

第四章 不動產交易市場與仲介法律關係

在我國法制上對於不動產定義或有不同¹⁰⁷，其範圍也不一樣，但一般民眾與業界所認知的不動產就是「房地產」，也就是土地與房屋二者的合稱，因此不動產和房地產二字常相互通用。英文大多使用「Real State」或「Real property」(Immovable property)¹⁰⁸表示，前者著重於「物」的屬性，通常在普通商法使用此一名詞；後者則注重其「權利」屬性¹⁰⁹，而在民事法律使用此一名詞，但在實務上通常被混淆使用¹¹⁰。

前一章已就反思法理論部份做了整體的敘述，本章將先就不動產本身及市場特性作一總體的說明，以區別不動產與其他動產或商品的相異處，再針對本文研究之不動產仲介業者與交易當事人間的契約關係內涵概述之，最後再以反思法作為背景觀察我國現實生活中不動產仲介與法律規範監所出現的一些值得注意的現象。

第一節 不動產特性

不動產與一般動產或商品在性質上有很大的差異，因此所形成之市場與交易所產生之紛爭也隨之而有所不同，故先就其主要物理及經

¹⁰⁷ 參閱註 14。

¹⁰⁸ Real State: 「Land and improvement in a physical sense as well as the rights to own or use them」; 「Land and anything permanently affixed to the land, such as building, fences, and whose things attached to the buildings, such as light fixtures, plumbing and heating fixtures, or other such items which would be personal property if not attaches. The term is generally synonymous with real property.」; 參閱張金鵬，《房地產投資與決策分析—理論與實務（上篇）》，2006，頁 3；謝哲勝，〈不動產仲介的法律關係與斡旋金的法律效力〉，1998，頁 82。

¹⁰⁹ 吳耿東，《不動產投資分析》，2003，頁 2。

¹¹⁰ Real estate or immovable property is a legal term (in some jurisdictions) that encompasses land along with anything permanently affixed to the land, such as buildings. Real estate (immovable property) is often considered synonymous with real property (also sometimes called *realty*), in contrast with personal property (also sometimes called *chattel* or *personalty*). However, for technical purposes, some people prefer to distinguish real estate, referring to the land and fixtures themselves, from real property, referring to ownership rights over real estate.

濟特性分類敘述如下¹¹¹：

一、不可移動性

此由「不動」產名稱即可顧名思義。不動產之所以異於其他動產，最主要之原因當然是具固定性而不易移動，因此其權利容易標示清楚，所有權歸屬不僅在外觀上容易因佔有推知，在實質上亦因登記制度而易於知其歸屬。

二、不可分割性

購買不動產不像黃金或股票般可分割購買，因此不但是不動產本身，其周圍環境、公共設施、鄰居關係等均包含在內，故此等因素對不動產的價格有相當大的影響力，與一般動產或商品有很大不同。

三、不可增加性

以長期而言，在地表上、在某一限定地區如國家、都市、農村的範圍內，土地具有強烈稀少性之特徵，尤其是可資利用開發之土地相對於未開發之土地更是稀少；在同一土地上，一般建築物可因建築技術進步有所增加數量，但建築技術進步也並非無極限，所以長期而言也是屬於稀少性之物。不動產價值受稀少性影響，且並非隨時可增加其數量，亦將對爭議之內容有所影響。

四、異質性

也稱為不動產之「個別性」。一般消費性商品或財貨大都具有很高之同質性，尤其一般動產在相同之法律關係、生產線或生產流程所發生或製造時，在外觀與使用效能上即具有高度之同質性。所謂同質性係指外觀上、使用效能或其權利價值相同或非常相近之性質，同質性高之商品就具有高度之替代性，在價值上之衡量差異性很小，而不

¹¹¹ 參閱朱宗亮，同註 42，頁 13-20；張金鶚，同註 108，頁 6-7。

動產因為區位條件、建築形式、鄰里環境等各個因素可能均不相同，故產品異質性高，便產生市場價格差異大且不易統一的結果。

五、耐久性

不動產通常具有較長之存續期間，一般房屋建築物有五、六十年，雖然經歷時間也會有折舊，但因折舊期間較長，再生或再建造也非短時可完成，等於是具有準長久性之性質。而土地則幾乎無限，具有較長之生產力或使用性，因此在會計處理上列為長期性之固定資產，其屬於重要財產之性質較一般動產長出許多。

六、價格與持有成本昂貴性

不動產通常價值高於一般動產，持有不動產所須負擔之稅賦、整理及維修、折舊等費用亦較高。

七、投資與消費雙重性

不動產不像黃金、股票只有投資性或一般商品僅具消費性，不動產不但可以居住使用，同時也可以投資獲利。一般動產或勞務直接提供人類生存所需之功能大都相對有限，而不動產所提供給予人類生存所需之功能為具有基本性。以經濟學角度來看，一般動產大都是投入其他生產因素所生產出來，因此較具有引伸性之需求性質，而不動產則直接提供效用給人類消費，屬於基本的原始性需求性質。

除上述物理及經濟特性外，所衍生出法律或行政管理上之規範，也與一般動產或商品不同，而具有特殊的性質，諸如：¹¹²（一）不動產物權採登記主義。（二）不得取得特定土地之限制。（三）基於經濟效益或公益原因，國家有徵收權、處分或限制處分權。（四）不動產共有關係及優先購買權。（五）買賣不破租賃之準物權。

¹¹²（一）至（四）點參閱朱宗亮，同註 42，頁 16-20。

第二節 不動產市場

第一項 不動產市場定義及類型

一般人對於市場的概念是買賣雙方進行交易的場所或地方，在觀念上總認為是一實體有形而可輕易接觸到的地方或場所，此為狹義有形的市場概念。在經濟學上有強調「價格機能」那一隻「看不見的手」，所指的就是廣義的市場。市場是以產品類別來歸類，所稱的市場是指供給某特定產品者與消費該產品者的集合¹¹³，同時在這個集合中形成價格，因此只要供給者與需求者決定價格機能即是形成一個市場，而不必存在一實體有形的地方或場所。

