

《保障农民工工资支付条例》下总承包单位先行清偿农民工工资义务研究

□钟雷

《保障农民工工资支付条例》(以下简称“支付条例”)已于2020年5月1日起施行,不同于以往政策性文件,该支付条例为行政法规,效力仅次于宪法和法律,通过行政强制力,开启了保障农民工工资支付的新阶段。对于农民工工资支付,支付条例规定各方主体的义务较为清晰,其中明确规定施工总承包单位有先行清偿义务,不再以“未结清工程款”作为前提条件,对农民工群体的保障更进一步。在此背景下,如何理解施工总承包单位的先行清偿义务,施工总承包单位在什么情况下应该履行义务,不履行义务有什么法律后果,农民工能否直接要求施工总承包单位清偿工资?对此,本文就相关问题进行探讨。

一、施工总承包单位保障农民工工资支付义务的演变

支付条例实施以前,除自身招用的农民工外,施工总承包单位有监督分包单位发放农民工工资的义务,以及在未按期清结工程款时的先行垫付义务。期间,对施工总承包单位的主要制约依据是2004年原劳动保障部、建设部颁布的《建设领域农民工工资支付管理暂行办法》,该办法属于部门规章,暂行办法第九条规定,工程总承包企业应对劳务分包企业工资支付进行监督,督促其依法支付农民工工资。暂行办法第十条规定,业主或工程总承包企业未按合同约定与建设工程承包企业结清工程款,致使建设工程承包企业拖欠农民工工资的,由业主或工程总承包企业先行垫付农民工被拖欠的工资,先行垫付的工资数额以未结清的工程款为限。该规定明确了总承包企业有监督分包单位工资发放的义务,有未按期清结工程款的先行垫付义务。此后,各地也相应制定了规章或政策性文件。但实际执行过程中,由于监督支付工资义务并不是付款义务,先行垫付义务也有前提条件,即未按约结清工程款,加上各职能部门在处理农民工工资问题上职责并不很清晰,处理农民工工资问题行政权力并不强势,手段有限,效果也有限。

支付条例自2020年5月1日起施行,在第四章工程建设领域特别规定中第三十条进一步规定,分包单位对所招用农民工的实名制管理和工资支付负直接责任。施工总承包单位对分包单位劳动用工和工资发放等情况进行监督。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。该条规定了分包单位拖欠农民工工资时,施工总承包单位的先行清偿义务,先由施工总承包单位先行清偿,再依法进行追偿。施工总承包单位先行清偿不再以“未结清工程款”作为前提条件,而是无条件先行清偿。

二、《工程建设领域农民工工资保证金规定》相对支付条例的关键延伸

支付条例对农民工工资支付的各方主体、相应义务,如何保障实现作了全面规定。不过,施工总承包单位具体如何先行清偿并没有细则,特别保证金保函或保证金账户应何时使用并没有规定,当然也确实并不适合在支付条例中作长篇细则规定。

在写作本文之际,恰逢《工程建设领域农民工工资保证金规定》(以下简称“保证金规定”)出台,自2021年11月1日起施行。该保证金规定是根据支付条例授权,人力资源社会保障部、住房和城乡建设部、交通运输部、水利部、银保监会、铁路局、民航局制定的,是对支付条例的细化和延伸。

其中一项重要规定是,施工总承包

单位所承包工程发生拖欠农民工工资,经人力资源社会保障行政部门依法作出责令限期清偿或先行清偿的行政处理决定,到期拒不清偿时,属地人力资源社会保障行政部门可以书面通知有关施工总承包单位和经办银行,从工资保证金账户中将相应数额的款项以银行转账方式支付给属地人力资源社会保障行政部门指定的被拖欠工资农民工本人。如果是保证金保函,则经人力资源社会保障行政部门依法作出责令限期清偿或先行清偿的行政处理决定,到期拒不清偿时,由经办银行依照保函承担担保责任。

该规定表明发生拖欠农民工工资时,先由人社部门作出责令限期清偿或先行清偿的行政处理决定,施工总承包单位此时应该积极主动清偿农民工工资,如果到期拒不清偿,则人社部门可以直接要求施工总承包单位开办农民工工资保证金账户的银行转账支付农民工工资,或者使用施工总承包单位提供的保证金保函。

