

《民法典》中不可抗力的体系构造

李昊 刘磊*

内容提要：在《民法典》有关不可抗力的体系构造中，不可抗力应划分为三个不同面向，即不可抗力事件、不可抗力规则和不可抗力约款。不可抗力事件指不能预见、不能避免并不能克服的客观情况，区别于不能预见、不能避免但可以克服的意外事件。不可抗力规则指不可抗力事件在法律规定的条件下产生免责法律效果的规则。不可抗力约款有广义和狭义之分。广义的不可抗力约款，是指当事人就不可抗力事件进行约定并旨在产生免责法律效果的合同条款，包含构成和法律效果两个方面：前者指当事人约定对不可抗力事件进行范围上的扩张或者限缩；后者则是指当事人对扩张或者限缩的不可抗力事件在约定条件下产生免责法律效果之约定。狭义的不可抗力约款，仅包含构成层面，即当事人约定对不可抗力事件进行范围上的扩张或者限缩。不可抗力事件或狭义不可抗力约款还会引发合同解除、风险负担、情势变更及诉讼时效中止等规则的适用，后者可以被称为不可抗力的关联规则。

关键词：不可抗力事件 不可抗力规则 不可抗力约款 情势变更原则

一、引言

《中华人民共和国民法典》（以下简称《民法典》）中共有 8 个条文（共计 12 处）涉及不可抗力，其中核心条款是第 180 条，其第 2 款和第 1 款分别对“不可抗力”的概念和免责效力作出了规定，其他条款则分别涉及不可抗力与合同解除、风险负担、情势变更、诉讼时效等的关系。在此之前，《中华人民共和国涉外经济合同法》（以下简称《涉外经济合同法》）（已失效）第 24 条第 4 款及《中华人民共和国合同法实施条例》（以下简称《技术合同法实施条例》）（已失效）第 24 条第 1 款都允许当事人在合同中约定不可抗力的范围，但在我国之后的立法中并未对

* 李昊，北京航空航天大学人文与社会科学高等研究院暨法学院副教授；刘磊，北京航空航天大学法学院硕士研究生。

该问题予以明确，由此引发了学者们关于不可抗力条款的讨论。

在我国学者以往对不可抗力的讨论中，经常在多重含义上使用不可抗力，并未做进一步的区分，也由此导致不可抗力与不可抗力关联规则（合同解除、风险负担规则、情势变更原则及诉讼时效中止）之间的关系含糊不清，有专门澄清之必要。

二、不可抗力在民法中的体系定位

关于不可抗力在民法中的不同面向，我国理论上存在不同的认识。有观点将不可抗力划分为法定不可抗力和约定不可抗力两个不同面向。如崔建远教授认为不可抗力应分为法律规定的“不可抗力条件”和当事人约定的“不可抗力条款”，前者指法律规定的可以免除债务人违约责任的不可抗力，后者指当事人约定的可作为免责事由的不可抗力。^{〔1〕}王轶教授也认为不可抗力应分为法律规定的“不可抗力规则”和当事人约定的“不可抗力条款”，前者指法律为确定不可抗力的范围，针对不可抗力事项作出的规定，后者则是当事人为明确特定交易中不可抗力的范围，就不可抗力事项作出的约定，属于合同条款。^{〔2〕}

还有观点将不可抗力在“不可抗力事件”和“不可抗力规则”两种层面上使用：前者作为一种客观情况、客观事实被使用，如《中华人民共和国合同法》（以下简称《合同法》）第117条第2款的规定；后者则是作为一项法律规则或制度被使用，如《合同法》第117条第1款和第118条。^{〔3〕}

杨良宜教授则是从明示条文和默示条文两个方面来谈不可抗力。对于明示条文，是指当事人对不可抗力进行约定的合同条文。对于默示条文，在中国法律下，是指《合同法》第117—118条。杨良宜教授在对明示条文内部的讨论中又涉及现实中发生的事件是否属于不可抗力条款中定义的事件、不可抗力事项怎样影响合同履行、发生不可抗力事项的后果等几个方面的讨论，在对默示条文内部的讨论中也是如此。虽然杨良宜教授是从明示条文和默示条文两个方面讨论不可抗力，但实际上，其在对明示条文和默示条文各自的内部讨论中已经有意识地区分了不可抗力事件、不可抗力规则及不可抗力条款。^{〔4〕}

还有观点并未对不可抗力进行明确的区分，都统用“不可抗力”这一概念进行指代。^{〔5〕}

国内对于“不可抗力”“情势变更”“合同解除”等制度之间的关系争论不休，根本原因就在

〔1〕 参见崔建远：《不可抗力条款及其解释》，载《环球法律评论》2019年第1期。

〔2〕 参见王轶：《新冠肺炎疫情、不可抗力与情势变更》，载《法学》2020年第3期。

〔3〕 参见孙美兰：《〈联合国国际货物销售合同公约〉免责规定之研究》，载《法学》2004年第12期。

〔4〕 参见杨良宜、司嘉：《新型冠状病毒疫情与国际商业合同中的不可抗力》，载 <https://mp.weixin.qq.com/s/m1u4kuRaPCBENhHSA3jSBQ>，最后访问时间：2020年4月13日；杨良宜：《再谈不可抗力》，载《中国远洋海运》2020年第3期；杨良宜：《合约的解释》，法律出版社2015年版，第782-790页。

〔5〕 参见韩世远：《情势变更原则研究》，载《中外法学》2000年第4期；毕秀丽：《情势变更与不可抗力比较分析》，载《政法论丛》1999年第3期；刘凯湘、张海峡：《论不可抗力》，载《法学研究》2000年第6期；叶林：《论不可抗力制度》，载《北方法学》2007年第5期；丁宇翔：《疫情不可抗力的司法认定及其与情势变更的衔接》，载《人民司法》2020年第10期；朱广新：《合同法总则研究》，中国人民大学出版社2018年版，第767页；李永军：《合同法》，法律出版社2010年版，第587页；韩世远：《合同法总论》，法律出版社2018年版，第483页。

于这些概念在多重含义上被使用。^{〔6〕}对此,上述学者中显然已有关注意到该问题,并将不可抗力划分为不同面向。在此基础上,本文认为不可抗力应被划分为三个不同的面向,即不可抗力事件、不可抗力规则和不可抗力约款(区分广义和狭义两种情形)。这种划分不仅可以使不可抗力事件及狭义上的不可抗力约款能否产生免责法律效果的判断更为清晰,还有助于厘清不可抗力事件及狭义上的不可抗力约款与不可抗力关联规则(合同解除、风险负担规则、情势变更原则及诉讼时效中止)之间的关系。

三、不可抗力的三个面向

(一) 不可抗力事件

1. 不可抗力事件的构成

本文所称不可抗力事件,是指《民法典》第180条第2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《合同法》第117条第2款]中所规定的不能预见、不能避免并不能克服的客观情况。

从我国立法演变来看,1985年施行的《涉外经济合同法》第24条第3款、1987年施行的《中华人民共和国民法通则》第153条、1989年施行的《技术合同法实施条例》第24条第1款、1999年施行的《合同法》第117条第2款及2017年施行的《民法总则》第180条第2款都对不可抗力事件进行了界定。与《民法典》第180条第2款相比,这些规定对不可抗力事件的含义界定基本相同,仅在细节上有所差别,如《涉外经济合同法》第24条第3款有“订立合同时”的时间要求、《技术合同法实施条例》第24条第1款有“自然因素或者社会因素”的限定等。^{〔7〕}

对于不可抗力事件的理解,民法理论有主观说、客观说和折中说三种不同观点。主观说认为,以当事人的预见力和预防能力为标准,凡属当事人虽尽最大注意仍不能防止其发生的事态为不可抗力。^{〔8〕}主观说的缺陷在于,对不可抗力缺乏客观的判断标准,解释时弹性过大,难以把握,有被滥用的可能,并且由此使得不可抗力的范围难于确定,故采之者寡。^{〔9〕}客观说认为,

〔6〕 参见前引〔3〕,孙美兰文。

〔7〕 我国于1985年7月1日施行的(现已失效)《涉外经济合同法》第24条第3款首次对不可抗力事件予以规定,即“不可抗力事件是指当事人在订立合同时不能预见、对其发生和后果不能避免并不能克服的事件”。此后,我国于1987年1月1日施行的《中华人民共和国民法通则》第153条也对不可抗力事件予以规定,即“‘不可抗力’,是指不能预见、不能避免并不能克服的客观情况”。我国于1989年3月15日施行的(现已失效)《技术合同法实施条例》第24条第1款对不可抗力事件的规定是:“技术合同法第二十条所称的不可抗力,是指当事人不能预见、不能避免和不能克服的自然因素或者社会因素引起的客观情况。”我国于1999年10月1日施行的《合同法》第117条第2款对不可抗力事件的规定是:“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。”我国于2017年10月1日施行的《民法总则》第180条第2款对于不可抗力事件的规定是:“不可抗力是指不能预见、不能避免且不能克服的客观情况。”

〔8〕 参见王家福主编:《中国民法学·民法债权》,法律出版社1991年版,第499页;崔建远:《合同法学》,法律出版社2015年版,第259页;前引〔5〕,韩世远书,第480页。

〔9〕 参见前引〔5〕,刘凯湘、张海峡文。

不可抗力为由外部（在债务人经济范围以外）袭来的，异于寻常之力发生之不可避免之事件。^{〔10〕}由质的要件和量的要件两种要素构成，前者必须是不属于当事人的原因（即外部的）而发生的事故，后者必须是在交易上通常不发生的事，是超常发生的事故，是以巨大的势力发生的事故。^{〔11〕}客观说的缺陷则在于，过分强调不可抗力的客观性，完全忽视对主观因素的考量，在合同法领域容易导致人们对相关客观事件的预知和合理趋避义务的关注，进而影响到交易的安全和效率；在侵权法领域，则有可能助长人们对他人权利和利益的漠不关心。^{〔12〕}折中说认为，应兼采主客观标准，凡属基于外来因素而发生，当事人尽最大谨慎和最大努力仍不能防止的事件为不可抗力。^{〔13〕}其中在质的要件上，必须是当事人以外的原因发生的事故，而在量的要件上，应当在一定程度上考虑当事人有无过错。^{〔14〕}

