

争议解决法律

“新冠肺炎”疫情与履约纠纷（七）：再议不可抗力的适用

作者：商事争议解决组¹

新冠肺炎疫情对各类民商事合同的履行造成了不同程度的影响。合同当事人能否依据不可抗力提出履约抗辩或解除合同已经成为了目前各民商事主体十分关注的话题。我们也及时地就该法律问题及可能涉及的常见交易类型的履约纠纷作了观察与分析。鉴于最高人民法院尚未发布有关新冠肺炎疫情期间民商事审判工作的司法解释，多数观点认为对于不可抗力的具体适用可以参照《最高人民法院关于在防治传染性非典型肺炎期间依法做好人民法院相关审判、执行工作的通知》（法〔2003〕72号，已失效）中的规定，即因政府及有关部门为防治“非典”疫情而采取行政措施直接导致合同不能履行，或者由于“非典”疫情的影响致使合同当事人根本不能履行而引起的纠纷按照《合同法》中不可抗力的相关规定处理。

我们注意到近日部分法院相继出台了疫情防控期间审理民商事法律纠纷的意见。这些地方司法解释性质文件对于妥善处理民商事争议、统一裁判尺度具有现实的积极意义。我们对各地法院意见中涉及的不可抗力相关的裁判规则进行汇总和分析，供读者参考。

一、适用不可抗力的一般规则

根据《民法总则》第一百八十条和《合同法》第一百一十七条，不可抗力是指“不能预见、不能避免且不能克服的客观情况”。常见的不可抗力如地震、台风、水灾、火灾等自然灾害，罢工、暴动等社会事件，以及政府行为等。新冠肺炎疫情的爆发和传播，致使全国各省市自治区均启动突发公共卫生事件一级响应，并采取了严格的防控措施。作为突发性的传染病事件，新冠肺炎疫情自身可能构成不可抗力；而国家和各地政府部门为应对疫情实施的行政行为也可能属于不可抗力。在具体的履约纠纷中，合同当事人是否可以援引不可抗力作为违约行为的免责抗辩或者解除合同的事由，需要从前述不可抗力的三个构成要件进行分析。

¹ 参与本文撰写的律师包括（以姓氏拼音字母为序）：黄巍、刘亦娜。

“不能预见”指一般人在订立合同时根据已知的情形能否预见到事件的发生。通常其判断标准应当具有客观性，而不仅以合同当事人的主观认知水平为标准。本次疫情具有突发性，一般公众均无法预见，若合同在疫情发生之前订立，符合“不能预见”这一要件。如果缔约方在疫情发生之后签署合同，表明已经预期疫情可能产生的后果并自愿承担履约风险，不符合“不能预见”的要件，从而不能援引不可抗力作为抗辩或解约事由。浙江省高级人民法院民事审判第二庭《关于审理涉新冠肺炎疫情相关商事纠纷的若干问题解答》（浙高法民二〔2020〕1号，“《浙江高院解答》”）明确，“对于本次疫情发生后订立的合同，可以推定当事人在缔约时，对疫情这一特定事件及其变化和后果已有预判，故原则上对当事人提出的不可抗力或情势变更主张不予支持。”

“不能避免”指客观情况的发生具有必然性，即便合同当事人尽了合理注意义务也无法阻止不可抗力事件的发生。“不能克服”指客观情况无法抗拒，合同当事人尽了最大努力仍无法克服不可抗力事件对合同履行造成的影响。“不能避免且不能克服”强调的是不可抗力事件与合同不能履行之间的因果关系。鉴于我国立法上对不可抗力构成要件的严格标准，反映到司法实践上即是对不可抗力适用的从严把握。比如，《江苏省高级人民法院关于为依法防控疫情和促进经济社会发展提供司法服务保障的指导意见》（“《江苏高院指导意见》”）指出，“因政府及有关部门为防治疫情而采取行政措施直接导致合同不能履行，或者由于疫情影响致使合同当事人根本不能履行而引起的纠纷，适用合同法关于不可抗力的规定处理。”《湖北省高级人民法院关于充分发挥审判职能为新型冠状病毒感染的肺炎疫情防控提供司法保障和服务的意见》、《山东省高级人民法院关于为依法防控疫情和促进经济平稳运行提供司法保障的意见》（鲁高法〔2020〕7号）、《福建省高级人民法院关于充分发挥审判职能作用为坚决打赢疫情防控阻击战提供有力司法服务保障的指导意见》和浙江省高级人民法院民事审判第一庭《关于规范涉新冠肺炎疫情相关民事法律纠纷的实施意见（试行）》（浙高法民一〔2020〕1号，“《浙江高院实施意见》”）中也有类似规定。

