

建筑法苑

施工企业篇

上海元始律师事务所主办

总第32期



分包单位拒绝维修，我能扣除保修金吗

谨防居间人以借款名义骗取中介费

从豪宅被拍卖谈企业家风险防控

项目办理了竣工验收手续，业主能否再追究质量责任

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

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》

总第32期

目录

CONTENTS | 施工企业篇

| | |
|------------------------------|----|
| 分包单位拒绝维修，我能扣除保修金吗？ | 01 |
| 谨防居间人以借款名义骗取“中介费” | 06 |
| 从豪宅被拍卖谈企业家风险防控 | 09 |
| 项目办理了竣工验收手续，业主能否再追究质量责任 | 12 |
| 低价中标、高价索赔的应对之策 | 14 |
| 多次分包、转包情况下农民工有权请求施工总承包单位支付工资 | 20 |
| 团体意外险能否冲抵雇主赔偿责任 | 22 |
| 最高人民法院关于商品房消费者权利保护问题的批复 | 25 |
| 以古喻今_兼谈对员工的批评处理 | 26 |



分包单位拒绝维修，我能扣除保修金吗？

□ 文 / 上海元始律师事务所 李宗猛律师

| 问题 |



李博士：

我公司总承包的一个项目，防水工程出现渗漏，我公司要求防水单位前来处理，但防水单位置之不理。我公司只好自行去修复，支付了人工、材料等费用五六十万。但目前防水单位留在我公司的质保金不到二十万。

问：我公司可否将防水单位的质保金予以扣除，可否要求他们赔偿我们的全部损失？

| 答复 |



可能有人认为，分包单位拒不保修，总包方修复后，要求分包单位承担修复费用是天经地义的事情。但可惜的是，很多工程案件中，总包方的维修费索赔未能成功。

不能当然认为是法庭偏袒分包人。法律规定，当事人对自己提出的主张，有责任提供证据加以证明；未能提供证据或者证据不足以证明其事实主张的，负有举证责任的当事人需要承担不利的后果。

施工企业的管理人员，普遍存在忽视程序、忽视手续的习惯。出现质量问题，通常是打一个电话给分包人。一旦涉诉，法庭询问：你说分包单位不修复，现场有哪些缺陷，你有什么证据？出现问题后，你通知过分包单位来维修吗？你需要分包单位承担的维修费，之前将金额告知过分包单位吗？可以说，多数项目部拿不出法庭能够采信的有力证据，维修费索赔的诉请自然就难以获得法庭支持了。

就如前述总包方自己花费五六十万进行防水堵漏的事件，笔者询问总包方，维修之前是否通知过分包方，答复是“电话通知过，但他们不肯来”。又问，当初漏水的部位，是否有照片，是否有监理单位参与，答复“当时没有想到这么多，业主催促，他们不肯来，我们拖不起，马上就自己安排人手进场处理了”。

在此情况下，我们可以想象，若是总包方提起诉讼，分包单位是非常容易抗辩的，比如，他们可以说：

（一）我们的材料都是合格的。防水材料进场时，都提请监理单位进行过验收，监理单位在材料设备进场报验表上都签署了“合格”的意见。

（二）我们的工程施工质量也是合格的。工程竣工验收记录即为明证。

（三）总包方所述的工程质量缺陷根本不存在。总包方从来没有通知我方说工程存

在渗水缺陷，也从来没有通知我方进场维修【在此需要特别提醒各位看官，“电话通知”达不到法律上“通知”的效果，对方是完全可以否认的】。

（四）总包方所述修复1200平方米漏水区、花费300个工日、打针注浆补漏1500处，这都是总包方单方面的说法。既没有通知我方到场清点，也没有监理单位见证复核；总包方的一面之词，不应作为法院判决的依据。总包说花费了300个工日，他也可以说花费3000个工日、30000个工日，难道都要我们买单吗？

法庭上，任何被告都不会举手投降，分包方当然会竭力抵赖。若是总包方缺乏有力证据，法院是无法判决分包方承担五六十万元修复费用的。相反，日后防水保修期满，分包方倒是极有可能倒打一耙，起诉总包方追索剩余的防水保修金。在此情况下，总包方承担了修复责任，花费了不菲的支出，结果还要面临可能败诉的局面，总包方的痛苦可想而知。

| 分析与对策 |



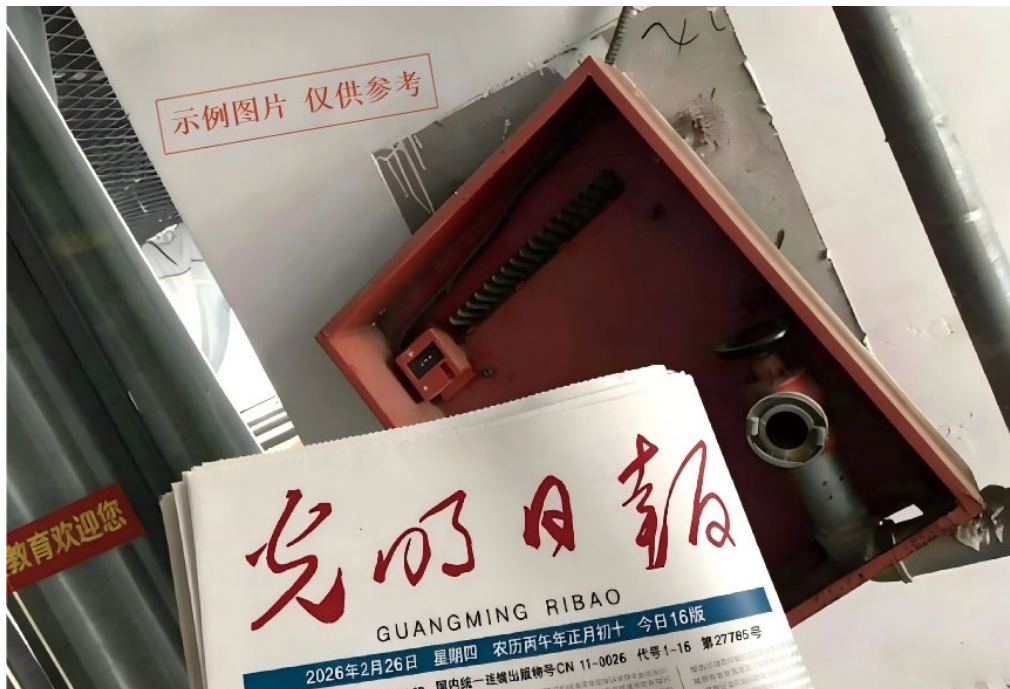
仓廩实而知礼节。毋庸讳言，建筑业经济下滑形势短期内难以逆转。在没有钱赚的时候，部分承包老板诚信和道德滑坡也是不争的事实。为避免分包单位逃避保修责任，在分包单位施工的工程出现质量缺陷的时候，建议总承包方至少采取如下措施：

第一步，总承包方应安排管理人员，对现场出现的所有质量缺陷拍照、录像，并用微信、邮件等方式，将质量缺陷的视频、照片等发给分包单位，要求分包单位限期进场整改。



第二步，如果分包单位收悉微信、邮件之后，拒绝进场修复或者砌词抵赖，为稳妥计，总承包方可邀请第三方（比如监理单位）到现场，对现场的缺陷部位、种类、数量、成因等列出完整的缺陷清单（对所有部位的缺陷尽可能穷尽枚举，如需要缺陷清单的模板，可

联系本所索取），并且监理单位在缺陷清单上签字，并加盖监理单位的项目部专用章。若工程已经交付、监理单位已退场，则可请物业公司参与确认，或者邀请公司的顾问律师到现场见证。



对于比较严重的质量缺陷（特别是需要花费数十万甚至上百万修复费用的质量问题），可以邀请公证处对现场缺陷进行拍照、摄像，并制作公证文书。几乎所有的公证处都有证据保全的业务，收费并不高；但公证书的效力更易为法院所采信，对后续维权极为有利，这个花费是非常值得的。

