

## 不可抗力条款及其解释

崔建远

**内容提要:**不可抗力条款与法律界定的不可抗力在内涵和外延方面完全一致的,不以合同条款论,而应产生法定效果;不可抗力条款超出法律界定的不可抗力部分的,才作为合同条款,其法律效果遵循法律关于合同条款的控制。不可抗力条款则无须三个“不能”同时具备,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,而是首先受控于法律关于免责条款被订入合同、有效还是无效的规定,通过这些调控而作为有效的合同条款之后,就如同其他合同条款一样发挥作用,而不一定像法律规定的不可抗力而肯定产生固定的法律效力。无论不可抗力条款是作为免责条款还是作为约定解除条件,只得在当事人各方之间具有法律约束力,不得对抗第三人。此处所谓不得对抗第三人,至少包括在免责与合同解除两方面不得对抗。为使债权人能够及时采取救济措施,将不可抗力对合同的影响降到最低,法律应令债务人负有不可抗力通知义务。该义务不属于附随义务,宜为不真正义务。

**关键词:**不可抗力 免责 解除合同 抗辩

崔建远,清华大学法学院教授。

### 一 不可抗力是否属于免责条款?

《中华人民共和国民法总则》(以下简称《民法总则》)第180条第2款及《中华人民共和国合同法》(以下简称《合同法》)第117条第2款明文规定了不可抗力,不论当事人是否在合同中约定,都不影响其为不負責任条件的法律地位及作用。

严格地说,在法律奉行过错责任原则的背景下,不可抗力致使合同不能履行,债务人对此无过错,自然不负违约责任,而非本有责任但被法律免除。因此,把不可抗力称作不負責任条件或不負責任事由,而非免责条件,较为贴切。与此有别,在法律采取无过错责任原则的框架下,依其字面含义,无论任何情况导致合同不能履行的,债务人都要承担违约责任,不可抗力发生的场合也是如此,只是法律出于伦理、风险分配等考量而“特赦”:不可抗力致使合同不能履行的,债务人免负责。即,在无过错责任原则下,将不可抗力

称作免责条款或免责事由,是周延的。不过,既然法律人已经习惯于称不可抗力为免责条件或免责事由,本文遵从习惯用法。

在笔者的分析架构中,将法律规定的债务人免负责任的事由叫作免责条件,而非免责条款;将当事人约定的免责事由称作免责条款,而非免责条件。据此,将法律规定的不可抗力致使不能履行时债务人免负违约责任的情形,叫作不可抗力免责条件。如果当事人于合同中约定的不可抗力与法律规定的不可抗力在内涵和外延上完全相同,则该不可抗力的约定仍为不可抗力条件,而非不可抗力条款。如果当事人于合同中约定的不可抗力在外延上超出了法律规定的不可抗力的,实质上相应地改变了内涵,则超出部分并非称作不可抗力条件,而应称不可抗力条款。

提醒这一点在合同解除领域的价值为:不可抗力导致不能实现合同目的,可径直适用《合同法》第94条第1项的规定,任何一方当事人均可主张解除合同;超出法律界定的不可抗力的客观原因致使目的不达,可类推适用该项规定,也是任何一方当事人都有权通知相对人解除合同;但是,超出法律界定的不可抗力范围的事项属于债务人一方的事由(如债务人先自其关联公司之处取得货物,然后交付给债权人,以清偿债权,但债务人的关联公司未将案涉货物交付给债务人,致使债务人无法依约向债权人清偿),实质上属于债务人的过错,于此场合不得援用该项规定通知解除合同,尤其是债务人因其有过错而在现行法上无解除权。当然,债权人可以援用《合同法》第94条第3项、第4项或第2项的规定,通知债务人解除合同。

换个角度,当事人各方约定不可抗力意在解除合同,比如使用不可抗力“阻止”(prevented)、“妨碍”(hindered)或“延误”(delayed)甚至于“不可抗力”事项导致合同履行“不经济”等字样。“阻止”一词被解释为依赖不可抗力条款的缔约人无法履行其合同义务,不论是实质上或法律上。但如果只是使履行合同更困难或要亏本,远不足够。<sup>[1]</sup>“妨碍”是个比较宽泛的表达,此时的约定与《民法总则》第180条第2款、《合同法》第117条第2款界定的不可抗力相同,与《合同法》第94条第1项规定的解除合同条件无异,这仍属法定解除、不可抗力条件;但是,当事人各方的约定超出法律界定的不可抗力范围,且作为解除合同的原因,此类约定的“不可抗力”解除,归入约定解除,适用《合同法》第93条第2款,较为适当。

