

建筑法苑

施工企业篇

上海元始律师事务所主办

2017年第2期 总第25期



中途停工的分包结算问题

竣工满七年才支付的保修金

包工头提请挂靠企业签署采购合同的注意事项

挂靠的总承包方濒临破产，实际施工人的工程款如何保障

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2期 总第25期

目录

CONTENTS

施工企业篇

挂靠的总承包方濒临破产，实际施工人的工程款如何保障	01
专家解惑	03
包工头提请挂靠企业签署采购合同的注意事项	06
工程中途停工，分包单位如何结算	09
竣工满七年才支付的保修金	12
总包能否起诉实际施工人要求支付挂靠管理费	13
如何购买施工企业资质	15
劳动人事	20
员工上班干私活受伤的处理	25
最高人民法院《关于进一步加强民事送达工作的若干意见》	28



挂靠的总承包方濒临破产，实际施工人的工程款如何保障

□ 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

《建筑法苑》——施工企业篇

【问题】



李博士：我挂靠浙江某一级企业承接工程。工程是我自己承接，业主关系也是我自己建立的。工程还算顺利，已经完工验收，业主也有资金，也同意付款。目前存在的问题是，我挂靠的这家总包出了大麻烦：由于总包管理不善，大量挂靠的包工头缺乏诚信，材料款、民工工资不付，近百家单位都来起诉总包，生效的判决书已有70多份。很多债主通过法院发函给业主，要求业主协助执行。所以，现在业主不敢付给总包（付到总包账户也被别人执行走）；业主明知我是实际施工人，因为没有合同，他们也不能付给我个人。前不久，通过清欠办，拿到了450万元的民工工资，但这不能从根本上解决问题。我还有几千万工程款没有收回，怎么办？

【答复】



一、由于项目信息的公开性，总承包方的所有项目均可被公开查阅。

在当前建筑市场上，对于总承包方中标承接的全部项目信息，包括建设单位情况、地块信息、规划许可证、施工许可证等有关情况，都可以在网上公开查阅。所以，债权人很容易将总包的全部工程情况调查清楚，然后要求执行法院向所有建设单位发出协助执行通知，要求建设单位以该总包的工程款代为清偿债务。

二、一旦法院发出协助执行通知，建设单位若再行支付工程款，自身面临风险，给施工单位收款造成障碍。

一旦法院发出协助执行，建设单位一般是不敢再向总承包方支付工程款，否则其自身至少面临两个方面的风险：

（一）经济上的赔偿责任：《最高人民法院关于人民法院执行工作若干问题的规定(试行)》第三十七条规定，“有关单位收到人民法院协助执行被执行人收入的通知后，擅自向被执行人或其他人支付的，人民法院有权责令其限期追回；逾期未追回的，应当裁定其在支付的数额内向申请执行人承担责任。”

（二）遭受处罚的风险：根据民事诉讼法第一百一十四条，有义务协助调查、执行的单位接到人民法院协助执行通知书后，拒不协助扣留被执行人的收入、办理有关财产权证照转移手续、转交有关票证、证照或者其他财产的，人民法院除责令其履行协助义务外，并可以予以罚款。人民法院还可以对其主要负责人或者直接责任人员予以罚款；对仍不履行协助义务的，可以予以拘留；并可以向监察机关或者有关机关提出予以纪律处分的司法建议。

三、在建设单位明哲保身、拒不支付工程款的情况下，实际承包人只能通过诉讼途径维护自身权益。

（一）从理论上说来，由于业主与总包方之间订立了建设工程施工合同，以总包名义起诉业主最为顺畅。但在总包方债务缠身的情况下，这是下策。因为总包方即使胜诉，最终只能以总包方的名义

申请执行、收取款项。而执行款到了总包方的账上，仍然有被其他债权人查封的可能。

浙江绍兴曾有一家总包，在当地因为替人担保，因为被担保人拒不还款，被银行、小贷公司追索，该总包背负了8000多万元的担保债务，且都已经在绍兴当地的法院被申请执行，企业的所有账户都已经被查封。该总包在市场上仍然承接工程，也碰到工程款难以回收的问题；其中浙东一个项目，通过诉讼，确定了优先权，从业主的破产财产中分配到1492万元。正当该总包准备新设账户、申请法院将1492万元执行款划入其账户时，执行法官从网上看到，该总包有近8000万元的被执行债务，法官二话不说，没有将执行款划给企业，而是直接划给绍兴当地的执行法院。该总包花费大量精力和财务，打赢官司，可惜一分钱工程款未收到；划到法院的执行款，则被银行、小贷公司等债权人瓜分一空。

(二) 因此，以实际施工人本身作为原告提起诉讼就显得尤为必要。诉讼中可将总包方列为第一被告，将业主列为第二被告。实际施工人起诉总包和业主，也是法律许可的，最高人民法院的司法解释明确予以支持；胜诉之后，款项执行时也不会存在被总承包方的其他债权人划走的风险。

对于实际施工人所担心两个问题：一，挂靠合同无效，对诉讼是否有影响；这不用担心，合同无效仍然可以参照合同结算价款，不影响实体权利。二，实际施工人是否享有优先权，现在多数法院支持实际施工人享有工程款的优先权，因为实际施工人垫付人工、材料等成本才能将工程建成，若不支持不仅违背合同法第二百八十六条的立法本意，也会造成社会问题。

需要提醒的是，起诉之前，一定要与总包方沟通好，将目的和意图以及提起诉讼的不得已之处详细报告总包方，取得总包方的谅解和支持。没有沟通，冒然起诉总包方，总包方可能会感到诧异，明明你们挂靠我们，反而起诉我们，你们想干什么？一旦产生隔阂，总包可能会人为设置障碍，加大对抗意识，增加诉讼难度。

起诉前需要准备的证据主要是：一、实际施工人与总包的合同；二、总包与业主的合同；三、工程验收相关依据；四、工程结算凭证（如未结算，可以自己编制一份结算书，起诉后请法院组织司法审价）；五、工程款支付明细；其他证据可根据案情进行组织。对业主可能提起的工期索赔、质量索赔可能还要有所防备；起诉之前，可以请专业律师对所有证据材料进行系统分析，评判业主反诉的风险，做好应对预案，不打无准备之仗。

上述思路在实践中也是可行的。本所据此也处理过很多成功的案例。比如，孙某挂靠江苏某一级企业，因挂靠的江苏企业存在大量的诉讼案件，遂以孙某名义在上海市第二中级人民法院起诉总包和业主。最终通过努力达成调解结案，由业主将工程款直接支付给孙某，绕开了总承包方的债务问题。其中2017年1月26日（农历腊月29日）一次性就拿到5000万元。该事件还被最高人民法院在2017年1月27日（农历腊月30日）的《人民法院报》头版报道（法院报道当然强调法院的功劳，实际上案件都是双方当事人和律师通过艰苦谈判达成）。



专家解惑

□ 文 / 上海元始律师事务所 汇编

1、建设工程施工合同中约定了违约责任，但未明确违约金数额及标准的，如一方当事人有违约行为，如何计算违约损失？

【答复】最高院的指导性意见认为，这属于约定不明，但如果有法律明确规定的，按照法律规定处理，如法律也没有明确规定的，可以根据实际损失来确定。发包方迟延支付工程款的，承包人要求赔偿损失，法院可以依照中国人民银行公布的同期银行贷款利息标准支持；承包人工期延误的，发包人要求赔偿损失，法院可以按照同类地段的房屋租金损失予以支持。

可以看到，两方的违约责任是不对等的。发包人付款延迟，仅支付贷款利息；而施工企业耽误工期，按照房屋建成之后的租金来计算违约金，这样的违约责任非常重。湖北某企业为业主兴建办公楼，工程总价仅6000多万元，因业主欠付1300万元的工程款，施工企业起诉业主。孰料业主方以工期延误为由提起反诉。法院即按照该办公楼全部建筑面积和当地房租标准计算租金，并以此为依据计算工期延误违约金，判决施工企业承担3032万元的工期延误罚款。其后，湖北省高院和最高人民法院都维持了判决。施工单位不仅拿不到工程款，还要倒找1700多万元。所以，对工期延误的责任应该谨慎对待，在合同履行过程中凡是业主、指定分包等单位影响工期的，应及时办理有关书面手续，作为日后免责的理由。

2、涂料厂为总包单位供应真石漆。双方未订立书面合同，也没有办理书面对账手续。仅在工程完工后，由项目部给涂料厂出具了没有还款期限的欠条。涉诉后，出卖人（涂料厂）主张逾期付款利息损失，利息起算点应如何确定？

【答复】一种意见认为，应从交货次日开始计算利息损失，理由是：按照合同法第一百六十一条，买受人应当按照约定的时间支付价款。对支付时间没有约定或约定不明确，依照合同法第六十一条的规定仍不能确定的，买受人应当在收到标的物的同时支付。故履行期限应为交货时，逾期付款利息损失应从次日开始计算。

另一种意见认为，应从出卖人向买受人催讨时开始计算利息损失，理由是：双方既然未约定付款期限，就表明出卖人认可买受人的拖欠行为，故应从催讨开始计算利息损失。如果从交货开始计算，与此类案件诉讼时效从出卖人向买受人催讨开始计算的规定相矛盾。

倾向性意见认为，根据合同法第六十二条第（四）项“履行期限不明确的，债务人可以随时履行，债权人也可以随时要求履行，但应当给对方必要的准备时间”，故出卖人应向买受人催告付款，并给买受人必要的准备时间（比如可以要求买受人在收到函件后7天内付款），待该期间届满

后，买受人仍未付款，则从该期限届满次日开始计算利息损失。

本案值得借鉴的是，利息是从主张（发函催告）之后才开始计算。对于类似的情形，出卖人一方应该及时书面催促买受人付款。单纯电话催促或者上门催款，起不到法律上的“催告作用”，耽误事情甚至可能导致丧失时效不说，至少利息方面是实实在在的损失。