第三步，总承包方应发出书面函件通知分包单位承担保修义务。**通知函可以委托专业律师代为起草**。邮寄方式一定要采取EMS挂号邮寄，不建议采取普通商业快递等送达方式。EMS邮寄时，快递面单的“地址”应按照合同内约定的送达地址进行填写（特别提醒，今后所有合同内，一定要将相对方的地址、联系人写进合同）；“收件人”应填写相对方的合同代表或合同内载明的承包人项目经理全名，如果合同上没有载明合同代表或联系人姓名，可以邮寄给对方的法定代表人、董事长、总经理等负责人；“内件品名”应填写完整的文件名称，比如“关于再次敦促分包单位履行质量保修义务的函”；“寄件日期”务必标明邮寄当时的年月日，不能省略。下图为示例，供参考：

送达函件时，应将第二步中取证的照片、与监理单位一同列出的质量问题清单作为附件，一并邮寄给分包单位。

如对方拒绝签收EMS挂号件，可采用登报等方式进行公告送达（比如，在《上海法治报》或工程所在地的地级党报上发一份敦促分包单位履行修复义务的告知函）。尽管很多时候，拒收视为送达；但对于拒收的维修告知函，仍有可能存在不同的看法。而一旦对方拒收（需保留拒收的退件凭条，切勿丢弃），再采取登报等公告送达方式，对方难以抵赖。



同时，总承包方还应以微信、电子邮件的方式将告知函发送给分包单位。实践中，许多当事人仅电话告知对方维修，一旦发生诉讼，就没有任何证据证明曾通知对方维修。挂号信、电子邮件、微信加上登报等方式相结合，亦可以让法官相信总承包方确已穷尽手段来通知分包单位履行修复义务。

绝大多数法官对分包单位向总承包方主张工程款持有同情态度；而总承包方主张扣除维修费用，法官倾向于认为是总承包方耍赖、不认账、想无端扣钱。法官天然地存在这样一种偏见，因此，只有证据非常扎实，才能扭转法官对总承包方的不利看法，才能让法官产生内心确信，相信现场确实存在质量问题而分包单位拒绝修复。故而，对于有关证据，总承包方一丝一毫都不能有所疏忽。

第四步，如果总承包方发函后分包单位同意来修，这自然没有问题。但若发函后分包单位仍拒绝维修的，总承包方也不能简单地自己前去维修，因为自己单方面统计的人工费、材料费、机械费等成本，难以让法官相信其合理性。总承包方自己去维修，是花费280个工日还是320个工日，使用300公斤防水涂料、还是400公斤防水涂料，这些工日数、材料用量等数据，都没有第三方见证、确认，分包单位也不会认可，因而难以作为法院判决扣款的依据。

在此情况下，总承包方需要采取内部比价的方式，邀请张三、李四、王五等至少三家单位来对质量问题的修复进行报价，并将报价函盖章给总承包方。总承包方决定采用哪家单位维修后，也要向分包单位发函，告知其因为你分包单位不来维修，现在我们要委托第三方进行修复，经过比价后，王五的报价最低，所以准备请王五来维修，所有的维修费用均由你分包单位承担。总承包方并需将报价作为附件一并发给分包单位。

第五步，比价确定中标单位后，总承包方按照投标报价的金额与第三方订立固定总价或固定单价的维修合同。必要时，总承包方还可以将总承包方与第三方订立的合同，也应发送给分包单位，让其知晓。

第三方进场维修时，在修复过程中，总承包方也需要拍照、录像，留存证据证明第三方确实在履行修复义务。

第六步，维修完成后，应邀请业主或物业公司对第三方修复完成的成果进行确认。

之后，总承包方应和第三方进行维修费用结算，签署维修费结算单；并要求第三方开具维修费发票给总承包方，切勿为省税而不要求对方开具发票。收到发票后，维修费用应从总承包方的账户内汇入维修单位的账户内，切勿以现金方式支付维修款。维修费的付款凭证、发票，总承包方都需要保存好。



每一步都需要留有痕迹，并且有可能的话，每一步的成果都以微信、电子邮件或者挂号信的方式告知分包单位。当上述步骤做到位，日后才有可能扣住分包单位的维修费用。任何一个环节缺失，比如总承包方自行维修，即使总承包方花费了一百万、一千万，法官都难以采信，总承包方无力证明花了多少人工、材料、机械，分包单位也不会认可维修费用。只要分包单位不认可，总承包方单方制作的账单等证据都不具有证明力。因此，只有总承包方经过比价后，委托第三方维修，有第三方的维修合同、维修过程中的视频及照片、维修完工确认单、维修费结算单、维修费发票、维修费付款凭证等六个方面的完备素材，才能构成有效索赔的证据链。

（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。）

谨防居间人以借款名义骗取“中介费”

□ 文 / 上海元始律师事务所 李宗猛律师

| 案情 |



叶总是一家施工企业老板，公司专门从事石油化工项目施工。两年前，朋友介绍赖某与叶总认识。赖某是宁波人，据说在当地政商关系都很好，可以为叶总介绍工程。一来二往，双方相熟了，赖某提出向叶总借款50万元，用于打点，叶总虽觉得不大妥当，但希望维持赖某这条线，同意了赖某的借款要求，只是要求赖某出一份借条，并承诺日后介绍成功了，50万元借款从中介报酬中扣除。借条签字后，叶总将50万元借给了赖某。

两年过去了，赖某没有介绍成任何项目，也没有任何音信。叶总遂想将50万元讨回，前不久安排公司财务李经理与介绍赖某的朋友，一同到宁波，找到赖某的家里，未见到赖某。经询问左邻右舍，才知道赖某已经因为诈骗罪被判刑4年了。

叶总只能自叹倒霉，连起诉赖某的心情都没有了。

相似案例

以介绍工程为名、行骗取钱财之实的案例不胜枚举。“中介人”最常见的手段，就是来“借钱”。事务所有好几家客户，曾多次上当。

华林公司是一家比较大的民营建筑施工企业，愿意来介绍工程的朋友也很多。公司老板林总多次被“介绍人”以预借款、预支中介报酬的名义骗取不菲的费用。笔者与林总相熟，提醒为什么在同一个地方摔倒多次。林总说企业有一百多个员工要养，没有项目无法维持生计，哪怕被介绍人骗十次，有一两次成功也是好的。

这天，又有一个大领导介绍朋友王天德与林总认识。王天德称在临港地区关系很广，有可靠的业务来源，可以介绍四五十亿的项目给林总。接触了几次，王天德提出向林总借款600余万元，林总同意了。公司的法务人员赵经理遂按照林总的安排，让本所起草一份借款协议，并将林总与王天德商谈的视频发给本所。

笔者了解有关情况，觉得不大可靠，也看到视频中这位王天德大言炎炎，浑身草莽之气，不像是能介绍大项目的人，提醒林总当心受骗。林总仍不以为意，执意借款。赵经理遂根据本所起草的合同模板，与王天德签订了借款协议。赵经理还特别提醒本所，这个600多万元借款，千万不能让老板娘知道。

老板娘最终还是知道借款的事情，气得将借条全部撕毁。赵经理小心翼翼地将碎片捡起来，一片一片粘贴好。

其后，王天德果然没有介绍成任何项目，“借去”的600多万元，一分钱也没有归还。

华林公司最终拿粘贴好的借款协议去起诉王天德，判决自然是胜诉。但是，骗子的账上不可能有钱，肉包子打狗，一分钱都无法执行回来。企业近年来本就困难，一下子又损失了600多万元，境况雪上加霜。