初步看,施工总承包单位先行清偿义务应遵循的顺序为:(1)人社部门接受拖欠农民工工资投诉;(2)人社部门作出清偿的行政处理决定;(3)施工总承包单位限期清偿;(4)人社部门使用保证金账户转账支付/保证金保函;(5)人民法院强制执行。

三、总承包单位先行清偿农民工工资义务的探讨

笔者曾长期在大型施工企业任职,处理过多起农民工工资事件,也常与地方人社部门等负责监督、管理、处理农民工工资问题的职能部门对接,对农民工工资支付问题处理较为熟悉。

支付条例施行后,特别是保证金规定实施后,如何理解施工总承包单位的先行清偿义务,应重点关注哪些问题?施工总承包单位应如何应对?我们就相关问题进行探讨。

(一)谁负有支付农民工工资的义务?

首先,用人单位对所招用农民工的工资支付负直接责任,施工总承包单位、分包单位分别对自己招用的农民工工资支付负直接责任。支付条例第七条规定,用人单位实行农民工劳动用工实名制管理,与招用的农民工书面约定或者通过依法制定的规章制度规定工资支付标准、支付时间、支付方式等内容。支付条例第十二条规定,用人单位应当按照与农民工书面约定或者依法制定的规章制度规定的工资支付周期和具体支付日期足额支付工资。支付条例第四章工程建设领域特别规定,第三十条规定,分包单位对所招用农民工的实名制管理和工资支付负直接责任。人力资源社会保障部和司法部有关负责人介绍支付条例有关情况并答记者问时,也明确,明确工资支付的主体责任。每个使用农民工的用人单位,应当依法发放农民工工资。以上可以看出,无论是一般规定还是工程建设领域特别规定,都是遵循“谁招用、谁直接支付工资”的原则,是对《中华人民共和国劳动法》及有关法律规定的承接,并没有突破法律的基本规定。也就表明,在发生拖欠农民工工资时,首先用人单位、招用单位是工资支付的第一责任人、直接责任人。

其次,施工总承包单位有无条件的先行清偿义务,不以过错为前提条件,只要有拖欠,无论是分包还是转包,均应先行清偿。根据支付条例,在分包情形下,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。在工程建设项目转包情形下,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。

再次,建设单位有条件的先行垫付义务。根据支付条例第二十九条,因建设单位未按合同约定及时拨付工程款导致农民工工资拖欠的,建设单位应当以未结清的工程款为限先行垫付被拖欠

的农民工工资。只不过,建设单位承担先行垫付义务是以过错为前提。对比一下,存在实际施工人的情形下,建设单位同样是在欠付工程款范围内承担工程款支付责任,此时是工程款,也是以过错为前提。

(二)被拖欠工资的农民工有哪些维权方式?

一般情况下,农民工可以投诉,可以申请仲裁,可以提起诉讼。支付条例第十条规定,被拖欠工资的农民工有权依法投诉,或者申请劳动争议调解仲裁和提起诉讼。同时规定,人力资源社会保障行政部门和其他有关部门应当公开举报投诉电话、网站等渠道,依法接受对拖欠农民工工资行为的举报、投诉。因此,农民工可以到人力资源社会保障行政部门或者其他有关部门投诉。当然,工资纠纷同样可以申请劳动争议或提起诉讼。

不能回避的一个问题是,农民工与用人单位/招用单位之间是否属于劳动法上的劳动合同关系。这个问题较为复杂。参看浙江省宁波市中级人民法院二审(2010)浙甬民一终字第1056号案件,法院认为,应当从是否具有经济上、组织上和人格上的从属性进行考查,综合考虑双方是否具有主体资格,用人单位依法制定的各项规章制度是否适用于劳动者、劳动者劳动过程中是否需要服从用人单位的指挥监督、是否从事用人单位安排的有报酬的劳动等因素。即便在农民工与用人单位/招用单位之间存在中间第三人,则按照《劳动保障部关于确立劳动关系有关事项的通知》第4条规定,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。通过上述特别规定,在建筑企业和劳动者之间拟制了一种劳动关系的存在,农民工也可以向用人单位主张工资报酬。

(三)施工总承包单位如何先行清偿?

