

域外法查明平台不可抗力相关制度系列研究报告六

美洲、澳洲及部分亚洲国家不可抗力相关 制度研究报告



主编 杜涛

华东政法大学外国法查明研究中心

2020 年 7 月 30 日

目 录

前 言	3
第一章 美国	5
一、概论	5
二、履行不能理论	6
三、商业不可行理论	12
四、合同目的受挫理论	15
五、合同中的不可抗力条款	17
六、新冠肺炎疫情与不可抗力问题	23
第二章 加拿大	30
一、概论	30
二、合同受挫与不可抗力制度	32
三、相关司法实践	36
四、新冠肺炎疫情是否构成不可抗力	42
第三章 澳大利亚	43
一、概论	43
二、合同受挫与不可抗力制度	45
三、具体案件中的应用	47
四、新冠疫情是否构成不可抗力或合同受挫	54
第四章 日本	56
一、不可抗力的概念	56
二、不可抗力的成文法规	56
三、司法实践	58
四、不可抗力的救济措施	59
五、其他相关制度	59
第五章 韩国	61
一、不可抗力的法律规定	61
二、司法实践中对不可抗力的认定	63
第六章 巴西	69
一、巴西不可抗力制度概论	69
二、关于不可抗力的司法实践	73
三、不可预测性理论与合同履行艰难	76
第七章 阿根廷	80
一、不可抗力的概念	80
二、不可抗力的规则体系	80
三、司法实践中不可抗力的救济措施	83
四、在具体案件中的应用	84

前 言

此次新冠疫情给世界各国经济贸易和社会生活造成了巨大影响。很多国家颁布了紧急情况立法，甚至宣布进入紧急状态，采取了货物入境管制、旅行限制、停工停产等非常措施，给国际商业企业带来合同延误或履行不能的法律风险。很多企业以新冠肺炎疫情构成不可抗力为由向交易对方申请减免责任。在实际操作中，由于各国所采取的抗疫措施各有不同，各国法律对不可抗力相关制度的规定以及各国法院或仲裁机构对不可抗力相关制度的理解各有差异，从而导致企业的相关主张不一定能获得法院或仲裁庭认可。

为帮助我国企业和司法机关了解各国有关不可抗力的法律规则，正确认识和运用不可抗力等相关制度，华东政法大学外国法查明研究中心受最高人民法院民四庭国际商事法庭协调指导办公室委托，对遭受疫情影响较为严重的部分美洲、澳洲和亚洲国家的不可抗力相关法律制度进行了整理和分析研究，形成了本项研究报告，供有关方面参考。

本研究报告是集体研究的成果，由华东政法大学国际法学院党委书记、副院长、外国法查明研究中心常务副主任杜涛教授主持编写。参加各章节撰写的专家学者包括本中心研究人员赵懿先、李晶、司文、赵艳坤、王伟、KONAN Donald Kouassi、许 邾 雨、程进益、杨杨、钱凯悦、胡洋铭、陈谦益以及校外特聘专家黄韧霆（日本帝冢山大学教授）、苏晓凌（韩国首尔大学法学博士）、傅菡钰（上海外国语大学葡萄牙语专业讲师）和丁聪（杉达学院西班牙语专业教师）等。本中心所编写的部分阿拉伯国家的研究报告已被纳入单文华教授主编的《丝绸之路经济带部分国家不可抗力制度研究报告》。

因外语和专业水平限制，加之时间匆忙，本报告疏漏之处在所难免，敬请各方专家批评指正。我们将在后期进行持续跟踪调研并随时

更新。联系邮箱：18964606902@126.com。

第一章 美国

一、概论

美国的合同法源自于英国普通法。早期的普通法坚持契约必须遵守原则（*pacta sunt servanda*）。1647 年，王座法庭指出，“当一方当事人根据合同为自身创设义务时，他有义务履行……尽管有任何意外或不可避免的情况，因为他可能在合同中对此作出了规定……”¹。

到 19 世纪中期人们开始认识到，由于某些超出承诺人控制能力之外的事件导致一些义务不可能再被履行，此时应当免除承诺人的履行义务。²这就是一般意义上的“履行不能原则”（the Doctrine of Impossibility of Performance）。普通法没有改变“约定必须遵守”基本规则，但一刀切的观点已经改变，允许其他例外情况存在，例如个人服务合同中的无行为能力和由于法律变化而阻止履行，合同一方当事人死亡或者作为合同标的物的某一动产或不动产灭失等。

到了 20 世纪，合同履行的标准进一步放宽。虽然字面上合同的履行仍然可能，但如果履行已成为负担，可以视为“商业上不可行”（the Doctrine of Commercial Impracticability）而免除履行义务。人们认识到“当一件事只能以过高和不合理的代价去做时，它是不可行的。”法院要对商业惯例和习俗作出回应，在这种情况下，是否履行合同的商业意义大于合同必须遵守的社会利益。对此，法院根据案件的不同情况发展了“三步骤”方法来判断“商业上不可行”。首先，必须发生了不能预见的意外事件。其次，意外事件的风险不得通过协议或习俗进行分配。最后，意外事件的发生必然使履约行为在商业上不可行。

20 世纪，普通法还形成了“合同受挫”制度，它发挥着与不可抗

¹Paradine v. Jane, 82 Eng. Rep. 897 (K.B. 1647).

² Taylor v. Caldwell, 3 B. & S. 826 (1863).

力类似的功能。最初，“合同受挫”一词被限定于因投机受挫（frustration of the adventure）而引发的海商合同中，但是现在已经扩展于所有因超出任何一方当事人控制的意外情事导致合同终止的所有情形。¹这一原则关注于当事人订立合同的目的，与当事人不能履行合同无关。它适用于意外事件从根本上改变了合同的性质，使一方当事人的履行对另一方毫无价值的情形。

因此，美国法上的不可抗力制度，包括合同中的“不可抗力”条款和合同外的“免于履行”法律依据。而后者则主要包括三大类型：“履行不能规则”（the Doctrine of Impossibility of Performance）、“商业不可行规则”（the Doctrine of Commercial Impracticability）和“合同目的受挫规则”（the Doctrine of Frustration of Purpose）。虽然起源于普通法，但上述理论所包含的具体规则在美国《统一商法典》（the Uniform Commercial Code）和美国《合同法第二次重述》（Restatement (Second) of Contract）中均有所体现。

二、履行不能理论

（一）概述

“履行不能原则”（the Doctrine of Impossibility of Performance）可以追溯到 *Taylor v. Caldwell* 案，²考德威尔许可一个音乐厅供泰勒使用，在没有任何一方过错的情况下，音乐厅被烧毁。法院在此案中对合同必须履行的严格规定表示尊重，“尽管由于意外事故的发生，合同的履行变得出人意外的麻烦甚至不可能”。但法院认为这一规则仅限于不受“隐含条件”约束的合同。在该案中，法院认为，双方当事人订立合同时达成了一项共识，他们的协议受

¹ J. Beatson and others, *Anson's Law of Contract*, (29 edn), Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 473.

² *Taylor v. Caldwell*, 3 B. & S. 826 (1863).

隐含条件的约束，即如果音乐厅在使用之前就已毁坏，则双方当事人将免于履行。

现代合同法，无论是在普通法下还是在《统一商法典》(U.C.C.)中，“履行不能”(Impossibility)可以与“履行不可行”(Impracticability)互换，尽管有时仍被称为“履行不能”。现在，许多国家和地区不再要求字面上的“履行不能”。“履行不可行”有很多种描述，但基本上是指：不发生意外事件是当事人在订立合同时的一个基本假设；履行已经变得过于麻烦，非由寻求免责的一方造成的意外事件而导致合同履行不可行；该意外事件是不可预见的（但并非不可想象），即一个理性的当事人不可能在合同中对此加以防范。

（二）履行不能的认定

履行不能的认定取决于具体个案情况。美国司法实践中，履行不能可能体现为以下情形：

1、“天灾”导致的履行不能

“天灾”通常用于描述导致无法进行的间接原因。然而，作为抗辩的履行不能或不行，并不局限于真正的天灾，例如经常涉及恶劣天气的自然灾害。此外，虽然天气条件可能使履约特别困难，但这种情况可能是可以明确预见的，因此，缔约方不应假定这种情况不会发生。例如，在一个案例中，基于“天灾”为履行不能辩护，也就是说，寒冷的天气条件不能成为允诺人拒绝履行义务的借口，因为这种情况在冬季是可以预料到的。¹

在“波士顿歌剧院公司诉沃尔夫·特拉普表演艺术基金会案”²中，原告是波士顿歌剧院公司，被告沃尔夫·特拉普表演艺术基金会是一个促进表演艺术发展的组织，总部位于弗吉尼亚州，并且是沃尔夫·特拉普公园 Filene 中心的赞助商。双方之间的诉讼是根据原告波士顿

¹Missouri P. R. Co. v. Terrell, 410 S.W.2d 356 (Mo. Ct. App. 1966).

² Opera Co. of Boston, Inc. v. Wolf Trap Foundation for Performing Arts, 817 F.2d 1094. (1987) .

歌剧院公司（Opera Company）与被告沃尔夫·特拉普表演艺术基金会（Wolf Trap）之间的合同而产生的。1980年6月12日，13日，14日和15日晚上，在Filene中心举行了四次歌剧院公司的“完全上演的管弦乐队伴奏歌剧表演”，为此，沃尔夫·特拉普将向歌剧院公司支付272,000美元，该价格规定在合同签订时支付20,000美元，并在1980年4月1日再支付40,000美元，其余部分应等额分四期支付每场演出的费用。相应地，根据合同，沃尔夫·特拉普必须履行合同义务，提供演出场所。

双方履行了6月14日之前的所有合同义务。这些表演已被售罄，剩下的表演将在6月15日举行，在最后一天，全天下雨，当天下午6:00至6:30，严重的雷暴导致公园、道路、停车场，通道和礼堂中的所有电力服务都被中断了。公园管理局和沃尔夫·特拉普的代表之间举行了会议。公园管理局称，至少要在十一点以后才能在公园中恢复服务，并且很可能在早晨之前无法供电。此时公园里已经有大约3,000人，截止演出开始前的晚上8:00，预计还会有3500人到场。为了公共安全，公园服务处建议立即取消演出，并声称沃尔夫·特拉普如果不取消演出，它对参加者和表演者的安全不承担任何责任。沃尔夫·特拉普同意取消演出。歌剧院公司的一位代表在场，她没有表示反对。五年后，歌剧院公司提起诉讼，要求赔偿合同项下的欠款。沃尔夫·特拉普称，根据履行不可能的原则，它可以不履行其在合同下的义务。进行此项辩护的理由是，歌剧院公司的演出被取消，是由于断电而无法进行演出。

原告提起违约之诉，要求向被告追讨在沃尔夫·特拉普公园Filene中心的四场歌剧演出的约定付款。原告声称，其准备好了按照约定进行演出，在演出期间，由于暴风雪导致展馆电力中断，由于被告的原因，导致其中一场演出无法进行。

地方法院认为，如果发生的偶然事件是可以预见的偶然事件，则绝对不可将履行不可能作为对违反合同诉讼的抗辩理由，因此裁定被告因意外事故而取消演出的主张不成立，并判原告胜诉。被告不服，提出上诉。

美国第四巡回上诉法院推翻了地区法院的判决，并将其发回重审，上诉法院认为，地区法院不应仅仅因为认定妨碍义务人履行合同的事件是可以预见的，就驳回被告的抗辩。可预见性充其量只是在解决有关事件发生的可能性有多大，以及该事件的发生是否具有合理的可能性，以至于债务人不应该仅仅是预见到风险，而是由于其可能性的程度，义务人应该防范这种风险，或者规定不对这种风险承担赔偿责任。

1

本案涉及履行不可能。法院主张，履行不可能的一方当事人必须证明：(1)干预事件的意外发生；(2)这种事件的性质不发生是当事人协议的基本假设；(3)这种事件的发生使履行不可能。只有同时满足这三个条件，才能以履行不可能作为免责的抗辩理由。

2、合同标的物的灭失导致履行不能

美国《第二次合同法重述》第 263 条²对此进行了规定，但并未以“不可归责”、“不可抗力”或“不可预见”等为构成要件。然而，《统一商法典》第 2-613 条所规定的“非因任何一方之过错”而造成的特定货物之毁损规则，则可为当事人在“不可抗力”情形下提供不履行合同的抗辩理由。

《统一商法典》第 2-613 条（特定货物的毁损）规定：合同要求以其订立时即已特定之货物为履行标的，并且在风险转移给买方前，或者在“货不到，不成交”条件(第 2-324 条)的正常场合，该货物非

¹ See *Opera Co. of Boston, Inc. v. Wolf Trap Foundation for Performing Arts*, 817 F.2d 1094 (1987).

² If the existence of a specific thing is necessary for the performance of a duty, its failure to come into existence, destruction, or such deterioration as makes performance impracticable is an event the non-occurrence of which was a basic assumption on which the contract was made (如果特定物之存在是履行义务所必需的，其不存在、灭失或使履行不现实之变质是作为合同订立基本前提的不会发生的情形)，Restat 2d of Contracts, § 263.

因任何一方之过错而遭受毁损的，那么：（a）如果货物全部损失，则合同无效；（b）如果货物部分损失，或者货物质量降低以致不再符合合同要求，则买方仍可要求检验货物，并可自行决定视合同为无效或者接受剩余货物。如果接受剩余货物，则卖方应根据货物质量或数量受损之情况适当降低合同价格，但买方不享有可对抗卖方的其他权利。¹若依据买卖协议或交易惯例，货物在毁损之前风险已经转移给买方，则不适用本条。决定是否应适用本条规则的前提是，卖方在直至双方约定的或预期的交付时是否对货物以适当的状况继续存在承担责任。

2

在没有相反意思表示的情况下，履行合同所必需的特定物的毁损风险，在没有任何一方过错的情况下，由双方承担。一方当事人因此种标的物毁损导致客观上不可能履行义务的，可以免于履行。在此方面，*Taylor v. Caldwell* 案，³是一个具有里程碑意义的案例，该案中音乐厅在没有任何一方过错的情况下被烧毁，说明了合同标的物在合同成立后、履行期限未到之前发生毁损的典型情形。

清洁、油漆或修理财物的合同，如果在履行期限之前财产并非由于任何一方的过失被毁坏，可以免于履行。但是，如果建筑在施工过程中，并非基于建筑商或业主的过错被毁坏，建筑商将被要求重建该建筑。⁴

3、技术导致的履行不能

在 *United States v. Wegematic Corp.* 案中，美联储为一个计算机系统投标，Wegematic 公司曾承诺提供一个有革命性突破的系统。当其无法履行其承诺时，Wegematic 公司寻求类比适用《统一商法典》

¹ 美国法学会、美国统一州法委员会著：《美国〈统一商法典〉及其正式评述（第一卷）》，孙新强译，北京：中国人民大学出版社，2004 年版，第 198 页。

² 美国法学会、美国统一州法委员会著：《美国〈统一商法典〉及其正式评述（第一卷）》，孙新强译，北京：中国人民大学出版社，2004 年版，第 198-199 页。

³ *Taylor v. Caldwell*, 3 B. & S. 826 (1863).

⁴ *Hartford Fire Ins. Co. v. Riefole Constr. Co.*, 81 N.J. 514, 410 A.2d 658 (1980).

第2-615条的“商业不可行性”标准。法院将问题简化为对 Wegematic 公司承担风险的基本判断：“没有理由认为，当一个电子系统被制造商作为革命性的突破推广时，革新发生的风险应该落在购买者身上；如果一个制造商希望避免……风险，那么需要使用恰当的免责用语，这都是众所周知并且经常使用的。但合同中没有出现免责措辞。”最终，上诉法院确认了地区法院判决的延期违约赔偿金和其他损失。¹

（三）履行不能的救济

1、替代履行

《美国统一商法典》第2-614条规定了合同的替代履行：

第2-614条 替代履行

（1）当事方所约定的停泊、装载或卸载设施中断而任何一当事方均无过错，或者当事方约定类型的运输方式无法获得，或者约定的交付方式在商业上变得不现实但存在着商业上可合理替代之方式的，卖方必须以此种替代方式履行，买方必须接受此种履行。

（2）当事方所约定的付款方式或方法因本国或外国政府的规章而无法采用的，卖方可以拒绝交货或停止交货，但买方提供了在商业上等值的支付方式或方法的除外。货物已经交付的，以政府规章规定的方式或方法付款解除了买方的义务，但规章具有歧视性、压迫性和掠夺性的除外。²

该条官方解释指出，双方所约定的履行必须真正在商业上不可行时才能免除，替代履行也才正当合理。当这种情况出现时，任何一方以合理的方式替代履行后，就不再有义务严格遵守那些与合同的实质履行无关的条款。³

2、终止履行

¹ United States v. Wegematic Corp., 360 F.2d 674, 676-677 (2d Cir. 1966).

² 美国法学会、美国统一州法委员会著：《美国〈统一商法典〉及其正式评述（第一卷）》，孙新强译，北京：中国人民大学出版社，2004年版，第199页。

³ 美国法学会、美国统一州法委员会著：《美国〈统一商法典〉及其正式评述（第一卷）》，孙新强译，北京：中国人民大学出版社，2004年版，第200页。

美国《第二次合同法重述》第 261 条规定了“因意外事件致使合同履行不能而免责”：

合同订立后，一方当事人的履行因某一不可归责于该当事人的事件的发生而无法实现，而合同订立是以该事件的不发生为前提，除非合同用语或实际情况有相反表示，当事人履行合同的义务即告消灭。

三、商业不可行理论

商业不可行理论 (the Doctrine of Commercial Impracticability) 规定于美国《统一商法典》第 2-615 条。该条规定如下：

除非卖方已承担了更大的义务，并且前条有关替代履行的规定另有限制：(a) 如果当事方所约定的履行之实际不能系因一意外事件的出现，而其不出现系合同订立时的基本假定，或者因善意遵守任何可予适用的外国或本国政府的规章或命令所致，无论其以后是否被证明为无效，则卖方遵守(b)项和(c)项规定时，其迟延交付货物或者不交付全部货物或者不交付部分货物不视为违反买卖合同义务的行为；

(b) 如果上述 (a) 项所提及之原因仅影响卖方之部分履约能力，他必须在其客户之间分配产品和交付(的货物)，但可以自行决定把那些当时并非合同当事方的常规客户以及为其自身再生产所需要的产品考虑在内。卖方得以公平和合理的任何方法作出此分配。

(c) 卖方必须将迟延交货或者不能交货之情形及时通知买方；当依据(b)项需要分配产品时，还必须通知买方其可分得的估算份额。¹

援引商业不可行规则作为抗辩通常需要满足三个要件，(1) 卖方不承担某些未知意外事件的风险 (the seller must not have assumed the risk of some unknown contingency)；(2) 不发生意外事件是合同的基本假设 (the nonoccurrence of the contingency

¹ 美国法学会、美国统一州法委员会著：《美国〈统一商法典〉及其正式评述（第一卷）》，孙新强译，北京：中国人民大学出版社，2004 年版，第 201 页。

must have been a basic assumption underlying the contract); 以及 (3) 该意外事件的发生必须使履行在商业上不可行 (the occurrence of that contingency must have made performance commercially impracticable)。¹

《统一商法典》第 2-615 条遵循利用商业上的可行性作为免除履行的判断标准的基本立法思想, 有意未对“意外事件”作穷尽式的表述, 在实践中对“意外事件”的认定应依据其基本的立法理由和规范目的进行解释。该条的官方评述描述了规则的典型适用情形:

(1) 成本增加本身并不能免除当事方的履行义务, 除非成本的上涨是由于某个改变了履行的基本性质、当事人未能预见到的意外事件引起的;

(2) 市场涨价或崩溃本身并非不履行合同的正当理由, 因为这正是因固定价格订立商事合同所应承担的商业风险;

(3) 因偶然事件 (如战争、禁运、当地庄稼歉收、主要供货来源的意外中断等等) 所造成的原料严重短缺而引起的成本显著增加, 或者完全阻止了卖方获得为其履行所必须的原料供应, 属于本条所预料的范围之内;

(4) 如果依照买卖协议, 某一特定供货来源是唯一来源, 且由于灾难而中断时, 本条规定得以适用, 而不适用有关特定货物的毁损或变质规定;

(5) 条件的不成就所涉及的只是便利或辅助价值, 而非主要履行的商业上的可行性时, 并不能免除全部责任;

(6) 适用本条并不要求卖方不履行合同的决定取决于对政府行为合理性的最终司法裁判, 而是基于卖方对于政府规章合法性的善意信赖, 而该善意则是基于商界对该规章的普遍接受。然而, 政府的干

¹ See H. Ward Classen, *Judicial Intervention in Contractual Relationships Under The Uniform Commercial Code And Common Law*. South Carolina Law Review, 42(2), 1991, p. 384.

