

浅谈律师如何为建筑施工企业提供非诉讼法律服务 PDF转换
可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/479/2021_2022__E6_B5_85_E8_B0_88_E5_BE_8B_E5_c122_479790.htm

内容摘要：为建筑施工企业提供非诉讼法律服务，是律师房地产业务的一个主要方面。从市场需求及建设工程施工合同的性质这一层面看，律师介入该领域是必要的、必然的。律师为建筑施工企业提供非诉讼法律服务，应以施工合同管理为主线，提供全过程的服务。关键词：律师 施工企业 施工合同 示范文本 非诉讼法律服务 以非诉讼方式提供法律服务，是律师在房地产领域提供法律服务的主要方式。就目前而言，律师的房地产法律业务，主要集中在为房地产开发企业提供全过程非诉讼法律服务。所谓全过程，是指项目开发的全过程，大体上分为三个阶段：一是项目前期阶段，主要包括项目的立项、规划设计、报建、土地征用、土地使用权的划拨和出让、土地使用权转让、合作开发、房屋拆迁、安置补偿等；二是项目建设阶段，主要包括施工、监理、材料设备采购招投标、施工（监理、材料设备采购）合同的签订和履行、施工索赔、房屋预（销）售等；三是前期物业管理阶段，包括制订前期物业管理合同、制订业主公约、物业交接、房屋质量保修、物业管理服务等。律师为房地产开发企业提供全过程非诉讼法律服务，是律师在房地产领域提供法律服务的主流业务。对于房地产领域的另一活跃主体——建筑施工企业，律师为其提供的非诉讼法律服务相对薄弱，业务拓展尚未形成规模。本文将就律师为建筑施工企业（主要是进行房屋建筑和市政基础设施施工的建筑施工企业）提供非诉讼法律服务的内容、方

式作一浅述。一、建筑施工企业对非诉讼法律服务的需求现状

1、市场需求。一是近年来，由于建筑施工企业发展过快，建筑市场已由买方市场转为卖方市场。建筑施工企业之间为了争揽到工程，不惜竞相压价，造成恶性竞争。二是市场主体信用缺失，多数房地产开发企业拖欠工程款已成“惯例”，导致工程款拖欠成为建筑市场三大“顽症”之首。据统计，截止2004年8月，全国拖欠工程款总额已达3670亿元（建设部副部长黄卫答记者问，新华网，2004年8月26日）。上述问题的存在，迫使建筑施工企业寻求相应的法律服务。

2、建设工程施工合同的性质所决定。建设工程施工合同可以说是目前国内最复杂的合同之一。建设部、国家工商行政管理局于1999年12月修订，并于2000年施行的建设工程施工合同示范文本（GF-1999-0201），是国内建设工程领域内使用最广泛的文本。该示范文本是参照国际咨询工程师联合会（FIDIC）制定并推荐的《土木工程施工合同条件》进行修订，其系统性、完备性、先进性是国内其他合同示范文本所无法比拟的。该示范文本由《协议书》、《通用条款》、《专用条款》三个部分及附件组成，仅通用条款就有十一个单元，47条，177款。加之建设工程施工合同具有标的物特殊、投资数额巨大、合同履行期限长、涉及面广等特点，以及该类合同法律关系复杂，涉及的法律、行政法规、地方法规、部门规章、标准、规范繁多等原因，这就从客观上导致建筑施工企业急需具有较高专业水准的非诉讼法律服务。

3、随着市场经济体系的不断完善，律师作为为社会提供专业性法律服务的主体，其作用已越来越得到社会的认可。而房地产律师在为建筑施工企业提供法律服务方面，具有得天独厚的优势。就

目前现状来看，建筑施工企业（尤其是中小型企业）法律意识不强，合同管理不规范，对施工合同履行过程中的法律风险没有足够的关注；而传统的律师服务大多停留在一般的合同审查、诉讼这一层面上。对于律师为建筑施工企业提供非诉讼法律服务这一领域，一方面是巨大的市场需求，另一方面却没有有效的供给。笔者认为，律师针对具体的建设项目，为建筑施工企业提供非诉讼法律服务，具有巨大的服务空间和良好的发展前景。

