的工程，增加10%哪怕是20%也不过是2亿元，不可能增加百分之七八十达到3个亿的造价。由此，大股东怀疑会否是负责操盘的国内小股东与施工单位恶意串通，故意抬高工程造价，从中私下返利而侵害大股东的利益，故而将小股东踢开，自行组织审价。但是，两个审价单位的结果都在两点几个亿，远远超出大股东的心理价位。大股东于是将两家审价单位都辞退，自己与施工单位协商，说我们只能给你2.1个亿，同意你就签字，不然你就等着吧。

施工单位与业主反复解释，不听，求情也没有用。咨询本所后，直接到中院起诉，并查封业主的土地、未销售房屋和账户。意想不到的，业主方因为内部分歧，销售款还没有转移走，冻结到账户上的现金1.02亿。这样一来，施工单位就比较主动，不然继续与业主扯皮，哪一年才有结果。

无独有偶，最近我们在外地碰到的另一个项目。国有资金建设，签约合同价压低到4200万元。结算送审价达9100万元。领导不干了，说你们造价增加1倍多，审计怎么能通过，上级怎样看我们的管理班子。施工单位估计的结算价应该在7200~7300万之间，投资监理初稿核减到6800万元（该初稿未给施工单位），领导根本不同意，给投资监理一根红线，最多在合同价基础上增加20%，不能超过5000万。投资监理秉承领导的“意旨”，经过一年多的磨蹭，终于拿出了第二稿，审核价才5030万元；其中，为了迎合领导的控制目标，投资监理只能睁眼说瞎话，明明白白的工程量他也不给计取。



施工方来咨询本所。笔者认为，国有企业领导不可能来为你担责任，而且一个领导说了话，其他领导不好表态。在这样情况下，要通过谈判增加2000多万，估计不大可能。还不如直接起诉，法院判决7000万还是7500万，他们按照判决书付款没有责任。可惜，施工方始终下不了决心，总想通过自己的努力来解决，一耽搁就是数年，每年的资金成本就是几百万元，还不知何日是尽头。

六、业主方可能先发制人、先行无理起诉我方

这是近年来新出现的一种恶劣的案例。在发包方拖欠工程款时，他并不是积极筹措资金，想方设法来支付工程款；而是不管有理无理，先告一状。案由五花八门，要求返还“超付款”、承担巨额的工期损失、赔偿修复费用等等。我们在南京碰到的一个案例，总承包方明明拖欠分包单位近千万工程款（总包自己审核的分包产值不含签证已达3970万，仅支付3200万），他还要起诉分包，要求分包返还所谓超付的400万元工程款。

不要小看这些案件，初看发包方似乎完全没有道理。但若是误认为发包方不过是想来“恶心”承包方，若如此想，故而对案件不大重视，极有可能遭受损失。发包方的意图有二：

（一）发包方恶意争抢管辖地，巧立名目在对发包方有利的法院提起诉讼，此时发包方容易做通法院的工作，对承包人不利。像前面的案例，工程明明在镇江，发包方故意在其本部南京起诉，南京法院居然受理，并按照发包方的要求冻结了分包账户上的300万元资金。

（二）很多的时候，法院偏向于同情原告方。法院认为，原告支付了诉讼费、律师费，他要是没有理由，他不会来起诉，所以多少会支持原告的诉请。

正因为恶人先告状，反而占便宜，所以愈来愈多的甲方无理地先行起诉。我们刚拿到判决的一个案件，明明村委会欠付数百万工程款，施工单位一直与其协调，恳请他们支付部分款项。不想村委会不付款反而先起诉，要求承包方返还400万元超付的工程款、再支付300万元的工期延误赔偿金。法院受原告的影响和蒙蔽，一审判决的结果对施工方不利。

这个案例，承包方也有不是。在多次谈判不成的情况下，承包方语出威胁之言，说再不付款，我们要起诉你。这样的话，讲了多次，又没有实际行动，徒然给了甲方从容布置、甚至倒打一耙的机会。

如要诉讼，何必放在口头上，直接行动即可。不动如山、动如雷霆。

七、拖欠工程款严重影响企业生产经营，企业自身面临生死存亡

许多企业对诉讼深有戒惧。有一家幕墙公司，前些年催讨工程款，通常是到业主那儿求求情，在款项上让一点，最多派民工上门闹一闹，多数情况下这些招法都有效，工程款多数可收回，企业还能过得去。但现在，类似的手段不灵了，你到业主那儿去赌门，他就报警；政府出面，最多付几十百把万对付民工，不能根本解决问题。外面的工程款几个亿收不回来，企业生存都难以为继，不得已，短短两三年内从四百多员工裁减到一百二三十人。

由于实在紧张，工资发放都成问题，企业打算对外融资来解决当前的困境。前不久，“朋友”介绍境外资金，可以贷款一亿元。企业将借款合同电邮过来，请本所审阅。看到资金方的合同文本，笔者为企业感到极度担心：

（一）贷款的实际年年利率高达近20%。借来1个亿，不说本金，利息每年就要2000万。时间长、用款金额大，企业得做多少个幕墙门窗工程，获得的净利润才能支撑利息？业主拖欠怎么办？业主会付给你20%的年息？还有上亿本金，两三年贷款期限内能还清吗？

(二) 资金方还要求以企业的全部股权和董事长的个人财产提供担保。合同条款也极为苛刻，一旦违约，动辄可以拍卖企业的股权或者董事长的房产。若然如此，企业（包括公司名下的生产基地、厂房、办公楼）全部易手给他人，董事长个人财产也可能被执行，半辈子的心血付诸流水。

正因高利贷的可怕，企业一旦“上船”，生死操控于人手，很难翻身过来。目前我们碰到太多的企业，包括几百个亿的大集团，倒在高利贷上。我们理解施工单位当前可能存在的困难，但是只要还有办法，都不建议借取这样的高息贷款。在承接工程、追讨欠款、节省成本等各方面动脑筋，都要比借高利贷好得多。

