

建筑行业与新冠肺炎疫情相关政策文件分析

□茹晓春 余家琪 许海峰

前 言

2019 年底新型冠状病毒感染肺炎疫情自我国湖北省武汉市爆发。2020 年 1 月 20 日,国家卫健委发布 1 号公告,将新型冠状病毒感染的肺炎纳入《中华人民共和国传染病防治法》规定的乙类传染病,以及采取甲类传染病的预防、控制措施。1 月 24 日,上海市等全国超过十个省市启动重大突发公共卫生事件一级响应。1 月 30 日,我国疫情被世界卫生组织认定为“国际关注的突发公共卫生事件”。

全国各地政府、建设主管部门均采取了近乎史无前例的相关管控措施以遏制疫情进一步蔓延传播,管控措施涉及以下几个方面:限制建设项目开工复工时间、限制建设项目工人返岗时间、项目所在地及务工人员所在地的交通管控措施、规定异地返岗人员的隔离时间、规定开工复工项目必须具备的防疫防控物资设备及组织管理、规定开工复工需政府主管部门审核批准制度、规定防疫期间项目作业人员及生活办公设施的防控标准、规定项目发生疫情对企业的诚信扣分及市场禁入措施以及明确防疫管控不力导致疫情传播或扩散需承担的行政、刑事责任等。

新冠肺炎疫情影响属于作为法律概念上的事件,符合《民法总则》和《合同法》上的对于不可抗力力的“不能预见、不能避免且不能克服的客观情况”的规定。全国人大常委会法制工作委员会相关室负责人臧伟伟也在公开场合认可此次疫情符合不可抗力的特征。

疫情是一个持续性事件,目前尚无法准确判断该事件的持续时间及对建设工程工期、费用等影响的程度。截至 2 月 24 日,我们以复工日期、复工条件、复工审批或报批、不可抗力力的风险分担和复工后的合同价款调整原则为关键信息进行搜索,共收集全国各地政策文件 380 份文件,涉及不可抗力力的风险分担或复工后的合同价款调整原则共有 18 份。现做如下分析与建议:

一、要全面排查复工时间并严格遵守

复工时间很大程度上取决于疫情控制的情况,如果疫情控制难度大,则复工时间的相关政策会继续调整,不同地区的影响程度也会存在差异,南方地区的影响大于北方,因为每年春节后至农历正月十五这段时间,即使没有本次疫情,北方的大多数室外工程项目受气温影响也难以正常开工;受疫情严重地区的影响大于疫情较轻的地区;对交通网络发达、人口数量与密度较高的大城市的影响要大于偏远地区。因此,我们首先要排摸各地政府对于复工时间的政策规定。

从统计的情况来看,多地规定复工时间不得早于 2020 年 2 月 9 日 24 时,如上海、北京、浙江、江苏等。但部分地区规定了更长的复工时间,如上海市长宁区规定“项目 3 月 1 日前不得开工”,杨浦区规定“一律不得早于 2 月底前复工或新开工”。浙江省温州市规定“白名单”企

业(项目)可在 2 月 17 日 24 时后复工;其它企业(项目)在 2 月 22 日 24 时之后有序复工。江苏省淮安、常州、南通、无锡、苏州、镇江等地规定 2020 年 2 月 20 日后可开工。部分地区根据项目属性也有例外规定,如北京市规定:对于涉及国家级、市级重大工程和涉及保障城市运行必需以及重要国计民生的相关项目,经市住房城乡建设主管部门核定的,可提前复工或新开工,同时必须落实好各项疫情防控措施。浙江省杭州市规定重点民生工程(含市政重点工程、轨道交通工程、亚运项目、省市重点工程等)及其混凝土生产、渣土运输等必要配套企业 2 月 10 日起可复工;2 月 15 日起,安置房等一般民生工程;2 月 20 日起,具备条件的其他工程。安徽省合肥市规定重点民生工程(含市政重点工程、轨道交通工程、省市重点工程等)2 月 24 日可复工;一般民生工程(包括安置房等建设工程)3 月 2 日可复工;其他工程(包括房地产等建设工程)3 月 9 日可复工。江西省赣州市规定:2 月 10 日起,市域内施工企业使用本市工人承建的项目原则上可第一批申请复工;2 月 24 日起,市域外施工企业(不含湖北等重点疫区)承建的项目原则上可第二批申请复工。目前明确规定开工事件最晚的是黑龙江省,一般民生工程、经济类建设工程 4 月初可开工,房地产等其他建设工程 4 月中旬开工,考虑到黑龙江地区 4 月份之前受寒冷气候影响,实际上不具备室外施工条件,尚处于冬休期,故该规定对工期的实质性影响不大。

