
**“新型冠状病毒肺炎疫情”背景下
浙江企业应对外贸出口合同纠纷的**

**法律
指南**

浙江省司法厅 浙江省商务厅 浙江省律师协会

2020 年 4 月

前 言

一、适用对象

浙江出口企业。

二、编制背景

自2019年12月新冠肺炎疫情发生后，全国各地陆续采取了一系列防控措施，先后启动重大公共突发卫生事件一级响应，采取隔离、封城、交通管制、延期复工等一系列措施。国际上，世卫组织于2020年1月30日宣布新冠肺炎疫情列为国际关注的突发公共卫生事件（Public Health Emergency of International Concern, “PHEIC”）。在中国国内疫情得到有效控制后，海外各国又面临疫情大爆发的困境。

对出口企业而言，这是继美国加征关税之后面临的又一次寒冬。因受疫情影响，货物无法按时完成生产，无法按期装船，因面临到货港对船舶、船员和货物的检验检疫造成滞港、无法按期交货，相应成本及法律风险随之增加，面临增加履约成本、被国外买方追究法律责任，甚至丢失客户和海外销售渠道的风险。企业复工复产后赶工期争取按新的交货期履行合同，然而因疫情在海外肆虐，国外客户因需求急剧萎缩纷纷提出取消订单，外贸企业面临非常困难的境地。

如何帮助出口企业解决上述难题，及早作出法律应对，防范法律风险，力争减轻或避免损失是涉外律师刻不容缓的任务。

三、指南内容

疫情发生后，法律界即开展了出口企业如何援引“不可抗力”和“情势变更”两项制度予以免责或减轻损失的讨论。鉴于此，浙江省司法厅、浙江省商务厅、浙江省律师协会组织浙江金道律师事务所等专业机构的涉外律师编制了本指南。编制小组查询比较了各国法律以及国际条约和国际惯例对于上述两项制度的相关规定，整理分析了两项制度的适用条件和法律效果，并比较了两项制度的主要区别，为出口企业如何运用“不可抗力”或“情势变更”来防范法律风险和减轻损失提供专业应对意见。

四、编制目的

在阅读本法律指南后，希望出口企业可以：

- 了解不可抗力制度在外贸合同中的适用及法律效果；
- 了解情势变更制度在外贸合同中的适用及法律效果；
- 疫情主要带给出口企业哪些挑战及如何正确应对外贸出口合同纠纷；
- 针对疫情或其他不可预见、不可控制的突发状况如何建立有效的应对机制。

免责声明

本指南中所载信息仅就出口企业如何应对疫情所研究和整理的通用信息和分析，不构成针对特定问题的法律建议或意见。在出口企业根据任何此文中的信息而做出决策或采取行动之前，请寻求专业涉外律师的意见。

目 录

第一章 新型冠状病毒肺炎疫情简介.....	1
第二章 疫情与不可抗力.....	3
第一节 法律规定和国际条约.....	3
第二节 是否构成不可抗力的判断.....	5
第三节 不可抗力的认定和法律效果.....	7
第四节 受不可抗力影响的当事人应履行的义务.....	13
第三章 疫情与情势变更.....	16
第一节 法律规定和国际条约.....	16
第二节 是否构成情势变更的判断.....	18
第三节 构成情势变更的法律效果.....	21
第四节 不可抗力、情势变更及商业风险之比较.....	24
第四章 疫情背景下出口企业面临的主要纠纷及应对方式.....	26
第一节 浙江出口型企业如何应对延迟交货引发的纠纷.....	26
第二节 浙江出口型企业如何应对国外买方取消订单引发的纠纷.....	28
第三节 疫情影响下出口企业其他风险的应对.....	33
第五章 对出口企业后续开展涉外业务的建议.....	36
第一节 签订合同并就重要条款作出约定.....	36
第二节 建立良好的疫情应对机制.....	40
第三节 依靠专业律师帮助解决法律难题.....	41
第六章 结语.....	44
附件 1：部分涉外司法案例总结.....	45
附件 2：“不可抗力”通知参考模板.....	49
附件 3：世界银行关于不可抗力条款设置模板.....	50

第一章 新型冠状病毒肺炎疫情简介

2019 年 12 月以来，我国出现新型冠状病毒感染的肺炎疫情（以下简称“新冠肺炎疫情”），全国各地陆续采取了一系列防控措施，先后启动重大公共卫生事件一级响应，采取隔离、封城、交通管制、延期复工等一系列措施。国际上，世卫组织于 2020 年 1 月 30 日宣布新冠肺炎疫情列为国际关注的突发公共卫生事件（Public Health Emergency of International Concern, “PHEIC”，多国相继采取出入境管制等措施。此外，多国航空公司也宣布全面取消往返中国的航班。

根据《国际卫生条例（2005）》，世界卫生组织确定的“国际关注的突发公共卫生事件”系指按本条例规定所确定的不同寻常的事件；通过疾病的国际传播构成对其他国家的公共卫生危害；可能需要采取协调一致的国际应对措施。¹但是，虽然世卫组织在宣布的同时强调不建议其他国家采取不必要措施来限制国际旅行和贸易，但世界多国相继对中国采取发布旅行警示、限制航空、船舶、车次、货物、人员出入境等管制举措，²使得出口企业面临交货难题。

此后，在中国疫情得到有效控制后，疫情又在世界各国蔓延发展。为了遏制来势汹汹的新冠肺炎疫情，截至 2020 年 3 月 24 日 10 时，已有超过 60 个国家或地区相继宣布进入紧急状态，部分国家或地区采取了“封国”“封城”的措施，如法国、意大利、西班牙、马来西亚等。

3

对出口企业而言，这是继美国加征关税之后面临的又一次寒冬。因受疫情影响，一开始面临货物无法按时完成生产，无法按期装船，因面临到货港对船舶、船员和货物的检验检疫造成滞港、无法按期交货等等交货方面的困境，此后又面临国外买方纷纷取消订单、解除国际贸易合同，雪上加霜。

¹ 参见《国际卫生条例（2005）》第三版，2016，第 9 页。

² 参考石小娟：《新型冠状病毒疫情对进出口贸易的影响及应对》。

³ <http://society.people.com.cn/n1/2020/0324/c1008-31646536.html>，最后访问日期：2020 年 3 月 26 日。

因新冠肺炎疫情引起的合同履行障碍及其责任承担问题，在我国司法实务中已有先例。2003 年“非典”疫情期间，最高人民法院印发的《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）指出：“由于‘非典’疫情原因，按原合同履行对一方当事人的权益有重大影响的合同纠纷案件，可以根据具体情况，适用公平原则处理。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合同而引起的纠纷，按照《中华人民共和国合同法》第一百一十七条⁴和第一百一十八条⁵的规定妥善处理。”从表述来看，前一句将“非典”疫情做类似情势变更的处理，后一句则将“非典”疫情及相关防治措施认定为不可抗力。⁶与此相应的是，司法实践中，由于每一个案中疫情与合同履行之间的因果关系有关不同，有的法院将“非典”疫情认定为不可抗力，有的则认定为情势变更，还有的认为属于当事人应自行承担的商业风险，并不构成不可抗力或情势变更，不能一概而论⁷

由于新冠肺炎疫情引起的合同履行障碍和“非典”疫情的情形类似，法律上仍将主要涉及不可抗力和情势变更两项制度。⁸目前最高人民法院对于本次疫情在法律上如何定性，未出台指导性文件，而全国人大法工委则于2月10日表示：“对于因疫情防控不能履行合同的当事人来说，属于不能预见、不能避免并不能克服的不可抗力。根据合同法的相关规定，因不可抗力不能履行合同的，根据不可抗力的影响，部分或全部免除责任，但法律另有规定的除外”。同时，浙江省高级人民法院亦发布指导性文件，指出，对因新冠肺炎疫情而不能履行合同的当事人而言，属于《民法总则》和《合同法》所规定的不能预见、不能避免并不能克

⁴ 《合同法》第一百一十七条 因不可抗力不能履行合同的，根据不可抗力的影响，部分或者全部免除责任，但法律另有规定的除外。当事人迟延履行后发生不可抗力的，不能免除责任。

本法所称不可抗力，是指不能预见、不能避免并不能克服的客观情况。

⁵ 《合同法》第一百一十八条 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。

⁶ 参考朱华芳、郭佑宁：《新冠肺炎疫情对合同履行的影响及其应对》。

⁷ 参见韩世远：《不可抗力、情势变更与合同解除》，载《法律适用》2014 年第 11 期。

⁸ 参考朱华芳、郭佑宁：《新冠肺炎疫情对合同履行的影响及其应对》。

服的不可抗力。下文将通过详细探讨疫情与不可抗力以及与情势变更的关系进而探讨两种制度的差异，并进一步对浙江外贸企业如何应对疫情和化解法律风险提出应对建议。

第二章 疫情与不可抗力

有学者指出，“不可抗力，在各国立法上一般都规定为免除责任的条件”⁹。从西方法制史来看，不可抗力制度始于罗马法。罗马法将因不可归责于债务人的事由而发生损害的情形称为事变，如自然灾害、战争、交通阻断、法令改废等。罗马法的这一制度为大陆法系各国民商立法所承继，如法国民法典中的不可抗力制度和德国民法典中的“给付不能”。¹⁰英美法曾长期不承认不可抗力作为免责事由的法律地位，而坚守绝对责任原则，但由于这种认识不符合社会经济发展的实际情况，正如英美法上的许多其他规定一样，在近现代发生了重大调整，英美契约法所确立的合同落空（或合同挫折）制度事实上已将不可抗力包括在内。¹¹

第一节 法律规定和国际条约

中国法律规定	
《合同法》	第 117 条第 2 款：本法所称不可抗力，是指不能预见、不能避免并不能克服的客观情况。
《民法总则》	第 180 条第 2 款：不可抗力是指不能预见、不能避免且不能克服的客观情况。
外国法律规定 ¹²	
法国《民法典》	第 1147 条：凡债务人不能证明其不履行债务系由于不应归其个人负责的外来原因时，即使在其个人方面并无恶意，债务人对于其不履行或迟延履行债务，如有必要，应支付损害赔偿。 第 1148 条：如债务人因不可抗力或不测事变，不能履行其承担的给付或作为之债务，或者违约进行禁止之事项，不

⁹ 王利明、郭明瑞、吴汉东：《民法新论》下册，中国政法大学出版社 1988 年版，第 474 页以下。

¹⁰ 参考刘凯湘、张海峡：《论不可抗力》，载于《法学研究》，2000 年第 6 期。

¹¹ 参考刘凯湘、张海峡：《论不可抗力》，载于《法学研究》，2000 年第 6 期。

¹² 参考张春元：《合同法上不可抗力制度比较研究》，华东政法大学，2012 年 10 月。

	引起损害赔偿责任。
德国《民法典》 ¹³	第 275 条： 第 1 款：如果对债务人而言或者对任何人而言履行是不能的话，则履行请求权消灭。
英美法系	英美法系中并不存在大陆法系制度意义上的“不可抗力”概念，大陆法系中的不可抗力制度功能由英美法系的合同受挫制度（“Frustration of Contract”）和不可抗力条款承担。合同受挫主要包括三种类型：履行不能、履行不现实和目的受挫。
国际条约/惯例	
《联合国国际货物销售合同公约》 Convention on the Law Applicable to Contracts for the International Sale of Goods (CISG)	第 79 条第 1 款：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或它的后果。
《国际商事合同规则》 Principles of International Commercial Contracts	第 7.1.7 条 （1）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 ，而且在合同订立之时，无法合理地预期该方当事人能够考虑到该障碍， 或者避免或克服该障碍 ，或其后果，则不履行方应予以免责。 （2）若障碍只是暂时的，则在考虑到该障碍对合同履行影响的情况下，免责只在一段合理的期间内具有效力。 （3）未能履行义务的一方当事人必须将障碍及其对履约能力的影响通知另一方当事人。若另一方当事人在未履行方知道或应当知道该障碍后的一段合理时间内没有收到该通知，则未履行方应对另一方当事人因未收到该通知而导致的损害，负赔偿责任。 （4）本条并不妨碍一方当事人行使终止合同、暂停履行或对到期应付款项要求支付利息的权利。
《欧洲合同法通则》 The Principles on European Contract Law	第 8:108 条：因障碍而免责（Excuse Due to an Impediment 第） （1）如果一方当事人能够证明，由于 超出其控制的障碍导致了不履行 ，而且不能够合理地期待它于合同成立时将此种障碍考虑在内或者避免或克服该障碍或其后果，则对该

¹³ 德国法上其实无“不可抗力”这一概念，如果一定要在德国《民法典》上找到一个不可抗力的对应条文的话，不可抗力应该是导致第 275 条第 1 款规定的履行不能（自然不能和法律不能）的原因之一。该规定与我国《合同法》第 117 条第 2 款关于“不可抗力”的定义并不完全相同。

