

JIANZHUYE QIYE FAWU ZHINAN

建筑业企业 法务指南

——建筑业企业风险控制实务

应旭升·编著

- ★ 建设法务工作机构
- ★ 防范各种合同风险
- ★ 堵截财务管理漏洞
- ★ 清理企业工程欠款
- ★ 梳理法务管理流程
- ★ 规范项目经理行为
- ★ 谋划诉讼案件策略
- ★ 解决民工工资拖欠



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

建筑业企业 法务指南

——建筑业企业风险控制实务

应旭升·编著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

建筑业企业法务指南 / 应旭升编著. —北京:
法律出版社, 2012. 9

ISBN 978 - 7 - 5118 - 4029 - 5

I. ①建… II. ①应… III. ①建筑企业—法务
IV. ①D922. 297

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 134560 号

建筑业企业法务指南
应旭升 编著

编辑统筹 法律应用出版社
策划编辑 聂颖
责任编辑 聂颖
装帧设计 李瞻

© 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 北京北苑印刷有限责任公司
责任印制 陶松

开本 787 毫米×1092 毫米 1/16
印张 43.25
字数 715千
版本 2013 年 3 月第 1 版
印次 2013 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 - 4029 - 5

定价:98.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

目 录

第一章 构建建筑业企业法律风险防范体系	(1)
第一节 建筑业企业法律风险的基本概念	(1)
一、建筑业企业法律风险的基本概念	(1)
二、建筑业企业法律风险防范体系的含义	(2)
第二节 构建建筑业企业法律风险防范体系必要性	(3)
一、建筑业企业法律风险防范的现状	(3)
二、构建建筑业企业法律风险防范体系的重要意义	(3)
三、建筑业企业法律风险防范体系的主要内容	(3)
第二章 企业法务工作机构建设	(6)
第一节 企业法务工作机构建设	(6)
一、企业法务工作机构建设的意义	(6)
二、企业法务工作机构建设	(6)
附录 1 《公司法务部经理岗位说明书》(参考文本)	(8)
附录 2 《公司法务部法务助理岗位说明书》(参考文本)	(10)
附录 3 《公司法务部工作标准》(参考文本)	(13)
第二节 建立企业法律事务管理制度	(17)
一、企业法务部门在法人治理结构中的地位	(17)
二、建立企业法律事务管理制度	(18)
附录 4 《公司经济法律事务管理标准》(参考文本)	(22)
第三节 公司律师事务部建设	(28)
一、公司律师事务部建立条件	(28)
二、公司律师事务部与法务部的关系	(29)

三、公司律师与其他法律职业人员关系	(29)
附录 5 司法部关于开展公司律师试点工作的意见(2002 年 10 月 22 日 司发通[2002]80 号)	(31)
第四节 企业法务部门与律师事务所协作机制建立	(32)
一、法务部与外聘律师的关系	(33)
二、企业法务如何选择外聘律师	(35)
三、企业法务部门与聘用律师事务所的协调机制	(37)
附录 6 中国建筑业协会、中华全国律师协会关于推进建筑业企 业法务工作的指导意见(2007 年 6 月 8 日 建协[2007] 16 号)	(38)
第三章 法务流程管理体系	(41)
第一节 法务流程管理概述	(41)
一、法务流程管理原则	(41)
二、法务流程管理内容	(41)
第二节 诉讼文书流程管理	(41)
一、签收	(41)
二、提示	(42)
三、移送	(42)
四、反馈	(43)
五、归档	(43)
六、分析	(43)
第三节 法律函件管理	(44)
一、把好函件的起草和签发关	(44)
附录 1 《关于要求立即支付工程款的函》(参考文本)	(46)
附录 2 《关于项目工程款汇入承包人指定账户的函》(参考文本)	(47)
附录 3 《关于要求及时归还借款的函》(参考文本)	(47)
附录 4 《关于要求立即归还保证金的函》(参考文本)	(48)
附录 5 《关于工程逾期审价视为认可送审价的函》(参考文本) ...	(49)
附录 6 《关于工程限期付款逾期停工的函》(参考文本)	(50)

