常设中国建设工程法律论坛

**建设工程施工合同纠纷鉴定指引**

**序言：**

建设工程纠纷案件事实认定通常较为复杂，无论是诉讼还是仲裁往往需要借助工程鉴定查明与工程造价、质量和工期等有关的问题。工程鉴定的积极和重要作用毋庸置疑，但实践中其暴露的各种问题也引起了广泛关注。如何提高鉴定工作效率和质量，成为法官、仲裁员、鉴定人、律师及当事人面临的共同课题。

中国建设工程法律沙龙和《中国建设工程法律评论》编委会组织了第二工作组对建设工程施工合同纠纷中的鉴定问题做了前期研究，并于2015年11月29日形成了《当前建设工程案件中鉴定程序存在问题的解决方案初探》（《初探》）。本《建设工程施工合同纠纷鉴定指引》由常设中国建设工程法律论坛第五工作组成员在《初探》研究成果的基础上形成，对建设工程鉴定进行了系统性地梳理，期望引导规范鉴定程序、提高鉴定与案件审理质量和效率。

第五、第二工作组成员慷慨无私地为这项有意义的工作奉献了时间和精力，我们对两工作组成员的调研工作表示最衷心的感谢。

第五工作组成员如下（按照姓氏拼音顺序）：

曹文衔北京市天同（南京）律师事务所高级顾问

常宏磊石家庄仲裁委员会副秘书长

陈建中国仲裁法学研究会副秘书长

陈旻北京市金杜律师事务所顾问

丁建勇北京仲裁委员会、北京国际仲裁中心秘书一处处长

董连和深圳仲裁委员会副主任

樊奇娟深圳仲裁委员会科长

高印立北京采安律师事务所顾问

李明友淮南仲裁委员会秘书长

陆春玮上海仲裁委员会副秘书长

罗有才江苏省高级人民法院审监三庭审判员

亓培冰上海市方达（北京）律师事务所顾问

孙巍北京市中伦律师事务所合伙人

汤雷北京市天同（南京）律师事务所高级顾问

王峰北京市天同（南京）律师事务所主任

王先伟上海市建纬律师事务所合伙人

许海峰上海建工集团股份有限公司企业管理部总经理、法务部主任

姚瑶深圳仲裁委员会秘书

岳建明河北建设集团股份有限公司法律事务部部长

周利明宁波市北仑区人民法院审判员

**正文：**

**目的：**引导规范鉴定程序、提高鉴定与案件审理质量和效率

**主要内容：**

一、 鉴定程序的启动

二、 委托鉴定前的相关事项

三、 鉴定机构及鉴定人员的选定

四、 鉴定费用

五、 鉴定阶段当事人及其代理人、鉴定人员与裁判者的协作

六、 鉴定意见及其质证与采用

七、 当事人单方委托鉴定

**第一部分：鉴定程序的启动**

1.（鉴定申请的提出）在确定哪一方当事人应当申请鉴定时，裁判者应主要考虑举证责任的分配。原则上对需要鉴定的事项负有举证责任的一方当事人应当申请鉴定。

2.（对鉴定申请人的释明）当事人应当申请鉴定而没有提出申请时，建议裁判者行使释明权。经释明后当事人仍未申请鉴定，或者虽申请鉴定但未缴纳有关费用、在裁判者指定的期限内无正当理由未提交鉴定必需资料、未配合现场勘验，或者未提供其他必要协助导致鉴定程序无法进行的，裁判者可依据现有证据及法律规定径行裁判。当事人经释明提出鉴定申请的，建议裁判者向申请人进一步提示：鉴定意见作为证据，仍存在不被采信或者不被完全采信的风险。

