

工作研究

水电工程项目业主面临的法律风险及对策

白鸿杰

(四川大唐国际甘孜水电开发有限公司,四川 康定 626001)

摘要:水电工程项目涉及到安全、质量、进度、造价、环保、移民、送出等专业和领域,是复杂的系统工程,与此相关的法律问题较为复杂,面临着诸多的内部法律风险和外部法律风险。水电工程项目业主应从战略高度认识和管理法律风险,通过建立依法治企文化、构建有效的法律风险管理机构、建立科学的法律风险管理程序,让法律风险管理成为常态化工作,确保工程建设顺利进行。

关键词:水电工程;法律风险;风险分析;措施及建议

中图分类号:TV7;K825.19

文献标识码: B

文章编号:1001-2184(2015)02-0135-04

0 引言

近年来,国内水电建设步伐加快,装机容量不断攀升,其中的风险来源日趋复杂。特别是2014年党的十八届四中全会之后,各级政府机关、各类企事业单位以及广大人民群众法律意识空前提高,依法治国、依法治企的理念已经深入人心。面临新的社会经济形势,水电工程项目除了要有有效防范施工安全、质量、进度、造价等内部法律风险之外,还要高度关注移民安置、环保水保、电力送出等外部法律风险。但目前水电工程项目业主,对于面临什么样的法律风险,如何管理这些法律风险等问题,还缺乏全面、系统的认识。

1 要正确理解企业法律风险的概念与内涵

企业法律风险是一种固有风险、复杂风险。1997年,巴塞尔银行监管委员会在《有效银行监管核心原则》中首次以列举的方式对企业法律风险下了定义;国际律师联合会(IBA)、全球企业法律顾问协会(ACC)以及国内的专家学者也都对法律风险作出过定义。综合各种观点,对法律风险的定义基本上是从风险诱因和风险后果两个方面进行界定的。在风险诱因方面,各方观点差异较大;在风险后果方面各方观点趋于一致,即认为法律风险是一种给带来损失或不利后果的可能性。笔者认为,水电工程项目法律风险是指因工

程建设生产经营活动不规范、不符合法律规定或因外部法律事件所导致的,与其所期望达到的目标相违背的法律不利后果发生的可能性。

法律风险与法律紧密相联,是水电工程项目面临的一种特殊风险,必须与其他相关概念区别开来:首先它不同于违法风险。法律风险并不一定要违法,一些并非违法的行为同样可能导致法律风险,如施工合同当中对变更签证的约定不清晰导致的风险。此外,法律的不确定性也会使工程项目面临法律风险。二是注意区别于操作风险。法律风险是具有一定法律特征,并需要运用专业法律判断才能有效管理的风险;操作风险是指由不完善的内部程序、人员和系统,或者外部事件造成损失的风险,如内部欺诈、失效流程等。三是注意区别于合规风险。这里的“合规”不仅包括那些具有法律约束力的文件,还包括更广泛意义上的诚实守信和道德行为准则,由此导致的声誉损失风险就属于合规风险,而非法律风险。

2 水电工程项目业主方面临的法律风险分析

法律风险普遍存在于水电工程建设生产运营管理活动中的每个环节。从风险诱因来看,当前我国水电工程项目中面临的法律风险有两大类,即内部法律风险和外部法律风险。

2.1 内部法律风险

内部法律风险是指水电工程项目内部管理因

收稿日期:2015-03-16

素诱发的法律风险,它与特定的工程建设目标相联系。实践中,内部法律风险是法律风险的重点,可以通过改变管理行为实现对它的有效控制。具体来讲主要体现在以下方面:

(1)制度建设方面存在的法律风险。水电建设项目的“四方”——业主单位、设计单位、监理单位、施工单位,一般都会在各自的权限范围内制定安全、质量、进度、造价等各类管理制度。这些制度有的过于追求适用性,没有认真进行合法性审查,内容上违反国家法律、法规的强制性规定,典型的如业主单位对施工单位自行组织的罚款、吊销执照等执法行为,违反了行政处罚只能由行政机关进行处理的规定;有的政出多门,对同一事项不同单位规定各不相同,造成了逻辑上的混乱。如业主为了进一步细化合同措施而制订的项目分包队伍管理规定、人工骨料供应办法,就可能与施工单位的具体管控措施相冲突,形成了一定的法律风险。