超出法律界定的不可抗力范围的事项,对该事项应以不可抗力条款论,适用法律关于合同条款的控制规则,诸如法律关于不可抗力条款有效抑或无效、有效时发生何种法律效果等项规则;不再属于不可抗力条件,即不得适用法律关于免责事由、解除权产生和行使的条件以及风险负担诸项规则。其道理在于:符合法律界定的不可抗力的场合,作为免责条件,其法律效力是确定的,即适用《民法总则》第180条第1款及《合同法》第117条第1款的规定,债务人在不可抗力致使合同不能履行的场合不负责任;尽管当事人各方约定的名为不可抗力的事项超出了法律界定的不可抗力范围,但仍属不可归责于当事人各方的客观原因,换言之,当事人无过错,依法理,宜类推适用上述两款规定,债务人同样免负责任;但是,当事人各方约定的名为不可抗力的事项超出了法律界定的不可抗力范围,其实

[1] 参见杨良宜著:《合约的解释》,法律出版社2007年版,第386页。

是债务人的过错或视为债务人的过错,于此场合不得适用或类推适用上述两款规定,债务人必须承担民事责任。

不可抗力条款的另外一个主要问题是,当事人各方约定的不可抗力事项之外的某个或某些事项是否属于不可抗力?<sup>[2]</sup> 解决这个问题应该适用合同解释制度中的“同类”规则,即当事人各方未列明的事项与已经作为不可抗力列明的事项相互比较,得出肯定或否定的结论。其过程包括两个方面:一方面,判断当事人已经列明的不可抗力事项应否被认可为不可抗力,若不被认可为不可抗力(如配偶反对),则其非为判断当事人未列明的事项可以纳入不可抗力范围的“准据”;若被认可为不可抗力,则开启“另一方面”,即,依一般理念、常识,判断当事人未列明的事项与已经列明的不可抗力事项是否同类,若属于同类,则该未列明的事项作为不可抗力对待,若不属于同类,则该未列明的事项不以不可抗力论处。

行文至此,就不难理解许多法官、仲裁员非常注意甄别当事人约定的不可抗力了。例如,麦卡荻耶(McCardie)大法官认为,不可抗力可以包括战争、罢工、立法和行政干预(如禁令)、意外的设备故障,但不包含正常的坏天气(除了非常规风暴)和经济上的因素(如欠缺资源)。<sup>[3]</sup> 麦卡荻耶大法官将正常的坏天气、经济上的因素排除于不可抗力,符合“同类”规则,值得重视。其道理在于,首先因为“正常的坏天气、经济上的因素”不与战争、立法和禁令同类,除去非常规风暴的正常的坏天气,诸如大雨、降温、炎热等“正常的坏天气”,非导致系争合同不能履行的因素,债务人若以大雨、降温、炎热为由称不能履行系争合同,则实为掩饰自己的过错,推卸其责任;至于“经济上的因素”,除非构成情事变更(在大陆法系、中国法)或合同落空(在普通法系),皆为商业上的风险范畴,合同当事人应该自己承受,不得推脱给相对人。

不可抗力被当事人各方在合同中约定为延期履行、降低价款、解除合同的事由,不涉及免除当事人的民事责任。换言之,当事人各方约定:在不可抗力出现时,债务人可以延期履行、主张降低价款,债权人有权解除合同。此种不可抗力条款,虽然已经成为合同条款,但非免责条款,因其无免除当事人所负民事责任的效力。

不可抗力被当事人约定在合同之中,不可抗力条款因而形成。如果此种不可抗力条款约定的不可抗力在内涵和外延方面与法律界定的不可抗力完全重合,并且具有免除当事人所负民事责任的效力,那么,把此种不可抗力作为法定的免责条件还是作为约定的免责条款,结果应该一样,除非该不可抗力的免责条款被认定为无效。正因不可抗力作为法定的免责事由会确定地发生法律效力,而不存在无效的危险,而不可抗力条款作为约定的免责条款或其他条款却存在着无效或被排除的风险,那么,除非必要,缔约当事人各方无须在合同中重述法律关于不可抗力的规定。

