

情势变更规则适用要件的探究

——以法释[2009]5号第26条为中心的释论

王洪, 张伟

(西南政法大学 民商法学院, 重庆 401120)

摘要: 如果说法发[2009]40号的颁布导致情势变更规则的适用陷入了裹足不前的困境,那么情势变更规则本身的复杂性与抽象性应是促使最高院要求慎用该规则的根本原因。单就情势变更规则与不可抗力因素的关系问题而言,最高院的界定就曾一度引发学界的声讨。再者,最高院对湖北省高院和江西省高院相关判决的撤销及改判也直观地表明了准确适用情势变更规则的难度。当前,国内学者对情势变更规则适用要件的研究并未与司法实践相有机结合,基本上都停留于纯理论层面,具有相当的抽象性和一定的滞后性。因此,在解释论上对情势变更规则的适用问题进行深入探讨依旧任重而道远,亦有必要对情势变更规则的适用要件进行更为具体、深入的分析与论证。

关键词: 情势变更规则; 适用要件; 司法实务

【中图分类号】 D923.6

【文献标识码】 A

【文章编号】 1672-867X(2014)01-0143-07

DOI:10.13727/j.cnki.53-1191/c.2014.01.026

“自罗马法以来整个法律的发展证实,无论实定法如何排斥情势不变条款,它总是去而复来,无法消失。”^①正是情势变更规则能服务于社会的需要,所以其作为民法上一项重要制度的地位至今不可动摇。曹守晔曾言,“引入情势变更规则的价值在于当合同原有的利益平衡因经济的激烈动荡而导致不公正的结果时,能对其施以法律的救济”^②。然而,审视我国的司法实务,在确立情势变更规则的4年多来,人民法院判决适用情势变更规则的案件呈不减反增的趋势。适用情势变更规则的诉求经常要么被一笔带过,要么被模糊化处理。当面对情势变更规则时,人民法院表现出了一种似乎避之如蛇蝎的恐惧感。当法释[2009]5号第26条奠定了情势变更规则的正式地位时,学者们无疑是振奋的,但是紧随而来的法发[2009]40号直接导致该规则的适用陷入了裹足不前的困境。笔者认为,最高院要求慎重适用情势变更规则的要求,更多的还是由情势变更规则本身的复杂性与抽象性所导

致。因此,在解释论上对情势变更规则的适用问题进行深入探讨依旧任重而道远。当前,国内学者对情势变更规则适用要件的研究并未与司法实践相有机结合,基本上都停留于纯理论层面,^③具有相当的抽象性和一定的滞后性。笔者将以现有理论为基础,结合国内外的典型案例,对情势变更规则的适用要件进行更为具体、深入的分析与论证,并以司法实务为参考,对理论上的争议问题给出本文观点。

一、须无法定或约定的风险分配规则

情势变更规则具有补充性,具体呈现在以下两方面:其一,法定的风险分配规则优先,即只有在这些规则仍不能合理分配风险时,才有情势变更规则的用武之地;其二,意思自治优先,即缔约双方的自由意志才是合同的灵魂所在,故情势变更规则对合同关系的干预不能与缔约双方的自由协定相违背。

【作者简介】 王洪,西南政法大学民商法学院教授,博士生导师,博士。

【基金项目】 国家社科基金一般项目“合同法国际统一与区域整合研究”(项目编号:12BFX085)阶段成果。

① 彭凤至 《情势变更原则之研究》,台北:五南图书出版公司,1986年,第154页。

② 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,《法律适用》2009年第8期。

③ 王利明 《合同法研究》,北京:中国人民大学出版社,2011年版,第331~333页;崔建远 《合同法》,北京:法律出版社,2010年版,第129~131页;韩世远 《合同法总论》,北京:法律出版社,2011年版,第386~388页;李永军 《合同法》,北京:法律出版社,2010年版,第429~432页。

