

從斡旋金談讓與擔保制度之立法

陳星宏 駱忠誠* 著

壹、前言——問題之提出	伍、斡旋金與讓與擔保間之調合
貳、斡旋金概述	一、概論
一、斡旋金之意義	二、斡旋金應具備有讓與擔保之性質
二、斡旋金的經濟作用	三、讓與擔保對斡旋金之作用
參、斡旋金之法律性質	陸、我國讓與擔保制度與其他國家立法比較
肆、讓與擔保之性質	一、德國讓與擔保制度
一、概論	二、大陸讓與擔保制度
二、讓與擔保之意義、目的、性質及其有效性	柒、結論

壹：前言——問題之提出

不動產仲介交易行為，係一私法行為，當事人則涉及買方、賣方以及不動產仲介業者等三方。依據民法第五百六十七條規定「居間人關於訂約事項，應就其所知，據實報告於各當事人。對於顯無履行能力之人，或知其無訂立該約能力之人，不得為其媒介。以居間為營業者，關於訂約事項及當事人履行能力或訂立該約之能力，有調查之義務。」，可知仲介業負有履行「據實報告、妥為媒介、調查」之義務，再依消費者保護法第四條規定「企業經營者對於其提供之商品或服務，應重視消費者之健康與安全，並向消費者說明商品或服務之使用方法，維護交易

* 陳星宏，行政院消費者保護委員會專員，輔仁大學法律研究所碩士班研究生。
駱忠誠，行政院海岸巡防署科長，輔仁大學法律研究所碩士班研究生。

之公平，提供消費者充分與正確之資訊，及實施其他必要之消費者保護措施」，亦再次強調企業經營者有提供消費者「充分與正確之資訊」之義務。準此，倘不動產仲介業者均能參照前揭規定並依誠實信用原則，努力撮合買方與賣方完成不動產交易，似不應有層出不窮之糾紛產生。惟從實務案例發現，不動產仲介業者多挾其資訊優勢地位，例如對於地段之平均交易價格之掌握、賣方之要價等，在不動產交易過程中，故意不告知或有意隱瞞，但是不動產仲介業者為能使有意願購買不動產之買方能與賣方共同磋商買賣價格，以迅速達成交易，乃創造出買方先交付不動產仲介業者一筆金額，此即通稱之「斡旋金」。以此實務之演變看來，不動產交易制度之架構，似乎民法居間專節或消費者保護法等之相關規定，已不足以真正規範不動產仲介交易行為以及真正保障買賣雙方之權益。

行政院公平交易委員會基於維護交易秩序與保護消費者利益，固已針對不動產仲介業者自行創設斡旋金，所造成為數眾多之仲介糾紛¹，於八十六年度第二七七次委員會議決議：「仲介業者應使消費者有選擇採用內政部所擬定之『要約書』或交付仲介業者斡旋金之自由，惟消費者如與仲介業者約定交付斡旋金時，除須有明確之書面約定外，仲介業者若有欺罔或顯失公平情事，公平會仍將依公平法介入處理」²，又於八十八年七月公布「房屋仲介業行業導正原則」³，雖然行政院公平交易委員會已執行前述類似行政指導之措施，但是依據九十一年度全國各縣市政府消費者服務中心所受理申訴案件統計表，購屋仲介糾紛仍高居申訴排行之

¹ 參閱林政岑著，「要約書是一種選擇還是一種陷阱？」，房屋與生活，新刊 173 期（1997 年 6 月），第 63 頁

² 參閱行政院公平交易委員會八十六年二月十九日第二七七次委員會議記錄，轉引自 <http://www.ftc.gov.tw/searchkey.asp>

³ 其內容略為：本會於 86 年 2 月 29 日第二七七次委員會議決議房屋仲介業者應告知購屋人有選擇內政部版要約書之權利，惟實施迄今仍接獲不少糾紛案例，為更落實該決議內容，爰於 87 年 12 月 16 日第三七一次委員會議決議，如仲介業者以書面方式告知購屋人亦可選擇採用內政部所訂定之要約書，則應於明顯處以粗體或不同顏色之醒目字樣，扼要說明要約書與斡旋金之區別及其代替關係，並由購屋人針對該項說明簽名確認；嗣後又於 88 年 3 月 10 日第三八三次委員會議，訂定書面告知之文字範例供業者參考，轉引自行政院公平交易委員會（<http://www.ftc.gov.tw/searchkey.asp>）。

前三名⁴。顯然行政院公平交易委員會希望：以行政指導方式導正房屋仲介業使用斡旋金之習慣，再於導正期限過後再依據公平交易法第二十四條規定⁵處罰違規業者⁶，藉以減低層出不窮消費糾紛，並未見其具體成效。

基於此，政府機關以行政指導或行政罰之手段，似無法有效降低因斡旋金所導致之消費糾紛，在法律規範不足之情形下，尋思不動產仲介交易過程，倘若買方之消費者能清楚的認知其所支付予仲介業者之金額，性質上係用以證明對於不動產交易標的物之強烈購買意願，則是否有導正之必要性？再者，倘斡旋金具有如業者所稱促進不動產迅速交易之功能，則其性質可否以「讓與擔保制度」加以規範？基於前述，本文擬以論述斡旋金之性質，探討「讓與擔保制度」之立法可行性。

貳：斡旋金概述

一、斡旋金之意義

不動產仲介業使用多年之「斡旋金」一詞，在民法及其他相關地政法規並無定義，學說及實務上各有不同角度之論述，茲分述如次：

(一)「斡旋金係房地產仲介業者為避免民法定金規定之適用而創造之名詞，房地產仲介業者向買方收取該筆款項，據以向賣方議定價格；如賣方承諾，

⁴ 參閱行政院消費者保護委員會九十一年度一月至六月省（市）、縣（市）政府受理消費申訴、調解案件統計報告。

⁵ 公平交易法第二十四條規定：「除本法另有規定者外，事業不得為其他足以影響交易秩序之欺罔或顯失公平之行為。」

⁶ 行政院公平交易委員會自公告房屋仲介業導正原則後，迄今僅有一件實質處分案，所處分之公司為大華房屋仲介社，處分理由為：未告知購屋人得選擇簽立內政部版要約書以向屋主議價之行為，以及該公司接受調查時之配合程度及預期不當利益，認為違反公平法第二十四條之規定，決定處分該房屋仲介業者新台幣十二萬元罰鍰。行政院公平交易委員會八十八年七月七日第四〇〇次委員會會議通過決議，轉引自行政院公平交易委員會（<http://www.ftc.gov.tw/searchkey.asp>）。

