

行政院國家科學委員會專題研究計畫 成果報告

定型化契約條款相關規定適用之研究

計畫類別：個別型計畫

計畫編號：NSC92-2414-H-004-058-

執行期間：92年08月01日至93年10月31日

執行單位：國立政治大學法律學系

計畫主持人：楊淑文

報告類型：精簡報告

處理方式：本計畫可公開查詢

中 華 民 國 94 年 3 月 16 日

# 行政院國家科學委員會專題研究計畫 成果報告

## 定型化契約條款相關規定適用之研究

計畫類別：個別型計畫

計畫編號：NSC 92 - 2414 - H - 004 - 058

執行期間：92 年 08 月 01 日 至 93 年 10 月 31 日

執行單位：國立政治大學法律學系

計畫主持人：楊淑文

報告類型：精簡報告

處理方式：本計畫可公開查詢

中 華 民 國 94 年 3 月 16 日

# 九十二年度國科會研究計畫

## 定型化契約條款相關規定適用之研究

( NSC 92 - 2414 - H - 004 - 058 )

第一章 定型化契約條款之意義.....	3
第二章 定型化契約條款是否成爲契約內容.....	4
第一節 定型化契約條款之明示與公告.....	4
第二節 審閱期間.....	6
第三節 難以注意或辨識之條款.....	7
第四節 異常條款.....	8
一、異常條款之意義.....	8
二、實務見解.....	10
第五節 個別磋商條款.....	14
一、個別磋商條款之意義.....	14
二、消保法第十五條之規定.....	14
三、實務見解.....	16
第三章 定型化契約條款之解釋.....	18
第一節 定型化契約條款之解釋原則.....	18
第二節 利益歸諸於相對人原則.....	19
第三節 實務見解.....	20
一、「小公面積」是否計入「私有面積」.....	20
二、夾層屋廣告.....	23
第四章 定型化契約條款之效力.....	25
第一節 審查標準之變更—從「公序良俗」到「誠信原則」.....	25
第二節 消保法第十二條之規定.....	26
一、違反任意規定之立法意旨.....	28
二、契約主要權利義務受限制至契約目的無法達成.....	29
三、違反平等互惠原則.....	31
四、實務見解.....	33
第三節 民法第二百四十七條之一規定.....	38
一、民法第二百四十七條之一之規定及其立法之檢討.....	38
二、民法第二百四十七條之一之解釋適用與實務見解.....	39
第四節 無效之法律效果.....	52
第五章 定型化契約之行政管制.....	53

# 第一章 定型化契約條款之意義

定型化契約條款，依我國消費者保護法（下簡稱「消保法」）第二條第七款前段之定義為：「定型化契約條款：指企業經營者為與不特定多數消費者訂立同類契約之用，所提出預先擬定之契約條款。」又參照消保法第十一條至第十七條規定之：「定型化契約中之條款……」及民法第二百四十七條之一規定之：「依照當事人一方預定用於同類契約之條款而訂立之契約……」可得知，定型化契約係約款使用人（在消保法中為「企業經營者」，本文兩者互用），以定型化契約條款和相對人（在消保法中為「消費者」）所締結之契約。一方當事人與他方所締結之契約，必須符合上述「定型化契約」之定義時，始能適用消保法或民法之規定，審核其效力。若契約內容係由雙方當事人一一磋商而形成者，因相對人仍保有契約內容之形成自由，得以藉由磋商維護自己利益。依私法自治原則，除非違反民法之效力規定外，原則上應肯定其效力。因此，若約款使用人與相對人訂立之定型化契約中，若有「個別磋商條款」（消保法第二條第八款）存在時，就個別磋商條款之內容，並不適用民法第二百四十七條之一及消保法第十一條以下規定，而應依民法一般規定定其效力。

依消保法第二條第七款前段規定，定型化契約條款有兩個基本特徵：1.契約條款係由企業經營者單方預

先擬定；2.其目的在於以此約款與不特定多數人締約<sup>1</sup>。然就「與不特定多數人締約」之點，學說有認為此係劃地自限。德國民法第三一〇條第三項第二款規定：「預先擬定之一般交易條款，即使提供一次性使用之條款，因消費者對於預先擬定之契約內容無法影響，仍適用本法第三〇五條 a、三〇六條、第三〇七至三〇九條及德國民法施行法第二九條 a。」可見德國民法並未將定型化契約條款限於「與不特定多數人締約」之點，而認為應作相同解讀<sup>2</sup>。

至於定型化契約條款之形式，消保法第二條第七款後段設有定義性規定：「定型化契約條款不限於書面，其以放映字幕、張貼、牌示、網際網路、或其他方法表示者，亦屬之。」，本規定係原消費者保護法施行細則（下簡稱「消保法施行細則」或「施行細則」）第九條規定移置而來。放映字幕例如 DVD 出租業者，於 DVD 中放映「僅供家庭觀賞之用」等文句。張貼與牌示例如書店於門口揭示：「偷竊者罰所竊物品五百倍價額，否則送警查辦」。網際網路則例如 Yahoo 奇摩會員申請同意書中之服務條款<sup>3</sup>。其他方式有安裝電腦軟體時，所出現之授權條款；火車車票上之「限當日使用」條款等等。

<sup>1</sup> 王澤鑑，債法原理第一冊：基本理論·債之發生，1999年10月，增定版，第99頁

<sup>2</sup> 黃立，消保法的定型化契約條款（一），月旦法學教室，第15期，2004年1月，第100頁。

<sup>3</sup> 詳細請參見：

<http://tw.reg.yahoo.com/ap/reg/peg?srv=fate&d one=http://tw.fate.yahoo.com/>。

## 第二章 定型化契約條款是否成爲契約內容

定型化契約條款雖係企業經營者單方擬定，但並不因此具有法規範之性質。因此，定型化契約條款必須和普通契約一般，經當事人意思表示合致始能使其成爲契約內容<sup>4</sup>。然定型化契約條款有時未與其檔結合在一起，消費者於締約時不能得知其內容。此外，亦有使用過於狹小之文字，消費者難以辨識其內容；或有企業經營者使用專業性、技術性用語，消費者縱使察覺到該條款存在，亦不解其意。又定型化契約條款大多複雜，亦有部分條款之權利義務內容並非消費者所能預見。以上情形，是否因消費者與企業經營者締結定型化契約，而認爲企業經營者與消費者就該定型化契約條款亦有合意，當然納入定型化契約內容，而對消費者產生拘束？若使其發生拘束消費者效力，是否使消費者遭受不測之損害，而對其權益有重大影響？因此，對於定型化契約條款是否納入定型化契約之內容，我國消費者保護法於第十一條之一（審閱期間）、第十三條（內容之明示）、第十四條（異常條款）、第十五條（抵觸個別磋商條款），以及消費者保護法施行細則第十二條（難以注意或辨識之條款），設有規定，作爲判斷定型化契約條款是否成爲契約內容之判斷標準。

<sup>4</sup> 王澤鑑，基本理論·債之發生，第 101 頁；黃立，消保法的定型化契約條款（一），第 104 頁。

## 第一節 定型化契約條款之明示與公告

如前所述，定型化契約亦屬契約，仍然必須經企業經營者與消費者對定型化契約條款有所合意，始能成爲契約之權利義務內容。若企業經營者與消費者締結定型化契約之時，若有某些條款與定型化契約分離，而未以適當方式使消費者知悉該條款存在，此時似乎不能認爲該條款經企業經營者與消費者意思表示合意，成爲契約條款之內容。消保法第十三條第一項規定：「定型化契約條款未經記載於定型化契約中者，企業經營者應向消費者明示其內容；明示其內容顯有困難者，應以顯著之方式，公告其內容，並經消費者同意受其拘束者，該條款即爲契約之內容。」即在明示此一契約法上之一般原則。因此：

1. 雖依消保法第十三條第一項文義觀之，似乎僅適用於當事人立有定型化契約書之情形。唯本於契約法之一般原則，應認爲縱使定型化契約係以口頭合意締約，亦有本條之適用<sup>5</sup>。蓋在口頭訂定之定型化契約中，如企業經營者未對定型化契約條款予以明示或公告，同樣不能認爲消費者對該條款意思表示有所合意，而使該條款成爲定型化契約之內容。
2. 企業經營者依本條所爲之明示與公告，至遲應於締結契約之時爲

<sup>5</sup> 詹森林，定型化契約之基本問題—以信用卡爲例，民事法理與判決研究（三）—消費者保護法專論，2003 年 8 月，初版一刷，第 15 頁；黃立，月旦法學教室，第 15 期，第 106 頁。

之。若企業經營者於定型化契約締結後，始將定型化契約條款予以明示公告，則因該定型化契約條款並未於定型化契約締結時，成為企業經營者與消費者意思表示之內容，自不能認為該條款經當事人合意成為定型化契約之內容<sup>6</sup>。因此，企業經營者於定型化契約締結後交付之收據、車票、入場券、停車證、說明書等檔中記載之定型化契約條款，除消費者與企業經營者就該條款另行合意外，不能認為該條款有拘束消費者之效力<sup>7</sup>。

3. 企業經營者所為之明示與公告，必須針對嗣後即將締結之具體契約為之者為限<sup>8</sup>。亦即，該明示與公告必須為企業經營者意思表示（要約）之內容，始能依消保法第十三條成為定型化契約之內容。因此，契約經營者於廣告、型錄、宣傳單中之定型化契約條款，仍必須經企業經營者再為明示與公告，始能成為契約之內容<sup>9</sup>。唯該條款如較嗣後締結之定型化契約條款對消費者有利時，消費者得主張依消保法第二十二條規定，成為定型化契約之內容<sup>10</sup>。又國內有見解認為，若當事人間有經常之業務往來，於先前締約時所為之明示公告，並不能對之後之締約發生效力，仍必須再次的為明示或公告<sup>11</sup>。

4. 如定型化契約係由消費者以書面

（非對話）方式要約，企業經營者將自己之定型化契約條款納入契約後再為承諾，則為「擴張、變更、限制要約而為承諾」，依民法第一六〇條第二項規定，視為拒絕原要約而為新要約。若消費者對於此一條款沈默時，應視為消費者對於該條款拒絕，該條款不成為定型化契約之內容<sup>12</sup>。

5. 對於未經記載在定型化契約中之定型化契約條款，原則上必須以明示之方式告知消費者。消保法第十三條第一項後段為明示原則之例外，限於依契約締結方式，明示定型化契約條款內容，顯有困難時，始有其適用。明示定型化契約條款是否有困難之判斷，應斟酌企業經營者與消費者是否欠缺面對面接觸之機會，或若明示契約條款，是否妨礙大量交易往來之快速進行而定<sup>13</sup>。又消保法第十三條後段規定，必須經消費者同意受拘束，該條款始能成為契約之內容。國內有見解認為，此一規定使企業經營者除了必須證明消費者已對企業經營者之公告為閱讀、瞭解外，更必須證明消費者願意受該條款拘束，對企業經營者課予過重之舉證責任，顯然不合理。若採取德國舊一般交易條款法（AGBG）第二條第一項第二款規定：「使他方有機會，以可期待之方式知其內容」，企業經營者僅需證明該契約條款係以消費者可期待之方式得知內容之方式公告即可，較我國法之規

<sup>6</sup> 黃立，月旦法學教室，第 15 期，第 106 頁。

<sup>7</sup> 詹森林，定型化契約之基本問題，第 15 頁。

<sup>8</sup> 詹森林，定型化契約之基本問題，第 15 頁；黃立，月旦法學教室，第 15 期，第 106 頁。

<sup>9</sup> 詹森林，定型化契約之基本問題，第 15 頁；黃立，月旦法學教室，第 15 期，第 106 頁。

<sup>10</sup> 黃立，月旦法學教室，第 15 期，第 106 頁。

<sup>11</sup> 黃立，月旦法學教室，第 15 期，第 105 頁。

<sup>12</sup> 黃立，月旦法學教室，第 15 期，第 106 頁。

<sup>13</sup> 黃立，月旦法學教室，第 15 期，第 106 頁。

定方式較具實用性<sup>14</sup>。

6. 消保法第十三條第二項規定：「前項情形，企業經營者經消費者請求，應給與定型化契約條款之影本或將該影本附為該契約之附件。」消費者依本規定向企業經營者請求給與定型化契約條款之影本，或將該影本附為契約之附件時，企業經營者不得向消費者要求應支付代價。蓋依消保法第四條及第五條規定，企業經營者負有維護交易公平、提供充分、正確資訊之義務，故製作契約影本之成本，在合理範圍內，應由企業經營者負擔<sup>15</sup>。若企業經營者向消費者請求費用，並約定若消費者拒絕締約時沒收該筆費用，將限制消費者獲取資訊之權利，更應不得為之。本條係以「企業經營者應消費者請求……」之方式規定，國內有見解認為，在非對話人間之談判，本有寄送定型化契約條款之義務，如此始能使相對人以可期待之方式得知條款內容。故本條將企業經營者之寄送義務轉為消費者主動探詢契約條款之義務，並不妥當<sup>16</sup>。
7. 就定型化契約條款是否已明示或公告，如有爭議時，應由企業經營者負舉證責任<sup>17</sup>。蓋在規範說<sup>18</sup>之舉

證責任分配法則下，如該條款係賦予企業經營者權利時，則屬於「基本規範（Grundnorm）」，應由主張權利之企業經營者負舉證責任；若該條款係限制消費者之權利者，則性質上屬於「對立規範（Gegennorm）」，應由主張限制消費者權利之企業經營者負舉證責任。故企業經營者如要主張該條款之效力，即必須就定型化契約條款是否已明示或公告，負舉證責任。企業經營者若使用「消費者業經明示本全部條款內容，並經同意受該條款之拘束」之定型化契約條款，則該項條款必須與其他條款分離，並以特別顯著之方式促消費者注意，始生效力<sup>19</sup>。否則，該條款將構成消保法第十四條之「異常條款」，而不生拘束消費者之效力。

## 第二節 審閱期間

定型化契約大多以抽象概括模式之條款訂定，其適用常有待於進一步的解釋，條款內容含括之範圍及其風險，並非一般人於短時間內得以立即可以瞭解<sup>20</sup>。因此，若不給與消費者合理機會瞭解定型化契約條款之內容，使消費者於締約前，能夠仔細閱讀定型化契約內容，則消費者將無法瞭解其中所含條款之權利義務，進而斟酌是否締約，或以個別磋商條款取代定型化契約條款締約<sup>21</sup>。因此，消保法第十一條之一（原施行細則第十一條）

<sup>14</sup> 黃立，月旦法學教室，第 15 期，第 106 頁至第 107 頁。

<sup>15</sup> 詹森林，定型化契約之基本問題，第 15 頁至第 16 頁。

<sup>16</sup> 黃立，月旦法學教室，第 15 期，第 106 頁。

<sup>17</sup> 詹森林，定型化契約基本問題，第 16 頁。

<sup>18</sup> 關於規範說之舉證責任分配，請參閱陳榮宗、林慶苗合著，民事訴訟法（中），修訂三版一刷，2004 年，第 484 頁至第 485 頁；駱永家，民事舉證責任論，初版九刷，1999 年 12 月，第 84 頁以下；拙著，從特定類型之實務見解觀察舉證責任分配之判斷標準（上），

台灣本土法學雜誌，第 60 期，2004 年 7 月，第 56 頁至第 58 頁。

<sup>19</sup> 詹森林，定型化契約之基本問題，第 16 頁。

<sup>20</sup> 黃立，月旦法學教室，第 15 期，第 102 頁。

<sup>21</sup> 黃立，月旦法學教室，第 15 期，第 103 頁。

第一項及第二項規定：「企業經營者與消費者訂立定型化契約前，應有三十日以內之合理期間，供消費者審閱全部條款內容。違反前項規定者，其條款不構成契約之內容。但消費者得主張該條款仍構成契約之內容。」使企業經營者應給與消費者合理期間審閱契約內容，使其瞭解契約內容，否則該定型化契約條款是否構成契約內容，將由消費者之意思決定。

本條規定，企業經營者應給與消費者三十日以內之合理期間審閱契約內容，係指審閱期間最長不得超過三十日，故消費者不得主張任何定型化契約皆應有三十日之審閱期間<sup>22</sup>。至於審閱期間應有多長，始為合理，應斟酌交易習慣、契約類型、約款內容之繁簡決定。一般而言，若事涉緊急，或條款內容已公告周知者，無庸給與相對人過長之審閱期間，以免延宕締約而損及相對人利益<sup>23</sup>。唯合理之審閱期間，係一不確定法律概念，必須經解釋後始能明確。為避免企業經營者與消費者在此產生爭議，故同條第三項規定：「中央主管機關得選擇特定行業，參酌定型化契約條款之重要性、涉及事項之多寡及複雜程度等事項，公告定型化契約之審閱期間。」以度爭議。同時，行政機關在決定審閱期間時，亦應依本項之規範意旨，來認定「合理期間」之長短<sup>24</sup>。

審閱期間是賦予消費者瞭解定型化契約內容之機會，至於消費者在此期間內是否實際閱讀並瞭解定型化契約條款之內容，則與本條規定無關。

因此，企業經營者僅要於消費者締約前，給與其合理的審閱期間，即已符合本條之規定，消費者不得主張其尚未審閱，而主張該條款不構成契約內容<sup>25</sup>。否則，對於使用定型化契約條款之企業經營者顯然不公，且有可能發生契約條款效力不安定之問題。

又消費者在審閱之後，是否有請求企業經營者變更契約條款之權利？亦即，企業經營者有無應消費者請求，有變更條款之義務？國內有見解認為，定型化契約係私法自治之產物，為維護私法自治之真諦，保障實質契約自由，故消保法對定型化契約設有管制規定。但在其他方面，使用定型化契約條款之企業經營者，亦應受契約自由保護，除有強制締約之情形外，應不失其是否締約及選擇相對人之自由<sup>26</sup>。若使消費者有請求企業經營者變更條款之權利，並依變更後之條款締約，將剝奪其決定是否締約之自由。因此，企業經營者不得強制消費者接受其定型化契約條款，消費者亦無請求企業經營者修改其定型化契約條款並為締約之權利<sup>27</sup>。

### 第三節 難以注意或辨識之條款

如企業經營者所使用之定型化契約條款，因字體過小或印刷不清，致難以注意其存在或辨識其內容者，此時消費者並無從藉由企業經營者明示或公告，來得知或理解定型化契約條款之內容。在此情況下，等於企業經

<sup>22</sup> 詹森林，定型化契約之基本問題，第 18 頁。

<sup>23</sup> 詹森林，定型化契約之基本問題，第 18 頁。

<sup>24</sup> 黃立，月旦法學教室，第 15 期，第 102 頁。

<sup>25</sup> 詹森林，定型化契約之基本問題，第 19 頁。

<sup>26</sup> 詹森林，定型化契約之基本問題，第 19 頁。

<sup>27</sup> 詹森林，定型化契約之基本問題，第 19 頁至第 20 頁。

營者未曾向消費者明示或公告定型化契約條款，或未給與消費者合理機會瞭解條款之內容<sup>28</sup>。因此，消保法施行細則第十二條規定：「定型化契約條款因字體、印刷或其他情事，致難以注意其存在或辨識者，該條款不構成契約之內容。但消費者得主張該條款仍構成契約之內容。」使消費者得就記載不清之條款否定其效力，促使企業經營者於擬定定型化契約條款之時，力求清晰明確，以達到協助消費者認知或理解定型化契約條款之內容之目的。