根据支付条例,如果分包单位、接受转包的一方确拖欠农民工工资,则已具备先行清偿的基础。

分三种情形:

- 一是行政权力介入前,可以协商主动代为支付农民工工资。在人力资源社会保障等主管部门未受理相关投诉,施工总承包单位并未收到责令限期清偿或先行清偿的行政处理决定时,施工总承包单位可以介入,主动代为支付农民工工资。当然施工总承包单位代为支付后还需追偿。如果没有分包单位、接受转包的一方出具委托代为垫付,则施工总承包单位确有无法追偿的风险。
- 二是收到责令限期清偿或先行清偿的行政处理决定后,施工总承包单位应

该主动履行先行清偿义务。在人力资源社会保障等主管部门已受理相关投诉,施工总承包单位收到责令限期清偿或先行清偿的行政处理决定后,应该严格按照要求主动履行清偿、先行清偿义务。

三是无力履行时,施工总承包单位应该主动向人力资源社会保障等主管部门申请使用保证金账户资金或保证金保函,清偿农民工工资。

(四)施工总承包单位清偿后如何追偿?

对于施工总承包单位清偿拖欠的农民工工资后能否追偿,支付条例作了两种不同的规定。第一种,支付条例第三十条规定……,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。这里的分包,对比第二种情形来看,应该仅指合法分包。根据该规定,在分包、转包情形下,施工总承包单位先行清偿后是可以追偿的。具体如何追偿,可以从工程款、结算款中扣除,可以提起诉讼,暂且不论。第二种,支付条例第三十六条规定,建设单位或者施工总承包单位将建设工程发包或者分包给个人或者不具备合法经营资格的单位,导致拖欠农民工工资的,由施工总承包单位先行清偿,再依法进行追偿。那不是意味着清偿后不能追偿呢?我们认为同样可以追偿,只是对于该清偿的工资的追偿,支付条例没有直接指出依据。理由如下:

1. 支付条例规定用人单位对所招用农民工的工资支付负直接责任,因此违法发包、违法分包、挂靠情形下的承包单位、分包单位、挂靠人应该对招用农民工的工资支付负直接责任;
2. 法律法规并未明确排除追偿权利;
3. 对于违法发包、违法分包、挂靠情形下的承包单位、分包单位、挂靠人来说,建设单位、施工总承包单位原本应该由其自身清偿的工资属于不当得利范畴,应该返还;
4. 违法发包、违法分包、允许挂靠的过错程度显然不足以导致丧失追偿权。因此,建设单位、施工总承包单位清偿后可以追偿。

(五)施工总承包单位无视责令限期清偿或先行清偿的行政处理决定的后果有哪些?

根据支付条例第四十二条,施工总承包单位可能会被列入失信名单,支付条例规定,人力资源社会保障等主管部门作出责令支付被拖欠的农民工工资的决定,相关单位不支付的,可以依法申请人民法院强制执行。同样,该不利后果也适用于建设单位。除此之外,支付条例还规定,拖欠农民工工资需要列入失信联合惩戒名单的具体情形,由国务院人力资源社会保障行政部门规定。

有一个问题是,支付条例第四十七条、四十八条规定,严重拖欠农民工工资的用人单位可能被向社会公布,媒体曝光,也可能被降低守法诚信等级评价,用人单位及其法定代表人或者主要负责人、直接负责的主管人员和其他直接责任人员可能会被列入拖欠农民工工资失信联合惩戒对象名单,在政府资金支持、政府采购、招投标、融资贷款、市场准入、税收优惠、评优评先、交通出行等方面依法依规予以限制,上述规定是否适用于施工总承包单位、建设单位?

我们来看,支付条例规定,本条例所称农民工,是指为用人单位提供劳动的农村居民。如按照该规定,第四十七条、四十八条规定并不适用于施工总承包单位(直接招用的除外),建设单位。如扩大解释,则应该适用于施工总承包单位、建设单位。

我们认为,应该作扩大解释,应该适用于施工总承包单位、建设单位。理由是:施工总承包单位的先行清偿义务、建设单位有条件的先行垫付义务均是支付条例明确规定的“支付”义务,既均应对农民工工资支付承担责任,则不应在惩戒措施上与用人单位/招用单位有明显的区别对待,否则也有违支付条例的立法本意。

(六)施工总承包单位到期未清偿,保证金/保证金保函与强制执行孰先孰后?

