

## 第六章 反思法理論之思考

從第三章的分析中我們知道屠布涅之所以提出反思法的理論，乃是因為形式性法律的特徵強調個人主義與自主性的完善，以及私人活動領域的確立，以分析的概念體系、嚴密的演繹和規則導向的推理來建構法律。但是隨著福利國家的成長和政府管制的興起，開始出現法律「重新物質化」的傾向，與強調自治的形式性法律相比較，實質性法律更強調國家進行「有目的的、有目標指向的」干涉與控制，以實質性的規則和標準來實現預設目標。但是，隨著社會結構日益複雜，實質性法律已不能滿足功能性分化的社會需求，這時就產生了「干涉主義國家的危機」。首先，由於社會的複雜和功能的分化，國家雖然嘗試以頒佈更多法令來加以應付，但卻產生了規範過剩的問題，也就是「司法化」的現象。其次，由於法律只是整個社會體系中的一個次級體系，它並不能完全整合社會其他的所有次級體系，也就是「法律機構和政府機構無法把一種可以充分有效處理經濟管理危機的社會真實模式整合起來」，法律並不能處理所有社會問題。此外，隨著各類實質性法律不斷擴充的結果，立法者逐漸不能勝任調整某一法令以及協調各種法令，這就常常會導致在執行或者解釋法律時，執法者將會具有更大的裁量權。

而從第四章與第五章的分析中發現，我國國家在回應社會經濟活動的不斷變化時，也像西方福利國家一般，制定了若干具有「實質理性」特徵的法律進行管理與控制，例如：公平交易法、消費者保護法，而為健全不動產交易的秩序，也制定了不動產經紀業管理條例，不僅如此，為了避免不動產交易紛爭的發生以及企業經營者藉由其經濟上的優勢地位使用對於消費者顯失公平的定型化契約，內政部更訂頒了多項契約書範本供民眾及業者使用，同時又公告了相關契約之應記載及不得記載事項做為管制，並以大量的行政命令做為地方主管機關執法的依據；而行政院公平交易委員會也因應仲介業者營業行為的改變

而做出若干的指導規範。由此可以發現，我國對於不動產交易的社會經濟活動，在面臨既有的法律體系無法妥適處理日益複雜的交易型態下，也不斷地以具有「實質理性」的法律進行管制，並訂頒了大量的法規命令加以補充，似乎也如同西方福利國家一般，有逐漸朝著「司法化」方向發展的傾向。

然而，這樣的管制並未能有效地掌握了不動產交易所產生的問題，各項分析與統計數字發現，我國對於不動產交易行為的管制效果並不理想，除了對於管制對象的行為態樣與法律關係未能完全適用，造成當事人之間權利義務關係的混淆以及適用對象的問題外，更重要的是，不動產交易紛爭的案件數量不但沒有因此而減少，反而有逐年增加的趨勢，而我國現有可以處理不動產交易紛爭的訴訟外機制，在解決仲介紛爭的成效上未盡理想，因為從統計數字發現，近幾年來仲介紛爭的幾個主要類型仍然不斷地重複出現，其主要原因一部分來自於這些機制本身的組織架構、處理程序及形成之法律效果並未能符合處理不動產紛爭之需求，另一部分則在於這些機制僅止於事後的處理結果，並未能提供相關人員與機構從處理過程中獲得充分的資訊進行預防與改善的功能，以避免同樣的事件一再重複出現，使紛爭案件數量下降。此一現象背後所隱藏的意涵，極其可能是管制的法律與處理的機制中缺少了「反思」的元素。

在尋找如何解決上述困境的方法時，我們首先應該思考的是法律在整個社會體系中，究竟應該扮演何種的角色。依據盧氏與屠氏的看法，法律體系也應像社會一般，視為一個具有自我再生能力的社會次級體系，由許多特定元素構成，並且藉由溝通（合法與非法）產生更次級的法律體系，並且透過規範性的論述，來界定彼此之間的界線，在實際運作上，各自構成其自身獨特的環境，因此，各個法律次級體系在認知上雖然是開放性的，但是在實際的運作上卻是封閉的<sup>200</sup>。因此，在開放的社會環境中，雖然存在著各個不同的次級體系，但其運

---

<sup>200</sup> Gunther Teubner, *Law as an Autopoietic System*, P70(1993)。

作都依照自我內部對於環境的認識，彼此之間都不會直接影響其他次級體系的運作<sup>201</sup>，就法律體系與其他次級體系而言，法律規範便不會直接造成其他社會次級體系的變遷，其他社會次級體系會選擇性的利用法律來處理自身的問題，並且是恣意地選擇，來建構它自身的秩序<sup>202</sup>，也就是法律不能在追求對於他人行為的直接約制，而只能期望促使其他一樣具有自我再生性的社會次級體系進行自我反省，根據此一理念，當代的管制方式，不再是達成正確的結果，而是透過正確的方法，來使被管制者的自我反省成為可能，簡而言之，就是「法律透過規範自己來規範社會」<sup>203</sup>。

因此，當我們思考如何建構法律制度來處理不動產仲介紛爭時，可以嘗試透過下列幾個反思法的策略，達到以自我規範的方式來規範別人的具體目標：

(一) 法律作用力的自制

也就是法律作用本身的自我批判反思。

(二) 社會反思力的引導

將許多沉重的社會管制負擔，由法律體系轉到其他社會次級體系上。也就是法律本身並不詳細地規定可被接受的行為，也不提出完整的計畫來追求宏大的社會目標，而是通過社會導引來建構一個自治的、自我指涉的社會次級體系。

(三) 外部去集中化

在某些條件下，形式性法律和實質性法律可能都不適於社會的需要，因此可以將「公共任務」授權給准公共組織或私人組織，令其參與或執行決策，國家只有這些組織違反社會責任時，才在制度安排下予以介入。