目前我国民事立法和民法理论的主流观点都认为，“不可抗力是指不能预见、不能避免且不能克服的客观情况”，采折中说。^{〔15〕}具体而言，“不能预见”为主观要件，采主观说观点，“不能避免且不能克服”为客观要件，采客观说观点。二者相辅相成，每个方面都不可偏废。在立法论上，这不无检讨的余地。^{〔16〕}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。要求三个“不能”同时具备，有时会出现不适当的结果，宜视个案变通处理，有的情况仅仅具备两项要素即可构成不可抗力。^{〔17〕}如国际商会（ICC）《不可抗力及艰难情形条款 2020》在第 1 条和第 3 条分别规定了不可抗力的一般定义和推定不可抗力事件。根据该第 1 条的规定，不可抗力的一般定义需要同时满足三个要件：该障碍超出合理控制范围；该障碍在订立合同时无法被合理预见；障碍的后果无法被受影响的当事人合理避免或克服。虽然其中也涉及不能预见、不能避免及不能克服，但都有合理性要求的限定，即不能合理预见、不能合理避免及不能合理克服，并且在“不能合理避免”与“不能合理克服”之间用“或”连接，表明二者符合其一即可。第 3 条则列举了不可抗力事件清单，即只要影响一方当事人的事件属于不可抗力事件清单所列事件，在没有相反证据的情况下，就推定该事件符合第 1 条中的“该障碍超出合理控制范围”和“该障碍在订立合同时无法被合理预见”要件，受影响的当事人仅需要证明该事件符合第 1 条中的“障碍的后果无法被受影响的当事人合理避免或克服”要件即可。^{〔18〕}在我国司法实践中，也有法院结合个案中的具体情况对不可抗力事件的构成作相应的宽松把握。^{〔19〕}

〔10〕 参见史尚宽：《债法总论》，中国政法大学出版社 2000 年版，第 368 页。

〔11〕 参见前引〔8〕，崔建远书，第 259 页。

〔12〕 参见前引〔5〕，刘凯湘、张海峡文。

〔13〕 参见前引〔8〕，王家福主编书，第 499 页；前引〔8〕，崔建远书，第 259 页；参见〔5〕，韩世远书，第 480 页。

〔14〕 参见前引〔8〕，崔建远书，第 259 页。

〔15〕 参见前引〔8〕，崔建远书，第 259 页；王利明：《合同法研究》（第 2 卷），中国人民大学出版社 2015 年版，第 535 页；前引〔5〕，韩世远书，第 480 页；前引〔5〕，刘凯湘、张海峡文。

〔16〕 参见前引〔5〕，韩世远书，第 483 页。

〔17〕 参见前引〔8〕，崔建远书，第 259 页；前引〔1〕，崔建远文。

〔18〕 参见《国际商会〈不可抗力及艰难情形条款 2020〉及相关指导文件（中文）》，载 <http://www.ccoic.cn/cms/content/22312>，最后访问时间：2020 年 6 月 25 日。

〔19〕 参见《中机通用进出口公司诉天津港第二港埠有限公司港口作业合同纠纷案》，载《中华人民共和国最高人民法院公报》2000 年第 5 期。

(1) 外部性要件

在前述《不可抗力及艰难情形条款 2020》第 1 条关于不可抗力的一般定义中,要求“障碍超出合理控制范围”。这实际上对于不可抗力事件中关于“外部性要件”的规定。

从域外立法来看,法国民法关于不可抗力事件的构成中是否应规定“外部性要件”,争议较大。2016 年法国债法改革前,《法国民法典》第 1147 条规定:“凡债务人不能证明其不履行债务是由于不能归其个人负责的外来原因 (cause étrangère) 时,即使在其个人方面并无恶意,债务人对于其不履行或者迟延履行债务,如有必要,应支付损害的赔偿。”也就是说,如果债务不履行是由于不可归责于债务人的外部原因造成的,债务人便无需承担损害赔偿责任。此处的“外来原因”除债权人或第三人造成的债务不履行外,^[20] 最典型的便是第 1148 条规定的作为法定免责事由的不可抗力:“如果债务人是因为不可抗力 (force majeure) 或者意外事件 (cas fortuit) 不能履行其负担的给付或者作为的债务,或违反约定从事禁止的行为时,不发生损害赔偿责任。”在 2016 年债法改革前,《法国民法典》并未给出不可抗力事件的立法定义,传统理论和司法实践均认为不可抗力事件的构成要件之一为“外部性” (extériorité),即债的不履行应当是由具有外部起因的某种事件所造成的 (“外来原因”表述的内容)。^[21] 有法国最高法院的判例认为债务人患病或处于失业状态而无力清偿债务属不可抗力导致的履行障碍,但此两种情形却均非来自于债务人以外的事件。^[22] 此后,2006 年法国最高法院全体会议放弃了传统的外部性标准 (Ass. Plén. 14 avr. 2006, n°04 - 18902 et n°02 - 11168)。2016 年法国债法改革不再规定“外部原因”条款,即不可抗力仅需不可预见性和不可抵抗性即可构成。^[23] 现行《法国民法典》在第 1218 条第 1 款规定了对不可抗力的认定,即在合同领域内,如果债务人于合同订立时对不在其控制范围内的某事件之发生不能合理预见,且采用必要的手段依旧不能避免其后果,并且该事件构成其履行债务的障碍,则可认定存在不可抗力。即使法国司法部的立法说明中指出“外部性”标准已被抛弃,但仍有学者认为此处的“不在其控制范围内的某事件”意在说明不可抗力事件的外部性。^[24]

我国也有不少学者认为,我国立法规定的不可抗力事件在构成上包含“外部性”要件,其定义中出现的“客观情况”指的就是障碍的根源应外在于债务人的控制领域,这其实就是不可抗力

[20] 关于第 1147 条规定的“外来原因”的范围及第 1148 条系对第 1147 条“外来原因”的解释与补充,参见〔法〕弗朗索瓦·泰雷等:《法国债法:契约篇》(下),罗结珍译,中国法制出版社 2018 年版,第 1112、1122 - 1126 页;李世刚:《法国合同法改革:三部草案的比较研究》,法律出版社 2014 年版,第 208 页;前引〔5〕,韩世远书,第 479 页。

[21] François Terré, Philippe Simler, Yves Lequette, François Chénéde, Droit civil Les obligations, 12e éd, Dalloz, n° 749, p. 810 - 812. 本文中引用的法文文献由北京航空航天大学法学院硕士研究生徐海雷提供翻译。

[22] 参见前引〔20〕,弗朗索瓦·泰雷等书,第 1114 - 1115 页;尹田:《法国现代合同法:契约自由与社会公正的冲突与平衡》,法律出版社 2009 年版,第 370 - 372 页。

[23] 参见法国司法部关于《债法改革法令》的立法说明, Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016 - 131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, Journal Officiel de la République Française (11 février 2016), 载 <https://www.legifrance.gouv.fr/eli/mpport/2016/2/11/JUSC1522466P/jo/texte>, 最后访问时间:2020 年 8 月 5 日。

[24] 参见前引〔21〕, François Terré, Philippe Simler, Yves Lequette 书,第 814 页。

事件包含“外部性”要件的规定。^[25]我国司法实践中，也有法院要求不可抗力事件应是来自于“行为人外部”，如吉林省松原市中级人民法院在“宫波与梁德君、王彩莲买卖合同纠纷案”中认为，房屋买卖合同履行过程中，虽然房屋出卖人因病去世，但房屋出卖人的继承人依法可以继承其权利和义务，房屋买卖合同仍然可以正常履行，故房屋出卖人因病去世这一事件并不属于不可抗力事件。^[26]

强调不可抗力事件的“外部性”要件有一定的合理性，如债务人患病或处于失业状态本身并不属于不可抗力事件，真正可能属于不可抗力事件的是导致债务人患病或处于失业状态的外部客观原因。即使在第三人履行的合同中，债务人也不能简单地将第三人不能履行作为不可抗力事件，而必须证明导致债务人自身和第三人不能履行的外部原因是否为不可抗力事件。如国际商会（ICC）《不可抗力及艰难情形条款 2020》第 2 条规定：“当一方当事人因第三方未能履行全部或部分合同而未能履行其一项或多项合同义务时，该当事人只有在其自身和第三方都能满足不可抗力条款第 1 条中规定的条件时，才可以援引不可抗力。”^[27]

（2）不能预见

对于“不能预见”的时间判断节点，早年的《涉外经济合同法》第 24 条第 3 款限定于“订立合同时”，但之后的法律未再作出如此限定。对此，我国民法理论存有不同看法。有观点认为应以当事人缔约时作为时间判断节点，如果当事人在缔约前或缔约时已经预见到某种现象，但仍然选择缔约的，即使履行债务时遇到该现象，债务人也不得主张对该现象“不能预见”。^[28]不同观点则认为，“不能预见”的时间判断节点是履约时。^[29]司法实践中，一般以缔约时作为“不能预见”的时间判断节点。如最高人民法院在“三亚凯利投资有限公司、张伟确认合同效力纠纷案”中认为，政府的调控政策于合同签订前已经出台，该调控政策在合同签订后进一步细化，但这并不属于当事人在签订合同时无法预见的客观情况。^[30]

对于“不能预见”的判断标准，学界主要存在两种不同观点：（1）不可抗力的预见主体为善意一般人，不能预见是指善意一般人都无法预见，而不是有的人能预见而有的人却不能预见。^[31]还有学者认为，应同时考虑现有的物质技术水平。^[32]（2）“不能预见”的判断应兼顾抽象标准和具体标准，前者指一般“谨慎稳妥”的人所应具有预见能力的标准，后者依照的则是债务人的

[25] 参见前引 [8]，王家福主编书，第 499 页；前引 [15]，王利明书，第 536 页；前引 [5]，韩世远书，第 482 页；前引 [5]，朱广新书，第 768 页。

[26] 参见吉林省松原市中级人民法院（2019）吉 07 民终 2037 号民事判决书。

[27] 参见前引 [18]。

[28] 参见前引 [5]，韩世远书，第 484 页；前引 [5]，朱广新书，第 768 页；前引 [5]，叶林文。

[29] 参见前引 [1]，崔建远文。崔建远教授在该文中举例：“甲将其 A 房出卖于乙，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。”崔建远教授认为，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。崔建远教授的这种认定实际上是以履约时作为“不能预见”的时间判断节点，但实际上如果以缔约时作为“不能预见”的时间判断节点，该例子恰好是符合不可抗力事件中“三个不能”的构成要件。

