

# 法律顾问

(核工业江西矿冶局专辑)

总第 19 期

江西中律律师事务所

主任：刘文武律师

法律服务邮箱：zhonglv88@126.com

联系人：余妍律师

法律咨询电话：(0791) 86891234

传真：86891354

2018 年 9 月 19 日

## 本期目录：

1. 中共中央办公厅 国务院办公厅印发《关于加强国有企业资产负债约束的指导意见》 ..... 1
2. 最高人民法院关于充分发挥审判职能作用为企业家创新创业营造良好法治环境的通知..... 7
3. 审理矿业权纠纷案件《解释》 综合性解析（四十四） ..... 9
4. 最高院裁判要旨 建设工程低于成本价竞标的认定..... 11
5. 具有法定必备条款的劳务协议可认定为劳动合同..... 13
6. 劳务分包、转包、内包、挂靠，效力各不同..... 15

## 中共中央办公厅 国务院办公厅印发《关于加强国有企业资产负债约束的指导意见》

近日，中共中央办公厅、国务院办公厅印发了《关于加强国有企业资产负债约束的指导意见》，并发出通知，要求各地区各部门结合实际认真贯彻落实。

《关于加强国有企业资产负债约束的指导意见》全文如下：

为深入贯彻习近平新时代中国特色社会主义思想 and 党的十九大精神，落实中央经济工作会议、全国金融工作会议和中央财经委员会第一次会议部署，加强国有企业资产负债约束，降低国有企业杠杆率，推动国有资本做强做优做大，增强经济发展韧性，提高经济发展质量，现提出如下指导意见。

## 一、总体要求

（一）总体目标。加强国有企业资产负债约束是打好防范化解重大风险攻坚战的重要举措。要通过建立和完善国有企业资产负债约束机制，强化监督管理，促使高负债国有企业资产负债率尽快回归合理水平，推动国有企业平均资产负债率到2020年年末比2017年年末降低2个百分点左右，之后国有企业资产负债率基本保持在同行业同规模企业的平均水平。

### （二）基本原则

——坚持全面覆盖与分类管理相结合。所有行业、所有类型国有企业均纳入资产负债约束管理体制。同时，根据不同行业资产负债特征，分行业设置国有企业资产负债约束指标标准。突出监管重点，对超出约束指标标准的国有企业，结合企业所处发展阶段，在综合评价企业各类财务指标和业务发展前景基础上，根据风险大小采取适当管控措施。严格控制产能过剩行业国有企业资产负债率，适度灵活掌握有利于推动经济转型升级发展的战略性新兴产业、创新创业等领域的国有企业资产负债率。

——坚持完善内部治理与强化外部约束相结合。加强国有企业资产负债约束要与深化国有企业改革、建立现代企业制度、优化企业治理结构等有机结合，建立健全长效机制。同时，通过强化考核、增强企业财务真实性和透明度、合理限制债务融资和投资等方式，加强国有企业资产负债外部约束。

——坚持提质增效与政策支持相结合。各有关方面要积极主动作为，根据总体目标要求进一步明确高负债国有企业降低资产负债率的目标、步骤、方式，并限期完成。国有企业要坚持提质增效、苦练内功，通过扩大经营积累增强企业资本实力，在严防国有资产流失前提下，不断降低资产负债率。同时，要为高负债国有企业降低资产负债率创造良好政策和制度环境，完善资本补充机制，扩大股权融资，支持盘活存量资产，稳妥有序开展债务重组和市场化债转股。

## 二、分类确定国有企业资产负债约束指标标准

国有企业资产负债约束以资产负债率为基础约束指标，对不同行业、不同类型国有企业实行分类管理并动态调整。原则上以本行业上年度规模以上全部企业平均资产负债率为基准线，基准线加5个百分点为本年度资产负债率预警线，基准线加10个百分点为本年度资产负债率重点监管线。国有企业集团合并报表资产负债率预警线和重点监管线，可由相关国有资产管理部

类监管要求确定。邮政、铁路等特殊行业或无法取得统计数据行业的企业资产负债率预警线和重点监管线，由相关国有资产管理部门根据国家政策导向、行业情况并参考国际经验确定。

由国务院国资委履行出资人职责的中央企业，资产负债率管控工作继续执行现行要求，实践中再予以调整完善。金融类国有企业资产负债约束按照现有管理制度和标准实施。

### 三、完善国有企业资产负债自我约束机制

（一）合理设定资产负债率水平和资产负债结构。国有企业要根据相应资产负债率预警线和重点监管线，综合考虑市场前景、资金成本、盈利能力、资产流动性等因素，加强资本结构规划与管理，合理设定企业资产负债率和资产负债结构，保持财务稳健、有竞争力。

