

论企业境外风险管理 ——巴基斯坦不可抗力风险防范为例

肖欣 时鹏程 高芳芳

中国电建集团海外投资有限公司 北京市 海淀区 100048

【摘要】新冠肺炎疫情形势下，不可抗力规则备受关注。本文通过解析巴基斯坦的一则案例，以期对涉巴企业防范不可抗力法律风险提供借鉴。巴基斯坦法律中未有关于不可抗力的规定，通常根据合同约定进行个案处理，因此在合同中对不可抗力进行明确约定至关重要，合同方在发生不可抗力事件后依约履行相应的义务，能够更好地维护自身权利。

【关键词】不可抗力；巴基斯坦；合同履行；法律风险

在全球新冠肺炎疫情蔓延的形势下，不可抗力规则受到多个国家以及企业、学者的关注。巴基斯坦属于受疫情影响比较严重的亚洲国家，研究巴基斯坦不可抗力规则有助于涉巴企业更好地防范和化解合同法律风险。本文通过解析巴基斯坦的一则案例，以期对涉巴企业防范不可抗力风险提供借鉴。

1 案情简介

A公司为采购电缆，向B公司发出了三份采购订单。订单中除了订单号、采购量、交货时间和交货地点等外，其他条款相差无几。

B公司根据订单向A公司供应了部分电缆，但在2008年1月31日发函告知，称其因集团公司分立导致出现争议，交货将会发生延误，而且伦敦金属交易所金属价格上涨致使其无法承担合同成本，请求A公司免除订单下的违约赔偿责任以减轻财务困难。2008年8月18日，A公司通知B公司就延误订单的余量提供新的交付计划。B公司以“价格以及其他投入急剧上涨”为由请求延期60天。A公司同意了该交付计划，并表示如果B公司不遵守修订后的订单计划，A公司将依据订单规定采取相应的措施。

然而，2008年12月12日，B公司函告A公司运输制作电缆原材料的船由于“不可避免的情形”(unavoidable circumstances)发生了延误。2008年12月16日，A公司发出订单违约通知书。违约通知书中声明，B公司未能提供订单剩余的量，应在10天内解释根据订单规定A公司不使用“违约罚则”的理由，同时要在2008年12月26日前交付剩余的材料。之后因B公司再次未能

供应材料，A公司再次发函重申其立场；B公司再次提出修改订单交付计划，A公司同意修改并答复不施加违约罚则，要求在2010年8月3日至2010年12月30间交付剩余的供应量。

由于B公司未根据再次修订的交付计划进行交付，A公司于2011年7月29日函告取消一份订单，并将实施违约惩罚，没收履约保函，其他两份订单也将被取消。B公司随后采取措施兑付3份履约保函。其后，B公司在2012年8月29日发给A公司的函件中中提到，“停止供应的主要原因是国内和国际市场上投入材料的成本前所未有的增加”。

但双方一直未能就争议达成一致，因此，B公司将A公司诉至法院，以其遭遇不可抗力为由请求宣告合同无效并对保函采取永久性禁止令。

该案中涉及的不可抗力条款规定在采购订单第10条，具体规定如下：

“第10条 不可抗力

“A公司终止本合同的权利或者主张惩罚或违约损害赔偿的权利，应取决于以下情形，如果是由于以下所有或某个事件导致制造商或供应商迟延履行合同或者合同无法履行：

- (1) 自然灾害；
- (2) 政府行为、战争或敌方行为；
- (3) 封锁、暴乱或民众骚乱；
- (4) 非因制造商或供应商过错，适格管辖权的法院授予的禁止令；
- (5) 政府对制造货物相关的材料施加进口限制；
- (6) 由于超出制造商控制范围的原因未收到从国

外进口的原材料;

(7) 由于船只加重油或轻油在港口延误;

(8) 非因制造商或供应商过错或者在制造商或供应商不知情的情况下, 承运人转移货物。

“而且如果制造商或供应商在该等事件发生后的14天内告知了A公司。”

2 案情分析

2.1 巴基斯坦法下何为不可抗力

巴基斯坦的《合同法》中并无关于不可抗力的规定, 由于巴基斯坦法律体系受到英国法律制度影响, 判例法发挥着非常重要的作用, 法官在案件的判决中常常引用此前判例作为依据, 而且根据个案进行裁判。

