

# 最高人民法院 指导性案例研究

ZUI GAO REN MIN FA YUAN  
ZHI DAO XING AN LI YAN JIU

姜丽萍 刘斌 主编

中国检察出版社

# 最高人民法院 指导性案例研究

2015-2019 年

王利明 主编

# 最高人民法院 指导性案例研究

ZUI GAO REN MIN FA YUAN  
ZHI DAO XING AN LI YANJIU

姜丽萍 刘斌 主编

中国检察出版社

## 图书在版编目 (CIP) 数据

最高人民法院指导性案例研究/姜丽萍, 刘斌主编. —北京: 中国  
检察出版社, 2015. 4

ISBN 978 - 7 - 5102 - 1369 - 4

I. ①最… II. ①姜… ②刘… III. ①最高法院 - 审判 - 案例 - 中国  
IV. ①D925. 05

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2015) 第 018309 号

## 最高人民法院指导性案例研究

姜丽萍 刘 斌 主编

---

出版发行: 中国检察出版社

社 址: 北京市石景山区香山南路 111 号 (100144)

网 址: 中国检察出版社 (www. zgjccbs. com)

编辑电话: (010) 88685314

发行电话: (010) 68650015 68650016 68650029

经 销: 新华书店

印 刷: 三河市西华印务有限公司

开 本: 720 mm × 960 mm 16 开

印 张: 16.5 印张

字 数: 297 千字

版 次: 2015 年 4 月第一版 2015 年 4 月第一次印刷

书 号: ISBN 978 - 7 - 5102 - 1369 - 4

定 价: 55.00 元

---

检察版图书, 版权所有, 侵权必究  
如遇图书印装质量问题本社负责调换

# 《最高人民法院指导性案例研究》 编委会

主 编 姜丽萍 刘 斌  
副主编 徐福云 郭一强 马明慧  
撰稿人 姜丽萍 崔少楠 韩 鹏 郭一强  
刘 斌 徐福云 马明慧

# 前 言

随着2010年7月29日最高人民检察院《关于案例指导工作的规定》和2010年11月26日最高人民法院《关于案例指导工作的规定》的发布，“案例指导制度”在经历了多年的呼唤和酝酿之后，破茧而出，正式登上我国法治舞台。<sup>①</sup>2011年12月20日至2014年1月26日，最高人民法院公布了六批26个指导性案例，包括民事、刑事、行政等方面。其中民事方面的案例有15个，占57%以上。撰写本书时，第六批指导性案例尚未公布，因此，只选择了前五批共12个民事方面的指导性案例进行研究。

本书认为，指导性案例制度的重要意义可表现为三个方面：

第一，对法官而言，指导性案例来源于法官审结的实际案件。根据最高人民法院《关于案例指导工作的规定》第2条的规定，指导性案例是指裁判已经发生法律效力并符合以下条件的案例：（1）社会广泛关注的；（2）法律规定比较原则的；（3）具有典型性的；（4）疑难复杂或者新类型的；（5）其他具有指导作用的案例。<sup>②</sup>具体而言，在挑选案例时，考虑的因素主要有：已审结的案件效力稳，终审没有申诉；效果好，服判息讼，发布后效果好；具有普适性，常见多发；指导性，即具有典型性、代表性、示范性；文书好，说理充分，展示了法律的理念和方法，没有明显的瑕疵。各级人民法院每年审理的案件上千万件，能够被选上作为指导性案例的案件可谓凤毛麟角。一旦被选上，就表明具有了普遍的适用性和指导作用，无疑是一种巨大的荣誉，是对法官审判工作的一种认可。这将使法院由过去单纯追求案件数量，逐步转向追求案件质量。法官的专业化水平将不断提高，一批法官精英亦将产生。

英国著名的大法官丹宁勋爵主张，法官一方面要依据法律办案，另一方面必须考虑公正，而公正的原则是高于法律条文的。他明确指出：“成文法和其他法律文件的语言永远不可能是绝对明确的，因此解释它们的时候就有两条可

