论情势变更原则中再交涉制度的法律构造

韩富鹏

摘　要：《民法典》第 533 条在情势变更规范中首次引入了再交涉制度，就再交涉制度的法律构造，学界存在“前置程序说”“义务说”“权利说”“不真正义务说”“权利义务混合说”“倡导性规范说”等诸多观点，尚未形成理论共识，有必要予以进一步厘清。从制度功能来看，再交涉制度的首要功能在于提升当事人协商成功的概率，以尊重自治、鼓励交易、强化合作、实现效率最大化，附属功能在于协商失败时为法院或仲裁机构变更或解除合同提供必要的信息和事实依据。学界现有的制度构造方案均无法充分实现再交涉制度的应然功能，有必要转换视角寻求新的方案。再交涉制度可采强制调解说的制度构造。情势变更后当事人起诉变更或解除合同的，人民法院或者仲裁机构应当先行调解，调解不成的方能作出变更或者解除合同的裁判。相较于其他方案，强制调解说的构造最能充分实现再交涉制度的功能。

关键词：情势变更；再交涉；强制调解；合意促成

［中图分类号］D923.6　　［文献识别码］A　　［文章编号］2096-6180（2025）02-0018-21

一、问题的提出

《中华人民共和国民法典》（下称《民法典》）第 533 条规定了情势变更发生后受不利影响的当事人可以与对方重新协商，理论上称之为“再交涉制度”。但就再交涉制度的法律构造，学界观点针锋相对：一种观点认为，应将再交涉制度纳入权利义务的范畴，通过当事人间权利义务关系配置以促进双方当事人于情势变更后积极地自行协商解决纠纷，具体又包括“前置程序说”“义务说”“权利说”“不真正义务说”“权利义务混合说”等观点；另一种观点认为，应将再交涉制度纯化为倡导性规范，情势变更发生后当事人拒绝交涉也不会产生否定性的法律后果。上述观点各有其支持者，尚未形成理论共识。从功能主义的视角观察，再交涉制度的首要功能无疑在于促进当事人通过重新协商形成调整合同的合意，上述观点能否有效实现再交涉制度的制度功能，需要谨慎反思；如何科学设计再交涉制度的法律构造以更好地发挥其制度功能，尚须理论研究的进一步深入。

［作者简介］韩富鹏，法学博士，中央民族大学法学院讲师。

［基金项目］中央民族大学 2024 年度专项项目“研究阐释全国民族团结进步表彰大会重要讲话精神”（项目批准号：2024CSZX35）。

有鉴于此，笔者试图从更为宽广的视角对再交涉制度的法律构造进行深层次的思考，并在分析学界现有观点利弊得失的基础上尝试提出一孔之见，以期为《民法典》情势变更再交涉制度的准确理解与适用作出一定的理论贡献。

二、再交涉制度法律构造的学理争议

再交涉制度最早由德国民法学者罗伯特·霍恩在《再交涉义务》[1]一文中提出，之后在国内外法学界被广泛接受，并逐渐蔓延。《国际商事合同通则》第 6.2.3 条、《欧洲合同法原则》第 6:111 条、《欧洲示范民法典草案》第 III－1:110 条等示范法均规定了情势变更发生后合同当事人之间的再交涉制度，我国《民法典》第 533 条也引入了该制度。根据《民法典》第 533 条的规定，情势变更发生后受有不利影响的当事人可以与对方重新协商。该规范文义存在一定的解释空间，学界对再交涉制度的法律构造也存在较大争议，总体上包括两类观点：其一，认为再交涉规范可以在当事人间产生权利义务关系；其二，认为再交涉规范仅构成倡导性规范，不产生权利义务关系。

（一）再交涉规范可以直接产生权利义务关系

多数观点主张认为将再交涉制度纳入权利义务范畴进行规范，即再交涉规范可以直接在合同当事人间产生权利义务关系。根据当事人间权利义务的具体差异，又可细分为以下观点。

1. 再交涉是适用情势变更制度变更或解除合同的前置程序

有学者认为，再交涉程序是适用情势变更制度的前置性程序[2]，情势变更发生后，当事人应当积极地进行实质协商以寻找纠纷解决方案。只有双方当事人再协商失败，法院或仲裁机构才可以适用情势变更制度变更或解除合同。

前置程序说又可细分为两种观点：其一，认为再交涉是当事人起诉或者申请仲裁的前置性程序。[3]诉讼法构造上应将“协商不成”作为当事人主张变更或解除合同的特别起诉条件，当事人以情势变更为由起诉变更或者解除合同时应提交说明协商不成的证据材料，否则法院便应不予受理。[4]其二，认为未履行再交涉义务不影响当事人起诉主张变更或者解除合同，但法院此时不应支持当事人变更或解除合同的诉讼请求。具体来讲，受有不利影响的一方当事人违反再交涉义务即丧失主张变更和解除合同的权利，对方当事人违反再交涉义务则会丧失提出调整方案及针

〔1〕 Norbert Horn, Neuverhandlungspflicht, AcP 181 (1981).

〔2〕 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》，载《山东大学学报（哲学社会科学版）》2013 年第 6 期，第 150 页；Andreas Nelle, Neuverhandlungspflichten: Neuverhandlungen zur Vertragsanpassung und Vertragsergänzung als Gegenstand von Pflichten und Obliegenheiten, 1. Aufl. 1993, S. 12.

〔3〕 宋春雨：《情势变更制度中再交涉义务研究——以法经济学为分析视角》，载《新疆大学学报（哲学社会科学版）》2023 年第 1 期，第 34 页。司法实践中也存在类似观点，参见余某某、绍兴市运卡物流有限公司挂靠经营合同纠纷案，浙江省绍兴市中级人民法院民事判决书（2022）浙 06 民终 3253 号。

〔4〕 肖建国、宋史超：《〈民法典〉合同司法解除规则的程序法解读》，载《浙江社会科学》2020 年第 12 期，第 54 页。

对对方调整请求要求解除合同的权利。[5] 实践中也存在类似观点，如有法院认为，在案证据并未显示双方曾在诉前就变更或解除合同进行充分磋商，直接适用情势变更原则不符合法律规定的程序要件。[6]

2. 再交涉并非司法介入的前置程序但属于当事人的法定义务

另有学者认为，再交涉不是请求法院调整合同的先决条件[7]，但属于当事人于情势变更后应当承担的一项法定义务，一方当事人违反该义务即应承担一定的不利后果。罗伯特·霍恩认为再交涉义务是一项包括承诺义务的结果性义务[8]，但由于重新协商能否成功只能取决于当事人的意愿和相互的信任，无法通过强制手段予以实现[9]，故而晚近研究者一般认为再交涉义务只能被定性为行为义务而非结果义务。[10] 具体来讲，情势变更发生后当事人负有积极开始协商、提出调整合同提案、充分交换信息、避免恶意拖延等义务，是否尽到再交涉义务应依据诚实信用原则判断。

就违反再交涉义务所应承担的具体的不利后果，存在以下不同看法：其一，认为任何一方违反诚信原则恶意拒绝磋商或者中断磋商，应承担损害赔偿责任。[11] 损害赔偿责任的范围为因再交涉而产生的费用、迟延调整合同造成的损失等信赖利益，而就该赔偿责任的性质又存在一定争议：有学者认为违反再交涉义务赔偿责任属于《民法典》第 500 条关于缔约过失责任的范畴[12]；另有学者认为，再协商并不产生新合同，只是原合同内容合意变更后的继续履行，性质上不宜判断为缔约过失责任，但赔偿范围与缔约过失责任类似，均为对方当事人的信赖利益。[13]

其二，认为违反再交涉义务并不直接产生损害赔偿责任，但应承担一定的不利益，即对方当事人可以直接请求法院变更或解除合同。[14] 该观点认为，理性当事人应当认识到法院变更或解除合同不如自己继续协商，客观上已经形成了倒逼当事人积极协商的机制，法律没有必要再课以赔偿责任。[15] 由于义务违反不会产生强制履行和损害赔偿的责任，只是产生对自己的不利益，因此这一观点本质上是将再交涉理解为当事人应当承担的不真正义务。德国联邦法院判决进一步细化

〔5〕 吕双全：《情事变更原则法律效果的教义学构造》，载《法学》2019 年第 11 期，第 48 页。

〔6〕 余某某、绍兴市运卡物流有限公司挂靠经营合同纠纷案，浙江省绍兴市中级人民法院民事判决书（2022）浙 06 民终 3253 号。

〔7〕 BGHZ 191, 319 Rdnr. 34.

〔8〕 Norbert Horn, Neuverhandlungspflicht, AcP 181 (1981), S. 282.

