

默示在变更合同中的适用

廖皓

华东政法大学法律学院, 上海

收稿日期: 2023年6月8日; 录用日期: 2023年7月21日; 发布日期: 2023年7月31日

摘要

默示行为是否构成意思表示需要进行解释, 并且基于默示行为的表意间接性和特殊表示方式, 应当采规范性解释的思路。推断解释出的默示意思表示可以适用于合同变更, 不与合同变更禁止推定规则相冲突。在具体适用上, 默示变更在继续性合同中更为常见, 租赁合同中, 双方在合同期限届满后仍然履行合同的义务将被认定为合同期限的变更, 而劳动合同中, 因为用人单位调岗调薪的用工自主权和较高的合同变更频率, 默示变更在此发挥重要作用。对于一时性合同, 法院对默示变更合同的认定却极为谨慎, 不仅要求明确的意思表示, 在一些对权利人影响较大的事项如放弃权利时, 甚至要求明示的意思表示。

关键词

默示, 意思表示, 合同变更

Application of Implied Conduct in Contract Modification

Hao Liao

School of Law, East China University of Political Science and Law, Shanghai

Received: Jun. 8th, 2023; accepted: Jul. 21st, 2023; published: Jul. 31st, 2023

Abstract

It needs interpretation as to whether or not the implied conduct constitutes an expression of intention. Based on the indirectness and special expression of the implied conduct, the normative interpretation approach shall be adopted. Inferred expression of intention may be applied to the modification of a contract, which is not conflict with the rule of presumption against modification prohibition. In terms of specific application, implied modifications are more common in continuing contracts. For example, in a lease agreement, the performance of the contractual obligations by both parties upon the expiration of the contract term shall be deemed as an amendment of the

contract term. However, in an employment contract, an employer has the autonomy to adjust the position and salary and the frequency of amendments to the contract is higher. However, for temporary contracts, the courts are extremely cautious in identifying the implied modification of the contract. They not only require the explicit declaration of intent, but even the express declaration of intent in the cases which have great impact on the right holder, for example, the waiver.

Keywords

Implied Conduct, Manifestation of Intent, Contract Modification

Copyright © 2023 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

1. 问题的提出

实务中以言语、文字形式变更合同的情况较好认定，但是若以某种具体的行为或者沉默变更合同，处理起来却比较复杂，比如双方签订契约，合同履行时，一方不按照合同约定履行，另一方不表示异议，并接受了对方的履行。此时合同是否变更，具言之，另一方是否还可以主张履行原契约，或者诉请违约。合同的变更本身是以新的合同来替代原来的合同，适用合同的成立和生效的规则[1]。因此判断双方的合同是否变更，需要判断双方是否达成新的合意。

《民法典》第 140 条规定：“行为人可以明示或者默示作出意思表示。“明示的表示是指表意人以语言、文字或者其他符号明确表达特定效果意义。默示的表示，亦称“可推断意思表示，是指从表意人的某种行为推断出特定效果意义的意思表示[2]。可据以推断出特定效果意义的行为既包括积极的行为(作为)，也包括消极的行为(不作为)。最高人民法院印发《关于贯彻执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见(试行)》的通知(已废止)第 66 条规定：“一方当事人向对方当事人提出民事权利的要求，对方未用语言或者文字明确表示意见，但其行为表明已接受的，可以认定为默示。不作为的默示只有在法律有规定或者当事人双方有约定的情况下，才可以视为意思表示。”

综上可知，默示意思表示包括作为和不作为，前者是以行为表示同意，可以作为意思表示，后者是单纯的沉默，只在特定情况下作为意思表示。但是行为是否可以认定为表示同意的意思表示，需要进行解释，而且默示意思表示作为一种解释出来的意思表示，是否可以作为合同变更的方式以及具体适用的情况，需要进行探讨。

2. 默示意思表示的解释

与其他意思表示解释侧重内容的解释不同，默示意思表示解释重点为是否构成意思表示的解释。传统理论认为，意思表示的解释，是指通过文义解释、体系解释等方法确定表意符号的意义[2]。但是德国当代主流观点认为，意思表示解释不仅包括意思表示内容的解释，还包括是否构成意思表示的解释[3]。对于默示意思表示而言，默示意思表示是根据某一行为推断出意思表示，其中推断的过程其实就是意思表示成立与否的解释过程，因此默示意思表示天生需要进行解释。而且解释更加偏向于是否成立意思表示的解释，一方面，因为其表意具有间接性，效果意思是通过一项为了其他目的的行为表示出来的，该行为是否具有表意性，能否成为意思表示并不明确，需要进行解释；另一方面，因为默示意思表示一般没有言语、文字等可以进行内容解释，所以解释的重点集中在行为是否成立意思表示。

