

# 论“跳单”之认定标准

## ——最高人民法院指导案例 1 号评释

其木提\*

---

### 目次

#### 一、前言

#### 二、案情概要

- (一) 基本案情
- (二) 裁判结果
- (三) 裁判理由
- (四) 裁判要点

#### 三、案例评释

- (一) 焦点问题厘定
- (二) 本案“违约”请求权之实质
- (三) 指导案例 1 号“裁判要点”之逻辑构成
- (四) 指导案例 1 号“裁判要点”之适用范围

#### 四、结语

**摘要** 居间合同可以分为典型居间和独家委托合同。于前者,居间人享有报酬请求权;于后者,居间人则享有违约请求权。本案“禁止跳单条款”并非独家委托之约定,指导案例 1 号判决表面上涉及的是违约请求权,其实质为报酬请求权纠纷。委托人“跳单”是否为居间人所“促成”,其认定标准不宜采条件拟制成就说,应采相当因果关系说。指导案例 1 号不提原判适用的《合同法》第 45 条第 2 款规定,实际上采纳的是相当因果关系说。

**关键词** 跳单 违约 报酬请求权 认定标准

---

DOI:10.19375/j.cnki.31-2075/d.2016.04.016

\* 上海交通大学凯原法学院副教授、法学博士。【为了避免日文汉字与中文汉字的混乱,本文在注释中的日文部分添加了下划线。】

## 一、前言

近年来,随着我国房地产市场的兴盛,房屋媒介服务市场也随之壮大,“跳单”纠纷层出不穷。所谓“跳单”又称“跳中介”,即在居间人提供居间服务后,委托人甩开居间人私下与相对人缔约(以下简称“直接缔约”),或另行委托其他居间人与相对人缔约(以下简称“委托其他居间人缔约”)的现象。为了防止委托人“跳单”,实践中,居间人除了与委托人约定独家委托居间以外,往往在居间合同中设置“禁止跳单条款”,以免自己的服务被架空,并以此来影响其与同行间的业务竞争关系。但委托人无视约定的“跳单违约”现象仍然普遍存在。

我国《合同法》第424条第1款规定:“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。”第426条规定:“居间人促成合同成立的,委托人应当按照约定支付报酬。”那么,委托人“跳单”缔约是否为居间人所“促成”?其认定标准如何?以往司法实务意见不一,莫衷一是。<sup>[1]</sup>为了总结审判经验,统一法律适用,2011年11月21日,最高人民法院印发《关于发布第一批指导案例的通知》(法[2011]第354号)(以下简称《通知》),公布指导案例第1号即“上海中原物业顾问有限公司诉陶德华居间合同纠纷案”,提供各级人民法院审判类似案件时参照。

指导案例1号公布以后,<sup>[2]</sup>引起了学界广泛关注,<sup>[3]</sup>但至今见解纷纭。<sup>[4]</sup>有鉴于此,笔者不揣浅陋,拟以指导案例1号所示基本案情、裁判理由、裁判要点为前提,就其“跳单”之认定标准及其适用范围,提出一些自己的看法,以期法律解释适用的安定,增加法律的预见性,是否有当,尚企教正。

## 二、案情概要

### (一) 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

[1] 参见高完泉、李鸿光:《买卖房及跳开“中介”为何被判违约》,载《人民法院报》2005年4月11日,第007版;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;吴京:《二手房买卖中“霸王条款”与“跳单”行为的认定》,载《人民法院报》2011年9月15日,第007版;张周英:《独家委托条款的效力与恶意“跳单”行为的认定》,载《人民法院报》2011年11月2日,第007版;周峰、李兴:《房屋买卖居间合同纠纷中“跳中介”现象的法律问题研究》,载《法律适用》2011年第10期。

[2] 在指导案例1号公布以前,学界关于跳单问题的研究论文不多,主要有:税兵:《居间合同中的双边道德风险——以“跳单”现象为例》,载《法学》2011年第11期;周晓晨:《论房地产居间的法律规制》,载《中州学刊》2010年第3期。

[3] 参见隋彭生:《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;① 汤文平:《从“跳单”违约到居间报酬》,载《法学家》2012年第6期;② 汤文平:《多人居间行为共同原因性研究——从“指导案例1号”切入》,载《政治与法律》2012年第12期;孙维飞:《居间人的“违约金”请求权——最高人民法院公布的1号指导案例评析》,载黄卉编:《福鼎法律评论》2012年第1期;于立、冯博:《最高人民法院首个指导案例的法律经济学分析——“跳单案”案例研究》,载《财经问题研究》2012年第9期;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1期;邓矜婷:《美国判例体系的构建经验——以居间合同为例》,载《华东政法大学学报》2014年第2期。

[4] 参见兰仁迅:《以“服务”为交易对象的债权人违约初探——以最高人民法院指导案例1号为例》,载《苏州大学学报(法学版)》2016年第1期;孙维飞:《隐名的指导案例——以“指导案例1号”为例的分析》,载《清华法学》2016年第4期。

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。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。

#### (二) 裁判结果

上海市虹口区人民法院于2009年6月23日做出(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十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日做出(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。

