

建筑法苑

施工企业篇

上海元始律师事务所主办

2018年第2期 总第27期



一个字五百万

包工头挂靠投标之前出具的承诺书

工程款优先权——施工企业的生命线

材料价格上涨，是否可以调整合同价款

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》

2018年第2期 总第27期

目录

CONTENTS

施工企业篇

包工头挂靠投标之前出具的承诺书	01
一个字五百万	04
工程款优先权——施工企业的生命线	05
材料价格上涨，是否可以调整合同价款	08
工期延误后，业主方要求延长保函是否存在风险	10
可望而不可及的工程款	11
惋惜的受骗	12
结算书原件丢失如何处理	13
争议解决条款——如何约定地域管辖	14
施工人员给企业的承诺书	16
质保金退还条款效力	18
挂靠单位材料款如何结算	19
非公司员工需要挂靠缴纳社会保险如何处理	21
员工电话辞职怎么办	22
实务解答：房屋租赁合同纠纷中37个重要法律问题	23



包工头挂靠投标之前出具的承诺书

文 / 上海元始律师事务所 李宗猛律师

| 问题 |



李博士：

您好！目前有些包工头，希望借用我公司的营业执照、资质证书等出去投标。中标之后挂靠我公司施工。是否需要让包工头出一个什么承诺书之类？该怎么写？

谢谢。

示范文本

承诺书

致：大地建设有限公司（以下简称“贵司”）

感谢贵司对本人的信任，允许本人以贵司名义参与_____项目（以下简称“本项目”）的施工投标活动。为明确本人责任，本人谨此承诺如下：

一、本人确认，本次投标所需商务标（包括预算书）、技术标及其他投标文件，均由本人负责编制。招标过程中所产生的全部成本均由本人承担。不论因任何原因导致未能中标，招投标过程中发生的全部费用均由本人承担。

二、本人确认，招标人要求缴纳的投标保证金由本人承担。本人承诺，本人将会在招标人要求缴纳日期之前两个工作日支付进入贵司基本账户。请贵司收到款项之后，以贵司名义缴纳给招标人。如本人未能支付保证金给贵司，贵司不负有为本人代交保证金的义务，因此造成的责任全部由本人承担，与贵司无涉。

三、不论因任何原因（包括但不限于本人在招投标过程中发生违背招标文件规定之行为或有任何其他不当举措），导致投标保证金未能退还，损失由本人自行承担。本人不会以任何理由要求贵司给予补偿。

四、本人确认，如招标人以工程发包为由骗取投标保证金，受骗主体实为本人，与贵司无涉。不论本人能否索还投标保证金，本人不会要求贵司承担任何责任。

五、若本人借用贵司名义有幸中标，本人确认如下：

（一）本人确认，一旦贵司与招标人订立《建设工程施工合同》，合同上应由承包人一方履行的全部合同义务（包括但不限于施工进度、质量、安全文明施工、检验检测、调试、验收、资料归档、培训、质量保修、养护以及一切其他必要工作）均由本人承担。如因本人原因，致使贵司招致招标人或政府有关部门处罚，所有损失全部由本人负责赔偿给贵司。

（二）本人确认，对于建设单位支付给贵司的工程款，贵司可在扣除税金、管理费以及应由本人承担一切必要费用之后，将余额支付给本人。如建设单位未能支付工程款，贵司不负有向本人支付任何款项的义务。

(三)本人确认,项目部的管理人员以及本项目所有施工工作人员(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。如因本人未能履行付款义务,导致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。

(四)本人确认,本人与贵司并无合资或合伙关系。不论招标人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;即使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。

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;本人拒绝向贵司支付赔偿金的,贵司有权变卖本人抵押给贵司的财产以清偿债务,绝无异议。

(五)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,均由本人承担。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。

(六)本人确认,对于贵司刻制并交由本人使用的“项目专用章”,本人仅用于与招标人、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“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“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。

(七) 本人确认，工程完工之后，本人仍须根据国家法律、贵司与招标人签署的《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，贵司与招标人签署之《建设工程施工合同》上，贵司对招标人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，若招标人破产、资不抵债、招标人的股东或主要负责人逃逸、或者因其他原因致使招标人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。如最终招标人不能足额付款，贵司仅须在实收招标人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。

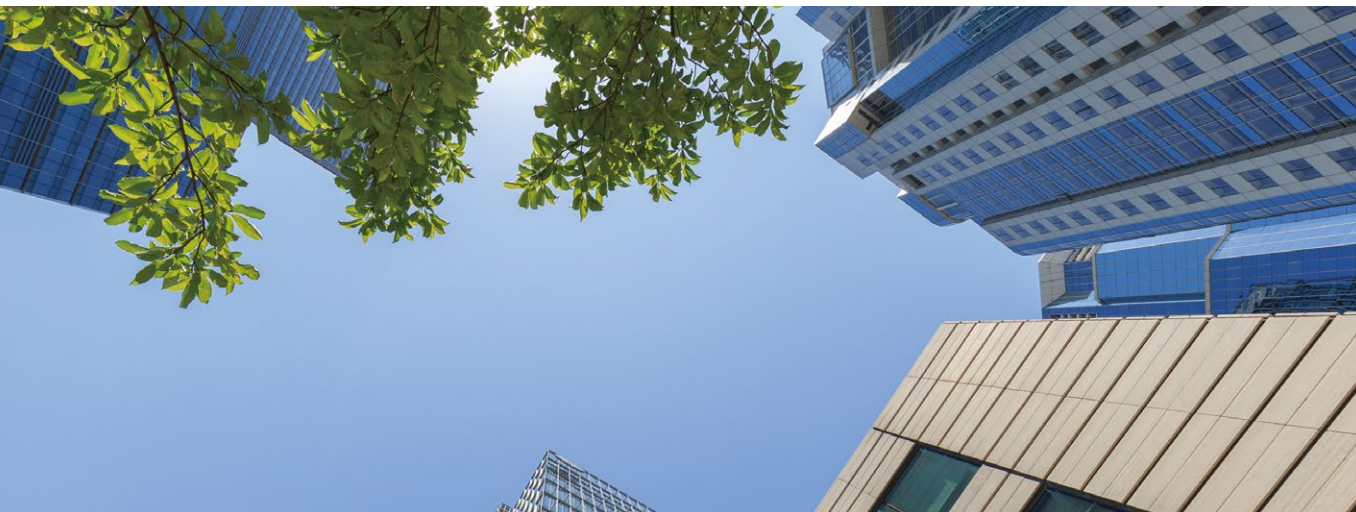
(十) 本人确认，无论本人与贵司之间的内部承包合同条款是否有效，不影响本承诺书效力。

六、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。

以上承诺条款，乃是本人真实意思表示，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：2018年 月 日



一个字五百万

文 / 上海元始律师事务所 李宗猛律师

| 案情 |



笔者接到一个咨询电话。某施工企业在上海郊区承接工程项目。订立合同之前，双方谈定的条件是，材料价格按照“合同订立到工程竣工期间”信息价的平均值计算。双方达成合意后，由业主起草、打印、装订合同。盖章时施工单位没有细看，大致翻了一下就签字用印。

工程竣工后，进入结算阶段，业主与总包就材料价格的计取方式完全不一致。总包询问业主原因，业主翻出合同，上面赫然写着：材料价格按照“合同订立到工程开工期间”信息价的平均值计算。显然，是业主在打印合同时，将“竣工”修改为“开工”，一个字之差，让施工单位损失500多万元。合同订立到工程开工仅有两个月，材料几乎没有涨价；而从开工到竣工，跨度两年半，材料价格涨幅巨大。

让施工单位痛苦的是，在施工过程中，他们没有注意到此处修改。待到结算时，工程已经竣工交付，施工单位没有任何制衡业主的筹码。要求业主谈判解决，业主负责人也不出面，找两个律师出来应对，依照合同条款寸步不让。

| 反思 |



这是真实的案例，并非拍案惊奇上的故事。这个项目的实际承包人，笔者10多年前就认识。当时，笔者代表另一个项目的业主负责工程招标及合同起草工作，该承包人来投标并最终中标。该承包人自始至终只有他一个人出面谈判，助手也没有带一个。对于笔者起草、打印的合同，该承包人也只是大致翻一翻就签了字，可能他不愿意给业主留下不相信人的感觉吧。当然，笔者起草的合同内没有预留任何陷阱。但是，该承包人的轻信和大意，最终给人留下设局的余地。损失五百万，几年白干了。



工程款优先权——施工企业的生命线

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

05

| 案情 |



日前，一个客户来事务所咨询案件。大意是包工头挂靠该企业承接一个厂房施工。2015年6月25日工程竣工验收合格，之后业主未能如期支付工程款。包工头与业主协商一年多，未果。无奈之下，于2016年8月29日以挂靠企业的名义起诉业主。

