

浅议新冠疫情对建设工程企业承揽国际建设工程 的影响和法律思考

境外工程承包是一带一路发展的重要业务领域，在市场不断完善的进程中，我国的对外工程承包事业获得了巨大的成功。2020年年初，新型冠状病毒感染的肺炎疫情（以下称“新冠疫情”）迅速扩散，并有向全球蔓延的趋势。为了更好地应对新冠疫情，各地都在最短时间内启动了新冠疫情一级响应，采取了包括隔离、封城、交通管制、集中收治、延长春节假期、禁止提前复工在内的各项措施。境外多国已取消或暂停航班或采取人员入境管制。在此情形下，建设工程企业承揽的境外建设工程在履行过程中面临因境外工程所在地禁止劳务人员入境、境内延期复工等导致整个工期延迟，以及相关设备货物出口障碍而导致无法按照承包合同履行的问题。本文将就新冠疫情可能对建设工程企业（以下亦称“承包方”）履行国际工程承包项目产生的影响及应对措施提供法律分析和建议。

一、新冠疫情对境外工程承包业务的影响

（一）境内方面

1、延长春节假期，禁止企业擅自提前开工

根据国务院《关于延长2020年春节假期的通知》，2020年春节假期延长至2月2日。部分省市也发文要求企业延迟复工，具体复工时间另行通知，在通知之前不得擅自开工。

在此情形下，境外工程的境内作业部分，包括工程和设备设计、设备制造等将面临延期交付的问题。

2、交通和物流管制措施

为防止新冠疫情扩散，各地采取了停止交通运输、对道口实施严格查控、对疫区实施封锁的措施，并发布了对外地人员的劝返、遣返通知。

各地采取交通管制将直接影响物流运输效率。在新冠疫情的影响下，境外工程中设备采购的境内物流部分将遇到障碍。同时，也为承包方的人员复工和出境增加了难度。

3、隔离观察

为切断新冠疫情的传播途径，各地相继出台了对新冠肺炎密隔离观察的通知，针对外地返回人员、外来人员、湖北特别是武汉往来人员、疫情严重地区往来人员、确诊或疑似病例的密切接触者，采取居家隔离观察、居家隔离医学观察、集中隔离医学观察等措施。在此情形下，承包方境内作业人员的复工和劳务人员出境时的境内交通均遇到障碍。

4、出境限制

为有效防控新冠疫情，部分地区和口岸已调整出入境管理措施。例如，湖北省公安机关出入境管理部门已暂停受理普通护照和往来港澳通行证、往来台湾通行证以及往来港澳台签注申请。承包方境内作业人员出境复工及开展工作受到严重影响。

（二）国际方面

根据《国际卫生条例》（2005），若确定正发生国际关注的突发公共卫生事件，总干事应当根据第四十九条规定的程序发布临时建议。临时建议可包括遭遇国际关注的突发公共卫生事件的缔约国或其它缔约国对人员、行李、货物、集装箱、交通工具、物品和(或)邮包拟采取的卫生措施。WHO 总干事谭德塞于 2020 年 1 月 31 日提出：“不建议对中国采取履行和贸易限制”。但是，不排除随着全球事态进一步升级，WHO 将采取更为严厉的措施建议。

自新冠疫情迅速蔓延后，包括澳大利亚、俄罗斯、马来西亚、菲律宾、日本、新加坡等已经陆续发布了为防控疫情而采取的出入境管制措施，包括航班取消、口岸及港口管制、签证服务暂停等。该等防疫措施对企业承包境外工程的履行可能造成的影响包括：

1、入境管制措施会导致承包方派遣人员无法按时到达现场开展工作，影响施工进度。

2、出口物资无法及时运送到现场。工程类项目主要出口物品为设备、材料，考虑到多国已停运航班和路面运输，出口物资可能无法入关。此外，即使未采取禁止入境的国家和地区，也可能采取更严格的卫生检疫措施，该等措施亦有可能延长清关时间。