字體過小應至何種程度，始能依本條規定不構成契約內容，應綜合斟酌一切因素判斷之。除字體細小外，字體怪異，或非一般消費者日常所通用之字體，亦屬於難以辨識之字體，而有本條之適用。又定型化契約所使用之語言，原則上除消費者另有同意之表示外，應使用雙方當事人所共通之語言，使消費者易於認知、瞭解定型化契約之內容。因此，如在國內交易，原則上應使用中文。若涉及國際性交易時，應以消費者之內國語言表示<sup>29</sup>。因為若企業經營者使用消費者所不熟悉之語言來表示定型化契約條款內容，將會造成消費者對該條款理解困難，故應認為此時係屬「因其他情事，致難以辨識定型化契約條款內容」之情形，亦有本條之適用。

## 第四節 異常條款

### 一、異常條款之意義

雖然定型化契約條款必須經過明

示與公告後，始有可能成為雙方權利義務之內容。然而，定型化契約大多字體狹小，難以閱讀，或因內容涉及專業，縱使閱讀亦不解其意；或者相對人縱使審閱契約條款，亦無法期待企業經營者依自己變更契約條款（蓋相對人無請求企業經營者變更契約條款之權利）—因此，對一般消費者而言，定型化契約閱讀不僅困難、麻煩、浪費時間，而且通常是欠缺實益。在這些現實上的困難下，消費者不是根本未閱讀定型化契約條款，就是閱讀之後仍無法瞭解契約條款之真正意涵。另一方面，定型化契約之所以閱讀困難，全係因為企業經營者擬定定型化契約條款時，未能使用簡單明瞭之用語所致。更有惡質的企業經營者，將消費者依通常情形難以預見，而對消費者權益有重大影響之條款，隱藏在眾多契約條款之中，利用消費者鮮少閱讀定型化契約條款或閱讀困難，來獲取不正之契約利益。故為了維護契約正義，貫徹交易誠信，應認為定型化契約條款必須為相對人於正常情形下所能預見者為限，始能構成契約內容，而有拘束相對人之效力<sup>30</sup>。亦即，企業經營者不能因為自己使用不甚簡單明瞭之契約條款，利用消費者閱讀及理解的困難，而在定型化契約中對消費者課予其依通常情形所不能預見之權利義務，來換取利益，否則將有違誠信原則。故消保法第十四條規定：「定型化契約條款未經記載於定型化契約中而依正常情形顯非消費者所得預見者，該條款不構成契約之內容。」本條規定之目的，在於課予定型化契約條款使用人，於擬定約款

<sup>28</sup> 詹森林，定型化契約之基本問題，第 20 頁。

<sup>29</sup> 詹森林，定型化契約之基本問題，第 21 頁。

<sup>30</sup> 詹森林，定型化契約之基本問題，第 17 頁。

時，應力求透明化，尤其是關於相對人之權利義務，更應以清楚易懂之方式表達，使相對人易於理解<sup>31</sup>。

在何種情況下，定型化契約條款之內容，屬於消費者依正常情況難以預見者，必須於實際案例中，斟酌契約目的、交易慣例（此處之交易慣例，應以相對人所知悉者為限）、締約時之情境等因素，綜合判斷之。例如保證人與銀行締結之保證定型化契約中約定：「保證人就主債務人對債權人現在及將來之一切債務，於新台幣○○元之範圍內，負保證責任」，若該保證契約之締結和主債務人某一單筆借款契約（例如房屋貸款），或某一法律關係（例如締結使用信用卡契約）在時空上具有密切關聯時，應可認為保證人於締約時無法預見除該筆貸款或該法律關係之外，其亦需就債務人就債權人之其他債務負保證責任—尤其是當與保證契約同時締結之消費借貸契約已清償數年後，保證人仍必須就主債務人與債權人因其他法律關係所生之債務，仍應負保證責任，應構成異常條款，不生效力<sup>32</sup>。又例如在預售屋買賣定型化契約中約定：「甲方（建商）提供有關標的房屋之廣告及宣傳品，僅供參考之用，一切應以本契約為依據」（僅供參考條款），在預售屋交易中，因標的物尚未存在，房屋買受人完全仰賴業者提供之廣告、平面圖、樣品屋及口頭解說來作為考量是否締約之標準。而此一條款將企業經營者之契約給付內容完全與其提供之廣

告、說明脫鉤，對於受到企業經營者廣告或說明吸引而締約之消費者而言，並非其依通常情形所得預見，亦構成異常條款而不生效力<sup>33</sup>。

又異常條款若記載於定型化契約中者，是否亦得依消保法第十四條之規定，不構成契約內容？依消保法第十四條之文義觀之，該條僅於定型化契約條款未記載於定型化契約書中，始有其適用。實務見解<sup>34</sup>認為：「按定型化條款苟記載於書面，依消費者保護法第十四條之規定，固應即認為構成契約內容……」，似乎認為依消保法第十四條反面解釋，若企業經營者將消費者顯然不能預見之定型化契約條款記載於定型化契約（書）中，即無消保法第十四條之適用。惟異常條款記載於定型化契約書中，並非少見（上述兩例皆屬異常條款記載於定型化契約書之情形），本條之規定不僅僅是劃地自限<sup>35</sup>，亦不足以保護消費者之利益<sup>36</sup>。因此，國內見解有認為，似可參考外國立法例，異常條款不構成契約內容，應不以其未記載於定型化契約書中者為限<sup>37</sup>。

<sup>31</sup> 詹森林，定型化契約之基本問題，第 17 頁。

<sup>32</sup> 參見拙著，消費者保護法關於定型化契約規定在實務上之適用與評析，新型契約與消費者保護法，1999 年 8 月，初版二刷，第 160 頁。

<sup>33</sup> 詹森林，消費者保護法與預售屋買賣定型化契約，民事法理與判決研究（三），第 98 頁至第 99 頁。本約款亦同時違反消保法第二十二條：「企業經營者應確保廣告內容之真實，其對消費者所負之義務，不得低於廣告之義務。」之規定。

<sup>34</sup> 參見台灣高等法院九十年度上易字第二一八號判決、台灣高等法院台中分院九十二年度上易字第三九〇號判決。

<sup>35</sup> 黃立，消保法的定型化契約條款（二），月旦法學教室，第 16 期，2004 年 2 月，第 78 頁。

<sup>36</sup> 王澤鑑，基本理論·債之發生，第 102 頁。

<sup>37</sup> 詹森林，定型化契約之基本問題，第 17 頁至第 18 頁。

## 二、實務見解

### 1. 附卡持有人保證條款

#### (1) 實務見解

高雄地方法院九十二年訴字四〇九號判決指出：「……據吾人生活經驗所知，現今信用卡之核發，除未成年之申請人須由父母連帶保證外，其風險控制之本質均係以申請人之個人信用狀況為徵信，並無另外要求申請人徵得連帶保證人後方准予核發，焉能變相以透過鼓勵附卡之申請使用，而使附卡持有人同時成為正卡持有人之連帶保證人之理！尤其依照一般國人對於附卡申請目的之認識，申請附卡乃供家人親友便利使用，鮮有知悉向銀行申請附卡使用同時亦係簽立連帶保證契約乙情者，其顯有不利於消費者之情形甚明。又就附卡申領使用之本質與目的而言，其精神乃正卡人願意就其所同意申領附卡使用人之消費款，共負連帶清償責任，即正卡人係附卡人之保證人，而非附卡人係正卡人之保證人，方符合消費者訂立契約之真意。正、附卡持有人之責任，乃附卡持有人僅須對於『自己』之消費帳款負清償責任，正卡持有人方才對於『正、附卡』之消費金額負連帶清償責任才是。惟系爭定型化條款，卻約定附卡持有人亦須就正卡人之消費負連帶清償責任，其顯然已經超越一般消費者對於申辦附卡使用所得預見之風險，並加重附卡人之責任，不但違反消費者申請附卡使用之目的，亦有違反誠信原則之不公平現象。……」

#### (2) 分析檢討

在信用卡使用法律關係中，附卡使用之法律關係亦屬常見。雖然信用

卡使用契約中大多指出「持卡人為第三人申請附卡」，然附卡使用契約亦屬信用卡使用契約，權利義務關係存在於附卡持卡人與銀行之間，雖其效力和正卡契約有附從性，但仍不失為獨立之契約。在財政部頒佈之信用卡定型化契約範本第三條規定：「正卡持卡人得為經貴行同意之第三人申請核發附卡，且正卡持卡人或附卡持卡人就各別使用信用卡所生應付帳款互負連帶清償責任<sup>38</sup>。」使附卡持卡人必須就正卡持卡人對銀行之帳款債務負保證責任。誠如九十二年訴字四〇九號判決所示，持卡人申請附卡之目的在於便利其親友，使其親友亦能使用信用卡。故相對人通常情況所能預見之約款僅有「正卡持有人對附卡持有人之帳款債務負連帶責任」，而不及於「附卡持有人對正卡持有人之帳款債務負連帶責任」，故應認為本約款為消保法第十四條之「異常條款」，不構成契約內容。惟縱使不適用消保法第十四條，亦應依消保法第十二條審查其效力，在九十二年訴字四〇九號中法院即認為，本約款違反消保法施行細則第十四條第二款，使消費者負擔其所不能承擔之風險，故違反誠信原則無效。

### 2. 收據背後條款

#### (1) 實務見解

臺灣高等法院九十年度上易字第二一八號判決指出：「……**按定型化條款苟記載於書面，依消費者保護法第**

<sup>38</sup> 請參閱財政部九十年一月四日頒佈之「信用卡定型化契約範本」第十七條之規定。資料來源：法源法律網（<http://db.lawbank.com.tw/FLAW/FLAWDAT0202.asp>），檢索日期：2003年12月3日。

十四條之規定，固應即認為構成契約內容，惟所謂記載於書面，亦須客觀上具有契約形式，若定型化契約條款係記載於收據之背面，通常情形收據持有人不能注意及上開記載係有關契約條款，故此條款如有違一般人對於法律之認識，顯非相對人所能預見者，尚難認係經由相對人合意而成立契約。因是，記載於收據背面之定型化契約條款，並非全盤否定為契約內容之一部，必須於通常情形下，收據持有人不能注意上開記載係有關契約條款，顯非所能預見之情形下，始否定定型化契約條款為契約；若依通常情形，相對人有所認知並可得預見該條款之法律效果，縱使係記載於收據等文書背面之定型化契約，亦應認已成立契約。……系爭提單之性質為託運人、運送人、收件人間收受貨物之收據及請款憑證，其背面所載服務合約雖為一定型化契約條款，惟提單背面附有合約書之定型化契約條款，係快遞運送之慣例，……，被上訴人公司承辦人吳秀玉自應為相當之注意，提單既在被上訴人持有中，自有充裕時間詳閱該合約條款，而無不能預見之情形。……上訴人於提單上簽名時，雙方已有將定型化契約條款納入契約之明示合意，被上訴人辯稱不知該服務合約存在，顯不足採。……」

## (2) 分析檢討

由九十年度上易字第二一八號判決觀之，高等法院似乎認為依消保法第十四條規定，未經記載於定型化契約上者，始能認為係異常條款，而不構成契約內容。故依消保法第十四條「反面解釋」，即應認為若經記載於定

型化契約中者，即應構成契約內容。惟學說見解大多認為，異常條款並不以未記載於契約中者為限，消保法第十四條規定內容實有不當。故認為基於民法第一百五十三條所揭示「契約條款須經相對人同意始能成為契約內容」之法理，經記載於定型化契約中之約款，亦應類推適用消保法第十四條之規定<sup>39</sup>。在本判決中，似乎亦注意到消保法第十四條規定之不當，故亦認為「若定型化契約條款係記載於收據之背面，通常情形收據持有人不能注意及上開記載係有關契約條款，故此條款如有違一般人對於法律之認識，顯非相對人所能預見者，尚難認係經由相對人合意而成立契約」，補充消保法第十四條將異常條款不當的限制在「未經記載於定型化契約中」之缺陷。

惟應注意的是，在本案之中，定型化契約條款係記載於收據背後。而該收據係快遞業者收受託運物時所發給，亦即，相對人得知「收據背後條款」時，契約早已締結，該項約款是否能夠經雙方當事人合意成為契約內容，即產生問題。亦即，於當事人締結快遞契約時，契約內容並未包含「收據背後條款」。此時，快遞業者必須依消保法第十三條規定予以明示公告，並經相對人同意時始能夠成契約內容。而如前所述，學說見解大多認為，企業經營者依本條所為之明示與公告，至遲應於締結契約之時為之，否則該約款將無法成為相對人意思表示之內容，進而依民法第一百五十三條

<sup>39</sup> 詹森林，消費者保護法之定型化契約最新實務發展，月旦法學雜誌，第 91 期，2002 年 12 月，第 42 頁至第 43 頁。

規定，成爲契約內容<sup>40</sup>。又公告曉示必須針對嗣後即將締結之具體契約締結者爲限，亦即必須成爲企業經營者要約之內容，否則仍不依消保法第十三條規定成爲契約內容<sup>41</sup>。在本案案例事實中，相對人於本契約締結前，曾經多次委託該快遞業者托運貨物，而取得收據。此時是否得以相對人於前次締約曾取得收據得知定型化契約條款，進而認爲企業經營者已踐行其明示公告義務，甚屬可疑。高等法院認爲，僅要相對人曾經得知定型化契約條款，即應構成契約內容之見解，似不妥當。

### 3. 僅供參考條款

#### (1) 實務見解

##### a. 肯定「僅供參考條款」效力之判決

台灣高等法院八十七年度上字七六一號判決指出：「……消費者保護法第廿二條雖規定：廣告之內容爲契約內容之一部分，但兩造就買賣標的物已另有合意，依契約自由原則，與合意內容不同之廣告，即不得再謂爲契約內容之一部分。縱被上訴人曾刊載『買一層使用二層』、『就像住樓中樓別墅』等廣告文宣，及於銷售現場置樣品屋，但契約書及所附平面圖記載並未以此爲約定內容，被上訴人僅以此作爲要約之引誘，尙非據此推定兩造係以夾層屋爲交易之標的。……又上訴人所提出契約書影本，被上訴人並未將該契約第二十二條關於『甲方

（被上訴人）……廣告資料等僅作參考用途，非爲本契約之一部分』之記載，予以刪除，縱認有加以刪除，上訴人就夾層已知悉應由自己二次施工，亦不得據此謂有將上開廣告作爲契約內容一部分之意思。……」

最高法院八十八年臺上字二五八九號判決指出：「……查系爭買賣契約明確約定給付標的之房屋坐落位置與面積，並無夾層屋之約定，於附件(六)一樓平面圖加註「本圖僅供參考，正確圖說應以政府機關核准之圖說爲準」蓋有被上訴人之印章，於室內裝潢建議圖亦註明「隔間僅做參考」，廣告圖說之用辭爲「一層空間多層利用，挑高空間，可運用裝潢巧思，讓空間更有變化」(見被上訴人於第一審提出之外放證物原證二)，亦爲原審認定之事實，則上訴人抗辯被上訴人明知買賣標的爲十九點零四坪，並無夾層屋之約定，被上訴人未陷於系爭房屋爲夾層屋之錯誤與上訴人簽訂系爭買賣契約，廣告內容不能成爲契約內容之一部分云云，(見原審卷第三〇、三二、八二、一二一頁)，自屬重要攻擊防禦方法，原審未於判決理由項下說明其取捨之意見，遽爲上訴人敗訴之判決，亦有判決不備理由之違法。……」

最高法院九十一年臺上字八九三號判決指出：「……一層空間，多層利用，並於廣告海報中爲上層、下層之室內裝潢建議圖示，該圖上層並繪有客廳乙間，臥室三間，固爲被上訴人所不爭執，然兩造於買賣契約並無以夾層屋爲買賣標的之約定，又契約附件一樓平面圖加註『本圖僅供參考，正確圖說應以政府機關核准之圖說爲

<sup>40</sup> 黃立，月旦法學教室，第 15 期，第 106 頁；詹森林，定型化契約之基本問題，第 15 頁。

<sup>41</sup> 詹森林，定型化契約之基本問題，第 15 頁；黃立，月旦法學教室，第 15 期，第 105 頁至第 106 頁

準』，並蓋有上訴人印章，以示審閱知悉，室內裝潢建議圖亦註明『隔間僅做參考』，另廣告圖說之用辭亦僅記載『一層空間多層利用，挑空空間，可運用裝潢巧思，讓空間更有變化』等語，由此觀之，足認上訴人可明確知悉室內裝潢之多層利用，並非買賣之標的，且在一般交易觀念上，此廣告內容純屬建議，而非買賣契約內容。且兩造在訂立買賣契約時，上訴人復對契約內容一一審認無訛，其於簽約時既未表明上開廣告內容即為契約內容，亦未對該契約內容為保留、加註或質疑，自難認為廣告內容乃契約內容之一部。次查系爭買賣契約明定買賣標的房屋面積為十九點四坪，並不包括室內裝潢之夾層面積，足見上開廣告內容非契約內容之一部分，殆無疑義。……」

b. 否定「僅供參考條款」效力之判決

最高法院於八十九年臺上字七四六號判決中則認為：「……按消費者保護法第二十二條規定企業經營者應確保廣告內容之真實，其對消費者所負之義務不得低於廣告之內容……預售屋之購屋人與建商訂定不動產買賣契約時，既無何成品可供實際之檢視，以決定是否購屋，自當信賴廣告上所載，預售屋之建商以廣告內容誘發客戶預購房屋之動機，且以廣告內容與購屋人洽談該屋之性質，該廣告之說明及樣品屋示範應成為契約內容之一部。準此，企業經營者刊登廣告為『要約』之性質，並非『要約引誘』……」而將前述台灣高等法院八十七年度上

字七六一號判決廢棄發回<sup>42</sup>。

(2) 分析檢討

於最高法院八十九年臺上字七四六號判決中，最高法院雖以消保法第二十二條規定，認定廣告內容以依消保法第二十二條規定成為「要約」，而非僅為「要約之引誘」，並未直接就「僅供參考條款」之效力作論斷。然由其前後文義觀之，似乎認為消保法第二十二條為強行規定，一切排除該條適用之契約條款皆屬無效。不過「僅供參考條款」之問題，亦得認為相對人於正常情況下，並不能夠預見該條款之存在，而構成「異常條款」，不構成契約內容。蓋企業經營者藉由廣告吸引消費者與之交易，消費者於締約時，大多會期待其自企業經營者所獲得之給付，能有如同廣告內容所稱之品質。故消保法第二十二條規定企業經營者應擔保所負義務不得低於廣告內容。而企業經營者以「僅供參考條款」，排除其依消保法第二十二條所負之責任，將使消費者相信廣告內容和實際給付相當之期待落空，和一般經驗法則有違，消費者於一般情況下對此種約款難以預見。因此，「僅供參考條款」將構成「異常條款」，依消保法第十四條規定，不構成契約內容。

至於承認「僅供參考條款」效力之判決，除了未注意此一條款並非一般人依經驗法則所能預見，構成「異常條款」外；另一方面，因其認為「僅供參考條款」並非無效，故將鼓勵企

<sup>42</sup> 相同案例之判決亦有最高法院八十九年臺上字五八七號判決、九十年臺上字一五八五號判決等。在這些判決中，皆否定「僅供參考條款」之效力。

業經營者以「僅供參考條款」，排除其依消保法第二十二條規定所負之責任。如此，除了將使消保法第二十二條規定成為具文，並使企業經營者繼續以違反誠信原則之方式交易，獲取不正契約利益，並不妥當。由其在九十一年臺上字八九三號判決，更直接忽略消保法第二十二條規定，而逕行認為廣告為要約之引誘，自不構成契約內容，似有判決不適用法規之嫌。