---

<sup>201</sup> Teubner, supra note 200, P74。

<sup>202</sup> Teubner, supra note 200, P75-76。

<sup>203</sup> 廖義銘，〈從理性到反思－行政學與行政法基本理論於後現代時期之整合與轉型〉，2004，頁618。

#### (四) 組織中的溝通

法律本身不要求精確地控制社會體系改革的性質及方向，而是側重於建構社會體制組織結構內部的溝通管道，強化內部的反思機制。

本章將循著上述反思法的策略，對不動產仲介紛爭處理機制，提出一些思考的方向。

### 第一節 法律作用力的自制

反思性的法律體認到，現在社會中的許多其他體制，已經變得極具有散佈性與約束力，即使法律和政府可觀的力量，也無法輕易使其屈服。然而傳統的法律管制策略，卻經常忽略了這些社會其他體制回應相關問題的能力<sup>204</sup>，因此反思性的法律便要減弱法律的力量、放棄對社會進行完整控制的企圖。他強調運用相當具有彈性的「可選擇性」政策，讓被管制者選擇管制方式，並且端視其是否能符合社會需要，如果無法符合社會需求與達到管制的目標，便不予使用；同時，也不再認為法律規範必須具有嚴格的強制性與有效性，而容許法律的有效性，仰賴被管制者自己的裁量，也就是「法治」不再是由外在規範來指引人類行為，而是認為行為人應在法律架構下進行反思，「人的反思」之治，就是「法治」的實踐<sup>205</sup>。

以不動產仲介紛爭之「斡旋金返還」或「定金返還」為例，行政院公平交易委員會為維護交易秩序與消費者利益，確保公平競爭，並避免不肖仲介業者利用掌握斡旋金之優勢地位，前於90年5月10日第496次委員會議通過「公平交易法對房屋仲介業之規範說明」，要求仲介業者在向買方收取斡旋金之同時，應同時告知其亦可選擇採用

<sup>204</sup> 例如法律體系試圖以規範汽車製造業者必須運用新的科技，來控制汽車廢氣之排放量，這種作法乍看之下似乎是好的，但其實這是忘記了其他社會體制所可能產生的回應，例如經濟體系會促使汽車製造商製造更多的汽車；而私人的生活體系，則會使人們持續使用更多的汽車。參閱廖義銘，同註 203，頁 619。

<sup>205</sup> 廖義銘，同註 203，頁 619。

內政部版「要約書」，並說明斡旋金契約與內政部版「要約書」之區別與替代關係，倘仲介業者利用交易資訊不對稱之特性，隱匿斡旋金契約與內政部版「要約書」之區別及其替代關係，將違反公平交易法第二十四條規定。但由於部分仲介業者未遵循上開規定，且現行法律未明確定義斡旋金之性質，致仲介業者與買方自行商議斡旋金之權利義務時，極易發生解釋與認知之差異，造成實務運作諸多流弊及爭議，甚至成為重要的交易紛爭原因之一，內政部於召開不動產經紀業管理條例修正草案的會議過程中，多次欲將斡旋金制度納入不動產經紀業管理條例規範，但均因與會政府機關、業者代表與專家學者意見不一而無法達成共識<sup>206</sup>。

斡旋金的存廢問題，各界爭執不斷之最主要原因乃在於有人認為仲介業者在知悉訂約機會時，原應立即向委託人報告，卻攔截此一訊息，強迫買方在法律關係尚未開始階段，預行支付金錢予業者，使其造成壓力，是危害公平交易環境之設計，自屬違反公序良俗及民法基礎理念，宜禁止斡旋金之收取。惟有人則認為斡旋金之交付係基於雙方當事人之自由意思所達成之交易，依經濟學之觀點，自由之交易較能符合效率，除非有意思表示不一致、錯誤、被詐欺、被脅迫或乘他人之急迫、輕率、或無經驗而交付斡旋金，各依民法相關規定否定其效力外，否則斡旋金之交付原則上對買賣雙方及仲介業均為有利，自是對整體經濟有利，而應肯定其效力，不宜貿然廢除。內政部則認為實務上斡旋金之所以常成為購屋紛爭之來源，似因法律對斡旋金之定義、收取標準與方式、返還及管理的事項欠缺明確規範，使得仲介業者與消費者無所適從，進而引發爭端，又如將民間既行之斡旋金制度，以法律禁止之或任由市場機制運作，似均非屬良策。

從上述的分析不難發現，斡旋金制度的出現與國人不動產仲介交易的型態有很大的關係，就從經濟活動與交易行為的角度而言，仍應本著尊重私法自治的精神，讓當事人能夠儘量發揮其契約的功能，在

<sup>206</sup> 參閱內政部 95 年 12 月 14 日內授中辦地字第 0950726165 號開會通知單所附會議說明。

雙方無法達到福祉極大，成本極小的時候，國家始有必要加以管制，而管制的方式仍以契約自由的限制為宜，定型化契約為行政管制契約自由最典型的作為<sup>207</sup>，定型化契約條款，甚至與消費者個別磋商而成立者，事實上具有規範性，乃因其與社會大眾締約，涉及公共利益，公權力之介入有其必要性，如果在法律上創設一個新的斡旋金制度，尚涉及整個法律體系的問題，相對更為複雜，況且斡旋金之所以引起紛爭，最主要的原因仍與仲介業者的營業行為有密切關係<sup>208</sup>，並非法律規範有所不足而必須作體系的改變，因此採取定型化契約條款或個別磋商條款的方式予以管制即可，更重要的是紛爭處理運作的法律規定，如何形成集體處理的機關、界定處理過程的規範、限制或擴大集體行動者之權限，以及平衡處理的權力，俾以間接地控制特定的結果。如此，始能符合反思法「法律作用力的自制」之理念，以達成管制的實質效果。

## 第二節 社會反思力的導引

反思性的法律體認到傳統法律過度擴張所造成的困難，於是改變策略，以「募徵」社會其他力量為目標，來處理社會問題或保障人民基本權利，在實際的作法上，就是提供社會導引（social guidance）<sup>209</sup>，引導社會反思性的力量，來達到原來的管制目標之手段，而要達到引導社會反思力的作用，在制度設計上，最主要的作法就是資訊的

<sup>207</sup> 有關定型化契約管制的基本模式，參閱陳自強，《契約之成立與生效》，2002，頁 97-200。

<sup>208</sup> 同註 192，二、討論題綱：成屋市場、4、資訊揭露：(1) 揭露斡旋金契約或要約書：(A) 實務上，不動產經紀業向屋主傳達購屋人購買意願時，係口頭告知或出示斡旋金契約或要約書？(B) 購屋人如何知悉不動產經紀業是否及何時向屋主傳達其購買意願？(C) 不動產經紀業向屋主報告購屋人之購買意願時，是否應出示其斡旋金契約或要約書予屋主簽名並簽註日期？(2) 揭露委託銷售契約書：(A) 不動產經紀業向購屋人收取斡旋金或購屋人簽訂要約書前，是否應出示屋主簽訂之委託銷售契約書？(B) 倘不動產經紀業知屋主最低可出售之價格並非記載於委託銷售契約書之委託售價（即知系爭不動產之折價空間），則不動產經紀業是否應主動告知購屋人？(3) 揭露成交行情資訊之範圍：(A) 實務上，不動產經紀業提供成交行情資訊之時間與地域範圍？(B) 成交行情資訊是否應公開於網站上供購屋人自行查詢？(4) 揭露委託人買賣屋非自用：不動產經紀業倘知悉委託人賣屋或購屋係為投資用，是否應告知其交易相對人？