案件的结果自然是胜诉。但是，对于施工单位要求确认工程款优先受偿权这一最关键的诉讼请求法院未能支持，理由如下：

“五、关于某某公司要求对其施工的工程折价或拍卖的价款享有优先受偿权的问题。

《中华人民共和国合同法》第二百八十六条规定，发包人未按照约定支付价款的，承包人可以催告发包人在合理期限内支付价款。发包人逾期不支付的，除按照建设工程的性质不宜折价、拍卖的以外，承包人可以与发包人协议将该工程折价，也可以申请人民法院将该工程依法拍卖。建设工程的价款就该工程折价或者拍卖的价款优先受偿。A12#、A13#于2014年12月25日经竣工验收合格、B2#楼于2015年6月25日经竣工验收合格后，某某公司未根据相关规定在债务到期后一定期限内及时主张工程优先受偿权。某某公司现主张优先受偿权已超过法律规定的期限，对其该诉讼请求，本院不予支持。”

施工企业由此面临两个方面的难处：

一、由于业主还拖欠银行贷款等其他债务，且该工业厂房位于偏远地区，能否拍卖是一个问题，拍卖之后的价款也是优先清偿银行的贷款。施工单位的工程款能否拿到存在疑问。

二、施工单位还面临包工头的威胁。包工头表示，他垫付了数百万的材料款、民工工资，这些钱他不可能放弃，已扬言要起诉施工单位。

| 回顾与反思 |



一、关于工程款优先受偿权的问题

（一）所谓工程款优先权，是指如果业主资不抵债，拍卖案涉工程所得的价款，优先支付承包人的工程款。最高人民法院的司法解释明确规定，承包人的工程款优先权优于银行抵押权和一般债权。

也就是说，如果承包人享有优先权的话，拍卖厂房的价款优先支付承包人，而不是优先归还银行贷款。

（二）优先权的行使是有时间限制的。最高院规定，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；对于烂尾工程，从工程停止施工（合同终止履行之日）起算六个月。

（三）本案中，工程竣工日期为2015年6月25日，施工单位拖延至2016年8月份才起诉，远远超过6个月，故法院没有支持施工单位有关优先权的主张。法院的判决没有错，施工单位自身的犹豫、拖延，才是导致权利丧失的主因。



（四）在业主资金链断裂、濒临破产的情况下，工程款优先权就是施工企业的生命线。没有优先权，打赢官司能否拿到工程款存在严重问题。

我们在苏北曾处理一个案件，工程在2013年1月5日停工，鉴于业主的资金状况特别不好，笔者提醒施工单位务必不能拖延起诉。施工单位听从了笔者建议，在6月底准备了材料，7月1日提交给仲裁庭，卡在优先权期限届满之前。仲裁庭当然依法裁定施工单位享有优先权。

因工程款优先权优于银行的抵押权，银行方面自然不甘心，委托法院执行局长的亲家来代理执行本案，从各方面来攻击施工单位。法院的某副院长甚至公开讲，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，副院长才不得不停止对施工单位的攻击。


这个案件，业主剩余的财产仅有2亿元，而申报的债权达到9.8亿元。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，才能保护自己。

（五）在包工头缺乏相应法律意识和风险防范意识时，企业应该主动提醒包工头及时采取有关举措，避免坐等、拖延而贻误时机。

二、关于包工头的起诉问题

包工头起诉挂靠企业，这一类的诉讼，本所近年来已经处理多起。个别包工头承包项目的业主破产，不甘心白白遭受损失，便将目光转向被挂靠的企业，希望通过起诉被挂靠企业挽回损失。

这类案件，一旦发生，杀伤力非常大，关键是很多挂靠企业对包工头没有防范之心，甚至根



本没有想到业主不付钱的情况下，包工头会直接起诉挂靠企业，要求挂靠企业来承担工程款支付义务。

不能说包工头的起诉没有道理，从法院审理的角度，法庭会认为：

（一）包工头作为实际施工人，承担了工程施工任务，当然有权要求支付工程款；

（二）工程款的数量多少，可以根据合同及现场施工完成的工作量，通过司法审价的方式来确定。最终结算下来，不论是多少钱，总要有人来支付。

（三）被挂靠的企业作为与包工头签订内部承包合同的相对方，肯定是作为第一付款义务人，列入判决之内。

（四）第二被告发包人在欠付被挂靠的企业工程款的范围内承担付款责任。

这样下来，判决及执行的结果就极有可能是：首先包工头可能直接申请执行被挂靠的企业的财产，让被挂靠的企业向包工头支付假设是1000万元的工程款（发包方没有钱，包工头不会申请执行发包方的钱）。被挂靠的企业付款之后，可以再向发包方主张，但是发包方没有财产。所以，导致最终的结果就是，包工头所有投入的钱全部回来了，而被挂靠的企业白白亏损这1000万元。这一类案件的风险就在于此。

因此，对于挂靠的项目，在挂靠承包时，最关键的两点一定要让包工头确认下来：

第一，工程款支付以挂靠企业收到业主方支付的款项为前提。

第二，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挂靠企业支付工程款，则挂靠企业亦不负有向包工头支付工程款的责任。如最终建设单位不能足额付款，挂靠企业仅须在实收建设单位工程款的范围内承担责任（且挂靠企业有权扣除税金、管理费及应由包工头承担的费用后支付），而包工头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，亏损由包工头自行承担。

最高人民法院关于建设工程价款优先受偿权问题的批复

（2002年6月11日最高人民法院审判委员会第1225次会议通过）

法释〔2002〕16号

上海市高级人民法院：

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

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

二、消费者交付购买商品房的全部或者大部分款项后，承包人就该商品房享有的工程价款优先受偿权不得对抗买受人。

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

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

五、本批复第一条至第三条自公布之日起施行，第四条自公布之日起六个月后施行。

此复。

材料价格上涨，是否可以调整合同价款

文 / 上海元始律师事务所 李宗猛律师

| 问题 |



李律师！最近材料疯涨，固定价合同，这下亏大了，请教一下有救助施工单位的办法吗？

| 答复 |



材料价格大幅度上涨，这是当前几乎所有施工企业都碰到的问题，要解决此事并不容易。

一、首先应分析合同。对于固定价合同（不论是固定总价、还是固定单价），如果在合同中约定，若材料、人工、机械费用上涨超过一定幅度时，超出幅度范围后相应调整材料、人工、机械的费用，则可以依照合同相应条款与建设单位协商，要求调整合同价款。

如果施工单位自身对合同没有把握，可以请专业人员看看，合同中是否可以找出调整价格的依据。

二、担心的是，可能有些施工单位因为承接工程心切，在订立合同时，屈服于建设单位压力，没有在合同中约定可以调整价格的条款。在此情况下，施工单位可以采取如下措施：

（一）首先，看业主履约是否有过错。比如：

1. 是否如招标文件约定的时间开工。我们曾处理的一个案件，合同约定是固定总价1.675亿元，招标文件约定的开工时间是3月份（施工单位也在3月份进场，平整场地、修建临设等）。但办理施工许可证等手续迟延，到7月份才正式动工。正好在此期间，材料价格大幅上涨，施工单位遂要求业主补偿。理论上说，延迟开工导致材料、人工、机械上涨的部分当然应由业主承担。但谈判仍然很激烈（因为实际计算的上涨费用，与施工单位要求的金额相差较大）。但经过施工单位的顽强坚持和本所协助，业主最终无奈答应支付1100万元的上涨费用。

这个案件能成功，其一是有涨价的理由（该理由至少是合法的，责任应由建设单位承担）；其二是要有与业主谈判的筹码（施工单位拿到了中标通知书，已经进场，业主无法轻易解除合同，将施工单位清退出场，而不答应条件施工单位又不同意开工）。

这个项目在索赔成功之后，我们也提醒施工单位，索赔谈判与业主弄得很僵，要注意修复与业主的关系，防止完工交付后业主进行秋后算账。施工单位听从我们的建议，在施工过程中，进度、质量等在七个标段中都排在第一位，业主还比较满意，最终的结算和尾款收取都比较顺利。

2. 施工过程中，是否有业主的原因造成工期延长。也是本所协助处理的案件，由于频繁设计变更、甲供料迟延、指定分包等影响因素，造成工程施工延迟一年多。施工单位也以延迟施工期间的材料上涨、管理费、机械设备和周转材料的额外租金等要求业主补偿。上报了1500多万元，最终业主同意了680万元。

（二）类似的案件还有很多，甚至有某酒店工程，施工单位申报了4500万元、业主最终同意支

付2800万元的案例（但这是施工单位比较过分的案件，不推荐）。类似案件能够调价、索赔成功，至少取决于以下五个方面因素：

1. 业主确实有过错，施工单位可以找到要求涨价、补偿的合法理由。

2. 施工单位要有与业主谈判的筹码。有关调价的想法和要求，在施工过程中、在关键节点上就要提出来。此时有与业主谈判的余地，业主也会顾虑验收还需要施工单位配合；哪怕手段稍微激烈一点，业主也不会轻易提出解除合同，也无法将总包单位清退出场。若一直等到工程完工、验收交付之后再提调价，此时人为刀俎、我为鱼肉，业主同不同意调价、调多少，完全没有保障。

3. 调价的要求，不要轻易诉诸法庭。因为合同中没有约定调价，冒然起诉，法院多数不会支持。虽然理论上说来，如果在施工期间材料价格非正常上涨，按照原合同继续履行，将会导致对施工方明显不公，施工方可以依照“情势变更”原则请求法院调整。但实际上，一来价格上涨超出大幅度可认定为明显不公，没有具体的标准，在此情况下承包人主张调整价格有相当的难度；二来，在程序上，依照“情势变更”原则调价，需要层报高级人民法院批准，实践中非常不容易实现。

