

建筑施工企业合规 典型案例解析及风控指引

JIANZHU SHIGONG QIYE HEGUI
DIANXING ANLI JIEXI JI FENGGONG ZHIYIN

吴典军 代云云 汪 洋 / 著

温世扬

武汉大学法学院教授
中国法学会民法学研究会副会长

谢鸿飞

中国社会科学院法学研究所民法研究室主任、
研究员，中国法学会民法学研究会副会长

黄 圻

中国房地产与门窗幕墙产
业合作联盟秘书长

胡作家

中国建筑学会建筑经
济分会理事

联袂推荐

建筑行业合规之典型 企业法务建设之示范

27个专题 覆盖建筑施工企业合规管理全流程

60个案例 提炼实务操作风控要点及应对策略

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

建筑施工企业合规 典型案例解析及风控指引

JIANZHU SHIGONG QIYE HEGUI
DIANXING ANLI JIEXI JI FENGGONG ZHIYIN

吴典军 代云云 汪洋 / 著

温世扬

武汉大学法学院教授
中国法学会民法学研究会副会长

谢鸿飞

中国社会科学院法学研究所民法研究室主任、
研究员，中国法学会民法学研究会副会长

黄圻

中国房地产与物业管理
业合作联盟秘书长

胡作家

中国建筑学会建筑经
济分会理事

联袂推荐

建筑行业合规之典型 企业法务建设之示范

27个专题 覆盖建筑施工企业合规管理全流程

60个案例 提炼实务操作风控要点及应对策略

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

建筑施工企业合规典型案例 解析及风控指引

吴典军 代云云 汪 洋 / 著

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目(CIP)数据

建筑施工企业合规典型案例解析及风控指引/吴典军，代云云，汪洋著.—北京：中国法制出版社，2022.1

ISBN 978-7-5216-2423-6

I.①建... II.①吴...②代...③汪... III.①建筑法—案例—中国
IV.①D922.297.5

中国版本图书馆CIP数据核字（2022）第006916号

策划编辑：舒丹

责任编辑：王悦
计：杨泽江

封面设

建筑施工企业合规典型案例解析及风控指引

JIANZHU SHIGONG QIYE HEGUI DIANXING ANLI JIEXI JI
FENGGONG ZHIYIN

著者/吴典军 代云云 汪洋

经销/新华书店

印刷/三河市国英印务有限公司

开本/710毫米×1000毫米 16开
数/292千

印张/20 字

版次/2022年1月第1版
第1次印刷

2022年1月

中国法制出版社出版

书号ISBN 978-7-5216-2423-6
59.00元

定价：

北京市西城区西便门西里甲16号西便门办公区

邮政编码：100053
010-63141600

传真：

网址：<http://www.zgfzs.com>
63141831

编辑部电话：**010-**

市场营销部电话：**010-63141612**
010-63141606

印务部电话：

（如有印装质量问题，请与本社印务部联系。）

前言

朱熹言：“多闻见者学之博，阙疑殆者择之精，慎言行者守之约。”

在市场逐渐成熟、竞争不断加剧的形势下，建筑施工企业要持续发展，管理规范化、精细化是关键。本书总结近年来建筑施工领域的典型案例，同时参照相关法律法规、同行建议以及司法实践，对这些案例所涉及的法律问题予以讲解分析，以期尽可能地防范建筑施工企业从招标投标、合同订立、工程施工、竣工验收直至工程结算中的各种法律风险，总结已有经验，反思管理漏洞，进一步规范建设工程施工管理，提升管理人员的综合水平。

本书共二十七章，每一章为一个专题，每个专题分为两大部分，第一部分是建筑施工企业在该领域的典型案例，该部分分为四项内容：案情简介、法院判决、案件背景及启示、法条摘要；第二部分为风控指引，对本章涉及的核心问题进行阐述总结并提示风控要点。全书从投标保证金、中介合同、合同主体、设计合同、工程分包、劳务分包、工程质量、工期、材料价格上涨、工程款及利息支付、商业汇票、结算、建设工程合同解除、违约责任、债权债务转移、诉讼时效、电子证据、仲裁、支付令、案件执行、破产案件、建设工程优先受偿权、境外建设工程、伤亡事故、劳动合同解除、平台用工、知识产权等角度，对建筑施工企业涉及的类型化问题进行了全面系统的解析及风险应对指引。

本书最大的特点：一是与时俱进，与最新市场接轨，比如建材涨价、票据承兑、电子证据、平台用工、支付令、中介合同、知识产权，反映建筑施工企业面临的新型问题；二是重点突出，以解决问题作为聚焦点，为解决建筑施工企业面临的重点难点问题提供解决方案；三是本书是建筑施工类企业管理与专业法律知识的“交叉产物”，具有前沿性。希望本书能为大家带来新的启发。