3.（依职权委托鉴定）当事人未申请鉴定，但是裁判者认为待证事实属于专门性技术问题，且属于有关法律、司法解释规定所需要的证据的，可依职权委托鉴定。

4.（鉴定申请的提出时限）鉴于建设工程案件的复杂性，建议裁判者综合考量涉案工程性质、范围、标的额大小、承包方式以及可能影响当事人提出鉴定申请的其他因素，对申请鉴定的时间予以灵活处理。理想的处理方式是：在争议焦点确定和举证责任明确分配以后再设定鉴定申请的时限，尽量避免在待证事实还未确定的情况下起算鉴定申请时限，损害当事人的申请鉴定权利，也影响对案件基本事实的查明。

5.（诉讼二审中鉴定申请的处理）当事人在诉讼二审程序中申请鉴定的，建议裁判者根据一审中当事人是否正确行使诉权以及一审未能提出鉴定申请是否可归责于当事人的不同情况予以处理：如一审中当事人提出过鉴定申请但被不当驳回，则可以将案件发回一审重审；如一审中负有举证责任的当事人经释明后未申请、或者虽申请鉴定但无正当理由未及时预缴鉴定费用、未提供其他必要协助导致鉴定程序无法进行的，则可视为其在一审中已经放弃鉴定申请，不应再次启动鉴定程序；案件符合依职权鉴定条件而在一审未予鉴定的，裁判者应考虑将案件发回重审。

6.（鉴定申请书的基本形式和内容）建议当事人以书面形式提出鉴定申请，鉴定申请需明确鉴定目的、鉴定事项、鉴定范围、鉴定依据等基本内容。

7.（工程质量鉴定中的修复方案和修复费用鉴定）当事人在申请工程质量鉴定时，可以就修复方案和修复费用一并提出鉴定申请；也可以在后续审理中，根据已查明的质量问题的具体情况，再行提出对该质量问题的修复方案以及修复费用的鉴定申请，以确保其索赔的理据充分，也便于裁判者的裁判。建议裁判者充分体谅和理解当事人分阶段提出鉴定申请的合理性。

8.（鉴定申请的审查要点）裁判者对当事人提出的鉴定申请，建议重点审查以下方面：

（1）申请鉴定的事项是否属于待证事实。如果是，一般应尊重当事人申请鉴定的权利；如果不是，或者与待证事实及争议问题无关，裁判者宜及时释明理由，并给予当事人充分发表意见的机会；

（2）鉴定申请人的对方当事人是否同意进行鉴定。如不同意，则应充分说明理由，必要时还应提供相应证据；

（3）双方当事人对鉴定申请书主要内容（主要包括鉴定范围、鉴定方法、鉴定依据）的意见；

（4）对于鉴定所需的基础性技术资料及双方相应证据如何进行审查和质证。

**第二部分：委托鉴定前的相关事项**

9.（确定鉴定事项的一般原则）建议裁判者在确定鉴定事项时，遵循以下原则：第一，关联性原则。委托鉴定的事项应当与当事人所争议的待证事实具有关联性，能够达到证明待证事实的目的；第二，可行性原则。鉴定事项应当属于能够通过鉴定得出结论的事项，以及不存在鉴定程序难以实施的客观障碍；第三，鉴定范围最小化原则。裁判者在委托鉴定前应尽量排除无争议项，只对有争议项进行鉴定。建议对待证事实能不通过鉴定就可以确定的，则不作鉴定；能够进行部分鉴定的，则不进行全部鉴定；必须通过鉴定才能确定的，应当事先做好鉴定方法、鉴定依据的论证与确认，事先认定鉴定必需的基础性技术资料；第四，鉴定过程参与原则。鼓励鉴定人员提供鉴定程序的中间成果；鼓励当事人对鉴定人员提供的中间成果充分发表意见，尽可能地减少鉴定次数，严格限制重复鉴定。