	方当事人的不履行免责。 (2) 如果障碍只是暂时的，本条规定的免责事由仅于该障碍存续的期间内有其效力。如果此种迟延构成了根本性不履行，债权人则可以如是待之。 (3) 不履行方当事人必须确保关于该障碍及其对它的履行能力的影响的通知于不履行方知道或者应当知道诸此情事之后的一段合理的时间内被对方当事人收到，对方当事人对因没有收到此一通知所致损失有权获取赔偿。
--	--

表 1

第二节 是否构成不可抗力的判断

根据我国《合同法》和《民法总则》的规定，不可抗力是指具有以下特征的客观情况：（1）不可预见，这是指“根据现有的技术水平，一般对某事件发生没有预知能力”¹⁴，（2）不能避免且不能克服，这是指“当事人已经尽到最大努力和采取一切可以采取的措施，仍不能避免某种事件的发生并不能克服事件所造成的的后果”¹⁵。由于法律规定对不可抗力仅提供了笼统的判断标准，但并未规定哪些具体情形属于不可抗力。实践中，常见的不可抗力事由包括：（1）**自然灾害**，如：地震、海啸、洪水、沙尘暴等。但是并非一切自然灾害都能作为不可抗力，一些轻微的、并未给当事人的义务履行造成重大影响的自然灾害，不构成不可抗力；（2）**社会异常事件**，如战争、武装冲突、罢工、劳动力缺乏、骚乱、暴动等，这些事件对发动者或制造者而言是能预见与避免的，但对于私法行为的当事人而言则是既不能预见也不能避免与克服的；（3）**政府行为**，如政府的征收、征用和封锁等；（4）**法律、法规及政策的变化**；（5）**大规模且较严重的流行性疾病**，如 2003 年的非典及本次新冠肺炎疫情；（6）**非自身原因造成的停电、停网，遭受网络攻击等**；及（7）**社会性行为造成的异常天气**，若雾霾、水污染等。¹⁶

¹⁴ 参考李适时主编：《中华人民共和国民法总则释义》，法律出版社 2017 年 4 月版，第 561 页。
¹⁵ 同上。
¹⁶ 第（3）至（7）点参考蔡开明、刘红梅、阮东辉：《浅析 WHO 将“中国新型冠状病毒肺炎疫情”“界定为”全球卫生紧急事件“》。

对比 2003 年的“非典”疫情，此次疫情爆发时间接近 2020 中国农历新春佳节，人口流动大大超过了非节假日时期，因此其传播的广泛性、快速性及严重性都比“非典”时期有过之而无不及。最高人民法院于 2003 年颁发的《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批、执行工作的通知》¹⁷第三条明确“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《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”，即认定在特定情况下，“非典”疫情属于不可抗力事件。目前在最高人民法院未就新冠肺炎疫情及相关防范措施背景下当事人能否援引不可抗力事由进行抗辩发布司法解释或司法规范性文件之前，我们认为可以参照该《通知》的精神进行处理，即在适用中国法时，当事人可就新冠肺炎疫情及相关防控措施援引不可抗力进行抗辩。¹⁸但是需要特别注意的是，新冠肺炎疫情可能但不必然构成不可抗力，需要结合具体案情予以判断。因此，司法实务中需要从严审查不可抗力构成要素。

1. 从合同订立时间角度进行审查

不可抗力之不可预见性必须是合同当事人在订立合同时不可预见的事件，是合同订立后正常的理性人不可预见的偶然的客观事件。反之，如果订立合同时能够预见疫情会发生或者已知悉疫情的存在，则疫情对合同的履行不构成不可抗力事件。如浙江省高级人民法院的指导性文件中指出的，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。

例：本次新冠肺炎疫情核心区域，在应对疫情过程中，官方先后采取通报疫情、病原体初步判定、启动突发公共卫生事件二级应急响应、启动重大突发公共卫生事件一级响应、武汉等城市发布“封城”公告、2020 春节假期延长、延迟企业复工等措施。这些事件对当事人能否预见疫情对合同履行的影响明显不同。例如，当事人在官方第一次通报疫情前订立合同的，一般应认定当事人无力预见疫情的迅速蔓延。但是，如果在武汉“封城”后，当事人仍选择订立合同的，原则上不得将疫情定为不可抗力。

¹⁷ 该《通知》于 2003 年 6 月 11 日由最高人民法院颁发（法〔2003〕72 号），在 2013 年因“情况已变化，实际已失效”被废止。

¹⁸ 参考崔海燕、于振芳、孙南梦嶝：《“新冠疫情”下涉外企业能否援引不可抗力事由进行抗辩？》。

2. 从疫情对合同履行构成实质障碍角度进行审查

根据《合同法》第 117 条第 1 款以及《民法总则》第 118 条第 1 款的规定，当事人主张不可抗力免责的要件之一是“因不可抗力不能履行合同”。如果继续履行合同，将违背政府的命令，给疫情防控带来巨大风险，甚至会面临行政机关的严厉处罚，从而必须停止合同义务的履行。因此，在认定新冠肺炎疫情构成不可抗力的基础上，还必须证明疫情与当事人不能履行合同具有因果关系，才能发生不可抗力的法律效果。实践中，不少法院认为，疫情本身不足以导致合同履行障碍，还必须有行政干预措施。¹⁹

需要注意的是，与 2003 年“非典”疫情期间相比，由于技术的发展，特别是互联网、移动互联网的普及，许多合同的履行方式已有更多选择，只有各种方式均受疫情影响不能履行的情况下，才能认定存在合同履行障碍。²⁰

3. 在疫情发生前是否有违约行为进行审查

根据《合同法》第 117 条明确规定“当事人迟延履行后发生不可抗力的，不能免除责任”。即当事人在新冠肺炎疫情发生前已经迟延履行合同义务的，不能以“不可抗力”事件为由要求免除责任，而仍然应当按照合同的约定承担违约责任。浙江省高级人民法院指导性文件规定，当事人在疫情发生前已经迟延履行，并以不可抗力为由主张免除责任的，人民法院不予支持。

例²¹：武汉甲公司与美国乙公司签订一宗货物买卖合同，约定由武汉甲公司在 2019 年 12 月 31 日前向美国公司交付货物；但是武汉公司非因美国公司原因违约逾期未发货。后因疫情发生导致合同不能履行。本案中，合同的不能履行是因武汉公司在疫情发生前已经违约造成，如果武汉公司能依约在 2019 年 12 月 31 日前发货就不至于构成后期不能履约。因此在本案例中，武汉公司不能以疫情发生为由主张不可抗力免责，武汉公司应当依约承担违约责任。

第三节 不可抗力的认定和法律效果

（一）不可抗力的认定规则

¹⁹ 参考朱华芳、郭佑宁：《新冠肺炎疫情对合同履行的影响及其应对》。

²⁰ 参考朱华芳、郭佑宁：《新冠肺炎疫情对合同履行的影响及其应对》。

²¹ 参考凌国良：《再议疫情影响下不可抗力的实务认定》。

在发生合同履行障碍,甚至履行不能时,债务人的第一诉求往往是主张免责。而此时,很多人会自然想到中国《合同法》以及《民法总则》中的不可抗力法律规定。但是外贸企业签订的国际贸易合同通常会涉及至少两个法域的当事人,因此,能否直接适用中国法律即是本指南需要给大家建议的,即中国企业签署的合同并不当然适用中国法律。

1. 首先看合同约定

首先,外贸企业应审查双方签订的买卖合同或订单中是否包含有不可抗力条款。常见的不可抗力条款一般分为三种:

(1) 列举式:把双方认定为不可抗力的事件一一明确列出,清晰明了。虽然具体明确,但如果没有兜底条款,很容易出现遗漏。

(2) 概括式:有些不可抗力条款是概括式的,只是对不可抗力的定义进行笼统的概括式界定。如:“由于不可抗力的原因”,至于具体内容和范围并未具体说明。这种方法还是取决于适用法律,约定的意义不大,我们认为不宜采用。

(3) 综合式:合同中列明可能发生的各种具体的不可抗力事件的同时,又加上“其它不可抗力的原因”的文句,这样就为双方当事人共同确定未列明的事件是否构成不可抗力提供了依据。因此,这种约定方法既具体明确,又有一定的灵活性,比较科学实用,在我国进出口合同中,多采用这一种。

示例:“不可抗力”指在订立合同时不能预见、不能避免、不能克服,且非由于受影响方过错或疏忽而导致本合同无法按约定履行的事件(受不可抗力影响的合同方简称“受影响方”)。不可抗力包括但不限于以下事件: a)火灾、水灾、风暴、雪灾、飓风、地震、传染病; b)战争、起义、恐怖活动或其他任何敌对行为; c)全国性的产业劳动争议或罢工(并非仅涉及受影响方的职员);及 d)政府行为,如政府部门或其他对受影响方有管辖权的组织颁布的法律、规则、规章、指示或命令。

2. 其次看适用法律

如果合同中没有约定不可抗力条款,则需要审查涉外合同约定的适用法律。也就是说,合同主体是否在合同中提前约定好,一旦发生争议时,究竟应当适用中华人民共和国法律,亦或是《联合国国际货物销售合同公约》(CISG),亦或是他国实体法。

如果涉外合同或订单中没有约定法律适用条款，或者根本没有签订书面合同，那么按照中国《民法总则》《合同法》《涉外民事关系法律适用法》中的冲突规范，在当事人没有选择时，适用最密切联系原则确定合同的准据法。目前，大多数国家或地区在确定国际货物买卖合同时均采用最密切联系原则，适用与合同有最密切联系的法律。²²

（二）不可抗力的法律效果

1. 优先适用合同约定

合同中止履行：国际贸易中尤其重视双方的“意思自治”，因此合同中约定的不可抗力情形出现时，应首先关注合同文本，优先适用合同中的约定。如果合同主体已经在合同中将疫情纳入不可抗力，则双方可以在不可抗力影响范围及其持续期间内中止履行。

解除合同：如果因不可抗力情形已经导致合同目的无法实现，如标的物灭失等，可以按照合同约定解除合同。如时令性蔬果出口合同，因出口货物性质要求其必须在合同约定的时间内将货物运至指定地点。因此，如果卖方因受疫情影响而无法安排蔬果运输导致合同目的无法实现的，可以按照合同的约定解除合同。合同的解除应坚持公平公正原则，应综合考虑当事人的约定、疫情的发展阶段、疫情对当事人实际影响的时间、程度等因素。²³

但是如果疫情仅导致轻微履行瑕疵，未影响合同目的实现，则不得以不可抗力为由解除合同。双方应在不可抗力情形消除后继续履行合同义务，或按照双方在不可抗力情形出现后协商结果进行。

2. 按适用法律的规定

（1）中国法律规定

我国《合同法》第 117 条第一款规定“因不可抗力不能履行合同的，根据不可抗力的影响，部分或者全部免除责任，但法律另有规定的除外。当事人迟延履行后发生不可抗力的，不能免除责任”，《民法总则》第 180 条规定“因不可抗力不能履行民事义务的，不承担民事责任。法律另有规定的，依照其规定”。同时

²² 参考张妍：《外贸企业告急！疫情来袭算不算不可抗力！迟延发货能否完全免责？》

²³ 参考上海市高级人民法院：《关于涉新冠肺炎疫情案件法律适用问题的系列问答》。

《合同法》第 94 条合同的法定解除中规定因不可抗力致使不能实现合同目的，当事人可以解除合同。

根据上述规定，如果涉外合同约定适用法律为中国法律，那么不可抗力发生后就合同主体的权利义务一般会有如下处理方式：

a. 免除部分不能履行的责任：在合同部分不能履行的情况下，当事人可以免除部分不能履行的责任。对于仍可履行部分，双方既可以协商解除合同，如果对方认为履行之必要，则也可以实际履行尚存部分的义务²⁴。

b. 免除迟延履行责任：在双方合同履行期限内发生不可抗力造成一方当事人履行迟延的，当事人可以免除迟延履行责任。合同是否继续履行由当事人自由协商决定。

c. 解除合同：不可抗力发生后，合同履行在客观上仍为可能，但合同目的已根本不能实现，则合同当事人有权解除合同。

在2020年2月10日浙江省高级人民法院的指导性文件中，为依法妥善审理有关合同纠纷案件，就不可抗力导致的合同纠纷案件，提出了如下解决思路和顺序：

a. **疫情期间合同可以履行的，鼓励合同继续履行**，当事人主张解除合同的，一般不予支持。一方可以履行而拒绝履行的，另一方可依照《中华人民共和国合同法》相关规定，要求其承担相应违约责任。

b. 由于疫情原因，**继续履行合同对于一方当事人明显不公平或者不能实现合同目的**，当事人请求人民法院**变更或者解除合同的**，人民法院应当根据公平原则，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）》等规定对相关情形进行认定。

c. 确因政府及有关部门为防控疫情而采取行政措施导致**合同不能履行**，或者由于疫情的影响致使合同当事人根本不能履行而引起的纠纷，当事人主张减轻或者免除自身的法律责任的，应当依法按照《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。

（2）《联合国国际货物买卖公约》（CISG）

根据 CISG 第 79 条第 1 款规定，“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，

²⁴ 参考刘凯湘、张海峡：《论不可抗力》，载于《法学研究》，2000 年第 6 期。

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或它的后果。”根据此条规定，如果涉外合同约定了适用 CISG，那么不可抗力发生后就合同主体的权利义务一般会有如下处理方式：

a. 免除延迟履行的责任：根据 CISG 第 79 条第 3 款规定，“本条所规定的免责对障碍存在的期间有效。”即，若履行障碍只是暂时的，则由于该障碍造成履行迟延或部分履行的，当事人不承担损害赔偿责任。

b. 免除损害赔偿责任：结合 CISG 第 79 条第 5 款规定，“本条规定不妨碍任何一方行使本公约规定的要求损害赔偿以外的任何权利”可以得知，受不可抗力影响的一方，免除的是不能履行合同的违约责任。例如，如果不履行义务导致合同目的不能实现，守约一方仍然可以根据第 49 条²⁵、第 64 条²⁶解除合同²⁷。

²⁵ Article 49

(1) The **buyer** may declare the contract **avoided**: (a) if the failure by the seller to perform any of his obligations under the contract or this Convention amounts to a fundamental breach of contract; or (b) in case of non-delivery, if the seller does not deliver the goods within the additional period of time fixed by the buyer in accordance with paragraph (1) of article 47 or declares that he will not deliver within the period so fixed.

