

## 新型冠状病毒疫情与国际商业合同下的不可抗力

近期随着新型冠状病毒疫情在中国爆发、政府一系列紧急防疫措施的实施、国际社会对此次疫情的广泛关注与多国启动了各种应对的措施，疫情对方方面的影响已经开始显现。中国现在国际商业交往频繁，而国际贸易作为最重要的国际商业交往之一，疫情对贸易的影响可以从笔者已经开始收到从事国际贸易的人士就疫情影响国际贸易合同履行的相关问题的咨询中看到。而同样的，其他一些领域的国际商业合同，例如与一带一路关系密切的国际工程合约等，可能也会因疫情而带来履行上的障碍。

笔者在此结合已经出版过的书籍中的相关内容，来谈谈与疫情关系紧密的不可抗力条文。笔者认为可以以三部曲的方式来分析：一、明示条文；二、默示条文；三、适用法<sup>1</sup>。

### 一、明示条文

由于不可抗力条文是国际贸易合同中非常常见的条文，所以，如果合同中有不可抗力条文，那么该明示的合同条文将作为分析问题的首要基础。

由于普通法在国际贸易中被普遍适用，所以从普通法的角度来看，履行合同是合同方的严格责任，任何一方都不可以轻易脱身，所以对于这可以变更合同履行（主要是延迟履行），甚至在严重延误的情况下解除合同的不可抗力条文的解释是非常严格的（虽然严格，但是一条拟定得好的不可抗力条文却能够保障合同主要履行方的重大利益），这表现在：

- （1）不可抗力条文中对于能够成为不可抗力事件的规定是否清楚与是否能够涵盖特定的事件；不可抗力条文是否适用同类规则
- （2）不可抗力事件发生后受影响的履行方要及时通知对方的责任，通知的时限、通知的内容，超过时限没有作出通知的后果等；
- （3）发生不可抗力事件的后果，也即对合同的影响。
- （4）不可抗力条文是否是免责条文
- （5）有替代履行的方法是否能使用不可抗力条文
- （6）不可抗力事件无法在订约是预见到、无法合理避免与控制
- （7）不可抗力的举证责任

这些内容可见《国际货物买卖》一书第六章与《合约的解释——规则与应用》第

---

<sup>1</sup> 适用法是指管理合同解释、有效性、履行与违约和法律后果的法律。

十三章，相关内容可在此链接下载。

<https://pan.baidu.com/s/12pLOkMlSVcxPjnHaeomR1Q> 提取码: 2ejx

## 二、默示条文

如果一份国际贸易合同中没有不可抗力条文，也确实是有不少情况，那么，如果在履约时发生了订约时不能预见、无法避免与无法控制的事件而令履约方在没有过错下无法履约或要延误履约的情况，这就需要利用法律的默示地位来处理此问题。

在中国法律下《中国合同法》第 117-118 条就是针对不可抗力的法律默示地位。

而在普通法下，如果没有明示的不可抗力条文，默示的法律地位是没有不可抗力的说法，而是只有合同的受阻理论。两种理论差别很大，一个好例子是针对延误履行。不可抗力主要带来的是延误履行合同，例如因为疫情停止生产而无法按合同约定的日期付运货物或交货、人员无法正常入境而导致工程人手不足而无法在约定的完工时间前完工等等，但是在疫情过去之后合同可以继续履行。所以不可抗力条文一般都允许延误而且不视为是违约。但合约的受阻是发生了令合同无法履行的事情而直接将合同“杀死”，而无需双方再履行，不存在延误履行的问题。可以说延误会导致合同受阻的后果是绝无仅有，除非合同的履行本质上是十分短暂与独特的。

这在合同需要严格被履行的普通法契约精神下，合同的受阻很难成立。关于合同受阻的理论，有以下要件分别是：

- (1) 必须是发生了基本或极端的情况改变导致严格履行合约不再是公正与合理
- (2) 合约受阻成立是去把合约杀死
- (3) 一旦受阻合约马上自动终结，双方相互没有责任也不存在谁要赔偿谁的损失
- (4) 合约受阻不能是来自想去依赖受阻说法去逃避合约履行的合约方的行为或选择，必须完全是外来的意外事件导致情况变化。这一点看来与不可抗力的成立有点接近。

关于合同的受阻可见《国际货物买卖》一书第六章，可在上述下载链接下载。

关于默示条文《合约的解释——规则与应用》第七章，可在上述下载链接下载。

## 三、适用法

关于国际贸易合同的适用法问题，往往合同中会有相关的约定。如果约定了中国

法，不可抗力与情势变迁的默示法律地位就可以适用。如果约定了英国法，除了明示条文就只是合同的受阻。由于普通法在国际贸易、工程等领域的主导地位，很多格式合同都会写明适用英国法，例如绝大多数的国际租船合同、粮油买卖的 FOSFA/GAFTA 标准格式、甚至国际工程合同的 FIDIC 标准格式合同。所以，普通法与中国的企业有实际上的密切关系。

