

預售屋紅單及預售屋買賣 契約轉售的問題

——在民國一一二年平均地權 條例修正後

劉 昭 辰*

要 目

- 壹、前言
- 貳、預售屋紅單
- 一、空白保留紅單
 - (一)預 約
 - (二)保留協議
 - (三)平均地權條例第47條之3第5項
 - 二、載明保留紅單
 - (一)禁止載明保留紅單
 - (二)選擇權紅單
 - (三)讓與性
 - (四)立法建議
 - 三、保留紅單的爭議問題
 - (一)公序良俗
 - (二)制度濫用
- 參、預售屋買賣契約的轉售
- 一、權利買賣和物之買賣
 - (一)預售屋尚未為第一次所有權登記
 - (二)預售屋第一次所有權登記完成
 - (三)規避行為
 - 二、預約紅單
 - 三、選擇權紅單
- 肆、轉售「紅單」及「預售屋買賣契約（權利）」的稅法效果
- (三)保留費用返還在德國的爭議
- (四)唯一的保留協議

DOI : 10.53106/199516202024110036003

* 中興大學法律專業學院教授，德國漢堡大學法學博士。

投稿日期：一一二年十月三十日；接受刊登日期：一一三年八月六日

- | | |
|-------------------------------|--------------------------|
| 一、舊特種貨物及勞務稅條例
課徵奢侈稅 | (二)違法轉售「預售屋買賣契約
(權利)」 |
| 二、所得稅法課徵房地合一稅
(一)所得稅法的立法過程 | (三)違法轉售「預售屋紅單」 |
| | 伍、結 論 |



元照出版提供 請勿公開散布

摘 要

立法院在民國一〇〇年通過並施行「特種貨物及勞務稅條例」第2條，對短期炒作不動產的交易，課以高稅率（即俗稱的「奢侈稅」）。為進一步解決不動產炒作，因此行政院在民國一一一年四月七日第3797次院會決議中，通過平均地權條例部分條文修正草案，進而在民國一一二年一月十日經立法院通過，並於民國一一二年七月一日開始施行。修法的重點，主要是聚焦於針對預售屋「紅單買賣」的禁止，及預售屋買賣契約須受核准轉讓，明顯違反自由經濟市場及制度，因此衍生不少反彈之聲。對此，本文將提出看法。

關鍵詞：紅單、預約、保留協議、平均地權條例、房地合一稅、奢侈稅、選擇權

壹、前言

在我國預售屋的買賣實務上，一旦民眾表現出強烈的購屋興趣時，就可以支付一筆5~10萬元的金錢給賣方（建商），此時賣方就會開具一紙紅色文件，以為憑據，業界稱之為「紅單」，因此此種交易型態，也可以稱之為「紅單行為」¹。但在取得紅單後，買方卻往往會立即將紅單拋售於市場，以牟取利益，結果就造成仍在建造中的預售屋，卻已經成為不動產投資客的投資牟利標的，因此被社會所詬病。

為解決預售屋成為不動產投資客的投資牟利標的，所造成的社會不佳觀感，及可能的預售屋房價炒作，立法院遂制定一系列法律，限制或是禁止相關的不動產紅單行為。只是不動產業者所慣稱的紅單，仔細觀察，卻隱含各種不同類型的可能性，故而具有不同的法律意義，但業界卻一概以「紅單」稱之，不但會引起概念及類型上的誤用，甚而更會誤會其間法律性質的差異，而做出錯誤的法律適用。也正是因為如此，立法者立法限制，甚至是禁止相關紅單行為，在法律理論上，是否妥當？是否可以實現立法目的？都必須有賴對不動產實務界的「紅單行為」，做類型及法律性質的分析。一旦立法者不明不同的「紅單行為」所代表的不同法律性質及意義，就率而一概限制或是禁止「紅單行為」，不免就會發生法律理論上的爭議，甚而會引起不動產業界的反彈。

故以下本文，首先即針對我國不動產實務上常見，但也最難以被理解，甚而被誤解的數個「紅單行為」類型為說明，並進一步分析立法限制，甚至禁止此等「紅單行為」，是否具備妥當性。

¹ 但不動產實務界卻稱之為「紅單買賣」，參閱最高法院107年台上字第2327號判決所載之事實。惟此一稱呼，極容易被誤解，因為由字義上瞭解，所謂「紅單買賣」，應指已經取得紅單之人，將紅單繼續出售給第三人的「紅單轉售行為」。「紅單買賣」字義上，難以被理解係指預售屋買受人由建商出賣人處，第一次取得紅單的「開單行為」。

貳、預售屋紅單

一、空白保留紅單

在我國不動產預售屋市場上，常見的是，潛在預售屋買受人即使有購屋意願，但卻因為各種原因，例如始終無法決定所需房屋的坪數大小，或是仍無法確認銀行貸款是否可以順利談成，或是貸款成數仍不確定，致使潛在預售屋買受人陷入思考，而無法立即決定購買，但又怕在此期間，預售屋出賣人（建商）會出售預售屋給第三人，因此雙方就會簽訂一紙紅單²。預售屋出賣人（建商）在紅單中，表示願意等待潛在買受人做最後的決定，在此期間內，出賣人承諾不會再和第三人議約或是出售預售屋給第三人。也因為潛在預售屋買受人尚無法決定所需的預售屋樓層、坪數及貸款成數，因此買賣雙方就不會在紅單上寫明價金，也不會載明出售的房屋樓層，而是直到正式締約時，雙方才會進一步就樓層及價金進行商議及確定，並正式簽訂預售屋買賣契約，業界稱之為「換約」。

一旦買受人經過思考而放棄締約（換約），或是雙方因故無法完成締約（換約），例如買方不滿意賣方所提供的樓層，或是價金始終無法取得共識，此時買方仍可以憑紅單，全額取回之前所支付的金錢（業界稱之為「退訂」）。換言之，買賣雙方並無締約義務。此種不會在紅單上寫明價金，也不會載明出售房屋樓層，更不具締約拘束力的紅單，法律性質究竟為何？分析如下：

² 更甚者，買受人之前已經買了預售屋，但之後卻又喜歡上其他新建案，而計畫將原先的預售屋出售，以換購新建案。惟根據新修正的平均地權條例第47條之4第1項規定，預售屋買賣契約（權利）的出售讓與，必須得到主管機關的核准。但在等待主管機關核准期間，預售屋買受人又怕新建案被出售，以致兩頭落空，因此就會和新建案出賣人（建商），簽訂紅單，新建案出賣人承諾在一定期間內，不會再和第三人商談出售事宜，而給予買受人有時間思考、等待是否決定購買新建案預售屋。

(一) 預 約

預約是一種具有拘束力的契約，係以將來訂立本約為內容³。常用在買受人雖然已經下定決心購買某一預售屋標的，但卻基於某些因素，而無法立即簽訂買賣主契約，例如銀行貸款尚未核准，因此雙方當事人就會先訂立預約，以確保買賣將來的順利完成，更可以避免出賣人將預售屋出售給第三人。此時按我國不動產交易習慣，預約賣方仍會交付給預約買方一只紅色文件，以為憑證，本文姑且稱之為「預約紅單」。因為預約紅單具有將來締約的拘束力，所以如有一方拒絕締約，都必負起債務不履行的損害賠償責任。

依此，則上述本文所描述的我國不動產實務界所慣行的紅單，因不具締約的拘束力，所以明顯就不會是一種預售屋買賣的預約性質，因此就不會是一種「預約紅單」⁴。此外，既然預約具有締結主契約的拘束力，因此拒絕締約的一方當事人就必須負起（履行利益）損害賠償責任，因此預約雙方往往就會在預約中，明訂一旦當事人拒絕訂立主契約而執意解除預約時，必須負起損害賠償責任，即所謂「解約金」條款。而上述我國不動產實務界的紅單，在換約（締約）不成的情況下，出賣人卻只須退還買受人所支付的金錢，或是買受人仍可以全額取回所支付的金錢，明白宣示雙方當事人都無締約義務及損害賠償責任，因此合理的解釋，上述本文所描述的我國不動產實務界所慣行的紅單，當事人所支付的金錢，就不會是一種具有賠償性質的「解

³ 孫森焱，民法債編總論（上冊），修訂版，2020年4月，頁45；黃立，民法總則，修正3版，2005年9月，頁272。

⁴ 但我國不動產實務界，往往無法區別二者，而混為一談，將本文所描述的不具締約拘束力的「空白保留紅單」，亦稱之為「預約（紅單）」，易造成概念混淆及法律效果適用上的困擾，參閱李基勝，預售屋登記之法制問題研析，全國律師，第22卷第9期，2018年9月，頁55以下；林旺根，談預售屋禁止轉售問題，月旦會計實務研究，第52期，2022年4月，頁44以下。並參閱林旺根所援引的行政院消費者保護委員會99年12月27日消保法第0990012420函檢附之會議紀錄，及公平交易委員會103年3月11日公服字第1031260285號函，都有概念混淆之虞。

約金」⁵，可見此種紅單就不會是一種具有締約拘束力的預約性質。

此外，上述本文所描述的我國不動產實務界所慣行的紅單，因並未載明買賣標的物客體及價金，此點也不符合預約的目的及功能。因為既然預約是對將來締結主契約的提前合意，且具有締約的拘束力，因此也就必須對將來主契約的內容有所確定，而只等待最後主契約的簽訂而已。因此未載明交易客體及價金的紅單，就不應被認為是一種預約。當然，就法律理論而言⁶，契約內容尚未確定，並不必然就會否定契約的成立，只要將來可得確定者，亦不妨礙契約的成立。因此似乎就不排除雖未在紅單中載明交易客體及價金，但如果雙方可以在訂立主契約時，再做進一步商議，以確定買賣契約內容，則未記載標的物及價金的紅單法律性質，似乎也可能是一種預約。但如此的論點，在法律實務上，並不切實際。因為預約具備訂立主契約的拘束力，如果認為主契約內容可以直到主契約訂立階段，再為商議確認，一旦雙方當事人對主契約內容始終無法達成協議，例如買方對賣方所提供的樓層，始終不滿意，陷入締約窘境，將如何解決？結果將不符合預約具備訂立主契約拘束力的本質。故我國不動產實務上，未載明預售屋客體及價金的紅單，並不是一種預約性質，所以也不宜稱之為「預約（紅）單」⁷。

(二)保留協議

1. 功能

在買賣的過程中，買受人有可能無法立即簽訂買賣契約，但又擔心出賣人會將標的物出售給第三人，此時買受人可以和出賣人訂立買賣預約，以確保出賣人不會將標的物出售給第三人。但是因為「預約」具有訂立主契約的拘束力，因此可能不適用於一些仍無法下定決

⁵ 參閱孫森焱，違約金與解約金，法令月刊，第47卷第12期，1996年12月，頁3。

⁶ 黃立，前揭註3，頁317。

⁷ 例如臺灣高等法院109年上更一字第19號民事判決就非常清楚地區辨「訂購（紅）單」和「訂購預約（紅）單」的不同。

心的買受人。為避免出賣人在買受人思考期間，將物品出售給第三人，此時買賣雙方有第二種選擇，可以考慮訂立「保留協議」。所謂「保留協議」，係基於契約自由所發展的一種契約型態，不乏常見於各行各業⁸，乃源自於因為買方無法立即決定是否訂立買賣契約，但卻又怕賣方會將標的物出售給第三人，因此買方就和賣方協議，在一定期限內，出賣人將標的物保留給潛在買受人，出賣人承諾在此期間，不會將標的物出售給第三人，以使潛在買受人可以安心思考。為取得如此的承諾，往往潛在買受人必須交付一定金錢（所謂「保留費用」）給出賣人。在保留協議中，不僅潛在買受人不負將來締約的義務，即使是出賣人也只是承諾在一定期限內，不和第三人締約，但卻並未向潛在買受人承諾負有法律上的締約義務。換言之，協議保留的契約目的，不同於「預約」，並不是在約定出賣人負有「締約」的作為義務，而是約定不能將標的物出售給第三人的不作為義務，以確保潛在買受人有足夠的思考時間。

