

預售屋履約保證的實與虛

一、 前言

蕭明康

繼主、附建物分開計價後，內政部決定自一百年五月一日起，實施預售屋買賣契約保證機制以降低預售屋交易風險，落實消費權益保障。這是自民國六十九年政府研議建立不動產市場交易秩序，七十五年創設建築經理行業以來，正式將預售屋履約保證機制明文實施，前後雖歷經三十年，我們仍然認為做對的事永不嫌遲。

九十七年十一月二十一日消基會召開記者會，痛陳政府不重視預售屋交易安全，主張加速催生「不動產交易法」，建立付款中間人及強制續建制度，並立即修定相關定型化契約應記載及不得記載事項，要求建商應於契約中明定履約保證機制，並充分揭露資訊，強調只有能保障完工交屋，才是真正符合消費者購屋的目的。

立法院郭素春委員等十八人隨即於九十七年十二月九日提案，對於我國購屋「履約保證機制」法令規範不健全，造成買賣雙方長期處於不平等之地位，對消費者購屋欠缺實質保障，讓民眾暴露在高風險交易環境中，建請中央主管機關內政部及消費者保護委員會儘速將「履約保證機制」納入我國「預售屋定型化契約」中，提供民眾購屋時之依據，該提案經立法院第七屆第二會期第十二次會議討論決議：函請行政院研處。

消基會暨立法院已查察不動產交易現狀的不平等現象，蓋與消費者不動產交易權益保障的現行法律規範而言，民法主要規範在涉及財產權的債編與物權編，違者依第七十一條以下規定，法律行為違反強制或禁止規定時之無效，以及法律行為之行使不得妨礙他人為目的等；消保法則在定型化契約與消費資訊部份著墨，違者依第六十條規定，違反本法規定情節重大，得命停止營業或勒令歇業；公平法則有廣告虛偽不實或引人錯誤之表示或表徵之禁止及其他欺罔或顯失公平行為之禁止，違者依第四十一條規定，得限期命其停止、改正其行為，並按次連續處以罰鍰。

不動產交易行為，雖有民法、消保法、公平法的相關規範可資適用，惟

不動產交易糾紛仍無法有效遏止，癥結在於資訊與專業的相對不足，消費者對建商的履約無法要求，違約無法追補所致，其中也以預售屋交易最為嚴重，在「不動產交易法」遲未能完成下，我國不動產交易制度至今亦未能建立。

然而什麼是預售屋履約保證機制呢？預售屋履約保證係由金融機構就不動產預售契約出具保證書，並經由履約管理，以保證建商依保證書約定內容對購屋者履行合約的行為。完整的預售屋履約保證即為完工保證，為將土地產權、建照起造人以及興建資金（包括購屋自備款、建商自有資金、土地及建築融資）均交付信託，由受託金融機構或專業第三者執行履約管理，興建資金可依工程進度專款專用，若建商因故不能繼續興建時，由受託金融機構或受託執行履約管理者辦理清理處分繼續興建至完工交屋。

平心而論，預售屋交易買賣雙方都面對不可預知風險，對交易之相關當事人（購屋者、銀行、地主、建商、營造廠）而言，亦惟有完工交屋方可達成各方最大利益與交易目的，而自信託法施行後，藉由信託管理工具掌握關鍵要素使預售屋完工更為可能，以成就交易各方皆贏的局面。

將預售屋履約保證機制納入定型化契約，又屬交易資訊揭露之一環，購屋者有知的權利，建商即有告知的義務。此外，在建商對營造廠提出履約保證的要求同時，同樣也應該呼應購屋者對履約保證的需求。為規範預售屋交易雙方之權利義務，在不動產交易法至今未能完成下，期使買賣雙方之交易行為導入正軌，將預售屋履約保證機制納入定型化契約更顯必要。

二、建築經理公司即為推動此制而生

預售制度（或者稱為預售方式），雖有建商籌措資金較容易，消費者購屋壓力減輕等益處，但是其後遺症就是糾紛多，如興建中公司倒閉，施工品質不佳，未能如期交屋、坪數不足、完工交屋與契約內容不符等情事經常發生，對不動產交易秩序造成衝擊。而且容易為不肖者牟取不當利益之工具，簡而言之，就是其間的風險不易預測，亦不易控制及防範。故為絕大部份國家所不採。台灣雖因情況特殊而普遍採用，卻一直不見公權力正視直至七十

