

建筑企业

法律风险防控策略

JIANZHUQIYE

FALVFENGXIAN FANGKONG CELUE

沈明宇 著

 中国社会科学出版社

国家一级出版社·全国百佳图书出版单位

建筑企业法律风险防控策略

沈明宇 著



中国社会出版社

国家一级出版社·全国百佳图书出版单位

图书在版编目 (CIP) 数据

建筑企业法律风险防控策略 / 沈明宇著. —北京:
中国社会出版社, 2015. 12
ISBN 978 - 7 - 5087 - 5219 - 8

I. ①建… II. ①沈… III. ①建筑业—建筑法—
研究—中国 IV. ①D922. 297. 4

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2015) 第 297217 号

书 名: 建筑企业法律风险防控策略
著 者: 沈明宇

出 版 人: 浦善新
终 审 人: 李 浩
责任编辑: 陈 琛

责任校对: 杜 森

出版发行: 中国社会出版社 邮政编码: 100032

通联方法: 北京市西城区二龙路甲 33 号

电 话: 编辑室: (010) 58124845

邮购部: (010) 58124848

销售部: (010) 58124850

传 真: (010) 58124856

网 址: www.shcbs.com.cn
shcbs.mca.gov.cn

经 销: 各地新华书店

印刷装订: 北京华创印务有限公司

开 本: 170mm × 240mm 1/16

印 张: 24. 25

字 数: 360 千字

版 次: 2015 年 12 月第 1 版

印 次: 2015 年 12 月第 1 次印刷

定 价: 68.00 元



中国社会出版社天猫旗舰店



中国社会出版社微信公众号

前 言

近三十年来，最能造就人才的行业要数中国建筑行业。多少农民工兄弟，凭着勤劳、胆大、心细、算计而逐渐成为班（组）长、包工头、小老板、大老板、建筑公司老总。听他们的故事，看他们的言行，或似游击队农村包围城市，或似耸天脚手架上的钢管舞表演者；或似围攻欠债公司大楼的敢死队，或似聚集市政广场的）送葬队伍。他们的功绩——一幢幢楼房，一座座桥梁，一条条高铁。他们的劣迹——一次次殴斗，一次次涉黄，一次次被监禁。有时他们是赌棍，用 50 万元去赌 5 亿元的建设项目。有时他们是骗子，既无资质又无营业执照，居然能接上亿元的总承包工程。是谁在操纵农民工？是谁在搅混建筑市场？偌大的中国建筑市场啊，你的风险到底有多大？陷阱到底有多深？快速暴发的建筑企业哟，如何才能识别风险、防控风险，走稳自己的路呢？

虽然有些建筑企业曾经飞黄腾达、红极一时，但现在多数建筑企业债台高筑，步履维艰。甚至资不抵债，破产倒闭。其风险之高，前所未有。作为建筑行业的亲历者和建筑企业的资深法律顾问，痛定思痛后，下决心把我经历的种种法律风险告诉读者，使之警觉警醒，并教之防控策略，让那些不知风险者能够识别风险，让那些遇险而又束手无策者能够有效应对。

一、本书的结构

本书由前言和正文构成。前言中讲解风险、法律风险等基本知识，使读者渐进深入正文内容。正文共有十一章。

第一章建筑企业设立中的法律风险与防控策略，旨在告诉读者从建筑

公司设立之时就应注意法律风险的防控，从企业胚胎时就防范病毒侵入。

第二章资质外借与挂靠的法律风险与防控策略，目的在于教会建筑企业如何把非正规军（农民工）改造成正规军（建筑工人），变“非法”为“合法”。

第三章招投标中的法律风险与防控策略，旨在教会读者掌握招投标过程中的博弈技巧。一个项目的成功与否，赚钱与否，招投标时就可预知结果。

第四章建设工程施工合同签订的法律风险与防控策略，旨在讲授合同法律术语、合同签订技巧和如何防范被人挖“坑”而不知！

第五章工程款结算的法律风险与防控策略，工程款结算是合同双方争夺的焦点、难点，工程项目利益如何分割、分配，在本章得以集中体现，你死我活的斗争，明里暗里的博弈在本章详述。