企业听了笔者的建议，停止了这笔借款。但是，对于采取诉讼催收欠款的建议，企业仍然犹豫。问其原因，董事长说，一辈子没有上过法庭；老打官司面子过不去，还担心人家说；前不久委托你们所起诉的两个案件，拿到判决书也执行不到，所以下不了决心。

笔者不好当面辩解。实际上这两个未能执行的案件，本身就是死案子。一个是厂房老板早已资不抵债；另一个是材料商，本就没什么财产，企业预付了货款，因对方产品不合格，起诉要求对方退还超付款项，肉包子进了狗肚子，哪里可能吐得出来（这里提醒一下，企业对外采购时，预付款的额度、付款时间、支付条件一定要控制，避免类似的损失）。但是，催款本就是最难的事情。没有百折不挠、愈挫愈奋的决心，要清收欠款谈何容易。何况两个小案子的失败，不等于向业主、向总包收款也不能执行。

由于企业的拖延，资金状况愈益困难，前不久甚至有多名员工因欠薪而聚众闹事的。至于说担心诉讼伤面子的事情，企业经营不下去、工资发不出、员工去上访，只怕后者对企业和老板的面子损伤得更大。眼见又要到年底了，笔者益发的为该企业担心。

八、业主长时间拖欠，没有任何解决措施

巨额工程款长时间不能回收，企业至少存在三个方面的风险：

（一）诉讼时效的问题

一般债权的时效是两年，超过两年不受法律保护。也就是说，从工程款应付之日起，超过两年没有追讨，将会丧失胜诉权利。很多管理人员对诉讼时效根本没有概念，只派人上门催讨，没有书面催款的证据，即有错过时效的危险。

长时间欠款，哪怕是真实的，还有一个法院采信的问题。曾有某企业，在2007年为承接工程缴纳了100万元的保证金，后工程并不存在，到2016年初才起诉。其间每隔一段时间都有催款函，对方也确认，诉讼时效还在。但是起诉后，法院根本不相信，怀疑双方是否串通逃避债务，对原告的证据审查特别严格，你们有欠条、有收条，有银行流水吗？你说拿现金分三次缴过去的，你有没有从银行取款的记录？你早知道这个项目不存在，缴纳保证金早就该退回，这些年你为什么不去起诉？法官从骨子内不相信这个保证金的事实，案件虽然还未判下来，法官的倾向已非常明显。

所以，过长的债务不积极主张，一旦法官认为偏离情理，再加上被告的抵赖，案件的难度就越发的加大。

（二）不能履行的问题

业主的资金不可能放在账户上几年不动。长时间拖欠之后，业主完全可能将款项开发新项目或挪做他用，以后打赢官司也拿不到钱。而且当初的管理人员，也可能离职、调任，等得三五年，业主方可能一个人也不认识了。所以，拖得愈久，解决的难度越大。

我们最近在淮北就碰到类似的问题。业主拖欠施工方800多万元。完工后，拖延三四年之久才去

起诉。法院的传票居然不能送达。了解情况之后才知道，原公司的办公室已搬迁，所以法院的传票无人签收。业主此前还委派一个人负责维修事项，现在维修管理人也找不到。

尤为可气的是，业主的老板在原项目的马路对面还开发建设另一个项目，有些人还是从原项目调到新项目，但是新项目以另外一个公司（独立法人）名义建设，与原来的公司表面上没有关联。承包方找上门与认识的管理人员沟通，希望他们转告原业主前来应诉，他们说与我们没有关系。最终法院只好准备公告送达。实际上原业主也清楚，由于项目的房屋已销售一空，公司也没有其他财产，即使法院判决他付款，他也没有钱可供执行，所以才有胆气置诉讼于不理。承包人收款的前景自然堪忧。

（三）业主逃债的问题

欠款时间久了，业主解套无望，就可能动歪脑筋。中国建筑在启东承接的一个项目，51幢别墅，还有一个会所。项目快完工时，因拖欠工程款，更无力筹措配套费，只好与各方协商停工。停工经年，业主方一直没有任何回应，本所多次提醒总包，没有动静不是好事，要当心一点，不行就起诉。总包回复，不担心，这个项目一套别墅都没卖出去，只有“假按揭”卖给亲戚朋友来套钱，剩下还有30多套房子在，有什么担心的？而且工地在我们手上，哪怕他转让，谁来接手都得找我们。“心中有数”的总包，没有听从起诉的建议。

一天早上，总包突然致电笔者，“李博士，糟了，业主跑了，51套别墅全部网签给他人。只留下一幢会所不能卖”。调查才知道，业主在一两个月之内，不动声色地将别墅网签给不同的自然人。根据前面的分析，我们知道，房屋销售给他人之后，承包人的优先权是不能对抗购房人的，也就是不能拍卖已销售的房屋来偿还工程款。房屋已销空，甲方账上自然不可能有现金，打赢官司恐怕也没指望；业主老板跑到境外或其他地方躲起来，也没法拘留他，所以我们近来碰到业主跑路的案件有好多起。

回过头来再谈本案。优柔寡断的总包，担心起诉业主无法执行，白白花费诉讼费、律师费、审价费，居然没有任何动作。律师提醒后面网签的几十套房屋，可能是假销售，购房者可能并没有支付房款，不是司法解释所保护的“已支付大部分购房款的消费者”，可以提请法院撤销其买卖合同。但是，总包仍然顾虑这样诉讼的难度太大，又担心白花钱，几年来一直到政府请愿、上访。可



是，法律上没有保障，政府能帮你解决吗？政府同情你，也不过是将当初缴纳的80来万农民工工资保证金拿出来给大家分。杯水车薪，又能解决什么问题？

一晃又是几年过去，事情没有任何进展。总包方付出了1.4亿元的直接成本，拿到工程款仅有1.08亿。几千万元宕在账上不说，几年来还一直派人看管工地，丢又不能丢，何日能解套不得而知。

