

疫情影响下建筑施工企业应注意的法律问题

作者：北京德恒（西安）律师事务所主任——何玉辉

据国家卫健委统计，截至2月9日24时，31个省（自治区、直辖市）和新疆生产建设兵团累计报告确诊病例40171例，有疑似病例23589例，累计追踪到密切接触者399487人，尚在医学观察的密切接触者187518人。自新冠肺炎疫情（以下简称“疫情”）发生以来，各级政府采取了一系列强有力的措施，但目前疫情的形式依然严峻，多项政策要求减少人员聚集，但建设工程施工过程中需要大量工人，且人员混杂，容易造成交叉感染。因此，施工合同能否继续履行、工期能否顺延、损失能否索赔等问题成为施工企业的最为关注的问题。

一、施工合同履行问题

此次疫情是否属于法律规定的不可抗力，施工企业是否有权解除施工合同，笔者认为需要从合同约定和法律规定两方面来分析。

（一）疫情能否构成不可抗力

疫情可能但不必然构成不可抗力。根据《合同法》第117条第2款、《民法总则》第180条第2款的定义，不可抗力是指具有以下特征的客观情况：（1）不可预见，这是指“根据现有的技术水平，一般对某事件发生没有预知能力”；（2）不能避免且不能克服，这是指“当事人已经尽到最大努力和采取一切可以采取的措施，仍不能避免某种事件的发生并不能克服事件所造成的后果。”此次疫情属于新型传染病，具有突发性，其确切的传染源、致病原理和治疗方法至今尚未明确，故一般可认为疫情本身符合不可抗力的特征。同时，为防治疫情采取的行政措施，对于一般当事人而言亦是不可预见、不能避免且不能克服的，也具备不可抗力的特征。

但须注意的是，不同当事人对传染病疫情及其影响的预期是不同的，而且疫情发展本身具有一个过程，其对当事人及合同履行的影响

是逐步显现的。因此，一概笼统地将疫情认定为不可抗力有失偏颇，也可能引致不公。故在个案中判断新冠肺炎疫情是否构成不可抗力，还应结合当事人预期、疫情过程加以考察。

1. 从当事人预期来看，如果合同对疫情是否构成不可抗力作出约定，原则上应当按照约定处理。当事人虽未将疫情约定为不可抗力，但对疫情期间的合同履行作了事先或事后的安排，也不应将疫情认定为不可抗力。

2. 从疫情过程来看，疫情在不同阶段能否构成不可抗力存在差异。以新冠肺炎疫情核心区域湖北省为例，在疫情及其应对过程中，目前已先后发生首例患者发病、官方首次通报病情、病原体初步判定为新型冠状病毒、启动突发公共卫生事件二级应急响应、启动重大突发公共卫生事件一级响应、武汉等城市发布“封城”公告、春节假期延长、延迟企业复工等主要事件。这些事件对当事人能否预见疫情对合同履行的影响明显不同。例如，当事人在官方首次通报病情前订立合同，一般应认定当事人无力预见蔓延升级的疫情及其对合同履行的影响；但是，在启动应急响应乃至“封城”之后，当事人应当理性地考虑疫情可能对其履行合同的影响，故如其仍选择订立合同，原则上不得再将疫情认定为不可抗力。

（二）合同约定的解除条件是否成就

根据《示范文本》的约定，因不可抗力导致合同无法履行连续超过 84 天或累计超过 140 天的，发包人和承包人均有权解除合同。目前即使构成不可抗力，但未超过 84 天，从目前疫情发展和防控的情况来看，很难达到超过 84 天无法履行合同的情况，何况该 84 天应从假期（工程项目的春节假期，不是指统一的春节法定假期）结束才开始计算。因此，笔者认为，除非发生特别情况，此次疫情很难达到约定解除合同的程度。

