

# 建筑法苑

施工企业篇

上海元始律师事务所主办

总第31期



一个人签字的签证是否有效

包工头撞墙索要工程款

电子签章的效力问题

工人午休时死亡是否属于工伤

## 元始律师事务所主任 李宗猛博士 介绍



### 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

李宗猛律师，博士，上海元始律师事务所主任，党支部书记。

李博士精通民法典、建筑法、招标投标法及其它与房地产开发相关的法律、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、项目投资等非诉法律业务及诉讼仲裁事务，服务内容涵盖房地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。拟定的合同体系坚实严密，从事前防御的角度出发，构筑保护企业合法权益不受侵害的防波堤。先后为上海市工商局执笔起草多份示范合同文本。

李博士的经验来自于工程实践。李博士曾作为上海科技馆设计室主任兼施工管理室副主任，负责科技馆展示内容从设计到施工管理的全过程。在没有前例可援的情况下，创造性完成了天地馆、生命馆、智慧馆、创造馆、未来馆五个展馆、十八个展区的内容框架，并成功组织实施。四年之内，李博士的心从未离开过工地，赢得参与会战的几十支队伍、数千名建设人员的尊敬。科技馆建成后，李博士作为唯一执笔人，负责《上海科技城重大工程实践与研究》课题的报奖工作，要在极短的时间内从浩如烟海的资料中，总结、升华、提炼出有相当水准的理论与实践成果。李博士及其团队经三个月艰苦卓绝的努力，成功完成了成果整理和报奖准备，并最终荣获上海市科技进步一等奖、国家科技进步二等奖，在极为困难的情况下实现近乎奇迹的目标。

APEC会议之后，李博士出任香梅花园工程总指挥。该项目工期紧，可用资金有限，动工之前已签订了十分不利的施工合同，前后三任总经理均因无法掌控如此复杂困难的局面，不得不相继离职。受命于危难之际，李博士到任后，大刀阔斧，20天开始试桩，3个月桩基完毕，6个月达到预售条件，香梅花园一期在两年内即成功建成，销售业绩跃居上海前列，成为展示浦东开发建设成果的标志性住宅建筑群之一。

丰富的工程管理实际经验，为李博士解决房产开发、工程建设领域的疑难问题奠定了坚实基础。二十年来，李博士及其领导的团队先后为上海市警备区、中国科学院上海微系统与信息技术研究所、中国建筑技术有限公司、中国化学工程第十四建设有限公司、中国核工业二四建设有限公司、中冶建工集团有限公司、上海建工七建集团有限公司、上海市建工机械工程有限公司、江苏省建筑工程集团有限公司、南通四建集团有限公司、苏通建设集团有限公司、江苏启安建设集团有限公司、江苏恒生建设集团有限公司、浙江许正昌建设有限公司、江西省地质工程（集团）公司、湖南昱景节能阀门有限公司、广东万源建设工程有限公司、甘肃省第五建设集团有限责任公司等320余家机关企业提供法律服务，代理诉讼、仲裁案件逾千件，最大限度地维护当事人的利益。

李博士为人善良、正直，深受传统儒家思想熏陶，博学、审问、慎思、明辨、笃行，处处为人着想，宁可人负，不会负人。在工程领域从事管理多年，近年来主持招标的项目更是以百亿元计，从未利用职权和便利谋过一分钱私利，刚正、廉洁之名人所共知。做人坦坦荡荡、堂堂正正，处事严谨细致、坚韧不拔，赢得建设方和施工企业的尊重与信赖，是李博士多年来咨询或监管项目，做一个，成一个，从无败绩的主要原因。

成功无侥幸。李博士对所有承担的工作，均是全力以赴，兢兢业业，如履薄冰。多年的摸爬滚打，李博士练就了火眼金睛的洞察力，预见性地发现问题，更为企业避免了许多陷阱。从招标询标到合同履行，从项目管理到成本控制，李博士为客户提供了许多切实有效的解决方案，拓展了律师在工程非诉领域的服务广度和深度。正是这种全身心的投入，才使得李博士每能在关键时刻排除险阻、力挽狂澜，成为解决问题、奠定胜利的领军人物。

由于出色的工作绩效和良好的职业道德，李博士赢得了广泛的社会赞誉，先后荣获“上海市建设功臣”称号（在全上海四万多名律师中，李博士唯一获此殊荣）、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等各项荣誉。个人业绩多次被政府媒体报道。

上海元始律师事务所

李宗猛 主任/律师/博士

地址：中国上海市浦东新区银城中路501号上海中心大厦4106室  
邮编：200121 手机：13901686274  
电话：021-68407068 传真：021-68407066  
E-mail: yuanshizixun@126.com 网址: www.yslawfirm.cn

# 《建筑法苑》

总第31期

目录

## CONTENTS

## 施工企业篇

一个人签字的签证是否有效	01
包工头撞墙索要工程款	07
电子签章的效力问题	15
工人午休时死亡是否属于工伤	17
饮鸩止渴	23
案例警示	26
裁判观点	28



## 一个人签字的签证是否有效

□文 / 上海元始律师事务所 李宗猛律师

### | 问题 |

李博士:

我们承接的一个项目,合同上写明,甲方指定钱副总、孙经理为现场负责人,临时增加工作量或施工变更均须当天经双方签证单确认,次日不予补办。

现由于钱副总不在现场,我们取得的签证仅有孙经理一个人签字,甲方公司没有盖章。我们的问题是,仅有孙经理一个人签字的签证,是否有效?

### | 答复 |

一、从合同条款的字面意思来看,没有强制要求钱副总、孙经理两个人同时签字才能生效、一人签字不生效。因此,理论上说来,钱副总或者孙经理两个人之中的任何一人签字的签证,都有效力,应该作为结算的依据。

二、但工程实践中,仅有建设单位一个工作人员签字的签证,实际上是极不安全的。若是双方发生争议,甲方有多种手段来试图推翻一个人签字的签证:

(一)甲方可能主张签字人是被施工单位所买通,出卖了公司利益,进而对一个人签字的签证不予认可。虽然业主的所谓“买通”,没有任何证据支持,但是假话讲了三遍,法官也会将信将疑,对一个人签字的签证,法官不敢轻易判给施工单位。

(二)有些业主为了拒付签证价款,可以找监理单位出具不完全属实的“证明”,说业主项目部签字的签证与事实不符。监理单位是业主雇用的,很多时候只能听从业主的意见,违心出具证明。

由于理论上说来,监理单位是“中立的第三方”,其“证明文件”将会极大影响法官的判断。在施工单位没有强力证据的情况下,法官极有可能按照监理单位的说法来进行裁判。按照监理的“证明文件”去判案,法官自身没有风险。

(三)业主通过“操控”监理单位来谋取不当利益的案例不胜枚举。浙江苍南有一个纯地下工程项目(无地上建筑),总承包方起诉业主,业主就找到监理单位出证明。当时总监已经离职,业主还派人跑到湖南长沙,找到总监签字,不仅否决了施工单位的不规范的签证,还说施工单位有很多内容没有做。监理单位一共帮助业主否认了十六个方面的内容。

并不是所有签证的工程量在现场都是看得到的,比如隐蔽工程、拆改工程。若是业主、监理说施工单位没有施工,施工单位拿不出证据来,施工单位就面临不利的结果。



在本案中，就有很多类似的问题。比如，设计图纸上在地下室底板、承台上都设计有防水卷材。施工单位当时认为不需要，就没有施工防水卷材。结果质监站不同意。不得已，施工单位改刷防水涂料，质监站才同意回土。竣工图纸上仍按照防水卷材，竣工验收资料也按照防水卷材描述，业主、设计、监理、总包在防水工程分部验收资料上都签了字。但诉讼中，施工单位送审造价按照防水卷材报结算，业主却主张说竣工图是虚假的、防水卷材没有施工，监理单位也出证明说防水卷材没有施工。施工单位说没有施工防水卷材，但我施工了防水涂料，应该计算防水涂料的费用。但此时监理对是否施工了防水涂料不表态，导致法官无从判断。于是施工单位提出了对防水涂料是否施工进行鉴定。

法院通过摇号选定了鉴定单位。但是，鉴定单位说，无法开挖这个地下室，看正负零九米之下的地下室底板是否施工了防水涂料。为了出具鉴定报告，鉴定单位告知施工单位，要求施工单位7天内拿出设计变更单，或者监理单位确认已施工防水涂料的证据，否则按照未施工防水涂料出具鉴定结论。施工单位当然不可能拿得到设计单位、监理单位的证明。最终施工单位既没有拿到防水卷材的费用，也没有拿到防水涂料的费用（这一项损失就有80多万元）。

类似的情况还有很多，监理大都是按照业主的授意，出具对业主有利的证词。暗浜处理时，承包人在基坑的东、西、南三个部位采用黄沙回填。但监理说，该基坑仅有西侧L轴线到N轴线间用黄沙回填（监理未出庭，监理的证明上也不说其他部位是否回填了黄沙）。监理所说的黄沙回填范围远小于实际回填范围。但这个深基坑内的黄沙回填范围也是无法通过鉴定来准确查明的。最终，法院、鉴定单位就按照监理所说范围进行造价处理，施工单位在此又损失了60余万元。