贻误战机，太可惜了。

九、当企业遭到恶意侵害，诉讼可能是唯一出路

施工企业碰到恶意债务的情况可能出乎管理者的意料之外。比如：

（一）挂靠人私刻公章

可能有人认为，人家刻我公司的印章，我不知情，我也没有授权，凭什么要我公司承担责任。最高人民法院日前公布的一个案例，希望引起企业的重视。最高院明知挂靠人是私刻的公章，且明知挂靠人因为私刻公章被起诉并被判刑，但最高院还是判决挂靠人用这个公章对外签署的担保合同是有效的，要求被挂靠的企业承担担保责任；判决的依据是，挂靠人用这个私刻的公章除对外担保外，还用在到政府办理手续的文件上。

最高院的判例有示范作用，今后各地法院碰到类似的情形可能都会同样判决。这给施工企业带来极大的威胁，届时叫屈是没用的，“他刻章我也不知道，他在外面乱盖，我能掌控得了吗”？由此极有可能在企业意想不到的时候，给企业造成几百万甚至几千万的债务。（注：私刻公章及下文的内外勾结、恶意签单等情况，对施工企业的经营安全带来极大威胁。风险如何防范，笔者将另文撰述）

（二）项目经理内外勾结

这是一个真实案例。项目部对外租赁钢管扣件搭设脚手架。租赁站送来的钢管都由项目经理签收。按说，经理签单时贪一点也罢了。但是，这个经理“要干就干一票大的”，他总共签收的脚手架价值达2500多万元。租赁站拿2500多万元的单据来起诉，要求支付租金、返还材料。总包答辩说，这个项目所有建筑外墙全部满搭脚手架，钢管材料等价值不过也两三百万元，不可能达到10倍的金额，几千万的钢管，全部空地都搭满也用不了这么多，单据显然都是虚假的。

对方辩解，项目经理是你公司授权，他签字、我送货，送来的钢管，是你们丢失了、盗卖了、还是你们挪用到其他工地上，我管不了。如果你公司怀疑项目经理，你追究他的责任，与我无关。

法院也无法判断总包是不是将钢管用到其他工地，最终只能按照单据来判案。

（三）包工头恶意签单

包工头恶意对外签单，已成为施工行业难以解决的一个“毒瘤”。我们碰到一个案例，总包与业主结算价6200万元，已经支付给包工头5960万元，仅扣了一点税。谁知包工头竟然一走了之，留下大量的虚假债务；比如，他明明只欠付50万元工资，他签单给别人380万元；欠90万元的水泥款，他签署的欠条是600万元。大量的债务人持包工头签字的欠条来围堵、闹事，惊动政府来处理。政府一统计，全部债务居然还有6000多万元。

我们还碰到一个案例，包工头对外签署的债务竟超过三亿元，而地方法院居然全部采信这个包工头签署的欠条。

社会的险恶可见一斑。一旦发生这样的巨额恶意债务，由于现有法律体系的缺陷，施工单位希望有青天大人来维持正义，基本是奢望。法律讲证据，公道在人心而不在判决书上。一旦败诉，白白替人支付几百万几千万还遭他耻笑；如不付，对方可以查封你账户，可以要求建设单位协助执

行，懂法的建设单位就不敢将工程款继续支付给你承包方。

在此情况下，如果承包方公司没有钱、没有财产、也没有在建工程，不怕他执行也就罢了。但多数企业手上至少还有在建工程、还有应收工程款。债权人（不论是否恶意）拿到判决书，直接要求建设单位协助执行，将本应支付给你的工程款支付给他怎么办？

在此情况下，如建设单位配合还好（业主愿意配合时，如何办理手续，笔者将另文撰述）。若建设单位不配合，则诉讼几乎是唯一的出路。可由实际施工人以承包方为第一被告）、以建设单位为第二被告提起诉讼，并主张优先权，建设单位欠付承包方的工程款可以直接支付给实际施工人，由此规避承包方的工程款被不良债务人所执行、分配。至于具体操作的细节，限于篇幅，且听下回分解。

/后记/

谁挣钱都不容易，一旦工程款有闪失，几千万元的垫资收不回来，半辈子的心血可能化为乌有，故业主付款异常时不能不慎重。

孙子曰，“非利不动，非得不用，非危不战”。不是于国有利就不要采取军事行动，没有必胜的把握就不要用兵，不是处于危险境地就不要交战。古之良将对待战争的态度，可为今日的管理者所借鉴（上海元始律师事务所 李宗猛。转载时请注明出处）。

最高人民法院公告

《最高人民法院关于建设工程价款优先受偿权问题的批复》已于2002年6月11日由最高人民法院审判委员会第1225次会议通过。现予公布，自2002年6月27日起施行。

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内施行。

此复。

回 音 壁

□ 文 / 上海元始律师事务所 李宗猛律师

李博士:

看了您上期杂志介绍的项目经理胡乱签证的文章, 我司深有感触, 在现场管理中也曾碰到类似的问题。我司此前在南昌有一个项目, 项目经理给分包商签署了800多万元的签证, 而业主方仅同意我司不到300万元的变更款, 公司遭受了巨大的损失。

那么, 有什么办法来规避类似的问题, 可否请您提供一套签证管理制度来避免分包商钻空子并约束项目经理的胡作非为?

答复:

示范文本

签证价款是施工单位获取利润的最重要源泉。在利益驱动下, 少数企业通过不法手段, 内外串通, 坑害发包人利益的例子时有发生。

不可能每一个项目管理人员都是圣人。要杜绝乱签证所造成的利益输送, 六个方面的工作必不可少:

一、不可项目经理一人大权独揽。规定必须有两到三个工作人员同时签字才能生效, 相互制衡必不可少。

二、规定签证必须在变更事项决定之后14天内申报, 逾期视为放弃权利。“回忆录”式的签证不发生效力, 可避免事后有关事实无法查证而造成损失。

三、每月对签证进行汇总。不仅可有效掌握工程价款的变化情况, 更可避免工程完工甚至结算阶段大量补写签证的情况发生, 有效减少舞弊空间。

四、签证应对变更事项的责任、工程量等情况有清晰、准确的描述。

五、可约定签证价款以建设单位认可为前提。如建设单位不同意签证变更事项, 则总承包方亦不支付分包单位相应变更价款。

六、在签证的程序、权限、时效等方面, 应拟定一套严谨的管理制度, 并在订立分包合同时, 将相应管理制度作为合同附件一并装订, 这样的管理制度对分包单位具有约束力, 发生纠纷时可以作为依据。