## 二 当事人的控制与合理预见

《合同法》界定的不可抗力由不能预见、不能避免并不能克服三要素构成(第 117 条

[2] 参见[美]杰弗里·费里尔、迈克尔·纳文著:《美国合同法》,陈彦明译,北京大学出版社 2009 年版,第 518 页。

[3] 参见 Lebeauvin v. Richard Crispin & Co (1920) 2 K. B. 714; 转引自杨良宜著:《合约的解释》,法律出版社 2007 年版,第 384 页。

第2款),《民法总则》承继(第180条第2款),但境外的法律文本、判例及学说大多不强求三个“不能”同时具备。例如,《国际商事合同通则》第7.1.7条之(1)规定:“若不履行的一方当事人证明,其不履行是由于非他所能控制的障碍所致,而且在合同订立时该方当事人无法合理预见,或不能合理地避免、克服该障碍及其影响,则不履行一方当事人应予免责。”再如,1980年《联合国国际货物销售合同公约》第79条之(1)规定:“当事人对不履行义务,不负责任,如果能证明此种不履行义务,是由于某种非他所能控制的障碍,而且对于这种障碍,没有理由预期他在订立合同时能考虑到或能避免或克服它的后果。”还如,《国际商会不可抗力(免责)条款》[*Force Majeure (Exemption) Clause of the International Chamber of Commerce*]第3条中只强调不可抗力是不能合理避免或控制其结果。这样不要求同时具备三个不能的设计是符合客观现实的,值得中国法重视。中国一些判决也是不强求三个不能同时具备。<sup>[4]</sup>有鉴于此,正在编纂的《中华人民共和国民法典》界定不可抗力时不宜再强求同时具备不能预见、不能避免和不能克服三项因素,宜视个案变通处理,如在有的情况下仅仅具备两项要素即可构成不可抗力。<sup>[5]</sup>

的确,不可抗力条款则无须“叫真”三个“不能”同时具备与否,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,而是首先受控于法律关于免责条款被订入合同、有效还是无效的规定,通过这些调控而作为有效的合同条款之后,就如同其他合同条款一样发挥作用,而不一定像法律规定的不可抗力那样肯定地产生固定的法律效力。

辨析这一点具有不可低估的意义,分为两个方面:其一,就法律界定的不可抗力及其作为免责条件来说,在立法论的层面,正在编纂的《中华人民共和国民法典》对于不可抗力的界定不再沿用“不能预见、不能避免并不能克服”的表述,而是“不能预见、不能避免和/或者不能克服”;在法律解释和适用的领域,对于不可抗力应作弹性处理,如在有的案件中即使当事人预见了不可抗力的发生(如从天气预报中得知台风即将来临),也视为不可抗力;在另外的案件中即使当事人克服不可抗力时仍有损失,也同样视为不可抗力。其二,就当事人约定的不可抗力及其免责条款而言,应视个案案情来认定不可抗力条款的法律效力,如虽然当事人约定其关联企业不供货作为不可抗力,在出卖人因此而迟延交货时,也仍然按照出卖人过错违约处理,不可免其违约责任。

在合同落空或情事变更的理论下,不可抗力的构成需要当事人各方在缔约时无法合理预见。但对此若严格把握,则不尽妥当。其道理不难理解,如果是严格要求当事人各方在缔约时无法合理预见,则所有会发生的“不可抗力”事项在一定程度上都可以被当事人各方所预见,例如战争、政治问题、自然灾害等等事件,经由媒体反复渲染,当事人便可以知晓,如此便不构成不可抗力。如何解决这个问题?一种思路是继续维持不可抗力的构成仍需当事人不可合理预见这个要素,但应区分事后分析与在商业谈判中能否准确预测并且合同在这种状态下签署两种情形,对在缔约过程中当事人的预见能力不宜要求过高,