（二）加强资产负债约束日常管理。国有企业经营管理层要忠实勤勉履职，审慎开展债务融资、投资、支出、对外担保等业务活动，防止有息负债和或有债务过度累积，确保资产负债率保持在合理水平。在年度董事会或股东（大）会议案中，要就资产负债状况及未来资产负债计划进行专项说明，并按照规范的公司治理程序，提交董事会或股东（大）会审议。在企业可能或已实质陷入财务困境时要及时主动向相关债权人通报有关情况，依法依规与相关债权人协商，分类稳妥处置相关债务。

（三）强化国有企业集团公司对所属子企业资产负债约束。国有企业集团公司要根据子企业所处行业等情况，按照国有企业资产负债率控制指标要求，合理确定子企业的资产负债率水平，并将子企业的资产负债约束纳入集团公司考核体系，确保子企业严格贯彻执行。国有企业集团公司要进一步强化子企业资产、财务和业务独立性，减少母子企业、子企业与子企业之间的风险传染。

（四）增强内源性资本积累能力。国有企业要牢固树立新发展理念，以提高发展质量和效益为中心，着力提升经营管理水平，进一步明确并聚焦主业瘦身健体，通过创新驱动提高生产率，增强企业盈利能力，提高企业资产和资本回报率，为企业发展提供持续的内源性资本。

### 四、强化国有企业资产负债外部约束机制

（一）建立科学规范的企业资产负债监测与预警体系。相关国有资产管理部门要建立以资产负债率为核心，以企业成长性、效益、偿债能力等方面指标为辅助的企业资产负债监测与预警体系。对资产负债率超过预警线和重点监管线的国有企业，

相关国有资产管理部門要综合分析企业所在行业特点、发展阶段、有息负债和经营性负债等债务类型结构、短期负债和中长期负债等债务期限结构，以及息税前利润、利息保障倍数、流动比率、速动比率、经营活动现金净流量等指标，科学评估其债务风险状况，并根据风险大小程度分别列出重点关注和重点监管企业名单，对其债务风险情况持续监测。

（二）建立高负债企业限期降低资产负债率机制。对列入重点监管企业名单的国有企业，相关国有资产管理部門要明确其降低资产负债率的目标和时限，并负责监督实施。不得实施推高资产负债率的境内外投资，重大投资要履行专门审批程序，严格高风险业务管理，并大幅压减各项费用支出。依据市场化法治化原则，与业务重组、提质增效相结合，积极通过优化债务结构、开展股权融资、实施市场化债转股、依法破产等途径有效降低企业债务水平。

（三）健全资产负债约束的考核引导。相关国有资产管理部門要加强过程监督检查，将降杠杆减负债成效作为企业考核和评价的重要内容。对列入重点关注和重点监管企业名单的企业，要将企业资产负债率纳入年度经营业绩考核范围，充分发挥考核引导作用，督促企业贯彻落实资产负债管控要求。

（四）加强金融机构对高负债企业的协同约束。对资产负债率超出预警线的国有企业，相关金融机构要加强贷款信息共享，摸清企业表外融资、对外担保和其他隐性负债情况，全面审慎评估其信用风险，并根据风险状况合理确定利率、抵质押物、担保等贷款条件。对列入重点关注企业名单或资产负债率超出重点监管线的国有企业，新增债务融资原则上应通过金融机构联合授信方式开展，由金融机构共同确定企业授信额度，避免金融机构无序竞争和过度授信，严控新增债务融资。对列入重点监管企业名单的国有企业，金融机构原则上不得对其新增债务融资。

（五）强化企业财务失信行为联合惩戒机制。加强企业财务真实性和透明度审核监督。国有企业负责人对企业财务真实性负全责，要确保企业不虚报资产隐匿债务，财务信息真实可靠。会计师事务所等专业中介机构要严格按照会计准则规范出具审计报告，客观准确反映企业资产负债状况。加强社会信用体系建设，完善企业财务失信行为联合惩戒机制，将违法违规企业、中介机构及相关责任人员纳入失信人名单，并依法依规严格追究责任，加大处罚力度。

## **五、加强国有企业资产负债约束的配套措施**

（一）厘清政府债务与企业债务边界。坚决遏制地方政府以企业债务的形式增

加隐性债务。严禁地方政府及其部门违法违规或变相通过国有企业举借债务，严禁国有企业违法违规向地方政府提供融资或配合地方政府变相举债；违法违规提供融资或配合地方政府变相举债的国有企业，应当依法承担相应责任。多渠道盘活各类资金和资产，积极稳妥化解以企业债务形式形成的地方政府存量隐性债务，保障国有企业合法权益。进一步完善国有企业参与国家或地方发展战略、承担公共服务等的合法权益保障机制。各级政府和社会组织要严格落实减轻企业负担的各项政策，一般情况下，不得强制要求国有企业承担应由政府或社会组织承担的公益性支出责任。国有企业自愿承担的，应严格履行相应决策程序。加快推进“三供一业”分离移交，减轻国有企业办社会负担，协助解决国有企业历史遗留问题。