「保留協議」功能是在促進日後的締約可能性，因此「保留協議」既可以針對已確定的標的物及價金，當然不排除也可以針對雖然尚未確定，但卻可得確定的標的物及價金，訂立保留協議，以利日後繼續議約及完成締約的可能。按此理解，本文以為，我國不動產業界的未記載特定預售屋買賣標的物及價金的「紅單」，而僅同意和潛在買受人就社區中的某一不特定樓層戶，進行日後不具拘束力的買賣議約，因此適當的解釋，就應認為是一種「保留協議」。意謂：出賣人並未記載某一特定不動產，而僅同意保留社區中的不特定一戶，不出售給第三人，以作為日後和潛在買受人議約之用，本文姑且將稱之為「空白保留紅單」。

⁸ 例如客人跟餐廳約定座位的保留。餐廳僅是保留座位，但和客人仍未訂立餐飲契約，當然餐廳也無和客人締約的義務。此外，高鐵運送契約的「標準車廂」和「自由座」所區別者，也是在座位的保留與否。

2. 保留協議和締約權（或是議約權）

如上所述，本文以為，我國不動產買賣實務界所慣行的「空白保留紅單」，其實本質上是一種保留協議，而既然保留協議的當事人並不負締約的義務，當然也就沒有請求訂立契約的權利，但卻為我國不動產買賣實務界所不察，甚而誤解「空白保留紅單」的本質是一種「締約權」（或「購買權」）的約定⁹。對此誤解，本文說明如下：

蓋就文義及概念上的理解，「締約權」（或「購買權」）應係指當事人一方可以請求另一方締結契約的權利，是一種請求權。而既然是一種請求締約的權利，因此就具有請求締約的拘束力與強制力，例如「預約紅單」所產生的請求締約的拘束效力，就是一種「締約權」（或「購買權」）的約定。但空白保留紅單的雙方當事人，卻欠缺請求締約的權利及義務，所以就不會是一種「締約權」（或「購買權」）的約定。同樣，不具締約拘束力的保留協議，也不會是一種「優先締約權」（或「優先購買權」）的約定，蓋所謂「優先締約權」（或「優先購買權」），係指一方有權利在他方向第三人為要約時，用相同條件締約的權利¹⁰，但如同上述，出賣人在空白保留紅單中，只是承諾在一定期間內，不會將不動產物件出售給第三人而已。換言之，不論第三人提出如何的條件，意謂：即使第三人提出潛在買受人所無法負擔的極優渥條件，出賣人都不能違反保留協議的承諾，而將不動產物件出售給第三人。依此，保留協議也不會是一種「優先締約權」（或「優先購買權」）的約定。

此外，「保留協議」也不是一種「議約權」的約定，因為只要預售屋出賣人無締約義務，潛在買受人所取得的「議約權」，就無實益可言。當然「保留協議」也不會是一種「優先議約權」的約定，因為如果認為保留協議是一種「優先議約權」的約定，意謂出賣人在簽訂

⁹ 參閱前揭註4。

¹⁰ 謝哲勝，論優先購買權，國立中正大學法學集刊，第1期，1998年7月，頁143。

保留協議後，即使在同一條件下，有和其他第三人議約的事實，但卻仍無簽約出售的事實，此時出賣人卻仍必須負起債務不履行責任，就買賣雙方利益保障及衡量觀之，並不合理。總之，「議約」、「締約」利益無法被分割，因此本文以為，「保留協議」中，出賣人既無締約義務，亦無議約的義務，所以就不是一種「締約權」或是「議約權」的約定，更遑論是「優先締約權」或是「優先議約權」的約定。

3. 締約的信賴保護

綜上所述，可知保留協議係出賣人承諾將標的物，保留給潛在買受人，使得潛在買受人可以信賴在一定期限內，自己有成功締約的機會，是一種對潛在買受人締約可能性的信賴保護制度。因此當出賣人具備正當化理由而終止議約，故而不使潛在買受人的締約機會信賴受損，例如潛在買受人一再無端挑剔或是一再無故墊高議約條件，致使契約的議成，屢屢受到阻礙，此時出賣人即具備正當理由，可以終止議約，而無須對潛在買受人負起賠償責任。

反之，如果出賣人欠缺正當化理由而終止議約，故而致使潛在買受人的締約可能性信賴受損，但因保留協議並不具締約拘束力，所以出賣人不須對潛在買受人負起締約不成的「履行利益損害」賠償責任，而是必須對潛在買受人負起因締約不成所受的「信賴利益損害」，負起賠償責任。例如在一般情況下，出賣人可以在眾多詢問不動產出售情況的潛在買受人中，自由決定出售給任何人，而且基於合理當然的想像，出賣人通常自然是會選擇出售給出價最高的潛在買受人，自屬正當。正是基於如此極容易可以被一般人所合理想像的情況：「出賣人會將標的物出售給出價最高之人」，因此當其中之一的潛在買受人，為求締約機會的保留，而和出賣人訂立「保留協議」，而出賣人也承諾願意保留締約機會給潛在買受人，基於合理的解釋，即使在欠缺明示約定下，此一保留協議當然涵蓋，「在一定期間內，出賣人承諾不會將標的物出售給出價最高的第三人」。因此如果事後出賣人將標的物出售給其他出價最高之人，並因而終止「保留協議」的議約，即屬不當違反保留協議，而必須對保留協議的潛在買受人負

起信賴利益損害賠償責任¹¹。換言之，一旦出賣人和潛在買受人訂立「保留協議」後，就不能再主張「出售給議價最高之人，乃自由經濟追逐利益下的必然」，也不能主張「債之平等性」，故出售給出價最高之人，實具備正當化理由，而拒絕對保留協議的潛在買受人負起信賴利益損害賠償責任，否則將使「保留協議」的訂立失去最重要的意義，因為如果「保留協議」的信賴保護，並未涵蓋最常見且完全符合一般人合理想像的「出賣人會將標的物出售給出價最高之人」的情況，則保留協議的訂立，不啻多餘？！保留協議所標榜的締約機會信賴保護，將流於空談。

(三)平均地權條例第47條之3第5項

1. 禁止空白保留紅單

我國不動產實務界長久以來，慣於採行「空白保留紅單」，以促進日後不動產預售屋交易的順利進行。問題是，現行平均地權條例第47條之3第5項卻規定：「銷售預售屋或委託不動產經紀業代銷者，向買受人收受定金或類似名目之金額，應以書面契據確立買賣標的物及價金等事項，並不得約定保留出售、保留簽訂買賣契約之權利或其他不利於買受人之事項」。本條項明顯係針對不具締約拘束力的「空白保留紅單」，立法者要求今後預售屋紅單，必須明確地載明買賣標的物及價金等事項，並且不得標榜（出賣人）無締約義務，意謂立法者禁止業者訂立空白保留紅單所標榜的空白保留協議。

¹¹ 或許有論者會認為，出賣人違反保留協議而將標的物出售給出價最高之人，出賣人因而獲得利益，但卻僅須對潛在買受人負起信賴利益賠償責任，結果將使得出賣人勇於違反保留協議，而潛在買受人也僅回到原點，似乎對潛在買受人的保護不足。但因「保留協議」不具締約拘束力，而僅是一種締約機會的信賴保護制度，因此潛在買受人僅能請求信賴利益賠償，是信賴保護制度必然的結果。如果潛在買受人想取得履行利益的賠償及保護，並進而約束並嚇阻出賣人，不將標的物出售給第三人以擷取利益，則潛在買受人就不應訂立「保留協議」，而是應選擇和出賣人訂立具有締約拘束力的「預約（紅單）」或是「選擇權（紅單）」才是，但同時潛在買受人也必須付出一定的相對應代價。參閱上述貳、一、(-)及下述貳、二、(二)。

檢視立法者禁止空白保留紅單的理由，有可能是認為空白保留紅單並未明確約定所保留的不動產物件及價金，故有違契約標的明確原則。惟必須說明的是，不動產實務上的空白保留紅單，對於標的物並非是完全未記載，而僅是就不特定的不動產標的為約定而已，例如建商在紅單中，約定保留社區的不特定一戶給潛在買受人¹²。至於最後雙方協議的標的，自然可以在日後的議約商議時，可得確定。所以就法律理論而言，尚難認定空白保留紅單所標榜的保留協議，會因為協議標的不確定而無效，故為法律所禁止。

2. 空白保留紅單的效力

若再進一步就立法理由觀之，平均地權條例立法者禁止空白保留紅單，並有罰則（參照平均地權條例第81條之2第6項第1款），其正當化理由應是出自避免不動產炒作之考量。有問題的是，違反平均地權條例第81條之2第6項第1款的強制規定，而開立的「空白保留紅單（協議）」，效力如何？不無疑問。該問題首先應取決於立法者意思，而必須探究立法者究竟是將平均地權條例第81條之2第6項第1款的強制規定，僅有意規範成行政法上的秩序規範（取締規定），抑或也有意規範成一種效力規定？在欠缺立法者明確的說明下，只能就該強制規定的立法目的性做進一步的解釋。對此，本文採後者意見，因為平均地權條例的罰則，不但是對空白保留紅單擾亂不動產市場的行政處罰，但同時也展現立法者對空白保留紅單的態度：立法者極度不認可空白保留紅單制度的存在。依此，自也應認為違法的空白保留紅單，係屬無效（參照民法第71條），才符合立法者的非價判斷。再者，如果認為相關平均地權條例僅是行政秩序罰規範（取締規定），而並不妨礙空白保留紅單在民法上的效力，結果將無法體現立法者禁止不動產炒作獲利的立法目的。

¹² 吾人可以試想：「空白保留」也普遍存在於各行各業。例如餐廳保留不特定的座位給顧客，或是台鐵保留不特定座位，供乘客現場訂購（現場保留位）。

3. 限制契約自由的疑慮

惟本文以為，空白保留紅單所彰顯的「保留協議」，是否會如同立法者所憂慮，造成不動產預售屋炒作，不無疑問。蓋「保留協議」目的是為仍在猶豫而無法決定立即締約的當事人所設想，給予當事人仍有充裕的時間考量，使得買賣雙方仍可以繼續保持接觸，而不至於立即中斷議約，用以提高交易日後順利完成的可能性。該制度自始就不是用來抬高商品價格，以為炒作。況且，雙方當事人訂立空白保留紅單時，標的物及價金仍未確定，最終的不動產價格，仍有待最後保留紅單持有人和建商，根據市場上的供需，經由商議而決定，因此單是在空白保留紅單的開立階段，是無從影響不動產價格，當然也就無所謂炒作不動產之虞。

就經濟理論而言，物品價格由市場供需決定，有人因物品價格的上漲而獲利，自為法律秩序所許，而不能加以禁止。換言之，基於自由經濟市場機制所造成的物價上漲，並非就具備法律非難及禁止的正當性。而所謂法律所不允許的不動產炒作，重點不應是在非難不動產價格的上漲，而是非難有人利用法律所不許的擾亂自由經濟市場手段，進行牟利。換言之，禁止不動產炒作應是著重於手段的非難性，而不是不動產價格的上漲結果，此亦為新修正的平均地權條例第47條之5所明確強調。根據該條規定，任何人不得有下列各款之行為：「一、以電子通訊、網際網路、說明會或其他傳播方式散布不實資訊，影響不動產交易價格。二、與他人通謀或為虛偽交易，營造不動產交易活絡之表象。三、自行、以他人名義或集結多數人違規銷售、連續買入或加價轉售不動產，影響市場秩序或壟斷轉售牟利。四、從事其他影響不動產交易價格或秩序之操縱行為」。如此，則空白保留紅單所標榜的「保留協議」，因為本質上是用以提高議約的可能性，從無擾亂不動產自由交易秩序的目的，更不是自始就是用來炒作不動產的手段，當然就不具備不動產炒作的功能及非難性，實不見有立法禁止的正當性。