本案中, 判决书除了引用印度最高法院的案例对不可抗力的历史、范围等方面进行探讨, 还引用了英国的案例进行说理。此外, 还引用了权威学者关于不可抗力的论述。P Ramanatha Aiyar《高级法律辞典》(第3版)中关于“不可抗力”的解释, 不可抗力事件是“超出各方控制之外且阻止一方或双方履行合同义务的事件”, 通过合同条款规定发生该“不可预测的事件”后免除将导致合同任一方承担过错责任去履行合同义务, 是对合同风险的分配。《霍尔斯伯里英国法》(第4版)对“不可抗力”的进一步解释是, “不可抗力以外部事件为前提, 导致的后果不可避免, 使得相关人等遵守法律义务客观上不能”。

由此可见, 巴基斯坦法律中关于不可抗力事件并没有清晰的规定, 但根据法官进行援引说理并进而判决, 仍然可以找到一些约束性原则。首先, 不可抗力事件为不可预测、超出合同方控制范围的外部事件; 其次, 不可抗力需要在合同中进行约定; 再者, 不可抗力影响合同方履行合同义务, 导致合同履行不能或不能实施; 此外, 不可抗力可以正当化减损或免除合同方不履行义务的法律后果。

2.2 案中采购订单关于不可抗力的约定是否有效

采购订单为合同方在合同履行过程中签发的具体执行合同的文件。案中采购订单(Purchase Order)主要内容有电缆的采购量、总价、履约保函、交付时间和交付地点等, 还明确“订单中的交付期纳入合同”。A公司接受采购订单并按照订单约定进行了部分履行, 因此是对双方真实意思表示的确认。采购订单是对具体合同执行的约定, 是合同的延伸, 构成合同的一部分, 采购订单是有效并对双方具有约束力的。合同方得依照采购订单的约定进行履约, 当然, 在实际履行过程中, 也可以协商一致对内容进行变更或改变, 但对合同方来说都是有约束力的。

采购订单中关于不可抗力的约定是采购订单的重要组成部分, 在采购订单中有专门的条款, 且进行了列举式的规定, 何种情形或事件构成不可抗力。而且, 还有关于不可抗力产生的影响、合同方的权利义务、发生不可抗力的告知等规定。合同方既已认可采购订单, 即对不可抗力达成了一致, 是真实意思表达的体现。在此前提下, 采购订单中关于不可抗力的规定是有效的, 并对双方具有约束力, 一旦发生所约定的不可抗力事件, 合同方应依该约定行使权利、履行义务。

2.3 B公司主张不可抗力是否成立

从判决书阐释的情况来看, B公司是在向法院起诉时, 主张以遭遇不可抗力为由请求宣告合同无效并对保函采取禁令的。B公司发生延迟交货, 首次向A公司发函时, 其所称的是集团分立导致交货延误, 且金属价格上涨导致成本增加。此后, A公司多次在延误、修订交付计划、再延误的情形下, 向A公司发函。只在2018年12月发函时称其延误是由于“不可避免的情形”。

B公司在数次函告A公司其延误的理由并不完全一致, 也未明确使用“不可抗力”(force majeure)的措辞。纵然其在诉讼中以“价格上涨导致无法承受成本”作为其主张不可抗力的具体事件, 根据订单中约定以及不可抗力规则, 其主张也是站不住脚的。

首先, 双方签订的合同以及采购订单中未将材料价格上涨纳入不可抗力的范围, 即使采购订单中有约定“由于超出制造商控制范围的原因未收到从国外进口的原材料”为不可抗力事件, 但不适用于案中情形, 案中B公司仍可以低成本进口材料, 并非不可控制范围原因而导致无法收到进口材料, 是B公司未去购买而非未能收到。其次, 不可抗力对合同造成的影响是合同部分或全部“履行不能”。价格上涨导致B公司履行合同不是“不能”(impossibility), 而是“不便”(inconvenience), 即B公司并非无法履行合同, 而是履行合同需要承担更高的成本, 以较高的价格去采购合同约定的材料, 该履约会给B公司带来损失, 但不构成不可抗力。