3、设备安装合同纠纷适用承揽合同相关法律规定还是建设工程施工合同相关法律规定？农村建房是否适用建设工程施工合同相关法律规定？

【答复】根据《中华人民共和国合同法》第二百六十九条规定，建设工程合同包括工程勘察、设计、施工合同。根据《中华人民共和国建筑法》规定，建筑活动是指各类房屋建筑及其附属设施的建造和与其配套的线路、管道、设备的安装活动。如果设备安装在建筑活动范围之内，或与建筑活动关系紧密的，由此发生的纠纷可以确定为建设工程施工合同纠纷，适用相关法律。如与建筑工程没有关联的其他安装行为，比如装修完成之后在墙面镶嵌画框，与工程无关，由此发生的纠纷可适用承揽合同的相关法律规定。

农村建房合同一般应属于建设工程施工合同，适用相关的法律规定，但法律明确规定不适用的除外。虽然根据《中华人民共和国建筑法》第八十三条第三款规定：“抢险救灾及其他临时性房屋建设和农民自建低层住宅的建筑活动，不适用本法”，但并不排除该类合同为建设工程施工合同。

4、钢材供应商起诉总承包方，一审法院判决总承包方支付钢材款489万元、利息230万元（本息合计719万元）。总承包方提起上诉。在二审期间，双方当事人达成和解，将利息让步到50万元（本金及利息合计为539万元）。钢材商和总承包方签订和解协议之后，总承包方撤回上诉。其后总承包方未履行和解协议。问题是，钢材商是按照一审判决的719万元向法院申请执行，还是按照一审之后、上诉期间达成的和解协议金额（539万元）重新起诉？

【答复】总承包方对于撤诉的法律后果应当明知，即一旦法院裁定准予其撤回上诉，人民法院的一审判决即为生效判决，具有强制执行的效力。虽然二审期间双方在自愿基础上达成的和解协议对相关权利义务作出约定，总承包方因该和解协议的签订而放弃行使上诉权，钢材商则放弃了大部分利息，但是该和解协议属于双方当事人诉讼外达成的协议，未经人民法院依法确认制作调解书，不具有强制执行力。一方当事人不履行和解协议，另一方当事人申请执行一审判决的，人民法院应予支持。总承包方未按和解协议履行还款义务，违背了双方约定和诚实信用原则，故对其以双方达成和解协议为由，主张不予执行原生效判决的请求不能成立。

5、建筑公司的项目部经理向外借款时，在担保人栏加盖所在建筑公司项目部公章，该行为的效力如何认定？

【答复】建筑公司的项目部是建筑公司的职能部门，对此，债权人也应当明知。根据担保法第十条及相关司法解释的规定，仅以企业法人的职能部门提供保证的，保证合同无效。故以建筑公司的项目部名义进行的保证行为无效。

6、工程负责人或项目经理有关工程结算的承诺对所在公司是否具有约束力？

【答复】一般认为，工程负责人或项目经理有关工程结算的承诺，如对未付工程款承诺支付利息或违约金，应属其职权范围内的事项，可认定为职务行为，对其所在公司具有法律约束力。

由此产生的一个问题是，项目经理可能被对方买通，与分包人或者材料商恶意串通，虚假签单从而损害公司利益。

要解决这一问题，必须从合同入手，在合同上对项目经理或者合同代表的权力予以限制。比如合同中注明，“甲方委托某某某作为授权代表，甲方代表无权改变本合同约定，无权单独向乙方下发工作联系单、任务单，无权与乙方签署签证单、结算书或其他界定双方权利义务的文件。需要甲方承担费用的任何单据必须经甲方加盖公章才能生效；没有加盖甲方公章、仅有甲方代表或任何其他工作人员签字的文件，均不能作为乙方向甲方主张权利的依据”。这样管理效率上虽然有所降低，但是可以有效保障安全，在效率和安全方面如何取舍，施工企业可以斟酌决定。

7、非法转包、违法分包的实际施工人是否有优先受偿权？分项工程竣工验收，已超过6个月，是否有优先受偿权？烂尾楼工程中，因发包方拖延支付进度款，工程时停时做，已超过约定竣工日期6个月，起诉时尚未停工，是否有优先受偿权？

【答复】关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二十九条明确规定，“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，倾向于认定实际施工人享有优先权，原因在于尽管非法转包、违法分包将导致所签订的建设工程合同无效，但实际施工人已将人力、财力物化在建设工程之中，故应认定其享有优先受偿权。

分项工程竣工系建设工程的其中一部分，建设工程的优先受偿权期限应根据建设工程的整体竣工时间来确定。

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。烂尾楼工程中，引起工程未能在规定时间内竣工的原因往往在于发包方，因发包方的违约行为导致工程延期竣工，施工方并没有违约行为，且工程也尚未停工，因此尽管已超过约定竣工日期6个月，施工方还是享有优先受偿权。



包工头提请挂靠企业签署采购合同的注意事项

□ 文 / 上海元始律师事务所 李宗猛律师

【问题】



李博士：

您好！您多次向我公司介绍挂靠施工存在的风险。我们也意识到，也吃过不少亏。但目前挂靠仍然难以完全避免。有一些朋友，他们有业务渠道，能够拿到工程项目，我们如果不让他们挂，愿意挂靠的施工企业多的是。挂靠几个项目，一来多少有些收益，二来也多一些业绩，所以要完全杜绝挂靠不现实。

问题在于如何规避挂靠的风险。我们经常碰到的一个苦恼问题是，挂靠承包人在施工中难免需要购买材料，有些材料合同必须由总承包人出面与材料商签署，且需要办理合同的备案手续。对于这一类合同，我们应该如何处理？

【答复】



对于包工头的盖章要求，如果被挂靠的企业不配合盖章，包工头心有怨言不说，工程可能推进不下去；包工头为了方便，甚至有可能擅自私刻一个公章在相应合同上加盖。

切勿以为包工头私刻的公章，挂靠的施工企业就可以不承担责任。实际上，包工头刻制印章之后，完全可以用在“正常”的场合，比如包工头可在与业主方的往来函件、分部分项验收证明、会议纪要等文件上加盖印章，造成这个印章实际投入使用的事实。之后，包工头再用这个印章加盖材料采购合同。如此一来，施工企业要否认包工头私刻的印章，难度是非常大的。目前，多数判决都会认可这枚私刻印章的效力。故不可不防。

因此，对于一些材料采购合同，需要配合包工头加盖印章的，公司还是应该加以配合盖章。但是，为了避免诚信问题，公司至少需要做好两个方面的工作：

第一个方面：一定要让包工头签署承诺书，确认有关采购合同的义务由其承担。这样，万一发生意外（比如包工头拒付材料款，导致公司代为承担付款责任），公司至少还有向包工头追偿的可能。以下是确认书的范本。

确 认 书

示范文本

致：上海大地建设工程有限公司

感谢贵司对本人的信任，委托本人承担天象花园项目的内部承包施工任务。按照贵我双方签订的内部承包合同约定，本工程由本人自负盈亏、独立核算，所有材料款、民工工资、分包工程价款等一切施工成本均由本人承担。现因本工程施工过程中，需要采购混凝土；而混凝土合同备案时，必须向主管部门提交以贵司（承包人）名义与混凝土供应商签订的混凝土采购合同，否则不能办理相关手续。鉴于此，本人提请贵司与上海城建混凝土有限公司签订混凝土采购合同（合同编号为_____）

_____，以下简称《混凝土供应合同》)。为明确本人责任，保护贵司的合法权益，本人谨此向贵司承诺如下：

- 一、《混凝土供应合同》上，所有应由贵司（亦即采购方）承担的合同义务，全部由本人承担。
- 二、如本人不履行合同义务，致使上海城建混凝土有限公司追索贵司责任的，由此给贵司造成的损失，包括并不限于货款本金、违约金、利息、诉讼费、鉴定费、保全费、律师费、差旅费以及贵司代为偿付的其他费用，均由本人承担，贵司并有权要求本人承担全部代付款项20%的违约金。
- 三、以上确认条款是本人真实意思表示。本人对所有确认内容清楚明白，不存在欺诈、胁迫、显失公平、乘人之危、重大误解或其他可能导致承诺内容无效或者可撤销之情形。

确认人：王一强（签字、手印）

确认日期：2017年7月5日

第二个方面：如有可能，让材料商也向公司出具一份确认书，让材料商明确仅向包工头追索材料款。下面是确认书的版本。

示范文本

确 认 书

致：上海大地建设工程有限公司

对于上海天象房地产有限公司（以下简称“建设单位”）委托贵司承包施工的天象花园工程（以下简称“本工程”），我司清楚地了解到本工程系由实际施工人王一强负责本工程施工，并由王一强个人承担本工程的人工费、材料费、机械费以及一切其他施工成本，自负盈亏、独立核算。

我司在了解上述情况的基础上，应王一强所请，同意为本工程供应混凝土材料。

为满足办理手续需要、以及为了开具发票方便，我司提请贵司与我司订立《混凝土材料供应合同》（合同编号为20070510）。为保障各方合法权益，我司谨此承诺如下：

一、我司了解并接受，王一强是本工程的实际施工人，王一强应对本工程的进度、质量、施工安全、款项支付以及其他全部施工合同义务承担责任。

二、我司确认，贵司与我司签订《混凝土供应合同》仅用于相关手续，贵司并无向我司支付任何款项的义务。在任何情况下，我司不得依照“混凝土供应合同”向贵司主张权利；即使我司向贵司开具发票，我司也不得要求贵司向我司支付款项或任何其他费用。我司的权利义务（包括货款以及开票所需缴纳的税金等），均由我司直接与王一强结算，由王一强直接支付给我司，与贵司无涉。

三、不论王一强或其他单位或个人是否另以贵司名义与我司签订任何其他形式的合同，亦不论该等合同是否加盖贵司公章、合同章、项目部章、技术资料章或其他形式的印章，我司确认该等合同均不成为贵司向我司承担支付款项的依据；在任何情况下，我司不得依照该等合同向贵司主张任何权利。