法律是一种不断完善的实践。建筑施工企业的法律实践也永不会停止，在实践中成长，在实践中改革，在实践中创新。

限于时间和水平，书中难免存在疏漏和不足，敬请广大读者批评指正。

吴典军

2022年1月6日于武汉

- 第一章 建设工程投标保证金返还
 - 第一节 现金形式的投标保证金返还
 - 第二节 保函形式的投标保证金返还
 - 第三节 风控指引：投标保证金返还把握三大要素
- 第二章 建设工程中介合同
 - 第一节 中介合同的效力
 - 第二节 风控指引：中介合同思考三个重要方面
- 第三章 建设工程合同主体
 - 第一节 合同主体责任（一）
 - 第二节 合同主体责任（二）
 - 第三节 风控指引：合同主体把控四个重要时段
- 第四章 建设工程设计合同
 - 第一节 设计招投标
 - 第二节 风控指引：设计合同勿踩两大模糊陷阱
- 第五章 建设工程分包
 - 第一节 项目分包
 - 第二节 措施分包
 - 第三节 材料+劳务分包
 - 第四节 风控指引：工程分包做好两大风险规避
- 第六章 建设工程劳务分包
 - 第一节 包工头式劳务分包
 - 第二节 劳务公司式劳务分包
 - 第三节 风控指引：劳务分包采取五点管理措施
- 第七章 建设工程质量
 - 第一节 包工包料质量担保责任
 - 第二节 工程质量缺陷与保修责任

- [第三节 材料供应商质量责任](#)
- [第四节 风控指引：工程质量走好三个核心步骤](#)
- [第八章 建设工程工期](#)
 - [第一节 工期签证](#)
 - [第二节 工期顺延](#)
 - [第三节 风控指引：工期风险固定两个重要日期](#)
- [第九章 建设工程材料价格上涨](#)
 - [第一节 材料价格上涨形势下的总价包干及单价固定合同](#)
 - [第二节 风控指引：材料价格上涨应对三个紧要环节](#)
- [第十章 建设工程款及利息支付](#)
 - [第一节 工程欠款之利息](#)
 - [第二节 工程欠款之违约金](#)
 - [第三节 工程款支付](#)
 - [第四节 风控指引：工程款及利息支付掌握八个核心要点](#)
- [第十一章 建设工程商业汇票](#)
 - [第一节 承兑人拒付](#)
 - [第二节 风控指引：商业汇票落实四点注意事项](#)
- [第十二章 建设工程结算](#)
 - [第一节 总价包干结算](#)
 - [第二节 超付工程款结算](#)
 - [第三节 “还款计划”式结算](#)
 - [第四节 重复办理入库的结算](#)
 - [第五节 “超过限定日期视同认可”式结算](#)
 - [第六节 风控指引：工程结算紧抓两项基本原则](#)
- [第十三章 建设工程合同解除](#)
 - [第一节 业主单位中途解约](#)
 - [第二节 施工单位中途解约](#)

- [第三节 厂房租赁中途解约](#)
- [第四节 风控指引：合同解除讲求双方操作技巧](#)
- [第十四章 建筑施工企业违约责任](#)
 - [第一节 海运合同违约责任](#)
 - [第二节 买卖合同违约责任](#)
 - [第三节 风控指引：违约责任选好四种责任形式](#)
- [第十五章 建设工程债权债务转移](#)
 - [第一节 债务转移](#)
 - [第二节 债权转让](#)
 - [第三节 风控指引：债权债务转移明确三点基础内容](#)
- [第十六章 建设工程诉讼时效起算点](#)
 - [第一节 支持诉讼时效抗辩](#)
 - [第二节 不支持诉讼时效抗辩](#)
 - [第三节 风控指引：诉讼时效起算点留意两种情形](#)
- [第十七章 建设工程电子证据](#)
 - [第一节 电子证据](#)
 - [第二节 风控指引：电子证据采信两个主要程序](#)
- [第十八章 建设工程仲裁](#)
 - [第一节 仲裁裁决的效力](#)
 - [第二节 仲裁条款的效力](#)
 - [第三节 仲裁协议的效力](#)
 - [第四节 风控指引：建设工程仲裁秉承一点操作技巧](#)
- [第十九章 建设工程支付令](#)
 - [第一节 工程款的支付令申请](#)
 - [第二节 质保金的支付令申请](#)
 - [第三节 风控指引：申请建设工程支付令考虑优缺两点](#)
- [第二十章 建设工程案件执行](#)

