

大众-九益法律馆

建设工程施工合同 法律风险及防范

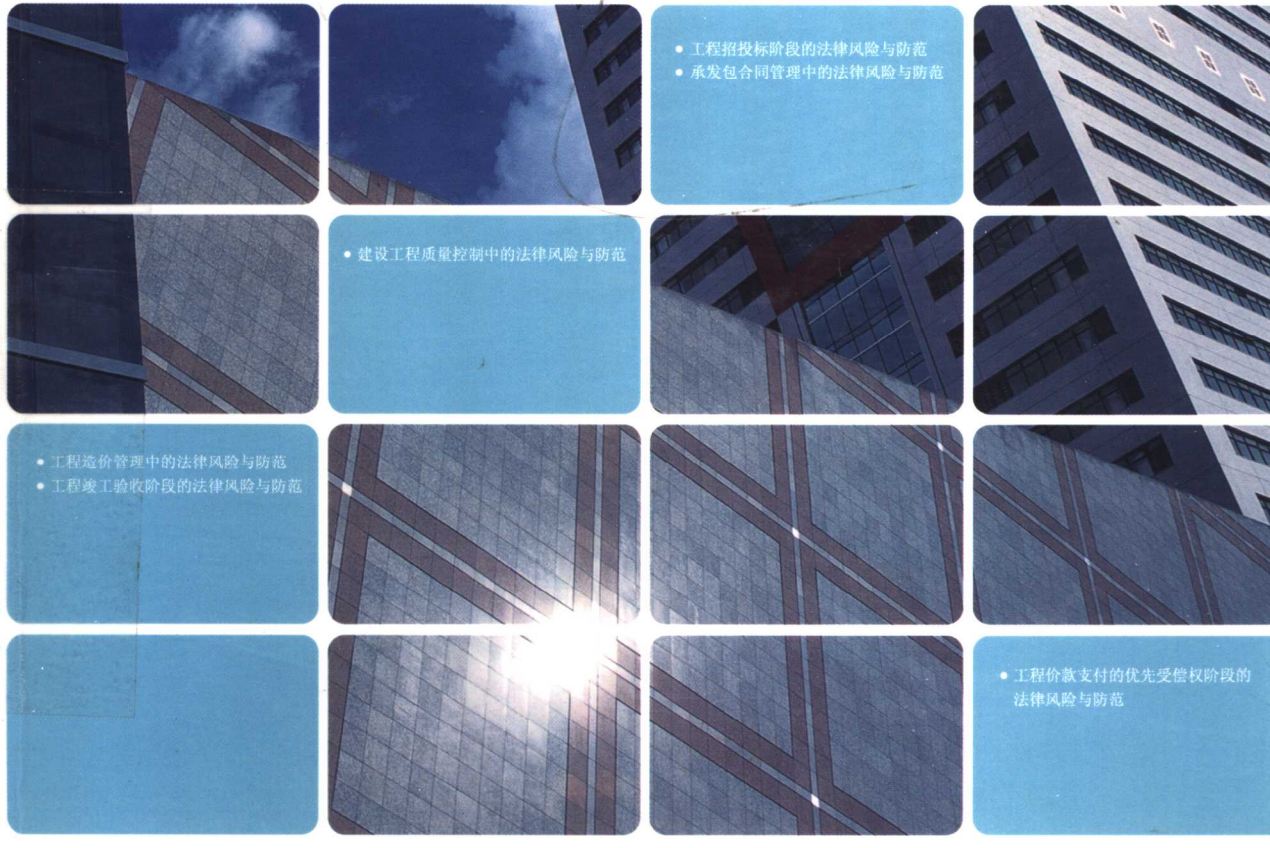
中国的建筑行业比起日本、美国等国的同行，还存在很大的差距，但我们正努力缩小这一差距。建设工程合同法律风险的防范工作就是一个开端，也是必须面对和解决的问题。