（二）支持国有企业盘活存量资产优化债务结构。鼓励国有企业采取租赁承包、合作利用、资源再配置、资产置换或出售等方式实现闲置资产流动，提高资产使用效率，优化资源配置。鼓励国有企业整合内部资源，将与主业相关的资产整合清理后并入主业板块，提高存量资产利用水平，改善企业经营效益。鼓励国有企业加强资金集中管理，强化内部资金融通，提高企业资金使用效率。支持国有企业盘活土地使用权、探矿权、采矿权等无形资产，充分实现市场价值。积极支持国有企业按照真实出售、破产隔离原则，依法合规开展以企业应收账款、租赁债权等财产权利和基础设施、商业物业等不动产财产或财产权益为基础资产的资产证券化业务。推动国有企业开展债务清理，减少无效占用，加快资金周转。在风险可控前提下，鼓励国有企业利用债券市场提高直接融资比重，优化企业债务结构。

（三）完善国有企业多渠道资本补充机制。以增加经营效益为前提，进一步完善国有企业留存利润补充资本机制。与完善国有经济战略布局相结合，实现国有资本有进有退动态管理，将从产能过剩行业退出的国有资本用于急需发展行业和领域国有企业的资本补充。充分发挥国有资本经营预算资金的作用，在逐步解决企业历史遗留问题及相关改革成本后，更多作为资本投向关系国家安全、国民经济命脉的重要行业和关键领域。充分运用国有资本投资、运营公司，吸收社会资金转化为资本。积极推进混合所有制改革，鼓励国有企业通过出让股份、增资扩股、合资合作等方式引入民营资本。鼓励国有企业充分通过多层次资本市场进行股权融资，引导国有企业通过私募股权投资基金方式筹集股权性资金，扩大股权融资规模。支持国有企业通过股债结合、投贷联动等方式开展融资，有效控制债务风险。鼓励国有企业通过主动改造改制创造条件实施市场化债转股。

（四）积极推动国有企业兼并重组。支持通过兼并重组培育优质国有企业。鼓励国有企业跨地区开展兼并重组。加大对产业集中度不高、同质化竞争突出行业国有企业的联合重组力度。鼓励各类投资者通过股权投资基金、创业投资基金、产业投资基金等形式参与国有企业兼并重组。

（五）依法依规实施国有企业破产。充分发挥企业破产在解决债务矛盾、公平保障各方权利、优化资源配置等方面的重要作用。支持国有企业依法对扭亏无望、已失去生存发展前景的“僵尸子企业”进行破产清算。对符合破产条件但仍有发展前景的子企业，支持债权人和国有企业按照法院破产重整程序或自主协商对企业进行债务重组。对严重资不抵债失去清偿能力的地方政府融资平台公司，依法实施破产重整或清算，坚决防止“大而不能倒”，坚决防止风险累积形成系统性风险。同时，要做好与企业破产相关的维护社会稳定工作。

## 六、加强国有企业资产负债约束的组织实施

（一）明确各类责任主体。国有企业是落实资产负债约束的第一责任主体，要按照本指导意见要求，明确企业资产负债率控制目标，深化内部改革，强化自我约束，有效防范债务风险，严防国有资产流失，确保企业可持续经营。相关金融机构要根据国有企业资产负债和经营情况，审慎评估企业债务融资需求，平衡股债融资比例，加强贷后管理，开展债务重组，协助企业及时防范和化解债务风险。对落实本指导意见不力和经营行为不审慎导致资产负债率长期超出合理水平的国有企业及其主要负责人，相关部门要加大责任追究力度。对落实本指导意见弄虚作假的国有企业，相关部门要对其主要负责人及负有直接责任人员从严从重处罚。

（二）建立部门信息共享和社会公开监督约束机制。相关国有资产管理部 门要将列入重点关注和重点监管企业名单的企业及其债务风险状况，报送积极稳妥降低企业杠杆率工作部际联席会议（以下简称联席会议）办公室，并由联席会议办公室通报相关部门，为相关部门开展工作提供必要基础信息。各级相关国有资产管理部 门要将各类企业资产负债率预警线和重点监管线以及按照规定应公开的企业财务信息，通过“信用中国”等媒介向社会公开，接受社会监督。

（三）加强国有企业资产负债约束实施工作的组织协调。各级相关国有资产管理部 门要按照本指导意见确定降低国有企业资产负债率目标和约束标准，分解落实、细化要求、加强指导、严格考核，有关情况及时报告联席会议办公室。各级审计部 门要依法独立开展审计监督，促进国有企业资产负债约束落实到位。相关金融管理

