

承包人如何依据“不可抗力”及“情势变更”维权

□张正勤

一、案例概述

发包人(以下以A表示)与承包人(以下以B表示)签订了一份建设工程施工合同,约定工期为400天。B已施工了300天,不巧工程所在地遭遇疫情暴发,被迫停工50天。由于停工可能进一步造成A对小业主交房迟延50天,按商品房买卖合同,A需要赔偿全部小业主迟延交付违约金合计约450万元。而对B而言,这50天的停工需要支出工资、租金、防疫措施费等费用共计70万元。

若复工后,工期需要延长50天才能正常完工,故需要将原400天工期顺延至450天。由于该变更造成B需多支出人工费和机械台班租赁费用等约70万元。并且,工期顺延后的材料和机械租赁等价款较之原工期下的价格可能有较大幅度的上涨,由此可能成本造成增加900万元。

基于以上事实,在开展复工的过程中,B仅以“不可抗力”条款为依据向A提出以下四个主张:

- (1)免除由于其工期违约造成A的450万元损失;
- (2)要求A顺延工期50天;
- (3)要求A承担停工期间的增加的70万元的费用;
- (4)要求A承担工期顺延引起的900万元成本造价的上涨。

二、《民法典》中“不可抗力”相关条款简介

整个《民法典》中有关“不可抗力”的条款一共有八条。其中,与合同关系相关的是关于定义的第180条,关于解除的第563条、关于免费的590条、关于货物灭失赔偿责任的第832条以及关于货物灭失运费的第835条。而第832条和第835条

仅适用于典型合同中的货运合同。所以,“不可抗力”相关条款中适用于所有合同关系的只有第180条、第563条和第590条。

在以上三个条款中,第590条是“不可抗力”规则中最为核心的免除责任条款。理论上而言,第590条本质上是抗辩性质的条款,故仅在守约方要求违约方承担违约责任时,违约方才需要适用这一条,以提出因“不可抗力”导致的违约责任可予免除的抗辩。

三、仅以“不可抗力”规则为依据下的四项主张的可行性分析

如承包人仅以“不可抗力”规则为依据向发包人主张相关权益是否可行?现对上述案例中的四项主张逐一进行分析。

1.关于“免除由于其工期违约造成A的450万元损失”的主张。

B依据《民法典》第590条提出该项免责主张是正确的。但需要提醒的是,由于该条是“不可抗力”的法定免责条款,本质属于抗辩性质的条款。既然是抗辩条款,其前提是对方向其提出要求其承担违约责任的主张。

2.关于“要求A顺延工期50天”的主张。

如按原合同约定的400天工期不予调整,则扣除疫情停工50天后,实际工期仅剩350天,很难按时完工。故无论从实际情况还是保证工程质量的角度考量,B提出本项主张合情合理。但若仅以《民法典》第590条为依据是不妥当的。

如前所述,《民法典》590条属于抗辩性质。整个条款中没有一处赋予当事人请求变更原合同条款的权利。并且,在整个《民法典》关于“不可抗力”的所有条款

中,也仅有第563条关于“不可抗力”导致合同目的无法实现可以解除合同具有形成权的性质,其他条款均未涉及主张权益的内容。

3.关于“要求A承担停工期间增加的70万元费用”的主张。

若工期不顺延,总工期不变,原则上不存在多支付这70万元费用的问题,而只存在多支付防疫措施费和赶工费的问题;只有工期顺延,即总工期从400天增加到450天,B才有可能需要多支付50天的人工费和机械台班租赁费用等费用。因此,若B主张顺延工期,则应当提出“要求A承担停工期间增加的70万元费用”的主张;若B不主张工期顺延,则应当提出“要求A承担赶工费等费用”的主张。

但是,无论工期顺延与否,若B仅以《民法典》第590条作为依据提出本项主张也是不妥当的。理由同前文关于第(二)项主张的分析。

4.关于“要求A承担工期顺延引起的900万元成本造价上涨”的主张。

如果“要求A顺延工期50天”成立,就意味着总工期从400天增加到450天,同时也就意味着工期延长50天的责任归于A。故应由A承担相应的费用。该费用包括但不限于由于工期延长而可能使人工工资、材料价格、机械台班租赁费等较之原工期下发生量增价涨而使成本造价增加的部分。