五年發佈「建築經理公司管理辦法」才使不動產交易秩序因有了第三人介入而逐步導入正軌。

建築經理公司是唯一經內政部、經濟部、財政部三部專案核准，並依法成立的行業，其結合建築、金融、地政、法律專家，其功能目的在保障消費者權益、穩固金融業債權、增進建築業者信譽，是政府為導正不動產交易秩序創造三贏，歷經六年籌設而鋪建的一條安全斑馬線，也是社會安全制度的一大創舉。

此一制度，依當時有效施行之「建築經理公司管理辦法」規定，當購屋者向建設公司購買預售房屋時，即由銀行出具履約保證書，並由建築經理公司代辦履約保證手續，執行業務管理服務、營建管理服務、財務稽核服務及辦理預售房屋買賣契約鑑證服務等履約管理事項，以期達成買賣標的房屋「產權清楚」、「依約施工」、「如期完工」等購屋者權益保障之根本目標。

三、 預售屋履約保證的法律概念

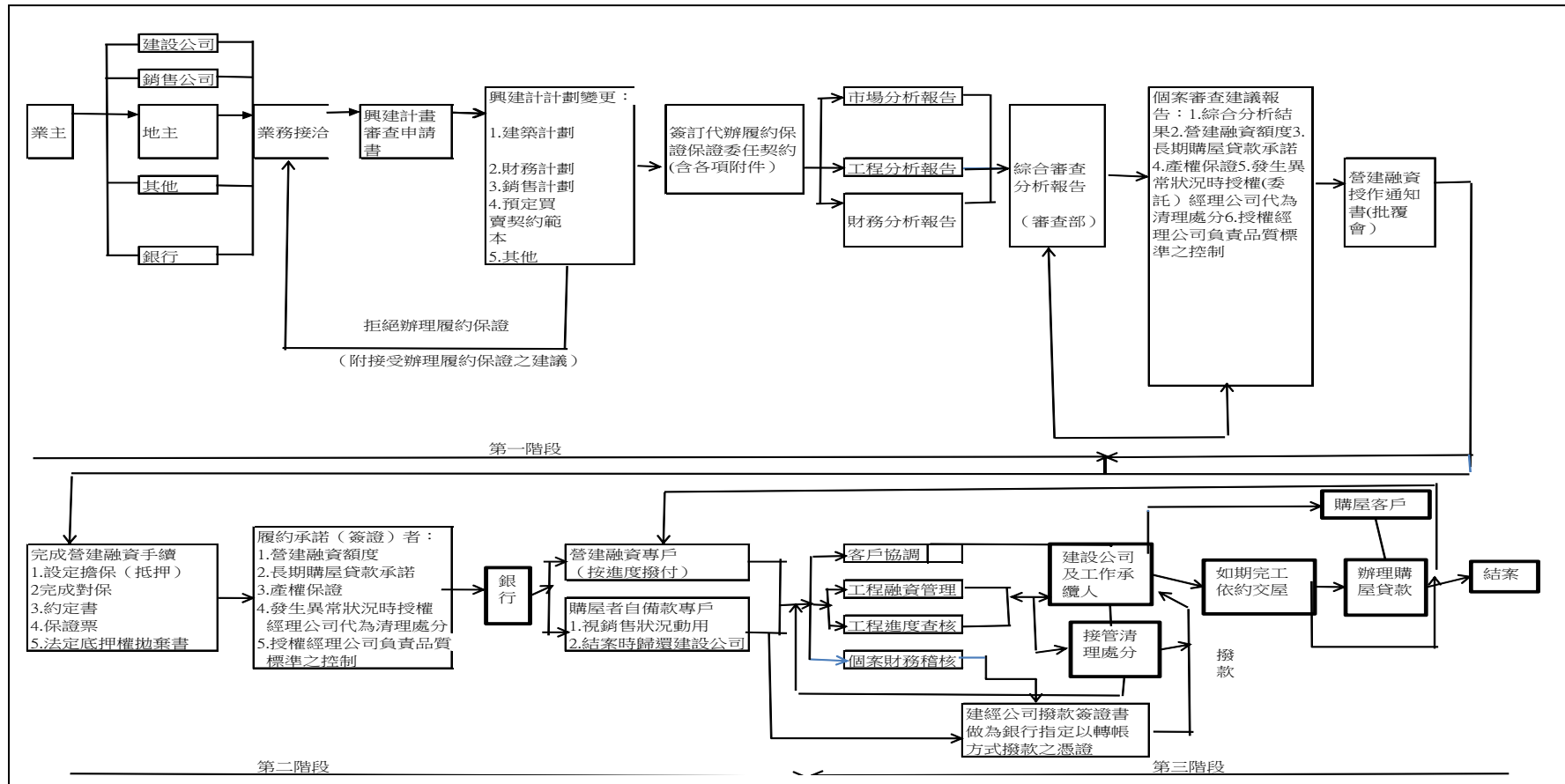
一般認為，預售屋「履約保證」最早是內政部制定「建築經理公司管理辦法」創設之法律概念。但事實上，「履約保證」之法律概念，已經在營造業之工程承攬合約沿用幾十年之久。預售屋「履約保證」之法律概念，及其保證行為之特質、保證行為內容、保證範圍，雖與民法第 739 條所定「一般保證」並不完全相同，但「履約保證」仍屬廣義保證契約之一種類型，並且原則為「有限保證」。其法律概念確實已經普遍為消費者大眾所認知，基於消費者大眾對於「履約保證」制度之信賴，因此目前連成屋之買賣慣例，亦都由建築經理公司結合各大房屋仲介公司推動成屋買賣之「履約保證」以保障買賣雙方之交易安全。其次，據媒體最近報導現行商品禮券使用限制多，又沒有「履約保證」，一旦業者倒閉就成了廢紙，因此各種商品禮券之主管機關，如經濟部主管百貨禮券，觀光局主管飯店住宿禮券、泡湯券，新聞局主管出版禮券，衛生署主管美容化妝品禮券，均已陸續公告各類禮券上應規定事項，除了足額「履約保證」之外，其他不得使用餘額及期限等限制也全部取消。因此消保會指出，今後商品禮券提供足額「履約保證」之後，消費者不必再

