



JONES DAY 评论

动乱时期的不可抗力原则：以利比亚为例

利比亚原油与天然气工业仍然处于不确定的状态，在逐步升级的内战中，敌对双方都在争取本国的油田、管道和港口资源。¹很有可能在本文发表（2011年3月2日）之后的将来，其中的内容仍会保持很高的实用性和相关性。即使时局的不确定性越来越高，在利比亚有投资项目或交易的外国公司仍必须紧跟新闻消息并及时对任何事件做出反应。利比亚的动乱——与其他中东和北非国家的骚乱一道——都带来了在合同及适用法律下所规定的及时处理不可抗力的问题。这些事件同时也提醒并教育了我们就在此区域或其他地方的国际合同谈判中所应考虑到的事项。本评论文章回顾了在中东和北非动荡环境下的不可抗力原则，并考量了可能出现于当事人面前的具体的合同执行中的不可抗力问题。²

合同下不可抗力条款

不可抗力是源于罗马法的法律概念（无法抗拒的力量 *vis maior cui resisti non potest*），它存在于许多大陆法系法律体制中。例如，在法国法下，合同一方由于无法预见、无法避免的外在情况而使

其履行合同义务成为不能时，该当事人可以被免除相应合同责任。普通法下的合同落空和履约不能原则与不可抗力相似（但却并不一致）。不可抗力原则被纳入国际统一私法协会《国际商事合同通则》，其第7.1.7(1)条规定：

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，而且在合同订立之时该方当事人无法合理地预见，或不能合理地避免、克服该障碍及其影响，则不履行的一方当事人应予免责。

利比亚民法典第360条对不可抗力的定义如下：

如果债务人证明其行为的实施因不可控制的原因而变得不可能，则债务人的义务当减除。³

利比亚司法机关对上述该条进行了严格解释：为了满足不可抗力的要求，某一事件必须是在双方控制范围之外的，是在双方签订协议时无法预见的，并且该事件必须是使义务履行行为完全成为不可能。⁴

国际项目或国际交易的参与者经常在其合同中加入具体的不可抗力条款，而非简单地依赖于合同所适用法律中所存在的概括的不可抗力原则（这种原则的要求通常被认为过于严格）。上述形式的条款会基于从大量的细节上进行具体设计，⁵有时合同双方会将具体交易的性质也考虑在内。例如，在北非某国有企业（销售方）与欧洲某能源公司（购买方）之间的液化天然气(LNG)销售合同中的不可抗力条款，就是基于不可抗力原则的经典内容以及天然气生产、运输过程中潜在的意外事故而设计的；该条（中文翻译）如下：

合同签约方在一段确定时间内被全部或部分免除其合同下义务

- 在不可抗力或偶然事件（cas fortuits）情况下，特别是如火灾、洪水、大气扰动、风暴、龙卷风、地震、泥土流失、滑坡、闪电、流行疾疫、战争、暴乱、内战、起义、针对全民公敌的行动、政府施政行动、罢工、停工的情况下，主张合同义务免除的一方承担证明该情况之不可抗性质；同时在下列情况下，
- 严重的意外事件影响到天然气矿床的开发、销售方国家的管道运输、天然气的处理/液化/贮藏/装载操作、液化天然气运输船的运输工作、液化天然气的排放/贮藏/接收、从天然气再气化站通过主要管道输送本合同项下的天然气，以上事件的结果无法通过运用合理手段在合理成本内补救的。

近年来，由利比亚国家石油公司（NOC）和外国石油公司签订的开发与产量分成合同（EPSAS）中都包含了不可抗力条款。⁶众达律师事务所曾代表客户作为某份签订于2008年的利比亚开发与产量分成合同一方，在国际商会仲裁院就基于不可抗力而排除相关义务履行的问题而仲裁，其中相应的条款是：

合同一方就此在履行其义务或责任时延迟或没有履行，如果是由于不可抗力，其责任应被免除。不可抗力包括但不限于：人为能力控制之外的事件、暴动、骚乱、战争，以及任何不可预见的情形和任何超出当事人控制能力而导致履约不能得情形。