[4] 上海市高级人民法院(1999)沪高经终字第423号民事判决书, [http://china.findlaw.cn/info/qinquanzerenfa/qqmzsy/bkkl/20100825/130495\\_2.html](http://china.findlaw.cn/info/qinquanzerenfa/qqmzsy/bkkl/20100825/130495_2.html),最近访问时间[2018-07-22]。

[5] 参见崔建远:《民法总则应如何设计民事责任制度》,《法学杂志》2016年第11期,第34页。

故强调“合理”预见。再者,经常会有商人比较乐观地缔约,并希望可能会发生的不可抗力事项将来不会出现。<sup>[6]</sup> 这种理念及观点值得重视。所谓“事后分析”,常态可以是人们从容、冷静,思虑周全,甚至“明察秋毫”,这样,有些事件、现象可被预见。所谓“在商业谈判中能否准确预测并且合同在这种状态中签署”,常态是缔约人压力不轻、信息不见得全面详细,急促决断甚至被对方欺诈、误导,“当事者迷”,有些事件、现象未能预见,故而“对在缔约过程中当事人的预见能力不宜要求过高,故强调‘合理’预见”。<sup>[7]</sup>

事实证明,要求不可抗力必须具备不能预见这项因素,有时会出现不适当的结果。例如,甲将其 A 房出卖与乙,在约定的交房日期来临前,预报将要发生强烈地震。此种地震无疑会震塌房屋,甲虽然已经知晓,但无法采取避免 A 房震塌的有效措施。实际结果如同地震预报那样,强烈地震发生于约定的交付 A 房之前,并且摧毁了 A 房。对此,按照不可抗力必须同时具备不能预见、不能避免和不能克服三项因素的界定及标准衡量,因甲知晓地震将要来临,故地震不属于不可抗力。但是这样认定显然是不适当的。

辨析这一点同样具有如同上文所述在立法论和解释论几个方面的价值,例如,在有些案件中,即使债务人预见到不可抗力将要发生,如上文房屋类案例所述,也不会裁判债务人承担迟延履行违约责任。

### 三 不可抗力条款的对内效力和对外效力

当事人各方在合同中约定的不可抗力在外延方面明显超出法律界定的不可抗力,如将通常事变甚至自己一方的过错也并入不可抗力之中,由此也导致不可抗力的内涵发生改变。于此场合,首先确定该约定有无法律效力,如果无效,则不可抗力回归到法律的界定,且依法律规定发生效力,这似乎是“误言,无害真意”;如果有效,则不可抗力条款的功效视领域的不同而定:在当事人各方约定不可抗力的范围是为了免除当事人一方未来责任的情况下,此类不可抗力条款属于不可抗力免责条款,不再属于(法定的)不可抗力免责条件/不负责任条件。它使得当事人免除责任的范围超出了法定的不可抗力情形下当事人不負責任的范围,这有利于责任方;在当事人各方约定不可抗力的范围作为解除合同条件的场合,此类不可抗力条款只能属于《合同法》第 93 条第 2 款规定的约定解除条件,而非《合同法》第 94 条第 1 项规定的法定解除条件。

无论不可抗力条款是作为免责条款还是作为约定解除条件,只得在当事人各方之间具有法律约束力,不得对抗第三人。此处所谓不得对抗第三人,可存在方方面面的情形,至少有如下两种:一是免责方面,二是合同解除方面。

关于免责方面。例如,在某连环交易中,甲将 A 车出卖与乙,乙将 A 车再出卖与丙,缔约时均未实际履行。甲和乙之间的买卖合同约定,不可抗力包括地震、海啸、洪水、泥石流以及第三人将 A 车毁损灭失,且它们均为免除甲向乙承担的违约责任的事由。乙和丙之间的买卖合同没有约定免责条款。在履行 A 车买卖合同的过程中,A 车恰巧被第三人

