

第 119 期通讯（中文）

国际合同中
常用不可抗力和艰难情形条款的比较

*Comparison of commonly-used
Force Majeure and Hardship Clauses
in International Contracts*

2020年3月

长年以来，Lorenz & Partners 高度重视通过新闻简讯和手册的方式进行信息更新，然而我们对所提供信息的完整性、正确性或质量不承担任何责任。本新闻稿所含任何信息均不能取代具有执业资格的律师所提供的个人咨询服务。因此，对于因使用或不使用本文中任何信息（包括可能存在的任何种类的不完整或不正确的信息）而造成的损害，若非故意或严重过失所致，请恕我们不承担赔偿责任。

1. 概览

在起草国际合同时，应特别关注可能导致重大问题和成本的不可预见的情况。可能出现的问题，例如：

- 如果装有建筑工地所需紧急货物的船舶因暴风雨而损坏，并且货物丢失，谁来负责？
- 对于延迟完工和可能产生的重大罚款，谁来负责？

由于最近发生的事件，我们在本通讯中纳入了一个案例研究，以考察 2019 年冠状病毒病疾病（COVID-19）对合同义务的影响。

不可抗力（Force majeure）适用于尽管已采取所有合理的预防措施，但由于一方无法控制的事件而导致（暂时）无法履行职责的情况。

艰难情形（Hardship）的情况是基本上仍有可能按约定履行。但是，由于一些基本事实已经发生了重大变化，虽然原则上仍然有可能适当履行合同义务，但没有任何经济上的意义。

重要的是，即使有时被视为相同，依然要理解不可抗力和艰难情形是两个不同的原理。二者的前提条件和法律后果不同。如果要在案件中适用不可抗力，则因为无人能避免

的客观情况致使一方的合同义务对所有人来说都变得不可能（例如，**重大地震**）。

不可抗力的英文翻译是“**上帝的行为**”，表明了这种情况的不可预测。但是，可能必须采取预防措施（例如，如果工厂在海边，则业主应当做好准备以预防一定程度的洪水）。

艰难情形反而是基于这样一个事实：合同的基本情况发生了变化，各方在缔结合同时并未预见到这种情况，尽管原则上合同义务仍然可以履行，但这从经济角度来看没有任何意义。示例：一个特定物的卖方在海洋上丢了该特定物。原则上，他必须设法从海底恢复它，这在理论上是可能的，但显然没有经济意义。

两种学说的法律后果截然不同。**不可抗力**的后果是一方无法履行其合同义务（**履行已不可能**），因此在不可抗力期间免于承担此类义务。艰难情形的法律后果则是，其实际情况发生了重大变化的当事方基本上仍可以履行其合同义务并履行合同，但其履行在经济角度上变得毫无价值。

根据当事方之间的合同协议或实体法律和/或就不可抗力或艰难情形条件达成的法律后果，合同将根据情况自动调整，否则当事方将不得不重新协商受情况变化影响的合同细节（**很有可能是购买价格和交货日期**）。

大多数国家法律和国际公约都包含有关不可抗力及/或艰难情形的规定。

- 《联合国国际货物销售合同公约》（“销售公约”或“CISG”）包含不可抗力条款，但其中没有关于艰难情形的任何规定。¹
- 国际统一私法协会（“国际私法协会”或“UNIDROIT”）的原则包含有关不可抗力及艰难情形的规定。
- 国际商会（“国际商会”或“ICC”）的规则也包含有关不可抗力及艰难情形的规定。

一些知名的国际协会例如国际咨询工程师联合会（“咨询工程师联合会”或“FIDIC”）也发布了其他各式合同条款，其中包含不可抗力条款。必须指出的是，咨询工程师联合会的条款侧重于与建筑和工程项目有关的合同。

