

地上權信託實務運作之研究

受委託單位：國際通商法律事務所

主持人：許兆慶律師

研究人員：胡浩叡律師、謝昆峯律師、湯詠瑜律師、
吳得歆律師、李訓鋒會計師

中華民國信託業商業同業公會委託研究

中華民國 103 年 8 月 14 日

目 錄

第一章 緒論	1
第一節 研究動機與目的	1
第二節 研究範圍	1
第三節 研究方法	2
第四節 研究架構	2
第二章 信託關係概說	4
第一節 信託之成立	4
第一項 信託之意義	4
第二項 信託成立之要件	4
第二節 信託財產	11
第一項 信託財產之概念	11
第二項 信託財產之特性	12
第三節 信託當事人與關係人	15
第一項 委託人	15
第二項 受託人	15
第三章 所有權信託與地上權信託之區別	27
第一節 所有權與所有權信託	27
第一項 所有權	27
第二項 所有權信託	30
第二節 地上權與地上權信託	32
第一項 地上權	32
第二項 以設定地上權作為開發模式	39
第三項 地上權信託	43
第三節 小結—所有權信託與地上權信託之比較	46
第四章 地上權信託於我國之運作	49

第一節	地上權信託於促進民間參與公共工程開發案之運用	49
第一項	法律依據與契約型態	49
第二項	運作模式	55
第三項	實際案例-以臺北車站特定專用區交九用地開發案為例	58
第二節	地上權信託於國有非公用土地設定地上權開發案之運用 ...	59
第一項	法律依據與契約型態	59
第二項	運作機制	61
第三節	地上權信託於捷運聯合開發案之運用	63
第一項	法律依據與契約型態	64
第二項	運作模式	67
第四節	地上權信託於公有地都市更新案之運用	71
第一項	法律依據與契約型態	72
第二項	運作模式	73
第五節	地上權信託於民間不動產開發案之運用	77
第一項	法律依據與契約型態	77
第二項	運作模式	78
第六節	小結	81
第五章	信託業辦理地上權信託之風險及應注意事項	84
第一節	設立地上權信託時，受託人之風險及應注意事項	84
第一項	受託人辦理地上權信託，應注意招標文件之相關條件	84
第二項	受託人是否有擔任地上權建物起造人之必要性以及受託人擔任建物起造人之責任與風險	85
第三項	地上權契約或開發契約中對於無償移轉機關之資產、設備之點交乙事，應如何約定，以避免爭議發生	90
第四項	倘地上權信託開發案涉及前階段之不動產開發信託與後階段之營運管理信託時，是否應將其設計為二個信託契約	91
第五項	信託契約期間與地上權契約之存續期間是否必須完全一致	92

第六項	地上權信託案件可否辦理預售.....	93
第七項	地上權信託開發案如可辦理預售，受託人是否應擔任出賣人或有何協力義務，受託人是否負有保固責任或瑕疵擔保責任	94
第二節	地上物興建期間，受託人之風險及應注意事項.....	97
第一項	受託人是否負有營建管理及工程勘驗之義務.....	97
第二項	受託人於興建階段之資金控管義務範圍為何.....	97
第三項	契約中有續建機制之約定時對受託人責任之影響.....	99
第三節	興建完成及後續管理營運階段，受託人之風險及應注意事項	100
第一項	相關權利移轉時，受託人之風險及應注意事項.....	100
第二項	地上物興建期間與營運期間受託人義務與風險之比較.....	105
第三項	受託人之退場機制.....	109
第四節	地上權存續期間屆至時，受託人之風險及應注意事項.....	112
第一項	受託人於地上權存續期間屆滿時移轉返還土地、建物之義務	112
第二項	受託人對地上權建物占有人於期滿不願搬遷之情況應無作為義務.....	115
第三項	存續期間屆滿時，受託人有無請求政府依建物實價補償之權利.....	116
第五節	地上權信託會計及稅務問題.....	118
第一項	地上權之會計與稅務評價與衡量問題.....	118
第二項	地上權住宅之會計與稅務評價與衡量問題.....	121
第三項	地上權信託成立時之稅務問題.....	124
第四項	地上權信託關係存續時之稅務問題.....	127
第五項	地上權信託關係消滅時之稅務問題.....	130
第六項	地上權信託之稅務評價問題.....	131
第六節	其他受託人之風險及應注意事項.....	133
第一項	地上權信託開發案衍生之區分地上權鑑價議題.....	133

第二項	地上權信託關係下，地上權存續中，所有權人有無調漲租金之權利.....	137
第七節	小結	137
第六章	結論與建議.....	139
第一節	全文回顧	139
第二節	不動產開發辦理信託時應考量之重點	141
第一項	開發階段	141
第二項	營運階段	144
第三項	委託第三人是否構成消極信託之爭議.....	145
第三節	因地上權性質而於辦理信託時應考量之重點	145
第四節	受託人於辦理公有土地開發相關地上權信託應考量之重點	146

表目錄

表格 1：	公有土地設定地上權開發案件一覽表.....	39
表格 2：	公有土地設定地上權搭配促參機制開發案件一覽表	41
表格 3：	所有權信託與地上權信託之比較.....	47
表格 4：	BOT 興建中及營運中之地上權信託比較	54
表格 5：	信託業地上權信託運用於土地開發類型之整理	83

圖目錄

圖表 1：	地上權信託運用於 BOT 契約的法律架構圖	58
圖表 2：	地上權信託結合聯合開發之運作流程示意圖	71
圖表 3：	地上權信託運用於公有地都市更新案之運作流程示意圖.....	76
圖表 4：	地上權信託於民間不動產開發案之承作方式及办理流程.....	81
圖表 5：	信託業辦理地上權信託應注意事項表：	148

第一章 緒論

第一節 研究動機與目的

所謂地上權信託，係指地上權人轉讓地上權予受託人，由受託人取得地上權人之地位，依信託本旨為受益人之利益，就土地之建築開發或地上物營運進行管理，並依信託契約約定將信託財產及所得利益分配予受益人之法律關係。

實務上，常見「聯合開發」以交付信託方式來避免在土地開發案中興建與後續管理營運期間之相關風險。其中，有些國有非公用土地設定地上權開發招標案件，會於招標條件中要求受託人須一併受讓地上權及地上物之全部並承諾繼受該契約之各項權利義務，甚至於營運期間屆滿時，由受託人負責收回營運資產之產權，並配合委託人營運資產移轉計劃之執行。

由於地上權契約存續期間可能長達五十年以上，此種要求對於擔任受託人之信託業者而言，所負責任非常沉重，身為受託人在土地開發案之興建前、中、後期及工程完成後之地上權管理與信託關係消滅時各應扮演之角色與應注意事項尚有探究之必要，爰擬針對信託業者辦理地上權信託業務所面臨之法律疑義進行研究，俾提出相關應注意事項及建議，供相關主管機關及信託業者參考。

第二節 研究範圍

本計畫研究範圍係以地上權信託實務運作為中心，藉以探討信託業者辦理地上權信託之法律疑義、應注意事項及相關建議。研究內容包括簡述現行地上權信託實務運作類型、架構與涉及之相關法規；說明信託業辦理地上權信託業務之評估重點及與相關參與機構之權利義務關係；研議受託人辦理地上權信託開發案有關興建前、中、後期及後續管理營運與信託關係消滅時之各相關處理程序及各時期之應注意事項；彙整最近五年之地上權開發案，以分項比較之整理式對照表呈現，並以實際案例（如交九聯合開發案等）研究分析有關受託人之權利義務、風險與法律責任，藉以歸納受託人辦理地上權信託業務應注意之事項。

第三節 研究方法

本計畫擬採用之研究方法為「文獻分析法」、「案例分析法」、「問題研究分析法」，茲分述如下：

- (一) 文獻分析法：研析內容相關之書籍、期刊、學術論文、立法背景資料（含立法理由）及相關資料，作為研究基礎與參考。
- (二) 案例分析法：針對國內、外法院就地上權信託受託人責任之相關判決，篩選各訴訟案例中具有研究價值之爭議件數，並分析、統計案件中所主張之請求權依據、個案事實、爭議及法規適用。
- (三) 問題研究分析法：透過未來信託法相關立法方向可能造成之影響與因應方式，詳列信託業者及相關主管機關未來應注意之要點。

第四節 研究架構

本研究包括下列部分，共區分為六個章節，茲簡述各章節之內涵如下：

- 第一章** 為緒論，包括研究動機與目的、研究範圍、方法、研究架構。
- 第二章** 為信託關係概說，闡述信託之成立、信託財產，以及信託當事人之權利義務關係，作為本研究案各章節之立論與分析之基礎。
- 第三章** 分析地上權與所有權之性質，並探討地上權信託與所有權信託之意涵與異同，作為分析我國地上權信託特性與架構之基礎，並顯現地上權信託之特色與特殊問題。
- 第四章** 從法令依據、契約型態及實際運作架構分析地上權信託機制於我國各類開發案之運作。我國目前之地上權信託機制多被運用於民間參與公共工程開發案、國有非公用土地設定地上權開發案、捷運聯合開發案、國有非公用土地參與都市更新案及民間不動產開發案。其所涉法規包含國有非公用土地設定地上權作業要點、促進民間參與公共建設法、大眾捷運法、都市更新條例及民法。本章擬分析各類地上權信託參與土地開發之架構與運作流程以進一步闡釋地上權信託相關參與機構之權利義務關係。

第五章 綜合分析比較前述章節之內容，闡述我國現制之問題與困境，藉以研議受託人辦理地上權信託開發案有關興建前、中、後期及後續管理營運與信託關係消滅時之各相關處理程序及各時期之風險及應注意事項，俾對未來相關爭議案件及修法提出參考依據。此外，地上權信託所涉稅務會計、估價相關議題對信託業者及信託關係人影響匪淺，於此部分進行分析並提供建言。

第六章 為本研究案之結論及建議，總結全文研究內容，並就我國信託業辦理地上權信託業務之相關問題提出建議事項。

第二章 信託關係概說

第一節 信託之成立

第一項 信託之意義

信託係一種為他人利益管理財產的制度，源自於英國的「用益權（use）制度」。信託之內涵複雜，從不同角度有不同之定義，甚至於不同時代其定義亦各自不同，而英美法系與大陸法系因定義模式不同，定義之內容亦有所差異¹。典型的信託架構為：財產所有權人（委託人）將其財產權（信託財產）移轉或設定於有管理能力且足以信賴的人（受託人），使其為一定的人（受益人）的利益或為特定目的，管理或處分該財產。

信託具有下列性質²：(1)信託乃一種財產管理制度，為委託人、受託人與受益人間所存在的一種以財產權為中心的法律關係。(2)信託以當事人間的信賴關係（fiduciary relationship）為基礎，委託人對受託人寄以重大信任，受託人對受益人之事務有誠實信用、善良管理人之注意義務。(3)信託之當事人以移轉財產作為手段，目的係達到某種經濟或社會目的。(4)受託人雖取得信託財產之所有權，成為管理處分權人，但其管理與處分須受信託目的之限制，非無限制或絕對之權能。(5)信託效果乃出於當事人之真意。(6)委託人有將信託財產之所有權移轉予受託人之義務，但受託人僅有名義上之所有權，信託財產管理處分之實質利益與損失，歸屬於受益人。(7)為保護受益人之利益，信託財產具獨立性，與受託人之固有財產或其他信託財產嚴格區分。

我國信託法第 1 條對信託之定義則為「委託人將財產權移轉或為其他處分，使受託人依信託本旨，為受益人之利益或為特定之目的，管理或處分信託財產之關係。」以反映前開信託之性質。

第二項 信託成立之要件

¹ 方嘉麟(2003)，《信託法之理論與實務》，頁 41 以下，台北：元照。

² 楊崇森(2010)，《信託法原理與實務》，頁 2-7，台北：三民。

信託係委託人將信託財產移轉或為其他處分，由受託人對信託財產為管理或處分，以達成特定目的或使受益人受有利益。信託之成立需具有信託目的、有信託財產之移轉與管理、可確定之受益人等成立要件。

一、 具有信託目的

受託人為委託人管理或處分信託財產時，應依信託目的為之。信託行為如同其他法律行為，皆有其成立之目的，無信託目的存在，不得謂信託關係已成立³。就此，有臺灣高等法院 86 年度上字第 1686 號判決之見解可稽⁴。

至於信託目的可否變更，按信託成立後，如委託人設立自益信託，或信託行為另有保留外，委託人可變更信託目的，如為公益信託，受益人為不特定多數人，且經許可設立，委託人自不得變更信託目的。又，「信託目的」與前揭信託法第 1 條之「信託本旨」得予以區別。信託目的係指信託行為欲實現之具體內容，乃判斷信託行為本身之標準；信託本旨則係依據信託目的判斷受託人是否已盡受託人之義務與責任乃判斷受託人行為之標準⁵。

信託目的之限制，規定於信託法第 5 條：「信託行為，有左列各款情形之一者，無效：一、其目的違反強制或禁止規定者。二、其目的違反公共秩序或善良風俗者。三、以進行訴願或訴訟為主要目的者。四、以依法不得受讓特定財產權之人為該財產權之受益人者。」例如，以購買政府直接興建之國民住宅為信託財產，如以不具國民住宅購買資格者為受益人，則係上開條文第 4 款，以依法不得受讓特定財產權之人為該財產權之受益人，屬無效之信託⁶。

二、 信託財產之移轉與管理

³ 王志誠(2009)，《信託法》，頁 100，台北：五南。

⁴ 臺灣高等法院 86 年度上字第 1686 號判決之見解：「所謂信託應有信託契約(按非指書面契約，因本件上訴人主張之信託關係發生於信託法訂立前，故不以有書面之契約存在為限)及信託之目的存在，始得謂有信託關係存在。綜上所述，上訴人既未能舉證證明兩造間就系爭房地有成立信託契約之合意，亦未能證明其信託之目的，復無信託被上訴人為管理或處分系爭房地之行為，難認兩造間就系爭房地曾成立信託契約而有信託關係之存在。」

⁵ 李智仁、張大為(2010)，《信託法制案例研習》，頁 5-6，台北：元照。

⁶ 王志誠(2009)，《信託法》，頁 113。

(一) 信託財產之移轉

信託的成立，須有信託財產之移轉以及信託財產之管理。我國信託法上之信託行為，屬要物行為，非有信託財產之移轉不能成立，不僅將信託財產移轉予受託人占有，同時亦需有形式上之權利移轉⁷。反之，委託人如僅與受託人簽訂信託契約，未將財產權移轉於受託人，信託仍未成立。就此，實務上有法務部民國（下同）92年10月8日法律字第0920038195號函⁸以及最高法院95年台上字第500號判決⁹可茲參酌。至於宣言信託與遺囑信託，因其性質較為特殊，學界有見解認為，不需具備此一要件，此項見解亦可供參考¹⁰。

至於受託人取得信託財產之方式，可參酌最高法院87年台上字第907號判決之旨：「斯時實務上認為信託行為，係指委託人授與受託人超過經濟目的之權利，而僅許可其於經濟目的範圍內行使權利之法律行為而言。其受託人取得信託財產之方式，由委託人就自己所有之財產為移轉者有之；由委託人使第三人將財產移轉與受託人者有之；由受託人原始取得受託財產者亦有之。惟以受託人為房屋起造名義人之方式，將信託人建築之房屋信託予受託人者，須待依土地法令辦竣保存登記後，始得謂受託人為該信託房屋之所有權人。」

(二) 信託財產之管理或處分

受託人依信託本旨管理或處分信託財產。「管理」之內容依信託行為或契約而定，如未明定其內容與範圍，應以民法上管理行為解釋，可包含時效中斷的保存行為、金錢或有

⁷ 嚴佳雯(2005)，《地上權信託財產管理與運用之研究》，頁14，國防大學法律學研究所碩士論文。

⁸ 法務部92年10月8日法律字第0920038195號函「信託關係之成立，除受託人須依信託本旨，為受益人之利益或為特定之目的，積極管理或處分信託財產外，尚須有委託人將財產權移轉或為其他處分為前提。申言之，委託人如僅與受託人簽訂信託契約，而未將財產權移轉於受託人，信託仍未成立。」

⁹ 最高法院95年台上字第500號判決「按契約信託行為須委託人以設立信託之意思，與受託人訂定契約，並將財產權移轉或為其他處分予受託人，使受託人依信託本旨，為受益人之利益或為特定目的，管理或處分信託財產之要物行為。易言之，契約信託行為除須具備意思表示等法律行為為一般成立要件外，尚須有標的物之財產權移轉及現實交付等處分行為，信託契約始能成立。是信託物權之移轉為信託契約之特別成立要件。」

¹⁰ 謝哲勝(2003)，〈信託的意義〉，《月旦法學教室》，8期，頁40。

價證券的利用、收益行為、不動產租賃、改良行為等，廣義而言，可包括處分行為，例如不動產之出售、設定抵押。

「處分」則可分為事實上處分與法律上處分，例如，受託人拆除房屋，屬事實上處分；受託人依信託契約，為受益人之利益將信託財產設定抵押或質權，則為法律上處分¹¹。

(三) 消極信託之問題

惟如受託人僅取得信託財產，但實質上受託人對信託財產無積極管理或處分之義務，此項狀態稱為「消極信託（passive trust）」，我國實務上認為，消極信託應認為信託未成立¹²。

然而，消極信託如非基於通謀虛偽意思表示，具有正當原因，並非脫法行為，可能成立「借名登記」之關係，不因消極信託即可逕認契約無效¹³。

此外，信託業之實務上，受託人未完全依委託人或受益人之指示而管理或處分信託財產者，縱受託人外觀上無管理或處分之裁量權，無信託財產運用決定權，仍應解為有效之信託契約，屬事務信託或指示信託，與消極信託並不相同¹⁴。

¹¹ 王志誠(2009)，《信託法》，頁 44。

¹² 最高法院 98 年台上字第 1339 號判決之見解：「惟倘委託人僅以其財產在名義上移轉於受託人，受託人自始不負管理或處分之義務，凡財產之管理、使用、或處分悉由委託人自行辦理時，即為消極信託，除有確實之正當原因外，其助長脫法行為者，應難認該信託為合法。」另參最高法院 71 年台上字第 2052 號：「所謂信託，乃委託人為自己或第三人利益，以一定財產為信託財產將之移轉於受託人，由受託人管理或處分，以達成一定經濟上或社會上之目的之行為。受託人不特僅就信託財產承受權利人之名義，且須就信託財產依信託契約所定內容為積極之管理或處分。如委託人僅以其財產在名義上移轉於受託人，受託人自始不負管理或處分之義務，凡財產之管理、使用、或處分悉由委託人自行辦理時，是為消極信託，除有確實之正當原因外，通常多屬通謀而為之虛偽意思表示，極易助長脫法行為之形成，法院殊難認其行為之合法性。」最高法院 88 年台上字第 3041 號：「民事判決消極信託，除有確實之正當原因外，通常多屬通謀而為之虛偽意思表示，極易助長脫法行為之形成，難認其行為之合法性，此固不因信託法未公布施行而有不同，原審謂信託法未公布即無其適用，固屬可議。惟所謂消極信託，係指委託人僅以其財產在名義上移轉於受託人，受託人自始不負管理或處分之義務，凡財產之管理、使用、或處分悉由委託人自行辦理時，是為消極信託。本件兩造之被繼承人王萬傳所信託之系爭土地，係交由上訴人等使用、居住，為原審合法認定之事實，自與消極信託不相同，仍難以係消極信託而指為無效。」

¹³ 王志誠(2009)，《信託法》，頁 33-34。

¹⁴ 法務部 92 年 10 月 6 日法律字第 0920038921 號函：「受託人未被賦予裁量權，無須為判斷，僅須依信託條款訂定，或依他人之指示管理或處分信託財產之信託，稱為事務信託，或稱指示信託。事務信託或指示信

目前國內新興之地上權信託案件，可能發生的問題之一，即為：受託人對於信託財產有無積極之管理行為？實務上，國有非公用土地設定地上權信託之受託人，可能為建築經理公司、從事信託業務之金融機構，或兼營信託業務之銀行¹⁵。然而，建築物之興建與營運管理，並非金融機構或銀行所經營之業務，就信託財產之積極管理與處分，可能有現實上之困難，宜釐清消極信託之內涵。

以臺北市之臺北都會區大眾捷運系統開發案之信託契約書範本為例，其第 16 條第 2 款規定：「甲(一)方¹⁶與本開發案地主、營造廠、承購戶...等相關人員所簽訂之各式契約（如分配協議或分配協商紀錄、工程承攬契約、預定房屋土地車位買賣契約...）除本契約另有約定外，其權利義務仍由甲(一)方行使及負擔履行，其需要乙方（受託人）配合執行之事項，乙方（受託人）應配合執行。」另臺北車站特定專用區交九用地開發案信託契約第 16 條第 2 款亦為相類之規定。

針對此一問題，法務部曾於 97 年 12 月 09 日作成法律字第 0970040417 號函揭示：「本件臺北車站特定專用區交九用地開發案所簽訂之信託契約（以下簡稱本契約），依其契約第 2 條信託目的、第 3 條信託財產之種類名稱數量價額及第 5 條信託財產管理及運用方法等約定，本契約之受託人對於信託財產原則上具有管理或處分之權限，故非屬消極信託。然依本契約第 5 條第 2 款『本工程之承造廠商由甲(一)方（即委託人○○通實業股份有限公司）委託〔應經乙方（即受託人○○商業銀行股份有限公司）同意〕，.....甲(一)方得解除或終止合約之條款約定時，乙方（受託人）得逕為通知甲(一)方變更承造人。...』及第 16 條第 2 款『甲(一)方與營造廠等相

託之受託人對信託財產仍具有管理權，與前開所述委託人未將信託財產之管理或處分權授予受託人，或受託人對於信託財產完全不負管理或處分義務之消極信託，並不相同。」

¹⁵ 王志誠(2013)，〈我國不動產開發信託之發展〉，《當代財政》，30期，頁 18-19。

¹⁶ 即信託契約之委託人，且為開發案之投資人或合作人、聯營人。

關人員所簽訂之各式契約，除本契約另有約定外，其權利義務仍由甲(一)方行使及負擔履行，其需要乙方(受託人)配合執行之事項，乙方(受託人)應配合執行。』等約定，有關該開發案之營建工程係由委託人自行發包委託興建，受託人僅配合執行。鑒於本契約第2條信託目的之約定，在於取得建築物使用執照並辦妥建物所有權第一次登記，故相關建造執照申請或變更及不動產之登記、管理、交付與處分等事項，均信託予受託人辦理，而建築物之營建工程於此信託目的中係屬必須且重要事項，理應由受託人以財產權利人之名義為之，方符受託人於信託關係存續中就該信託財產對外為唯一有權管理及處分權人之意旨，從而委託人與承造廠商間之營建承攬契約，不符合信託法第1條規定『受託人依信託本旨管理或處分信託財產之要件，此部分約定非屬信託法上之信託，不生信託之效力。』準此，如擬生信託效力，委託人與承造廠商間之營建承攬契約應依上開說明加以修正，以符信託法及本信託契約之要求。...按受託人未被賦予裁量權，無須為判斷，僅須依信託條款訂定，或依他人之指示管理或處分信託財產之信託，稱為事務信託，或稱指示信託。事務信託或指示信託之受託人對信託財產仍具有管理權，與委託人未將信託財產之管理或處分權授予受託人，或受託人對於信託財產完全不負管理或處分義務之消極信託，並不相同(本部92年10月6日法律字第0920038921號函參照)。因此，委託人如有其信賴之營造廠商，似可以信託條款之訂定或依其指示使受託人與該信賴之營造廠商簽約，如此受託人對該部分信託財產始具有管理或處分權。從而縱使本契約第5條第2款約定，本工程承造廠商由委託人委託乃經受託人之同意為之，由於契約名義人仍為委託人，亦不符上開指示信託之要件，併予敘明。」

消極信託之定義與效力，按最高法院88年台上字第3041號判決之意旨，消極信託係委託人僅以其財產在名義上移轉

於受託人，受託人自始不負管理或處分之義務，凡財產管理、使用、或處分均由委託人自行辦理時，是為消極信託，其多屬通謀而為之虛偽意思表示，難認其行為之合法性。

然參酌信託業法施行細則第 7 條第 2 款：「受託人對信託財產不具有運用決定權之信託：指委託人保留對信託財產之運用決定權，並約定由委託人本人或其委任之第三人，對信託財產之營運範圍或方法，就投資標的、運用方式、金額、條件、期間等事項為具體特定之運用指示，並由受託人依該運用指示為信託財產之管理或處分。」換言之，委託人得對於信託財產之運用具體向受託人為指示，而受託人對於信託財產之運用則無決定權，此種情形與消極信託應如何區別？

承上，按法務部 92 年 10 月 6 日法律字第 0920038921 號函：「...受託人未被賦予裁量權，無須為判斷，僅須依信託條款訂定，或依他人之指示管理或處分信託財產之信託，稱為事務信託，或稱指示信託。事務信託或指示信託之受託人對信託財產仍具有管理權，與前開所述委託人未將信託財產之管理或處分權授予受託人，或受託人對於信託財產完全不負管理或處分義務之消極信託，並不相同。」因此，如受託人仍得就信託財產為管理或處分，僅受託人須單純依約或依委託人之指示為之，而不具裁量權，仍與消極信託有別¹⁷。

三、受益人之確定

受益人指委託人欲使其享有信託利益或其權利的繼受人，乃直接享有信託利益的法律主體，而得請求受託人依信託本旨，給付信託財產及其管理或處分利益的全部或一部。受益人應有權利能力，方有享受信託利益之可能。私益信託須有一位或數位已確定或可得確定之受益人，方可成立。如信託成立時受益人不特定或尚未存在，

¹⁷ 程春益(2010)，〈後金融危機時代的信託法制檢討〉，《萬國法律》，172 期，頁 38-39。

則未來可依一定條件成就或事實發生而確定者，亦屬可得特定之情形¹⁸。

第二節 信託財產

第一項 信託財產之概念

信託財產依我國信託法第 9 條第 1 項，係指「受託人因信託行為取得之財產權」，因此，信託財產係以財產權為限，包括金錢及可依金錢計算價值的權利在內，如動產、不動產、有價證券、現金、專利權、商標權、著作權等權利。信託財產除得以金錢計算價值外，需具有下列要件：

一、須為積極財產

為避免受益人因信託成立反而蒙受不利益，信託財產應為積極財產¹⁹，例如，動產、不動產、擔保物權、債權等物或權利，相對而言，消極財產指負價值之財產，如負債，不可作為信託財產。如財產權本身附有負擔，例如不動產上有積欠稅金，並不妨礙其作為信託財產²⁰。又，如信託財產包含消極財產時，積極財產部分仍為有效，至於消極財產不能與積極財產分離，或分離違反當事人意思時，應認為信託全部無效²¹。

二、須為可移轉且確定存在之財產權

在信託關係下，受託人須取得財產權，方得以自己名義管理或處分信託財產，因此，信託財產須為可移轉或處分之財產權。另一方面，由於信託財產必須進行移轉或處分，應為可能、確定、合法之存在。如為商譽、事業經營控制權等為非可確定之獨立財產，難成為信託財產²²。至於將來債權得否成為信託財產？依金融資產證券化條例施行細則第 2 條：「本條例第四條第一項第二款所定資產，

¹⁸ 王志誠(2009)，《信託法》，頁 178。

¹⁹ 李智仁、張大為(2010)，《信託法制案例研習》，頁 54，台北：元照。

²⁰ 台灣金融研訓院(2008)，《信託法制》，頁 46，台北：台灣金融研訓院。

²¹ 楊崇森(2010)，《信託法原理與實務》，頁 180。

²² 王志誠(2009)，《信託法》，頁 134。

包括創始機構與債務人簽訂契約約定，於該契約所定條件成就時，得向債務人請求金錢給付之將來債權。」因此，將來債權亦可成為特殊目的信託之信託財產²³。

第二項 信託財產之特性

一、物上代位性

信託法第 9 條第 2 項規定：「受託人因信託財產之管理、處分、滅失、毀損或其他事由取得之財產權，仍屬信託財產。」縱信託財產有所變形，仍具有信託設立時信託財產之本質，兩者同一，應與受託人之固有財產或其信託財產相互區別²⁴。無論信託財產因受託人的法律行為、事實行為或其他法律事實，致其形態發生變化，其發生變動所取得之代位物仍屬信託財產，始符信託本旨。受託人為開發、改良信託財產而介入之金錢債務，可解為信託財產之代位物，例如受託人運用依不動產證券化募集或私募不動產投資信託基金所購買的不動產，屬信託財產²⁵。

二、信託財產之獨立性

信託財產名義上為受託人所有，但信託財產應受到信託目的或信託本旨之拘束，並為受益人之利益獨立存在。信託財產具有獨立性，與信託關係人之個人分離，應與受託人固有財產分別管理。信託財產獨立性之表現，分述如下：

(一) 原則上受託人不得取得信託利益

為使受託人對於信託財產不具有利害關係，防止受託人與受益人發生利害衝突，違反信託之本旨²⁶，我國信託法第 34 條規定，受託人不得以任何名義，享有信託利益。然該條文

²³ 同前揭註，頁 134。

²⁴ 楊崇森(2010)，《信託法原理與實務》，頁 164。

²⁵ 王志誠(2009)，《信託法》，頁 144。

²⁶ 楊崇森(2010)，《信託法原理與實務》，頁 151。

有除外規定，如受託人與他人為共同受益人時，則不受上述限制。

此外，我國信託法第 35 條第 1 項規定：「受託人除有左列各款情形之一外，不得將信託財產轉為自有財產，或於該信託財產上設定或取得權利：一、經受益人書面同意，並依市價取得者。二、由集中市場競價取得者。三、有不得已事由經法院許可者。」亦即，原則上受託人不得將信託財產轉為自有財產，或於該財產上設定或取得權利。惟，有上開例外情形，得允許之。

(二) 非繼承之標的

信託財產不得列入受託人之遺產而成為繼承標的，為我國信託法第 10 條所規定。蓋受託人本非享有信託財產利益之人，而是信託財產之管理人，從而，受託人之繼承人不可繼承信託財產，且信託行為係基於委託人與受託人之信託關係所成立，故受託人之死亡為其任務終了之原因（信託法第 45 條第 1 項）。

(三) 不列入破產財團

如受託人破產時，因信託財產具有獨立性，被認為不屬於破產財團，為信託法第 11 條明定。如受託人破產，信託財產不列為清算之財產，且應依信託法第 45 條第 2 項，選任新受託人，並向破產管理人取回信託財產。

(四) 不得成為強制執行之標的

基於信託財產之獨立性，信託財產不得強制執行，為信託法第 12 條第 1 項所明定。按「不得強制執行」除了查封拍賣，亦包含假扣押與假處分等保全程序²⁷。惟，在例外情形下，信託財產仍有可能成為強制執行之標的，例如：信託前即存

²⁷ 王志誠(2009)，《信託法》，頁 149。

在於該財產之抵押權；因受託人處理信託事務所產生之瑕疵擔保責任、不當得利返還責任等情形²⁸。

(五) 抵銷之禁止

信託法第 13 條明定：「屬信託財產之債權與不屬於該信託財產之債務不得互相抵銷。」由於信託財產之債權，與受託人個人債務及其他信託財產之債務，雖同為受託人名義，實質上歸屬主體互異，如允許抵銷，有違信託制度之旨，可能減損信託財產而害及受益人之權益。至於同一信託財產之債權與債務，如符合民法上抵銷之要件，似無禁止之必要，使抵銷制度不至於受到過度限制。

(六) 信託財產混同之限制

信託財產為所有權以外之權利，例如地上權、抵押權、質權等，依信託法第 14 條，受託人雖取得該權利標的之財產權，其權利亦不因混同而消滅。蓋信託財產與受託人之固有財產及其他信託財產，其實質歸屬主體並不相同，受託人僅為形式上權利主體，僅於信託目的範圍內為受益人之利益保有該信託財產，因此，民法上混同之法理，於信託制度下應受到限制。例如信託財產為某土地上之地上權，同一受託人受該土地所有權人之信託，而取得該土地，則地上權不因混同而消滅。又，如信託財產為土地所有權，其後受託人取得地上權，則依信託法第 35 條第 1 項之規定，原則上禁止受託人於信託財產上設定或取得權利，自更無許其因混同而消滅之理²⁹。如受託人因繼承、合併或其他法定事由，概括承受信託財產上權利，受託人雖取得該權利（第 35 條第 2 項），仍亦不適用混同之規定。

²⁸ 楊崇森(2010)，《信託法原理與實務》，頁 154-156，台北：三民。

²⁹ 王志誠(2009)，《信託法》，頁 158，台北：五南；楊崇森(2010)，《信託法原理與實務》，頁 159，台北：三民。

第三節 信託當事人與關係人

第一項 委託人

一、委託人之地位

委託人係以設立信託為目的，將財產權移轉或其他處分予受託人之人。「移轉」係指發生財產權之直接變動，可能以契約或遺囑為之；所謂「其他處分」則指委託人在財產權上直接設定用益物權或擔保物權予受託人³⁰。委託人原則上應與信託之運作脫離，除信託行為另有保留外或經受益人同意，信託成立後，委託人不得變更受益人或終止其信託，亦不得處分受益人之權利（信託法第 3 條）。

二、委託人之權利與義務

委託人之權利主要有：(1)對違反規定所為強制執行提起異議之訴之權利（信託法第 12 條第 2 項）；(2)同意變更與聲請變更信託財產管理方法的權利（信託法第 15、16 條）；(3)對受託人請求損害賠償、回復原狀、減免報酬等權利（信託法第 23 條、第 35 條第 3 項）；(4)帳簿閱覽權（信託法第 32 條第 1 項）；(5)同意受託人解任、聲請解任受託人及選任或指定新受託人；(6)指定、選任及解任信託監察人；(7)自益信託之委託人，得隨時終止信託（信託法第 63 條第 1 項）。

信託關係中委託人之義務，主要為移轉或處分財產予受託人，並且向受託人給付報酬，如受託人因信託終止受有損害，委託人有損害賠償之義務（信託法第 63 條第 2 項）。

第二項 受託人

一、受託人之資格

受託人乃接受信託財產的移轉或其他處分之人，法律上為該財產權之名義所有人，故受託人須為具有權利能力之人。依信託業法

³⁰ 李智仁、張大為(2010)，《信託法制案例研習》，頁 4，台北：元照；王志誠(2009)，《信託法》，頁 41，台北：五南。

第 33 條：「非信託業不得辦理不特定多數人委託經理第 16 條之信託業務。但其他法律另有規定者，不在此限。」特別法就受託人之積極資格或消極資格有規定者，應從其規定。

二、受託人之權利

(一) 費用償還請求權

受託人對於信託財產所負擔之稅捐、費用或債務，係為他人管理或處分信託財產所產生，如由受託人自行負擔，顯過於苛刻，故信託法第 39 條第 1、3 項規定，符合信託目的之前提下，受託人就信託財產或處理信託事務所支出之稅捐、費用或負擔之債務，得以信託財產充之。依該條文之意旨，應解為受託人得直接自信託財產扣除其所支出的稅捐及費用，或直接以信託財產清償其所負擔費用。為使受託人費用償還請求權受保障，依同條第 2 項，針對上述費用，受託人有優先於無擔保債權人之受償債權。