#### (三) 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见的禁止“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,是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。

#### (四) 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。

### 三、案例评释

#### (一) 焦点问题厘定

法院判决是以法律事实和相关法律规定为前提的裁判。因此,分析其规范性逻辑,首先应以其定型化事实为前提。在实践中,“跳单”现象有诸多表现形式,除了前述直接缔约和委托其他居间人缔约情形之外,从委托人是否解除居间合同角度而言,可以分为未解除和解除居间合同后的“跳单”行为;从委托人是否有反“跳单”约定而言,可以分为违反独家委托合同和违反“禁止跳单条款”约定的“跳单”行为。本案属于委托人未解除居间合同,且违反“禁止跳单条款”约定,委托其他居间人缔约情形。

裁判理由是以法律事实和相关法律规定,支撑其法律事实和适用法律的根据。因此,以定型化事实为前提,准确把握案件争议焦点,是评释案例所示规范性逻辑的关键所在。本案争议焦点有三:(1)中原公司与陶德华签订的《房地产求购确认书》的法律性质问题;(2)《房地产求购确认书》中系争第2条(以下称之为“本案禁止跳单条款”)的效力问题;(3)陶德华委托其他居间人缔约的行为是否构成“跳单”违约问题。<sup>〔5〕</sup> 指导案例1号在认定“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”,<sup>〔6〕</sup>“本案禁止跳单条款”合法有效的前提下,<sup>〔7〕</sup>提出了“跳单”之认定标准,即“衡量买方是否‘跳单’违约的关键,是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”。

但须强调的是,指导案例1号在认定“跳单”的标准上对生效判决(以下简称“本案判决”)有所修正。本案判决认为,“居间人促成合同成立的,委托人应当按照约定支付报酬;居间人未促成合同成立的,不得要求支付报酬……根据合同法规定和双方约定,如果委托人为了不交或少交佣金不正当地阻止佣金支付条件成就,如买卖双方私下成交或另行委托他人成交的,视为条件已成就,委托人应向居间人支付佣金。本案中,房屋出卖方委托多家中介公司出售房屋,但均非独家委托……而且,房地产价格系影响房地产买卖成交与否的主要因素,中原公司确认仅向陶德华提供了一次看房的媒介服务,其带陶德华看房时的报价为165万元……某房地产公司作为居间方,最终通过提供媒介服务,以138万元的价格促成房屋买卖双方成交,涉案买卖合同的订立并非中原公司促成。在某房地产公司居间成功后,陶德华按约向某房地产公司支付了13800元。因此,陶德华并未为了逃避支付佣金的目的,与房屋出卖方私下成交或者不正当地利用了中原公司的信息、机会另行委托他人成交,其行为不构成违约……根据《合同法》第424条、第426条第1款、第427条、第45条第2款规定……中原公司要求陶德华支付违约金的诉讼请求,不予支持”。<sup>〔8〕</sup> 也就是说,衡量买方是否“跳单”的关键,是看委托人是否存在不正当地阻止居间人报酬支付条件成就的恶意。指导案例1号则删除本案判决“委托人为逃避支付佣金为目的的不正当交易行为”这一裁判理由,同时略去本案判决所引用的《合同法》第426条第1款、第45条第2款等法条依据,仅依据《合同法》第424条规定,以有否“利用”为“跳单”之认定标准。<sup>〔9〕</sup>

〔5〕 参见前注〔1〕,张宁文。

〔6〕 关于本案《房地产求购确认书》的居间合同性质,学界亦持肯定态度。参见前注〔3〕所列研究文献。

〔7〕 关于“本案禁止跳单条款”的效力,学界亦持肯定态度。参见前注〔2〕,税兵文;前注〔3〕所列研究文献。

〔8〕 前注〔1〕,张宁文。

〔9〕 现阶段指导案例剪辑文本或许有其正当性(参见汤文平:《论指导案例之文本剪辑——尤以指导案例1号为例》,载《法制与社会发展》2013年第2期),但就指导案例1号所引法条依据而言,本案争议焦点并非《合同法》第424条“居间合同的定义”,而是委托人“跳单”是否构成《合同法》第426条居间人“促成”合同成立问题。因此,指导案例1号仅引用《合同法》第424条规定,而未引用《合同法》第426条规定,实有不当。

那么,剪辑后的指导案例1号“裁判要点”所谓有否“利用”之判断标准,究竟采纳的是何种理论构成?系沿袭了原判认定标准,抑或采纳的是不同于本案判决的其他理论构成?对其内在性理解,可能因为着眼点的不同而出现多种版本。这就需要我们分析指导案例1号“裁判要点”,解读其逻辑构成及其适用范围。