因此，市場（Market）係一個抽象的概念，隱含著基於供給與需求之交互作用下，購買者與出售者交易的安排¹¹⁴。於二個或更多個人間交易達成，即是市場的存在。市場依其結構可分為：完全競爭市場、獨占性競爭市場、寡占市場及獨占市場。總體而言，不動產因具有上述特性，雖然生產者數目很多，但由於產品本身異質性高，所以個別生產者仍有部分價格決定的力量，因此屬於獨占性競爭市場¹¹⁵，而不動產之交易有時是透過報紙、雜誌、網路等之廣告，有時則為仲介公司介紹，法院的拍賣等，這些均為不動產交易市場的一部分。不像股票市場，不動產並無正式組織的交易場所，可供出價或公開交易。

不動產本身雖然特殊性與個別性很強，且沒有一個正式而集中的交易市場，但並不因此就代表不動產市場不存在，相反的，可依據生產者所生產或需求者所需求之產品類型，而劃分出不同的次級市場。茲就不動產之使用與產權為分類而析述如下：

¹¹³ 張清溪、許嘉棟、劉鶯釧、吳聰敏合著，《經濟學理論與實務》（上）、（下），1995，頁 186。

¹¹⁴ 林森田，《土地經濟理論與分析》，1996，頁 191。

¹¹⁵ 獨占性競爭市場的生產者所生產的是類似但並不完全相同的異質產品，因此廠商對價格具有控制能力，這與獨占市場一樣，但因新生產者可以自由進入這個市場，和完全競爭市場又很類似。這種兼具獨占市場和完全競爭市場的特點，稱之為獨占性競爭市場。

一、依使用類型分為¹¹⁶：

(一) 居住使用 (Residential Use)

包括住宅、公寓、社區。

(二) 商業使用 (Commercial Use)

包括大型商業、小型商業、其他(旅館、會議中心、保齡球館、健身中心)。

(三) 辦公使用 (Office Use)

包括辦公園區、智慧型辦公大樓。

(四) 工業使用 (Industrial Use)

包括工業園區、廠房、倉庫。

(五) 公共使用 (Public Use)

包括醫院、學校、道路、公園、圖書館、或其他公共建築。

(六) 其他

如停車場(塔)、加油站、教堂、廟宇、靈骨塔、休閒渡假中心等。

二、依產權類型分為：

不動產依其所持有產權之不同也可區分不同的次級市場，一般將產權分成所有權與使用權兩種類型，而其中的所有權包括使用、收益、處分等權利，在所有權與使用權可分離的情況下，擁有使用權未必擁有所有權，而我國民法物權中，相對於所有權者尚上有他項權利，因此實務上依產權類型不同而可區分出下列次級市場¹¹⁷：

(一) 共有持分(單位化)

共有者，數人對於一物，共享有一所有權也。共有之形態主要

¹¹⁶ 張金鶚，同註 108，頁 14-15。

¹¹⁷ 張金鶚，同註 108，頁 16-18。

有二，即 1. 分別共有。2. 共同共有。分別共有者，乃數人按其應有部分，對於一物共享有所有權者¹¹⁸，如公寓各住戶之土地持分；共同共有者，謂依法律規定，或依契約之約定，成立共同關係之數人，基於其共同關係，而共有一物者，謂共同共有¹¹⁹，如祭祀公業。而與投資者較直接有關的產權共有持分方式，除一般公寓大廈的土地共有持分外（分別共有），另外值得一提的是市場上藉由產權（所有權）細分為一小單位而出售的運作方式，如斯丹達爾百貨商場、靈骨塔等。

（二）租賃權

租賃權對投資者而言，主要為租賃房地產主以繼續經營，或購入不動產再藉由出租以獲利，其中比較特殊的作法為購買與租回（Purchase and Lease Back）即向出租人購買房地產再租回給當事人繼續經營，俟租約終了再優先賣給出租人，如財神酒店的作法即是明顯的例子。

（三）地上權

地上權者係以在他人土地上有建築物，或其他工作物或竹木為目的而使用其土地之權¹²⁰。在公有土地之有效利用及私有土地地價高漲、產權關係日趨複雜之趨勢下，設定地上權為未來可行之方向。如台北市SOGO百貨公司即為向台北市瑠公農田水利會設定地上權五十年之投資方式。

（四）抵押權

抵押權為一擔保物權，主要為擔保債權之用，因不動產的投資往往需要大筆的資金，投資者常以不動產本身向金融機構抵押藉以取得部分資金，而金融機構為了使抵押債權能夠予以流動化，以避免大筆的資金積壓與促進其有效率的運用，在國外常

¹¹⁸ 民法第八一七條參照。

¹¹⁹ 民法第八二七條參照。

¹²⁰ 民法第八三二條參照。

有抵押權證券化的作法，即以此抵押權為擔保來發行證券，讓一般投資人來認購此抵押擔保證券（Mortgage Backed Security），並建立抵押權次級市場。

（五）其他使用權

不動產中使用權的運作主要的觀念為空間與金錢的關係外，再加入使用時間的考慮，如時間分配（Time-Sharing）的作法，將建物的使用權細分成時段來加以出售，一般常見的產品有渡假別墅、停車位等，尤其是前項休閒產品，將隨國人旅遊渡假觀念的興起而日益受到歡迎，最近於台北車站特定專用區交九用地開發案「京站」，更是一個新興使用權的例子¹²¹。

第二項 不動產市場之特性

一、一般不動產市場特性

不動產市場因為不動產標的物所具有之特性，其亦會形成與一般動產市場所不同之特性，其主要如下¹²²：

（一）欠缺有形或集中市場

一般財貨或勞務大抵具有有形市場或集中市場作為交易之場所。而不動產市場缺乏有組織之市場，因此買賣雙方不易直接進行交易，故市場化程度相對較低，因此價格形成較一般財貨或勞務不健全，在價值或價格衡量上較無一定之標準。

（二）交易價格及金額龐大

因為不動產價值相對較高，所以交易過程對於貨幣需求量較高，交易之風險因此也相對較高。

（三）處分成本高

¹²¹ 其契約書名稱為「住辦資產定期使用權轉讓及土地地上權租賃契約書」，如何定性其權利形態與法律關係，值得深究。

¹²² 朱宗亮，同註 42，頁 22。

由於缺乏集中市場，不動產之市場性相對低，是一個比較不完全之市場（或獨占性競爭市場），因此交易成交機會相對低，處分不動產時，除機會成本高於一般動產外，所需支付之稅賦及費用亦相當高。

