

建设工程法律实务 与案例精选

CONSTRUCTION PROJECT LAW
RELATED PRACTICE AND SELECTED CASES



魏济民 朱小林/主编



法律出版社
LAW PRESS • CHINA

建设工程法律实务 与案例精选

CONSTRUCTION PROJECT LAW
RELATED PRACTICE AND SELECTED CASES

魏济民 朱小林/主编



法律出版社
LAW PRESS • CHINA

编 委 会

编委会主任：文群高（广州市建筑集团有限公司总经济师）

王 波（广州市律师协会会长）

主 编：魏济民 朱小林

编委成员：廖嘉平 曲 芸 陈雪芸

何伟俊 杨少雄 杨炳成

劳敏生 胡正方 彭晓伟

严永泽 梁巨贤 何月姣

黄庆勇 黄 丽

序一

经过三十多年的改革开放,现在我国的企业已不再是计划经济的主体,而是地地道道的市场经济主体。计划经济讲行政命令,市场经济讲法治,这是两种完全不同的经济体制。国家的经济体制由讲行政命令的计划经济转变为讲法治的市场经济,对于作为经济主体的企业来说,这是外部环境的根本性变化,这一外部环境变化,促使从计划经济过来的企业为了生存而不得不从内部作出种种与之相适应的变化。在企业内部众多的变化中,十分重要的一点就是必须建立、加强和不断完善企业法律工作系统。

在法治环境下,讲法律才有文明,讲法律才有文化,讲法律才有素质,讲法律才能保障权益。法律是全社会的共同需要,是维持社会秩序、维护社会公平的重要工具。不讲法律的企业,是不文明、没文化、缺乏素质、不受社会欢迎因而不能在社会长期立足的企业;不懂得依法维权的企业,是愚蠢的企业、难以生存的企业。企业法律管理,就是由企业依法规范自身行为和依法维护自身权益两大部分构成的。

企业法律管理并不简单,它渗透到企业各项经营、管理、技术等业务活动中,无处不存在;它具备保障企业经济效益、企业发展目标实现而不受非法侵害的强大功能。防范法律风险、消除法律风险,是企业法律管理的根本目的。现阶段市场经济条件下的企业管理创新,应该着意在企业法律管理上大做文章。

本书是一本难得的从实践来剖析现状并指导未来的建筑企业法律管理的好书,收有精深的理论研究、业务思考和精辟的案例分折、针对性强的实务探讨。参与这本书撰写的,有具有厚实理论功底、丰富实战经验的律师;有长期在企业从事法律管理、体会深刻的企业法律管理人员。

社会在不断发展,法律文明在不断进步,问题亦同时显现,在解决问题的过程中,又促进社会继续发展,法律文明更加进步,这是规律。我希望像

《建设工程法律实务与案例精选》这样一种集约化的编写方式,能坚持下去。什么时候社会又明显发展了,法律文明又有重大进步了,新的问题又显露出来了,就再来编写一次。

广州市建筑集团有限公司总经济师 文群高
二〇一一年十月九日

序二

山明水秀夜新妆,数树深红出浅黄。经历春的萌动、夏的生长,秋天带着丰收的喜悦向我们走来。伴随着秋天的脚步,由广州市律师协会建筑与招投标法律专业委员会主编的《建设工程法律实务与案例精选》即将付梓。本书的出版,从一个侧面充分展示了广州律师敢为人先,探寻南粤律师专业化特色发展之路的勇气和魄力,也是广州建筑工程专业律师近年工作历程的一次巡礼。

潮起潮落、云卷云舒。作为广州律师体制改革的见证者,三十年来,我们在风雨中历练,在困境中成长,经历艰难与困顿,收获骄傲与自豪,最终从稚嫩走向了成熟,从平淡走向了精彩。而今,在迈向专业化发展的道路上再一次勇于尝试,大胆求索。