所以，我们仍然建议施工单位与业主协商，尽可能以情动人。拿钢筋为例，施工单位可以准备好投标以来上涨的详细情况，比如：

（1）投标月的钢筋信息价是多少；

（2）投标价（合同单价）是多少；

（3）进场之后材料上涨多少。最好有进场后每一个月的钢筋信息价、市场价（比如西本钢铁发布的价格）、设计采购价（比如钢材采购合同、支付凭证等）。

其他材料的上涨等，都可以按照类似方式准备。准备好之后，可以参照上海市建筑建材业市场管理总站2008年3月11日颁布《关于建设工程要素价格波动风险条款约定、工程合同价款调整等事宜的指导意见》（沪建市管〔2008〕12号）文件（该文件规定：人工价格的变化幅度大于 $\pm 3\%$ 、钢材价格的变化幅度大于 $\pm 5\%$ 、其他材料价格的变化幅度大于 $\pm 8\%$ ，应调整其超过幅度部分要素价格），与业主协商要求调价。详尽的准备和计算依据，是调价、索赔成功的关键。

4. 调价、索赔过程中，要有专业人员协助，比如工程建设领域的专业律师、造价工程师等。

5. 施工单位自身也要谨慎履约，防备业主的反扑。最关键的需要注意三个方面：第一、工程进度、质量、安全文明施工上尽量不要违约，避免留下把柄成为业主日后处罚的理由；第二、需要业主解决的问题，尽可能留下证据，包括发函（注意收发文的登记，没有签收的文件等于没有发出）、在工程例会上提及并让监理单位写进会议纪要等；第三、对于业主、监理单位的来函，一定要出面回复，特别是有关指责施工单位违约方面的函件，更要审慎处理，如自行回复有难度，完全可以委托专业人员代为应对。

结束语

按照我们的经验，多数业主是讲道理的，即使合同没有相应的调价条款，如果材料价格确实上涨太大，也是能够同意给予补偿的。完全没有利润、甚至亏本，业主可能也会担心施工单位偷工减料，对工程质量造成影响。但施工单位也要注意有关策略和方法。

同时，也会有一些业主（包括业主聘请的投资监理）等，死扣合同，由此必然造成施工单位涨价、索赔的难度加大，甚至造成双方的矛盾尖锐化，因此特别提醒施工单位，对于工程造价较大、施工周期较长的项目，切不可将合同价格调整的因素完全闭死，预留材料价格大幅度波动情况下的风险调整还是必要的。

工期延误后，业主方要求延长保函 是否存在风险

文 / 上海元始律师事务所 李宗猛律师

| 问题 |



李博士，我司承担山东某工程，原定今年10月底完工。但已延误。因目前履约保函已到期，业主方要求“办理保函延期，如不办理，将不再支付工程款。”同时，业主方出具《工程延期说明》，同意工期顺延至2018年6月底；但在该说明中，又加注：此证明仅作为履约保函延期办理使用。我司认为项目存在工期风险，为此多次与业主沟通，但业主不同意取消该注明，说有关工期问题另议。

问：若我司财务出履约保函有何法律风险？请评估风险。

| 回复 |



一、对于施工合同因故延期，业主要求施工单位延长保函的期限，这是大致正常的要求。一般说来，施工单位应该配合业主，重新办理保函。当然，如果施工单位与业主协商，业主同意免开保函的情形除外。

二、业主在《工程延期说明》上加注“此证明仅作为履约保函延期办理使用”，这表明业主还是很精明的。今后，施工单位没有办法根据这份《工程延期说明》达到工期延误免责的目的。如果业主不同意取消该注明，表明业主日后可能仍有追究施工单位工期延误责任的可能。工期延误始终是业主对付施工单位的一个利器，现在他们可能还不愿意放弃这一武器。

三、但开具履约保函，并没有加重贵司的风险；因为如果工期已经延误了，不论是否开具保函，延误的事实都存在；而且即使没有保函，如果贵司违约，对方仍可以从贵司工程款中扣除相应违约金。所以，如果业主坚持，贵司仍应按照业主要求补开保函，以免影响工程款收取（如果业主同意贵司不开具保函的情形除外）。

四、既然工程已经延期，而且业主似乎没有放弃追究的迹象，那么，贵司应该注意的至少三个方面：

（一）今后的工作务必抓紧，争取尽快完工，减少后续的延误。如果贵司抓紧了，日后也好与业主商量。

（二）今后凡是影响工期的因素，包括并不限于业主没有日期施工工程款，总承包方没有及时提供工作面，甲供材料没有及时进场，业主分包单位比如消防、空调等分包单位的影响，业主方发出设计变更（注意一定要记录变更下发的日期），业主方没有及时决策有关事项（比如颜色、风格等没有及时确定）等因素影响施工，贵司一定要留下书面记录（包括书面发函催促、在工程例会上反映、办理工期顺延签证等），为日后工期顺延留下证据。曾有一个案例，业主方提出工期延误索赔，庭审中法官反复询问，影响工期因素发生了，施工单位是否向业主提出工期顺延要求，是否办理了有关签证（如果施工单位提交了顺延申请，即使业主没有审批，配合其他证据对施工单位也要有利得多）。

（三）对于此前的工期延误，也要注意搜集、形成证据。现在施工还在进行，收集有关资料为时未晚；同时，与甲方、设计单位、监理单位处好关系，补办有关材料还是有可能的。

对工期延误及工期索赔，施工单位应有足够的重视，要养成工期就是钱意识。

可望而不可及的工程款

文 / 上海元始律师事务所 李宗猛律师

2017年9月份的时候，我们协助审查一份合同。业主要求：

“一、发包人不支付预付款。合同内全部达到预售节点（地上二层结构结顶）并地下室部分结构全部结顶后一个月后支付已完工程量的70%。

二、合同内全部达到6层结构顶板，支付已完工程量的70%。

三、合同标段内全部主体结构封顶后，支付至已完工程量的70%。

四、合同标段内全部落架后，支付至已完工程量的70%。”

当初我们在审查合同时提出，本合同的付款方式存在严重问题。如果发包人仅通知部分单体开工，只要有一个单体不开工，合同条款要求的“全部到二层、全部封顶、全部落架”等条件可能一直无法实现，导致施工单位的工程款一直不能申请。

当时我们在合同评析时，还特别提醒“切勿以为上述提示是笑话。实际上，如果发包人销售不理想，无法支付工程款，上述条件就是发包人拒付工程款的理由”。

当初施工单位听到了本所的意见，但与业主沟通时，业主不答应修改合同条款。施工单位因为想承接工程，无奈签署了合同。

想不到一语成讖（chèn）。进场后，16个单体，业主仅通知开工5个单体。5个单体的施工进度达到了形象进度，向业主申请工程款时，业主说，没有“全部”达到进度要求，所以不支付工程款；而且还说，“其他标段一分钱没拿，不都照样干吗？就你们要求多”。

业主困难时，总会找借口拒付工程款。合同条款上的漏洞，更成为业主的挡箭牌。

所以，施工单位与业主商谈的工程款支付方式，一定要明确、具体，不能笼统约定“全部、所有”等施工单位不能控制的支付条件。



惋惜的受骗

文 / 上海元始律师事务所 李宗猛律师

前两天，一位幕墙公司董事长来电告知，一笔35万元的保证金被骗了，问我们是否有什么办法。

被骗保证金的情况屡有发生。但一般说来，受骗主体主要有两种：

一是土建单位。业主常以保证金、诚意金甚至直接借款的名义，在发包前，要求总承包方预付一笔款项，数额三五百万至上千万元不等。我们有一家顾问单位，是大型国有企业，习惯以支付巨额保证金作为承揽工程的手段，受骗的次数也多，有好多起被骗一两千万甚至更高金额的例子。一旦上当，要挽回损失，是极为困难的事情。在笔者多次劝说下，该企业支付保证金的例子有所减少。

二是劳务班组。很多施工班组，在进场前都要给总承包方支付一定保证金、好处费等，由此产生的骗局极为常见。几年前，一个劳务公司与本所接洽，第一次见面时，公司负责人拿出一个大盒子，盒子里满满都是“借条”、“收据”。大抵都是为承接工程，支付给总包负责人的保证金，或者“借款”给上家的凭据。笔者看来，这些条子上的款项，要想收回几乎不可能，遂婉转进言，这样营销不可取。但公司说，工地上的朋友都这样干，未能听取建议。这两年该劳务公司每况愈下，辛辛苦苦挣的一点血汗钱大都变成了“单据”，企业老板自己甚至连信用卡都还不掉，而被银行申请网上追逃。

大多数骗子的手段并不高明，做不到天衣无缝。如仔细分析，审慎一些，完全能够发现骗局中的蛛丝马迹。题述的幕墙案例，骗子说他们正在竞拍一个烂尾工程，要求幕墙单位支付35万元保证金，之后会将幕墙发包给单位。笔者提醒幕墙单位，竞拍这个项目需要数以亿计的资金，真有实力的老板哪里会在乎35万元，而且是否参与竞拍、能否拍到完全是未知数，一看就不靠谱。担心该企业上当，笔者还特意给该单位发了一份书面的提醒。受骗之后，幕墙公司向法院起诉，传票无法送达；向公安机关

