

疫情下施工合同的损失分担原则

□上海瀛东律师事务所 朱俊

在建设工程的实施过程中，一旦遭遇突发疫情，各地都会采取相应的管控措施，有时会导致施工的停滞。由此造成的损失，显然不能简单地以施工方违约处理，那么，此类损失应当如何分担呢？

损失分担的统一规定

早在 2020 年 2 月 10 日，全国人大法工委就对新冠疫情作出了定性，“当前我国发生了新型冠状病毒感染肺炎疫情这一突发公共卫生事件。为了保护公众健康，政府也采取了相应疫情防控措施。对于因此不能履行合同的当事人来说，属于不能预见、不能避免并不能克服的不可抗力”。因此，新冠疫情在实务中属“不可抗力”并无争议。

2020 年 2 月 26 日，住建部在《关于加强新冠肺炎疫情防控有序推动企业开复工工作的通知》中对疫情给施工增加的相关成本的分摊方式给出了指导意见：因疫情防控增加的防疫费用，可计入工程造价；因疫情造成的人工、建材价格上涨等成本，发承包双方要加强协商沟通，按照合同约定的调价方法调整合同价款。

此后，最高人民法院在 2020 年 5 月 15 日生效的《最高人民法院关于依法妥善审理涉新冠肺炎疫情民事案件若干问题的指导意见（二）》中亦对建设工程中疫情影响造成相关损失的分担方式作出了规定：疫情或者疫情防控措施导致承包方未能按照约定的工期完成施工，发包方请求承包方承担违约责任，的，人民法院不予支持；承包方请求延长工期的，人民法院应当视疫情或者疫情防控措施对合同履行的影响程度酌情予以支持。疫情或者疫情防控措施导致人工、建材等成本大幅上涨，或者使承包方遭受人工费、设备租赁费等损失，继续履行对承包方明显不公平，承包方请求调整价款的，人民法院应当结合案件的实际情况，根据公平原则进行调整。该规定对疫情影响造成的发包人与承包人的损失进行了平衡，扩大了法院在审理建设工程施工合同纠纷过程中认定调价、工期方面的自由裁量权。

总而言之，“工期合理顺延、费用公平分担”是疫情影响下对发、承包人损失的统一处理原则。

地方规定

2022 年 4 月 18 日，吉林省住房和城乡建设厅发布《关于新冠肺炎疫情防控期间建设工程计价的指导意见》（以下简称《吉林省指导意见》），《吉林省指导意见》要求发、承包双方对因该不可抗力造成的人工费、材料价格和机械台班费、疫情防控费、赶工费变化进行协商处理、合理分担。

2022 年 5 月，针对本次新冠疫情封控情况，上海市建筑建材业市场管理总站于下发了《关于新冠肺炎疫情防控下建筑工人人工费计价有关问题的通知》，上海市住房和城乡建设管理委员会下发了《关于新冠肺炎疫情防控下建设工程履约及工程造价相关事项的指导意见》。

这两份文件对疫情影响下造成

的工期延长与相关成本的增加问题基本拟定了有约定从约定，无约定则由发发包人承担的处理原则。

2022 年 5 月 25 日，北京市住房和城乡建设委员会印发《关于进一步做好受新冠肺炎疫情影响工程造价和工期调整工作的指导意见》（以下简称《北京市指导意见》），《北京市指导意见》要求将疫情防控应急措施费用、停工损失费用、窝工降效费用、赶工措施等费用均计取税金后计入工程造价，据实调整合同价款，并列入当期工程进度款同期足额支付；《北京市指导意见》通过封控区、管控区、防范区的划分，以措施影响期间的一定比例确定工期顺延天数。

从各地出台的最新规范性文件来看，地方行政机关更倾向于由发发包人兜底承担疫情管控所引发的各类损失的处理原则。

根据《最高人民法院关于裁判文书引用法律、法规等规范性文件的规定》，对于规范性文件，根据审理案件的需要，经审查认定为合法有效的，可以作为裁判说理的依据。故规范性文件所拟定的归责方式应引起各发、承包人的重视。

合同条款的常见约定

笔者以国内外较有代表性的三份合同模板的通用条款为例：

2017 版《建设工程施工合同》的通用条款 17 条中对发发包人、承包人在不可抗力下的损失分担定了如下原则：（1）永久工程、已运至施工现场的材料和工程设备的损坏，以及因工程损坏造成的第三人人员伤亡和财产损失由发发包人承担；（2）承包人在停工期间按照发发包人要求照管、清理和修复工程的费用由发发包人承担。