---

<sup>①</sup> 王晨光：《制度构建与技术创新——我国案例指导制度面临的挑战》，载《国家检察官学院学报》2012年第12期。

<sup>②</sup> 陈兴良：《我国案例指导制度功能之考察》，载《法商研究》2012年第2期。

供选择的道路，我总是倾向于实现公正的解释。”他说，他作为法官的基本信念是，法官的作用就是在他面前的当事人之间实现公正。<sup>①</sup>法官职业的性质、责任、使命，促使法官都在极力追求公正地审理每一起案件，实现实体正义，让当事人满意。然而，案情的复杂性、法律的抽象性、认识能力的局限性、其他因素的干扰等，都可能使案件的审理结果事与愿违。指导性案例，给法官一个审理案件的统一标准，既能保证案件的公正审判，又能提高审判的效率。

第二，对律师而言，律师代理案件，首先希望能够找到同类案件已有的判决结果，这样可以产生一种预判。律师最担心的是，同案不同判。“同案不同判”的案件如果胜诉了，当事人往往会对律师的能力给予认可，并对律师的代理工作表示满意。相反，“同案不同判”的案件如果败诉了，当事人就会对律师表示出强烈的不满，称“谁谁谁的案子和我的一样，人家怎么赢了，而我怎么就败了？”将一切责任推到律师身上，认为律师无能。有了指导性案例，对律师来说，就等于有了办理案件的指导方法，可以对所代理的案件，提前有一个预期的判断，也可以在一定程度上满足当事人对律师提出的要求。

我们无法统计，在已经发布的指导性案例中，有多少是律师发挥作用的结果，但一定会有。辩论主义的一个重要作用是，使真理越辩越明。丹宁勋爵不仅要求法官做到公正，而且对一些律师也提出了首先实现公正的要求。他把一些“只关心法律事实上是怎样，而不是它应该是怎样”的律师比作“只知砌砖而不对自己所建筑的房子负责的泥瓦匠”。他认为，那些对社会有责任感的律师，“应该尽自己的力量去探索，使法律的原则和公正保持一致。如果他做不到这一点，他将失去人民的信任”。<sup>②</sup>案例指导也会促使律师提高执业水平，产生律师精英。

法官与律师，虽然在法律职业中的定位不同，但丹宁勋爵在谈到法官和律师主持公正时，有一点是非常值得注意的，即“不仅要主持公正，而且要人们明确无误地、毫不怀疑地看到是在主持公正，这一点不仅是重要的，而且是极为重要的”。<sup>③</sup>

第三，对法学院学生而言，指导性案例为学生们进行案例分析提供了极好

---

① 丹宁勋爵：《法律的正当程序》，李克强、杨百揆、刘庸安译，法律出版社2004年版，第9页。

② 丹宁勋爵：《法律的正当程序》，李克强、杨百揆、刘庸安译，法律出版社2004年版，第9~10页。

③ 丹宁勋爵：《法律的正当程序》，李克强、杨百揆、刘庸安译，法律出版社2004年版，第10页。



的素材。案例分析是实务训练，是运用法学知识分析问题、解决问题最快捷的方法。从应用法学、培养学生综合素质的角度出发，法学院都越来越重视对学生的实务教学和训练。因为毕业后的绝大多数学生，都到了实务部门工作。为此，现在很多高校都开设了法律诊所课、民事案例研习课、刑事案例研习课、行政案例研习课等。在这些课的课堂上，都需要大量的案例来进行分析和研习。过去老师给学生寻找具有典型性、争议性的案例，是件很困难的事情。现在指导性案例无疑成为了老师们的首选案例。指导性案例，不仅对于司法实践有指导作用，而且对于促进教学以及学术研究也具有重要的意义。

以上三点意义，也是本书撰写的重要意义之所在。为此，该书的写作特点，不是简单的案例分析，而是注重理论与实践的结合，知识性与法律具体规定的衔接；与其他书所不同的是，书中具体的法律规定不是单列，而是融入到具体的知识以及案例评析中，这样上下结合，运用起来直接明了和便利。因为在一些律师同人中，经常会发现有的律师，或者面对案情不知道应当适用什么法律，具体的法律规定是什么，在哪里能找到；或者找到了法律规定，但不知道能不能用于自己代理的案件，它真正的含义是什么。学生在学习时，总是抱着厚厚的法律法规汇编不断地寻找所要适用的相关法条，但最终找到了也常常用得不是很准确，也就是说，没有完全理解。本书的另外一个特点是，围绕指导性案例的关键词展开对相关知识的释义。因为指导性案例中出现的只是某一个知识点，为了让大家全面理解和把握指导性案例，我们把相关知识点变成了知识面，融会贯通，并与所适用到的相关法律规定衔接起来，变成一个完整的知识体系，有血有肉，有理有据。