擔心，一旦發行禮券業者經營不善，無法提供商品服務，持有的禮券會求償無門。此外，如旅行業實施的履約保證金制度，亦是同屬此種概念下的保障機制。

四、 傳統的預售屋履約保證方式

建築經理公司創設之初，即係以履約保證為業務推動主軸，環顧建經公司管理辦法第四條之八大業務項目，綜而言之也是為達成履約保證之目的而已。完整履約保證〈參見圖一〉固可協助銀行及建商達成履行產權清楚、如期交屋、品質如約之要求，但基於「管理辦法」本身並未賦予建經公司執行履約管理的上必備權力，致使建商每遇專戶控管而卻步，銀行亦顧慮萬一中途停工，恐其他債權介入，權利不保，清理處分又曠日廢時，亦均使銀行承作意願不高。

圖一：建築經理公司辦理履約保證作業流程圖



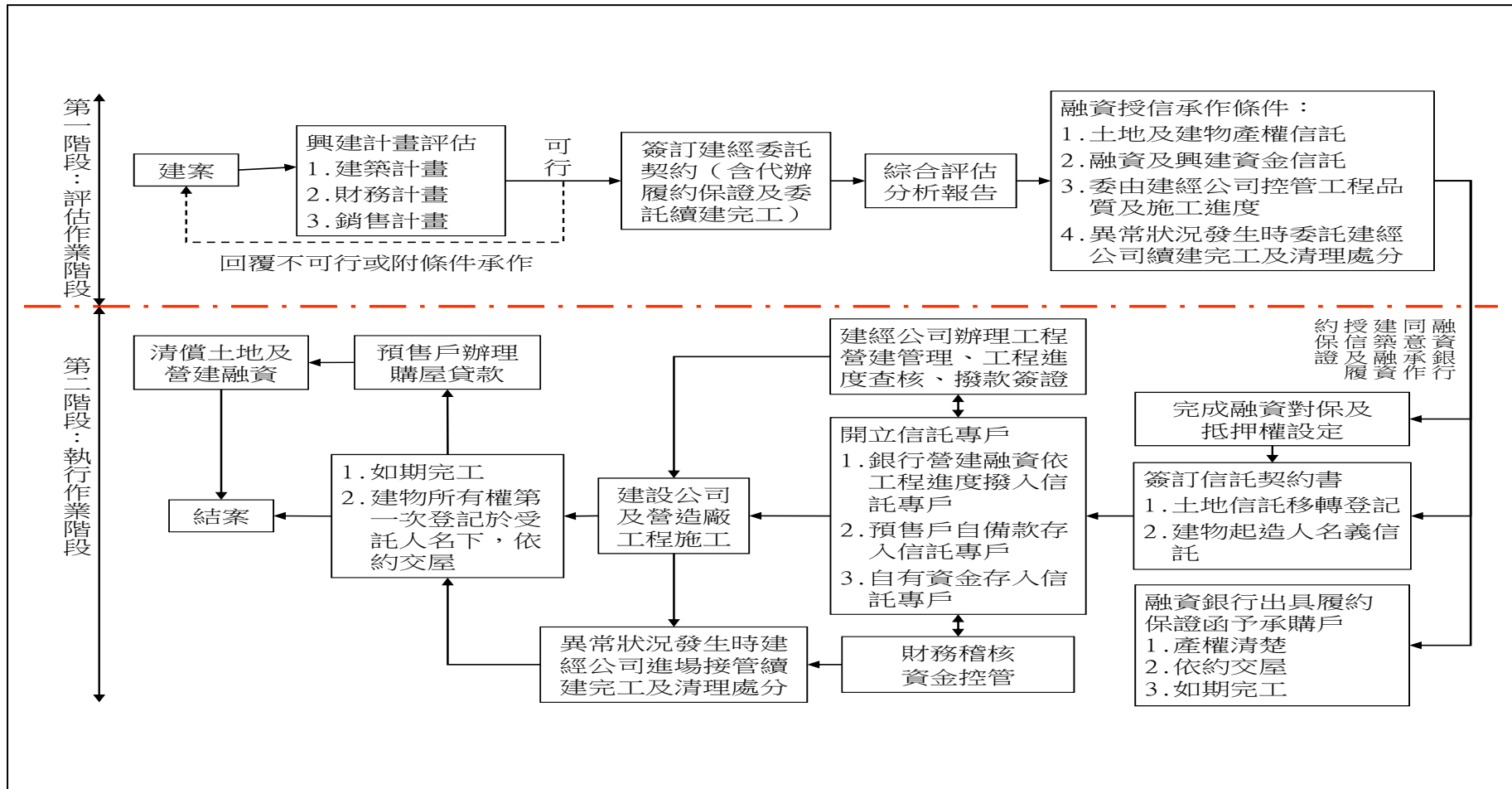
五、 結合信託的預售屋履約保證

信託法於八十五年一月二十六日公佈施行，正為建經公司提供一個充分發揮其公正、客觀、專業技術能力來協助保障預售屋交易達成完工交屋使命的大好路徑。

現今建經公司執行履約管理的無力點，係因建經公司在個案運作過程中無法掌握一些重要的元素（如土地、建物起造人），如果能掌握個案之基本元素並擁有處分權，則保障之功能即可確保。