

工程建设法律实务丛书

工程造价 司法鉴定实务解读

GONGCHENG ZAOJIA SIFA JIANDING SHIWU JIEDU

丛书主编 张正勤

本书主编 宋艳菊

中国建筑工程工业出版社

工程建设法律实务丛书

工程造价司法鉴定 实务解读

丛书主编 张正勤

本书主编 宋艳菊



中国建筑工业出版社

图书在版编目(CIP)数据

工程造价司法鉴定实务解读 / 宋艳菊主编. —北京:
中国建筑工业出版社, 2018. 6

(工程建设法律实务丛书 / 张正勤丛书主编)

ISBN 978-7-112-22011-3

I. ①工… II. ①宋… III. ①建筑造价—合同纠纷—司法鉴定—法律解释—中国 IV. ①D923. 65

中国版本图书馆CIP数据核字(2018)第060694号

责任编辑: 赵晓菲 朱晓瑜

责任校对: 王雪竹

工程建设法律实务丛书
工程造价司法鉴定实务解读

丛书主编 张正勤

本书主编 宋艳菊

*

中国建筑工业出版社出版、发行(北京海淀三里河路9号)

各地新华书店、建筑书店经销

北京点击世代文化传媒有限公司制版

北京富生印刷厂印刷

*

开本: 787×1092 毫米 1/16 印张: 22¼ 字数: 432 千字

2018年6月第一版 2018年6月第一次印刷

定价: 50.00 元

ISBN 978-7-112-22011-3

(31897)

版权所有 翻印必究

如有印装质量问题, 可寄本社退换

(邮政编码 100037)



张正勤律师，上海东方环发律师事务所主任、中国人民大学客座教授、中国注册造价工程师、中国注册资产评估师、英国皇家特许建造师、英国皇家特许测量师资质、中国建设工程造价管理协会专家、上海市工程造价管理专家、上海律师协会房地产专业研究会会员、中国建设工程造价管理协会资深会员、广州仲裁委员会仲裁员等。主要著作：《建设工程合同（示范文本）解读大全》、《建设工程造价相关法律条款解读》（2011年度中国建筑工业出版社优秀图书奖、2012年评选的第三届中国工程造价优秀成果奖）、《新版建设工程合同（示范文本）解读大全》、《建设工程施工合同（示范文本）新旧对照·解读·应用》。



宋艳菊律师是上海东方环发律师事务所高级合伙人，郑州大学法律硕士，上海交大EMBA，市政工程高级工程师。具有注册造价工程师、注册监理工程师、一级建造师、注册资产评估师资格。上海市建设工程造价管理专家，上海律师协会建设工程和基础设施专业研究会委员。

律师执业前在国有大型企业从事工程管理和工程造价工作十多年，有丰富的工程管理和造价咨询的工作经验。执业以来参与大量重特大建设工程施工合同纠纷案件的诉讼，尤其对工程造价司法鉴定具有较强的实务能力。

图书在版编目(CIP)数据

工程造价司法鉴定实务解读 / 宋艳菊主编. —北京:
中国建筑工业出版社, 2018. 6

(工程建设法律实务丛书 / 张正勤丛书主编)

ISBN 978-7-112-22011-3

I. ①工… II. ①宋… III. ①建筑造价—合同纠纷—司法鉴定—法律解释—中国 IV. ①D923. 65

中国版本图书馆CIP数据核字(2018)第060694号

责任编辑: 赵晓菲 朱晓瑜

责任校对: 王雪竹

工程建设法律实务丛书
工程造价司法鉴定实务解读

丛书主编 张正勤

本书主编 宋艳菊

*

中国建筑工业出版社出版、发行(北京海淀三里河路9号)

各地新华书店、建筑书店经销

北京点击世代文化传媒有限公司制版

北京富生印刷厂印刷

*

开本: 787×1092 毫米 1/16 印张: 22 1/4 字数: 432 千字

2018年6月第一版 2018年6月第一次印刷

定价: 50.00 元

ISBN 978-7-112-22011-3

(31897)