二、要严格落实复工条件,按照规定程序申请复工

根据国家及相关部门的统一部署,各地均出台了根据疫情发展以及本地区建设工程实际情况的复工相关政策,制定了包括施工企业在内的企业复工复产的条件。从统计中发现,各地都将疫情控制方案纳入复工审核条件。个别省市对复工条件做了详细规定,如上海市规定,在组织管理方面,建筑工地应成立疫情防控小组,明确职责,建立防控体系;人员管控方面按要求填写《健康信息登记表》分类管理;施工现场管控方面严格执行全封闭管理,落实环境消毒制度;防疫物资准备方面应配备足够的口罩、测温计、消毒液等疾控用品;现场安全管理方面关键岗位人员到岗履职,对大型机械维修检查和运行调试,加强安全设施排查;教育交底方面对所有进场人员进行复工前的安全、卫生防疫等教育交底。复工申请需填写《建筑工地复工检查表》,通过自查、复查和申请、核查的方式对复工条件进行核查,合格一家复工一家。

在复工审批权限上,各地做法不一,但多采取审核制。有些地方由建设主管部门审批,有些地方采取建设主管部门和工程所在地疫情指挥部双重审核方式等。但值得注意的是,部分省份已将审批制改为报备制,如江西省发布《江西省新型冠状病毒感染的肺炎疫情防控应急指挥部令第 14 号》,取消因疫情防控对各类企业、建设项目复工复产的批准手续,

复工复产改为报备制。宁波市住建局也规定对各类工程项目实行复工安全条件承诺审核制(除含有超过一定规模的危险性较大分部分项工程的项目外)。合肥市城建局发布关于应对新冠肺炎疫情支持建设工程企业发展的通知。需开工的工程建设项目,施工许可实行告知承诺制,容缺办理。

我们建议,承包人应与发包人协商确定复工时间,并满足当地政府部门的规定,按规定申报复工。承包人应避免自身原因导致的复工条件不成就,防止建设单位的工期或费用索赔。在复工时和复工后,及时且定期向建设单位送达索赔通知或索赔意向书,并在疫情影响结束后形成书面的工期顺延签证。

三、不可抗力背景下的风险分担

(一)疫情期间的工期合理顺延

在工期方面,部分省市出台了疫情对于建设工程施工合同履约的工期影响的规定,主流意见为:承包发合同中如有约定的,按照约定处理;合同无约定或约定不明的,可按《建设工程工程量清单计价规范》(GB50500—2013)或《建设工程施工合同(示范文本)》(2017)关于不可抗力规定,合理顺延工期。部分省市对工期顺延标准有直接的规定,新冠疫情影响工期计算方法:顺延工期计算从当地省市政府启动重大突发公共卫生事件一级响应至解除之日止。采用这一标准的有云南、陕西、湖南和部分地级市如浙江的宁波市等。

也有部分地区采取不同的计算方式,如浙江省湖州市规定:因新冠肺炎疫情影响造成停工的,应当顺延工期。发承包双方应及时根据疫情防控实际情况,充分考虑人工、材料紧缺、施工降效等现实因素确定顺延天数,可按照发承包双方约定的春节假期结束后复工之日至项目实际复工之日天数,加上施工降效补偿天数作为工期顺延天数。发承包双方明确具体复工时间后,因承包方疫情防控措施不利,导致项目实际复工时间晚于约定时间的,不再顺延。