2014 年 6 月版《建设工程施工专业分包合同》通用条款第 22 条对“不可抗力”规定如下分担原则：（1）永久工程、已运至施工场地的材料和工程设备的损坏，以及因分包工程损坏造成的第三人人员伤亡和财产损失由承包人承担；（2）分包人施工设备的损坏由分包人承担；（3）承包人和分包人承担各自人员伤亡和财产的损失；（4）因不可抗力影响分包人履行合同约定的义务，已经引起或将引起工期延误的，应当顺延工期，由此导致分包人停工的费用损失由分包人承担；（5）因不可抗力引起或将引起工期延误，承包人要求赶工

的，由此增加的赶工费用由承包人承担；（6）分包人在停工期间按照承包人要求照管和清理分包工程的费用由承包人承担。

最后对照国际工程合同范本，FIDIC 系列的 2017 版《设计采购施工（EPC）交钥匙工程合同条件》（银皮书）的通用条款第 18 条 Exceptional Event（例外事件）中，《合同条件》与国内合同范本不同，其仅规定了如果承包商为受影响方，且因已根据第 18.2 款〔例外事件的通知〕的规定发出通知的例外事件遭受延误和 / 或招致增加费用，则承包商应有权根据第 20.2 款〔付款和 / 或工期延长索赔〕的规定，提出工期延长；如果是第 18.1 款〔例外事件〕中第(a)至(e)项（并未包括疫情）所述的例外事件，且第(b)至(e)项（并未包括疫情）所述例外事件发生在工程所在国，对任何此类费用给予支付。

基于上述合同条款我们可以分析得到以下结论：

1. 无论《建设工程施工合同》还是《建设工程施工专业分包合同》，两者对不可抗力情形下的责任分担都较为类似。唯独在工期延误造成的停工损失方面，《建设工程施工合同》对由不可抗力导致承包人停工损失的分担原则是由发发包人和承包人合理分担，而《建设工程施工专业分包合同》则将分包人停工损失规定由分包人单独承担。
2. 对此笔者认为，在建设单位与总包单位的发、承包关系中，承包人面临的停工损失原因较为复杂，其实质上至少包括发发人原因、承包人原因与分包人原因造成的工期损失（分包人另存在“甲指分包”的可能）三种，相关损失由发发人、承包人合理分摊更为公平；而在承包人、分包人的分包关系中，在不可抗力的合理分担、各自承担损失的原则下，分包人的停工费用由分包人自行承担更为合理。
3. 国际工程市场更为成熟，其在通用条款中并未对例外情形（包括不可抗力）的损失分担方式作出规定，仅在例外情形造成合同终止时对费用分担作出了规定。
4. 无论国内工程还是国际工程，各方当事人均可就不可抗力造成的损失承担达成与通用条款不一致的分担方式，并在专用条款中作优先约定。

案例指引

案例一：酒泉市怀茂建筑安装工程公司、甘肃春光新天地农产品有限公司建设工程施工合同纠纷

审理法院：甘肃省高级人民法院

案号：(2021)甘民终 455 号

法院认为：……关于疫情期间的人工费及防控费用 193955.47 元。《最高人民法院关于依法妥善审理涉新冠肺炎疫情民事案件若干问题的指导意见（二）》第 7 条规定：“疫情或者疫情防控措施导致承包方未能按照约定的工期完成施工，发发方请求承包方承担违约责任，的，人民法院不予支持；承包方请求延长工期的，人民法院应当视疫情或者疫情防控措施对合同履行的影响程度酌情予以支持。疫情或者疫情防控措施导致人工、建材等成本大幅上涨，或者使承包方遭受人工费、设备租赁费等损失，继续履行合同对承包方明显不公平，承包方请求调整价款的，人民法院应当结合案件的实际情况，根据公平原则进行调整。”住房和城乡建设部办公厅《关于加强新冠肺炎疫情防控有序推动企业开复工工作的通知》（建办市〔2020〕5 号）中规定：“因疫情防控增加的防疫费用，可计入工程造价；因疫情造成的人工、建材价格上涨等成本，发承包双方要加强协商沟通，按照合同约定的调价方法调整合同价款。”在本案中，怀茂公司于 2020 年 3 月 3 日制定了《甘肃春光新天地农产品展销中心 6、9# 楼复工方案》和《疫情防控管理制度》，并报监理公司和春光公司审批同意，且附有疫情期间施工人员名册及考勤表，经鉴定疫情防控费用 193955.47 元，根据前述法律法规规定，该疫情防控费用应全部由春光公司承担，怀茂公司的该项上诉理由成立，应予以支持。