第六章工程项目索赔的法律风险与防控策略。

第七章工程概预算的法律风险与防控策略。

第八章举证不能的法律风险与防控策略，对第五章起辅助作用。

第九章建筑企业国际合作的法律风险与防控策略，以作者亲历的案例告诉读者如何在国外打官司、德国法院的审判流程和庭审技巧。

第十章建筑企业常用合同模版，周全，公平，可拿来即用，对那些没有法律顾问的公司特别有益。

第十一章建筑企业常用法律法规，是建筑企业行为的指南针，是其维权的法宝，值得建筑企业每位员工细读。

危难之处显身手，建筑企业危难之际正是精英人才大展宏图之时。

如果您是位一心想做大的“包工头”，认真读了这本书，您会变得更精明，少上他人当，少吃他人亏。

如果您是身价亿万的建筑商，认真读了本书，就能洞悉建筑市场的法律风险与防控策略。

如果您是在校大学生、研究生，认真读了本书，您将看清建筑市场的真实图景。在您惊叹之余，您定会摩拳擦掌，准备在法律风险特高的建筑业大显身手。

怀着中国梦的人，不可不读本书！

想成为建筑企业高管的人，不可不读本书！

立志成为中国建筑业领军人物的人，不可不读本书！

要读懂本书，需具备风险管理方面的基础知识。出于本书章节安排的合理性，作者将风险基础知识安排在前言中讲述。

二、风险基础知识

“风险”是指损害的可能性。《中央建筑企业全面风险管理指引》第三条将风险定义为：未来的不确定性对公司实现其经营目标的影响。风险包含三个要素：有害结果、发生的概率和现实状态。风险有三个特征：损失性、不确定性、客观性。一般将风险分为两类：纯粹风险和投机性风险。纯粹风险又称静态风险，是指只有机会损失而无获利可能的纯损失风险，如火灾、地震等导致的风险。投机性风险又称动态性风险，指既有机会损失又有获利可能的风险，建筑企业经营风险多属此类，它常与政治、经济、科技、法律变动等相关；风险还可以分为外部风险和内部风险。外部风险是指由于外部环境变化而带来的风险，如冰雹、洪水等自然灾害、房地产政策调整等带来的风险。内部风险是指建筑企业内部员工在行为过程中由于操作不当且缺乏有效防控体系而产生的风险，如建筑企业法定代表人不审查合同就签字导致本方责任过重的风险。

法律风险与其他风险一样，具有损失性、不确定性、客观性，而且还具有建构性、可控性和规范性等法律属性。因此，建筑企业法律风险可定义为：建筑企业因其不当行为或者不利的法律环境而导致其目标不达、人身财产损失以及承担法律责任等不利法律后果的可能性。

建筑企业法律风险可做如下分类：

根据建筑企业经营行为，可将建筑企业法律风险分为合同法律风险、市场营销法律风险、知识产权法律风险、劳动法律风险、投资法律风险、公司并购法律风险、税收法律风险、破产法律风险等。

根据法律风险产生的原因可分为外部法律风险和内部法律风险。外部法律风险是指因建筑企业外部环境的变化导致的法律风险，如国家法律制定、修订导致的法律风险。新合同法规定“建设工程的价款就该工程折价

或者拍卖的价款优先受偿”，导致“在建工程的银行贷款抵押权”劣后于“在建工程承包人的工程款受偿权”。又如《中华人民共和国企业破产法》修订而扩展了破产范围，给金融业、保险业增加了收款不能风险。内部法律风险是指由于建筑企业内部员工操作不当或者风险控制系统不完善，未能对面临的法律风险及时做出有效反应而产生的风险。如建筑企业不与员工签订劳动合同或者所签劳动合同不合法，被劳动监察部门处罚及对员工进行补偿的风险；又如建筑企业未调查对方的资信，就与其签订买卖合同造成货款不能收回的风险；再如建筑企业员工接到行政处罚通知书后，置之不理而丧失申请听证、提起行政复议或诉讼的机会等。