应当说,B提出本项主张合情合理。并且,如前述第(二)项主张成立,从逻辑上而言,B也应同时提出本项主张。但是,若B仅以《民法典》第590条作为依据提出本项主张也是不够妥当的。理由同前文关于第(二)项主张的分析。

四、《民法典》之“情势变更”规则简介

《民法典》第533条关于“情势变更”规则规定如下:合同成立后,发生了“基础条件”的重大变化,以至于“若继续履行合同对一方明显不公平”,受不利影响的一方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。

而该“基础条件”具备订立合同时无法预见,并且不属于商业风险的要求。因此,《民法典》中的“情势变更”规则与“不可抗力”规则不排除,即二者是可以共容的。“情势变更”定义中所称的引起“基础条件发生重大变化”的原因也包括“不可抗力”(提示注意:不仅仅是不可抗力,也可能是其他原因)。反之之,“不可抗力”所引发的法律效果除了免除责任外,还包括了适用“情势变更”要求调整权利义务关系的权利。无非两者的偏重点不同而已。

“不可抗力”在时间轴上的作用力主要是向后的,即对已经发生的客观情况的处理。若不考虑合同解除,“不可抗力”的功能主要是处理“不可抗力”这一客观情况发生后所产生的违约责任免除的问题;“情势变更”在时间轴上的作用力主要是向前的,即对基础条件发生重大变化后继续履行合同可能出现的问题的处理。

笔者认为,任何主体不得以“不可抗力”规则为依据,要求任何一方合同主体变更合同条款。严格来说,“不可抗力”规则主要只解决违约责任免除问题(暂不考虑因“不可抗力”导致的合同解除的情

形),不解决为使合同继续履行而需变更的问题。如需变更合同条款,当事人只能依据“情势变更”规则进行主张。

五、同时依据“不可抗力”和“情势变更”分析四项主张

1.先以《民法典》第590条之“不可抗力”规则提出免责抗辩。

B的第一项主张本质上是针对A要求其承担违约责任的免责抗辩,故其以《民法典》第590条之“不可抗力”规则为依据理论上正确的。但是,需要注意以下几点:

首先,抗辩的前提是对方向其提出要求其承担违约责任的主张。因此,从理论上而言,若A未向B提出要求承担50天停工的违约责任,理论上而言,B也无需提出抗辩;反之,B才有适用《民法典》第590条规定进行抗辩。

其次,在A提出要求B承担50天停工的违约责任后,B在提出抗辩之前应当先审核A的理由是否成立、证据是否充分、数量是否合理:

- (1)若由于A在B发出“不可抗力”通知后未采取适当措施而扩大的损失由A自行承担,本就不属于违约责任的内容,故也无需纳入免责的范畴;
- (2)若不存在(1)的情形时,则审核A提供的证据是否符合“证据三性”(即真实性、合法性、关联性);
- (3)若符合(2),则审核A所称的损失是否实际发生;
- (4)若符合(3),则审核A所称的损失与B的停工之间是否存在因果关系;
- (5)若符合(4),则审核A所称的损失数据是否科学合理。

再次,在满足前述全部条件后,B才有必要启动“不可抗力”的免责抗辩。B在

提出“不可抗力”的免责抗辩时主要需提供以下三份证据:一为官方对“不可抗力”的认定文件;二为B就因“不可抗力”事件导致无法履约而向A发出的通知文件及送达证据;三为工程所在地主管行政机关出台的相关“指导意见”。

2.再以《民法典》第533条之“情势变更”规则主张要求变更。

B的第(二)(三)(四)项主张本质上是针对签订合同时“基础条件”发生了重大变化,以致“若继续履行合同对一方明显不公平”,从而依据《民法典》第533条之“情势变更”规则主张要求变更合同条款才是妥当和合适的。

B可以提出,由于疫情不可抗力使其停工50天,只有充分保证计划工期的前提下才能保证工程的质量,故,要求A将计划期400天顺延50天,并承担工期顺延引起的900万增加的成本造价以及B停工50天期间多支出的费用;

若在合理期限内与A协商不成的,B可以向人民法院或者仲裁机构提出相关主张。但需要注意的是:

