

doi:10.16060/j.cnki.issn2095-8072.2020.02.001

国际商事合同不可抗力条款对“新冠肺炎”疫情适用法律分析

龚柏华

(复旦大学法学院, 上海 200438)

摘要: 2020年年初中国爆发的“新型冠状病毒肺炎”可能引发一系列的国际商事合同纠纷。国际商事合同不可抗力条款的约定直接影响着新冠肺炎疫情能否适用及如何适用。在纠纷解决时需对涉案国际商事合同适用法律进行识别。适用国际条约(如CISG)、中国合同法的不同情况下,新冠肺炎疫情能否构成具体案例情景中不可抗力或艰难情势需要具体分析相关法律问题和事实情况。尽管我国法院在处理非典事件涉及不可抗力的实践可做参考,但非典事件与本次新冠肺炎有明显的不同。在分析新冠肺炎疫情不可抗力国际商事合同纠纷时要着重考虑具体事件与合同不履行之间的因果关系。国际商事合同当事方不能笼统地以新冠肺炎疫情事件为不可抗力而当然地认为其违约责任可以免除。

关键词: 不可抗力; 艰难情势; 国际商事合同; 新冠肺炎

中图分类号: D996.4 **文献标识码:** A **文章编号:** 2095 — 8072(2020)02 — 0005 — 11

2020年年初中国爆发的“新型冠状病毒肺炎”疫情(简称“新冠肺炎”)(COVID-19),^①导致部分中国从事对外经贸活动的企业不能或部分不能按国际商事合同履约,从而可能引发一系列的国际商事合同纠纷。^②国际商事合同传统模版的不可抗力条款是否能适用于新冠肺炎疫情及如何适用,这或将成为这轮国际商事合同纠纷争议的法律焦点问题。妥善解决这些问题需要解析适用不同法律前提下的不可抗力的法定条件及解读国际商事合同中不可抗力条款的约定,区分包括或不包括“传染病”字句的约定情形。中、外法院或仲裁机构在纠纷解决时都会涉及对涉案国际商事合同适用法律的识别,从而导致适用国际条约(如CISG)、外国法律、中国法律的不同情况,新冠肺炎疫情在不同情况下能否构成具体案例情景中不可抗力又需要具体分析相关法律问题和事实情况。

一、国际商事合同不可抗力条款构成和解析

(一) 不可抗力及相关概念辨析

不可抗力(法文force majeure或英文act of God)是指“无法预见或控制的事件或

① 2020年2月11日,世界卫生组织(WHO)改称“Novel Coronavirus Pneumonia”(NCP)为2019冠状病毒病(英文缩写COVID-19)。

② 据网易新闻(<https://news.163.com/>)2020年2月9日报道,中国一家能源公司向包括壳牌和道达尔(Total SA)公司在内的供应商发出了不可抗力通知宣布遭遇不可抗力,而道达尔公司拒绝接受该不可抗力通知。这是目前报道的由于新冠肺炎疫情而在国际商事合同中援引不可抗力条款的第一个已知案例。

效果”。^①这一概念最早可追溯到罗马法时代。^②现代不可抗力制度的法律规定首见于《法国民法典》，其第1148条规定：“如不可抗力或者意外事件使得债务人对给予债务、作为债务或不作为债务的履行受到阻碍，则其不承担赔偿责任”。^③

英美法系一般不使用不可抗力这个法律术语，而使用“落空”(frustration)。相近的词还有“不可能”(impossibility)或“不可行”(impracticability)。英美法系中的“合同落空”(frustration of contract)制度与不可抗力制度存在一定的区别。合同落空制度是以合同根本目的无法实现为前提的，其后果直接导致合同解除；合同落空制度是以严格履行合同义务为原则，只有当因不可归责于任何一方的原因致使合同根本目的无法实现合同而必须解除，此时才产生免除责任的效果。

与不可抗力概念相近的一个概念是大陆法系中的情势变更原则(拉丁文*rebus sic stantibus*，英文为*matters so standing*)。情势变更是指在法律关系成立后作为该项法律关系基础的情势，由于不可归责于当事人的原因发生了非当初所能预料得到的变化，如果仍然坚持原来的法律效力，将会产生显失公平的结果，有悖于诚实信用的原则。

国际商事合同中与不可抗力条款概念相近的是艰难情势条款(*hardship clause*)。该条款在于，当合同当事方不能预测的情况发生后，合同当事方通过合同所取得的利益会产生不均衡。为了纠正这种不均衡，该条款规定双方当事人在这种情况下，必须接受另一方对合同进行修改的要求。

2010年国际私法统一协会《国际商事合同通则》第6.2.2条对“艰难情势”做了如下定义：“所谓艰难情势，是指由于一方当事人履约成本增加，或由于一方当事人所获履约的价值减少，而发生了根本改变合同双方均衡的事件，并且(1)该事件的发生或处于不利地位的当事人知道事件的发生是在合同订立之后；(2)处于不利地位的当事人在订立合同时不能合理地预见事件的发生；(3)事件不能为处于不利地位的当事人所控制；而且(4)事件的风险不由处于不利地位的当事人承担。”^④