(2)合同管理方面存在法律风险。水电工程建设过程中存在着大量的民商事行为,涉及到的合同种类繁多,有工程施工合同、委托管理合同、技术服务合同等等。这些合同在总体策划、招投标、签订、履行、纠纷处理等各个阶段,不但存在着许多合法性的风险,更存在着许多合理性的风险。如业主单位如果对《建设工程施工合同》标准文本不进行深入的、专业的法律评审,对采用何种发包模式,指定分包人的选择方法,总承包人拒绝参与签订指定分包合同怎么办,不作为默示的承认,逾期竣工违约金的举证责任分配等问题约定含糊不清,那么一旦发生纠纷将导致管理被动甚至巨额财产损失。根据合同性质的不同,专项条款如工期、变更索赔等就会在不同程度上成为产生高合同法律风险的重要方面。

(3)侵权责任方面存在的法律风险。水电工程项目包括大坝工程、洞室工程、移民工程等,施工作业内容较为繁多,现场情况比较复杂,施工作业人员素质参差不齐且更换频繁,当地社会风俗及群众对待工程建设态度迥异,均为各类侵权纠纷的发生埋下隐患:一是施工区现场管理不当,对施工作业人员造成的侵权纠纷,大部分为安全责任事故;二是特殊侵权纠纷,比如高度危险作业致人损害,建筑物、搁置物、悬挂物塌落损害等,特别

是在有库区复建公路的施工区,这类纠纷会更多;加入地方维稳的因素,处理起来更为复杂;三是自然灾害造成的人员侵权纠纷。通常这些侵权纠纷涉及特殊侵权、不可抗力等多个因果关系,应严格予以区分、研究和防范。

(4)刑事犯罪方面存在的法律风险。水电工程项目一般都会有国有资本控股或参股;加之工程投入大、工期长、工序多,为行贿受贿、玩忽职守、滥用职权、贪污挪用等犯罪行为提供了土壤,因此成为职务犯罪风险较高的领域。在工程发包的招投标环节,相互勾结围标串标、租借资质借牌挂靠骗标、降低报价提高决算搞诈标、化整为零规避招标、违法插手转分包等行为成为高发法律风险。施工安全、质量、工期、造价等各环节,也与刑事类法律风险息息相关,如重大责任事故罪、工程重大安全事故罪、重大劳动安全事故罪、危险物品肇事罪等;再如上市公司的环境污染事件、舆情事件等问题,都已成为特殊的高法律风险问题。

(5)人力资源管理方面存在的法律风险。水电工程项目业主和参建单位用工形式复杂,有正式员工、派遣员工、临时用工、民技工等,所以从招聘开始,面试、录用、试用、签订劳动合同、待遇、离职等人力资源管理的各个环节,都会受到劳动法、劳动合同法、工伤保险条例等劳动法律法规的约束,存在着法律赔偿风险,业主的任何不遵守法律的行为都有可能带来劳动纠纷。实践中,一般有不签劳动合同的法律风险、不按规定签订劳动合同的法律风险、单方撤销、解除合同的风险等。

2.2 外部法律风险

外部法律风险是指水电工程项目以外的社会环境、法律环境、政策环境等因素引发的法律风险。这类风险的诱发因素具有外在性,很难采取有效的措施控制和阻止特定风险事件的发生,一些业主单位也因此忽视了对此类法律风险的考量。具体来说,主要包括以下几种:

(1)工程建设管理法律法规体系不健全。我国相继出台了《建筑法》、《安全生产法》、《建设工程质量管理条例》等工程建设管理的基本法律和法规,但与发达国家成熟的法律法规体系相比,我国目前的工程建设法律法规体系还不健全。如锚索张拉封锚之后,国家和行业内目前仍无可行的、高精度的无损检测标准和方法,除了破坏性检测

很难确定其是否符合设计长度和质量要求,给工程质量管理留下隐忧。

(2)法律法规的更新和变化。水电建设工程涉及到安全、质量、环保、用工、治安、审计、消防、移民等方面,各项具体法律法规的制定、修改或废止,对水电工程建设行为会产生重要影响。如移民方面的征地补偿标准,基本上每两年调整一次,这就有可能导致移民超概现象;再如特种行业及人员资质标准能否认定、环评或移民安置方案能否获批,都直接影响着水电工程项目的进度。

