“拉闸限电”，施工企业是否可以主张工期顺延及材料调差

□吴咸亮

2021年9月，“拉闸限电”成为一个高频词，限电、停产正在席卷包括江苏、浙江、山东、广西、云南等在内的至少10余个省份。受此影响，9月22日起，多家A股上市公司密集发布了关于限电停产的公告。

在此背景下，施工企业受到两方面的影响，一是因此导致施工延误，二是限电造成部分材料价格上涨。《建筑时报》发文指出：“近期，受能耗双控、原燃煤炭价格上涨及部分地区执行限电错峰生产等多重因素影响，水泥、钢材、混凝土等建材价格持续上涨，全国多地发布建筑材料价格波动风险预警。”

本文将对“拉闸限电”的法律性质，对合同履行的影响等，做出一定的探讨。

一、“拉闸限电”的法律性质

“拉闸限电”到底是什么性质是个需要明确的问题，因为定性会影响施工企业到底是否可以获得工期顺延及材料调差，以及具体的请求权基础为何。

对于“拉闸限电”，我们可以选择的定性似乎包括以下几种：1.商业风险；2.不可抗力；3.政府行为；4.情势变更。不同的定性将会导致完全不同的结果，笔者对此逐一加以分析。

1.“拉闸限电”是不是商业风险

商业风险是指在商业活动中，由于不确定因素存在而给交易主体带来的遭受损失的可能性。其并非当事人不可预见、不能承受。一般的市场供求变化、价格涨落等属于此类。ⅰ最高人民法院《关于当前形势下审理民商事合同纠纷案件若干问题的指导意见》规定：“3、人民法院要合理区分情势变更与商业风险。商业风险属于从事商业活动的固有风险，诸如尚未达到异常变动程度的供求关系变化、价格涨跌等。情势变更是当事人在缔约时无法预见的非市场系统固有的风险。人民法院在判断某种重大客观变化是否属于情势变更时，应当注意衡量风险类型是否属于社会一般观念上的事先无法预见、风险程度是否远远超出正常人的合理预期、风险是否可以防范和控制、交易性质是否属于通常的‘高风险高收益’范围等因素，并结合市场的具体情况，在个案中识别情势变更和商业风险。”

本轮“拉闸限电”显然不属于正常情况下的停电，当事人无法预见，而且这也不属于正常的市场固有风险，因此可以排除商业风险。

2.“拉闸限电”是不是不可抗力

《民法典》第一百八十条第二款规定：“不可抗力是不能预见、不能避免且不能克服的客观情况。”具体而言，“是指独立于人的行为之外，并且不受当事人的意志所支配的不可预见、不可避免而又不可抗拒的客观情况。从分类上讲，既有自然原因的不可抗力，比如地震、台风、海啸等，也有社会原因的不可抗力，比如战争、动乱等。”

“拉闸限电”很难说是“不能避免”“不能克服”的客观情况，因为这不是客观情况引起的用电故障，而是供电部门有意识、有计划的行为，理论上是有可能克服的，特别是某些高能耗产业，国家对其限制的政策一直是明确的，所以笔者认为也并非不可抗力。

3.“拉闸限电”是不是政府行为

政府行为即政府机关以发布决定、命令或以通知等方式，要求某一地理范围内，在某一时间内禁止、限制施工活动、作业。

本次“拉闸限电”，很多自媒体认为和“能耗双控”政策有关，尤其是与国家发展改革委办公厅2021年8月12日印发的《2021年上半年各地区能耗双控目标完成情况晴雨表》有关，由此引发了对本轮“拉闸限电”是否地方政府行为的思考。

但笔者经过检索发现，主流官方媒体均对“拉闸限电”是由“能耗双控”引起进行了驳斥。

《人民日报》9月26日的微博指出：“个别地方全力优化能耗指标、不惜关停生产甚至影响居民生活用电的‘一刀切’做法，究竟是为了啥？说白了，跟开学前狂补作业一个道理。平时不作为，临近考核搞层层加码、玩命突击；平时高喊‘绿色发展’口号，实际工作中却一再追逐短期效益，这暴露出一些地方对新发展理念的认识偏差，对绿色低碳转型的谋划不积极。”

