

论排除情事变更适用之特约的法律效力 ——以《民法典合同编通则解释》第 32 条第 4 款为中心

韩富鹏^{*}

内容提要：《民法典合同编通则解释》第 32 条第 4 款规定当事人间排除情事变更制度适用的特别约定无效，其正当性需要进一步反思。情事变更制度属于当事人合意漏洞填补的工具而非契约自由的限制规范，排除情事变更适用特约与情事变更规范性质本身不存在冲突。排除情事变更适用的特约具有事前弃权、概括约定等特征，但这并不意味着该特约必然不符合当事人真实意思或者有违公序良俗。此类特别约定与具体的风险分配约定之间只存在程度和范围上的差异，而不存在泾渭分明的界限。为最大程度尊重当事人的意思自治，原则上应当承认排除情事变更适用特约的效力。如果该特约存在违反公序良俗或者显失公平等瑕疵，则应适用法律行为的一般效力规则进行规制。对此，可根据民事合同与商事合同、单务合同与双务合同等合同类型的差异，适用程度不同的判断标准。如果未来情势变化及对当事人造成的不利影响远远超出当事人订约时的共同设想，可以认定此类特约因欠缺合意而不成立。

关键词：情事变更 特约 强制性规范 公序良俗 诚实信用

一、问题的提出

情事变更规则是合同法体系中的一项重要制度，在我国实证法上首先为《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）》第 26 条所确立，《中华人民共和国民法典》（以下简称《民法典》）第 533 条将这一制度进一步完善和细化。情事变更制度对于确立合

^{*} 韩富鹏，中央民族大学法学院讲师。

本文为中国法学会民法学研究会 2024 年青年学者研究项目“情事变更制度的体系定位与制度完善研究”（2024MFXH005）的阶段性研究成果。

同义务的边界、避免当事人受过重义务束缚、实现合同均衡从而鼓励交易具有重要意义，但就该制度的规范性质，学理意见正反各异。有观点认为该制度为强制性规范，当事人不得通过特别约定排除其适用；^{〔1〕}与之针锋相对的是，有学者认为，情事变更制度为任意性规范，当事人可以通过特别约定排除其适用。^{〔2〕}

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉合同编通则若干问题的解释》（以下简称《民法典合同编通则解释》）第 32 条第 4 款规定：“当事人事先约定排除民法典第五百三十三条适用的，人民法院应当认定该约定无效。”该规则似乎对情事变更规范性质的争议给出了明确答案，但慎思之则发现并非如此。私人自治具有初始的优先性，排除当事人约定效力需要充分的正当性。认定排除情事变更适用之特别约定无效的正当性基础是什么？这些理由是否能够证成认定此类特约无效的正当性？如若不能应如何认定此类特约的效力才能最大程度地在当事人间公平地分配情事变更的风险？这些问题尚有待学界的进一步研究。情事变更规范性质问题不仅关涉如何认定排除情事变更适用之特约效力，还对准确理解情事变更制度在合同法中的体系定位、该制度与私人自治的关系及其正当性基础等问题具有重要意义，是准确理解和适用情事变更规范无法回避的基础性问题。有鉴于此，本文以此作为研究对象，以期对《民法典》时代情事变更规范的正确理解与适用作出些许理论贡献。

二、排除情事变更之特约无效的正当性基础

（一）情事变更规范体系定位之争议

厘清情事变更规范的体系定位，是研究情事变更制度相关问题的基础。学界目前对排除情事变更适用特约无效的正当性基础的讨论，建立在不同的情事变更制度体系定位之上，故而有必要首先对学界有关情事变更体系定位的争议观点进行简要介绍。

就情事变更规则的体系定位，学界存在较大争议，总结起来主要包括两种观点：第一种观点认为，情事变更制度属于对契约自由的限制规范。私人自治作为自由的一种形式，如同自由一样，无不受到限制。^{〔3〕}任何自由都是有一定界限的，契约自由必须受到诚实信用、客观公平、公序良俗等民法之外的客观价值准则的限制，情事变更制度便属于立法者为司法者提供的干预当事人合同自由的规则，构成契约信守原则之例外。重大情势变化发生之后之所以允许受有不利一方当事人主张变更或者解除合同，是因为诚实信用、客观公平等合同拘束力之外的原因。具体来讲，又可以分为两种观点：一种观点认为，情事变更是诚实信用原则的具体化表达。发生了严重

〔1〕 参见朱广新：《情事变更制度的体系性思考》，载《法学杂志》2022 年第 2 期；BeckOGK/Martens, 2022, BGB § 313, Rn. 46.

〔2〕 参见黄茂荣：《债法通则之一：债之概念与债务契约》，厦门大学出版社 2014 年版，第 271 页；王洪亮：《债法总论》，北京大学出版社 2016 年版，第 337 页；Helmut Köhler, Die Lehre von der Geschäftsgrundlage als Lehre von der Risikobefreiung, in 50 Jahre Bundesgerichtshof Festgabe aus der Wissenschaft, Bd. 1, Bürgerliches Recht, Verlag C. H. Beck München, 2000, S. 307.

〔3〕 参见耿林：《论私人自治的限制理论》，载《南京大学学报（哲学·人文科学·社会科学）》2019 年第 1 期。

打破合同均衡性的重大情势变化之后，坚持履行合同将导致无法容忍的利益失衡，会对一方当事人造成超出合理限度的负担，不符合诚信原则；〔4〕另一种观点认为，重大情势变化后原合同约定违反契约公平原则。〔5〕情事变更严重动摇了原合同约定的均衡性，继续履行原合同会对一方当事人明显不公平，故而基于公平原则之理念可以允许受有不利一方当事人主张变更或解除合同以恢复合同均衡。在英国法上，就与情事变更制度较为类似的“合同落空规则”（frustration of contract），学界一般认为其应被视为根据公平正义之要求调和契约严守原则的手段。〔6〕相较而言，诚信原则侧重于从权利行使角度对合同自由进行限制，公平原则侧重于从合同内容角度对合同自由进行限制，两者均是从当事人合意外部寻找情事变更后限制一方当事人继续按照合同约定主张权利的正当性理据。

第二种观点认为，情事变更规则基于合同中明示或者默示的风险分配，〔7〕属于填补当事人合意漏洞的工具。情事变更制度的正当性无须借助诚实信用、公平正义等合同拘束力之外的原因，而在于合意本身。之所以发生重大情势变化后受有不利一方当事人无须按照原合同约定履行义务，是因为重大情势变化导致继续履行合同的义务相较合同原来承诺的义务发生了根本性变化，继续履行超出了当事人原来合意约定的范围。〔8〕换言之，对方当事人无权按照合同约定要求履行合同义务，并非因为主张权利违反了诚实信用原则或者合同内容违反公平原则，而是通过对当事人合意的实质解释，重大情势变化发生后其不再享有合同约定的全部权利，该观点试图在当事人合意内部寻找变更或解除合同的正当性理据。

（二）契约自由限制定位下排除情事变更特约无效之法理基础

不同的体系定位对是否允许当事人通过特别约定排除情事变更规则适用具有重要影响。如果将情事变更定位为契约自由的限制规范，该定位本身一定程度上即可推导出情事变更制度的强行法性质。契约自由限制规则的规范目的在于限制当事人的意思自治，而自治的限制规范并不能被当事人特别约定所排除，否则其规范目的便可能被架空。支持排除情事变更特约无效的学者多认为，诚实信用或公平原则均属于强制性规定，故而作为此具体制度体现的情事变更规则也应属于强制性规范，当事人不得通过特别约定排除其适用。〔9〕情事变更体现了国家通过司法权对严重

〔4〕 Vgl. Martinek, Die Lehre von den Neuverhandlungspflichten-Bestandsaufnahme, Kritik... und Ablehnung, Archiv für die civilistische Praxis, 1998, 198. Bd., H. 4 (1998), S. 378; 陈洁蕾：《〈民法典〉情事变更规则的教义学解释》，载《中国政法大学学报》2022年第3期；杨代雄：《法律行为论》，北京大学出版社2021年版，第19页。

〔5〕 参见资琳：《论我国契约法理体系的构成：来源、原则与教义》，载《法制与社会发展》2019年第2期；易军：《民法公平原则新论》，载《法学家》2012年第4期。

〔6〕 See Jack Beatson FBA, Andrew Burrows FBA, QC (Hon) & John Cartwright, *Anson's Law of Contract*, Oxford University Press, 2020, p. 481; Mindy Chen-Wishart, *Contract Law*, 6th Edition, Oxford University Press, 2018, p. 292.