10.（鉴定必要性的释明）经审查发现具有下列情形之一的，建议裁判者就鉴定的必要性向申请人释明：

（1）竣工结算报告发包方已经委托有资质的第三方进行审核并有双方认可的审定文件的，但有证据证明审定文件并非当事人真实意思的除外；

（2）双方当事人已完成工程价款结算，结算报告已经双方认可，或者双方已经就工程结算价款或者欠付工程价款数额达成一致，签订结算协议的，但有证据证明前述结算报告或结算协议并非当事人真实结算意思的除外；

（3）合同约定，逾期不进行或不完成结算审核，视为一方当事人认可结算结果，或者在约定期限内对对方提出的审核意见不持异议，视为一方当事人认可结算审核意见，且有证据证明上述视为认可的条件已经成就的；

（4）合同为固定总价合同，在合同履行过程中原承包范围（指工程项量、质量标准等）未发生变化，或者变化未超出法律规定或合同约定的承包人应承担的风险范围的；

（5）合同约定以行政审计结论作为结算结果且审计结论已出具的，但有证据证明行政审计结论违反法律规定或合同约定的除外；

（6）根据现有证据，裁判者认为足以能够确认或者计算争议工程价款的。前述可能影响鉴定程序必要性的核心文件的真实性和合法性应作为裁判者审查的重点之一。

11.（已经行政审计的工程价款鉴定申请）对于政府投资并已经过行政审计的项目，当事人申请对工程争议价款进行鉴定的，如争议双方未约定以行政审计结论作为结算工程款依据，且不存在本指引第 10条所列其他情形的，裁判者一般应同意当事人的鉴定申请。

12.（合同约定以行政审计结论作为结算结果的例外情形）合同约定以行政审计结论作为结算结果，但是因不可归责于承包人的原因，致使行政审计未能在合理期限内实施，或者行政审计机关未能在合理期限内出具审计结论，或者有证据证明行政审计结论违反法律规定或合同约定，且不存在本指引第10条所列情形，当事人申请对工程争议价款进行鉴定的，裁判者一般应同意鉴定申请。

13.（工期鉴定的启动）在启动工期鉴定程序之前，建议裁判者对工期是否存在延误进行初步认定。原则上只有在初步认定存在工期延误，但难以判定工期延误责任主体或者难以确定具体延误时间的情况下，才宜启动工期鉴定程序。

14.（对鉴定申请的及时决定）建议裁判者结合案情及时对当事人的鉴定申请和异议进行合议，决定是否进行鉴定，并及时通知当事人。

15.（鉴定所需材料的进一步提交）做出鉴定决定后，在征求鉴定机构和鉴定人员意见的基础上，裁判者应给予双方当事人合理时间进一步提交鉴定所必需的证据材料。

16.（鉴定参考资料及其提交）某些情况下，鉴于涉案工程技术的特殊性，当事人可在证据材料之外，在鉴定程序进行中向鉴定机构、鉴定人员和对方当事人提供有助于鉴定实施的技术参考资料，但鉴定参考资料宜仅限于有关涉案工程的专业技术标准、规范，其内容应可公开查询，且来源于独立第三方。鉴定参考资料不应作为鉴定依据。

17.（鉴定所需材料的准备）建议双方当事人及其代理人全面、完整地整理鉴定所需要的证据资料。若案情复杂、资料众多，当事人可以考虑另行聘请鉴定专业人员协助整理，以便于鉴定工作顺利推进。

18.（鉴定所需基础性材料的真实性、关联性审查）裁判者在委托鉴定之前，应尽可能地缩小当事人对证据真实性、关联性的争议范围，将最终仍然存在争议的要点记载在笔录中，提供给鉴定机构。鉴定机构应按照各方不同的争议主张分别出具鉴定意见，并列入争议项中，由裁判者综合案件整体事实进行最终取舍。但是如果关于材料关联性的争议仅涉及专门性问题，且鉴定机构能够说明相应理由的，可无需按照各方不同的争议主张分别出具鉴定意见。