不过,在分析解读逻辑构成及其适用范围以前,首先须明确指导案例1号所谓跳单“违约”问题,即居间报酬之请求权基础问题。如前文所述,《合同法》第426条规定,居间人促成合同成立的,享有报酬请求权。当然,《合同法》规定的居间合同并非不容约定的强制性规范,无须将第426条之规定解释为不容当事人变更的强制性规定。当事人不妨约定,即使居间人未促成合同成立,也有权请求委托人支付报酬。例如,当事人可以约定独家委托合同,只要委托人“跳单”缔约即构成违约,居间人享有违约请求权,委托人须依约支付居间报酬。<sup>[10]</sup> 指导案例1号肯定“本案禁止跳单条款”的效力,但未论及该约定是否为独家委托问题。那么,“本案禁止跳单条款”是否为独家委托之约定?若否,在“本案禁止跳单条款”约定下,居间人是否也享有违约请求权?这就需要我们分析居间合同之类型及其请求权基础,考察“本案禁止跳单条款”之内容,明确指导案例1号“违约”请求权之实质。

## (二) 本案“违约”请求权之实质

债法理论认为,居间合同是一种劳务性契约之债。<sup>[11]</sup> 但与其他劳务性合同相比,居间合同之特性在于,居间人的报酬请求权具有不确定性。<sup>[12]</sup> 《合同法》第426条规定,居间人促成合同成立的,委托人享有报酬请求权。<sup>[13]</sup> 第427条规定:“委托人未促成合同成立的,不享有报酬请求权。”<sup>[14]</sup> 根据该条规定,居间人的报酬请求权的发生条件有二:一是居间人报告缔约机会,二是委托人与相对人缔约。前者取决于居间人的行为,后者取决于委托人的意愿。由于居间契约之订立,系于委托人之意思,故而委托人得随时解除居间合同。<sup>[15]</sup> 委托人未解除居间合同,但拒绝订约,虽出于任意或违反自己之利益而为之,亦无支付报酬之义务。<sup>[16]</sup> 即使委托人拒绝订约,其后与相对人缔约,若居间人不能举证说明该缔约系其所“促成”,亦承担不能达成给付效果的合同风

[10] 参见[德]迪特尔·梅迪库斯:《德国债法分论》,杜景林、卢湛译,法律出版社2007年版,第357页。

[11] 参见邱聪智:《新订债法各论》(中),台北元照出版有限公司2002年版,第1页。

[12] 参见前注[11],邱聪智书,第330页。

[13] 关于居间人是否负有尽力媒介之义务,居间合同系双务合同或单务合同,学界意见不一。双务合同说认为,居间人负有据实报告及妥为媒介之义务,该义务与委托人支付报酬义务构成对待给付(参见胡康生主编:《中华人民共和国合同法释义》,法律出版社1999年版,第596页)。单务合同说则认为,居间人促成缔约与委托人支付报酬之间,形成对待给付(参见崔建远、韩世远、于敏:《债法》,清华大学出版社2010年版,第609页)。本文也认为,居间合同系单务合同(参见前注[10],迪特尔·梅迪库斯书,第356页),否则居间人未尽媒介缔约义务即应承担违约责任,显然有失公允(参见明石三郎「条件成就の故意妨害と報酬請求権」『民商法雑誌』第51卷(1960年)第4号710页)。

[14] 我国《合同法》第427条但书规定:“但可以要求委托人支付从事居间活动支出的必要费用。”依各国(地区)立法,居间人未促成缔约的,原则上也无费用偿还请求权。我国台湾地区“民法”第569条第一项也规定:“居间人支出之费用,非经约定,不得请求偿还。”我国《合同法》第427条但书规定,在比较法上似未曾见,与实务做法也颇有拮抗,很难说是一个务实可行的安排,有待继续反思。参见前注[3],①汤文平文。

[15] 一般认为,委托人得随时终止居间契约(参见史尚宽:《债法各论》,中国政法大学出版社2000年版,第479页)。我国《合同法》未规定居间合同委托人的解除权,但学界认为委托人享有任意解除权(马俊驹、余延满:《民法原论》,法律出版社2007年第三版,第740页)。不过,该解除权虽名为“解除”,实为“终止”,仅向后发生效力,不发生溯及效果。

[16] 参见前注[15],史尚宽书,第473页。

险，“故德国俗谚曰：Maklers Müh'ist oft umsonst；居间人之努力往往徒劳无功”。<sup>[17]</sup>

居间人报酬请求权的不确定性，会助长委托人机会主义倾向。<sup>[18]</sup> 为了防止机会主义倾向，实践中，居间人经常透过独家委托条款来强化其市场地位。所谓独家委托也称为专任委托契约，分为简单独家委托和特别独家委托。<sup>[19]</sup> 简单独家委托，是指除了委托人委托的居间人以外，委托人不得另行委托其他居间人，但不妨碍委托人与其自己寻觅的相对人直接磋商缔约。特别独家委托，除了委托人委托的居间人以外，委托人不得另行委托其他居间人，也不得与其寻觅的相对人直接磋商缔约。<sup>[20]</sup> 可见，独家委托使委托人放弃了召入其他居间人的自由，取消了委托人货比三家的可能，甚至使委托人放弃了与自己寻觅的相对人磋商缔约的自由，若缔约只能通过居间人缔约。<sup>[21]</sup> 否则，委托人“跳单”无论是否为居间人所“促成”，即构成违约，须依约支付报酬。<sup>[22]</sup> 这就意味着，居间报酬之请求权基础，已从报酬请求权转换为违约请求权。