结合保证金规定,施工总承包单位到期未清偿时,会使用施工总承包单位提供的保证金保函或保证金账户资金。考虑到保证金规定要求银行保函以属地人力资源社会保障行政部门为受益人,结合上述强制执行的规定,则属地人力资源社会保障等行政部门有二种权利,也有三种选择:一是使用保证金保函或保证金账户资金;二是申请强制执行;三是同时使用或申请;

由此产生了一个问题,如果施工总承包单位到期未清偿,到底先申请强制执行还是先使用保证金,还是可以同时使用?我们认为,因为已经由施工总承包单位提供了保证金保函或者提供了保证金,已经为农民工工资支付作了托底,施工总承包单位已经履行了基本保障义务,保证金属于施工总承包单位支付工资的方式之一,如可以覆盖欠付的农民工工资金额,则不宜在使用保证金前对施工总承包单位进行强制执行。否则,施工总承包单位将承担二次成本,遭受额外损失,一是提供保证金的成本,二是被强制执行的程序上、实体上、信用上的损失。考虑到保证金规定要求的保函是不可撤销见票即付保函,再考虑到当前大量保证金保函仅起到形式作用,很少真正使用,则更应该切实发挥保证金保函的保障托底作用,而不是让这一项好的措施躺着睡觉。至于使用保证金后,施工总承包单位与建设单位之间的履约问题,则属于民事合同纠纷,不必在农民工工资支付当中过多考虑。

因此,在保证金额能够覆盖欠付的农民工工资时,我们建议给予施工总承包单位一定的顺序选择权,由其选择是先使用保

会保障行政部门作出责令支付被拖欠的农民工工资的决定,相关单位不支付的,可以依法申请人民法院强制执行。同样,该不利后果也适用于建设单位。除此之外,支付条例还规定,拖欠农民工工资需要列入失信联合惩戒名单的具体情形,由国务院人力资源社会保障行政部门规定。

有一个问题是,支付条例第四十七条、四十八条规定,严重拖欠农民工工资的用人单位可能被向社会公布,媒体曝光,也可能被降低守法诚信等级评价,用人单位及其法定代表人或者主要负责人、直接负责的主管人员和其他直接责任人员可能会被列入拖欠农民工工资失信联合惩戒对象名单,在政府资金支持、政府采购、招投标、融资贷款、市场准入、税收优惠、评优评先、交通出行等方面依法依规予以限制,上述规定是否适用于施工总承包单位、建设单位?

我们来看,支付条例规定,本条例所称农民工,是指为用人单位提供劳动的农村居民。如按照该规定,第四十七条、四十八条规定并不适用于施工总承包单位(直接招用的除外),建设单位。如扩大解释,则应该适用于施工总承包单位、建设单位。

我们认为,应该作扩大解释,应该适用于施工总承包单位、建设单位。理由是:施工总承包单位的先行清偿义务、建设单位有条件的先行垫付义务均是支付条例明确规定的“支付”义务,既均应对农民工工资支付承担责任,则不应在惩戒措施上与用人单位/招用单位有明显的区别对待,否则也有违支付条例的立法本意。

(七)如何认定施工总承包单位拒不清偿?

通过上述(六),我们认为保证金保函属于施工总承包单位支付工资的方式之一,应该先使用保证金或保证金保函,而使用保证金或保证金保函的权利以及主动权在人力资源社会保障等行政主管部门。所以,只有在保证金或保证金保函不足以清偿全部欠付的农民工工资时,再让施工总承包单位是否拒不清偿才更合理。