[30] 参见最高人民法院（2019）最高法民终 960 号民事判决书。

[31] 参见前引 [5]，刘凯湘、张海峡文。

[32] 参见前引 [5]，朱广新书，第 768 页。

个人情形,如果债务人是专业人员,即应按“专业人员”标准判定,而不能适用“普通人标准”。〔33〕在我国司法实践中,有不少法院兼采客观标准和主观标准对“不能预见”进行判断。其中的客观标准,实际上就是采纳上述第二种观点;主观标准,指根据行为人的主观条件(如年龄、智力发育状况、知识水平、教育和技术能力等)来判断合同当事人是否应该预见到。〔34〕法院这种兼采客观标准和主观标准的做法,实际上是对影响“不能预见”判断的各种因素都予以考量,在具体案件中既可能是对两种标准结合使用,也可能是对其中一个标准单独使用,有利于实现个案中的公平,值得肯定。

关于“不能预见”,实践中较为典型的话题便是,如果在当事人缔约时,气象台已经对某种自然灾害(如海潮、台风)作了气象预报,能否认定当事人对此“已经预见”。学者们对此有不同理解:(1)如果气象预报在缔约前已经做出,则可以推定当事人应当预见到该灾害的发生,但若实际发生的灾害比预报的程度更为严重,当事人仍然可以推翻对可预见性的推定。〔35〕如在“中机通用进出口公司诉天津港第二港埠有限公司港口作业合同纠纷案”中,天津市高级人民法院认为,国家海洋局预报中心在风暴来临前发出了预报,而且预报的前两次潮位都比实际潮位高。如果情况一直如此发展,则“此次风暴潮是不能预见的”理由就不能成立。但风暴潮、天文大潮和海浪三种自然力量的结合,使潮灾加重,海水涌上了码头,以致货物被浸湿。这种灾情连专业的国家海洋局预报中心都没有预见,当事人更无法预见。〔36〕(2)“不能预见”应理解为“不能合理预见”,对在缔约过程中当事人的预见能力不宜要求过高,即使当事人从天气预报中得知台风即将来临,也应视为“不能预见”。〔37〕如最高人民法院在“中国人民财产保险股份有限公司泉州市分公司、海口港集装箱码头有限公司港口货物保管合同纠纷案”中认为,气象台的预报信息仅为一种预估,并非将要发生的台风实际情况的准确反映。虽然根据现有技术手段,人类可能在一定程度上提前预知,但是无法准确、及时预见其发生的确切时间、地点、延续时间、影响范围等。预见的范围包括客观情况的发生及其影响程度,而本案中的损害结果正是由于无法准确预见的台风影响范围及影响程度所造成的,应认定本案台风的发生及其影响为当事人所不能预见。〔38〕上述两种观点在司法实践中也各有支持案例,立场看似相反,实则不然。两种观点只是表达的侧重方向不同,第一种观点侧重于程序法上有关证明责任的表达,而第二种观点则侧重于实体法上对于不能预见进行合理性限定的表达,但对案件结果的最终处理其实并无不同。例如,在实际后果比气象预报的事先报道更严重情况下,按照上述第一种观点,对当事人应当预见的推定可以被推翻,按照上述第二种观点,由于实际后果比气象预报的事先报道更严重,对于当事人来说不能合理预见。因此,在此种情况下,无论采取哪一种观点,最终都能得出当事人不能预见

〔33〕 参见前引〔5〕,叶林文。

〔34〕 参见广西壮族自治区武鸣县人民法院(2017)桂0122民初1704号民事判决书;北京市第三中级人民法院(2015)三中民终字第09082号民事判决书。

〔35〕 参见前引〔5〕,韩世远书,第484页。

〔36〕 参见前引〔19〕。

〔37〕 参见前引〔1〕,崔建远文。

〔38〕 参见最高人民法院(2017)最高法民申3252号民事裁定书。

的正确结论。

（3）不能避免及不能克服

不能避免一般是指，尽管当事人尽了合理的注意或采取了必要的措施，仍不能阻止不可抗力事件的发生。理论上对于“不能避免”的理解基本一致，有争议的是对于“不能克服”的理解，即“不能克服”针对的是不可抗力事件的发生，还是针对不可抗力事件的自然后果，抑或是针对不可抗力事件的法律后果。

有学者认为，“不能克服”与“不能预见”“不能避免”一样，都是指向客观现象本身，而不包括其所引致的损失，即“不能克服”针对的是不可抗力事件的发生。^{〔39〕} 但该观点的问题在于，如果“不能克服”也是指向不可抗力事件的发生，“不能克服”与“不能避免”便无法加以区分。按照这种观点，“不能克服”与“不能避免”实际上含义便相同了，在已有“不能避免”的情况下，再规定“不能克服”便显得多此一举，这显然并非立法者本意。实际上，对不可避免（客观情况发生过程中）和不能克服（客观情况发生之后）应从时间维度上做出划分，“不可避免”侧重于客观情况发生发展的不可阻止性，而“不能克服”侧重于客观结果的难以恢复性。^{〔40〕}

有学者认为，“不能克服”特别是指债务人在履行债务时，因该客观情况的出现，无法正常地履行债务。^{〔41〕} 这种观点实际上是混淆了不可抗力事件的自然后果与法律后果，“无法正常地履行债务”是不可抗力事件的法律后果，但从不可抗力事件的本身构成看，“不能克服”的只能是不可抗力事件的自然后果。“不能克服”指客观情况不可避免发生后，当事人尽其所能仍不能消除该客观情况所造成的不良后果。^{〔42〕} 换言之，自然后果是不可抗力事件自身所造成的后果，而非不可抗力事件的法律后果。例如，洪水导致停电，工厂因此无法营业而无法向合同相对方交付货物。在这个例子中，停电即为不可抗力事件的自然后果，工厂因此无法交付货物是不可抗力事件的法律后果。二者的区别在于，自然后果是不可抗力事件自身的构成部分，是不可抗力事件认定过程中需要考虑的地方，而法律后果则是不可抗力事件依据法律规定在法律上产生的后果。从域外立法观察来看，2016年法国债法改革后《法国民法典》第1218条第1款的规定也持这种观点，即“不能避免”指向不可抗力事件的发生，“不能克服”指向不可抗力事件的自然结果。

在我国司法实践中，法院的裁判观点也基本如此，即“不能克服”针对不可抗力事件的自然后果。如北京市第三中级人民法院在“北京世安住房股份有限公司与连莲商品房预售合同纠纷案”中认为，不可克服性是指合同的当事人对于意外发生的某一个事件所造成的损失不能克服。^{〔43〕} 再如东莞市第三中级人民法院在“李昕梅与东莞市塘厦雅柏商务酒店财产损害赔偿纠纷案”中认为，不能克服是指当事人在事件发生后已经尽了最大的努力，但仍然不能克服事件所造成的

〔39〕 参见前引〔5〕，刘凯湘、张海峡文。

〔40〕 参见前引〔5〕，丁宇翔文。

〔41〕 参见前引〔5〕，韩世远书，第483页。

〔42〕 参见前引〔5〕，朱广新书，第768页。

〔43〕 参见北京市第三中级人民法院（2015）三中民终字第09082号民事判决书。

损害后果。^[44]此外,关于不可抗力事件的自然后果,理论或实践中的措辞多有不同,常见措辞有损失、损害、客观障碍的结果、客观情况的不良后果等,这些措辞在本质上都是对不可抗力事件自然后果的描述。

2. 不可抗力事件的常见类型

理论上通常认为不可抗力事件应包括由自然界原因引起的不可抗力事件和由社会原因引起的不可抗力事件:前者包括洪水、旱灾、台风、火山喷发、泥石流、海啸、地震等;后者包括战争状态、恐怖行为、全面罢工、军事行动等。

关于国家行为是否构成不可抗力,理论上存在不同认识。有学者认为,广义的国家行为包括立法机关颁布制定法的行为、行政机关或司法机关发布命令的行为,而狭义的国家行为仅指行政机关行为,由于狭义的国家行为容易对契约精神造成腐蚀、容易造成不可抗力适用泛滥、部分行政机关行为可以被预见或克服等原因,狭义的国家行为应不属于不可抗力事件。^[45]但更多的观点并未对国家行为进行广义或狭义区分,而是认为国家行为可以被认定为不可抗力事件,只不过在分类上各观点存在不同,或将由国家原因引起的不可抗力事件归于由社会原因引起的不可抗力事件,^[46]或将由国家原因引起的不可抗力事件单独列为一种类型^[47]。

此外,还有学者认为技术风险因符合不能预见、不能避免且不能克服的要件,也应被列入不可抗力事件。^[48]

全国人大常委会法制工作委员会相关负责人发言称:“当前我国发生了新冠肺炎疫情这一突发公共卫生事件,为了保护公众健康,政府也采取了相应疫情防控措施。对于因此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。”^[49]根据该发言,新冠肺炎疫情及政府采取的疫情防控措施都属于不可抗力事件。

3. 不可抗力事件与意外事件

对于不可抗力事件与意外事件的关系,我国民法理论上存有区分论和合一论的争议。区分论认为,不可抗力事件与意外事件在不可预见性、起因及损害方面都存有不同:关于不可预见性,前者以一般人在现代技术条件下的预见水平为标准,后者以特定当事人在特定环境下的预见水平为标准;关于起因,前者由个人意志以外包括自然和社会运动规律在内的客观现象引起,后者可与个体行为有关或者可以由其他偶然因素造成(如学生在正常体育训练中因特殊体质猝死);关于损害,前者是不能避免、不能克服的,后者如果可以预见,则损害还是可以避免的。^[50]还有学者认为,不可抗力事件是指不能预见、不能避免并不能克服的客观情况,但意外事件是指损害结果的发生为行为人不可预见,但至于引发损害结果的外来原因是否具有人力不可抗拒的性质,

[44] 参见广东省东莞市第三人民法院(2018)粤1973民初20019号民事判决书。

[45] 参见前引[5],刘凯湘、张海峡文;刘凯湘:《民法典合同解除制度评析与完善建议》,载《清华法学》2020年第3期。

[46] 参见前引[5],朱广新书,第770页。

[47] 参见前引[5],韩世远书,第485页;前引[5],李永军书,第588页。

[48] 参见前引[5],刘凯湘、张海峡文。

[49] 《中国人大》全媒体记者:《公众关心的疫情防控相关法律问题:看权威解答》,载《中国人大》2020年第4期。

[50] 参见燕云捷、张渤:《不可抗力与意外事件之法律比较》,载《西北大学学报》(哲学社会科学版)2006年第2期。

在所不论。^[51] 合一论则认为，意外事件的着眼点是不可预见，不可抗力事件的着眼点是不可抗拒。不可预见与不可抗拒（不能避免且不能克服）的内在联系表现为：如果以不可预见为中心，则不可预见必然引起不可抗拒；如果以不可抗拒为中心，造成不可抗拒的原因有不可预见和虽能够预见但不可抗拒两种。正是由于这种内在联系，二者在概念上出现合一的趋势。^[52] 甚至有观点认为，我国合同法所指的不可抗力事件其实就是不可抗拒、不能预见、不能控制的意外事件。^[53]