版权所有 翻印必究

如有印装质量问题, 可寄本社退换

(邮政编码 100037)

代 序

张正勤

上篇：造价鉴定干涉诉讼权利的情形分析

前 言

建设工程合同中定性的权利义务最终一定通过定量的工程价款来体现。实践中，由于工程价款的专业性和诉讼参与者的非工程专业背景，工程价款往往只能通过司法鉴定予以最终确定，而进行司法鉴定的相关人员又往往不具有法律背景。因此，其常常会以“客观事实”代替“法律事实”，例如：自行决定“鉴定范围”、擅自选取“鉴定依据”、随意取舍“鉴定证据”、主动积极“采取证据”等。

同时，对于鉴定报告的质证由于时间和场地等限制，往往不能做到“开封查验”。就某些专业性问题进行质证时，提出的问题往往在“形式审查”的质证程序后以鉴定报告“打包封箱”，最终经由判决书“打包入库”。至此，当事人的权益就会随着这些冷冻的数款封存。

导致上述问题最重要的原因在于：法律思维和专业考量无法融合。

解决上述问题最有效的方式在于：全面跟踪造价司法鉴定全过程。

本文在对具体情形作出列举的前提下，通过对其简要的法理解读以及关键原因的分析，提出专业的律师建议，希望可供读者在以后处理相关纠纷中能够予以参考。

一、代替法庭法律定性，干涉法庭行使审判权

1. 具体情形

实践中甚至可能出现基础证据材料尚未质证就开始的工程造价鉴定。此时，若出现数份合同或同一事项数张变更签证的情况，往往由鉴定单位的造价工程

师予以选定从而适用于鉴定报告。

而对于证据材料的法律判定，实属法庭对于案件的定性行为。鉴定单位行为无形中代替了法庭行使其审判权，是对法庭审判权的干涉。

2. 简要分析

鉴定应仅就专业性问题得出结论，而不应就法律性问题作出判断。法律性问题是法庭行使审判权来解决的范畴，因此，应先由法庭作出法律判断后，再由鉴定单位作出专业结论。例如：经过招标发包的建设工程，可能存在数份合同，以哪份合同作为计价依据进行鉴定，应由法庭行使审判权完成，鉴定单位无权也无能力进行判断。

3. 关键原因

首先，绝大多数建设工程发包是招标发包的，而基于建筑法中强制规定繁多，且建设工程项目的不确定性及工程造价的专业性等特点，往往会出现阴合同和阳合同、挂靠合同和实际履行合同、工程签证和会议纪要如何适用的问题，甚至纠纷产生就来之于此。

其次，在审理建设工程合同纠纷案时，会出现先进行造价鉴定再进行法庭审理的情况。因此，哪份合同应当作为计价的依据，哪张签证可以计价往往由造价工程师来决定，以便进行具体的造价鉴定，否则鉴定工作将被中止无法进行。这些将导致鉴定单位代替法庭做出法律定性工作，即行业通常所说的“以审代判”。

再次，造价鉴定过程中，若一方律师对鉴定单位的选择提出异议，则鉴定单位也要作出一个判断，或坚持自己的选择；或接受一方律师的异议；或确定不了，对第三种情况，鉴定单位往往会出具两份合同计算出来的结果，对这种情况鉴定单位往往会提出增加鉴定费的要求；但是，鉴定单位对一方律师的异议的判断也没有改变由造价鉴定单位代替法官审判法律问题的性质。

4. 律师建议

律师在鉴定开始前就应当将属于法律定性的问题予以列明，并要求法庭予以明确，例如：哪份合同应作为鉴定的依据、哪份签证作为工程变更价款的计算依据。从而有效地解决法律判断与专业问题混淆的情况，也不会妨碍鉴定单

位的鉴定活动。即便法庭判断错误，当事人也可以有效的法定途径进行救济^①。

当事人首先应当将法律问题与专业问题明确区分。法律问题由法庭解决，专业问题由鉴定单位解决。更重要的是，当事人应当明确，必须先解决定性的法律问题才可能解决定量的专业问题。