（四）參與者交易次數低

因不動產價值及單一價格相對較高，不如動產之交易參與者眾，例如：股票市場等之交易次數較頻繁，因此交易次數低，不動產週轉率亦相對較低，其結果不動產之處分亦較需要長時間之搜尋，流動性或流通性較差。

（五）存在各種次市場

因為不動產較具有固定性無法搬遷移動，因此市場存在地區性，不如一般動產具有較高之移動性，大規模或全國性市場可提供較完全之交易市場，另因不動產使用與產權類型不同而存在著各種次級市場。

（六）易受政府管制及政策之干預

由於不動產具有高度之基本需求性質，對社會經濟及公益性質有重大影響，因此政府常進行直接性干預，或利用政策，如限制開發、獎勵容積、金融政策等對不動產市場進行間接性干預。

二、成屋市場交易的特性

不動產交易市場除了以上述使用目的與產權予以劃分外，亦可依交易當時不動產實體完成與否而區分為預售屋與成屋（含新成屋及中古屋）兩大類型，前者主要由建築業、代銷經紀業推案銷售，後者則以仲介經紀業居間介紹為主，惟兩者之交易特性不盡相同，以下僅針對本文研究之成屋交易特點加以闡述：

（一）自備金額高

相對於預售屋而言，購買成屋所需之自備資金比例較高，依現

行金融機構對於不動產貸款額度而言，成屋之貸款比例為其所估定價值的七成，特殊狀況可達八成，惟預售屋之自備款除可依房屋興建進度分期繳納外，其貸款部分往往可達買賣價金的八、九成，故對成屋市場資金的需求金額較高。

（二）履約期間較短

成屋交易中，當交易當事人對於房屋價金及相關附帶條件達成共識後，便可隨即辦理產權移轉手續，俟登記完畢後即取得不動產所有權，一般而言僅需兩、三個月，相較於預售屋自申請建造執照至取得使用執照而完工交屋，需一、兩年之久或更長時間，履約期間相對較短。

（三）購屋風險較低

相對於預售屋而言，成屋交易時，可事先於各種主、客觀之環境下進行房屋視察，對於標的物之現況及品質亦較容易掌握，若有設備老舊或漏水等瑕疵，大多皆得事先察覺，而預售屋興建時間長，興建過程中發生變化的風險相對高出甚多，對於實際興建之房屋與預售時所展示的相符程度也不易掌控。

（四）特有之「成屋履約保證」與「指定撥款委託書」制度

成屋交易過程中，不動產仲介業者為維護交易市場安全，進而研擬出「成屋履約保證」制度，並與銀行相繼推動「指定撥款委託書」機制；前者主要係透過銀行將買方取得產權前所交付之價金積極保護¹²³，後者則係保障不動產交易過程中，買方貸款之用途及流向，以確保賣方能順利取得交屋尾款。藉由「成屋履約保證」以及「指定撥款委託書」之雙軌保護，使成屋交

¹²³ 所謂履約保證，指以銀行或建經公司做為履行契約之保障方，於交易過程中，買方陸續支出之所買屋款，均先保留於「履約專戶」中，至買賣手續皆已辦妥後，該筆價金始提撥予賣方；如此，不僅可避免詐騙集團危害，甚至賣方延遲交屋、違約等狀況，買方價金均凍結於中間人帳戶內，不至被賣方取走，以保障買方權益。

易安全更具保障¹²⁴。

第三節 不動產仲介法律關係

台灣目前成屋交易係以買賣雙方不斷資訊交換及協商，或途中透過經紀業者居間撮合，於兩造合意後始達成目的。惟成屋交易市場由早期賣方張貼紅紙廣告等方式，喚起買方為要約，進而完成交易，演變至今藉由仲介公司及旗下經紀人員居中斡旋以促成房屋買賣之三階通路為主¹²⁵。

現今成屋仲介交易流程，可概分為三大程序，如圖 4-1 所示，首要即以供需情形為基礎，賣方提供房屋出售，買方則有購屋之需求，兩造並委由不動產仲介公司代為居間斡旋，以期能無礙地完成交易。仲介業者受理賣方委託銷售案件後，隨即進行物件調查，如標的物座落區位、週邊環境、產權調查及房屋內部查看等相關資訊蒐集，深入瞭解該物件整體情況，並依據市場交易概況及相似成交案例加以分析，釐定合理價格後提供售屋者參酌訂定銷售價格。

賣方將其所預期出售之價格及條件告知仲介業者後，仲介業者即針對標的物進行估價並依據市場交易行情，計算出合理之銷售價位範圍，俟雙方對於售價及相關條件磋商合意後，賣方即需簽訂委託銷售契約書；另一方面，買方對於仲介業者所提供之物件恰好符合其需求且有意購買時，即可選擇支付斡旋金或簽訂要約書¹²⁶，以利經紀人員

¹²⁴ 參閱自由電子報<http://www.libertytimes.com.tw>，瀏覽日期：96 年 2 月 6 日。

¹²⁵ 蔡勝華(1980)認為房屋仲介業之行銷通路可區分為四種型態：

- (一) 零階通路：屋主－買者。即屋主出售房屋時，不透過中間機構或人員，而經由刊登報紙、張貼廣告等方式，將房屋售予買方。
- (二) 一階通路：屋主－仲介經紀人員－買方。即屋主將房屋委由仲介經紀人員銷售，經中間人員努力撮合，始完成買賣。
- (三) 二階通路：屋主－仲介公司－經紀人員－買方。屋主委由專業仲介公司代其銷售；此階段仲介公司場地，較少於一樓店面，大多位在租金較便宜之其它樓層。
- (四) 三階通路：屋主－仲介總公司－仲介店－經紀人員－買方。仲介業者擴張店面，散佈各區密集佈點，且成立總公司，以總公司居間促成交易。參閱黃宏原，《台灣房屋仲介網站服務功能之分析》，中原大學資訊管理研究所碩士論文，2004，頁 10-11。