19.（鉴定所需基础性材料质证效率的提高）建议法官、仲裁员安排当事人及其律师通过自行核对鉴定材料（鉴材）等方式最大限度减少庭审质证时间，提高案件审理效率。在此情况下，需要争议各方当事人及其律师诚信配合。也可以由裁判者主导对基础证据进行质证，如合同、补充协议、开竣工报告等；对专业技术资料如施工图纸、签证单、预算书等，可授权鉴定机构组织双方当事人质证并及时确认，避免裁判者因对专业技术资料的不熟悉而导致的质证无效率。裁判者应引导鉴定机构围绕证据的真实性、合法性、关联性和证明力的有无、证明力的大小进行质证，并注重异议内容的整理。

**第三部分：鉴定机构及鉴定人员的选定**

20.（对鉴定机构和鉴定人员的释明）建议裁判者在选择鉴定主体时不仅要关注鉴定机构的适格性，更应重视鉴定人员的能力和适格性对鉴定程序、鉴定质量的直接影响。建议裁判者在委托鉴定时，释明在鉴定程序、鉴定行为以及出庭接受质询等方面对鉴定机构、鉴定人员的要求及相应的法律后果。

21.（当事人合意优先）鉴定机构的选择应最大程度尊重当事人的意见。待选定的鉴定机构应不受地域限制。裁判者同意当事人鉴定申请或者依职权启动鉴定后，应当先由双方当事人选定具有相应资质的鉴定机构，或者向当事人提供一定数量的鉴定机构的名单，由双方当事人共同选定，无法达成一致的，再由裁判者依照双方当事人有权参与的公平公正公开的程序（如摇号、抽签）指定。

22.（选定鉴定人员）建议在确定鉴定机构以后，裁判者应要求鉴定机构尽快书面提交拟指派鉴定人员名单及其简历，并转交争议各方。争议各方及其代理人应尽快就鉴定人员是否回避以及鉴定人员的履职能力等发表意见。

23.（修复方案鉴定人员选择的特殊要求）在工程质量鉴定中涉及工程修复方案的鉴定时，建议选择设计资质不低于案涉工程原设计单位资质的鉴定机构。原设计单位同时具有相应鉴定资质的，一般应优先选择。

**第四部分：鉴定费用**

24.（鉴定费用确定方式）建议在裁判者参与下，由当事人根据鉴定事项与鉴定机构协商确定鉴定费用，鉴定机构应对鉴定费用的合理性做出说明。在当事人之间不能就鉴定费用达成合意的情形下，尽可能引入就个案鉴定事项的鉴定费用竞价机制，避免鉴定机构与鉴定申请人自行合意的鉴定费用确定方式，以防止出现因鉴定费用高低而对鉴定意见产生干扰的可能。

25.（鉴定费用交纳的释明）确定鉴定费用后，裁判者应及时通知一方或者双方限期将鉴定费用预交至法院或者仲裁机构，并释明因不交费导致鉴定不能的不利后果。当事人的代理人应将法院、仲裁机构通知交费的相关事宜及时向当事人予以说明和解释，防止因当事人不及时交费导致的不利后果。

26.（鉴定费用最终承担责任分配）对鉴定费用的最终承担责任的分配，建议裁判者考虑当事人的举证责任、主张金额与认定金额的比例等因素予以决定。

**第五部分：鉴定阶段当事人及其代理人、鉴定人员与裁判者的协作**

27.（鉴定准备会）确定鉴定机构后，建议组织由裁判者、鉴定人员、当事人及其代理人共同参加的鉴定准备会，以便高效推进鉴定工作。鉴定准备会的主要目的和内容可以包括以下方面：第一，鉴定人员提出需要双方提供的鉴定资料并向裁判者建议提交的时限，由裁判者征求争议双方意见后确定；第二，对于双方存在争议的鉴定资料，裁判者在听取争议各方和鉴定人员意见后，决定是否作为鉴定依据；第三，裁判者就鉴定范围、鉴定标准和方法听取争议各方和鉴定人员意见，并作决定；第四，裁判者要求鉴定人员指定鉴定期限和鉴定步骤，并听取争议各方和鉴定人员意见后，做出决定。

