

郭家汉 著

建设工程法律风险 防范实务

JIANSHE GONGCHENG FALU FENGXIAN
FANGFAN SHIWU

本书以诉讼与非诉讼的具体案件入手，对工程项目建设全过程，建设工程设计、建设工程施工、建设工程总承包、建设工程施工分包、建设工程货物采购，国际工程承包，建设工程专利与著作权，侵权责任，行政责任与刑事责任等方面存在的法律风险进行了全面分析，对风险防范提出了针对性、系统性和可操作性的应对措施。



知识产权出版社

全国百佳图书出版单位

郭家汉 著

建设工程法律风险 防范实务



JIAN SHE GONG CHENG FA LU FENG XIAN
FANG FAN SHI WU



知识产权出版社

全国百佳图书出版单位

内容提要

本书从作者亲自办理的 22 个诉讼与非诉讼具体案件入手,对工程项目建设全过程、建设工程设计、建设工程施工、建设工程总承包、建设工程施工分包、建设工程货物采购、国际工程承包、建设工程专利与著作权、侵权责任、行政责任与刑事责任等方面存在的法律风险进行了全面分析,对风险防范提出了针对性、系统性和可操作性的应对措施。

本书特别是对工程总承包合同、工程施工分包合同、工程货物采购合同,从 EPC 项目纠纷案例、施工分包纠纷案例、工程货物采购纠纷案例谈起,对《建设项目工程总承包合同示范文本(试行)》、最新版 FIDIC 合同标准格式《生产设备和设计-施工合同条件》与《设计采购施工(EPC)/交钥匙工程合同条件》、FIDIC 合同标准格式《土木工程施工分包合同条件》、世界银行货物采购合同文本等进行了全面比较分析,从国内工程合同、国际工程合同两个方面,对合同条款、合同签订、合同履行到合同纠纷解决等全过程中存在的风险进行了分析,阐述了应当采取的对策。

本书可供工程勘察设计企业、建筑业企业、工程公司、监理公司、房地产开发商、业主(建设单位)的相关人员,律师,法官,法学院校师生及有关研究人员等阅读使用,具有很强的实务操作指导作用。