以下是一份《工程签证管理制度》, 可供贵司参考。如果分包合同已经订立、且分包单位已经进场, 之前的合同中没有签证管理制度, 可将该制度以发函的方式送达分包人, 督促分包单位今后按照该制度实施。只要总承包方坚持, 一般分包单位只能接受该制度并按照该制度实施, 由此至少可以规避以后的风险。

上海大地建筑工程有限公司

二〇一六年五月三十一日

附件：

工程签证管理制度

为适应公司生产经营发展需要，进一步规范工程签证管理，保障公司及承包人的合法权益，特制定本制度。

一、在施工过程中因建设单位变更设计图纸、施工做法及其他不可归责于承包人原因，造成承包人工程施工成本增加，承包人认为需要在施工合同基础上增补价款的，承包人均须按照本制度的规定，向公司提交工程签证。

二、施工中承包人不得对原工程设计进行变更。因承包人擅自变更设计发生的费用和由此导致公司直接损失的，由承包人承担，延误的工期不予顺延。

三、承包人在施工中提出的合理化建议涉及到对设计图纸或施工组织设计的更改及对材料、设备的换用，须经公司事前书面同意。未经同意擅自更改或换用时，承包人承担由此发生的费用，并赔偿公司的有关损失，延误的工期不予顺延。

四、承包人在工程变更确定后14天内，向公司提交工程变更签证。承包人在双方确定变更后14天内不向公司提出工程变更签证的，视为该项变更不涉及合同价款的变更，由此产生的费用由承包人自行承担。

五、所有签证文件必须按照所属工程项目，逐一编号，且所有签证的编号必须连续。承包人的签证文件必须以书面形式，一式四份递交公司项目部，由项目部资料员签收。

六、所有签证必须由项目经理、项目部工程师以及公司本部预算员三个人同时签字才能生效。没有三个人同时签字的签证不发生效力。

所有签证变更价款以建设单位确认为前提，经建设单位同意的变更签证才能纳入结算。若建设单位拒绝公司有关签证变更价款的要求，则公司对承包人亦无任何补偿。

七、对于签证变更事项，结算原则如下：

- （一）合同中已有适用于变更工程的价格，按合同已有的价格变更合同价款；
- （二）合同中只有类似于变更工程的价格，可以参照类似价格变更合同价款；
- （三）合同中没有适用或类似于变更工程的价格，由承包人提出适当的变更价格，经公司确认后执行。

八、单张签证的价款不得大于单位工程造价的0.5%，累计签证的价款不得大于单位工程造价的10%，否则须由公司及承包人以补充协议的形式加以确认。

九、签证事项应符合下列要求

（一）主要应签明事件发生的原始情况。即签事实，不直接签解决结果；签状况（原始实际情况）不签量；签工作量不签消耗；签量不签价；签单价不签总价。上述要求，以前者优先，即同时均可时必须以前为有效，后者方式视作无效，无效视作未签证。

（二）表达清晰具体，如材料签证，注明规格、品种、质量、数量、产地/生产厂家，单价类型、供料方式、时间、地点等。工作量签证，须注明事由，明确责任，表述完整，能唯一地确定工作量。

十、除减少工程造价的签证外，签证变更价款待竣工结算时一并结算、支付。

十一、工程施工过程中，各承包人必须在每月月底之前，将本月所发生的全部签证汇总，并与公司进行核对。每月汇总时未提交的签证，待竣工结算时才提交，即使签证上有公司经办人员签字，亦视为虚假签证，公司将不予结算、不予支付。

十二、本制度自2016年6月1日起开始实施。公司对本制度有最终解释权和修改权。

建设工程价款优先受偿权疑难问题解答

□ 文 / 上海元始律师事务所 汇编

1、优先权保护的建筑工程价款范围如何界定？是否仅包括农民工工资？利润是否在优先受偿范围内？

【问】 我司承包的工程，法院判决我司工程款享有优先权。但是，业主进入破产程序之后，清算组工作人员告知我司，仅有农民工工资部分享有优先权。清算组的这一说法是否正确？

另外，最高人民法院《关于建设工程价款优先受偿权问题的批复》（以下简称《批复》）第3条规定，“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造成的损失”。实践中，对享有优先权保护的建筑工程价款不包括承包人因发包人违约造成的损失一项没有争议，但对于是否包括承包人的应得利润存在争议，请问，享有优先权保护的建筑工程价款范围应如何界定，是否包括承包人的应得利润？

【答】 关于享有优先权保护的建筑工程价款范围的界定，应结合《合同法》第286条和《批复》第3条加以确定。

住房和城乡建设部《建设工程施工发包与承包价格管理暂行规定》第5条规定，建设工程价款由成本（直接成本、间接成本）、利润（酬金）和税金构成。根据该条规定，一般来说，工程价款可分为四个部分：

一是直接成本，又称直接费，包括定额直接费、其他直接费、现场管理费和材料差价。其中，定额直接费又包括人工费、材料费和施工机构使用费三部分。

二是间接成本或称企业管理费，包括管理员工资、劳动保护费等十多项。

三是利润，由发包人按工程造价的差别利率计付给承包人。

四是税金，包括营业税、城市建设税、教育费附加税三种。

这四部分构成工程价款的整体，缺一不可。在实践中，建设工程价款的表现形式有工程估算价、设计概算价、施工图预算价、施工预算（概算）价和竣工结算价五种。《合同法》第286条中所称工程价款，如指已竣工工程，应指竣工结算价。未竣工工程则应以施工预算价为基础进行评估确定工程价款。《合同法》第286条的立法精神是保护建筑施工企业被拖欠的工程款，主要是工人的工资、材料费机械费等有关投入、承包人的管理费和正常的利润。利润是工程价款的重要组成部分，显然应享有优先受偿权。

