

新冠肺炎疫情下国际商事合同中不可抗力的认定与证明

韩秀丽 荣 婷

(厦门大学, 福建 厦门 361005)

摘 要: 在新冠肺炎疫情暴发的特殊背景下, 疫情及其防控措施易导致国际商事合同履行障碍, 涉疫情不可抗力纠纷也随之出现。在合同准据法为中国法的前提下, 疫情及其防控措施能否构成不可抗力取决于合同约定, 若合同没有约定或约定不明, 还需结合法律规定。不可抗力事实性证明是涉外企业减免违约责任的重要文件, 其出具主体主要为中国贸促会、各商会与公证机构, 其内容仅为对不可抗力相关事实的证明, 因此不必然产生不可抗力的法律效果。对于已经发生的纠纷, 涉外企业应及时履行不可抗力通知与证明义务, 同时收集和固定证据。后疫情时代, 涉外企业新签合同时应完善不可抗力条款, 增强纠纷解决的确信性与可预见性。

关键词: 不可抗力; 新冠肺炎疫情; 国际商事合同

中图分类号: D996.1

文献标识码: A

文章编号: 1006-1894 (2022) 05-0042-11

一、引言

2020 年以来, 国际商事合同因新冠肺炎疫情暴发及其防控措施的实施遭受了不同程度的履行障碍, 涉外企业因而面临有关不可抗力问题的诸多纠纷。正确适用不可抗力制度解决国际商事合同纠纷、妥善分配缔约双方损失乃当务之急。

一般认为, 疫情与疫情防控是两个不同的概念。疫情是一般人不能预见的客观事件, 而疫情防控是政府主导下的防御措施, 具有人为因素和一定的可预见性。然而, 由于新冠肺炎疫情的变化具有突发性和急转性, 一般人无法预见疫情变化的动态性, 也无法预见政府将要采取何种防控措施以及该防控措施对当事方履行国际商事合同的影响程度, 而实施防控措施又是控制疫情发展的必然要求, 所以将二者视为一体, 再进行有关不可抗力的讨论比较合理。

不可抗力包括法律规定的不可抗力规则和当事人约定的不可抗力条款,^①本文的不可抗力是指后者, 即分别讨论在国际商事合同中约定了不可抗力条款、没有约定或约定不明时, 疫情及其防控措施能否被认定为不可抗力以及与之相关的证明问题。

作者简介: 韩秀丽, 厦门大学法学院教授, 博士生导师, 厦门大学党内法规研究中心研究员, 研究方向: 国际经济法; 荣婷, 厦门大学法学院硕士研究生, 研究方向: 国际经济法。

基金项目: 福建省社会科学规划特别委托省法学会专项项目 (项目编号: FJ2019TWFX009)。

① 王轶. 新冠肺炎疫情、不可抗力与情势变更[J]. 法学, 2020, (3).

首先,在不可抗力的认定问题上,有的国际商事合同根本没有约定不可抗力条款,这就使得认定疫情及其防控措施是否构成不可抗力缺乏合同约定,进而只能寻找合同准据法的相关规定。虽然一些国际商事合同约定了不可抗力条款,但是疫情及其防控措施能否构成不可抗力仍需视条款规定明确与否以及案件具体情况而定。其次,在不可抗力的证明问题上,不可抗力事实性证明是企业依法减免违约责任的重要证明文书。然而,仍有不少企业尚未意识到不可抗力事实性证明的作用,更对出具证明文书的主体、证明文书的内容及效力知之甚少,所以围绕不可抗力事实性证明的问题仍需探讨。本文的证明是指不可抗力事实性证明这种证明文件,进而讨论这种证明文件的出具主体、内容及效力问题。

本文将国际商事合同定义为不同国籍的当事人或营业地处于不同国家的当事人之间为一定商业目的达成的、规定双方权利与义务的、具有法律约束力的协议。由于国际商事合同具有涉外性质,所以在判断疫情及其防控措施是否构成不可抗力时应结合国际商事合同约定适用的准据法。由于篇幅限制,本文仅讨论在以中国法为准据法的前提下,疫情及其防控措施能否被认定为国际商事合同中的不可抗力及不可抗力事实性证明的问题,并在此基础上为中国涉外企业应对国际商事合同涉疫情不可抗力纠纷提供法律建议。