- (1)必须先经过与A协商变更合同内容这一法定前置程序,如没有执行该前置程序而直接启动诉讼或仲裁程序,则法院或仲裁机构可能不予受理;
- (2)要证明“若继续履行合同将显失公平”这一事实具备较高的技术含量和难度,建议B聘请专业律师参与;
- (3)由于绝大多数的《指导意见》原则上均是支持B的以上四项主张的,故无论是在协商阶段还是诉讼/仲裁阶段,一定要善于充分用好这些《指导意见》。

(作者单位:上海东方环发律师事务所)

建设工程领域多人侵权责任承担实务研究(上)

□潘定春 程文理

建设工程施工参与主体涉及业主、施工单位以及勘察、设计、监理、检测等多方主体。建设工程投资大、周期长、主体多,一旦发生工程坍塌、倾斜等质量事故,不仅给建设工程参与主体带来了重大经济损失,更是给社会带来严重危害性。建设工程领域存在挂靠、转包、违法分包等违法违规情形,也增加了建设工程事故行政责任和民事赔偿责任认定的复杂性。

前言
在笔者代理一起建设工程质量纠纷中,业主建设的某综合楼项目因发生基坑坍塌事故,导致周边路面塌陷、相邻第三方建筑物倾斜等重大损失。经当地建交委委托专家调查出具《案件终结报告》,认定该起事故是由多方参与主体失职引发,多重因素叠加的人为责任质量事故,业主、施工单位以及违法承包人、勘察、设计、监理、检测等七方主体对事故负有责任。这是较为典型的由混合、叠加原因导致损害结果的建筑工程侵权责任纠纷。笔者结合该案例以及相关判例,对建设工程领域多人侵权行为的责任认定、赔偿责任、保险理赔与侵权责任衔接等疑难点问题提供一些实务观点。

一、建设工程质量事故纠纷违约责任和侵权责任的选择

(一)违约责任与侵权责任的竞合
针对同一事实,如符合多个法定的请求权构成要件,则当事人可择一行使,此即为请求权竞合。违约责任与侵权责任的竞合是民事诉讼领域常见的请求权竞合情形。就建设工程领域而言,在责任主体相对明确和单一的纠纷中,受损方(本文指业主)通常可直接依据合同,提起合同违约之诉主张损害赔偿或违约责任。但由于建设工程行业的特殊性、复杂性,施工工程涉及施工单位、专业分包人或违法分包人以及勘察、设计、监理等多方主体,一旦发生建设工程质量事故,责任主体通常是多人。此时,受损方有权根据《民法典》第一百八十六条之规定,选择请求违约方承担违约责任或侵权责任。

(二)违约责任与侵权责任的评价
在违约责任和侵权责任请求权竞合的情形下,二者的主要差异在于:其一,二者归责原则不同,违约责任适用严格责任原则为主,过错责任为辅的归责原则,侵权责任则适用过错责任原则;其二,二者赔偿范围不同,违约责任可以适用预期利益损失,但不能适用精神损害赔偿,而侵权责任不适用预期利益损失原则,但可以主张精神损害赔偿;其三,二者构成要件不同,违约责任中,如行为不能提供违约行为的有效抗辩理由,则必须承担违约责任,责任性质的认定不受损害结果的影响,而侵权责任中,构成要件严格以侵权损害事实发生为前提,如果没有损害结果,则没有侵权责任;其四,二者适用条件不同,违约责任需严格遵循合同相对性,以“一案一合同”为原则,侵权责

任存在多人共同侵权和多人分别侵权的形态,且无需严格遵循合同相对性,而是以损害事实为基础。

建设工程质量事故如何选择合适的请求权,将直接影响后续维权路径、法律依据、赔偿范围、责任主体等相关认定,直接影响权利保护的效率。在发生多因一果的建设工程质量事故时,受损方若严格依据合同相对性主张损害赔偿或违约责任,一方面将面临同时向多名主体提起诉讼的情形,且原则上多起案件无法合并审理解决;另一方面部分主体如缺乏合同关系,将面临无法追究其责任的情形。因此,无论何种情况,均极大地增加了受损方的诉讼成本。

