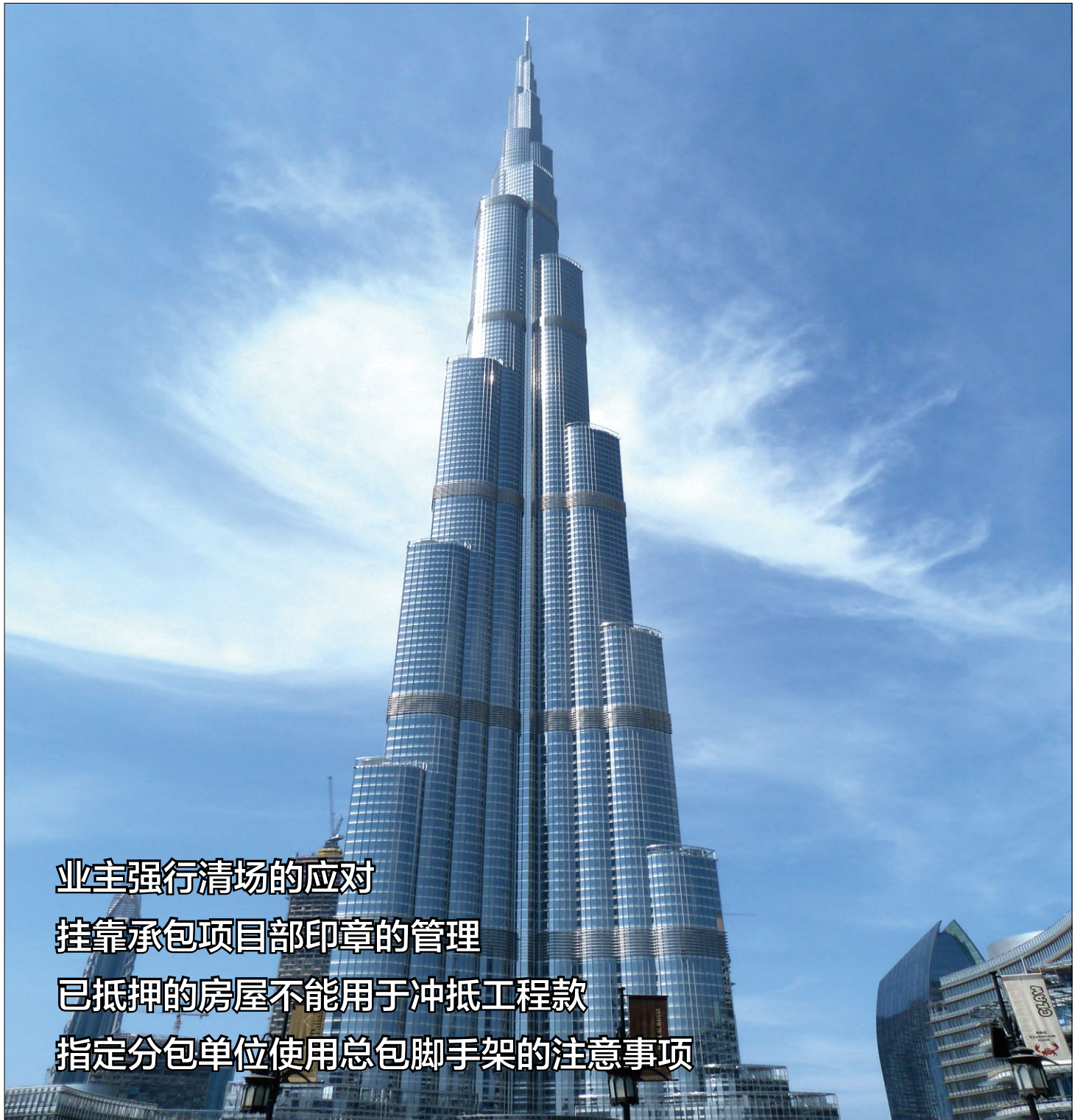


建筑法苑

施工企业篇

上海元始律师事务所主办

2017年第1期 总第24期



业主强行清场的应对

挂靠承包项目部印章的管理

已抵押的房屋不能用于冲抵工程款

指定分包单位使用总包脚手架的注意事项

工程建设领域的专业律师事务所

上海元始律师事务所

■ 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》

2017年第1期 总第24期

目录

CONTENTS

施工企业篇

1. 已抵押的房屋不能接受用于冲抵工程款	01
2. 业主强行清场的应对	03
3. 挂靠承包时项目部印章的管理	05
4. 建设单位指定分包单位使用总包脚手架的注意事项	09
5. 专家解惑	13
6. 劳动人事	18
7. 民事诉讼程序问题汇总	21
8. 公司法务	25
9. 住建部正式取消园林资质	29
10. 面向施工企业的法律服务	30



/ 案例警示 /

已抵押的房屋不能接受用于冲抵工程款

□ 文 / 上海元始律师事务所 李宗猛律师

【案情】



业主上海秀淼置业有限公司委托三建公司承担工程总承包施工任务。工程完工后，业主提出用商铺冲抵部分工程款。三建公司虽不大愿意接受，但是扭不过业主要求，而且业主当时可能确实没有钱，拿到一些商铺，总比什么都没有要好，无奈答应了业主要求。

《抵款协议》签署之后，三建公司顺利拿到了房屋钥匙，装修之后对外出租。多年来收取房租，一直都很顺利。

其间，三建公司也曾多次向业主提议，要求业主将房屋过户至三建公司名下。业主说，房屋因为抵押给基金公司，一时不能过户。三建公司虽感到稍有意料，但由于毕竟拿到了房屋，也没有特别在意。

一晃四年过去了。这天，商铺门口突然贴上了法院的公告，称由于房地产商（秀淼公司）拖欠基金公司款项，要求拍卖该商铺。三建公司一下子懵了，明明是业主冲抵工程款的房屋，怎么可能被法院拍卖呢？

着急的三建公司，赶紧咨询律师，随即向法院提出了执行异议，声称自己是系争房屋的实际所有人，要求停止拍卖系争房屋。

法院认为，系争房产登记的产权人为被执行人秀淼置业公司。案外人购买房屋之时明知系争房屋已设立抵押，其应当知晓购买房屋存在不能办理产权转移登记的风险。申请执行人系抵押权人，依法享有法律规定的优先受偿权。由于被执行人未履行法律文书确定的付款义务，根据申请执行人的申请，本院依法采取执行措施，拍卖被执行人秀淼置业公司名下系争房产，以清偿债务，本院执行措施并无不当。遂驳回三建公司的请求，坚持将系争房屋进行拍卖，清偿房产公司欠付基金公司的借款。

【回顾与反思】



《物权法》第九条规定，“不动产物权的设立、变更、转让和消灭，经依法登记，发生法律效力；未经登记，不发生效力”。三建公司虽然拿到房屋钥匙，进行装修，并对外出租数年之久。但是，该房屋登记在房产公司名下，所有权就属于房产公司；尤其是在三建公司与业主签订《抵款协议》之前，业主即将该房屋抵押给基金公司。所以，法院的裁定并无过错。

所以，从本案中，施工单位应该吸取的教训有：

一、可以接受业主以房屋冲抵工程款，但是抵款的房屋必须是干净的，没有抵押、被查封或者其他权利限制。至于房屋的有关情况，是否有抵押，是否被查封等，完全可以在签订《抵款协议》之前，去房地产交易中心调查清楚。

二、拿到房屋不等于取得了房屋的所有权。即使业主已经将房屋交付给施工单位（或者指定的买受人），仍应敦促业主办妥过户手续，将产权证办至自己名下。任何拖延办理的理由皆不能接受。曾有某施工企业以5套房屋冲抵了工程款，业主称因不能缴纳维修基金，导致无法过户；施工企业因为相信业主，近10年时间内也未过问产证事宜，其后无意中发现业主已经将这五套抵款的房屋，抵押给银行申请了1600万元的贷款。

可能有人认为，如果业主抵款的房屋被拍卖，那么相当于当初《抵款协议》未能履行，业主还是负有支付施工单位工程款的义务，可以继续向业主追索。这种说法，理论是没有错，问题在于此时业主的房屋多少已经全部出售完毕，账户上也不可能留下现金；施工单位重新起诉业主，即使判决胜诉，又如何拿到执行款项？风险即在于此。

【后记】



笔者正在写这篇文章的时候，突然有一个客户来电话，告知业主抵偿工程款的19套房屋，被其他法院所查封。

笔者清楚当初抵房的经过。项目在苏北。工程结算后，业主因资金困难，提出用20套房屋冲抵1300余万元工程款，双方签署了《抵款协议》，并由业主及施工单位指定的房屋买受人网签了房屋买卖合同。但是，双方并没有办理过户手续，因为施工单位的本意并不是拿到房屋，而是想委托业主继续出售，拿到销售款再转给施工单位；若是过户，担心二手房不好卖，而且两次过户，税费也增加。《抵款协议》签署至今，仅对外销售了1套；剩余的19套房屋，虽然经过网签，但还是登记在业主名下，不想此次被其他法院查封，凭空生出波折。

除房屋的买卖必须登记过户之外，房屋的抵押同样必须登记才能生效。曾有施工单位老板，将600万元出借给朋友，双方在《借款协议》上写明以朋友的3个商铺作为抵押。其后，朋友欠款不还，起诉时才发现朋友名下的三个商铺都已经转让给他人了。还有施工企业，在《承包协议》上写明，让包工头以自有房屋作为履行协议的担保，但没有办理房屋抵押手续，最终包工头拖欠款项一走了之，要追偿包工头的时候发现，承诺作为履约担保的房屋也已转让。所以说，用房屋作为担保、抵押，必须在房地产交易中心办理抵押登记，才真正具有效力，否则就是一纸空文。因为对有关规则的不熟悉或者疏忽而吃亏的案例太多了。



/ 回音壁 /

业主方意欲强行清场的处理

□ 文 / 上海元始律师事务所 李宗猛律师

 上海元始律师事务所
 SHANGHAI YUANSHI LAW FIRM

【问题】



李博士：昨日我司收到监理单位的《监理通知单》，称目前需会同建设单位、代理公司、施工单位、监理单位对现场实际工程量进行核对并影像留存，要求我司在4月10日前与监理联系，逾期不到将会同其他方进行计量。

业主方与我司目前关系比较紧张，意图对现场工程量确认之后，将我司清退出场。请问，对这样函件该如何回复？有哪些注意事项？

【答复】



施工单位当然不可能听从业主的意见，主动退场交出施工场地。双方既然产生纠纷，肯定存在许多争议事项，若是轻易将施工场地交付给业主，日后扯皮时没有与业主讨价还价的筹码。人为刀俎，我为鱼肉，施工单位的利益何来保证。