二、疫情及其防控措施作为不可抗力的认定

(一) 法律分析

尽管一些国际商事合同会存在不可抗力条款,但是疫情及其防控措施能否构成不可抗力仍具有不确定性。当合同条款为概括式不可抗力条款时,不可抗力的范围就具有宽泛性与模糊性,难以判定疫情及其防控措施是否属于不可抗力;当合同条款为列举式不可抗力条款时,疫情及其防控措施又可能因为没有被明确列举而被排除在适用不可抗力的范围之外;当合同条款为综合式不可抗力条款时,即结合了概括与列举的方式时,疫情及其防控措施能否成为其不可抗力范围内的事项一般也少有明确约定,仍然需要根据“同类规则”等解释方法对条款进行解释,以判断疫情及其防控措施是否属于合同条款约定的不可抗力。^①

新冠肺炎疫情属于通常认知中的“瘟疫”和“流行病”这类事件,新冠肺炎疫情及其防控措施是否构成不可抗力取决于合同的特定措辞。当国际商事合同中的不可抗力条款为列举式或综合式不可抗力条款时,合同条款可能对疫情构成不可抗力有明确列举。根据意思自治原则,如果缔约双方在国际商事合同条款中明确约定“瘟疫”和“流行病”构成不可抗力,则合同约定应予以优先适用。故在合同明确约定

^① 王利明.合同法研究(第2卷)[M].北京:中国人民大学出版社,2002:555.

“瘟疫”和“流行病”为不可抗力的情况下，认定疫情及其防控措施构成不可抗力的争议较小；加之中国人大法工委也对疫情及其防控措施构成不可抗力进行过表态，故中国法院一般也会倾向于认定疫情及其防控措施构成不可抗力。^①

在不可抗力条款约定不明确或合同缺乏不可抗力条款的情况下，认定不可抗力还需结合国际商事合同约定适用的准据法。在以中国法为准据法的前提下，解决国际商事合同不可抗力纠纷的主要法律依据为《民法典》及相关司法解释。《民法典》第180条将不可抗力定义为“不能预见、不能避免且不能克服的客观情况”。2020年4月6日，《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（一）》（以下简称“《指导意见（一）》”）第2条规定：“符合不可抗力法定构成要件的疫情及其防控措施可以被认定为国际商事合同中的不可抗力事件。”根据《指导意见（一）》第3条第1款规定，法院在处理国际商事合同纠纷时，还需考虑疫情及其防控措施与合同不能履行之间的因果关系与原因力大小，综合考察疫情对不同地区、不同行业 and 不同案件的影响。虽然中国法律对于不可抗力的认定规定比较粗略，但总体上认为构成不可抗力需满足“不能预见”“不能避免”且“不能克服”3个条件。国内对于不可抗力的研究也多倾向根据不可抗力的3个“不能”要件来认定某一事件是否构成不可抗力，但是多注重理论层面的分析，缺乏结合具体事件的实践性分析。就新冠肺炎疫情及其防控措施而言，由于不同地区受疫情影响程度不同，故合同履行受阻程度也因此不同，所以疫情及其防控措施能否构成国际商事合同中的不可抗力，需要具体情况具体分析。

分析具体事件是否构成不可抗力，通常从主观要件和客观要件两个方面入手。不能预见是构成不可抗力的主观要件，是基于某些客观现象之于人的认知能力与合理控制范围的不可知性。在分析疫情及其防控措施是否构成不可抗力时，应当考虑疫情及其防控措施是否为当事人在订立国际商事合同时尽到了合理的注意义务后仍然不能预知的事情。^②也有学者认为，事件发生的频率也是确定可预见性的明显因素。^③一般意义上，预见不到的事项是指“一些不大可能会发生的情况而令合理的订立双方觉得没必要花功夫在订约时明示针对与在如果发生的情况下怎样分摊风险”。^④在预见时间上，须是当事人在缔约时未能预见该事件发生，如果是在世界卫生组织宣布新冠肺炎为“全球大流行”之后签订合同，疫情及其防控措施就不能成为不可抗力，此时疫情及其防控措施已经具备了可预见性。在预见主体上，须是以一般人的

① 全国人大常委会法工委就疫情防控有关法律问题答记者问[EB/OL].人大新闻网.<http://npc.people.com.cn/n1/2020/0306/c14576-31619969.html>. [2020-03-06] [2020-05-06].