《人民日报》“侠客岛”公众号9月26日刊文指出：“能耗强度约束制度已实施10多年，‘能耗双控’执行近6年，按季度发表的‘晴雨表’也做了八、九个年头。‘能耗双控’目标要求一直稳定、明确，不存在临时加码……今年上半年多地能耗不降反升，9省区能耗强度、消费总量均被国家发改委给出一级预警。考核压力下，各地又赶紧立‘军令状’、加速整改。但转眼已近四季度，全年指标如何达成？于是，一些地方就采取强力手段，定指标、压任务，对产业园区和行业强制性限产停工、拉闸限电。”

《经济日报》指出：“具体到本次拉闸限电，东北地区主要受煤炭供应不足的影响……与东北地区不同，南方地区限电的主要原因更多是出于实现‘能耗双控’年度目标的主动选择。”

《央视网评》指出：“此轮多地限电主要还是受全国性煤炭紧缺、燃煤成本与基准电价严重倒挂、联络线净受能力下降等因素影响。当前国内动力煤、炼焦煤产能明显收缩，加上煤炭进口量减少，蒙煤通关量偏低，电煤供给短缺明显。这跟我国经济复苏伴生的高用电需求，显然不匹配。另外，部分地方紧急限电，还跟没把握好产业升级节奏、没做好平时能源管理工作、没跳出运动式减碳窠臼有关。”

综上，笔者认为，主流官方媒体指出，“能耗双控”是国家的长期政策，不存在因为“能耗双控”而做出临时“拉闸限电”的措施，虽然可能有部分地方确实存在地方政策的因素，但与中央政策不符，也在及时得到纠正，所以不能认为这个属于政府的政策。本轮限电的主要原因是电煤供应紧缺及燃煤成本提升，不宜将之认定为政府行为。

此外，电力部门的口径也可以看出，本轮“拉闸限电”的原因不是因为“能耗双控”。2021年9月28日，国家电网有限公司召开保障供电紧急电视电话会议，按照国家发展改革委、国务院国资委、国家能源局工作要求，对供电保障工作进行再部署、再推动、再落实，会议指出：“今年以来，面对用电需求快速增长、电煤供应持续紧张、主要流域来水偏枯、暴雨洪涝灾害频发等挑战，公司高度重视，超前研判，精心部署，采取全网统一调度、需求侧管理、应急抢险救灾等一系列措施，克服种种困难，确保了大电网安全和电力平稳有序供应。进入9月份，受多种因素叠加影响，电力供需形势面临着新的考验和挑战，对公司做好供电保障工作提出了新的更高要求。”各地发改委及电力部门也表示将尽力保障电力供应。

4.“拉闸限电”是不是情势变更

《民法典》第五百三十三条规定：“合同成立后，合同的基础条件发生了当事人在订立合同时无法预见的、不属于商业风险的重大变化，继续履行合同对于当事人一方明显不公平的，受不利影响的当事人可以与对方重新协商；在合理期限内协商不成的，当事人可以请求人民法院或者仲裁机构变更或者解除合同。人民法院或者仲裁机构应当结合案件的实际情况，根据公平原则变更或者解除合同。”

本轮拉闸限电的主要原因是电煤供应，应当属于一般当事人无法预见，且不属于正常商业风险，但对施工企业影响巨大，因此笔者认为属于情势变更。

二、“拉闸限电”对合同履行的影响

根据《民法典》的规定，情势变更的法律效果一是产生再交涉义务，二是当事人再交涉无法达成一致的，有权请求裁判机构作出变更或解除合同的裁决。

“拉闸限电”对施工企业的影响主要有两个方面，一是因为限电导致无法开工，造成工期延误，部分地区甚至规定“开二停五”“开一停六”，对施工进程造成巨大的影响，产生了人员窝工，机械台班停滞、措施费增加等等一系列的损失。其二是因为对高能耗企业限电，导致钢材、水泥等建材大幅上涨。由此造成材料差价损失。

根据情势变更的法律规定，发生上述情况时，双方首先应当就该问题进行协商交涉，如果协商不成，施工企业有权要求变更或解除合同，即施工企业即可以主张要求变更合同价款，顺延工期，补偿相应的工期延误费用和材料差价费用，也可以要求解除合同。