《联合国国际货物销售公约》(CISG)没有沿用大陆法或英美法上“不可抗力”“合同落空”“履行不能”等概念作为免责的依据，可能的原因是想表示中立，不偏向某一法系的用词，第79条规定使用了不能控制的障碍(*impediment*)：^⑤

(1)当事人对不履行义务，不负责任，如果他能证明此种不履行义务，是由于某种非他所能控制的障碍，而且对于这种障碍，没有理由预期他在订立合同时能考虑到或能避免或克服它或它的后果。(2)如果当事人不履行义务是由于他所雇用履行合同的全部或一部分规定的第三方不履行义务所致，该当事人只有在以下情况下才能免除责任：(a)他按照上一款的规定应免除责任，和(b)假如该款的规定也适用于他所雇用

① Garner, *Black's Law Dictionary (Tenth Edition)*, Thomson Reuters, 2014.

② 法文*Force Majeure*来自于拉丁文“重大外力”(vis maior)，相当于英文的“superior force”。

③ 罗结珍. 法国民法典[M]. 北京: 北京大学出版社出版, 2010.

④ 张玉卿. 国际统一私法协会国际商事合同通则2010(英汉对照)[M]. 北京: 中国商务出版社, 2012.

⑤ 从起初背景看，当时故意避免使用obstacle，认为这可能被误解为仅限于外来的障碍。从impediment的词源拉丁文impedimenta意思看是指军队的辎重，即会影响部队前进速度但不影响前进的东西。参见：Larry A. DiMatteo, *International Sales Law A Global Challenge*, Cambridge University Press, 2014.

的人, 这个人也同样会免除责任。(3)本条所规定的免责对障碍存在的期间有效。(4)不履行义务的一方必须将障碍及其对他履行义务能力的影响通知另一方。如果该项通知在不履行义务的一方已知道或理应知道此一障碍后一段合理时间内仍未为另一方收到, 则他对由于另一方未收到通知而造成的损害应负赔偿责任。(5)本条规定不妨碍任一方行使本公约规定的要求损害赔偿以外的任何权利。^①

《联合国国际货物销售公约》第79条是否覆盖艰难情势的情况,^②理论界一直存在很大争议。^③从联合国国际贸易法委员会统计的第79条适用案例的情况看, 当事人因市场波动、价格急剧上涨/下跌等因素而主张免责, 各国法院或仲裁庭通常倾向于此类风险属于卖方/买方应该承担的正常风险(特别是钢铁、大宗农产品等本身价格波动就较大的交易), 不构成障碍。^④

(二) 不可抗力条款构成要素

一般来说, 国际商事合同中的“不可抗力条款”秉承了合同法意思自治的基本原则, 当事人在缔约时可主动对“不可抗力”情形进一步细化、列举, 明确不可抗力情形所包含的具体范围, 或进一步明确各种情形所对应的救济措施、法律后果等。国际商事合同的不可抗力条款一般包括以下三大方面内容。

1. 明确约定不可抗力的范围和种类

确定不可抗力的范围有三种方式, 第一种是概括式, 一般简单规定不可抗力的性质, 大多照搬相关法律条文规定。这种方式的缺点是过于抽象, 无法预判。第二种是列举式, 通常将双方认为属于不可抗力事件做了列举, 缺点是如果没有列举到的事项很可能会被排除。第三种是综合式, 即将前面两种方式综合, 第一段对不可抗力做定性规定; 第二段对不可抗力进行列举。

国际商事合同中不可抗力条款具体列举的事项可分为两大类。第一类属于自然灾害也称天灾。依《牛津法律大辞典》的解释是指: “独立于人们意志以外发生的事件, 它是人类的预见力和防范力在合乎情理的条件所不能及的, 或至少是防止或避免不了的”。自然灾害是最典型的不可抗力现象, 通常包括地震、海啸、台风、海浪、洪水、蝗灾、风暴、冰雹、沙尘暴、火山爆发、山体滑坡、雪崩、泥石流等。但应注意, 并非一切自然灾害都能作为不可抗力而成为免责理由, 一些轻微的、并未给当事人履行义务造成重大影响的自然灾害, 不构成不可抗力。不可抗力条款中将传染

① 中英文官方文本. 联合国网站[2020-02-20]. <https://www.un.org/zh/documents/treaty/files/UNCITRAL-1980.shtml>.

② 在 *Scaфом International BV v. Lorraine Tube S.A.S.* 一案中, 比利时上诉法院认为: “CISG 第79条第一款项下的障碍(impediment)应包括债务人因变化的情势而遭受的经济困难(economic hardship)”。

③ Markus Petsche, “Hardship Under the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)”, *Vindobona Journal of International Commercial Law & Arbitration*, 2015, 19(2): 147-170.