建筑企业法律风险一旦变为现实，就表现为建筑企业的“行为目的不达”、“人身财产损害”以及“承担法律责任”。行为目的不达包括行为主体的预期利益不能实现、投入的成本和费用不能收回。例如：某装修公司欲承包某大酒店的装修工程，由于没有对发包人的资信进行调查，在开标前夕才得知发包人负债累累、极有可能拖欠工程款的事实，于是不得不放弃投标，结果导致其投标准备阶段所发生的费用无法收回，效果图绘制费用、投标文件编制费用、招待费等统统化为乌有。

人身财产损害是指在遭受他人违约或者侵权而致人身财产损害，因诉讼时效已过、证据不足、法官自由裁定权等原因导致败诉的风险损失。表现为人身受到侵害而不能得到赔偿，财产受到损害而不能得到补偿等。

承担法律责任包括承担民事责任、行政责任和刑事责任，这将导致其人身自由被剥夺或者受限制，甚至生命或法律主体资格被剥夺，自然无从通过从事经营活动等获得利润或报酬，同时还要遭致巨额经济损失（违约金、赔偿金、罚款、罚金、没收财产等）。

建筑企业法律风险具有可控性。法律风险因当事人的行为与相关法律而生，所以，当事人于行动之前应对法律进行深入研究，这样不仅可以预测法律风险发生的可能性，而且可通过纠正某行为的非法性来规避、防控法律风险。因此，建筑企业法律顾问、律师在建筑企业法律风险管控中大有用武之地，能够诊断、识别建筑企业法律风险，防范或控制建筑企业风险，做一名优秀的“建筑企业医生”。

防控建筑企业法律风险，不仅仅是高管的事，而且是全体员工的事，

我们提倡全员全面风险管理，具体措施有：

（一）树立全员、全面法律风险防控意识

对于一个建筑企业来说，法律风险无处不在，无时无有，必须对建筑企业全体员工、各个岗位进行法律风险意识培育，对重点人员、重点岗位还应重点培育，提高法律风险防控意识，使之在日常工作中形成条件反射，每次行动前就能想到法律后果，在“做”与“不做”之间做出明智抉择，达到有效防控法律风险之目的。如果一个建筑企业认为法律风险防控仅仅是法务部门的事，那就大错特错了。法务部门虽是法律风险归口管理部门，但财务部门、知识产权部门、技术部门、法定代表人等部门或者岗位都是法律风险高发地，如果不对这些部门或岗位人员进行法律培训，提高其法律风险防控意识，建筑企业或早或晚会有案件发生，甚或因一人一事出错给建筑企业带来灾难性法律后果。

（二）正确识别建筑企业法律风险

建筑企业法律风险管理的第一步就是要进行法律风险识别。如果由于主客观原因不愿识别或者无法识别，就无从谈起法律风险管理。法律风险识别的方法很多，下面主要介绍两种方法：

1. 法律行为流程图法

该法是指将建筑企业法律行为过程中每个环节按先后顺序排列，然后，对每个环节的合法性进行分析，将每个环节的不合法之处标注于该环节，这样可清晰地知道各环节的风险所在。

例如，在识别合同法律风险时，将合同管理过程划分为初始审查、资信审查、合同条款审查、合同签订、合同备案、合同履行共六个环节，然后按先后次序依次鉴别。

（1）初始审查是指审查是否经过招标、政府集中采购等强制性法律程序。未经这些程序，将产生合同效力风险和被行政处罚风险。

（2）资信审查是指审查拟签合同的相对人的主体资格，三证（营业执照、组织机构代码证、税务登记证）是否齐全，特殊行业还要审查其是否有资质证书、许可证等，有无未结重大诉讼案件，是否有不良履约记录，

