

# 君合专题研究报告



2020年2月1日

## 房屋定制整售协议纠纷热点问题

在房地产，特别是商业地产和写字楼销售过程中，经常存在买受人购买整栋楼宇的情形。因该等买受人所购买的标的较大，其相较于一般的商品房买受人处于更加有利的谈判地位，其可能对商品房的建设提出个性化的需求，亦可能在较早的时间点介入销售环节。上述买受人与出卖人在签署政府统一制定的商品房买卖（预售或现售）合同之前签署的合约常常被命名为房屋定制整售协议、房屋定制协议、定制开发协议、认购协议、意向书等。在本文中，上述文件将被统称为定制整售协议。本文将结合近年来最高人民法院判例、北京及深圳地区的裁判指引分析定制整售协议的性质、合同效力、合同风险方面的问题。

### 一、定制整售协议的性质

#### 1、相关司法解释对合同性质的规定

根据《最高人民法院关于审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》（2003年6月1日施行）（以下简称“《商品房买卖司法解释》”），商品房的认购、订购、预订等协议原则上不属于商品房买卖合同，但如果该协议具备《商品房销售管理办法》（2001年6月1日施行）第十六条规定的商品房买卖合同的主要内容<sup>1</sup>，并且出卖人已经按照

约定收受购房款的，该协议应当认定为商品房买卖合同。在《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》（2012年7月1日施行）（以下简称“《买卖合同司法解释》”）中，最高人民法院使用了“当事人签订认购书、订购书、预订书、意向书、备忘录等预约合同”的表述，据此，我们认为，商品房的认购、订购、预订等协议在一般情况下通常被认定为预约合同。

相较于《商品房买卖司法解释》，北京市高级人民法院的裁判指引对认定房屋买卖合同的条件更为宽松。根据《北京市高级人民法院关于审理房屋买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的指导意见（试行）》（2010年12月21日施行）第二条，当事人签订的认购书、购房意向书等协议已经具备了拟购房屋的基本状况、价款数额、价款支付方式等合同主要内容的，可以认定为房屋买卖合同，但当事人另有约定的除外。

类似的，深圳市中级人民法院对《商品房买卖司法解释》的规定亦进行了扩展。根据《深圳市中级人民法院关于房屋买卖合同纠纷案件的裁判指引》（2014年8月28日施行），当事人签订的认购书、意向书等协议已经具备了拟购房屋的位置、面积、价款等房屋买卖合同的主要条款，并且出卖人已收取购房款或出卖人与买受人约定将所收取的

<sup>1</sup>《商品房销售管理办法》第十六条规定，商品房买卖合同应当明确以下主要内容：（1）当事人名称或者姓名和住所；（2）商品房基本状况；（3）商品房的销售方式；（4）商品房价款的确定方式及总价款、付款方式、付款时间；（5）交付使用条件及日期；（6）装饰、设备标准承诺；（7）供水、供电、供热、燃气、通讯、道路、绿化等配套基础设施和公共设施的交付承诺和有关权益、责任；（8）公共配套建筑的产

权归属；（9）面积差异的处理方式；（10）办理产权登记有关事宜；（11）解决争议的方法；（12）违约责任；（13）双方约定的其他事项。

定金转为购房款的，该协议可以认定为商品房买卖合同，但当事人另有约定的除外。

以上仅列举北京及深圳两地的裁判指引作为参考，在办理不同省市的案件时，应关注当地审判机关的裁判指引。

## 2、法院裁判案例对合同性质的认定

本文选取了最高人民法院 2017 年以来的几个典型案例。根据协议的内容、履行情况等因素，最高人民法院将协议分别定性为预约合同和商品房买卖合同。具体分析如下：

### (1) 当事人在签订定制开发协议时明知尚不具备签订商品房预售合同的条件，签订定制开发协议的核心目的是未来签订商品房预售合同的，定制开发协议为预约合同

最高人民法院在《黄文贵与北京宁科置业有限责任公司房屋买卖合同纠纷一案再审民事裁定书》（(2019)最高法民申 2826 号）中认为，合同当事人在协商并等待正式缔约条件或时机成熟的过程中，为巩固阶段性谈判成果，对已达成一致的事项在签订正式合同前予以明确并约定在将来的一定期限内就该谈判事项订立正式的合同，该约定区别于买卖合同本身，属于预约合同。