④ 在 *Fédération Royale Marocaine de Football (FRMF) v. Confédération Africaine de Football (CAN)* (TAS 2015/A/3920) 案中, 摩洛哥足协拟举办的非洲国家杯足球赛适逢埃博拉病毒在西非地区爆发。摩洛哥足协以此为由主张推迟举办球赛。国际体育仲裁院的仲裁庭适用瑞士法审理该案, 仲裁庭认为, 埃博拉病毒造成的健康风险并不能构成不可抗力, 因为这一风险并不足以使比赛变得不可能, 而只是使其更加困难, 故不支持摩洛哥足协的免责主张。

病(或瘟疫)明确列为不可抗力情况的不是非常普遍。究其原因可能是,由于现代医学科学技术的不断发展,对人类产生大规模影响的传染病在绝大多数程度上得到控制。20世纪中期以后,传染病对全球绝大多数地区尤其是西方发达国家的经济和商贸活动已不构成大的影响,在西方主导的合同模版中,一般就不考虑传染病对合同履行的影响的可能性。第二类属于社会异常事件。这是社会中团体政治行为引致的事件,如战争、武装冲突、罢工、劳动力缺乏、骚乱、暴动等。这些事件对发动者或制造者而言是能预见与避免的,而对私法行为的当事人而言则是既不能预见也不能避免与克服的。

国际商事合同中比较有争议的是政府行为是否构成不可抗力。政府行为一般不能列入不可抗力的范围。如果把政府行为列为不可抗力容易导致对不可抗力制度的滥用。部分政府行为可以预见的,合同当事人应有时间通过各种途径获知。部分政府行为可以克服的,如错误的法令,可以通过提请原行政立法机关重新审议而修改或撤销,错误的处罚决定可以通过行政复议程序或行政诉讼程序予以解决。这些都说明了政府行为并非全部不能预见、不能避免与不能克服,因而不符合不可抗力的构成要件。但是,政府行为对当事人而言又的确具有不能预见、不能避免与不能克服的特性,使得某些情形下政府行为极深地影响着合同关系和当事人的权利,而当事人主观上并无过错因素,所以法律应考虑设置一定的免责制度。

2. 明确约定不可抗力事件发生后的通知责任

应约定不可抗力事件发生后,责任方通知对方的方式、时限以及出具不可抗力事件证明文件的方式等。无论国际商事合同是否有特殊约定,在不可抗力情况发生后均应及时通知合同相关方,否则对于未及时通知而造成的损失,将会产生损害赔偿赔偿责任。尤其需注意的是合同对于不可抗力发生后的通知形式是否有特殊要求,包括通知时限、通知的形式、通知对象等。如有,则应严格按照合同约定的形式进行通知。

3. 确定不可抗力事件所引起的法律后果

如规定:一方有权终止合同而不必承担违约责任;一方可中止履行合同直到不可抗力事件消除;或有权延长合同履行的时间;或卖方有权部分履行合同义务;遭受不可抗力事件的一方有义务减轻不可抗力导致的合同损失,等等。

(三) 国际商事合同要个性化定制不可抗力条款

在现有的国际商事合同模版中,大多数合同采用简式列举的不可抗力条款模版,如以下中文条款:“不可抗力事件”指一方无法控制致使该方无法履行其在本合同项下义务的事件。不可抗力事件包括但不限于:政府或政府机构的禁令或行为,暴乱、战争、敌对状态、公共骚乱、罢工或其他劳务纠纷和停工,运输或其他设施停顿或中断、流行病、火灾、水灾、地震、风暴、海啸或其他自然现象。”又如英文条款:

“Fire, flood, strikes, labor troubles or other industrial disturbances, inevitable

accidents, war (declared or undeclared), embargoes, blockades legal restrictions, riots, insurrections or any other causes beyond the control of the parties.”

有些国际商事合同模版如国际工程承包合同FIDIC合同模版中,未明确将“传染病”列入合同的特殊风险或不可抗力事件条款。^①这类不可抗力条款没有列举到“传染病”情况,可能会为事后是否能将新冠肺炎疫情之类的传染病视为不可抗力带来争议。有些国际商事合同模版中的不可抗力条款已提到“流行病”,^②如以下模版条款:“Any event or circumstance beyond the control of the Parties shall be deemed to be force majeure and shall include but not restricted to fire, storm, flooding, earthquake, explosion, war, rebellion, insurrection, epidemic and quarantine restrictions. If either party is prevented from performing any of its obligations under this Agreement due to force majeure, the time for performance under this Agreement shall be extended by a period equal to the period of delay caused by such force majeure”。这一条款不仅列举了“流行病及卫生检疫限制”(epidemic and quarantine restrictions)情况,而且还使用了“包括但不限于”(include but not restricted to)这一非穷尽列举(inexhaustive list)规定,为将新冠肺炎疫情列为不可抗力事件提供了合同基础。

国际商会(ICC)推荐的不可抗力条款更为详细,^③其中第5段提及“plague”(瘟疫)、“流行病”(epidemic)可参考使用:“5. act of God, plague, epidemic, natural disaster such as but not limited to violent storm, cyclone, typhoon, hurricane, tornado, blizzard, earthquake, volcanic activity, landslide, tidal wave, tsunami, flood, damage or destruction by lightning, drought.”

