

LEGAL RISK MANAGEMENT
OF
CONSTRUCTION CONTRACT

施工合同

法律风险管理

魏志强 著

工程项目的法律风险管理 施工招投标的风险控制

施工合同的效力分析 施工合同的审查与分析 施工合同履行过程中的风险控制

竣工验收及纠纷管理 施工分包及内部承包管理 施工合同管理中律师的作用

法律出版社 LAW PRESS · CHINA

LEGAL RISK MANAGEMENT
OF
CONSTRUCTION CONTRACT

施工合同

法律风险管理

魏志强 著

法律出版社 LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

施工合同法律风险管理 / 魏志强著. — 北京: 法律出版社, 2016. 8

ISBN 978 - 7 - 5118 - 9589 - 9

I. ①施… II. ①魏… III. ①建筑工程—工程施工—经济合同—合同法—基本知识—中国 IV. ①D923.65

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 122943 号

施工合同法律风险管理
魏志强 著

编辑统筹 法商出版分社
策划编辑 薛 晗
责任编辑 牛润青
装帧设计 贾丹丹

© 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 固安华明印业有限公司
责任印制 胡晓雅

开本 710 毫米×1000 毫米 1/16
印张 23
字数 382 千
版本 2016 年 8 月第 1 版
印次 2016 年 8 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 - 9589 - 9

定价:68.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

P序言 Preface

建筑业既是一个高风险行业,又是一个微利行业。近些年,随着国民经济进入新常态,经济下行压力不断增加,建筑业企业将承受巨大的风险,如果不能及时作出应变,企业的生存和发展将面临严峻的挑战。我国从20世纪80年代中期开始在建筑工程中推行招标投标和合同管理制度,至今已经接近30年。在此期间许多专家、学者及从业人员对施工合同管理进行研究,特别是从国际工程着手,研究国际工程合同、索赔的案例、处理原则等。但由于我国具有独特的工程法律制度、建筑施工合同范本体系、工程承包市场环境,许多研究成果的应用依然存在许多障碍。

本书从我国施工企业的角度研究施工合同的风险管理。相比其他2013版施工合同同类书籍,本书显著的特点在于,其不是简单的条文解读及运用,而是按照企业法律风险管理理论体系,对施工合同全过程法律风险管理提出了有很大价值的见解。同时从法理上分析工程中常见的具有我国特色的合同问题,使我国的工程合同管理实践与法律很好地结合;也为工程合同的理论研究提供了许多有价值的观点。这为我国施工企业构建完善的施工合同法律风险管理体系提供了创新的理念,对加强和规范施工企业内部控制、提高企业经营管理水平和风险防范能力、促进企业可持续发展有重要的作用。

我期待着魏志强律师研究出更多的成果,为我国施工合同管理的理论和方法体系进一步完善做出更大的贡献。

东南大学 工程项目管理研究所 所长



P自序 Preface

对于施工企业而言,法律风险控制不当给企业带来的损失比比皆是,而施工企业很难单纯依靠诉讼手段去解决既成的问题。因此,帮助企业预防和控制经营风险比诉讼更为重要。施工企业能否建立符合企业自身特点、满足项目施工管理要求的法律风险管理体系关乎企业的生存与发展。

法律风险管理的目标是用较少的管理资源获得最大的效益。目前风险管理和企业的经营管理、战略管理同样具有十分重要的地位。由于法律风险管理是风险管理的重要组成部分,企业风险管理的方法、目标、组织职责、管理流程同样适用于企业法律风险管理。法律风险管理就好比驾驶一辆车,车速越快,就需要好的控制系统。具体而言通过风险识别、分析、评价,进而合理地使用各种应对措施对法律风险实行有效的控制,妥善处理风险造成的不利后果。

施工合同是发包人与承包人之间权利和义务的协议,是交易得以完成的法律形式和载体,是工程项目管理的法律性文件。因此,对施工企业而言,施工合同法律风险管理重要性不言而喻。作为一名执业多年的工程专业律师,笔者深感如何制定务实可操作的合同法律风险防控体系对施工企业是一项重要的课题。笔者结合以往的诉讼及合同管理实践,在对大量的施工合同诉讼案件梳理的基础上,对施工合同法律风险管理进行了全面、深入的总结。提炼和完善了施工合同法律风险管理体系。本书就是上述成果的体现。希望为施工企业构建完善的合同风险管理组织、职能、制度、流程、纠纷应对体系及信息系统等提供参考和借鉴。

