



建设工程法律 风险与防控

JIANSHE GONGCHENG FALV
FENGXIAN YU FANGKONG

王清明 著

建设工程企业法律风险防控体系

投资面临法律风险及其防控

土地一级开发法律风险及其防控

企业融资法律风险及其防控

招投标阶段法律风险与防控

总承包合同签订、履行的法律风险及其防控

分包合同签订、履行的法律风险及其防控

2013版《建设工程工程量清单计价规范》强制执行力与法律风险承担

签证、索赔的法律风险与防控

结算法律风险与防控

对外工程总承包的法律风险与防控



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

建设工程法律 风险与防控

JIANSHE GONGCHENG FALV
FENGXIAN YU FANGKONG

王清明 著



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

图书在版编目(CIP)数据

建设工程法律风险与防控 / 王清明著. —北京:
法律出版社, 2015. 11
ISBN 978 - 7 - 5118 - 8674 - 3

I. ①建… II. ①王… III. ①建筑法—基本知识—中
国 IV. ①D922. 297

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 263004 号

建设工程法律风险与防控
王清明 著

编辑统筹 政务出版分社
策划编辑 田 浩
责任编辑 田 浩
装帧设计 汪奇峰

© 法律出版社·中国

出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
经销 新华书店
印刷 固安华明印业有限公司
责任印制 吕亚莉

开本 720 毫米×960 毫米 1/16
印张 18.5
字数 252 千
版本 2015 年 12 月第 1 版
印次 2015 年 12 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

网址 / www.lawpress.com.cn

电子邮件 / info@lawpress.com.cn

销售热线 / 010 - 63939792/9779

编辑电话 / 010 - 63938284

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

北京分公司 / 010 - 62534456

上海公司 / 021 - 62071010/1636

深圳公司 / 0755 - 83072995

西安分公司 / 029 - 85388843

重庆公司 / 023 - 65382816/2908

第一法律书店 / 010 - 63939781/9782

书号: ISBN 978 - 7 - 5118 - 8674 - 3

定价: 58.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

前 言

建设工程业务、金融业务、海外业务一直是法律风险高发领域。中央实施一带一路“走出去”伟大战略,更多是工程总承包先行,工程总承包伴有投资及海外业务,三种风险相互交织,风险巨大。在依法治企的今天,如何实现风险防控,是摆在每一个企业和法律人面前的重要课题。国务院国有资产监督管理委员会作为中央企业管理部门,强调“走出去”关键要实施风险防控,迅速以东道国为单位制定风险防控指引。

笔者从事法律工作 20 余年,在工程领域摸爬滚打已 10 年有余。笔者把最近几年处理的纠纷、积累的经验以及对建设领域法律的思考,创作成本书。

本书有以下几个特点:

(一)注重实务,注重于解决工程领域常出现的难点问题。站在承包人的角度,提示法律风险点并提供防控措施,每节后面还附有案例,方便风险防控人员理解。

(二)从企业管理人员的视角,着眼于风险防控体系的建设,可使防控措施更具有可操作性,更凸显其与企业管理的深度融合,更体现风险防控价值功能。

(三)十八大提出依法治国战略后,国家密集出台、修订重要的法律、法规、规章、司法解释、标准规范,如 2013 年住房和城乡建设部颁布《建设工程施工合同(示范文本)》《建设工程工程量清单计价规范》、2014 年修订《安全生产法》《环境保护法》。住房和城乡建设部出台了一系列加强安全、质量管理,打击违法发包、转包、挂靠行为的新规定,2015 年又出台了加强工程总承包的意见,最

高人民法院也先后颁布了关于民事诉讼法适用及民间借贷的司法解释,中央关于加强PPP管理通知等。这些对建设工程投资、融资及建设带来了重要的影响,本书都将对此作出说明。

(四)本书更适合从事法律风险防控的专业人员,尤其是企业的内部专业人员。

希望本书能为企业的法律风控人员起到实实在在的参考作用。

本书难免有不足之处,真诚欢迎各位领导和同行批评指正。

王清明

2015年8月28日

北京

目 录

第一章 建设工程企业法律风险防控体系	(001)
第一节 建设工程企业法律风险体系概述	(001)
一、企业法律风险概念、诱因、性质	(001)
二、建设工程企业法律风险特点	(003)
三、建设工程企业法律风险防控体系构架	(005)
四、风险防控体系与内控制度体系的区别、联系	(006)
第二节 法律风险评估	(008)
一、法律风险识别	(008)
二、法律风险爆发可能性分析	(014)
三、法律风险评价	(017)
第三节 法律风险管理解决方案	(019)
一、概述	(019)
二、组织领导	(019)
三、具体措施	(019)
第四节 法律风险管理的监督与改进	(033)
第二章 投资面临法律风险及其防控	(034)
第一节 股权投资(增资扩股)法律风险与防控	(034)
一、优势	(034)
二、主要风险点	(035)
三、防控措施	(036)