报案，经侦支队又不立案。幕墙公司极为懊恼，董事长电话中一再表示，“后悔没有听取李博士建议，当时我自己的员工也提醒我不能做，是我自己相信朋友介绍，一意孤行做出的决定”。迟到的后悔，太可惜了。

企业经营愈困难，愈要保持良好的心态，愈要防止上当受骗，尤其是一些在起步阶段的从业者。



结算书原件丢失如何处理

文 / 上海元始律师事务所 李宗猛律师

| 问题 |



我司在芜湖一个项目，已经质保期满，现在要求对方退还质保金，对方要求我司出具决算书，由于项目经理离职，现在找不到决算书，原决算书底稿我司是有的，金额也是知道的，甲方不愿意补办决算书，请教这个事情怎么解决。谢谢！

| 答复 |



我们的建议是：

一、派人与业主协商，因为临近春节，现在向业主催款合情合理。通过委婉的催促和解释，希望业主将尾款支付过来。无论结算书原件是否存在，业主向贵司支付尾款的义务没有免除。

二、如果业主实在不愿意付款，可以询问当初的审价单位，看能否拿到审价报告的复印件。毕竟贵司当初肯定支付过审价费，应该认得审价公司。拿到复印件再要求业主付款。

三、如果业主不愿意付钱、审价公司也不愿意提供审价报告复印件，可以给业主发一份函件（可以发律师函），请对方在收函后7天内支付剩余款项，看对方的反应。如果对方有诚信，发律师函是有效果的。

四、如果对方收到律师函之后仍拒绝付款，则贵司可以起诉对方。因为没有结算书，起诉会麻烦一些，贵司可以按照结算送审价起诉。收到起诉材料后，对方可能有两种反映：



（一）对方答辩说，贵司按照送审价起诉不对，当初各方已经结算过，并拿出当初各方盖章的审价报告，要求法院按照审定金额（而非最初的送审价）判案。实际上，按照审定价结案，贵司也能够接受，贵司可以达到目的。

（二）如果起诉后，对方仍不拿出审价报告，贵司可以要求法院组织司法审价。司法审价结果比最初的审定价一般还会高一些，对业主不利，对贵司无损失，业主不会这么傻。所以说，起诉后业主一般会拿出审价报告。

按照上述程序一步步往下走，总能达到目的。按照我们的经验，也许不用到诉讼这一步就能解决，关键是要与业主沟通好。如果业主实在不讲道理，一定要诉讼，贵司的工程尾款总会得到法院支持的，由此需要考虑的是判决之后业主是否有履行债务的能力，当然诉讼还会给贵司增加一些费用支出。

争议解决条款——如何约定地域管辖

文 / 上海元始律师事务所 李宗猛律师

| 问题 |



李博士，我是南京八建公司上海分公司。我公司在浙江绍兴承接了一个工程项目。土方工程委托当地一家土方分包单位施工。现与这家单位产生了纷争。合同是由我们上海分公司盖章的；合同约定，有争议时向甲方（我方）所在地人民法院起诉。我们想问一下，如果诉讼的话，是在我们总公司所在地（南京）还是在分公司所在地（上海）起诉？

| 答复 |



《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》（以下简称“民诉法司法解释”）于2015年2月4日起施行，其中第二十八条规定“建设工程施工合同纠纷，按照不动产纠纷确定管辖”，即由建设工程所在地人民法院管辖。

当事人的约定不能违背法律有关地域管辖和级别管辖的规定。所以，即使双方约定在甲方所在地进行诉讼，这种约定也是无效的。该分包工程施工合同纠纷，必须在工程所在地（浙江绍兴）的区人民法院起诉。

管辖法院在诉讼中至关重要。民诉法司法解释颁布实施之前，确曾有过钻法律空子的例子。比如建设单位委托总承包方承建一个江苏的工程，总承包方如果需要起诉建设单位，一般只能在被告住所地（建设单位项目公司通常注册在工程所在地）或者合同履行地（也是工程所在地）起诉，绕不开江苏这个地方。如果总承包方担心建设单位在工程当地比较有势力，担心人为干扰，可以动一个脑筋，总承包方可以与朋友（比如一个新疆的自然人）签订一份内部承包合同，约定工程全部由新疆那个自然人来实施，总承包方仅收取管理费，双方在内部承包合同上约定，发生纠纷在新疆法院诉讼解决。这样一来，可由新疆的自然人作为原告，以总承包方作为第一被告、建设单位作为第二被告，在新疆起诉总包和业主，成功将案件管辖由工程所在地拖至新疆，业主被迫到新疆去应诉，施工方成功获得诉讼的“主场”优势。

我们也曾处理过类似案件。建设单位是广东珠海的企业，施工单位是南通企业，工程在安徽黄山（开发商的项目公司也在黄山）。施工单位的上海分公司是我们的顾问单位，当初我们在起草修订合同时，就写明发生纠纷时向合同签订地（上海市杨浦区）人民法院起诉。后来总包与业主果然产生矛盾，2014年8月，我们依照合同向杨浦区人民法院起诉，当时司法解释还没有出台，在合同签订地（杨浦区法院）起诉这一约定还是有效的。但事务所助理到法院立案时，杨浦法院的立案窗口还是不愿意受理。这个助理比较机灵，第二天再到杨浦法院，换一个窗口尝试立案；想不到第二个窗口的立案人员仍拒绝受理。幸好立案的助理当时还安排了司机在第三个窗口排队，赶紧换到第三个窗口立案，好在第三个窗口的立案法官予以受理了（这说明不同法官对法律的掌握还是存在差异

的)。由于我们的材料准备得非常充分,本案庭审过程由杨浦法院全程网上直播。最终法院判决建设单位支付总承包方工程款7810万元。应该说这个案件排除了地域干扰,还是非常成功的。

正由于有关工程款纠纷的管辖确存在混乱的现象,而且从案件审理角度,建设工程施工合同纠纷往往涉及工程造价评估、质量鉴定、工程款优先受偿、执行拍卖等,由工程所在地法院管辖,更有利于案件的审理与执行等角度考虑,2015年2月4日起开始实施的民事诉讼法司法解释规定必须以工程所在地确定管辖法院,以合同签订地、甲方所在地、实际施工人所在地等作为诉讼管辖法院的约定变得无效,故不能再采用类似的手法。但也不等于无法可想。

要解决地域干扰、避免司法公正影响案件的问题,实践中常采取的办法是:

一、对于非工程类工程(比如总承包方对外采购材料、对外租赁设备等),不论工程是在上海还是在外省市,双方可以约定,“有争议时,甲乙双方先通过协商或者调解解决;协商不成时,则将争议提交甲方所在地的人民法院判决”。对于这一类合同,作为对外付款的总承包方,一定要将管辖法院拿在自己一边。

二、关于工程类合同,因为涉及专属管辖问题,所以较为可取的办法是:

(一)若工程在上海,可以约定,“有争议时,甲乙双方先通过协商或者调解解决;协商不成时,则将争议提交工程所在地的人民法院判决”。在上海,随便哪个区诉讼都差不多。

(二)若工程在外地,可以约定,“凡因本合同引起的或与本合同有关的任何争议,均应提交上海国际经济贸易仲裁委员会仲裁。仲裁裁决是终局的,对双方当事人均有约束力”。因为仲裁可以不受地域管辖的限制,可以在上海仲裁,避免到工程所在地(外省市)去诉讼。

在诉讼或者仲裁的选择上,对于上海企业,我们认为优先级别上应按照如下考虑(其他省市的企业,可以参照类似原理选择优先级别):

- (一) 首先应尽可能选择在上海诉讼;
- (二) 如不能在上海诉讼,则尽可能选择在上海仲裁;
- (三) 在上海仲裁优于在外地诉讼;
- (四) 在外地诉讼优于在外地仲裁。在外地仲裁是最下策。



施工人员给企业的承诺书

文 / 上海元始律师事务所 李宗猛律师

| 问题 |



李博士，工地上常有民工生病，之后家属来企业闹事，要求企业赔偿，让企业烦不胜烦。民工入职时，也不可能通过体检将所有疾病都查出来。能否让民工在入职前就签署一份承诺书，承诺他没有病史，在工地上即使生病，也与企业没有关系？

| 答复 |



本问题涉及两个方面：一、民工在工地生病，企业是否有责任的问题；二、让民工在入职前签署无病承诺书，是否有效的问题。

第一个方面，《工伤保险条例》第十五条规定，职工在工作时间和工作岗位，突发疾病死亡或者在48小时之内经抢救无效死亡的，视同工伤。也就是说，其他情形下，生病不属于工伤，企业无需向民工承担工伤赔偿责任，仅需要依法支付病假工资等待遇，企业最多有一个道义上的帮扶责任。

但是，实践中常见的情形是，民工在工地生大病，家属来闹事，企业与其讲道理，家属可以说，“我们不懂法，反正人是在你们工地上出事的，我就要你们承担责任”。如果企业不赔偿给