該價金即轉為買賣契約之定金；如買賣契約不成立，則無息返還買方。」⁷

- (二)「斡旋金係不動產賣方要價和買方出價尚有差距時，買方欲委託仲介人代其向買方議價，仲介人欲檢驗買方出價購買之誠意，並避免買方後悔，由買方交付一定數額之金錢或代替物。」⁸。
- (三)「斡旋金係指當買方中意屋況、地段等，但出價與賣方尚有一段差距情況下，買方支付斡旋金表達積極購買誠意，賣方藉以篩選買方誠意，其性質與金拍屋、銀拍屋收受保證金以證明購屋者已具備足夠之財力及標的物之價值相同。」⁹

(四)小結

綜合以上各種不同角度就斡旋金之定義，關於斡旋金可歸納出下列特徵：

1. 斡旋金係存在於不動產仲介交易過程，買方之出價與賣方之要價尚有差距時。賣方將欲出售之不動產委託仲介業者代為出售，倘買方同意以仲介業者所列之廣告售價購買，則買賣雙方已屬意思一致，此時當無支付斡旋金之必要，故買方支付斡旋金之情形，必然係買方之出價低於賣方委託仲介業者所列之廣告售價，即買方之出價與賣方之要價尚有差距時。
2. 斡旋金係買方委託仲介業者代為向賣方議價選項之一。
斡旋金於不動產交易市場上，向被仲介業者認為係買方委託其向賣方居間議價之「有力條件」，惟自從行政院公平交易委員會第二七七次會議，針對斡旋金糾紛，做出不動產仲介業者應讓消費者有選擇交付斡旋金或採用要約書之權利，否則公平會得依個案認定違反公平交易法第二十四條規定後，斡旋金即轉變為買方委託仲介業者代為向賣方議價選項之一。
3. 斡旋金係仲介業者用以檢驗買方出價購買誠意，以確保買方能依其出價與賣方成立買賣契約。仲介業者之報酬係以是否促成買賣雙方簽定買賣

⁷ 黃相博，淺析斡旋金之性質及其法律效力，載於公平交易季刊，第六卷第二期，第48頁，1998年4月，行政院公平交易委員會。

⁸ 謝哲勝，不動產仲介法律關係與斡旋金之法律效力，載於民法研究三，學林文化事業有限公司出版，1999年10月，第41頁。

⁹ 參閱中華民國不動產仲介經紀商業同業公會全國聯合會九十一年十月二十四日函復行政院消費者保護委員會。

契約為要件¹⁰，因此不動產仲介業者最擔心的是，買方並無購買意願，惟其出價倘又與賣方之要價差距不大，經其與賣方洽商後又反悔不買；或是買方確有購買意願，惟又找到更中意之不動產而反悔，從而造成不動產仲介業者徒勞無功，因此，斡旋金之交付至少在某程度上，有確保買方可依其所出價格與賣方成立買賣契約，以及促使買方認真出價之功用。

4. 斡旋金須為金錢或代替物。¹¹

斡旋金之客體通常均為金錢，但不限於金錢，其他代替物亦可，至於不代替物則不得作為斡旋金，因斡旋金交付賣方時視為定金，如為不代替物，難以加倍返還，並不適於作為斡旋之客體。

二、斡旋金的經濟作用

一般論者從契約自由之角度觀察，除買方與仲介業者有意思表示不一致¹²、錯誤¹³、或買方受仲介業者之詐欺、脅迫¹⁴、或仲介業者乘買方之急迫、輕率、無經驗而收受其所交付之斡旋金¹⁵外，否則斡旋金之交付，基於契約自由

¹⁰ 民法第五百六十八條第一項：「居間人，以契約因其報告或媒介而成立者為限，得請求報酬。」

¹¹ 謝哲勝，前揭註5，第42頁。

¹² 民法第八十七條第一項規定：「表意人與相對人通謀而為虛偽意思表示者，其意思表示無效。但不得以其無效，對抗善意第三人。」

¹³ 民法第八十八條第一項規定：「意思表示之內容有錯誤，或表意人若知其事情即不為意思表示者，表意人得將其意思表示撤銷之。但以其錯誤或不知事情，非由表意人自己之過失者為限。意思表示之內容有錯誤，或表意人若知其事情即不為意思表示者，表意人得將其意思表示撤銷之。但以其錯誤或不知事情，非由表意人自己之過失者為限。」

¹⁴ 民法第九十二條規定：「因被詐欺或被脅迫而為意思表示者，表意人得撤銷其意思表示。但詐欺係由第三人所為者，以相對人明知其事實或可得而知者為限，始得撤銷之。因被詐欺或被脅迫而為意思表示者，表意人得撤銷其意思表示。但詐欺係由第三人所為者，以相對人明知其事實或可得而知者為限，始得撤銷之。」

¹⁵ 民法第七十四條第一項規定：「法律行為，係乘他人之急迫、輕率或無經驗，

原則，似可認為並無違反法律強制或禁止規定，從而似可肯認其存在之價值；其次，再以法律經濟學中之「交易成本」¹⁶之觀點來看，賣方委託仲介業者出賣不動產，仲介業者將賣方之交易資訊，透過行銷之方式代為尋找買方，所進行之戳商、談判，最後買賣雙方價格達成合意訂定買賣契約，其間所花費之勞力、時間和費用，倘可透過「斡旋金」之交付，似可因此減少整體「交易成本」，而可肯認其存在價值，據此，以下整理學說及實務上關於買方成本、賣方成本以及仲介業成本三方面分析如下：