施工单位也不能轻易接受业主的意见，根据监理单位的来函，各方在需将工程量复核一遍作为日后结算的依据。现场的复核，可能只是概念性的、粗略的查看，细节部分、隐蔽工程量、还有仅施工部分的项目，其工程量不可能在一次概念性的现场查看内能得到精确、完整的反映。如果施工单位参与这样的查看、交出工地，日后其他单位进场，继续施工之后，原施工单位与业主方结算时就极有可能吃亏。故无论如何不能接受踏勘现场、退出施工场地的要求。

但是，对监理单位的来函，也不能不回复。若是施工单位在收函后不加理睬，业主、监理单方面测量之后，极有可能出现一个对施工单位极端不利的踏勘记录，而这份记录如果日后作为结算依据，对施工方很不利。因此，需要妥善回复。以下是回函的样本。

示范文本

对城中村改造项目监理单位2017年4月3日来函的回复

南营市城市建设投资开发有限公司：

贵司发包给我司承建的城中村改造项目，该工程的监理单位（江苏四海工程监理有限公司）于2017年4月3日致我司的《监理通知单》，让我司深感意外。

贵司让监理单位来函，要求核对已完工程量并影像留存，则贵司意欲单方面解除合同、并有意将我司强行清退出场之心昭然若揭。然而，依照建设工程质量管理条例以及住建部发布的建设工程监理合同示范文本，监理单位的职责并不包括强制退场、清退队伍、影像留存等。“监理通知单”的

作用，是“监理单位用于指出工程施工过程中出现的某些违规、违章操作及存在的问题，要求施工单位进行整改，并对整改的情况，限时作出书面答复”；“监理通知单”不能简单地作为通知函用于一般的通知事务。

我们理解，监理单位可能是屈从于贵司压力，不得已发出上述违规的监理通知单。然而，毕竟是贵我双方签订的建设工程施工合同，既然合同已经成立且并未解除，贵我双方均应恪守合同，任何一方不得随意毁约。

贵司及监理单位应明知，我司一直积极履行合同义务，从未有违约或者拒绝履约之情形。造成工程延误之主要原因，其一在于开工之后贵司发生的重大设计变更，设计方案大幅度调整，由此产生的规划调整、重新设计、重新审图、更改施工方案等，花费大量时间；其二在于贵司指定分包单位（比如幕墙公司）等反复延期，我司多次呼吁贵司敦促其加快进度，贵司未有丝毫回应。而今，贵司将有关责任欲强加于我司，并进而有意为后续强行清场创造条件，我认为不仅有失公平，而且也是不恰当的。

为避免因贵司单方面的不当行为造成难以挽回的严重后果，我司再次表明我司观点：

一、我司从未有拒绝履行合同之意思表示，我司也不存在违约情形，贵司要求解除合同、要求我司退场的理由不能成立。

二、贵司要求单方面对已完工程量进行核对不具有正当性。我司明确拒绝参加本次所谓的“现场实际工程量核对”工作；贵司如强行进行单方面复核，复核结果不具有合法性、正当性，我司不予认可。且若贵司单方面行为，破坏我司已经施工完成的工作情况，致使日后无法确认我司实际完工工作量的，我司完全有权主张按照贵司下发给我司的全部施工蓝图进行结算。希望贵司不要误信某些不恰当的建议，轻率做出违背法律规定的蛮干举措。

三、即使贵我双方此前产生一点分歧，我司仍愿继续履行合同。从开工至今，我司从未向贵司提出任何过分主张；哪怕是目前，我司也仅希望贵司解决两个问题：

（一）抓紧解决应由贵司解决的发包工作，敦促分包单位加快施工，尽快提供工作面，便于我司将一点剩余的事情抓紧收尾。需要贵司解决的事情，我司此前多次提请贵司解决，在2017年2月8日还曾专门致函贵司。一晃两个月过去了，贵司没有任何动作，工期又白白损失近两个月。

（二）对于重大设计变更给我司造成的损失，尽快给我司一个答复意见。设计变更是无可辩驳的事实，给我司造成的损失有目共睹。在事件发生后，我司向贵司提出了索赔补偿报告，贵司本应在两个月内回复，逾期视为贵司认可我司的索赔报告。至今已有三年多时间，贵司仍未答复我司；依照合同，我司本可直接主张按照我司申报的金额进行结算；但是，我司尊重贵司，现阶段当然不会提出这种大伤感情的要求。但事情总要有个说法，有一个合理的解决期限，而不能经年累月置之不理。

建设工程施工合同约定，工程变更价款及索赔价款本应与工程进度款同比例支付。贵司不解决问题，不支付索赔价款，反欲将我司清退出场，从道理上讲过不去，从法律上站不住脚。望贵司熟思之。

四、如贵司确因苦衷，而不得不解除合同，则贵司亦可与我司坦诚协商，双方解决已完工程的结算、索赔、支付等问题，我司可以与贵司解除合同、移交场地。但我司认为，解除合同仍不是上佳选择，而强行清场则更是下策。

特此回复。希望收到贵司积极的回音。

江苏伍建工程有限公司

2017年4月8日

抄送：南营市住房和城乡建设局
江苏四海工程监理有限公司

挂靠承包时项目部印章的管理

□文 / 上海元始律师事务所 李宗猛律师

上海元始律师事务所
SHANGHAI YUANSHI LAW FIRM

李博士：

您好。

关于项目部相关印章的问题，我想咨询一下：如果我们的项目部印章给项目部使用之后收回时，是否有必要登报声明？现在碰到这种情况：技术专用章给项目负责人了，项目也竣工了，但项目负责人不交还给我们，如何处理？

之前是这样：项目部的费用我们有预扣一小部分，在最后项目负责人过来结账的时候，必须交还印章和其他竣工资料，但有些项目完工后很长一段时间还没来结账，这种情况印章在外面的时间也很长，难以掌控。麻烦您帮忙想想有什么更好的办法约束项目部的用章（之前的内部协议是有约束说明的，但是好像意义不是很大）。

浙江大地建筑工程有限公司

2017年3月20日

【回复意见】



关于项目部相关印章（包括项目部章、技术专用章、资料章等，以下均简称“项目部章”）的管理问题，确实需要慎重考虑。因印章管理和使用不当，给总承包方造成重大损失的案例不胜枚举。

单纯要求挂靠人在完工后将印章交还，尚不能完全控制风险。如果挂靠人有意，他们完全可以在交还印章之前，在白纸上加盖印章，说不定哪一天在这些加盖印章的白纸上填写内容来损害贵司的利益。

所以说，要规避滥用印章、私刻印章的风险，不仅是要在完工后让挂靠人及时交还印章，而是要从源头上对风险加以控制。企业至少需要做好以下五个方面的工作：

一、最核心、最重要的是，从一开始就挑选讲诚信、有一定实力（尤其是个人财产）的包工头来挂靠。如果挂靠人是所谓的“流氓无产者”，再好的合同和制度，也制约不了对方。

二、与包工头订立严谨的合同，有关工期、质量、安全、签证变更、结算计价原则等事项均需要明确，同时对印章的使用、归还、私刻印章的违约责任等，进行严格约束。一旦对

方违约，贵司扣减对方工程款就有合同依据（有关承诺书条款详见附件）。

三、进场前贵司一定要自行刻制该项目的项目部印章（不能让包工头自己刻制，更不能不刻）。注意只需要刻制一枚项目部章，千万不要刻制多枚。愈多愈容易造成管理困难。

刻制好印章之后，有四个步骤不能遗忘：

（一）第一步：将该项目部印章交给包工头，让他在公司当面签署印章的接收单。该接收单一定要明确五个方面事项：一，印章的交接时间；二，使用印章的范围；三，包工头承担项目部印章的保管责任；四，包工头的签字和手印；五，项目部印章的印模。

（二）第二步：贵司在工程开工前，以正式公文形式，将启用项目部印章的事情函告建设单位、设计单位、监理单位、投资监理以及其他相关单位或个人。函件一定要有签收手续，或者以EMS方式挂号邮寄。

（三）第三步：在工地上以告示的形式，公告贵司项目部印章的权限和使用范围，告知所有分包单位、劳务班组、供应商、设备租赁商贵司的项目部印章不能用于签署合同、协议、收获单、结算单、对账单、担保书、借条、欠条或其他任何可能导致贵司承担义务的文件。

该公告可以请专业公司打印在A1大小的纸张上，加盖贵司公章后张贴在工地的施工铭牌上的公告栏。张贴之后，请贵司项目经理邀请监理单位以及有关单位的负责人在公告栏下拍照。拍照时请贵司项目经理拿一张当天的党报（《人民日报》或者《浙江日报》），将首页的日期拍摄进入照片。

考虑到在不同施工阶段，可能面临不同的分包单位。贵司可以多公告几次。比如打桩单位进场时公告一次，挖土单位进场时公告一次，劳务分包单位进场时公告一次、脚手架钢管材料进场时公告一次、钢材及混凝土等主材进场前公告一次，等等。根据合同履行情况多公告几次，不要怕麻烦，也花不了什么费用，但是有规避风险的效果。

（四）第四步：贵司可以在当地报纸（地级以上）正规报刊上登载贵司项目部印章的授权使用范围。尽管大家都不会去看报刊上的这些告示，但是发生纠纷时，这些告示有法律作用。在进场之前以及施工过程中每年都可以在报纸上公告一次。

不要觉得这样麻烦。请注意，目前的司法实践中，若是没有充足的证据，加盖贵司项目部印章的文件（哪怕是包工头私刻的印章），其法律后果多数要由贵司承担。

四、合同履行过程中，贵司不能包而不管。贵司应该检查最主要的合同订立、工程款支付、结算等有关情况。主要合同至少包括：劳务清包（包括脚手架、还有钢管租赁等）、水电分包、门窗分包、消防分包、钢材供应、混凝土供应、塔吊租赁等。若有异常，贵司应详查有关情况，避免包工头因欠付款项、恶意签单给贵司造成损失。

五、在工程竣工验收之后（建设单位、勘察单位、设计单位、监理单位、总承包方的五方验收，无需等到质监站竣工备案），要求项目经理（挂靠人）将印章交回公司。竣工验收的当天，公司必然要派人赴工地现场，验收过后，公司人员可当面要求项目经理将印章交回公司。如项目经理拒绝印章，公司可采用挂号邮寄方式告知挂靠人：

（一）通知挂靠人三天内，将印章返还公司；逾期返还的，每延迟一天，按照合同约定扣罚挂靠人违约金多少元。经济上要有约束。

（二）告知在挂靠人返还印章之前，停止支付工程款。

（三）警示挂靠人，如挂靠人滥用印章、给公司造成损失的，全部由挂靠人赔偿（包括直接损失、违约金、利息以及诉讼费、律师费等相关诉讼成本）。

如采用上述步骤，一旦发生滥用项目部印章的事件，贵司在诉讼应对上举证要容易得多，利益相对有保障。

示范文本

承诺书

致：浙江大地建筑工程有限公司

感谢贵司对本人的信任，委托本人以内部承包形式承担景天花园项目（以下简称“本项目”）的施工任务。为明确本人责任，本人谨此承诺如下：

一、本人确认，本人对本项目的施工进度、质量和安全承担全部责任。若因本人原因，致使贵司招致建设单位（浙江景天房地产开发有限公司）或政府有关部门处罚，所有损失全部由本人承担。