有些国际货物买卖合同因其交易情况(如天然气供应)的复杂性,还会分别从买方和卖方角度列举不可抗力情况。有些国际项目融资合同中(如国际油气开发买卖)约定有“提货或付款”(take or pay)条款,实际上作为担保条款,排除了买方主张不可抗力拒绝接受货物。国际金融合同如贷款类合同,一般约定借款方的货币支付义务不应以不可抗力事件而免除。

我们在今后的国际商事合同起草中应参考加入较完备的不可抗力条款,但一定要结合特定合同情况,不能简单抄用模版,而必须个性化制定合同的不可抗力条款。如今后在写不可抗力条款列举到“流行病”(epidemic)或“大流行病”(pandemic)时,可用括号加“包括但不限于:‘H1N1、SARS、Ebola、NCP or similar events which become a public health emergency’”这样的字句。

不可抗力条款中通常采用非穷尽的列举,如使用“包括但不限于”“其他无法预见的情况”等,这就需要在国际商事合同争议处理时采取合理的“同类规则”解释方

① 1999年版FIDIC红皮书、黄皮书和银皮书第19条定义为不可抗力。国际金融组织协调版2005、2006和2010版FIDIC合同第19条定义为不可抗力。

② 《波罗的海国际航运理事会标准新造船合同》(NEWBUILDCON)第34条约定,可允许的迟延(Permissible Delays)的事件包括传染病(epidemics)。

③ 国际商会网站[2020-02-20].<http://store.iccwbo.org/t/icc%20force%20majeure%20hardship%20clause>.

法,^①或“共分母原则”(noscitur a sociis或称为mother's rule),^②来判断“新冠肺炎疫情”是否与前面列举的“流行病”情况存在“共性”。

二、国际商事合同不可抗力条款适用“非典”的案例借鉴

“非典”(SARS)事件发生后,关于一方当事人因“非典”而导致合同不能履行或者难以依约履行要求免除合同责任,法学理论界和司法实践者曾有不同观点。学术界总体倾向“非典”事件构成免责理由,但对构成免责的具体合同理论依据有不同看法,主要有不可抗力说和情势变更说。^③

最高人民法院于2003年6月11日颁发了《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》,^④要求由于“非典”疫情原因,按原合同履行对一方当事人的权益有重大影响的合同纠纷案件,可以根据具体情况,适用公平原则处理。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《中华人民共和国合同法》第117条和第118条的规定妥善处理。

中国法院陆续处理了一些与“非典”相关纠纷的案例。对于“非典”疫情影响合同履行的,法院倾向将其认定为不可抗力并以此免除或部分免除合同一方或双方的责任。也有根据公平原则及诚实信用原则,兼顾双方利益的。但亦有部分法院认定“非典”等疫情不属于法律所规定的不可抗力,对合同一方提出的因“非典”疫情免责的主张,不予支持。^⑤2008年,湖北省高级人民法院审结了一起涉“非典”的涉外案件,即美国东江旅游集团公司(J.PI TRAVEL USA, INC.,下称东江公司)(上诉人)与长江轮船海外旅游总公司(下称长江海外)(被上诉人)船舶租赁合同纠纷案。^⑥湖北高院在判决书中认为:“非典”疫情属于不可抗力事件,该不可抗力事件对涉案租船合同的履行造成了影响,对于“非典”疫情影响涉案合同履行期间的租金,东江公司有权不予支付。但涉案合同中并不存在合同一方当事人可因不可抗力事件单方解除合同的约定,同时,“非典”疫情对涉案合同的影响尚未达到令合同目的不能实现的程度,因此,无论是依据合同约定抑或法律规定,东江公司均无权单方解除涉案合同,东江公司单方解除涉案合同、拒绝支付欠付租金的行为构成违约,因此其还应依合同约定支付相应的违约金。在其他相关案子中,法院也有以通知内容不符合不可抗力条件而

① 即针对在一些特定事项的后面的“兜底性语言/文字”(general language/words)或“通称事项”(general items)。该兜底性语言/文字会被视为特定事项的同类事项并给予一个局限性的解释,而不会包括万有。参见:杨良宜.合约的解释:规则与应用[M].北京:法律出版社.2015.

② 意思是通过类同词来了解法律或合同约定。这一规则适用于用“或者”与“和”连接的两个或两个以上的术语在某一条款里起到相似的语法和推理作用的情况。这种平行的结构能够使读者看到不同的词语有共同的特征。依据这种特征去消除模糊不清的歧义和限制术语的使用范围。

③ 吴津.“非典”事件法律性质的争论及其思考[J].河南省政法管理干部学院学报,2004(2):144.