惟基於生活的多樣性，確實不排除會有人以擾亂自由經濟市場的

手段，利用原本正常的交易制度而牟利，此種行為即屬炒作，法律始具備正當性加以禁止。例如預售屋出賣人以虛偽的空白保留紅單，營造市場需求假象（假性需求），造成市場搶購，進而促使房價堆疊高漲，此時出賣人就違反新修正平均地權條例第47條之5相關規定，為法律所禁止。反之，一般正常的空白保留紅單，就是一種正常的市場交易制度，立法者實無禁止之理，否則就是違反契約自由，不當干涉自由經濟市場，自會引起法律價值判斷妥當性的疑慮及爭議。

4. 讓與性

綜上所述，本文以為，即使是以避免不動產炒作為由，立法者實也無須禁止空白保留紅單在不動產市場上的存在。但有疑問者，空白保留紅單可否讓與？蓋空白保留紅單係出賣人透過承諾保留預售屋，以吸引買受人不放棄日後議約的可能，藉此建立當事人間的彼此互信。因此一旦出賣人不具正當理由，而將預售屋出售給第三人，導致買受人的締約信賴可能性落空，出賣人就必須對買受人負起信賴利益的損害賠償責任。由此可知，「空白保留紅單」（保留協議）係一種針對當事人在締約接觸階段的信賴保護協議，因此只有事實上締約接觸的當事人，才有締約信賴保護的必要性及意義性，兩者具備從屬性關係。意謂：無事實上締約接觸的當事人，就無締約信賴保護的必要。

但即使在從屬性的觀察下，第三人也不能主張因受讓前手的「締約權」或是「議約權」，而基於從屬性，一併受讓保留協議，蓋因保留協議並不存在「締約權」或是「議約權」可言，當然也就無所謂存在可以讓與的「權利」客體可言。此外，因為「事實」無得讓與，因此第三人也無法主張受讓前手的「締約接觸事實」，並一併「受讓」「保留協議」的信賴保護。另一方面，就「從屬性」的法律理論觀之，一旦前手再無締約意願，前手的締約信賴就無從存在，前手自也無從再將締約信賴保護協議（保留協議），讓與給第三人，否則就會發生，即使後手尚未和出賣人有任何的締約接觸事實，但卻可以享有出賣人的締約信賴保護，並不符合從屬性。

由上述保留協議的「從屬性」可知，一旦前手再無締約意願，而將保留協議讓與給後手，保留協議就應消滅，而不具備讓與性。因此即使出賣人（事後）願意和後手繼續議約，而有締約接觸事實，解釋上，也應該認為是雙方當事人係就新的締約接觸事實，成立新的信賴保護協議，而不是主張係繼受讓前手的締約信賴保護協議才是。換言之，保留協議是對締約接觸階段的信賴保護約定，故而附隨在締約接觸事實之上，基於締約接觸事實的個別性及獨立性，不同的締約接觸事實，自應產生各自不同的締約信賴保護協議，而不是受讓他人的保留協議。意即：保留協議是一種從屬於特定締約接觸事實的信賴保護，而專屬於特定當事人，故不具備讓與性¹³，而不得讓與給第三人¹⁴。

最後，也因為空白保留紅單不具締約的拘束力，因此即使持有紅單，也有締約不成的風險，故一般合理人是不會去購買一張具有締約風險的空白保留紅單。或是吾人可以輕易試想：第三人只要提出足以誘人的條件，直接去找預售屋出賣人商議締約即可，何須去買受沒有締約拘束力的空白保留紅單？總之，空白保留紅單明顯欠缺買賣的實益，而難以成為交易實務上的客體。

5. 事實上的牟利

總之，空白保留紅單不具讓與性與買賣實益性，因此就不具有藉此牟利的空間。但不可否認，在平均地權條例尚未禁止空白保留紅單的存在及讓與前，我國不動產實務界，確實有不少投資客藉由空白保留紅單，轉售牟利¹⁵。何以致之？

(1) 法律層面

公寓大廈管理條例第58條第1項規定：「公寓大廈起造人或建築

¹³ 相同意見：臺灣高等法院109年上更一字第19號民事判決。

¹⁴ 此可由我國不動產實務界尚有「第一、第二優先議約」制度的存在，更為清楚。因為如果同意「第一優先議約」的潛在買受人，可以任意讓與給第三人，則「第二優先議約」制度就顯得諷刺而無意義。

¹⁵ 包括投資客也會藉由「載明保留紅單」，轉售牟利。參閱下述貳、二、(三)。

業者，非經領得建造執照，不得辦理銷售」，按此規定，即使公寓大廈（預售屋）的買賣雙方都有意在預售屋潛銷期（尚未領得建照時），成立有效的「預約」或是「買賣契約」，並立即轉售牟利，但礙於規定，卻無法為之¹⁶。因此我國不動產實務界的買賣雙方，遂在預售屋的潛銷時期，透過訂立不具締約拘束力的保留紅單（保留協議），並立即轉售保留紅單牟利。而且因為建照尚未核准，所以建物規格及價格，都無法確定，因此我國不動產實務界遂衍生出特有的「空白保留紅單」。由此可知，我國不動產實務界其實是利用「空白保留紅單」，代替「預約」和「買賣契約」，以規避公寓大廈管理條例第58條第1項。買賣雙方都想在不動產潛銷期，一開始就搶得獲利先機¹⁷。

(2) 實務層面

法律理論上，空白保留紅單無從讓與，亦無牟利的空間。但此乃法律應為規範層面的討論（應為面），但在我國不動產買賣的實際面（實為面），卻不是如此。如上所述，既然不動產市場的空白保留紅單，是在替代「預約」或是「買賣契約」，因此預售屋賣方（建商）也非常有默契地，承認空白保留紅單的轉讓結果，而願意接受最終紅單持有人（受讓人）的議約。惟法律理論上，空白保留紅單無從讓與，因此即使買受空白保留紅單的第三人，爾後持該紅單和不動產出賣人（建商）議約，也是純然出自於不動產出賣人（建商）的自願重新議約使然，而絕非是繼受紅單前手締約地位之故。總之，即使法律理論應為面上，任何第三人都無須買受空白保留紅單，就可以提出誘人的條件，直接去找預售屋出賣人（建商）商議締約，但是在實際面

¹⁶ 參照內政部內授營建管字第1090822830號函：「預售屋倘若尚未取得建造執照前，不動產業者即與消費者簽訂購屋預約單並收取定金，以取得將來建照核發後公開銷售之優先議價權或優先購買權，即屬違反公寓大廈管理條例第58條第1項規定」。

¹⁷ 在長久的實務歷史淵源操作下，造成我國不動產實務界，即使在預售屋的正式銷售期間，仍習慣訂立（空白）保留紅單，並進而轉售牟利。

上，往往建商都不會接受第三人的議約，以維護商譽。

(3)立法建議

法律理論上，空白保留紅單不具讓與牟利性。相反地，具有締約拘束力的「預約」或是「買賣契約」，才是真正具有轉讓牟利性質。但如上所述，我國不動產實務界之所以會利用不具讓與性的空白保留紅單，讓與牟利，或是說：投資客利用不具讓與性的空白保留紅單，代替真正具有讓與牟利性的「預約」或是「買賣契約」，造成法律制度的濫用及不動產市場的混亂，原因實濫觴於公寓大廈管理條例第58條第1項規定之故。

公寓大廈管理條例第58條第1項的立法理由，應是立法者鑑於既然建物都尚未領得建照執照，如今建商可以開始銷售，將極度不利於消費者權益。但如此的立法考量並非必然。首先，令本文質疑的是，如果建商係建造透天厝，何以就無公寓大廈管理條例的潛銷期限制？其次，在標的明確性的契約理論要求下，只要標的可得確定，即可以有效成立契約。如是，即使是在潛銷期，不排除買賣雙方當事人，仍可以透過建築設計藍圖的格局規劃，而確定所欲購買不動產規格，也可依此而商定價金，進而成立預約或是買賣契約¹⁸。

因此，本文建議，應刪除公寓大廈管理條例第58條第1項¹⁹。使得建商和買受人，即使是在潛銷期也可以有效成立「預約」或是「買賣契約」，並轉售牟利，而不是透過轉售「空白保留紅單」牟利，造成法律制度的濫用及混亂，徒增市場困擾。一旦將空白保留紅單導入制

¹⁸ 但如果之後所核准的建照不符合最初藍圖，則出賣人必須負起應有的物之瑕疵擔保責任，自不待言。但必須強調的是，即使是根據建照規格而訂立預售屋買賣契約，但仍有可能發生最後完工的建物不符合建照規格。換言之，相較於成屋的買賣，預售屋交易本就具備風險性。

¹⁹ 只要不刪除公寓大廈管理條例第58條第1項，即使現行平均地權條例禁止空白保留紅單，但在利之所趨下，內政部曾稽查21個預售屋建案，卻發現仍有17個（潛銷期）違法開立紅單。參閱：<https://www.businesstoday.com.tw/article/category/80404/post/202012030026/>，造訪日期：2023年6月25日。

度正軌，發揮保留協議的不可讓與性效力²⁰，如此，預售屋出賣人（建商）就具備正當理由，可以義正嚴詞的拒絕和保留紅單的受讓人議約，並安心地和第三人議約。

但畢竟不動產標的價值巨大，而且買賣尚未建成的預售屋，特別是連建照都尚未取得的預售屋，確實存在風險。因此在刪除公寓大廈管理條例第58條第1項之後，本文建議應同時施行民法第166條之1：「契約以負擔不動產物權之移轉、設定或變更之義務為標的者，應由公證人作成公證書」，規範不動產的買賣契約（或是預約），須受公證人的公證為必要。公證人在（潛銷期）公證買賣契約（或是預約）時，應善盡諮詢及說明義務（參照公證法第71條），以保護消費者權益。

二、載明保留紅單

紅單的另一種類型，即是買賣雙方在紅單上確定所欲交易的不動產標的物及價金。不同於未記載特定標的物及價金的紅單，既然買賣雙方當事人已經在紅單上載明標的物及價金，故就沒有繼續商議契約標的物及價金的必要性，而可以直接締約，因此不排除此種載明標的物及價金的紅單，法律性質有可能是一種預約（紅單）。至於此種載明標的物及價金的紅單的法律性質，究竟是「預約」或是「保留協議」²¹，取決當事人的真意，解釋標準在於：預約對當事人有締約的拘束力，而「保留協議」對雙方當事人卻無締約的拘束力，後者本文姑且稱之為「載明保留紅單」。

²⁰ 有業界專家表示，建議紅單採實名制，以抑制紅單炒作。其實該意見就是在體現保留紅單的不可讓與性。參閱<https://www.businesstoday.com.tw/article/category/80404/post/202012030026/>，造訪日期：2023年6月25日。

²¹ 雖然紅單對買賣標的物及價金，都已經明確記載，但不排除買賣雙方仍有必要就其他事項，繼續加以商議，例如頭期款的給付數額，或是房貸條件等等。且紅單所標示的價金，僅是議約的基礎，而不具拘束力，所以甚至不排除當房價近來因建材原料上漲，而有所波動時，雙方也仍可以就價金再為商議，因此此種載明標的物及價金的紅單仍有可能是一種不具締約拘束力的「保留協議」。