(3)面临许多不确定的行政法律风险。水电工程项目前期工作中的可行性研究报告审核、项目核准等都涉及到行政许可内容;特别是近些年,国家对环评、移民安置等审查要求越来越严格,对特种行业及人员资质标准、消防建设达标等要求也越来越明确,反映了行政许可法律风险对水电工程项目的重要影响。同时,水电工程项目建设某个方面若出现违反国家行政法规或地方性法规的情形,还可能面临警告、罚款、没收违法所得、责令停产停业、行政拘留等行政处罚类的风险,这些都会对水电工程建设的顺利进展产生重大影响。

(4)其他外部因素。主要有:①外部违约行为,如项目融资出借人不履行合同贷款义务,致使工程项目资金链断裂风险加大,引起停工或窝工;②外部侵权行为,如当地部分民众恶意偷盗建材、破坏电路设施等行为;③意外事件,如群体性上访事件、重大舆情事件、重大信息安全事件等导致的工程建设无法顺利进行;④不可抗力,如地震、泥石流以及重大疫情使政府采取管制措施;⑤行政不当干预,如地方政府及有关部门以保地方经济发展为名,干预和阻碍正常的移民安置补偿工作等等。

上述外部因素都可能使工程项目业主承担一定的法律风险。

3 水电工程项目业主方法律风险管理的措施及建议

3.1 建立依法治企、依法防范风险的管理理念

目前,谈到工程建设法律风险时,多提及的是安全、质量和造价等方面的风险,对法律风险的认识和重视程度不够,并缺乏科学有效的法律风险管理体系。实际上,这些都在不同程度上与法律风险息息相关,法律风险造成的危机和后果远远超出任何一个专项工程管理风险的程度。随着我

国电力体制的完善和建设市场的不断规范,水电工程项目面临的法律风险将急剧增加。因此,水电建设项目业主要从整体战略高度上来认识和管理法律风险,管理人员必须改变“重人治轻法治”的思维和做法,深入到位进行普法工作,以法治思维管理企业,规范经营活动,增强依法治企的意识和能力,形成良好的依法治企文化。

3.2 建立健全法律风险管理机构

法律的专业性决定了法律风险也具有专业性。也就是说,只有接受过系统专业的法律学习、有丰富法律实务经验并熟悉工程建设的人,才能较好地揭示、防范和化解法律风险。因此,水电建设项目特别大型项目,应设置专门的部门负责管理法律风险。国务院国资委公布的《中央企业全面风险管理指引》就明确,要建立健全企业总法律顾问(CLO)制度。但不论采取何种方法设置,项目业主都应采取相应措施使法律风险管理部门保持相对的独立性,使它能够有效制定法律风险管理政策和程序,负起法律风险识别、评价、分析、控制等职责,检查并分析业务部门和其他部门法律风险的管理情况,并就上述工作结果向高级管理层或董事会报告。

3.3 建立科学的法律风险管理程序

一般来说,法律风险的管理程序包括法律风险的识别、评价与分析、控制与评估等若干环节。

3.3.1 及早识别法律风险

定期组织相关部门依据有关政策法规的调整变化,结合工程建设经营管理中存在的问题、法律纠纷案例等,对本单位的法律风险进行调查和分析,力争早发现、早识别、早确定重要法律风险点或风险源。比如合同谈判、签订过程中的法律风险,应充分注意标的、价格、数量条款是否准确,程序条款、违约责任条款、纠纷解决条款是否合法合理;如进行爆破施工时,是否有充分有效的安全评估,是否事先通知了周边地方居民,是否采取了有效的防护措施;又如移民公路复建工程管理方面,是否安装了防护标识和警示牌,或通过其他方式做到了安全警示义务。法律风险部门应根据在水电工程建设服务方面积累的主观经验以及相关法律法规所确立的客观标准,对经营活动中所可能导致风险的来源因素全面分析判断。需要指出的是,法律风险识别不仅仅是法律风险管理部门的