(三)混合因果的建设工程质量纠纷请求权基础的选择

基于上述分析,笔者认为,在混合因果关系的建设工程质量纠纷中,选择以侵权损害赔偿为请求权基础提起诉讼为宜。选择侵权责任提起诉讼,一方面有利于在一起诉讼中对多名侵权主体主张损害赔偿,减轻受损方的诉累,提高司法效率;另一方面,所有涉案主体在一案中,也有利于法官充分查明案件事实,必要时启动工程造价和鉴定程序,确定各侵权主体的过错程度和责任划分。

二、建设工程领域多人侵权情况下的侵权形态和法律责任

(一)多人侵权形态区分为共同侵权和数人分别侵权

《民法典》第1168条、1170条、1171条、1172条对两种侵权形态原则上课以连带责任或按份责任。故对多人侵权行为的侵权形态认定,将直接影响最终的责任承担形态,是最终确定法律责任的先决条件。

1.共同侵权行为责任

共同侵权行为,是指数人共同不法侵害他人权益造成损害的行为。《民法典》第1168条规定:“二人以上共同实施侵权行为,造成他人损害的,应当承担连带责任。”这是关于共同侵权连带责任的规定。对于共同侵权行为,其责任承担分为外部责任和内部责任。

共同侵权行为的特征主要有四:其一,侵权主体的复数性。其二,主观过错的同一性。主观共同性分为有意思联络和无意思联络两种类型。所谓“无意思联络”是指各侵权主体在无意思联络的前提下本应预见某种损害结果发生但因疏忽大意或过于自信没有预见,即“共同过失”的情形。《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》对共同侵权之主观范围既包括有意思联络的共同故意,也包括无意思联络的共同过失。其三,侵权行为的同时性。行为共同性是指数个侵权主体的行为相互联系,密不可分,共同造成了同一损害结果,这是共同侵权行为的最本质特征。与主观过错的同一性相同,侵权行为的同时性同样不严格要求侵权行为人具有意思联络,而采用客观上各侵权行为相

互结合造成同一损害结果。从因果关系的认定而言,通常采取相当因果关系理论,即便某一侵权主体的侵权行为与损害结果间不具有直接因果关系,但只要该侵权行为与其他侵权主体的侵权行为结合构成一个整体,同样应当认定具有相当因果关系。其四,损害结果的共同性。结果共同性是指损害结果是一个独立存在的整体,每一个侵权行为与损害结果之间无法形成一一对应的关系。

2.数人分别侵权行为责任

数人分别侵权行为,是指数个行为之间没有共同故意,也没有共同过失,只是由于他们各自的行为与损害后果之间客观上的联系,造成了同一个损害结果的侵权行为类型。《民法典》第1171条规定:“二人以上分别实施侵权行为造成同一损害,每个人的侵权行为都足以造成全部损害的,行为人承担连带责任。”第1172条规定:“二人以上分别实施侵权行为造成同一损害,能够确定责任大小的,各自承担相应的责任;难以确定责任大小的,平均承担赔偿责任。”上述二条款共同规定了数人分别侵权行为为的法律責任。

《民法典》第1172条与第1171条应属一般法条与特殊法条的关系。换言之,第1171条规定的数人分别侵权承担连带责任是数人分别侵权的特殊情形,仅在符合本条规定的特殊构成要件前提下才能适用。否则,都应纳入第1172条的涵摄范围承担按份责任。显而易见,《民法典》第1171条与第1172条相比,在行为后果上,前者强调每一个行为都“足以”造成损害后果的发生,后者强调的仅是数个行为造成“同一”损害后果。

与共同侵权相比,数人分别侵权的基本特征有二。其一,不具备主观上的共同过错或共同过失;其二,不具备因果关系上的不可分性。比较而言,数人分别侵权在构成要件上与无意思联络的共同侵权较为相近,司法实践中极易产生混淆。二者在客观要件上的主要不同点在于因果关系,无意思联络的共同侵权要求加害行为与损害结果之间存在共同因果关系,而数人分别侵权要求的因果关系并不具备结果上的不可分性。对于不可分的共同因果关系的理解,《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第1款规定侵害行为“直接结合”发生同一损害后果的,构成共同侵权承担连带责任,第2款规定侵害行为“间接结合”发生同一损害后果的,构成分别侵权承担按份责任。但是,司法实践中对于因果关系不可分性的不同理解,导致在适用共同侵权还是数人分别侵权问题上,的确存在一定混乱。