预并不是免除履行的理由，除非其致使卖方风险超出其所能承担的范围。¹

什么情况下构成商业上的不可行，取决于具体案件情况。在“美国贸易与生产公司和壳牌国际海运有限公司案”²中，原告美国贸易与生产公司是在纽约经商的马里兰公司，被告租船人壳牌国际海运有限公司是英国公司。1967年3月23日，当事双方在纽约市订立了航次租船合同，其中规定，租船人应租用船东的油轮，将满载的润滑油从德克萨斯州运往印度孟买。1967年6月，由于以色列和埃及之间处于战争状态，苏伊士运河关闭，导致货物必须从德克萨斯州经由好望角运往印度。该船向西行驶，经过直布罗陀海峡并绕过好望角，比最初预期的时间晚了30天，于7月15日到达孟买，总共航行了18,055英里。如果运河开放，它只用航行709英里。由于航程的延长，原告额外支出费用131,978.44美元。双方的书面租船条款没有提及该船从装货点到卸货点的路线问题。但是，双方都预期该船将通过苏伊士运河。美国油轮基本费率表的基本费率是在此基础上计算的，但有75%的超额收益。原告称，其有权获得额外赔偿，部分原因是租船合同中包含了通过苏伊士运河过境的隐含条件，而且由于苏伊士运河的关闭而使租船合同的履行成为不可能或“受阻”。原告船东对被告租船主提起诉讼，要求被告租船人壳牌国际海运有限公司赔偿1967年6月以色列和埃及战争状态导致苏伊士运河关闭后，船东的油轮通过好望角的额外费用。被告拒绝对此类额外费用承担责任，并主张对未使用的苏伊士运河通行费造成的损失提出扣减费用的要求。

美国纽约南区地方法院根据案情驳回了原告的主张，并推迟对被告的交叉索赔主张作出判决。法院认为，单单是成本的增加并不能成

¹ 美国法学会、美国统一州法委员会著：《美国〈统一商法典〉及其正式评述（第一卷）》，孙新强译，北京：中国人民大学出版社，2004年版，第202-204页。

² American Trading & Production Corp. v. Shell International Marine, Ltd., 343 F. Supp. 91 (1971) .

为不履行的理由，除非成本的增加是由于某种不可预见的突发事件改变了履行的基本性质。英国和美国的绝大多数权威资料都表明，增加的费用，例如通过好望角的航道显然需要增加费用，如果没有更多的理由来证明合同“目的受挫”或“商业上的不可行”，是不足以构成合同履行不能的。¹

美国第二巡回上诉法院维持了地区法院的原判。法院认为，案件中没有明显的极端且不合理的困难。采取的替代路线已广为人知，没有人声称船只或船员或货物的性质使该路线实际造成了不合理的困难和危险。案件中所涉及的 131,978.44 美元的额外费用，比议定的 417 327.36 美元增加不到三分之一，增加三分之一的费用不足以构成商业上的不可行，而且合同中的条款并没有规定在货物因危险情况而未在指定港口以外的港口存放货物的情况下给予额外赔偿。²

本案中，地区法院和上诉法院都认为，履行费用的增加不足以构成商业上的履行不能，并且，由于合同中并未约定在货物因危险情况而未在指定港口以外的港口存放货物的情况下给予额外赔偿，所以法院并未支持原告的请求。由此可见，美国法院审理是否构成履行不能需以双方存在约定的不可抗力条款为前提。如没有约定的不可抗力条款，则再审查是否构成履行不能。

在另一个类似的案例“跨大西洋融资公司诉美国案”³中，原告要求被告美国政府支付因关闭苏伊士运河而使原告的船舶偏离正常航道造成的费用，哥伦比亚特区巡回上诉法院驳回了原告的诉讼，法院认为，运河的关闭并没有使合同的履行在法律上失去了可能性。

四、合同目的受挫理论

顾名思义，合同目的受挫（the Doctrine of Frustration of Purpose）或合同目的落空理论关注的是当事人订立合同的目的，而

¹ See American Trading & Production Corp. v. Shell International Marine, Ltd., 343 F. Supp. 91. (1971).

² See American Trading & Production Corp. v. Shell International Marine, Ltd., 453 F.2d 939.(1972).

³ See Transatlantic Financing Corp. v. United States, 363 F.2d 312.(1966).

与当事人不能履行合同无关。该理论适用于意外事件从根本上改变了合同的性质，使一方当事人的履行对另一方毫无价值。在具有里程碑意义的案例是 *Krell v. Henry* 案¹中，亨利从克莱尔那里租了一个房间，目的是观看爱德华七世的加冕礼。但是国王生病了，加冕典礼推迟了。合同的目的——一个可以看到加冕典礼的房间，这一点很难实现，因此当事人免于履行。

在某些情况下，合同订立之后出现的情况使合同目的彻底落空，此时合同当事人可以援引目的受挫原则作为不履行义务的抗辩。美国法院已经普遍接受了目的受挫原则，虽然《统一商法典》中并没有单独规定，但在《第二次合同法重述》第 265 条对其进行了规定：

合同订立之后，事件的发生使当事人订立合同的目的实质性受挫，而当事人对该事件的发生没有过错，且该事件的不发生构成合同存在的基础假设，则当事人的履行义务被免除，除非合同协议或者根据当时的情况将其排除。

该规则和商业不可行规则的区别在于它们针对的情况不同。商业不可行中发生的情况使当事人履行合同的成本、难度或风险大大增加，而合同目的受挫规则则指一方当事人因订立合同的主要目的彻底落空而产生的严重失望。²《第二次合同法重述》评论中对该规则的构成要件做了三点概括：

(1) 受挫的目的是合同的“主要目的”(principle purpose)。若当事人仅仅在心里有一个具体的目标，并受该目标的促使订立合同，这是远远不够的。“主要目的”必须是合同的基础，为合同双方所理解，没有它，合同将毫无意义；

(2) 必须是“实质性的受挫”(the frustration must be

¹Krell v. Henry, 2 K.B. 740 [1903].

² See H. Ward Classen, Judicial Intervention In Contractual Relationships Under The Uniform Commercial Code And Common Law. South Carolina Law Review, 42(2), 1991, p. 397.

substantial)。仅仅是利润的减少或亏损并不满足条件。这种受挫不属于当事人根据合同应承担的风险。

(3) 不发生该受挫事件必须是订立合同的基本假定。¹

五、合同中的不可抗力条款

(一) 概论

在涉外商事交易中，当事人经常在合同中约定不可抗力条款（Force Majeure clause）或天灾条款（acts of God clause），明确哪些类型的事件构成不可抗力或天灾，并对双方权利义务进行分配，例如：

“如果发生天灾、战争、政府法规、恐怖主义、自然灾害、罢工（涉及酒店员工或代理商的罢工除外）、内乱、交通设施的缩减或双方以外的任何其他超出当事人控制的紧急情况并使本协议项下义务的履行成为不可行、违法或不可能，则双方在本协议下的履行可以免除。任一方均可在书面通知对方的情况下出于任何一种或多种原因取消本协议。”²

该不可抗力条款将“天灾、战争、政府管制、恐怖主义、灾难、罢工、民事骚乱、交通设施紧缺或任何其他超出双方控制的紧急情况”约定为不可抗力的具体情形，合同任何一方可在书面通知另一方后，以任何上述情形为由取消本合同。以不可抗力条款作为履行抗辩的一方，有责任证明事件超出其控制范围，并且其无过失或疏忽。³即使事件是极端的、不可预见的，足以触发不可抗力条款，比如恐怖袭击，诉讼方仍须证明其符合具体合同规定的“不可抗力情形”。⁴

对于不可抗力，很难为其下一个精确的定义。⁵《布莱克法律词典》

¹ Restat 2d of Contracts, § 265, Comment.

² OWBR LLC v. Clear Channel Communications, Inc., 266 F. Supp. 2d 1214 (D. Haw. 2003).

³ Gulf Oil Corp. v. F.E.R.C., 706 F.2d 444 (3d Cir. 1983).

⁴ OWBR LLC v. Clear Channel Communications, Inc., 266 F. Supp. 2d 1214 (D. Haw. 2003).

⁵ H. Ward Classen, Judicial Intervention in Contractual Relationships Under The Uniform Commercial Code And Common Law. South Carolina Law Review, 42(2), 1991, p. 394.

将 force majeure 解释为“不可预见也不能控制的事件或效果，尤指阻止某人进行或完成他/她已经同意或正式计划某事的意外事件。这一术语既包括自然行为（如洪水和飓风），也包括人的行为（如暴乱、罢工和战争）”。¹

著名法官和法学家波斯纳曾指出：“如果当事人在合同中纳入了一项不可抗力条款，该条款就优先于履行不能原则……如同其他合同原则一样，履行不能原则是一项现成的条款，只有在当事人没有就风险分担做其他约定的情况下才适用该条款。”²

（二）案例分析

1、政府行为是否构成不可抗力

“哈里斯康·斯文斯卡（AB）诉哈里斯公司案”³ 涉及政府行为是否构成合同中所规定的不可抗力。该案中，一方是收音机的美国制造商哈里斯康·斯文斯卡（AB）公司，另一方是瑞典哈里斯公司（Harris Corp.），该制造商是伊朗伊斯兰共和国的经销商。两家公司签订了销售收音机和备件合同。

哈里斯公司的子公司 RF Systems 在纽约州罗切斯特生产无线电通信产品。1983 年，哈里斯公司任命哈里斯康公司（Harriscom Corp.）作为其 RF Systems 产品在伊朗的独家分销商。由于对这种贸易的持续可行性存有疑虑，双方在书面协议里约定了不可抗力条款。

1985 年 12 月 6 日，美国海关总署官员扣留了哈里斯康公司订购的并运往伊朗价值 663,869 美元的 RF Systems 的 2301 型无线电备件。根据美国商务部 1982 年的一项决定，可以在一般许可下将 2301 型无线电台出口到几乎任何国家。但是在 1985 年 12 月，扣留了 2301

¹ FORCE MAJEURE, Black's Law Dictionary (11th ed. 2019):“An event or effect that can be neither anticipated nor controlled; esp., an unexpected event that prevents someone from doing or completing something that he or she had agreed or officially planned to do. The term includes both acts of nature (e.g., floods and hurricanes) and acts of people (e.g., riots, strikes, and wars).”

² Commonwealth Edison Co. v. Allied-General Nuclear Services, 731 F. Supp. 850, 855 (N.D. Ill. 1990).

³ Harriscom Svenska, AB v. Harris Corp., 3 F.3d 576, (1993).

型无线电之后，政府决定对该决定进行重新评估。国务院官员根据《武器出口管制法》和《美国统一商法典》的授权，认为该特定收音机属于军事产品，应列入“军情清单”，并受到更严格的出口管制，美国政府禁止了与伊朗之间进行所有可以用于军事用途的商品贸易。六个多月以来，RF Systems 与政府官员进行了谈判，最终在 1986 年 7 月下旬达成了一项折中协议，在该协议下，RF Systems 同意“自愿退出对伊朗市场的所有销售”。作为交换，政府于 1986 年 9 月裁定 2301 型无线电不受军需物品清单产品的严格出口管制。

哈里斯康公司称，这样做将使已签订合同的订单损失 590 万美元，并损失 1000 万美元在伊朗的潜在订单。哈里斯康公司提出了对 RF System 公司的违约之诉。

美国纽约西区地方法院认为政府的行为是被告不履行义务的唯一原因，政府的行为构成不可抗力。¹上诉法院判决被上诉人 RF System 胜诉。法院认为，一国政府决定禁止军事用途产品出境是一种任何人都不能抗拒的力量。由于 RF System 遵守了政府的命令和要求，所以它的“在商业上无法履行”的说法能够成立，且没有证据表明被上诉人在与政府谈判达成和解时自愿采取了恶意行为。“在商业上的无法履行”的成立适用，使得上述不可抗力条款有了适用的基础和前提。因此，卖方在无法控制的事情发生使其无法继续履行合同的时候，可以援引《联合国销售合同公约》第 79 条免除违约赔偿责任。

2

该案中，法院认为，政府的干预构成了合同所预期的不可抗力，该条款能有效终止合同，从而免除了 RF System 的赔偿责任。该案是美国在国际贸易领域为数不多的成功援引不可抗力免责的案件之一。

在 *Kyocera Corp. v. Hemlock Semiconductor, LLC* 案中，一家

¹ See *Ab v. Harris Corp.*, 1990 U.S. Dist.(1990).

² See *Harriscom Svenska, AB v. Harris Corp.*, 3 F.3d 576, (1993).

太阳能电池板生产商签订了“不收不赔”的合同，从第三方购买多晶硅。合同中包含一项不可抗力条款，其中包括以下内容：“买方和卖方均不对其在本协议项下的义务的延迟或未能履行承担责任，这些原因包括但不限于：……政府行为……”。该生产商声称中国向中国企业提供非法补贴并从事“大规模倾销”，美国以关税作为回报。因此，双方在 2008 年约定的多晶硅价格明显高于市场价格。法院认为，无论原因是什么，市场价格发生这种变化的风险是由生产商在其“照付不议”合同中明确承担的。¹

在 *United Sugars Corp. v. U.S. Sugar Co.* 案中，美国糖业公司声称，其未能履行在固定价格合同下的采购义务，是由于不可抗力条款，该条款免除了政府行为“阻止或禁止[美国糖业]……订购……糖产品或履行”时的不履约行为。美国糖业公司辩称，政府行为条款之所以适用，是因为它依赖于美国农业部在谈判合同价格时公布的月度估值，而这一估值未能预测到 2012 年食糖价格暴跌。法院认为，这些事实并没有引发不可抗力条款。“最多，这里的政府行为使美国糖业的履行无利可图，但并没有阻止或禁止其履行。”许多法院拒绝适用不可抗力条款，即使政府行为影响合同的盈利能力，但不排除一方当事人的履行。事实上，“不可抗力条款并不是为了缓冲一方当事人对抗[固定价格]合同的正常风险。”²

2、禽流感与不可抗力

“鸡蛋采购案”³是最新的一起涉及不可抗力条款的案例。该案中，伦勃朗公司（Rembrandt）与鸡蛋销售商雷辛优质鸡蛋公司（Rexing Quality Eggs，以下简称雷辛公司）于 2016 年 8 月签订了一份鸡蛋供应协议，由伦勃朗公司向雷辛公司销售鸡蛋。合同要求伦勃朗公司

¹ *Kyocera Corp. v. Hemlock Semiconductor, LLC*, 313 Mich. App. 437, 886 N.W.2d 445 (2015).

² *United Sugars Corp. v. U.S. Sugar Co.*, 2015 U.S. Dist. LEXIS 43573 (D. Minn. 2015).

³ *Rexing Quality Eggs v. Rembrandt Enters.*, 953 F.3d 998. (2019) .

每周向雷辛公司提供约 324 万枚鸡蛋，合同为期一年，并可能会续签。

2017 年 5 月 24 日，雷辛公司联系伦勃朗公司，解释说由于市场需求减少，雷辛公司需要取消订单。伦勃朗公司回答，除非伦勃朗公司能够找到替代买家，否则雷辛公司需要按照双方的协议承担全部责任。但雷辛公司连续 16 周没有按合同约定到伦勃朗公司的农场取走超过 5000 万个鸡蛋。

2017 年 8 月 16 日，雷辛公司向州法院提起了诉讼，指控伦勃朗公司违反了购买协议的条款，出售了有缺陷的鸡蛋，违反了鸡蛋质量的明示保证。伦勃朗公司反诉称，雷辛公司违反了合同规定否认了采购协议，拒绝运送鸡蛋，伦勃朗公司要求赔偿。作为回应，雷辛公司称，购买协议中约定了不可抗力条款：“在不可抗力或其他非本协议一方合理控制范围内的行为或事件所造成或重大影响的情况下，任何一方迟延或未能履行本协议规定的义务，均可免除其责任。”由于发生了不可控制的情况，所以应免除其继续履行的义务。

原审法院认定，是否能根据不可抗力条款或根据《美国统一商法典》中关于商业不可行的条款免除雷辛公司的履行义务，不存在真正的事实争议。雷辛公司单方面解除合同，并声称伦勃朗公司违约的诉求不成立，伦勃朗公司获得了损害赔偿金。¹雷辛公司不服上诉后，美国第七巡回上诉法院维持了该判决。²

对于本案中涉及的不可抗力条款，法院考虑了合同中涉及的不可抗力的情况，为了避免风险，双方在采购协议中约定了不可抗力条款，但双方并没有列举不可抗力的具体情形。根据案情，没有任何证据表明在市场需求变化之外发生了某些合理不可预见的事件。禽流感可能构成不可预见的事件，如果导致市场状况发生巨大变化可以考虑构成不可抗力，但本案中买方需求的变化是开展业务应当预见的商业风险。

¹ See *Rexing Quality Eggs v. Rembrandt Enters.*, 360 F. Supp. 3d 817. (2018) .

² See *Rexing Quality Eggs v. Rembrandt Enters.*, 953 F.3d 998. (2020) .

从本案可以看出，美国法院对不可抗力要求双方在合同中有具体的条款约定，并且对商业不可行的认定比较严格。

3、合同约定的不可抗力条款不可用于规避正常风险

在“匹兹伯里公司诉威尔斯乳业公司案”¹中，1999年1月，匹兹伯里公司与威尔斯乳品厂签订了冰激凌生产合同。合同载有一项不可抗力条款规定：任何一方对因天灾或政府当局的行为、罢工、事故、爆炸、水灾、火灾或生产设施的全部损失或该方合理控制范围以外的任何其他原因（“不可抗力”）造成的延误或中止履行（除支付服务和货物销售和交付的义务外），只要该方在不可抗力的情况下仍尽最大努力履行合同，则任何一方均不承担责任。同年3月27日，威尔斯乳业公司的冰淇淋生产基地发生爆炸事故。匹兹伯里公司对威尔斯公司提起诉讼。威尔斯公司提出不可抗力抗辩。

地区法院认为，南冰激凌制造厂的爆炸和火灾可作为威尔斯公司不履行合同的理由。爱荷华州最高法院撤销了地方法院的判决并发回重审。爱荷华州最高法院认为，不可抗力条款不是模棱两可的，“不可抗力”是“无法预料或无法控制的事件”。不可抗力条款的目的不是保护一方免受与协议相关的正常风险。²当事人威尔斯公司称，不可抗力条款具有其一般的含义，如果造成罢工、事故、爆炸、洪水、火灾或制造设备的全部损失，威尔斯公司也不履行其义务。只要双方没有对合同中约定的不可抗力条款进行协商和约定，则适用不可抗力条款的一般解释，如果当事方打算改变不可抗力条款的一般含义，则当事方应该就不可抗力事件的定义进行讨论或谈判。鉴于合同双方并未对不可抗力条款进行讨论，则应适用不可抗力的一般含义。但法院认为，威尔斯公司对不可抗力条款的解释是不合理的，不可抗力条款中，“超出该当事方的合理控制范围”一词修改了当事方在不可抗力条款

¹ Pillsbury Co. v. Wells Dairy, Inc., 752 N.W.2d 430. (2008) .

² See Pillsbury Co. v. Wells Dairy, Inc., 752 N.W.2d 430. (2008) .

中列举的所有事件。

本案中，法院认为，根据法律，不可抗力事件必须在当事人能合理控制的范围之外。不可抗力条款的存在不是为了保护合同当事人免受与合同相关的正常风险。由法院的判决可以看出，虽然当事人可以在合同中约定不可抗力条款，规定免责情形，对风险进行分配，但是当事人约定的不可抗力条款不能用于规避正常的合同风险。

六、新冠肺炎疫情与不可抗力问题

（一）政府行动迫使企业关闭

在 COVID-19 疫情大流行中，合同关系的大部分中断是由于政府采取行动关闭企业或导致商业租户被赶出他们租住的房屋。COVID-19 大流行已经不是政府第一次下令企业关闭。政府同意的暂停可以中止或解除合同义务。这项法律不必是立法制定的。《统一商法典》第 2-615（a）款给出了这一原则的法定表述，而《第二次合同法重述》第 264 条与之相呼应。两者都允许在必要时遵守任何外国法律以及国内政府条例或命令，免除合同的履行。

当不可预见的政府行为严重干扰一方履行其义务的能力时，合同不可抗力条款通常作为免于履行的依据。在 Acheron Med. Supply, LLC v. Cook Inc 案中¹，艾奇隆（Acheron）是库克（Cook）医疗器械的经销商，艾奇隆和库克签订的合同要求艾奇隆“获得联邦供应计划（FSS）合同，并将其用于销售产品”给政府。合同还规定，任何一方“均不对不可抗力造成的任何延误或违约负责，包括但不限于……政府或……机构的行为”。但是，除非库克同意接受弗吉尼亚州监察长办公室的审计，否则政府不会授予艾奇隆联邦供应计划合同——库克拒绝这样做，从而阻止了艾奇隆获得联邦供应计划合同。法院认为，审计所要求的信息量是没有根据的。经过一次庭审，法院认为，在订

¹Acheron Med. Supply, LLC v. Cook Inc., 2019 U.S. Dist. LEXIS 105297 (S.D. Ind. June 24, 2019).

