**最高院案例：鉴定机构在二审中是否需要出庭，司法鉴定结论可否被采纳，均应由人民法院根据案件事实作出决定**

作者：曹林飞

**关键词：**工程造价 司法鉴定 质询

**裁判观点：**最高院认为，关于建机公司申请再审主张二审中鉴定机构未出庭作证并接受质询，使工程造价鉴定意见未经实质性审理，导致明显漏项、安全文明施工费计算错误、肢解发包项目造价没有鉴定和质证等问题。**本院认为**，一审中，震北造价咨询公司作出《工程造价鉴定意见书》后，经双方质证，对建机公司提出的异议，鉴定机构逐一进行了回复。一审在综合鉴定意见和双方质证意见的基础上进行事实认定，符合证据规则和质证程序。二审中，建机公司在上诉理由中针对《工程造价鉴定意见书》提出了十一项存在的问题，二审对该十一项问题均予以审理并作出认定，并不存在对漏项和计算错误不予纠正的情形。鉴定机构在二审中是否需要出庭，司法鉴定结论可否被采纳，均应由人民法院根据案件事实作出决定。本案中，二审在采信《工程造价鉴定意见书》的基础上，对鉴定意见第二部分未计入鉴定造价中涉及的14项工程内容，进行分析认定，最终得出工程价款，理据充分。

**曹律师按：**根据《建设工程造价鉴定规范》第5.2.5条以及《民事诉讼法》第八十一条规定。当事人如果对鉴定意见不服，有两次机会可以就鉴定机构出具的鉴定意见提出异议。一次针对的是征求意见稿；一次针对的是正式鉴定意见书。当事人提异议的方式主要是通过书面形式。一般而言，鉴定人会根据当事人意见有效与否，以决定是否对鉴定意见书的内容进行调整。与此同时，如果当事人对鉴定建议书有异议，在正式开庭之前，还可以向法院申请鉴定人出庭就鉴定事项有关问题接受质询。但根据《民事诉讼法》第八十一条以及《建设工程造价鉴定规范》第3.8.1条，鉴定人是否出庭接受质询，应由人民法院决定。虽然鉴定人是否出庭的决定权在人民法院。但笔者认为，鉴定意见本质上属于证人证言，如果在当事人申请鉴定人出庭接受质询的情况下，人民法院应通知鉴定人出庭作证，接受当事人质询。否则，鉴定意见的客观性就难以保证。然而，笔者从公开信息查阅了本案一审判决，未见当事人向法院申请鉴定人出庭接受质询的记载。如二审期间再向法院申请鉴定人出庭接受质询，特别是在没有申请专家证人出庭证明鉴定意见错误的情况下，当事人面对的形势就要被动多了。

**【裁判文书】**

**中华人民共和国最高人民法院**

**民 事 裁 定 书**

（2017）最高法民5152号

再审申请人（一审原告、二审上诉人）：四川省建筑机械化工程公司，住所地四川省成都市成华区二仙桥西一巷7号。

法定代表人：曹向东，该公司董事长。

委托诉讼代理人：韩重亮，男，该公司员工。

委托诉讼代理人：姜颖，女，该公司员工。

被申请人（一审被告、二审上诉人）：四川恩威制药有限公司，住所地四川省成都市双流区双华路三段458号。

法定代表人：刘朝玉，该公司总经理。

委托诉讼代理人：王业，男，该公司员工。

再审申请人四川省建筑机械化工程公司（以下简称建机公司）与被申请人四川恩威制药有限公司（以下简称恩威公司）建设工程施工合同纠纷一案，不服四川省高级人民法院（20l7）川民终781号民事判决，向本院申请再审。本院依法组成合议庭进行了审查，现已审查终结。

建机公司申请再审称，二审判决错误，应当撤销并改判驳回恩威公司的全部诉讼请求。事实和理由：

（一）一、二审对涉案合同效力未予审查错误。涉案工程招标只有建机公司一家单位投标，招投标程序不合法；诉争工程作为医药生产厂区建设项目，缺少药监部门审批程序，且一直没有取得建设工程规划许可证，工程交付二年之后才取得施工许可证，至今也无法办理竣工验收，属于违法工程；涉案工程属于低于成本价中标；《招标文件》第3.2条“恩威公司有权分包任一工程”的规定违反《中华人民共和国建筑法》（以下简称建筑法）第二十四条、第二十五条的规定，预设了恩威公司肢解发包的权利，且肢解发包的项目总价超过总承包人施工部分的总价。