本案双方争议多达数十项，诉讼历时六年，历经三次一审、三次二审（前两次一审判决均被中院撤销，发回重审）。法官不懂工程造价，在确定造价方面，几乎都是按照监理的意见来处理的。施工单位又缺乏证据，无法提出有效的反驳。损失大约有四五百万元。

值得注意的是，这个项目，承包老板是业主大股东的亲娘舅。因依赖这层亲戚关系，施工过程中未注重书面文件的管理，导致几乎没有完善的函件、签证、会议纪要等书面证据。案件审理过程中，业主完全不讲诚信，对于所有手续不完备的签证变更价款都不予认可，承包老板气得要打他的外甥。但是，法官审理案件按照证据规则，签证手续、变更手续不完备，诉讼中就要承受不利的后果。

### | 回顾与反思 |



工程签证变更价款是施工企业利润的重要来源。业主先要求变更，后又拒绝支付变更价款的情况在实践中并不鲜见。为避免业主以“仅有一人签字”为由否认签证的效力，施工单位至少需要做好六个方面的措施：

#### 第一，变更应有书面依据

《中华人民共和国建筑法》第58条规定，“建筑施工企业必须按照工程设计图纸和施工技术标准施工……施工企业不得擅自修改工程设计”。建设工程示范合同文本约定，“因承包人擅自变更设计发生的费用和由此导致发包人的直接损失，由承包人承担，延误的工期不予顺延”。承包人擅自变更的，发包人有权拒绝支付工程价款。

故此，若发包人要求对工程进行变更，承包人应及时提请业主签发书面的工程指令，或者请业主下发设计变更图纸、修改通知单；或者由业主在工程例会上对有关变更事项进行明确。

没有变更依据，承包人的权益难有保障。笔者曾在连云港中院代理业主应诉的一个案件，施工单位拿不出变更指令，法官当庭说，“业主没有让你变更，你们在墙上贴金纸，费用也只能自己来承担”。

**第二，对于发包人下达的口头变更指令，承包人应及时以书面形式提请发包人确认。**

比如，若是业主的赵董来现场检查，发现大门不够气派，口头要求拆除，并加宽加高。承包人对业主老板的话不能不听，只能照办，也不可能当面要求赵董下一个书面指令。

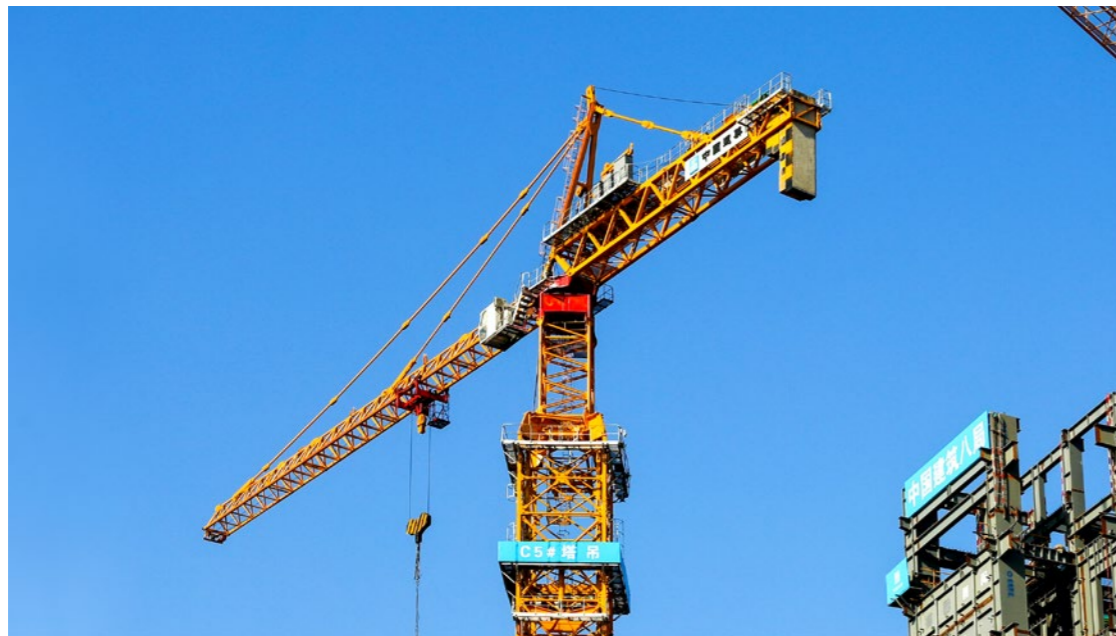
但承包人并不是没有办法。在赵董离开工地之后，承包人可以马上给业主的孙经理发一个微信，“赵董今天下午视察工地时，要求将大门拆除，加宽加高，不知能否请孙经理下发一个指令单，告知宽度、高度各增加多少公分？贵司明确后，我们好马上施工”。这种微信并不冒犯业主，也很自然、符合工作常理。微信可以发在工作群内，并@业主的孙经理，让群内众人都看得到。日后工作群内的微信记录，就是有用的证据。

待业主下发指令单之后，承包人再行拆除变更。如果业主不下发书面指令，仅口头告知大门需新增的高度、宽度，承包人可以向业主提交一份技术核定单。业主、设计单位、监理单位签署的技术核定单，也是有效的变更依据。

如果业主连技术核定单也不愿下发，承包人也可能顶着赵董交代的事项却不办理。此时承包人可以在工程例会纪要上提到此事，称“业主赵董要求将大门拆除，孙经理告知高度增加20公分，宽度增加60公分。我们准备去实施了，之前我司已提供技术核定单，但业主尚未下发。为避免耽误赵董交办的事情，我们准备明天就去拆除，看业主是否还有什么意见”。在会上，业主应该会有一个表态，至少会说，你们去办吧。这样的内容，贵司应与监理单位沟通好，让监理单位写进会议纪要内，并由业主、监理、总包三方签署确认。

### 第三，及时申报签证

几乎所有业主都会在施工合同内，对施工企业索赔的程序、时限作出明确限制，多数业主会规定：承包人逾期提交变更签证或者索赔请求的，丧失主张变更价款或者索赔款项的权利。



施工企业轻视程序、忽略时限的习性普遍存在，对于合同中约定的索赔期限，很多企业不以为然。但确有业主以签证过期来拒绝支付变更价款，承包人谈判时先天处于不利地位；而且不少审价单位按照这一原则进行结算审价，以提高核减率，多索取审价费。承包人又不可能每一个工程都去提起诉讼。况且诉讼后，在司法实践中，也有施工企业因申报签证超过合同约定期限、而被法院认定无效的例子。

对于签证时效要求特别短促的项目（比如题述工程，业主要求当天必须申报签证），承包人也应该抓紧办理。当天的变更，按照业主要求当天就申报上去。如果申报的签证，业主、监理来不及审核，同样可以在微信内将签证内容发送给业主的合同代表。

### 第四，签证应注明“属合同外工程量”

签证上除了需要由业主、监理单位注明“情况属实”之外，承包人自身应在签证主文中标明变更原因，明确有关责任，比如：

“根据业主要求，对已经施工的地下车库L区A3轴墙体予以拆除，并在A4轴重新砌筑”；

“应业主要求，在屋面防水卷材基础上新增一道刚性防水”；

“因地质勘探报告未探明3号楼下暗浜，应业主要求，将该区域淤泥予以挖除、运出工地，并以黄沙换填；换填区域详见图纸”；

“根据2026年1月15日工程例会，业主要求我司在原合同之外实施如下新增工程”等。

上述文字应该足够明确推断有关变更的责任不在承包人、且有关费用不含在原合同价款之内。否则即使有签证，日后业主、鉴定单位也可能认为该项签证即使发生了，责任也应

由承包人负担；或者辩称该签证的费用包含在承包人的合同价款之内。法官不是工程造价专业人员，很多时候也难以判断。故标明清楚，是保护承包人利益的必要举措。

### 第五，过程中保留证据

法律规定，承包方对签证、索赔事项负有举证责任。发包方下达变更指令后，承包人是否实施、实施多少工程量，需要承包方提供依据予以证明。对于一些签证事项，特别是隐蔽工程、拆除工程等事后无法查证的变更事项，承包方更需要有保留证据的意识，拍摄拆除、修改或隐蔽工程变更前后的录像、照片，录像、照片中应该有效地摄入人证、物证和日期。

在实施过程中，也要及时向业主汇报。比如，土建开始拆除的时候，将拆除的照片一道发给业主，并告知“赵经理，赵董要求将大门加高加宽之事，我们已经开始实施，详见照片。请转告赵董放心”。

证据固定好之后，哪怕日后发包方无正当理由拒绝认可签证，依照《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷的司法解释（一）》第二十条规定，“当事人对工程量有争议的，按照施工过程中形成的签证等书面文件确认。承包人能够证明发包人同意其施工，但未能提供签证文件证明工程量发生的，可以按照当事人提供的其他证据确认实际发生的工程量”，承包人的权益仍有保障。