立合同时，审计是双方当事人没有预料到的，而且双方对审计没有控制权，因此艾奇隆的义务变得不可能，并且由于一个无法控制的意外事件而得以免除。“这是一个政府机构的行为，坚持要库克接受弗吉尼亚州监察长办公室的审计，导致艾奇隆违反了协议。根据协议的明文规定，艾奇隆不承担违约责任。”但是，如果政府行为仅仅是增加了履行成本，是不够的。

此外，在因政府行动产生的不可抗力抗辩情形中还存在以下特殊情况，不一定能免除当事人义务。具体如下：

第一，政府行动仅导致业务部分中断。比如一个没有被关闭的企业可能很难仅仅因为其业务受到政府命令的限制而免除其义务。在 *Lloyd v. Murphy* 案中¹，涉及美国参加二战前发生的洛杉矶市中心房产租赁案。租约限制承租人只出售新车。在签订租约时，美国的战争动员已经在进行，对新汽车制造的严格限制是众所周知的。承租人因目的受挫而寻求免责的努力遭到拒绝，因为新汽车将无法出售，而且重要的是出租人愿意放弃租赁限制，允许承租人出售二手车和修理汽车。因此，租约的价值并没有完全丧失。

第二，在货物销售中，如果政府行动不会对合同造成实质性干扰，则不能免除合同义务。如果因政府命令导致合同无法完全履行或履约不可行时，客户可同意按比例从其合同购买的货物中分得相应份额。政府命令造成迟延履行，买受人可以放弃迟延履行，接受之后履行。

第三，合同临时中断不会中止合同履行。在 COVID-19 疫情中，大部分合同中断都是暂时的。暂时的履行不会中止合同义务。在履行不能可能继续的情况下，一个能够避免损失的迅速决定将被视为可取的，并构成义务履行。

（二）因果关系

¹Lloyd v. Murphy, 25 Cal. 2d 48, 153 P.2d 47 (1944).

疫情大流行或政府下令关闭企业肯定是造成合同中断的原因。对于许多受 COVID-19 疫情影响的企业来说，如果政府下令将其彻底关闭，回答是肯定的。然而，如果企业已获准恢复全部或部分经营，对企业的危害可能取决于大流行病和部分停业造成的一般经济状况。对于没有全面停产的公司来说，免除其义务可能会更加困难。

在 *ARHC NVWELFL01, LLC v. Chatsworth At Wellington Green, LLC* 案中¹，被告在其从原告处租赁设备，经营一个护理和辅助生活设施。被告声称，其拖欠租金是因为医疗保险和医疗补助服务中心修改了一项剥夺被告大量收入的计划。原告起诉被告违约，被告称医疗保险和医疗补助服务计划的修改是不可抗力事件。租约规定，“如果违约事件是由不可抗力事件造成的（只要承租人真诚地努力履行其在本协议项下的义务），则不应视为已发生本协议项下的承租人违约事件。”租约定义“不可抗力事件”是“因……政府行为……导致的任何一方无法合理控制的情况。缺乏资金或一般经济和/或市场因素都不是不可抗力事件。”法院承认政府计划的变更“不受任何一方的合理控制”，但认为被告未能证明其收入锐减是“不可抗力事件”造成的。也就是说，被告没有证据证明政府行为对被告收入锐减的相对影响。

（三）不可抗力事件不发生是一个基本假设

不可抗力事件的不发生必须是合同各方的基本假设，而不仅仅是受不可抗力事件影响的一方之假设。例如，如果一个小贩租用摊位，在一个举行大型演唱会、体育赛事或节日庆祝的场地旁边出售 T 恤衫和纪念品，而该大型活动因 COVID-19 疫情而被迫取消，小贩是否免除了其租赁义务？如果没有该大型活动，小贩的合同毫无意义，其合同目的是利用大型活动赚钱，但该大型活动的发生是否是租赁合同双方的基本假设呢？在很多情况下，答案是“是”（如果在合同中明确

¹ARHC NVWELFL01, LLC v. Chatsworth At Wellington Green, LLC, 2019 U.S. Dist. LEXIS 19264 (S.D. Fla. Feb. 5, 2008).

说明这一事实，肯定会有助于澄清问题），但在许多情况下，可能并不那么清楚。

例如，在上文讨论的 *ARHC NVWELFL01, LLC v. Chatsworth At Wellington Green, LLC* 案中，法院怀疑被告对政府项目的依赖“是租赁协议的基本原则，而实际上其支付租金的义务是以其收入为条件的。”“如果被告主张保护其免受政策性收入波动的影响，那么该方有责任起草合同，使合同明确反映所需条款。”¹

另一个例子是禽流感。在 *Avian Flu. In Rembrandt Enters. v. Dahmes Stainless, Inc.*²案中，伦勃朗是一家蛋制品生产商，想成为家乐氏食品供应商，因此计划建立一个新的鸡蛋加工厂。它与达姆斯不锈钢公司签订了一项协议，为建立新工厂从达姆斯公司购买一台工业用的鸡蛋烘干机。由于禽流感爆发，伦勃朗公司暂时停止了新工厂的建设，包括与达姆斯公司的合同。法院驳回了伦勃朗公司基于合同目的受挫而提出的简易判决动议，因为除其他因素外，对于达姆斯公司是否理解合同的主要目的是为了伦勃朗公司预期扩建新设施而提供服务，存在事实争议。

（四）无利可图或不可容忍的风险通常不能免除履行义务

COVID-19 疫情大流行引发了金融混乱，使得履行各种合同变得极为麻烦或不可取。但是，成本大幅上升或商品或服务市场普遍枯竭这一事实不足以免除一方当事人的义务。

在很多情况下，合同因受影响方无法控制的事件而变得经济上履行困难或不可取，但当这种情况发生时，“就连最大规模的国家悲剧，比如 9·11 恐怖分子攻击，都没有被视为不可抗力事件，除非双方对此有明确的考量。”也就是说，除非合同有明确规定。

¹ARHC NVWELFL01, LLC v. Chatsworth At Wellington Green, LLC, 2019 U.S. Dist. LEXIS 19264 (S.D. Fla. Feb. 5, 2008).

² Rembrandt Enters. v. Dahmes Stainless, Inc., 2017 U.S. Dist. LEXIS 144636 (D. Iowa 2017).

OWBR LLC v. Clear Channel Communs., Inc 案¹对此具有指导意义。2000 年底，OWBR 公司与城市网络公司签订了一份合同，其中 OWBR 公司同意于 2002 年 2 月中旬在夏威夷的怀利亚举办一次大型音乐产业会议。在活动开始前不到 30 天，城市网络公司取消了该活动，并援引了合同中的不可抗力条款，理由是在 9 月 11 日美国遭受恐怖袭击后，消费者变得不安，911 事件发生在预定的会议召开前 5 个多月。合同的不可抗力条款特别指出：“双方在本协议项下的履行受到……恐怖主义、灾难……或双方无法控制的任何其他紧急情况的影响，因此……不应……履行其在本协议项下的义务。” OWBR 公司提起诉讼，法院驳回了城市网络公司关于不可抗力条款免除履约责任的论点。法院以合同外履行不可行理论为指导，并解释说，“经济困难所导致的不履行不足以将其纳入不可抗力条款的范围。”它认为：“从经济的角度来看，被告继续举办……活动显然是不明智的，或者在经济上是不可取的。尽管如此，不可抗力条款也不能因经济上不可取而免除履行，即使经济原因是不可抗力事件的产物。”争论的事件发生在“9·11”恐怖袭击大约 5 个月后，人们对于飞行的主观“恐惧和不确定性”还不足以使旅行在客观上不可取或免除合同履行。否则，将剥夺商业交易的可预测性。这种干扰并非到了“极端和不合理”以至于免除合同履行的程度。

一个企业可能被允许继续运营，但由于与疫情大流行有关的市场条件变化和随之而来的政府下令关闭，可能会导致业务量下降。与那些因政府命令而被迫关门的企业相比，这类企业很可能更难免除其履行合同的义务。“许多法院拒绝在以下情形中适用不可抗力条款，即政府行为影响合同的盈利能力，但不妨碍一方当事人的履行。”²例如，一家太阳能电池板生产商以“照付不议”的方式签订合同，从第三方

¹OWBR LLC v. Clear Channel Communs., Inc., 266 F. Supp. 2d 1214 (D. Haw. 2003).

²United Sugars Corp. v. U.S. Sugar Co., 2015 U.S. Dist. LEXIS 43573, *9 (D. Minn. April 2, 2015).

购买多晶硅。合同中包含一项不可抗力条款，其中包括以下内容：“买方和卖方均不对其在本协议项下的义务的延迟或未能履行承担责任，这些原因包括但不限于：……政府行为……”。该生产商称，中国向中国企业提供非法补贴，并进行大规模倾销，美国则以关税作为回报，结果双方达成一致的多晶硅价格明显高于市场价格。法院认为，无论原因是什么，市场价格发生这种变化的风险是由生产商在其“照付不议”合同中明确承担的。¹固定价格的合同当事人已经将市场不可预见性纳入他们同意的价格。

在另一个案例中，陆军物资司令部授予了 TPL 公司涉及弹药处置的合同，但 TPL 公司未能按照合同要求处置某些材料。TPL 公司声称，由于美国关税政策的干预性变化，TPL 公司计划与之合作的国内烟花企业倒闭，其业绩无法实现。法院驳回了 TPL 公司履行不能的抗辩，因为在仅因成本已变得比原先设想的更昂贵的情况下，这一原则不适用。TPL 公司在其合同中承担了市场条件可能发生变化并使其履行更加昂贵的风险。²

（五） 供应链中断

在某些情况下，由于 COVID-19 疫情大流行造成的供应链中断非常严重。但是，仅仅是因为卖方无法为其生产的产品获得必要的零部件，并不自动免除其向另一方供应该产品的合同义务。问题是双方当事人在订立合同时是否理解卖方的履约取决于具体的供应来源。典型案例比如一个农民同意出售农作物的案子。如果一个农民同意向番茄酱制造商出售他在农民的土地上种植的全部番茄作物，双方的基本假设是，如果番茄在农民自己的土地上得到适当的耕种，就可以生产。如果因为干旱或其他灾害，而非农民的过错导致这一基本假设不成立，那么农民的义务就被免除。

¹ Kyocera Corp. v. Hemlock Semiconductor, LLC, 313 Mich. App. 437, 886 N.W.2d 445 (2015).

²TPL, Inc. v. United States, 118 Fed. Cl. 434 (2014).

为了确保双方都认为履行合同必须有一个特定的唯一供应来源，合同需要明确指定一个排他性的供应来源，如果没有明确指定，就不构成“履行不能”或“履行不可行”。在一个案例中，被告试图免除提供校车的责任，因为其未能证明供应来源而被法院驳回，因为被告没有证明合同中明确规定合同依赖于这种供应。¹

¹Alamance County Bd. of Educ. v. Bobby Murray Chevrolet, Inc., 121 N.C. App. 222, 465 S.E.2d 306 (1996).

第二章 加拿大

一、概论

加拿大是联邦国家，由 10 个省和 3 个地区组成。其保持了大陆法系和英美法系并存的局面。其中，魁北克省是大陆法系的典型，其《魁北克民法典》以拿破仑法典为基础，适用于私法事项，该法典是魁北克省法官审理案件主要援引的核心立法之一，¹而普通法传统则适用于除魁北克省以外的所有省和地区。

加拿大普通法地区没有不可抗力的成文法规则，以判例法为主要法律渊源。大陆法系的魁北克省在《魁北克民法典》第 1470 条规定了不可抗力，作为债务人在民事责任领域的一般抗辩。该条规定：“一个人如能证明损害因不可抗力（superior force）引起，则可以免除其造成他人损害的责任，但他已承担（has undertaken，承诺/履行）该种赔偿责任的，不在此限。不可抗力是不可预见且不可抗拒的事件，具有同样性质的外部原因视为不可抗力。”²此外，该部民法典中还有许多其他条款使用了不可抗力的概念。³值得注意的是，在不可抗力的用词方面，该法典的法语文本用词为“force majeure”，而英文文本则使用“superior force”。在适用普通法的地区，如果当事人在合同中约定了不可抗力条款（force majeure clauses），则优先适用该

¹ See Sylvio Normand, “An Introduction to Québec Civil Law” in Grenon and Bélanger Hardy, Elements of Quebec Civil Law, Page 48-54.

² 英文版本为：“A person may free himself from his liability for injury caused to another by proving that the injury results from superior force, unless he has undertaken to make reparation for it. A superior force is an unforeseeable and irresistible event, including external causes with the same characteristics.”

法文版本为：“Toute personne peut se dégager de sa responsabilité pour le préjudice causé à autrui si elle prouve que le préjudice résulte d’une force majeure, à moins qu’elle ne se soit engagée à le réparer. La force majeure est un événement imprévisible et irrésistible; y est assimilée la cause étrangère qui présente ces mêmes caractères.”

³ 《魁北克民法典》中共有 41 条提及“不可抗力”，不论其措辞如何：提到 Superior force 的条款（共 37 条）：第 91 条、第 876 条、第 989 条、第 1160 条、第 1161 条、第 1210 条、第 1308 条第 2 款、第 1470 条、第 1570 条第 1 款、第 1600 条第 1 款、第 1693 条第 169 款、第 1699 条、第 1699 条、第 1701 条、第 1727 条、第 1804 条、第 1864 条、第 1890 条、第 2019 条、第 2029 条、第 2034 条第 2 款、第 2037 条第 2 款、第 2038 条、第 2049 条、第 2072 条第（3）项、第 2078 条第 2 款、第 2078 条、第 2100 条第 2 款、第 2105 条、第 2240 条、第 2286 条第 2 款、第 2289 条、第 2295 条、第 2322 条、第 2323 条、第 2464 条、第 2739 条。提到 Sudden force 的条款（共 1 条）：第 967 条。提到 Unforeseeable (circumstances/events) 的条款（共 3 条）：第 771 条，第 1470 条第 2 款，第 1834 条。

条款，如当事人没有约定，则适用合同受挫原则（doctrine of frustration）。需要注意的是，若当事人没有约定不可抗力条款，法院一般不会认定存在“默示不可抗力条款”。¹当事人援引不可抗力条款并不一定意味着合同完全履行不能，也可以通过援引该条款暂缓履行或部分履行，或减轻合同违约责任。可见，合同中约定不可抗力条款能起到软化和填补合同受挫原则的作用。

合同受挫原则与魁北克省的不可抗力（force majeure）存在区别。共同点在于：（1）都是指合同成立之后突发事件使得合同不能履行，而不仅仅是履行困难；（2）都要求对事件发生的不可预见性；（3）对于是否构成不可预见性，都以债务人的理性判断作为构成要素；（4）排除债务人存在过错的情形。两者的区别在于：（1）不可抗力的适用范围不限于合同义务，而合同受挫原则只适用于合同；（2）合同受挫影响合同双方的共同意愿，并最终导致合同解除，而不可抗力在魁北克民法典下只影响一方当事人的义务，且不一定会导致合同解除。

合同受挫原则与天灾（act of God）也存在区别。在普通法语境下，合同领域的天灾构成了合同受挫事件的情形之一。天灾具有以下特点：（1）不可预见性。如果能够被预见则不能适用这一抗辩，如加拿大每年六月份的洪水并非属于不可预见事件，还有一些普通法案件中法官认为百年前的事件再现也属于可预见的范畴，²其对“不可预见性”的证明标准要比《魁北克民法典》中不可抗力的“不可预见性”更加严格；（2）不可抗拒性，利用该抗辩免责的人已经采取合理措施以避免但仍达不到效果；（3）是自然力量不受人为干涉。当损害归因

¹ Royal Bank of Canada v. Netupsky, [1998] BCSC 1869. 该案中，加拿大皇家银行和一家与伊拉克有实质联系的公司签订了一份信贷合同，该合同中没有约定不可抗力条款。但在签订合同时，该银行已经知道加拿大对伊拉克施行了贸易禁令，即可能构成致使借款公司信用违约的不可抗力事件。尽管本案中，法院没有就“是否存在默示的不可抗力条款”这一问题做出明确的判断，但法院从“不可抗力事件”的可预见性这一角度进行分析，认为尽管双方在缔结合同时已经充分知晓贸易禁令的存在，但是双方并无意考虑贸易禁令所带来的影响，否则其应当被纳入合同之中，因此本案所被援引的“贸易禁令”不能构成不可抗力。这似乎也侧面否定了“默示不可抗力条款”的可能。

² Eagle Forest Products Inc v. Whitehorn Investments Ltd, [1992] 12 MPLR (2d) 18; Tomchak v. Ste-Anne (Rural Municipality), [1962] 33 DLR (2d) 481.

于被告行为，不能援引天灾抗辩。《魁北克民法典》中的不可抗力同样也要求事件是不可预见、不可抗拒的，但是魁北克判例法允许在债务人过失和不可抗力事件之间分配责任承担。而第三个因素“不人为干涉”，属于普通法中天灾着重考虑的因素。而在大陆法系下第三方的行为（战争、罢工等）往往也构成不可抗力，但普通法下第三方行为属于人为干涉，并不构成天灾。可见天灾构成不可抗力事件，而不可抗力事件的范围要比天灾更广。

二、合同受挫与不可抗力制度

（一）加拿大普通法

加拿大普通法中的合同受挫规则与其他英美国家类似，此处不再赘述。

不可抗力在加拿大的普通法中的应用主要体现为合同中约定的不可抗力条款（force majeure clauses），即当事人可通过在合同中明确约定不可抗力条款来防范未来某些事件发生所带来的违约风险。与合同受挫相比，合同中的不可抗力条款更具有确定性，且可能纳入不足以导致受挫的事件，或排除引发受挫的某些事件。合同条款一般采用列举与概括相结合的方式，具体内容因当事人的需要而个性化设置。

首先，法院需要判断某事件是否属于合同不可抗力条款中约定的事件。法院在解释“导致损害的事件”（triggering events）时，采用合同解释原则，包括“同类解释规则”（ejusdem generis）¹和“明示其一排除其他规则”（expressio unius）。一般对于事件在条款中已经明确列举并不存在适用困难，而对于事件是否属于概括性条款中的事项，是否适用“同类解释规则”法院存在不同的做法。²由于当事

¹ 同类解释规则是指，在列举数项特定的人或物之后，紧接着采用了一个总括性表述的单词或短语时，该总括性语词只能解释为包括与其列举者同类的人或物。

² *Morris v. Cam-Nest Developments Ltd.*, [1988] 64 OR (2d) 475, 该案中，不可抗力条款约定“罢工、停工、火灾、暴风雨、骚乱、战争、承运人的非正常延误、不可避免的伤亡或任何超出供应商控制范围的其他原因”。

人列举条款中可能既列举自然事件又列举人为事件，适用“同类解释规则”具有不确定性，因而法院往往从严解释，以免概括性条款被当事人滥用而沦为逃避合同责任的工具。

其次，若无法用合同解释规则来判断该事件是否属于条款所约定的事件，法院则需要考虑事件本身的性质是否属于“不可预见”和“当事人无法控制”。需要注意的是，丧失市场或市场低迷（即使被证明可预见）也有可能被视为构成不可抗力事件。¹另外，发生在合同链条上下游的事件能否构成不可抗力事件，如合同当事人供应商的过错导致其无法履行，或不可抗力条款中列举的事件发生在合同当事人的供应商身上，能否援引不可抗力条款？有学理认为独立承包商的过错行为影响了合同当事方履行合同，可以视为不可抗力事件，不过司法实践很少讨论这个问题，但如果是因为合同当事人的过错（没有及时提供信息或必要生产材料等）导致独立承包商不能履行，从而影响了主合同履行，则不能主张不可抗力。若合同中约定的不可抗力事件发生在合同上下游的链条上，能否援引不可抗力条款，司法实践存在不同做法。²

第三，在确定该事件属于不可抗力条款中约定的事件后，当事人还需要证明该事件影响了当事人履行合同义务的能力，且事件与影响合同履行之间存在因果关系。至于事件影响合同履行能力达到何种程度才足以援引不可抗力条款，则应当依照条款约定，如履行不能、无

采购商主张“可能伴随着罢工的严寒天气”并不属于列举事件中的类型，根据同类解释规则也不属于概括性条款中的事件。安大略省法院没用采用同类解释规则，认为严寒天气伴随着三次罢工属于“供应商不可控的事件”。而在另一案件中，*World Land Ltd v. Daon Development Corp.*, [1981] 20 Alta LR (2d) 33 (QB)，阿尔伯塔女王法院则采用同类解释规则。

¹ *West Fraser Mills Ltd v. Crown Zellerbach Canada Ltd*, [1983] 23 BLR 126 (BCSC).