律师是法治的产物,更是法治的希望。正如亚当·斯密所说:我们把健康托付给了医生,把自己的财富、自己的名誉甚至生命托付给了律师。律师不是现实者和功利者,应是理想者和勇敢者,更是智慧者和创造者。作为GDP占全国第一的经济强省,我们坐拥机遇,同时更面临挑战。法律服务领域的激烈竞争催促着我们思变化、求发展,而选择走专业化发展道路既是经济社会发展的客观要求,也是提高自身能力和核心竞争力的必然趋势。为适应专业化的需求,为提供更高效的服务,必须要有一批专业化的律师队伍,以过硬的拳头产品,以娴熟的办案技巧,在擅长的领域里,做到最好;在精细的业务中,实现最强。这是南粤律师事务所做大做强之必由之路,也是广州律师打造羊城特色的必然选择。

本书是广州建筑工程专业律师及法务人员的实践总结和理性思考,他们不揣浅陋,抛砖引玉,结合多年建筑服务实践从法律的角度提出诸多思路 and 见解;他们审时度势,冷静思维,遵循建筑服务发展的客观规律,从专业化的角度作出客观的分析和抉择;他们多方论证,求诸方家,旨在为提升建筑

企业的规范化管理水平,建立高效完善的建筑市场保驾护航。其间,汇集着他们的智慧与经验,凝聚着他们的感悟和汗水,唯求能达到一泓清泉,引来源头活水之期许,实现广州律师专业化服务的百花齐放。

一本书籍的诞生,不仅仅在于能表现一定的内涵,在这里,写作只是一种姿态,更重要的是透过案件的纪实,律师的观点,法律事件的点评,让专业化的法律融入生活,让专业化的理念深入人心,展示出广州律师实现做大做强的光荣梦想,承担起身为社会一分子的责任与义务。

亚里士多德说过:“人是一种寻找目标的动物,他生活的意义仅仅在于是否正在寻找和追求自己的目标。”而走专业化道路,做专家型律师,进而迈向规模化、品牌化和国际化,将是我们今后追寻和发展的目标。走在这条大路上,或许前方荆棘满途,或许道路颠顿风尘,但我们始终坚信:律师的历史必定由律师自己来谱写!

感谢建筑与招投标法律专业委员会为我们呈现了建筑工程专业律师这颗璀璨明珠的风采。希望在专业化的发展领域中,在点点智慧光芒的照耀下,今后能有更多更大的明珠,让我们能串起一挂美丽的项链,散发出羊城律师的夺目光彩。

寥寥数言,简以为序!

广州市律师协会会长

王波

二〇一一年十月九日于广州

前 言

2009年夏季,我被广州律师协会推选为建筑与招投标法律专业委员会主任,当时我感到无比的骄傲与自豪。回想当时,广州律协王波会长曾对这一届律协各专业委员会的主任们提出了殷切期望,王会长说:“广东律师只会生孩子,不会取名字”。这句话让我印象深刻。广东律师现约二万人,占全国律师人数1/10,业已成为中国律师大省,但并不是中国律师强省。我曾比喻:华夏律师“三分天下”,北有“京派”,东有“海派”,南有“广派”。这三地由于政治、经济、文化的不同,因此形成律师特色也不尽相同,与皇城根下的“京派”律师相比,广东律师不够“大气”;与夜上海的“海派”律师相比,广东律师不显“洋气”。那么“广派”律师的特色就是博采众长、务实包容的“灵气”。他吸收了全国各家律师流派之所长,改变了以往孤芳自赏的惰性,但其只享有改革开放的地理优势,却没有改革开放的思想领航。广东律师这种“土气”与GDP占全国第一的广东经济是不相匹配的。

2011年7月,同样的夏季,北方各地的律师大所已兵临广东城下,广东律师必须积极迎接当前的巨大困境与挑战,否则,“三分天下”的格局最终会被“中原一统天下”。在这转折关头,广州司法局局长吴积善同志提出“做大做强广州律师事务所”的口号;广东省司法厅副厅长梁震同志明确指出“专业化、公司化”是广东律师所做大做强之必由之路,只有先符合这两个基本条件才能向规模化、品牌化、国际化的大所发展。正基于以上梁厅长、吴局长、王会长三位领导的指示精神,我一直在思考广州律师如何走出具有“广派”特色的律师之路。首先,值得我们学习的就是“海派”律师的专业化。在上海虽然没有像北京那样“巨无霸”的特大所,但有许多发展专业、讲究特色的专业律师事务所。我2006年参加上海市建纬律师事务所主办的“长三角建筑企业法务工作研讨会”后,广东华瑞兴律师事务所率先提出“走创建具有建筑房地产专业特色的律师事务所之路”。经过五年持续的专业化奋斗,