又如山东省规定:疫情防控期间未开工的项目,顺延工期一般应从接到工程所在地管理部门停工通知之日起,至接到复工许可之日止。还有部分省市仅规定工期可合理顺延,但未规定计算方式,如四川、浙江、江苏等省和部分地级市如南通、厦门、无锡、郑州、合肥等。

(二)停工费用合理分担

从统计分析结果来看,多个地方政策规定:停工费用调整按照法律法规及合同条款,参照不可抗力有关规定及约定合理分担,如浙江、陕西、湖南、四川、云南、广西、山东等省份。江苏、山东等省份还规定可依据《建设工程工程量清单计价规范》(GB50500—2013)第 9.10 条,承包发人合理分担费用。部分省份规定较为详细,以江苏省规定为例:受新冠肺炎疫情影响防控影响,工程延期复工或停工期间,承包人在施工场地的施工机械设备损坏及机械停滞台班、周转材料和临时设施摊销费用增加等停工损失由承包人承担;留在施工场地的必要管理人员和保卫人员的费用由发包人承担。

受新冠肺炎疫情影响防控影响,工程延期复工或停工所发生的工程清理、修复费用增加,由发包人承担。受新冠肺炎疫情影响防控影响,造成工期延误,工程复工后发承包人确因特殊原因需要赶工的,必须确保工程质量和安全。赶工天数超出剩余工期 10% 的必须编制专项施工方案,明确相关人员、经费、机械和安全等保障措施,并经专家论证后方可实施,严禁盲目赶工期、抢进度。相应的赶工费用由发包人承担。部分地级市除参考 2013 版《建设工程工程量清单计价规范》第 9.10 条外,还将 2017 版《建设工程施工合同(示范文本)》通用条款第 17.3.2 规定关于不可抗力力的相关规定纳入费用分摊的参考依据。如浙江省湖州市规定:受疫情影响导致工程停工,停工期间造成的财产损失、费用增加,应根据合同约定合理分担;合同无约定的,按《建设工程工程量清单计价规范》(GB50500—2013)第 9.10 条和《建设工程施工合同(示范文本)》(2017)通用条款第 17.3.2 原则,由发承包双方签订补充协议,合理分担。

针对疫情期间的工期和停工费用问题,我们认为,不可抗力力的法律后果之一是可以免除因无法履行合同义务而导致的民事责任。但当事人应及时履行通知、减损、举证义务。承包人应及时发出通知建设单位,履行减损义务,并对工期和费用主张承担举证责任。特别提醒,在援引不可抗力作为合同履行障碍的抗辩时,应具体考量不可抗力事件与合同履行障碍间的因果关系、影响程度等因素。且若因当事人存在延迟履行行为,导致迟延履行期间遭遇新冠肺炎疫情的,不能据此免除违约责任。

我们建议承包人:

1. 应发函告知建设单位此次不可抗力对合同履行影响,即履行不可抗力力的通知义务。
2. 根据合同约定的索赔程序和期限,就工期和费用主张提供证明材料进行索赔,及时发出索赔通知,避免逾期失权。
3. 就疫情前的工期进行梳理,避免因自身原因导致疫情前工期延误而导致疫情期间无法顺延工期,以及建设单位反索赔的风险。
4. 在工期索赔时,不仅要考虑原施工计划与实际复工时间之间的工期顺延,还应考虑后期因人工、材料不足或紧缺、施工降效等因素造成的工期顺延。

四、复工后的合同价款调整原则

(一)防疫费用

疫情现况下,施工必然产生防疫费用。对于防疫费用的分担,多地已将防疫纳入工程造价。有的纳入防控专项经费,如浙江、山东。有的纳入措施费,如江苏省等。费用计取方面,浙江、山东规定按照每人每天 40 元的标准计取。浙江部分地级市对费用承担、支付的时间等作了详细规定,如湖州市规定:疫情防控期间继续施工的项目,按照项目工地实际在岗人数计取每人每天 40 元的疫情防控专项经费。此费用由发包人承担,在工程造价中单列,与工程进度款同期全额支付,承包人应当单独列支,专款专