〔7〕 Vgl. Hein Kötz, Risikoverteilung im Vertragsrecht, JuS 2018, S. 5; Mindy Chen-Wishart, *Contract Law*, 6th Edition, Oxford University Press, 2018, p. 281.

〔8〕 参见韩富鹏：《合意漏洞填补视角下情事变更制度重塑》，载《清华法学》2024年第5期；Finkenauer, Kommentar zum BGB § 313, in: Münchener Kommentar zum BGB, 9. Aufl., C. H. Beck, 2022, Rn. 46; Hein Kötz, Risikoverteilung im Vertragsrecht, JuS 2018, S. 5.

〔9〕 Vgl. BeckOGK/Martens, 2022, BGB § 313, Rn. 46.

失衡的合同履行进行干预的价值考量，其制度本身即具有法律适用上的强制性规范意旨。^{〔10〕}而强制性规范是不得为当事人约定所排除或变更适用的规则，如果当事人通过特别约定排除情事变更制度的适用，则应当认定此类特约无效。

（三）合意漏洞填补定位下排除情事变更特约无效之法理基础

如果将情事变更定位为合意漏洞填补规范，则该制度规范定位本身无法直接推导出情事变更规范的强行法性质。按照合意漏洞填补理论，情事变更制度仅在当事人合同约定存在漏洞的合意空白领域存在适用空间，故而存在允许当事人通过特别约定排除情事变更适用的可能性。但是，将情事变更定位为对当事人合意的漏洞填补规范，并不意味着情事变更规范不具有强行法性质。^{〔11〕}强制性规范可以分为“能为规范”和“许为规范”，前者是民法内部基于维护私法自治或防止滥用自治而设置的强制规范，如行为能力规范，后者是法律为当事人自治划定一定界限的规范，目的在于命令或禁止某一行为而带有行为规范的品格，如禁止买卖毒品等规范。^{〔12〕}将情事变更定位为当事人合意漏洞填补的规范，意味着情事变更规则不属于“许为规范”。但为防止当事人滥用自治，法律仍可以设置“能为规范”禁止当事人通过特别约定排除该规范的适用，如约定放弃或者限制建设工程价款优先受偿权损害建筑工人利益的特约无效、^{〔13〕}约定不得调整违约金的特约无效，^{〔14〕}《民法典合同编通则解释》第 32 条第 4 款或许也可以从这一角度理解。

不容否认的是，与一般法律行为相比，排除情事变更适用的特约具有特殊性：该特约构成一方当事人的事前弃权，属于概括约定、通常涉及当事人难以预见的情势、对价不明确难以衡量是否符合等价有偿原则。这些特性导致了在排除情事变更适用的特约中，一方当事人滥用形式自治损害实质公平的可能性更大，对其进行效力审查和控制的必要性更为突出。

1. 排除情事变更适用特约构成事前弃权

实践中，排除情事变更适用的特别约定通常存在于长期合同或者约定将来一定期间内履行等非即时履行的合同之中，而在即时履行合同中通常不存在合同订立后履行前发生动摇合同基础的重大情势变化的可能，自无特别约定排除情事变更适用的必要。非即时履行合同从订立至全部履行完毕可能需要较长的时间，而私人自治约定的“正义性保证”会随着时间的推移而逐渐减少。^{〔15〕}排除情事变更适用的特别约定事先排除了受有不利一方当事人依据情事变更主张调整合同的权利，构成该方当事人的事前弃权。

相较事后弃权，事前弃权更容易出现一方当事人利用其优势地位逼迫对方事前放弃权利继而造成利益显著失衡的情形，意思表示存在不真实或者不自由瑕疵的风险更大。^{〔16〕}同时，事前弃

〔10〕 参见最高人民法院民事审判第二庭、研究室编著：《最高人民法院民法典合同编通则司法解释理解与适用》，人民法院出版社 2023 年版，第 374 页。

〔11〕 相反意见参见葛云松：《合同漏洞填补与情事变更原则》，中国人民大学法学院第 527 期民商法前沿论坛，2023 年 5 月 21 日，载 <https://www.civillaw.com.cn/t/?id=39278>，最后访问时间：2024 年 12 月 26 日。

〔12〕 参见姚明斌：《“效力性”强制规范裁判之考察与检讨——以〈合同编解释二〉第 14 条的实务进展为中心》，载《中外法学》2016 年第 5 期。

〔13〕 参见《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释（一）》第 42 条。

〔14〕 参见《民法典合同编通则解释》第 64 条第 3 款。

〔15〕 Vgl. Finkenauer, Kommentar zum BGB § 313, in: Münchener Kommentar zum BGB, 9. Aufl., C. H. Beck, 2022, Rn. 6.

〔16〕 参见叶名怡：《论事前弃权的效力》，载《中外法学》2018 年第 2 期。

权更容易对弃权人自身未来的经济独立和自由造成过分的限制和束缚，从而更容易被认定为背俗。^{〔17〕} 现行法秩序中不乏事前弃权无效的规定，除前述的事前放弃建设工程优先权和违约金酌减权无效外，还包括禁止流押流质（《民法典》第401条、第428条）、事前放弃人身损害或重大过错致害的赔偿请求权无效（《民法典》第506条）、事前放弃时效利益无效（《民法典》第197条第2款）等。就排除情事变更适用特约而言，也有观点认为，之所以不允许当事人约定排除情事变更的适用，是为了避免一方当事人在订立合同时基于其缔约上的强势地位，迫使对方当事人事前放弃情事变更制度适用从而造成实质的不公平。^{〔18〕}

2. 排除情事变更适用特约属于概括约定

与具体的风险分配原则不同，排除情事变更适用的特约整体排除了受有不利一方当事人于重大情势变化后主张救济的权利，而不论具体的风险类型和程度。当事人合同约定表述越明确，所发生的风险被允许以不同方式分配的可能性就越小。^{〔19〕} 而当事人约定的内容越模糊，越能说明当事人对相关风险分配缺乏特别安排的真实意思。在讨论约定解除权的限制问题时，有学者认为，对于概括约定，应当谨慎承认其效力，除非有证据表明当事人确实意欲如此，否则应认为该约定因为内容过于不确定而不具有拘束力。^{〔20〕} 与之类似，主张情事变更制度属于强行法的学者也大都认为，合同当事人可以自由地分配意外发生的重大情势变化的风险，但不能完全排除情事变更规则的适用，从而将合同履行的全部风险全部分配给一方当事人承担。^{〔21〕}

3. 排除情事变更适用特约涉及当事人难以预见的未来情势变化

契约能够实现效用最大化的前提为当事人是完全理性人，他们可以全面了解所面临的各项选择分别带来的得失，并能在自我偏好、价值或者效用上进行充分的多维度比较，进而作出理性决策。完全理性人理应对自己理性支配下的行为负责并承受其风险，法律自无特别保护的必要。但排除情事变更适用的特约通常涉及未来发生的情势，且当事人通常对重大情势变化发生的概率及可能产生的不利影响缺乏预见性。一方面，受制于信息不完全、外部环境复杂不确定等因素，现实交易中的当事人往往是仅具有有限理性的具体的人。情事变更排除特约关涉未来发生的风险，很难期待当事人有能力准确评估风险发生概率及风险大小进而确定接受该特约对方所需要支付的风险溢价。如实践中有法院认为，当事人在缔约时对于是否可以适用情事变更原则无法形成预期，从而不承认排除情事变更适用特约的效力。^{〔22〕} 另一方面，认知心理学的研究表明，人类存在系统性的盲目乐观的非理性倾向，往往认为积极的事件发生在自己身上的概率比发生在他人身

〔17〕 参见叶名怡：《论事前弃权的效力》，载《中外法学》2018年第2期。

〔18〕 参见最高人民法院民事审判第二庭、研究室编著：《最高人民法院民法典合同编通则司法解释理解与适用》，人民法院出版社2023年版，第374页。

〔19〕 Vgl. Finkenauer, Kommentar zum BGB § 313, in: Münchener Kommentar zum BGB, 9. Aufl., C. H. Beck, 2022, Rn. 51.

