

第四届建筑企业法务工作经验交流会交流材料选登之一 建筑企业法务如何参与项目经营生产全过程管控

文/胥 袁

在建筑业开始向现代化经营模式的逐步转变过程中，法务管理工作显得举足轻重。我在三建做法务工作整整十年，从事过部门法务专员、合约专员、分公司副经理、集团合约管理部经理、法务管理部经理岗位，我见证了三建法务在风控管理的路上扮演着不可或缺的重要角色。那么三建的法务团队如何参与到企业、项目的生产经营中的呢？

浙江省三建建设前身浙江长城建设，隶属浙江省建设投资集团股份有限公司，系省属国有大型建筑企业集团，创建于1978年1月，1988年设立法务管理机构，法务团队名称更迭从1988年的法律顾问室、2009年法务事务部、2013年合约管理部（管理法律事务）到2018年的法务管理部；人员从2人发展到现在的16人，并在不断持续壮大中。

过去建筑行业整体管控是呈粗放的模式，用“一脚踢”“以包代管”这种修饰词来形容过去的管控方式非常形象。浙江长城建设也不例外。现如今的浙江三建，从战略部署转变，整个集团的战略中有两个重点，一手抓经营重点工作，一手抓风控重点工作，经营和风控变成两手抓、两手都要硬的重点工作，说明三建真正体会到了风控管理工作的重要性。

风控管理，首要找到风险点，其次是如何控制。风险包括经营风险、安全生产风险、管理风险、用工风险、财务风险等等。今天我们探讨的是经营、管理风险。管理风险体现在诉讼案件上，如何控制这些风险就需要整个法务团队的智慧。诉讼案件是反映企业的运营管

理水平的结果，被诉案件反映的是企业债务的不确定性，起诉案件反映的是应收账款的清收风险。因此，法务通过“以案为鉴”革旧的管理方式，创新的管理制度。用真实数据来反映法务管理的业绩：十年一个对比，2019年涉诉案件个数仅为2009年的16%；三年一个对比，2018年涉案个数同比2016年减少29%。三建法务对于法院生效法律文书有强制支付的权利，因此三建近几年无一例被法院强制执行案件发生。我认为一个企业的风控管理在于领导的管理思路，领导对法务工作的支持有多大，法务的路就能走多远。

“治未病”是法务管理的终极目标。所谓：“上医治未病，中医治欲病，下医治已病”。三建的法务管理虽然有些许成绩，但目前还在治已病和治欲病的中间阶段，只有通过参与企业的生产经营、项目的全过程管控，建立制度、落地实施、提高全体管理人员的法律意识，最终才能实现治未病的目标。

通过对近三年涉诉案件进行分析，存在几类现象，1.房产类项目涉诉案件较高；2.建设单位为民营企业的涉诉案件较高；3.涉诉案件的项目多半出现了问题，即亏损。通过这组分析，我们发现项目源头管控是风控的首要环节。主要体现在建设单位资信差、项目垫资量大、结算付款条件差、项目性质单一。一是建设单位在项目施工中期延迟付款，急于签证；施工后期急于结算，外部审定了还要内部一审、二审、甚至再审，层层剥皮，最终还是拒绝付款。二是过去都是风险承包制模式

编者按：由本报及江苏省建筑行业协会、浙江省建筑业行业协会、上海市建筑施工行业协会、江西省建筑业协会、福建省建筑业协会、安徽省建筑业协会、中亿丰建设集团股份有限公司、盈科律师事务所合作举办的第四届建筑企业法务工作经验交流会10月25日在苏州成功召开。会议围绕“合规性语境下的建筑企业风控管理”主题，邀请了十多家企业和个人做了精彩的交流发言。从本期起我们挑选若干家企业 and 个人的书面发言稿，分次刊出，以饕读者。