华瑞兴律师事务所已经在广州形成了颇具建筑房地产专业特色的律师事务所品牌,得到广东、香港、上海及江苏等地建筑房地产企业的认可。但从全国律师行业来讲,广东律师最大的弱点是不善于理论总结和市场包装,这与经济发达、市场自由的广东是明显不相适应的。

2010年7月,还是夏季,我应广州市建筑集团资产管理部朱小林博士的邀请,参加了市建集团主办的“建筑集团法务人员高端研讨会”。会后,我向朱博士提议,由广州市建筑集团与广州市律师协会建筑委共同编写一本针对建设工程专业律师与法务人员实操性的法律书籍,此建议得到了朱博士的认可。2010年11月,本书正式定名为《建设工程法律实务与案例精选》,并进行了前期策划与动员工作。本书得到了全体建筑委委员的热情投稿与参与;也得到广州市律师协会王波会长、庄伟燕副会长及业务委钟闻东主任的大力帮助与支持;特别是王波会长欣然同意为本书作序,让本书高度体现了广州律师的整体形象。本书最终于2011年7月完成了全部内容的定稿。在此,感谢全体建筑委的同仁们,挤出他们宝贵的办案时间,整理出经典的案例。我利用了两天一夜的时间看完了全部市建集团与市律协建筑委的精彩案例,走进了一个又一个错综复杂、跌宕起伏的建设工程法律纠纷中。同时,我也从各位建设工程专业律师及法务人员身上学习到了许多处理法律问题的独门绝技。此外,在市建集团的经典案例中,我看到了目前发生在建筑企业中的法律漏洞,但通过市建集团法务们辛勤的付出,保护了国有企业资产不被他人非法侵犯,他们作为国有企业资产的“保护神”,为国有资产合法、安全、有序的运作,作出了巨大的贡献。在此,同是法律人,我谨向市建集团朱小林博士及建筑企业的法务们表示深深的敬意。

经过两年多的努力,由广州市建集团与广州市律师协会建筑委共同合作的《建设工程法律实务与案例精选》即将“出炉”了。作为一名从发起到策划直至最终定稿的参与人来讲,我既感到欣慰,又背负压力。因为时间仓促、水平有限,本书一定有许多欠妥的法律观点。这些观点均是各位律师及法务人员的个人观点,并不代表广州市建集团和广州市律师协会。本书个别地方存在粗糙之处,请各位读者提出宝贵意见,以便我们在将来的工作中

予以改正。我们希望这本书,对于广大走建设工程专业化之路的律师来说是一个从业指引;对于建筑企业法务人员的培训来说是一本实务参考资料;对于建设工程专业律师的互相学习交流来说是一本专业书籍。也希望通过本书,让广东律师在全国律师大家庭中不仅会“生孩子”,还会“取名字”,践行广东既有经济硬实力,又有文化软实力的律师强省之路。

自然界的规律是春生、夏长、秋收、冬藏。2011年的夏天是一个既炎热又多雨的季节,催促万物生生不息的成长,本书经过两个春秋已经瓜熟蒂落了。我由衷感谢为本书无私奉献的全体成员,包括但不限于广州市建集团的文群高总经济师、朱小林博士、曲芸经济师;广州市律师协会王波会长、庄伟燕副会长、钟闻东主任;广州市律协建筑委劳敏生副主任、胡正方副主任、彭小伟秘书长;为建筑企业法律问答修改付出辛勤工作的江安生委员。还有广东华瑞兴律师事务所严永泽律师、黄庆勇律师、何月姣律师、梁巨贤律师、黄丽律师。他们在幕后也付出了不懈的努力,我在此一并表示感谢。

