

Zhong Yin Lawyers, Shanghai Office, Suite H, 21/F, World Plaza, No.855, South Pudong Road, Shanghai, 200120, China
Jason Tian, attorney-at-law, www.zhongyinlawyer.com, E-mail: tianjie@zhongyinlawyer.com, MP:+86-13816548421

房地产买卖居间协议和买卖合同之界限

田杰 律师

笔者处理的一个二手房买卖案件，最近收到法院的判决书。其中体现的法律问题颇具典型性，在此与各位分享和探讨。

案件基本事实：买卖双方在中介公司的居间介绍下签订了《购房意向书》。在签订意向书同时，买卖双方及居间方同时签订了一份三方《房屋买卖协议》（“买卖协议”）。该买卖协议仅有一份，由居间方保存，其中约定：房屋总价 200 万元，税费各付；买方首付款 1 万元；签订《上海市房地产买卖合同》时买方支付第二笔房款 90 万，其余贷款支付；约定了买方逾期付款以及卖方逾期交房的违约责任，且约定了买卖一方违约对中介方的违约责任。之后，由于中介公司擅自更换卖方房屋门锁，致使卖方愤怒，遂决定不进行买卖交易，双方未能签订《上海市房地产买卖合同》。再后来，买方凭借上述意向书和买卖协议追究卖方违约责任。

庭审中双方争议的焦点是，这份买卖协议是否构成双方之间有关房地产买卖的真正合同。买方坚称，买卖协议，诚如其名，系双方之间的关于房地产买卖的真实意思表示，且具备相关条款。卖方则辩称，该买卖协议是中介方绑架交易双方的伎俩，且仅有一份保存在中介方，不符合交易惯例，非双方之间的真实买卖合同；且，该买卖协议规定内容看，尽管具备房地产买卖的部分条款，但并不具备诸如房地产交付等关键条款，不成其为房地产买卖合同。根据交易习惯，更应该认定为三方居间合同。

浦东法院认为，双方签订的买卖协议尽管未就房屋交付进行约定但已经具备了房屋买卖合同的主要条款，因此双方之间买卖合同成立且有效。并认为，签订《上海市房地产买卖合同》不过是履行双方之间的买卖协议的一部分，卖方拒绝履行合同义务，因此违约，遂判卖方承担违约责任。

本案的重要指导意义在于，在判断买卖双方之间的买卖合同是否成立时，除非当事人有明确约定，否则法院不会以正式的《上海市房地产买卖合同》的签订与否来判断买卖合同是否成立；如果交易双方之间在其他文件（通常表现为居间协议或意向书）中包含了房地产买卖合同的必要条款，法院仍然会认定买卖合同成立。

尽管就目前的法律规定而言，这一推论似乎并无可厚非，且我们之前在其他法院也碰到过法院依据当事人之间的居间协议认定买卖合同成立的情况，但笔者对于这一判决仍有保留意见。因为，这一思路与现实的二手房交易实践相脱节。就上海地区而言，普遍的交易程序是先签订一份居间协议或意向书，表达当事人进行交易的意愿，而后双方签订《上海市房地产买卖合同》作为建立正式买卖关系的标志。这一实践在上海地区广为人知。然而法院的这一态度，将在一定程度上打乱市场交易的惯例和当事人的预期，影响房地产交易秩序。因此，在适用时务必谨慎。

INSIDE THIS ISSUE

本期中国法律通讯介绍本人处理的一个案例所引发的法律思考和问题。在上海地区（相信其他地区也有类似的问题），二手房交易中中介公司往往会首先签订居间协议而后由双方在签订地方房地产交易部门要求格式的买卖协议。由于签订居间协议时，买方常支付定金，所以买方希望在居间协议中将未来的买卖协议的主要条款予以相对确定。此时，如果交易出现纠纷，居间协议和买卖合同是否是两个性质不同的法律文件，往往会有不同的结论。据悉，上海地区法院对能否依据居间协议认定买卖合同，并无统一的意见，但实践亦有此类判例。详细，请阅读全文。

鉴于这一司法态度之影响，笔者认为，二手房交易中，各方应注意如下各点：

一、 对于买卖双方而言

如果一方在签订居间协议或意向书时对交易尚存疑问或不确定性，并不急于交易的，则应在所签文件中明确约定，所签居间协议或意向书并不构成双方之间的买卖合同，或约定双方的买卖合同关系仅在签订《上海市房地产买卖合同》后方成立生效。同时，对于居间协议或买卖合同中的违约金条款，需要谨慎约定，防止中介机构将适用于买卖合同中的违约责任条款置入居间协议或意向书中。