除此之外，默示意思表示解释应为规范性解释。意思表示的解释一般认为存在主观解释与客观解释，主观解释是指从表意人的角度进行解释，探求表意人的内心真意，客观解释是从相对人的角度进行解释，侧重于相对人的信赖保护。但是默示意思表示却在两种解释方法上都可能存在困境：首先，默示意思表示适用主观解释存在问题，默示意思表示具有表意间接性，其作出行为的主观心态可能是其他目的；适用客观解释也缺乏可操作性，因为明示的意思表示往往有语言、文字等作为依据进行解释，但是默示的意思表示是行为或者沉默，解释起来可能遇到困难。鉴于意思表示的表意间接性和表示方式特殊，从表意人或者相对人的视角都难以进行解释。此时可以寻求规范的角度进行解释，从追求公平正义的结果角度出发，考量“理性人”、“交易情境”[4]和“可归责性”等因素，平衡双方的利益。实务中，最高法院也认为，对于当事人可推测意思的把握，应当由法官在依据客观情形作出利益衡量的基础上得出，并结合诚实信用原则进行考量[5]。

3. 默示在变更合同中的适用

(一) 默示意思表示可以变更合同

默示意思表示是指可推断的意思表示，而《民法典》第 544 条规定：“当事人对合同变更的内容约定不明确的，推定为未变更。”该条被认为属于合同变更禁止推定规则，即禁止根据某种事实而推定当事人存在变更合同主观意愿的规则[6]。默示意思表示的推断属性和《民法典》第 544 条的“禁止合同变更推定”之间是否存在冲突留有疑问。因为事实上，推断和推定难以实质区分，推断是司法人员认定事实的一种思维方式，推定是以法律形式固定下来的推断，推断可以上升为推定[7]。那么是否应当认为需要通过推断才能得出的默示意思表示不能成为合同变更的方式呢？

答案应当是否定的，首先，对该条的文义进行解释，其中的约定不明确指向的是合同变更内容不明确。具言之，可以是没有达成约定，比如原来约定 30 日交货，后一方请求 15 日交货，另一方回复尽快交货，此时约定的交货时间不明确，推定为合同未变更[8]；也可以是达成的约定内容不明确，比如双方合同变更内容为货物质量标准“优秀”但是实务中只有“合格”与“不合格”的标准，此时的“优秀”无从确定其含义；还可以是变更的证据被涂改无法判断，双方各执一词，此时推定未变更[9]。综上可知，该条针对的是合同变更是否达成明确约定以及内容是否明确，若不明确则禁止推定合同变更。但是默示意思表示是指，某一行为是否构成意思表示是推断的，还没有到意思表示是否与另一方意思表示达成合意的阶段。因此并不冲突，默示意思表示可以适用于合同变更的场合。

与此同时，有学者提出，《民法典》第 544 条规定约定的合同变更协议的内容不明确，都要被推定为未变更，那么，如果变更合同没有用明示或默示的不含糊的方式进行约定，无法确定当事人变更合同的主观意愿，显然更不能够推定合同变更[6]。因此，在合同变更的场合，默示的意思表示必须明确不含糊，即：1) 一般不能是沉默(不作为)，沉默本身含义就模糊，可以是对他人意思表示的反对，也可以是对他人意思表示的赞同，而且根据《民法典》第 140 条第 2 款：“沉默只有在法律规定、当事人约定或者符合当事人之间交易习惯时，才可以视为意思表示。”因此沉默只有在少部分情况下才能认定为合同变更的意思表示；2) 行为中包含着“实施更新后的合同”的明显意图。

(二) 默示在变更合同中的适用

1) 继续性合同

默示变更合同的经典情形为继续性合同期限的变更。继续性合同期限即将届满，当事人一方继续履行合同项下的义务，另一方接受并不表示反对的，可以认为默示达成了对继续性合同期限的变更。比如《民法典》第 734 条规定：“租赁期间届满，承租人继续使用租赁物，出租人没有提出异议的，原租赁合同继续有效。”该规定就将出租人保持沉默的行为推断为同意继续出租租赁物的意思表示。这种继续

性合同特点在于权利义务的反复出现，只要合同期限届满时，双方有延长合同期限的合意，就无须就合同条款进行重新协商^[10]。因此若承租人在合同期限届满，仍然使用租赁物，出租人也不表示反对，此时租赁合同的期限延长，合同发生变更。

继续性合同因为它持续履行的性质，在长期履行过程中当事人之间的情况难免发生变化，变更合同比较常见，而且许多情况下都通过默示方式达成对合同内容的变更。但是仍然需要进行区分，不是任何情况下都属于合同变更。比如以下情形：在公寓租赁期间，承租人发现每月 2000 元租金的房屋存在安全隐患问题，出租人提出要对该房屋进行维修，请承租人搬到隔壁的每月 3000 元租金的空房间暂住一个月，承租人不置可否，搬到了隔壁租金每月 3000 元的房间。一个月之后，原房屋已经修好，出租人告知承租人搬回原房屋，承租人不置可否，又在每月 3000 元的房屋里面居住了一个月，出租人在此期间也没有提出任何异议。首先，对于第一个月，应当认为没有发生合同的变更，租金仍然是 2000 元，承租人虽然搬到了隔壁 3000 元每月的房间，但是不能认为双方默示达成了对房屋类型的合同变更合意。理由在于，房屋存在安全隐患，出租人对房屋进行维修并让承租人住到隔壁房间系出租人履行修理、更换的次给付义务；但是第二个月，原房屋已经维修好，出租人提出让承租人搬回原房屋，承租人不置可否，又住了一个月，应当认为承租人以自己的行为表示出变更，出租人对此没有提出异议，此时的出租人的沉默，至少有两种可能，“保留异议权利”或“予以默认”，但是对于继续性合同其持续履行的特点，法律情况亟待确认，出租人的沉默应当认定为“默认”，双方达成变更合同的合意，第二个月的租金应当认为是 3000 元。

默示在劳动合同等特殊继续性合同的变更中更为常见。《劳动合同法》第 35 条规定：“变更劳动合同的，必须采用书面形式。”即劳动合同的变更必须书面，这似乎是规定劳动合同必须以明示的文字形式进行变更，从而排除了默示变更的可能。但是根据《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律问题的解释(一)》第四十三条规定：“用人单位与劳动者协商一致变更劳动合同，虽未采用书面形式，但已经实际履行了口头变更的劳动合同超过一个月，变更后的劳动合同内容不违反法律、行政法规且不违背公序良俗，当事人以未采用书面形式为由主张劳动合同变更无效的，人民法院不予支持。”具言之，虽未采用书面的明示形式，但实际履行超过一个月，也能导致合同变更。实务中存在如下情形，用人单位通过邮件告知劳动者降薪事宜，劳动者未回复，但劳动者在降薪后的工资单上签字，并且继续上班，之后也并没有提出异议。劳动者数年后离职，主张用人单位拖欠工资，请求支付经济补偿金以及拖欠的工资¹。法院认为，工资单上详细记载了当月工资各项组成、扣减及数额情况，劳动者签字了就理应知晓其工资变化情况，若未能提供充分证据证实其就工资减少事宜向有关部门或者个人提出过异议，且距今已远超过 1 个月以上，故应当推定双方已就工资调整事宜达成了合意²。此时，劳动者的行为被推断为默示变更了劳动合同。事实上，劳动合同的变更相对于一般的继续性合同更为频繁，原因在于目前我国绝大部分的企业都实行由工资总额同经济效益挂钩的办法来确定企业工资总数。劳动者的劳动报酬不仅仅是过去的基本工资一项，而是还包括绩效工资，奖金，补贴，津贴等等，劳动者的每月工资不尽相同，有高有低。另外，企业享有用工自主权，可以根据员工的能力和表现等随时调整员工的工资，劳动合同中的工资事项呈现浮动变化，用人单位不可能每次都和劳动者签订新的劳动合同，因而默示变更劳动合同在此发挥重要作用，若劳动者再实际履行超出一定时间，法院也相对更倾向于认定当事人达成了默示变更合同的合意。

2) 一时性合同

一时性合同相对于继续性合同来说，合同的内容通常是一次给付就可以完成的^[1]。不仅变更的情况较少，也不像继续性合同一样有长期履行的过程作为双方合意的体现，因而法院认定默示变更时会更加谨慎，通过检索最高院的判决可以发现如下情况：