综上，笔者认为，“拉闸限电”造成施工企业工期延误，并引起材料价格上涨，构成情势变更，施工企业有权要求变更合同，主张工期顺延，以及工期延误和材料价差的补偿。

（作者单位：安徽吴咸亮律师事务所）

最高人民法院第三巡回法庭建设工程合同纠纷再审审理案例的研习报告之程序篇

□余卫　曾小元

一、建设工程合同纠纷案件的外延，可扩及“航道、港口疏浚合同纠纷”“船坞、码头建造合同纠纷”两类案由

一般认为，建设工程合同纠纷案件外延包括《最高人民法院民事案件案由规定》（以下简称《案由规定》）第100点项下9个四级案由对应的案件。但以法律适用、裁判规则的同源性来衡量，建设工程合同纠纷案件的外延并不限于此，还包括“航道、港口疏浚合同纠纷”（《案由规定》第215点）“船坞、码头建造合同纠纷”（《案由规定》第216点）。这两类案由虽置于“海事商事纠纷”项下，但其法律适用与一般的建设工程合同纠纷案件并无实质差别。在“再审申请人广东诺厦建设集团有限公司与被申请人广东金东海集团有限公司厦门分公司、广东金东海集团有限公司、广东宏大广航工程有限公司航道、港口疏浚合同纠纷案”（案号：（2016）最高法民再60号）中，一二审以及再审法院均无差别地、未作特别说明地援引适用了《合同法》“建设工程合同”一章以及《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》的有关规定，说明至少航道、港口疏浚合同纠纷案件与传统建设工程合同纠纷案件的法律适用是“无缝对接”的。

将“航道、港口疏浚合同纠纷”“船坞、码头建造合同纠纷”两类案由对应的案件纳入建设工程合同纠纷案件，有助于拓展建设工程合同纠纷裁判规则的研究视野，延伸建设工程合同纠纷的特殊规则。唯需特别注意的是，这两类案件程序上应当适用海商法的特别规定并由海事法院专属管辖。

二、创造性地运用诉讼费偏颇性分配来处罚逾期举证行为

建设工程合同纠纷案件，因案情复杂、证据繁琐，当事人往往习惯于“挤牙膏式”的举证，逾期举证的不利后果并未引起足够重视。如放任有意无意地“挤牙膏式”举证，必将影响裁判效率，浪费司法资源，损害司法裁判的公正性和公信力，助长“证据突袭”的诉讼投机行为。民诉法及其司法解释明确规定的逾期举证处罚措施仅限于不采纳非实质性证据、训诫、罚款、赔偿必要费用。但这些处罚措施要么缺乏震慑作用，如不采纳非实质性证据、训诫对当事人难有实质性的威慑作用，要么门槛高、可操作性不强，如罚款往往只针对情形恶劣的逾期举证行为，赔偿必要费用因费用不高、举证繁琐一般也很少采用。针对传统逾期举证处罚手段存在的短板，在“再审申请人江苏广宇建设集团有限公司与被申请人江苏汇银典当有限公司、江苏国宇高科通信技术有限公司建设工程施工合同纠纷案”（案号：（2017）最高法民再246号）、“再审申请人广州富利建筑安装工程有限公司与被申请人胡水根及二审上诉人保利（江西）房地产开发有限公司建设工程施工合同纠纷案”（案号：（2017）最高法民再395号）中，三巡创造性地通过诉讼费偏颇性分配、加重逾期举证当事人的诉讼费负担，处罚逾期举证行为。

建设工程合同纠纷案件中，引入诉讼费偏颇性分配的逾期举证处罚措施具有其必要性，理由一是建设工程合同纠纷案件标的额大，诉讼费高，加重诉讼费负担处罚力度和处罚效果远超罚款；二是诉讼费属于当事人必须预交的并最终由某一方或几方当事人负担的费用，在诉讼费负担上予以倾斜，形式上并未增加额外费用，实质上却又对当事人利益有实际影响，较罚款效果好且当事人易于接受，同时对当事人按期举证也有倒逼作用；三是不用出具专门的处罚法律文书，直接在裁判文书中载明诉讼费负担结果及其简要理由，简便易行、可操作性强。