现在的履约能力如何等等。资信审查不严，往往会导致所签订合同无效或者履行不能。

(3) 合同条款审查包括对合同术语的审查、普通条款的审查、专用条款的审查，特别要注意对数据大小写的审查。任何遗漏或差错都将导致当事人的权利义务不明确或有失公平，埋下法律纠纷隐患。

(4) 合同签订的方式不完善，也可能导致合同无效。如签字人未经授权，没有盖章或者所加盖公章不是公司行政章或合同专用章，而是公司部门章、项目部章等。

(5) 未按规定将合同备案，将导致合同是否有效的风险。

(6) 未按合同履行，既产生违约风险，又将产生经济损失。

2. 法律风险图表法

先确定导致法律风险的因素，利用图表形式将这些法律风险一个一个列明，然后，对应列出这些风险的现实状态，由此辨别该种法律风险是否存在。

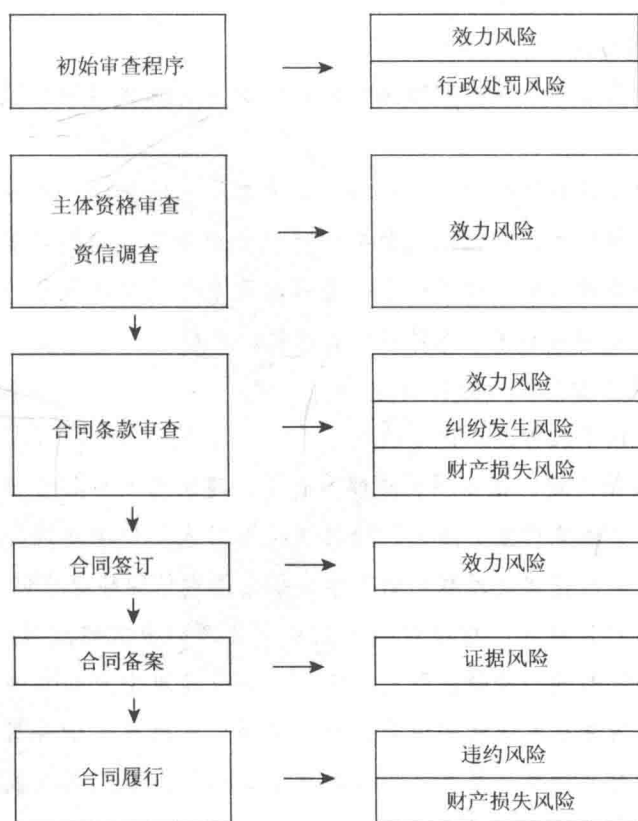
例如，要识别某有限公司的成立是否存在目的不达的法律风险。首先，确定公司名称、股东、股本、章程、申请文件和行政审批文件作为法律风险因素。然后，在每个因素下面列出其现实状态（是否具备、是否合法、是否必须）。

有限责任公司法律风险辨识表

因素 状态	公司名称	股东	股本	章程	申请文件	行政审批文件
是否具备	已通过预登记	具备	具备	具备	具备	不具备
是否合法	合法	合法 (3人)	合法 (50万元)	合法(绝对 必要事项 齐全)	合法	
是否必须	是	是	是	是	是	否

(三) 客观评测建筑企业法律风险

建筑企业法律风险评测是指对已识别的公司法律风险发生概率进行评估或测算，以确定发生的概率大小，进而测算损失的严重程度，包括损失



合同法律风险辨识流程图

额、影响范围、持续时间、法律风险解决成本等。

(四) 有效防控建筑企业法律风险

1. 法律风险回避

法律风险回避是指充分考虑预定目标达成的外部法律环境因素和建筑企业运营中法律风险因素，结合自身的风险偏好性和风险承受能力，从而做出中止、放弃某种法律行为或调整、改变某种法律行为，以期达到回避法律风险的目的。众所周知，风险和收益总是相伴而生的，完全回避风险是做不到的，除非该建筑企业不开展业务，只要开展业务，必有风险存在。因此，多数公司都会在一定程度上容忍法律风险存在，进而采取控制

