

建设工程 法律服务 操作实务

建筑企业的
风险防范与效益创造



浙江沪鑫律师事务所 / 编
林镭海 / 主编

LEGAL ASPECTS
OF ARCHITECTURAL
ENGINEERING



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

建设工程 法律服务 操作实务

建筑企业的
风险防范与效益创造



浙江沪鑫律师事务所 / 编

林轸海 / 主 编

郦煜超 / 副主编

参 与 撰 写 人 员

林轸海 郦煜超 张锋平 郑立钧 杨洪军
者丽琼 邵 莉 刘素芳 沈巍巍 吴圣斌
卢蓉蓉 方 斌 朱 胜 王莉莉



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

建设工程法律服务操作实务:建筑企业的风险防范与效益创造/林饴海主编. —北京:北京大学出版社,2012.2

ISBN 978-7-301-20079-7

I. ①建… II. ①林… III. ①建筑法-基本知识-中国 IV. ①D922.297

中国版本图书馆CIP数据核字(2012)第005184号

书 名: 建设工程法律服务操作实务——建筑企业的风险防范与效益创造

著作责任者: 林饴海 主编

责任编辑: 陆建华

标准书号: ISBN 978-7-301-20079-7/D·3034

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路205号 100871

网 址: <http://www.yandayuanzhao.com> 电子邮箱: law@pup.pku.edu.cn

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62117788

出版部 62754962

印刷者: 北京大学印刷厂

经 销 者: 新华书店

730毫米×1020毫米 16开本 37印张 654千字

2012年2月第1版 2012年2月第1次印刷

定 价: 98.00元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010-62752024 电子邮箱:fd@pup.pku.edu.cn

倡 议 书

全体撰稿人：

“饮水思源，回报社会”是我们浙江沪鑫律师事务所的优良传统。作为沪鑫所的律师，我们应继承和发扬这一优良传统，在努力提升专业理论水平、为当事人排忧解难、维护社会公平正义的同时，更应牢记社会责任感，为社会公益事业贡献自己的绵薄之力。

在《建设工程法律服务操作实务——建筑企业的风险防范与效益创造》一书即将出版之际，我在此倡议，参与本书写作的所有撰稿人在保留署名权的情况下，捐赠出因参与本书写作而获得的全部稿酬，将稿酬交由浙江沪鑫律师事务所统一用于慈善事业（包括但不限于用于捐建希望小学、资助贫困大学生完成学业等）。

特此倡议！

倡议人：

张绍海
邵煜超 张祥平 郑立钢
姚建强 李慕晨 王新利
郭胜 杨冷军
吴名斌 李斌 郭峰
曹丽原 刘东芳

主编简介

主编 林镞海

男,高级律师,毕业于东南大学,浙江沪鑫律师事务所主任,现任浙江省律师协会建筑与房地产专业委员会主任、中华全国律师协会民事专业委员会委员、中国房地产协会法律事务委员会委员、浙江省建筑业协会律师顾问团成员、上海仲裁委员会仲裁员、上海市建筑施工行业专家委员会专家、绍兴仲裁委员会建设工程专家咨询专业委员会副主任、上海浙江商会副会长、《法治研究》杂志社副理事长等职。

林镞海律师 2004 年被中国建筑施工行业协会评为“全国优秀建筑企业法律顾问”,2005 年被中国建筑报社评为“全国建设领域百名优秀专业律师”,2006 年 9 月被评为“上海市建筑施工行业专家委员会专家”,2007 年被浙江省司法厅和律师协会授予“浙江省律师事业突出贡献奖”,2008 年 10 月起任中国房地产协会法律事务委员会委员,2009 年 1 月被建筑时报评为“纪念改革开放 30 周年建设领域法制先锋人物”,2009 年 1 月被中国企业公民委员会授予“责任献社会”称号,2009 年 12 月被评为浙江省律师行业“优秀公益律师”,2010 年 4 月被聘为“中国人民大学建筑房地产法律实务研究所特邀研究员”,2010 年 9 月被聘为“中国人民大学律师学院客座教授”,2011 年 9 月当选为浙江省律师协会第三届建筑与房地产专业委员会主任,2011 年 12 月 25 日,被中华全国律师协会授予“2008—2010 年度全国优秀律师”荣誉称号。