下对责任人准入口把控不严，责任人的经济实力差、项目管理混乱、结算无力推进、无力支付欠付的人材机款项引发涉诉案件。

鉴于上述问题，三建法务部的“三审查”的职能应运而生。法务部必须参与对每一个项目的发包方进行综合评价，从资信、以往业绩、股权结构、财务报表、涉诉案件纠纷等信息进行综合分析，出具评审意见；法务部必须参与对项目合法性进行审查，审查土地证、规划许可、招标文件条款等，出具评审意见；法务部必须对项目责任人进行评审，包括银行流水、固定资产、婚姻关系、涉诉案件以及信贷方面进行综合审查，出具评审意见。这是从经营源头参与风险控制。

通过对近三年被诉案件案由占比分析，可以看出解决内部管控问题才是解决诉讼纠纷的有效途径。

我相信做的六、优、强的施工企业一定是既重安全生产，又重合约成本管理，而加强对合约的履约管理即是我们内控管理的关键之一。三建法务部在加强合同履约管理方面有如下的措施：

1.首先建立示范文本合同制度。三建的示范文本由法务部起草，自2013年

起的第一版示范文本合同至今，每年都根据法律法规、行业变革有或大或小的修订，范本涉及分包、内包、材料买卖、机械租赁、周转物资、劳务班组及EPC模式的相关合同。由此，自2013年后三建再无借贷纠纷的被诉案件，很少出现因认定为表见代理导致败诉的案件纠纷。

2.其次加强合同履行管理。三建集团的所有合同都由总部签订盖章，下属分公司、项目部无权签订任何合同，且全部走项目管理网上审批流程，非示范文本没有充分理由的不得盖章。建立动态履约报表，成本、合约、物资三表合一的多条线联动管理。成本管控的好，外欠自然明了，支付安排妥当，自然少了诉讼纠纷。

3.项目管理中不容忽略的几类风险。印章管理、资料管理、劳务用工管理以及维保管理。

不能离开业务谈法律。法务工作者的底色是法律知识，跟随企业的转型而转型，行业变更，法律的更新都需要我们不断地去学习新知识，将所学与实践结合，最终运用到实践中转化为成果。三建的EPC、PPP模式占比比较高，EPC项下合同审查、签订最为考验法务团队的能力，如设计风险、造价的法律

风险、不可预见的法律风险、分包法律风险、设计施工的融合及连带风险责任等。PPP模式项下要研究交付后的运维风险，如何规避非自身原因造成的运维成本，如何利用法律手段索赔等等。传统施工总承包模式更要深入分公司、深入项目去，用眼睛看、用心去思、用智慧分析，善于从项目基层发现问题、总结问题、最终解决问题。三建法务定期是一季度一次项目大检查，查的范围很广，包括项目合同交底、合同管理、送货小票、结算单、对账单、用印管理、签证管理及根据合同审查违约情形，最后再针对每一项问题出具整改书，要求项目整改。不定期的就是针对某一现象进行项目走访调研，如劳务班组类问题，会出具专项法律意见书。

确保债权的优良性。诉讼的另一个源头在于项目资金缺口问题，面对建设单位除了履行施工义务外，更应尽早做好应收尽收工作。今年三建的清欠工作也归口在了法务管理部，是双职能部门，如何有效利用法律手段确保应收账款债权的优良性是法务部要研究的课题，换句话说，我的应收账款如果是个不良的普通债权想通过资产化方式处置都没人要。因此，法务捡起了管理中其他条线遗漏的节点工作，建立了一个体系，设定了预警节点，根据合同内容设置风险事项，定期反馈处置方式，对风险进行闭环处理。如项目经理到岗责任、进度工期节点、签证索赔情况、应收款时间、金额，将所有的权利、义务转化为风险提示节点工作，再进行定期回访、检查、整改、落实到证据上，最