市场价格的涨跌属于市场风险, 合同方在签订合同时应能预见一定的风险并由此进行分担和安排, 应各自承担各自的风险。丹宁勋爵在Brauer & Co. (Great Britain)诉James Clark (Brush Materials)案中发表独立意见指出: “总之, 任何出售货物的卖方必须让自己准备好承担市场价格上涨的风险。如果卖方在价格下跌时坚持执行合同, 而在价格上涨时却脱离合同, 这是不可思议的……正如买方要承担价格下跌的风险一样, 卖方要承担价格上涨的风险。”

因此, 本案的法官明确表示, “不可抗力意指法律上或实体上的阻碍, 不是经济上的不可获益。经济或市

场形势变化影响到合同的获益性或者合同方履行义务的难易性,不能被视为是不可抗力事件”。

3 案例启示

3.1 合同中应有关于不可抗力条款的约定

不可抗力是法定的免责事由,它不因当事人的例外约定而免除,对合同方的权利义务具有很大的影响,因此有必要在合同中做出约定。部分国家比如巴基斯坦等的法律中无关于不可抗力的规定,如在合同中对不可抗力进行约定,则在发生不可抗力事件后能够更好地理清合同各方权利义务,保护合同方的合法权益。案中采购订单中未将价格上涨约定为不可抗力事件,所以B公司的诉求未得到支持,A公司的权利得以维护。

《中华人民共和国民法总则》第180条第2款、《中华人民共和国民法通则》第153条以及《中华人民共和国合同法》第117条第2款均对不可抗力作出规定,《中华人民共和国民法典》第180条第2款的规定与前述规定基本一致,明确“不可抗力是指不能预见、不能避免且不能克服的客观情况”。

在合同中,可以直接采取法律对不可抗力的定义。除此之外,在合同中还可以对不可抗力事件的范围进行列举式的规定,将可能发生的不可抗力事件尽量多地列示,比如常见的自然灾害、流行病、战争、罢工等。在某些合同中,还可以对不可抗力进行特殊约定,比如约定“政治不可抗力事件”,比如将“法律变更”纳入不可抗力的范围,尤其是所在国税法变更等。此外,为了避免约定不明确或避免滥用不可抗力条款,还可以用排除的方法约定不构成不可抗力事件,比如合同分包商的延迟履行、机器或设备损坏等。交易中合同文件较多的情况下,可以采取相互关联引用的做法,将关联合同中的不可抗力约定纳入其他合同文件。

3.2 在合同中对主张不可抗力事件的要求进行规定

除了在合同中约定不可抗力的定义和范围外,为了更好地厘清和处理不可抗力事件可能产生的纠纷,还应在合同中约定主张不可抗力时的要求。比如不可抗力通知应在不可抗力事件发生后的一定时间内发出,发给相对方的通知应包括哪些内容,主张不可抗力的一方应提供支撑不可抗力事件的证明材料等。这些要求既规定了合同各方在主张不可抗力时应尽的义务,同时也是提示各方在发生不可抗力事件后有所预防和准备。此外,对于受不可抗力影响的一方来说,应尽最大努力采取措施降低不可抗力对合同履行的影响以及损失影响,如果尽到应尽的义务仍有损失则可免除相应的责任。

3.3 发生不可抗力事件后应按照合同约定主张不可抗力

依约履行相应的义务是不可抗力主张可以得到支持

的基本条件。不可抗力事件发生后,合同方应按照合同的约定采取通知、减损措施、提供不可抗力证明等。比如关于发出不可抗力的通知,应在规定的时间内,明确受到影响的具体不可抗力事件,还需提供支撑性证明材料,如政府机构或者行业协会组织等签发的不可抗力证明。如果不可抗力的证明材料在发出通知时未能提供,也应在合理的期限内提供。如果合同中未规定不可抗力,为了在主张不可抗力时更能够得到支持,合同方在遭受不可抗力事件时应及时进行通知,采取相应的减损措施,尽到合理的义务,虽然未尽到这些义务并不使合同方必然丧失主张不可抗力的权利。

3.4 保持不可抗力处理过程记录的完整性和一致性

不可抗力事件发生后,在合同各方的沟通过程中,要始终保持过程记录的完整性、一致性,不可主张前后不一致的借口。比如在阿特拉斯案中,B公司在持续沟通的过程中,主张不可抗力事件既有价格上涨还有公司分立等,前后不一以至于被认为是“蹩脚的借口”。充分认识保留证据的重要性,过程记录明确完整,沟通主张前后一致,具有连续性、可追溯性,是不可抗力得到支持的重要因素。

