



建筑房地产法实务指导丛书 ②1

建 筑 业

法 律 服 务 实 务

林镛海 主编

浙江省律师协会建筑与房地产业务委员会 编著

打造最全面、最专业、最实用的建筑房地产专业实务图书

就建筑法律服务实践而言，自最高人民法院颁布《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》以来，实践中又出现了很多新的疑难问题。尤其在目前国际金融危机背景下，这些新的疑难问题更是集中凸显。本书征集的论文中有很多论文对这些新的疑难问题进行了深入的分析并提出了针对性的立法建议，具有非常强烈的现实指导意义。



法律出版社
LAW PRESS · CHINA



建筑房地产法实务指导丛书 ②①

建 筑 业

法 律 服 务 实 务

林镞海 主编

浙江省律师协会建筑与房地产业务委员会 编著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

建筑业法律服务实务/林鲁海主编. —北京:法律出版社, 2009. 4

(建筑房地产法实务指导丛书)

ISBN 978 - 7 - 5036 - 9381 - 6

I. 建… II. 林… III. 建筑法—基本知识—中国 IV. D922. 297

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 037240 号

©法律出版社·中国

责任编辑/张新新	装帧设计/马 帅
出版/法律出版社	编辑统筹/法律应用出版分社
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/787×960 毫米 1/16	印张/42.5 字数/812 千
版本/2009 年 3 月第 1 版	印次/2009 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	销售热线/010-63939792/9779
网址/www.lawpress.com.cn	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	西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908
上海公司/021-62071010/1636	北京分公司/010-62534456 深圳公司/0755-83072995
书号:ISBN 978 - 7 - 5036 - 9381 - 6	定价:96.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

编写

浙江省律师协会建筑与房地产业务委员会

顾问

陈三联(浙江省律师协会秘书长)

金 鹰(浙江腾飞金鹰律师事务所主任)

主编

林镡海(浙江省律师协会建筑与房地产业务委员会主任)

副主编

楼 韬(浙江省律师协会建筑与房地产业务委员会副主任)

史建兵(浙江省律师协会建筑与房地产业务委员会副主任)

周丽霞(浙江省律师协会建筑与房地产业务委员会副主任)

张晟杰(浙江省律师协会建筑与房地产业务委员会副主任)

裘红伟(浙江省律师协会建筑与房地产业务委员会副主任)

陈月棋(浙江省律师协会建筑与房地产业务委员会秘书长)

钱雪慧(浙江省律师协会建筑与房地产业务委员会副秘书长)

叶劲松(浙江省律师协会建筑与房地产业务委员会副秘书长)

鲁 宏(浙江省律师协会建筑与房地产业务委员会副秘书长)

编 委

陈三联	金 鹰	林饴海	楼 韬	史建兵	周丽霞
张晟杰	裘红伟	陈月棋	钱雪慧	叶劲松	鲁 宏
柴善明	杨央平	应旭升	毛卓良	戴梦华	许建平
徐建明	陈庆林	叶旭弘	徐国良	徐 麟	马正良
童松青	史鹏舟	王骐江	顾春泉	沈琼华	胡玉芳
张锋平	骆忠红	单建尧	程 慧	朱文武	孙兴洋
赖建平	黄任重	黄丽芬	赵丽华	汪任川	陈 明
李国刚	刘 琳	吴军威	祝丹丹	李卫东	叶碧成
范治平	阮文良	林罗斌	陈益娟	姚志伟	郇煜超
郭 恒	刘 莺	骆 帅	金丽莎	沈 洁	沈锋标
金列君	姜卫东	陈娇娣	陈志远	娄建江	木慧建
周旦平	王 钦	李道峰	葛豫仙	胡 平	闻莉芳
李 明	赵淑芳	邹高铃	杨萌阳	严凌振	凌巧荣
史文佩	赵全强	谭佳晶	王慧贞	曲笑飞	胡江榕
张 颖	包章生	鲍先村	姜丛华	左 斌	吴丹阳
陈佳颖	金碧英	郝 利	蔡水鑫	方志华	许丽阳
叶子民	雍海英				