在诉讼方面,林镞海律师具有丰富的实战经验和技巧,经办了一批建筑房地产法律服务领域颇有影响力的经典案例,比如建设工程领域中的“阴阳合同”、建设工程价款的结算“以送审价为准”、建设工程价款的优先受偿权等案件;房地产开发领域中的项目转让合同、包销合同、参联建合同纠纷等案件。

在非诉讼方面,林镞海律师为房地产开发和建筑施工提供工程项目全过程法律服务,以“降低风险、增加收益”为宗旨,掌握了审查房地产开发和建筑施工过程中的招标投标文件、各类合同及指导施工过程中的签证、反签证、索赔、反索赔和工程款结算等方面的独特技巧,成功开辟了适合中国国情、有沪鑫特色、走在全国建筑和房地产非诉讼法律服务前沿的一整套核心技术,并受到企业青睐。

在理论研究方面,林律师也是硕果累累。2005 年撰写《〈建设工程施工合同司法

解释)操作指南——建筑商之孙子兵法》一书,由法律出版社出版,被上海市施工行业协会推荐为“施工企业读本”,该书同时也深受广大建筑商及建筑工程专业律师好评,目前已经是第六次印刷;2009年3月主编的《建筑业法律服务实务》由法律出版社出版,2009年7月主编的《房地产开发法律服务操作实务》,由法律出版社出版。此外,其撰写的《解析“阴阳合同”之法律问题》、《论发包人的合同解除权》、《中标通知书的法律效力和悔标的法律后果》三篇文章连续三次获浙江省律师理论与实务研讨会一等奖和华东律师论坛优秀论文奖,《以最高院司法解释为契机,全面开创律师非诉讼法律服务新局面》一文获全国律师论坛优秀论文奖,且有《商品房包销法律问题研究》等多篇文章在核心期刊上发表。

林律师作为主执笔人参与了中华全国律师协会《律师办理建设工程法律业务操作指引》、《律师为买受人办理商品房买卖合同法律服务操作指引》和《律师为开发商办理商品房买卖合同法律服务操作指引》的编写工作;主持和起草了中华全国律师协会《律师提供房屋租赁合同非诉讼法律服务的操作指引》;目前正在主持和起草中华全国律师协会《律师办理保障性住房为主的房地产投融资法律业务操作指引》。

林饴海律师不仅是一名优秀的律师,而且是一名优秀的律师事务所主任。林律师为律师事务所的发展倾注了大量心血,确实做到了呕心沥血,决定将浙江沪鑫律师事务所打造成一所全国一流的房地产与建筑领域的专业律师事务所,并且取得了阶段性的成果。浙江沪鑫律师事务所获得了“2003年度绍兴市十佳律师事务所”、“2005年度浙江省优秀律师事务所”、“2009年度长江三角地区工程法律服务突出贡献律师(团队)事务所”等一系列荣誉。2011年11月,又荣获美国《工程新闻纪录》(ENR)/中国《建筑时报》首届“最值得推荐的30家中国工程法律律师事务所(团队)”并位居第二。

林律师同时也是一名优秀的行业协会主任,自2008年担任浙江省律师协会建筑与房地产专业委员会主任以来,将更多的心血倾注于整个浙江省建筑与房地产领域法律服务业务的指导与开拓,目前已跻身全国一流的建筑与房地产专业委员会之列,受到中华全国律师协会和浙江省律师协会领导的一致认可和高度评价。2011年3月,该专业委员会被评为“浙江省优秀专业委员会”。

副主编 郦煜超

男,华东政法大学学士、复旦大学硕士,浙江沪鑫律师事务所副主任(主管业务),高级合伙人。

在建筑与房地产法律服务领域的诉讼和非诉讼方面都有丰富的经验:在诉讼方面,曾成功代理建筑与房地产领域多起标的巨大或涉外的重大案件;在非诉讼方面,尤其擅长于提供房地产法律服务领域中的项目转让、参建联建、预售、建筑物区分所有权等法律服务,以及建筑领域中招标文件、投标文件的审查、合同的签订和谈判、合同履行过程中的签证和索赔、工程价款的结算等法律服务。