而如何认定施工总承包单位拒不清偿是施工总承包单位是否会强制执行,纳入失信以及受到其他惩戒措施的分水岭。从上述分析已经看出施工总承包单位先行清偿义务是无条件的,没有理由的。拒不支付应该以结果意义上的没有支付,还是应该考虑具体情形,按照有能力履行而拒绝履行来认定,应该是后者更合理。参考“拒不支付劳动报酬罪”的条件可能并不适当,但可以从中借鉴一二。以转移财产、逃匿等方法逃避支付肯定属于拒不支付,主观恶意较大,有能力支付而不支付与之并列,也应当属于拒不支付。所以,应避免一刀切,将没有支付认定为拒不清偿,否则确有违公平正义。

具体到工程建设领域,有能力支付而不支付,也需要相关主管部门认定施工总承包单位有能力支付而不支付,该认定可能较为复杂,需要根据具体情形分析。可能有个人认为这样对人力资源社会保障等行政主管部门而言有一定难度,流程也可能较长,最终不利于保障农民工工资支付。

但我们要考虑支付条例已经明显加重了施工总承包单位的义务,加上保证金规定对施工总承包单位提交农民工工资保证金或保函又作了规范规定,则应该在程序上保障施工总承包单位的权利,避免只要出现拖欠农民工工资情形,未使用保证金,即开始对施工总承包单位进行强制执行,或实施惩戒措施,这也不是支付条例的立法初衷。

(八)农民工是否有权直接要求施工总承包单位清偿工资?

根据支付条例我们可以看出,施工总承包单位对农民工工资有先行清偿义务,该义务为行政法规下的行政义务,需要人力资源社会保障等行政主管部门对拖欠农民工工资的事实进行认定,并向施工总承包单位作出责令限期清偿或先行清偿的行政处理决定。

因此,除了施工总承包单位直接招用的农民工外,分包单位招用、接受转包一方招用的农民工,违法发包、违法分包、允许挂靠非施工总承包单位招用的农民工,并不能直接要求施工总承包单位清偿工资,而是被强制执行的程序上、实体上、信用上的损失。考虑到保证金规定要求的保函是不可撤销见票即付保函,再考虑到当前大量保证金保函仅起到形式作用,很少真正使用,则更应该切实发挥保证金保函的保障托底作用,而不是让这一项好的措施躺着睡觉。至于使用保证金后,施工总承包单位与建设单位之间的履约问题,则属于民事合同纠纷,不必在农民工工资支付当中过多考虑。

(九)施工总承包单位无视责令限期清偿或先行清偿的行政处理决定的后果有哪些?

根据支付条例第四十二条,施工总承包单位可能会被列入失信名单,支付条例规定,人力资源社会保障等主管部门作出责令支付被拖欠的农民工工资的决定,相关单位不支付的,可以依法申请人民法院强制执行。同样,该不利后果也适用于建设单位。除此之外,支付条例还规定,拖欠农民工工资需要列入失信联合惩戒名单的具体情形,由国务院人力资源社会保障行政部门规定。

有一个问题是,支付条例第四十七条、四十八条规定,严重拖欠农民工工资的用人单位可能被向社会公布,媒体曝光,也可能被降低守法诚信等级评价,用人单位及其法定代表人或者主要负责人、直接负责的主管人员和其他直接责任人员可能会被列入拖欠农民工工资失信联合惩戒对象名单,在政府资金支持、政府采购、招投标、融资贷款、市场准入、税收优惠、评优评先、交通出行等方面依法依规予以限制,上述规定是否适用于施工总承包单位、建设单位?

我们来看,支付条例规定,本条例所称农民工,是指为用人单位提供劳动的农村居民。如按照该规定,第四十七条、四十八条规定并不适用于施工总承包单位(直接招用的除外),建设单位。如扩大解释,则应该适用于施工总承包单位、建设单位。

(十)施工总承包单位无视责令限期清偿或先行清偿的行政处理决定的后果有哪些?

根据支付条例第四十二条,施工总承包单位可能会被列入失信名单,支付条例规定,人力资源社会保障等主管部门作出责令支付被拖欠的农民工工资的决定,相关单位不支付的,可以依法申请人民法院强制执行。同样,该不利后果也适用于建设单位。除此之外,支付条例还规定,拖欠农民工工资需要列入失信联合惩戒名单的具体情形,由国务院人力资源社会保障行政部门规定。

(十一)施工总承包单位无视责令限期清偿或先行清偿的行政处理决定的后果有哪些?

