

【故事检索】

企业不可忽视潜在法律风险

在市场经济日益发达的今天,不少人利用公司股东承担有限责任、认缴出资的手段轻易设立各类公司,各种“老总”如雨后春笋般涌现。但公司管理人法律意识不强,对公司日常经营中的合同签订、合同履行、印章管理中的法律风险控制力度不够,常常使公司遭遇很多法律风险,这种风险尤其是在建筑公司与劳务公司的合作中经常出现。企业如何认清以及应对此类法律风险,在此,我们以与建筑工程劳务分包合同有关的案例入手进行探讨。

【法说故事】

建筑工程劳务分包合同中的“局”

◎袁小兵(律师)

建筑工程劳务可以分包吗?

案情回放:重庆某建筑公司(以下简称建筑公司)与四川某建筑劳务公司(以下简称劳务公司)关于成都某乡村度假酒店签订了《工程劳务承包协议书》,约定建筑公司把该酒店项目的土建劳务部分分包给劳务公司,约定了承包内容、价款的计算及支付等,有建筑公司、劳务公司的签章,建筑公司的代表曾某、劳务公司的段某签字。那么,这种工程劳务分包是否有法律依据呢?

律师解读:在建筑领域现行实务中,建设工程施工存在大量违法分包、层层转包、借用挂靠资质等不法行为。根据《建设工程施工合同解释》第一条相关规定来看,签署建设工程施工合同稍有不慎,其所签订的系列合同或协议大多将会无效,这样的合同针对合同各方当事人都是极为不利的,比如:对于业主方来说,工程质量、进度、项目管理等方面风险增加;对于被挂靠方来说,重大安全责任事故、农民工工资、税收、受建设行政主管部门的行政处罚等风险巨大;针对实际施工人、承包方来说,收取工程款的风险增加、利润减少。

但为什么违法劳务分包会屡禁不止呢?根据《建设工程施工合同解释》第二条的规定,只要工程验收合格,实际施工人仍然可以按照约定获得价款,也就是说,签订违法劳务分包合同也是“不得已的权宜之计”,这体现了我国法律保护弱者、保护人权的精神。因为在很多时候,实际施工人的工程款就是若干建筑工人的血汗钱,代表着成千上万的建筑工人的全家人的生存利益,保护了实际施工人的权利也就是保护了建筑工人的权利。

《建筑法》第十九条、《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《建设工程施工合同解释》)第七条明确规定,只要劳务公司具有相应的承包劳务的资质,合同当事人以转包建设工程违法为由请求确认劳务分包合同无效的不予支持,该劳务转包项

目不需要强制招投标,该劳务分包合同应当依法受到法律的保护和约束。

如何认定保证金、逾期付款利息

案情回放:劳务公司派人进场后并向建筑公司支付了50万元保证金。在施工的过程中,因多方原因中途停工,建筑公司出具了《工程情况说明》,即向劳务公司承担窝工损失赔偿。在此之后,建筑公司与劳务公司签订了《付款协议书》,约定了按照合同约定的计算方式计算的工程款、窝工损失、临时设施施工费用等总计448余万元,并约定了逾期付款利息按照年利率24%计算。后来,建筑公司与劳务公司签订了《赔偿协议书》,约定建筑公司向劳务公司赔偿各项损失合计50万元。《工程情况说明》、《付款协议书》、《赔偿协议书》均有建筑公司现场代表曾某的签字。在案例中,保证金和逾期付款利息是如何认定的呢?

律师解读:首先,我们来看看保证金在法律上到底是指什么?根据《合同法》的规定,本案中的保证金本质上属于定金性质,根据“定金罚则”,交付定金的一方不履行合同将可能失去全部定金,收取定金一方不履行合同可能双倍返还定金。但是在建筑领域实务中,缴纳保证金的现象十分普遍,除非明确约定外,基本上没有适用“定金罚则”,等同于“订金”,最终作为工程款予以抵扣或返还给交款方。

其次,案件中关于逾期付款利息的约定是否过高?根据《最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》第二十六条的规定,24%的年利率应当受到法律保护。但是《建设工程施工合同解释》第六条又明确规定,建设工程领域的垫资利息约定不能高于同期银行贷款利率,24%年利率显然太高,那么超出部分应当予以调整。本案中关于利息的约定视作民间借贷的利息还是垫资利息存在重大分歧,本案为建设工程施工合同纠纷,在实际履行中欠付工程款似乎与垫资修建没有本质区别,似乎垫资利息更符合法律规制的本意。为减少歧义,合

