吉林省松原市中级人民法院 民 事 判 决 书

（2019）吉07民终392号

上诉人（原审原告）：初彦军，男，1974年2月16日生，汉族，现住吉林省松原市宁江区。

委托诉讼代理人：张贵福，吉林车宏伟律师事务所律师。

被上诉人（原审被告）:吉林省中鹏房地产开发有限公司，住所地长春市宽城区亚泰大街3146号，统一社会信用代码912201013078878225。

法定代表人:王怀，总经理。

委托诉讼代理人:徐书金，吉林护法律师事务所律师。

委托诉讼代理人:刘一鸣，吉林护法律师事务所律师。

被上诉人（原审被告）:松原市盛和置业有限公司，住所地吉林省松原市宁江区源江西路，统一社会信用代码91220700MA0Y3LPE56。

法定代表人:胡金丽，系经理。

委托诉讼代理人:惠英，女，汉族，1968年2月21日生，住松原市前郭县文化街文胜委34组。

被上诉人（原审被告）:胡勇，男，1982年2月7日生，汉族，现住吉林省松原市宁江区繁荣街。

委托诉讼代理人:惠英，女，汉族，1968年2月21日生，住松原市前郭县文化街文胜委34组。

上诉人初彦军因与被上诉人吉林省中鹏房地产开发有限公司（以下简称中鹏公司)、被上诉人松原市盛和置业有限公司（以下简称盛和公司）、胡勇房屋买卖合同纠纷一案，不服宁江区人民法院于2018年9月18日作出的（2018）吉0702民初4508号民事判决，向本院提起上诉，本院于2019年2月21日受理后，依法组成合议庭，公开开庭进行了审理，上诉人初彦军及委托诉讼代理人张贵福、被上诉人中鹏公司的委托诉讼代理人徐书金、刘一鸣，被上诉人盛和公司及胡勇的委托诉讼代理人惠英到庭参加诉讼。本案现已审理终结。