附录 7 《关于工程提前使用视为验收合格的函》(参考文本)	(51)
附录 8 《关于工程的附属工程不予另行分包的函》(参考文本) ...	(52)
二、把好函件的送达和签收关	(53)
附录 9 《函件送达回执》(参考文本)	(53)
附录 10 填写国内特快专递(EMS)邮件方法	(54)
三、把好函件的归档关	(55)
第四节 保全证据公证	(56)
一、公证意义	(56)
二、保全证据公证概念	(56)
三、保全证据公证程序	(56)
附录 11 办理保全证据公证的指导意见(2008 年 11 月 25 日修订)	(57)
第四章 合同管理风险防范体系	(63)
第一节 预防合同风险的基本途径和主要方法	(63)
一、预防合同风险的基本途径	(63)
二、预防合同风险的具体措施	(65)
第二节 工程施工合同签订的风险防范	(71)
一、工程施工合同签订前的风险防范	(71)
二、工程施工合同签订时的风险防范	(72)
附录 1 《合同管理标准》(参考文本)	(75)
附录 2 《建设工程项目审查表》(参考文本)	(87)
附录 3 《发包人资信审查表》(参考文本)	(88)
附录 4 《业主支付委托保证合同》、《业主支付保函》(参考文本)	(104)
附录 5 《同意放弃工程优先权的承诺书》、《同意放弃优先权的 对应承诺书》(参考文本)	(117)
三、工程施工合同主要条款风险提示	(119)
附录 6 《建设工程施工合同填写风险提示表》(参考文本)	(119)
附录 7 《建设工程施工合同(示范文本)》(GF-1999-0201)	(133)
附录 8 《广东省建设工程标准施工合同》(2009 年版)	(164)

附录 9	施工合同条款相关法律法规	(282)
附录 10	河南省建设厅关于印发建设工程中途停工损失补偿办法的通知(2003 年 12 月 24 日 豫建设标[2003]89 号)	(289)
第三节	工程施工合同履行风险防范	(292)
一、	工程施工合同履行原则	(292)
二、	工程施工合同履行风险防范	(293)
附录 11	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不一致时如何适用法律问题的电话答复意见(2001 年 4 月 2 日 [2001]民一他字第 2 号)	(301)
附录 12	最高人民法院民事审判庭关于发包人收到承包人竣工结算文件后,在约定期限内不予答复,是否视为认可竣工结算文件的复函(2006 年 4 月 25 日 [2005]民一他字第 23 号)	(303)
附录 13	工程质量保证金的地方规定	(305)
第四节	内部承包合同风险防范	(324)
一、	建筑业企业内部承包制的法律特征	(324)
二、	建筑业企业内部承包合同的法律效力	(325)
三、	建筑业企业内部承包合同的法律风险	(326)
四、	建筑业企业内部承包合同的风险防范	(327)
五、	内部承包合同重点条款提示	(333)
第五节	建筑工程分包风险防范	(336)
一、	建筑工程分包的含义和分类	(336)
二、	劳务分包与专业分包的区别	(337)
三、	专业工程分包常见法律风险	(338)
四、	专业分包法律风险防范	(338)
附录 14	《建设工程施工专业分包合同(示范文本)》(GF-2003-0213)	(340)
五、	劳务分包的法律风险防范	(362)
附录 15	《建设工程施工劳务分包合同(示范文本)》(GF-2003-	