② Augenblick, Mark, Alison, B. Rousseau. Force Majeure in Tumultuous Times: Impracticability as the New Impossibility[J]. The Journal of World Investment & Trade, 2012, 13(1).

③ Clayton, P. Gillette, Steven, D. Walt. The UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods: Theory and Practice[M]. Cambridge: Cambridge University Press, 2016: 322.

④ 杨良宜. 合约的解释[M]. 北京: 法律出版社, 2007: 394.

预见能力为标准,即在现有科技水平和技术条件下,以一般人的认知能力与预见能力均无法预见。此时需要考虑国际商事合同缔约双方的预见能力,即在现有条件下,以一个普通商人的经验和阅历能否预见疫情的发生。^①在预见标准上,须考虑当事人对该事件发生所负有的注意义务的程度及管理风险的能力,并检查当事人是否已经尽到了注意义务。^②总之,不能预见强调的是当事人的预见能力,国际商事合同的当事人能否预见疫情暴发需结合缔约时间与预见能力进行判断。

不能避免与不能克服是构成不可抗力的客观要件。法国学者一般将中国法律规定的“不能避免和不能克服”统称为“不可抗拒性”,可见不可抗力是后果不能抗拒的现象。^③具体而言,“不能避免”是指即使当事人已经尽到了合理的注意也无法避免这一客观状况的发生;“不能克服”是指当事人在事件发生以后,已尽到最大的努力仍不能克服事件造成的损害后果而使合同得以履行。^④“不能避免”说明了不可抗力的客观性或外部性,即不可抗力事件的发生不受当事人的意志左右;“不能克服”说明了不可抗力的破坏性,即不可抗力事件会带来当事人尽到最大努力也无法消除的损害后果。新冠肺炎具有极强的传染性,疫情变化具有突发性和急转性,疫情防控措施也因疫情状况而异。国际商事合同缔约双方一般不能避免这种客观状况的发生。国际商事合同会因为疫情及其防控措施而遭遇合同履行障碍,但是这种障碍是否不能克服需要综合考虑。例如,是否存在合理替代措施使得缔约一方可以克服这种履行障碍,以及疫情及其防控措施与合同履行障碍之间是否具有直接因果关系等。总之,在国际商事合同不可抗力条款中未明确规定“瘟疫”和“流行病”这类事件的情况下,疫情及其防控措施能否适用国际商事合同中的不可抗力条款,要根据中国法律的规定及案件具体情况进行判断。

“不能预见、不能避免、不能克服”3个要件是否要同时具备,学界意见并不统一。《民法典》仍沿用主流观点,对3个“不能”要件之间关系的规定采用了“且”而非“或”的表述,即“不能预见、不能避免且不能克服”,这说明3个要件要同时满足才能构成不可抗力。

有学者曾建议中国法律不必对不可抗力的认定规定如此严苛。例如,崔建远认为,不可抗力条款无须同时具备3个“不能”,因为不可抗力条款不一定按照当事人约定的那样发生法律效力,境外的法律文本、判例及学说大多不强求3个“不能”同时具备,中国也宜视个案变通处理,他认为不要求同时具备3个“不能”的设计是符合客观现实的。^⑤杨良宜曾提出“无法合理预见”的说法,有些事项虽然在事后看来很容易

① 王利明.合同法研究(第2卷)[M].北京:中国人民大学出版社,2002:555.

② Augenblick,Mark,Rousseau,Alison B.Force Majeure in Tumultuous Times:Impracticability as the New Impossibility[J].The Journal of World Investment & Trade,2012,13(1).

③ 叶林.论不可抗力制度[J].北方法学,2007,(5).

④ 王利明.合同法研究(第2卷)[M].北京:中国人民大学出版社,2002:555.

⑤ 崔建远.不可抗力条款及其解释[J].环球法律评论,2019,(1).

