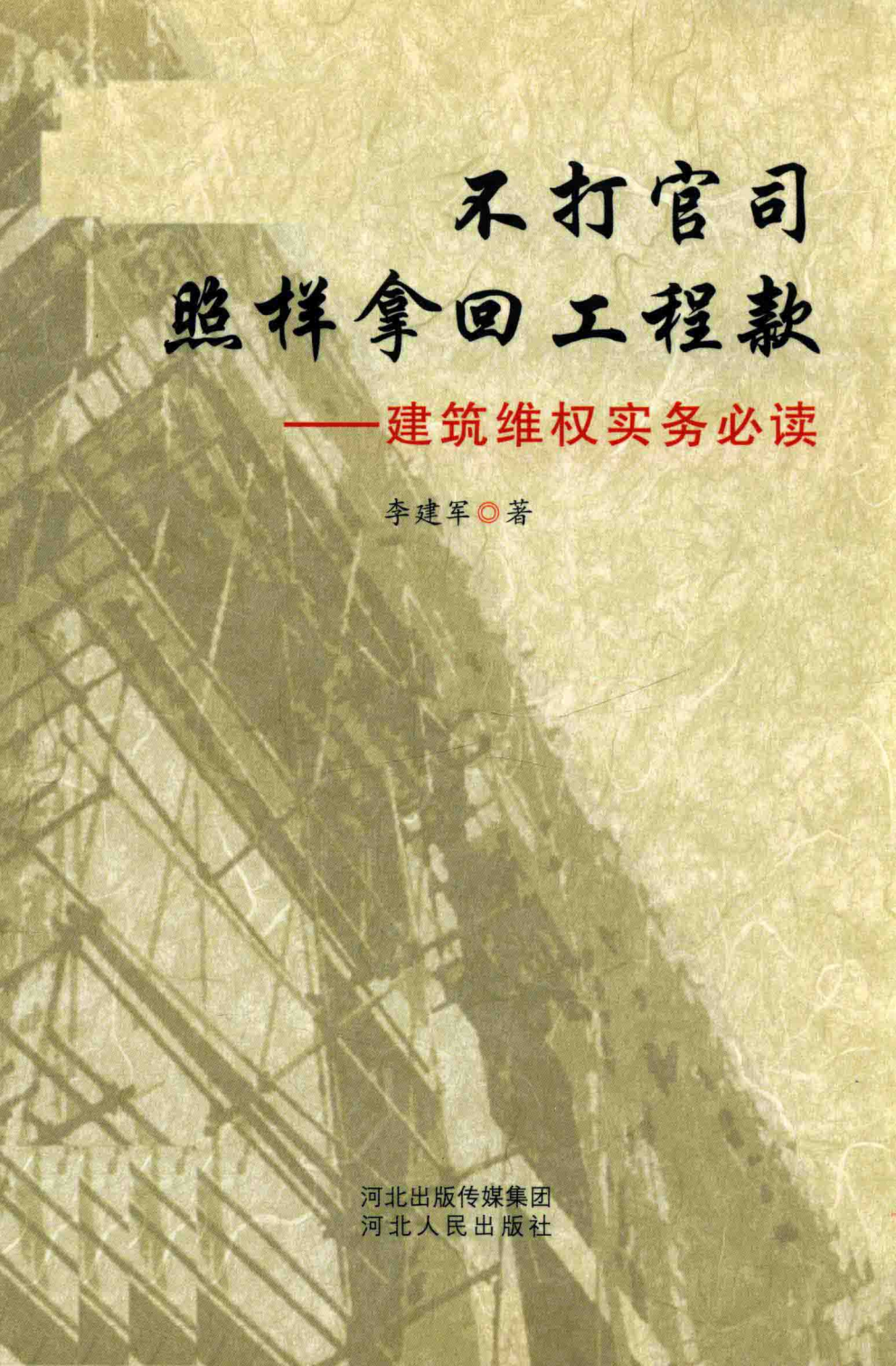




不打官司 照样拿回工程款

——建筑维权实务必读

李建军◎著

河北出版传媒集团
河北人民出版社

不打官司 照样拿回工程款

——建筑维权实务必读

李建军◎著

河北出版传媒集团
河北人民出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

不打官司照样拿回工程款：建筑维权实务必读/李建军著. —石家庄：河北人民出版社，2012.3
ISBN 978-7-202-06116-9

I. ①不… II. ①李… III. ①建筑业-劳动法-中国-通俗读物 IV. ①D922.54-49

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2012) 第 008054 号

书 名 不打官司照样拿回工程款——建筑维权实务必读
著 者 李建军
责任编辑 王 静 傅 聪
美术编辑 吴书平
责任校对 余尚敏

出版发行 河北出版传媒集团 河北人民出版社
(石家庄市友谊北大街 330 号)