(2) However, in cases where the seller has delivered the goods, the buyer loses the right to declare the contract avoided unless he does so: (a) in respect of late delivery, within a reasonable time after he has become aware that delivery has been made; (b) in respect of any breach other than late delivery, within a reasonable time: (i) after he knew or ought to have known of the breach; (ii) after the expiration of any additional period of time fixed by the buyer in accordance with paragraph (1) of article 47, or after the seller has declared that he will not perform his obligations within such an additional period; or (iii) after the expiration of any additional period of time indicated by the seller in accordance with paragraph (2) of article 48, or after the buyer has declared that he will not accept performance.

²⁶ Article 64

(1) The **seller** may declare the contract **avoided**: (a) if the failure by the buyer to perform any of his obligations under the contract or this Convention amounts to a fundamental breach of contract; or (b) if the buyer does not, within the additional period of time fixed by the seller in accordance with paragraph (1) of article 63, perform his obligation to pay the price or take delivery of the goods, or if he declares that he will not do so within the period so fixed. (2) However, in cases where the buyer has paid the price, the seller loses the right to declare the contract avoided unless he does so: (a) in respect of late performance by the buyer, before the seller has become aware that performance has been rendered; or (b) in respect of any breach other than late performance by the buyer, within a reasonable time: (i) after the seller knew or ought to have known of the breach; or (ii) after the expiration of any additional period of time fixed by the seller in accordance with paragraph (1) of article 63, or after the buyer has declared that he will not perform his obligations within such an additional period.

²⁷ 参考唐怡：《浅析新型冠状病毒疫情是否构成国际货物买卖中的“不可抗力”及企业应对建议——以〈联合国国际货物销售合同公约〉第 79 条为视角》

如果涉外法律合同未就适用法律做任何约定，则不可抗力发生后的法律效果应按照与合同有最密切联系的法律规定并结合个案判断。

第四节 受不可抗力影响的当事人应履行的义务

应履行的义务	中国《合同法》	《联合国国际货物买卖公约》	《国际商事合同规则》
通知义务	第 118 条： 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 。	第 79 条第 4 款： 不履行义务的一方必须将障碍及其对他履行义务能力的影响 通知另一方 。如果该项通知在不履行义务的一方已知道或理应知道此一障碍后一段合理时间内仍未为另一方收到，则他对由于另一方未收到通知而造成的损害应负赔偿责任。	第 7.1.7 条第 3 款： 未能履行义务的一方当事人必须将障碍及其对履约能力的影响 通知另一方当事人 。若另一方当事人在未履行方知道或应当知道该障碍后的一段合理时间内没有收到该通知，则未履行方应对另一方当事人因未收到该通知而导致的损害，负赔偿责任。
提供证明	同上	第 79 条第 1 款： 当事人对不履行义务，不负责任，如果他能 证明 此种不履行义务……	第 7.1.7 条第 1 款： 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……

表 2

1. 通知义务：无论是我国法律规定还是国际条约规定，对于拟以不可抗力提出抗辩的当事人，有义务对不可抗力情况向对方及时通知。若当事人未尽到及时通知义务，应就此给对方造成的损失承担赔偿责任。需要注意的是，在不可抗力发生后，如果涉外合同对于通知有具体要求的，包括通知时限、通知的形式（例如电子邮件或邮寄等）、通知对象等，应严格按照合同约定的具体要求进行通知。

另外，CISG 和国际商事合同规则均规定，受事件影响一方当事人要确保对方在合理时间内“收到”通知。从上述规定可以看出，国际条约和国际惯例关于“通知”都采取的是到达主义。因此，建议企业妥善保存可证明对方已收到通知及证明材料的证据。

2. 证明义务：我们认为，各国法律规定以及国际条约“提供证明”一般是指对于不可抗力发生提供证明（主要为官方文件或其他权威性及证明力高的材料）并向对方说明/证明履行不能及该等不可抗力事件与履行不能之间的因果关系。²⁸

（1）不可抗力的证明：在新冠肺炎疫情下，对于疫情的发生、政府延长假期以及各地延期复工等行政措施或行政命令，在国内均有公开的文件可以查询和证明。如涉及债务人为新冠肺炎患者或者疑似病例被隔离观察的，应提供住院证明、诊断证明、隔离证明等。2020年2月2日上午，中国贸促会向浙江湖州某汽配制造企业出具全国首份新型冠状病毒肺炎疫情不可抗力事实性证明书。因此，建议企业积极向贸促会申请不可抗力证明书，以作为证明文件提供给合同另一方。就此，企业可以向中国贸促会及其地方分会以及纺织、轻工、五矿、食土、机电、医保等六家商会出具“新冠肺炎疫情”下不可抗力事实性证明，也可向公证机构申请出具国内外通行的不可抗力事实类公证。

（2）不可抗力与合同履行不能的因果关系证明：若当事人希望通过不可抗力为由进行免责抗辩，则还应承担因果关系的说明/证明。该类证据必须与合同的性质或具体履行存在关联性，且要证明达到了合同不能履行的程度。

北京市第二中级人民法院课题组发表的《正确处理“非典”疫情构成不可抗力免责事由案件》一文中提到，“如果债务人不能提供证据证明的，法院不能将非典型肺炎疫情认定为不可抗力。审判实践中，要特别注意防止有的债务人以惧怕被传染非典型肺炎为由拒绝履行合同或迟延履行合同而援引不可抗力条款要去免责”。因此，在本次新冠肺炎疫情下，债务人如果以不可抗力为由抗辩免责，应积极主动搜集不可抗力事实性证明及上述因果关系证据。

综上，我们结合中国《合同法》以及《民法总则》的规定，可以将不可抗力免责抗辩的构成要件和法律效果整合图示如下：

²⁸ 参考金杜研究院：《“新冠疫情”在合同履行中的抗辩应用（一）：“不可抗力”篇》。

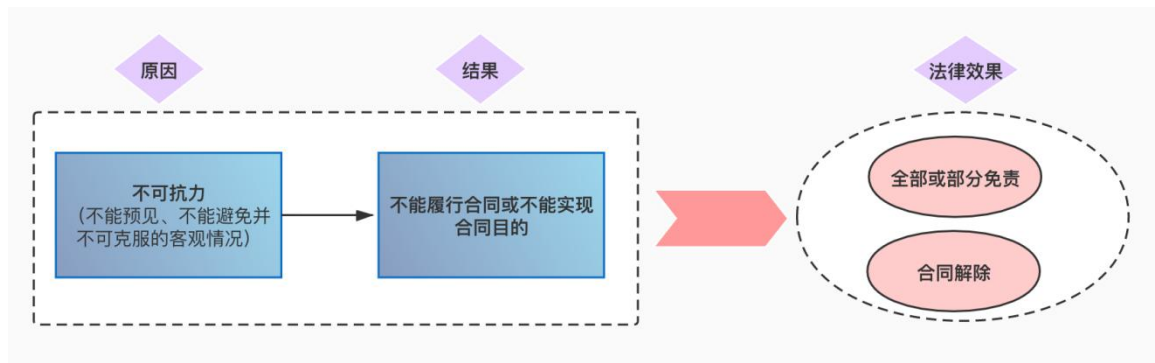


图 1

第三章 疫情与情势变更

如上文所述，新冠肺炎疫情发生后涉外合同并非都可以以“不可抗力”来主张免责，而应当根据个案情况，分析疫情与合同履行之间的因果关系，进而判断是否能够适用“不可抗力”。若个案难以证明“直接因果关系”，则还可考虑通过“情势变更”请求法院或仲裁机构依法更改合同内容甚至解除合同。

情势变更原则是指合同有效成立后，因不可归责于双方当事人事由发生情势变更而使合同的基础动摇或者丧失，**若继续维持合同会显失公平**，因此允许当事人通过协商或者司法程序变更合同内容或解除合同的原则。²⁹

第一节 法律规定和国际条约

在“非典”疫情期间，根据《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》第3条第3款的规定，“由于“非典”疫情原因，按原合同履行对一方当事人的权益有重大影响的合同纠纷案件，可以根据具体情况，适用公平原则处理。”即当“非典”疫情导致按原合同履行对一方当事人的权益有重大影响，可以将“非典”疫情认定为“情势变更”，适用公平原则作出裁判。

30

中国法律规定	
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)	合同成立以后客观情况发生了当事人在订立合同时无法预见的、 非不可抗力造成的不属于商业风险 的重大变化，继续履行合同对于一方当事人 明显不公平或者不能实现合同目的 ，当事人请求人民法院变更或者解除合同的，人民法院应当根据公平原则，并结合案件的实际情况确定是否 变更或者解除 。
《民法典》草案	第533条：合同成立后，合同的基础条件发生了当事人在订立合同时无法预见的、 不属于商业风险 的重大变化，继续履行合同对于当事人一方明显不公平的，受不利影响的当事人可以与对方重新协商；在合理期限内协商不成的，当

²⁹参考 王家福主编：《中国民法学·民法债权》，法律出版社1991年版，第393页。

³⁰ 参考陈巍、林浩、唐敏：《当前疫情背景下“不可抗力”条款的解读和适用》。

	事人可以请求人民法院或者仲裁机构变更或者解除合同。人民法院或者仲裁机构应当结合案件的实际情况,根据公平原则变更或者解除合同。
外国法律规定	
德国	《民法典》第 313 条³¹ 第 1 款: 如果作为合同基础的一部分的有关情事在合同订立后发生了根本性变化, 而且如果当事人实现预料到了这种情况就不会订立合同或者会订立别样内容的合同, 这种情况下, 当事人可以要求变更合同, 从而在仔细考虑了相关的具体情况, 尤其是约定或法定的风险分配规则之后, 继续维持合同关系不至于导致对一方当事人而言过于苛求的结果。 第 2 款: 已经成为合同基础的根本性的预期被证明是错误的, 也构成情势变更。
法国	《民法典》第 1134 条 依法成立的合同于当事人之间具有相当于法律的效力, 但是当事人因不可预见的情势变更, 其履行对于当事人一方来说成为非常重大的负担时, 关于此点并无当事人的合意, 因而原约定于当事人之间已无法律效力, 应允许变更或解除。³²
英美法系国家	合同受挫理论, 主要适用下列情形: (1) 履行不可能 (impossibility); (2) 目的落空 (Frustration of purpose); (3) 合同不合法 (Illegality)。因此合同受挫理论不仅包括上文所述的不可抗力, 亦包含情势变更。
国际条约/惯例	
《联合国国际货物销售合同公约》 Convention on the Law Applicable to Contracts for the International Sale of Goods (CISG)	第 79 条第 1 款: 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或它的后果。
《国际商事合同规则》 Principles of International Commercial Contracts	第 6.2.2 条 艰难情形 (Hardship) 所谓艰难情形, 是指发生的事件致使一方当事人的履 约成本增加, 或者所获履约的价值减少, 因而根本改变了

³¹ 参考卡斯腾·海尔斯泰尔 (Carsten Herresthal)、许德风: “情势变更原则研究”, 载《中外法学》2004 年第 4 期。

³² 参考曹守晔: 《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) 之情势变更问题的理解与适用》。

	合同的均衡，并且 (a) 该事件在合同订立之后发生或为受到不利影响的当事人所知悉； (b) 受到不利影响的当事人在订立合同时不能合理地预见到该事件； (c) 该事件不能为受到不利影响的当事人所控制；而且 (d) 该事件的风险不由受到不利影响的当事人承担。
《欧洲合同法通则》 The Principles on European Contract Law	第 6: 111 条 情势变更 (Change of Circumstance) (二) 但如果由于情事的变更使合同履行变得格外困难，当事人应当进行磋商以改订合同或者解除合同，只要： 1. 情势变更系发生在合同达成之后； 2. 情势变更之可能性于达成合同之时并不能够合理地被考虑到；而且 3. 依据合同，情势变更之风险并非受影响之当事人所应承担的。