〔9〕［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，载《清华法学》2010 年第 3 期，第 174 页。

〔10〕 Andreas Nelle, Neuverhandlungspflicht: Neuverhandlungen zur Vertragsanpassung und Vertragsergänzung als Gegenstand von Pflichten und Obliegenheiten, 1. Aufl. 1993, S. 15; 宋春雨：《情势变更制度中再交涉义务研究——以法经济学为分析视角》，载《新疆大学学报（哲学社会科学版）》2023 年第 1 期，第 34 页。

〔11〕 韩世远：《情事变更若干问题研究》，载《中外法学》2014 年第 3 期，第 668 页； Dieter Medicus/Stephan Lorenz, Schuldrecht I Allgemeiner Teil, 21. Aufl. 2015, Verlag C.H. Beck, § 42 Rn. 572.

〔12〕 朱广新：《情势变更制度的体系性思考》，载《法学杂志》2022 年第 2 期，第 11 页。

〔13〕 李颖轶：《作为规则的合同情势变更》，载《探索与争鸣》2020 年第 5 期，第 156 页。

〔14〕 杨宏晖：《论情事变更原则下重新协商义务之建构》，载《台北大学法学论丛》2016 年第 1 期，第 67－68 页。

〔15〕 王利明：《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》，载《法商研究》2019 年第 3 期，第 10 页。

了违反再交涉义务所应承担的不利后果，原告在法庭上要求变更合同，被告既不同意变更建议也未提交替代方案，原告转而主张解除合同。法院认为对方当事人违反再交涉义务时，因情势变更受有不利影响的一方当事人主张解除合同可不受《德国民法典》第 313 条规定的“变更优先”的限制，从而支持了原告的诉请。〔16〕

其三，认为违反再交涉义务产生的不利后果包括下述两项：程序上对方当事人有权直接请求法院变更或者解除合同，实体上义务违反一方当事人应承担损害赔偿责任。〔17〕

3. 再交涉是当事人的一项法律权利或者既是权利又是义务

值得一提的是，晚近有学者认为，再交涉并非义务而是当事人的权利，具体来讲，属于一项形成权。〔18〕再协商属于双方当事人均享有的权利，重大情势变化发生后任何一方当事人均可请求与对方当事人重新协商。从一定程度上讲，“权利说”只是换了一个视角对重新协商义务进行观察。〔19〕“权利说”只是否认了再交涉是适用情势变更制度必经的前置程序，因为当事人有权选择是否开启再协商程序，但并没有否认再交涉构成一项法律义务。一旦一方当事人主张开启再交涉程序，被请求交涉一方当事人即负有为对方利益进行积极交涉的义务，违背诚信原则未进行实质磋商的，应参照缔约过失规定承担相应责任。〔20〕因此，“权利说”和“非前置程序的义务说”之间不存在实质差异。

循此路径，另有学者提出了“权利义务混合说”，主张再交涉既是一种权利也是一种义务。情势变更后任何一方当事人均有权请求对方重新协商，同时也有义务就如何处理既存合同关系进行协商，不得不作为。〔21〕“权利义务混合说”对再交涉制度的认识显得更为全面，但与义务说之间也没有实质差异。一方请求协商的权利即对应着对方配合协商的义务，而且情势变更后请求磋商的权利并不需要以法律规定为前提，即使法律没有规定再交涉权利，当事人也可以提出磋商。〔22〕因此，“权利义务混合说”相较“义务说”并没有增添实质内容。综上所述，“权利说”和“权利义务混合说”充其量只是就再交涉制度提供了不同的观察视角，并没有增加新的实质内容，故而后文不再对这两种观点进行单独评析。

（二）再交涉规范仅构成倡导性规范

上述观点本质上均是将情势变更发生后的再交涉认定为当事人应当承担的一项法律义务，只是对违反该义务产生的不利后果存在不同理解。与之针锋相对的是，另有学者主张，再交涉并非

〔16〕 BGHZ 191, 139 Rdnr. 27.

〔17〕 Norbert Horn, Neuverhandlungspflicht, AcP 181 (1981), S. 282 – 287; 最高人民法院民法典贯彻实施领导小组主编：《中华人民共和国民法典合同编理解与适用》（一），人民法院出版社 2020 年版，第 487 页。

〔18〕 张素华、宁园：《论情势变更原则中的再交涉权利》，载《清华法学》2019 年第 3 期，第 155 – 156 页。

〔19〕 尚连杰：《风险分配视角下情事变更法效果的重塑——对〈民法典〉第 533 条的解读》，载《法制与社会发展》2021 年第 1 期，第 176 页。

〔20〕 张素华、宁园：《论情势变更原则中的再交涉权利》，载《清华法学》2019 年第 3 期，第 157 页。

〔21〕 崔建远：《情事变更原则探微》，载《当代法学》2021 年第 3 期，第 11 页。

〔22〕 吕双全：《情事变更原则法律效果的教义学构造》，载《法学》2019 年第 11 期，第 48 页。

当事人的权利或义务，再交涉规范仅为倡导性规范〔23〕，应采鼓励谈判而非强制谈判的构造〔24〕。该观点认为，尽管情势变更后双方当事人重新协商具有重要意义，但由法律规定重新协商的义务却没有可取之处。如果通过协商实现双赢对双方当事人来讲似乎是可能的，那么当事人就会愿意主动进行谈判〔25〕，无须法律进行规定。当事人是否违反再交涉义务本身难以判定，且违反该义务应当承担的不利后果难以衡量。由于再交涉义务只能定位为行为义务而无法定性为结果义务，如何设定此项义务程度便成了难以避免的问题。如果将再交涉义务的标准设定过低，只要不存在对方当事人认可情势变更事实但直接明确拒绝协商等极端情形，便很难认定其违反了再交涉义务，当事人可以轻易规避再交涉义务。如果将再交涉义务的标准设定过高，将不可避免地影响当事人的缔约自由，不仅无助于促成当事人自行解决纠纷的合意，反而会诱发当事人在欠缺意愿的情况下仍然进行“假意磋商”，造成交易成本的浪费。

因此，该观点主张，再交涉没有必要进入权利义务的范畴，再交涉规范仅为一种倡导性规范。倡导性规范，即提倡和诱导当事人采用特定行为模式的法律规范〔26〕，当事人违反此类规范不会产生法律上的不利后果。《民法典》第 533 条规定的“可以与对方重新协商”只是为当事人于情势变更发生后如何解决纠纷提供了一种选择，并非当事人向法院或者仲裁机构主张变更或解除合同的前置性程序，拒绝交涉也不会产生法律上的不利后果。

三、对再交涉制度法律构造争议之评析

规范的正当性基础对于规范的解释适用具有决定性影响，探寻再交涉制度妥当的法律构造，有必要首先厘清其正当性基础。从道义论上讲，再交涉制度的正当性在于以“关系契约”理论为基础的诚实信用原则。〔27〕根据关系契约理论，在契约订立和履行过程中契约当事人之间形成了紧密的合作关系，合同当事人应尽可能维护相互信任、相互团结的契约关系。〔28〕诚信原则要求当事人负有相互体谅、为对方利益考虑的义务。重大情势变化发生后，继续履行合同对一方当事人明显不公平，对方当事人应诚信、善意地为彼方当事人利益考虑，就合同纠纷进行交涉。但是，双方应当在多大程度上负有为对方当事人利益考虑的义务，诚信原则难以提供明确的答案。上述关于再交涉制度法律构造的不同观点，一定程度上均可以理解为是更符合诚信原则的方案选择。因

〔23〕尚连杰：《风险分配视角下情事变更法效果的重塑——对〈民法典〉第 533 条的解读》，载《法制与社会发展》2021 年第 1 期，第 174－175 页；吴逸宁：《情势变更制度下的再交涉义务司法适用之反思——一个法经济学的视角》，载《政治与法律》2022 年第 1 期，第 146 页。

〔24〕韩世远：《再协商义务及其本土化》，载《月旦民商法杂志》2024 年第 3 期，第 40 页。

〔25〕Finkenauer, Kommentar zum BGB § 313, in: Münchener Kommentar zum BGB, 9. Aufl. 2022, C.H. Beck, Rn. 122.

〔26〕王轶：《民法典的规范类型及其配置关系》，载《清华法学》2014 年第 6 期，第 59 页。

〔27〕张素华、宁园：《论情势变更原则中的再交涉权利》，载《清华法学》2019 年第 3 期，第 148－149 页；韩世远：《情事变更若干问题研究》，载《中外法学》2014 年第 3 期，第 668 页；Eidenmüller, Neuverhandlungspflichten bei Wegfall der Geschäftsgrundlage, ZIP 1995, S. 1068.