二、律师为建筑施工企业提供非诉讼法律服务的内容、方式

建筑施工企业的主要业务就是从事房屋建筑和市政基础设施的施工。律师为建筑施工企业提供非诉讼法律服务，应根据建设工程施工合同的特点，并结合具体工程项目的实际情况，有针对性地提供具体的服务。因不同工程项目的差异，律师提供服务的内容有所不同，总体上看，以下几方面是具有共性的内容：

- 1、工程项目的投标 所谓投标，是指承包商向招标人提出承包招标工程的价格和条件，供招标人选择以获得承包权的行为。投标以招标为前提。所谓招标，是指项目建设单位将工程项目的内容和要求以招标文件的形式，向不特定的（邀请招标除外）承包人提出要约邀请，选择承包人的行为。施工企业作为投标人进行投标，目的是击败其他竞争对手，以尽量高的价格获得招标项目的承包权，并通过对承包的工程进行施工，以获得利润。投标的成功与否，决定施工企业能否持续经营。可见投标是施工企业经营活动的起点，也是关键点。在此环节，律师应依据相关法律、法规、规章及其他规范性文件重点审查下列内容：（1）投标主体。投标人应具备承担招标项目的能力。2001年7月1日施行的《建筑企业资质管理规定》（建设

部87号令)将建筑施工企业资质分为施工总承包、专业承包和劳务分包三个序列,每一序列按着工程性质和技术特点分别划分为若干资质类别,各资质类别按着规定的条件划分为若干等级。建筑施工企业只有取得相应等级的资质证书后,方可在其资质等级许可的范围内从事建筑活动。这种资格准入制度是一种强制性规定,比如已取得房屋建筑工程施工总承包特级资质的企业,如未取得桥梁工程专业承包的资质,仍不能承包桥梁工程(即使是限额以上最小的桥梁)。因此,律师应着重审查投标文件对投标人资质的要求。如果由几个施工企业组成联合体进行投标,律师应着重审查联合体中资质最低的企业的资质,是否达到招标文件要求的资质。

(2) 投标是否有效。审查投标是否有效,侧重于对施工企业准备提交的投标文件的审查;同时,律师还应代表施工企业全面监督招投标整个过程是否合法有效。根据《中华人民共和国招标投标法》、《房屋建筑和市政基础设施工程施工招标投标管理办法》(建设部)、《工程建设项目施工招标投标办法》(七部委)的规定,下列几种情形属无效招(投)标:

- a、招标代理机构泄密或与招标人、投标人串通损害国家、公共利益、他人合法权益影响中标结果的;
- b、必须招标项目招标人向他人透露已获取招标文件潜在投标人的名称、数量及其他情况或泄露标的而影响中标结果的;
- c、投标人串通投标或与招标人串通投标、投标人向招标人或评标委员会成员行贿谋取中标的;
- d、以他人名义投标或以其他方式弄虚作假骗取中标的;
- e、必须进行招标的项目,招标人与投标人就实质内容进行谈判影响中标结果的;
- f、招标人在评标委员会依法推荐的中标候选人以外确定中标人的;
- g、组成联合

体投标的，投标文件未附联合体各方共同投资协议的；h、投标人未按照投标文件的要求提供投标保函或投标保证金的（一般不超过投标总价的2%，最高不超过50万元）；i、投标文件的关键内容字迹模糊、无法辨认的；j、投标文件的投标函未加盖投标人的企业及企业法定代表人印章的，或者企业法定代表人委托的代理人没有合法、有效的委托书（原件）及委托代理人印章的；k、投标文件未按照招标文件的要求予以密封的；l、在招标文件要求提交投标文件的截止时间后送达的。另外，不同的地区根据本地的实际情况，通过地方法规、规范性文件，对招投标问题作了相应的规定，其中涉及招投标效力的规定，亦应注意。还有一些招标人的招标文件，在法律没有禁止的范围内附加了一些条款，有些涉及到投标的效力，对此，律师也应提醒施工企业注意。上述无效投标情形，有些是程序性要求，有些则涉及行政处罚、民事赔偿及刑事责任。律师在参与投标过程中，应着重审查施工企业的投标行为是否具有上述情形，从而及时避免不应有的损失。

