

建筑法苑

施工企业篇

上海元始律师事务所主办

2012年第2期总第11期



书面催款，防范赖账
建设单位拖延验收如何处理
虚构工程进行诈骗，急于揽活受骗上当
地块转让、项目参建、收购楼盘、合作开发信息

工程建设领域的专业律师事务所

上海元始律师事务所

■ 核心业务

帮助施工企业处理签证索赔事项，参与结算谈判，并在发生纷争之后以诉讼或非诉方式追索工程欠款，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，一半以上律师拥有硕士或博士学位。多名合伙人具有十年以上中级人民法院或者高级人民法院主审法官任职经历。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全过程咨询和法律服务，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，浦东新区律师事务所第十联合党支部书记，浦东新区青年联合会委员。

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 执行主任
律师博士

地址：浦东新区世纪大道1500号
东方大厦901室
手机：13901686274
E-mail:yuanshizixun@126.com

邮编：200122
电话：021-68407068
传真：021-68407066
<http://www.yslawPrm.com>

《建筑法苑》

2012年第2期总第11期
CONTENTS

目录

施工企业篇

律所新闻（2012年2月~3月大事记）	1
建设单位拖延验收如何处理.....	3
<p>拖延验收是不诚信甲方迟付工程款的常用手段。本文列举防范这一手段的四步方略：自查整改，提交报告，书面催促，固定证据。</p>	
虚构工程进行诈骗，急于揽活受骗上当	8
“猫腻”的招标	10
<p>政府采购在工程承发包项目中仍占有相当比例。政府招标并非净土一块。民营施工企业不可能正面对抗政府采购中心。本文通过分析笔者经手的一则案例，为施工单位提供应对猫腻招标的思路。</p>	
书面催款，防范赖账	13
<p>举凡赖债之人，总会寻找各种似是而非的借口。在合同履行过程中，留下书面凭证至关重要。</p>	
专家解惑	16
<p>对施工企业常碰到的工程问题，结合本律师事务所代理案件的判决结果、并参照最高人民法院专家法官的观点进行解答。</p>	
企业劳动人事专题	21
法规速递	26
以古喻今话索赔	28
地块转让、项目参建、收购楼盘、合作开发信息.....	封三

LV SUO XIN WEN



律所新闻

(2012年2月~3月大事记)

1、李宗猛博士应邀担任泰州市德驰置业有限公司常年法律顾问

上海德驰企业发展集团有限公司（简称德驰集团）成立于2006年。是以房地产开发、建筑施工为主营业务的集团公司，旗下拥有上海德持建设工程有限公司、泰州市德驰置业有限公司、东台市德驰置业有限公司、南通德轩实业有限公司和南通德沪贸易有限公司等子公司。

目前，集团项目已覆盖上海、南京、杭州、厦门、苏州、无锡、常州、南通、泰州、盐城等城市，为各区域市场提供了大量优质的人居产品和服务，树立了良好的品牌形象。先后创建了省级和地市级文明工地及优质工程40多个，并被中国建筑业企业协会评为“2011年度最具成长力企业”；泰州“德驰金郡”项目被授予“泰州市十佳楼盘”、“魅力楼盘”等荣誉称号。

2、李宗猛博士应邀担任上海八洲建设工程有限公司常年法律顾问

上海八洲建设工程有限公司是华东地区卓有声誉的基础施工企业，公司拥有360度全回旋切削钻机（全套管机）等各类先进施工机械，在城市地铁、深基础围护、全套管钻孔灌注桩及咬合桩、清除地下障碍物及旧基础桩等专业施工领域具有资深经验，业务范围遍及北京、上海、武汉、杭州等大城市地铁项目基础工程，蜚声国内外。

3、李宗猛博士应邀担任上海祥瀛建设工程有限公司常年法律顾问

上海祥瀛建设工程有限公司是具有房屋建筑总承包二级、市政公用工程总承包二级、建筑装饰工程专业承包二级、地基与基础工程专业承包二级、钢结构工程专业承包三级、建筑幕墙工程专业承包三级资质等多项资质的施工企业。尤其是自公司成立以来即大力发展的设计部，可称是业内翘楚，一半以上设计师毕业于知名学府，建筑、结构、机械、材料各专业人才一应俱全，并有香港、台湾等专业设计师加盟。高层次的专业人才，成为公司向社会提供优质服务的基本保障。

近期设计施工完成的项目有上海金色年代、北京九佳KTV总汇、重庆大都会娱乐总汇、上海工行南市支行大楼、徐州铁路宾馆、金钱豹餐厅、萧蔷KTV娱乐总汇、宁波波特曼酒店等多个大中型项目。

4、李宗猛博士应邀担任上海帆华幕墙装饰工程有限公司常年法律顾问

帆华幕墙装饰工程有限公司是一家幕墙、门窗专业施工单位，包括铝合金玻璃幕墙、纯铝板幕墙、复合铝板幕墙、干挂花岗岩、铝合金门窗、以及有特殊要求的幕墙及门窗工程的设计、生产制作和加工安装，并可承接各种类型的建筑室内外装饰装潢设计和施工任务。近年业绩包括政府工程、酒店、办公楼、住宅、娱乐场所、工业厂房等各类建筑。

公司拥有业内领先的加工厂和生产设备，构建了完善的质量保证体系。本部拥有155名经验丰富的设计人员和管理人员，40%以上具有中高级专业技术职称，绝大多数项目经理拥有一、二级建造师资格和十年以上施工管理经验。

5、李宗猛博士应邀担任上海华桓建筑装饰工程有限公司常年法律顾问

华桓公司是以土建工程、建筑装修施工、建筑材料生产与供应（公司自主经营有专业涂料厂）为主营业务的企业。公司拥有多支业务过硬、作风过硬的专业班组，避免外聘不熟悉的劳务分包单位，影响工程质量。市场信誉有口皆碑。

6、李宗猛博士应邀担任上海东徽建筑装饰工程有限公司常年法律顾问

东徽公司成立于1995年1月，具有国家建筑装饰装修工程专业承包壹级资质，专业从事建筑装饰装修工程及相配套的水、电、空调安装工程。公司有一支专业培训并承担过高星级宾馆、智能化商务楼、商场、舞厅、浴场、酒店式公寓、别墅、高档全装修商品房等各种类型的装饰工程及设备安装的施工队伍。通过十余年的发展，积累了丰富的实践经验，形成了知名的专业品牌。

7、李宗猛博士应邀担任上海万建建筑安装工程有限公司常年法律顾问

万建公司是房屋建筑、室内外装修、水电安装、钢结构、园林绿化工程为主营业务的建筑施工企业。公司近年在工程施工之外，大力发展房地产开发业务，实力增长迅速，几年之内迈上了新的台阶。

8、李宗猛博士应邀为上海市建筑材料协会绿化分会及多家施工企业授课

李宗猛博士应邀为上海市建筑材料协会绿化分会、上海欧本钢结构有限公司、中国化学工程第十四建设有限公司、上海浦拓建设工程有限公司、上海海纳尔屋面系统安装工程有限公司等多家企业举办“工程风险控制”专题讲座，参与讲座的人员包括企业董事长、工程项目负责人、经营管理人员、造价工程师，获得各企业好评。

(为保守客户的商业秘密，以下客户单位不予署名)

9、李宗猛博士协助客户处理结算纠纷

中铁某局集团有限公司武汉地铁二号线某项目部拖欠本所客户工程款近800万元。李博士应邀代表客户前赴武汉与对方协商。经过7个小时的艰难磋商，最终双方就款项总额及支付方式达成一致，签署了结算协议书。本案是不通过诉讼解决工程款纠纷的典型案列。事前，委托人及律师均做好大量的准备工作，为最终解决问题奠定基础。

10、李宗猛博士协助客户处理货款纠纷

本案中，双方当事人均为某协会的副会长单位。出于信任，双方并没有签署书面销售合同。卖方发货之后，买方以各种借口拖延付款达数年之久。因缺乏合同和签收单据，赖帐方态度十分强硬，协调极为困难。值得各单位引以为戒。

11、李宗猛博士协助处理他人冒用客户企业名称诱发的工程款纠纷案

企业五年前离职的员工，在青岛私自承接工程，私刻当事人公司青岛项目部印章对外发包（而实际上，我方当事人在青岛从未设过分公司，亦从未施工过任何项目）。实际施工人就凭一份私刻的项目部印章，起诉我方当事人。这样的案件，虽然我方当事人完全是遭受无妄之灾，但亦须谨慎应付。

12、李宗猛博士协助客户处理屋面维修质保纠纷

因屋面防水渗漏问题，发包方（沈阳某汽车公司）、总承包方、材料供应商起纷争。发包方最终撤换屋面（两万余平米）全部防水卷材，发生费用900余万元。在质量保修期内，如发生质量缺陷，函件往来、证据准备最好由专业人员代为处理，以免招致损失。

13、李宗猛博士协助客户处理合肥市某区政府拖欠工程款一案

本案完工已经接近六年时间。当事人碍于政府的面子，多年来一直不肯采取法律措施。到目前想起诉才发现证据不完整（由于时间太久，许多方面已无法弥补），且当初政府方面的负责人据说已经被“双规”，案件的难度很大。因此，政府拖欠的款项，亦不能拖延数年，放任不理。

14、李宗猛博士协助客户代理盐城某学校拖延工程款仲裁案

15、李宗猛博士协助客户追索装修工程质保金

工程完工后，施工企业应及时提请发包人验收（提交竣工验收报告），办理验收手续，防止对方日后以装修瑕疵为由扣减工程尾款。

建设单位拖延验收如何处理

□ 文 / 上海元始律师事务所 李宗猛律师

建设工程实践中，对于工程进度款的支付，建设单位通常要求的比例是，进度款大约是已完工程量的60%~70%；完工验收后，大致可以付至已完产值的80%~85%；竣工结算后，支付至结算审定价的95%。在上述付款条件中，有一个关键的条件是“完工验收”。如果建设单位资金紧张，有些不诚信的单位往往在工程完工后迟迟不验收，希望通过拖延验收达到迟付工程款的目的。

拖延验收的例子普遍存在。承包方的应对方略大致可以分为以下三步：

第一步，承包方自查。为行文方便，本文以钢结构分包工程为例（总承包工程或其他专业分包可以参照相应项目自我检查），承包方自查的内容包括：

1、对照图纸，看图纸上的工作内容是否已经全部完成，所施工的内容是否符合图纸要求和标准、规范。

2、如果在施工过程中存在建设单位下达口头指令而没有补发书面变更指令的情形，此时承包方应立即向建设单位补送技术核定单，请建设单位、设计单位、监理单位签署后作为施工依据。按图施工是承包方的法定责任。如果没有技术核定单，一旦发生纠纷，不但变更部分无法算钱，建设单位反有可能倒打一耙。