在理论与实务研究方面,酆律师撰写的《以送审价为准的实践操作》、《解决建设工程施工合同纠纷能否一概以备案合同为准》、《物权法的实施是否影响工程价款的优先受偿权》等论文在《中国律师》、《建筑时报》上发表;同时,酆律师作为主执笔人参与了中华全国律师协会《律师为买受人办理商品房买卖合同法律服务操作指引》、《律师为开发商办理商品房买卖合同法律服务操作指引》的撰写工作。

前 言

我国正处在城市化高速发展的阶段,建筑业是目前国民经济的支柱产业,关系到我国经济的发展、基本民生建设及社会的和谐稳定,同时更是涉及千家万户的生命和财产安全。随着世界经济日趋激烈的竞争、全球金融危机的爆发,我国近年来日趋严格的融资政策以及建筑业全面推行的合理最低价中标和工程量清单报价的招投标模式,我国建筑业的发展已经陷入举步维艰的局面,这道难题亟待破解。

作为提供建筑与房地产领域法律服务的专业律所,我们跟随着浙江民营建筑企业发展至今,见证了浙江民营建筑企业发展历程中的风风雨雨,同时也成长为今日建筑业领域的知名律所,可谓是与浙江民营建筑企业“荣辱与共、共同发展、共赢发展”。

自2004年9月29日最高人民法院出台《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》至今已有7年。在这7年里,建设工程领域新的法律问题层出不穷,各地法院针对不断涌现的问题也相继出台了不少司法实践的指导意见。目前,我国建筑业的法律法规已基本与国际接轨,但是我国民营建筑企业的法律意识普遍还不高,尚不能够熟练地运用法律武器来维护自身的合法权益。鉴于此,我们以历年来我所林镞海主任律师针对民营建筑企业举办的法律培训的讲课稿、我所针对疑难复杂案件及项目出具的法律意见书,以及我所代理的诉讼或非诉讼的典型案例等众多实务性内容为基础,撰写了本书,希望能给我国民营建筑企业提供法律上的帮助,破解其在发展过程中遇到的难题。

本书的特色是具有较强的实务性,从建筑企业实践中各环节的风险防范及效益创造着手,用最简单的文字表述和最基本的法学理论将建筑领域最复杂、最奥妙的法律实务问题一一破解。古人云:“必明乎体,乃能辨类,必审乎例,乃能属辞,二者如鸟有两翼,车有两轮,未可缺一也。”可见,体例深受我国历代文人的重视,是我国五千年文化的沉淀。但由于本书的特殊性,关于本书的体例安排需特别说明:本书重点突出的是建设工程法律问题的操作性和实务性,在实务性与传统体例出现冲突时,体例让位于实务。时代在发展,文化在进步,我们在撰写本书时力求与时俱进,力争为我国民营建筑企业撰写出一本更专业、更实务的法律读本。本书的另一大亮点是指导建筑企业如何运用法律为企业防范风险并创造效益,指导律师如何通过提供法律服务

为当事人创造效益。因此,本书是我国民营建筑企业的法律读本,同时也不失为我国提供建筑业领域法律服务专业律师的特色教材。

我所撰写本书志在为我国民营建筑企业指引前进的正确方向、为当事人提供专业优良的法律服务,同时,更希望能够为全国民营建筑企业的健康与快速发展尽一份绵薄之力,为我国建筑业的法制建设添砖加瓦!本书的撰写是我所全体律师智慧的结晶,所有写作工作均是利用节假日的休息时间完成。我所一批毕业于复旦大学、华东政法大学、浙江大学等众多名校的年轻法学研究生积极参与其中,这批年轻人拥有过硬的法学理论功底和日益丰富的实践经验。我所在注重对年轻律师专业能力的培养的同时,更注重品德的培养,力争培养出德才兼备的优秀律师。在我所主任林饕海律师的倡议下,全体撰稿人一致同意仅保留署名权,将所有稿费用于公益事业。