责任编辑:陆彩云 栾晓航

责任出版:卢运霞

图书在版编目(CIP)数据

建设工程法律风险防范实务/郭家汉著. —北京:知识产权出版社, 2013. 4

ISBN 978-7-5130-2044-2

I. ①建… II. ①郭… III. ①建筑法—风险分析—中国 IV. ①D922. 297. 4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2013)第 090224 号

建设工程法律风险防范实务

JIAN SHE GONG CHENG FA LU FENG XIAN FANG FAN SHI WU

郭家汉 著

出版发行: 知识产权出版社

社 址: 北京市海淀区马甸南村 1 号

网 址: <http://www.ipph.cn>

发行电话: 010-82000860 转 8101/8102

责编电话: 010-82000860 转 8382

印 刷: 北京富生印刷厂

开 本: 720mm×960mm 1/16

版 次: 2013 年 7 月第 1 版

字 数: 447 千字

ISBN 978-7-5130-2044-2

邮 编: 100088

邮 箱: bjb@cnipr.com

传 真: 010-82005070/82000893

责编邮箱: xiaohang310@126.com

经 销: 新华书店及相关销售网点

印 张: 27

印 次: 2013 年 7 月第 1 次印刷

定 价: 68.00 元

出版版权专有 侵权必究

如有印装质量问题,本社负责调换。

前言

杜绝法律纠纷，重在规避风险^{*}

——访金洋律师事务所郭家汉律师

记 者 据我所知，您当初一直在政府部门工作，您是出于怎样的考虑创办金洋律师事务所，从而走上专职律师的道路呢？

郭律师 从我研究生毕业后，就一直在建设部从事建筑方面的立法工作，将自己的专业知识应用到立法工作中。期间参加了《中华人民共和国建筑法》等40余项工程建设、房地产等方面的法律、法规的起草和修改工作。经过大约十年时间的经验积累，我对国家宏观政策和建设行业的总体情况比较了解，同时我也发觉自己对建设行业的企业内部不够了解，而只有把所掌握的宏观政策及行业特点和企业情况结合起来，才更有利于为建设工程企业（包括工程勘察设计企业、建筑业企业、工程公司、监理公司等，下同）、房地产开发公司等提供更好的服务，乃至为建设行业作出更大贡献，正是基于这种考虑，我与我的同事们一起创办了金洋律师事务所，我自己也正式成为一名建设行业的专业律师。同时，创办律师事务所，成为执业律师，这也是我从上学期间就树立的理想，以更好地实现自己的人生价值。

记 者 从业多年来，您经手的案件不计其数，并且在多家单位担任法律顾问，您所提供的咨询服务主要集中在哪些方面的业务？

^{*} 注：本文是2010年《工程建设与设计》杂志记者李文姹对作者的专访，略有改动，作为本书前言

郭律师 自1998年担任专职律师以来，我为中国中元国际工程公司、总装备部工程设计研究总院等十余家企业担任常年法律顾问；为中交水运规划设计研究院、中国市政工程西北设计研究院等十余家工程勘察设计单位提供了企业改制与资产重组法律服务；为中共中央组织部办公楼、中国寰球工程公司科研设计基地项目等提供了包括项目法人设立、项目实施前期、项目合同签订、项目合同履行及项目竣工验收等阶段全过程建设工程与房地产项目法律服务；为国内外客户代理了百余件项目，主要涉及基础设施、房地产、投融资、知识产权等，特别是为房地产项目转让纠纷，房地产合作开发纠纷，工程款、设计费、勘察费等拖欠纠纷，工程建设过程中质量、安全纠纷，公司股权转让纠纷，长期投资纠纷，知识产权纠纷，劳动合同争议纠纷等提供了诉讼、仲裁法律服务；为十余家科技型企业提供了企业发展战略、机构设置、岗位分析、薪酬分配等管理咨询服务；此外，还包括工程设计责任保险、工程勘察责任保险、工程总承包保险等代理与咨询服务。

记者 您认为建设工程企业的法律风险主要存在哪些阶段？多发的法律纠纷有哪些？如何防控这些风险？

郭律师 从建设工程企业风险的角度来讲，风险分为几个层次，包括战略风险、市场风险、经营风险、财务风险和法律风险。就法律风险来说，可分为几个方面：首先是企业设立的风险；第二是交易风险，也叫作经营风险；还有企业内部的人力资源管理风险以及税收风险、并购风险。在这些风险当中，现在大家关注比较多的是交易风险。对于建设工程企业来说，主要的经营风险分为五个阶段：投标阶段、合同签订、合同履行、竣工验收及结算的风险、债权债务的处理。

投标过程中的风险，首先是项目本身的真实性和合法性的考验，如果项目未取得合法的审批手续，或者项目是假的，建设工程企业就容易上当受骗，这在工程总承包和工程设计中都发生过；第二是投标策略的风险，投标策略可分为不平衡报价策略、强调优势策略、不同阶段分别报价策略等，如果投标策略选择不当，会造成风险；第三是投标环境的风险，我也遇到过一些低价串标的现象，比如招标人和投标人串通、投标人之间的串通。如果别人违规未被查处，我们就拿不到这个项目了；第四是招标人在招标阶段的违法风险。这方面

也有过案例，招标人不依法招标，比如说北京某企业在河南洛阳投标一个项目，该设计企业通过了开标、评标，也作为第一中标候选人进行公示，按道理三天内没有投诉，招标人就应该发出中标通知书。可是，招标人没有依法办事，他在半个月后又发出一个公告，取消第一中标候选人资格，把第二中标候选人作为第一中标候选人进行发布，在此期间没有任何投诉、陈述的程序。这种擅自把招投标当成儿戏的情况对于投标人来讲是很大的伤害。我们国家的招投标法实施条例正在征求意见，这方面将来应该有一个比较好的规范，像这种情况应该怎么提出异议，如何进行投诉，监管部门如何处理，在处理之前不允许确定中标人，这些都会有规定。以上就是招标中主要存在的风险。