不可抗力起源于罗马法，不可抗力是事变的下位概念。事变分为轻微事变（*casus minor*）和重大事变（*casus maior*）两种类型，重大事变是由不可抗力（*vis maior*）产生。^[54] 此后，作为罗马法重要延续且为大陆法系典型代表的法国民法也并未对不可抗力事件与意外事件进行区分，更倾向于合一论。2016年法国债法改革前，《法国民法典》第1148条规定：“如果债务人是因为不可抗力（*force majeure*）或者意外事件（*cas fortuit*）不能履行其负担的给付或者作为的债务，或违反约定从事禁止的行为时，不发生损害赔偿责任。”但2016年法国债法改革后的《法国民法典》第1218条第1款规定：“在合同领域内，如果债务人于合同订立时对不在其控制范围内的某事件之发生不能合理预见，且采用必要的手段依旧不能避免其后果，并且该事件构成其履行债务的障碍，则可认定存在不可抗力。”很显然，法国债法改革后《法国民法典》第1218条关于不可抗力认定的条文中没有了“意外事件”的描述，但法国民法通说仍认为不可抗力与意外事件是在表述同一内容，常以前者代替后者作为合同责任和侵权责任的免责事由。^[55]

我国现行立法有条文同时并列了不可抗力事件与意外事件，如《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》（以下简称《担保法解释》）第122条第1款规定：“因不可抗力、意外事件致使主合同不能履行的，不适用定金罚则。”但对于意外事件能否与不可抗力事件一样作为合同免责事由，存有肯定说（对应于合一论）与否定说（对应于区分论）两种观点。肯定说认为，我国《经济合同法》（已失效）第27条曾规定，“由于不可抗力或者由于一方当事人虽无过失但无法防止的外因，致使经济合同无法履行”的，允许变更或解除经济合同，但1999年施行的《合同法》中没有延续上述并列规定的做法，而是统一采用了“不可抗力”的表述，这实际上表明了立法者有意将意外事件纳入不可抗力，从而扩张不可抗力的内涵和外延，即我国现行法并未否认意外事件可导致解除合同或者免除责任。^[56] 对于不可抗力与意外事件，应采取“立法上同，学理上分”的做法，即二者仅在术语使用上作区分。^[57] 否定说则认为，我国《合同法》实行严格责任原则，区分不可抗力与意外事件具有重要意义，在《合同法》仅规定不可抗力为合同免责事由的情况下，意外事件并不构成合同免责事由。^[58] 对于意外事件能否成为

[51] 参见前引 [8]，王家福主编书，第501页。

[52] 参见陈帮锋：《论意外事故与不可抗力的趋同——从优士丁尼法到现代民法》，载《清华法学》2010年第4期。

[53] 参见前引 [3]，孙美兰文。

[54] 参见〔德〕马克斯·卡泽尔、罗尔夫·克努特尔：《罗马私法》，田士永译，法律出版社2018年版，第388页。

[55] Rémy Cabrillac, *Droit des Obligations*, 12e éd., Dalloz, n°154-1, p. 158.

[56] 参见前引 [5]，叶林文。

[57] 参见前引 [52]，陈帮锋文。

[58] 参见前引 [5]，李永军书，第588页。

合同免责事由，实践中的裁判观点存有分歧。最高人民法院在“卓盈丰制衣纺织（中山）有限公司与广东长城建设集团有限公司建设工程施工合同纠纷案”中认为，意外事件作为偶发事件与不可抗力比较类似，当事人不能预见、不能避免、不能克服，意外事件可以作为合同当事人违约的免责事由。^{〔59〕}但最高人民法院在“福建省南安市延平海运有限公司与厦门非金属矿进出口有限公司、泉州达映建材贸易有限公司海上、通海水域货物运输合同纠纷案”中却认为，如果事先预见完全可能采取措施避免与克服，应构成意外事件而不构成不可抗力，违约方不得以此为由免责。^{〔60〕}

我国现行立法中的“不能避免且不能克服”确实指的是不可抗拒性，但若认为不能预见必然引起不可抗拒，则有失偏颇。不可抗拒可分为不能避免和不能克服两个层次：不能避免针对的是不可抗力事件的发生，即使尽到合理的注意或采取了必要的措施，仍不能阻止其发生；不能克服针对的是不可抗力事件的自然后果，即使尽到最大努力仍不能克服其自然后果。不能预见必然引起不能避免，因为二者都是针对不可抗力事件的发生，但不能预见并不必然导致不能克服。例如，个别流行性疾病的传播的确不能预见、不能避免，但由于已经研制出疫苗或特效药，对此却仍然可以克服。再如北京市高级人民法院在“吕叶多与北京市演出有限责任公司服务合同纠纷案”中认为，虽然意外事件的发生具有不可预见性，但在事件发生后已对事件造成的不利后果进行克服，使合同得以顺利履行的，不承担违约责任。^{〔61〕}因此，在现行立法框架下，对于“不能预见、不能避免且不能克服”的，应界定为不可抗力事件，但对于虽“不能预见、不能避免”，但“可以克服”的，应界定为意外事件。这可以用公式表述为：不能预见——必然引起不能避免——不能克服的——不可抗力事件；不能预见——必然引起不能避免——可以克服的——意外事件。在两者可以作出明确区分情况下，同时考虑到我国合同法在一般违约责任上采用的是严格责任，应当认为，除有特别规定（如《担保法解释》第122条）以外，不宜认定意外事件与不可抗力事件一样作为合同免责事由。在我国司法实践中，最高人民法院在“福建省南安市延平海运有限公司与厦门非金属矿进出口有限公司、泉州达映建材贸易有限公司海上、通海水域货物运输合同纠纷案”中认为，因不能满足“不能避免”“不能克服”而不构成不可抗力事件的客观情况，将会构成意外事件而不能免责，即“不能避免并不能克服”应理解为即使预见到事件的发生也无法避免损害结果，涉案船舶航行过程中触碰不明物体，如果事先预见完全可能采取措施避免与克服，应属于意外事件。^{〔62〕}虽然法院已意识到了不可抗力事件与意外事件的区别，但在相关论述上仍有失偏颇，二者的重大区别其实应在于是否“不能克服”，而非在于是否“不能避免并不能克服”。

（二）不可抗力规则

不可抗力规则，是指不可抗力事件在法律规定的条件下产生免责法律效果的规则。换言之，

〔59〕 参见最高人民法院（2008）民一抗字第20号民事判决书。

〔60〕 参见最高人民法院（2014）民申字第1041号民事裁定书。

〔61〕 参见北京市高级人民法院（2018）京民申256号民事裁定书。

〔62〕 参见最高人民法院（2014）民申字第1041号民事裁定书。

不可抗力事件只是一种不能预见、不能避免且不能克服的客观情况，其相应的免责法律效果最终能否产生，则需要结合不可抗力规则作进一步判断。关于不可抗力规则，《民法典》中共有6个条文有所涉及。其中第一编总则部分第180条第1款规定：“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。”该条款既包括不可抗力规则下的合同免责，还包括不可抗力规则下的侵权责任免责，它只是对二者做了一个共同的概括。而“法律另有规定的，依照其规定”这一表述则表明了《民法典》分编的条文仍可对不可抗力规则做出不同规定，并且可以进一步细化。如位于第三编合同的第一分编通则部分第590条第1款规定：“当事人一方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，……”这一规定就是在合同领域中对总则编第180条第1款所规定的免责做出的进一步细化，而该规定中的“但是法律另有规定的除外”这一表述则表明该条款的规定只是抽取了合同领域中不可抗力规则的共同特征，在典型合同部分还有对该规则的进一步细化规定，位于第二分编典型合同第十九章运输合同中的第832条、第835条正是这一细化规定的体现。位于第七编侵权责任第八章高度危险责任部分的第1239条、1240条则是在侵权责任领域对总则编第180条第1款不可抗力规则的进一步细化。

关于不可抗力事件是导致全部免除责任还是部分免除责任，《民法总则》和《合同法》规定有所区别。《民法总则》第180条第1款规定，因不可抗力不能履行民事义务的，不承担民事责任。《合同法》第117条第1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。从文义上看，《民法总则》与《合同法》的规定不一致，并且由于《民法总则》生效时间在后，作为新法的《民法总则》修改了作为旧法的《合同法》。有观点认为，在《民法总则》第180条规定不可抗力后，在其他法律中，特别是在《民法典》各分编中，就不必再规定这个免责事由了。^[63]另有观点认为，当不可抗力成为履行障碍的介入因素而非唯一因素时，完全免责并不合理，而只有部分免责最合适。从法律解释角度看，并不能认为《民法总则》第180条第1款修改了《合同法》第117条第1款，而应认为后者是前者的具体化。在效力等级相同情况下，《民法总则》第180条第1款应理解为一般规则，《合同法》第117条第1款为特别规定，在合同领域应适用不可抗力的特别规则。^[64]从《民法典》规定来看，《民法总则》第180条第1款和《合同法》第117条第1款分别对应《民法典》第180条第1款和第590条第1款，应当是采用上述第二种观点。此外，关于被免除责任的性质，一般认为免除责任指债务人不向合同相对方承担不履行合同的后果，其本质在于免除违约损失赔偿责任。^[65]如果合同变更后（部分不能及一时不能场合）仍可继续履行，债权人仍享有履行请求权，债务人在延展期届满后仍不履行的，债权人自然可以请求强制履行。^[66]

