

## 聚焦民法典合同编编纂

### 情事变更制度若干问题探讨

——兼评《民法典合同编(草案)》(二审稿)第 323 条

王 利 明\*

摘要:在民法典中承认情事变更,首先应当参酌可预见程度标准、获益标准、影响广泛性标准、外部性标准、风险防范标准,将其与商业风险予以区分。《民法典合同编》不宜将不可抗力排除在情事变更的事由之外,但在不可抗力发生的情形下应当允许当事人选择不可抗力或情事变更的法律效果。《民法典合同编(草案)》(二审稿)关于继续谈判义务的规则需要进一步完善,应当明确规定遭受不利影响的一方应及时要求继续谈判,继续谈判须遵循诚信原则,违反继续协商义务应当承担不利后果。

关键词:民法典 情事变更 商业风险 不可抗力 继续谈判义务

DOI:10.16390/j.cnki.issn1672-0393.2019.03.002

#### 一、问题的提出

现代社会交易纷繁复杂,形态多样,在经济全球化的背景下,跨国贸易和投资迅速发展,电子商务大量取代了传统的交易方式。与此同时,当事人缔约时不可预测的风险也相伴而生,这就需要法律做出应对。因此,情事变更制度应运而生,成为现代合同法中的重要制度。所谓情事,是指合同成立后出现的不可预见的情况,即必须是影响社会整体或部分环境的客观情况。<sup>①</sup>一般认为,情事泛指作为法律行为成立基础或环境的一切客观事实。<sup>②</sup>所谓变更,是指合同赖以成立的环境或基础发生异常变动。而情事变更,是指在合同成立并生效以后、履行终止以前,发生了当事人在合同订立时无法预见的客观情况变化,致使合同的基础丧失,以至如果继续履行合同将对一方当事人明显不公平,因此依据诚信原则应当允许一方当事人变更或者解除合同。<sup>③</sup>情事变更规则虽未从根本上改变“契约必须严守”原则,但其已构成对这一原则的修正。

我国已成为世界第二大经济体,随着经济的快速发展,各种贸易纠纷也日益增多,当事人在缔约时无法预料的风险大量出现,因此在实践中有必要借助情事变更原则平衡当事人的利益,以维护合同的实质正义。虽然《中华人民共和国合同法》(以下简称《合同法》)并未规定情事变更,但《最高人民法院关于适用

\* 中国人民大学法学院教授、博士生导师,中国人民大学民商事法律科学研究中心研究员  
基金项目:国家社会科学基金项目(18ZDA143)

① 参见彭凤至:《情事变更原则之研究》,台湾五南图书出版公司 1986 年版,第 240 页。

② 参见王家福:《民法债权》,法律出版社 1991 年版,第 399 页。

③ 参见彭诚信:《“情事变更”原则的探讨》,《法学》1993 年第 3 期。

《中华人民共和国合同法》若干问题的解释(二)》[以下简称《合同法司法解释(二)》]第 26 条对此作出了规定。在总结司法实践经验的基础上,我国《民法典各分编(草案)》(一审稿)第 323 条对情事变更也作出了规定。该条第 1 款规定:“合同成立后,订立合同的基础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,继续履行合同对于当事人一方明显不公平的,受不利影响的当事人可以请求与对方重新协商;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。”该规定区分了情事变更与商业风险,但将不可抗力排除在情事变更的范围之外,同时对继续谈判义务的规定也有待完善。《民法典合同编(草案)》(二审稿)第 323 条对此有所修改,但仍有改进余地。据此,本文拟就《民法典合同编》情事变更规则的制定谈几点看法。

## 二、《民法典合同编》应当区分情事变更与商业风险

《民法典各分编(草案)》(一审稿)第 323 条第 1 款明确区分了情事变更与商业风险,这是十分必要的。事实上,《合同法》在制定时没有采纳情事变更制度的一个重要原因就是立法者担心其难以与商业风险相区分,从而容易导致该制度被滥用。如果允许当事人依据情事变更原则,随意对合同进行变更和解除,“可能会引起了合同的连锁变更,即某一因合同变更而遭受损失的债务人又成为另一应予变更的合同的债权人”,<sup>①</sup>从而导致本来属于商业风险的内容都被情事变更原则吸收,造成情事变更原则被滥用,<sup>②</sup>不利于市场经济的正常发展。因此,立法者决定在《合同法》中暂不规定情事变更,留待日后根据市场经济以及社会环境的变化而酌定是否应采纳该制度。