用。温州市规定:发包方应增设疫情防控专项经费,在工程造价中单独列支、专款专用,作为疫情防控措施支出,纳入价款结算;宁波市规定:每人每天 40 元的标准计算。承包方应做好施工现场记录,收集保存现场人员名单、按实签证,作为计量依据。

江苏、云南、四川、湖南等省份规定防疫费用按实签证,进入结算,由发包人承担。各地防疫费用涵盖范围有所差异,一般均涵盖防疫物资和防控人员费用。江苏省除前述费用外,还包括隔离观察期间的工人工资。

福建省厦门市规定的标准较为不同:疫情防控期间招标、开工以及在建的建设项目,达到项目主管部门要求的疫情管控开复工条件的,安全文明施工费率可上浮 20%。招标时按疫情防控要求调整计取了相应的安全文明施工费,但开工时疫情已结束未实际发生疫情防控措施投入的,结算时应扣减上调的安全文明施工费用。

(二)人工费、材料费等费用调整

因疫情导致人工、材料等价格发生重大变化,多地出台政策规定了原则性意见,建议承发双方就价款调整进行磋商,形成签证或补充协议,合理确定调整办法,如江苏、湖南、云南、四川、陕西等省份。浙江省更详细规定:因疫情防控导致人工、材料价格重大变化,相应调整方式在合同中未有约定的,建设单位和施工企业、工程总承包企业可根据实际情况适用情势变更,依据《浙江省建设工程计价依据(2018 版)》中“5% 以内的人工和单项材料价格风险由承包方承担,超出部分由发承包方承担”的原则合理分担风险。值得注意的是,山东省、浙江省和部分地级市,如无锡、宁波、南通等明确规定均可按情势变更原则确定价格调整办法。无锡市和连云港市还分别就人工和材料设备的价格调整作了不同规定。

需要说明的是,多地政府主管部门出针对对疫情的政策性文件,并非严格意义上的法律,并不具有强制力,但为疫情之后发承包双方合理确定费用提供了极为重要的参考意义。另外,多地虽规定可以情势变更作为价款变更原则,然情势变更为请求权,需法院裁判确认,且在司法中适用标准极为严苛。涉及具体项目价格调整谈判时,应注意方式方法,把握谈判时机。承包方可结合合同约定,通过以业主指令或政府政策变化为主要依据,与建设单位协商调整价格。

五、建议本市建设行政主管部门出台关于新冠肺炎疫情影响下施工合同履约及工程价款调整的指导意见

鉴于新冠肺炎疫情对施工合同履约及工程造价将产生重大影响,目前江苏、浙江省等省市已先后出台相关文件,建议上海市建设行政主管部门在前期已印发《关于进一步加强建筑工地疫情防控措施的通知》的基础上,尽快出台“新冠肺炎疫情影响下施工合同履约及工程价款调整”的政策性文件。具体建议如下:

(一)关于文件调整适用的期限和范围

建议上海市拟出台的政策性文件适用于新冠肺炎疫情防控期间和建设工程

项目复工后但仍受疫情影响的期间。

【主要理由】:新冠肺炎疫情防控期间是指本市启动重大突发公共卫生事件一级响应(2020 年 1 月 24 日)之日起至解除之日止,在此期间,施工合同当事各方均受该不可抗力事件直接影响。同时,在新型冠状病毒感染的肺炎疫情影响解除后,随着大量工地的集中开工,因用工紧缺、主要建筑材料需求集中猛增,可能发生的人工、材料设备、机械价格的大幅上涨,该情形对于当事人来说,属于不能预见、不能避免并不能克服的不可抗力所导致,对此全国人大法工委及各地高级人民法院均有明确意见。我们认为同样应适用《民法总则》《合同法》和《建设工程工程量清单计价规范》等法律法规及规范性文件所确定的不可抗力风险承担原则。