措施，将其控制在能容忍的限度内。

2. 建筑企业法律风险控制

建筑企业法律风险控制措施包括：建筑企业法律风险分散、转移、降低或承担。

建筑企业法律风险分散是指将一个建筑企业的法律风险分散到多个主体或多个法律行为上去，以减轻单个建筑企业发生风险的可能性。合作经营、联营等是典型的法律风险分担方式。将某个项目的风险分散到多个法律主体上，从而减轻单个主体的法律风险。

3. 建筑企业法律风险转移

主要有以下几种方式：

(1) 直接约定。指在同一法律关系中，建筑企业与其有法律关系的相对人约定，将可能产生的法律风险转移给相对人。如在建筑施工总承包合同中，总承包人将建设过程中的工程事故赔偿责任转移给分包人。

(2) 资产证券化。指建筑企业以特定资产组合或特定现金流为支持，发行可交易证券的一种融资形式。实际上是将建筑企业自有的不具备流动性的资产，转变成可流动的证券，进行交易，从而达到融资目的。如：某建筑企业将自有楼房、吊车、应收账款等证券化，委托某股权交易所进行交易，成功获得后续项目的大额融资。

(3) 委托或外包。建筑企业将一些非核心流程或业务委托、外包给其他主体，从而将这些非核心流程或业务蕴含的法律风险也一并转移给其他主体，如某建筑公司将建材运输委托给专门的运输公司，将本公司的安保工作委托给保安公司去做，等等。

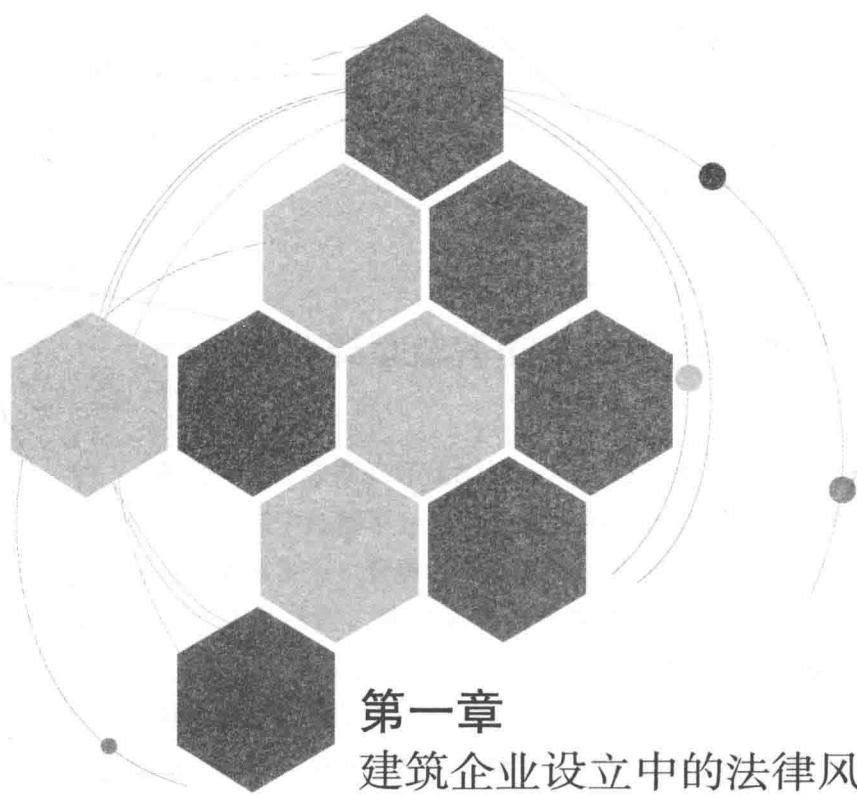
本书所用资料来自于本人亲办案件和日常工作积累，由于成书仓促，书中错误难免，但仍然瑕不掩瑜，有些篇章或段落可作为建筑企业的模版或示范文本使用，对那些想成为建筑企业行家的人特别有用，不可不读，不可不认真读。