另外，双方可以基于一个包含不可抗力条款的合同模版来订立合同。⁷在建筑施工方面，国际咨询工程师联合会（FIDIC）出版了一系列被广泛运用的合同模版，⁸其将“不可抗力”定义为“一个异常的、例外的事件或情况：

- a) 该事件或情况超出了当事人的控制范围，
- b) 该当事人不可能在签订合同前就合理预见该事件或情况，
- c) 该事件或情况发生时，在合理情况下当事人不能避免或克服，
- d) 该事件或情况实质上不是由合同另一方造成的。”⁹

上述不可抗力包括（但不限于）“叛乱、恐怖主义、革命、军事政变或篡夺政权或内战”，以及“暴动、骚乱、混乱、罢工或由除承包商的人员、其他雇员和承包商或分包商之外的其他人引起的停工。”

在利比亚一些地方发生的事件和情况就正好包含于上述合同不可抗力条款的范围之中。接下来的问题就是，不可抗力情况是否事实上阻止了合同一方合同项下义务的履行，如果确实如此，不履行该义务是否应当由不可抗力来免责。一般的合同可能只是概括地规定“义务与责任”而没有任何例外情况。相比之下，FIDIC合同样本（普遍地包含许多其他的不可抗力条款）明确地在其不可抗力规定中排除了支付赔偿额的义务。¹⁰

因此，不可抗力并非一支能简单地免除履行艰难的合同义务的魔法棒。必须仔细分析合同对于不可抗力的定义以及对免除履行义务的范围的规定。不仅如此，当事人有义务去减轻不可抗力所带来的影响。例如，FIDIC合同模版副条款 19.3 规定：

在不可抗力发生的情况下，任何一方在任何时候都应运用合理努力来使由不可抗力造成的合同履行的延迟最小化。

不可抗力的通知

当不可抗力的原因阻止（或即将阻止）当事人一方履行合同义务时，相关合同一般要求该当事人通知另一方当事人该事件及其影响。合同可仅要求在“合理时间内”作出通知，

也可规定一个具体的通知期限。利比亚开发与产量分成合同要求“在不可抗力事件发生后”的 30 天内作出通知，而 FIDIC 合同模版则要求“通知必须在当事人知道或应当知道构成不可抗力事件或情况后的 14 天内作出。”另外，除了合同中其他地方可能对通知形式作出的概括性规定外，不可抗力条款本身可以自行规定作出通知的形式（如，“书面形式”）。当事人一方未能按照相关合同要求进行通知的，可能就会阻碍其对不可抗力原则的适用，并/或可能让另一方当事人能就因迟延通知或未通知而引起的损失要求赔偿。不可抗力本身即有可能阻碍公司行使其发出合理、及时的通知的义务。本月在利比亚，正如今年早些时候在突尼斯和埃及一样，通讯被中断了：快递服务中断，网络被封锁，旅行也被影响。在这些情况下，要根据开发与产量分成合同（合同要求通知以信件形式作出，且要将信件发送至的黎波里的一个邮箱地址）向利比亚石油公司作出相应通知，可能会很困难甚至不可实现。由于当事人一方主张不可抗力而排出其合同项下某义务的履行的前提是该当事人承担了对不可抗力的举证责任，那么将所有做出通知的努力都记录下来（不论通知是成功作出还是不成功作出）就是十分重要的。

一所活跃于利比亚的公司不仅可能自己处于义务履行被不可抗力阻碍的状态，该公司也有可能受到另一方当事人有关不可抗力的通知。此时，确定我方已经按照合同中的通知规定及其他与不可抗力相关的条款行事，就是十分重要的。