关于《民法典》第590条第1款（《合同法》第117条第1款）规定的“因不可抗力不能

[63] 参见杨立新：《〈民法总则〉民事责任规定之得失与调整》，载《比较法研究》2018年第5期。

[64] 参见前引[5]，丁宇翔文。

[65] 参见前引[5]，朱广新书，第770页。

[66] 参见前引[5]，韩世远书，第487页。

履行合同”中的“不能履行”的理解，理论上主要有四种不同的解释方案。第一种解释方案认为，此处“不能履行”应做严格解释，基本可对应《德国民法典》第275条第1款规定的履行不能（法律不能与自然不能）。〔67〕第二种解释方案认为，此处“不能履行”应做严格解释，但由于该条没有提及因不可抗力导致迟延履行履行的情形，存有法律漏洞，应增加“因不可抗力不能按期履行合同债务的，免除迟延履行责任”的规定。〔68〕第三种解释方案认为，由于该条存有前述漏洞，故应对此处“不能履行”作宽松解释，应用“全部不能与部分不能”“永久不能与一时不能”的区分填补漏洞。〔69〕第四种解释方案认为，上述三种解释方案都是将此处“不能履行”理解为德国法上的履行不能，但实际上并非如此，二者只是用语上的雷同，正确的理解应是此处“不能履行”理解为“阻碍履行”，这样一来上述解释方案中所述法律漏洞也就不存在了。〔70〕上述第一种解释方案、第二种解释方案及第三种解释方案都是基于“原因进路”立场下的解释方案，但第一种解释方案因涵盖范围上存在明显缺陷而不可取，第二种解释方案因导致不可抗力规则中的债务不履行形态只包含履行不能和履行迟延而缺少积极侵害债权也存在一定缺陷。〔71〕上述第四种方案则是基于“救济进路”立场下的解释方案。〔72〕第三种解释方案和第四种解释方案更多的是立场不同而导致解释方案存在一定差异，但对案件的实际处理上，两者相差不大。从《最高人民法院关于依法妥善审理涉新冠肺炎疫情民事案件若干问题的指导意见（一）》第2条“当事人主张适用不可抗力部分或者全部免责的，应当就不可抗力直接导致民事义务部分或者全部不能履行的事实承担举证责任”的规定来看，采用了上述第三种解释方案。

我国《民法典》第590条第1款对不可抗力规则适用的前提条件予以明确，即要求不可抗力事件与不能履行之间具有因果关系。讨论较多的问题是如果不可抗力事件并非不能履行的唯一原因，当事人还能否以不可抗力为由要求免责。对此，主要有区分说和否定说两种不同的观点。区分说认为，在不可抗力事件与被告的过失共同构成损害发生原因的情况下，应本着“部分原因应当引起部分责任”的精神，当事人按其行为的过错程度及原因力大小承担部分责任。〔73〕否定说认为，不可抗力事件必须是债务履行受阻的最近、唯一和关键原因。〔74〕为避免动摇严守合同的理念、最终伤害现代商业社会的信用基础，在因果关系把握上，应当要求不可抗

〔67〕 参见〔德〕卡斯腾·海尔斯特尔、许德风：《情事变更原则研究》，载《中外法学》2004年第4期。

〔68〕 参见易军：《慎思我国合同法上违约损害赔偿责任的归责原则》，载《中德私法研究》2012年总第8卷，法律出版社2012年版，第22页。

〔69〕 参见戴孟勇：《违约责任归责原则的解释论》，载《中德私法研究》2012年总第8卷，法律出版社2012年版，第40页；前引〔5〕，韩世远书，第486页。

〔70〕 参见柯伟才：《我国合同法上的“不能履行”——兼论我国合同法的债务不履行形态体系》，载《清华法学》2016年第5期。

〔71〕 参见前引〔70〕，柯伟才文。

〔72〕 《民法典》（合同编）实际上采取的是“原因立场”（分别规定债的不履行形态及对应救济方式）与“救济立场”（以不履行的结果为划分基础）的混合体系：《民法典》第579条、第580条、第582条分别规定了金钱债务的不履行、非金钱债务的不履行以及瑕疵履行，具有“原因进路”的特征；以“不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定”（《民法典》第577条）为中心，具体规定强制履行、赔偿损失、违约金等责任方式，具有“结果进路”的特征。参见前引〔5〕，韩世远书，第477页。

〔73〕 参见《最高人民法院关于审理农村承包合同纠纷案件若干问题的意见》（现已失效）第5条。

〔74〕 参见前引〔5〕，叶林文。

力是合同不能履行和迟延履行唯一原因，否则，不应将之作为免责理由。^{〔75〕}但从我国《民法典》第590条第1款关于“根据不可抗力的影响，部分或者全部免除责任”的规定来看，我国立法上采区分说。

关于不可抗力的通知与证明，《民法典》第590条第1款（《合同法》第118条）规定：“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。”对于通知义务主体，理论通说认为通知义务主体仅为债务人，但对债权人的通知应持鼓励态度。^{〔76〕}对于通知期限存在不同观点：（1）有观点认为债务人应在不可抗力发生后，立即将因不可抗力不能履行合同的的事实告诉债权人。^{〔77〕}（2）另有观点认为债务人应在合理期限内通知债权人，关于期限是否合理，应从债务人的行动自由度、通信手段及债权人能否接收到不可抗力通知三个方面的因素进行考虑。^{〔78〕}比较两种观点，后一种观点更贴近实际，充分考虑到了当事人所面临的具体情况，较为合理。对于通知的内容，理论上一般认为不但要包含不可抗力发生的因素，还要包含该不可抗力致使合同不能履行这项要素。^{〔79〕}对于债务人怠于通知的法律后果，主要有利益丧失说和损失赔偿说两种观点。利益丧失说认为，如果双方有约定则从约定，在没有约定情况下，应认定债务人的通知义务系不真正义务，未尽通知义务的，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。^{〔80〕}损失赔偿说认为，若债务人怠于履行通知义务而使债权人遭受损失的，对于此类损失不得以不可抗力为由免责，^{〔81〕}应承担损害赔偿责任^{〔82〕}。两种观点其实并不冲突，只是针对的情形不同。具体而言，如果债务人怠于通知，但并未给债权人造成损失的，宜采利益丧失说；但如果由于债务人怠于通知而给债权人造成损失的，对于该损失部分的处理，宜采损失赔偿说。我国司法实践中较为常见的是债务人怠于通知，但并未给债权人造成损失的情形，法院一般也都采利益丧失说，即违约方未尽及时通知义务的，不能全部免除其不能履行合同的的责任。^{〔83〕}在具体的权益丧失标准方面，国际商会（ICC）《不可抗力及艰难情形条款2020》第5条的规定值得借鉴。根据该第5条规定，如果及时发出通知，受影响的当事人自障碍出现时免责，但如果未及时发出通知，责任免除自通知到达合同相对人时生效。^{〔84〕}对于不可抗力的证明，不应机械理解为对不可抗力事件本身的证明，而应侧重于对因不可抗力事件不能履行合同之事实提供证明，以便债权人确认如何保护自己的权益。^{〔85〕}如《最高人民法院关于

〔75〕 参见前引〔5〕，丁宇翔文。

〔76〕 参见前引〔1〕，崔建远文；前引〔5〕，韩世远书，第486页；前引〔5〕，朱广新书，第771页；前引〔5〕，刘凯湘、张海峡文。

〔77〕 参见前引〔5〕朱广新书，第771页。

〔78〕 参见前引〔1〕，崔建远文。

〔79〕 参见前引〔1〕，崔建远文；前引〔5〕，丁宇翔文。

〔80〕 参见前引〔1〕，崔建远文。

〔81〕 参见前引〔5〕，刘凯湘、张海峡文。

〔82〕 参见前引〔5〕，朱广新书，第771页；李宇：《民法总则要义：规范解释论与判解集注》，法律出版社2017年版，第880页；前引〔5〕，丁宇翔文。

〔83〕 参见广东省佛山市中级人民法院（2016）粤06民终663号民事判决书；湖南省株洲市中级人民法院（2017）湘02民终1140号民事判决书；甘肃省兰州市中级人民法院（2014）兰民一终字第430号民事判决书。

〔84〕 参见前引〔18〕。

〔85〕 参见前引〔5〕，朱广新书，第771页。

依法妥善审理涉新冠肺炎疫情民事案件若干问题的指导意见（一）》第2条规定：“……当事人主张适用不可抗力部分或者全部免责的，应当就不可抗力直接导致民事义务部分或者全部不能履行的事实承担举证责任。”

新冠肺炎疫情发生以来，实践中广为讨论的是承租人、借款人等金钱债务人能否以不可抗力为由免除金钱债务的话题，这实际上是关于金钱债务能否以不可抗力为由免责的问题。实践中，裁判观点不一。如辽源市龙山区人民法院在“辽源市巨源工贸集团有限责任公司与姜玉阁企业承包经营合同纠纷案”^{〔86〕}及山西省长治市中级人民法院在“襄垣县五阳新世纪有限责任公司、王树文与郭宏伟租赁合同纠纷案”^{〔87〕}中采肯定观点，即承租人在不可抗力期间没有经营收入应当免除相应的承租费用。而上海市第一中级人民法院在“中国农业银行上海市青浦支行与上海大盛食品有限公司借款合同纠纷案”^{〔88〕}中采否定观点，即对借款人提出的“非典”等不可抗力导致还款不能的主张不予支持。金钱债务不存在履行不能，当然也无因不可抗力免责的余地。具体而言，《民法典》第580条但书部分规定，非金钱债务可能会发生履行不能，但《民法典》第579条规定“当事人一方未支付价款、报酬、租金、利息，或者不履行其他金钱债务的，对方可以请求其支付”，而并无但书部分，这表明金钱债务不发生履行不能。^{〔89〕}值得注意的是，还有一些采否定说的法院，在论证路径上往往采取不可抗力事件与金钱债务履行之间不存在因果关系的论证思路以否定金钱债务人的不可抗力免责抗辩。^{〔90〕}但实际上，金钱债务虽不存在履行不能，但可能存在迟延履行。^{〔91〕}就此而言，法院采用的不可抗力事件与金钱债务履行之间不存在因果关系的论证思路有失偏颇，实不可取。

（三）不可抗力条款

关于不可抗力条款，《涉外经济合同法》第24条第4款及《技术合同法实施条例》第24条第1款都允许当事人可以在合同中约定不可抗力的范围，但《民法通则》中并未规定当事人之间是否可以就不可抗力的范围进行约定。在统一合同法的立法过程中，关于是否规定约定不可抗力，立法态度出现反复。1995年1月的《合同法（试拟稿）》中并未规定当事人之间是否可以就不可抗力的范围进行约定，^{〔92〕}1995年10月16日的《合同法（试拟稿）》第76条、^{〔93〕}1996年5月的《合同法（试拟稿）》第79条、^{〔94〕}1997年5月14日的《合同法（征求意见稿）》第