本书的编排及体例，内容上是由12个指导性案例组成；每个案例在结构上分为三个方面：（1）本案例的基本内容，该部分是指导性案例的原貌；（2）案例评析，找出指导性案例中双方当事人争议的焦点，围绕焦点展开评析，阐明不易看清的事理；（3）本案例涉及的相关知识释义及法律规定链接，以指导性案例的关键词为基础，对本指导性案例中涉及的相关知识进行释义，包括概念解析、学术观点、实践应用、具体法规链接，构成一个庞大的极为丰富的知识体系。这些知识与书本上的知识所不同的是（当然，有一些也是我们书本上所没有的），它源于司法实践，也即司法实践中经常会运用到的知识。正所谓：“实践出真知。”

本书可在法官审理案件、律师代理案件和法学院学生研习案例时所用。

本书是在作者对最高人民法院发布的指导性案例，作出精细化研究、分析、论证后，奉献给读者的一部可以提高理论水平、司法实践能力的书籍。

最后，感谢所有参与本书编写人员的辛勤工作！



# 目 录

前 言 .....	( 1 )
<b>案例 1：居间合同“跳单”案 .....</b>	<b>( 1 )</b>
一、居间合同“跳单”案基本内容 .....	( 1 )
二、案例评析 .....	( 2 )
(一) 房地产求购确认书的性质 .....	( 3 )
(二) 禁止“跳单”格式条款 .....	( 6 )
(三) 被告是否存在违约行为 .....	( 6 )
三、本案例相关知识点剖析 .....	( 7 )
(一) 居间合同 .....	( 7 )
(二) 合同效力 .....	( 11 )
(三) 二手房买卖 .....	( 15 )
(四) 违约责任 .....	( 18 )
(五) “跳单” .....	( 22 )
<b>案例 2：吴梅买卖合同纠纷案 .....</b>	<b>( 24 )</b>
一、吴梅买卖合同纠纷案基本内容 .....	( 24 )
二、案例评析 .....	( 25 )
(一) 眉执督字第 4 号复函的法律依据 .....	( 25 )
(二) 生效判决与执行和解及诉讼外和解的关系 .....	( 26 )
(三) 诚实信用原则的适用 .....	( 27 )
三、本案例相关知识点剖析 .....	( 28 )
(一) 民事诉讼 .....	( 28 )
(二) 诉讼和解 .....	( 29 )
(三) 民事执行 .....	( 30 )
(四) 执行和解 .....	( 31 )
(五) 执行根据 .....	( 33 )
(六) 执行监督 .....	( 35 )
(七) 诚实信用原则 .....	( 37 )

(八) 撤诉、撤回上诉 .....	( 40 )
<b>案例 3：华隆公司撤回再审案</b> .....	( 43 )
一、华隆公司撤回再审案基本内容 .....	( 43 )
二、案例评析 .....	( 44 )
(一) 检察院不同意撤回抗诉法院能否裁定终结审查 .....	( 44 )
(二) 当事人处分权与检察院审判监督权的关系 .....	( 46 )
(三) 最高人民法院的观点 .....	( 48 )
三、本案例相关知识点剖析 .....	( 48 )
(一) 两审终审制度 .....	( 48 )
(二) 再审程序 .....	( 51 )
(三) 人民检察院对民事诉讼活动的监督 .....	( 56 )
(四) 国家利益 .....	( 59 )
(五) 公共利益 .....	( 61 )
<b>案例 4：林方清公司解散案</b> .....	( 65 )
一、林方清公司解散案基本内容 .....	( 65 )
二、案例评析 .....	( 67 )
(一) 公司经营严重困难的判断标准 .....	( 67 )
(二) 公司盈利是否判断经营管理严重困难的必要条件 .....	( 68 )
三、本案例相关知识点剖析 .....	( 69 )
(一) 公司 .....	( 69 )
(二) 股东和隐名股东 .....	( 73 )
(三) 公司解散 .....	( 78 )
(四) 公司僵局 .....	( 81 )
(五) 法院裁决解散公司诉讼中的程序性和实体性问题 .....	( 84 )
<b>案例 5：存亮公司买卖合同纠纷案</b> .....	( 88 )
一、存亮公司买卖合同纠纷案基本内容 .....	( 88 )
二、案例评析 .....	( 90 )
(一) 争点归纳 .....	( 90 )
(二) 思路分析 .....	( 91 )
(三) 指导价值 .....	( 93 )
三、本案例相关知识点剖析 .....	( 94 )
(一) 公司清算分类 .....	( 94 )
(二) 清算主体 .....	( 95 )