本书写作过程中,得到了诸多领导、客户和朋友们大力的支持和无私的帮助,在此深表谢意!同时,由于时间仓促,本书难免有疏漏和不当之处,敬请广大同行和读者不吝赐教、批评指正。

浙江沪鑫律师事务所

2011年11月8日

目 录

第一章 “黑白合同”(阴阳合同)的风险防范与效益创造

第一节 一般原理及其法律规定 001

一、一般原理 001

二、法律规定 002

三、各级法院观点相异的原因分析 006

第二节 有关“黑白合同”的经典案例 008

【案例1】 工程款结算纠纷案1 008

【案例2】 工程款结算纠纷案2 010

【案例3】 工程款结算纠纷案3 011

【案例4】 工程款结算纠纷案4 012

第三节 有关“黑白合同”的疑难复杂问题 013

一、是不是所有的合同都以备案合同为准结算工程价款? 适用《建设工程施工合同司法解释》第21条的前提条件是什么? 013

【案例5】 工程款结算纠纷案5 013

启 迪

- 并不是所有建设工程施工合同都以备案合同结算条款进行结算,只有经过招标投标管理部门的公开招标和邀请招标,才能适用最高人民法院《建设工程施工合同司法解释》第21条。
- 在建设工程施工合同纠纷案件中,当《合同法》理论与《招标投标法》、《建筑法》理论相抵触时,应首先适用《招标投标法》和《建筑法》。

【案例6】 ××直辖市第一高楼案 019

启 迪

- 五星级的宾馆和写字楼的项目工程是否属于强制招标投标的项目?
- 如此重大复杂的案件只有经验丰富的律师和专业律所才能成功破解。
- 可得利益赔偿问题。在诉讼中,一个成功的律师,其秘诀就是牢牢把握住裁判的尺度,不给法官留下自由裁量的余地。
- 建筑企业一定要做好签证和索赔工作。

二、《建设工程施工合同司法解释》第21条是否都对建筑商有利?以中标并经备案的合同为准来结算工程价款是否一定对建筑商有利? 053

三、是不是所有经过中标并经备案的合同的价款结算内容在合同履行过程中都不能变更? 054

第四节 律师怎样利用“黑白合同”的基本原理进行非诉讼法律服务,为建筑商在预防风险的同时创造效益? 055

【案例7】 发包人与承包人间的非讼法律服务案 055

启 迪

- 律师为建筑商提供全过程法律服务的主要目的是固定所有签证与索赔的证据。
- 建筑商更应注重备案合同的签订,作出对己有利的约定。

第五节 实践中出现的新问题 056

一、备案合同与招标投标文件不一致时,以何者为准进行工程价款的结算? 056

【案例8】 备案合同与招标投标文件的矛盾——××花园一期A标段案 056

启 迪

- 以招投标文件为准结算工程款,对律师开拓非诉讼法律服务有重大影响。

二、招标文件有没有法律效力? 067

三、中标通知书发出以后,当事人悔标如何处理,应承担怎样的法律责任? 068

【案例9】 发包人悔标案 068

【案例10】 承包人悔标案 070

四、实践中应特别注意的问题 086

【案例 11】 围标案 086

【案例 12】 同一委托人委托多家投标单位案 086

【案例 13】 进行实质性议价案 087

启 迪

- 如何避免对建筑商不利的实质性议价?

五、【案例 1】至【案例 4】的分析结果 093

第六节 对“黑白合同”的总结 095

第二章 工期的风险防范与效益创造

第一节 工期概述 097

一、导言 097

二、工期风险防范的重要性和必要性 097

【案例 14】 工期是把双刃剑——××项目工程案 099

启 迪

- 赢得工程款纠纷诉讼案件的前提是在合同履行过程中控制好工期风险。
- 工期是一把双刃剑,控制好风险可能创造效益;控制不好风险可能导致反索赔。

【案例 15】 破解工期这道难题——××厂房工程案 107

启 迪

- 每一个拖欠工程款的案件,律师或是法官都要对当事人负责,他们肩负着维护社会和谐稳定的重任。
- 建筑企业若不及时破解工期这道难题,终究会被市场淘汰。
- 建筑企业在施工过程中一定要重点做好工期、工程结算及工程质量的相关工作。