虽然《合同法》曾与情势变更规则擦肩而过,但是其部分条款已经涵盖了情势变更规则的实质内容,例如《合同法》第195条(赠与义务的免除)^①、第233条(租赁物的瑕疵担保责任)^②。因为《合同法》的基本功能之一就是在当事人之间分配风险,所以当合同的权利义务关系由上述条款规范时,自然是没情势变更规则适用的余地。在“袁子伟与顾梅等房屋租赁合同纠纷上诉案”^③中,承租人袁子伟明知租赁房屋未进行竣工及消防验收,仍然与出租人顾梅签订了租赁合同。后因房屋一直未通过竣工与消防验收,无法在承租店铺进行商业活动,袁子明遂起诉要求解除合同。乌鲁木齐市中级人民法院判决认为,“本案租赁房屋因未进行竣工及消防验收,可能存在危及承租人及四层以上广大住户人身安全的隐患,属于法律禁止使用的房屋。根据我国合同法第九十四条、第二百三十三条及最高人民法院上述司法解释第八条的规定,承租人有权解除合同。”通过对该案的分析,笔者进一步发现,《合同法》第233条对风险分配的规范力度俨然比情势变更规则更强。因为如果考虑不可预见性的要求,那么当袁子明处于可预见状态时,即使袁子明陷于无法营业的窘境,也无法获得情势变更规则的救济而解除合同,但《合同法》第233条却直接赋予当事人以解除权。

如果合同当事人为可能出现的意外约定了风险分配方式,只要相关约定没有陷于法律所禁止的范围,那么其适用是第一性的,因为合同的本质就在于意思自治,对意思自治的遵守便是对自由的尊重。《统一商法典》第2-615条就旗帜鲜明地规定,“如果当事人明确地允诺履行,那么即使义务变得履行艰难,也不能构成免责事由,且该当事人必须对债务不履行承担损害赔偿赔偿责任。即该当事人如果允诺承担了更加沉重的义务,那么就不能再请求情势变更规则的救济。”^④针对湖北省高院的一起误判,最高院坚持贯彻了情势变更规则的“补充性”。在“汉绕城公路建设指挥部与中铁十八局集团第二工程有限公司建设工程施工合同纠纷上诉

案”^⑤中,湖北省高院并没有严格执行意思自治优先的原则,其在判决中错误地认为:虽然双方在协议中规定了施工期间不对价格进行调整的条款,但是这是基于建材价格的波动稳定在一个合理的范围内。由于现在建材价格的大幅上涨,该不可调整的基础已经丧失,故应当根据情势变更规则,对合同进行一定的变更。很遗憾,湖北省高院并没有准确把握情势变更规则的补充性要求,在当事人通过意思自治明确排除变更价格条款的情况下,依旧试图依据情势变更规则反向排除了当事人约定。在二审时,最高院通过对该案中合同约定条款的审查,简明扼要地指出:既然缔约双方已经在协议中明确排除了对约定价款进行调整的可能性,那么本案就不具备适用情势变更规则的条件。因此,出于对意思自治优先的遵守,最高院修正了湖北省高院对情势变更规则的错误适用,判决不予补偿材料差价损失。通过对该案的解读,笔者认识到,即使价款超越了当事人的承受范围,甚至出现严重的亏损,只要合同事先排除了变更价款的可能,那么即使一方当事人因此而破产,也再无适用情势变更规则的空间。因为理性的人要为自我决定负责,无过错的交易方并没有为他人分担损害的义务。不得不说,最高院对该案的改判既是对情势变更规则补充性的充分彰显,也是对合同自由的坚定维护。

二、须发生客观情势的重大异常变动

“情势”即作为合同基础或环境的一切客观事实,“情势变更”即合同基础或环境在客观上的异常变动。^⑥我国法上“情势”的概念与德国法上“交易基础”的概念相对应。在德国,以拉伦茨教授为代表的学者将交易基础区分为客观交易基础与主观交易基础。主观交易基础是指:行为当事人在做出约定时据此为出发点并——假设他们具有善意的思维方式——加以遵循的想法,主要对应合同当事人共同的动机错误;客观交易基础则是指下列情形:合同依其本旨,以这些情形的存在或者持续存在为前提;只有具备了这种前提,合同才能至少