初彦军上诉请求：一、撤销一审判决第三项，改判中鹏公司及胡勇对盛和公司承担的给付义务承担连带责任;二、诉讼费用由被上诉人承担。事实和理由:一审判决存在认定事实和适用法律错误,理由如下:1、一审判决认定中鹏公司与盛和公司存在委托销售关系,但未予认定中鹏公司应承担《委托代建协议》相关权利义务，未予认定中鹏公司参与销售，存在事实认定有误。中鹏公司与盛和公司签订的委托销售协议第四条中虽载明了乙方（盛和公司、胡勇)不得私自收取销（预)售款，但注意事项明确了如有上述情况发生,则甲方可解除协议并由甲方自行履行与已交付购房款的购房人之间的相关协议。该条款约定明确，即使出现了合同约定的情况，中鹏公司享有解除权的同时，仍要履行对于购房人的合同义务。对此,应当作出有利于双方合同以外的第三人即购房人的理解,中鹏公司对于盛和公司出现的双方违约情形下仍继续承继对于已付购房款的购房人的权利和义务。一审法院事实查明但未作出准确认定，存在事实认定有误。同时,上诉人等多位购房人在一审时已经提交了由盛和公司和中鹏公司共同销售进行宣传的宣传单,盛和公司亦提交了现场销售时中鹏公司法定代表人王怀、销售经理刘云飞在场的证据,能够证实,中鹏公司对于盛和公司违法销售尚未取得预售许可的房屋这一事实，及盛和公司现场收取购房款是明知、认可的。2、中鹏公司在未经取得预售许可的情况下委托盛和公司及胡勇销售商品房,违反法律强制性规定,属于委托事项违法,在盛和公司披露其与中鹏公司的委托销售关系后,三者依法应当承担连带还款责任。一审仅判决盛和公司承担责任存在适用法律错误。《中华人民共和国合同法》第四百零三条的规定“受托人以自己的名义与第三人订立合同时,第三人不知道受托人与委托人之间的代理关系的,受托人因第三人的原因对委托人不履行义务，受托人应当向委托人披露第三人,委托人因此可以行使受托人对第三人的权利,但第三人与受托人订立合同时如果知道该委托人就不会订立合同的除外。受托人因委托人的原因对第三人不履行义务,受托人应当向第三人披露委托人,第三人因此可以选择受托人或者委托人作为相对人主张其权利,但第三人不得变更选定的相对人。委托人行使受托人对第三人的权利的，第三人可以向委托人主张其对受托人的抗辩。第三人选定委托人作为其相对人的,委托人可以向第三人主张其对受托人的抗辩以及受托人对第三人的抗辩”。该条款系合同法关于隐名代理的相关规定,就本案而言，盛和公司、胡勇向购房人出示了与中鹏公司的委托协议后,系就委托人进行披露。据此,依据上述规定，上诉人作为购房人有权要求中鹏公司承担责任。另外，双方具体到本案的委托销售房屋行为因尚未取得商品房预售许可,二者对此均系明知，上诉人与盛和公司签订的《委托代建协议》无效。也即具体到房屋预售行为本身来说,中鹏公司与盛和公司以及胡勇之间的委托事项因无预售许可而属于违法委托代理行为，就此，《中华人民共和国民法总则》第一百六十七条规定“代理人知道或应当知道代理事项违法仍然实施代理行为,或者被代理人知道或者应当知道代理人的代理行为违法未做反对表示的,被代理人和代理人应当承担连带责任”,中鹏公司、盛和公司对于未取得商品房预售许可这一违法事实均明知,因此,在中鹏公司应当承担责任的同时,作为代理人的盛和公司、胡勇应当承担连带赔偿责任。一审判决在认定委托代建协议违法的基础上,仅仅依据《中华人民共和国民法总则》第一百六十一条、第一百六十二条关于基本代理的规定作出判决,而没有考虑《中华人民共和国合同法》第四百零三条及《中华人民共和国民法总则》第一百六十七条关于隐名代理及违法代理的规定,属于适用法律错误。3、胡勇作为受托方之一,而且多次收取了购房人缴纳的款项，多次与买房人沟通，一直参与此事，且亦向买房人明示过愿意承担还款责任。一审未予判决，亦应纠正。中鹏公司与盛和公司签订的委托销售协议中,胡勇作为受托人之一,而且，胡勇就此事一直参与其中，多次表明其就该项目进行了大量投入,明示过找中鹏公司主张权利给付返还购房款及利息。另外，中鹏公司与盛和公司多次诉讼中,胡勇均作为一方当事人参加诉讼主张权利，对此,一审法院未予考虑,存在事实认定错误。综上，上诉人等多位买房人因盛和公司、中鹏公司、胡勇之间存在纠纷,二者之间委托关系明了,多位买房人支付了购房款，三者之间纠纷如何解决系内部事宜,而上诉人等买房人的权利应当依法得到全面保护。中鹏公司、盛和公司、胡勇对于委托销售事实存在,未取得商品房预售许可而委托销售，具体到每一个买房人的案件中均属于违法代理，依法应当承担连带给付责任。

中鹏公司辩称：一、中鹏公司对盛和公司私自销售房屋并与上诉人签订《委托代建协议》、收取购房款并不知晓，盛和公司未经中鹏公司的同意及授权，其行为与中鹏公司无关。二、原审判决适用法律得当。原审依据《民法总则》第161条、162条有关代理规定，认定盛和公司没有代理权或超越代理权所实施的民事行为应由其自行承担责任。本案不适用《合同法》第403条。上诉人要求中鹏公司承担连带责任没有事实依据和法律依据。

盛和公司、胡勇的答辩意见：盛和公司与上诉人签订的委托代建协议是受中鹏公司委托和同意，中鹏公司应承担给付购房款义务；盛和公司所收的购房款都用于涉案土地平整和建设，该地块所有人是中鹏公司，中鹏公司是受益人，应当承担责任；按照中鹏公司、盛和公司、胡勇的《协议》约定，中鹏公司也应承担返还购楼款的责任。