部门要按照本指导意见进一步明确规则，加强对金融机构的业务指导和督促。各级政府向本级人大常委会报告国有资产管理情况时，应报告国有企业资产负债情况和资产负债率控制情况。联席会议要加强组织领导、统筹协调、检查督导和监督问责，确保国有企业降低资产负债率取得实效。重大问题要及时报告党中央、国务院。

## 最高人民法院关于充分发挥审判职能作用为企业家创新创业营造良好法治环境的通知

法〔2018〕1号

各省、自治区、直辖市高级人民法院，解放军军事法院，新疆维吾尔自治区高级人民法院生产建设兵团分院：

2018年9月8日，中共中央、国务院印发《关于营造企业家健康成长环境弘扬优秀企业家精神更好发挥企业家作用的意见》（以下简称《意见》），这是推进供给侧结构性改革、实施创新发展战略、促进经济持续平稳健康发展的重要举措。为深入贯彻党的十九大精神和《意见》的要求，充分发挥审判职能作用，依法平等保护企业家合法权益，为企业家创新创业营造良好法治环境，现通知如下。

一、深刻认识依法平等保护企业家合法权益的重大意义。企业家是经济活动的重要主体。改革开放以来，一大批优秀企业家在市场竞争中迅速成长，为积累社会财富、创造就业岗位、促进经济社会发展、增强综合国力做出了重要贡献。人民法院充分发挥审判职能作用，依法平等保护企业家合法权益，为企业家创新创业营造良好法治环境，对于增强企业家人身及财产财富安全感，稳定社会预期，使企业家安心经营、放心投资、专心创业，充分发挥企业家在建设现代化经济体系、促进经济持续平稳健康发展中的作用具有重大意义。

二、依法保护企业家的人身自由和财产权利。严格执行刑事法律和司法解释，坚决防止利用刑事手段干预经济纠纷。坚持罪刑法定原则，对企业家在生产、经营、融资活动中的创新创业行为，只要不违反刑事法律的规定，不得以犯罪论处。严格非法经营罪、合同诈骗罪的构成要件，防止随意扩大适用。对于在合同签订、履行过程中产生的民事争议，如无确实充分的证据证明符合犯罪构成的，不得作为刑事案件处理。严格区分企业家违法所得和合法财产，没有充分证据证明为违法所得的，

不得判决追缴或者责令退赔。严格区分企业家个人财产和企业法人财产，在处理企业犯罪时不得牵连企业家个人合法财产和家庭成员财产。

三、依法保护诚实守信企业家的合法权益。妥善认定政府与企业签订的合同效力，对有关政府违反承诺，特别是仅因政府换届、领导人员更替等原因违约、毁约的，依法支持企业的合理诉求。妥善审理因政府规划调整、政策变化引发的民商事、行政纠纷案件，对于确因政府规划调整、政策变化导致当事人签订的民商事合同不能履行的，依法支持当事人解除合同的请求。对于当事人请求返还已经支付的国有土地使用权出让金、投资款、租金或者承担损害赔偿责任的，依法予以支持。对企业家财产被征收征用的，要综合运用多种方式进行公平合理的补偿。

四、依法保护企业家的知识产权。完善符合知识产权案件特点的诉讼证据规则，着力破解知识产权权利人“举证难”问题。推进知识产权民事、刑事、行政案件审判三合一，增强知识产权司法保护的整体效能。建立以知识产权市场价值为指引，补偿为主、惩罚为辅的侵权损害司法认定机制，提高知识产权侵权赔偿标准。探索建立知识产权惩罚性赔偿制度，着力解决实践中存在的侵权成本低、企业家维权成本高的问题。坚持依法维护劳动者合法权益与促进企业生存发展并重的原则，依法保护用人单位的商业秘密等合法权益。

五、依法保护企业家的自主经营权。加强金融审判工作，促进金融服务实体经济。对商业银行、典当公司、小额贷款公司等金融机构以不合理收费变相收取高息的，参照民间借贷利率标准处理，降低企业融资成本。加强破产案件审理，对于暂时经营困难但是适应市场需要具有发展潜力和经营价值的企业，综合运用重整、和解等手段，促进生产要素的优化组合和企业转型升级。对违法违规向企业收费或者以各种监督检查的名义非法干预企业自主经营权的，依法予以纠正。严格依法采取财产保全、行为保全等强制措施，防止当事人恶意利用保全手段，侵害企业正常生产经营。对资金暂时周转困难、尚有经营发展前景的负债企业，慎用冻结、划拨流动资金等手段。加强对虚假诉讼和恶意诉讼的审查力度，对于恶意利用诉讼打击竞争企业，破坏企业家信誉的，要区分情况依法处理。