2. 定义和宗旨

2.1 不可抗力

不可抗力在法国代表更强的效力和更高的影响。不可抗力意味着不可避免的事件，例如各种自然灾害，尤其是风暴，地震，洪水，火山爆发，还包括火灾，交通事故，绑架，战争，暴动，革命，恐怖主义，破坏和罢工。不可抗力通常要求这些事件的意外发生。但是，如果当事方必须预料到会发生不可抗力事件，

例如在同一地区反复发生的洪水或在干旱国家发生火灾，而一个当事方则未采取相应的预防措施。因此，不可抗力事件一般可以被定义为从外部不可预测地影响合同关系的事件，尽管双方都非常谨慎，但仍无法避免。

问题仍然是由谁承担因不可抗力事件而无法履行合同的责任。为了避免争执和解释的风险，不可抗力条款已被包括在许多国际商业法律渊源中，以从根本上分配双方责任或发生当事方无法控制的特殊事件或情况时的义务。不可抗力事件的发生导致（至少是暂时的）中止双方的主要义务。任何一方都必须承担不履行或延迟履行的不利后果。结果，责任被免除，另一方无法要求赔偿损失或类似费用。

2.2 艰难情形

在遇到艰难情形的情况下，合同的履行不是没有可能，而是受到了阻碍。艰难情形定义为在合同订立后发生的任何法律，技术，政治或财务性质的事件，尽管尽了最大的努力，但在合同形成之时是无法预见的。通常，艰难情形不会导致无法履行，但可以重新谈判合同。

艰难情形条款通常认为，即使事件比履约时合理预期的更加艰难情形，各方也必须履行其合同义务。但是，如果由于超出当事方合理控制范围的事件而导致持续履行变得非常繁重，则“艰难情形条款”可能会迫使当事方就合同条款的替代方案进行

¹ 在一项具有里程碑意义的决定中，比利时最高法院（2009年6月19日，案件编号：C.07.0289.N）因此采用了国

际私法协会原则来弥补《销售公约》中的这一漏洞，尽管双方未就国际私法协会原则达成一致。

谈判。艰难情形条款的目的是提供更高的灵活性，并平衡双方之间的风险。

艰难情形的原则特别受普通法和英美法律制度的平等权利影响，要在公平和诚实信用基础上寻求平衡。

3. 法典中的不可抗力

3.1 德国法上的不可抗力

术语“不可抗力”（“höhere Gewalt”）出现在德国《民法典》第651a及其后的条款中，该条款规定了旅行法。但此外，不可抗力的概念也在第275（1）-（3），第326（1），（5）和第323节及其后各节中得到认可。

例：

卖方和买方签订了一份5吨大米的交货合同。卖方将这5吨货物分拣出来，然后将其存储在另一个（建好的）仓库中以备交付。由于暴风雨，仓库和在大米在夜间遭到破坏。

解：

大米因暴风雨而被摧毁。这是在合同订立时各方无法预见的，不可避免的影响力等级更高的事件，由于卖方已经完成特定产品，将大米分类并存储在另一个仓库中，对于卖方和其他所有人来说，现在交付这5吨大米是不可能的（德国《民法典》第275(1)条）。一方面，买方要求交货的权利受到限制（德国《民法典》第275(1)条）。另一方面，卖方不能要求对价（德国《民法典》第326(1)

条）。买方得以解除合同而无需设置提前通知（德国《民法典》第326(5)条）。因此，已履行部分必须返还，例如买方必须支付的定金。

3.2 法国法上的不可抗力

法国《民法典》第1218条对不可抗力规定如下：

“发生了超出义务人控制范围的事件，这种事件在订立合同时是无法合理预见的，其后果无法通过采取适当措施加以避免，且该事件阻止义务人履行义务”。

该定义仅要求不可抗性和不可预测性。如果影响是暂时的，除非因延迟而导致合同终止是合理的，否则将中止履行义务。如果影响是永久性的，则合同将自动终止，并且各方均应履行其义务。