作者：沈明宇博士

2015年5月完稿于天津

目 录

前 言	1
第一章 建筑企业设立中的法律风险与防控策略	1
第二章 资质外借与挂靠的法律风险与防控策略	25
第三章 招投标中的法律风险与防控策略	53
第四章 合同签订的法律风险与防控策略	71
第五章 工程款结算的法律风险与防控策略	99
第六章 工程索赔的法律风险与防控策略	117
第七章 工程概预算的法律风险与防控策略	133
第八章 举证不能的法律风险与防控策略	147
第九章 建筑企业国际合作的法律风险与防控策略	165
第十章 建筑企业常用合同模板	197
第十一章 建筑企业常用法律法规	345



第一章

建筑企业设立中的法律风险与 防控策略

- 一、企业类型选择的法律风险与防控策略
- 二、股东出资的法律风险与防控策略
- 三、股东资格取得的法律风险与防控策略
- 四、“干股赠与”的法律风险与防控策略
- 五、公司注册地选择的法律风险与防控策略

一、企业类型选择的法律风险与防控策略

企业类型的选择就好比构建一座大厦的骨架，直接勾勒出未来企业的外形，这个外形不一定越宏大越好，也不是越小越好，一定要与创办人的资金实力、管理水平、可能开展的业务范围等相适应。否则，就会拉大旗作虎皮，狐假虎威，形成空壳公司；或者会因企业过小（如个人独资企业、合伙企业）而限制其业务发展，可能成立不过两三年又频繁变更公司形式，导致设立成本增加。因此，企业类型选择是否恰当，直接关系到企业能否设立、设立成本、业务范围、发展规模、法律风险程度、盈利水平等。可以说，企业类型的选择是企业成功的第一步。

如何选择企业类型呢？建筑业又有哪些常见企业类型呢？不同创办人有不同的管理风格和资源，因此，各创办人应选择最适合于自己管理风格和自有资源的企业类型。

一般来说，企业类型的选择要考虑两方面问题：一是公司组织形式问题。是组建有限责任公司呢，还是股份有限公司，抑或是套建合伙企业、独资企业，还是中外合资企业？每一种组织形式都有其相对的利弊；二是股东投资的出资形式。《中华人民共和国公司法》规定实物、工业产权、非专利技术、土地使用权及现金等都是合法的出资形式，但同时对以实物、工业产权、非专利技术、土地使用权出资的作价有一定控制，规定必须评估作价，核实财产，不得高估或者低估。对于合伙来说，劳务也是合

法的出资形式。如果是某一个股东的出资出现违反了《中华人民共和国公司法》或相关法律关于出资类型的规定，这个违法出资的股东肯定要承担法律责任，同时会殃及其他股东，其他股东可能会因此而承担某些不利的法律后果，比如对债务承担连带责任、共同瑕疵担保责任等。