那么，“本案禁止跳单条款”是否为独家委托之约定，居间人是否享有违约请求权？首先，“本案禁止跳单条款”所谓“出卖方”，显然是指本案居间人向委托人介绍的出卖人，而非委托人自己寻觅的其他交易相对人。因此，“本案禁止跳单条款”应无特别独家委托之意。其次，“本案禁止跳单条款”所谓“第三方”系指其他居间人，故似有简单独家委托的解释余地。<sup>[23]</sup> 但从当事人的意思表示来看，正如本案判决所述，“房屋出卖方委托多家中介公司出售房屋，但均非独家委托”，陶德华亦未委托中介公司独家代理。<sup>[24]</sup> 就“本案禁止跳单条款”的目的而言，正如指导案例1号裁判理由所述：“第2.4条的约定，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。”换言之，如果委托人并未利用中原公司提供的信息、机会等条件，则不在禁止之列，委托人当然享有召入其他居间人之自由。所以，“本案禁止跳单条款”也并非简单独家委托之约定。

或许我们可以认为，本案“禁止跳单条款”虽非独家委托之约定，但也不能忽视该约定的存在。因此，指导案例1号认定委托人的行为是否构成跳单“违约”，亦无不妥。<sup>[25]</sup> 但如前文所述，与独家委托不同，“本案禁止跳单条款”约定的违约行为是委托人利用居间人提供的信息直接缔约或委托其他居间人缔约的行为。也就是说，“跳单”就是“买方利用了该中介公司提供的房源信息、机会等条件却绕开该中介公司与卖方签订房屋买卖合同的行为”。既然只有在委托人利用居间人提供

[17] 参见黄立主编：《民法债编各论》（下），中国政法大学出版社2003年版，第561页。

[18] 参见前注[2]，税兵文。

[19] 参见幾代通·广中俊雄编《新版注积民法16》（有斐阁·1989年）267页。

[20] 当然，“为平衡利益起见，规定居间人具有从事活动的义务”。（前注[10]，迪特尔·梅迪库斯书，第357页）从而与委托人支付报酬义务互为对价，形成双务合同（前注[19]，几代通、广中俊雄书，第268页）。

[21] 关于独家委托之效力，我国学说和实务意见不一。有观点认为，独家委托具有排除委托人的权利，加重委托人的责任，有违《合同法》第40条规定（参见前注[1]，张周英文）。也有观点认为，独家委托合同是借助意思表示保护自身利益的法律行为，并不违反《合同法》第40条规定（参见前注[2]，税兵文）。本文认为，为了防止居间人利用其优势地位损害委托人的利益，须对这种创设自由设置限制。例如，居间人须尽《合同法》第39条规定的提示说明义务之外（参见沈志先主编：《合同案件审判精要》，法律出版社2013年版，第590页），委托人拒绝缔约之自由及随时终止合同权是不可排除的（参见前注[17]，黄立书，第573页），委托人召入其他居间人之自由只能在一段合理时间之内加以限制（参见前注[3]，①汤文平文）。

[22] 参见“广州市中级人民法院（2010）穗中法民五终字第2128号判决”，载法律出版社法律法规中心：《中华人民共和国合同法注释全书（分则部分）》，法律出版社2012年版，第572页。

[23] 参见前注[3]，隋彭生文。

[24] 参见前注[1]，张宁文。

[25] 参见前注[2]，税兵文；前注[3]，隋彭生文；前注[4]，兰仁迅文；黄喆：《居间合同义务的射程——“看房确认书”效力迷局之破解》，载《南京大学学报》2013年第6期。

的信息与相对人缔约的情况下,居间人才可以主张“违约”,其约定的模式和《合同法》第426条规定的“居间人促成合同成立”要件并无二致。依解释合同不拘泥于当事人所用词句的解释规则,指导案例1号表面上涉及的是“违约”纠纷,其实质是关于居间人的报酬请求权纠纷。<sup>[26]</sup>

### (三) 指导案例1号“裁判要点”之逻辑构成

1. 条件拟制成就说。所谓条件拟制成就说,即委托人为了避免支付报酬,不正当地阻止居间人“促成”合同成立的,应适用或准用附条件的法律行为之规定,视为条件已经成就。<sup>[27]</sup> 在比较法上,准用条件拟制成就规则有一定的影响力。<sup>[28]</sup> 在我国,也有观点认为,委托人“跳单”系为自己的利益不正当地阻止居间人报酬请求权条件成就的,应适用《合同法》第45条附条件的合同之规定,视为居间人收取报酬的条件成就。<sup>[29]</sup>

具体而言,在直接缔约情形下,委托人为了不付居间报酬而“跳单”,即可推定委托人具有逃避支付居间报酬,不正当地阻止居间人报酬支付条件成就的恶意。于委托其他居间人缔约情形,委托人为了少付居间报酬另行委托其他居间人,即可推定具有不正当地阻止居间报酬支付条件成就的恶意,应视为居间报酬支付条件部分成就,居间人应享有相应的报酬请求权。<sup>[30]</sup> 事实上,在指导案例1号公布以前,我国司法实务多采条件拟制成就说。<sup>[31]</sup> 本案判决也采纳的是条件拟制规则说,<sup>[32]</sup>“从委托人的主观恶意上看,在某房地产公司居间成功后,陶德华按约向其支付了1%的金额佣金13800元,不存在逃避支付佣金义务的不正当目的”。<sup>[33]</sup>