杨时奎

JIANSHE GONGCHENG
SHIGONG HETONG FALUFENGXIAN
JIFANGFAN

殷时奎 虞永强 陈浩文 主编

中国商业出版社

- 
- 工程招标投标阶段的法律风险与防范
 - 承包合同管理中的法律风险与防范

- 建设工程质量控制中的法律风险与防范

- 工程造价管理中的法律风险与防范
- 工程竣工验收阶段的法律风险与防范

- 工程价款支付的优先受偿权阶段的法律风险与防范

大众-九益法律馆

D923.6/89

2007

建设工程施工合同 法律风险及防范

JIAN SHE GONG CHENG
SHI GONG HE TONG FA LU FENG XIAN
JIFANG FAN

主 审：谭新亚
顾问：刘丹陵 杨乾芳 朱裕庆
主 编：殷时奎 虞永强 陈浩文
编委成员：邓 辉 叶 敏 周 飞 董 海
周小峰 钱 源 戴 晨 辛汀芷

封面设计：陈 丹

中国商业出版社出版

(地址：北京前门大街100号)

邮政编码：100001

电话：(010) 63996111

开本：787mm×1092mm 1/32 印张：10.5 字数：250千字

版次：2007年1月第1版 2007年1月第1次印刷

定价：39.80元

中国商业出版社出版

(地址：北京前门大街100号)

邮政编码：100001

电话：(010) 63996111

中国商业出版社

图书在版编目(CIP)数据

建设工程施工合同法律风险及防范/殷时奎,虞永强,陈浩文主编.

—北京:中国商业出版社,2007.5

ISBN 978-7-5044-5899-5

I.建... II.①殷...②虞...③陈... III.建筑工程—经济
合同—合同法—基本知识—中国 IV.D923.6

中国版本图书馆CIP数据核字(2007)第054025号

责任编辑 龚凯俊

*

中国商业出版社出版发行
(100053 北京广安门内报国寺1号)
新华书店总店北京发行所经销
北京博图彩色印刷有限公司印刷

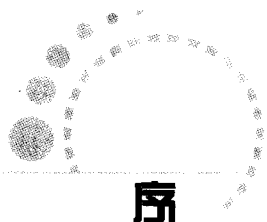
*

787×1092毫米 16开本 26印张 452.6千字
2007年5月第1版 2007年5月第1次印刷
定价:68.00元

* * * *

(如有印装质量问题可更换)

版权所有 侵权必究



许多施工企业到国外承包工程，用在国内的管理思维去签订合同、履行合同，结果遭受了重大损失，而这些工程用国内的阶格来衡量，价格是很高的。这是为什么呢？我认为风险意识不够，防范风险的意识不到位，更不要说有充分的防范风险的措施和方案。本书的作者们正是看到了中国建筑行业所存在的这一弱点，选择了施工企业最核心的施工合同的法律风险作为研究的核心。作为建筑业的一员，我非常感谢编著者的用心，非常感谢他们为建筑业的良性发展所做出的努力。

在 2006 年 9 月召开的四川省建筑业发展大会暨四川建筑业做强做大报告会上，四川九益律师事务所的陈浩文律师向大会作了“施工企业应当充分利用非诉讼手段维护企业合法权益”的报告，该报告在建设行政主管部门以及建筑施工企业中均引起了积极的反响，很多施工企业会后纷纷向会议秘书组打听能否得到该报告更详细的资料，要求建筑业协会从更深层面落实工程台同法律风险防范的培训工作。

这本书正好能够满足广大施工企业的需要，我认为这本书的出版将有以下几个方面的意义：

首先，它填补了国内建筑行业合同法律风险防范领域研究的空白。国内企业这几年才将企业风险防范列上议事日程，企业对如何发现经营风险、防范和控制风险还处于

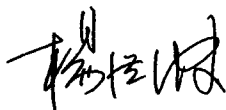
摸索阶段。当然，选择企业的主要经营载体，特别是工程合同的风险防范作为研究点，又显得更为专业，更加具有理论价值和实践价值；

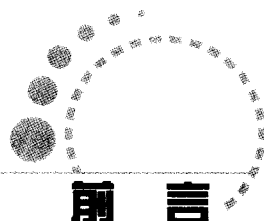
其次，本书有非常强的实践性和可操作性，书籍的编排是按照工程施工的实际操作顺序设计的。施工企业以及企业的操作层面人员可以在不同阶段查询，首先从理论上发现这一阶段可能存在的风险，并结合实际实际情况对可能存在的风险采取预防措施。书籍里面向读者提供了每一个阶段的风险点，这些风险点防范的法律依据、法律方案以及在实践中已经发生过的案例。