《批复》第3条则实际上解决了实践中的两个疑问：一是承包人垫资款是否享有优先受偿权；二是承包人因发包人违约造成的损失是否享有优先受偿权。《批复》尊重现实，将垫资款纳入承包人的优先受偿权的范围，明确规定建筑工程价款包括承包人为建设工程应当支付的材料款等实际支出



的费用。同时将承包人因发包人违约造成的损失予以排除。

综上，享有优先保护的建设工程价款的范围可以界定为，如指已竣工工程，应指竣工结算价，未竣工工程则应以施工预算价为基础进行评估确定工程价款，所以优先受偿范围并非仅指农民工工资。同时，还包含承包人的正常利润，也包括承包人的垫资款，但不包括承包人因发包人违约造成的损失。

2、施工人在建设工程施工合同无效的情况下是否还享有工程价款优先受偿权？工程无法如期竣工的情况下工程价款优先受偿权的法定期间如何认定？

【问】建设工程施工合同被认定无效，施工人还能不能依据合同法第二百八十六条之规定，主张工程款的优先权？在工程因多次停工而无法如期竣工的情况下，发包人有关施工人行使优先权超过六个月的法定期限的抗辩理由能否得到支持？

【答】工程款优先权是合同法第二百八十六条赋予建设工程施工人的一项法定优先权，目的是保障施工人能够及时取得工程款。建设工程施工合同被认定无效，并非排除适用合同法第二百八十六条的条件。只要工程款数额能够确定且不违反法律规定，施工人的优先权即受法律保护。发包人以建设工程施工合同无效为由，主张施工人对工程款不享有优先权的观点不能成立。

发包人以施工人行使优先权有六个月的法定期间，应当从合同约定的工程竣工时间起算，但以施工人起诉时已经超过了六个月为由，主张其行使优先权因超过法定期限而不应得到支持的观点，并非在任何情况下都能够成立。因为，按照这种观点，如果由于工程多次停工，超过原约定竣工时间六个月才竣工或者至发生争议时尚未竣工，则施工人即不问原因地丧失对工程款的优先受偿权，明显与合同法第二百八十六条的规定相悖。故对于此种主张，人民法院不应予以支持。

3、建设工程优先受偿权的行使是否以工程竣工为条件？

【答】建设工程优先受偿权的行使不以建设工程是否竣工为限。建设工程价款的优先受偿权是以发包人欠付工程款为前提的，所以即使工程未竣工，只要发包人有欠付工程款的事实，承包人就可以依照法律规定的程序主张工程款优先受偿权。这样理解，有利于保护农民工的利益，也符合立法本意。但是如果因承包人自身原因导致施工质量不合格或工程进度未按约定完成的，就无权要求发包人支付工程款，相应地其也不能行使工程价款的优先受偿权。

4、烂尾工程是否享有优先权？如有，承包人行使工程款优先受偿权除斥期间的起算点？

【答】最高人民法院2011年《全国民事审判工作会议纪要》（法办[2011]42号）第26条规定，“非因承包人的原因，建设工程未能在约定期间内竣工，承包人依据合同法第二百八十六条规定享有的优先受偿权不受影响；承包人行使优先受偿权的期限为六个月，自建设工程合同约定的竣工之日起计算；建设工程合同未约定竣工日期，或者由于发包人的原因，合同解除或终止履行时已经超出合同约定的竣工日期的，承包人行使优先受偿权的期限自合同解除或终止履行之日起计算”。

故烂尾工程仍享有优先权。优先权的6个月期限，应该从工程停工之日（终止履行之日）开始计算。建设工程之所以烂尾，多数情况系建设单位资金短缺所造成，工程款的优先权就显得尤为至关重要。故在工程停工烂尾之后，不可以不闻不问，而应及时采取法律手段，避免优先权丧失而造成血本无归的结果。

5、土地是否为建设工程优先受偿权的客体？

【答】土地不是优先受偿权的客体。在我国实行“房地一体主义”，如果承包人行使工程款的优先受偿权，对这个在建工程进行拍卖的话，房地是一体拍卖的，地和房子拍卖的全部款项是不是都可以作为承包人工程款的补偿，保证其受偿的范围。这是在司法实践中比较常见的问题。要对这一问题作出准确的回答，我们必须结合合同法第二百八十六条的立法目的以及建设工程优先受偿权的性质来进行考察。建设工程优先受偿权是法定优先权。合同法第二百八十六条规定的原因在于，承包方在整个建设的过程当中，承包人的建筑材料和劳动力已经物化在建工程当中，它的所有的投入就转化为在建工程，他的投入在权利的标的物当中，在物的所有权的转化中转化为在建工程，已经和在建工程不可分离了，因为这个原因，所以基于所有权的转化方式对在建工程享有优先受偿的权利。作为土地来讲，是建设工程的一个载体，但是对于土地这一部分，承包方没有任何的投入，或者说承包方的建筑材料也好，劳动力也好，并没有物化在土地上，从这个角度来讲，从立法的背景和出发点来看，土地不应该作为建设工程优先受偿权的客体。



【批注】

需要注意由此产生的一个问题是，由于建筑物拍卖时，是房、地一体拍卖，由于银行对抵押的土地拍卖价款有优先权，而施工企业仅对建筑物本身的拍卖价款有优先权。那么，如何评估土地价格、如何评估不含土地的房屋价值，就变得十分关键。我们碰到过多起案例，在银行方面的操纵

下，评估公司有意抬高土地的评估价、压低建筑物的评估价。拍卖之后，在切分拍卖价款时，因土地评估价高，银行方面清偿的数额多；而施工单位仅在建筑物本身的拍卖价款内享有优先权，分得的价款就相应被压低。