(一)買方成本

在不動產交易過程中，因買方支付斡旋金委請仲介業者代為向賣方探詢底價，從而得知賣方之真正底價，並與賣方之出價達成一致；或賣方因買方支付斡旋金所表達出強烈之購買意願，從而願意調降原來出賣價格，進而與買方之出價一致。前述二種情形，應可認為因買方支付斡旋金之緣故，使買方得以約略得知賣方之真正底價，從而得以較符合期待之價格購買該不動產，進而減少買方之交易成本。另外，不動產仲介業者對於有交付斡旋金之買方，也因此認為賣方並非胡亂出價，而在心態或做法上通常會更加積極促成不動產交易之完成，如此亦可減少買賣雙方成交的時間成本；再者，買方所支付不動產仲介業者之斡旋金，在一般實務交易上，通常於簽訂買賣契約時轉成買賣價金之一部份¹⁷，此時買方亦未支付額外金錢。是以，支付斡旋金使買方可以較低價格、花費較少時間，購買到相同的不動產，毋寧認為符合一般社會通念下合理之交易成本。

惟必須探討者為：不動產仲介業者之交易方式不論係於斡旋期間內只收取一位有意購買人之斡旋金（即單一斡旋），或是多數人同時支付斡旋金之情況（即多方斡旋）當斡旋結果失敗，買方未與賣方出價達成一致，此時買方勢將會損失斡旋期間之利息。其次，在單一斡旋之情況，不動產仲介業者斡旋成功以前，買方實際上是以暫時提出一筆現金或有價證券之行

使其為財產上之給付，或為給付之約定，依當時情形顯失公平者，法院得因利害關係人之聲請，撤銷其法律行為，或減輕其給付。」

¹⁶ 指市場經濟中，為了達成交易所需支出的成本，參閱王文字，民商法理論與經濟分析，第15頁，元照出版社，2000年5月初版。

¹⁷ 參見太平洋仲介股份有限公司之不動產買賣意願書第五條。

為，來換取不動產仲介業者或賣方為其保留優先議約之機會。那麼因此所支付的斡旋金，不論係多方斡旋或單一斡旋，從法律經濟分析之觀點，似可認為係買方在不動產交易過程中以少許的利息成本，換取不動產仲介業者負擔於斡旋期間內優先為其促進買賣契約締結之義務，從此而論買方成本似未見其不利之處。

(二)賣方成本

實務交易上，當賣方面對多位買方的出價時，多半無判斷合適出價以及市場的行情，其原因在於不動產仲介業者通常會告訴賣方其出價太高，但相反的賣方卻期待其售價愈高愈好，因此在不動產交易過程中，賣方所委託出售的價格，大多並非實際價格。此時，一但不動產仲介業者告知賣方，如同意買方之出價，買方所支付之斡旋金即可立即轉作成約定金云云，於此同時賣方的實際價格往往會因此顯現出來，因而降低原先之底價而接受買方之出價，此時，即便成交價未能符合先前的出價，但只要先前出價不是真正底價或符合市場上一般之交易行情價，賣方堅持原底價的結果只是拉長賣出的時間而已（除非在不動產鉅幅變動時期或符合買方偏好）。是以，經由買方支付斡旋金，賣方也可認為將因此減少交易時間成本，對賣方似亦未見不利。從上述可知，賣方透過斡旋金進行不動產交易之優點，應係賣方得藉由買方提出斡旋金，進而判斷買方購屋之意願，因此在多方斡旋之情形，賣方可藉此選擇同時或先後與購買意願最強烈者磋商房屋價格，通常可因此節省磋商過程所耗費的勞力以及時間成本。而在單一斡旋的情形，賣方則會因其中一位有購買意願者先行支付斡旋金，而剝奪其在委託銷售期間內可能與出價更高且支付斡旋金之買方議約之機會，從而以此觀點而論，在單一斡旋的場合，斡旋金制度對於賣方之交易成本似未見有利。

(三)不動產仲介業者成本

不動產仲介業者在不動產交易事務上固然具有專業能力，但是對於判斷買方出價的真偽及其所願購買的最高價，或是賣方可同意出售之價格，則非其專業所能及之，所以實務上仲介報酬通常均以成交與否作為給付條件，也就是買賣雙方價格無法達成一致，不動產仲介業者即無法對買賣雙方請求報酬。從而不動產仲介業者通常會先行過濾買方之出價，成交可能性之大小，而決定是否接受賣方之委託或買方之出價，也就是當買方出價

太低或賣方要價過高時，不動產仲介業者通常不同意接案。只有當買方出價或賣方要價與市場行情差距不大時，不動產仲介業者方會接案，此時為確保買方之出價並非兒戲，告知買方支付斡旋金不失為磋商方式之一，因為倘若買方反悔，不動產仲介業者將可迅速由其所支付之斡旋金中獲取賠償。再者，賣方之要價如與市場行情價甚為接近時，買賣雙方當事人簽訂買賣契約後，不動產仲介業者將由買方所支付之斡旋金，轉交賣方作為買賣價金之一部份，或成約定金，並使不動產仲介業者之報酬請求權條件成就。由此而論，斡旋金似有使不動產仲介業者花費較少之勞力、時間成本，而取得服務報酬。

從上述可知，整個斡旋金制度中的三方當事人，最大獲益者係不動產仲介業者。理由在於：不動產仲介業者一方面要求買方支付斡旋金藉以測試其購屋動機以評估買賣成交機率以及因此獲得仲介報酬的可能性，再決定其是否對系爭出價進行居間媒介的工作；另一方面當決定進行媒介行為時，不動產仲介業者因買方已有支付斡旋金而向賣方磋商，藉此拉近買賣雙方之距離，並因此縮小對價格之堅持，於買賣契約成立後，不動產仲介業者將斡旋金交予賣方轉充買賣價金之一部份，仲介業者即可向買賣雙方請求報酬。又，仲介業者通常會在其與買方簽訂之不動產購買意願書中約定：「買方於賣方同意出售後，有反悔不買或其他事由不簽定買賣契約時，買方同意支付之出價金由賣方與仲介業者雙方平分，作為買方違約之賠償。」從而不動產仲介業者即使將來發生買賣契約不成立之情形，亦得因已和買方約定，倘悔約將獲得相當於半數斡旋金之利益。最後，仲介業者因透過斡旋金制度，亦可過濾顯無支付或履行能力之人，使其得依據民法第五百六十七條第一項規定，避免支出額外的調查成本。準此，斡旋金制度對仲介業者而言，可謂極為有利。