通常来说，对于负有金钱给付义务的合同一方，如买卖合同中的买方、借款合同中的借款人等，其经济情况可能因疫情影响而遭受困难，但就付款行为本身并没有实质障碍，即便不能通过在银行营业网点现场办理业务，也能以网银等电子支付方式付款，一般不能以不可抗力为由免责或解除合同。《浙江高院解答》指出，“金钱债务的迟延履行除对方当事人同意外，一般不得因不可抗力而免除责任。债务人主张因新冠肺炎疫情免除因迟延付款产生的利息及其他经济损失赔偿责任的，一般不予支持。”类似地，上海高院在2020年2月16日的新冠肺炎疫情防控新闻发布会上回答记者提问时，提到对于构成不可抗力情形的非金钱债务，除非法律另有规定，当事人可以根据不可抗力的影响程度，主张部分或者全部免除责任。我们认为，浙江高院和上海高院的意见，十分准确地反映了金钱之债的特点，此次疫情通常不会导致金钱给付义务的消灭。

二、不可抗力在不同类型合同中的适用

不考虑具体个案的情况下，新冠肺炎疫情在性质上可以构成不可抗力事件，但并非对所有合同的履行都构成实质性障碍。在不同类型的合同中，根据疫情对于合同履行的影响程度，不可抗力原则能否被适用以及适用的法律后果也有所不同。通常而言，如果疫情对合同履行没有影响，缔约双方应按照合同约定继续履行；如果疫情对合同虽有一定影响，但未导致合同不能履行或不能实现合同目的的，合同当事人可以不可抗力作为部分或全部免责的抗辩，而不能以不可抗力为由解除合同；如果因疫情影响或政府及有关部门的防控措施导致合同根本不能履行，则合同当事人可以不可抗力为由要求解除合同。

（一）建设工程施工合同

1. 相关司法意见：

- 《四川省高级人民法院关于充分发挥审判职能作用为打赢疫情防控阻击战提供有力司法保障的指

导意见》（“《四川高院指导意见》”）：“对于买卖、建设工程施工等领域发生的合同纠纷，确因政府及有关部门为防治疫情而采取行政措施导致合同不能履行或者不能及时履行，或者因疫情影响致使合同当事人不能履行或者不能及时履行的，应当按照《中华人民共和国合同法》第一百一十七条和第一百一十八条的规定，妥善处理当事人减免违约责任的主张。”

- 《浙江高院实施意见》：“确因执行疫情防控需要，造成工程项目停工的，一般可以顺延工期……对于因劳动者返程迟延等与本次疫情相关原因导致工期延误的，承包人应及时按照合同约定向发包人提出工期顺延申请。双方对是否属于工期顺延存在争议的，人民法院依据签证资料等证据，依法确定是否免除延误责任。”

2. 简要评述：

全国多个地方政府如北京市、江苏省的住建部门专门出台了针对建设工程的防控规定，涉及复工时间、复工条件、施工现场管理等。本次疫情对建设工程施工合同影响较大，很可能存在工期延误问题。承包方若非因自身原因导致不能正常复工的，可以向发包方申请顺延工期，减免违约责任。通常此类合同涉及的工期较长，疫情的短暂管控措施不会导致合同根本上不能履行，合同当事人难以不可抗力为由解除合同。因不可抗力造成的损失，除合同约定条款外，国家标准《建设工程工程量清单计价规范》有专门章节规定因不可抗力事件导致的人员伤亡、财产损失及其费用增加，也规定了由于不可抗力致使合同无法履行而解除合同的费用承担。

（二）房屋租赁合同

1. 相关司法意见：

- 《四川高院指导意见》：“因受疫情影响，导致厂房、场地承租人经营受损，承租人请求出租人减免租金或者提前解除租赁合同的，要结合具体情形进行判断，尽可能促进租赁合同继续履行。”
- 《浙江高院实施意见》：“租赁房屋因疫情防控需要暂时无法使用的，承租人要求延长租期、减免相应期间的租金或解除合同，如确系不可归责于承租人、出租人的原因所致，可根据公平原则视情适当延长租期、减免租金，合理分担因疫情防控导致的不利后果。承租人以此要求解除合同的，一般不予支持。”
- 杭州市中级人民法院《关于做好疫情防控期间企业复工复产司法保障工作的实施意见》（“《杭州中院实施意见》”）：“承租人因疫情防控需要在一定期间内无法正常使用房屋的，系不可归责于承租人、出租人的原因所致，承租人要求减免租金的，除合同有约定以及符合政府相关减免租金的条件外，可根据《中华人民共和国合同法》第五条的公平原则视情延长租期、减免租金，合理分担因疫情防控导致的不利后果，承租人以此要求解除合同的，一般不予支持。”