〔20〕 参见刘凝：《轻微违约下限制约定解除权之质疑》，载《法学》2023年第4期。

〔21〕 参见朱广新：《情事变更制度的体系性思考》，载《法学杂志》2022年第2期；相反观点参见王洪亮：《债法总论》，北京大学出版社2016年版，第337页。

〔22〕 参见上海市第一中级人民法院（2021）沪01民终16356号民事判决书。

上的大，而消极事件发生在自己身上的概率则相对较小。^{〔23〕}当事人缔约时可能会非理性地低估未来发生重大情势变化的概率及该情势变化给自己带来的不利影响，从而较为轻率地接受排除情事变更适用的特别约定。人类的有限理性和系统化的非理性倾向，决定了法律有必要介入当事人的自治领域，以维护实质正义。

4. 排除情事变更适用特约通常不具有独立性

尽管约定排除情事变更适用的特约通常同时排除双方当事人主张情事变更的权利，但具体到个案中，通常一方当事人因重大情势变化而遭受明显不利的可能性远远大于另一方当事人。有观点据此认为，排除情事变更适用的特约中当事人约定所有风险由当事人一方承担，该约定因有违公序良俗而无效。^{〔24〕}但这一观点显然值得商榷，风险分配与合同价格本身具有交易决策上的实质联动关系，即使一方当事人因排除情事变更适用特约承担更多的风险乃至全部风险，其仍然可以通过提高交易对价的方式获得补偿，该约定并不必然构成给付与对待给付显著失衡而违反公序良俗。

但在实践中，排除情事变更适用的特约通常并非表现为独立的合同，而是作为合同的条款之一与合同其他条款交织在一起，这就导致了一方当事人接受该条款所获得的对价本身难以判断。尽管现代合同法中作为双务合同要素的客观等价性逐渐发生了脱落，但作为常素的客观等价性依然显现于合同法体系之中，成为失衡给付的矫正工具，集中体现于情事变更和显失公平等制度中。^{〔25〕}由于排除情事变更适用的特约通过与合同其他条款交织在一起，当事人预先放弃主张情事变更救济的权利能够获得多少对价补偿可能难以判断，容易诱发一方当事人利用优势地位压迫对方同意排除情事变更适用之特约而没有给予充分对价补偿的现象。

综上所述，尽管在合意漏洞填补定位下当事人排除情事变更适用的特约与情事变更制度定位本身在逻辑上不存在抵牾，但由于排除情事变更适用之特约具有事前弃权、概括弃权、涉及难以预见的未来发生的情势且通常不存在清晰对价，可将该特约无效的正当性基础建立在违背公序良俗之上。^{〔26〕}

三、排除情事变更之特约无效的正当性反思

（一）情事变更制度应然的体系定位

如前所述，情事变更制度究竟属于契约自由限制规范抑或合意漏洞填补规范，学界观点正反殊异，而厘清情事变更制度的体系定位对于探究排除情事变更适用特约效力问题具有基础性意义。本文认为，情事变更并非契约自由的限制规范，而是当事人合意漏洞填补的手段。

首先，合同解释是通过诚实信用、公平原则等客观标准限制合同内容或者权利行使的前提。

〔23〕 See Neil D. Weinstein, *Unrealistic Optimism About Future Life Events*, 39 *Journal of Personality and Social Psychology* 806, 806 (1980).

〔24〕 参见周恒宇：《关于〈民法典〉情事变更制度的若干重要问题》，载《中国应用法学》2022年第6期。

〔25〕 参见朱朝晖：《潜伏于双务合同中的等价性》，载《中外法学》2020年第1期。

〔26〕 参见石佳友：《情势变更制度司法适用的重要完善》，载《法律适用》2024年第1期。

如果通过对当事人合意的实质解释，债权人不享有合同字面约定的全部权利，便无须通过诚实信用等客观标准限制当事人权利。合同解释存在文本主义和情境主义之争，前者认为解释者必须完全专注于文本，而不应考虑签订合同的背景等因素，^{〔27〕}后者认为，合同解释不应仅局限于合同文本，而应考虑所有相关的背景证据。^{〔28〕}语境是任何理解的必备要素，严格意义上的文本主义根本不可能，并且通常情形下情境主义的解释方法更符合当事人的真实意思，故而情境主义逐渐成为合同解释的主流方法，我国《民法典》第142条第1款也以情境主义作为理论基础。^{〔29〕}重大情势变化动摇了当事人订立合同的行为基础，虽然行为基础并非合同的内容，^{〔30〕}但根据情境主义的解释方法，解释合同不应仅局限于合同的字面含义，而应将当事人订约背景等纳入考量。如果当事人知道该情势变化便不会订立合同或者不会按照原合同约定订立合同，重大情势变化导致当事人订立合同的交易基础已经丧失，而合同本身也随着交易基础的丧失而消失。^{〔31〕}通过对当事人合意的实质解释，债权人即丧失了请求债务人按照合同字面约定履行全部义务的权利，也便没有必要再通过诚实信用、公平原则等客观标准对合同权利进行限制。

其次，诚实信用和公平原则在解释情事变更正当性时均存在一定的片面性。诚实信用或许可以在一定程度上解释情事变更后调整合同的必要性，即发生重大情势变化后当事人依然按照原来约定主张权利有违诚信。但是，法院或仲裁机构应当如何调整合同，本身难以从诚信原则中得出答案。公平原则或许可以为法院或仲裁机构变更或者解除合同提供基本指引，《民法典》第533条也明确规定情事变更后法院或仲裁机构应当依照公平原则决定变更或者解除合同。公平原则的本质是追求当事人之间的实质公平或结果公平，即客观公平。^{〔32〕}但《民法典》第533条规定的公平原则并非完全意义上的客观公平，法院或仲裁机构调整合同时不能脱离当事人的合意。相较而言，合意漏洞填补理论不仅论证了债务人无须按照原合同约定继续履行的正当性，即情势变化后继续履行合同义务超出了当事人合意范围，也为法院或仲裁机构变更或者解除合同提供了重要指引。法院或仲裁机构通过变更或者解除等方式调整合同的基本标准是当事人的假设意思，即假设当事人预见到重大情势变化后会如何约定处理方案。允许受有不利一方当事人调整合同，法律只是在做双方当事人自己真正想（尽管是下意识的）要做的事情。^{〔33〕}可见，将情事变更定位为合意漏洞填补规范，理论上更为融贯。

最后，更为重要的是，将情事变更定位为合意漏洞填补规范，能够最大程度地尊重当事人意思自治。一方面，相较通过公平、诚信等客观标准介入当事人合同关系，在当事人意思层面为限制给付义务提供正当化依据，更加符合私法自治原则。^{〔34〕}现实生活中，不同主体具有不同的风

〔27〕 See Alan Schwartz & Robert E. Scott, *Contract Interpretation Redux*, 119 Yale Law Journal 926, 930 (2010).

〔28〕 参见〔美〕A. L. 科宾：《科宾论合同》（一卷版，上册），王卫国等译，中国大百科全书出版社1997年版，第628页。

〔29〕 参见王俐智：《表情符号的解释：基于情境主义的解释方案》，载《政治与法律》2023年第8期。

〔30〕 Vgl. Roland Schwarze, *Das Recht der Leistungsstörungen*, 2. Aufl., 2017, De Gruyter, § 6Rn. 6.