3、材质是否符合设计要求。

4、钢结构所用配件包括五金件、螺栓等附件是否符合要求。

5、焊缝质量是否进行了超声波探伤检测，检测方法是否符合合同约定，检测结果是否达到了合同要求。建议所有项目的检测，检测时最好邀请建设单位、监理单位、总承包方参与取样并签字，避免日后产生分歧。

6、钢构件的表面质量和表面处理是否符合要求。

7、每批材料进场时，是否有合格证、质保书、检测报告等报验资料（这些资料平常就应该准备好，事后要弥补通常是来不及的）。确有问题时，与建设单位或者监理单位协商一致后才能补充。

8、建设单位、监理单位、总承包方如提出质量问题，是否已经整改、并已书面回复对方。

9、对照合同附件《报价单》、设计交底纪要、建设单位要求修改或者增补工程的指令等，看是否有遗漏的工作内容。

第一步的核心，就是要将上述工作全部做到位，在承包方自身能够控制的范围内，不要给建设单位留下拖延验收的借口。

第二步，向发包方提交正式的《竣工验收报告》。需注意的是：

1、在完工时，施工企业向发包方提交竣工验收报告，这是至关重要的一步。竣工验收报告可以很简单，主文甚至可以只有一句话，比如“贵司委托我司承建的东方花园总承包工程，我司已经

完工并自查合格，现提请贵司组织验收”。只需要一张纸，有时可以使得整个案件产生翻天覆地的变化。请注意，只要承包方提交竣工验收报告，即使发包方故意拖延不验收，也不影响该报告的效力。根据最高人民法院的司法解释，“当事人对建设工程实际竣工日期有争议的，……承包人已经提交竣工验收报告，发包人拖延验收的，以承包人提交验收报告之日为竣工日期”。司法解释这一条的目的，也就是要防止发包人无限制地拖延验收，达到迟付工程款的目的。

2、没有《竣工验收报告》，承包方吃亏的教训太多了。某幕墙单位，给百货公司做铝板装饰，完工之后没有打竣工验收报告、也没有办验收、交接手续，给发包方口头打一个招呼就退场了。两年之后，向发包方申请工程尾款80万元，发包方发律师函称施工单位还没有完工，要倒过来追究施工单位责任。协商不成起诉后，对方以未完工为由，反诉要求施工单位承担工期延误赔偿金96万元。最终在法院主持下调解，施工单位忍痛接受了42万元的调解方案。

3、提交竣工验收报告时，应同时提交全套竣工资料。竣工资料的准备，可以在施工过程中系统地收集、整理、组卷。平时有准备，工程一旦完工，拿出竣工资料来不是难事。

4、竣工前，提交符合要求的竣工资料是承包方的法定义务。承包方拿不出竣工资料，发包方不验收、不付款，承包方是争不过甲方的。

5、竣工资料的整理、归档也是有章可循的。浦东新区档案管就曾专门出版竣工档案编制指南之类的书籍。其他区可能有类似的文件。承包方可参照相关书籍做好准备工作。平时做好准备，可以避免竣工时措手不及。

6、承包方将《竣工验收报告》提交发包方之时，应请发包方代表签收回执，留下书面证据（如发包方代表拒绝签收，可用EMS挂号方式邮寄给发包方董事长；如对方声称挂号邮件没有收到，不影响发出函件、主张权利的效力，可参照附件最高人民法院对类似案件的认定）。



第三步，

在提交竣工验收报告之后，如发包方仍然拖延验收，则应及时催促发包方。

承包方提交《竣工验收报告》后多长时间去催促发包方呢？发包方多长时间不验收，才视为“拖延验收”？法律上没有规定，具体时间由当事人掌握。实践中较为可取的办法是：

1、对于土建总承包工程，建设部颁布的《建设工程施工合同》示范文本上明确验收时间为“收到承包方竣工验收报告后28天”。

2、对于一般的专业分包工程，不如土建总承包工程复杂，时间上应该比较短才合理。参照财政部、建设部369号文件，可酌情定为14天。比如说，8月1日提交验收报告，可在8月15日向发包方发出第一份催请验收的函件（函件可以写得很客气）。

3、单独一份函件，可能尚难以认定发包方“拖延验收”。可以在8月31日发出第二份客气的催告函，甲方没有回音时在9月15日再发出第三份客气的催告函。有验收申请报告和三份函件，无论到哪个法院，发包方拖延验收、视同承包方已经竣工的认定，基本是不会出偏差的。

4、整个过程看起来稍复杂一点，其实全部时间加起来不超过2个月。不知有多少项目，甲方拖延验收，一拖就是三个月、六个月甚至更长的。所以说，上述方法还是有效的，也是一种合法的手段。

第四步，

如果工程已经完工交付对方使用，但是没有办理竣工验收手续，则须采取办法固定证据。此时需要较为高超的技巧，拟函行文在客气的同时，应绵里藏针，有理有据。如拟函不当，企业自身背包袱不说，对方也不会感受到压力。以下是一个典型的案例：

Sample：某施工企业自身所拟对总承包方的函件（该企业挂靠总承包方承接土建工程）

致：江苏十八建筑有限公司

我司所承包的锡常火车站北广场地下交通枢纽主体工程的主体安装、地面广场、公车候车廊及铁路锡常站联合售票大楼地下人行通道的装饰、安装工程已于2010年4月、5月相继完工，且锡常站联合售票大楼地下人行通道工程于2010年4月22日交付运行，北广场地下交通枢纽于2010年5月29日交付运行。但到现在还未正式办理竣工验收手续。至今我单位在此已维保快2年。根据建筑法规定：安装、装饰工程保修期为2年，到现在尚未明确具体保修日期，我单位现感到压力很大，故恳请总包单位对此事尽快予以处理回复。

谢谢。

上海大地建筑工程有限公司

2012年3月13日

该企业的行文明显底气不足。文中称“尚未明确保修日期”，因为保修日期自竣工验收之日起计算，因此从该文上推断，该企业自身也认为工程还没有验收、还没有竣工，只是感到经济负担很重、希望总承包方尽快办理验收手续而已。

如果这份函发出去，总承包方真的再花几个月来验收，办理竣工验收手续，则这家单位（大地建筑）白白地多承受了两年的维修、保管、保养任务。经过分析有关事实之后，我们帮助大地建筑重新拟定了一份函件：

Sample: 本所帮助施工企业修改后发出的函件

关于恳请总承包方催促建设单位落实维修保养单位的函

江苏十八建筑有限公司:

贵司委托我司承建的锡常火车站北广场地下交通枢纽主体工程的主题安装、地面广场、公车候车廊及铁路锡常站联合售票大楼地下人行通道的装饰、安装工程, 我司已于2010年4月、5月相继完工, 且锡常站联合售票大楼地下人行通道工程于2010年4月22日交付贵司及建设单位投入使用、北广场地下交通枢纽于2010年5月29日交付贵司及建设单位投入使用。但至今贵司及建设单位仍未办理竣工验收手续, 而我司由此承担维修保养任务已接近两年时间, 承担了巨大的压力。

贵我双方的合同约定, 我司承担的质量保修期应为两年。根据《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》第十四条第三款, “建设工程未竣工验收, 发包人擅自使用的, 以转移占有建设工程之日为竣工日期”, 可知锡常站联合售票大楼地下人行通道工程之工程竣工日期为2010年4月22日、北广场地下交通枢纽保修期起计之日为2010年5月29日。工程质量保修期自竣工日期起算, 则两年的质量保修期均将届满。故恳请贵司提请建设单位及时落实后续维修保养单位, 毕竟新单位进场后, 对现有建筑结构和设备设施的熟悉有一个过程, 而且有这样的过渡期, 也便于我司对新单位人员有一个交接和培训过程。

如贵司或建设单位不能及时落实后续维修保养单位, 则在质量保修期届满后, 请恕我司不能再在工程现场保留维保人员, 亦不再提供免费的维修保养服务(涉及主体结构及五年的防水保修任务除外)。恳请能予谅解。

特此致函。对贵司的支持再次表示感谢。

上海大地建筑工程有限公司

2012年3月14日

本函发出后, 总承包方大为慎重, 立即提请建设单位注意。三方合理协商, 确定了合理的竣工时间(挂靠单位大地建筑略有让步, 但是分担仍是大为减轻)。可见, 写法不一样, 效果大不同。

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》

第十四条 当事人对建设工程实际竣工日期有争议的, 按照以下情形分别处理:

- 1、建设工程经竣工验收合格的, 以竣工验收合格之日为竣工日期;
- 2、承包人已经提交竣工验收报告, 发包人拖延验收的, 以承包人提交验收报告之日为竣工日期;
- 3、建设工程未经竣工验收, 发包人擅自使用的, 以转移占有建设工程之日为竣工日期。

债权人在保证期间内通过邮局以特快专递方式向保证人发出逾期贷款催收通知书，但没有保证人对邮件签收或拒收的证据，能否认定债权人已经向保证人主张了权利？

【解答】

在一个连带保证责任借款合同纠纷案件中，债权人主张其曾在保证期间内，通过邮局以特快专递的方式向保证人发出过逾期贷款催收通知书，并且债权人能够提供特快专递的邮件存根（存根上有催款的内容）和邮局的收据，但却提供不出保证人对此邮件是否签收、拒收或者其他方面的证据；保证人也否认收到此邮件，并在诉讼中主张债权人没有在保证期间内要求其承担保证责任。在这种只有债权人提交邮寄逾期贷款催收通知书的证据，而没有邮件是否送达到保证人的证据的情况下，如何确定该交邮行为的法律效力，即法院能否根据交邮的证据认定债权人已经向保证人主张了权利。

根据《担保法》及其司法解释，保证期间是除斥期间，是债权人要求保证人履行保证责任的固定期间。只要债权人在保证期间内适当提出了要求保证人履行保证责任的请求，债权人对保证人的请求权就转化为通过诉讼时效制度来保护；相反，如果债权人没有在保证期间内要求保证人承担保证责任，保证人就免除保证责任。《担保法》作出这一规定的立法目的就在于，通过设立保证期间，督促债权人及时行使权利，防止其在权利上“睡觉”，减少当事人的讼累，使社会经济秩序较快地恢复到稳定有序的状态，维护正常的经济秩序。因此，就立法本意而言，只要权利人积极地行使权利，法律就应当对其实体权利加以保护。在本案中，债权人通过邮局以特快专递的方式向保证人发出逾期贷款催收通知书，是债权人要求保证人承担保证责任的方式之一，债权人的寄送行为表明其已经在积极地主张和行使自己的权利。如果要求债权人必须将催收通知书送到保证人处并经其签收，无疑会加重债权人行使权利负担，增加交易的成本，不仅不利于保护债权人的利益，不符合《担保法》的立法目的，更会增加保证人或债务人利用除斥期间达到赖账目的的侥幸心理，不利于建立诚实信用的经济秩序。而且如果将邮局没有将邮件送达到保证人这种意思传达中的风险转由债权人承担，则显然不公平，因为邮件不能送达并非债权人的原因；如果由保证人担则较为妥当，因为保证人的风险本身并没有加大。

