

造价改革之我见（141）工程停窝工损失可通过司法鉴定确定吗？

广东省建设工程标准定额站订阅号 2023-02-23 07:40 发表于广东

以下文章来源于建设工程造价法律合作联盟，作者王先伟



建设工程造价法律合作联盟

本联盟致力于打造中国一流的工程造价法律服务交流平台，提高工程造价法律领域从业...

点击上方蓝色字体关注我们



说明

本文系本站转载公众号《建设工程造价法律合作联盟》内的文章，分享于此，以飨诸君，以期共同推动工程造价改革，纯属业务交流，故文中所提观点和分析意见并不代表我站立场。

原创不易，未经允许，不得转载。

工程停窝工损失可通过司法鉴定确定吗？

司法鉴定的内容不应包含基本事实认定和法律适用，全国人大常委会在《关于司法鉴定管理问题的决定》（2005年2月28日）第1条规定：“司法鉴定是指在诉讼活动中鉴定人员运用科学技术或者专门知识对诉讼涉及的‘专门性’问题进行鉴别和判断并提供鉴定意见的活动。因此，笔者认为，工程停窝工损失一般不宜通过司法鉴定进行确定。

一、司法鉴定意见属于间接证据

笔者认为，损失一般不属于‘专门性’问题，通常来说，损失是实际已经发生的事实，通过举证质证和法律适用（大多是根据过错责任分担）即可确定。且司法鉴定意见属于间接证据、言辞证据（鉴定人作出的意见），而所谓的损失鉴定意见又需要通过直接证据来进行计算，这就出现了前后矛盾。故，现阶段的损失鉴定往往是依据当事人提交的直接证据、经过‘简单加工’（加减乘除）得出的金额。即，间接证据是通过直接证据经简单估算后得出，并没有体现出多少的‘专门性’。故，损失宜由人民法院依职权直接作出认定。对此，最高人民法院《关于人民法院民事诉讼中委托鉴定审查工作若干问题的规定》第1条规定：“有下列情形之一的，人民法院不予委托鉴定：①通过生活常识、经验法则可以推定的事实；②与待证事实无关联的问题；③对证明待证事实无意义的问题；④应当由

当事人举证的非专门性问题；⑤通过法庭调查、勘验等方法可以查明的事实；⑥对当事人责任划分的认定；⑦法律适用问题；⑧测谎；⑨其他不适宜委托鉴定的情形。”

实践中，有些鉴定人将停窝工损失鉴定归为费用类鉴定，但从会计学定义来看，费用和损失是两个完全不同的事项。首先是概念不同：费用是指企业在日常生活中发生的，会导致所有者权益的减少，与向所有者分配利润无关的经济利益的总流出。而损失则是指由企业非日常活动所发生的、会导致所有者权益减少的、与向所有者分配利润无关的经济利益的流出。其次是范围不同：费用是与公司日常活动有关的，包括外购材料、外购燃料、动力、工资及职工福利费、折旧费、利息支出、税金以及其他费用，是指不属于以上各种费用要素的费用支出。而损失则与公司非日常活动有关，具体是指企业在生产经营活动中发生的固定资产和存货的盘亏、毁损、报废损失，转让财产损失，呆账损失，坏账损失，自然灾害等不可抗力因素造成的损失及其他损失。

实践中，还有些承包人将所谓损失归入工程价款，这其实就属于请求权基础错误了。工程价款的请求权基础一般为招投标形成的价款或施工合同约定。而损失的请求权基础系法律规定，一般为《民法典》第八百零三条“发包人未按照约定的时间和要求提供原材料、设备、场地、资金、技术资料的，承包人可以顺延工程日期，并有权请求赔偿停工、窝工等损失。”或第八百零四条“因发包人的原因致使工程中途停建、缓建的，发包人应当采取措施弥补或者减少损失，赔偿承包人因此造成的停工、窝工、倒运、机械设备调迁、材料和构件积压等损失和实际费用。”