〔31〕 Vgl. Hein Kötz, *Europäisches Vertragsrecht*, Mohr Siebeck, 2. Aufl., 2015, S. 418.

〔32〕 参见于飞：《民法基本原则：理论反思与法典表达》，载《法学研究》2016年第3期。

〔33〕 See Mindy Chen-Wishart, *Contract Law*, 6th Edition, Oxford University Press, 2018, p. 281.

〔34〕 Vgl. Jürgen Oechsler, *Gerechtigkeit im modernen Austauschvertrag*, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1997, S. 158.

险偏好，当事人在合同中可能愿意接受不同程度的风险，从而支付不同的风险对价。是否构成需要调整合同的重大情势变化，与具体的合同类型和当事人之间的风险分配约定密切相关。将情事变更定位为合意漏洞补充规范，法院或仲裁机构必须全面实质地解释当事人间的合同约定，只有当继续履行合同已经超出当事人缔约时共同的合意基础时，方可适用情事变更调整合同。此时，当事人明示或者默示的风险分配约定均能先于情事变更制度而发生效力，意思自治得到了最大程度的尊重。

另一方面，合意漏洞填补理论要求法官通过探寻当事人假设意思的方式填补合意漏洞，而非按照公平、客观等标准形成合同内容。假设意思是假设性“思考到底”的结果，可以继续维持主观等价意义上的互利互惠，^{〔35〕}从而能够最大程度地尊重和维护意思自治。而如果法院或仲裁机构依照客观公平的标准决定如何变更合同或者如何分配解除合同后的损失，其便沦为完全脱离当事人合意的“社会工程师”，会过分干涉私人自治。^{〔36〕}

综上所述，情事变更在体系上并不属于契约公平等客观价值对契约自由的限制规范，而应定位为当事人合意漏洞填补的工具。

（二）契约自由限制定位下排除情事变更适用特约无效之正当性反思

如前所述，情事变更并非契约自由的限制规范，而是当事人合意漏洞填补的工具。因此，从诚实信用、公平原则属于强制性规范直接推导出情事变更具有强行法性质的观点便站不住脚。退一步讲，即使认为情事变更制度是诚实信用原则的具体表达，也不必然推导出其属于强制性规范的结论。公序良俗原则旨在对法律行为的内容进行“内容审查”，而诚实信用原则旨在对权利的具体行使行为进行“行使审查”。^{〔37〕}作为内容审查手段的公序良俗原则及其具体化规范必然属于强制性规范，否则私人自治便可能触碰社会伦理底线进而损害社会公共利益；而违反诚信原则所影响的可能仅为具体当事人的个体利益，^{〔38〕}并非全然没有意思自治的空间。作为基本原则的诚实信用原则具有强行法性质，不能被当事人特别约定所排除适用，并不意味着情事变更原则的具体化条款必然属于强制性规范。有学者认为，当事人就情事变更原则之不适用表示积极意思时，则尊重其意思，反为合于诚信之原则，^{〔39〕}值得赞同。综上所述，将情事变更定位为契约自由的限制规范，并从诚信原则、公平原则的强制性直接推导出情事变更制度的强行法性质，并不妥当。

（三）合意漏洞填补定位下排除情事变更适用特约无效之正当性反思

如前所述，即使认为情事变更制度属于合意漏洞填补规范，由于排除情事变更适用特约具有事前弃权等特性，仍存在认定情事变更规范为强制性规定的正当性基础。但谨慎思考，上述观点恐怕也难以成立。

〔35〕 Vgl. Mitarbeiter Johannes Cziupka, Die ergänzende Vertragsauslegung, JuS 2009, S. 105.

〔36〕 Vgl. Finkenauer, Kommentar zum BGB § 313, in: Münchener Kommentar zum BGB, 9. Aufl., C. H. Beck, 2022, Rn. 46.

〔37〕 参见于飞：《公序良俗原则与诚实信用原则的区分》，载《中国社会科学》2015年第11期。

〔38〕 参见于飞：《公序良俗原则与诚实信用原则的区分》，载《中国社会科学》2015年第11期。

〔39〕 参见史尚宽：《债法总论》，中国政法大学出版社2000年版，第454页。

1. 事前弃权无法成为认定排除情事变更适用特约无效的法理基础

排除情事变更适用特约构成事前弃权并不能为认定该特约无效提供充分的正当性基础。首先，如果宽泛理解，所有的合同均构成对当事人未来自由的限制，即使对于即时履行合同，合同成立和履行之间在逻辑上也不可避免地存在时间间隔。选择订立合同意味着一方当事人自愿负担一定的给付义务，便可以理解为放弃了未来的一项权利，但显然负担行为的构造有利于当事人的互惠共赢，不应被法律所禁止。

其次，即使从狭义角度理解，事前弃权本身也并不能成为合同无效的充分理由。不容否认，相较事后弃权，事前弃权中存在意思表示瑕疵和违背公序良俗的可能性更高，但这并不意味着事前弃权协议必然构成意思表示瑕疵或者违背公序良俗。研究事前弃权的学者也认为，事前弃权原则倾向于无效，但也需要结合是否涉及人身利益、所放弃权利性质、对自由是否存在过分限制、立法目的是否涉及公共利益等因素综合考量。^{〔40〕}但这些标准似是而非且未触及根本，或许既不能使有关判断更准确，又不能使思考更清晰。^{〔41〕}换言之，事前弃权约定是否无效还是需要回归到法律行为效力的一般规则进行判断，单纯的事前弃权无法直接证成约定无效的正当性。

最后，实证法中存在的禁止预先放弃时效利益、禁止流押、禁止预先放弃建设工程法定优先权等事前弃权无效的规定，双方当事人通常均存在结构性的不平等。如债权人相较债务人通常具有结构性优势，可以利用债务人的急迫和轻率压迫债务人事前放弃时效利益或者接受流押条款；^{〔42〕}发包人相较承包人通常具有结构性优势，可以利用优势压迫承包人事先放弃建设工程优先权。即使在违约金酌减中合同约定的双方当事人不存在典型的结构性的不平等，但是个案中一方当事人有能力使对方接受高额的违约金，通常也不难让其多作一个允诺事前排除申请司法酌减的权利，^{〔43〕}当事人之间结构性的不平等仍可得到证立。与之存在对比的是，在排除情事变更适用的特约中，双方当事人并不存在结构性的不平等，与前述预先放弃诉讼时效利益等特约在价值判断上存在关键差异，故而不能类比上述规定。

2. 概括弃权无法成为认定排除情事变更适用特约无效的法理基础

排除情事变更适用特约构成当事人的概括弃权，同样无法成为认定该特约无效的正当性基础。概括约定是否符合当事人真意，本质上属于意思表示的解释问题。不容否认，相较具体明确的风险分配约定，整体排除情事变更制度适用的特约中当事人风险分配的意思更为模糊。但是，概括约定与具体约定在反映当事人真实意思表示上只存在程度上的差异，法律并不禁止当事人通过概括约定的方式对其事务进行安排，如代理权的概括授予^{〔44〕}等。与概括约定解除权不同，概括排除情事变更适用的特约仅消极地排除某一项法律制度的适用，而非积极地在当事人间创设权利义务关系。相较积极创设权利义务关系，消极排除某项制度适用的概括性约定通常更能准确反

〔40〕 参见叶名怡：《论事前弃权的效力》，载《中外法学》2018年第2期。

〔41〕 参见许德风：《合同自由与分配正义》，载《中外法学》2020年第4期。

〔42〕 对禁止预先放弃诉讼时效和禁止流担保正当性的反思，参见杨巍：《禁止诉讼时效协议之检讨及规则构建——兼论诉讼时效领域中意思自治的边界》，载《暨南学报（哲学社会科学版）》2023年第3期；李定邦：《〈民法典〉流担保规范之新论——本土化视角下的再思考》，载《法大研究生》2023年第1期。