前 言

浙江省律师协会建筑与房地产业务委员会自成立以来,在省律师协会的领导下,在各位委员的努力下,一直积极主动地引导全省专业律师为浙江建筑业企业提供优质、高效的法律服务,推动浙江建筑业的科学和谐发展。

本届委员会秉承和贯彻这一宗旨,在委员会成立之际即明确提出了三年规划,其中就包括全面总结全省专业律师的以往的法律服务经验,并形成一定的理论成果供广大律师和建筑企业参考。本次论文集的出版正是这一理论成果的体现。

从建筑法律服务实践而言,自最高人民法院颁布《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》以来,实践中又出现了很多新的疑难问题。尤其在目前国际金融危机背景下,这些新的疑难问题更是集中凸显。本次征集的论文中有很多论文对这些新的疑难问题进行了深入的分析并提出了针对性的立法建议,具有非常强烈的现实指导意义。

本次论文集的出版得到了各级领导和全体委员的大力支持,还有踊跃投稿的各位论文作者,更是付出了努力和心血,在此深表感谢!当然,本次论文集的出版受限于时间,略有仓促,难免有一些优秀的论文未能及时收录其中,不免有遗珠之憾,在此也请相关作者予以谅解。诚挚希望本次论文集的出版能为广大律师从事建筑法律服务提供一定的借鉴,为建筑业企业实现科学和谐发展奉献绵薄之力!

浙江省律师协会建筑与房地产业务委员会

2009 年 3 月

序 言

随着全球金融危机加剧,我国经济形势严峻。为了及时有效地应对,党中央、国务院做出了“扩大内需促进经济增长”的战略部署,并推出了一系列行业振兴计划。从建筑业而言,一方面受房地产行业不景气影响,各种矛盾集中显现,面临前所未有的挑战;另一方面,又得益于国家加大基础设施投入等扩大内需的政策,面临新的机遇。浙江省是全国建筑强省和大省,浙江建筑企业在全国建筑业中素有“三分天下有其一”之名。浙江建筑企业如何在挑战和机遇下保持在全国建筑市场领先地位,继续平稳快速地发展,成为一个迫切需要解决的课题。市场经济是法制经济,尤其是建筑行业合同金额大、生产周期长,涉及面广,法律关系错综复杂。因此,以优质的法律服务为建筑企业保驾护航,律师责无旁贷。

近年来我省律师积极发挥职能作用,以自身的专业、技能和智慧,优质高效地为建筑企业提供大量而广泛的法律服务,为浙江建筑业的发展做出了应有的贡献。为了更加密切律师与建筑企业的法律服务关系,深入贯彻中国建筑业协会、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》的精神,进一步提升建筑业法律服务的质量,促进建筑企业科学发展,浙江省律师协会和浙江省建筑业协会联合召开“浙江省建筑企业法律服务论坛”,并由浙江省律师协会向全省律师征集相关论文。

从本次汇集的论文,内容涉及当前多发的停工索赔、材料人工调差,律师为重大项目提供法律服务的模式、企业法律风险控制、经营管理方式等热点、难点问题,特别是对建筑业当中的一些疑难复杂的法律问题进行了深入探讨。这些论文是作者对实践成果的总结和升华,是多年执业经验的提炼,既有理论性、法理性,又有针对性、操作性。本次论坛通过这些论文的研讨,必将给从事相关法律服务的人们以启迪,必将给建筑企业以有益的法律帮助。我相信,通过本次论坛,将进一步推进我省建筑业法律服务的深入,提高我省建筑业企业依法治企、依法经营的能力和水平,进一步推动我省建筑业科学、和谐、平稳、有序的发展。

浙江省律师协会会长

章靖忠

2009年3月27日

目 录

目前形势下,从事建筑的专业律师和建筑企业的法务人员

怎样主动迎接世纪未遇的挑战并抢住机遇

..... 浙江沪鑫律师事务所 林镛海(1)