2. 简要评述：

在房屋租赁合同中，承租人租赁房屋的目的是使用房屋。因疫情原因，企业生产厂房、办公楼宇、商场店铺等场地可能无法正常开工开业，包括应政府有关部门要求关闭场地、商场为防疫目的调整营业时间或者承租人出于商业考量自行决定暂停营业等。通常如果租赁场地未因政府行为被强令停业，仍处于适租和可使用的状态，租赁合同应没有达到根本不能履行或无法实现合同目的的程度。此外，租赁合同的期限普遍为一年以上的较长期限，因疫情造成的不能正常营业的时间相较整体合同履行期间较短。因此，承租人一般不能以不可抗力为由解除租赁合同。各地法院的司法意见中，普遍认为租赁合同应继续履行，承租人请求减免租金的，可以按照公平原则处理。

（三）买卖合同

1. 相关司法意见：

- 《浙江高院解答》：“就口罩、防护服、消毒用品等防疫紧缺资源订立的买卖合同，卖方可以履行，但主张因疫情影响增加合同价款的，一般不予支持；因受政府调配而延迟发货或无法发货，买方主张卖方承担违约责任的，一般不予支持。”
- 《江苏高院指导意见》：“疫情期间买卖口罩、防护服、消毒用品等防疫紧缺物资，合同虽已生效，但因政府调配、征用等原因无法履行，买受人起诉请求出卖人承担违约责任的，不予支持，但当事人另有约定的除外。”
- 《杭州中院实施意见》：“复工复产企业订立的买卖合同等商业交易合同可以履行的，鼓励合同继续履行。因受疫情影响继续履行合同对一方当事人明显不公平或者不能实现合同目的，依照《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（二）》等规定审慎处理。因受疫情影响导致合同迟延履行或者履行不能的，充分考虑疫情防控措施以及疫情形势的客观影响，依照《中华人民共和国合同法》第一百一十七条和第一百一十八条的规定妥善处理。”

2. 简要评述：

在买卖合同中，买方的主要义务为支付货款，一般不能适用不可抗力；而卖方的交货义务可能受到疫情影响。合同当事人需要重点考察本次疫情与其不履行交货义务之间是否存在直接和必然的因果关系。如果企业是因为政府的禁令或行政管控措施如封锁交通、关闭工厂等无法按时交付货物，通常可以不可抗力免责，如果仅是因为疫情造成原材料价格上涨、人员不能及时返岗或物流运输受限但并未构成不能克服的障碍，则可能不适用不可抗力规则。此外，买卖合同涉及的标的物也会影响不可抗力的适用。如果标的物是防疫紧缺物资且被政府征用或调配的，卖方基于不可抗力免责的可能性较大。

（四）服务合同

1. 相关司法意见：

- 《浙江高院实施意见》：“确因受疫情影响而致使餐饮、旅游、住宿等服务合同无法履行，合同一方请求解除的，依法予以支持，并按照《中华人民共和国合同法》有关规定合理确定双方应承担的民事责任。”
- 《江苏高院指导意见》：“因疫情导致无法继续履行的旅游合同，当事人主张解除合同的，应当予以支持。”
- 《广东省高级人民法院关于依法审理新冠肺炎疫情防控期间民事行政案件的通告》：“因疫情发生以及防控疫情应急措施等原因，导致买卖、租赁、旅游、住宿、餐饮、运输等合同不能履行，或者按合同履行对一方当事人权益有重大影响的，可以根据约定解除或者变更合同；没有约定的，鼓励和支持双方当事人协商解决，经济损失按公平原则合理分担。”

2. 简要评述：

服务合同是受本次疫情影响最为严重的合同类型之一。不计其数的餐厅、酒店、民宿、机票等预订被取消。对于服务接收者一方，这些合同的履行通常具有时效性，不具有迟延履行期限的意义，疫情本身可能造成合同目的无法实现；对于服务提供者一方，各地政府的禁令及交通封锁导致其根本上不能履