² *TransCanada Pipelines Ltd. v. Northern & Central Gas Corp.*, [1983] 41 OR (2d) 447 (CA). 跨加拿大管道公司（TransCanada Pipelines Ltd）向北中天然气公司（Northern & Central Gas Corp.）销售天然气，合同中规定罢工属于不可抗力事件，而北中天然气公司的客户因罢工影响减少了天然气的采购需求，北中公司主张不可抗力减免合同责任。安大略上诉法院认为，合同不可抗力条款中明确规定了跨加拿大管道公司的上游供应商适用于不可抗力条款，而如果北中公司想让它下游的客户也适用该条款应当在合同中明确规定，但是合同中并未做此规定，因此不能将不可抗力条款扩大解释而适用。而在另一案件中，*Tenneco Canada Inc. v. British Columbia Hydro and Power Authority*, [1999] 126 BCAC 9，不列颠哥伦比亚省上诉法院则认为合同链的上下游都可以适用不可抗力条款。

法充分履行、履行义务不现实等等。如果语义不明，通常要求达到“完全不可能履行”（impossibility）的程度。但有法院认为若要求“不可能履行”过分严苛，而“妨碍履行”（hindering performance）又过于宽松，继而采用“商业上不可行”（commercially unfeasible）的门槛。¹另外，事件与无法履行之间存在因果关系，而这种因果关系应当是实质性（substantial）而不是偶然性或附带性的（incidental），即债务人无法通过其他的方式和手段履行合同。

第四，不可抗力事件发生之后，如果合同约定一方当事人负有通知义务，则应当履行，否则也难以援引不可抗力条款免责。而该事件对合同双方权利义务的影响应当依照约定，可以延长履行期限、部分履行等等，而并非如合同受挫原则，双方义务得以免除。

（二）加拿大魁北克省的不可抗力制度

《魁北克民法典》第 1470 条所指的不可抗力是指自然现象（如洪水、飓风、冰暴），或满足构成要件的人为干预如第三方行为（罢工、战争、恐怖活动、禁运、叛乱）。需要注意的是，在魁北克省的判例法中，有将天灾（act of God）比作不可抗力，也有一些案件将两者作为同义词。

首先，该条第 1 款指出，不可抗力可以构成行为人对他人赔偿责任的免责事由，且由主张不可抗力的一方承担举证责任。同时，由于该种责任的免除需要证明损害是由不可抗力事件造成的，则其暗含了要求不可抗力事件与损害的发生具有因果关系的要求。此外，条文还指出例外情况，即这种责任若行为人表示自愿承担，则不可再援引不可抗力。

其次，该条第 2 款规定不可抗力事件需要满足“不可预见”和“不可抗拒”两个要素。这两个要素都基于客观“合理性”要求，虽然采

¹ Atcor Ltd v. Continental Energy Marketing Ltd, [1996] 178 AR 372.

取“客观标准”，但还是有赖于法院的自由裁量权和个案情形，法院并不轻易将事件认定为不可抗力。

事件的“不可预见性”是指，在合同签署时债务人无法预见或不能合理期待债务人能够预见。是否能够“合理预见”的判断标准是，如果理性债务人不能够预见该事件，则可视为该事件不可预见。而这里并不要求债务人预见到所有的可能性并采取特别预防措施，也无需证明此事件从未发生。

事件的“不可抗拒性”是指债务人为应对该事件所作的努力是徒劳无用的，理性债务人采取合理措施避免该事件的发生是不可能的。

“不可抗拒性”还意味着事件导致债务人义务履行不能。如果是部分履行不能，则不能免除其他义务的履行；对于暂时履行不能，可以暂缓履行，除非该履行是义务实现的关键，从而导致义务的终止。如果该事件的发生只是使得履行变得更加困难，是否构成“不可抗力”法院做法不一。¹

第三，第 1470 条第 2 款后半句的“外部原因”(external cause) 如何理解。“外部”的含义并不明确，通常是指债务人的活动或控制范围外的事件，如自然现象，或债务人无法控制的第三方行为。而债务人的雇员罢工或债务人的疾病、机器故障可能就难以认定为“外部原因”。另有一种解释认为，“外部”是指债务人在事件发生时没有参与（不以债务人主观意愿为转移）的事件，债务人的雇员罢工或债务人的疾病、机器故障可以视为外部原因，这也与不可抗力事件的“不可预见性”和“不可抗拒性”相吻合。尽管“外部原因”的含义并不明确，但魁北克法院的司法实践并不将之视为是构成不可抗力事件的

¹ Charlevoix-Est (Municipalité régionale de comté de) c. Tremblay, [2010] QCCA 386. 在该案中，初审法院认为，由于被告本可以采取预测洪水的发生，从而可以尽量减少甚至避免由此带来的困境，因此其不能成功援引不可抗力作为抗辩；被告上诉并主张，由于预测并避免洪水的研究成本极高，因此无法预测。魁北克上诉法院并未支持这一主张。但也有部分案件法院认为使合同履行变得更加困难的事件构成“不可抗力”，如 *Boult v Vacances Esprit*, 2003 CanLII 24307 at paras 3-4 (Qc CQ)，法院认为 911 恐怖袭击构成了不可抗力，因为客户数量减少使得被告在接下来的一年安排旅行活动变得更加困难。但是从客观上说，911 事件只是让合同履行变得困难 (onerous) 而非完全不可能 (impossible)。

重要因素，而是紧紧把握住事件的“不可预见性”与“不可抗拒性”两大要素。因此，债务人的雇员罢工、突发的不可预见疾病都可以视为是不可抗力事件。

不可抗力的法律后果规定在该法典第 1693 条和第 1694 条。第 1693 条规定，债务人因不可抗力不能履行债务，且此等不可抗力发生在他迟延履行之前，或尽管他迟延履行，但因不可抗力债权人任何情形下均不能从债务履行中受益的，债务人的责任解除；但在这两种情形下，债务人已经明示承担不可抗力的风险的除外。不可抗力的举证责任由债务人承担。第 1694 条规定，因履行不能被解除责任的债务人不得主张债权人履行对待义务。债权人已履行的，应返还给付。如债务人已经履行部分债务，债权人仍有义务在他受益的范围内履行其债务。

三、相关司法实践

（一）事件的不可预见以及对合同履行影响程度

1. Atlantic Paper Stock Ltd v St. Anne Nack¹

圣安妮纳克公司（St. Anne Nack，以下简称圣安妮公司）经营一家造纸厂，生产一种作为瓦楞纸原芯的产品，部分原料为次级纤维，即从用过的瓦楞纸箱和装运箱中回收的废纸。1970 年 4 月 10 日，圣安妮公司与大西洋纸业股份有限公司（Atlantic Paper Stock Ltd，以下简称大西洋公司）签订合同，约定圣安妮公司从大西洋公司处独家购买或通过其购买，每年最多一万八千吨、最少一万吨的次级纤维，采购期限为十年。合同约定了以下除外情况：天灾（act of god）、女王的命令、战争、法律、罢工、产品设备的损坏或无市场（non-availability of markets）。14 个月后（1971 年 6 月 9 日），圣安妮公司告知大西洋公司，它不再订购次级纤维，大西洋公司于是在新不

¹Atlantic Paper Stock Ltd v St. Anne Nack , [1976] 1 SCR 580.

伦瑞克省最高法院女王法庭起诉要求赔偿。圣安妮公司援引上述条款中的“无市场”予以抗辩，主张“有市场”应当是有可以获得经济利润的市场，如果无法获利应当视为“无市场”。女王法庭认为“无市场”无法解释成没有经济利润的市场，而不予支持圣安妮公司的主张。圣安妮公司上诉至新不伦瑞克省最高法院上诉法庭，上诉法庭支持了圣安妮公司的主张，认为应当解释成“没有利润的市场”。大西洋公司继而上诉至加拿大最高法院，法院认为初审法院对有无市场的分析采用了客观标准，而上诉庭采用了主观标准，最后，法院没有支持圣安妮公司主张的“无市场”抗辩。

法院首先运用“同类解释规则”（*ejusdem generis*）来解释“无市场”。法院认为任何可以导致免责的事件都应当是超出当事人控制能力的事件，这类条款的共同点在于所发生事件的不可预见和不能控制（*beyond reasonable human foresight and skill*）。

其次，法院对比了双方在合同订立时（1970年）和圣安妮公司违约时（1971年）期间的市场变化情况。法院发现尽管目前圣安妮公司瓦楞纸原芯产品的推广在美国、加拿大、欧洲等市场中均受阻碍，但该种状况实际上在1970年合同订立时就可以预见到。法院认为此时的市场状况和订立合同时的市场状况基本相同，并未发生新的不可抗拒的事件，只是圣安妮公司在订立合同时对行业的竞争程度做了错误预测。法院还指出，瓦楞纸原芯这一产品市场从目前看来并没有完全消失，这从世界范围内对该产品的需求量和其他仍旧从事该产品生产的竞争者那里可以得到证实，只不过由于圣安妮公司自身缺乏竞争力而使得该市场对于其个体而言是一个经济不景气的市场而已。

最后，法院明确地总结道，圣安妮公司目前关于瓦楞纸原芯产品出现经营困境的原因并不是由于无市场所引起的，而是由于缺乏有效的营销计划和运营成本高昂两个自身因素。因此圣安妮公司所指的

“无市场”并不是其合同条款中应当受制于“不能预见和不能控制”的“无市场”，进而不能作为其免责的理由，最终驳回了其抗辩。

2. Tom Jones & Sons Ltd. v. R.¹

汤姆琼斯（Tom Jones）是安大略省政府招标建设某大楼的中标人，在与安大略省政府签订土地租约之后，他告知政府他无法为该项目安排资金。双方合同第 7.11 条规定：因罢工、停工、政府禁令、上帝行为、劳动力或原材料不可用、不可避免的伤亡、民众骚动、战争、火灾、地下环境条件阻碍、极端天气（天气条件偏离加拿大之前五年的环境记录），或任何超出承租人控制能力之外且承租人不存在过错与过失、未预见到或采取合理措施仍不能避免的任何其他原因，善意且无过错的承租人免于违约责任或推迟大楼完工日期。法院认为，没有证据证明汤姆琼斯无法获得资金，而只是由于利率波动影响，他无法按照中标时对其更有利的利率获得该笔资金。法官认为与上述案件类似，合同对于汤姆琼斯只是经济不利。利率浮动确实超出了他的控制能力，但是他无法获得资金并非是由超出他控制的因素导致的，只是由于按照这种利率获得资金使他处于经济上不利和没有利润的情形而已。有证据证明他可以获得资金继续履行合同。因此，这不构成合同中约定的不可抗力事件，汤姆琼斯不能以此免责。

3. Atcor Ltd. v. Continental Energy Marketing Ltd.²

在上述两个案件中，法院主要采用履行不能（impossibility）作为不可抗力事件影响合同履行的判断标准。而在艾特卡尔（Atcor）案中，阿尔伯塔上诉法院似乎背离了这一标准。艾特卡尔公司（Atcor Ltd.）是天然气供应商，向大陆能源销售公司（Continental Energy Marketing Ltd.）提供天然气。天然气是通过第三方管道运输的，由于第三方的压缩机故障，不得不缩减了向艾特卡尔公司的天然气供应

¹ Tom Jones & Sons Ltd. v. R., [1982] 31 OR (2d) 649.

² Atcor Ltd. v. Continental Energy Marketing Ltd. [1996] ABCA 40.

量，影响了艾特卡尔公司的合同履行。艾特卡尔公司与大陆能源销售公司约定了不可抗力条款：如果合同一方当事人不能履行合同义务，而不能履行是不可抗力造成或偶然引起的，不能视为违背合同条款约定。合同中还列举了一些特定类型的事件，以及“任何其他原因，无论是否列举或其他，被要求索赔的当事人无法控制，即使尽到合理注意义务也无法克服的事件”。一审法院指出，不能履行（unable to perform）和未能遵守（fail to observe）是完全不同的，合同中用的是 fail 而不是 unable，如果合同中用 unable 则艾特卡尔公司必须达到不能履行才能够免责，换言之，哪怕第三方缩减供应量，它也无法从别的渠道获得天然气，才能构成“不能履行”。而合同中用的 fail，第三方的行为只需确实造成艾特卡尔公司违约即可，而不需要再通过其他手段减轻违约造成的损失或补救合同履行。上诉法院科伦斯法官（Justice Kerens）虽然并不满意一审法院提出的 unable 和 fail 的区分，以及阻止（prevent）和妨碍（hinder）合同履行的差别，但是指出判断事件能否构成不可抗力的门槛应当是：当事人无需证明不可能履行合同（impossible），但是该事件造成的影响应当是从商业经营角度真实且实质性的影响（in commercial terms, a real and substantial problem）。

4. Domtar Inc. v. Univar Canada Ltd.¹

尤尼威尔公司（Univar Canada Ltd.）向原告多姆塔公司（Domtar Inc.）供应氢氧化钠，双方订立合同约定每吨售价 545 美元。几年后，氢氧化钠价格疯涨，尤尼威尔公司与多姆塔公司商谈提高供应价格，多姆塔公司继续从尤尼威尔公司购买氢氧化钠直到合同约定期限终止，并表示属于被迫支付更高价格并保留追索权利。多姆塔公司在不列颠哥伦比亚省起诉要求获赔其支付的超出 545 美元的价款。被告尤

¹ Domtar Inc. v. Univar Canada Ltd., [2011] BCSC 1776.

尼威尔公司援引合同中的不可抗力条款，尽管被告在抗辩中也提到了上述艾特卡尔案，但法院认为本案与艾特卡尔案并无关联，依旧采取了“不可能履行”的标准，认为依据市场价供应氢氧化钠只构成定价行为，而并非致使合同无法履行。如果当事人希望降低不可抗力的使用门槛，则应当考虑在合同约定中降低门槛。

（二）禽流感爆发构成不可抗力

1. Lebrun c. Voyages à rabais (9129-2367 Québec inc.)¹

娜塔莉勒布朗（Lebrun）等诉折扣旅行社和阳翼度假集团案中，原告认为被告并未履行告知墨西哥 H1N1 禽流感爆发的义务，如果告知他们就会取消行程，被告应当赔偿旅行套餐的所有损失。折扣旅行社声称它只是中介机构，不对原告承担责任，总经销商阳翼度假集团主张不可抗力。法院认为，尽管阳翼度假集团的合同中规定了不可抗力条款，该条款规定了政府健康信息公告等作为不可抗力事件，但是根据《消费者保护法》，经营者不能单方面规定什么属于不可抗力事件，因此不适用该合同条款来认定不可抗力事件，而应当适用《魁北克民法典》第 1470 条来认定 H1N1 的爆发是否属于不可抗力，即事件要满足不可预测和不可抗拒两个特征。

原告认为，墨西哥爆发 H1N1 病毒是在合同订立之日（2019 年 4 月 15 日）之前就可预见的事件，因为墨西哥早在 3 月 28 日就发现了第一起病例，被告可以通过各种网站获得这些信息。而被告认为该病毒爆发在 4 月 15 日前是不可预见的，因为当时加拿大并未发布任何禁止前往墨西哥旅行的正式通知。法院通过证据查明，在 4 月 15 日前，墨西哥认为这类流感病例更具有传染性，而在 23 日左右才认为达到严重级别，4 月 24 日至 25 日加拿大卫生部门才官方发布预警信息。尽管被告有义务向客户提供信息，但是没有必要查询所有公布事

¹ Lebrun c. Voyages à rabais (9129-2367 Québec inc.), 2010 QCCQ 1877.

实的非官方网站以阻碍客户的旅行计划，否则将给被告带来不合理的负担，被告应当在合理谨慎和勤勉的程度下关注官方机构的传播信息。因此，在合同订立时，该事件不可预测，且履行期间也是不可抗拒的。

2. 贝兰德诉三河城旅行社案¹

原告玛丽贝兰德 (Béland) 等在三河城地区法院起诉加拿大三河城旅行社 (Voyage Charterama Trois-Rivières ltée)，案情与前述案件类似，因墨西哥爆发甲型 H1N1 病毒，原告从墨西哥紧急返回，要求旅行社赔偿旅行费用和相关损失。2009 年 3 月 17 日原告购买了旅行社为期 15 天的全包旅游套餐，从加拿大蒙特利尔出发前往墨西哥度假。4 月 30 日他们收到了阳翼度假集团 (Sunwing Vacations Group) 的通知，告知加拿大公共卫生署 4 月宣布警告旅行者墨西哥爆发甲型 H1N1 病毒，公司决定安排航班使所有在墨西哥的游客提前返回加拿大。被告于 5 月 1 日登上返回加拿大的飞机，6 月 2 日阳翼度假集团以旅行券的形式补偿原告未使用的住宿费用，原告拒绝接受。原告主张，被告三河城旅行社违反合同义务，提供的住宿也不符合合同约定，要求赔偿 4060 加元的损失。被告主张已经履行了合同义务，且 H1N1 的爆发构成不可抗力；被告旅行社还主张要求原告返回加拿大的决定是总经销商阳翼度假集团的决定，集团应当提供担保以回应原告的要求，阳翼度假集团也主张它对原告的损失因不可抗力不承担责任。三河城地区法院根据《魁北克民法典》第 1470 条规定，构成不可抗力应当是不可预见且不可抗拒的事件。首先，H1N1 的爆发具有不可抗拒的特征；其次，加拿大公共卫生局和世界卫生组织作出反应也在 4 月份，早在 3 月 17 日原告购买旅游套餐时没有迹象表明被告可以预测病毒的爆发，该事件具有不可预测性。

¹ Béland c. Voyage Charterama Trois-Rivières ltée, [2010] QCCQ 2842.

四、新冠肺炎疫情是否构成不可抗力

首先，加拿大目前并没有专门立法对 COVID-19 是否可以作为不可抗力事件作出明确的规定。在魁北克省依旧适用《魁北克民法典》第 1470 条。需要注意的是，如果当事人之间约定了不可抗力条款，原则上依照当事人约定，但如果属于消费者合同，则可能受制于不公平条款规则的限制，经营者无权规定哪些属于不可抗力事件，继而适用《魁北克民法典》第 1470 条、第 1693 条。

在普通法系的省份，这一问题首先取决于合同条款是否规定流行病作为不可抗力事件，如果条款中有类似的规定则当事人可以援引。但若条款中没有规定或规定不明，则需要通过合同解释来判断 COVID-19 是否属于不可抗力事件。根据前述，不可抗力事件需要满足：当事人不可预见和不能抗拒两个要素，以及对合同履行的影响程度、事件发生与损害结果之间的因果关系等。具体能否构成合同约定的不可抗力事件，则依照个案判断和证据证明情况。当事人需要证明 COVID-19 的发生属于合同订立时不可预见，合同履行过程中不可抗拒；如果新冠疫情使得合同履行变得不可能，则足以援引不可抗力条款免责；如果新冠疫情只是延迟合同履行的时间或提高了履行的成本，或者可以通过其他的渠道履行合同，则当事人不一定能够因此而免责。若合同没有约定不可抗力条款，则只能适用“合同受挫原则”。

第三章 澳大利亚

一、概论

澳大利亚的法律承袭英国法的传统，以判例法为主体，近年来成文法有较大发展。澳大利亚的法律体系有两种主要的法律类型：判例法和成文法。判例法源于法官的判决，虽然随着时间的变化判例法已经发生了变化，但大部分仍然继承了来自英国的普通法。各州可能有差异，但总体而言，判例法趋于相似。成文法由联邦议会或各州制定，经过议会辩论后颁布，并且成文法只能由议会进行变更。

与大陆法系不可抗力制度不同，澳大利亚法律对不可抗力条款没有统一标准，各州对于不可抗力的定义、应用和操作也不尽相同。¹ 不可抗力在澳大利亚的法律体系中是一种合同法上的概念，因此要严格依据合同中不可抗力条款的具体规定、范围和实际情况进行认定和适用。

例如 2004 年西澳大利亚州颁布的《铁路和港口协议法》(Railway and Port (the Pilbara Infrastructure Pty Ltd) Agreement Act 2004)，²其中附件一第 29 条是关于不可抗力条款的规定，该条款采取了列举及兜底条款的方法对不可抗力事件进行了界定，内容如下：

“本条款适用于由于履行义务方的能力和控制范围之外的情形，导致履行本协议义务时发生的任何延误、以及履行本协议项下持续义务的暂时中止，包括（不限于上述一般性规定）由于天灾、不可抗力、地震、洪水、暴风雪、暴风雨、火灾（除非是由于履行义务方的实际

¹值得一提的是澳大利亚合同法以英国普通法为基础，而非以法典或成文法形式予以规定。

² https://advance.lexis.com/document/documentlink/?pdmfid=1000516&crd=bb8ded79-5977-490b-a873-0435d4e80b85&pddocfullpath=%2Fshared%2Fdocument%2Flegislation-au%2Furn%3AcontentItem%3A5SDY-TMD1-JSRM-648D-00000-00&pdpinpoint=WA_ACT_2004-77_20101211_SCH1DVBFORCEMAJEUREB&pdpcontentcomponentid=328202&pddoctitle=Force+majore&pdpproductcontenttypeid=urn%3Aapct%3A179&pdiskwview=false&ecomp=2sn3k&prid=a722180d-cb81-454b-a2df-3fab5d108fae；州协议（State Agreements）是西澳大利亚州政府与西澳大利亚州境内重大项目的支持者之间的法律合同，是该州对项目的支持和承诺的象征和标志。

过失或者私谋造成上述事件)、战争行为、公敌的行为、暴乱、内乱、罢工、停工、限制劳动或者其他类似事件(不论是部分发生还是普遍发生)、联邦的作为或者不作为,劳动力或者必要材料的短缺,建筑承包人的合理过失、延误、由世界整体经济状况引起的因素、由任何政府或者政府当局或其代表采取的行动引起的因素(国家以及任何国家的主管机构除外),或者无法合理预见到的因素导致的延迟或者暂时中止,履行义务受到上述任何原因影响的一方必须及时通知另一方或者其他方,并且在事件发生后,应尽其最大努力将事件的影响降到最低。”¹

实践中多数不可抗力条款具有相似的特征,一般会规定特定事件导致的合同部分或者全部不能履行的情况下如何分配风险。依据合同自由原则,各方可以自由设置、定义其认为合适的不可抗力事件的参数。一般而言,不可抗力事件包括三个要素:(1)通过自然或者人为的力量产生;(2)各方不可能合理预见到;(3)完全超出了当事方的控制范围,无法避免其后果。法院会根据该条款的措辞、具体案件事实,对不可抗力的范围和效力进行逐案确定,并且在通常情况下,援引不可抗力的一方要承担事件本身的举证责任。²

¹ 原文参见 *Railway and Port (The Pilbara Infrastructure Pty Ltd) Agreement Act 2004*, section 29 Force Majeure provides:

This Agreement shall be deemed to be made subject to any delays in the performance of the obligations under this Agreement and to the temporary suspension of continuing obligations under this Agreement that may be caused by or arise from circumstances beyond the power and control of the party responsible for the performance of those obligations including (without limiting the generality of the foregoing) delays or any such temporary suspension as aforesaid caused by or arising from act of God, force majeure, earthquakes, floods, storms, tempest, washaways, fire (unless caused by the actual fault or privity of the party responsible for such performance) act of war, act of public enemies, riots, civil commotions, strikes, lockouts, stoppages, restraint of labour or other similar acts (whether partial or general), acts or omissions of the Commonwealth, shortages of labour or essential materials, reasonable failure to secure contractors, delays of contractors, factors due to overall world economic conditions or factors due to action taken by or on behalf of any government or governmental authority (other than the State or any authority of the State) or factors that could not reasonably have been foreseen PROVIDED ALWAYS that the party whose performance of obligations is affected by any of the said causes must promptly give notice to the other party or parties of the event or events and shall use its best endeavours to minimise the effects of such causes as soon as possible after the occurrence.

