



远建建筑房地产法律研究中心系列丛书

建筑企业

法律风险防范与化解

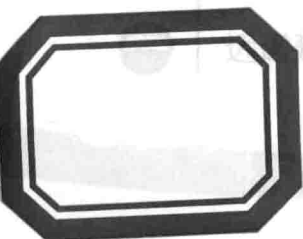
——2013版施工合同实务专辑

JIANZHUQIYE FALVFENGXIAN FANGFAN YU HUAJIE

周月萍◇编著



法律出版社
LAW PRESS·CHINA



建筑房地产法律研究中心系列丛书

建筑企业

法律风险防范与化解

——2013版施工合同实务专辑

JIANZHUQIYE FALVFENGXIAN FANGFAN YU HUAJIE

编 著◇周月萍

编委会◇周兰萍 蔡 祥 魏 飞 陈 娟
陈军杰 者丽琼 汪永琴



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

图书在版编目(CIP)数据

建筑企业法律风险防范与化解:2013 版施工合同
实务专辑/周月萍编著. —北京:法律出版社,
2014. 1

ISBN 978 - 7 - 5118 - 5769 - 9

I. ①建… II. ①周… III. ①建筑法—研究—中国
②建筑工程—工程施工—合同法—研究—中国
IV. ①D922. 297. 4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2013)第 296250 号

建筑企业法律风险防范与化解
——2013 版施工合同实务专辑
周月萍 编著

编辑统筹 法律应用出版分社
策划编辑 何海刚
责任编辑 何海刚
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 北京嘉恒彩色印刷有限责任公司

责任印制 翟国磊

开本 720 毫米×960 毫米 1/16

印张 24.25

字数 348 千

版本 2014 年 3 月第 1 版

印次 2014 年 3 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)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

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:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 5769 - 9

定价:78.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

周月萍律师

中伦律师事务所合伙人，2011中国建筑业年度人物，建筑房地产律师网（www.law286.com）首席律师，《建筑房地产律师》杂志主编，入选2013年ENR/建筑时报最值得推荐的中国工程法律60位专业律师。

执业十几年来，服务的客户包括上海申通地铁集团、北京住总集团、中建三局、中铁二院、上海建工集团、腾达建设、中核华兴、中核二二公司、中天建设等上百家知名建筑施工企业。

远建建筑房地产法律研究中心及其系列丛书

远建建筑房地产法律研究中心系远建律企联盟下设的专业研究机构。远建律企联盟，以“志在高远，携手共建”为宗旨，定位于建筑行业法律风险防范、管理咨询、专业培训、专题研究，致力于打造建筑行业资源整合平台，引领建筑行业持续健康发展。

本系列丛书结合本中心资深律师近年来在建筑领域从事法律服务的实践以及理论研究成果精心编撰而成，内容涵盖建设工程总承包、招标与投标、项目投融资、BT项目、BOT项目、EPC项目、PPP项目等建设工程各环节。丛书作者深入剖析该领域内的最新热点话题、工程中的法律风险节点等，立意于建筑工程领域的法律风险防范。

《建筑企业法律风险防范与化解——2013版施工合同实务专辑》

《建筑企业法律风险防范与化解——2013版施工合同实务专辑》系远建建筑房地产法律研究中心系列丛书之一。该书以本中心资深律师多年来为建设工程项目提供诉讼、专项和非诉讼法律服务的实践经验以及理论研究成果为基础，结合近期建设工程领域发生的与建筑企业利益最为密切相关的三项大动作：一是国务院最新颁布并于2012年2月1日起正式施行的《招标投标法实施条例》，二是住房城乡建设部和国家质监局联合发布并于2013年4月1日起在全国施行的《建设工程工程量清单计价规范》，三是住房城乡建设部和国家工商总局联合发布并于2013年7月1日起在全国执行的《2013版建设工程施工合同（示范文本）》（全书中统一简称为《2013版施工合同》），对建设工程项目全过程中最为重要的、最为常见的以及最新出现的重大疑难法律问题进行了重新解读与分析，并就整个施工环节中无所不在的法律风险提供防范与化解之道，是建筑施工企业在新形势下开拓创新模式和转型升级不可多得的一部指南之作。