以最高人民法院《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》为契机,全面开创律师非诉讼法律服务新局面

..... 浙江沪鑫律师事务所 林镛海(5)

“以送审价为准”的实践操作

——最高人民法院复函给建筑商和律师的挑战和机遇

..... 浙江沪鑫律师事务所 郇煜超 史鹏舟(14)

中标通知书的法律效力和悔标的法律后果

..... 浙江沪鑫律师事务所 林镛海 王骐江(19)

违约解除后,可得利益是否需要赔偿

..... 浙江沪鑫律师事务所 林镛海 郇煜超 顾春泉(34)

99 版 GF《建设工程施工合同》示范文本签证和索赔期限

..... 浙江沪鑫律师事务所 沈琼华(43)

解析建设工程“阴阳合同”之法律问题

..... 浙江沪鑫律师事务所 林镛海 胡玉芳(56)

建设工程中建筑商的质量责任 浙江沪鑫律师事务所 郇煜超 史鹏州(68)

签证的效力是否依赖于证据? 浙江沪鑫律师事务所 郇煜超(71)

签证之思变 浙江沪鑫律师事务所 沈琼华(73)

交房请求权能优先于工程价款吗?

..... 浙江沪鑫律师事务所 郇煜超 张锋平(75)

解决建设工程施工合同纠纷能一概以备案合同为准吗

——《建筑法(修订征求意见稿)》第三十一条探讨

..... 浙江沪鑫律师事务所 郇煜超(78)

浅析建筑企业“内部承包”	浙江沪鑫律师事务所	沈琼华(82)
《物权法》的实施是否影响工程价款优先权	浙江沪鑫律师事务所	沈琼华
在建工程抵押权与建设工程价款优先受偿权之对立、统一	浙江沪鑫律师事务所	顾春泉(98)
论建设工程施工合同中发包人的合同解除权	浙江沪鑫律师事务所	沈琼华(102)
“黑白合同”的法律界定及效力分析	浙江沪鑫律师事务所	王骢江
黑白合同的法律界定及效力分析	浙江六和律师事务所	林镭海(109)
建设工程施工合同纠纷诉讼体会	浙江海浩律师事务所	柴善明(121)
建设工程转包、分包与劳务分包辨析	浙江厚望律师事务所	杨央平(126)
建设工程转包的法律界定及处理原则	浙江万盛律师事务所	应旭升(134)
.....	浙江凯麦律师事务所	毛卓良(143)
.....	浙江凯麦律师事务所	戴梦华
律师在解决工程款拖欠问题中实务操作模式探讨	浙江天建律师事务所	许建平(152)
论建设工程实际施工人权益保护之法律问题	浙江天建律师事务所	徐建明(161)
.....	浙江青风律师事务所	陈庆林(166)
浅析“烂尾楼”工程纠纷的几个法律问题	浙江金正大律师事务所	骆忠红(175)
浅析无效施工合同工程造价的确定方法	浙江振进律师事务所	骆忠红(185)
浅议建设工程劳务分包及常见纠纷与预防	浙江清溪律师事务所	叶旭弘(194)
违法分包转包工程对外欠款的偿付责任	浙江金正大律师事务所	骆忠红(199)
法治下的建筑业呼唤建筑法理论		
——建筑法学:一门被遗忘的部门法学		
.....	京衡律师集团事务所	徐国良(205)
非强制招标活动是否适用《招标投标法》	京衡律师集团事务所	徐国良(212)
土地一级开发法律风险防范	浙江凯麦律师事务所	戴梦华
无效施工合同处理的司法实务研究	京衡律师集团事务所	徐麟(217)
“以送审价为准”工程价款结算条款在司法实践中遇到的若干问题思考	京衡律师集团事务所	徐国良(223)
.....	浙江国傲律师事务所	马正良(229)
工程审计,谁说了算	杭州五联律师事务所一级律师	童松青(233)
中标合同的实质性变更和非实质性变更	京衡律师集团事务所	徐国良(235)
建筑工程招投标中的介绍费(居间费)问题探析	浙江宝业集团律师事务部	单建尧(240)
浅议因建材价格涨跌所引起的法律问题	浙江蓝泓律师事务所	程慧(246)
建筑施工企业签证管理之我见		朱文武(251)