3.3 美国法上的不可抗力

在美国法律中，没有关于不可抗力的统一定义。不可抗力条款的可执行性在很大程度上取决于特定的州之法律、条款的措辞以及法院的解释。因此，公司必须认识到不可抗力条款在特定状态下是如何解释和执行的。然而，由于美国合同法支持合同自由原则，而且法院通常不会将其解释为合同，因此执行不可抗力条款是一个好主意。

3.4 泰国法上的不可抗力

泰国《民商法典》第8条将不可抗力定义如下：

“任何事件，即使事情发生或威胁所针对的人在其处境和条件

下采取了外界期望的适当预防措施，该事件的发生或有害后果依然无法避免。”

除此之外，不可抗力也被其他法律提及并认可，例如《民事诉讼法》。此外，该国使用的通用合同模板通常包含不可抗力条款。在法律的限制下，例如非公平合同条款法，当事方可以同意将某些情况定义为合同中的不可抗力。

3.5 越南法上的不可抗力

越南《民法典》第156条将不可抗力定义如下：

“无法预见的以客观的方式发生的事件，并且无法通过采取一切可能的必要和可接受的措施加以补救。”

不可抗力的后果规定在《民法典》第420条第2和第3段：

“2. 在情况发生重大变化的情况下，利益受到影响的一方有权要求另一方在合理的期限内重新谈判合同。

3. 如果当事各方在合理的时间无法就合同的修改达成协议，则任何一方均可请求法院：

*（a）在确定的时间内终止合同；
[...]*”

3.6 销售公约中的不可抗力

3.6.1 关于销售公约

《销售公约》是一项提供统一国际销售法的条约，已得到93个国家的批准。这使《销售公约》成为最成

功的国际统一法之一。然而，应当指出的是，《销售公约》的适用常常被当事方排除在外。

3.6.2 适用性

《销售公约》法律直接适用于营业地点在不同成员国的当事方之间的货物销售合同（《销售公约》第1条第1款（a）项）。如果只有当事一方中的一个《销售公约》成员国的居民，并且当事方之间的合同是指该国的实体法（《销售公约》第1（1）（b）条），则《销售公约》也适用。即使任何一方都不是成员国的居民，《销售公约》也可以在双方就其法律关系的适用达成明确协议时适用。《销售公约》定义了自己的领土适用标准，而无需诉诸国际私法规则。对于在批准《销售公约》之前签订的销售合同，《销售公约》第100（2）条规定：

“本公约仅适用于本公约第1条第（1）（a）项所述缔约国或第（1）（b）项所述缔约国生效之日或之后所订立的合同。”

3.6.3 定义

根据《销售公约》第79（1）条规定，如果当事方证明履行失败是由于以下因素引起的，则不承担任何责任：缔约一方无法控制的障碍，且不能合理预期该当事方在订立合同时已经考虑了这一障碍，或者避免或克服了该障碍或其后果。

如果一方能够证明这些要求，则可以免除其履约责任，并且另一方无法主张任何其他权利。

3.7 国际商会规则2003不可抗力条款

3.7.1 关于国际商会规则

国际商会是世界上最大，最具代表性的商业组织。其目的是促进国际贸易，支持国际企业面对全球化的挑战和机遇。通过发布合同规则，促进了国际交易的有效结算。

3.7.2 定义

国际商会不可抗力条款的第1条规定，为了被视为不可抗力，必须有因故障引起的障碍（类似于《销售公约》第79条）。第2条是根据《销售公约》第79（2）条专门设计的。其目的是明确指出，一方当事人因第三人不履行义务而对另一方当事人不履行义务的，可以援用该条款。国际商会不可抗力条款的第3节提供了不可抗力事件的列表，例如，战争，爆炸，自然灾害，罢工等。作为法律后果，未能履行并主张不可抗力的当事方将免除责任无需面对被去权方的任何要求，另一方也免除了义务。

3.8 国际统一私法协会原则中的不可抗力

3.8.1 关于国际统一私法协会

国际统一私法协会是独立的政府间组织，其目的是研究需求并开发现代化，统一和协调国际私法特别是商业法之间状态的方法，并起草国际法规满足会员的需求。国际统一私法协会的会员资格仅限于遵守国际统一私法协会原则的州。国际统一私法协会当前的63个成员国代表着各种不同的法律，经济和政治制度以及不同的文化背景。