后及时行使权利确保建工优先权。面对责任人，制定合法合规的经济追责措施，三建近两年追责工作有了些许经验和成效，法务部也在不断结合法律法规提出内部管控建议。

法务管理部是风控体系的重要部门，但却不是唯一的部门。风险管控从经营源头、生产过程、招采管理、成本管控再到资金管控是一条龙的管控，法务好比龙骨，贯穿整条龙身中。我认为法务工作者必须牢牢把握一个核心理念，即“养生”要比“治病”重要。一个人健康的时候感觉不到健康的重要，生病后才感到健康的可贵。企业也一样，没有危机的时候感觉风控管理太空虚，最高院民一庭会议纪要《最高人民法院关于当前民事审判工作中的若干具体问题》“建设工程行业的利润率一般在3%左右，建筑业是微利行业的。”对于我们而言，风险造成的损失可能远远超过了微薄的利润。因此，风控远比打官司重要，防患于未然才是最经济、最高效的经营理念，这也是我认为的法务工作的最基本价值所在。有些人在选择法务和律师的道路上纠结，在我看来，法务要比律师高明。法务主要使命是风险控制，预防和减少诉讼案件，不是疲于应诉。风控管理和诉讼案件相比，在面对的对象不清楚、目标不明确、程序不法定、结果不可预期，工作难度自然要高得多。外聘律师在诉讼领域、专业化程度上较我们高，但优秀的法务人员的综合素质一定比律师还要高。

（作者为浙江省三建建设集团有限公司法务管理部总经理）

诉讼保全的担保

文/余秋江

案例简介

2016年7月25日，申请人庞某某因追索劳动报酬申请诉讼保全被申请人李某家在郭某某处的工程款35万元。城口县人民法院民事财产保全中心在审查申请人庞某某提交的申请保全材料时发现，申请人庞某某以其位于某镇上的一套小产权房提供担保（该小产权房在房管局没有产权登记）。继而，该院民事财产保全中心工作人员就庞某某提供担保的形式、担保的数额以及是否提供担保展开了讨论。

不同意见

第一种意见认为，庞某某以其一套小产权房提供担保，就其评估价值而言，是可以满足担保数额的。然而，该小产权房在房管局没有产权登记，法院对该保全担保物无法掌控，且在造成被申请人损失后也不便于处置变现，其担保形式是不妥的。鉴于本案是基于追索劳动报酬而提起的诉讼保全，申请人庞某某可以提供担保。

第二种意见认为，庞某某以其一套小产权房提供担保，就其评估价值而言，是可以满足担保数额的。然而，该小产权房在房管局没有产权登记，法院对该保全担保物无法掌控，且在造成被申请人损失后也不便于处置变现，其担保形式是不妥的。虽然本案是基于追索劳动报酬而提起的诉讼保全，但是本案具体情况比较特殊，在充分考虑申请人庞某某胜诉的可能性后，书面责令申请人庞某某提供了适当的担保。

笔者观点

笔者结合具体案情，持第二种意见。诉讼保全的担保形式，不能过分地强调采用现金担保，限制适用物的担保和人的担保。当然，应优先选择更有利于处置变现的担保形式。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第一百五十二条第一款规定：人民法院依照民事诉讼法第一百条、第一百零一条规定，在采取诉前保全、诉讼保全措施时，责令利害关系人或者当事人提供担保的，应当书面通知。该条规定是用来规范人民法院责令当事人提供保全担保的形式。

对于诉讼保全的担保数额，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第一百五十二条第三款规定：在诉讼中，人民法院依申请或者依职权采取保全措施的，应当根据案件的具体情况，决定当事人是否应当提供担保以及担保的数额。也就是说，人民法院可以根据案件的实际情形，充分考虑胜诉的可能性及造成对方损失的可能性，可以要求申请人提供担保，也可以不要求提供担保。其原因在于案件已经进入审理程序，原告能否胜诉以及可能给被保全人造成多大损失相对容易判断，人民法院可以根据具体情况决定是否担保以及担保数额。

如申请人基于追索赡养费、抚养费、抚恤金、劳动报酬等案件而提起财产保全的，一般可以不提供担保。然而，这个说法并不是绝对的，都应该是结合案件的具体情况，充分考虑胜诉的可能性及造成对方损失的可能性后才能决定是否提供担保以及担保的数额。

工期违约金标准过高法院如何调整？

文/尹阳

建设工程案件中，承包人常面临发包人工期逾期索赔，而承包人一般处于较弱势的法律地位，签署的施工合同关于逾期违约金的标准往往较高，当违约金标准约定较高时，承包人向法院提出违约金申请时，法院调整违约金标准及理由五花八门。在本期案例中，发包人在起诉时自认合同约定过高，主动调低违约金标准，法院又是如何认定的呢？【**案例案号：（2014）辽民一终字第00336号**】