〔28〕［美］Ian R. 麦克尼尔：《新社会契约论》，雷喜宁、潘勤译，中国政法大学出版社 2004 年版，第 83 页。

此，诚实信用原则虽然可以解释再交涉制度的正当性，但难以为再交涉制度的构造选择提供有效助益，故而有必要将再交涉正当性基础的研究视角从道义论转换为功能主义。“任何法律均有其意欲实现之目的，解释法律应以贯彻目的为主要任务。”〔29〕功能主义是从《民法典》所需要实现的功能出发，对《民法典》条款展开释意的解释范式。〔30〕遵循功能主义的研究范式，笔者首先对再交涉制度应当实现的制度功能进行梳理，然后逐一分析现有的关于再交涉制度法律构造的诸多观点能否充分实现这些应然功能，并尝试探寻最有利于实现再交涉制度应然功能的法律构造方案。

（一）再交涉制度的应然功能

1. 再交涉制度的主要功能

学界一般认为，再交涉制度的功能在于以下几个方面：第一，再交涉制度有利于尊重当事人意思自治。〔31〕情势变更发生后，法院或仲裁机构变更或者解除合同具有“他治”色彩，不可避免地存在干涉当事人意思自治的风险。私人是其自身利益的最佳判断者，情势变更发生后当事人最了解自己的利益和关切，通过重新协商更容易找到合理的解决方案，从而有利于将合同关系控制在自己手中而不是轻易地让法院或仲裁机构介入合同关系。再交涉制度体现了对当事人自主性和自律性的尊重，更有助于贯彻私人自治原则。

第二，再交涉制度有助于实现效率价值〔32〕，具体又体现在以下方面：首先，契约机制本身可以推动资源流向最能充分利用其价值的主体手中，有利于实现效率最大化。相较其他纠纷解决方式，再交涉为当事人提供了优化和调整合同的机会，有助于实现事后的效率性。〔33〕其次，再交涉制度有利于节约当事人纠纷解决成本。当事人之间已经存在的契约关系为再交涉提供了重要基础，再交涉程序中当事人无须付出缔约阶段所须承担的搜寻交易对象等成本，无须就不受重大情势变化影响的条款重新协商，节约了一定的交易成本。并且，再交涉制度要求当事人必须诚信交涉，进一步降低了磋商成本。〔34〕最后，再交涉制度有助于防止当事人轻率或者贸然地将纠纷诉诸法院或仲裁机构〔35〕，有利于节约司法资源，降低纠纷解决成本。

第三，再交涉制度有利于鼓励交易、最大限度维持合同关系的稳定性。〔36〕鼓励交易原则是合

〔29〕 杨仁寿：《法学方法论》，中国政法大学出版社 2013 年版，第 172 页。

〔30〕 许中缘：《论〈民法典〉的功能主义释意模式》，载《中国法学》2021 年第 6 期，第 187 页。

〔31〕 王利明：《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》，载《法商研究》2019 年第 3 期，第 9 页。

〔32〕 Eidenmüller, Neuverhandlungspflichten bei Wegfall der Geschäftsgrundlage, ZIP 1995, S. 1068; 宋春雨：《情势变更制度中再交涉义务研究——以法经济学为分析视角》，载《新疆大学学报（哲学社会科学版）》2023 年第 1 期，第 32 页。

〔33〕 吴逸宁：《情势变更制度下的再交涉义务司法适用之反思——一个法经济学的视角》，载《政治与法律》2022 年第 1 期，第 139 页。

〔34〕 张素华、宁园：《论情势变更原则中的再交涉权利》，载《清华法学》2019 年第 3 期，第 151 页。

〔35〕 朱广新：《情势变更制度的体系性思考》，载《法学杂志》2022 年第 2 期，第 11 页。

〔36〕 韩世远：《情事变更若干问题研究》，载《中外法学》2014 年第 3 期，第 666 页。

同法重要的价值目标〔37〕，尽管任何一种再交涉制度均不可能保证当事人必然交涉成功，但再交涉制度有助于推动当事人于情势变更后进行实质协商。“马一旦被牵到槽边，就更有可能喝水。”〔38〕再交涉制度可以提高当事人达成合意的机会，从而有利于在当事人间继续维持合同关系，实现鼓励交易之目标。

第四，再交涉有助于维持合同当事人间的良好关系〔39〕，强化当事人合作。通过再交涉程序解决纠纷，可以有效避免诉讼或仲裁程序对当事人之间的合作关系产生较大破坏。尤其在长期交易中，通过重新协商维持契约当事人间已经形成的持久信赖和合作关系，对于促进当事人间互利共赢具有重要意义。

笔者认为，尊重自治、实现效率、强化合作等属于再交涉制度的间接功能，而再交涉制度的直接和首要功能在于鼓励交易、促成当事人自行达成调整合同的合意。如果当事人没有协商成功，最终还需要通过法院或者仲裁机构解决纠纷，干涉自治和破坏合作关系的风险仍难以避免，且在较高诉讼成本之外还需要额外支出协商成本，实现效率也无从谈起。只有当事人协商成功，尊重自治、实现效率、强化合作等功能才能得到充分发挥。因此，鼓励当事人自行协商以达成调整合同的合意，应当成为再交涉制度的首要和直接制度功能。

2. 再交涉制度的附属功能

不得不承认的是，无论如何设计再交涉制度的法律构造，都只能提升协商成功的可能性，而不可能保证协商必定成功。如果当事人协商不成，只能通过法院或仲裁机构变更或解除合同的方式解决纠纷。再交涉、变更合同和解除合同是情势变更制度的三个法律效果〔40〕，三个效果之间并非完全孤立的关系，而是存在环环相扣的密切联系，制度设计时便有必要注重再交涉程序和后续的合同调整程序之间的联动。

合同的调整是一项非常复杂的任务，必须考虑复杂的合同条款、值得保护的当事人的各种利益以及与合同有关的各种情况。〔41〕根据《民法典》第 533 条的规定，公平原则是法院或者仲裁机构调整合同的基本标准，但此处的公平原则并非客观公平。如果法院或仲裁机构依照客观公平的标准决定调整合同方案，其便沦为完全脱离当事人合意的“社会工程师”，会不当戕害私人自治。〔42〕法院或仲裁机构依据客观公平原则重新为当事人设计合同内容加重了法院的负担，其后果

〔37〕 王利明：《合同法的目标与鼓励交易》，载《法学研究》1996 年第 3 期，第 93 页。

〔38〕 Unberath, Auf dem Weg zu einer differenzierten Streitkultur-Neue gesetzliche Rahmenbedingungen für die alternative Konfliktlösung, JZ 2010, S. 980.

〔39〕Andreas Nelle, Neuverhandlungspflichten zur Vertragsanpassung und Vertragsergänzung als Gegenstand von Pflichten und Obliegenheiten, 1. Aufl. 1993, S.133.

〔40〕 吕双全：《情事变更原则法律效果的教义学构造》，载《法学》2019 年第 11 期，第 41 页。

〔41〕 Norbert Horn, Neuverhandlungspflicht, AcP 181 (1981), S. 277.

〔42〕 Finkenauer, Kommentar zum BGB § 313, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2022, C.H. Beck, Rn. 46. 相反观点参见黄立：《民法债编总论》，中国政法大学出版社 2002 年版，第 93 页。

必然是进一步动摇法院的权威，最终会造成与其说是合同正义，不如说是法律上的不确定性。〔43〕情势变更发生后，尽管订立合同的基础发生了变化，继续按照合同约定履行对一方当事人明显不公平，但并不意味着合同对当事人完全丧失了拘束力。法院或者仲裁机构决定调整合同方案时，不应脱离当事人之间的合同约定，而是应当根据合同约定及相关背景因素，运用补充解释的方法探寻当事人假如考虑到重大情势变化将如何约定的假设意思。〔44〕假设意思所代表的公平价值与合同内容所表征之主观公平及社会一般观念意义上的客观公平均不等同，德国民法学家拉伦茨称之为“平衡性正义”（ausgleichende Gerechtigkeit）。〔45〕

通过补充解释探寻当事人推断意思的方法，固然有利于最大限度地维护私人自治，但在具体操作上存在较大难度。当事人订立合同时事实上没有预见到未来发生的重大情势变化，推断重大情势变化后当事人将如何约定也欠缺充分的事实依据。尽管假设意思是对合同内容进行规范性延伸的产物而不可能以经验上可验证的双方事实意愿为基础〔46〕，但法院或仲裁机构的补充解释作业也必须建立在一定的事实和信息基础之上，否则便存在滑向脱离当事人合意的“社会工程师”的风险。法院或仲裁机构对契约目的、合同风险分配、契约之利害关系的了解程度远远不及契约当事人，当事人再交涉的过程，通常可以展现重大情势变化对当事人利益状况的影响及各自希望的调整方案。即使最终协商失败，协商过程也可能无限接近帕累托最优的达成。当事人再协商过程本身可以为法院或仲裁机构推断当事人假设意思提供信息和事实依据，而信息提供功能便成为再交涉制度的附属功能。〔47〕

综上所述，从应然层面思考，再交涉制度的首要功能在于提升协商成功的概率，附属功能在于在当事人协商失败时为法院或仲裁机构变更或解除合同提供信息和事实支撑。

（二）再交涉义务说之检视

厘清了再交涉制度的制度功能，有必要对学界现有的关于再交涉制度法律构造的诸多观点能否充分实现上述功能进行全面检视。

1. 义务说之共有缺陷

如前所述，再交涉制度的首要功能在于促使当事人自行协商解决纠纷。前述在权利义务范畴内考察再交涉制度的诸观点，本质上均是通过对违反再交涉义务的行为规定一定的实体法上的不利后果，从而激励当事人于情势变更后积极地重新协商以争取自行解决纠纷，提升协商成功的概

〔43〕 Karl Larenz, Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung: die Bedeutung “veränderter Umstände” im Zivilrecht, C.H. Beck, 1963, S. 168.