六、努力实现企业家的胜诉权益。综合运用各种强制执行措施，加快企业债权实现。强化对失信被执行人的信用惩戒力度，推动完善让失信主体“一处失信、处处受限”的信用惩戒大格局。同时，营造鼓励创新、宽容失败的社会氛围。对已经履行生效裁判文书义务或者申请人滥用失信被执行人名单的，要及时恢复企业家信

用。对经营失败无偿债能力但无故意规避执行情形的企业家，要及时从失信被执行人名单中删除。

七、切实纠正涉企业家产权冤错案件。进一步加大涉企业家产权冤错案件的甄别纠正工作力度，对于涉企业家产权错案冤案，要依法及时再审，尽快纠正。准确适用国家赔偿法，及时启动国家赔偿程序，公正高效审理涉及企业家的国家赔偿案件，加大赔偿决定执行力度，依法保障企业家的合法权益。

八、不断完善保障企业家合法权益的司法政策。进一步加快“智慧法院”建设，充分利用信息技术，深入调研涉企业家案件的审判执行疑难问题，及时总结审判经验，健全裁判规则。加大制定司法解释、发布指导性案例工作力度，统一司法尺度和裁判标准。在制定有关司法政策、司法解释过程中要充分听取企业家的意见、建议。

九、推动形成依法保障企业家合法权益的良好社会氛围。进一步通过公开开庭等生动直观的形式，大力宣传党和国家依法平等保护企业家合法权益弘扬优秀企业家精神的方针政策。持续强化以案释法工作，及时公布一批依法保护企业家合法权益的典型案例和好做法、好经验，推动形成企业家健康成长良好法治环境和社会氛围。

十、增强企业家依法维护权益、依法经营的意识。加大对企业家的法治宣传和培训力度，提高企业家依法维护自身合法权益的意识和能力。依法打击破坏市场秩序、不正当竞争等违法行为，积极引导企业家在经营活动中遵纪守法、诚实守信、公平竞争、恪尽责任，弘扬优秀企业家精神。

各级人民法院要加强组织领导，制定工作方案，切实将依法保障企业家合法权益的工作落到实处。在审判执行工作中遇到新情况新问题的，请及时层报最高人民法院。

最高人民法院

## 审理矿业权纠纷案件《解释》综合性解析（四十四）

（文接上期）

水土保持法规定了多重法律责任请求权基础：

一是规定了民事责任、行政责任与刑事责任的多重保护的制度体系。即造成水土流失危害的应当承担民事责任；公安机关亦可依法给予治安管理处罚；构成犯罪的，依法追究刑事责任。事实上，该制度体系也同样适用于调整环境保护的其他单行法之责任机制中，即便该项单行法没有明确规定前述三类并行责任的，并不影响对同一侵权事实所可能涉及三类责任形态的合并追究。

较为特殊的情形是，如果行为人构成犯罪需要追究其刑事责任，但相关执法机关拒不履行移交职责或有关侦查机关不履行立案、侦办法定职责的，则检察机关不应当通过行政公益诉讼实施法律监督，而是应当依照刑事诉讼法的授权启动法律监督程序。

二是规定了地方人民政府对水土保持的规划与防治义务。即地方各级人民政府应当按照水土保持规划，采取封育保护、自然修复等措施，组织单位和个人植树种草，扩大林草覆盖面积，涵养水源，预防和减轻水土流失；地方各级人民政府应当加强对取土、挖砂、采石等活动的管理，预防和减轻水土流失。

三是设定了多重禁止性规定。诸如，禁止在崩塌、滑坡危险区和泥石流易发区从事取土、挖砂、采石等可能造成水土流失的活动；限制或禁止在水土流失严重、生态脆弱的地区实施可能造成水土流失的生产建设活动，严格保护植物、沙壳、结皮、地衣等；禁止土地所有权人、使用权人或者有关管理单位开垦、开发植物保护带等。

四是与环境保护法相衔接规定了对水土保持设施建设的“三同时”制度。即涉及水土保持设施的，生产经营单位应当与主体工程同时设计、同时施工、同时投产使用。否则，水土保持设施未经验收或者验收不合格的，生产建设项目不得投产使用。

五是尊重我国法律的体系性，可以援引其他单行法实施对水土保持的监管。即违反水土保持法规定，毁林、毁草开垦的，可依照《森林法》、《草原法》的有关规定处罚。

#### **四、根据国务院第 394 号令产生的有关地质灾害防治制度的请求权基础**

最高人民法院关于审理矿业权纠纷案件的《解释》第二十一条明确将造成“地质灾害”的侵权行为纳入环境行政公益与私益诉讼的调整范畴中，这是司法权对环境保护和地质灾害防治所提供的一项重要的保护机制。目前，涉及地质灾害防治的专门性行政法规是国务院第 394 号令《地质灾害防治条例》，该条例自 2004 年 3 月 1