一审原告初彦军诉称：2016年中鹏公司与盛和公司对拟开发的水畔龙庭进行销售宣传。原告咨询后，与盛和公司签订委托代建协议，协议约定原告购买水畔龙庭小区楼房一套，总价款为600 000元，原告已经交付购房款300 000元。约定2017年12月31日前交房。该协议约定的交房期限早已截止，但是该地块不仅未进行开发，且根本未取得商品房预售许可。原告多次找到盛和公司和胡勇，盛和公司和胡勇向原告出具其与中鹏公司之间的委托相关协议。虽然原、被告签订委托代建协议，但是该协议实际意思表示为房屋买卖，双方应是商品房买卖关系。被告在未取得商品房预售许可证的情况下进行销售房屋应认定原告与被告签订的委托代建协议无效。三被告之间对此事属于明知，因此委托事项违法，三被告应当对此承担连带责任。要求确认原告与盛和公司签订的委托代建协议无效；判令三被告返还购房款300 000元及利息。

一审被告中鹏公司辩称：1、中鹏公司与原告不存在商品房买卖合同法律关系，双方之间没有签订任何商品房买卖合同或者协议，原告依据其与盛和公司之间签订的委托代建协议起诉中鹏公司，明显告诉主体错误，严重违反合同相对性的原则。2、原告与中鹏公司之间从来没有就房屋买卖事宜进行任何洽商。双方之间不存在任何缔约的意思表示，更不存在任何要约与承诺。原告与盛和公司的委托代建协议没有任何中鹏公司的字样，可见原告对合同的相对方是盛和公司这一法律事实是清楚地认知的，原告应当向盛和公司主张权利，与中鹏公司无关。3、原告没有向中鹏公司支付购房款，中鹏公司没有向原告收取任何款项，在事实上亦不成立商品房买卖合同法律关系。原告诉称中鹏公司收取购房款纯属无稽之谈，返还购房款并赔偿损失没有任何事实依据。4、松原市城区2014-38号地块的唯一权利人和开发主体是中鹏公司，这在国土资源局等相关主管部门是能够公开查到的。虽然中鹏公司与盛和公司及胡勇于2016年9月30日签订了一份协助销售《协议》，但是中鹏公司没有允许和授权盛和公司及胡勇可以对外签订房屋销售合同并收取房屋销（预）售款，该协议第三条明确约定：“乙方（盛和公司和胡勇）在协助甲方（中鹏公司）销售期间不得以个人或其名下企业与第三方签订任何有关该地块的合同、协议、票据，不得自行收取或者以甲方名义私自收取包括房屋销（预）售款在内的任何款项，否则视为乙方违约，甲方可终止本协议。”第四条明确约定：“乙方未经甲方书面同意的所有行为及因此产生的一切后果均与甲方无关，由乙方自行处理。”同时，2016年10月19日，中鹏公司在《松原日报》刊登一份《项目公告》，声明公告松原市城区2014-38#地块之开发项目（暂定名：水畔龙庭）为中鹏公司依法取得，中鹏公司为该地块的唯一合法开发企业，所有非中鹏公司签署之协议、销售之房源均属非法操作，视为无效。因此，本案原告与盛和公司签订的委托代建协议系盛和公司独立行为，与中鹏公司无关。5、盛和公司虚构自己是松原市城区2014-38号地块的开发主体，故意隐瞒其无权对外签订房屋销售合同并收取房款的情况。盛和公司涉嫌诈骗罪，依法应追究其刑事责任。原告与盛和公司存在恶意串通，进行虚假诉讼，损害中鹏公司利益的重大嫌疑和可能。原告诉其向盛和公司支付购房款，但是没有提供银行转账凭证，仅有一张加盖盛和公司公章的收据，如此大额的付款，没有银行转账，不符合常理，不能证明付款的真实性，而且，盛和公司的公章和收据都由盛和公司掌控，其可以随便为他人开具，数额亦可随便填写。另外，盛和公司及胡勇与中鹏公司合同纠纷一案经长春市中级法院终审败诉，完全存在与他人恶意串通，开具虚假的收款收据，虚构支付购房款的事实，以通过虚假诉讼的方式从中鹏公司套取钱款，损害中鹏公司利益。7、鉴于本案涉嫌诈骗犯罪和虚假诉讼犯罪，请求驳回原告的诉讼请求，将本案移送公安机关。