0214)	(364)
附录 16 各类班组承包合同(参考文本)	(379)
第六节 租赁合同风险防范	(391)
一、租赁合同法律风险	(392)
二、租赁合同风险防范	(393)
附录 17 《租赁合同》(参考文本)	(394)
附录 18 《财产租赁协议》(通用版)(参考文本)	(397)
三、租赁合同纠纷诉讼管理	(400)
第七节 买卖合同风险防范	(403)
一、买卖合同概述	(403)
二、建筑材料买卖合同签订管理	(404)
三、建筑材料买卖合同履行管理	(408)
附录 19 《诚信合作承诺书》、《收款承诺书》(参考文本)	(409)
第五章 项目经理风险防范体系	(411)
第一节 项目经理的法律概念	(411)
一、项目经理的法律概念	(411)
二、项目经理的分类	(412)
第二节 项目经理责任制的法律风险	(413)
一、项目经理责任制的主要法律风险	(413)
二、当前经济形势下的法律风险	(416)
第三节 项目经理法律风险防范	(418)
一、建立完善项目经理管理制度	(418)
附录 1 《项目经理管理办法》(参考文本)	(420)
附录 2 《授权委托书、介绍信管理标准》(参考文本)	(426)
附录 3 技术专用章的格式与公告(参考文本)	(430)
二、规范各项合同的签订和履行	(435)
附录 4 《承包工程承诺书》(参考文本)	(437)
附录 5 某省建筑业行业协会关于建筑企业项目承包人涉嫌经济 犯罪有关问题的请示	(444)

第四节	项目经理职务侵占罪的构成要件及其防范	(447)
一、	职务侵占罪概念	(447)
二、	立案标准	(447)
三、	犯罪构成要件	(448)
四、	预防对策	(450)
第六章	财务管理风险防范体系	(452)
第一节	建筑业企业财务管理风险的特征	(452)
一、	建筑业企业的资产负债率较高	(452)
二、	建筑业企业的应收账款较多	(452)
第二节	财务管理风险来源	(453)
一、	内部承包合同管理风险	(453)
二、	项目经理借款风险	(453)
三、	工程款不规范支付风险	(455)
四、	财务核算的滞后性和不准确性	(455)
五、	财务人员的道德与责任风险	(455)
六、	企业税务发票管理不完善	(456)
七、	银行账户借用风险、查封风险	(456)
第三节	建立财务管理风险防范体系的基本途径	(457)
一、	提高财务人员综合素质,树立科学的财务管理理念	(457)
二、	加强资金的统一调控管理	(457)
三、	重视工程项目结算管理	(457)
第四节	防范财务管理风险的具体办法	(458)
一、	内部承包合同风险控制	(458)
二、	加强项目经理借款管理,确保借款合同合法有效性	(459)
附录 1	《借款合同》(参考文本)	(461)
附录 2	《个人抵押借款合同》(参考文本)	(465)
附录 3	借款办理流程(参考文本)	(470)
附录 4	某房管局办理借款抵押登记的相关手续	(472)
三、	规范工程款支付	(473)
四、	加强财务核算,确保核算的及时性、准确性	(473)

五、加强内部审计力度	(474)
六、税务发票风险防范	(474)
七、银行账户借用风险和查封风险防范	(475)
第七章 诉讼案件风险防范体系	(477)
第一节 建筑业企业诉讼案件基本情况分析	(477)
一、应诉案件情况	(477)
二、起诉原因与现状	(480)
第二节 诉讼案件法律风险防范	(481)
一、事先预防	(481)
二、事中控制,事后减损	(487)
附录 人民法院民事诉讼风险提示书(2003年12月23日)	(493)
第三节 施工合同纠纷诉前准备及诉讼应对	(496)
一、诉前准备	(496)
二、诉讼主体确定	(497)
三、诉讼请求与法院管辖	(498)
四、调解策略	(499)
五、合同效力	(500)
六、民事责任	(501)
七、执行线索及新动向	(502)
第四节 企业诉讼文书	(503)
一、企业诉讼文书的一般要求	(503)
二、诉状类文书	(504)
三、申请类文书	(509)
四、综合类文书	(527)
第八章 清欠与民工管理风险防范体系	(531)
第一节 建筑业企业如何清欠	(531)
一、建筑业企业工程欠款形成的原因	(531)
二、建筑业企业清理工程欠款的重要性	(532)
三、建筑业企业清理工程欠款的基本途径	(532)