在工程领域,国内建立了以合同法、建筑法、招投标法为主体的法律框架,但是施工合同的争议解决仍然缺乏具体的、有可操作性的规则。在此情况下,最高人民法院及地方高院的判例,对施工合同的争议及工程合同管理有一定的

指导意义。因此,笔者收集了最高人民法院上百个二审案例,并对此进行了归类和分析。由于本书的篇幅限制,上述案例并未全部收录。我们已制定了相应的《施工合同法律风险管理培训计划》,可以在培训中为感兴趣的企业进行分享。

在此特别向东南大学工程项目管理研究所所长成虎教授对于本书的指导表示感谢,对高源律师、张玫文律师、卞冲冲律师的辛勤工作表示感谢。希望本书不仅能为施工企业的合同法律风险管理提供一些有益的帮助,也可对建设单位及建设行政管理部门提供借鉴!

魏志强

C 目录 Contents

第一章 建设工程项目的法律风险管理

第一节 建设工程项目的法律风险	3
一、法律风险介绍	3
二、法律风险管理介绍	8
三、我国企业法律风险管理的发展历程	10
第二节 施工合同的法律风险管理	13
一、施工合同法律风险管理介绍	13
二、施工企业合同法律风险管理的现状	17
第三节 施工企业合同法律风险管理体系的构建	18
一、施工合同法律风险管理体系介绍	18
二、施工合同法律风险管理体系构建的步骤	20
三、施工合同法律风险管理重点工作机制	20
四、施工合同法律风险管理保证体系	22

第二章 建设工程施工招投标的风险控制

第一节 发包人资信调查及项目评审	29
一、发包人(业主)资信调查	29
二、工程项目的评审	30
第二节 招投标的风险管理	32
一、建设工程必须招投标的范围和规模	32
二、中标无效的情形	33

三、招标人不予受理及按废标处理的投标文件的情形	36
四、中标后拒签书面合同的后果	37
五、低于成本价投标的后果	39

第三章 建设工程施工合同的效力分析

第一节 建设工程施工合同的效力	47
一、合同的效力	47
二、建设工程施工合同无效的情形	47
第二节 建设工程施工合同无效的风险控制	50
一、建设工程施工合同无效后的效力补正	50
二、建设工程施工合同被确认无效后的法律后果及处理原则	53
三、建设工程施工合同无效的风险控制	57
第三节 建筑工程黑白合同的风险控制	58
一、黑白合同的概念、特征及产生原因	58
二、黑白合同的构成要件	61
三、黑白合同的法律后果	64
四、黑合同的例外	66
五、建筑工程黑白合同的风险控制	69

第四章 建设工程施工合同的审查与分析

第一节 关于《建设工程施工合同示范文本》(GF-2013-0201)	73
一、《建设工程施工合同(示范文本)》(GF-2013-0201)的介绍	73
二、《示范文本》出台背景及在施工合同体系中的地位	74
三、《示范文本》的主要内容	74
四、《示范文本》的使用	75
五、《示范文本》的风险分配原则	76
第二节 建设工程施工合同审查之一——工程价款	76
一、施工合同造价条款风险的识别及应对	76
二、计价方式	78

三、固定单价合同	79
四、固定总价合同	83
第三节 建设工程施工合同的审查之二——价款的调整	91
一、市场价格波动引起的调整	91
二、法律变化引起的价格调整	97
三、工程变更引起的价格调整	97
第四节 建设工程施工合同审查之三——工程支付及结算条款	103
一、目前存在的问题	103
二、进度款条款的评审	104
三、垫资的风险及防范	107
四、关于工程款结算类条款	111
第五节 建设工程施工合同的审查与分析之四——工期	113
一、关于工期条款	113
二、关于工期违约责任条款	116
三、商定或确定	117
四、承、发包人员、监理工程师关于工期的权限	118
五、其他条款存在的风险	119
第六节 建设工程施工合同中的沉默条款	120
一、索赔、索赔期限、答复期限概述	121
二、索赔期限的性质	122
三、答复期限的性质	126
四、2013 版《示范文本》中关于沉默期限条款的规定	128
五、索赔过期作废制度对施工企业提出的挑战	132
第七节 《建设工程工程量清单计价规范》的使用	133
一、2013 版《清单计价规范》规定的强制性条文的效力	133
二、工程量清单计价的风险控制	139