如果本书能带给所有热爱建设工程行业的专业律师、法务人员以及其他法律人一定的参考价值,我作为本书的主编就十分满足了。它也完成了我在任广州律协建筑委主任三年期间的未了心愿。望各位同仁和朋友们继续支持“广派”律师专业化之路;继续支持“广派”律师公司化发展;继续支持“广派”律师实现做大做强的伟大理想。

广州市律师协会建筑与招投标法律专业委员会

魏济民 主任

二〇一一年十月 于广州

目 录

上篇 建设工程法律实务与案例

一、建筑企业法律实务

1. 论运用法律维权对建筑施工企业的重要性	3
2. 论新市场环境下情势变更原则在建设工程合同中的适用	9
3. 优先受偿权在追收工程欠款过程中的运用	18
4. 进一步加强建筑施工企业法律事务管理的思考	23
5. 对建筑工程企业法律风险防范工作的浅谈	29
6. 优先受偿权被相关方要求放弃的风险防范探讨	38
7. 关于相关方公司名称变更的风险防范探讨	46
8. 论建设工程保险对施工企业法律风险防范的作用	51
9. 浅谈建筑工程承包人优先受偿权	57
10. 国家经济发展为建筑业及其法律服务发展提供了广阔平台	63

二、建筑企业法务案例

1. 及时查封财产保障企业权益	76
2. 优先受偿权保障建筑企业的合法权益	79
3. 设立安全警示标志是工地管理的核心内容	82
4. 工程分包需严格控制法律风险	85
5. 合同须遵守	91
6. 验收责任须分清	93
7. 宁缺毋滥，严把投标风险关	96
8. 民工工资支付要有真凭实据	99

- | | |
|---------------------------|-----|
| 9. 资料收集是工程诉讼案件胜诉的关键 | 102 |
| 10. 掌握时机,充分利用法律手段保护自身权益 | 105 |
| 11. 巧用相关法律,减少企业损失 | 109 |
| 12. 加强履约管理,减少经营风险 | 112 |
| 13. 显失公平原则在建设工程领域的适用 | 115 |
| 14. 项目部印章管理是分包工程法律风险防范的源头 | 119 |

三、建设工程律师法律实务

- | | |
|---------------------------------------|-----|
| 1. 浅议国家基本建设大中型工程项目有关法律服务的采购
应当进行招标 | 122 |
| 2. 关于建设工程结算相关法律实务探讨 | 127 |
| 3. BT 项目的法律框架 | 133 |
| 4. 浅谈合同中监理人违约责任的构建 | 139 |
| 5. 建筑与招投标存在问题的完善 | 143 |
| 6. 如何化解工程结算与工程款催收风险 | 150 |

四、建设工程律师典型案例

- | | |
|-------------------------------------|-----|
| 1. “一字值千金”的工程索赔 | 158 |
| 2. 工程结算纠纷案件初探 | 163 |
| 3. 利用建设工程诉讼案件特点,庭中巧妙取证 | 168 |
| 4. 关于“法院不予执行仲裁程序违法的涉外仲裁裁决”的
法律分析 | 172 |
| 5. 大型建设项目工程中,因使用超前钻而增加的费用由谁承担 | 179 |
| 6. 已超过诉讼时效不应受法律保护的工程款纠纷案 | 182 |
| 7. 浅谈工期顺延的认定及计算问题 | 189 |
| 8. 巧胜工程阴阳合同纠纷 | 198 |
| 9. 合同约定的工程单价是否有效 | 203 |
| 10. 回归真实,反败为胜 | 207 |