〔44〕 韩富鹏：《合意漏洞填补视角下情势变更制度重塑》，载《清华法学》2024 年第 5 期，第 113 页；韩富鹏：《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》，载《财经法学》2025 年第 1 期，第 31 页。

〔45〕 Karl Larenz, Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung: die Bedeutung “veränderter Umstände” im Zivilrecht, C.H. Beck, 1963, S. 161 – 162.

〔46〕 Mitarbeiter Johannes Cziupka, Die ergänzende Vertragsauslegung, JuS 2009, S. 104.

〔47〕 实践中法院的类似做法，参见广州希界维影城有限公司深圳福田分公司与分众晶视广告有限公司等广告合同纠纷案，上海市第一中级人民法院民事判决书（2021）沪 01 民终 16356 号。

率。但认真思考，不宜高估再交涉义务构造对于提升协商成功概率的实际作用。

首先，将再交涉规定为法定义务的构造能够有效促进当事人合意达成的前提是存在较为清晰明确的义务违反认定标准。但实践中很难判断对方当事人拒绝磋商或者中断磋商的行为是否违反了再交涉义务，这也成了部分学者反对再交涉义务的主要理由。〔48〕第一，中断磋商的行为很难认定为违反了再交涉义务。协商合意的达成必然需要双方当事人互谅互让，即使双方当事人均本着最大善意和诚信积极协商，也可能最终协商失败。一方当事人中断磋商的行为属于其缔约自由的表现，很难认定为违反了再交涉义务。就《民法典》第 500 条规定的缔约过失行为，实践中，除非当事人存在明确的预约，通常不会因一方中断磋商而判决其承担缔约过失责任。〔49〕在与之类似的再交涉中，法院或仲裁机构通常也很难认定当事人之中断磋商的行为构成缔约过失。第二，即使对方当事人直接明确拒绝磋商，也可能是其坚持行使权利的表现〔50〕，不能一律认定为违反再交涉义务。实践中是否构成情势变更本身可能存在争议，即使对方当事人直接明确地拒绝协商也可能因为其认为不存在情势变更事实，从而坚持按照原合同主张合同权利。〔51〕由于再交涉义务违反的认定存在较大困难，即使法律规定了违反该义务当事人应当承担的不利后果，当事人也可以通过表面假意的磋商轻易地规避义务违反。而表面假意的磋商显然无法有效提升协商成功的概率，反而会无端浪费协商成本，法律自不应鼓励此类行为。

其次，将再交涉规定为法定义务的构造一般认为规定再交涉的义务可以激励当事人开启协商，而协商一旦开启便存在协商成功的概率，故而规定当事人再交涉的义务相较不规定这一义务总是提升了协商成功的可能性。但谨慎思考，这一推理可能也难以成立。第一，如前所述，即使规定再交涉义务也不一定能开启当事人间的重新协商，对方当事人拒绝协商的行为并不必然违反再协商义务。第二，双方当事人开启协商并非只有提升协商成功可能性的收益，同时也存在协商成本。如果当事人自行协商成功的概率较低，要求当事人重新协商的成本可能超过收益，设定再协商义务便可能不符合效率最大化的要求。

事实上，我们不宜高估当事人自行协商达成合意的概率。相较于初始缔约，再交涉过程中的确存在有助于促进调整合同合意达成的有利因素：双方当事人因存在基础契约关系，相互比较信任和熟悉；再交涉无须付出交易对象搜寻和部分条款的订约成本等。但其中的不利因素也不容忽视：第一，充分数量的具有进入市场意愿、能力和资格的主体是市场机制发挥作用的必要条件，而再交涉过程中存在典型的“双边垄断”，当事人只能选择与对方当事人进行协商调整合同而没有其他潜在的交易对象可供选择，严重影响了合意达成的可能性。第二，情势变更发生后双方当事

〔48〕 Finkenauer, Kommentar zum BGB § 313, in: Münchener Kommentar zum BGB, 9. Aufl. 2022, C.H. Beck, Rn. 122.

〔49〕 孙维飞：《〈合同法〉第 42 条（缔约过失责任）评注》，载《法学家》2018 年第 1 期，第 188 页。

〔50〕 尚连杰：《风险分配视角下情事变更法效果的重塑——对〈民法典〉第 533 条的解读》，载《法制与社会发展》2021 年第 1 期，第 174 页。

〔51〕 Christoph Thole, Renaissance der Lehre von der Neuverhandlungspflicht bei § 313 BGB?, JZ 2014, S. 448.

人可能存在严重的信息不对称，尤其在“目的障碍”型情势变更中，对方当事人可能对因情势变更受有不利影响的一方当事人愿意接受的调整方案完全无从知晓。第三，双务合同中双方追求的目标是对立的，调整合同总是意味着从一方索取而让另一方获益。〔52〕利益对立状态导致双方当事人不可避免地存在较强的对抗和抵触情绪，欠缺第三人斡旋的自行协商成功的概率不宜高估。更为重要的是，行为心理学研究证明人类存在系统性的盲目乐观的非理性倾向。〔53〕当事人在诉前往往对自己胜诉的机会过于乐观〔54〕，故而其在再协商过程中很可能提出非理性的要价，降低了协商成功的可能性。

综上所述，即使将再交涉规定为当事人应当承担的一项法定义务，也很难期待这一规定能够在较大程度上提升当事人协商成功的概率，义务说构造无法充分发挥再交涉制度合意促成的功能。现有的再交涉义务说构造基本诉诸当事人的自行协商，将再协商过程排除于法院或者仲裁机构纠纷解决程序之外。法院或者仲裁机构只能知悉当事人协商的结果，而对当事人协商的过程基本无从了解，再交涉程序为后续司法介入提供信息支撑的功能便也无从谈起。综上所述，现有的再交涉义务说构造可能无法充分发挥再交涉制度的应然功能。

2. 义务说不同观点之反思

如前所述，根据未履行再交涉义务应当承担的不利后果的差异，义务说存在不同分支。在论述义务说之共有缺陷之后，有必要就义务说不同分支观点的正当性进行逐一检视。

（1）前置程序说之反思

在再交涉制度法律构造的诸观点之中，前置程序说中的特别起诉条件说最有助于避免当事人轻易起诉以节约司法资源，但该观点也存在明显瑕疵。首先，当事人是否违反了法律义务并不影响诉讼的可受理性，而需要在诉讼过程中进行判断，未履行再交涉义务即不符合起诉条件与民事诉讼基本法理存在抵牾。其次，立案登记制改革后，立案时法院对当事人是否进行了事先交涉事实上缺乏审查的能力，“特别起诉条件说”在实践中欠缺可行性。再次，即使明确将协商不成规定为当事人因情势变更起诉变更或解除合同的特别起诉条件，该规则也很容易被当事人所规避。请求权基础并非当事人起诉必须明确的对象，法律适用是裁判者的义务和职责，原告只须提出诉请与事实陈述，而没有义务选择裁判依据。〔55〕只要当事人提出了解除合同的诉请，法院就有义务检视是否满足法律所有关于合同解除的规定。即使当事人以《民法典》第 563 条等其他解除权规范作为法律依据起诉，如果该纠纷不符合《民法典》第 563 条等解除权规范要件但符合情势变更要件，法院也应当支持当事人解除合同的诉请。由于其他解除权规范均未规定当事人间的再交涉义

〔52〕 Finkenauer, Kommentar zum BGB § 313, in: Münchener Kommentar zum BGB, 9. Aufl. 2022, C.H. Beck, Rn. 101.

〔53〕 Weinstein, N. D., *Unrealistic Optimism About Future Life Events*, 39 Journal of Personality and Social Psychology 806, 806－820 (1980).

〔54〕 Christoph Thole, Renaissance der Lehre von der Neuverhandlungspflicht bei § 313 BGB?, JZ 2014, S. 447.