在工程合同的签订阶段风险也比较多，第一是在合同的范围和内容上，对于工程设计或工程总承包的内容约定不明确造成风险比较大；第二是在工程质量的约定方面，包括设计质量具体的标准、成果约定不明确，是合格的工程，还是优质的工程，采取什么样的标准规范，这些约定不明确都会造成很大的纠纷。北京有一家设计公司在1994年设计了一栋商住楼，项目竣工交付业主使用以后，有一位业主是注册建筑师，他发现房间设计的通风面积不够，不符合当时的标准规范。这位业主起诉了房地产开发商，开发商就找到了设计单位，设计单位在调查中发现是门窗厂家生产的门窗尺寸引发的问题。而这些应该是得到设计单位认可的，当时设计单位对于门窗认可的文件虽然没有找到，但设计单位在竣工验收单上签字了，因此要承担责任，这就是个典型的案例；第三是在工程的进度方面，约定开工时间、交付设计文件时间，这些时间中会遇到一些变更、不可抗力的约定，会造成进度的延迟，建设工程企业对于这些情况要及时跟业主联系，要通过书面形式确认下来，否则将会带来责任不清的麻烦；第四是工程款约定，包括计算标准以及工程变更如何计算、工程款的构成、支付的时间、支付方式，这些约定都要具体而明确。另外需要注意的还有环境、健康、安全等其他方面，环境包括和谐友好的人文环境和施工现场环境；健康主要是对员工的职业健康保护；安全主要是保障人员的人身安全和防止财产损失的事故。

合同履行阶段的风险，首要的一点是项目经理的责权利落实到位，项目经理的权力和责任要挂钩，强化项目经理的责任心；其次在有关证据的保全方

面，在相关资料保存时必须保存原件，而且要完整。如果不及时就有关事项形成书面资料并保存完整，这方面的风险是非常大的。包括上述的质量、进度、变更都是防控的重点，以防万一。有一家设计院和开发商约定了为其提供方案设计和施工图设计，方案设计完成后交给了业主，施工图做完没有及时交给业主。业主由于工程发生变更拒收了施工图设计文件，找其他单位重新设计施工图，而该设计单位也未能拿到施工图设计费，如果能及时把施工图设计交给业主取得签收证明，施工图设计费就可以追回，现在这种情况设计单位只取得了方案设计费。施工图完成以后要及时交给业主，哪怕业主没有给付前期的款项，只要业主签收，以后打官司我们也掌握证据，现在就造成了设计单位的权益得不到维护，因为没有施工图设计完成的证据。

竣工验收和结算阶段的风险，在验收当中发现的问题要及时整改，如果不及时整改会造成工期的延误。验收的及时组织和完成，工程完成要及时移交，工程的档案资料要注意保存。在结算时，对于工程价款签字要慎重。结算要注意的事项是按照合同及时结算，总承包商向业主申请结算时应在规定的时间内递交有关资料，提交时候怎么提交，如果业主不给签字怎么办，这都是潜在的风险。我们可以通过特快专递、回执、邮件等文字形式保存证据。还有作为工程总承包，我们在给分包商结算时不能随便签字。有一家设计单位项目经理在分包单位提交的结算文件中，提了一些修改意见，文中圈点多处，并且应分包商的要求在封面签名了。分包商利用签名回去弄虚作假，把内容里面的金额做了手脚，造成支付款项与实际应付款项的差额达到几百万。这样的情况对于总承包商来说极为不利，所以说项目经理的签字要慎重，不是最终文件一定不能签字，如果要签字必须每页都要签，不给对方撤换、篡改的机会。

债权债务的处理，第一是拖欠工程款的问题要注意诉讼时效，如果诉讼时效过了就无法再去维护自己的权益了；第二是及时行使建设工程价款的优先受偿权，在司法解释中，这个是有时效性的，错过时效期限权益就得不到保障了；第三是关于债权债务有关证据的保存，这在诉讼仲裁中起决定性作用。