日起施行。

“地质灾害”是包括自然因素或者人为活动引发的危害人民生命和财产安全的山体崩塌、滑坡、泥石流、地面塌陷、地裂缝、地面沉降等与地质作用有关的灾害。

《条例》根据对地质灾害产生的不同因素，规定了不同的防治责任体系：

一是对于因自然因素造成的地质灾害的防治经费，在划分中央和地方事权和财权的基础上，分别列入中央和地方有关政府的财政预算。也即，地方政府可能成为地质灾害防治行政公益诉讼的被告。

二是对因工程建设等人为活动引发的地质灾害的治理费用，按照“谁引发、谁治理”的原则由责任单位承担，这一机制主要调整地质灾害防治的民事责任。

三是“地质灾害责任”不明的，由地质灾害发生地的县级以上国土资源主管部门负责组织专家对地质灾害的成因进行分析论证后认定。责任单位对地质灾害的治理责任认定结果有异议的，可以依法申请行政复议或者提起行政诉讼。（未完待续）

## 最高法院裁判要旨 建设工程低于成本价竞标的认定

对于低于工程建设项目成本的中标价签订的施工合同，依据《招标投标法》第33条、第41条的规定应当认定为无效合同。国家提倡低价中标，但不允许低于成本价中标。同时，《国务院办公厅关于进一步规范招标投标活动的若干意见》（国办发〔2004〕56号）也鼓励推行合理低价中标和无标底招标，坚决反对低于成本价中标。但何为“低于成本价”，目前我国尚无法律、法规、司法解释及其他规范性文件进行规定，造成实务中遇此问题争议颇大。

### 1、南通市通州百盛市政工程有限公司与苏州市吴江东太湖综合开发有限公司建设工程施工合同纠纷案（2015）民申字第884号

最高法院认为：《招标投标法》第三十三条所称的“低于成本”，是指低于投标人的为完成投标项目所需支出的个别成本。每个投标人的管理水平、技术能力与条件不同，即使完成同样的招标项目，其个别成本也不可能完全相同，个别成本与行业平均成本存在差异，这是市场经济环境下的正常现象。实行招标投标的目的，正是为了通过投标人之间的竞争，特别在投标报价方面的竞争，择优选择中标者，因此，只要投标人的报价不低于自身的个别成本，即使是低于行业平均成本，也是完全可

以的。本案中，苏州市姑苏工程造价事务所出具的鉴定结论书系依据建筑行业主管部门颁布的工程定额标准和价格信息编制的，反映的是建筑市场的社会平均成本，不能等同于百盛市政公司的个别成本，百盛市政公司也没有证据证明合同约定价格低于其个别成本，故百盛市政公司所称合同约定价格低于其成本价无事实依据，其主张案涉《建筑工程施工合同》因此而无效没有事实和法律依据。

## **2、佛山市南海第二建筑工程有限公司与佛山华丰纺织有限公司建设工程施工合同纠纷案（2015）民提字第 142 号**

最高法院认为：关于案涉施工合同效力应如何认定的问题。根据已经查明的案件事实，华丰公司系采用邀请招标的方式发包案涉工程，虽然在具体实施中不符合邀请招标的相关程序规定，但考虑到佛山市南海区发展和改革局对工程发包方式已予核准，可以认定案涉工程履行了招投标程序，应当适用《中华人民共和国招标投标法》的相关规定。对于本案是否存在《中华人民共和国招标投标法》第三十三条规定的以低于成本价竞标的问题。本院认为，法律禁止投标人以低于成本的报价竞标，主要目的是为了规范招标投标活动，避免不正当竞争，保证项目质量，维护社会公共利益，如果确实存在低于成本价投标的，应当依法确认中标无效，并相应认定建设工程施工合同无效。但是，对何为“成本价”应作正确理解，所谓“投标人不得以低于成本的报价竞标”应指投标人投标报价不得低于其为完成投标项目所需支出的企业个别成本。招标投标法并不妨碍企业通过提高管理水平和经济效益降低个别成本以提升其市场竞争力。原判决根据定额标准所作鉴定结论为基础据以推定投标报价低于成本价，依据不充分。南海二建未能提供证据证明对案涉项目的投标报价低于其企业的个别成本，其以此为由主张《建设工程施工合同》无效，无事实依据。案涉《建设工程施工合同》是双方当事人真实意思表示，不违反法律和行政法规的强制性规定，合法有效。原判决认定合同无效，事实和法律依据不充分，本院予以纠正。