(二) 費用補償請求權

如信託財產不足償還受託人為信託財產所支出之稅捐、費用、債務，除信託行為另有約定，或受益人拋棄其受益權外，依信託法第 40 條之規定，受託人有逕向受益人請求補償、清償債務或提供擔保之權利。

(三) 拒絕交付權

如受託人行使上開費用償還請求權或費用補償請求權，無法滿足其權利，信託法第 41 條規定，受託人得拒絕將信託財產交付受益人，係受託人之抗辯權，以平衡受託人與受益人間之利益³¹。

(四) 損害補償請求權

³¹ 王志誠(2009)，《信託法》，頁 243，台北：五南。

信託法第 42 條第 1 項規定：「受託人就信託財產或處理信託事務所受損害之補償，準用前三條之規定。」按受託人得自信託財產扣除相當金額，以彌補其損害，同時可向受益人請求補償其損害或提供擔保，且於損害未獲補償前，有拒絕交付信託財產之抗辯權。又，如受託人對於損害亦有過失時，應準用民法第 217 條過失相抵之規定，為衡平當事人之權益，由法院斟酌情形，減免其補償金額³²。

(五) 報酬給付請求權

受託人係信託業者或信託行為訂有給付報酬者，得請求報酬，為我國信託法第 38 條第 1 項所明定。如當事人所約定之報酬因情事變更而顯失公平者，法院得因委託人、受託人、受益人或同一信託之其他受託人之請求增減其數額（信託法第 38 條第 2 項、民事訴訟法第 397 條第 1 項）。惟受託人之報酬請求權並無如信託法第 39 條第 2 項之規定，即受託人之報酬請求權未優先於無擔保債權人之受償債權³³。

三、受託人之義務

受託人有管理財產之權限，且信託關係強調受託人與受益人存在信任關係或信賴關係³⁴，因此，信託法制上規範受託人之義務、約束其行為，防止受託人濫用權限，以確保信託目的之實現，並有效保護受益人之利益³⁵。

(一) 忠實義務

信託關係中，受託人對受益人所負有之忠實義務乃達成信託目的之重要關鍵。蓋因受託人享有信託財產之名義上所有權，並對信託財產有處分管理之權限，若不針對受託人處理信託事務時，自己或第三人與受益人有利益衝突的情形加

³² 楊崇森(2010)，《信託法原理與實務》，頁 219，台北：三民。

³³ 嚴佳雯(2005)，《地上權信託財產管理與運用之研究》，頁 64，國防大學法律學研究所碩士論文。

³⁴ 王志誠(2009)，《信託法》，頁 214，台北：五南

³⁵ 李智仁、張大為(2010)，《信託法制案例研習》，頁 98，台北：元照。

以規範，將有害於受益人之權益，進而違背信託本旨。由此可知，受託人處理信託事務時，須以受益人之利益為唯一之考量，而不得為自己或他人之利益管理、處分信託財產，此為忠實義務之主要內涵³⁶。有學者認為，符合全部類型信託之定義，信託是一個忠實關係，受託人必須為受益人之利益，而管理或處分依此忠實關係而保有之財產³⁷。可知不同之信託類型，其成立要件可能相異，然信託關係之核心即在於受託人之「忠實義務」。

我國信託法並未就受託人的忠實義務加以規定，但從信託法第 34 條及 35 條規定觀之，可導出受託人負有忠實義務。信託法第 34 條前段謂：「受託人不得以任何名義，享有信託利益。但與他人為共同受益人時，不在此限。」該條文之立法理由指出：「受託人為負有依信託本旨，管理或處分信託財產義務之人；受益人為享有信託利益之人，如受託人兼為同一信託之受益人，則其應負之管理義務將與受益權混為一體，易使受託人為自身之利益而為違背信託本旨之行為，故原則上，受託人不得兼為受益人，更不得假管理或處分信託財產之便，以任何名義享有信託利益。惟如受託人僅係受益人中之一人時，則仍可經由其他受益人督促之，應可防弊，爰為除外規定。」亦即，為維護受益人之權益，原則上受託人不得享有信託利益，然而，於受託人與他人共同為受益人之例外情形下，應允許之。

信託法第 35 條第 1 項規定：「受託人除有下列各款情形之一外，不得將信託財產轉為自有財產，或於該信託財產上設定或取得權利：一、經受益人書面同意，並依市價取得者。二、由集中市場競價取得者。三、有不得已事由經法院許可者。」亦即，需有上開例外情形，受託人方得將信託財產轉

³⁶ 王文宇(2003)，《新公司與企業法》，頁 452-456，台北：元照。

³⁷ 謝哲勝(2003)，〈信託的意義〉，《月旦法學教室》，8 期，頁 40。

為自有財產，或於該信託財產上設定或取得權利，以避免發生信託財產的利益與受託人個人利益發生衝突之情事。

可注意者，如委託人先將不動產設定抵押權予銀行，其後將該不動產交付信託予該銀行，並無上開第 35 條第 1 項之問題³⁸，因此，不動產信託登記前，宜先辦理抵押權設定，或將抵押權設定較高之金額，避免信託登記後需增加貸款額度，而面臨上開問題³⁹。

針對營業信託受託人之忠實義務，信託業法亦有相關規定。按該法第 22 條謂：「信託業處理信託事務，應以善良管理人之注意為之，並負忠實義務。」另外，同法第 25 條、27 條，以及信託業法施行細則第 14 條，亦揭示忠實義務。首先，信託業法第 25 條第 1 項為落實信託業應盡之忠實義務，明文禁止信託業以信託財產購買本身或其利害關係人所發行之有價證券或票券、購買本身或其利害關係人的財產、讓售本身或利害關係人、購買銀行業務部門承銷的有價證券或票券。

其次，信託業法第 27 條規定信託業就信託財產與信託業本身或利害關係人交易之情形，除有信託契約之約定外，應充分告知受益人並取得其同意方得為之。又為降低利害關係人交易可能衍生之弊端，信託業尚應就利害關係交易的防治措施，訂定書面政策及程序。

最後，為了解決受託人之忠實義務在適用上可能有過度抽象之問題，信託業法第 22 條第 2 項授權訂定之「信託業應負之義務及相關行為規範」第 4 條臚列以下 12 項忠實義務的具體態樣：

(1) 為信託事務之管理，應盡力為受益人謀求利益。

³⁸ 王志誠(2009)，《信託法》，頁 233，台北：五南

³⁹ 朱哲毅(2005)，《不動產信託實務》，台灣金融研訓院，頁 110-111。

- (2) 不得明知某項信託財產之投資運用或交易對委託人或受益人是顯不適當的，意圖為自己或第三人不法之利益，或損害委託人或受益人之利益，而故意建議委託人或受益人進行該項投資運用或交易，或如對信託財產有運用決定權時，為委託人或受益人執行該項投資運用或交易行為。
- (3) 不得明知委託人或受益人對於信託契約之重大條款、信託行為或信託財產管理之重大事項認知錯誤，而故意不告知該錯誤情事。
- (4) 經營信託業務，不得對委託人或受益人有虛偽、詐欺或其他足致委託人或受益人誤信之行為。
- (5) 不得故意設計某些交易行為以掩飾或隱匿其違反法令或信託公會規章規定之行為。
- (6) 於擔任受託人時，除與他人為共同受益人外，不得以任何名義，享有信託利益，或與他人交互享有信託利益。
- (7) 為避免信託業執行信託事務時與本身發生利害衝突，除信託業對信託財產不具有運用決定權之信託外，信託業不得有信託業法第二十五條規定之禁止行為，除事先取得受益人之書面同意外，亦不得有信託業法第二十七條規定之限制行為。
- (8) 受客戶委託辦理信託財產之投資時，其業務相關人員有利害關係者，不得參與該投資行為之決定。
- (9) 信託如有二人以上之受益人，信託業應依信託本旨，盡力以公平原則處理信託財產之運用、管理與分配事宜。
- (10) 不得以信託財產辦理授信，亦不得以信託財產借入款項，但以開發為目的之土地信託經全體受益人同意者或法律另有規定者，不在此限。

- (11) 對其委託人或受益人之往來、交易資料，除法律或主管機關另有規定外，應予保密。
- (12) 於經營或執行信託相關業務時，不得強制委託人或受益人接受信託業本身或其利害關係人之業務商品、服務或與其交易，作為訂立信託契約之必要條件。但如各該商品或服務係不可分，基於商業習慣、或有正當理由，且無妨害公平競爭之虞者，不在此限。

(二) 善良管理人注意義務

受託人既係基於特別之信賴關係，為受益人之利益，管理、處分信託財產，理應盡相當高程度之注意義務，處理信託事務，以實現信託之目的。我國信託法第 22 條明文揭示：「受託人應依信託本旨，以善良管理人之注意，處理信託事務。又我國信託業法第 22 條亦規定：「信託業處理信託事務，應以善良管理人之注意為之，並負忠實義務。」

所謂善良管理人注意義務係指行為人注意之程度，依照一般社會觀念，認為具有相當知識及經驗之人對於一定事件所能注意者，客觀地決定其標準，至於行為人有無盡善良管理人注意義務之知識及經驗，在所不問。申言之，善良管理人注意義務之內容或程度的判斷，不以受託人個人具體能力為基準，而係以受託人所屬社會及經濟地位或職業，對屬於該類型之人一般上或客觀上所要求之注意能力為基準。因此，對營業信託受託人而言，應課以較一般私人為高之專業及高度注意義務；又因信託業法之規定，性質上屬強制規定，故不得由委託人與信託業以特約方式減輕信託業者所應負之義務⁴⁰。

如受託人未盡善良管理人注意義務，管理不當致信託財產發生損害，依信託法第 23 條，委託人、受益人或其他受託

⁴⁰ 王志誠(2009)，《信託法》，頁 214-218，台北：五南。

人得請求以金錢賠償信託財產所受損害或回復原狀，並得請求減免報酬。

然而，上述受託人之善良管理人義務得否以契約約定減輕，學說及實務上不乏疑義。依我國民法第 222 條規定，僅有故意及重大過失之責任不得約定減輕，故信託法第 22 條僅為抽象輕過失之性質，應可特約排除。在以專業信託業者為受託人之營業信託下，信託業法亦有相似規定。信託業法第 22 條規定「信託業處理信託事務，應以善良管理人之注意為之，並負忠實義務」，且因信託業者向委託人收取報酬，並以經營信託為其營業，學者認為在解釋上應認為信託業者不得以特約排除其依法負有之善良管理人義務⁴¹。

(三) 分別管理義務

信託法第 24 條規定：「受託人應將信託財產與其自有財產及其他信託財產分別管理。」其立法意旨在於，因信託財產移轉在受託人名下，如受託人個人財產與信託財產混合而未分開，將有損信託財產之獨立性及特定性，且為防止受託人濫權或於不同信託財產間有不公平管理之情事，應特設分別管理義務的規定⁴²。因信託財產具有獨立性，故受託人應將其自己的固有財產與信託財產分別管理；如受託人受託管理數個信託財產時，該各個信託財產既係分別獨立，自亦應分別管理。而所謂分別管理，不僅為觀念上之區別，而係實際上須分別加以管理；正因受託人原則上負有分別管理義務，因其執行分別管理之結果，對未規定有公示方法而言，某程度上似具有一定公示效力⁴³。

我國信託法對於何謂分別管理並未明文規定，究應如何判斷受託人有無履行其分別管理義務，尚有疑義。舉例而言，

⁴¹ 李智仁、張大為(2010)，信託法制案例研習，頁 100，台北：元照。

⁴² 王志誠(2009)，《信託法》，頁 218-220，台北：五南。

⁴³ 同上註。

如屬土地、房屋等非代替物，在分別管理上固無問題；然如為代替物，因其種類、品質、數量可相互替代，則究應在物理上予以分開保管或在物體上加註信託標示，恐有爭議。就分別管理之本質而言，實係善良管理人注意義務之體現，僅因其能達到保護受益人利益之目的，始特別予以例示規定。是故，於判斷受託人是否善盡分別管理義務，或可依信託目的及當時社會一般通念，加以綜合判斷⁴⁴。分別管理義務有其例外，即當信託財產標的為金錢者，因金錢乃是表彰價值的財貨，如欲分別管理，有事實上困難，故得依信託法第 24 條第 1 項後段規定以分別記帳方式為之⁴⁵。另外，因有價證券亦具有類似金錢之性質，並具高度流通性，亦得解為得類推適用信託法第 24 條第 1 項後段之規定⁴⁶。

信託法第 24 條第 2 項規定：「前項不同信託之信託財產間，信託行為訂定得不必分別管理者，從其所定。」蓋基於私法自治原則，如信託當事人間約定不必分別管理，應尊重其意思。故原則上受託人應將不同信託財產分別管理，但若受託人同時或先後接受兩個以上信託時，關於信託財產間之管理，得由信託當事人以信託行為約定排除受託人的分別管理義務⁴⁷。

(四) 自己管理義務

自己管理義務又稱「直接管理義務」，信託係以對受託人之信賴為要素，即以信賴受託人之人格、經驗或手腕為基礎，從而受託人原則上應自己處理信託事務，不可輕易利用他人代勞，亦即負有不得將其親自履行之事務授權他人處理之義務。信託法第 25 條即明文規定：「受託人應自己處理信託事務。」此種義務乃由受託人管理義務而生，其旨趣係受

⁴⁴ 同上註。

⁴⁵ 信託法第 24 條第 1 項後段：「信託財產為金錢者，得以分別記帳方式為之。」

⁴⁶ 王志誠(2009)，《信託法》，頁 218-220，台北：五南。

⁴⁷ 同上註。

託人既已接受委託人付託擔任受託人，即應自行踐履所有任務⁴⁸。

若受託人係利用代理人或使用人等履行輔助人，以輔助其處理信託事務，因履行輔助人非以自己的意思，獨立代為處理信託事務，故不構成使第三人代為處理的情形。如受託人本於自己之責任，而利用律師、銀行或仲介人等，輔助其管理信託財產，即非屬所謂使第三人代為處理⁴⁹。

受託人親自處理事務固為基本原則，但如信託當事人另有訂定得使第三人代為處理者，即應尊重其意思。同時如受託人有不得已事由無法親自處理事務時，為使信託事務處理得順利進行，應容許受託人得使第三人代為處理。信託法第 25 條後段有規定自己管理義務之例外：「但信託行為另有訂定或有不得已之事由者，得使第三人代為處理。」惟受託人就選任第三人處理信託事務一事，仍須盡相當之注意義務；蓋若受託人因選任不誠實第三人代為處理或怠於監督第三人業務執行，致信託財產發生損害，其本質上仍為信託財產管理不當。信託法第 26 條第 1 項即規定：「受託人依前條但書規定，使第三人代為處理信託事務者，僅就第三人之選任與監督其職務之執行負其責任」，換言之，受託人於選任第三人或監督其職務之執行，如未盡相當之注意義務，致信託財產因第三人行為而生損害，受託人即應負賠償責任。應注意者，如受託人違反信託法第 25 條規定，使第三人代為處理信託事務，其應就第三人之行為負完全責任；且若受託人違反親自處理信託事務之義務，而使第三人代為處理者，為確保委託人及受益人之權益，該第三人與受託人負連帶責任。該責任可見於信託法第 27 條規定：「受託人違反第二十五條規定，使第三人代為處理信託事務者，就該第三人之行為與就

⁴⁸ 楊崇森(2010)，《信託法原理與實務》，頁 179-180，台北：三民。

⁴⁹ 台灣金融研訓院(2008)，《信託法制》，頁 95，台北：台灣金融研訓院。

自己之行為負同一責任。前項情形，該第三人應與受託人負連帶責任。」⁵⁰

(五) 公平義務

公平義務係指受託人應公平對待每一受益人之義務。簡而言之，公平義務可再細分為本金受益人與孳息受益人之分配公平以及各個受益人間之分配公平。受託人之公平義務雖然沒有被明文納入我國信託法中，然有學者認為可透過忠實義務中防止第三人利益與受益人利益相衝突之精神，而推論出受託人應負公平義務之結論⁵¹。

(六) 作成帳簿義務

我國信託法第 31 條第 1 項規定「受託人就各信託，應分別造具帳簿，載明各信託事務處理之狀況。」而至於信託財產之單據及紀錄之保存期限，除依受託人之行業別有個別規範外，我國信託法並無強制規定⁵²。

(七) 定期報告義務

依我國信託法第 31 條第 2 項「受託人除應於接受信託時作成信託財產目錄外，每年至少定期一次作成信託財產目錄，並編製收支計算表，送交委託人及受益人」之規定，受託人有定期向委託人及受益人報告之義務。另外，根據信託法第 32 條規定，委託人或受益人有請求閱覽、抄錄或影印 31 條之文書，並得請求受託人說明信託事務處理情形之權。信託業法亦有相類規定。信託業法第 19 條第 2 項規定「信託業應依照信託契約之約定及主管機關之規定，分別向委託人、受益人作定期會計報告，如約定設有信託監察人者，亦應向信託監察人報告。」此外，依信託業營運範圍受益權轉讓限制風

⁵⁰ 同上註。

⁵¹ 李智仁、張大為(2010)，信託法制案例研習，頁 108，台北：元照。

⁵² 李智仁、張大為(2010)，信託法制案例研習，頁 114，台北：元照。

險揭露及行銷訂約管理辦法第 29 條之進一步的規定：「信託業運用信託財產從事交易後，除法令另有規定外，應交付委託人及受益人交易報告書，並定期編製對帳單交付委託人及受益人。」，且若「信託業以信託財產與本身或利害關係人……交易者，應於交易報告書及對帳單中載明。」

(八) 保密義務

我國信託法中雖然沒有明文規定受託人對於其因信託契約所知之訊息或得到之資料負有保密義務。然基於受託人之忠實義務，可認為在為達成信託目的的範圍內，受託人對委託人及受益人負有一定之保密義務。而信託業法施行細則第 14 條第 1 項之規定即落實上述推論於法律明文當中，其規定「本法第二十二條第一項所定之忠實義務，包括信託業對於其客戶之往來、交易資料，除其他法律或主管機關另有規定外，應保守秘密之義務。前項保密義務，應依本法第十九條第一項第十三款規定載明於信託契約中。」

第三章 所有權信託與地上權信託之區別

第一節 所有權與所有權信託

第一項 所有權

一、所有權之意義

(一) 所有權乃對標的物全面支配之物權

物之所有人於法令限制範圍內，得自由使用、收益、處分其所有物，並排除他人干涉，乃一般、全面其客體之物權。如所有人之所有物遭他人無權占有、侵奪、妨害所有權或有妨害所有權之虞，得請求返還、除去與防止，為民法第 767 條所明定之所有權人物上請求權。

(二) 所有權乃對整體內容之物權

所有權對於客體有種種支配之權能，例如：占有、使用、收益、處分等各種支配權能，然非各種支配權之集合，為一體之權利⁵³，即整體性、單一性。從而，基於所有權而設定之地上權、抵押權等物權，係所有權單一內容一部分之具體化⁵⁴，因此，所有權與其他物權歸屬同一人時，因混同而消滅（民法第 762 條）。

(三) 所有權為具彈力性之物權

由於所有權具整體性、單一性，基於所有權而設定地上權、典權或出租後，所有人全面支配所有物之權能大幅縮減，然一旦所設定之物權或租賃關係消滅，則所有權回復可完全支配之狀態，是具有「彈性」⁵⁵。

(四) 所有權為永久支配標的物之物權

⁵³ 鄭玉波著，黃宗樂修訂(2010)，《民法物權》，頁 73，台北：三民。

⁵⁴ 謝在全(2003)，《民法物權論(上冊)》，頁 181，台北：三民。

⁵⁵ 鄭玉波著，黃宗樂修訂(2010)，《民法物權》，頁 73，台北：三民。

所謂「永久支配」並非指所有權永無消滅之可能，而是無預定的存續期間，例如地上權訂有一定存續期間者，於期間屆滿時，當然歸於消滅⁵⁶，而所有權則無罹於時效而消滅之可能。

二、所有權之權能

(一) 占有

所有人既對所有物有全面支配或概括管領之權利，則應有占有之權，方得實現其管理之功能。如所有物受他人無權占有時，所有人得對之行使物之返還請求權，以回復占有，乃民法第 767 條所明文，可證所有人對所有物具有占有之權能⁵⁷。

(二) 使用

使用指依照物體之用法，不毀損物體或變更其性質，而為使用，以供生活上之需要，純為事實上之使用，未達收取天然孳息之階段⁵⁸。

(三) 收益

收益乃收取標的物之天然孳息或法定孳息，例如，耕地收割、收取租賃房屋之租金等。

(四) 處分

處分含事實上處分與法律上處分，所有權人對於所有物之處分，應包含此二者，即所有人得所有物之物理性質改造或毀損，亦得為權利移轉、設定、拋棄等法律行為。

(五) 排除他人之干涉

⁵⁶ 鄭玉波著，黃宗樂修訂(2010)，《民法物權》，頁 74，台北：三民

⁵⁷ 謝在全(2003)，《民法物權論(上冊)》，頁 184，台北：三民。

⁵⁸ 謝在全(2003)，《民法物權論(上冊)》，頁 185，台北：三民。

所有人對所有物既有全面支配之權利，則應該排除他人之不法侵奪、干擾或妨害，所有人基於物上請求權，得排除其侵害。

三、所有權之保護

(一) 所有物返還請求權

所有人對於無權占有或侵奪其所有物者，得請求返還，為民法第 767 條前段之規定。所有人請求之相對人，須為占有其物而妨害所有人之占有人，於確定請此請求權存否之時已不占有所有物者，非所有物返還請求之相對人，僅構成侵權行為之損害賠償責任，所有人不得主張所有物返還請求權（最高法院 29 年上字第 1061 號判例）。而相對人之占有須為無權，可能同時發生民法第 179 條不當得利返還請求權，形成請求權之競合，權利人得擇一行使之⁵⁹。

(二) 所有權妨害排除請求權

相對人以占有以外方式妨害所有權內容實現時，且該妨害事由在相對人能力支配範圍內為已足，不限於該相對人自身之行為，則依民法第 767 條中段，所有人對於妨害其所有權者，得請求除去之。然而，所有人依法有容忍義務之情形，例如地上已鋪設之鐵路、地下已架設之水電管線等，為維護公共利益，所有人不得主張妨害排除請求權⁶⁰。

(三) 所有權妨害預防請求權

按民法第 767 條後段規定，所有人對於有妨害其所有權之虞者，得請求防止之。「妨害之虞」乃未發生之妨害，定義上較為困難，德國民法以侵害一度實現發生，且本侵害將來有再生侵害之可能，作為有無妨害之虞之標準。我國民法未規定，學說上認為其決定標準乃依具體事實，按社會一般觀

⁵⁹ 鄭玉波著，黃宗樂修訂(2010)，《民法物權》，頁 82，台北：三民。

⁶⁰ 鄭玉波著，黃宗樂修訂(2010)，《民法物權》，頁 83-84，台北：三民。

念決定之，即就既存危險情況判斷，客觀上認為所有人之所有權被妨害之可能性極大，應事先加以防範者，方可主張妨害預防請求權⁶¹。

第二項 所有權信託

一、所有權信託之意義

所有權信託係以不動產所有權作為信託財產，將不動產所有權移轉予受託人，所有權信託之受讓人成為不動產之名義上所有權人，由受託人依信託本旨與契約約定，為受益人之利益或特定目的，管理或處分信託財產。

所有權信託為不動產信託之典型模式，由目前實務觀之，不動產所有權移轉予受託人作為信託財產，其信託目的可能包含：不動產開發、不動產管理處分，或不動產經營。此種信託關係，旨在有效利用土地、保障融資銀行債權，以及使不動產所有權人因開發完成得取得收益。

(一) 以不動產開發為目的

所有權人將不動產信託予信託機構。信託機構依照信託契約所約定，執行土地開發計畫，執行完成後，再將土地開發利用之利益分配予各受益人⁶²。

我國早期之不動產開發信託通常由信託業擔任土地及興建資金之受託人，並登記為起造人，受託人管理信託財產，以及監督興建資金之專款專用，以確保興建之完成。目前則多改以建築經理公司擔任起造人，並受託管理興建中及興建完成之建物，建商於設定信託時，需一併辦理起造人名義變更登記。信託業則僅辦理土地及興建資金之相關事務。⁶³

⁶¹ 謝在全(2003)，《民法物權論(上冊)》，頁199，台北：三民。

⁶² 左涵湄、高嘉濃(2007)，〈捷運土地開發資產信託可行性之研究〉，《捷運技術半年刊》，36期，頁197。

⁶³ 王志誠(2013)，〈我國不動產開發信託之發展〉，《當代財政》，30期，頁24。

(二) 以不動產管理處分為目的⁶⁴

為使不動產獲得較佳之處分收益，委託人將持有之不動產信託予受託人，由受託人負責於適當價格、條件下，適時出售不動產。

(三) 以不動產經營為目的⁶⁵

不動產所有權人將所持有之不動產委託受託人經營管理，再由受託人將經營所得之收益交給受益人，使不動產能以最佳經營方式，發揮其利用效能，促進經濟效益。

二、所有權信託之運用

目前實務上常見之不動產開發信託，則改由建築經理公司擔任起造人，約定建商設定信託時，需同時辦理起造人名義之變更登記，信託業僅辦理土地及興建資金之受託事務⁶⁶。以所有權信託辦理不動產開發之優點如下⁶⁷：

1. 受託人依信託法負有忠實義務及善良管理人之注意義務。無論是合建分坪之土地所有權人、建商，或是承購預售屋之消費者等，皆得透過受託人對信託土地及開發資金之管理，降低交易風險。
2. 因信託財產具獨立性，因此，如委託人或受託人發生死亡或破產之情事，仍不影響信託關係，受託人仍應依照信託契約，繼續管理運用交付信託之土地開發資產及資金。
3. 信託期間內，受託人雖為土地開發資產之名義所有權人，然實質上委託人仍保有信託財產之所有權，信託期間屆至，信託利益及信託財產皆依信託契約定分配、歸屬於受益人。

⁶⁴ 朱哲毅(2005)，《不動產信託實務》，台灣金融研訓院，頁7。

⁶⁵ 同前註。

⁶⁶ 王志誠(2013)，〈我國不動產開發信託之發展〉，《當代財政》，30期，頁24。

⁶⁷ 左涵湄、高嘉濃(2007)，〈捷運土地開發資產信託可行性之研究〉，《捷運技術半年刊》，36期，頁197。

第二節 地上權與地上權信託

第一項 地上權

隨著現代都市開發，土地價格日趨升高，房屋與住宅需求殷切，為有利於經濟發展，將土地之地上權設定予無土地所有權之建築物或工作物所有人，使地上權人取得土地使用之正當權利，促進土地利用之經濟效益。地上權乃存於他人土地上下之物權，且係以保有建築物或其他工作物為目的，而使用他人土地之定限物權。

一、普通地上權

普通地上權指「以在他人土地上下有建築物或工作物為目的而使用其土地之權」，為民法第 832 條所明文規定。

(一) 地上權之發生

地上權之發生原因可分為「基於法律行為」與「基於法律行為以外之原因」、「基於法律規定取得」等情形。基於法律行為發生之地上權，可分為創設與移轉兩種方式，前者如當事人合意設定地上權、以遺囑設定地上權；後者指地上權之讓與。又，地上權為不動產物權之一種，當事人約定設定地上權，應以書面為之，且登記後方取得地上權之效力（民法第 758 條）。

其次，地上權人亦可基於法律行為以外之原因取得地上權之方式，包含民法第 772 條準用第 769、770 條之時效取得地上權，以及由繼承人取得地上權，為繼承之標的。

法定地上權係指依民法第 838 條之 1 第 1 項、第 876 條第 1、2 項擬制發生之地上權。按土地及其土地上之建築物，如經強制執行之拍賣後，土地及建築物所有人各異時，雙方非以合意方式制定土地使用權，可能衍生基地使用權之爭議，且無從期待當事人依私法自治原則解決之。為避免建築物被拆除，而危及社會經濟利益，因此，我國民法第 838 條之 1 第

1 項、第 876 條第 1、2 項，以法律明文規定地上權之發生，以增加土地利用之經濟效益。

至於法定地上權之地租、期間、範圍，宜由當事人協議定之，如不能協議，始得請求法院判決定之，乃民法第 838 條之 1 所明定。由於法定地上權乃基於強制執行所取得不動產物權，依民法第 759 條，雖未經登記，亦能取得該物權，然欲進行處分者，則需予以登記⁶⁸。

(二) 地上權之效力

1. 地上權人之權利

(1) 使用收益權

地上權係使用他人土地之用益物權，地上權人在其設定目的範圍內，對土地有使用收益權。目的範圍之設定，可針對建築物或工作物之全部或一部限定目的，亦可設定建築物或工作物之種類，例如限於興建住宅。依民法第 836 條之 2 第 1 項，地上權人應依照設定之目的、約定之使用方法，使用收益土地；如當事人間未約定，則應依土地性質為之，並保持其得永續利用。以維護人類賴以生存之土地資源永續發展。另須注意者，雙方所約定之使用方法，非經登記者，不生對抗第三人之效力，為同條文第 2 項之規定。

(2) 處分權

又地上權為財產權的一種，為發揮地上權之融通性，使地上權人為建造工作物所投入之資本得以回收，具增進經濟價值之效益，因此，地上權人原則上得自由處分其權利⁶⁹。我國民法第 838 條第 1 項即規定，地上權人得將其權利讓與他人或設定抵押權。但契約另有約定或

⁶⁸ 鄭玉波著，黃宗樂修訂(2010)，《民法物權》，頁 226，台北：三民。

⁶⁹ 謝在全(2003)，《民法物權論(中冊)》，頁 86-87，台北：三民。

另有習慣者，不在此限。因此，地上權人得將地上權讓與、設定抵押或拋棄。

(3) 土地優先購買權

地上權之社會作用，在於調和土地與地上物間之使用關係，建築物、工作物通常不能脫離土地而存在，兩者需相互結合，以發揮其經濟作用⁷⁰。因此，地上權與其地上物之讓與或設定其他權利，應同時為之，以免地上物失其存在之權源，有違設置地上權之目的⁷¹，民法第 831 條第 3 項明文規定：「地上權與其建築物或其他工作物，不得分離而讓與或設定其他權利。」。附帶說明者，地上之建築物為房屋者，地上權人出賣該房屋時，依土地法第 104 條⁷²第 1 項後段，土地所有人有依同樣條件優先購買之權，如地上權人未通知所有人，而與第三人締結買賣契約，依同條第 2 項，不得對抗土地所有人。而地上權係以建築房屋為其使用之目的者，依土地法第 104 條第 1 項，於基地出賣時，地上權人有依同樣條件優先購買之權。因此，土地所有人於欲出賣土地時，應先通知地上權人，地上權人收到通知後十日內不表示承買者，則視為放棄優先購買權。如土地所有人未通知地上權人即與第三人締結買賣契約，依同條第 2 項規定，該契約不得對抗地上權人，則地上權人得主張因買賣契約所為之所有權無效移轉，而請求塗銷登記⁷³。

2. 地上權人之義務

(1) 支付地租

⁷⁰ 謝在全(2003)，《民法物權論(中冊)》，頁 87，台北：三民。

⁷¹ 鄭玉波著，黃宗樂修訂(2010)，《民法物權》，頁 231，台北：三民。

⁷² 土地法第 104 條：「基地出賣時，地上權人、典權人或承租人有依同樣條件優先購買之權。房屋出賣時，基地所有權人有依同樣條件優先購買之權。其順序以登記之先後定之。前項優先購買權人，於接到出賣通知後十日內不表示者，其優先權視為放棄。出賣人未通知優先購買權人而與第三人訂立買賣契約者，其契約不得對抗優先購買權人。」

⁷³ 謝在全(2003)，《民法物權論(中冊)》，頁 91，台北：三民。

地租乃地上權人使用土地所支付予土地所有人之報酬，依我國現行法制，地上權可設定為有償或無償，不以地租之約定與支付為成立要件。然而，如因土地之負擔增加，非當時所得預料，仍無償使用顯失公平者，針對未定有地租之地上權，土地所有人得請求法院酌定其地租（第 835 條之 1 第 1 項），以平衡土地所有人與地上權人之利益。至於因不可抗力因素而妨礙地上權人使用土地者，依民法第 837 條，地上權人不得請求免除或減少租金，應由地上權人自行負擔危險。然而，如因土地價值之昇降，依原定地租給付顯失公平者，則當事人得請求法院增減之（第 835 條之 1 第 2 項）。

(2) 回復土地原狀

按地上權消滅時，地上權人有取回地上物之權利，同時負有回復土地原狀之義務，為民法第 839 條之規定。蓋地上權人投入資本建造建物或工作物，民法畀予取回權，使之得以收回資本⁷⁴。另為使以存於土地上之工作物或建物得發揮其經濟效益，同條文第 3 項規定：「地上權人取回其工作物前，應通知土地所有人。土地所有人願以時價購買者，地上權人非有正當理由，不得拒絕。」

3. 地上權之消滅

法律關係定有存續期間者，於期間屆滿時消滅，期滿後，除法律有更新規定外，並不當然發生更新之效果，地上權應作同解，定有存續期間之地上權於期限屆滿時，地上權當然消滅，最高法院 70 年台上字第 3678 號判例即持此意旨⁷⁵。

⁷⁴ 鄭玉波著，黃宗樂修訂(2010)，《民法物權》，頁 231，台北：三民。

⁷⁵ 最高法院 70 年台上字第 3678 號判例：「法律關係定有存續期間者，於期間屆滿時消滅，期滿後，除法律有更新規定，得發生不定期限外，並不當然發生更新之效果，地上權並無如民法第四百五十一條之規定，其期限屆滿後自不生當然變更為不定期限之效果，因而應解為定有存續期間之地上權於期限屆滿時，地上權當然消滅。」

此外，地上權人無支付地租者，依民法第 834 條，得隨時拋棄其權利。至於地上權人有支付地租之情形，如地上權定有期限，則地上權人得支付未到期之三年地租後，拋棄其權利；地上權未定有期限者，地上權人應於一年前通知土地所有人，或支付未到期之一年分地租後，得拋棄其權利（民法第 835 條第 1、2 項）。兼顧、平衡土地所有人及地上權人之利益，由雙方平均負擔危險⁷⁶，如土地不能達原來使用之目的，且非可歸責於地上權人，地上權人於支付前二項地租二分之一後，得拋棄其權利。又，因可歸責於土地所有人事由，致土地不能達原來使用之目的時，地上權人亦得拋棄其權利，並免支付地租(民法第 835 條第 3 項)。