二、本人确认，项目部的管理人员以及本项目所有施工人员（以下统称“施工及管理人员”）在劳动合同期限内的工资、奖金、加班费、社会保险及其他意外保险、高温费以及一切其他福利费用均由本人承担。如因故由贵司直接支付费用给施工及管理人员，贵司可将所发生的一切费用从本人应得合同价款内扣除。

若施工及管理人员在劳动合同期限内不慎发生工伤或其他意外，处理工伤或其他意外所发生的一切费用均由本人承担。如因故由贵司直接支付部分费用给遭受工伤或意外员工，贵司可将所发生的一切费用从本人应得合同价款内扣除。

三、本人确认，本人与贵司并无合资或合伙关系。不论建设单位的结算或付款时间是否拖延，亦不论本人的经营状况、效益如何，本人均有义务全额支付全部施工及管理人员工资、履行合同所需材料设备采购款及其它应由本人支付的所有款项。若本人未能及时足额付清，导致材料商、施工及管理人员追索贵司责任，由此给贵司造成的一切损失均由本人承担；即令判决或裁定文书上载明的付款义务人是贵司，本人亦将在收悉贵司支付通知后，毫无异议地支付贵司因处理纠纷及履行判决或裁定而支出的一切费用。

四、本人承诺，施工中本人应遵守国家有关安全文明施工的有关规定。本人确认，本人是本项目的安全文明施工第一责任人，对所有安全事件、安全事故负责。处理事故所发生的费用以及招致政府管理部门的罚款，由本人承担。无论如何，本人不会要求贵司在施工过程中发生的事故给予本人任何经济补偿。

五、本人确认，对于贵司刻制并交由本人使用的“大地公司景天花园项目专用章”，本人仅用于与建设单位、监理单位有关文件资料往来，不得用于签署合同、协议、结算单、对账单、担保书、借条、欠条或其他任何可能导致贵司承担义务的文件。因使用“大地公司景天花园项目专用章”签署的文件所产生的一切责任，均由本人承担。

本人确认，本人将在工程竣工验收后三天内，将该“大地公司景天花园项目专用章”交还贵司。本人未如期交还的，每延迟一天，本人承担本项目结算价款万分之三的违约金，且贵司可以拒绝与本人结算、拒绝支付本人工程价款。

本人确认，若施工过程中，需要以贵司名义对外签署采购合同、劳务合同或其他协议，本人将提请贵司加盖公章或者合同章，由本人提请贵司用印的所有合同，合同上应由贵司承担的义务均由本人承担。

本人确认，在任何情况下，本人不会擅自刻制贵司名义的任何印章，否则贵司不仅可以追究本人私刻印章的法律责任；且每发生一起私刻印章事件，贵司有权要求本人承担20万元的违约金；私刻印章所签署文件导致的一切后果均由本人承担。

六、本人确认，若本人不履行付款义务，或者本人拒绝履行施工合同，贵司有权解除与本

示范文本

人签署的内部承包合同，自行完成剩余工程施工任务。对于本人已完工程，贵司可以按照本人实际完成工程量的80%结算（剩余20%作为违约金支付给贵司）。同时，若因本人责任给贵司造成损失，贵司有权要求本人足额赔偿，绝无异议。

七、本人确认，工程完工之后，本人仍须根据国家法律、贵司与建设单位签署的《建设工程施工合同》之要求，履行维修、整改及应由本人承担的其他义务。若有违背，贵司可以根据合同及法律规定，追究本人责任，绝无异议。

八、本人确认，贵司与建设单位签署之《建设工程施工合同》上，贵司对建设单位的所有承诺均对本人具有约束力；《建设工程施工合同》上约定贵司承担的义务，全部由本人承担，本人绝无异议。

九、本人进一步同意并确认，鉴于贵司并非本项目的受益人，若建设单位破产、资不抵债、建设单位的股东或主要负责人逃逸、或者因其他原因致使建设单位不能向贵司支付工程款，则贵司亦不负有向本人支付工程款的责任。如最终建设单位不能足额付款，贵司仅须在实收建设单位工程款的范围内承担责任（且贵司有权扣除税金、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项目的民工工资、材料款、设备款及其他费用；亏损由本人承担，本人不会给贵司增添任何负担。

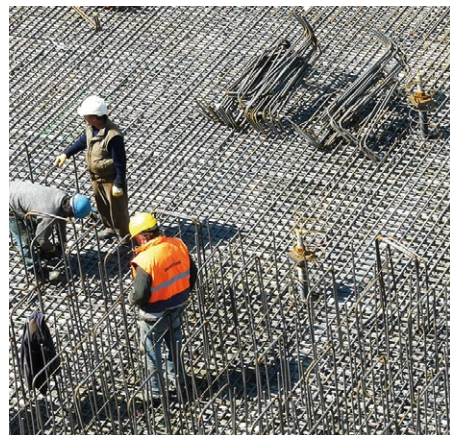
十、本人确认，对于建设单位要求缴纳的保证金，全部由本人承担，并由本人筹措资金后支付进入贵司账户，再由贵司缴纳给建设单位。不论因任何原因，导致保证金不能退还，责任全部由本人承担。如建设单位以骗取保证金为由收取保证金，受骗主体是本人，与贵司无涉，本人不会要求贵司承担任何责任。

十一、本人确认，无论本人与贵司之间的内部承包合同条款是否有效，不影响本承诺书效力。

十二、本人确认，本承诺书一旦做出，便不可撤销。在本项目的结算、工程款支付、整改维修以及一切其他债权债务的处理过程中，本承诺书均对本人具有无可置疑、不容辩驳的约束力。

承诺人（签字、手印）：_____

承诺日期：2017年3月25日



建设单位指定分包单位使用总包脚手架的注意事项

□文 / 上海元始律师事务所 李宗猛律师

【案情】



某汽车公司委托九建公司承担新建厂房的土建总承包施工。其后，汽车公司又另行委托钢构公司负责本项目钢结构工程施工任务，由业主与钢构公司直接签订分包合同。一日，钢结构吊装时整体垮落，当场砸死五人，砸伤三人。各方不敢隐瞒，事故当日即上报到北京国家安监总局。

发生重大事故，自然要有一个说法。调查组到达后，召集各方开会，分析原因，确定责任人。作为总承包方的九建公司，首当其冲。九建公司一再辩称冤枉，称钢构公司是业主直接指定分包，九建公司与钢构公司没有合同关系，钢结构施工时土建已经完工，不在现场。钢结构单位自行违章施工，与九建公司没有一点关系，九建公司不应为业主指定分包承担安全责任。

可是，调查组并不听从九建公司的辩解。调查组问：

- 一、事故发生时，总包的工程竣工验收了没有？质监站、安监站的受监结束了没有？
- 二、钢结构进场时，使用总包的脚手架，总包对他们作过安全交底吗？
- 三、钢结构吊装时，总包委派安全员在现场吗？

答案自然是没有。调查组于是认定总包方对事故仍负有责任。最终总包方、钢结构公司、监理公司共三个单位的负责人，由于安全事故而承担刑事责任。直接指定分包工程的业主方（境外知名的汽车公司），因为手眼通天，在整个事件中倒是没有一个人受到处分。

【回顾与反思】



可能有人认为，业主指定分包的项目，发生事故要总承包来负责，哪有公平可言。殊不知，调查组的处理与认定，并非没有法律依据。

《建筑法》第四十五条规定，“施工现场安全由建筑施工企业负责。实行施工总承包的，由总承包单位负责。分包单位向总承包单位负责，服从总承包单位对施工现场的安全生产管理”。《建设工程安全生产管理条例》第二十四条规定，“建设工程实行施工总承包的，由总承包单位对施工现场的安全生产负总责”。

由于土建单位进场时，通常都是与业主签订施工总承包合同，一旦工程发生事故，调查组不问情由，首先追究总承包方的责任，其缘由即来源于上述法律的规定。

发生安全事故后，一旦上报，并不只是赔钱了事。《刑法》第一百三十四条【重大责任事故罪】规定，“在生产、作业中违反有关安全管理的规定，因而发生重大伤亡事故或者造成其他严重后果的，处三年以下有期徒刑或者拘役；情节特别恶劣的，处三年以上七年以下有期徒刑”。《建筑法》第四十四条规定，“建筑施工企业的法定代表人对本企业的安全生产负责”。前述案例中，调查组断定总承包方



应承担事故责任后，法院最终判决九建公司负责人三年的有期徒刑。企业不仅遭受资质降低等行政处罚，负责人还遭受牢狱之灾。

在当前施工总承包模式下，哪怕是分包发生事故，总承包方若是没有诸多有力证据，几无可能改变调查组的观点，总包方免不了责任。

同时，需要提醒的是，在当前的司法实践中，对于挂靠、转包的项目，即使总承包方与实际施工人签署内部协议，约定由实际施工人承担全部安全责任，一旦发生事故，最终总承包方仍然不可免责。总包负责人由此被判刑的案例，屡有报道。

对于业主指定分包的项目，总承包方因此而受罚，确实有些冤枉。为了避免因分包“失火”而殃及池鱼，总承包方需要与业主、指定分包单位签署一份严谨的合同，明确各方责任（有关合同条款详见笔者另文撰述的《配合业主签署分包合同的注意事项》）；同时，还要留下总承包方没有“在生产、作业中违反有关安全管理的规定”，这样责任，才能减轻或者免除责任。而要做得这一点，让指定分包单位在进场前，向总承包方出具如下类似条款《确认书》，就显得尤为必要。

示范文本

确 认 书

致：上海××建设有限公司

承蒙建设单位上海××花园房地产开发有限公司（以下简称“建设单位”）信任，指定我司承担“××花园”外墙装饰工程施工任务，并由建设单位与我司直接签订外墙装饰工程施工合同。现因我司在外墙装饰施工过程中，需要借用贵司搭设的脚手架和施工机械。为明确我司责任，我司谨此向贵司承诺如下：

一、我司确认，我司系建设单位指定分包单位，我司与贵司并无合资、合股、合伙关系，亦无工程承发包关系。

二、我司对本项目外墙装饰工程的施工进度、质量和安全承担全部责任。如该工程在施工过程中发生安全事故，我司及其工作人员不会要求贵司承担任何责任。若因我司原因，致使贵司招致建设单位或政府有关部门处罚，所有损失全部由我司承担。

