





民法疑难案例研究

MIN FA YI NAN AN LI YAN JIU

—增订版—

王利明◎著

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE





民法疑难案例研究

MIN FA YI NAN AN LI YAN JIU

—增订版—

王利明◎著

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

民法疑难案例研究/王利明著. —增订本. —北京: 中国法制出版社, 2013. 4

ISBN 978 - 7 - 5093 - 4488 - 0

I. ①民… II. ①王… III. ①民法 - 案例 - 中国
IV. ①D923. 05

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2013) 第 057524 号

策划编辑 张岩

责任编辑 冯婕

封面设计 李宁

民法疑难案例研究 (增订版)

MINFA YINAN ANLI YANJIU (ZENGdingBAN)

著者/王利明

经销/新华书店

印刷/三河市紫恒印装有限公司

开本/710 × 1000 毫米 16

版次/2013 年 5 月第 1 版

印张/36.5 字数/524 千

2013 年 5 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 4488 - 0

定价: 69.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

网址: <http://www.zgfzs.com>

市场营销部电话: 010 - 66033393

传真: 010 - 66031119

编辑部电话: 010 - 66066620

邮购部电话: 010 - 66033288

以案例研究促进法学教育的变革

（一）案例研究的意义

霍尔姆斯曾言，“法律的生命不在于逻辑，而在于经验”。这种经验产生于各种典型案例的司法实践。案例就是活生生的法律，也是行动中的法律。虽然我国是成文法国家，法律规范主要表现为立法机关制定的法律文本，且尚未建立也不承认判例制度，但是，案例研究在我国的立法、司法和法学教育中都具有重要意义。加强案例研究对完善社会主义法制，提高法律适用技术和司法裁判质量，促进法学教育具有重要的作用和意义。

从立法层面来看，案例研究为立法实践提供了大量鲜活的经验，在案例中总结的规律是对立法的实证。案例资料对立法技术的完善和立法水平的提高提供了经验，同时对于法律的“废、立、改”提供了迫切的需求。因为案例研究的重要内容之一就是対现行法律法规的研究，尤其是对疑难复杂问题的研究。通过这些研究，一方面可以发现现行民商事法律规范的缺陷；另一方面可以通过运用各种法律解释技术，弥补现行法律的缺陷，为相应案件提供妥当裁判规则，并通过案例研究成果的推广和应用，逐步完善社会主义法律制度和体系。

从司法层面来看，案例研究对司法产生的影响最为巨大。虽然我国没有判例制度，但是近几年来最高人民法院在典型案例的推广上不遗余

2 民法疑难案例研究

力，公布了许多典型案例和疑难案例的判决，对类似案例的审判发挥了重要的指导作用。其积极意义还在于：其一，通过案例的总结和公布推动了我国司法解释的形式由成文化向判例化转变。这些以司法实践为基础的案例研究成果，又反过来影响今后的司法实践，指导司法裁判活动，有助于帮助法官提高法律适用技术，增强司法裁判结论的妥当性。从这个意义上讲，案例研究不是对既有案例的单纯评述，更不是对臆造案例的学术构造，而应当是立足于司法实践，以指导司法裁判实践为导向的作业，解决法律实践中有关法律的技巧及其应用问题，使“纸上的法律”变成“主体行动中的法律”^①。其二，司法中的案例研究可以起到解释的作用，弥补成文法的不足，推动成文法的与时俱进。由于立法历史背景的差异，分散于各民事单行法中的法律规范可能存在制度和价值的冲突和矛盾；由于社会和时代的发展变迁，以原有法律制度适用于当前的社会关系可能背离了公平正义的基本精神；由于部分新型社会关系的产生，现有法律中可能根本没有调整该关系的具体规则，形成了明显的法律漏洞，凡此等等。在这些情况下，加强民商事案例研究对于弥补现行法的不足，完善社会主义市场经济法制具有重要意义。其三，通过典型案例的总结，发现社会生活中的“活法”，为确定司法判决三段论中的大前提（即“找法”）提供依据。美国学者庞德指出，司法是一门艺术。法官仅仅通过法律条文和教科书的阅读，能够掌握法律的知识，但是很难掌握法律运用的艺术。而案例研究实质上就是司法实践具体化经验的总结，同时也是司法实践经验的升华，可以为法官正确适用法律提供有益的技巧与方法。

从法学研究的层面来看，案例研究可以明确现实中对法学理论的需求，发现实践中的实质性问题，从而有助于法学研究工作。通过典型的案例，学者能够发现社会实践对法学理论的新的需要，激发理论的创新，有助于学者真正把握时代发展的脉搏，实现理论和实务的良性互动。法学研究不是阳春白雪，更不是闭门造车，它必须面对实务中生动活泼的案例才能永葆青春，而大量生动的案例正是理论之树常青的源头活水。案例研究本身也是对于理论成果的验证，理论能否对实务提供指导，通过案例研究可以予以证实或者证伪。对于民法等部门法而言，应用性是其本质特征，如果某种理论不能为司法实务服务，不能帮助解决纠纷，则未免无的放矢。