## 第五節 個別磋商條款

### 一、個別磋商條款之意義

消保法第二條第八款規定：「個別磋商條款：指契約當事人個別磋商而合意之契約條款。」亦即，當事人雙方，就其契約內容，經磋商後，所為之具體約定<sup>43</sup>。個別磋商條款，為企業經營者與消費者就其個別契約，經雙方磋商後所做之各別約定，消費者之契約內容形成自由仍可維持<sup>44</sup>。因此，個別磋商條款並不適用消保法關於定型化契約之相關規定，應適用民法一般之規範<sup>45</sup>。

個別磋商條款既然是指企業經營者與消費者就個別契約商議後所為之約定，因此除法律有特別規定外，應認為僅要符合民法第一百五十三條之規定，於企業經營者與消費者意思表示——不論是明示或者是默示——一致時，即已成立。不限於以書面之方式為之，亦得以口頭合意方式為之<sup>46</sup>。例

如在預售屋買賣契約中，若展售人員與消費者間就預售屋之品質（例如衛浴系統之廠牌）有任何約定時，應認為雙方就該事項已有個別磋商條款，企業經營者不得於嗣後以定型化契約內容，主張不負契約責任。惟個別磋商條款若以口頭方式約定，可能會因為未留存書面證據，導致消費者於訴訟中中舉證困難<sup>47</sup>。

若企業經營者所使用之定型化契約條款，並非事先擬定，則其和個別磋商條款應如何區別，在界限上頗為模糊。例如企業經營者不使用預先擬定之定型化契約條款，而是在個別契約締結時，單方提出契約條款要求消費者同意。此種情形，在實際案例上甚難和個別磋商條款作區別。尤其是個別磋商條款並不適用消保法關於定型化契約歸制之相關規定，在法律效果上和定型化契約條款差異甚大。國內學說見解認為，兩者之區別在於該條款是否係經雙方逐條商議後所訂定<sup>48</sup>。若非經雙方磋商，而係企業經營者單方提出之條款，縱使該條款係個別訂定，仍應認為是定型化契約條款。因此，企業經營者若為了規避消費者保護法關於定型化契約之相關規定，於個別契約中要求消費者簽訂不利於己之契約條款，若消費者對此條款無斟酌之虞地，應認為仍屬於定型化契約條款，而非個別磋商條款。

### 二、消保法第十五條之規定

定型化契約條款係企業經營者針

<sup>43</sup> 王澤鑑，基本理論·債之發生，第 100 頁；詹森林，定型化契約之基本問題，第 6 頁。

<sup>44</sup> 王澤鑑，基本理論·債之發生，第 100 頁。

<sup>45</sup> 王澤鑑，基本理論·債之發生，第 100 頁；黃立，月旦法學教室，第 15 期，第 101 頁。

<sup>46</sup> 詹森林，定型化契約之基本問題，第 7 頁；

黃立，月旦法學教室，第 15 期，第 101 頁。

<sup>47</sup> 尤其與消費者作約定之人，多屬企業經營者之受僱人，在訴訟上是否願意為消費者作證明個別磋商條款存在，在實際上亦有困難。

<sup>48</sup> 黃立，月旦法學教室，第 15 期，第 102 頁。

對大量交易需求所擬定之交易條件，而個別磋商條款係雙方當事人於特定契約中所為之個別約定，因此若個別磋商條款之內容與企業經營者擬定之定型化契約條款相抵觸時，應可認為雙方當事人有捨棄定型化契約條款而以個別磋商條款代之意思<sup>49</sup>。而且，在定型化契約中，消費者係就整個契約概括的為承諾，故對定型化契約條款僅能認為係假設的合意；而個別磋商條款，為消費者與企業經營者經商議後所約定之契約條款，為當事人間真正的合意<sup>50</sup>。因此，消保法第十五條規定：「定型化契約中之定型化契約條款抵觸個別磋商條款之約定者，其抵觸部分無效。」於定型化契約條款與個別磋商條款相抵觸時，適用個別磋商條款。因本條規定為契約法之一般原則，故縱使在非消費關係之定型化契約，亦應有所適用<sup>51</sup>。

本條在我國法院實務中，最常出現之案例為保證定型化契約條款。銀行於主債務人締結消費借貸契約之同時，皆會要求主債務人尋求保證人。而銀行與保證人之保證定型化契約中多會有「保證人之保證範圍及於現在及將來一定限額之債務」之約款。學說見解有認為，因此時保證人締結保證契約之時點，和債權人與主債務人之消費借貸契約在時空上有密切關聯，應認為保證人與銀行間有默示的合意，保證人保證範圍僅及於該筆特定債權，此一個別磋商條款與企業經營者之定型化契約條款相抵觸，應適

用消保法第十五條規定，認為該定型化契約條款不生效力<sup>52</sup>。惟實務見解大多以「銀行或其他金融機構與連帶保證人間所訂立之保證契約，乃保證人擔保借款人對金融機構債務之清償責任，金融機構對保證人並未提供任何商品或服務，保證人並未因有保證契約而自銀行獲得報償，尚非屬消費者保護法所規定有關消費之法律關係，自無該法之適用<sup>53</sup>」，而認為保證契約並非消費關係，自無消保法第十五條之適用，仍應依定型化契約條款之約定。如前所述，消費者與企業經營者針對特定契約所為之個別約定，解釋雙方當事人真意，應認為有排除定型化契約條款之適用之意思。而實務見解忽視個別磋商條款與定型化契約條款抵觸之事實，逕行以定型化契約條款決定雙方法律關係，並不妥當。

若企業經營者所擬定之定型化契約條款，較個別磋商條款要來的有利於相對人，相對人不知此一情事，但為企業經營者所知，此時應如何處理？國內有見解認為，依消保法第四條，企業經營者有向消費者提供充分與正確消費資訊之義務（一般資訊提供義務）；又依消保法第十一條之一與消保法施行細則第十二條亦課予企業經營者給與消費者瞭解定型化契約條款內容之合理機會，若企業經營者違反此一個別資訊提供義務，消費者得決定該條款是否納入定型化契約內

<sup>49</sup> 詹森林，定型化契約之基本問題，第 6 頁。

<sup>50</sup> 拙著，消費者保護法關於定型化契約規定在實務上之適用與評析，第 198 頁。

<sup>51</sup> 黃立，月旦法學教室，第 15 期，第 101 頁。

<sup>52</sup> 拙著，消費者保護法關於定型化契約規定在實務上之適用與評析，第 158 頁至第 160 頁。

<sup>53</sup> 參見最高法院八十八年臺上字二〇五三號判決、九十年臺上字一四一四號判決、九十年臺上字二〇一一號判決、台灣高等法院八十八年上字五十六號判決、台灣高等法院台中分院九十一年度上字三五七號判決。

容。因此，於此情形，應認為約款使用人（企業經營者）利用相對人之不知，獲取不當契約利益，違反誠信原則。故應認為於此情形，應對消保法第十五條作目的性限縮，個別磋商條款僅於較定型化契約條款來的有利時，使能認為優先於定型化契約條款適用。否則，仍應以定型化契約條款作為當事人權利義務之內容<sup>54</sup>。

### 三、實務見解

#### 1. 實務見解

最高法院八十六年臺上字三四三三號判決指出：「……上述電子保全服務契約書第五條第一款所載：「本契約期限三十六個月，以乙方（指被上訴人）提供之『保全服務通報』經甲方（指上訴人）簽名之日為起算日」，係關於保全服務起算期日之約定，惟兩造已訂立前述書面契約，兩造就保全服務期間之起算期日另以合意變更該定型化契約中之條款（即被上訴人之保全業務接續原新光公司之保全業務，不中斷），就該合意變更部分是否不生效力，此觀諸消費者保護法第十一條：「企業經營者在定型化契約中所用之條款，應本平等互惠之原則。定型化契約條款如有疑義，應為有利於消費者之解釋。」及同法第十二條第一項、第二項第三款：「定型化契約中之條款違反誠信原則，對消費者顯失公平者，無效。定型化契約中之條款有下列情形之一者，推定其顯失公平……一、契約之主要權利或義務，因受條款之限制，致契約之目的難以達成者。」之立法精神，不難明瞭。蓋

<sup>54</sup> 詹森林，定型化契約之基本問題，第7頁至第8頁。

兩造既同意被上訴人之保全業務接續原新光公司之保全業務，使之不中斷，但若依電子保全服務契約書第五條第一款約定，以被上訴人提供之保全業務通報經上訴人簽名之日為起算日，則顯難達到接續而不中斷之目的，故如認此項合意不生效力，似不足以保護消費者即上訴人<sup>55</sup>。……」

#### 2. 分析檢討

在本案中，最高法院似乎認為依消保法第十一條與第十二條之立法精神，應認為保全業者與消費者對保全服務期間合意變更，應生效力。就結論而言，雖無錯誤，然其所據之法律規定，似有錯誤。在最高法院判決理由中指出，保全業者與消費者就保全服務期間，有異於「電子保全服務契約」第五條第一款之約定。亦即，雙方當事人就保全服務期間有「個別磋商條款」存在。此時，應依消費者保護法第十五條規定，因「電子保全服務契約」第五條第一款約定內容抵觸「個別磋商條款」無效。其次，就本案所爭之「電子保全服務契約」就保全服務期間之約定，並無多種解釋可能性，並無適用「利益皆歸諸於相對人原則」之適用。且一般約定以「消費者提供保全服務通報」作為保全服務期間起算時點，原則上亦難認為該約款「有違平等互惠原則」、「違反任意規定立法意旨」或「使契約之目的無法達成」等事由，而「違反誠信原則顯失公平」無效。故本案實和消保

<sup>55</sup> 本案發回更審後，高等法院即依最高法院之發回意旨裁判（台灣高等法院八十七年上更（一）字七號判決），業經保全業者上訴後，為最高法院以上訴不合法裁定駁回（最高法院八十八年臺上字九一二號判決）。

法第十一條與第十二條規定無涉。最高法院判決理由似乎是由消保法定型化契約條款之相關規定，歸納出於定型化契約條款審查時，「應保護消費者利益」之「一般法律原則」。然就本案所涉事實而言，已有明文規定可供適用，並無必要依法理裁判<sup>56</sup>。

附帶一題的是，本案亦涉及保全契約是否屬於要式契約之爭議。此涉及到保全業法第十二條規定，是否屬於要式契約之規定。最高法院八十八年臺上字九一二號裁定指出，保全業法第十二條之規定，其目的在於健全保全業之發展，並非效力規定。因此，保全業法第十二條規定，並不使保全契約成為民法第七十三條之要式契約<sup>57</sup>。

---

<sup>56</sup> 關於本案之評析，請參閱拙著，消費者保護法關於定型化契約規定在實務上之適用與評析，第 197 頁至第 198 頁。

<sup>57</sup> 關於要式契約，請參閱王澤鑑，民法總則，2002 年 7 月，增定版八刷，第 327 頁以下。

### 第三章 定型化契約條款之

#### 解釋

#### 第一節 定型化契約條款之解釋

##### 原則

若契約條款之內容在解釋上有疑義時，即必須對該條款為解釋。契約是由當事人之要約與承諾意思表示一致所產生之債之關係，故解釋契約條款內容，即為解釋當事人之意思表示。因此，民法第九十八條規定：「解釋意思表示，應探求當事人之真意，不得拘泥於所用之辭句。」之規定，於契約條款之解釋時自然有所適用。又契約之解釋除了有確定契約條款之意涵，確定當事人間之權利義務關係之功用外，另一方面，因為契約解釋的結果，涉及當事人間之權利義務，因此，契約解釋亦涉及了契約文義不清所生之風險應如何分擔之問題。故在解釋契約之時，不能僅僅探求其中一方當事人之真意，而必須平衡當事人的利益並合理分配風險後，以客觀的表示價值作為解釋意思表示內容的準據。因此在解釋契約內容時，應考量到雙方當事人明知或可得而知之事實，並就磋商過程、交易目的及利益狀態，斟酌交易習慣及誠信原則加以綜合判斷<sup>58</sup>。最高法院於六十五年臺上字二一三五號判決中即認為：「第按解釋契約，應探求當事人立約時之真意，而於文義上及論理上詳為推求當事人之真意如何？又應斟酌訂立契約

當時即過去之事實，經濟目的及交易上之習慣，而本於經驗法則，基於誠信原則而為判斷。」

在一般契約中，契約條款內容係由契約當事人雙方經磋商後之合意，因此應以雙方所共同之應有之意思解釋之。在定型化契約中，契約條款皆由企業經營者一方擬定，消費者原則上只有接收與不接受之選擇，對契約條款內容並無形成之自由。此時，契約條款內容全由企業經營者單方擬定，消費者並無斟酌之餘地，在解釋定型化契約條款內容時，可否認為應依民法第九十八條解釋當事人真意，僅解釋企業經營者單方之真意？定型化契約亦屬契約，而非企業經營者之單獨行為，故不能因為契約條款係由企業經營者單方擬定，僅解釋企業經營者之真意，而置約款相對人於不顧。因此，在定型化契約之解釋時，仍然必須和解釋一般契約相同，斟酌相對人對定型化契約於客觀上理解之可能性，並應適用誠信原則。

除此之外，鑑於定型化契約條款之功能，以及對相對人可能產生不利益，在定型化契約解釋時，亦有以下三項解釋原則<sup>59</sup>：

1. 客觀解釋原則：定型化契約條款適用多數契約，為維持其合理化的功能，應採客觀解釋，原則上係適用於多數契約，為維持其合理化之功能，應採客觀解釋，個案的特殊情形原則上不予考慮，而以一般人瞭解之可能性為基礎。此和一般契約解釋時，必須斟酌個別契約締約時之情狀，有所不同。
2. 限制解釋原則：定型化契約條款旨

<sup>58</sup> 王澤鑑，民法總則，第 438 頁至第 439 頁。

<sup>59</sup> 王澤鑑，基本理論·債之發生，第 103 頁。

在排除任意規定，尤其是免責條款，應作限制解釋，以維護相對人之利益。

3. 利益歸諸於相對人原則：因定型化契約條款係由企業經營者單方擬定，故契約條款不明確之風險，依誠信原則應由企業經營者承擔。故消保法第十一條規定第二項：「定型化契約如有疑義時，應為有利於消費者之解釋」，即在闡明此一原則。關於利益歸諸於相對人原則，將在之後作更詳細的論述。

在此對客觀解釋原則作一些補充。雖說定型化契約條款係企業經營者於於契約訂立前不考慮締約時之具體情況而預先擬定，在解釋時不應考慮締約時之情況，而應客觀統一的予以解釋，然約款相對人於締約時所存在之具體情況，亦非在解釋時完全不予以考量，蓋約款相對人在契約一方當事人使用定型化契約條款時，不應立於較一般締約情況更不利之地位。例如公司董監事就公司對銀行所負債務擔任保證人，斟酌締約當時之情狀，應認為當事人之真意在於保證人僅就其擔任董監事之時期公司對銀行之債務，負保證責任。就其卸任之後，公司所生之新債務，並不在保證契約之擔保範圍之中<sup>60</sup>。

又客觀解釋原則之基礎在於該定型化契約條款係預先擬定，用於與不特定多數人締約之用。然定型化契約條款並非皆為「企業經營者為與不特定多數消費者訂立同類契約之用，所提出預先擬定之契約條款」，亦有可能為於個別契約締結時，企業經營者單

方提出，消費者僅能接受而無摯酌餘地之契約條款。在此情況下，似乎應對客觀解釋原則予以限縮，而斟酌於個別契約締結時相對人之特殊情狀。

## 第二節 利益歸諸於相對人原則

如前所述，契約條款之解釋除了有確定契約權利義務內容外，另一方面，亦有分擔契約條款不明確之風險之功用。在一般契約中契約內容是由雙方當事人形成，故契約條款不明確之風險是由雙方當事人平均分擔。然在定型化契約中，契約條款皆由企業經營者單方擬定，相對人於締約前或締約時，對於契約條款完全無摯酌之餘地。故在解釋上有疑義時，自不能和一般契約作相同處理，而應由使用定型化契約條款之企業經營者承擔解釋疑義之風險，而為有利於相對人之解釋<sup>61</sup>。故消保法第十一條第二項規定：「定型化契約如有疑義時，應為有利於消費者之解釋。」蓋契約條款在解釋上有疑義，全然係因為企業經營者擬定契約條款不明確所致，故企業經營者應承擔此一風險，而不能將此風險轉嫁於相對人，否則將有違誠信原則。本條之目的亦有促使約款使用人於擬定定型化契約條款時，能夠遵守透明化之要求，盡可能的以清楚而明確之條款來規範當事人之法律關係<sup>62</sup>。

消保法第十一條第二項之規定，僅於定型化契約條款依客觀解釋原則解釋後，仍有多種解釋可能性存在

<sup>60</sup> 拙著，消費者保護法關於定型化契約規定在實務上之適用與評析，第 151 頁至第 152 頁。

<sup>61</sup> 詹森林，定型化契約之基本問題，第 22 頁至第 23 頁。

<sup>62</sup> 詹森林，定型化契約之基本問題，第 23 頁。

時，始有其適用。例如旅遊契約中記載：「旅行之安全及行李問題由各航空公司及其他有關旅運公司或大飯店直接對旅客負責……並由隨團領隊協助處理。」此一條款可解釋為居間條款，使旅行業者處於居間代辦之地位，不對旅客負契約責任；然亦可解釋為免責條款，免除其履行輔助人之責任<sup>63</sup>。此時適用消保法第十一條第二項規定，應解為免責條款，在依消保法第十二條審核其效力。又例如定型化契約之相對人承諾就他人之一定債務負擔清償之責之契約中，如約定「立即照付條款」，有解釋為「保證契約」或「擔保契約」<sup>64</sup>之可能性，此時即可適用消保法第十一條第二項規定，應解為「保證契約」，因相較於擔保契約之債務人而言，保證契約之債務人得主張從屬性，對於約款相對人較為有利，之後在依消保法第十二條審核「立即照付條款」之效力<sup>65</sup>。若定型化契約條款僅有單一解釋可能性，並非本條所欲規範之問題<sup>66</sup>。蓋本條規定在於解決定型化契約條款有多種解釋可能性，在解釋上有疑義時應如何處理之問題。若僅有一種解釋可能性而無疑義時，即

<sup>63</sup> 關於旅遊契約之居間條款，請參閱王澤鑑，*定型化旅行契約的司法控制*，*民法學說與判例研究*（七），第 67 頁至第 69 頁。

<sup>64</sup> 關於「獨立之擔保契約」之法律關係，請參閱拙著，*信用卡交易之三面法律關係*，*新型契約與消費者保護法*，第 71 頁至第 72 頁；拙著，*論人事保證之從屬性與債權人之附隨注意義務*—兼評民法債編關於「人事保證」之增訂條文，*台灣本土法學雜誌*，第 29 期，2001 年 12 月，第 4 頁至第 7 頁。