附录 1 《工程款还款协议》(参考文本)	(534)
附录 2 《项目工程结算合同》(参考文本)	(537)
附录 3 《施工企业清欠工作计划》(参考文本)	(542)
附录 4 《工程款支付申请表》(参考文本)	(544)
附录 5 《外部工程欠款和内部项目经理借款清理工作检查表》 (参考文本)	(545)
四、建筑业企业清理工程欠款遇到的突出问题	(547)
第二节 建筑业企业如何解决民工工资拖欠问题	(547)
附录 6 关于加强建设工程项目管理解决拖欠农民工工资问题的 通知(2011年1月28日 人社部明电[2011]2号)	(548)
一、民工工资被拖欠的原因	(550)
二、解决民工工资被拖欠的对策	(551)
附录 7 浙江省住房和城乡建设厅关于在建设工程施工现场实行 作业人员实名制管理的指导意见(2011年5月30日 浙建建[2011]68号)	(553)
附录 8 浙江省劳动和社会保障厅关于印发浙江省涉及劳动保障 方面群体性事件应急预案的通知(浙劳社仲[2006]38号)	(557)
附录 9 工资清欠常用文书	(567)
附录 常见法规	(571)
1. 中华人民共和国建筑法(2011年4月22日)	(571)
2. 中华人民共和国合同法(1999年3月15日)	(581)
3. 中华人民共和国招标投标法(1999年8月30日)	(625)
4. 建设工程质量管理条例(2000年1月30日 国务院令第279号)	(634)
5. 房屋建筑和市政基础设施工程施工分包管理办法(2004年2月3日 建设部令第124号)	(646)
6. 建筑工程施工发包与承包计价管理办法(2001年11月5日 建设 部令第107号)	(649)
7. 建设工程价款结算暂行办法(2004年10月20日 财建[2004]	

369号印发)	(652)
8. 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(2004年9月29日 法释[2004]14号)	(659)
9. 最高人民法院关于建设工程价款优先受偿权问题的批复(2002年6月11日 法释[2002]16号)	(663)
10. 最高人民法院关于装饰装修工程款是否享有合同法第二百八十六条规定的优先受偿权的函复(2004年12月8日 [2004]民一他字第14号)	(663)
11. 浙江省高级人民法院关于审理民间借贷纠纷案件若干问题的指导意见(2009年9月8日 浙高法[2009]297号)	(664)
12. 浙江省高院民事审判第一庭关于审理建设工程施工合同纠纷案件若干疑难问题的解答(2012年)	(673)
参考文献	(678)

构建建筑业企业法律风险防范体系

市场经济的快速发展,为建筑业企业提供了广阔的发展空间。但由于建筑工程项目自有的特点,如投资大、工期长、技术复杂以及工程参与主体多等,特别是当前国际金融危机和房产调控政策的双重打压,建筑业企业所面临的法律风险大幅度上升。建筑业企业能否构建起法律风险防范体系,有效化解法律风险,减少或避免法律风险所带来的损失,最终决定其能否在激烈的市场竞争中生存和发展。

第一节 建筑业企业法律风险的基本概念

一、建筑业企业法律风险的基本概念

1. 企业法律风险的定义

企业法律风险,是指由于企业外部法律环境发生变化,或由于包括企业自身在内的法律主体未按照法律规定或合同约定有效行使权利、履行义务,而对企业造成负面法律后果的可能性。

2. 企业法律风险的特征

(1)企业法律风险产生的缘由是法律因素。企业自身法律意识淡薄,防范法律风险的意识不强,经营决策不考虑法律因素等都可以引起法律风险。

(2)企业法律风险存在于企业运营的各个管理环节。

(3)企业法律风险发生导致的后果是企业承担法律责任。法律风险发生导致的不利后果,往往违背了企业的主观意愿。

(4)企业所面临的法律风险和其他风险紧密相关。

3. 建筑业企业法律风险的概念和风险来源

建筑业企业法律风险是建筑业企业在工程建设中遭遇危险,受损害的可能或机会。其主要风险来源于外部和内部两个方面:

(1) 建筑业企业法律风险的外部原因主要体现为如下三个方面:

①建筑行业自身特点。建筑工程所自有的特点、生产过程的高危性、涉及主体的广泛性、行业的微利性、工程项目的分散性、市场准入的制约性等不利因素,都给建筑业企业带来风险。如工期较长的建筑工程项目,由于原材料、人工费涨价等原因,很可能造成建筑工程项目亏损。

②建筑业属于劳动密集型行业,市场竞争激烈。一些施工合同权利义务约定不公平、施工条件不合理、企业低于成本价中标。

③建设单位不诚信履行合同。垫资、压价、拖欠成为业主转移风险的常用手段;业主单位拖延结算是其拖欠工程款的有效方法。

(2) 建筑业企业内部原因。企业尚未建立完善的建筑业企业法律风险防范体系。主要体现为如下六个方面:

①企业尚未建立法律服务管理体系;不能及时规范处理各项法律文书。

②建筑业企业给予项目承包人的权利过大,而未采取有效制约措施,存在管理上的不足。项目承包人存在道德危机其经济行为可能构成职务行为或表见代理给企业造成风险。

③企业内部合同等管理不规范,如合同条款不平等、合同文字约定不严谨,权利义务不明确。

④企业项目财务管理不规范,如项目承包人私自到建设单位领取工程款或借款。

⑤诉讼案件管理不规范,发生应诉案件未能及时有效处理,丧失挽回经济损失的最后机会。

⑥清欠管理和民工管理不规范。

二、建筑业企业法律风险防范体系的含义

建筑业企业法律风险防范体系,是指建筑业企业根据法律风险的特性,建立由企业决策层、各管理部门和全体员工共同参与的,在企业生产运营管理的各个环节中通过识别、评估法律风险,确定法律风险应对策略,对法律风险进行防范、控制和化解的一整套制度和流程。它是一种法律管理,是企业内控体系中不可缺少的组成部分。

第二节 构建建筑业企业法律风险防范体系必要性

一、建筑业企业法律风险防范的现状

1. 法律风险意识淡薄。一些建筑业企业对“依法治企”的认识不到位。企业经营决策单纯依靠管理经验,缺乏必要的认证审核。

2. 内部风险控制体系不健全。不少建筑业企业尚未设立专门的法务机构和配备专职的法务人员。法务机构职责不清,部门之间的协调配合不畅通、效率不高,且应对风险时相互推诿;在岗的法务人员业务素质不高,普遍存在“重诉讼轻预防”的观念,工作面有限、能力单一,无法应对千变万化的法律风险。

二、构建建筑业企业法律风险防范体系的重要意义

重视和加强法律风险防范是建筑业企业适应市场竞争环境变化的客观需要,是建筑业企业加快实施“走出去”战略的现实需要。构建法律风险防范体系,是加强企业风险管理最基本的要求。

1. 构建建筑业企业法律风险防范体系是确保建筑业企业生存发展的重要战略举措。当前国内建筑市场竞争空前激烈,企业要在市场竞争中取得优势,必须有效防范企业法律风险,最大限度地减少和控制损失的发生。

2. 构建建筑业企业法律风险防范体系是建筑业企业提高经济效益的重要保证。企业要发展壮大,必须不断积累资产和财富,减少因法律风险造成的损失。

3. 构建建筑业企业法律风险防范体系有利于维护社会稳定、促进社会和谐发展。建筑业是劳动力密集型行业,一旦企业经营状况不佳,下岗失业人员增多,势必影响社会稳定。建筑业企业法律风险防范体系有效地防范企业经营管理人、项目经理挪用资金、合同诈骗等刑事法律风险。