- [第一节 发票](#)
- [第二节 标的变通](#)
- [第三节 协助执行](#)
- [第四节 风控指引：案件执行警惕五项潜在风险](#)
- [第二十一章 建设工程破产案件](#)
 - [第一节 破产重整](#)
 - [第二节 破产和解](#)
 - [第三节 破产清算](#)
 - [第四节 风控指引：破产案件分清三大重要程序](#)
- [第二十二章 建设工程优先受偿权](#)
 - [第一节 破产案件建设工程优先受偿权（一）](#)
 - [第二节 破产案件建设工程优先受偿权（二）](#)
 - [第三节 风控指引：优先受偿权掌握三个行使要点](#)
- [第二十三章 境外建设工程](#)
 - [第一节 质量](#)
 - [第二节 工期](#)
 - [第三节 标的](#)
 - [第四节 风控指引：境外建设工程把控四项涉外因素](#)
- [第二十四章 建设工程伤亡事故](#)
 - [第一节 员工工亡事故](#)
 - [第二节 临时用工伤亡事故](#)
 - [第三节 风控指引：伤亡事故走好三个处理步骤](#)
- [第二十五章 建筑施工企业劳动合同解除](#)
 - [第一节 “两不找”劳动合同解除](#)
 - [第二节 无固定期限劳动合同的解除](#)
 - [第三节 风控指引：劳动合同解除遵循两项主要方案](#)
- [第二十六章 建筑施工企业平台用工](#)

- [第一节 平台用工](#)
- [第二节 风控指引：平台用工规避五项法律风险](#)
- [第二十七章 建筑施工企业知识产权](#)
 - [第一节 商标侵权（一）](#)
 - [第二节 商标侵权（二）](#)
 - [第三节 专利侵权](#)
 - [第四节 风控指引：知识产权健全三项根本制度](#)

第一章 建设工程投标保证金返还

第一节 现金形式的投标保证金返还

案情简介

2015年5月，某建筑施工企业因参与投标，向美某园林公司支付了投标保证金80万元，约定在投标结束后，如未能中标，则由美某园林公司全额返还。投标结束后，该企业未能中标。美某园林公司擅自挪用该企业投标保证金40万元，仅返还余下40万元。

某建筑施工企业遂诉至法院，请求判决美某园林公司返还剩余投标保证金40万元。

审理中，法院认为美某园林公司的招标公告即为要约邀请，某建筑施工企业参与投标则视为发出要约，中标是美某园林公司作出的承诺。该建筑施工企业与美某园林公司的约定在性质上是一种保证合同。现某建筑施工企业未中标，美某园林公司应当按照合同约定的义务全额返还投标保证金。

法院判决

美某园林公司于判决生效之日起5日内一次性清偿某建筑施工企业40万元保证金及占用期间的利息。

案件背景及启示

（一）对招标单位的背景调查应详尽细致

本案中，美某园林公司资不抵债，资产已被多家法院轮候查封，无力履行判决文书，虽然最后在执行程序中经过执行中止、执行恢复追回了款项，但是办理案件花费的周期长，成本高。因此，在招投标过程中，建筑施工企业应当选择资信良好的公司，避免发生投标保证金无法返还的事件。

（二）合理选择支付投标保证金的方式

本案中投标保证金的支付方式是以现金直接支付至美某园林公司账户的，让美某园林公司有了挪用资金的机会。建筑施工企业在投标中应当尽量采用保函的形式。保函是由第三方承诺担保投标的一种形式，既可以规避资金被挪用的风险，也可以减少公司资金占用。

（三）知识点扩展及延伸

在招标文件中，发包方或业主方或总包方可以要求建筑施工企业缴纳履约保证金，但履约保证金的总额不得超过合同金额的10%。建筑施工企业也可以按照规定要求招标人（发包方或业主方或总包方）退还履约保证金，不按照规定退还投标保证金及银行同期存款利息的，由有关行政监督部门责令改正，可以处5万元以下的罚款；给他人造成损失的，依法承担赔偿责任。

法条摘要

《中华人民共和国民法典》

第五百七十七条 当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定的，应当承担继续履行、采取补救措施或者赔偿损失等违约

责任。

第五百八十五条第一款 当事人可以约定一方违约时应当根据违约情况向对方支付一定数额的违约金，也可以约定因违约产生的损失赔偿额的计算方法。

《中华人民共和国招标投标法实施条例》

第二十六条 招标人在招标文件中要求投标人提交投标保证金的，投标保证金不得超过招标项目估算价的2%。投标保证金有效期应当与投标有效期一致。

依法必须进行招标的项目的境内投标单位，以现金或者支票形式提交的投标保证金应当从其基本账户转出。

招标人不得挪用投标保证金。

第五十八条 招标文件要求中标人提交履约保证金的，中标人应当按照招标文件的要求提交。履约保证金不得超过中标合同金额的10%。

第六十六条 招标人超过本条例规定的比例收取投标保证金、履约保证金或者不按照规定退还投标保证金及银行同期存款利息的，由有关行政监督部门责令改正，可以处5万元以下的罚款；给他人造成损失的，依法承担赔偿责任。