特此确认。

确认人：上海城建混凝土有限公司（签章）

法定代表人（签字）：

确认日期：2017年7月10日

上述材料商的确认书，如果能够签署下来，被挂靠企业的风险要小得多。当然，也有部分材料商不肯签署，在这样的情况下，被挂靠企业对包工头就不能包而不管。因为企业毕竟在材料合同上加盖印章，最终履行合同的义务人是企业而不是包工头。为此，企业需要做好三个方面的工作：

一、要求材料商每月上报材料实际供应数量，并将有关原始单据（包括送货单、签收单等）提交公司一份，存档备查。同时，明确告知材料商，逾期提交的，将视为非法签单，日后不予结算。

二、按照图纸和工程进度，测算相关材料的实际用量，审核材料商送货数量的真伪。这样做法的目的是，避免包工头与材料商内外勾结，虚报材料数量，恶意串通损害被挂靠企业的利益。我们碰到的案例，该项目按照图纸明明只有2000吨钢材，但是包工头与材料商签署的收货单达到2800吨。由于单据完整，诉讼后被挂靠单位只能按照2800吨的单据对外付款，而向包工头追偿时，包工头又没有财产履行。

三、严格敦促包工头及时支付材料款，提供付款凭证，并向材料商复核付款情况的真伪。如果包工头不付款，最终材料款的本金、利息都要被挂靠单位承担，损失可能会非常巨大。浙江某总包将款项全部支付给包工头，而包工头未支付钢筋款；材料商起诉后，法院判决支付了钢材款本金800多万，而利息居然达到了1000多万元。请特别注意，钢材供应商的采购合同上，通常很巧妙地将隐性违约责任写得非常高，比如甲方未能如期支付货款，每迟延一天，按照每顿钢筋支付5元的违约金；看似不起眼，实际达到了每日千分之一以上，而法院对千分之一的违约金（相当于年息36.5%）可能是支持的。



工程中途停工，分包单位如何结算

□ 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

《建筑法苑》——施工企业篇

【问题】



李博士：我公司在绍兴承接的一个工程，委托包工头王某施工。由于王某与建设单位关系紧张，建设单位解除了与我司的总承包合同，并另聘其他单位进场施工（已完工程界面双方已签字确认）。由于工程不能施工，我司与分包单位、材料商的合同相应解除。在与分包单位进行结算时，我司有哪些注意事项？有关协议如何签署？

【答复】



对于中途停工的项目，关系错综复杂，涉及贵司与建设单位、挂靠承包人、以及所有分包单位和材料商等诸多关系的处理。不论合同解除的原因如何，善后是关键。要避免损失扩大，最核心的要点有两个方面：

一、抓紧与建设单位就已完工程量进行核对，防止因时过境迁导致工程量无法核实（因为工程已经继续施工）。工程量的核对可以先完成，结算造价可以暂不出来。

在所有工程量的核对过程中，一定要让挂靠的包工头（实际施工人）参与核对并签字确认，防止其日后反悔抵赖。如果包工头不愿意来或者蓄意不来，每一次核对都要以书面形式通知其与会（用EMS挂号邮寄方式函告，而不能仅仅电话口头通知），告知如不参加视为认可核对的工程量。

在与建设单位核对工程量的同时，与包工头一同，对所有分包单位的工程量、所有材料商进行送货量的核实工作。注意，所有分包的工程量不应超过建设单位确认的相应分包工程量，所有材料供应量不应超过已完工程所需材料的合理用量加上适当损耗量，这样可以保证总承包方的利益不至于无端受损。

二、所有核对工作均应留下记录。包工头、分包单位、材料商派遣的对账人，均需要让他们提供授权委托书。会议要有签到，工程量核对成果要有签字，最终达成结算协议时更要签署结算协议。以下是结算协议的模板（以土方分包工程为例，其他分包可以参照拟订）。

示范文本

土方工程合同解除及结算协议

甲方：上海某某建设工程有限公司

乙方：绍兴某某土方工程有限公司

丙方：王大赖（身份证号码 _____）

鉴于：（一）甲方受绍兴某某置业有限公司（以下简称“建设单位”）的委托，承担绍兴市某某区某某项目（以下简称“本工程”）总承包施工任务。

（二）甲方委托丙方以自负盈亏、独立核算的内部承包方式负责本工程实际施工。丙方是本工程的实际施工人。

(三) 丙方委托乙方承担本工程的土方分项工程施工。为办理相关手续，丙方提请甲方与乙方于2016年10月1日签署了《土方挖运承包合同》(以下简称“土方合同”)。土方合同签署后，乙方履行了部分土方工程的施工任务。

(四) 其后，因丙方的履约情况不能获得建设单位满意，建设单位解除了与甲方签订的工程施工总承包合同，甲方与丙方的内部承包合同、以及甲方与乙方的土方合同失去了履行的基础。

为保障各方的合法权益，就土方合同解除、结算及费用支付等相关事宜，甲方、乙方、丙方经协商一致，达成如下协议条款，以资共同信守。

一、甲乙双方确认，甲方与乙方订立的土方合同于建设单位与甲方解除施工总承包合同之日正式解除。各方对土方合同解除互不承担违约责任。

二、甲方、乙方、丙方一致确认，对于土方合同解除前乙方已经完成的工程，其结算造价为人民币aaa元整(大写人民币AAA元整)。该结算造价包含本工程乙方全部施工内容、所有签证变更款项、未完退出相关损失和补偿，以及一切辅助服务之应得全部价款。本协议签署后，乙方不得再以任何理由要求增补。

三、各方均确认，乙方应得的工程款本应由丙方自行支付，但丙方因自身原因提请甲方代为支付，甲方表示同意。截至本协议签署之日，甲方和丙方累计向乙方支付工程款总额为人民币bbb整(大写人民币BBB元整)。付款明细如下：

甲方及丙方支付给乙方的工程款明细		
付款日期	付款方式及收款人	付款金额
___年__月__日	网银支付给xxx公司	
___年__月__日	承兑汇票支付给yyy公司	
___年__月__日	网银支付给乙方账户	
___年__月__日	现金支付给乙方	
___年__月__日	现金支付给乙方授权收款人张三	
___年__月__日	施工现场代发工资给工人	
合计		

上述收款明细表中，“xxx公司”、“yyy公司”、“张三”均为乙方的指定收款人。甲方或丙方将款项支付给“xxx公司”、“yyy公司”、张三以及现场代发工资，均视为甲方已经将工程款支付给乙方。

四、乙方最终应得结算尾款为ccc元整(大写人民币CCC元整)，计算方式如下：乙方的工程尾款=结算总价aaa元减去已付款bbb元。

五、工程尾款的支付方式为：

(一) 本协议签署后，甲方在2017年7月25日前支付乙方150万元人民币，2017年8月31日前支付乙方200万元人民币，甲方在2017年9月30日前支付乙方剩余款项。上述款项支付后，乙方不得再以任何理由要求甲方、丙方支付任何款项。

(二) 丙方确认，甲方代为支付给乙方的款项，视为甲方支付给丙方等额的承包合同价款。

六、甲方支付乙方的工程款中，包含乙方履行合同所需材料费、人工费、施工机具费、运输费、燃油费、土方消纳费、管理费、保险费、测试费、利润、税金以及乙方履行合同所需一切其他必要费用。乙方收取甲方支付的工程款之后，必须及时足额支付所有民工工资以及应由乙方支付的其他款项；若乙方未能及时履行对外债务，由此给甲方造成的一切损失(包括但不限于主债务、利息、违约金、赔偿金、诉讼费、律师费、保全费、鉴定费、差旅费、执行费等全部费用与损失)均由乙方承担。

示范文本

对本协议约定的应由乙方承担的全部合同义务，丙方承担连带保证责任，保证期间直至全部债务履行完毕之日止。

七、本协议结算内容涵盖甲方、乙方、丙方此前签署的全部签证单、技术核定单、设计变更、工程指令、会议纪要、往来函件、点工单以及一切其他有关工程造价内容。

甲方、乙方、丙方一致确认，除本协议第四条所述工程尾款以外，至本协议签署之日，甲方、丙方及甲方的一切关联企业均不欠付乙方任何款项，亦不存在已签署而尚未结算的签证单、结算单或其他应由甲方、丙方或甲方关联企业承担给付义务的权利凭证。

本协议签署之后，如各方还有经济往来，则必须订立书面合同，而且所有单据必须加盖甲方公章才能发生效力。未加盖甲方公章的任何文件，即使有甲方或甲方关联企业员工的签字，也不能作为乙方向甲方主张权利的依据。

八、本协议签署后，乙方不得采用围攻、静坐、上访或其他过激手段追讨工程款，不得在工地现场拉横幅以致严重影响建设单位和甲方声誉，更不得唆使民工封堵建设单位或甲方办公室，否则乙方应承担违约责任，每发生一次，甲方有权扣除乙方工程款人民币贰拾万元。

九、土方工程合同解除后，对于未履行部分，乙方放弃主张预期利益或其他权利。如今后建设单位委托其他单位实施土方工程，乙方承诺不予干涉。

十、各方确认，除本协议约定事项之外，甲方与乙方、乙方与丙方不存在其他权利义务关系；且不论甲乙双方签署的土方合同是否有效，亦不论甲方与丙方的内部承包合同是否有效，不影响本协议效力。

十一、本协议是各方权利义务的最终结算。各方对本协议全部条款及涵义清楚明白。协议内容是各方的真实意思表示，不存在欺诈、胁迫、重大误解、显失公平、乘人之危或其他可能导致协议无效或者可撤销之情形。协议签署之后，任何一方不得要求反悔。