〔86〕 参见吉林省辽源市龙山区人民法院（2015）龙民初字第1524号民事判决书。

〔87〕 参见山西省长治市中级人民法院（2018）晋04民终2272号民事判决书。

〔88〕 参见上海市第一中级人民法院（2004）沪一中民三（商）初字第258号民事判决书。

〔89〕 参见前引〔82〕，李宇书，第866页；王雷：《新冠肺炎疫情防控的民商法应对之策》，载《西南政法大学学报》2020年第3期。

〔90〕 参见最高人民法院（2007）民二终字第92号民事判决书；广东省广州市中级人民法院（2005）穗中法民二终字第1150号民事判决书。

〔91〕 参见前引〔10〕，史尚宽书，253页。

〔92〕 参见何勤华、李秀清、陈颐编著：《新中国民法典草案总览》，北京大学出版社2017年版，第1868页。

〔93〕 参见前引〔92〕，何勤华、李秀清、陈颐编著书，第1926页。

〔94〕 参见前引〔92〕，何勤华、李秀清、陈颐编著书，第1970页。

88条、^[95] 1998年8月20日的《合同法（草案）》第120条第2款、^[96] 1998年9月7日的《合同法（草案）》第120条第2款中都规定了当事人可以在合同中约定不可抗力的范围，^[97] 但1998年12月21日的《合同法（三次审议稿）》中将“当事人可以在合同中约定不可抗力的范围”的条款予以删除，^[98] 《合同法（四次审议稿）》^[99] 及之后正式通过的《合同法》对此均保持不变。此后，学者们对于不可抗力约款的效力问题，产生极大争议。

在学理分类上，可以将不可抗力约款区分为广义和狭义两种。广义的不可抗力约款，是指当事人就不可抗力事件进行约定并旨在产生免责法律效果的合同条款，包含构成和法律效果两个层面，前者指当事人通过约定对不可抗力事件进行范围上的扩张或者限缩，后者则是指当事人对扩张或者限缩的不可抗力事件在约定条件下产生免责法律效果之约定。而狭义的不可抗力约款，仅包含构成层面，即当事人通过约定对不可抗力事件进行范围上的扩张或者限缩。因此，与法定的不可抗力事件相比较，无论是广义的不可抗力约款，还是狭义的不可抗力约款，都可分为扩张型不可抗力约款和限缩型不可抗力约款，这就进一步涉及对其的效力判断问题。

对不可抗力约款的效力，我国民法理论上存在有效说、无效说和折中说三种观点。有效说认为，法定的不可抗力规则并非强制性规范，当事人可以根据自身交易的风险系数，抛开法律的规定，对免责事由作出特别规定。^[100] 无效说认为，法定的不可抗力规则为强制性规范，不可抗力约款与此不一致时，当事人的约定往往无效，对于不可抗力约款的设立应有所限制，不能随意扩大其范围，否则会混淆不可抗力和其他概念的区别。^[101] 折中说则认为，法定的不可抗力规则属于混合型规范，在不可抗力约款不违背其中强制性规范的情况下，应认定其有效。例如，如果合同双方都是商事主体，或者都是普通民事主体，则应该尊重当事人之间的意思自治，该不可抗力约款为有效，但如果订立的不可抗力约款使劳动者、消费者等弱势群体权益受损，则该不可抗力约款无效。^[102]

从司法实践中的裁判观点来看，如果不可抗力约款约定的不可抗力事件的范围大于法定不可抗力事件的范围，法院普遍对当事人合意予以尊重，认可该不可抗力约款的效力；但如果不可抗力约款约定的不可抗力事件的范围小于法定不可抗力事件的范围，多数法院倾向于否定该不可抗力约款的效力，^[103] 仅有极个别法院持肯定态度^[104]。从司法实践对限缩型不可抗力约款的态度

[95] 参见全国人大常委会法制工作委员会民法室编著：《中华人民共和国合同法及其重要草稿介绍》，法律出版社2000年版，第124页。

[96] 参见前引[95]，全国人大常委会法制工作委员会民法室编著书，第185页。

[97] 参见前引[92]，何勤华、李秀清、陈颐编著书，第2093页。

[98] 参见前引[92]，何勤华、李秀清、陈颐编著书，第2134页。

[99] 参见前引[92]，何勤华、李秀清、陈颐编著书，第2175页。

[100] 参见前引[5]，朱广新书，第772页。

[101] 参见江平主编：《中华人民共和国合同法精解》，中国政法大学出版社1999年版，第98页；前引[15]，王利明书，第540页；前引[5]，刘凯湘、张海峡文。

[102] 参见前引[2]，王轶文；前引[89]，王雷文。

[103] 参见江苏省南通市中级人民法院（2019）苏06民终32号民事判决书；湖南省张家界市中级人民法院（2014）张中民一终字第114号民事判决书；最高人民法院（2008）民一抗字第20号民事裁定书。

[104] 参见上海市高级人民法院（2019）沪民终298号民事判决书。

来看,法院的裁判观点过于保守,其实无论是扩张型不可抗力条款,还是限缩型不可抗力条款,只要该约定并未违反强制性规范,就应当对该不可抗力条款效力持肯定态度。需要特别说明的是,扩张型不可抗力条款中所扩张的事项需仍为客观情况,本属于债务人过错的情况显然并非客观情况,尽管当事人就本属于债务人过错的情况所做的免责约定在不违反强制性规范情况下也会有效,但这已不是不可抗力条款的范畴,而是属于免责条款的讨论范畴。此外,如果不可抗力条款是通过格式条款的形式订入合同之中,还应适用格式条款效力的相关规则进行判断。^[105]

关于不可抗力条款下的合同免责问题,有观点认为:如果当事人约定的不可抗力事项超出不可抗力事件范围,但仍属不可归责于当事人各方的客观原因,仍可类推适用《民法典》第180条第1款、第590条第1款的免责规定;但如果当事人约定的不可抗力事项超出不可抗力事件范围,而纳入了债务人的过错,便不得类推适用上述免责规定,债务人必须承担民事责任。^[106]但其实正如上文所述,只要其中有关构成或法律效果的约定并未违反强制性规范,就应当对该不可抗力条款中的合同免责约定持肯定态度。换言之,无论是扩张型不可抗力条款,还是限缩型不可抗力条款,只要其中约定并未损害公共利益或者合同关系之外特定第三人应受法律保护的合法权益,^[107]就没有必要对当事人之间意思自治横加干涉。

四、不可抗力的关联规则

(一) 不可抗力与合同解除

根据《民法典》第563条第1款第1项(《合同法》第94条第1项)的规定,“因不可抗力致使不能实现合同目的”,当事人可以解除合同。关于该项中“合同目的”的理解,理论上存有不同认识:(1)第一种观点认为,此处合同目的不能实现实际上指履行不能,对于未达履行不能状态但使合同目的不能实现的,由情势变更原则调整。^[108]实践中也有法院采此观点,如辽宁省高级人民法院在“大连鹏程假日大沐有限公司与大连正典表业有限公司房屋租赁合同纠纷案”中认为,政府在“非典”期间采取的防疫措施仅对承租人部分经营活动造成影响,尚不足以导致承租人与出租人之间的租赁合同“直接”或“根本”不能履行,不能据此认定双方租赁合同的解除系不可抗力的原因所致。^[109](2)第二种观点认为:如果不可抗力导致完全不能履行,合同目的根本不能达到,则可发生合同解除权;如果不可抗力只是导致合同部分不能履行,但部分履行已严重影响当事人所追求合同目的的,应承认有解除权的发生;如果不可抗力导致延期履行,但延期履行已严重影响当事人所追求的合同目的的,亦应承认解除权的发生。^[110]第二种观点较为合

[105] 参见前引[2],王轶文;前引[89],王雷文。

[106] 参见前引[1],崔建远文。

[107] 参见前引[2],王轶文。

[108] 参见崔建远:《完善合同解除制度的立法建议》,载《武汉大学学报》(哲学社会科学版)2018年第2期;前引[45],刘凯湘文;赵文杰:《论法定解除权的内外体系——以〈民法典〉第563条第1款中“合同目的不能实现”为切入点》,载《华东政法大学学报》2020年第3期。

[109] 参见辽宁省高级人民法院(2013)辽审二民抗字第14号民事判决书。

[110] 参见前引[5],韩世远书,第659页。

理。值得注意的是，《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）》（以下简称《合同法解释二》）第26条规定：“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，……”而《民法典》第533条第1款规定为“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”，将“不能实现合同目的”予以删除，这应该是立法者有意为之，将不可抗力导致影响合同目的不能实现的情形，统一归入《民法典》第563条第1款第1项的调整范围内。^{〔11〕}

在由不可抗力导致合同不能履行的情况下，合同应当消灭。域外立法关于合同应当如何消灭，主要有合同自动消灭模式和行使解除权消灭模式两种。2002年债法改革之前的《德国民法典》《日本民法典》《欧洲合同法原则》（PECL）、《欧洲示范民法典草案》（DCFR）及我国台湾地区“民法”采合同自动消灭模式，2002年债法改革之后的《德国民法典》采行使解除权消灭模式。^{〔12〕}从《民法典》第563条第1款第1项的规定来看，我国民法采行使解除权消灭模式。有观点认为，对我国《民法典》第563条第1款第1项需要进行立法论上的反思，《民法典》第590条第1款已经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，再通过普通的解除权行使方式（意思通知）解除合同实际上已经没有意义。从立法论角度，应通过自动解除的方式结束合同关系。^{〔13〕}但反对观点认为，《民法典》第590条第1款仅仅是关于发生不可抗力时的通知与证明义务，并不当然含有解除合同与解除后果安排的立法目的。^{〔14〕}在风险负担规则不完整不明确的情况下，合同自动解除虽然可使合同归于消灭且起始点变得清晰，但风险往往难以令人满意地自动分配，而且不可抗力是关于民事责任是否免除问题的制度，其自身并不当然地与合同解除相联系。^{〔15〕}正如反对观点所称，我国现行立法对于合同解除后的权利义务安排尚未十分明确，风险负担规则完整明确、不可抗力免责清晰的前提条件尚未具备，宜采行使解除权消灭模式。^{〔16〕}