(二)关于文件具体条款的建议

1. 因新冠肺炎疫情防控造成的损失和费用增加,适用合同不可抗力相关条款规定。合同没有约定或约定不明的,可以以《上海市建设工程工程量清单计价应用规范》第 9.10 条不可抗力力的相关规定为依据,并执行以下具体原则:
 - (1)因新冠肺炎疫情防控造成工程延期复工或停工的,应合理顺延工期。
 - (2)受新冠肺炎疫情影响,工程延期复工或停工期间,承包人在施工场地的施工机械设备损坏及停工损失,应由承包人承担;留在施工场地的必要管理人员和保卫人员的费用由发包人承担。

(3)受新冠肺炎疫情影响,工程延期复工或停工所发生的工程清理、修复费用增加,由发包人承担。

(4)受新冠肺炎疫情影响,造成工期延误,工程复工后发包人确因特殊原因需要赶工的,必须确保工程质量和安全。赶工天数超出剩余工期 10% 的,必须编制专项施工方案,明确相关人员、经费、机械和安全等保障措施,并经专家论证后方可实施,严禁盲目赶工期、抢进度。相应的赶工费用由发包人承担。

2. 在应对新型冠状病毒感染的肺炎疫情影响期间,承包发人应发包人要求留在施工场地的必要人员费用由发包人承担。施工企业应及时撤离不必要的人员,并收集保存现场必要人员的人员名单,支出费用凭证,作为计量依据。

3. 新冠肺炎疫情防控期间施工的工程应本着实事求是的原则并结合承包人的实际成本进行计价,计算人工工日单价可参照法定节假日加班费规定计取。

【主要理由】:新冠肺炎疫情防控期间,因疫情防控需要,有应急建设项目进行施工。同时,根据市住建委《关于进一步加强建筑工地疫情防控措施的通知》要求,2020 年 2 月 10 日以后经建设行政主管部门核查后,部分建设工程项目复工,此时仍处于新冠肺炎疫情防控期间。因受疫情影响,存在用工紧缺和材料设备、机械等生产资料供应短缺状态,生产要素呈现“有价无市”或“有市无价”,也属于合同当事人不能预见、不能避免并不能克服的不可抗力,不应执行原合同价格,而承包人的工、材料等成本难以用通常的市场价格或信息价进行衡量,有鉴于此,其间完成的工程量应本着实事求是的原则并结合承包人的实际成本进行计价。

4. 工程复工前疫情防控准备及复工后施工现场疫情防控的费用支出,包括按规定支付的隔离观察期间的工人工资,由承包发人向发包人提供疫情防控方案,经发包人签证认价后,作为防疫措施项目费由发包人承担。

5. 在新型冠状病毒感染的肺炎疫情影响解除后,随着大量工地的集中开工,如因用工紧缺、主要建筑材料需求集中猛增,可能发生的人工、材料设备、机械价格的大幅上涨,发承包双方应按照合同约定的价款调整的相关条款执行。合同没有约定或约定不明的,由发承包双方根据工程实际情况签订补充协议,合理确定价格调整办法。按以下原则处理:

(1)人工单价作为政策性调整的内容,风险应由发包人承担,应予以调整。合同约定不能调整或约定不明的,发承包双方应依据工程的实际情况,按情势变更原则,通过签订补充协议重新约定。具体标准可参照《关于建设工程要素价格波动风险条款约定、工程合同价款调整等事宜的指导意见》(沪建市管[2008]12 号)。

(2)设备材料价格的风险,合同中有约定材料设备调整方法的,按照合同约定执行。如原合同中未约定材料设备价格调整办法或原材料价格调整办法显失公平的工程,发承包双方应根据工程实际情况及市场因素,按情势变更原则,签订补充协议,合理确定材料设备价格调整办法。具体标准可参照《关于建设工程要素价格波动风险条款约定、工程合同价款调整等事宜的指导意见》(沪建市管[2008]12 号)。