(四)小結

斡旋金協助各當事人了解交易的底價，消除買賣雙方不必要的策略行為，降低交易成本，加速不動產交易的完成，增進不動產仲介的經濟效用，而且無外部成本，所以係有利於整體經濟。在單一斡旋的場合，對於仲介業者與買方而言均為有利，對賣方固屬利弊參半；而在多方斡旋的場合，對於仲介業者與賣方而言均為有利，對買方似亦不特別有害，因為斡旋金交易並無外部成本，從而仲介業者、買方、賣方所獲利益總和即是總體經濟

所獲的利益，所以斡旋金制度有利於總體經濟成本，應有其存在之價值。

參、斡旋金之法律性質

在不動產仲介交易過程，民眾大多無法清楚區辨仲介業者所稱斡旋金是否即為一般交易所稱之「定金」¹⁸，從而仲介業者為使斡旋金與法定金之效力規定作一區隔，創造出所謂「要約保證金」、「協調金」等名詞，其方式大多係經由仲介業者告知買方：「倘所交付仲介業者之斡旋金其後經其議價成功則轉成定金；議價不成，斡旋金則無息返還」，惟不動產仲介業實務上所稱之「斡旋金」是否具有定金之性質，亦或存在其他性質，學說分類約有下列數說，茲說明如下¹⁹：

一、附停止條件定金說

(一)內容

此說認為買方交付仲介人之斡旋金，乃一附有以賣方同意買方出價為停止條件之定金。倘賣方同意買方之出價，則條件成就，即發生定金契約之效力；倘賣方不同意買方之出價，且不願繼續磋商議約，則條件不成就，買方給付該筆出價之目的不達，自得請求返還。

(二)評價

此說雖有效掌握了當事人透過系爭契約所要表達擔保之目的，且將斡旋金解釋成具有定金之性質，固然可保障買方消費者之權益，惟仍存有下列疑義：

1. 似將定金契約認為係從契約，則主契約（買賣契約）於買方支付斡旋金予仲介業者時尚未成立，如何使附停止條件之契約存在？
2. 未明確界定買方所交付仲介業者之斡旋金，於定金契約未成立前，仲介

¹⁸ 「定金謂契約當事人之一方以確保契約之履行或擔保契約之成立為目的，交付他方金錢或其他代替物」，孫森焱，民法債篇總論下冊，第713頁，作者自版，2000年8月。

¹⁹ 前揭註17，第42頁以下；前揭註18，第45頁以下；邱永豪，房屋仲介契約之研究，1998年台灣大學碩士論文，第169頁以下。

業者究係基於何種法律關係保有該筆金錢？

二、預約之證約金說

(一)內容

此說係參照日本實務見解，斡旋金一詞在日本司法界上稱為要約保證金，但是學界對於買方在不動產買賣契約成立以前收受買方要約保證金，認為實際上並非如字面上所示係『要約』，從而買賣契約並不因賣方對該要約為承諾而成立，該筆金錢毋寧是買方作為買賣預約之對價而交付之，因此解釋上具有證明預約成立之定金性質。此外，基於「要約保證金」之交付而具有預約完結權（一方預約），抑或是賣方因為買賣之片務預約，負有向買方所提出之要約為承諾的義務，準此，關於要約保證金應類推適用日本民法第五百五十六條²⁰。是以，若買方於約定期間內不行使預約完結權者，預約失其效力，從而買方原則上得請求返還要約保證金，反之，若因買方行使預約完結權而讓契約成立的話，該要約證據金便充當定金或是成為價金之一部。綜上，要約保證係買方以暫時支付一定金錢作為單方決定是否成立契約的代價。

(二)評價

我國實務上斡旋金或要約保證金係發生於買方的出價低於賣方委託價的情形，買方無權單方決定訂約與否，而日本之要約保證金性質是買方用來免除成立或簽訂本約的代價，故與斡旋金之實際運作動機迥然不同。

三、片務預約或一方預約說

(一)內容

此說以斡旋金契約係使買方負有締結本約之債務，賣方有請求買方締結本契約之權利。易言之，當賣方以買方之出價向其要約時，買方負有對該要約為承諾之義務。除此之外斡旋金契約，實係買方賦予賣方得以其一

²⁰ 日本民第五百五十六條第一項：「買賣一方之預約，自相對人表示完結買賣意思時起，發生買賣效力。」第二項：「未就前項意思表示規定時期時，預約人得定相當期間，催告相對人於該期間內做出是否完結買賣之確答，相對人於該期間內不作確答者，預約喪失效力。」參閱王書江、曹為二人翻譯，日本民法，第95頁，五南圖書有限公司出版，1992年8月。

方之意思表示（完結之意思表示），不待買方之承諾，就讓買賣契約有效成立，即一方預約。

(二) 評價

蓋斡旋金契約之當事人為買方與仲介業者，惟將來本契約（不動產買賣契約）之締結主體卻係買賣雙方，是故斡旋金契約與將來的買賣契約間，似不應構成預約與本約之關係。

四、違約定金說²¹

(一) 內容

此說認為在買賣尚未成交之前，買方交給仲介業者之斡旋金性質上為「履約保證金」，「違約定金」，係供買方履行其與仲介業者間委任契約之報酬、或償還必要費用、或代償必要債務等債務之擔保，亦即供作委任契約債務不履行之一種擔保。另外，此違約定金係屬意定性質，應屬於民法第二百四十九條第一項之前段：「定金除當事人另有約定」之特別約定。

(二) 評價

此說藉違約定金之概念來說明斡旋金所具有之擔保機能，應認為係一大突破，惟考量斡旋金倘用以擔保買方就委任契約所負之債務（報酬、費用），則似與民法第五百六十八條、五百六十九條規定有違，因仲介業者在媒介成交以前，買方既無報酬支付義務，亦無費用償還義務，則何須擔保？另外，此說並無說明仲介業者之報酬是否因主契約成立方始發生。