[6] 参见杨良宜著:《合同的解释》,法律出版社 2007 年版,第 394 页。

[7] 杨良宜著:《合同的解释》,法律出版社 2007 年版,第 394 页。

砸坏,导致乙拒收 A 车,只是无法追究甲的违约责任。此时,就不能依约向丙交付合格的 A 车而言,乙不得以第三人砸坏 A 车、甲和乙之间的买卖合同约定免责为由,拒不向丙承担违约责任。个中缘由,不但有合同的相对性制约因素,而且有甲和乙约定的不可抗力不符合法律关于不可抗力的规定,丙只受法律规定的束缚,不受甲和乙共同约定的约束。从另一个角度讲,乙不能依约向丙交付合格的 A 车,前置原因是第三人将 A 车砸坏,这正符合《合同法》第 121 条前段关于“当事人一方因第三人的原因造成违约的,应当向对方承担违约责任”的规定,因此,乙必须向丙承担违约责任,只不过而后有权向第三人追究侵权责任罢了。

如果将上文设置的场景修改为,A 车被泥石流淹没、毁损,致使甲无法向乙交付,乙也不能向丙交付。由于 A 车被泥石流淹没、毁损同时符合法定的不可抗力这个免责条件,也符合约定的不可抗力这个免责条款,甲无论援用哪个,均可不向乙承担违约责任。但对于丙而言则不一样,一种思路及观点是,泥石流将 A 车淹没、毁损,属于不可抗力致使甲和乙之间的买卖合同不能履行,但乙和丙之间的买卖合同不能履行却是乙无法依约向丙交付 A 车,而非不可抗力致使乙和丙之间的买卖合同不能履行。在这种情况下,丙可以援用《合同法》第 121 条的规定,请求乙向自己承担违约责任,至于乙由此遭受的损失,无权自甲处获得赔偿,因为甲有权援用不可抗力条件对抗乙的请求。与此不同的第二种思路及观点则为:作为买卖物的 A 车不论归甲所有还是属于乙的所有物,一经被泥石流淹没、毁损,就构成不可抗力致使乙和丙之间的 A 车买卖合同不能履行,A 车既是甲和乙之间的买卖合同标的物,又是乙和丙之间的买卖合同标的物,这种因果链条不影响不可抗力致使合同不能履行这个事实。换言之,事物的本质是不可抗力致使乙和丙之间的买卖合同不能履行,而非乙无法向丙交付 A 车导致的乙和丙之间的买卖合同不能履行。既然《合同法》第 117 条第 1 款前段规定了不可抗力作为免责条件,那么,乙就有权援用它对抗丙关于乙就 A 车不能交付而应承担违约责任的请求。笔者赞同第二种思路及观点,理由在于不可抗力这个法定的免责条件。

再看合同解除及由此波及至第三人方面。虽然甲和乙之间买卖合同约定第三人毁损灭失 A 车属于不可抗力,但依不可抗力、通常事变的质的规定性衡量,第三人毁损灭失 A 车属于通常事变而未达不可抗力的规格。甲和乙的这种约定于其间可以有效,甲可以第三人已将 A 车砸坏为由,援用《合同法》第 94 条第 1 项关于“因不可抗力致使不能实现合同目的”的“可以解除合同”的规定,行使解除权,通知乙解除他们之间 A 车买卖合同。解除合同的效果发生后,甲向乙交付 A 车的义务便告消失。于此场合,乙无权以其关于第三人毁损灭失 A 车不属于不可抗力为由,对抗甲援用《合同法》第 94 条第 1 项的规定,根据就在于当事人各方的约定有效。不过,这种关于不可抗力的约定不得对抗第三人。例如,甲将其请求乙付清 A 车价款的债权质押给丁银行,按理该债权随着甲和乙之间的 A 车买卖合同解除而化为乌有,丁银行对甲享有的债权质权也应随着质物的消失而不复存在。这对于丁银行十分不利,也不公正。笔者反对如此处理,理由如下:对于丁银行来说,不可抗力的内涵和外延依法定,甲和乙的约定对其不发生法律效力;丁银行信赖的是法定的,而非甲和乙约定的不可抗力,即使丁银行知晓甲和乙的约定也是如此。这就是债权不

同于物权、人格权、知识产权的表现之一。一方面要保护丁银行的信赖,维护交易安全,另一方面又在甲和乙之间尊重其约定,不宜阻止甲主张解除 A 车买卖合同。那么又如何协调此种可能的利益冲突?那就是在维持、保护丁银行的债权质权的范围内,视为 A 车买卖合同仍然存续,乙对甲负担的 A 车价款支付债权没有消失,丁银行的债权质权也就继续存在。