那么,剪辑后的指导案例1号是否也沿袭了本案判决的理论构成?有学者认为,指导案例1号实际上沿袭的是条件拟制成就说。<sup>[34]</sup> 指导案例1号认为,如果存在“多个中介公司挂牌出售(事实X)”+“有其他公众可以获知相同房源信息的正当途径(事实Y)”+“买方通过该正当途径获得相同房源信息(事实Z)”+“被选择的中介公司报价低、服务好(事实O)”,那么就会有“买方的该行为没有构成违约(结论A)”。其中,事实X、Y、Z是影响结论A的关键事实。事实O虽然不与结论A直接相关,但与既有法则《合同法》第45条的适用相关,进而与结论A间接相关。事实O的存在排除了买方具有“不正当地阻止居间人报酬支付条件成就的恶意”,进而排除第45条的适用,使得买方不构成违约。相反,如果被选择的中介仅是其所收的中介费低,那么买方选择该中介的正当性就会受到质疑,有可能是为了逃避支付先前中介的佣金,从而构成违约。<sup>[35]</sup>

[26] 参见前注[3],孙维飞文。

[27] 参见郑玉波:《民法债编各论》(下),台北三民书局1981年版,第499页。

[28] 例如,在德国,有学者主张条件拟制成就规则(参见前注[19],几代通、广中俊雄书,第264页;前注[3],①汤文平文)。在日本,判例也认为,委托人系为自己的利益不正当地阻止居间人报酬支付条件成就,应准用民法第130条附条件法律行为之规定(参见最高裁判所昭和45年10月22日判决『最高裁判所民事判例集』第24卷11号1599页)。

[29] 参见前注[1],张宁文。

[30] 于委托人解除居间合同后跳单缔约情形,委托人虽享有任意解除权,“然契约之终止,究不应以使居间人丧失报酬请求权为目的而为之”。前注[15],史尚宽书,第479页;前注[27],郑玉波书,第499页;我国台湾地区“最高法院”1969年度台上字第2929号判决。否则,应视为原居间关系的延续,居间报酬支付条件全部或部分成就。参见前注[1],周峰、李兴文。

[31] 我国相关案例,参见前注[3],周江洪文。

[32] 参见前注[2],周晓晨文。

[33] 前注[1],张宁文。

[34] 参见前注[25],黄喆文。

[35] 参见前注[3],邓矜婷文。

条件拟制成就说简单明了，但其在法理上能否自圆其说，不无疑问。《合同法》第 45 条所谓“附条件”系法律行为附停止条件，且该“条件”系意定条件而非法定条件。而在居间合同中，居间合同本身并未附生效条件，只是委托人给付报酬义务是附条件的，且该条件显然是法定条件而非意定条件，自无《合同法》第 45 条第 2 款规定之适用。<sup>[36]</sup> 何况，如前文所述，居间合同委托人享有缔约与否之自由，居间人即使提供完全符合居间合同所定目标的缔约条件，委托人并无缔约之义务。一方面肯定委托人享有缔约与否之自由，同时又认为该权利之行使具有“阻止条件成就”之恶意，在法理上难见圆通。<sup>[37]</sup> 指导案例 1 号不提本案判决适用的《合同法》第 45 条第 2 款，或有回避上述矛盾之意。<sup>[38]</sup>

退一步而言，即使《合同法》第 45 条可适用于居间合同，但条件拟制成就说之认定标准，是否有说服力，也不无疑问。详言之，于直接缔约情形，委托人不付居间报酬之不诚信行为，或许具有不正当地阻止居间人报酬支付条件成就的恶意。但在有些情况下，例如居间媒介因某种事由宣告失败，之后委托人经再次交涉而缔约，或者相对人因各种事由拒绝该居间人介入，为此委托人经再次交涉而缔约等情形，委托人未必具有不正当地阻止居间人报酬支付条件成就的恶意。<sup>[39]</sup> 但我们也不能以委托人并无逃避支付报酬之恶意为由，一举否定居间人享有相应的报酬请求权。于委托其他居间人缔约情形，实践中，委托人为了加速信息扩散，增加交易机会，促使居间市场良性竞争，往往会委托多家居间人。由于多家居间人共享同一交易信息，委托人（买方）当然享有货比三家的权利，选择房屋报价、居间报酬低、最优质服务的居间人达成交易。委托人行使法律赋予的选择权，难谓具有阻止居间人报酬支付条件成就的恶意。<sup>[40]</sup> 由此观之，指导案例 1 号所谓事实 O 并非影响结论 A 的规范命题，仅为具有抽象意义的旁论而已，其与本案争议焦点并无关联性。