3.5 在争议解决中谨慎使用证人证言

如果在不可抗力事件主张中使用了证人,则要注意证人证言与文件资料的记录保持一致,避免出现偏差。如果书面文件主张不可抗力事件为某事件,而证人却言说是其他事件,则不可抗力主张的可信度就会大打折扣,甚至影响到整个争议解决的处理。因此,在争议解决中要慎用证人证言,证人证言要真实可信,且与其他证明材料保持一致。

3.6 在不可抗力通知以及争议解决中的措辞要严谨

不可抗力发生后,受不可抗力影响方应发出不可抗力通知,根据合同规定表明发生了不可抗力以及受到不可抗力影响,严格按照合同约定的内容表述。如果合同未做约定,则应注意不可抗力通知以及后续纠纷处理中措辞的严谨性、一致性。比如,需要注意具体的不可抗力事件的表述;在表明不可抗力的影响时应注意是“不能”履行合同,而不是“不便”履行合同。

3.7 支撑因不可抗力产生损失的材料要扎实可靠并及时提出

在不可抗力规则下,因不可抗力导致的损失和各方应承担的责任有严格的限定,在认定责任和损失时要有支撑证据材料。比如在一些工程建设项目中,因不可抗力导致的损失由合同方在各自范围内承担。但是,如果是迟延履行合同义务之后发生不可抗力的,则并不免除违约责任。此时发生纠纷的,就需要有证据材料证明迟延履行是不可抗力发生之前还是之后,损失的产生是不

可抗力发生之前还是之后。当因受到不可抗力而产生损失，在提出时有扎实的支撑材料，并及时向相对方以及裁判机构提出，才更可能得到裁判机构的支持。

3.8 其他可以维护权利手段的选择

如果合同中未明确约定“不可抗力”，那么可以看合同中是否约定“法律变更”（change in law）或者“重大不利影响”（material adverse effect）。疫情下政府机构如果颁布新的法律法规（包括税法等），影响到合同方的权利义务，是否构成法律变更，得依照法律变更的相关规定进行维护自身权益。同理，合同中如果有关于重大不利影响的约定，合同方也可以根据该约定进行处理。

此外，巴基斯坦《合同法》中有关于“履行不可能行为的合同无效”的规定：履行行为的合同在订立后，合同的履行行为变为不可能，或者由于允诺人不能阻止的事件变为非法，则该合同在履行行为成为不可能或非法时即为无效。例如：甲乙订立合同约定甲在某港口为乙进口货物，合同订立后，甲所在国家向港口所在国家宣战，则该合同在宣战时变为无效。巴基斯坦有人将该规定类比为英国法中的“合同受阻”（frustration）理论。如果合同根据巴基斯坦法律“履行不可能行为”，则合同方也可根据巴基斯坦《合同法》的规定进行处理。

最后，需要指出的是，由于一旦构成不可抗力，

合同各方所应承担的后果以及责任分配会受到相应的影响，故而在约定不明的情形下裁判机构在认定是否构成不可抗力时均十分谨慎。通常均要先看合同中是否有相关约定，经由合同解释不可抗力的适用，并根据不可抗力规则进行权利义务的划分；在根据合同解释无法得到不可抗力适用时才考虑其他适用规则，而且非常严苛。因此，尽量在合同中对不可抗力作出全面、规范的约定，并在不可抗力事件发生后依约履行相应的义务，合同方才能更好地维护自身权利。

【参考文献】

- [1] 李成业. 中英法律视角下的新冠肺炎疫情与不可抗力[J]. 招标采购管理, 2020,(2):35-38.
- [2] 王轶. 新冠肺炎疫情、不可抗力与情势变更[J]. 法学, 2020(3):36-48.
- [3] Morial Shah. COVID-19 and Commercial Contracts: Primer for Pakistani Businesses [EB/OL]. (2020-04-28) [2020-06-13], <https://courtingthelaw.com/2020/04/28/commentary/covid-19-and-commercial-contracts-primer-for-pakistani-businesses/>.
- [4] Myra Khan. Force Majeure: Effect of Coronavirus on Performance of Contracts [EB/OL]. (2020-03-11) [2020-06-13], <https://courtingthelaw.com/2020/03/11/commentary/force-majeure-effect-of-coronavirus-on-performance-of-contracts/>.