笔者分析：即使合同明确约定为固定总价，法院仍有权依据《最高人民法院关于依法妥善审理涉新冠肺炎疫情民事案件若干问题的指导意见（二）》（以下简称《指导意见》）第 7 条的规定对疫情或者疫情防控措施导致人工、建材等成本及工期赔偿酌情调价。故对于疫情造成的调价、变更的责任分担方式除以合同、司法解释为依据外，

更应以《指导意见》《关于加强新冠肺炎疫情防控有序推动企业开复工工作的通知》及地方性法规或其它规范性文件为依据向法院主张权利。

案例二：江苏众成物流机器有限公司、江苏晟岳建设工程有限公司建设工程施工合同纠纷民事二审民事判决书

审理法院：江苏省南通市中级人民法院

案号：(2021)苏 06 民终 3325 号

本院认为：一审法院综合考虑本案存在的设计变更导致工程增项、天气恶劣、工程存在漏项缺项需要磋商、疫情影响、工程分包延误等情形，酌情确定工期顺延 120 天，符合客观实际。其中，“关于新冠疫情，当地疫情防控政策不能完全客观反映对工程的实际影响，一审法院综合考虑外地务工人员复工、建筑材料进场等因素，酌情认定顺延一个多月基本合理”。一审法院综合考虑上述因素对工期可能造成的影响，酌情确定工期顺延 120 天，并无不当。

笔者分析：新冠疫情一定程度上扩大了法庭的自由裁量权，面对案情事实错综复杂的情形下，法庭拟结合各类因素（包括磋商期间、疫情影响、工程分包延误）等对工期顺延进行综合判断。

总结

考虑到疫情可能对国内工程市场带来的长期不利影响，笔者建议如下：

- 1.发、承包人均应特别关注工程所在地与疫情有关的规范性文件，如拟在合同中约定与规范性文件明显抵触的条款，需考虑相关条款不被法院认可的风险。
- 2.应在建设工程合同的专用条款中对疫情等不可抗力影响下的损失分担与调价规则作出明确约定。建议将疫情影响所造成的工期、成本、赶工费与相关利润计算公式进行明确约定。
- 3.针对疫情、发包人与承包人等综合原因造成的工期、费用等损失，承包人应在施工过程中对相关签证、变更进行证据固定（利用工地人员实名制系统、考勤记录、核酸检测记录等切实做好工程现场建筑工人名单、隔离和窝工天数确认工作），并按合同约定及时寄送书面索赔通知书、索赔报告等文件，做好索赔工作。