钱，民工及家属不依不饶，多数企业最终只能花钱消灾。

所以，我们理解施工企业的这一无奈需求。客观地说，民工的无病承诺书，在法律上可能无效。但考虑到多数情况的处理并非诉诸法庭（即使起诉也不用担心，毕竟生病不是工伤），而是通过协商解决。在协商时，若是企业能够拿出民工本人签署的承诺书，民工家属会感觉“理亏”，协商时的气焰声势就会受到压制（如有政府协调，政府也可以根据这样的确认书做家属的思想工作），对谈判和事件处理有利。所以，这样的承诺书，法律上无效，但实践中有用，还是值得让民工在入职前签署的（在工程建设领域，法律上无效、但是实践中有用的合同、协议、承诺书等，是普遍存在的，比如挂靠、转包合同，法律明确规定属于无效合同，但是最高院又规定“参照”无效合同进行结算。所以，对于这类无效但有用的合同、协议、承诺书等不可忽视）。以下是农民工确认书的示范文本。

示范文本

确 认 书

上海大地建筑劳务有限公司：

感谢贵司对本人的信任，有意招聘本人进入贵司承建的蓝天花园项目工地担任施工人员。为便于贵司考虑、决策，本人谨此确认如下：

（一）本人入职前，提供给贵司的所有资料，包括但不限于身份证、户口本、学历证、简历、体检证明等均真实有效。若上述材料发生变更，本人承诺在发生变更后的三日内书面通知贵司。

（二）本人确认，本人在入职前身体健康状况良好，可以胜任贵司现场施工岗位要求，入职前本人未患有任何重大疾病，包括但不限于心脏病、冠心病、高血压、相关心脑血管疾病、肺结核、糖尿病、恶性肿瘤、精神疾病、呼吸系统疾病、传染性疾病等。若本人隐瞒病史，视为本人以欺诈手段与贵司订立劳动合同，贵司有权随时解除本人劳动合同，且因此产生的全部责任（包括但不限于医疗费用）均由本人承担，本人及家属在任何情况下均无权向贵司主张任何权利。

特此确认。

确认人（签名及手印）：

签署日期：

附：本人身份证复印件

质保金退还条款效力

文 / 上海元始律师事务所 李宗猛律师

| 问题 |



您好，我们是装饰公司。有个问题需要请您提供意见。

基本情况：我方一项目已于2年前结项，并且工程已经全部交付。合同约定满2年退还质量保证金的70%，满5年支付质量保证金的30%。现在我方正在催收质量保证金，请问从合同的角度看，对方是否应该退还质量保证金，其中满5年支付质量保证金的30%的条款是否合法？

| 答复 |



合同有约定，应该从约定。若现在仅满足退还70%质量保证金的条件，则贵司仅能要求甲方支付70%的质量保证金。

合同约定“满5年支付质量保证金的30%”，这种约定是合法的，没有违背法律的强制性规定。实际上，装修工程也涉及防水项目（比如卫生间防水），防水保修期至少5年。所以，若合同中约定，在5年保修期满才支付剩余的质量保证金，法院不会支持贵司要求提前收款的主张。浙江地区，住宅项目的防水保修期是8年，有些业主要求施工单位保留8年的防水保修金，只要双方签字同意，将部分保修金保留8年的约定就是有效的。

当然，即使装修防水的保修期为五年，若双方在合同中约定，工程竣工验收满两年即支付全部的保修金，这种约定也是有效的（付款与保修期可以没有一一对应关系；比如主体结构，终身保修，施工单位不可能将质量保证金一直保留下去）。所以，日后项目，应该尽可能与业主协商合理的保修金支付条款（尽可能降低数额和年限，我们有一个项目，防水保修金只保留5万元，只要业主同意，双方在合同中约定，这种约定就能得到支持）。

在协商保修金条款时，很容易产生的一个误区是，有时业主会在合同草稿中写“保修期满2年后，支付保修金的80%；保修期满5年后，支付剩余的保修金”。这样会产生歧义。保修期满2年，变成工程竣工首先经过5年，才是保修期满，再过2年（亦即竣工后7年），业主才支付第一笔保修金；保修期满5年（亦即竣工后满10年）才支付剩余的保修金。千万不要以为这是文字游戏，上海某法院就是这样来判案的。所以，准确的文字条款应该说“工程竣工验收合格满2年后7天内，甲方向乙方支付保修金的80%；工程竣工验收满5年后7天内，甲方向乙方支付剩余的保修金。”

如果要有更全面的判断，最好能够将合同有关工程款支付（包括保修金支付）的条款，全部发给本所审核。



挂靠单位的材料款如何结算

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

19

问题

李博士，您好！

我们在浙江有个房地产项目，目前处于完工审计状态。这个项目的情况是这样的：实际施工单位是挂靠我们施工承接此项目，但是当时我们有的材料供应商、分包单位是和我们签的合同。所以现在要债权债务了结的话，我们想规避一些风险，避免到时候我们把工程款给挂靠的单位后，一些供应商又来找我们要款。麻烦帮忙看一下这样写有无什么不妥之处，尽量降低我们公司的风险。

债权债务了结确认书

甲方：张三总承包公司

乙方：李四材料公司

丙方：王五工程挂靠企业

截止2017年06月05日，甲方就浙江天香花园项目应支付乙方货款9,764,204元，已支付乙方货款8,250,000元，尚欠乙方货款1,514,204元，待甲方支付完剩余货款1,514,204元之后，甲乙双方就该工程债权债务关系了结，丙方完全认可上述债务，并同意将上述债务款项9,764,204元从丙方工程款中扣除。

答复

示范文本

材料款结算协议

甲方：张三总承包公司

乙方：李四材料公司

丙方：王五工程挂靠企业

甲方承担浙江天香花园项目总承包施工任务，丙方负责本项目的具体实施。本工程施工过程中的人工费、材料费、机械费及其他各项施工成本应由丙方承担。

为办理相关验收手续，在合同履行过程中，丙方提请甲方与乙方订立材料供应合同。采购合同签订之后，乙方向甲方供应了部分建筑材料，甲方应丙方所请向乙方如期支付了合同进度款。

目前工程已经完工，甲方、乙方、丙方就材料款结算及支付事宜，经友好协商一致，达成如下协议条款。

一、甲方、乙方、丙方一致确认，乙方所供应的全部货物的结算总价为人民币9,764,204元

(大写人民币玖佰柒拾陆万肆仟贰佰零肆元整)。上述结算总价包含本协议签署前乙方供应的所有货物以及一切辅助服务之应得全部价款。本协议签署之后,乙方不得再以任何理由要求增补。

二、乙方确认,截止本协议签署之日,甲方累计向乙方支付货款总额为人民币8,250,000元(大写人民币捌佰贰拾伍万元整)。

三、最终结算总价款9,764,204元,扣减甲方已经支付的货款8,250,000元,剩余货款总额为人民币1,514,204元(大写人民币壹佰伍拾壹万肆仟贰佰零肆元整)。

四、丙方同意甲方在收到建设单位支付的工程款之后,将剩余货款1,514,204元全额支付给乙方。

五、甲方支付乙方的货款中,包含乙方履行合同所需材料费、人工费、运输费、卸货费、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货款之后,应及时足额支付所有原材料采购款、工人工资以及应由乙方支付的一切其他款项,否则由此给甲方造成的一切损失均由乙方承担。

对本协议约定的应由乙方承担的全部合同义务,丙方向甲方承担连带保证责任。

六、丙方确认,甲方支付给乙方的全部货款(总计9,764,204元)均视为甲方支付给丙方的工程款,可从甲方应付丙方工程款之内全额扣除。

七、甲、乙、丙三方一致确认,除上述货款尾款以外,至本协议签署之日,甲方及甲方的一切关联企业均不欠乙方任何款项,亦不存在已签署而尚未结算的送货单或其他应由甲方或甲方关联企业承担给付义务的凭证。

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、丙方向甲方主张权利的依据。

八、各方确认,除本协议约定事项之外,各方不存在其他权利义务关系;且无论甲方与乙方签署的采购合同、甲方与丙方签署的分包合同是否有效,不影响本协议效力。

九、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。

十、本协议签署之后,丙方仍需承担本项目的工程质量保修责任,乙方仍需承担所供应货物的产品质量责任。

十一、因采购合同及本协议产生纠纷,各方同意提请甲方所在地人民法院诉讼解决。

十二、本协议一式陆份,甲、乙、丙三方各执二份。协议经各方签署后生效,协议履行完成后终止。

甲方:张三总承包公司

乙方:李四材料公司

丙方:王五工程挂靠企业

签署日期:2018年 月 日

非公司员工需要挂靠缴纳社会保险 如何处理

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

21

问题

李博士，我公司董事长的一个朋友想在我司缴纳社保，费用自负。
请问：这是否存在风险？如何防范？



答复

通常情况下建议公司不要给非本企业员工缴纳社保，无论是购房需要、孩子读书需要或者其他理由。原因在于，一旦为其缴纳社保，就很容易被认定为存在劳动关系，到时候若有工伤事故或者其他劳动合同纠纷，就都会找上缴纳社保的这家公司。另外，现在缴纳公积金是公司的法定义务，只缴纳社保不缴纳公积金，很容易就能查出来，因此若为其缴纳社保，最好连公积金也一并缴纳，但这也增加了对方的费用。特此提醒。

当然，如果因为朋友、亲戚、领导需要帮忙，有时难以推托，则在缴纳社会保险、签订名义劳动合同之前，最好让这个人签订如下的《承诺书》，以规避不必要的意外（如有挂靠员工觉得难以接受，可以推托这是律师拿出来的示范文本，请他们放心，以免影响贵司与有关人员的关系）。