〔43〕 参见姚明斌：《〈民法典〉违约金规范的体系性发展》，载《比较法研究》2021年第1期。

〔44〕 参见陈华彬：《论意定代理权的授予行为》，载《比较法研究》2017年第2期。

映当事人的意思表示。单纯以概括约定中当事人意思表示模糊为由认定排除情事变更适用特约无效，法理上欠缺说服力。

3. 涉及当事人难以预见的变化、不具有独立性等无法成为认定排除情事变更适用特约无效的法理基础

如前所述，排除情事变更适用的特约与具体的风险分配方案最大的不同在于该特约所涉风险通常为当事人难以预见，而一般认为，当事人对其难以预见的情势通常也难以作出真实有效的风险分配安排。但本文认为，难以预见本身不能成为认定排除情事变更适用特约无效的正当性理由。学界通常认为构成情事变更要求当事人对重大情势变化不可预见，^{〔45〕}但在合意漏洞填补定位下这一观点并非无可指摘。^{〔46〕}有学者正确地指出：“可预见性是一个程度问题，如果你足够偏执，任何事情都是可以预见的。为每一种可预见的意外事件做准备将耗费巨资，并最终造成浪费，因为大多数情况永远不会发生。”^{〔47〕}对于情事变更所涉重大情势变化，当事人并非全然没有预见可能性，一律以情事变更特约所涉情势难以预见为由认定该特约不属于当事人真实意思表示，并不妥当。

排除情事变更适用的条款通常不具有独立性，也无法成为认定该条款无效的正当性基础。尽管排除情事变更适用的特约通常与其他条款交织在一起而没有独立的对价，但通过考察合同价格与市场价格的差异等因素仍可判断一方接受该特约限制所获得的对价。退一步讲，现代合同法并不以客观等价性作为合同有效的必要条件，显失公平的成立必须要求存在一方当事人利用对方无经验、缺乏判断能力、意志显著薄弱、处于紧迫情事等影响意思表示自由情形的主观要件。^{〔48〕}只要确认当事人缔约过程中不存在一方对另一方的压迫，无须判断给付与对待给付之间是否存在失衡即可排除存在显失公平的可能性。排除情事变更适用特约通常与其他条款交织的特征，无法推导出该条款当然无效的结论。

综上所述，排除情事变更适用之特约构成事前弃权、概括弃权、涉及未来发生的当事人难以预见的重大情势变化、通常与其他条款相互交织等特征，均不能直接推导出此类特约不符合当事人真实意思或者违反公序良俗。情事变更约定中当事人并不存在结构性的不平等，法律自无必要基于家长主义的立场一律否认此类特约的效力。

四、排除情事变更适用特约的法律效力

（一）排除情事变更适用特约原则有效

如前所述，当事人约定排除情事变更制度的适用，既不违反情事变更制度的功能和定位，也

〔45〕 参见史尚宽：《债法总论》，中国政法大学出版社 2020 年版，第 453 页；石宏主编：《〈中华人民共和国民法典〉解释与适用·合同编》（上册），人民法院出版社 2020 年版，第 132 页；Dieter Medicus/Stephan Lorenz, Schuldrecht I Allgemeiner Teil, Aufl. 21, 2015, Verlag C. H. Beck, § 42, Rn. 568.

〔46〕 参见葛云松：《合同漏洞填补与情事变更原则》，中国人民大学法学院第 527 期民商法前沿论坛，2023 年 5 月 21 日，载 <https://www.civillaw.com.cn/t/?id=39278>，最后访问时间：2024 年 12 月 26 日。

〔47〕 Mindy Chen-Wishart, *Contract Law*, 6th Edition, Oxford University Press, 2018, p. 306.

〔48〕 参见武腾：《显失公平规定的解释论构造——基于相关裁判经验的实证考察》，载《法学》2018 年第 1 期。

不必然违背公序良俗或者违反当事人真实意思。因此，本文认为，法律应当为当事人提供意思自治的空间，原则上应当承认排除情事变更适用特约的法律效力。具体来讲，承认排除情事变更适用特约效力具有以下实益：

首先，承认排除情事变更适用特约的法律效力，更符合当事人的真实意思。排除情事变更适用特约本质属于风险分配问题，相较具体的风险分配方案，概括排除情事变更适用的特约通常意味着双方当事人合意分配给一方当事人更多的风险，而另一方当事人通过提高对价等方式予以补偿。但如果一律认定排除情事变更特约无效，将产生适用风险分配默认规则的法律后果。由于该特约通常不具有独立性，这将导致一方当事人寻求对方同意排除情事变更适用所支付的对价极有可能无法收回，反而违背了当事人的真实意思，激励一方当事人的不诚信行为，对于支付风险对价补偿的一方当事人来讲也并不公平。

其次，承认排除情事变更适用特约的法律效力，有利于鼓励当事人事前采取措施转移和分散风险，实现社会福利的最大化。排除情事变更适用的特约本质上是当事人对于未来风险的分配，而明确了未来风险归属何方承担有利于为当事人防范和分散风险提供指引。情事变更所涉风险通常是当事人难以避免的风险，当事人可能难以采取合理措施防范风险发生。但是，当事人可以采取合理措施分散和转移风险。承担较多风险的一方当事人可以通过购买期货等方式进行价格对冲，^[49] 也可以通过投保等方式，合理分散风险。而风险的分散和转移，同样有助于社会整体福利的增加。因此，排除情事变更适用的约定一定程度上有利于稳定交易预期、增加交易确定性、提高经济效率。

质疑者可能认为情事变更所涉风险为当事人无法预见的风险，既然风险无法为当事人预见，当事人自无法采取有效措施规避或分散风险。但如前所述，可预见性是一个程度问题，完全不具有可预见性的风险并不常见。一般认为可构成情事变更的如台风、洪水等自然灾害，当事人对此也并非完全没有预见可能性。重大情势变化是否具有可预见性，只是影响该变化是否动摇合同基础的一个考量因素而非决定性因素。即使当事人缔约时对实际发生的重大情势变化有所预料，如果综合考量合同内容、交易习惯、合同目的等因素，重大情势变化发生后继续履行合同不符合当事人真实意思，仍存在构成情事变更的空间。为了避免不可预见要求过分限制情事变更制度的适用范围，《国际商事合同通则》（2010 版）第 6.2.2 条要求艰难情形的发生为受到不利影响一方当事人于缔约时无法合理预见，而并不要求完全无预见可能性。^[50] 因此，情事变更所涉风险并非当事人缔约时完全无法预见，当事人可以采取有效措施规避或分散该风险。

最后，承认排除情事变更适用特约的法律效力，可以避免法律效果的“边界跳跃”，维持当事人间的主观公平。排除情事变更适用特约与具体的风险分配方案之间的差异并非泾渭分明，而是只具有渐进式的程度差异。如果当事人将政策法律变化、价格波动等常见的重大情势变化的风

[49] See Mindy Chen-Wishart, *Contract Law*, 6th Edition, Oxford University Press, 2018, p. 304.