第五章 建设工程施工合同履行过程中的风险控制

第一节 履约管理机制概述	143
一、建立履约策划管理机制	143

二、建立履约动态管理机制	144
三、合同交底	145
四、履行监控	146
五、工程变更管理	148
第二节 工程索赔	152
一、索赔的概念及流程	152
二、索赔的起因和分类	153
三、工程变更索赔	155
四、施工组织设计的变更	156
五、发包人违约	158
六、工程环境的变化	160
七、指定分包商原因	164
八、索赔费用的构成	164
第三节 工程签证管理	167
一、工程签证	167
二、承包人签证与索赔管理中存在的问题	173
三、索赔的证据	173
四、签证与索赔的风险控制	179
第四节 工程款支付管理	185
一、工程款支付的风险控制	186
二、承包人如何应对拖欠工程款	188
三、停工的法律依据及损失的计算	188
四、停工风险的控制	195
五、复工时应解决的问题	196
第五节 工期的风险控制	197
一、概述	197
二、开工日期	197
三、竣工日期	200
四、工期索赔	205
五、工期违约责任	210
第六节 建设工程施工合同的解除	211

一、承包人的约定解除权	211
二、承包人法定解除权的分析	213
三、承包人法定解除权的具体释义	216
四、发包人可请求解除合同的情形	218
五、建设工程施工合同解除权行使的程序	220
六、建设工程施工合同解除后的法律后果	222

第六章 建设工程竣工验收及纠纷管理

第一节 竣工验收过程中的风险控制	229
一、竣工验收在工程施工环节中的作用	229
二、竣工验收的条件、主体、程序	231
三、建设单位擅自使用未经竣工验收工程的相关问题	235
四、竣工验收中的备案问题	236
五、以办理《工程竣工验收备案证》为付款条件的问题	238
第二节 工程结算风险控制	241
一、结算资料的编制	241
二、结算报告及结算资料送达	241
三、竣工结算审核及付款	242
四、承包人不交付建筑工程及工程资料的问题	243
五、以送审价为准的结算	245
六、结算时应注意一并解决工期违约责任等问题	249
第三节 缺陷责任与保修	250
一、工程建设参与主体的质量责任	250
二、工程质量缺陷责任及侵权损害赔偿问题	252
三、工程质量保修概述	254
四、工程质量保修责任、保修程序及费用承担	255
五、质量保证金的返还	258
六、工程质量保证金返还的风险管理	259
第四节 施工合同纠纷案件管理	260
一、诉讼的启动	260

二、工程造价争议的处理	264
第五节 工程结算款与工期违约的诉讼时效	265
一、请求支付工程结算价款的诉讼时效	265
二、工期违约诉讼时效	268
三、案例分析	270
四、结论	273
第六节 工程造价鉴定	273
一、工程造价司法鉴定的概念及特点	274
二、工程造价司法鉴定的范围	275
三、工程造价司法鉴定的依据	276
四、工程造价司法鉴定的程序	278
五、工程造价司法鉴定所需的主要资料	281
六、鉴定中应特别注意的问题	282
七、政府造价审价、委托造价审价	284
第七节 承包人工程款优先受偿权的管理	289
一、前言	289
二、工程价款优先受偿权概述	290
三、工程价款优先受偿权的主体、客体、范围	292
四、工程价款优先受偿权的行使	294
五、工程价款优先受偿权行使过程中存在的问题	298
六、结语	302

第七章 建设工程施工分包及内部承包管理

第一节 发包人指令分包(或直接发包)及材料定质定价风险控制	305
一、暂估价概述	305
二、发包人指令分包的风险控制	307
三、直接发包合同的风险控制	311
四、发包人材料定质定价合同的风险控制	313
第二节 工程内部承包风险控制	314
一、工程内部承包与工程挂靠、转包	314

二、工程挂靠经营的法律属性	315
三、工程挂靠与委托代理	317
四、内部承包的主要法律风险点及防范措施	318
五、表见代理——建筑企业管理中的大黑洞	322
六、施工企业如何控制项目部对外债务的风险	325