据此，最高人民法院以[2003]民二他字第6号文作出《对河北省高级人民法院〈关于债权人在保证期间通过邮局以特快专递方式向保证人发出逾期贷款催收通知书，但没有保证人对邮件签收或拒收的证据，能否认定债权人向保证人主张权利的请示〉的复函》，指出：“债权人通过邮局以特快专递的方式向保证人发出逾期贷款催收通知书，在债权人能够提供特快专递邮件存根及内容的情况下，除非保证人有相反证据推翻债权人所提供的证据，应当认定债权人向保证人主张了权利”。

小
知
识



虚构工程进行诈骗，急于揽活受骗上当

□ 文 / 上海元始律师事务所汇编

【案情】

2006年7月，束某以丈夫和儿子的名义在上海郊区某镇成立了一家房地产开发公司。同年10月，束某认识了沈某。当得知沈某的朋友正在寻找投资项目时，正被债主紧逼寝食难安的束某起了贼念。于是她隔三岔五地和沈某套近乎，言语中不时流露出非常赏识他的才能。两个月后，束某正式聘请沈某担任自己房产公司的总经理，月薪2万美元。

在与沈某套近乎的同时，束某偷偷在福州路的一个小刻字店花了4000元伪造了康沈公路AC310-AC325地块的房地产权证、建设用地规划许可证、建设工程规划许可证。看到这些证件，身为公司总经理的沈某信以为真。

沈某介绍自己的朋友吴某和束某碰面后，束某以做工程需要交纳工程保证金为由，骗取了吴某336万元。年近六旬的束某在随后的4个月当中又如法炮制，骗取单位和个人共计600多万元。后因受骗人和单位等不到工程，束某诈骗的阴谋露陷而东窗事发。近日，犯罪嫌疑人束某被浦东新区检察院以涉嫌诈骗罪提起公诉。（本案来源于上海法治报）

【分析与对策】

为什么一个年近六旬的妇女只花了几万元的成本就能够从应该不笨的投资者手中骗到数额巨大的欠款呢？关键还在于缺乏相关的防范意识。因此，笔者建议投资者注意以下几个方面：

第一，谨慎处理“朋友介绍”。中国历来是一个人情社会，很多事情都会找熟人介绍，但在利益的驱使下，一些熟人反而成为坑你的骗子，即便不骗人，也会使你掉以轻心，中了第三人的圈套。因此，在面对朋友介绍时仍应保持应有的警惕。

第二，正确调节“承揽心态”。案例中的吴某之所以会那么容易听信朋友的话受骗上当的另一个关键原因在于其急于承接工程的心理，越是想一下接一个大工程赚一笔就越容易为人所乘。急于求成的心态会使判断力出现偏差甚至失误。因此，即便很想承接工程，仍应保持谨慎的心态，尤其是碰到一些商务条件过分优惠的项目，更要警惕三分。建设单位不是傻子，谁挣钱也不容易，他不懂也会雇佣熟悉业务的顾问单位，不可能将暴利让给施工单位。所以，对一些条件特别优越的项目，心里要打一个问号；如对方要求支付承接工程的保证金，更要慎重又慎重，急于求成容易吃亏上当。

第三，熟悉基本“接活程序”。支付保证金之前，必要的程序和准备工作必不可少：

（一）该项目的土地是否合法取得、土地出让金是否已经足额缴纳、土地上是否设定抵押或存在其他权利障碍？

（二）项目规划概况？是否已经委托设计？设计图纸进展如何？支付保证金之前，完全可以与设计院沟通一下，了解甲方的真实状况；同时对项目的设计品质、预期市场前景亦可有所了解。

（三）是否已经办理了立项手续？开工建设的手续办理状况如何？如已办妥土地证、规划许

可证等证件，可委托律师查证其真伪。市场上行骗者的胆量可谓滔天，笔者甚至碰到私刻昆山市建设局公章、伪造建设工程施工许可证的案例。

(四) 建设单位的资金是否有保障？投资者构成如何？近几年来其主营业务及收入状况？在房产开发方面是否有经验和相应专业人才？

许多信息，委托专业人员进行尽职调查即可有效了解。曾有某房产商，号称是中国经济导报的下属公司，拍卖了一块地说是花了7亿元，需要施工单位提前进入，承接工程的条件也很是优惠，按照现行定额不下浮，材料按照信息价，但需支付500万元作为前期信用保证。律师调查了一下，2004年该房产企业的注册资本不过是10万元，租赁了徐汇区40平米的民房作为办公室，后虽有几次增资，但几年之内不大可能聚集几亿元的财富来竞拍土地。故建议施工单位谨慎介入，至少要看到该单位向政府交纳土地出让金的凭证才行。施工单位因听从律师建议未支付保证金。但时至今日，在网上还能看到该房产商寻找合作伙伴的广告。（评析人 上海元始律师事务所 李宗猛律师）

【相似案例】

一、46家企业在新疆被骗投标保证金200余万元。“新疆青湖生态旅游度假区工程”的“业主方”于中国建设招标网发布的分包项目招标信息，引起全国众多知名企业负责人的注意。一时间，众多竞标企业按照竞标流程购买招标书、交纳投标保证金。然而，开标会一周后，招标单位突然人去楼空，46家竞标企业投入的200万余元投标保证金付诸东流。

二、四川无业人员诈骗投标保证金百万：四川省崇州无业人员朱伯良伙同朋友注册成立了成都市良珀农牧科技发展有限公司，之后又与香港一家公司合资，在双方均无资金投入的情况下，注册成立四川珀大农牧科技发展有限公司，朱伯良任董事长。合资公司成立后，朱伯良利用“合资企业”的牌子，在新津、崇州等地的乡镇租用土地，在没有资本金的情况下，以修建农牧科技绿色饲料种养基地工程的名义，擅自在媒体上发布虚假建筑工程招投标文件、资格预审公告，采取同一工程多次发包的方式，先后同参与投标的建筑公司签订《建设工程施工合同》，通过收取报名费、资料费、投标保证金、押图费、履行合同保证金、借款等手段，骗得四川、福建、重庆、北京等地的64家建筑工程单位的信任，共骗取投标保证金118.6万元。

三、张某等人，假借工程发包名义，收取江苏某特级企业400万元投标保证金。过了三天，江苏企业觉得不对劲，去调查这个公司情况，发现400万元保证金已经被转移走395万元。

四、现在转移投标保证金的速度更快。王某等人在上海青浦骗取1000万元投标保证金。当事人第二天醒悟过来后立即报警。但是款项所划入的账户上只剩下10万元。调查银行记录，发现1000万元入账后，对方在十几秒内就将990万元划走，可谓迅雷不及掩耳。



“猫腻”的招标

□ 文 / 上海元始律师事务所 李宗猛律师

【案情】

政府采购在工程承包项目中仍占有相当比例。无可否认的是，政府招标并非是净土一块。日前，笔者即碰到这样的案例。

在申江地区，体育运动场工程（绝大多数由政府投资兴建）全部通过市政府采购中心公开招标的形式，确定承建单位。但是，近年来，市采购中心某同志主持招标的体育工程项目，几乎无一例外都是名不见经传的某单位中标。参与投标的体育工程公司都觉得很郁闷：

一、直接向招标人（比如各大学、学院）去反映，学校领导表示不便干预政府采购中心的招标活动，而且师出无名，没有私心也可能给人感觉不正常。用政府采购中心决定的单位，学校领导自己没有风险，不会给人说三道四。

二、想要到政府采购中心去举报、投诉，手上又没有真凭实据。

三、如果不去争取，那么日后还有可能是该单位独揽工程。缺乏关系的施工单位，其市场份额和社会影响无疑将日渐削弱。体育场公司又很难改行去做一般的土建或安装工程。

万般无奈之下，几家体育场公司前来本所咨询对策。

【分析与对策】

在当前的经济形式下，民营施工企业要对抗政府采购中心，基本是不可能的。而且也不可能掌握采购中心经办人员与其内定中标人串通的证据，直接去举报、投诉这条路肯定也走不通。

好在申江市的大环境至少还具有一定正气。不管政府采购的内幕如何，至少表面上要做到合法、公平。采购中心的个别经办人再有能量，也不可能一手遮天。在这一前提下，如果能够将采购中心经办人在招标程序、招标文件上的不合法之处，以公函形式向采购中心、学院领导书面反映，达到敲山震虎的目的，让其不能肆无忌惮地徇私舞弊。这样操作，庶几能达到目的。至于行文的语气，则可以和缓、客气，以免遭到采购中心经办人的打击报复。

以此分析为前提，笔者随即帮助几家体育场公司拟定了异议函。文中项目名称、企业名称均为化名。



申江市银河艺术学院田径场及蓝排网手球场工程招标文件的异议函

(2012)锡常公司(申办字)函第308号

申江市政府采购中心、申江市银河艺术学院:

感谢采购中心及贵院对我司的信任,邀请我司参与贵院400m田径场及蓝排网手球场工程招标活动(招标编号shcg2012-0088)。我司经审慎阅读招标文件,认为招标文件上有三处要求与现行法律、法规相违背,故不揣冒昧提出来,希望采购中心及贵院领导能够正视我司诉求,依法予以更正。

贵院招标文件第五章《工程评标办法》第十三条第4款“技术标部分”,其中第(4)项要求“2008年度的检测报告”、(6)项“两年内本市施工业绩”、第(7)项“投标单位塑胶生产能力”(详见招标文件第53页),这三项要求与《中华人民共和国招标投标法》、《中华人民共和国招标投标法实施条例》相违背。

《中华人民共和国招标投标法》第六条规定,“依法必须进行招标的项目,其招标投标活动不受地区或者部门的限制。任何单位和个人不得违法限制或者排斥本地区、本系统以外的法人或者其他组织参加投标”。

《中华人民共和国招标投标法实施条例》第三十二条规定,“招标人不得以不合理的条件限制、排斥潜在投标人或者投标人。招标人有下列行为之一的,属于以不合理条件限制、排斥潜在投标人或者投标人:

(二)设定的资格、技术、商务条件与招标项目的具体特点和实际需要不相适应或者与合同履行无关;

(三)依法必须进行招标的项目以特定行政区域或者特定行业的业绩、奖项作为加分条件或者中标条件”;

招标文件第(5)项要求2008年度的检测报告,2007年度、2009年度的检测报告是否就全部无效?

招标文件第(6)项要求对“本市业绩”加分,排斥申江地区以外的潜在投标者,显然违背法律、法规。投标者如果具有杭州的业绩、北京的业绩、广州的业绩,不管规模大小,是不是都不能算数、都不能得分?如果“本市业绩”要求能够成立的话,今后南京的工程招标,是不是都可以要求有“南京业绩”?我们锡常招标,也都可以要求投标单位具有“锡常地区从事3个以上类似工程”?