運用上述信託概念，結合建經公司當初被設計為公正、客觀、專業之第三人角色，最適由其掌握開發個案之財產權（信託移轉）以利清理處分，再由處分所得便捷且十足地確保購屋者及銀行之債權，經由續建程序達成履行完工交屋之保障責任，透過此一運作方式，當使建經公司由過去消極性的審查功能，蛻變為積極性保障消費大眾與行庫債權的實質功能。故所謂「完工交屋履約保證」即履約保證銀行向購屋客戶保證，若建商無法興建完成時，由履約保證銀行代為興建完成，交予客戶產權清楚之房屋。此種制度之設計，一般係由建商、建築經理公司、銀行共同簽訂建築經理服務契約、信託管理契約，建商於建造執照核准取得後，建商應將土地、起造人名義信託予銀行或建經公司為受託人，建商保留自行銷售房地之權利，但應於銀行設立信託專戶控管興建資金，亦即建商應將融資銀行核撥之建築融資與建商銷售該建案房地所有承購戶繳交之房地款（一般為自備款部份），以及建商自有資金，均存入信託專戶控管，興建過程中由建築經理公司負責工程進度查核、營建管理、財務稽核，隨時注意控管信託專戶資金安全水位，信託專戶之興建資金應專款專用，以確保工程順利完工交屋。倘若仍有可歸責於建商之原因而致停工達一定期間，則由銀行委由建築經理公司辦理不動產清理處分及續建完工。