从法学教育层面来看，案例研究具有重要意义。尽管我国属于大陆法系国家，

^① 参见谢晖：《中国古典法律解释的哲学向度》，中国政法大学出版社2005年版，第19页。

重视以法律条文为中心的教科书的讲授^①，但是这绝不意味着可以削弱案例研究的作用。案例教学的模式是以问题为中心，以实务为导向，以讨论为教学手段，以理论与实践相结合为教学目的。案例研究立足于司法实践，通过真实的案例发现法律适用中的焦点问题，并在此基础上探明法律的意旨，或者填补法律的漏洞，为培养实务型、创新型的人才提供了有效的途径。案例研究是一门实践性很强的学问，需要对案例进行全方位研究，尤其是要结合司法裁判中表现出的争议焦点，对司法审判实践中较为典型、突出和疑难的问题进行总结和归纳，并以学说理论对其进行逐一分析和定性，尤其是要对法律适用中的具体问题做出理论上的解答，最终得出科学妥当的案例分析报告，这些都有助于培养学生的思辨能力、表达能力和实际操作能力。

总之，案例研究工作应当是集推动法制建设与完善，提高司法裁判技术与裁判质量，促进法学实践教育等功能为一体的整体作业。

（二）案例教学模式的改革与创新

案例研究必然要求在教学中得到运用，其运用的过程中有必要采取案例教学法。案例教学法是19世纪70年代美国哈佛大学法学院院长兰德尔（Langdell）首创的，其特点是采用问答式，仿效古希腊苏格拉底的提问式教学，以启发学生的思考。^②由于受历史传统、司法体制及法官素质等诸多因素的影响，我国在短期内无法创建判例法制度，但可以肯定的是，无论在学院教育还是法官培训中，案例教学法的运用都是非常重要的。

尽管我国的法学教育已经取得了相当的成就，但在教学方法与手段方面仍然需要改进。一方面，我国当前法学教育在目标定位上没有明确的实务导向。社会实践对于人才的需求与法学教育存在着脱节，从法律实务部门反馈的意见来看，许多法律院校的毕业生的法律实践能力仍然有待提高，不少法律毕业生单独办案的能力不强。在很大程度上，这与我国案例教学等实践教学手段不发达有着重要关系。这也在一定程度上反映了我国的法学教育存在改革的必要。我国法学教育人才培养的定位应当是最大限度地满足法律实务部门的需要，培养合格的法律人才，这就要求采用以实务为导向的人才培养模式，强化学生运用法律解决问题的能力。为此，需要通过案例研究的方法促进法学教育的改革。另一方面，近几年

^① 参见〔日〕星野英一：《民法的另一种学习方法》，法律出版社2008年版，第57页。

^② 参见尹超：《法律职业教育的比较与探索》，载《中国法学教育研究》2006年第2期。

很多法律院校开始招收法律硕士生，但是法律硕士的培养和教育如何具备自身特色，仍然在探索之中。笔者认为，既然要区分法学硕士和法律硕士，那么法律硕士班就应当办出不同于法学硕士的特点，在很大程度上，法律硕士应当比法学硕士具有更强的法律实务能力。这就需要一套注重培养实务能力、方法、手段的教材与之相配套。还应该看到，自从我国实行统一司法考试以来，法学教育事业因此也受到不同程度的影响。由于司法考试是法律人从事司法的资格和门槛，因此通过司法考试已经成为毕业生就业的一个重大优势和条件。鉴于统一司法考试更多地强调案例的分析和法律的操作，所以我们的教学方法和教材建设也应当相应作出一些调整。多年来我一直呼吁我们应当改革法学教育方法，引入案例教学法，由于上述原因，在现阶段引入案例教学方法显得更为迫切了。但令人欣慰的是，在近几十年来的法学教育教学改革实践中，很多法学教育界同仁围绕法学实践教育开展了大量的有益尝试，摸索和总结出了一系列经验和成果。有的案例研究成果还注重理论和实践的结合，注重法科学生实践能力的提升，并且已经取得了良好的效果，这些需要总结、推广和提高。

通过案例教学可以使学生掌握适用法律的方法和技巧。方法在古希腊语中，有“通向正确的道路”之义。赫克（Heck）曾经指出：“在所有的改变中，方法的改变才是最大的进步。”^① 法学方法是一系列关于法律运用和操作的技巧，对这些技巧的抽象和系统研究便构成法学方法论。关于方法的知识才是最重要的知识。案例教学重视为学生提供一种方法，案例教学的运用也促进了学生对知识的掌握。表现在：第一，学生通过案例的学习才能掌握法条的运用技巧，培养解决纠纷的能力。尤其是通过案例能够促使学生举一反三，融会贯通。第二，通过案例学习，可以帮助学生形成立体的视角，从整体上把握法律的精神实质。案例与教科书不同，不是就法律谈法律，而是在一个案例中可能涉及到实体法、程序法等多个部门法的综合运用，这有助于学生培养综合运用的能力和体系化的知识框架。第三，通过案例学习，可以最大限度地激发学生的主动性、创造性和探索知识的热情。从概念到概念的枯燥学习削弱了学生的主体地位和学习的积极性，而案例教学可以通过讨论式的教学激发学生的学习热情和创造性，发觉其内在的智慧和潜力，使所学知识直接转化为处理具体问题的能力，并且自由的讨论对教师也会产生启发，实现课堂互动，教学相长。第四，课堂讨论直接应用于真实案例的解决，使学生在案例分析中学到了处理

^① Heck, *Interessenjurisprudenz und Gesetzestreue*, DJZ 9 (1905), S. 32.