本协议经各方签署后生效，协议一式六份，甲方、乙方、丙方各执二份。

甲方：上海某某建设工程有限公司（盖章）

乙方：绍兴建设有限公司（盖章）

丙方：（签字、手印）

签署日期：2017年 月 日



竣工满七年才支付的保修金

□ 文 / 上海元始律师事务所 李宗猛律师

【案情】



南方装饰公司与业主方签订装修工程施工合同。合同约定：工程审定结算价的5%作为工程保修金。保修期满2年后，甲方一次性付清保修金（扣除保修费用）。工程完工并交付业主两年多，因业主拒绝退还保修金，南方装饰公司不得已提起诉讼，要求业主支付保修金。

令南方装饰公司意想不到的是，法院居然以保修金支付条件不成就为由，驳回南方公司的诉请。

【分析】



法院判决的理由是：《建设工程质量管理条例》第四十条规定，桩基、基础工程、主体结构终身保修（设计文件一般规定建筑的合理使用寿命为50年），防水工程的保修期至少为5年。姑且不说结构终身保修，防水工程的保修期满后至少要5年。保修期满2年，意味着从竣工验收之日开始计算，首先经过5年才是保修期满，保修期满后再过2年（也就是从竣工验收之日起算满7年），施工单位才能拿到相应的保修金。目前完工仅有3年不到的时间，没有达到保修金的支付条件，故判决驳回施工单位的诉讼请求。

【反思】



这不是虚构的案件，而是前不久上海某区法院的判例。

我们不能说法官完全是胡来。无可讳言的是，当前的司法环境尽管有所改善，但仍不能完全摆脱人为干扰。明目张胆地枉法裁判的情况固然有所减少，但在可进可退的时候，若文字存在歧义，就给了别人对付你的机会。我们相信，法官不会不知道工程上的惯例及双方的本意是在“两年保修期满”后支付保修金；但是文字表述为“保修期满两年后”，人家就可以判决业主在7年后才付款。

7年后才付款，且不说资金利息，业主的人能否找得到都是问题。因此，合同条款的表述不可不慎重。

【借鉴】



一、我们在帮助总承包方修改合同时，也经常碰到类似的条款。业主合同上常写道，“保留结算价的5%作为保修金。保修期满后2年后支付3%，保修期满后5年后支付2%”。可以看到，该条款同样存在问题。“保修期满2年”，“保修期满后5年”，这是容易引起混淆的概念；“保修期满后5年后”意味着从竣工验收之日起算满10年，如果碰到上面案例的法官，说不定要在完工10年后才能拿到保修金。这当然不合理，大大加重施工单位的资金负担。因此该条款应修改为：“工程审定结算价的5%作为工程保修金，自工程竣工验收合格之日起满2年后7天内支付结算总价的3%，自工程竣工验收合格之日起满5年后7天内无息付清剩余保修金”。

二、我们还看到有些业主要求保留结算价10%的保修金。施工企业的正常利润也许仅有10%，将10%全部扣留，等于施工企业的一点利润全盘积压下来。对于此条，当然应该据理力争。《国务院办公厅关于清理规范工程建设领域保证金的通知》（国办发〔2016〕49号）第四条明确规定，“工程质量保证金的预留比例上限不得高于工程价款结算总额的5%”。施工企业依照该文件与业主商谈，既有依据，也符合情理。

总包能否起诉实际施工人要求支付挂靠管理费

□ 文 / 上海元始律师事务所 李宗猛律师

【问题】

挂靠包工头欠我司挂靠管理费，我司起诉追索，法院会支持吗？有相关法律依据吗？

（请转李博士，谢谢。）

【答复】



一、直接起诉追索包工头的挂靠管理费，当然不会支持。《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》第四条规定，“承包人非法转包、违法分包建设工程或者没有资质的实际施工人借用有资质的建筑施工企业名义与他人签订建设工程施工合同的行为无效。人民法院可以根据民法通则第一百三十四条规定，收缴当事人已经取得的非法所得。”

单纯起诉挂靠管理费，极有可能被认定为“非法所得”而不予支持。

二、但是，包工头欠付挂靠管理费，不等于无法可想。最常见的思路是起诉包工头，要求其返还超额支付的工程款。其基本操作思路如下：

（一）为便于行文，假设贵司（总承包方）已经与建设单位完成了结算工作，且假设贵司与建设单位的结算总价为A万元。

（二）贵司与包工头的内部承包合同，一般会约定一个比例的管理费（假设为u%），并通常会约定税金由包工头承担。按照这一原则，贵司与包工头的结算总价（假设为B万元）应该为：

$$B=[A \times (1-u\%) - \text{税金}]$$

上述算法在追偿权案件、超付工程款案件中法院通常是支持的，依据是司法解释的第二条，建设工程施工合同无效，但承包人请求参照合同约定支付工程价款的，应予支持。

（三）贵司支付给包工头的款项假设为C万元。贵司的付款至少应包括如下部分：

1. 建设单位支付进入贵司的款项，贵司扣除税金、管理费之后支付给包工头的部分（假设为a万元）；
2. 包工头从建设单位直接领取的款项（假设为b万元，贵司提及的未收到的管理费可能就是包工头直接领取的款项）；
3. 贵司代为支付的民工工资（假设为c万元）；
4. 贵司代为支付的材料款（假设为d万元）；
5. 贵司因包工头不履行义务导致诉讼、仲裁案件所支出的费用和成本（假设为e万元）；
6. 贵司代付的招投标手续费、中标服务费、保函费用、开工前期交通费、招待费、报监费以及其他贵司垫付的其他成本（假设为f万元）。 $C=(a+b+c+d+e+f)$

（四）贵司应当支付包工头的费用为B万元，而贵司实付及代付的费用合计为C万元。由于C大于B（从数学上可以推导得出这一结论），贵司实付款大于应付款，存在超额支付，所以起诉包工头要求

其返还超付工程款（超付款金额=C-B）。

应该特别提请施工单位注意的是，发生上述c、d、e、f等各项费用时，一定要及时让包工头签字确认。否则发生纠纷时，对方有各种借口进行抵赖。

（五）起诉时，在超付原因方面，可以讲是因为对方用过激手段索要民工工资等，所以不得不超付。文字上可以组织得漂亮一些。法院审理也看实付款（含代付款项）是否确实大于包工头应得工程款。如确实超付，法院会判决包工头返还。我们成功处理过类似案例（这些案例中确实存在包工头通过激烈手段提前超额索要工程款，起诉目的是要追回超付款项，并非单纯追索一点管理费；但其道理是相通的）。

三、从本案贵司反映的情况来看，贵司存在较多包工头从建设单位直接领款的现象。这一缺陷应该予以制止。

包工头拿款之后，如果不支付民工工资、材料款等，多数情况下法院仍会判决贵司承担责任。工程款不从贵司账上经过，贵司对包工头也不好管理，故应该尽可能避免包工头从建设单位直接领取工程款。

要堵住包工头从建设单位直接领款这一漏洞，一是在合同中约定工程款必须进入总承包公司账户，二是可以发函通知业主。以下是函件示例：

示范文本

关于工程款支付安全的函

上海景天置业发展有限公司：

感谢贵司对我司的信任，委托我司承担景天花园项目工程总承包施工任务。现由于财税部门管理要求，涉及增值税专用发票开具时，合同、付款、发票必须一致。为避免工程款流失及发票开具存在问题，我司特致函贵司，涉及我司应得工程款，请贵司务必支付进入我司如下账户：

收款单位：上海大地建设工程有限公司

开户银行：*****银行*****支行，银行账号：*****

如贵司采用支票方式付款，支票抬头请务必注明收款人“上海大地建设工程有限公司”公司全称，并注明“不得转让”。

需要特别说明的是，我司从未授权项目经理或任何其他单位或个人代为收取工程款，今后亦不会授权他人代为收取工程款。因此，任何未进入我司账户的付款，皆不能视为贵司已履行对我司的付款义务。请贵司谨慎付款，以免履约不当造成损失。至于本函发出之前贵司应向我司支付而未支付至我司指定账户的款项，希望贵司能在收悉本函后7天内与我司在进行核对，如有出入及时协商处理。

同时，我司还提请贵司注意如下事宜：

一、有关贵司与我司的业务往来文件，必须经过我司的授权代表某某某（身份证号码*****，联系电话：手机*****或直线*****）本人签字并加盖我司的公章才能发生效力。项目经理或任何其他单位或个人不能代表我司与贵司办理委托付款工作，亦不能代表我司擅自作出承诺。

二、我司的公章、合同专用章样式见本函留样栏。为避免造成不必要的纠纷或损失，如有任何单位或个人持与我司留样印鉴不一致的公章或合同专用章与贵司签署文书（该等印鉴当然对我司不产生约束力），请贵司立即通知我司，便于我司追究相关单位或个人的责任。

特此函告。对贵司的支持和信赖再次表示感谢！

上海大地建设工程有限公司

2017年7月18日

我公司的印鉴式样：

（公司公章）

（合同专用章）

如何购买施工企业资质

□ 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

《建筑法苑》——施工企业篇

【问题】



李博士：我有一个朋友，他有一家建筑工程施工总承包二级资质的企业。这两年企业没有什么业务，近期估计也很难有起色，所以他希望将这家企业转让给我（企业没有什么财产，转让企业就是想拿到他们的二级资质）。请问，这件事情能不能做，有什么风险，怎样操作？

【答复】



一、购买资质的必要性

施工资质是企业的核心竞争力。低资质企业不仅在市场上缺乏竞争力，而且在很多情况下，达不到业主招标的基本准入条件。资质过低势必影响企业的生存和发展。

提升企业资质，不外乎两条出路：第一，通过自身积累工程业绩，逐步达到住建部规定的标准，由低级资质逐步提升到高级资质。第二，与有资质的企业合作，通过法定程序“购买”其资质，从而快速提高企业的施工资质等级。