下面的照片，就是一个真实的案例。承包人已经按照土建图纸施工好楼梯，业主的董事长嫌不漂亮，要求承包人拆除，日后由精装修单位搭建木楼梯。承包人在拆除钢筋混凝土楼梯过程中，就拍摄好照片，防止日后业主否认相关拆除工程量。

### 第六，签证一定要保留好原件

当事人对自己提出的诉讼请求所依据的事实，或者反驳对方诉讼请求所依据的事实，有责任提供证据加以证明。证据必须是原件。采用传真件、扫描件、电子邮件等便捷方式订立合同或者达成纪要，应及时要求对方补盖红章，并将盖章原件快递过来。工程例会签到表、例会纪要等仅有一份原件时，应提请监理单位在复印件上加盖监理单位印章（红章）。

原件不能脱手。如业主、审价单位需要查验签证单、技术核定单、核价单等原始资料时，原件在核对后应当场取回。部分审价单位要求承包人将签证原件交给审价单位，对这一要求应采用合适方式加以婉拒。



（上海元始律师事务所，李宗猛律师。版权所有，转载请注明出处。）

## 包工头撞墙索要工程款

□文 / 上海元始律师事务所 李宗猛律师

### | 案情 |

总承包方委托包工头张某某承担一个政府项目的风管安装劳务施工任务，并由劳务公司出面，与张某某签订了劳务分包合同。合同采用固定单价，工程量按实结算。合同条款是事务所起草的，还是比较严密的。如果双方遵守诚信原则，按照合同进行结算，本来不应该有任何问题。

但是，按照实际工程量及工程单价，劳务公司核算下来的劳务费是180余万元，而包工头张某某称180余万元的劳务费远远不够，工人工资就需要380余万元，相差200余万元。双方的差距太大，无法谈成，包工头就组织工人前去闹事，在政府项目门口拉横幅、哄闹。

镇政府要求总包单位、劳务公司、张某某及闹事的工人出面对谈判，总包单位请事务所委派阮莉律师参与谈判会议。实际上，在谈判之前，事务所就清楚，包工头只要来闹事，往往不会讲法律，只会称自己做亏了、劳务费用不足以支付工人工资。尽管明知律师出面起不了实质性作用，但为了总包单位能够安心，事务所仍委派阮莉律师出场见证有关谈判。

在谈判会议上，双方主张金额的差距实在太太大，这是因为张某某主张款项的证据都是不实的：比如现场工人50个人，考勤表上却登记了60个人；工人实际干了3个月，考勤表上却写了5个月；谈定的工资本来应该是每天320元、360元，而现场讨薪工人拿出来的欠薪单上却写每天560元、580元等等，诸如此类。这样就导致张某某主张的欠薪数额超出了实际费用的一倍还要多。

双方僵持不下，闹事的包工头突然用头撞墙。总包、劳务公司、现场的阮律师明知包工头是在“表演”，但这种头破血流的场面还是让政府官员感到害怕。巨大的压力，最终转嫁到劳务公司身上，其不得不超额付款。

### | 分析与反思 |

包工头以讨欠薪为由，用吃空饷、虚报工资的手段来收取不正当利润、超额索要工程款，甚至借机敲诈勒索，这样的例子可以说是不胜枚举。有些包工头，他们接工程的本质，根本就不是想着靠正当的生意来赚钱。

比如上述闹事的项目，如果根据合同结算为180万元，包工头拿10%的利润，他最多赚十几、二十万元；而通过闹事手段敲诈，只需要支付闹事者一些“表演费”，他甚至可能赚到200万。在10倍利润的诱惑下，资本家可以冒着上绞架的危险，区区闹事、撞墙有什么顾虑的。

目前，我们国家出台了很多保障农民工工资支付的政策规定，根据原《国务院办公厅关于全面治理拖欠农民工工资问题的意见（国办发〔2016〕1号）》第（九）条的规定，“在工程

建设领域，建设单位或施工总承包企业未按合同约定及时划拨工程款，致使分包企业拖欠农民工工资的，由建设单位或施工总承包企业以未结清的工程款为限先行垫付农民工工资”。即，遇到欠薪情况时，施工企业本只需在欠付工程款的范围内支付分包单位的农民工工资即可。若施工企业已经向分包单位足额支付工程款的，则其就无需垫付分包单位的农民工工资。

但是，2020年5月1日开始实施的《保障农民工工资支付条例》第30条则明确规定，“分包单位拖欠农民工工资的，由施工总承包单位先行清偿，再依法进行追偿”。此处删减了总承包方的付款责任“以欠付工程款为限”的表述。即，哪怕总承包方已经足额支付工程款，只要分包单位存在欠付工程款的情况，总包单位仍然必须先行垫付农民工工资、再另行向分包单位追偿。这一变更极大地增加了总承包方的负担，请大家务必注意其中的差别。

当然，总承包方的支付风险，不可避免地会传导到各专业分包单位身上。假如分包单位按照合同足额将劳务费支付给劳务公司，一旦劳务公司如没有及时清偿民工工资、民工向总承包方追讨，那么总承包方代付工资之后，必然向分包单位追索。分包单位既依照劳务合同支付了劳务工程款，又面临重复承担民工工资的风险。虽说可以起诉劳务公司追偿，但如果劳务公司没有偿还能力，分包单位即遭受损失。

法律保护民工的合法权益，解决民工工资支付问题，这是应该的；政府清理欠薪、维护社会和谐稳定，其本意也是好的。但是，国家的善政不应该被一些不怀好意的人利用。不问情由，将责任首先扣在施工企业头上，这种做法客观上助长了不诚信包工头的气焰，成为包工头勒索施工企业、索要高额利润的筹码。

因此，事务所多次提醒客户单位，要加强对农民工的考勤和管理。虽然施工单位总是说现场工人的流动性过大、不好管理，但不好管理不应该成为不作为的理由，而是更应该通过增派力量、完善机制来加强管理。否则，施工单位没有其他有效的办法和途径防范上述风险。就像这次的谈判会议现场，有政府部门、公安干警、律师、120急救车都到场，所有这

些人都挡不住几个闹事耍流氓的人，最后还是施工单位蒙受损失。

要防范这一风险，施工企业应该将事情做在前面，尤其应该注意以下六个方面。

### 一、选用可靠的施工班组

对于劳务分包，挑对人是至关重要的第一步。企业应该聘请有资质的、讲诚信的劳务施工企业，并订立严谨的劳务分包合同。尽可能选择此前有过合作、没有不诚信行为的“合格承包商”。

如迫不得已雇佣个体班组来承包劳务施工，务必挑选知根知底、有信誉、有实力的劳务队。以低价来竞标、此前又缺乏合作经历的包工头，不可轻易接纳。不诚信的包工头，在任何时候都有可能两手一摊，称“已收劳务工程款不足以支付民工工资”，让民工到政府去讨薪。在政府压力下，公司往往不得不代为支付农民工工资。

同时，应该尽量不要让现场项目经理寻找施工队。项目经理找来的队伍，且不说利益关联问题，项目经理他自己个人也很难对施工队进行管理。

必要的时候，尽可能要求包工头、劳务公司向贵司提供相应担保，尤其是针对不大熟悉的合作方，哪怕只收10-20万。担保方式可以是保证金，也可以是资产抵押。无产者、无资产可供抵押的皮包公司，尽量不要聘用。

### 二、订立严谨的合同

不论是发包给包工头个人，还是让劳务班组挂靠劳务公司，都一定要签署合同，尽可能将所有事项约定清楚。很多施工企业习惯上凭经验签订一份简单合同，认为与对方谈定条件、讲好价钱就可以了。殊不知，对于总承包与分包单位签署的合同，凡是合同有漏洞的，分包单位必然要钻空子；凡是约定不清楚的地方，总承包方几乎铁定要吃亏。总承包方与没有施工资质的个人或者施工班组签订的合同虽然无效，但是按照最高院的司法解释，仍是双



方的结算依据，故严密细致的分包合同显得尤为必要。

应该尽量避免使用住建部、工商局发布的劳务施工合同示范文本。绝大部分示范文本并不是政府来制定，而是由代表相关利益的行业协会起草，再以工商局的名义对外发布。劳务施工合同示范文本保护的是劳务公司的利益，对贵司不利。

劳务分包合同应该对工作量、工作范围进行明确、清晰地约定，必要时可请专业人员起草。不宜简单写入“乙方负责钢筋工、架子工、泥工等内容”这样模糊的约定。合同上有关工作内容的任何含糊，都可能成为劳务队日后推卸责任、拒绝施工的借口。劳务队的杀手锏是，“这个合同内没有写，不含在我们的工作量之内，你不加钱我就不干”。由于工期紧，贵司很难下决心将工程停下来与劳务队理论，只要是合同中没有写明的项目，多数情况下都不得不接受劳务队的加价要求。故穷尽列举劳务队的工作内容十分必要。

合同除写明劳务费综合单价（比如每平米劳务费多少元）之外，一定要有详尽、合理的单价明细组成，不仅是为测算进度款需要，在发生变更、以及劳务队中途退场时，也需要按照相应单价组成来计算变更工程款或者已完总产值。