4. 終止事由之發生

發生下列事由之一者，依民法相關規定，土地所有人或地上權人得終止地上權：

(1) 積欠地租

地上權人積欠地租達二年之總額，除另有習慣外，土地所有人得定相當期限催告地上權人支付地租，然地上權人於期限內不為支付（民法第 836 條第 1 項）。

(2) 未定期限之地上權之成立目的已不存在

未定期限之地上權，其存續期間逾二十年或地上權成立目的已不存在時，法院得因當事人之請求，斟酌地上權成立之目的、建築物或工作物之種類、性質及利用狀況等，定其存續期間或終止地上權（民法第 833 條之 1）。

(3) 公共建設地上權之使用目的完畢

⁷⁶ 鄭玉波著，黃宗樂修訂(2010)，《民法物權》，頁 238-239，台北：三民。

以公共建設為目的而成立之地上權，未定有期限者，以該建設使用目的完畢時，視為地上權之存續期限（民法第 833 之 2 條）。

(4) 繼續違約或違法使用

地上權人應依設定之目的及約定之使用方法，為土地之使用收益；未約定使用方法者，應依土地之性質為之，並均應保持其得永續利用。如地上權人違反約定之目的及使用方法，經土地所有人阻止而仍繼續為之者（民法第 836 條之 3）。

5. 約定消滅事由之發生

當事人間如約定特定之地上權消滅事由，如該事由發生，則地上權即生消滅之因，然須辦理塗銷地上權登記後，始生效力。而當事人所約定之消滅事由，不可違反法律、善良風俗，以及設定地上權之目的，例如，不可約定：因土地所有人之請求，地上權人應隨時交還土地⁷⁷，此係違反地上權設定之目的。

二、區分地上權

(一) 區分地上權之發展

由於人類文明之進步，科技與建築技術日新月異，土地之利用已不再侷限於地面，且都市之土地利用密集，土地地面之可利用面積日趨不足，因此，土地之利用逐漸向空中與地下發展，由平面化而趨於立體化，遂產生土地分層利用之結果。而土地立體使用的結果，使離開地表之地下或空中橫切水平斷層產生經濟使用價值，傳統上及於地表上下垂直縱向的土地所有權與利用之法理，轉換為地表上空或地下橫切區分水平所有權與利用之法理⁷⁸。

⁷⁷ 謝在全(2003)，《民法物權論(中冊)》，頁 105，台北：三民。

⁷⁸ 黃志偉(2013)，《地上權、不動產役權；抵押權之物權法律解析暨登記實務》，頁 124，台北：五南。

99年2月3日民法物權編修正時，新增「區分地上權」一節，確立區分所有權在我國民法中之地位。按我國法制引進「區分地上權」概念之濫觴，乃77年所制定之大眾捷運法第19條第1項，其揭示：「大眾捷運得因工程上之必要，穿越公、私有土地及其土地改良物之『上空或地下』」。其後，電信法、下水道法、獎勵民間參與交通建設條例、促進民間參與公共建設法等法令，亦有相類規定。

(二) 區分地上權之意義與客體

按民法第846條之1增訂「區分地上權」之定義：「稱區分地上權者，謂以在他人土地上下之一定空間範圍內設定之地上權。」區分地上權乃地上權人就他人土地上空或地下，其以立體區分上下之範圍，僅在一部分所設定之地上權，亦稱「部分地上權」、「空間地上權」、「分層地上權」。區分地上權係以「土地上下之一定空間範圍」為權利客體，普通地上權則以「土地之上下」為客體，兩者有所差異，區分地上權可認為係普通地上權之特殊形態⁷⁹，除民法物權編第三章第二節「區分地上權」所規定者外，依民法第841條之6，準用普通地上權之規定。

(三) 區分地上權之效力

按區分地上權為「空間權」，以橫切面方法，就具有立體性之空間為權利標的，以現行民法之一物一權主義探究區分地上權之合法性，應使之以一定空間、一定主體為一權利之對象，並制訂登記相關規則加以配合，則自與一物一權主義無所違背，發揮區分地上權其「空間權」之本質與效力⁸⁰。民法第841之5條規定：「同一土地有區分地上權與以使用收益為目的之物權同時存在者，其後設定物權之權利行使，不

⁷⁹ 鄭玉波著，黃宗樂修訂(2010)，《民法物權》，頁243，台北：三民。

⁸⁰ 朱柏松(2010)，〈空間法理與區分地上權立法上的幾個問題點〉，《民事法問題研究—物權法論》，頁195，台北：元照。

得妨害先設定之物權。」使區分所有權不拘泥於用益物權之排他效力，以達土地充分利用之目的。又，區分地上權人得與其設定之土地上下有使用、收益權利之人，約定相互間使用收益之限制，然依民法第 841 之 2 第 1 項，其約定未經土地所有人同意者，於使用收益權消滅時，土地所有人不受該約定之拘束。

第二項 以設定地上權作為開發模式

承上文所述，現代都市土地利用的密度增加，價格也水漲船高，為有效利用土地，促進經濟效益，將公有地或私有地以設定地上權方式進行公共建設或商業開發，國內已有許多前例。近年來，政府為保有土地所有權，以公有地「只租不售」為土地利用之原則⁸¹，公有地設定地上權更逐漸成為民間參與開發的主要方式之一。

政府藉由公有地設定地上權，得達到保有土地所有權，同時活化閒置公有資產之效果，並向地上權人收取之租金與權利金，充實國家財政。此外，一旦地上權人有違反約定使用計畫之情形發生時，政府得保有收回地上權，以確保政策目的之實現⁸²。

自民間言，參與國有非公用土地之設定地上權開發案，則具有降地土地購置成本之經濟效益，僅需支付權利金與存續期間之租金，有助於降低募資之需求⁸³。國內以設定地上權開發公有地之相關案件，謹臚列於下表：

表格 1：公有土地設定地上權開發案件一覽表(整理財團法人國家政策研究基金會(2010)，《國有土地招標設定地上權》，財政部九十九年度委託研究計畫，表 3-3、3-4、3-5、3-6、3-7)。

案名	臺北晶華酒店	君悅大飯店	臺北世貿大樓	環泥京華 D.C.	寶成皇家河畔	信義區 A9	信義區 A10
土地所有	台北市	經濟部	經濟部	國有財	國有財	台北市	國有財

⁸¹ 廖益群(2005)，《國有非公用土地只租不售執行情形之研究》，頁 35，國立政治大學地政研究所碩士論文。

⁸² 林富榮(2003)，《公有土地最佳組合開發模式之研究》，淡江大學商學院暨管理學院高階主管學程管理碩士論文，頁 109-110。

⁸³ 同前註，頁 110。

案名	臺北晶華酒店	君悅大飯店	臺北世貿大樓	環泥京華 D.C.	寶成皇家河畔	信義區 A9	信義區 A10
權人(管理機關)				產局	產局	政府	產局
地上權人	中安觀光企業	新加坡豐隆集團	國際貿易大樓有限公司	環泥建設	長億實業	新光三越百貨	富邦人壽
土地面積	2,809.75 坪	約4200坪	約6公頃	約 620 坪	約 521 坪	6,331 平方公尺	1,928 坪
契約日期	65 年 10 月	73年12月	75年4月	85 年	85 年	90 年 7 月	97 年 11 月
權利金	1 億 322 萬 2,479 元(以公告現值土地實測面積計算)簽訂契約時，繳付 20% 定金；土地交付時，繳付剩餘之 80%。	自第 4 年起，與外人經營合作期間按營業總收入 6.25% 收繳，且不得少於 1 億 9 千 5 百萬元；自行經營期間按營業總收入之 8.25% 計算，並且不得少於 2 億 5 千 7 百 40 萬元。	每年營業額 3% 計收，且營業之日起 3 年內免繳權利金。	約 3 億 5,300 萬元	約 3 億 2,800 萬元	236,788 8,000	367,700 萬
利用方式	國際觀光旅館	國際觀光旅館	辦公大樓	住宅使用	住宅使用	新光三越百貨 A9 館	百貨旅館
地租(年租金)	公告地價 1.5%	公告地價 1.75%	公告地價 1.75%	公告地價 5%	公告地價 5%	公告地價 5%	97-98 年租金:1 億 4,204 萬

案名	臺北晶華酒店	君悅大飯店	臺北世貿大樓	環泥京華 D.C.	寶成皇家河畔	信義區 A9	信義區 A10
地上權存續期間	50年	50年	50年	50年	50年	50年	50年
期滿後地上物處理方式	無償收歸市有	無償收歸國有	無償收歸國有	無償收歸國有	無償收歸國有	無償收歸國有	無償收歸國有

此外，公有土地設定地上權之部分案件，係搭配促參機制進行開發，其模式與架構擬於本文第四章第一節詳述，謹整理國內案例如下：

表格 2：公有土地設定地上權搭配促參機制開發案件一覽表(整理財團法人國家政策研究基金會(2010)，《國有土地招標設定地上權》，財政部九十九年度委託研究計畫，表 3-3、3-4、3-5、3-6、3-7。)

案名	臺北國際金融大樓	后里月眉育樂區	新北市新板橋車站特定區國際觀光旅館興建營運招商案	市府轉運站	交九京站案
開發方式	設定地上權 BOT	設定地上權 BOT	設定地上權 BOT	設定地上權 BOT	設定地上權 BOT
土地所有權人(管理機關)	台北市政府	台糖公司	國有財產局 新北市政府 臺灣鐵路管理局	台北市政府	交通部臺灣鐵路管理局、台北市政府
地上權人	中華開發等公司	月眉國際開發公司	大盟開發公司	統一開發	萬達通
土地面積	9,000坪	約200公頃	803坪	16,280 平方公尺 (4,925 坪)	2.14 公頃(約 6,466 坪)
契約日期	86年11月	88年5月	99年8月	93年10月	93年

案名	臺北國際金融大樓	后里月眉育樂區	新北市新板橋車站特定區國際觀光旅館興建營運招商案	市府轉運站	交九京站案
權利金	206億8,889萬元	1. 開發權利金：1億5,000萬元於簽訂契約後10日內繳交8千萬元；開始經營後之第1年末以現金或其他經同意之票據繳付2千萬元；第2年末繳付剩餘之5,000萬元。 2. 經營權利金：自開始營業日起，按營業額收入總額之5.1%。	1,436萬	25億開發權利金 營業權利金（按稅後純益比例提撥，約0.5%~2%不等）	開發權利金：11.89億元 營運權利金：最低為0.38億元(信託營運所得0.6%)
利用方式	國際金融大樓	大型主題觀光遊樂區	國際觀光旅館	百貨、客運、轉運站	商場、飯店、住宅、客運轉運站
地租(年租金)	公告地價5%	年地租=固定金額×(1+固定成長比率) ⁿ	9年租金：351萬（自99.9.20辦理設定地上權登記起至99.12.31，共計102天）	公告地價3%	每年約0.50億元
地上權存續期間	70年	50年	50年，可再延長20年	50年	50年

案名	臺北國際金融大樓	后里月眉育樂區	新北市新板橋車站特定區國際觀光旅館興建營運招商案	市府轉運站	交九京站案
期滿後地上物處理方式	無償收歸市有	無償收歸台糖公司所有	無償收歸國有	無償收歸市有	無償收歸國有

第三項 地上權信託

一、地上權信託之意義

近年來，國內公有非公用土地設定地上權予民間之案例增加，引進民間資源合作開發公有非公用土地，以促進土地利用之經濟效益，同時，發展出地上權信託之模式，以確保土地開發以及後續營運管理之順利執行。

國有財產法於 89 年修正時，引進信託作為開發國有非公用土地之方式，第 47 條第 2 項規定：「財政部國有財產局得以委託、合作或信託方式，配合區域計畫、都市計畫辦理左列事項：一、改良土地。二、興建公務或公共用房屋。三、其他非興建房屋之事業。」該條文之修正理由指出，國有財產局如得與公民營企業合作開發，將可運用民間資源，加速國有土地改良利用，減輕政府負擔，爰修正第二項明定得透過委託、合作或信託方式，舉辦改良利用業務。另財政部國有財產署訂定國有非公用土地設定地上權作業要點，其第 17 條規定執行機關得同意地上權人將地上權設定信託之要件，乃因應國內日漸增加之設定地上權以及地上權信託之開發案件，所發展之相應規範。

地上權信託指地上權人為委託人，轉讓地上權予受託人，而由受託人取得地上權之地位，依信託本旨為受益人之利益或特定目的，管理或處分該地上權，並將獲得之利益依契約規定分配予受益人⁸⁴。

⁸⁴ 嚴佳雯(2005)，《地上權信託財產管理與運用之研究》，頁 303-304，國防大學法律學研究所碩士論文。

地上權信託係以地上權為信託財產，僅有地上權之移轉，而無所有權之移轉。

二、設立地上權信託之優點

設立地上權信託之優點，主要有：(1)使資產運用更具效率與安全性；(2)由信託機構控管現金收付，保障投資人權益；(3)解決因地上權人眾多所可能導致意見分歧而無法有效利用建地；(4)避免因資金短缺致興建工程無法順利進行；(5)提高融資銀行之保障，利於開發資金之募集。

詳言之，受託人依信託本旨，為受益人利益或特定目的，管理、處分信託財產，從而，以地上權作為信託財產，得確保土地之利用、管理與處分，係合乎受益人之利益或契約所定之特定目的，另一方面，避免因民間開發業者之財務困難而影響土地開發計畫，使土地所有人得依開發計畫收取土地租金與權利金。

另一方面，民間開發業者參與地上權開發時，需募集開發所需之資金，包含權利金與建設費用等。由於開發規模與金額往往相當龐大，為爭取融資銀行之信心，同時強化融資擔保機制，民間開發業者可與信託業者簽訂信託契約，將自有資金、融資資金及地上權等作為信託財產，交由信託業者控制，避免該開發案之資金遭挪用或因地上權人（開發業者）財務發生困難而影響開發案之興建及營運時程之情況發生。亦即，設定地上權信託有助於降低融資銀行之風險，提高開發案之融資可行性，並避免開發資金被挪用，確保開發案之持續進行。

三、以地上權作為信託財產之問題

（一） 地上權存續期間

民間業者透過設定地上權方式，取得土地開發之權利，地上權之存續期間對於民間業者回收其所投資之成本，具有一定程度之影響，如設定地上權期間過短，可能不利於民間投資之報酬，而降低民間參與開發之意願。然地上權存續期

間如過長或設定永久之地上權，失其地上權之特性，與所有權無異。

至於信託期間，則應與地上權存續期間相互配合，信託存續期間末日不應約定於地上權存續期間末日之後，以避免地上權期限屆滿後，土地所有人無法如期取回土地⁸⁵。

(二) 地上權處分程序

我國不動產物權採登記生效主義，按民法第 758 條第 1 項：「不動產物權，依法律行為而取得、設定、喪失及變更者，非經登記，不生效力。」地上權信託既有地上權之設定或讓與，應經登記，方生效力。此外，我國信託業法第 20 條第 1 項亦規定：「信託業之信託財產為應登記之財產者，應依有關規定為信託登記。」因此，若設定地上權信託予信託業者，除地上權之登記外，對於地上權之信託財產應再為信託登記，履行信託財產之公示，始得對抗第三人⁸⁶。

如為直轄市或縣(市)之公有非公用土地設定地上權之案件，尚須注意土地法規之相關規定。土地法第 25 條明定：「直轄市或縣(市)政府對於其所管公有土地，非經該管區內民意機關同意，並經行政院核准，不得處分或設定負擔或為超過十年期間之租賃。」因此，直轄市或縣(市)政府擬設定其公有非公用土地予民間時，依上開規定，需經直轄市或縣(市)議會之同意，並經行政院核准。至於地上權之設定，亦有該規定之適用，查內政部 92 年 02 月 26 日內授中辦地字第 0920002187 號謂：「按『稱信託者，謂委託人將財產權移轉或為其他處分，使受託人依信託本旨，為受益人之利益或為特定之目的，管理或處分信託財產之關係。』信託法第一條定有明文，故委託人將財產權移轉或為其處分，為信託關係成立之要件。……本案貴府擬規劃依信託法之規定辦理信託登記地上

⁸⁵ 嚴佳雯(2005)，《地上權信託財產管理與運用之研究》，頁 309，國防大學法律學研究所碩士論文。

⁸⁶ 嚴佳雯(2005)，《地上權信託財產管理與運用之研究》，頁 315，國防大學法律學研究所碩士論文。

權予受託人，辦理市有非公用土地開發事宜，縱設定他項權利之原因登記為『信託』，仍無礙該信託登記屬地上權登記之本質，準此，本案仍應依土地法第二十五條規定辦理。」

(三) 地上權使用方法之限制

按土地所有人設定地上權予地上權人時，得約定使用之目的、方法及範圍，依民法第 836 條之 2 第 2 項，土地所有人與地上權人所約定之使用方法，非經登記，不得對抗第三人。唯該項之「第三人」，應不包含地上權信託之受託人⁸⁷，受託人有別於一般財產權之受讓人，僅能繼受委託人所具有之權利義務而為信託財產之管理處分，應課以較一般受讓人更嚴格之限制，進一步言，信託契約宜記載地上權約定之使用方法，以杜爭議。

至於公有非公用土地設定地上權之案件，國有非公用土地設定地上權作業要點第 17 條第 3 款則明文訂定：「受託人承諾於信託期間繼受原地上權契約之各項權利義務，並願一併受讓地上權及地上物之全部。」此乃執行機關同意地上權人辦理信託之前提要件之一。

第三節 小結—所有權信託與地上權信託之比較

所有權信託以不動產所有權為信託財產，應以有權移轉不動產之所有權人為委託人，不動產所有人於設定信託時，將土地所有權移轉於受託人，則受託人成為不動產之名義上所有人。與此不同的是，地上權信託之委託人可能為土地所有權人或地上權人，如由地上權人為委託人，以其所取得之地上權為信託財產，轉讓予受託人，則土地所有人與受託人間，是否需另行訂立地上權契約？按法務部 102 年 04 月 24 日法律字第 10203503970 號函謂：「所謂信託，係指財產所有人（委託人）為自己或自己指定之人（受益人）之利益或特定目的，將財產權移轉或為其他處分，使受託人依信託本旨管理或處分之。是以，委託人將地上權信託移轉予受託人後，受託人就該地上權

⁸⁷ 嚴佳雯(2005)，《地上權信託財產管理與運用之研究》，頁 312，國防大學法律學研究所碩士論文。

即得以其名義對外行使權利義務，且為唯一有權管理及處分權人（本部 97 年 12 月 9 日法律字第 0970040417 號函參照），並無與原所有權人換約之問題。且查「國有非公用土地設定地上權作業要點」第 17 點第 1 項(三)及第 2 項規定，國有非公用土地地上權人於地上權存續期間簽訂信託契約，應將貴署與地上權人簽訂之地上權契約列為信託契約之一部分，且受託人承諾繼受原地上權契約之各項權利義務，並願一併受讓地上權及地上物之全部。綜上所述，受託人依信託契約既已繼受原地上權契約之各項權利義務，故貴署並不以與受託人辦理地上權契約換約為必要。」自本函釋可知，地上權信託之受託人既已繼受地上權契約之權利義務，縱土地所有人非委託人，無另與受託人訂立契約之必要。

此外，地上權有一定之存續期間，地上權期間屆滿後，地上權人有返還土地之義務，所有權則無此問題。因此，地上權信託之信託期間應不超過地上權存續期間⁸⁸，否則地上權消滅後，地上權信託之存續將有所爭議。

表格 3：所有權信託與地上權信託之比較（本研究自行整理）

	所有權信託	地上權信託
信託財產	以土地為信託財產	以地上權為信託財產
信託存續期間	依信託契約之約定	信託契約所約定之信託存續期間，不宜超過地上權期間
設立信託之優點	<ol style="list-style-type: none"> 1. 無論是合建分坪之土地所有權人、建商，或是承購預售屋之消費者等，皆得透過受託人對信託土地及開發資金之管理，降低交易風險。 2. 信託財產具獨立性，因此，如委託人或受託人發生死亡或破產之情事，受託人仍應依照信託契約，繼續管理運用交付信託之土地開發資產及資金。 3. 信託期間內，受託人雖為土地開發資產之名義所有權人，然實質 	<ol style="list-style-type: none"> 1. 使資產運用更具效率與安全性 2. 由信託機構控管現金收付，保障投資人權益 3. 解決因地上權人眾多所可能導致意見分歧而無法有效利用建地 4. 避免因資金短缺致興建工程無法順利進行 5. 提高融資銀行之保障，利於開發資金之募集。

⁸⁸ 嚴佳雯(2005)，《地上權信託財產管理與運用之研究》，頁 320，國防大學法律學研究所碩士論文。

	<p>上委託人仍保有信託財產之所有權，信託期間屆至，信託利益及信託財產皆依信託契約定分配、歸屬於受益人。</p>	
--	--	--

第四章 地上權信託於我國之運作

我國地上權信託多用於各類型之土地開發中，其中主要應用於促進民間參與公共工程開發案、國有非公用土地設定地上權開發案、捷運聯合開發案、公有地都市更新案及民間不動產開發案幾類領域。以下將依序介紹以上五類地上權信託開發案之法律依據與契約型態、運作架構、注意事項及實際案例分析。

目前國內以設定地上權之方式進行土地開發的個案越來越多，惟並無一統一之法典規範相關事宜，與地上權信託相關之規範包含如何設定地上權取得所需土地或以設定地上權開發利用土地為規範重點之民法及相關土地法規，而與信託相關者則散見於其他包含國有非公用土地設定地上權作業要點、民間參與公共建設相關法令、大眾捷運法、都市更新條例等法規。

第一節 地上權信託於促進民間參與公共工程開發案之運用

基於減輕公部門財政負擔、擴大公共投資以帶動經濟發展、引進企業管理效率以提升服務品質等多重目的，引進民間企業參與公共建設或公共工程開發案，已成國際趨勢。政府在辦理民間參與公共建設之開發案時，常以給予參與民間業者在特許期間內之營運權利，使該民間業者有機會回收成本並賺取一定利潤。設定地上權正是將公有土地交付予民間業者之一種方式，其他的土地交付方式尚有出租、信託等。

第一項 法律依據與契約型態

一. 法律依據

我國於 83 年公布「獎勵民間參與交通建設條例」，作為推動民間參與交通類公共建設之法源依據，後為擴大民間參與公共建設的範圍，又在 89 年公布「促進民間參與公共建設法」（下稱促參法），作為日後民間參與公共建設之法源依據。依據促進民間參與公共建設法第 8 條第 1 項規定，促進民間參與公共建設主要型態有由民間機構投資興建並為後續營運；營運期滿後，將該建設之所有權移轉予政府（Build-Operate-Transfer，簡稱 BOT）；由民間機構投資新建完成後，政府無償取得所有權，並委託該民間機構營運；營運期滿後，營運權歸還政府（Build-

Transfer-Operate，簡稱無償 BTO）；由民間機構投資新建完成後，政府一次或分期給付建設經費以取得所有權，並委託該民間機構營運；營運期間屆滿後，營運權歸還政府（Build-Transfer-Operate，簡稱有償 BTO）；由政府委託民間機構，或由民間機構向政府租賃現有設施，予以擴建、整建後並為營運；營運期間屆滿後，營運權歸還政府（Rehabilitate-Operate-Transfer，簡稱 ROT）；由政府投資新建完成後，委託民間機構營運；營運期間屆滿後，營運權歸還政府（Operate-Transfer，簡稱 OT）；配合國家政策，由民間機構投資新建，擁有所有權，並自為營運或委託第三人營運。（Build-Own-Operate，簡稱 BOO）⁸⁹，其中 BOT 即為實務上最常見的促進民間參與公共工程之態樣。

BOT 主要流程為政府公告公共建設計畫，由民間機構就投資條件自行評估是否參與競選，政府則以申請人提出的投資計劃與營運計劃，遴選出最具競爭力之民間業者，並將公共建設之營運特許權授予民間業者，同時與其訂定投資興建公共建設之相關契約，在約定特許期間內，由該得標之民間業者負責一定特定公共建設之融資、興建、營運、維修等事項，並從營運中獲取利潤，待特許期間屆滿再將全部營運設施移轉給政府⁹⁰。

根據促參法第 15 條之規定，公有建設所需用地為公有土地者，主辦機關得於辦理撥用後，採取設定地上權、訂定期限出租、信託或以使用土地之權利金或租金出資等方式提供民間機構使用。目前實務上以國有土地進行促進民間參與公共建設之案例，亦多以設定地上權的方式進行開發。因此在促進民間參與公共建設開發案採用地地上權信託作為取得開發用土地之方式時，尚有國有財產管理、處分、地上權、信託之相關法令諸如「國有財產法」、「民法」、「信託法」、「信託業法」、以及地方公產管理法令

⁸⁹ 財政部推動促參司網頁

<http://ppp.pcc.gov.tw/PPP.Website/AboutMe/Info1.aspx>（最後瀏覽日期：2013/12/1）。

⁹⁰ 林發立(1996)，〈引進 BOT 方式興辦公共工程之檢討-風險分析與管理在 BOT 中之重要性〉，《萬國法律》，第 86 期，頁 37。

如「臺北市市有財產自治條例」、「臺北市市有非公用土地設定地上權實施要點」等，有待遵循。

二. 契約型態

以 BOT 之方式辦理公共建設之投資額皆相當龐大，且由於執行之公共建設多具有先期投資成本高、計畫複雜度高且前置期作業須謹慎、工程回收期長且牽涉風險高、公私部門需長期合作等特色，故難以單純地以傳統融資的方式取得貸款，而通常以專案融資方式來取得融資。

專案融資與傳統民間融資計畫最主要的差異即在於專案融資無法像抵押貸款或以公司債信提出財務報表作為擔保，其唯一保證僅為計畫本身之未來收益，此也導致融資機構難以確定該民間投資者是否具有充分之還款能力而降低其融資動機⁹¹。若民間機構無法合理分擔或降低其財務風險而取得融資，則將使其無法順利取得資金而導致公共建設計畫之延宕。

民間參與公共建設之風險，除了在興建期間是否可以取得足夠的融資之外，在營運期間的經營績效亦是該民間機構是否能達成政府開放民間參與公共建設之目的。目前民間參與公共建設因牽涉國有非公用土地之使用，故大多以設定地上權的方式辦理。而鑒於 BOT 契約在興建過程中需要龐大之興建資金，且於營運前該辦理 BOT 之民間機構皆無收入可言，故現金周轉之靈活度為辦理 BOT 時不可不注意之風險。該辦理 BOT 之民間機構一旦無法清償債務時，原本存於民間機構名下之興建資金及其興建之公共建設和附屬不動產及原本登記於民間機構名下之地上權極有可能遭債權人查封、拍賣，而導致民間機構因欠缺資金而無法繼續履行 BOT 契約或無法順利移轉該公共建設予國家而無法達成原本締結 BOT 契約之目的⁹²。

⁹¹ 同前揭註，頁 12-14。

⁹² 謝哲勝(2007)，信託運用於 BOT 契約的法律關係，月旦法學雜誌，142 期，頁 40。

為了解決以上問題，若能將該欲開發之土地之地上權及相關資金交付信託，一來可確保興建資金不被民間機構濫用，二來可藉由信託財產之獨立性，確保該公共建設得免於遭債權人查封之命運，俾能達成以 BOT 之方式興建公共建設之目的，且亦可在專案融資的情況下，提供融資機構更多之保障⁹³。

採用地上權信託方式於促進民間參與公共工程之 BOT 開發案之狀況下，契約架構主要可分為以下三部分：

1. 地上權人（即參與 BOT 案之民間機構）與促參計畫主辦機關間之「投資契約」。
2. 地上權人（民間機構）與國有土地管理機關間之「設定地上權契約」。
3. 地上權人（民間機構）與信託業者間之「信託契約」。
4. 地上權人（民間機構）與其他關係人訂定一連串之「次契約（sub-contract）」，大致包括「合資契約」（與特許公司股東）、與「聯合授信契約」（與聯貸銀行團）、「工程承攬契約」（與工程承包商）、「營運維修契約」、「保險契約」以及「供應契約」等⁹⁴。

另依信託目的之不同，又可分成公共工程興建中之信託關係及公共工程營運中之信託關係：

1. 公共工程興建中之信託關係

若欲以信託方式辦理 BOT 案件，在公共工程興建期間中，民間機構與信託業者簽訂信託契約，以其與開發之地上權及興建公共建設之資金為信託財產，與信託業者簽訂信託契約，並將信託財產移轉予信託業者。信託業者則以受託人

⁹³ 同前揭註，頁 38。

⁹⁴ 羅惠雯(2007)，〈BOT 契約之理論與實務-兼論我國行政院 ETC 相關判決〉，《法務部司法官訓練所第 47 期法官學員報告》，頁 333。

之身分為信託財產開設專戶，並於信託契約存續期間內依信託本旨管理信託財產。

公共工程興建中之地上權信託其主要目的有二。首先，公共工程興建中之地上權信託以該用於興建公共建設之地上權為信託財產，該地上權得以獨立於民間機構之財產而不受其債權人之追索⁹⁵，產生破產隔離的效果。

再者，民間機構亦得將興辦公共建設之資金存入信託專戶。如此一來，興辦公共建設之資金即脫離民間機構之直接掌控，而由作為委託人之受託人依信託契約之本旨為履行 BOT 契約相關之義務，代作為委託人之民間機構運用該筆資金償付與興建該公共建設相關之費用，俾得確保民間機構不會將該資金移作他用，以保障協力廠商及融資機構之債權。與此同時，作為受託人之信託業者則應依信託契約之約定，為委託人處理包含支付工程款給協力廠商、申請建照執照並辦理不動產信託登記等信託事務。

換言之，興辦期間採行信託機制，可以確保地上權與資金之獨立性，進而確保公共建設得以順利興建完成不受到民間機構債信之影響。

2. 公共工程營運中之信託關係

依信託法第 9 條第 2 項之規定，以信託專戶內之資金支付而興建之公共建設、地上權及附屬不動產也將成為信託財產之一部。故信託財產隨著 BOT 契約履行的程度將產生質變；興建期間之信託財產主要為地上權及興建基金，當該公共建設興建完畢進入營運期間時，信託財產除了原本的地上權外，原本的興建資金將轉換為興建完畢之不動產及其附屬不動產。

⁹⁵ 同前揭註，頁 43。

於公共工程營運期間訂定信託契約之主要目的除了保障作為受益人之民間機構之合法利益外，更重要的是保障該公共建設最終得移轉給政府，以實現 BOT 契約之最終目的。詳言之，於營運期間中，受託人必須繼續依信託契約之意旨管理信託財產，就該公共建設於營運期間之淨收益，應給付予作為受益人之民間機構。而鑒於信託財產之獨立性，該信託財產於營運期間，不會受民間機構之債權人追償，故能保障民間機構基於 BOT 契約所應得之合法利益，俾能確保該公共建設得為公眾所用。

除此之外，於信託契約屆期時，信託機構從信託專戶支付相關費用予應得之人後，若有剩餘，應交付予民間機構，並將該契約信託之公共建設移轉予政府。同樣基於信託財產之獨立性，將公共建設交付信託，即能保障該公共建設於信託期間屆滿後，得由受託人一次性的移轉予政府，完成民間參與公共建設之最終目的。

表格 4：BOT 興建中及營運中之地上權信託比較 (本研究自行整理)

	興建中之地上權信託	營運中之地上權信託
信託目的	確保興建資金及地上權用於公共工程之建設	<ul style="list-style-type: none"> ● 確保民間機構之合法利益 ● 確保公共建設於 BOT 期限屆至時能移轉予政府
信託財產	<ul style="list-style-type: none"> ● 地上權 ● 興建資金 	<ul style="list-style-type: none"> ● 地上權 ● 興建完成之公共建設及其附屬建物
受託人之主要責任	<ul style="list-style-type: none"> ● 為委託人支付工程款給協力廠商 ● 辦理不動產信託登記 	<ul style="list-style-type: none"> ● 依信託契約營運公共建設 ● 交付營運公共建設之淨收益予民間機構

第二項 運作模式

一. 基本流程

以國有非公用土地設定地上權信託，以辦理促進民間參與公共工程開發案之狀況，相關流程如下：

(一) 先期的 BOT 與設定地上權階段：

1. 主辦機關進行前置作業程序，包括選擇適合之國有地、進行財務、法律及環境之可行性研究、先期規劃及必要之前置作業。
2. 主辦機關在前置作業完備後，應將土地之限定用途、興建、營運規劃內容、投資者資格條件、有無融資協助加以公告。
3. 於主辦機關公告後，民間機構得依公告要求準備相關營運計劃等資料，依期向主辦機關提出申請。
4. 主辦機關應設立甄審委員會加以評選參與甄選的廠商，以擇優評決方式加以評定，惟其過程應加以公開。
5. 經主辦機關評定為最優申請人，應自接獲通知之日，按評定規定時間籌辦，並與主辦機關完成簽訂投資契約之手續。
6. 最優案件申請人成立特許公司之後，再由特許公司與主辦機關簽立地上權契約，亦即主辦機關將土地使用權以設定地上權交予特許公司，使特許公司取得地上權人之地位。

(二) 興建階段與設立信託關係⁹⁶

1. 地上權人（特許公司）與信託業者訂定信託契約，除將地上權作為信託財產外，地上權人亦一併將自

⁹⁶ 謝哲勝(2007)，〈信託運用於 BOT 契約的法律關係〉，《月旦法學雜誌第 142 期》，頁 43。

有資金以及自金融機構取得之貸款資金，成立信託專戶，作為信託財產移轉予信託業者（受託人）管理。

2. 視信託契約之具體約定，由委託人或受託人發包設計、監造及營建專案。
3. 受託人本於信託契約中之約定，依照付款期程，從信託財產中撥款支付工程款與貸款本息。

(三) 營運階段⁹⁷

1. 建物完工後，經獨立監督機構驗證，取得完工執照並由受託人登記為所有人。
2. 公共建設除依合約應於興建完成後隨即移轉予政府之情況外，在建物或設施取得營運許可後，開始對外營運，提供服務並收取費用，受託人依信託契約將非屬於公共建設之建物區分所有部分或使用權讓與或出租所得的資金，均進入信託專戶，扣除必要費用與約定受託人之報酬等信託相關債務後，將其納入為信託財產，應先於償還融資機構之債權後，再支應其他信託契約之約定用途，最後將剩餘利益分配予受益人（如主辦機關與特許公司）。
3. 當地上權信託契約之信託關係發生於地上權建物之營運期間或由興建期間延續到營運期間時，受託人亦可能以將地上權土地其上建物或設施之使用權轉讓予第三人，作為其管理方式。與一般聚焦於興建期間之不動產開發信託有所不同的是，此時委託人毋須於建物興建完成後將信託財產利益(如建物所有權登記利益)移轉與委託人(並由委託人自行辦理建物後續之分層出售)，而係由信託業繼續於營運期間負責地上權土地及建物管理工作，自行對外辦

⁹⁷ 同前揭註，頁 43。

理建物之招商、租售或使用權移轉工作。另一方面，亦可在信託契約預設相關條款，授權受託人委任專業不動產管理機構進行上開管理，其費用由信託財產撥付。如此一來，可減少受託人自行管理之困難，同時藉由不動產管理機構之專業能力，提升管理與服務之品質。