承诺书

示范文本

致：上海大地建设集团有限公司

本人_____（身份证号码_____），因_____原因需要请贵司帮忙缴纳社会保险。本人在此感谢贵司的帮忙，就社会保险及公积金的缴纳、费用承担及相关事宜本人在此承诺如下：

一、本人承诺，本人提供给贵司的身份证复印件、户口簿复印件（本人及户主页）、劳动手册、照片等办理社会保险缴纳手续所需文件，均真实、有效。若因本人提供的材料存在瑕疵而导致未能办理社会保险缴纳或由此给贵司造成损失的，本人将赔偿贵司由此造成的一切损失。

二、本人请求贵司按照_____元/月的缴纳基数为本人缴纳社会保险及公积金，由此产生的一切相关费用（包括并不限于应由公司及员工承担的全部费用）均由本人承担。本人承诺每月10日向公司支付下一个月的社会保险缴纳费用及公积金费用，逾期5日未支付的，公司有权停止缴纳该月的社会保险及公积金，由此造成的一切不利后果均由本人承担。

三、本人承诺，即使贵司因缴纳社保及公积金需要与本人订立名义劳动合同（所聘职位为_____）并为本人缴纳社会保险及公积金，但贵司与本人之间并未建立劳动合同关系；且本人亦未给贵司提供劳务、咨询或其他任何服务，故贵司无须向本人支付任何报酬。

四、本人一并承诺，若贵司在为本人缴纳社会保险期间，本人不幸发生意外伤害，本人无权要求贵司按照工伤待遇支付本人任何费用，无论如何，本人无权要求贵司承担任何费用。

五、本人在贵司参保期间，如因贵司经营原因，贵司可随时办理停保手续，本人将另行寻找公司缴纳社会保险，贵司无需承担任何责任或费用。

六、本人确认，本承诺书一旦做出，便不可撤销，自始至终对本人具有约束力；且本人确认，今后不论发生任何情形，本人及家属绝不会因为贵司为本人代缴社保、与签订名义劳动合同而要求贵司承担任何责任或费用。

以上承诺条款乃是本人的真实意思表示，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承诺无效之情形，兹签署予以确认：

承诺人：_____（签名、手印）

承诺日期：2018年 月 日

员工电话辞职怎么办

文 / 上海元始律师事务所

| 客户咨询 |



员工通过电话向公司提出辞职，今天就不来上班了。其后又不愿意向公司递交书面辞呈。公司应当采取怎样的措施固定员工自行辞职的事实呢？

| 律师解惑 |



如果员工坚持不配合递交书面辞职手续的话，建议公司按照以下方式处理：

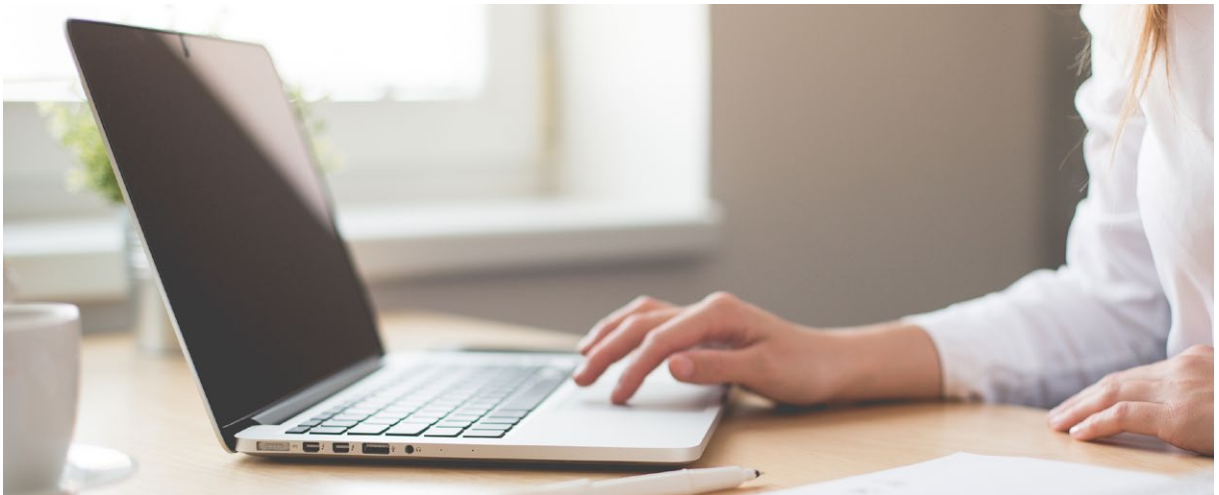
第一步、给员工打个电话并录音，将他表示向公司辞职、且从员工通过电话辞职之后即没有来公司上班的情况以录音的形式固定下来。在电话中请他在一两天之内立即来公司办理书面离职手续，交还从公司领取的资料。

第二步、在打电话的同时，可以发一个短信、发一份电子邮件给员工，再次要求他在一两天之内向公司递交书面辞职报告、来公司办理离职手续，并完成工作交接手续。

第三步、在电话、短消息、电子邮件均无果的情况下，给员工寄挂号信（同时寄两份，一份寄至其身份证上登记的住所地，一份寄至其目前居住地）。在公函中可以说明该员工电话向公司提出离职后，就不再来公司上班，不配合完成工作交接，也不愿意向公司递交书面辞职报告并办理退工手续等情况。有关函件，可以由事务所代为起草。

第四步、如发送挂号邮件仍未能解决，登报通知员工来公司完成工作交接及退工手续。有关登报声明可以由事务所代为起草。

上述工作到位之后，保留相应证据，这样万一发生诉讼，公司不大可能败诉。



实务解答：房屋租赁合同纠纷中37个重要法律问题

来源：北京市高级人民法院

一、房屋租赁合同的效力



1、当事人就未取得所有权的房屋订立租赁合同的效力如何认定？

当事人一方以出租人在订立租赁合同时对租赁房屋没有所有权为由，要求确认房屋租赁合同无效的，不予支持。

2、当事人就经济适用住房等政策性保障住房订立租赁合同的效力如何认定？

当事人一方以租赁房屋为经济适用住房或限价商品住房为由，要求确认房屋租赁合同无效的，不予支持。裁判文书中应当写明法院对租赁合同效力的认定不影响行政机关对违反行政管理规定的违法行为予以处理。

3、当事人就未经竣工验收或消防验收合格的房屋订立租赁合同的效力如何认定？

当事人一方以租赁房屋未办理竣工验收或消防验收，或者经验收不合格为由，要求确认房屋租赁合同无效的，不予支持。

租赁房屋因出租人原因未经竣工验收或消防验收合格致使房屋不符合使用条件，承租人依据《最高人民法院关于审理城镇房屋租赁合同纠纷案件具体应用法律若干问题的解释》（下称《解释》）第八条第（三）项规定要求解除租赁合同的，应予支持。

4、涉及“群租”房屋的租赁合同效力如何认定？

当事人一方以租赁房屋属于“群租”房屋为由，要求确认房屋租赁合同无效的，不予支持。裁判文书中应当写明法院对租赁合同效力的认定不影响行政机关对违反行政管理规定的违法行为予以处理。

5、集体土地租赁合同的效力如何认定？

当事人未经合法审批订立集体土地租赁合同，约定将集体所有土地出租用于非农业建设的，租赁合同无效。但租赁合同出租农村集体建设用地的，可以认定租赁合同有效。

二、经营性房屋租赁



6、从事经营活动的承租人以租赁房屋存在行政管理限制致其无法办理营业执照为由，要求解除租赁合同的，如何处理？

实践中应区分以下情形处理：（1）因租赁房屋在使用上存在行政管理限制，致使承租人无法以该房屋为经营场所办理营业执照，租赁合同目的无法实现，承租人依据《中华人民共和国合同法》（下称《合同法》）第九十四条第（四）项规定主张解除租赁合同，并要求出租人承担违约责任的，应予支持。但承租人违反合同约定用途使用房屋，或者承租人在签订合同时知道或应当知道租赁房屋存在上述限制的除外。

（2）租赁房屋在使用上虽存在行政管理限制，但承租人无法以该房屋为经营场所办理营业执照系因不可归责于双方当事人的原因，致使租赁合同目的无法实现，当事人一方要求解除租赁合同的，应予支持。

租赁合同存续期间发生的租金，可以根据承租人是否实际使用租赁房屋、租赁房屋瑕疵是否影响承租

人实际经营、租赁合同目的是否实现、当事人过错程度等因素酌情予以减免。

7、从事经营活动的承租人以出租人未协助其办理营业执照为由，要求解除租赁合同的，如何处理？

租赁房屋在使用上不存在不能办理营业执照的行政管理限制，出租人迟延履行协助承租人以该房屋为经营场所办理营业执照的义务，经催告后在合理期限内仍未履行，承租人依据《合同法》第九十四条第（三）项规定要求解除租赁合同的，应予支持，但合同另有约定或根据出租房屋用途、合同签订目的等可以确定出租人不负有此协助义务的除外。