至于第(7)项所提塑胶生产能力,只要投标者能够以合理价格及时采购到各方面符合招标文件要求的合格产品,是否生产塑胶与履行合同无关。试问,客户到酒店吃饭是否还要问酒店自产猪肉,承接铁路工程的企业要自己生产钢轨?承接幕墙工程要自产玻璃?贵院总承包方申江市建工集团股份有限公司自己也不去生产钢筋、混凝土或其他主要建筑材料吧?

我司相信招标中心所拟定的招标文件定是出于公心。但是,招标文件上这三项要求,极易让人联想是否是招标人的个别员工为某个意向中标人所度身定制。因此,如果确实是一时疏忽而填写这两个条款,请采购中心、贵院依法予以撤销,给予所有投标人公平竞标机会。当然,如果贵院确实已经内定中标人,不得已要走法定招标程序,这种情况我们也能理解(市场上确实存在),但是无论如何恳请告知投标人(无论什么方式告知),以免投标人浪费精力和感情,毕竟投一次标也有很大的开销。

政府采购中心是政府公信力的窗口,一言一行天下瞩目。公允、正当、合法是招标采购的三大铁则。我司作为江苏地区薄有声望的体育设施企业,对申江地区相对公平的招标环境一直心向往之,也希望通过自身的努力获得在申江地区发展的机会,故对本次招标文件上的两处瑕疵之处直率提出,希望采购中心及贵院能够考虑我司的建议。毕竟有关条款若是公之于众,恐怕对贵中心乃至申江市银河艺术学院的声誉均将造成难以挽回的损害。

特此致函。希望收到贵中心及学院的积极回音。

锡常市体育工程有限公司

2012年3月22日

【结果】

上述函件发给采购中心及学院领导后,收到立竿见影的回复。2012年3月26日,采购中心、学院即对招标文件进行了修改,并发出了补充招标文件。

申江市银河艺术学院400m田径场及蓝排网手球场工程补充招标文件

经商量，对招标文件有关条款内容补充调整如下：

1、招标文件第五条工程概况“本工程所用塑胶材料……，性能必须符合GB18585-2001和GB18581-2001的国家环境测评标准，并提供2008年度的环保检测报告。”调整为“本工程所用塑胶材料……，性能必须符合GB18585-2001和GB18581-2001的国家环境测评标准，并提供最近年度的环保检测报告。”

2、本工程评比办法技术标部分：

原“（6）二年内本市高校田径或运动场地工程施工业绩（须提供中标通知书及合同主要张页）：有二年内本市高校田径或运动场地工程施工业绩3个及以上的得3分；2个的得2分；1个的得1分；没有的不得分。”现调整为：“（6）投标单位人造草皮材料要求、生产厂家授权书及生产能力与技术性能满足响应程度0-3分。”

原“（7）投标单位塑胶生产能力：具备塑胶生产能力的得3分，不具备塑胶生产能力的不得分。”现调整为：“投标单位塑胶、弹性PU面层和丙烯酸产品生产厂家授权书及生产能力与技术性能满足程度0-2分，投标单位具备塑胶、弹性PU面层合丙烯酸产品生产能力的加1分。”

3、投标单位投标时须增加弹性PU面层样品和丙烯酸样品各一块，规格为300*300mm，密封包装，作为评标和今后场地验收使用。

4、本工程送标时间由2012年4月6日上午8:30调整为2012年4月10日上午8:30；本工程投标截止与开标时间由2012年4月6日上午9:30调整为2012年4月10日上午9:30

5、本工程其他要求，详见招标文件和工程量清单。

申江市政府采购中心、申江市银河艺术学院

2012年3月26日

【后记】

单独一份函件，也许不能完全打消采购中心经办人的杂念。但是，至少有关情况让中心和学院领导有所了解（我们相信采购中心、学院领导对其中猫腻心知肚明），经办人可能会有所收敛。而且，为关系户量身定制的技术标调整后，对方在技术标上不合理领先的五六分优势不再存在，其他人多少有竞争的机会。

社会上不公正的事情常有发生，应有合理的策略来应对，忍气吞声只会丧失愈来愈多的机会。



书面催款，防范赖账

□ 文 / 上海元始律师事务所汇编

2005年4月，甲、乙两公司口头达成买卖合同，约定甲公司向乙施工企业销售花岗岩石材（外墙干挂用），合同总价160万元。甲公司于当月供货并开具了160万元的发票。甲公司同意乙施工企业暂欠石材款，乙施工企业出具欠条一份，但未约定付款期限。2005年5月至2006年12月间，乙施工企业先后五次共向甲公司支付货款100万元，甲公司出具了相应的收款收据。2010年1月，甲公司起诉要求乙施工企业支付欠款。乙施工企业以甲公司已向开具销售发票为依据，主张货款已付清，并称最后一次付款时间为2006年12月，即使货款未付清，也已超过诉讼时效。

问题（1）：货款纠纷中对于是否付清货款的事实，应由供货方还是付款方承担举证责任？

【解答】 本案中，既涉及举证分配，也涉及举证责任转换，《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第2条第1款规定：“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。”因此甲公司向乙施工企业主张货款，甲公司应证明已向乙施工企业交付了货物的事实，而对此双方并无任何争议，故甲公司的举证责任已完成。但乙施工企业即以甲公司向其开具的销售发票为依据，主张货款已付清。《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第5条第2款规定：“对合同是否已履行发生争议的，由负有履行义务的当事人承担举证责任。”至此，乙施工企业已完成了反驳甲公司所应尽的举证责任。如此，举证责任重新转换到了甲公司。甲公司应以乙施工企业认可的事实为依据，提出甲公司开具销售发票与乙施工企业付款并不是同步的，甲公司开具销售发票后，乙施工企业是分期付款的，即销售发票并不直接等同于收款凭证。这样，举证责任重新回到乙施工企业，乙施工企业必须举证证明甲公司开具的销售发票就是乙施工企业的付款凭证。显然，乙施工企业在本案中无法证明，依照《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第2条第2款“没有证据或者证据明显不足以证明当事人的事实主张的，由负有举证责任的当事人承担不利后果”的规定，乙施工企业应承担败诉的后果。

问题（2）：销售发票是否具有付款凭证的法律效力？

【解答】 《中华人民共和国发票管理办法》第3条规定：“本办法所称发票，是指在购销商品、提供或者接受服务以及从事其他经营活动中，开具、收取的收付款凭证。”《中华人民共和国发票管理办法实施细则》第33条规定：“填开发票的单位和个人必须在发生经营业务确认营业收入时开具发票，未发生经营业务一律不准开具发票。”从上述规定可以看出，发票可以视为付款凭证，但事实上，从交易习惯来看，发票虽然可以作为付款凭证但并不必然等同于付款凭证，必须结合具体的商业交易行为，才能真正确定发票的作用。财政部颁布的《会计基础工作规范》第48条第3项规定：“购买实物的原始凭证，必须有验收证明；支付款项的原始凭证，必须有收款单位

和收款人的收款证明。”根据该项规定，对债权人而言，发票与验收证明相结合，构成债权发生依据，债权人凭发票和实物验收证明向债务人主张权利；对债务人而言，发票和收款人的收款证明相结合，就形成了已偿还货款的证据，但仅仅依据发票本身，无法证实债权已经发生或款项已经支付。甲公司开具发票的时间是2005年4月，而乙施工企业付款的时间均在甲公司开具发票后。从这一事实，也可以判断销售发票不能作为乙施工企业已经付款的凭证。

问题（3）：无履行期限债权的诉讼时效如何确定？

【解答】我国《民法通则》第137条规定，“诉讼时效期间从知道或者应当知道权利被侵害时起算”，由此确立了我国法律关于诉讼时效期间起算的一般规定，而现行法律亦并未再对无履行期限债权时效的起算作出特别规定，因此在确定无履行期限债权时效期间的起算点时，仍应以该规定为依据。为此，需要确定无履行期限债权的债权人知道或应当知道权利受侵害的具体时间，或者说问题的根本在于哪些情况下不得开始无履行期限债权诉讼时效期间的起算。笔者认为，不仅债权人未提出请求且债务人未表示不还欠款时债权未受到侵害，而且即使债权人已向债务人作出催告，但在其规定的催告期届满以前，债权人请求债务人履行而债务人以催告期尚未届满为由提出抗辩时债权也未受到侵害，在这两种情况下，均不得开始时效期间的起算，换言之，对于无履行期限的债权，只有债权人向债务人主张债权遭到拒绝之时才开始时效期间的起算。

就本案而言，原告的权利从何时起受到侵害呢？如果原告一直未向被告催讨欠款，而被告也不能举证证明自己曾作出拒绝还款的意思表示，那么原告的权利就一直未受到侵害，只是当原告向法院起诉要求被告付款，而被告拒不付款时才能认定原告的权利受到了侵害，也即本案的诉讼时效期间应从原告起诉而被告拒不付款时起算。尽管对于甲公司主张的催款事实（甲公司称在2007年至2009年间，多次派人到乙施工企业核对账目和催促还款，并有3名财务人员出庭作证），双方存在重大争议，但无论对甲公司所主张的事实如何认定，甲公司的诉讼请求都没有超过诉讼时效——如果认定甲公司在2007年至2009年多次催款的事实，则诉讼时效应从首次催款时开始起



算，而在以后每次催款时中断，因此至2010年1月甲公司提起诉讼时并未超过诉讼时效；如果对甲公司催款的事实不予认定，则在甲公司起诉前诉讼时效尚未起算，其诉讼请求也不会超过诉讼时效。

综上，甲公司与乙施工企业达成的口头买卖石材的合同合法有效。甲公司已履行了交付买卖标的物的合同义务，而乙施工企业未能提供有效证据证明其已履行了付款义务，依法应承担举证不能的责任，甲公司主张的欠款事实成立。乙施工企业结欠甲公司货款未约定付款履行期限，根据我国民法通则和合同法关于诉讼时效期限从权利人知道或者应当知道权利被侵害时起计算，以及对于履行期限不明确的债务，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的相关规定，甲公司主张没有明确履行期限的债权，诉讼时效应从乙施工企业明确拒绝履行债务时起计算。本案没有证据证明乙施工企业拒绝履行债务的事实成立，且甲公司主张债权也未超过我国民法通则规定的权利受保护的二十年诉讼时效期限，甲公司的诉讼请求符合法律规定，应予支持。乙施工企业应承担支付拖欠货款的民事责任。乙施工企业关于甲公司的诉讼请求已超过诉讼时效的抗辩意见，无相关事实及法律依据。

评析 Comment

举凡赖债之人，总会寻找各种似是而非的借口。本案中，对关键的两个争论点，法官的判断还是很精准的：一，发票开出不等于已经付款；二，未约定付款期限的债权，没有超过诉讼时效。

本案中，债权人的胜诉，不等于我们的企业可以高枕无忧。要知道，法官也是普通人，可能受到对方当事人的忽悠，可能因为不熟悉工程事务或受外来因素影响而作出错误判断。为防止意外，企业的工作完全可以做得更到位一些：