---

(三) 公司清算义务	(100)
(四) 连带清偿责任	(102)
<b>案例 6: 李建军公司决议撤销纠纷案</b>	(108)
一、李建军公司决议撤销纠纷案基本内容	(108)
二、案例评析	(110)
(一) 原告李建军未在决议上签字的抗辩理由能否成立	(110)
(二) 公司董事会作出撤销总经理职务决议是否在司法审查范围	(111)
三、本案例相关知识点剖析	(112)
(一) 公司决议撤销	(112)
(二) 司法审查范围	(125)
<b>案例 7: 徐工集团买卖合同纠纷案</b>	(129)
一、徐工集团买卖合同纠纷案基本内容	(129)
二、案例评析	(132)
(一) 公司法人人格否认	(132)
(二) 三家关联公司是否构成人格上的混同	(133)
三、本案例相关知识点剖析	(134)
(一) 法人	(134)
(二) 关联公司	(138)
(三) 人格混同	(141)
(四) 连带责任	(144)
<b>案例 8: 中海基金案</b>	(147)
一、中海基金案基本内容	(147)
二、案例评析	(149)
(一) 申请人是否有权设立海事赔偿责任限制基金	(149)
(二) 海事立法的特殊性	(151)
三、本案例相关知识点剖析	(152)
(一) 海事诉讼	(152)
(二) 海事赔偿责任限制基金	(159)
(三) 海事赔偿责任限额计算	(166)
<b>案例 9: 张莉买卖合同纠纷案</b>	(171)
一、张莉买卖合同纠纷案基本内容	(171)
二、案例评析	(173)
(一) 消费者购买汽车应否受《消费者权益保护法》调整	(173)

(二) 合力华通公司的行为是否构成消费欺诈 .....	(174)
三、本案例相关知识点剖析 .....	(175)
(一) 买卖合同 .....	(175)
(二) 欺诈 .....	(180)
(三) 家用汽车的法律问题 .....	(181)
(四) 消费者权益保护法 .....	(182)
<b>案例 10：中兴通讯公司劳动合同纠纷案</b> .....	(193)
一、中兴通讯公司劳动合同纠纷案基本内容 .....	(193)
二、案例评析 .....	(194)
(一) 依单位内部考核解聘员工的风险 .....	(194)
(二) “末位淘汰制”考核指标体系引发的纠纷 .....	(195)
三、本案例相关知识点剖析 .....	(197)
(一) 劳动合同 .....	(199)
(二) 单方解除 .....	(203)
<b>案例 11：机动车交通事故责任案</b> .....	(209)
一、机动车交通事故责任案基本内容 .....	(209)
二、案例评析 .....	(211)
(一) 错综复杂的法律关系 .....	(211)
(二) 谁为这起交通事故负责 .....	(212)
三、本案例相关知识点剖析 .....	(214)
(一) 机动车交通事故 .....	(214)
(二) 责任 .....	(218)
(三) 套牌 .....	(223)
<b>案例 12：斯瑞曼侵害发明专利权纠纷案</b> .....	(226)
一、斯瑞曼侵害发明专利权纠纷案基本内容 .....	(226)
二、案例评析 .....	(228)
(一) 关于专利临时保护请求权范围的观点 .....	(228)
(二) 本案争议的焦点：是否构成侵权 .....	(231)
三、本案例相关知识点剖析 .....	(231)
(一) 知识产权 .....	(231)
(二) 发明专利权 .....	(235)
(三) 共同诉讼 .....	(243)

## 案例 1

# 居间合同“跳单”案

### 一、居间合同“跳单”案基本内容

#### 上海中原物业顾问有限公司 诉陶德华居间合同纠纷案

(最高人民法院审判委员会讨论通过 2011 年 12 月 20 日发布)