贵司可以在劳务分包合同中约定，如果劳务公司拒不支付农民工工资导致民工闹事等，应承担较严格的违约责任（罚款十万元以上，对劳务单位有威慑力）。

如果是自然人（包工头）挂靠劳务公司与施工企业订立劳务分包合同的，应让包工头在劳务分包合同上一并签署，约定包工头对劳务公司一方的全部合同义务承担连带责任。

同时，最好还让包工头个人出具承诺书。在发包之前，包工头要想接工程，大多只能按照总包的意愿签署承诺书。对方给出了承诺，日后如果再想赖账、闹事，首先在道义上就站不住脚，政府、公安、法院等机构也都不大可能支持他。

劳务分包合同可由本所代为起草。



### 三、劳务合同订立注意事项

与劳务公司订立合同时，为防止包工头盗盖或者私刻公章、日后以“合同印章与工商局备案公章不符”为由否认用印的基本事实，可要求由劳务公司盖章、由包工头一并签字。

与包工头订立合同时，应让其当面签署，核实其签署的姓名、身份证号与身份证所载信息是否一致，并应防止对方在签名时故意少字、缺笔、错签、用谐音签名等，以免日后无法追索对方的责任。有条件时可让对方加按手印。包工头在签订合同、单据时动脑筋的很多，防不胜防。

对于采用微信、电子邮件等方式磋商的合同，在用印之前务必审核合同打印稿与贵司同意的电子版是否完全一致，防止少数缺乏商业道德的客户采取换页、添加、删改等方法改变合同内容，侵害贵司的权益。

大于等于两张纸的任何文件，必须加盖骑缝印章。对于自然人签字的，应敦促其在每一张纸质文件上都签署姓名。签署文件时，勿忘写明签字日期。

合同中应预留对方的联系人、联系地址、联系电话。如对方拒绝签收文件，可以采用邮政EMS挂号邮寄。

### 四、农民工的入职

贵司应该要求劳务公司（包工头）尽量聘用成建制、来历清楚的劳务队。避免使用马路游击队来干活。农民工敲诈高发的领域，通常就是这些马路“民工”，其手法一是通过“工伤”碰瓷来获取赔偿；二是进入工地后，好吃懒做不干活，如果总包辞退他们，即索要解除合同的经济补偿金和“路费”。极端例子中，曾有一帮所谓“民工”，一年流窜13个工地，次次索赔成功。



民工入职时，除提供身份证复印件、常住地址、电话等必要信息外，贵司应该敦促劳务公司与民工签订劳动合同，并将劳动合同原件送交一套给贵司存档备查。劳动合同必须由劳动者本人签字、加按手印，劳务公司负责人或者包工头不得代为签字。贵司应在劳务分包合同内约定，劳务公司未如期提交劳动合同原件的，贵司有权暂缓支付劳务工程款。

订立劳动合同的目的不仅是为了应付检查，亦为防范法律风险。其一，法律规定，企业从用工之日起一个月内，必须与员工订立劳动合同，否则应支付双倍工资；近年来农民工主张未订立劳动合同进而索要两倍工资的案例愈来愈多。其二，工地发生意外，若没有劳动合同，民工可以按照人身损害来主张赔偿（有劳动合同时仅能按照工伤事故来赔偿），通常人身损害赔偿标准高于工伤赔偿标准（通常一个10级伤残的工人，如果没有订立劳动合同，按照人身损害来索赔，最终法院判决的金额可能高达二十六七万；而10级工伤，赔偿数额通常不过十多万元）。

民工的流动性大，不应成为不签订劳动合同的理由。从简便手续的角度，可参照本所起草的建筑工人劳动合同范本（如有需要可向本所索取；建筑工人的劳动合同上，用工主体以贵司安排的劳务公司为妥），后附安全须知等相关内容，印刷成册并存放于现场项目部。每个民工进场时，项目部可让劳务公司负责人（或包工头）在印制好的劳动合同上填写民工的身份信息、工资标准等，加盖劳务公司印章，民工签字、按手印，可以非常快捷地办理用工合同及相应手续。

请务必注意，企业应该当面盯着工人订立劳动合同，防止包工头或者班组长代为签字。代签的劳动合同没有效力。

## 五、农民工的考勤

劳务队不讲诚信、中途擅自停工、吃空饷、以上访闹事等激烈手段超额索要工程款，是施工单位面临的重要风险源。

本所前两年处理的一个最极端的案例，劳务队将80个工人虚报为200多个工人，然后组织200多人（其中不乏无业游民甚至泼皮流氓）到政府集中闹事，在压力下，总承包方不得不超额支付1700万元劳务费（产值仅有2500万，闹事后被迫支付到4200万）。总包是一个中字头的国有企业。当包工头组织几百个工人不依不饶时，政府只会压迫施工单位让步。总包公司所在地、项目所在地两个省的住建厅出面，阻却不了包工头的贪念。

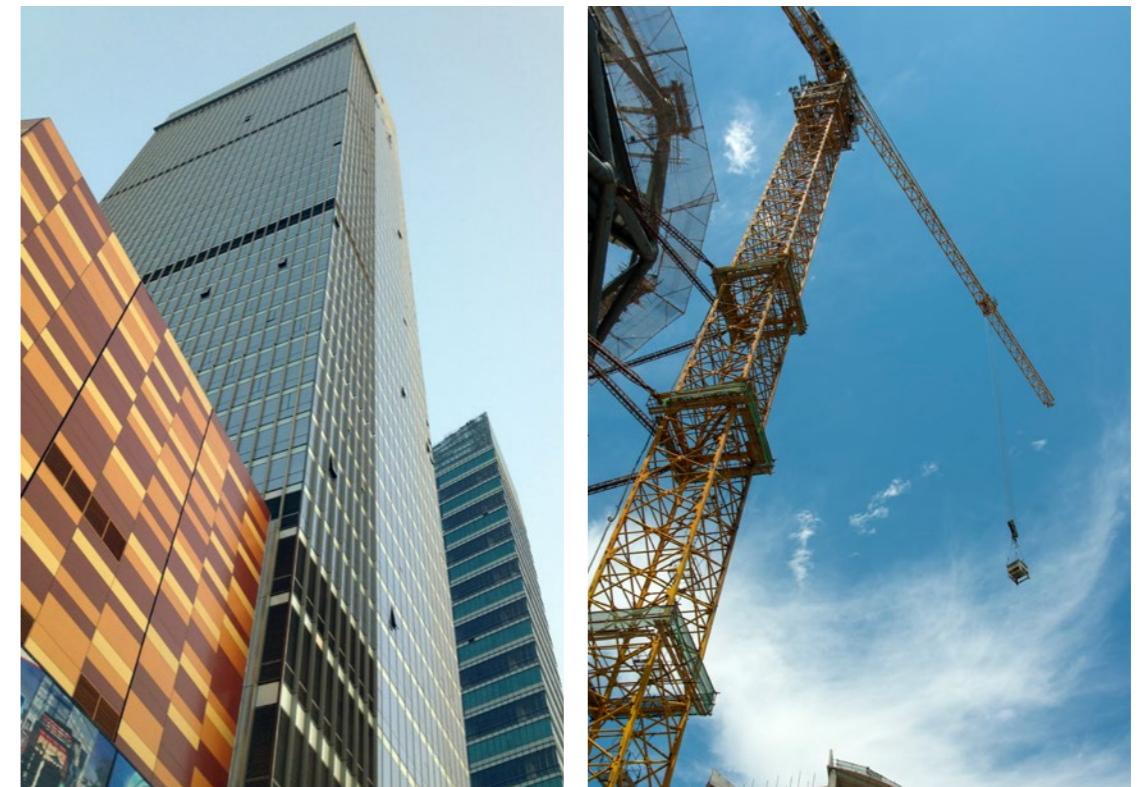
为防止虚报用工人数、用工时间，施工企业应加强如下事项管理：

第一，让包工头制定工人的名册，将全部工人的姓名、身份证号码（附身份证复印件）、工资标准、联系地址、手机号码记录清楚。公司派人赴现场确认花名册的真实性。确认之后，让包工头在花名册上签字、按手印，并附上所有农民工订立劳动合同原件一套（如为包工头施工，则应该由包工头找一家劳务公司来签订合同）。

第二，每月让包工头汇总当月的用工数和工资总额，经确认后，监督包工头将工钱支付给工人。注意一定要让工人本人签收，并让包工头签字确认，然后将工资发放签收单原件保存好。而且，要求包工头将每月发放农民工工资的记录提交给贵司，并予以核实。

第三，要防范包工头“吃空饷”。

利用虚报工人的手法敲诈总承包的案例不胜枚举。对实际用工数进行准确核定是必要的。我们特别建议施工企业，今后尽可能在宿舍区安装摄像头和人脸识别系统，严格一点



还可以要求每天上班前拍一张工人的集体照。这是防范吃空饷、虚报民工工资的有效手段。花费不多，但至少有一定作用。工人何时进场、何时退场、多少人数、总用工量等，根据摄像都可以计算得清清楚楚，冒算人工的情况就不大可能得逞。实际上，包工头若明知你有摄像、有可靠监管，也就不会再动这方面的歪脑筋，工地上的鸡鸣狗盗事件也会少很多。