① 赠与人的经济状况显著恶化,严重影响其生产经营或者家庭生活的,可以不再履行赠与义务。

② 租赁物危及承租人的安全或者健康,即使承租人订立合同时明知该租赁物质量不合格,承租人仍然可以随时解除合同。

③ (2010)乌中民四终字第433号民事判决书。

④ Gulf Oil Corp. v. F. P. C., 563 F. 2d 588 (3d Cir. 1977).

⑤ (2007)民一终字第81号民事判决书。

⑥ 韩世远《合同法总论》,北京:法律出版社,2011年,第386页。

接近于满足当事人以执行合同相关联的期待。^①在我国,情势变更规则并不包含德国法上的主观交易基础,即双方动机错误带来的主观情势变更不受情势变更规则的规范。因为根据《合同法》第54条,作为存在瑕疵的意思表示,当“错误”符合“重大误解”的构成要件时,法律就会赋予当事人以解除合同的权利。另外,最高院与学界都对重大误解作出了比较宽泛的解释,使之同时包含了单方与双方的动机错误。因此,由于《合同法》已经在合同效力制度方面对双方的动机错误做出了救济,故实无必要再求助于情势变更规则进行规制。无独有偶,在台湾,“所谓情势,亦是指作为合同成立基础或环境的客观情况;所谓情势变更,亦是指作为合同成立基础或环境的客观情况发生了重大的、异常的变动,但不包括主观情势”。^②

应当指出,“不可抗力”不但是客观的,而且能引起客观情势的变更,因此最高人民法院将“不可抗力”因素排除在客观情势之外的做法是不恰当的。崔建远教授就对最高院的上述做法进行了批判,并对之进行了矫正。^③值得一提的是,可能是意识到法释[2009]5号第26条在上述问题中的不足,最高院所作的判决并没有囿于该司法解释本身。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”^④中,通过对案情的分析,最高院认为,“受36年未遇的鄱阳湖罕见低水位影响,鹏伟公司的采砂提前结束,该自然灾害与鹏伟公司的亏损具有直接的因果关系。”在该案判决中,虽然最高院没有直接使用“不可抗力”来作出判断,但是按照《合同法》第117条第2款对

不可抗力^⑤的定义,将“36年未遇的鄱阳湖罕见低水位”认定为不可抗力并不存在理论上的困难。在明知成都鹏伟公司的损失是由不可抗力因素所引起的情况下,最高院依旧坚定地根据法释[2009]5号第26条判决“永修县鄱阳湖采砂管理工作领导小组办公室于本判决生效之日起30日内退还成都鹏伟实业有限公司采砂权出让价款1079.54万元”。再者,需要强调的是,该案判决是由最高院作出的终审判决,且是撤销江西省高院一审判决的终审判决。因此,最高院在选择适用情势变更规则时无疑经过了慎之又慎的考量。以该案判决为依托,笔者认为,最高院已经认识到通过司法解释排除不可抗力因素会对正确适用情势变更规则造成不当影响,故最高院在该案判决中进行了隐性修正,肯定了不可抗力因素与情势变更规则的联系。虽然最高院至今未通过文字形式对法释[2009]5号第26条做出修正,但是该案的判决效果仍然是显著的,因为其直接为司法实务准确适用情势变更规则给出了权威案例参考。当然,需要明晰的是,最高院只是肯定了由不可抗力因素引起情势变更规则适用的可能性,不可抗力规则与情势变更规则的适用范围依旧应当是泾渭分明的。^⑥