（三）法律规定的解除条件是否成就

根据《合同法》第 94 条规定，因不可抗力致使不能实现合同目的，当事人可解除合同。此处的关键是如何认定不能实现合同目的，对于施工企业来说，其合同目的在于通过其施工行为获得相应的工程款，获得预期的利润。如果因为不可抗力的影响，施工企业无法进行施工，且其无法施工的状态持续比较长，导致其当初订立合同所依据的相关条件发生重大变化，如其资质发生变化、管理人员发生重大变化、财务状况发生重大变化、设备持有情况发生重大变化、相应的关键材料设备供应情况发生重大变化，致使其无法再进行施工的，施工企业有权要求解除合同。

此外，如果因为不可抗力的影响，致使施工企业履行承包合同无利益，尤其是在人、材、机价格因为疫情发生超出预期的大幅上涨，而发包人不同意调整合同价款，施工企业无法继续履行合同时，应允许施工企业解除合同。当然，如果价格的上涨尚未超出正常的预期，属于正常的商业风险，应不允许建筑企业解除合同。

二、施工期限顺延问题

（一）施工企业是否有权申请顺延工期

如果认为本次疫情属于不可抗力。根据《合同法》第 117 条规定，因不可抗力不能履行合同的，根据不可抗力的影响，部分或者全部免除责任，但法律另有规定的除外。当事人迟延履行后发生不可抗力的，不能免除责任。施工企业因为此次疫情影响，不能按照原定时间进行开复工的，有权根据合同约定向发包人 or 监理人申请顺延工期。当然，如果是施工企业原因发生了延误，本应已竣工的工程碰上此次疫情，则施工企业无权要求就此次疫情申请延期。

（二）建筑企业如何申请工期顺延

在发生不可抗力情况下，建筑企业应该按照合同约定提出相关主张，以《示范文本》为例。

1. 不可抗力的通知

施工企业应当在此次疫情发生后，立即通知发包人和监理人，书面说明此次不可抗力对其造成的影响，尤其是对原定开复工时间和后续工期造成的影响，并提出相应的工期顺延的申请。

截至发文前，此次疫情仍在持续发生，施工企业应根据具体情况向发包人和监理人提交报告，建议根据政府相关通知及本项目的具体情况来确定提交报告的次数和时间，在政府相关部门就开复工时间提出相关通知时提交一次，在发生对工程实施产生重大影响的其他情况时也要相应提交。最后，不可抗力事件结束后 28 天内应提交最终报告及有关资料。笔者认为，如果此次疫情对施工不再存在较大影响时视为不可抗力事件的结束，此次疫情的结束应以政府相关主管部门的定为准。

2. 提供必要的证明

由于此次疫情是众所周知的事情，就本次疫情的发生无须提供相关证明。但就本次疫情对施工企业造成的实际影响和损失，施工企业需要提供相关证明，施工企业应保管并收集相应的证据。

3. 采取避免和减少工期延误的措施

不可抗力的情形下施工企业有权要求顺延工期，但也仍有义务要采取措施避免工期的进一步延误。这些措施主要包括：在原劳务分包企业的劳务工人主要来源于主疫区，不能及时派出足够劳务人员的情况下，积极协调其他地区的劳务分包企业补足相关劳务人员；在原材料设备供应商受影响无法及时供货情况下，积极寻找可替代的供应商；在本企业项目管理人员因感染等情况无法及时到岗情况下，与发包人协商更换相关管理人员；采取相应的赶工技术措施，经发包人同意后实施。

施工企业在采取相关措施时，应保留相应的证据材料，并及时通知发包人和监理人。部分措施，在发包人同意的情形下才可以采取，如赶工措施等。

（三）损失索赔问题

1. 损失如何分担

我国法律并未规定不可抗力造成的损失如何分担，《示范文本》也只是要求合理分担，未明确约定分担比例。笔者建议，施工企业的停工费用明细首先要经过发包人的审核和确认，至于双方各分担多少，双方协商确定。在确定各自分担比例时，可以着重考虑以下因素：承包人利润率、承包人亏损金额、发包人的承受能力、发包人的获得情况、发包人的损失情况、承包人损失金额的大小、承包人的履约表现、损失大小占承包合同标的额的比例等。