上海瀛东信息技术有限公司遗失公章壹枚，声明作废。
上海儒源国际物流有限公司遗失财务专用章壹枚，声明作废。
上海巧启信息技术有限公司遗失法人章壹枚，声明作废。
上海市浦东新区北蔡镇壹育餐饮店遗失公章壹枚，声明作废。
上海北寅工贸有限公司遗失法人章、财务专用章各壹枚，声明作废。
上海懿脉实业发展有限公司遗失财务专用章壹枚，声明作废。
随长志遗失营业执照正副本，注册号：310101600232920，声明作废。
上海市松江区小昆山镇麦苑西饼屋遗失营业执照正本，证照编号：270019201510080005，声明作废。
崇明县新河镇人民政府遗失财务印章、高胜华银行印章各壹枚，声明作废。
崇明县新河镇工会委员会遗失银行开户许可证，核准号：Z2900000888302；财务印章壹、宋荣耀银行印章壹枚，声明作废。
崇明县新河镇退休基金管理委员会遗失银行开户许可证，核准号：Z2900000391902；财务印章壹、施耀忠银行印章壹枚，声明作废。
上海市普陀区玉贵农产品经营部遗失营业执照正副本，信用代码：92310107MA1KJ83T9A，声明作废。
上海康比利仪表有限公司(食堂)遗失食品经营许可证副本，许可证编号：JY33101170008135，声明作废。
上海市崇明区芬芬餐饮店遗失食品经营许可证正副本，许可证编号：JY23102300038145，声明作废。
上海老盛昌汤包有限公司遗失食品经营许可证副本，许可证编号：JY23101010012545，声明作废。
上海金泉实业有限公司遗失营业执照正副本，统一社会信用代码：91310114MA1GWW8M6M，声明作废。
上海市黄浦区笠笠酒家遗失食品经营许可证副本，许可证编号：JY23101010022686，声明作废。
上海竹平供应链管理有限公司遗失营业执照副本，统一社会信用代码：91310114MA1GUJMRXT，声明作废。
上海市静安区小花面馆遗失食品经营许可证正副本，许可证编号：JY23101060059260，声明作废。
上海市宝山区刘官门窗店遗失营业执照正本，统一社会信用代码：92310113MA1L1BP10G，声明作废。
上海市松江区岳阳街道赫仓餐饮店遗失食品经营许可证正副本，许可证编号JY23101170190251，声明作废。
上海博零企业管理中心遗失营业执照正副本，信用代码：91310112MA1GEUWN3E，公章壹枚，声明作废。
上海曜佃贸易有限公司遗失酒类商品零售许可证正本，编号：松市监酒零字第JY13101170115135-JL号，声明作废。
上海市闵行区郑波面包房遗失营业执照副本，统一社会信用代码：92310112MA1KR23RX9，声明作废。
交链数字科技(上海)有限公司遗失营业执照正副本，信用代码：91310114MA1GWRK17W，声明作废。
上海豪飞工贸有限公司遗失营业执照正副本，注册号：310120001556588，声明作废。
李友富遗失营业执照副本，注册号：310114600153917，证照编号：140004201200200718，声明作废。
上海默辩商务咨询事务所遗失营业执照正副本，统一社会信用代码：91310120MA1HMXH2B；财务专用章、法人章各壹枚，声明作废。
上海市静安区绍相饮品店遗失营业执照正副本，统一社会信用代码：92310106MA1KF0U13P，声明作废。
上海市闵行区王世平蔬菜经营部遗失营业执照正副本，编号：120009201504210014，(15)；食品经营许可证正本编号：JY13101120072182，声明作废。
上海市宝山区钟铮杂货商店遗失营业执照副本，注册号：310113600213520，声明作废。
上海市嘉定区外凤镇家辉小吃店遗失营业执照副本，信用代码：92310114MA1L49AY6E；食品经营许可证副本，编号：JY23101140155825，声明作废。
上海市浦东新区祝桥镇泰源服装经营部遗失营业执照正副本，经营者：蔡洲信用代码：92310115MA1L9XF106，编号150032201606290073，(74)，声明作废。
上海市浦东新区周家渡街道红星通信设备商店遗失营业执照正副本，经营者：张怀建，注册号：310115600716242，编号：150024200904160081，(82)，作废。
上海市浦东新区陆家嘴街道润英面馆遗失营业执照正副本，经营者：刘淳，信用代码：92310115MA1L8DP1E，编号150021201802010071，(72)；公章，作废。
上海市浦东新区南码头街道乐凯服饰店遗失营业执照正副本，经营者：李浦泉，注册号：310115600026717，证照编号：150026201205040170，声明作废。
上海浩易建筑装饰设计有限公司913101206694418799，遗失营业执照副本，作

注销公告
上海海莱服饰有限公司注册册号：3102292042854，经股东会决议即日起注销，特此公告。
上海寥飞工贸有限公司注册册号：310120001556588，经股东会决议即日起注销，特此公告。
上海威恩峰培训学校有限公司信用代码：91310115MA1HBCF37P，经股东会决定即日起注销，特此公告。
上海韵翔计算机技术有限公司3101142028162，经股东会决定即日起清算特

上海习勋实业发展有限公司经股东会决议注册资本由原人民币1000万元减至人民币100万元，特此公告。
上海皇利实业有限公司经股东会决议注册资本由原人民币750万元减至人民币100万元，特此公告。
上海捷勤汽车租赁有限公司统一社会信用代码：91310115MA1K3P9600，经股东会决议注册资本由原人民币2000万元减至人民币500万元，特此公告。
联系地址：上海市浦东新区康桥路658号二楼 负责人：王志刚 手机：13761861333
减资公告：上海亚星普拉斯企业有限公司，统一社会信用代码91310115577497306H，经股东会决议拟将公司注册资本由人民币1000万元减少至人民币300万元，请有关债权人自本公告见报之日起45日内向公司提出债权债务或提供相应担保的请求，特此公告。

陆宽 遗失注销减资登报传媒 021-59741361 13764257378(微信同号)