三、须发生于合同成立后履行完毕前

在我国,当援引情势变更规则时,情势变更须发生在合同成立后履行完毕前,这基本上是学术界的共识。^⑦最高院使用的“合同成立后”、“继续履行”等措词,亦再次确认了适用情势变更规则的时间标准,即情势变更须发生在合同成立后履行完毕前。黄茂荣教授便认为,“情势变更之事实,

① [德]梅迪库斯《德国民法总论》,邵建东,等译,北京:法律出版社,2001年,第654页。拉伦茨教授本人严格贯彻这一区分,他把主观交易基础放在民法总论中研究,即归之于双方动机错误,而将客观交易基础放在债法总论中,将其作为给付障碍加以分析。此后,德国《债法现代化法》第313条的规定也肯认了这一区分。但是,梅迪库斯教授一如既往地坚持认为,这两类交易基础之间不存在足够明显的区别。

② 林诚二《民法问题与实力解析》,北京:法律出版社,2008年,第62页。

③ 正因为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,所以,法释[2009]5号第26条将情势变更规则成立的情势限制在“客观情况发生了当事人在订立合同时无法预见到的、非不可抗力造成的不属于商业风险的重大变化”,显然缩小了情势变更规则的适用范围。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与情势变更规则,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规则的适用范围。参见崔建远《合同法》,北京:法律出版社,2010年,第129页。

④ (2008)民二终字第91号判决书。该案件的审结时间为2009年12月19日。

⑤ 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。

⑥ 王洪、张伟《论比较法研究域下的情势变更规则及其适用》,《东南学术》2013年第3期。

⑦ 王利明《合同法新问题研究》,北京:中国社会科学出版社,2011年,第581页;韩世远《合同法总论》,北京:法律出版社,2011年,第387页;崔建远《合同法》,北京:法律出版社,2010年,第130页。

只要在法律行为成立后,事实审言词辩论终结前发生,法院即应依职权公平裁量。债之关系如已消灭或者确定判决后已依判决履行者,即不再有情势变更规则的适用。”^① 1966年度台上字第1006号民事判决亦指出“所谓法律行为成立后,因情势变更依原有效果而为给付显失公允,当事人得请求为增减给付之判决,系指债之关系未因清偿或其他行为而归消灭之情形始得为之。否则,即无请求增减给付之可言。两造间系争借款之债,既已不存在,则上诉人犹复请求案物价指数计算请求增加给付,显属无可准许”。

在债务人迟延履行或债权人迟延受领之后,仍有发生情势变更的可能性。针对这种情况,英国判例拒绝情势变更规则的适用。在钱德勒诉韦伯斯特案(Chandler v. Webster)^②中,原告人钱德勒租用了某大街上的一所房屋以“参观加冕游行”,并期望为缴费的观众提供座位。租金为141英镑,并要求提前支付。但是,在原告仅仅支付了100英镑后,国王的加冕仪式就因其生病而改期。法院判决认为,“原告人没有权利索回已经支付的租金,并有义务支付剩余的41英镑。”法院是根据这样的事实作出判决的,即根据合同,所有租金已经到期,并在游行取消之前就应当支付。值得注意的是,在该案中,承租人承担了所有的损失,而没有获得任何预期的收益;房东却获得了丰厚的利润。对此,法院认为,“风险在一定程度上已经进行了分配。如果加冕游行在支付租金的期限到来之前被取消,房东将得不到任何租金,这种相对较早的取消风险便由房东一人加以承担;如果游行是在一部分租金期限到来之前被取消,承租人就可能免除交付该部分租金的义务。因此,承租人不能因为没有支付到期的租金而处于有利地位。”^③ 该案在此后遭到了严厉的批评,案件的掌卷法官柯林斯(Collins)亦承认这样的判决具有一定的任意性。达纳姆莱恩(Dunermine)和肖(Shaw)勋爵在坎泰尔