（參見圖二）

圖二、建築經理公司辦理預售交易信託管理作業流程圖



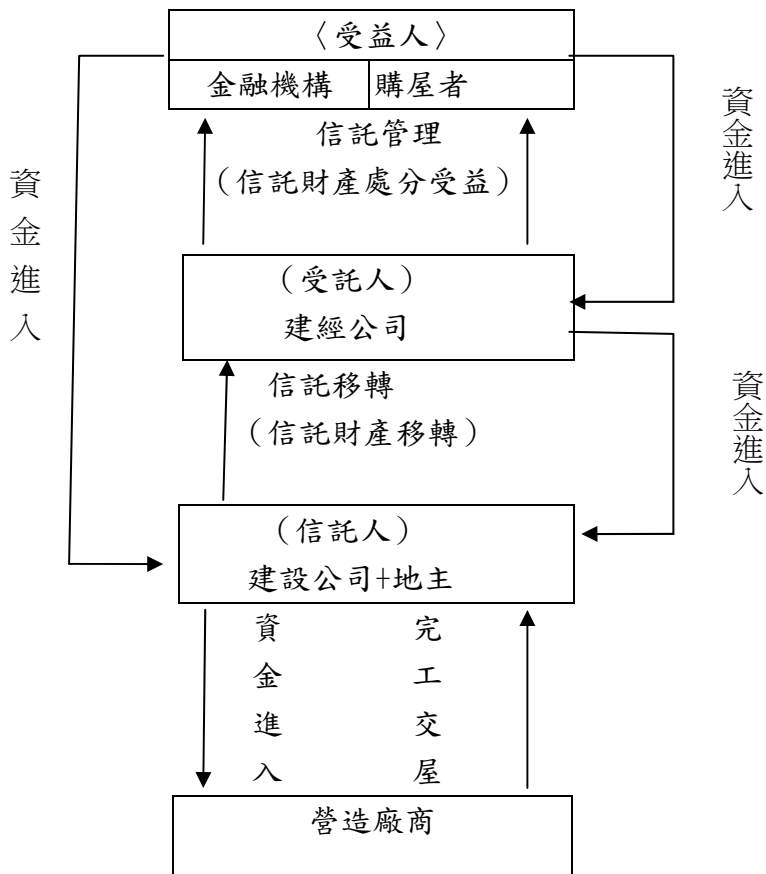
「履約保證」制度，經由建商將土地、起造人名義、興建資金交付信託管理之後，則基於「信託財產獨立性」之原則，信託財產具有與各信託當事人相互獨立之地位，實際上自應與受託人的固有財產分別管理，使其個別獨立以實現信託目的(參照信託法第9條至第12條及第24條)。此即「履約保證」與「信託」之連結方式，從而對於「履約保證」之如何做到「風險隔離」、「獨立於自有資產之外」等問題，均因前述機制之建立，自然迎刃而解。

六、 建築經理業者擔任不動產受託人之優點

藉由信託制度介入不動產交易市場，可以有前述健全穩定不動產市場之功能，然在地主、建設公司及金融機構之角色中，由建築經理業者介入成為信託之受託人，更有如下優點：

- a. 地主、建設公司及金融機構三者，均為不動產交易中之重要利害關係人，故均不適合擔任受託人，而建築經理業者乃前述三方當事人以外之第三人，較適合成為受託人角色。
- b. 建築經理業者，係具有建築營建管理之專家，由其擔任受託人角色，可由其專業之營建管理能力，有效控制營建品質及資金運用，保障委託人即地主之權益，並憑藉其公正商譽獲得各方當事人之信任，此項優點為由金融機構擔任受託人所無法辦到，蓋金融機構固可成為受託人，但因其常為營建融資債權人角色，與委託人地主之利害關係不一致，且其欠缺營建管理專業能力，無法有效控制營建品質及資金，故由建築經理業者擔任受託人較金融機構為合適。
- c. 如且建經公司出名作土地開發則其市值及價格會基於前述之優越性而提高，且以建經公司之名義出面貸款，銀行必較願出借，可解決許多資金上之問題。基於前述理由，由建築經理業者成為信託之受託人自當最為妥適，其介入不動產開發及交易之模式，略可如圖三表示。