问题、解决问题的思路 and 技巧。这有助于学生走出象牙塔，了解社会生活，了解实务操作，实现真正的理论与实际相结合，并且通过实际案例的学习，了解社会的变迁，从而为步入社会做准备。

案例教学模式，可以与理论课的教学结合起来进行，也可以单独设立案例教学课程。换言之，既可以在现有的课程之外增设有相关的案例选修课程，也可以在理论教学课程中加大案例教学的比重。在教学过程中，教师应当事先让学生了解案例的事实，并做相应的准备。在课堂上，教师应当尽可能启发学生自己思考、运用已有学习的法律知识来寻求法律的适用。教师应当更多地采用苏格拉底式的提问法，引导学生思考各种可能的解决方案，发现各种解决方法的优劣，寻找最具有说服力和妥当性的结论。当然，这种讨论不应当成为漫无目的的“漫谈”，而应当在教师的引导下有序进行。同时，教师也应注重必要的讲解和点拨。在案例教学中，应当结合理论的学习，实现案例与理论相结合，在理论中培养实践意识，在实践中增进理论素养。

当然，我们不能指望案例教学取代全部的课程讲授，毕竟我国属于成文法国家，教学要以法律条文的解释为中心，尤其要注重知识的体系性和全面性。在基础知识的学习上还应当以体系化的知识为核心，完全推翻既有的教学模式代之以英美式的案例教学，也是不利于学生的成长和成才的。

（三）案例教学教材的编写

推进案例教学必须要以相应的教材配套。教材是实现教育功能的重要工具和媒介，法学教材不仅仅是法学知识传承的载体，而且是规范教学内容、提高教学质量的关键，对法学教育的发展有着不可估量的作用。一本良好的案例研究教材，应当注重对制定法、裁判技术和法学教育等多重因素的总结。但能够集中体现这些特征的案例研究著述还远远不能满足实践的需要。一方面，大量参考书只是注重规则的简单适用，而没有关注法教义学上的需求，缺乏对规则阐述的系统性和逻辑性；另一方面，许多案例分析往往只注重结论而忽视对相关规则的运用及逻辑推理过程的详细分析，从而难以使学生通过研习而达到预期的效果，不能起到案例教学教材所应具有的作用。所以在当前，引入案例教材方法，必然要求有相应的案例教学教材与之配套。目前已有很多案例分析和案例汇编的书籍出版，这些著作无疑可以作为案例教学的参考书目，提高学生实际分析运用的能力。但是，从案例教学的要求来看，仅有这些参考书籍是不够的。因为这些参考书毕竟不是专为案例教学而设计编纂的，因而缺乏对规则阐述的系统性和逻辑性。而且许多案例分析往往只注重结论而忽视

对相关规则的运用及逻辑推理过程的详细分析，从而难以使学生通过研习而达到预期的效果，不能起到案例教学教材所应具有的作用。

案例教学模式的改革与创新，不但需要教学方法的创新，更需要教学工具的创新。案例教学模式的改革与创新是当代法学教育教学改革的重要内容之一，其与传统的“兜售式”理论型法学教育不同，培养学生的实践能力必要辅之以大量的案例教学，并要求大量真实、典型且丰富的案例作为教学素材，可以说，翔实、深入且严谨的案例研究是重要的教学资料。

近些年来，我个人也曾经在民法的案例教学方面进行过一点探索和尝试，在案例教材的编写上，我个人有如下几点体会：

第一，所选案例应该具有典型性和系统性。案例不在多少，内容不在繁简，关键在于所选案例能否解释一个或多个法律规则的内涵及其运用。所谓典型性，不在于案件当时所产生的新闻效应，而在于案情与法律规则的联系性。所谓系统性，是指案例的编排能够在总体上系统阐述法律规则体系。

第二，案例应当具有一定程度的疑难性，疑难主要是指在案件的定性、法律关系的性质、法律的适用、责任的承担等方面存在着分歧意见。重大案例不一定是疑难的，但某些情节非常简单的案件，却能得出多种结论性意见。各种处理意见、方案及理由均应提供出来，给学生开辟一个广阔的思维空间，避免采用单一化和模式化的僵硬思维方式。

第三，案例的选用不能拘泥于现行法的框架。现实生活是极为丰富复杂和多样化的，而立法不可能对之包罗万象或一成不变，法律漏洞在所难免。许多案例的处理必然在现行法上难以找到现实的依据。将这些案例适当的引进教材，并通过学理的分析及各种研究方法（如比较法的方法、请求权基础分析方法、经济分析的方法等）的导入找到对案件的最佳解决方案，这将进一步增强学生分析问题和解决问题的能力。