四、案例	(037)
第二节 在建项目(资产)收购	(038)
一、利弊分析	(038)
二、法律风险	(039)
三、进行项目收购时应考虑的法律风险防控	(041)
第三节 合作开发项目的法律风险防控	(043)
一、项目合法性的法律风险与防控	(043)
二、合作模式选择不当的法律风险与防控	(045)
三、合作方履约能力不足的法律风险与防控	(046)
四、投资项目与实际建造项目不一致的法律风险	(046)
五、约定不明的法律风险与防控	(047)
六、案例	(050)
第四节 BT 投资法律风险与防控	(051)
一、BT 项目运行模式	(051)
二、BT 项目模式下的相关法律关系	(052)
三、主要风险点	(054)
四、防控措施	(056)
五、案例	(060)
第五节 PPP 投资法律风险与防控	(060)
一、BT 模式演化为 PPP 模式的背景	(060)
二、企业在 PPP 模式的法律风险	(062)
三、风险分担原则、类别	(068)
四、防控措施	(070)
五、案例	(072)
第三章 土地一级开发法律风险与防控	(074)
第一节 利用 BT 模式从事土地一级开发必要性	(074)
第二节 再融资和拆迁成本无法控制的法律风险与防控	(075)

一、法律风险	(075)
二、防控措施	(076)
第三节 政策、法律变更的法律风险与防控	(078)
一、法律风险	(078)
二、防控措施	(079)
三、案例	(080)
第四节 土地出让的法律风险与防控	(080)
一、法律风险	(080)
二、防控措施	(081)
第四章 企业融资法律风险及其防控	(082)
第一节 信托主要法律风险及风险防控	(082)
一、信托融资的模式	(083)
二、信托融资的法律风险	(084)
三、信托融资风险防控	(086)
四、案例	(088)
第二节 私募基金主要法律风险及风险防控	(090)
一、私募融资失败的法律风险与防控	(090)
二、商业秘密泄露风险与防控	(092)
三、违约风险与防控	(093)
四、公司融资后运行困难风险与防控	(094)
五、产生上市隐患风险与防控	(095)
六、案例	(096)
第五章 招投标阶段法律风险与防控	(098)
第一节 规避招标的法律风险与防控	(098)
一、主要风险点	(098)
二、防控措施	(099)
三、案例	(100)

第二节 分包规避招标的法律风险与防控	(100)
一、主要风险点	(100)
二、防控措施	(101)
三、案例	(102)
第三节 发包人付款能力欠缺的法律风险与防控	(102)
一、主要风险点	(102)
二、防控措施	(103)
三、案例	(104)
第四节 未充分了解所涉项目相关环境的法律风险与防控	(104)
一、主要风险点	(104)
二、防控措施	(104)
三、案例	(105)
第五节 采用低价投标、高价索赔策略的法律风险与防控	(105)
一、法律风险	(105)
二、防控措施	(106)
三、案例	(107)
第六节 分包人围标的法律风险与防控	(108)
一、主要风险点	(108)
二、防控措施	(109)
三、案例	(109)
第七节 分包人借用资质投标的法律风险与防控	(110)
一、主要风险点	(110)
二、防控措施	(111)
三、案例	(111)
第八节 分包人不平衡报价的法律风险与防控	(112)
一、主要风险点	(112)
二、防控措施	(113)

三、案例	(114)
第六章 总承包合同签订、履行的法律风险及其防控	(116)
第一节 EPC 工程总承包模式法律风险与防控	(116)
一、EPC 工程总承包的模式	(116)
二、工程总承包人的风险点	(118)
三、工程总承包人的防控措施	(120)
四、案例	(125)
第二节 发包人不按约定支付工程款的风险与防控	(125)
一、主要风险点	(125)
二、防控措施	(126)
三、案例	(129)
第三节 法律风险未合理转移的风险与防控	(129)
一、主要风险点	(129)
二、防控措施	(131)
三、案例	(131)
第四节 承包人签订黑白合同不平等条款的法律风险与防控	(132)
一、主要风险点	(132)
二、防控措施	(135)
三、案例	(137)
第五节 指定分包的法律风险与防控	(137)
一、指定分包概念及特征	(138)
二、指定分包 FIDIC 与中国法律规定的区别	(138)
三、总包管理费(指定分包表现形式)与总配合费的区别	(140)
四、总承包人的主要风险点	(141)
五、防控措施	(142)
六、案例	(144)