3.8.2 定义

《国际统一私法协会国际商事合同通则》（2010年）的第7.1.7条中包含不可抗力条款。如果该当事方证明失败是由于其无法控制的障碍导致，并且不能合理地预期在订立合同时或在履行合同时已考虑到该障碍，已经避免或克服了它或其后果，则该规则是该当事方不履行义务的抗辩。如果该不履行是根本的，则本条并不限制未接受履行的一方终止的权利。在适用的情况下，它声明将不履行方排除在赔偿责任之外。在某些情况下，障碍会阻止任何履行，但在许多其他情况下，它将仅推迟履行。

3.9 国际咨询工程师联合会合同样本中的不可抗力

3.9.1 关于国际咨询工程师联合会

国际咨询工程师联合会代表工程行业的成员。因此，咨询工程师联合会促进了建筑和工程行业的利益。咨询工程师联合会成立于1913年，如今已拥有102个会员协会，代表着大约100万专业人员。咨询工程师联合会还发布国际合同样本和业务实践文件。

3.9.2.定义

“红皮书”（施工合同条件），
“黄皮书”（生产设施和设计合同条件）和“银皮书”（EPC（设计、采购和施工）合同条件）均在其第19条中包含不可抗力条款。该条款是针对不可抗力事件的新规定与涵盖无法履行（或违法）行为的规定的措词的结合。第19.1条将不可抗力定义为雇主和承包商无法控制的

事件，使得当事方无法履行或不合法履行，包括但不限于战争，敌对行动，叛乱，任何核燃料或暴动造成的放射性污染。

4. 法律上的艰难情形

4.1 德国法律上的艰难情形

德国《民法典》第313（1）规定，如果发生的事件从根本上改变了现行合同，并给一方的履约工作带来了沉重负担，使得遵守合同不合理，则必须重谈合同。在如果无法重新谈判，弱势方可以解除合同。德国《民法典》第313（1）中的艰难情形条款源自其第242条中的诚信理论，并限制了“条约必须得到遵守”（*pacta sunt servanda*）的基本原则。

4.2 法国法上的艰难情形

法国《民法典》第1195条规定如下：

“如果在订立合同时无法预见的情况变化使未接受这种变化风险的当事方的履行义务过于繁重，则该当事方可要求另一缔约方重新谈判合同。”

“请求方必须在重新谈判期间继续履行其义务。在拒绝或未能重新谈判的情况下，当事方可以同意从其确定的日期和条件开始终止合同，或通过共同协议要求法院确认合同的变更。在合理时间内未达成协议的情况下，法院可以应当事方的请求，自其确定的日期和条件起修改或终止合同。”。

该条款明确指出，它不适用于已假设了相关风险的一方。因此，建议

当事方确认措辞，特别是那些认可假定存在艰难情形风险存在的措辞。

4.3 美国法上的艰难情形

在美国《合同法》中，对艰难情形没有统一的定义。然而，可以使用艰难情形条款，但是如果相关事件过于模糊，则很难设定艰难情形。因此，不可抗力条款与首先重新协商合同的要求相结合，可以实现艰难情形条款在其他法律体系中可能提供的内容。

4.4 泰国法上的艰难情形

由于艰难情形原则是普通法系中最初普遍采用的原则，因此泰国法律，特别是《民商法典》仅提及不可抗力。但是，由于艰难情形条款并不与公共秩序或公序良俗相抵触，因此各方仍然可以达成一致，并根据合同自由原则将其添加到合同中。