六、要約保證金說

(一) 內容

此說認為買方支付斡旋金，即為提出要約，有受要約拘束之意思，仲介業者據以向賣方議定價格，如經賣方承諾，買賣契約隨即成立，該價金即轉為買賣契約之定金；如契約不成立，則無息返還買方。申言之，斡旋金具有保證要約效力，即買方為取信於賣方，仲介業者為使買方不亂出價，並且希望要約存續期間內買方能受約束；故要約定有期限者，賣方若於期限內未為承諾，要約即失其拘束力；要約未定有承諾期限者，則依通常情形，賣方非於相當期限承諾者，要約亦失其拘束力。另外，此說亦主張仲

²¹ 同註 18，第 81 頁以下，黃陽壽教授發言部分。

介業者不得隨意沒收斡旋金，倘契約未成立之前買方反悔，則應依買方與仲介業者所定之契約內容，使買方負違約責任；如果契約成立後買方反悔，則買方應依買賣雙方所簽定之不動產買賣契約內容以及民法相關規定對賣方負擔債務不履行之損害賠償責任。

(二) 評價

此說似未清楚界定斡旋金之當事人為誰，亦未說明不動產仲介業者於買賣契約成交前係基於何種法律關係而保存斡旋金；另外，要約具有實質拘束力，乃要約性質之當然，要約具有形式拘束力，民法第一百五十四條第一項前段亦有明文規定，準此，要約依法即有拘束力，似無須以斡旋金加以保證。

七、預付委任事務之必要費用說

(一) 內容

此說認為有鑒於買方與不動產仲介業者間存在著委任關係，而關於仲介契約之法律適用得類推適用民法委任的規定²²，故就仲介業者而言，乃基於其向賣方議價，並於議價成功時交付定金之委任事務，而請求買方預付費用，並於買賣契約成立時將斡旋金轉作定金；倘買方反悔，仲介業者則將斡旋金沒收來代替給付報酬之違約金。

(二) 評價

此說似將斡旋金轉化成仲介業者對買方基於委任契約所具有之權利，惟倘認定買方與仲介業者間存在著委任關係且有民法第五百四十五條之適用或類推適用，則與民法居間規定中，將媒介活動當作是居間人自己之事務，以因介紹所支出之費用，原則上由居間人自己承擔²³(參照)有違；另外，此說自始即設定仲介業者向賣方議價、要約、交付定金等係買方所委託處理之事務，而認為斡旋金之交付乃是預付必要費用，此見解似無清楚說明斡旋金實際上具有擔保機能。

²² 民法第五百四十五條規定：「委任人因受任人之請求，應預付處理事務之必要費用。」

²³ 民法第五百六十九條第一項規定：「居間人支出之費用，非經約定，不得請求返還。」

八、寄託與委任混合契約

(一)內容

此說基於行政院公平交易委員會第二七七次決議：消費者得選擇交付斡旋金或是採用要約書為交易，而此二者內容相同之處就是買方皆委託仲介業者就系爭不動產，為其從事媒介要約的事務；而在斡旋金契約中會約定買方交付一筆金錢給仲介業者保管，是以，斡旋金之法律性質應為附解除條件之寄託與委任的混合契約，即買方將一筆金錢交付與仲介業者，約定以斡旋不成功為解除條件之寄託關係，從而若斡旋期間屆至仍議約不成，則解除條件成就，契約失其效力，不動產仲介業者須返還斡旋金；反之若議約成功，買方得因委任關係指示不動產仲介業者基於買方代理人的地位，向賣方表示授與定金或當作買賣價金之一部分，而不動產仲介業者並本於與買方的契約關係而得以直接占有並交付該筆金錢。

(二)評價

此說將斡旋金之交付認為係以物之保管為目的之寄託契約，惟仍無法明斡旋金的擔保性質。又委任之報酬乃繫於一定事務之處理，然處理之結果成敗則在所不問，仍與居間契約的報酬係於主契約（不動產買賣契約）成立後始得請求之規定有別。

九、讓與擔保說

(一)內容

此說認為斡旋金，係買方向仲介業者以擔保其於賣方同意出售後須為一定之作為（簽定不動產買賣契約）為目的，移轉金錢或有價證券之所有權與仲介業者，約定於斡旋失敗時（即賣方不同意以買方出價出售），此時因擔保目的不能完成而消滅信託關係，仲介業者此際應將買方所移轉之金錢或有價證券之所有權返還買方；反之若斡旋成功時（買方與賣方簽定不動產買賣契約），仲介業者於擔保履約之目的範圍內，即得本於買方代理人之地位將所收受之斡旋金，基於信託關係之約定，本於直接占有人之身份，將該金錢（或有價證券）交付給賣方，以確保主契約（不動產買賣契約）之簽訂與履行。是以，斡旋金契約的法律性質為信託的讓與擔保行為。

(二) 評價

我國實務上所承認信託的讓與擔保僅侷限於擔保「已發生債權」²⁴為目的，通說所肯認押租金之性質為讓與信託，亦僅擴張到以「將來所發生之債權為範圍，並未擴及擔保一定之「作為或不作為」，故是否可將斡旋金以具有擔保債權之性質，似不無探討之餘地。

十、小結

斡旋金主要之作用係仲介業者藉此檢驗買方出價購買誠意，並確保買方日後能依其出價與賣方成立買賣契約，如日後買方不依照所出賣與賣方成立買賣契約時，仲介業者即得以其作為履行前揭義務之賠償，但如買方依其所出價與賣方成立買賣契約時，則該斡旋金即作為買賣價金交付出賣人，又如賣方不同意買方之出價，致買賣契約無法成立時，則該仲介業者，即應退還該斡旋金。故依此觀察，買方與仲介業者間應成立一契約關係，即買方於賣方同意其出價時，與賣方成立買賣契約之作為義務，如違反該作為義務時，即構成違約，其違約金即等於所支付之斡旋金，因此，仲介業者之所以不返還該筆斡旋金，實質上係以該斡旋金與應付之違約金相抵銷之結果。因此，斡旋金之交付，實具有擔性買方履行一定作為義務性質，故關於斡旋金之法律性質本文以為應以讓與擔保說較為可採，有關讓與擔保之性質及斡旋金與讓與擔保間之調合，將於下一章節予以說明。