第四，案例的研究应当注重推理的过程，此处所谓推理，既包括事实的推理，也包括法律适用的推理。案件的处理结论应该是缜密推理的结果，也只有通过周密推理所导出的结论，才足以具备说服力，学生也只有在掌握了这样的推理手段之后，才真正掌握了法律思维方式及正确适用法律的能力。

第五，案例的分析应注重培养学生把握案件的关键点、区分事实问题和法律问题，以及综合运用各种规则的能力。案例的分析应当将典型的案例与所讲述的理论密切结合，这不是一个机械的、“两张皮”式的拼凑，而是案例与分析、理论与实务的有机结合。在案例的分析过程中应当展示严密的逻辑推理以及分析过程，法律条

文内涵的解释以及与案件事实的联结性，应当将形式逻辑的三段论和法律解释的方法结合在一起，形成一套完整的法律分析方法。

我国人口众多，社会转型剧烈，新型疑难案例层出不穷，不胜枚举。笔者从浩瀚的案例中精选出部分具有指导意义的案例呈献给读者。本书的案例大致分为案情简介、分歧意见、作者观点三部分，对案情作准确介绍，对争议作精要总结，对焦点作深入分析，力求运用典型生动的案例，简明流畅的语言去阐述法律理论和具体制度，唯祈望能对我国案例教学和审判实践有所裨益。

是为序。

术语缩略表

全 称	简 称	公布日期
《中华人民共和国民法通则》	《民法通则》	1986年4月12日
《中华人民共和国担保法》	《担保法》	1995年6月30日
《中华人民共和国合同法》	《合同法》	1999年3月15日
《中华人民共和国物权法》	《物权法》	2007年3月16日
《中华人民共和国侵权责任法》	《侵权责任法》	2009年12月26日
最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见（试行）》	《民法通则意见》	1988年1月26日
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（一）》	《合同法司法解释一》	1999年12月1日
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）》	《合同法司法解释二》	2009年2月9日
最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》	《担保法司法解释》	2000年12月13日
最高人民法院《关于人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》	《人身损害赔偿司法解释》	2003年12月26日
最高人民法院《关于审理建筑物区分所有权纠纷案件具体应用法律若干问题的解释》	《建筑物区分所有权司法解释》	2009年5月14日
《中华人民共和国民事诉讼法》	《民事诉讼法》	2012年8月31日
最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》	《民事诉讼法司法解释》	1992年7月14日

目 录

以案例研究促进法学教育的变革（自序）	1
术语缩略表	1

第一编 | 债和合同法案例

1 合同相对性原则的适用	3
2 合同关系中的第三人	8
3 和解协议的效力	13
4 要约与要约邀请的区别	22
5 合同成立与履行治愈规则	26
6 确认书的性质	31
7 悬赏广告的法律效果	36
8 关于附条件的合同	41
9 有奖销售的法律性质	45
10 预约合同的成立与效力	50
11 格式条款的效力问题	55
12 缔约过失责任的适用	61
13 合同履行与诚实信用原则	67
14 关于利他合同中的履行问题	76
15 债务履行辅助人的责任	81
16 合同价格条款的确定	85
17 关于工程款的鉴定问题	90
18 合同履行期限的确定	97
19 合同履行中的情势变更	101

20	船舶建造合同中的情势变更	108
21	房地产开发合同的协议变更与情势变更	114
22	同时履行抗辩与双方违约	120
23	根本违约与同时履行抗辩权的行使	124
24	欺诈行为与责任竞合	129
25	超越经营范围而订立的合同	134
26	显失公平合同的效力	139
27	合同变更与显失公平	145
28	债务转让与第三人代为履行	149
29	债权的部分转让与委托索款	153
30	合同转让的效果	157
31	连环合同中的无效撤销和解除问题	164
32	恶意串通的构成要件	171
33	居间合同的性质和效力	175
34	关于股权转让协议的效力问题	183
35	合伙合同履行中的若干问题	188
36	撤销权的行使	193
37	债权人撤销权	199
38	债权人代位权	204
39	预期违约与合同解除	209
40	合同解除的条件	214
41	合同的解除与买卖不破租赁原则	218
42	履行迟延与合同解除	222
43	免责条款的效力和解释	227
44	合同仲裁条款的解释	233
45	保证合同的当事人与保证范围	238
46	保证的形式	243
47	保证与物的担保的关系	248
48	债务人变更后担保人的责任承担	252
49	保证合同与主合同的关系	257
50	主合同的变更与保证责任	262
51	关于保证人代债务人行使抗辩权的问题	266

52	加害给付的责任	271
53	风险负担与违约责任	277
54	仓储合同的性质和违约责任	282
55	无偿保管人的注意义务和责任	288
56	明示毁约与履行拒绝	293
57	默示毁约的法律问题	297
58	损害赔偿范围的计算	301
59	违约损害赔偿责任的减轻	305
60	违约金责任的认定与调整	309
61	损害赔偿金与违约金的关系	314
62	定金的性质与责任	319
63	代理和行纪的关系	326
64	违约责任与不当得利返还	332
65	不当得利与侵权行为责任	336
66	无因管理的构成要件	342

第二编 | 物权法案例

67	物权债权的关系和无效合同的撤销	349
68	标的物的交付与所有权的移转	357
69	买卖合同下的所有权移转	363
70	动产物权的变动规则	368
71	房屋双重买卖的法律问题	375
72	商铺业主的专有权及其行使	382
73	集体土地所有权的处分	391
74	物权的确认	396
75	物权请求权的行使	400
76	关于抵押中的涤除权的行使	406
77	出租抵押物的效力	414
78	法定抵押权的行使	419
79	共同抵押中的受偿	425
80	关于货币出质的法律问题	430
81	房屋买卖中的优先购买权	434

4 民法疑难案例研究

82 不动产的善意取得	439
83 共有人的优先购买权	450
84 非基于法律行为的物权变动	455
85 房屋所有权与宅基地使用权的关系	460
86 建筑物区分所有人对地基的权利	465
87 关于车位车库“首先满足业主的需要”规则	471
88 空间利用权的确定	476
89 货币所有权规则适用的例外	481
90 关于占有保护请求权的问题	489

第三编 | 侵权责任法案例

91 “网络侵权第一案”评析	499
92 “银河宾馆案”评析	503
93 “‘老干妈’不正当竞争案”评析	514
94 虚假宣传与不正当竞争侵权	521
95 第三人侵害债权责任的成立	527
96 侵害债权与不真正连带债务	532
97 公交司乘人员的保护义务	541
98 物业服务公司的安全保障义务	548

第四编 | 其他案例

99 关于收养协议纠纷	557
100 诉讼时效届满后的自然债务	561

后记	567
----------	-----

第一编 债和合同法案例



1. 合同相对性原则的适用

一、案情简介

原告：普新公司

被告：大成公司

普新公司与大成公司订立一项粮食购销合同，合同的附则规定：“有关交货事宜由力新公司出面协调解决。”合同第5条规定：“应在天津某粮库交货。”后来，普新公司因嫌交货地点及交货时间不合适，便找到力新公司，要求变更时间和地点。力新公司总经理陈某便以其个人名义，与普新公司达成一份补充协议，协议中将交货地点由天津变更为河北石家庄，将交货时间由1998年12月变更为1998年10月。补充协议订立后，普新公司将该协议送交给大成公司，要求大成公司于1998年10月将货物发往石家庄某粮库。大成公司收到该协议以后，提出因交货时间提前而无法准备货源，并提出交货地点变更，使其费用增加，普新公司必须为此提供补偿。双方因不能达成协议，普新公司便以大成公司违约为由，向法院提起诉讼。

二、分歧意见

本案在审理中存在着几种不同的观点。

第一种观点认为，大成公司的行为确已构成违约，其原因在于，合同的附则规定：“有关交货事宜由力新公司出面协调解决。”可见，大成公司已授权力新公司与普新公司达成协议，普新公司已经与力新公司达成补充协议，该协议应当对大成公司具有约束力。大成公司拒绝履行该

补充协议，已经构成违约。

第二种观点认为，尽管大成公司已经授权力新公司达成补充协议，但是由于是由力新公司总经理陈某以其个人名义与普新公司之间达成的一份补充协议，力新公司并没有在补充协议中盖章，因此可以认为该协议并没有生效，对大成公司也不应该产生约束力。

第三种观点认为，合同附则中只是规定“有关交货事宜由力新公司出面协调解决”，并没有明确提出普新公司与力新公司之间达成的协议对大成公司当然具有拘束力，因此，不能认为大成公司已构成违约。

三、作者观点

（一）关于合同的相对性

笔者认为，本案中必须要明确的是买卖合同的当事人是普新公司与大成公司，而力新公司只是合同关系以外的第三人。合同作为一种民事法律关系，其不同于其他民事法律关系（如物权法律关系）的重要特点在于合同关系的相对性。合同的相对性，在大陆法中称为“债的相对性”，它主要是指合同关系只能发生在特定的合同当事人之间，只有合同相对人一方能够向另一方基于合同提出请求或提起诉讼。与合同当事人没有发生合同上权利义务关系的第三人不能依据合同向合同当事人提出请求或提起诉讼，也不应承担合同的义务或责任。概括起来，合同的相对性主要包含如下几方面内容：

一是主体的相对性，是指合同关系只能发生在特定的主体之间，只有合同当事人一方能够向合同的另一方当事人基于合同提出请求或提起诉讼。不特定的主体之间一般不能存在合同关系，合同关系一般也不得拘束第三人。

二是内容的相对性，是指除法律、合同另有规定外，只有合同当事人才能享有合同所规定的权利，并承担合同所规定的义务。合同当事人以外的第三人不能主张合同上的权利。合同当事人无权为他人设定合同上的义务。一般来说，如果合同为第三人设定权利，则在第三人未明确表示反对的情况下，法律推定此种设定是符合第三人的利益的。但合同当事人约定的为他人设定合同上的义务条款是无效的。在实践中，即使当事人一方与第三人之间存在着经济上的利害关系（如长期供货关系等），也必须在征得第三人的同意后才能为其设定义务。

三是违约责任的相对性，是指违约责任只能在特定的当事人之间，即合同关系的当事人之间发生；合同关系以外的人，不负违约责任，合同当事人也不对其承担违约责任。根据《合同法》第109条和第121条的规定，“当事人一方未支付价款或

者报酬的，对方可以要求其支付价款或者报酬”，“当事人一方因第三人的原因造成违约的，应当向对方承担违约责任”。违约责任的相对性，包括在因第三人的行为造成债务不能履行的情况下，债务人仍应向债权人承担违约责任。我国《合同法》第121条对此已作出了明确的规定。债务人在承担违约责任以后，有权向第三人追偿。债务人为第三人的行为向债权人负责，既是合同相对性规则的体现，也是保护债权人利益所必需的。债务人只能向债权人承担违约责任，而不能向第三人承担违约责任，因为只有债权人和债务人才是合同当事人，其他人因不是合同的主体，所以，债务人不应对其承担违约责任。

在本案中，力新公司与普新公司订立补充协议，如果该协议能够对大成公司产生约束力，则力新公司的身份必须是大成的代理人，其代订合同获得了大成公司的授权。否则，该补充协议仅在力新公司和普新之间发生，对大成公司不应该有任何拘束力。那么，在本案中力新公司是否获得了大成公司的授权呢？笔者认为，这种授权实际上并不存在。其原因在于：

第一，合同的附则规定：“有关交货事宜由力新公司出面协调解决。”此处只是规定由力新公司协调解决有关交货事宜，协调的含义主要是指作为中介人或者斡旋人，召集合同双方协商解决有关问题，而不能被认为是包含某种授权的意思。也就是说，双方并没有授权力新公司可以出面代理任何一家公司订立合同。

第二，如果把协调理解为包含了双方的授权，这就意味着力新公司可以代理双方来订立合同，可以享有“一手托二家”的权利，这就有可能构成双方代理，不符合禁止双方代理的代理法基本规则。

第三，力新公司不仅无权以代理人的地位订立变更协议，也不能以合同当事人之一的身份变更合同条款。虽然合同条款中规定了作为第三人的力新公司的某些权利义务，但该合同究其性质不属于为第三人利益订立的合同，第三人力新公司不能以其自己的名义独立主张合同上的权利，其地位充其量只相当于履行辅助人，而非合同关系中真正的当事人。即便力新公司不履行合同规定的义务导致给付障碍，合同债权人也只能基于合同向相对人主张权利。当然第三人也无权与合同当事人之一通过协议变更合同，因为变更合同是当事人特有的权利，合同外的第三人不得享有。

第四，本案中力新公司的总经理与普新公司达成的补充协议涉及对交货时间和地点的变更问题，这些都是买卖合同的重要条款，它不仅可能使履行费用增加，而且关系到因时间提前是否能够履行的问题，由于履行时间和地点涉及合同的主要条款，由此决定了对履行时间和地点的变更必须要取得大成公司的明确同意。也就是说，大成公司必须明确授权力新公司可以将时间和地点作出变更，否则，力新公司

无权代理大成公司作出上述变更。从本案中看，大成公司显然没有对力新公司做出上述授权，所以不能认为力新公司有权代理大成公司订立上述补充协议。

（二）关于第三人利益合同

那么，本案是否构成第三人利益合同呢？第三人利益合同，又称为利他合同，是指合同当事人约定由一方向合同关系外的第三人为给付义务，该第三人即因之取得直接请求给付权利的合同。在第三人利益合同中，依约应向第三人为给付的一方，为债务人、诺约人或约束人；可请求债务人向第三人为给付的一方，为债权人、要约人或受约人；可请求债务人向自己为给付的主体，为第三人或受益人。在此种合同中，第三人不是订约当事人，他不必在合同上签字，也不需要通过其代理人参与缔约。第三人尽管只享有权利不负担义务，但一旦由当事人指定成为利他合同中的第三人，其就享有独立的请求权。许多国家的法律都承认了此种合同，例如《法国民法典》第1119条、《德国民法典》在第二编“债的关系法”第二章中单设一节集中规定了利他合同问题。我国《合同法》上是否承认利他合同，对此学者看法不完全一致。根据我国《合同法》第64条的规定，“当事人约定由债务人向第三人履行债务的，债务人未向第三人履行债务或者履行债务不符合约定，应当向债权人承担违约责任。”第65条规定：“当事人约定由第三人向债权人履行债务的，第三人不履行债务或履行债务不符合约定，债务人应当向债权人承担违约责任。”对这两条规定的性质是否是对涉他合同的规定，学界存在两种截然不同的看法。一种观点认为，“以上两条规定确立了合同履行中，债务人向第三人履行债务的规则以及第三人向债权人履行债务的规则，这就是通常所说的涉他合同。”^①另一种观点认为，“表面观之。我国《合同法》的规定与前述‘由第三人给付之契约’及‘向第三人给付之契约’完全相同，但仔细检查有关理论和其他国家及地区的立法例，即可发现，我国《合同法》的规定与之存在天渊之别。”^②笔者认为，《合同法》第64条和第65条仅系任意性规范，当事人特别约定，债务人向第三人承担责任亦无不可，故我国法律已经承认了第三人利益合同制度。

第三人不是订约当事人，因此不必在合同上签字，也不需要通过其代理人参与缔约。不过，利他合同中的第三人虽然没有参与合同的订立，但享有合同所规定的利益。利他合同中的第三人享有独立的请求权，也就是说，一旦债务人没有向第三人履行或履行不当，那么第三人有权以自己的名义直接向债务人提出请求。在这

① 冉昊：《论涉他合同》，载《山东法学》1999年第4期。

② 尹田：《论涉他契约》，载《法学研究》2001年第1期。

一点上，它和单纯的向第三人做出履行的合同是不一样的。由于第三人享有的受益权是受合同当事人指定的，只能由特定人享有，不能任意移转和继承。利他合同的产生，使合同不仅在当事人之间产生了拘束力，而且对第三人也发生了效力，这就在一定程度上突破了合同相对性的规则，然而，这种突破并没有根本改变合同相对性规则，因为这种合同只是为第三人设定权利而不是为第三人设定义务，因此，利他合同的设立，真正使合同更充分地实现了合同当事人尤其是债权人的意志和利益。债权人通过其与债务人之间的合同，向第三人提供某种利益，直接由债务人向第三人作出履行，而不是与债务人和第三人分别订立合同或分别作出履行的方式来完成，这样就可以减少交易费用，更好的实现债权人的意志和利益。

就本案而言，普新公司与大成公司订立的合同附则规定“有关交货事宜由力新公司出面协调解决”，该条款并不能构成第三人利益的合同，因为第三人利益的合同中的第三人必须享有独立的请求权。第三人的独立请求权是指，一旦债务人没有向第三人履行或履行不适当，那么第三人有权以自己的名义直接向债务人提出请求。例如在货物运输合同中，如果托运人与收货人不一致，则收货人作为利益第三人享有接受货物的权利。再如合同规定债务人应当向第三人作出给付，第三人接受给付，便是享有合同规定的利益。因此，力新公司只是依照合同在发生纠纷时出面协调解决，而不能享有合同上独立的请求权，更不能单方面决定变更合同之债的内容。

总之，笔者认为本案根据合同的相对性原则，力新公司不是合同的当事人，也没有获得大成的授权，所以不能代理大成公司缔结合同，无权变更大成公司与普新公司之间的合同。该补充协议对其不具有法律拘束力，大成公司仅对原来的合同负有履行责任，因此，普新公司要求大成公司基于补充协议承担违约责任的请求是不能成立的。如果允许第三人任意变更他人之间的法律关系，破坏了合同的相对性，将导致当事人之间的关系缺乏安定性，严重违背当事人的自由意志，也对当事人极不公平。

2. 合同关系中的第三人

一、案情简介

原告：W市外贸进出口公司

被告：W市贸易商场

第三人：W市建设纱厂

原告与被告于8月10日签订了一份购销棉纱合同，双方约定：被告供给原告21支纱20吨，货到后付款，每吨2000元。合同还规定：为节省被告费用，由对被告供货的第三人（W市建设纱厂）直接将货于12月底以前送到原告处。在该合同签订以后，被告又与W市建设纱厂签订一份合同，合同规定：由W市建设纱厂将20吨21支纱于12月底以前送到原告处，货到并经验收后，由被告向W市建设纱厂按每吨1800元支付货款。W市建设纱厂在合同订立以后，因原材料价格上涨严重影响其生产，至12月底，仍不能向原告及其他客户供货。原告遂以被告及第三人违约为由，在法院提出诉讼，请求被告及第三人承担违约责任。