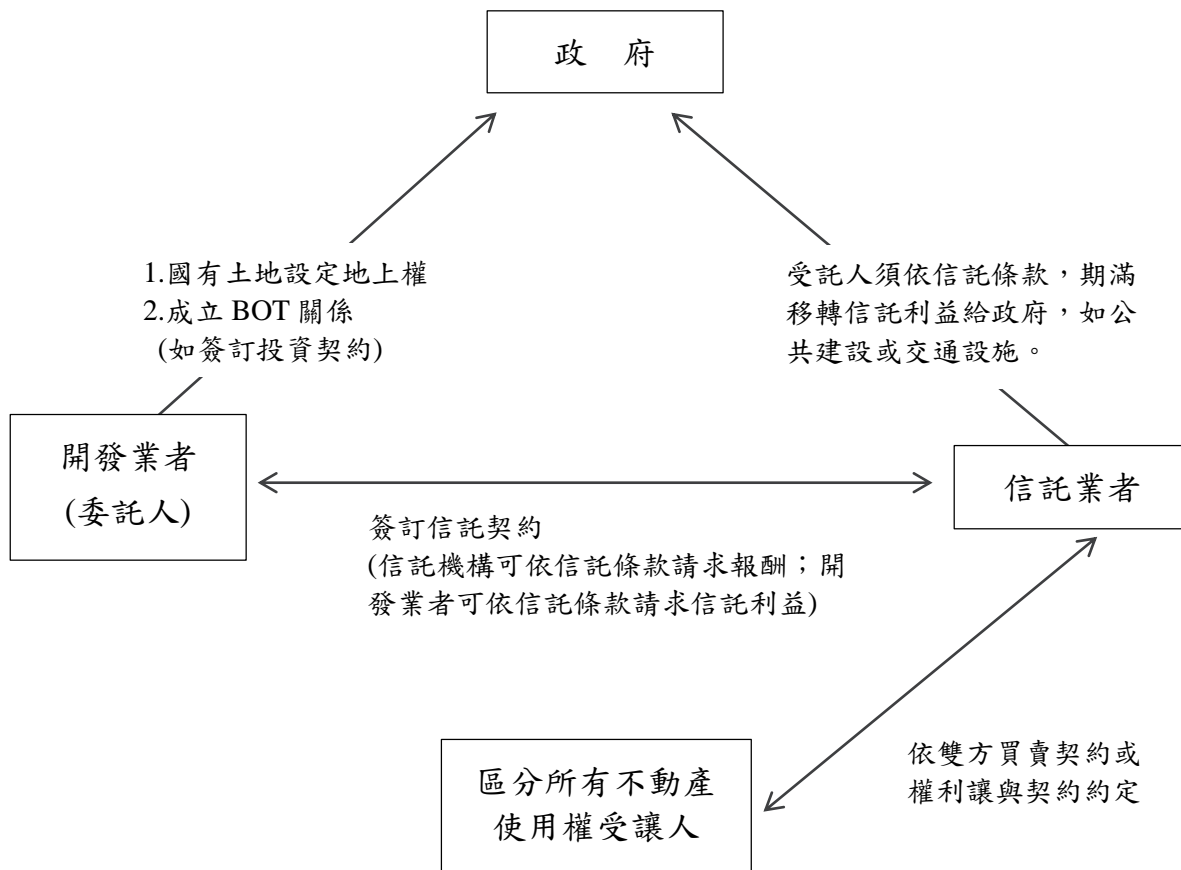
(四) 營運契約、地上權契約及信託契約存續期間屆滿

在地上權存續期限屆滿後，依據信託契約之本旨，受託人應將信託財產(地上權土地及其上建物)無償移轉於主辦之行政機關，同時地上權及信託關係均告終止。

由上可知，在國有土地設定地上權之促參開發案若能搭配信託關係運作，因地上權人將地上權權利及建物所有權移轉予信託業者，且資金由受託人管理並專款專用，能保持信託財產之獨立性，可預防開發中途，因地上權人之債權人行使假扣押或假處分，或地上權人經營不善倒閉而使土地開發暫停之風險。

惟因促參法第 52 條第 3 項規定，民間機構於興建或營運期間，如有施工進度嚴重落後、工程品質重大違失、經營不善或其他重大情事發生，融資機構或保證人擬依合約約定，暫時接管該民間機構或繼續辦理興建、營運，須先經主辦機關同意。可知，基於公益考量，融資機構因投資人財務問題而擬行使接管權，須經主管機關之同意方能為之。因此融資機構以要求地上權人即民間機構訂定信託契約，將開發專案下之地上權、自有資金及融資資金委由受託人控管之方式，實較能保護其權益。

地上權信託運用於 BOT 促參案的法律關係，可以圖示如下：



圖表 1：地上權信託運用於 BOT 契約的法律架構圖（整理自《國有土地招標設定地上權》，財政部九十九年度委託研究計畫，頁 3-62）

第三項 實際案例-以臺北車站特定專用區交九用地開發案為例

93 年臺北市政府將其管理之國有與台北市市有之台北市市府段一小段 925-2 等六筆地號之「轉運站用地」辦理促進民間參與公共建設開發案，除將興建具有客運、捷運系統與鐵路轉運功能之轉運車站，並同時建築商場、旅館、住宅及辦公室，使之成為一具備多元用途之建築物。得標人日勝生活科技股份有限公司成立特許公司即萬達通實業股份有限公司，專責辦理後續開發及營運事宜，由萬達通公司與主辦機關簽訂地上權契約，取得 50 年地上權，並於期限屆滿後無償移轉建物所有權予交通部台灣鐵路管理局、台北市政府。萬達通公司並將其自有資金、融資資金、地上權一併信託予萬泰商業銀行，由受託

人萬泰商業銀行將住宅及辦公室以「使用權」方式對外銷售予承購戶⁹⁸。

因本計畫建物之住宅、辦公室部分全數信託予受託人萬泰銀行管理，是其權利定性上雖有爭議，但透過信託機制之運作，由第三方之信託業者負責建物之銷售、管理及維護工作，一定程度地減輕使用權人對於此種使用權權利銷售之疑慮，但也因此仍發生受託人所負義務、責任過重之爭議（詳細內容，請參閱本研究第五章以下之說明）。

第二節 地上權信託於國有非公用土地設定地上權開發案之運用

我國國有非公用土地本多採出售之方式釋出予需用土地者。然為免帶動房地產價格飆漲之附帶弊害，而逐漸改採以租賃或是為需用地者設定地上權之方式來釋出國有非公用土地⁹⁹。

對於民間來說，參與國有非公用土地之設定地上權開發案，有助於提高其投資意願，理由在於台灣都會區土地供給有限且價格不斷上漲，從事不動產開發之民間業者須負擔高額之土地購置成本。然而藉由參與國有非公用土地地上權開發案，民間業者只需支付權利金與存續期間之租金，大大有助於降低募資之門檻與需求¹⁰⁰。不過國有土地以設定地上權方式供民間開發，並不涉及公共建設之興建工作，故未如「促進民間參與公共建設法」一般給予提供參與之民間業者獎勵。

至於信託機制之運用上，有意參與國有土地標租之民間開發業者，在從事開發所需資金之專案融資工作時，為提高融資銀行之貸款意願，同時強化破產隔離機制，亦會考量採取信託方式，與信託業者簽訂信託契約，將開發業者自有資金、融資資金及地上權等作為信託財產，交由信託業者管控，以確保開發案之資金以及興建及營運時程，就相關法律關係，簡要說明如下。

第一項 法律依據與契約型態

⁹⁸ 常岐德，臺北車站特定專用區交九車站用地開發案之執行經驗，臺北市政府捷運工程局網頁 <http://www.dorts.gov.tw/> (最後瀏覽日 12/01/2013)。

⁹⁹ 同前揭註，頁 208。

¹⁰⁰ 同前揭註，頁 110。

一. 法律依據

國有財產可分為公用財產與非公用財產兩類。公用財產之土地由各機關直接供公共、公務或事業使用，依國有財產法第 28 條，主管機關或管理機關對於公用財產不得為任何處分或擅為收益；非公用土地原則由國有財產署依國有財產法第 47 條規定為收益或處分，以撥用、借用、出租、委託經營、委託管理、改良利用、設定地上權、出售等多元方式活化運用。

政府為有效引進民間資金與提高民間參與意願，增進國有非公用土地之開發效率，財政部於 99 年 1 月 7 日發布實施「國有非公用土地設定地上權作業要點」¹⁰¹。依據 102 年 9 月 30 日最新修訂之該要點之內容包含國有非公用土地以設定地上權方式供民間開發業者之相關先期規劃、招標、簽約程序、監督管理機制、地上權契約之應記載事項等相關事宜，同時在一定範圍內雙方得彈性決定權利金、租金及存續期間。

依國有非公用土地設定地上權作業要點第 17 條之規定，若地上權人於地上權存續期間內符合一定要件時，執行機關得同意其辦理地上權信託。上述之一定要件包含：(1)地上權人須為該信託之委託人及受益人；(2)受託人（即地上權之受讓人），除於地上建物興建階段得為建築經理公司或得從事信託業務之金融機構外，須為兼營信託業務之銀行；(3)受託人承諾繼受原地上權契約之各項權利義務，並願一併受讓地上權及地上物之全部；及(4)地上權應連同地上建物辦理信託。若無地上建物或地上建物未經登記，於地上權人承諾於地上建物完成建築辦竣第一次登記之次日起三個月內辦理信託登記後，得僅就地上權辦理信託¹⁰²。

惟國有非公用土地設定地上權作業要點並未對地上權得標人與管理機關間之權利義務有明確而詳細的規範。因此，就國有土

¹⁰¹ 相關作業規定請參見國有財產署網頁：

http://www.fnp.gov.tw/Edict.php?page=ConstrueNewDetail&TRE_ID=1479（最後瀏覽日期 2013/12/1）

¹⁰² 國有非公用土地設定地上權作業要點，第 17 點。

地管理機關與地上權得標人間之詳細權利義務關係，仍須進一步參考國有財產署所頒布之「國有非公用土地招標設定地上權契約書」。

其他與國有土地設定地上權之相關規定亦包含「民間興辦社會住宅使用公有非公用不動產之出租及設定地上權優惠辦法」；地方政府之法令層級則有台北市政府所制定之「臺北市市有財產自治條例」、「臺北市市有非公用土地設定地上權實施要點」、「臺北市國民住宅土地設定地上權實施要點」等規定。

二. 契約型態¹⁰³

一般以國有土地設定地上權方式，取得國有土地使用權從事開發案時，相關當事人所締結之契約類型主要包括，地上權人與國有土地管理機關間之「設定地上權契約」、地上權人與信託業者間之「信託契約」、以及地上權人與金融機構間之「貸款契約」。

當地上權人（或受託人）進一步將地上權對外分割移轉予第三人時，依據財政部訂定之「國有非公用土地設定地上權作業要點」第 16 條以及「國有非公用土地設定地上權契約書（乙式一適用地上權及地上物一部讓與）¹⁰⁴」，該地上權人必須與執行機關簽訂無償性質之「管理合約」，同意負擔負責地上權存續期間受讓之各地上權人應繳納地租之收繳、欠租催繳等相關管理事宜；受移轉之地上權人再行與該國有地之管理機關簽訂「地上權契約」。

第二項 運作機制

一. 政府之前置作業與招標階段¹⁰⁵：

¹⁰³ 相關契約書範本請參見財政部國有財產署網站

http://www.fnp.gov.tw/Edict.php?page=ConstrueNewDetail&TRE_ID=1479（最後瀏覽日期 2013/12/1）

¹⁰⁴ 國有財產署 102 年 10 月 4 日台財產署改字第 10250008130 號函。

¹⁰⁵ 財團法人國家政策研究基金會(2010)，〈國有土地招標設定地上權作業標準化之研究〉，財政部九十九年度委託研究計畫，頁 4-1~4-30。

(一) 規劃階段

此階段主要分先期規劃、確認地上權地塊、開發用途與開發目的與可行性評估等三部分，由於所涉之專業面向廣泛，包含市調、開發、工程、財務、營運與法律等，並非所有案件均可由一般主辦機關之人力物力所能獨立完成的，故可考慮就個別計畫內容與性質，委託專業機構協助辦理。

(二) 評選階段

主辦機關於評選階段之主要工作為招商準備、公告招商、資格審查與招標流程作業等。

(三) 招標階段

國有土地設定地上權，並邀集民間業者參與公開招標，以加強大面積國有土地整體開發。一般來說，主辦單位會於合約明訂土地用途。至於規劃、興建、銷售或營運等後續開發事宜則由得標業者依其市場調查與商業判斷，訂定具體計畫與開發時程。

二. 地上權得標與設定信託關係

(一) 參與國有土地地上權標租之民間業者順利得標後，將與管理機關簽訂地上權契約，至地政機關辦理地上權之設定登記。

(二) 地上權人為求順利獲取開發融資，而將開發之權利與資金以訂定信託契約之方式，交由第三方信託業者控管，藉以提高融資銀行之貸款意願。此時地上權人與提供融資之金融機構訂定信託契約，除將地上權作為信託財產外，地上權人亦一併將自有資金以及自金融機構取得之貸款資金，成立信託專戶，作為信託財產移轉予金融機構（受託人）管理。

三. 興建階段

(一) 受託人依信託契約之約定，按工程進度支付款項，並將嗣後所收利益、價金用作支付貸款本息之用，及統籌辦理一切建設之相關業務。

(二) 受託人委託第三人設計監造後，交由承包商興建完工後，經獨立監督機構驗證，取得完工執照並登記為所有人。

四. 營運階段

完工之建築物除依合約應於興建完成後隨即移轉予受益人之情況外，在建物或設施取得營運許可後，開始對外營運，提供服務並收取費用；另一方面，受託人依信託契約建物區分所有部分或使用權讓與或出租予投資人，所取得的資金，均進入信託專戶，扣除必要費用與約定受託人之報酬等信託相關債務後，將其納入為信託財產，應先於償還融資機構之債權後，再支應其他信託契約之約定用途，最後將剩餘利益分配予受益人。

五. 地上權契約及信託契約存續期間屆滿

在地上權存續期限屆滿後，依據地上權契約與信託契約約定，受託人應將信託財產（地上權土地其上之建物）無償移轉於該國有土地管理機關，地上權及信託關係均告終止。

第三節 地上權信託於捷運聯合開發案之運用

聯合開發屬於一種廣義之促進民間參與公共建設開發機制，實務上常見於捷運系統開發案，即捷運建設機構為取得捷運設施用地，提供土地所有人在土地受徵收、領取補償金以外的另一種有機會享受開發利益之合作開發方案。

其模式主要由核定之捷運設施交通用地併同毗鄰地劃定為開發用地，引進具有資金與營建專業的投資人，共同興建完成聯合開發大樓，並就土地所有人(民間地主、政府機關)的土地進行估價，再將該估價金額與投資人投入的資金換算為權值，作為完工後各自取得一定比例的土地和建物之依據¹⁰⁶。上述經核定為開發用地之土地所有人提供土地之方式包含以設定

¹⁰⁶ 林明昌、駱芙宜、余向春(2007)，〈臺北捷運第一個聯合開發案〉，《捷運技術半年刊第 37 期》，頁 116。

地上權作為提供興建開發建物權限之方式。再者，作為捷運土地聯合開發之土地亦有可能以國有非公用土地設定地上權之方式交付開發機構。故若欲於捷運土地聯合開發的過程中導入信託制度，地上權亦有可能為交付信託之財產。

聯合開發機制多運用在大眾運輸服務或與交通設施緊密連接，藉由大眾運輸設施所提供之區位優勢，達到住戶生活便利、周圍商業活動繁榮、社區經濟快速發展等多重利益、開發者之投資報酬率增加、提高輸運系統使用率、節省公共及私人設施成本等多重利益¹⁰⁷。

此外為提高民間投資人與私人地主參與聯合開發案之誘因，交通部在依大眾捷運法所授權制定之「大眾捷運系統土地聯合開發辦法」第 26 條以下，就符合聯合開發規定或無償提供用地情形下之稅捐減免、申請地方政府配合興修關連性公共設施及技術協助、優惠或協助貸款、建物樓地板面積與高度放寬等，訂有獎勵規定¹⁰⁸。謹就相關法律關係，簡要說明如下。

第一項 法律依據與契約型態

一. 法律依據

捷運聯合開發案之相關法律依據主要有：

(一) 促進民間參與公共建設法

促進民間參與公共建設法第 16 條第 1 項規定：「公共建設所需用地為私有土地者，由主辦機關或民間機構與所有權人協議以一般買賣價格價購。價購不成，且該土地係為舉辦政府規劃之重大公共建設所必需者，得由主辦機關依法辦理徵收。」同條第 3 項規定：「主辦機關得於徵收計畫中載明辦理聯合開發、委託開發、合作經營、出租、設定地上權、信託或以使用土地之權利金或租金出資方式，提供民間機構開發、興建、營運，不受土地法第二十五條、國有財產法第二十八條及地方政府公產管理法令之限制。」且由促進民間

¹⁰⁷ 邱祺龍(2004)，〈聯合開發之初探－以政策執行面為中心〉，《臺北市土地開發專題》，頁 447-460，臺北：臺北市政府地政處。

¹⁰⁸ 藍秉強(2000)，〈捷運聯合開發相關權益人法律關係之初探〉，《捷運技術半年刊》，第 22 期，頁 324。

參與公共建設法第三條及該法施行細則第二條規定可知，該法所指之公共建設亦包含大眾捷運系統。

(二) 大眾捷運法

大眾捷運法第 7 條第 1 項規定：「為有效利用土地資源，促進地區發展，主管機關得自行或與私人、團體聯合辦理大眾捷運系統路線、場、站土地及其毗鄰地區土地之開發。」同條第 4 項規定：「大眾捷運系統路線、場、站及其毗鄰地區辦理開發所需之土地，得依有償撥用、協議購買、市地重劃或區段徵收方式取得之；其依協議購買方式辦理者，主管機關應訂定優惠辦法，經協議不成者，得由主管機關依法報請徵收。」捷運土地聯合開發之目的主要為「完成公共建設」及「緩和取得公共建設用地對人民財產權所生之負擔」，有別於一般民間辦理之合建案。

(三) 其他規定

大眾捷運法相關子法包括大眾捷運系統土地開發辦法；地方自治規則部分則有台北市台北都會區大眾捷運系統土地開發實施要點。

基此，捷運工程本於其公共建設之性質，政府自得依前揭促進民間參與公共建設法第 16 條第 3 項規定以設定地上權之方式，提供民間從事開發、興建、營運的機會；並可援引大眾捷運法第 7 條規定，與民間聯合辦理大眾捷運系統路線、場、站土地及其毗鄰地區土地之開發工作。

二. 契約型態

聯合開發整體機制之運作，主要可參考台北市政府所制定之「大眾捷運系統土地聯合開發辦法」、「臺北市臺北都會區大眾捷運系統開發所需土地協議價購優惠辦法」及「臺北市大眾捷運系統土地開發公有不動產租售自治條例」、「臺北市政府甄選臺北

都會區大眾捷運系統土地開發投資人須知」等規定。台北市政府嗣後並制定相關契約範本如下¹⁰⁹：

- (一) 臺北都會區大眾捷運系統土地聯合開發契約書。
- (二) 臺北都會區大眾捷運系統土地聯合開發投資契約書。
- (三) 臺北都會區大眾捷運系統土地聯合開發計畫融資協助契約。
- (四) 信託契約書。
- (五) 捷運土地開發基地內之捷運設施委託投資人興建契約。
- (六) 捷運聯合開發大樓公有不動產租賃契約。
- (七) 臺北都會區大眾捷運系統開發所需土地協議價購協議書。
- (八) 共同申請協議書。
- (九) 臺北都會區大眾捷運系統土地開發投資契約書。

總體來說，上開契約係用以架構一項私有土地所有權人提供土地、負擔稅捐規費、與主管機關簽訂「土地聯合開發契約」，而委託主管機關負責評選聯合開發基地，辦理設計及研擬「聯合開發計畫」、徵求投資人；由主管機關與投資人簽訂「投資契約」，並督導投資人興建聯開大樓建物，且於建物完成後，三方依權益分配協議分得之土地所有權及建物區分權利為本旨之契約架構¹¹⁰。

前揭契約內容雖然多源自聯合開發相關法令之規範，不過該等規範內容是否訂入契約，以及內容是否再作修改，抑或約定增加其他附加條款，均可交由締約雙方基於私法自治精神，契約自

¹⁰⁹ 詳細規定及相關合約請參見台北市政府捷運工程局 捷運土地開發資訊 土地開發作業程序與內容及相關法令之網頁 <http://www.dorts.gov.tw/ct.asp?xItem=17468716&ctNode=51406&mp=115001> (最後瀏覽日期 2013/12/1)

¹¹⁰ 藍秉強(2000)，〈捷運聯合開發相關權益人法律關係之初探〉，捷運技術半年刊，第 22 期，頁 329。

由原則共同議定，因此前揭契約所生糾紛，應屬私法契約所生爭議，經由法院依據契約約定或相關法律規定進行審理¹¹¹。

第二項 運作模式

捷運土地聯合開發係參考民間合建分坪之精神，藉以落實促進民間參與公共建設之政策目的。一般係由選定目標之捷運開發用地之土地所有權人提供土地，主管機關亦對公開徵求民間投資人，以公有土地結合民間之資金、土地及建築專業共同完成公共建設及周圍附屬建物及設施之興建，亦屬廣義的民間參與公共建設。透過聯合開發機制，主管機關得利用土地所有人部分土地興建捷運設施，但捷運設施所使用之空間不計入容積，土地所有人以及民間投資人依據分配協議，類似權利變換精神，依其付出比例分配樓地板面積、建物或者土地。

聯合開發雖參考民間合建分坪的精神來從事開發工作，但相較於一般私人間商業行為的民間合建關係尚有不同¹¹²。捷運聯合開發實為以主管機關為發起者，結合土地所有權人及投資人之整合民間投資與公共建設之三方互動關係。於台北市政府所公布之信託契約¹¹³中，捷運土地聯合開發信託契約之委託人及受益人為政府機關、投資人（包含開發案所需用地之土地所有權人）。而就捷運土地聯合開發信託之公益性及高度專業性而言，此類信託契約之受託人以領有合法執照之信託業者或建築經理公司為限¹¹⁴。較特別的是，於台北市政府所公布之信託契約¹¹⁵中，有鑑於捷運土地聯合開發信託中，投資人取得之銀行授信資金亦須交付信託，且為確保融資機構之債權，融資機構雖非信託關係之主要當事人，然因其與信託關係之運作具有密切之利害關係，因此亦將融資機構列為信託契約當事人之一¹¹⁶。當國有土地設定

¹¹¹ 藍秉強(2000)，〈捷運聯合開發相關權益人法律關係之初探〉，捷運技術半年刊，第22期，頁325。

¹¹² 徐珮瑜(2008)，〈以信託方式辦理民間參與公共建設模式之研究〉，頁42，國立成功大學建築研究所碩士論文。

¹¹³ 台北市政府捷運工程局，土地開發資訊，<http://www.dorts.gov.tw/ct.asp?xItem=204328&CtNode=15600&mp=115001>（最後瀏覽日期2013/12/1）。

¹¹⁴ 台北市政府捷運工程局，土地開發資訊，信託契約書(doc檔案)，<http://www.dorts.gov.tw/ct.asp?xItem=204328&CtNode=15600&mp=115001>（最後瀏覽日期2013/12/1）。

¹¹⁵ 台北市政府捷運工程局，土地開發資訊，<http://www.dorts.gov.tw/ct.asp?xItem=204328&CtNode=15600&mp=115001>（最後瀏覽日期2013/12/1）。

¹¹⁶ 左涵湄、高嘉濃(2007)，捷運土地開發資產信託可行性之研究，捷運技術半年刊，36期，頁198。

地上權信託搭配聯合開發機制運作時，參考「台北都會區大眾捷運系統土地聯合開發實施要點」第8條，運作流程可區分為以下階段¹¹⁷：

一. 先期之規畫、簽約階段：

1. 聯合開發用地之劃定；與私有土地所有權人簽訂土地聯合開發契約書、公有土地管理機關簽訂第四類協議書。
2. 屬公有土地之聯合開發用地，涉及公有土地處分時，依第十二點公有土地處理程序辦理（將國有土地設定地上權之方式參與聯合開發案）。
3. 研擬聯合開發計畫提執行機關審議。
4. 聯合開發計畫提送台北市政府所設「台北都會區大眾捷運系統土地聯合開發審查委員會」審議。
5. 與曾先行簽訂協議書者簽訂土地聯合開發契約書。
6. 聯合開發計畫公告實施。
7. 選定聯合開發投資申請人，並簽訂聯合開發投資契約書（投資人選定方式有三：(1)土地所有權人或管理機關優先投資；(2)主管機關公告徵求；(3)執行機關自行開發，前揭「要點」第13條）。
8. 與選定聯合開發投資申請人簽訂地上權契約。
9. 議定聯合開發建築物價格，進行權利轉換分配及確定建造執照起造人。
10. 進行聯合開發建築物之營造工作。
11. 簽訂營運契約書，並執行聯合開發建築物之營運管理。

二. 設定信託時¹¹⁸：

¹¹⁷整理自左涵湄、高嘉濃(2007)，〈捷運土地開發資產信託可行性之研究〉，《捷運技術半年刊》，第36期，頁199；藍秉強(2000)，〈捷運聯合開發相關權益人法律關係之初探〉，捷運技術半年刊，第22期，頁324-326。

¹¹⁸ 附帶一提的是，因臺北都會區大眾捷運系統聯合開發建物無論與捷運設施共構或分構，依法均須申請建造執照，而捷運設施卻又為建築法規定之特種建築，該捷運設施均須在捷運通車之預定目標時程內完工，以確保捷運順利通車，是以，聯合開發基地在尚未徵得投資人前，均得由臺北市政府捷運工程局先行設計、施工共構或分構捷運設施。林明昌、駱芙宜、余向春(2007)，《捷運技術半年刊第37期》，頁116。

1. 投資人、地主、主管機關共同與信託業者訂定信託契約，將信託財產（公有土地地上權、原屬投資人所有之地上權、投資人之自有資金、銀行授信資金、承購戶之繳款、土地所有人及政府委建繳付之款項）移轉予受託人。
2. 受託人依信託契約辦理投資人工程請款估驗審核、信託資金動撥，以及投資人信託專戶及收款專戶金額運用之控管。
3. 建物興建完成依信託契約、聯合開發契約、投資契約、權益分配協議等文件辦理建物及地上權之產權登記。
4. 興建過程中，如投資契約終止或解除時，將建造中建物之起造人名義變更為委託人台北市政府或其指定之第三人，並依融資協助契約辦理信託資金之結算。
5. 興建過程中，如有台北市政府啟動融資協助補足投資人自有資金興建之情事時，受託人應按市政府通知之選定樓層區位部分將起造人名義變更為台北市政府，並依相關約定辦理建物及土地產權之登記。
6. 投資契約終止或解除時，將建造中建物之起造人名義變更為委託人政府或其指定之第三人，並依融資協助契約辦理信託資金之結算。

三. 完工、分配及營運階段

1. 建物興建完成後由受託人依信託契約辦理信託資金之結算，以及建物及土地之移轉及產權登記。
2. 市府收回代墊款項並依約定分得之建物設定地上權與投資人。
3. 投資人受建物及土地之分配時，應按依與融資機構之貸款約定，將所獲移轉房屋及土地辦理抵押設定予融資機構。
4. 投資人所受建物及土地權利之分配，如已預先銷售，其應交付並移轉登記予承購戶。

5. 捷運系統及公共設施使用部分分別由各相關主管機關管理，其餘部分之聯合開發建物委託營運人統一經營管理。

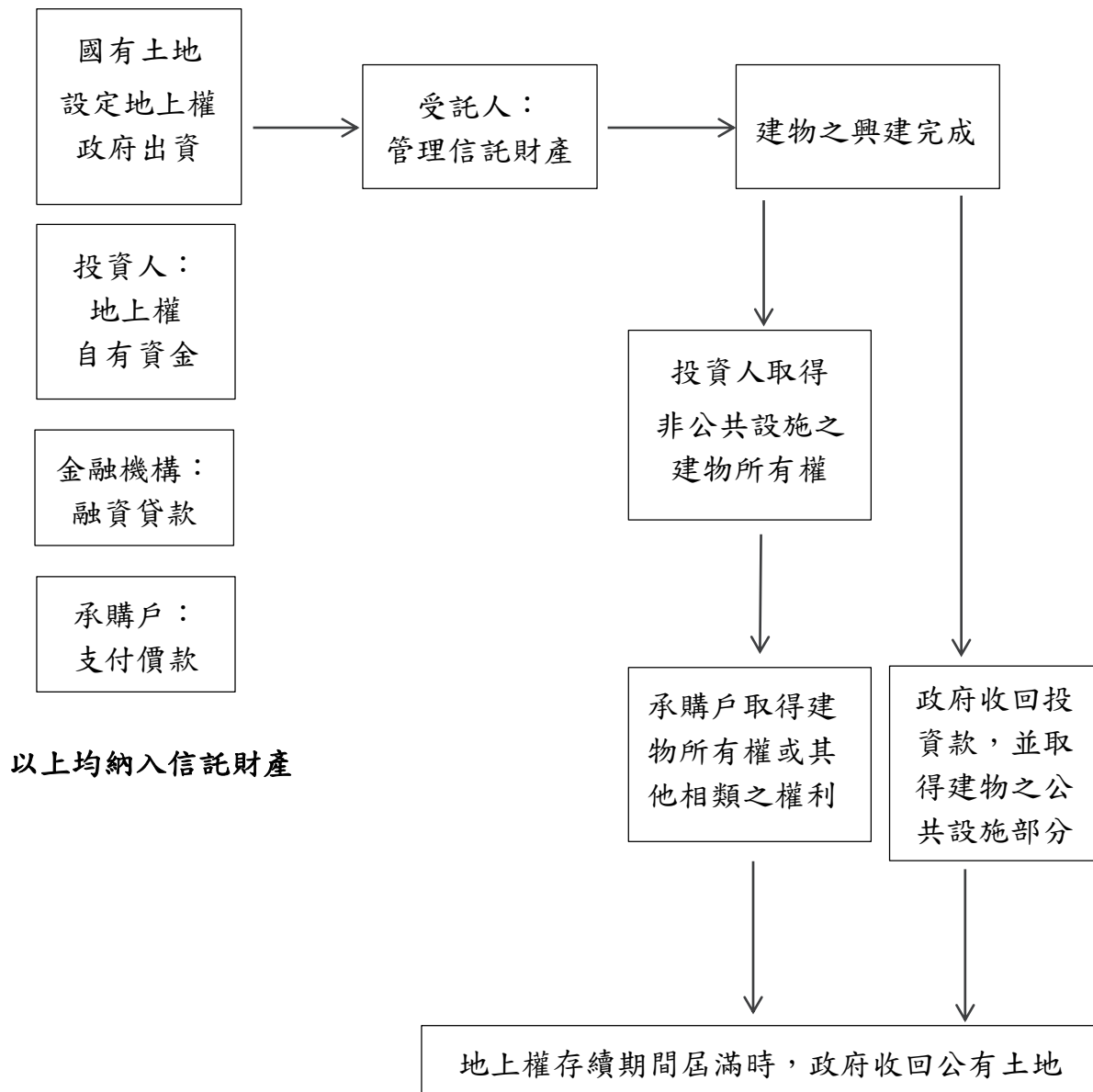
四. 地上權存續期間屆滿：

地上權存續期間屆滿時，營運人或信託受託人應將地上權土地及所屬建物移交與市府，並辦理地上權塗銷登記。

由上可知，現行捷運「聯合開發」案下，信託制度主要用在強化興建期間之融資機制，然而不動產開發期程，除先期的規劃、設計、施工階段外，在特定案件中可能有長達數十年的營運期間，以及營運期屆滿後需移轉產權、設備歸主辦機關之需求，為能提高營運效率與維護交易安全，信託業者與信託制度於捷運土地聯合開發下，似應有擴大發揮之空間¹¹⁹。簡言之，現行捷運土地開發信託機制中，委託人將信託財產移轉與受託人後，受託人即應依信託契約估驗審核信託資金動撥，並由投資人（即委託人）委託經受託人同意之工程承造廠商開始興建公共建設及相關開發項目。至於建物興建完成後，則由受託人依信託契約辦理信託資金之結算，以及建物及土地之移轉及產權登記。市府並得與此時收回代墊款項並受建物及土地之分配。相對應的，投資人受建物及土地之分配時，應按其與融資機構之貸款約定，將所獲移轉房屋及土地辦理抵押設定予融資機構，若投資人所受之建物及土地分配，已預先銷售，其應交付並移轉登記予承購戶¹²⁰。有關國有土地設定地上權搭配聯合開發之法律關係架構可參下圖：

¹¹⁹ 左涵湄、高嘉濃(2007)，捷運土地開發資產信託可行性之研究，捷運技術半年刊，36期，頁201-202。

¹²⁰ 左涵湄、高嘉濃(2007)，捷運土地開發資產信託可行性之研究，捷運技術半年刊，36期，頁199。



圖表 2：地上權信託結合聯合開發之運作流程示意圖

(整理自徐珮瑜(2008)，以信託方式辦理民間參與公共建設模式之研究，國立成功大學建築研究所碩士論文，頁 50)

第四節 地上權信託於公有地¹²¹都市更新案之運用

所謂都市更新係指為了促進都市土地有計畫之再開發利用，以達增進都市機能、改善居住環境並提升房地產價值之目的。各國亦為了強化其城市競爭力，提升都市環境品質，引領都市產業成長，而紛紛將都市更新視

¹²¹ 公有地包含國有及各地方政府經(代)管之公有土地。

為復甦城市經濟的重要工具。日本東京六本木之丘、中國上海新天地及美國巴爾的摩水岸再開發等皆是國際間成功之都市更新案例。

我國自 87 年都市更新條例及相關子法陸續發布實施以來，亦將都市更新列入國家重大建設計畫之列。截至 100 年 9 月止，民間申辦更新案件計 892 案，其中 331 案已審核完成（創造經濟產值達 1 兆 2,713 億元），275 案審核中，286 案整合實施中¹²²。目前從民間自辦都市更新案件中常見型態分為三種：自組更新會、代理實施或委託建商實施等三種類型。鑒於都市更新計畫涉及之層面極廣，橫跨都市計畫、建築開發、不動產估價等專業，地主多存有專業度不足、融資不易及無法有效主導都市更新作業等課題，故目前以地主自組更新會實施都市更新者少有，多仍採取委託建商實施之途徑。惟因建商與地主角色間之衝突，導致雙方缺乏互信基礎，再加上資訊不對稱及代理問題，導致都市更新計畫交易成本之鉅增，亦增添都市更新作業的變數。