二、建设工程企业应对新冠疫情的法律思考

（一）工期延误

1、建设工程承包合同约定了传染病属于不可抗力

如果建设工程承包合同中明确约定了传染病为不可抗力的，则承包方可以直接援引不可抗力主张工期顺延。根据中国贸促会通知，受新型冠疫情的影响，导致无法如期履行或不能履行国际贸易合同的，企业可申请办理与不可抗力相关的事实性证明。由贸促会出具的商事证明书，其合法性与有效性均为各国政府、海关、商会和企业所认可。该申请有两个前提，一是因疫情影响，导致无法如期履行合同；二是申请办理的企业需提交的佐证材料：（1）企业所在地政府、机构出具的证明/公告；（2）海陆空相关延运、延飞、取消等通知/证明；（3）出口货物买卖合同、货物订舱协议、货运代理协议、报关单等；（4）其他所能提供的材料。

此外，承包方需要证明工期延误系由新冠疫情的直接原因造成，并注意保存工期延误与新冠疫情的关联性的资料。如果工期延误并非由于新冠疫情造成，而

是承包人履行滞后在先，新冠疫情在后的，根据《合同法》第一百一十七条，当事人迟延履行后发生不可抗力的，不能免除责任。

据报道，法国油气公司 TOTAL 近日拒绝了买家援引不可抗力以退出 LNG 采购长期合约并改为现货合约的要求，该事件其他细节和买家的回应并未披露。我们理解，在以不可抗力为理由进行抗辩时，除了证明相关事件的发生超出了当事人的预见范围，还需要说明该等事件的发生和事件所造成的损害具有必然性，已经超出了当事人的控制能力范围。如买家主张不可抗力造成货物无法出口或运输而导致采购合同无法履行的，应提出新冠疫情不可抗力与合同无法履行存在必然性的相关证据。但如果买家主张因新冠疫情造成境内 LNG 市场需求量下降，因此要求退出长期合同而改为现货合同的，鉴于新冠疫情持续期间未定，如疫情持续期间短于长期合同的合同期限，则新冠疫情不可抗力与 LNG 采购长期合同无法履行之间的关联关系不够充分。

如新冠疫情足以影响到合同的按期履行，承包方应做好以下工作：（1）及时向业主/发包方告知目前疫情以及对合同履行造成的影响，包括但不限于延迟复工、人员无法出入境等；（2）与业主/发包方积极沟通并采取合理的替代方案减少损失或者避免损失扩大；（3）保留凭证：包括所有往来函件和沟通凭证、不可抗力对合同履行造成影响的关联性证据、通知文件、因赶工造成的额外成本凭证等。

2、合同未约定传染病为不可抗力

如合同未明确约定传染病属于不可抗力情形的，则需要从合同约定及适用法律对于不可抗力的具体定义进行判断。

（1）如合同约定适用中国法律的，亦可主张新冠疫情为不可抗力从而减轻承包方的责任。

根据《民法总则》第一百八十条的规定，“不可抗力是指不能预见、不能避免且不能克服的客观情况”，本次新冠疫情无法在签订合同前预见，尚无有效的

治疗和阻却传播的方式，因此，我们认为，本次新冠疫情符合不可抗力的构成要件。根据第一百八十条规定，因不可抗力不能履行民事义务的，不承担民事责任。法律另有规定的，依照其规定。

根据《合同法》第一百一十七条规定，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。

考虑到此次新冠疫情程度和规模上不亚于 2003 年发生的传染性非典型肺炎疫情（以下称“非典疫情”），建议参考以下最高人民法院就非典疫情期间的有关通知以及案例。根据《最高人民法院关于在防治传染性非典型肺炎期间依法做好人民法院相关审判、执行工作的通知》（法[2003]72 号，目前已失效）的规定，因政府及有关部门为防治非典疫情而采取行政措施直接导致合同不能履行，或者由于非典疫情的影响致使合同当事人根本不能履行而引起的纠纷，按照《合同法》第一百一十七条和第一百一十八条的规定妥善处理。

在北京新领国泰投资有限公司与北京市机械施工有限公司及北京神龙建筑装饰工程有限公司建设工程施工合同纠纷一案（(2013)民申字第 659 号）中，最高法院认为，2003 年北京非典疫情的发生，客观上影响了工期。工期延误非因施工方单方面原因造成，理应顺延。