三、我司确认，我司雇佣的全部施工管理人员（以下统称“施工及管理人员”），系由我司所聘用，与我司构成劳动合同关系。施工及管理人员与贵司并无劳动合同关系或者雇佣关系。施工及管理人员在劳动合同期限内的工资、奖金、加班费、社会保险及其他意外保险、高温费以及一切其他福利费用均由我司承担。

若施工及管理人员在劳动合同期限内不慎发生工伤或其他意外，处理工伤或其他意外所发生的一切费用均由我司承担。在任何情况下，我司及施工管理人员不会向贵司主张任何费用或责任。

四、我司确认，在我司进场前，贵司已经再三告诫我司必须遵守国家有关安全文明施工的有关规定。我司确认，我司进场前将做好安全交底和安全培训，配置必要的安全防范设施。在任何情况下，我司是本项目的安全文明施工第一责任人，对所有安全事件、安全事故负责。处理事故所发生的费用以及招致政府管理部门的罚款，由我司承担。无论如何，我司不会要求贵司在施工过程中发生的事故给予我司任何经济补偿。

五、我司确认，若我司需要使用贵司现场已搭设的脚手架和施工机械（包括并不限于垂直运输设施），我司承诺如下：

（一）我司在使用脚手架和相应机械之前，我司将会对脚手架和有关机械设备进行审慎检查，确保脚手架和有关机械设备在工况良好的情况下投入使用，且我司承诺遵守贵司及监理单位制定的有关安全操作规程，避免意外发生。即使万一发生意外，我司也不会向贵司主张任何责任或费用。

（二）我司承诺按照贵司计划的工期使用脚手架和相应机械设备，且在贵司自身施工任务完成后，即使我司外墙装饰施工未能完成，贵司完全可以将脚手架和相应机械设备予以拆除，无需事前征得我司同意。贵司拆除后，由我司采用吊篮或其他合适方式进行后续施工。如在贵司施工完成后，我司提请贵司暂缓拆除脚手架、施工机械等，便于我司继续使用，对于延长时间段脚手架和机械设备的租赁费用，由我司承担，绝无异议。

（三）鉴于我司使用贵司提供的脚手架、机械设备等，给贵司造成一定的成本，我司愿意支付贵司总承包管理配合费（费用额度按照我司合同总价的2%）计算。该项费用在我司进场后一

示范文本

周内向贵司支付一半，我司装饰工程完成退场前支付剩余管理配合费。我司同时确认，即使我司向贵司支付管理配合费，贵司亦无需为我司承担安全责任，绝无异议。

六、我司确认，若我司需要使用贵司的临水临电设施，我司将做好水电设施的保护工作，若有损坏，由我司负责修复，因此而给贵司造成损失的，由我司负责赔偿；且我司承担及时向贵司支付水电费用（无法挂表计量时，按照我司实际完成工程产值的1%计算应由我司承担的水电费）。

七、我司确认，若我司需要使用贵司的材料，我司将依照实际用量和合理价格向贵司支付材料费用。

八、我司确认，工程完工之后，我司仍须根据国家法律、以及我司与建设单位签署的工程施工合同之要求，履行维修、整改及应由我司承担的其他义务，绝无异议。

九、我司确认，无论我司与建设单位签署的工程分包合同条款是否有效，不影响本承诺书效力。

十、我司及我司法定代表人一并确认，本承诺书一旦做出，便不可撤销。在本项目施工合同履行全过程（包括施工、验收、结算、工程款支付、整改维修以及一切其他债权债务的处理过程中），本承诺书均对我司具有无可置疑、不容辩驳的约束力。

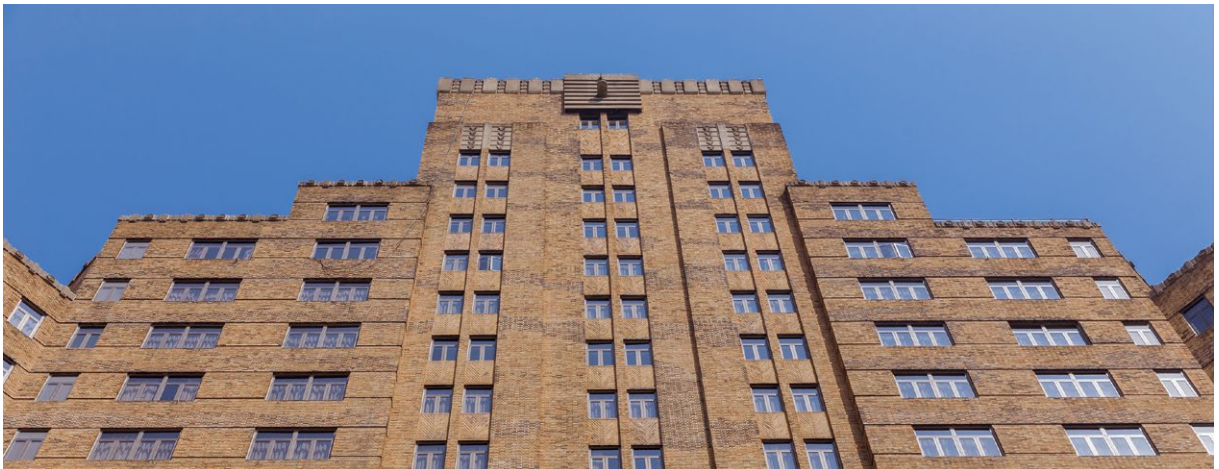
以上承诺条款乃是我司真实意思表示，不存在欺诈、胁迫、显失公平、重大误解、乘人之危或其他可能导致承诺无效或可撤销之情形。兹签署予以确认：

承诺人：_____ 装饰工程有限公司（盖章）

承诺公司的法定代表人：_____（签字）

确认日期：2017年 月 日

抄送：上海××花园房地产开发有限公司



专家解惑

□ 文 / 上海元始律师事务所 汇编

1、公证能否引起物权变动？

【问】因建设单位欠付我公司工程款，我公司和建设单位签订了《房屋买卖协议》，以房屋冲抵工程欠款。由于某种原因没有将房屋过户到我公司名下，但是双方已经在《房屋买卖协议》中约定了该房屋产权归我公司所有，并对上述协议办理了公证。请问我公司能基于该公证书的内容取得该房屋的产权吗？

【答】答案是否定的。《物权法》第9条第1款规定：“不动产物权的设立、变更、转让和消灭，经依法登记，发生法律效力；未经登记，不发生法律效力，但法律另有规定的除外。房屋属于不动产，根据上述法律规定，不动产物权的变动应依法登记；在未经登记的情况下，则不发生物权变动的效力。对于你公司所提问的能否通过公证约定取得该房屋的产权，由于我国法律并未规定通过公证能够发生物权变动，故即使该公证书已经公证了该房屋的产权归你公司所有，但是在你公司未同建设单位依法到相关房地产权属登记部门办理权属变更登记的情况下，你公司还不能取得该房屋的产权。”

2、工程结算后，发包人欠付承包人工程款，承发包双方就如何偿还工程欠款签订《还款协议书》。施工主合同约定的仲裁条款是否适用于因履行《还款协议书》发生的纠纷案件？

【答】仲裁条款具有独立性。《仲裁法》第19条第1款规定，仲裁协议独立存在，合同的变更、解除、终止或者无效，不影响仲裁协议的效力。上述法律规定充分体现仲裁条款在民事合同中具有独立性。

工程结算后，《施工合同》双方对发包人欠付承包人工程价款数额达成一致，即工程欠款数额已成为一个定数。《还款协议书》是为履行施工主合同签订的，体现了工程结算的结果，其性质为补充协议，是对施工主合同的补充、细化。同时，《还款协议书》是对从签约到结算的前期履约行为作了一了断，对后期确认欠款数额、还款时间、还款方式等内容作出约定；从《还款协议书》文义内容看，主要内容更像是《借款合同》，发包人主要义务是按约定还钱，施工主合同约定的仲裁条款具有独立性。

据此，施工主合同约定的仲裁条款适用于因履行《还款协议书》发生的纠纷案件。

- 3、《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》（以下简称《建设工程施工合同解释》）第21条规定：“当事人就同一建设工程另行订立的《建设工程施工合同》与经过备案的《中标合同》实质性内容不一致的，应当以备案的《中标合同》作为结算工程价款的根据。”应当如何理解“备案的《中标合同》”？

【答】建筑市场大量存在的发包人和承包人就同一建设工程签订两份或两份以上实质性内容不一致的“黑白合同”或者多份“黑合同”情形，目的在于规避招投标程序。《建设工程施工合同解释》该条规定回答了在承、发包双方当事人签订价款、工期、质量标准、违约责任等涉及《施工合同》实质性内容不同的多份“黑白合同”情形下，应以哪份合同作为结算依据的问题。“备案的《中标合同》”是指履行招投标程序后，承发包双方按《中标通知书》记载的实质性内容，在法定签约期限内签订并备案的《施工合同》。此份合同为法律结算依据，旨在保障公平竞争，维护建筑市场秩序。

“备案的《中标合同》”应具备以下条件：一是应当招标的工程项目。《招标投标法》第3条对哪些工程项目应当招标作出了明确规定，体现了公权力对建筑市场的规制。二是履行了招投标法定程序，依《中标通知书》记载的实质性内容签订的正式的施工合同。三是《中标通知书》为认定合同效力的实质性条件。《招标投标法》第45条第2款规定：“《中标通知书》对招标人和中标人具有法律效力”。备案为工程行政管理部门对工程招标活动的行政管理措施，未备案不影响合同效力。

“备案合同”一般为中标后按照投标文件签订的正式施工合同，即“备案的合同”就是《中标合同》。



4、如何认定备案合同与未备案合同的内容发生实质性变化？

【答】《施工合同》的内容主要包括工程范围、建设工期、中间交工工程的开工和竣工时间、工程质量、工程造价、技术资料交付时间、材料和设备供应责任、拨款和结算、竣工验收、质量保修范围和质量保证期、双方相互协作等条款。建设工程中事关当事人权利义务的核心条款是工程结算，而影响工程结算的主要涉及三个方面：工程质量、工程期限和工程价款。工程质量，指《建设工程施工合同》约定的工程具体条件，也是这一工程区别其他同类工程的具体特征。工程期限，指《建设工程施工合同》中约定的工程完工并交付验收的时间。工程价款，指发包人按照合同约定应当支付给承施工人为其施工建设的代价。如果备案和未备案的两份《施工合同》在建设工期、施工质量、计付价款等方面发生变化，当无疑亦属于实质性内容的变化，未备案的合同应属于无效的“黑合同”。

5、受送达人避而不见，应当如何送达诉讼文书？

【问】人民法庭在审理案件时，经常遇到因当事人避而不见而导致的诉讼文书送达难问题。实践中，往往直接采用公告送达方式送达，但是造成了诉讼拖延等一系列问题。应当如何解决这种问题？