<sup>209</sup> 例如引進經濟團體、社會團體來參與社會安全相關領域的管制，或透過與相關企業及產業公會之夥伴性合作，來改善環境汙染或工業安全問題。參閱廖義銘，同註 206，頁 620。

揭露，而資訊之揭露更須配合利害關係人導向之策略，因為真正的反思性法律要求業者將外在的衝突內化到自身的決策過程中。因此要求被規範者能考慮所有利害關係人的觀點，而不只是那些最有權勢的利害關係人之要求<sup>210</sup>。

## 一、 資訊的揭露

一項研究指出，我國在亞太地區不動產交易市場資訊的透明度 (Transparency)<sup>211</sup> 2004 年在全球 56 個受調查的主要國家中排名第 27 名，而 2006 年則退後到第 29 名，屬於中等層級，落後同屬亞太地區的澳洲、紐西蘭、香港、新加坡、馬來西亞與日本<sup>212</sup>，就不動產交易資訊揭露而言，在我國仍有待進一步改善。

而資訊的揭露，除了政府部門所應提供的法令規定以及諸如：合法業者、輻射屋、海砂屋、危險建築、違章建築等相關資訊外，更重要的是業者在執行業務過程所應揭露的資訊，不動產經紀業管理條例課予仲介業者製作不動產說明書及解說之義務，就是為了落實「建立不動產交易秩序、保障交易者權益」，因此，仲介業者本應該詳實製作不動產說明書，充分揭示交易所需相關資訊，而非單靠政府部門訂定其所應記載之內容，因為在具體個案當中有許多特殊的資訊均會影響交易者的權益；而此種情事，易導致實務上常見不動產說明書之解說，僅限於政府部門所規定之內容，而無法使交易相對人（買方）得到充分之資訊，以確保其權益<sup>213</sup>。

<sup>210</sup> 廖義銘，同註 203，頁 620。

<sup>211</sup> 該項研究對於透明度的定義，於 2004 年係指在合法與管制的網絡下進行交易之任何開放且明確組織化的不動產市場，而其合法與管制的網絡必須具有法令執行一致性與尊重私有財產權的特徵，於 2006 年另增加了私部門領有證照得執行該項業務之顧問、經紀業與經紀人員的倫理與專業標準。參閱 Jones Lang LaSalle Research, *2006 Real Estate Transparency Index*, P3(2006)。

<sup>212</sup> 同前註，頁 3、7。

<sup>213</sup> 參閱本文第一章案例一的說明，仲介業者雖知悉該社區持有停車位的特殊約定，惟該項約定並非內政部所規定之不動產說明書應記載事項，也不會影響買方取得停車位的產權以及使用停車位之權益，但對買方而言，或許會有產權不完整的疑慮，如果事先知道這項訊息，買方可能會考慮是否購買或購買的價格。

除此之外，依日本法之理論，所謂不動產重要事項之解說，並非僅於單純的將其朗讀，而是必須對交易相對人就所擬交易不動產之重要事項，予以「講解事務含意、使之瞭解」、「教導專門知識、指導其方法」、「傳達情況、以供參考」。而此種概念，不僅在我國實務上付之闕如，仲介業者在執行職務時往往有意識的予以忽略，而一但發生紛爭，就以法令未規定做為卸責之詞，政府機關事實上也不可能針對各種情況訂定鉅細彌遺的不動產說明書應記載事項，這就必須藉由社會其他機構團體：如消費者保護團體，以及各個仲介紛爭處理機構的專家<sup>214</sup>共同參與，利用處理紛爭的機會，蒐集案例並針對其發生的原因予以分析彙整，提出業者於執業過程所應揭示的各項資訊，協助政府達到原來的管制目標。

## 二、業者的自律

資訊揭露的目的，是為了要求被規範者能考慮所有利害關係人的觀點，而真正的反思性法律，更要求業者將外在的衝突內化到自身的決策過程中，也就是透過以法律建立引導個人行為的程序機制來干預社會運作過程，運用有效的內部控制結構，來取代外在的干涉控制。

就不動產仲介紛爭而言，於法律的管制層面上，似乎可以考量朝向引導仲介業者建立標準的營業行為程序，來自我管制其執行業務的過程，也就是一種業者自律的機制，應該在其營業過程中建立起來，因為「組織的良知」(organizational conscience)如果能夠運作，可促成該組織將外部的衝突「內化」於其決策結構之中。

「企業社會責任」(Corporate social responsibility, 簡稱CSR)<sup>215</sup>，是指企業在其商業運作時對其利害關係人應付的責任。企

<sup>214</sup> 例如仲裁協會所成立之「不動產爭議仲裁推廣委員會」。

<sup>215</sup> 「企業社會責任」一詞源起於美國，當時許多美國企業表示十分願意去承擔原屬於政府必須擔負的社會責任(例如教育及醫療等)，而其主要趨動力還是來自於外部的壓力。在1950年代後期，由於消費者勢力開始興起，逐漸成為一股可以影響公司行為的力量，演變到了60至70年代中期，先進國家開始藉由「法規/命令」的手段，要求企業履行污染控制、平等就業機會、妥當的環安衛管理、財務公開、正當廣告與產品安全性等責任。直到70年代末期，這種



業社會責任的概念是基於商業運作必須符合可持續發展的想法，企業除了考慮自身的財政和經營狀況外，也要加入其對社會和自然環境所造成的影響的考量。利害關係人是指所有可以影響、或會被企業的決策和行動所影響的個體或群體，包括但不限於：員工、顧客、供應商、社區團體、母公司或附屬公司、合作伙伴、投資者和股東<sup>216</sup>。

企業社會責任在概念可分為幾個不同的面向，如圖 6-1。而其初期發展階段，除了對於企業法律責任面的要求之外，最主要的還是以「經濟責任」的層次作為基礎，將企業社會責任的運作及實踐與其「利益面（獲利面）」的需求相聯繫，再逐步將概念的實踐面推廣延伸至倫理責任甚至慈善責任<sup>217</sup>。