在本案中，双方签署的《定制开发协议》约定：

(i) 买方交纳保证金以保证买方能按约定的条款与卖方签订《商品房预售合同》；(ii) 买方在卖方发出书面签约通知 15 日内与卖方签订与定制开发房屋相对应的预售合同及其附件和补充协议，并配合办理相关手续；(iii) 预售合同签署生效时，买方交付的保证金冲抵房屋价款，本协议终止，剩余价款的支付按双方签署的预售合同的相关约定执行；(iv)

如任何一方拒绝按照本协议约定与另一方签订商品房预售合同，本协议终止；(v) 买方确认该协议是卖方根据买方要求标准进行的商品房定制开发，而非商品房预售行为。

最高人民法院认为，(i) 从涉案协议核心内容看，案涉合同当事人在签订《定制开发协议时》，明知或者应当知道就案涉房产签订合法有效商品房预售合同的法定条件尚不具备，商品房买卖交易的实现仍然有待双方签订商品房预售合同；(ii) 合同双方当事人对《定制开发协议》与商品房预售合同如何衔接进行了安排，进一步说明《定制开发协议》的签订和执行是为了保证双方将来签订商品房预售合同，其主要合同义务和根本目的是将来双方签订商品房预售合同。

基于上述理由，最高人民法院将涉案的《定制开发协议》认定为商品预售合同的预约合同。

### (2) 不具备商品房买卖合同应当具有的主要内容的意向书为预约合同

最高人民法院在《银川市规划建筑设计研究院发展有限公司、宁夏回族自治区人民政府机关事务管理局房屋买卖合同纠纷二审民事判决书》（(2018)最高法民终 914 号）中认为，买卖双方签订的《意向书》虽然明确了房屋单价、总价、付款时间等基本条款，买方亦支付了部分房款，但房屋的开发建设专门针对宁夏回族自治区的党政机关进行，并非开发商向不特定社会公众进行销售的商品房买卖合同，且双方明确约定须在卖方取得案涉项目销售许可后，在《意向书》的基础上签订正式的商品房买卖合同，《意向书》本身尚不具备商品房买卖合同应当具有的主要内容，故应认定为预约合同。

**(3) 认购书虽不完全具备商品房买卖合同应明确的主要内容，但买卖双方已通过购房款的交付、收取及房屋的交付、接收等行为实际履行商品房买卖合同的主要权利和义务的，在事实上形成了商品房买卖合同关系**

在马雄伟与海南嘉鹏置业有限公司商品房销售合同纠纷一案中，双方签署的《25 度阳光认购书》虽然不完全具备《商品房销售管理办法》第十六条规定的商品房买卖合同应明确的主要内容，但对商品房买卖合同关系应具备的当事人名称或者姓名、商品房基本状况、销售方式、价款的确定及付款方式等基本内容已作明确约定，且认购书签订时，涉案房屋已经竣工验收。《25 度阳光认购书》签署后，买方支付且卖方收取了全部购房款，卖方交付且买方接收了涉案房屋。基于此，最高人民法院确认双方事实上已形成商品房买卖合同关系。

**(4) 定制买卖交易所涉及的房屋主体结构施工已经完成的，不构成定制合同关系**

最高人民法院在《成都中铁蓉丰置业有限公司商品房委托代理销售合同纠纷再审审查与审判监督民事裁定书》（(2019)最高法民申 1700 号）中认为，买卖双方在签订定制协议时定制房屋主体结构施工已经完成，且已通过政府质检部门验收，要求确认双方之间形成定制合同关系的主张缺乏事实依据，本案应定为商品房销售合同纠纷。