不可抗力的后果

不可抗力的后果取决于相关的情况和适用的合同条款。通常情况下，不可抗力会使义务的履行延迟。此时，被延迟的一方就可被授予在延长后的一段时间内来履行其义务。合同中可以规定当事人被允许延长履行的具体时间（如，义务履行每延迟一天，即获得一天延长时间），而不论该延时结果对于当事人任一方公平与否。如果合同中无约定的话，则由当事人双方协商决定合理的延长时间。在建筑施工合同情况下，承包商一般仅在施工进度计划的“关键路径”被影响时才被允许延时履行义务。只要不可抗力能被施工进

度计划中的浮动时间所吸收，那么承包商一般就不享有任何延长履行时间的权利。¹¹

一份合同中可能包括为了保证在发生不可抗力的情况下还能履行义务的规定。例如，一个可替代义务条款可能规定在液化天然气运输过程中的“代替性”管道气。一些长期油气供应合同规定不可抗力恢复气量。在很多情形下，不可抗力事件会给当事人带来额外的费用。例如，土耳其的泰克芬建筑安装公司在利比亚参与了 Al Khufra-Tazerbo 输水系统（该系统是作为利比亚大人工河项目的一部分）的建设，报道称其从位于地中海以南 1000 千米外的库夫拉绿洲地区的 5 个施工现场一共撤离了超过 1000 名雇员。这些雇员——来自土耳其、泰国、越南、巴基斯坦和菲律宾——被经陆路送往班加西。其中大约 650 名雇员之后又被通过海运送往土耳其马尔马里斯。在公司安排非土耳其国籍的雇员返还起家乡时，这些雇员就暂住在马尔马里斯。¹²假设泰克芬建筑安装公司重新就该项目开工，那么把建筑人员重新输送到工地的这个过程将理所当然地产生额外的、巨大的费用。FIDIC 合同模版规定，对于由于不可抗力而引发的额外费用，承包商有权根据合同的索赔程序要求相关偿付。¹³承包商必须特别证明该要求索赔的费用是由不可抗力事件而非其他事件引起的。在合同中未明确规定此类条款的，获得不可抗力事件引发的费用的赔付的可能性就很小了。¹⁴例如，伊朗—美国求偿法庭在对 1978-1979 伊斯兰革命后的伊方和美方纠纷裁判中，认为其必须就不可抗力情况下合同终止后当事人的权利和义务做出决定。法庭这样总结了其在上述案件中的处理方法：

适用的规则是，损失必须“出现在其减少的地方。”总的来说，对损失的指定是基于法庭的公正裁量，此裁量是以合同作为框架和参考点做出的。¹⁵

如果不可抗力阻止或在一段时间内延迟了义务的履行，合同就有可能被终止。合同在什么情况下终止则是基于合同中的具体条款。例如，利比亚开发与产量分成合同规定，双方当事人“应当在不可抗力的通知做出后尽早见面商谈减少损害影响的方法。”如果双方当事人未能就该方法达成一致且不可抗力情况在通知做出后的两年内持续的，合同应

当终止。FIDIC 合同模版授予各方当事人终止合同的权利，只要“在通知做出后，所有工程的实质性执行仍由于不可抗力原因而连续 84 天无法进行的...或由于相同的以通知的不可抗力，在多个间歇的时间段中无法进行的总天数超过 140 天的...”¹⁶

此种合同终止条款的合理性在于，如果合同不能在某段延长期限内履行的话，合同目的在某种程度上就已经无法达成。合同条款还可进一步规定对合同种之后的工程清盘方案，以及设备返空费的补偿范围等等。

分包商与供应商

一个重大项目一般都会包含两个以上数量的当事人以及多个合同，特别是会包括许多分包商和供应商。他们中的有些人可能在项目实施地所在国而为项目提供建筑材料等，同时另外一些则位于该国以外的地区，负责为主承包商设计、生产并供应设备。相关合同可能规定当项目所在国（如，利比亚）发生不可抗力情况时，主承包商有权要求该国以外的分包商（如，德国）暂停工作；在此情况下，并非分包商直接受到了不可抗力的影响。¹⁷然而，在此情况下分包商所生产的设备有可能就无法适应替代项目的需求，如果分包商会因为这遥远的情况而承担损失的话，那他就可以拒绝该主承包商的安排。