因此,在民法典中承认情事变更,首先必须将其与商业风险相区分。所谓商业风险,是指市场主体作为一个理性的商人,在从事商业活动时应当意识到并自愿承担的固有风险,其最典型的表现是由于价格的涨落和市场供求关系的变化而导致的商人在财产上受到的损失。应当看到,正常的商业风险并不属于情事变更。合同本身是一种交易,任何当事人都希望从该交易中获利,同时也就应当承担相应的商业风险。这主要是因为,当事人所承受的商业风险本身是可以通过交易得到补偿的。合同作为一种做出事先安排的风险分担机制,其只有具有严格的法律效力和拘束力,才能发挥固有的作用和功能。如果出现任何正常的商业风险,当事人都可以以情事变更为由变更或者解除合同,则合同毫无拘束力可言,正常的交易秩序也难以维系。因此,若要在法律上承认情事变更制度,并使该制度能够得到妥当适用,正确区分情事变更与商业风险非常关键。正因如此,在《合同法司法解释(二)》出台以后,最高人民法院颁布《关于当前形势下审理民商事合同纠纷案件若干问题的指导意见》强调,人民法院要合理区分情事变更与商业风险。

区分情事变更与商业风险的重要意义毋庸置疑,问题的关键在于,如何确定二者的区分标准?从比较法上看,在德国的有关判例中,法官认为,商品交易中典型的价格波动一般不属于情事变更。<sup>③</sup> 美国经济分析法学派则区分了完全合同和不完全合同,并对合同落空制度在不完全合同中的适用提出了一系列理论,这些理论在很大程度上也希望区分合同落空与商业风险。<sup>④</sup> 严格地说,要在法律上确立普遍标准来区分情事变更与商业风险,是不可能的。因为交易的复杂性、风险本身对特定交易影响的特殊性、当事人预见能力的差异等,都决定了这两者的区分只能在个案中得到落实。在我国,有学者认为,价格正常浮动属商业风险;价格涨落幅度超过平均利润则是难以预见的暴涨暴跌。<sup>⑤</sup> 事实上,是否属于情事变更应当根据多个因素进行综合判断,如需要考虑国家政策的变化、供求关系的变化以及国际市场的影响等,不能单独依据价格因素作出判断,因为价格波动只是表现,造成波动的原因往往是多种因素综合作用的结果。例如,囤积商品导致商品哄抢,并进而引发价格暴涨的情形,就不宜被认定为情事变更。另外,在判断是否存

① 参见孙礼海主编:《〈中华人民共和国合同法〉立法资料选编》,法律出版社 1999 年版,第 163 页。

② 参见孙礼海主编:《〈中华人民共和国合同法〉立法资料选编》,法律出版社 1999 年版,第 163 页。

③ See Benjamin Leisinger, *Fundamental Breach Considering Non-conformity of the Goods*, Sellier, Munich, 2007, p. 119.

④ See Steven Shavell, *Foundations of Economic Analysis of Law*, Harvard University Press 2004, pp. 299-301.

⑤ 参见张庆东:《情事变更与商业风险的法律界定》,《法学》1994 年第 8 期。

在情事变更时,除了分析价格涨落的原因以外,也应当考虑价格涨落的后果,如影响范围、对于当事人利益关系的影响程度等,但该因素也并非认定情事变更的唯一标准。当然,在特殊情形下,如果价格的变动确实符合情事变更的要件,则应当将其认定为情事变更。例如,房产价格因为国家宏观调控政策的变化而出现大的波动的情形,则应被认定为情事变更。

从我国相关司法实践来看,可以参考下列标准对情事变更和一般的商业风险进行区分:

第一,可预见性标准。所谓可预见性,是指当事人在缔约时对未来可能发生的风险的预见程度。商业风险通常具有一定的可预见性,即便当事人声称其没有预见,也应当从客观情事出发,推定当事人已经预见。<sup>①</sup>近十年来,多种因素共同作用导致我国房产价格持续上涨,当事人在订立房屋买卖合同时,应当预见到房屋价格在未来可能发生的变化,而不能依据情事变更规则主张变更或解除合同。如果在缔约之时,风险的可预见性程度较高,当事人在订立合同时能够合理地考虑这些事件,就不能将其作为情事变更来对待。<sup>②</sup>严格来说可预见性的判断应当采主观标准,即要以特定缔约人缔约时的预见状况为依据。然而,在具体的法律适用中,此标准逐渐客观化,它并不以特定的缔约人而是以一个抽象的一般理性交易人作为考察的对象。在商业实践中则应当按照商人的标准进行判断,由于商人长期参与商业交易活动,对相关商业风险的判断能力较强,因而标准也较高。凡是能够为一般理性商人所预见的交易风险,均不能视为情事变更。在这个意义上,法官在进行判断时,主要应当考虑客观标准而非当事人的主观因素。例如,因突如其来的非典而导致合同履行困难,是交易当事人无法预见的,可以将非典爆发的风险归属于情事变更的范畴。再如,在金融危机爆发之后,原材料价格、商品价格等必然会因货币的贬值或升值而引发急剧波动,在此情况下,当事人若仍然从事相关领域的大规模交易,则应当认为其自愿承担了相应的风险。当然,这种客观性也并非绝对的,在个别具体的案件中,也存在某些具体的因素必须纳入法官考量范围的情况。

第二,获益标准。通常来说,在商业活动中,商业风险和收益是成正比的,即收益越大风险越大。从这个意义上来看,如果某项合同给当事人带来的利益越大,则其应当预见并承担商业风险也就越高。如果某项交易属于高风险、高收益的范围,则出现从事该交易可预见的某种风险通常不能被认为是情事变更,而应当属于商业风险。<sup>③</sup>例如,当事人投资股票、期货等高风险投资行业时,价格波动如同过山车,受价值规律的影响和利益的驱动,有人看准商机,从事高风险投资,能够高额赢利;也有人在投资中严重亏损,甚至血本无归,这都是当事人应当承担的商业风险。正是基于这一原因,在区分情事变更与商业风险时,应当考虑当事人从交易中所获得的利益大小。从事高回报商业活动的理性交易主体应当预见到其中的高风险,而不能在投资失败后主张适用情事变更原则。即便该领域价格的变化可能是由国家政策的变化而引起,一般也不应将其归入到情事变更的范畴。

第三,影响广泛性标准。如前文所述,造成价格波动的原因有很多,有些原因导致的价格波动只影响特定当事人,而有些原因导致的价格波动则会波及不特定多数的当事人。一般而言,作为情事变更风险的影响应当具有广泛性。这种广泛性表现在:(1)该风险对诸多的、一系列的交易会产生影响,而不是仅仅对特定的、个别的交易产生影响;(2)该风险对一系列交易的当事人产生影响,而不仅限于对特定的交易当事人产生影响。例如,政府对购房资格的限制就会对多数购房者产生影响,而不仅仅是对某特定购房人产生影响,此类情况就可以被认定为构成情事变更。

第四,外部性标准。情事变更的内容往往不是交易中所固有的因素,其通常来源于与交易无关的外部因素。例如,供求变化、价格涨落等是商业活动必然出现的风险,其风险内生于该交易关系。但是,因非典的出现而引起的价格变化,则是交易以外的因素带来的对交易关系的影响。因此,对于情事变更来说,情

① 参见张建军:《情事变更与商业风险的比较探讨》,《甘肃政法学院学报》2004年第2期。

② 参见张玉卿主编:《国际统一私法协会国际商事合同通则2010》,中国商务出版社2012年版,第479页。

③ 参见最高人民法院《关于当前形势下审理民商事合同纠纷案件若干问题的指导意见》(法发〔2009〕40号)。

事变化的因素并非交易活动中所内在含有的,而应当是具有外部性。<sup>①</sup>当然,交易中的风险来源究竟是内在的,还是外在的,还应当视特定交易而定。例如,价格的波动究竟达到何种程度才属于情事变更?对此存在不同观点。有学者认为,价格正常浮动属商业风险;价格涨落幅度超过平均利润,则构成难以预见的暴涨暴跌。<sup>②</sup>在比较法上,也有立法吸收了罗马法上的“短少逾半”的规则,如《奥地利普通民法典》第934条规定,双务合同中一方给付价值不及对方一半时,可以请求废止该双务合同。笔者认为,单纯以平均利润作为商业风险与情事变更的区分标准过于简单,很容易给法官过大的自由裁量权。市场供求关系时刻处于变动之中,许多偶然因素都可能导致价格的涨落。对于价格涨落是否属于情事变更,应当分析价格涨落的原因,而不应仅仅关注价格涨落的结果。如果引发价格涨落的原因并非交易本身固有的,而且当事人在缔约时难以预料,则有可能被认定为情事变更。因此,通常不是商业活动所必然具有的而是某种外在的因素所造成的情事变化,才具有外部性这一特征。