“借钱”不还的法律责任

“介绍人”之所以热衷于来“借钱”，是因为他们借钱不还，几乎不用承担任何法律责任。

可能有人会问，像王天德这样有行骗嫌疑的人，为什么不可以追究其诈骗责任？可惜这种想法不能成立。在当前的法律体系下，王天德既然出具了“借条”，公司如果去报警，公安机关不会立案，会告知当事人另行提起民事诉讼。起诉后即便胜诉，对于王天德这样的骗子来说，只要够不上刑事犯罪，他们对普通的民事判决书根本不会有丝毫敬畏之心。

哪怕进入执行阶段，他们名下没有任何资产，谈不上“有能力履行而拒不履行生效判决”，无法以拒执罪追究其责任。至于限制高消费、列为失信人，王天德天天在家里吃鲍鱼海参，别人又怎么可能知道。

回顾与反思



有客户愿意介绍工程，当然是好事情。在建筑市场上，多一个朋友，多一条路。因此，无论别人是否能够成功介绍本项目，对其善意均应以礼相待。

但是，正因为法律上对以借款名义行骗的人缺乏制约手段，所以，企业才需要从源头上做好风险防范，对“项目介绍人”的借款、预付打点费等要求，要有足够的警惕之心。

也许对方从事中介活动，确实可能需要经费上下打点。但中介人完全可以与关系人协商，待项目成功之后再分享利益，八字还没有一撇的情况下，打点费不一定就需要提前预付到位。





中介活动（居间活动）有市场上成熟的游戏规则，拿到项目、收到工程款之后，再支付相应比例的中介费，是普遍的能够接受的商业模式。施工单位再心急承接工程，也应秉持“不见兔子不撒鹰”的原则，即在中介成功之前，最好不要以借款或其他方式提前支付中介报酬。

而且即使项目介绍成功，施工单位与业主订立了建设工程施工合同，也不宜一下子将全部比例的中介费一揽子支付掉。实践中碰到很多意外情况。比如，某大楼的装修项目，合同价款7800余万元，合同订立后，施工单位一次性将134万元的中介费（2%）支付完毕。进场施工大约四五百万的工程量时，业主觉得当地办公楼前景不好，正巧有酒店方愿意合作，遂达成股权转让协议。新业主要求已施工的装修予以拆除，重新设计，按照酒店进行装修，原装修合同终止履行。施工单位结算到的工程款、加上解除合同的赔偿金等合计677万，还不到原合同总价的零头，而已经支付的134万元中介费对方分文不愿意退还。

所以说，合同价不等于施工单位能够拿到的工程款。若是轻易答应签订合同之后，即根据合同价全额支付中介报酬，对施工单位来说存在较大的风险。

因此，较为稳妥的办法是，将中介报酬的支付与收取工程款挂钩。最合理的办法是，每收到一笔工程款，支付对方约定比例的报酬。很多项目都是这样操作的，不仅安全，而且中介人会帮助施工单位一道向业主催促工程款。

如果觉得麻烦，或者中介人强烈要求的情况下，最低限度应该坚持的原则是：收到业主支付的首付款（比例不低于合同总价的10%）时，支付一半的中介报酬；收到业主的工程进度款总额达到合同价的40%~50%时，支付剩余的一半中介报酬。这样的要求不过分。

另外，中介法律关系尽管比较简单，最好也使用专业人员起草的《中介合同》，以保障双方的合法权益。如需要相应合同模板，可向本所免费索取。

（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。）

从豪宅被拍卖谈企业家风险防控

□ 文 / 上海元始律师事务所 李宗猛律师

日前笔者意外获悉，一位装修企业的老板张总，其公司破产，而张总个人的汤臣一品住宅，也被以极低的价格拍卖掉。

笔者和张总认识多年。之前她曾多次向我介绍她位于汤臣一品的房子。作为陆家嘴的超级豪宅，一套房子动辄上亿元，确实值得自豪。想不到公司走了下坡路，张总个人的房产也无法保留，半辈子的心血付诸流水，的确令人惋惜。

公司法第三条、第四条规定：公司以其全部财产对公司的债务承担责任；有限责任公司的股东以其认缴的出资额为限对公司承担责任，股份有限公司的股东以其认购的股份为限对公司承担责任。按照道理，企业老板（公司股东）对公司的债务仅以注册资本（出资额）为限，本应只用公司的财产来偿还债务，怎么沦到自己家的财产也被查封拍卖？

近年来，笔者碰到多起企业家个人与公司一并破产的案例，企业家全部家产被一扫而空。其中原因值得深思。故撰文于此，供各位企业家参考。





一、动辄以个人名义签署合同。

一些企业家，尽管名下有一家或者多家公司，但仍然习惯以自己个人名义来签署合同，而不是用企业的名义来签订。大笔一挥，签字是方便，殊不知以个人名义签的合同，就要由个人来承担责任。有些合同的风险，并不是企业本身所能掌控。比如，业主未能如期实现销售目标、将本项目款项挪作他用，甚至破产或恶意逃逸，都可能导致企业的工程款收不回，企业老板对下家的付款承诺同样也就难以兑现，下家一旦起诉，老板本人就成了被告。

二、盲目为他人担保。

不少企业因为担保而步履维艰。有些企业家在吃亏之前，可能对担保的法律含义都不清楚。企业为他人借款提供担保的方式主要是签署保证合同。《中华人民共和国民法典》规定，“保证合同是为保障债权的实现，保证人和债权人约定，当债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的情形时，保证人履行债务或者承担责任的合同”。一旦承诺担保，在债务人不还钱的情况下，保证人要代为连本带利偿还。由此可见，所谓担保，并非哥们义气，不是简单地帮个忙，在别人申请借款时签个名而已。

社会诚信缺失的现状，也导致担保的风险进一步增加：

【案例一】王总的朋友A向B借款500万元，要求王总签署了保证合同。B将500万元划入A的银行卡。其后A未归还，B起诉王总，因有借条、保证合同、500万元的借款流水，王总自然是败诉。王总无奈只能替朋友A还本付息，白白损失了几百万元。

更令王总郁闷的是，几年后派出所告诉王总，说A和B因为其他案件到派出所供述，说当年B划账500万到A的账户上后，没过几天A就将500万元还给了B。B来起诉时根本就不提A已还款的事实，A和B两个人合谋炮制的借款合同、担保合同，纯粹就是想骗王总这500万。

【案例二】某企业负责人毛总，从钢材贸易起步，后转为开发房地产，身家不少于四五十亿。因钢材行业不景气，毛总突然收到大量起诉状，案由基本一致，都是因毛总与钢材商之间的互保、联保引起。一年之内，毛总因担保而被法院扣划的款项就超过5000万元。当问及签署了多少保证合同，毛总答复说到底是10个亿、8个亿，记不清楚了；而且毛总的保证合同甚至都没有留档。

毛总斥资1.5亿元购买的浦东某办公楼，也被浦东法院查封拍卖。缘由同样是为钢材商担保借款，该钢材商拖欠银行本金及利息1.16亿元不还，银行只好申请拍卖担保人的办公楼还债。气急的毛总赶紧打电话给钢材商。意想不到的，毛总得到的不是感激或愧疚，而是钢材商辛辣的嘲讽，“法院也要打土豪，均贫富嘛”。最终，办公楼还是被拍卖了用以清偿债务。

谁挣的钱也不容易，凭什么就要白白均分！在市场经济下，指望道义和良知来约束不诚信的人，是不现实的。除非万不得已，切勿轻易做出保证承诺，应以不提供担保为企业的首要原则。