¹²⁶ 行政院公平交易委員會 86 年 2 月 19 日第 277 次委員會議決議，自 86 年 9 月 1 日起，房屋仲

向賣方進行房屋議價。

其次則透過經紀人員居中斡旋，向買賣雙方進行交涉，至兩造對於價金及其相關條件等達成協議，即得簽訂不動產買賣契約書。買賣契約成立並交付、收受簽約款後，即可著手辦理產權移轉登記以及買方貸款手續，嗣建物產權登記完畢後，經過點交程序，交易流程即大底完竣，惟現今仲介業者大多強調售後服務，於結案建檔後，後續仍會追蹤消費者之使用情形。

從上所述仲介交易流程可知，仲介活動包含不動產交易完成的一系列行為，而其法律性質則有待界定，以作為確立關係人權利義務的依據。不動產仲介行為所涉及的當事人包括賣方、買方和仲介業者三方，因此，以下就本研究之主要範圍就不動產業者與買賣雙方的法律關係，加以敘述。

介業者應告知購屋人可選擇交付「斡旋金」或採用「要約書」以進行房屋議價；如購屋人選擇交付斡旋金，則應以書面明定交付斡旋金之目的，明確告知購屋人之權利與義務。

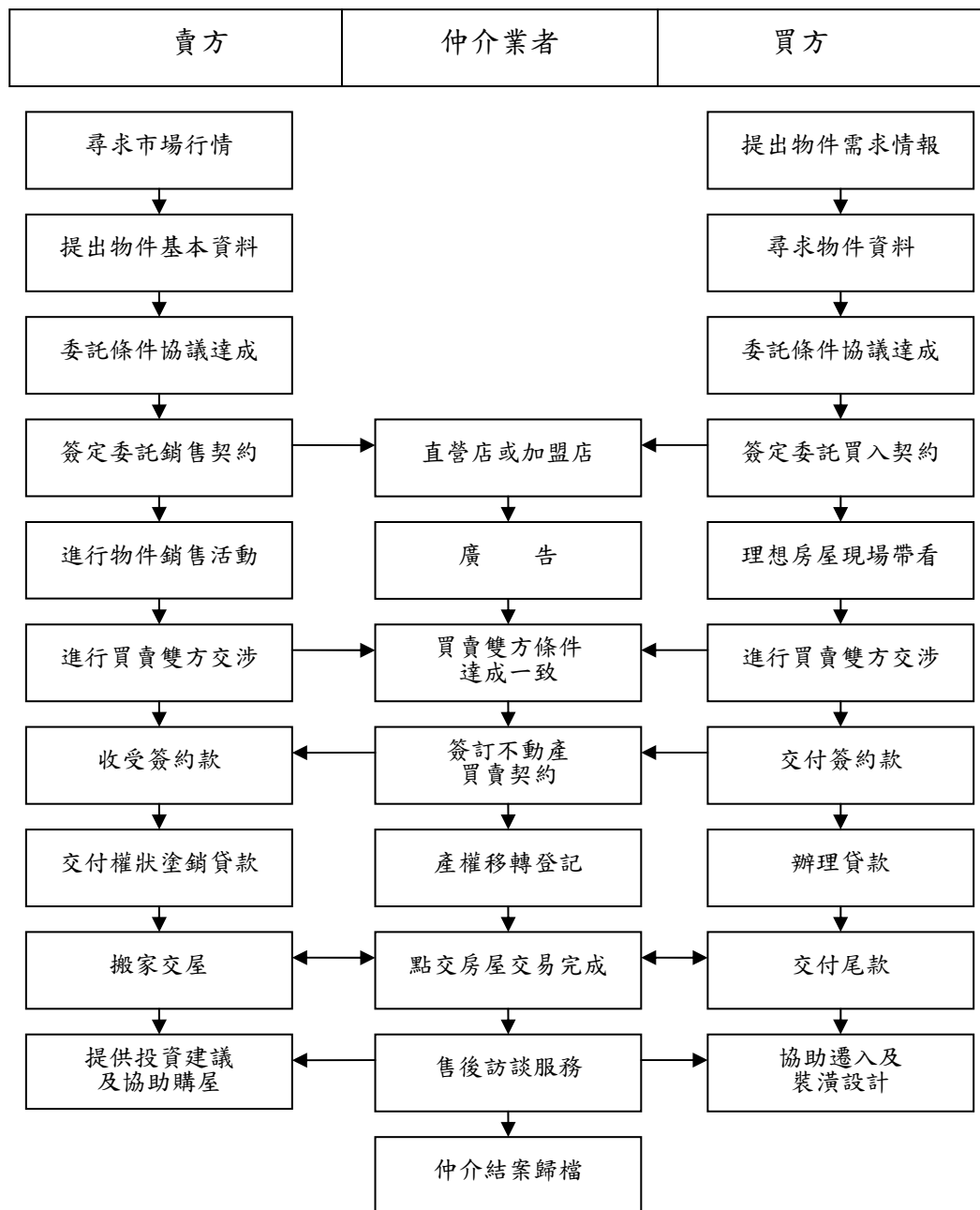


圖 4-1 成屋交易流程圖

資料來源：林旺根，《不動產經濟法之實用權益（初版）》，1999。

第一項、不動產仲介契約意義

為詳細敘述各當事人間行為的法律性質，須從其相互之間的契約關係而決定，依我國不動產經紀業管理條例第四條第五款規定，「仲介業務」係指從事不動產買賣、互易、租賃之居間或代理業務。故「仲介」一詞，已包括了民法第五百六十五條的「居間」與第一百零三條的「代理」之法律性質在內，故仲介契約可說是仲介業者為買賣雙方積極搓合與斡旋買賣、租賃、互易等締約機會，甚至代理當事人訂約或履約，而於主契約成立時向買賣雙方索取報酬之契約，而仲介業者與買賣雙方簽訂之契約又可區分如下。

一、不動產仲介業者與賣方間契約

現今實務上，我國不動產仲介業者與賣方目前所使用之仲介契約有兩類：

（一）一般委託銷售契約

此契約的特點是委託人得同時委託多數仲介業者從事仲介活動，而任何一仲介業者找到適當的買主而締結買賣契約時，即可請求報酬，其他受託業者不得主張委託人違約，如委託人自行找到買主，更不需給付任何仲介業者報酬。