因此，在拍卖过程中，承包人应做好法院、评估公司的工作，也要准备好相应证据，比如相邻地块在近些年的土地成交价等，避免人为干扰而造成利益受损。

6、建设工程优先受偿权的行使是否受合同效力的影响？

【答】建设工程的优先受偿权的行使是否受合同效力的影响，这一问题理论界存在很大争议。一种观点认为，根据担保物权的权利特性来看，建筑工程款优先受偿权作为担保物权之一种，仍然具有对主债权——建设工程款的依附性，建筑工程款是否依法存在决定了该优先受偿权的存在与否。若建筑施工合同无效，发包方应当支付工程款的约定也应无效。虽然承包人付出了相应的劳动，应当获得相应的报酬，否则有违民法的公平观念；但施工合同无效后，承包人获得报酬的权利性质发生了改变，不再是依据合同享有的约定之债，而成为依法享有的获得损失赔偿的权利，该项权利是法定的权利。就建筑工程款优先受偿权的立法目的而言，是法律为了保障承包人约定债权的实现而设置的担保物权，施工合同无效后，承包人约定债权亦不存在，对约定债权担保的优先受偿权亦不应当继续存在；另一种观点认为，建设工程施工合同无效，但工程质量合格的，承包人可以依照建设工程施工合同纠纷司法解释第二条的规定，主张工程款，故其当然享有工程价款优先受偿权。笔者认为，建设工程施工合同无效，不应影响优先受偿权的行使。建筑工程款优先受偿权的立法目的是保护劳动者的利益。因为在发包人拖欠承包人的工程款中，有相当部分是承包人应当支付给工人的工资和其他劳务费用。根据最高人民法院批复第三条的规定，建筑工程款包括了承包人为建设工程应当支付的工作人员的报酬、材料款等实际支付的费用。在无效建筑工程合同中，上述有关费用也已实际发生，应当由发包人予以支付。结合其立法目的来看，我们认为，即使合同无效，该笔费用亦应享有优先受偿权。※



专家解惑

□ 文 / 上海元始律师事务所 汇编

1、对依法必须进行招标的建设工程项目，如果在履行法定招标投标程序之前，招标人即与投标人签订了建设工程施工合同，应当如何认定该合同的效力？

【答】我国招标投标法第43条规定：“在确定中标人前，招标人不得与投标人就投标价格、投标方案等实质性内容进行谈判”。该规定对实现我国招标投标法的立法目的，即规范招标投标活动，保护国家利益、社会公共利益和招标投标活动当事人的合法权益，保证项目质量具有重要意义。相比较“在确定中标人前，招标人不得与投标人就投标价格、投标方案等实质性内容进行谈判”，在进行招标投标之前就在实质上先行确定了工程承包人，是对我国招标投标法更为严重的违反。举轻以明重，应当认定当事人的行为违反了法律强制性规定中的效力性规定，故该建设工程施工合同应为无效。

2、工人在农村建房过程中受伤，由谁承担赔偿责任？

甲要建造农村自居房屋，交由乙施工，并和乙谈妥了施工费用。后乙找来水泥工丙等5人具体负责施工，约定按日计工钱。后丙在施工过程中因缺乏安全措施，不慎从房顶摔下致死。对于丙，由谁承担赔偿责任？

【答】首先，作为水泥工，丙是乙找来的，工钱是和乙协商，也约定由乙支付，因此，双方之间成立雇佣关系和劳务关系。乙为雇主，接受劳务，丙为佣工，提供劳务。依据侵权责任法第三十五条规定，“个人之间形成劳务关系，提供劳务一方因劳务造成他人损害的，由接受劳务一方承担侵权责任。提供劳务一方因劳务自己受到损害的，根据双方各自的过错承担相应的责任。”丙是因劳务受到损害，故乙应对丙所受损害承担赔偿责任，若丙自身在此过程中存有过错，适用过错相抵原则。

其次，甲是房主，将建房工程交由乙施工，成立发包和承包的关系。丙是因缺乏安全措施从高处摔下致死，为安全生产事故。依据人身损害赔偿司法解释第十一条第二款规定，“雇员在从事雇佣活动中因安全生产事故遭受人身损害，发包人、分包人知道或者应当知道接受发包或者分包业务的雇主没有相应资质或者安全生产条件的，应当与雇主承担连带赔偿责任。”乙作为个人，不可能拥有建筑施工企业资质；对于农村建筑，即使不需要施工人具备相应资质，也应有相应的安全生产条件。甲作为房主，应该对承包人的资质或安全生产条件予以审查。若甲明知或应知乙无相应资质或安全生产条件而仍然交由其承包，则应与乙承担连带赔偿责任。

3、二审期间上诉人以双方当事人达成和解协议为由撤回上诉，后未履行和解协议，是否执行一审判决？

【答】和解协议是双方当事人为了实现自己利益的最大化所达成的协议，是当事人双方通过诉讼外的途径创设的新的权利义务关系的协议。从实体法角度而言，和解协议的达成，实质变动了一审判决所确定的实体内容，这是和解协议所带来的不争之客观结果，其性质与调解协议有所不同。二审期间双方当事人达成和解协议后，和解协议为双方当事人对于自己实体权利义务的处分，其已经替代了一审判决中确定的当事人的权利义务。因此，上诉人撤回上诉，一审判决并不生效，在此种情况下，并不能执行一审判决。如果一方当事人不履行和解协议，另一方可以以和解协议为依据，提起一新的诉讼。



【提示】

和解协议没有强制执行力。故如果施工方起诉发包方，即使双方达成和解，也不要轻易撤诉，而是应当由法院制作调解协议。日后，如果发包方不履行协议，可以直接依照调解协议向法院申请强制执行。“和解协议”与“调解协议”，一字之差，法律后果迥然不同。

4、作为出卖人的房地产开发企业在其未取得商品房预售许可证之前与买受人签订的《商品房认购书》是否有效？

【答】鉴于商品房预售的特殊性，我国法律、行政法规对商品房预售实行行政许可的监管制度。城市房地产管理法第四十五条、《城市房地产开发经营管理条例》第二十三条均明确规定，商品房预售应当取得商品房预售许可证。这就表明我国的商品房预售具有较强的国家干预性。《最高人民法院关于审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》第二条也规定，出卖人未取得商品房预售许可证明，与买受人订立的商品房预售合同，应当认定无效，但是在起诉前取得商品房预售许可证明的，可以认定有效。由上可见，无论是立法、行政法规，还是司法解释，预售许可