三、个人财产和公司财产混同。

很多企业家认为，公司是自己的，公司的钱就是自己的钱，二者不做区分。公司缺钱时，便将自己家的钱搬到公司来花销；公司盈利了，公司的钱随便就划到股东自己的卡上。

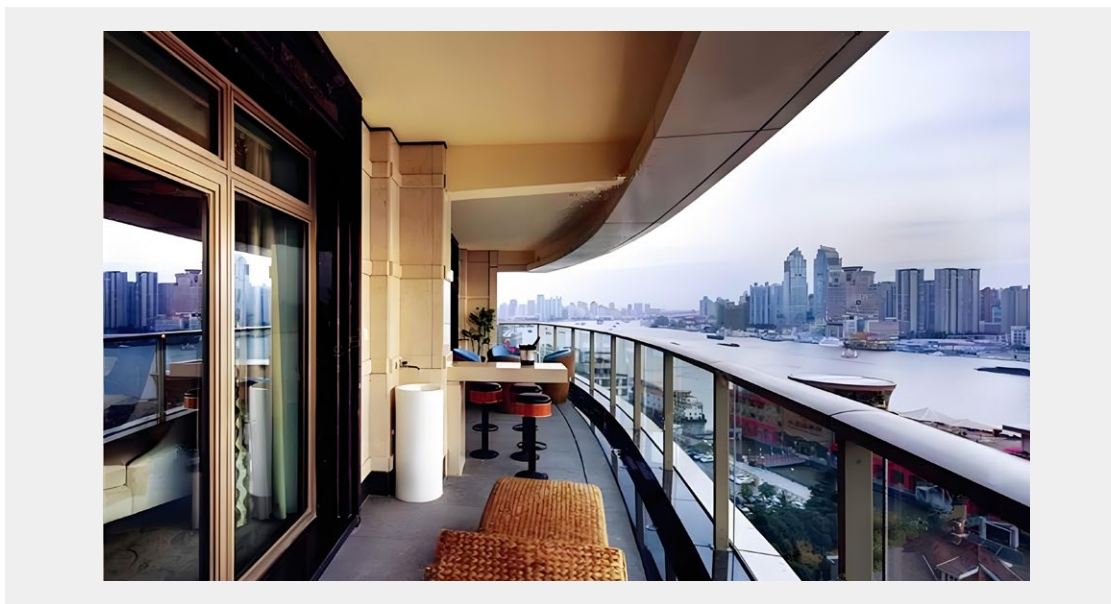
这样做，看似没有问题。但是，法律规定，当公司财产与股东财产混同时，股东实际已经滥用了公司法人独立地位，应当对公司债务承担连带清偿责任。这样一来，若公司遇到飞来横祸，债权人可能就会以财产混同为由，要求股东个人承担责任。

另外，在夫妻双方合计持有公司100%股权的情况下，虽然形式上为两名股东，但由于出资往往来自夫妻共同财产，股权由夫妻统一支配，公司内部基本没有真正的制衡机制，实践中仍有被认定为实质上“一人有限责任公司”的风险。尽管最新公司法司法解释（征求意见稿）第七条规定，夫妻股东不当然适用一人公司规则，裁判口径趋于收紧，但法院在具体案件中仍会看实际情况。如夫妻合计持股100%，出资来源为夫妻共同财产，公司财产与股东个人或家庭财产之间又界限不清，仍可能参照一人公司规则处理，进而要求夫妻对公司债务承担连带清偿责任，从而加重股东责任。

因此，哪怕是股东对公司百分之百控股，股东的财产与公司的财产还是要有明确的区分。股东的钱投入到公司，若为借款，应要求公司订立借款协议。公司的盈利分配给股东，也要按法定程序办，财务账目清清楚楚。

企业管理上疏于防范可能也是企业家破产的原因。近年来，建筑业竞争日益激烈、利润逐渐下滑是不争的事实，像过去20年那样利润丰厚的黄金时代恐无法重现。利润薄了，各种陷阱、各种矛盾、各种问题不断涌现。订立合同或者做出重大决策之前，还是应该听听专业人员的意见。

（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。）



项目办理了竣工验收手续，业主能否再追究质量责任

□ 文 / 上海元始律师事务所 李宗猛律师

| 问题 |



李博士，我们有一个工程，已经办理了竣工验收手续，业主还有上千万工程款未能支付。如果我们起诉的话，业主还可以核查施工质量吗？

| 答复 |



您好！

有关贵司咨询的项目竣工验收后业主能否追究施工质量责任的问题，通常来讲，竣工验收合格表明施工质量符合设计要求和国家验收标准，业主提出的质量异议一般不会获得法院采信。但是，下列情况除外：

一、质量保修期内的质量缺陷

因为本项目质量保修期还未届满，质量保修期内如果出现需要维修的情形，请贵司及时派员到现场查看。如果确认属于贵司保修范围的问题，比如说地砖破裂、水管渗水等问题，贵司需要及时维修。同时，对于养护期内树木苗木死亡、长势不好等，若确系贵司责任造成的，请及时予以补种、更换或采取其他处理措施。

若贵司不履行保修、养护义务，业主仍有权追究贵司责任，要求贵司承担其委托第三方修复、养护所发生的费用。而第三方的费用，极有可能超过贵司自行维护、养护的成本，进而扩大贵司的损失。

二、主体结构质量缺陷

虽然项目已经验收合格，但是若在主体结构上存在问题，建设单位仍然可以要求施工企业承担相应责任。例如，某绿化施工企业承接了绿化、景观及围墙工程。项目竣工交付两年、质保期届满之后，围墙出现了贯穿裂缝、倾斜等较为严重的问题，小区居民反应非常强烈。

该工程虽然已经验收合格，但业主提起诉讼后，法院同意对围墙质量进行鉴定。鉴定单位经核查，发现围墙基础埋深不够、构造柱未按图纸配置钢筋等问题。鉴定报告认定属于施工单位的责任。该项目虽然已验收合格、且超过质保期，但是鉴定结论认定围墙的主体结构质量不合格、且该问题属于绿化施工单位的责任，法院仍判决施工单位承担修复费用。

又如，某别墅小区工程，工程竣工验收已超过11年之久。有一户购房人发现别墅出现倾斜，委托本所起诉开发商。经法院委托鉴定，该别墅倾斜度为11‰，达到危房的标准；



其原因系施工单位对暗浜未处理妥当（古河道两侧的多栋别墅都存在不同程度的倾斜），开发商不得不承担赔偿责任。开发商进而起诉总承包方，总承包方虽以竣工验收多年为由进行抗辩，但仍然未能获得法院支持。最终所有损失都由总承包方来承担。

三、施工材料与图纸不符的问题。

无论是否经过了验收，施工单位若有偷工减料的行为，法院可能还是判决施工单位承担相应责任。现略举两例：

（一）某项目业主要求外墙采用优质石材，批价900余元/平方米，但是施工单位实际使用了一种价格仅300余元/平方米的廉价石材。该项目竣工交付七八年之后，施工单位起诉业主追索工程款。在案件审理过程中，业主提出石材质量不符合合同约定，并提起鉴定。鉴定单位将实际所用材料的情况告知法院，法院最终判决按照实际材料的价格进行结算。这一项，扣减了施工单位400多万元。

（二）另一项目，图纸要求花岗岩厚度需要5公分，施工单位实际只做了2.8公分。法院和鉴定单位最终也仅按照2.8公分的厚度核算相应工程造价。

因此，贵司在起诉之前，对质量方面的风险评估主要考虑两个方面：第一，工程是否存在主体结构质量问题；第二，是否存在比较严重的偷工减料现象。如果均没有，在工程已竣工验收的情况下，不用担心业主追究质量责任。

（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。）

低价中标、高价索赔的应对之策

□ 文 / 上海元始律师事务所 李宗猛律师

| 问题 |



日前，李博士接到一个熟悉的包工头朱总的电话，对方称其最近中标承接了一个项目，这个项目开发商是外资企业，业主要求采用固定总价，核心要求就是总价低，且实行闭口包干。这样一来，如果价格高了就不能中标，因此朱总现在中标的价格低于成本价。