## **3、浙江杭萧钢构股份有限公司与湖北香利资产管理有限公司、武汉中联三星实业有限公司建设工程施工合同纠纷案（2014）民申字第 848 号**

最高法院认为：首先，《招标投标法》第三十三条所称的“低于成本”，是指低于投标人的为完成投标项目所需支出的个别成本。每个投标人的管理水平、技术能力与条件不同，即使完成同样的招标项目，其个别成本也不可能完全相同，个别成本与行业平均成本存在差异，这是市场经济环境下的正常现象。本案中，杭萧钢构公

司主张合同约定价格低于其成本价的依据是中汇公司出具的《工程造价咨询报告书》中载明的社会平均成本，该社会平均成本不能等同于杭萧钢构公司的个别成本，因其申请再审未提交证明其自身成本的其他相关证据，故杭萧钢构公司主张合同约定的价格低于其自身成本没有事实依据。

上述案例中，最高院裁判意见对中标成本价的理解均为完成投标项目的企业个别成本，而非社会成本。在招投标市场，作为承包企业既要达到不低于企业自身为拟投标项目而支出的个别成本，又要增大中标的概率，计算工程项目投标报价则成为非常关键的工作。行业中每个有经验的承包企业都应有自己的一套计价规则、报价组成结构体系，没有企业内部定额或规则的承包企业应尽早制定、完善，使之能在买方市场条件下具备相应的竞争力。

另外，在非必须招投标的建设项目中，发包方、承包方签订建设工程施工合同后又意图通过招投标的方式改变签约在先施工合同的价款，经过招投标等一系列程序发出《中标通知书》，但双方未按《中标通知书》及招标文件签订施工合同的情形。一旦发生纠纷诉诸法院，司法实践中法院多以中标合同未成立，或以当事人真实意思表示及合同实际履行情况认定《中标通知书》对签约在先的施工合同未产生变更的法律效力。

## 具有法定必备条款的劳务协议可认定为劳动合同

**【案情】**何某与某公司签订一份劳务用工协议，协议约定，用工期限一年；何某从事锅炉工作；报酬支付标准为固定工资 1850 元+计价单价 0.45 元/吨；何某应当遵守公司规章制度，服从公司工作安排；公司须为何某提供必要的工作条件。协议签订后，何某即开始工作。半年后，何某以工资低为由提出辞职申请，公司表示同意。后何某向劳动仲裁委申请仲裁，要求公司补缴社会保险费，并支付未签订书面劳动合同双倍工资。仲裁委裁决驳回其双倍工资的请求，何某遂诉至法院。公司抗辩认为，双方之间签订的劳务用工协议应视为双方之间的书面劳动合同。何某称未签订书面劳动合同无事实依据，应驳回何某的诉讼请求。

**【分歧】**一种观点认为，何某与某公司签订的是劳务用工协议，并未明确双方之间的法律关系为劳动关系，不能认为双方之间已经签订书面劳动合同，何某要求

支付双倍工资于法有据。

另一种观点认为，何某与某公司签订的劳务用工协议中包含了劳动期限、工作内容、工作时间、劳动报酬等内容，明确了双方的主要劳动权利义务，具备劳动合同必备条款，应当认定双方已经订立了书面劳动合同，何某主张未签订书面劳动合同不能成立。

【评析】我们赞同第二种观点，理由如下：

### 1.建立劳动关系应当签订书面劳动合同

劳动合同是劳动者与用人单位确立劳动关系、明确双方权利义务的协议。劳动合同法第十六条第二款和劳动合同法第十条第一款均强调，建立劳动关系，应当订立书面劳动合同。并且规定已建立劳动关系，未同时订立书面劳动合同的，应当自用工之日起一个月内订立书面劳动合同。用人单位自用工之日起满一年不与劳动者订立书面劳动合同的，视为用人单位与劳动者已订立无固定期限劳动合同。因此，书面劳动合同是劳动合同的唯一合法形式，法律并不承认口头劳动合同，达成口头劳动合同的，视为尚未订立劳动合同。而且，劳动合同应由用人单位与劳动者协商一致，并经用人单位与劳动者在劳动合同文本上签字或者盖章才生效。用人单位自用工之日起超过一个月不满一年未与劳动者订立书面劳动合同的，应当向劳动者每月支付二倍的工资。本案中，何某与某公司签订了劳务用工协议，书面形式已经具备，但还需要结合劳动合同内容进行分析认定。

### 2.劳动合同必备条款的认定

劳动合同的必备条款，是指法律要求劳动合同必须包括的条款。劳动合同法第十七条规定，劳动合同应当具备以下条款：用人单位的名称、住所和法定代表人或者主要负责人；劳动者的姓名、住址和居民身份证或者其他有效身份证件号码；劳动合同期限；工作内容和工作地点；工作时间和休息休假；劳动报酬；社会保险；劳动保护、劳动条件和职业危害防护；法律、法规规定应当纳入劳动合同的其他事项。