2、合同的审查、修改

审查、修改合同是律师在经济领域为客户提供非诉讼法律服务的主要方式。施工企业在短则几个月、长则几年的施工周期中，与建设单位的紧密联系主要是通过合同来维系的。其中涉及的主要合同有建设工程施工合同（总承包合同）、建设工程专业分包合同、建设工程劳务分包合同、材料/设备采购合同。

（1）施工合同。

建设工程施工合同是体现施工企业在工程项目建设过程中基本权利、义务的合同，在整个项目建设过程中居于主导地位。由于建设工程施工合同具有标的物特殊、投资数额巨大、合同履行期限长、涉及面广等特点，以及该类合同法律关系复

杂，涉及的法律、行政法规、地方法规、部门规章、标准、规范繁多等原因，因此律师审查、修改建设工程施工合同具有提纲挈领的作用，意义十分重大。首先，律师应对质量、价款、工期这些实质性条款严格把关。在协议书中明确约定质量等级（如合格、优良）；如果建设单位对质量有特殊要求，比如国家优质工程（鲁班奖）、地方优质工程（如山东的“泰山杯”），应明确约定达到特殊要求的奖励办法，未达到特殊要求但达到了合格（或优良）的奖罚办法，以及建设单位应履行的义务。切忌用“力争达到”这类含混的词语。对于价款，也应有明确的约定，如“施工图预算加签证”、“施工图预算加系数包干”、“按建筑面积平方米造价包干”等，避免“暂定价”、“造价约多少万元”、“完工后据实结算”之类的约定。对于合同价款的调整，应结合工程、市场环境等因素，在专用条款中详细约定。对于工程款的支付，应在专用条款中明确约定予付款、工程款（进度款）、结算款的支付比例和支付期限，以及未按约定支付的违约责任。对于工期，有绝对工期与相对工期，应明确约定工期的总日历天数；如无法确定开工日期，应约定以开工令（或以甲方书面通知）为准；群体工程应分别约定开、竣工日期。其次，律师审查、修改建设工程施工合同，应先熟悉通用条款，在此基础上审查专用条款。通用条款，是通用于某一类合同的条款，特点是具有通用性。多数施工企业不重视通用条款，实际上，如果专用条款没作具体的约定，那么通用条款就变成了专用条款，就是履行合同的依据，对合同双方都有约束力。专用条款，是专用于某一具体合同的条款，体现了合同的特殊性和具体性。专用条款不仅包括示范文本的

条款，还包括对通用条款的排除、修改和补充。审查专用条款时应注意一些程序性、时限性的要求以及有关违约责任的约定。（2）分包合同。绝大多数工程项目都会涉及到工程分包。与以往不同的是，国家为了保证工程质量，防止无序分包，将分包划分为专业分包和劳务分包两类（《建筑业企业资质管理规定》，建设部令第87号），并且无论是专业分包还是劳务分包，都规定了强制性的资质要求。律师应重点审查分包单位的资质、资信状况，审查是否存在转包、违法分包及不规范分包、出借资质的情形；审查分包合同条款是否完备，工期、质量是否有保证，避免由于分包单位的原因而承担连带责任。2003年，建设部、国家工商行政管理局又联合制定了建设工程施工专业分包、劳务分包两个示范文本。由于示范文本具有规范性、系统性、全面性等特点，笔者建议律师在审查、修改分包合同时，应参考示范文本，并向施工企业积极推荐示范文本，这必将有利于分包行为的进一步规范。（3）材料、设备采购合同。无论是施工总承包还是专业承包，多数情况下，都是由承包人（施工企业）采购材料、设备。在一份施工合同中，材料、设备的采购量都是很大的，因而要签订大量的买卖合同。对于此类合同，应着重审查材料、设备供应商是否具有生产、销售（包括大型设备的安装、调试）相应产品的主体资格，其产品是否符合专用条款约定的条件，是否符合设计要求及强制性标准，供货是否有保障，能否提供产品合格证明，对产品的隐蔽缺陷能否提供担保等。另外，在由施工企业采购材料、设备的情况下，律师还应审查是否存在发包人指定生产厂或供应商的违法情形，如果有，应告知施工企业予以拒绝，或约定因材料