## 四 不可抗力通知的规格与效力

### (一)通知的必要性

在不可抗力免责条件/不負責任条件的情况下,《合同法》第 118 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。”对此规定的疑问是,为什么要“及时通知对方”,“并应当在合理期限内提供证明”?因为不依赖不可抗力条款的一方往往是不知有这种事故出现的,所以给了通知就可允许他马上作出调查,否则,等到将来发生争议时再去调查可能什么证据都没有了。<sup>[8]</sup>

### (二)通知的主体

债务人为不可抗力通知的主体,自不必说。债权人是否为不可抗力通知的义务人呢?若从债务人对于不可抗力影响系争合同等事项也有采取措施减损的必要方面看,在债务人不知不可抗力的情况下,债权人向债务人为不可抗力通知就有价值。但是,这无疑增加了债权人的负担。若将债权人的此种通知义务定性并定位为不真正义务,尚可接受如此设计;但若为真正义务,就对债权人过于苛刻,有失权衡。有鉴于此,不宜把债权人作为不可抗力通知的义务人。不过,债权人自愿通知债务人,应当支持和鼓励,在系争合同为双务合同尤其是各方均未履行的情况下,这更有积极意义。

### (三)期限要求

不可抗力通知过迟,无法使债权人及时采取减轻损失的措施,难以避免损失扩大,导致不可抗力通知的规范意旨落空。落实该规范意旨,不可抗力通知得当然是距离不可抗力发生之时越短越好,也就是应当及时。此处所谓及时,也就是期限合理。

判断期限是否合理,需要考量若干因素。其一是债务人的行动自由度。债务人若身陷囹圄,就难以及时发出不可抗力的通知,这段时间不得计入不可抗力期限之内。其二是通讯手段。债务人若身处暴风雪肆虐的南极,通讯信号中断,就无法及时发出不可抗力通知。其三是债权人能否接收到不可抗力通知。即使债务人通知得及时,也未必使债权人取得不可抗力致使系争合同不能履行的信息,并进而采取减轻损失的措施,如债权人下落不明。

### (四)内容构成

不可抗力通知的内容应由哪些因素构成?对此,先举一例予以导引:建设工程合同经常会要求承包商提供不可抗力干预的程度和预估会带来的进度的影响。在 *Intertrader v.*

[8] 参见杨良宜著:《合约的解释》,法律出版社 2007 年版,第 387 页。

Lesieur (1978) 2 Lloyd's Rep. 509 案中,合同中约定的不可抗力条款要求通知必须要说明延误的原因,但系争合同履行过程中发生不可抗力,债务人向债权人发出的通知中只说明榨油厂供电系统损坏这一个原因,未说明另一个同时发生的原因——火车运送花生去工厂时受到干扰,因此该案被主审法官丹宁(Denning)勋爵判决涉不可抗力通知存在缺陷。<sup>[9]</sup>

循着丹宁勋爵判决的思路,似可得出这样的结论:不可抗力通知不但包含不可抗力发生的因素,而且必须包含该不可抗力致使合同不能履行这项要素。其道理不难理解,不可抗力即便规模、程度、破坏力空前,但只要对系争合同的履行没有影响,合同当事人就不得援用不可抗力条款,故当事人仅仅通知不可抗力发生的事实,而无系争合同受到不可抗力影响的事实,是不得产生不可抗力的法律效果的;只有同时含有不可抗力导致系争合同不能履行两大方面事实的通知,才可能引发不可抗力的法律效力。为什么称“可能”而未用肯定的语气? 一是因为该不可抗力通知所陈事实是否属实,亦未可知,尚待证明;二是不可抗力未致系争合同全部不能履行,不可抗力条款只能发生部分效力,债务人只可就未能履行的部分免负责任。

再者,不可抗力及其发生所含内容较多,是否均需通知? 回答是否定的,因为事关债权人权益的,其实基本上是不可抗力致使系争合同不能履行,通知的内容含有这些足矣,无须无限扩张。从另一个角度说,把“不必要”的因素都作为不可抗力通知的内容,无疑加重了债务人的注意义务,使债务人的负担过重,显非善法。