朱总的想法是，在进场把项目桩基与围护工程做完之后，就暂停施工跟业主谈判，希望业主将合同价款调整为合理的价格。如果业主同意调整，朱总就继续施工，如果和业主谈不拢就退场。桩基和围护工程是赚钱的，毕竟合同约定工程预付款就有总价的10%，但再继续施工就会亏损。因此，朱总咨询李博士：如果和业主未能谈拢后退场，这样操作会有什么风险？

李博士向朱总确认了一下，这个项目说是朱总自己公司施工，还是朱总挂靠其他企业施工？朱总说是挂靠大企业施工的，不然不可能中标。

| 答复 |



这一问题对施工企业有如下启示：

一、一般说来，有约必守是民事活动的基本准则。低价中标本身就意味着施工单位接受合同风险。在中标后合同履行阶段，如果施工单位没有合理的理由要求业主调整价款，而业主拒绝了施工单位的调价理由，这时施工单位擅自停工，其实是构成违约的，业主可以向施工单位主张擅自停工、工期延误等违约责任。这将给施工单位带来较大的法律风险。

二、有些企业习惯于低价中标后进行高价索赔，但是，如果遇上比较懂合同、懂法律的业主，有可能不会得到理想结果。比如，中国某施工企业，在麦加某铁路项目上就亏损高达41亿元人民币，但业主坚持按照合同不松口，国内这家施工企业最终无法通过签证索赔等手段挽回损失，这个案例已经上了中央电视台的《焦点访谈》。

三、像这样的情况，我们需要提醒施工单位的是，如果施工单位有意在以后通过某种策略逼迫业主让步，就需要从一开始就做好充足的准备。主要包括以下方面：

（一）在进场之前，施工单位需要请业主提供工程勘察报告，这样做的目的在于，业主应该对勘察报告的准确性、真实性负责。进场之后，万一施工单位发现工程存在问题及不利的地质条件，比如暗浜、地下障碍物，只要发生了且该类情况未在勘察报告上载明，施工单位就可以向业主进行索赔，要求业主赔偿损失。

施工单位中标之后，就需要请业主提供完整的加盖公章的工程勘察报告。在一开始，



施工单位不露声色地向业主要工程材料，基本上是可以要得到的。

（二）在合同签订的同时，施工单位请业主给一套完整的经过审定、加盖审图章的招标图纸（施工蓝图），对施工蓝图编制图纸目录、图纸编号，双方在施工蓝图上签字，对图纸数量、出图日期予以确认，同时，确认这份图纸就是招标图纸。请务必保留好招标图纸（保留在档案室，平时不要拿到工地上使用）。

合同采用的固定总价，是按照经过审定的招标图纸测算、确定的价格，凡是在招标图纸上没有包含的内容，以后可以要求业主另行结算给施工单位。招标图纸，是界定工程施工范围、确定工程变更价款、判断工期能否顺延的重要依据，提请施工单位一定要保存好，可以将招标图纸的目录作为合同附件一并装订，千万不能遗失、破损，避免日后发生争议时举证困难。

（三）在进场之前，施工单位应该去工地现场对施工条件状况进行确认：七通一平是否完成？是否存在杂草、暗浜、淤泥等未处理的状况？凡是存在问题的，施工单位应立即向业主发送《关于恳请建设单位解决工程开工前若干问题的紧急致函》，请求业主对现有问题进行处理、整改。（如有需要，可联系本所索取）

施工单位在发函之后，还是应该按照合同约定的开工时间进场。施工单位派了多少个管理人员、多少个施工人员，在进场时就要让监理单位对名单进行签字确认，名单内容包括人员姓名、身份证号码、何时进场等信息。对于施工人员，最好在进场时，全部人员在工地门口拍一张大合照，同时手持进场当日的报纸（地级以上日报或党报等权威媒体），将工地名称、报纸日期也拍进去，以此证明施工单位已经如期进场。

如果进场之后，发现业主并未对函中载明的问题进行整改，或者未能整改完成，施工单

位应立即再向业主发函，表明已经按照合同约定时间如期进场，共有多少人员、多少设备进场，现在到了合同约定的开工之日，开工条件并不具备，在业主处理完毕直至交付施工单位施工之前，耽误的工期应相应顺延，请业主赔偿施工单位的窝工损失。

（四）在收到审查合格的施工图后，业主会主持召开图纸会审会议，对施工图纸进行全面细致的熟悉和审查。届时，施工单位一定要安排土建、安装各工种对施工图纸进行仔细审查，看图纸是否存在不规范、遗漏、矛盾的地方，再整理出一个详尽的问题清单给业主，请业主对有关问题进行解答。对于图纸的会审，一定要做好证据（形成完备的图纸会审纪要），让业主、设计单位、监理单位均进行盖章确认。凡在图纸会审会议纪要上存在的问题，设计院审查后认为需要变更、修改的，施工单位需要马上办理变更签证，并让业主进行确认。

如果业主不予确认，施工单位立即就签证事宜向业主发函，请求业主按照合同约定在7天内对签证进行确认，并表示，如果业主逾期未签批的，视为业主不同意设计变更，施工单位按照原图纸进行施工，由此造成的责任由业主承担。

（五）需要提醒施工单位注意的是，正如朱总提供的合同中专用条款第3.3.1条规定，“需要取得发包人批准才能行使的职权：依据监理合同，但涉及设计变更、工期顺延、材料价格、用材、追加工程款、经济补偿等可能影响工程价款或工期的签证需经发包人书面同意或经发包人签证后，该签证才有效”。很多的施工合同中都会有类似的条款，约定所有的索赔签证均需要发包人书面同意后才生效。

因此，请施工单位务必按照合同约定，索赔签证不能仅得到监理单位的确认，还需要发送给业主，一旦业主不予确认，施工单位应立即就签证事宜向业主发函，请求业主对签证



进行确认，任何的口头的指令都是不够的，必须让业主出具书面指令，否则施工单位就拒绝按照口头指令施工。

施工单位如果一开始就有意向业主进行索赔，就不能怕得罪业主，所有的流程、手续都严格按照法律、合同进行。当施工单位按照规范行事，讲道理、讲证据、讲法律，业主是没办法挡得住的，只能让步。

（六）对于工程款，施工单位要按照合同约定及时向业主开具发票，所有的电子发票应及时发送到业主指定的邮箱或财务人员的微信，留存可供查询的发送记录，以免业主以未收到发票为由抵赖，双方产生争议时重新查证，难免会拖延付款的时间。

施工单位按照约定开具发票之后，只要业主延迟付款，施工单位应马上向业主发函，请业主及时支付工程款。比如，朱总提供的合同中约定，“预付款：合同签订后10日内预付合同工程总造价金额的10%”，一旦业主未能按照约定在合同签订十日内付款，施工单位马上向业主发送《关于恳请建设单位支付工程预付款的紧急致函》。（如有需要，可联系本所索取函件模板）

四、当然，施工单位也应该严格按照合同进行施工、履行义务，及时安排材料进场，不要出现偷工减料、更换品牌之类的行为，以免被业主打一板子。

我们建议，施工单位每安排一批材料进场时，就提交一份材料进场报验单，请业主、监理单位签字，确认进场的材料数量是多少，且确认质量合格、符合设计需求、配套的施工资料齐全等，这是一个正常完备的程序，有固定的表格形式，一般业主、监理是会签字验收的。报验单经业主、总承包方签字后，分包单位拿到原件后，一定要妥善保管。如果监理或者业主对材料延期验收，施工单位也要及时发函，表明由不及时验收材料导致的工期顺延的



责任，均由业主承担。

同时，在业主或监理单位对施工单位发函时，对于业主的任何指责、要求都要予以书面回复或反驳，且建议都由律师拟定回复稿。比如，如果监理单位发出《监理工程师通知单》，施工单位要及时处理并予以书面回复，对于整改过程，也要摄像，留存证据。