案情简介

2006年8月1日，原告大连海明科技有限公司（以下简称“海明公司”）与被告北京港源建筑装饰工程有限公司（以下简称“港源公司”）就海明公司开发建设的大连“智业广场”项目D1号、D2号、E号楼内外墙装饰装修工程及玻璃幕墙等分项工程达成《装饰装修工程施工协议书》，约定：由港源公司承包该分项工程，包工包料，工期为2006年8月1日至同年11月30日。后双方协商由2006年11月30日变更为2008年9月30日，然港源公司仍未能在2008年9月30日如期竣工构成违约，一审法院构成逾期竣工192日。

《装饰装修工程施工协议书》约定：“由于承包人原因致使工期延误又没有充分理由说明或签证，每延误一天，承包人支付给发包人工程总价的5‰违约金”。海明公司在起诉时，主动将违约金调整为0.5‰。请求法院判令港源公司承担工期逾期861天（2006年11月30日至2009年4月10日）的逾期违约金19327297.50元。一审法院经审理后，认为该违约金标准既符合法律规定又比较合理，未再进行调整。

（上接第1版）自2008年以来，周吉高连续担任三届上海市律师协会建设工程业务研究委员会主任，并荣获“上海市律师行业2013年度贡献奖”。因为在建设工程与法律两个领域都积累了丰富的从业经验，在建设工程造价与质量的司法鉴定方面有着一一定的学科优势，2013年，他当选了由司法部主管，司法部司法鉴定科学技术研究所主办，旨在反映司法鉴定领域的制度建设和科学技术的全国中文核心期刊《中国司法鉴定》理事会副理事长。

2014年，周吉高在《关于建设工程司法鉴定若干疑难问题的思考》中提出，建设工程司法鉴定对于诉讼的判决结果作用重大，在实践中对于司法鉴定领域的若干问题，目前还没有明确的规定和结论。结合现行的司法鉴定相关的规定以及司法鉴定实践，对于建设工程司法鉴定的鉴定程序启动、鉴定申请准许、工程造价鉴定以及重新鉴定等几个问题进行分析，并对于一些尚待解决的问题提出一些意见。之后，他又在《关于工程造价司法鉴定中取舍原则的思考》中指出，取舍原则是工程造价司法鉴定中常用的几大原则之一，能否正确适用取舍原则将决定工程造价最终的认定，并直接影响案件的公平公正。他通过从取舍原则的

一审法院认定，既然港源公司逾期完工的行为构成违约，那么，其本应当按照《装饰装修工程施工协议书》中关于“由于承包人原因致使工期延误又未有充分理由说明或签证，每延误一天，承包人支付给发包人工程总价的5‰违约金”的约定向海明公司支付逾期完工的违约金，但由于按照工程总价的日千分之五标准支付，违约金约定明显过高，而海明公司现又主动申请下调违约金标准至工程总价的日万分之五，一审法院认为，海明公司的下调违约金的申请既符合法律规定又比较合理，予以准许。根据双方变更后的约定，逾期竣工违约金的起算点应为2008年10月1日，海明公司提出按照原合同约定的期限2006年11月30日起算，没有依据。因此，港源公司向海明公司支付的逾期竣工违约金应为44094498.88元乘以0.0005乘以192天（2008年10月1日至2009年4月10日）等于4233071.89元。

律师点评

违约金过高调整问题，法院一般从公平原则出发，考虑双方过错，兼顾合同履行情况等因素予以酌定。通常一般因为违约金标准过高予以调低，但也罕见得存在因违约金标准过低，法院酌情予以调高的案例。如（2018）苏民终26号一案中，江苏省高级人民法院认为：“虽然双方在施工合同第三条第2.3款约定了违约金的计算方式，但该约定的违约金明显低于金泰置业因中建六局逾期竣工而造成的损失，故综合金泰置业的实际损失、兼顾合同的履行情况、当事人的过错程度等因素，根据《中华人民共和国合同法》第一百一十四条第二款、《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释（二）》第二十八

条的规定，针对中建六局逾期竣工的违约金，本院酌定为50万元。”