2. 相当因果关系说。所谓相当因果关系说，即居间人是否“促成”合同成立，以居间行为与本约缔约之间存在内在关联为判断标准。此因果关系之判断，如同其他因果关系，无须为合同成立之惟一的原因，具有共同原因性即已足够。<sup>[41]</sup> 在比较法上，学说多主张应采相当因果关系说。<sup>[42]</sup> 在我国，也有学说认为，《合同法》第 426 条第 1 款第 1 句前段“促成”一词，在解释上应与《德国民法典》第 652 条第 1 款第 1 句“由于”（infolge）这种表述一样，均要求居间报酬请求权须以居间行为与本约缔约之间存在关联为前提。<sup>[43]</sup> 本文也认为，居间行为的客观意义远比当事人的主观视角重要，居间人是否“促成”合同成立，应以居间行为与委托人缔约之间是否存在因果关系为认定标准。

[36] 参见我国台湾地区“最高法院”1973 年度台上字 1536 号判决。

[37] 参见前注[2]，税兵文。

[38] 参见前注[3]，①汤文平文。

[39] 参见广岛地方裁判所昭和 33 年 12 月 26 日判决『高等裁判所民事判例集』第 11 卷 10 号 753 页。

[40] 同时，依据条件拟制成就说，委托人少付居间报酬应视为“促成缔约标准部分成立”，应酌减居间报酬。但根据附条件的法律行为之规定，当事人恶意阻止条件成就的行为与条件不成就之间具有完全的因果关系。由此观之，附条件的法律行为之规定能否作为“促成缔约标准部分成立”之依据，也不无疑问。参见水本浩『契約法』（有斐閣・1995 年）338 页。

[41] 参见前注[17]，黄立书，第 570 页。

[42] 德国民法第 652 条之用语为“以契约因其（infolge）报告或媒介而成立者为限”，亦即须有因果关系（Kausalität）存在（参见前注[17]，黄立书，第 570 页）。在日本，尽管判例采条件拟制成就说，但学说多主张相当因果关系说。参见山下郁夫「不動産仲介業者の報酬請求権——中途から業者を排除して契約を成立させた場合」牧山市治・山口和男編『民事判例実務研究』第 2 卷（判例時報社・1982 年）138 页；岡孝「不動産仲介業者の報酬請求権」森泉章編『現代民法の基本問題』（第一法規社・1983 年）267 页。

[43] 参见前注[3]，①汤文平文、孙维飞文。

具体而言,在直接缔约情形下,无论委托人是否具有逃避支付报酬之恶意,居间方只需举证说明,委托人在接受其提供的居间信息后一定期间内,脱离其服务流程而获取缔约利益的基本事实存在,即可推定该缔约与居间服务之间的因果关系成立。<sup>[44]</sup>当然,一个缔约行为能否成立,往往取决于多重因素,除了居间人的媒介服务外,也不忽视委托人的贡献度。于此情形,须综合考虑居间人提供的媒介服务程度、停止媒介服务之原因,委托人事后缔约的成因及其内容,该缔约内容与居间人所提供的缔约条件的差异,停止媒介服务至事后缔约之间的时间跨度等因素,<sup>[45]</sup>判断其共同原因关系。<sup>[46]</sup>与之相对应,居间报酬也应根据居间人促成缔约的原因力来确定。“约定之报酬,较居间人做人劳务之价值为数过钜失其公平者,法院得因委托人之请求酌减之。”<sup>[47]</sup>

在委托其他居间人缔约情形下,或许我们也可以贯彻上述共通原因性思路。例如,在委托人“后知”情形下,即委托人在讼争居间人提供房源信息等居间服务之后,才经由其他居间人提供居间服务并促成缔约的,不能否定该缔约和讼争居间人提供居间服务之间的因果关系。<sup>[48]</sup>即使在委托人“先知”,即委托人在讼争居间人提供居间服务之前已经由其他居间人提供居间服务情形下,若讼争居间人能证明自己的居间服务对于委托人缔约有实质性作用的,亦应考虑其原因力。<sup>[49]</sup>由此观之,指导案例1号之裁判理由,虽然行文之际绝无“原因性”或“原因关系”字样,却多处提及买方是否利用了中原公司提供的条件的问题,显示出最高人民法院的注意力已经下意识地转向了报酬请求权之原因性要件。<sup>[50]</sup>指导案例1号所谓有否“利用”之判断标准,其实质为居间人是否“促成”缔约这一因果关系问题。<sup>[51]</sup>但指导案例1号宣称“其行为没有利用先前与之签约中介公司的房源信息”,无疑违背了事实。即使买方可以从多家居间人处了解房源信息,不能就此否认前一居间人提供的信息触发了交易灵感、激发了动机,买方由此“按图索骥”向更多居间人做更广泛的信息打探,他当然是在“利用”前一居间人提供的信息、机会。<sup>[52]</sup>

但本文认为,于委托其他居间人缔约情形,如前文所述,委托人往往会委托多家居间人,加速信息扩散,增加交易机会,促使居间市场良性竞争。在房源信息并非居间人独家掌握,且无独家居间委托情形下,委托人当然享有货比三家,选择与房屋报价、居间报酬低、最优质服务的居间人达