表 3

第二节 是否构成情势变更的判断

所谓“情势”，是指客观情况，具体泛指一切与合同有关的客观事实，如战争、经济危机、金融危机、重大政策调整等。所谓“变更”，则指合同赖以成立的环境或基础发生重大变化。这种变动是重大的，有可能导致合同当事人预期的权利义务严重不对等，从而使合同失去本来的平衡和公平。³³

情势变更原则是一把双刃剑，一方面起到了平衡合同双方当事人利益，实现法律诚实信用和公平正义的重要作用，另一方面也很容易造成滥用。因此，在司法实践中，一般对于情势变更的认定采用较高的判定标准和较大的司法裁量权。根据上述中国法律规定、法国法律规定和国际条约/惯例的条文比较分析，判断是否构成情势变更一般结合以下几方面加以认定³⁴：

³³ 参考曹守晔：《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）之情势变更问题的理解与适用》。

³⁴ 参考尹倩茹：《论我国情势变更原则及其适用》。

1. 须有情势变更的客观事实存在：即在合同成立后，须发生使合同当时得以成立的基础或环境动摇或丧失的客观事实，包括国家政策、社会制度、法律制度、经济态势等。

2. 情势变更须发生在合同订立后、履行终止前：此为构成情势变更原则的时间要件。若情势变更发生在合同成立前，那么合同据以成立的基础或环境已经为变动后的基础或环境，在此情形下合同当事人已意识到情势变更对其造成的不利影响仍然订立合同的说明其自愿承担风险，因而没有必要对其进行事后保护。

3. 情势变更之发生不可预见且不可归责于合同任意一方：所谓不可预见，即指当事人在实施法律行为时，对于将来会发生何种变化无法预知。当合同当事人对情事的变更无法预见时，也就意味着其对于情势变更的发生不存在过错。

4. 维持合同原有约定显失公平或使合同目的不能实现：此为情势变更原则适用的结果要件，即只有情势变更使合同履行艰难，继续履行会使合同双方的利益严重失衡抑或不能实现合同目的时，受不利影响的一方当事人才能请求法院或仲裁机构变更或解除合同。

5. 合同当事人提出情势变更的主张：此为情势变更的程序性构成要件，即发生情势变更之事由并不必然导致情势变更原则之适用，合同当事人对是否适用情势变更原则具有自主选择权。如果当事人不主张，则将自行承担情势变更的风险。

综上，新冠肺炎疫情能否构成情势变更不能一概而论，必须结合个案情况做出判断。其中合同的基础条件发生重大变化最为常见的是合同出现对价关系障碍，包括因法律、政策、市场环境或因不可抗力而导致的对价关系严重失衡。但需注意的是，如果确有情势变更的客观事实存在，但没有行政干预，如政府没有出台行政措施，则裁判观点一般认为单纯的疫情不足以导致合同基础条件发生重大变化。³⁵现通过如下两个案例进行比较³⁶：

³⁵ 参考朱华芳、郭佑宁：《新冠肺炎疫情对合同履行的影响及其应对》。

³⁶ 案例二来源：“惠州市国航汽车贸易有限公司、连万生与广西航空有限公司租赁合同纠纷”，（2007）桂民四终字第1号。

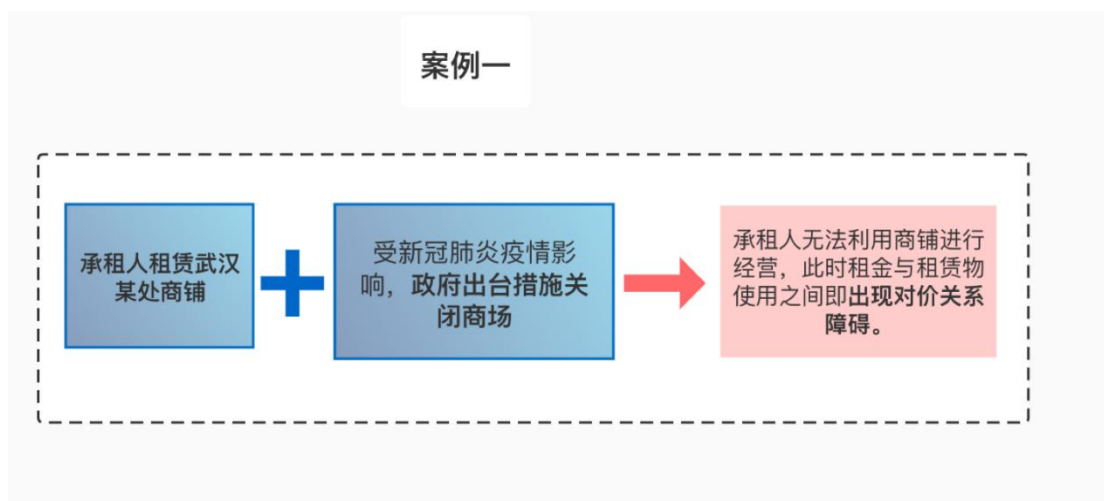


图 2

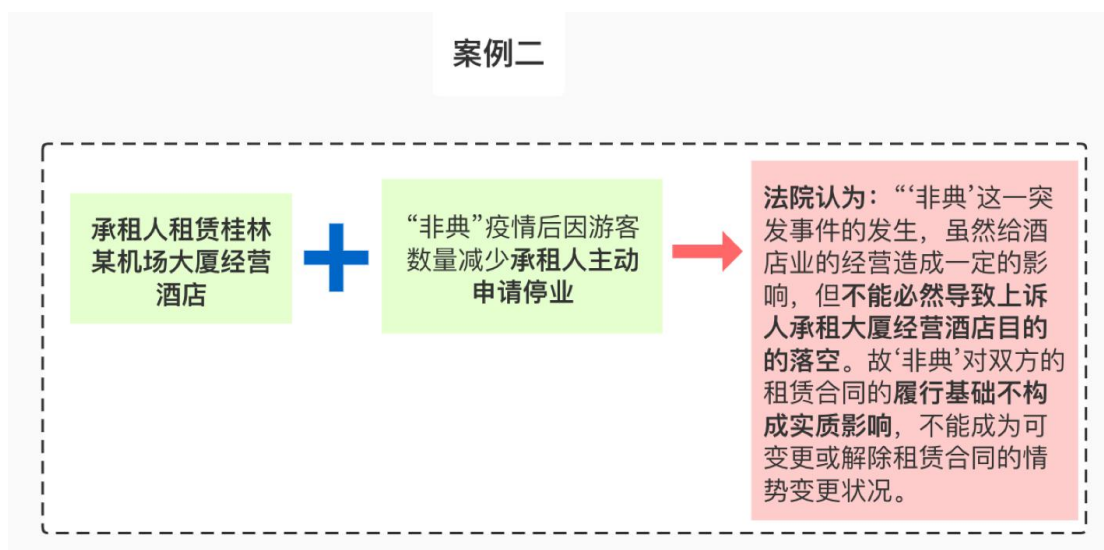


图 3

第三节 构成情势变更的法律效果

中国法律规定	
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)	第 26 条: 合同成立以后客观情况发生了当事人在订立合同时无法预见的、 非不可抗力造成的不属于商业风险 的重大变化, 继续履行合同对于一方当事人 明显不公平或者不能实现合同目的 , 当事人请求人民法院变更或者解除合同的, 人民法院应当根据公平原则, 并结合案件的实际情况确定是否 变更或者解除 。
《民法典》草案	第 533 条: 合同成立后, 合同的基础条件发生了当事人在订立合同时无法预见的、 不属于商业风险 的重大变化, 继续履行合同对于当事人一方明显不公平的, 受不利影响的当事人可以与对方重新协商; 在合理期限内协商不成的, 当事人可以 请求人民法院或者仲裁机构变更或者解除合同 。人民法院或者仲裁机构应当结合案件的实际情况, 根据公平原则变更或者解除合同。
外国法律规定	
德国	《民法典》第 313 条 ³⁷ 第 1 款: 如果作为合同基础的一部分的有关情事在合同订立后发生了根本性变化, 而且如果当事人实现预料到了这种情况就不会订立合同或者会订立别样内容的合同, 这种情况下, 当事人可以要求变更合同 , 从而在仔细考虑了相关的具体情况, 尤其是约定或法定的风险分配规则之后, 继续维持合同关系不至于导致对一方当事人而言过于苛求的结果。
法国	《民法典》第 1134 条 依法成立的合同于当事人之间具有相当于法律的效力, 但是当事人因不可预见的情势变更, 其履行对于当事人一方来说成为非常重大的负担时, 关于此点 并无当事人的合意 , 因而原约定于当事人之间已无法律效力, 应 允许变更或解除 。
国际条约/惯例	
《联合国国际货物销售合同公约》(CISG)	第 79 条第 1 款: 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

³⁷ 参考卡斯腾·海尔斯泰尔 (Carsten Herresthal)、许德风: “情势变更原则研究”, 载《中外法学》, 2004年第4期。

	到或能避免或克服它或它的后果。
《国际商事合同规则》 Principles of International Commercial Contracts	第 6.2.3 条 艰难情形的法律效果（Effects of hardship） （1）出现艰难情形时，受到不利影响的当事人有权要求重新谈判。但该要求应毫不迟延地提出，而且应说明提出该要求的理由。 （2）重新谈判的要求本身并不使受到不利影响的当事人有权暂停履行。 （3）如在合理时间内不能达成协议，任何一方当事人均可诉诸法院。 （4）如果法院认定存在艰难情形，只要合理，法院可以： （a）按其确定的日期和条件终止合同，或者 （b）为恢复合同的均衡而调整合同。
《欧洲合同法通则》 The Principles on European Contract Law	第 6: 111 条 （三）如果当事人于一段合理的时间没有达成合意，法院可以： 1. 按法院确定的时间和条件解除合同；或者 2. 改订合同，以便以公平合理的方式在当事人之间分摊由情势变更产生的损失和收益。 在任何一种情形，法院可以对因一方当事人悖于诚实信用与公平交易之拒绝磋商或者终止磋商而遭受的损失判予损害赔偿。

表 4

根据上表归纳，无论是中外法律还是国际条约/惯例规定，认定适用情势变更原则后一般的法律效果有：

1. 重新协商

情势变更原则是对有约必守的限制，是对契约严守原则的突破。因此，在适用情势变更原则时，应该降低对合同的破坏程度，尽量保证合同的有效性。在因情势变更的发生而使继续履行原来的合同显失公平或不能实现合同目的时，双方当事人应该根据诚实信用的原则进行友好协商，争取以私力救济的方式解决纠纷。³⁸当协商无果时，可以请求法院变更或解除合同。但是，当情势变更情形出现时，重新协商是否是请求法院变更或者解除合同的前提，答案是否定的，重新协商并不是作为法定权利或义务见诸各国法律，如我国《合同法若干问题的解释（二）》

³⁸ 参考杨平：《情势变更原则的适用问题研究》。

第 26 条中，并未将重新协商作为法定权利或义务，而是规定当事人可以请求变更或解除合同。但是如果合同约定适用的国际条约或者他国法律对于重新协商做了规定，那么在变更或解除合同之前，受情势变更不利影响的当事人有权要求重新谈判。在实际中，鼓励因情势变更而受到不利影响的当事人积极与对方当事人进行友好协商，以求快速地、和平地解决纠纷。如果双方协商不成，则进而考虑通过请求变更或解除合同的方式解决因情势变更带来的纠纷。

2. 变更合同

变更合同可以使合同双方的权利义务重新达致平衡，使合同的履行变得公正合理。变更对于合同的主要条款进行变更，如合同标的数额的增减、标的物的变更、价格的调整、履行方式变换等。³⁹需要注意的是，变更合同必须限制在必要的限度内，不能使一方当事人因变更合同而遭受损失。⁴⁰

3. 解除合同

根据双方纠纷的具体情况，如果变更合同尚不能消除双方显失公平的结果，则可以解除合同。解除合同的情形通常包括：在合同目的因情势变更而不能实现的，合同履行因重大变更而不可期待的，合同履行因重大变更而丧失意义的。⁴¹

按中国的司法实践来看，法院在认定变更或解除合同方面会遵循一定的顺序。合同依法成立，即具有法律约束力，双方当事人应当按照合同履行自己的义务。因此，应当优先考虑在最大的限度内维持原有合同的效力。因此，如果有通过变更而履行的可能，应该首先变更合同。如果变更合同不能消除双方显失公平的结果，则考虑解除合同。如果当事人坚持解除合同，而该合同达到司法解释所认定的“继续履行合同对于一方当事人明显不公平或者不能实现合同目的”，人民法院可以根据当事人的申请解除合同。⁴²