11. 大使馆具有的特权及司法管辖权对建设工程施工合同的影响	213
--------------------------------	-----

下篇 建筑企业法律问题解答

1. 建设工程合同包干造价可否变更	221
2. 未约定罚则的购销货款,采购方是否承担延迟付款责任	221
3. 未维修好的施工设备对工程进度的影响,维修方应否承担责任	222
4. 对已损坏房屋因施工引起的进一步损害,其经济赔偿责任如何认定	222
5. 如何补救重大显失公平条款	223
6. 施工现场未及时确认的口头变更指令,如何处理	224
7. 总包单位对阴阳合同的法律风险	224
8. 联营工程中总包方对联营方拖欠款的连带责任风险	225
9. 承包方如何防范建设工程施工合同中的不平等条款	226
10. 对多付进度款的风险防范	227
11. 包干造价约定了几种可变更情况,如施工过程中未约定部分工程量变更超过总造价的10%,承包方是否可申请调整造价	227
12. 分包合同约定结算造价整体下浮,是否有转包之嫌	228
13. 法院内部的指引性文件,可否作为判案依据	229
14. 如何及时保障优先受偿权的实现	229
15. 将分包单位管理人员纳入项目管理架构中,是否会造成总包单位对分包单位的欠款承担连带责任	230
16. 供货方将联营方自行采购的建筑材料直接送至工地,是否应由总包单位承担连带付款责任	230
17. 如何应对发包方强加的不平等合同条款	231
18. 如何应对监理不予确认的由发包方引起的后延工期	232
19. 如何应对发包方不按时支付进度款引致的工期延误	232
20. 如何应对因发包方变更工程引起工期延误,又未及时签证的情况	233

21. 如何应对工程竣工后,发包方不及时办理验收和结算	233
22. 劳务分包合同应注意的问题	234
23. 总包单位如何避免承担劳务分包单位发生的劳资及工伤责任	235
24. 总包单位如何规避分包单位的欠款责任	235
25. 对“三边工程”的风险防范	235
26. 施工单位对未完善拆迁手续即进场施工的情况,是否应对拆迁户承担法律责任	236
27. 如何查验合作方的真实资料	237
28. 如何应对发包方频繁换人造成结算工作延误的情况	237
29. 如何处理因工程发生重大变更引起的劳务、材料变化	238
30. 总承包如何管理直接与业主建立合同关系的分包方	239
31. 如何应对合同中有关工期、工程款支付等方面的不合理条款	240
32. 财政评审机构意见能否对抗发包方一致同意的合同条款	241
33. 财政评审在政府投资工程结算中的效力	241
34. 总承包管理所包括的内容及责任界定	242
35. 建设工程合同将被认定为无效的情况	242
36. 法院如何认定垫资条款	243
37. 建设工程施工合同的解除条件	243
38. 发包人有过错,对建设工程质量缺陷的责任承担	244
39. 如何应对发包人逾期不答复结算报告问题	244
40. 欠付工程款的利息计算及计算的起始时间	244
41. 业主擅自使用未竣工验收的建设工程,会产生哪些法律后果	245
42. 材料供货方在合同中被约定货款收回要受工程款支付情况约束,如何有效防范风险及时收回货款	245
43. 设计合同与设计咨询合同的联系与区别	246
44. 被执行人被吊销营业执照但未及时进行清算,如何承担法律责任	246
45. 被执行人正在进行破产清算,但债权人无法掌握,有何途径解决	247
46. 企业如何平衡行政管理部门或者机构的行政管理与施工企业	

自主经营之间的冲突	248
47. 企业与劳动者因工作年限协商不成,而无法续签劳动合同,	
劳动者是否可以得到经济补偿	248

附录:相关法律法规、司法解释

1. 中华人民共和国建筑法	250
2. 中华人民共和国合同法(节录)	261
3. 中华人民共和国招标投标法	264
4. 中华人民共和国招标投标法实施条例	274
5. 建设工程勘察设计管理条例	290
6. 建设工程质量管理条例	295
7. 中华人民共和国注册建筑师条例	306
8. 房屋建筑和市政基础设施工程施工分包管理办法	312
9. 建筑工程施工许可管理办法	315
10. 建设工程项目管理试行办法	318
11. 建设工程价款结算暂行办法	321
12. 工程建设监理规定	329
13. 工程建设项目报建管理办法	332
14. 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	334
15. 最高人民法院关于建设工程价款优先受偿权问题的批复	338
16. 最高人民法院关于如何认定工程造价从业人员是否同时在两个单位执业问题的答复	339
17. 最高人民法院关于建设工程承包合同案件中双方当事人已确认的工程决算价款与审计部门审计的工程决算价款与审计部门审计的工程决算价款不一致时如何适用法律问题的电话答复意见	340



上篇

建设工程法律实务与案例