二、代替法庭进行质证，干涉法庭行使质证权

1. 具体情形

涉及工程造价鉴定的案件，当事人除了需向法庭提交基本证据材料外，就鉴定行为往往还需要提交由鉴定单位开列目录的延伸证据材料。而该部分延伸证据材料往往不经由法庭而由当事人直接提交给鉴定单位。这也意味着，鉴定单位收到的延伸证据材料并未经过法庭质证。而实践中，甚至存在基本证据材料未经质证直接移交给鉴定单位的情况。

而对于这些证据材料，鉴定单位往往会直接自行决定是否作为鉴定结论所需依据进行适用，其本质是鉴定单位行使了本应由法庭行使的质证权，是鉴定单位的越权行为。

2. 简要分析

首先应当明确的是，当事人初步提供给法庭的仅能称为“证据材料”。只有经过法庭就三性（真实性、合法性和关联性）进行的质证后，其方可成为法律意义上的“证据”，才能作为判定法律事实的依据。

因此，无论是当事人提供给法庭的，还是直接由鉴定单位接收的，其在未经法庭质证前均不可能成为“证据”对案件的法律事实产生影响，而质证必须在法庭的主持下方可进行。故作为鉴定报告的依据，该证据材料只有进行质证后，方可予以适用。

3. 关键原因

首先，对于涉及工程造价鉴定的案件，先把定量的工程造价确定后再进行

^① 《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》第二十一条规定：

“当事人就同一建设工程另行订立的建设工程施工合同与经过备案的中标合同实质性内容不一致的，应当以备案的中标合同作为结算工程价款的根据。”

最终定性的判决是一般法官的通常做法。并且，因鉴定期限不算入审限，故鉴定报告与其他证据材料可以一并质证效率性更好。因此，很多法官第一次开庭的主要任务就是确定工程造价的鉴定。往往此时，很有可能连案件的基础证据材料都未经质证。

其次，立案时通常仅提出基础证据材料，例如：施工合同、竣工验收报告等。待决定进入工程造价鉴定程序后，法庭才会要求当事人提供与鉴定有关的延伸证据材料，例如：竣工图、竣工报告、工程签证、变更指令以及过程中往来函件，甚至可能还包括招标文件、招标图纸、投标文件、投标报价清单等。因此，工程造价鉴定所需证据材料的提供具有一定的滞后性。

另外，延伸证据资料往往具有以下特点：(1) 专业性强；(2) 不同项目的种类相差大；(3) 通常会随鉴定进程逐渐提供。而鉴于这些特点，延伸证据资料往往直接由鉴定单位进行选择。若对其进行质证，会打断鉴定节奏。同时，对法官而言，因证据资料的专业性太强，其“三性”的质证确实存在一定难度。况且，最终的鉴定报告还是需要经过质证的。

4. 律师建议

若有可能，律师应尽可能在立案时将需要的证据材料全部提供。若确有困难，也应当将延伸证据目录在诉状中明确并坚持要求法庭先就证据材料进行质证再进入鉴定程序。若出现鉴定过程中需要其他延伸证据材料的情况，原则上应向法庭提交并要求质证后再转交鉴定单位。

当事人在准备起诉材料时，应提醒律师考虑造价鉴定所需的延伸证据，并尽可能一次性提供完毕，避免多次质证影响鉴定效力。

三、改变一方诉讼请求，干涉当事人诉讼权利

1. 具体情形

当一方当事人的诉讼请求中未包含工程索赔款，并且委托的鉴定范围也未包含工程索赔款，但是，若鉴定报告中包括工程索赔款，则意味着鉴定行为在无形中为一方增加了诉讼请求。

当一方当事人的诉讼请求中包含工程索赔款，并且委托的鉴定范围也包括

工程索赔款，但是，若鉴定报告中未包括工程索赔款，则意味着鉴定行为无形中减少了一方的诉讼请求。

2. 简要分析

诉讼请求的提出是当事人在诉讼中最基本的权利。诉请的具体确定应由当事人自行决定，法庭主要遵循“不诉不理，诉什么，审什么”的原则。

鉴定过程中，草率地增加或缩小鉴定范围其实意味着增加或减少一方的诉讼请求，是对当事人诉讼权利的侵犯。无论是工程造价鉴定单位还是法庭均无权侵犯当事人应有的权利，故鉴定单位应当严格遵循“委托什么，鉴定什么”的原则，以便维护当事人权利的正常行使。