〔55〕 吴香香：《请求权基础思维及其对手》，载《南京大学学报（哲学·人文科学·社会科学）》2020 年第 2 期，第 98 页。

务，当事人可以轻易地选择其他解除权依据而规避情势变更中的特别起诉条件。最后，特别起诉条件说将当事人的协商过程强制性地排除在法院或仲裁机构变更或解除合同的程序之外，再交涉制度应当具有的信息提供功能难以发挥，合意促成功能效果也大打折扣。如果协商没有成功，当事人最终还需要通过诉讼或者仲裁方式解决纠纷，特别起诉条件说所具有的节约司法资源的功能便也无从谈起。

不容否认的是，相较诉讼或者仲裁等纠纷解决方式，当事人自行协商化解纠纷在节约司法资源、维持当事人间合作信任关系、促进社会和谐稳定等方面均具有独特优势。坚持和发展新时代“枫桥经验”，把非诉讼纠纷解决机制挺在前面，具有其正当性和必要性，也是符合我国国情的必然选择。但引导当事人尽量通过自行协商等方式化解纠纷并非情势变更纠纷所特有的目标，单独在情势变更纠纷中设置“协商不成”的特别起诉条件，其正当性和必要性实存疑问。事实上，防止当事人轻率起诉可以通过诉讼费用等方式予以引导。如《德国民事诉讼法》第 93 条规定，如果诉讼并非因被告行为引起，且被告对于诉讼请求即时认诺的，诉讼费用由原告负担。根据这一规则，未进行充分谈判的一方当事人即使实质上完全胜诉也将承担诉讼费用，这有助于引导当事人起诉前穷尽庭外和解等救济方式，可以有效避免不必要的诉讼以减轻法院负担〔56〕，可资借鉴。

相较特别起诉条件说，将再交涉作为法院或仲裁机构裁判变更或解除合同而非当事人起诉或申请仲裁的前置程序，可以避免特别起诉条件说所面临的巨大理论和实践障碍，一定程度上更为科学可行。但谨慎思考，司法介入的前置程序说同样存在一些缺陷。首先，申请法院或仲裁机构变更或解除合同，是因情势变更受有不利影响的一方当事人唯一的救济方式。如果违反再交涉义务即剥夺当事人主张变更或者解除合同的权利，可能对当事人产生过分不利的影响。其次，民事诉讼原则上受严格审限的限制，要求法院一律等到双方当事人交涉完成后方可进行判决，可能违反关于审限的规定。而再交涉义务的履行难以通过判决和执行的方式实现，如果受有不利影响的一方当事人未履行再交涉义务，按照前置程序说法院只能驳回其变更或解除合同的诉讼请求，待义务履行后再行起诉。但这无疑将极大影响纠纷解决的效率，甚至可能造成程序空转。最后，根据司法介入的前置程序说，当事人协商不成是法院或者仲裁机构裁判变更或解除合同的前置条件。相较继续维持原合同，法院或仲裁机构变更或解除合同通常会对一方当事人产生不利影响。当事人有动机通过拖延协商的方式导致再交涉程序迟迟无法进行完毕，从而使得纠纷久拖不决，可能对双方当事人的利益均产生不利影响。

（2）非前置程序义务说之反思

非前置程序义务说主张违反再交涉义务并不影响当事人申请变更或解除合同的权利，也不影响法院或仲裁机构裁判变更或解除合同，但违反再交涉义务的一方当事人应承担一定的不利后果。按照这一观点，违反再交涉义务的救济可独立于情势变更制度。非前置程序义务说可以避免重新

〔56〕 Schulz, Kommentar zum ZPO § 93, in: Münchener Kommentar zur ZPO, 6. Aufl. 2020, C.H. Beck, Rn. 1.

协商过程的过分拖延影响当事人主张情势变更救济的权利，有利于提升纠纷解决的效率。但认真思考，非前置程序义务说也存在一定的缺陷。如前所述，根据违反再交涉义务所产生的不利后果的差异，非前置程序义务说又分为损害赔偿说、不真正义务说和两者混合说等观点，由于两者混合说只是将损害赔偿说和不真正义务说的法律效果叠加，笔者接下来主要对损害赔偿说和不真正义务说的观点进行评析。

首先，就损害赔偿说而言，由于重新协商未必能够成功且成功的概率也不宜高估，通说认为违反再交涉义务的损害赔偿范围仅为当事人的信赖利益损失，而不包括合同调整后的预期利益。〔57〕但只有在谈判者引起对方当事人合理信赖的情况下，中断磋商才构成缔约过失。尤其在对方当事人直接明确表示拒绝协商等场合，可能并不会产生多少值得法律保护的信赖利益，损害赔偿的激励功能可能失灵。另外，在具体个案中违反再交涉义务应当承担的信赖利益损害赔偿数额的认定本身可能存在较大难度，不得不赋予法官依照公平原则、诚信原则等抽象的一般法律原则进行自由裁量的权利。〔58〕但这不可避免地危及法律的确定性和可预测性，显然并非上策。由于损害赔偿范围的限制及损害的难以量化，赋予一方当事人损害赔偿请求权可能也无法督促当事人积极开展实质协商，损害赔偿说的制度构造模式也就难以发挥再交涉应当具有的合意促成功能。

其次，就不真正义务说而言，谨慎思考可以发现不真正义务说所主张的违反再交涉义务所产生的不利后果即对方当事人可以向法院或仲裁机构申请变更或解除合同，与是否违反再交涉义务之间不存在必然关系。情势变更发生后受有不利一方当事人有权向法院或仲裁机构申请变更或解除合同，体现了立法者基于公平原则考量通过司法权对严重失衡的合同履行进行干预和矫正的制度价值，并非对方当事人违反再交涉义务的结果。即使双方当事人均未违反再交涉义务但最终磋商失败，因情势变更受有不利一方当事人也可以向法院或仲裁机构申请变更或解除合同。因此，诉请司法介入的权利并非对方当事人违反再交涉义务的结果，不真正义务说没有对再交涉义务违反规定任何消极法律后果，与倡导性规范说本质上没有差异。

（三）再交涉倡导性规范说之检视

如前所述，由于是否违反再交涉义务本身难以认定，且义务说各种观点主张的违反再交涉义务产生的不利后果均存在一定的缺陷。正因如此，很多学者转而主张跳出权利义务的视角去理解再交涉制度，认为再交涉规范仅构成倡导性规范，违反该规范也并不会产生消极后果。倡导性规范说从根本上避免了义务说存在的诸多缺陷，但可能也非再交涉制度法律构造的最佳方案。

倡导性规范说最大的缺陷在于缺乏对情势变更后当事人重新协商的有效激励措施。“法律的首要目的是通过提供一种激励机制，诱导当事人事前采取从社会角度看最优的行动。”〔59〕倡导性规

〔57〕 Andreas Nelle, Neuverhandlungspflicht: Neuverhandlungen zur Vertragsanpassung und Vertragsergänzung als Gegenstand von Pflichten und Obliegenheiten, 1. Aufl. 1993, S. 322; 李颖轶：《作为规则的合同情势变更》，载《探索与争鸣》2020 年第 5 期，第 156 页。

〔58〕 韩世远：《情事变更若干问题研究》，载《中外法学》2014 年第 3 期，第 668 页。

〔59〕 张维迎：《信息、信任与法律》，生活·读书·新知三联书店 2003 年版，第 66 页。

范说对于情势变更发生后双方当事人的重新协商只是持鼓励和倡导态度，而不在权利、义务、责任等层面配置任何积极或者消极的有约束力的激励措施。因此，倡导性规范的实益较为有限〔60〕，即使规定了鼓励再交涉的倡导性规范，能够在多大程度上发挥对当事人积极诚信地重新协商之鼓励作用，殊值怀疑。如果情势变更后双方当事人预见到重新协商可以实现双赢，那么当事人就会愿意主动进行谈判〔61〕；如果存在一些信息不对称、对诉讼结果盲目乐观等阻却当事人谈判的不利因素，那么即使规定了再交涉的倡导性规范，上述不利因素也并没有从制度层面得到有效化解，当事人重新协商的积极性仍然得不到有效激发。可以说，倡导性规范说的构造一定程度上使得《民法典》第 533 条关于情势变更后再交涉的规定沦为赘文。

相当数量的赘文存在，显然会影响《民法典》的规范品性和立法质量。如果将某一规范理解为没有规范意义的赘文并不影响法律制度功能的发挥，其弊端尚属于可接受范围之内。但认真思考可以发现，将再交涉规范理解为倡导性规范将无法满足再交涉制度本应具有的功能需求。根据倡导性规范说，法律对待情势变更后的重新协商与对待一般交易的态度没有任何差异，因为任何合法有效的交易均有助于促进资源的合理配置，均应被法律所鼓励，鼓励交易本身便是合同法的重要原则。〔62〕但不容忽视的是，情势变更后的再交涉与一般交易之间存在一定的差异，相较于一般意义的鼓励交易，激励当事人于情势变更后积极地重新协商之必要性更强。