（二）一、二审分配举证责任存在错误。1、恩威公司将多达40项以上的内容肢解分包，均应当计取临时设施费、现场管理费等四项费用。一、二审将40多项肢解发包项目造价的举证责任分配给恩威公司正确，但在肢解分包工程量具备鉴定可能性的前提下，对恩威公司提交的相关证据未经质证就直接认可，不符合证据规则。2、2008年汶川地震发生后，涉案工程遭受损坏，恩威公司、建机公司、监理公司联合进行了震害检查，形成了各方签字盖章的检查表。恩威公司签字同意建机公司报送的295万元维修方案，之后也有多份文件证明建机公司实施震害修复工作。恩威公司拒绝接收建机公司完成122万元修复工作的单证，导致无法形成工程量双方确认的依据。对此，一、二审将举证责任分配给建机公司，进而驳回了此部分主张，使善意承包人蒙受损失。

（三）建筑行业的平均利润率在1%-3%之间，其中主体结构部分根据市场价格多为亏损状态，为此，承包人都必须根据具体的招标内容做出报价的不平衡测算，通过安装、装饰、道路等利润相对较高的子项工程来弥补主体结构工程上的低于成本的状态。本案中，恩威公司强行肢解发包的项目很多，足以对整个工程的造价造成实质性影响。恩威公司的违法行为造成了建机公司合理的可获得收益损失，应当予以赔偿。

（四）恩威公司隐瞒其违反基本建设程序、工程规模、工程建设标准、大规模肢解发包的真实意图。建设工程项目实施过程中，一再出现建机公司无法预见的重大变化，建机公司有权依据《中华人民共和国合同法》第五十四条规定，提出变更合同价款计算方式的请求，二审未予支持失当。

（五）司法鉴定意见还存在许多争议，导致涉案工程价款未得到准确计算。1、鉴定机构四川震北工程造价咨询事务所有限责任公司（以下简称震北造价咨询公司）在人民法院依法通知的情况下，拒绝出庭，导致关于工程造价的争议无法在二审时进行实质性审理；2、一、二审对鉴定意见存在的漏项和计算错误不予纠正，对安全文明施工费的计取未按照国家政策执行；3、对于肢解发包项目的造价没有鉴定，提供给法院的计算依据不仅为“估算”，也没有经过质证程序。综上，建机公司依据《中华人民共和国民事诉讼法》第二百条第二项、第四项、第六项规定申请再审。

恩威公司提交意见称，（一）恩威公司的发包并未违反建筑法的规定。恩威公司从事医药行业，必然存在专业性较强的工程分项，专业分包本身不违反建筑法及行政法规。招标文件中写明了恩威公司有权分包任一工程，并约定了总包配合费的计价标准。招投标程序合法，建机公司作为相对专业的施工企业，参与投标、签订合同、承接工程均是其真实意思表示。（二）涉案《建设工程施工合同》及《补充协议》系双方真实意思表示，不违反法律法规的强制性规定，合法有效。建机公司所述“招投标程序不合法”系无的放矢；案涉项目并非建机公司所称的“多无工程”、“违法建筑”；建机公司提出的“低于成本价中标”是企图将其自身的经营风险转嫁于恩威公司。（三）一、二审对举证责任分配并无不当。关于专业分项工程造价，原审为建机公司增加总分包管理费，恩威公司持保留态度；建机公司称恩威公司分项工程有多少项、多少造价却未提交证据予以证明；建机公司主张恩威公司提供的分项工程合同不完整、结算不真实，也未提交任何证据反驳。关于震后维修，恩威公司是自行进行了维修。建机公司若实际参与了维修，应当能举出证据予以证明。（四）建机公司主张可得利益损失，属于转嫁经营风险行为，没有事实和法律依据。（五）针对案涉项目工程造价，原审法院组织了两次司法鉴定，第一次由恩威公司申请，第二次由建机公司申请，原审采信了第二次鉴定结论,鉴定程序合法，一、二审法院对鉴定报告的分析和认定，不存在错误。恩威公司已按双方合同约定全面履行了义务。综上，请求驳回再审申请。