五、当然，在桩基围护工程施工完成后，朱总想要与业主磋商提价，也要注意方式，合情合理提供价格亏损等方面的可靠证据，征得业主的同情和谅解，避免采取极端手段。

如果因为业主的原因导致开工延迟，比如因为开工的各项手续没有办妥，延期开工90天以上，施工单位因此可以提出价格调整的要求，这个时候，双方是可以来谈的。当然，对于业主原因导致的开工延迟，也要及时向业主发函以保留证据。

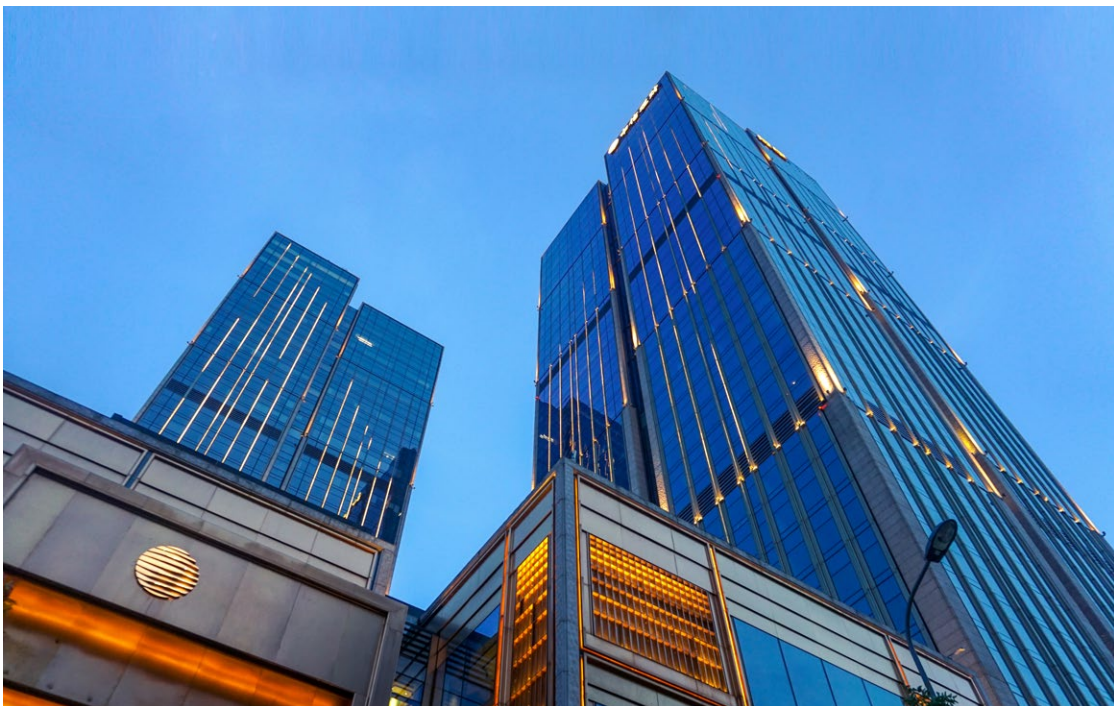
六、对于上述所有函件发送，施工单位在发函时均需准备两份，对两份函件盖一个骑缝章，一份发给业主，一份自己留存。

对于发送给业主的，需要让业主进行签收（在进场的第一天，就要准备好收发文登记本，平常的文件往来务必登记好），保留好签收记录；如果业主不予签收，则需要通过EMS方式邮寄给业主，并保留好邮寄凭证。

七、需要特别说明的是，如果合同单价过低，本身是亏损的，即使穷尽法律手段，仍然可能无法挽回损失。因此，采取低价竞标、高价索赔的思路，不一定能够顺利实现扭亏为盈的目的。

正如本项目的朱总，若是在桩基完成之后要求涨价，大致可能有两种结果：

（一）业主因为担心工期等，委曲求全来让步，同意施工单位的涨价要求。但这种概率并不大。而且，即使业主暂时让步，竣工交付之后，在结算阶段仍有可能反攻倒算，追索施工单位的责任。





（二）业主寸步不让，若是施工单位停工闹事，业主可以通报住建委查处施工单位的违约行为，或者要求解除施工合同、进而向施工单位提出索赔要求，所有损失（包括工期损失、另聘施工单位的涨价损失等）都要施工单位来承担。

| 回顾与反思 |



以下内容并非回复朱总的内容，而是提醒施工企业，希望施工企业能够从中体会让他人挂靠的风险。

上面的这个案件，实际施工人朱总为了拿到项目，不惜以低于成本价进行投标。朱总他必然是要想盈利的。假如项目亏损，有如下两种可能：

第一，包工头将前面的盈利部分（围护、桩基）的钱赚走了，日后假如业主不同意涨价，包工头中途停工，烂摊子丢给业主和挂靠总包。如果业主起诉，遭受损失的也是挂靠总包，包工头自己拍拍屁股跑路了。

第二，包工头即使在压力下勉强将工程干完，也不可能将家里的钱拿出来填窟窿。包工头可能将自己该赚的钱装进荷包，将亏损留给挂靠单位（比如民工工资、材料款他就不支付，让材料商、民工班组找挂靠企业要钱）。

因此，施工企业让他人挂靠，不仅要考察挂靠人的人品，对挂靠项目本身也要大致测算一下，项目是否能够盈利，是否有利润空间。有利润的时候，包工头可能还讲信誉；没有利润的项目，包袱势必丢给挂靠单位。

（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。）

多次分包、转包情况下农民工有权请求 施工总承包单位支付工资

《民事审判指导与参考》总第99辑
(最高人民法院民事审判第一庭2024年第18次专业法官会议)

法律问题



《保障农民工工资支付条例》第三十条第三款和第四款规定：“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。工程建设项目转包，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”。

审判实践中，对于多次分包、转包情况下农民工是否有权请求施工总承包单位支付工资的问题，存在不同认识。

法官会议意见



最高人民法院民一庭2024年第18次专业法官会议讨论认为：《保障农民工工资支付条例》第三十条第三款和第四款规定适用于多次分包、转包的情形，理由如下。

第一，从文义看，《保障农民工工资支付条例》第三十条没有规定不能适用于多次分包、转包的情形。

第二，从立法目的看，本条规定的目的是在施工总承包单位分包、转包工程的情况下保





障农民工的工资权益。为实现本条立法目的，多次分包、转包的情形下，农民工工资权益亦应予以优先保护，不宜将本条规定的分包单位限定为与施工总承包单位有直接合同关系的分包单位。

第三，从实践角度看，同一工程多次分包或者转包在建筑市场客观存在，在多次分包或者转包的情况下，从总承包单位到农民工之间相隔的合同主体更多，法律关系更为复杂，农民工工资权益更难获得保障，更需要依照《保障农民工工资支付条例》第三十条规定予以特别保护。

第四，从政策导向看，这有利于督促总承包单位落实《保障农民工工资支付条例》规定的农民工实名制管理、施工总承包单位代发工资等制度。

/ 本所注 /

根据最高人民法院法官会议的意见可以明确，《保障农民工工资支付条例》第三十条第三款、第四款同样适用于多次分包、转包的情形。也就是说，无论经过多少层分包或转包，只要工程链条中出现拖欠农民工工资的情况，农民工都可以直接向施工总承包单位主张权利。

对于总包单位来说，这意味着分包环节的风险明显加大。工程实践中，层层转包、违法分包的现象无法杜绝。从避免损失的角度，无论如何，总承包方都应强化用工管理，要求分包单位提供进场工人的花名册，提供工人的劳动合同，做好安全交底才能进场施工。过程中，还应做好实名制考勤工作，防止分包单位虚构用工人数、虚构用工时间、虚构工日单价，进而虚构欠薪数额，达到超额索要工程款的目的；并按照经核实的实际用工情况以及分包单位提交的代付工资申请，及时代付民工工资。切勿因为现场人员流动性大、管理难度高就放松管理要求。