肆：讓與擔保之性質

一、概論

實務上不斷發生因斡旋金所產生之購屋糾紛，現行法律又無針對斡旋金之相關規定，從而為建立斡旋金之合理機制，如前所述，斡旋金之既可肯認其存在價值，而在探討「斡旋金」法律性質之眾多學說中，比較值得注意的是，違約訂金說以及讓與擔保說等二說，理由在於均有明確指出斡旋金應具有之「擔保性質」，從而此擔保性質是否可用以突破「斡旋金」存在於不動產交易上之迷思，以下將

²⁴ 讓與擔保係非典型之擔保物權，而擔保物權為從屬於債權之權利，該債權必須於擔保物權設定時，係屬特定。前揭註 11，第 442 頁。

從擔保性質之意義、目的以及性質作一概述，再進而探討與幹旋金之關係。

二、讓與擔保之意義、目的、性質及其有效性

(一)讓與擔保之意義

稱讓與擔保者，係指為擔保債權，由債務人或第三人將擔保標的物之權利讓與擔保權人，使擔保債權人在不超過擔保目的之範圍內取得擔保物之所有權，債務履行期屆至時，擔保權人得請求債務人履行其債務，擔保權人應將擔保標的物返還於提供人（債務人或第三人），債務人不履行債務時，擔保權人依約定之方法，就擔保標的物清償之非典型擔保物權。依上述定義，讓與擔保之要件為：1.須以移轉財產權之方式為之。2.財產權之移轉需以擔保為目的。3.財產權之移轉係暫時的。4.當事人間需有債權債務關係存在。²⁵

(二)讓與擔保之目的、性質及其有效性

讓與擔保係以讓與（擔保標的物）之法律手段，達到確保債權滿足之經濟目的，故擔保債權已屆清償期，倘債務人仍未清償債務時，擔保權人自得實行讓與擔保，取得標的物之一定價值，以清償擔保債權。

依我國民法七百五十七條規定，物權因物權法定主義之限制，其種類及內容不得由當事人任意創設，必須有法律之規定，故當事人不得以物權契約任意創設新型擔保物權，從而讓與擔保之性質學者認係屬於權利移轉型之擔保物權，歸類為非典型之擔保物權²⁶。

惟讓與擔保有效性，學說曾肯否二種不同意見，敘述如下²⁷：

1. 無效說：其理由在於其係為規避質權占有改定之禁止²⁸之脫法行為、為規避絕押、流質禁止²⁹之脫法行為，主張讓與擔保為通謀虛偽意思表示，並

²⁵ 陳榮隆，讓與擔保之實行，法令月刊第 51 期第 10 期，第 379 頁以下。

²⁶ 陳榮隆，非典型擔保物權的立法化，月旦法學雜誌第 49 期，1999 年 6 月，第 46 頁。

²⁷ 謝在全，民法物權（下冊），自版，1992 年 10 月，第 445 頁以下。

²⁸ 民法第八百八十五條第二項規定：「質權人不得使出質人代自己占有質物。」

²⁹ 民法第八百七十三條第二項規定：「約定於債權已屆清償期，而未受清償時，抵押物之所有權，移轉於抵押權人者，其約定無效。」

有違物權法定主義。

2. 有效說：理由在於，1 其與動產質權之擔保作用不同，故並非質權占有改定之脫法行為。2 縱為歸屬型之讓與擔保³⁰，只要不違公序良俗及暴利禁止之規定，非當然無效。3 固然其擔保物之讓與超過其經濟目的，惟讓與擔保其行為之作成，乃出於債權人與債務人雙方約定之效果意思，故仍應認為其讓與行為仍為有效。4 讓與擔保之法律構造為當事人信託行為之債之關係，與物權法定主義並無違背。

(三)小結：

目前我國實務上³¹及學者有力說，認為讓與擔保係以權利（所有權）之（內外部）移轉，加上信託行為的債之關係，故讓與擔保係披上信託之外殼，而內含擔保之血肉³²，謂其為信託關係類型之一，而承認其有效性。

伍、斡旋金與讓與擔保間之調合

一、概說

讓與擔保之特性既然具備 1 所有權之外部移轉 2 信託行為債之關係，且

³⁰ 歸屬型之讓與擔保，與之相對者為清算型之讓與擔保，二者之區別在於當事人間是否負有清算義務，意即歸屬型之讓與擔保於擔保權人以擔保物清償時，不須就擔保物之價額與債權額惟清算，標的物之所有權人終局的歸屬於擔保權人。參閱前揭註 25，第 384 頁。

³¹ 參閱七十年台上第一〇四號判例：「債務人為擔保其債務，將擔保物所有權移轉與債權人，使債權人在不超過擔保之目的範圍內，取得擔保物所有權之信託的讓與擔保，並非雙方通謀而為意思表示，不能認其為無效」；七十四年台上第二三〇七號判決，在對外關係，受讓人就供擔保之物雖以取得完全之所有權，但在內部關係，對於讓與人，仍僅得以擔保權人之資格，在擔保之目的範圍內行使權利。

³² 陳榮隆，讓與擔保之借殼信託契約，月旦法學雜誌第 27 期，1997 年 8 月，第 48 頁。

我國民法上之擔保制度乃以確保已存在債務之履行為目的，乃建立以擔保特定債權為中心的構造，而近年來隨著社會經濟的急速變遷，以及人民經濟生活的需要，擔保客體若堅持於已發生之債權為原則，似乎亦逐漸受到挑戰，例如：民法物權修正草案肯認最高限額抵押權³³、實務及學說上肯認押租金³⁴、履約保證金³⁵、押標金均³⁶具有讓與擔保之性質，且為適法，不啻將擔保之客體，從擔保已發生之債權、債權存否不確定等狀態，擴張到擔保承租人履行，將來確定會發生的租賃債權、乃至延伸到以擔保投標人未來之一定作為（即訂約履約），以及不作為（例如：投標人承諾不為違反政府採購法之行為）等事實為其擔保客體。準此，斡旋金是否亦具有相類似之性質？誠值探討。基於我國實務上肯認押標金適法性同一之法理，不動產仲介業者要求買方交付一筆金錢來擔保其於賣方同意買方出價後須為一定之作為，即簽定不動產買賣契約，是否得以肯認斡旋金具有讓與擔保之性質？