(一)禁止載明保留紅單

我國不動產買賣實務，不但常見空白保留協議（紅單），亦常見載明保留協議（紅單）。惟現行平均地權條例第47條之3第5項，強制預售屋出賣人不能在紅單中，約定保留出售、保留簽訂買賣契約之權利。換言之，紅單的預售屋出賣人負有締約的義務。立法者強制紅單的預售屋出賣人負有締約義務，意謂：平均地權條例第47條之3第5項，禁止「載明保留紅單」²²。換言之，立法者不承認載明保留紅單（協議）的存在。如此的規定，明顯違反契約自由，必須具備正當化理由。可見的正當化理由，仍是在於避免不動產炒作。只是不論是空白或是載明保留紅單，都是一種保留協議，本質上都不是炒作不動產的制度，已如上述。故以避免不動產炒作為由，禁止市場開立載明保留紅單，不具說服力，且會引起法律爭議及不動產業界的質疑反彈。

(二)選擇權紅單照出版提供 請勿公開散布。

現行平均地權條例47條之3第5項，強制預售屋出賣人不能約定保留出售、保留簽訂買賣契約之權利，係單方面強加預售屋出賣人，負有和潛在買受人締約的義務。基於生活的多樣性，單方面強加預售屋出賣人負有締約義務，不乏會以各種契約型態出現。例如其一，預售屋出賣人應允在一定期間內，維持出賣的要約效力，只待買受人決定是否提出承諾的意思表示，就可立即成立買賣契約。其二，買賣雙方也有可能以預約型態，單方面加諸預售屋出賣人有締約的義務，例如買賣雙方約定具有將來締約拘束力的「預約」，但以買受人向出賣人主張訂立主契約，為預約生效的停止條件，可以稱之為「附條件的預約」²³。只是不同於前者，在附條件的預約中，尚無法因買受人單方

²² 違反平均地權條例第47條之3第5項，所開立的載明保留紅單，無效。參閱上述貳、一、(三)、2。

²³ 例如在德國的案例中，被告將土地出租給原告，並約定原告可以隨時決定購買土地。德國聯邦法院（BGH, 12.05.2006 – V ZR 97/05）即認為此種契約就是一種附條件的預約。

面主張決定購屋，就立即有效成立買賣契約，而是先成立預約，買賣雙方再根據預約，進而訂立買賣主契約。但不論是上述何種契約型態，最終潛在買受人都可以單方面自由決定，是否完成預售屋買賣主契約的締約，因此解釋上，本文認為，性質上都是一種買受人單方面擁有決定購屋與否的「選擇權」約定²⁴。因此，對於現行平均地權條例第47條之3第5項，單方面強加預售屋出賣人負有和潛在買受人締約義務，因而所開立的紅單，不論當事人所約定的契約型態為何，本文姑且皆稱之為「選擇權紅單」。

在現行平均地權條例規定下，不允許「載明保留紅單」的存在，但卻允許「選擇權紅單」的存在，似乎是為買受人利益著想。但合理的想像，今後在我國不動產實務上，預售屋出賣人勢必會收取額度極高的金錢，以作為出賣人單方面負有締約義務的對價，而且一旦買受人不再有意願締約，出賣人也不會再全額退還該筆金錢²⁵，結果將使得買受人無法再自由輕鬆決定締約與否，造成「選擇權紅單」將會趨近於如同完整的「預約紅單」般，實質等同令雙方都負有締約義務，應是立法者所始料未及。

而更令本文不解的是，條文規定紅單出賣人「不得約定保留出售、保留簽訂買賣契約之權利」，前提是出賣人「向買受人收受定金或類似名目之金額」，始有適用。但觀我國不動產實務界，雖然出賣人有向買受人收取一定的保留費用，但是一旦締約不成，出賣人將全額退還，充分反映保留紅單並無締約拘束力。換言之，該筆保留費用並不具有違約金性質，而只是一種締約意願的慎重表達而已，欠缺法

²⁴ 謝哲勝教授（論選擇權，法學叢刊，第174期，1999年4月，頁129以下）認為，選擇權係指當事人雙方約定，一方當事人的要約具有持續效力，而待承諾者為承諾後，立即有效成立契約者。但即使是謝哲勝教授（頁128）也強調，最廣義的選擇權約定，係指權利人有選擇他照當事人作為或是不作為的權利。根據如此最廣義的認定，則附條件的預約，其實也可以被認為是一種選擇權的約定。

²⁵ 如此的法律效果，合理平衡雙方權利義務關係，實不見有不許、無效之理由。

律上的實質效果意義。意謂：其實該筆保留費用的收取只是一種君子約定，並無實質上的法律作用，因此預售屋出賣人其實根本也可以不須向買受人收取該筆費用，而僅憑君子一言，雙方訂立保留紅單²⁶。一旦出賣人未曾向買受人收取保留費用，按現行平均地權條例，則不排除紅單出賣人就可以「約定保留出售、保留簽訂買賣契約之權利」，結果還是又回到最初的不動產實務操作，實令本文不解。

總之，我國不動產實務界，原本習慣上所操作的載明保留紅單，本質上就是一種不具締約拘束力的保留協議，是基於契約自由及自由經濟市場，所發展出來的制度。透過載明保留紅單所彰顯的不具締約拘束力的「保留協議」，可以清楚的和具有締約拘束力的「預約」相區別。當事人可以各取所需，選擇適當的法律制度，以符合自己的需求，充分反映自由經濟市場的契約自由制度。但我國立法者卻是以人為立法方式，強制賦予出賣人負有將來締約的拘束效力，扭曲契約自由及相對應所形成的自由經濟市場制度，值得立法者再思考。

(三)讓與性

按我國不動產實務界之前所操作的載明保留紅單，本係一種不具締約拘束力的保留協議。如同空白保留紅單，載明保留紅單應該也是一種具有不可讓與性的協議，而不得讓與。雖然我國實務上，確實不乏有人會將載明保留紅單，釋放進入不動產交易市場，進行買賣，但因該買賣因違反不可讓與性，故應屬無效。此外，對一個合理的買受人而言，應該也不會去購買一張不具法律締約拘束力的紅單，至少不會以高價購買一個具有締約風險的紅單，故應該也不至於會造成市場

²⁶ 按我國不動產實務界慣例操作結果，因為保留協議（紅單）的雙方當事人可以隨時終止締約協商，且不負任何責任，因此保留協議將不具實質拘束力（強制力），而僅是一種君子約定，取決於當事人的履約意願。雖然如此，仍不應影響保留協議作為契約（自由）的性質。蓋在實務上，不具履行拘束力的契約，並不少見，例如自然債務。再例如買賣雙方約定，可以在一定期間內，任意解除契約（解除權約定），明顯也是一種不具履行拘束力的買賣契約約定。此時買賣契約的履行，終究取決於雙方的君子態度，只要不違反公序良俗，基於契約自由，實不見有不許之理。

的搶購²⁷。要說保留紅單的持有人會因轉售而獲得暴利，並進而炒作不動產市場，就法律理論上而言，實不合理²⁸。

但根據現行平均地權條例，立法者卻禁止預售屋出賣人約定保留締約權利，使得原無締約拘束力的保留紅單，變成具有締約拘束力的「選擇權紅單」。依此，預售屋買受人就可以憑藉「選擇權紅單」，向出賣人請求締約，該締約請求權自然就具備財產性及可讓與性，反而一舉可以成為法律上的交易客體，進而被釋入不動產市場，藉以牟取利益，甚而是牟取暴利，不無有出乎立法者意料之外，弄巧成拙之虞。

（四）立法建議

綜上所述，載明保留紅單係基於契約自由及市場經濟下，所衍生的制度，自有其功能性。惟現行平均地權條例第47條之3第5項，卻是以不動產炒作為由，而禁止載明保留紅單的存在，應是誤解保留紅單的本質及功能，應修法刪除，否則自會引起法界爭議。

總之，載明保留紅單所標榜的保留協議，其功能係在提供買受人有更長的思考時間，而不須立即做出購買與否的決定，對於標的物價值甚鉅的不動產交易，其實具有穩定的作用，故應善加利用該制度才是。但不可否認，就我國不動產買賣實務的操作觀之，確實不乏有人透過保留紅單的讓與，以牟求利益。但如本文所述，其實保留紅單具有不可讓與性，保留紅單的讓與無效，當事人自然也就無法藉此牟利。立法者如果認為，透過讓與不具牟利性質的保留紅單而獲利，法所不許，自也應由此立法下手才是。本文建議，適當的立法應該是規

²⁷ 吾人可以輕易試想：第三人可以提出誘人的條件直接和建商締約，何須去搶購不具締約拘束力的紅單？特別是我國實務界的保留紅單，大都約定出賣人隨時可以終止和紅單持有人的議約。而且實務上不乏出現，建商要求紅單受讓人必須加價購屋，始願意締約的情況。

²⁸ 但如同空白保留紅單，確實在我國的不動產實務上，有不在少數的投資客，也會利用載明保留紅單，轉售牟利。對此的歷史成因、法律面及實際面的分析，參閱本文上述貳、一、(三)、5。

範保留紅單（協議）的公證要式性，要求以受公證人的公證為必要（參照民法第166條之1）。公證人在公證保留紅單（協議）時，應善盡諮詢及說明義務（參照公證法第71條），應對當事人詳細闡述說明保留紅單（協議）的功能及效果，特別是應該說明保留紅單（協議）不具締約拘束力，更無得讓與獲利²⁹，明確警告讓與保留紅單的風險性，以期發揮保留紅單（協議）應有的制度意義性。

三、保留紅單的爭議問題

保留紅單（協議），不論是空白式或是載明式，雖在不動產買賣實務上，具有其功能性，但其所引起的法律問題爭議，也並不在少數。以下本文即針對數項常見的爭議為題，加以說明，以提供法界參考：

（一）公序良俗

保留協議最常被詬病者，即是一個無締約拘束力的契約，實無意義。但保留協議的契約目的，並不是在約定「締約」的作為義務，而是約定拒絕和第三人締約的不作為義務，以提供買受人有足夠的思考時間。換言之，保留協議的效果是在限制出賣人和第三人締約的機會，因此要檢視的是，保留協議的不作為義務，是否會對出賣人造成剝奪締約自由的結果，而有害出賣人的經濟利益，故有違公序良俗之虞？蓋雖然「私法自治」並不排除當事人可以約定拘束自己的締約自由，因此一般而言，保留協議並非法所不許，但卻也不是毫無限制，因為締約自由也是一種經濟人格權的表現，故並不是當事人所可以毫無限制的自由處分，因此自不允許當事人可以約定一個無限期的議約保留，否則即屬過度的限制自己的契約自由，而有違公序良俗³⁰。

有疑問的是，如果保留協議是由代銷業者和潛在買受人所訂立，

²⁹ 公證人應善加向當事人說明，若要轉售紅單牟利，買賣雙方應訂立「預約（紅單）」、「選擇權（紅單）」或是「買賣契約」才是。

³⁰ 相同結論：BGHZ 103, 235; Lutz Michalski, Die erfolgsunabhängige Maklerprovision, NZM 1998, 209, 215.

結果將可能會使代銷業者必須拒絕第三人的締約請求，故而有礙預售屋出賣人利益。因此就有觀點認為，代銷業者和潛在買受人的保留協議是以「有害他人（預售屋出賣人）利益」為宗旨的契約，故而違反公序良俗無效³¹。惟德國聯邦法院³²並不認為代銷業者和潛在買受人所簽訂的保留協議，就會因此而一概無效。對此，本文亦為贊同，因為代銷業者和潛在買受人約定保留協議，其目的是為促進交易的順利完成，代銷業者想透過保留協議，而可以和潛在買受人繼續保持議約的聯絡，本質上其實也是為出賣人的締約利益而著想，不能只是因為之後又有其他第三人表達締約的興趣，就否定代銷業者之前所訂立的保留協議的經濟意義及利益，而認為一概是有害出賣人利益的行為。

(二) 制度濫用

在我國的不動產買賣實務上，預售屋買賣雙方簽訂保留紅單，不乏有詭異的動機。有預售屋買賣雙方簽訂紅單，目的不是給潛在買受人有更多的思考時間，而是為廣集人氣的廣告效果³³；也有買賣雙方意在透過紅單制度，作為轉售獲利工具³⁴，而簽訂保留紅單。此種行為，都是違反保留紅單所欲彰顯的保留議約的宗旨，故屬於制度濫用，有違誠信，應認為無效。

此外，在我國不動產的保留紅單實務上，預售屋出賣人會和潛在買受人清楚約定，出賣人可以隨時終止議約。透過此一約定，似乎將使得不動產保留協議，終究只是一場空，因此似乎與保留紅單所欲彰顯的保留協議制度，宗旨不符，而有濫用制度之虞，效力值得懷疑。惟本文以為，出賣人在預售屋紅單的保留協議中，只是承諾在一定期限內，不再將不動產標的物出售給第三人，保留協議的出賣人始終不負議約及締約義務，因此以契約約定出賣人可以隨時終止議約，應仍

³¹ Michalski, a.a.O., 209, 215.