然而，《诉讼费交纳办法》第29条只是模糊规定“部分胜诉、部分败诉的，人民法院根据案件的具体情况决定当事人各自负担的诉讼费用数额。”并未规定逾期举证的一方应当承担较重的诉讼费负担，这一处罚措施可能面临于法无据的窘境。

三、再审案件中重复起诉的认定争议问题繁复，重复起诉实际上就是程序中的实体问题

虽然《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247条对重复起诉的问题进行了细化规定，但司法实践中涉及重复起诉问题的并不少见。在本文研究的29个再审案例中，竟然有3个案例是涉及重复起诉认定问题的。究其原因，在于重复起诉认定并非是一个单纯的程序问题，往往掺杂着法律关系辨析、合同文本以及前诉裁判文书解释等实体问题，重复起诉实际上就是诉讼程序中的实体问题。尽管重复起诉的争议案件中解决的只是诉权问题，法院只关注原告声称的诉请及其请求权基础，至于诉请事实依据、请求权基础是否成立则在所不问，对与本次诉讼诉请直接有关的实体问题不予审查，但并不代表这类案件中不涉及实体问题的审查。

重复起诉认定的关键难点集中于前述《民诉解释》第247条第3项中后半句“后诉的诉讼请求实质上否定前诉裁判结果”的界定，前述3个案例中的重复起诉争议问题也无一不指向这一难点问题。后诉诉讼请求与前诉裁判结果是否冲突，从表面文义表述根本不可能作出准确可信的判断，只有在对两诉的法律关系、请求权基础以及相关的文本文义进行实质辨析后方可得出有价值的结论。法律关系、请求权基础以及文本解释，这些要素往往是一个诉讼案件的核心与“灵魂”，如此，重复起诉的问题岂有简单之理？试举一例，在“再审申请人厦门市中铁源昌置业有限公司与被申请人北京清尚建筑装饰工程有限公司装饰装修合同纠纷案”（案号：（2017）最高法民再132号）中，发包人向承包人支付了344万元的定金，约定可抵充第一期工程价款，后发包人主动提出解除承包合同，前诉中承包人诉请发包人支付扣减定金后的欠付工程款516万元、支付违约金86万元，法院判决支付违约金86万元，对于欠付工程款诉请以“第二期工程款付款条件未成就”为由予以驳回，后诉发包人诉请承包人返还344万元定金。针对后诉，二审法院认为，前诉只是认定“第二期工程款付款条件未成就”，对第一期工程款以定金抵充并无异议，定金已在前诉中冲抵第一期工程款，故后诉诉请返还定金属重复起诉。三巡再审认为，结合前诉的庭审记录，并无证据证明承包人进行了工程施工，前诉认定“第二期工程款付款条件未成就”实际上是认为承包人并未实际施工、无权主张工程款，对合同解除后344万元定金并未作出处理，且前诉中承包人择一主张了违约金并未主张适用定金罚则，后诉诉请返还定金不属于重复起诉。在该案例中，看似一个简单的重复起诉问题，实际上已经涉及承包人有无进行施工的事实认定问题、前诉裁判文书中“第二期工程款付款条件未成就”的文义解释问题以及合同解除后定金性质、定金违约金关系的法律适用问题。

可见，对于重复起诉的争议问题，不能就程序论程序，只有触及相关实体问题才能有效解决争议，当然实体问题应是案件周围的而非与本案诉请直接相关事实和法律问题。

四、再审案件因程序嵌套容易出现程序冗长、案件久拖不决的弊病

再审程序属于“第三审程序”，再审案件经历的审理程序本身足够复杂，但在现行民诉法设定的程序框架内，如果以获得终局实体处理结果作为某一案件流转最终时间节点，程序嵌套的再审案件审理程序的复杂程度远超想象。这主要有两种情况。

一是嵌套了诉权争议问题的案件。关于诉权争议再审案件的审理流程，一种是一审裁定驳回起诉、二审维持原裁定，另一种是一审判决、二审裁定驳回起诉。针对前一种模式，再审也只能解决诉权争议问题，最多只能撤销二审裁定、指令一审法院继续审理，案件还需再经历又一次完整的一、二审程序；针对后一种模式，再审可撤销二审裁定直接作出判决，案件审理程序有望如正常无诉权争议的案件一样得以简化。可见，在嵌套诉权争议问题的再审案件中，决定案件审理程序繁简的源头在一审法院，如一审法院裁定驳回起诉，则案件审理程序必然繁复，反之则否。