【答】送达难是人民法院审理案件时经常遇到的问题。2012年8月31日修正的《民事诉讼法》第86条针对原《民事诉讼法》第79条规定作出修改，增加了“也可以把诉讼文书留在受送达人的住所，并采用拍照、录像等方式记录送达过程，即视为送达”的规定。如果有证据表明受送达人就在其住所居住，但却避而不见，即可认为属于“拒绝接收诉讼文书”，人民法院可以依据新《民事诉讼法》第86条规定，将需送达的诉讼文书张贴在受送达人住所，并采用拍照、录像等方式记录送达过程，经此即视为送达。但是，如果受送达人及其同住成年家属，确实不在其住所内居住生活，人民法院就不能采取上述送达方式送达诉讼文书。在受送达人下落不明，或者通过法律规定的其他方式无法送达的情况下，可以公告送达。自发出公告之日起，经过60日，即视为送达。

6、如何理解招标投标法第33条所称的“低于成本”？

【案情简介】

原告仁和建筑公司与被告中天房地产公司签订《建设工程施工合同》，约定由仁和公司承建圆梦家园小区住宅楼。合同约定，工程定价方式为综合包干单价，合同综合包干单价为1100元/平方米；合同总价暂定为25036万元，最终以房地部门实测建筑面积进行决算。此后，中天房地产公司以上述约定为条件组织进行了招标投标。工程竣工后，圆梦家园住宅楼建筑面积经某市国土房产测绘中心测绘为251397.47平方米。中天房地产公司累计已向仁和建筑公司支付工程款25154万元。后双方因工程款纠纷诉至法院。

一审中，经仁和建筑公司的申请，法院委托鉴定机构对工程进行了成本价鉴定，鉴定意见为：案涉的工程成本价为37730万元，且此成本价为社会平均成本。

据此，仁和建筑公司起诉认为，其作为承包人超越了自身的承包资质等级承包，根据《最高

最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》（以下简称《建设工程施工合同司法解释》）第1条的规定，合同应为无效。而且，案涉工程约定的工程价款明显低于社会平均成本，而根据《中华人民共和国建筑法》第18条第1款、《中华人民共和国招标投标法》第3条第1款、第33条、第41条第2项以及《工程建设项目招标范围和规模标准规定》第3条第5款的规定，招标价或中标价低于成本价，则投标无效。因此，应当按照工程的实际成本，执行当地定额标准，据实结算工程价款。

【法院裁判情况】

一审法院认为，案涉工程为依法必须进行招投标的建设工程，对于双方在招投标程序完成之前签订《建设工程施工合同》的行为，招标投标法虽没有明确规定此种行为是否属于禁止行为，但该法第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，与该条禁止的行为相比，在进行招标投标之前就在实质上先行确定了中标人，无疑是对招标投标法强制性规定更为严重的违反。因此，此种行为属于违反法律强制性规定中的效力性规定，不论中标合同是否备案登记，《建设工程施工合同》应为无效。根据《建设工程施工合同司法解释》第2条“建设工程施工合同无效，但建设工程经竣工验收合格，承包人请求参照合同约定支付工程价款的，应予支持”规定之精神，现中天房地产公司请求参照合同约定结算工程价款，一审法院予以支持。

《建设工程施工合同司法解释》第2条为无效施工合同如何折价补偿提供了具体处理办法，即工程经竣工验收合格，应参照合同约定支付工程价款，不存在按经鉴定的成本价折价补偿。本案《建设工程施工合同》为固定价合同，建筑面积综合包干价为1100元/平方米，最终工程造价为上述固定价乘以房地部门实测建筑面积，加上因设计变更、现场签证导致的调增调减工程款。此外，根据《建设工程施工合同司法解释》第22条规定，“当事人约定按照固定价结算工程价款，一方当事人请求对建设工程造价进行鉴定的，不予支持”，因此，案涉工程建筑面积综合包干价部分，应按实测建筑面积进行结算，不应按照成本价进行造价鉴定，任何建筑公司按经鉴定的成本价折价补偿的主张不能成立。综上，据此作出了相应判决。



仁和建筑公司不服一审判决，提起上诉称，本案的无效不同于一般的建设工程施工合同无效，工程实际造价远远超出合同约定的工程价款，因此，案涉工程如果仍然参照合同约定价支付工程价款将造成显失公平的后果。

二审法院认为，本案所涉合同因违反法律强制性规定而无效，故一审判决认定应当根据《建设工程施工合同司法解释》第2条的规定，参照合同约定结算工程价款正确。同时，根据案涉合同的约定，案涉工程实行“综合包干单价”，即除法定原因外，不存在应当调整的情况，一审法院据此根据某市国土房产测绘中心的测绘结论对本案工程总造价作出认定，符合法律和双方当事人的约定。仁和建筑公司主张合同约定价格低于其成本价没有充分依据，故其以案涉工程实际造价远超合同所约定的“综合包干单价1100元/平方米”进而要求按成本价结算的诉请和理由不成立，一审判决的认定和处理并无不当。综上，判决驳回上诉，维持原判。

【主要观点】

虽然一审、二审的判决是一致的，但在审理本案时，针对涉案工程约定的中标价格是否低于实际成本价，如何理解《招标投标法》第33条所称的“低于成本”，仍然存在较大的争议，主要有两种不同观点。

一种观点认为，《招标投标法》第33条规定：“投标人不得以低于成本的报价竞标……”从该条规定的立法目的看，此处的“成本”是指每个投标人为完成投标项目所需支出的“个别成本”。

另一种观点则认为，无论是招标人还是招投标管理部门，均难以对投标人的所谓“个别成本”进行准确的认定，而且，要求投标人证明其个别成本也是非常困难的，而按照一定的社会平均成本对此加以界定，该条规定才能在实践中得到有效实施。

【最高人民法庭民一庭意见】

我们赞同第一种观点。《招标投标法》第33条所称的“低于成本”，是指低于投标人的为完成投标项目所需支出的个别成本。投标人以中标合同约定价格低于社会平均成本为由，主张符合《招标投标法》第33条规定的情形，合同约定价格条款无效的，人民法院不予支持。



劳动人事

□ 文 / 上海元始律师事务所 汇编

1、《劳动合同法》第九条规定，用人单位不得扣押劳动者的“其他证件”。但企业因为招标等工作需要，将一级建造师、项目经理等资格证书进行统一管理，这样做违法吗？如何处理？

【答复】 用人单位为了投标成功而统一管理证件是合法的。

对于用人单位收取劳动者证件的行为构成违法，要满足以下几个条件：

- (1) 在雇佣过程中发生；
- (2) 用人单位自身存在恶意；
- (3) 目的是在某些特定的情形下，例如劳动者要跳槽离开单位时，用人单位以此予以威胁。

在招标过程中，投标人要符合相关法律法规及招标人的要求。《中华人民共和国招标投标法》第二十七条规定，投标人应当按照招标文件的要求编制投标文件。投标文件应当对招标文件提出的实质性要求和条件作出响应。所谓招标人，根据《中华人民共和国招标投标法》第八条规定是指依据本法提出招标项目、进行招标的法人或者其他组织。对投标人，根据《中华人民共和国招标投标法》第二十五条规定是指响应招标、参加竞标的法人或者其他组织。招标人依据《招标投标法》的要求要对投标人资质进行考察，包括投标人的各方面能力，例如策划组织能力、协调能力、人员实力和素质等。其中，对于投标人的人员实力和素质的考察所占的比重比较大。这是关系到投标项目能否顺利合格完成的基本保证。在对投标人各方面的实力素质进行考察时，要投标人出具相关证明，例如需提供加盖公章的营业执照、经营许可证、税务登记证复印件等。而投标人通过出示其人员的相关资格证书来证明投标人的人员实力和素质也是比较有说服力的做法。

而本案例中，用人单位因为招标等工作需要，将单位中一级建造师、项目经理等资格证书进行统一管理，这种管理方式本身是不违法的。是为了证实该单位所拥有的人力资源，这样做的最终目的是增加竞标胜利的可能性，进而为企业谋求利润。这种方式是合理也是合法的。但是应该注意的是，不能在劳动者主动要离开用人单位时，以诸如一级建造师、项目经理等资格证书相要挟，作为制止劳动者跳槽的手段。

2、我单位招聘的施工员，他本人不愿办理社会保险，要求我公司把应承担的部分发放给其本人。这种因双方协商一致，放弃缴纳办理社会保险的条款是否有效？

【答复】 社会保险是劳动合同中的必备条款。社会保险是国家通过立法建立的劳动者在年老、患病、生育、伤残、失业时从社会获得物质帮助和服务的制度。社会保险具有强制性和法定性，用人单位和劳动者必须执行法律法规有关社会保险的各项规定。《劳动合同法》把社会保险作为劳动合同的必备条

款予以规定，旨在敦促用人单位为劳动者办理社会保险。

同时，企业和员工还应明白，凡职工和其所在企业，都必须按《劳动法》、《劳动合同法》和国务院《社会保险费征缴暂行条例》等的规定，参加各项社会保险，这是政府行为，是强制性的，是为保障职工切身利益而立的。这些法律和行政法规，既对单位有效，对职工也有效。

综上，公司必须按照规定参加社会保险，否则出了问题公司一样要负责，并且也不能与员工签订不缴纳社会保险的协议，因为任何的协议在社保那里都是没有法律效力的。还有，如果被社保查出没有参保的话，一样需要承担补交和被罚款的处罚。因此，单位和员工都参加社保才是对双方利益的最大保证。

公司应当向员工解释参加社会保险的好处，积极主动地为员工依法缴纳社会保险。如果员工实在不同意办理社会保险的，则也应让员工向公司出具承诺书，讲清楚原因，避免有些员工因为企业没有缴纳保险而向企业恶意索赔。以下承诺书仅供参考。

示范文本

承 诺 书

上海某某建筑工程有限公司：

感谢公司对本人的信任，聘请本人从事项目施工管理工作。本人出生于1967年4月8日，距离法定退休年龄（60周岁）只有10年。因本人此前从未在上海地区缴纳过社会保险，按照本人的理解，如现在开始缴纳，退休时在上海地区缴纳养老保险的时间无法达到15年，退休时依照规定不能在上海地区享受领取养老金。而且本人作为建筑业人员，在上海地区能否工作到退休年龄也不得而知。

为避免本人的损失，本人特向公司提出申请，可否请公司将本拟缴纳社会保险的费用（每月人民币1700元）以现金方式发放给本人。本人拿到相应款项后，回原籍所在地依照有关规定缴纳社保费用。

在公司将每月1700元的费用支付给本人之后，若本人未回原籍缴纳社会保险，由此造成的一切责任均由本人承担。如果不幸生病或者不幸发生工伤，所需一切医疗费、赔偿费或其他费用，均由本人自行承担，本人不会要求公司给予任何费用或补偿。