<sup>65</sup> 拙著，*消費者保護法關於定型化契約規定在實務上之適用與評析*，第 166 頁至第 168 頁。

<sup>66</sup> 詹森林，*定型化契約之基本問題*，第 23 頁至第 24 頁；黃立，*月旦法學教室*，第 16 期，第 76 頁。

應採取該種解釋，根本無消保法第十一條第二項適用之可能性，蓋無從選擇一種「有利於消費者之解釋」。

國內有見解認為，本條不僅適用於單一定型化契約條款於解釋上有疑義之情形。若在定型化契約中，同時有多數定型化契約條款就某一特定事項作重複規定時，而各條款在解釋上並不一致時，亦有本條之適用。特別是企業經營者故意就特定事項，於定型化契約中多次或重複規定，而將關鍵字隱藏於契約條款中，應適用本條之規定。例如建商於定型化契約之某一條款中規定：「本社區附有游泳池」，而另一條款卻規定：「本游泳池為『景觀』游泳池」，此時應適用消保法第十一條，認為為一般游泳池<sup>67</sup>。惟在本案之情形中，亦得認為後一定型化契約條款，並非正常情況下消費者所能預見者，屬於消保法第十四條之「異常條款」，不構成契約內容。

### 第三節 實務見解

#### 一、「小公面積」是否計入「私有面積」

##### 1. 實務見解

台灣高等法院八十五年重上更字七〇號判決（最高法院九十一年臺上字二三五二號判決原審見解）認為：「……關於坪數不足部分：查兩造系爭契約第一條第二款，上訴人所陳坪數不足並未列算公共面積，惟倘加算『小公面積』後，上訴人之建物面積除簡〇〇（B七之七樓）一戶多出二點二〇坪、一戶（B九之一樓）少二點六七坪（按原判決附表二B九之一樓部分，原審更審判決後，上訴人簡

<sup>67</sup> 黃立，*月旦法學教室*，第 16 期，第 77 頁。

○○對之未聲明上訴)其餘上訴人建物面積誤差均在契約所計百分之二容許範圍內，並無找補問題，業據被上訴人提出建物登記簿謄本可佐。而系爭契約附件僅附有當層建築物平面圖，並未以廣告平面圖集為附件。按企業經營者應確保廣告內容之真實，雖為消費者保護法第二十二條所明定。然消費者保護法係八十三年一月十一日始由總統公佈，而本件上訴人簽訂買賣契約係在七十九年、八十年間，原無消費者保護法第二十二條之適用，且依中華民國建築投資商業同業公會全國聯合會八十四年建投全聯交第一五一八號函所示，足見被上訴人所辯：以『小公』列入『私有面積』為業界慣例，並非無稽。按上訴人所買受者係多層之集合住宅，除了屋頂及地下室之公共設施(俗稱大公)外，必有當層之電梯、樓梯間(即小公)，此為一般交易者所可預知預見者。被上訴人房屋銷售人員既曾以廣告平面圖集供售屋時之介紹解說，雖未以廣告平面圖集為契約之附件，自不失為與簽約有實質力之要約之引誘。查前揭廣告平面圖集就何謂『私有面積』，並未有何定義性之說明，然其一樓總平面圖(懷石樓、文心樓、書香樓三者皆然)，於標示『私有面積』若干時，均特別說明包含『騎樓』；而『騎樓』並非室內面積，且係可供眾人通行之地，實際上並非可供該戶專用。而當層之電梯、樓梯間(即小公)性質相同，舉重以明輕，顯然可見該廣告平面圖集亦將其列為『私有面積』，而非『公共面積』，益可佐證。被上訴人自始將當層『小公』，當作『私有面積』無疑，且被上訴人所辦妥保存登記之

總面積亦在契約容許之誤差百分比內，自難僅因『私有面積』一詞兩造解釋有出入，即認為被上訴人所出售房屋坪數有何不足之處。……」就本案之上訴最高法院對此部分並未指摘不當，於更審判決(台灣高等法院九十一年重上更(二)字一六三號判決)，亦維持相同見解。

最高法院九十年臺上字一四〇四號判決認為：「……一般所稱『使用面積』包括主建物面積、陽台、花台、露臺、窗臺及當層樓梯間、電梯間、走道部分(俗稱小公)，惟權狀面積將小公計入公共設施範圍，故主建物一二三點五平方公尺折合三七點三六坪，加計入小公，與約定『使用面積三八點三三坪』相當，足認所增加面積均屬公共設施部分，衡諸目前一般有關房屋使用面積與公共設施面積之利用價值及經濟效益評估，認二者價值比例應為八比二。丁〇輝所購買之房屋雖約定總面積四三點三一坪，使用面積三八點三三坪，公共面積為四點九八坪，每坪二萬三千三百七十三元計算，需補繳價金三萬二千九百五十六元。上訴人於八十四年一月五日以地政測量結果坪數多二點二七八坪為由，補收一十萬元，則溢收價金七萬六千六百二十七元。綜上所述，被上訴人本於買賣標之物之瑕疵請求減少價金形成權及不當得利返還溢收價金之法律關係，請求上訴人給付各如附表三『總計』欄所示金額及其法定遲延利息，為有理由，應予准許；逾此範圍之請求，為無理由，不應准許。……」

## 2. 分析檢討

在預售屋買賣定型化契約中，經常約定私有面積之實際坪數在契約約定坪數之百分之二範圍內，應相互找補而不構成瑕疵。反之，若超過百分之二之容許範圍，則構成物之瑕疵。雙方當事人主要爭執在於，「私有面積」是否應加算「小公面積」，還是應歸屬於「公共面積」。蓋若加算「小公面積」，則「私有面積」短少即不足百分之二容許範圍內。此時「小公面積」有兩種解釋，第一種是依建築業界慣例，列入「私有面積」之中；另一種則是因為「小公面積」包含電梯、樓梯間，在性質上並非購買預售屋之消費者單獨使用，而必須和其他住戶共同使用，仍有共用之性質，而解為「公共面積」。

在八五重上更字七〇號及九十一重上更（二）字一六三號判決中：「以『小公』列入『私有面積』為業界慣例……上訴人（消費者）所買受者係多層之集合住宅，除了屋頂及地下室之公共設施（俗稱大公）外，必有當層之電梯、樓梯間（即小公），此為一般交易者所可預知預見者。」認為應依業界慣例，將「小公面積」列入「私有面積」之中，似乎是斟酌交易習慣來解釋契約。雖然解釋契約時必須斟酌契約之目的與交易習慣<sup>68</sup>，但這應以契約雙方當事人皆瞭解或可期待相對人瞭解該交易習慣為前提。然對於購買預售屋之消費者，顯然無法期待其瞭解「小公面積」列於「私有面積」之業界慣例。對於購買預售屋之消費者，一生之中可能只有一次購買預售

屋之經驗，根本不可能認識到此一業界慣例。其次，此一業界慣例之形成，係因多數建築業者利用消費者未能預見此種違反經驗法則之定義，將建築面積灌水，進而獲取不正契約利益。此種交易習慣之形成過程，本來即已違反誠信原則，仍否再作為解釋契約條款之依據，更甚可疑。再者，定型化契約係由企業經營者單方擬定，若其條款有解釋疑義，不能由雙方當事人平均分擔解釋疑義之風險，而應由企業經營者承擔此一風險，始符合誠信原則。消費者保護法第十一條第二項規定應為有利於相對人之解釋，即在闡明此一契約法之原則。故雖本案預售屋買賣契約締結於消保法制訂以前，但仍應為有利於消費者之解釋。在本案之中，企業經營者使用「私有面積」之用詞，且並未於契約條款中說明「私有面積」包含「小公面積」，導致契約條款解釋產生疑義。這些疑義全係企業經營者使用條款不明確所致，理應由企業經營者承擔解釋疑義之風險，不能轉嫁由消費者承擔。再者，企業經營者將「小公面積」納入「私有面積」之中，應有利用一般消費者不知此一業界慣例，而獲取不正契約利益，顯然有違誠信原則。解釋契約亦應斟酌誠信原則，亦早為學說<sup>69</sup>及實務<sup>70</sup>所肯定。在本案中，解釋上自不得將「小公面積」列入「私有面積」之中，而應採取較利於消費者之解釋，而將其列入「公共面積」之中，使消費者得以依瑕疵擔保之規定主張其權利。

<sup>68</sup> 參見前揭最高法院六十五年臺上字二一三五號判決；王澤鑑，民法總則，第437頁。

<sup>69</sup> 王澤鑑，民法總則，第437頁。

<sup>70</sup> 參見前揭最高法院六十五年臺上字二一三五號判決。

至於最高法院九十年臺上字一四〇四號判決則認為，因地政機關發給之房地權狀係將「小公面積」計入「公共設施」面積中，故將「小公面積」以「公共設施」之價格，計算買受人因實際面積超過契約約定面積所應補繳之差價。相較於以「業界交易習慣」作為解釋契約之依據，此一解釋標準對相對人而言，較為公正客觀。一方面係以地政機關之分類方式作為解釋依據，不會單方面的趨向建商利益，而較能兼顧雙方公平；另一方面，將「小公面積」納入「公共設施面積」，較符合多數人之經驗法則，而為購屋者所預見。縱然本判決並未適用消保法第十一條之規定，然於個案解釋之結果和適用消保法第十一條無異。

除此之外，若企業經營者於定型化契約中，以契約條款說明：「本契約之『小公面積』屬於『私有面積』之一部」，如此契約條款並未以顯著方式提醒消費者注意，蓋依消費者之一般經驗法則，「私有面積」應為自己可單獨使用之空間，故本條款之內容顯非消費者於通常情形所能預見，應認為屬於消保法第十四條之「異常條款」，而不發生效力。

## 二、夾層屋廣告

### 1. 實務見解

最高法院八十九年臺上字七四六號判決指出：「……被上訴人製作之巧克力花園特刊廣告，載有「創意一是經濟型的，樓層挑高四米三五可以做出很漂亮又不必『委屈』自己的夾層，買一層等於使用二層。……」、「由於法令規定，四米三五的創意空間產品在臺北市已經註定要絕跡，在臺北縣

以淡水而言，巧克力花園之後，也大概不會有第二棟出現」等字句（見一審卷八頁），**其意似指被上訴人所銷售之系爭房屋，可以合法為夾層之『創意空間』**，上訴人於原審主張其所購系爭房屋為合法使用之夾層屋云云（見原審卷五八頁反面），是否全無可採？即非無研求之餘地。……」

最高法院八十九年臺上字二〇二四號判決指出：「……惟查上訴人起訴係主張順〇公司於銷售系爭房地時，除於廣告外並由銷售人員明確表明系爭房屋為挑高設計，可作合法之夾層屋或樓中樓使用，引誘上訴人訂購預售之房屋。惟系爭房屋，若未依法請領建造執照，即行二次施工興建夾層，將遭受罰鍰及勒令停工或強制拆除之處分。因系爭房屋已完工，容積率業已用罄，縱令申請建造夾層，亦將因建物總樓地板面積逾越容積率許可範圍，而無法獲准取得執照，系爭房屋顯非可興建樓中樓，無成為合法樓中樓之可能，上訴人因誤信『喜市，四米三神奇城堡，創造樓中樓複式空間。』、『空間變大，挑高客廳樓中樓，為您賺空間省新台幣』等面積加大之說詞而購買，詎系爭房屋缺乏契約預定之『樓中樓複式空間』之效用等情（見一審卷第六、七十六頁），**可見上訴人係主張順〇公司以其預售之房屋有可合法興建夾層之功能**，引誘上訴人購買，並非主張其向順〇公司購買者為有夾層之預售屋。……」

### 2. 分析檢討

消保法第二十二條規定：「企業經營者應擔保廣告內容之真實，其對消費者所負之義務不得低於廣告之內

容。」依本條之規定，於企業經營者與消費者締結契約後，企業經營者之廣告內容即依本條之規定，由單純的「要約之引誘」轉變為「契約之內容」。實務見解<sup>71</sup>曾認為，消保法第二十二條規定，使企業經營者刊載之廣告，由「要約之引誘」成為「要約」，故經雙方意思表示合意後，成為契約內容。然「要約之引誘」與「要約」之差別在於，要約為意思表示，要約人有受其要約拘束之意，而要約之引誘，僅在引誘他人向其為要約，本身並無受其內容拘束之意<sup>72</sup>。而企業經營者刊登廣告，原則上並無受廣告拘束之意思，不能認為係要約。蓋依民法第一百五十三條規定，要約與承諾意思表示一致，契約即為成立。企業經營者仍應享有選擇契約相對人之自由，若將廣告視為要約，則只要有人向建商發出欲締結契約之意思表示，將立即成立契約，而使企業經營者選擇契約相對人之自由落空，並不妥當。至於企業經營者之所以要擔保其給付內容不得低於廣告，並非「要約之引誘」成為「要約」，而係企業經營者一方面以華麗之廣告誘使相對人與之締約，另一方面於契約內容中所負之給付義務和廣告內容不符，如此將有違誠信原則禁反言之要求。故消保法二十二條規定，係將「要約之引誘」成為契約內容<sup>73</sup>。

既然，企業經營者之廣告依消保

法第二十二條規定，成為契約之內容，且廣告內容亦為企業經營者單方所擬定，故在解釋廣告內容時，自然應有消保法第十一條第二項規定之適用。於最高法院八十九年臺上字七四六號判決及八十九年臺上字二〇二四號判決皆涉及到，企業經營者於廣告中之用語，究竟指稱系爭房屋為挑高建築，抑或為可合法施作夾層之意。此時因企業經營者於廣告中之用語文義曖昧，應適用消保法第十一條第二項規定，為有利於相對人之解釋，將廣告內容解為「可合法施作夾層」。如此始能避免企業經營者在廣告中以曖昧模糊之用語創造不可期待之美景，進而誘使處於資訊弱勢之消費者與之締約，進而獲取不當契約利益。

<sup>71</sup> 參閱本文於「僅供參考條款」對本判決之評析。另見最高法院九十年臺上字一五八五號判決。

<sup>72</sup> 關於要約與要約之引誘，請參閱王澤鑑，基本理論·債之發生，第173頁至第176頁。

<sup>73</sup> 採此一見解者：九十一年臺上字二五八三號判決、

## 第四章 定型化契約條款之效力

### 第一節 審查標準之變更—從「公序良俗」到「誠信原則」

在定型化契約條款相關之法律問題中，在學說上受到最多討論的是，定型化契約條款是否有效，而構成當事人間權利義務之內容。在法院實務中，關於定型化契約條款是否有效之判決，在數量上遠遠超過定型化契約條款是否成爲契約內容以及定型化契約條款之解釋之判決。我國實務關於定型化契約條款之控制，最早也是從定型化契約條款是否有效開始。可見定型化契約效力之審查，在學說與實務上具有相當之重要性。

我國實務最早是以民法第七十二條關於「公序良俗」之規定，來審查定型化契約條款之效力。最高法院七十三年度第十次民事庭會議之決議中認爲，銀行以定型化契約約定：「如銀行認爲票據上之印章與存戶留存之印鑑相符時，縱令爲他人盜用或偽造，存戶仍應負責任。」，將使銀行不負善良管理人之注意義務，免除其抽象輕過失責任，此一約款違反「公共秩序」，應爲無效<sup>74</sup>。此一決議爲我國實務之定型化契約條款控制，開創了一條嶄新的道路。最高法院又於八十年臺上字七九二號判決中，表示：「縱旅

<sup>74</sup> 關於本決議之評析，請參閱拙著，消費者保護法關於定型化契約規定在實務上之適用與評析，第 98 頁至第 101 頁。

行業者印就之定型化旅行契約附有旅行業者就其代理人或使用人之故意或過失不負責任之條款，但因旅客就旅行中之食宿交交通工具之種類、內容、場所、品質等項，並無選擇之權，此項條款殊與公共秩序有違，應不認其效力。」，而宣告旅行業者免除民法第二二四條履行輔助人責任之免責條款無效<sup>75</sup>。又最高法院七十四年臺上字一〇六四號判決雖認爲，「民法債編第二十四節內第七百五十一條規定之保證人權利，法律上並無不許拋棄之特別規定，就其性質言，保證人非不得拋棄，且其拋棄，與公共秩序無關。」，然學說見解認爲，上開條款概括的排除保證人一切抗辯權利，排除保證人之權利範圍，既深且廣，應認爲違反公序良俗而無效<sup>76</sup>。

民法第七十二條之「公共秩序」，係指法律本身之價值體系，而「善良風俗」，則是指法律外之倫理秩序。本條之目的在於使違反法律本身價值體系或違反倫理之法律行爲，不具有法律上之強制力<sup>77</sup>。惟定型化契約條款，雖不違反公序良俗，但其內容不合理且不利於相對人者，亦屬常見，此時即無從藉由「公序良俗」之概念來審核其效力<sup>78</sup>。且定型化契約條款主要問題在於，在於其約定內容對於約款相

<sup>75</sup> 關於本判決之評析，請參閱王澤鑑，定型化旅行契約的司法控制，民法學說與判例研究（七），第 56 頁以下。

<sup>76</sup> 詹森林，定型化契約之基本概念及其效力之規範，第 41 頁；拙著，消費者保護法關於定型化契約規定在實務上之適用與評析，第 151 頁。

<sup>77</sup> 王澤鑑，民法總則，第 311 頁。

<sup>78</sup> 王澤鑑，定型化旅行契約的司法控制，第 66 頁；詹森林，定型化約款之基本概念及其效力之規範—消費者保護法第十二條之分析，民事法理與判決研究（三），第 44 頁。

對人不公平，所涉者為雙方當事人間之利益；而公序良俗目的在於貫徹法律體系之價值及倫理道德之法律化，並未直接觸及定型化契約條款之主要問題。定型化契約條款之控制之目的在於，如何維護當事人間利益之均衡，從而保障契約正義<sup>79</sup>。而誠信原則之意義及功用，亦在於維護雙方當事人之公平<sup>80</sup>。德國在帝國法院（Reichsgericht，簡稱 RG）時期，多以公序良俗之概念來審查定型化契約條款之效力，然戰後之聯邦最高法院（Bundesgerichtshof，簡稱 BGH），則改以誠信原則作為審查標準<sup>81</sup>。國內學者早在消保法制定之前，即有主張應以誠信原則取代公序良俗來作為定型化契約條款效力審核之標準<sup>82</sup>。

自民國八十三年一月十三日消費者保護法施行以後，法院大多以該法第十二條第一項：「定型化契約中之條款違反誠信原則，對消費者顯失公平者，無效」之規定來審核定型化契約條款之效力，使定型化契約條款之效力之審查，由「公序良俗」走向「誠信原則」。惟實務囿於該法僅適用於「消費關係」，認為「非消費關係」之定型化契約，例如定型化保證契約<sup>83</sup>、

工程合約<sup>84</sup>等，皆認為無消保法第十二條之適用。然自民國八十九年五月五日起，民法債編修正條文施行後，依民法第二四七條之一規定：「依照當事人一方預定用於同類契約之條款而訂定之契約，為左列各款之約定，按其情形顯失公平者，該部分約定無效……」，該規定依債編施行法第十七條規定，溯及適用於債編施行前訂定之契約<sup>85</sup>。此時，實務乃依照本條規定審核「非消費關係」之定型化契約條款之效力<sup>86</sup>。而學說見解認為本條規定亦是以誠信原則作為審查定型化契約條款效力之標準<sup>87</sup>。