建设工程施工合同约定“视为认可竣工结算文件”的策略和风险	浙江东辰律师事务所 孙兴洋 (257)
工程造价鉴定的法律分析	浙江波宁律师事务所 赖建平 (262)
从承包人和发包人双重角度看以“送审价为准”之法律适用	
北京市金杜律师事务所杭州分所 黄任重	黄丽芬 (270)
施工索赔的法律风险探析	浙江天卫律师事务所律师 赵丽华 汪任川 (276)
《合同法》第 286 条的理解与适用	浙江金道律师事务所 陈 明 (281)
施工索赔的法律风险探析	浙江君安世纪律师事务所 李国刚 (290)
小议建设工程施工合同纠纷案件中承包方的工期索赔	
浙江西湖律师事务所 刘 琳	(298)
优先受偿权行使相关问题探讨	京衡律师集团事务所 吴军威 (303)
施工企业如何“以送审价为准”结算工程款	浙江天赞律师事务所 祝丹丹 (312)
论建设工程施工合同无效的认定及法律后果	
浙江建策律师事务所 李卫东	(317)
低于成本价中标的有关法律问题研究	浙江法和律师事务所 叶碧成 (323)
拖欠农民工工资问题的法律思考	浙江开弘律师事务所 范治平 (328)
略议工程款收支规范性及风险防范	阮文良 (336)
论我国农民工就业权法律保护制度的完善	浙江震瓯律师事务所 林罗斌 (341)
由于开发商原因导致工程全面或部分停工情况下,施工企业如何进行签证和索赔	浙江政法联律师事务所 陈益娟 (348)
工程项目承包人挪用工程款的法律适用及防范	
五洋建设集团股份有限公司法务监察室 姚志伟	(357)
论串标的认定及其法律后果	浙江腾飞金鹰律师事务所 金 鹰 郭 恒 (362)
再论阴阳合同效力	浙江腾飞金鹰律师事务所 金 鹰 刘 莺 (369)
挂靠的实际施工人亏损之后的法律适用问题	
浙江大公律师事务所 骆 帅	(378)
材料价格上涨引发的建筑合同履行问题及相应对策	
浙江大公律师事务所 金丽莎	(383)
当前形式下《合同法》286 条优先受偿权行使的法律问题	
——工程价款优先受偿权优先于抵押权	
浙江大公律师事务所 沈 洁	(388)
关于项目经理行为性质的一般分析	浙江大公律师事务所 沈锋标 (392)
浅论情势变更在建设工程合同中的运用	
——从一起因原材料大幅涨价导致合同纠纷谈起	
浙江大公律师事务所 金列君	(398)