此外，根据《示范文本》的约定，建筑企业在停工期间按照发包人要求照管、清理和修复工程的费用由发包人承担，但这些费用不得与上述停工费用重复主张。

2. 防控疫情措施增加费用

根据《陕西省建筑工地复工期间新型冠状病毒感染肺炎疫情防控暨施工安全指南》的通知（陕建发〔2020〕31号）：（1）建筑工地应配备体温枪、温度计、防护口罩、消毒液、洗涤用品等防疫物资；（2）项目应设置单独隔离观察宿舍，用于临时隔离观察人员居住。隔离观察措施应符合属地疾病控制部门要求；（3）工地食堂、宿舍、办公场所等人员密集地方应开窗通风，保持室内空气流通，并每天消毒；（4）施工现场和生活区、办公区应设置废弃口罩专用收集容器。做好垃圾储运、污水处理等工作；（5）工地卫生间应配备洗手液、擦手纸等卫生用品……，施工企业的前述防控措施必然会导致费用的发生，这些防控措施一方面是为了执行政府主管部门的强制要求，另一方面也是为了减少和防止疫情对项目实施造成影响，其性质类似于新增了一项非因承包人原因所导致的措施项目，因此，笔者认为此项费用应由发包人承担。

3. 疫情导致的人、材、机价格上涨增加费用

从目前疫情的发展来看，工程开工后，人、材、机价格上涨是一个大概率事件。那么，人、材、机价格上涨的成本增加应如何分担呢？这是一个复杂的问题。其一，人、材、机价格上涨的原因是多方面的。价格上涨是否仅为此次疫情所导致的，有没有其他因素导致人、材、机价格的上涨，需要分析清楚。但是，事实上，各种因素纠缠在一起，是很难分清的。施工企业欲主张调整合同价款，需要提供相关证据，证明相关的涨价是此次疫情所导致；其二，即便涨价是因此次疫情所导致，作为不可抗力影响的一个结果，在合同没有约定、法律没有规定的情况下，发包人是否有义务分担此种涨价损失，肯定存在争议。

因此，首先应按照合同约定的人、材、机调价条款约定处理此次涨价问题，通常施工合同会约定人材机价格涨跌超过一定幅度的情况下，双方可按照合同约定的调价方法调整合同价款；其次，如合同约定为固定价格，不随人、材、机价格涨跌而调整，此时需要考虑是否可适用情势变更原则处理，如果价格涨幅严重超出施工企业预期，不属于正常的商业风险了，可以考虑按照情势变更原则要求变更相应的价格条款；最后，如因为各方面条件限制，无法适用情势变更原则处理，且价格涨幅确实令建筑企业遭受重大损失，可考虑按照公平原则处理，由发包人适当承担部分涨价损失。

“枪响之后没有赢家”，每个人包含承发包方都是这场疫情战争的参与者和见证者，疫情发生以来，我国政府和人民全力以赴抗击疫情。全国动员、全面部署、快速反应，采取了最全面、最严格的防控举措，打响了一场疫情防控的人民战争。有关工作正在逐步取得成效，国家完全有信心、有能力战胜疫情。疫情的发生并非承发包的过错，双方应相互理解、相互扶持、尽可能减少损失，以求长远的发展。

何玉辉律师——北京德恒（西安）律师事务所主任，具有律师从事证券法律业务资格、律师从事集体科技企业产权界定法律业务资格、

律师从事国家基本建设大中型项目招标投标法律资格等。曾任美伦 HBV 投资基金公司、陕西省妇联、陕西省工商联、陕西企业家协会等 60 余个单位的法律顾问，为企业改制、私募、并购、发行股票、债券、首发、配股、股权交易等提供法律服务，办理企业法律事务千余件，标的达 25 亿；此外受理刑事案件 200 余件，代理公司、证券、合同、房地产等民事、经济纠纷诉讼仲裁案 1000 余件，标的 8 亿多元。