第八章 律师在施工合同管理中的作用

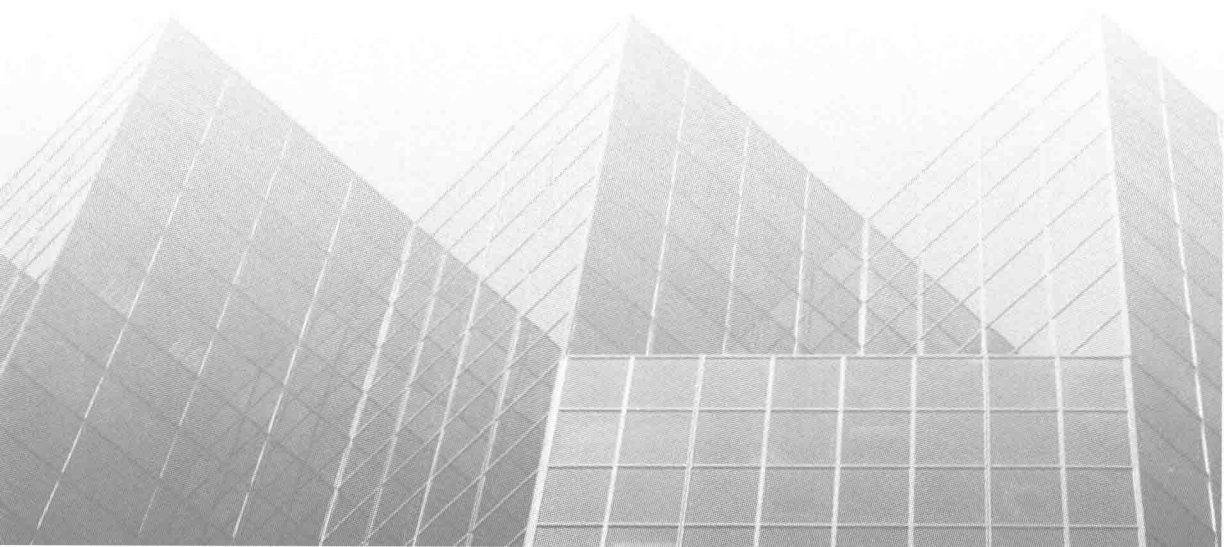
第一节 建设工程法律服务的现状	329
一、施工企业法律服务现状	329
二、专业律师的优势	329
第二节 律师为施工企业提供工程项目全过程法律服务的内容及方式	330
一、为施工企业投标、施工合同的谈判、审查、修改提供法律服务	330
二、为施工合同履行提供动态法律风险控制服务	333
三、为施工企业总承包管理提供法律服务	337
第三节 法律服务具体方案介绍	337
一、施工企业合同管理的现状	337
二、我们的解决方案	338
三、项目收费	342
参考书目	352

Chapter 1

第一章

建设工程项目的

法律风险管理



| 引 言 |

法律风险管理是运用风险识别、分析、评价等技术手段,对企业的法律风险进行全面评价诊断,并在此基础上制订企业法律风险管理的整体解决方案,以达到过程实施控制。它与传统的企业法律顾问等防范手段有着本质的不同。它是从管理的角度,运用管理的工具和方法对法律风险进行安排。

我们运用法律风险管理的理论和方法对施工合同法律风险进行了科学的分类,强调从管理的角度对施工法律风险进行识别、评估并提出了具体的施工合同风险管理的体系。施工合同法律风险管理体系应当服务于造价、工期、质量等方面的控制,应在体系架构上按项目管理生命周期进行构建的模式,将合同生命周期各阶段的相关工作“串”起来,建立风险与效益兼顾、商务经济与法务融合的复合型合同法律风险管理工作体系。

而施工合同法律风险管理体系的核心是建立以合同文本为载体,以签约把关、履约监控为基础工作和基本目标,以合同风险防控、效益提升为核心价值的由管理流程、组织及职能、制度及信息管理系统组成的合同法律风险管理工作体系。该体系包括三个层次的含义:

1. 在载体上将风险控制落实到对企业管理制度、流程上。具体包括高效合理的合同法律风险管理流程、组织及职能、制度、信息系统、纠纷应对体系等。
2. 根据企业的业务流程,将相应的风险管理要求切入企业日常经营之中。
3. 按照各部门的职能分工,将相应的风险管理职能分解到各个部门。