一审被告盛和公司辩称：1、盛和公司是按照中鹏公司出具的合同和意思与原告签订的代建协议，应由中鹏公司承担返还房款的责任。2、盛和公司收到购房款后，用于2014-38号地块土地的平整、回填土方及相关费用。我方就此事与中鹏公司正在长春市经开区法院诉讼中，2018年8月23日一审开庭。3、关于原告的损失，请法院依法裁决。4、我方与中鹏清算后，同意优先偿还原告。胡勇是盛和公司的经理，是盛和公司法定代表人胡金丽的弟弟。

一审被告胡勇未答辩。

一审法院审理查明：2015年2月5日，中鹏公司以出让的方式取得了松原市城区2014-38号地块的使用权，用于房地产开发建设。2016年5月，中鹏公司发现有人在2014-38号地块上设置围栏、展台并放置杂物，遂向公安机关报案，在得知上述行为系胡勇、盛和公司所为后，中鹏公司要求胡勇、盛和公司撤出场地，盛和公司、胡勇于2016年8月23日出具承诺书一份，承诺无条件撤出场地，胡勇、盛和公司未履行承诺。2016年9月30日，中鹏公司（甲方）与盛和公司、胡勇（乙方）签订《协议》一份，约定：“因乙方熟悉松原市情况，现就乙方协助办理该项目房屋销售事宜，达成协议如下：第一条协助销售目标，1、2016年10月30日前，乙方协助甲方销售回款3千万元；2、2017年5月31日前，除第一条第1款已收回资金外，乙方协助甲方收回2017年5月31日前甲方对该项目投入的包含土地出让金（8874万元）、税费（包括印花税、契税448.2万元）等其他与项目相关的全部资金。第二条收回资金方式，1、第一条第1款约定汇款均应为项目开发建设房屋的预（销）售款，均由甲方派驻财务人员收取，并签订与销售房源相对应的相关协议。2、现场销售活动由甲方人员直接实施。3……第三条项目经营主体，1、在协助目标实施之前，该项目所有经营行为，包括手续办理、与第三方的合同、协议、票据均以甲方为主体。2、乙方在协助甲方销售期间不得以个人或其名下企业与第三方签订任何有关该地块的合同、协议、票据，不得自行收取或者以甲方名义私自收取包括房屋销（预）售款在内的任何款项，否则视为乙方违约，甲方可以终止本协议。3……第四条、协议终止条件……2、乙方以个人或其名下企业名义与第三方签订任何有关该地块的合同、协议或者以该项目名义私自收取包括房屋销（预）售款、履约保证金在内的任何款项。注：如有以上情况发生，甲方有权无条件解除本协议，该项目由甲方继续自行开发建设，并由甲方自行履行与已交付购房款的购房人之间的相关协议。乙方无条件终止该项目的所有经营行为，乙方有关该项目的所有投入及各种损失由乙方自行承担。乙方未经甲方书面同意的所有行为及因此产生的一切后果均与甲方无关，由乙方自行处理……”。2016年8月至11月间，盛和公司以自己名义，为水畔龙庭项目对外签订了广告宣传合同、工程设计合同、代理销售合同等。2016年10月31日原告（甲方）与盛和公司（乙方）签订委托代建协议，该协议约定经甲方同意，乙方为甲方代建约100平方米门市一套，该住宅位于乙方所规划3栋东8门市，单价为6 000元，总价款为600 000元。2016年10月31日盛和公司给原告出具金额为300 000元购房款收据一枚。协议约定房屋于2017年12月31日交付使用。中鹏公司以盛和公司没有完成协议约定的义务为由起诉解除双方之间的协议，盛和公司辩解双方系合作开发不同意解除合同，经长春市中级法院终审判决认定双方的协议系代销合同，判决解除了该协议。