³² BGHZ 103, 235.

³³ 參閱臺灣高等法院109年上更一字第19號民事判決事實。

³⁴ 保留紅單並不具有轉售獲利的功能，見上述貳、一、(三)、4.及貳、二、(三)。

未違反保留協議的契約宗旨才是。只是當預售屋出賣人欠缺正當理由而終止議約，就必須對潛在買受人負起信賴利益的損害賠償責任³⁵，因此我國不動產交易實務在保留紅單中，約定出賣人可以隨時終止議約，要檢視的應該是：紅單中是否有適當的賠償條款，以保護潛在買受人的信賴利益？以我國的紅單交易習慣，常見的是出賣人以全額退回所收取的保留費用，作為隨時終止議約的責任上限，潛在買受人若還有其他信賴利益損害，出賣人並不負責。本文以為，若檢視買賣雙方利益，因為潛在買受人也不負議約及締約義務，故一旦潛在買受人拒絕議約及締約，按我國紅單交易習慣，潛在買受人也仍可以全額取回所支付的費用，而不須對出賣人負起其他賠償責任，可謂對買賣雙方利益規範，並無偏頗。基於契約自由，本文以為，應肯認我國的不動產交易習慣約定，應為有效。

反之，如果預售屋出賣人是以定型化契約條款，約定出賣人只要全額退回保留費用，就可以隨時終止議約，就不無疑問，因為對未能細讀定型化契約條款的潛在買受人而言，必定頗為不解與沮喪，為何已經支付保留費用，但最終卻毫無所獲，白忙一場？甚而懷疑，何以所支付的保留費用，完全不具功能性，純屬多餘？凡此種種的懷疑，促使本文以為，該定型化契約條款對潛在買受人，實屬是一種異常條款（參照消保法第14條），而應為無效認定。因此，在定型化契約中，不具正當理由而拒絕締約的出賣人，不能僅以退回保留費用為其責任上限，而是必須對潛在買受人所有可能遭受的信賴利益損害，例如締約費用，負起賠償責任才是³⁶。

³⁵ 參閱上述貳、一、(二)、3。

³⁶ 或許有論者會認為，如果要求定型化契約條款必須規範，當潛在買受人任意終止議約時，可以取回保留費用，但出賣人不具正當理由，終止議約，卻必須負起信賴利益賠償責任，是否會過度向潛在買受人利益傾斜？惟定型化契約條款內容，應符合契約本質，才不會有驚訝（異常）出現。而保留協議本質上就是一種僅在保護潛在買受人締約信賴的契約，而不是在保護出賣人締約信賴的契約。保留協議是給潛在買受人有考慮時間，而不是給出賣人有考慮時間，因此潛在買受人必須繳納保留費費用，致使潛在買受人可以信賴，出

（三）保留費用返還在德國法的爭議

如上所述，在我國不動產交易實務上，締約不成時，出賣人願意全額退回所收取的保留費用，完全呼應「保留協議」不具締約拘束力的性質。但是保留費用的返還，卻在德國不動產實務界造成重大爭議問題。蓋在德國不動產實務界，不動產所有權人（出賣人）常會委由房仲業者，代為銷售。而房仲也會和潛在買受人訂立居間契約，一旦買賣締約成功，潛在買受人就必須向房仲給付一定的居間費用。此外房仲往往也會和潛在買受人訂立保留協議，並通常是以居間費用的5%~10%，作為保留費用。惟此時，在商言商，德國房仲對於保留費用，自會斤斤計較，因此一旦議約不成，潛在買受人想全額取回所支付的保留費用，就會被德國房仲所拒絕，而引起爭議。

對於德國不動產實務界的保留費用返還爭議，本文以為，如果房仲和潛在買受人經由個別契約條款磋商，在保留協議契約中，言明議約不成時，潛在買受人不可取回保留費用，基於契約自由，實不見有不許之理。但問題出現在：房仲可否以定型化契約條款加以規範？蓋房仲所使用的保留協議定型化契約條款，潛在買受人並無置喙餘地，因此自有接受誠實信用原則檢查的必要，以避免房仲濫用契約自由。因此應檢視的是，是否房仲有無利用定型化契約，謀取單方面利益，而忽略無法置喙定型化契約條款的潛在買受人利益？換言之，應檢視的是，潛在買受人經由保留費用的支付，是否也因而取得一定的利益？潛在買受人有無因為支出保留費用，而遭受不利益，故而有受保護的必要性？

例如潛在買受人如果已經表達無締約的意願，而向房仲請求返還費用，但房仲卻主張自己已經向潛在買受人，提供不動產物件的締約機會，且在此期間，有人力及物力的費用支出，甚至也拒絕其他締約機會，因此拒絕返還費用，以為補償。但房仲如此的抗辯，卻廣遭德

賣人不會在一定期間內，將標的物出售給第三人，而願意與之議約。反之，出賣人卻無法信賴，潛在買受人不會終止議約而一定會來議約，因此即使潛在買受人不再有意願議約，潛在買受人亦不須負起信賴利益賠償責任。

國學說的質疑³⁷，因為在「保留協議」中，雙方當事人都無締約的義務，因此如果認為即使締約不成，買受人也必須支付一定費用，以作為房仲的犧牲補償，結果不啻意謂「保留協議」實質具有締約的拘束力？而無法和預約做區別。此外，如按房仲主張，即使締約不成，但因房仲已經提供不動產物件締約機會給潛在買受人，故房仲就可以拒絕返還保留費用，則不啻是將保留費用當成是「僅提供不動產資訊給潛在買受人」的對價報酬，並不符合德國居間契約的意義³⁸。況且，僅是締約機會的報告，但是買賣契約最終卻不成立，終究對潛在買受人而言，並不具實質價值及意義，但卻要給付對價報酬給房仲，如此不利於潛在買受人的重要效果，自不能以定型化契約加以規範³⁹。基於上述理由，德國聯邦法院⁴⁰終在二〇二三年，判決確認居間契約定型化契約條款約定「即使買賣議約不成立，不動產房仲亦可以收取保留費用」，該定型化契約條款無效。

對此，本文亦為認同，因為在保留協議中，房仲非常清楚知道，買受人不需要任何理由，就可以恣意拒絕締約，因此房仲也可以清楚知道，自己所支出的人力、物力，都可能一切枉然，屬於自己工作的必要成本，而必須由自己承受。另一方面，潛在買受人支出保留費用，卻因締約不成，不但空手而回，而且也無法取回所支出的費用，如此的定型化契約條款，明顯完全向房仲利益傾斜，並不公平。此外，一旦締約不成，不排除潛在買受人也會有人力、物力上的損失，

³⁷ Staudinger/Arnold, BGB-Kommentar, Neu Bearbeitung, 2016, § § 652, 653 Rn. 204; Palandt/Sprau, BGB-Kommentar, 70. Aufl., 2011, Vorb. § § 652, 653 Rn. 17; Jauernig/Mansel, BGB-Kommentar, 13. Aufl., 2009, § 652 Rn. 29; Schwerdtner/Hamm, MaklerR, 5. Aufl., 2008, Rn. 844; Susanne Hättig, Das kleine Makler-AGB - Was der Makler über Kleingedrucktes unbedingt wissen muss, NZM 2000, 113, 117; Markus Würdinger, Maklers Reservierungsvereinbarung – quo vadis?, NZM 2011, S. 539, 540.

³⁸ 按德國民法第652條規定，居間費用的請求，必須以居間人所報告或是所媒介的契約有效成立為必要。

³⁹ 參閱Staudinger/Arnold, a.a.O. (Fn. 37), § § 652, 653 Rn. 204.

⁴⁰ BGH, Urteil vom 20.04.2023, Az. I ZR 113/22 = NJW 2023, 1819.

但此時房仲卻無須支付「適當」費用給買受人，更不合理。故綜上所述，本文對於德國不動產實務界所引發的保留費用返還的爭議，也傾向認為房仲無須返還保留費用的定型化契約條款，因單方面不利於買受人，而有違誠信，應為無效認定才是。

（四）唯一的保留協議

潛在買受人透過保留紅單所彰顯的保留協議，即是希望能藉此促使出賣人保留預售屋，使自己不致喪失日後締約的機會。因此德國學說⁴¹認為，如此出賣人為潛在買受人所保留的預售屋，特別是針對特定不動產所為的載明保留紅單，就必須是**唯一保留**，始有意義。換言之，出賣人就同一預售屋，卻分別和多數不同的潛在買受人訂立「載明保留協議」，如此的「載明保留協議」就喪失意義，而有違誠實信用原則，法所不許，應為無效的認定⁴²。潛在買受人可以主張全額取回保留費用，而無須支付任何費用。例如預售屋出賣人（建商），一方面訂立載明保留紅單給買受人，但另一方面卻也委任其他代銷業者，他方面尋求其他締約機會。在此情況，潛在買受人支付費用，但卻未取得出賣人（建商）的**唯一保留預售屋結果**，該保留協議應為無效的認定才是。再例如如果不是由預售屋出賣人（建商）所簽訂的載明保留紅單，而是由代銷業者所簽訂，該保留紅單的效力就不無疑問。如果預售屋出賣人（建商）同時委由多數代銷業者售屋，此時其中之一的代銷業者和潛在買受人所簽訂的紅單，就屬無效⁴³。而即使預售屋出賣人（建商）僅委由一家代銷業者售屋，但因為不排除自己也仍可以和購屋者商談契約，因此代銷業者所簽訂的空白保留紅單，

⁴¹ Walter Dehner, *Das MaklerR – Leitfaden für die Praxis*, 1. Aufl., 2001, Rn. 383 ff.; Jutta Breiholdt, *Zur Wirksamkeit von Reservierungsvereinbarungen im Maklerrecht*, MDR 1989, 31.

⁴² 「保留協議」和「買賣契約」，具備獨立性及無因性關係。因此如果無效保留協議的雙方當事人，仍繼續完成買賣的議約及訂立，則買賣契約仍為有效。例如保留期限過長的保留協議，違反公序良俗無效，但不影響有效成立的買賣契約效力。

⁴³ 參閱Breiholdt, a.a.O. (Fn. 41), 31.