记者 您在建设工程企业改制、资产重组方面也颇有建树，您觉得这过程中需要注意的法律问题有哪些？

郭律师 建设工程企业改制、资产重组中注意的法律问题其一就是国有资

产处理问题，国有资产要依法处理，企业的所有资产在清算时都要包括进去。用国有资产支付员工身份置换金，一定要依照相关政策来办。我就遇到一家勘察院由于清算国有资产没有处理恰当，导致这家设计院的院长也就是改制后公司的董事长被市公安局限制人身自由多达15天，因为他没有依法处置国有资产，我国对于国有资产处置方面的法律规定是很完备的，按照现在的规定所有国有资产的转让都要经过国有资产产权交易中心，通过挂牌交易，不能直接协议转让；在建设工程企业改制重组中需要注意的第二个问题就是职工的安置问题，原有国有企业的老员工，身份置换金要按照政策标准全部到位，并且及时变更劳动合同，有关的保险、住房公积金要接续好，对于企业中离退休、内退人员的安置资金要预留到位，离职员工的补偿要及时支付。在吉林省就发生过一起由于企业重组职工没有安置好，职工闹事造成一名经理被打死的惨剧；第三方面是股权设置一定要建立好股权的激励机制，经营者和骨干员工要持大股东，建立起股权流动机制，员工离职股权要及时进行转让。公司章程、股权管理办法等要明确；第四方面是公司的法人治理结构，股东会、董事会、监事会新三会 and 党委会、职代会、工会老三会的关系要处理好，要按照公司法的规定设立好法人治理结构。

记者 当前，工程建设行业所面临的主要问题是什么？怎样来提升行业的维权意识？

郭律师 我感觉现在整个工程建设行业的结构调整还不到位，工程建设行业的结构应该是工程总承包、专业承包、分包、劳务分包，这是一套体系，设计咨询、项目管理是一套体系。当前大型建设工程企业特别是大型工程勘察设计单位应该向工程总承包转型，中型建设工程企业特别是工程勘察设计单位应该向咨询公司或者是项目管理公司转型，小型建设工程企业特别是小型工程勘察设计单位向专业事务所转型；第二个问题是行业出现兼并、重组的趋势，通过强强联合、收购、上市的方式提升企业的管理能力，提升企业实力；第三个问题是工程建设市场比较混乱，挂靠现象，转包现象，对企业影响很大，这里面也有建设工程企业自身的问题；第四个问题是建设工程企业自我保护、自我维权意识不够。因为建设工程企业大多是国有企业，或者通过国有企业转型过来，大多数都存在朴素的感情，自我保护意识差，对他人防备不足。在自己

权益受到侵害时，也不愿意通过诉讼、仲裁等手段解决；第五个问题是人力资源方面。我们现在的注册人员与企业不是很配套，注册建筑师、注册结构师都已经有了，其他电气、给排水专业等注册力度还不够，有的没有落实到执业责任，这也是建设工程企业队伍建设的问题。

提高整个建设工程企业的维权意识，一是要通过宣传教育，让大家了解在法律方面怎样保护自己，比如《建筑法》、《招标投标法》、《建设工程勘察设计管理条例》、《建设工程质量管理条例》等相关的法律规定都对建设工程企业有所保护；二是企业要通过自身专业法律人士或者聘请专业的律师健全内部的管理制度，审核把关企业经营合同，做好法律风险的防范工作；三是行业协会要发挥这方面的作用，维护会员的合法权益。比如说现在建设工程企业普遍用的国外软件，国外这些软件用了以后的升级费用需要不断投入，这些国外软件的销售形成垄断，价格很高，在这方面协会就可以牵头维护会员单位的利益。提高整个建设工程企业的维权意识，主要还是扩大宣传，采取专题讲座、案例分析、开辟专栏等多种形式，使法律意识深入人心，建设工程企业就会主动运用法律武器保护自身权益不受侵害。