第六节 承包人质量的法律风险与防控	(145)
一、总承包合同承包人质量的法律风险与防控	(145)
二、材料设备质量不合格的法律风险与防控	(148)
三、案例	(149)
第七章 分包合同签订、履行的法律风险及其防控	(150)
第一节 违法发包的法律风险与防控	(150)
一、违法发包的认定	(150)
二、主要风险点	(152)
三、防控措施	(154)
四、案例	(154)
第二节 违法转包的法律风险与防控	(155)
一、转包的特征及认定	(155)
二、主要风险点	(159)
三、防控措施	(161)
四、案例	(163)
第三节 挂靠的法律风险与防控	(164)
一、挂靠的认定	(164)
二、主要风险点	(168)
三、防控措施	(172)
四、案例	(173)
第四节 违法分包的法律风险与防控	(174)
一、违法分包的认定	(174)
二、主要风险点	(176)
三、防控措施	(178)
四、案例	(179)
第五节 暴力违法的法律风险与防控	(179)
一、暴力抗法两种情形	(179)

二、主要风险点	(180)
三、防控措施	(180)
四、案例	(181)
第六节 施工安全事故的法律风险与防控	(182)
一、主要风险点	(182)
二、防控措施	(185)
三、案例	(187)
第八章 2013 版《建设工程工程量清单计价规范》强制执行力与	
法律风险承担	(188)
第一节 2013 版《建设工程工程量清单计价规范》强制执行力 ...	(188)
一、规定使用国有资金投资的建设工程发承包,必须采用	
工程量清单计价	(189)
二、规定工程量清单应采用综合单价计价	(189)
三、安全文明施工费不得作为竞争性费用	(190)
四、2013 版《建设工程工程量清单计价规范》量的风险完全	
转移给招标人	(191)
五、对清单的形式编制进行统一规范	(191)
六、国有资金投资的建设工程招标,招标人必须编制	
招标控制价	(192)
七、投标报价不得低于工程成本	(192)
八、规范了编制清单人员单位工程量的计算、计量原则	(192)
九、工程完工后,发承包双方必须在合同约定时间内办理	
工程竣工结算	(193)
第二节 2013 版《建设工程工程量清单计价规范》法律风险	
责任划分	(194)
一、发包人完全承担的风险	(194)
二、发承包双方共担的风险	(197)

三、承包人完全承担的风险	(198)
第九章 签证、索赔的法律风险与防控	(199)
第一节 签证与索赔概念及法律特征	(199)
一、工程变更(签证)的概念和法律特征	(199)
二、工程索赔的概念及其法律特征	(200)
第二节 2013 版《建设工程施工合同(示范文本)》关于承包人签证、 索赔的期限和除斥期间的规定	(201)
第三节 发包人拒绝书面签证的法律风险与防控	(210)
一、法律风险	(210)
二、防控措施	(211)
三、案例	(212)
第四节 发包人不规范签证的法律风险与防控	(213)
一、法律风险	(213)
二、防控措施	(214)
三、案例	(215)
第五节 对承包人不规范签证法律风险与防控	(216)
一、主要风险点	(216)
二、防控措施	(217)
三、案例	(218)
第十章 结算法律风险与防控	(219)
第一节 发包人拖延支付进度款结算的法律风险与防控	(219)
一、法律风险	(219)
二、防控措施	(220)
三、案例	(222)
第二节 发包人逾期不结算不能视为送审价法律风险与防控	(222)
一、司法解释、行政规章关于竣工结算规定的风险	(222)
二、承包人面临不能主张送审价风险的情况	(224)

三、防控措施	(227)
四、案例	(228)
第三节 发包人主张以行政审计结果确定工程价款的风险与 防控	(229)
一、主要风险点	(229)
二、防控措施	(231)
第四节 不及时提交竣工结算报告的风险与防控	(231)
一、主要风险点	(231)
二、防控措施	(232)
第五节 固定总价合同法律风险与防控	(232)
一、法律风险	(232)
二、固定总价合同风险防控的建议	(234)
三、案例	(236)
第六节 发包人拖延竣工结算的风险与防控	(237)
一、主要风险点	(237)
二、防控措施	(238)
第七节 工程优先受偿权的风险与防控	(239)
一、主要风险点	(239)
二、防控措施	(240)
三、案例	(240)
第十一章 对外工程总承包的法律风险与防控	(241)
第一节 我国对外承包工程基本制度	(241)
一、对外承包工程双边及多边投资保护制度	(241)
二、对外承包工程企业资格管理法律规定	(242)
三、对外承包工程项目投标(议标)许可法律规定	(242)
四、对外承包工程质量安全法律规定	(243)
五、对外承包工程项下外派劳务管理法律规定,分包(包括劳务) 只能一次	(244)