#### (五)是否所有情形都需要通知

现代社会媒体发达,诸如战争、海啸、台风等典型的不可抗力一经发生便被媒体迅速报道甚至渲染,合同的当事人也就知晓此事,这还需要债务人向债权人通知不可抗力发生的事实吗? 回答是肯定的,道理在于:其一,世界上的事情复杂多样,债权人身处场景也千差万别,不见得总能得知不可抗力发生的事实。债权人不知时,债务人向其通知不可抗力发生的事实,显然是必要的。其二,不可抗力发生不见得影响系争合同的履行,即便影响了,也有影响的程度问题。相对而言,这些情形只有债务人最为清楚,债权人则难以了解清晰。这也显示出不可抗力通知的必要性。

接下来的问题是,不可抗力因个案而有不同的表现形式,所有的表现形式是否都需要通知? 据杨良宜先生回忆,其参与制定的 BIMCO 格式造船合同文本 Standard Shipbuilding Contract 2007,在拟订过程中议论过地震、火山爆发等巨大灾难发生时是否也要通知,最后决定不区分哪些事项需要通知哪些事项不需要通知,因为会有地区性的地震影响造船进度但船东不一定能够从公开消息中获悉的情形。<sup>[10]</sup> 这有其道理,如同上个自然段所述道理,也符合实际,值得中国法重视。

#### (六)不及时为不可抗力通知的法律后果

首先看系争合同的约定,如果明确约定不可抗力发生后不及时通知相对人就不得援用不可抗力免责条款予以免责,那么依其约定。如果系争合同无此类约定,那么,在英国

[9] 参见 *Intertrader v. Lesieur* (1978) 2 Lloyd's Rep. 509; 转引自杨良宜著:《合约的解释》,法律出版社 2007 年版,第 387 页。

[10] 参见杨良宜著:《合约的解释》,法律出版社 2007 年版,第 387 页。



法上就带来不可抗力条款到底是条件条款还是中间条款的争论和不稳定。因为中间条款只会允许被通知的一方索赔收不到及时、准确的通知所导致的损失。如果是这样,则通知迟延了一天或半天的场合,损失可能为零。<sup>〔11〕</sup> 在 *Bremer v. Vanden* (1978) 2 Lloyd's Rep. 109案中,由于系争买卖合同只是约定“sellers shall advise buyers or reason therefore”,因此认为这种约定不足够明确地构成先决条件,出卖人不得依赖该约定而不负责任。<sup>〔12〕</sup>

在中国法上,不可抗力通知义务是属于《合同法》第 60 条第 2 款规定的附随义务,还是不真正义务?不可抗力致使合同不能履行,从因果关系的层面看,合同不能履行的结果与债务人的行为(实际上大多为不作为)之间没有因果关系;自过程的角度观察,债务人对于合同不能履行没有过错。就此说来,债务人对于此类不能履行不应承担民事责任。债务人向债权人通知不可抗力致使系争合同不能履行,旨在方便债权人采取救济措施,不必再为履行对待给付义务而做准备,甚至另觅新的交易对象。债权人的这些救济措施与债务人履行系争合同项下的债务相比,价值要低。再者,假如令怠于不可抗力通知的债务人承担债权人未及时采取救济措施导致的损失,就必须由债权人举证该损失的数额及其与怠于通知不可抗力之间的因果关系,债务人不接受债权人的举证的,还要自己举证推翻债权人的举证。如此旷日持久、耗时费力,成本高昂。既然如此,宜改变制度设计:如果债务人怠于向债权人通知不可抗力及其对于系争合同履行的影响,则不允许债务人援用不可抗力条款而免责,换言之,债务人就不可抗力条款所享有的权益不再享有,就已经优惠于债权人,即足矣,假如还责令债务人就其怠于通知再向债权人承担损害赔偿,就显属过分。就此说来,把不可抗力通知的义务归入不真正义务,方为适当,而将之作为《合同法》第 60 条第 2 款规定的义务,就意味着令怠于通知的债务人承担违约责任,似矫枉过正。