第三，我要提到这本书的编著团队。本书的编著团队中有一部分具备丰富经验的建设行政管理经验，有一部分是资深的建筑专业律师，还有的曾经长期从事建筑企业管理，或者是长期研究工程合同管理的民商法学博士。这个团队具备进行专业问题研究的实力。

中国的建筑行业比起日本、美国等国的同行，还存在很大的差距，但我们正努力缩小这一差距。工程合同法律风险的防范工作就是一个开端，也是必须面对和解决的问题。

在此，我衷心祝愿四川省的建筑行业能做强做大，中国的建筑业能顺利发展。同时，也要再次感谢本书的全体编著者，感谢他们为建筑行业的付出。





笔者曾无数次地为各种建筑行业的培训班授课，但最让我难忘的，不是在大宾馆、大饭店的研讨会，而是2006年夏天在四川广安市，按照四川省建设厅、广安市建设局的安排，为广安市的项目经理（造价师）进行的再教育培训。由于会议室没有空调且人数众多，会议室外的过道上几乎都挤满了人。天气十分闷热，风扇几乎不管用，因为吹出来的是热风。我满头是汗地在讲台上讲工程合同法律风险及防范，台下的项目经理（造价师）们也满头是汗地听讲座。

让我非常感动的是台下秩序极好，学员们均聚精会神地听讲座，没有人走动、离开。课间休息时，学员们对我说，“我们简直没想到工程合同中原来有这么多风险，今后我们一定要认真对待了，听陈律师的课很过瘾，在炎热的天就如凉风细雨。”

我很感动，因为在那种炎热得让人难以忍受的环境里秩序井然，同时也因为我们建筑行业一线的项目经理们（造价师）是如此迫切的需要建设工程施工合同法律风险防范的知识。感动的同时，也萌发了编写此书的念头。回到成都，与四川省建设厅的殷时奎处长、中铁二局法律事务部虞永强部长提及此事，大家均表示编写此书是建筑行业良性发展所必需的，于是就开始编写本书。

在十余年的律师执业生涯中，我接触了大量建设工程合同案件，也看到了在合同签订、管理方面存在的差异导致同样规模、同等收费水平的工程项目，不同合同管理水

平的公司最后收益截然不同。

笔者曾亲自办理的两个工程合同案件，因为一句话之差，结果迥然不同：其中一个案件约定“工程竣工验收后，承包人将竣工结算书送达发包人后，发包人应在15天内审核完毕，否则视为认可”，结果发包人收到承包人结算书后长期不理，承包人起诉到法院，要求按单方送达的结算书为依据做出判决。结果案件经一审、二审、再审，法院支持了承包人的观点，承包人足额收到了工程款；而另一个案件，因为合同中只约定了“工程竣工验收后，承包人将竣工结算书送达发包人后，发包人应在15天内审核完毕”，没有最后一句“否则视为认可”，结果法院委托进行工程造价鉴定，不仅耽误了宝贵的时间，而且工程造价由于资料不齐被审减了一大块，最后结算下来为亏损。

基于上述感受，我们将建设工程施工合同从招投标、合同签订、合同履行、签证与索赔、工程结算及工程款催收各个阶段可能存在的法律风险进行了归纳整理，供施工企业管理人员参考，在各个阶段做好风险防范工作。殷切希望施工企业能切实重视合同法律风险防范工作，提高合同管理水平，从而使整个行业得以良性发展。

由于时间仓促，水平有限，本书可能还存在一些疏漏，敬请广大读者批评指正。

四川九益律师事务所首席合伙人 陈浩文

目 录

序

前言

第一章 工程招投标阶段的法律风险与防范

由于建设市场的现实情况,工程招标、投标往往简单应付,走过场,有些工程甚至是先签合同后招标,其中隐藏的风险巨大。清单报价故意或无意漏项,最后结算时漏项部分是否应该计价等,可以说,在招投标以及合同签订过程中,风险的地雷便埋下了。

第一节	建设项目招投标概述	(2)
第二节	施工招标与投标程序	(11)
第三节	工程招投标的法律性质分析	(15)
第四节	招投标阶段的法律风险分析	(21)
第五节	招投标阶段的风险防范与管理	(42)