被预见,但是双方在缔约时可能并没有办法准确预测,更不用说有针对性地将该事项规定在合同的不可抗力条款中,因此,对于当事人预见能力不宜要求过高,达到“无法合理预见”的程度即可。^①也有学者提出,合理预见在某些情况下是有弊端和局限的,因为为了分析和分配未来风险而投资的成本可能会大于风险实现时发生的损失价值,那么在缔约时花费成本去预见风险便是不值得的,更是没必要的。^②

(二) 本文观点

据笔者考察,《联合国国际货物销售合同公约》(CISG)作为国际上最早对不可抗力及类似制度作出规定的法律文件,其第79条对不可抗力的规定并未要求不能预见、不能避免和不能克服3个要件必须同时具备。^③《国际商事合同通则2016》(PICC)(以下简称“《通则》”)也未作出如此要求。国际商会(ICC)于2020年4月发布了《不可抗力及艰难情形条款2020》(ICC Force Majeure and Hardship Clauses 2020)(以下简称“《条款2020》”),其第1条对不可抗力的规定是“超出合理控制范围”“无法被合理预见”和“后果无法被合理避免或克服”,3个条件是并列关系,但是每个要件仅要求达到“合理”的程度即可,不可抗力的认定仍然不如中国法律规定严苛。^④

此外,从疫情发生以来中国法院已经判决和仲裁庭已经裁决的国内不可抗力案件来看,法院与仲裁庭既没有拘泥于不可抗力的3个要件本身来认定疫情及其防控措施是否构成不可抗力,也没有认为不可抗力可以“一刀切”地适用于疫情及其防控措施,而是主要立足于案件事实与合同约定作出判决。例如,在房屋租赁合同中,当一方主张减免疫情期间的房屋租金时,需要提供因为疫情或防控措施导致其无法正常合理使用的证据,如果未能提供此类证据,法院或仲裁庭则无法支持减免租金的请求。^⑤在服务合同中,如果一方要求解除合同,法院或仲裁庭会从合同目的能否实现、当事人是否善意履行及时通知义务等方面考量。^⑥在货物买卖合同中,当一方主张因不可抗力免除延迟交货的责任或解除合同时,法院或仲裁庭会从疫情造成合同履行障碍的程度、市场环境的变化、不可抗力消除后当事人的履约能力等多个方面综合考量并予以判定。^⑦在以中国法为准据法时,认定疫情及其防控措施是否构成不可抗力,是在坚持不能预见、不能避免且不能克服的前提下灵活处理、具体情况具体分析。

① 杨良宜. 合约的解释[M]. 北京: 法律出版社, 2007: 394.

② Gillette, Clayton P., Walt, Steven D. The UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods: Theory and Practice[M]. Cambridge: Cambridge University Press, 2016: 323~324.

③ 参见CISG第79条第1款。

④ 参见《不可抗力及艰难情形条款2020》第1条。本文参考了中文译文, 参见:《不可抗力及艰难情形条款2020》[EB/OL]. <http://www.ccoic.cn/cms/content/22312>. [2020-04-17] [2020-04-28].

⑤ 广州仲裁委员会就申请人某公司因新冠疫情对被申请人某公司房屋租赁合同纠纷进行仲裁案[EB/OL]. 中国法律服务网. <http://alk.12348.gov.cn/Detail?dbID=77&dbName=GNZC&sysID=702>. [2020-04-01] [2020-04-28].

⑥ 沈某与厦门魔力课堂教育科技有限公司合同纠纷案, (2020)闽0203民初9577号民事判决书。

⑦ 广州仲裁委员会就申请人某公司对被申请人某公司买卖合同纠纷进行仲裁案[EB/OL]. 中国法律服务网. <http://alk.12348.gov.cn/Detail?dbID=77&dbName=GNZC&sysID=698>. [2021-03-02] [2021-04-01].

然而,涉外企业应当意识到,以上分析仅说明,在中国法背景下,法院或仲裁委认定不可抗力时会综合考虑、个案分析,这并不代表不可抗力在诉讼或仲裁中的认定门槛较低。无论是最高人民法院发布《指导意见(一)》,还是中国人大法工委对疫情及其防控措施构成不可抗力进行的表态,均是出于保护甚至挽救企业的目的,其初衷是鼓励交易,而非让交易双方解除合同。所以,在鼓励交易的原则下,司法解释及中国人大法工委表态仅是为法院或仲裁委认定不可抗力提供审理依据,但法院或仲裁委并不会因此降低不可抗力的认定标准,也不会因为疫情暴发就轻易判定双方解除合同。因此,涉外企业可以援引不可抗力保护自身合法权益,但同时也应做好止损等其他准备,不能对依据不可抗力免责期望过高。