因為欠缺唯一獨有的保留可能性，故也是無效。

惟保留協議的「唯一保留」要求，係為潛在買受人單方面利益所做的考量，因此在法律理論上，上述德國學說一概認為違反唯一保留的保留協議，無效！不無疑問。相反地，在私法自治的觀點下，實不應排除潛在買受人也可以主張「違反唯一保留的保留協議，有效」才是。但潛在買受人主張違反唯一保留的保留協議有效，目的是希望能受到有效的保留協議效力保護，亦即一但出賣人不當終止議約，潛在買受人就可以根據有效的保留協議，向出賣人主張信賴利益賠償。只是即使認為「違反唯一保留的保留協議無效」，但不排除潛在買受人也可以主張「因出賣人和潛在買受人，訂立了一個欠缺唯一保留的無效保留協議」，故出賣人必須根據法定締約上過失規定（參照民法第245條之1及第247條第2項），對潛在買受人負起信賴利益賠償責任。因此潛在買受人主張「違反唯一保留的保留協議，有效」，即使在法律理論上可行，但似乎也並無必要。因此本文以為，潛在買受人主張違反唯一保留的「保留協議」有效，實益應該只存在於：當潛在買受人明知保留協議違反唯一保留，但潛在買受人卻仍決意要和出賣人訂立保留協議，以利後續議約的繼續進行。在此之下，如果之後出賣人不當終止議約，此時潛在買受人因可預見保留協議無效的可能性，故欠缺信賴保護必要性，而無法對出賣人主張法定締約上過失責任。本例，潛在買受人唯有主張保留協議有效，才能受到（意定）締約信賴保護。但不論如何，本文以為，既然保留協議的「唯一保留」要求，係為潛在買受人單方面利益所做的考量，因此有效、無效與否，就應交由潛在買受人根據自身利益，自行決定，以貫徹私法自治原則，而無須一概認定無效。

至於我國不動產載明保留紅單實務中，尚有所謂「第一、第二優先議約（締約）資格」的約定，解釋上應認為「第二保留協議」的法律性質是一種附條件的保留協議，係以第一優先潛在買受人議約不成為條件，將預售屋保留給第二潛在買受人。如是，則因為不論是第一或是第二優先潛在買受人，確實是取得唯一的保留，故本文以為，並

無無效認定空間，而應為有效認定。

至於我國不動產實務界特有的「空白保留紅單」，因為係針對不特定不動產物件為保留，因此對「唯一性」的討論，就有其特殊性。本文以為，空白保留紅單的唯一性檢視，應以出賣人是否對潛在買受人承諾，所保留的不特定不動產物件數量，足以滿足全部的空白保留協議為斷。例如出賣人簽訂數份空白保留紅單，如果出賣人未能承諾會滿足全部的空白保留的數量，如此的空白保留紅單（協議）自就喪失其意義，潛在買受人自可以為無效之主張。

參、預售屋買賣契約的轉售

在上述（貳）的段落中，已經談及平均地權條例的立法者根本禁止「空白及載明」保留紅單，在不動產市場的存在。此外，根據平均地權條例第47條之3第5項及第6項的規定，雖然允許「選擇權紅單」的存在，但卻係絕對禁止轉售，是為現行法制第一等最嚴格的杜絕不動產炒作的管制措施。

而一旦買受人決定購買預售屋，就可以和出賣人訂立預售屋買賣契約。但因為預售屋仍在興建中，所以出賣人並無法立即移轉房屋所有權於買受人，既屬事實不能，也是法律不能，且是自始不能，因此本應根據民法第246條第1項前段，認定買賣契約無效。為避免預售屋買賣契約陷於無效，因此買賣雙方就必須藉由民法第246條第1項後段及第2項，約定在一定期限內，出賣人建成預售屋後，始負移轉房屋所有權並交付給買受人的義務，如此預售屋買賣契約，就可有效成立。透過有效的預售屋買賣契約，買受人對出賣人取得民法第348條第1項，（將來）新建成屋所有權的移轉請求權。

預售屋買受人完成預售屋買賣契約後，即可以將契約權利（即民法第348條第1項預售屋所有權移轉請求權），轉售給他人，屬於民法上的「權利買賣」。只是對於預售屋買賣契約（權利）轉售，新修正平均地權條例第47條之4設有相關管制的規定：「預售屋或新建成屋

買賣契約之買受人，於簽訂買賣契約後，不得讓與或轉售買賣契約與第三人，並不得自行或委託刊登讓與或轉售廣告。但配偶、直系血親或二親等內旁系血親間之讓與或轉售；或其他中央主管機關公告得讓與或轉售之情形並經直轄市、縣（市）主管機關核准者，不在此限。買受人依前項但書後段規定得讓與或轉售之戶（棟）數，全國每二年以一户（棟）為限；其申請核准方式、應檢附文件、審核程序及其他相關事項之辦法，由中央主管機關定之。銷售預售屋或新建成屋者，除第一項但書規定外，不得同意或協助買受人將買賣契約讓與或轉售第三人，並不得接受委託刊登讓與或轉售廣告」。此種對「預售屋買賣契約（權利）」轉售的核准管制，是為立法者為杜絕不動產炒作，所為的第二等管制措施⁴⁴。

結合本文（貳）的描述，可知我國的預售屋交易，大致上可以區分成以下幾種類型及不同的性質與效力：空白保留紅單、載明保留紅單、預約紅單、選擇權紅單及預售屋買賣契約。本文以簡單圖表，加以區別說明：

類 型	內 容	效 力	性 質	讓與性
空白保留紅單	僅記載不特定樓層，待議約時，始確定特定樓層及價金	買賣雙方不負締約義務	保留協議及信賴利益賠償	×
載明保留紅單	明確記載特定的樓層及價金	買賣雙方不負締約義務	保留協議及信賴利益賠償	×
預約紅單	明確記載特定的樓層及價金	買賣雙方負有締約義務	締約權及履行利益賠償	✓
選擇權紅單	明確記載特定的樓層及價金	僅出賣人負有締約義務	選擇權及履行利益賠償	✓
預售屋買賣契約	明確記載特定的樓層及價金	買賣契約有效成立	預售屋所有權移轉請求權	✓

⁴⁴ 一旦（空白或是載明）保留紅單的潛在買受人，經過思考，終於下定決心，決定和建商（出賣人）完成換約，訂立正式的預售屋買賣契約，就可以轉售「預售屋買賣契約（權利）」給第三人，業界稱之為「預售屋換約轉賣」。現行平均地權條例第47條之3第5項，禁止（空白或是載明）保留紅單的存在，意謂立法者也禁止「預售屋換約轉賣」，且無核准的可能性。此一立法，不無有限制契約自由之虞，參閱上述貳、一、(三)、3。

一、權利買賣和物之買賣

根據新修正平均地權條例第47條之4第1項之規定，立法者規定「預售屋買賣契約（權利）」的轉售，須受有關機關的核准管制。惟礙於篇幅及集中討論重點的考量，以下本文無意就主管機關所設的核准標準，是否合理？做一一的討論，而是針對平均地權條例僅管制「預售屋買賣契約（權利）轉售」一項，有無法律體系及價值判斷上的矛盾，對立法者提出建議。

蓋固然在不動產市場，投資客都是透過轉售「預售屋買賣契約（權利）」的「權利買賣」型態獲利，但不意謂預售屋只能以「權利買賣」的轉售型態，進行買賣交易獲利，而不能以移轉登記預售屋所有權的「物之買賣」型態，進行買賣交易獲利。新修正平均地權條例只明文列入預售屋「權利買賣」，必須受有關機關的核准，但卻未列入預售屋「物之買賣」的交易，也必須受有關機關的核准管制，有必要做進一步的澄清。

（一）預售屋尚未為第一次所有權登記

一般以為，預售屋因為房屋仍在興建，所以就無法為所有權登記，因此預售屋買受人當然就無法將預售屋所有權，以「物之買賣」方式，再轉售給第三人牟利，因此預售屋買受人只能以預售屋買賣契約（權利）轉讓的方式，進行「權利買賣」牟利。直到預售屋建成，並辦完第一次所有權登記後，權利受讓人才能向預售屋出賣人（建商），請求移轉登記成屋的所有權。此應是現行我國不動產實務界的普遍的認知及作法。

只是「預售屋買受人只能以預售屋買賣契約（權利）轉讓的方式，交易牟利」，如此的法律認知，其實不然。蓋既然預售屋尚未建成，建商都可以以「物之買賣」方式，出售預售屋所有權給買受人，則買受人當然也不排除可以再將預售屋所有權，以物之買賣方式，繼續出售給第三人牟利，而不一定只能以「權利買賣」方式牟利而已。

預售屋買受人雖尚未取得預售屋所有權，但卻可以繼續將預售屋

所有權出售給第三人，其實將之類比於「出賣他人之物」，就不難理解：任何不是物之所有權人的第三人都可以出賣他人之物，只要買受人最終取得物之所有權，出賣人即履行買賣契約完畢，而無債務不履行責任。同樣地，預售屋買受人雖然尚未取得預售屋所有權，但卻不應排除可以將預售屋所有權，繼續出賣給第三人⁴⁵。只要日後第三人最終能夠取得預售屋所有權，則就屬圓滿履行契約義務完畢。因此，預售屋買受人繼續以「物之買賣」型態，出售預售屋所有權給第三人，法律理論上，實無任何扞格之處。而新修正平均地權條例卻僅明文針對預售屋買賣契約（權利）的轉讓（權利買賣），進行核准管制，但卻未對預售屋所有權的再出售（物之買賣），進行核准管制，應是基於「預售屋買受人只能以預售屋買賣契約（權利）轉讓的方式，再為交易牟利」的錯誤認知所導致。

（二）預售屋第一次所有權登記完成 請勿公開散布

此外，我國在民國八十八年修正民法第513條，規定即使在房屋尚未蓋成前，建商（承攬人）就可以向地政機關，聲請預為抵押權的登記。為配合民法的修正，土地登記規則第117條第2項亦隨之增訂：「承攬人就尚未完成之建物，申請預為抵押權登記時，登記機關應即暫編建號，編造建物登記簿，於他項權利簿辦理登記」。可見，在建物尚未蓋成前，地政機關就可以就建物編列土地抵押權登記事項。而建物抵押權的登記，前提當然是建物已經有（第一次）所有權的登記存在！而既然尚未完工的建物可以就該建物所有權為抵押權的登記，當然也可以為所有權移轉登記！意謂：法律理論上，即使預售屋仍在建蓋中，但不排除地政機關已經可以開始編列土地登記簿，進行所有權第一次登記⁴⁶！換言之，當建商在建蓋預售屋時，理應即可以持相

⁴⁵ 相同意見：林旺根，前揭註4，頁46以下。

⁴⁶ 李基勝，前揭註4，頁56以下。由比較法觀點，預售屋的所有權登記，也於法有據，例如德國區分所有權法（Wohnungseigentumsgesetz）第8條，即明文規定可以就尚在興建中的預售屋，即刻為所有權登記。

關文件，向地政機關聲請預售屋所有權的第一次登記，並可以據此在市場上出售預售屋⁴⁷。預售屋買受人在買賣契約成立後，當然也就可以立即請求建商移轉登記預售屋所有權。而在預售屋買受人由建商處，取得預售屋所有權登記後，當然也可以繼續將所取得的預售屋所有權，繼續出售給第三人牟利，而不須「只能以預售屋買賣契約（權利）轉讓的方式，再為交易牟利」。總之，預售屋的所有權第一次登記及移轉登記，不乏法律理論根據，值得立法者及地政機關再深思。

（三）規避行為

觀之現行我國不動產實務界的交易習慣，預售屋買受人係以預售屋買賣契約（權利）轉讓方式，出售牟利，實屬實務界過於老舊的作法。而立法者在新修正平均地權條例第47條之4第1項中，也僅對針對權利買賣型態的預售屋交易，進行核准管制，應是不明法律理論之故。就法律理論而言，即使預售屋尚不存在，但卻不排除預售屋所有權已經可以成為買賣標的。問題是，即使今後我國不動產實務界，已經懂得以轉售預售屋所有權牟利，是否仍必須受到平均地權條例的核准管制？必須檢視的是，預售屋所有權的交易行為，是否屬於規避平均地權條例之行為，故亦受本法之規範？

所謂規避行為係指當事人採取法律所未明文禁止的行為，以達到法律所禁止的經濟效果，或是類似的經濟效果⁴⁸，又有稱「脫法行為」⁴⁹。至於規避行為是否為法律所禁止，往往必須透過法律的解釋，始能得知。關鍵在於，法律係意在禁止類似的經濟結果發生，或是僅意在禁止法律所明定的特定行為？如果是前者，則不論是採何種

⁴⁷ 建商在取得預售屋所有權第一次登記後，再在市場上推出建案出售，並可以將預售屋所有權移轉登記給買受人，將使得預售屋買賣更具有確信力，更能夠為買受人所信賴，更具安全性，值得我國預售屋市場推展。

⁴⁸ 李淑如，民法總則與判解實例，2013年3月，頁234。林誠二，民法總則新解（下），第3版，2012年9月，頁48。關於租稅法上的規避行為分析，參閱葛克昌，租稅規避之研究，臺灣大學法律系碩士論文，1978年，頁40以下。

⁴⁹ 王澤鑑，民法總則，修訂新版，2021年8月，頁336。

行為手段，皆為法律所禁止，就屬不法的規避行為⁵⁰。因此本文以為，以新修正的平均地權條例第47條之4第1項的核准管制規範目的觀之，不論是預售屋轉售牟利的型態究竟是以「權利買賣」或是「物之買賣」方式為之，都應屬於平均地權條例所欲規範禁止的經濟結果：即不准炒作預售屋市場牟利。因此即使新修正的平均地權條例僅明文規範「預售屋買賣契約（權利）」的轉售，但基於規避理論，也應認為預售屋所有權的轉售，亦屬新修正的平均地權條例所要規範的規避行為，故也應一併受核准管制才是。

二、預約紅單

根據新修正的平均地權條例第47條之4第1項，預售屋買賣契約（權利）的轉售，必須受到有關機關核准的管制，但條文卻未列入「預約紅單」。預約紅單雖然不會立即發生買賣契約的效力，但因雙方當事人負有締約義務，所以實質效力並不亞於預售屋買賣契約（主契約）。但細觀此次新修正的平均地權條例，卻未將預約紅單一併列入管制，應該是立法者明顯的疏漏。有鑑於預約紅單具有締約拘束力，因此預約紅單的讓與，所可能會造成的獲利及房市波動，其實就如同預售屋買賣契約般，因此本文以為，預售屋買賣契約（權利）的轉售，根據新修正平均地權條例，須取得有關機關的核准，則具有類似經濟效果的預約紅單轉售，也是一種不法的規避行為，故也必須取得有關機關的核准才是。

三、選擇權紅單

非常有問題的是，根據現行平均地權條例第47條之3第5項所成立的「選擇權紅單」⁵¹，依同條第6項規定，受第一等管制，係絕對禁止轉售。但令本文懷疑的是，如果按本文上述建議，「預約紅單」的轉

⁵⁰ 按多數說意見，規避行為的當事人有無規避的主觀認知，在所不問。參閱BGHZ 56, 289.

⁵¹ 參閱上述貳、二、(二)。

售，須受有關機關的核准管制，則何以「選擇權紅單」卻是絕對禁止轉售？同樣法律性質都是賦予出賣人有締約義務，何以法律價值判斷卻不一致？

如果立法者認為，「選擇權紅單」因為單方面絕對有利於買受人，所以在市場上會較「預約紅單」來的更搶手，因此更易炒作預售屋市場，故而要做更為嚴格的管制，則該正當化理由，不無疑問，因為簡單的市場法則：更大的獲利，更大的成本。意謂：想購買「選擇權紅單」的買受人，就必須支出更大的價金，因此果真就會比「預約紅單」更具有吸引力？立法者有必要再清楚說明。

吾人可以試想：A因為不確定是否有移民計畫，遂和預售屋建商訂立選擇權紅單，使建商單方面負有締約義務。之後A確定移民，但卻受限於平均地權條例第47條之3第5項規定，不能再將該「選擇權紅單」轉讓出售。因此A的解套方法⁵²，勢必就必須先和建商直接締約，取得預售屋買賣契約（權利），並在得到主管機關核可後，轉售該預售屋買賣契約（權利）。何以當事人必須多此一舉解套？本文實在見不到理由何在。換言之，如果立法者認為，不排除預售屋買賣契約（權利）的轉售，並無炒作之虞，故存在有核准轉售的可能性，則立法者也應立法，使得「選擇權紅單」也有核准轉售的可能性才是。

況且，立法者針對相同的交易結果，卻有不同的管制立法，實質上等同以人為手段，扭曲自由經濟市場，結果就會不可避免地出現經濟利益扭曲的現象。例如在上述的舉例中，A和建商訂立選擇權紅單，使建商單方面負締約義務，故而建商可能就必須拒絕第三人的更高出價，因此合理的市場機制，A可能要付出高於一般市場行情的買賣價金給建商。而A在和建商訂立買賣契約後（換約），同樣基於合理的市場機制，A卻只能以預售屋的正常市價，出售預售屋買賣契約

⁵² 基於合理的經濟法則，預售屋出賣人勢必會收取額度極高的金錢，以作為出賣人單方面負有締約義務的對價。而且一旦潛在買受人不再有意願締約，出賣人也不會再全額退還該筆金錢，因此潛在買受人只能設法將紅單轉售，以為解套。參閱上述貳、二、(二)。

（權利）給第三人，而遭受經濟上的不利益。因為立法者的不同管制措施，當事人卻要對相同的結果，付出不同代價，遭受不利益，是否合理，不無疑問。立法者有必要對現行平均地權條例第47條之3第5項的紅單性質、功能及法律效果，再細細思考。於此本文建議應修法，使「直接或間接拘束雙方或是單方當事人的預售屋交易的轉售行為」，都須得到有關機關的核可，以完整法律規範體系。

肆、轉售「紅單」及「預售屋買賣契約（權利）」的稅法效果

為避免不動產炒作，我國現行法制對不動產市場交易所為的第三等措施，即是所得稅法第14條之4第3項第1款，對不動產交易課以稅率極高的房地合一稅。按該規定，中華民國境內居住之個人，所應繳納的房屋、土地交易所得稅，依「一、持有房屋、土地之期間在二年以內者，稅率為百分之四十五。二、持有房屋、土地之期間超過二年，未逾五年者，稅率為百分之三十五。三、持有房屋、土地之期間超過五年，未逾十年者，稅率為百分之二十。四、持有房屋、土地之期間超過十年者，稅率為百分之十五。」

一、舊特種貨物及勞務稅條例課徵奢侈稅

現行所得稅法對不動產交易課以高稅率的房地合一稅，係繼受民國一〇〇年舊「特種貨物及勞務稅條例」的高稅率規定，即俗稱的「奢侈稅」而來。但按舊特種貨物及勞務稅條例第2條第1項第1款規定，奢侈稅係以「持有期間在二年以內之房屋及其坐落基地」為要件。且按當時稅務機關見解⁵³，「持有」係以不動產所有權移轉登記時為起算時點，因此在預售屋交易中，預售屋買受人以「權利買賣」

⁵³ 參閱財政部臺北國稅局關於「特種貨物及勞務稅條例」問與答。Q10：「持有期間」，要怎麼計算？A：從不動產完成登記之日起計算至銷售契約訂定之日止。網址：<https://www.ntbt.gov.tw/singlehtml/0baa381b53034993a08862dfde2243b9?cntId=620ac8c88f2b40d5b3f27bed26ea6698>，造訪日期：2023年3月15日。

方式，讓與預售屋買賣契約（權利）給第三人牟利，按稅務機關意見，因無預售屋所有權移轉登記事實，所以也就無須繳納奢侈稅。

二、所得稅法課徵房地合一稅

（一）所得稅法的立法過程

正是因為之前稅務機關受限於對不動產「房屋」「持有」的解釋，且未能以法律解釋理論，擴大解釋「房屋」「持有」概念，其實也應包括「預售屋」交易，因此造成我國不動產實務界，藉「權利買賣」方式，轉售預售屋獲利，但卻無須繳納高額奢侈稅的現象，加重社會財富分配不均結果。雖然立法院在民國一〇五年修訂所得稅法，整併舊奢侈稅，對短期「持有」「房地」而轉售的不動產交易，課以更高稅額的房地合一稅（所謂「房地合一稅1.0」），但卻仍無法解決預售屋買賣牟利現象。有鑑於此，立法院在民國一一〇年再次修正所得稅法，將預售屋及其坐落基地的交易，明文列入課徵對象（所謂「房地合一稅2.0」）。財政部並發布解釋令⁵⁴，認為除轉售預售屋買賣契約（權利），必須課徵房地合一所得稅外，因為預售屋紅單性質如同預售屋買賣，均為基於預售屋買賣關係而成立的契約行為，因此自一一〇年七月一日起轉售預售屋紅單給第三人，也必須課徵房地合一所得稅。

惟上述稅務機關對於轉售「預售屋買賣契約（權利）」及「預售屋紅單」的稅務意見，參酌（新、舊）平均地權條例的相關禁止規定後，本文以為，有再檢視的必要：

（二）違法轉售「預售屋買賣契約（權利）」

民國一一二年立法院通過新修正的平均地權條例第47條之4第1項，規定除在特定親屬間轉售外，「預售屋買賣契約（權利）」轉

⁵⁴ 參閱財政部官方網站，<https://www.mof.gov.tw/singlehtml/384fb3077bb349ea973e7fc6f13b6974?cntId=659e9e04ebb647d7875597ec73c38686>，造訪日期：2023年6月25日。

售，需得有關機關的核准。違法轉售，有相關罰則（參照新修正平均地權條例第81條之3第1項）。參照本條的立法理由⁵⁵，賦稅署認為未得核准，違法轉售預售屋買賣契約（權利），依民法相關規定仍為有效⁵⁶，故應依上述財政部解釋，必須課徵房地合一所得稅，以符合租稅公平，並有效落實房地合一稅2.0抑制短期投機炒作的立法意旨。

按稅務機關的意見，違法的「預售屋買賣契約（權利）」轉售，當事人只須受罰，但該轉售契約卻屬有效，故而仍必須繳納高稅額的房地合一稅。本文以為，即使該稅務機關解釋具備立法理由上的根據，但就法律理論上而言，不無疑問。本文以為，新修正平均地權條例對未得有關機關核准的「預售屋買賣契約（權利）」轉售，規定有新臺幣50萬到300萬之間的罰鍰（參照新修正平均地權條例第81條之3第1項），實係一強度極高的罰則，可見轉售「預售屋買賣契約（權利）」需得有關機關的核准，該「核准」規定不應僅只是一訓示規定，更應認為係一具有高強度拘束力的規定。因此，解釋上，應認為有關機關的核准應是「預售屋買賣契約（權利）」轉售的法定生效要件。換言之，未得有關機關核准的「預售屋買賣契約（權利）」轉售，效力未定！不排除事後當事人可以取得有關機關的核准，而生效力。但如果最終有關機關不核准該「預售屋買賣契約（權利）」的轉售，即可以終極確認該轉售無效，始為合理的立法效果解釋。而此一無效效果，除係因「預售屋買賣契約（權利）」轉售，欠缺程序上的法定核准生效要件外，更具有實質價值判斷，意謂立法者針對違法的

⁵⁵ 參照新修正平均地權條例第47條之4立法理由：「第一項買賣契約不得讓與或轉售之規定屬行政管理範疇，賦予買受人及銷售者應遵守該項義務，並對違反者處以行政罰（罰鍰），又依民法第七十一條但書規定意旨，該讓與或轉售行為雖違反規定，但仍不以之為無效，其讓與或轉售之效力，依民法其他相關規定辦理」。

⁵⁶ 相同意見：林旺根，實價登錄新制之重點評析——兼論禁止預售屋紅單轉讓售之效力問題，台灣法學雜誌，第408期，2021年1月，頁28；陳冠甫，民事法的視角探討平均地權條例修正草案，月旦會計實務研究，第59期，2022年11月，頁26。

「預售屋買賣契約（權利）」轉售交易本身，給予不法評價：違法轉售「預售屋買賣契約（權利）」炒作房市獲利，不符立法宗旨，法所不許。

反之，如果按立法者意思，而認為違法轉售「預售屋買賣契約（權利）」係屬有效的交易，則豈非當事人間若有（違法）交易爭議時，尚可以請求國家公權力的救濟，必要時法院還要對之強制執行，幫助違法轉售「預售屋買賣契約（權利）」的當事人，完成交易，取得利益。先以公權力幫助違法轉售「預售屋買賣契約（權利）」的當事人，取得預售屋違法交易利益，繼而再對交易本身，予以重罰！既違反法律禁止「預售屋買賣契約（權利）」轉售目的，結果也甚為矛盾及荒謬，不無疑問。

綜上理由，本文以為，就法律理論而言，適當的立法（*de lege ferenda*）應認為：尚未取得有關機關核准的「預售屋買賣契約（權利）」轉售，效力未定；已經被有關機關拒絕核准的「預售屋買賣契約（權利）」轉售，無效。效力未定或是無效的「預售屋買賣契約（權利）」轉售，所生的爭議及風險，無法請求法院救濟，而必須自行承受風險。而即使雙方當事人完成履約，但因契約不生效力，所以雙方當事人應依民法第179條，根據不當得利規定，互相返還所得利益，在此情況下，稅捐機關即欠缺課稅基礎，而不能對之課以房地合一稅。但必須強調的是，如果雙方當事人都怠於行使不當得利返還請求權，而致使雙方在經濟層面上，持續保有轉售「預售屋買賣契約（權利）」所得的利益，此時稅務機關基於實質課稅原則，就取得課以房地合一稅的正當化理由⁵⁷。在如此的解釋下，就法律理論及體系觀之，始較具合理性。新修正平均地權條例的立法理由及相對應的稅務機關意見，應有再檢討必要。

⁵⁷ 參閱最高行政法院109年上字第699號判決的實質課稅理由。

(三)違法轉售「預售屋紅單」

現行平均地權條例雖承認「選擇權紅單」，但卻明文規定不得讓與（參照平均地權條例第47條之3第5項），違反者必須受到新臺幣15萬元以上100萬元以下罰鍰（參照平均地權條例第81條之2第6項第1款），係一針對「預售屋選擇權紅單」轉售行為本身，所做的高強度懲罰效果。因此合理的解釋，也應認為立法者並不認同違法轉售「選擇權紅單」的炒作房市獲利結果，故違反平均地權條例第47條之3第5項規定，違法轉售「選擇權紅單」，應做無效的認定才是。如此，稅捐機關當然就不能對無效的「選擇權紅單」轉售，課以房地合一稅⁵⁸。惟不排除稅務機關可以根據「實質課稅原則」，而對無效的「選擇權紅單」轉售，課以房地合一稅，自不待言。

但現行平均地權條例卻根本不承認空白或載明保留紅單，更遑論其讓與。惟不排除實務上，仍會有人進行此等保留紅單的讓與。只是此等紅單因不具備可讓與性，故而不得讓與，因此轉售（空白或是載明）保留紅單，因違反不可讓與性本質，即可認定契約無效⁵⁹。無法律上原因而受讓價金的保留紅單出賣人，必須根據不當得利規定，返還價金於買受人。依此，稅捐機關當然也不能對無效的「保留紅單」轉售，課以房地合一稅。

問題是，如果雙方當事人也並未積極請求返還「（空白或是載明）保留紅單」所得的轉售利益，則在法律層面的意義上，固然「保留紅單」所彰顯的保留協議，潛在買受人並未取得任何對預售屋的權利，且「保留協議」也不具轉售的讓與性與牟利性，因此轉售「保留紅單」似乎也就欠缺房地合一稅的課稅基礎可言。惟就經濟層面意義上，轉售「保留紅單」的買賣雙方，其實就是基於以為潛在買受人擁有對預售屋「權利」的主觀認知下，進行保留紅單的交易，並在客觀

⁵⁸ 但稅務機關卻認定違法轉售「選擇權紅單」，契約有效，而必須課徵房地合一所得稅。參閱前揭註54。

⁵⁹ 參閱上述貳、一、(三)、4。

上確實也取得如同銷售預售屋「權利」的利益。基於實質課稅原則，此時不排除也應「基於預售屋買賣所生利益」的立法宗旨，課以房地合一稅才是。在如此的解釋下，就法律理論及體系觀之，始較具合理性。

伍、結 論

有鑑於我國不動產市場的炒作現象嚴重，因此近年來，立法院數度制定或是修正法律，例如特種貨物及勞務稅條例、平均地權條例及所得稅法，期望可以嚇阻房市炒作。而法律的成功，除有待於立法的方向正確外，也有待清楚的法律規範體系架構。

首先，相關法規必須對我國不動產實務界的「紅單」行為，做出概念及功能上的釐清。依本文意見，我國不動產實務界所開立不具締約拘束力的紅單，法律性質上係屬「保留協議」，即出賣人承諾在一定期間內，將不動產保留給特定的潛在買受人。但實務界卻將之誤解成為一種「預約」，明顯是概念誤置，也是誤解制度。再者，保留紅單係一基於契約自由所生的產物，功能在於給予買受人有足夠的思考時間，而不急於立即締約，因具有不可讓與性，故而不能轉售獲利。但此一制度卻被我國不動產實務界所誤用，以致立法者立法禁止「保留紅單」的存在。此一立法，明顯不理解保留協議制度，限制契約自由，不無疑問。

最後，按現行法規規範，為避免不動產炒作，採三種管制措施。根據平均地權條例第47條之3第3項的規定，雖然允許「選擇權紅單」的存在，但卻絕對禁止轉售，是為現行法制第一等最嚴格的杜絕不動產炒作的管制措施。根據新修正平均地權條例第47條之4之規定，立法者規定「預售屋買賣契約（權利）」的轉售，須得有關機關的核准，係第二等管制措施。而不動產交易，必須根據所得稅法，繳納高稅額的房地合一稅，是為第三等措施。三種管制措施的成功與否，仍是取決於法律規範體系的明確。在此又再度取決於立法者必須對「紅單」的類型及功能清楚界定，而有待立法者繼續修法釐清。

參考文獻

一、中文

(一)專書

1. 王澤鑑，民法總則，修訂新版，自版，2021年8月。
Ze-Jian Wang, *General Principles of Civil Law*, rev. ed., Self-published (2021).
2. 李淑如，民法總則與判解實例，巨流，2013年3月。
Shu-Ru Li, *General Principles of Civil Law and Examples of Judgment*, Juliu (2013).
3. 林誠二，民法總則新解（下），第3版，瑞興，2012年9月。
Cheng-Er Lin, *New Interpretation of General Principles of Civil Law (Part 2)*, 3rd ed., Ruixing (2012).
4. 孫森焱，民法債編總論（上冊），修訂版，自版，2020年4月。
Sen-Yan Sun, *General Introduction to Civil Law Debt (Volume 1)*, rev. ed., Self-published (2020).
5. 黃立，民法總則，修正3版，元照，2005年9月。
Li Huang, *General Principles of Civil Law*, rev. 3rd ed., Angle Publishing (2005).

(二)期刊論文

1. 李基勝，預售屋登記之法制問題研析，全國律師，第22卷第9期，2018年9月，頁45-71。
Ji-Sheng Li, Research and Analysis on Legal Issues in Pre-sale House Registration, *National Lawyers*, 22(9), 45-71 (2018).
2. 林旺根，實價登錄新制之重點評析——兼論禁止預售屋紅單轉讓售之效力問題，台灣法學雜誌，第408期，2021年1月，頁13-32。
Wang-Gen Lin, Key Analysis of the New Real-price Registration System—Also Discussing the Effectiveness of Prohibiting the Transfer of Red Orders for Pre-sale Houses, *Taiwan Law Journal*, 408, 13-32 (2021).

3. 林旺根，談預售屋禁止轉售問題，月旦會計實務研究，第52期，2022年4月，頁44-51。
Wang-Gen Lin, Talking About the Ban on Resale of Pre-sale Houses, *Yuedan Accounting Practice Research*, 52, 44-51 (2022).
4. 孫森焱，違約金與解約金，法令月刊，第47卷第12期，1996年12月，頁3-10。
Sen-Yan Sun, Liquidated Damages and Termination Damages, *Legal Monthly*, 47(12), 3-10 (1996).
5. 陳冠甫，民事法的視角探討平均地權條例修正草案，月旦會計實務研究，第59期，2022年11月，頁25-29。
Guan-Fu Chen, Discussion on the Draft Amendment to the Equalization of Land Rights Regulations from the Perspective of Civil Law, *Yuedan Accounting Practice Research*, 59, 25-29 (2022).
6. 葛克昌，租稅規避之研究，臺灣大學法律系碩士論文，1978年。
Ke-Chang Ge, *Research on Tax Avoidance*, Master's Thesis, Department of Law, National Taiwan University (1978).
7. 謝哲勝，論優先購買權，國立中正大學法學集刊，第1期，1998年7月，頁141-162。
Zhe-Sheng Xie, On the Right of Preemption, *National Chung Cheng University Law Journal*, 1, 141-162 (1998).
8. 謝哲勝，論選擇權，法學叢刊，第174期，1999年4月，頁127-141。
Zhe-Sheng Xie, On the Right of Choice, *Law Series*, 174, 127-141 (1999).

二、德 文

(一)專 書

1. Dehner, Walter, *Das Maklerrecht – Leitfaden für die Praxis*, 1. Aufl., 2001.
2. Hamm, Christoph, in *Maklerrecht*, begr. von Peter Schwerdtner, 5. Aufl., 2008.

3. Mansel, Heinz-Peter, in BGB-Kommentar von Jauernig, 13. Aufl., 2009.
4. Arnold, Arnd, in BGB-Kommentar von Staudinger, Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse: § § 652-661a, Neu Bearbeitung, 2016.
5. Sprau, Hartwig, in BGB-Kommentar von Palandt, 70. Aufl., 2011.

(二) 期刊論文

1. Breiholdt, Jutta, Zur Wirksamkeit von Reservierungsvereinbarungen im Maklerrecht, MDR 1989, S. 31.
2. Hättig, Susanne, Das kleine Makler-AGB - Was der Makler über Kleingedrucktes unbedingt wissen muss, NZM 2000, S. 113-119.
3. Michalski, Lutz, Die erfolgsunabhängige Maklerprovision, NZM 1998, S. 209-216.
4. Würdinger, Markus, Maklers Reservierungsvereinbarung – quo vadis?, NZM 2011, S. 539-542.

光點出版提供 請勿公開散布

Issues Regarding the Resale of Pre-sale House Red Sheets and Pre-sale House Sales Contracts: After the Amendment of the Equal Land Title Act

Erwin Liu*

Abstract

In the 100th year of the Republic of China (Taiwan), the Legislative Yuan passed and implemented Article 2 of the “Special Goods and Services Tax Ordinance”, which imposed a high tax rate (commonly known as “luxury tax”) on short-term speculation in real estate transactions. In order to further address real estate speculation, the Executive Yuan passed the draft amendment to some provisions of the Equal Land Rights Ordinance in the resolution of the 3797th Council Meeting on April 7, 2011, which was then passed by the Legislative Yuan on January 10, 2012. It came into effect on July 1, 2012, the Republic of China. The focus of the revised law is mainly on the prohibition of “red ticket sales” of pre-sale houses, and the requirement that the sale and purchase contract of pre-sale houses be subject to approval and transfer. This is a clear violation of the free economic

* Professor, School of Law, National Chung Hsing University; J.D., University of Hamburg, Germany.

Received: October 30, 2023; accepted: August 6, 2024

market and system, which has caused a lot of backlash. In this regard, this article will provide opinions.

Keywords: Red Bill, Appointment, Reservation Agreement, Equalization Regulations, Land and Property Tax, Luxury Tax, Option



元照出版提供 請勿公開散布



元照出版提供 請勿公開散布。