## 六、农民工工资的发放

农民工的工资，应该监督劳务公司将工资直接支付到农民工的个人银行卡上。如对劳务公司能否如期支付工资存在疑虑，可要求劳务公司出具委托书，由贵司直接将工人工资支付给工人（但这样的付款委托书，一定要劳务公司盖章、并由包工头当面签字），委托书的式样，可由本所代为起草。

贵司应该让劳务公司（包工头）每月按照实际考勤情况制作民工工资表，列明工人姓名、身份证号码、当月应付工资数额、工人的银行卡号，并让劳务公司（包工头）盖章（签字）确认并承诺：“本工资表情况属实。请贵司代为将工人工资支付给工人银行卡上。贵司代为支付的工人工资，视为贵司支付给我司（本人）的劳务工程款”。贵司核实无误后方可发放。

民工工资的支付，应该使用银行转账，留下转账记录，尽量避免使用现金。法律上对款项的支付需要两个证据：一是收据、收条等；二是银行转账记录或其他可信证据。最近我们处理的一个案件，施工单位在银行行长办公室支付给包工头60万元现金（行长办公室未装摄像头），包工头留下了收据；结果包工头在法庭上说打了收条、但实际没有收到这笔款项。

万一迫不得已需要支付现金（这是极端的例外情况，仍然不建议这样做），除让包工头签字、按手印之外，还应让领取现金的民工签字、按手印，并对发放现金的过程拍照、录像（每一个工人手拿现金拍照留档，防止抵赖）。



# 电子签章的效力问题

□文 / 上海元始律师事务所 李宗猛律师

## | 问题 |

您好！请帮我看下，装修合同业主盖章签名都是电子章，快递给我们盖章，电子签名是否满足国内相关合同签署的要求，谢谢！

## | 答复 |

关于贵司咨询的合同盖章问题，尽管电子印章在法律上是有效的，但对贵司来说存在一定的不确定性和安全隐患。若是双方发生争议，贵司无法证明这个印章确实是他们单位加盖，也无法证明这个签名确实是他们单位的负责人亲笔签署。

**一、首先，且不说电子签名，就是红章原件、签名原件，在诉讼中也有当事人抵赖的。**

常见抵赖手段是：

（一）关于印章：说这枚公章不是他们单位加盖的，这个文件上加盖的印章与他们单位在公安局备案的印章不一致。实践中，很多单位有多枚印章，发生争议，就提出该印章不是公司刻制并备案的公章。

（二）关于签名：抵赖说这个签名不是真实签名，是他人仿冒的。实践中确有当事人故意让他人签名的。我们有一个客户，出借300万元给银行行长。行长让人将借条给了我们的客户。发生争议后，到法庭上，银行的代理律师说这个签名是虚假的，经鉴定确实不是行长的签字（行长之前就打好埋伏，故意让他人代签了借条）。

真的印章、签名尚且有抵赖现象，何况仅有电子公章、电子签名章。

**二、但是，贵司现在也无法给业主说，“我们担心你们印章、签名的真实性”。**

这句话说出口，贵司与业主的关系大概率会破裂。所以，贵司当前适当的做法是：

第一，需要维持业主的关系，贵司应在业主的电子章合同上加盖贵司的印章，然后快递回业主。这是合作的基础。

第二，贵司如何保护自己：

（一）贵司在将合同盖好章之后，最好同时扫描一下，然后用邮件或者微信发给业主的联系人。报告说一声，“张总：贵司发过来的施工合同，我已经盖好章，并已经快递给您，烦请您查收。也感谢贵司的信任，工程施工方面，我们会尽心尽责，请您放心”。这样的报告，业主张总也不会觉得突兀，谈不上冒犯业主。

(二) 发出上面的短信(微信或者邮件)之后,贵司应将盖好章的合同用邮政特快专递(EMS)方式,挂号邮寄给业主。在挂号面单上填写“XXX公司 项目的工程施工合同(原件四份)”。保留好快递面单,并在寄出后三天内查询快递的邮寄记录(EMS都是能够查询的),将查询记录也截图保留好。

(三) 办理开工许可证的时候,在申请材料之后附上这份业主、贵司盖章的施工合同复印件(只需要前几页,看得到业主加盖的电子章即可)。

(四) 办理开工报告的时候,报告申请单后附上这份盖章的施工合同复印件(只需要前几页,看得到业主加盖的电子章即可)。

(五) 申请预付款或者进度款的时候,付款申请单后附上这份盖章的施工合同的复印件(只需要前几页,看得到业主加盖的电子章即可)。

这些工作,在日常交往中都是做得到的,也不会得罪业主。一旦发生争议,过往文件中都能查得到这份合同的盖章部分,业主就无法否认印章的真实性;强行否认,法院也不会采信。只是上述措施背后的意图应控制在公司最核心的几个高层之内,不必要让经办的员工知晓,以免员工在不经意之间将贵司的意图透露给业主,导致损害贵司与业主之间的信赖关系。



## 工人午休时死亡是否属于工伤?

□文 / 上海元始律师事务所 李宗猛律师

### | 问题 |

我司一位建筑工人,下午三点钟,被发现午休时死亡在宿舍床上,被发现时意识丧失一小时余。现在死因还不能明确,因为解剖的话需要家属同意,请问这种情况是否构成工伤?另外麻烦您大概给我们一些思路和谈判时候的注意事项,公司之前未处理过这种事情,比较生疏,谢谢

### | 答复 |

#### 一、该工人是否构成工伤?

(一) 认定工伤的最基本原则是,“职工在工作时间和工作场所内,因工作原因受到事故伤害,应当认定为工伤”。“工作时间”“工作场所”“因工作原因”三个要素缺一不可。

(二) 在实践中,有一些额外情况也视为工伤,比如:

1. 工作时间前后在工作场所内,从事与工作有关的预备性或者收尾性工作受到事故伤害的;
2. 在工作时间和工作场所内,因履行工作职责受到暴力等意外伤害的;
3. 在上下班途中,受到非本人主要责任的交通事故或者城市轨道交通、客运轮渡、火车事故伤害的;
4. 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。

(三) 基于上述规定及认定原则,对于发生在午休期间或宿舍内的突发死亡情形,因午休时间不属于“工作时间”,宿舍亦不属于“工作场合”,且员工本人并未处于“工作岗位”,不符合工伤认定所需的法定构成要件,故该员工的死亡不构成工伤。

#### 二、企业如何应对?

对于此类意外事件,虽说不构成工伤,但是按照我们的经验,逝者家属来现场之后,他们不管死因如何,总是会向公司索取赔偿的。家属的理由是,“活生生的人,在你们工地上没了,当然要你们承担责任”。

最终,双方的矛盾焦点就在于:企业要不要赔钱,要赔多少钱?

(一) 如前所述,对于工人意外身亡的事件,并不属于工伤,企业从法律上无需承担赔偿责任。

(二) 但是,一分钱不补偿,家属不会罢休,事情处理不下去。有些家属还会到工地上闹

事，骚扰业主，让工地无法施工，业主可能会催促施工单位尽快了结。故施工单位多数情况下只能息事宁人，从道义上酌情补偿一下家属。

（三）由此，还是必须回到补偿金额的谈判上。请注意，家属开出的数额不会低，他们极有可能仍按照工伤的赔偿标准开出一百多万甚至更高的金额。

（四）谈判时需要注意的事项：

第一，不能按照家属的思路，不能在他们的工伤赔偿的计算方式上讨价还价。按照工伤赔偿标准，无论如何都需要上百万元。

第二，企业应该坚持说，这不是工伤。企业仅能出于道义，酌情给予适当补偿。补偿的数字，公司应该坚持按照极低的数字报出去（比如说五到十万元）。

第三，家属可能不同意，可能会闹事。企业应坚持不让步。请注意，在家属不讲道理的时候，企业可以报警。不要怕闹事。

如果是真正的工伤，为了避免安监站查处，企业尽快处理掉这是对的。但是非正常死亡，企业并没有责任，不怕政府、公安查处，因此也不怕家属闹事。

也不用担心家属去打官司。企业可以告诉家属，如果他们愿意起诉也可以，法院怎么判决，企业怎么履行。家属也会掂量，因为他们也会咨询律师，知道打官司没有胜算，所以多数不会去起诉。

既然企业既不怕政府来查处、也不担心对方打官司，且法律上企业没有责任，所以不应答应家属漫天要价。

当然，为便于政府处理事情，企业可以将有关情况写一个书面的说明（可以让律师来起草）。然后，若家属闹事，企业可以请政府部门或者派出所出面，会上企业可以将情况说明递交给每一个与会领导，这样让与会领导对事情的来龙去脉更清楚。



我们曾经处理这样一个案例，员工不幸意外身亡，家属索要87万元赔偿。企业坚持只支付1万元补偿，寸步不让，雷打不动。家属前后闹事18天，使用了各种手段，最终无可奈何。最后，在政府的调解下，企业将补偿数字提高到7万元（企业内部再捐款了大约2万元），签署了和解协议。