³⁹ 参考曹守晔：《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）之情势变更问题的理解与适用》。

⁴⁰ 参考杨平：《情势变更原则的适用问题研究》。

⁴¹ 参考曹守晔：《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）之情势变更问题的理解与适用》。

⁴² 参考曹守晔：《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）之情势变更问题的理解与适用》。

第四节 不可抗力、情势变更及商业风险之比较

1. 情势变更与不可抗力的区别

不可抗力与情势变更都对当事人无法承受的、支配领域外的风险进行了规范。甚者，1980 年联合国《国际货物销售合同公约》第 79 条在一个条文中规范了两个问题，即条文中被免责的“障碍（impediment）”包括不可抗力和艰难情形。⁴³但是两项制度主要的差异体现在：

	不可抗力	情势变更
表现形式 ⁴⁴	例如地震、台风、洪水、海啸、旱灾等自然灾害和如战争、暴动等的社会事件	表现为意外事件、社会经济形式的急剧变化、物价飞涨、货币严重贬值、金融危机和国家政策等的转变
法律效果 ⁴⁵	法律对于不可抗力的规定主要有两项功能，即①免责事由和②解除事由。	虽在学理层面承认变更或者解除为免责事由，但是在司法实践中仍需进一步探讨
解除权行使 ⁴⁶	一方当事人依意思通知可以解除合同	须由当事人向法院提出请求，由法律审理后确定是否解除

表 5

2. 情势变更与商业风险的区别

情势变更原则的目的在于救济异常风险所引起的显失公平的结果。这里的异常风险不同于商业风险。商业风险一般是人们在从事商业活动中所应承担的、正常的可能损失。但是在实践中，不乏有当事人为了避免商业风险带来的不利结果，把商业风险作为情势变更的理由，作为不履行合同的借口要求变更或解除合同。因此，正确区分情势变更与商业风险将有助于防止情势变更原则的滥用。但是，如何划分情势变更和商业风险的界限较为专业，现通过下表就两者比较显著的区别进行一个简单总结：

⁴³ 参考韩世远：《情势变更若干问题研究》，载《中外法学》2014 年第 3 期第 659-660 页。

⁴⁴ 参考孙彬彬、徐卓：《疫情之下的合同履行不能——论不可抗力与情势变更》。

⁴⁵ 参考韩世远：《情势变更若干问题研究》，载《中外法学》2014 年第 3 期第 659-660 页。

⁴⁶ 参考韩世远：《情势变更若干问题研究》，载《中外法学》2014 年第 3 期第 659-660 页。

	情势变更	商业风险
是否可预见	存在不可预见性	客观意义上的商业风险, 能够被预见或者应当被预见
责任承担	通过法院审理后确认是否分配责任	由一方当事人承担

表 6

第四章 疫情背景下出口企业面临的主要纠纷及应对方式

第一节 浙江出口型企业如何应对延迟交货引发的纠纷

2020年1月底至2月中旬，因疫情影响，中国国内大部分地区采取了停工停产、交通管制、延长假期的管控措施，进而导致出口企业面临原材料供应断裂、生产力不足、无法按合同约定完成交付的困境。但出口企业面临延迟交货问题时，应如何应对合同违约责任以及如何运用不可抗力制度维护自身的权益，减少因延迟交货带来的损失，下文将做简单介绍。

（一）延迟交货是否构成违约以及如何应对客户的索赔或解除合同

对于是否构成违约，首先要确定延期交货是否在疫情发生前就已发生，如果是，那么企业构成违约；如企业不能如期履行合同是因疫情及政府采取的防控措施直接导致的，则企业可考虑将疫情作为不可抗力事由主张免责。

此外，出口企业是否构成违约还需要结合合同中约定的交付条款、违约责任条款、不可抗力条款、法律适用条款等综合分析。如未约定不可抗力条款，但约定适用中国法律，也可将疫情作为不可抗力事由主张免责。

如果出口企业确因新冠疫情及相关防控措施造成合同无法如期履行的，为不影响双方长期友好合作，与客户积极坦诚地进行沟通尤为重要，要通过沟通让客户全面客观地了解国内疫情管控的形势和措施以及企业已竭尽所能地采取了哪些合理措施，从而取得客户的理解和支持。企业应及时通知客户（附政府要求延期复工的文件），以减轻可能给对方造成的损失。企业可根据实际情况及时与客户就如何变更交期或解除合同进行协商，达成补充协议，在协商交期时，为防止疫情反复，应注意留有余地。

国际贸易中尤其重视双方的“意思自治”，如果国外买方提出解除合同的，双方应首先关注合同文本，优先适用合同中的约定。若已经在合同中将重大疫情纳入不可抗力，则双方可以在不可抗力影响范围及其持续期间内中止履行。同时，应视合同性质决定是否发生了由于不可抗力而导致合同目的无法实现的情形，若已经导致合同目的无法实现，应允许按照合同的约定解除合同。但是如果疫情未

影响合同目的实现，则不得以不可抗力为由解除合同，可以在不可抗力情形消除后继续履行合同义务，或按照双方协商结果进行。

但是，无论合同是否最终得以解除，受不可抗力影响的一方当事人一般应当及时通知合同相对方发生此种疫情阻碍了合同的履行，同时采取积极措施避免损失扩大。

（二）出口企业如何通过不可抗力制度维护自身权益

如客户以企业迟延履行构成违约拟追究违约责任或解除合同的，建议企业援引不可抗力事由积极抗辩。受新冠肺炎疫情影响无法履行涉外合同的企业可以向中国贸促会及分会或中国纺织、轻工、五矿、食土、机电、医保等六家商会申请办理与不可抗力相关的事实性证明，作为不可抗力事件的证明提交给客户。

值得说明的是，公证机构也可出具事实类不可抗力证明，此类证明不仅涉及涉外商事领域，还可涵盖涉及企业和个人的其他方面。虽然不可抗力事实类和文书类公证并不能当然免除当事人的责任，但是因企业仍负有通知义务、提供不可抗力证明义务，故企业如能够提供经过公证机构出具的不可抗力事实类和文书类公证，以备用于双方之后的协商处理和争议解决，则有利于在涉外合同纠纷中占据主动，最大限度减少损失。⁴⁷

但是，不可抗力证明主要是证明不可抗力客观事实（比如洪水、地震、疫情）是否实际发生的证据，但当事人能否据此主张不可抗力免责，除非当事人明确约定，是需要企业充分提供证据的（尤其是因果关系证据以及履行通知等适用法律规定的义务的证明），且最终由法院/仲裁机构予以认定。企业切不可认为取得“不可抗力”证明就获得免责金牌，麻痹大意耽误了履行其他约定或法定义务，在将来的诉讼/仲裁中处于被动地位。

（三）出口企业主张不可抗力时应履行的其他义务

无论是中国《合同法》还是《联合国国际货物买卖条约》，亦或是《国际商事合同规则》均对受不可抗力影响的一方当事人要求履行通知义务，但是，均未规定何时通知以及通知的内容应包括哪些。一般认为，如果合同约定通知期限和通知内容的，应按合同约定履行。如果合同未就通知期限和通知内容进行约定的，则应按合同的具体类型来合理确定。

⁴⁷ 参考崔海容：《关于办理与新冠肺炎疫情相关的不可抗力事实类公证的实务建议》。

其次，不可抗力通知的内容主要应包括 1) 对不可抗力事件的大致描述，包括不可抗力的发生时间；2) 受不可抗力影响而履行受阻的合同义务，通知中仅需简要说明，详细论证及相应证据可以后续再行提供；3) 简要说明为减轻不可抗力的影响采取的措施，或表达与合同对方协商减损的愿望。⁴⁸

第二节 浙江出口型企业如何应对国外买方取消订单引发的纠纷

全球经济是一个共同体，没有任何一个经济体可以独善其身。随着疫情在海外市场爆发，浙江出口企业纷纷面临一个新难题：国外买方因消费需求急剧萎缩，要求取消订单，出口企业在经历延迟交货后进一步面临需求萎缩的又一重大打击。例如某家浙江企业，2月中旬时，因国内疫情无法恢复生产导致无法按合同约定的交货期出货，国外买方要求其通过寻找国外生产商或者高成本空运的方式尽快交货。2月下旬，该企业恢复生产后立即投入订单的生产，希望尽快完成订单生产并出口至买方所在地——美国。但是3月中旬，由于疫情在美国迅猛发展，买方各大商场购物人流量急剧减少，因此，买方又提出取消所有订单。如果此时买方取消订单，则对该浙江出口企业来说，无疑会带来更大的损失，因为有些订单已经采购了原材料，也投入了生产。因此，当国外买方因其所在国疫情发展要求取消订单时，出口企业应如何维权，是很多出口企业面临的新挑战。

（一）买方解除合同的主要依据

1. 根据合同约定

如果双方合同中就买方解除合同（取消订单属于解除合同）的权利和情形进行了约定，买方根据约定解除合同的，双方应就合同解除后的损失进行协商和分摊。如在上述案例中，买方通用交易条款中约定无论出于何种原因，包括不可抗力，如果卖方迟延交货，则买方有权解除合同。鉴于通用交易条款中对于买方有权解除的情形做了约定，那么在此案中，如果确因卖方违约在先，即延迟交货，那么根据双方约定，买方有权取消订单。

2. 根据不可抗力或合同目的落空条款

⁴⁸ 参考朱宏文：《新冠疫情对境外工程承包和投资项目的影晌与应对》。

如果双方合同中就不可抗力或合同目的落空等情形以及发生上述情形后的法律效果等作了约定,如疫情的发生导致买方根本无法履行合同义务时买方有权解除合同的,那么买方可以援引不可抗力或合同目的落空条款主张解除合同。比如,卖方向买方出口的是季节性很强的货物,如果买方能够提供政府管制措施的证明,证明其所在国家的政府管制措施造成买方无法收货,导致合同目的无法实现,买方可以主张解除合同。但是如果疫情并未影响合同目的实现,例如,买方可以在疫情缓解或结束后再提货付款,完全可以履行合同,而不是不能履行合同,则不得以不可抗力为由解除合同。特别是针对那些买方定牌商品,因涉及到买方知识产权,卖方供应的货物是为买方定制的并且贴牌的,合同解除将使卖方面临无法处置货物的问题,如没有合同约定,买方没有理由主张解除合同。综上,在疫情未导致合同目的无法实现的情形下,买方可以和中国企业协商延期收货和付款,但不能解除合同。双方应在不可抗力情形消除或缓解后继续履行合同义务,或按照双方在不可抗力情形出现后的协商结果来履行。

3. 法定解除

如果买卖合同并未约定买方解除合同的特定权利和情形,也未约定不可抗力或者合同目的落空情形,买方并不拥有解除合同的权利。但是,根据合同中约定的适用法律,买方享有法定解除权的,那么买方也可以基于法律规定解除合同。如根据中国《合同法》第 94 条的规定,如发生下列情形的,当事人有权解除合同:①因不可抗力致使不能实现合同目的;②在履行期限届满之前,当事人一方明确表示或者以自己的行为表明不履行主要债务;③当事人一方迟延履行主要债务,经催告后在合理期限内仍未履行;④当事人一方迟延履行债务或者有其他违约行为致使不能实现合同目的。

此外,美国《统一商法典》第 2-711 条对于买方的救济措施也做了规定,其中就有法定解除权的行使。即,如果卖方未能作出交付或毁约,或如果买方正当拒收或正当撤销接受,买方可就任何所涉及到的货物解除合同;或如果违约涉及到整个合同(第 2-612 条),买方可就全部货物解除合同。

§ 2-711 Buyer's Remedies in General; Buyer's Security Interest in Rejected Goods: "Where the seller fails to make delivery or repudiates or the buyer rightfully rejects or justifiably revokes acceptance then with respect to any goods involved, and

with respect to the whole if the breach goes to the whole contract (Section 2-612), the buyer may cancel and whether or not he has done so may in addition to recovering so much of the price as has been paid”.