同当事人应当对于垫资修建或垫资利息的约定在签订合同之时进行书面约定,明确垫资金额、方式、利息计算、垫资返还等事项。本案中当事人在签订合同之时显然没有进行书面明确约定,而是在双方进行了结算之后,才约定了付款时间、金额、利息,该利息约定等同于双方约定的垫资利息,尽管是事后补签,但该协议并不违反法律禁止性规定,除非有相反证据证明,该垫资协议应当适用《最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》第二十六条,并且应当得到人民法院的支持,如果无论事前还是事后都没有就该垫资使用形式进行明确约定,就只能适用《建设工程施工合同解释》第六条,从而会给劳务公司的利益造成较大损害。

伪造印章的困局

案情回放:建筑公司未按照约定向劳务公司支付工程款,劳务公司律师向项目所在地人民法院提起了诉讼。与此同时,建筑公司向当地公安机关报案称有人涉嫌伪造公司印章,对建筑公司造成了重大损失。公安机关进行了立案侦查,侦查期间委托了司法鉴定机构进行鉴定,其鉴定意见为建筑公司现有使用的印章与《工程劳务承包协议书》、《工程情况说明》、《付款协议》、《赔偿协议》中的印章均不具有同一性,且建筑公司现场代表曾某已经消失,无法取得联系,从而认为本案涉及刑事犯罪,要求中止审理。如果印章系他人伪造,建筑公司不应当承担赔偿责任。

假如这一切都是一个“局”,建筑公司完全不知情,显然对建筑公司没有任何法律约束力,因为法律不能“强人所难”,那么给劳务公司造成的损失将是巨大的。而酒店项目确实存在且主体已经封顶。在司法鉴定中,本案涉及到的建筑公司印章实属于伪造,现场代表曾某又失联,是否事实就无法查清?劳务公司就无法举证了吗?建筑公司是否就不再承担其民事责任?该案至此变得扑朔迷离。

律师解读:律师调取了建筑公司与业主

方签订的《建设工程施工合同》,用该合同上的印章与其他伪造的印章进行比对、鉴定,结论仍然是不具有同一性。但经过调查得知,建筑公司的法定代表人曾多次到过项目现场,协调处理农民工工资发放的问题,而且劳务公司支付的50万元保证金是劳务公司对公帐户转账支付到建筑公司对公帐户中。根据《民法通则》第六十六条、《合同法》第四十九条等规定,我们认为其伪造的印章已经构成对建筑公司“表见代理”,建筑公司明知该项目的存在,也就是说建筑公司对伪造印章是默许同意的,那么建筑公司对外应当承担全部民事责任。

无论伪造人是否承担刑事责任,均不影响建筑公司向劳务公司承担民事责任,刑事案件的处理结果与民事案件没有直接的关联性。本案经过一审、二审,劳务公司的观点得到人民法院的全部采纳,最终建筑公司全部支付了劳务公司的工程款以及24%的逾期付款利息。如果曾某确实伪造公司印章,依照《刑法》第二百八十条第二款的规定,曾某将被处三年以下有期徒刑、拘役、管制或者剥夺政治权利,并处罚金,同时他还需承担相应的民事责任。

律师建议:法律实务中自然人通过挂靠等形式,私刻公章并多次从事经营活动使用,且该公章为相关第三人或政府职能部门确认,可推定公司明知自然人使用该印章,并承担相应的民事责任。部分公司的业务领域比较广泛,项目比较多,长期默许并使用各种“项目章”、“资料章”,一旦纠纷出现,假如没有相反证据证明该公章与公司无关,公司将对其行为要承担相应的民事责任;“私刻”印章将增加公司管理风险、难逃其民事责任,甚至可能涉及刑事犯罪。为了降低法律风险,律师建议公司统一管理印章,完善印章使用制度,原则上确保不私刻各种名目章,为解决因为公司项目多,其印章使用频率高、且使用地多而出现印章不够用的现实问题,建议申请、使用“电子印章”,专人管理,规范使用,防患未然。方能降低风险,减少损失。

【相关知识】

什么是“表见代理”

根据《中华人民共和国合同法》第四十九条规定,行为人没有代理权、超越代理权或者代理权终止后以被代理人名义订立合同,合同相对人有理由相信行为人有代理权的,该代理行为有效,即行为人构成表见代理,其代理法律效果不需要被代理人追认。