优先权还是抵押权

——《合同法》第286条的权利性质及其适用

- 浙江大公律师事务所 姜卫东(406)
- 物权法施行后在建工程抵押的若干问题探讨 ... 浙江大公律师事务所 沈锋标(410)
- 论实际施工人的法律地位与法律责任 陈姣娣(416)
- 建设工程价款优先受偿权若干法律问题探讨
- 基于《合同法》第286条 浙江六和律师事务所 陈志远(420)
- 承包人如何应对发包人的反索赔 浙江浙元律师事务所 姜建江(427)
- 挂靠的实际施工人追讨工程款的法律途径分析
- 浙江浙南律师事务所 木慧建(433)
- BOT项目融资中的律师法律服务研究
- 上海市建纬律师事务所杭州分所 周旦平(438)
- 工程量清单报价之低于成本价竞标、中标相关法律问题研究
- 上海市建纬律师事务所杭州分所 王 钦(446)
- 浅谈《合同法》286条的法律适用问题
- 国浩律师集团宁波事务所 李道峰 葛豫仙(454)
- 建设工程施工合同中的索赔与反索赔 浙江标的律师事务所 胡 平
- 国家一级注册结构工程师 闻莉芳(464)
- BOT项目融资中的法律问题 浙江君安世纪律师事务所 李 明(473)
- 当前形势下合同法第286条工程款优先受偿权行使的有关法律问题
- 浙江标的律师事务所 胡 平(480)
- 施工企业如何以送审价格为准结算工程款 ... 浙江标的律师事务所 胡 平(486)
- 建设工程价款优先受偿权的有关法律问题
- 浙江震天律师事务所 赵淑芳 邹高铃(491)
- 试论建材价格波动造成的合同履行纠纷及应对策略
- 浙江海昌律师事务所 杨萌阳 严凌振(499)
- 建筑施工企业项目法律风险管理初探
- 律师在项目建设过程中的全程跟踪式法律服务模式探讨
- 浙江子城律师事务所律师 凌巧荣(507)
- 施工索赔的风险及律师法律服务的要点分析 史文佩(514)
- 挂靠的实际施工人亏损以后的法律问题
- 被挂靠企业能否向挂靠的实际施工人要求赔偿
- 浙江腾飞金鹰律师事务所 赵全强 谭佳晶(520)
- 浅论建筑施工企业、实际施工人、材料供应商之间法律纠纷的处理
- 浙江腾飞金鹰律师事务所 赵全强(526)

建设工程签证问题和索赔期限问题探讨	上海市锦天城律师事务所杭州分所 姜丛华	吴丹阳(531)
重大建设项目全程跟踪法律服务模式探讨	浙江天建律师事务所	徐建明(536)
挂靠的实际施工人亏损以后的法律适用问题		
——兼谈项目经理内部承包经营行为的效力		
	浙江康派律师事务所	曲笑飞(542)
律所和建筑业协会联合为建筑企业服务的一点感想		
	浙江良济律师事务所 胡江榕 张 颖	包章生(549)
施工企业如何“以送审价格为准”结算工程款		
	浙江良济律师事务所 张 颖	胡江榕(553)
严格禁止建筑工程的挂靠行为	浙江时光律师事务所	鲍先村(558)
浅析预售商品房抵押的法律效力	姜丛华	左 斌(563)
浅谈建设工程价款优先受偿权	浙江均思律师事务所	陈佳颖(570)
“同一工程、两次发包”的纠纷处理	浙江沪鑫律师事务所	郇煜超(574)
浅谈情势变更原则在建筑合同履行中材料价格涨跌时的适用		
	浙江均思律师事务所	金碧英(578)
律师在重大建设项目中的角色与作用	阳光时代律师事务所	郝 利(583)
论建筑施工企业合同索赔与反索赔	浙江博凡律师事务所	蔡水鑫(589)
当前形势下,工程价款优先受偿权的若干法律实务问题		
	浙江君安世纪律师事务所	张晟杰(593)
挂靠的实际施工人亏损以后建筑材料款是否应由施工企业支付		
	浙江无剑律师事务所	陈庆林(609)
建筑企业与内部承包人之法律关系初探	浙江沪鑫律师事务所	沈琼华(614)
低于成本价中标法律问题初探	浙江阳光时代律师事务所	王慧贞(622)
低于成本价中标所签订合同效力的若干思考		
	浙江沪鑫律师事务所	史鹏舟(628)
实际施工人追索工程款诉讼中若干问题探析		
	浙江浙杭律师事务所	方志华(635)
建设工程合同履行过程中,建材价格涨跌问题之法律适用		
	浙江金道律师事务所	钱雪慧(642)
议议建筑工程承包人工程价款优先受偿权的行使		
	浙江甬泰律师事务所 叶子民	雍海英(647)
工程垫资的法律风险及防范对策		
——施工企业应对金融危机策略之一		
	浙江导司律师事务所 周丽霞	许丽阳(652)