因此，具有將信託財產獨立於委託人及受託人之自有財產之外而具有風險隔離效果之信託機制亦被大量運用於都市再開發的相關法制中，同時亦為我國都市更新條例列為都市更新事業進行的一種方式¹²³。透過信託財產的獨立性及破產隔離的功能，除可增加銀行建築融資意願，亦可確保都市更新相關權利人的權益，為國內都市更新運作的重要趨勢。除此之外，透過受託人的工程進度查核、專款專用、監督付款更能建立都市更新的續建機制，使國內都市更新運作機制更健全。

第一項 法律依據與契約型態

都市更新主要以都市更新條例為主要法源。根據都市更新條例第 3 條，都市更新事業之推動者稱為「實施者」。所謂「實施者」相當於一般建案的「業主」、「起造人」，其性質類似於一般建商的角色，負責協調地主間的不同意見、建照申請及交屋等¹²⁴。另依據都市更新條例第 10 條的規定，經劃定應實施更新之地區，其土地及合法建築

¹²² 內政部營建署（2011），臺灣都市更新推動概況簡報資料，頁 9。

¹²³ 潘欣榮（2011），以土地信託制度進行都市更新事業可行性之研究 - 兼論主管機關與融資機構之介入權（上），全國律師，15:10 期，頁 61。

¹²⁴ 黃齊國（2011），《都市更新事業代理實施者制度之研究》，中央大學營建管理所碩士論文。

物所有權人得就主管機關劃定之更新單元，或依所定更新單元劃定基準自行劃定更新單元，舉辦公聽會，擬具事業概要，連同公聽會紀錄，申請當地直轄市、縣（市）主管機關核准，自行組織更新團體實施該地區之都市更新事業，或委託都市更新事業機構為實施者實施之。因此，依上述法令規定，都市更新之實施者可由機關（如政府機關）、機構（如建商、建築經理公司等）或團體（如更新會）來擔任。

實務上而言，若都市更新實施主體為地主自力更新，其又可分為成立更新會或代理實施等類型。惟如同上述，鑒於都市更新之高度複雜性，相較於地主自力實施都市更新，目前以委託建商實施都市更新者更為常見。因此，本文也僅就委託建商實施都市更新與信託法制之交錯為介紹。

委託建商實施類似傳統協議合建模式，由建設公司（開發商）主導更新事業，由於各項專業需求建商可委請專業人事處理，因此不同於地主自組更新會之類型，而由建商統一承擔如整合、融資、市場及專業能力等相關之都市更新作業風險。

第二項 運作模式

因都市更新具有復甦都市機能、改善居住環境、增進公共利益等多元政策目標，故都市更新條例第 27 條亦明訂「都市更新事業計畫範圍內公有土地及建築物，應一律參加都市更新，並依都市更新事業計畫處理之，不受土地法第 25 條、國有財產法第 7 條、第 28 條、第 66 條、預算法第 25 條、第 26 條、第 86 條及地方政府公產管理法令相關規定之限制。」。依據內政部 99.6.15 台內營字第 0990804559 號函，都市更新事業計畫範圍內公有公用土地之處理方式，除依都市更新條例第 27 條第 3 項前 5 款辦理外，並得依同條文第 6 款規定「其他法律規定之方式」，採設定地上權（民法物權編第 3 章地上權）方式參與都市更新，並將設定範圍及相關權利義務納入招商文件及都市更新事業計畫予以規範。

鑒於不動產開發信託因具有統一產權、促進土地開發利用、資金專款專用、提高建案完工可能性及確保融資債權等優點，自其發展至

今，已廣泛並大量運用在都市更新案等各種開發工程中¹²⁵，以降低都市更新案推動過程的不確定性，保障更新戶之權益，確保更新案件得以順利進行。

一. 先期之規畫階段：

1. 劃定更新區：

依都市更新條例第 5 條：「直轄市、縣(市)主管機關應就都市之發展狀況、居民意願、原有社會、經濟關係及人文特色，進行全面調查及評估，劃定更新地區，並視實際需要分別訂定都市更新計畫，表明下列事項，作為擬定都市更新事業計畫之指導：一、更新地區範圍。二、基本目標與策略。三、實質再發展。四、劃定之更新單元或其劃定基準。五、其他應表明事項。」

2. 公開評選都市更新事業機構：

依都市更新條例第 9 條第 1 項：「經劃定應實施更新之地區，除本條例另有規定外、直轄市、縣(市)主管機關得自行實施或經公開評選程序委託都市更新事業機構、同意其他機關(構)為實施者，實施都市更新事業；其依第七條第一項劃定之都市更新地區，並得由直轄市、縣(市)主管機關合併數相鄰或不相鄰之更新單元實施之。」

二. 建案土地或其地上權之信託管理

建案土地或地上權之信託管理，為一般不動產開發信託契約常有之基本約定，於 100 年 5 月 1 日實行之預售屋買賣定型化契約履約保證機制即將不動產開發信託之定義為：「由建商或起造人將建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。興建資金依工程進度專款專用。」亦即以「建案土地或地上權」及「興建資金」為不動產開發信託之最基本約定要素。公有土地之管理機關依據前開都市更新

¹²⁵ 協合國際法律事務所(2011)，不動產信託業務運作架構及相關建議，中華民國信託業商業同業公會。

法令，得已設定地上權之方式作價，參與都市更新，並獲一定比例之權利價值分配。

三. 興建階段

(一) 興建資金之交付信託與控管

興建資金之交付信託與控管，為一般不動產開發信託契約常有之基本約定，於 100 年 5 月 1 日實行之預售屋買賣定型化契約履約保證機制即將不動產開發信託之定義為：「由建商或起造人將建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。興建資金依工程進度專款專用。」亦即以「建案土地」或相等於土地而在其權限內開發之地上權及「興建資金」為不動產開發信託之最基本約定要素。

(二) 起造人名義之變更登記

實務上常有將起造人名義一併變更登記予建築經理業者。按所謂建築物之起造人者，依建築法第 12 條之規定，係指建造該建築物之申請人，其有遵守建築相關法令並依核定工程圖樣及說明書施工之責任，同時並享有興建期間在建工程及完工後建物第一次所有權登記名義之權利。起造人名義雖非必然表彰該興建中建物或完工後建物之所有權人，惟其於行政上登記之權宜措施下，卻為掌有在建工程興建權利及完工後建物保存登記之權利人，故藉由將起造人名義變更登記予建經公司，以免發生建商倒閉等事由，建經公司亦得以起造人身分續為發包興建以順利執行續建事宜、確保工程依原計劃進行，俾保障各方參與者及融資銀行的權利。

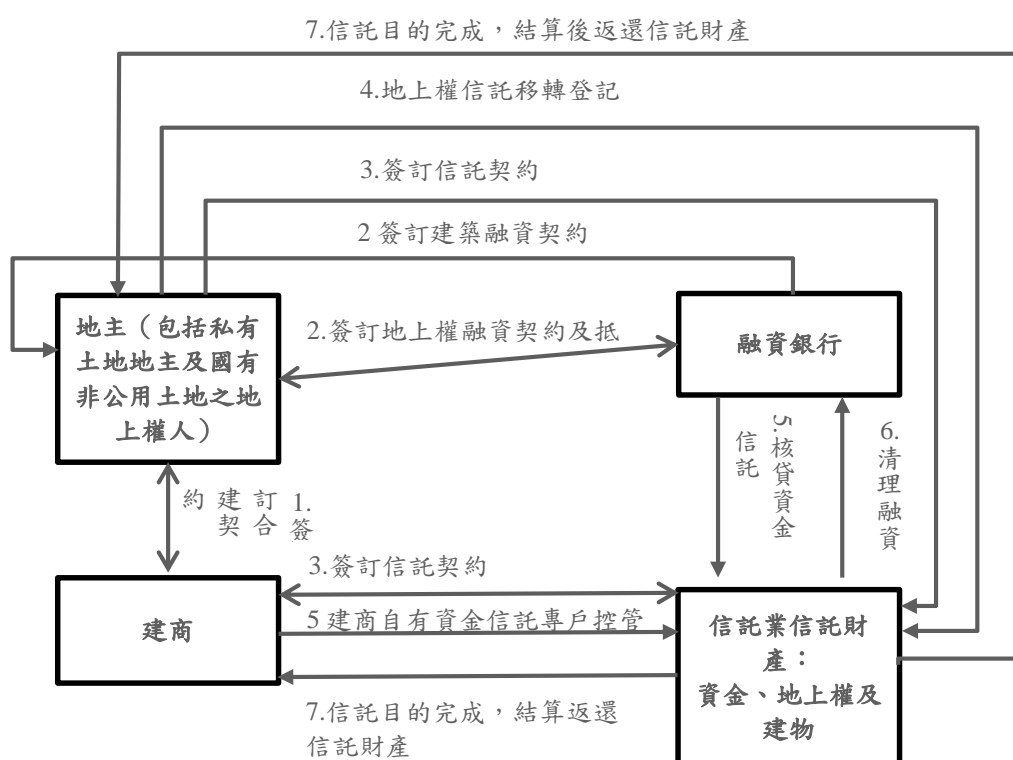
(三) 續建機制之約定

係由委託人與受託人預先於信託契約約定倘建商發生一定事由致開發案無法順利完工交屋時，得由受託人（信託業）邀集融資銀行及相關專業機構協商評估開發案之續建可能性，

倘該開發案尚有續建可能性者，即由受託人協助執行續建事宜，加強建案興建完工之機率，使不動產開發信託發揮其最大之效用。

不動產開發案如進行全案信託管理（即包含前述四個項目），始為完整之不動產開發信託架構，較能充分發揮信託機制之優點。

實務運作架構如下圖所示：



圖表 3：地上權信託運用於公有地都市更新案之運作流程示意圖（整理自黃齊國(2011)，都市更新事業代理實施者制度之研究）

四. 完工、分配及營運階段

1. 建物興建完成後由受託人依信託契約辦理信託資金之結算，以及建物及土地之移轉及產權登記。

2. 投資人受建物及土地之分配時，應按依與融資機構之貸款約定，將所獲移轉房屋及土地辦理抵押設定予融資機構。
3. 投資人所受建物及土地之分配，如已預先銷售，其應交付並移轉登記予承購戶。
4. 地上權存續期間屆滿後，地上權人將該等土地移交與公有土地管理機關。

第五節 地上權信託於民間不動產開發案之運用

所謂地上權，係指有意在一定期間內從事土地開發之私人，得與地主簽訂地上權契約，取得地上權，得在一定期間內得建造建築物或其他工作物、或為培植竹木為目的，而使用他人土地。

目前實務上採取地上權信託機制進行不動產開發之誘因是由專業機構代為進行土地之開發、產權管理及處分，使得資產的運用更具效率及安全性；且由公正之信託業者控管資金收付，足以保障投資人之權益；解決因土地權利人眾多以致無法有效整合開發之問題。此外透過信託方式較容易取信於融資銀行，利於營建資金之募集¹²⁶。實務上不動產開發案（亦包含地上權土地開發案）以交由信託業者執行之模式，已逐漸成為市場潮流。

第一項 法律依據與契約型態

在將地上權信託機制運用於民間不動產開發案之情況下，當事人間之地上權契約或信託契約關係，因與國有土地無涉，當然不受本研究先前提及財政部國有財產署就國有非公用土地設定地上權案件所頒佈之法規命令及契約所拘束，亦即當事人間之權利義務關係主要應遵循民法、信託法與信託業法之相關規定。

私人間設定地上權之法律依據主要在於民法第 832 條至第 841 條。此外，土地法第 34 條之 1 亦規定，共有土地設定地上權原則上應得共有人及其應有部分合計過半數之同意。

¹²⁶ 嚴佳雯(2005)，《地上權信託財產管理與運用之研究》，頁 246，國防大學法律研究所碩士論文。

又土地法第 104 條規定之所有權人擬出售地上權之基地時，地上權人有依同等條件優先購買之權利，此為「法定優先購買權」，具有「物權效力」，區分地上權人須注意的是，倘接到基地所有權人出賣通知後十日內不表示者，其優先權視為放棄。

有關地上權所衍生之爭議，依據民事訴訟法第 403 條規定，當事人間就地上權之期間、範圍、地租發生爭議時，為強制調解案件，提起訴訟前應經法院調解程序。

至於在信託關係部分，則回歸信託法下風險隔離機制與受託人處理信託事務之忠實義務兩大原則，以及信託業法及其相關子法所課予信託業者之義務及行為準則所規範，例如營業信託受託人將受託財產以信託專戶管理，製作獨立帳冊、報表等隨時向委託人（受益人）報告；禁止為關係人交易等。

第二項 運作模式

鑒於一般地上權信託運用於民間不動產開發案時，因沒有特別法之限制，故其運用模式較為靈活，多仰賴有意運用地上權信託於民間不動產開發案者，以契約約定相關權利與義務。故，本研究僅簡述其運作模式如下。

一. 設定地上權信託

有意從事土地開發之人與地主簽訂地上權契約，設定登記為地上權人。地上權人嗣後再與信託業者訂立信託契約，將地上權權利連同自有資金交予信託業者（受託人）作為信託財產，使通常兼具受託人角色之金融機構融資予委託人（融資所得資金亦一併納入信託財產）。委託人並以自己為受益人或與其他開發案投資人，共同委託信託業者，並在信託契約內受指定為共同受益人，由信託業者擔任受託人，使信託業者依信託契約之約定為信託受益人（即地上權人本身）之利益而為信託財產之管理（如出租）或處分（如出售），使得不動產開發工作儘可能貼近開發計畫而順利執行。

二. 興建階段

(一) 興建資金之交付信託與控管

興建資金之交付信託與控管，為一般不動產開發信託契約常有之基本約定，於 100 年 5 月 1 日實行之預售屋買賣定型化契約履約保證機制即將不動產開發信託之定義為：「由建商或起造人將建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。興建資金依工程進度專款專用。」亦即以「建案土地」或相等於土地而在其權限內開發之地上權及「興建資金」為不動產開發信託之最基本約定要素。

(二) 起造人名義之變更登記

實務上常有將起造人名義一併變更登記建築經理業者。按所謂建築物之起造人者，依建築法第 12 條之規定，係指建造該建築物之申請人，其有遵守建築相關法令並依核定工程圖樣及說明書施工之責任，同時並享有興建期間在建工程及完工後建物第一次所有權登記名義之權利。

起造人名義雖非必然表彰該興建中建物或完工後建物之所有權人，惟其於行政上登記之權宜措施下，卻為掌有在建工程興建權利及完工後建物保存登記之權利人，故藉由將起造人名義變更登記予建經公司，除能由建經公司掌有建物所有權第一次登記之權利，即便發生建商倒閉等事由，建經公司亦得以起造人身分續為發包興建以順利執行續建事宜、確保工程依原計劃進行，俾保障各方參與者及融資銀行的權利。

(三) 續建機制之約定

係由委託人與受託人預先於信託契約約定倘建商發生一定事由致開發案無法順利完工交屋時，得由受託人（信託業）邀集融資銀行及相關專業機構協商評估開發案之續建可能性，倘該開發案尚有續建可能性者，即由受託人協助執行續建事

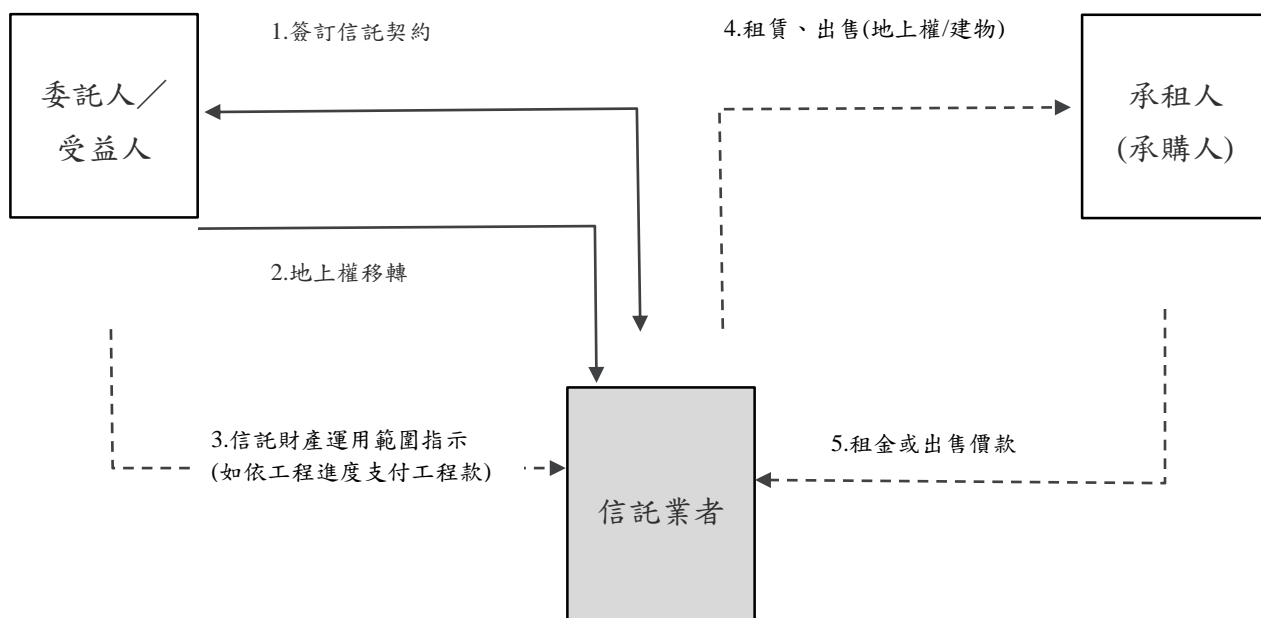
宜，加強建案興建完工之機率，使不動產開發信託發揮其最大之效用。

不動產開發案如進行全案信託管理（即包含前述五個項目），始為完整之不動產開發信託架構，較能充分發揮信託機制之優點。

三. 完工、分配及營運階段

建物興建完成後由受託人依信託契約辦理信託資金之結算，以及建物及土地之移轉及產權登記。投資人受建物及土地之分配時，應按依與融資機構之貸款約定，將所獲移轉房屋及土地辦理抵押設定予融資機構。投資人所受建物及土地之分配，如已預先銷售，其應交付並移轉登記予承購戶，受託人自身則收取管理費用（受託人報酬）。

地上權信託於民間不動產開發案之承作方式及辦理流程例示請參下圖：



圖表 4：地上權信託於民間不動產開發案之承作方式及辦理流程（整理自陽信銀行信託部網頁

<http://www.sunnybank.com.tw/thirdmenu.asp?lmenuid=4&smenuid=95&tmenuid=97>)

第六節 小結

地上權信託本質上亦為信託關係之一種，其基礎之法律關係亦由一委託人與受託人簽訂信託契約，並移轉作為信託財產之地上權予受託人。受託人則依信託本旨而管理處分財產，並分配信託利益予受益人。

從本章之整理可知，地上權信託多被用於大型之土地開發案中。其多為了使開發業者興建之建設於營運期間能獨立於其固有財產而不受其債權人追償之風險，以確保其建設之營運利益，抑或是使信託機構得將受託之信託資產活化運用，受託人於信託契約允許之範圍內得出售信託財產之使用權。我國地上權信託多用於各類型之土地開發中，並主要應用於促進民間參與公共工程開發案、國有非公用土地設定地上權開發案、捷運聯合開

發案、公有地都市更新案及民間不動產開發案幾類領域，其異同整理於下表。

地上權信託之主要作業流程與除依信託法或信託業法規定外，亦受相關之國有非公用土地設定地上權作業要點、民間參與公共建設相關法令、大眾捷運法、都市更新條例規範。根據上述法規依據，設定地上權信託之基本流程包括(1)地上權人（委託人）與土地所有權人簽訂地上權契約並辦理地上權設定登記。(2)徵詢並取得土地所有權人同意委託人辦理地上權信託。(3)委託人與受託銀行簽訂地上權信託契約。(4)委託人將地上權信託移轉予受託銀行並依土地登記規則辦理信託登記。(5)受託銀行開立信託專戶，管理收支帳務，信託財產獨立設帳保管。(6)受託銀行辦理結算分配，信託關係結束。

然而，鑒於地上權為物權之一種，於操作此種信託契約時應特別注意其移轉須以登記為生效要件，再就地上權信託多應用於大型開發案中之特性，由於其牽涉之金額高、牽涉之利害關係人之雜且亦多與公益有關之特性，地上權信託之受託人除應依信託法及信託業法負有一般性之受託人義務外，更應依國有非公用土地設定地上權作業要點、民間參與公共建設相關法令、大眾捷運法都市更新條例等相關法規辦理。

最後，鑑於國內以設定地上權之方式進行土地開發的個案越來越多，但現行包含民法及相關土地法規中主要仍以如何設定地上權取得所需土地或以設定地上權開發利用土地為規範重點，地上權信託相關之法令則散見於上述法規中，且其內容亦多為綱領式規範，而大量交由信託關係之當事人以契約訂定。因此，若欲探究地上權信託中受託人之權利與義務，信託契約亦是不可忽略基礎之一。

表格 5：信託業地上權信託運用於土地開發類型之整理（本研究自行整理）

	促進民間參與公共工程開發案	國有非公用土地設定地上權開發案	捷運聯合開發案	公有地都市更新案	民間不動產開發案
主要法源	民法、信託法、信託業法、促進民間參與公共建設法	民法、信託法、信託業法、國有財產法、國有非公用土地設定地上權作業要點	民法、信託法、信託業法、大眾捷運法、促進民間參與公共建設法	民法、信託法、信託業法、都市更新條例	民法、信託法及信託業法
主要目的	興建期間：提高取得融資之機會 營運期間：確保公共建設之公用性	提高取得融資之機會	提高取得融資之機會、提高土地所有人提供土地予捷運建設機構作為捷運設施用地之誘因	提高取得融資之機會、提高建商與地主間之互信	提高取得融資之機會
委託人	地上權人（BOT案之民間業者）	國有非公用土地地上權人	政府機關及投資人（包含開發案所需土地之地上權人）	國有非公用土地地上權人	地上權人
受託人	信託業者				
信託財產	地上權、興建資金、興建後之公共建設	地上權、興建資金	地上權、興建資金（政府出資、自有資金、融資貸款、支付價款）	地上權、興建資金	地上權人、興建資金

第五章 信託業辦理地上權信託之風險及應注意事項

第一節 設立地上權信託時，受託人之風險及應注意事項

國內中央與地方政府採設定地上權開發公有地之個案日漸增加，成為國內重要的民間參與開發模式之一。而公有地設定地上權信託之開發案涉及行政機關、民間開發商、信託業者之三角架構，且該開發案如以公共建設為目的，具有公共利益之旨存在，相較私有地設定地上權信託之案件，公有地設定地上權之法律關係與架構更為複雜，從而，本節之分析與說明，係以公有土地設定地上權信託為主軸。

第一項 受託人辦理地上權信託，應注意招標文件之相關條件

依國有非公用土地設定地上權作業要點第 3 條第 1 款與第 2 款，公有土地設定地上權案得以公開招標之方式辦理。行政機關針對設定地上權案之存續期間、權利金底價、地租等開發條件，擬定與公告之招標文件。招標文件係提供投標人於投標前進行審閱相關條件，以決定是否進行投標。以該地上權為信託財產時，地上權信託之受託人取得地上權之地位，享有地上權人之權利，同時負有相應之義務。因此，信託業者如作為地上權信託之受託人，應於締結信託契約前詳加調查原地上權契約招標文件、原地上權契約之條款內容，確認重要條件以及可能涉及受託人權利義務之事項，以作為決定是否擔任受託人之判斷基礎。舉例而言，現行國有非公用土地設定地上權作業要點第 17 條第 3 點係以「受託人承諾於信託期間繼受原地上權契約之各項權利義務，並願一併受讓地上權及地上物之全部」作為機關同意地上權人辦理地上權信託之條件，故此時受託人將因訂定該地上權契約後，而發生概括承受原地上權人（即委託人）之相關權利義務，相關義務責任及後續效應，實值受託人注意。

針對設定地上權招標文件之內容，信託業者應注意之內容主要如下：

1. 地上權存續期間：如前文所述，地上權存續期間與信託存續期間相互配合，信託業者應注意地上權之存續期間。
2. 地上物開發、利用方式之限制：地上物之開發、利用方式之限制，可能涉及該開發案件之投資報酬率，並涉及興建、管理之難易度與風險，宜加以評估。
3. 地上權消滅後地上物之處理：地上權消滅後，如受託人負有返還地上物之義務，則需考量與規劃未來返還之方式，以預防紛爭。
4. 與地上權信託相關之規定：如招標文件已針對得辦理地上權信託之要件有所明定，信託業者應一併注意之。

第二項 受託人是否有擔任地上權建物起造人之必要性以及受託人擔任建物起造人之責任與風險

現行地政機關登記實務上，依據內政部所頒訂之「建物所有權第一次登記法令補充規定」第 19 條規定「申請建物所有權第一次登記，有下列情形各依其規定辦理：(一)申請人與起造人不同係因權利移轉者，應提出權利移轉證明文件，…。」，起造人為有權辦理建物第一次所有權登記(保存登記)之人，起造人以外之人須先取得起造人出具之同意書，方能為建築物之保存登記，因此衍生受託人基於確保完工建物能順利納入信託財產加以控管之目的，有無必要擔任建物起造人之疑義。參酌金融監督管理委員會 100 年 7 月 19 日金管銀票字第 10000183130 號：「目前信託業辦理不動產信託業務進行不動產之開發，為配合現行建築法令規定，不論係信託業擔任起造人或由建築經理公司為建物受託人之實務作法，均未合該二行業之業務特性，且存在相關適法爭議。為利不動產信託業務之健全發展，起造人應適格並具專業，故若信託業擔任土地及建物之受託人，似較

為可行。」本文謹就起造人責任與風險，以及信託業有無擔任起造人之必要，說明如下：

一、 擔任建物起造人之責任與風險

由建築法第 12 條「本法所稱建築物之起造人，為建造該建築物之申請人…。」可知，建築法僅規定，向主管機關提出建造特定建物之申請人即為一般所稱之「起造人」，然而並未就何人具有擔任建物起造人之義務作明文規範。

又起造人依法擁有請求核發建築執照之權利、排除第三人重複申請建築執照之權利、排除第三人任意變更起造人之權利¹²⁷；亦同時負有諸多義務、責任如下：

(一) 行政義務¹²⁸

1. 興建前及興建期間向主管機關申請建造執照及相關備查、許可、查驗。
2. 興建期間依照工程圖樣及說明書施工、修復及維護公共安全。
3. 領取使用執照後，申請辦理建築物所有權第一次登記。
4. 興建期間對營造業之監督責任、公寓大廈管理人責任。
5. 提列、移交義務。
6. 建築工程鄰損事件爭議處理義務。
7. 稅捐繳納義務。

¹²⁷ 林辰熹，土地權利人變更或廢止建造執照之請求效力探討，月旦法學雜誌第 159 期，2008 年，頁 84-86。

¹²⁸ 行政法上之相關義務責任規範於建築法、營建業管理規則、公寓大廈管理條例、山坡地建築管理辦法、大眾捷運系統兩側禁建限建辦法、台北市建築施工鄰損事件爭議處理規則等。

(二) 民事責任

起造人可能涉及之民事責任，包括契約履行責任、民法侵權行為責任，例如：民法第 184 條一般侵權行為、第 189 條但書定作人侵權行為、第 191 條工作物所有人侵權行為責任、建築法第 26 條第 2 項之起造人侵權行為責任、大眾捷運法第 45 條之 2 起造人損害大眾捷運設施或行車安全之賠償責任。

二、受託人並無擔任地上權建物起造人之必要性

基於信託業者擔任建物起造人，可能負擔超過信託關係目的範圍外之契約、法律義務之前提性思考，本研究認為，受託人並無擔任地上權建物起造人之必要性，分析如下：

(一) 受託人選擇擔任起造人，可能對其長期營運增添不確定之風險

本研究認為受託人並無擔任地上權建物起造人之必要。理由在於，起造人擁有辦理建物保存登記之權利，因而一般常由出資興建之人擔任，不過現行法律並未課以出資者擔任之強制義務，開發計畫之利害關係人應得以協議方式約定由其中一方擔任起造人。況且前揭起造人之行政義務與民事責任，並無從以締結私法契約轉嫁相關義務責任之方式，予以免責。

受託人一旦擔任建物起造人，即使另與委託人在信託契約中明文約定由委託人承擔起造人責任，也僅事後向委託人有權請求內部責任分擔，受託人並不能據此向行政機關或提起民事主張之第三人主張不負起造人責任。

再者，即使在受託人之管理義務已因信託關係終止而解消，前揭民事侵權行為被害人仍得向曾居於起造人身分之受託人，提起賠償請求。我國信託業者之類型大

多為銀行業者兼營信託業務，然信託業務種類繁多，兼營信託業務之金融機構對於與金融專業相關性低之信託業務如智慧財產權信託、不動產開發信託業務等，可能欠缺管理營建工程專案之專業能力¹²⁹。

因此，對於並非營建、不動產開發專業之地上權信託關係之受託人（信託業者）而言，擔任建築物起造人衍生之許多注意義務與責任，與其本身設定或擅長之資金控管業務自有不同，是否足堪勝任實值疑問，受託人一旦選擇擔任起造人，無異對其長期營運增添諸多不確定之風險。

(二) 擔任起造人之人在法律上就建物之產權認定上，實無優勢地位存在

況且，目前法院實務見解¹³⁰亦認擔任建物起造人之人，並非得當然認定為建物所有權人，建物之所有權仍屬於「出資興建之原始建築人」所有。地政機關登記實務上雖認起造人為有權辦理建物第一次所有權登記（保存登記）之人，起造人以外之人須先取得起造人出具之同意書，方能為建築物之保存登記。地政機關如此作法應僅是出於行政管理上之便利考量，並無起造人即為建築物之原始所有權人之法律效力存在。因此，擔任起造

¹²⁹ 王志誠、李智仁(2008)，〈我國營業信託之法律障礙與解決途徑〉，《全國律師》第12卷第8期，頁8。

¹³⁰ 最高法院96年台上字第2851號民事判決意旨：「主管機關核發建造執照所載之起造人，僅為聲請核發建造執照之人而已，未辦理建物第一次所有權以前，房屋所有權屬於出資興建之原始建築人，非謂建造執照所載之起造人，必為興建建物而原始取得其所有權之人。適用最高法院四十八年台上字第一四五七號判例，除房屋與土地須同屬一人外，尚須以房屋具有相當之價值為必要，否則非但有害基地之利用，對社會經濟亦屬無益。」；最高法院一〇一年度台上字第一二七號民事判決意旨：「...惟不動產物權，有依法律行為而取得者，亦有非因法律行為而取得者，興建新建築物，乃建築物所有權之創造，非因法律行為而取得，該新建築物所有權應歸屬於出資興建人，不待登記即原始取得其所有權，與該建物行政管理上之建造執照或使用執照之起造人名義誰屬無涉。」

人之人在建物之合法所有權利認定上，實無優勢地位存在。

衡酌地上權土地信託關係之架構，一般受託人會將不動產開發計畫所需之所有資金、資產（如地上權人之自有資金、受託人貸放之融資款項、建物預售屋承購戶之支付款項、土地之地上權、興建中之建物）納入信託財產，全權由受託人統籌管理，藉以控管開發計畫之工程進度，並確保專款專用，控管付款之來源與時程。但包裹式的信託財產管理方式，並不當然發生受託人必須擔任起造人之效果。

(三) 尚有其他具備營建管理專業者，可擔任建物起造人

受託人雖於地上權信託關係中，依信託契約負有管理開發進度、土地及款項之受託人義務，其中或許可能包含管理建物營建工程之義務。惟查信託法與信託業法並無禁止複委任之條文，因此當受託人認為必要且已經信託契約之明文約定情況下，受託人應可再將管控建物營建工程之種種義務（包含本處之擔任起造人乙事）再委託予其他具有建築管理專業之業者如建築經理公司為之。

因具備建築管理專業之業者實較具有專業能力履行種種起造人應負擔之義務、責任，因此我國目前不動產開發信託實務案例中，由建築經理公司擔任起造人，委託人並一併將建造權利移轉給建築經理公司之作法亦屬常見之型態¹³¹。

三、小結

¹³¹ 王志誠，我國不動產開發信託之發展，當代財政第 30 期，2013 年 6 月，頁 22-23。

基於用作支付建物興建資金之款項（地上權人之自有資金、受託人貸放之融資款項、建物預售屋承購戶之支付款項）已先納入信託財產，並由受託人依照工程約定期程付款之事實，受託人應可認定為「實際出資興建建物之人」，是依據前揭最高法院見解，受託人仍應具有建物所有權人之身分，因此受託人實無擔任建物起造人之必要，以免對受託人自身營運增添諸多不確定之風險。此外，如考量融資機構對於確保興建中建物之所有權仍有疑慮，或可透過安排委託人另委聘建築經理公司受託擔任起造人，亦得達到相同確保效果。

第三項 地上權契約或開發契約中對於無償移轉機關之資產、設備之點交乙事，應如何約定，以避免爭議發生

在國有非公用土地設定地上權搭配促參法或捷運聯合開發機制之法律關係下，因地上權存續期間屆滿後，地上權人（同時為參與促參案之民間業者）負有將具有公共建設性質之建物全部或一部無償移交予該國有土地管理機關或主辦機關之義務，因此雙方會在投資契約中訂定有關期間屆滿時資產移轉之相關條款。一般在該等條款中會約定，地上權人應依據行政院頒布之「財物標準分類」逐項詳細登載個別資產之名稱、取得時間、他項權利設定情形、使用與維修現況，製作資產目錄定期送交機關備查，且地上權人應於存續期間屆滿前之約定期間內，提出資產移轉計畫，並就期滿資產移轉乙事與機關洽訂資產移轉契約，作為移轉依據。

不過因地上權存續期間一般長達 50 年或 70 年之久，不僅維護、管理未來將無償移轉予政府機關之資產、建物及其設施為一重要議題，且就建物與其設施於移交時是否處於「足堪使用」之狀態，雙方亦可能發生認知上的差距。

倘若主辦機關要求地上權人或受託人於移交後之一定期間內負擔保固責任，則可能使地上權人或受託人承擔過重責任。因此如何建立一套足供行政機關、地上權人、地上權信託受託人於移交當時遵循之資產移轉規範，應為實務上之重要議題。

一種可行的作法是雙方在締約當時就在契約中預先約定，於接近營運期間或地上權存續期間屆滿時之特定時點，雙方應共同委託具公信力之專業機構（如專業之工程顧問公司、機電工程公司）進行建物與資產之全面檢查，且預先約定檢查機構之選任方式以及由哪一方負擔資產總檢查之費用。專業機構於全面檢查後出具檢查報告，逐一系列使用狀態不良之資產或設備，使雙方能在移交前就可能發生爭議之部分，先行商議解決方案。待爭議解決後雙方再行辦理資產及設備之移轉、點交工作，以免發生點交後始發現問題而導致責任認定不清、僵持不下之狀況。