第四，按照上述原则处理，企业最终补偿的数字是不高的。近十年来，本所处理了数十起意外死亡事件，赔偿数额从几万元到三十万元之间（前几年还没有超过30万元的案例）。当然，企业一开始不能开出30万元的价码，你开30万他们可能要60万；开出10万来，最终才可能控制在30万元以内。最近一两年，有些施工企业处理不当，就有被家属索要到五六十万元的案例。

第五，在施工单位和死者家属谈定补偿数额后，企业可以按照本所的模板，与家属签订一次性的《员工病故（意外死亡）处理协议》（如有需要，可联系事务所索取）。对于《员工病故（意外死亡）处理协议》，让逝者家属当着贵司人员的面签署；文件大于等于两页的，在每一页都要签字、手印，并且进行骑缝签字、手印，再将协议原件直接交给用人单位留存。

**三、关于工伤认定的标准，《工伤保险条例》第十四条及第十五条进行了规定。但在实践中，员工受伤的情形可以说是复杂且多样的，本文列举了实践中常见的九类不能认定为工伤的情形，希望对用人单位有所帮助。**

（一）在工作时间和工作场所内，非因工作原因受到伤害的。

依据《工伤保险条例》第十四条第（一）规定，在工作时间和工作场所内，因工作原因受到事故伤害的应当认定为工伤，这就是所谓的“三工”。

“三工”中最核心的因素是“工作原因”，是构成工伤的充分条件；“工作场所”和“工





作时间”更多的是证明工作原因的辅助因素，同时也对工作原因起补强作用。根据最高人民法院相关司法解释规定，在工作时间和工作场所内受到伤害，用人单位或者社会保险行政部门没有证据证明是非工作原因导致的，则推定为工作原因，亦可认定为工伤。

因此，如果用人单位有证据证明员工在工作时间和工作场所内受到伤害并非因工作原因导致，则不能认定为工伤。

#### （二）在工作时间和工作场所内，不是履行工作职责受到暴力伤害的。

《工伤保险条例》规定在工作时间和工作场所内“因履行工作职责受到暴力等意外伤害”可认定为工伤，包括两层含义：

1. 是指职工因履行工作职责，使某些人的不合理的或违法的目的没有达到，这些人出于报复而对该职工进行的暴力人身伤害；

2. 另一层是指在工作时间和工作场所内，职工因履行工作职责受到的意外伤害，诸如地震、厂区失火、车间房屋倒塌以及由于单位其他设施不安全而造成的伤害等。

“因履行工作职责受到暴力等意外伤害”强调的是受到的伤害与履行工作职责之间存在因果关系。如果员工因个人利益、个人私怨等原因受到暴力伤害，显然无法认定为工伤。

#### （三）因工外出期间从事个人活动受到伤害的。

因工外出期间一般包括以下情形：

1. 员工受用人单位指派或者因工作需要在工作场所以外从事与工作职责有关的活动期间；
2. 员工受用人单位指派外出学习或者开会期间；
3. 员工因工作需要的其他外出活动期间。

《工伤保险条例》规定职工因工外出期间，由于工作原因受到伤害或者发生事故下落不明的，应当认定为工伤，这里强调的是“工作原因”。

如果员工在因工外出期间从事个人活动，则不能认定为工伤。最高人民法院在《关于审理

工伤保险行政案件若干问题的规定》中对此亦进行了明确，“职工因工外出期间从事与工作或者受用人单位指派外出学习、开会无关的个人活动受到伤害，社会保险行政部门不认定为工伤的，人民法院应予支持”。

#### （四）在上下班途中发生交通事故但本人负主要责任或全部责任的。

上下班交通事故是工伤认定的常见类型，但并非所有在上下班途中发生交通事故都能认定为工伤，这里需考虑员工在交通事故中的责任大小。

《工伤保险条例》规定上下班途中受到“非本人主要责任的交通事故”可认定为工伤，“非本人主要责任”如何理解？具体是指“无责任”“次要责任”“同等责任”。

如果交警部门出具的事故认定结论为员工个人承担事故的“主要责任”或“全部责任”，则不能认定为工伤。

#### （五）在工作时间和工作岗位，突发疾病抢救无效在48小时后死亡的。

《工伤保险条例》规定“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。

“突发疾病”包括各类疾病，不要求与工作有关联。实务中较为常见的病是心脏病、脑出血、心肌梗塞等突发性疾病，但必须是工作时间突发。“48小时”的起算时间，以医疗机构的初次诊断时间作为突发疾病的起算时间。

员工虽然是在工作时间和工作岗位突发疾病，但经过抢救无效48小时之后才死亡的，不属于视同工伤的情形。

#### （六）工作时间和工作岗位突发疾病请假回家后再到医院救治或死亡的不能视同工伤。

人力资源社会保障部法规司《关于如何理解〈工伤保险条例〉第十五条第（一）项的复函》认为，对条例第十五条第（一）项视同工伤的理解和适用，应当严格按照工作时间、工作岗位、突发疾病、径直送医院抢救等四要件并重，具有同时性、连贯性来掌握，具体情形主要包括：

1. 职工在工作时间和工作岗位突发疾病当场死亡；
2. 职工在工作时间和工作岗位突发疾病，且情况紧急，直接送医院或医疗机构当场抢救并在48小时内死亡等。

至于其他情形，如虽在工作时间、工作岗位发病或者自感不适，但未送医院抢救而是回家休息，48小时内死亡的，不应视同工伤。

#### （七）非因工作原因对遇险者实施救助导致伤亡又未经有关部门认定为见义勇为的。

《工伤保险条例》第15条第（二）项规定，在抢险救灾等维护国家利益、公共利益活动中受到伤害的视同工伤，这里需注意司法实践中的做法。

《最高人民法院关于非因工作原因对遇险者实施救助导致伤亡的情形是否认定工伤问题的答复》（【2014】行他字第2号）中意见如下：

非因工作原因对遇险者实施救助导致伤亡的，如未经有关部门认定为见义勇为，不属于《工伤保险条例》第十五条第一款第（二）项规定的视同工伤情形。考虑到请示所涉案件中张诗春舍身救人的行为值得提倡，建议你院与下级法院协调当地有关部门，尽可能通过其他方式做好相关安抚工作，以妥善化解争议。

#### （八）醉酒或者吸毒导致伤亡的。

法律将因醉酒导致伤亡的情形排除在工伤认定的范围之外，主要是考虑国家的一些法律规定禁止醉酒后工作、醉酒后驾车等，因此，由于醉酒导致行为失去控制而引发的各种事故不能作为工伤处理，这样规定也是为了在一定程度上控制职工酒后工作，减少工伤事故的发生。

#### （九）自残或者自杀的。

“自残”是指通过各种手段和方式伤害自己的身体，并造成伤害结果的行为。

“自杀”是指通过各种手段和方式结束自己生命的行为。有的自残或者自杀是员工精神状态导致的，但也有的不能排除是为了获得工伤待遇导致的，自残或者自杀与工作没有必然联系，员工应对其主观故意承担责任，因此，不能认定工伤。实务中比较难做到的是怎么证明员工是自残或者自杀？毕竟不是人人都会留下遗书的，这个举证责任在用人单位，实践中若有公安机关的证明比较有利。

四、鉴于，工人到企业的工地上施工，无论是因何种原因而身亡，用人单位均难以完全推脱责任。

因此，我们建议，对于工人入职时，企业最好进行适当把关，年纪过大的、体质虚弱的、有疾病的等不适宜施工岗位的人员，多数还是不要录用，这也是对企业权益的保护。

同时，企业可以考虑让员工在入职时签署一份《无重大疾病承诺书》（如有需要，可联系事务所索取，供贵司参考）。



## 饮 鸩 止 渴

□文 / 上海元始律师事务所 李宗猛律师

《南朝宋·范晔·后汉书·卷四十八》：“譬犹疗饥于附子，止渴于鸩毒，未入肠胃，已绝咽喉，岂可为哉！”  
“鸩（zhèn）”，毒酒也。哪怕再困难，也不能饮毒酒来解渴。

### | 案情 |

前两天，客户发来一份合同让事务所审核。大意是，该施工企业向外借款200万元，约定年底还清，年利率36%；逾期偿还的，另加收10%违约金。企业老板承担连带清偿责任。

### | 分析 |

我们理解，建筑市场经济形势持续下滑，给施工企业造成极大的困难。对外高利举债，可能是面临难关的不得已之举。

我们不知道当事人借这笔钱是用于解决当前的债务，还是用于投标、支付履约保证金或者其他扩张性的生产经营。但不论是哪一种用途，企业都不应该轻易这样来借高利贷。

#### 一、假如有急迫需要履行的债务，可以与对方协商延期履行。

不论是分包工程价款、材料款还是其他债务，均可与债权人协商，可以承诺即行筹措资金尽快支付，或者在春节前支付一定比例款项。很多材料商、分包老板都是可以商量的。

假如有个别债权人丝毫不让步，坚持要付款，企业一时不能支付，即便对方起诉了，企业也可以与法院说明当前困难的情况，请法官做对方的工作。不少案件是可以调解、并减免利息的。