3. 关键原因

首先，无论是工程建筑业，还是法律界，对于工程合同价款、工程造价、索赔款和赔偿款的概念区分都不够明确。因此，实践中常常会出现将工程合同价款与工程造价相等同、混淆工程造价与工程索赔的概念、不太区分违约赔偿与工程索赔等情况。

其次，除了需要鉴定活动的相关参与人员均对上述概念有着清晰的理解外，还需彼此达成一致。若当事人提出的申请鉴定书中的表达是正确的，但法官向鉴定单位出具的委托鉴定书中未正确表达，则鉴定报告中的结果也不可能正确；若申请鉴定书和委托鉴定书中的表达均是正确的，也经常出现不被进行具体鉴定的造价工程师所理解，甚至会出现，虽然被进行具体鉴定的造价工程师所理解，但是，也不一定能在专业计价后的最终数据中所体现。

另外，当事人的律师往往不会对具体的鉴定工作进行全过程的跟踪，经办法官也往往将委托事宜交由法庭相关具体鉴定部门负责，而鉴定单位也是由具体造价工程师办理的。可以说，三者均未对鉴定活动进行直接接触，这种情形也是造成鉴定范围改变从而影响当事人诉请的原因之一^①。

^① 《司法鉴定程序通则》第十四条规定：

“司法鉴定机构收到委托，应当对委托的鉴定事项进行审查，对属于本机构司法鉴定业务范围，委托鉴定事项的用途及鉴定要求合法，提供的鉴定材料真实、完整、充分的鉴定委托，应当予以受理。
对提供的鉴定材料不完整、不充分的，司法鉴定机构可以要求委托人补充；委托人补充齐全的，可以受理。”

4. 律师建议

律师应尽可能从法律角度理解专业问题，从专业层面表达法律要求。正确适当地提出诉讼请求和鉴定申请并及时审核委托鉴定书。若发现问题，应当第一时间向法庭和鉴定单位提出异议。同时，应对鉴定活动进行会面跟踪，确保在发现委托范围出现偏离时能及时提出，若仍不能纠正，则要善于利用鉴定报告质证时的提问，通过鉴定造价工程的回答来自认改变鉴定范围的事实，从而达到对鉴定报告重新鉴定或补充鉴定的目的。

当事人涉及工程造价案件时应尽可能聘请专业律师。若涉案标的较大、案情较复杂，则还可以聘请专业律师就工程造价鉴定活动专门提供相关的非诉法律服务。

四、代替一方进行举证，干涉当事人举证责任

1. 具体情形

实践中，即便当事人提供的证据中不能反映其申请鉴定的内容，鉴定单位往往仍会本着“实事求是”的精神进行“现场勘察，具体丈量”，并将取得的现场数据作为鉴定依据反映在正式的鉴定报告中。

但其实，这种“实事求是”的行为本质上越过鉴定单位的中立立场代替一方当事人进行举证，从而打破了双方当事人法定的举证责任分配。

2. 简要分析

法律界有句俗语：“打官司就是打证据”。从中不难看出，当事人诉请是否能够得到法庭支持与其能够提供的证据具有非常密切的关联。因此，举证责任的分配在诉讼中是至关重要的。

法律原则规定“谁主张谁举证^①”，除了法庭在法律特别规定的情形下可以收集证据外，非诉讼当事人的其他个人、团体、组织均无权擅自向法庭提供证据。

^① 《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条规定：

“当事人对自己提出的主张，有责任提供证据。”

当事人及其诉讼代理人因客观原因不能自行收集的证据，或者人民法院认为审理案件需要的证据，人民法院应当调查收集。

人民法院应当按照法定程序，全面地、客观地审查核实证据。”