第五,风险防范标准。作为情事变更的风险往往是单个当事人无法防范的。由于当事人在缔约时无法预见该风险的存在,因而也无法采取相应的措施对其进行防范。例如,因“非典”、政府颁布房屋限购政策等引发的风险均属此种情形。但对于商业风险而言,当事人往往可以采取一定措施进行预防,因为当事人在从事交易时可以将潜在的商业风险计算在合同价格之中,或者通过约定的方式对商业风险的后果进行必要的防范。<sup>③</sup>对于具有极大的商业风险的交易,当事人完全可以通过订立免责条款等方式做出事先的风险安排。

还需要指出的是,对情事变更和商业风险的区分应当结合个案进行考量。情事变更规则的重要特点在于,它赋予了法官干预合同的权力。也就是说,它使得法官可以解除合同或者变更合同。这种干预是否合理与必要,很大程度上取决于其能否正确区分情事变更与商业风险。从实践来看,人们对情事变更规则的担忧,也主要源于对法官在个案中是否具备准确区分情事变更和商业风险的能力。笔者认为,在裁判中援引情事变更规则进行裁判时,法官应当详细地阐释其裁判理由,解释适用情事变更规则的具体依据,尤其是应当详细阐述案件中所涉及的风险不属于商业风险的理由。

### 三、《民法典合同编》不必将不可抗力排除在情事变更事由之外

《民法典各分编(草案)》(一审稿)第323条第1款规定:“合同成立后,订立合同的基础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……”从该款规定来看,实际上是将不可抗力排除在情事变更的事由之外,也就是说,情事变更属于不可抗力之外的引起合同订立基础发生变化的情形。这一规定是借鉴《合同法司法解释(二)》第26条的经验所作出的。<sup>④</sup>《民法典合同编(草案)》(二审稿)第323条对此作了修改,删除了“非不可抗力造成的”这一表述。孰是孰非,值得探讨。

应当承认,引起情事变更发生的事由确实与不可抗力存在极大的相似性。因为不可抗力和情事变更都具有客观性、偶然性、订约时的不可预见性,当事人对于事件的发生都没有过错。而且,两者都对合同的履行产生了较大的影响,导致合同履行十分困难。虽然《合同法司法解释(二)》第26条要求明确区分不可抗力和情事变更,但在实践中作出这种区分是非常困难的。例如,在“非典”发生之后,对于“非典”究竟应当归入到情事变更还是不可抗力的范畴的问题,引发了学界极大的争议。《民法典合同编(草案)》(二审稿)将不可抗力排除在情事变更事由之外,这一做法值得商榷。笔者认为,有关不可抗力与情事变更的关

<sup>①</sup> 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)〉之情事变更问题的理解与适用》,《法律适用》2009年第8期。

<sup>②</sup> 参见张庆东:《情事变更与商业风险的法律界定》,《法学》1994年第8期。

<sup>③</sup> 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)〉之情事变更问题的理解与适用》,《法律适用》2009年第8期。

<sup>④</sup> 《合同法司法解释(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,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,并结合案件的实际确定是否变更或者解除。”