一、发票方面：企业可以在收款之后再开发票。对于一定需要先开具发票的情形，可以在发票下端空白部位（背面亦可）用不褪色水笔注明：“上述款项请贵司以银行转账方式支付我司。我司账户为：××银行××支行，账号*****”，同时发票交给对方时记得让对方签收。上述标注内容，让任何第三方都可以明白无误地解读出：第一，开发票时，对方款项还未支付，这样对方没有狡赖的余地，法官也不可能枉法裁判；第二，对方的款项应该进入我方公司账户，不能支付给项目经理个人或其他第三方，有效避免款项的流失。而且，在发票上添加文字标注（只要不覆盖发票上的其他文字），不影响发票的效力，对方完全可以凭加注的发票做账。

二、关于诉讼时效方面，常存在两个误区：一是轻视，至少据笔者了解，有许多当事人误认为，法院不会支持诉讼时效抗辩。这种想法存在极大的风险，诉讼时效作为一种法律制度，有其合理性，一旦法官采纳对方的时效抗辩，当事人有理没处申（上诉也难赢），实践中也确有超过诉讼时效被判驳回而血本无归的案例。二是不懂法，比如前述案例，甲公司称在2007年至2009年间，多次派人到乙施工企业核对账目和催促还款。这可能是事实，多数企业恐怕都是这样去催款的。但是，请注意，一百人上门催款的“事实”，抵不上一份白纸黑字的催款函。所以，施工企业应改变轻视程序的习惯，该留下书面凭证的时候，应及时发函。

可能有些人顾虑到轻易发函是否会得罪甲方。这种顾虑大可不必。函件行文可以客气、理智、合法，不动声色。函件的力量，不在于言辞是否激烈，而在于处理事情是否在理上，分寸把握是否得当。如果企业觉得没有把握，可以聘请专业人士代为拟函。有水准的函件，既能解决问题，又不伤害承包方与发包方的关系。（评析人：上海元始律师事务所李宗猛律师）

专家解惑

□ 文 / 上海元始律师事务所汇编

1、按照定额结算，还是按照无效合同结算？

【案情】2006年6月10日，某建筑公司与某房地产公司签订《建设工程施工合同》，由某建筑公司承建办公大楼，合同约定采用固定单价模式，工程量按实结算。2008年5月工程竣工验收合格并交付使用，双方因工程款纠纷诉至法院。法院经审理查明，某建筑公司属超越资质等级承揽工程，认定施工合同无效。

诉讼中，建筑公司认为合同无效，合同单价不产生效力，请求按照签约时的工程定额标准（江苏2004定额）据实结算工程价款，且不应下浮。

而发包人主张依约合同约定单价结算，依据为《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》（以下简称《解释》）第2条规定：“建设工程施工合同无效，但建设工程竣工验收合格，承包人请求参照合同约定支付工程价款的，应予支持”。由于合同单价较低，按照合同单价计算，造价比2004定额不下浮的结果要低750万元。建筑公司自然不同意，答辩称，司法解释该条款明明白白写清楚“承包人请求参照合同约定支付工程价款的，应予支持”，发包人无此权利。司法解释应该严格适用，不能同意发包人的主张，请求支持其提出的诉讼请求。

【问】在合同无效时，发包人是否亦有权“请求参照合同约定支付工程价款”？

解答 >>>

在民事活动中，双方当事人的权利和义务是平等的。根据《解释》第2条规定的精神，建设工程施工合同无效，但建设工程竣工验收合格，发包人请求参照合同约定支付工程价款的，应予支持。理由如下：

(1)《解释》第2条规定确立的原则是合同无效时的折价补偿原则，而不是无效合同按有效处理。《合同法》第58条规定，合同无效或被撤销后，因该合同取得的财产应当予以返还；不能返还或没有必要返还的，应当折价补偿。建设工程施工合同的特殊之处在于，建设工程的施工过程就是承包人将劳务及建筑材料物化到建设工程的过程，合同无效时，不存在返还的可能性，只能适用折价补偿原则。保障工程质量是建筑类法律、法规的生命线，《建筑法》及相关行政法规规范，均将保证工程质量作为立法的主要目的和出发点。《合同法》、《城市房地产管理法》、《招标投标法》、《建筑法》及《建设工程质量管理条例》等法律、法规规定，建设工程未经验收或者竣工验收不合格的，不得交付使用。虽合同无效，但建设工程竣工验收合格即具备了法定的交付使用条件，发包人应当支付工程价款。按照法律规定，不能返还或者没有必要返还的无效合同，应当折价补偿，即据实结算。司法解释规定的“参照合同约定支付工程价款”原则，就是按照当前建筑市场供需关系的实际情况确定的，是符合实际情况的，也能够平衡承、发包双方当事人

人利益关系，本身就是“据实结算的标准”，从而也达到了便捷、合理解决当事人纠纷的目的。

(2)赋予发包人有权请求参照合同约定支付工程价款的权利，是平等保护合同双方当事人的需要。《解释》第1条和第4条规定了合同无效的五种情形：一是承包人未取得建筑施工企业资质或超越资质等级的；二是没有资质的实际施工人借用有资质的建筑施工企业名义的；三是建设工程必须进行招标而未进行招标的；四是承包人非法转包建设工程的；五是承包人违法分包建设工程的。考察以上五种合同无效的情形就会发现，除了第三种外，其他四种导致合同无效的责任主要在承包人一方。在建设工程施工合同无效、建设工程竣工验收合格的情况下，会出现以下几种情形：一是承包人要求参照合同的约定支付工程价款，发包人没有异议，这种情形下没有争议；二是承包人要求按照定额标准据实结算工程价款，而发包人则要求参照合同的约定支付工程价款，如果这时不支持发包人的请求，在一般合同约定工程价款低于按照定额标准据实结算工程价款的情况下，会出现由于承包人的原因导致合同无效时，由于按照定额标准据实结算工程价款高于合同约定工程价款，使其获得了比有效合同下更多的利益，这显失公平；三是承包人要求进行鉴定或委托评估的办法来认定工程款数额，而发包人则要求参照合同约定结算工程价款，我们认为，如是未完工工程结算，改变设计变更工程量，合同约定不明等特殊情况下，参照合同无法结算的，可以采取委托评估方式据实结算工程款。除此之外，应当支持发包人参照合同的约定支付工程价款的请求。综上所述，第一种情况下无异议；第二、三种情况下，显然应支持发包人参照合同约定结算工程价款的诉讼请求。

综上，我们认为，建设工程施工合同无效，但建设工程竣工验收合格，发包人请求参照合同约定支付工程价款的，应予支持。





2、没有约定付款时间，应该何时付款？

【案情】2010年10月5日，某砖瓦公司法定代表人赵某与某施工单位法定代表人张某在一企业家年会上口头约定，由砖瓦公司向施工单位供应外墙面砖100箱。2010年10月8日，砖瓦公司将100箱面砖运到施工单位，施工单位检验并接受了货物。后来，赵某（砖瓦公司）多次打电话给张某（施工单位）要求支付货款，但张某均以公司资金周转困难为由不予支付。砖瓦公司遂以施工单位违约为由向法院起诉。施工单位称双方并没有约定支付价款的时间，因此并没有违约。

【问】没有约定支付价款的时间怎么办？

解答 >>>

本案中，赵某和张某分别为砖瓦公司和施工单位的法定代表人，两人的缔约行为属于职务行为，因此，砖瓦公司与施工单位之间依法成立该面砖买卖合同，施工单位依法负有支付价款的义务。

在双方没有对货款支付时间进行约定的情况下，依据《合同法》第161条的规定，买受人应当在收到标的物的同时支付货款。据此，本案中施工单位应当在2010年10月8日，收到面砖之日支付价款。可见，施工单位一直以公司资金周转困难为由拖欠货款的行为已经构成违约，因此砖瓦公司的诉讼请求应当予以支持。

根据《合同法》第六十一条及一百六十一条的规定，买卖合同双方当事人对价金的支付时间有明确约定的，自应从其约定。对支付时间没有约定或者约定不明确，可以协议补充；不能达成补充协议的，按照合同有关条款或者交易习惯确定。在根据上述方法仍不能确定的情况下，买受人应当在收到标的物或者提取标的物单证的同时支付。需要注意的是，在当事人双方对价金支付时间和标的物交付时间均没有约定或者约定不明确，而且既未达成补充协议也无法按照合同有关条款或者交易习惯确定的情况下，由于当事人双方都享有同时履行抗辩权，双方应同时履行。另外，在简易交付时，因买受人在合同成立前即已经占有标的物，按照《合同法》的相关规定，标的物自合同成立时起视为交付，因此，在当事人双方对价金支付时间没有约定或者约定不明确，而且既未达成补充协议也无法按照合同有关条款或者交易习惯确定的情况下，买受人应在合同成立时支付价款。

3、买卖合同中多交货物应当如何处理？

【案情】2010年11月20日，某电力建设工程公司向某电缆厂订购电缆，约定到货之日起五日内支付货款。2010年12月10日，电缆厂按合同要求将电缆运送到工地，电力公司接收了货物并一次性付清了全部货款。2010年12月11日，电力公司清点后发现多给了10卷电缆，于是存于仓库中没有使用也没有通知电缆厂取回。后电缆厂发现多交了10卷电缆，要求电力公司支付相应价款。电力公司则称多交的电缆一直存在仓库中并没有使用，因此不能认为该公司已经同意接受该10卷电缆，不同意支付价款但愿意将电缆交还给电缆厂。

【问】买卖合同中多交货物是应返还还是支付价款？

解答 >>>

依据《合同法》第162条的规定：“出卖人多交标的物的，买受人可以接收或者拒绝接收多交的部分。买受人接收多交部分的，按照合同的价格支付价款；买受人拒绝接收多交部分的，应当及时通知出卖人。”本案中，电力公司有权拒绝接收多交付的电缆，但是其应当将其拒绝的意思及时通知电缆厂。而实际上电力公司一直都没有履行该通知义务，直到电缆厂自己发现多交货物时才主张其从没有同意接收。因此，电力公司应当承担没有履行及时通知义务的不利后果，支付货款。

出卖人多交标的物，在实际生活中并不鲜见。出卖人往往是出于让买受人多买的目的。依照《合同法》第162条的规定，在这种情况下，买受人可以接收多交的部分，对于这部分多交的标的物，应当按照双方订立合同时约定的标的物价格计算价款，而不是按照交付时的价格。买受人也有权拒绝接收多交的部分。

在双方当事人明确约定了标的物数量的情况下，出卖人应当按照约定的数量向买受人交付标的物，如果出卖人交付的标的物超出了约定的数量，买受人可以接收也可以拒绝接收多交的部分。买受人接收多交部分的，应当按照合同的价格支付价款，这可以认为是双方变更了合同中标的物数量的条款。为了维护出卖人的利益，在买受人拒绝接收多交部分的情况下，他应当及时通知出卖人。