在有一系列销售合同存在的情况下（如，石油或天然气销售），上游的不可抗力可能会影响下游的合同。如果存在于下游合同中的不可抗力条款包含了具体的供应来源，则该条款可能被上游生产设备的关闭所触发，例如在利比亚的情况。

法律适用

除了考虑有关不可抗力的合同条款外，当事人还应核实所适用法律中的相关原则。（一般情况下，由合同自行规定所适用的法律。）除非合同明文规定其不可抗力条款取代所适用法律中的类似条款，合同一般被解释为就该问题对法律的补充。因此，在所适用法律下规定的不可抗力或合同落空的普遍原则是十分重要的。¹⁸如果相关合同是以货物销售为目的，¹⁹则可适用《联合国国际货物销售合同公约》(CISG)。²⁰在此情况下，不可抗

力原则就应遵循 CISG 第 79 条的内容。另外，合同可明确阐明将适用法律作为合同条款的补充。例如，FIDIC 合同模版规定，那些不在合同不可抗力范围之内的情形出现时，如果该情形符合所适用法律的救济规定，则同样应当给与救济。²¹具体而言，这意味着如果某情况作为合同终止的基础并不符合合同中相关要求却符合了所适用法律的要求的话，该合同仍可能被终止。

争议

当然，我们无法确定某公司的合同相对方当事人会接受不可抗力的通知。对方当事人可能会质疑不可抗力情况的事实性并声称该公司不履行或延迟履行某项特定义务构成了合同违约。在一些情况下，对方当事人可能会要求引用不可抗力的一方当事人支付履约保证金。一个谨慎的承包商应当已经提前安排购买了涵盖该不合理的履约保证金的相关保险。²²

由此，不可抗力情况的发生提高了合同当事人发生争议的可能性。一方当事人往往会企图将由自然环境造成的延迟和额外成本负担转移到另一方当事人身上，这是不足为奇的。上述情况也突出了合同中纠纷解决条款的重要性。众达律师事务所在国际争议解决程序上拥有广泛的经验，当然也包括不可抗力所引发的问题；而本所往往建议客户达成协议，选择的国际仲裁机构位于一个中立于双方当事人的国家里，且该国应当是联合国承认及执行外国仲裁裁决公约（纽约公约）的成员国。²³确实，利比亚开发与产量分成合同规定合同纠纷由位于巴黎的仲裁机构根据《国际商会调解规则》裁量。类似地，FIDIC 合同模版也规定依照《国际商会调解规则》进行仲裁，除非当事人之间有其他约定。²⁴然而，一些利比亚国有实体和公权力机关根本不同意诉诸仲裁或者要求在利比亚当地进行仲裁。外国当事人如果之前接受了由利比亚法院享有对争议的排他管辖权的话，现在就可能后悔其曾经的决定了，因为如今利比亚悬而未决的状况可能会影响到国内法院的运行和当地律师的聘请。

总结

我们只能期望利比亚的动荡局势能在不久的将来马上结束，并走上一条尊重民主和人权的道路。但是活跃于该地区的企业应当准备好迎接继续的不可抗力情况。企业们应据此认真注意现有合同中及在谈判的合同中的不可抗力条款。正如本文简述表明，企业应当依照合同的特殊性质而定义不可抗力在这类条款下的具体内容；企业要规定当发生不可抗力事件时要采取的措施和行动（如通知和减少不可抗力带来的损失等）；同时，企业还要规定对不可抗力的后果的处理方法，包括可能的义务履行期限延长、赔付相关费用以及最终终止合同。²⁵

联络律师

如需进一步了解情况，请与众达负责贵公司相关事项的律师或以下所列律师联系。一般的电子邮件可通过 www.jonesday.com 页面上的“联系我们”的链接发给我们。

Michael W. Bühler

巴黎
+33.1.56.59.38.54
mbuehler@jonesday.com

Bruno Castellini

米兰
+39.02.7645.4001
bcastellini@jonesday.com

Thomas F. Cullen Jr.