第二章 承包合同管理中的法律风险与防范

看一家企业的管理水平,特别是合同管理水平,首先要看企业在履行合同过程中的签证意识和能力,尤其是送达。对于建设工程施工合同管理,有效地将工程量报告、停工通知的法律文件送达尤为关键。“你有效送达文件了吗?”应该成为项目管理的常用语。

第一节	承包合同管理概述	(64)
第二节	总承包合同的全过程风险管理	(71)
第三节	分包合同及其他后续合同的法律风险管理	(87)
第四节	工程承包合同的担保与保险中的风险管理	(96)
第五节	FIDIC 合同条件下的风险管理	(108)

第三章 建设工程质量控制中的法律风险与防范

工程质量不合格,发包人可以拒绝支付工程款,追究承包人的法律责任。出现质量纠纷后如何处理才能最大限度地降低损失,减小对工期的影响?共同委托一家鉴定机构非常关键。

- 第一节 建设工程质量控制概述…………… (126)
- 第二节 工程各阶段质量控制的风险识别与分析…………… (130)
- 第三节 建设工程质量管理中法律风险的防范手段…………… (143)

第四章 工程造价管理中的法律风险与防范

工程造价成为建筑行业催收工程款的瓶颈,由于造价结算管理不当而导致亏损的工程项目数量巨大。建设部《建设工程价款结算暂行办法》在法院判案时基本上没有适用,而合同约定却能得到法院支持。

- 第一节 工程造价管理概述…………… (174)
- 第二节 招投标阶段的工程造价管理…………… (177)
- 第三节 签订承包合同阶段的工程造价管理…………… (185)
- 第四节 施工过程中的工程造价管理(一)——工程签证…………… (195)
- 第五节 施工过程中的工程造价管理(二)——工程索赔…………… (204)
- 第六节 工程竣工结算阶段的工程造价管理…………… (239)
- 第七节 建筑工程款优先受偿权行使过程中法律风险及防范…………… (241)

第五章 工程竣工验收阶段的法律风险与防范

工程竣工验收关系到工期是否延误的认定,也关系到工程价款优先受偿权行使的期限。工程竣工资料的整理、交接更是关系到工程结算和收款。竣工验收与工程交付是两个不同的法律概念,忽略这一差异有时会造成重大损失。

- 第一节 工程竣工验收概述…………… (248)
- 第二节 工程竣工验收过程中的法律关系及潜在风险…………… (255)
- 第三节 工程竣工验收的一般程序…………… (261)
- 第四节 特殊性质工程的竣工验收…………… (268)

第五节 工程竣工验收阶段的法律风险及其防范 (277)

第六章 工程结算阶段的法律风险与防范

工程结算作为催收工程款的前置程序,通常被一些发包人恶意利用,拖延时间、压低价款对建筑业造成了极大伤害。

第一节 工程结算概述 (296)

第二节 工程价款结算中的法律风险及其防范 (305)

第三节 建设工程造价鉴定中的法律风险及防范 (318)

第四节 工程结算中的时间因素及其风险分析 (324)

第五节 “黑白合同”的法律风险分析 (328)

第六节 逾期不结算的法律风险 (342)

第七节 建设工程合同承包人结算风险的控制与防范 (344)

第八节 以非诉讼方式结清竣工款项 (347)

第七章 工程价款支付的优先受偿权阶段的法律风险与防范

作为对建筑业赋予的特殊权利,优先受偿权只有极少数施工企业尝到了甜头,因为优先受偿权行使对建筑公司管理要求太全面,只有认真管理的企业才能成功行使。

第一节 工程价款支付的优先受偿权的立法现状 (354)

第二节 建筑工程优先受偿权概述 (356)

第三节 建设工程价款优先受偿权的界定 (365)

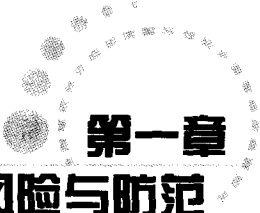
第四节 建设工程价款优先受偿权的具体规定 (376)

第五节 优先受偿权的效力 (379)

第六节 建设工程价款优先受偿权的效力对比分析 (390)

专业成就深度、品质决定前途 (401)

后记 (403)