圖三、建經業在預售制度中運用信託概念之示意圖



信託法內之主要關係人為信託人（委託人）、受託人及受益人，其財產則為信託財產，將此關係引申至預售制度而言其相關之對等關係如下：

1. 信託人—建設公司+地主
2. 受託人—建經公司
3. 受益人—金融機構、購屋者
4. 信託財產—計畫興建之土地及建物

由信託人（建設公司+地主）將信託財產（計畫興建之土地及建物）移轉於受託人（建經公司）以保障受益人之權益（金融機構與購屋者所投入之資金賦予適度保障）。

七、不能忽視起造人信託管理問題

早期在信託法公布施行之前，金融業辦理建築融資業務，惟擬建築或建築中之建物乃非既有之不動產，因尚未建築完成及辦妥保存登記，從而並無

法設定抵押權與金融業擔保其建築融資之債權。金融業為降低此種潛在性之風險，因此其融資作業必須嚴格徵信及審核，通常均在授信條件加註要求「借款人應具結承諾建築改良物建造完成辦妥所有權登記後，即無條件與建築基地合併追加設定第一順位抵押權與金融業作為借款債務之共同擔保。」倘若不幸所貸與建築融資之建商為不良業者，或者因建商財務困難以致挺而走險則仍然無法防止該建商於建築改良物建造完成及辦妥保存登記之後，違反承諾而即刻將該完成之建築物設定抵押權與其他第三人，致造成金融業所貸與之建築融資均無法完全受到清償，此種潛在性之風險，乃金融業者對於辦理建築融資業務之最大隱憂。目前一般建築經理公司，就信託契約之設計，除土地信託之外，係由委託人將興建中之建物起造人名義信託變更為受託人建築經理公司名義，至完工使用執照取得後，辦妥建物所有權第一次登記，並將建物追加設定第一順位抵押權與融資債權銀行以擔保銀行之土地及建築融資，此種信託行為之設計，主要乃在保障融資銀行之債權而基於自益信託之本質，而通常建築開發公司為保留自己開發業務之主導地位，因此雖將土地、「起造人」名義信託之後，仍然要求在信託架構上，保留自行銷售並與承購戶簽訂買賣契約之權利以及自行發包與營造業簽訂承攬合約之權利。

起造人信託既為一種產權信託的管理行為，「起造人」是否得為產權信託的標的？由信託架構保留原委託人（建築開發公司）自行發包營建工程權利，通常係因委託人先申請取得建造執照，並已發包營建工程之後，始將「起造人」名義信託變更為受託人（建經公司）之名義，因此緣故，起造人名義信託財產之內容，即為「本專案之建造執照及興建中與興建完成之建物」。從而組成之信託財產，並非在一瞬間全部完成交付予受託人，而是經由承攬廠商，陸續將興建中的完成建物移轉與受託人。信託法公布施行之後，過去實務上承認之信託讓與擔保之見解應受到相當之限制，例如銀行本身為融資之債權人，倘若為擔保自己之債權利益而與債務人（建築開發公司）成立信託關係並自任為受託人，事實上難免遭受質疑是否違

反信託法第 34 條、第 35 條所定之忠實義務？因此銀行業者應儘量避免自任為「起造人」名義信託之受託人。

基於上述之緣因，建商及合建地主在辦理信託之前，先將土地設定第一順位抵押權與融資銀行之後，即依信託契約條款約定，將建物起造人名義信託變更為建築經理公司為受託人，以控管建商無法將起造人名義再擅自變更為其他第三人名義。俟建物興建完工取得使用執照並辦妥建物所有權第一次登記之後，即向融資銀行辦理第一順位抵押權追加設定，以達成保障銀行融資債權之積極信託管理目的。若為合建，亦可由此一概機制確保合建各方之合作權益。惟一般建商其信託之目的，乃係依照融資銀行授信條件之要求，將土地及起造人名義交付信託，以保障融資銀行之債權，而建築經理公司成為受託人之後，其信託管理事務之內容，乃名正言順自產權信託管理及至建商自籌興建資金並包括承購戶所繳自備款均存入「信託專戶」作為興建工程專款專用之控管等信託管理行為。透過上述建築經理公司之產權積極信託管理，信託專戶控管興建資金及承購戶之房地自備款等信託管理設計機能，建商即得順利申貸到銀行之建築融資，營造廠亦可按工程進度請款，如此工程即得順利興建完工交屋，社會大眾承購戶之購屋權益則可期待確保，而銀行之融資債權亦可受到完全清償。