² *Channel Island Ferries Ltd v Sealink UK Ltd* [1988] 1 Lloyd's Rep. at [323]; *Brauer & Co (Great Britain) Ltd v James Clark (Brush Materials) Ltd* [1952] 2 All ER at [497].

二、合同受挫与不可抗力制度

澳大利亚、英国、美国和其他许多国家的普通法国家都承认合同受挫原则，认为要求当事方在合同受挫的情况下坚持履行合同是不公平的。合同受挫的目的是在发生各方无法控制的超前事件或者履行合同的情况发生了根本性变化时，减轻当事人的责任。¹合同受挫事件一般应当考量三个要件：（1）继续履行合同将与与合同约定有本质差别；（2）出现与签订合同时完全不同的情况；（3）继续履行义务将剥夺一方原本应当获取的所有利益。²

合同受挫原则也可能适用于那些触发不可抗力条款的情形。与不可抗力不同的是，在澳大利亚，对合同受挫原则的界定不仅仅依据合同条款和具体情形，还出现在许多个州（新南威尔士州、维多利亚州、南澳大利亚州）的成文法中，例如 1978 年新南威尔士州的《合同受挫法》对第 5 条中对“frustration”的界定援引该州《1923 年商品销售法》第 12 条的规定：

“在合同达成之后、出售之前货物灭失：在达成出售特定货物的协议后、且在风险转移给买方之前，买方或者卖方没有任何一方存在过错的情况下，货物灭失的，则该协议终止。”³

不可抗力条款与普通法合同受挫原则之间存在明显的重叠，二者都涉及到无辜的当事人，当出现约定的不可抗力事件和合同受挫事件时，合同当事方解除进一步履行的义务。但是二者存在区别。合同受挫原则根据法律在特殊事件下，自动终止履行合同义务，而不可抗力

¹Davis Contractors Ltd v Fareham Urban District Council [1956] AC 696 at 729 per Lord Radcliffe (approved National Carriers Ltd v Panalpina (Northern) Ltd [1981] AC 675 at 688, adopted Codelfa Construction Pty Ltd v State Rail Authority of New South Wales (1982) 149 CLR 337).

²Scanlan's New Neon Ltd v Tooheys Ltd (1943) 67 CLR 169, Lindsay-Owen v Associated Dairies Pty Ltd [2000] NSWSC 1095 at [11], Western Power Corp v Normandy Power Pty Ltd [2001] WASC 202 at [198].

³英文原文参见 *Sale of Goods Act 1923 No 1*, section 12 says:

“Goods perishing before sale but after agreement to sell: Where there is an agreement to sell specific goods, and subsequently the goods without any fault on the part of the seller or buyer perish before the risk passes to the buyer, the agreement is thereby avoided.”

和类似条款根据合同当事人约定，对风险进行分配。¹

合同受挫通常情况下范围非常狭窄、很难成立。例如禁制令，²合同标的物理性的破坏，³法律的改变⁴等。而不可抗力条款则由当事人对于可能的事件进行穷尽列举、或非穷尽列举和订立兜底条款，在诉讼案件中由法院进行认定。由于当事人的有限理性，不可抗力条款并不能写明所有的意外情况，无法完全规定各方应当承担的义务。

此外，在效力方面，不可抗力条款通常涉及分情况处理所涉事件，而合同受挫会导致从合同受挫之日起的所有义务都将终止。任何一方都不能因另一方不履约而要求对方赔偿，因为双方都没有过错。在塔斯马尼亚州、昆士兰州、北领地、堪培拉和西澳大利亚州，依据普通法，承受经济和财务损失的一方可以寻求恢复原状。而在新南威尔士州、南澳大利亚州和维多利亚州，由成文法规定了合同受挫后的救济方式：具体规定在新南威尔士州《1978 年受挫合同法》的第 3 部分；南澳大利亚州《1988 年受挫合同法》第 7 条和维多利亚州《2012 年澳大利亚消费者法和公平交易法》第 3.2 部分。这三个州的法律允许法院按照具体情况调整当事方的处境，以防止在普通法下采取“合同受挫时，谁损失谁承担”（“when a contract has been frustrated, losses lie where they fall”）的方法可能出现的不公平现象。依据这些法律，当事方有可能有权要求追回已经支付的款项或补偿已经履行的合同义务。所以，在具体案件中确定应当适用哪一州的法律是非常必要的。

如果当事人在合同中约定的不可抗力条款包含了构成受挫事件的情形，那么合同受挫原则的适用将大大受限。如果合同中的不可抗

¹Force Majeure Clauses, 2007 JCL LEXIS 52.

² Codelfa Construction Pty Ltd v State Rail Authority of NSW (1982) 149 CLR 337.

此外合同受挫的情形还包括：标的收到物理性破坏、死亡或丧失能力、国家干预、自然灾害与占中、严重的恐怖主义行为等。See Anthony Groom: *Force Majeure Clauses*, AMPLA YEARBOOK 2004, 289.

³ Taylor v Caldwell (1863) 122 ER 309.

⁴ Scanlans New Neon Ltd v Tooheys Ltd (1943) 67 CLR 169.

力条款约定的范围很窄且并未明确特定事件发生的后果，那么合同受挫原则仍可能被适用，或者会由法院来决定。

由于合同受挫原则适用较为严苛，且适用结果也往往不尽如人意，尤其是合同受挫将会整体终止合同，因而合同双方一般倾向把不可抗力条款约定地尽量宽泛来处理双方关系。相较于合同受挫原则，不可抗力条款能够提供更明确的解决方法，发生特定事件可能只是对不履行行为提供辩护、中止履行或者延长履行时间，并不必然导致整个合同终止。¹

三、具体案件中的应用

（一）不可抗力的认定——政府行为

在埃文斯律师事务所诉花旗银行有限公司案²中，欧洲银行在其交叉索赔中声称花旗银行欠其 8,118,600.90 美元（初始存款额及截至 2000 年 11 月 29 日的应计利息），要求花旗银行有限公司向其支付所有存款以及利息。花旗银行辩称，联邦调查局（FBI）在 2000 年 11 月扣押了花旗银行的资金，这属于不可抗力事件，因此除非 FBI 将资金退还，否则花旗银行没有义务偿还本金。

本案的关注焦点之一是根据欧洲银行与花旗银行有限公司之间《一般账户协议》（General Account Agreement）中的不可抗力条款，花旗银行有限公司是否有责任偿还欧洲银行向其存入的计息存款，当存款资金处于被美国 FBI 扣押或者被美国法院控制期间，花旗银行的偿付责任是否中止。

解决上述问题需要厘清适用于该存款的相关条款应当如何正确解释，花旗银行的一般账户情况（the General Account Conditions）中第 7.1 条规定：“如果不可抗力事件导致履行义务受到了阻碍或者延迟，花旗银行未能履行与该账户有关的义务的，花旗银行不承担任

¹ 参见 Articles: Partial Termination of Contracts, 2007 JCL LEXIS 20.

²Evans & Associates v Citibank Ltd [2003] NSWSC 204, BC200301235.

何责任。在这种情况下，只要不可抗力事件一直持续，相关义务的履行将被暂停，条件是本金金额以及应计利息不会因此停止计算。”

《一般账户协议》第 12 条对“不可抗力事件”的定义是：“由于花旗银行合理控制范围之外的原因而发生的任何事件，以阻止了应履行的义务。它包括但不限于由于天灾、技术故障、政治内乱、火灾、劳资纠纷或因政府机构的任何要求而引起的事件。”¹

法院认为，毫无疑问，联邦调查局（FBI）从花旗银行有限公司在花旗银行北美的账户中没收资金是超出花旗银行有限公司合理控制范围的事件，扣押是“不可抗力事件”中的“政府机构行为”。需要确认的问题是，该没收行为是否阻碍花旗银行有限公司“适当履行”（due performance）合同义务。法院认为“适当履行”在此不仅是指依照合同约定履行义务，还应当考量双方共同意图，采取适当的、预期的方式来履行义务。最终，法院认定 FBI 的扣押属于“不可抗力事件”。²

通过本案可知，扣押作为一种政府机构行为，是属于当事人无法预见、且超出当事人合理控制范围的事件，如果该事件造成当事人到期无法适当履行义务的，可以认定这一政府机构行为属于“不可抗力”，承担义务的一方当事人可以中止履行义务、不承担违约责任，直到扣押的款项退还（不可抗力事由消灭）。但是如果该事件并没有导致义务无法履行的，只是导致履行义务需要承担一定损失的，不应认定为是“不可抗力”。

（二）不可抗力条款中的兜底性条款认定

在加德纳诉农业和农村金融私人有限公司案（Gardiner v

¹ 英文原文参见 Evans & Associates v Citibank Ltd [2003] NSWSC 204, BC200301235: A “Force Majeure Event” is defined as meaning: “any event which occurs due to reasons beyond the reasonable control of Citibank so as to prevent the due performance of an obligation. It includes, but is not limited to, an event due to acts of God, technological breakdown, political or civil unrest, fires, labour disputes or any requirement of governmental agency.”

² Evans & Associates v Citibank Ltd [2003] NSWSC 204, BC200301235.

Agricultural and Rural Finance Pty Ltd)¹中，一家名为大洋洲农业有限公司 (Oceania Agriculture Ltd) (下称“大洋洲公司”) 向澳大利亚证券委员会提交了一份关于“麦考瑞港茶树种植园”(Port Macquarie Tea Tree Plantation) 项目的招股说明书，这个项目原本计划运营 17 年，但是在第五年终止了。其中，项目内的投资计划中涉及一项融资安排，即农业和农村金融私人有限公司 (下称 A&R 公司) 提供融资，投资者按照协议支付投资，此外大多数投资者还签订了赔偿协议 (indemnity agreement)，约定大洋洲公司同意在特定情况下，对他们在贷款合同中承担的还款义务进行赔偿。由于原本预期上涨的茶树油价格急剧下跌，并且项目合同规定如果受托人职位空缺六十天、未任命新的受托人，则合同终止，因此项目在 2003 年 1 月 4 日终止。A&R 公司要求所有投资者偿还贷款资金，投资人称补偿协议有效并且可执行，要求大洋洲公司赔偿、免除其偿还贷款协议的义务。

赔偿协议的第二条规定了免除投资者义务、由大洋洲公司赔偿的特定条件，其中就有“不可抗力”条款 (借款人由于以下原因而停止经营业务的，规定在许可和管理协议第 31 (a) 条): “……超出农民，管理人，许可人或受托人 (视情况而定) 控制范围之外的任何其他原因，但农民、许可人、管理人和受托人必须始终使用商业上合理的努力来克服或缓解上述任何此类事件的影响。”

争议问题包括：经济状况的变化是否构成不可抗力条款中的“控制范围之外”的情形；以及受托人职位空缺及其持续 60 天是否是第 31 (a) 条规定的“不可抗力”事件中的“(视情况而定的) 控制范围之外的任何其他原因 (other causes beyond of the control)”。

法院承认经济状况的变化会极大地改变一个项目商业方面的利

¹Gardiner v Agricultural and Rural Finance Pty Ltd [2007] NSWCA 235, BC200707679.

益,在某种意义上说,它们超出了商业协议的当事方的控制范围之外,但只具备商业上的不能履行 (mere commercial impracticability) 并不以构成不可抗力事件,如果仅因为履行对商品和服务的提供者而言变得不经济,就认定为超出了合同当事方的控制范围,这是不能接受的。

法院认为不可抗力事件是合同规定的、由于当事方无法控制的情况,导致其全部或部分的合同义务被解除,并指出认定构成不可抗力事件的特征主要有以下几个方面 (a) 不可抗拒; (b) 不可预见; (c) 在要求履行合同的当事方的控制范围之外 (external to the person claiming discharge); (d) 使得履行合同变得不可能,而不仅是履行更为繁重。¹在本案中, a、b、d 的条件都不符合。

因此,法院认为本案虽然不可抗力条款中约定了“(视情况而定的) 控制范围之外的任何其他原因”,但是单纯商业上的无法实施不能足以被认定为不可抗力,因此货物价格大幅度下跌、职位空缺并持续 60 天不属于不可抗力事件。

兜底性条款是指在合同中约定的,对“不可抗力”事件的不完全列举之外,规定的“视情况而定的、超出当事人控制范围之外的任何其他原因”,这种事件也可能属于不可抗力条款的范围内。如果履约仅仅对商品和服务的提供者变得不经济,履约并不会因此超出合同当事方的控制范围。但是在服务接受者主张目的受挫的情况下,法院可能采取对合同受挫后“意外履行不能”(supervening impossibility) 的更为严格的检验。

类似案件还有现代商船有限公司诉达特布鲁克煤炭(销售)有限公司案 (Hyundai Merchant Marine CO Ltd v Dartbrook Coal (Sales) Pty Ltd)², 法院认为如果履行不切实际 (impracticability of

¹ Gardiner v Agricultural and Rural Finance Pty Ltd [2007] NSWCA 235, BC200707679, at [223].

² Hyundai Merchant Marine CO Ltd v Dartbrook Coal (Sales) Pty Ltd [2006] FCA 1324, BC200608065.

performance) 并不等于无法履行(prevention of performance)。

(三) 履行不能的认定

在 Yara Nipro 私人有限公司诉 Interfert 澳大利亚私人有限公司 (Yara Nipro Pty Ltd v Interfert Australia Pty Ltd)¹案中, Yara Nipro Pty Ltd (以下简称 Yara 公司) 和 Interfert Pty Ltd (以下简称 Interfert 公司) 订立出售 4000 公吨尿毒的协议, 由 Interfert 公司从俄罗斯或者乌克兰进口, 向 Yara 公司供应货物。但是 Interfert 公司无法从预定的供货商那里购买, 最终也没有将尿素卖给 Yara 公司, 因此 Yara 公司要求未能提供货物的 Interfert 公司承担责任。

Interfert 公司试图援引货物销售协议中的不可抗力条款, 主张分包商不能交付货物属于他们无法控制的情况。合同中的这一条款约定“如果延误或失败是由于该方无法合理控制的情况引起的, 则任何一方均不承担任何延迟或不履行其在合同项下的义务的责任, 包括..., 未向 Inerfert 公司供应产品 (non-supply to Interfert of product) ……”。

争议问题是 Interfert 公司没有履行交货义务是否属于超出其合理控制范围内的情况所致。

法院承认第三方不提供货物确实超出了 Interfert 公司的合理控制范围内, 但是这不一定是使其无法履行合同的唯一原因, 法院认为主张不可抗力的一方需要证明不可抗力的发生与不能履行之间存在因果关系, 并且证明无法通过替代性方式履行合同。因此尽管有不可抗力条款, Interfert 公司仍应承担损害赔偿责任, 因为“未向 Inerfert 公司供应产品”(“non-supply to Interfert of product”)并非仅仅适用于 Interfert 公司从特定的供应商处购买产品,

¹Yara Nipro Pty Ltd v Interfert Australia Pty Ltd [2009] QSC 314, BC200908932.

Interfert 公司可以通过从另一子供应商处购买产品来避免延迟交付，合同的履行并非完全不可能。并且即使通过不可抗力条款，也不能仅仅因为某种特定的供应来源难以获得或材料短缺而免除产品卖方的责任（特别是可以通过付出一定的代价来克服这种困难）。¹

每个行业的公司都可能会遇到由于天气、供应商、分包商和其他无法预料的因素而导致的合同义务履行延迟，当事人通常会考虑适用“不可抗力条款”来解决此类延误的发生。本案中昆士兰州法院在认定是否“超出合理控制范围”时，认为尽管有“不可抗力条款”，被告仍应当承担责任，因为延误不是由于被告无法合理控制的情况造成的，被告完全可以从另一供应商处采购货物，也就是说当援引不可抗力条款免除交货义务时，义务方应当证明无法从其他渠道购买替代产品。

（四）合同受挫的认定——“禁制令”

Codelfa 建设私人有限公司诉国家铁路局（新南威尔士州）案²中，Codelfa 建设私人有限公司（以下简称 Codelfa 公司）获得招标，为新南威尔士州的铁路线开挖隧道。双方合同规定 Codelfa 公司在 130 周内完成所有工作。Codelfa 公司按照其提交的投标书中的计划，每周六天、连续每天三班进行工作，周日不受限制。此外双方还假定 Codelfa 公司享有法定豁免权。但是 Codelfa 公司开工后，由于施工造成的噪声等问题，导致当地居民多次到市政厅申请禁制令。禁制令的结果是，Codelfa 减少为每周工作六天（星期日不工作），每天只有两班。

以上原因导致合同履行延迟，Codelfa 公司因此主张要求赔偿额外费用，作为违反默示保证的损害赔偿或在合同受挫后按劳计酬给予补偿。赔偿用以弥补因无法按预期工作方式而造成的额外费用和利润

¹P J van der Zijden Wildhandel NV v Tucker & Cross Ltd [1975] 2 Lloyd's Rep 240; Atisa SA v Aztec AG [1983] 2 Lloyd's Rep 579; Exportelisa SA v Guiseppe Figh Soc Coll [1978] 1 Lloyd's Rep 433.

²Codelfa Construction Pty Ltd v State Rail Authority (NSW) (1982) 149 CLR 337; (1982) 41 ALR 367; (1982) 56 ALJR 459; (1982) NSW ConvR 55-070; [1982] HCA 24; BC8200083.

的损失。

本案中的争议问题是合同内是否存在默示诚信条款；发布的禁制令是否导致发生的情况与合同所设想的情况“根本不同”（radically different），构成合同受挫。

法院根据 BP Refinery (Westernport) Pty Ltd v. Hastings Shire Council¹案，提出了 5 条认定合同中是否包含事实上的默示诚信条款的标准：（1）它必须是合理的、公平的；（2）它对实现合同的商业效能是必要的，如果合同没有默示条款也同样能实现预期目的，那么默示条款就没有存在的必要；（3）它必须是显而易见的，达到“不言而喻”的程度；（4）它的内容能明确表达出来；（5）它不能与合同中任何明示条款相抵触。因此法院不认为本案存在默示诚信条款，而倾向于认为这是合同受挫问题。

在分析合同是否受挫的问题上，法院遵循了戴维斯承包商有限公司诉费勒姆市议会案²中关于“合同受挫”的定义，即“当法律承认没有任何一方违约的情况下，合同义务的履行变得不可能时，就会发生合同受挫，因为合同要求履行的情形与实际导致的情形已经完全不同。”法院认为禁制令造成的现实情况与合同订立时设想的情况存在根本差异，导致一方无法按照特定事件完成工作，构成合同受挫。

合同本身不要求每周六天以三班制连续进行工作，但它需要在 130 周内完成工程。合同双方均认为三班制合同的履行不会受到任何私人的干预。但是在禁制令实行之后，限制了工作时间、禁止夜间工作，使得 Codeifa 公司无法继续执行合同约定的三班制，以符合合同要求的方式进行工作已变得不合法，该情况与合同所设想的情况根本不同。案件中禁制令的颁布，导致合同受挫、合同目的落空，因此 Codeifa 公司有权获得赔偿。

¹ B.P. Refinery Pty. Ltd. v Hastings Shire Council (1977) 52 A.L.J.R. 20.