周月萍律师被评为2011年建筑业年度人物



周月萍律师拜访美国《工程新闻纪录》(ENR)杂志社, 探讨中美建设工程问题



周月萍律师在21世纪建筑企业家论坛发表“适度转型做BT与建设法律风险防控体系”专题演讲



周月萍律师为中建股份(上海分公司)做“2013版施工合同的理解与运用”专题讲座



周月萍律师在全国建设工程总承包(BT项目)经验交流会上做专题演讲



周月萍律师受邀为上海建工集团解析印章管理法律风险



周兰萍律师助力腾达建设集团推进法律风险防范体系建设



周月萍律师团队及周兰萍律师分别入选2013年ENR / 建筑时报最值得推荐的中国工程法律10家专业律师事务所及60位专业律师



周月萍律师应邀为上海建交委的近百名中高层干部做招投标专题讲座



周兰萍律师在同济大学为多家建筑企业做法律风险防范体系专题讲座



周月萍律师为中天集团做多地巡回专题讲座



周兰萍律师应金螳螂邀请，为其提供BT项目法律风险防范专题讲座

序 —

非常荣幸能够收到周月萍律师的邀请为本书作序,因为一直从事基础设施、公用事业和城镇化项目 BT/BOT/PFI/PPP 的研究、咨询、教学和培训,我经常会和许多建筑企业的老总打交道,提到工程合同纠纷,他们也是焦头烂额。归根结底,大多数纠纷的发生是因为在合同中没有进行明确的权责利分配,出现问题时无法寻求有效的解决方法,最后导致双方关系破裂,只好对簿公堂,但结果也不一定就是所期望的。

通读此书,发现其中列举了许多实务中建筑企业经常遇到的合同管理问题,比如招投标有效性问题、应收账款问题,再比如工程质量、造价和工期调整问题,有些甚至就是前些天某位老总跟我提到的,基本上都能在本书中找到解决方案,可以按照书中所给建议进行改进和完善,真正做到从源头上事前预防法律风险。个人认为此书非常值得建筑企业细读和精读。

读完此书,收获很大,感触良多,以下几点与读者共享:

一、此书的结构体系与同类书籍相比颇有亮点。现在市面上一些有关 2013 版施工合同的书籍,更多的是从条文解读、运用的角度来剖析,而周月萍律师的这本书则从建筑企业最值得关注的法律风险防范与化解角度出发,结合 2013 版施工合同新增的亮点,为企业的合同管理及项目管理建言献策,比如其中关于企业容易忽略的优先受偿权、签证与索赔方面的建议着实让人眼前一亮,非常值得我们建筑企业好好借鉴学习和应用。

二、设身处地为建筑企业读者考虑,易读易懂易用。我之前也读过市面上的一些建筑法律与合同类的书籍,语言晦涩难懂,更难应用。而此书作者周月萍律师作为一位具有十数年建筑企业法律服务经验的专业律师,以通俗、简练的语言将建筑企业日常管理要点与 2013 版施工合同的风险点娓娓道来,特别是每个专题前的概述图以及穿插的一些小案例还能帮助读者更好地理解 and 概括。更难能可贵的是,此书不仅细致解析了这些风险点,还告诉读者为何会在 2013 版施工合同中进行这样的调整,出台相应的条款,以利于读者了解建筑行业规则制定者的意图。正确地把握住了方向,就像是给

企业的管理特别是合同管理完善指明了道路,相应的法律合同风险自然就能较大幅度地预防和化解。

三、以国际视角解读国内建筑施工合同的发展。因为我本人是研究 BT/BOT/PFI/PPP 的,虽说这些模式近年来在国内得到了越来越多的应用,但是许多项目还是有不少不规范的做法,除了政府与投资者/主办人之间,投资者/主办人与承包商/分包商之间也出了不少合同纠纷。2013 版施工合同借鉴了国际上权威的 FIDIC 合同文本,吸收了其中许多条款的精髓,比如逾期索赔丧失权利、缺陷责任期制度等,在平衡承发包双方责权利的同时,由于这类项目的相对复杂性和长期性,对建筑企业自身的管理特别是合同管理水平提出了更高要求。周月萍律师在 FIDIC、EPC 等合同方面颇有研究,在此书中也体现了用国际化的合同管理思想指导建筑企业做好国内工程,继而转型升级走向国际的理念。