三、疫情及其防控措施作为不可抗力的证明

在合同准据法为中国法的背景下,根据《民法典》第590条规定,主张依据不可抗力免责的一方当事人应当在合理期限内提供证明。如前文所述,本文探讨的证明问题仅指名词意义上的证明,即不可抗力事实性证明这种文件,原因有:(1)不可抗力事实性证明是企业依法减免违约责任的重要证明文书,其效力也得到广泛认可,在证明不可抗力中具有一定作用;(2)不可抗力事实性证明经常被涉外企业忽略,并未得到充分利用,不少企业对出具证明文书的主体、证明文书的内容及效力不得而知;(3)一些涉外企业对不可抗力事实性证明的性质认识不清,认为据此即可免除违约责任,高估了此种证明文件的效力。^①

(一) 出具证明的主体

目前,学界对于不可抗力事实性证明的研究较少。有学者提出,为确保不可抗力的证明效力,法律应规定不可抗力证明的法定出证机关与出证程序,出证机关也应因不可抗力种类不同而异,各个部门可以对不同种类的自然灾害出具证明,公证机关也可予以证明。^②在中国现行法律中,只有《公证法》规定了不可抗力公证书的格式,但未对出具不可抗力事实性证明的主体作出规定。《中国国际贸易促进委员会章程》(2015)作为行业规范,规定了中国国际贸易促进委员会(以下简称“中国贸促会”)有出具不可抗力证明的权力与职责。新冠肺炎疫情暴发后,商务部办公厅印发的《关于帮助外贸企业应对疫情克服困难减少损失的通知》(以下简称“《通知》”)规定了各商会有出具不可抗力证明的权力和职责。

中国贸促会是最重要的出具不可抗力事实性证明的主体之一。依据《中国国际贸易

^① 根据在厦门仲裁委员会和厦门市中级人民法院的调研,笔者发现,新冠肺炎疫情暴发前,不可抗力事实性证明并未引起涉外企业的重视,并未得到广泛充分的利用。新冠肺炎疫情暴发后,中国贸促会等对不可抗力事实性证明大力宣传,一定程度上提高了企业对此的重视。尤其在国际商事合同中约定了主张不可抗力需提供相关证明的情况下,法院或仲裁委一般会着重审查当事人是否提交了不可抗力事实性证明。

^② 刘凯湘,张海峡.论不可抗力[J].法学研究,2000,(6).

贸易促进委员会章程》(2015)第8条规定,中国贸促会有权出具不可抗力证明。中国贸促会出具的不可抗力事实性证明目前已得到全球200多个国家和地区政府、海关、商会和企业的认可,在域外具有较强的权威性和公信力。2020年2月2日,经企业申请,中国贸促会出具全国首份新冠肺炎疫情不可抗力事实性证明书。根据媒体报道,截至2020年5月15日,全国贸促系统累计出具不可抗力事实性证明7,185件,涉及合同金额约7,400多亿元。^①当涉外企业需要不可抗力事实性证明时,可以寻求中国贸促会出具证明。

商会也具有出具不可抗力事实性证明的主体资格。2020年2月5日,商务部办公厅印发《通知》,要求商务部指导纺织、轻工、五矿、食土、机电和医保等6家商会,做好出具不可抗力证明等相关服务,各商会有义务无偿向有需求的企业出具因疫情导致无法按合同约定交货的不可抗力事实性证明,帮助企业减少损失。

涉外企业也可以寻求公证机构出具公证书,作为发生不可抗力相关事实的证明。根据《公证法》第11条规定,公证机构可以提供合同相关、保全证据的公证服务,还具有公证文书上的签名、印鉴、日期及文书的副本、影印本与原本相符的职能。涉外企业可以寻求公证机构对国际商事合同不能履行的证据,即疫情及其防控措施造成合同履行障碍的相关证据进行保全。《司法部定式公证书格式》(2011版)第31式规定的不可抗力(意外事件)公证书格式包括时间、地点、事件、后果4项主要内容。针对此次疫情,虽然可以适用上述不可抗力公证书格式,但有时照搬格式难免使证明内容过于简单,从而在说服力方面略有欠缺。在按照上述不可抗力公证书格式无法阐述清楚疫情及其具体防控措施的影响时,涉外企业还可以请求相关机构、部门出具不可抗力事实情况证明,再请求公证机构进行公证,以提高证明文件的说服力。例如,因疫情防控命令造成合同履行障碍,可向公证机构提交政府命令进行公证;因被隔离观察、限制出行造成合同履行障碍,可向公证机构提供医院证明进行公证。