④ 法[2003]72号,发布日期:2003年6月11日。现已失效。

⑤ 如上海佰恒科技有限公司与上海新长宁(集团)有限公司租赁合同纠纷案[上海市第一中级人民法院(2004)沪一中民二(民)终字第1289号],上海一中院即直接认定“非典”疫情不属于法律所规定的不可抗力。

⑥ 案号为(2007)鄂民四终字第47号。

否定引用不可抗力条款的。^①

2009年5月生效的《中华人民共和国合同法》若干问题的解释(二)第26条明确了有关情势变更原则的规定:合同成立以后客观情况发生了当事人在订立合同时无法预见的、非不可抗力造成的不属于商业风险的重大变化,继续履行合同对于一方当事人明显不公平或者不能实现合同目的,当事人请求人民法院变更或者解除合同的,人民法院应当根据公平原则,并结合案件的实际情况确定是否变更或者解除。为避免情势变更规则在审判实践中被滥用,而破坏合同自由及交易秩序,最高人民法院于2009年印发《最高人民法院关于正确适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(二)服务党和国家的工作大局的通知》(法[2009]165号),明确要求应“严格适用《中华人民共和国合同法》若干问题的解释(二)第26条。本次新冠肺炎疫情的合同纠纷可能会再次激活情势变更原则的适用。

在我国的一些国际商事仲裁案子中也有涉及“非典”是否为不可抗力及如何认定的裁决。2003年6月,在某中国企业与某荷兰企业赖氨酸供货合同纠纷案中,仲裁庭最终认定:双方签署合同时,“非典”疫情已经发生2个月了,因此疫情并非“不能合理预见”。且2003年6月中国政府已发布公告,表示疫情得到了控制,2003年9月双方又约定新的发货日期。因此,“非典”疫情在本案中,不构成“障碍”。裁决驳回了中国企业关于不可抗力免责的主张。

三、国际商事合同不可抗力条款适用新冠肺炎疫情的法律分析

根据国际商事合同的意思自治原则,如果国际商事合同当事人对不可抗力的定义、法律后果、责任分担做出了约定,则合同当事方应该按照约定予优先适用。

在判断国际商事合同不可抗力条款是否适用新冠肺炎疫情之类的“流行病”前,首先要结合国际商事合同纠纷适用的准据法。《联合国国际货物销售合同公约》是国际商事合同可能适用的“准据法”。^②根据联合国国际贸易法委员会统计,截至2016年5月31日各国法院涉及CISG的案子数为4500起,其中涉及第79条的仅30多起,成功率较低。在5起案子中,卖方成功获得履约豁免,而27起案子中被拒;买方在4起案子中获得履约豁免,而19起案子中被拒。^③这些案子中少有直接与“传染病”有关的案子。相近的案子是卖方国家遭到国际禁运从而导致买方无法及时清关领货;^④货物(辣椒粉)遭到不知来源的化学污染。此外,也有学者统计了美国法院在2004年至2012

① 华垦国际贸易有限公司与山西伦达肉类工业有限公司买卖合同纠纷二审民事判决书[山西省高级人民法院(2017)晋民终93号]。关于华垦公司上诉所称的2003年发生“非典”这一不可抗力事件,应予免责问题,法院认为:根据双方合同的约定和合同法118条的规定,因不可抗力不能履行合同的应当及时通知对方,并应该在合理期限提供证明。本案中,华垦公司并未举证证明通知伦达公司不能履行合同,且“非典”期间并未封锁交通、限制货物交易,故对华垦公司这一上诉理由,本院不予采信。

② 截至2020年2月20日,CISG共有93个缔约国。若未明示予以排除的情况下,CISG应自动适用于不同缔约国企业之间所签署的国际货物买卖合同。

③ UNCITRAL Digest of Case Law on the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (2016 Edition). 联合国国际贸易法委员会网站[2020-02-20]. https://www.uncitral.org/pdf/english/clout/CISG_Digest_2016.pdf.

④ CLOUT case No. 163[Arbitration Court attached to the Hungarian Chamber of Commerce and Industry, Hungary, 10 December 1996].

年期间适用CISG的案子，^①其中涉及到第79条的案子寥寥无几，^②无直接涉及“传染病”疫情为不可抗力的。一起相关的仲裁案子裁定“禽流感”为不可抗力。^③

“不可抗力”在《民法总则》《民法通则》《合同法》，以及即将通过的《民法典(草案)》的规定中均系合同责任的法定免责事由。以下就国际商事合同“流行病”是否为不可抗力，以准据法适用中华人民共和国《合同法》为分析前提。《合同法》第117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。当事人迟延履行后发生不可抗力的，不能免除责任。本法所称不可抗力，是指不能预见、不能避免并不能克服的客观情况。”《合同法》第118条规定：“当事人一方因不可抗力不能履行合同的，应当及时通知对方，以减轻可能给对方造成的损失，并应当在合理期限内提供证明。”