第一章 工程招标投标阶段的法律风险与防范

由于建设市场的现实情况,工程招标、投标往往简单应付,走过场,有些工程甚至是先签合同后招标,其中隐藏的风险巨大。清单报价故意或无意漏项,最后结算时漏项部分是否应该计价等,可以说,在招投标以及合同签订过程中,风险的地雷便埋下了。

第一节 建设项目招投标概述

一、招标投标的概念

招标是指招标人事前公布工程、货物或服务等发包业务的相关条件和要求，通过发布广告或发出邀请函等形式，召集自愿参加竞争者投标，并根据事前规定的评选办法选定承包商的市场交易活动。在建筑工程招标中，建设单位要根据承包商的投标报价、施工方案、技术措施、人员素质、工程经验、财务状况及企业信誉等方面进行综合评价，择优选择承包商，并与之签订合同。

投标就是人根据招标文件的要求，提出完成发包业务的方法、措施和报价，竞争取得业务承包权的活动。

招标投标是商品经济发展到一定阶段的产物，是一种具有竞争性的采购方式。招标投标是一百多年来在国际上采用的、具有完善机制的、科学合理的、比较完善的工程承包发仓方式。随着市场经济体系的完善，市场机制的健全，投资体制改革的深化，相关法律法规正逐步完善以及行政管理、执法队伍行为的不断规范，我国逐步推行招标投标制度。招标投标制度首先被引入工程建设行业。从1984年国务院颁布《关于改革建筑业和基本建设管理体制若干问题的暂行规定》，原国家计划委员会和城乡建设环境保护部（现建设部）联合颁布《建设工程招标投标暂行规定》^①算起，我国在工程项目上推行招标投标制已有近

^① 《建设工程招标投标暂行规定》第三条“列入国家、部门和地区计划的建设工程，除某些不适宜招标的特殊工程外，均按本规定进行招标。”

二十多年的历史。随着改革开放（特别是建筑业改革）的深入，我国实行招标投标的工程比例逐年上升。全国地级市都已建立了专门的招标投标管理机构，制定了招标投标管理办法。招标投标已逐渐成为建设市场的主要交易方式。

二、招标投标的意义

招标投标交易方式具有平等性、竞争性、开放性的特征，推行招标投标制度具有重要意义。

（1）推行招标投标制度有利于规范建筑市场主体的行为，促进合格市场主体的形成。

推行招标投标制度，为规范建筑市场主体的行为，促进其尽快成为合格的市场主体创造了条件。随着与招标投标制度相关的各项法规的健全与完善，执行力度的加强，投资体制改革的深化，多元化投资方式的发展，工程发包建设单位的投资行为将逐渐纳入科学、规范的轨道。真正的公平竞争、优胜劣汰的市场法则，迫使施工企业必须通过各种措施提高其竞争能力，在质量、工期、成本等诸多方面创造企业生存与发展的空间。同时，招标投标制度又为咨询服务机构创造了良好的工作环境，促使咨询服务队伍尽快发展壮大，以适应市场日益发展的需求。

（2）通过推行招标投标制度，有利于价格真实反映市场供求状况，真正显示企业的实际消耗和工作效率，使实力强、素质高、经营好的承包商的产品具有竞争力，从而实现资源的优化配置。

（3）推行招标投标制度，有利于促使承包商不断提高企业的管理水平。激烈的市场竞争，迫使承包商努力降低成本，提高质量，缩短工期，这就是要求承包商苦练内功，进一步提高市场竞争力。

（4）推行招标投标制度有利于促进市场经济体制的进一步完善。推行招标投标制度，涉及计划、价格、物资供应、劳动工资等各个方面，客观上要求有与其相匹配的体制。对不适应招标投标的内容必须进行配套改革，从而有利于加快市场体制发展的步伐。

（5）推行招标投标制度有利于促进我国建筑业与国际接轨。国际建筑市场的竞争正日趋激烈，建筑业正在逐渐与国际接轨。建筑企业将面临国内、国际两个市场的挑战与竞争。由于招标投标是国际通用做法，通过执行招标投标制度可使建筑企业逐渐掌握国际通行做法，找到差距，不断提高自身素质与竞争能力，为进入国际市场奠定基础。