、设备的质量原因造成损失的责任应合理承担。3、跟踪合同的履行 由于建设工程施工合同履行期限长，因此，对施工合同的管理主要集中在施工合同的履行这一阶段上。律师为施工企业提供非诉讼法律服务，当然也应将这一阶段作为服务的重点。具体应从以下几方面对合同的履行进行跟踪：

（1）质量跟踪。质量责任是施工企业在施工合同中的核心责任。施工企业的根本目的就是通过建设成合格的建筑产品而获得收益。律师首先应提醒施工企业严格按法律、法规、标准、规范、图纸进行施工，使用合格的建筑材料、构配件及设备；其次，提醒施工企业根据合同的约定程序及时限，及时进行验收、检验，并按合同约定要求对方进行签字确认。如出现质量问题，应查明责任方（设计、发包方、生产商、监理、承包方、分包方等），并由各方签字确认。对于质量跟踪过程中形成的书面资料应仔细保管，以备他用。

（2）付款跟踪。与质量责任相对，按合同约定及时得到工程款，是施工企业在施工合同中的核心权利。首先是予付款（如果有），发包人如果未按约定支付予付款，施工企业应按合同约定的期限及程序及时行使权利；如达到约定的期限发包人仍未支付，可根据实际情况决定是否停止施工。其次是进度款（包括因工程变更引起的变更价款），一般都约定根据工程量报告按月支付，因此施工企业必须及时上报工程量报告；如达到约定的期限发包人还未支付，仍可根据实际情况决定是否停止施工。再次是结算款，施工企业首先应该按约定及时提交完整的竣工资料、竣工验收报告、竣工结算报告及完整的结算资料；如发包人不支付结算款，施工企业则不交付工程，并可在达到合同约定的期限时，根据合同法第二百

八十六条的规定，行使优先权。（3）工期跟踪。建设工程施工合同的工期少则数月，多则几年。在施工合同履行过程中，有很多影响工期的因素。如设计变更、迟延付款、返工、暂停施工、图纸提交不及时、材料供应不及时等，还有其他诸如自然因素、社会因素等。律师在工期跟踪过程中，应提醒施工企业注意积累引起工期延误的书面资料，并根据具体的原因，区分造成工期延误的责任主体，帮助施工企业避免或减轻责任。（4）施工索赔。索赔是指在合同履行过程中，对于并非自己的过错，而是应由对方承担责任的情况造成的实际损失，向对方提出经济补偿和（或）工期顺延的要求。低价中标，索赔赚钱，已成为很多管理规范的施工企业的一条重要的经营原则。律师应协助施工企业树立索赔观念，建立索赔机制，及时抓住索赔机会。具体包括提醒施工企业平时注意索赔资料的积累，每一份经济、技术签证要及时、准确，所有的工程量报告要及时送达并要求对方签收，设计变更、工程变更要有签证，洽商、会谈及能够达成一致的意见要有书面记录并有各方签字，单方的函件（如拨付工程款通知、顺延工期报告等）要有对方签收等。另外还要及时提出索赔意向、索赔报告。上述内容具有一定的共性，在大多数工程项目中都会遇到。另外，在项目施工中还会涉及到诸如担保、保险、损害赔偿、工伤、劳务纠纷等，均需有律师的参与。笔者认为，专业律师为施工企业提供专业的非诉讼法律服务，不但有着巨大的市场需求，而且还能充分体现专业律师的专业水准。随着国家对建筑市场整顿力度的加大，建筑市场已逐步步入正轨，律师为施工企业提供非诉讼法律服务大有可为。编辑：汤昊 haot@acla.org.cn 100Test 下载频

道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问

www.100test.com