明白前述道理,自然可有这样的结论:假如赋予债权人向债务人通知不可抗力的义务为《合同法》第 60 条第 2 款规定的真正义务,就更加“出师无名”。

总之,笔者赞同不可抗力通知义务为不真正义务,债务人若未为不可抗力发生及其对合同影响的通知,则无权援用不可抗力条款主张免责,但不增加其新的负担,换句话说,债务人就不可抗力条款所享有的权益不再享有。对于债权人更是如此。

需要讨论的还有,债务人未为不可抗力发生及其对合同影响的通知,是全部丧失就不可抗力条款所享有的权益,还是视具体情况而部分丧失,换个角度说,债务人是完全无权援用不可抗力条款而主张免责,还是可以主张部分免责?权衡利弊,衡平债权人和债务人双方的权益,应确立这样的规则:视具体情况而全部或部分失去就不可抗力条款所享有的权益,甚至可以主张全部免责。

对于以上观点,通过下面的案例再予展示:某《TJ 市商品房买卖合同》之《补充协议》第 2 条第 2 款第 1 项约定:“如遇下列特殊原因,除双方协商同意解除合同或变更合同外,出卖人可据实予以顺延交付时间,且出卖人无需承担违约责任:不可抗力,包括但不限于地震、台风、战争、政府行为……”第 2 条第 2 款第 3 项约定“非基于出卖人的原因,因水、电、热力、燃气等地方公用设施建设单位等原因造成工程延误,或此类部门对出卖人的相

〔11〕 参见杨良宜著:《合同的解释》,法律出版社 2007 年版,第 387 页。

〔12〕 参见杨良宜著:《合同的解释》,法律出版社 2007 年版,第 388 页。

关报批手续审批不及时、进行能源供用限制或规划调整等行为……”的，“除双方协商同意解除合同或变更合同外，出卖人可据实予以顺延交付时间，且出卖人无需承担违约责任”。在该事件中，案涉房屋因政府数次强令停止施工这种不可抗力而无法依约定期间交付，依系争《TJ市商品房买卖合同》之《补充协议》第2条第2款第1项和第3项的约定，出卖人可对其迟延交房不向买受人承担违约责任，但系争案件中出卖人未向买受人通知此种不可抗力。由此产生的问题是，出卖人还能就其迟延交房免负责任吗？回答应是肯定的，理由如下：第一，上述不可抗力通知义务及其法律效果的分析，可运用于系争案件。第二，系争《TJ市商品房买卖合同》之《补充协议》未明文约定出卖人（开发商）负有不可抗力通知的义务，中国现行法亦无不可抗力通知及其义务的规定。既然无此义务依据，就不宜认定出卖人因未为不可抗力通知就无权援用不可抗力条款，而是相反，出卖人有权援用不可抗力条款。第三，相关证据证明无出卖人未为不可抗力通知而增加买受人的负担。既然如此，若不允许出卖人援用不可抗力条款就过于优惠买受人，有失权衡。鉴此，笔者赞同出卖人享有援用不可抗力条款所具有的全部利益。

[本文为作者主持的2015年度清华大学自主科研计划课题“中国民法典编纂重大理论问题研究”(2015THZWJC01)的研究成果。]

---

[Abstract] If a force majeure clause is completely consistent with the force majeure defined by law in terms of connotation and extension, it shall not be treated as a contract clause, but shall have legal effect. If a force majeure clause exceeds the part of force majeure as defined by law, it shall be regarded as a contract clause and its legal effect shall be subject to the control of contract clause by law. It is not necessary for a force majeure clause to contain the three “inabilities” at the same time, because the clause does not necessarily have the legally effect agreed upon by the parties, but must first be controlled by the legal provisions on whether the disclaimer clause is defined in the contract and whether it is valid. After a force majeure clause has passed such control and become a valid contract term, it will function like other contract clauses, rather than having a certain and fixed legal effect as the force majeure provided for by law. A force majeure clause can be legally binding only between the parties to the contract and cannot be used against a third party, no matter whether it is used as a disclaimer or as an agreed termination condition. The term “no confrontation against a third party” hereby shall has at least two aspects: disclaimer and termination of the contract. To enable the creditor to take timely remedial measures and minimize the impact of force majeure on the contract, the law shall require the debtor to undertake the obligation of notification of force majeure. This obligation should be an unreal obligation, rather than an incidental obligation.

---

(责任编辑:姚 佳)