



建纬律师文库

未雨绸缪控风险

施工合同证据“两分法”及管理“三要诀”

朱树英 著



知识产权出版社

全国百佳图书出版单位



建纬律师文库

未雨绸缪控风险

施工合同证据“两分法”及管理“三要诀”

—— 朱树英 著 ——



知识产权出版社

全国百佳图书出版单位

图书在版编目 (CIP) 数据

未雨绸缪控风险：施工合同证据“两分法”及管理“三要诀” / 朱树英著.

—北京：知识产权出版社，2018. 11

(建纬律师文库)

ISBN 978 - 7 - 5130 - 3801 - 0

I. ①未… II. ①朱… III. ①建筑施工—合同纠纷—处理—中国 IV. ①D923. 64

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2018) 第 250692 号

责任编辑：齐梓伊 雷春丽

责任印制：刘译文

封面设计：张悦

未雨绸缪控风险

——施工合同证据“两分法”及管理“三要诀”

朱树英 著

出版发行：知识产权出版社有限责任公司 网 址：<http://www.ipph.cn>

社 址：北京市海淀区气象路50号院

邮 编：100081

责编电话：010-82000860 转 8176

责编邮箱：qizi2004@qq.com

发行电话：010-82000860 转 8101/8102

发行传真：010-82000893/82005070/82000270

印 刷：北京嘉恒彩色印刷有限责任公司

经 销：各大网上书店、新华书店及相关专业书店

开 本：720mm×1000mm 1/16

印 张：48.25

版 次：2018年11月第1版

印 次：2019年2月第2次印刷

字 数：686千字

定 价：178.00元

ISBN 978 - 7 - 5130 - 3801 - 0

出版权专有 侵权必究

如有印装质量问题，本社负责调换。

序

党的十九大报告指出，中国特色社会主义进入新时代，我国经济已由高速增长阶段转向高质量发展阶段，正处在转变发展方式、优化经济结构、转换增长动能的攻关期。对于我国建筑业来说，其规模快速扩张带来的发展，正在成为过去时，传统的建筑业面临着前所未有的机遇和挑战。

改革开放40年来，我国建筑业作为国民经济的支柱产业快速发展，建造能力不断增强，产业规模不断扩大，国际市场开拓稳步增长。但建筑业仍然存在大而不强的问题，作为传统产业还没有完全摆脱粗放型的发展方式，并且存在一定的“重技术、轻管理”现象，在项目管理水平、企业内部合规风控、工程建设组织方式等方面与国际上先进的承包商相比还有一定差距。作为建筑企业参与国内外市场竞争的核心能力，管理能力上的差距不仅限制了我国建筑业的健康发展和转型升级，也不利于我国建筑企业“走出去”参与国际工程建设。

因此，面对我国经济发展的新常态以及“一带一路”倡议的大背景，建筑业之前粗放型的管理模式已不再适应，企业在管理和技术方面的实力成为市场竞争获胜的关键。只有切实加强自身管理能力，提高诚信履约、依法经营、风险防范的意识，遵守法律和国际规则，建筑企业才能有效应对市场新情况和建筑业改革带来的机遇和挑战。然而，工程建设领域由于法律法规繁多、牵涉众多市场主体、建设过程长期复杂等特点，做好全过程的合同履行管理，尤其是涉及专业法律知识和法律运用能力的履约证据管理，对于一般建筑企业来说并不容易。除建立内部制度，切实提高企业

的相关管理能力外，还特别需要专业法律人的帮助。

朱树英律师作为建设工程法律实务领域的知名专家，在这一领域深耕多年，始终站在专业前端，其专业能力和水平有目共睹。更为难得的是，他长年坚持著书撰文，将自己的经验和研究在行业中分享，这本《未雨绸缪控风险——施工合同证据“两分法”及管理“三要诀”》可以说是恰逢其时，为建筑企业了解相关法律知识、提升履约管理能力提供了鲜活易懂、切实有效的教材。