在买受人拒绝接收多交部分的情况下，买受人除了承担通知义务，应当认为他还要承担保管义务。该保管义务实际上是基于诚实信用原则和当事人之间的联系而产生的附随义务，它属于法定义务，保管费用应由出卖人负担，但是买受人无权因为其保管行为而向出卖人要求报酬。在买受人接收多交标的物但拒不按照合同价格支付价款的，出卖人可以要求其承担违约责任，也可以要求其返还不当得利。

4、母公司、子公司、施工企业谁担责？

【案情】2010年年初，上海市一家电力公司（以下称市电公司）经过考查准备在江苏省某县设立一家电力公司（以下称县电力公司）。市电公司把修建县电力公司电站的工程发包给上海一家建筑公司。这家建筑公司在依据市电公司提供的图纸进行修建的过程中，并未发现图纸对某一地段的地质结构作出特别表明，便按照通常的方式展开施工。但是，该地段属于沙土地段，建筑公司对该地段的地质结构处理不当，导致电站所处地段的岩土滑坡，致使周边一幢大楼被拉裂，损害非常严重。后来，市电公司完成了县电力公司的设立登记，县电力公司领取了营业执照。新建电站被划入县电力公司中，成为县电力公司的资产。该大楼的产权人以县电力公司侵权为由，要求县电力公司赔偿房屋损失。县电力公司辩称，在电站修建的过程中，公司尚未成立，因此不可能实施侵权行为。周边房屋的损坏是由于建筑公司的施工不当造成，因此应当由建筑公司承担赔偿责任。

【问】究竟应当由谁对周边房屋的损失承担赔偿责任？

解答 >>>

本案中存在两种法律关系。一是因侵权行为所引发的侵权法律关系。构成侵权行为，一般要符合如下构成要件：加害行为、损害事实、加害行为与损害事实之间存在因果关系、行为人存在主观过错。(1)加害行为。又称致害行为，是指行为人作出的导致他人的民事权利受到损害的行为。从形式上看，加害行为可以是作为，也可以是不作为。以不作为构成加害行为的，一般以行为人负有特定的义务为前提。(2)损害事实。损害事实，是指因一定的行为或者事件对他人的财产或者人身造成的不利影响。(3)加害行为与损害事实之间存在因果关系。因果关系，是指一种现象在一定条件下必然引起另一种现象的发生，则该种现象为原因，后一种现象为结果，这两种现象之间的联系，就称为因果关系。(4)行为人主观上存在过错。过错，是行为人决定其行动的一种心理状态。行为人是否有过错直接关系到对其行为性质的认定。过错包括故意和过失两种。

本案中，建筑公司的施工造成周边大楼损坏，建筑公司是否构成侵权？按照侵权的四要件构成。在加害行为、损害事实、因果关系三要件上不存在争议。但是在是否存在主观过错方面还需要具体分析。本案中，建筑公司是依据市电公司提供的设计图纸展开的施工，市电公司提供的图纸本身存在设计缺陷，加之建筑公司本身存在施工过错，导致大楼损坏。根据《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第16条的规定，下列情形，适用《民法通则》第一百二十六条的规定，由所有人或者管理人承担赔偿责任，但能够证明自己没有过错的除外：（一）道路、桥梁、隧道等人工建造的构筑物因维护、管理瑕疵致人损害的；（二）堆放物品滚落、滑落或者堆放物倒塌致人损害的；（三）树木倾倒、折断或者果实坠落致人损害的。前款第（一）项情形，因设计、施工缺陷造成损害的，由所有人、管理人与设计、施工者承担连带责任。因此，市电公司应当与建筑公司承担连带赔偿责任。

第二种是公司法上的法律关系，即发起人的设立行为所产生的债务究竟由谁承担的问题。发起人负责筹办与公司设立有关事务，在设立过程中发起人所从事的与设立有关的行为应当由成立之后的公司承担，或者发起人所从事的与设立无关的行为在成立之后的公司追认后也由公司承担”。公司追认一般要通过董事会决议，如果公司以事实行为享有了行为的利益，公司应当与发起人一起对该行为承担责任。如果发起人承担了责任，可以向公司追偿。本案中，市电公司是县电力公司的发起人。市电公司委托建筑公司建设电站是为了县电力公司的设立所作的准备工作。县电力公司在成立之后承受了电站这一固定资产，因此县电力公司与市电公司对该侵权承担共同责任。由于大楼产权人以县电力公司作为被告提起诉讼，要求县电力公司赔偿房屋损失，因此，县电力公司有义务对大楼产权人进行损害赔偿。

企业劳动人事专题

□ 文 / 上海元始律师事务所汇编

1、只上一天班，是否也要支付经济补偿金？

【案情】

张某被聘为某公司质检部经理，只上了一天班，就因为公司设备有严重问题被客户退回而遭公司解除劳动合同。张某的月工资为8000元，在办理离职手续时，张某要求公司支付经济补偿。公司认为张某简直是无理取闹、不可理喻，上了一天班就要求经济补偿，太可笑了。

问：只上一天班也能享受解除合同补偿金吗？如何理解“六个月以上不满一年的，按一年计算；不满六个月的，向劳动者支付半个月工资的经济补偿”？

【解答】

依据《劳动合同法》第40条和第46条的规定，用人单位因为劳动合同订立时所依据的客观情况发生重大变化，致使劳动合同无法履行，和劳动者解除劳动合同的，应当向劳动者支付经济补偿。并且，用人单位还应当提前30日以书面形式通知劳动者本人或者额外支付劳动者1个月工资才可以解除劳动合同。

经济补偿年限可以分为以下几种情况：

第一，劳动者在本单位的工作时间不满6个月的。用人单位应当向劳动者支付半个月的工资作为经济补偿。

第二，劳动者在本单位工作时间为6个月以上不满1年的，按1年计算。用人单位应当向劳动者支付1个月的工资作为经济补偿。

第三，劳动者在本单位工作时间超过1年的，工作时间中不足1年的时间按照前两段的方法计算经济补偿，加上整年的工作时间的经济补偿，得出经济补偿的最终金额。

第四，如果劳动者工作时间正好是6个月，我国法律规定“以上”、“以下”、“以内”、“届满”，一般包括本数；所称的“不满”、“以外”，一般不包括本数。所以工作时间正好6个月的，经济补偿按照1个月工资计算。

例如，劳动者工作了3年零5个月，用人单位应当向劳动者支付3个半月的经济补偿；劳动者工作了3年零6个月，用人单位应当向劳动者支付4个月的经济补偿。

本案中，张某上班一天，属于不满6个月的情形，公司应当向张某支付的款项包括：

第一，张某可以拿到一天的工资；

第二，公司还要支付1个月工资（日工资×21.75）作为解除劳动合同的代通知金；

第三，公司应当支付半个月的工资（日工资×21.75÷2）作为经济补偿金。

所以说，企业应该在用人之前把好审核关。进人之后，一旦不理想，再要解除合同难免遭受损失。

2、病假单是否一定要指定医院出具才有效力？

【案情】

上海某国有大型公司规定职工开具病假证明，必须到指定医院就诊，其他医院开具的病假证明一律不予认可，停工期间按旷工处理。此前，患病一年多的方小姐一直递交所在区医院开具的病假证明，公司告知其应遵守规章制度，此后方小姐一直未按规定交病假单。因此，公司拒收方小姐递交的由区医院开具的病假证明单，对其作出了旷工处理。方小姐认为自己已在区医院就诊并开出病假单，公司无理拒收，要求撤销辞退决定、恢复劳动关系、支付病假工资等。

问：企业能否指定开具病假单的特定医院？

【解答】

通常认为，到何处就医是员工自由选择的权利，而且只要到医保定点医院看病，就不会影响到医药费的报销，所以说，只要是医保定点医院开具的病假单应即为有效。当然，如遇急诊等特殊情形，可以适当例外，由员工事后补齐亦可。对于有些企业在规章制度当中指定看病的具体医院，是否就一定认为其是无效的呢？这个要看具体的情况。如果这些诊疗医院的指定并不影响员工的就医权利和方便性，而且该项规章制度履行了民主程序或公示程序（公告或直接告知劳动者——的话，员工就应当执行，也就是说除非特殊情况，只有企业所指定的医院开的病假单才有效。当然，如果企业对医院的指定违反公平性和方便性原则，这种指定应该是不合理的，员工持适格医院开具的病假单向企业申请休假，企业应当予以批准。

本案中，公司的规定导致职工不能到市内建立医疗保险结算关系的医疗机构就诊，损害了员工就医的基本权利，是无效条款，公司应与方小姐恢复劳动关系，并且支付病假工资。

5、劳动合同与企业规章相冲突，如何处理？

【案情】

王某担任某公司的区域销售经理，劳动合同约定王某的劳动报酬为底薪3000元加销售提成的10%，提成年终发放。5个月后，公司觉得销售员积极性不高，业绩不明显，通过规章制度的形式明确：区域销售经理每个月的劳动报酬标准为底薪1500元加上销售提成的20%。之后，王某的销售产值大幅度上涨。年终结算时，王某与公司就劳动报酬标准发生争议。王某要求公司按调整后的标准（1500元+20%）发放劳动报酬；公司则认为劳动合同的效力应当高于规章制度的效力，所以劳动报酬的标准应当按照劳动合同的约定（3000元+10%）执行。

问：用人单位制定的规章制度与劳动合同约定的内容不一致时，应如何选择？

【解答】

实践中存在“规”、“约”之争，就是用人单位的规章制度与劳动合同条款之间发生冲突时，应当优先适用谁的问题。最高人民法院的《关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释》（二）第16条解决了这个问题：用人单位制定的内部规章制度与集体合同或者劳动合同约定的内容不一致，劳动者请求优先适用合同约定的，人民法院应予支持。

如果规章制度相比劳动合同更有利于劳动者，则可以适用规章制度。到底是适用规章制度，还是适用集体合同或者劳动合同，完全由劳动者来选择。比如劳动待遇规定得高于劳动合同的约定，那么劳动者有权选择优先适用规章制度中的劳动待遇条款，劳动仲裁庭和法院会按照对员工有利的标准确定员工应当享受的劳动待遇。

企业不能把规章制度和劳动合同作为人力资源管理的两张皮。用人单位要对规章制度和劳动合同综合规划、分别制定、全面审查，争取两者的协调一致。

3、包工头下面的工人受伤，由谁承担责任？

【案情】

甲公司作为发包人将其所有的一处办公用房的改建工程发包给个体工商户小刘，小刘带领临时招用的建筑工人进行工程改建工作。由于没有安全保护设备，工程进行到一半的时候，临时工小赵被坠落的砖块砸中头部而受伤，共花费35000元医疗费用。小赵要求小刘赔偿这笔医疗费，但是小刘认为自己只是负责工程的改建工作，工程的真正所有人是甲公司，因此拒绝赔偿。甲公司认为小刘承包了工程，因此小赵的损害与他们无关。