(二) 证明的内容及效力

新冠肺炎疫情暴发一定程度上提高了中国贸促会及一些企业对不可抗力事实性证明的重视程度。不可抗力事实性证明的作用在涉外案件中相较于在国内案件中会更加明显,因为信息的跨国流动存在滞后性与不完整性,外国客户可能无法及时、准确地了解中国某城市采取了诸如交通管制、停工等疫情防控措施。此外,一些国际商事合同的不可抗力条款中会约定,如果发生了不可抗力需要提供相关证明,此时不可抗力事实性证明就显得至关重要。

本次新冠肺炎疫情是全球公认的重大公共卫生事件,因此疫情本身属于众所周知、无需证明的事实。当事人提供的不可抗力事实性证明并非证明疫情的发生,而

^① 张文广.正确适用不可抗力制度[J].中国远洋海运,2020,(6).

是证明企业自身因为疫情而受到疫情防控措施的影响，致使其无法按约定履行合同。准确来讲，中国贸促会、各商会等出具的均为不可抗力事实性证明，而非不可抗力证明。新冠肺炎疫情暴发以来，不少企业申请出具证明，中国贸促会先后发布了《贸促会不可抗力事实性证明案例汇编（一）》和《贸促会不可抗力事实性证明案例汇编（二）》，针对隔离措施、延迟复工、港口限制等多种情况，详细介绍了证明出具的审核标准、细节要求和证词结构。综观这一系列证明文件的内容，均为对疫情及其防控措施造成的事实性影响的阐述，即仅对不可抗力相关事实进行说明，而没有判断疫情及其防控措施是否构成不可抗力事件，甚至没有出现“不可抗力”的字眼。不可抗力事实性证明也不会对疫情防控措施导致合同履行障碍之间的关联关系进行描述，即证明中不会出现何种疫情防控措施导致了企业如何履行不能此类的描述，因为这种描述可能涉及对合同履行障碍与疫情防控措施之间因果关系的判断，而因果关系应当由法院或仲裁庭在审理案件时认定。总之，不可抗力事实性证明的内容仅限于描述发生了哪些疫情防控措施，中国贸促会的权力也仅限于初步认定企业出具证明的请求真实合理，出具证明说明发生了不可抗力相关事件。

在司法实践中，不可抗力事实性证明也仅具有参考作用，除非当事人在合同中有明确约定，否则其不能成为疫情及其防控措施构成不可抗力的“最终证据”。^①以Hoecheong Products Co. Ltd 诉 Cargill Hong Kong Ltd Co. (Hong Kong) 案为例，卖方在发生不可抗力后向买方提交了中国贸促会出具的不可抗力事实性证明，但伦敦枢密院司法委员会（Judicial Committee of the Privy Council）认为，不可抗力证明并非证明不可抗力事件的决定性或排他性证据。^②该案说明，不可抗力事实性证明仅可作为证明不可抗力存在的一部分证据，主张不可抗力的一方还需证明其他条件的存在，法院或仲裁庭才能认定疫情及其防控措施构成不可抗力。因此，涉外企业应当对不可抗力事实性证明有正确的认知，取得不可抗力事实性证明并不当然产生不可抗力的法律效果，从而达到免责的目的。不可抗力事实性证明所证明的范围仅限于与不可抗力有关的事实，效力也仅限于对发生了不可抗力相关事实的证实，而不包括对疫情及其防控措施是否构成不可抗力的认定。经不可抗力事实性证明所证实的事实是否构成不可抗力及当事人是否可以据此主张免责，应由法院或仲裁机构根据准据法的规定、合同约定、案件事实及双方提供的证据等予以认定。

四、涉外企业应对涉疫情不可抗力纠纷的建议

（一）依法履行证明与通知义务

如前文所述，不可抗力事实性证明是企业依法减免违约责任的重要证明文书。

^{①②} Hoecheong Products Co. Ltd v. Cargill Hong Kong Ltd Co. (Hong Kong)[1995]UKPC 4a (2 February 1995).