[50] See Stefan Vogenauer, *Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC)*, 2nd Edition, Oxford University Press, 2015, Art 6.2.2, Rn. 13. 我国学界的类似观点，参见葛云松：《合同漏洞填补与情势变更原则》，中国人民大学法学院第 527 期民商法前沿论坛，2023 年 5 月 21 日，载 <https://www.civillaw.com.cn/t/?id=39278>，最后访问时间：2024 年 12 月 26 日。

险均作出具体约定，事实上也将产生类似排除情事变更适用特约的效果，如实践中常见的固定价格条款。^{〔51〕} 对具体的风险分配约定和概括排除情事变更适用特约进行界分并规定不同的法律效力，将会导致法律效果出现“边界跳跃”：如果将当事人约定定性为具体风险分配约定，则完全按照当事人约定分配风险，一方当事人可能承担大部分风险；如果约定概括程度进一步提高突破具体风险分配约定的界限进而被定性为排除情事变更适用的特约，根据合同约定原本应当承担较多风险的当事人（对方当事人为了让其接受该条款很可能付出了更高的对价）反而无须承担超出默认规则之外的任何风险。排除情事变更适用特约与具体的风险分配方案之间只存在程度上的差异，当事人却处于截然不同的法律地位，法律效果出现了明显的“边界跳跃”，显然并不合理。承认排除情事变更适用特约的法律效力，可以避免上述“边界跳跃”的出现，最大程度维持当事人间的主观公平。

（二）排除情事变更适用特约应受公序良俗等法律行为一般效力规则之审查

排除情事变更适用的特约属于法律行为，当然应受到法律行为一般效力规则之审查。合意漏洞填补理论下当事人对重大情势变化风险分配的约定并非毫无限制，显失公平、背俗无效等规范仍可发挥一般性的限制作用，唯适用时应当恪守此类一般规范自身的门槛。尽管排除情事变更适用特约所具有的事前弃权、概括弃权、通常涉及未来发生的难以预见情势等特征不能直接推导出该约定违背当事人真实意思或者违背公序良俗，但上述特征的存在一定程度上意味着排除情事变更适用的特约相较一般法律行为存在瑕疵的可能性更大，法律对此类特约效力进行审查和控制的必要性更为突出。如前所述，由于排除情事变更适用的特约通常与合同其他条款交织在一起，其对价本身难以判断，适用显失公平制度存在一定的障碍，更为抽象的公序良俗条款便显得尤为重要。公序良俗是一个需要在最大程度上被法官填充的抽象概念，^{〔52〕} 内涵和外延均具有极强的不确定性。结合排除情事变更适用特约的具体特征为司法实践提供一些可资参考的指引，便显得尤为必要。

本文认为，判断排除情事变更适用特约是否违反公序良俗，可以从以下角度进行类型化考量。首先，利益衡量时需要区分民事交易和商事交易，商事交易中应适用更高的判断标准。《民法典》形式上采“民商合一”的立法模式，情事变更排除适用特约所涉及的不仅包括普通的民事交易，还包括商事交易。商事合同中当事人拥有更强的缔约谈判能力和风险承受能力，规则设计时立法者更加注重追求合同效率、交易安全、信赖保护等价值，^{〔53〕} 法律无须基于家长主义的立场为当事人提供特别保护，故而原则上不应以公序良俗为由将当事人排除情事变更适用的约定认定为无效。比较法上也存在类似观点，在一租船合同中，当事人约定了排除合同落空规则适用的条款。法院或仲裁机构认为在商法中维持交易的确定性尤其重要，从而采用了更加字面化的解释方法，认为当船只被海盗扣押时承租人也不得拒绝履行合同。^{〔54〕} 而民事合同中一方或者双方当

〔51〕 参见重庆市第五中级人民法院（2018）渝05民初1921号民事判决书。

〔52〕 Vgl. Faust, Bürgerliches Gesetzbuch Allgemeiner Teil, Nomos, 8. Aufl., 2022, S. 104.

〔53〕 参见韩富鹏：《民商区分视角下委托合同任意解除权的适用》，载《财经法学》2021年第3期。

〔54〕 See Cosco Bulk Carrier Co Ltd v. Team-Up Owning Co Ltd (‘the Saldanha’) [2010] EWHC 1340 (Comm).

事人缔约谈判能力较弱，契约两造的经济社会地位存在明显差异的情形更为常见，更容易出现一方当事人利用对方欠缺判断能力、急迫轻率等特点压迫对方同意排除情事变更制度适用的现象，故而更有必要通过公序良俗原则对当事人法律行为内容进行审查和控制。

其次，应当区分单务合同和双务合同，单务合同中适用较低的判断标准。《民法典》第533条规定的情事变更制度位于合同编通则部分，其适用范围不仅局限于双务合同，还应包括单务合同，^[55]如《民法典》第666条规定的赠与人的穷困抗辩权便属于情事变更原则的具体体现。^[56]但在单务合同中，负担给付义务一方当事人不享有请求对方当事人为对待给付的权利，进一步排除其于发生动摇合同基础的重大情势变化时主张情事变更救济的权利，对其明显不利。并且，此时由于对方并不承担对待给付义务，给付义务人于合同订立时允诺放弃主张情事变更的权利通常也难以获得对价补偿。此时，给付义务人接受排除情事变更适用特约更可能是基于盲目乐观的轻率或者对方的压迫，该特约违反公序良俗的可能性更大。

再次，应当判断契约两造之间是否存在结构性的不平等，是否存在一方当事人对另一方当事人的压迫。情事变更规定于合同编通则部分，原则上适用于所有合同类型。在消费者合同、借款合同等合同类型中，契约两造存在较为明显的结构性不平等，存在使债务人意思表示扭曲继而利益显著失衡的一般性抽象危险。这种抽象危险可以在具体情境下演变为现实危险，不仅影响合同当事人的私益，而且会涉及公共秩序。^[57]此时，排除情事变更适用特约违反公序良俗的可能性更大，应适用更为严格的标准进行审查。尤其是当当事人通过格式条款订立排除情事变更适用的特约时，应根据《民法典》第496—497条适用更高的标准进行审查。具体来讲，一般法律行为以公序良俗作为内容审查的标准，而格式条款的内容审查适用诚实信用标准。^[58]而在双方当事人经济社会地位、信息充分程度、缔约谈判能力等方面不存在明显的结构性不平等，交易标的存在较为充分的竞争市场的场合，不存在对一方当事人提供特别保护的必要，原则上应当尊重当事人意思自治，不宜轻易地以违反公序良俗为由否认当事人排除情事变更适用特约之效力。

最后，应当根据不同的交易类型和交易习惯，斟酌排除情事变更适用特约效力是否违反公序良俗。如就市场属性活跃、长期以来价格波动较大的大宗商品及股票、期货等风险投资而言，《民法典合同编通则解释》第32条第1款直接排除了其适用情事变更的可能性。此类合同中一般价格变化通常属于当事人应当自行承担的商业风险，故而当事人不得主张情事变更。但一律排除此类合同中情事变更制度适用的可能性也并不合理，尤其是发生了战争等社会性风险时。因此，本文认为，对于大宗商品、风险投资等合同而言，仍存在情事变更制度的适用空间，只是相较一般合同应适用更高的标准。但不容否认的是，此类合同中当事人对固定合同价格、稳定合同预期的需求更为强烈，承认排除情事变更适用特约效力通常更为符合交易习惯。如在一钢材买卖合同

[55] Vgl. Finkenauer, Kommentar zum BGB § 313, in: Münchener Kommentar zum BGB, 9. Aufl., C. H. Beck, 2022, Rn. 47.

[56] 参见王洪亮：《债法总论》，北京大学出版社2016年版，第337页。

[57] 参见叶名怡：《论事前弃权之效力》，载《中外法学》2018年第2期。

[58] 参见于飞：《公序良俗原则与诚实信用原则的区分》，载《中国社会科学》2015年第11期。

中，双方就钢材价格约定了“遇升不升”条款，后价格出现了大幅上涨，法院驳回了一方主张情事变更的请求。^{〔59〕}在一船舶租赁合同中，双方约定“船舶进场七日后不论任何原因租金照算”，后因工程停工导致船舶租赁合同目的难以实现，法院结合船舶租赁市场的交易习惯，没有支持当事人主张情事变更的请求。^{〔60〕}

法律是否限制自由的安排，最终要落脚于公序良俗的考量。^{〔61〕}上述标准仅是为法院判断当事人间排除情事变更适用特约是否违反公序良俗提供的基本指引，法官不可避免地享有自由裁量权。