记 者 感谢郭律师今天接受我们的采访，相信通过您的讲述一定能对广大建设工程企业大有裨益，为建设工程企业法律风险防范提供新的思路。

目 录

第一篇 工程项目建设全过程法律风险防范	1
● 工程项目建设全过程法律风险分析与防范	
——从代理中共中央组织部办公楼建设全过程法律服务非诉讼案谈起	3
第二篇 建设工程设计法律风险防范	9
● 建设工程设计投标风险分析与防范	
——从代理北京某设计院参加北京某保险公司办公楼项目设计投标纠纷处理非诉讼案谈起	11
● 建设工程设计合同的风险分析与防范	
——从代理北京某设计院有限公司参加北京奥林匹克森林公园某区工程设计合同签订法律服务非诉讼案谈起	16
● 建设工程设计合同签订与履行的风险分析与防范	
——从代理北京某景观园林设计有限公司诉中国某航空有限责任公司工程设计费诉讼案谈起	32
● 建设工程设计文件提交与工程设计费风险分析与防范	
——从代理北京某大学建筑设计研究院诉北京市某房地产开发公司工程设计费诉讼案谈起	46

● 建设工程设计分包合同风险分析与防范

- 从代理北京某工程设计有限公司诉北京市某顾问公司设计费纠纷
诉讼案谈起 52

第三篇 建设工程施工法律风险防范 59

● 建设工程施工合同签订与履行的风险分析与防范

- 从代理云南昆明某公司参加云南省某建筑工程公司工程款纠纷
应诉案谈起 61

● 建设工程施工合同价款的风险分析与防范

- 从代理内蒙古某勘察设计院参加内蒙古某建筑工程公司工程款
纠纷应诉案谈起 88

第四篇 建设工程总承包法律风险防范 99

● 工程总承包项目投标风险分析与防范

- 从代理北京某工程公司参加山西大同某工程总承包项目投标纠纷
非诉讼案谈起 101

● 工程总承包项目招标投标风险分析与防范

- 从代理中国某工程公司参加河南洛阳某项目工程总承包招标定标
纠纷非诉讼案谈起 106

● 工程总承包合同的风险分析与防范

- 从代理北京某设计院参加某项目 EPC 总承包地基处理纠纷法律
服务非诉讼案谈起 110

第五篇 工程施工分包法律风险防范 185

● 工程总承包中施工分包合同的风险分析与防范

- 从代理中国某国际工程公司参加北京某建设工程有限公司施工分

包合同纠纷应诉案谈起	187
 建设工程分包合同履行与纠纷解决风险分析与防范	
——从代理某工程咨询公司与中国某工程集团有限公司工程分包合同 纠纷申请仲裁案谈起	249
 建设工程分包合同签订与撤销风险分析与防范	
——从代理北京市某规划设计研究院参加北京某科技有限公司工程 施工分包合同纠纷应诉案谈起	257
第六篇 建设工程货物采购法律风险防范	263
 工程货物采购合同的风险分析与防范	
——从代理被告北京某建设有限公司参加北京某商贸有限公司买卖 合同纠纷应诉案谈起	265
第七篇 国际工程承包法律风险防范	323
 对外工程承包的风险分析与防范	
——从代理北京某设计院参加越南某水电站咨询监理合同争议处理 非诉讼案谈起	325
第八篇 建设工程专利与著作权法律风险防范	339
 建设工程专利风险分析与防范	
——从代理北京市某设计院参加胡某专利侵权赔偿纠纷应诉案 谈起	341
 建设工程作品著作权风险分析与防范	
——从代理安徽某工程技术股份有限公司诉大连某设计院等著作 权侵权诉讼案谈起	350