当然,可能由于编写时间比较仓促,其中还有一些内容可做进一步完善,比如书中与国际工程的对接只是稍有提及,而在未来,国际化必然是建筑企业转型升级的大方向之一。

非常感谢周月萍律师及其团队能够在 2013 版施工合同推行之际,给建筑企业带来一本如此务实、很具借鉴和应用性的书籍,相信我国建筑企业能够通过阅读此书,增强企业的法律风险防范意识,提高合同管理等各方面的管理水平。



清华大学建设管理系暨清华大学国际
工程项目管理研究院教授、副院长
2013 年 10 月 19 日于清华园

序 二

承蒙以周月萍律师为首的建筑房地产法律专家团队的信任,我有幸在《建筑企业法律风险防范与化解——2013 版施工合同实务专辑》一书付印之前一睹全貌,颇有感想。

住房城乡建设部、国家工商行政管理总局联合发布的 2013 版《建设工程施工合同(示范文本)》(GF—2013—0201)于 7 月 1 日起执行。这是当前行业管理和行业发展进程中的一件大事。

早在 1999 年 12 月 24 日,原建设部和原国家工商行政管理局联合颁布了 1999 版施工合同。这对于规范承发包双方行为、防止和解决纠纷以及促进建筑市场健康有序发展发挥了较大的作用。但随着市场经济的快速发展和法律规范的不断完善,1999 版施工合同在实践过程中逐渐暴露出与现行法律体系不匹配、合同结构和内容与建筑市场发展的实际情况不匹配等诸多问题。在此背景下,住房城乡建设部经与国家工商局协商,于 2009 年启动了对 1999 版施工合同的修订工作。经组织专家广泛征求意见,数易其稿,于 2011 年 3 月 9 日在住房和城乡建设部网站公开发布《建设工程施工合同(示范文本)》(征求意见稿)。2013 年 5 月 29 日,住房城乡建设部在北京召开会议,推进 2013 版施工合同的贯彻实施。2013 版《建设工程施工合同(示范文本)》(GF—2013—0201)的颁布执行,对于规范建筑市场秩序促进行业健康发展具有十分重要的意义。与 1999 版施工合同相比,2013 版施工合同改进和提高的地方主要表现为:增加了新的合同管理制度;调整了合同结构体系;完善了合同价格类型;更加注重对发包人、承包人市场行为的引导、规范和权益平衡;加强了与现行法律和其他文本的衔接。

最近以来,为了准确理解和掌握 2013 版施工合同的精神实质和内涵要求,从而更好地发挥其指导作用,各地建设主管部门、行业协会、建筑企业和律师团队纷纷行动起来,做了大量的宣传、培训和贯彻工作,取得了可喜的成果。《建筑企业法律风险防范与化解——2013 版施工合同实务专辑》就是这些成果的一个缩影。书中,周月萍律师团队以他们多年来为建设工程项

目提供诉讼、非诉讼法律服务的实践经验以及理论研究成果为基础,结合国务院最新颁布并于2012年2月1日起正式施行的《招标投标法实施条例》、住房城乡建设部和国家质监局联合发布并于2013年4月1日在全国施行的《建设工程工程量清单计价规范》,围绕2013版《建设工程施工合同(示范文本)》,从项目招标投标、合同效力、工程质量、工程造价、签证与索赔等十一个专题角度,展开对2013版施工合同执行后建筑企业面临的新法律风险防范与化解的研讨;同时对施工合同与国际工程承包市场其他常用合同形式的对接也作了深入探讨。此书联系实际,通俗易懂,说理透彻,其中不乏真知灼见,值得一读。

贯彻执行好2013版《建设工程施工合同(示范文本)》是一项长期任务,必将对推进行业管理和行业发展有着深远的积极影响。这需要建筑行业各条战线仁人志士不懈努力。作为全国建筑行业知名专业媒体——建筑时报社的总编辑,衷心希望更多行业有识之士能立足本职,悉心探索,身体力行,为更好地发挥2013版《建设工程施工合同(示范文本)》的效用添砖加瓦。同时,诚挚欢迎行业各路专家学者借助本报媒体平台,介绍这方面有推广价值的理论研究体会和实践经验成果,不断扩大社会影响,促进行业进步。

李怀清

《建筑时报》总编

2013年10月

序 三

2013 版《建设工程施工合同(示范文本)》对建筑企业而言,是带来了更多权利,还是更多风险?