第四項 倘地上權信託開發案涉及前階段之不動產開發信託與後階段之營運管理信託時，是否應將其設計為二個信託契約

現時上不動產開發信託案，採用信託機制之主要原因在於藉由受託人控管開發案資金並確保各種款項之支付合乎信託契約約定與興建計畫，以增強提供融資之金融機構之信心。以交九京站案為例，地上權人先將地上權設定抵押予融資機構，再將該地上權以設立信託關係之方式，信託登記予信託業者。

且因此案規劃上係將全部建物區分為兩部分，旅館百貨之建物部分係由原地上權人自行營運，住宅及辦公室之建物部分則移轉予受託人，由其管理營運。因此整個信託關係是根據「興建期間」與「營運期間」分別設計兩個獨立之信託契約。當所有建物興建完成時，第一部分之信託關係即告終止，旅館百貨

部分建物交由委託人自行營運，住辦資產部分建物則信託登記予受託人，成立營運期間之信託關係。

基此，交九京站案因地上權人計畫將完工之地上權土地建物一分為二，一部分自行營運，另一部分則交付信託，因此有終止前階段信託契約，另就新的信託財產成立信託關係之必要。不過將信託關係分拆為多個信託契約可能導致在於當前階段信託關係終止後、後階段信託關係成立前之時間內，所有受託人管理之財產與資金欠缺信託機制隔離破產風險之保障，以致暴露在關係人之債權人債權追索之風險下。因此本研究認為一般地上權信託開發案如無特別需求，應無將信託關係依前後階段分拆為不同信託契約之必要。

第五項 信託契約期間與地上權契約之存續期間是否必須完全一致

私人間設定地上權如定有期限時，地上權信託契約之存續期間不應超過地上權存續期間，理由在於，一旦地上權因存續期間屆滿而消滅，此時信託財產（即地上權）已不復存在，地上權信託關係自無再存續之可能，因此地上權信託關係將因地上權之消滅而併同消滅。

基此，地上權信託關係得約定於地上權存續期間屆至前或屆至時消滅。可能情形有二：首先當地上權信託之存續期限先於地上權之存續期間屆滿而屆至時，則應於信託契約中明確約定信託關係消滅時，信託財產（含地上權）之歸屬對象及交付方法，以及地上權提前終止時，土地返還對象及地上物處理方式；再者，若該地上權信託乃隨地上權存續期限之屆至而同歸消滅，則信託契約應參考地上權契約之相關約定，就地上權消滅時（亦即信託關係消滅時），受託人、委託人（即地上權人）及

土地所有權人三方就土地返還及地上物處理方式，作出明確約定，以杜爭議¹³²。

信託契約期間與地上權契約之存續期間並無完全一致之必要，但兩者存續期間有所差異時，契約仍須就當事人權益如何調整乙事，預作規範。

第六項 地上權信託案件可否辦理預售

不動產開發之順利與否，首重開發資金能否順利取得，而預售案之辦理正有助於募集開發資金，因此辦理預售之適法性與應注意事項，實值探討。

一. 以往地上權信託預售案銷售權利之定性以及權利轉讓之爭議

由不動產信託之受託人立場，因擔任預售屋買賣之出賣人責任不免過重（詳如下一項之討論），可考慮由委託人（即地上權人）逕為擔任出賣人。且依民法法理出賣他人之物之債權契約本非無效，故委託人擔任地上權建案（受託人為建物所有權人、地上權權利人）之出賣人，買賣契約亦屬有效可履行，因此不論由受託人或委託人擔任出賣人，地上權信託開發案應無不得辦理預售之理由存在。

然而，地上權信託預售案，因地上權建物區分所有部分使用權之定性、再轉讓之程序，乃至辦理融資不易，皆有爭議而需探討。就地上權土地其上建物區分部分之銷售，過往實務上可分為「地上使用權」與「地上租賃權」兩種型態¹³³：

¹³² 嚴佳雯(2005)，地上權信託財產管理運用，國防大學法律研究所碩士論文，頁 326。

¹³³ 整理自僅擁地上租賃權京站免實價登錄，蘋果日報，2013年06月09日；張淑瑩，設定地上權之土地開發案於IFRSs之適用情形，安侯建業通訊2012年9月號，第69期，頁14。

1. 地上使用權：承購戶無土地所有權，僅有建物所有權，使用年限到期後，屋主可與土地所有權人議續約或房屋殘值，承購戶於持有期間須負擔土地租金，雖無地價稅但需負擔房屋稅。如位信義計劃區內「台北花園」社區；
2. 地上租賃權：買方不僅無土地所有權，亦無房屋所有權，僅有建物「使用權」，因此承購戶無法抵押房屋，且購買時能向銀行申請之核貸額度較低，如「交九京站住辦銷售案」。

「地上租賃權」於實務上爭議問題較多。以前揭「交九京站住辦銷售案」為例，「住辦資產定期使用權轉讓及地上權土地租賃契約書」之「承購戶」僅能取得該地上權土地之租賃權以及建物區分部分一定期間之管理、使用及收益的「使用權利證明」用以表彰其「地上租賃權」，承購戶於持有期間須負擔土地租金。

第七項 地上權信託開發案如可辦理預售，受託人是否應擔任出賣人或有何協力義務，受託人是否負有保固責任或瑕疵擔保責任

辦理地上權信託開發案之預售案雖有助於開發資金之募集，由受託人擔任出賣人，親自辦理預售，雖有確保資金受其控管之正面效果，然亦可能衍生受託人負擔責任過重之問題，以下探討之。

- 一. 地上權信託開發案辦理預售時，受託人是否應擔任出賣人

因地上權人已將此一地上權辦理信託登記予受託人，如此一來，信託關係之受託人即成為國有非公用土地之地上權登記名義人。如前所述，受託人運用信託財產，出資興

建地上權建物，為興建中建物之合法所有權人，因此受託人當然有權辦理預售案。

然而受託人如擔任地上權建物預售屋建案之出賣人，依照民法、消費者保護法等相關規定，除應負物之瑕疵擔保責任外，尚有廣告真實性及建物保固等相關責任。

基此，受託人雖於外觀上具有地上權人及興建中建物之所有權人身分，然考量地上權信託關係中，受託人係基於信託關係，於信託存續期間內，僅主要為委託人管理開發資金控管之相關事務。如令受託人擔任出賣人角色，則於發生履約爭議時（一般常見如房屋漏水、施工瑕疵、未依法提供契約合理審閱期間及隱瞞重要資訊等）出賣人應履行或修補之義務責任，實已超過受託人本身之專業所能負擔之範圍。

再者，前揭預售屋出賣人之義務係本於法律規定或買賣契約約定所生，各有其法定消滅時效，不因信託關係提前或屆期終止，而有所解消。因此可能發生信託關係消滅後，受託人仍須繼續負擔其當初本於受託人身分，為委託人締結預售屋買賣契約所生義務、責任之情況。如此一來，對於受託人本身經營而言，恐將致生長期存在而不確定之財務風險。

亦有論者認為，為求事權統一，應使受託人全盤承擔所有信託財產管理事務，應由受託人擔任區分所有建物預售案之出賣人。且依照私法自治原則，在未違反信託契約約定並經委託人與承購戶同意之前提下，由受託人擔任地上建物預售案之出賣人，並在受託人與承購戶間之預售屋買賣契約中約定，由委託人承擔買賣契約中受託人本應對承購戶所負之種種義務與責任，倘無構成顯失公平之狀況，

則該約定或可認定為有效¹³⁴。然而，在此狀況下因受託人為信託事務之處理（辦理地上權土地區分所有建物之預售案），卻毋須就處理信託事務所生之債務（出賣人之法律、契約義務）負責，恐難認為合乎典型之信託法律關係，以致委託人與受託人間信託關係之適法性將發生重大疑問¹³⁵。

實則，或可考慮由委託人擔任出賣人。其理由在於，地上權信託關係之委託人通常是不動產開發業者，具有不動產營建、銷售以及後續保固與維護之技術與經驗，足堪應付前揭預售屋承購戶提出保固或瑕疵修補要求，因此，地上權建物銷售所衍生承購戶或房屋所有權人主張之瑕疵修補權利或保固責任，由與承購戶訂定買賣契約之委託人（不動產開發業者）負擔，並無窒礙難行之處，且如此對承購戶而言，亦有助於其權利之行使。

因預售屋買賣關係在法律適用上涉及債權性質之買賣契約以及物權性質之地上權及建物讓與契約。當委託人出賣以受託人為登記名義人之地地上權與建物區分所有部分予承購戶，其買賣契約即債權契約仍有效，理由在於買賣契約係債權行為，不以出賣人為所有權人或有處分權為必要，出售他人之物的買賣契約仍屬有效；但就物權行為而言，因直接涉及物權權利（土地地上權與建物所有權）的變動，須以處分人有處分權為生效要件，因此委託人就房地權利之移轉登記，必須得到受託人之同意與協助。實務上多以受託人出具信託契約證明文件予委託人，以利其提供予承購戶，藉此在受託人不擔任出賣人以適度隔絕風險之前提下，適法地協助委託人與承購戶完成地上權信託開發案之預售屋銷售工作。

¹³⁴ 謝哲勝，信託運用於 BOT 契約的法律關係，月旦法學雜誌 142 期，2007 年，頁 47。

¹³⁵ 謝哲勝，信託運用於 BOT 契約的法律關係，月旦法學雜誌 142 期，2007 年，頁 47。

第二節 地上物興建期間，受託人之風險及應注意事項

第一項 受託人是否負有營建管理及工程勘驗之義務

地上權開發信託之架構，類似於一般常見的不動產開發信託，係由地上權人與建商分別將地上權及資金信託予受託人，再由受託人依照信託契約之約定，進行產權管理及興建資金之專款專用。建商依照專款專用範圍，申請動用信託專戶資金時，通常會檢具申請書及證明符合專款專用範圍之相關文件，向受託人提出申請，而受託人須依信託契約審核無誤後，始得動用。

在信託架構中，由於建商多係於營建管理及工程完畢後始檢附單據申請動用，因此產生受託人是否負有營建管理及工程勘驗義務之疑問。就理論上而言，地上權開發信託受託人之任務，主要是於信託存續期間，按信託契約約定辦理工程款交付、繳納各項稅費等資金控管事宜，特別是確認興建資金是否依工程進度專款專用。因此受託人審核之主要目的係在確認信託財產之運用範圍是否合於專款專用，與一般營建管理主要是勘驗工程是否合規有異，況實務上，地上權開發信託之受託人通常為金融業者，並無營建之專業，因此不會也無法承擔營建管理及工程勘驗之工作。

爰此，本研究認為在地上權開發信託中，除有特別之約定外，受託人不負有營建管理及工程勘驗之義務，實務上，地上權開發信託之營建管理及工程勘驗，通常係由開發商另行委託不動產營建之專業機構（例如建築經理公司）辦理，受託人係憑該專業機構所出具之證明文件書面審核，以確認信託財產之運用符合專款專用之範圍。

第二項 受託人於興建階段之資金控管義務範圍為何

地上權信託關係受託人之資金管控義務，主要發生在地上權土地建物興建階段，為使開發案所需資金(含專案融資資金、自

有資金及預售案買受人之預付款)能夠依興建、開發之期程專款專用，同時達到與委託人、受託人之自有財產加以區別，避免遭到債務人追索，以彰顯信託財產之獨立性。

因本研究所探討之地上權信託關係，在本質上仍屬不動產開發信託，其差別點僅在於供開發之土地屬國有地之情況下，信託權存續期間屆滿後即有返還國有土地管理機關之義務，因此，地上權信託關係受託人之資金控管義務原則上與一般不動產開發信託大致相同。

詳言之，即委託人擬將交付信託之土地與資金移轉予受託人時，土地應辦理移轉，以受託人作為信託登記名義人；資金則交予受託人開立信託專戶。建物興建階段中，承攬建物興建工程之營造廠須按施工進度施工，再依付款期程，檢附發票、相關憑證及工程進度勘驗證明向受託人辦理請款¹³⁶。

就此，受託人在辦理營建資金控管時，應注意之事項如下¹³⁷：

一. 受託人應確實掌握預售屋承購戶之繳款狀況

依照本研究之看法，地上權信託關係下，受託人實無擔任建物預售案出賣人之必要，此項工作應可交由熟悉行銷、買賣業務之委託人執行，擁有地上權權利與建物所有權之受託人出具信託契約證明文件予委託人，以利其提供予承購戶即為已足。

因此，信託契約中應明訂委託人須在建物及地上權買賣契約中載明，本案已辦理不動產信託、信託期間內承購戶支付之價金均須直接存入信託專戶、受託人得隨時查核委託人相關銷售帳冊資料並有權進行勾稽等字樣，藉以避免發生因委託人與承購戶締結買賣契約、承購戶向受託人支

¹³⁶ 朱哲毅，不動產信託實務，金融研訓院，2005年6月，頁154。

¹³⁷ 朱哲毅，不動產信託實務，金融研訓院，2005年6月，頁155。

付買賣價金之雙重關係之下，發生委託人跳過受託人逕向承購戶收取價款，發生信託契約中買賣價金應匯至信託專戶約定之違約風險。

二. 受託人於付款前應確實審核各項憑證及單據

受託人在動支信託專戶內之資金進行付款前，應先確認付款項目是否與本案相關，且已檢附相關憑證足供審核、勾稽。受託人將憑證逐一審核無誤後，方能由信託專戶撥款支付。

三. 受託人應依工程進度支付營建款項

受託人在支付營建款項給承包商前，應先行確認工程之實際進度，並依照信託契約約定之付款期程支付營建款，避免發生工程開始時即大量付款，導致興建後期發生追加款項之情事時已無資金可繼續支付之窘境發生。

第三項 契約中有續建機制之約定時對受託人責任之影響

不動產開發信託契約有時會有續建機制之約定。續建機制係指若委託人之營運發生困難，以致不動產開發案可能發生無法完工及交屋之狀況時，得由受託人邀集融資銀行及相關專業機構協商評估不動產開發案之續建可能性，倘該不動產開發案尚有續建可能性者，即由受託人負責協助執行續建事宜，使不動產開發信託得以按既有計畫與約定運作。

即當信託契約中設有續建機制之約定時，除應約定受託人取得續建融資之方法、續建管理之權責及信託財產之處分等事項外，亦應考量當續建機制啟動時，當事人間既有權利義務關係必然得重新調整之狀況，因此信託契約應一併就利害關係人間就續建所生之權利義務關係之調整預先為約定¹³⁸。

¹³⁸ 王志誠，我國不動產開發信託之發展，當代財政第 30 期，2013 年 6 月，頁 24。

第三節 興建完成及後續管理營運階段，受託人之風險及應注意事項

第一項 相關權利移轉時，受託人之風險及應注意事項

當地上權信託關係下之相關權利如區分地上權、建物使用權或信託受益權，基於個別案件中之法令限制、契約設計或關係人融資需求等因素，可能再行移轉。此時是否對於受託人之權利義務造成若干影響，以及受託人相關之風險及應注意事項為何，實值探討。以下謹就「建物使用權」、「地上權再行分割移轉」及「信託受益權」移轉之情況，逐一進行探討：

一、建物使用權移轉時，受託人之風險及應注意事項：

在一般私人土地設定地上權之情況，因民法物權編本准許地上權再以分割為區分地上權之型態後移轉予第三人，是土地與建物之權利得以移轉區分地上權及建物所有權之方式為之，一般來說，除非地上權契約已明確特約地上權不得再行移轉，否則不會發生區分地上權建物以移轉使用權方式為之。

不過在公有土地設定地上權案件中，可能因相關法令(如 102 年 9 月修正前之〈國有非公用土地設定地上權作業要點〉)之限制，或個案中公有土地管理機關出於建物本身具有公共建設性質或為便利期滿收回等因素，而在地上權契約中限制地上權人不得再將地上權及其上建物移轉與第三人。如此一來，倘若地上權人或地上權信託受託人基於其商業考量或資金需求，擬欲移轉其房地權利時，則僅得以移轉債權性質之「使用權」方式為之。又當區分地上權建物係以移轉使用權之方式為之時，因受託人所核發之建物使用權權利僅具有債權性質，不涉及民法法定物權之變動，依民法第 297 條，使用權之移轉經讓與人及受讓人合意，即發生移轉效力，

無須再辦理地上權之移轉或變更登記，是否通知受託人一事僅涉及使用權移轉能否對抗受託人。換言之，使用權移轉欠缺公示機制，可能發生權利人不易確認之問題，甚至衍生訴訟風險。因此在個案中受託人於辦理核發建物使用權證書時，應在相關契約及使用權證書中訂明使用權之移轉須向受託人處辦理登記始生效力之約定，藉以降低權利人認定不明之風險，同時一併在契約中指明地上權土地於使用權權利範圍內亦一併出租或轉租予使用權受讓人，俾免發生房地使用權源並非同一之矛盾現象。附帶一提，當受託人於此種使用權移轉之情況下，因屬地上權契約已預設或授權受託人移轉之情況，故對信託關係原則上並無影響(信託契約不因此提前終止)。且因物權權利並未發生變動，故地上權及其上建物之所有權人仍為地上權信託之受託人。

又依現行民法物權編地上權相關規定，除契約另有約定，地上權及其上建物所有權本得再行分割移轉。又如本研究之說明，財政部已容許以設定地上權方式釋出之國有土地，再行移轉區分地上權，是考量權利認定及歸屬之明確性，地上權及其建物分割移轉之方式，應較為妥適，因此使用權移轉已非未來相關權利移轉時優先考量之方法。

二、地上權再行分割移轉時，受託人之風險及應注意事項

地上權分割移轉，在天上權契約及信託契約容許範圍內，受託人將名下地上權分割移轉後，本非不可，此時也會一併移轉地上權區分建物之所有權。該等權利一經轉移後，受託人就該部分權利，即無權利可言，已無須負擔契約義務。

然而在國有土地設定地上權信託之情況則因主管機關財政部目前以契約特約約定之方式，對地上權人(或受託人)特別課予若干維護、管理義務，而有所不同。

依照 102 年 9 月 30 日新修正之「國有非公用土地設定地上權作業要點」第 16 條之 1 第 1 項規定，當地上權人將地上權之一部及其上建物之區分所有部分移轉予第三人時，原地上權人應與執行機關簽訂無償委託管理契約，負責地上權存續期間受讓之各地上權人應繳納地租之收繳、欠租催繳等相關管理事宜，並繳交履約保證金。

又上開所謂原地上權人依據無償委託管理契約所負之相關管理事宜，依目前財政部國有財產署公告之「國有非公用土地無償委託管理合約」第 1 條第 1 項（委託管理事項）共 5 款內容觀之，所列舉之管理事項為全體地上權人應繳納地租之收繳、欠租之催繳、過戶換約之協助、地上權消滅時房地收回點交之協助，以及其他相關管理事宜。

然就該等管理事宜是否包含建物之維護、管理義務乙事，本條項之文義實非明確。倘若嘗試歸納本條項 5 款之管理事項之性質，或可發現該等列舉事項皆與地上權契約關係下，所有權人與地上權人相互間權利義務之行使有關諸如租金之收取、地上權再移轉時受移轉人與所有權人之訂約、地上權存續期間屆至時房地之移轉占有有關。因此或可推認國有土地之管理機關藉由本無償委託管理契約書之簽訂，擬課予地上權人（或受託人）無償擔任國有土地管理機關於此種情況下基於地上權法律關係之代理人或履行輔助人之角色義務。

承前，本條項所定之具體管理事宜之文義並未涉及民法或公寓大廈管理條例之相鄰關係管理事項。又同條項第 5 款雖為該概括條款，惟由其文句所載之「其他相關管理事宜」可推認其他應受涵蓋之受託人管理事務應限於與前揭明文列舉之管理事項有關者為限。因此可認地上權人或地上權信託

關係之受託人在將地上權移轉予第三人後，對於該區分建物已無維護、管理之義務存在。

公寓大廈管理條例第 18 條雖規定，起造人應按工程造價一定比例或金額提列準備金之義務，並於該大廈管理委員會成立後移交予管委會，作為公共基金之一部之義務。依本研究之看法，信託業者並無擔任起造人之義務，且亦無必要性存在，因此信託業者在擔任地上權信託之受託人時，自無基於起造人身分而負有提列準備金之義務。

至於公寓大廈完工後大樓本身管理、公共設施維護等工作，依公寓大廈管理條例相關規定，除規約或區分所有權人會議決議已有規定外，當屬該建物住戶自行經由區分所有權人會議選出之管理委員會之法定職權。

不過因地上權人或地上權信託關係之受託人於地上權建物分層空間出售前，仍具有區分地上權人之身分，依法理及內政部 94.5.12 內授營建管字第 0940083300 號函¹³⁹，應參與區分所有權人會議，自然可能被選為管理委員或主任委員，因此基於其管理委員或主任委員之身分對該建物負擔相關之管理、維護義務。

就此，受託人應於接受委託前評估此項義務產生之可能性並預先設算成本，且受託人通常亦非公寓大廈之專業管理機構，因此受託人應審慎評估以管委會或管理負責人之身

¹³⁹ 內政部 94.5.12 內授營建管字第 0940083300 號函：

「按住戶：指公寓大廈之區分所有權人、承租人或其他經區分所有權人同意而為專有部分之使用者或業經取得停車空間建築物所有權者。」、「管理委員會：指為執行區分所有權人會議決議事項及公寓大廈管理維護工作，由區分所有權人選任住戶若干人為管理委員所設立之組織。」、「主任委員、管理委員之選任、解任、權限及委員人數……，依區分所有權人會議之決議。但規約另有規定者，從其規定。」、「公寓大廈之住戶非該專有部分之區分所有權人者，除區分所有權人會議之決議或規約另有規定外，得被選任、推選為管理委員、主任委員或管理負責人。」分別為公寓大廈管理條例（以下簡稱條例）第 3 條第 8 款、第 9 款、以及第 29 條第 2 項、第 5 項所明文規定，故起造人得否擔任主任委員乙節，除區分所有權人會議決議或規約另有規定外，如具有住戶之身分，自得被選任為管理委員、主任委員，不因其同時具備起造人身分而有所區別。至於區分所有權人可否同時擔任數公寓大廈之主任委員乙節，依條例第 29 條第 2 項規定，應依其區分所有權人會議決議或規約規定辦理。」

分聘任專業管理人員時，於管理基金不足以支付或尚未到位時可能產生墊付費用之風險。

三、信託受益權移轉時，受託人之風險及應注意事項

信託受益權係指信託關係中得以享有信託利益（包括本金返還及孳息分配）之權利，擁有信託受益權之人即稱為受益人。而受益權係屬於債權性質之請求權利，惟其權利範圍原則上應限於信託關係消滅時扣除必要成本費用及清償融資銀行債務本息後之剩餘財產權利。

又信託受益權之移轉，信託法第 20 條規定應準用民法第 294 條至第 299 條有關債權移轉規定，以意思表示即為已足，並非以受益權證書之交付為生效要件，信託法本無規定行使受益權須以提示受益權證書為要件，是受益權證書應不具有有價證券之意義¹⁴⁰，又民法或信託法均未對其受益權之權利內容有何強制規定，因此受託人所負義務及受益權之內容應依信託契約之約定為依據¹⁴¹。惟為確保地上權信託能按原訂信託本旨履行，且為能清楚確認受益權受讓人身分，受託人不妨於信託契約中明定受益權證書之製發，以及受益權之行使及轉讓均須以書面方式檢附受益權轉讓契約並持受益權證書辦理等條款，以保護受託人之利益¹⁴²。

¹⁴⁰最高法院 96 年訴字第 464 號民事判決：

「按所謂有價證券，乃表彰具有財產價值之私權的證券，其權利之發生、移轉或行使，須全部或一部依證券為之；另證券交易法第六條第一項、第二項明定：「本法所稱之有價證券，謂政府債券、公司股票、公司債券及經財政核定之其他有價證券。新股認購權利證書、新股權利證書及前項各種有價證券之價款繳納憑證或表明其權利之證書，視為有價證券。」故界定是否為證券交易法規範之「有價證券」，應參酌上開民法之基本定義，及針對證券交易法之證券特性，即應著重於是否有「表彰一定之價值」，而具有「投資性」與「流通性」。又根據民法第五百六十五條對於居間所為定義，有價證券買賣之居間，不論是一方為他方報告與他人訂立有價證券買賣契約之機會，因而使他方與該他人訂立有價證券買賣契約而獲取報酬之情形，或是在有價證券交易過程中，一方向他方報告有價證券買賣之機會，促成有價證券買賣契約之訂立，從中獲取報酬之情形，均屬符合「有價證券買賣之居間」之文義解釋。」

¹⁴¹不動產信託受益權證書相關議題分析，信託業商業同業公會研究報告，頁 16、25，93 年

¹⁴²不動產信託受益權證書相關議題分析，信託業商業同業公會研究報告，頁 27，93 年

近來不動產開發業者運用信託受益權可轉讓之特性及信託財產破產隔離之效果，透過財務規劃，洽詢專業投資人進行投資，以轉讓受益權之方式直接取得現金，使得開發商提前回收資金或解決自有資金不足的問題。然而金融監督管理委員會銀行局已於 102 年 7 月 19 日發布金管銀票字第 10240002450 號函¹⁴³及金管銀票字第 10240002452 號函¹⁴⁴，揭示銀行業及信託業皆不宜藉不動產信託受益權設質或轉讓之方式，以周轉金或其他名目，變相額外增加不動產開發案之貸款金額。

第二項 地上物興建期間與營運期間受託人義務與風險之比較

一般不動產開發信託關係人於興建期間及營運期間所可能遭遇之風險，地上權信託之受託人亦可能因擔任信託財產之名義上所有權人及管理者的，而遭遇相同風險，此等風險尚待以委託人及受託人雙方以契約方式議定之。

¹⁴³金融監督管理委員會銀行局金管銀票字第 10240002450 號函：

「一、提供預收款類型商品或服務之預收款業者，如以信託方式提供履約保證機制，預收款業者未依約提供商品或服務時，信託受益權歸屬於消費者。在預收款業者(委託人兼受益人)尚未依約提供商品或服務前，如依信託業營運範圍受益權轉讓限制風險揭露及行銷訂約管理辦法第 19 條第 1 款至第 3 款申請信託受益權之轉讓者，受託人基於善良管理人之注意義務及忠實義務，應不得同意辦理，以保障消費者及投資人權益。二、除信託業法第 29 條、不動產證券化條例、金融資產證券化條例或其他法令另有規定者外，信託業不得推介信託受益權：(一)信託業基於善良管理人應盡之忠實義務，對信託客戶往來資料應保守秘密；另應依信託目的，為受益人之利益，管理、運用或處分信託財產，且不得涉及自身利益。受託人推介其自身受託之信託受益權，已悖離前揭忠實義務，並涉及利益衝突。(二)信託業辦理信託業務，不得有公開募集之行為；亦不得製作交付受益權證書等證明其受益權之文件。按信託業務客製化及非標準化之特性，倘推介受益權之信託業非受託人，因無從獲悉該信託相關權利義務關係及財產管理全貌，故無法充分揭露受益權相關資訊及風險，以保障投資人之權益。三、旨揭規範應納入信託業內部控制及內部稽核制度規定，並落實執行。」

¹⁴⁴金融監督管理委員會銀行局金管銀票字第 10240002452 號函：

「一、銀行業受理建商申請之不動產開發信託案，應確實評估建商之不動產興建計畫、融資安排、銷售預測等係具體可行，交付信託管理之興建資金亦須足敷完成該不動產之興建，俾善盡受託人之職責及善良管理人之注意義務與忠實義務。

二、建商於取得一般土地建物融資後，藉由不動產信託受益權之設質或轉讓，恐有額外取得不動產開發案之興建資金或提前實現其建案收益之情事，致有擴大銀行業不動產授信風險之虞，銀行業不宜藉不動產信託受益權設質或轉讓之方式，以周轉金或其他貸款名目，額外增加其貸款金額，俾控管銀行業不動產授信風險，暨維持金融市場秩序。」

一般來說，受託人基於其資金控管、財務規劃之專業，應就其履行相關信託事務有故意或過失時，方負相關責任。換言之，契約架構之設計上不應使受託人承擔超越此範圍之義務及責任，而應由實際主其事或有執行能力者負擔注意義務及賠償責任，方符事理之平。以下謹臚列地上權信託開發案興建期間與營運期間之受託人可能須負擔注意義務及衍生風險，並進一步探討有無受託人承擔該意義及風險之必要性；

一、興建期間之注意義務及風險

(一) 規劃設計及工地施工之注意義務及衍生風險

廣義興建期間亦可包含開發案之各層面規畫設計，並確認其適法性如基地符合土地使用分區管制，工程規劃設計是否符合相關之營建法規，營建工程之工地、空汙、廢水、噪音、排水或其他汙染源之排放是否符合相關環保法規的規範。因此等事項因事涉工程及規劃設計專業，與現時多由銀行兼營信託業者本身之財務調度專業有所不同，故應由擬定該地上權開發案之地上權人(不動產開發業者)負相關義務及衍生責任，是就此部分，受託人於議定信託契約時須注意將前開事務排除於信託事務之範圍中。

(二) 營建工程之衍生風險

一般來說不動產營建工程興建期間較長，可能因契約內容不當導致無法施工，或因契約條款合法性之爭議而產生工程糾紛導致延宕。抑或雖有工程違約保證金或保證人之條款，但保證金不足以彌補損失或無法順利對保證人行使權利限制後續工程之進行，又或營造商及分包商發生財務風險或工程糾紛，以致開發案可能面臨承包商之違約風險。此項違約風險因可能

影響開發案資金之控管與調度，以及嗣後開發案之進行，因此可歸類為受託人可能面臨之風險。又基於本研究之意見，受託人並無擔任建案工程定作人之義務，依理應由以不動產開發為本業之地上權人擔任定作人，與工程承包商簽訂工程契約。對此，受託人可考慮若干信用增強機制，例如要求委託人（地上權人）於發包建案工程時責令承包商提供履約保證人或投保保證保險，或是於信託契約中明文要求委託人須取得工程契約承包商放棄民法第 513 條之聲明書，以減低因營建工程契約發生違約，以致影響受託人處理地上權信託事務之可能。

(三) 營建管理注意義務及衍生風險

又因地上權開發案實務上，多就該權利設定存續期間如 50 年或 70 年，而不再區分建物之興建期間與營運期間，更不會將興建期間排除於約定之地上權存續期間之外。因此建案興建期間之長短，事關未來營運期間之長短，自然也會影響地上權人或受託人於營運期間所能取得之現金流量。因此工程進度嚴格控管才能確保地上權信託開發案之順利執行。

其他營建工程進行中之相關注意義務亦包括營造商施工品質、材料供應是否合乎約定標準、工地現場安全管理及維護等。除部分技術施工事項屬於監造人之義務責任，依建築師法第 18 條，應由實際擔任建物起造人之負責人負注意義務及衍生責任外。因此等事項因事涉工程及規劃設計專業，與現時多由銀行兼營信託業者本身之財務調度專業有所不同，是就此部分，受託人於議定信託契約時亦須注意將前開事務排除於信託事務之範圍中。

(四) 財務風險

地上權開發計畫案就財務分析，應評估融資與募股計畫、匯率波動、利率及原物料物價因素，以及備標階段延宕對專案之財務影響各項原物料成本大漲與建期的延滯完工風險，以避免因工程延誤造成專案的財務惡化，進而形成履約紛爭。因此議定信託契約時，除了營建資金之撥付須經過受託人（或融資機構）之審核外，應進一步明文約定營建資金不足之資金籌措機制與義務歸屬，例如約定由委託人與原融資機構協商籌措不足資金，或引進新投資者。

二、營運期間之風險

(一) 現金流量不足之風險

與興建期間相同，信託契約應明文約定，當營運期間營運資金不足之資金籌措機制與義務歸屬，例如可訂定受託人得逕由開發案收款專戶提領必要資金以利開發案之續行；無法補足時則由委託人與原融資機構協商籌措不足資金，或引進新投資者。

(二) 受託人基於信託財產名義人之遭追索風險

依照信託法理，於信託關係成立後，受託人自然受信託財產之移轉，成為信託財產之名義上所有權人。在某些由受託人就地上權契約周邊相關契約擔任締約當事人之狀況，例如區分建物買賣契約、建物工程契約、建物於營運期之租賃契約，因受託人為締約當事人，故須負相關之契約義務及責任。此時受託人無法主張以信託財產為限負信託事務所生債務清償責任，而須就自有財產負無限清償責任。因此本研究建議，倘非必要，受託人無須站到第一線與地上權開發案相

關契約之對造當事人締結契約，可由地上權人（委託人）承擔相關之契約義務與衍生責任，受託人並於信託契約之訂定及執行上要求委託人應就相關契約（如區分建物買賣契約、租賃契約）之付款條件訂明以受託人為唯一之有效受款人。

第三項 受託人之退場機制

一、受託人之退場事由

信託法並未授與受託人，如同委託人或受益人一般，有隨時終止信託關係之權利。因此受託人之退場機制一般解釋上，即指受託人於信託關係存續中，有符合「法定」或「契約約定」提前辭任或任務終了之狀況，因此解免其受託人義務之情況。而受託人提前退場之情況。

（一）法律規定

法律規定提前辭任或受託人任務終了之情況，依據信託法第 36 條規定¹⁴⁵，除信託行為另有訂定外，除經委託人及受益人之同意，受託人方得辭任；同法第 45 條規定¹⁴⁶，受託人（自然人）死亡、受破產、監護或輔助宣告；受託人（法人），經解散、破產宣告或撤銷設立登記時，受託人之任務即告終了。

¹⁴⁵信託法第 36 條：

「受託人除信託行為另有訂定外，非經委託人及受益人之同意，不得辭任。但有不得已之事由時，得聲請法院許可其辭任。

受託人違背其職務或有其他重大事由時，法院得因委託人或受益人之聲請將其解任。

前二項情形，除信託行為另有訂定外，委託人得指定新受託人，如不能或不為指定者，法院得因利害關係人或檢察官之聲請選任新受託人，並為必要之處分。

已辭任之受託人於新受託人能接受信託事務前，仍有受託人之權利及義務。」

¹⁴⁶信託法第 45 條：

「受託人之任務，因受託人死亡、受破產、監護或輔助宣告而終了。其為法人者，經解散、破產宣告或撤銷設立登記時，亦同。

第三十六條第三項之規定，於前項情形，準用之。

新受託人於接任處理信託事務前，原受託人之繼承人或其法定代理人、遺產管理人、破產管理人、監護人、輔助人或清算人應保管信託財產，並為信託事務之移交採取必要之措施。法人合併時，其合併後存續或另立之法人，亦同。」

(二) 契約約定

契約約定之受託人退場機制，端視地上權信託個案中，委託人與受託人間就信託契約實際約定而定。一般約定上，地上權信託契約之存續期間會與地上權契約之存續期間同一，或者至少信託契約之約定期間會與地上權人預計之興建期間相同，藉此達到信託機制控管營建資金之效果。