系,可以从如下几个方面探讨。

(一)不宜将不可抗力排除在情事变更的事由之外

从比较法上来看,确实有一些大陆法系国家的法律区分了情事变更与不可抗力,因为不可抗力与情事变更制度是存在区别的,这主要表现在:(1)二者的功能不同。情事变更在一定程度上是为了实现“给付均衡”,保障合同的实质正义。<sup>①</sup>即在合同订立后或者履行过程中,发生当事人在订约时无法预见的客观情事变化,导致合同订立的基础发生变更,此时需要通过情事变更原则实现当事人之间利益的平衡。因此,有学者将其功能概括为如“滤网”一般对突发事件进行处理以保障当事人之间平衡的机制。<sup>②</sup>而不可抗力制度的功能主要是在异常事件发生之后,解决如何在当事人之间合理分配风险的问题,避免其因自身原因以外的事由仍然需要负担履行义务。(2)适用的范围不同。不可抗力的适用范围比较广泛,作为法定的免责事由,其除了适用于合同责任以外,还可以适用于侵权责任等其他民事责任中。而情事变更原则仅仅适用于合同责任领域,在其他民事责任领域中并无该原则的适用。尤其需要指出的是,当事人可以在合同中约定不可抗力条款,包括对不可抗力的具体范围作出约定;但是对于情事变更来说,当事人是不能够也不可能合同中作出约定的。(3)可预见性和可避免性程度不同。在发生不可抗力的情况下,当事人通常对此是无法预见的,或者即使能够预见,当事人也难以避免。例如,因地震而导致的合同无法履行,这在现代科学技术条件下仍然难以预测,且发生之后也无法避免损害。但是,在情事变更的情况下,虽然当事人在缔约时难以预见,但也可能有程度较低的可预见性。例如,国家出台宏观调控政策的情形,当事人就有可能有所预见。<sup>③</sup>在实践中,经常发生的情事变更是规划变更,这会导致合同履行后发生严重的利益失衡。对于这些情事,当事人可预见,且在发生以后并非完全不能克服,只是可能需要支出较高的成本。<sup>④</sup>(4)对合同履行的影响不同。在通常情况下,不可抗力必然导致合同不能履行或部分不能履行。例如,因地震而导致道路毁损,无法交付货物。而情事变更则并不一定会使合同完全不能履行,其主要是导致合同履行艰难,或者履行代价过于高昂。例如,对于“非典”发生之后的合同履行而言,当事人并非不能履行,通常的情况是合同履行的成本急剧上升。再如,国务院进行房市调控而发布的限购令,是当事人有可能预料的,只不过对于具体限购令的内容很可能无法预料。

尽管不可抗力与情事变更之间存有区别,但二者并非泾渭分明。事实上,在许多情况下,不可抗力与情事变更难以准确界分。因而,情事变更并非完全排斥不可抗力。从合同法的发展趋势来看,情事变更不排除不可抗力也是一种趋势,这是比较法普遍认可的经验。例如,《德国民法典》第 313 条第 1 款规定:“已成为合同基础的情势,在合同订立后发生重大变更,而双方当事人如预见到这些变更,就不会订立此合同或将订立其他内容的合同,如在考虑到个案的全部情况,特别是合同约定的或法定的风险分担的情况后,无法合理期待合同一方当事人遵守原合同的,则可以要求对原合同予以调整”。该条是对既有判例学说的总结,以维护合同当事人之间的公平。<sup>⑤</sup>从该规定来看,其并没有严格区分情事变更与不可抗力。而英美法历来不对情事变更与不可抗力作严格区分,而是统一将其纳入履行艰难制度。1932 年《美国合同法重述》(第二版)第 680 条规定,凡是在合同订立后发生了与当事人所预期的情况不同的情事,导致合同目的实现极为困难或将付出巨大代价的,可以免除债务人的履行义务。在 1952 年“英国新闻制片公司诉伦敦和地区影业公司案”<sup>⑥</sup>中,西蒙法官认为,当事人在履行过程中,可能遇到一些无法预见的事故,如极端异常的价格波动、货币突然贬值或履行发生意外阻碍等,这些事故在本质上动摇了当事人订约的基础,因此当事人可以解除合同。可见,情事变更具有其特定的适用范围,而限于极其个别的情况。1952 年《美国

① 吉田克己:《现代市民社会と民法学》(日本評論社,2008)21 頁参照。

② 参见[意]阿尔多·贝特鲁奇:《罗马法学与现代欧洲法中的情事变更制度》,《环球法律评论》2016 年第 6 期。

③ 参见邱雪梅:《国家房贷政策调控与商品房买卖合同纠纷之处理——情事变更原则之适用》,《求索》2011 年第 9 期。

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

⑤ 参见[德]卡斯腾·海尔斯特尔、许德风:《情事变更原则研究》,《中外法学》2004 年第 4 期。

⑥ See British Movietonews Ltd. v. London and District Cinemas Ltd. (1952) A. C. 166.