## 第二節 消保法第十二條之規定

消保法第十二條第一項規定：「定型化契約中之條款違反誠信原則，對消費者顯失公平者，無效。」第二項規定：「定型化契約中之條款有下列情形之一者，推定其顯失公平：違反平等互惠原則者；條款與其所排除不予適用之任意規定之立法意旨顯相矛盾者；契約之主要權利或義務，因受條款之限制，致契約之目的難以達成者。」本條第一項為審查定型化契約

<sup>79</sup> 王澤鑑，基本理論·債之發生，第 98 頁；詹森林，定型化約款之基本概念及其效力之規範，第 44 頁。

<sup>80</sup> 史尚寬，債法總論，民國 79 年 8 月，臺北七刷，第 319 頁。

<sup>81</sup> 詹森林，定型化約款之基本概念及其效力之規範，第 44 頁至第 45 頁。

<sup>82</sup> 王澤鑑，消費者的基本權利與消費者保護，民法學說與判例研究（三），第 23 頁；王澤鑑，定型化旅行契約的司法控制，第 66 頁。

<sup>83</sup> 參見最高法院八十八年臺上字一〇八四號判決、八十八年臺上字二〇五三號判決、九十年臺上字一四一四號判決、九十年臺上字二〇一一號判決。

<sup>84</sup> 參見最高法院九十二年臺上字一三九五號裁定。本判決認為工程契約不適用消保法有關定型化契約之相關規定，惟亦認為此時民法第二四七條之一已經施行，得依該條之規定審核非消費關係之定型化契約條款。

<sup>85</sup> 關於債編修正條文溯及適用之問題，並非本文所欲討論者，詳細介紹請參閱詹森林，民法債編修正條文溯及既往規定之實務問題—最高法院判決評析，民事法理與判決研究（二），第 183 頁以下。

<sup>86</sup> 參見最高法院九十一年臺上字一九九九號判決、九十二年臺上字一三九五號判決。

<sup>87</sup> 王澤鑑，定型化旅行契約的司法控制，第 67 頁。

條款效力之一般性規定，以定型化契約條款是否符合誠信原則及是否公平作為其是否有效之判斷標準。惟第一項之判斷標準過於抽象，必須經具體化後始能適用於個案之中。為了使定型化契約效力審查標準更具體化，本條第二項舉出幾種定型化契約條款經常違反誠信原則之情形，並規定定型化契約條款如有此類情形時，推定其顯失公平，以便利實務上之運用。故在個案中審查定型化契約條款之效力時，宜先由本條第二項之具體標準出發，如定型化契約條款無第二項所列情形時，再依第一項審核有無其他違反誠信原則顯失公平之情形<sup>88</sup>。

消保法第十二條第一項規定，在認定定型化契約條款是否有效時，除了應審查該約款是否違反誠信原則之要求外，並應判斷是否對契約相對人顯失公平。亦即，必須定型化契約條款違反誠信原則，並且對相對人顯失公平時，始屬於本條所規定之無效約款<sup>89</sup>。然國內亦有見解認為，本條規定相較於民法第二四七條之一之規定對於消費者更為苛刻，故認為應依消保法之立法目的，將「顯失公平」及「違反誠信原則」解釋為選擇性要件，始能符合保護消費者之目的<sup>90</sup>。然在通常情況下，定型化契約條款對相對人顯失公平者，應無不違背誠信原則；違反誠信原則之約款，亦多對相對人顯失公平。故應認為誠信原則與顯失公平兩項審查標準並非獨立，而是相互

補充<sup>91</sup>。

學說見解認為，如定型化契約條款具有本條第二項之情形時，除了推定其內容顯失公平外，亦應推定違反誠信原則<sup>92</sup>。惟此一推定並非不可推翻，約款使用人（企業經營者）仍可以以下事由，證明雖定型化契約條款有本條第二項之情形，然並未顯失公平或違反誠信原則，仍然有效<sup>93</sup>：

1. 依該定型化契約，相對人雖因系爭約款而受有不利益，惟相對人同時亦應該不利益，而受有相當補償者。例如在融資性租賃契約中，租賃公司以定型化契約條款排除出租人之修繕租賃物義務及瑕疵擔保責任，若出租人毫無保留地直接將其對供應商之瑕疵擔保責任讓與給承租人時，此一條款即符合消保法第十二條之要求，仍屬有效<sup>94</sup>。
2. 定型化契約條款之使用人，使用系爭約款，具有特殊重大之利益，至相對人之利益，應對之為讓步者。亦即，定型化約款使用人有更值得保護之利益，使相對人之利益犧牲具有正當性。
3. 定型化契約條款對相對人所生之不利益，尚屬輕微。例如在信用卡使用契約中，基於信用卡代替現金交易之特性，發卡機構若以定型化契約明示排除持卡人於簽名於帳

<sup>88</sup> 詹森林，定型化約款之基本概念及其效力之規範，第 55 頁。

<sup>89</sup> 詹森林，定型化契約之基本概念及其效力之規範，第 79 頁。

<sup>90</sup> 黃立，月旦法學教室，第 16 期，第 80 頁。

<sup>91</sup> 詹森林，定型化契約之基本概念及其效力之範圍，第 79 頁。

<sup>92</sup> 詹森林，定型化約款之基本概念及其效力之規範，第 55 頁。

<sup>93</sup> 詹森林，定型化契約之基本概念及其效力之規範，第 56 頁。

<sup>94</sup> 拙著，融資性租賃之法律性質與定型化約款，新型契約與消費者保護法，第 274 頁；詹森林，定型化契約之基本概念及其效力之規範，第 84 頁至第 85 頁。

單後得撤銷原先指示之權利，因持卡人於發卡機構付款後，仍得依其和特約商店之法律關係主張權利，因此該約款並未對持卡人構成重大侵害權益之事由，仍為有效之約款<sup>95</sup>。

#### 4. 綜合一切具體情事，並衡量雙方利益狀態，尚難認為系爭約款顯失公平。

因此，如定型化契約條款有本條第二項所列之各種情況時，即依該項規定推定違反誠信原則且顯失公平，約款使用人若無法舉證推翻此一推定，即應認為該定型化契約條款依消保法第十二條第一項規定無效<sup>96</sup>。

附帶一題的是，消保法第十二條之目的在於維持定型化契約條款使用人之契約相對人之利益。故定型化契約條款如有該條所定之情形時，僅契約相對人得主張該約款無效<sup>97</sup>。蓋使用定型化契約條款之人，不能一方面利用該不公平之條款像相對人獲取不正契約利益，另一方面，於該條款對自己不利時，基於自己之利益主張該條款違反消保法第十二條無效，如此將有違誠實信用原則（禁反言）。

以下介紹消保法第十二條第二項中所列各種定型化契約條款推定為顯失公平之情況。為了能夠更瞭解在舉

體個案中定型化契約條款違反誠信原則之情形，因此以下將由較為具體之第二款及第三款出發，最後再論述第一款之事由。

#### 一、違反任意規定之立法意旨

消保法第十二條第二項第二款規定，若定型化契約條款和其所排除之任意規定之立法意旨相互違背時，推定該條款顯失公平。本款規定係根源於德國一般交易條款法第九條第二項第一款。因為立法者在制訂法律之前，通常均已綜合比較衡量契約雙方當事人所涉利益，並為適當之調整，始以條文規定表現其價值判斷。立法者所為之此項利益衡量，係維持契約正義之具體表現。若當事人係以自由個別商議之方式締結契約，自可排除任意規定之適用，蓋當事人可於商議過程中，於契約之其他部分獲得補償，並無違反契約正義之虞。然定型化契約條款係由約款使用人單方所擬定，相對人對於條款內容全無掣酌之餘地，約款使用人如以定型化契約條款排除任意規定，通常目的在於追求一己之利益，甚少考量到相對人之利益。此時若承認該條款之效力，則立法者制訂任意規定所為之價值衡量，及其所欲實現之契約正義，及無法貫徹。因此，若以定型化契約條款方式締約，應不許約款使用人排除法律上之任意規定，如此始能使契約正義實現<sup>98</sup>。

依本條第二款規定，判斷定型化契約條款效力時，首先應先檢討所排除者，究竟屬於何項任意規定。此時

<sup>95</sup> 拙著，消費者保護法關於定型化契約規定在實務上之適用與評析，第 102 頁。

<sup>96</sup> 由此可見，消保法第十二條第二項，性質上應屬法律上事實推定，先以法律推定消保法第十二條第一項之要件事實（違反誠信原則顯失公平），再適用消保法之法律效果（定型化契約條款無效）。關於法律上之事實推定，請參閱駱永家，民事舉證責任論，第 124 頁至第 129 頁。

<sup>97</sup> 詹森林，定型化契約條款之基本概念及其效力之規範，第 51 頁至第 52 頁。

<sup>98</sup> 詹森林，定型化契約條款之基本概念及其效力之規範，第 62 頁至第 63 頁。

必須解釋定型化契約條款，瞭解其真正意涵。其次再探求定型化契約條款所排除之任意規定之目的定，是否帶有公平正義之內容。最後再依具體情事，於個別案例中判斷有無顯失公平之情形<sup>99</sup>。

在使用信用卡契約中，持卡人委任發卡銀行處理清償其與特約商店帳款之事務，性質上屬於委任契約<sup>100</sup>。發卡銀行於清償持卡人向特約商店消費之帳款後，向持卡人請求償還之請求權基礎為民法第五百四十六條第一項之費用償還請求權，必須以持卡人對發卡銀行有所指示（於簽帳單上簽名）為其前提。持卡人如未指示，則銀行居於受任人地位所支出之費用，並非必要費用，而不能請求持卡人償還<sup>101</sup>。亦即，依法律規定，信用卡冒用之風險，原則上應由發卡銀行承擔<sup>102</sup>。若發卡銀行於使用信用卡定型化契約中約定：「信用卡如有遺失或被竊情形時，於持卡人掛失前如為他人所冒用者，其自負額以新台幣三千元為其上限，若冒用者於簽單上之簽名，以善良管理人之注意義務即可辨識與持卡人簽名不同者，不在此限<sup>103</sup>。」因為信用卡冒用所生之帳款，持卡人並未於簽帳單上簽名指示發卡銀行付款，並不能認為屬於必要費用。本約款使持卡人原則上必須就一定金額以

內之非必要費用，負清償之責，而排除民法第五百四十六條第一項規定之適用（確定定型化契約條款所排除之任意規定）。然信用卡被第三人冒用之風險，依法規定應由發卡銀行承擔，本條款係將一定金額之冒用風險轉嫁於持卡人。而本條規定之所以使受任人承擔「非必要費用」之風險，在於費用是否必要，為委任人處理委任事務之領域範圍內，原則上只有委任人可以控制此一風險（探求該條款所排除之任意規定之規範目的）。在通常情況下，於信用卡遺失後，持卡人對於冒用之風險並無控制能力。而發卡銀行則可以藉由選任特約商店或於信用卡上附加照片，防止冒用發生，或以保險之方式轉嫁冒用所生之損害。發卡銀行排除冒用風險之措施並僅需增加少量的經營成本，故並無較持卡人更值得保護之法益存在，故除非持卡人對於冒有故意過失外，應認為此一條款違反誠信原則無效（在個案中判斷有無違反誠信原則或顯失公平之情事）<sup>104</sup>。

## 二、契約主要權利義務受限制至契約目的無法達成

消保法第十二條第二項第三款規定，如定型化契約條款限制契約之主要權利義務，導致契約主要目的無法達成者，推定該條款顯失公平。本款規定係根源於德國一般交易條款法第九條第二項第二款。本款規定於定型化契約並非典型契約類型時，最足以發揮其功效。蓋非典型契約中，並無可供排除之任意規定存在，無從依第

<sup>99</sup> 詹森林，定型化契約條款之基本概念及其效力之規範，第 65 頁。

<sup>100</sup> 拙著，消費者保護法關於定型化契約規定在實務上之適用與評析，第 89 頁至第 91 頁。

<sup>101</sup> 拙著，消費者保護法關於定型化契約規定在實務上之適用與評析，第 96 頁至第 98 頁。

<sup>102</sup> 拙著，消費者保護法關於定型化契約規定在實務上之適用與評析，第 140 頁。

<sup>103</sup> 請參閱財政部九十年一月四日頒佈之「信用卡定型化契約範本」第十七條之規定。

<sup>104</sup> 拙著，消費者保護法關於定型化契約規定在實務上之適用與評析，第 144 頁至第 147 頁。

二款規定審查其效力。然本規定亦得適用於典型契約。本條第二款及第三款並非相互排斥，某些定型化契約條款亦可能同時符合第二款與第三款規定之要件，而推定為顯失公平<sup>105</sup>。

本款之要件有二，亦即：(1)契約之主要權利義務受定型化契約條款限制；(2)契約之目的因此而難以達成。

#### (1) 約主要權利義務受限制：

本款規定在於保護約款相對人，因此本款之「權利」係指相對人之權利，「義務」則是指約款使用人之義務。若定型化契約條款係限制約款相對人之義務或約款使用人之權利，在通常情況下約款使用人皆會擬定其他約款獲得補償，故無本條之適用。約款使用人依契約所負之「主要義務」，除了主給付義務外，亦包含負隨義務<sup>106</sup>。不過本款目的在於避免契約目的難以達成，因此必須依當事人所定契約之內容及其目的，並考量該契約類型在交易上之特徵，以特定契約之主要權利義務之範圍<sup>107</sup>。

#### (2) 致契約目的難以達成：

契約之目的，為當事人其契約內容所欲達成之經濟上效果。契約目的是否因主要權利義務受到限制，致無法達成，應於個別案例中，斟酌各種情形判斷之。契約雙方當事人對契約危險之控制能力及藉保險分散該危險

之可能性，應加以考量<sup>108</sup>。

#### (3) 案例檢討

融資性租賃契約約定，承租人訂立租約之經濟目的在於，無庸一次付清全部價金，而於標的物之使用期限中分期支付，即可對之為使用收益。而就出租公司而言，則為取得標的物所有權作為對承租人融資之擔保，且以租金回收資本及賺取融資之利潤。

若出租公司於定型化契約條款中約定：「如承租人給付租金遲延時，出租人得逕行取回租賃物。」因融資性租賃契約之出租人之給付義務在於租賃期間內容忍承租人使用租賃物，除非出租人依民法第四百四十條規定終止租約，否則不得取回租賃物。故此一約款限制承租人依租賃契約之使用收益權利，為限制契約之主要權利義務，致契約目的不達，應屬無效<sup>109</sup>。

又定型化契約條款約定：「承租人遲付租金時，出租人得終止租約。但承租人於支付全部租金時，得再次請求就租賃物為使用。」本條約款使租賃公司得以提前回收資本，並未扣除期前利息，使租賃公司因承租人立即給付而取得不正當支利息利益，並使承租人隨著使用期限分期支付租金之經濟目的無法達成，亦有限制契約之主要權利義務，致契約目的不達而無效之情形存在<sup>110</sup>。

<sup>105</sup> 詹森林，定型化約款之基本概念與其效力之規範，第 69 頁至第 70 頁。

<sup>106</sup> 關於主給付義務與附隨義務，請參閱王澤鑑，債之關係結構分析，民法學說與判例研究（四），第 90 頁至第 98 頁；王澤鑑，基本理論·債之發生，第 37 頁至第 48 頁。

<sup>107</sup> 詹森林，定型化約款之基本概念及其效力之規範，第 70 頁至第 72 頁。

<sup>108</sup> 詹森林，定型化約款之基本概念及其效力之規範，第 72 頁至第 73 頁。

<sup>109</sup> 拙著，融資性租賃之法律性質與定型化約款，第 283 頁。

<sup>110</sup> 拙著，融資性租賃之法律性質與定型化約款，第 278 頁。

### 三、違反平等互惠原則

#### 1. 本款之立法與批判

消保法第十二條第二項第一款規定，如定型化契約條款違反平等互惠原則，推定該條款顯失公平。又依消保法施行細則第十四條規定，如定型化契約條款有以下情形之一，推定為違反平等互惠原則：1.當事人之給付與對待給付顯不相當者；2.消費者應負擔非其所能控制之危險；3.消費者違約時，應負擔顯不相當之賠償責任者；4.其他顯有不利於消費者之情形者。

本款規定和第二款及第三款不同，為我國立法者所自創。如前所述，消保法第十二條係以「誠信原則」作為審查定型化契約條款效力之標準。而誠信原則為一概括條款，為其個案適用上之便利，故將幾種定型化契約條款常見之違反誠信原則，對相對人顯失公平之事項，列於同條第二項之中，作為有無違反誠信原則之具體判斷標準。消保法第十二條第二項第一款以「平等互惠原則」作為推定定型化契約條款顯失公平之基準，然「平等互惠原則」過於抽象，在個案中適用亦有困難，故於施行細則中明訂定型化契約條款有何種情況，推定為違反平等互惠原則。於個案適用時，如定型化契約條款有消保法施行細則第十四條之情形，即推定為違反平等互惠原則，再依消保法第十二條第二項第一款，推定為顯失公平。此種疊床架屋之立法模式，將會導致法律適用重疊、輾轉曲折，更趨於複雜化<sup>111</sup>。

消保法第十二條第二項之目的，在於例示違反誠信原則之具體情形，有具體化第一項規定之功能。而「平

等互惠原則」抽象程度不亞於「誠信原則」，是否能夠勝任審查定型化契約條款之具體判準，值得懷疑。此由消保法施行細則第十四條必須再次舉出違反「平等互惠原則」之具體情形，可得而知。另一方面，消保法施行細則第十四條所列四種情形，實際上亦為違反誠信原則之具體情形<sup>112</sup>。在實務適用上，似乎應直接以施行細則第十四條作為定型化契約條款有無違反誠信原則、顯失公平之判斷標準，較為直接、便利。

#### 2. 平等互惠之意涵及違反平等互惠之具體判準

平等互惠係指定型化約款使用人固得本於契約自由原則，並為其正當利益，而為利己之約定，惟應同時兼顧相對人之正當利益，尤其應注意不得因該利己之約定，致相對人處於法律上毫無救濟之機會<sup>113</sup>。消保法施行細則第十四條規定，舉出了幾種常見的違反平等互惠原則之情形，分述如下：

##### 1. 給付與對待給付顯不相當：

若約款使用人之給付義務與約款相對人之對待給付顯不相當時，依消保法施行細則第十四條第一款，推定違反平等互惠原則。例如在在融資性租賃契約中，出租人以定型化契約條款約定：「供應商給付遲延或不為給付物品，承租企業不得終止或解除契約，並應按期支付租金。」本條約定使承租人未為物品之使用而仍須給付租金，違反給付與對待給付相當性原

<sup>112</sup> 王澤鑑，基本理論·債之發生，第 105 頁。

<sup>113</sup> 詹森林，定型化契約之基本概念及其效力之規範，第 58 頁。

<sup>111</sup> 王澤鑑，基本理論·債之發生，第 105 頁。

則，應認為違反平等互惠原則而無效<sup>114</sup>。

學說見解指出，給付與對待給付間，雖應維持其對價平等性，惟此係指雙方當事人主觀上各願以其給付換取對方之對待給付而言。至於具體之給付與對待給付在客觀上是否相當，並無違反本款違反平等互惠原則之問題<sup>115</sup>。