二是嵌套了指令再审、发回重审的案件。这类案件相对于嵌套了诉权争议问题的案件，审理程序更为冗长。典型者如“再审申请人顺吉集团有限公司与被申请人余永生、一审被告吴祥江建设工程施工合同纠纷案”（案号：（2019）最高法民再115号），该案历经的审理程序包括“中院一审—高院二审—最高院指令二审法院再审—高院再审发回重审—中院重审一审—高院重审二审—三巡再审”，共计7个审理程序，案件起诉日为2009年9月，三巡再审判决作出日为2019年6月，案件耗时9年9个月。当然，该案在第一次高院二审中发回重审，则审理程序链条将增加“高院二审发回重审—中院重审一审—高院重审二审”的环节，但高院在再审中只能自行审理，不得在再审程序发回中院重审。再假设该案在三巡再审后被提起抗诉，则再增加“最高院抗诉再审”的环节，如此一来，该案在理论上最多可能历经的审理程序将多达8个！在嵌套指令再审、发回重审的再审案件中，因指令再审、发回重审属于二审法院、再审法院的“专利”，在这类案件中决定审理程序繁简的是再审法院和二审法院。

就个案而言，没有绝对的公平正义，只有相对的公平正义，程序嵌套必然增加案件的审理程序，容易出现程序空转，为审理案件而审理案件，无助于解决实际问题。为此，从法院角度而言，应完善规范指令再审、发回重审适用的有关制度，对历经一定次数审理程序的案件要严格乃至禁止适用指令再审、发回重审。更为重要的是，法院对于案件事实的查明往往是被动的，程序繁复也有当事人诉讼行为影响的因素，因此，从当事人角度而言，应当主动充分举证，防范对方当事人进行证据突袭，对庭审中法院出现的程序纰漏和事实查明遗漏给予提醒或者提出建议，尽可能地不给指令再审、发回重审留下空间。

五、对当事人处分权的推崇备至并适当兼顾公平性的说理论证

三巡充分尊重当事人民事权利和诉讼权利的处分权，以至于当事人未提出上诉的错误裁判结果也“有错不纠”。在“再审申请人广东诺厦建设集团有限公司与被申请人广东金东海集团有限公司厦门分公司、广东金东海集团有限公司、广东宏大广航工程有限公司航道、港口疏浚合同纠纷案”（案号：（2016）最高法民再60号）中，单纯从案件本身来看，实际施工人应向与其有合同关系的转包人主张工程款，作为转包人前手的总包单位无证据证明欠付工程款，无需承担付款责任，但实际施工人却认为其只与总包单位存在合同关系，坚持只向总包单位主张工程款，一审判决转包人、总包单位分别向实际施工人支付部分工程款，二审仅实际施工人提起上诉，却直接判决驳回了实际施工人的全部诉讼请求。三巡再审认为，实际施工人未提出转包人支付工程款的诉请，转包人向实际施工人支付工程款的判项判超所请、不予支持，而总包单位未提出上诉视为其对自身权利的处分，一审判决关于总包单位支付工程款的判项虽然错误也应予以维持。由此可见，三巡认为，未提出诉请的正当权利主张也不应支持、未提出上诉的错误裁判结果也应维持，秉持了当事人处分权优于案件裁判结果本身对错的立场。

需要说明的是，三巡虽对当事人处分权推崇备至，但也注意兼顾案件处理的实质公平，以处分权事由改判的同时，也注意从案件本身的事实认定、法律适用进一步说理论证。在“再审申请人江河创建集团股份有限公司与被申请人南昌阳光新地置业有限公司建设工程施工合同纠纷案”（案号：（2017）最高法民再181号）中，一审法院判决发包人向承包人支付工程款，二审仅承包人提起上诉，但二审判决却迳行以付款条件未成就为由驳回了承包人的诉请。该案再审本可仅以二审判决超出当事人诉讼请求范围为由直接改判，但三巡还是在“本院认为”部分，结合案件事实、合同约定、法律规定对二审判决所涉付款条件有无成就的争议问题进行了专门说理分析，兼顾了裁判结果的实质公平。