工作,同时需要其它业务部门和人员积极参与。

3.3.2 科学评价、分析法律风险

即对已经识别出的法律风险从风险发生的可能性、风险影响的程度、风险水平三个方面进行量化,并根据量化结果,采取适当的风险控制措施。法律风险评估机制的有效发挥依赖于对工程建设内部损失事件数据的跟踪记录。法律风险管理部门应注意收集本行的法律风险损失数据,如果内部损失数据不充分,应考虑利用相关的外部数据,如同业数据。结合企业实际,对影响企业稳定的法律风险进行分析和评估排序,确定并定期发布法律风险防范的重点,对带有倾向性的不合规行为的发展苗头和趋势进行跟踪,发现问题及时预警,不定期通报法律风险突发事件,避免造成全局性的不利后果。

3.3.3 有效控制法律风险

根据风险管理理论,对待风险一般有四种不同的控制策略,分别为避免、降低、转移和接受。法律风险管理部门在确定了法律风险控制态度之后,应提出具体的控制措施,这些措施包括资源配置类、制度流程类、标准指引类、技术手段类、培训类、信息类、活动类等。比如针对工程管理制度之间规定不一致,处理原则就是设定优先级别,制定或完善相关的制度流程;又如为避免通过招投标未能获得合理低价的法律风险,就需要采用技术手段统一报价基础,并加强评标管理,规范评标的流程。对于较难控制的外部法律风险,也应主动防范。如行政机关因特定事项作出具体行政的行政处罚行为时,不能盲目接受,而应该分析其认定事实是否真实,证据是否充分,依据是否准确,自由裁量是否合理,若不合理或不合法,应申请复议或提起行政诉讼。

3.3.4 加强控制措施的评估与监测

法律风险的应对是一个递进的动态过程,需要根据内外部法律风险环境变化对制定的措施进行评估调整,以确保措施的实时有效性。执行法

律风险应对措施会引起组织风险情况的改变,需要跟踪、监督有关风险应对的效果和组织的环境信息,并对变化的风险进行评估,必要时重新制定法律风险应对措施。为此,业主应建立一系列程序来做好法律规定的变化、关键人员或岗位的变动、衍生问题、信息资料报告和披露等监测工作,这有助于及时发现并纠正法律风险控制措施中的不足,从而降低法律风险发生概率。

4 结语

由于工程项目法律风险管理理论提出较晚,基本上是近几年的事情,因此,水电工程项目法律风险管理要突破传统,寻求发展,推动工程建设模式的创新和整体水平的提高还有很大难度。水电工程项目法律风险管理流程的有效实施,主要依赖准确的风险信息和能够有效量化的工具。这就要求法律风险管理人员不仅应具备法律专业知识,还应掌握风险管理的技术和方法。项目业主应予以高度重视,组织法律风险管理部门借鉴其他领域的先进技术,认真研究同行业的法律风险损失数据,全面排查法律风险源,全面落实防范机制。同时,应把法律作为保护工程建设顺利进行的武器,作为与地方政府、参建单位进行沟通协调的基础,为工程项目顺利进行提供良好环境和可靠保障。

参考文献:

- [1] 周吉高. 建设工程专项法律实务[M]. 北京:法律出版社, 2008
- [2] 徐永前. 企业法律风险管理操作实务[M]. 北京:法律出版社, 2011
- [3] 何俊鹏. 浅谈大型水电工程建设中的法律风险与防范[J]. 广西:法制与经济, 2013(8)
- [4] 熊新华. 供电企业依法治企与全面法律风险管理[J]. 北京:能源技术经济, 2011(2)
- [5] 庞杰,郭文羽. 新形势下电力企业依法治企的思考与探索[J]. 黑龙江:现代经济信息, 2014(15)

作者简介:

白鸿杰(1978-),男,汉族,内蒙古托克托人,毕业于内蒙古工业大学工商管理专业,硕士,律师,经济师,四川大唐国际甘孜水电开发有限公司总经理工作部主任。

(责任编辑:卓政昌)

安谷水电站3号机转子成功吊装

3月16日,直径13.18米、重达605吨的转子在水电五局承建的中国电建安谷水电站3号机组顺利吊装就位,标志着主体工程完成。继去年12月首台机组投产发电之后,预计3号机组也将于下个月底正式投产。而安谷电站全部5台机组预计今年8月全部建成发电。该电站3号机转子是目前国内轴流转桨式机组装机直径最大的转子,自2014年11月开始组装,由于块头大、重量重,安谷水电站机电安装项目部花了整整4个月,终于攻克了这个难题,为3号机组顺利投产发电奠定了坚实基础。