印 刷 河北新华联合印刷有限公司

开 本 850 毫米×1168 毫米 1/32

印 张 7.625

字 数 160 000

版 次 2012 年 3 月第 1 版

2012 年 3 月第 1 次印刷

印 数 1—5 000

书 号 ISBN 978-7-202-06116-9/D·663

定 价 25.00 元

版权所有 翻印必究

——诉讼是解决纠纷最后的途径和最后一道防线，但不是最好的途径。时刻树立诉讼的意识，“不惧讼”，做好诉讼的准备，把诉讼和证据意识贯穿在平时的工作中，才能达到“不讼而胜”的境界。

——企业在发展过程中会遇到各种各样的问题和矛盾，但是一言以蔽之，四个方面是最关键的：生产和销售，法务和财务。生产和销售决定企业的发展壮大，法务和财务将企业风险降至最低……

序

河北省司法厅常务副厅长 穆培文

序

1

在社会生活中，人们选择解决纠纷的方式各不相同，向法院提起诉讼，寻求司法保护则是最普遍、最重要的方式之一。代理当事人参与诉讼则是律师业务最主要的内容。但是正如本书所述：诉讼是解决纠纷最后的途径和最后一道防线，但不是最好的途径。诉讼本身也有很多天然的“缺陷”，比如说时间长、费用高，等等，更致命的是，赢了官司却拿不到钱（例如空壳公司现象，被执行人没有履行能力等），或者证据不充分，有理却输掉官司。所以，探讨不通过诉讼解决问题是非常具有现实意义和实用价值的。《不打官司，照样拿回工程款》在这方面做了有益的探索和尝试。

一是从企业的日常管理抓起。在工作中要树立诉讼和证据意识，让法律与管理相结合。为此，作者结合自己的工作实际，分析了工程公司常见的法律风险，并提出了应对策略。只有树立诉讼意识，才能最终“不讼而胜”。

二是对于目前已经存在的拖欠工程款的现象，摆脱传统的诉讼模式，针对个案的实际特点，采取更加有针对性、更加有效的方法。在这点上，作者跳出“诉讼——胜诉——执行”的传统思路，采取分析双方的形势，抓住对方的薄弱之处，“知彼知己”，以果寻途，反向思维，达到“拿回工程款”、最终实现诉讼目的的效果。

随着国家法制化进程的推进和普法工作的深入开展，现在人们的法律理念和维权意识有了极大的提高，这对于法律服务来说既是机遇又是挑战：一方面，人们的维权意识提高了，诉讼和非讼业务增多了，给律师业务的开展带来了更多的机遇和更广泛的空间；另一方面，随着人们法律知识的普及，过去那种“普法”式的法律服务已经越来越没有市场，人们更加渴求高质量、专业化的法律服务。

本书作者李建军，是一名学者型律师，为了突破“万金油”型律师的局限，抛却悠闲自在，不辞辛苦，曾躬身房地产、建筑企业任专职律师，学管理，学流程，学专业，期间办理了大量诉讼与非讼案件，并结合实际形成一套构架建筑企业法务框架，防范企业法律风险的机制。李建军律师非常善于学习，不但对建筑方面的法律法规了然于胸，而且对最高法院涉及建设工程纠纷的案例都细细研读，并且笔耕不辍，结合自身办案实践，写了大量颇有见地的文章。《不打官司，照样拿回工程款》这本书收录了他这几年所写文章，不仅有办理诉讼案件的成功经验，更有预防工程企业法律风险的建议和策略，还有维权实务问答。研读该书，一定会对建筑企业应对诉讼或者防范风险起到积极的作用。