一般认为，违约金调整属于法官自由裁量范畴，最高法院目前也未对违约金的调整制定统一规范，有调整为每日万分之三的【如案号：（2013）苏民终字第0320号】，也有调成为年利率调整为24%（如案号：【（2015）闽民终字第638号】，还有调整为中国人民银行

同期同类贷款利率1.3倍【如案号：（2015）闽民终字第638号】等等。通常认为，违约金以损失填补为原则，兼具惩罚功能。法院一般认为当事人约定的违约金超过造成损失的百分之三十的，可以认定为合同法第一百一十四条第二款规定的“过分高于造成的损失”。

实操建议：当事人若意识到合同约定过高时，较难获得法院的全部支持，

切勿贪多求全，仍坚持全额主张。大可退步海阔天空，以退为进，主动酌情调整到年化30%，甚至年化24%以内。主动应得法官的第一好感，更有利于违约金诉求得到法官支持，同时也可避免诉讼费等等诉讼成本的无妄损失，俗话说得好：舍得舍得，有舍才有得。

【作者单位：北京市盈科（深圳）律师事务所】



主 编：孙贤程
本报建设法律
咨询服务工作室

联系电话：021-63212799
传 真：021-63210373
地 址：上海曹回路588号18楼
邮 编：200433
E-mail:sunxiancheng@sina.com
联系人：孙贤程
手机：13817068164

勇于挑战新高度 甘做高楼奠基石

——记注重基础理论研究的实务型专业律师周吉高

文/吴迪迪

题的解决，法制建设的前进。

就在今年5月，风靡业界十多年、收录周吉高亲自经办的大量典型案例的《建设工程专项法律实务》一书终于启动再版工作。今年1月3日，最高法院正式公布《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律若干问题的解释（二）》，这距离2004年10月颁布的《最高人民法院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》，已相隔超过十四年。“在此期间，社会环境变化巨大，各地法院关于施工合同纠纷的司法指导意见也应与时俱进。”周吉高说，《建设工程专项法律实务》的重装上阵，恰逢其时，也迫在眉睫。

在该书中，周吉高深入浅出地阐释了在工程建设过程中，建筑施工企业和房地产企业如何规范管理，防范法律风险；一旦涉及诉讼，代理人如何全面、准确地把握案情，最大限度地维护当事人

的合法权益。该书解决了建筑施工企业和房地产开发企业在工程管理中遇到的许多疑难法律问题。

记者了解到，2008年，《建设工程专项法律实务》一经首发就供不应求；之后，该书经过7次加印，多次脱销，15500五百本全部售罄。2016年后，该书不再印刷，竟引得洛阳纸贵，书价被炒至数百元！

据不完全统计，近二十年间，周吉高撰写并发表了逾百万字的专业论著，这其中包括他在办案过程中处理各类工程纠纷案件积累的理论研究成果和实践经验。2008年10月，周吉高在法院出版社出版发行了专著《建设工程专项法律实务》，详尽解读了工程纠纷案件在当时主要涉及的法律实务问题和诉讼案件代理技巧；2013年6月，在中国法制出版社出版了《2013版〈建设工程施工合同〉（示范文本）》应用指南与风险提示，提供了

针对国家示范文本的专家意见；2016年5月，在中国建筑工业出版社出版《建筑业“营改增”政策法规汇编》和《建筑业“营改增”实务权威问答》，专门针对建筑业营改增为施工企业提供专家意见。他还参与了建设工程领域为数众多且极为重要的法律、法规、司法解释的制定和修改，包括《最高人民法院关于审理建设工程合同纠纷案件适用法律问题的解释（一）》《解释（二）》。除此之外，受各大法学院校、企业、行业协会甚至法院、仲裁委邀请，周吉高已经先后为高校学生、企业法务人员、律师、法官、仲裁员和其他与建设工程有关的人员，提供逾百场专题讲座或培训活动，足迹遍布全国各地。

学术研究是一切发展的基础，就如同建造高楼大厦时的基石，至关重要。建筑行业蓬勃发展，离不开如同周吉高这般的建设工程司法领域学术人！