八、 建築經理制度被大陸視為寶貴的台灣經驗

建築經理制度以專業、公正第三者地位在台灣試行之經驗，以契約鑑證、履約保證、工程查核、營建管理、專戶管理、不動產評估等，化解各方疑慮，確保房地產交易過程之公正性、合法性與合理性，使預售制度自混亂中重整，屢為大陸相關機構與不動產業界譽為珍貴的台灣經驗。

在大陸預售市場方面，已由台灣的中國建築經理公司結合北京的業界合組「北京開太物業交易保證公司」，從事評估諮詢、監督管理、交易保證等業務，目前雖仍僅在試行階段，但已得到北京金融與不動產業的高度重視。

在大陸成屋市場方面，引用台灣行之有年的「付款中間人」機制（亦即

美國「ESCROW」制度)，上海正試行「第三方資金託管」，其作法是房仲業不能直接觸碰房款，一旦買賣雙方簽訂合約，資金便以設立專戶的方式，進入銀行體系，並由專責的資金管理公司進行必要之監管，俟產權過戶完成，經由房仲業確認無誤並下達指令後，購房款方能轉入賣方帳戶。

目前浙江杭州市政府並將之運用到預售資金的監管上，而發佈「杭州市商品房預售資金監管細則」，房地產開發商須在當地銀行申請開立商品房預售資金專用存款帳戶，不簽監管協議，不發預售證，資金由銀行、工程監理單位、行政部門多方監管，按工程進度申請撥付，已大致採用了專款專用、專戶管理的精神。

九、 納入定型化契約的履約保證方案

內政部導正預售屋買賣契約書之內容，使其符合誠實信用及平等互惠原則、促進公平交易、確保消費者權益，依據行政院消費者保護委員會 95 年 2 月 3 日消保督字第 0950001094 號函所附 94 年全國消費者保護業務檢討會暨消費者保護官第 22 次聯繫會報決議及內政部 95 年、96 年消費者保護方案，檢討修訂「預售屋買賣契約書範本」、「預售屋買賣定型化契約應記載及不得記載事項」，從而乃研議於修正預售屋買賣定型化契約書範本時，將「履約保證」制度納入修正條款列保障方式選項之一。而於 99 年 8 月 16 日公告修正規定中，明列「履約保證」機制，為價金返還、價金信託、同業連帶擔保、公會連帶擔保及內政部同意的履約保證方式等，99 年 12 月 29 日復公告履約保證機制補充規定，將「不動產開發信託」定為內政部同意之履約保證方式，並明定自中華民國一百年五月一日生效。

內政部並釋明「不動產開發信託」，其內容係指「由建商或起造人將建築案土地及興建資金信託予某金融機構或經政府許可之信託業者執行履約管理。興建資金應依工程進度專款專用。」

十、 保證方案無法確保履約

要確保案件履約，必須實施專業而完備的履約管理，然而什麼是「履約管理」呢？「履約管理」是建築經理業執行維護不動產交易安全的利器，亦

是政府賦予建築經理業的主要政策功能，是於不動產開發興建、清理處分或其他有關案件，受託為全部或一部之管理或處分，並辦理委託人與相關當事人之履約或爭議處理事宜，以協助該案之執行。亦即履約管理作業是運用建築經理業之專業第三者地位，對不動產合約作整體的管理，使當事人間之權利關係得以清晰並便於掌握，以避免糾紛。故而基於以下之分析，前該履約保證方案並無法確保履約：

① 金融機構（信託業）並無執行履約之能力：

鑑於目前信託業皆為銀行兼營（銀行信託部），實即亦為金融機構；再者，受託信託財產與執行履約管理，二者有所不同，履約管理之目的在協助完工交屋，其執行者所需具備的專業包含專款專用的查核（財務稽核）、工程進度查核暨營建管理、擔任建照起造人以及啟動續建機制等，以上均非金融機構（信託業）之本業所及。又以其多為個案之利害關係人，也不適合擔任受託人之角色。