申言之，与一般交易的达成相比，情势变更后当事人重新协商成功具有更为重要的意义。首先，与一般交易相比，情势变更后当事人再交涉的机会成本较低。机会成本是主体未将资源用于其他可供选择的最佳用途而放弃的机会所联系的成本〔63〕，经济学上的成本应从机会成本角度理解。一般交易的达成意味着就同一标的当事人放弃了其他交易机会，而其他交易机会可能更有利于实现整体效率的最大化。而如前所述，情势变更发生后当事人可能欠缺其他交易对象选择，与对方当事人协商是达成合意的唯一途径，不存在可能较高的机会成本。其次，情势变更后当事人之间的再交涉具有较强的正外部性。如前所述，法院或仲裁机构处理情势变更纠纷具有较大的自由裁量权和一定的恣意性，不可避免地影响法律的确定性。较强的不确定性会增加当事人主张上诉、申请再审等后续救济的可能性，增加了纠纷解决的成本。〔64〕而这些成本并不能完全通过诉讼费等方式内化为当事人的成本，部分成本将由社会承担。而如果当事人重新协商成功，将避免后续高昂的纠纷解决成本，为当事人节省成本的同时也将产生一定的正外部效应。最后，如前所述，再交涉过程还具有为法院或仲裁机构后续介入提供信息和事实支撑的重要功能，即使协商失败当事人所付出的协商成本也不会完全被浪费。因此，相较于一般交易，法律理应对情势变更后当事

〔60〕 对倡导性规范实际价值的反思，参见朱庆育：《民法总论》（第 2 版），北京大学出版社 2016 年版，第 52－54 页。

〔61〕 Finkenauer, Kommentar zum BGB § 313, in: Münchener Kommentar zum BGB, 9. Aufl. 2022, C.H. Beck, Rn. 122.

〔62〕 罗昆：《鼓励交易原则的反思与合理表达》，载《政治与法律》2017 年第 7 期，第 25－38 页。

〔63〕［美］罗伯特·S. 平狄克、［美］丹尼尔·L. 鲁宾菲尔德：《微观经济学》，李彬译，高远校，中国人民大学出版社 2013 年版，第 211－212 页。

〔64〕 胡伟强：《〈侵权责任法〉中公平责任的适用——一个法经济学的解释》，载《清华法学》2010 年第 5 期，第 101 页。

人的重新协商提供更多的激励措施，将再交涉规范纯化为单独的倡导性规范无法充分发挥再交涉制度所应有的制度功能。

综上所述，无论是就违反再交涉义务的行为课以一定的消极实体法后果的义务说构造，还是主张将再交涉纯化为倡导性规范的倡导性规范说构造，均存在一定的制度缺陷，从而可能导致再交涉制度的应然功能无法得到充分发挥，这就有必要从新的视角为再交涉制度寻找其他的制度构造方案。

四、再交涉制度法律构造新路径——以“强制调解说”为中心

（一）情势变更后的再交涉可通过强制调解实现

如前所述，倡导性规范说欠缺实质的激励措施而无法满足再交涉制度的功能需求，将再交涉“义务化”具有其必要性。但传统的义务说构造均试图在实体层面为再交涉义务违反规定相应的不利后果，因是否构成再交涉义务违反本身难以判断且相应不利后果存在失之过严或失之过宽的缺陷，难言成功。笔者认为，可以转换视角通过程序法将再交涉义务法定化。德国学界也有学者认为，再交涉义务应通过程序法实现，审判阶段可以部分承担再交涉义务支持者所希望的实质性谈判义务具有的功能。[65] 但审判程序中法院受严格的辩论原则、处分原则约束，对实现再交涉所具有的功能可能力所不逮。笔者认为，可通过强制调解程序实现情势变更后双方当事人的再交涉。根据调解启动方式的不同，民事调解可分为任意调解和强制调解，前者中当事人可以任意选择是否启动调解程序，后者中调解程序是当事人起诉或者法院审判的前置程序。法律可将情势变更纠纷纳入强制调解制度的适用范围，情势变更后当事人起诉变更或解除合同的，人民法院或者仲裁机构应当先行调解，调解不成的方能作出变更或者解除合同的裁判。

相较于现有的以实体法不利后果为支撑的义务说和脱离权利义务范畴的倡导性规范说，强制调解说更能充分发挥再交涉制度应有的制度功能，具体理由如下：一方面，强制调解说有助于克服阻碍当事人交涉成功的一些不利因素，为当事人积极真诚地重新协商提供良好的协商环境。如前所述，情势变更后当事人之间信息不对称、对诉讼结果的盲目乐观等因素，是阻碍当事人协商成功的重要原因，传统的义务说和倡导性规范说对此均难以提供有效的纾解方案。强制调解说有助于缓解上述不利因素对再交涉的影响，为当事人重新协商提供良好的环境，有效提升协商成功的可能性。

首先，通过提交起诉状、答辩状和法庭调查、法庭辩论等环节，双方当事人已经能够对彼此的诉求及争议焦点有所把握，有助于减少双方当事人之间的信息不对称，促使双方当事人在认清自身攻防优劣的基础上进行更理性、务实的对话和协商，从而提升协商成功的可能性。其次，法院介入的调解程序有助于减少当事人对诉讼结果的盲目乐观，从而降低其对协商成功的阻碍。法

〔65〕 Christoph Thole, Renaissance der Lehre von der Neuverhandlungspflicht bei § 313 BGB?, JZ 2014, S. 450.

官对当事人争执的实质问题的把握和对法律规范的熟悉，特别是案件一旦进入庭审程序，法官所拥有的事实认定和作出判决的权力，是司法调解所具有的独特优势。〔66〕反对协商方案的一方当事人通常只能在审判期间对诉讼前景的评估发生变化时作出反应，例如在法院对情况提出初步看法时。〔67〕此时，当事人对诉讼结果的盲目乐观心态可能逐步消散，可以更加务实、理性地与对方当事人积极协商，协商成功的可能性更高。再次，强制调解程序中法院作为第三方可以成为当事人沟通的桥梁和纽带，沟通双方当事人的意思，还可以以积极主动的态度说服双方形成合意。〔68〕这有助于减少当事人之间因利益冲突而产生的对抗心理，进一步提升协商成功的概率。最后，强制调解有助于激发当事人真诚协商的积极性。如果坚持调解启动的自愿原则，一些当事人即使具有一定的调解意愿，但可能担心参与调解被认为示弱而对自己产生不利影响，因此选择拒绝调解的诉讼策略。强制调解恰恰为此类当事人提供了以强制为理由半推半就与对方当事人对话的机会，一旦进入调解程序，此类当事人自然会在对抗的表象下流露出潜在的合作意向，并积极捕捉和培育对方的和解苗头〔69〕，可以有效提升调解成功的概率。

另一方面，强制调解说可以为当事人积极充分地进行再交涉提供妥当的积极和消极的激励措施，有效激励当事人积极充分地进行协商。民事诉讼法存在一系列的“调解合意诱导机制”，包括消极制裁和积极鼓励两方面。首先，有强制性制裁措施的保障，是民事强制调解强制性的重要表现。民事诉讼法对违反强制调解义务的当事人规定了一系列制裁方式，典型的制裁措施包括：第一，当事人无正当理由拒不到场接受调解，法院可以根据《中华人民共和国民事诉讼法》第 113 条给予一定数额的罚款。〔70〕第二，如果一方当事人拒绝调解，法院认为这种拒绝并不合理，即使该方在诉讼中胜诉，法院也可能判处该方承担诉讼费用，以示惩罚。〔71〕更为重要的是，相较于实体义务说中是否存在再交涉义务违反行为难以判断的困境，强制调解说中法院介入当事人的再交涉，可以更为直观地观察当事人的重新协商过程，可以通过如指定调解日没有到场等具体行为认定再交涉义务违反。其次，对积极协商的当事人法律还存在一些积极激励措施。如根据《诉讼费用交纳办法》第 15 条的规定，以调解方式结案或者当事人申请撤诉的，减半交纳案件受理费。这有助于促进双方当事人积极协商，以争取调解成功。

此外，强制调解说还有助于发挥再交涉制度为法院或仲裁机构后续介入提供信息和事实依据的附属功能。强制调解说中法院或仲裁机构直接介入当事人的再交涉过程，通常可以全面地观察当事人重新协商的全过程，对于重大情势变化对当事人利益状况的影响及当事人各自希望的调整方案能够做到清晰全面的了解。即使最终没有调解成功，调解过程也可以为法院裁判提供重要的

〔66〕 唐力：《在“强制”与“合意”之间：我国诉讼调解制度的困境与出路》，载《现代法学》2012 年第 3 期，第 95 页。

〔67〕 Christoph Thole, Renaissance der Lehre von der Neuverhandlungspflicht bei § 313 BGB?, JZ 2014, S. 447.