·圣罗诉克莱德造船工程公司案(Cantiare San Rocco v. Clyde Shipbuilding and Engineering Co.)中评述道“根据这一任意性规则,那些无过错的损失可能并必然由一方当事人承受,而不劳而获的收益可能并必然由其承担费用而为另一方获得。这是英国法律的一部分……但是,上述规则,在苏格兰法律中是没有用武之地的。”^④ 针对这一问题,德国民法典第287条——“债务人在迟延期间,应当对任何的过失负责。其因给付也对意外负责任,但损害在给付情形也会发生的,不在此限。”^⑤——具有借鉴意义。我国的不可抗力规则(《合同法》第117条)的处理方法就与之具有相似性。学术上普遍认为,如果违约方能证明纵无迟延,仍会发生不可抗力并致履行不能,即能证明所谓“假想因果关系”,仍然可以免责。因此,笔者认为,债务人或者债权人应当自行承担迟延履行或迟延受领的苦果,除非情势变更的发生与其迟延无关。

在德国法上,当合同履行完毕后,如果情势发生了重大变化,当事人依旧可以主张适应情势变更规则,并且德国司法实践中就有相应的判例。^⑥ 德国法在合同履行完毕后依旧承认交易基础丧失的态度是值得思考的。针对德国法的规定,彭凤至总结道“交易基础制度,乃自法律行为之成立及效力理论上,解决所谓情势变更问题。因此,法律行为虽已消灭,但该法律行为之基础曾欠缺或丧失者,当事人不妨嗣后主张基于法律行为基础制度之权利。”^⑦ 在我国,如果承认合同履行完毕后情势变更规则的适用,不但会冲击现有的以合同存续为基础的解除制度,而且将与法释[2009]5号第26条的条文含义明显相背离。再者,根据现今我国从严适用情势变更规则的态度,在合同履行完毕后排除情势变更规则的适用也是妥当的。在“海国龙与郑州煤炭工业有限责任公司大平煤矿财产损

① 黄茂荣《债法总论》(第二册),北京:中国政法大学出版社,2003年,第232页。

② Chandler v. Webster, (1904) 1K. B. 493 (C. A.).

③ [美]科宾《科宾论合同》(下),王卫国,等译,北京:中国大百科全书出版社,1998年,第685~686页。

④ [美]弗里德里奇·凯斯勒、格兰特·吉尔摩、安东尼·T·克朗曼《合同法:案例与材料》(第三版),屈广清,等译,北京:中国政法大学出版社,2005年,第858页。

⑤ 杜景林、卢谡《德国民法典评注》(总则·债法·物权),北京:法律出版社,2011年,第115页。

⑥ “母亲资助女婿盖房案”(NIW 1992,1461.) 详见卡斯滕·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。

⑦ 彭凤至《情势变更原则之研究》,台北:五南图书出版公司,1986年,第266页。

害赔偿纠纷案”^①中,郑州市中级人民法院就判决道,“一般而言,情势变更原则适用于双务合同,发生于合同履行期间。而本案搬迁补偿协议为单务合同,海国龙于2005年9月份提起诉讼。大平煤矿在搬迁补偿协议签订后已经将全部补偿款项支付给海国龙,海国龙于2003年5月份建成房屋,搬迁补偿协议已履行完毕,双方之间的合同之债已经消灭。此时,已不涉及情势变更问题和变更合同内容事宜。”