二、斡旋金應具備有讓與擔保之性質

承前所述，買方為購買不動產，將一筆金錢交付不動產仲介業者來擔保其於賣方同意買方出價後須為一定之作為（即簽定不動產買賣契約），如日後買方依此約定履行該作為義務時，仲介業者即應返還所交付之斡旋金，基此，買方交付一定金錢或其代替物，應符合讓與擔保要件分析如下

- (一)移轉財產方式為之：斡旋金之交付，一般係以現金或即期票為之，其性質應屬一定之財產，要無疑問。
- (二)財產之移轉須以擔保為目的：斡旋金之主要目的依前揭之說明係擔保買方須為一定之作為，故該斡旋金自係以擔保為目的。
- (三)財產權之移轉係暫時的：當買方交付斡旋金與仲介業者時，買方與賣方契

³³ 參照學林分科六法（民法），「修正草案第八百八十一條之一至之十四」，2000年3月，第833頁以下。

³⁴ 吳秀明著，租賃，收錄黃立主編，民法債編各論上冊，元照出版社，2002年7月初版第1刷，第400頁以下。

³⁵ 蔡麗宜，工程保證金之研究，國立台北大學法律系碩士班碩士論文，2001年10月，第71頁。

³⁶ 蔡麗宜，前揭註37，第71頁

約尚未成立，是以，當賣方出價無法達到買方要求時，買方與賣方契約自無法成立，從而仲介業者即有返還該斡旋金之義務，故斡旋金之交付，並非永久性，僅為暫時性；至於如賣方最後出價符合買方出價，且買方同意簽訂書面契約時，仲介業者會將該斡旋金交付賣方作為定金，但亦應認其係將欲返還之斡旋金代買方支付與賣方，故非謂該斡旋金之交付係永久性。

(四)當事人間需有債權債務關係：當買方支付斡旋金，買方即有依約履行將來賣方同意其出價後須為一定之作為，縱使，將來買方不履行該一定作為，仲介業者不得依法強制其履行，但亦應肯認其具有債權債務關係。

綜上，斡旋金之交付實與符合學者對於讓與擔保所訂之要件，基於我國實務上肯認押標金適法性同一之法理，實應承認斡旋金具有讓與擔保性質。

三、讓與擔保對斡旋金之作用

從前揭說明可知，除斡旋金具有讓與擔保之性質外、實務上經常為大眾所使用的押租金、履約保證金、押標金等亦均有讓與擔保之性質，另外，於金融實務上「附買回之買賣+租賃(或使用借貸)」之聯立契約，或是融資性租賃³⁷，雖在外觀上非讓與擔保，但究其實質，乃係受物權法定主義之限制，故以買賣及租賃的外觀行之，但仍以擔保為目的。實務上之所以發展出如此多的具讓與擔保性質之法律關係，乃是典型擔保制度，已不符交易所需，就以斡旋金為例，當買方交付斡旋金與仲介業者時，其斡旋金之所有權亦移轉於仲介業者，此時，該若不承認該斡旋金為讓與擔保，則該財產權理應屬仲介業者，是以，買方之債權人即不得對於該斡旋金為強制執行，但實質上該斡旋金只是暫時移轉作為擔保將來買方為一定行為而已，亦即日後買方為一定行為後，仲介業者即應返還該斡旋金予買方，故理論上買方對於仲介業者，應有附條件之返還請求權，買方之債權人非不得對該附條件之返還請求權之債權予以強制執行；同樣地，亦否認該斡旋金具有讓與擔保性，則仲介業者之債權人即可對該斡旋金予以強制執行，則買方可否以該斡旋金為其所有提

³⁷ 許忠信，從國際金融法之觀點論融資性租賃立法規範之必要性，收錄於輔仁大學法律系、元照出版社、月旦法學雜誌、台北律師公會主辦，擔保物權法之解構與再造研究會，2003年1月11日，第115頁以下。

起第三人異議之訴，非無疑問，故否認該斡旋金為擔保物，對於買方而言誠屬不利。故基於實務需求及受物權法定主義之限制，對於前揭斡旋金、履約保證金、押標金、「附買回之買賣+租賃（或使用借貸）」之聯立契約，或是融資性租賃等，因交易或融資所生具有擔保性質之讓與擔保予以承認，將有助於避免當事人發生糾紛，及保護交易安全，並維持物權法定主義的公益性，比較積極的想法，乃是思考其立法之可行性。

陸、我國讓與擔保制度與其他國家立法比較

大陸法系國家諸如德國、日本，針對讓與擔保固然均以判例法之方式來肯認其效力，我國亦係以最高法院之判決加以肯認押租金、押標金、履約保證金、「附買回之買賣+租賃（或使用借貸）」之聯立契約，或是融資性租賃等具有讓與擔保性質之特性，但隨者社會經濟之不斷發展，若無相關法規加以規範，與因斡旋金所產生不動產買賣糾紛之爭議勢將不斷發生，也因此可能造成法律與社會現狀脫節，造成國民經濟秩序與法律秩序之失衡，是以，我國似應認真面對將讓與擔保納入民法物權篇之可行性。

一、德國讓與擔保制度

(一)制度起源

德國有關讓與制度之起源可分為羅馬法上之信託及日耳曼法之信託。而羅馬法上之信託相當於日本判例上之「內部同時移轉型」之讓與擔保，然而羅馬法上信託行為沒有物權變動之適當公示方法，因此債務人並無請求權基礎。而日耳曼法之信託「相當於外部移轉型」之讓與擔保，受託人對於標的物享有處分權，但必須依照信託人之意思行使，如有違反則信託人可對其處分權提出異議，但債務人仍然是實質上之所有權人，可依侵權行為之規定，對第三人請求損害賠償。故羅馬法之信託與日耳曼法之信託在本質上仍有所區別³⁸：

³⁸ 吳光明，動產讓與擔保法律制度之研究—德國與我國現行制度之探討，收錄於輔仁大學法律系、元照出版社、月旦法學雜誌、台北律師公會主辦，擔保

(二)讓與擔保制度之發展

1. 普通法時代所形成之讓與擔保

(1) 「占有質」原則之確立

從十八世紀到十九世紀，動產擔保被統一為「占有質」，而消滅了動產抵押。而「占有質」與我國動權質權相當，即債權人必須占有質物，否則，即失去質權。故此一概念與動產該與擔保非必要占有擔保標的物不同。