4.5 越南法上的艰难情形

根据越南法律，“艰难情形”的概念是众所周知的，并且可以基于合同自由原则在合同中约定。

4.6 《销售公约》中的艰难情形

销售公约未载有“艰难情形”条款，而更普遍的看法是销售公约第79条未覆盖艰难情形。因此，没有重新谈判这种选择。

4.7 国际商会2003的艰难情形条款

国际商会艰难情形条款第1款认为，

“即使事件比履约时合理预期的履行更为繁重，各方也必须履行

其合同义务”。

但是，根据第2段，

“如果由于超出当事方合理控制范围的事件导致继续履行过于繁重而又无法合理预期的话，则当事各方应商定合理考虑该事件后果的替代合同条款。”

根据第3款，在无法达成替代合同条款的情况下，援引艰难情形条款的一方有权终止合同。

4.8 国际私法协会原则中的艰难情形

《国际统一私法协会国际商事合同通则（2010年）》第6.2.2条将艰难情形定义为事件的发生从根本上改变了合同的情况，但前提是这些事件符合本小节中规定的要求。这也说明了6.2.2条并非详尽无遗，须由各方进行调整以适应其需求。

根据国际统一私法协会国际商事合同通则2010，艰难情形在程序法和实体法上均具有影响（第6.2.3条）。失利方可以要求重新谈判。如果这一方不这样做，它不会失去这项权利。但是，此失败可能会影响有关艰难情形是否确实存在的识别。如果当事各方未能在合理的时间内就变更后的情况达成如何修改合同的协议，第6.2.3（3）授权任何一方诉诸法院。第4款规定了法院在这些案件中作出判决的法律后果（终止/合同调整）。

4.9 咨询工程师联合会合同样本中的艰难情形

咨询工程师联合会的主要合同样本不包含“艰难情形条款”。在大型项目中，当事方履行合同义务的时间分散数年，因此，当事方可能会考虑在合同中添加“艰难情形条款”，以规定当合同经济失衡时，当事方何时以及如何重新安排合同条款。

5. 国际不可抗力 and 艰难情形条款的异同

请参考附件一中的表格。

6. 结论

前面提到的规则和法规只是可用于处理不可抗力和艰难情形事件的各种法规的示例。因此，当事方必须仔细研究他们认为必须在合同本身中加以规范的内容。不同的合同需要基于不同理由的不同条款。需要评估该条款在个别情况下应达到的确切目的。

7. 案例研究：COVID-19 和不可抗力

由于最近爆发由 SARS-CoV-2 病毒引起的 2019 年冠状病毒病（COVID-19），与合同履行失败有关的问题变得尤为重要。世界卫生组织（“WHO”）已于 2020 年 1 月 30 日宣布，COVID-19 构成国际关注的突发公共卫生事件。因此，出现了一个问题，问题是，在某些情况下，受近期爆发的 COVID-19 和/或相应的政府限制影响的合同方是否可以免于履行合同和/或承担责任。

由于政府关闭工厂和整个城市的检疫工作，许多合同无法按协议履行，因为这些措施导致进出港货物的严重中断。这阻碍了无数供应链，并可能导致公司无法履行合同义务。

COVID-19 的爆发或任何相应情况是否符合合同或法律规定的条件，以具备不可抗力或艰难情形的条件，取决于商定的合同条款，例如，合同是否规定了类别或明确界定为不可抗力或艰难情形的事件。通常，必须评估疫情是否超出了当事方的控制范围，并且是否在一定程度上影响了绩效。

如果该条款明确包含疾病，流行病，隔离或类似情况，则表示不可抗力。实际上，不应将流行病的爆发视为不可预见的事件，因为新病毒的出现是已知的科学事实。

尽管如此，前所未有的规模化关闭和数百万人的隔离仍然是一个独特的情况。中国国际贸易促进委员会（“CCPIT”）建立了一个在线平台，以向符合条件的申请人颁发不可抗力证书，这些申请人可以提供证明运输或延误运输或出口合同的合法文件。贸促会认为，这样做的目的是“帮助企业将因流行病而无法履行的合同的责任减至最低，并维护其合法权益”。