问：由谁对小赵受到的损害承担赔偿责任？

【解答】

本案涉及的是个人承包经营中的劳动者损害的赔偿问题。由于甲公司属于建设工程施工单位，根据《关于确立劳动关系有关事项的通知》第4条的规定，建筑施工、矿山企业等用人单位将工程(业务)或经营权发包给不具备用工主体资格的组织或自然人，对该组织或自然人招用的劳动者，由具备用工主体资格的发包方承担用工主体责任。换句话说，建筑、建设单位在这种情况下和劳动者形成事实劳动关系，应当承担相应的法律责任。甲公司应当作为实际用工主体，对小赵承担劳动法上的法定义务。但是，如果个人承包经营者违法招用劳动者的，则根据《劳动合同法》第94条的规定，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。劳动者既可以要求个人承包经营者全额或者部分赔偿，也可以要求发包的组织即个人承包经营者所承包的单位全额或者部分赔偿。



4、企业能否以年休假制度代替事假制度规定员工申请事假的优先使用年休假折抵，即只有年休假休完后才可以申请事假？

【解答】

《职工带薪年休假条例》第4条规定了职工休有薪事假累计20天以上，不享受当年的年休假，但是对该条正确的理解应是“不享受当年年休假”的前提是“有薪事假”和“累计20天以上”。年休假与事假的休假基础和假期待遇均不相同，是两种不同的假期类型，不能简单的、单方面的加以抵扣或冲抵，否则就侵犯了劳动者的正当权益。

现在员工通常有这样一种心理，就是平常一旦有临时安排就请事假，甚至把事假和年休假放在一起休，给企业日常用工管理造成较大被动。这里提供两个处理思路：一是加强事假管理，把申请事假的权限上移，使员工申请事假在程序上变得更为困难；二是改进年休假管理，将年休假核准权限下移，使员工申请年休假在程序上变得更为便利。如此下来，员工甚至会自行选择休年休假而非事假，这时效果依然，但员工的自主选择却使得企业休假管理不再具有违规性。

6、女职员非法生育第二胎的，适用《劳动合同法》第四十二条中的“在孕期、产期、哺乳期，用人单位不得解除劳动合同”吗？

【解答】

“非法”在这里是个广义的说法，指违反计划生育规定，而违反计划生育规定，够不上刑事责任。

《劳动合同法》第四十二条第四款规定“女职工在孕期、产期、哺乳期的，用人单位不得依照本法第四十条、第四十一条的规定解除劳动合同”，主要是为了保护妇女的合法权益，保护其在孕期的必需生活条件，即使出现非过失性解除和经济性裁员的条件，也不得解除劳动合同。



但是，不同的情况下，该条法规的适用情况也不同。该问题主要可能出现以下几种情况，因此应视情况不同采取不同的处理方式：

1. 如果劳动合同条款中有约定违规生育可解除合同的，不适用《劳动合同法》第四十二条中的“在孕期、产期、哺乳期，用人单位不得解除劳动合同”。企业可以在问题得以确认后，与该职工解除劳动合同。

2. 企业的规章制度中明确说明了禁止非法生育第二胎的，不适用《劳动合同法》第四十二条中的“在孕期、产期、哺乳期，用人单位不得解除劳动合同”。可参照《劳动合同法》第三十九条规定，按严重违反用人单位的规章制度的情况，解除与劳动者的劳动合同。符合《劳动合同法》第三十九条规定解除劳动合同的情况，属于用人单位过错性解除劳动合同，即由于劳动者的过错行为而导致劳动合同解除。在这种情况下，解除劳动合同，企业不需要提前通知员工，也不需要支付任何的经济补偿金。

3. 若该女职工是公务员，则应参照公务员管理的相关法律。根据国家法律规定，在中国大部分地区 and 人群中，少数民族和边远地区除外，原则上所有的公职人员不得生育二胎，如违法生育，革除公职是坚决执行的一项处理措施。这种情况不适用《劳动合同法》。

4. 如果政府有关部门因为某个职工的“非法”生育而对企业进行处罚，用人单位可以依照《劳动合同法》第三十九条规定，按“给企业造成经济损失，对该职工进行解雇。这种情况不适用《劳动合同法》第四十二条中的“在孕期、产期、哺乳期，用人单位不得解除劳动合同”。

如果合同无约定，政府相关部门也未对该职工进行处罚，则适用《劳动合同法》第四十二条第四款的规定，即“女职工在孕期、产期、哺乳期的，用人单位不得依照本法第四十条、第四十一条的规定解除劳动合同。”该条件下还可以分为两种情况：

(1) 如果企业比较正规，企业与公司所在地负责计划生育的单位签订了《计划生育责任书》，则参照企业签订的《计划生育责任书》。不过不同地区的责任书并不是完全一致的，所以一定要参照当地的责任书的具体条款。例如，对女职工非法生育第二胎的，深圳的《计划生育责任书》就规定，违反计划生育的员工不能享受产假待遇，可以在合同到期时和她终止合同，但不能因此和她解除合同。但是这并不一定适用于其他省市。

(2) 单位没有相关规定，也没有签订《计划生育责任书》的，适用《劳动合同法》第四十二条中的“在孕期、产期、哺乳期，用人单位不得解除劳动合同”。并且，不仅不应解雇，还应正常执行相关女工生育保护制度。

这个问题应引发企业管理者的思考，以加强管理，在企业的规章制度中对职工生育政策进行具体说明，并且向员工进行宣传。一旦发生违反规定的情况，可以参照相应法律进行处理。另外，企业应当规范操作，与当地的人口与计划生育管理单位签订《计划生育责任书》，规范对职工的生育管理。

燕子矶口占，时奉诏剿左兵

[明] 史可法

来家不面母，
咫尺犹千里。
矶头洒清泪，
滴滴沉江底。

马上作

[明] 戚继光

南北驱驰报主情，
江花边月笑平生。
一年三百六十日，
都是横戈马上行。

法规速递

□ 文 / 上海元始律师事务所汇编

施工期压缩幅度不得超过15%

针对本市建筑市场普遍存在的盲目压缩合理施工工期现象，上海市人大常委会于2011年12月22日颁布了《上海市建设工程质量和安全管理条例》。该条例规定，建设工程发包前，建设单位应当根据建设工程可行性研究报告和建设工期定额，综合评估工程规模、施工工艺、地质和气候条件等因素后，确定合理的勘察、设计和施工工期。并且勘察、设计和施工工期确定后，建设单位不得任意压缩。

为了使上述条例在实践中得以有效实施，全面遏制沪上建筑工程压缩工期的现象，市建交委在近日颁布的《上海市建设工程施工工期定额（2011）》中明确规定，招标工期要求与《施工工期定额》的压缩幅度不得超过15%（含），以加强合同工期的源头管理，保障合理工期。并指出，在工程招标投标时，要将合理的施工工期安排作为招标文件的实质性要求和条件，任何单位和个人不得任意压缩合理的施工工期。此次《施工工期定额》的发布实施为科学确定合理工期提供了依据。

《中华人民共和国招标投标法实施条例》颁布实施

为加强《中华人民共和国招标投标法》在实践中的操作性，国务院于2011年底发布了《中华人民共和国招标投标法实施条例》，针对目前虚假招标、串标围标、违法交易等突出问题，完善了相应的行政监管和法律惩防措施。

1. 进一步明确了应当公开招标的项目范围。凡属国有资金占控股或者主导地位的依法必须招标的项目，除法律、行政法规规定的特殊情形外，都应当公开招标。

2. 充实细化了防止虚假招标的规定。禁止以不合理条件和不规范的资格审查办法限制、排斥投标人。不得对不同的投标人采取不同的资格审查或者评标标准，不得设定与招标项目具体特点和实际需要不相适应或者与合同履行无关的资格审查和中标条件，不得以特定业绩、奖项作为中标条件，不得限定特定的专利、商标、品牌或供应商等。

3. 完善了评标委员会成员选取和规范评标行为的规定。除招标投标法规定的特殊招标项目外，评标委员会专家成员应当从评标专家库内相关专业专家名单中以随机抽取的方式确定。国家工作人员以任何方式非法干涉选取评标委员会成员的，依法追究法律责任。评标委员会成员不得私下接触投标人，不得收受投标人给予的财物或者其他好处，不得向招标人征询确定中标人的意向，不得接受任何单位及个人提出的倾向或排斥特定投标人的要求，不得有其他不客观、不公正履行职务的行为；收受财物或者其他好处的，处以罚款、取消资格，构成犯罪的依法追究刑事责任。

4. 进一步明确了防止招标人与中标人串通搞权钱交易的规定。招标结束后依法订立的合同，主要条款应当与招标文件、中标人投标文件的内容一致，招标人和中标人不得再行订立背离合同实质性内容的其他协议。

5. 强化了禁止利用权力干预、操纵招标投标的规定。禁止国家工作人员以任何方式非法干涉招标投标，违反规定的依法给予处分，构成犯罪的依法追究刑事责任。

6. 完善了防止和严惩串通投标、弄虚作假骗取中标行为的规定。有这些行为的，中标无效，没收违法所得，处以罚款，情节严重的取消一定期限内的投标资格，直至吊销营业执照，构成犯罪的依法追究刑事责任。草案还规定了招标专业人员职业资格制度，完善了对招标投标的行政监督规定。

申城管理出新规 幕墙安全责任业主担

为加强本市建筑玻璃幕墙建设和使用管理，保障社会公共安全，减少光反射环境影响，《上海市建筑玻璃幕墙管理办法》于近日颁布并实施。

《管理办法》明确规定了两类禁止，即：禁止在T形路口正对直线路段的建筑物上采用玻璃幕墙；禁止“住宅、医院门诊急诊楼和病房楼、中小学校教学楼、托儿所、幼儿园、养老院”的“二层以上”建筑物上采用玻璃幕墙。

《管理办法》同时对可以采用玻璃幕墙的建筑物，对材质和空间布局作了三个限制，即：处于人流密集、流动性大的区域内的建筑物；临街建筑；发生幕墙玻璃坠落容易造成人身伤害、财产损坏的其他建筑物，需要在二层以上安装玻璃幕墙的，应当采用安全夹层玻璃或者其他具有防坠落性能的玻璃。

对已完成施工安装的既有玻璃幕墙，《管理办法》明确建筑物所有人（业主）是使用与维护的责任主体，规定：业主应当履行对玻璃幕墙的日常维护保养、定期检查、安全性鉴定等排查安全隐患的法定义务；发现安全隐患，业主应当维修；业主拒不履行安全性鉴定或者维修义务，可能造成玻璃幕墙坠落，已经或者将危害交通安全的，建设管理部门可以委托相关单位进行安全性鉴定或者维修；对采用钢化玻璃等存在爆裂、坠落伤害事故风险的玻璃幕墙，业主应当根据不同情况，采取粘贴安全膜、设置挑檐、顶棚等必要的防护措施。