本院经审查认为，本案系建机公司对二审判决其向恩威公司返还工程价款8731014.20元不服而提起再审申请。结合再审申请理由和答辩意见，本院对以下问题进行审查。

（一）关于涉案合同效力问题。《招标文件》《建设工程施工合同》《补充协议》均系双方真实意思表示。涉案工程在招投标活动中，程序上虽存在违反《中华人民共和国招标投标法》和建筑法的情形，但不属于导致案涉合同无效的情形。建机公司在一、二审中并未对合同效力提出异议，申请再审提出一、二审未对合同效力进行审查存在错误，理由不能成立。

（二）关于举证责任问题。本案涉及恩威公司请求建机公司返还工程价款问题。首先，建机公司对本案司法鉴定未对恩威公司另行发包的工程造价予以鉴定提出异议。本院认为，《招标文件》中明确有恩威公司有权分包任一工程的内容；同时双方在《建设工程施工合同》和《补充协议》中约定，就恩威公司新建生产基地项目工程，总包配合费按照非总承包商委托的分包合同额的1.2%据实结算，就108#、109#车间，发包人委托的所有分包项目，承包人收取总包配合费5万元。该项约定旨在补偿发包人另行分包给总承包人带来的利益损失，双方协商一致应为有效。据此约定，二审认为通过恩威公司提交的分包合同等资料足以判定分包工程的合同额，无需专门就分包工程内容进行鉴定，司法鉴定范围的确定并无不当。建机公司主张应对恩威公司分包工程的造价予以鉴定，缺乏依据。一审委托震北造价咨询公司对涉案工程造价作出的司法鉴定意见为52798852元。一、二审通过对鉴定意见中未计算和当事人提出异议部分的证据进一步认证，最终认定工程总价款为64475275元，亦无不当。其次，建机公司主张完成震后维修费用122万元工作量，即应就其实际进行施工及工程量承担举证责任，一、二审该项举证责任的分配正确。建机公司作为专业的施工企业，称其报送的结算资料被拒收，但未能提交其实际施工的直接证据，不符合常理。一、二审因建机公司无证据证明其实施了相关工程，进而对其提出的工程造价不予支持，认定证据并无不妥。

（三）关于建机公司申请再审主张二审中鉴定机构未出庭作证并接受质询，使工程造价鉴定意见未经实质性审理，导致明显漏项、安全文明施工费计算错误、肢解发包项目造价没有鉴定和质证等问题。本院认为，一审中，震北造价咨询公司作出《工程造价鉴定意见书》后，经双方质证，对建机公司提出的异议，鉴定机构逐一进行了回复。一审在综合鉴定意见和双方质证意见的基础上进行事实认定，符合证据规则和质证程序。二审中，建机公司在上诉理由中针对《工程造价鉴定意见书》提出了十一项存在的问题，二审对该十一项问题均予以审理并作出认定，并不存在对漏项和计算错误不予纠正的情形。鉴定机构在二审中是否需要出庭，司法鉴定结论可否被采纳，均应由人民法院根据案件事实作出决定。本案中，二审在采信《工程造价鉴定意见书》的基础上，对鉴定意见第二部分未计入鉴定造价中涉及的14项工程内容，进行分析认定，最终得出工程价款，理据充分。

另，对于建机公司申请再审理由中涉及的预期利益损失，不属于工程款范围，故不属本案审查范围。

综上，建机公司的再审申请不符合《中华人民共和国民事诉讼法》第二百条第二项、第四项、第六项规定的情形，依照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百零四条第一款，《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》第三百九十五条第二款规定，裁定如下：

驳回四川省建筑机械化工程公司的再审申请。

审判长　张　纯

审判员　潘勇锋

审判员　李晓云

二〇一七年十二月二十九日

法官助理陈明克

书记员李蕴娇

文书来源：中国裁判文书网。图片来自网络，如有侵权，请联系删除。