三、招标投标活动的原则

建设工程招标投标活动的基本原则，就是建设工程招标投标活动应遵循的普遍的指导思想或准则。根据《中华人民共和国招标投标法》（以下简称《招标投标法》）规定，这些原则包括：公开、公平、公正和诚实信用。

（1）公开原则。公开原则就是要求招标投标活动具有高度的透明性，招标信息、招标程序必须公开，必须做到招标公告公开发布，开标程序公开进行，中标结果公开通知，使每一个投标人获得同等的信息，在信息量相等的条件下进行公平的竞争。

（2）公平原则。公平原则要求给予所有投标人以完全平等的机会，使每一个投标人享有同等的权利并承担同等的义务，招标文件和招标程序不得含有任何对某一方歧视的要求或规定。

（3）公正原则。公平原则就是要求在选定中标人的过程中，评价机构的组成必须避免任何倾向性，评标标准必须完全一致。

（4）诚实信用原则。诚实信用原则也称诚信原则。这条原则要求招标投标当事人应以诚实、守信的态度行使权利，履行义务，以维护双方的利益平衡，以及自身利益和社会权益的平衡。双方当事人都必须以尊重自身利益的同等态度尊重对方利益，同时必须保证需要自己的行为不损害第三方利益和国家、社会的公共利益。《招标投标法》规定应该实行招标的项目不得规避招标，招标人和投标人不得有串通投标、泄漏标底、骗取中标、非法转包等行为。

四、招投标的基本法律规定

随着我国建筑市场的发育成熟以及与国际接轨，我国的招标投标制度也逐步完善，国家政府通过立法对招标投标活动进行了规范。全国人大通过的《建筑法》、《招标投标法》等法律，各部委制定的建设工程质量管理条例、工程建设项目施工招标投标办法、评标委员会和评标方法暂行规定等法规，以及各省市制定的有关政策规定都对招标投标活动进行了原则的具体的规定。^①其中最重要的法律应该是《招标投标法》。下面我们来看一下关于《招标投标法》的适用：

^① 朱宏亮，《建设法规》[M]，武汉工业出版社，2003，第5页

（一）招标的范围

《招标投标法》第三条规定，在中华人民共和国境内进行下列建设工程项目包括项目的勘察、设计、施工、监理以及与工程建设有关的重要设备、材料等的采购，必须进行招标：

（1）大型基础设施、公用事业等关系社会公共利益、公众安全的项目；

（2）全部或者部分使用国有资金投资或者国家融资的项目；

（3）使用国际组织或者外国政府贷款、援助资金的项目。

前款所列项目的具体范围和规模标准，由国务院发展计划部门会同国务院有关部门制订，报国务院批准。法律或者国务院对必须进行招标的其他项目的范围有规定的，依照其规定。

需要指出的是，上述三类项目只是一个大的、概括的范围。项目的具体范围和规模标准，即投资额多大的项目需要招标，何种性质的工程需要招标，采购额多大的设备、材料需要招标，什么品种上的设备、材料需要招标，由国务院发展计划部门会同国务院有关部门制订，报国务院批准后发文公布施行。《工程建设项目招标范围和规模标准规定》已于2000年4月4日经国务院批准，现已发布施行。国务院把五大类建设项目纳入必须进行招投标范围^①：1. 有关社会公共利益、公共安全的基础设施项目，包括煤炭、石油、天然气、电力、新能源、交通、信息网络、道路，以及其他基础建设项目；2. 有关社会公共利益、公共安全的公共事业项目，包括供水、供气、供电等市政工程项目和科学、教育、文化、体育、旅游、商品住宅等项目；3. 使用国有资金的项目；4. 国家融资或授权、特许融资的项目；5. 使用国际组织或外国政府资金的项目。被纳入招投标范围的五类在建项目，如施工合约在人民币200万元以上，重要设备采购单项合约估价在人民币100万元，勘察、设计、监理等服务单项合约估价在人民币50万元以上，各项目单项合约估价均低于规定招标标准，但项目总投资在人民币3000万元以上，均须采用公开招标及投标程序。

由于中国幅员辽阔，各地情况千差万别，为了适应当地实际情况，各省、市、自治区都根据《招标投标法》的基本规定，制定了具体的实施细则。其中对招标范围的规定也做法不一。如有的规定，凡属国有集体所有制企业投资建设的项目或国有和集体经济组织控股的建设项目必须实行招