---

「命令與管制」及「管末處理」方式方逐漸遭到淘汰，取而代之的是企業採取主動和自發性行動超越這些法規之要求，以爭取政府及社會大眾認同，到了90年代，「企業公民」(corporate citizenship) 概念逐漸成形，也就是企業應該把自己當成社會的公民，在透過核心業務為社會提供價值的同時，也要向社會承諾應該負擔的責任，這意味著企業不能只滿足於在社會中做個「經濟人」，更要成爲一個有責任感和道德感的「人」<sup>215</sup>。故現今所談的企業社會責任，除了同樣要求企業用合於社會道德的行爲去追求利潤外，企業同時也希望藉由建立及有效執行系統化的企業社會責任架構，去強化企業自身的競爭能力。參閱張順傑，〈企業無法逃避的話題—企業社會責任〉，2006，頁42-43。

<sup>216</sup> 維基百科，英文原文爲「Corporate Social Responsibility (CSR) is a concept that organizations, especially (but not only) corporations, have an obligation to consider the interests of customers, employees, shareholders, communities, and ecological considerations in all aspects of their operations. This obligation is seen to extend beyond their statutory obligation to comply with legislation. CSR is closely linked with the principles of Sustainable Development, which argues that enterprises should make decisions based not only on financial factors such as profits or dividends, but also based on the immediate and long-term social and environmental consequences of their activities.」，<http://en.wikipedia.org/wiki/>。

<sup>217</sup> 「OECD 多國企業指導綱領」是各國政府對多國企業營運行爲的建議事項，爲一符合相關法律規範的自發性商業行爲及標準。其主要目標是希望多國企業的營運目標能與政府一致，加強企業與其營運所處地社會間的互信基礎，以及協助改善外國投資氣候及強化多國企業對永續發展的貢獻，根據其所列的 10 項企業社會責任指導原則中，第七項爲「消費者權益 (Consumer Interests)」，即企業應尊重消費者權益，確保提供安全與品質優先之商品及服務。參閱台灣企業社會責任網站，<http://csr.moea.gov.tw/>。

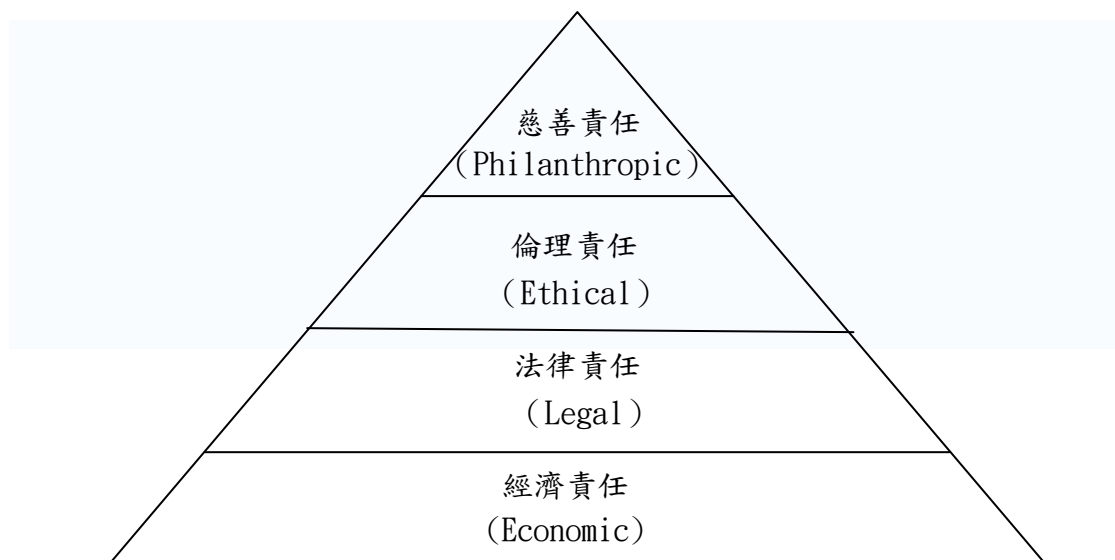


圖 6-1 企業社會責任 (CSR) 概念上的面向

資料來源：Carroll, A. B., *The Pyramid of Corporate Social Responsibility: Toward the Moral Management of Stakeholder Organization*, Business Horizons, P39-48(1991).

從上述的說明可以清楚的發現，仲介業者於執行業務過程中，本應以合理的報酬為消費者提供優質產品，一旦產生紛爭時，仲介業者自應做好補救的措施。此外，從本文第二章「消費者抱怨行為」文獻回顧中可以發現，當紛爭發生後消費者的行動模式，大多先向企業經營者提出抱怨，況且紛爭的解決本屬企業經濟責任的一環，因為消費者如需透過其他的紛爭處理機制謀求解決，無疑的是將企業經營者營業行為過程中所產生的問題留給社會全體大眾共同承擔，而徒增了社會成本，故仲介業者制定對於不動產交易當事人或利害關係人投訴的回應標準流程並切實的加以施行，應屬其經濟責任的一環。實務上，國內部分大型仲介業者本身即已訂定了紛爭處理機制，惟其是否落實做好消費者的紛爭處理以及處理成效如何，缺乏實際的統計數字，但從「自律」的觀點而言，仲介業者如無法以自律的方式回應消費者需求時，依反思法的觀點就必須由外部環境給予適當壓力<sup>218</sup>，在法律規範上要求仲介業者設立申訴部門及免費服務電話，訂定完善的消費者

<sup>218</sup> Teubner, Gunther, *After Legal Instrumentalism?*, G. Teubner(ed.), *Dilemmas of Law in the Welfare State*, P316-319(1985)。

申訴程序及處理規章，專責辦理消費者之申訴案件，以期能迅速、公正的處理並解決消費者之各種紛爭與抱怨<sup>219</sup>，是有其必要的。

此外，國內一項對仲介業從業人員倫理規範等相關議題的研究<sup>220</sup>指出，當仲介業之從業人員對於企業倫理認知愈高以及倫理行為的評價愈正向時，則該從業人員於實際執業時愈不會產生不合倫理的行為。因此，當從業人員認為公司內執行倫理規範愈積極時，則該從業人員於實際執行業務時也愈不會產生不合倫理的行為，即執行倫理規範愈積極的公司，其員工認為對於公司倫理行為的支持度高，且員工在面臨倫理兩難問題的處理上，因有倫理規範的指引而較能得心應手，因而較不敢從事不合倫理的行為。故企業若能有效制定屬於企業內部的倫理規範並加以有效的施行，其將協助從業人員於執業時，面臨倫理兩難問題時之正確引導方針，避免產生一些不合倫理的行為。