团体意外险能否冲抵雇主赔偿责任

来源：人民法院报

法答网精选问答（第三十五批）——商事审判专题

问 题



雇主为员工购买的团体意外险的保险金，能否冲抵雇主赔偿责任？雇主承担赔偿责任后能否获得意外险保险金请求权？

答疑意见



首先，雇员所获团体意外险保险金不应冲抵雇主对雇员依法应当承担的赔偿责任。根据《中华人民共和国保险法》第三十九条第二款规定，投保人为与其有劳动关系的劳动者投保人身保险，不得指定被保险人及其近亲属以外的人为受益人。其立法本意在于，消除用人单位优势地位的影响，保障劳动者的权益。实践中，用人单位与劳动者在劳动关系中处于不平等地位，用人单位可能利用其所占据的优势地位使劳动者作出违背真实意思的表示，如果允许作为被保险人的劳动者指定用人单位为受益人，则会出现用人单位诱导或者强迫作为被保险人的劳动者指定其为受益人，以规避保险法的强制性规定。如允许雇主为员工投保意外险后可以直接在赔偿款中扣除该保险金，雇主即成为实质意义上的受益人，显然违背立法精神，也违背团体意外伤害保险的功能目的。

其次，雇主承担赔偿责任后不能获得雇员的意外险保险金请求权。根据保险法第三十九条第二款规定，团体意外险的受益人是指被保险人及其近亲属。用人单位虽然支付了保险费，但不能成为团体意外险受益人，不享有保险金请求权。同时，保险法第四十六条规定：“被保险人因第三者的行为而发生死亡、伤残或者疾病等保险事故的，保险人向被保险人或者受益人给付保险金后，不享有向第三者追偿的权利，但被保险人或者受益人仍有权向第三者请求赔偿。”根据此条规定，被保险人或者受益人可以兼得保险金与第三人的赔偿。同理，雇主向雇员承担赔偿责任后，不应享有代位追偿权，不应自动获得雇员的意外险保险金请求权。

咨询人：河南省高级人民法院民事审判第五庭董国强

答疑专家：最高人民法院民事审判第二庭 李敬阳



/ 本所注 /

从最高法的答疑意见可以看出，目前比较明确的裁判思路是：用人单位为员工投保团体意外险后，不能在事前通过协议约定，让员工放弃保险金请求权，或者约定保险金归用人单位所有，也不能约定在发生事故后直接将保险金当然冲抵自身的赔偿责任。否则，本质上相当于让用人单位变成“实际受益人”，这与《保险法》第三十九条的保护劳动者的立法目的相违背。

之所以这样规定，是因为在劳动关系中，用人单位通常处于更强势的一方。如果允许事先约定保险金归单位所有，现实中很容易演变为变相强制员工把保险利益让渡给单位，最终损害劳动者权益。因此，在没有特别情形的情况下，法院通常不会支持用人单位用保险金冲抵赔偿，也不会认可单位享有保险金请求权。

不过，这里需要区分“事前安排”和“事后协商”两种情形。如果事故已经发生，用人单位和受伤员工围绕赔偿问题进行协商，此时已经脱离了单纯的保险受益人安排，而进入具体损害赔偿的处理阶段。

如果双方在平等、自愿、充分知情的前提下，就赔偿总额、保险金如何处理等问题达成一致，例如将保险金纳入整体协商方案，作为双方达成和解的一部分，约定一个整体赔偿金额，由单位一次性支付，员工明确放弃本次事故产生的保险金请求权。这种基于真实意思表示形成的处理方案，并非当然无效。



一般来说，只要不存在欺诈、胁迫、显失公平等情形，且赔偿金额整体上合理，司法实践中通常会尊重当事人的真实意思表示，认可协议的效力。

换句话说，法律不允许用人单位提前设计规则以规避责任，但在事故发生之后，双方就具体损失赔偿进行协商，只要程序和内容都比较合理、规范，法院通常不会轻易否定。

当然，这类一次性处理协议往往金额不小，还涉及医疗费用、误工损失、伤残等级、后续治疗风险以及保险理赔金额等多方面因素。如果条款写得不清楚，后续很容易再起争议。因此，协商阶段最好由专业法律人员参与，根据具体情况测算风险，形成结构清晰、权利义务明确的一次性事故处理协议，会更为稳妥。

（如果需要相关事故处理协议的模板，可向本所索取。）

最高人民法院关于商品房消费者权利保护问题的批复 法释〔2023〕1号

《民事审判指导与参考》总第99辑
(最高人民法院民事审判第一庭2024年第18次专业法官会议)

河南省高级人民法院:

你院《关于明确房企风险化解中权利顺位问题的请示》(豫高法〔2023〕36号)收悉。就人民法院在审理房地产开发企业因商品房已售逾期难交付引发的相关纠纷案件中涉及的商品房消费者权利保护问题,经研究,批复如下:

一、建设工程价款优先受偿权、抵押权以及其他债权之间的权利顺位关系,按照《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)》第三十六条的规定处理。

二、商品房消费者以居住为目的购买房屋并已支付全部价款,主张其房屋交付请求权优先于建设工程价款优先受偿权、抵押权以及其他债权的,人民法院应当予以支持。

只支付了部分价款的商品房消费者,在一审法庭辩论终结前已实际支付剩余价款的,可以适用前款规定。

三、在房屋不能交付且无实际交付可能的情况下,商品房消费者主张价款返还请求权优先于建设工程价款优先受偿权、抵押权以及其他债权的,人民法院应当予以支持。



以古喻今 兼谈对员工的批评处理

□ 文 / 上海元始律师事务所 李宗猛律师

【典故】

楚庄王宴群臣，日暮酒酣，灯烛灭。有人引美人之衣。美人援绝其冠纓，以告王，命上火，欲得绝纓之人。王不从，令群臣尽绝纓而上火，尽欢而罢。后三年，晋与楚战，有楚将奋死赴敌，卒胜晋军。王问之，始知即前之绝纓者。

——（汉）刘向《说苑·复恩》

| 意译 |



楚庄王宴请群臣，日暮酒酣之际，筵席上的蜡烛突然熄灭了。这时一位官员斗胆调戏歌姬。歌姬扯下那人帽子上的纓带，回到楚庄王面前告状，让楚王点亮蜡烛后查看众人的帽纓，以便找出刚才无礼之人。楚庄王听完，却传令不要点燃蜡烛，而是大声说：“寡人今日设宴，与诸位务要尽欢而散。现请诸位都去掉帽纓，以便更加尽兴饮酒。”

听楚庄王这样说，大家都把帽纓取下，这才点上蜡烛，君臣尽兴而散。

三年后，楚庄王与晋国交战。一名战将主动率领部下先行开路。这员战将所到之处拼力死战，大败敌军。战后楚庄王论功行赏，才知其名叫唐狡。他表示不要赏赐，坦承三年前宴会上无礼之人就是自己，今日此举全为报三年前不究之恩。

| 问题 |



李博士，我司有一位员工旷工，我们起草了一份处罚通告，打算通报批评他。请贵所帮忙查看一下，我们这样处理是否妥当？文字有没有问题？谢谢。

关于采购部张某某的处罚通告

张某某，现任公司采购部土建副经理，X年X月X日在未经部门负责人审批通过的情况下擅自休假，此行为已严重违纪违规，依公司规定视为旷工，且结合张某某日常考勤反映出其本人对公司制度的遵守度非常差，公司可对张某某进行除名处理，但经办公室与张某某的约谈，其本人也认识到了问题的严重性及对团队的不良影

响，作为部门副经理更应该带头树立榜样，在部门中扩散正能量，严格带头遵守公司各项制度规定，念张某某约谈后的认知态度良好，愿意改正错误。为加强公司职业道德建设，严肃公司规范，经公司研究决定给予张某某书面警告处分及扣除旷工工资的处罚(旷工工资金额按当日工资*3倍并从当月工资中扣除)。