² Davis Contractors Ltd v Fareham Urban District Council [1956] UKHL 3, [1956] 1 AC 696, House of Lords (UK).

四、新冠疫情是否构成不可抗力或合同受挫

如前文所讨论的，与我国的不可抗力原则不同，在澳大利亚法律体系下，不可抗力是合同之物，需要由双方当事人在合同条款中进行具体约定。Covid-19 疫情是否构成不可抗力，需要根据具体的合同约定来进行具体判断。如果合同的不可抗力条款下规定有类似于“传染病”、“疫情”（如“infectious disease”，“epidemic”，“pandemic”）等类似一词汇，那么 Covid-19 构成不可抗力事件。“政府行为”“国家紧急状态”等也可能会构成不可抗力事件。

如果不可抗力条款中有列举之外的兜底性条款，例如“超出当事人合理控制范围”，还需要依据具体情况进行解释。依据不可抗力条款的当事方需承担举证责任，包括证明不可抗力事件的影响和程度，以及其采取了合理的努力来克服和减轻该影响。

如果合同中没有约定不可抗力条款，在特定情况下当事人有可能依赖合同受挫原则。但是如上文所探讨的，合同受挫原则适用范围狭窄，条件严苛。Covid-19 是否导致合同受挫还需要具体案件具体分析，例如仅仅是履行合同困难增加或者不方便，或者履行合同只是暂时受阻，不足以构成合同受挫。Covid-19 可能构成合同受挫的几种情形包括：（1）必要人员的缺乏；¹（2）合同必须在一定期限内履行完毕；²（3）约定履行合同的特定方式变得不可能实现。³合同受挫原则的适用可能会导致合同终止，这是合同当事方在主张合同受挫前需要考量的问题。

如果当事方在合同受挫之前支付款项或者履行义务，应当明确合同应当适用的法律。根据新南威尔士州、维多利亚州及南澳大利亚州

¹Poussard v Spiers (1876) 1 QBD 410.

²Codelfa Construction Pty Limited v SRA of New South Wales (1982) 149 CLR 337.

³Davis Contractors Ltd v Fareham Urban District Council [1956] AC 696; Tsakiroglou & Co Ltd v Noble Thorl GmbH [1962] AC 93.

的成文法，当事方可能要求弥补自己的损失。但是在其他州，依据普通法，合同受挫时，已造成的损失由自己承担。

第四章 日本

一、不可抗力的概念

日本没有在《民法典》或其他法律明确规定不可抗力的定义，但是根据日本法律普遍遵循的合同自由原则，当事方可以通过合意在其合同中加入不可抗力条款对立法空白予以填补。¹实践中除非与《民法典》第90条规定的一般原则（例如公共政策）或是《消费者保护法》《公平竞争法》相抵触，否则法院一般认可此类不可抗力条款的效力。在认定条款有效的前提下，法院会根据条款的措辞和案件的事实，在个案中对条款进行解释和适用。²

日本法院对合同条款的解释主要侧重于合同的明确措辞，但在一些情况下法官也可以考虑书面协议之外的因素，这些因素包括当事方之间的通信和通讯的内容。例如，如果从整个合同和当事方的目标来看，如果严格阅读该条款并不合乎逻辑，则法官可能会考虑确保该条款的合理解释。发生不可抗力事件的举证责任通常由援引不可抗力条款的一方承担。如果当事人成功证明合同义务履行失败是由于不可抗力事件引起的，则其后果将取决于不可抗力条款的内容。

二、不可抗力的成文法规

日本法律对于不可抗力的规定散见于其《民法典》《商法典》的各个特定领域，条文之间联系并不密切，缺少原则性规定对各个条文进行统一规范。

日本《民法典》在不可抗力方面的条文包括：

¹ Hogan Lovells, “The COVID-19 pandemic and Force majeure Clauses in Japan”, <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=e0a8890c-0aae-4709-a77f-1ac5ee98e733>, accessed April 18, 2020.

² 日本法院对合同条款的解释主要侧重于合同的明确措辞，但在一些情况下法官也可以考虑书面协议之外的因素，这些因素包括当事方之间的通信和通讯的内容。例如如果从整个合同和当事方的目标来看，如果严格阅读该条款并不合乎逻辑，则法官可能会考虑确保该条款的合理解释。详见 Baker McKenzie, “Force Majeure Under Japanese Law”, http://www.bakermckenzie.co.jp/wp/wp-content/uploads/20200319_ClientAlert_Dispute_Resolution_Force_Majeure_under_Japanese_Law.pdf, accessed April 18, 2020.

1、在永佃权方面，日本《民法典》第 274 条规定：永佃权人虽因不可抗力致收益受损失时，亦不得请求佃租的免除或减少。该法第 275 条规定，永佃权人，因不可抗力连续三年以上完全未获得收益，或者五年以上所得收益少于佃租时，可以放弃其权利。

2、就质权而言，日本《民法典》第 348 条规定：质权人，于其权利存续期间，可以以自己的责任就质物进行转质。在此情形，因转质产生的损失，即便来源于不可抗力，亦负其责任。

3、在债权方面，日本《民法典》第 415 条规定，当债务人没有按照债务目的履行以及债务履行不能之时，债权人可以请求由此产生的损害的赔偿。但根据合同和其他债务发生原因及交易上的社会共通观念，债务不履行是由无法归责于债务人的事由所造成的情况不在此限。这条规定是否是关于不可抗力的规定在日本学界存在争议，也有人认为该条文单独构成另一原则，即免责规则。（債務者の責めに帰すべき事由によらない債務不履行）

此外，日本《民法典》第 419 条规定，以金钱给付为标的债务的不履行产生的损害赔偿，债务人不得以不可抗力进行抗辩。与此同时，租赁方面，日本《民法典》第 609、610 条规定，以收益为目的的土地承租人，因不可抗力使得所得收益少于租金时，可以以收益额为限请求减少租金。但宅地的租赁，不受此限制。在前条情形下，租赁人因不可抗力，连续两年以上取得的收益少于租金时，可以解除合同。

日本《商法典》也规定了不可抗力制度。具体包括：

1、日本《商法典》第 596 条规定：旅馆、餐饮店、浴场等经营人员，对于客户寄存的物品灭失或毁损的，除非证明是不可抗力造成的，否则不能免除损害赔偿责任。

2、在海上保险方面，日本《商法典》第 828 条规定：航海途中，因不可抗力作为保险标的物的货物被出售的，保险人应负责赔偿以下

第一项金额扣除第二项金额所得金额：

其一保险价值(有约定保险价值时，为该约定保险价值)；

其二该货物出售所得货款减去运费及其他费用。

通过考察上述条文可以发现，尽管日本《民法典》和《商法典》等法律中存在明确使用了“不可抗力”一词的条文，但是这些条文仅仅针对非常具体的情况。而对于不可抗力的具体定义或是不可抗力的适用要求，目前日本并没有通过法律条文予以明确。¹

三、司法实践

(一) 阪神淡路大地震损害赔偿请求案²

1. 案情

货主与原告签订了保险合同，在阪神淡路大地震发生时，被告三菱仓库株式会社拥有的位于神户市中央区港岛的三菱仓库港口岛（以下简称“三菱仓库”）营业所内的仓库内的化学药品发生倾倒，化学药品流出并和散落在地上的水分引起了化学反应从而引起了火灾，进而导致仓库内的货物被烧毁。保险公司在向货主赔偿之后代位向货物仓储方即被告提起了赔偿诉求。

2. 法官意见

就可预测性而言，因为造成货物损毁的大火是由于大地震后仓库内的化学药品发生倾倒，化学药品流出并和散落在地上的水分引起了化学反应从而引起。很明显，如果没有大地震化学药品不会发生倾倒，因此有必要检查被告三菱仓库是否有可能预测当前地震的可能性。

日本是地震多发的国家，因此单就地震本身，被告预见目前会发生地震的可能性很大。但是从规范的角度寻求可预测性作为过失的前

¹ Linklaters, “Covid-19: Impact on commercial contracts—Japan”, <https://www.linklaters.com/en/insights/publications/2020/march/novel-coronavirus-commercial-contracts/novel-coronavirus-impact-on-commercial-contracts/japan>, accessed April 18, 2020.

² 案件编号：1999WLJPCA06220001，案件详见：<https://go.westlawjapan.com/wljp/app/doc?rs=WLJP.1.0&vr=1.0&srguid=i0ad6a473000001722127575fa42389ec&spos=1&epos=1&page=0&countByColl=true&frmAlrt=false#>，最近访问日期：2020年5月19日。

提，应当将可预测性进行更为具体的分析。案件中发生的地震的强度是史无前例的七级大地震。对于被告而言，这种超大规模的地震属于不可能预见其发生的事件，加之被告已经按照可以预见的普通事态做了防倒措施，因此被告不存在过失。

3. 案件分析

具体到判例中，一方面法院对于不可抗力的认定聚焦于债务人是否存在过失，如果事件的发生具有可预见性、损害结果的产生具有回避可能性，此时债务人存在过失，一般不认定事件构成不可抗力。

另一方面，法院对于不可抗力事件的认定并不是机械地、单凭事件的存在形态进行字面地判断，而是具体情况具体分析，结合以往经验根据此次事件的规模性质作出灵活而具体的判断。

四、不可抗力的救济措施

（一）免除赔偿

例如日本《商法典》第 596 条规定：旅馆、餐饮店、浴场等经营人员，对于客户寄存的物品灭失或毁损的，除非证明是不可抗力造成的，否则不能免除损害赔偿责任。

（二）终止合同

例如日本《民法典》第 610 条规定，在前条情形下，租赁人因不可抗力，连续两年以上取得的收益少于租金时，可以解除合同。

（三）调整合同义务

例如日本《民法典》第 609 条规定，以收益为目的的土地承租人，因不可抗力使得所得收益少于租金时，可以以收益额为限请求减少租金。

五、其他相关制度

值得一提的是，除了《民法典》规定的不可抗力条款之外，日本

《民法典》还规定了其他与不可抗力类似的制度，¹具体包括：履行不能规则和情势变更原则（事情変更の法則）。

（一）履行不能规则

履行不能规则体现在日本《民法典》第 536 条第一款中：因不可归责于双方当事人之事由而致债务不能履行时，债权人得拒绝履行对待给付。

根据履行不能规则，合同的一方有权在根据社会常识“不可能”履行合同义务的情况下解除履行义务。更进一步来说，要想适用履行不能规则，合同义务方必须证明这种“不可能”是客观且永久性的。

（二）情势变更原则

根据情势变更原则，当双方在执行合同时情势发生了无法预见的重大变化（例如地震或战争），并且在这种情况下继续履行原合同会显失公平时，该原则允许修改或终止合同。²尽管日本目前在法律中并没有规定情势变更原则的一般规则，但是在理论界已经形成了较为固定的理论框架，并在判例中得到了具体地认可和适用。³

¹ Baker McKenzie, “Force Majeure Under Japanese Law”, http://www.bakermckenzie.co.jp/wp/wp-content/uploads/20200319_ClientAlert_Dispute_Resolution_Force_Majeure_under_Japanese_Law.pdf, accessed April 18, 2020.

² Kana Manabe, Chong Chia Chi, Ryo Kawabata, “The impact of the novel coronavirus on Asian legal practice-Force majeure clauses and related doctrines in typical situations (Part I)”, [http://www.mhmjapan.com/content/files/00041668/MHM%20Asian%20Legal%20Insights%20\(Special%20Edition\)%20No.7%20\(April%202020\)_en.pdf](http://www.mhmjapan.com/content/files/00041668/MHM%20Asian%20Legal%20Insights%20(Special%20Edition)%20No.7%20(April%202020)_en.pdf), accessed April 18, 2020.

³ 中村肇，“近時の「事情変更の原則」論の変容と「事情変更の原則」論の前提の変化について”，法科大学院論集第 6 号 113，113（2009）。

第五章 韩国

一、不可抗力的法律规定

韩国采民商分离体系，在《民法典》和《商法典》中均有涉及不可抗力的规定，此外，在某些单行法中也有提及。

现行民法典（法律第 14965 号，2017 年 10 月 31 日部分修订）中提及不可抗力的条款主要有三个，即民法第 308 条¹、314 条²、336 条³，分别涉及转传赁⁴因不可抗力遭受损失或者标的物灭失时责任承担以及质押物因不可抗力遭受损失情况下责任承担问题。但是有观点认为，因为立法技术上的瑕疵，这三条规定实际并无意义。⁵

除了上述具体提及不可抗力的条文外，在类似情况下，当事人还可以援引韩国民法典第 390 条的规定主张免除违约赔偿责任。民法第 390 条⁶但书部分规定，债务人对不履行债务无故意或过失的，债权人不能请求损害赔偿。因遭受不可抗力而违约的，违约方并无故意或过失，所以可以援引这一条款主张免除违约赔偿责任。只是这个条款中并没有将不可抗力作为代表性的事由提出或列举。有大法院判例就是从无过失角度来对不可抗力的免责进行说明，即损害赔偿责任构成的要件是要有过失，预见结果及防止义务的懈怠属于过失，不可抗力不能预见不能防止，因此不构成过失，也就免除损害赔偿。责任。⁷

¹ 第 308 条（转传赁等的责任）：转传赁或转租传赁权标的物的，传赁权人应承担如没有转传赁或转租则可避免的不可抗力造成之损失的责任。

² 第 314 条（不可抗力造成的灭失）：□全部或者部分传赁权标的物因不可抗力灭失的，其灭失部分的传赁权消灭。□前款规定的部分灭失的，传赁权人无法用其剩余部分达到传赁权之目的时，可通知传赁权设定人全部传赁权消灭，并可请求返还传赁金。

³ 第 336 条（转质权）：质押权人在其权利范围内可以转质质押物。此时，质押权人亦应承担如没有转质押则可避免不可抗力造成之损失的责任。

⁴ 传赁权是韩国民法中特有的一种用益物权，按照韩国现行民法典第 303 条的规定，传赁权是向他人支付金钱以取得对不动产的占有、使用、收益的权利。传赁从行为表象上类似于租赁不动产，但法律性质上不是债权而是物权，这与租赁有本质区别。在实际生活中，传赁权人向房屋所有权人支付相当于房屋价格百分之七十左右甚至更高的传赁金，取得对房屋占有、使用、收益的权利，且无需再向所有权人支付租金。转传赁则是传赁权人在自己的传赁权之上再向他人设定传赁权的一种行为。

⁵ 尹勇石(字译)，《关于不可抗力的考察》，韩国《财产法研究》第 33 卷第 1 号第 156 页。

⁶ 第 390 条（不履行债务和损害赔偿） 债务人未按照债务内容履行的，债权人可以请求损害赔偿。但债务人无故意或过失而不能履行的，不适用上述规定。

⁷ 大法院 1979. 12. 26. 宣告 79Da1843 判决。

韩国《商法典》关于不可抗力的规定也借鉴自日本。现行《商法典》（法律第 14096 号，2019 年 9 月 16 日实施）中提及不可抗力的条款主要涉及运输合同的履行。

《商法典》第 796 条¹规定，承运人应当对不可抗力进行举证，并可因此免除对运输货物损害的赔偿责任。

《商法典》“海商编”（第 5 编）中第 810 条、²第 811 条、³第 812 条⁴规定了海上运输的货物因不可抗力灭失或者无法达成合同目的的，合同的终止、解除⁵以及运费是否支付和支付的范围等。

《商法典》“航空运输编”（第 6 编）中对不可抗力的免责也有所规定。第 913 条第 1 款⁶规定不可抗力引起的航空运输货物的灭失或

¹ 第 796 条（承运人的免责事由）承运人可以证明存在下列各项事由，且货物损害通常是因为该事由发生的，对该损害免于赔偿责任。但，尽到第 794 条、第 795 条规定的注意将避免损害发生的，而对方能够证明承运人未尽该注意义务的，不能免于上述责任。

1. 海上或者其他可航行的水面上的危险或者事故；
2. 不可抗力；
3. 战争、暴动或者内乱；
4. 海盗行为或者其他类似行为；
.....

² 第 810 条（运输合同的终止事由）

运输合同因以下各项事由而终止

1. 船舶沉没或者灭失的；
2. 船舶无法修缮的；
3. 船舶被捕获的；
4. 运送的货物因不可抗力已灭失的

第 1 款第 1 项到第 3 项是在航海途中发生的，托运人按照运输比例在运送货物价值限度内支付运费。

³ 第 811 条（依据法定事由的解除）

航行或者运输违反法令，或因其他不可抗力无法达成合同目的时，各方当事人可以解除合同。

上述第一款事由发生于航行途中的，合同解止时，托运人按照运送的比例支付运费。

⁴ 第 812 条（部分货物的不可抗力）

第 810 条第 1 款第 4 项及第 811 条第 1 款针对部分运输货物发生的，在不加重承运人责任的范围内，托运人可以要求装运其他的货物。

托运人欲行使第 1 款权利时，应不迟延得装卸货物。装卸迟延的，应当支付全额的运费。

⁵ 韩国法中所称“解除”与我国法中的“解除”含义上略有差别。韩国法下合同的解除分为解除和解止，解除有向前消灭的效力，有效成立的合同其效力自始消灭，合同当事人彼此承担恢复原状的义务。解止则是向后消灭的效力，即履行中的合同不再履行。

⁶ 第 913 条（运输货物灭失毁损的责任）□承运人仅对航空运输中（包括承运人管理货物的期间，以下与本款相同）发生的运输货物灭失、毁损的损害承担责任。但，承运人证明运输货物的灭失毁损因下列任一种事由发生的，免除其责任。

1. 运输货物固有的缺陷、特殊的性质或者隐藏的瑕疵；
2. 承运人或者其使用人、代理人之外的人对运输货物不适当的包装或者不完全的记号标识；
3. 战争、暴动、内乱或者武力冲突；
4. 运输货物的进出境、检疫或者通关等公共机关的行为；
5. 不可抗力。
.....