地上權信託契約之信託財產，雖然包含融資資金、自有資金等，但主要信託財產仍為地上權此項權利，當地上權契約發生所有權人得提前終止之約定事由（如欠繳權利金或地租、違反地上權契約而未經所有權人同意出租或設定土地予他人等）時，一旦經所有權人合法終止該地上權契約，則主要信託財產既已不存在，是信託契約與地上權契約理應同其命運，而使信託契約亦自動發生提前終止之效果。

實務上，地上權信託契約約定受託人得提前終止信託契約或辭任之情況包括：

1. 委託人喪失履約能力時（發生財務危機或破產時），
2. 委託人違反信託契約約定情節重大時（例如無法順利取得融資資金、拖欠信託管理費，掌握工程進度之委託人未經受託人同意，私自收受承購戶價款而未繳交與受託人）。

二、受託人於信託契約存續期間提前辭任或任務終了時之應注意義務

受託人於信託契約存續期間提前辭任或任務終了時之應注意義務主要係，當原受託人管理信託財產不當致信託財

產發生損害時，須對新受託人負賠償責任¹⁴⁷，以及原受託人應就信託事務之處理作成結算書及報告書之義務¹⁴⁸

然而，公有土地辦理地上權信託之情況，因其契約設計上，對所有權人對信託關係受託人課以與地上權人同一之義務，以致受託人擬在契約中訂定退場機制時可能與渠應依原地上權契約負擔之義務產生衝突之情況。

以財政部國有財產署 102 年 10 月 4 日台財產署改字第 10250008130 號函修訂頒布之《國有非公用土地設定地上權契約書》¹⁴⁹為例，該契約書約定受託人必須承諾繼受原地上權契約之各項權利義務。

類似限制亦出現於台北市政府都市發展局網站所公告之《臺北市大安區懷生 2 小段 5-4、23 及 23-1 地號基地設定地上權旅館案設定地上權契約草案》¹⁵⁰。第 10 條第 1 項：「地上權及地上建物所有權之轉讓及他項權利設定之限制自本契約簽訂之日起，乙方不得將地上權連同地上建物所有權轉讓予第三人，亦不得將地上權或地上建物所有權分別轉讓

¹⁴⁷信託法第 48 條：

「受託人變更時，由新受託人承受原受託人因信託行為對受益人所負擔之債務。前項情形，原受託人因處理信託事務負擔之債務，債權人亦得於新受託人繼受之信託財產限度內，請求新受託人履行。

新受託人對原受託人得行使第二十三條及第二十四條第三項所定之權利。

第一項之規定，於前條第二項之情形，準用之。」

¹⁴⁸信託法第 50 條：

「受託人變更時，原受託人應就信託事務之處理作成結算書及報告書，連同信託財產會同受益人或信託監察人移交於新受託人。

前項文書經受益人或信託監察人承認時，原受託人就其記載事項，對受益人所負之責任視為解除。但原受託人有不正當行為者，不在此限。」

¹⁴⁹國有財產署 102 年 10 月 4 日台財產署改字第 10250008130 號函修訂

<http://www.fnp.gov.tw/Web/Data/Edict/Construe/2013102311464804.pdf>

國有非公用土地設定地上權契約書第十六條(地上權、地上物所有權信託)第一、二項約定：

「乙方將地上權或其所有之地上物所有權，辦理信託，應先以書面徵得甲方同意。

經甲方以書面同意乙方將地上權或地上物辦理信託者，乙方應按以下約定辦理：

... (三) 受託人承諾繼受原地上權契約之各項權利義務，並願一併受讓地上權及地上物之全部。

... (八) 地上權契約列為信託契約之一部分。」

¹⁵⁰台北市政府都市發展局網站(臺北市大安區懷生段 2 小段 5-4、23 及 23-1 地號基地設定地上權旅館案地上權設定契約書) www.udd.taipei.gov.tw/FileUpload/37.../設定地上權契約書.pdf

予第三人。前述轉讓包括以信託、不動產證券化等方式讓與第三人。但於受讓人一併受讓地上權及地上建物所有權之全部，並承諾繼受乙方就本契約之各項權利義務及願與甲方另訂書面契約，且於辦理轉讓後之地上權及地上建物所有權之合計人數未逾 1 人及事先以書面徵得甲方書面同意者，不在此限。」

換言之，受託人將因此負擔等同於原地上權人基於地上權契約之契約義務與責任，當然也包括地上權存續期間屆滿後之土地移轉義務。如此一來，在公有土地成立地上權信託關係之狀況，受託人倘若擬以地上權信託契約特約約定之方式，約定其提前退場機制，恐有與前揭受託人依約須負與地上權人同一之契約義務之情況有所衝突。惟未來實務發展上，上開契約設計是否落實，又是否對受託人之退場機制發生造成影響，仍待觀察。

第四節 地上權存續期間屆至時，受託人之風險及應注意事項

第一項 受託人於地上權存續期間屆滿時移轉返還土地、建物之義務

一、一般地上權信託之情況

一般在成立地上權信託關係之時，當事人為求便利，抑或出於土地所有權人之要求，應會將地上權存續期間與信託契約之存續期間約定為相同長度，且要求受託人同意承擔委託人即地上權人之契約義務（包括存續期間屆滿時之返還土地義務）。因此，當地上權契約與信託契約存續期間屆滿之時，受託人原則應將地上權土地移轉予原所有權人。上開議題由信託法亦可推導得出相同結論，依信託法第 65 條規定：「信託關係消滅時，信託財產之歸屬，除信託行為另有訂定外，依左列順序定之：一、享有全部信託利益之受益人。」

二、委託人及其繼承人。」，地上權信託關係因受地上權存續期間到期權利失效之影響，地上權人（信託關係委託人）或信託關係之其他受益人已不再享有信託利益，原所有權人方為信託利益之合法歸屬主體，因此受託人應將該土地移轉予原所有權人。至於地上權人或受託人於地上權存續期間於地上權土地其上興建之建物，除地上權契約另有約定外，依據民法第 839 條第 1 項，得取回其工作物並回復土地原狀後，將土地返還與所有權人。換言之，依一般民事法令，地上權人於存續期間期滿將土地返還時，尚無將其上建物一併移轉之義務，惟因建物已定著土地，取回不易，故雙方宜在議定地上權契約時，先就建物於地上權期滿時如何定其歸屬，預先作成約定(如所有權人於支付若干對價後逕得受讓建物所有權)，或本於民法第 840 條第 1 項精神，預估此部分建物期滿合理殘值，於契約中明定土地所有權人補償地上權人之金額，抑或在權利金約定時預先考量期滿建物殘值，並明文約定排除民法第 840 條第 1 項地上權人請求補償之權利。

附帶一提，在前述之地上權建物使用權移轉或是委託人嗣後受益權轉讓之情況，因不像地上權分割移轉之情況有涉及地上權之權利變動，因此在地上權存續期間屆滿時，原則上仍由地上權信託之受託人負返還土地、建物之義務。

二、地上權結合促參 BOT 機制之情況

在國有土地設定地上權結合促參 BOT 機制之案件中，因為地上權建物具有公共建設之性質，政府為求能在特許期間屆滿時收回建物，且能繼續順利進行公共建設之營運工作，對於建物及其設施之相關點交義務，將多所規定。此般公共建設性質之建物點交工作，因可能涉及機電、結構、消防、樓管等各個層面，在點交工作之履行上，易生爭議。對於受託人而言，負擔點交工作所衍生之義務與責任，可謂重大。

因此在締結地上權信託契約時，受託人或可考慮在締結地上信託契約時即將信託契約之存續期間約定為較地上權契約為短，如此一來，信託契約存續期間先期屆至後，受託人得於信託契約期限屆至時，將地上權建物返還委託人（地上權人），而由地上權人（委託人）承擔將對於促參案主辦機關應負之點交義務。

三、國有土地成立地上權信託關係後再為分割移轉之情況

另一種狀況則是地上權經信託予受託人後，受託人依照信託契約之約定，復將地上權加以分割為區分地上權出售予承購戶，此時依照財政部國有財產署 102 年 10 月 4 日台財產署改字第 10250008130 號函，承購戶必須與管理機關再行簽訂國有非公用土地設定地上權契約書（乙式—適用地上權及地上物一部讓與），依據該契約第 16 條（地上權消滅後，地上物之處理）第 2 項第 3、4 款約定：「地上權消滅後，甲方（管理機關）應通知乙方（承購戶）於地上權期限屆滿後或終止契約之次日起 1 個月內辦理下列事項：…(三)備妥證件會同甲方辦理地上權塗銷登記、地上物所有權無償移轉登記國有，並無條件遷離。(四)地上物連同地上權標的點交甲方，點交時如有第三人占用，乙方應負責解決排除之。在未點交甲方前，乙方仍應妥為看管維護，如因怠於看管維護致生損害時，應負賠償責任。」可知，承購戶即區分地上權人於存續期間屆滿時，就其區分地上權及其建物之區分所有權，對於管理機關，已直接負有塗銷地上權登記、無償移轉，並點交其建物區所有部分之義務。

至於原地上權人或地上權信託之受託人此時是否仍負返還國有土地及其上建物一事，因原地上權人或地上權信託之受託人於地上權及其上建物分層移轉後，就移轉之部分，

已非合法權利人，自不負有於地上權存續期間屆滿時將土地與建物返還國有土地管理機關之義務。

於地上權建物分層移轉後，受託人已不負有於地上權存續期間屆滿時將土地與建物返還國有土地管理機關之義務，可由主管機關所頒佈之「國有非公用土地無償委託管理契約書」，得出相同結論。依「國有非公用土地無償委託管理契約書」第一條（委託管理事項）「乙方於○○縣(市)○○鄉（鎮、市、區）○○段」小段○○地號等○○筆（詳清冊）國有非公用土地地上權存續期間，負責下列管理事項：...(四)地上權消滅時房地收回及點交之協助。...」可知，在地上權人或地上權信託之受託人將地上權土地上區分所有建物之一部連同地上權之持分讓與他人（通常為承購戶）之狀況，主管機關要求地上權人（或受託人）在移轉權利後，須負擔協助國有土地管理機關處理與區分地上權人之地上權法律關係，諸如全部地上權人應繳地租之收繳、欠租之催繳以及建物相關管理事項。不過該管理契約書亦未課予地上權人（或受託人）於地上權存續期間屆滿時負責房地點交之義務。僅要求地上權人（受託人）必須給予協助。

因此本研究認為，除契約另有約定外，地上權人或地上權信託關係之受託人在將地上權及其上建物分層移轉後，就移轉部分已不再負有塗銷區分地上權登記，及返還區分建物占有之義務。

第二項 受託人對地上權建物占有人於期滿不願搬遷之情況應無作為義務

本議題主要探討當國有土地設定地上權並成立地上權信託關係後，當受託人將區分地上權及其建物所有權出售予承購戶，待地上權存續期間屆滿後，倘承購戶不願搬遷時，地上權信託關係之受託人有無積極之作為義務。理由在於就在一般人地上權信

託之情況，當地上權信託受託人將地上建物分層連同地上權持分出售他人時，民法物權編對此本無限制，因此，受託人將地上權及建物移轉他人後，即無涉於上開權利而不負有任何期滿返還占有之作為義務。

不過就國有非公用土地地上權之再移轉後，地上權受讓人期滿不願返還土地及建物之情況，原地上權信託之受託人有無作為義務，目前尚非明朗。依據財政部國有財產署於 102 年 9 月 30 日頒布之新修正「國有非公用土地設定地上權作業要點」修正規定第 16 條，改採肯定之態度。因此，當受託人將地上建物分層連同地上權持分出售予承購戶後，則受託人已非該區分地上權之合法權利人，又非實際占有人，於存續期間屆滿後，管理機關自然無從向受託人或要求返還房地或命受託人負責排除住戶占有之請求。

此外，依國有財產署新修正頒布之國有非公用土地無償委託管理契約書第一條（委託管理事項）「乙方於○○縣(市)○○鄉（鎮、市、區）○○段○○小段○○地號等○○筆（詳清冊）國有非公用土地地上權存續期間，負責下列管理事項：...(四)地上權消滅時房地收回及點交之協助。...」，可知在受託人將地上權房地移轉予他人之情況，財政部國有財產署僅以約定無償管理合約之方式，課予受託人協助國有土地主管機關辦理地上權消滅時房地收回及點交之義務，雖然協助之範圍尚不清晰，但文義上應未包括逐出無權占有之作為義務。

因此本研究認為於地上權存續期間屆滿後，地上權土地區分建物之承購戶有不願搬遷之情況時，應由國有土地管理機關依照與承購戶之地上權契約，主張權利。受託人在此應無積極排除承購戶無權占有之作為義務。

第三項 存續期間屆滿時，受託人有無請求政府依建物實價補償之權利

地上權存續期間屆滿時，受託人有無請求政府依建物實價補償之權利乙事，由民法第 840 條第 1 項規定「地上權人之工作物為建築物者，如地上權因存續期間屆滿而消滅，地上權人得於期間屆滿前，定一個月以上之期間，請求土地所有人按該建築物之時價為補償。但契約另有約定者，從其約定。」，可知在契約無特別約定之情況下，地上權人有權於存續期間屆滿前，請求所有權人依時價補償。

然而國有土地設定地上權之案件目前並無依實價補償之可能。理由在於，現行「國有非公用土地設定地上權作業要點」第 20 條已明文規定，地上權期間屆滿後，建物由政府無償取得所有權。

惟由民法第 840 條第 2、3 項規定「土地所有人拒絕地上權人前項補償之請求或於期間內不為確答者，地上權之期間應酌量延長之。地上權人不願延長者，不得請求前項之補償。第一項之時價不能協議者，地上權人或土地所有人得聲請法院裁定之。土地所有人不願依裁定之時價補償者，適用前項規定。」可知，立法者認為當土地所有權人與地上權人就仍具經濟價值之地上建物於地上權存續期間屆滿時就補償金額無法達成共識時，地上權存續期間應酌量延長。足見立法者在考量地上權權利消滅時之權利安排，係以比較地上權人或所有權人使用該建物之經濟效率為著眼點，將仍有經濟價值之地上權建物交予效率較高之一方運用。

然而國有財產署前揭規定卻要求地上權建物一律無償移轉，如此約定似有過分僵化之處。倘若地上權建物存在按時價補償之誘因，或是就約定之權利金給予優惠（例如先預收全額權利金，建物移轉時，如維護管理良好，則退回一部份予地上權人），則必然提高地上權人或受託人善盡地上物之維護及管理工作。如此一來對於所有權人而言，於地上權存續期限屆至時亦得取得設施、維護皆更為完善之建築物，有達到互蒙其利之效果。未來可考慮

以給予土地優先承租或承購權、優先續約或訂定減免地租、權利金之條款，鼓勵地上權人善盡維修、管理之責¹⁵¹。

尤其在國有非公用土地地上權信託關係，現行「國有非公用土地設定地上權作業要點」雖已將地上權之最高存續期間延長至 70 年（舊規定為 50 年），但考量建築技術之進步所帶來之建物年限延長，以及因都會區房價高漲以致地上權住宅需求增加（民眾居住至身故之長期需求）等狀況，在國有地管理機關處理在單純國有非公用土地設定地上權信託之地上建物時，似非不得多方評估各項因素，諸如期限屆滿時建物本身之耐用狀況、住戶本身意願、該區域都市計畫、該建物由何者使用效率較高等因素，決定依約遵期收回或給予展延一定期間。

第五節 地上權信託會計及稅務問題

本節之地上權信託會計及稅務問題探討，擬先釐清地上權之會計及稅務問題後，再就在地上權人（委託人）信託地上權予信託業（受託人）時可能產生之稅負加以分析。

第一項 地上權之會計與稅務評價與衡量問題

對於地上權之會計處理，依我國財務會計準則公報第 2 號及會計研究發展基金會之解釋函令，83 年 7 月 23 日基秘字第 90 號函規定，係將地上權列於固定資產項下以地上權列示，或可單獨列於無形資產項下，再於租賃期間內攤銷¹⁵²。該函問題背景：

一、地上權之取得：

甲公司於 64 年與台北市政府簽訂合約取得市政府所有土地之地上權。甲公司取得設定地上權之權利，除應付地租外，應給付台北市政府權利價值新台幣一億多元（以公告現值按土地實測面積計算）並依下列

¹⁵¹ 嚴佳雯，地上權信託財產管理運用，國防大學法律研究所碩士論文，2005 年，頁 231。

¹⁵² 會計研究發展基金會(83)83 年 7 月 23 日基秘字第 90 號函。

時期及總金額百分比付款：1.簽訂契約時，付定金百分之二十。2.市政府出清土地交付甲公司時，付尾款百分之八十。

二、地上權之使用：

(一) 依合約規定，地上權存續期間為 25 年，自登記完成日起算，期滿後可再延長 25 年，合計不得超過 50 年。

(二) 目前地上權人及使用人皆為甲公司。

(三) 支付地租：依合約規定，每年依公告地價之 1.5% 支付市政府地租。目前每半年一付，並取具收據作帳。

(四) 合約期滿之約定：地上權合約期滿後，地上建物無條件歸市政府所有。

三、地上權之帳務處理：

(一) 入帳金額：除支付市政府之權利金外，尚包含協助台北市政府出清土地之收購土地費用及拆遷補償費用等相關支出，計 2 億多元，合計帳列數為 3 億多元。

(二) 地上權之攤銷：自完成登記年度起（73 年）分 50 年逐年攤銷，攤銷數作為當年費用。

(三) 地租處理：以租金費用入帳。

四、會計問題：

此地上權之資產如何於資產負債表表達？其成本又如何決定？

依照主管機關解釋函內容，得列於固定資產項下以地上權列示，或單獨列於無形資產項下。依會計學理，資產之成本應包含使資產達可使用狀態之一切必

要支出。甲公司為取得地上權，除支付一定金額之權利金外，為使地上權達可使用狀態，並支付原住戶拆遷補償費等支出，凡此支出，皆屬維使地上權達可使用狀態之必要支出，故皆應認列為地上權之成本，於有效期間內逐年攤銷。

稅務處理則不同，依財政部 831224 台財稅第 831627484 號函規定：營利事業取得之地上權，非屬所得稅法第六十條所稱無形資產，依同法第六十一條及營利事業資產重估價辦法第五條規定，不得辦理資產重估價。

地上權取得之所得，視為租賃所得，依財政部 870930 新聞稿內容，財政部台灣省北區國稅局表示，依所得稅法第十四條第一項第五類第二款規定，設定定期之永佃權及地上權取得之各種所得，視為租賃所得；因此納稅義務人若有因不動產土地設定地上權，取有所得時，該所得即視為租賃所得，應依規定併入取得該所得年度之綜合所得稅申報。

北區國稅局又表示，轄內有納稅人賈君，於八十五年間將其所有土地一筆，提供予案外人設定地上權，權利價值九百餘萬元，並約定每月付租金一次，該局即據以核算該地上權取得收入部分之租賃所得，併課賈君八十五年度綜合所得稅，賈君不服，主張地上權之設定僅為因買賣無法過戶，所做之保證，實際並未取有利息，申請復查結果未獲變更；賈君仍不服，再向財政部提起訴願結果，財政部仍支持該局之作法，認為既有設定地上權，且訂有租金收取之約定，是經核定有租金收入應無不合，遂將賈君之訴願予以駁回。

另依財政部 90 年 11 月 5 日發布之新聞稿指出，財政部台北市國稅局表示：營利事業將其土地設定地上權予另一營利事業進行開發及興建地上物，於租期屆滿無條件取得承租人在租用土地上所建之固定資產時，應按帳載未折減餘額列為收入。該局指出：營利事業將其土地設定地上權予承租人興建地上物，除收取地上權權利金外，每年另收取租金，並約定於租期屆滿後，無償取得承租人在租用土地上所建之建物者，其於收取租金及權利金時，除依規定開立統一發票，並應依所得稅法規定，按權責發生年度分別認列收入。且於租期屆滿無條件取得地上所建之固定資產時，應依財政部六十五年五月四日台財稅第三二八九一號函規定，按該項資產依固定資產耐用年數表規定之年限，計提折舊後之帳面未折減餘額，列為當期非營業收入課稅，並按其剩餘之耐用年數，繼續逐年提列折舊。

以上可看出財政部對於地上權取得對價之性質，皆認定其為租賃所得，非屬所得稅法第六十條所稱無形資產。

至於國際會計準則公報的規範，在國際會計準則公報（International Accounting Standards, 以下簡稱 IAS）的規範下，IAS 第 17 號公報第 3 段指出本準則適用移轉資產使用權之協議，地上權之財務會計處理應按該準則第 10 段規定來判斷其為融資租賃抑或營業租賃，而並非如會計研究發展基金會之解釋函將之列於無形資產，此時國際會計準則公報財務會計處理與所得稅法之稅務處理結果一致。

第二項 地上權住宅之會計與稅務評價與衡量問題

除地上權外，地上權住宅也是熱門話題，另有報導將地上權住宅分成兩類探討¹⁵³：第一種情況是「地上使用權」住宅：買屋不買地。承購戶無土地所有權但有建物所有權，然於地上權屆期時，建物仍須返還土地所有人；承購戶於持有期間須負擔土地租金，雖無地價稅但須負擔房屋稅。

第二種情況是「地上租賃權」住宅：既不買屋不買地（如京站）。承購戶無土地所有權也無建物所有權，承購戶僅取得特定資產一定期間之管理、使用及收益的「使用權利證明」並未取得該特定資產之所有權及其他物權，其性質較接近民法債權編之租賃權，而非物權契約。承購戶於持有期間須負擔土地租金，雖未持有建物所有權，但開發商仍將相當於房屋稅之金額轉嫁予承購戶。地上權屆期時，土地所有權人將無償回收。

上述第一種「地上使用權」住宅類似中國大陸地區的房產制度，依中國「城市房地產管理辦法」規定，中國實行土地使用權和房屋所有權登記發證制度，土地公有、房屋私有。且為保護房屋的所有權，中國「物權法」第 149 條規定：住宅建設用地使用權期間屆滿的，自動續期；另中國「物權法」第 2 條亦規範房屋權利人對房屋有直接支配和排他的權利，包括所有權、用益權及擔保物權。故依國際財務報導準則解釋委員會（International Financial Reporting Interpretations Committee，以下稱 IFRIC）發布 15 號「不動產建造之協議」判斷標準，不動產開發商可能於單一時點（例如如完工時、交付時或交付後），才將該不動產全部之控制及所有權之重大風險與報酬移轉予承購戶。在此情況下，應視為商品銷售，僅於 IAS 18 第 14 段之所有條件符

¹⁵³ 摘錄理財周刊 2009.9.24 第 473 期「承購地上權住宅置產另類新選擇」。

合時認列收入。比較我國「地上使用權」住宅，承購戶無土地所有權但有建物所有權，依我國「民法」物權篇規定，所有權係所有人於法令限制之範圍內，得自由使用、收益、處分其所有物，並排除他人之干涉之權利。雖然此類型住宅於地上權屆期時，房屋需無償返還土地所有人，但於地上權存續期間其物權的特性不變，依 IFRIC 15 判斷標準，其會計處理應視為商品買賣，不動產開發商於將該不動產全部之控制及所有權之重大風險與報酬移轉予承購者時，認列損益。

上述第二種「地上租賃權」住宅：承購戶僅取得特定資產一定期間之管理、使用及收益，並未取得該特定資產之所有權及其他物權，其性質較接近「民法」債權篇之租賃權，而非物權契約。我國民法債權篇所稱租賃者，謂當事人約定，一方以物租與他方使用收益，他方支付租金之契約。不動產開發商（地上權人及房屋所有權人）以債權契約方式授予使用收益權與承購戶，其法律關係為民法債權編規範之租賃契約。前述法律關係符合 IAS 17「租賃」之定義：租賃係指出租人將特定資產的使用權利於約定期間轉讓予承租人，以收取某一款項或一系列款項之協議，故其會計處理應適用 IAS 17。租賃之分類決定於租賃開始日，一項租賃，如能轉移與租賃標的物所有權相關之幾乎所有風險與報酬，應分類為融資租賃，反之則為營業租賃。另 IAS 17 特別規範同時包含土地及建築物租賃之分類時，除非土地要素之原始認列金額不重大，進行租賃分類時土地及建築物可視為單一項租賃，否則土地與建築物要素應分別考量。由於土地之特性為通常具有不確定經濟耐用年限，且若土地所有權並未預期於租期屆滿時移轉予承租人，則承租人並未取得與所有權相關之幾乎所有風險與報酬，

在此情況下土地之租賃應屬營業租賃。當需要對包含土地及建築物之租賃進行分類及核算時，最低租賃給付（包括所有一次性之預先給付額）應按租賃開始日土地及建築物租賃權之公允價值相對比例分攤予土地及建築物。若租賃給付無法可靠地分攤至此兩項要素，則整體租賃應分類為融資租賃，除非此兩項要素均明顯地符合營業租賃標準。

依 IAS 40 規定，不動產開發商得將該營業租賃下所持有之不動產權利（標得之地上權）及建造成本分類為投資性不動產，該不動產權利應以融資租賃方式處理，並採用公允價值模式評價。續後若不動產開發商轉租不動產（含權益），若將與資產所有權相關之幾乎所有風險與報酬移轉予無任何關係之第三人，則該投資性不動產係透過融資租賃方式完成處分，不動產開發商應為融資租賃之會計處理，此乃國際實務所採用之方式。設定地上權之土地開發案涉及多項 IFRSs 公報之判斷及適用，建議開發業者應先拆解開發經營契約或設定地上權契約所約定之履約義務，以判斷適用之準則而為適當之會計處理¹⁵⁴。

第三項 地上權信託成立時之稅務問題

信託業之會計處理應依照「信託業會計處理原則」相關規定辦理，將自有帳及信託帳獨立設帳外¹⁵⁵，以下係就地上權信託行為可能衍生之稅負逐一探討：

¹⁵⁴ 摘錄自張淑瑩，設定地上權之土地開發案於 IFRSs 之適用情形，安侯建業通訊號第 69 期，2012 年 9 月，頁 9-14。

¹⁵⁵ 信託業會計處理原則：

財政部 90 年 8 月 28 日台財融（四）字第 009071792 號函核定

行政院金融監督管理委員會 96 年 9 月 21 日金管銀（四）字第 09600235440 號函准予備查

行政院金融監督管理委員會 101 年 6 月 11 日金管銀票字第 10100164730 號函核定

第一條 本原則係中華民國信託業商業同業公會（以下稱信託公會）依信託業法第三十七條規定訂定之。

第二條 信託業之會計處理，除法令另有規定者外，應依本原則辦理；未規定者，依一般公認會計原則辦理。

一、所得稅

目前並無相關法規直接規範，惟依地上權信託法律關係而言，委託人於信託成立時移轉地上權，仍屬信託財產的形式移轉，委託人與受託人間，應適用所得稅法第 3 條之 3 第 1 項第 1 款之規定，不課徵所得稅。

至享有信託利益之受益人應適用所得稅法第 3 條之 2 之規定，對受益人課徵所得稅。

所得稅法第 6 條之 2 規定，信託行為之受託人就各信託，應分別設置帳簿，詳細記載各信託之收支項目，其支出並應取得憑證。

二、土地增值稅

目前並無相關法規直接規範，信託地上權並非移轉或處分土地，故無課徵土地增值稅之問題。即便是移轉或處分土地，也因土地稅法第 28 條之 3 之規定，信託財產移轉不課徵土地增值稅。

三、贈與稅

前項所稱一般公認會計原則，係指經主管機關認可之國際財務報導準則、國際會計準則、解釋及解釋公告。

第三條 本原則用詞定義如下：

一、自有帳：指信託業記錄其財務狀況、經營結果及財務狀況變動之帳務。

二、信託帳：指信託業記錄其受託管理、運用與處分信託財產之帳務。

第四條 信託業帳務處理應將自有帳與信託帳獨立設帳，其信託帳應依信託財產別獨立設帳，並依客戶別分戶紀錄。

第五條 自有帳會計處理原則應依主管機關規定及一般公認會計原則辦理。

第六條 信託帳會計科目分為信託資產與信託負債兩類；信託資產總額應等於信託負債總額。

第七條 信託資產之定義與一般公認會計原則之資產定義相同。

信託負債包括依一般公認會計原則觀念下之負債、投入本金及損益。

第八條 信託資產與信託負債之認列、評價，除主管機關另有規定外，應依一般公認會計原則處理。但信託資產之續後評價得以入帳成本為之。

第九條 信託業財務報告及各項會計憑證、帳冊、契據、簿籍，其保存期限應依商業會計法及主管機關有關規定辦理。

第十條 信託帳會計科目之設置、分類、帳項內容及財務報告、營業報告書等作業規範，由信託公會擬訂後報請主管機關核定之。

第十一條 本原則經信託公會理事會通過並報請主管機關核定後施行；修正時亦同。

目前並無相關法規直接規範，惟依地上權信託法律關係而言，委託人於信託關係成立時移轉地上權，仍屬信託財產的形式移轉，委託人與受託人間，應適用遺產及贈與稅法第 5 條之 2 第 1 項第 1 款之規定，不課徵贈與稅。

若土地所有人以其土地無償供他人設定不定期地役權者，係屬贈與行為，應依遺產及贈與稅法施行細則第三十九條規定估價課徵贈與稅，地政機關於受理設定登記時，應依遺產及贈與稅法第四十二條規定辦理¹⁵⁶。可參照財政部 960320 台財稅字第 09604515850 號函財政部 800328 台財稅第 790401001 號函。

四、契稅

目前並無相關法規直接規範，信託地上權非屬契稅條例第 2 條規定，不動產之買賣、承典、交換、贈與、分割或因占有而取得所有權者，故無繳納契稅之問題。即便是不動產之買賣、承典、交換、贈與、分割或因占有而取得所有權者，也因契稅條例第 14 條之一第 1 項第 1 款之規定，信託行為成立時，財產移轉不課徵契稅。

五、印花稅

目前並無相關法規直接規範，僅有財政部 90 年 5 月 4 日之函示，以不動產為信託財產之信託契約書課徵印花稅釋疑¹⁵⁷，信託地上權應非屬印稅法第五條之印花稅課徵範圍。

¹⁵⁶ 財政部 900328 台財稅第 790401001 號函。

¹⁵⁷ 財政部 900504 台財稅第 0900450432 號函：印花稅法第五條第五款規定：「典賣、讓受及分割不動產契據：指設定典權及買賣、交換、贈與、分割不動產所立憑以向主管機關申請物權登記之契據，為印花稅之課徵範圍。」信託關係人簽訂以不動產為信託財產之信託契約書，如敘明受益人為委託

六、營業稅

目前並無相關法規直接規範，惟依地上權信託法律關係而言，委託人於信託成立時移轉地上權，仍屬信託財產的形式移轉，委託人與受託人間，應適用加值型及非加值型營業稅法第 3 條之 1 第 1 項第 1 款規定，不課徵營業稅。

第四項 地上權信託關係存續時之稅務問題

一、所得稅

(一) 損益計算

目前並無相關法規直接規範，可參考財政部 93 年 12 月 9 日台財稅字第 09304562430 號函規定，於特殊目的信託架構下，將信託財產移轉予受託人，惟依地上權信託契約約定，委託人需於預定到期日，依合約約定取回地上權，如信託財產之移轉屬融資行為，無須計算信託財產之處分損益。但如信託財產之移轉非屬融資行為，委託人則須計算信託財產之處分損益，課徵所得稅。

(二) 信託利益

如果受託人對於信託財產在一定期間管理、使用因而產生收益(例如租金)，應依所得稅法第 3 條之 2 第 1 項之規定，信託財產發生之收入，受託人應於所得發生年度，按所得類別依本法規定，減除成本、必要費用及損耗後，分別計算受益人之各類

人，且信託關係消滅時，信託財產歸屬於委託人者，該契約書於信託行為成立及信託關係消滅時，持憑辦理不動產權利變更登記，均係屬形式上移轉，核無前開規定典賣、讓受不動產契據之性質，應非屬印花稅之課稅範圍。至信託契約書如敘明受託人應依信託本旨移轉信託財產與委託人以外之歸屬權利人者，實質上已兼具有前開規定典賣、讓受不動產契據性質，如經持憑辦理不動產權利變更登記時，應屬前開規定之課徵範圍，並應依印花稅法第八條第一項規定，於書立後交付或使用時貼用印花稅票。

所得額，由受益人併入當年度所得額，依本法規定課稅。

所得稅法第 89 條之 1 規定，信託財產發生之收入，扣繳義務人應於給付時，以信託行為之受託人為納稅義務人，依前二條規定辦理。但扣繳義務人給付第三條之四第五項規定之公益信託之收入，除短期票券利息所得、政府舉辦之獎券中獎獎金外，得免依第八十八條規定扣繳稅款。

信託行為之受託人依第九十二條之一規定開具扣繳憑單時，應以前項各類所得之扣繳稅款為受益人之已扣繳稅款；受益人有二人以上者，受託人應依第三條之四第二項規定之比例計算各受益人之已扣繳稅款。

受益人為非中華民國境內居住之個人或在中華民國境內無固定營業場所之營利事業者，應以受託人為扣繳義務人，就其依第三條之四第一項、第二項規定計算之該受益人之各類所得額，依第八十八條規定辦理扣繳。但該受益人之前項已扣繳稅款，得自其應扣繳稅款中減除。

所得稅法第 92 條之 1 規定，信託行為之受託人應於每年一月底前，填具上一年度各信託之財產目錄、收支計算表及依第三條之四第一項、第二項、第五項、第六項應計算或分配予受益人之所得額、第八十九條之一規定之扣繳稅額資料等相關文件，依規定格式向該管稽徵機關列單申報；並應於二月十日前將扣繳憑單或免扣繳憑單及相關憑單填發納稅義務人。

二、土地增值稅

目前並無相關法規直接規範，信託地上權並非移轉或處分土地，故無課徵土地增值稅之問題。即便是移轉或處分土地，也因土地稅法第 28 條之 3 之規定，信託關係存續中受託人變更時，原受託人與新受託人間不課徵土地增值稅。

三、贈與稅

目前並無相關法規直接規範。如果委託人在信託契約明定信託利益(例如租金)之全部或一部之受益人為非委託人者，視為委託人將享有信託利益之權利贈與該受益人，依本法規定，課徵贈與稅。

信託契約明定信託利益之全部或一部之受益人為委託人，於信託關係存續中，變更為非委託人者，於變更時，適用前項規定課徵贈與稅。

信託關係存續中，委託人追加信託財產，致增加非委託人享有信託利益之權利者，於追加時，就增加部分，適用第一項規定課徵贈與稅。

四、房屋稅

依房屋稅條例第 4 條第 4 項之規定，房屋為信託財產者，於信託關係存續中，以受託人為房屋稅之納稅義務人。信託地上權於信託關係存續中仍應適用上述規定，以受託人為納稅義務人。