^① 详见《工程建设项目招标范围和规模标准规定》第二至第七条

标,其他项目则由建设单位自主是否进行招标;有的规定,除抢险救灾等特殊工程外,所有的新建、扩建、改建的建设项目都必须进行招标;有的规定,建筑面积在一定限额以上(如500平方米以上)或投资、造价在一定限额以上(如造价50万元以上)的建设项目必须进行招标,限额以下可以不招标等等。

非法律法规规定必须招标的项目,建设单位可自主决定是否进行招标,任何组织或个人不得强制要求招标。同时,若建设单位自愿要求招标,招标投标管理机构应予以支持。

(二) 建设项目招标的条件

为了建立和维护正常的建设工程招标投标秩序,建设工程招标必须具有一定的条件。不具备这些条件就不能进行招标。如原国家计委、建设部等部委联合制定的《工程建设项目施工招标投标办法》规定,依法必须招标的工程建设项目,应当具备下列条件才能进行施工招标^①:

- (1) 招标人已经依法成立;
- (2) 初步设计及概算已履行审批手续;
- (3) 招标范围、招标方式和招标组织形式等已履行核准手续的;
- (4) 有相应奖金或资金来源落实;
- (5) 有招标所需的设计图纸及技术资料。

当然,对于建设项目不同建设任务的招标,其条件可以有所不同或有所侧重。

建设工程勘察、设计招标的条件:

- (1) 设计任务书或可行性研究报告已获批准;
- (2) 具有设计所必须的可靠基础资料。

建设监理招标的条件:

- (1) 初步设计和概算已获批准;
- (2) 工程建设的主要技术工艺要求已确定;
- (3) 项目已纳入国家计划或已向有关部门备案。

建设工程材料、设备供应招标的条件:

- (1) 建设资金(含自筹资金)已按规定落实;
- (2) 具有批准的初步设计或施工图设计所附的设备清单,专用、非标设备应有设计图纸、技术资料等。

^① 详见《工程建设项目施工招标投标办法》第八条

从实践来看,人们常常希望招标能担当起对工程建设实施把关作用,因而赋予其很多前提性条件,这在一定时期也是必要的。但招标投标的使命只是或主要是解决一个建设项目如何发包的问题。从这个意义上讲,只要建设项目合法有效的确立了,并已具备了实施项目的大条件,就可以进行招标。根据实践经验,对建设项目招标的条件,最基本、最关键的是把握住两条:一是建设项目已合法成立,按照国家有关规定需要履行项目审批手续的,已履行了审批手续;二是建设建设已基本落实,工程任务承接确定后能实际开展运作。

(三) 招标代理

为了确保招标投标活动的质量,真正达到选拔最优秀的承包商和建设投资最低化的目的,各地的政府招标投标主管部门还对招标人的招标资质进行了规定。

建设工程招标人的招标资质主要由以下两方面标准确定:

(1) 招标人是否有与招标项目相适应的数量和级别的技术、经济等专业技术人员;

(2) 招标人是否具有编制招标文件和组织招标活动的能力。

若招标人不具备上述条件,无相应的招标资质,就不容许自行组织招标,而必须委托具有相应资质的招标代理机构代理招标。

政府招标主管部门对招标代理机构实行资质管理。招标代理机构必须按照有关规定,在资质证书容许的范围内展开业务活动。招标代理的资质主要根据以下条件确定:

(1) 机构的营业场所和资金情况;

(2) 技术、经济专业人员数量、职称和工作经验情况;

(3) 机构在招标代理方面的工作业绩。

越级代理属于一种无权代理行为,不受法律保护。

(四) 招标投标的管理

建设工程招标投标管理机构,是指经政府或政府编制主管部门批准设立的隶属于同级建设行政主管部门的省、市、县(市)建设工程招标投标办公室。招标人和投标人在建设工程招标投标活动中,负有接受招标投标管理机构的管理和监督的义务。

建设工程招标投标管理机构,在受建设行政主管部门委托对本行政区域投标工作行使统一归口管理的职权的同时,对本行政区域内的建设工程招标投标活动行使具体的管理职责。这些职责包括: