

行为、沉默之于合同变更

崔建远*

摘要 合同约定了一定事实所导致的法律效果,在该事实出现以后,当事人一方所为一定行为含有的意思与该合同约定的法律效果正好相反,另一方当事人对此保持沉默,没有主张该合同约定的法律效果。此时,应当认定当事人一方所为行为与另一方当事人的沉默达成了变更该合同的合意,该合同已经变更。合同约定的存续期限即将届满,合同项下的义务已经基本履行完毕,当事人一方却主动履行尚不存在的义务,相对人接受的,应当视为变更了合同的存续期限。当事人一方明确表示变更交货时间,另一方当事人未为明示的表示,但所为给付正好符合变更后的交货时间,而与既存合同关于交货时间的约定不一致。在这种情况下,该履行行为应视为对变更交货时间的意思表示的同意。

关键词 合同变更 意思表示 合意 行为 沉默

引言

《中华人民共和国合同法》(以下简称为“《合同法》”)第 77 条规定,当事人双方可以合意变更合同,第 78 条强调“当事人对合同变更的内容约定不明确的,推定为未变更”。此处所谓“约定不明确”,或其反面“约定明确”,在以言词、文字变更合同的情况下,相对容易认定。但仅仅存在某种或某些具体的行为,甚至是沉默,当事人一方就据此主张合同已经变更,应否得到支持?这是越来越常见且亟待解决的现实问题。就此笔者梳理和总结实务中案例,发表意见,谨供批评。

* 清华大学法学院教授。本评释系全国哲学社会科学基金重点项目《法学方法论与中国民商法研究》(批准号:13AZD065)的阶段性成果。对资助谨表谢意!

—

合同约定了一定事实所导致的法律效果,在该事实出现以后,当事人一方所为一定行为含有的意思与该合同约定的法律效果正好相反,另一方当事人对此保持沉默,没有主张该合同约定的法律效果。此时,应当认定当事人一方所为行为与另一方当事人的沉默达成了变更该合同的合意,该合同已经变更。

例如,某《ZC 无机发泡保温板联营协议》约定:“首次付款:数额为协议履行保证金总额的80%,计人民币104万元。须在本协议签署之日起6个工作日内,由甲方将款项划拨到本协议乙方账户内,逾期则本协议自动终止。二次付款:当乙方在规定时间内对生产线安装、调试完毕,且试生产产品合格(达到设计标准)后,甲方支付协议履行保证金的剩余款项,计人民币26万元,款项划拨到本协议乙方账户内。”

该协议的实际履行情况是,甲方并未依约将104万元人民币的保证金划拨到本协议乙方账户内。不过,甲乙双方仍然继续履行系争《ZC 无机发泡保温板联营协议》,乙方在约定时间内对生产线安装、调试完毕,且试生产的产品合格(达到设计标准)。这表明系争《ZC 无机发泡保温板联营协议》并未自动终止,而且直至诉讼,甲乙双方也未主张系争协议业已终止。

乙方依约对生产线安装、调试完毕,且试生产的产品合格(达到设计标准),甲方对此未加反对,默示地予以接受,这些行为和默示已经变更了系争《ZC 无机发泡保温板联营协议》关于104万元人民币的保证金“须在本协议签署之日起6个工作日内,由甲方将款项划拨到本协议乙方账户内,逾期则本协议自动终止”的约定。并且,甲乙双方在诉讼过程中都没有主张系争协议业已终止的事实,进一步证实了前述变更。

之所以认定乙方依约对生产线安装、调试的行为,与甲方未加反对,放任乙方依约所为这种默示〔1〕,已经达成了变更系争《ZC 无机发泡保温板联营协议》的合意,变更了系争《ZC 无机发泡保温板联营协议》,是因为乙方依约对生产线安装、调试的行为表达了与系争协议关于甲方逾期划款“则本协议自动终止”的约定相反的意思。之所以认定乙方这些行为表达了与系争协议约定的终止后果相反的意思,是因为按照系争协议的约定,此时系争协议已经终止了,乙方对涉案生产线安装、调试的义务已经不复存在,但乙方却仍在“履行”已经不复存在的约定义务。当然,仅有乙方这些单方行为所含有和表达出来的意思——变更系争协议的要约,尚不足以变更系争《ZC 无机发泡保温板联营协议》。之所以认定系争协议已经变更,是因为还存在着甲方同意该种要约的承诺,只不过这种承诺不是明示的,而是以沉默的方式表达的——甲方

〔1〕 沉默与默示之间存在着差异,有些沉默与意思表示无关;有些沉默是对他人意思表示的反对,而非同意;有些沉默才是赞同他人的意思表示。只有最后一种沉默才是默示,即以沉默的方式表示同意他人意思表示之意,其他类型的沉默不是默示。鉴于本文所用沉默一词常常是在同意当事人一方明示的意思表示、所为一定行为的意义上使用的,即所谓沉默原则上是指同意当事人一方的意思表示(包括明示的言词和代表意思表示的行为),沉默与默示基本上是在相同的意义上使用的,除非另有说明。

对于乙方安装、调试涉案生产线的行为不加制止,任其所为。在此种情况下,双方之间的关系,应根据系争协议加以处理,而不是按照侵权(从乙方实施行为的角度观察)或不当得利(从甲方就乙方行为获得了利益的层面审视)的规则处理——与系争协议全部约定所不同的,只是甲方逾期划款“则本协议自动终止”的约定不再发挥作用,失去效力而已。

有必要强调,上述结论,是以当事人任何一方没有重申系争《ZC 无机发泡保温板联营协议》关于 104 万元人民币的保证金“须在本协议签署之日起 6 个工作日内,由甲方将款项划拨到本协议乙方账户内,逾期则本协议自动终止”的约定为前提的。如果当事人一方申明系争协议的该项约定,那么,就不得将“甲方未反对乙方依约对生产线安装、调试的行为”视为变更了系争协议。

二

合同约定的存续期限即将届满,合同项下的义务已经基本履行完毕,当事人一方却主动履行尚不存在的义务,相对人接受的,应当视为变更了合同的存续期限。

继续性合同的特点在于,时间因素在合同履行上居于重要地位,总给付的内容取决于应为给付时间的长短,换言之,随着履行时间的推移,在当事人之间不断地产生新的权利义务。^{〔2〕}继续性合同在权利义务方面呈现出质和量相同或相似的权利义务反复出现,表现在合同履行方面则是重复出现形态相同或相近的给付。由此决定,某特定的继续性合同期满时或期满前,只要有当事人双方同意延长合同的合意,无需重新协商具体的权利义务条款,就产生合同项下的全部的权利义务。据此,在某特定的继续性合同期满时或期满前,当事人一方实施的行为与假如该合同继续存在就应发生的义务的履行形态相符,另一方当事人予以接受的,也应当认为延长了既有合同的存续期限,即发生了合同变更,尽管在这个过程中当事人双方均无明示的表示。例如,房屋租赁合同到期或即将到期,承租人却支付下个月或下个年度的租金,出租人也予以接受,应视为房屋租赁合同的存续期限已经变更(也可以视为双方当事人新签了房屋租赁合同)。

上述分析及其结论是否适合于一时性合同,应谨慎对待。一时性合同不具备下述特征:时间因素在合同履行上居于重要地位,总给付的内容取决于应为给付时间的长短,即随着履行时间的推移,在当事人之间不断地产生新的权利义务。在一时性合同的场合,该合同期满后,即便续期也很难说合同价格、履行方式相同于原合同的约定,甚至于履行期限也不见得相同于原合同的约定,尤其是原合同项下权利义务所附担保不会随着合同续期而当然地延续。当然,态度不宜绝对。如果一时性合同期满时或期满前,当事人一方实施的行为与假如该合同继续存在就应发生的义务的履行形态完全相符,其他合同元素也相符,另一方当事人予以接受的,尽

〔2〕 Christodoulou, Vom Zeitelement im Schuldrecht: Vorstudien aus der Sicht des Dauerschuldverhältnisses, Diss. Hamburg, 1968. 转引自王泽鉴:《民法债编总论·基本理论·债之发生》(总第1册),三民书局1993年版,页110。

管在这个过程中当事人双方均无明示的表示,也应当认为延长了既有合同的存续期限,即发生了合同变更。

三

当事人一方明确表示变更交货时间,另一方当事人未为明示的表示,但所为给付正好符合变更后的交货时间,而与既存合同关于交货时间的约定不一致。在这种情况下,该履行行为是对变更交货时间的意思表示的同意。与此有别,如果另一方当事人实际履行的行为在时间方面既与系争合同的约定不符,也与当事人一方关于变更交货时间的书面要约不一致,那么,该履行行为便不是对变更交货时间的意思表示的同意,不发生变更系争合同的效力。

对此,笔者拟以下面的纠纷为例进行分析和说明。某《风电场工程 35KV 组合式变压器协议》约定:“本合同设备的交货期及交货顺序应满足工场建设设备安装进度和顺序的要求,应保证及时和部套的完整性。交货时间为 2010 年 7 月 1 日至 30 日交货完毕。具体的交货时间和批次,按买受人的书面通知执行。如工程上的原因,买受人需推迟供货,出卖人不向买受人收取设备在工厂的保管和场地占用费。”(第 6.1 条)“本合同一经生效,合同双方均不得擅自对本合同的内容(包括附件)作任何单方面的修改,任何一方对合同内容以书面形式提出变更、修改、取消或补充的建议,该项建议应以书面形式通知对方并经双方签章确认。如果该项修改改变了交货进度,应在收到上述修改通知书后的 7 个工作日内,提出影响交货期的详细说明。双方同意后经双方法定代表人或委托人(须经法定代表人书面授权委托)签章后方能生效。修改后的有关部分将抄送原合同的有关部门和单位。”(第 15.1 条)

买受人于 2010 年 6 月 29 日给出卖人一份《业务传真函》,内容为:“我司与贵司签订的《风电场工程 35KV 组合式变压器协议》66 台箱变的供货时间现确定为:2010 年 8 月 15 日到 11 台;2010 年 8 月 25 日到 11 台;2010 年 9 月 5 日到 11 台;2010 年 9 月 15 日到 11 台;2010 年 9 月 25 日到 11 台;2010 年 10 月 5 日到 11 台。请贵司据此安排好生产和发货,请在发货前 3 天再联系一次确定最后发货期。”

在庭审过程中,出卖人称其口头表示过对此不予同意,但没有书面证据予以证明,买受人则不接受出卖人的这个当事人陈述。涉案证据显示,出卖人已经实际交货了,只是交货时间既未遵循系争《风电场工程 35KV 组合式变压器协议》第 6.1 条约定的交货时间(2010 年 7 月 1 日至 30 日交货完毕),亦未按照买受人于 2010 年 6 月 29 日给出卖人的《业务传真函》所列的变更供货时间,而是于 2010 年 9 月 17 日交货 18 台,2010 年 10 月 26 日交货 15 台,2010 年 11 月 12 日交货 15 台,2010 年 11 月 16 日交货 18 台。

应当说,按照系争协议第 6.1 条关于“如工程上的原因,买受人需推迟供货,出卖人不向买受人收取设备在工厂的保管和场地占用费”的约定,尤其是结合系争合同第 15.1 条的约定予以解释,并未赋予买受人单方面变更交货时间的权利,只是在买受人顺延受领涉案设备的情况下,免除其支付保管费和场地占用费的义务。从系争协议第 15.1 条的约定看,变更交货时间,必须具备双方当事人签章的书面合意,任何一方当事人的单方意思表示都不发生合同变更的

效力。涉案证据没有经双方当事人签章的同意变更交货时间的书面合意。

至此,该案所引出的问题是:(1)买受人书面提出变更交货时间的要约,出卖人实际履行的行为是否为承诺?(2)出卖人实际履行的行为未构成承诺,是否为一新要约?它能否演进到变更合同的结果?

对此,本文持如下意见:若出卖人依买受人所要约的交货时间实际履行,则应认为出卖人同意了买受人关于变更交货时间的要约,符合承诺的规格,当事人双方合意变更了合同。如果出卖人没有依买受人所要约的交货时间实际履行,就未满足承诺的条件要求,因而只能算作新要约,在这个阶段当事人双方尚未就变更交货时间达成合意。

尽管出卖人既未依买受人所要约变更的交货时间交货,也未依合同约定的时间交货,但买受人却受领了货物,这是否意味着当事人双方达成了变更合同的合意?这需要区分情况而定:(1)买受人受领了货物,但并未免除出卖人的违约责任的,不宜认定当事人双方已经变更了交货时间,因为假如视为变更了交货时间,就意味着出卖人按时履行了合同,就不宜称出卖人已经违约;(2)买受人受领了货物,同时免除了出卖人支付违约金或赔偿损失的责任的,可有两种解读。第一种解读是,出卖人交货是要约,买受人受领是承诺,他们已经协议变更了交货时间,出卖人据此交货,属于依约履行,因而不承担违约责任。第二种解读是,出卖人交货,买受人受领货物,属于《合同法》第107条规定的继续履行范畴,这仍然是出卖人承担违约责任的表现,只不过买受人将出卖人本应承担的支付违约金或赔偿损失的责任免除罢了。既然出卖人仍在承担违约责任的一部分,并且该责任的成立是依合同约定的交货时间为基准所作的判断,那么,就应当说交货时间没有变更。

这个结论得到了下述证据的支持:双方当事人于2010年8月29日签订的《风电场工程35KV组合式变压器补充协议》第1条约定,“买卖双方原定的《风电场工程35KV组合式变压器协议》中用于一期项目的33台箱式变压器仍按原合同执行(包括技术协议和价格等)”,这十分清楚地否定了买受人关于变更交货时间的书面要约,也表明出卖人实际交货的行为也不发生变更系争《风电场工程35KV组合式变压器》关于交货时间的约定的效果。简言之,买受人的书面要约和出卖人的实际履行,都没有变更系争协议。

当然,假如出卖人实际交付涉案设备的行为在时间上符合买受人书面变更交货时间的要约,在质量和数量上符合系争《风电场工程35KV组合式变压器协议》的约定,就可以将出卖人的该种实际履行视为同意了买受人关于变更交货期间的书面要约,变更了系争协议。

四

当事人一方实施了特定的行为,相对人对此保持沉默,可否认定系争合同已被变更?对此,应区别不同情况加以讨论:若系争合同明文约定,当事人一方实施了特定的行为,相对人对此明知而不作反对表示的,视为其同意,那么,这对于系争合同是个变更;若系争合同无此约定,法律亦无此类规定,那么,当事人一方实施的行为和相对人对此保持的沉默,都不构成对系争合同的变更。

以下以借名登记合同为例加以说明。在某借名登记合同中,出名人(A 不动产的名义所有权人)违反借名登记合同的约定,将登记在自己名下的 A 不动产出卖与第三人丙,借名人(A 不动产的实际所有权人)对此完全知晓却沉默不语,这是否变更了系争借名登记合同?笔者认为,这应当区分情况而定。

第一,出名人与第三人丙签订 A 不动产买卖合同,其意思表示仅仅向丙发出,而未向借名人发出。这对于借名人而言,不构成要约。因为作为要约,该意思表示必须向受要约人(承诺人)发出。于此场合,借名人的沉默不语,难被认定为指向出名人发出了一个意思表示,更难以将之作为承诺的意思表示。其道理在于,承诺乃受要约人向要约人发出的完全同意要约的意思表示,既然借名人不是受要约人,那么,其沉默不语即便作为意思表示,也绝非承诺。如此,没有法律及法理依据将上述出名人擅自出卖 A 不动产的行为与借名人的沉默不语认定为变更了系争借名登记合同。

第二,出名人当着借名人的面而将 A 不动产出卖与第三人丙,借名人对此沉默不语,是否可以解释为变更了借名登记合同?回答仍然是否定的,因为出名人的这种(向借名人发出的)通知不是意思表示,至多算作观念通知,显然不构成承诺。由于合意乃两个以上的意思表示一致的结果,一个(向第三人发出的)意思表示与一个观念通知甚至事实行为难以形成合意。因而,上述出名人将 A 不动产出卖与丙的意思表示与借名人沉默不语并没有成立一个合同,也就不能因此而变更借名登记合同。所以,借名人的沉默不语仍然算不上承诺,此其一。何况通说认为,除非法律设有明文或当事人明确约定,沉默不构成意思表示,所以,在法律和当事人均未明确规定借名人的沉默为同意借名人将 A 不动产出卖与丙的情况下,借名人沉默不语不构成承诺,此其二。

第三,如果系争借名登记合同明文约定,出名人擅自将 A 不动产出卖与丙,借名人对此明知而不作反对表示的,视为其同意,那么,这对于借名登记合同关于出名人不得擅自处分 A 不动产的条款而言,是个变更。其道理在于,借名登记合同已经约定了沉默是意思表示,且是同意出名人处分 A 不动产的意思表示。由此决定,此时此刻,借名人的沉默不语就是同意出名人出卖 A 不动产的承诺。换言之,这种出名人的行为,加上借名人的沉默,共同变更了借名登记合同,具体地说,变更了借名登记合同关于“出名人不得擅自处分 A 不动产”的条款。

五

一方当事人瑕疵给付在先,守约方给予宽限期,令其消除瑕疵,对于是否请求违约方支付违约金或赔偿损失及解除合同,则没有表态。当然,此时诉讼时效期间和除斥期间均未届满。在这种情况下,守约方责令违约方消除瑕疵的行为,不是对于履行期限的变更,也不是对于违约方所付支付违约金或赔偿损失的责任的免除。

在这方面确有实例:某《IT 设备订购合同》约定,出卖人应于 2009 年 4 月 1 日交付 IT 设备。但实际履行情况是出卖人于 2009 年 4 月 1 日交付的 IT 设备不合格。买受人和出卖人于 2009 年 8 月 24 日开会,协商处理方案。出卖人确定于 2009 年 8 月 24 日前消除瑕疵,买受人

予以接受。不过,对于是否解除系争合同和追究出卖人的违约责任,则未表态,也可以说沉默。对于这种现象如何认定?某裁判机构认为:

“在出卖人于2009年4月1日迟延履行后,买受人并没有执行要求出卖人履行合同否则解除合同的催告程序,其仅要求出卖人继续履行的行为可以认为是对交付期限的调整和延续。在2009年8月24日的会议中,买受人确定了一个9月15日的期限,出卖人也接受,这可以认为是对原4月1日履约期限的变更。同时,在8月24日的会议上买受人并没有做出9月15日之后解除合同的意思表示,因此9月15日并非买受人给予出卖人的‘宽限期’(根据《合同法》第94条第3项,当事人一方迟延履行主要债务,经催告后在宽限期内仍未履行,守约方有法定的合同解除权)。”

“买受人在超过自行确定的9月15日期限后,仍然要求出卖人继续修改升级完善V-Key内含的解压软件,并答应提供验收标准。根据《合同法》第91条关于‘债权人免除债务的,合同的权利义务终止’的规定,免除部分债务的,合同义务部分终止,买受人要求继续履行,未提出解除合同的行为构成了对追究出卖人迟延履行违约责任的放弃。”

“因此,买受人与出卖人双方的原定履约日期为2009年4月1日,但是在出卖人迟延后,一方面买受人要求继续履行的行为调整了原定为4月1日的履约期限,而出卖人继续履行构成了接受,双方协商一致的行为构成了对原合同期限的变更;另一方面买受人的行为又要求或者默认了出卖人继续履行,免除了出卖人未能在2009年4月1日按时交付的违约责任。同时也表明,双方都认可出卖人一直到2009年4月1日未完成符合约定技术标准的解决方案。”

笔者无法同意上述裁判文书的意见及其逻辑,道理如下:

第一,在出卖人迟延履行后,违约责任立即就产生了,买受人何时请求出卖人实际承担,取决于许多因素,其中有策略的考虑(如为了使出卖人没有抵触地调试已交设备或更换合格的设备,暂不声明追究违约责任问题)。只要没有超过诉讼时效期间,没有明确表示放弃追究出卖人的违约责任,就不得认定为买受人放弃了追究违约责任的权利。

第二,中外合同法及其理论都认为,交付的货物质量不合格,一般应给违约方一个消除缺陷(中国《合同法》称为“修理”)的机会,也是一段期限(宽限期)。“公平观念要求,应当给违约方一段时间——即使只是一段很短的期间——来治愈其违约,如果它能够治愈的话。”〔3〕给这个机会、宽限期,不是免除违约责任,而是限制守约方立即解除合同。“法律要求在终止合同之前给违约方一段时间的目的,是给他一个机会来治愈违约,因此违约方治愈违约行为的可能性在决定受害方在终止前必须等待多久的问题上,就特别重要。”〔4〕所以,买受人给出卖人继续修改升级完善V-Key内含的解压软件的机会、宽限期,绝不可理解为买受人放弃追究违约责任,而应理解为在该宽限期尚未届满时不得解除合同。“出卖人的治愈并没有消灭其因为违

〔3〕 Edward Allan Farnsworth, *Farnsworth on Contracts* (3ed), Vol. 2, Aspen Publishers, 2003, p. 525. 〔美〕E.艾伦·范斯沃思:《美国合同法》,葛云松、丁春艳译,中国政法大学出版社2004年版,页586。

〔4〕 同上注,页588。

约而发生的责任。一旦出卖人违反合同并且负有损害赔偿义务,出卖人就不能够以更换或者修理瑕疵货物的方式来单方消灭该责任。”〔5〕

第三,《中华人民共和国民事诉讼法》第138条规定:“超过诉讼时效期间,当事人愿意履行的,不受诉讼时效限制。”《最高人民法院关于审理民事案件适用诉讼时效制度若干问题的规定》(法释[2008]11号)第22条规定:“诉讼时效期间届满,当事人一方向对方当事人作出同意履行义务的意思表示或者自愿履行义务后,又以诉讼时效期间届满为由进行抗辩的,人民法院不予支持。”就是说,诉讼时效期间届满后,债务人自愿履行债务的,债权人有权接受;债务人事后反悔,往回索要的,法院不予支持。

在系争案件中,买受人请求出卖人承担责任的距离诉讼时效期间届满还有较长的期间,本应比诉讼时效期间届满更受保护,可是,裁判文书却认定买受人放弃了这些权利,这反不如诉讼时效期间届满时受到的待遇。这是有失权衡的,是不公正的。

第四,在系争案件中,诉争合同约定的履行期届满前,任何一方都没有提出变更履行期,双方当事人也没有就履行期的变更达成协议。而按照法律及法理,履行期的变更应当在履行期届满之前当事人就此协商一致。至于履行期届满之时债务人交付的设备不符合约定,已经不属于履行期变更的范畴了,而是属于违约及其责任的问题了。

第五,合同的变更必须是变更的意思表示明确,否则应按照《合同法》第78条的规定,推定为合同未变更。本案的情形,是买受人给出卖人继续修改升级完善V-Key内含的解压软件的机会、宽限期,正好是守约方给违约方治愈的机会,而非明确变更合同。所以,宜按照《合同法》第78条的规定,推定为合同未变更。

第六,《最高人民法院关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》(法释[2012]8号)第19条关于“买受人在合理期间内提出异议,出卖人以买受人已经支付价款、确认欠款数额、使用标的物等为由,主张买受人放弃异议的,人民法院不予支持,但当事人另有约定的除外”的规定,第24条第2款关于“买卖合同约定逾期付款违约金,买受人以出卖人接受价款时未主张逾期付款违约金为由拒绝支付该违约金的,人民法院不予支持”的规定,支持了笔者的上述观点。

第七,对于上述意见及其理由,再较为详细且具体化地阐释如下:

A.如果履行期尚未届满(如约定1月1日至2月1日交货,在2月1日到来前),出卖人交付的货物有瑕疵,买受人有权请求出卖人消除瑕疵(修理、更换、重作),只要出卖人在2月1日到来前将瑕疵消除,买受人就无权请求出卖人支付违约金或赔偿损失。

B.如果履行期尚未届满(如约定1月1日至2月1日交货,在2月1日到来前),出卖人交付的货物有瑕疵,买受人有权请求出卖人消除瑕疵(修理、更换、重作);在2月1日到来前,出卖人和买受人达成协议,将履行期延长至3月1日。在这种情况下,只要出卖人在3月1日到来前(而不是在2月1日到来前)将瑕疵消除,买受人也无权请求出卖人支付违约金或赔偿损失。

C.在履行期尚未届满(如约定1月1日至2月1日交货,在2月1日到来前)的情况下,出

〔5〕 Edward Allan Farnsworth, 见前注〔3〕,页586。

出卖人交付的货物有瑕疵,买受人有权请求出卖人消除瑕疵(修理、更换、重作)。出卖人在2月1日仍未将瑕疵消除,构成违约,买受人有权援用《合同法》第111条及第158条等,请求出卖人承担赔偿责任等责任,同时有权援用《合同法》第94条第4项的规定解除合同。

D.在履行期尚未届满(如约定1月1日至2月1日交货,在2月1日到来前)的情况下,出卖人交付的货物有瑕疵,买受人有权请求出卖人消除瑕疵(修理、更换、重作)。出卖人在2月1日仍未将瑕疵消除,构成违约。此时,或者其后,买受人要求出卖人在3月1日前继续消除瑕疵,但对于是否追究违约金责任或赔偿损失没有表态。对此,不得认定当事人双方变更了履行期并放弃了追究出卖人违约责任的权利。因为此时违约责任已经成立,买受人请求出卖人承担违约责任的权利已经存在,责任的承担、权利的行使受诉讼时效制度的管辖,而不是受合同履行期的管辖,此其一。所谓“买受人要求出卖人在3月1日前继续消除瑕疵”,即使买受人对此没有明示该期限是什么性质,该期限也属于宽限期,属于违约责任制度的组成部分,而不属于违约前的合同履行期制度,此其二。所谓“买受人要求出卖人在3月1日前继续消除瑕疵”,可能含有几种意思,例如,可能是目前要求出卖人消除瑕疵、以后再请求支付违约金、赔偿损失,也可能是是否追究违约金责任、赔偿损失,留待双方协商;还可能是免除一切违约责任,等等。在它可能有几种意思的情况下,按照《合同法》第78条的规定,推定为合同没有变更,此其三。这样解释符合下述理念:一方是违约方,另一方是守约方,在如何解释摇摆不定时,不应作有利于违约方的解释,此其四。这样解释,符合法释[2012]8号第24条第2款规定的精神。上文已述,不再赘言,此其五。

第八,在合同条款、当事人的行为所具有的意思有几种可能,究竟是哪种意思不清楚、明确的情况下,应对此类合同条款、当事人的行为作不利于有过错的违约方的解释。

六

债务人逾期交货,债权人就货物质量表示认同,要求债务人继续交货,而对于逾期交货的责任是否追究未予表态。对此,不应解释为债权人放弃了追究违约责任的权利,不应解释为变更了合同关于违约责任的约定。

对此,笔者拟以下面的系争案件为例予以分析和说明。在当事人签署的《2010年民政部救灾物资政府采购合同》中,有如下约定:“合同签订后30天交货完毕”(第1条第4款)。“首件检验、封存:在合同签订后7日内,供方提供首件产品及主辅材料,送至需方指定的专业质量检验部门进行检验,生产和使用的面料、里料、絮料、拉链应与投标文件提供的生产厂商及检验内容一致”(第5条第2款第1项)。“最终验收:在产品全部制作完成后,由需方或其指定的专业检验部门对产品进行验收,生产和使用的面料、里料、絮料、拉链应与首件产品的生产厂商及检验内容一致”(第5条第2款第3项)。“供方逾期交货的,逾期5天内(含第五天),供方向需方支付合同总价10%的违约金;逾期6天至10天(含第十天),供方向需方支付合同总价20%的违约金;逾期11天至15天(含第十五天),供方向需方支付合同总价40%的违约金”(第7条第3款)。“供方逾期交货的,供方应在发货前与需方协商,需方仍需要的,供方应照数

发货,并支付逾期交货的违约金;需方不再需要的应当在接到供方通知后 15 天内通知供方,办理解除合同手续,逾期不答复的视为同意发货”(第 7 条第 5 款)。

实际履行情况是,供方第一批交货逾期 1 个月,第二批交货逾期 39 天,第三批交货逾期 44 天。供方对此辩解:需方在《救灾睡袋验收检验单》的签署中选择了“合格,同意发货”栏,没有就逾期明示追究我方的违约责任,而是要求我方继续交货,这就默示了交货期限的顺延,变更了交货期限。对此,笔者不予赞同,理由如下:

第一,众所周知,供方承担逾期交货的违约责任是以前逾期交货为条件的,假如需方默示了交货期限顺延(变更交货期限),供方就没有逾期交货,也就不负逾期交货的违约责任。换言之,只要供方承担逾期交货的违约责任继续存在,就不可认为需方要求供方继续交货系默示交货期限顺延(变更交货期限)。如果这样的理念和观点是正确的,那么,系争《2010 年民政部救灾物资政府采购合同》第 7 条第 5 款关于“供方逾期交货的,供方应在发货前与需方协商,需方仍需要的,供方应照数发货,并支付逾期交货的违约金;需方不再需要的应当在接到供方通知后 15 天内通知供方,办理解除合同手续,逾期不答复的视为同意发货”的约定,就十分清楚地明确了需方要求供方继续交货不是放弃追究供方逾期违约的责任,而是仍然有权请求供方就其逾期交货承担违约责任。

第二,《救灾睡袋验收检验单》在“检验记录”栏目设有三个信息项,一是“一致性检验问题改进情况”,二是“外观检验情况”,三是“材料检验情况”。有关各方在“一致性检验问题改进情况”信息项签署的意见是“基本改进”,在“外观检验情况”信息项签署的意见是“外观检验合格”,在“材料检验情况”信息项签署的意见是“材料检验合格”。《救灾睡袋验收检验单》在“检验结果”栏设有“合格,同意发货”、“不合格,不同意发货”、“恢复后重新检验”、“其他说明”。有关各方选择了“合格,同意发货”。

这是否意味着需方放弃了追究供方逾期交货的违约责任了呢?是否意味着需方默示地顺延了供方交货期限呢?回答是否定的,因为《救灾睡袋验收检验单》没有设置“交货迟延及其处理”之类的信息项,验收的是货物的质量,“检验结果”栏中的“其他说明”也是关于质量及其改进方面的意见。所以,以《救灾睡袋验收检验单》未提及交货逾期及其处理的意见为由,认定需方默示地顺延了供方交货期限,难有说服力。

第三,涉案证据证明,需方及时地指出了供方逾期交货并表态不予赞同。这也佐证了需方并未默示顺延了供方交货期限,也未放弃追究供方逾期交货的违约责任的权利。

第四,如同上文所述,只要需方于诉讼时效期间内没有明示放弃追究供方逾期交货的违约责任,就得认为需方仍然享有请求供方就其逾期交货承担违约责任的权利。至于需方在诉讼时效期间之内的任何一天明示请求供方就其逾期交货承担违约责任,那是需方的自由,其中含有策略、时机的考虑。在系争案件中,需方请求供方承担违约责任的权利距离诉讼时效期间届满还有较长的期间,本应比诉讼时效期间届满更受保护,假如认定需方放弃了这些权利,反不如诉讼时效期间届满时受到的待遇。这是有失权衡、公正的。

(责任编辑:许德风)