四、须为当事人在缔约时所不可预见

当某一案件的发生是可预见的,那么作出无限定的履行允诺的当事人就承担了履行的义务,即使该事件的发生导致明显不公平或者不能实现合同目的。^② PICC的评注这样解释道,“在有些案件中,当事人在缔约时完全能够预见到有关的意外事件,因而此事件属于一般的商业风险,从而可以合理地认为,经协商而订立的条款已经约定了该事项。”^③情势变更规则是应对不测风险的分配规则。如果缔约人在合同中明确预见某种意外且做出了相应的调整方案,那么自是没有必要再动用情势变更规则来平衡出现的风险。就如梅迪库斯教授所指出的,“应当考虑实际情况的可预见性,如果当时存在这种可预见性,那么求助于诚实信用原则的要求就不迫切。因为既然存在这些可以预见到的情形,债务人通常就可以认为,债权人已经将这些情形计算进去了。”^④“宁波天然国际贸易有限公司诉天津泛艺国际货运代理有限公司宁波分公司货运代理合同纠纷赔偿纠纷案”^⑤便极具代表性。在该案中,天然公司与案外人嘉利公司于2007年8月18日签订出口代理合同,双方约定天然公司代理嘉利公司出口商品。随后,天然公司委托承办该业务的泛艺分公司因为工作上的失误,没有及时将预订船仓故

障的消息通知天然公司,从而造成了天然公司出口配额及预期付款利息的损失,天然公司遂起诉泛艺分公司。在判决评析中,浙江省高级人民法院认为,“货运代理过程中的船期延误是谨慎勤勉的货运代理人应预见到的客观形势的变化,不能以情势变更为由完全解除自身的承诺责任和其他合同义务。”此外,浙江省高院还援引了海事裁判实务在认定不可预见时的通常做法,^⑥其对于实务判决就具有重要的指导意义。

需要反思的是,可预见性作为当事人承担事件发生风险的一项决定性因素的地位正在受到挑战。第四巡回上诉法院在相关判决中就认为,“当发生的事件具有可预见时,依据现代的规则,免责的主张并非必然被排除。可预见性最多是解决如下问题时被考虑的一个事实:首先,该事件发生的可能性有多大;其次,基于以往的经验,事件的发生是否具有合理的可能性,以至于债务人不仅仅应当预见这一风险,而且由于事件发生可能性的程度,债务人本应当采取防范措施或者约定相应的免责条款。”^⑦的确,当事人未能对某一风险作出约定(即使该风险可被预见),可能是因为该当事人认为该风险尚未严重到需要有双方协商确定的程度,或者因为该当事人认为他处于弱势的经济地位、不敢在谈判中提及这一问题。当出现的障碍是可以预见的时,根据《德国联邦政府债法现代化法草案立法理由书》的见解,遇有此种情形,也不是一概地否认发生交易基础障碍,而是要根据可苛求性这一标准来进行衡量判断。^⑧与之相类似,美国法院一个过于武断的判决就遭到了批判。在该案中,一位入住某个养老院的老人,在试用期内一次性地支付了8500美元,以获得在该养老院永久居住的资格。仅3天之后老人去世,此时他的永久居住资

① (2010)郑民再终字第311号民事判决书。

② Eastern Air Lines v. Gulf Oil Corp., 415 F. Supp. 429 (S. D. Fla. 1975)

③ 《统一商法典》第2~615条之评注第8条。

④ [德]梅迪库斯《德国民法总论》,邵建东,等译,北京:法律出版社,2001年,第658页。

⑤ (2009)浙海终字第73号民事判决书。

⑥ 在海事裁判中,国家相关政策的变化、调整,不属货运代理人不能预见、不能避免并不能克服的不可抗力;国家外贸政策的变化,也是市场供求关系变化的需要,是市场运作和合同履行过程中时常发生的宏观控制,故也不属于代理人在接受委托订立合同时所无法预见的情势变更情形。因此,无论客观事件如何发展变化,除非国家提出明确的可予适用的变通方式,任何包括国家相关政策调整在内的客观因素,均不构成不可抗力或情势变更。为此,货运代理人在接受委托时,应预先作好理性估计,不能在事后再强调客观因素,以达到摆脱自己在判断、决策上错误的责任。

⑦ Opera Co. v. Wolf Trap Found., 817 F. 2d 1094 (4th Cir. 1987).