证明均是针对商品房预售行为所作出的强制性规定。

而《商品房认购书》作为一个独立的合同形式，从其订立的目的、约定的内容来看，通常是将来双方当事人订立确定性的正式的商品房买卖合同达成的书面允诺，其目的就是通过订立合同来约束双方当事人承担在将来订立正式商品房买卖合同的义务。与作为本约合同的商品房买卖合同相对应，《商品房认购书》即为预约合同。预约合同只是双方当事人承诺在约定的期限内订立确定性合同即本约的预备性协议，不得因此认定本约已正式订立。预约合同一方当事人仅可以请求对方当事人履行订立本约的义务，不能请求履行本约的内容。预约合同一般表现为认购书、订购书、预订书、意向书、允诺书、备忘录、谈判纪要、定金收据等多种形式。

既然作为预约合同的《商品房认购书》是出卖人和买受人双方为将来订立作为本约合同的《商品房买卖合同》所做的承诺，而非正式的商品房预售行为，作为法定的商品房预售行为强制性前提条件的商品房预售许可证明就不应认定为出卖人订立预约合同的前提条件。未取得商品房预售许可证前签订的《商品房认购书》等预约合同均为有效。

5、应如何认定解除合同通知的效力

建设方拖欠施工方巨额工程款，反而以工期延误为由，向承包方发出解除合同通知。对建设方发出的解除合同通知，存在两种不同意见：

第一种意见认为，当事人根据合同法第九十六条的规定通知对方要求解除合同，必须具备合同法第九十三条规定的约定解除条件或者第九十四条规定的法定解除条件，否则，即使解除通知到达对方也不产生解除的效力。第二种意见认为，只要解除合同通知到达对方且没有在约定或者法定的异议期3个月内提起异议之诉，就发生解除的效力，而不论其是否符合约定或者法定的解除条件。请问对此应如何认定？

【答】上述问题应结合合同法相关规定、立法目的和法理来认定。首先，从相关立法条文看，解除合同是有条件的，不能任意解除。合同法第九十六条规定：“当事人一方依照本法第九十三条第二款、第九十四条的规定主张解除合同的，应当通知对方。”该法第九十三条第二款规定了当事人约定解除合同的条件，第九十四条规定了法定解除合同的条件。无论约定解除合同或者法定解除合同，都必须符合这两个条件。否则，合同不能解除。符合该法第九十三条第二款和第九十四条是行使合同解除权的实质性要件，“通知对方”是当事人取得合同解除权之后的形式要件，二者缺一不可。第二，从合同法的立法目的看，任意解除合同违背合同法的精神。合同法的立法目的是尽量使合同有效，促进交易安全。合同解除是以合同生效为前提的。合同一旦生效，就像法律一样对缔约双方均产生约束力，任何一方违反合同将承担违约责任。如果缔约方可以任意解除合同，将使合同目的无法实现，破坏了合同的合法性和严肃性，严重影响经济发展和社会秩序。第三，从法理上看，合同守约方因相对方违约而取得合同解除权，从而限制了合同解除权的滥用，保护了守约方的利益。合同解除的后果是终止合同，缔约双方的合同权利义务归于消灭，没有履行的部分不再履行。如果按照上述第二种意见，违约方也可以任意解除合同，将会造成合同双方权利义务的失衡。

综上，我们同意第一种意见。认定合同解除通知的效力，要看合同解除的要件是否具备，既要符合合同法第九十三条第二款、第九十四条规定的实质性要件，又要符合通知合同相对人这一形式要件。在此基础上，如果当事人约定了异议期，异议期内对方当事人未向法院提出异议，或者当事人对合同解除没有约定异议期，在解除合同通知到达之日起3个月内不向法院提出异议，应当认定合同解除通知有效。



6、工程造价鉴定取费标准变化时，是否仍按原约定下浮率对工程造价鉴定结果进行下浮？

天娱公司（甲方）与飞翔公司（乙方）签订《建设工程合同》，约定由飞翔公司垫资承建天娱公司所开发的房地产项目，合同同时约定，涉案工程取费标准为按二类工程取费，按不含税总造价（安装主材除外）对商铺、住宅分别下浮2.29%和1.44%。后因工程款给付问题，飞翔公司将天娱公司诉至法院。经查，鉴定机构对涉案工程进行鉴定时并未采用合同约定的二类工程取费标准，而是采用当地最新实施的建筑工程综合定额标准。庭审中，双方对工程造价鉴定结果是否下浮问题发生争议。飞翔公司认为鉴定机构鉴定时的取费标准已与原合同的约定不符，故不对鉴定结果再按约定下浮，该观点，能否得到支持？

【答】关于涉案工程款是否计算下浮率的问题。根据双方签订的《建设工程合同》约定，涉案工程取费标准为按二类工程取费，按不含税总造价(安装主材除外)下浮2.29%(商铺)和1.44%(住宅楼)。一般而言，工程取费标准越高，工程款结算金额就越多，施工方最终可得利益也就越大。因此，在建设工程施工合同法律关系中，施工方往往倾向于约定较高的取费标准。对此，建设方则通过与施工方约定一个工程价款的下浮率来降低应付工程款的数额。可见，在同一份建设工程施工合同中，下浮率多少与取费标准高低直接相关。一般来说，取费标准越高，下浮率就越高。而涉案工程造价鉴定是按新施行的建筑工程综合定额取费，而没有按合同约定的二类工程取费。从本案情况来看，与二类工程取费相比，按照建筑工程综合定额取费，工程造价已经大幅下降，故不存在让利的问题。如果改变二类工程取费的标准，则之前约定的下浮率也失去了计价基础。进而，原合同中关于下浮率的约定已不再适用。

另外，建设工程造价下浮率的确定，需要施工方明确表示同意。对建设方而言，下浮率意味着施工方在工程造价基础上少收建设方一定比例的工程款。既然按下浮率计算工程款将使施工方可得收入减少，那么工程款是否下浮以及下浮多少比例都因与施工方切身利益相关而必须经施工方明确同意。在涉案工程造价鉴定不按照二类工程标准取费后，原合同中约定的下浮率已失去计价基础。此时，如果还要对工程造价进行下浮，则应由当事人另行约定下浮率标准且该标准须取得各方一致同意。※