一审法院认为：《中华人民共和国民法总则》第一百六十一条规定“民事主体可以通过代理人实施民事法律行为……”第一百六十二条规定“代理人在代理权限内，以被代理人名义实施的民事法律行为，对被代理人发生效力”。中鹏公司与盛和公司之间的协议经生效的判决确认系代销合同。代销合同明确约定开发项目属于中鹏公司，不允许盛和公司以自己的名义对外签订合同及收受购房款等，而盛和公司故意以自己的名义与他人签订了委托代建协议并收取购房款，同时收取的购房款没有交付给中鹏公司，同时中鹏公司对盛和公司的该行为不予追认，且原告在与盛和公司签订委托代建协议和交纳购房款时并不知道中鹏公司与盛和公司的协议。所以本案应依据原告与盛和公司之间的委托代建协议认定由盛和公司承担民事责任。该委托代建协议系商品房买卖合同的表现形式，涉案的楼房没有预售许可证，盛和公司也不是开发的主体，涉案楼房没有建设完成，所以该委托代建协议为无效协议，导致合同无效的过错方为盛和公司，故盛和公司应返还收取的购房款及赔偿按照中国人民银行同期贷款利率计算的利息损失。胡勇是盛和公司的经理，同时盛和公司承认收到原告的购房款并给原告出具购房收据，故被告胡勇不承担给付责任。依照《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》第一条、《中华人民共和国合同法》第五十二条、第五十八条之规定，判决一、原告初彦军与被告松原市盛和置业有限公司于2016年10月31日签订的委托代建协议无效；二、被告松原市盛和置业有限公司于本判决生效后立即返还原告初彦军购房款300 000元，并自2016年10月31日起至返还之日止按照中国人民银行同期贷款利率付息；三、驳回原告初彦军的其他诉讼请求。

二审查明的事实与原审认定事实基本一致。另查明，长春市中级人民法院（2018）吉01民终523号民事判决认定，2016年8月至11月期间，盛和公司以自己的名义为水畔龙庭项目对外签订了广告宣传合同、工程设计合同、工程勘察合同、工程测量合同、代理销售合同，并与案外人谢学全签订了土方回填施工合同。同时该判决认定了中鹏公司与盛和公司、胡勇签订的《协议》性质为代销合同,而非房地产合作开发合同，该合同有效并判决予以解除。

本院认为，合同是平等主体的自然人、法人、其他组织之间设立、变更、终止民事权利义务关系的协议。根据《中华人民共和国合同法》(以下简称《合同法》）第十二条规定，合同的内容由当事人约定，包括当事人的名称或者姓名住所等内容。本案中，初彦军与盛和公司签订《委托代建协议 》标注的主体为初彦军与盛和公司，双方对法律关系性质均认可系名为代建实为商品房买卖。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》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”的规定，盛和公司未取得预售许可即以自己名义预售商品房，故其与初彦军签订的《委托代建协议 》系无效合同。原审根据《合同法》第五十二条规定，认定合同无效，并根据《合同法》第五十八条 “合同无效或被撤销后，因该合同取得的财产应当予以返还……” 规定，依照合同相对性原则，判令盛和公司返还收取上诉人的购房款及赔偿利息损失，并无不当。

关于初彦军上诉主张中鹏公司与盛和公司之间存在代理关系，中鹏公司委托事项违法、合同无效，应与盛和公司共同承担连带责任问题。因双方基于融资目的所签订的《协议》具有代销合同性质，协议的内容并不违反效力性强制性法律规定，应当属于有效合同。且该《协议》经长春市中级人民法院（2018）吉01民终523号生效民事判决予以解除，亦印证该《协议》系有效合同。作为具有建房资质独立法人的盛和公司以自己名义与初彦军签订《委托代建协议》，自行收取并支配售楼款，是作为独立合同主体行使合同权利义务的体现。结合盛和公司在2016年8月至11月期间，均是以自己的名义对外签订水畔龙庭项目的广告宣传合同、工程设计合同、工程勘察合同、工程测量合同、代理销售合同、土方回填施工合同等系列行为看，其已将自己作为该项目的开发人，行使了商品房买卖合同的出卖人权利，以自己名义将尚未建成的房屋向社会出售，而并未以代销人身份履行受托人义务，其行为亦未得到中鹏公司的事后追认，应当独立承担民事责任。中鹏公司与盛和公司《协议》解除前，双方应当按照约定行使权力，履行合同义务，中鹏公司不应对盛和公司违反约定对外独立签订的合同承担责任。故本案不能适用《中华人民共和国民法总则》第一百六十七条 “……被代理人知道或者应当知道代理人的代理行为违法未做反对表示的,被代理人和代理人应当承担连带责任”规定，上诉人主张中鹏公司委托事项违法应承担连带责任的理由不能成立。