本案是否已过诉讼时效

□文/吴义良

【案情】

2008 年 9 月,原告余某应雇到被告李某承包的某工程项目处做事。在 2009 年 5 月的一天,原告在做事过程中不幸受伤,住院 30 余天,花去住院费近 3 万余元,该费用全部由原告及其家属自垫。出院后,原告多次找李某索赔医药费等损失,被告李某以各种理由未赔分文。后原告将被告李某绑至某宾馆,向李某及其家人索要赔偿,后李某家人报警,原告被抓获。同年 9 月,原告被判以非法拘禁罪,获刑 3 年 6 个月。于 2013 年 4 月刑满释放,原告于 2013 年 5 月诉至法院,要求被告李某赔偿其因伤害造成的医药费、护理费、住院伙食补助费、营养费、精神损害抚慰金合计损失 5 万元。被告提出时效抗辩,认为原告的诉讼请求早过 1 年的诉讼时效,请求法院驳回原告的诉讼请求。

【分歧】

针对本案原告的请求是否已过诉讼时效,对此产生两种观点:

一种观点认为,人身损害赔偿案件的诉讼时效期间为一年,本案原告因人身伤害造成的损失早在其出院时确定,至其起诉时早超过一年,原告又无证据证实其在起诉前曾向被告主张过权利,故已过诉讼时效,原告的请求应予驳回。

另一种观点认为,根据我国《民法通则》第 139 条的规定:“在诉讼时效期间

的最后 6 个月内,因不可抗力或者其他障碍不能行使请求权的,诉讼时效中止,诉讼时效从中止时效的原因消除之日起继续计算。”本案中原告诉讼期间服刑属于“其他障碍”不能行使请求权的情形,因服刑之事实导致诉讼时效中止,时效从起刑满释放后继续计算,故本案未过诉讼时效,原告的请求应予支持。

【评析】

本人同意第二种意见,理由为:

1. 从法理方面来说,笔者认为可借用一下刑法中的“期待可能性”理论。所谓“期待可能性”是指从行为时的具体情况来说,可以期待行为人不为违法行为,而实施适法行为的情形。考虑行为人的处境,不向其提出过高的要求,以保持处罚结论的实质合理,这是“期待可能性”理论的价值所在。本案中,原告在监狱中服刑能否期待其委托他人去行使债权?笔者认为原告并不具有这种期待可能性;首先,原告是一名普通的百姓,文化水平不高,法律意识淡薄,法律知识匮乏,加之人身自由被剥夺,在这条件下让原告去认识“代理”、“诉讼时效”等法律概念并去维护自己权益,显然是强人所难;其次,在监狱中,委托他人需要经过监狱管理部门程序上的审批,目前来说,监狱对服刑人员民事权利的,保护重视不够,能否获批准未知。即使能够被批准,原告也不一定会做,因为他会面临一个最大的困难,即举证困难,



人身损害类案件涉及赔偿项目众多。需要收集的证据也较多,比如司法鉴定、受伤前工资收入情况、居住情况,当事人不在场的情况下,这些证据很难得到全面收集,对其损失也就不能得到足额的赔偿。

2. 从人情角度来看,原告曾多次索赔,被告以种种理由不归还,最后原告用

一种极端的方式去实现债权——非法拘禁,结果锒铛入狱,原告遭受精神和经济的双重打击。原告出狱后通过法律途径主张其债权,希望法院能够维护其合法权益,满足其合法诉求。如果不支持其主张,那么就会使原告陷入绝境境地,他会觉得社会不公平,增加了社会的不稳定因素。

“法外无人情”,当法律可作多种解释时,我们应考虑一般百姓的看法,选择一个情理上可接受的解释。“其它障碍”具有兜底条款性质,因此适用这一条款时,应充分贯彻能得到司法理念,从法律人情方面予以理解,以保证司法判决的社会效果。

(作者单位:湖南省株洲县人民法院)