关于狭义不可抗力约款导致的合同解除应如何进行法律适用，存有不同见解。对此应当认

〔11〕 参见黄薇：《中华人民共和国民法典合同编解读》（上册），中国法制出版社2020年版，第343页。但实际上，将《合同法解释二》第26条中的“不能实现合同目的”直接等同于《民法典》第563条第1款第1项中的“不能实现合同目的”在理论上是否可行，有待进一步讨论。《合同法解释二》第26条中的“不能实现合同目的”在德国法上称为“使用目的障碍”，在德国民法教科书中常举的例子是英国的“加冕游行案”：为了观看英国国王爱德华七世的加冕游行，某观看者租用了他人阳台，但在加冕仪式前两天，国王因患腹膜炎而取消了游行。在该案例中，给付本身虽然仍是完全可以履行的，但由于事后情况的变化，该观看者无法再实现给付目的。参见齐晓琨：《德国新、旧债法比较研究》，法律出版社2006年版，第82页。从该案可以看出，《合同法解释二》第26条中的“不能实现合同目的”与《民法典》第563条第1款第1项中的“不能实现合同目的”，存在差异。

〔12〕 参见前引〔5〕，韩世远书，第658页。但也有观点认为，即使2002年债法改革之后的《德国民法典》第326条也并未抛弃自动消灭模式，而是采取合同自动消灭模式和行使解除权消灭模式并存的做法。参见李昊：《德国给付不能理论的重构》，载梁慧星主编：《民商法论丛》第52卷，法律出版社2013年版，第522页。

〔13〕 参见前引〔5〕，韩世远书，第649页。

〔14〕 参见前引〔45〕，刘凯湘文。

〔15〕 参见崔建远：《合同解除的疑问与释答》，载《法学》2005年第9期。

〔16〕 参见前引〔45〕，刘凯湘文；前引〔115〕，崔建远文。

为：如果狭义不可抗力条款约定的不可抗力事件范围小于或等于法定不可抗力事件，按照《民法典》第563条第1款第1项的规定解除合同即可；但如果约定的不可抗力事件范围大于法定不可抗力事件，应如何进行法律适用存有不同见解。有观点认为，如果约定不可抗力事项较法定不可抗力事件范围的扩大部分导致合同目的无法实现，当事人双方不得主张《民法典》第563条第1款第1项之下的法定解除权。^{〔117〕}另有观点认为：若属超出不可抗力事件范围的客观原因致使目的不达的，当事人双方可类推适用《民法典》第563条第1款第1项之下的法定解除权；若超出不可抗力事件范围的事项实质上属于债务人的过错，当事人双方不得类推适用第563条第1款第1项之下的法定解除权。^{〔118〕}最后一种观点区分了超出不可抗力事件范围的不同情形，值得赞同。如果约定的超出部分属于非债务人过错的其他客观情况（如意外事件），没有理由否认当事人双方（尤其是债务人一方）类推适用《民法典》第563条第1款第1项之下的法定解除权解除合同的权力；如果约定的超出部分原本就属于债务人的过错，上文已述，这已不是不可抗力条款的讨论范畴，而且超出部分原本就属于债务人过错，当事人双方当然不得类推适用《民法典》第563条第1款第1项之下的法定解除权，但债权人仍可能援引《民法典》第563条第1款第2项、第3项、第4项（《合同法》第94条第2项、第3项、第4项）下的法定解除权。最后，如果约定的超出部分原本就属于债务人的过错，虽然不属于不可抗力条款，但仍可能属于免责条款的讨论范畴，在免责条款有效的情况下，如果合同确实陷入履行不能，但债权人又不援引《民法典》第563条第1款第2项、第3项、第4项下的法定解除权解除合同的，债务人可以援引《民法典》第580条第2款的规定申请司法解除。当然，若当事人约定的不可抗力事项超出法定不可抗力事件范围，且作为解除合同的原因，宜适用《民法典》第562条（《合同法》第93条第2款）规定的约定解除规则。^{〔119〕}

（二）不可抗力与风险负担

风险负担，指因不可归责于双方当事人的事由（或原因）致使合同不能履行时的不利益由哪一方当事人负担或由双方当事人合理分担的制度。^{〔120〕}不可抗力事件属风险负担规则中的风险事件（即不可归责于双方当事人的事由）在理论上并无异议。^{〔121〕}法律关于风险负担的规定，属于任意性规范，当事人对于风险负担的承受有约定的，优先从约定，^{〔122〕}不可抗力事件作为风险负担规则的引发事由，理应允许当事人之间对此进行约定。

有观点认为：扩张型不可抗力条款的适用扩张了违约方免于承担违约责任的范围，因而风险负担规则的适用范围也会相应扩大；而限缩型不可抗力条款导致违约方对于被限缩事项需承担违

〔117〕 参见前引〔2〕，王轶文。

〔118〕 参见前引〔1〕，崔建远文。

〔119〕 参见前引〔1〕，崔建远文。

〔120〕 参见崔建远：《风险负担规则之完善》，载《中州学刊》2018年第3期。

〔121〕 参见王利明：《合同法研究》（第3卷），中国人民大学出版社2015年版，第89页；吴香香：《〈合同法〉第142条（交付移转风险）评注》，载《法学家》2019年第3期；陈自强：《合同法风险负担初探》，载《北京航空航天大学学报》（社会科学版）2019年第3期。

〔122〕 参见前引〔8〕，崔建远书，第335页。

约责任，风险负担规则的适用范围受到相应限缩。^{〔123〕} 这种观点值得借鉴，但尚有可商榷之处。如果当事人约定的不可抗力事件范围较法定不可抗力事件范围缩减（限缩型不可抗力约款），将会导致风险负担规则构成要件中“不可归责于双方当事人的事由”范围缩减，由此的确会导致风险负担规则的适用范围随之缩减；但如果当事人约定的不可抗力事件范围较法定不可抗力事件范围扩大（扩张型不可抗力约款），却并不必然导致风险负担规则构成要件中“不可归责于双方当事人的事由”范围扩大，风险负担规则的适用范围也并不必然随之扩大。具体而言，“不可归责于双方当事人的事由”一般包括不可抗力事件和意外事件两种，^{〔124〕} 如果当事人约定将意外事件纳入扩张型不可抗力约款中，则由于意外事件原本就属于“不可归责于双方当事人的事由”，并不会导致风险负担规则适用范围扩大。此外，对于第三人原因造成的标的物毁损灭失大都属于可归责于债务人的事由，在少部分情形下可归入意外事件的范畴从而适用风险负担规则。^{〔125〕} 上文已述，可归责于债务人的事由并不属于不可抗力约款的讨论范畴，如果当事人将归责于债务人的事由纳入“扩张型不可抗力约款”，这实际上涉及免责条款与风险负担规则的关系，而非不可抗力约款与风险负担规则的关系。由于意外事件原本就属于“不可归责于双方当事人的事由”，可归责于债务人的事由很难归入意外事件，当事人之间所作此扩张型不可抗力约款并不会对风险负担规则的适用范围造成影响。

（三）不可抗力与情势变更

在1999年《合同法》立法过程中，对于应否规定情势变更原则，产生极大争议。肯定观点认为，我国已有情势变更的案例，如“武汉市煤气公司诉重庆检测仪表厂煤气表散件购销合同纠纷案”中，法院已经适用情势变更原则对案件公平合理地予以处理。如果我国不能明确情势变更原则，司法实践中仅适用诚实信用原则，对案件处理就没边了。^{〔126〕} 但否定观点提出一项重要理由，不可抗力可以涵盖情势变更，如果在不可抗力之外再规定情势变更，理论上容易引起混乱，而且在实践中，目前法官的水平很难划清情势变更的界线，一些不正之风很难保证情势变更的正确适用。^{〔127〕} 因争议太大，1999年《合同法》中最终没有规定情势变更原则，但十年之后，最高人民法院为了审判实践的需要，在《合同法解释二》第26条规定了情势变更原则：“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。”根据该规定，因不可抗力事件造成继续履行合同对一方当事人明显不公平或不能实现合同目的的，不得适用情势变更原则，由此引发了新一轮有关不可抗力与情势变更原则关系的讨论。

最高人民法院的官方释义书认为，该条突出了相关情势的“非不可抗力”条件，原因在于情势变更与不可抗力存有重大区别。具体而言：不可抗力造成的结果是合同无法履行，情势变更造

〔123〕 参见前引〔2〕，王轶文。

〔124〕 参见前引〔121〕，王利明书，第89页；前引〔121〕，吴香香文；前引〔121〕，陈自强文。

〔125〕 参见前引〔121〕，王利明书，第89页。

〔126〕 参见全国人大法制工作委员会民法室：《中华人民共和国立法资料选》，法律出版社1999年版，第162页。

〔127〕 参见前引〔126〕，全国人大法制工作委员会民法室书，第162页。

成的结果是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；因不可抗力导致不能履行合同的，无需承担责任，而情势变更情况下导致显失公平的，合同双方应共担风险；不可抗力是法定免责条款，而情势变更需法院加以判断。^{〔128〕} 另根据该司法解释起草人的解读，情势变更与不可抗力有六个方面的不同：（1）权利性质不同。不可抗力制度下的解除权为形成权，而情势变更原则下的解除权为请求权。（2）权利的启动不同。法院可以依职权适用不可抗力制度，但适用情势变更原则要有当事人主张。（3）适用范围不同。金钱之债一般不适用不可抗力，但可适用情势变更。（4）法律后果不同。不可抗力可能引起诉讼时效的中止，情势变更不能。（5）法律责任不同。不可抗力主要在于免除或减轻当事人的责任，而情势变更原则主要在于解决当事人权益得失的公平问题。不可抗力制度既可免除违约责任，又可免除侵权责任，而情势变更原则主要适用于合同关系，不能用于侵权责任的免除。不可抗力是法定免责条款，而情势变更则需要由法院审查判断以后根据当事人的申请加以变更或者解除。（6）适用范围不同。因遭受不可预见、不可避免、不可克服的事变致使合同无法履行的，适用不可抗力；因不可预见、不可归责的事变，使得维持合同原有效力将导致双方利益关系严重失衡的，适用情势变更原则。^{〔129〕}

对最高人民法院的上述阐述提出的质疑理由主要集中在以下几个方面：（1）所谓“非不可抗力造成”，依形式逻辑双重否定即为肯定，就等于是“可抗力造成”，而情势变更既为“可抗”，又何劳法律介入？^{〔130〕}（2）不可抗力事件是“因”，情势变更原则、法定解除制度、违约责任制度、风险负担规则、诉讼时效中止制度等为“果”，如果将“因”与“果”比较，当然无法进行，而“果”与“果”的比较，也自然得不出排除不可抗力为情势变更原则之因的结论。^{〔131〕}（3）虽然不可抗力事件未必是导致情势变更的唯一原因，但应是可以导致情事变更的原因之一。^{〔132〕}（4）不可抗力可以引发情势变更的适用，情势变更可以兼容不可抗力。^{〔133〕}（5）情势泛指作为合同成立基础或环境的客观情况，包括不可抗力事件，最高人民法院的本意可能在于有意识地区分不可抗力规则和情势变更原则，但因尚未真正界分二者反倒弄巧成拙，不适当地缩小了情势变更原则适用的范围。^{〔134〕}