波士顿/华盛顿
+1.617.449.6905
+1.202.879.3924
tfcullen@jonesday.com

Carroll S. Dorgan

巴黎
+33.1.56.59.46.44
csdorgan@jonesday.com

Mercedes Fernández

马德里
+34.91.520.3926
mfernandez@jonesday.com

Ian F. Lupson

伦敦
+44.20.7039.5109
iflupson@jonesday.com

Jeffrey A. Schlegel

休斯敦
+1.832.239.3728
jaschlegel@jonesday.com

Sheila L. Shadmand

迪拜
+971.4.709.8408
knunnenkamp@jonesday.com

注释:

¹ Eric Watkins, "Gadhafi threatens revenge as Libya's output plunges," *Oil & Gas Journal*, 2011 年 3 月 2 日 (最后一次访问于 2011 年 3 月 15 日)

² 对于在某国投资时发生不可抗力情况而引发的有关国家责任的争议问题, 本文不会具体展开论述。

³ 该规定与其他阿拉伯国家(如, 埃及)的不可抗力原则类似。拿阿联酋民法典第 287 条作比, 本条规定: “如果一人能证明某损失是由其无法干涉的极端外在原因造成的, 例如自然灾害、不可避免的意外事故、不可抗力、第三方行为或遭受损失者的行为, 那么此人在无法律规定或合同约定的情况下无保证其完好状态的义务或责任。”

⁴ 参见就不可抗力情况做出的第一裁决, *National Oil Corp. (Libya) v. Libyan Sun Oil Co. (U.S.)*, ICC Case No. 4462 (1985), 出版于商业仲裁年刊, Vol. XVI, p. 55, at 57 (1991)

⁵ 的确, 一个长达 27 页的不可抗力条款被进行了报道: Marcel Fortaine & Filip De Ly, *Drafting International Contracts*, pp. 401- 402 (Martinus Nijhoff, 2009)

⁶ 有关利比亚国家石油公司 2005 年签订的新一代开发与产量分成合同的研究, 参见 by Pascal de Vareilles-Sommières 和 Anwar de Fekini 撰写的两篇文章的, "Les nouveaux contrats internationaux d'exploration et de partage de production pétrolière en Libye – Problèmes choisis," *Journal du droit international (Clunet)*, 2008 年 1 月第一期, 及 2009 年 1 月第一期。特别参见, 他们在第二篇文章¶ 44 有关不可抗力和情势变更条款的讨论。还参见于 1980 年签订的老版开发与产量分成合同, 本合同正是如今利比亚国家石油公司和太阳石油公司在国际商会国际仲裁院进行仲裁的争议问题点, 案件号 4462, 同注释 4

⁷ 不可抗力条款范本还包括: 如 ICC Force Majeure Clause 2003 - ICC Hardship Clause 2003 (国际商会国际仲裁院第 650 号出版物)

⁸ FIDIC 合同模版主要包括《土木工程施工合同条件》(1999 年第 1 版) (“红皮书”); 《机电工程合同条件》(1999 年第 1 版) (“黄皮书”); 以及《业主与咨询工程师服务协议模式》(1999 年第 1 版) (“白皮书”) 第十九条不可抗力, 在以上三种合同中都是一样的

⁹ “红皮书”“黄皮书”和“白皮书”, 第 19.1 条

¹⁰ “红皮书”“黄皮书”和“白皮书”, 第 19.2 条

¹¹ 这一点引起了建筑工程法方面的大量争论(该争论在本文探讨的范围之外): “谁拥有流动事件?”参见, 如, P.K. Keane & A.F. Caletka, *Delay Analysis in Construction Contracts*, § 5.2.5 (Wiley-Blackwell, 2008)

¹² 泰克芬建筑安装公司在其网站上张贴了人员撤离的信息(最后一次访问, 2011 年 3 月 3 日)