（2）如果合同约定适用 FIDIC 标准合同条款和工程所在地法律

根据 FIDIC 银皮书关于不可抗力的规定，不可抗力需要满足以下全部 4 个条件：1、一方无法控制的；2、在签订合同前，该方无法合理防范的；3、事件发生后，该方无法合理避免或克服的；4、本质上不是由另一方引起的。符合上述条件的（包括但不限于）以下情形属于不可抗力：（i）战争、敌对行为、入侵、外敌活动；（ii）叛乱、恐怖活动、革命、暴动、军事政变或篡夺政权，或内战；“06 多边银行版”补充：（ii）叛乱、恐怖活动、除承包商人员之外的破坏活动、革命、暴动、军事政变或内战；（iii）承包商的人员和承包商及分包商的其他雇员之外的人员的暴乱、骚乱、混乱、罢工或封锁工程；（iv）战争军火、爆炸物资、电离辐射或放射性污染，但承包商使用此类材料除外；（v）诸如地

震、飓风、台风、火山爆发等自然灾害。

我们理解，本次新冠疫情符合上述 4 个条件，可以认定为不可抗力。

此外，承包方还可以根据 FIDIC 合同第 8.4 条来主张工期索赔。第 8.4 条约定如下：“竣工时间的延长 如果由于下列任一原因延误了工期，承包方可索赔工期：……（d）流行病或当局行为造成人员或货物不可预见的短缺；……承包商应按索赔条款规定提出索赔。工程师在确定延长工期时，可审查已给出的延期，但只能增加延期，不能减少已批准的延期时间。”需要注意的是，仅红皮书中，承包方的索赔范围包括流行病，在银皮书中流行病并非承包方可主张索赔的情形。承包方可向贸促会申请不可抗力的事实性证明，并举证疫情造成工期延误后，也可援引第 8.4 条向业主/发包方主张迟延工期，但交钥匙项目中，承包方无法援引第 8.4 条。

由于 FIDIC 合同规定了通知义务，承包方应及时将疫情和可能造成的工期延误情况告知业主/发包方。根据 FIDIC 合同条款规定，通知应在不可抗力事件发生（或被觉察到）后 14 天内发出；发出通知后，该方应在由于不可抗力阻碍履约期间，免于履行该义务而不影响合同一方向另一方的支付义务。第 20.1 条规定：“若承包商认为他有权索赔工期和款项，他应在索赔事件发生后 28 天内向工程师发出通知，否则他将丧失该项索赔的全部权利；承包商还应提交合同要求的其他通知和支持索赔的详细材料。承包商应保持有关同期记录，工程师可查阅并可以要求复印这些记录。承包商应在索赔事件发生后 42 天内或工程师认可的期限内，提交详细的索赔报告，包括索赔依据、索赔的工期和款额。如引起索赔的事件是连续性的，则承包商应每月递交一份报告，说明情况以及累计的索赔时间和/或款额。在索赔事件结束后 28 天内或工程师同意的期限内，递交最终索赔报告。……本款与其他和索赔有关条款的规定互为补充，承包商如有违反，可能失去相应的索赔权。”

此外，承包方还应采取合理措施和替代方案以降低疫情造成的损失。FIDIC 合同规定了各方都应尽力使不可抗力事件对履约造成的任何延误降至最小；且当一方不再受不可抗力影响时，应向另一方发出通知。

如果建设工程适用工程所在地法律，则须依据具体法律规定进行判断，主要还是应紧扣“无法预见、无法控制、无法防范、无法避免”等核心要素，由于很多文章已经阐述了观点，本文不作过多介绍。

3、建设工程承包合同中明确约定了传染病属于工期顺延情形

如建设工程承包合同中明确约定了传染病属于工期顺延情形，这样的约定方式无疑是最有利于承包方的，承包方可以直接援引工期顺延条款。

4、合同约定当局行为或者法律及政策变更属于工期顺延情形

如工程所在地的管制措施（例如人员禁入、货运禁运）造成承包方无法履行合同的，可以构成当局行为或者法律政策变更而导致的工期延误的情形。

根据国家移民局发布的截至 2 月 16 日的入境管制措施列表，全球已有 133 个国家采取不同程度的管制措施，其中阿曼、哈萨克斯坦、吉尔吉斯斯坦、帕劳、乌兹别克斯坦、伊朗停飞全部往返中国航班、俄罗斯、阿塞拜疆、捷克、缅甸、亚美尼亚、印度、越南停发签证、安提瓜和巴布达、澳大利亚、巴哈马、塞班岛、朝鲜、赤道几内亚、菲律宾、斐济、格林纳达、科威特、马尔代夫、马来西亚、马绍尔群岛、毛里求斯、蒙古、密克罗尼西亚联邦、日本、塞舌尔、所罗门群岛、苏里南、不同程度限制人员入境。如工程所在地在上述范围的，劳务人员入境将受到影响。