(2) 判例法所發展之讓與擔保制度

德國讓與擔保之發展過程，經過否定階段認為違反法律禁止動產抵押規定而無效，到帝國法院一八八〇年判決承認「因擔保目的之買賣」之有效性，其後更於一八八〇年十月首次具體承認「為擔保目的之買賣」權利移轉型讓與擔保有效性之判例。

(3) 學說之協助

為得出在讓與擔保具體效力上之妥當結論，乃以羅馬法上之信託作為讓與擔保之理論基礎，即以信託行為外部關係，所有權移轉給讓與擔保權人，而在內部關係上，所有權則屬於債務人。至於在信託行為範圍外發展讓與擔保性質論之學說包括期待權說、授權說與質權說等。³⁹

(4) 小結

德國通說以讓與擔保所有權構成理論以及物權行為無因性理論為基礎，認為讓與擔保是一種信託行為，而由於信託行為被認為具有人之要素與物之要素，亦即債權行為與物權行為共同構成完整之信託行為。但在德國民法體系中，讓與擔保之地位係以被追認之形或，而逐漸穩固下來。

二、大陸讓與擔保制度

大陸目前法律並無讓與擔保法制，然大陸立法機關於一九九八年三月委託梁慧星等九人成立民法起草工作小組，於一九九八年三月二十五至二十六

物權法之解構與再造研究會，2003年1月11日，第142頁以下。

³⁹ 吳光明，前揭註40文章，第144頁。

日會議決議，委託梁慧星起草物權法草案，並於一九九九年五月完成中國物權法初草案建議稿⁴⁰，其中第十章即係讓與擔保，其有關讓與擔保所為之以立法規範建議或可供我國立法參考，臚列如下：

- (一)讓與擔保之定義：「指債務人或第三人為擔保債務人之債務，將擔保標的物之權利移轉於債權人，於債務清償後，標的物應返還於債務人或第三人，於債務不履行時，擔保權人可就該標的物優先受償。」
- (二)讓與擔保之標的：「可讓與之財產或財產上之權利，均為讓與擔保之標的。」
- (三)讓與擔保之設定：「依法律行為設定讓與擔保時，標的物的所有人須與債權人以書面形式訂定讓保合同」，「債務人或第三人應當以移轉擔保標的物的財產權於債權人的方式設定讓與擔保」，「以動產為標的物設定讓與擔保，應以占有改定的方式移轉財產所有權」，「以不動產為標的物設定讓與擔保，應就標的物所有權的移轉進行登記」，「以權移設定讓擔保，應依各種權利轉讓方式完成權利的移轉；有權利憑證者，應當將該權利憑證交付讓與擔保占有人」。
- (四)讓與擔保標的物占有人責任：「讓與擔保標的物之占有人應以善良管理人之注意保管和使用標的物。」
- (五)當事人不當處分讓與擔保標物責任：「該與擔保契約存續期間，當事人任何一方不當處分標的，另一方可依侵權行為或債務不履行的規定請求損害賠償。其中債權人的損害賠償額以債權額為限」
- (六)讓與擔保當事人（債務人、第三人）之返還請求權：「債務人在契約約定期間內清償其債務者，讓與擔保權人應將標的物之財產權返還債務人或第三人」，「債務人屆期未清償債務且債權人也未實行其讓與擔保權，如果債務人於五年內不行使其返還請求權時，該返還請求權消滅」。
- (七)讓與擔保之實行：「債務人在擔保債權的清償期屆滿而未清償債務時，讓與擔保權人得實行讓與擔保權」，「當事人就該讓與擔保權實行方式有約定，應依當事人的約定」，「當事人未約定讓與擔保的實行方式或約定不明，讓與擔保權人可以自由選擇實行方式」，「無論採取何種方式，讓與擔保權人均負有清算義務」。

⁴⁰ 梁慧星，中國物權法草案建議稿，2000年3月，中國北京，第776頁以下。

柒、結論：

讓與擔保制度係因為社會經濟需求而發展出來，最後在由判例與學說所肯定而生之非典型擔保制度，其理論在外國如德日等國迄今仍在繼續發展，並未完成立法，從而有學者認目前我國應繼續以判例與學說方式，解決讓與擔保之法律爭議，使讓與擔保繼續保持彈性運用，而否認了立法的急迫性。但從國內或國際交易的實際需求而言，典型之擔保制度已無法買足交易需要，是以，方出現以附條件買回+租賃此一披著買賣與租賃外衣，實質為擔保的交易型態，甚至，實務上，對於斡旋金、履約保證金、押標金、押租金等實質上屬讓與擔保的法律關係，出現了學理性質上的爭議，影響交易穩定，因此，再再顯示現行法律的缺漏，已無法滿足人民的需求。更進一步言，由於法制上欠缺了讓與擔保規範，所形成的法律真空狀態，直接受影響的便是企業競爭力，因為現今企業已從勞力密集，走向資本密集，從而，資金取得乃成企業生存的命脈，基此，唯有多元化取得資金之管道，方有益於企業全球競爭。然以目前不動產抵押制度而言，雖已可就企業不動產資產提供非移轉占有而能取得資金方式，但對於佔企業總資產相當大比率的動產而言，除有部分可依動產擔保抵押法規定設定抵押，可在不移轉占之情形下，一方面可使用該動產，一方面可以之取得融資外，具有較高經濟價值外，其餘大多動產均無法有效作為取得融資的擔保標的物。因此，為利於企業經營，讓與擔保制度之立法，實已到刻不容緩的地步。另外，實務上早已存在屬讓與擔保性質之法律關係，在處理上迭生爭議，而影響交易的案定，故為有效解決其爭議，亦有必要藉健全的立法來導正此等法律關係，方有助於社會經濟體系穩固及交易安全，並能藉此而活絡經濟發展。故該與擔保制度，既然具有高度的經濟價值，但因目前受限於民法第七百五十七條之物權法定主義而影響其效力，故自立法論觀點言之，實不應再以判例或學說為其存在之基礎，更應考量其立法之必要性，以維持我國物權法定主義法體系之完整性，此方屬妥當。