从《管理办法》的实施可以看出，上海对于玻璃幕墙的管理正在不断完善，因此，建筑玻璃幕墙相关责任人尤其是既有玻璃幕墙建筑的业主更应知晓各自在幕墙建设和安全使用维护方面的责任与义务，认真贯彻落实《管理办法》的各项规定和规范要求，进一步规范玻璃幕墙建设、设计、施工、监理及施工图审查等各方行为，确保玻璃幕墙工程的安全与质量。

在沪施工企业外来从业人员参加本市城镇社会保险的新规定

为加强对在沪施工企业中外来从业人员基本社会保险的管理，明确哪些人员企业需要为其缴纳社保，上海市人力资源和社会保障局于2012年3月22日发出相关通知（沪人社养发[2012]20号），做出如下规定：

1. 与注册在本市的在沪施工企业建立劳动关系的外来从业人员，应当参加本市城镇职工基本养老保险。其中，具有外省市城镇户籍的外来从业人员，应当同时参加基本养老保险、基本医疗保险、工伤保险、生育保险和失业保险；具有外省市非城镇户籍的外来从业人员，应当同时参加基本养老保险、基本医疗保险、工伤保险。

2. 与注册在外省市的在沪施工企业建立劳动关系的外来从业人员，原则上应在用人单位注册地参加城镇职工基本养老保险。未在用人单位注册地参加城镇职工基本养老保险的，经用人单位提出申请，可以参照本通知第一条有关注册在本市的在沪施工企业外来从业人员的规定，参加本市城镇职工基本养老保险。

3. 在沪施工企业外来从业人员参加本市城镇职工基本养老保险，用人单位和个人的缴费基数和比例，按本市有关规定执行。其中，非城镇户籍的外来从业人员参加基本养老保险，缴费基数实行过渡办法，缴费基数和比例按《上海市人民政府关于外来从业人员参加本市城镇职工基本养老保险有关问题的通知》、《上海市人民政府关于外来从业人员参加本市城镇职工基本医疗保险若干问题的通知》、《上海市人民政府关于外来从业人员参加本市工伤保险若干问题的通知》规定执行。

4. 在沪施工企业外来从业人员参加本市城镇职工基本养老保险享有的待遇，按本市现有规定执行。其中，2011年7月1日以后被认定为工伤的外来从业人员的工伤保险待遇，按《上海市人民政府关于外来从业人员参加本市工伤保险若干问题的通知》执行。

5. 与注册在外省市的在沪施工企业建立劳动关系的本市户籍人员，可参照本通知第二条规定执行。

6. 本通知从2012年4月1日起执行，有效期自实施之日起5年。在沪施工企业外来从业人员同时停止参加本市外来从业人员综合保险。



以古喻今话索赔

□ 文 / 上海元始律师事务所 李宗猛律师

【试荆】隋燕荣为幽州总管。道次，见丛荆堪为笞箠，取以试人。人自陈无罪。荣曰：“后有罪当免。”及后犯细过，将挝之。人曰：“前许见宥。”荣曰：“无过尚尔，况有过乎？”笞箠如初。——冯梦龙《古今谭概》

译文：

隋朝的燕荣任幽州（今河北北部，北京一带）总督。途中扎营，看见一丛丛的荆棘能够做成打人用的藤鞭，取来在人身上试。那人自己陈述无罪。燕荣说：“以后有罪就赦免你。”等到后来，那人犯了一个小过错，将要打他。那人说：“以前答应宽恕的。”燕荣说：“没错尚且要打你，何况犯了错呢？”仍然像当初那样用荆鞭打他。

评析：

千百年来，出尔反尔似乎是上位者的专利。时至今日，燕荣大都督的跋扈作风，已经遗传到开发商身上。作为弱势一方的施工企业，在施工管理、签证索赔过程中，如遇不讲信誉的建设单位，岂可不慎哉！

一、“不会让你们吃亏”的承诺

某特级建筑企业来沪承包十万平米的经济适用房项目。施工过程中，建设单位总经理向施工单位保证，“你们放心干，我们是国有企业，不会让你们吃亏的”。施工单位吃了定心丸，过程中没有怎么去办理变更签证，一鼓作气将项目建成完工并交付建设单位。完工后，施工单位才提交36份签证，涉及1800多万元。由于该经济适用房项目是政府限价回购，建设单位算下来自身没多大利润。这时候，建设单位的口风就完全变了。建设单位委托律师对施工企业的签证申请回函称：

（一）按照总承包合同，工程变更事项确定后，施工单位应在14天内向建设单位提交工程价款变更报告，逾期提交的，视为施工单位放弃签证权利。因此，从合同平台角度，对于此前发生的超过14天的变更事项，施工单位在完工阶段才申报，已经丧失了获取签证价款的权利。

（二）本着“合作和尊重事实”的态度，建设单位愿意在签证价款上作出一定让步。建设单位的所谓“让步”，不过是对一些责任清楚、事实确凿的个别签证事项给予认可，总金额不过100多万元。

（三）建设单位还强调，若是施工单位拒绝接受100多万元的批复而提起诉讼，则100多万元的超期签证他们也拒绝认可，而且还要提起工期、质量反索赔。

施工单位原先申报的1800万元签证款中，固然有不少水分，但合理部分至少也有几百万元，但是由于当初的轻信，许多方面都没有留下证据；而且该项目造价预计在1.5亿元以上，拿到的工程进度款合计才1.1亿元，尾款还有4000多万元，一旦涉诉，两三年的官司下来，资金利息负担让他们吃不消。

仔细掂量后，施工单位最终只能忍气吞声，接受了苦果。所以说，即使甲方有“不让吃亏”的承诺，过程中还是应该保留证据，及时签证，以免权利受到损失。

二、“曲线弥补”遭撤销

天飞公司总承包某住宅工程。工程开工后，由于建设单位设计出图延迟、围护分包单位未能落实等原因，导致天飞公司发生停窝工。由此，天飞公司希望建设单位给予补偿。甲方代表提出，如果承包方提出停窝工损失索赔，比较难看，公司老板也可能批评项目管理部人员，所以希望改用其他签证来弥补天飞公司损失。采用的具体方法是，本工程全部土方约有五万方，其中三万余方外运，近两万方土堆置在现场（备日后基坑回填和绿化种植用）；甲方代表建议，将五万方土全部按照外运给予签证，多出来的差价用于弥补天飞公司的停窝工损失。

天飞公司一来尊重甲方代表，二来想反正经济上差不多，同意按此办理了签证，没有办理甲方因素影响工期的签证。

在工程竣工之后，双方因工程款结算争议涉诉，并进入司法审价程序。建设单位向法庭提供两组证据证明土方全部外运的签证失实：第一，建设单位找到当初土方外运单位，拿出土方单位与天飞公司签署的土方工程量结算单，证实外运土方量只有三万余方；第二，甲方拿出工程实施过程中拍摄的一系列照片，多张照片表明施工过程中现场堆放大量土方，还有天飞公司从现场堆土位置短驳土方回填的情景，证实土方并没有全部外运。天飞公司无法证明这张签证实际上是为了补偿停窝工损失，而此时甲方代表已经离职；天飞公司找到此人，但无奈其人拒绝出庭作证。

三、书面凭证至关重要

国内某承包公司承包伊拉克Dibis水坝重建工程。工程按期完工实现截流，河水水位上升后从溢洪道流向下游。溢洪道之前有一道土堤，监理工程师担心土堤影响溢洪道顺利泄洪，通知承包商将这道具土堤拆除。承包商立即派了推土机将土堤推平。当月进度款结账时，通过对土方量的讨价还价，按照可参照的土方开挖单价结算了5000方，约合1万美元。

一个月后，伊方在支付上月工程进度款时一并支付了这笔增加工程款，承包商由此放心。但到最终结算工程总价款时，这1万美元不仅全数扣回，而且还加收利息。

发包人的处理并无过错，按照国际惯例，承包工程价款结算的任何依据都必须是书面的，口说无凭，承包合同条款也明文规定以书面文字为凭。承包商未曾向监理工程师索要书面命令，只能自认倒霉，即使承包商申请国际仲裁，亦难以挽回这1万美元的损失。

承包公司在这件事上的最大教训是没有及时要求工程师书面确认口头指示，这是值得引以为戒的。

国内企业看到这个案例可能会觉得不可思议。这样的签证，国内企业可能心想无论如何都会争取过来，绝对不会轻易放弃。但要知道，即使是在国内施工，愈来愈多的建设单位聘请境外背景的投资监理，合同体系、签证索赔、竣工结算诸方面的游戏规则逐渐与国际接轨。国内企业若是一味抱着原有的经验，轻视证据、轻视程序，日后吃亏上当在所难免；而且，国内的证据规则亦是要求当事人对自己的主张提供证据支持，没有证据就要承担不利的法律后果。

中国的建筑业从业人员已经超过3000万人，是韩国的100多倍。但在国际建筑市场上所占份额仅有韩国的几分之一，与欧美等传统的建筑强国差距更大。究其原因，并非价格过高，亦非工人不能吃苦，不懂游戏规则，处处挨打是主因。（本文借鉴梁鑑先生、郦煜超先生的案例，在此表示谢意）

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. 审核建设单位的投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。如有涉诉案件（包括：一审、二审、再审），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锦薄之力！

项目转让信息

调控形势下，房地产开发仍是利润最丰厚的行业之一。您是否拥有丰厚的资金而无良好的渠道投资地产项目？您是否正为您的项目开发资金紧张而陷入困境？上海元始律师事务所愿意为客户排忧解难！

我们正在构筑一座投资者和开发者之间沟通的桥梁，为双方提供通畅的信息交流平台。需要融资或者需要寻找项目的客户，可向本所提供基本需求信息。本所尽力为需求双方牵线搭桥，并通过本所尽责、专业的法律服务，为双方交易提供安全、可靠的法律保障。

若您有资金需求或者投资意向，敬请垂询本所主任律师李宗猛博士（**13901686274**，**68407068**），或前来本所当面沟通。

- 一、地块出让：**江苏昆山，地块整体出让。住宅用地。土地面积20.09万平方米（301亩），容积率1.5（可建面积30.14万平方米）。净地，无任何权利限制。
- 二、收购楼盘：**整幢收购，上海市区内环线之内的酒店、办公楼。资金充足。
- 三、项目参建：**希望在上海及周边二线以上城市参与开发建设。参建资金规模约6000万至1亿元。
- 四、合作开发：**浦东某项目，可建25幢别墅（合计12500平方米）、一幢酒店（25000平方米）。寻求出资方合作开发建设（约需建设资金2亿元）。净地，地块旁拥有800余亩生态公园。

海不辞水，故能成其大；

山不辞土石，故能成其高；

明主不厌人，故能成其众；

士不厌学，故能成其圣。

上海元始律师事务所

主任律师：李宗猛博士，13901686274
工程建设领域的专业律师事务所

地 址：浦东新区世纪大道1500号东方大厦901室

电 话：021-68407068

邮 编：200122

传 真：021-68407466

电子邮件：yuanshizixun@126.com

网 址：www.yslawPrm.com

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