不動產仲介紛爭的產生有許多是來自於仲介業者的行為所造成，它屬於業者自律的一環，故就企業倫理責任而言，仲介業者應共同制定與發展這項職業所應有的專業倫理規範與執業標準。

以美國為例，其不動產之交易通常都是透過房地產經紀人完成，該房地產經紀人的性質與我國不動產經紀人相類似，而美國最大的全國性經紀人組織，為「全國房地產經紀人協會(National Association of REALTORS, 簡稱 NAR)」，成立於 1908 年，屬於自律性的行業管理組織，該協會的宗旨主要是促進經紀人與立法機關、行政機關的協調、溝通，經紀人協會與房地產業其他行業協會的交流，以及經紀人之間的溝通、協調，執業行為的約束，提高房地產經紀業從業人員的專業水準，保持從業人員的倫理道德水準以維持房地產經紀業的良好聲譽等等<sup>221</sup>。

---

<sup>219</sup> 靳邦忠，《從行政任務之演變論我國消費者保護委員會法律功能定位》，臺北大學法律學系碩士論文，2006，頁 105。

<sup>220</sup> 尤靖雅，《企業倫理規範、企業評價、倫理判斷與行為意圖關係之研究—以房屋仲介從業人員為例》，屏東商業技術學院不動產經營研究所碩士論文，2005，頁 146-147。

<sup>221</sup> 相關資料參考全國房地產經紀人協會網站，<http://www.realtor.org/>。

該協會於1913年通過「倫理規範」共十七條以及若干暨「執業標準」<sup>222</sup>以供協會內的經紀人作為依據，並根據實際執業的情形與環境改變而修訂<sup>223</sup>。此外，「加州房地產經紀人協會（California Association of REALTORS, 簡稱CAR）」所訂定的「倫理與仲裁規範手冊」<sup>224</sup>當中，除了要求會員須遵守上述倫理規範與執業標準外，更提供會員紛爭的仲裁協助，更重要的是，該協會制定了紀律處分的程序，對於違反倫理規範的協會會員，給予從「警告函」（Letter of Warning）到「開除會籍」（Expulsion from Membership）等不同程度的處分，以約束其會員於執行業務過程能確實遵守規範，為仲介業者自律的實例。

反觀我國現況，依不動產經紀業管理條例第七條第六項雖然規定，不動產經紀業之全國聯合會應訂立經紀業倫理規範，提經會員代表大會通過後，報請中央主管機關備查，惟依仲介經紀業全國聯合會所定之「不動產仲介經紀業倫理規範」僅九條<sup>225</sup>，屬於概括性的規定，內容過於空洞且未定有執業標準，無法有效地作為從業人員執行業務之倫理準則，有關美國與台灣不動產經紀業相關倫理規範之差異，可

---

<sup>222</sup> 執業標準是用以釐清諸多條款及附則之倫理義務，當客戶對REALTOR提出違反道德規範之告訴時，可以引述執業標準作為佐證。

<sup>223</sup> 於1924、1928、1950、1951、1952、1955、1956、1961、1962、1974、1982、1986、1987、1989、1990、1991、1992、1993、1994、1995、1996、1997、1998、1999、2000、2001、2002、2003、2004、2005及2006各年之年會中均有新的修訂。

<sup>224</sup> Code of Ethics and Arbitration Manual, Prepared by the CALIFORNIA ASSOCIATION OF REALTORS.

<sup>225</sup> 第一條：建立不動產交易秩序，保障消費者權益，促進不動產交易市場健全發展。  
第二條：維護公平交易之精神，堅持交易透明及誠實信用。  
第三條：基於法治精神，遵守法令規章，健全交易制度，不得僱用未具備經紀人員資格者從事仲介或代銷業務。  
第四條：條配合政令，落實營業處所設置經紀人之數量規範。  
第五條：依經紀業管理條例規定之文件應由經紀業指派經紀人簽章。  
第六條：經紀業與委託人簽訂委託契約書後，方得刊登廣告及銷售。且廣告及銷售內容應與事實相符並註明經紀業名稱。  
第七條：依實際成交價或租金按中央主管機關規定之標準計收報酬，經紀業或經紀人員不得收取差價或其他報酬。  
第八條：掌握市場資訊，參與專業訓練，增進專業能力。  
第九條：尊重同業之智慧財產與營業秘密，維護市場紀律，共同塑造良好的經營環境。

依照美國倫理規範內容之分類標準（對客戶及顧客之義務、對社會大眾之義務、對房地產經紀人同業之義務）」比較如表 6-1。

相較之下，美國對於不動產經紀人倫理規範的訂定，相當周全且嚴謹<sup>226</sup>，且在美國商業法典（Uniform Commercial Code）中也清楚載明有關房地產經紀人或銷售人員如果違反職業道德，或於房地產買賣交易過程中有不實的陳述，誇大的廣告、虛假的承諾、公司款項不分、詐欺、隱瞞事實等行為都要受到吊銷執照的處分<sup>227</sup>。美國房地產經紀業相當的發達，也能得到一般人的認同與尊重，與其有一套健全的制度來規範經紀人的行為標準有密不可分的關係，在整個規範架構中，國家法律雖未居於主導的地位，以實質的規定進行管制，僅間接地控制特定行為發生時的法律效果，然而業者所組成的協會「自主地」發展與決定其所應有的專業倫理標準，並藉著對會員的約束力使其能夠依照所建立的倫理標準來執行業務，並且隨著環境的變遷不斷地檢討改進，使其制度能運行而不墜，顯示出反思的潛在能力，值得我國立法政策的參考。

---

<sup>226</sup> 有關台灣與美國對於不動產經紀人倫理規範內容的詳細比較可參考尤靖雅，同註 220，頁 26-29。

<sup>227</sup> 尤靖雅，同註 220，頁 29。

表 6-1 美國與台灣不動產經紀業相關倫理規範之比較

		美國	台灣
立法單位		全國房地產經紀人協會	內政部
倫理規範		倫理規範暨執業標準	不動產仲介經紀業倫理規範
立法宗旨		己所不欲，勿施於人	公平誠信
立法對象		不動產銷售員、 不動產經紀人	不動產經紀營業員、 不動產經紀人
對客戶及顧客之義務	客戶權益	○	○
	誠實義務	○	○
	保密原則	○	X
	誤導賣方	○	X
	議價過程	○	X
	揭露義務	○	X
	佣金制度	○	○
	代理關係	○	X
	管理義務	○	X
	帳戶管理	○	X
對社會大眾之義務	同等服務	○	X
	完整訊息	○	X
	廣告據實	○	○
	專業協助	○	X
	顧問服務	○	X
	相關文件	○	△
	權限問題	○	X
	懲戒制度	○	X
對房地產經紀人同業之義務	同業義務	○	△
	誤導同業	○	X
	限制委託	○	X
	簽約自由	○	X
	勸誘客戶	○	X
	契約問題	○	X
	仲裁機關	○	X