〔68〕 唐力：《在“强制”与“合意”之间：我国诉讼调解制度的困境与出路》，载《现代法学》2012 年第 3 期，第 88 页。

〔69〕 王阁：《民事强制调解研究》，法律出版社 2023 年版，第 185 页。

〔70〕 王阁：《民事强制调解研究》，法律出版社 2023 年版，第 21、253 页。

〔71〕［澳］娜嘉·亚历山大主编：《全球调解趋势》（第 2 版），王福华等译，中国法制出版社 2011 年版，第 153 页。

信息和事实支撑。

同时值得注意的是，再交涉强制调解说的制度构造与民事诉讼基本法理更加契合。如前所述，法院变更或解除合同的基本依据是寻找最为符合双方当事人可推断共同意思之方案。但是，何种方案最符合双方当事人可推断意思、最有利于双方利益最大化，因情势变更而受有不利影响的当事人在起诉时通常尚不能充分了解，故而法院最终认定的方案可能超出原告的诉讼请求。有观点认为，情势变更纠纷中应适当扩大法官权限，法官可依据公平原则决定变更或者解除合同，具体方案可不限于原告诉讼请求。〔72〕但是，这种处理方案明显违背了处分原则，不出意外地遭到了学者的反对。〔73〕如果在判决前引入强制调解程序，法官可以与当事人讨论其认为的可以考虑的解决方案，并让当事人有机会提出相关诉讼请求。〔74〕即使最终调解失败，法院判决也可以在不违背处分原则的前提下最大程度地契合公平原则。

综上所述，强制调解说可以最大程度地发挥再交涉的制度功能。并且，司法调解在我国多元化纠纷解决体系中具有深厚的历史传统和强大的制度惯性，多数法官对调解的时机、技巧、策略均非常了解，法院组织调解通常无须消耗较高的成本。《民法典》第 1079 条第 2 款、《最高人民法院关于适用简易程序审理民事案件的若干规定》第 14 条对离婚案件、劳务合同纠纷、宅基地和相邻关系纠纷、合伙合同纠纷等纠纷类型均规定了强制调解规定。比较法上，尽管各国对强制调解的态度各异，但总体来讲，强制调解已成为各国扩大调解适用的一种趋势。〔75〕可见，无论是在我国还是国外，强制调解均已经成为重要的纠纷解决制度选择。将情势变更纳入强制调解程序的适用范围，并不会对现有的纠纷解决体系产生冲击和破坏。

（二）强制调解说面临的质疑及回应

1. 强制调解说面临的质疑

首先，强制调解说的制度构造可能存在强烈的“超父爱主义”色彩，构成对当事人意思自治的过分限制。强制调解在程序上具有非自愿性特征，具有明显的法律家长主义色彩。〔76〕重新协商并非“有百利而无一害”，而是需要耗费一定的协商成本。当事人是自身利益的最佳判断者，最为了解重新协商是否符合其自身利益。但根据强制调解说，是否启动或者继续重新协商程序并不由当事人自主决定，双方当事人均有义务积极配合法院组织的调解程序，法院无须考虑当事人是否具有再协商的意愿，一律应当先行组织调解。这样的制度构造体现了“国家比个人还清楚自身利益”的“超父爱主义”，过分排斥了当事人的意思自治，也违背了效率价值目标。

其次，强制调解说的制度构造可能使得当事人的重新交涉笼罩在司法介入的阴影之下，从而

〔72〕 李颖轶：《作为规则的合同情势变更》，载《探索与争鸣》2020 年第 5 期，第 155 页。

〔73〕 张海燕：《合同解除之诉的解释论展开》，载《环球法律评论》2022 年第 5 期，第 96 页。

〔74〕 Vgl. Helmut Köhler, Die Lehre von der Geschäftsgrundlage als Lehre von der Risikobefreiung, in 50 Jahre Bundesgerichtshof Festgabe aus der Wissenschaft, Band 1, Bürgerliches Recht, Verlag C.H. Beck München, 2000, S. 326.

〔75〕 齐树洁：《强制调解的国外实践与探索》，载《人民调解》2022 年第 12 期，第 57 页。

〔76〕 杨翔、奉鑫庭：《民事调解中的法律家长主义若干问题研究》，载《湖南科技大学学报（社会科学版）》2020 年第 2 期，第 91 页。

无法促进实质的自主交涉。调解失败后法院或仲裁机构需要就情势变更纠纷进行裁判，当事人势必在调解过程中仅提供被法院认为对自身有利的事实与信息。受法官后续介入结果影响的再交涉，不仅无益于促进协商成功，还会对合意形成产生巨大阻碍。〔77〕

最后，强制调解说的制度构造可能存在“强制合意”的危险。受“调解优先”司法政策和“调解结案率”考核机制的影响，高调解率成为法院相互攀比的竞争指标，甚至出现了“搞定就稳定、摆平就是水平、无事就是本事”的现象。〔78〕这在一定程度上导致法院为盲目追求高调解率而出现“以判压调”“久调不判”的现象，我国民事诉讼呈现调审合一的程序结构，主持调解的合议庭或者独任制法官同时又是有权作出判决的审判组织，对调解失败后的纠纷处理享有司法权。因此，很难避免实践中一些审判组织出于自身利益的考量，利用司法权强制当事人接受调解方案、扭曲当事人合意形成机制而形成“强制合意”的现象。情势变更纠纷的法律效果具有较强的不确定性，法院不可避免地享有较大的自由裁量权，进一步加剧了“以判压调”强制当事人形成合意的风险。

2. 对上述质疑的回应

不容否认的是，上述质疑在一定程度上揭示了情势变更再交涉制度强制调解说构造存在的缺陷。但笔者认为，这些质疑并不能否认强制调解说制度构造的正当性。

首先，强制调解并不构成对当事人意思自治的过分限制。每个人是其自身利益的最佳判断者故而应当最大程度地尊重当事人意思自治之命题，建立在新古典经济学理性人假设之上。但具体交易活动中的人是现实的人而非抽象的人，有时不可避免地偏离理性人假设。如前所述，当事人对诉讼结果的盲目乐观、因利益冲突而存在的对抗情绪、害怕因再交涉而表现出弱势姿态等非理性心理因素可能导致当事人对再交涉呈现出非理性的排斥。强制调解有助于帮助当事人克服上述非理性因素而从调解程序中获益，虽然具有一定程度的法律家长主义色彩但具有实质正当性。调解自愿原则的核心在于结果意义上的自愿，强制调解中的强制只是一种形式意义上的强制而非实质意义上的强制。〔79〕即使强制进入了再交涉程序，当事人也可以通过明确表示拒绝交涉的意愿等方式尽快终止再交涉程序，并不会因重新协商过分拖延对当事人产生过分不利的影响。另外，调解程序中部分协商成本可以被社会化，强制开启再交涉程序对当事人利益可能造成的不利影响尚属于可接受范围。综合考量强制调解的利弊得失，应当认为其对当事人意思自治的限制具有必要性和正当性。

其次，后续司法介入的阴影不会影响强制调解说的正当性。再交涉必然在法律的阴影下进行，双方都不可避免地会将预期的司法裁决纳入其考虑范围。〔80〕即使当事人再交涉的过程完全脱离于法院，当事人在再交涉的过程中通常也只提供对自己有利的信息。但这不会影响重新协商的质量

〔77〕 吴逸宁：《情势变更制度下的再交涉义务司法适用之反思——一个法经济学的视角》，载《政治与法律》2022 年第 1 期，第 145 页。

〔78〕 李喜莲：《法院调解优先的冷思考》，载《法律科学》2010 年第 2 期，第 14 页。

〔79〕 王阁：《民事强制调解研究》，法律出版社 2023 年版，第 34 页。

〔80〕 Hein Kötz, Europäisches Vertragsrecht, 2. Aufl. 2015, Mohr Siebeck, S. 204.