根据支付条例第四十二条,施工总承包单位可能会被列入失信名单,支付条例规定,人力资源社会保障等主管部门作出责令支付被拖欠的农民工工资的决定,相关单位不支付的,可以依法申请人民法院强制执行。同样,该不利后果也适用于建设单位。除此之外,支付条例还规定,拖欠农民工工资需要列入失信联合惩戒名单的具体情形,由国务院人力资源社会保障行政部门规定。

(十二)施工总承包单位无视责令限期清偿或先行清偿的行政处理决定的后果有哪些?

根据支付条例第四十二条,施工总承包单位可能会被列入失信名单,支付条例规定,人力资源社会保障等主管部门作出责令支付被拖欠的农民工工资的决定,相关单位不支付的,可以依法申请人民法院强制执行。同样,该不利后果也适用于建设单位。除此之外,支付条例还规定,拖欠农民工工资需要列入失信联合惩戒名单的具体情形,由国务院人力资源社会保障行政部门规定。

(十三)施工总承包单位无视责令限期清偿或先行清偿的行政处理决定的后果有哪些?

根据支付条例第四十二条,施工总承包单位可能会被列入失信名单,支付条例规定,人力资源社会保障等主管部门作出责令支付被拖欠的农民工工资的决定,相关单位不支付的,可以依法申请人民法院强制执行。同样,该不利后果也适用于建设单位。除此之外,支付条例还规定,拖欠农民工工资需要列入失信联合惩戒名单的具体情形,由国务院人力资源社会保障行政部门规定。

(十四)施工总承包单位无视责令限期清偿或先行清偿的行政处理决定的后果有哪些?

根据支付条例第四十二条,施工总承包单位可能会被列入失信名单,支付条例规定,人力资源社会保障等主管部门作出责令支付被拖欠的农民工工资的决定,相关单位不支付的,可以依法申请人民法院强制执行。同样,该不利后果也适用于建设单位。除此之外,支付条例还规定,拖欠农民工工资需要列入失信联合惩戒名单的具体情形,由国务院人力资源社会保障行政部门规定。

因合同价款支付方式的变更造成工程价款、工程期限改变的不必然导致合同实质性内容的变更

裁判要点

合同双方在合同签订时明知价款支付方式具有不确定性,并根据补充协议的支付方式支付工程价款的,一方以补充协议约定的支付方式的变更导致合同实质性变更主张对方承担违约责任,人民法院不予支持。

案件信息

审理法院:最高人民法院第一四巡回法庭

审理程序:再审程序

案号:(2021)最高法民申1013号

案由:建设工程施工合同纠纷

裁判日期:2021-3-25

文书类型:裁定书

当事人信息

再审申请人(一审原告、二审上诉人):安徽蚌埠建筑安装集团有限公司

被申请人(一审被告、二审被上诉人):蚌埠冠宜置业有限公司

审理经过

再审申请人安徽蚌埠建筑安装集团

集团有限公司(以下简称蚌埠建安公司)因与被申请人蚌埠冠宜置业有限公司(以下简称冠宜置业公司)建设工程施工合同纠纷一案,不服安徽省高级人民法院(2020)皖民终21号民事判决,向最高人民法院申请再审。

再审查明理由

蚌埠建安公司再审申请称:原判决认定除已备案的两份《建设工程施工合同》外的其他四份协议即2014年1月25日签订的《项目合作意向协议》、2014年8月1日签订的《吴湾路安置房建设工程总承包协议》和2014年10月20日、2015年2月21日分别签订的《吴湾路安置房项目(建设工程施工合同)补充协议》有效错误。首先,这四份协议内容与依法备案的两份有效《建设工程施工合同》中关于工程价款、支付条件、工程期限等实质性条款相背离,实质上属于变相降低工程价款、改变工程期限,属于对合同内容的实质性变更,因此应当认定无效,其次,原判决将资金投入方式、工程款拨付方式及工期延误责任等内容的变更认定

为不属于工程价款、工程期限等内容的变更,将无效协议认定为对备案合同的修改和补充错误,属于明显违背法律规定并且该判定与类似判决相矛盾。再次,原判决将上述四份无效协议认定为双方实际履行合同,并依照无效协议认定本案违约责任及停工窝工损失错误属于认定错误。