**(5) 小结**

上述分析系根据近年来最高人民法院较为具有代表性的案例做出，虽不能涵盖司法实践中的各类情形，但可以看出，最高人民法院在判定合同的性质时是结合合同的内容、合同目的及实际履行情

况等进行综合判断。

## **二、定制整售协议的效力**

在本文第一部分，我们根据相关司法解释及司法判例分析了定制整售协议在不同情形下可被认定为不同性质的合同。总体而言，定制整售协议主要被定性为预约合同和商品房买卖合同两类。

### **1、 预约合同**

最高人民法院案例显示，只要定制整售协议系当事人真实意思表示，且不违反法律、行政法规的强制性规定，应属有效。

### **2、 房屋买卖合同**

除适用《合同法》及《民法总则》关于合同效力的一般规定外，根据《商品房买卖司法解释》第二条，出卖人未取得商品房预售许可证明，与买受人订立的商品房预售合同，应当认定无效，但是在起诉前取得商品房预售许可证明的，可以认定有效。

值得关注的是，如果在起诉前出卖人未就涉案房屋取得预售许可证，即便在起诉前涉案房屋已经竣工验收，且在诉讼过程中，出卖人就涉案房屋取得房产证，房屋买卖合同仍有可能被认定为无效。在成都中铁蓉丰置业有限公司商品房委托代理销售合同纠纷一案中，涉案房屋在原告起诉前已经竣工验收，且在诉讼过程中出卖人就涉案房屋取得了房产证，出卖人主张房屋买卖合同有效。最高人民法院认为，出卖人未能提交证据证明标的房屋已经全部具备现房销售条件<sup>2</sup>，因此，《房屋开发协议》

<sup>2</sup> 最高人民法院引用《商品房销售管理办法》第七条规定：“商品房现售：应当符合以下条件：（一）现售商品房的房地产开发企业应当具有企业法人营业执照和房地产开发企业资质证书；（二）取得土地使用权证书或者使用土地的批准文件；（三）持有建设工程规划许可证和施工许可证；（四）已通过竣工验收；（五）拆迁安置已经落实；（六）

有关买卖 15 栋房屋的约定无效。

不过，北京市高级人民法院放宽了商品房现售条件。《北京市高级人民法院关于审理房屋买卖合同纠纷案件若干疑难问题的会议纪要》（2014 年 12 月 16 日）第一条规定，出卖人未取得商品房预售许可证明即签订预售合同转让房屋，在一审法庭辩论终结前房屋已经竣工验收合格的，可以认定为商品房现售，当事人以出卖人未取得商品房预售许可证明为由主张合同无效的，不予支持。

深圳市中级人民法院则将取得商品房预售许可证明的时间推迟到了一审庭审辩论终结前。根据《深圳市中级人民法院关于房屋买卖合同纠纷案件的裁判指引》（2014 年 8 月 28 日施行），房地产开发企业未取得商品房预售许可证明，与买受人订立的商品房预售合同，应当认定为无效，但出卖人在一审庭审辩论终结前已取得商品房预售许可证明，可以认定合同有效。此外，该指引还规定，在一审庭审辩论终结前所涉商品房已办理初始登记的，也可认定合同有效。

### 三、定制整售协议的合同风险及法律后果

#### 1、合同无效的风险及法律后果

如我们在第二部分所分析，定制整售协议可能依法被认定为无效合同。在此情况下，交易双方的合同目的将落空。根据《合同法》第五十八条，合同无效后，因该合同取得的财产，应当予以返还；不能返还或者没有必要返还的，应当折价补偿；有过错的一方应当赔偿对方因此所受到的损失，双方都有过错的，应当各自承担相应的责任。上述规定

---

供水、供电、供热、燃气、通讯等配套基础设施具备交付使用条件，其他配套基础设施和公共设施具备交付使用条件或者已确定施工进度和交付日期；（七）物业管理方案已经落实。”