《工程建设项目施工招标投标办法》

第三十七条 招标人可以在招标文件中要求投标人提交投标保证金。投标保证金除现金外，可以是银行出具的银行保函、保兑支票、

银行汇票或现金支票。

投标保证金不得超过项目估算价的百分之二，但最高不得超过八十万元人民币。

投标保证金有效期应当与投标有效期一致。

投标人应当按照招标文件要求的方式和金额，将投标保证金随投标文件提交给招标人或其委托的招标代理机构。

依法必须进行施工招标的项目的境内投标单位，以现金或者支票形式提交的投标保证金应当从其基本账户转出。

第二节 保函形式的投标保证金返还

案情简介

2017年10月，某建筑施工企业为投标需要，与丽某通投资担保有限公司（以下简称丽某通公司）达成口头投标担保协议。

2017年12月，丽某通公司委托A银行出具了50万元投标保证金的保函，期限为一年。

2018年3月，业主方某星公司向某建筑施工企业发出《中标通知书》，中标价7100万元。该建筑施工企业收到中标通知书后，经商务分析，认为如以中标金额签订合同会造成较大亏损，故在收到中标通知书后没有与某星公司签订合同。

2018年6月，业主方某星公司向A银行申请按保函兑付50万元投标保证金，A银行在查清基本事实关系后，划扣了丽某通公司资产50万元，向某星公司支付了保函金额。随后丽某通公司向某建筑施工企业提起诉讼，追偿50万元的损失。

本案中，法院认为某建筑施工企业虽未与丽某通公司签订书面《担保合同》，但丽某通公司委托A银行为该建筑施工企业出具见索即付保函属实，结合其向该建筑施工企业出具的担保手续费发票等证据，可以证实丽某通公司与该建筑施工企业之间存在担保关系。该建筑施工企业在中标后未与某星公司签订施工合同构成违约，致使某星公司向A银行申请兑付见索即付保函，将50万元支付至某星公司账户，A银行向某星公司支付资金后，至此丽某通公司作为保证人已履行了担保义务，取得了对该建筑施工企业的追偿权。

法院判决

某建筑施工企业于判决生效之日起10日内支付丽某通公司50万元及利息。

案件背景及启示

（一）对较复杂的法律关系应签订书面合同

由于某建筑施工企业与丽某通公司未签订书面担保合同，没有约定具体的违约条款及免责条款，导致双方出现争议时无可适用的合同依据。因此，对复杂的法律关系应签订书面合同。

（二）做好招投标项目成本预算风控管理

导致本案争议的基础事实是某建筑施工企业中标后未与业主方签订施工合同，从而引发一系列的追偿，如果前期该建筑施工企业能够对招投标项目成本预算进行更严格的风险管控，就可以避免低于成本竞标，避免发生盲目追求营销成果而忽视工程效益的类似事件。

（三）知识点扩展及延伸

为防范预付款保函、投标保函、履约保函法律风险，建筑施工企业对开具保函事项可以做如下要求：

- 1.保函期限以一年期为准，特殊情况可选择承诺到期后将担保期顺延，同时应按比例降低押金。保函截止日期需要在合同条款中明确，不得无限次延期。



更多法律电子书尽在 docsriver.com 商家巨力书店

2.保函中约定：“发包人或业主方向银行索赔时，应当提供证实保函申请人已违约的书面证明。”

3.保函中约定：“发包人或业主方如因工期延误等原因要求保函担保期顺延，发包人应当配合保函申请人提供相关证明材料，经银行审核后才可对保函担保期进行顺延。”

4.保函中约定：“银行或其他担保机构对发包人提交的证明材料进行审慎调查，如未尽到调查义务造成保函申请人损失，银行应向保函申请人赔偿相应的保证金。”

5.涉外保函中应当选择中资机构作为转开行，降低手续费。

6.保函中不得约定见索即付、双受益人（业主方和发包人）、无固定担保期限等内容。

7.保函的申请与签订需报审批，不得随意通过第三方开具保函。

法条摘要

《中华人民共和国民法典》

第七百条 保证人承担保证责任后，除当事人另有约定外，有权在其承担保证责任的范围内向债务人追偿，享有债权人对债务人的权利，但是不得损害债权人的利益。