⑧ 杜景林、卢湛《德国新债法研究》,北京:中国政法大学出版社,2004年,第111页。

格尚未开始。他的遗嘱执行人以目的受挫为理由要求返还所付的款项,但未能获得法院的支持。法院认为,“如果时间可以被合理地预见,就不能援用目的受挫规则作为抗辩。……根据通常经验,死亡可能在任何时间降临到与死者年龄(84岁)相仿的老人身上,因此,死者的死亡明显属于‘可以被合理预见’的事件。”^①法院的判决被认为是需要斟酌的,华盛顿州最高法院便指出,只有在要求免责的当事人能够对合同条款施加控制并藉以分配风险的情况下,某种可能导致目的受挫之事件具有可预见性才有意义。

五、须情势变更具有不可归责性

在我国,情势变更的不可归责性没有直接出现在立法中,有些学者甚至不将不可归责性作为情势变更规则的适用要件。但是,如同德国学者所认为的,尽管《德国民法典》第313条没有直接规定过错要件,然而不可归责性这样的要求其实可以直接从《德国民法典》第162条(阻止或促成条件的成就)中引申获取。^②参照我国《合同法》第45条(附条件合同),结合情势变更规则作为风险分配规则的特性,要求不可归责性亦显得顺理成章。在“上诉人卞荣浩因与被上诉人长沙九洲方圆餐饮管理有限公司特殊经营合同纠纷一案”^③中,卞荣浩申请的项目与相邻最近的居民住宅边界的直线距离小于30米,违反了《江苏省噪声污染防治条例》第十五条的规定,溧阳市环境保护局不许卞荣浩在其租赁的地点经营“溧阳市九粥源餐饮店”。于是卞荣浩向长沙市中院主张,“由于确定的地址无法办理相应的证照,无法正常经营,商业利益落空,不能实现合同目的,长沙九洲公司也未实际履行,属于合同情势变更的情形。”长沙中院判决指出,“此不属于‘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’,不符合情势变更的情形,故卞荣浩的上诉理由不能成立,本院不予支持。”针对该案,虽然长沙市中院在判决中很遗憾地没有通过不可归责性来排除情势变更规则的适用,但是其所使

用的商业风险理论其实本身就包含不可归责性的精神——即自己要为自己招致的风险负责。由于选址的问题完全是由卞荣浩控制,因此其必须为自己招致的违约行为负责。

在美国法上,当事人的不可归责性具有举足轻重的地位,《统一商法典》第2-613条就直接规定了“无过错”要件。例如,出卖人因为自己的过失导致货物毁损从而无法交付货物时,他就不能被免责;同样,如果当事人因为自身的不当行为导致丧失行为能力、从而无法履行人身性质的劳务,也不能被免责。^④在英国合同法上,与“不可归责”相对应的说法是“自身招致的受挫”不适用合同受挫制度。一方当事人不能以自身行为或选择所引起的情势变动作为契约受挫的理由,这一规则已经牢固确立于英国合同法之上。当行为本身就是违约行为时,“自身招致的受挫”不适用合同受挫制度变得尤为明显。在“Ocean Tramp Corp. v. V/O Sovfracht”^⑤案中,上诉法院法官Denning便认为,“佣船人不得主张系争契约并未受挫,因为其要为指示Eugenia号驶入苏伊士运河所造成的后果负责。既然是‘自己行为’导致Eugenia号滞留于运河中,便不得主张合同受挫而免除自己的义务。再者,佣船人坚持将Eugenia号驶入苏伊士运河,确实违反系争合同中的战争条款。”

同样的,如果当事人以自己故意行为所导致的事件为由,主张合同受挫,纵然该故意行为并未违约,也不能适用合同受挫规则。例如,一位歌手缔约将于某特定日子举行音乐会,那么该歌手不得以自己因不合法的吸毒行为而被监禁为理由,主张不能履行合同。甚至因为当事人的疏忽行为所导致的事件,一般而言,都会排除合同受挫规则的适用。假设在Taylor v. Caldwell一案中,被告之音乐厅失火是由被告本身的疏忽行为所致,则被告将不能援引合同受挫规则免责。如果在上述歌手缔约同意举办音乐会的例子中,该歌手因为自己的粗心大意而感冒,进而导致不能举行音乐会,则该歌手亦不得援引合同受挫规则而主张免责。一方当事人不能以

① Gold v. Salem Lutheran Home Assn., 347 P. 2d 687, 689 (Cal. 1959).