退一万步说，哪怕所有的谈判、和解、调解都不成，最终判决了，法院支持对方的利息也不可能达到年率36%。企业根本没有必要去借高利贷来付款。

#### 二、如果需要对外扩张经营，借取高利贷也需要审慎。

（一）如果是交纳保证金之类，企业可能预想最多两三个月就能返还。实际上，业主完全可能拖延决标，五六个月不能定标是常有的事。业主固然有决策迟缓的原因，客观上也有占用投标人保证金的故意。投标人敢怒又何敢言。

（二）如果是借钱来承接工程，企业预想工程短平快、几个月就能完工、年底就能拿

到工程款，哪怕支付36%的利息，通算下来还是有利可图。

这样的计算存在误区。可能是将业主想得太善良了。实践中，业主承诺的工程款，几乎没有按时足额到账的。

在进度款方面，从紧测算、迟付少付是家常便饭。至于结算款，几乎没有任何项目能够在合同约定的期限内完成审价工作。不要说三五个月，一年半载能够结算完成就要谢天谢地了。春节前民工去闹事，固然能拿到部分工钱，但结算工作不是上访所能解决的。

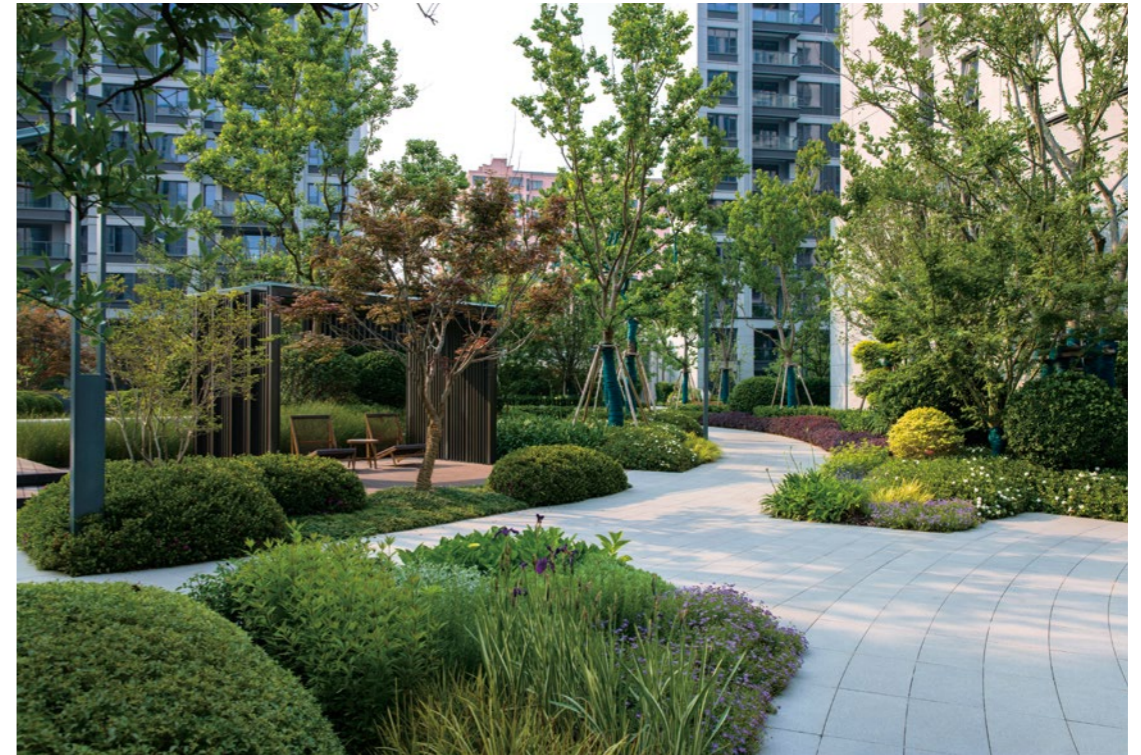
结算一拖延，高利贷的负担就出来了。业主明明欠钱，见到业主老板还得陪着笑脸。打官司也有顾虑，担心断了业主的关系不说，不打官司业主断断续续还付一点钱，打官司担心两三年执行不到工程款，且法院判决可能也是按贷款利率（LPR）支付逾期利息，远不足以弥补高利贷的损失。

### 三、因此，高息举债经营，无异于饮鸩止渴。因高利贷拖垮企业的例子不胜枚举。

本所就接触过这样的实例。俞总是一家知名幕墙公司的负责人。为扩大规模，公司购买了土地，兴建了厂房和漂亮的办公楼，为此向几个人借款了4000万元，答应年利率从30%到40%不等。本想办公楼建好、公司规模上来、工程款收回来，归还几千万元不成问题，短时间的利息负担并不大。不曾想，俞总的公司连续几年投标不顺，已有项目的工程款也收不回来。公司的一点利润，几乎全被高利贷吃光。

六七年下来，俞总仅付给高利贷的利息就达到8000多万元。由于放贷人要求俞总和俞总的儿子作为保证人，只要一个月不付息，放贷人马上扬言要起诉，一个月也不能拖延。高利息抽光了企业的血液，抹杀了企业的发展动力，让企业这两年愈发举步维艰。

其后，放贷人主动将利率降到年利20%，俞总也感到吃不消。在高利贷、银行贷款、企业生存的三重压力下，俞总不得不忍痛将厂房、办公楼、土地一并转让。原价3亿元的项目（确曾有这个价格，只是当初还不舍得卖掉），最终的成交价仅有1.8亿元。本所作为俞总转让项目的代理律师，对俞总的痛苦感同身受。



### 四、放贷人的催收手段之烈可能会出乎想象。

可能有人会说，36%的利率不受法律保护，借款协议姑且就先签下来，日后不还高利贷，打官司也不会支持36%的利息。

这种想法是好的。可惜，放贷人不会直接到法庭。数千年的高利贷市场，滋生了很多行之有效的暴力催收手段，骚扰、辱骂、恐吓、威胁等等不一而足。而且，此前的裁判原则是，采取恐吓手段索要超出法律容忍的利息收入不构成敲诈勒索罪，放贷人愈发有恃无恐。

另有做房产开发的程总，借款1.2亿元用于拿地，月息2%，还有几个点的隐性资金成本。政府的批地手续很快捷，如果正常开发，还本付息可能没有问题。但是拆迁过程中，一个住户因不满拆迁补偿，吞药身亡，整个项目只能停下来。放贷人不会等待三五年，而是用最激烈的手段反复催讨，甚至安排四个身强力壮的人，反复跟踪程总的老婆孩子。几个月下来，身心疲惫的程总，不得不答应放贷人的所有要求，将虹口区的一幢产权酒店转让给放贷人不说，金茂边上的一套豪宅也被放贷人弄走，一辈子的心血付诸流水。

2021年3月1日实施的《刑法修正案（十一）》增加了“催收非法债务罪”，规定使用暴力、胁迫方法，或者限制他人人身自由或者侵入他人住宅，或者恐吓、跟踪、骚扰他人的，催收高利贷等非法债务的，构成犯罪，应受刑事处罚。这一罪名对放贷人是一个约束，但各种隐蔽的暴力催收手段仍是层出不穷。身心健康的正常人，很难对抗放贷人的胁迫手段，多数情况下只能屈从。

前车之覆，后车之鉴。背上高利贷，可能就是企业走上衰亡的开始。

## 案例警示

□ 文 / 上海元始律师事务所 李宗猛律师

因嗜赌而败亡的企业家不胜枚举。理论上玩家的胜率不可能超过庄家。从踏进赌场大门的那一刻起，赌客作为一个整体，输钱的命运就已经被决定了。

业余爱好者再聪明再有天赋，和职业赌徒之间也有一段不可逾越的距离。千万不要用你的爱好去挑衅别人赖以谋生的职业。

### | 案情 |

赵总是一家房地产公司的老板，在江苏的响水、沭阳等地同时开发建设多个项目，事业做得风生水起。

一天，赵总应“朋友”邀请，到澳门赌场小试手艺，轻轻松松赢了1700万元。赵总很高兴，立马花1300万买了一辆漂亮的车子。

过不了几天，“朋友”再次邀请赵总来赌场。这一次，赵总的好运没有了，一天一夜下来，直接输掉了2个亿。在“债权人”的催讨之下，赵总几个项目公司的股权均被债权人占有，公司印章、售楼处、销售款亦被债权人控制。赵总遭此重挫，一蹶不振。

### | 相似案例 |

在华为、小米还没有崛起之际，金立手机是行业龙头，与三星、诺基亚相抗衡，曾连续三年在国产手机市场上名列第一。但公司创始人刘立荣，据传一把牌输7亿美金，断掉了企业的资金链。在供应商的催款压力下，金立集团只能宣布破产，名下的房产、车辆、储存的手机等资产，都以超低的价格处理了。其中，金立名下的3000多个专利被打包拍卖，无数金立人投入大量人力、物力创造的科研成果，仅换回区区172万元。