本书的独到之处可以归纳为如下三点：第一，专业性。本书融会了朱律师多年来的办案经验以及对建设工程行业的深刻理解，不仅深入浅出地介绍了法律专业知识，更注重与最新的国际和国内行业实践相结合，包括梳理了国内《建设工程施工合同（示范文本）》以及2017版《FIDIC设计采购施工（EPC）/交钥匙工程合同条件》的签证索赔条款，为建筑企业履约证据管理提供了专业性的指导；第二，全面性。本书虽然从履约证据管理切入，却涵盖了工程履约管理中方方面面的知识，并对众多知识点进行梳理和深入且贴合实际的 analysis，包括总结先进施工企业多达691项的合同履约证据目录清单，其深度和广度在市场上较为少见。第三，实用性。本书以为企业解决履约证据管理中的实际问题为主线，在表达上通俗易懂、言简意赅，在编排上理论与实践相结合，并辅以大量亲自办理的案例和实例，针对国内建筑企业现阶段履约证据管理的特点“对症下药”，可作为企业日常使用的工具书。以上这些独到之处得益于朱律师丰富的工作经历，他在大型建筑施工企业从业28年，并担任建设工程和房地产专业律师26年，同时也是住房和城乡建设部建筑市场监管司多年的法律顾问。这些经历和朱律师务实敬业的专业精神，以及对本职工作的执著和热爱，造就了他在本书中所体现的深厚的法律功底和行业积累。

我国建筑业正处在转型升级的关键时期，如何加强建筑企业的管理和技术能力，提升建筑企业的综合竞争力是业界都在思考的问题。可以说，本书的出版是非常及时和有益的。朱律师作为本领域实践的先行者，将自己多年来积累的经验和研究进行分享，以飨读者，为国内建筑企业的履约管理提供行之有效的指导方法。我相信，无论是广大建筑企业的管理和法务人员，还是本行业的律师和其他从业者等都能从本书中收获颇丰。我也衷心地希望本书能为建筑企业的履约管理提供切实有效的帮助，真正为企业所用，为企业带来价值。

吴慧娟

中国建筑业协会副会长

2018年10月

前 言

设置一门施工企业合规和风控的应用课程

朱树英

我之所以要以《未雨绸缪控风险——施工合同证据“两分法”及管理“三要诀”》为题，撰写有关建设工程施工合同的履约证据及其管理的专著，原因在于：自己在建筑施工企业从业28年并担任建设工程和房地产专业律师26年的执业生涯中，经手了众多的建设工程案件，也从办案的成败得失积累了相应的经验教训。在办案实践中，我作为办案律师需要的证据，当事人能按我的要求提供的并不多。大多数情况是，当事人的履约证据及其管理存在很多缺陷，有时甚至该有的证据无法提供或者基本没有，最终因证据缺失、举证不能而导致案件失利甚至完全败诉，尤其是本不该输的案件输了，当事人自身合法权益因此受到极大损失。我有感于此，每每觉得施工企业的证据认知能力和证据管理能力亟待提高。由于广大施工企业缺乏专业的法律人才、管理人员欠缺专门的证据法律知识，而有关证据的法理、学理及相应的法律规定，对于施工企业而言，高深莫测，令人费解。因此，施工企业基于合规和风控的要求，迫切需要结合施工合同履行证据的管理实践，通过典型案例总结成败得失的经验教训，建立施工企业履约证据及其管理的应用课程。

施工企业的经营管理符合法律规定、遵守合同及企业规章制度的管理体系即合规，不合规是企业第一大法律风险；控制法律风险则是指以企业

切实、有效的管理体系控制可能造成损失或损害的法律后果，简称风控。合规和风控已成为整个建筑行业依法经营的前提。为协助施工企业在施工合同履行过程中有效控制因证据管理失误带来的法律风险，本书在施工企业行稳致远的经营需求基础上应运而生。