二、工程停窝工损失包括间接损失

《民法典》第五百八十四条规定：“当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定，造成对方损失的，损失赔偿额应当相当于因违约所造成的损失，包括合同履行后可以获得的利益；但是，不得超过违约一方订立合同时预见到或者应当预见到的因违约可能造成的损失。”最高法院认为：“赔偿损失的范围可由法律直接规定或由当事人双方约定。在法律没有特殊规定和当事人没有另行约定的情形下，应按完全赔偿原则赔偿全部损失，包括直接损失和间接损失。直接损失指财产上的直接减少。间接损失又称所失利益，是指失去的可以预期取得的利益。对于损失赔偿的范围，《买卖合同司法解释》认为，在我国合同法上，买卖合同当事人之间的利益关系，在交易关系发展的不同阶段，主要会涉及返还利益、信赖利益、固有利益、履行利益以及可得利益等不同的利益类型。”^[i]而直接损失和间接损失，一般是从因果关系进行区分，直接损失是完全因为违约行为而发生的损失，与违约行为具有直接因果关系；间接损失则是介入了其他因素，与违约行为具有间接因果关系。

工程停窝工损失界定的困难在于，他并不会像质量损失那样，直接表现为返修费用，发包人常见的损失包括了经营收入损失，租金损失、逾期交房违约金损失等等，而这些通常都会介入发包人的生产经营行为或者缔约行为，而成为间接损失。而鉴定显然是不可能考

虑这些介入因素的，因此，如果通过鉴定来确认工程停窝工损失，会造成当事人的间接损失难以得到弥补。

三、损失的认定

最后，损失的承担还需要根据过错责任并结合实际情况作出分担。例如：发包人违约后，承包人就损失还有减损的法定义务。对此，《民法典》第五百九十一条规定“当事人一方违约后，对方应当采取适当措施防止损失的扩大；没有采取适当措施致使损失扩大的，不得就扩大的损失请求赔偿。当事人因防止损失扩大而支出的合理费用，由违约方负担。”

这里还需要提出的是，实务中不仅仅要考虑发包人是否积极减损，还要考虑发包人是否存在恶意扩大损失的可能性，如发包人是否可能恶意与相对人串通，恶意提高对三人的违约责任，并要求承包人赔偿。司法实践中，对于向第三人赔偿的损失或违约金，到底是属于直接损失还是间接损失，存在不同观点，是否支持也存在完全不同的判例。

因此，有一般就有例外。如果承包人有确切证据可证明损失已实际发生且发包人拒绝办理签证手续的，或是可证明发包人对损失明显未积极减损甚至有恶意扩大行为的，承包人可申请通过司法鉴定作出推断性意见、供裁判者参考。需要注意的是，司法鉴定意见的证明力并不必然大于其他证据。司法实践中，还需要具体情况、具体对待。

[i]最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组主编：《中华人民共和国民法典合同编理解与适用（二）》，人民法院出版社，2020年7月版，第764页。

作者信息

王先伟，上海科汇律师事务所执行主任律师；中国工程造价法律合作联盟主席；原深圳建设工程国际仲裁院院长；最高人民检察院民事行政咨询专家；中国行为法学会理事兼法制服务建筑工程中心主任；中国建设工程造价管理协会标准学术委员会专家委员；广东省工程造价改革专家顾问和法制化工作小组副组长；海南省建设工程标准定额站法律顾问；土木工程和法学双专业学历；16年工程行业从业经历；1998年全国首届注册造价工程师、2001年全国监理工程师、2004年全国（投资）咨询工程师、原建设部项目经理、原江苏省招投标评标专家、上海市政府采购评审专家；目前同时担任北京、上海、广州、深圳、哈尔滨、吉林、沈阳、石家庄、长沙、南京、台州、马鞍山、淮北、淮南、宿州、宁波、徐州、惠州、赣江新区等全国近三十地仲裁委员会仲裁员。