**关键词：**民事 居间合同 二手房买卖 违约

**裁判要点：**房屋买卖居间合同中关于禁止买方利用中介公司提供的房源信息却绕开该中介公司与卖方签订房屋买卖合同的约定合法有效。但是，当卖方将同一房屋通过多个中介公司挂牌出售时，买方通过其他公众可以获知的正当途径获得相同房源信息的，买方有权选择报价低、服务好的中介公司促成房屋买卖合同成立，其行为并没有利用先前与之签约中介公司的房源信息，故不构成违约。

**相关法条：**《中华人民共和国合同法》第 424 条

**基本案情：**原告上海中原物业顾问有限公司（以下简称“中原公司”）诉称，被告陶德华利用中原公司提供的上海市虹口区株洲路某号房屋销售信息，故意跳过中介，私自与卖方直接签订购房合同，违反了《房地产求购确认书》的约定，属于恶意“跳单”行为，请求法院判令陶德华按约支付中原公司违约金 1.65 万元。

**被告陶德华辩称：**涉案房屋原产权人李某某委托多家中介公司出售房屋，中原公司并非独家掌握该房源信息，也非独家代理销售。陶德华并没有利用中原公司提供的信息，不存在“跳单”违约行为。

**法院经审理查明：**2008 年下半年，原产权人李某某到多家房屋中介公司挂牌销售涉案房屋。2008 年 10 月 22 日，上海某房地产经纪有限公司带陶德华看了该房屋；11 月 23 日，上海某房地产顾问有限公司（以下简称“某房地

产顾问公司”)带陶德华之妻曹某某看了该房屋;11月27日,中原公司带陶德华看了该房屋,并于同日与陶德华签订了《房地产求购确认书》。该《确认书》第2.4条约定,陶德华在验看过该房地产后6个月内,陶德华或其委托人、代理人、代表人、承办人等与陶德华有关联的人,利用中原公司提供的信息、机会等条件但未通过中原公司而与第三方达成买卖交易的,陶德华应按照与出卖方就该房地产买卖达成的实际成交价的1%,向中原公司支付违约金。当时中原公司对该房屋报价165万元,而某房地产顾问公司报价145万元,并积极与卖方协商价格。11月30日,在某房地产顾问公司居间下,陶德华与卖方签订了房屋买卖合同,成交价138万元。后买卖双方办理了过户手续,陶德华向某房地产顾问公司支付佣金1.38万元。

**裁判结果:**上海市虹口区人民法院于2009年6月23日作出〔2009〕虹民三(民)初字第912号民事判决:被告陶德华应于判决生效之日起10日内向原告中原公司支付违约金1.38万元。宣判后,陶德华提出上诉。上海市第二中级人民法院于2009年9月4日作出〔2009〕沪二中民二(民)终字第1508号民事判决:

一、撤销上海市虹口区人民法院〔2009〕虹民三(民)初字第912号民事判决;

二、中原公司要求陶德华支付违约金1.65万元的诉讼请求,不予支持。

**裁判理由:**法院生效裁判认为,中原公司与陶德华签订的《房地产求购确认书》属于居间合同性质,其中第2.4条的约定,属于房屋买卖居间合同中常有的禁止“跳单”格式条款,其本意是为防止买方利用中介公司提供的房源信息却“跳”过中介公司购买房屋,从而使中介公司无法得到应得的佣金,该约定并不存在免除一方责任、加重对方责任、排除对方主要权利的情形,应认定有效。根据该条约定,衡量买方是否“跳单”违约的关键,要看买方是否利用了该中介公司提供的房源信息、机会等条件。如果买方并未利用该中介公司提供的信息、机会等条件,而是通过其他公众可以获知的正当途径获得同一房源信息,则买方有权选择报价低、服务好的中介公司促成房屋买卖合同成立,而不构成“跳单”违约。本案中,原产权人通过多家中介公司挂牌出售同一房屋,陶德华及其家人分别通过不同的中介公司了解到同一房源信息,并通过其他中介公司促成了房屋买卖合同成立。因此,陶德华并没有利用中原公司的信息、机会,故不构成违约,对中原公司的诉讼请求不予支持。