## 2. 消費者應負擔非其所能控制之危險者：

基於平等互惠原則，當事人應僅就其所能控制範圍內發生之危險，負其責任。例如在信用卡使用定型化契約中，約定因遺失或被竊，於掛失前應自負一定金額之損失之約款，如前所述，除了違反任意規定之立法意指外，亦因使持卡人承擔其所不能負擔之風險，而違反平等互惠原則。蓋發卡銀行可藉由審查帳單上之簽名是否相符，或於選任特約商店時善盡選任監督之責，甚至在信用卡上附加照片等方式，避免信用卡冒用。而對持卡人而言，就其信用卡是否已遭冒用，毫無得知可能，亦無阻止能力。故此約款使持卡人承擔其所不能承擔之風險，故違反平等互惠原則，推定為顯失公平、違反誠信原則無效<sup>116</sup>。

其他的又例如金融業者以定型化契約，約定得隨時調查借款人及其連帶保證人之課稅資料代理權之約定，

此一約定使金融機構無論有無必要，皆得以任意查詢借款人之課稅資料，使借款人之隱私及個人資料暴露在他入隨時可得知之狀態，亦為使消費者負擔其所不能控制之風險中之一種<sup>117</sup>。行政院消費者保護委員會八十八年四月三日台八十八消保法字第〇〇四六三號函即指出：「金融業者以定型化契約，訂立隨時得查調借款人及連帶保證人之課稅資料代理權之約定，不符合消費者保護法定型化契約之平等互惠原則。查依消費者保護法第十二條第一項『定型化契約中之條款違反誠信原則，對消費者顯失公平者，無效』、及第二項第一款規定，定型化契約中之條款違反平等互惠原則者，推定其顯失公平。」財政部亦禁止金融機構以此約款，向其查詢借款人之課稅資料<sup>118</sup>。

## 3. 消費者違約時，應負擔顯不相當之賠償責任：

與本款事由最具密切性之約定，即是約款使用人於定型化契約中約定相對人違約時應支付違約金之約定。例如約款使用人以定型化契約約定懲罰性違約金，則僅要相對人一旦違約，除應支付違約金外，亦應支付原因債務不履行所生之損害賠償，故以定型化契約約定懲罰性違約金，將使債務人承擔其和其違約所生損害顯不相當之責任，當然違反平等互惠原則。又於分期付款買賣中，如因買受人遲延給付價金，致出賣人依民法第二百五十四條規定解除契約。因解除

<sup>114</sup> 拙著，融資性租賃之法律性質與定型化約款，第 266 頁。

<sup>115</sup> 詹森林，定型化契約之基本概念與其效力之規範，第 59 頁。

<sup>116</sup> 拙著，消費者保護法關於定型化契約規定在實務上之適用與評析，第 141 頁及第 144 頁至第 147 頁；詹森林，定型化約款之基本概念與其效力之規範，第 60 頁至第 61 頁。

<sup>117</sup> 黃立，月旦法學教室，第 16 期，第 82 頁。

<sup>118</sup> 參見財政部八十八年四月二十三日台財稅字第八八〇二二七四〇八號函。

契約後出賣人即應依民法第二百五十九條規定返還已付價金，如出賣人以定型化契約約定得扣留已付之全部價金，應得認為屬於損害賠償總額預定之違約金<sup>119</sup>。然出賣人因買受人遲付價金之損害，通常情況下僅有解約前物之使用利益及標的物折舊之損害，此和買受人已付之價金相比，顯不相當。此約款不但使出賣人於買受人違約時所獲得之利益，比買受人誠實履約時所獲利益還大，使出賣人獲得暴利。而且買受人於出賣人解約後，除了應返還標的物外，亦不得請求返還已付價金。此一條款除違反民法第三百九十條之規定外，亦因使買受人負擔顯不相當之賠償責任，亦有違平等互惠原則，應認為違反誠信原則、對相對人顯失公平而無效。

#### 四、實務見解

##### 1. 代客泊車

###### (1) 法院判決

最高法院九十一年臺上字一五七七號判決指出：「……準此，被上訴人主張上訴人附設之停車場雖未另外收費，因其僅對投宿或消費之客人服務，其服務費係隱藏於其他消費價格之中，而林○明與上訴人有消費關係存在，若因上訴人提供之服務，有安全上之危險致第三人進○公司受有損害，進○公司自得依該法請求賠償。又查上訴人所經營之企業友○飯店以設置停車場招徠顧客前往消費，**其停車卡上之定型化契約雖記載：本場只供停車，不負任何保管責任等語**，然

其停車之服務費已隱藏於其他消費價格中，且現今停車位一位難求、高級轎車隨時有失竊之虞，消費者係因友○飯店有停車場設備始強化其前往消費之意願，即上訴人提供之服務包括人員投宿兼車輛保管，且係有對價關係，其停車卡上該項記載對消費者顯失公平，依消費者保護法第十二條第一項規定，該記載為無效。……」

###### (2) 分析檢討

首先應提及的是，民法之所以要對定型化契約條款之效力作控制，主要理由在於避免約款使用人藉由擬定定型化契約條款，單方追求自己利益，完全至相對人之利益而不顧<sup>120</sup>。由此觀之，似乎必須約款使用人得藉由該定型化契約獲得契約利益者，始有民法或消保法關於定型化契約規定之適用。然於認定約款使用人是否因定型化契約而受有利益時，並不能單單的從單一法律關係觀之，亦必須考量相牽連之法律關係。例如在定型化保證契約中，必須斟酌約款使用人就主債務所獲得之利益。在本案中，則是要斟酌企業經營者僅對住宿旅客提供代客泊車服務。在九十一年臺上字一五七七號判決則指出，一方面因為飯店業者僅對住宿旅客提供代客泊車服務，其費用實際上以隱含在其他服務費用之中，並不能因為代客泊車服務並未單獨計費而認為無對價關係存在；另一方面，飯店業者提供代客泊車服務，在停車位一位難求、高級轎車易於失竊之情況下，有提升顧客前往消費之意願，更應適用消保法之相

<sup>119</sup> 陳泐嶽，買賣（特種買賣），黃立主編，民法債編各論（上），2002年7月，初版一刷，第194頁。

<sup>120</sup> 詹森林，定型化契約條款效力之規範，律師雜誌，第293期，2004年2月，第37頁。

關規定。此一見解，誠屬正確。

在代客泊車法律關係究竟為委任、寄託、委任與寄託之混合契約、委任與租賃之混合契約或者是法定寄託，在學說與實務間皆有所爭議<sup>121</sup>。惟無論認為代客泊車屬於何種法律關係，其停車卡上記載之「本場僅供停車，不負保管責任」之免責條款，皆會因為違反消保法第十二條規定或民法第六百零九條規定而無效。若認為代客泊車屬於寄託契約，企業經營者有保管汽車之義務。依民法第五百八十九條規定：「稱寄託者，謂當事人一方，以物交付他方，他方允為保管之契約。」亦即，寄託契約之主要目的在於為寄託人保管寄託物，故企業經營者以定型化契約免除保管責任，將使寄託人委由受託人保管寄託物之契約目的無法達成，而依消保法第十二條第二項第三款規定，違反誠信原則顯失公平無效。至於認為代客泊車契約為法定寄託，則依民法第六百零九條規定，場所主人不得以揭示限制或免除法定寄託責任，故本約款違反民法第六百零九條規定，當然無效。

縱然認為代客泊車契約屬於委任契約或是委任與租賃之混合契約，企業經營者對消費者之給付義務僅有將車輛停置於停車場以及提供停車場供顧客停車，並無保管之主要給付義務。然依誠信原則，債務人負有避免侵害債權人之身或財產法益之附隨義務<sup>122</sup>，若債務人因故意過失侵害債

權人人身財產法益時，應對債權人負不完全給付損害賠償責任。依消保法第十一條第二項規定，在解釋定型化契約條款時，應為有利於相對人之解釋。代客泊車契約中之「不負保管責任」條款，應解釋為本約款並未排除企業經營者對消費者所負之附隨義務。縱使將本約款解釋為企業經營者免除自己或其履行輔助人之過失責任。就企業經營者自己之歸責事由而言，若企業經營者有故意或重大過失時，則此一免責條款將違反民法第二百二十二條規定無效。若僅有輕過失時，則此一定型化契約條款，將排除民法第二百二十條所揭示之過失責任原則之適用。而過失責任原則為民法之一般法律原則，故本約款將依消保法第十二條第二項第二款規定，違反誠信原則而無效。至於履行輔助人責任之部分，在現實情況下，實際執行代客泊車業務者，多為企業經營者之受僱人，企業經營者本身未必有過失，故企業經營者之歸責事由應依民法第二百二十四條履行輔助人責任定之。尤其在本案中，係因飯店業者自有停車場空間不足，因此代客泊車服務人員遂將消費者之汽車停置於路邊公有停車場，且未將汽車鑰匙妥善保管，導致竊賊先偷走汽車鑰匙再偷走汽車，飯店受僱人顯然有（重大）過失。雖說債務人對其履行輔助人之故意或重大過失是否得以特約免除，學說上有所爭議<sup>123</sup>。然民法第二百二十

<sup>121</sup> 在最高法院八十九年臺上字一四六〇號判決中，原告即主張民法第六百零六條與第六百零七條之場所主人責任、寄託與委任之混合契約等法律關係。

<sup>122</sup> 關於附隨義務，請參閱：王澤鑑，債之關係結構分析，民法學說與判例研究（四），第

94 頁至第 98 頁。

<sup>123</sup> 有認為債務人得以特約免除履行輔助人故意或重大過失責任，請參閱：史尚寬，債法總論，民國 79 年 8 月，臺北七刷，第 353 頁；王澤鑑，為債務履行輔助人而負責，民法學說與判例研究（六），第 89 頁。亦有認為民法第

四條之立法意旨在於，債權人所信賴者為債務人，並非履行輔助人，債權人對於履行輔助人之選任，並無影響力。債務人使用履行輔助人，將提高債務不履行之風險，債務人使用履行輔助人受有利益，應承擔其風險<sup>124</sup>。而此一約款免除僱用人依民法第二百二十四條債務人應對履行輔助人之故意過失負擔保責任之規定，亦使該條規定之任意規定立法意旨無法實現，故依消保法第十二條第二項第二款規定，違反誠信原則顯失公平而無效<sup>125</sup>。

## 2. 變更保留條款

### (1) 實務見解

台灣高等法院台南分院八十六年重上字一〇七號判決指出：「……上訴人雖辯稱：依房屋買賣合約書第十六條第一項約定『水電之設施其配置依各該事業機構核准藍圖為準，預留之公共設施位置如因而有所調整甲方（被上訴人）無條件同意』等內容，被上訴人不得主張該變電設施係房屋之瑕疵云云，惟被上訴人係以一般未包括變電器及電源開關箱位置在其使用面積內之價格購買系爭房地，上訴人亦從未出示電力公司之核准藍圖或告知供公共使用之電箱等物在其花園之內緊臨住屋，若非上訴人有意隱

瞞，兩造買賣之初，即應排除該變電器及電源開關箱之設置。上訴人為企業經營者，利用被上訴人無法事先知悉電力公司核准藍圖之情況下，未盡告知義務，甚至有意欺瞞，而與被上訴人簽立上開定型化契約之條款，違反誠信原則，對消費者即被上訴人顯失公平，依消費者保護法第十二條第一項之規定，應屬無效。……」

最高法院八十九年臺上字一〇七八號判決則以：「……則被上訴人於購買系爭房地時，倘可知悉該社區內必須配置公共水電設施，其配置地點以核准之藍圖為據，而當時復非不能查詢該公共水電設施之配置地點，衡之首開說明，上訴人抗辯被上訴人不得主張系爭房地有瑕疵等語，是否毫不足採？似非無疑。……」為理由，將八十六年重上字一〇七號判決廢棄發回。

本案經最高法院廢棄發回後，台灣高等法院台南分院八十九年重上更（一）字一六號判決仍然維持消費者勝訴之判決，該判決認為：「……解釋意思表示尤須斟酌交易上之習慣及經濟目的，依誠信原則而為之（最高法院八十八年度臺上字第一六七號判決參照）以察；應認該條約定係在解決如因經各該事業機構核准之水電設施與上訴人設計之位置不符，而使得原先設計預留之公共設施（如迴車道、污水處理場等）為配合核准之水電藍圖而須重新設計，致其位置有所變更，則買方須同意者而言；而本件上訴人在申請建造執照規劃時既已將變電器及電源開關箱設置在案，嗣後並經核准並未變更，自無該約定適用之餘地，應無疑義。況上訴人將兩造

---

二百二十二條規定，於履行輔助人責任亦有適用，而認為債務人以特約免除履行輔助人故意或重大過失責任無效。請參閱：黃立，民法債編總論，1999年10月，二版一刷，第427頁。王澤鑑教授亦認為，就立法政策上，應禁止債務人得依特約排除履行輔助人故意或重大過失責任。請參閱：王澤鑑，就債務履行輔助人而負責，第90頁。

<sup>124</sup> 王澤鑑，為債務履行輔助人負責，第72頁。

<sup>125</sup> 相同意見請參閱：王澤鑑，為債務履行輔助人而負責，第89頁至第90頁；黃立，民法債編總論，第427頁。

間業已合意列為契約必要內容之前揭平面圖，降格為『僅供參考之用』，並圖將之排除於契約之外，不唯與兩造間之真意不符，抑且有違誠信原則。……」

## (2) 分析檢討

於本案之中，預售屋之買受人是否得以房屋有瑕疵為由而拒付一部價金，取決於房屋買賣契約書第十六條第一項：「水電之設施其配置依各該事業機構核准藍圖為準，預留之公共設施位置如因而有所調整甲方（被上訴人）無條件同意」條款之效力。於八十六年重上字一〇七號判決中認為，建商利用消費者資訊上之弱勢而訂立之定型化契約條款，應違反誠信原則顯失公平而無效。而最高法院則認為，買受人購買住宅即應得知社區必須配置公共設施，故於締約時即已知悉社區便電箱設置之可能性，應依民法第三百五十五條不負瑕疵擔保之責，並未對此約款之效力作審查。本案經發回台灣高等法院台南分院後，更審判決則認為依消保法第十一條規定，應將該約款解釋為建管機關核准藍圖和原藍圖不符時，建商得依核准藍圖施工，並不得解釋為「僅供參考條款」，而駁回建商之上訴。

契約成立後，除有法律規定之特別情事發生外，當事人均應依合意之契約內容履行義務行使權利，任何一方不得片面變更其內容，此為私法自治之當然結果。就債務人提出之給付而言，除債權人同意外，並不得以自己意思變更自己原應提出之給付<sup>126</sup>。

<sup>126</sup> 詹森林，消費者保護法與預售屋買賣定型化契約，第 101 頁。

而「變更保留條款」，將使企業經營者得依自己意思變更給付內容，原則上對相對人而言，甚為不利。故德國民法第三百零八條第四款規定：「在一般交易條款中，尤其是下列條款無效：約定條款使用人有權變更或違反雙方約定之給付。但基於條款使用人利益之考量，變更或違反之約定對於契約相對人而言屬可合理期待者，不在此限。」，來限制變更保留條款之效力。然於我國法中並未有相同之規定，故在審查本條款之效力時，仍應依消保法及消保法施行細則之規定處理。

就本案而言，首先應依消保法第十一條第二項規定，解釋「變更保留條款」之意旨。八十九年重上更（一）字一六號判決依誠信原則、契約目的及消保法第十一條第二項規定，在解釋上應認為，該變更保留條款並非賦予建商得以任意變更設計之權利，必須在相關機關依法核准之藍圖與建商原先提出之藍圖不符時，建商始得依本約款變更設計。亦即，不能依此約款認為建商於任何情況下皆可變更設計，而使本約款成為「僅供參考條款」。在本案之中，建商向相關機關申請時，即非以和原契約所附藍圖申請，故建商變更設計行為即已超過本約款所允許之範圍，建商自不得以本約款主張房屋並無瑕疵。高等法院此種處理方式之好處在於，可以避免定型化契約條款無效或不構成契約內容，而必須適用任意規定之結果，值得讚揚。

其次，應審查「變更保留條款」是否為相對人於通常情況下顯不能預見，而構成「異常條款」排除於契約內容之外。若認為建商配合相關機關

之要求而為合理的變更，尙於相對人依經驗法則可得預見之範圍內，不構成「異常條款」。反之，若建商變更幅度過大（非合理變更），或者將本約款解釋為建商得任意變更時，則此一約款內容原則上為相對人依經驗法則無法預見，除非於締約時約款使用人特別提請相對人注意，否則將構成「異常條款」，依消保法第十四條規定，不構成契約內容。

除此之外，應判斷本約款是否違反誠信原則顯失公平，而依消保法第十二條規定無效。學見解認為，「變更保留條款」不得賦予建商得任意變更而無任何限制之情形，否則將有違買受人之合理預期。此外，出賣人之變更設計亦不得與其在廣告、設計圖等資料上所表示之價值或效用有重大抵觸。蓋廣告、設計圖等資料為預售屋買受人審酌標的物價值與效用之準據，已然成為締約基礎，不得允許建商任意變更。再者，亦應考量變更設計後是否破壞原訂給付與對待給付之均衡<sup>127</sup>。在本案中，建商變更設計將社區變電箱設置於原告所購得之住宅中，不但使原告房屋使用面積縮小，且變電箱會產生雜音與強大磁場，對人體健康有重大影響，亦會影響房屋價值，顯然破壞給付與對待給付均衡，應認為此一「變更保留條款」違反誠信原則顯失公平而無效。台南高分院八十六年重上字一〇七號判決認為「變更保留條款」違反誠信原則顯失公平，誠屬正確。

至於最高法院八十九年臺上字一〇七八號判決認為，買受人購買房屋

時，即應知悉配置公共設施之可能性，故認為買受人於締約時已知瑕疵存在，出賣人不負瑕疵擔保責任。若最高法院之見解為，只要社區設置有變電箱，且此一事實為買受人締約時所知悉，即可認為買受人自始即知瑕疵存在。惟於同一社區中，不同房屋之價格亦會因為其面積、位置等因素，而造成其價值不同。又例如某些公共設施，亦會影響交易價值。例如變電箱或大樓中繼水塔等設施，會影響附近住家之生活品質。本案原告之所以願意支付約定價金，在於其所購買之房屋並未鄰近上述影響生活品質公共設施。若認為買受人得知社區中必有影響生活品質之公共設施存在，而逕行認為買受人於締約時即已知悉自己所購之住宅有瑕疵存在，似乎過於武斷。若最高法院之見解為，因買受人悉社區將設置有變電箱，故變電箱可能出現於買受人所購之住宅，故買受人締約時知悉瑕疵存在。然學說間認為，買受人僅對瑕疵有所懷疑時，並不能認為係買受人於締約時已知瑕疵存在<sup>128</sup>。縱認為買受人於締約時已知悉變電箱設置於自家住宅之可能性，依上開學說見解，亦僅能認為買受人對於變電箱設置於自家住宅有所懷疑，尙難認為於締約時已明知瑕疵存在。更何況在本案中，建商於買受人締約時所提出之藍圖，並未表示買受人所購買之房屋中設置變電箱，買受人對於變電箱設置於自家住宅中，並無任何得知可能性，是否對於瑕疵存在有所懷疑，亦有疑問。故最高法院認為買受人明知瑕疵存在，並