第一种方式看似稳妥，然而要从低级资质提升至高级资质，需要具备注册建造师、工程业绩等多方面的必备条件，企业在短期内根本无法达到这些条件，不可能一蹴而就。特别是对一些有市场、能够承接业务的单位或个人，因资质提升可能旷日持久，若企业空等资质升级，坐视建筑市场被瓜分，是极为可惜之事。

第二种方式可以在短时间内尽快解决资质升级问题。当然，需要考虑三个方面：（一），有相应资质的企业愿意“出让”资质；（二），有关程序必须合法合规；（三）原有资质企业的债务（特别是隐性债务）不要影响到企业。

二、直接购买公司股权的隐患

但是，施工资质又完全不同于一般意义上的财产。所有人都知道，施工资质具有价值；但施工资质不能脱离企业而存在，不能像普通的动产或者不动产一样，直接对外出售、出租或者抵押以获取收益。法院也无法查封企业的资质，不能将企业的资质予以拍卖以清偿债务。正因为资质有别于一般财产的特殊性，“购买”或者“出让”施工资质，与购买普通商品要有完全不同的思路。

取得资质的最直接办法是，购买该公司的股权。当购买者获得该资质所在企业的100%股权时，自然可以通过控制公司从而享有该公司名下的施工资质。

但直接购买目标公司的股权，存在较多的安全隐患。主要有三个方面的风险：

（一）购买公司的全部股权，意味着概括承受原公司的全部债权债务。公司出让人可能没有将公司全部债务告知买受人，尽职调查亦不可能全盘了解债务的真实情况，一旦购买就可能为此前的债务买单。

奉贤区某企业的王总，通过朋友介绍，购买一家二级总承包单位，价格是280万元，确实便宜。股权协议也写得很好，没有破绽。目标公司股权交割之后，王总将该公司投入经营，承接了不少业务。想不到的是，一日，突然有一家小额贷款公司起诉该目标公司，称目标公司此前曾为一笔贷款提供担保，本息合计近400万元。由于证据确凿，法院自然是判决小贷公司胜诉。郁闷的王总，无端为该公司清偿之前的担保债务；回头起诉原先出让股权的股东，可惜原股东的财产早已经转移，打赢了官司也无法执行，白白亏损几百万。

(二) 即使没有恶性债务，在原出让方不知情的情况下，其之前施工的项目（特别是挂靠项目），如果项目经理（或者挂靠的包工头）对外签署合同、结算书，欠付材料款、民工工资等，亦有可能向企业追偿。通过尽职调查、诉讼时效等常规手段，无法防止上述债务。比如，挂靠某安装施工单位的刘某，工程完工后欠付18家单位的民工工资、材料款不还，这18家单位都来起诉挂靠的单位，全部胜诉，企业为刘某买单。这还不说，看到起诉拿钱这么容易，在完工几年后，刘某还为其同居的女友签署结算单，称挂靠的工程“欠付灯具费58万元，在工程完工后分三年付清”。“女友”拿着这份结算单，在工程完工近5年再来起诉安装单位。法庭上，安装公司极力表示所谓结算单是虚假的，申请刑警803（上海市公安局刑事侦查总队）对结算单的真伪进行鉴定，并将刘某与原告的姘居关系告知法庭。法官问，“刘某的委托书是不是你们公司出具的？姘妇就不能供应灯具？”，最终仍是判决安装公司付款。可以看到，这一类的债务是防不胜防。

(三) 企业之前的工程可能还有质量保修义务。请注意，主体结构工程的保修期是终身保修（至少50年）。中建某局在浦东建造的某别墅小区，部分别墅建造在暗浜之上，由于基础没有处理好，完工12年后房屋出现倾斜。有一家业主的别墅，经测量倾斜率达到11%，达到危房标准。该业主本身是做工程的，对建筑业非常熟悉，遂通过本所起诉中建某局和开发商，要求对房屋进行加固纠偏。中建某局眼见胜诉无望，无奈通过调解支付业主58万元赔偿，让业主自己处理。

正是由于直接购买股权，存在上述隐患，所以不是可取之道。若没有手段斩断企业原有债务与资质之间的关联性，“购买”资质就失去意义。

三、斩断债务的办法——资质平移

资质平移的核心，是由有意向合作、且具有目标资质的公司新设立一个全资子公司，将其拥有的目标资质平移至子公司。企业再与该子公司进行合作（吸收合并），取得子公司相应的目标资质。人员等酌情相应转移，日后维持相应资质所需所有人员的成本由企业负责。其操作思路详述如下：

(一) 资质平移的参与方

- 1、希望获取有关资质的购买方：以下简称“资质购买方”；
- 2、资质母公司：以下简称“A公司”（亦即对外出让资质的一方）；
- 3、资质子公司：以下简称“B公司”；
- 4、资质购买方指定的购买B公司100%股权的自然人或法人：以下简称“C”。

(二) 资质平移具体步骤

第一步：资质购买方与A公司达成合作意向，双方签署合作框架协议，约定资质平移的流程、转让价格、支付方式，以及资质购买方与A公司之间的其他权利义务关系。

第二步：A公司设立一个全新的全资子公司——B公司，A公司拥有B公司100%的股权。

注：为保证B公司没有隐性债务，自B公司筹备设立之日起，资质购买方应全程参与，包括但不限于保管B公司的全部证照与印章印鉴、任命法定代表人、董事、监事。B公司的注册资本按照国家规定的该级资质所需要的最低注册资本去登记（不建议为追求表面好看，而将B公司的注册资本弄得很高）。

第三步：A公司将其名下的目标资质平移至B公司名下。

注：母公司与子公司之间资质平移的依据是《住房和城乡建设部关于建工企业发生重组、合并、分立等情况资质核定有关问题的通知》（建市〔2014〕79号）第一条第4款。资质平移之后，由B公司享有目标资质，A公司不再具有该项资质。

第四步：C与A公司签订《股权转让协议》，由C收购A公司对B公司享有的100%的股权，并前往工商管理部门办理变更登记。股权转让完成后，C享有B公司100%的股权，是B公司的唯一股东。

注：在办理股东的工商变更登记时，工商管理部门会对《股权转让协议》的内容进行审核。如《股权转让协议》中约定的股权转让价格为“0”时，可能不能通过工商管理部门的审核；而且A公司的债权人也可能会提出异议。故股权转让应该以合理的价格进行（该股权转让价格可以就是双方谈定的资质转让费用），且要有股权转让价款的实际支付凭证。这一点，一定要慎重。

第五步：资质购买方与B公司签订合并协议，进行吸收合并。

注：1、根据《公司法》的规定，资质购买方与B公司应分别编制资产负债表及财产清单，并自作出合并决议之日起十日内通知债权人，并于三十日内在报纸上公告。随后，B公司办理工商注销登记（由于B公司并未实际经营，可适用简易注销流程），并向建设行政主管部门提出注销目标资质的申请。

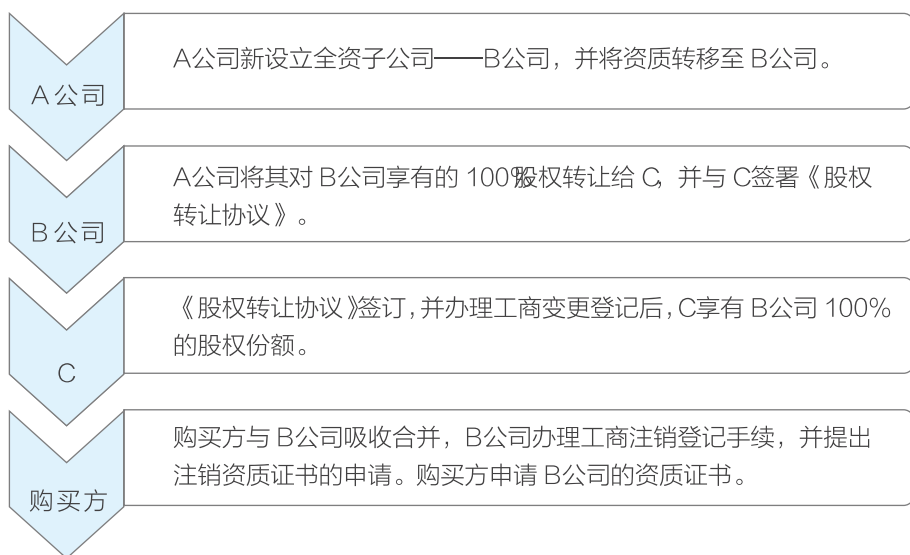
2、吸收合并后，资质购买方的注册资本为其原来的注册资本与原B公司的注册资本之和。C并未退出，成为了资质购买方的股东。资质购买方原来的股东与新股东C之间，各自的股权份额应按照认缴出资除以新的注册资本重新计算。如资质购买方不希望C成为新股东，则可由愿意受让股权的股东与C签署《股权转让协议》，使C退出资质购买方。由于新的注册资本较高，且B公司原先的注册资本并未实际缴纳，为减轻负担，资质购买方可决议减少注册资本。

3、由于C关系着是否同意B公司与资质购买方合并，以及是否愿意在合并后退出资质购买方等非常重要的事项，建议资质购买方指定足够信赖的C承担资质平移的重任。

第六步：资质购买方（吸收合并后的企业）向建设行政主管部门申请B公司的目标资质。

注：资质购买方有权申请B公司（被吸收企业）资质的依据是建市〔2014〕79号文第一条第1款（企业吸收合并，即一个企业吸收另一个企业，被吸收企业已办理工商注销登记并提出资质证书注销申请，企业申请被吸收企业资质的）。一级总承包资质和特级总承包资质需要到住建部办理，低级资质可以在省级建设行政主管部门办理。

（三）资质平移简易流程图



以上程序写起来似乎有些繁琐，实际上若由专业人员操作并不复杂，其优点是稳妥、可靠、可行，适用于各种场合，比如从某个企业“购买”某一项的专门资质，也还可以将一个企业的全部资质平移过来；还可以从张三企业购买土建资质、从李四企业购买钢结构资质、从王五企业购买市政资质，从而全方位地快速提升企业资质和竞争力。实践中多有成功的案例。请注意，平移过程中有关文件的起草，尤其是企业分立方案、分立后企业之间法律关系承续说明等文件，一定要由专业人员拟定，避免疏忽和隐患。