[44] 于委托人解除居间合同后跳单缔约情形,也不能否定该缔约与居间服务之间的因果关系(参见鹿儿岛地方裁判所昭和40年1月27日判決「下級裁判所民事判例集」第16卷1号128頁)。“盖解除惟使居间人之后活动不生报酬请求权,如委托于解除契约后仍订立契约,而其订立之可能应归功于居间人之活动者,仍应支付报酬也。”参见前注[15],史尚宽书,第480页。

[45] 参见前注[42],山下郁夫文、岗孝文、島田礼介「不動産取引業者の報酬請求権をめぐる」木村保男編『現代実務法の課題』(有斐閣・1974年)84頁。

[46] 但上述因果关系并不意味着居间人只要提供一定的媒介服务,即享有相应的报酬请求权。如果存在因果关系中断事由,居间人则丧失其报酬请求权。例如,居间人违反《合同法》第425条第2款规定,故意隐瞒与订立合同有关的重要事实或者提供虚假情况,损害委托人利益的;当事人协议解除居间合同(参见最高裁判所昭和39年7月16日判決「最高裁判所民事判例集」第18卷6号1160頁),或者居间人放弃进一步工作的(参见前注[3],②汤文平文);即使居间人没有放弃工作,媒介行为因某种事由宣告失败,其后在居间人未参与的情况下,委托人又基于全新的谈判与该第三人缔结合同的,委托人均可以主张因果关系的中断(参见大阪地方裁判所昭和46年1月28日判決「判例時報」第634号47頁)。

[47] 前注[27],郑玉波书,第492页。

[48] 参见前注[3],孙维飞文。

[49] 参见前注[3],①汤文平文。

[50] 参见前注[3],①汤文平文。

[51] 参见前注[3],孙维飞文。

[52] 参见前注[3],①汤文平文。

成交易的选择权。<sup>[53]</sup> 在居间人之间的这一公平竞争秩序下，居间人未能成功促成缔约即应承受竞争失败的不利后果，<sup>[54]</sup> 其所为之居间服务与缔约之间难谓有因果关系。<sup>[55]</sup> 否则，讼争居间人只要静待其他居间人促成交易，即可坐收居间报酬，显然有失公平，<sup>[56]</sup> 也会使委托人召入居间人的自由和自主选择权流于空谈。由此观之，指导案例 1 号裁判要点认定“其行为没有利用居间人提供的信息”，否定居间服务与缔约之间的因果关系，不仅符合法律经济学原理，<sup>[57]</sup> 正如《通知》所述，也有利于促进中介公司良性竞争，保护委托人的自由选择权。<sup>[58]</sup>

#### （四）指导案例 1 号“裁判要点”之适用范围

指导案例是以具体案件中定型化事实为前提的裁判规范，故解读其裁判要点，应以其定型化事实为前提，并明确其适用范围。《最高人民法院关于案例指导工作的规定》（法发[2010]51号）第 7 条规定：“最高人民法院发布的指导案例，各级人民法院审判类似案例时应当参照。”最高人民法院研究室负责人在就案例指导制度的答记者问中提出：“正确运用好指导案例，要做到以下几点：一要准确把握指导案例中‘裁判要点’所归纳的指导信息，不得超越裁判要点的指导意见借题发挥。……二要切实把握‘类似案件’标准。类似案件不仅指案情类似，更重要的是指争议焦点类似。”<sup>[59]</sup>

如前述，本案属于委托人未解除居间合同而委托其他居间人缔约情形。指导案例 1 号“裁判要点”是以该定型化事实为前提的裁判规范，即“多个中介公司挂牌出售（事实 X）”“有其他公众可以获知相同房源信息的正当途径（事实 Y）”“买方通过该正当途径获得相同房源信息（事实 Z）”，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。其中，事实 Z 可以细化为二：一是“先知”情形，二是“后知”情形。指导案例 1 号“裁判要点”虽未将时间先后作为事实要件，但其“基本案情”部分显示的是“先知”情形。“11 月 23 日，上海某房地产顾问有限公司（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。”按照上述“类似案件”的标准，指导案例 1 号“裁判要点”应仅适用于该“先知”情形。

不过，解读“裁判要点”虽须以其定型化事实为前提，但考察其适用范围时，除了该定型化事实之外，还须进一步分析其能否适用于其他情形。<sup>[60]</sup> 那么，指导案例 1 号“裁判要点”是否适用于“后知”情形？是否适用于委托人直接缔约情形，甚至委托人解除居间合同而“跳单”情形？

首先，就“后知”情形而言，有学者认为，指导案例 1 号“裁判要点”以“先知”情形为构成要件，“后知”这一“待比较事实”并非“类似案件”，故指导案例 1 号对于“后知”情形并无适用余地。<sup>[61]</sup>