这一风险对于支付定金的买方而言尤其需要注意，一方面支付定金方希望在支付定金时明确双方的具体交易条件。

而这一做法就容易使其签订的居间协议或意向书被认定为实际的买卖合同，因此有必要在所签文件中明确约定买卖合同成立的条件。

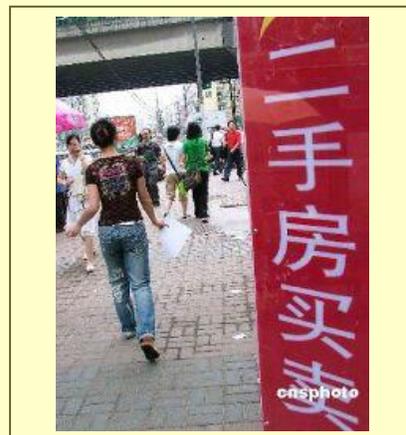
同时，如同本案所显示，部分中介机构为了套牢或绑架交易双方会在签订居间协议或意向书时，在不明确提示交易双方的情况下，怂恿或诱使买卖双方签订一份通常名曰“买卖协议”的文件，造成当事人在不明不白地签订了一份自己都不清楚的买卖合同。一旦出现纠纷时，不愿意交易的一方将十分被动。

二、 对中介机构而言

相反，这一司法态度给中介机构的启示是，为了保证交易双方不轻易违约，有必要在签订居间协议或意向书时，将与交易有关的条款细化并具有可操作性，以便让法院易于根据居间协议或意向书认定交易双方之间的买卖合同的成立。并且，在居间协议或意向书中置入较重的违约责任，以此加重违约方的违约成本，降低违约率。

就居间报酬而言，可以约定交易方应在买卖法律关系成立情况下支付居间报酬，而仅将签订《上海市房地产买卖合同》、过户等作为支付居间报酬的时间点而非支付条件。

目前看来，这一司法判例能否被推而广之，尚存不确定性，不排除其他法院或法官作出不同判决的可能性。因此，上述建议仅供参考。



二手房交易，风险无处不在！

【如有问题，请与我们联系。联系方式见下页】

田杰 律师

Jason Tian
Attorney-at-law

电话(Tel):
(86) 13816548421
(86-21) 50383762

传真(Fax):
(86-21) 68869532
(86-21) 50383762

电子邮件(E-Mail):
tianjie@zhongyinlawyer.com;
doroto@163.com

We're on the Web!
我们的网址:

www.zhongyinlawyer.com

OR

www.doroto.com

田律师简介

江苏省徐州市人，毕业于华东政法大学研究生院，获硕士学位。曾先后在英国高伟绅律师行上海代表处任高级法律翻译，并在北京市中伦金通律师事务所上海分所担任专职律师。现执业于中银律师事务所上海分所。

服务范围:

- (1) **房地产投资和收购:** 房屋和土地之买卖和租赁、房地产投资（大型商业、居住物业之项目收购，尽职调查、交易结构设计等）、商业地产经营、物业管理、劳动等；
- (2) **外商投资领域:** 外商投资企业（包括外商投资合伙企业）设立、增资和变更、公司治理结构、股权转让和并购，以及技术、商标许可/转让；外汇管理、外债等资本项目等；
- (3) **法律顾问:** 担任各类企业常年法律顾问，合同起草和审查、协助企业建立劳动、合同管理、公司治理、改制重组、对外投资等规范和制度建设，对企业经营进行事先法律风险防范，促进企业依法经营等。

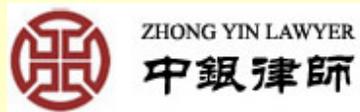
About Mr. Tian and his services:

Mr. Tian graduated from the renowned law school of East China University of Political Science and Law in Shanghai, and before joining Zhong Yin Law Firm, he has worked at Clifford Chance LLP, Shanghai Office and at Zhonglun Law Firm. His legal services cover, *in particular*, **foreign invested real estate businesses** (investment, sale, acquisition, purchase, leasing and property management of both residential, retail, commercial and industrial properties) as well as general FDI, corporate laws and licensing and transfer of trademark/technology, and other general legal businesses such as employment, contract, tort etc.

如果您对上述内容有任何疑问，请致电、致信给我们！

If you have any questions about the contents herein, please do not hesitate to contact us!

中银律师事务所上海分所
上海市浦东南路 855 号世界
广场 21 层 H 座，邮编：
200120



ZHONG YIN LAWYERS
Suite H, 21/F, World
Plaza, No.855, South
Pudong Road, Shanghai,
200120, China