住建部关于建工企业发生重组、合并、分立等情况资质核定有关问题的通知

建市〔2014〕79号

各省、自治区住房城乡建设厅，直辖市建委（建设交通委），北京市规委，新疆生产建设兵团建设局，国务院有关部门建设司（局），总后营房部工程管理局，国资委管理的有关企业：

为贯彻落实《国务院关于进一步优化企业兼并重组市场环境的意见》（国发〔2014〕14号），进一步明确工程勘察、设计、施工、监理企业及招标代理机构（简称建设工程企业）重组、合并、分立后涉及资质重新核定办理的有关要求，简化办理程序，方便服务企业，现将建设工程企业发生重组、合并、分立等情况后涉及资质办理的有关事项通知如下：

一、根据有关法律法规和企业资质管理规定，下列类型的建设工程企业发生重组、合并、分立等情况申请资质证书的，可按照有关规定简化审批手续，经审核注册资本金和注册人员等指标满足资质标准要求的，直接进行证书变更。有关具体申报材料 and 程序按照《关于建设部批准的建设工程企业办理资质证书变更和增补有关事项的通知》（建市函〔2005〕375号）等要求办理。

1.企业吸收合并，即一个企业吸收另一个企业，被吸收企业已办理工商注销登记并提出资质证书注销申请，企业申请被吸收企业资质的；

2.企业新设合并，即有资质的几家企业，合并重组为一个新企业，原有企业已办理工商注销登记并提出资质证书注销申请，新企业申请承继原有企业资质的；

3.企业合并（吸收合并及新设合并），被吸收企业或原企业短期内无法办理工商注销登记的，在提出资质注销申请后，合并后企业可取得有效期1年的资质证书。有效期内完成工商注销登记的，可按规定换发有效期5年的资质证书；逾期未提出申请的，其资质证书作废，企业相关资质按有关规定重新核定；

4.企业全资子公司间重组、分立，即由于经营结构调整，在企业与其全资子公司之间、或各全资子公司间进行主营业务资产、人员转移，在资质总量不增加的情况下，企业申请资质全部或部分转移的；

5.国有企业改制重组、分立，即经国有资产监管部门批准，几家国有企业之间进行主营业务资产、人员转移，企业申请资质转移且资质总量不增加的；

6.企业外资退出，即外商投资企业（含外资企业、中外合资企业、中外合作企业）外国投资者退出，经商务主管部门注销外商投资批准证书后，工商营业执照已变更为内资，变更后新企业申请承继原企业资质的；

7.企业跨省变更，即企业申请办理工商注册地跨省变更的，可简化审批手续，发放有效期1年的证书。企业应在有效期内将有关人员变更到位，并按规定申请重新核定。

在重组、合并、分立等过程中，所涉企业如果注册在两个或以上省（自治区、直辖市）的，经资质转出企业所在省级住房城乡建设行政主管部门同意后，由资质转入企业所在省级住房城乡建设行政主管部门负责初审。

二、上述情形以外的建设工程企业重组、合并、分立，企业申请办理资质的，按照有关规定重新进行核定。企业重组、分立后，一家企业承继原企业某项资质的，其他企业同时申请该项资质时按首次申请办理。

三、内资企业被外商投资企业（含外资企业、中外合资企业、中外合作企业）整体收购或收购部分股权的，按照《外商投资建筑业企业管理规定》（建设部、外经贸部令第113号）、《外商投资建设工程设计企业管理规定》（建设部、外经贸部令第114号）、《外商投资建设工程服务企业管理规定》（建设部、商务部令第155号）及《外商投资建设工程设计企业管理规定实施细则》（建市[2007]18号）等有关规定核定，变更后的新企业申请原企业原有资质可不提交代表工程业绩材料。

四、发生重组、合并、分立等情况后的企业在申请资质时应提交原企业法律承续或分割情况的说明材料。

五、企业重组、合并、分立等涉及注册资本与实收资本变更的，按照实收资本考核。

六、重组、分立后的企业再申请资质的，应申报重组、分立后承接的工程项目作为代表工程业绩；合并后的新企业再申请资质的，原企业在合并前承接的工程项目可作为代表工程业绩申报。

七、本通知自印发之日起执行。《关于建设工程企业发生改制、重组、分立等情况资质核定有关问题的通知》（建市[2007]229号）同时废止。

中华人民共和国住房和城乡建设部

2014年5月28日

住房和城乡建设部于2016年6月16日，对上述文件进行了修订，将前述文件第一条中的“经审核注册资本和注册人员等指标满足资质标准要求的”修改为“经审核净资产和注册人员等指标满足资质标准要求的”。



劳动人事

□ 文 / 上海元始律师事务所 汇编

1、社保折现无效，解除经济补偿不能少。

【案例简介】

张某系外地农民工，于2014年8月入职某餐饮公司，从事后厨工作，双方订立了为期3年的劳动合同，约定其月工资为4000元。同时，双方订立了一份《社保补偿协议》，其中约定，因本人原因，张某不要求餐饮公司为其缴纳社会保险费，餐饮公司将每月社保费用折现为500元支付给张某，张某自行承担放弃缴纳社会保险费的相关法律后果。工作至2016年7月，张某以餐饮公司未依法为其缴纳社会保险费为由，提出解除劳动合同并要求支付经济补偿金及缴纳工作期间的社会保险费。餐饮公司认为，张某本人自愿放弃缴纳社会保险费，现在却反过来要单位为其缴纳社会保险，且还要经济补偿金，其行为违背了诚信原则，故不同意支付经济补偿金。因发生争议，张某遂向某区仲裁委提出仲裁申请。

仲裁委审理后认为，张某与餐饮公司所订立的《社保补偿协议》违反法律的强制性规定，应属无效。后经过仲裁委调解，双方达成了和解协议，张某将每月所得500元社保补偿返还给餐饮公司，餐饮公司依法为张某补缴社会保险费，并向张某支付部分经济补偿金。

【评析】依法缴纳社保义务不可规避。

按照社会保险法的相关规定，用人单位与劳动者均负有依法缴纳社会保险费的义务。本案中，餐饮公司与张某签订了《社保补偿协议》，张某每月获得了更多的工资，餐饮公司也可以少承担一些社保费用，似乎两者都有利，但却存在张某在生病、生育、年老等情况下，无法获得相应社会保障的巨大风险，从而最终损害个人、用人单位乃至社会利益。本案中，虽然张某有违“诚信”原则，但由于《社保补偿协议》本身不具有法律效力，且用人单位有代扣代缴社会保险费的法定义务，未依法缴纳社会保险费的事实成立，故在张某以此为理由提出解除劳动合同时，餐饮公司仍需支付经济补偿金。

2、因工外出在酒店遭受伤害是否算工伤？

【案情简介】

郭某就职于上海市某食品销售公司，从事市场推广工作，经常需要出差至外地拓展市场。2012年3月19日，郭某根据单位安排到北京与某家食品销售代理商进行接洽。经过五天的艰苦谈判，郭某与食品销售代理商签订了销售合同。当天晚上，郭某与该代理商的代表共进晚餐后回到了其下榻的酒店休息，当其在酒店的卫生间洗澡时，淋浴房的钢化玻璃突然爆裂，郭某受到惊吓，再加上地上湿

滑，脚底打滑，不慎摔倒。经医院确诊为左肱骨关节骨折，身上多处划伤。

回沪后，郭某多次要求单位为他申请工伤认定，单位均以郭某所受伤害不属于工伤为由拒绝为他申请工伤认定。于是，郭某于2012年4月10日以个人的名义向当地人力资源和社会保障局提出申请，要求认定工伤。

经过调查核实，当地人力资源和社会保障局认为郭某所受事故伤害符合《工伤保险条例》第十四条第（五）项：“因工外出期间，由于工作原因受到伤害或者发生事故下落不明”的规定，故作出认定为工伤的决定。单位不服该局的工伤认定结论，向基层人民法院和中级人民法院提起行政诉讼，法院均维持该局的认定结论。

【启示与思考】

本案争议的实质是对《工伤保险条例》第十四条第（五）项“因工外出期间，由于工作原因受到伤害或者发生事故下落不明”的理解和适用问题。由于员工离开单位外出工作，他遭受伤害的可能性大大提高，因此，对“工作时间、工作场所和工作原因”不能作简单机械的理解，而应该与因工外出的工作原因是否存在一定关联性结合起来，以体现劳动者权益优先保障的立法宗旨。当然，应当将因工外出期间因个人原因而发生伤害的行为排除在外，如在个人旅游和娱乐等过程中发生的伤害应该除外。

3、聘书能否视为劳动合同？

【案情简介】

某公司聘请销售部经理，向王某发出聘书，聘书中载明了工作时间、工作岗位、聘用期限、报酬、休假、社会保险等内容，并加盖了该公司公章。王某按照聘书要求至该公司上班，并履行相关的权利义务。后王某向公司申请辞职，并要求公司支付因未签订书面劳动合同的双倍工资，被公司拒绝后，王某诉至法院。

【案例解析】

本案处理的关键是聘书的性质认定。笔者认为：王某的主张不应支持，公司向其发过聘书，聘书中已载明了工作岗位、聘用期限、报酬等内容，具备书面劳动合同的性质，视为双方签订了书面劳动合同。理由如下：

1、聘书内容具备劳动合同的必备条款。劳动合同法第十七条规定：劳动合同应当具备的条款包括：劳动报酬、劳动合同期限、工作时间和休息休假等九项条款。现实中，很多公司的聘书具备了劳动合同法载明的必备条款，满足劳动合同法要求的劳动合同形式要件。