共同侵权行为的责任承担形态是连带责任,对外而言,受害人仍有权要求任意主体承担全部责任,任意主体承担连带责任后对内享有追偿权;数人分别侵权行为的责任承担形态是按份责任或平均责任,各侵权人的赔偿份额是固定的。

(二)建设工程领域多人侵权的侵权形态和法律责任

《建筑法》《建设工程质量管理条例》等行业法律法规没有规定建设工程领域多人侵权的侵权形态和法律责任。实践中存在两种不同观点:一种观点认为,建设工程多人侵权应视为分别侵权,各侵权主体虽造成同一损害后果,但其各自对损害结果产生的原因力是相互独立且可以区分的,应按照过错大小和原因力大小按份承担责任;另一种观点认为,损害结果是多个侵权主体的数个侵权行为在同一时空下直接结合、密不可分地导致损害结果发生,应承担连带责任。

笔者认同第一种观点。其一,结合《民法典》第1171条规定,二人以上承担侵权连带责任的前提条件是“每个人的侵权行为都足以造成全部损害的”,其中“足以”是理解整个条款的“法眼”。笔者代理的建设工程基坑坍塌案件,当地建设委组织专家出具《案件终结报告》认定七方参与主体均负有责任,但不能确定七方的每一方失职行为都“足以”导致基坑坍塌事故,混合、叠加的共同失职行为才是构成“足以造成全部损害”的结果。其二,建设工程施工虽然涉及到业主、施工单位、勘察、设计、监理等多方主体,但每个参与主体在整个施工过程中的主导地位、专业要求、所取得的对价是明显不同的,义务和责任也是可以区分的。其中施工单位承担着最重要的施工义务,也承担着最重要的法定责任。在混合、叠加的侵权行为下,法院可以委托第三方就建设工程质量侵权责任进行鉴定,也可以根据审理情况来依法、合理、公平区分参与主体过错大小和原因力大小,判决参与主体按份承担民事责任。其三,法院审理建设工程质量多人侵权案件,基于同一事实、同一诉请完全可以同案解决,受害人及时获得救济。若是判决承担连带责任,势必导致参与主体提起多个追偿权之诉,引起诉累,消耗宝贵的司法资源。

三、建设工程质量多人侵权民事责任要件

《民法典》侵权责任编在《侵权责任法》的基础上,对侵权责任形式和归责原则进行了一定的继承和完善,确立了以损害赔偿为中心,以其他责任承担方式为辅助的侵权责任承担方式体系,丰富了损害赔偿的方式,进一步完善损害赔偿的规则设计,使得侵权责任编体系化程度进一步加强,强化了对受害人的救济和保护,使救济更加精细、全面。

(一)过错责任是判定侵权责任的核心要件

归责原则,顾名思义,是关于侵权责任“归责”的基本规则。《民法典》第1165条第1款规定:“行为人因过错侵害他人民事权益造成损害的,应当承担侵权责任。”这是关于过错责任原则的具体规定。过错责任是《民法典》侵权责任编确认的基本归责原则,是侵权

责任的核心构成要件。只有在行为人具有过错时,受害人才能请求赔偿,无过错则不应承担赔偿责任。

在建设工程领域,侵权责任仍以过错责任为归责原则。建设工程各主体的过错在认定侵权责任时起到极为关键的作用。通常而言,受损方需证明各侵权方就损害结果的发生存在过错,方能主张损害赔偿。在前述基坑坍塌案件中,作为基坑围护的施工主体,总包方对损害结果的发生存在过错通常较为容易证明,但其他相关侵权方如监理、设计、勘察等,如受损方主张侵权损害赔偿,则同样需证明存在过错。