三、建筑业企业法律风险防范体系的主要内容

建筑业企业法律风险防范体系应当以法律服务管理体系建设为依托,具体包括法务流程管理防范体系、合同管理风险防范体系、项目经理与授权管理风险防范体系、财务管理风险防范体系、诉讼案件风险防范体系、清欠与民工管理风险防范体系等六个方面。

1. 法律服务管理体系是夯实企业法律风险防范的组织基础

建筑业企业应根据企业的规模和需要设置总法律顾问岗位。企业总法律顾问制度是建立健全建筑业企业法律风险防范机制的组织保障;企业应进一步推进企业法律事务机构建设,有条件的建筑业企业可以成立公司律师事务部。企业应当建立以总法律顾问为核心的,各级法务人员、外聘律师参与的法律服务管理体系。企业应重视和加强企业法律工作者队伍建设。

2. 法务流程管理体系

建筑业企业应当规范法律文书管理;树立业务处理流程中程序规则意识、有效证据收集意识。

3. 合同管理风险防范体系

(1)切实加强建设工程合同管理,有效防范建设单位拖欠工程款等违约风险。工程施工合同的法律风险防范是施工企业法律风险防范的核心。建设工程施工合同法律风险防范,应当分别做好合同签订及其合同履行过程中的法律风险防范。

首先,完善合同管理体系,建立起合同归口管理制度、重大合同评审制度、合同委托管理制度等。

其次,要加强合同签订管理。建筑业企业要对合同相对方的履约能力进行审查,查清对方资质状况、信誉状况、实力状况;业务部门就合同相关的事项分别进行审查,保证合同各项内容的可行性、可控性;法务部门对合同的文本合法性、有效性进行审查。

最后,要重视合同履行动态管理。企业建立起合同交底制度、责任分解制度、每日工作报送制度,确保合同得以正确履行。建筑业企业对施工过程中工期、质量、价款、变更、签证、索赔等事项的变动,要注意分析法律后果,收集好证据材料,做好资料准备。

(2)切实加强内部承包合同管理,有效防范项目承包人违约风险。

(3)切实加强各类租赁合同、购销合同管理,有效防范供应商、租赁商的违约风险。

4. 项目经理与授权管理风险防范体系

(1)选择好项目经理。项目经理代表施工企业负责施工管理的,项目经理的管理能力、道德水平、责任心等直接影响着项目管理的成败。

(2)合理限制项目经理的权利,避免项目经理不良经济行为发生。

(3)加强授权委托书和印章管理,其中项目技术资料专用章不得用于签订任何经济合同。

5. 财务管理风险防范体系

加强项目经理的工程借款管理,确保借款合同的合法有效性;建筑业企业应委派有责任心的项目监督管理员和财务人员,实施监督到位的过程控制,以合同、预算为依据,加强项目部资金流量监控,掌握资金使用动态;加强工程资金管理,防止资金被挪用与侵占。

6. 诉讼案件风险防范体系

诉讼是司法解决争议的有效途径,也是建筑业企业维护自身权益、化解法律风险的最后一道防线。建筑业企业应当建立起诉案件审批制度,避免被告恶意查封和反诉;建立被诉案件联席审查制度。涉案金额不大,案情简单的一般案件由法务部办理或项目部人员代理。法务人员应当规范做好法律文书签收、移送、提示、反馈、分析等工作;办案人员应认真分析基本案情并选择有利的诉讼方案,提交相应的涉诉申请。建筑业企业内部各单位应加强法务信息沟通工作。

7. 清欠与民工管理风险防范体系

(1)加强工程欠款的管理。

(2)加强劳动用工管理,防范劳动纠纷风险。

建筑业企业应根据《劳动合同法》的规定,结合建筑业行业特点,规范劳动用工、理顺劳动关系,进而减少或避免各项劳动争议和纠纷的发生。