如果双方合同中未约定买方解除合同情形的，卖方应告知买方，取消合同需要有明确的依据。既然合同中没有约定，那么买方应提供解除合同的法律依据。如果买方无法提供相应的法律依据，那么买方不应享有解除合同的权利。

（二）合同解除的应对措施

在合同解除后，双方尚未履行的合同义务，终止履行；已经履行的，根据履行情况和合同性质，卖方可以要求买方采取其他补救措施、并有权要求赔偿损失。

对于没有投保出口信用保险的出口企业而言，对于确实已经发生的损失，如果买方无权解除合同，但双方协商解除的，则应向买方请求损害赔偿；如果买方有权解除合同，则买方不承担违约责任，那么双方应尽量本着合理公平原则协商分摊损失。同时，为了避免损失扩大，中国出口企业应积极开拓其他的销售途径，将货物转销至第三方。

1. 请求损害赔偿

如果买方通知卖方解除合同时，卖方已完成原材料的采购并投入生产，那么对于因买方违约（无权解除合同而毁约，构成违约）给卖方造成损失的，卖方可以根据合同约定要求买方承担损害赔偿责任。

2. 减少损失

如果买方坚持解除合同，其在法律上可能不能成立，但如果中国企业并没有投保出口信用保险，那么坚持出货将给企业带来无法获得货款的风险。因此，建议中国企业尽量考虑能否销售给其他国家/地区的客户，或者转为内销，尽可能减少损失。在转销给其他国家/地区的客户时，卖方应就其所在国/地区的疫情发展情况、政府管控措施做充分了解，并与新的买方就其应履行的支付义务和收货义务达成书面约定。但是，如果转销的是原买方定牌的商品，中国企业必须按照合同约定处置货物，避免因不当处置引发后续知识产权的侵权风险。如果合同未就定牌商品的处置进行约定的，则卖方仍需就定牌货物的销售与原买方进行充分协商并达成补充约定，保证在转销时不侵犯任何知识产权。

3. 与国内供应商的合同关系处理

当国外买家取消订单后，如果中国外贸企业有供应商的，那么还需处理出口企业与供应商的合同权利义务关系。

首先，我们建议出口企业查看与供应商的合同中是否约定了当国外买家解除合同情形下，中国出口企业是否有权解除其与供应商合同的约定。如果合同中对此情形作出约定，则双方可以据此解除合同。对于因解除合同而造成的损失，双方应根据合同约定执行，如果没有约定，则按照中国法律，双方按照公平合理原则协商分担损失。

其次，如果合同中未约定上述直接解除合同的条款，或者供应商并不知晓出口企业采购货物是用于出口国外的，那么中国出口企业原则上没有解除合同的权利。

再次，如果供应商知道货物用于出口目的，则出口企业可用合同目的无法实现为由主张解除，理由是：根据 2020 年 2 月 10 日浙江省高级人民法院的指导性文件，疫情期间合同可以履行的，鼓励合同继续履行，当事人主张解除合同的，一般不予支持。一方可以履行而拒绝履行的，另一方可依照《合同法》相关规定，要求其承担相应违约责任。只有当继续履行合同对于一方当事人明显不公平或者不能实现合同目的，当事人请求人民法院变更或者解除合同的，法院将根据公平原则，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）》等规定对相关情形进行认定。因此，在处理与国内供应商合同关系时，可考虑上述条款的适用情形。

综上，在面临国外买方取消订单或解除合同时，建议出口企业和供应商积极协商：①如果已准备原材料但未开始产品生产的，那么对于已购买的原材料，双方可以协商是否用于其他订单的生产；②如果已生产产品，则双方可以协商是否可以将已生产的产品转销至其他国内买方，如果可行，则建议继续履行合同并就货物转销进行补充约定；③如果产品确实是外销的，可以以境外客户取消订单、由于境外多国疫情暴发无法再行销售、无法实现合同目的为由取消与供应商的合同，尽可能分摊损失，然后就自己分摊的损失向境外买方积极主张，在协商时一并考虑。

4. 投保出口信用保险

如果中国外贸企业投保出口信用保险，那么当境外买方取消订单时，中国卖方根据投保范围有权要求理赔。同时，即使合同条款能够对于买方的义务和违约责任作详尽（补充）约定，但仍无法绝对排除买方受疫情影响仍然发生违约。因此，我们建议国内卖方投保短期出口信用保险，短期出口信用保险主要包括两种风险，商业风险和政治风险。

承保风险	商业风险	买方破产或无力偿付债务；
		买方拖欠货款；
		买方拒绝接受货物；
		开证行破产、停业或被接管；
		单证相符、单单相符时开证行拖欠或在远期信用项下拒绝承兑。
	政治风险	指买方或开证行所在国家、地区禁止或限制买方或开证行向被保险人支付货款或信用证款项；
		禁止买方购买的货物进口或撤销已颁布发给买方的进口许可证；
		发生战争、内战或者暴动，导致买方无法履行合同或开证行不能履行信用证项下的付款义务；
		买方或开证行付款须经过的第三国颁布延期付款令。
损失赔偿比例	政治风险所造成损失的最高赔偿比例为90%。	
	破产、无力偿付债务、拖欠等其他商业风险所造成损失的最高赔偿比例为90%。	
	买方拒收货物所造成损失的最高赔偿比例为90%。	
	出口信用保险（福费廷）保险单下的最高参与比例可以达到100%。	
	中小企业综合保险下的最高赔偿比例为90%。	

上述保险正对的是出运后买方的信用风险，但针对买方在出运前取消订单的情形，出口企业应购买出运前保险，以涵盖此种风险。

外贸企业只有投保了短期出口信用险，履行了缴费等保险合同义务，方可享受到保险保障。同时，中信保经营的短期险保单有效期仅为1年，对于已经投保了短期险的外贸企业，也应关注保单到期日，避免由于未能及时续保导致的断保风险。对于确实已经断保的，外贸企业也应及时与中信保取得联系，尽快恢复投保。

第三节 疫情影响下出口企业其他风险的应对

因受新冠肺炎疫情的影响，除了面临延迟交货和国外买方取消订单的难题外，我省各类外贸企业的国际买卖合同可能面临其他的履行障碍。现就涉外企业普遍面临的难题和应对方式进行概要总结。⁴⁹

问题：如果合同的不可抗力条款未约定疫情情形，涉外企业还能通过哪些方式降低损失？

解答：如果未约定不可抗力条款，则需要根据合同判断适用法律。如果适用中国法律的，则不可抗力条款是法定的免责条款，无论合同中是否有约定都不影响直接适用法律规定。如果适用其他大陆法系国家法律，则需先判断是否可以通过不可抗力进行抗辩。如果企业无法援引不可抗力进行抗辩或者难度较大，受疫情影响的一方当事人可以考虑依靠情势变更来进行抗辩，要求法院酌情裁量，予以补偿。第一，新冠肺炎疫情是当事人在合同订立时无法预见的；第二，新冠肺炎疫情导致合同签订后发生了不属于商业风险的重大变化；第三，在新冠肺炎疫情影响下，继续履行合同不能实现合同目的或显失公平。如果约定适用英美或其他普通国家和地区的法律，则可以考虑通过合同受阻理论进行抗辩。合同受阻理论与情势变更理论相类似，但需提醒注意的是，由于情势变更必须由司法机关进行认定，且情势变更法律依据相对不可抗力而言较少，从司法实践上看，法院在认定情势变更时较为严格和谨慎。

问题：疫情发生后，企业面临客户不提货或不付款的情况，如何处理？

解答：建议核实货款是否已逾期。如逾期，建议先以邮件方式进行商务催收，确认客户不付款的原因。同时，如有投保出口信用保险，建议及时与保险公司沟通理赔情况，可告知客户中国信保理赔的后果（该客户进入黑名单）。如未投保，建议就维权方式具体征求专业律师意见。

如客户拒绝提货，在投保出口信用保险时，建议及时与保险公司沟通。建议根据货物情况及目的港监管情况，尽快考虑转卖第三方、退运货物或者放弃货物，

⁴⁹ 此部分内容参考浙江商务：《“浙”里有“援” | 当前外贸法律问题，律师解答助力预警点战“疫”（一）》，<https://mp.weixin.qq.com/s/GL81rZ0-kivD1K16l6xt6A>，最后访问日期：2020年3月26日。

避免海关强制处理的风险，以及目的港发生的滞港费、滞箱费等费用持续增加的风险。

问题：某境外客户紧急发来通知，要求从中国出口的所有货物都要提供额外的检验报告（如熏蒸报告），以确保出口货物不携带新型冠状病毒。如何应对？

解答：若境外政府无此种要求，建议核实合同约定及相关费用。如果签订的合同中有处理约定，按照约定处理；若没有约定，则属客户单方要求修改合同，卖方可选择（1）拒绝，要求按原合同处理；（2）同意，要求调整价格以及交付时间等。

若境外政府要求，建议基于情势变更原则，充分考虑客户关系维护等因素，就费用增加及延期交付等与客户进行协商。企业可提供境外政府要求采取额外措施的文件，向商务主管部门报告。

企业需注意，前述变化是否涉及单证修改问题；若涉及，建议及时修改或要求修改。

问题：疫情期间我们公司少交了货，买卖合同约定的支付方式是信用证付款，少交货与合同约定的数量不符导致单证不符，不符合信用证的“单单相符”条款，我们作为卖方还会遭到银行拒付，应该如何处理？

解答：信用证交易中的一个重要原则是信用证独立原则，信用证是独立于买卖合同，买卖合同虽然是信用证开立的基础，但银行与这些合同无关，不受合同的约束，只关心单证相符，而不是卖方是否按合同交货，银行拒绝卖方的凭单付款请求，卖方不能以不可抗力是合同的免责事由来对抗银行。这种情况下，卖方只能根据买卖合同的规定向买方主张付款并以不可抗力为由主张免除违约责任。

问题：因疫情防控，企业无法交付信用证项下单据，以及客户无法提货可能产生的滞港费、滞箱费问题如何应对？如果客户要求电放如何处理？

解答：（1）尽快向客户说明国内疫情情况，以不可抗力事由与客户协商修改信用证事宜。如需要，企业可向所在地贸促会申请出具不可抗力事实性证明，提交给客户，请其向开证行申请修改信用证。企业应在复工后尽快交单。（2）基于政府要求的复工时间，核实目的港免费堆存时间，以及产生滞港费的可能性。（3）企业无法交付信用证项下单据，如果该等单据是需由第三方出具的（例如

原产地证明、检验检疫证明），那么建议根据有关机构就疫情监管期间的办事规则向客户作出说明，包括可以以贸促会或商会出具的不可抗力证明进行沟通，经协商后确定修改跟单托收的单证要求。如因无法提供单据而导致货到目的港后不能提货的，则需要具体分析确定不能提货的单据是否为进口国监管机关必须的，如果是，则属于卖方的原因，需要由卖方向目的港监管机构提交证明进行沟通。但由此发生的滞港费、滞箱费等最终承担属于买卖双方自行协商的范围。（4）如果已经全额收到货款，可以考虑电放；如未收到货款，建议充分考虑电放可能导致的无法收到货款的风险，以及此种情形下，是否影响出口信用保险理赔的风险（如已投保）。

第五章 对出口企业后续开展涉外业务的建议

根据上述分析,我们认为新冠肺炎疫情可能但不必然构成不可抗力或情势变更,具体如何认定必须结合个案情况进行。对于受到疫情及其防控措施影响的合同主体而言,应当及早评估两种制度对合同履行的影响及相应的法律风险,结合自身商业诉求和实际情况,采取合理、合法的应对措施,力争减轻风险损失。⁵⁰进一步地,为了应对未来可能出现的意外情况,涉外企业不仅要检视和完善合同约定,更需要建立良好的疫情应对机制并在遇到困难时向专业律师寻求法律帮助。

第一节 签订合同并就重要条款作出约定

在实务中,我们注意到,浙江的外贸出口企业在与国外客户进行商事交易过程中,并不签订正式的合同,往往仅采用简单的订单形式。而订单仅就产品的型号、数量、价格等作出了规定,并未就双方在合作过程中的权利义务进行约定或者约定得非常简略。因此,我们建议浙江外贸出口企业在与国外客户进行贸易往来过程中,务必签署正式的合同。如果接受国外客户的通用交易条款(General Terms and Conditions),则应事先审核(建议由专业律师协助)这些条款是否存在对卖方不利的重大风险,如果签署,则应在后续订单中严格适用通用交易条款,而不是事先既不审核,然后盲目签署后又不遵守,造成发生纠纷时的被动局面。无论是正式的合同还是通用交易条款,我们认为下述条款在外贸合同中都起到举足轻重的作用。

(一) 不可抗力条款

如果外贸企业目前签订的合同没有设置不可抗力条款、并未选择适用法律的情形下,则不可抗力发生后的法律效果应按照与合同有最密切联系的法律规定并结合个案判断。而在各国法律都只概括规定了认定原则的情况下,如本次疫情事件能否被认定为不可抗力情形,存在很大的未知和不确定性。而如果合同准据法为英美法系国家,认定为合同受挫的标准更加严格,受特殊事件影响一方主张免

⁵⁰ 参考朱华芳、郭佑宁:《新冠肺炎疫情对合同履行的影响及其应对》。

责也更为困难。因此，我们建议浙江外贸企业在未来的跨境交易中设置完善的不可抗力条款，以确保在此类事件发生时可以免责、从而减少损失。⁵¹一个全面且相对完善的不可抗力条款应针对以下几个方面⁵²：

（1）为避免模糊的约定产生争议和过大的解释空间，除描述性约定外，应加入具体、详细的事件作为不可抗力情形，不可抗力情形的列举可以根据合同的性质进行选择 and 增加并在结尾处加上兜底性语言，如“*circumstance beyond the control of the parties*”。

（2）作出通知的责任：（a）通知的时限，即遭遇不可抗力的一方必须在特定的时限内作出通知，否则不可以不可抗力进行抗辩；（b）通知对象，即遭遇不可抗力一方应向哪些主体作出通知；（c）通知的细节/内容，即约定不可抗力通知的主要内容要点。

（3）发生不可抗力事项的后果，即不可抗力发生后合同各方的权利与义务应如何进行调整，包括延长原有的履约时限、暂停履行直到不可抗力事件消失、合同义务部分履行、以及有权解除合同的情形等作出约定。

此外，针对国际买卖合同，在法律适用方面，应尽可能选择中国法律为适用法律，如不可行，则尽可能以《联合国国际货物买卖条约》为准据法。

以下为国际商会国际销售合同范本中对不可抗力情形的列举，可以参照适用。

[a] war (whether declared or not), armed conflict or the serious threat of same (including but not limited to hostile attack, blockade, military embargo), hostilities, invasion, act of a foreign enemy, extensive military mobilisation;

[b] civil war, riot rebellion and revolution, military or usurped power, insurrection, civil commotion or disorder, mob violence, act of civil disobedience;

[c] act of terrorism, sabotage or piracy;

[d] act of authority whether lawful or unlawful, compliance with any law or governmental order, rule, regulation or direction, curfew restriction, expropriation, compulsory acquisition, seizure of works, requisition, nationalisation;

[e] act of God, plague, epidemic, natural disaster such as but not limited to violent storm, cyclone, typhoon, hurricane, tornado, blizzard, earthquake, volcanic activity, landslide, tidal wave, tsunami, flood, damage or destruction by lightning, drought;

[f] explosion, fire, destruction of machines, equipment, factories and of any kind of installation, prolonged break-down of transport, telecommunication or electric current;

[g] general labour disturbance such as but not limited to boycott, strike and lock-out, go-slow, occupation of factories and premises.