目 录

第一章 建筑维权专题 /1

一 如何拿回工程款 /1

(一) 不战而胜是上策 /1

(二) 打官司就是打证据 /3

(三) 如何谈判是关键 /10

二 工程公司常见的十种法律风险 /15

(一) 拖欠农民工工资 /16

(二) 与劳务队未签订书面合同进场施工 /18

(三) 第三人直接起诉或者法院直接执行工程公司 /19

(四) 层层分包, 违法转包 /22

(五) 施工安全事故 /23

(六) 工程质量缺陷 /27

(七) 施工进度迟延 /31

(八) 合同履行过程中, 不重视证据的留存 /33

(九) 项目管理风险 /35

(十) 工程款被拖欠的风险 /38

三 在签订、履行施工合同时应注意的几个问题 /42

(一) 与发包人签订合同时需注意的问题 /43

(二) 履行施工合同时需注意的问题 /46

四 劳务分包队伍管理法律风险及应对策略 /48

(一) 劳务分包队伍的法律性质及地位 /48

(二) 劳务分包队伍管理中的法律风险分析 /52

(三) 劳务分包队伍法律风险的预防策略 /55

五 不可逾越的两条高压线：工程质量和施工安全 /58

(一) 重大责任事故罪与工程重大安全事故罪之现行规定 /58

(二) 重大责任事故罪与工程重大安全事故罪之内涵分析 /60

第二章 建筑维权实务问答 /65

一 劳务队不签合同即进场施工，承包人会有哪些法律风险？ /65

二 将合同进行编号，该合同是否是格式合同（或者格式条款）？ /66

三 项目经理部是何法律性质？能否以自己的名义进行民事活动？ /68

四 承包人不提供发票，发包人是否可拒绝支付工程款？ /68

五 什么是合法的劳务分包？ /69

六 劳务队已在劳务分包合同上签字盖章，项目部却迟迟不将合同归还，怎么办？ /70

七 与项目部之间没有劳务分包合同，工程已完工，现项目部拖欠工程款，劳务队能起诉项目部吗？ /71

八 承包人已向发包人提供了发票，是否意味着发包人已经支付了工程款？ /73

- 九 施工日志没有对方签字，可以作证据吗？它属于书证还是当事人陈述？ /73
- 十 借用资质中标后，资质方与业主签订的施工合同、资质方与借用方签订的分包合同是否有效？ /75
- 十一 有人以工程质量有问题，向施工单位索要 10 万元的封口费，其行为构成犯罪吗？ /76
- 十二 没有单位盖章，仅有项目管理人员签字（如项目经理、工程部长等），合同是否有法律效力？ /77
- 十三 质量保修期与质量缺陷责任期是一回事吗？两者有何不同？ /78
- 十四 未经对方允许，私自录音录像，是否具有法律效力？ /80
- 十五 合同结算价款高于审计价款，发包人坚持以审计价款作为结算依据，否则拒付工程款，承包人应当怎么办？ /82
- 十六 什么是书面通知？书面通知对方时应当注意哪些问题？ /83

第三章 举案说法 /85

- 一 没有资质的劳务队农民工在施工过程中死亡，赔偿责任应由谁来承担？ /85
- 二 中标前，与投标人进行实质性谈判，中标是否有效？ /88
- 三 发包人拖欠工程款，承包人想起诉，但又怕赢了官司拿不到钱怎么办？ /90
- 四 没有资质的劳务队拖欠出租人租金，法院判决项目部承担责任合理吗？ /94

- 五 农民工在看护工地材料时被盗贼打死，赔偿责任应由谁承担？ /96
- 六 找不到劳务队负责人，农民工围攻项目部要求支付被拖欠的工资，怎么办？ /98
- 七 承包人已与劳务队进行了结算支付，劳务队欠第三人的钱不还，法院划扣承包人的工程款合理吗？ /100
- 八 未经竣工验收，业主擅自使用，出现质量问题，承包人是否还需承担法律责任？ /103
- 九 超越公司授权，员工以公司名义进行的法律行为，其法律后果由公司承担还是由员工承担？ /105
- 十 合同被修改，证明责任应当由谁来承担？ /108
- 十一 签订了以房折抵工程款协议，并进行了公证，还需要办理抵押登记吗？ /111
- 十二 工程款被拖欠十年，是否已过诉讼时效？ /115

附录一 工程公司常用法务管理制度 /121

- 1. 合同管理办法 /121
- 2. 合同监督检查办法 /134
- 3. 危机公关与纠纷解决办法 /137
- 4. 合同档案管理办法 /140
- 5. 劳务分包队伍管理办法 /142

附录二 相关法律法规及司法解释 /148

- 1. 中华人民共和国建筑法 /148
- 2. 中华人民共和国合同法（节选） /166
- 3. 中华人民共和国招标投标法 /170
- 4. 建设工程质量管理条例 /185

5. 建设工程安全生产管理条例 /202
6. 最高人民法院关于建设工程承包合同案件中双方当事人已确认的工程决算价款与审计部门审计的工程决算价款不一致时如何适用法律问题的电话答复意见 /221
7. 最高人民法院关于建设工程价款优先受偿权问题的批复 /222
8. 最高人民法院关于装饰装修工程款是否享有合同法第二百八十六条规定的优先受偿权的函复 /223
9. 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 /224
10. 最高人民法院关于发包人收到承包人竣工结算文件后，在约定期限内不予答复，是否视为认可竣工结算文件的复函 /230