28.（鉴定方法确定的一般规则）建议鉴定方法的确定遵循以下规则：第一，裁判者在听取争议各方当事人意见以及鉴定人员对鉴定方法可选择性的意见以后决定鉴定方法。鉴定方法不宜由鉴定机构自行、径行决定；第二，当鉴定涉及较为复杂的专业技术方法时，裁判者可以考虑寻求专家辅助人协助确定鉴定方法；第三，在工程造价鉴定中，当事人之间的结算约定是否有效或多个不一致的结算约定如何采信，应由裁判者决定，鉴定机构或鉴定人员不得擅自否定、变更当事人之间的结算约定，或擅自对不一致的结算约定做出选择，也不得径行采用定额或当事人约定之外的其他方法结算；第四，在合同没有约定或约定不明的情况下，鉴定机构在经裁判者要求或同意的前提下可以遵循行业惯例，参照签订建设工程施工合同时当地建设行政主管部门发布的计价方法或者计价标准进行鉴定。

29.（多个鉴定技术方法确定的规则）针对某一鉴定事项，在当事人未约定或适用的工程技术规范未规定唯一鉴定技术方法的前提下，裁判者应要求鉴定人员事先就该鉴定事项是否存在两个或两个以上鉴定技术方法，以及多个鉴定技术方法可能对鉴定意见产生的影响差异做出技术性说明，并就具体鉴定技术方法的选择征求争议双方当事人的意见。当事人合意选择同一鉴定技术方法的，鉴定人员不得变更；当事人无法形成合意的，裁判者可要求鉴定人员对鉴定技术方法的选择提出建议，并说明理由，记录在案，裁判者可授权鉴定人员按其选择的鉴定技术方法实施鉴定。

30.（对鉴定过程的监督与协调）建议裁判者在以下方面对鉴定过程予以监督与协调：第一，对鉴定人员的鉴定工作及时督促，必要时可以发出督促函，要求鉴定人员按期完成鉴定工作；第二，对于当事人根据鉴定需要补充提供的证据组织质证，做出是否采纳的决定或者做出分别鉴定的决定；第三，对于鉴定人员根据专门技术知识或经验不能认定的争议项，及时给予认定或做出其他处理决定；若暂时无法决定，可要求鉴定人员作为争议项在鉴定意见中特别列明；第四，可建立鉴定通报制度，定期由鉴定人员向裁判者及各方当事人通报鉴定工作进展、目前出现的问题、下一步计划及需要裁判者协调处理的事项。

31.（未竣工工程质量鉴定）对未竣工工程启动质量鉴定的，建议有关当事人做好成品保护，防止因为后续质量鉴定、修复方案鉴定及修复费用鉴定程序的实施造成对已完工程的质量损害。

32.（对修复方案的鉴定）建议裁判者关注修复方案鉴定的下列问题：第一，一般而言，修复方案有多种，应尽量采用接近原设计、经济、合理的修复方案，避免过度修复造成不必要浪费的情况；第二，鉴定机构不是原设计单位的，修复方案的出具应尽可能征询原设计单位和原设计人的专业意见；第三，必要时可以借助专家辅助人确定合理的修复方案；第四，修复方案应具体、明确，可以作为后续进行修复施工以及修复费用鉴定的依据。

**第六部分：鉴定意见及其质证与采用**

33.（争议事项的法律判断）鉴定机构在鉴定过程中发现当事人双方对施工合同效力、涉及质量工期和价款结算的依据和标准、签证文件的真实性及效力、举证责任分配、应否让利、奖惩、缴纳管理费等问题存在争议的，应及时告知裁判者。裁判者对上述争议可以做出明确认定的，应当及时做出认定，鉴定机构应当依据裁判者的认定继续鉴定；裁判者暂时无法做出明确认定的，鉴定机构可按双方各自主张出具两种鉴定意见，亦可将部分争议鉴定后列入鉴定意见的争议项，由裁判者最终裁决判定。