8、承租人以租赁房屋面积不符合约定为由，主张拒付、减付租金的，如何处理？

实践中应区分以下情形处理：（1）租赁房屋是当事人双方认可的特定房屋，合同约定的租金标准为固定数额，出租人依约交付该特定房屋，承租人在合理期限内未提出异议，其又以合同约定面积与实际面积不符为由主张拒付、减付租金的，不予支持，但租赁合同存在《合同法》第五十四条规定的可撤销情形的除外。（2）租赁房屋需要依据合同约定的面积来确定具体范围，租金数额与租赁面积直接相关，承租人以合同约定面积与实际面积不符为由，依据《合同法》第一百一十一条规定要求出租人承担减付相应租金等违约责任的，可予支持。

9、租赁合同订立后，承租人以租赁房屋为经营场所设立企业并实际使用房屋产生纠纷的，如何处理？

承租人订立租赁合同后，以租赁房屋为经营场所设立企业（或个体工商户）实际使用房屋，因租赁合同履行发生纠纷的，原则上应当依据合同相对性确定诉讼主体。出租人以承租人和实际使用房屋的企业为共同被告提起诉讼，要求两者就租赁合同产生的债务承担连带责任的，一般不予支持，但有证据证明该企业对承租人所欠合同债务构成债务加入的除外。实际使用房屋的企业同意承担承租人欠付租金等合同债务，或者其存在以自己名义交纳租金、与出租人进行债务对账清算等实际履行租赁合同义务行为的，可以认定为前述的债务加入。

承租人作为发起人为设立公司租赁房屋，符合《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定（三）》第二条规定情形的，优先适用该规定。

10、带照租赁合同纠纷如何处理？

出租人将房屋及以该房屋为经营场所办理的企业（或个体工商户）营业执照一并租赁给承租人，约定承租人持该营业执照在租赁房屋中实际经营，该合同包含了挂靠经营和房屋租赁两部分内容，当事人主张租赁合同无效的，一般不予支持。但承租人实际经营的行业属于国家限制经营、特许经营或特殊资质行业的，应当认定合同无效。裁判文书中应当写明法院对租赁合同效力的认定不影响行政主管部门对违反行政管理规定的违法行为予以处理。



因承租人带照经营行为违法以致租赁合同无法继续履行，当事人一方据此要求解除合同的，可予支持。承租人要求减付租金的，可以根据承租人是否占有房屋从事实际经营、对承租人实际经营的影响、当事人过错程度等因素予以确定。

合同约定当事人将企业营业执照及作为经营场所的房屋交给相对方的同时，也将企业经营权、资产或从业人员交给相对方管理，并收取相应费用的，该合同性质上应认定为承包经营合同。

11、出租人是否有权以承租人拖欠租金为由采取断电（水、气）等行为，承租人是否应当支付在此期间的租金？

房屋租赁合同履行过程中，从事经营活动的承租人经出租人催告并事先告知将采取断电（水、气）等行为的情况下，在合理期限内仍未依约支付租金，出租人采取前述行为属于行使合同履行抗辩权的行为，但合同另有约定的除外。承租人应当支付断电（水、气）期间的租金。

出租人采取断电（水、气）等行为对合同履行造成的影响应当与承租人欠付租金的数额、比例及过错程度相适应，超过必要限度给承租人造成损失的，应当承担赔偿损失等违约责任。

12、房屋租赁合同约定如遇拆迁合同解除，当事人何时有权解除合同？

房屋租赁合同履行过程中，拆迁人取得房屋拆迁许可证或其他合法审批手续，并发布拆迁公告，当事人据此要求解除租赁合同的，应予支持。

13、房屋租赁合同当事人就停产停业损失补偿的分配发生争议的，如何处理？

房屋租赁合同履行过程中遇拆迁解除，当事人就停产停业损失补偿的分配存在争议，合同对此有约定的，依约定处理，合同没有约定或约定不明的，应区分以下情形处理：（1）承租人（或次承租人）以拆迁房屋为经营场所办理了营业执照，并在此实际经营，其要求出租人给付拆迁补偿安置协议中确定的停产停业损失补偿的，一般应予支持。出租人以拆迁房屋为经营场所也办理了营业执照的，停产停业损失补偿可在其与承租人（或次承租人）之间合理分配。（2）对于存在房屋性质以租赁为主要用途、租赁合同剩余期限较短等情形的，停产停业损失补偿可在承租人（或次承租人）与出租人之间进行合理分配，但出租人分得的数额不宜超过50%。（3）有证据证明拆迁补偿安置协议确定不补偿停产停业损失，或者补偿协议尚未签订，出租人亦未取得该补偿费，承租人要求出租人支付停产停业损失补偿的，不予支持。承租人可待出租人取得补偿后再行主张权利或通过其他行政途径解决。（4）房屋拆迁公告发布时租赁合同已经期满终止，承租人要求出租人给付停产停业损失补偿的，不予支持。（5）拆迁公告发布后房屋实际拆迁腾退前，租赁合同期满终止，且出租人已经取得停产停业损失补偿，承租人要求出租人给付该补偿费的，可酌情予以支持。

当事人就拆迁补偿安置协议中停产停业损失的补偿对象、标准和数额等有争议的，法院在必要时可就相关事实咨询拆迁人予以确定。

三、房屋装饰装修损失



14、出租人对承租人的装饰装修或扩建行为未提出异议的，如何认定？

租赁合同约定房屋装饰装修或扩建须经出租人同意，出租人知道或者应当知道承租人对租赁房屋进行装饰装修或扩建，但在合理期限内（一般为六个月）未提出异议，或者在合理期限内提出异议后又继续履行合同或接受承租人履行义务的，可以视为出租人同意装饰装修或扩建，或者放弃再提出异议的权利。

15、房屋租赁合同无效或解除，承租人未要求赔偿装饰装修损失的，如何处理？

房屋租赁合同无效或非因承租人单方违约导致解除，法院应当释明承租人可就装饰装修的现值或残值损失要求赔偿，承租人坚持不主张或只提出抗辩的，就装饰装修损失，法院不予处理，告知承租人可另行起诉。法院判决承租人腾退房屋的，应当告知其可就装饰装修物申请采取必要的证据保全措施。

16、法院依职权认定房屋租赁合同无效，对合同无效的后果，包括腾退房屋、装饰装修损失等是否一并处理？



当事人就房屋租赁合同的履行或解除发生争议，经审查认定租赁合同无效，法院应当释明当事人变更诉讼请求，尽量引导当事人就合同无效的法律后果一并处理，经释明当事人坚持不变更的，应当判决确认租赁合同无效，并驳回当事人的全部诉讼请求，同时告知当事人可就房屋腾退、装饰装修损失等争议另行主张。

四、房屋租赁与转租



17、房屋租赁合同无效、履行期限届满或解除，出租人要求返还房屋的，次承租人的诉讼地位如何确定？

房屋租赁合同无效、履行期限届满或解除，转租合同亦不能履行，出租人既可以依据合同约定要求承租人返还房屋，也可以房屋物权人名义要求次承租人（实际使用房屋的承租人）腾退房屋。出租人仅以承租人为被告提起诉讼的，法院可以向其释明，告知其可以追加次承租人为共同被告，或者申请通知次承租人作为无独立请求权第三人参加诉讼；法院也可基于判决生效后的执行以及保护次承租人利益的需要，直接通知次承租人作为无独立请求权第三人参加诉讼。如果次承租人为多人，且各方利益不同，则不宜追加次承租人为第三人，可根据案件实际情况，由当事人另行分别解决。

房屋租赁合同无效、履行期限届满或解除纠纷中，次承租人要求租赁合同的承租人或出租人赔偿装饰装修损失或承担违约责任的，与租赁合同纠纷不属于同一法律关系，不构成反诉，应告知次承租人可另行起诉。法院判决次承租人腾退房屋的，应当告知次承租人可就装饰装修物申请采取必要的证据保全措施。

18、房屋转租合同解除后，次承租人要求出租人赔偿装饰装修损失的，如何处理？

因房屋租赁合同无效、履行期限届满或解除导致转租合同解除，次承租人要求出租人赔偿装饰装修损失的，不予支持，次承租人应当依据合同相对性向承租人主张权利，或者依据《合同法》第七十三条的代位权规定处理。

19、房屋租赁合同无效、履行期限届满或解除后，出租人要求承租人和次承租人支付逾期腾房的房屋使用费的，如何处理？

房屋租赁合同无效、履行期限届满或解除后，承租人和次承租人逾期腾退房屋给出租人造成损失，出租人要求承租人和次承租人共同支付逾期腾房的房屋使用费的，应予支持。房屋使用费可依出租人请求参照租赁合同约定、转租合同约定或当时当地同地段房屋的租金标准酌情确定。

20、房屋连环转租中某一手租赁合同无效、履行期限届满或解除，当事人要求返还房屋的，如何处理？

房屋经多次转租，当事人就其中某一手租赁合同发生纠纷，经审查认定租赁合同无效、履行期限届满或解除，该合同出租人要求返还房屋的，一般不需要追加其他租赁合同的当事人参加诉讼，可以依据合同相对性判决承租人直接将房屋返还给该出租人。