（二）專任委託銷售契約

即受委託之仲介業者在受託期間有獨家銷售受託標的之權利，賣方不得在契約存續期間，將標的同時委託不同的仲介業者銷售，即使賣方自行找到買方，或是提前終止契約，仲介業者亦得請求報酬，如果賣方違反約定與他人交易或以行為阻撓仲介業者尋找買方或另行委託其他仲介業者銷售，均可能構成違約行為而需支付相當於報酬的違約金。

相較於其他國家具有至少三種以上的不同契約型態¹²⁷而言，我國仲介契約對於消費者之選擇性較小，而仲介業者主要使用的專任委託銷售契約，對於消費者權益的限制也較大。

二、不動產仲介業者與買方間契約

現今實務上，我國不動產仲介業者與買方目前所使用之仲介契約，也有兩類：

（一）「斡旋金」契約

斡旋指買賣雙方當事人意見有所差異之時，居間協調以取得一致之想法或意見。所謂斡旋金，又稱斡旋保證金、要約保證金、出價保證金、協調金、意願金或附停止條件之定金等，係於不動產交易之出賣人要價和承買人出價尚有差距時，承買人欲委託仲介業者代其向出賣人議價，仲介業者欲檢驗承買人購買之誠意，並避免承買人後悔，由承買人交付仲介業者一定數額之金錢或其他代替物¹²⁸。故斡旋金契約之主要特色為以主契約有效成立為前提之仲介報酬約定、仲介業者為買方向賣方議價的約定、以及仲介業者具有代為授予定金權限之約定等三者¹²⁹。

（二）「要約書」契約

所謂「要約書」係內政部鑒於斡旋金制度於實務上常引起紛爭，乃設計具有一定內容之書面要約，以供仲介業者與買方簽定，仲介業者只需將要約人簽署之書面要約轉送予賣方，賣方可同意出價而簽署使契約成立，亦可拒絕原要約而為新要約，再由仲介業轉交買方參酌，如此週而復始以迄成交。此「要約

¹²⁷ 德國不動產媒介契約有（一）簡易居間委託。（二）單獨委託或簡易居間委託。（三）專任委託。（四）居間僱傭。（五）居間承攬等五種，日本不動產媒介契約有（一）一般媒介。（二）專任媒介。（三）專屬專任媒介等三種，美國不動產媒介契約有（一）一般銷售。（二）專任銷售。（三）專任委託銷售等三種，參閱曾品傑，同註 30，頁 17-23。

¹²⁸ 參閱謝哲勝，同註，頁 108；黃立，〈斡旋金問題初探〉，1998，頁 4；陳星宏、駱忠誠，〈從斡旋金彈讓與擔保制度之立法〉，2003，頁 179-180；曾品傑，〈斡旋金契約之實務問題研究〉，2004，頁 38。

¹²⁹ 曾品傑，同註 128，頁 46。

書」並非如其字義所示，僅具民法第一百五十四條之要約性質，而應屬仲介業者與買方簽定之契約，並據以為買方向賣方提出要約、議約，其與斡旋金契約最大不同處在於買方並未交付「斡旋金」，從而仲介業者亦不具備代為授予定金之權限。

第二項 不動產仲介契約法律性質

不動產仲介業者雖與賣方和買方分別簽訂契約，惟依上述不動產經紀業管理條例第四條第五款規定，其契約之法律性質仍以民法第五百六十五條的「居間」為主，並就其契約之實際內容而有民法第一百零三條的「代理」權限及其它之法律性質，故仲介業者與買方間之法律關係，基本上均和仲介業者與賣方間的法律關係相同，國內對不動產仲介契約的法律性質夙有爭議，茲就實務與學說之見解分述如下：

一、實務見解

臺灣高等法院於民國 79 年民事法律專題研習會中，曾針對不動產仲介契約的性質加以討論¹³⁰，其決議認為不動產仲介實務上所簽訂之契約均用「委託銷售契約書」、「委託代理銷售契約書」、「專任委託銷售契約書」、「一般委託銷售契約書」、「代尋房屋委託書」、「委託購買不動產契約書」等形式，基於契約自由原則，不動產仲介當事人自可於其契約條款上為不同之記載，均不影響其作為不動產仲介契約的性質。亦即認為不動產仲介之營業行為，旨在媒介不動產買賣雙方達成交易，以收取酬勞之特徵，其性質較傾向於民法居間的範圍。惟就現今不動產仲介業者實際執行業務情形觀之，經營方法不盡相同，並不僅單純報告訂約機會或媒介訂約機會而已，有時係受出賣人或承買人之委託，代為處理找尋買主或賣主之一切事務，其性質又類似委任契約。故關於不動產仲介契約的性質不一而足，應參酌各個仲介契約

¹³⁰ 台灣台北高等法院編輯，《七十九年法律專題研習會彙編》，頁 27。

條款的內容，斟酌當事人締約時的真意，以決定雙方所訂立的契約為居間契約或委任契約，甚至是居間及委任之混合契約。

二、學說見解

我國學者對於不動產仲介契約性質見解並不一致，大致可歸納為下列數說¹³¹：

(一) 居間契約說¹³²

主張不動產仲介契約為居間契約者，認為仲介是相當我國民法規定的「居間」，因為仲介業者大多為訂約的媒介，也就是媒介居間，因此，不動產仲介契約為居間契約。此外，我國民法第五百七十四條規定居間人就其媒介所成立之契約，無為當事人給付或受領給付之權，係屬一訓示規定，是以媒介行為外，委託人仍可授予代理權，進一步使居間人為法律行為，故受托人亦得為委託人給付或受領給付，其居間性質並無改變。

(二) 居間與委任之混合契約或無名契約¹³³

此說認為，仲介業者如獲得委託人售予不動產契約訂定權限者，該權限相當於民法第五百三十四條第一款之特別委任，亦即類似於委任契約中出賣不動產之特別授權，且仲介業者須為委託標的廣告企劃、積極活動，已超過民法居間人之工作範圍。然而仲介契約為有償契約，仲介業者所支付的費用須自行負擔，而其仲介報酬須俟買賣雙方簽訂契約使得請求，故又具備居間之特色。況且，仲介業者對於媒介事務之進行，除委託條件之要求外，與定作人一樣具有獨立性，其仲介報酬於主契約成立後給付之性格，與承攬契約有類似之處。故不動產仲介