同时,法律规定,负有举证责任的一方应当主动按时地提交相关证据。若不能提供或未按时提供,将承担举证不能的不利后果^①。

由此,鉴定单位无权为诉讼当事人中的任何一方进行举证。而是应当仅以当事人提供的证据进行专业的鉴定,从而使法庭的审判得到“法律事实”的结果,而不得主动为一方进行举证从而企图得到所谓的“客观事实”。

3. 关键原因

首先,现今工程造价鉴定的专业主要由各地的造价协会或工程造价定额站负责,且对工程造价鉴定起很大作用的《建设工程造价鉴定规程》中有单独一章对“现场勘察”进行了规定。故,一味以法学界的法律思维来要求造价工程师显然过于苛求,现阶段也不太可能。

其次,进行具体鉴定活动的造价工程师大多是理工毕业生。应当说,不受系统法律教育的理工科对于“法律事实”的概念还不太理解,更倾向于对于“实事求是”的认知意识,往往具有倾向性地认为“人家做应当给予人家”,从而影响了鉴定单位的中立立场。

另外,法官和律师虽然本着职业素养对相关问题较为敏感,但由于其对建设工程的相关行业的专业问题熟悉程度有限。因此,绝大多数情况下,其在委托后并不参与鉴定过程。由此也导致了最终实际控制造价鉴定进程及结果的是造价工程师。

4. 律师建议

律师应当适时地向鉴定单位的造价工程师说明证据的相关规则。若鉴定单位需要进行现场勘察,律师应第一时间明确己方观点。若鉴定单位坚持要去现场勘察,则应尽可能随同前往,争取在其现场勘测过程中明确表达己方观点。

^① 《中华人民共和国民事诉讼法》第六十五条规定:

“当事人对自己提出的主张应当及时提供证据。

人民法院根据当事人的主张和案件审理情况,确定当事人应当提供的证据及其期限。当事人在该期限内提供证据确有困难的,可以向人民法院申请延长期限,人民法院根据当事人的申请适当延长。当事人逾期提供证据的,人民法院应当责令其说明理由;拒不说明理由或者理由不成立的,人民法院根据不同情形可以不予采纳该证据,或者采纳该证据但予以训诫、罚款。”

适当的情况下，律师也可以通过书面形式向法庭阐明观点^①。

当事人无论在聘请的诉讼律师合同中，还是在聘请专业律师就工程造价鉴定提供非诉法律服务的合同中，均应明确若出现鉴定单位“现场勘察”的情况，律师有义务提出异议并随同前往。

后记

在建设工程合同纠纷中，法庭主要行使审判权来解决决定性的法律问题，造价鉴定单位主要解决定量的专业问题。并且，应先由法庭解决决定性的法律问题，再由造价鉴定单位解决定量的专业问题，即：法庭先解决证据材料的质证和证据的定性后才将该证据移交给造价鉴定单位处理，而鉴定单位应仅在委托范围内根据法院移交的证据进行专业的定量鉴定，否则很难保证鉴定的正确性。就像烹饪，应先要对食材进行挑选清洗方可进行烹煮，否则这道菜很难保证是干净的。

现实生活中出现的某些错误，往往来自于主体定位和行为顺序的错误。只要大家都能“做我现在该做的事”，那么，错误发生的概率就会小很多。而就建设工程合同纠纷而言，法庭行使审判权解决决定性的法律问题，造价鉴定单位运用专业知识解决定量的专业问题，这样，错误发生的概率就会小很多。

中篇：应当鉴定“发包人应付”的“合同造价” 而非鉴定“承包人已完”的“成本造价”

前言

笔者在2017年5月29日发表了《造价鉴定干涉诉讼权利的情形分析》，旨在分析因工程造价司法鉴定程序存在的瑕疵而影响的权利行使。拙作如笔者所望地起到了抛砖引玉的作用，在此，谢谢各位的关注，也特别感谢各位提出

^① 《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第十五条规定：

“《民事诉讼法》第六十四条规定的‘人民法院认为审理案件需要的证据’，是指以下情形：

（一）涉及可能有损国家利益、社会公共利益或者他人合法权益的事实；

（二）涉及依职权追加当事人、中止诉讼、终结诉讼、回避等与实体争议无关的程序事项。”