以上承诺条款乃是本人真实意思，不存在欺诈、胁迫、显失公平、重大误解、乘人之危或其他可能导致承诺无效或者可撤销之情形，兹签署予以确认：

承诺人（签字、手印）

承诺日期：2017年4月28日

3、有一个朋友，希望借用我公司的名义，在南京设立一个分公司，由他来承包经营，负责承接南京及周边地区的工程业务，公司收取管理费，分公司的成本和经营风险由他来承担。我们与这个朋友约好，分公司的人员由他来聘用，工资由他来支付。那么，请问，南京分公司有营业执照，无法人资格，能否签订劳动合同？

【答复】 法律没有限定用人单位一定要具有法人资格。在工商行政部门登记取得营业执照的分公司，即使没有法人资格，由法人资格单位授权或同意，分公司可以直接依法与劳动者订立劳动合同，签订的劳动合同是有效的。

但是，需要特别提醒的是，当分公司不能履行义务时，需要由贵司来承担责任。因此，若是分公司的承包人对外恶意签单，这些债务最终可能都需要贵司来承担。某特级企业在大庆设立的分公司，几年之内虚构了巨额的债务，大量的材料商、分包单位起诉该企业，所有债权人的起诉依据都非常充足，合同、送货单、签证单、结算单等所有证据都非常完备，全部由分公司承包人签字、并加盖了分公司印章，企业逢战必败。短短一年多时间内，判决该特级企业承担付款责任的债务就达到了三亿多元。因此，设立分公司应该特别慎重，不能因为朋友信任而失于防范。

4、工地施工员赌气离开，施工企业直接登报公告解聘是否有效？

【案例】 李某与某公司签订了无固定期限劳动合同。2016年11月15日，公司因为李某管理不善，造成材料浪费，解除了李某的劳动合同。企业老板在宣布李某走人时，李某二话没说就离开了单位。因为公司没有李某的联系方式，公司在本市的报纸上刊登了解除劳动合同的决定。3个多月后，李某由于寻找新工作未果，又回到公司要求上班，遭到公司拒绝。李某提起劳动争议仲裁，请求补发工资，继续履行劳动合同。

【判决】 尽管解除李某的劳动合同事实清楚，证据确凿，但由于李某不承认公司曾经送达过解除劳动合同的通知，用人单位也没有通过邮寄方式送达离职法律文书，因此公告送达是无效的。因为送达无效，所以仲裁庭判决劳动合同解除决定没有对李某发生效力。

【分析】 仲裁庭的判决并无问题。按照《劳动部办公厅关于通过新闻媒介通知职工回单位并对逾期不归者按自动离职或旷工处理问题的复函》（劳办发〔1995〕179号），“企业对有旷工行为的职工做除名处理，必须符合规定的条件并履行相应的程序。因此，企业通知请假、放长假、长期病休职工在规定时间内回单位报到或办理有关手续，应遵循对职工负责的原则，以书面形式直接送达职工本人；本人不在的，交其同住成年亲属签收。直接送达有困难的可以邮寄送达，以挂号查询回执上注明的收件日期为送达日期。只有在受送达职工下落不明，或者用上述送达方式无法送达的情况下，方可公告送达，即张贴公告或通过新闻媒介通知。自发出公告之日起，经过三十日，即视为送达。在此基础上，企业方可对旷工和违反规定的职工按上述法规做除名处理。能用直接送达或邮寄送达而未用，直接采用公告方式送达，视为无效”。

【对策】 本案中公司一方的失策是没有保留员工的联系方式。为避免类似的损失，企业与劳动者订立合同时，应让劳动者提供身份证复印件，同时让劳动者在合同上填写居住地址（并注明如居住地发生变化应及时通知公司）。一旦企业决定解聘劳动者，可向其身份证上的户籍地和居住地都用邮政特快方式（EMS）邮寄解除合同通知，保留挂号凭证作为解除合同的证据。即使员工日后辩称没有收到挂号信，公司已经尽到通知义务，仲裁庭不大可能判决企业败诉。

民事诉讼程序问题汇总

□ 文 / 上海元始律师事务所 汇编

1、经催告当事人仍未交纳诉讼费，法院裁定按撤诉处理，诉讼时效是否中断？

【问题】李博士：公司老板在浙江有一个朋友，2015年春节前向老板借款300万元，答应就借三个月。但之后分文未还，打电话也联系不上。我们想去起诉他，担心打赢官司也要不到钱；如果不起诉，又担心错过诉讼时效。

我们有一个朋友，给我们提出了一个建议，说我们可以在被告所在地（浙江的法院）提起诉讼，递交诉状和证据材料，但是先不交诉讼费，等法院裁定按撤诉处理。这样既不花钱，又达到诉讼时效中断的目的。

请问，这个朋友的说法是否有道理，我们这样操作有没有风险？

【答复】这个朋友的说法，可能并不靠谱。当事人起诉后未依法缴纳诉讼费，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“撤回的诉，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。

为了避免错过时效，贵司可以立即向对方发出催款函（记得用邮政EMS方式发送给对方，并留下快递凭证），之后再从容提起诉讼。

至于贵司担心的拿到判决书也无法执行，造成这个问题的根源在于借款之初，没有让对方提供担保，才造成目前的困境。目前大量的民间借贷不能偿还，都是基于信任而没有让对方提供抵押或其

他保证，来保障日后债权的实现。所以，借款之前应有足够的谨慎，一旦借出去就要有收不回来的思想准备。

2、法院判决解除合同后如何起算解除日期？

根据《合同法》第96条的规定：“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。合同自通知到达对方时解除。对方有异议的，可以请求人民法院或者仲裁机构确认解除合同的效力。法律、行政法规规定解除合同应当办理批准、登记等手续的，依照其规定。”合同双方当事人均有权请求人民法院或者仲裁机构确认解除合同的效力。根据当事人诉讼请求的不同，解除合同效力的起算时间点也不同。如果一方当事人请求确认解除合同通知效力的，法院经审查认为对方的异议不成立，则合同自通知到达对方时解除；如果一方当事人起诉请求判令解除合同，法院经审查认为符合约定解除或法定解除条件的，则合同自法院判决生效之日起解除。

3、当事人以人民法院未就时效抗辩权进行释明为由申请再审改判，人民法院是否支持？

根据《民法通则》第135条、第137条和第138条之规定，诉讼时效抗辩权是当事人依法享有的抗辩权的一种，如果当事人未行使这一权利，法官不得在案件审理中主动援引法律有关诉讼时效的规定进行裁判，也不得在案件审理中就相关问题进行释明。当事人以人民法院未就时效抗辩权进行释明为

由申请再审改判，人民法院不予支持。当事人在二审或者再审期间行使时效抗辩权，人民法院亦不应予以支持。

4、人民法院能否受理针对具有强制执行效力的公证债权文书的起诉？

经公证的以给付为内容并载明债务人愿意接受强制执行承诺的债权文书依法具有强制执行力。债权人可依法申请人民法院对该债权文书强制执行。除非人民法院已因该债权文书确有错误，作出不予执行的裁定。否则，人民法院不受理债权人或债务人对该债权文书的内容有争议的直接起诉。

5、提出的相反证据不足以反驳对方证据的当事人是否应当承担对其不利的诉讼结果？

根据最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第72条第1款规定：“一方当事人提出的证据，另一方当事人认可或者提出的相反证据不足以反驳的，人民法院可以认定其证明力。”在一方当事人已经尽到举证义务，而另一方当事人提出的相反证据不足以反驳的情况下，人民法院可以据此认定案件事实。

6、再审审理时发现当事人已经达成执行和解协议并履行完毕的，是否应裁定驳回当事人的申请再审之诉？

人民法院在立案审查阶段未发现双方当事人已经达成执行和解协议并履行完毕的事实，再审中进行实体审理后发现了该问题，应当根据《中华人民共和国民事诉讼法》第186条、157条的规定，以及《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》第186条、《关于适用〈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25条第3项之规定，裁定驳回当事人的再审申请之诉。

7、生效判决确认债权的受让人是否享有对生效判决的申请再审权？

最高人民法院民一庭认为，依法就生效判决享有申请再审的权利主体应为原审当事人及其权利义务承受人、法定案外人。生效判决确认债权的受让人并非原审当事人，不是适格的申请再审人。

8、人民法院已经提审的案件，被申请人在再审审理过程中提出不同的再审申请的，人民法院应否一并审理？



对于一方当事人提出的再审申请，人民法院裁定提审后，被申请人在再审审理过程中也提出再审申请且未超过两年的再审申请期间的，应当一并审理。

9、已生效调解书的案外人在另案审理过程中以恶意串通为由对调解书内容提出异议，应如何应对？

一方当事人在案件审理过程中，以恶意串通为由，对其作为案外人的已经生效的调解书提出异议的，人民法院不能就调解书的内容在本案中再行审理，可告知提出异议的当事人另行就调解书申请再审。

10、当事人以执行和解协议产生新的合同权利义务为理由，向人民法院起诉，请求将执行和解协议作为案件定案依据的，人民法院是否受理？

在人民法院的生效判决执行过程中，当事人之间又签署执行和解协议，如果一方当事人不履行该执行和解协议，对方当事人以该执行和解协议产生新的合同权利义务关系为由，向人民法院起诉的，人民法院不应受理；已经受理的，应裁定驳回起诉。

11、当事人不服人民法院作出的中止审理裁定向上一级人民法院申请再审的，是否驳回？

中止审理裁定是人民法院作出的暂时中止案件审理的程序性处置，是人民法院对正在审理中的案件作出的阶段性处理，并非诉讼程序的终结；而审判监督程序是对实体权利裁决或者对直接影响当事人实体权利的程序性裁决的救济程序。当事人不服人民法院作出的中止审理裁定，向人民法院申请再审的，不属于《中华人民共和国民事诉讼法》第179条规定的再审事由，应予驳回。

12、因财产保全引起的损害赔偿案件，应当如何认定申请人申请财产保全错误？

因财产保全引起的损害赔偿案件，应当适用侵权责任法规定的过错责任归责原则。在申请人对出现财产保全错误存在故意或者重大过失的情况下，应当认定为申请人的申请有错误。

13、当事人针对人民法院已经依法作出驳回再审申请裁定后的案件，再次申请再审的处理。

根据民事诉讼法第199条规定，当事人通过申请再审寻求在审判监督程序中改变原判决、裁定的，只能是针对经过第一审或者第二审人民法院审理并作出裁判的已经发生法律效力判决，裁定。而在人民法院依法作出驳回再审申请的裁定后，当事人有权依据民事诉讼法第209条第1款第1项的规定，向人民检察院申请检察建议或者抗诉，依法寻求救济。当事人向人民法院申请再审的，人民法院不予受理；已经受理的，应裁定终结审查。