¹³¹ 曾品傑，同註 128，頁 42-46。

¹³² 李永然，《房地產法律顧問（二）》，1991，頁 229；蔡世明，〈委託人在何種條件下須給付仲介報酬〉，1989，頁 25；曾泰源，《不動產居間契約之研究》，文化大學法律研究所碩士論文，1991，頁 27。

¹³³ 魏大曉，〈不動產仲介契約之研究〉，1990，頁 6、11；黃相博，〈淺析斡旋金之性質及其法律效力〉，1998，頁 44。

契約雖屬無名契約，但關於法律之適用，得類推性質相近之委任、居間、承攬契約等相關規定。

(三) 居間與委任之聯立契約

此說認為，通常仲介契約係一個居間契約與一個委任契約或數個委任契約互相結合而成，於此情形，就仲介業者之媒介撮合、斡旋行為、支出費用、仲介報酬等事項應適用居間契約的規定，關於授予代收訂金權限、產權移轉登記、價金保證、代辦銀行貸款等事務則應適用委任契約之規定。此外，依當事人之意思，委任契約係於締結主契約後始有履行之必要，故委任契約是否有效成立應就各該契約判斷之，如居間契約不成立、無效、撤銷、解除或媒介無成果時，委任契約亦同其命運。

綜上所述，不動產仲介法律關係可以圖 4-2 加以說明。

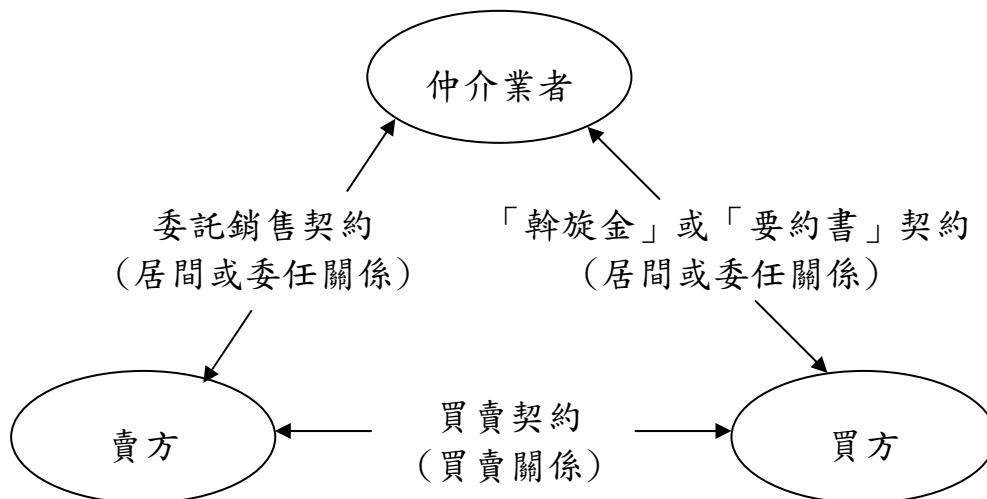


圖 4-2 不動產仲介法律關係

資料來源：本文整理

第四節 反思法理論的觀察

一、司法化的現象

從本章分析說明，可知不動產與一般動產或商品在物理及經濟特性上有很大的差異，而隨著經濟的快速發展與社會的變遷，國內不動產的使用方式與產權的類型也與以往有很大的不同，部分新興的使用權之出現，如何去定性其權利形態，更存有相當的疑義，而交易過程中，由於不動產仲介業者的涉入，使以往買賣雙方自行交易的關係也因此產生了變化，如何釐清當事人之間的法律關係，無論在實務與學說上都存有爭議，正如同前一章所言「自主性法律的危機產生自該法律概念上的結構未能適應高度分化的社會之迫切需要（exigencies）。法律學說仍舊死守著古典的法律模型，將法律視為藉由司法裁判而實行的規則體。」¹³⁴。更何況不動產除了與一般動產或商品在物理及經濟特性上有很大的差異外，本身亦涉及複雜的法令規定，而交易所需的資訊大部分又掌握在仲介業者手中，若任由仲介業者從中操縱，不但會破壞了交易的秩序，更將危害買賣雙方的權益與交易的安全，故就不動產交易秩序而言，單靠具有「形式理性」特徵的法律（最典型的即為民法），已無法滿足實際的社會經濟活動需求，我國為回應社會的不斷變化，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：以「為維護交易秩序與消費者利益，確保公平競爭，促進經濟之安定與繁榮」作為目的之公平交易法¹³⁵、以「保護消費者權益，促進國民消費生活安全，提昇國民消費生活品質」作為目的之消費者保護法¹³⁶、以「管理不動產經紀業，建立不動產交易秩序，保障交易者權益，促進不動產

¹³⁴ 參閱第三章，頁 55。

¹³⁵ 公平交易法第一條參照。

¹³⁶ 消費者保護法第一條參照。

交易市場健全發展」作為目的之不動產經紀業管理條例¹³⁷即為明顯的例子。

不僅如此，為了避免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「預售屋買賣契約書範本」、「不動產委託銷售契約書範本」、「預售停車位買賣契約書範本」、「成屋買賣契約書範本」、「房屋租賃契約書範本」、「房屋委託租賃契約書範本」供民眾及業者使用，同時又公告了「預售屋買賣定型化契約應記載及不得記載事項」、「不動產委託銷售定型化契約應記載及不得記載事項」、「預售停車位買賣定型化契約應記載及不得記載事項」、「不動產說明書」做為規制¹³⁸，並以大量的行政解釋做為地方主管機關執法的依據¹³⁹；而行政院公平交易委員會為因應仲介業者營業行為的改變，也不得不針對涉及違反公平交易法的「結合行為」、「聯合行為」、「限制競爭或妨礙公平競爭行為」、「虛偽不實或引人錯誤廣告、標示行為」、「足以影響交易秩序之欺罔或顯失公平行為」做出指導規範¹⁴⁰。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。