关于初彦军上诉提出盛和公司与中鹏公司之间系隐名代理关系，在盛和公司披露中鹏公司的委托人身份后，应由中鹏公司作为被代理人承担连带责任的问题。本院认为，所谓“隐名代理”是指代理人以自己的名义在委托人的授权范围内与第三人订立合同，依法产生代理的法律效果。隐名代理的适用前提是“代理人在委托人的授权范围内与第三人签订合同”，本案中根据双方《协议》约定“开发建设房屋的预（销）售款，均由甲方（中鹏公司）派驻财务人员收取，并签订与销售房源相对应的相关协议……该项目所有经营行为，包括手续办理、与第三方的合同、协议、票据均以甲方为主体……乙方（盛和公司、胡勇）未经甲方书面同意的所有行为及因此产生的一切后果均与甲方无关，由乙方自行处理……”盛和公司违反其与中鹏公司上述约定，在《协议》并没有约定销售价格的情况下 ，以自己名义对外签订合同并收取价款，属于超越代销合同约定权限，其本身不属于代销行为，更不是代理或隐名代理行为，故中鹏公司不应对初彦军承担返还义务。即使适用上诉人观点盛和公司构成隐名代理，也存在着初彦军只能在盛和公司或中鹏公司之间选择一方主张返款，而不能主张连带责任。而上诉人在一审中按照合同相对性主张盛和置业公司返款，中鹏公司承担连带责任，即是选择了盛和置业返款。退一步讲，即使初彦军仅主张中鹏公司退还房款，根据《合同法》第四百零三条“……第三人选择委托人作为合同相对人之后，委托人亦可以向第三人主张其对受托人的抗辩” 因盛和公司违反《协议》自行销售并取得房款，中鹏公司未取得售房款，其享有对盛和公司追究违约责任的抗辩权，亦享有对初彦军拒绝返还房款的抗辩权。故上诉人要求中鹏公司以被代理人身份承担连带责任的主张，有悖于《合同法》关于隐名代理的规定，本院不予支持。

关于初彦军提出的因盛和公司在广告中存在“中鹏盛和地产，强强联手开发”、“开发商：中鹏地产＆盛和地产”等宣传内容，故应由中鹏公司承担连带法律责任的上诉主张问题。因案涉广告宣传内容属于要约邀请，并不符合《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》第三条所规定的可以认定为“要约”并可作为合同内容的构成要件，故盛和公司在广告中的上述宣传内容并未成为案涉《委托代建协议》的合同内容的一部分，中鹏公司并未在《委托代建协议》中签字，亦未收取房款，故不应承担连带返款责任。

关于胡勇是否应承担连带责任问题。胡勇作为盛和公司的经理参与盛和公司与上诉人之间商品房买卖合同的签订及履行，系公司工作人员履行职务行为，同时盛和公司亦承认收到上诉人交纳的购房款并给其出具购房收据系公司行为，本案诉讼中，无证据证明盛和公司与胡勇个人存在财产混同的情况，故原审认定胡勇在本案中属于职务行为，不应承担责任并无不当。

综上，上诉人的上诉理由不能成立，其上诉请求本院不予支持，原审判决认定事实清楚，适用法律正确，审判程序合法，应予维持。经本院2019年第7次审判委员会会议决定，依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十条第一款第一项之规定，判决如下：

驳回上诉,维持原判。

二审案件受理费5 800.00元，由上诉人初彦军负担。

 本判决为终审判决。

 审 判 长 牟凤桐

 审 判 员 魏 巍

 审 判 员 刘祥芬

 二〇一九年六月二十日

 书 记 员 宁宏权