损害，承运人不承担责任。第 931 条¹规定，因飞机坠落或者从飞行中的飞机中掉落的人或者物而发生的死亡、伤残或者财产损失，若符合不可抗力情形，则航空承运人不承担责任。

还有一些单行法中有关于不可抗力的规定。例如韩国《汇票本票法》（法律第 10198 号，2010 年 3 月 31 日实行）第 54 条（不可抗力和期限的延长）第一款规定，如果由于不可逾越的障碍（国家法令要求禁止的或者其他不可抗力的情况）而难以在法定期限内提示汇票或制作拒付证据的，该期限应延长。韩国《支票法》（法律第 10197 号，2010 年 3 月 31 日实行）第 47 条（不可抗力和期限的延长）的规定也与《汇票本票法》第 54 条的规定相同。²

二、司法实践中对不可抗力的认定

韩国大法院的判例对不可抗力也没有全面、定义性的阐释，只在不动产开发商迟延交房的相关案例中，对不可抗力有一个原则性的阐释。因此，除非可直接援引上述成文法中的具体条款，否则大部分情况下法院的方法均是个案分析，一案一判。此外，从程序法的角度，韩国大法院认为，主张不可抗力免责一方当事人对不可抗力承担举证责任。³

（一）不动产开发商迟延交房情况下，韩国大法院对不可抗力构成条件的原则性阐释

在 2007 年和 2008 年一系列涉及住宅开发商迟延交房的案件中，大法院在判决书判决要旨部分对不可抗力的认定大体上有个基本阐释。即，“迟延交房的原因是发生在迟延履行一方当事人支配领域之

¹ 第 931 条（免责事由）航空承运人证明第 930 条第 1 款所述死亡、伤害或者财产损害的发生属于下列任一情况的，则不承担责任。

1. 因战争、暴动、内乱或者武力冲突的直接结果而发生的；
2. 航空承运人因公权力被剥夺飞机使用权期间发生的；
3. 仅因被害人、被害人的使用人或者被该人的代理人的过失或其他不法的行为、不作为而发生的；
4. 不可抗力。

² 以上所引法律法规均根据韩国国家法律信息中心数据库（<http://www.law.go.kr/>）中法条原文翻译。

³ 大法院 1988. 11. 8. 宣告 86Daka775 判决。

外的事件，当事人即使穷尽所有通常的手段也无法防止”。

2007 年的系列案件¹中，被告 A 公司为承包方，被告 B 公司为 A 的施工单位和销售方，在涉案公寓楼建设过程中，B 公司破产，建筑项目中断，导致 A 公司交房迟延。在相关不动产购买合同中对不可抗力的约定是“因天灾、行政命令和劳资纠纷（包括相关业体）以及其他不可归责于卖方的不可抗力导致的迟延”，法院认为，B 公司破产接受法庭管理而导致的施工中断不属于合同约定的情况，不构成 A 公司的免责事由。

在 2008 年的这个案件²中，不动产开发商因迟延交房被诉，其主张因对施工工地进行历史遗址发掘和调查的时间延长才导致交房迟延，属于无过失或者不可抗力。大法院认为，在房屋销售合同签订之前，因为要紧急发掘遗址，相关部门已经发布了禁止开工的命令，之后允许开工的条件也是要求工程建设根据调查结果按照相关部门的指示进行，开发商应该可以预见到对遗址的调查期间只是预计的时间，发掘范围也可能扩大，根据发掘情况，可能会延长遗址调查的时间，但开发商没有考虑这一因素就确定了预定交房日期并销售，不能认为是无过失或者不可抗力。

（二）其他情况下大法院的认定

1. 第三方行为导致的合同违约

在早期一个涉及陆地运输合同的判例中，大法院认定因强盗导致货物灭失的，不构成不可抗力³。大法院认为，海上运输遭遇海盗导致货物灭失的，承运人免责，但陆地运输遭遇强盗而货物灭失的，不一定必然构成不可抗力，不能当然推断其无过失，还是需要结合具体情况考察承运人一方是否没有任何可归责的事由。

¹ 大法院 2007. 8. 23. 宣告 2005Da59475, 59482, 59499 判决。

² 大法院 2008.7.10. 宣告 2008Da15940, 15957 判决；

³ 大法院 1999.12.10 宣告 98Da9038 判决。

2. 金融危机导致原材料供给困难

大法院在 2002 年的一个判例¹中认为，天灾或者其他类似的经济状况的急剧变动等不可抗力原因导致竣工迟延的，承包人可以不承担迟延赔偿义务，但是金融危机导致的原材料供给困难不能被视为是不可抗力。在该案中，被告为工程承包人，原告为被告的分包商，承包内容为对某医院建筑物拆除及新建。双方在分包合同中约定，无论因何种理由，原告均不得向被告主张另外增加费用，因被告原因或者天灾等非因原告原因导致的工程迟延，可以延长工期；因原告原因导致在约定施工期限内无法完工的，被告可以解除合同。后，因金融危机原材料价格暴涨以及暴雨等因素，工程竣工迟延。双方就合同解除和费用等产生争议。原告主张，因金融危机导致的原材料价格增加引发原材料供应困难，导致工程迟延。大法院则认为，金融危机引发的原材料供应困难不应被视为是不可抗力，但对此判断的理由，大法院并没有作进一步的阐述和说明。

3. 强降雨导致的损害

2003 年，在一个因强降雨导致的损害赔偿案件²中，大法院认为，超过规划洪水位的河水泛滥构成不可抗力。该判例是一个公法性案件，原告为洪水泛滥的受害人，被告为首尔市。大法院认为，降雨的强度、规模、范围很难预测，洪水会产生什么结果也很难通过实验来掌握，因此管理部门只能借助过去的经验来进行河川管理。同时，国家或者河川管理厅对河道的修缮需要高额预算和长时间的建设作业，治水手段是依据降雨的特性和河川流域的特性而确定，所以找到最合适的方法需要长时间的经验，而且随着技术发展和气候变化，原来的方法也可能变得没有用，这些都是河川管理上独有的特征。从这个角度，如果没有必须变更规划洪水位的情况，则防洪大堤超过规划洪水位就是

¹ 大法院 2002. 9. 4. 宣告 2001Da1386 判决。

² 大法院 2003. 10. 23 宣告 2001Da48057 判决。

安全的。根据查明的事实，事故发生地点的规划洪水水位是按照 100 年一遇的降水量来划定的，防洪大堤高于规划洪水水位 30 厘米，之前没有需要向上调整规划洪水水位的情况发生。但本次事故发生当时，上游遭遇 600 年甚至 1000 年一遇的降水，洪水超过规划洪水水位 1.6 米。综合各种事实，大法院认为，大幅超过规划洪水水位的洪水泛滥属于“不可预测且不能避免的不可抗力性质的灾害”，管理部门不承担责任。

4. 海运航行中的碰撞事故

在 2004 年的一个判例¹中，船只在运航途中与水下物体相撞，造成货物浸水沉没。大法院认为，当时物体位于水下 100 米，水面用于探测水下障碍物的装置无法发现，无法预见也无法避免，根据商法第 789 条第 2 款第 1 项、第 2 项，本案事故的发生属于海上固有的危险或者不可抗力，承运人不承担损害赔偿责任。

（三）下级法院的一些裁决

一些下级法院按照大法院判例的阐释，以①是否发生原因在当事人支配领域之外；②当事人即使穷尽通常的手段也均不能防止，对是否构成不可抗力进行判断，但有些也并没有坚持这一说理逻辑，根本上还是考察是否有归责事由。

1. 因疫情引发的争议

（1）酒店合同的履行

济州地方法院 2016 年的一个案例²涉及传染病疫情引起的争议。

引发该案的原因事实是中东呼吸综合征（MERS）在韩国的流行。原告为酒店经营者，与被告之间缔结有使用酒店房间的合同。当时因

¹ 大法院 2004. 7. 8 宣告 2004Da8494 判决。

² 济州地方法院 2016. 7. 21. 宣告 2016GaHap192 判决。

MERS 的流行，中国赴韩国旅行的游客大量减少，被告不再需要预留大量酒店房间，因此以民法第 537 条¹为依据，主张属于“因不可归责于合同双方的事由，债务无法履行”的情况，拒绝支付使用费。但最终法院认为，从酒店客房使用合同的宗旨看，被告承担的义务与酒店客房实际是否被使用之间并无关系，即无论是否使用客房均要支付使用费，招揽中国游客投宿并不是合同约定的义务，因此，仅以中国游客因 MERS 减少为由不履行合同义务是不能成立的。

本案实际上并非以不可抗力为争议焦点的案件，但属于因传染病疫情影响导致的争议，这与当前新冠病毒疫情有类似之处。如果从不可抗力的视角去看该案，也可以解释为中国游客的招揽属于违约一方当事人的支配领域之内，因此不属于不可抗力。

（2）口罩供应合同的履行

首尔中央地方法院 2010 年的一个与传染病有关的案例²中，以可预见为由否定了当事人不可抗力的主张。该案中引发争议的原因事实是新型流感的流行，当时韩国国内对新型流感的预警从“注意”等级上升到“警戒”等级，等级上升之后，双方才签订口罩供应合同。因为口罩短缺，供方不能按期交货，在诉讼中以不可抗力为由主张免责。但法院认为，口罩供应合同签订当时，预警等级已经上升，供货方可以充分预见到对口罩的需要会增加，因此该履行迟延不能被视为是因不可抗力而导致。

2. 第三方违约导致的违约

全球化时代，整个供应链中的一环未履约，其上一层供应商也将受到影响。最近韩国首尔中央地方法院审理的一个建筑施工相关案件³中，当事人提出多项不可抗力的免责主张，均未被法院认定。

¹ 第 537 条（债务人风险承担主义）双务合同中一方当事人的债务因为不可归责于双方的事由无法履行时，债务人不得请求对方履行。

² 首尔中央地方法院 2010. 6. 16. 宣告 2009GaHap145966 判决。

³ 首尔中央地方法院 2019. 5. 22. 宣告 2018GaHap529238 判决。

在该案中，原告方为购买商业办公楼的业主，被告为施工方和受托销售方，两方之间签订有商业办公楼销售购买合同。原告方以入住迟延为理由，要求解除销售购买合同并返还合同款。被告方提出的一个抗辩理由是交房迟延是因为供应混凝土原料的公司正遭受罢工，这一事由不在被告支配范围之内，因此不能归责于被告方。另外附近工地的建设同时开工导致建筑机械调配困难。法院认为，混凝土的供应及管理均在施工方的责任范围之内，被告在本案混凝土供应公司遭受罢工的情况下，应当积极采取措施防止竣工迟延，例如寻找替代供应方、调整混凝土供应价格等，但并无证据显示被告方曾采取这些措施，此外，即使假设被告方寻找替代供应方并从替代商处获得供应有现实性的困难，这也是被告承担的风险范围内，不能将其视为是不可抗力；法院还认为机械调配困难不属于不可避免的事由，理由是当时附近同期的建筑按期交工了，此外当事人可以从其他方处获得建设机械以防止动工迟延或者将其影响最小化，因此不能认为是不能避免的不可抗力因素。该案中，被告还提出建筑地基较软造成交房迟延，法院认为，商业办公楼所在地的地基状况是承包方或者施工单位在建设之前应当予以调查并确认的事项，不能认为是属于被告支配领域之外的情况。

从以上案例看，韩国法院在判断是否构成不可抗力方面主要考虑的因素大体是（1）合同当事人是否有可归责的事由；（2）合同当事人是否可以预见；（3）是否属于合同当事人支配领域内发生的事件；（4）合同当事人是否可以防止该事件。相同事件是否属于不可抗力，根据具体情况不同，判断结果可能不同。

认定不可抗力的直接后果，在合同履行方面，主要是免除了违约一方的违约责任，实际上是将不利后果一定程度上转嫁给了相对方，因此，在实践当中，韩国法院对不可抗力的认定上持比较严格的态度，迄今为止，认定构成不可抗力的案例在韩国司法实践中并不算多。

第六章 巴西

一、巴西不可抗力制度概论

巴西为大陆法系国家，分为联邦、州、市三级政府。有参议院众议院两院，不可抗力主要规定在 2002 年修订的新《民法典》中。新冠疫情爆发后，巴西已出台多项疫情临时法律，针对疫情影响的各种民商事经济议题做出了详细的规定。

在巴西法律中，不可抗力（força maior）常与意外事件（caso fortuito）同时出现，主要依据巴西 21 世纪最新民商合一的《民法典》分则第一编债权，其中第 393 条单立款将意外事件或不可抗力定义为“其效果不可避免或阻止的必然事件”。《民法典》总则和分则的其余四编，即企业法、物权、家庭权、继承权中均无出现。

《民法典》分则第一编（债权）第四章（债的不履行）第 393 条规定，如没有明确约定对意外事件或不可抗力承担责任，债务人不对它们造成的损害承担责任。第 399 条规定，尽管不能是由于意外事件或不可抗力造成的，但是如它们发生在迟延期间内，迟延的债务人仍然要对此等给付不能承担责任；但证明了债务人没有过失的，或即使按期履行债务损害仍会发生的，不在此限。

第六章（各类合同）中也出现关于不可抗力的法条，主要包括租赁、借贷、提供服务、承揽、寄托、委托、行纪、代理和分销、旅客与货物运输。

租赁：第 575 条，承租人接到通知后，仍不返还租赁物的，他应按出租人决定的租金在对他控制租赁物的期间内的租金进行清偿，并就它将遭受的损害承担责任，即使来自意外事件的损害也不例外。

借贷（使用借贷）：第 583 条，使用借贷的标的与借用人的其他财产一起遭受了风险的，如借用人先救他自己的财产而放弃出租人的

财产，他应对发生的损害承担责任，即使此种损害来自于意外事件或不可抗力，亦同。

提供服务：第 607 条，任一当事人死亡的，提供服务的合同终止。另外，合同亦因期限届满、工作完成、事先为通知解除合同、不可抗力造成任一当事人不履行或合同不能继续存在而终止。

承揽：第 625 条，以下情形承揽人可中止工程：（1）基于所有人的过失或不可抗力的原因。

寄托（意定寄托）：第 636 条，受寄人由于不可抗力丧失了寄托物且获得了其他替代品的，有义务将此等替代品移交给寄托人，同时，受寄人应将对返还寄托物承担责任的第三人享有的诉权移转给寄托人。第 642 条，受寄人对不可抗力情形不负责，但为了因此得到豁免，他应证明不可抗力的发生。

委托：第 667 条，在执行委托的过程中，受托人有义务尽其所有的通常的勤勉，并赔偿其过失造成的损害；未经授权将他应自己行使的权力转托给第三人的，他对该第三人的过失造成的损害负赔偿责任。第 1 款，尽管委托人禁止，受托人仍在执行委托中为转托的，他对替代人在代理过程中发生的损害承担责任，即使损害是意外事件造成的，亦同，但如证明尽管没有此等转托，此等事件也会发生，不在此限。

行纪：第 696 条，在执行其委托的过程中，行纪人有义务尽注意和勤勉行事，他不仅应避免给委托人造成任何损失，而且还应提供后者在交易中能合理地期待的利益。除非是不可抗力的原因，行纪人对因其作为或不作为对委托人造成的任何损害承担责任。第 702 条，在行纪人死亡或由于不可抗力不能完成交易的情形，委托人有义务按已完成的工作的比例支付报酬。

代理和分销：第 719 条，如代理人基于不可抗力的原因不能继续劳动，他对已完成的服务有权请求相应的报酬，在其死亡的情形，此

种权利属于其继承人。

运输（旅客运输）：第 734 条，除非因不可抗力，承运人应对运输的人及其行李遭受的损害承担责任，任何排除其责任的条款，无效。第 737 条，承运人应受预定的时刻表和路线图约束，否则他应承担赔偿损失和损害的责任，但基于不可抗力的原因的，不在此限。

运输（货物运输）：第 753 条，如不能进行运输或运输长时间被中断，承运人应马上请求发货人的指示，并应看管好物件，除非是因不可抗力，他对此等物件的灭失或减损承担责任。

第九章（民事责任）中关于动物伤人的赔偿问题也涉及不可抗力，例如第 936 条规定，如不能证明受害者有过失或发生了不可抗力，动物所有人或持有人对此等动物造成的损害承担赔偿责任。

除《民法典》以外，部分其他法律法规也涉及不可抗力。比如，1996 年 5 月 14 日颁布的第 9279 号《工业产权法》第 40 条，自申请日起，发明专利的有效期为二十年，实用新型专利的有效期为十五年。其单立款中规定，自授予日起，发明专利的有效期限不得少于十年，实用新型专利的有效期限不得少于七年，除非由于经证明的司法未决或不可抗力阻止国家工业产权研究所（INPI）继续审查请求。

1976 年 12 月 15 日颁布的第 6404 号《股份公司法》中第 124 条第 2 款规定，除不可抗力的原因外，股东大会将在公司总部所在地的建筑物内举行；当在另一地点进行时，公告应明确指出会议地点，在任何情况下都不得在总部所在地以外地点举行。2020 年颁布的第 931 号临时措施中对此款进行了修订：股东大会优先在公司总部所在地的建筑物中举行，若由于不可抗力的原因，在其他地方举行，前提需是该公司与总部位于同一市镇，并在公告中明确指出。并且补充：巴西证券交易委员会的法规可能会为第 2 款针对上市公司的规定破例，甚至授权举行数字会议。

1943 年巴西颁布第 5452 号《劳动法》，最新修订版为 2017 年 7 月 13 日颁布的第 13467 号，其中关于工时方面，第 61 条规定，在迫切需要的情况下，如不可抗力的原因，工作时间可以超出法律规定或双方商定的期限。第 2 款规定，因不可抗力导致加班时，加班费不得低于正常时数。在法律没有明确规定其他限制的前提下，额外加班的报酬应比正常至少高 25%，并且不得超过 12 小时。第 3 款规定，当由于意外原因或不可抗力而导致无法进行工作，工作时间最多可以延长 2 个小时，每天不超过 10 小时，每年不超过 45 天，但必须经主管机关事先授权。

《劳动法》第四编（个人劳动合同）第八章（不可抗力）第 501 条规定，不可抗力应理解为相对雇主的意愿而言任何不可避免的事件，并且雇主没有直接或间接促进实现该事件。第 1 款规定，雇主的疏忽不属于不可抗力的原因。第 2 款规定，若发生的不可抗力未在很大程度上影响或在这样的情形下不可能影响公司的经济和财务状况，本法本章规定的限制不适用。

第 502 条规定，若因不可抗力导致公司或该员工工作的场所之一倒闭时，在解雇该员工时，应向其保证以下赔偿。

第 503 条规定，如果发生不可抗力或证明损失的情况，普遍降低员工工资是合法的，需与每个人的工资成一定比例，但是降薪比例最高不得超过 25%，并且必须遵守该地区的最低工资标准。单立款，不可抗力的影响一旦消除，需保证恢复工资。

第 504 条规定，一旦证明了不可抗力的举证不实，应保证让固定员工恢复工作，保证向非固定员工支付已知补偿金，并且向这两类员工支付拖欠的报酬。

除此之外，《劳动法》中关于劳工诉讼的法条也涉及不可抗力，例如第 775 条规定，由于不可抗力可以延长诉讼时效期限等。

二、关于不可抗力的司法实践

（一）居民诉国家电网供电案¹

1. 案情

上诉人南大河州居民阿里斯蒂斯·泰尔（Aristides Thiel）称其位于蒙特阿莱格雷郊区的住所于 2012 年 9 月 19 日至 9 月 23 日发生电力供应中断。期间，上诉人多次联系被上诉人国家电网供电局提出维修请求未果。因家中长期供电一直由国家电网供电局负责，维修义务也应由国家电网承担，而被上诉人的不作为造成上诉人损失，因此上诉人要求获得赔偿。

被上诉人辩称，不可前往维修原因系当时供电故障由极端天气引起，供电局不可能提前预见到故障的出现，也不可能预知其影响范围。此外，供电故障发生时该地及周边地区依然处于极端天气的环境之下，在此情况下供电局无法第一时间抢修供电设备。因意外事件的发生，供电局不构成违约，又因上诉人的损失与供电局未前往维修没有因果关系，也不存在侵权，故无需承担此赔偿责任。

2. 判决结果

南大河州州级法院第二十号民事审判庭全体投票一致驳回上诉请求。法院认为，极恶劣天气情况及其造成的实质性破坏不可预知，且期间因强风、暴雨等天气客观因素无法实施抢修救援，构成意外事件及不可抗力，可免除被上诉人承担因服务中断而造成消费者损失的赔偿责任，故驳回上诉请求。

3. 案件分析

该案认定极端恶劣天气为意外事件且不可抗力。

（二）流感与不可抗力²

1. 案情

¹ 案件编号：AC 70055189146 RS.

² 案件编号：APL 990.10.257756-2 SP.

教师鲁伊·科斯塔·巴博萨（Rui Costa Barbosa）提出上诉，反对米格丽娜·佩德罗索·麦格纳尼州立学校（Escola Estadual Professora Miquelina Pedroso Magnani）校长的举措。上诉人要求更改上课频率，删去周六在学校登记的缺勤记录以及将来周六会出现的缺席情况，并且要求补偿因缺席扣除的工资。虽然由于 H1N1 流感，学校假期延长，随后学校通知于星期六恢复上课，但上诉人认为，周六不属于工作日，只能用于私人活动，并且认为根据法规的规定，上级决定停课期间教师不授课不应视为缺席。

2. 判决结果

圣保罗州法院驳回诉讼请求，按照巴西 1996 年第 9394 号《全国教育方针与基础法》第 24 条第 1 款规定，教育机构每年的教学日不得低于 200 天。因此，校方重新调整校历，安排周六补课是合理的。根据圣保罗州 1985 年颁布的第 444 号《补充法》第 91 条，原审原告提起上诉，力求对判决进行更改。圣保罗州法院驳回上诉请求，并且表示因不可抗力而推迟开学时间，不应将其与“由于上级决定而暂停上课”相混淆，因此维持原判。

3. 案件分析

H1N1 为公共安全事件，是不可抗力。该案争议焦点在于学校是否有权因不可抗力而对课时进行调整及“周六上课”的性质。为了保证群众健康安全、维护公众利益，教育厅长决定将第二学期的开学时间推迟到 2009 年 8 月 17 日，这是在此紧急情况下采取的必要措施。法院认为学校推迟开学时间是遵循教育厅的指示，而为了保证全年教学日不低于 200 天，校方重新调整校历，利用休息日补回耽误的课时，符合法律规定。在此情况下，周六应当视为工作日，并且按照普通工资标准发放报酬。而上诉人未遵守学校有关安排，私自决定旷工，违反校方出勤考核标准，校方给予其记过并且扣除相应工资，符合规定，

故驳回上诉人上诉请求。

（三）鸟撞飞机事故赔偿案¹

1. 案情

1998 年 9 月 17 日，从圣保罗出发前往罗马的意大利航空公司（Alitalia Linee Aeree Italiane）675 客机因出发时涡轮与飞鸟相撞，导致航班延误并取消。乘客路易斯·阿尔贝托·罗马诺（Luiz Alberto Romano）等人在机场等待六小时后被告知航班取消，安排次日登机，行程延误超过 24 小时，造成极大的物质和精神损失。上诉人因不服先前判决，提起上诉，要求被上诉人航空公司赔偿。巴西高级法院判定航空公司存在过失并判处赔偿上诉人损失。而后航空公司不服，提出再审请求，高级法院驳回再审请求，维持原判。

2. 判决结果

高级法院维持原判。法院认为航空公司客观对因航班延误而改变行程的旅客造成了损害，并重申，鸟撞上飞机虽系第三方因素，但该情形系在该国多次发生，因此该情形不能解释为意外事件或不可抗力，不得适用该条款进行免责。由此，法庭认同航空公司有义务赔偿上诉人相应损失及律师费用，并督促被上诉人及时支付。

3. 案件分析

原地方法院认为飞鸟与飞机相撞属于意外事件和不可抗力，大型飞机无法躲避突然出现在其飞行路径中的小型动物，因此判处航空公司免责。而在 2002 年的同一航班类似案件（案件编号 401.397 / SP）中，法官引用了巴西全国航空公司联合会（SNEA）下属飞行安全委员会于 1998 年 12 月 7 日所公布的调查数据表明，仅在 1997 年一年就有 154 起飞鸟卷进飞机涡轮的事故发生。由于该事故在巴西的发生频率相当高，航空公司应当具备应对能力，向乘客提供后续转机或安置

¹ 案件编号：1.317.768 - SP 2012/0068405-0.