本次新冠肺炎疫情其严重性及影响程度已超过“非典”疫情。中国政府采取的防控措施力度也超“非典”疫情。2020年1月31日，世界卫生组织宣布将新型冠状病毒(2019-nCoV)疫情列为国际关注的突发公共卫生事件(Public Health Emergency of International Concern, PHEIC)，各国纷纷对中国采取出行警告、限制入境等措施。在此情况下，已经签订的各类国际商事合同的正常履行必然会受到影响。就国际货物买卖合同而言，本次疫情可能引发两类合同履行纠纷：一类为中国国内卖方迟延交货，另一类是国外买方因担心接收货物会导致病毒传播而拒收或解除合同。此外，在其他类型的国际商事合同中也可能发生相关纠纷，如2020年1月，某南亚地区的国际工程项目的中国承包商向外国业主发出新冠肺炎疫情为不可抗力的通知函，提出承包商大多数项目管理人员和工人均住在位于疫情中心的湖北省境内，受交通管制的影响无法按期在春节后返回项目现场，承包商无法在节后按期复工，且由于疫情是承包商无法预见和控制的，属于不可抗力，要求依据FIDIC合同索赔工期延长和因此发生的额外费用。外国业主随后回复称，承包商引用的“传染病”与位于中国境外的工程项目没有直接关联。传染病没有列入FIDIC合同的特殊风险。外国业主认为承包商发出的新冠肺炎疫情为不可抗力的通知缺乏理由，不能免除承包商按照合同约定完成剩余工程项目的义务。承包商回复，虽然专用合同条件第20.4款(业主风险)没有将“传染病”列入业主承担的特殊风险之中，但新冠肺炎疫情符合第20.4款约定的承包商在签订合同时无法预见、无法避免且无法控制的情形，应属特殊风险事件。

如果在中国法院处理相关纠纷，总体上审理机构认可新冠肺炎疫情本身属于不可

① Ann MoralesOlazábal, Robert W. Emerson, Karen D. Turner and Ren é Sacasas, “Global Sales Law: An Analysis Of Recent CISG Precedents In U.S. Courts 2004–2012”, *Business Lawyer*, 2012(4):1351–1382.

② *Hilaturas Miel, S.L. v. Republic of Iraq*, 573 F. Supp. 2d 781, 800 (S.D.N.Y. 2008); *Macromex SRL v. Globex Int'l, Inc.*, 08 Civ. 114 (SAS), 2008 U.S. Dist. LEXIS 31442, at 4–5 (S.D.N.Y. Apr. 16, 2008); *Raw Materials Inc. v. Manfred Forberich GmbH & Co.*, Case No. 03 C 1154, 2004 U.S. Dist. LEXIS 12510.

③ 在*Macromex Srl. v. Globex International Inc.*, Interim Award of October 23, 2007 (Case No. 50181T 0036406)案中，买方所在国罗马尼亚政府因禽流感爆发而禁止进口在特定日期前认证的鸡肉，卖方希望援引《联合国国际货物销售合同公约》(“CISG”)第79条为其不交付合同项下剩余的鸡腿肉而免责。美国仲裁协会下仲裁庭认为，对进口的禁止并非卖方履行的不能克服的障碍，因为卖方有“商业上合理的替代方案”(Commercially Reasonable Substitute)。买方已提议将货物运至邻国的口岸，但卖方没有这样做，反而自行将货物卖予第三方。因此，卖方不能主张免责。

抗力事件应该能达成共识。全国人大常委会法工委发言人表示, 当前我国发生新冠肺炎疫情, 为了保护公众健康, 政府也采取了相应疫情防控措施。对于因此事件而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。根据《合同法》的相关规定, 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。2020年2月8日, 上海高院出台了《关于充分发挥审判职能作用为依法防控疫情提供司法保障的指导意见》, 提出“对因疫情影响, 当事人不能履约或履约对当事人权益造成重大影响的, 应依照公平、诚实信用等原则, 综合考量当事人之间的约定、疫情的发展阶段、疫情与履约不能或履约困难之间的因果关系以及疫情影响的程度等因素, 根据不可抗力或情势变更等相关规定, 并结合案件具体情况, 妥善处理”。尽管立法和司法部门有上述表态, 但这不等于说, 国际商事合同当事方就当然能够主张新冠肺炎疫情为不可抗力从而免除或延迟合同履行义务, 这还要看具体案例的因果关系。