2、用人单位与劳动者就双方的权利义务达成一致意见并实际履行。劳动合同法第十六条规定：劳动合同由用人单位与劳动者协商一致，并经用人单位与劳动者在劳动合同文本上签字或者盖章生效。笔者认为，劳动合同的生效不能机械理解，劳动者没有在聘书上签字确认不能简单的等同双方没有签订书面劳动合同，而是要以事实为依据，关键是双方是否一致认可并按照聘书的内容履行了权利义务。合同法第三十六条规定：法律、行政法规规定或者当事人约定采用书面形式订立合同，当事人未采用书面形式但一方已经履行主要义务，对方接受的，该合同成立。故聘书具备书面劳动合同的法律效力。

综上，公司向王某发放的聘书内容合法，聘书中亦明确注明了聘用期限、工作内容、劳动报酬、待遇等，已具备劳动合同法中规定的劳动合同必备条款，且双方按照聘书的内容履行彼此的权利义务，视为双方订立了书面劳动合同。

4、承揽合同到期，无需经济补偿。

【案情简介】

2013年1月，一家工厂即与何女士签订了一份《工业废物处理协议》，约定由何女士负责工厂工业废物的清理、运输、填埋，工厂按每月1万元的标准支付费用，人员、时间、工具等一律由何女士自行负责，期限为两年。合同于2015年1月到期后，何女士曾多次要求工厂给付两个月的工资即2万元，作为终止劳动合同的经济补偿。由于遭到工厂一再拒绝，何女士最终提起了诉讼。不料，法院经审理后，驳回了何女士的请求。

【案例解析】

法院的判决是正确的。虽然劳动合同法第四十六条、第四十七条规定，劳动合同到期后，单位拒绝续订劳动合同的，应当按劳动者的工作年限，以每年支付一个月工资的标准支付经济补偿金。值得注意的是，其所指的只是劳动合同。可《工业废物处理协议》只是承揽合同，而非劳动合同。合同法第二百五十一条规定：“承揽合同是承揽人按照定作人的要求完成工作，交付工作成果，定作人给付报酬的合同。”何女士自行负责人员、时间、工具，工厂只是在其完成任务的情况下支付报酬的约定，无疑与之吻合。

5、不得以包吃住为由，扣发职工工资。

【案情简介】

12月11日，保洁员刘女士入职一物业公司，上班前，公司称月工资2400元。还向她提供了吃、住。可前几天，公司负责人告诉她，因为公司管了保洁员一天3顿饭，到月底发工资时，要扣出300元。这样算来，公司实际支付她的工资却低于最低工资标准。请问：公司这样做合法吗？

【案例解析】

根据劳动法的有关规定，包吃包住是公司给员工的一种福利补助，不应该含在最低工资里面。各地劳动部门会定期公布最低工资标准，最低工资标准是劳动者在提供正常劳动的前提下，用人单位依法支付的最低劳动报酬。根据有关规定，以下收入不包括在最低工资范围：延长工作时间工资；中班、夜班、高温、低温、井下、有毒有害等特殊工作环境、条件下的津贴；法律、法规和国家规定的劳动者福利待遇等。此外，用人单位通过补贴伙食、住房等支付给劳动者的非货币性收入不属于工资范围，也不包括在最低工资内。

6、兼职并未影响工作，公司能开除兼职员工吗？

【案情简介】

颜某在某公司任职，与公司签订了为期3年的全日制劳动合同。后来，颜某兼职其他单位一份门房值夜班的工作。半年后，公司知道了颜某兼职的事，认为颜某晚上值班会影响休息，于是发出书面通知，责令颜某在一周内辞去兼职工作，否则解除劳动合同。颜某认为自己没有影响白天公司的正常工作，没有理睬公司的通知。一周后，公司解除了与颜某的劳动合同。

【案例解析】

兼职是指劳动者与用人单位存在劳动关系，在完成本职工作以外，在业余时间内，与其他单位建立劳动关系。劳动合同法第三十九条第四项规定，劳动者同时与其他用人单位建立劳动关系，对完

成本单位的工作任务造成影响，或者经用人单位提出，拒不改正的，用人单位可以解除劳动合同。该法第69条第2款规定：“从事非全日制用工的劳动者可以与一个或者一个以上用人单位订立劳动合同；但是，后订立的劳动合同不得影响先订立的劳动合同的履行。”由此可知，兼职主要适用于非全日制用工的劳动者，对全日制劳动者是严格限制的。一般而言，全日制劳动者兼职必须符合下列条件：一是相关法律法规没有明文禁止。如公务员法禁止国家公务员进行兼职；公司法禁止担任公司、企业的董事、经理等高级经理人员兼任同类企业职务。二是用人单位在劳动合同或者规章制度中没有明确规定禁止劳动者兼职。三是兼职没有侵犯原用人单位的利益，没有对完成本职工作造成影响。四是单位知悉后没有责令其停止兼职。

该案中，颜某未经单位许可私自兼职，虽然夜班也许不会影响白天的正常工作，但在公司向颜某提出限期改正的书面要求后，颜某执意不改，因此公司解除与其劳动合同是合法的。

7、劳动者与用人单位保留劳动关系的同时，又到其他用人单位工作的，法律关系应如何认定？劳动者向后一个用人单位主张劳动报酬、解除劳动关系经济补偿、赔偿金及休息休假权的，应予支持？

【解答】

劳动者与用人单位保留劳动关系的同时，又到其他用人单位工作的，应认定双方存在劳动关系。劳动者向后一个用人单位主张劳动报酬、解除劳动关系经济补偿、赔偿金及休息休假权的，依法应予支持。



8、“末位淘汰制”能否作为单方面解除劳动合同的条件？

【案情简介】

2008年1月，刘某进入某公司工作，劳动合同约定刘某从事销售工作。公司通过公示将规章制度告知刘某，其中绩效管理办法规定原则上考核为C2则为不能胜任工作。2009年下半年及2010年上半年刘某考核均为C2，公司认为刘某不能胜任销售工作，在支付了部分经济补偿金的情况下解除劳动合同。刘某认为公司违法解除，提出仲裁，仲裁裁决公司支付违法解除劳动合同的经济补偿金41378元，公司不服向法院起诉。

【法院处理】

一审认定公司违法解除，按照经济补偿金的2倍支付赔偿金41378元。二审维持一审判决。

【最高法院民一庭意见】

“末位”总是存在的，用人单位必须将“不能胜任工作而处于末位”和“胜任工作却处于末位”情形区分开来。如果劳动者确实不能胜任工作，用人单位须对其进行培训或者调整岗位，劳动者仍然不能胜任，则用人单位可以依法解除劳动合同；如果劳动者仅仅是业绩居于“末位”而并非不胜任工作，则用人单位不能依据“末位淘汰制”单方面解除劳动合同。

9、劳动合同期满后，用人单位以原工作岗位撤销为由安排劳动者从事其他工作，劳动者拒绝，并以用人单位未维持劳动合同约定条件与其续订劳动合同为由，要求支付终止劳动合同的经济补偿，应否支持？

【解答】

如有证据证明原工作岗位确已撤销，且新安排的其他岗位与原岗位在性质、劳动强度、福利待遇等方面差别不大的，应视为“维持劳动合同约定条件续订劳动合同”，劳动者拒绝并要求支付经济补偿的，不予支持。

10、建筑施工企业违法转包、分包中，具备用工主体资格的承包单位违法将承包业务转包、分包给不具备用工主体资格的组织或者自然人。后违法转包人、分包人逃逸，劳动者要求具有用工主体资格的单位支付劳动报酬，能否支持？

【解答】

根据劳动合同法第九十四条规定“个人承包经营违反本法规定招用劳动者，给劳动者造成损害的，发包的组织与个人承包经营者承担连带赔偿责任。”实践中，个人承包经营者（也就是实际施工人）往往没有承担民事责任的足够财力，为了保护劳动者的权益，在劳动者遭受损失时，承包人、分包人或转包人是要承担民事上的连带赔偿责任的。从诉讼程序看，劳动者既可以单独起诉实际施工人，也可将承包人、分包人或转包人与实际施工人列为共同被告，从实体处理上看，劳动者既可以要求实际施工人承担全额或者部分赔偿责任，也可以要求承包人、分包人或转包人承担全额或者部分赔偿责任，还可以要求承包人、分包人或转包人与实际施工人一起承担连带赔偿责任。因此，劳动者要求具有用工主体资格的单位支付劳动报酬，应予支持。

员工上班干私活受伤的处理

□ 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

《建筑法苑》——施工企业篇

【问题】

李博士：您好！

我公司是一个外墙装饰施工企业，公司也生产涂料。日前，涂料车间的一个机修工，在上班的时间帮助朋友加工私人物品，公司不知情。由于操作不小心，这个机修工的手腕被机器切伤。

请问，这种情况是不是构成工伤，我公司需要承担什么责任？

上海大地建筑装饰工程有限公司

2017年7月8日

【回复意见】



对于工人在上班期间从事与工作无关的工作而致伤，是否应认定为工伤的问题不能一概而论。综合我国《工伤保险条例》第十四条、第十五条及其他法律规定，可区分如下三种情况：

第一，如果工人在上班期间从事与工作无关的工作系单位指派的，其在从事该工作过程中受伤，应该认定为工伤；

第二，虽然工人在上班期间从事与工作无关的工作不是单位指派的，但其是为单位利益而工作，单位知道或者应当知道而未予制止的，应认定为工伤；

第三，工人在上班期间从事与工作无关的工作，单位没有指派也无法知道的，不应认定为工伤。

在本案中，工人为朋友加工物品，并非单位所指派，也不是为了单位的利益。因此而受伤，不能视为工伤。

【相似案例】



某机械厂的车工王某，某天在上班期间干完了车间主任分派的加工任务后，眼瞅着脚下剩余的圆钢突发奇想：“何不用它加工一对哑铃，拿回家去锻炼身体呢”。当他做好一个哑铃从车床上往下拿的时候，一不小心砸在自己的脚上，造成三个脚趾粉碎性骨折，住院花了5000多元，在家休息了近3个月。