五、營業稅

受託人可依財政部 92 年 5 月 13 日台財稅字第 0920452017 號函及 92 年 2 月 26 日台財稅字第 0920451148 號令規定辦理。

受託人依信託本旨管理或處分信託財產，如有銷售貨物或勞務應依法辦理營業登記或設立稅籍，其銷售額除符合加值型及非加值型營業稅法第 8 條之 1 規定，免徵加值型或非值型營業稅外，應由受託人依法開立統一發票及報繳營業稅。

至受託人如屬銀行業、保險業、信託投資業、證券業、期貨業、票券業及典當業者，其因管理或處分信託財產如有銷售貨物或勞務之銷售額，應依加值型及非加值型營業稅法第 21 條規定計算營業稅額；惟上開銷售額因非專屬上開行業本業之銷售額，故銀行業、保險業、信託投資業者可依同法第 24 條規定，向主管稽徵機關申請依照同法第四章第一節規定計算營業稅。

第五項 地上權信託關係消滅時之稅務問題

信託關係消滅時，受託人必須將委託人的地上權移轉給委託人。

一、所得稅

目前並無相關法規直接規範，惟依地上權信託法律關係而言，受託人於信託關係消滅時移轉地上權，仍屬信託財產的形式移轉，委託人與受託人間，應適用所得稅法第 3 條之 3 第 1 項第 4 款之規定，不課徵所得稅。

二、土地增值稅

目前並無相關法規直接規範，移轉地上權並非移轉或處分土地，故無課徵土地增值稅之問題。即便是移轉或處分土地，也因土地稅法第 28 條之 3 之規定，信託財產移轉不課徵土地增值稅。

三、贈與稅

目前並無相關法規直接規範，惟依地上權信託法律關係而言，受託人於信託關係消滅時移轉地上權，仍屬信託財產的形式移轉，委託人與受託人間，應適用遺產及贈與稅法第 5 條之 2 第 1 項第 4 款之規定，不課徵贈與稅。

四、契稅

目前並無相關法規直接規範，移轉地上權非屬契稅條例第 2 條規定，不動產之買賣、承典、交換、贈與、分割或因占有而取得所有權者，故無繳納契稅之問題。即便是不動產之買賣、承典、交換、贈與、分割或因占有而取得所有權者，也因契稅條例第 14 條之一第 1 項第 5 款之規定，信託行為解除時，財產移轉不課徵契稅。

五、營業稅

目前並無相關法規直接規範，惟依地上權信託法律關係而言，委託人於信託關係消滅時移轉地上權，仍屬信託財產的形式移轉，委託人與受託人間，應適用加值型及非加值型營業稅法第 3 條之 1 第 1 項第 3 款規定，不課徵營業稅。

第六項 地上權信託之稅務評價問題

由於地上權契約存續期間可能長達五十年以上，此種要求對於擔任受託人之信託業者而言，所負責任非常沉重，身為受託人在土地開發案之興建前、中、後期及工程完成後之地上權管理與信託關係消滅時，對於地上權稅務之評價與衡量，規定僅見於遺產及贈與稅法施行細則第 31 條之規定，

地上權之設定有期限及年租者，其贖餘期間依左列標準估定其價額：

- 一、贖餘期間在五年以下者，以一年地租額為其價額。
- 二、贖餘期間超過五年至十年以下者，以一年地租額之二倍為其價額。
- 三、贖餘期間超過十年至三十年以下者，以一年地租額之三倍為其價額。
- 四、贖餘期間超過三十年至五十年以下者，以一年地租額之五倍為其價額。
- 五、贖餘期間超過五十年至一百年以下者，以一年地租額之七倍為其價額。
- 六、贖餘期間超過一百年以上者，以一年地租額之十倍為其價額。

地上權之設定，未定有年限者，均以一年地租額之七倍為其價額。但當地另有習慣者，得依其習慣決定其贖餘年限。

地上權之設定，未定有年租者，其年租按申報地價年息百分之四估定之。

地上權之設定一次付租、按年加租或以一定之利益代租金者，應按其設定之期間規定其平均年租後，依第一項規定估定其價額。

上述之評價係國稅局為課徵遺產及贈與稅所用，若金融機構在評估貸放款時可以借用其概念作為參考，在評估債務人之債信狀況後，以租金的一定倍數作為核貸地上權或地上權住宅的基礎。

第六節 其他受託人之風險及應注意事項

第一項 地上權信託開發案衍生之區分地上權鑑價議題

目前國有土地地上權信託開發實務中，貸款申請順暢與否實係影響國有土地地上權開發案成敗的主要因素。由於金融機構對於地上權開發案之融資抱持保守態度，核貸額度較一般所有權土地開發案為低，以致地上權人必須負擔較高額度自備款之資金壓力。地上權標的融資案較一般土建融資複雜之理由在於區分地上權與區分建物價值如何鑑估，尚未有明確的認定機制¹⁵⁸，因此建構一套明確合理之地上權鑑價機制，將大大有助於未來國有土地地上權信託開發案之發展。

一. 國有非公用土地區分地上權及建物之估價

區分地上權實務上估價不易，問題並非無法計算合理價格，而是立體空間權利之估價，和一般平面估價有相當大之差異，必須妥善掌握各種利用條件之「空間層別價值」，方能正確地估算出價值¹⁵⁹。不動產估價技術規則第 116 條之規定「地上權估價，應考慮其用途、權利存續期間、支付地租之有無、權利讓與之限制及地上權設定之空間位置等因素估計之」，僅就地上權估價作概括性的因素提示，實務對於區分地上權估價主要採取下列方法¹⁶⁰：

1. 樓層別效用比率法

$$\text{區分地上權價格} = \text{素地價格} * \left[\frac{\text{（地上權價格）}}{\text{（所有權價格）}} \right] * \left[\frac{\text{（該空間樓層別效用比）}}{\text{（樓層別效用比總和）}} \right]$$

2. 設定實例比較法

¹⁵⁸ 國有土地招標設定地上權，財政部九十九年度委託研究計畫，2010年，頁 i-5。

¹⁵⁹ 邱萬金，區分地上權制度之研究，經社法制論叢第 4 期，1989 年 7 月，頁 253。

¹⁶⁰ 高雄市政府地政局網頁 <http://eland.kcg.gov.tw/Land/News/Detail.aspx?SN=1236>。

- (1) 求取勘估標的之正常價格
- (2) 搜集同一供需圈區分地上權設定實例，求取該區分地上權價格一般占其基地素地價格之「比率」，並就勘估標的設定區分地上權之「契約內容」、「宗地條件」、「基地面積」、「設定範圍之高度」等加以綜合考慮比較後，研判勘估標的之區分地上權權利占該地所有權之價格比率。
- (3) 將該比率乘以勘估標的之素地價格，即得區分地上權價格。

3. 補償基準法（妨礙程度補償法）

當公共交通建設(如鐵路、捷運、高架道路)由私人所有之建築用地其下通過或從其上跨越時，如果地主要求政府給予補償，則其補償應當如何估計，即可採補償基準法。公式：補償金額=【比準價格】*【基地面積】*【平面妨礙面積比率】*【總立體妨礙率】。

4. 公部門簡易法

根據「大眾捷運系統路線使用土地上空或地下處理及審核辦法」及「獎勵民間參與交通建設使用土地上空或地下處理及審核辦法」等，以「穿越土地之上空為：公告土地現值總額*穿越地上高度補償率=地上權補償費」、「穿越土地之下方為：公告土地現值總額*穿越地下深度補償率=地上權補償費」方式計算，該地上權價格即為補償價額。

5. 買賣實例比較法

搜集同一供需圈同樣因土地之上下有其他設施通

過，致使用受到限制之宗地的買賣實例，經過情況調整、價格日期調整、區域因素調整及個別因素調整，求得勘估標的之比較價格。將勘估標的受影響後之價格減去正常價格，即為地價減損額（區分地上權價格）。

由上可知，因過去估價實務上對區分地上權之估價需求，大多在於公共建設通過民間私有土地上空或地下，因此以估定此一通過部分之虛擬的區分地上權之價值，決定支付所有權人補償之數額。因此方法(三)、(四)、(五)皆是出於補償之目的，方法一「樓層別效用比率法」與方法二「設定實例比較法」應較能作為金融機構於決定是否貸款予地上權建物區分所有部分（連同區分地上權）之承購戶時，就該區分地上權之價值進行估價之參考依據。

就方法一「樓層別效用比率法」可注意的是，在估定區分地上權權利價值前，應先估定地上權之權利價值，因此在估定地上權整體權利價值時，除考量政府所核定之權利金與租金外，應一併考慮設定地上權土地之未來使用用途或區位發展等因素，對權利價值可能產生之變化。

建物部分除可依據前揭「國有非公用土地設定地上權實施要點」（已於 98 年停止適用）第 15 條規定，以辦理貸款當時，按臺灣銀行各類建築物估價標準表及分層建築物估價標準加成表計算之數額。乘以地上權剩餘年數占總年數之比例，亦可參考美國紐約、香港、新加坡等地實務作法，估價多委由專業機構處理，主要採市價比較法，綜合參考各項因素如標的物面積、所在地區、屋齡、屋況、管理狀態、座落方向、使用權限長短、相似物業之最近成交價格，

作為標的物鑑估價格¹⁶¹。此外，設定地上權土地其上建物之個別樓層間，因出入便利性之不同或與受周遭建設之影響程度不同（例如捷運聯合開發建物之低樓層常受捷運系統運轉所生噪音之干擾），所致的「差別訂價問題」，亦應一併納入考量¹⁶²。

二. 地上權估價之注意事項¹⁶³：

地上權係屬一種設有存續期間之使用權利，除了價值會隨著剩餘存續期間減少而遞減外，在存續期間內亦有可能因地上權地租未繳付，或因違反權利使用限制而遭土地所有權人撤銷而消滅，故其價值及市場性不易確定，實務上亦缺乏客觀的價值認定標準，不過在決定地上權及其建物之權利價值時，仍應注意下列事項：

1. 地租為地上權之成本，必須將地租從地上權之價值中扣除。
2. 地上權契約中有無轉讓或使用限制。
3. 地上權總存續期間應包括原設定期間加上地上權人可續約期間。
4. 土地上如存在地上物應一併設定抵押權，以利擔保債權之實現。
5. 待收債權不應高於地上權及建物於存續期間屆滿前之殘留價值。
6. 放款最後清償日不得超過地上權的存續期間，並以地上權存續期間屆滿前六年為宜。
7. 對於地上權契約約定之撤銷事項應特別注意防範，以保障融資債權之實現。

¹⁶¹ 宋淑貞，試論地上權不動產之價值，華南金控月刊；13；民 93.01；頁 19-20。

¹⁶² 邱萬金，區分地上權制度之研究，經社法制論叢第 4 期，1989 年 7 月，頁 253。

¹⁶³ 宋淑貞，試論地上權不動產之價值，華南金控月刊；13；民 93.01；頁 17-21。

8. 注意建物座落基地使用權價值及其權利取得、喪失、變更等事由。

第二項 地上權信託關係下，地上權存續中，所有權人有無調漲租金之權利

民事法律關係如無違反強制或禁止規定之情況，則本於「私法自治」原則，契約當事人雙方之權利義務關係應尊重雙方間之合意約定，在此亦不例外。所有權人與地上權人可以預先約定調整租金之情況或完全排除嗣後調整租金之可能。

然而當雙方當事人間就此不存在約定時，又地上權契約成立，地上權土地價值發生劇烈變動，倘繼續依約定地租數額給付時，將發生對一方當事人顯失公平之效果時，此時依照民法第 835-1 條，該方當事人有權請求法院判決增加或者減輕地租。

因此較佳之作法是不論是否決定讓租金有嗣後再調整之機會，皆預先在契約中預設雙方有關租金調整之權利義務關係，藉以排除民法地上權相關規定之適用，如此方不致發生超脫當事人預期範圍外之法律風險。

第七節 小結

縱前所述，處理本章地上權信託關係受託人之注意事項與衍生風險之前提性思考，目前不動產之開發（含國有土地設定地上權開發案）採用信託機制之目的在於，透過信託業者對信託財產之控管，強化破產隔離機制，降低開發案關係人之違約風險，使開發案能依照既定之計畫與時程進行。換言之，信託業者在現有機制下扮演之角色係依據信託契約約定所載條件而為受託事務具體執行之執行者，因此當信託業者因擔任地上權信託關係之受託人，而有擔負超過基於信託關係之目的受託人所須承擔義務範圍之狀況時，換言之，受託人有承擔委託人

本於其既有其他法律關係應負之義務或責任時，對受託人未免失之過重，因此在契約安排上應有避免或調整之需要。

第六章 結論與建議

第一節 全文回顧

第一章為緒論，研究動機主要發想於國有非公用土地設定地上權開發招標案件，政府機關多要求受託人須一併受讓地上權及地上物之全部並承諾繼受該契約之各項權利義務，甚至於營運期間屆滿時，由受託人負責收回營運資產之產權，並配合委託人營運資產移轉計劃之執行，以致擔任地上權信託受託人之信託業者所負責任重大。本研究擬以地上權信託實務運作為中心，探究信託業者辦理地上權信託之法律疑義、應注意事項及相關建議，以及受託人在土地開發案之興建前、中、後期及工程完成後之地上權管理與信託關係消滅時各應扮演之角色與應注意事項，提出相關建議，供相關主管機關及信託業者參考。

第二章為信託關係概說。信託係委託人將信託財產移轉或為其他處分，由受託人對信託財產為管理或處分，以達成特定目的或使受益人受有利益。信託之成立需具有信託目的、有信託財產之移轉與管理、可確定之受益人等成立要件。實務上，地上權信託之受託人，基於信託契約之約定，對信託財產之運用可能無裁量權，而僅能依照信託契約或委託人之指示為之，此時依照法務部 92 年 10 月 6 日法律字第 0920038921 號函，尚屬合法之指示信託(或稱事務信託)，並不構成無效之消極信託。

第三章探討地上權信託與所有權信託之異同。所有權係對標的物整體、全面支配之物權；地上權乃存於他人土地上下，以使用收益為目的，為一定限物權與用益物權。隨著現代都市發展，土地價格日趨上漲，房屋與住宅需求殷切，為促進土地利用之經濟效益，國內設定地上權之案件日漸增加。另一方面，政府近年來對國有地之開發，採取「只租不售」之政策，以設定地上權方式開發國有地，更蔚為趨勢，引進民間資源合作開發國有非公用土地，以促進土地利用之經濟效益。同時，亦發

展出地上權信託之模式，以確保土地開發以及後續營運管理之順利執行。

第四章從法令依據、契約型態及實際運作架構介紹地上權信託機制於我國各類開發案之運作。與地上權信託相關之法令散見於各項法規中。且有鑒於民間私人設定地上權信託之案例較少，且其間之權利義務關係皆較為單純，因此相關法令介紹以涉及國有非公用土地者為主，諸如以國有非公用土地設定地上權作業要點、民間參與公共建設相關法令、大眾捷運法、都市更新條例等。就實務運作而言，目前地上權信託機制多被運用於民間參與公共工程開發案、國有非公用土地設定地上權開發案、捷運聯合開發案、國有非公用土地參與都市更新案及民間不動產開發案。然而雖有同時運用信託機制，將地上權信託予信託業者之案例，然目前能從公開場域取得契約資料者實為少數。本研究目前僅能取得交通部與台北市政府主辦之台北轉運站 BOT 案（即交九京站案）相關資料作為研究素材。惟從法令架構之觀點，地上權土地開發案若能搭配信託機制運作，由地上權人將地上權及興建資金納入信託財產，交由受託人管控以保持信託財產之獨立性，將可預防開發中途，因地上權人之債權人行使假扣押或假處分，或地上權人經營不善倒閉而使土地開發暫停之風險。此外，基於融資機構之立場，因在促進民間參與公共建設開發案中，融資機構擬以投資人財務不善而行使接管權，須經主管機關之同意方能為之。因此融資機構以要求地上權人在締結信託契約，將開發專案下之地上權、自有資金及融資資金委由受託人控管之方式，實較能保護其權益。

第五章由綜合分析受託人辦理地上權信託開發案有關興建前、中、後期及後續管理營運與信託關係消滅時之應注意事項。而公有地設定地上權信託之開發案涉及行政機關、民間開發商、信託業者之三角架構，且該開發案如以公共建設為目的，具有

公共利益之旨存在，相較私有地設定地上權信託之案件，公有地設定地上權之法律關係與架構更為複雜。又目前不動產之開發（含國有土地設定地上權開發案）採用信託機制之目的在於，透過信託業者對信託財產之控管，強化破產隔離機制，降低開發案關係人之違約風險，使開發案能依照既定之計畫與時程進行。亦即，信託業者在現有機制下扮演之角色係依據信託契約約定所載條件而為受託事務具體執行之執行者。因此，當信託業者因擔任地上權信託關係之受託人，而有負擔超過信託目的，而須承擔委託人本其既有法律關係應負之義務或責任時，對受託人實已失之過重，在契約安排上自有避免或調整之需要，並以此原則貫串本章節各項議題。基此本研究認為受託人並無擔任地上權建物起造人之必要性；信託業者應與營建專業之事業單位分別就其擅長業務進行業務分工；受託人應無擔任地上權建物預售案出賣人之必要性；受託人於地上權建物分層移轉後，應不負有於存續期間屆滿時將土地與建物返還國有土地管理機關之義務；國有土地地上權信託關係之受託人，對於區分建物承購戶不願搬遷時，應無逐出無權占有之人之作為義務。最後本研究認為，未來國有土地設定地上權模式應再擴大，誘因應再增加；設定地上權關係人權利義務之相關法令尚未完備，仍待增補。

第二節 不動產開發辦理信託時應考量之重點

綜合以上說明可知，不動產開發案件之所以安排信託機制，主要著眼於信託財產獨立性，受託人之善良管理人注意義務以及信託目的管理信託財產，進而產生確保開發案件得以順利進行之效果。

惟我國信託業者多屬銀行兼營信託業，就不動產開發事務，除了未必具有專業能力外，尚需考量相關人力以及成本之運用，因此就信託事務的承擔之具體內容，應於簽約前詳加評估。

第一項 開發階段

就不動產開發階段（或稱興建期間），信託機制之主要運作模式無非是委託人將基地土地使用權利（即所有權或地上權）移轉予受託人，並將興建資金（包含自有資金、銀行融資款項等）交付受託人，由受託人控管基地與資金，以確保開發完成。

在前開運作模式下，主要爭議點在於受託人是否應擔任起造人。按受託人擔任起造人之考量主要係確保完工建物能順利納入信託財產並加以控管，惟目前地政機關登記實務上雖以起造人為有權辦理建物第一次所有權登記（保存登記）之人，不過依據土地登記規則第 79 條第 1 項第 4 款及內政部 102 年 1 月 3 日內授中辦地字第 1016652591 號函¹⁶⁴可知，受託人只要檢附信託契約及土地登記規則第 34 條之相關證明文件，即有權辦理建物所有權第一次登記，並不以擔任起造人為必要。

況且起造人有諸多法律義務與責任。該等責任與義務包括興建前及興建期間向主管機關申請建造執照及相關備查、許可與查驗、興建期間依照工程圖樣及說明書施工、修復及維護公共安全、申請辦理建築物所有權第一次登記、對營造業之監督責任、公寓大廈管理人責任、提列及移交義務以及建築工程鄰損事件爭議處理義務與稅捐繳納義務等。此外亦另有民法第 189 條但書定作人侵權行為、第 191 條工作物所有人侵權行為責任、建築法第 26 條第 2 項之起造人侵權行為責任、大眾捷運法第 45

¹⁶⁴內政部 102 年 1 月 3 日內授中辦地字第 1016652591 號函：

「主旨：有關信託業擔任不動產開發案興建資金之受託人辦理建物所有權第一次登記乙案，請查照轉知所屬。

說明：

- 一、依據金融監督管理委員會 101 年 12 月 18 日金管銀票字第 10140003870 號書函辦理。
- 二、按申辦建物所有權第一次登記，申請人非起造人時，應檢具移轉契約書或其他證明文件，為土地登記規則第 79 條第 1 項第 4 款所明定；又同規則第 127 條規定，受託人依信託法第 9 條第 2 項取得土地權利，申請登記時，應檢附信託關係證明文件，並於登記申請書適當欄內載明該取得財產為信託財產及委託人身分資料，登記機關辦理登記時，應依第 130 條至第 132 條規定辦理。爰信託業擔任不動產開發案興建資金之受託人，就以該資金興建取得之建築物為所有權第一次登記時，得檢附信託契約及同規則第 34 條規定之證明文件申辦登記。」

條之 2 起造人損害大眾捷運設施或行車安全之賠償責任等相關責任與風險。

因此，基於以上之責任與義務，如受託人為銀行兼任之信託業，如受託人無營建相關專業，建議仍由委託人另行委託具有營建專業能力之建築經理公司擔任起造人為宜。

至於受託人因身兼融資機構或基於信託目的需確保擔保品之產權，受託人得對建築經理公司之選任表示同意或另單獨與建築經理公司簽署委任契約之方式達監督之效，而無需自行擔任起造人。

此外，興建期間辦理預售部分，若要求受託人擔任出賣人，受託人未必具有擔任出賣人之專業能力，且其成本與風險亦恐與報酬未盡相符。依我國法之規定，出賣人除應負民法上物之瑕疵擔保責任以及消費者保護法之適用外，如屬預售屋買賣，另有內政部公告之「預售屋買賣定型化契約應記載及不得記載事項」等約定負擔保固責任與契約義務。就此，倘令受託人擔任出賣人並就發生履約爭議時（一般常見如房屋漏水、施工瑕疵、未依法提供契約合理審閱期間及隱瞞重要資訊等）之契約履行或修補之義務責任，實已超過受託人本身之專業能力所能負擔之範圍。

再者，依照信託關係之法理，一旦信託關係終了，受託人基於信託契約所負義務，原則上即告消滅，然而，前揭義務係本於法律規定或買賣契約約定所生，有其專屬履行期間，不因信託關係提前或屆期終止而有所解消。因此可能發生信託關係消滅後，受託人仍須繼續負擔其當初本於受託人身分，為委託人締結預售屋買賣契約所生義務、責任之情況，如此一來，對於受託人本身經營而言，將可能致生長期存在而不確定之財務風險。

實際上，不論是出售預售屋或者是移轉「地上租賃權」，依我國法制，皆涉及債權契約以及物權契約之區別，換言之，依我國法之規定，出賣人出賣以受託人為登記名義人之地地上權或建物區分所有部分予買受人時，其買賣契約即債權契約仍有效，因買賣契約係債權行為，不以出賣人為所有權人或有處分權為必要，出售他人之物的買賣契約仍屬有效；但就物權行為而言，因直接涉及物權權利（土地地上權與建物所有權）的變動，須以處分人有處分權為生效要件，因此委託人就房地權利之移轉登記，必須得到受託人之同意與協助，實務上多以受託人出具信託契約證明文件予委託人，以利其提供予承購戶，藉此在受託人不擔任出賣人以適度隔絕風險之前提下，適法地協助出賣人完成預售工作。

第二項 營運階段

一般不動產開發信託案件於興建完畢並移轉予買受人後即結案並終止信託關係，但仍有部分案件於不動產營運階段仍繼續採行信託機制。

於不動產營運期間辦理信託，受託人必須繼續依信託契約之意旨管理信託財產，控管不動產營運期間產生之收益並據以依信託契約支付受益人投資收益，除此之外，受託人亦多有確保信託不動產產權之義務。

惟與擔任起造人的問題相同，受託人就信託財產之營運未必具有專業能力，因此或可考量委由專業物業管理機構代為進行信託財產之營運，包括出租或營業等，再約定相關營運合約條件必須經過受託人之同意即可。

除前開營運問題外，如營運期間屆滿後有處分或返還產權之約定時，受託人亦需與委託人明確約定返還之時間、程序及權利歸屬，以避免屆時無法如期返還導致違約風險。

第三項 委託第三人是否構成消極信託之爭議

如前所述，不論興建期間或營運期間，受託人皆未必對於受託不動產之開發或者營運具有專業能力，因此，受託人有必要將部分事務委由第三人辦理，論者對於受託人若將多數事務交由委託人管理是否會構成消極信託之質疑。

就此，消極信託之定義與效力，按最高法院 88 年台上字第 3041 號判決之意旨，係指委託人僅以其財產在名義上移轉於受託人，受託人自始不負管理或處分之義務，凡財產管理、使用、或處分均由委託人自行辦理時，始為消極信託，換言之，如果受託人係與其他受託人就受託範圍進行劃分分工辦理信託事務，或者受託人依約委任專業第三人辦理信託事務，皆不應被認定是消極信託。

第三節 因地上權性質而於辦理信託時應考量之重點

相較所有權具有物權法上完整的權能，地上權的權利範圍係以使用他人土地為限，地上權人在其設定目的範圍內，對土地有使用收益權。因此，受託人於受託辦理地上權信託時，應先注意地上權之設定目的及存續期間，

就存續期間部分，信託契約之到期日仍以短於或等於地上權到期日為宜。按地上權信託期間，受託人為名義上之地上權人，因此，如信託契約存續期間晚於地上權到期日，則受託人將面臨契約上對委託人之受託義務以及法律規定地上權塗銷返還義務。如信託契約存續期間等於地上權到期日，則受託人與委託人應需於簽約時就塗銷返還義務詳為規定，否則受託人於屆期仍為地上權人，仍依法有塗銷地上權之返還義務。

基於以上說明，就地上權信託期間之約定，仍以短於地上權到期日為宜，且受託人應與委託人就塗銷地上權返還土地之成本及程序於

信託契約內為必要且詳細之約定，以避免屆時面臨訴訟以及高額返還成本之風險。

第四節 受託人於辦理公有土地開發相關地上權信託應考量之重點

相較於民間機構，以地上權方式辦理公有土地開發之案件，主管機關為確保開發案件得以依約履行，對於受託人多有額外的要求或限制，包括對受託人資格的限制、受託人需繼受原地上權契約之各項權利義務等。

惟受託人對於主管機關的要求應審慎評估。如同前述，不動產開發案件之所以安排信託機制，主要著眼於信託財產獨立性，以及透過受託人基於對委託人之善良管理人注意義務以及信託目的管理信託財產，進而產生確保開發案件得以順利進行之目的。因此，對受託人若有超過此項效果以外的要求，因未盡合理而有調整的必要。

再者，即便對於受託人所課予的義務屬前開目的要求之所需，亦應視興建階段與營運階段之不同目的加以調整。舉例而言，若信託機制是融資擔保需求，基於此項信託目的，於不動產開始正式營運後，因為該項融資擔保之信託目的已不存在，即應安排信託機制退場，由委託人自行承擔公有土地開發之責，並無持續要求受託人負擔地上權契約之理。

至於目前「交九轉運站住辦資產」案例，受託人不但為名義上之權利人，亦以自己名義與「地上租賃權」承購戶簽約，是否已超過信託目的承擔過多義務，實有值得探討之處。實際上，於國有財產署修正國有非公用土地設定地上權作業要點第 16 條並增訂第 16 條之 1 後，既然直接就國有土地地上權可為分割移轉，自無需再行透過以信託方式將「地上租賃權」分別給予承購戶承購。至於信託機構是否仍願意接受擔任地上權全部受讓人並依新修正規定與執行機關簽訂無償委託管理契約，負責地上權存續期間受讓之各地上權人應繳納地租之收繳、

欠租催繳等相關管理事宜，並繳交履約保證金，則應由受託人評估信託事務、成本與風險後判斷。

圖表 5：信託業辦理地上權信託應注意事項表（本研究自行整理）：

	應 注 意 事 項	備 註
1.	地上權契約存續期間之約定。	信託期間宜短於或等於地上權契約期間
2.	地上權契約權利金之約定。	受託人宜注意此一事項。
3.	地上權契約地租及調漲條件等約定。	受託人宜注意此一事項。
4.	地上權契約地上物開發、利用方式之限制。	受託人宜注意此一事項。
5.	地上權契約中有無限制地上權及其建物之再行移轉之約定。	受託人宜注意此一事項。
6.	地上權契約就地上權消滅後地上物之處理方式。	受託人宜注意此一事項。
7.	地上權契約就地上權消滅後就地上物及附屬物點交義務內容	受託人宜注意此一事項。
8.	地上權契約有無要求受託人須概括承受委託人(地上權人)義務之約定。	受託人宜爭取不訂入地上權契約及地上權信託契約
9.	地上權契約或招標文件有無要求地上權人或地上權信託受託人於轉讓區分地上權及其建物後，須負管理義務或期滿收回義務之約定。	受託人宜爭取不訂入地上權契約及信託契約
10.	地上權契約或信託契約有無就何人擔任建物營建工程定作人之約定。	受託人無擔任建物興建工程定作人之必要
11.	地上權契約或信託契約中約定由何人擔任地上權建物起造人。	受託人無擔任建物起造人之必要
12.	地上權契約就民法第 835 條地上權人得支付未到期之三年分地租後拋棄其權利，有無特約排除之約定。	受託人宜注意此一事項。
13.	地上權契約就土地法第 104 條之土地所有權人出售基地或地上權人出售房屋時他方之優先購買權，有無特約排除之約定。	受託人宜注意此一事項。
14.	地上權契約就民法第 840 條第 1 項之存續期滿建築物時價補償請求，有無特約排除之約定。	受託人宜注意此一事項。
15.	地上權契約就第 835-1 條之地上權設定後，因土地價值之昇降，依原定地租給付顯失公平者，當事人得請求法	受託人宜注意此一事項。

	院增減，有無特約排除之約定。	
16.	信託契約中有無續建機制之約定	若有，應預先作關係人權利義務關係之調整。
17.	信託契約中有無由委託人擔任區分建物出賣人之約定。	宜由由委託人擔任區分建物出賣人
18.	信託契約有無委託人出售區分建物或其他信託財產時，應將所得款項全數匯入信託專戶及相關稽核機制之約定	受託人宜爭取訂入信託契約
19.	信託契約之存續期間及處理事務範圍是否僅限於興建期間，亦或包含營運期間。	受託人宜於信託契約訂明該等事項。
20.	信託契約中有無於委託人喪失履約能力時（發生財務危機或破產時），受託人得終止契約之約定。	受託人宜於信託契約訂明該等事項。
21.	信託契約中有無於委託人違反信託契約約定情節重大時（例如無法順利取得融資資金、拖欠信託管理費，掌握工程進度之委託人未經受託人同意，私自收受承購戶價款而未繳交與受託人），受託人得終止契約之約定。	受託人宜爭取訂入信託契約
22.	信託契約之存續期間是否與地上權契約相同，若否，受託人返還房地權利之義務內容及對象之具體約定為何。	受託人宜於信託契約訂明該等事項。

參考文獻

一、專書

1. 方嘉麟，信託法之理論與實務，元照出版公司，2003年。
2. 王志誠，信託法，五南圖書出版有限公司，2009年。
3. 王文宇，新公司與企業法，元照出版公司，2003年。
4. 王澤鑑，民法物權，作者自版，2010年。
5. 朱哲毅，不動產信託實務，台灣金融研訓院，2005年。
6. 朱柏松，民事法問題研究—物權法論，元照出版公司，2010年。
7. 李智仁、張大為，信託法制案例研習，元照出版公司，2010年。
8. 信託法制編撰委員會，信託法制，台灣金融研訓院，2008年。
9. 黃志偉，地上權、不動產役權；抵押權之物權法律解析暨登記實務，五南圖書出版有限公司，2013年。
10. 楊崇森，信託法原理與實務，三民書局，2010年。
11. 鄭玉波著，黃宗樂修訂，民法物權，三民書局，2010年。

12. 謝在全，民法物權論(上冊)，三民書局，2003年。
13. 謝在全，民法物權論(中冊)，三民書局，2003年。

二、期刊論文

1. 不動產信託受益權證書相關議題分析，中華民國信託業商業同業公會研究報告，2004年。
2. 不動產信託業務運作架構及相關建議，中華民國信託業商業同業公會研究報告 2011年。
3. 王志誠，我國不動產開發信託之發展，當代財政，第30期，2013年。
4. 王志誠、李智仁，我國營業信託之法律障礙與解決途徑，全國律師，第12卷第8期，2008年8月。
5. 左涵湄、高嘉濃，捷運土地開發資產信託可行性之研究，捷運技術半年刊，第36期，2007年。
6. 林發立，引進 BOT 方式興辦公共工程之檢討-風險分析與管理在 BOT 中之重要性，萬國法律雙月刊，第86期，1996年4月。
7. 林辰熹，土地權利人變更或廢止建造執照之請求效力探討，月旦法學雜誌，第159期，2008年8月。
8. 林明昌、駱芙宜、余向春合著，臺北捷運第一個聯合開發案，捷運技術半年刊，第37期，2007年8月。
9. 宋淑貞，試論地上權不動產之價值，華南金控月刊，第13期，2004年1月。
10. 林富榮，公有土地最佳組合開發模式之研究，淡江大學商學院暨管理學院高階主管學程管理碩士論文，2003年1月。
11. 財團法人國家政策研究基金會，國有土地招標設定地上權，財政部九十年度委託研究計畫，2010年5月。
12. 邱祺龍，聯合開發之初探—以政策執行面為中心，臺北市土地開發專題，臺北市政府地政處，2004年。
13. 邱萬金，區分地上權制度之研究，經社法制論叢，第4期，1989年7月。
14. 徐珮瑜，以信託方式辦理民間參與公共建設模式之研究，國立成功大學建築研究所碩士論文，2008年。

15. 郭英琦，現行都市更新信託機制之研究，國立屏東商業技術學院不動產經營系（所）碩士論文，2013年。
16. 黃齊國，都市更新事業代理實施者制度之研究，中央大學營建管理所碩士論文，2011年。
17. 張淑瑩，設定地上權之土地開發案於 IFRSs 之適用情形，安侯建業通訊，第 69 期，2012 年 9 月。
18. 程春益，後金融危機時代的信託法制檢討，萬國法律，第 172 期，2010 年。
19. 廖益群，國有非公用土地只租不售執行情形之研究，國立政治大學地政研究所碩士論文，2005 年。
20. 潘欣榮，以土地信託制度進行都市更新事業可行性之研究 - 兼論主管機關與融資機構之介入權(上)，全國律師，第 15:10 期，2011 年 10 月。
21. 潘欣榮，以土地信託制度進行都市更新事業可行性之研究 - 兼論主管機關與融資機構之介入權(下)，全國律師，第 15:11 期，2011 年 11 月。
22. 藍秉強，捷運聯合開發相關權益人法律關係之初探，捷運技術半年刊，第 22 期，2001 年 9 月。
23. 謝哲勝，信託的意義，月旦法學教室，第 8 期，2003 年 6 月。
24. 謝哲勝，信託運用於 BOT 契約的法律關係，月旦法學雜誌，第 142 期，2007 年。
25. 謝哲勝，民法物權編修正：第二講-所有權，月旦法學教室，第 112 期，2012 年 2 月。
26. 羅惠雯，BOT 契約之理論與實務-兼論我國行政法院 ETC 相關判決，法務部司法官訓練所第 47 期法官學員報告，2007 年 6 月。
27. 嚴佳雯，地上權信託財產管理與運用之研究，國防大學法律學研究所碩士論文，2005 年。