统一商法典》第2—615条第1款规定:“如果由于发生了订立合同时作为基本前提条件而设想其不会发生的特殊情况……致使卖方确实难以按约定方式履约……卖方也不构成违反买卖合同义务。”从英美法上情事变更的发展来看,合同的缔结是建立在一定的基础之上的,该基础一旦动摇或丧失,则应当允许当事人变更或解除合同,而不区分造成合同基础丧失或者动摇的原因究竟是不可抗力还是其他原因。

还需要注意到,《联合国国际货物销售合同公约》(以下简称《公约》)并没有规定情事变更,但不少学者认为,其关于不可抗力的规定实际上是对情事变更原则的规定。<sup>①</sup>《国际商事合同通则》(以下简称《通则》)第6.2.2条采用“艰难情形”的概念来概括合同履行中的异常变化,而艰难情形显然包括不可抗力在内。<sup>②</sup>

《民法典合同编》不宜将不可抗力排除在情事变更的事由之外,即便发生了不可抗力,也可以成为情事变更的事由。其理由在于:一方面,情事变更规则存在的目的在于,因为一定情事的发生导致当事人订立合同的基础动摇或丧失,如果按照原合同继续履行,则不符合交互正义的要求,对当事人而言也不公平。在这样的考量下,就不应当区分造成不公平的原因究竟是不可抗力还是其他原因。另一方面,无论是不可抗力还是其他原因,都是使得合同难以履行的客观原因,只要造成了履行艰难、继续履行对当事人不公平,不论其属于不可抗力还是其他客观原因,都可能构成情事变更。因此,从法律后果上看,很难将不可抗力与造成情事变更的其他原因进行明确地区分,因为其都造成合同履行的客观障碍。当然,如果因不可抗力导致合同履行不能,则不应构成情事变更,而应当允许当事人依法解除合同。在许多情形下,法官很难在情事变更和不可抗力之间做出严格的区分,甚至在不少情况下,不可抗力和情事变更可能会相互转化。例如,在发生自然灾害时,灾区的物价、服务价格都可能突然大幅上涨,继续履行某些合同必然会导致一方成本剧增,此时应当构成情事变更,<sup>③</sup>但如果因此导致合同不能履行,则可能属于因不可抗力导致的合同履行不能。

## (二)发生不可抗力时应允许当事人选择不可抗力或情事变更的法律效果

情事变更和不可抗力确实可能引发不同的法律效果,依据《合同法》的规定,不可抗力会导致违约责任的免除和法定解除权的产生。具体而言,一是在出现不可抗力以后,当事人只要依法取得确切证据,并履行了法律规定的有关义务(如通知、防止损害扩大等),则就可以自行停止履行合同,并免于承担违约责任。例如,《合同法》第117条规定:“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。”二是可能产生法定的解除权。例如,《合同法》第94条规定,“因不可抗力致使不能实现合同目的”的,当事人可以解除合同。而情事变更产生的法律效果是当事人继续协商谈判,如果不能继续协商或达成协议,当事人必须请求法院作出裁判或者仲裁机关作出裁决,从而变更或解除合同。

情事变更和不可抗力在效果上的区分,并不意味着不可抗力发生后就不能适用情事变更规则。如果因为不可抗力导致一方履行艰难,也可能按照情事变更的规定产生法律效果,因此不可抗力与情事变更的适用也可能发生竞合。依据《合同法》第94条和117条的规定,不可抗力似乎只能导致合同履行不能,致使当事人合同目的无法实现。笔者认为,不可抗力除导致合同履行不能外,还可能导致合同履行困难,因为从《合同法》第117条第2款的规定来看,不可抗力是指不能预见、不能避免并不能克服的客观情况。该条只是界定了不可抗力的内涵和判断标准,并没有规定不可抗力的法律后果。事实上,不可抗力既可能导致合同履行不能,也可能导致合同履行困难。在因不可抗力导致合同履行不能的情形下,当事人有权依据《合同法》第94条的规定解除合同,此种情形与情事变更并不存在交叉;而在因不可抗力导致合同履行困难的情形下,则可能和情事变更发生交叉。如果未来民法典不将不可抗力从情事变更的事由中排除,在出

① 参见彭诚信:《“情事变更原则”的探讨》,《法学》1993年第3期。

② 参见张玉卿主编:《国际统一私法协会国际商事合同通则2010》,中国商务出版社2012年版,第483页。

③ 参见谢鸿飞:《合同法学的新发展》,中国社会科学出版社2014年版,第357页。

现因不可抗力引起履行艰难的情况时,若当事人愿意基于情事变更而变更和解除合同,则法院应当准许;若当事人愿意选择依据不可抗力解除合同,也应当得到许可。在此情形下,按照私法自治原则,应当尊重当事人的选择。从比较法上来看,依据《通则》第 6.2.3(1)条的规定,在两者发生竞合的情形下,允许当事人选择不可抗力和情事变更进行适用,这一经验值得借鉴。<sup>①</sup>