② 卡斯滕·海爾斯泰爾、許德風《情事變更原則研究》,《中外法學》2004年第4期。

③ (2009)长中民二终字第2624号民事判决书,审结时间2009年8月26号。

④ [美]E·艾伦·范斯沃斯《美国合同法》(原书第三版),葛云松、丁春艳译,北京:中国政法大学出版社,2004年,第643页。

⑤ Ocean Tramp Corp. v. V/O Sovfracht [1964] 1 ALL ER at 161.

自己招致的事件为由主张合同受挫,其目的在于剥夺该当事人享受适用合同受挫规则而免责的利益。因此,虽然一方当事人因为自己招致的事件而不得援引合同受挫规则来免除其合同责任,但是他方当事人却可以之为由而援引合同受挫规则来免除其合同责任,因为他方当事人的利益不应受到损害。“例如,一位受雇人因为犯罪被处以监禁的处罚,受雇人不得以之为由主张雇佣合同受挫,但是其雇用人却可以之为由主张适用合同受挫规则,即在不付出任何代价的情况下,雇用人就能解雇该受雇人。”^①

六、余论

一项制度的生机与活力,并不是来自于外力的强制赋予,而是取决于其自身与现实社会的契合。正如德国法学界对于情势变更规则的讨论,不仅未因世界大战和经济恐慌的结束而偃旗息鼓,反而日趋蓬勃。在我国,情势变更规则内生的强大生命力

必然会促使其越来越完善。法律的生命不在于逻辑而在于经验,司法实践对情势变更规则的践行与反哺亦是不可忽视的。在“汉绕城公路建设指挥部与中铁十八局集团第二工程有限公司建设工程施工合同纠纷上诉案”和“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,当最高院“不留情面”地对湖北省高院和江西省高院的判决作出撤销与改判时,我们既看到了最高院要求准确适用情势变更规则的决心,也看到了准确适用情势变更规则的难度。罗马不是一天建成的,完善的情势变更规则也不是一蹴而就的。在国外,情势变更规则都至少经历了百年的理论沉淀与实务洗礼。因此,虽然目前我国的情势变更规则还处于有待完善的阶段,其适用要件也急需从司法实务中汲取营养,但是情势变更规则数十载的隐性适用以及法释[2009]5号第26条对其的确立,早已在实务与理论层面奠定了情势变更规则的根基。

Study of the Applicable Requirements of the Changed – circumstance Rule: A Study of Item 26 in No 5 (2009) Legal Interpretation by the Supreme Court of China

WANG Hong & ZHANG Wei

(School of Civil and Commercial Law, Southwest University of Political Science and Law, Chongqing 401120, China)

Abstract: If No 40 (2009) Legal Interpretation issued by the Supreme Court of China leads to a dilemma in the application of the changed – circumstance rule, then the complexity and abstract of this rule itself should be the root cause that the Supreme Court requires all courts to use it with caution. The Supreme Court’s revocation and alteration of some related judgments by Hubei Provincial High Court and Jiangxi Provincial High Court reveals the difficulty in the application of this rule due to irresistible factors. Domestic studies on this rule have remained basically at the theoretical level with some abstract discussions. Thus, it is worthwhile to further the study on the applicable requirements of this rule in the perspective of interpretivism.

Key words: changed – circumstance rule; applicable requirements; practical judgment

(责任编辑 王东昕)

^① 彭韵婷 《英美法契约顿挫理论之研究》,台湾大学法学院法律学研究所硕士论文,2012年,第57页。