在此情形下，承包方还可援引 FIDIC 合同第 8.5 条主张延长工期。第 8.5 条约定：“如果满足下列全部条件，承包商可提出工期索赔：（a）承包商已经遵守了工程所在地合法当局制定的程序；（b）当局延误或干扰了承包商的工作；（c）这些延误或中断是承包商无法提前预见的。”我们建议承包方应注意保留与海关及相关部门沟通的文件资料，以主张因当局行为或者法律及政策变更造成工期延误。

（二）关于设备、货物出口限制

工程类项目主要出口物品为设备、材料，鉴于目前多国已停运我国的往返航班和路面运输，我们建议承包方向发包方/业主积极沟通了解运输目的地当局的其他运输管制政策，及时评估调整运输方式。如果是针对境内部分地区禁运，应当保留好完整物流链的运输凭证或者选择其他替代方案。

未进行交通运输管制的国家和地区，也普遍增大了检验检疫强度，并且随着新冠疫情在全球范围扩散，检疫规则也随时在更新。承包方应积极沟通了解新冠疫情期间运输到港口岸的检验建议要求并及时办理所需相关手续。

（三）其他误工损失

除了工期延误和出口限制外，新冠疫情还可能对承包方造成其他因停工或者工期延误造成的损失，包括但不限于：劳务人员在隔离或者待工期间的工资；发包方要求赶工而增加的费用；设备、货物待运期间的仓储成本或者因改运造成的运输费用增加等。

就该等损失在承包方与发包方之间的风险分担而言，首先根据合同约定。如无合同约定的，则依据法律规定分担。

1、 FIDIC 合同条款

如果合同并未明确约定不可抗力造成的损失承担，而仅约定适用 FIDIC 合同条款的，需注意根据常规版本 FIDIC 的不可抗力损失承担条款，仅限于不可抗力发生在工程所在地时，承包方有权索赔，且索赔范围限于为修复或重建被不可抗力损害或破坏的工程和/或货物所需的费用（如果该费用不能从工程和承包商设备的保险中获得保险赔偿）。根据 19.4 条款：“若承包商受到不可抗力影响，且按规定向业主方发出通知，则：（a）承包商可索赔工期；（b）对 19.1 款中第（i）、（ii）、（iii）、（iv）类不可抗力，且（ii）、（iii）、（iv）类情况发生在工程所在地时，承包商可索赔费用。”

尽管如此，就由新冠疫情造成的损害，承包方还是有可能通过第 17.3、第 17.4 条约定来索赔，但需论证新冠疫情属于“一个有经验的承包商无法合理预

见并防范的自然力的作用”。我们建议可以从以下方面开展论证：新冠疫情已经被贸促会认定为不可抗力，不可抗力的构成要素之一就是无法合理预见并防范，此外，也可以通过医疗专家和工程行业专家论证新冠疫情处于无法合理预见并防范的自然力的作用：[17.3]业主的风险包括：……(h) 一个有经验的承包商无法合理预见并防范的自然力的作用。需要注意的是(h)项约定的情形仅限于红皮书，银皮书中发包方的风险范围小于红皮书。

2、如果合同未约定损失承担或适用 FIDIC 合同的，或约定根据建设工程所在地法律的，则须依据具体法律规定进行判断，主要还是应紧扣“无法预见、无法控制、无法防范、无法避免”等核心要素。

三、结论与趋势

以上是我们结合新冠疫情目前的发展态势以及境内外当局采取的应对措施，针对承包方在履行境外建设工程承包合同过程中保护自身合法权利和权益提出的法律思考和建议。

目前，我国的新冠疫情已得到较好控制，每日新增确诊和疑似病例持续下降。在此情形下，各地政策灵活调整，地方交通管制正陆续放开，对于复工人员仍旧保持较严格的管理标准，例如外地返工人员仍需居家隔离等。与此同时，日本等国疫情在加重，可以预见其防疫政策将进一步趋严。因此，承包方应当积极关注境内外政策的随时变化，积极采取措施防止损失进一步扩大，与业主及相关方保持良好的沟通，尽力促成各方在平等友好的基础上，获得谅解并协商解决方案。

(完)