基于以上分析,《民法典合同编(草案)》(二审稿)第 323 条在情势变更的构成上采取不排除不可抗力的立场,是值得肯定的。

#### 四、《民法典合同编(草案)》(二审稿)关于继续谈判义务的规则需要进一步完善

《民法典合同编(草案)》(二审稿)第 323 条第 1 款规定:“合同成立后,订立合同的基础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请求与对方重新协商;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。”该条规定在借鉴比较法的基础上,确立了当事人的继续谈判义务。

在出现履行艰难的情形下,合同并非绝对不能履行,只不过按照原条件履行,可能导致当事人利益失衡。因此,为了鼓励交易,尽可能促使合同履行,防止财产的损失与浪费,各国法律普遍认为,即使发生情事变更,也应当鼓励当事人继续谈判,变更不公平的合同条款,从而尽可能维持合同的效力。有关示范法也确认了这一规则。例如,在情事变更的情况下,《国际商事合同通则》第 6.2.3(1)条、《欧洲合同法原则》第 6:111(2)条均规定了当事人负有继续谈判的义务。有学者认为,此种义务可以看做依据诚信原则所产生的附随义务。<sup>②</sup> 日本学者内田贵甚至认为,古典合同法不存在再谈判义务,现代合同法将继续谈判义务法定化,属于合同法理论的新发展。<sup>③</sup>

在情事变更的情形下,《合同法司法解释(二)》没有对当事人继续谈判的义务作出规定,但《民法典合同编(草案)》(二审稿)第 323 条对此作出了规定。确立此种义务的理由主要在于以下几个方面:(1)鼓励交易。在情事变更的情形下,合同的履行出现困境,从鼓励交易、最大限度地维护合同关系稳定的角度出发,在当事人申请变更或者解除合同后,法院不应当直接变更或者解除合同,而应当鼓励当事人继续谈判。同时,由于合同性质的特殊性,在继续性合同和长期合同之中,继续谈判义务的作用尤为突出,甚至被称为克服僵硬的“润滑剂”。<sup>④</sup>(2)尊重私法自治。在情事变更的情形下,确定的再谈判义务实际上从程序上保障了当事人的私法自治。通过当事人之间的磋商,达成对既有交易进行变动的协议,与法院依据职权决定变更或者解除合同相比,由当事人通过继续谈判变更或者解除合同,更能够贯彻私法自治原则。(3)强化合作。课以当事人负担再谈判义务,强制当事人双方继续接触、进行谈判,在一定程度上可以强化合作。在当事人进行长期交易的情况下,通过再谈判义务的课予来强化当事人的合作,更有利于实现合同法鼓励交易的立法目的。

问题在于,继续谈判的义务究竟是法定的义务,还是依据诚信原则产生的附随义务?对此存在两种不同的观点。我国有学者主张这是依据诚信原则产生的附随义务。<sup>⑤</sup> 笔者认为,在现阶段,我国现行法并没有对其作出明确规定,因此可以将其解释为附随义务。《民法典合同编(草案)》(二审稿)第 323 条对当事人的继续谈判义务作出明确规定,这实际上就意味着将其认定为一种法定义务。虽然就再磋商义务的性质进行区分并不会导致法律后果上的差异,但在法律上将其确定为法定义务,就使得此种义务十分明确,有助于此种义务的履行。而如果再磋商义务仅仅是附随义务,则法官在裁判时还需要进行解释,会在一定

① 参见张玉卿主编:《国际统一私法协会国际商事合同通则 2010》,中国商务出版社 2012 年版,第 483 页。

② 参见[德]英格博格·施文策尔:《国际货物销售合同中的不可抗力和艰难情势》,杨娟译,《清华法学》2010 年第 3 期。

③ 参见[日]内田贵:《现代契约法的新发展与一般条款》,胡宝海译,载梁慧星主编:《民商法论丛》(第 2 卷)法律出版社 1994 年版,第 117 页。

④ 参见韩世远:《情事变更若干问题研究》,《中外法学》2014 年第 3 期。

⑤ 参见刘善华:《日本和德国法上的再交涉义务及对我国合同法的启示》,《山东大学学报》(哲学社会科学版)2013 年第 6 期。

程度上导致法律适用的不确定。

然而,《民法典合同编(草案)》(二审稿)关于继续谈判义务的规定仍需要进一步完善:

第一,应当明确规定遭受不利影响的一方必须及时要求继续谈判。《民法典合同编(草案)》(二审稿)第323条规定的是,请求继续谈判的权利是遭受不利影响的一方,不是双方当事人,这也是借鉴比较法经验的结果。例如,《通则》第6.2.3条明确限定了只有遭受不利影响的一方当事人才能主张,至于没有受到不利影响的一方,因为本来没有对其进行救济的必要,所以其无权请求继续谈判。但是,受不利影响的当事人何时提出继续谈判,也应当在法律中明确下来。《通则》第6.2.3条明确规定,受不利影响的一方必须及时提出继续谈判的请求,而不得拖延,<sup>①</sup>这一经验是值得借鉴的。因为在情事变更发生后,如果受不利影响的一方长期不提出谈判,时过境迁后该情事可能已经消失,再提出继续谈判就失去了意义。因此,《民法典合同编(草案)》(二审稿)第323条有必要增加当事人及时提出继续谈判请求的规定。

第二,应当明确规定继续谈判须遵循诚信原则,不论是受到不当影响的一方,还是对方当事人,都应当本着客观交流信息的原则,尽可能减少继续履行的障碍。具体而言,提出重新谈判的一方当事人可以提出新的方案,相对人应当响应、提供必要资料或信息,甚至提出其他方案,不拖延地完成继续谈判,<sup>②</sup>以此促成最终合意的达成。例如,一方当事人要求变更某个合同条款,另一方要求变更多个条款,如果变更某个合同条款确实能够消除履行中的障碍、纠正当事人的利益失衡状况,依据诚信原则,就无需变更多个合同条款。

第三,违反继续协商义务应当承担不利后果。虽然借鉴《欧洲示范民法典草案》第3—1:110(3)条的规定,《民法典合同编(草案)》(二审稿)第323条规定了当事人可以基于诚信原则继续谈判,但并没有课以当事人继续谈判的义务,如果当事人不继续谈判,其也无须承担损害赔偿责任。从比较法上来看,有些国家承认违反继续谈判义务将承担一定的法律责任。例如,法国法认为,违反继续协商义务应当课以一定的责任。<sup>③</sup>再如,比利时最高法院在《公约》的解释中,通过将《通则》作为《公约》背后的一般原则,肯定了继续谈判义务的存在,并且在义务违反时,支持损害赔偿的请求。<sup>④</sup>甚至有学者认为,即使履行了继续谈判的义务,但如果没有达成新的合意,那么当事人仍负有调整谈判内容、缔结新合同的义务。<sup>⑤</sup>笔者认为,法律应当鼓励当事人继续谈判,但惩罚并非继续谈判制度设立的目的所在。如果一方拒绝谈判,导致双方不能继续协商,则只能由法院依据自由裁量权确定变更或者解除合同。因此,一个理性的当事人应当意识到,由法院变更解除不如由自己继续协商、谈判,这在客观上已经形成了一种倒逼机制,法律上没有必要再课以当事人承担违反继续协商义务的赔偿责任。

尤其应当看到,继续谈判的义务虽然是法定义务,但是在性质上应属于不真正义务,违反该义务并不会导致损害赔偿责任的产生,而只是会导致其承受一定的不利益后果。如果在法律上规定违反继续谈判义务应当承担损害赔偿责任,那么损害赔偿责任的基础究竟是违约责任还是缔约过失责任也很难界定。因此,在民法典中不必规定违反谈判义务须承担损害赔偿责任;但为了督促当事人继续谈判,应当规定违反谈判义务所应当承担的后果,如当事人无法达成协议,并诉至法院请求变更或解除时,法院应当将当事人是否违反继续谈判义务作为判决的依据进行通盘考虑,从而做出公正的判决。

责任编辑 温世扬

<sup>①</sup> 参见张玉卿主编:《国际统一私法协会国际商事合同通则2010》,中国商务出版社2012年版,第485页。

<sup>②</sup> 转引自刘善华:《日本和德国法上的再交涉义务及对我国合同法的启示》,《山东大学学报》(哲学社会科学版)2013年第6期。

<sup>③</sup> Voir Gaël Chantepie & Mathias Latina, La réforme du droit des obligations, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil, Dalloz, 2016, pp. 449—450.

<sup>④</sup> 参见韩世远:《情事变更若干问题研究》,《中外法学》2014年第3期。

<sup>⑤</sup> 转引自刘善华:《日本和德国法上的再交涉义务及对我国合同法的启示》,《山东大学学报》(哲学社会科学版)2013年第6期。