施工合同法律风险管理体系的构建过程是通过一系列的步骤及施工合同法律风险管理重点工作机制及施工合同法律风险管理保证体系的建立而实现的。

第一节 建设工程项目的法律风险

一、法律风险介绍

(一) 法律风险

1. 风险、风险量和风险等级的内涵

(1) 风险是一种可能性,一种可能带来损失的可能性,因此有一定的不确定性,风险事件的发生及其后果都具有不确定性,表现在风险事件是否发生、何时发生以及发生之后会造成何种后果等。对于建设工程项目管理而言,风险是指可能出现的影响项目目标实现的各种不确定因素。

(2) 风险量反映不确定的损失程度和损失发生的概率。若某个可能发生的事件其可能的损失程度和发生的概率都很大,则其风险量就很大。

(3) 风险等级。在《建设工程项目管理规范》(GB/T 50326-2006)的条文说明中有详细的内容(见表1-1)。

表 1-1 风险等级评估表

风险等级 可能性	后果	轻度损失	中度损失	最大损失
很大		3	4	5
中等		2	3	4
极小		1	2	3

表1-1中的风险等级包括5级,1代表可忽略风险,2代表可容许风险,3代表中度风险,4代表重大风险,5代表不容许风险。简要说明如下:

①可忽略风险,企业不需要采取措施且不必保留记录。

②可容许的风险,企业不需要另外的控制措施,应考虑投资效果更佳的解决方案或不增加额外成本的改进措施,需要监视来确定控制措施得以维持。

③中度风险,企业需努力降低风险,但应仔细测定并限定预防成本,并在时间和严重伤害后果相关的场合,必须进行进一步的评价,以便更准确的确定伤害的可能性,以确定是否需要改进的控制措施。

④重大风险,直至风险降低后才能开始工作,为降低风险有时必须配备大量资源,当风险涉及正在进行中的工作时,就应采取紧急措施。

⑤不可容许的风险,企业只有将风险降低时,才能开始或继续工作,如果无限的资源投入也不能降低风险,就必须禁止工作。

2. 法律风险定义

法律风险是商业风险的一种表现形式。在特定的法律规范体系管辖范围内,法律规范对人们的各种行为有禁止、允许和授权等规定,当人们的作为或不作为与这些规定存在差异时,行为主体就存在因违反法律禁止性规定或由于未能充分利用法定权利,从而承担不利后果的可能性。而具体到企业这一特定行为主体,企业法律风险是指基于法律或合同的约定,由于外部法律环境发生变化或者法律主体的作为及不作为,而对企业产生的负面法律责任或不利后果的可能性。

随着市场交易规则的日趋复杂,企业面临的风险尤其是法律风险持续加大。传统的以事后救济为主的法律工作模式已越来越难以满足企业的发展需要。

3. 企业法律风险的三个基本要素

(1)风险存在的前提条件是法律对其有相关的规定或者合同对其有相应的约定。

企业法律风险区别于企业其他风险的一个最根本的特征即在于企业法律风险的发生必然与法律规定或者合同约定有关。企业法律风险产生的根源是相关法律规定或合同约定的存在,无论是最常见的违规或违约风险,还是因怠于履行权利的风险,均与法律规定或合同约定有着直接或间接的关联性。

(2)引发风险的直接原因包括企业外部法律环境发生变化及企业自身或其他当事人(法律主体)的作为或不作为。

风险的成因无外乎“环境”和“行为”,法律风险主体在特定的法律环境下实施的某一具体的作为或不作为,故而形成风险。具体到企业法律风险,外部法律环境千变万化,企业自身或其他当事人是否能及时调整行为以适应外部法律环境的变化,是影响企业法律风险的直接原因。

(3)风险发生后会给企业带来负面的法律责任或后果。

企业法律风险的发生一般体现于因企业经营活动违反法律规定或合同约定而需承担的法律责任或其他后果,这里的法律责任包括民事责任、行政责任甚至刑事责任,其他后果包括对企业生产经营各个环节的负面影响。

(二)企业法律风险的分类

按照不同的标准,可以将企业的法律风险分为不同的类别。