¹³ 对于由“自然灾害, 例如地震、飓风、台风或火山爆发”引起的损失, 承包商不享有要求偿还的权利。另外, 除了由“战争、敌对状态...侵略, [以及]外国敌对势力行为”引起的损失外, 其他能根据本条规定获得赔偿得损失必须是发生在工程实施国以内的。参见“红皮书”“黄皮书”和“白皮书”第 19.4 条(b)款

¹⁴ 上述损失费用可能在保险范围之外, 不论是: 标准形式保单对由罢工、骚乱、内乱引起的损失或伤害的保险, 一般排除了由内战或者甚至达到民众起义或反叛规模的内乱行为造成的损失或损害。从来自利比亚的新近报道看来, 在部分地区, 内乱确实已经严重到成为民众起义或反叛, 而进入了保险的排除范围。

¹⁵ *Queens Office Tower Associates v. Iran National Airlines Corp.*, 裁决号 37-172-1 (1983 年 4 月 15 日), at 14-15, reprinted in 2 *Iran-U.S. C.T.R.* 247, 254. 本案和其他相关案件在 George Aldrich 的著作中有探讨, *The Jurisprudence of the Iran-United States Claims Tribunal*, pp. 317-320 (Clarendon Press-Oxford, 1996)

¹⁶ “红皮书”“黄皮书”和“白皮书”, 第 19.6 条

¹⁷ FIDIC 出版了《分包土木工程施工合同条件(2009)》的“测试版”, 以使其与“红皮书”一道使用。本合同条件第 19 条规定: “主合同第 19 条[不可抗力]应适用于该分合同”

¹⁸ 在利比亚国家石油公司与太阳石油案中的仲裁庭对双方当事人合同中的不可抗力条款进行了解释，并没有发现任何表述能证明意图要“排除在利比亚普通法下，不可抗力只在违约方暂时/永久不能履行义务的情况下才成立。”国际商会国际仲裁院第一裁决，案件号 4462，第 59 页，同注释 4

¹⁹ 此处的货物，可以是复杂的工业机器或设备、特殊的建筑材料，也可以是简单的食物

²⁰ 《联合国国际货物销售合同公约》适用于“营业地在不同国家的当事人之间”的货物销售（包含例外情况）：“(a) 如果这些国家是缔约国；或(b) 如果国际私法规则导致适用某一缔约国的法律”（第 1 条）。国际货物销售合同的双方当事人可以不适用本公约（第 6 条），事实上很多当事人也确实没有适用

²¹ “红皮书”“黄皮书”和“白皮书”，第 19.7 条

²² 参见 Nael Bunni, *The FIDIC Forms of Contract*, p. 284 (Blackwell, 3rd ed., 2005)

²³ 然而，要注意的是，利比亚并非纽约公约的成员，因此对于一个仲裁裁决的最终执行并不受益于该公约。外国裁决在利比亚的执行只能根据有关外国判决执行的法律法规

²⁴ “红皮书”“黄皮书”和“白皮书”，第 20.6 条在仲裁之前，要先根据规定将争议提交争议裁决委员会

²⁵ 参见，如，Fontaine & De Ly, "Force Majeure Clauses in International Contracts," *op. cit.*, pp. 401-451; Ewan McKendrick, "Force Majeure Clauses: The Gap between Doctrine and Practice," in *Contract Terms*, pp. 233-251 (A. Burrows & E. Peel, eds., 2007)

我们的出版物不应被视为对某事件或情形的法律意见。众达出版物旨在为读者提供一般信息。未经众达书面同意，任何人不得在其它出版物或程序中引用或引述众达出版物的内容。我们保留是否同意他人引用或引述众达出版物的内容的权利。若您需要获得我们出版物内容的再版许可或转载许可，请使用众达网站(www.jonesday.com)上“联系我们”链结中的申请表格。我们发表出版物的目的并非试图与读者建立律师和客户的服务关系；读者收到众达出版