14、人民法院针对再审申请人对按自动撤回上诉处理裁定不服申请再审案件的审查范围。

对于再审申请人在再审申请中既有对二审法院按自动撤诉处理裁定不服的理由，也有对一审法院实体判决内容不服的理由，人民法院根据民事诉讼法第200条的规定，对该再审申请案件的审查，仅审查其对二审法院按自动撤诉裁定不服的理由；对于再审申请人针对一审判决处理不服的理由，人民法院不予审查。当事人对于一审判决的处理，可根据民事诉讼法的相关规定，另寻救济途径。

15、刑事案件的被害人经过追缴或者退赔不能弥补损失，向人民法院民事审判庭另行提起民事诉讼的处理。

应依法保障当事人的诉权。刑事案件的被害人经过追缴或者退赔不能弥补损失，向人民法院民事审判庭另行提起民事诉讼的，人民法院应当予以受理。

16、仲裁程序中达成的调解书被人民法院依职权裁定不予执行的，当事人可以向人民法院起诉。

司法对仲裁的监督应当包括对仲裁调解书的监督。人民法院认定执行仲裁调解书违背社会公共利益的，可以依职权裁定不予执行；仲裁调解书被人民法院裁定不予执行后，当事人向人民法院起诉的，人民法院应予以受理。



17、案外人执行异议之诉与《最高人民法院关于人民法院办理执行异议和复议案件若干问题的规定》第28条规定的适用。

案外人执行异议之诉虽为实体审理程序，但和执行异议审查程序存在关联性和共通性，所以在审理此类案件时，在关于执行异议之诉的司法解释出台之前，可参照适用《最高人民法院关于人民法院办理执行异议和复议案件若干问题的规定》第28条等相关条款的内容，结合具体案情，判断案外人的权利可否排除强制执行。

18、构成一事不再理的判断。

当事人就已经提起的诉讼的事项在裁判生效后再次起诉，后诉的诉讼请求实质上否定前诉裁判结果的，即使当事人起诉的请求权基础不同，仍应认定该后诉的请求实质上违反了一事不再理原则，构成重复起诉。人民法院应根据民事诉讼法第124条第5项“对判决、裁定、调解书已经发生法律效力的案件，当事人又起诉的，告知原告申请再审”的规定，告知当事人对已经提起诉讼的裁判申请再审。

19、参与过案件审判工作的审判人员，不得再参与针对该案的第三人撤销之诉案件的审判。

基于第三人撤销之诉产生的案件，应当理解为《最高人民法院关于审判人员在诉讼活动中执行回避制度若干问题的规定》第3条规定所规定的“本案”，第三人撤销之诉应认定为该条司法解释所称的“该案其他审判程序”参与过案件审判工作的审

判人员，应当严格执行司法解释确定的审判人员回避制度，不得再参与针对该案的第三人撤销之诉案件的审判。

20、人民法院不得将其已依法立案审查的再审申请案件报请移送上级人民法院审理。

在二审判决已经生效后，当事人已经依据民事诉讼法第205条规定向二审法院申请再审，且二审法院已对当事人的再审申请立案进行审查的情况下，当事人不能再向二审法院的上级法院申请再审，二审法院亦不能将该案移送其上级法院进行再审审查。对于二审法院的报请移送，上级法院不应立案审查；已经立案审查的，则应根据民事诉讼法第199条的规定，裁定终结审查当事人提出的再审申请。二审法院并应同时要求原审审查法院继续对当事人的再审申请进行审查。

21、当事人于上诉期间届满后对委托代理人的上诉行为进行追认的，不能视为当事人于法定上诉期间内提起上诉。

当事人对一审判决不服提起上诉的，应当严格按照《中华人民共和国民事诉讼法》第164条第1款的上诉期间提出，代理人代为提出上诉的，必须按照该法第59条第2款的规定取得特别授权。在法定上诉期间内，当事人未提出上诉，代理人虽提出上诉但未获得当事人特别授权，当事人于法定上诉期间届满后追认代理人代为上诉行为的，不能视为当事人于法定上诉期间内提起上诉。

公司法务

□ 文 / 上海元始律师事务所 汇编

1、公司在未登记设立（注册登记）之前，股东之间的关系是什么？他们对筹办公司设立过程中购买的资产和债权，可以按照出资比例分割吗？（注：公司未设立登记就解散了。）

【解答】 公司未登记成立，如果已经从事了相关经营活动，股东之间实际是普通合伙性质。按照《公司法司法解释（三）》第4条之规定，发起人应对设立公司期间拖欠债权人的债务承担连带清偿责任。当然，如果设立公司期间已形成固定资产和相关债权，应当本着约定优先的原则，分割现有资产；没有约定分配比例的，按照约定的出资比例分配资产；没有约定出资比例的，则应当按照均等份额分配现有资产。

2、公司成立后，一股东通过其控制的其他公司的名义从公司借款，所借数额即为该股东出资，并不予返还，能否认定为抽逃出资？

【解答】 这里主要涉及证据的认定问题。股东把公司资金借给自己控制的关联公司，所借数额又与自己在公司的出资吻合，实际就是抽逃出资的行为，可以从以下几个方面进行认定：

第一，股东把公司款项借给自己关联公司，而关联公司并不出具任何形式的担保，在借款到期后，借款将难以追回；

第二，股东把公司款项借出后，根本未打算索回，放任自己的关联公司使用，甚至放任超过诉讼时效，直接导致公司丧失通过法律手段追回借款的权利；

第三，关联公司根本不缺钱用，现金流充裕，经营状况良好，可以证明公司股东有故意行为，或者关联公司根本就是皮包公司，款项既已划出，必将难以追回，甚至使追回款项成为不可能。

通过上述几方面的特征加以对照，可以找出公司股东把公司款项借给自己关联公司的真实意图，以此可认定其属抽逃出资行为，并可依法、依约定向其追索，并由其向公司其他股东承担违约责任。

3、夫妻二人作为二名股东设立的有限公司，是否应按一人公司的规定承担公司财产与家庭财产不混同的证明责任？

【解答】 夫妻二人发起设立的有限责任公司，属于有限责任公司的基本类型，但是，夫妻二人身份特殊，背后支撑的是同一个家庭，所以，容易发生公司财产与家庭财产混同的现象，导致公司财产责任难以独立承担。因此，夫妻二人有限责任公司有必要严格财产责任，参照一人有限责任公司的规

定，厘清公司财产与家庭财产之间的界限。从程序与实体上明确公司财产的独立性。具体实践中，应当完善公司注册地、办公地、经营地、经营人员配备、账目记载、财务审计等内容，使夫妻有限责任公司真正与《公司法》规定的公司独立法人地位相匹配，脱离家庭财产关系，独立承担民事责任。

4、中介公司帮一个身无分文的人成立了公司，成立之后中介公司又把注册资金全部抽走，现该公司欠大量债务，请问中介公司有责任吗？

【解答】 中介公司帮助他人设立公司，尔后又将注册资金全部抽走，导致公司实际不具有法人资格，不能独立承担民事责任。中介公司对该公司所拖欠的大量债务是负有责任的。根据《公司法司法解释（三）》第15条之规定，其应当对该公司拖欠的债务承担与其过错相适应的责任，对此请求，人民法院应予以支持。具体地讲，中介公司并非公司股东，不对公司对外债务承担全部连带责任，而是以代为出资额为限，仅在该额度范围内承担一次民事责任，并不能由其反复承担垫付注册资金范围内的民事责任。

5、受让公司并介入公司管理后发现公司的核心资产有重大瑕疵，是否可以要求撤销《股权转让合同》？

【解答】 按照《公司法》的规定，撤销权应当自知道或者应当知道撤销事由之日起1年内行使，最长不能超过5年。对于申请行使撤销权的理由是否成立，需要从以下几个方面判断：

第一，原告作为专业的投资公司，是否做过尽职调查，是否已经了解转让公司存在重大瑕疵？这应当作为法院裁判的基础。

第二，如果法院经审查发现转让时原告已经了解到公司存在明显、重大瑕疵却不提出异议，应当视为已放弃该权利。

第三，如果在公司转让股权时，原告未能发现足以影响其是否签订、履行《转让合同》的决定的情形的，则应当认为该瑕疵是隐形的，且很严重，原告在发现问题的1年内享有撤销权。

第四，原告已经受让、收购公司股权，且已经办理工商变更登记，转让款也已经支付，说明原告已经认可了股权的客观转让。如果发现对方在转让股权过程中存在一定过错或者股权有一定瑕疵，原告可以变更诉讼请求，要求对方承担相应违约责任，而非撤销《转让合同》。

6、两个人开办一个公司，并且公司一直处于盈利状态，但从公司成立以来一直未分红，如果小股东要求分红，大股东不同意，小股东如何维护自己的权益？

【解答】 根据《公司法》第4条之规定，公司股东依法享有资产收益的权利。《公司法》第35条规定：“股东按照实缴的出资比例分取红利。”分红权是公司全体股东的一项基本权利，公司股东会、董事会均有义务保障公司全体股东权利的实现。当公司被大股东控制，连续多年未分红时，小股东可以请求公司召开股东会，对公司分红事项进行审议。如果大股东拒绝分红、拒绝召开股东会，小股东可以向人民法院起诉，请求法院判令公司限期召开股东会，审议公司分红事宜。

对于分红事项，应当认定为公司内部事务，司法机关不应当强行干涉。但为了公司全体股东权益，应当考虑司法的适当干预，即可以依法判令公司召开股东会并对是否分红、如何分红事项进行审议、表决，但目前倾向性意见是司法机关不能对公司是否分红、如何分红作出强制性判决。