证据的重要性不言而喻，它是决定案件成败的关键。实践中证据管理意识的薄弱，使市场地位本就弱勢的施工企业在遭遇诉讼、维护合法权益时总是举步维艰。于是，企业自上而下提高对证据的重视程度，加强履约证据管理，将履约证据管理作为企业法务部门的主要职责，不仅可使施工企业在发生纠纷时通过相应证据获得主动地位，也有利于减少施工合同履行过程中产生的纠纷，促成合同纠纷圆满解决，避免或减低给施工企业造成的损失，保障工程款的顺利结清，进而提高施工企业的生产力。

然而，欲加强证据管理，实现履约证据管理成果与诉讼案件有效对接，抑或将证据变成真正的法律武器实现“不战而屈人之兵”的愿望，施工企业首先需要全面掌握施工合同证据“两分法”及管理“三要诀”，同时还要格外注意建设工程相关法律关系的诉讼时效和除斥期间，否则对证据管理得再完备也无济于事。有鉴于此，笔者将通过正反两个角度分享深耕建筑行业多年实践中总结的经验，旨在强化当事人的证据认知和证据意识，提高当事人对证据形成、搜集、固定、分类、保管及运用的管理能力，增强自身权益保护意识以避免因证据问题引起的不利后果，以期对施工企业的合同管理和履约证据管理有所裨益。

本书分为上、中、下三篇。上篇为“证据篇”——施工合同履行证据的“两分法”；中篇为“管理篇”——施工合同履行证据管理的“三要诀”；下篇为“时效篇”——施工合同履行证据管理的重点和难点。其中，上篇“施工合同履行证据的‘两分法’”共计20篇文章。我以20万字的连续篇幅，通过典型案例，结合施工合同的履约实际和司法实践，从

施工企业证据认知的成败经验教训以及民事诉讼证据分类的言词证据、实物证据两大板块，对《民事诉讼法》第63条规定的八种证据——当事人陈述、书证、物证、视听资料、电子数据、证人证言、鉴定意见、勘验笔录的定义、在司法实践中的作用、认知要点及适用方法一一进行了详细的梳理和解析。

中篇“施工合同履行证据管理的‘三要诀’”，通过总结现实案件的成败得失以提供履约证据管理的对策和措施，即证据管理的“三大意识”“三项落实”以及“三个环节”。三个板块共20篇文章，30万字。其中，第21至26篇共6篇围绕第一板块的“三大意识”，第27至32篇共6篇围绕第二板块的“三项落实”，第33至40篇共8篇围绕第三板块的“三个环节”。这部分内容中，总结了先进施工企业多达691项的合同履约证据目录清单，使人振聋发聩；梳理了2017版《建设工程施工合同（示范文本）》45项签证和46项索赔条款，可作为合同交底切实可行的“联络图”；详细介绍了最新的2017版国际通用《FIDIC设计采购施工（EPC）/交钥匙工程合同条件》中变更签证和索赔的规定，可成为重要的学习、借鉴国际惯例的“他山之石”。因此，中篇“施工合同履行证据管理的‘三要诀’”是全书的重点内容。

下篇“施工合同履行证据管理的重点和难点”由12篇文章组成，共15万字。分为三个板块，第一板块主要介绍了诉讼时效法律制度以及期限的定义、分类、要件构成以及立法的变化，第二板块通过典型案例对施工合同主要条款的工期、质量、造价以及侵权赔偿诉讼时效的复杂性、相对性、特殊性和连带性，做了介绍，第三板块则分析了法律规定和施工合同约定有关除斥期间制度的相关问题。下篇围绕证据管理中诉讼时效和除斥期间两大重点和难点展开，结合施工合同证据管理中存在的问题，通过梳理并介绍最新的法律规定，把长期以来困扰施工企业的诉讼时效和除斥

期间的相关疑难问题一一做了剖解。

本书依据上述构思框架和体例安排，采取证据理论结合管理实践的编写方法，力图以通俗易懂、言简意赅的文字表达，使本书成为施工企业提高合规和风控能力的得力帮手，成为加强施工合同履行证据管理的有用工具。