② 建物起造人未予控管：

方案僅限定土地及興建資金必須交付信託，對於產權管理所賴的起造人權利並未掌控，則對於合建地主、購屋者及銀行而言，未來建物交付的風險必然增加其不確定性，無法確保交易安全。

③ 未具續建機制：

若遇工程中途面臨停工，由於起造人名義仍掌握在原建商手裡，變更起造人將產生麻煩，同時，未設定清理處分續建機制，使完工交屋成為奢望，相關當事人銀行、購屋者、建商都將會是輸家。

④ 興建資金無法依工程進度專款專用：

由於金融業未確實執行專案管理，未具工程查核與營建管理能力，財務流向亦未能掌握，專款專用存在風險，同時銀行為了自備款返還的安全，並不會同意自備款按工程進度撥用，也增加了建商財務負擔，失去原先預售籌資的經營意義。

⑤ 「不動產開發信託」保證涵意不明：

「不動產開發信託」為內政部同意的履約保證方式，但執行履約管理的要項為何？依工程進度專款專用了又如何？保證者向被保證者提供了什麼保證皆語意不明。

綜觀方案中的「價金返還之保證」與「價金信託」均屬自備款保證，自備款必將遭到凍結，而無法依工程進度專款專用。方案中「同業連帶擔保」與「公會連帶擔保」均寫明可向保證者「請求完成本建案後交屋」，實則屬完工保證類型，但不論是否有建商願為同業保證，是否有公會願為會員保證，其終究是完工保證，那又為何不能要求保證銀行做到「完成本建案後交屋」？

十一、結語

消費者購買預售屋，其目的在取得房屋而非僅為價金之返還，預售屋興建期間長，變動風險多，其主要風險在於資金被不當挪用，使得消費者所承擔的個案風險被擴大到建方的整體經營風險上，這對消費者並不公平，也因此如何專款專用，是建方提振預售屋購屋信心的首要。

現制的「預售屋履約保證」是由銀行出具履約保證書，並委由建築經理公司執行履約管理，其要項計有契約鑑證、工程與財務之專案管理等，以期達成買賣標的房屋「產權清楚」、「依約施工」、「如期完工」等購屋者權益保障之根本目標。在信託法公佈實施後，預售屋履約保證復結合信託機制，將土地、起造人、資金專戶交付信託，以確保工程順利完工，若仍有可歸責於建方之原因而致停工達一定期間，則由銀行委由建築經理公司（或其他專業公司）辦理不動產清理處分及續建，誠為當前保障預售屋交易安全較為完備的機制。

行政院消保會通過的履約保證機制分為價金返還、價金信託、同業連帶擔保、公會連帶擔保及內政部同意的履約保證方式等，由市場擇一採行。吾人認為，建商對消費者履行買賣契約，亦即主須履行完工交屋之約，因完工交屋才符合公平交易，亦唯有完工交屋方可達成交易之各相關當事人最大利益與交易目的，故完整履約保證即應為完工保證，而經由履約管理，

興建資金可依工程進度專款專用，不會造成興建資金凍結情事，對殷實的建商並無不利之影響，反而因購屋信心增加，市場發展更加健全而長遠，而銀行也因完工交屋債權得以確保，其後分戶貸款業務更可連帶獲利。

總之我們肯定政府這次實施預售屋履約保證重建預售屋交易秩序的用心，但是做對的事還需要用對的方法才可以達成目標。為不使履約保證機制淪為務虛空泛，是可建議將內政部同意的履約保證方式「不動產開發信託」充實其內涵，將信託標的擴及建物產權之管理，明確履約管理之執行，並明列續建機制以完工交屋為目標。其內容可為「由（金融機構）出具保證，將建案土地、建照起造人以及興建資金均交付信託，由（專業第三者或經由政府許可的專業機構）執行履約管理，興建資金可依工程進度專款專用，若建商因故不能繼續興建時，則辦理清理處分繼續興建至完工交屋」。

能如此，出售預售屋有了「自備款保證」的最低條件，也同時具備了「完工保證」的方式以供選擇，增進方案的完整性與理想性，也經由可行性的提升，務實地使得消費者、銀行、建商也能都成為真正贏家。