行。因此，此类合同的双方均应有权援引不可抗力进行免责或解除合同。

（五）涉外商事合同

1. 相关司法意见：

- 《江苏高院指导意见》：“准确确定国际贸易合同的准据法，正确理解适用《联合国国际货物销售合同公约》等国际条约中规定的“障碍”规则等，对于疫情是否属于合同约定的“不可抗力”条款，依照公平、诚实信用原则，综合考量合同约定、疫情与合同履行之间的因果联系、疫情影响程度等进行解释。对企业因受疫情影响无法如期履行或不能履行国际贸易合同的，积极引导企业向各地贸促会申请办理与“不可抗力”相关的事实性证明，提前做好防范纠纷发生的证据收集工作。”
- 《杭州中院实施意见》：“复工复产的外贸企业由于疫情原因无法按时交付订单，造成合同不能履行或迟延履行，由此产生的相关国际贸易诉讼，法院审理中应准确适用准据法及国际公约，根据案情正确援引有关规则，合理确定当事人的合同责任，依法平等保护外贸企业及其他主体合法权益。”

2. 简要评述：

因受疫情影响，我国大量外贸企业无法按时交付订单，导致合同不能履行或迟延履行，由此产生的国际贸易纠纷中，我国企业能否援引不可抗力作为免责抗辩存在较大不确定性。一方面，该些涉外商事合同争议可能适用外国法或国际公约而非中国法律作为准据法，不能照搬中国法下的不可抗力规定；另一方面，贸促会等相关机构虽可以出具不可抗力证明，但对于涉外合同主体来说并非“尚方宝剑”。外贸企业仍需要根据合同条款的具体约定判断是否构成不可抗力、是否及时发送了通知以及是否采取了约定的补救措施。

三、合同当事人适用不可抗力需注意的问题

（一）区分合同的具体情况，妥善处理不同的履约纠纷

《重庆市高级人民法院关于为依法防控疫情与经济社会平稳发展提供司法保障的意见》指出，在认定不可抗力规则时，应根据疫情造成民事义务履行障碍的具体情况，坚持“原因与责任相适应”原则，结合个案情况，注意考察同一地区、同一时期、同一类型民事义务的履行方式，相应减轻或免除相关当事人的民事责任。我们提醒合同当事人，合同缔约方应综合考量合同条款的约定、疫情与履约不能或履约困难之间的因果关系以及疫情影响的程度等因素，结合纠纷的具体情况决定是否适用不可抗力作为履约抗辩或解除合同的事由，避免“一刀切”的处理方式。除了区分不同类型的合同之外，也需要注意相同时间段内同地域同类型合同的履行情况。

（二）有约定从约定，合同条款优先

《江苏高院指导意见》指出，“对于因疫情防控导致的建设工程施工合同、房屋租赁合同等纠纷，当事人就相关责任、损失承担有明确约定的，除法律、法规以及疫情防控政策另有规定的，应当依照当事人的约定处理，一方当事人事后以公平分担等为由反悔的，不予支持。”我们提醒合同当事人，在考虑适用不可抗力作为免责抗辩或解约理由时，首先应仔细查看合同约定的条款。如果合同中有关于不可抗力发生后合同履行和损失承担的约定，则一般从其约定。

（三）与情势变更原则的区别

关于这点，已经有相当多的文章作过细致分析，在此不再赘述，读者们也可以参考我们之前《“新

新冠肺炎”疫情与履约纠纷（一）：不可抗力与情势变更》一文。总体上我们认为，在疫情影响的履约纠纷中，不可抗力和情势变更都有适用空间，但司法实践中对情势变更的裁判尺度更为严格。南京市中级人民法院发布的《关于妥善审理商事合同纠纷案件促进中小微企业稳定发展的实施意见》中指出，“当事人基于疫情提出适用情势变更原则的，人民法院应当严格区分情势变更与正常商业风险并依法作出认定。经审查符合情势变更原则适用条件的，应按规定履行审核程序。”嘉兴市中级人民法院《关于为企业战疫情稳经营促发展提供有力司法保障的意见》中也规定：“对疫情期间符合继续履行条件的，鼓励合同继续履行，若继续履行对一方当事人明显不利，当事人依据情势变更原则要求变更或者解除合同的，应当依照《最高人民法院关于当前形势下审理民商事合同纠纷案件若干问题的指导意见》对相关情形进行认定，并严格履行情势变更的相关审核程序。”这表明，法院适用情势变更较为审慎，且需要经过高级人民法院或最高人民法院的审核。因此，合同当事人基于情势变更原则提出变更或解除合同的诉讼请求能否获得支持存在较大不确定性。

特别声明

汉坤律师事务所编写《汉坤法律评述》的目的仅为帮助客户及时了解中国或其他相关司法管辖区法律及实务的最新动态和发展，仅供参考，不应被视为任何意义上的法律意见或法律依据。

如您对本期《汉坤法律评述》内容有任何问题或建议，请与汉坤律师事务所以下人员联系：

黄巍

电话： +86 21 6080 0967

Email: will.huang@hankunlaw.com