(二)造成损害是判定侵权责任的前提要件

《民法典》第1165条第1款较之于《侵权责任法》增加了“造成损害”的表述,这一改动确立了以损害事实为中心的赔偿原则。“造成损害”具有两个方面的内涵:其一,必须存在损害事实,对于损害事实的认定往往是侵权责任是否成立的逻辑起点,而损害结果如何承担则作为最终侵权责任认定的逻辑终点。从这个意义上说,“造成损害”贯穿了侵权责任的始终。侵权损害赔偿请求权的行使以实际损害的存在为前提,没有损害就没有赔偿。这就意味着,受害人如果想要获得赔偿,就必须举证起遭受了实际的损害。其二,损害结果必须是侵权行为“造成”,也即“损害”与侵权行为具有因果关系。即使侵权人具有过错,也实施了侵权行为,受害人存在损害结果,但若是侵权行为与受害人损害结果之间没有必然因果关系,也无需判决侵权人对于损害结果按责承担赔偿责任。

(三)原因力是判定侵权责任的主要依据

《民法典》侵权责任编第1168条至1172条确立了连带责任和按份责任的责任承担方式。建设工程质量多人侵权纠纷而言,不论受损方以共同侵权还是以多人分别侵权作为请求权基础起诉,法官通常会根据过错程度和原因力确定各侵权主体的责任份额,判决多人侵权主体按责承担赔偿责任。法院依法可以委托第三方对建设工程质量事故责任进行鉴定,以明确整体损失情况和各方主体责任承担;也可以结合案情,依职权对各方过错大小和责任承担比例予以认定。例如,在苏州国信建设集团有限公司与中国核工业芜湖基础工程公司、江苏南通三建集团股份有限公司、青岛时代建筑设计有限公司等侵权责任纠纷案中,苏州国信虽然以连带责任作为诉请,要求各被告承担连带侵权责任,但一审及二审法院仍在庭审过程中对各主体是否应该承担责任、责任过错大小、原因力大小等进行查明,其中二审法院明确“结合涉案事故发生的经过、关联性强、各方主体的进场时间和施工过程,对于责任分担作出如下认定”。可见,上述因素在司法实践中对于各方责任比例的确定均在法院的考察范围之内,法院在判决书主文中直接明确各侵

权主体按责承担民事赔偿。

(四)直接损失是判定侵权责任的合理标准

《民法典》侵权责任编确立了侵犯人身权利和财产权利两类赔偿范围。就侵犯财产权利范围,《民法典》只有原则性规定,“侵害他人财产的,财产损失按照损失发生时的市场价格或者其他合理方式计算。”

建设工程质量侵权责任纠纷受损方的损失范围,法院可以委托第三方进行司法鉴定。《民法典》侵权责任编并未规定损失范围是否包含间接损失。在建设工程施工纠纷中,受损方需要承担因工程质量事故而导致工期延误、融资成本增加、向第三方承担逾期履行违约责任等多重损失,对于该部分损失是否有权在侵权损害赔偿中一并主张,司法实践中仍存在争议。根据笔者对相关判例的检索,不同个案中法官的处理方式也不尽相同。

本质而言,直接损失与间接损失是就因果关系作出的区分。直接损失是侵权行为对受损方本身造成的损害,例如基坑坍塌造成的直接财产损失、重建费用均在此列。而间接损失与侵权行为之间不具备直接因果关系,而是由于受损方权益遭受侵害后进一步遭受的后续损失,与侵权行为间具有相当的关联性。例如在赵淑华诉沈阳皇朝万鑫酒店管理有限公司、沈阳中一万鑫物业管理有限公司财产损失损害赔偿纠纷案中,法院对于受损方因遭受火灾导致逾期偿还房屋银行贷款而产生的贷款利息、违约金损失以“与火灾不具有直接的因果关系”为由,未予支持。

司法实践中对于建设工程侵权责任纠纷的损失赔偿范围采取较为保守的态度,法院一般遵循“直接因果关系”原则判断是否属于直接损失。但笔者认为,上述损失赔偿范围有些过于狭隘,建设工程案件通常投资总额较大,损失程度通常较为严重,给受损方带来巨大的资金压力,也会导致多重损失。鉴于这种情况,法院对于建设工程案件的损害赔偿范围应限定于直接损失范畴,受损方很难获得较为公允的赔偿。

(作者单位:上海融力天闻律师事务所)

建筑法苑

主 编:何梦吉
本报建设法律
咨询服务工作室

联系电话:021-63212799
传 真:021-63210873
地 址:上海营口路588号18楼
邮 编:200433
E-mail:652016115@qq.com
联 系 人:何梦吉