⁵¹ 参考丁震宇、顾茜菲：《跨境交易中不可抗力制度的适用——以新冠肺炎疫情为例》。

⁵² 参考杨良宜：《新型冠状病毒疫情与国际商业合同中的不可抗力》。

（二）买方责任条款

在国内卖方履行其交货义务后，国外买方就要对应履行其收货义务和付款义务。那么在签订新的涉外合同时，如何约束买方不违约？

一般意义上来说，金钱给付义务不会因不可抗力而陷于履行不能或者其他履行障碍。随着网络支付的普及，转账、交费、偿还信用卡欠款等许多支付行为早已不必线下办理，承担付款义务的一方当事人一般不得以不可抗力主张付款义务免责，除非确实因不可抗力导致付款无法实现。

如果根据贸易术语买方有提货义务，则应明确买方的义务和违约金条款。如果买方所在国家因疫情发展而采取一系列防控措施，如停止装卸作业、港口关闭等，那么可以在合同中约定买方可以免责的情形，滞港费、滞箱费的分摊以及货物另行处理方式和买方的配合义务等。

（三）产品检验和验收条款

买卖双方签订合同之前，应特别注意出口货物是否属于出口国和进口国要求检验或要求进行特殊消毒处理的货物。如果货物属于上述情形，则买卖双方应在合同中作出相应约定。

1. 货物检验、消毒约定

双方应就货物检验、消毒的具体措施、费用及承担主体等条款作出约定。如果货物是动植物农产品，应进一步约定检验对产品质量产生影响的应对措施及风险承担主体。

2. 货物验收约定

如果合同双方约定验收条款的，应进一步约定验收标准，并考虑货物是否会应船期延误、检疫措施、限制进口导致品质发生变化的风险。

（四）适用法律条款

通过上文对于各国不可抗力制度的比较可知，中国《合同法》、《民法总则》对不可抗力的定义及法律效果都作出法律规定。受不可抗力影响无法按约定履行义务享有法定免责权。CISG 规定，在认定适用不可抗力情形后，受影响一方当事人对于不履行的合同义务不负责任。英美法系国家一般不存在“不可抗力”的法

律规定，发生不可抗力情形后，主要通过不可抗力条款以及“合同受挫”原则并结合个案进行判断。

通过上述简单比较我们不难发现，如果外贸合同选择适用英美法系法律，那么在不可抗力情形出现后，因受其影响而不履行合同义务一方是否能够通过“合同受挫”原则进行免责抗辩存在较大的难度（如果没有明确约定）。因此，我们建议，在签订外贸合同时，尽量选择适用中国法律。如果需要适用他国法律的，则应当约定不可抗力条款，避免免责的不确定性。

（五）争议解决条款

在国际商事交易合同的争议解决条款中，一般首先规定的是“由于本合同产生的争议，当事双方应当通过友好协商的方式解决”。如果协商不成的，则通过仲裁或诉讼方式解决争议。仲裁的主要优势在于约定的仲裁机构有专属管辖权，通常情况下仲裁裁决一裁终局（通常情况）并且对于当事人信息和案件信息进行充分保密。但是境外仲裁一般历时较长，同时胜诉难度较大。境外诉讼对于本国企业比较有利，但是存在法院管辖权冲突、案件审理周期长且存在不确定性、判决在境外执行困难等缺陷。

外贸合同中，比较常见的争议解决方式是通过仲裁的方式。针对仲裁条款，我们一般建议合同中方当事人尽量约定本国的国际仲裁中心或较为熟悉的国际仲裁中心：

首先，建议选择中国国际经济贸易仲裁委员会（CIETAC）作为仲裁机构并适用 CIETAC 仲裁规则；

其次，如果合同外方主体不同意 CIETAC 仲裁，可考虑选择中国国际经济贸易仲裁委员会香港仲裁中心作为仲裁机构并适用 CIETAC 仲裁规则；

最后，如果合同外方主体不同意选择上述仲裁，则建议在合同中约定选择香港国际仲裁中心（HKIAC）或新加坡国际仲裁中心（SIAC）并适用所选仲裁机构的仲裁规则。

（六）送达条款

合同履行中负有交付资料、通知义务或者享有约定解除权时，有效送达就格外重要。尤其在涉外合同中，由于涉及到至少两个法域的合同主体，因此如何约定有效的送达条款就非常关键。

送达条款约定注意事项：

1. 送达条款的设置目的在于确保合同履行便捷、高效；发生纠纷时能够说服裁判者已经尽到通知义务。因此，建议在涉外合同首部列明当事人的名称、地址、联系电话、邮箱地址等。
2. 合同中的当事人应当明确约定关于电子送达的方式和方法，并明确约定电子送达产生与书面送达同等效力。
3. 合同中一般约定国际邮寄+电子邮件的送达方式。
4. 对于送达变更也应当进行约定：如果当事人经合同确认的地址变更时，应在 x 日内及时通知他方当事人，对方当事人实际收到变更通知前的作出的送达仍有效。

第二节 建立良好的疫情应对机制

1. 合同重新审查评估

外贸企业应审查已经订立并且生效的贸易合同，未纳入不可抗力条款的合同应主动与合同对方当事人协商添加。不可抗力情形的列举可参照上文内容。

2. 重视供应链风险应对计划⁵³

很多跨国公司通常会预先安排多地“冗余”的办公设施、产能计划，以及多个国家或地区的原材料采购渠道等，这样就能很快承担起在“疫区”的工作或者不会因为产能或原材料缺乏而停产。建议外贸企业应在疫情后积极开拓原材料采购渠道和出口渠道。

对于库存管理，短期要关注消费受阻带来的库存消化周期延长、财务费用相应增加及其对于现金流的压力。同时，对生产周期较长的行业，也必须对疫情缓解后的消费反弹提前做好准备，预防库存不足的风险。

⁵³ 第 2 至 4 点参考：

<https://www2.deloitte.com/cn/zh/pages/risk/articles/ten-things-firms-to-do-in-2019-ncov.html>

3. 对于短期内无法恢复生产带来的履约风险和客户关系维护风险制定解决方案。

疫情发生之后，应积极协同下游客户，了解客户端与市场的变化情况，确认复工情况、订单交付、需求和市场变化等方面的影响。对于民商事合同的履行可能要多加考虑，也并非所有疫情期间的不履行均不承担法律后果。

企业应全面梳理和评估履行情况可能受影响的合同，及时通知对方以减轻可能给对方造成的损失；评估是否需要签署新合同，同时保留相关证据，为可能的诉讼或仲裁做好准备。

4. 妥善安排员工数据、信息安全及隐私的管理计划。

企业应建立良好的员工主数据管理，对企业内部、外包、供应商、合作商等有往来的人员进行登记。

企业应制定适时的信息安全应急响应计划，确保疫情期间的信息系统安全和稳定运行，比如疫情期间合理安排远程和现场的值守人员，建立 7*24 小时远程/现场的值班制度，确保对机房、网络、系统、应用程序运行状况和资源使用情况进行实时监测。

企业应做好个人隐私及临床实验数据保护，尤其需要对患者（客户或员工）的隐私数据进行保护，严格控制此类数据的访问、传输和使用。针对临床和医疗实验的数据应设立企业重要数据的保护级别，做好访问控制。

第三节 依靠专业律师帮助解决法律难题

面对疫情，浙江外贸企业在与国外客户在履约或协商过程中产生纠纷时，都可以积极向涉外律师寻求专业帮助。我们不仅会对浙江外贸企业合同违约风险应对作出专业解答，还将就风险防范体系建设、未来新签合同风险防范等法律问题提供专业的法律意见。

1. 合同违约风险应对

受疫情影响，出口企业面临最大的问题可能就是履约受阻并面临违约风险。在面临违约风险时，如何运用“不可抗力”条款或者通过情势变更原则进行抗辩，如何判断适用法律和争议解决方式，如何与合同相对方协商解决问题，如何寻找

替代解决方案，如何应对境外诉讼/仲裁等都是随之而来并需要分析和解决的问题。在应对上述问题时，企业应积极向其法律顾问或专业律师寻求帮助，根据律师的合法合理建议妥善解决问题，避免因盲目沟通或不作为而加深或激化纠纷和矛盾，扩大损失，影响中国企业的声誉。

2. 疫情应对专项法律课程

因疫情的发生，企业面临延期交货、客户取消订单、与供应商的合同关系处理等各方面的问题。为帮助企业解决法律障碍，助力企业攻坚克难，涉外律师通过各大网络平台开展线上讲座，如：

- 疫情期间外贸企业如何履行在手合同？（包括：外贸企业如何解决无法赴境外参展难题？）
- 境内外疫情期间外贸企业如何保订单？
- 外贸企业复工复产后在新签合同中应关注哪些法律问题？
- 境外疫情升级，企业在进出口业务中应如何防范法律风险？
- 企业复工过程中企业主如何防范法律风险？

外贸企业法务部门如有涉外方面的法律需求，可与涉外律师共同探讨专项法律课程。

3. 现有合同的审核及完善

因疫情目前仍在海外蔓延，故对于现有交易合同的履行仍有很多的不确定性。我们建议外贸企业对正在履行中及将要履行的合同进行全面梳理，以判断合同的履行是否会受到疫情发展的影响，比如能否按照合同约定按期交货、买方是否会违约等。对于现有合同，建议企业在专业律师的帮助下，进一步梳理哪些合同可以继续履行以及继续履行可能面临的法律风险。尤其是如果合同中缺少“不可抗力”条款，建议外贸企业主动与买方沟通合同履行事宜，避免买方违约而卖方没有应对预案，并可就不可抗力条款进行书面补充约定。针对可能面临解除风险的合同，外贸企业更应仔细审查合同条款，事先了解双方是否就合同解除做了约定，从而提前做好应对措施。

4. 新签合同的风险防范

在当前疫情仍持续在海外蔓延的大背景下，若外贸企业确需与国外买家进行国际贸易的，我们建议，双方必须签订书面、完整的合同，切勿仅采用订单的方

式开展贸易。在新签合同时，应特别注意几项重点条款的约定，如不可抗力条款、买方责任条款、产品检验和验收条款、适用法律条款、争议解决条款和送达条款等。对于上述条款的拟定和修改，可以寻找专业的涉外律师提供专业的法律意见。此外，鉴于疫情在国内已得到有效控制，国内企业原材料供应和生产力也在逐渐恢复正常。但对于国外疫情的发展趋势目前无法做出预测，因此，为了保障出口企业的利益，减少后续因买方解除合同产生的损失，我们建议外贸企业投保出口信用保险附加出运险，并尽可能对货款支付、合同解除的违约责任及损失承担等事项作出有利的合同安排，以最大程度地预防风险、减少损失。

第六章 结语

综上，受此次“新型冠状病毒疫情”影响的中国外贸企业，未来无论是依据不可抗力还是情事变更寻求法律救济，都应个案处理。因为，不可抗力制度的价值在于免责，情势变更制度的价值在于横平。从法律救济上看，无论是适用不可抗力还是情势变更，都应懂得运用国际法、外国法及国内法相关规则，妥善收集、保留证据资料，未来通过诉讼、仲裁、调解多渠道、多方式，规避法律风险，应对纠纷，以最大限度维护自身权益。