資料來源：尤靖雅，同註 220，頁 27，本文略作修改。

註：「○」表完整規範、「△」表概略性規範、「X」表無規範。

在公會的功能方面，整體而言仲介業公會辦理之事項或活動多數仍以「舉辦會員聚餐或旅遊等聯歡活動」、「宣導政策法令」、「舉辦專業研討會或座談會」及「開設經紀人員專業訓練班」等為主（如表 6-2），而從公會服務供給項目與業者服務需求項目比較得知（如表 6-3），實際上業者對於同業公會辦理期刊發行、舉辦經紀業業務觀摩、派員會同主管機關協助查緝違法業者及設置會員服務資訊網站等服務需求項目，仍與公會目前所提供服務內容存有落差，而且一項調查顯示，仲介從業人員認為應仿倣美國房地產經紀人協會制定更為詳盡的倫理規範，以提供從業人員遵循<sup>228</sup>。因此，未來公會除參考業者需求重新檢討現行所提供之服務內容外，更應有積極作為，與業者共同針對顧客之義務、對社會大眾之義務及對同業從業人員之義務，就交易過程可能涉及之各層面問題加以規範與落實，以真正達成提昇服務品質與業者自律的目標。

表 6-2 仲介業公會辦理事項或活動內容

服務內容	區域別					總計 (%)
	北區	中區	南區	東區		
1. 發行情刊	4	4	0	0	8	38%
2. 舉辦研討會或座談會	6	6	4	1	17	81%
3. 宣導政策法令	5	5	5	2	17	81%
4. 調處交易糾紛	3	6	4	1	14	67%
5. 提供買賣或租賃資訊	4	5	5	0	14	67%
6. 派員協助查緝違法業者	4	2	5	1	12	57%
7. 提供違法事證送主管機關	5	4	5	1	15	71%
8. 舉辦聯歡活動	6	6	4	2	18	86%
9. 開設經紀人員專業訓練班	3	6	5	2	16	76%
10. 辦理教育訓練	6	2	4	0	12	57%
11. 製作經紀人員識別證	4	4	5	1	14	67%
12. 出國考察	4	1	2	0	7	33%
13. 舉辦經紀業務觀摩	3	3	2	0	8	38%
14. 舉辦優良人員表揚	4	4	4	1	13	62%

<sup>228</sup> 尤靖雅、李春長，〈不動產經紀人員倫理規範之探討〉，2005，頁 249-278。

服務內容	區域別					總計(%)	
	北區	中區	南區	東區	總計(%)		
15. 訂定自律規約	6	3	5	0	14	67%	
16. 設置會員服務網站	5	4	3	0	12	57%	
17. 提供消費者諮詢服務	4	5	4	1	14	67%	

資料來源：內政部地政司

表 6-3 同業公會服務供給與經紀業需求之比較

服務項目	公會供給(S)		經紀業需求(D)		差異比較	
	總計(%)		總計(%)		D>S	S>D
1. 發行期刊	8	38%	81	72%	√(1)	
2. 舉辦研討會或座談會	17	81%	89	79%		√(5)
3. 宣導政策法令	17	81%	97	87%	√(6)	
4. 調處交易糾紛	14	67%	90	80%	√(4)	
5. 提供買賣或租賃資訊	14	67%	65	58%		√(2)
6. 派員協助查緝違法業者	12	57%	79	71%	√(3)	
7. 提供違法事證送主管機關	15	71%	81	72%	√(7)	
8. 舉辦聯歡活動	18	86%	68	61%		√(1)
9. 開設經紀人員專業訓練班	16	76%	95	85%	√(5)	
10. 辦理教育訓練	12	57%	62	55%		√(5)
11. 製作經紀人員識別證	14	67%	71	63%		√(4)
12. 出國考察	7	33%	31	28%		√(3)
13. 舉辦經紀業務觀摩	8	38%	62	55%	√(2)	
14. 舉辦優良人員表揚	13	62%	64	57%		√(3)
15. 訂定自律規約	14	67%	74	66%		√(6)
16. 設置會員服務網站	12	57%	80	71%	√(3)	
17. 提供消費者諮詢服務	14	67%	69	62%		√(3)

資料來源：內政部地政司



### 第三節 外部去集中化

#### 第一項 多元紛爭處理機制的省思

我們瞭解到當社會產生紛爭時，有必要利用方法、手段來做「社會控制」(social control)以回復均衡狀態。其中法律制度的規範，仍然是最具有力量的手段，而法律規範之「社會正義」與「社會控制」目的，在過去則有賴行政部門與司法體系的合作才能達成。

然而，從第四章的分析中，可以發現伴隨者現代社會科技進步、社會關係、生活方式和環境的演變等，使得紛爭的型態、內容也各自迥異，因此過去仰賴行政部門依照法律進行實質管制的方式，已不能達到良好的效果，取而代之的是業者的自律與公會功能的提昇，這是一個外部去集中化的發展趨勢，但是如何於法律體系內加入反思元素，使「組織的良知」(organizational conscience)能夠運作，以及促成該組織將外部的衝突「內化」於其決策結構之中，是需要深入加以探究的。

相同地，在第五章的分析中，為因應社會快速的變遷，法律制度之救濟途徑，除了訴訟程序外，新興的訴訟外紛爭處理機制，漸漸的成為一種專業性紛爭處理機制，除了提供一個紛爭處理程序的多樣選擇與簡便性外，更同時達成外部去集中化之目的。但是，多元的處理機制，雖然可以提供當事人在解決紛爭時有更多的選擇途徑，相對的，由於機制本身的設計與特徵，也影響其處理特定問題的能力，一項調查顯示，受訪者普遍認同不動產紛爭未能妥適處理之關鍵因素有（一）業者或消費者堅持立場，不願採互惠方式探尋和解。（二）受申訴業者對紛爭解決之態度消極。（三）申訴者舉證困難。（四）申訴者相關知識不足。（五）消費者誤認申訴單位為仲裁或裁判，產生期望落差。（六）主要受理申訴單位負責調處之組織，法令尚未健全。（七）