（三）超出当事人合意范围的排除情事变更适用特约不成立

由于合同约定的风险分配优先于情事变更制度，^{〔62〕}如果当事人存在有效的风险分配方案，则没有情事变更制度适用的余地。应当明确的是，作为法律制度的情事变更与作为客观事实的重大情势变化并不等同。合同成立后发生了当事人难以预见、继续履行合同对一方当事人显失公平的重大变化，只是成立情事变更的要件之一。^{〔63〕}在此之外，一方当事人只有所受之不利影响不属于其根据法律规定或者明示、默示的约定本来应当承担的风险范围，方有权主张情事变更救济。因此，就相同的客观情势变化，若当事人风险分配约定不同，那么对是否属于情事变更制度的调整范围也可能得出不同结论。情事变更制度的调整范围根据当事人的风险分配约定而有所浮动，本身并不存在“固有领地”。排除情事变更适用的特约本质上属于当事人间的风险分配方案，所以在当事人合意范围内的排除情事变更适用特约本身是一个伪命题：如果存在有效的风险分配约定，即没有情事变更适用之余地；如果需要适用情事变更制度，则意味着重大情势变化已经超出了包括排除情事变更适用特约在内的当事人风险分配约定的最大界限，进入了当事人合意空白之领域。因此，本文认为，真正的排除情事变更适用特约只能存在于当事人合意漏洞领域。

受制于有限理性、交易成本等方面因素，当事人的合意不可避免地具有不完整性，即存在合同漏洞。合同漏洞是指合同关于某事项应有约定而未约定的不圆满的现象。^{〔64〕}合同漏洞与法律漏洞类似，两者均要求具有违反计划的不圆满性，且在不圆满性判断所要求的元素方面存在较多的近似点。^{〔65〕}法律漏洞可以分为“开放型漏洞”和“隐蔽型漏洞”，前者指的是制定法对特定类型案件本应当设定但没有设定可资适用的规则，后者指的是制定法虽然含有可适用于这类案件的规则，但根据规则的意义和目的此类案件反而不应适用该规则。^{〔66〕}与之类似，法律行为漏洞也

〔59〕 参见广东省韶关市中级人民法院（2018）粤02民终2360号民事判决书。

〔60〕 参见湖北省高级人民法院（2020）鄂民终176号民事判决书。

〔61〕 参见许德风：《合同自由与分配正义》，载《中外法学》2020年第4期。

〔62〕 Vgl. Dirk Looschelders, Schuldrecht Allgemeiner Teil, 17. Aufl., Verlag Franz Vahlen, 2019, § 37, Rn. 5.

〔63〕 《德国民法典》第313条规定的情事变更包括合同成立后发生的重大情势变化（客观行为基础）和合同成立时作为契约基础之重要认识存在错误（主观行为基础），按照这一观点合同成立后发生重大情势变化便不是构成情事变更的必要条件。但我国《民法典》第533条将重大变化的发生时点限定于“合同成立后”，意味着合同成立时即存在的共同错误在中国法上无法直接适用情事变更制度，因此在中国法上，合同成立后发生了动摇合同基础的重大情势变化是适用情事变更规则的必要条件。

〔64〕 参见王泽鉴：《债法原理》，北京大学出版社2009年版，第170页。

〔65〕 参见崔建远：《合同解释论：规范、学说与案例的交互思考》，中国人民大学出版社2020年版，第331页。

〔66〕 参见〔德〕拉伦茨：《法学方法论》（全本·第6版），黄家镇译，商务印书馆2020年版，第473-474页。

可以分为开放型漏洞和隐蔽型漏洞，前者是指合同约定相较当事人合同计划存在“不足”，后者是指合同约定相较当事人合同计划存在“过度”。

对于排除情事变更适用的特约来讲，当事人合意较为可能存在隐蔽型漏洞。排除情事变更适用特约本质上属于风险负担的约定，但任何约定的风险负担都是有界限的，^{〔67〕}概括约定排除情事变更适用的特约也不例外。因此，仅仅审查风险分配是不够的，还必须确定其范围。如果当事人虽然预期可能有一定情事变化发生而在契约中有所规范，但如果该变化远超当事人之期待，仍然有权主张情事变更救济。^{〔68〕}例如，固定价格协议通常不包括因市场发生根本变化而导致的价格上涨。^{〔69〕}排除情事变更适用的特约很容易出现实际发生的风险超出当事人合同计划的现象。一方面，情事变更适用情形通常为合同订立之后发生的当事人难以预见的重大情势变化。相较于对现实情景的认知和评估能力，人类想象未来风险和准确评估其可能性的能力极为有限。^{〔70〕}另一方面，如前所述，由于人类存在系统性的盲目乐观的非理性倾向，即使当事人预见到风险可能发生，心理因素通常会阻碍当事人就发生概率较低的事件进行认真谈判，当事人事实上大概率会忽视这些风险发生的可能性。^{〔71〕}这就导致实际发生的重大情势变化及对一方当事人带来的不利影响，可能远远超出当事人同意排除情事变更适用时的设想。如果完全按照合同字面含义继续不允许受有不利影响的一方当事人主张情事变更，则已经违背了当事人的订约计划，对当事人也明显不公平。英国学界也有学者认为，法院对当事人排除情事变更救济的条款应采取限制性的解释方法，以避免不公平的结果。^{〔72〕}即使当事人风险分配约定之文义明确地可以涵盖实际发生的情势变化，但如果该情势变化“不可能是合同双方在订立合同时所考虑到的”，则应认为该情势变化不属于当事人约定的风险分配范围。^{〔73〕}

此时，当事人排除情事变更适用特约便存在隐蔽型漏洞。虽然按照合同字面含义受有不利一方当事人应当承受所有风险，但斟酌当事人合同计划，重大情势变化造成的风险已经超出了当事人订立合同时的共同预期，当事人对该风险负担问题欠缺实质合意。对于当事人合意的隐蔽性漏洞，应当采用目的性限缩的方法，将不符合当事人缔约计划的情形排除于合同范围之外。双方当事人相互对立的意思表示达成一致是双方法律行为的一般成立要件，^{〔74〕}由于对当事人约定进行目的性限缩后就实际发生的重大情势变化已经不存在风险分配的合意，受有不利一方当事人可以主张情事变更救济，排除情事变更适用特约便因欠缺合意而不成立。因此，本文主张，《民法典合同编通则解释》第32条第4款中规定的排除情事变更适用特约无效，应当理解为该约定“不成立”。可以类比的是，《民法典》第496条是存在形式约定但欠缺实质合意时认定法律行为不成

〔67〕 Vgl. Grüneberg, Kommentar zum BGB § 313, in Palandt BGB Kommentar, Rn. 33.

〔68〕 参见黄立：《民法债编总论》，中国政法大学出版社2002年版，第88页。

〔69〕 Vgl. Roland Schwarze, Das Recht der Leistungsstörungen, 2. Aufl., 2017, De Gruyter, § 6, Rn. 15.

〔70〕 参见〔美〕梅尔文·A. 艾森伯格：《合同法基础原理》，孙良国、王怡聪译，北京大学出版社2023年版，第788页。

〔71〕 See Pietro Trimarchi, *Commercial Impossibility in Contract Law: An Economic Analysis*, 11 International Review of Law and Economics 63, 63 (1991).

〔72〕 See Mindy Chen-Wishart, *Contract Law*, 6th Edition, Oxford University Press, 2018, p. 305.

〔73〕 See Metropolitan Water Board v. Dick Kerr & Co., Ltd. [1918] A. C. 119, HL 294.