后记 /231

第一章 建筑维权专题

一 如何拿回工程款

(一) 不战而胜是上策

有人说，打官司就如同打仗。这话很有道理。诉讼双方当事人正如战争中的敌我双方，手中的证据如同双方的兵力和武器装备，当事人的其他社会关系背景即如战争的外部环境，代理律师则无疑是战争双方的统帅或指挥者了。兵强马壮、武器装备精良，加上统帅指挥有方，天时地利人和，就比较容易打胜仗。然而，打仗制胜并非是上策，《孙子兵法·谋攻篇》云：“凡用兵之法，全国为上，破国次之；全军为上，破军次之；全旅为上，破旅次之；全卒为上，破卒次之；全伍为上，破伍次之。是故百战百胜，非善之善者也；不战而屈人之兵，善之善者也。”这段话的意思是，通过战争的方式，即使取得胜利也要耗费大量的人力、物力、财力，造成难以估量的损失，如果不通过战争而让对手屈服，达到自己的目的，那才是真正的善战者，真正的上策。

其实，处理纠纷也是如此，不打官司而能制胜才是上上

策。

工程款拖欠已经成为建筑领域的一个通病和顽疾，承包人却又往往不愿意采取诉讼的手段解决这一问题，或者怕打官司伤了和气，在圈内造成不良影响，影响今后与其他客户的合作，或者担心打赢了官司，却拿不到钱。

其实，诉讼打官司是解决纠纷的最后方式，却不是最好的方式。打官司作为解决纠纷的方式之一，其自身也存在难以克服的弊端。

首先是耗费时间长。我国现在实行的是两审终审制，即一个案件在通常情况下，要经过两级法院的裁判才能发生法律效力。按照目前的法律规定，一审的期限是六个月，如有特殊情况经法院院长批准，可以再延长六个月；二审期限为三个月，但是鉴定期间不在其中（如果一方当事人对二审判决不服，可以申请再审，只要理由充分，现在一般较容易启动再审程序），加上执行，所以一个官司打下来，耗时二三年已属常态，甚至四五年也屡见不鲜。

其次是费用高。律师的代理费、诉讼费、鉴定费及其他的一些额外费用，加起来是一个可观的数字。整个案子下来，即使胜诉了，最后执行到当事人手里的钱也往往所剩无几，个别案子甚至“孩子（花费）比妈（最后得到的钱）还大”，赢了官司却赔了钱。所以许多人宁可吃哑巴亏，也不愿意打官司。

再次是官司赢了执行难。现在由于种种原因，执行难已经成为影响司法公正的一个顽疾。前几年新华社曾报道过这样一则新闻：沈阳一些农民工拿着法院下达的判决书，却迟迟拿不到血汗钱。无奈之下，在街头以五百五十万的价格出

售款额为六百五十余万的法院判决书。法律白条使法律的权威性、严肃性大打折扣。

最后是激化矛盾，双方结怨。一场官司折腾几年，不仅使对手由合作伙伴变成仇家和敌人，而且给今后业务的开展带来一定程度的负面影响。常言道，多个朋友多条路，多个冤家多堵墙，和气生财。

当然，在此并无排斥诉讼，让大家放弃诉讼的意思。毫无疑问，诉讼是解决纠纷最后的途径和最后一道防线，法院是权利的最后守护神。在自己的思想中，时刻树立诉讼的意识，只有“不惧讼”，做好诉讼的准备，把诉讼和证据意识贯穿在平时的工作中，才能达到“不讼而胜”的境界。

（二）打官司就是打证据

如果说战争是双方兵力和武器装备的较量，那么打官司无疑就是打证据。现在随着司法改革的推进和司法监督力度的加大，“用证据说话”、“打官司就是打证据”的理念已深入人心。如果你没有充足的证据，却还要去法院打官司，那结果就是：败诉！不管你有什么背景和关系，因为法官不会因为你而丢掉饭碗，法官的自由裁量权是有限的。但是，如果你证据十分充分、扎实，“铁证如山”，那么问题就简单多了。过去有句老话叫“有理走遍天下”，当然现在看来这还远远不够，还要补充一句，叫“有证据走到哪里都不怕”。

有了充分扎实的证据，具备了打官司的资本，也就具备了“不战而屈人之兵”的资本，具备了“不讼而胜”、不打官司拿回工程款的可能性。通过分析引发诉讼的案例，我们可以发现，这些案例大多证据不够充分、扎实，这就造成双方都认为自己是有道理的，存在胜诉的可能。如果一方铁证