公司的创始人刘立荣，曾经的一代枭雄，最终只能玩起人间蒸发，一辈子的声誉和事业烟消云散。

### | 回顾与反思 |

有需求才有市场。中国赌客的一掷千金，已为全世界所共知。在中国周边设立赌场正有如火如荼之势。据不完全统计，在东南亚和东亚13个国家和地区开设有赌场300余个，遍布120余个城市，而所有这些几乎都指向一个最庞大的顾客群体：中国“赌民”。这些赌场，对他们本国居民严加限制，但在拉拢、引诱中国赌民方面不遗余力。磨刀霍霍，虎视眈眈。



几乎所有赌场都有专业的“掙客”，潜心赴大陆发展客户。比如最近落网的周焯华，在中国境内就发展赌博代理12000余人，发展赌客会员8万余人。这些赌场代理人，对赌客的身家都有详尽的了解，深谙“将欲取之，必先予之”。题述案例中，赌场先给了赵总1700万的甜头，才有赵总后面的一发不可收。

赌场也有完善的法律服务团队，他们当然知道赌债不受法律保护。所以，赌场及帮闲会提供借款一条龙服务；不过，出借对象仅限于他们已经调研好的“优质客户”。有严谨的借款合同，有无懈可击的手续，按照全世界的法律，借款都是需要偿还的。而且款项确实是借给了赌客，赌客输掉了则与出借人无关。出借人拿着借条来追债，借款人无法抵赖。

不排除有少数玩家确实曾经赢过钱。但是理论上，玩家的赢面确实低于庄家；数学推断表明，庄家的胜率至少要高出1%。赌场永远会设定对自己有利的游戏规则。只要进入赌局的人数足够多，下赌投注的次数足够多，庄家就永远立于不败之地。从踏进赌场大门的那一刻起，赌客作为一个整体，输钱的命运就已经被决定了。何况普通赌民，无论是在专业能力、心态、资金准备等方面远远不是赌场的对手，输面只会更大。据英国的博彩咨询公司H2 Gambling Capital估计，中国赌客一年在全球赌场上至少输掉760亿美元，损失可谓触目惊心。

### | 后记 |

据说，在任何方面潜心钻研一万个小时，都能成为这个领域受人尊敬的专家。在自然科学或者社会科学领域，这个规律可能成立。但是，赌场上不行，没有听说从赌十年就能成为赌神赌圣的。

业余爱好者再聪明再有天赋，和职业赌徒之间也有一段不可逾越的距离。

千万不要用你的爱好去挑衅别人赖以谋生的职业。

## 裁判观点

□ 文 / 最高人民法院民事审判第一庭

### 一、准确把握承包人行使建设工程价款优先受偿权的条件

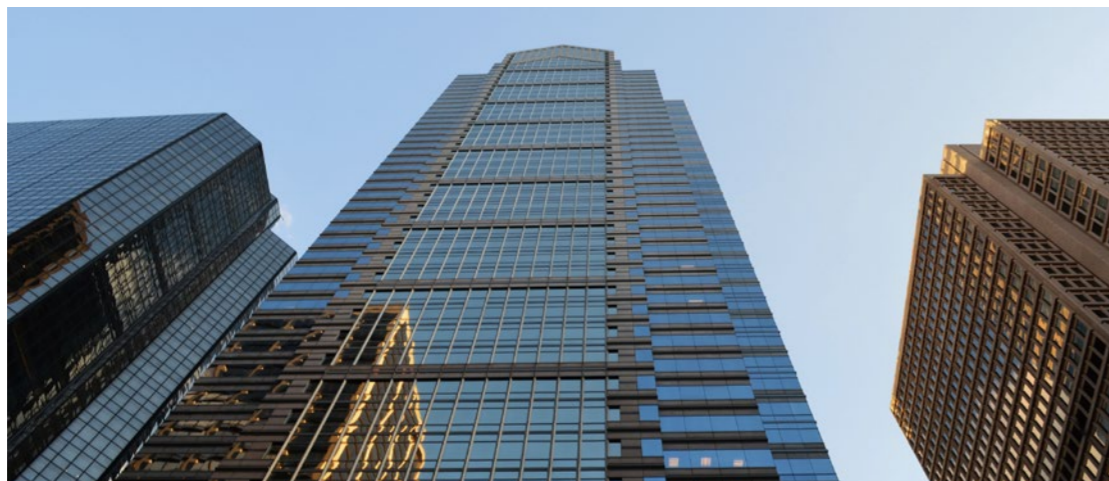
依据《民法典》第八百零七条规定，建设工程的价款就建设工程折价或者拍卖的价款优先受偿需要具备以下条件：一是发包人未按照建设工程施工合同约定支付建设工程价款；二是发包人经承包人催告后，在合理期限内仍未支付建设工程价款；三是建设工程依其性质，宜折价、拍卖；四是承包人与发包人协议将该工程折价，或者请求人民法院将该工程依法拍卖。在满足上述四个条件后，承包人就可以要求其对发包人享有的建设工程价款债权就该工程折价或者拍卖的价款优先受偿。

实践中，承包人并非严格按照上述程序或者条件行使建设工程价款优先受偿权，通常在请求发包人支付欠付工程款时，一并主张享有或者行使建设工程价款优先受偿权。对此，司法实践一般予以认可。

此外，司法审判中还应注意以下问题：

第一，承包人行使建设工程价款优先受偿权应当以建设工程质量合格为条件。如果承包人施工完成的建设工程质量不合格，导致发包人合同目的不能实现，就无权请求发包人依照约定支付建设工程价款。而且，质量不合格的建设工程一般也适于折价或者拍卖。

第二，承包人行使建设工程价款优先受偿权无需以建设工程施工合同有效为条件。关于承包人行使建设工程价款优先受偿权是否必须以建设工程施工合同有效为前提的问题，《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（一）》第三十八条规定：“建设工程质量合格，承包人请求其承建工程的价款就工程折价或者拍卖的价款优先受偿的，人民法院应予支持。”本条解释的本义是，承包人享有建设工程价款优先受偿权



必须以建设工程质量合格为前提，无需以建设工程施工合同有效为前提。

第三，承包人行使建设工程价款优先受偿权无需以建设工程竣工为条件。建设工程价款优先受偿权不是合同权利而是法定权利，其成立不以登记或当事人达成一致意见为条件，而是以法律规定的构成要件成就为条件。对此，《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（一）》第三十九条规定：“未竣工的建设工程质量合格，承包人请求其承建工程的价款就其承建工程部分折价或者拍卖的价款优先受偿的，人民法院应予支持”。

第四，承包人行使建设工程价款优先受偿权须以建设工程宜折价、拍卖为条件。

### 二、准确把握承包人承诺放弃建设工程价款优先受偿权行为的效力

建设工程价款优先受偿权是较为特殊的民事权利。关于建设工程价款优先受偿是否可由承包人承诺放弃的问题，实践中存在争议。

一方面，依民法法理，如果不违反法律的禁止性规定和社会公序良俗，民事主体有权自由处分其财产权利，包括放弃财产权利或者限制该财产权利。如果民事主体放弃或者限制财产权利的行为损害第三人利益的，对第三人不发生效力；另一方面，建设工程价款优先受偿权属于法定权利，《民法典》第八百零七条规定赋予承包人此项权利，目的是为了保护建筑工人的利益。

因此，承包人对该项权利的处分不能违背《民法典》第八百零七条的立法宗旨，不能损害农民工等建筑工人的权益。对此，《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（一）》第四十二条规定：“发包人与承包人约定放弃或者限制建设工程价款优先受偿权，损害建筑工人利益，发包人根据该约定主张承包人不享有建设工程价款优先受偿权的，人民法院不予支持”。

# 面向施工企业的法律服务

## 来访路线指南

### 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。

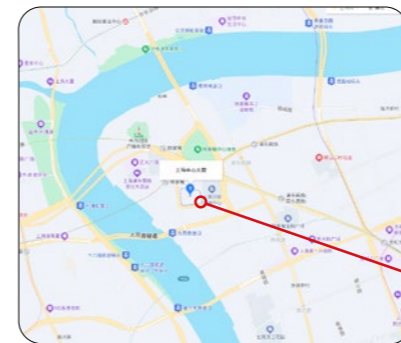
### 2.担任企业常年法律顾问

- (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！

地址：中国上海市浦东新区银城中路501号上海中心大厦4106室  
 电话：021-68407068  
 邮编：200121  
 电子邮件：yuanshizixun@126.com  
 网址：http://www.yslawfirm.cn  
 主任律师：李宗猛博士，13901686274



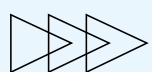
来访路线参考地图



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>、李宗猛博士及事务所同仁愿竭诚为您服务。

声明：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。



# 工程建设领域的专业律师事务所



李博士个人微信  
二维码



《建筑法苑》微信  
公众号二维码

## 上海元始律师事务所

主任律师：李宗猛博士，13901686274

地址：中国上海市浦东新区银城中路501号上海中心大厦4106室

电话：021-68407068

邮编：200121

E-Mail: [yuanshizixun@126.com](mailto:yuanshizixun@126.com)

网址: [www.yslawfirm.cn](http://www.yslawfirm.cn)