意见和观点。

为了将工程造价司法鉴定的相关问题讨论更透彻，笔者以自己承办的工程造价司法鉴定案件为基础，结合法律和建筑的理论写出了本篇拙作。若是上篇拙作是从程序角度对造价司法鉴定存在的问题进行探讨的话，那么本篇则是从实体上对造价司法鉴定存在的问题提出自己的观点和建议。

笔者认为：

因为，应依据“真实合意”鉴定，而非“按实结算”鉴定；

所以，应鉴定“合同造价”，而非“成本造价”；

即：应鉴定竣工时发包人“应付”合同造价的数额，而非鉴定承包人“已做”成本造价的数额。

但是，在工程造价鉴定中，鉴定单位往往本着“实事求是”的原则，秉承着“做了就给”的朴素思想，造成一系列本不应存在的错误，例如：用“成本造价”代替“合同造价”、用“发包人应付”代替“承包人已做”、用“鉴定时的现场状况”代替“竣工时的实际情况”、用“按实鉴定”代替“按真实合意鉴定”、用“教条理解”代替“本意主旨”等。

本文首先阐述了按“应当鉴定‘发包人应付’的‘合同造价’而非鉴定‘承包人已完’的‘成本造价’”的理由和依据，然后在具体列举了三种常见的鉴定案例的前提下，通过对其简要的法理解读以及关键原因的分析，最后提出了专业律师的建议。希望可供读者在以后处理相关纠纷中予以参考，也恳请各位予以斧正。

一、造价鉴定应鉴定“发包人”“应付”的“合同造价”

笔者一直坚持认为：工程造价可分为合同造价和成本造价。所谓的“合同造价”是指承包人保质完成建设工程发包人应付的对价；而“成本造价”则是指承包人为了取得合同造价而保质完成建设工程所花费的成本和费用。

除均受具体项目的技术参数影响外，相比较而言，合同造价更主要受工程发包形式、市场供求关系、承发包双方的博弈技巧等左右，并最终在建设工程合同中以计价方式、确定形式、结算方式等条款方式予以锁定。而成本造价则

更主要受承包人的管理水平、技术水准等所制约，并最终以其与第三方就人工、材料、机械等签订的采购合同以及内部管理的成本所反映。

综上，合同造价是双方合意的结果，约束承发包双方；而成本造价则是一方内部成本和费用花费的结果，原则上，只能影响承包人方。从理论上而言，二者彼此独立，互不干涉，就建设工程合同而言，发包人支付的，承包人要求的只能是合同造价，不可能是成本造价。

若未涉及判断合同造价是否低于成本造价的诉讼，通常的建设工程合同纠纷中的造价鉴定对象是基于双方合意的合同造价，而不可能是基于一方管理水平和技术水准的成本造价。

二、造价鉴定并非鉴定“承包人已做”的“成本造价”

既然建设工程合同纠纷中的造价鉴定通常鉴定的对象是合同造价，不难看出，建设工程合同纠纷中的造价鉴定所鉴定的是发包人应付多少。必须明确，发包人应付的数额与承包人已做的数额并不完全等同。

首先，这其中存在计量风险承担的问题。例如：在双方合意的建设工程合同中约定：固定价固定在施工图纸中而清单报价的计量的风险由承包人承担，则就有可能存在某一子项承包人已做而发包人不应支付的情形。

其次，存在适当履行的问题。例如：承包人提高技术参数的规格或尺寸，虽然实际已做，但从法律角度而言，该行为就是一个违约行为。发包人不仅不应支付超规格或超尺寸部分的价格，而且有权要求承包人承担违约责任。

另外，若按建设工程合同发包人应支付给承包人某一版号的钢筋每吨 3400 元，则无论承包人实际采购成本造价是每吨 3200 元还是 3600 元，均不会也不应影响发包人支付的 3400 元合同造价。