【案例 16】 工期延误责任谁来担? ——××广场工程案 120

【案例 17】 工期延误可免责天数的确认 123

启 迪

- 无法提供有力证据造成工期延误责任认定困难。
- 应对措施:编制并运用进度计划和施工组织设计。

第二节 怎样控制和预防工期风险? 128

一、有关工期的法律、法规规定 128

二、不同文本关于工期的约定 131

三、典型案例 141

【案例 18】 浙江××建筑公司诉××大酒店案 141

【案例 19】 上海××厂房工程案 145

【案例 20】 ××综合办公大楼项目的全过程跟踪非讼法律服务 149

第三章 签证与索赔的风险控制与效益创造**第一节 一般原理及法律规定 161**

一、一般原理 161

二、法律规定 162

第二节 不同文本关于签证与索赔的约定 166

一、合同文本的具体规定 166

二、比较分析 170

第三节 怎样运用《建设工程施工合同司法解释》第 19 条破解这道难题 171

一、破解《建设工程施工合同司法解释》第 19 条的难题 171

二、建筑商如何利用施工组织设计破解“承包人能够证明发包人同意其施工”? 172

【案例 21】 利用施工组织设计进行签证和索赔案 1 174

【案例 22】 利用施工组织设计进行签证和索赔案 2 180

启 迪

- 施工组织设计在建筑商索赔时起到至关重要的所用,可创造高额利润。
- 施工组织设计是用来证明“发包人同意建筑商施工”的有力证据,是建筑商破解《建设工程施工合同司法解释》第 19 条的有力武器。

第四节 我所关于签证与索赔的成功案例 182

【案例 23】 签证与索赔案 1 182

启 迪

- 合同的签订至关重要。
- 严格按合同约定进行工期与费用索赔。
- 严格编制施工组织设计并按施工组织设计进行索赔。
- 现场管理费用的索赔作为工程索赔的重中之重。
- 工程款、履约投标保证金的利息不可小视。
- 综合保险费的索赔。

【案例 24】 签证与索赔案 2 205**启 迪**

- 因发包人原因而停工时,建筑商必须予以充分的法律风险评估并进行工期费用索赔。

【案例 25】 签证与索赔案 3 217**启 迪**

- 因发包人未能按照合同约定支付工程进度款等情形时,建筑商必须在施工过程中做好证据固定并依约进行工期签证和索赔。

【案例 26】 签证与索赔案 4 236**启 迪**

- 一个成功的索赔工程,其前提是工期得到有效控制,即利用我所的“沪鑫工期控制图”对工期进行有效控制,并对造成工期延误的主体进行明确认定。

【案例 27】 签证与索赔案 5 248**启 迪**

- 本案是一个典型的总承包人向分包人主张工期逾期损失的案例。
- 向分包人主张工期逾期损失的前提应是对工期逾期责任有明确的认定。
- 在对工期逾期责任进行有效认定的前提下,总承包人应做好工期逾期损失的举证工作。

第四章 合同履行过程中人工、材料价格上涨的风险防范与效益创造

- 第一节 合同法在整个建筑领域中的重要性 267
- 第二节 司法解释在整个法律体系中的重要性 267
- 第三节 情势变更原则在我国的发展 268
- 第四节 情势变更原则在英美法系国家的发展和适用 269
- 第五节 我国情势变更原则出台的背景 270
- 第六节 《合同法司法解释(二)》关于情势变更原则的规定 270
- 第七节 情势变更原则适用的条件 270
- 第八节 情势变更原则的效力和法律后果 271