六、发包人负债较多时加重承包人的举证说明义务

在“再审申请人江西昌泰建筑工程公司与被申请人江西省钢城工业有限公司建设工程合同纠纷案”（案号：（2018）最高法民再426号）中，发包人已对外大量负债，对于承包人起诉状中关于已付款的自认，虽承包人事后予以变更，但三巡仍然按照该自认确定已付款金额，而对于发包人出具的停窝工损失结算单，虽发包人予以认可，但因承包人未能提供签证单以及其他结算依据，三巡最终却未予认定。可见，发包人负债较多时，为保护其他大多数债权人利益，防范恶意串通，维护实质公平，三巡会主动通过“调节”举证责任分配的“阀门”，加重承包人的举证说明义务，严格把控对发包人不利事实的认定。此时，承包人不得任意撤回自认，涉及工程款结算的事项，承包人仅仅提供工程款结算结果的确认文件是不够的，还需额外对结算依据、结算金额的合理性进行举证说明。

一般认为，法官自由裁量权主要体现在法律适用的解释权上，而通过举证责任分配进而导引事实的认定，作为法官隐性行使自由裁量权的重要手段，却经常被忽视。基于公平原则、诚实信用原则以及双方举证能力强弱，举证责任分配以及证明标准在证据法规定的准线附件“上下波动”，应属常态。当事人的举证应当有的放矢，双方当事人均认可的证据并非一定是“铁证”，充分挖掘运用证据的解释和说明功能，才能确保实现举证目的。

七、原判决生效后发生的执行款项支付再审不予处理，只能通过执行程序解决

在“再审申请人顺吉集团有限公司与被申请人余永生、一审被告吴祥江建设工程施工合同纠纷案”（案号：（2019）最高法民再115号）中，发包人主张二审判决生效后被强制执行的款项应予抵扣，三巡认为“顺吉公司提交的新证据银行转账凭证，证明其被一审法院强制执行了600余万元，该问题可在执行程序中解决。”即再审不对二审判决生效后发生的执行款项支付进行处理，只能通过执行程序处理，具体而言，再审判决生效后，再审判决将取代二审判决成为执行依据，如执行款项多付的，则可通过执行回转程序主张返还款项，如执行款项未足额支付的，则可通过执行抵销申请予以扣减。

之所以如此，是因为再审程序并非新诉程序，再审只是对原判决的纠错，其裁判依据的事实只能是原判决生效前发生的事实，再审中的“新证据”只是证据“新”而非事实“新”，“新”证据证明的事实仍然是“旧”事实，对原判决生效后发生的事实只能另行救济。循此，二审判决生效后未经执行程序当事人自愿支付的款项，再审依然不应当进行处理，如按照再审判决未足额履行的，可主张抵销予以扣减，如按照再审判决多付的，则只能另行提起诉讼主张不当得利返还。

八、同一案件的再审审查裁定对再审判决并无拘束力

在少数情形下，双方当事人均申请再审且作分案处理的，前案驳回再审申请并不意味着后案必须驳回再审申请，前案驳回再审申请对后案的再审判决并无拘束力，因双方当事人的再审申请事由不尽相同，一方的再审申请事由不成立并不意味着另一方的再审申请事由也不成立。再审审查裁定，未经充分调查、辩论，属于程序性审查结论，对再审判决并无既判力拘束。在“再审申请人中国建筑集团有限公司、中国建筑股份有限公司因与被申请人昆山市超华投资发展有限公司建设工程施工合同纠纷案”（案号：(2018)最高法民再134号）中，三巡认为“至于（2017）最高法民申2765号民事裁定一节，该裁定系针对超华公司根据《中华人民共和国民事诉讼法》第二百条第六项规定提出的“再审申请而作出，不影响本案处理”。再审审查裁定不影响再审审理，类似的情况还出现在驳回再审申请后因人民检察院提起抗诉再审的情形。

由此说明，在当前的案例研究和类案检索的司法实践中，出于严谨性和权威性的考量，应当主动将再审审查裁定排除在法律适用参考的范畴之外，同时，笔者也注意到，最高人民法院迄今为止发布的指导性案例中，没有一个案例是以再审审查裁定的形式呈现的。