通常情况下，合同造价应当大于成本造价的，但也有可能存在合同造价小于成本造价的情况。对于后者，只要约定时的合同造价不低于承包人当时的成本造价，就应当认定是一个正常商业风险。

综上，工程造价的鉴定对象是发包人应付的合同造价而非承包人实际的成本造价。

三、固定价在建工程应“按真实合意鉴定”

1. 情况概述

如果合同造价以固定总价形式确定，当建设工程合同解除，若质量无异议的，已完工程合同造价应当支付^①。因此，一方要求鉴定已完工程合同造价应当被允许。

而由于固定总价的计价方式并不常被强调，并且工程量清单与施工图纸的对应也可能存在差异等原因，鉴定固定总价的在建工程鉴定单位往往本着“实事求是”的精神，“价按定额、量按实际”进行“按实结算”。

2. 建议方式

笔者认为：在建工程的工程造价的鉴定应在固定总价的基础上扣除未完工程量所对应的工程造价再加上工程变更确认的追加工程价款，即：

在建工程的工程造价 = 固定价款 - 未完工程量的价款 ± 工程追加合同价款。

3. 主要理由

固定价在签约时已通过具体数据的方式将风险分配完毕，即：无论承包人为取得该工程造价花费多少成本造价，发包人支付的工程价都是不变的。而可调价则是在签约时主要通过一定计量规则和抽象的费率将风险分配完毕，即：承包人取得合同造价是以成本造价为基础的，且计价方式与价额确定方式在某种意义上是统一的。

因此，可调价的在建工程鉴定容易做到尊重合意，反映法律事实；而固定价的在建工程鉴定往往会“天经地义”地通过“按实结算”的方式进行。若固定价的在建工程以“按实结算”的思路进行鉴定，笔者认为这其中至少存在以下三个问题：

(1) 无形中将约定的“固定总价”改变为“可调价”，也势必将投标时工程量计算误差的风险无形中进行转移。

(2) 无形中将承包人可能未按图施工的瑕疵责任予以免除且给予合法化。

(3) 有可能将确实实际完成的，但根据法律规定或双方约定缺乏合法要件而不应计价的部分予以计价。

① 《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》第十条第一款规定：

“建设工程施工合同解除后，已经完成的建设工程质量合格的，发包人应当按照约定支付相应的工程价款；已经完成的建设工程质量不合格的，参照本解释第三条规定处理。”

综上，最高院为了防止这种所谓的“按实结算”打破双方合意，使得客观事实代替法律事实的情况，故明确规定：一方要求对固定价申请鉴定的，法庭不予准许^①。

但由于固定价的在建工程必须鉴定，因此，笔者认为：应当鉴定未完工程价款，然后在固定总价的前提下予以扣除的方式才是真正体现“按”当时真“实”的合意“结算”。

4. 律师提醒

在约定以固定价（尤其固定总价）确定合同价款时，尽可能同时明确计价方式、计量误差风险的承担主体以及同时引入进度款与应付款的概念。

四、可调价鉴定中费率的取定应“遵从本意”

1. 情况概述

当合同中约定造价以当地工程造价管理部门出具的定额确定时，如果由于发包人的违约而承包人要求解除合同，则造价鉴定中往往包括：已完工程造价、实际损失中临时设施费和预期利润。

通常情况下，鉴定单位往往是以双方签订的建设工程合同中约定的承包范围内的工程规模来确定工程类别，从而决定其费率而进行已完工程造价鉴定。而临时设施费则以提供的证据“按实鉴定”，预期利润往往会认为承包人没有实际发生则不予鉴定。

2. 建议方式

笔者认为：在建工程的合同造价应当以已完工程规模相应的工程类别来取定费率；临时措施费和预期利润则以合同约定的承包范围所对应的工程规模相应的工程类别取定费率予以计算。

3. 主要理由

(1) 已完工程造价的鉴定

根据法律相关规定，无论何种原因解除建设工程合同，对于承包人已完成

① 《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》第二十二条规定：“当事人约定按照固定价结算工程价款，一方当事人请求对建设工程造价进行鉴定的，不予支持。”