【案例 28】 情势变更的应对 271

- 第九节 合同履行过程中遇到材料、人工价格大幅上涨、下跌时怎样适用情势变更原则? 271

- 第十节 怎样运用情势变更原则来破解建设工程施工合同在履行过程中遇到的人工、材料大幅上涨这道难题,为建筑商预防风险,创造效益? 276

【案例 29】 人工费用大幅度上涨,如何补差对建筑商最有利? 277

启 迪

- 《劳动合同法》颁布后建筑商应相应调整施工组织设计。
- 周报、月报及月形象进度应体现人工的具体数字。
- 在人工费用大幅上涨的情况下,应做好签证和索赔。

【案例 30】 材料价格大幅上涨,如何补差对建筑商最有利? 283

启 迪

- 如何把调差做得更完美?
- 建筑企业一定要建立自己的定额。
- 综合单价分析表一定要作为投标书附件。
- 招投标文件及合同中应对风险范围作出约定。
- 合同履行过程中应做好签证和索赔工作。

【案例 31】 制作投标标书的技巧 296

启 迪

- 做好签证、索赔及价格调整工作正是建筑商的艰巨任务。
- 投标与合同谈判是关键,力争订立对建筑商有利的合同条款。
- 严格编制施工组织设计,并按施工组织设计索赔。
- 严格按合同约定进行工期与费用索赔。
- 材料、人工、机械材料价格上涨的价格调整是工程索赔的重中之重。

第五章 建设工程价款优先受偿权的风险防范与效益创造

第一节 关于建设工程价款优先受偿权性质的探讨 310

一、一般原理 310

二、其他国家关于建设工程价款优先受偿权规定之比较 312

三、我国对建设工程价款优先受偿权权利性质的定位 312

【案例 32】 ××花园一期工程价款优先受偿权案 313

启 迪

- 本案为最高人民法院《关于建设工程价款优先受偿权问题的批复》的出台奠定了理论与实践的基础。

第二节 各地关于建设工程价款优先受偿权的指导意见 319

一、广东省高级人民法院《关于在审判工作中如何适用〈合同法〉第 286 条的指导意见》 319

二、浙江省高级人民法院《关于审理建设工程施工合同纠纷案件若干问题的意见》(征求意见稿) 321

三、《江苏高院建设工程合同指导意见》 321

四、安徽省高级人民法院《关于建设工程施工合同指导意见》 322

五、最高人民法院《关于装饰装修工程款是否享有合同法第 286 条规定的优先受偿权的函复》 322

第三节 典型案例 322

【案例 32】 ××大厦工程价款优先受偿权案 323

启 迪

- 建筑企业的代理律师在二审中巧妙而成功地运用了《合同法司法解释(一)》第 1 条及《合同法》第 286 条的规定,反败为胜,切实维护了建筑企业的合法权益。

【案例 33】 ××花园酒店式公寓装饰工程价款优先受偿权案 326**启 迪**

- 实践中如何行使“半拉子工程”的优先受偿权？

【案例 34】 ××花园一期合作改建工程价款优先受偿权案 329**启 迪**

- 这是由我所承办的关于优先受偿权的典型案例。本案中,项目已经完全抵押给了银行。如果没有优先受偿权,则要面临赢了官司赔了钱的局面。可见,优先受偿权对建筑商而言,是何等的重要!

【案例 35】 ××花园三期多层及小高层项目工程价款优先受偿权案 331**启 迪**

- 这是又一起工程价款优先受偿权的典型案例。

【案例 36】 ××三村项目案 340**启 迪**

- 这是又一起工程价款优先受偿权得到法院支持的案例。

【案例 37】 上海××城建设工程价款优先受偿权案 343**【案例 38】 ××酒店装饰工程工程价款优先受偿权案 347****启 迪**

- 合同履行过程中要善于通过补充合同弥补漏洞。
- 尽职调查的必要性。
- 装饰工程行使优先受偿权的特殊性。

第四节 在目前国家对房地产进行宏观调控的严峻形势下,如何行使建设工程价款的优先受偿权? 350**【案例 39】 ××工业园 1 号厂房工程价款优先受偿权案 351****启 迪**

- 完工且竣工验收合格的工程如何行使优先受偿权？
- 完工且未经竣工验收,而是提前交付发包人使用的工程如何行使优先受偿权？
- 未完工工程,即“半拉子”工程如何行使优先受偿权？