不動產紛爭處理人員專業素養及經驗能力之良窳<sup>229</sup>。現行訴訟外紛爭處理機制的設計與特徵，是否能完全滿足上述關鍵因素，仍有待進一步實證研究。

此外，我國現有訴訟外紛爭處理機制，在處理仲介紛爭的問題上，並未能達到很好的效果，除了「處理公權力（公信力）」、「處理時間」、「花費金錢」、「承辦專業程度」、「有無執行力」等因素之差異外，更重要的是在功能上，僅止於事後的問題解決，並未能藉由處理過程提供一定的反思元素，使相關人員與機構都能從此一過程中獲得充分的資訊進行預防與改善，避免同樣的事件一再重複產生。

從上述的分析可以瞭解，要達到外部去集中化之目的，並非全然是藉由提供處理程序的多樣選擇性來達成，而是應該思考如何經由法律提供一套完整的組織、程序和權限的規範，以協助達成民主的自我組織與自我管制的策略，而這同時也是程序正當性的中心要點。因此，就組織、程序與權限而論，法律的角色應該是在於為管制的對象，訂定其未來決議、管制的規定和建立結構性的前提。而所謂民主的自我組織與自我管制就是要在外部上建構與確保一個具有可溝通性結構，以促進溝通的過程，也就是提升「論述的決定過程和以合意為取向（consensus-oriented）的協商與決策程序」。在面對不動產仲介紛爭處理機制的議題上，也應循著上述反思法的觀點，尋找出理想的組織、程序和權限，以達成自我組織與自我管制的策略。

## 第二項 自我組織與自我管制

### 一、組織

為了達成外部去集中化之目的，反思法的策略是在組織的功能上創設類似自主性、半官方的制度，它的成員，除了專業人士之外，也

---

<sup>229</sup> 朱南玉，同註 199，頁 218。

必須包含有關社會利益的代表，而在我國現有的處理機制組成人員的代表性，普遍上仍顯不足。舉不動產經紀業管理條例第二十六條規定之不動產經紀業營業保證基金管理委員會為例，依內政部訂頒「不動產經紀業營業保證基金管理委員會組織及基金管理辦法」第四條規定，中華民國不動產仲介經紀業營業保證基金管理委員會是目前法制上唯一專為處理不動產交易紛爭而設的處理機構<sup>230</sup>，依該辦法第五條規定，應置委員十一人至十五人，並包含（一）經紀業代表四人至六人。（二）專家學者三人。（三）消費者保護團體代表二人至三人。（四）中華民國律師公會全國聯合會代表二人至三人。由於前項委員分別由仲介與代銷經紀業全國聯合提請理事會決議後聘任，其組織成員之聘任與代表比例容易受到控制，顯然在組織成員與代表比例上須要重新調整，並應加入政府機關及其他不動產相關領域的專業人士代表。除了成員的代表性外，其組成的方式也可循仲裁的模式，先行建立各種代表性的委員資料庫，而由紛爭個案之當事人進行挑選而組成，使其組織成員之比例與組成之方式更具民主與自主性。

## 二、程序

在建構仲介紛爭的處理程序時，首先應考量到下列幾點重要的處理原則：

（一）紛爭主體之間的主觀「對立性」，須調適為「對等性」

就紛爭的認知而言，當事人應先在觀念與想法上放棄僵化偏見，透過充分的溝通，尋求彼此站在平等的立場，如此始有解決紛爭之可能。

（二）對紛爭客體之客觀「互爭性」，須調適為「可讓性」。

紛爭處理結果為當事主體對所爭客體之權利所為的意思表示，故應先減化客體（不動產）的價值與「可爭性」，而以商品財貨視之，賦予充分的「可讓性」，利於進一步的紛爭解決。

<sup>230</sup> 中華民國不動產代銷經紀業營業保證基金管理委員會並未成立。

(三) 紛爭行為之「互斥性」，須調適為「互容性」。

糾紛發生當事人有可能採取激烈、互斥的衝突行為，但必須體認到紛爭不可能永久長存，而當事人應回歸到尋求解決紛爭的互相容忍。

一個均衡有效的紛爭處理機制應以利益的調和為優先，訴諸權利次之，最次之為訴諸力量。故仲介紛爭發生後，第一步應讓當事人有充分的溝通機會，瞭解雙方對紛爭認知的癥結所在，真正面臨紛爭的核心，求取當事人利益的最大化；第二步則是訴諸當事人權利，此部分的權利應以當事人的書面契約所記載的內容事項為準，藉由專業人員的智識、溝通協助，讓當事人知曉自身和對方的權利，進而調和之；第三步，即是前述二者都已試過而未能達成共識時，才由當事人直接訴諸力量的展現，一般而言即是進入司法訴訟程序。

而仲介紛爭的受理程序方面，似可參考日本的作法。該國為解決不動產交易紛爭，於全國47個都道府縣的宅地建物交易業協會中都設有關於不動產的商談苦衷處理窗口，受理不動產相關紛爭的申訴處理。當消費者面臨紛爭或相關疑問時，可先打電話或先至不動產商談所詢問，此為事前商談。經過「來所商談」初步瞭解，再由商談員評估判斷其案件內容性質應該採一般商談或進一步的苦衷商談處理。至於「一般商談」與「苦衷商談」之分別，則由買賣交易對象的業者歸類與商談所得內容加以區分<sup>231</sup>。

此外，在處理過程中資訊的透明化也是應予考慮的重要項目，其最主要的目的，就是要使各方的意見都能於處理過程中具體的呈現，並於經過充分的討論後促使爭議的雙方達致協議，再將協調之結果公布以接受公評，亦即在論述的決定過程確保一個具有可溝通性結構，來達成以「合意為取向的協商與決策程序」。觀察我國現行訴訟外紛爭處理機制，普遍欠缺了上述的組織與程序設計，而這也是處理仲介

<sup>231</sup> 蔡政和，同註 22，頁 3-7 - 3-10。

紛爭成效不彰的主要原因之一。再以不動產經紀業營業保證基金管理委員會為例，依內政部訂頒「不動產經紀業營業保證基金管理委員會組織及基金管理辦法」第十一條雖有調處程序之規定，惟卻未見營業保證基金管理委員會訂立細部的作業方式，實際上是否有依照上述規定辦理並不清楚，故如何建立一個完整的處理程序，就顯得非常重要。另外，線上紛爭處理機制可以就由其無國界性、即時取得性、同步大量解決爭議性、迅速性、便利性、經濟性、可負擔性及有效性之特點，以達成上述的原則與目標，是一個可以採行的方式。