为合同无效后处理的基本原则。

此外，根据《商品房买卖司法解释》，如出卖人订立商品房买卖合同时，故意隐瞒没有取得商品房预售许可证明的事实，导致合同无效的，买受人可以请求返还已付购房款及利息、赔偿损失，并可以请求出卖人承担不超过已付购房款一倍的赔偿责任。

#### 2、定制整售协议作为预约合同有效，但双方未能签订正式商品房买卖合同的风险及法律后果

预约合同不同于商品房买卖合同，预约合同的核心目的在于约定双方在未来签订正式的商品房买卖合同。因预约合同的签订时间与正式商品房买卖合同签订时间存在间隔，买卖双方均有可能拒绝履行预约合同，亦可能发生其他事件导致预约合同无法实际履行，在此情况下，交易双方的合同目的将落空。

##### （1）因买方或卖方单方责任未能签订正式的商品房买卖合同的法律后果

###### （i）原则上不能要求强制订立买卖合同

根据《北京市高级人民法院关于审理房屋买卖合同纠纷案件若干疑难问题的会议纪要》，预约协议订立后，当事人一方无正当理由拒绝签订房屋买卖合同，守约方起诉要求法院强制违约方订立买卖合同的，一般不予支持。

###### （ii）适用定金罚则

如果出卖人向买受人收受了定金作为订立商品房买卖合同担保的，根据《商品房买卖司法解释》第四条，若因当事人一方原因未能订立商品房买卖合同，应当按照法律关于定金的规定处理。

### (iii) 支付违约金

如果定制整售协议中约定了违约金，则可以主张违约金。

### (iv) 赔偿损失

如果定制整售协议没有约定定金和违约金条款，或者定金和违约金数额不足以弥补守约方实际损失的，违约方应当赔偿守约方因此所受到损失，但根据《北京市高级人民法院关于审理房屋买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的指导意见(试行)》(京高法发〔2010〕458号)，原则上违约方应当赔偿守约方因此所受到的信赖利益损失<sup>3</sup>。守约方要求赔偿合同履行的可得利益损失的，一般不予支持。

在黄文贵与北京宁科置业有限责任公司房屋买卖合同纠纷一案中，买受人请求参照出卖人所获房屋溢价(按照约定的房屋交付截止日案涉项目房屋市场平均价格计算的案涉房屋总价与按约定价格计算的房屋总价的差额)确定损失数额，未得到法院支持。最高人民法院认为，预约合同以未来签订本约合同为目的，预约合同的意向购房人所支付款项的性质和数额均与商品房预售合同中的房屋交付的对价相距甚远，故基于预约合同与本约合同的合同目的和对待给付的内容不同，除非合同另有约定，根据权利义务对等的原则，预约合同的违约责任不能等同于本约合同违约责任。因此，不支持守约方按照违约方所获得的房屋溢价(获益)来确定其损失数额的主张，否定了“违约者不应因违约行为而获益”这一原则在预约合同违约情形下的适用。此外，最高人民法院认为，签订预约合同并

不等同于必然签订本约合同，本约合同的签订与否仍具有不确定性，双方当事人正是基于客观上签订条件、时机不具备或者主观上特殊的考虑，才签订预约合同而非直接签订本约合同，双方当事人对此均应有所预见。如因客观情况发生变化不能签订本约合同，合同双方应遵循诚实信用原则，在明知或应知上述情形发生时应采取适当措施防止损失扩大，否则无权就扩大部分的损失主张赔偿。对于因不能实现签订本约合同的机会损失如何赔偿的问题，最高人民法院认为，主要应当衡量预约合同内容及履行状态、签订本约意愿、客观障碍、市场风险、政策因素(如鼓励投资还是遏制炒房)等未签订本约合同的原因要件，综合判断。最终法院参照案涉协议签订之日至买受人可以另觅交易机会的时点期间的当地住宅销售价格指数酌定出卖人赔偿买受人的机会损失300万元。