另外，从 2003 年的非典疫情到 2020 年的新冠肺炎疫情，都对涉外企业带来前所未有的挑战。外贸企业应在疫情过后，及时梳理检查合同，查漏补缺，完善不可抗力、适用法律以及争议解决等几个重要条款的设置。同时，也应尽快着手建立相对完善的疫情或者突发状况防控及应对体系，在面临今后突发状况时可以有更多的应对方案和解决机制，从而尽可能减少突发状况给外贸企业带来的影响和损失。希望企业重视发挥我省涉外律师的作用，在条件允许的情况下聘请专业的法律顾问，或者就个案的处理积极征询专业律师的意见，从而依法稳妥地处理纠纷、化解矛盾、减少损失，并且借助律师的专业，完善现有的合同条款以及业务流程，避免或减少后续发生纠纷。

附件 1：部分涉外司法案例总结

序号	争议主体	合同约定及相关事实	法院/仲裁庭认为
1	Holcim (Singapore) Pte Ltd v. Precise Development Pte Ltd	双方于 2007 年 2 月 6 日签订合同，由 Precise 公司向 Holcim 公司提供货物（预拌混凝土）。合同履行期间，由于 印度尼西亚政府实施禁令 ，案涉合同中的规定货物无法再以常规渠道运送至印度尼西亚境外，从而导致货物的价格大涨，Precise 公司不可能再以禁令之前的价格继续提供货物，于是基于经济上的不切实际性援引了合同中的不可抗力。Holcim 公司主张经济上的不起实际不能援引不可抗力条款并要求 Precise 公司赔偿 5074411.43 美元。	法官在此案判决中明确指出其支持 Precise 公司援引不可抗力来取消合同的原因是印度尼西亚的政治因素——政府禁令，是该禁令导致了合同中规定的货物原始产地被切断了供应，价格上涨只是附带的影响。 该政府禁令属于“已被法院认可的不可抗力事由” 。
2	Brauer & Co (Great Britain) Ltd v James Clark (Brush Materials) Ltd.	双方于 1951 年 2 月 20 日签订合同，由 James 向 Brauer 出售巴伊亚 Piassava。合同约定适用合种子，油，饼和普通农产品协会（Seed, Oil, Cake & General Produce Association）的销售条款和条件并约定通过仲裁解决争议。6 月 20 日，卖方通知买方，因受到巴西银行的某项政策干预，其无法按合同约定的价格于约定的日期装船运输，并援引合同中的不可抗力条款并向买方提供了三种解决方式：（1）由买方决定解除合同；（2）买方接	仲裁庭在本案中指出， 货物价格的变化不应构成不可抗力 ，原因是自由市场中的每个人交易货物时都自然而然地应当承担货物价格变化的风险。如果允许卖方在货物价格下跌时坚持按原价执行合同，而在 货物价格上涨时通过宣称不可抗力来规避自己的责任 ，显然是不合理的。

序号	争议主体	合同约定及相关事实	法院/仲裁庭认为
		受新的上涨后的价格；（3）由买方决定是否将争议交由仲裁处理。买家主张银行的干预不能作为卖家援引不可抗力条款从而中止合同履行的抗辩理由，并就双方争议提请仲裁。	
3	Hoecheong Products Co. Ltd v. Cargill H.K. Ltd ⁵⁴	双方当事人选择适用英国法，合同中的不可抗力条款约定，一切卖方不能控制的原因致使卖方不能交付合同货物或者不能及时装运，卖方香港公司必须向买方提交由 CCPIT 出具的证明。后卖方香港公司未能全部交货，并出具了 CCPIT 签发的不可抗力证明。	一审法院支持了卖方香港公司的主张，但上诉法院认为“不可抗力条款要求不可抗力证明说明不可抗力事件发生并阻碍了装运，故该证明不符合不可抗力条款的要求”。随后，卖方香港公司又将本案提交伦敦枢密院司法委员会（Judicial Committee of The Privy Council, JCPC）裁判，法官认为不可抗力条款旨在要求 CCPIT 证明存在不可抗力事件即可，故该证明符合不可抗力条款的约定，卖方对未完成装运不承担责任。因此，如不可抗力条款中包含不可抗力证明的内容，建议明确对该证明的要求，例如明确为不可抗力事实证明，以免对不可抗力证明的认定造成影响，且此类证明一般仅能证明不可抗力事件的存在，不能直接作为合同履行不能的证明，还须结合其他证据综合判断。
4	Tsakiroglou & CO., LTD（卖方） v.	卖方同意出售，买方同意购买约 300 吨苏丹花生，包括汉堡到岸价。合同格式为在伦敦进行仲裁的注册油籽协	在仲裁程序中，仲裁员在裁决中裁定卖方违约，并应向买方支付 5625 美元的赔偿金和 7915 美元的裁决费用。

⁵⁴ 参考崔海燕、于振芳、孙南梦嶝：《“新冠疫情”下涉外企业能否援引不可抗力事由进行抗辩？》。

序号	争议主体	合同约定及相关事实	法院/仲裁庭认为
	Noble Thorl GmbH (买方) ⁵⁵	会第 38 号合同（以下简称“ I.O.S.A 第 38 号合同 ”）。双方签订合同的依据是货物将从苏丹港启运。合同第 6 条规定：“在禁止进出口、封锁或战争的情况下，以及在所有不可抗力情况下，妨碍在规定的时间内装运或交货的，允许的期限不超过两个月。此后，如果不可抗力事件仍在继续，则合同应被取消。” 因为中东战争爆发苏伊士运河关闭，致使该批货物不能从苏丹通过运河运往汉堡。卖方声称合同因苏伊士运河关闭而受挫并已结束的说法，买方不予接受。	卖方对裁决不满意，并向英国上诉法院上诉，上诉法院驳回卖方上诉，维持了仲裁的裁决。 上诉法院认为，尽管当事人双方已经预见到货物将通过苏伊士运河运输，而该运河的关闭会导致该履约方式的变化， 但是这批货物仍可以从非洲南端的好望角绕行运往汉堡，虽然这比原来预期的航线路线长三倍，卖方支付的运费也大大增加，但这种变化并不是对合同义务的根本改变，因而没有合同受挫，因此对卖方提出的不可抗力事由未予以认可，要求卖方继续履行，尽管运输成本大幅增加。
5	中国某企业与荷兰某企业 ⁵⁶	2003 年 6 月，我国某企业与某荷兰企业签订赖氨酸供货合同， 中国企业在发出 2/3 的货物后，双方商议修改发货时间。之后我国企业再次提出修改发货时间，荷兰企业未完全同意（被仲裁庭认为不构成承诺）。最终剩余 1/3 的货物我国企业未能按照第一次约定的时间发出，荷兰企业随后向中国国际贸易仲裁委员会提起仲裁，要求中国企业承担购买替代物差价的损失。我国企业主	根据双方提供的证据，仲裁庭最终认定： 双方签署合同时，“非典”疫情已经发生 2 个月了，因此疫情并非“不能合理预见”。 且 2003 年 6 月中国政府已发布公告，表示疫情得到了控制，2003 年 9 月双方又约定新的发货日期。因此，“非典”疫情在本案中，不构成“障碍”。裁决驳回了中国企业关于不可抗力免责的主张。《公约》第 79 条第（1）款明确规定，障碍应在“订立合同时”不能

⁵⁵ 该案例参考中国国际贸易促进委员会浙江省委员会、浙江省国际商会法律专业委员会、浙江省国际商事法律服务中心：《新冠疫情下不可抗力事实性证明企业法律服务指南》。

⁵⁶ 该案例参考中国国际贸易促进委员会浙江省委员会、浙江省国际商会法律专业委员会、浙江省国际商事法律服务中心：《新冠疫情下不可抗力事实性证明企业法律服务指南》。

序号	争议主体	合同约定及相关事实	法院/仲裁庭认为
		张，其未能供货的原因是受 2003 年“非典”疫情影响，因此应免责。	合理预见到。本案双方在订立合同时，非典疫情已经发生数月，且中国政府已发布公告，表示疫情得到了控制，本案我国企业希望援引不可抗力对己方延期发货免责，但不符合不可抗力免责的基本要素，即不可抗力事件应是订立合同时不能合理预见的，因此无法免责。

附件 2：“不可抗力”通知参考模板⁵⁷

收件人：

地址：

不可抗力通知函

尊敬的【】，

根据我方与贵方于【时间】签订的合同【合同名称】【合同编号】的第x条【适用法律】及第x条【不可抗力】：

我方遗憾地宣布并通知贵方，我方目前遭遇了严重的不可抗力事件，该事件为于合同订立时不能预见、不能避免并且不能克服的客观情况。因此在不可抗力事件存续期间，我方无法按时履行相关合同义务。

2019年底，中国发生新型冠状病毒肺炎疫情（“新冠肺炎疫情”），1月31日，世界卫生组织（WHO）正式宣布将“新冠肺炎疫情”列为“国际关注的突发公共卫生事件(PHEIC)”。目前疫情形势依然严峻，根据政府要求，中国全国各地不断加强疫情的防控工作。因此，我方将暂时中止履行我方签署的合同直至疫情管控结束之日，具体时间我方将另行通知。

如有信息更新，我方将随时通知贵方，并将在条件允许的情况下尽快恢复生产，并尽量减少对合同履行产生的影响。我方也提示并恳请贵方及时采取相应措施，避免产生不必要的损失。

鉴于时间紧迫，我方先向贵方发出本书面通知。与此同时，我们正在向中国国际贸易促进会申请不可抗力事实性证明，并将在获得该证明后进一步向贵方提供。

感谢贵方在特殊时期的理解和支持！

顺祝商祺！

授权代表：

日期：

⁵⁷ 本模板部分内容参考中国贸促会商事法律服务中心：《外贸企业适用不可抗力和情势变更制度法律指南》。

附件 3：世界银行关于不可抗力条款设置模板⁵⁸

"Force Majeure Event" means the occurrence of:

- (a) an act of war (whether declared or not), hostilities, invasion, act of foreign enemies, terrorism or civil disorder;
- (b) ionising radiations, or contamination by radioactivity from any nuclear fuel, or from any nuclear waste from the combustion of nuclear fuel, radioactive toxic explosive or other hazardous properties of any explosive nuclear assembly or nuclear component thereof;
- (c) pressure waves from devices travelling at supersonic speeds or damage caused by any aircraft or similar device;
- (d) a strike or strikes or other industrial action or blockade or embargo or any other form of civil disturbance (whether lawful or not), in each case affecting on a general basis the industry related to the affected Services and which is not attributable to any unreasonable action or inaction on the part of the Company or any of its Subcontractors or suppliers and the settlement of which is beyond the reasonable control of all such persons;
- (d) specific incidents of exceptional adverse weather conditions in excess of those required to be designed for in this Agreement which are materially worse than those encountered in the relevant places at the relevant time of year during the twenty (20) years prior to the Effective Date;
- (e) tempest, earthquake or any other natural disaster of overwhelming proportions; pollution of water sources resulting from any plane crashing into [];
- (f) discontinuation of electricity supply, not covered by the agreement concluded with the [utility company]; or
- (g) other unforeseeable circumstances beyond the control of the Parties against which it would have been unreasonable for the affected party to take precautions and which the affected party cannot avoid even by using its best efforts,

which in each case directly causes either party to be unable to comply with all or a material part of its obligations under this Agreement;

(1) Neither Party shall be in breach of its obligations under this Agreement (other than payment obligations) or incur any liability to the other Party for any losses or damages of any nature whatsoever incurred or suffered by that other (otherwise than under any express

⁵⁸ 更多不可抗力条款模板可参考：

<https://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/ppp-overview/practical-tools/checklists-and-risk-matrices/force-majeure-checklist/sample-clauses>。

indemnity in this Agreement) if and to the extent that it is prevented from carrying out those obligations by, or such losses or damages are caused by, a Force Majeure Event except to the extent that the relevant breach of its obligations would have occurred, or the relevant losses or damages would have arisen, even if the Force Majeure Event had not occurred (in which case this Clause 20 shall not apply to that extent).

(2) As soon as reasonably practicable **following the date of commencement** of a Force Majeure Event, and **within a reasonable time** following the date of termination of a Force Majeure Event, any Party invoking it shall submit to the other Party **reasonable proof** of the nature of the Force Majeure Event and of its effect upon the performance of the Party's obligations under this Agreement.

(3) The Company shall, and shall procure that its Subcontractors shall, at all times take all **reasonable steps** within their respective powers and consistent with Good Operating Practices (but without incurring unreasonable additional costs) to:

(a) prevent Force Majeure Events affecting the performance of the Company's obligations under this Agreement;

(b) **mitigate the effect** of any Force Majeure Event; and

(c) comply with its obligations under this Agreement.

The Parties shall consult together in relation to the above matters following the occurrence of a Force Majeure Event.

(4) Should paragraph (1) apply as a result of a single Force Majeure Event for a continuous period of more than [180] days then the parties shall endeavor to agree any modifications to this Agreement (including without limitation, determination of new tariffs (if appropriate) in accordance with the provisions of Clause 7(4)(e)) which may be equitable having regard to the nature of the Force Majeure Event and which is consistent with the Statutory Requirements.