构成表见代理合同要满足以下条件:1.行为人没有获得本人的授权(如没有代理权、超越代理权或者代理权已经终止)就与第三人签订了合同。2.合同的相对人在主观上必须是善意的、无过失的。所谓善意,是指相对人不知道或者不应当知道行为人实际上无权代理;所谓无过失,是指相对人的这种不知道不是因为其大意造成的。如果相对人明知或者理应知道行为人是没有代理权、超越代理权或者代理权已终止,而仍与行为人为人签订合同,那么就不构成表见代理,合同相对人也就不能受到保护。 罗章

【生活与法】

“定金”“订金”别再傻傻分不清

在我们的生活中,签署合同或者协议的时候往往会涉及到定金和订金,很多读者因为分不清“定金”与“订金”在法律意义上的差别而蒙受损失的事件屡见不鲜。

定金常用于买卖合同中的付款担保,适用定金罚则,如付款方不履行合同或者不按要求履行合同义务而构成根本性违约,收款方可以不退还定金并解除合同。反之如收款方不履行合同或者不按要求履行合同义务而构成根本性违约,付款方可以要求收款方双倍返还定金。定金支付数额在法律上有限制,不得超过合同标的20%,定金约定条款一定要以书面合同的形式表现出来,实务中定金分为:订约定金、成约定金、解约定金、违约定金四个种类。定金交付约定属于从合同,没有按时交付定金不构成对主合同的违反,定金一旦交付就产生法律效力。

订金一般视同为预付款,不适用定金罚则,即使被认为是履约保证,也只是对付款方有约束力,如果收款方违约,付款方最多能退回订金,而不能要求双倍返还。实务中,当付款方违约,收款方往往处于优势地位,以种种理由将订金抵作赔偿金或违约金不予退还,付款方主张权利费时费力。 小冯

生活创意热线18161173900

幸福成都 小魔方

我愿意相信很多涂鸦的人内心都像一条河,时而风平浪静,时而波涛汹涌,但最终,内心都是云卷云舒。我也希望人们放下对涂鸦的偏见,涂鸦人也都活得很明白,张狂却不狂妄,玩物但不丧志……

在涂鸦中找寻生活的另一面

◎冠伶

上大学,开启了一扇新的大门

我是广西人,大学在四川的一个小城念书。当初爸妈都反对我来四川,觉得我一个女孩子,千里迢迢到一个举目无亲的地方让他们很不放心。初到学校时,周围同学说着我听不懂的四川话,吃着我不敢吃的麻辣冒菜,总觉得难以融入他们,所以身边一直没有什么朋友。

大学的时候,学校有各种各样的社团,为了认识更多的人,我便入了好几个社团。社团经常为各种不同的节日和学校活动办展板,我是学美术的,办展板的事情大多我都参与。在一个办展板的寻常日子里,朋友小A聊起了他们和其他院校的朋友一起涂鸦的事,听着他讲在夜晚提心吊胆地完成涂鸦后的成就感,看着他一脸兴奋的样子,我便被他口中的涂鸦深深地吸引住了,所以当他人问我有没有兴趣加入他们的时候,我没有犹豫就答应了。

不曾想到,当初一个小小的决定,为我以后的生活带来了全新体验,涂鸦就像发现自我的一扇新的大门,我走进去,人生就变得绚烂了。

各奔东西,但涂鸦伴我行

大学外面有一片荒地,被长长的围墙围起来了,这是我们绝佳的涂鸦阵地。当时涂鸦还不被认可,在很多人看来这是不务正业,是街头混混干的事,涂鸦更是被视为城市的牛皮癣。为了避免白天被城管追着到处躲,我们都是晚上才去涂鸦,借着路灯昏黄的灯光,一幅幅别致生动的涂鸦画作慢慢成型。

但是后来因为有人在涂鸦墙上写脏话,画一些低俗的图案被人举报了,涂鸦墙附近晚上巡逻的人也多了,我们就减少了涂鸦的活动。后来一起涂鸦的朋友都逐渐毕业了,很多人都离开了这座小城,各奔东西。我也离开了,但是因为打心底喜欢四川,还不想这么快离开这里,我便来到了成都,成为了“蓉漂”一员。