和达成合意的可能性，双方当事人运用一定的谈判策略，最终仍可能达成帕累托最优之状态。

最后，调解制度所存在的“强制合意”的风险，并不构成反对强制调解说的充分理由。尽管存在“以判压调”等缺陷，但从整体来看，调解制度契合了中国社会主流文化的价值观、道德观以及追求和谐的社会目标，在我国多元化纠纷解决体系中扮演着重要角色，是符合我国国情、突出体现以人民利益为中心、可以有效应对“世界百年未有之大变局”风险挑战的纠纷解决方式。〔81〕通过完善法院考核机制、妥善理清调审之间关系等方式，可以有效缓解调解制度可能造成的强制合意的风险。

综上所述，尽管强制调解说不可避免地存在一些质疑和缺陷，但这些质疑无法动摇强制调解构造的正当性基础，情势变更再交涉制度采强制调解的制度构造仍是利大于弊的最佳选择。

（三）强制调解说的具体构造

如上所述，情势变更后的再交涉可通过法院的强制调解程序进行。接下来，还有必要对如何通过强制调解制度实现再交涉程序的具体构造进行精心设计。

1. 调解的启动方式

强制调解程序对法院和双方当事人均具有约束力，法院有义务就情势变更纠纷先行组织调解，当事人有义务积极、真诚、充分地参与调解。对于情势变更纠纷来讲，强制调解可以由一方当事人申请启动。根据《民法典》第 533 条之文义，因情势变更而受有不利影响的一方当事人有权主张再交涉，自不待言。笔者认为，对方当事人也可以请求再协商，以作出一定让步为代价达成变更或解除合同之合意。同时，强制调解程序也可以由法院依职权启动。值得注意的是，情势变更规范的适用只能由当事人通过起诉或者抗辩的方式主张，法院不能依职权适用。〔82〕只有一方当事人主张情势变更后，法院方能依职权组织强制调解。

2. 调解的启动时间

首先，强制调解分为诉前强制调解和诉中强制调解。前者是当事人起诉的前置程序，强制调解启动于当事人起诉前；后者是法院裁判的前置性程序，强制调解启动于当事人起诉后。笔者认为，情势变更纠纷再交涉制度应采诉中强制调解的制度构造。诉前强制调解基本等同于前述的特别起诉条件说之观点，而特别起诉条件说之缺陷前已全面述及。起诉后启动强制调解程序，更有利于发挥再交涉制度的制度功能。当然，诉中强制调解的构造并不排除当事人诉前选择自行协商。诉讼或仲裁本身是需要较高成本的纠纷解决方式，当事人自行协商达成合意理应更为法律所鼓励。

其次，调解在诉前准备阶段即可启动。一方面，诉前准备阶段通过证据开示程序和争点整理程序的导入，强化了当事人之间促进诉讼的义务，双方当事人进行协商的案件信息已相当充分，

〔81〕 廖永安：《调解的当代价值与科学定位》，载《中国法治》2023 年第 11 期。

〔82〕 邱聪智：《新订民法债编通则》（下），中国人民大学出版社 2003 年版，第 260 页；杨芳贤：《民法债编总论》（下），三民书局 2017 年版，第 110 页。

组织调解程序具有可行性。另一方面，强制调解程序中一定程度上存在调审不分、以判压调的现象，可能不可避免地戕害当事人间的意思自治。在审前阶段组织调解，可以做到有限度的调审分离〔83〕，以缓解强制调解程序可能对意思自治产生的不利影响。同时，审前准备阶段处于诉讼程序的早期，在这一阶段启动调解受到审限的压力较小，可以获得较为充分的调解时间，提升调解成功的概率。

3. 调解的进行

强制调解的运行流程与普通民事调解不存在明显差异，主要包括五个基本环节：调解的准备—调解员的说明和告知—当事人陈述和事实调查—调解员的引导、说服和协调—调解方案的形成。〔84〕目前，理论上对于调解策略和技巧的研究相对不足，未来有赖法官等结合实践经验进一步总结和反思。由于情势变更纠纷中双方当事人存在较为严重的信息不对称，调解程序不宜完全采取“背靠背”的方式，而可以适当采取“面对面”等方式加强双方当事人的交流，减缓可能存在的不信任和对抗情绪。同时，即使采诉中强制调解的构造，也可以通过委托调解、协助调解等方式邀请与案件具有一定联系的企事业单位、社会团体、个人参与调解，以充分利用我国丰富多元的调解资源，进一步提升调解成功的概率。

4. 调解的终结

调解的终结是指调解程序的结束，一般包括调解成功和调解失败两种情形。调解成功是指通过调解双方当事人达成协议，此时可以通过制作调解书或者撤诉等方式结案。调解失败是指经过调解双方未达成调解协议。为了避免久调不判影响纠纷解决效率，规定较为明确的调解失败标准便尤为必要。首先，强制调解一般会有期限的限制，一定期限内未达成调解协议调解即宣告失败，如《德国民事诉讼施行法》第 15a 条第 2 款规定诉前强制调解的期限为 3 个月。〔85〕即使没有明确的调解期限规定，诉中调解期限势必受到审限的约束，调解程序并不会过分拖延。其次，即使在调解期限内，如果法官认为达成调解协议几乎无望，也可以依职权终结调解程序。如果一方或者双方当事人没有调解意愿，也可以向法院请求终结调解程序。

5. 调解与审判的衔接

调解成功后，当事人可以获得具有执行力的调解书，无须再进行审判程序。而调解失败后，需要通过审判程序解决当事人之间的情势变更纠纷。由于诉中强制调解启动于案件发生诉讼系属之后，调解失败后直接由法院续行之前的诉讼程序即可。对于开庭前组织的调解，当事人不能达成调解协议的，法院可将庭前调解转换为证据交换，固定证据和当事人的争点。同时，尽管再交涉具有为法院后续司法介入提供信息和事实支撑的功能，但也应注意当事人在调解程序中为达成调解协议作出妥协而认可的事实，不得在诉讼中作为对其不利的证据。就当事人在再交涉过程中

〔83〕 唐力：《在“强制”与“合意”之间：我国诉讼调解制度的困境与出路》，载《现代法学》2012 年第 3 期，第 94 页。

〔84〕 王阁：《民事强制调解研究》，法律出版社 2023 年版，第 236 页。

〔85〕 Einführungsgesetz-Zivilprozessordnung, Verkündungsblatt ausgewertet bis 30.01.2024, § 15a.

作出的陈述和提供的信息，法院需要区分该陈述和事实属于当事人对自身就情势变更后合同纠纷处理方案意愿的表达还是为达成调解协议作出妥协而认可的事实，前者可以作为法院决定变更或解除合同方案时重要的参考，而对于后者法院在审判程序中应尽量避免受该部分信息的影响。在审判程序中，应当为当事人提供对调解程序中所提供信息作进一步说明的机会，以帮助法官更好地区分不同的信息类型。

五、结语

情势变更发生后当事人订立合同的交易基础发生了重大变化，继续履行原合同对一方当事人明显不公平，而直接由法院或仲裁机构变更或解除合同又存在干涉当事人意思自治、破坏当事人间信赖和合作关系、耗费较高纠纷解决成本等缺陷，故而由当事人自行重新协商以达成纠纷解决方案之合意无疑应为法律制度所鼓励。《民法典》第 533 条在我国法中首次引入了再交涉制度，对于鼓励交易、节约成本、尊重自治、强化合作等具有重要价值，上述价值实现的根本在于提升协商成功的概率。但是，学界现有的关于再交涉制度构造的“前置程序说”“义务说”“权利说”“不真正义务说”“权利义务混合说”“倡导性规范说”等诸多观点均无法最大程度地实现再交涉制度所应当具有的合意促成功能。对此，可将情势变更纠纷纳入强制调解的适用范围，通过强制调解制度进行再交涉程序。情势变更后当事人起诉变更或解除合同的，人民法院或者仲裁机构应当先行调解，调解不成的方能作出变更或者解除合同的裁判。虽然强制调解说也不可避免地存在一些缺陷、面临一些争议，但总体来看，强制调解说的制度构造最能充分实现再交涉制度的应然功能。实体权利的实现有赖妥当的诉讼构造，实体制度构造也有必要与程序法更为深度地融合。笔者尝试运用实体和程序融合的方法对再交涉制度的法律构造进行了初步尝试，未来实体法和诉讼法之间跨法域研究的进一步繁荣昌盛，还有赖法学界和实务界的共同努力。

On the Legal Construction of the Renegotiation in the Change of Circumstances

HAN Fupeng

Abstract: Article 533 of the *Civil Code* introduces the renegotiation for the first time in the change of circumstances. There are many views in the academic community, such as ‘pre-procedure theory’, ‘obligation theory’, ‘rights theory’, ‘unreal obligation theory’, ‘mixed rights and obligations theory’, ‘advocacy norm theory’, etc., which need to be further clarified. From the perspective of institutional function, the primary function of the renegotiation is to

enhance the probability of successful negotiation between the parties in order to respect autonomy, encourage transactions, strengthen cooperation and maximise efficiency, and the subsidiary function is to provide the necessary information and factual basis for the court or arbitration institution to change or terminate the contract when the negotiation fails. Existing institutional construction programmes in the academic world are unable to fully achieve the due function of the renegotiation, and it is necessary to change the perspective and seek new programmes. The renegotiation can adopt the institutional structure of compulsory conciliation. After the change of circumstances, if the party sues to change or rescind the contract, the people's court or arbitration institution shall first conciliate, and only if the conciliation fails shall the decision to change or rescind the contract be made. Compared with other options, the mandatory conciliation construction can most fully realise the function of the renegotiation.

Keywords: Change of Circumstances; Renegotiation; Compulsory Conciliation; Consensual Facilitation

（责任编辑：楼秋然　汪友年）