但是，必须指出的是，此类不可抗力证书仅表示而非证明发生不可抗力或艰难情形。

附件一：

国际不可抗力和艰难情形条款之异同

不可抗力			
	基本原则	要求	法律后果
德国《民法》典（BGB）第326(1), (5), 275(1)-(3)	受罗马法的影响 “条约必须得到遵守”	<ul style="list-style-type: none"> ○ 责任方或所有人无法履行（第275（1）条）或 ○ 因对等条件的不当调整而拒绝履行（第275（2）条），或 ○ 负有亲自履行义务但不可接受时的拒绝履行 	<ul style="list-style-type: none"> ○ 取消了等值索偿。免除责任。 ○ 第326（1）条：失望方可选择：解除合同（326（5）），323（1），但必须退还收益（346（1））
国际商会不可抗力条款2003	受到普通法制度的影响而要求公平	<ul style="list-style-type: none"> ○ 障碍超出了当事方的控制范围 ○ 段落2对事件的列举并非详尽无遗 ○ 签约时无法合理预见 ○ 障碍是无法合理避免的 ○ 通知义务 	免除责任，失望方无其他权利
《销售公约》第79条	受普通法影响，基于先例而非成文法	<ul style="list-style-type: none"> ○ 由于一方无法控制的障碍而导致的（履行）失败 ○ 签约时无法合理预见 ○ 阻碍或后果是不可避免的 ○ （履行）失败的一方必须发出通知 	免除责任，失望方无其他权利
国际统一司法协会原则第7.1.7条	受普通法影响，旨在实现公平和公正	<ul style="list-style-type: none"> ○ 由于一方无法控制的障碍而无法履行 ○ 签约时无法合理预见 ○ 障碍或后果是不可避免的 ○ 当事方必须发出通知 	免除责任，失望方无其他权利
国际工程顾问联合会（FIDIC）第19条	依据普通法背景起草，后法遵循先前的裁定	<ul style="list-style-type: none"> ○ 超出雇主或承包商控制范围的事件 ○ 这使得一方无法履行或违法履行 ○ 第19.1条的列举并不详尽 	<ul style="list-style-type: none"> ○ 如果工作遭受损失或损坏，应向承包商付款（19.5 FIDIC） ○ 如果不可抗力的影响持续182天，则可选终止（19.6 FIDIC） ○ 如果终止合同，则必须根据所完成工作的价值进行付款（19.6 FIDIC） ○ 如果因合同法律而解除履行，则必须支付同样的款项。

艰难情形			
	基本原则	要求	法律后果
德国民法典 (BGB) 第 313(1),(3)	受罗马法的影响 “条约必须得到遵守”	<ul style="list-style-type: none"> 与合同依据有关的情况 合同订立后发生了重大变化 如果缔约方预见到了这些变化，他们将不会签约 	第313(1)条：合同调整；如果无法调整， 失利方可以从合同中退出 (313(3))
国际商会艰难情形条款2003	受到普通法制度的影响而要求公平	<ul style="list-style-type: none"> 由于发生超出当事人控制范围的事件，继续履行合同义务变得非常繁重 签约时无法合理预见 无法合理避免事件发生或其后果 	失利方可以要求重新协商
销售公约	无		
国际统一司法协会原则第 6.2.2条	受普通法影响，旨在实现公平和公正	<ul style="list-style-type: none"> 事件的发生从根本上改变了合同的平衡 可能是因为履行成本增加了 或者因为一方可受到的履行的价值减少了 事件在签约后发生 不可预见的 事件超出了各方的控制范围 事件风险并未事先假定由失望方承担 	失利方可以要求重新谈判
国际工程顾问联合会	无		

我们希望本新闻通讯中提供的信息对您有所帮助。
如果您还有其他疑问，请随时与我们联系。

LORENZ & PARTNERS 律师事务所
 泰国·曼谷·沙吞区沙吞南路·179号
 曼谷都市大厦 (Bangkok City Tower) 27楼 · 10120
 座机: +66 (0) 2 287 1882
 电子邮箱: info@lorenz-partners.com