如果贸易合同中没有约定适用法，这时需要根据冲突法看与合同最密切的法律<sup>2</sup>。这是目前被广泛接受的理论与做法。只不过在寻找最密切法律时可以考虑的因素就各有不同了。针对国际贸易，目前英国的冲突法中有一种特征性履行（Characteristic Performance）的理论<sup>3</sup>，这是自 1991 年《罗马公约》<sup>4</sup>生效后的英国法地位：见《Contract (Applicable Law) Act 1990》。这相对会肯定一些，例如是在 CIF 或 FOB 的国际货物买卖合同，这种付运合约（shipment contract）的履行主要是卖方或发货人在装港将货物装船付运，之后货物风险就会转移给买方。也因此这类合约中特征性履行方（Characteristic Performer）是卖方而不是买方被认为是合同一个最重要的联系点，所以相应的适用法是履行方所在地的法律。而在中国卖方出现履约困境时，中国法就有可能被认为是适用法。相反，如果中方是买方，那么付运港所在的外国法律就更有可能是被认为是合同默示的适用法。

但以上英国的冲突法是受欧盟法律的影响，但笔者估计其他普通法国家和地区由于并非是欧盟的一部分<sup>5</sup>，也因此可以说仍是会采用普通法下最密切联系测试，而最密切联系则是考虑方方面面的与外国法的联系点，包括订约双方的所在地、合同订立与履行的地点、合同其他条文会否有显示合同双方的想法（例如合同是否使用英国的标准格式、合同的语言、交易使用的货币等）等，而法官或仲裁员会行使裁量权平衡不同联系点的分量后对适用法究竟为何做出决定。例如双方约定在香港仲裁，那么即使合同的履行与香港没有联系，也会因为双方选择了仲裁地这一个重要的联系点，而推断双方也愿意使用香港实体法律作为合同的适用法。

因为可以考虑的联系点太多，而大家对每个联系点的重要性有不同看法，而令适用法的确定非常不稳定。例如在英国贵族院十分著名的 *Compagnie Tunisienne De*

---

<sup>2</sup> 这是一个非常复杂的课题，有关英国冲突法可去看 Collins 勋爵作为主编的《Dicey Morris and Collins on Conflict of Law》，最新版是 2012 年第 15 版。

<sup>3</sup> 可见《Contract (Applicable Law) Act 1990》第 4(2)条：“... It shall be presumed that the contract is most closely connected with the country where the party who is to effect the performance which is characteristic of the contract has, at the time of conclusion of the contract, his habitual residence, or, in the case of body corporate or unincorporated, its central administration....”

<sup>4</sup> 《罗马公约》被 2008 年《Rome I Regulation on the Law Applicable to Contractual Obligations (Regulation EC 593/2008)》超越。

<sup>5</sup> 由于英国已经脱欧，即使法律想改回来，也仍然是需要一段时间。

Navigation S.A. v. Compagnie D'Armement Maritime S.A [1970] 2 Lloyd's Rep 99。的先例涉及一个长期油轮租船合同，突尼斯航运公司作为承租人租用了法国船东的船舶在北非的突尼斯两个港口之间运输石油。在履行了六个航次之后，由于出现突尼斯政府禁止这种做法的不可抗力事件，突尼斯的船舶承租人想要终止租船合同。租船合同使用的是一份英国的印本合同，但其中有一条无法解释的适用法条文说是以船旗国法律作为合同的适用法。法国船东虽然自己拥有的四艘法国船旗的油轮，由于体积太小，所以履行了的六个航次使用的船舶是法国船东租别人的船舶，这些船舶涉及 5 个船旗国，其中包括方便旗国家利比里亚。所以，双方均认为此适用法条文是无意义，而带来双方一个重要的争议是租船合同的适用法为英国法还是法国法。这个争议的重要性在于是可以直接决定案件的胜负，因为租船合同中没有不可抗力条文。如果适用英国法，没有不可抗力条文的话，就只有合同受阻的说法，但合同的受阻在这个长期的租船合同是无法达到的，而如果适用法国法，不可抗力的概念就是来自法国法，自然就可以适用。仲裁庭与一审法院判是适用法国法，因为有如下的联系点：租船合同在法国订立、运费的支付在法国完成、使用的结算货币为法郎、租约使用法语，更有条文说法国船东可用它拥有的法国船旗的船舶履行合同（这显示了订约方有意图用法国船旗的船）。而上诉庭因为英国的印本合同中有伦敦仲裁的条文而判英国法适用，最后贵族院推翻了上诉庭的判决，而认为还是应该根据合同多个与法国的联系点而判与合同有最密切关系的是法国法。这显示了适用法可以直接决定案件的输赢。

杨良宜 司嘉

2020 年 2 月 6 日

PS. 笔者也开始见到有不少商会为此次疫情出具了不可抗力证明书。关于这个证明书，除非是合同的不可抗力条文中明确规定证明书对证明不可抗力事件的效力是最终的，否则该证明书在国际诉讼和仲裁中并不重要。