最高法院认为

依据相关法律之规定可知,中标合同实质性内容应当包括工程范围、建设工期、工程质量、工程价款等。根据本案查明的情况可知,2014年8月25日和2015年1月10日,冠宜置业公司与蚌埠建安公司分别签订了两份《建设工程施工合同》,且该两份合同已备案,同时双方还分别于2014年1月25日签订了《项目合作意向协议》,2014年8月1日签订了《吴湾路安置房建设工程总承包协议》,除此之外,双方还在2014年10月20日、2015年2月21日就上述两份备案合同签订了《吴湾路安置房项目(建设工程施工合同)补充协议》。该四份协议主要

涉及工期延误责任、工程款支付方式等内容,由于蚌埠建安公司在与冠宜置业公司签订《项目合作意向协议》时应当已经预见到对于工程款的支付方式存在不确定性,且在后续的实际履行中双方对工程款的支付方式亦大部分按照《吴湾路安置房建设工程总承包协议》以及相关补充协议执行。因此上述四份协议即使与已备案合同相比对支付方式进行了变更,也使得工程期限、工程价款改变,但此种变更并不足以构成对双方当事人权利义务内容的实质性变更。应当认定上述四份协议是对备案合同的变更与补充,因此对于蚌埠建安公司主张的四份协议实质性条款的背离并主张四份协议无效,不予支持。因此应当认定上述四份协议有效,且对备案合同的资金拨付方式、违约责任等内容进行了变更也有效,因此对于再审查理人蚌埠建安公司主张的要求冠宜置业公司依照《建设工程施工合同》付款节点承担延迟付款违约责任及停工窝工损失不予支持。(最高法院)



施工企业如何应对发包人强行要求退场

□岳 冀

最近遇到数起发包人强行要求施工企业中途退场的案件,团队在处理此类退场纠纷及后续案件时,完全理解施工企业的无奈,同时也看到了施工企业无论退场与否都得付出的巨大代价。此类问题往往棘手复杂,对施工企业管理水平要求很高。如果不能很好把握,施工企业绝大多数情况下将非常的被动。在处理此类问题时律师有如下几点建议,供施工企业参考。

一、施工企业要有很强证据意识

中途退场的,绝大多数情况都是双方矛盾激化情况下发生,很少有对已完成工程量达成一致。但施工企业将来是要主张已完成工程量的,需要证据证明已完成工程。所以在退场前施工企业尽量要完成能够证明已完成工程量的证据收集,包括但不限于1.已完工程量证据;2.已完工程具体项目证据;3.工程施工至退场时的截止点证据;4.相关已完工程量的施工资料;5.发包人或者工程监理对已完工程量签证等确认资料;6.施工图纸;7.结算资料等。

二、施工企业要有很强的安全意识

退场前都应对已完的全部工程范围、工程量、工程状态进行拍照、录像。必要时邀请公证机构进行公证,以便将来分清责任等责任并结算。

资金还是被强制执行。

(七)如何认定施工总承包单位拒不清偿?

通过上述(六),我们认为保证金保函属于施工总承包单位支付工资的方式之一,应该先使用保证金或保证金保函,而使用保证金或保证金保函的权利以及主动权在人力资源社会保障等行政主管部门。所以,只有在保证金或保证金保函不足以清偿全部欠付的农民工工资时,再让施工总承包单位是否拒不清偿才更合理。

而如何认定施工总承包单位拒不清偿是施工总承包单位是否会强制执行,纳入失信以及受到其他惩戒措施的分水岭。从上述分析已经看出施工总承包单位先行清偿义务是无条件的,没有理由的。拒不支付应该以结果意义上的没有支付,还是应该考虑具体情形,按照有能力履行而拒绝履行来认定,应该是后者更合理。参考“拒不支付劳动报酬罪”的条件可能并不适当,但可以从其中借鉴一二。以转移财产、逃匿等方法逃避支付肯定属于拒不支付,主观恶意较大,有能力支付而不支付与之并列,也应当属于拒不支付。所以,应避免一刀切,将没有支付认定为拒不清偿,否则确有违公平正义。

具体到工程建设领域,有能力支付而不支付,也需要相关主管部门认定施工总承包单位有能力支付而不支付,该认定可能较为复杂,需要根据具体情形分析。可能有个人认为这样对人力资源社会保障等行政主管部门而言有一定难度,流程也可能较长,最终不利于保障农民工工资支付。

(八)农民工是否有权直接要求施工总承包单位清偿工资?