六、对外承包工程人员与财产的安全保护规定	(245)
七、对外承包工程保函风险专项资金管理法律规定	(246)
八、对外经济技术合作专项资金管理法律规定	(246)
九、外汇及对外担保监管	(247)
十、案例	(249)
第二节 FIDIC 合同条款应用	(250)
一、FIDIC 合同适用范围及特征	(250)
二、1999 版 FIDIC 与 2013 版《建设工程施工合同(示范文本)》的 区别	(254)
第三节 法律风险点	(259)
一、工程总承包实践经验不足风险	(260)
二、投标阶段风险	(261)
三、设计风险	(264)
四、合同条款风险	(265)
五、施工阶段风险	(266)
六、案例	(267)
第四节 防控措施	(268)
一、积累工程总承包管理经验,建立境外法律风险防控体系	(268)
二、做好环境尽职调查,建立完善的投标报价体系	(269)
三、提高设计水平,发挥设计牵头作用,控制成本	(272)
四、加强对 FIDIC 合同范本的研究学习	(274)
五、严格审核合同条款	(274)
六、加强向业主索赔管理	(276)
七、加强合同管理,避免业主反索赔	(278)
八、保函风险的防控	(280)
九、案例	(281)

第一章 建设工程企业法律 风险防控体系

第一节 建设工程企业法律风险体系概述

企业风险,指未来的不确定性对企业实现其经营目标的影响。企业风险一般可分为战略风险、财务风险、市场风险、运营风险、法律风险等。以能否为企业带来盈利等机会为标准,将风险分为纯粹风险(只有带来损失一种可能性)和机会风险(带来损失和盈利的可能性并存)。法律风险是企业整体风险的组成部分,与其他四大风险的管理进行整合,以提高风险管理整体效率和效果。本书仅讲述企业法律风险,笔者希望以法律风险体系的建立为突破口,从而带动企业全面风险的建立。

一、企业法律风险概念、诱因、性质

(一)概念

《国有企业法律顾问管理办法》第一次正式提出了“企业法律风险”的概念。企业法律风险是指在企业经营过程中,经营者做出的具体行为不规范、不合法引起的,企业所盼望达到的目标与实际结果相违背应承担的法律责任。法律风险是企业全面风险的一种,企业全面风险还包括财务风险、投资风险、经营风险、人事风险、资质风险、安全风险等。

(二) 诱因

1. 违法性引起法律风险。

法律风险不等于违法性,但违法必然带来法律风险。与建设工程企业相关的政府规章、地方规章涉及门类众多,数量之大,让人目不暇接。稍有不慎,就会触犯法律。这要求工程企业要加强建设法律关键条款的培训、学习,如2014年修订的《安全法》《环境保护法》。

2. 违规性引起法律风险。

2014年中央企业法制工作会议明确指出,中央企业(国有企业)经营行为不仅合法,还要合乎规章制度,合法不一定就合规。规章制度包括章程、三体系管理手册及流程、内控制度、风险防控制度等,首先要合乎法律要求,经过严格的程序制定,在企业内部具备一定强制性。法律风险不等于违规性,但违规容易带来法律风险。

3. 违约性引起法律风险。

企业日常经营行为,不仅要合乎国家法律法规的要求,还要遵守合同的规定。实践证明,企业的法律风险往往都是违约造成,尤其是建设工程企业在施工阶段,真正对工程企业约束的是各种合同。有些企业合法但不一定合乎合同约定。如合同的约定高于法律的规定,承包人的质量标准即使达到法律的要求,如果违反了合同“鲁班奖”约定,承包人仍要承担违约责任。合法不合约的案例比比皆是。

4. 法律风险。

企业在经营过程中,做到合法、合规、合约,还不能杜绝法律风险。如投标过程中,工程企业做到投标完全合法、完全合乎企业规章投标制度、在施工中完全遵守合同的约定,但发包人因为出现资金链断裂,极有可能造成承包人不能得到工程款的风险。即使承包人选择诉讼主张权益,但发包人如果没有执行能力,承包人仍面临执行不能的巨大风险。因此企业法律风险诱因充满了不确定性,这也成为法律职业人包括总法律顾问为核心的法律顾问队伍、法律顾问、公司法律顾问利用专业优势发挥专业才能,为企业创造价值之所在!这就要求法