[53] 参见京都地方裁判所昭和 44 年 1 月 17 日判决『判例時報』第 575 号 66 頁。

[54] 参见東京地方裁判所昭和 45 年 11 月 10 日判决『判例時報』第 622 号 68 頁。

[55] 参见東京地方裁判所昭和 43 年 12 月 19 日判决『判例タイムズ』第 235 号 229 頁。

[56] 参见前注[1]，张宁文。

[57] 参见前注[3]，于立文。

[58] 除了条件拟制成就说和相当因果关系说之外，也有学者认为，“跳单”意味着委托人解除了居间合同，应适用《合同法》第 410 条委托合同任意解除权之规定，故指导案例 1 号在法理上的解释有可商榷之处（前注[3]，隋彭生文）。不过，判例评释须与判例本身具有内在关联性（参见大村敦志·道垣内弘人·森田宏樹·山本敬三『民法研究ハンドブック』（有斐閣・2000 年）322 頁），指导案例 1 号未涉及《合同法》第 410 条的规定，故本文对此观点不予展开论述。

[59] 《《用好用活指导案例 努力实现司法公正——最高人民法院研究室负责人就案例指导制度答记者问》，载最高人民法院网站（[http://www.court.gov.cn/xwzx/jdjd/sjgd/201112/t20111220\\_168539.htm](http://www.court.gov.cn/xwzx/jdjd/sjgd/201112/t20111220_168539.htm)，最后访问时间 2016-10-26）。

[60] 参见前注[58]，大村敦志、道垣内弘人、森田宏树、山本敬三书，第 342 页。

[61] 参见前注[3]，孙维飞文。

的确,“后知”可以成为考察是否构成利用的一个逻辑上的原因。但如前文所述,在居间人之间公平竞争秩序下,委托人享有货比三家的选择权,该选择权不能因“后知”而受到限制。<sup>[62]</sup> 指导案例1号“裁判要点”亦应适用于“后知”情形。或许正因为如此,指导案例1号“裁判要点”未将时间先后作为判断是否构成“跳单”的要素之一。<sup>[63]</sup>

其次,就委托人直接缔约情形而言,或许有人会认为,既然指导案例1号“裁判要点”采相当因果关系说,且适用于委托其他居间人缔约情形,即亦应适用于直接缔约情形。但如前文所述,在直接缔约情形下,因果关系之判断,除了居间人提供的媒介服务外,还须考虑委托人的贡献度等共同因果关系问题。指导案例1号“裁判要点”未涉及共同因果关系问题。因此可以说,直接缔约情形与指导案例1号判决,不仅案情不类似,争议焦点也不类似,故指导案例1号判决对于直接缔约情形应无参照作用。

最后,就委托人解除居间后“跳单”情形而言,有学者认为,委托人解除居间合同,本应向居间人发出解除通知,但多数当事人并不熟知法律,往往只能通过解释来认定。因此,委托人“跳单”缔约,无论是否发出解除通知,应解释为行使了居间合同的任意解除权,必然导致对在先居间合同的解除。“在本案中,陶德华不履行与中原公司的居间合同,而改由某房地产顾问公司进行媒介居间,同一委托事项已经被另一受托人(居间人)完成,中原公司已经不存在继续给付的可能性,应解释为陶德华对中原公司行使了居间合同的任意解除权。”<sup>[64]</sup> 换言之,指导案例1号“裁判要点”应适用于委托人解除居间合同之情形。姑且不论,我国《合同法》关于合同解除是否采当然解除主义,<sup>[65]</sup> 也不论居间合同能否适用解除权之规定,<sup>[66]</sup> 本案“禁止跳单条款”不涉及解除权问题,指导案例1号“裁判要点”也未论及委托人任意解除权问题。由此可知,解除居间情形显然与指导案例1号的案情不同,且争议焦点也不类似。

## 四、结 语

综上,本文结论可以概括为以下三点:其一,本案“禁止跳单条款”并非独家委托合同,仍然属于典型居间合同范畴,指导案例1号判决表面上涉及的是“违约”请求权,其实质为报酬请求权纠纷。其二,《合同法》第426条居间人“促成”合同成立这一要件,要求居间报酬请求权须以居间行为与“跳单”缔约之间存在因果关系。指导案例1号有否“利用”之判断标准,实际上采纳的是相当因果关系说。其三,指导案例1号“裁判要点”,辐射面有限,仅适用于委托其他居间人缔约情形。至于其他“跳单”情形,尚待最高人民法院明确。

(责任编辑:李迎捷)

[62] 参见东京高等裁判所昭和37年6月5日判决《高等裁判所民事判例集》第13卷6号1165页。

[63] 参见最高人民法院案例指导工作办公室:《指导案例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件〉的理解与参照》,载《人民司法》2012年第7期。

[64] 前注〔3〕,隋彭生文。

[65] 参见崔建远主编:《合同法》(第四版),法律出版社2007年,第245页。

[66] 有观点认为,居间合同是一种特殊的委托合同,应准适用委托合同任意解除权之规定(前注〔27〕,郑玉波书,第499页;前注〔11〕邱聪智书,第337页),即《合同法》第410条委托合同任意解除权之规定(前注〔3〕,隋彭生文),也有观点认为,居间合同不应适用该任意解除权之规定(参见我国台湾地区“最高法院”1973年度台上字1536号判决)。限于篇幅,俟另撰专文论述。