21、承租人擅自转租获得差价收益是否属于不当得利？



承租人未经出租人同意转租租赁房屋，出租人解除房屋租赁合同时，要求承租人返还向次承租人收取的超出出租人应收租金部分收益的，不予支持。

22、次承租人在房屋租赁合同解除纠纷中如何行使代偿请求权？

出租人以承租人欠付租金为由主张解除房屋租赁合同，次承租人依据《解释》第十七条第一款规定主张代承租人向出租人履行租赁合同债务的，可以作为无独立请求权第三人参加诉讼，法院应当根据案件具体情况要求次承租人在合理期限内（一般为三十日），按照出租人主张的租金和违约金数额向法院提供等额现金担保，逾期不提供的，对次承租人的该主张，不予支持。

五、房屋租赁合同的解除及民事责任



23、房屋租赁合同解除的具体时间如何确定？

实践中应区分以下情形处理：（1）诉讼前，当事人一方行使合同解除权，通知对方当事人解除合同，相对方有异议致双方形成诉讼，法院审理后认为当事人行使合同解除权符合合同约定或法律规定的，解除合同通知送达之日即为合同解除之日。当事人诉讼请求中未要求确认合同解除具体时间的，可以在判决理由部分予以明确。（2）当事人一方未通知对方，径行向法院起诉或反诉要求解除合同，法院审理后认为当事人行使合同解除权符合合同约定或法律规定的，应当判决解除合同。（3）当事人双方对合同是否解除存在争议，法院审理后认为主张解除的当事人无合同解除权，合同应当继续履行，但当事人在诉讼中均同意解除合同的，以双方合意解除之日为合同解除之日。

24、承租人在合同租赁期限内单方搬离租赁房屋，并主张解除合同，而出租人坚持要求继续履行合同的，如何处理？

承租人在租赁合同履行期限内拒绝接收房屋，或者单方搬离租赁房屋并通知出租人收回房屋的行为，属于以自己的行为表明其不再履行租赁合同，其拒绝接收或搬离房屋的行为不符合合同法规定的解除条件，不具有单方解除合同的效力，出租人有权据此解除合同，但合同另有约定的除外。经法院释明出租人坚持不解除的，考虑到承租人不愿继续履行租赁合同，该义务性质又不宜强制履行，租赁合同目的已无法实现，法院可以直接判决解除租赁合同，并根据案件具体情况以出租人收回房屋、当事人起诉或判决生效之日等时间合理确定合同解除的具体时间。承租人拒绝履行租赁合同给出租人造成损失的，应当承担赔偿损失的违约责任，出租人作为守约方也负有减少损失扩大的义务，具体损失数额由法院根据合同的剩余租期、租赁房屋是否易于再行租赁、出租人另行出租的差价，承租人的过错程度等因素予以酌定，一般以合同约定的三至六个月的租金为宜。

出租人因自身事由主张解除租赁合同收回房屋的，不符合合同法规定的法定解除条件，承租人要求继

续履行合同的，应予支持，但合同另有约定的除外。

25、房屋租赁合同纠纷中违约金过高的判断标准如何确定？

房屋租赁合同的违约方主张违约金数额过高的，应当依据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（二）》第二十九条的规定，以违约造成的实际损失为基准，根据公平原则和诚实信用原则，综合衡量合同履行程度、当事人过错、预期利益、当事人缔约地位强弱、是否适用格式合同或条款等多项因素予以确定。

承租人主张逾期支付租金的违约金数额过高，经审查出租人实际损失无法确定的，一般以欠付租金为基数，以不超过中国人民银行同期贷款基准利率四倍的标准对违约金数额进行相应调整。

26、房屋租赁合同因违约解除产生的实际损失如何确定？

因承租人根本违约行为导致房屋租赁合同解除，出租人要求承租人赔偿其房屋闲置期间的租金等实际损失的，可予支持，但合同另有约定的除外。因出租人根本违约行为导致房屋租赁合同解除，承租人要求出租人赔偿其另行寻找替代房屋周转期间所受损失的，可予支持，但合同另有约定的除外。损失具体数额不能确定的，可以推定为租赁房屋闲置期间或寻找替代房屋周转期间的租金损失，但最长一般不得超过六个月。

27、房屋租赁合同无效的信赖利益损失如何确定？

集体所有土地上的房屋租赁合同在履行过程中被认定无效，经审查认为简单采用恢复原状的方式会导致当事人间利益失衡，信赖合同有效及能够履行的当事人一方要求对方赔偿因此所造成的订约机会损失等信赖利益损失的，可以根据诚信原则，综合当事人过错程度、另行租赁房屋的差价及成本、合同的剩余租期等因素酌情予以支持，损失数额一般以不超过六个月的房屋使用费为限。

六、承租人优先购买权



28、《合同法》第二百三十条规定优先购买权行使的“同等条件”和出租人“通知”义务如何理解？

同等条件主要是指房屋转让的价格、价款支付方式等。

出租人通知承租人时，应当告知租赁房屋转让的事实、时间及具体出卖条件。出租人虽然通知承租人出卖租赁房屋的事实，但未告知具体出卖条件或告知内容不真实、不全面，或者在出卖条件发生变化后未及时告知承租人的，应当认定其未履行通知义务。

29、承租部分房屋的承租人在出租人整体转让房屋时是否享有优先购买权？

出租人整体转让房屋，该房屋为不可分割或分割明显降低其整体价值，而承租人仅要求对其承租的部分房屋行使优先购买权的；或者承租人虽主张优先购买整体房屋，但其承租面积未达到整体房屋面积50%以上的，对承租人主张行使优先购买权的诉讼请求，不予支持。

30、转租房屋的优先购买权行使主体如何确定？

承租人经出租人同意转租租赁房屋的，承租人不再享有优先购买权，次承租人要求行使优先购买权的，应予支持；未经出租人同意转租租赁房屋，承租人或者次承租人要求行使优先购买权的，均不予支持。

31、拖欠租金的承租人是否享有优先购买权？

承租人对租赁房屋享有优先购买权，并不以其依据租赁合同约定支付租金为前提。但承租人欠付租金已构成法定解除或约定解除租赁合同的条件，且出租人主张解除租赁合同的，承租人不再享有优先购买权。

32、承租人依据租赁合同约定主张优先承租权的，如何处理？

优先承租权并非法定权利，而是基于租赁合同的约定产生，仅在合同当事人之间发生效力，不能对抗已经实际承租的善意第三人。出租人未在合同约定期限或合理期限内通知原承租人续租就将房屋另行出租给他人，承租人要求确认出租人与第三人签订的房屋租赁合同无效，或者要求直接适用出租人与第三人签订的租赁合同的，不予支持。但承租人要求出租人承担赔偿责任等相应违约责任的，应予支持。

七、其他



33、涉及房地产中介公司的房屋租赁合同纠纷中，诉讼主体如何确定？

实践中应区分以下情形处理：（1）房地产中介公司提供订立合同的居间服务，促成租赁合同成立，收取居间费用的，房屋出租委托合同性质上属于居间合同，租赁双方仅就租赁合同发生纠纷的，一般不需要追加中介公司参加诉讼。（2）房地产中介公司依约定向出租人交纳固定租金，并以自己名义对外签订租赁合同出租管理房屋、收取租金的，当事人应分别依据各自合同主张权利。

34、租赁期间房屋发生所有权变动的，出租主体的变更时间如何确定？房屋转让双方未通知承租人所有权变动会产生何种法律后果？

租赁合同履行过程中租赁房屋发生所有权变动的，房屋所有权变动的时间为新的租赁关系成立的时间，转让房屋双方对此另有约定的，从其约定。

房屋转让双方未将租赁房屋让与的事实通知承租人，承租人已经依合同约定向出租人支付或者提前预付租金的，可以对抗买受人，买受人再向承租人主张该部分租金的，不予支持；房屋转让双方已经通知承租人向买受人支付租金后，承租人仍向出租人支付租金的，不得对抗买受人，买受人要求承租人支付该部分租金的，应予支持。

35、诉讼期间发生的租金或房屋使用费如何承担？

出租人起诉要求承租人腾退房屋但未同时主张诉讼期间租金或房屋使用费的，法院可予以释明，告知其可以增加诉讼请求，要求承租人支付至实际腾退之日止的租金或房屋使用费。诉讼期间发生的租金或房屋使用费根据承租人是否实际占有使用房屋、房屋是否符合合同约定的使用条件、评估鉴定期限延长的原因、当事人过错程度等因素予以确定。

诉讼期间，当事人双方同意终止合同或者经审查合同确实无法继续履行的，法院应当组织双方尽快办理房屋交接，需要对装饰装修进行评估鉴定的，在完成鉴定所要求后，法院也应尽快组织房屋交接。经法院释明当事人一方仍拒绝办理交接的，应当承担在此期间的房屋租金或房屋使用费。

36、租金债权的诉讼时效期间如何确定？

房屋租赁合同约定分期支付租金，承租人未按期支付的，诉讼时效期间应从最后一期租金约定支付期间届满的次日起计算，适用一年的诉讼时效。

37、因公有住房、廉租住房和公共租赁住房租赁产生的纠纷是否适用本解答？

当事人依照国家福利政策租赁公有住房、廉租住房、公共租赁住房以及转租前述房屋产生的纠纷案件，不适用本解答。



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：<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2018年2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。

博學而篤志，切問而近思，仁在其中矣。

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.ylawPrm.cn

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