从国际商事合同不可抗力条款约定事项的分类看, 本次新冠肺炎疫情可以归为介于自然灾害和非自然的人为引起的灾难之间。如果当事人之间的合同已明确约定了不可抗力或情势变更的条款, 且将突发的“传染病”明确列举包含在内, 则可倾向依据当事人之间的约定直接认定“新冠病毒”疫情构成不可抗力事件或情势变更情形。如果合同中的不可抗力条款没有列举到“传染病”, 则新冠肺炎疫情是否构成不可抗力事件, 就需要从不可抗力条款的“等”或类似的非穷尽列举表达中进行推理。该推理需要分析相关适用法律规定的基本要素。以适用中国合同法为例, 在分析新冠肺炎疫情是否为不可抗力时要考虑: (1) 是否存在不可预见性。不可抗力事件的重要特征是不可预见性, 即订立合同时, 事件的发生于合同当事人而言是没有也是不可能预见的。至于不可能预见的具体判断标准, 需要考虑合同当事人本人情况(如阅历、经验和知识)而无法判断和预料事件的发生, 而不应以对专业人士的标准(如传染病专家、医生)要求合同当事人做出判断和进行预见。若在合同中已经提及“新冠肺炎疫情”疫情, 或在“新冠肺炎疫情”爆发后签订的合同, 则该疫情对于该合同则不构成不可抗力事件。(2) 是否为不可避免或不能克服。^①不可抗力事件的另一个特征是不可避免或不能克服性。不可抗力事件的发生以及对合同义务履行的影响是合同当事人所不可避免或不能克服的。新冠肺炎疫情作为一种传染病在某一地区的爆发, 对自然人个人以及法人企业而言, 均是不可避免或不可克服的。由于抗击新冠肺炎疫情而采取的一些隔离等强制措施, 是否也应算是不可避免或不可克服? 一般认为, 新冠肺炎疫情引起的隔离等强制措施应被认为是自然人个人或法人企业不可避免或无法克服的。新冠

^① 有学者认为, 认定不可抗力时不需要“三个不能”同时具备(参见: 崔建远. 不可抗力条款及其解释[J]. 环球法律评论, 2019(1): 48-57)。这儿的关键是不可避免与不可克服之间使用“和”还是“或”。《联合国国际货物买卖公约》第79条使用了“或or”: avoided or overcome. CISG Article 79 provides: (1) A party is not liable for a failure to perform any of his obligations if he proves that the failure was due to an impediment beyond his control and that he could not reasonably be expected to have taken the impediment into account at the time of the conclusion of the contract or to have avoided or overcome it or its consequences. 我国《合同法》第117条使用了“并”: 本法所称不可抗力, 是指不能预见、不能避免并不能克服的客观情况。

肺炎疫情发生以后,各级政府发布了一些暂停某些行业营业的禁令,导致有关企业不能履行合同。这种政府禁令是否当然构成不可抗力免责事由?这不能一概而论,需考虑以下因素:(1)要看合同的签订是在禁令发布之前还是之后,这涉及到是否可预见的问题。(2)要看禁令对合同履行的影响。一些合同是即时性的,政府禁令可能就造成履行不能;有些合同是长期性的(如租赁、工程承包合同等),政府禁令只是造成一时的履约困难,从整个合同来看不一定造成履行不能。

新冠肺炎疫情时期,政府因为特殊的社会需要(如赶制防护用品、药品等)发布命令,直接征用某企业,造成某些企业无法正常履行合同。这种政府命令类似于不可抗力条款中的政府禁令。如果涉及外商投资企业,还可能引出国家是否应对征收、征用措施进行补偿及如何补偿的法律问题。^①

在分析新冠肺炎疫情不可抗力合同纠纷时还要考虑事件与合同不履行之间的因果关系(causation),例如疫情的发展阶段、疫情影响的程度等。主张不可抗力一方要承担举证责任。如果新冠肺炎疫情仅对合同的履行产生间接影响,或者带来履行的一些不便,这只能认定为交易活动的一般商业风险。但如果新冠肺炎疫情导致公司被政府实施隔离、关闭等强制措施,或是限于法律、法规的规定人员无法流通,而导致不能履行合同,则合同的不履行与新冠肺炎疫情间就存在直接的因果关系。在国际商事合同纠纷处理中,法院或仲裁机构还要考虑,不履约一方是否存在商业上合理的替代履约手段,这需要具体情况具体分析。

一般认为,本次新冠肺炎疫情的官方确定发生日为2020年1月31日——世界卫生组织(WHO)将其认定为国际关注的突发公共卫生事件(PHEIC)之日。^②新冠肺炎疫情在中国大部分省市蔓延,各地受影响程度并不一样,武汉疫情最为严重。具体案例的处理,需要依据个案事实和证据,具体问题具体分析,避免合同当事方利用新冠肺炎疫情滥用合同解除权。主张不可抗力的合同当事方需要做举证准备,例如相关政府部门采取的疫情防控措施、防控指导文件,及时向合同相对方发送书面通知函告、在力所能及范围内积极采取了相应措施,避免进一步损失扩大,等等。

尽管世界各国媒体对新冠肺炎在中国爆发、蔓延的情况有大量报道,世人大致可以悉知新冠肺炎情况,但是,如果要将新冠肺炎作为具体合同履行中的不可抗力事件,相关当事方还是需请有关机关出具相关证明。在我国,对外经贸活动的不可抗力证明通常由中国国际贸易促进委员会出具。^③但这类证明书是否能被境外法院或仲裁机构采纳还要看具体情况。合同中如果明确约定出具不可抗力证明的机构并按合同约