根据支付条例我们可以看出,施工总承包单位对农民工工资有先行清偿义务,该义务为行政法规下的行政义务,需要人力资源社会保障等行政主管部门对拖欠农民工工资的事实进行认定,并向施工总承包单位作出责令限期清偿或先行清偿的行政处理决定。

因此,除了施工总承包单位直接招用的农民工外,分包单位招用、接受转包一方招用的农民工,违法发包、违法分包、允许挂靠非施工总承包单位招用的农民工,并不能直接要求施工总承包单位清偿工资,而是被强制执行的程序上、实体上、信用上的损失。考虑到保证金规定要求的保函是不可撤销见票即付保函,再考虑到当前大量保证金保函仅起到形式作用,很少真正使用,则更应该切实发挥保证金保函的保障托底作用,而不是让这一项好的措施躺着睡觉。至于使用保证金后,施工总承包单位与建设单位之间的履约问题,则属于民事合同纠纷,不必在农民工工资支付当中过多考虑。

(九)施工总承包单位无视责令限期清偿或先行清偿的行政处理决定的后果有哪些?

根据支付条例第四十二条,施工总承包单位可能会被列入失信名单,支付条例规定,人力资源社会保障等主管部门作出责令支付被拖欠的农民工工资的决定,相关单位不支付的,可以依法申请人民法院强制执行。同样,该不利后果也适用于建设单位。除此之外,支付条例还规定,拖欠农民工工资需要列入失信联合惩戒名单的具体情形,由国务院人力资源社会保障行政部门规定。

(十)施工总承包单位无视责令限期清偿或先行清偿的行政处理决定的后果有哪些?

根据支付条例第四十二条,施工总承包单位可能会被列入失信名单,支付条例规定,人力资源社会保障等主管部门作出责令支付被拖欠的农民工工资的决定,相关单位不支付的,可以依法申请人民法院强制执行。同样,该不利后果也适用于建设单位。除此之外,支付条例还规定,拖欠农民工工资需要列入失信联合惩戒名单的具体情形,由国务院人力资源社会保障行政部门规定。

(十一)施工总承包单位无视责令限期清偿或先行清偿的行政处理决定的后果有哪些?

根据支付条例第四十二条,施工总承包单位可能会被列入失信名单,支付条例规定,人力资源社会保障等主管部门作出责令支付被拖欠的农民工工资的决定,相关单位不支付的,可以依法申请人民法院强制执行。同样,该不利后果也适用于建设单位。除此之外,支付条例还规定,拖欠农民工工资需要列入失信联合惩戒名单的具体情形,由国务院人力资源社会保障行政部门规定。

(十二)施工总承包单位无视责令限期清偿或先行清偿的行政处理决定的后果有哪些?

根据支付条例第四十二条,施工总承包单位可能会被列入失信名单,支付条例规定,人力资源社会保障等主管部门作出责令支付被拖欠的农民工工资的决定,相关单位不支付的,可以依法申请人民法院强制执行。同样,该不利后果也适用于建设单位。除此之外,支付条例还规定,拖欠农民工工资需要列入失信联合惩戒名单的具体情形,由国务院人力资源社会保障行政部门规定。

(十三)施工总承包单位无视责令限期清偿或先行清偿的行政处理决定的后果有哪些?

根据支付条例第四十二条,施工总承包单位可能会被列入失信名单,支付条例规定,人力资源社会保障等主管部门作出责令支付被拖欠的农民工工资的决定,相关单位不支付的,可以依法申请人民法院强制执行。同样,该不利后果也适用于建设单位。除此之外,支付条例还规定,拖欠农民工工资需要列入失信联合惩戒名单的具体情形,由国务院人力资源社会保障行政部门规定。