〔74〕 参见李宇：《基础回填：民法总则中的意思表示与法律行为一般规则》，载《华东政法大学学报》2017年第3期。

立的另一例证。^{〔75〕} 提供格式条款的一方未履行提示或者说明义务，尽管双方存在形式上的表现为格式条款的约定，但对方当事人因格式条款提供一方未履行提示说明义务而没有注意到或者没有充分理解与其有重大利害关系的条款，故而对该条款欠缺实质的合意，因此该格式条款不能成为合同内容。与之类似，如果排除情事变更适用的特约超出了当事人实质合意范畴，则该约定也不成为合同内容。

当事人合意是否存在隐蔽型漏洞，即实际发生的重大情势变化是否属于排除情事变更适用特约所涵盖的风险范围，首先需要对合同进行解释。《民法典》第 142 条第 1 款规定了有相对人意思表示的解释方法，学理上也发展出了文义解释、体系解释、历史解释、目的解释、参照习惯和惯例原则、诚信解释等合同解释的基本原则。^{〔76〕} 判断当事人间排除情事变更适用特约所能涵盖的风险范围，也需要依据上述解释原则探究当事人的真实合意。如在“辽阳县旭亿矿业有限公司、田莉莉租赁合同纠纷案”中，双方约定不得因天气等不可控因素主张减免租金，法院以此为由拒绝了承租人因疫情原因主张减免租金的主张。^{〔77〕} 但本文认为，根据当事人约定之文义和交易背景，应当认为疫情超出了当事人约定的合意范畴。当事人约定列举的不可控因素为天气因素，基于同类解释规则，只有与天气相当的因素才属于合意范围。就合同履行地辽阳地区的天气情况而言，双方可能遇见的恶劣天气仅可能是较少的、短期的，而新冠疫情的影响范围之广、对施工作业影响效果之大，已经远超当事人缔约时的预期。因此，双方的约定不应排除当事人主张情事变更救济的权利。再如，在“广东一力医药有限公司与广州市花城制药厂合同纠纷案”中，双方约定就合作药品的价格不得主张情事变更救济，但在合同中同时约定“因国家药品标准改变，双方可以另行磋商”。法院通过体系解释方法，认定因国家药品标准改变当事人可以主张情事变更，^{〔78〕} 值得赞同。

在合同解释一般规则之外，有必要结合排除情事变更适用特约的具体特征进行讨论。具体来讲，在排除情事变更适用特约中，重大情势变化的异常程度、重大情势变化与合同订立之间的时间间隔、重大情势变化对一方当事人带来的不利影响程度、一方当事人为排除情事变更适用特约所支付的对价、不同的交易习惯等因素，均可以对确定当事人排除情事变更适用特约所能涵盖的风险范围具有重要影响。重大情势变化越异常、变化发生时间和合同订立时间之间的时间间隔越长、该变化对一方当事人带来的不利影响越大、对方当事人为该特约支付的对价越低、根据交易习惯适用情事变更的标准越低，该重大情势变化的发生超出当事人排除情事变更适用特约合意范畴的可能性便越大，法院可运用动态系统论的方法探究当事人订立排除情事变更适用特约时的真实合意。

此外，情事变更造成的履行障碍类型也对确定当事人合意范围具有一定意义。客观情势变化造成的合同履行障碍可以分为“对价障碍”和“目的障碍”，^{〔79〕} 前者指的是嗣后情势变化导致给

〔75〕 参见王利明主编：《中国民法典释评·合同编·通则》，中国人民大学出版社 2020 年版，第 149 页。

〔76〕 参见崔建远：《合同解释论：规范、学说与案例的交互思考》，中国人民大学出版社 2020 年版，第 156-223 页。

〔77〕 参见辽宁省辽阳市中级人民法院（2021）辽 10 民终 1397 号民事判决书。

〔78〕 参见广东省广州市中级人民法院（2017）粤 01 民终 19878 号民事判决书。

〔79〕 参见韩强：《情势变更原则的类型化研究》，载《法学研究》2010 年第 4 期。

付和对待给付严重失衡，后者指的是虽然债务人还能进行给付并产生给付效果但情况变化导致债权人对给付不再享有利益或者利益明显降低。这一分类对于判断当事人排除情事变更适用特约所能涵盖的风险范围具有重要意义。相较“目的障碍”，“对价障碍”中当事人合意存在隐蔽性漏洞的可能性更大。一方面，“目的障碍”中一方当事人所受不利影响至多不会超过其根据原合同所应支付的对价，并且即使不允许其主张情事变更，受有不利一方当事人仍可主张对方当事人承担减损义务以降低其应承担的损害赔偿数额，情事变更对一方当事人带来的不利影响相对可控；而“对价障碍”中客观情势变化可能造成给付和对待给付严重失衡，对一方当事人带来的不利影响可能并不存在任何客观的界限。如因战争等原因导致成本价格上涨，债务人履行成本可能远超合同价款数倍。情势变化对一方当事人带来的不利影响越严重，该情势变化超出当事人订立排除情事变更适用特约合同计划的可能性便更大。另一方面，“目的障碍”所涉给付的适用性风险原则应当由债权人承担，只有对方当事人知道或者应当知道使用目的并且使之成为自己的目的，使用可能性才能成为交易基础。^{〔80〕}而当事人在合同中明确约定排除情事变更的适用，一定程度上意味着债务人不愿意与债权人分担给付的适用性风险，债权人目的障碍所带来的不利影响应当由自身承受，原则上无权再主张情事变更救济。

综上所述，真正的排除情事变更适用的特约只能存在于当事人合意漏洞领域，应通过目的性限缩的方法限制当事人合意范围。如果实际发生的重大情势变化超出了当事人实质合意范围，则应当认为当事人约定不成立。

五、结 语

主张排除情事变更适用特约无效的观点，主要从情事变更制度的规范意旨、此类特约违反公序良俗或者不符合当事人真实意思角度证成其正当性。但情事变更制度并非诚实信用、公平正义等客观准则对契约自由的限制规范，而是对当事人合意漏洞填补的工具，情事变更制度规范意旨本身不能直接推导出排除该制度适用之特约无效的结论；排除情事变更适用的特约具有事前弃权、概括约定、涉及难以预见情势且通常不存在独立对价等特征，但这并不意味着该特约必然不符合当事人真实意思或者违反了公序良俗。排除情事变更适用之特约与具体的风险分配约定之间并非泾渭分明，而只存在程度上的差异，将其进行二元界分并规定不同法律效力的正当性实存疑问。排除情事变更适用特约是当事人对未来合同履行所涉风险的自主安排，有助于激励当事人提前采取措施规避和分散风险，原则上应当予以尊重。当然，这一约定应受公序良俗等法律行为一般禁令的审查。同时，排除情事变更适用之特约本质上属于风险分配约定，而任何一种风险分配约定都是有界限的，实际发生的重大情势变化可能远远超出当事人订立排除情事变更适用特约时所设想的合意基础。法院应综合重大情势变化的异常程度、重大情势变化与合同订立之间的时间间隔、重大情势变化对一方当事人带来的不利影响程度、一方当事人为排除情事变更适用特约所

〔80〕 Vgl. Dirk Looschelders, Schuldrecht Allgemeiner Teil, 17. Aufl., Verlag Franz Vahlen, 2019, § 37 Rn. 25.

支付的对价、不同的交易习惯、情势变化造成的合同障碍类型等要素，考察当事人真实意思。如果实际发生的重大情势变化超出了当事人真实合意范围，则超出部分因欠缺当事人的实质合意而不成立。

Abstract: Article 32 Paragraph 4 of the Judicial Interpretation of the General Principles of Contracts provides that a special agreement between the parties to exclude the application of the regime of change of circumstances is invalid, and its legitimacy requires further reflection. The change of circumstances system is the tool to fill the loopholes between the parties rather than the restriction norms of contract freedom, and the special agreement of excluding the change of circumstances and the nature of the change of circumstances norms itself are not in conflict. The special contract of excluding the application of the change of circumstances has characteristics of prior waiver, general agreement and so on, but this does not mean that the special contract is necessarily inconsistent with the true meaning of the parties or contrary to public order and morality. There is only a difference in degree and scope between such a special agreement and a specific risk allocation agreement, and there is no clear-cut line. In order to maximise to respect the parties' autonomy, the special agreement of exclusion of variation of circumstances from the application should in principle be recognised. If there are defects in the contract such as violation of public order and morals or manifest unfairness, the general rules of validity of legal acts should be applied to regulate it. In this regard, different levels of judgement may be applied according to the differences in the types of contracts, such as civil contracts and commercial contracts, and single-service contracts and double-service contracts. If the future change of circumstances and the adverse effects on the parties are far beyond the parties' common assumptions at the time of contracting, it can be concluded that such special contract is not established due to the lack of consent.

Key Words: change of circumstances, special contract, mandatory norms, public order and morality, honesty and trustworthiness

(责任编辑：殷秋实)