<sup>127</sup> 詹森林，消費者保護法與預售屋買賣定型化契約，第 102 頁。

<sup>128</sup> 史尚寬，債法各論，民國 70 年 7 月，臺北五刷，第 28 頁。

不妥當。

### 第三節 民法第二百四十七條之

#### 一規定

##### 一、民法第二百四十七條之一之規定及其立法之檢討

民法第二四七條之一規定：「依照當事人一方預定用於同類契約之條款而訂定之契約，為左列各款之約定，按其情形顯失公平者，該部分約定無效：免除或減輕預定契約條款之當事人之責任者；加重他方當事人之責任者；使他方當事人拋棄權利或限制其行使權利者；其他於他方當事人有重大不利益者。」

本條規定雖於民國八十八年四月二十一日通過，八十九年五月五日施行，較消費者保護法要來的晚。惟本條規定於民國七十二年九月之民法債編修正草案中即已出現，反較消保法來得要早（消保法草案係於民國七十八年提出）。因此民法對於定型化契約（本條立法理由稱為「附合契約」）僅對定型化契約條款之效力作規範，相較於較早制訂之消保法規定還來的落伍。民法第二百四十七條之一所列四款情形，為定型化契約條款常見之情形，然定型化契約條款有本條所列各款情形時，並非當然無效，仍須於個案中審查對相對人是否顯失公平。而消保法第十二條第二項所列各款事由，為定型化契約條款違反誠信原則、顯失公平之常見情況，定型化契約條款如有該條所列各款情形時，十之八九可認為該定型化契約條款無效。因為民法第二百四十七條之一所

列各款事項，並不能作為審查定型化契約條款是否有效之具體判斷標準，因此和消保法第十二條相較起來，實務上適用較不便利，有時必須藉助於消保法之判斷標準<sup>129</sup>。

另外，民法關於「附合契約」之規定與消保法關於「定型化契約」之規定，兩者間之關係，亦有問題。學說見解有認為，雖消保法第一條第二項規定，有關消費者之保護，依本法之規定。」然消保法制訂定型化契約相關規定之目的，於定型化契約之相對人為法人時，並未消失。蓋各個法人通常僅就自己營業項目或設立目的有關之事項，具有專業知識，若不論是否與其營業項目有關，一概認定法人救他方當事人使用之定型化約款有充分認知與磋商能力，顯然與事實有違<sup>130</sup>。因此認為縱然在企業經營者間之定型化契約，亦應有消保法關於定型化契約規定之適用。消保法與民法第二百四十七條之一之規定間，並不具有普通法與特別法之關係<sup>131</sup>。然亦有見解認為，因本法第一條第二項已將本法適用範圍限於「消費關係」之中，若與消費關係無關之定型化契

<sup>129</sup> 惟查閱我國實務判決，於適用消保法第十二條規定時，甚少於個案中論述定型化契約條款如何符合該條第二項所列各款情形，大多僅於判決書中引用該條規定後，即作出該條款是否違反消保法第十二條之規定。此種方式並未將法官對定型化契約條款是否違反及如何違反消保法第十二條之心證公開，容易造成法官恣意裁判之印象，降低國民對司法之信任。然國內法官案件負擔顯然高於其他國家法官，使法官處理每個案件之平均時間顯然不足，降低裁判品質。可見，降低法官工作負擔，應為司法改革之要務。

<sup>130</sup> 詹森林，消費者保護法對於法人之適用問題，民事法理與判決研究（三），第 246 頁至第 247 頁。

<sup>131</sup> 王澤鑑，基本理論·債之發生，第 96 頁。

約，例如僱傭契約、企業經營者間之定型化契約，即無消保法之適用，而應適用民法第二百四十七條之一之規定<sup>132</sup>。實務見解大多認為：「銀行與連帶保證人間所訂立之保證契約，乃保證人擔保借款人對銀行債務之清償責任，銀行對保證人並不負任何對價，保證人亦無從因保證契約自銀行獲取報償，其性質為單務無償契約，非屬消費之法律關係，保證人亦非消費者，當無消費者保護法之適用<sup>133</sup>。」而採取後一說之見解。

然定型化契約為現代契約法之一般問題，本應規定於作為私法基礎法之民法之中。但如前所述，民法關於「附合契約」之規定較為簡陋，並不足以作為規範定型化契約法律關係之基礎。因此，縱使認為消保法僅適用於「消費關係」，非消費關係之定型化契約必須適用民法之相關規定。然在解釋適用民法相關規定時，似仍應參考消保法之相關規定，以法理補充民法之不足。例如第二百四十七條之一規定在解釋適用時，應參考消保法第十二條第二項及消保法施行細則第十四條之規定。至於定型化契約條款是否定入契約，於解釋民法第一百五十三條之同時，亦應參考消保法第十三條至第十五條之規定。定型化契約條款之解釋，於適用民法第九十八條規定之同時，亦應參酌誠信原則，為有

<sup>132</sup> 黃立，月旦法學教室，第 15 期，第 99 頁；詹森林，消費者保護法之定型化契約最新實務發展，月旦法學雜誌，第 91 期，2002 年 12 月，第 40 頁至第 41 頁；詹森林，定型化契約條款效力之規範，第 28 頁至第 29 頁。

<sup>133</sup> 參見最高法院九〇年臺上字一四一四號判決、九〇年臺上字二〇一一號判決、八十八年臺上字一〇八四號判決、八十八年臺上字二〇五三號判決。

利於相對人之解釋。如此，就「非消費關係」之定型化契約條款，於處理結果上和消保法並無太大差異，消保法和民法規定之適用範圍，即無如此的重要。不過根本解決問題之方式，應將消保法之相關規定，移置於民法之中，始能符合其一般規定之性質。

## 二、民法第二百四十七條之一之解釋適用與實務見解

### 1. 民法第二百四十七條之一與消保法第十二條之界限

#### (1) 實務見解

##### a. 定型化保證契約

台灣高等法院八十八年上字第五十六號判決指出：「……查上訴人於為保證之初縱使以○○公司董事之身分為之，然其既未與被上訴人約定於上訴人卸任○○公司之董事或被上訴人另行追加保證人時即終止上訴人之保證責任，即不得以此免具保證責任，則上訴人辯稱其已卸任○○公司董事之職務及被上訴人於上訴人卸任董事職務時另行追加保證人，上訴人之保證責任亦已消滅等，亦無足採。又被上訴人係金融機構，為追求合理利潤、避免風險，乃以要求主債務人邀同連帶保證人，立具保證書，期能收回借款為經營方式。而主債務人○○公司為進行生產、經銷之商業活動而為借款行為，其非為滿足生活欲望之消費，**並非消費者保護法所謂之消費行為，故無消費者保護法適用之餘地。再本件保證契約性質上為單務、無償契約，並不具『交易』之對價關係，非屬消費關係，保證人非消費者，故無消費者保護法之適用。**故原審據此而為上訴人敗訴之判決，核無違

誤。……」

最高法院八十八年臺上字二〇五三號判決指出：「……所謂消費者，依消費者保護法第二條之立法解釋，指以消費為目的而為交易、使用商品或接受服務者而言。銀行或其他金融機構與連帶保證人間所訂立之保證契約，乃保證人擔保借款人對金融機構債務之清償責任，金融機構對保證人並未提供任何商品或服務，保證人並未因有保證契約而自銀行獲得報償，其性質應屬單務、無償契約，尚非屬消費者保護法之有關消費法律關係，自無該法之適用。……」

最高法院九十年臺上字一四一四號判決指出：「……銀行與連帶保證人間所訂立之保證契約，乃保證人擔保借款人對銀行債務之清償責任，銀行對保證人並不負任何對價，保證人亦無從因保證契約自銀行獲取報償，其性質為單務無償契約，非屬消費之法律關係，保證人亦非消費者，當無消費者保護法之適用。且查兩造間之保證書及約定書第十一條均已明載，債權人無需再行徵求保證人同意或通知保證人，即可允許主債務人延期清償，保證人仍須負全部清償之責，此特約既係出於兩造自由意思所締訂，上訴人亦知其保證範圍，而未曾通知被上訴人終止保證契約，自無解於其連帶償還系爭借款之責，難謂有欠公允。上訴人抗辯，系爭借款清償期屆至後，被上訴人未經伊同意允許上鋒公司延期清償，伊不負保證責任，又保證書暨約定書關於被上訴人得同意主債務人延期清償，保證人仍須負償還責任之記載，違反誠信原則，及消費者保護法第十二條之規定，應屬無

效云云，亦無足取。……」

#### b. 工程承攬契約

最高法院九十二年臺上字一三九五號裁定認為：「……消費者保護法之立法目的乃在於保護消費者之權益，促進國民消費生活安全，提昇國民消費生活品質。所謂「消費者」，係指以消費為目的，而為交易、使用商品或接受服務者而言。消費者與企業經營者間就商品或服務所發生之法律關係，稱之為「消費關係」，觀之該法第一條第一項、第二條第一款、第三款規定自明。本件兩造所訂立之工程合約係屬承攬契約關係，並無消費關係存在。再按依照當事人一方預定用於同類契約之條款而訂定之契約，為加重他方當事人責任之約定，按其情形顯失公平者，該部分約定無效，固為民法第二百四十七條之一第二款所明定。惟八十八年四月二十一日民法債編增訂該條規定之立法理由，乃鑑於我國國情及工商發展之現況，經濟上強者所預定之契約條款，他方每無磋商變更之餘地，為使社會大眾普遍知法、守法，防止契約自由之濫用及維護交易之公平，而列舉四款有關他方當事人利害之約定，為原則上之規定，明定『附合契約』之意義，及各款約定按其情形顯失公平時，其約定為無效。是該條第二款所謂『加重他方當事人之責任』，應係指一方預定之契約條款，為他方所不及知或無磋商變更之餘地而言，而所稱『按其情形顯失公平者』，則係指依契約本質所生之主要權利義務，或按法律規定加以綜合判斷有顯失公平之情形而言。……」

c. 加盟店契約

臺北地方法院八十九年訴字第二一七四號判決指出：「……參酌消費者保護法第十一條第一項所設『企業經營者在定型化契約中所用之條款，應本於平等互惠之原則』，及第十二條之『定型化契約中之條款違反誠信原則，對消費者顯失公平者，無效』之規定，可知，**消費者保護法第十二條所規範之定型化契約條款使用者應為企業經營者，而他方當事人，即條款使用者，乃以『消費』為目的，而與企業經營者為商品之交易或使用，或接受該經營者提供服務之人，亦即消費者與企業經營者所約定之定型化契約應以消費關係為限。**被告雖抗辯專門店合約係定型化契約，依消費者保護法第十二條規定，專門店合約第十條關於違約金之約定應為無效云云。惟查，兩造簽訂之專門店合約乃被告成為『柯○卡彩色快速沖印連鎖專門店』之契約，已如前述，被告並須依原告之指示，於店面招牌上使用原告之服務標章及標幟，但享有原告所提供之一切廣告、促銷優待辦法及合約所規定之權利（專門店合約第一條參照），兩造之權利義務，尚與消費為目的而為交易、使用商品或接受服務等情不同，與消費者保護法所規範之消費行為有間，則縱認專門店合約第十條約定有違誠信原則，對被告顯失公平，亦難以消費者保護法第十二條規定而為該條款無效之認定。被告此項抗辯，於法未合，不足為採。……」

d. 斡旋金契約（相對人為企業經營者）

臺北地方法院九十年訴字第五〇二號判決指出：「……有關消費者保護法所稱消費，並非純粹經濟學理論之一種概念，乃為生產相對、是事實生活之一種消費行為，換言之，係為達成生活目的之行為，凡係基於求生存、便利或舒適之生活目的，在食衣住行育樂方面所為滿足人類慾望之行為，是究其實質，應指不再用於生產之最終消費；故所謂『消費關係』，依消費者保護法第二條第三款規定，係指消費者與企業經營者間就商品或服務所發生之法律關係，而所謂『消費者』，依同法第二條第一款規定，係指以消費為目的而為交易、使用商品或接受服務之人為限。茲細釋被告金寶公司其登記事項資料所載，該公司所營事業為『進出口貿易、經紀人及代理經銷等業務』，而代表人在中國境內所為之法律行為『簽訂契約、報價、採購及議價』，而被告訴訟代理人並自認本件被告金寶公司其欲購入系爭房地之目的為『尋找合適辦公房舍』（參被告訴訟代理人於九十年三月二十一日所遞之答辯一狀），**是知被告金寶公司既係因為營業之便而發動本次交易購置辦公廳舍，即非基於消費之目的而欲購置系爭房地，就本件交易情節而言當亦屬企業經營者之角色，而與消費者保護法所稱之消費者無涉**，推之，原告與被告金寶公司間因本件房地買賣所生之交易行為，自亦非消費關係，顯無消費者保護法適用之餘地。因此被告主張本件兩造間應受消費者保護法第十二條、同法施行細則第十一條、第十三條、第十四條之規範云云，要乏依據。至於被告雖又爭辯本件應屬『商業性定型化契約』，引

用學者所見解認本件亦可引用消費者保護法之規定解決云云。然查兩造上開買賣斡旋金收據係訂定於八十九年六月八日、十日，均在八十九年五月五日民法債編修正條文及民法債編施行法修正條文生效後，而關於定型化契約，除消費者保護法外，另於民法第二百四十七條之一，可資為規範依據，而民法債編施行法第十七條又規定民法第二百四十七條之一就定型化契約之規定，亦溯及既往而適用於八十九年五月五日前訂立之定型化契約。**查考前述民法立法原意既為定型化契約之爭執而為量身訂做，是為區隔消費者保護法與前開民法規定之適用範圍，自應限縮認為僅有消費性定型化契約（即締約一方需為消費者，並以消費為目的而為交易）始有消費者保護法之適用，至於其餘商業性定型化契約及非消費性亦非商業性定型化契約，另應依其情形斟酌是否適有民法第二百四十七條之一之規定解決，始符其立法體制（孫森焱先生著，民法債編總論下冊，第七〇一頁參照）。故本件原告主張系爭交易並無消費者保護法之適用云云，即非無據。……」**

## (2) 分析檢討

消保法關於定型化契約之相關規定，是否得適用於「非消費關係」之定型化契約，一直是學說實務間爭論之重點。在民法債編修正條文施行之前，此問題關係到「非消費關係」之定型化契約條款相對人，是否能夠受到法律保護；在民法債編修正條文通過後，則轉變為應適用民法或消保法之問題。在前揭各判決中中，實務見

解皆認為，消保法係以保護消費者為目的，故消保法之適用，必須以有消費關係存在為其前提。由此可見，實務見解係以是否有「消費關係」存在，作為應適用民法關於「附合契約」之規定或消保法關於「定型化契約」規定之判斷標準。

不過在定型化契約之中，主要問題為契約條款由約款使用人單方擬定，相對人全無摯酌之餘地。然約款使用人在擬定定型化契約條款之同時，甚少顧及到相對人之利益；或使用約款文字細小、不清、涉及專業用語等因素，至相對人不解條款內容；或限制、剝奪相對人之權利，加重相對人之義務。基於這些因素，消保法對定型化契約問題設有規定，以保護相對人之正當利益。而這些因素，並不因為定型化契約屬於「消費性定型化契約」或「非消費性定型化契約」而有所不同<sup>134</sup>。我國立法模式為將與「消費關係」有關之事項規定於消保法，而「非消費關係」之事項，則回歸適用民法之規定，因而將定型化契約法律關係之規定，分別規定於消保法與民法之中。此種立法模式把定型化契約法律關係之規定，割裂規定於民法與消保法之中，除了造成規定之重複外，也會因為在不同法律中規定內容之差異，而導致相同問題可能有不同之處理結果。此種區分之立法模式，並無必要，亦屬多餘。

其次，在我國區分立法之模式下，劃分「消費性定型化契約」與「非消費性定型化契約」之區別標準，亦產生疑義。例如在前揭關於定型化保

<sup>134</sup> 詹森林，消費者保護法對於法人之適用問題，第 246 頁至第 248 頁。

證契約之判決中，實務見解大多認為：「保證契約性質上為單務、無償契約，並不具『交易』之對價關係，非屬消費關係，保證人非消費者……」，故認為保證契約並無消保法關於定型化契約條款效力控制相關規定之適用。惟有學說認為，債權人對保證人仍負有附隨義務，債權人不得以違反誠實信用原則之方法，行使其對保證人之權利<sup>135</sup>。且單務契約債務人所負責任，應予減輕，為民事法律關係上之基本原則。保證契約性質上屬於單務契約，更應適用消保法關於定型化契約之規定保護，減輕其責任。再者，民法第七百四十二條關於從屬性之規定與七百五十一條限制主債務人拋棄擔保物權之規定，皆有表現保證人優於主債務人而受保護之立法意旨。若主債務人為消費者，其與銀行所訂之定型化借款契約，即應適用消保法關於定型化契約之規定。但保證人與銀行間之定型化契約，卻不適用消保法之相關規定，似乎和前揭立法原則有違。因此認為保證契約應有消保法之適用<sup>136</sup>。

又此種區別適用之立法模式，於個案之中是否妥當，亦有疑問。例如在臺北地方法院九十年訴字第五〇二號判決中，企業經營者於房屋仲介契約中之同一斡旋金條款，竟然會因為相對人為消費者或企業經營者，而分別適用民法與消保法之規定。然相對

---

<sup>135</sup> 關於保證契約依誠信原則所生債權人對保證人之附隨義務，請參閱拙著，論人事保證之從屬性與債權人之附隨注意義務—兼評民法債編關於「人事保證」之增訂條文，台灣本土法學雜誌，第29期，2001年12月，第14頁至第17頁。

<sup>136</sup> 詹森林，消費者保護法之定型化契約最新實務發展，第46頁至第47頁。

人不論是企業經營者或者是消費者，對於房屋仲介相關問題，皆處於專業及資訊上之弱勢。在處理同一契約條款所生問題，區別相對人為企業經營者或消費者，分別適用民法與消費者保護法，其正當理由何在，亦值存疑。

由民法與消保法關於定型化契約規定之界限劃分可得知，我國法律體系之混亂。立法者經常因為某項特定問題特別嚴重，因而制訂某一單行法規，而未考量到在另一法律亦有規定，導致同一問題在分別適用不同法律而產生不同結果。而法院在解釋適用上，亦可能因為在不同法律中法條文義之不同，而對處理相同問題之不同法條，作不同之詮釋，而在相類似之個案作不同之處理，而有違憲法平等原則。因此，在立法論上，應將消保法關於定型化契約之相關規定，移置於民法之中。就現行法之解釋適用上，因定型化契約法上涉及之問題有：1.契約條款是否屬於定型化契約條款；2.定型化契約條款是否成為雙方契約內容；3.定型化契約條款之解釋；4.定型化契約條款是否顯失公平；5.定型化契約條款無效時應如何處理。而民法第二百四十七條之一規定，僅涉及到定型化契約條款是否顯失公平，相當於消保法第十二條之規定，至於其他則付之闕如<sup>137</sup>。且民法第二百四十七條之一關於效力控制之規定，亦未如同消保法第十二條規定一般設立具體判斷標準。因此於處理「非消費性定型化契約」法律問題，就民法相關規為作解釋適用時，應參酌消保法相關規定加以詮釋，以避免對「消費性