目前形势下,从事建筑的专业律师和建筑企业的法务人员怎样主动迎接世纪末遇的挑战并抢住机遇

浙江沪鑫律师事务所 林镭海

认真分析和研究,并正确把握国际、国内的经济形势,特别是中国目前的房地产的宏观调控形势,及国务院11月5日发布的进一步扩大内需、促进经济增长的十项措施,是从事建筑与房地产的专业律师迎接挑战和机遇的前提。

一方面是恶劣的国际经济形势,在2007年1月,美国爆发了次贷危机,之后,在2007年7月,成为了全球的金融风波;到今年十月份,华尔街金融风暴导致全球金融危机。目前全球性的金融危机已开始影响全球的实体经济发展,比如通用、福特汽车都在大幅度减产和裁员。

从次贷危机的发生,到实体经济受损,再反过来进一步加剧金融危机,从而形成了一个恶性循环。什么时候能够走出金融危机,迎来经济发展的复苏阶段,到目前为止还是一个未知数。

另一方面是国内严峻的经济和房产形势。我国房地产是从上世纪90年代初开始发展,但由于国家宏观政策调控,在95、96年的时候,上海到处都可以看到烂尾楼,至98年房地产进入复苏时期,2000年的时候进入小小的高潮,而在2002年的时候又有一次调控,到了2004年初的时候,国家又出台了一系列调控政策,但收效甚微。此时,在房地产的泡沫达到了国家不能容忍的地步,2005年国家六部委出台了《关于做好稳定住房价格工作的意见》政策。该政策出台的时候,召开了由浙江省律师协会、上海市律师协会、江苏省律师协会、北京大学房地产法研究中心、美国律师协会、美国社区协会研究会主办,美国、新加坡、北大房地产法研究中心的专家及上海、江苏、浙江的著名房地产专业律师参加的中·美·新房地产法理论与实务国际研讨会。会上,大家都在讨论这个调控出台是否有必要,最后当时的国土部政策法规司司长向大家阐述了这个调控出台的必要性,阐明了国家政策的观点。在经过2005年的调控后,房地产的泡沫遏制在萌芽状态,但由于市场的杂音不断,中央放松了对房地产的

调控,至2007年产生了楼价疯涨,房地产泡沫的加深。2007年1月次贷危机的爆发,给中国敲响了警钟,房地产泡沫到了非调不可的地步。比如,在上海东北某处开发的一个15万平方米住宅项目,在2007年初销售价格为9000元/平米,但在2007年末销售价格疯长到了18000元/平米,而开发商的成本并没有增加,可见房地产业是一个暴利行业。

于是国家在2008年认真研究了次贷危机爆发的原因,在2007年12月,中国人民银行和银监会发布《关于加强商业性房地产信贷管理的通知》,房地产流动性资金贷款一律停止。加上今年的国际、国内的经济形势,房地产的销售形势,房地产业的严峻程度是前所未有的。目前房地产主要存在两个问题,一个是银行的贷款,还有一个是销售的问题,两个资金来源都被切断。被房地产业界人士称为整个行业正在经历“寒冬”。

而日前,国家出台了两个政策,一个是11月5日国务院常务会议出台的十项扩大内需中与房地产、建筑业有关的措施:加快建设保障性安居工程,加大对廉租住房建设支持力度,加快棚户区改造,实施游牧民定居工程,扩大农村危房改造试点;另一个是调整商业贷款的政策,即买受人的按揭由25%降到20%,利息降到0.7倍,住房契税降到1%等。

这是否就是房地产行业所期待的救市政策,是否意味着春天已经来了?