如山，官司一般很难打起来，因为没有人愿做无谓的牺牲，明知告到法院最终也是败诉而去白白浪费人力、物力、财力和精力。尽管对方当事人不是法律专家，但是对法律一般都略知一二，如不明白，大多会去咨询律师，对于铁定败诉的案件，一般都有“认了”的心理准备。所以，在平时施工过程中，必须注意收集和留存证据，时刻树立诉讼理念。

我国法定的证据种类包括物证、书证；视听资料，证人证言；当事人陈述；鉴定结论；勘验、检查笔录；电子证据。

1. 物证

物证是指以其外部特征、存在场所、物质属性证明案件真实情况的一切物品和痕迹。

工程质量纠纷中的建筑工程本身，买卖合同中的钢材、水泥等均属物证。在工作中，必须注意保存这些物证。

2. 书证

书证是指能够根据其表达的思想和记载的内容查明案件事实情况的一切物品。在建设工程诉讼中常有的书证有：

(1) 反映行为人主体身份的书证，如身份证，营业执照、资质等。

(2) 反映人们各种经济关系的书证，如合同、工程量清单，经双方签字确认的会议纪要、备忘录等。

(3) 施工日志等。必须注意的是，它不属于当事人陈述而属于书证。在施工过程中一定要记好施工日志，尽量详细、具体、客观、真实，切忌当日不记，事后追记，写“回忆录”。

同时还必须注意的是，电子版虽然易于保存，但是从证

据效力来看，手写的施工日志的证据效力更高。

(4) 产品质量的认证书、检验文书、广告等。

(5) 公证文书、裁判文书等。

3. 视听资料

视听资料是采用现代技术手段，将可以重现案件原始声响、形象的录音录像资料和储存于电子计算机的有关资料及其他科技设备提供的信息，用来作为证明案件真实情况的资料。

书证的效力最高，在平时工作中，应尽量多收集书证。如果收集书证有困难，应注意收集录音、录像等视听资料。比如向监理提交的竣工报告、业主指示的工程设计变更，等等，有时取书面证据容易引起对方的反感，不利于工作的开展，那就应尽量留存视听资料。

有这样一个案例，就是靠视听资料这一强有力的证据最终取得胜诉的。有个人在村里盖房子，等他房子快盖好的时候，邻居把他的房子推倒了。与邻居理论一番后，他又重新盖。等房子又快盖好的时候，邻居再次领人把墙推倒了。他向法院起诉邻居，可是，迫于邻居的淫威，没有人愿意给他作证，最后法院判决他败诉。经向律师咨询，这次，他在一个隐蔽的位置放置了录像机，然后又开始盖房。他的邻居在他快把房子盖好的时候，又同样推倒了房子。这次，他再向法院起诉，并当庭播放了该段录像，铁证如山，法院判邻居承担侵权责任，赔偿了他的全部损失。

现在，视听资料在工作生活中的作用越来越大。因为根据法律规定，如果不是以侵害他人合法权益或者违反法律禁止性规定的方法取得的证据，一般能够作为认定案件事实的

依据，所以视听资料的证据效力是没有问题的。另一方面，为了不引起他人的反感，不影响正常工作的开展，采用录音录像的方式收集证据应当是比较好的方法。

4. 证人证言

证人证言是指知道案件真相的当事人以外的第三人，向法院所作的有关案件部分或者全部事实真相的陈述。在我国，证人包括单位证人和自然人证人两大类，单位作为证人应加盖单位的公章。

与当事人有亲属关系及其他密切关系的人，虽然可以作为证人出庭作证，但是其证言的证明力一般小于其他证人证言。

如果是本单位职工所作的对本单位有利的证人证言，法院一般不予采信。

证人证言易反复变化，所以效力比较低，一般与其他证据相互印证才能被法院采信。

5. 当事人陈述

当事人陈述，是指当事人在诉讼中就案件的事实向法院所作的说明。作为证据的当事人陈述是指那些能够证明案件事实的陈述。当事人陈述，其证据效力是很低的。司法解释规定，当事人对自己的主张，只有本人陈述而不能提出其他相关证据的，其主张不予支持，对方当事人认可的除外。

对于当事人陈述，需要注意的是自己的陈述不要自相矛盾，对于诉讼中无论是口头陈述、法庭发言论辩，还是书面的起诉书、答辩状、代理词等，都必须谨慎，严密，绝不能给对方留下任何把柄。因为一旦被对方引用，那么便免除了对方的举证责任；同时，还必须注意对方在诉讼中口头或者