服务，因此不构成意外事件和不可抗力的免责事由。在 2012 年的庭审中，高级法院认为该案例完全适用于此次案件，因此判定被上诉人应赔偿上诉人损失。

三、不可预测性理论与合同履行艰难

（一）概念及法律规定

巴西民法体系中亦有不可预测性理论又称合同审查原则，作为合同解除或终止的一种形式。不可预测性理论在巴西新《民法典》中有所规定，并将其视为解决合同中一方过度负担的解决方案。其定义为：当事方无法预测且不属于当事方的，对经济基础或合同的履行有影响的新事件的发生，将允许其解除或修订合同，以使双方适应新的情况。

2002 年第 10406/2002 号法律《民法典》在第 317 条、478 至 480 条中规定了不可预测性理论和情势变更，涉及因缔结之时出现的不可预测的事实而产生的过高成本而导致的合同终止和变更的可能性，以寻求各方平衡，避免一方造成过多负担。

第 317 条：由于不可预测的原因，在应为给付的价值与其履行之时的价值突然出现了明显的不合比例的，基于当事人的请求，法官可通过尽可能确保给付的实际价值的方式来矫正此等比例失调。

第 478 条：在其履行具有继续性和期次性的合同中，由于异常和不可预料的事件，当事人一方的给付变得特别沉重，而他方因此享有超常利益的，债务人可要求解除合同。为此决定的判决的效力回溯到发出传票之日。

第 479 条：被告可通过对合同条件提出合理的修改避免此种解除。

第 480 条：如合同中只有一方当事人负有债务，他为了避免过重负担，可请求减轻其给付，或改变其履行方式。

同时，第 13303 / 2016 号法律《国有公司法》第 81 条，第 8666 / 1993 号法律《政府采购法》第 65 条，以及第 8078 / 1990 号法律

《巴西消费者保护法典》第6条，也规定了相似内容。

巴西法律强调维护合同的社会功能性原则，仅在特定情况下并遵守法律规定，才可以审查或终止合同。需要注意的是，在新《民法典》中规定据此终止或修改合同提出的几个要件必须满足，而《消费者保护法典》则在规范此事项时并未明确规定消费者需要承担类似责任。不可预测性理论在消费者保护法中的宽泛运用是为了给消费者提供更大的保护。

这里第一个要件是：存在“连续履行或延期履行合同”。存在连续或递延履约合同的要求是由于在合同订立与完成之间建立一定的时间间隔。举例来说，买卖合同中，在合同订立以后的数月才能完成货物的交付或运输。而连续履行的合同一般包括固定期限的服务合同、租赁合同等。

第二个要件是，原来合同义务的规定变得过于繁重，当事双方之间的不平衡必须超过被认为是正常的市场波动的程度。过于繁重的程度，一般由法官来评估是否构成了利益的极端失衡。

第三个要件是，法律要求一方相对于另一方具有“绝对优势”，当该协定开始给对方带来荒谬的收益时，远远超出了合同规定时可预期的收益，由于另一方成本过高而导致合同的终止。

最后一个要件是不可预测性：即能够产生合同失衡的“异常且不可预测的”事件。这种非同寻常和不可预测的事件必须在合同订立后发生，也必须在合同履行完毕之前发生。如果合同订立时，双方能够或应当能够预见到异常事件，就不允许适用情势变更，而视为正常风险。

（二）司法实践

巴西最高法院在判例中谈到使用不可预见性理论作为获得合同平衡的一种方式。法院指出：在大豆期货买卖合同中，价格变动本身

不适用于可不预见理论以解除合同。因为至关重要的是，在履行义务时，涉及形成递延履行合同的情况必须有所变化，从而使合同对于一方而言极其繁重，是沉重的负担。而且，引起上述损失的变化是由一个特殊的事实造成的，各方无法预测。在这种情况下，这位农民辩称，大豆价格的上涨已经过分夸大了，这是由于美国和巴西农作物的生产力低下所致，其中包括亚洲铁锈病和美元高涨。然而，大豆价格的波动在签订合同时是可以预见的，因为大豆是在证券交易所交易的生产产品，并且受到国际买卖需求的影响。亚洲铁锈病也是可以预见的，因为这种植物病自 2001 年以来一直影响巴西农作物的一种疾病，根据 Embrapa 的研究，目前尚无根除的办法，但可以由农民控制。因此，所谓的理由是农民承担的风险，农民也有从这些合同中受益，因为他受到价格下跌的保护，并保证了合理的利润。¹

因此，当合同履行艰难，即当事一方的履约行为“极其繁重”，并且由于“特殊事件和不可预测的事件”而对另一当事方极为有利，履行义务的当事方才可以终止合同。同样，有义务履行的一方可以提出减少或改变其义务的履行方式，以使义务不再对该方造成极大的负担。但如果另一方愿意支付在这种情况下合理的更高价格，则所有其他合同义务都需要由双方履行。

另外，考虑到合同终止和修改合同内容以维护合同平衡时，巴西法律也非常强调诚实信用原则的运用，即新《民法典》第 422 条所述诚实信用原则，要求当事方在合同关系中以诚实和忠诚的态度行事。

（三）新冠肺炎疫情下的新动态

新冠疫情期间，巴西已有法院判决涉及不可抗力问题。在 VBR Gastronomia 诉 Costa 一案中，一家餐馆经营者（承租人）要求减少

¹ REsp 910.537-GO, DJe 7/6/2010; REsp 977.007-GO, DJe 2/12/2009; REsp 858.785-GO, DJe 3/8/2010; REsp 849.228-GO, DJe 8/12/2010; AgRg at REsp 775.124-GO, DJe 6/18/2010, RESP 945.166-GO, 28/2/2012).

应付租金。由于承租人只能在外卖的基础上经营餐厅，因此法院裁定应发布临时命令，将租金降低 70%。

此外，在 Turqueza 诉 Paulo Octavio 案中，原告是一家购物中心的承租人。它寻求一项临时命令，以使其不必支付最低租金和营销基金税。法院根据《民法典》第 317 条裁定，新冠疫情爆发等于“黑天鹅”事件，并裁定承租人无须支付最低租金和市场营销费。由于新冠疫情的大流行，加上政府当局确定的隔离，该租户暂停了其商业活动，这对其收入产生了严重影响。因此，它要求将租金价值暂时降低至少 50%，这将有助于避免解雇雇员和最终终止其活动。法院在分析此案时了解到，由于疫情大流行造成的检疫，导致租户的商业活动中断，这一事实是根据第 13979/2020 号联邦法律以及地方法令并未免除一方支付租金的义务，但授权其提出对这一代价金额的重新调整。

根据《民法典》，当事方有权终止合同（第 478 条）或假定“分期付款的实际价值”的重新调整（第 317 条）。在这种情况下，承租人选择了第二种选择，即在禁止持续发生的前提下假设减少租金，因此该措施具有法律支持，对于避免公司在这种情况下的停业是必不可少的。按照这种理解，法院将月租的价值降低了 50%，因为该租约于 2020 年 4 月到期，直到解除开放该商业点的禁令为止。

疫情之下，根据巴西法律实践情况，对于商业不动产租赁合同，因多个城市贸易关闭，而无法发挥商业不动产租赁的潜力，而承租人对不动产的使用仅限于货品存储，也无法展开商业经营。因此，通常商业租赁合同可在交易结束之前进行价值调整，以保持合同平衡。另外根据具体情况，也可以终止租赁协议。而对于住宅物业的租赁，理论上在疫情爆发期间，住宅的租户比以往任何时候都更多地使用房屋财产，除了有些特殊情况产生例外，通常不允许根据诚实信用和平衡原则修订合同。

第七章 阿根廷

一、不可抗力的概念

阿根廷法律中称“不可抗力”为“caso fortuito”或“fuerza mayor”。《阿根廷新民商法典》(Código Civil y Comercial de la Nación)第5章第1730条对不可抗力的定义如下:“无法预见或可以预见却无法避免的事件”。本法典中“caso fortuito”和“fuerza mayor”作为近义词使用。除另有规定外,不可抗力事件可免除责任。”

二、不可抗力的规则体系

《新民商法典》第5章第1703条是不可抗力的原则性规定。在原则性条款之下,《新民商法典》还就某些具体类型的合同或民事损害赔偿进行了规定。

第792条规定,未在约定时间内履行义务的债务人,如果不能证明是受外界因素影响,应处以罚款。因不可抗力而免责的情况应当受到严格的解释和限制。

第1201条规定,出租人必须维持物品处于商定的使用状态,并对以下情况造成的损耗进行维修:物品本身的质量或缺陷,出租人自身原因,出租人相关人员原因,第三方或不可抗力事件。

第1203条规定,如果承租人因不可抗力无法使用租赁物品,或租赁物无法满足其约定的目的,可以要求终止合同,或在无法使用租赁物期间要求停止支付租金。如果不可抗力因素不影响租赁物的使用,双方责任继续。

第1206条规定,如果不是出租人及其相关人员造成的损毁,承租人应对物品损毁负责,即使是由偶尔的来访者造成的。同时承租人也应当对非不可抗力的火灾造成的财物损失负责。

第 1258 条规定，如果工作或服务所需的必要货物被不可抗力销毁，损失由供货方承担。

第 1268 条规定，项目交付前如果因不可抗力遭受毁灭或重大损坏，则合同无效，且：①如果承包人提供材料且项目是在委托人的房产内进行，承包人有权获得材料费用并根据已经进行的工作得到相应的补偿。②如果项目损毁的原因是材料质量差或不足，即使承包商及时通知了客户，也不能收取约定的报酬。③如果委托人在项目发生重大缺陷时延迟交付，必须支付约定的报酬。

第 1371 条规定，如果损失或损毁由与旅店经营活动无关的不可抗力造成，旅店老板对此不负责任。旅店老板也不对旅客留在车内的物品负责。

第 1376 条规定，仓库所有人应对仓库内存放的物品负责，除非证明物品的损毁、减少或故障是由于其本身性质、缺陷、包装或仓库经营活动以外的不可抗力造成的。

第 1413 条规定，保险箱提供者应根据约定和使用人的要求对保险箱的适用性、完整性和里面存放的物品负责。对其经营活动以外的不可抗力或代为保管的物品本身的缺陷概不负责。

第 1536 条规定，借方必须对物品的丢失或损毁负责，即使丢失或损毁是由不可抗力造成。除非有证据证明物品在物主手里会出现相同的问题。

《国家选举法典》(Código Electoral Nacional) 第 1 章第 12 条规定，由于充分证实的不可抗力因素导致投票人无法参与投票，可免除其投票责任。第 99 条规定，选举不能被中断。如果因不可抗力被中断，必须发布另外的公告，说明中断持续的时长和原因。

《矿业法典》(Código de Minería) 最后一章第 11 条规定：除不可抗力以外，在勘探期的前十八个月内，应在许可期限内安装并运

行符合此类作业和地形的钻井设备。

《航空法典》(Código de Aeronáutico) 第 4 章第 172 条规定：如果碰撞由不可抗力因素造成，每架飞机的营运人在本节规定的范围和条件下承担相应的责任，任何人支付超过其应当承担的金额，都有权索回。

另外，部分行政法规也涉及不可抗力。

《劳动合同法》(Ley de Contrato de Trabajo) 第 5 章第 221 条规定，由于经过证实的不可抗力因素造成的停薪最长可延长至从第一次停薪起一年内七十五天。

《货物多式联运法》(Ley 24.921) 第 1 章第 21 条规定，如果无法确定货物是在哪种运输方式下遭受了完全或部分损毁，延迟交付，或其他任何违背多式联运合同的行为，承运人如果可以证明违约是不可抗力造成的，可免于承担责任。承运人必须证明自己或其代表人已经采取了一切措施避免损失。

《航运法》(Ley de Navegación) 第 2 章第 103 条规定，在国家管辖范围内的水域中，除不可抗力以外，任何船舶不得在没有海事当局签发的拖曳许可证的情况下提供拖曳服务。第 3 章第 275 条规定，因不可抗力造成货物丢失或损毁，承运人和船舶均不承担责任。第 285 条规定，如果在航运过程中，由于不可抗力，承运人必须对船舶进行紧急维修，托运人有义务等待其完工，但有权通过全额支付运费、装卸费用、滞留费和常见故障修理费用（如果适用）来撤销影响。如果船舶不允许维修，或不可抗力因素造成航行过度延误，承运人必须自行通过其他方式将货物运送到目的地，而不增加运费。如果无法这样做，必须将货物停放在其抵达的港口，并通知托运人货物已经由对方支配，航运结束。在此期间，承运人必须采取一切必要措施保管货物。第 288 条规定，由于不可抗力导致无法在目的地港口卸货，或卸货有

风险，或卸货时间过度延迟时，承运人可在最近的港口卸货，保护托运人的利益，终止运输，并要求支付规定的运费。第 313 条规定，在第 286 条规定的情况中，且一般而言，如果船舶由于不可抗力不能航行，且货物由停靠港的托运人管理，则运费按照船舶到达宣告不可航行的停靠港的路线成比例支付。第 315 条规定，如果在航行开始之前，船舶由于不可抗力无限期或延误时间过长无法出港，任何当事方提出请求，受本条规定约束的合同即终止，且无权索赔。第 326 条，如果航运取消，因为不可抗力或授权行为或战争原因无法进行核实，合同终止，承运人应退还收取的金额，合同当事方无权赔偿。第 358 条规定，由于不可抗力造成的两艘及以上船舶相撞，或相撞原因存在异议，损失应当由遭受损失的人承担。第 416 条规定，在航运途中有意改变路线，且与船舶保护、货物保存或挽救生命无关，不存在不可抗力因素，则剩余的航行保险失效。轻微的偏差不视为路线改变。第 424 条规定，在不影响其他条款规定的保费保留或退还的情况下，如果合同并非来自其直接过失或由不可抗力被撤销，且被保的货物已经开始受到风险时，投保人有权获得全部保费。¹

三、司法实践中不可抗力的救济措施

（一）终止合同

《新民商法典》第 955 条规定，因不可抗力导致合同完全绝对无法履行，合同终止，当事方不承担责任。如果合同无法履行的原因归结于债务人，则应对其造成的损失进行赔偿。

（二）停止履行

《新民商法典》第 1732 条规定，如果合同由于客观绝对且与债务人无关的原因无法进行，债务人可停止履行义务，且不承担任何责任。评估这种不可能性必须考虑到诚实信用的要求和禁止滥用力度的

¹以上所有相关法律法规目录及其链接见于：<https://www.argentina.gob.ar/normativa>，2020 年 5 月 25 日访问。

情况。但如果出现以下情况（《新民商法典》第 1733 条），即使产生不可抗力造成合同无法履行，债务人仍然负有责任：①即使发生不可抗力事件，仍然承担合同义务；②如果根据某条法律规定，债务人不因不可抗力免除义务；③拖延。除非拖延对不可抗力或合同无法履行没有影响；④债务人自身原因造成不可抗力；⑤如果不可抗力或合同无法履行，与事物或活动本身风险存在必然联系。

四、在具体案件中的应用

（一）服务场所相关的不可抗力：消费者诉阿根廷星巴克门店案”

（二审）案¹

上诉人 2016 年 2 月 8 日在位于布宜诺斯艾利斯市卡比尔多街 2594 号的一家星巴克门店消费时，遭遇一名武装人员抢劫。按他自己的话说，他的一台电脑和其他一些办公设备（包括一个 U 盘）被抢走。武装人员的同伙在门店门口等候，抢劫发生后，两人随即驾驶一辆摩托车离开。案件发生后，上诉人要求被上诉人赔偿其电脑及其他办公用品的经济损失和精神损失。一审法院认为，根据民法（Código Civil）第 514 条规定，案件中的暴力行为是无法避免的，构成明确的不可抗力，驳回上诉人的要求。上诉人认为一审法院的判决结果有待争议，认为法院作出的裁决结果是基于一条当时（2016 年）已经废除的法律条款，并且将案件定性为不可抗力事件是不合理的。上诉人和被上诉人都承认，案件属于武装抢劫，并且当时上诉人就在被上诉人的经营场所内。争议的焦点在于这次抢劫是否被定义为不可抗力事件。

二审法院认为，已经废除的《民法典》第 2233 条的规定，“旅店老板的责任不适用于小饭馆、咖啡馆、澡堂和其他相似场所的经营者，也不适用于进入旅馆而未入住的旅客”，受到时代的限制，已经不适用于现代社会，随着时代进步，跟上诉人一样携带诸如个人电脑、移

¹ 参见：<https://www.cij.gov.ar/nota-32872-La-C-mara-Nacional-de-Apelaciones-en-lo-Civil-hizo-lugar-a-una-demanda-contra-un-local-comercial-por-el-robo-sufrido-por-un-cliente-dentro-del-establecimiento.html>。

移动电话等电子产品进入服务场所的情况非常普遍。因此根据《阿根廷新民商法典》中修订的第 1375 条的内容，“本节规定适用于医院、疗养院、餐馆、车库、停车场及其他提供服务的类似场所……”，本案的[被上诉人]受到与旅店老板对旅客财物丢失或损坏的责任同等的约束。此外，二审法院指出，《新民商法典》中规定的是客观属性的责任，即责任归因在于公司根据其经营活动承担的可预见的风险，根据第 1733 条 e) 的规定，如果事件构成经营活动的固有风险，则不能视为“不可抗力”事件而免责。因此，二审法院认为，上诉人在被上诉人的经营场所中遭遇的犯罪行为具有可重复性，不能视为与经营者的经营活动无关的不可抗力事件。经营者应当采取必要的安全和预防措施，保证服务场所安全机制正常运转，培训相关安全人员，亦可购买一切险，避免经济损失。二审法院最终撤销一审判决，要求星巴克阿根廷有限公司赔偿上述人共计 112,499 阿根廷比索的意外损害和精神损害赔偿金以及案发之日起的利息，驳回了上述人的民事赔偿和心理治疗费用补偿。

本案二审法院撤销一审判决，认为在被上诉人经营的门店中发生的暴力行为具有可重复性，属于经营活动的固有风险，不应视为不可抗力事件。

（二）天气相关的不可抗力：阿根廷男子诉索尔高速公路案¹

2013 年 4 月 2 日，大约凌晨四点，上诉人驱车行驶在泛美洲公路圣劳伦索-佩利萨路段时，突遇暴雨。上诉人被迫停车，大量雨水随即灌入车内，使得上诉人及其妻子逃生极其艰难。上诉人认为，高速公路管理者完全可以预见和避免这一事件发生，因为当天清晨气象部门已经预告了暴雨来临的消息，因此公路管理者应当采取特殊的安全和保护措施，比如通过关闭收费站来关闭高速入口，也可以预判会

¹ 案件详见：<https://www.erreius.com/Jurisprudencia/documento/20170921081648908>, 2020 年 5 月 25 日访问。

受到暴雨较大影响的路段。上诉人认为，上诉人与被上诉人之间属于消费者和服务商的关系。对此，被上诉人认为这是一次明显的不可抗力事件。案件发生之日，正是著名的拉普拉塔市和格兰布宜诺斯艾利斯暴雨发生之日，这场暴雨来势迅猛，人尽皆知，在很短时间内降雨量就达到了 160 毫米。

法院认为，造成事故的原因并非被上诉人的疏忽或不足。首先，在高速公路事发路段，并未证明存在任何导致车辆流通存在危险的缺陷。另外，根据国家公路管理方面提供的信息，被上诉人配备有符合资质的车辆和人员，控制其经营范围内的道路状况，履行其合同义务，为避免道路突发情况，进行长期检查和巡逻。另一方面，极端天气状况，或天气状况强度超过往常，应视为不可抗力事件。根据国家气象局提供的报告，事件发生当天降雨量特别大。因此上述事件属于不可抗力事件。上诉人关于这一事件是高速公司经营者可以预见并且避免一说，是不合理的。根据记载，当天 24 小时内的降雨量为 159 毫米，是 1906 年以来“布宜诺斯艾利斯天文台”气象站有记录以来的最大值，并且两小时内的累计降水量（102.9 毫米）在 1999 年至 2012 年的历史记录中排名第二，因此无法像上诉人所说进行预测，而应属于《民法典》第 514 条规定的“无法预见，或能够预见却无法避免”的事件。鉴于上述观点，根据第 24240 号《消费者权益保护法》（Ley de Defensa del Consumidor）第 40 条最后一段，上诉人索求的损失与被上诉人公司无关，因为是不可抗力事件。最终法院驳回上诉，认为极端天气属于不可抗力的一种。