34.（对鉴定意见及其论证的基本要求）工程鉴定具有很强的专业性，鉴定意见的论证过程是否充分，直接影响裁判者和当事人对鉴定意见的理解、质证和采纳。鉴定意见的论证不应出现：第一，模棱两可或自相矛盾。工程鉴定应力求严谨，鉴定意见中不应出现论证和结论不一致、论证过程相互矛盾、模棱两可的情形。第二，数据不清、计算过程不完整或不明确。数据是工程鉴定的基础，鉴定意见中不应出现数据不清晰、计算过程不完整或不明确，或者数据和计算结果相悖的情形。

35.（鉴定过程释疑与鉴定意见出具）鉴定应由经裁判者确认的并具备相应资质的鉴定人员进行，鉴定意见应当由该鉴定人员制作，鉴定人员本人应负责澄清、解答裁判者、当事人及其代理人以及专家辅助人的疑问或质疑。

36.（鉴定意见初稿的意见征询）为了避免鉴定人员出具正式鉴定意见后双方当事人发生较大争议，裁判者可要求鉴定人员先出具鉴定意见初稿（征询稿）交双方当事人进行核阅并提出意见。鉴定人员应就当事人的意见做出明确的书面回复，并确定是否需要对鉴定意见初稿进行相应修正。对于争议点较多的鉴定意见，可以考虑逐步、多次出具征询稿，由当事人发表书面质证意见，以利于缩小争议范围。

37.（对鉴定意见的质证）建议裁判者组织双方对鉴定意见或其初稿进行充分、全面质证。裁判者在对鉴定意见组织质证时应注意需就当事人提出的各项异 议进行逐项质证，并听取鉴定人员的意见。

38.（鉴定人员出庭接受质询）建议裁判者、当事人及其代理人充分意识到鉴定人员出庭接受质询的重要性。对于鉴定人员拒绝出庭接受质询或者虽然出庭但接受质询时的回复意见让裁判者对其专业性、公正性或其勤勉尽职产生合理怀疑的，裁判者有权根据审查的情况，决定对鉴定意见不予采用。裁判者、当事人及其代理人、专家辅助人等有权质询鉴定人员的案件参与人，为质询的需要，要求鉴定人员提供为形成和出具鉴定意见所依据的鉴定资料和工作成果（包括但不限于过程数据、计算书、计算工具软件及其使用方法、鉴定方法、鉴定标准、鉴定作业规程）的，鉴定人员不应拒绝提供。

39.（专家辅助人）建议当事人及其代理人在确有必要时聘请专业领域的技术专家对鉴定意见涉及的专业问题进行研究和分析并出具专业意见；也鼓励专家辅助人出庭，以弥补当事人及其代理人在专门知识领域质证能力的不足，并可为裁判者准确判断鉴定意见提供参考。

40.（鉴定意见的证据证明力）鉴定意见是证据的一种，应根据证据规则加以判断。裁判者不应过度依赖鉴定意见，不应认为鉴定意见的证明力绝对大于其他证据而一概地采信鉴定意见，避免以鉴代审。

**第七部分：当事人单方委托鉴定**

41.（当事人单方委托鉴定）对于当事人在诉讼、仲裁程序之前自行委托的鉴定，建议裁判者不宜仅以单方委托鉴定为由而不予采信，应要求另一方就该鉴定意见发表全面的质证意见。如果经质证，裁判者认为确存在可能导致该鉴定意见错误的重大程序或实体瑕疵，可以考虑另行鉴定；如果该鉴定意见符合证明标准或者可以通过补充或补正而符合证明标准的，可以考虑对该鉴定意见或适当补充或补正后的鉴定意见予以采信或部分采信。