二、分歧意见

法院在处理本案过程中，对于第三人W市建设纱厂是否应当对原告承担违约责任，存在几种不同观点。

第一种观点认为，W市建设纱厂作为第三人，与原告之间并无直接的合同关系，原告无权请求W市建设纱厂向其承担违约责任。

第二种观点认为，尽管原告与W市建设纱厂之间没有订立合同，但是根据原告与被告之间、被告与W市建设纱厂之间订立的合同，W市建

设纱厂有义务向原告交货，如果不能按期交货，应当承担违约责任，而被告对原告则不应当承担违约责任。

第三种观点认为，尽管W市建设纱厂有义务向原告交货，因为其没有交货而应当承担违约责任，但被告也未履行其对原告负有的义务，因此也应承担责任。

三、作者观点

笔者认为，要确定本案中第三人是否应当对原告承担责任，应当首先确认第三人是否对原告负有交货义务，如果存在着此种义务，则其违反义务，应当承担违约责任，如果不负有这种义务，则不对原告承担违约责任。根据合同的相对性原则，合同的义务和责任应当由当事人承担，除法律和合同另有规定以外，第三人不对合同当事人承担合同上的义务和责任。换言之，与合同无关的人无须就合同的违约负责。这一规则要求在确定合同责任时必须首先明确合同关系的主体和内容，区分不同的合同关系及在这些关系中的主体，从而正确认定责任。当然，合同相对性规则并不绝对地排斥第三人的责任。不过，要认定第三人是否应当承担合同责任，首先应确定第三人是否应当和实际承担了合同规定的义务，只有第三人承担了义务的前提下，才有可能发生第三人违反合同义务及承担责任的问题。

从本案来看，存在着两个合同关系：一是原告与被告之间订立的购销棉纱的关系，在该合同中，规定了第三人有义务向原告交货。二是被告与第三人之间订立的棉纱购销合同，在该合同中也规定第三人应有义务向原告交货。两份合同的内容大体上是相同的。被告希望通过这两份合同的订立及履行，获得差额利润。但合同最后没有得到履行，被告也未获得预期利润。问题在于由于第三人的原因而使合同没有履行，第三人是否有义务向原告承担责任，为此，就需要分析在上述两份合同中均规定的第三人向原告交货的义务在法律上是否有效，这是确定第三人是否应对原告负责的前提。

（一）原告、被告之间订立的合同中所规定的由第三人履行的义务

在本案中，原告与被告之间订立购销合同，其中规定了由第三人向原告履行的义务，这一规定，实际上是合同当事人为第三人设定义务。从民法上看，此种规定如未经第三人同意，应为无效。根据民法的一般规则，任何人未经他人同意，不应为他人设定义务，擅自为第三人设定义务的合同都是无效的，因为义务实际上是一种负担，单纯承担义务将会给义务人带来不利益或损失；如果经过第三人同意，表明第三人自愿出让其利益，按照私法自治的原则，法律应当尊重当事人实施的这种合法的处分行为。所以，合同当事人在未取得第三人同意的情况下，为第三人设定合同义务的条款是无效的。

（二）被告与第三人之间订立的合同所规定的由第三人向原告供货的条款性质

在被告与第三人订立的合同中，明确规定由第三人将 20 吨 21 支纱于 12 月底以前送到原告处。该条款的性质应该如何判断呢？换言之，该条款究竟是属于当事人约定由第三人代债权人接受债权，还是订立了一份“为第三人利益订立的合同”，值得研究。所谓由第三人代债权人接受债权，是指第三人作为债权人的辅助人，帮助债权人接受债务人的履行，合同当事人仍然是合同债权人和债务人，第三人只是债权人的辅助人，他并不享有独立的请求权。我国《合同法》第 64 条规定：“当事人约定由债务人向第三人履行债务的，债务人未向第三人履行债务或者履行债务不符合约定，应当向债权人承担违约责任。”这实际上是确定了由第三人代债权人接受债权的情况。例如，在本案中，如果被告与第三人订立的合同中关于由第三人将 20 吨 21 支纱于 12 月底以前送到原告处的规定，在性质上属于当事人约定由第三人代债权人接受债权，那么原告就只是被告的接受债务履行的辅助人，他不能独立地向第三人提出请求，如果第三人不对其作出履行，或履行有瑕疵，他只能要求被告作出履行，而不能请求第三人向其作出履行或承担违约责任。

“为第三人利益订立的合同”，又称为第三人利益合同、利他合同、第三人取得债权的合同或向第三人给付的合同，是指合同当事人约定由一方向合同关系外第三人为给付，该第三人即因之取得直接请求给付权利的合同。与由第三人代债权人接受债权的情况不同，在此种合同中，尽管第三人没有参与合同的订约，但一旦此种合同成立，则第三人对此可享有合同规定的权利。换言之，一旦由当事人指定成为利他合同中的第三人，他就享有独立的请求权。如果债务人没有向第三人履行或履行不当，第三人有权以自己的名义直接向债务人提出请求。区分利他合同与第三人代债权人接受履行，应当从如下几方面考虑：

第一，要确定第三人是否单纯的享有权利和利益。在利他合同中，第三人作为受益人所享有的不是单纯的利益，而应当是一种债权，尽管这种债权是一种不完全的债权，但它有一定独立请求的内容，利他合同与代债权人接受履行的区别在于：利他合同使第三人独立取得债权，而代债权人接受履行则只是使第三人成为债权人的辅助人，他代债权人接受债务人的履行，但第三人不享有独立的请求权。

第二，要确定合同是否明确规定了第三人的利益和权利。利他合同是为第三人设定权利和利益，但第三人并不支付对价或承担相应的义务。因此，利他合同对第三人享有的权利的规定必须是明确的。但是在第三人代债权人接受履行的情况下，则合同并不需要对第三人所享有的权利和利益作出明确的规定，根据债务人的通知或指示，就可以使第三人成为债权人的辅助人。