本案中，双方签订的虽然为劳务用工协议，但协议对劳动合同期限、工作内容、劳动保护和劳动条件、劳动报酬、劳动纪律、劳动合同终止条件等劳动合同必备条款作了明确约定，该协议可视为双方实际已签订了书面劳动合同。在此基础上，何某主张未签订书面劳动合同双倍工资，依据不足。

## 劳务分包、转包、内包、挂靠，效力各不同

### 劳务分包：合同效力应视情况而定

【案例】一家公司通过招标方式从一家建设单位承包到楼房建筑工程后，将面积约为 150 m<sup>2</sup>的清除基础淤泥的劳务分包给了邱日萍等 12 名农民工。可当邱日萍等完成工作任务后，公司起初借口尚未从建设单位获取工程款而一再拖延工资，后来干脆以其分包劳务未获得建设单位同意，属于违法分包、不具有法律效力为由拒绝支付。

【点评】劳务分包并非必然无效。就承建单位与建筑单位在建筑合同中无劳务分包的约定或劳务分包没有得到建设单位认可时，是否属于违法分包问题，应当区别对待：如果将劳务作业分包给具备资质且在资质条件允许范围内的分包，不属于违法分包；如果将劳务作业分包给无资质或虽然有资质但不在资质许可条件范围内的分包，属于违法分包。

与之对应，本案所涉清除基础淤泥的劳务，并没有什么技术含量，只需通过简单的体力劳动就能完成，根本不存在必须具备相应资质的问题，因而公司不能拿无效说事儿。

### 劳务转包：任何形式均被法律禁止

【案例】2017 年 8 月，一家公司承包到一项劳务工程后不久便当起了“甩手掌柜”：将之转包给包工头李某。李某则雇请肖丽玉等 17 人施工。任务完成后，李某却携带公司给付的工资逃之夭夭了。面对肖丽玉等索要工资的请求，公司认为其已经付过，且其与李某之间的转包因违反法律规定而无效，肖丽玉等自然无权向其索要。

【点评】本案所涉转包合同无效。转包是指承包人将承包的劳务转让给第三人，使第三人实际成为合同的另一方当事人，而分包中的承包人并不退出承包关系。虽然转包都被法律所禁止，但劳动和社会保障部《关于确立劳动关系有关事项的通知》第四条规定：“建筑施工、矿山企业等用人单位工程(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。”即尽管本案所涉转包合同无效，但公司却必须向肖丽玉等人支付工资。

### 劳务内包：劳动者权益受法律保护

**【案例】**2017年9月，一家建筑公司承包一项劳务工程后，以“内部承包”方式交由其内设机构基建部完成。基建部随之招募了邓晓菲等20名农民工施工。期间，邓晓菲在劳动期间不慎受伤。当邓晓菲要求给予工伤赔偿时，却遭到公司拒绝，理由是其与基建部的“内部承包”协议无效，其自然无需对基建部的雇佣行为担责。

**【点评】**公司必须承担工伤赔偿责任。“内部承包”又叫“内包”，是承包人承接劳务工程之后，交由其内部职能机构或者部门负责完成的一种经营行为。根据《公司法》的规定，法人的内设机构和分支机构不具有独立人格，属于法人的一个部分，法人对内设机构或分支机构的行为负责。即内设机构或分支机构和法人属于同一主体，内设机构或分支机构的行为视为法人的行为，内设机构或分支机构不属于法律意义上的“他人”或“第三人”，故内包不属于转包。

与之对应，公司自然应当对邓晓菲的工伤承担赔偿责任。

#### **劳务挂靠：所有方式都属无效行为**

**【案例】**包工头朱某拉起建筑队后，鉴于难于接到活干，遂挂靠到一家建筑公司。2017年11月，朱某以该公司名义与一家单位签订了劳务合同。一个月后，朱某雇请的员工邱庚秀因脚手架脱落而受伤。鉴于朱某拒绝赔偿，邱庚秀曾要求公司担责。但公司认为，朱某与其系挂靠关系，而挂靠不受法律保护，故邱庚秀只能要求朱某担责。

**【点评】**本案所涉劳务挂靠关系无效。劳务挂靠主要是指没有资质的实际施工人借用有资质的建筑施工企业名义从事劳务活动的行为。虽然这种行为被法律明令禁止，但并不等于本案所涉建筑公司便无需对邱庚秀所受伤害承担工伤赔偿责任，因为《最高人民法院关于审理工伤保险行政案件若干问题的规定》第三条规定：“社会保险行政部门认定下列单位为承担工伤保险责任单位的，人民法院应予支持：……(五)个人挂靠其他单位对外经营，其聘用的人员因工伤亡的，被挂靠单位为承担工伤保险责任的单位。”由此可知，邱庚秀有权要求本案中被挂靠的这家建筑公司担责。