最近,无论是讲课、研讨,还是接受企业咨询,和建筑业界朋友们聊得最多的就是 2013 年 7 月 1 日起执行的《建设工程施工合同(示范文本)》(GF—2013—0201,本书以下简称 2013 版施工合同)。大家对 2013 版施工合同增加的双向担保、合理调价、工程系列保险、争议评审解决、索赔过期作废等 8 项新的制度给予高度评价,都盼望新版施工合同能推动建筑市场走向规范、良性发展。

与 1999 版施工合同相比,2013 版施工合同最大的特点当属国际性。其多处借鉴了《菲迪克(FIDIC)施工合同条件》(1999 版红皮书)的经典条文。大量国际经验的借鉴,一定程度上平衡了承发包双方的权利和义务,让合同看起来更为公平、相关施工管理的程序要求更为规范。一方面,这对承包人看起来是利好消息;但另一方面,如果承包人不注意规范管理,可能会带来更大的风险。

从有利的方面来看,2013 版施工合同有些条款对承包人相对有利,利于解决困扰整个建筑行业的难题。比如承包人如何应对拖延签证、拖延验收、拖延结算这样长期困扰的顽疾,很多人都说没有良策,我们说 2013 版施工合同里面其实都做了相应规定:比如,拖延签证的,2013 版施工合同规定了很多默认条款:其中关于变更估价申请,如果发包人在收到承包人变更估价申请后 14 天内没有答复的,视为认可该变更估价申请;比如合同关于邮箱的设置,为双方拒收相关文件(其实主要是发包人及监理拒绝签收)提供了解决路径;比如,因发包人原因拖延验收的,2013 版施工合同规定了拖延验收的后果为以承包人提交竣工验收申请报告之日作为实际竣工之日,并且对何为拖延验收作出了明确的规定,具有很强的操作性。又如,拖延结算的,2013 版施工合同规定,发包人在收到承包人提交的竣工结算申请书后 28 天内未完成审批且未提出异议的,视为认可承包人提交的竣工结算申请单。可以

想见,只要在专用条款中不删除这些条款,承包人会合理运用这些条款,这些条款即可起到防止拖延签证、拖延验收或拖延结算的作用。

但是,这些看似对承包人有利的条款,究竟是否能够实现,也还是与承包人的合同签订和履约水平有很大关系。首先,在选择合同版本时,如果发包人不选择 2013 版施工合同,承包人该如何引导、说服发包人使用?因为这个合同版本只是推荐使用,不具有强制性。其次,如果选择了 2013 版施工合同,还要在专用条款中援引这些通用条款、不删除这些条款,因为通用条款不是法律,通常只有援引了才能生效,当然未来如长期使用、普遍认为可能被认定为交易习惯的条款例外。最后,在合同履行中,除了干好工程,还要做好流程管理和证据管理,什么时间提交变更估价申请、什么时间提交竣工验收申请单及竣工结算申请单,不仅要严格依照约定时间,而且一定要有证据证明发包人在某个时间收到了这些申请单。此外,还有很多类似对承包人比较有利的条款,该如何分析及运用这些条款、实现合同权利,本书进行了比较详细的阐述。

从不利的方面来看,2013 版施工合同有很多条款对承包人不利,或者说对相对方——发包人比较有利。比如让发包人头疼的项目转包、挂靠等问题,在 2013 版施工合同里,即设置了比较严格的防范措施,比如要求项目经理是承包人公司的员工、要求承包人提供该项目经理的劳动合同和缴纳社会保险的证明等,并规定项目经理和主要施工管理人员在现场工作每月最少不得低于多少天,如果离开工地,要向发包人或监理汇报;项目经理如果不符合发包人的要求,发包人可以要求调换等,并且如果以上做不到,还规定了相应的违约责任。

又比如,2013 版施工合同体现公平性的方面还在于:合同为了促进双方及时回复、积极推进工程进展,制定了大量的过期作废和视为默认条款,而且这些条款相对双方都很公平,基本上只要规定了一方多少天要提出权利主张否则过期作废,或者规定另一方在收到后多少天要答复否则视为默认,就会相应地为另一方也设置一个相同的过期作废条款及相对方的视为默认条款。比如:

通用条款第 19.1 款第 1 项规定:承包人应在知道或应当知道索赔事件

发生后 28 天内,向监理人递交索赔意向通知书,并说明发生索赔事件的事由;承包人未在前述 28 天内发出索赔意向通知书的,丧失要求追加付款和(或)延长工期的权利。

接下来,第 19.2 款第 2 项就规定:发包人应在监理人收到索赔报告或有关索赔的进一步证明材料后的 28 天内,由监理人向承包人出具经发包人签认的索赔处理结果。发包人逾期答复的,则视为认可承包人的索赔要求。

而且,在接下来的条款中,还规定了发包人索赔的过期作废条款及承包人逾期答复的默认条款。

类似这样的条款还很多,在本书中做了多项列举。但是,作为编著者,作者一直希望通过本书,向读者传达:对建筑企业而言,这些条款是需要引起高度重视的。不仅要看到对自己有利的默认条款和过期作废条款,更要看到对自己不利的默认条款和过期作废条款。因为与建筑企业多年打交道后我们发现,虽然我们也看到业内有不少建筑企业合同意识比较强、管理比较规范,但不可否认目前大多数建筑企业合同意识不强,合同管理水平还迫切需要提高。希望本书能够帮助广大建筑企业更好地运用 2013 版施工合同,能够趋利避害、防范风险。如果能够借由此书帮助建筑企业提高项目管理水平,那么我们便很欣慰了。

周月萍

2013 年 10 月

Contents 目 录

前言 2013 版施工合同推行下,建筑企业面临的新法律

风险 1

一、建筑企业风险管理的发展与实践 1

二、建筑企业法律风险的新特点 2

专题一 项目尽职调查 7

【本专题内容概览】 7

一、调查项目的真实性、合法性 8

二、调查发包人的资信等 11

三、承包人对分包人的调查 14

四、承包人对项目经理的考察 15

五、典型案例 19

专题二 项目招标投标 21

【本专题内容概览】 21

一、法律规定必须进行招标的项目范围和规模标准 22

二、法律规定必须招标的项目在特定情形下可以不进行招标的

例外情形 27

三、工程项目招标方式及招标办理 29

四、工程项目中标无效的法定情形 33

五、投标人串通投标或骗取中标需承担的法律风险 37

六、招标投标在司法实践中的疑难法律问题 38

七、准确理解施工合同的备案问题 43

八、典型案例 45

2 建筑企业法律风险防范与化解——2013 版施工合同实务专辑

专题三 合同效力	49
【本专题内容概览】	49
一、认定合同有效与否的法律依据	50
二、《施工合同司法解释》规定的五种常见合同无效情形	52
三、合同无效情形下的工程结算	55
四、与合同效力相关的四个重要问题	59
五、典型案例	65
专题四 工程质量	67
【本专题内容概览】	67
一、工程质量中的六大问题	68
二、2013 版施工合同新增重要条款	81
三、典型案例	90
专题五 工期	92
【本专题内容概览】	92
一、工期的四大问题	93
二、2013 版施工合同新增重要条款	100
三、典型案例	114
专题六 工程造价	123
【本专题内容概览】	123
一、工程造价的七大问题	124
二、2013 版施工合同新增重要条款	148
三、典型案例	164
专题七 签证与索赔	166
【本专题内容概览】	166
一、签证	167
二、索赔	172

三、建筑企业如何应对 2013 版施工合同逾期 28 天索赔即失权的挑战	176
四、2013 版施工合同新增重要条款	184
五、典型案例	194
专题八 工程验收与结算	198
【本专题内容概览】	198
一、工程验收	199
二、工程结算	206
专题九 优先受偿权行使期限	213
【本专题内容概览】	213
一、研究背景简介	214
二、90 起案例的调研结果	215
三、最高人民法院及地方法院对优先受偿权行使期限起算点的规定	218
四、如何理解《批复》中的“竣工之日”及“约定的竣工之日”	222
五、“起算点”认定难,建筑企业如何应对	225
六、典型案例	228
专题十 内部承包与违法分包、转包、挂靠	230
【本专题内容概览】	230
一、建筑企业承揽工程需要具备法定的条件	231
二、内部承包	232
三、工程分包	238
四、转包	245
五、挂靠	246
六、典型案例	250
专题十一 应收账款管理	253
【本专题内容概览】	253