二、管制的危機

這樣的管制是否足以掌握了不動產交易所產生的問題，從法規範的角度而言，不動產經紀業管理條例第四條第五款規定，「仲介業務」係指從事不動產買賣、互易、租賃之居間或代理業務。故「仲介」一詞，已包括了民法第五百六十五條的「居間」與第一百零三條的「代

¹³⁷ 不動產經紀業管理條例第一條參照。

¹³⁸ 參閱內政部不動產經紀業務宣導網，<http://www.land.moi.gov.tw/realestate/>。

¹³⁹ 參閱內政部地政司編印「不動產交易管理相關法令彙編」，2005。

¹⁴⁰ 參閱行政院公平交易委員會出版「行政院公平交易委員會對於房屋仲介業之規範說明」、「行政院公平交易委員會對於不動產仲介業實施聯賣制度之規範說明」，2005。

理」¹⁴¹之法律性質在內。現今實務上，不動產仲介業者通常與賣方簽訂委託銷售契約，與買方簽訂「斡旋金」或「要約書」契約，而依其契約的特徵觀之，應具有民法上「居間」與「委任」的法律性質，部分營業行為甚至可能發生「承攬」、「寄託」等其他的法律關係¹⁴²，顯然法規範無法完全涵蓋不動產仲介業者營業行為的類型，並有效將之納入管制。相反地，內政部依據同條例第四條第一款：「不動產：指土地、土地定著物或房屋及其可移轉之權利；房屋指成屋、預售屋及其可移轉之權利。」規定，將納骨堂（塔）位使用權之買賣，由殯葬設施經營業者自行銷售所經營之納骨堂（塔）位者，劃歸殯葬管理條例規範之範疇；而將委由他人銷售者，認定為納骨堂（塔）位使用權買賣居間或代理銷售之行為，應以不動產經紀業為限，使許多與不動產經紀業者營業屬性不同的殯葬設施服務業者納入不動產經紀業管理條例的規範¹⁴³，反而造成法規範在對社會經濟活動進行管制時無法清楚予以界定所欲管制的對象而產生扞格不入的情形，地方主管機關亦不知如何管理。

此外，在對於不動產仲介業者廣告與事實不符的行為部分，公平交易法採取方法是「限期命其停止、改正其行為或採取必要更正措施，並得處新台幣五萬元以上二千五百萬元以下罰鍰」、「逾期仍不停止、改正其行為或未採取必要更正措施者，得繼續限期命其停止、改正其行為或採取必要更正措施，並按次連續處新台幣十萬元以上五十萬元以下罰鍰，至停止、改正其行為或採取必要更正措施為止」¹⁴⁴，另消費者保護法則以「經調查認為確有損害消費者財產權益或確有損害之虞者，應命其限期改善、回收或銷燬，必要時並得命企業經營者

¹⁴¹ 嚴格的說，「代理」並非債之發生原因，代理人基於代理權而為代理行為時，勢必無法避免處理本人事務，代理權之有無，僅在決定其所代理行為之法律效果，是否及於本人，至於處理事務之有關權利義務問題，則非另依其他法律關係解決不可，此一法律關係，一般稱之為本人與代理人之內部關係或基本法律關係，其通常情形為委任。故授權行為所以被誤為委任關係，原因亦即在此。參閱邱聰智，新訂民法債篇通則（上），2003，頁71。

¹⁴² 國內學者提出「斡旋金」契約係一兼具居間、委託、與寄託之類型結合契約。參閱曾品傑，〈斡旋金契約之實務問題研究〉，2003，頁57-59。

¹⁴³ 內政部92年11月28日內授中辦地字第0920084970號函釋。

¹⁴⁴ 公平交易法第四十一條參照。

立即停止該廣告之提供，或採取其他必要措施」、「企業經營者違反主管機關所為之命令者，主管機關得處新臺幣六萬元以上一百五十萬元以下罰鍰，並得連續處罰；且其他法律有較重處罰之規定時，應從其規定」¹⁴⁵予以規制，而不動產經紀業管理條例也以「經紀業與委託人簽訂委託契約書後，方得刊登廣告及銷售。廣告及銷售內容，應與事實相符，並註明經紀業名稱」、「廣告虛偽不實者處新臺幣 6~30 萬元罰鍰」¹⁴⁶加以管制，當業者有廣告不實的行為實際發生時，對於具體個案之法規範應如何適用以及由哪一個機關負責管理均有疑義，造成執行裁量權的擴大或適用法律的困擾。有鑑於此，行政院公平交易委員會於 96 年 3、4 月間分別在台北、台中、高雄舉辦「不動產交易行為現況說明會」以了解產業現況，並徵詢不動產業界對於「行政院公平交易委員會對於房屋仲介業之規範說明」、「行政院公平交易委員會對於預售屋銷售行為之規範說明」及「行政院公平交易委員會對於不動產仲介業者實施聯賣制度之規範說明」之修正意見，以建立更完善有效之競爭規範機制¹⁴⁷。

另外，不動產經紀業管理條例之規定中，課予不動產經紀業者負有製作不動產說明書及解說之義務¹⁴⁸，而此規定係落實「建立不動產交易秩序、保障交易者權益」立法目的之主要手段，然而，關於不動產說明書之內容為何，該條例並未明定，係授權中央主管機關（內政部）以命令定之¹⁴⁹，而內政部亦依該項授權訂頒「不動產說明書應記載及不得記載事項」¹⁵⁰，但由於其所規定應記載之內容過於簡陋

¹⁴⁵ 消費者保護法第三十六條第一項、第五十八條、第六十一條參照。

¹⁴⁶ 不動產經紀業管理條例第二十一條第二項、第二十九條第一項第二款參照。

¹⁴⁷ 行政院公平交易委員會 96 年 3 月 14 日公壹字第 0960002245 號函召開「不動產交易行為現況說明會」之會議說明：「．．．為維護消費者權益及促進公平競爭，本會緣於 90 年起陸續研訂「行政院公平交易委員會對於房屋仲介業之規範說明」、「行政院公平交易委員會對於預售屋銷售行為之規範說明」及「行政院公平交易委員會對於不動產仲介業者實施聯賣制度之規範說明」。由於近來不動產市場環境之變化迅速，不動產行業之相關法令如「不動產經紀業管理條例」及內政部「預售屋定型化契約範本」、「預售屋定型化契約應記載與不得記載事項」等規範陸續施行後，部分規範內容與本會前所研訂之規範說明有重疊之處，為使本會前開規範說明更能符合市場及法令之變化，以建立更完善有效之競爭規範機制．．．」。