## 二、案例评析

近年来,随着二手房买卖交易的日益频繁,买卖双方通过中介公司进行房地产交易成为一种普遍趋势。出于种种原因,买方跳过中介公司或跳过签订禁

止“跳单”的中介公司，通过其他中介公司签订房屋买卖合同的情形也日益增多。由此引发了关于在此情形下买方是否构成违约的讨论。针对这一问题，最高人民法院公布了案例指导 1 号——上海中原物业顾问有限公司诉陶德华居间合同纠纷案。该案中，上海市第二中级人民法院于 2009 年 9 月 4 日作出〔2009〕沪二中民二（民）终字第 1508 号民事判决认为原告陶德华并没有利用中原公司的信息、机会，故不构成违约，对中原公司的诉讼请求不予支持。

本案争议的焦点主要集中在以下几方面：

### （一）房地产求购确认书的性质

本案中，中介公司带领买方看房时，让买方签署了《房地产求购确认书》，其中明确了由买方委托中介公司求购房屋，并约定了报酬和违约条款。该确认书目的在于中介公司为买方提供订立买卖房屋合同的机会，因此，该确认书构成居间合同。其法律根据为《合同法》第 424 条之规定。

《合同法》第 424 条规定：“居间合同是居间人向委托人报告订立合同的机会或者提供订立合同的媒介服务，委托人支付报酬的合同。”

那么，《房地产求购确认书》第 2.4 条，即统称的禁止“跳单”条款的法律效力为什么性质？在双方签订的《房地产求购确认书》中，第 2.4 条约定：“陶德华在验看过该房地产后六个月内，陶德华或其委托人、代理人、代表人、承办人等与陶德华有关联的人，利用中原公司提供的信息、机会等条件但未通过中原公司而与第三方达成买卖交易的，陶德华应按照与出卖方就该房地产买卖达成的实际成交价的 1%，向中原公司支付违约金。”

在本案之前，学界对此大致有以下几种观点：

1. “无效说”。该观点主张“跳单”行为无效。理由如下：

（1）“禁止‘跳单’条款为格式条款，因违反《合同法》第 40 条的规定，<sup>①</sup>加重了委托人的责任，限制了委托人的权利而无效。”<sup>②</sup>若双方当事人

---

<sup>①</sup> 《合同法》第 40 条：“格式条款具有本法第五十二条和第五十三条规定情形的，或者提供格式条款一方免除其责任、加重对方责任、排除对方主要权利的，该条款无效。”《合同法》第 52 条：“有下列情形之一的，合同无效：（一）一方以欺诈、胁迫的手段订立合同，损害国家利益；（二）恶意串通，损害国家、集体或者第三人利益；（三）以合法形式掩盖非法目的；（四）损害社会公共利益；（五）违反法律、行政法规的强制性规定。”《合同法》第 53 条：“合同中的下列免责条款无效：（一）造成对方人身伤害的；（二）因故意或者重大过失造成对方财产损失的。”

<sup>②</sup> 张宁：《房屋买卖居间合同中规避“跳单”条款的效力和“跳单”行为的认定》，载《法律适用》2010 年第 8 期。



在合同中约定了禁止“跳单”的格式条款，则委托人别无选择，只能委托该居间人，这无异于限制了委托人的权利。依照我国现行《合同法》第39条之规定，格式条款是当事人为了重复使用而预先拟定，并在订立合同时未与对方协商的条款。而且，当事人采用格式条款订立合同的，提供格式条款的一方应当遵循公平原则确定当事人之间的权利和义务，并采取合理的方式提请对方注意免除或者限制其责任的条款，按照对方的要求，对该条款予以说明。而根据《合同法》第40条之规定该条款无效。

无疑，作为合同条款中的特殊形式，格式条款当然地适用合同条款效力的一般原则，同时，因为其制定时的单方规定性以及其意思构成欠缺合同双方意思交流的特征，法律对其效力状态有更高的要求。

一是受合同法法定无效和可变更可撤销规定的制约，格式条款应该首先不违反《合同法》第52条所列举之内容：“（一）一方以欺诈、胁迫的手段订立合同，损害国家利益；（二）恶意串通，损害国家、集体或者第三人利益；（三）以合法形式掩盖非法目的；（四）损害社会公共利益；（五）违反法律、行政法规的强制性规定。”二是格式条款不得具有《合同法》第54条之情形：“（一）因重大误解订立的；（二）在订立合同时显失公平的。当一方以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危，使对方在违背真实意思的情况下订立的合同，受损害方有权请求人民法院或者仲裁机构变更或者撤销。”