经过仔细研究上述国家政策,以及目前的国际和国内形势,我认为这两个政策并不是雪中送炭,而是雪上加霜。首先,国家的政策并没有松动银行对房地产公司的项目贷款;其次,政府支持廉租房,棚户区改造,和房地产企业抢房源,会导致小业主的购房观望心态进一步加剧。所以,有人认为这是房地产寒冬的结束的观点是错的,我认为房地产寒冬结束标志是银行对项目贷款的松动。而且,现在真正寒冬的还没有到来,真正的寒冬是银行以及建筑企业纷纷起诉开发商的时候。目前房地产企业都在间接的贷款,若一旦届时因为无法还款,则银行将会进入诉讼,将真正导致房地产业的资金链断裂。

根据国际和国内的形势,对于从事建筑的专业律师和建筑企业的法务人员而言,挑战是前所未有的,机遇同样也是千载难逢的,而且是机遇总是大于挑战的年代。所以,我们专业从事建筑专业的律师应该抓住这千载难逢的契机,主动去破解建筑企业目前所碰到的实际困难,帮助他们走出困境。主要应该做以下几个方面着手。

(一)主动地、积极地深入建筑企业调研、交流,达成共识,发现目前建筑企业存在的困难。

我们律师事务所从今年7月份已经开始对建筑企业进行调研、交流。在全球金融危机爆发之前,也就是今年7、8月份的时候,我们和大型的建筑企业召开开座谈会时,大家都认为,现在的企业在98年的亚洲金融危机之后,经过十年的发展,大部分企业已经完成了原始积累,并且成为房地产业的航空母舰,大部分企业资产都超过5

个亿,有的超过50个亿,甚至上百个亿,资不抵债的情况不太可能会发生。所以,这次危机不太可能像95、96年的房地产危机那样。但是到9月中旬的时候,一部分企业家已经发现了这次危机的严重性。这是一场建国以来前所未有的危机,它将不是一个简单的资不抵债的问题,而是一个由于各种因素导致资金链断裂的问题,正如《破产法》所规定的,衡量破产的标准是企业到期不能偿还债务,而不是一个资不抵债的问题。当然,也有企业有不同意见。我们律师事务所经过这几个月的调研,发现目前的房地产企业存在以下的三种情况。

第一种情况,有的企业认为寒冬即将过去。理由是国家两次对房地产市场政策的出台,说明政府已经开始救市,房地产调整的力度已经到位。

第二种情况,大部分企业通过和我们研究、交流达成共识,认为这次危机寒冬刚刚开始,严冬在明年的六月到年底。理由是国家出台的政策并非是房地产企业所期待的利好政策,特别是银行对于房地产流动资金贷款仍未松动。而且,部分企业已经主动行动起来,抵御风险。其中有这么两家企业:一家是浙江的特级施工企业,在9月28日与我们共同交流后,企业管理人员连夜召开紧急会议,专门布置应对本次危机的各项工作;另一家也是浙江的大型施工企业,于11月与我们交流后,在嘉兴的九万多平米的项目全面紧急停工。

还有第三种情况,是部分企业在自行判断目前的经济形势和房地产形势后,主动和我们律师事务所联系,希望通过律师和企业共同的努力,来研究和破解目前企业所面临的困难。

从以上三种我们律师事务所调研的情况来看,要解决目前建筑企业遇到的困难,我们首先要解决一个认识上的问题;要和建筑企业达成一个共识,这个共识就是房地产业的寒冬刚开始,春天尚未降临。从政策上把握房地产业春天的来临,要密切关注银行对房地产流动资金贷款的松动。

(二)要解决建筑施工企业的实际困难,帮助他们走出困境。

深入建筑企业,调查施工企业的在建项目,以及应收款项目,根据各企业的实际情况,提出解除困难的方案。可以从以下几个方面着手:(1)指导建筑企业抓紧清理应收款。作为建筑企业而言,年前是资金最为紧张时期,而且,由于目前房地产形势的不明朗性,更应该告知建筑企业及时收取应收款。应该在11月底12月初,切实落实进行今年的应收款工作。(2)由于房地产企业资金链断裂风险加大,律师应告知建筑企业原则上不承接带资、垫资的项目,将资金风险降到最低。(3)指导建筑企业充分运用合同法286条所赋予的工程款优先受偿权这一尚方宝剑。根据最高人民法院的解释,工程款优先受偿权的适用须在竣工验收合格后六个月内提起方为有效,律师应全面审查,对于尚在有效期限内,且工程款无法收回的项目,指导建筑企业运用法律武器,维护自身合法权益。(4)积极引导建筑企业到国家支持项目上,如基础设施建设、棚户区的改造,廉租房的建设等。既响应国家政策,而且还能确保资金安全