① 《外商投资法》第20条规定:“国家对外国投资者的投资不实行征收。在特殊情况下,国家为了公共利益的需要,可以依照法律规定对外国投资者的投资实行征收或者征用。征收、征用应当依照法定程序进行,并及时给予公平、合理的补偿。”《外商投资法实施细则》第21条规定:“国家对外国投资者的投资不实行征收。在特殊情况下,国家为了公共利益的需要依照法律规定对外国投资者的投资实行征收的,应当依照法定程序、以非歧视性的方式进行,并按照被征收投资的市场价值及时给予补偿。外国投资者对征收决定不服的,可以依法申请行政复议或者提起行政诉讼。”

② 截至目前,WHO总干事共宣布了6起PHEIC:2009年H1N1流感大流行,2014年脊髓灰质炎疫情,2014年西非埃博拉疫情,2015年至2016年寨卡病毒疫情,2018年至2019年刚果埃博拉疫情,以及2020年最新宣布的2019年冠状病毒疫情。

③ 中国贸促会商事认证平台(<https://www.rzccpit.com/titleCertificate.html>)。

定的方式出具了证明还是可以得到法院的认可,从而有助于主张不可抗力情形的确立。在1993年和昌制品有限公司(Hoecheong Products Co. Ltd)诉嘉吉(香港)有限公司(Cargill H.K. Ltd)国际货物买卖合同纠纷一案中,^①双方当事人选择适用英国法,合同中的不可抗力条款约定:一切卖方不能控制的原因致使卖方不能交付合同货物或者不能及时装运,卖方必须向买方提交由CCPIT出具的证明。后卖方(香港公司)未能全部交货,并出具了CCPIT签发的不可抗力证明。^②一审法院支持了卖方的主张,但上诉法院认为,不可抗力条款要求不可抗力证明说明不可抗力事件发生并阻碍了装运,故该证明不符合不可抗力条款的要求。随后,卖方又将本案提交伦敦枢密院司法委员会(Judicial Committee of The Privy Council, JCPC)裁判,法官认为,不可抗力条款旨在要求CCPIT证明存在不可抗力事件即可,故该证明符合不可抗力条款的约定,卖方对未完成装运不承担责任。

最后还有个法理问题值得探讨:如果在准据法适用中国法的前提下,国际商事合同中的“不可抗力条款”范围是否可与中国法律规定的范围不一致?譬如“不可抗力条款”约定的不可抗力免责情形范围“大于”或“小于”不可抗力的法定内涵。在中国法律实践中,如果出现“大于”的情况,一般认为超出不可抗力法定内涵的免责情形,不被视为纳入不可抗力,但可认定为约定的免责事由,按照免责条款的效力认定规则判断其效力,从而对合同当事人发生法律效力拘束力。但在“小于”情况时就存在争议了,当事人是否有权利对不可抗力情形及其法律后果进行限缩,甚至将不可抗力免责机制予以彻底排除,这样的约定是否有效?这个问题实际上转化为中国法律中的“不可抗力”规定是否属于强制性规范问题,学者之间有不同的看法。^③最高法院在卓盈丰制衣纺织(中山)有限公司与广东长城建设集团有限公司建设工程施工合同纠纷(2008)民一抗字第20号抗诉案中表示:“不可抗力是法定免责事由,它不因当事人的例外规定而免除。”因此,在我国司法实践中一般认为“限缩型不可抗力条款”违反效力性强制性规定,应属无效。

总之,国际商事合同履行是原则,免除履行或更改履行是例外。^④本次新冠肺炎疫情已经具备中国合同法规定的不可抗力的“不可预见”“不可避免”或“不可克服”的特征。但需要强调的是,国际商事合同当事方不能笼统地以新冠肺炎疫情事件为不可抗力而当然地认为其国际商事合同的违约责任可以免除。

【作者简介】 龚柏华: 复旦大学法学院教授, 博士生导师。研究方向: 国际经济法、国际公法。

(下转第25页)

^① *Hoecheong Products Company Limited v. Cargill Hong Kong Limited*, 2 February 1995 (Privy Council) Privy Council Appeal No. 7 of 1994. 1995 WL 1081649 (PC), [1995] 1 HKLR 137.

^② It's certificated that Henan province has got heavy losses and reduction of cotton, grain and etc., as an exceptionally serious in history and force majeure drought in 1986 in Henan province of P.R.O.C., China Council for the Promotion of International Trade, Henan Sub-Council.

^③ 刘凯湘.论不可抗力[J].法学研究,2000(6):107-118.

^④ 我国《合同法》第8条规定:“依法成立的合同,对当事人具有法律约束力。当事人应当按照约定履行自己的义务,不得擅自变更或者解除合同。依法成立的合同,受法律保护。”