首先，格式合同的内容多涉及免责，故应符合合同法关于免责条款的一般规定。即当格式条款符合《合同法》第53条所规定之内容：“（一）造成对方人身伤害的；（二）因故意或者重大过失造成对方财产损失时，该免责条款无效。”其次，关于格式条款中的意思表示因素。意思表示是指行为人把进行某一民事行为的内心效果意思，以一定的方式表达于外部的行为。意思表示由目的意思、效果意思两个主观要素和表示行为这一客观要素构成。一个合法有效的意思表示除需满足上述要素外，还需表意人的意思与表示相一致，意思表示的作出不是由于他人的不当干涉，即表意人不是由于欺诈、胁迫、乘人之危等原因而作出的意思表示。格式条款虽然是一方事先拟定的且未与另一方协商的条款，但倘若双方当事人真实意思的表示，且无法律禁止的情形，则其效力应该受到法律的保护。

（2）居间合同属于特殊委托合同，委托人享有任意解除权。委托合同的委托人可以随时解除合同，且无须任何理由。这是因为委托合同是以双方互相信任为前提的，任何一方不信任对方时都可解除合同。委托人欲行使单方解除权时，只要将其解除合同的意思通知对方即可。《合同法》第410条规定：“委托人或受托人可以随时解除委托合同，因解除合同给对方造成损失的，除

不可归责于该当事人的事由外，应当赔偿损失。”因此，当委托人跳开中介而与另一方当事人订约时，其行为并不具有违法性，不得以格式条款加以排除。

2. “有效说”。该观点主要针对“无效说”而产生，根据该观点，居间人所拟定的相关条款，其实是合同当事人借助意思自治维护自身利益的法律行为，旨在保护居间人依法应享有的权益，防止当事人利用已获得的信息进行私下交易，但其并未违反《合同法》第 52 条及第 53 条的规定，不存在《合同法》第 40 条的适用问题。<sup>①</sup> 即该格式条款是当事人真实的意思表示，旨在维护自身利益，且不存在格式条款提供方免除自己责任、加重对方责任、排除对方主要权利的情形，因此是合法有效的。

此外，有学者认为，居间合同“跳单”是法律所允许的行为，但应当分为可归责的“跳单”与不可归责的“跳单”两种。可归责的“跳单”，一般是利用了居间人的独家信息（垄断信息），此时就应当参照《合同法》第 410 条的规定，认定“跳单”人对居间人的赔偿责任。此赔偿责任包括可得利益。不可归责的“跳单”是指居间人所掌握的并不是独家信息，委托人在可能从第三方获得该相同信息的情况下，跳过居间人与另一方签订合同。根据该学者观点，不可归责“跳单”虽然不承担支付报酬的义务，不承担赔偿责任，但是并不免除支付费用的责任。本案中，陶德华另找他人居间，没有利用中原公司的独家信息，属于不可归责的“跳单”。<sup>②</sup>

持该观点的学者认为，“跳单”条款是关于客户跳开中介公司的违约责任条款，是指中介公司履行带看房的报告义务后，委托人如有恶意逃避佣金支付行为的，应当支付相当于佣金的违约金；并不是指中介公司只要参与交易，无论成交与否，均可获取佣金，否则中介公司只要静待其他中介公司促成交易，即可坐收相当于佣金的违约金；而委托人在未委托独家代理的情况下，对参与交易过程但未促成交易的中介公司均需支付成交价 1% 的佣金，可能导致其支付双倍甚至多倍佣金的结果，显失公平。<sup>③</sup>

委托人避开居间人直接与对方当事人磋商并缔约，不正当地阻止了居间人

<sup>①</sup> 周江洪：《“上海中原物业顾问有限公司诉陶德华居间合同纠纷案”评释》，载《浙江社会科学》2013 年第 3 期。

<sup>②</sup> 隋彭生：《居间合同委托人的任意解除权及“跳单”——以最高人民法院〈指导案例 1 号〉为例》，载《江淮论坛》2012 年第 4 期。

<sup>③</sup> 张宁：《房屋买卖居间合同中规避“跳单”条款的效力和“跳单”行为的认定》，载《法律适用》2010 年第 8 期。