## (2) 因买卖双方过错未能签订正式的商品房买卖合同的法律后果

卖方和买方对未能签订正式的商品房买卖合同均有过错的，法院一般根据双方过错程度，按照公平原则确认各自的责任。

在段海鸥、绿地集团(昆明)置业有限公司商品房预约合同纠纷一案中，最高人民法院认为，预约认购协议未明确房屋总价款是否依据预估建筑面积与实际建筑面积的差异进行相应变动，属于对房屋总价款的约定不明，买受人与出卖人对此均存在过错。双方进行多次协商后未达成一致意见，导致《预约认购协议》解除，双方对该协议解除均存在过错。法院按照公平原则判决出卖人返还买受人全部预约金并支付从付款之日起至款项还清之日止按照中国人民银行同期同类贷款利率上浮50%

<sup>3</sup> 根据《北京市高级人民法院关于审理房屋买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的指导意见(试行)》，信赖利益损失包括所受损害和所失利益(当事人信赖合同有效成立而丧失另订其他有利合同的机会损失等)，损失赔偿数额以不超过履行利益为限。

计算的资金占用费，以弥补从买受人支付出卖人购房预约金之日起至案涉协议解除之日止三年多时间内，出卖人持有该笔预约金并最终未与买受人签订《商品房购销合同》给买受人带来的实际损失。

### 3、 买卖双方对正式商品房买卖合同条款未能达成一致意见，一方能否要求解除合同

根据最高人民法院的相关案例，能否解除有效的合同，关键在于是否存在约定或法定的合同解除情形。

#### (1) 定制整售协议作为预约合同有效，双方长达多年未能签订正式的商品房买卖合同，一方可以要求解除定制整售协议

在银川市规划建筑设计研究院发展有限公司与宁夏回族自治区人民政府机关事务管理局房屋买卖合同纠纷中，最高人民法院认为，根据《合同法》，在履行期限届满之前，当事人一方明确表示或者以自己的行为表明不履行主要债务的，或当事人一方迟延履行债务或者有其他违约行为致使不能实现合同目的的，当事人可以解除合同。双方预约合同签署已达七年之久，且买方已明确表示不再继续履行合同，且请求解除合同，该合同目的无法实现，应予解除。

#### (2) 定制整售协议作为房屋销售合同有效，因买卖双方对正式商品房买卖合同条款未能达成一致意见，除非符合法定的解除条件，否则不能单方要求解除合同

在马雄伟与海南嘉鹏置业有限公司商品房销售合同纠纷中，最高人民法院认为，在商品房买卖合同关系已经形成的情况下，买受人和出卖人均应依法依约行使权利、履行义务，共同维护交易秩序

和交易安全，遵守诚实信用原则。在买受人未提交证据证明其已与出卖人达成解除认购书的一致意见或者认购书符合《合同法》第九十四条<sup>4</sup>规定的法定解除条件的，解除合同的请求不予支持。

### 4、 小结

合同的主要风险在于合同无效及双方或任何一方不依约履行合同义务，而法律对违约责任后果规定的较为原则，因此，双方在缔约时应尽可能就合同权利义务及相应的违约责任予以明确及细化。

---

<sup>4</sup> 《合同法》第九十四条规定：有下列情形之一的，当事人可以解除合同：

- (一) 因不可抗力致使不能实现合同目的；
- (二) 在履行期限届满之前，当事人一方明确表示或者以自己的行为表明不履行主要债务；
- (三) 当事人一方迟延履行主要债务，经催告后在合理期限内仍未履行；
- (四) 当事人一方迟延履行债务或者有其他违约行为致使不能实现合同目的；
- (五) 法律规定的其他情形。

李海浮 合伙人 电话：86 10 8553 7983 邮箱地址：lihf@junhe.com

李霞 律师 电话：86 10 8553 7945 邮箱地址：lixia@junhe.com

---

本文仅为分享信息之目的提供。本文的任何内容均不构成君合律师事务所的任何法律意见或建议。如您想获得更多讯息，敬请关注君合官方网站“[www.junhe.com](http://www.junhe.com)”或君合微信公众号“君合法律评论”/微信号“JUNHE\_LegalUpdates”。