一方面,不可抗力事实性证明可以证明企业无法按约定履行合同是因为疫情及其防控措施的影响,从而可以成为诉讼或仲裁的证据之一;另一方面,不可抗力事实性证明有助于缔约双方取得法律互信,使不可抗力通知更加具有说服力和可信度,从而更有可能获得对方谅解,促进和解的达成。所以,涉外企业应当充分利用不可抗力事实性证明,更好地履行通知与证明义务。

首先,涉外企业应依法履行通知义务。《民法典》第590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。因此,在疫情发生导致缔约一方出现履行不能或需延迟履行时,无论中国企业还是对方企业,均应当及时通知对方,以便对方及时止损,也防止损失扩大导致自身赔偿责任增加。涉外企业可参考中国贸促会发布的《关于新冠病毒疫情事件的不可抗力通知(参考模板)》(以下简称“参考模板”),并结合不可抗力事实性证明,证明疫情及其防控措施造成了合同履行障碍。参考模板中列举的通知内容包括新冠肺炎疫情开始的时间、疫情的具体防控措施、防控措施对合同履行造成的具体影响、预计由于疫情导致无法履行合同的时长、提示对方及时采取止损措施等。^①参考模板对不可抗力通知事项的列举比较全面,能够为涉外企业撰写不可抗力通知提供示范与参照。

其次,涉外企业履行通知义务后,还要保留通知发出时间和通知内容相关的证据,同时注意对方企业在收到不可抗力通知后有没有尽到减损义务。如果对方企业主张遭遇不可抗力而导致合同履行障碍,中国企业也应当注意查看和保留对方不可抗力通知的时间与内容,为后续协商、仲裁或诉讼收集证据,同时也应注意其通知中方企业的时间是否在合理期限内,以至中方企业能够及时止损。《指导意见(一)》第2条规定:“当事人主张适用不可抗力部分或者全部免责的,应当就不可抗力直接导致民事义务部分或者全部不能履行的事实承担举证责任。”因此,涉外企业应强化证据意识,注意保存不可抗力事实性证明、政府通知、企业的内部相关文件等可能成为证据的资料,以应对可能发生的仲裁或诉讼。对于不易固定和保存的证据,涉外企业可以通过公证方式进行公证,以备后用。

(二) 完善不可抗力条款

在新冠肺炎疫情尚未完全结束之时,涉外企业在签订新的合同时,应当提前评估所处地域受疫情影响的程度,综合考虑产业供应情况、交通运输情况等,做好风险预估等工作。在此基础上,涉外企业应完善不可抗力条款。合同中不可抗力条款的一个重要作用是补充法律对不可抗力免责事由规定的不足,从而正确认定责任,

^① “新冠病毒”疫情下外贸企业适用不可抗力和情势变更制度法律指南[EB/OL].中国贸促会官网.<http://aaa.ccpit.org/Category7/Asset/2020/Feb/18/onlineeditimages/file71582028983203.pdf>. [2020-02-18] [2021-03-20].

提高纠纷解决的效率。^①不可抗力条款一般应当包括不可抗力的范围、不可抗力发生后双方责任及法律后果。

国际商会发布的《条款 2020》及指导文件《国际商事合同中不可抗力条款应当考虑的一般因素》对不可抗力的规定较为详细。《条款 2020》第 3 条列出了推定不可抗力事件的清单,规定“瘟疫”“传染病”“流行病”这类事件属于推定障碍,即如果没有相反证据,则推定障碍已经满足“无法控制”和“无法预见”的条件,当事人只需证明该事件也满足“不能避免或不能克服”即可。“瘟疫”和“流行病”是触发使用该条款的推定障碍的示例,《国际商事合同中不可抗力条款应当考虑的一般因素》也重申了该观点。一般情况下,新冠肺炎疫情属于通常认知中的“瘟疫”和“流行病”这类事件。涉外企业在签订合同时,可以使用《条款 2020》的范式,将新冠肺炎疫情及其防控措施明确定性,以提高纠纷解决的确定性和可预见性。此外,一些国际商事合同模板中尚未明确将“瘟疫”和“流行病”这类事件纳入不可抗力条款。在此情况下,涉外企业在签订合同时应吸取本次疫情的教训,在国际商事合同不可抗力条款中将新冠肺炎疫情及类似流行病列为不可抗力事项,以方便解决纠纷。