### 三、權限

反思法的策略，在組織的功能上要創設一個半官方的制度，除了其組織成員與運作的自主性外，最重要的就是賦予該組織具有一定的權限，以加強其處理問題的能力，並達成一定的效果。就仲介紛爭的處理組織而言，對於仲介案件應有決定是否受理的權力，也就是該項組織可決定受理的要件，某些不適合處理的案件，例如：刑事案件或純粹抱怨的事件，則應予排除在外。另外，該組織應具有紛爭案調查權，除了可命當事雙方提供相關的資料外，並可請有關單位提供專業的諮詢意見或資訊。此外，該組織於調查過程如發現仲介業者有違反相關法令的情形，亦應賦予移送權交由主管機關處理，而對於紛爭當事人應有強制其進行調解或調處的權力，並就調解或調處的結果賦予一定的效力。除此之外，該組織在不妨礙個人隱私的情況，可決定將特定的案例公布大眾週知，使相關人員與機構都能從此一過程中獲得充分的資訊進行預防與改善，避免同樣的事件一再重複產生，以及作為其他類似紛爭發生時當事人處理的參考，並就仲介業者執行業務過程應注意的事項提出建議，納入或修改其所應遵守的倫理規範與執業標準。

最後，本文嘗試將我國現有法律體系在不動產交易上的規範特徵與理想的不動產仲介紛爭處理程序，彙整如表 6-4、圖 6-2。

表 6-4 我國現有法律體系在不動產交易的規範特徵

類型 特徵	自治法	管制法	反思法
實定法代表	民法	公平交易法 消費者保護法	不動產經紀業管理條例
法律性質	賦權規範	行為規範	組織程序規範
規範目的	維持不動產交易的私法自治	導向符合公益的仲介行為	建立不動產仲介業者的營業秩序
規範對象	買賣雙方與不動產仲介業者	不動產仲介業者	仲介業者與公會、利害關係人與相關機構團體
規範關係	買賣雙方與不動產仲介業者權利義務的分配	對不動產仲介業者設定行為界限	仲介業者、公會與利害關係人、相關機構團體之關係
規範工具	契約為主 法律為輔	法律、命令	倫理規範為主 法律為輔
權利義務關係可否調整	得以契約（債權）調整	原則上不得由當事人以契約調整	得修改倫理規範
拘束力	買賣雙方與不動產仲介業者有拘束力	對不動產仲介業者有拘束力	對不動產仲介業者與公會、利害關係人與相關機構團體有拘束力

資料來源：本文整理。

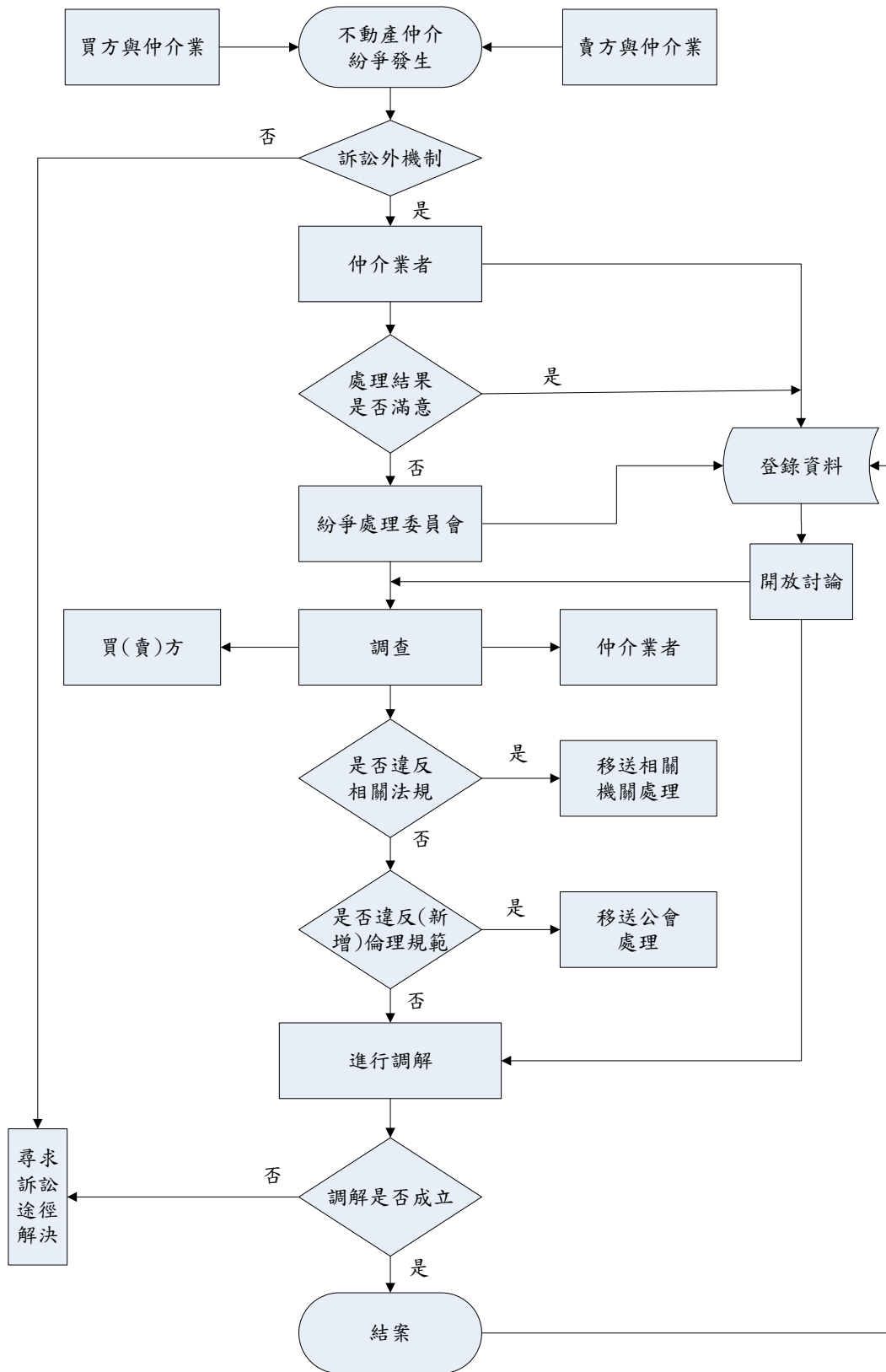


圖 6-2 不動產仲介紛爭處理程序

資料來源：本文整理