第九篇 建设工程侵权责任法律风险防范	369
● 物件损害赔偿风险分析与防范	
——从代理北京市某设计院参加谢某物件损害赔偿纠纷应诉案谈起	371
● 建设工程侵权责任风险分析与防范	
——从代理广东某建设监理公司参加广州某广场基坑工程坍塌事故侵权责任纠纷申诉案谈起	380
第十篇 建设工程行政责任与刑事责任风险防范	395
● 建设工程安全生产监理行政责任的风险分析与防范	
——从代理注册监理工程师姚某不服行政处罚申请行政复议案谈起	397
● 建设工程刑事责任的风险分析与防范	
——从作为叶某的辩护人参加叶某玩忽职守刑事案诉讼谈起	403
后记	415

第一篇
工程项目建设全过程
法律风险防范



工程项目建设全过程法律 风险分析与防范

——从代理中共中央组织部办公楼
建设全过程法律服务非诉讼案谈起

【案情简介】

2000年12月，中共中央组织部办公楼建设办公室因办公楼建设需要，特委托本律师所在的律师事务所为该工程建设提供工程专项法律服务，要求指派熟知工程建设专业知识及专业法律规定的律师担任法律顾问，双方签订了《工程专项法律服务合同》，该律师事务所指派郭家汉律师为该工程的特邀法律顾问，负责为中共中央组织部办公楼建设办公室提供所委托的工程建设全过程的法律服务。

本律师接受委托后，为该办公楼的工程建设提供了包括项目实施前期阶段、项目招标投标阶段、项目合同签订与履行阶段等全过程的法律服务，通过本律师的非诉讼法律服务有效地防范了该办公楼的工程建设纠纷的发生，保证了该办公楼工程建设的顺利进行，现该办公楼的工程建设早已顺利完工，并投入使用。

【代理过程和结果】

在该办公楼的建设过程中，本律师根据服务合同以及该工程建设进度的具体情况及委托人的要求，就该工程的建设用地取得与移交、拆迁工作的范围、工程招标文件、工程评标、合同备案、工程结算等提供了书面专项法律意见和

建议，起草、修改、审查了该工程的工程设计合同、工程施工合同、工程监理合同、租赁协议、专业工程承包管理委托合同、编标代理服务合同、工程分包合同、设备采购及安装合同、装饰工程施工合同、定作合同、物业管理委托合同等法律文件。

通过本律师的专业法律服务，协调解决了该工程在建设过程中可能出现的纠纷，帮助了委托人依法处理该工程在建设过程中出现的矛盾与问题，预防了该工程在建设过程中的法律风险，保证了该工程的顺利竣工与交付使用。

【风险分析与防范】

建设工程具有如下特点：一是投资额大，建设工期长，受当地的地质、气候、环境、资源等影响大；二是包括土地使用权的取得、工程勘察、工程施工、工程监理等多领域的专业性强的系统工作；三是参与主体多，法律关系复杂，特别是存在工程总承包、专业分包、劳务分包等情形；四是与社会稳定关系密切，特别是房屋拆迁、农民工工资等。因此，建设工程风险大，易产生法律纠纷，如何防范建设工程风险是投资者（包括房地产开发商、建设单位等）和承包商（包括勘察人、设计人、总承包人、分包人等）共同关注的问题，中共中央组织部办公楼建设提供全过程的法律服务的案例告诉我们，通过建设工程专业律师以防范风险为目的的全过程法律服务，避免建设工程与房地产的法律纠纷与风险是可以做到的。

工程项目可以分为工程项目前期与工程项目实施两个阶段。工程项目的前期阶段主要包括可行性研究报告、项目建议书、立项等内容；工程项目的实施阶段主要包括工程项目实施前期、招标投标、合同签订、合同履行、竣工验收等内容。现就工程项目实施阶段的风险与防范进行分析。

一、工程项目实施前期阶段的风险分析与防范

工程项目实施前期阶段的主要风险在于：建设用地规划、土地使用权的取得、建设工程规划、房屋拆迁、市政配套建设、工程融资等。对于项目业主来说，应特别注意防范国有土地使用权取得方式的风险。

国有土地使用权的取得主要有划拨、出让、转让、合作开发等方式。以划