此外,在新冠肺炎疫情尚未完全结束之时或后疫情时代签订涉外合同,选择列举式或综合式的不可抗力条款更能避免条款过于空洞或原则化,使不可抗力条款真正起到补充法律规定不足的作用。在具体列举时,可以将瘟疫、流行病明确列举为不可抗力,以减少双方日后对疫情及其防控措施是否构成不可抗力的争议。在不可抗力发生后双方责任及法律后果的规定上,不可抗力条款应明确规定不可抗力通知义务,并约定不能按约定履行合时的责任分配方案,以使涉疫情的不可抗力合同纠纷解决更具可预见性和确定性。

五、结语

在合同准据法为中国法的前提下,认定疫情及其防控措施是否构成不可抗力,首先需要判断国际商事合同中是否存在不可抗力条款,进而判断不可抗力条款约定是否明确。在合同中缺乏不可抗力条款或不可抗力条款约定不明的情况下,需根据中国法律、司法解释的规定及案件事实,具体认定疫情及其防控措施是否构成不可抗力。在不可抗力的证明问题上,不可抗力事实性证明是企业依法减免违约责任的重要文件,考虑到很多涉外企业并未对此予以重视,且部分涉外企业对此存在认识错误,本文讨论了此类证明文件的出具主体与性质,以期为涉外企业正确运用不可抗力事实性证明维护自身合法权益、有效应对不可抗力纠纷提供帮助。在理论分析的基础上,本文还试图为涉外企业应对新冠肺炎疫情提供法律建议。

^① 王利明.违约责任论[M].北京:中国政法大学出版社,1996:338.

对于已经发生的涉疫情不可抗力纠纷,企业应及时履行不可抗力通知义务,同时收集和固定证据、做好诉讼与仲裁准备。此外,从以往各国司法实践来看,企业通过诉讼或仲裁主张不可抗力免责或解除合同会比较艰难,且诉讼或仲裁均耗资巨大。从中国贸促会商事法律服务中心整理的有关2003年“非典”疫情是否构成不可抗力的28份判决书来看,有的案件直到2018年才得到判决。^①对涉外企业而言,通过诉讼或仲裁途径解决纠纷有时并不利于其经济效益最大化。故建议涉外企业重视协商的作用,适当做出妥协,积极通过和解、调解等非诉方式解决纠纷,以高效、经济地解决争议。

在后疫情时代,企业新签合同时应当吸取教训,完善不可抗力条款。值得注意的是,不可抗力条款不是万能的,即使合同中明确约定了疫情及其防控措施为不可抗力,也无法保证一旦出现纠纷,主张不可抗力的一方一定能得到预期赔偿。从中国贸促会商事法律服务中心整理的2010~2018年涉及“非典”的部分不可抗力案件来看,即使法院认定案件中一缔约方遭遇了不可抗力,该方也不会完全免责,而往往出现判定各方分别承担一部分责任的情形。^②所以,涉外企业应当正确认识不可抗力条款的作用,新签订合同时须充分评估法律风险,谨慎缔约。

The Determination and Proof of Force Majeure in International Commercial Contracts under the COVID-19

HAN Xiuli RONG Ting

Abstract: Under the special background of the outbreak of the COVID-19, the COVID-19 and related prevention measures may easily lead to obstacles in the performance of international commercial contracts. The force majeure disputes under the COVID-19 then emerges. When the applicable law is Chinese law, whether the COVID-19 and the prevention measures constitute force majeure depends on the contract stipulation. If there is no stipulation concerning force majeure or the stipulation is unclear, it will depend on the law. Factual proof of force majeure is an important document for foreign-related enterprises to reduce or exempt from liability for breach of contracts. The China Council for the Promotion of International Trade (CCPIT), chambers of commerce and notarial institutions are entitled to provide the factual proof of force majeure. The factual proof of force majeure only illustrates the related facts, so it does not have legal effects. For disputes that have occurred, foreign-related enterprises shall promptly perform the obligation of notification and proof, and collect and fix evidence meanwhile. In the post-COVID-19 era, foreign-related companies shall make the force majeure clauses better when signing new contracts to improve the certainty and predictability of dispute resolution.

Keywords: force majeure; the COVID-19; international commercial contracts

(责任编辑:金孝柏)

^{①②} “新冠病毒”疫情下外贸企业适用不可抗力和情势变更制度法律指南[EB/OL]. 中国贸促会官网. <http://aaa.ccpit.org/Category7/Asset/2020/Feb/18/onlineeditimages/file71582028983203.pdf>. [2020-02-18] [2021-03-20].