《礼记·中庸》有云：“凡事预则立，不预则废。”由于广大施工企业长期以来的粗放管理，致使企业施工合同履行证据管理能力欠缺，这成为企业法律合规与风控管理能力的一块明显短板；更因为已有的法律图书中缺乏专门针对施工企业的、结合施工合同履行证据管理实践的工具书，本书如果能够填补这一缺漏，就了遂初衷了。

本书的起草、修改、完善、定稿等过程都倾注了我的律师助理团队的共同协助和不懈努力。我的助理张维帆、张春玲、戴儒杰、刘思侯律师和石鹏助理在其中发挥了重要的作用，我要表示由衷的感谢；我的助理谢玮律师组织了全稿的两次校对工作，王馨苾、何郁宁、邢冠华、张莹琳、陈佳佳律师和沈哲馥、关春玲助理也参加了搜集资料，起草、校对文稿等具体工作，在此也一并表示感谢。

本书法律法规司法解释等规范性文件 全简称对照表

(以在书中出现的先后为序)

序号	全称	简称
1	《中华人民共和国民事诉讼法》	《民事诉讼法》
2	《中华人民共和国合同法》	《合同法》
3	《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》	《证据规定》
4	《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(二)》	《建设工程司法解释(二)》
5	《中华人民共和国公司法》	《公司法》
6	《中华人民共和国招标投标法》	《招标投标法》
7	《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》	《建设工程司法解释》
8	《建设工程施工合同(示范文本)》 (GF—1999—0201)	1999版《建设工程施工合同(示范文本)》
9	《建设工程施工合同(示范文本)》 (GF—2013—0201)	2013版《建设工程施工合同(示范文本)》

续表

序号	全称	简称
10	《建设工程施工合同（示范文本）》 (GF—2017—0201)	2017版《建设工程施工合同（示范文本）》
11	《中华人民共和国建筑法》	《建筑法》
12	《建筑地基基础设计规范》 (GB 50007—2002)	《建筑地基基础设计规范》
13	《中华人民共和国标准施工招标文件 (2007年版)》	《标准施工招标文件》
14	《中华人民共和国侵权责任法》	《侵权责任法》
15	《中华人民共和国民法通则》	《民法通则》
16	《中华人民共和国民法总则》	《民法总则》
17	《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》	《民诉解释》
18	《最高人民法院关于未经对方当事人同意私自录音取得的资料能否作为证据使用问题的批复》	《录音资料批复》
19	《建设工程造价鉴定规范》 (GB/T 51262—2017)	《造价鉴定规范》
20	《建设工程司法鉴定程序规范》	《鉴定程序规范》
21	《建设工程施工合同（示范文本）》 (GF—1991—0201)	1991版《建设工程施工合同（示范文本）》
22	《中华人民共和国招标投标法实施条例》	《招标投标法实施条例》
23	《中华人民共和国邮政法》	《邮政法》

续表

序号	全称	简称
24	《中华人民共和国刑法》	《刑法》
25	《中华人民共和国海商法》	《海商法》
26	《中华人民共和国保险法》	《保险法》
27	《中华人民共和国政府采购法》	《政府采购法》
28	《中华人民共和国行政复议法》	《行政复议法》
29	《中华人民共和国行政复议法实施条例》	《行政复议条例》
30	《中华人民共和国行政诉讼法》	《行政诉讼法》
31	《中华人民共和国税收征收管理法》	《税收征收管理法》
32	《中华人民共和国反垄断法》	《反垄断法》
33	《中华人民共和国担保法》	《担保法》
34	《中华人民共和国物权法》	《物权法》

目 录

上篇 施工合同履行证据的“两分法”