在《合同法解释二》施行七个月后，最高人民法院在“成都鹏伟实业有限公司与江西省永修县人民政府、永修县鄱阳湖采砂管理工作领导小组办公室采矿权纠纷案”中认为：“鹏伟公司在履行本案《采砂权出让合同》过程中遭遇鄱阳湖36年未遇的罕见低水位，导致采砂船不能在采砂区域作业，采砂提前结束，未能达到《采砂权出让合同》约定的合同目的，形成巨额亏损。这

〔128〕 参见沈德咏主编：《最高人民法院关于合同法解释（二）理解与适用》，人民法院出版社2009年版，第202页。

〔129〕 参见曹守晔：《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》，载《法律适用》2009年第8期。

〔130〕 该观点由台北大学法律学系游进发副教授提出。转引自前引〔5〕，韩世远书，第494页。

〔131〕 参见前引〔2〕，王轶文。

〔132〕 参见前引〔67〕，卡斯腾·海尔斯特尔、许德风文。

〔133〕 参见前引〔5〕，丁宇翔文。

〔134〕 参见前引〔8〕，崔建远书，第98页。

一客观情况是鹏伟公司和采砂办在签订合同时不可能预见到的，鹏伟公司的损失也非商业风险所致。在此情况下，仍旧依照合同的约定履行，必然导致采砂办取得全部合同收益，而鹏伟公司承担全部投资损失，对鹏伟公司而言是不公平的，有悖于合同法的基本原则。鹏伟公司要求采砂办退还部分合同价款，实际是要求对《采砂权出让合同》的部分条款进行变更，符合合同法和《合同法解释二》第26条的规定，本院予以支持。”^[135] 学者们解读该案时普遍认为，最高人民法院在该案中适用情势变更制度时并未适用《合同法解释二》第26条中的“非不可抗力”要件。^[136] 在《民法典》中，情势变更原则体现为第533条第1款，该规定删除了《合同法解释二》第26条中的“非不可抗力”要件，这意味着立法接受了学者们对《合同法解释二》第26条的批评，这一立法改动值得肯定。

在狭义的扩张型不可抗力条款的情形，如果当事人约定“增加的不可抗力事项发生，也可适用情势变更原则”的，在增加的不可抗力事项发生后，能否适用情势变更原则？有观点认为，此种情况下不得再适用情势变更原则。上述约定实际上应理解为当事人之间可以基于该约定就合同的变更或解除进行协商：（1）如果协商成功，应属于《民法典》第543条（《合同法》第77条第1款）所言“当事人协商一致，可以变更合同”，或者属于《民法典》第562条第1款（《合同法》第93条第1款）所言“当事人协商一致，可以解除合同”；（2）如果协商不成功，即使当事人以约定情势变更为由请求法院变更或者解除合同的，法院也不得援引情势变更原则变更或解除合同。^[137] 上述观点值得商榷，因为如果当事人约定增加的不可抗力事项仍属于客观情况，并且符合情势变更原则的其他适用条件，适用情势变更原则当无疑义。但在狭义的限缩型不可抗力条款的情形，如果当事人约定“不可抗力事件中限缩部分发生，不得适用情势变更原则”的，约定效力如何？有观点认为，此类约定意味着排除了不可抗力规则的适用，那么即使不可抗力规则确认的事项导致继续履行合同对一方当事人明显不公平，也不得适用情势变更原则。^[138] 但这种观点值得商榷，此类约定排除了不可抗力规则适用，意味着排除了债务人的不可抗力的免责适用，但并不意味着也排除了情势变更原则的适用。情势变更原则为诚实信用原则的具体运用，目的在于消除合同因情势变更所产生的不公平后果，^[139] 应当认为情势变更原则的适用具有强制性，违反则无效。

（四）不可抗力与诉讼时效中止

根据《民法典》第194条第1款第1项（《民法总则》第194条第1款第1项）的规定，在诉讼时效期间的最后六个月内，因不可抗力不能行使请求权的，诉讼时效中止。很显然，在诉讼时效的最后六个月内，不可抗力事件可作为诉讼时效中止的引发事由。但当事人能否对不可抗力事件范围进行扩张或限缩的约定呢？答案是否定的。《民法典》第197条第1款规定：“诉讼时效的期间、计算方法以及中止、中断的事由由法律规定，当事人约定无效。”因此，法律有关诉讼时

[135] 最高人民法院（2008）民二终字第91号民事判决书，载《中华人民共和国最高人民法院公报》2010年第4期。

[136] 参见前引[5]，韩世远书，第495页；前引[2]，王轶文；前引[5]，朱广新书，第478页。

[137] 参见前引[2]，王轶文。

[138] 参见前引[2]，王轶文。

[139] 参见梁慧星：《中国民法经济法诸问题》，中国法制出版社1999年版，第170页。

效中止事由的规定，属于不得约定排除其适用的强制性规定，^{〔140〕} 无论是扩张型不可抗力条款，还是限缩型不可抗力条款，都不能改变《民法典》第194条第1款第1项的适用范围。

五、结 论

《民法典》第180条第2款对“不可抗力”一词的含义进行了界定，这一规定应理解为对不可抗力事件的法定定义。《民法典》其余条款中涉及对“不可抗力”一词本身的理解时，应作同一解释。《民法典》中涉及因不可抗力事件而免责的条款，如第180条第1款、第590条第1款等，可被称为不可抗力规则。虽然我国现行立法并未规定当事人可以在合同中约定不可抗力的范围，但出于当事人意思自治的考虑，在其约定并未违反强制性规范的情况下，法秩序无需对此横加干涉，理应承认这种不可抗力条款的效力。不可抗力条款可以分为广义的不可抗力条款和狭义的不可抗力条款。与法定的不可抗力事件相比较，（广义或狭义的）不可抗力条款可分为扩张型不可抗力条款和限缩型不可抗力条款。需要特别说明的是，扩张型不可抗力条款中所扩张的事项需仍为客观情况，本属于债务人过错的情况显然并非客观情况，尽管当事人就本属于债务人过错的情况所作的免责约定在不违反强制性规范的情况下也会有效，但这已不是不可抗力条款的范畴，而是属于免责条款的讨论范畴。

不可抗力事件或狭义不可抗力条款可引发合同解除、风险负担规则、情势变更原则及诉讼时效中止等规则的适用，后者可以称为不可抗力的关联规则。对于狭义不可抗力条款与各关联规则的关系，应根据各规则的立法宗旨和法律构成加以妥当解释。

《民法典》中不可抗力的体系构造请参见图1。

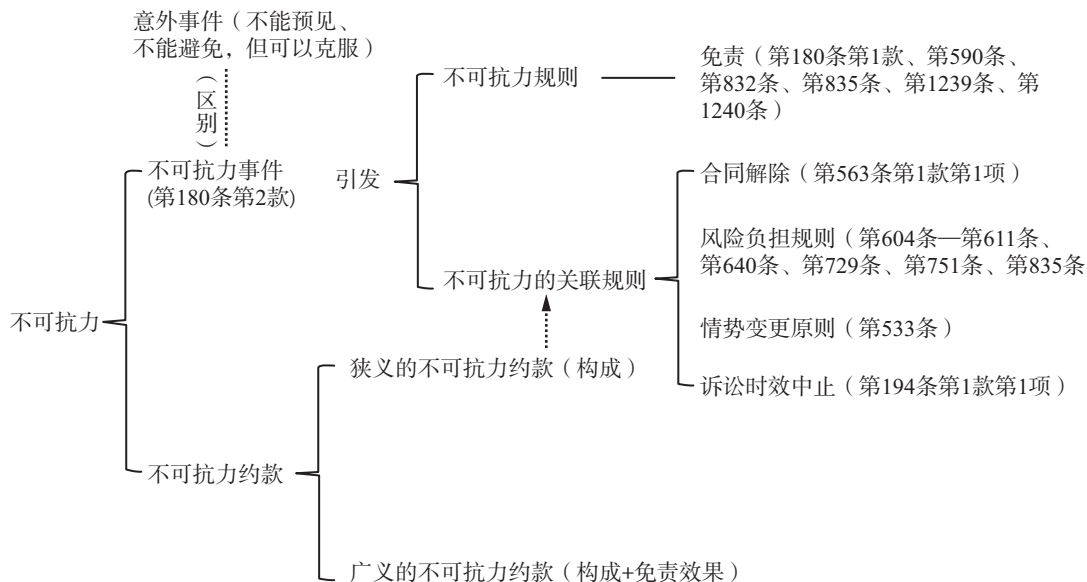


图1 《民法典》中不可抗力的体系构造

〔140〕 参见前引〔2〕，王轶文。

Abstract: In the system of the Chinese Civil Code, force majeure shall be divided into three different aspects, namely, force majeure events, force majeure rule and force majeure clauses. A force majeure event is an objective circumstance that cannot be foreseen, avoided and overcome, as distinguished from an event that cannot be foreseen, avoided but can be overcome. The force majeure rule refers to the rule by which a force majeure event produces the legal effect of exemption under conditions prescribed by law. Force majeure clauses can be broadly or narrowly defined. A force majeure clause in the broad sense is a contractual clause agreed upon by the parties in respect of a force majeure event and intended to produce the legal effect of exemption. It consists of elements and legal effects. The former refers to an agreement by the parties to expand or limit the scope of events of force majeure. The latter refers to the agreement of the parties to the expansion or limitation of the force majeure events under the agreed conditions to produce the legal effect of exemption. The force majeure clause in the narrow sense only includes the level of elements, that is, the agreement by the parties to expand or limit the scope of the force majeure events. An event of force majeure or a force majeure clause in the narrow sense may also trigger the application of the rules of the rescission of the contract, the rule of the burden of risks, the changed circumstances and the suspension of the prescription. All these rules may be called the associated rules of force majeure.

Key Words: force majeure event, force majeure rule, force majeure clause, principle of changed circumstances

(责任编辑：殷秋实 赵建蕊)