希望全体员工能引以为戒，自觉遵守劳动纪律，严格遵循公司规章制度，坚持良好的职业道德和工作作风，互相督促共勉，为公司的发展做出贡献。

上海XX建设集团有限公司办公室

| 答复 |



您好！我们看到贵司发来一封关于采购部张某某的处罚通告稿件，委托事务所进行审核，现答复如下：

一、我们认为，这份处罚通告可能并不合适，建议最好不要公开发布。

二、企业与员工建立的是劳动关系合同关系，企业对员工有管理的权利，也有进行奖励或者处理的权利。但是，处理方式是有讲究的，企业还是应该审慎处理，在法律之外，也要考虑处理方式是否符合人心、员工能否接受、以及相应处理对企业的经营和发展是否有利。

三、一般说来，对员工的表彰、鼓励等正面的肯定，应该进行公开通报，做到公司人尽皆知，这样的话，会激发受表彰员工的自豪感、荣誉感，进而提高员工对企业的归属感和忠





诚度，在接下来的工作中，员工会更积极主动、为企业的利益考虑，这对企业是有裨益的。

四、但是，如果员工在工作上的表现有什么不妥甚至不对的地方，对于员工违章违纪的行为，我们一般建议还是通过友好沟通、协商的方式进行处理，在小范围内私下提点员工，让员工认识到自身表现的问题，使其受到触动、进而自我反省来达到改进的目的，这样可能会更为稳妥。响鼓不用重槌敲。

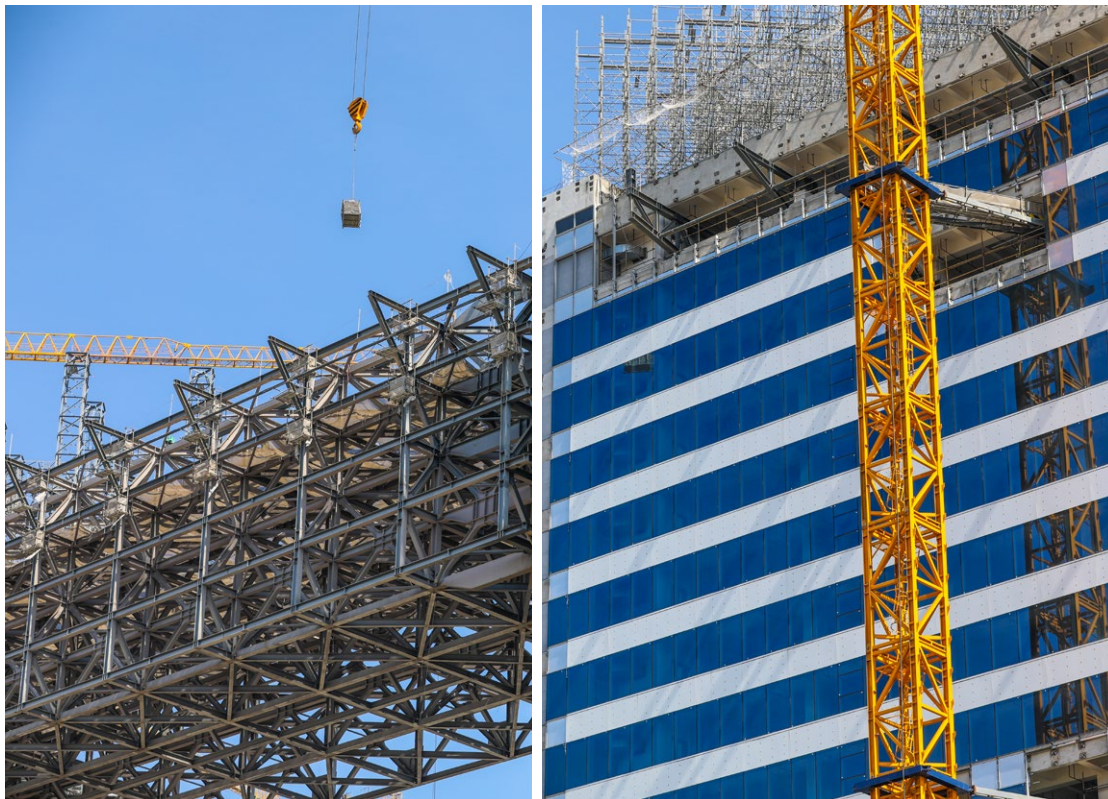
如果贵司采用公开通告的方式，无疑会伤害员工的面子、自尊心，影响工作的积极性和主动性，甚至有可能作出损害公司利益的行为。

我们碰到过很多案例，项目经理因为对公司不满，本该去办理的签证不去申请，或者本该是50万的签证、只去争取10万元。贵司的采购部经理，工作时手松一些，贵司损失的利益也不是一点罚款所能挽回的。企业管理不可能面面俱到，员工的怨气、工作中的松懈，只会让企业蒙受更大的损失。

对于建筑施工企业，员工是否尽力为公司着想，差别极为巨大。因此，对于员工，还是应该鼓励为主；哪怕员工工作中存在不足，也应以私下的沟通、劝诫为主要手段，不建议动辄进行通报批评。

五、另外，贵司要求按照三倍扣除旷工工资，是否合法也存在疑问。员工旷工的情况，企业扣除其当日工资，理所当然。但是如果扣除三倍，显然有违公平原则。万一员工收到公开的处罚通告，一时觉得难以接受，仲裁委或者法院预计也难以支持扣除三倍工资的主张。

司法判例中通常倾向于保护劳动者的合法权益。比如，上海市第一中级人民法院在（2016）沪01民终4887号判决书中就写到，劳动者获得的工资报酬是劳动者所付出劳动的



对价，圣某公司制定的《员工手册》中关于旷工一天扣三天工资的规定有违公平原则，故本院不作为处理本案的依据。李某萍有四个工作日未进行考勤，故应扣除该四日的相应工资，圣某公司认为应按三倍扣除十二日工资的主张本院不予采纳。

用人单位对劳动者有管理的权利，但权利的行使应在法律许可的范围内。规章制度对于员工奖惩的规定中，尽量避免用“罚款”这类属于行政处罚性质的字眼；此外公司可以充分利用全勤奖、绩效奖、提成奖金等浮动工资的制度设计来代替“扣除三天工资”的制度，避免法律风险。例如员工旷工除扣除当天工资外，当月全勤奖为0，并且将出勤与绩效挂钩，按比例发放。公司在制定、优化相关制度时，不宜采用简单粗暴并且可能有法律风险的制度，可利用其他有效方法，将员工工资、绩效、奖金等作为奖惩手段，可能更为合适。

（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。）

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

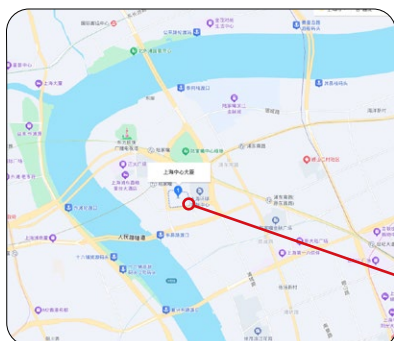
- (1) 对于施工企业在经营活动中涉及的商务问题、法律问题，提供建议和咨询。
- (2) 起草、审核、修改公司对外签署的合同、章程、规章、规定等法律文件及提供法律意见。
- (3) 对施工企业在商务活动中可能遇到的法律风险提供具体的法律建议。
- (4) 安排适当时间和人员对施工企业的相关事务提供法律指导和培训。
- (5) 协助施工企业处理公司内部矛盾，包括审核公司规章制度、起草劳动合同，处理员工劳动纠纷和农民工工资纠纷。
- (6) 招投标法律服务
 - A.审核建设单位的招标文件并提供专业意见。
 - B.调查建设单位的资信，确定项目风险尤其是带资垫资风险。
 - C.协助施工企业确定投标策略，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

网址: www.yslawfirm.cn