¹深圳华力宇电子科技有限公司与董国政劳动争议纠纷案，(2021)粤 0306 民初 30206 号民事判决书。

²吴忠飞与上海日光铜业有限公司劳动合同纠纷案，(2020)沪 01 民终 5810 号民事判决书。

对于合同实质性条款变更，由于不提出异议的行为至少存在“保留异议权利”或“予以默认”两种可能性的解释，当事人当时并未明确表示其沉默的真实意思，且诉讼中对此存在分歧，现行法律也并不承认以默认的方式变更合同³。

对于增加合同约定外义务，不作为的默示形式一般不能作为意思表示形式，只有在法律有明文规定或者当事人约定的情况下，才可以用作意思表示方式⁴。

对于履行期限等涉及违约的条款，未予明确表态的默示行为，虽然不能单独作为认定其同意逾期的事实依据，但结合其嗣后实际接收的行为，应当认为双方当事人以实际行为变更了原合同约定的期限⁵。

对于债务免除、移转或者放弃权利等对权利人影响较大的变更，认为债务的免除对于债权人权利有较大影响，需有明确的意思表示方能认定⁶。合同义务的移转，也必须采取明示的意思表示才能发生法律效力，默示的意思表示只有在法律有明确规定及当事人有特别约定的情况下才能发生法律效力，不宜在无明确约定或者法律无特别规定的情况下，推定当事人变更了合同内容⁷。除此之外，民事权利的放弃必须采取明示的意思表示，默示的意思表示只有在法律有明确规定及当事人有特别约定的情况下才能发生法律效力⁸。若合同变更的默示行为存在与否不明确，应当推定合同未变更⁹。

由此可知，法院在一时性合同的变更方面极为谨慎，要求必须有明确的意思表示，在对权利人影响较大的变更情形中，甚至要求必须采取明示的意思表示，在默示行为是否构成意思表示存在疑问时，应当推定为未构成，合同未变更。

4. 结论

默示变更合同需要经过两道门槛的检验，一个是默示行为能够被解释为意思表示，另一个是默示意思表示足够明确地导致合同变更。在具体适用上，默示变更合同能够结束法律状态的不确定，但也有可能损害当事人的意思自治，需要进行综合考量，在变更频率较高以及存在长期履行性质的合同中，默示的方式变更相对容易被法院认可。

参考文献

- [1] 韩世远. 合同法总论[M]. 北京: 法律出版社, 2018: 86, 591.
- [2] 杨代雄. 法律行为论[M]. 北京: 北京大学出版社, 2021: 141, 191.
- [3] Bork, R. (2016) Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs. https://www.mohrsiebeck.com/buch/allgemeiner-teil-des-buergerlichen-gesetzbuchs-9783161544477?no_cache=1
- [4] 杨代雄. 意思表示解释的原则[J]. 法学, 2020(7): 41-56.
- [5] 马洪, 洪婧. 合同解释与变更的认定和应用[J]. 人民司法: 案例, 2021(2): 96-99.
- [6] 杨立新. 合同变更禁止推定规则及适用[J]. 国家检察官学院学报, 2019(6): 3-18.
- [7] 何家弘. 论推定概念的界定标准[J]. 法学, 2008(10): 38-47.
- [8] 黄薇. 中华人民共和国民法典合同编解读[M]. 北京: 中国法制出版社, 2020: 282.

³佛山市顺德区德胜电厂有限公司与广东南华石油有限公司、广东省石油企业集团燃料油有限公司买卖合同纠纷案，最高人民法院(2006)民二终字第200号民事判决书。

⁴陈锡寿、汲崇权等与张德树、蒋咏梅其他合同纠纷案，最高人民法院(2014)民二终字第105号民事判决书。

⁵广厦建设集团有限责任公司与福州市台江区房地产开发公司的其他合同纠纷案，最高人民法院(2014)民一终字第155号民事判决书。

⁶秦皇岛华侨大酒店与秦皇岛市海港区工商行政管理局租赁合同纠纷案，最高人民法院(2011)民提字第304号民事判决书。

⁷韩南保等与广东兴和实业投资有限公司等合同纠纷案，(2020)最高法民终970号判决书。

⁸郭远军、李六生合同纠纷案，(2019)最高法民终780号民事判决书。

⁹黄世就与柯国庆民间借贷及股权转让纠纷案，(2015)民提字第211号民事判决书。

- [9] 最高人民法院贯彻实施工作领导小组. 中华人民共和国民法典合同编理解与适用[M]. 北京: 人民法院出版社, 2020: 560.
- [10] 崔建远. 行为、沉默之于合同变更[J]. 中外法学, 2014(3): 796-805.