- 3 导言 本篇必备法律背景知识
- 11 1. 从为上海市迪士尼游乐项目提供履约过程签证索赔法律服务，看积累证据维护施工企业合法权益的极端重要性
- 19 2. 从北京市新万寿宾馆追欠索赔案看何以做到律师需要什么证据，当事人就能够提供相应证据
- 28 3. 从上海市“比萨斜楼”案看被告自认没有证据导致败诉的教训
- 39 4. 从6068万元反诉被驳回看签证索赔书证的搜集和形成
- 49 5. 从上海市锦江北楼下沉2.6米看书证水准点取定的专业性
- 60 6. 再看北京市新万寿宾馆追欠索赔书证每周例会纪要的四不原则
- 72 7. 上海市“欢乐谷”侵权赔偿案当事人以书证隐蔽工程验收单自证无过错

- 84 8. 从被索赔 3032 万元看未及时办理工期顺延签证的教训
- 93 9. 从原上海市高级人民法院办公楼院施工外墙面砖白度争议看物证与封样
- 103 10. 从浙江省绍兴市平整土地触碰古墓案看视听资料使用的实务操作
- 112 11. 从上海市某建设集团工程款结算看证据电子数据的操作
- 125 12. 从实际施工人许某某新疆工程中途退场纠纷案看证据勘验笔录的内容、特征及作用
- 135 13. 从上海市锦浦大厦水泥质量纠纷看对物证勘验笔录的质疑
- 146 14. 从二审查回重审 1439 万元违约金改判案看不可小觑的当事人陈述
- 159 15. 证人“任性”导致温州市某别墅案败诉看证人证言及使用规则
- 168 16. 从天津市高级人民法院二审改判案看证据鉴定意见的合法性原则
- 183 17. 再从上海市“比萨斜楼”案看诉前自行委托鉴定的法律效力
- 193 18. 从福建省高级人民法院发回重审工程案看二审启动司法鉴定的实务操作

- 202 19. 金大元公司忽视鉴定意见形成过程导致案件败诉的教训
- 215 20. 宁波市中级人民法院不采信鉴定意见凸显对“以鉴代审”的司法管控

中篇 施工合同履行证据管理的“三要诀”

- 227 导言 证据管理“三要诀”之核心要点
——“三大意识”和“三项落实”
- 237 21. 中建八局以“合同、合规、证据”三大意识提升履约证据管理的成功经验
- 248 22. “三大意识”指导总结 691 项合同履行证据清单应大力推广
- 289 23. 发包人仅拖欠一个月的工程进度款，引发 2803 万美元的重大国际工程索赔案件
- 300 24. 也从 6068 万元反诉工期违约金被驳回看工期索赔证据适时提出的重要性
- 311 25. 应高度重视 2017 版《建设工程施工合同（示范文本）》签证、索赔规定及其证据管理
- 348 26. 他山之石，可以攻玉：2017 版 FIDIC 银皮书签证与索赔的新规定
- 386 27. 从“垃圾堆里找寻证据”案看构建履约证据的部门、制度、人员“三项落实”管理机制的重要性

- 407 28. 从上海市普陀区城投公司借款担保案意外胜诉看落实证据送达制度的管理要求
- 420 29. 也从福建省高级人民法院发回重审工程案看企业有必要建立提起司法鉴定的管理制度
- 435 30. 从上海市浦东区某工程质量纠纷处理看加强诉前鉴定管理的重要现实意义及其实务操作
- 449 31. 从中建某公司本诉、反诉共 24 亿元标的的工程纠纷案看如何落实对搜集鉴定材料人员的管理
- 465 32. 从上海市第一中级人民法院审理工程总承包案的五项司法鉴定, 看工程总承包合同证据管理的新要求
- 478 33. 企业证据管理实务操作的定人专管、合同交底和过程检查“三个环节”的现实意义
- 492 34. 担任上海建工集团索赔项目评委, 感受“三个环节”中“定人专管”之魅力
- 501 35. “勤于签证、精于索赔”八字方针对“合同交底”的重要意义
- 515 36. 再从北京市新万寿宾馆案看强化“合同交底”及时办理设计缺陷签证的成功经验
- 529 37. 杭州市中强案承包人加强“过程检查”工期顺延签证和损失索赔管理带来突出成效