我在成都的一家艺考学校当美术老师,每天朝九晚五的上班,生活平静如水。有一天小A找到我,和我谈继续涂鸦的事,



帮朋友格斗馆做的涂鸦

我不愿规规矩矩地生活,于是和他一起在成都玩涂鸦。随着时代的进步,成都也越来越开放和包容,在成都有很多涂鸦作品,不管是川大校园中被涂鸦的俏皮井盖,还是百花东路上那匹孤独的斑马,涂鸦被越来越多的人接受。我很感谢小A带着我涂鸦,让我在平常的生活中吃到一枚可口的糖果。

一面是生活,一面是理想

在很多人的刻板印象中,涂鸦是一群穿着另类、说话痞气、行为乖张的人才干的事。可我和小A都离另类很远,我穿着职业套装上班,小A是一个有着学生气的程序员,我们各自在自己的岗位上耕耘着,也在下班和假期放肆地涂鸦着。

小A说他不想中规中矩地编代码,他觉得涂鸦才是他真实的生活,对于我来说,涂鸦是生活之外的理想。每一次涂鸦时,都能让我心无旁骛地描绘图案,这里面倾注了自己太多的感情。生活总不是那么一帆风顺,涂鸦是我低落情绪的宣泄口,同时涂鸦也是我热烈情感的承载体。在我们自己的朋友圈中,有人知道我们涂鸦,便请我们去给他们的新房或者商铺涂鸦,这给我们带来收益的同时,也让涂鸦进了家门,更多了一处施展拳脚的地方。

我愿意相信很多涂鸦的人内心都像一条河,时而风平浪静,时而波涛汹涌,但最终,内心都是云卷云舒。我也希望人们放下对涂鸦的偏见,涂鸦人也都活得很明白,张狂却不狂妄,玩物但不丧志。我也庆幸自己能够在常规生活之外找到一处心灵的休憩地,那就是涂鸦。

涂鸦,给你点“颜色”看看

◎苏安

涂鸦点亮城市文化个性

提到城市行为艺术,瞬间出现在我脑海里的就是充满激情与创意的城市景观——“涂鸦”,它们出现在城市角落的墙面上,不仅是城市里的人对生活欲望的一种表达,也点亮了城市的文化个性。

“涂鸦”一词在中国可以追溯到唐朝卢仝的诗,他在诗中用这两个字来批评其子乱写乱画的顽皮行为。时下,人们对“涂鸦”的认识多是作为一种艺术的舶来品——起源于20世纪60年代美国纽约布朗克斯区的街头亚文化。上世纪60年代,美国纽约布朗克斯街区的帮派符号且夹杂着“厕所文学”的图案,覆盖在城市建筑光洁的表面。因此,“涂鸦”最开始被视为破坏城市文化的行为,是一种反文明的象征。

后来,有些帮派画家重新设计标签,使得帮派符号上更有艺术感,启发了一批非帮派画家在墙上进行艺术创作,他们叫自己“作家(writer)”,以区别于帮派符号标记者画者(painter)的身份。从此,“涂鸦”作为一种艺术形式诞生。

涂鸦带来的憧憬与追求

最早涂鸦是用喷漆在墙体、车厢上作画,如今涂鸦的形式已经不限于墙体、车厢平面进行喷漆创作,而是扩展到结合建筑环境采用瓷砖、草皮等进行剪贴拼凑,与周围环境融合呈现出涂鸦的立体效果。“涂鸦”艺术的生命力,让它成为了城市文化前卫度、创意的标志。



百花路上的斑马涂鸦

生/活/创/意

创意涂鸦墙

创意人:小寒



家中的一面涂鸦墙(资料图片)

潮流文化对家居装饰也有重要的影响,街头文化的重要代表涂鸦逐渐走进了家庭生活中。很多人不再满足于家里只刷着单调的大白墙,他们希望家里能够充满创意和绚烂。这个时候,当涂鸦走进家门,家就变了一个样子。

如果你想你的家更自然,更随性,更充满个性,那就自己动手尝试一下涂鸦吧!涂鸦不需要很专业的绘画技术,就把你脑海中的图案绘制出来就可以了,也不需要刻意准备专业的涂鸦工具,就用你手边的东西,不管是废报纸或者是不穿的衣服,都可以拿来当画笔。

先描绘要涂鸦的大致图案,然后将颜料填充在图案中,不一会儿就能做好。尤其是有小朋友的家庭,涂鸦不仅可以训练他们的动手能力与想象力,更让家庭生活充满乐趣,专门留一面墙给小朋友涂鸦也是很不错的选择!