¹⁴⁸ 不動產經紀業管理條例第二十三條第一項參照。

¹⁴⁹ 不動產經紀業管理條例第二十二條第三項參照。

¹⁵⁰ 內政部 89 年 5 月 19 日台內中地字第 8979453 號函訂頒（實施日期：89 年 7 月 1

¹⁵¹，與不動產交易上所需知悉之資訊仍有相當差距；而此種情事，易導致實務上常見不動產說明書之解說，僅限於內政部所規定之內容，而無法使交易相對人（買方）得到充分之資訊，以確保其權益。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，於我國實務上可謂是付之闕如¹⁵²。

除上述情形外，仲介業者於執行業務過程，尚有可能出現「詐騙」或「異常」的交易模式¹⁵³，而一旦紛爭發生之後，仲介業者往往均將責任推卸給買賣雙方或其他因素所造成，故不動產仲介紛爭案件不斷增加的癥結點，乃在於如何加強對於仲介業者的行為規範加以管制，但又必須注意避免過度干預市場的機制。明顯的，現今的法律規範，對於業者的行為並未能達到較為理想的管制效果。

綜上所述，國家現有法律的規範，對於不動產交易與仲介業者執業過程應盡義務與責任之管制顯有不足之現象，但此一現象背後所隱藏的意涵，以反思法理論的觀察，並非是法規範的不周延所致，而是其本身是否有能力適時的回應不斷變遷之不動產交易活動的實際需要，而這就必須從法規範結構是否具有「反思」的元素加以觀察，就

日)、89年7月15日台內中地字第8912945號函及91年3月19日台內中地字第0910083123號函修訂。

¹⁵¹ 參閱陳立夫，〈從日本法觀點檢討我國不動產說明書與解說之問題-以不動產仲介業務為中心〉，2006，頁15-17。

¹⁵² 陳立夫，同前註，頁18。

¹⁵³ 同註192，中華民國地政士公會全國聯合會王理事長進祥部分發言內容：

- (一) 詐騙之交易模式：1、先承租後出售，造成假屋主。2、利用空屋、空地假賣主出售、製造忽略真正所有權人。3、利用非上班時間或例假日簽約，弱化產權調查。4、以買賣價格低於市價為顯不相當之理由，要求現金交易。5、委託仲介假賣再假買，同時申辦書狀補給。6、簽約金過高、付款要求迅速之不正常付款。7、指定銀行貸款或中途更換貸款銀行。8、中途更換地政士(代書)申辦登記。
- (二) 異常之交易模式：1、指定銀行(可能發生逕為撥款)。2、指定地政士(掌握交易流程，有去化不當行為之嫌)。3、指定非直系親屬，利用人頭過戶登記與貸款，涉及不當交易。4、以承買人或出賣人當代理人送件登記，防杜地政士收件之督導。5、急買急賣，隨時可能引起糾葛。6、受債權債務關係影響(假扣押)(糾紛)之交易，小心風險係數之提高。7、親友關係人交易，可能涉及非支付價金買賣之假買賣交易。8、地上物涉及出租、地上權、不點交之交易。9、受迷信影響及人為哄抬之交易。

此點而言，顯然是缺乏的，而吾人如果不能認知此一重要因素，仍然從現有的管制方式不斷地朝「司法化」的方向前進，恐怕只會得到治絲益紛的結果。

第五節 小結

從本章分析說明，可知不動產與一般動產或商品在物理及經濟特性上有很大的差異，而且依使用與產權類型之不同，尚可劃分出不同的次級市場，故實際上難以形成一個完整或是完全競爭與集中開放的市場，故在不動產市場上，供給者往往較具有市場的優勢與主導市場價格的能力，此外，由於國人現今的成屋交易大多透過仲介業者媒介搓合與居間斡旋，再加上不動產本身涉及法令之複雜性，故交易所需的資訊大多掌握在仲介業者手中，而以往由買賣雙方自行交易的關係也因仲介業者的介入而產生了變化，使得不動產交易更趨複雜化。

不動產仲介業者與買賣雙方的法律關係，須由其彼此間的契約性質加以判斷，而依我國不動產經紀業管理條例第四條第五款規定，「仲介業務」係指從事不動產買賣、互易、租賃之居間或代理業務。故「仲介」一詞，已包括了民法第五百六十五條的「居間」與第一百零三條的「代理」之法律性質在內。現今實務上，不動產仲介業者通常與賣方簽訂委託銷售契約，與買方簽訂「斡旋金」或「要約書」契約，而依其契約的特徵觀之，應具有民法上「居間」與「委任」的法律性質，然而，我國實務界與學說對於仲介契約的法律性質，見解仍然相當分歧，而這也是因為仲介業者的仲介行為態樣多變所造成，故如何定性仲介契約，相對顯得困難，進而影響法律的適用與彼此間權利義務的關係。

我國為回應社會的不斷變化，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，不僅如此，為了避免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規制，並以大量的行政解釋做為地方主管機關執法的依據；而行政院公平交易委員會為因應仲介業者營業行為的改變做出指導規範。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，這樣的管制並未能掌握了不動產交易所產生的問題，例如：法規範在對社會經濟活動進行管制時無法清楚予以界定所欲管制的對象以及重疊的規定而造成地方主管機關執行之困擾，而規範內容之不足亦為紛爭產生的重大原因，而此一現象背後所隱藏的意涵，從反思法理論的觀察，顯然是法規範結構中缺少了「反思」的元素，而吾人如果不能認知此一重要因素，持續朝「司法化」的發展結果，恐怕只會得到治絲益紛的結果。

而在現有的法規範架構下，不動產仲介紛爭發生之後的處理方式以及處理成效又是如何，是否足以因應不動產仲介所產生的紛爭問題，將是下一章觀察與分析的重點。