性。(5)审查建筑企业的在建各项目,对于没有按照合同支付工程款的项目,应指导建筑企业综合考虑,可采取暂缓施工的措施,避免过度资金垫入,增大资金风险。(6)应指导建筑企业切实处理好各种应付款及民工工资,促进、保证社会和谐。

(三)在这次危机当中,律师应以诉讼为主,以非诉讼为辅,并为以后的非诉讼打下基础。

作为专业律师,我们相应完善了重大、疑难案例的所内研讨制度,并进行不同律所之间的交流,结合律师工作实际,定期和不定期召开研讨会,对重大疑难案件进行研究讨论。交流将着重在解决实际问题上,如房地产项目转让,优先受偿权的适用等。

在诉讼之外,通过组织面向建筑企业的讲座,律师通过宣传,增强建筑企业的法律意识,推广、实施建设工程项目全过程非诉讼法律服务。专业委员会将针对此类非诉讼法律服务的重点环节,对专业律师进行培训,并起草制定房地产开发的操作指引。

对于施工企业而言,主要包括:1. 前期协助施工企业调查房地产企业的资产情况、信誉状况;2. 在招投标阶段,从法律角度指导施工企业的技术标、商务标工作;3. 中标后协助施工企业进行合同的谈判、签订;4. 在合同履行中全过程跟踪、指导签证、索赔;竣工验收阶段指导施工企业进行竣工验收;直至竣工结算阶段,协助施工企业及时要求房地产企业支付工程款。其中特别注意房地产企业的工程款支付对工程进度的影响,避免烂尾楼的产生,避免行业间的不良连锁反应。

让专业律师帮助房地产企业实行自我保护,通过事先预防,增强企业的抗风险能力。

面对这次危机,我们将与建筑企业同在,不但不能够趁火打劫,而且要更加友情化操作、人情化服务,要通过这一次史无前例的危机,让我们的建筑企业认识到律师是危难之中见真情,是雪中送炭,与建筑企业建立起长期的战略合作伙伴关系。

以最高人民法院《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》为契机,全面开创律师非诉讼法律服务新局面

浙江沪鑫律师事务所 林镭海

〔内容摘要〕 从当前国际趋势和我国的实际情况来看,律师服务的重心逐渐转移到了非诉讼业务,建设工程领域尤为明显。本文结合最高人民法院《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》,从建设工程施工合同的订立、履行、结算三个方面论述律师怎样开拓非诉讼法律服务业务。

〔关键词〕 建设工程 司法解释 合同 非诉讼 开拓

随着我国市场经济的高速发展、法律制度的逐步完善以及社会整体法律意识的提高,律师服务的重心应逐渐从事后补救转移到事前预防,即从诉讼转移到非诉讼。从国际律师业务来看,非诉讼和诉讼业务之比已经达到了8:2,可见非诉讼是我国律师将来法律服务的主要市场。这一点在建设领域表现得更为显著:一是建设工程项目本身具有长期性、专业性、复杂性的特点;二是目前建筑企业主要以劳动密集型为主,法律意识和法律水平相对不高。因而律师参与到建设过程中提供全过程的法律服务更显得尤为重要。

我国建设领域虽然形成了以《建筑法》、《招标投标法》、《合同法》为三大支柱,以《建设工程质量管理条例》、《建设工程勘察设计管理条例》、《建设工程安全生产管理条例》、《建设项目环境保护条例》及地方性法规、部门规章、规范性文件为辅的建设法律体系基本框架。但是由于建设施工过程错综复杂,实践千变万化,承包双方在出现合同争议后有时还会遇到无法可依的尴尬局面。

为了解决现行法律滞后于实践发展的矛盾,最高院及时颁布并实施了《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》(以下简称《解释》),这无疑是建设法律体系建设中的一个里程碑。笔者认为《解释》对建设工程施工合同适用法律