以故喻今

□文 / 上海元始律师事务所 李宗猛律师

/ 典源 /

太史慈，字子义，东莱黄人也。少好学，任郡奏曹吏。会郡与州有隙，曲直未分，以先闻者为善。时州章已去，郡守恐后之，求可使者。慈年二十一，以选行，晨夜取道，到洛阳，诣公车门，见州吏始欲求通。慈问曰：“君欲通章耶？”吏曰：“然。”问：“章安在？”曰：“车上。”慈曰：“章题署得无误耶？取来视之。”吏殊不知其东莱人也，因为取章，慈已先怀刀，便截败之。

吏踊跃大呼，言“人坏我章”！慈将至车间，与语曰：“向使君不以章相与，吾亦无因得败之，是为吉凶祸福等耳，吾不独受此罪。岂若默然俱出去，可以存易亡，无事俱就刑辟。”吏言：“君为郡败吾章，已得如意，欲复亡为？”慈答曰：“初受郡遣，但来视章通与未耳。吾用意太过，乃相败章。今还，亦恐以此见谴怒，故俱欲去尔。”吏然慈言，即日俱去。慈既与出城，因遁还通郡章。

州家闻之，更遣吏通章，有司以格章之故不复见理，州受其短。

/ 意译 /

太史慈字子义，是东莱郡黄县人。年轻时好学，任东莱郡奏曹吏。适逢东莱郡太守和州府闹矛盾。朝廷对地方上发生争端的是非曲直难以判断，通常认为先来上告的一方是有道理的。当时州里的奏章已经送出去，东莱太守担心自己落后给州府，便寻求可以上送奏章的人。太史慈当年二十一岁，因此被郡太守选上，他昼夜赶路，一到洛阳便赶往有司衙门，恰巧碰到州里派来送奏章的小吏正准备请求通报。太史慈问州吏说：“你要通报奏章吗？”州吏答道：“是的。”太史慈问：“奏章在哪里？”州吏说：“在车上。”太史慈说：



“奏章的落款该不会有错吧？拿来让我看看。”州吏丝毫不知道太史慈是东莱郡派来的人，于是给他拿来了奏章。太史慈事先在怀中藏了一把刀，当即就把州里的奏章砍坏了。

州吏急得跳了起来，大声呼叫：“有人损坏了我的奏章！”太史慈把他带到车与车之间的空地，对他说：“假如刚才你不把奏章给我，我也没有机会弄坏它，现在我们两人的责任是等同的，我不会独自承担罪名。不如我们俩一起悄悄逃走吧，这样才能保存性命，免于死亡，否则就会一起遭受死刑。”州吏说：“你为了郡太守毁坏我的奏章，已经到达目的了，为什么还要逃走呢？”太史慈答道：“我当初受太守的派遣，只是来看看州里的奏章送到朝廷没有罢了。我用计太过分了，才弄坏了你的奏章。如果现在我回去，也担心遭到谴责，因此想和你一起逃走。”州吏觉得太史慈讲得对，当天便和太史慈一起逃走了。两人一同出城后，太史慈借机偷偷返回送上自己郡的奏章。

州府听说这件事后，又重新派出一个小吏去送奏章，但主管部门以奏章格式不合而不再受理，州府因此吃了亏。

/ 反 思 /

古时交通不便，也没有微信、电邮来联系。地方衙门扯皮，朝廷若是派人去调查，快马来回至少三五个月，经费上也不允许，于是就推出了这样一个判断标准，谁先来上告谁就有道理。

不能说朝廷诸公的做法完全是胡来，“你既然来上告，你就是受委屈的一方。你受到了不公正的待遇，朝廷当然得支持你一把”。

可能有人认为，当今天朝依法治国，断然不会如此来判案。殊不知法官大人也是日理千机，他不知道纠纷的来龙去脉，也不可能将案件细节都弄清楚，想当然地会认为，“原告既然提起诉讼，花了诉讼费、律师费，他的请求多少会有一些道理，不然他不会花这个精力”。先入为主之下，法官对原告一方自然有所倾斜，先起诉一方自然大占优势。

近年来，工程欠款方面的纠纷日益增多，不诚信的赖账之人也知晓先告状占便宜的窍门。明明他们拖欠我方的工程款，也动辄向法院起诉，要求我方承担延期损失、赔偿修复费用；甚至有一家单位，中间审核的进度款（不含签证）即达3900万元，仅支付3200万元，欠付近千万元款项，他也到法院起诉，要求我方返还所谓超付的400万元款项，并查封我方的账户。有理无理，先告一状，给施工单位带来无穷的烦恼，应对稍有不当还会造成巨额损失。

为防恶人先告状，在业主拖欠工程款时，施工企业应有一根警惕之弦。业主欠款，是一时确有困难，还是有钱不付或者将款项挪作他用？业主过往的信誉如何，其老板讲话是否算数？该企业之前是否热衷于诉讼？诸事了解清楚了，再采取相应的策略。如业主方确无诚意，通过谈判不可能解决问题，应该考虑先发制人，径行起诉。

如决定诉诸法庭，也要雷厉风行，立即采取措施。不宜首鼠两端，犹疑不决，更不应将我方打算起诉的想法告知对方，让对方从容布置，致使我方陷入被动挨打的局面。有备则制人，无备则制于人。废兵招寇，亡战必危。（上海元始律师事务所 李宗猛博士）

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2016年9月，文中姓名、企业、单位均为化名。本刊所有署名文章均由本所《建筑法苑》编辑部独立撰稿，所有新闻资料均由编辑部汇编，上海元始律师事务所《建筑法苑》编辑部依法享有并保留所有版权。

诚然，我们在编撰本刊时，尽最大努力保证内容的准确和翔实。但是，工程实践中的情况千差万别，案情的细微差别、看似无关的证据缺失等，均可能对案件走向产生影响。因此，本刊所涉及观点并不能替代正式法律咨询和意见；发生争议时，不可简单参照本刊处理纷争。对具体问题，还是应该做具体的分析，必要时听取专业人员的意见。

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。

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.yslawPrm.cn

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