事故发生后，王某以自己是在上班时间、工作岗位上发生事故为由，要求上报工伤，享受工伤保险待遇。当地社会保险行政部门接到工伤认定申请后，经过调查，作出了不予认定王某为工伤的决定。

解析《工伤保险条例》第十四条第1项规定：职工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。

王某虽然强调自己是在工作时间和工作场所内受到的事故伤害，但他只强调前两条，忽略了“因工作原因”这一条。

王某是在工作时间、工作场所受到的伤害不假，但他不是因工作原因受到的伤害。王某在完成了工作任务后可以休息，也可以报告车间主任再领工作任务，而他为了自己锻炼身体去做哑铃，属于工作时间干私活，不是因工作原因，所以不属于工伤，不能享受工伤保险待遇。

综上，当地社会保险行政部门作出的不予认定王某为工伤的决定，事实清楚，适用法律法规正确。

【后续】

李博士：

您事务所的上述意见，我们告知员工及其家属。但是，家属不理睬，称人是在你公司出事的，你公司要负责。说完就走了，连陪护都不肯。目前是我公司安排员工在医院照料。现在的问题是：

一、我司预交的3万元医药费马上用完了。医院让我们再交1.5万元，不然就要停药。家属又不管。我公司要不要再垫付这个医药费？

二、工人自己也知道交不起这个钱。他向我公司表示，希望我公司为其申报工伤。取得工伤理赔款之后，再归还我公司垫付的费用。我们能够为其申报工伤吗？我公司有什么风险？需要注意哪些问题？

【答复】



家属的态度当然有问题。亲人有伤而漠然置身事外，无论情由如何，不值得称道。

对企业来说，却不能一走了之。尽管从法律上企业没有责任，但救死扶伤，道义上的责任无法推托。如若企业过于不近人情，不但受伤员工陷入困境，其他员工怎样来看待公司老板？一个不能凝聚人心的企业，所有员工都离心离德，企业注定没有竞争力。还有一个不得不顾虑的方面是，企业将员工扔在医院不管，这样的新闻一旦在网上曝光，不明真相的网民，口诛笔伐的力量何其强大。所以，医药费还是得垫付，哪怕日后很可能收不回来。

对于员工要求公司代为申报工伤并申请理赔事宜，最好让员工向公司提交一份申请书或者承诺书之类的文件，明确有关责任和权利，以免日后员工失去诚信而损害公司利益。以下是申请书的样本，供参考。

示范文本

申 请 书

致：上海大地建筑装饰工程有限公司

感谢公司对本人张××（身份证号码：*****，住址___省___市___县___乡___村___庄）的信任，聘任本人担任生产车间的机修工。2017年7月4日，本人在工作时间，为友人彭××加工其私人物品。当时由于本人不慎发生意外，导致手腕受伤。

本人受伤之后，公司积极组织救治，至本协议签署时公司已代为垫付了全部医疗费用。对此本人非常感激。

本人明知本次受伤并非工作原因。但由于个人经济困难，本人恳请公司协助本人代为申请工伤认定，并协助本人进行工伤理赔。为保护贵司合法权益，本人确认如下：

一、由于本人是在工作时间为友人加工私人物品，即使贵司应本人所请，为本人申请工伤认定，本人确认，不论是否得到工伤认定，本人无权要求公司承担赔偿责任或任何其他义务。

二、成功申请理赔款之后，本人从理赔款中优先支付公司代为垫付的医药费、看护费、差旅费及其他合理成本。

三、本人与友人彭××之间的权利义务关系，由本人直接与彭××协商解决，与公司无涉。

以上内容是本人的真实意思表示，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无效或者可撤销之情形，兹签署予以确认：

申请人(签字、手印)：

申请日期：2017年 月 日



最高人民法院《关于进一步加强民事送达工作的若干意见》

法发(2017)19号

各省、自治区、直辖市高级人民法院，解放军军事法院，新疆维吾尔自治区高级人民法院生产建设兵团分院：

现将《关于进一步加强民事送达工作的若干意见》印发给你们，请遵照执行。

最高人民法院

2017年7月19日

关于进一步加强民事送达工作的若干意见

送达是民事案件审理过程中的重要程序事项，是保障人民法院依法公正审理民事案件、及时维护当事人合法权益的基础。近年来，随着我国社会经济的发展和人民群众司法需求的提高，送达问题已经成为制约民事审判公正与效率的瓶颈之一。为此，各级人民法院要切实改进和加强送达工作，在法律和司法解释的框架内，创新工作机制和方法，全面推进当事人送达地址确认制度，统一送达地址确认书格式，规范送达地址确认书内容，提升民事送达的质量和效率，将司法为民切实落到实处。

一、送达地址确认书是当事人送达地址确认制度的基础。送达地址确认书应当包括当事人提供的送达地址、人民法院告知事项、当事人对送达地址的确认、送达地址确认书的适用范围和变更方式等内容。

二、当事人提供的送达地址应当包括邮政编码、详细地址以及受送达人的联系电话等。同意电子送达的，应当提供并确认接收民事诉讼文书的传真号、电子信箱、微信号等电子送达地址。当事人委托诉讼代理人的，诉讼代理人确认的送达地址视为当事人的送达地址。

三、为保障当事人的诉讼权利，人民法院应当告知送达地址确认书的填写要求和注意事项以及拒绝提供送达地址、提供虚假地址或者提供地址不准确的法律后果。

四、人民法院应当要求当事人对其填写的送达地址及法律后果等事项进行确认。当事人确认的内容应当包括当事人已知晓人民法院告知的事项及送达地址确认书的法律后果，保证送达地址准确、有效，同意人民法院通过其确认的地址送达诉讼文书等，并由当事人或者诉讼代理人签名、盖章或者捺印。

五、人民法院应当在登记立案时要求当事人确认送达地址。当事人拒绝确认送达地址的，依照《最高人民法院关于登记立案若干问题的规定》第七条的规定处理。

六、当事人在送达地址确认书中确认的送达地址，适用于第一审程序、第二审程序和执行程序。当事人变更送达地址，应当以书面方式告知人民法院。当事人未书面变更的，以其确认的地址为送达地址。

七、因当事人提供的送达地址不准确、拒不提供送达地址、送达地址变更未书面告知

人民法院，导致民事诉讼文书未能被受送达人实际接收的，直接送达的，民事诉讼文书留在该地址之日为送达之日；邮寄送达的，文书被退回之日为送达之日。

八、当事人拒绝确认送达地址或以拒绝应诉、拒接电话、避而不见送达人员、搬离原住所等躲避、规避送达，人民法院不能或无法要求其确认送达地址的，可以分别以下列情形处理：

（一）当事人在诉讼所涉及合同、往来函件中对送达地址有明确约定的，以约定的地址为送达地址；

（二）没有约定的，以当事人在诉讼中提交的书面材料中载明的自己的地址为送达地址；

（三）没有约定、当事人也未提交书面材料或者书面材料中未载明地址的，以一年内进行其他诉讼、仲裁案件中提供的地址为送达地址；

（四）无以上情形的，以当事人一年内进行民事活动时经常使用的地址为送达地址。

人民法院按照上述地址进行送达的，可以同时以电话、微信等方式通知受送达人。

九、依第八条规定仍不能确认送达地址的，自然人以其户籍登记的住所或者在经常居住地登记的住址为送达地址，法人或者其他组织以其工商登记或其他依法登记、备案的住所地为送达地址。

十、在严格遵守民事诉讼法和民事诉讼法司法解释关于电子送达适用条件的前提下，积极主动探索电子送达及送达凭证保全的有效方式、方法。有条件的法院可以建立专门的电子送达平台，或以诉讼服务平台为依托进行电子送达，或者采取与大型门户网站、通信运营商合作的方式，通过专门的电子邮箱、特定的通信号码、信息公众号等方式进行送达。

十一、采用传真、电子邮件方式送达的，送达人员应记录传真发送和接收号码、电子邮件发送和接收邮箱、发送时间、送达诉讼文书名称，并打印传真发送确认单、电子邮件发送成功网页，存卷备查。

十二、采用短信、微信等方式送达的，送达人员应记录收发手机号码、发送时间、送达诉讼文书名称，并将短信、微信等送达内容拍摄照片，存卷备查。

十三、可以根据实际情况，有针对性地探索提高送达质量和效率的工作机制，确定由专门的送达机构或者由各审判、执行部门进行送达。在不违反法律、司法解释规定的前提下，可以积极探索创新行之有效的有效工作方法。

十四、对于移动通信工具能够接通但无法直接送达、邮寄送达的，除判决书、裁定书、调解书外，可以采取电话送达的方式，由送达人员告知当事人诉讼文书内容，并记录拨打、接听电话号码、通话时间、送达诉讼文书内容，通话过程应当录音以存卷备查。

十五、要严格适用民事诉讼法关于公告送达的规定，加强对公告送达的管理，充分保障当事人的诉讼权利。只有在受送达人下落不明，或者用民事诉讼法第一编第七章第二节规定的其他方式无法送达的，才能适用公告送达。

十六、在送达工作中，可以借助基层组织的力量和社会力量，加强与基层组织和有关部门的沟通、协调，为做好送达工作创造良好的外部环境。有条件的地方可以要求基层组织协助送达，并可适当支付费用。

十七、要树立全国法院一盘棋意识，对于其他法院委托送达的诉讼文书，要认真、及时进行送达。鼓励法院之间建立委托送达协作机制，节约送达成本，提高送达效率。

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8月15日，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。

各出所學，各盡所能，

使國家富強不受外侮，

足以自立於地球之上。

上海元始律師事務所

主任律師：李宗猛博士，13901686274

地址：中國上海浦東新區世紀大道88號金茂大廈2003室

電話：021-68407068

郵編：200121

傳真：021-68407466

E-Mail: yuanshizixun@126.com

網址：www.yslawPrm.cn

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