按企业规模从大到小的顺序，建筑企业常见的类型有：

（一）施工总承包企业

这类企业通常的名称为“××建筑工程有限公司”或者“××建筑工程总承包有限公司”，其业务范围很广，几乎涵盖建筑方面的所有工种，其资质等级要求也很高，大多具有二级、一级甚至特级施工资质。施工总承包企业一般覆盖专业承包企业的业务范围，施工总承包企业可承接总承包资质覆盖范围内的专业承包工程，如：机电安装工程施工总承包可覆盖机电设备安装工程专业承包；市政公用工程施工总承包覆盖桥梁工程专业承包、隧道工程专业承包和管道工程专业承包；公路工程施工总承包覆盖公路路面工程专业承包、公路路基工程专业承包、桥梁工程专业承包和隧道工程专业承包；港口与航道工程施工总承包覆盖港口与海岸工程专业承包和航道工程专业承包。即具有这些施工总承包资质的建筑企业，承接覆盖范围内的专业承包工程，不再需要取得相应的专业类别资质，即可参与相应专业工程的投标活动；总承包企业投标或承接其总承包类别资质覆盖范围以外的专业工程，须具备相应的专业承包类别资质。因此，施工总承包企业可承接施工总承包工程，对所承接的施工总承包工程内各专业工程可全部自行施工，也可将专业工程依法分包给具有相应资质的专业承包企业。相应地，专业承包企业可承接施工总承包企业分包的专业工程 and 建设单位依法发包的专业工程。

（二）专业承包企业

由于建筑业细分专业很多，有 60 个专业门类，各门类都可以取得相应资质后设立专业承包企业。如下表：

1. 地基与基础工程专业承包企业;	34. 机场目视助航工程专业承包企业;
2. 土石方工程专业承包企业;	35. 港口与海岸工程专业承包企业;
3. 建筑装修装饰工程专业承包企业;	36. 港口装卸设备安装工程专业承包企业;
4. 建筑幕墙工程专业承包企业;	37. 航道工程专业承包企业;
5. 预拌商品混凝土专业承包企业;	38. 通航建筑工程专业承包企业;
6. 混凝土预制构件专业承包企业;	39. 通航设备安装工程专业承包企业;
7. 园林古建筑工程专业承包企业;	40. 水上交通管制工程专业承包企业;
8. 钢结构工程专业承包企业;	41. 水工建筑物基础处理工程专业承包企业;
9. 高耸构筑物工程专业承包企业;	42. 水工金属结构制作与安装工程专业承包企业;
10. 电梯安装工程专业承包企业;	43. 水利水电机电设备安装工程专业承包企业;
11. 消防设施工程专业承包企业;	44. 河湖整治工程专业承包企业;
12. 建筑防水工程专业承包企业;	45. 堤防工程专业承包企业;
13. 防腐保温工程专业承包企业;	46. 水工大坝工程专业承包企业;
14. 附着升降脚手架专业承包企业;	47. 水工隧洞工程专业承包企业;
15. 金属门窗工程专业承包企业;	48. 火电设备安装工程专业承包企业;
16. 预应力工程专业承包企业;	49. 送变电工程专业承包企业;
17. 起重设备安装工程专业承包企业;	50. 核工程专业承包企业;
18. 机电设备安装工程专业承包企业;	51. 炉窑工程专业承包企业;
19. 爆破与拆除工程专业承包企业;	52. 冶炼机电设备安装工程专业承包企业;
20. 建筑智能化工程专业承包企业;	53. 化工石油设备管道安装工程专业承包企业;
21. 环保工程专业承包企业;	54. 管道工程专业承包企业;
22. 电信工程专业承包企业;	55. 无损检测工程专业承包企业;
23. 电子工程专业承包企业;	56. 海洋石油工程专业承包企业;
24. 桥梁工程专业承包企业;	57. 城市轨道交通工程专业承包企业;
25. 隧道工程专业承包企业;	58. 城市及道路照明工程专业承包企业;
26. 公路路面工程专业承包企业;	59. 体育场地设施工程专业承包企业;
27. 公路路基工程专业承包企业;	60. 特种专业工程专业承包企业。
28. 公路交通工程专业承包企业;	
29. 铁路电务工程专业承包企业;	
30. 铁路铺轨架梁工程专业承包企业;	
31. 铁路电气化工程专业承包企业;	
32. 机场场道工程专业承包企业;	
33. 机场空管工程及航站楼弱电系统工程 专业承包企业;	