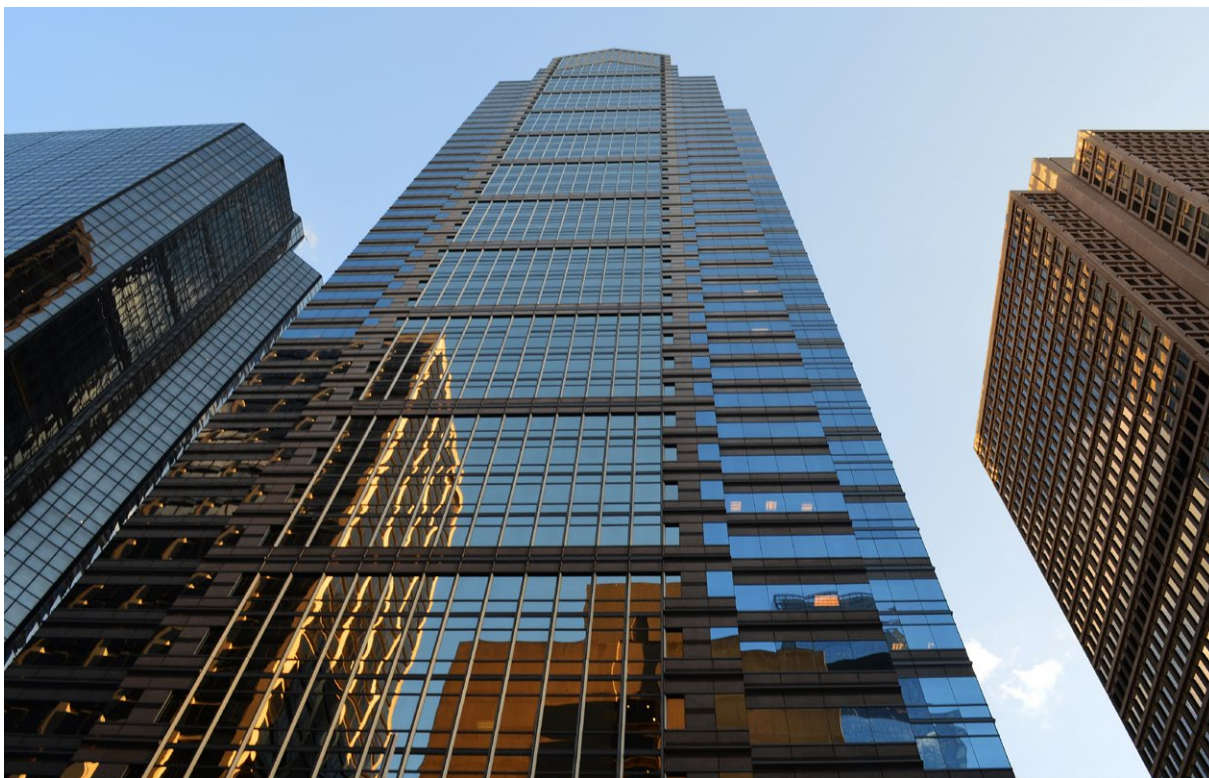
7、公司2008年由有限责任公司改制股份有限公司，但其中一个股东在2010年才发现原来自己的股份在2003年已被他人通过伪造《股权转让协议》的方式转让掉了。请问这名股东该如何维护自己的权益？

【解答】 被他人伪造《股权转让协议》转让股权的股东，有权要求确认自己在股份有限公司中的股东身份。首先，该股东可以向有管辖权的法院起诉，请求确认伪造的《股权转让协议》无效，并恢复其原有有限责任公司的股东身份。其次，在上述纠纷胜诉后，该股东有权另行起诉股份有限公司，请求确认其在公司中的股权和股东地位，以此保护自己的合法权益。

综上，该股东可以在两个确认之诉中解决四个方面的问题：在第一个确认之诉中，请求确认《转让合同》无效，请求恢复其原股东身份；在第二个确认之诉中，请求确认其在新的股份有限公司中的股东地位，并请求确认其按新章程应当持有的股份有限公司的股份。

8、公司设定两本账是股东滥用股东权利和公司法人独立地位的表现形式吗？能否适用“揭开公司面纱制度”？

【解答】 根据法律规定和财务管理制度要求，一个公司只能有一本账，且清晰、准确，不能造假账，更不能以此逃避债务，损害债权人合法权益。公司设两本账，这是控股股东滥用公司权利的表现，至于是否损害公司法人地位，则应按照综合性指标进行剖析。揭开公司面纱、否认公司法人资格制度应当慎用，这只能作为对利用法人地位逃避债务、损害债权人利益行为的一种惩罚性措施。而公司设两本账只是成就公司法人人格否认的条件之一，并非唯一条件，诸如两块牌子一套人马、账目不分或严重混同、公司造两本账用以逃债等。其中任何一个条件成就，只能说明存在违法与否定公司人格的嫌疑，尚不能完全肯定。



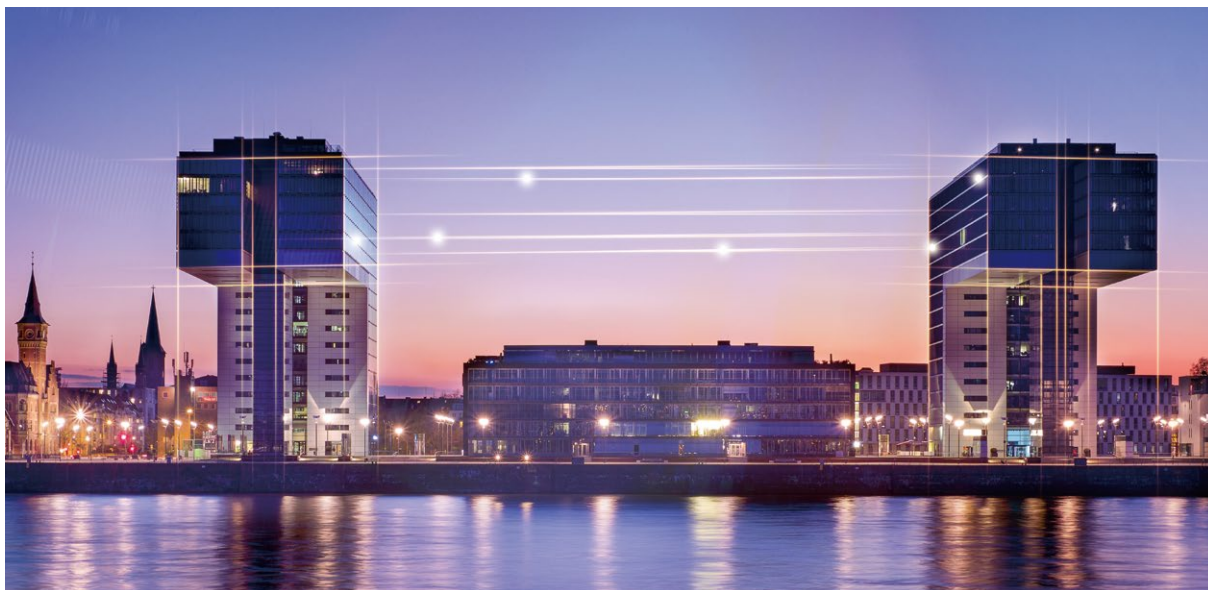
9、第三人享有甲公司股份并宣称甲公司即将上市，向社会公众出售股份，乙买了20万股，但后来第三人注销，甲公司至今也未上市，乙该如何维权？

【解答】 第三人向社会公众发售甲公司股份的行为，具有非法发行股票的性质，乙买入甲公司股票，有权要求甲公司回购，以保护自身合法权益。由于第三人属于代理发行甲公司股票，本来乙可以向第三人主张回购权利，但因第三人已经注销，已无法向其主张权利。此时，乙可以依据股份记载事项，向不能兑现承诺的甲公司主张权利，要求其回购在社会上发行的股份；如果甲公司不同意回购，乙可以向甲公司所在地人民法院提起诉讼，要求判令甲公司收回股票、退还股款。当然，如果经审理，发现甲公司与乙熟悉，乙并非不特定社会公众范畴，也可能根据人合性原则，驳回乙的诉讼请求。关键要看乙是否属非法发行股票中所指的社会公众范畴。

10、撤销公司登记是否具有溯及力，公司被撤销登记之前的民事行为是否有效？

【解答】 原告某市国土资源局与被告银环有限责任公司（简称银环公司）因土地使用权出让合同纠纷诉至法院，在审理过程中，银环公司因虚假出资被市工商行政管理局撤销设立登记。人民法院就银环公司被工商部门撤销登记后的法律后果问题形成两种意见：第一种意见认为，撤销设立登记是指银环公司一开始就不具备设立的基本条件，其所产生的一切民事行为均应是无效的。据此应认定市国土资源局与银环公司签订的《土地使用权出让合同》无效；第二种意见认为，银环公司现被撤销登记，但在撤销登记前是具备法人资格的，产生的民事行为应为有效。因此，不应认定市国土资源局与银环公司签订的《土地使用权出让合同》无效。请问哪种意见是正确的？

答：本案所涉问题实际上是，公司依法被撤销登记后，其此前的民事行为的效力应如何认定。我们认为，撤销公司登记是行政处罚的一种，行政处罚一般不应成为否定民事行为效力的依据，作为行政处罚撤销公司登记没有溯及力。根据《公司法》第一百八十一条第一款第（四）项的规定，撤销公司登记是公司解散的法定事由之一，公司被依法撤销登记后，应当进行清算，清算程序结束并办理工商注销登记后，该企业法人才归于消灭。因此，撤销公司登记无溯及效力，不能以此为理由否定公司被撤销登记之前的民事行为的效力。



住房城乡建设部办公厅关于做好取消城市园林绿化企业资质核准行政许可事项相关工作的通知

建办城[2017]27号

各省、自治区住房城乡建设厅，北京市园林绿化局，上海市绿化和市容管理局，天津市市容和园林管理委员会，重庆市园林事业管理局，新疆生产建设兵团建设局、军委后勤保障部军事设施建设局：

为贯彻落实《国务院关于修改和废止部分行政法规的决定》（国务院令676号）关于删除《城市绿化条例》第十六条“城市绿化工程的施工，应当委托持有相应资格证书的单位承担”的决定，做好相关工作，现将有关事项通知如下：

一、各级住房城乡建设（园林绿化）主管部门不再受理城市园林绿化企业资质核准的相关申请。

二、各级住房城乡建设（园林绿化）主管部门不得以任何方式，强制要求将城市园林绿化企业资质或市政公用工程施工总承包等资质作为承包园林绿化工程施工业务的条件。

三、各地要按照国务院推进简政放权、放管结合、优化服务改革的要求，创新城市园林绿化市场管理方式，探索建立健全园林绿化企业信用评价、守信激励、失信惩戒等信用管理制度，加强事中事后监管，维护市场公平竞争秩序。

四、《关于城市园林绿化企业一级资质核准有关事宜的通知》（建办城函[2015]133号）自本通知印发之日起废止。

此前有关园林绿化企业管理文件规定与本通知不一致的，均以本通知为准。

中华人民共和国住房和城乡建设部办公厅

2017年4月13日

建筑业资质“做减法”是大势所趋

本届政府牵动改革的“牛鼻子”就是深入推进“放管服”（简政放权、放管结合、优化服务），在建筑业市场管理的表现之一就是，对企业资质做“减法”。

2014年对建筑业企业资质标准进行了大手术，专业承包资质类别由60个减少为36个，其中19个专业承包资质直接取消；

2015年又取消了建筑智能化、消防设施、建筑装饰装修、建筑幕墙4个设计施工一体化资质；

2015年10月9日，住建部发布《住房城乡建设部关于建筑业企业资质管理有关问题的通知》（建市[2015]154号），将《建筑业企业资质管理规定和资质标准实施意见》（建市[2015]20号）规定的资质换证调整为简单换证，资质许可机关取消对企业“资产、主要人员、技术装备”指标的考核；

取消《施工总承包企业特级资质标准》（建市[2007]72号）中关于国家级工法、专利、国家级科技进步奖项、工程建设国家或行业标准等考核指标要求，对于申请施工总承包特级资质的企业，不再考核上述指标。

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：http://www.yslawfirm.cn
 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.cn>、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2017年4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。

苟利国家生死以，

岂因祸福避趋之。

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.cn

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