---

<sup>137</sup> 詹森林，消費者保護法之定型化契約最新實務發展，第41頁。

定型化契約」與「非消費性定型化契約」，產生不同結論，以貫徹平等原則與契約正義。

## 2. 債編修正條文施行前，對「非消費關係」所為之判決，應如何控制其效力。

### (1) 援引法理之適用（九十一年臺上字三百八十八號判決）

最高法院九十一年臺上字三百八十八號判決指出：「原審言詞辯論終結前，民法債編修正條文固尚未施行而於八十九年五月五日始施行，惟民事，法律所未規定者，依習慣；無習慣者，依法理。民法第一條定有明文。上訴人於事實審曾辯稱：被上訴人所主張伊於八十年九月二日簽訂之約定書，係被上訴人自行製作使用之定型化契約，對伊不利，有違誠信原則、公平原則，應屬無效等語（見一審卷一〇五頁反面、一〇六頁），徵諸民法修正之第二百四十七條之一規定：『依照當事人一方預定用於同類契約之條款而訂定之契約，為左列各款之約定，按其情形顯失公平者，該部分約定無效：一、免除或減輕預定契約條款之當事人之責任者。二、加重他方當事人之責任者。三、使他方當事人拋棄權利或限制其行使權利者。四、其他於他方當事人有重大不利益者。』等意旨，上訴人之抗辯是否全不足採？其所稱定型化之契約違反公平原則，就該修正之附合契約條款而言，**縱於原審辯論終結時未及適用於本件，但是否不能依『法理』而予以斟酌適用？**原判決未於其判決理由項下記載其法律上之意見，祇以兩造之約定條款尚無消費者保護法之適用，即

為不利於上訴人之判斷，亦有判決不備理由之違法。」

### (2) 依誠信原則應以予類推適用

台灣高等法院台中分院八十八年度重上字第一〇九號判決（民國八十九年三月二十一日判決）指出：「惟系爭連帶保證書記載……，連帶保證人就主債務人裕○公司對於上訴人所負之借貸、票據、契約及其他一切債務，於所約定之限額內，卻均須負連帶清償之責；且約定連帶保證人必需拋棄先訴抗辯權、延期清償免責權，且不得退保（即拋棄保證契約終止權），凡連帶保證人對於債權人所得主張之權利，絕大部分均已預先拋棄；縱裕○公司所簽發之票據欠缺要件，或裕大公司為第三人之票據背書，而該第三人票據欠缺要件，連帶保證人亦須負大於主債務人之責任，顯失公平，有違誠信原則。又系爭連帶保證書，屬定型化契約，連帶保證人只有簽名與否之權利，對於內容鮮有商議之餘地。……被上訴人依**民法第一百四十八條第二項，類推適用消費者保護法第十二條規定，主張系爭連帶保證契約應屬無效，為有理由**，故系爭借款及其利息、違約金，僅應由主債務人裕○公司及借據上所載之連帶保證人即蔡○雄、古○土及韓○泉清償，被上訴人等勿庸負連帶保證之責。」

而最高法院九十年度臺上字二〇一一號判決（民國九十年十一月九日判決）則以：「銀行或其他金融機構與連帶保證人間所訂立之保證契約，乃保證人擔保借款人對金融機構債務之清償責任，金融機構對保證人並未提供任何商品或服務，保證人並未因有

保證契約而自銀行獲得報償，尚非屬消費者保護法所規定有關消費之法律關係，自無該法之適用。又消費者保護法係於八十三年一月十一日公佈施行，**而系爭連帶保證書則早於八十二年十一月四日簽訂，依法律不溯既往之原則，亦無適用之餘地。原判決類推適用消費者保護法第十二條規定，為上訴人敗訴之判決，自有違誤。**……且系爭連帶保證書載明連帶保證人必需拋棄先訴抗辯權、延期清償免責權，**此特約若係出於兩造自由意思所締訂，能否謂其顯失公平，有違誠信原則？**亦滋疑義。」而將台灣高等法院台中分院八十八年度重上字第一〇九號判決廢棄發回。

臺灣高等法院暨所屬法院八十四年度法律座談會：

「法律問題：甲銀行與連帶保證人乙於民國八十三年二月間就丙與甲銀行間定有清償期限之金錢借貸訂立定型化之保證契約，該契約條款訂明：『銀行無須再行徵求保證人同意，得允許主債務人展期、延期清償』，此條款是否有效？

討論意見：

甲說：按定型化契約中之條款有違反平等互惠原則，或與其所排除不予適用之任意規定之立法意旨顯相矛盾，或契約之主要權利或義務因受條款限制，致契約之目的難以達成者，均推定其顯失公平；又定型化契約中條款違反誠信原則，對消費者顯失公平者，無效，消費者保護法第十二條第一項、第二項第一款分別定有明文。又就定有期限之債務為保證者，如債權人允許主債務人延期清償時，保證人除對於其延期已為同意外，不負保

證責任，為民法第七百五十五條所明定，其立法意旨即認保證人既就定有清償期限之債務而為保證，若債權人自己拋棄期限之利益，應不使保證人因此而受不利之影響。今甲銀行與連帶保證人乙所訂立保證之定型化契約中記載：「銀行無須再行徵求保證人同意，得允許主債務人展期、延期清償」，該條款排除民法第七百五十五條保護保證人任意規定之適用，顯與該條保護保證人之立法意旨相矛盾，符合消費者保護法第十二條第二項第二款之要件，應推定此約定條款顯失公平，故依同法條第一項之規定，該條款即屬無效。

乙說：**銀行與連帶保證人間之保證契約，其性質並非屬消費關係**，保證人亦非消費者，故無消費者保護法之適用，**惟為維持雙方當事人間私法上利益之均衡，避免約款制定者濫用其經濟上、法律上或其他與締約基礎有關之優勢，而侵害契約相對人之利益，即應以民法第二百十九條誠信原則審查定型化契約條款之效力。**今雙方之定型化契約雖因非消費關係而無消費者保護法之適用，惟消費者保護法第十二條已揭櫫一般定型化契約條款無效之判斷標準，非消費關係之定型化契約，若有該條第二項之情形，亦應認係違反誠信原則而無效。民法第七百五十五條之立法意旨乃在保護保證人，以免主債務人自己拋棄期限利益，致使保證人遭受不利。今甲銀行片面考慮自己求償之方便，而以定型化契約排除民法第七百五十五條保護保證人規定之適用，顯與該條保護保證人之立法意旨相矛盾，有違誠信原則，故該條款應為無效。

丙說：甲說有混淆保證人爲借款人之嫌，按銀行與連帶保證人間所訂定之保證契約，乃保證人擔保借款人對銀行債務之清償責任，銀行對保證人並不負任何義務，**保證人亦無從因保證契約自銀行獲取報償，其性質上屬單務、無償契約，並非屬消費之法律關係，保證人亦非消費者，自無消費者保護法之適用。**又所謂定型化契約應受衡平原則限制，係指締約之一方之契約條款已預先擬定，他方僅能依該條款訂立契約，否則，即受不締約之不利利益，此際，始應適用衡平原則之法理，以排除不公平之「單方利益條款」，蓋此情形，倘貫徹「締約自由原則」將使居於經濟上弱者之一方，無締約之可能，而忍受不締約之不利利益，故縱他方接受該條款而締約，該條款亦應認違反衡平原則而無效，以符平等互惠原則。雖保證人通常係礙於職務從屬或情誼原因，而由借款人覓爲其與銀行間債務之連帶保證人，惟就保證契約之法律關係而言，**保證人既係擔保他人間之債務清償責任，並非經濟上之弱者，且未自保證契約獲取任何利益，如認保證契約有違民法保護保證人之任意規定，自可不訂定保證契約，**並不會因未成爲保證人而生不利益，或經濟生活受制於銀行不得不爲保證人之情形。從而，保證人如已同意該條款，而訂定保證契約，該條款依民法第七百五十五條之規定，又屬當事人得依特約排除之任意規定，除另有其他無效之原因外，保證人即不得主張該條款爲無效。

初步研討結果：多數採乙說。

審查意見：採丙說（參照最高法院五十一年度臺上字第二三五六號判決要

旨）。

研討結果：照審查意見通過。」

### (3) 分析檢討

民法債編施行法第十七條規定：「修正之民法第二百四十七條之一之規定，於民法債編修正施行前訂定之契約，亦適用之。」因此於債編施行法施行後，法院裁判即應依債編施行法第十七條規定，對於債編修正前所締結之定型化契約，適用民法第二百四十七條之一規定。然在民法債編及債法施行法修正條文施行之前，尙無「得溯及既往適用之債法編修正條文」存在，法院於審判時發現定型化契約條款對相對人顯失公平時，應如何處理？在此產生疑問。

九十一年臺上字三百八十八號判決認爲：「民事，法律所未規定者，依習慣；無習慣者，依法理。民法第一條定有明文。……定型化之契約違反公平原則，就該修正之附合契約條款而言，縱於原審辯論終結時未及適用於本件，但是否不能依『法理』而予以斟酌適用？原判決……祇以兩造之約定條款尙無消費者保護法之適用，即爲不利於上訴人之判斷，亦有判決不備理由之違法。」，似認爲於民法債編修正條文施行前，得援引修正條文爲「法理」，以予適用。而八十八年度重上字第一〇九號判決：「……連帶保證人亦須負大於主債務人之責任，顯失公平，有違誠信原則。又系爭連帶保證書，屬定型化契約，連帶保證人只有簽名與否之權利，對於內容鮮有商議之餘地。……被上訴人依民法第一百四十八條第二項，類推適用消費者保護法第十二條規定，主張系爭連

帶保證契約應屬無效，為有理由。」則認為，得以誠信原則為依據，類推適用消保法第十二條規定，作為審查定型化契約條款效力之依據。

如前所述，消保法第十二條關於定型化契約條款效力之審查標準，為定型化契約條款是否違反誠信原則，而對相對人顯失公平。又現行民法第二百四十七條之一對「附合契約」效力之審查，法律雖然明文係以「顯失公平」作為審查標準，然學說有認為其內容係以誠信原則作為規範原則<sup>138</sup>。亦即，不管在民法或是消保法，對於定型化契約條款內容之控制，皆是以誠信原則為其基礎。民法第一百四十八條第二項規定：「行使權利，履行義務，應依誠實及信用之方法。」對誠信原則作有一般性之規定。因此，學說見解認為，縱使在消保法制訂之前已經使用之定型化契約條款，應該得以直接適用民法關於誠信原則之規定，並參酌消保法第十二條規定，審查其效力<sup>139</sup>。同理可證，縱使認為「非消費關係」之定型化契約條款，不適用消保法相關規定，必須依民法之規定定其效力。然民法關於「誠信原則」之規定，亦得作為審查定型化契約條款效力之法律依據。因此，在民法債編修正條文施行前，法院雖不得直接適用民法第二百四十七條之一之規定為判決，但仍得適用民法第一百四十八條第二項規定，並參酌消保法第十二條及債編修正條文第二百四十七條之一之意旨，來審核定型化

契約條款之效力。因此，此處係依據民法第一百四十八條第二項規定之「法律」來審查定型化契約條款之效力，並非適用作為一般法律原則，用於補充法律及習慣之不備之「法理」<sup>140</sup>。於臺灣高等法院暨所屬法院八十四年度法律座談會乙說之見解中，雖然認為定型化保證契約非屬「消費關係」，而無消保法定型化契約之相關規定之適用。然亦認為因定型化契約為一方濫用經濟上、法律上或其他締約基礎之優勢所訂定，仍應依誠信原則審核其效力。此一見解為參與研討之多數法官所採，惟此一見解為其後之審查意見所推翻，甚為可惜。

又於於民國八十九年五月五日之後，債編修正條文及債編施行法修正條文業已施行，故各級法院於該日之後做成判決者，即應將具溯及效力之債編修正條文，亦適用於民國八十九年五月五日以前所發生之債，此為債編施行法各溯及既往特別規定之當然解釋結果<sup>141</sup>。因此，於民國八十九年以前之定型化契約，縱使該契約於消保法制訂前所締結，亦應適用民法第二百四十七條之一之規定，審核其效力。九十年臺上字二〇一一號判決認為，該契約係於消保法制訂前所簽訂，基於法律不溯及既往原則，不應類推消保法之相關規定。惟最高法院似乎忽略，高等法院之判決並不單單以類推消保法為依據，亦援引民法關於誠信原則之規定，作為審查定型化

<sup>138</sup> 王澤鑑，定型化旅行契約的司法控制，第 67 頁。

<sup>139</sup> 詹森林，定型化契約之基本概念及其效力之規範，第 49 頁；詹森林，消費者保護法之定型化契約最新實務發展，第 36 頁。

<sup>140</sup> 關於民法第一條所稱之「法理」之意含，請參閱王澤鑑，民法總則，第 64 頁至第 67 頁。

<sup>141</sup> 詹森林，民法債編修正條文溯及既往規定之實務問題—最高法院判決評釋，民事法理與判決研究（二），2003 年 4 月，初版一刷，第 206 頁。

契約條款效力之依據。其次，八十八年度重上字第一〇九號並未「適用」消保法之相關規定，而係「類推適用」。最高法院逕行以保證契約非屬消費關係，並不「適用」消保法之理由駁回，並未就實際就原審法院見解有何不當作處理。亦即，最高法院並未就「非消費性定型化契約」是否得以類推適用消保法關於定型化契約之相關規定，發表意見，似有裁判不備理由之嫌。再者，最高法院在判決之時，債編修正條文已施行，依債法施行法第十七條規定，對於債法修正條文施行前所締結之定型化契約，亦應適用民法第二百四十七條之一之規定。最高法院無視民法第二百四十七條之一有溯及效，逕行以本案不適用消保法為由發回，適用法律顯有違誤。

### 3. 民法第二百四十七條之一「顯失公平」之意含

#### (1) 實務見解

最高法院九十一年臺上字二三三六號判決指出：「查依照當事人一方預定用於同類契約之條款而訂定之契約，為加重他方當事人責任之約定，按其情形顯失公平者，該部分約定無效，固為民法二百四十七條之一第二款所明定。惟八十八年四月二十一日民法債編增訂該條規定之**立法理由**，乃鑑於我國國情及工商發展之現況，經濟上強者所預定之契約條款，他方每無磋商變更之餘地，為使社會大眾普遍知法、守法，防止契約自由之濫用及維護交易之公平，而列舉四款有關他方當事人利害之約定，而為原則上之規定，明定『附合契約』之意義，及各款約定按其情形顯失公平時，其

約定為無效。是該條第二款所謂『加重他方當事人之責任』，應係指一方預定之契約條款，為他方所不及知或無磋商變更之餘地而言，而所稱『按其情形顯失公平者』，則係指依契約本質所生之主要權利義務，或按法律規定加以綜合判斷有顯失公平之情形而言。本件抵押權設定契約書係經具有辦理此類案件多年經驗之被上訴人代理人黃○貞代書審閱多時，始由被上訴人及其配偶劉○榮親自蓋章與上訴人簽訂，既為原審確定之事實。則原審未詳加敘明系爭抵押權擔保之範圍為何，以及該契約約定之條款有何為被上訴人或其配偶劉○榮所不及知，或無可磋商變更之餘地，而有前述顯失公平之情形，遽謂系爭抵押權設定契約書約定『……張○宜保證債務人劉○榮對貴行（包括貴行總分支機構）現在、包括過去所負現在尚未清償之各項債務，及將來依償還合會金契約書、票據、（保證）……等所負債務以及其他一切債務……』字樣，係加重被上訴人之責任而無效，並認上訴人不得以債務人劉○榮因保證所負債務聲請就系爭房地強制執行，於法即欠允洽。上訴論旨，指摘原判決其敗訴部分為不當，求予廢棄，非無理由。」

最高法院九十一年臺上字二二二〇號判決指出：「按所謂定型化契約之條款因違反誠信原則，顯失公平，而無效者，係以契約當事人之一方於訂約當時處於無從選擇締約對象或無拒締約餘地之情況，而簽訂顯然不利於己之約定為其要件。原審就被上訴人於簽訂本件工程合約當時是否處於無從選擇締約對象或無拒絕締約餘地之情況如何，並未查明審認，徒以其於

約定工期內完工，增加一次複驗程式，課以鉅額違約金，顯有變相縮減工期、減少報酬之嫌云云，即認定合約第十九條第三項之約定違反誠信原則，顯失公平，應屬無效，自嫌速斷。……否則自複驗之次日起計算至再驗合格之日止均以逾期論處，每日罰款按結算總價千分之一計算違約金之約定，**此特約若係出於兩造自由意思所締訂，能否謂其顯失公平，有違誠信原則？亦非無研求之餘地。**」

## (2) 加重他方當事人責任

如前所述，民法第二百四十七條之一對定型化契約條款效力之審查，法律雖然明文係以「顯失公平」作為審查標準，然學說認為其精神係以「誠信原則」出發。本條規定雖然填補了一些因為實務囿於消保法僅適用於消費關係而生之對定型化契約規範之漏洞。然民法第二百四十七條之一所列各款，並非得以作為判斷定型化契約條款是否違反誠信原則之判斷標準，而且「顯失公平」之概念過於抽象，可能因為個別法官之觀點不同，而對相同之定型化契約條款之效力作不同之認定，似和法安定之需求不符。再者，實務處理「定型化契約」法律問題，仍然過於保守，在依「顯失公平」之標準權衡當事人利益時，並不能總是使因定型化契約條款致其權益受侵害之相對人獲得完善之保護。甚至有部分實務見解尚未瞭解定型化契約條款規制之目的，而使本條規定無力化。因此，縱使民法第二百四十七條之一在「形式上」填補了部分因實務限縮解釋消保法關於定型化契約相關規定所生之保護漏洞，但因為上開因

素，導致本條規定是否能夠發揮其應有之效力，似乎蒙上了一層陰影。

在九十一年臺上字二三三六號判決以及前揭九十二年臺上字一三九五號裁定中，最高法院似乎認為，依民法第二百四十七條之一之立法理由，應將「加重他方當事人之責任」解為「一方預定之契約條款，為他方所不及知或無磋商變更之餘地而言」，而「按其情形顯失公平者」，則係指「依契約本質所生之主要權利義務，或按法律規定加以綜合判斷有顯失公平之情形而言。」在九十一年臺上字二三三六號判決中，當事人為擔保特定債務，和銀行簽訂設定最高限額抵押權之契約（債權行為），並為最高限額抵押權之設定（物權行為）。然銀行之定型化契約條款約定，使最高限額抵押權擔保範圍包含銀行對債務人之一切債權。台中高分院雖認為本約款加重相對人之責任，因而宣告本條款無效。惟最高法院則以「本件抵押權設定契約書係經具有辦理此類案件多年經驗之被上訴人代理人黃○貞代書審閱多時，始由被上訴人及其配偶劉○榮親自蓋章與上訴人簽訂」為由，而認為本契約條款已經相對人之代理人審閱，因而並無「他方所不及知或無磋商變更之餘地」，自無「加重他方當事人之責任」之問題，而將本案發回更審。

九十一年臺上字二三三六號判決及九十二年臺上字一三九五號裁定，認為審查定型化契約條款是否有「按其情形顯失公平」之情事時，必須「依契約本質所生之主要權利義務，或按法律規定加以綜合判斷」。此一見解原則上並無錯誤，若能參酌消保法第十

二條第二項第三款與第二款意旨加以詮釋，將使我國實務對定型化契約條款之審查，再跨出一大步，將和最高法院七十三年第十次民事庭會議首度以「公序良俗」審查定型化契約條款效力之貢獻不相上下。亦即，法院於審查定型化契約條款效力時，必須斟酌「契約本質所生之權利義務」是否無法達成，或者定型化契約條款是否和「法律規定」之任意規定立法意旨相違背，來判斷該條款是否「顯失公平」。如此不但解決民法第二百四十七條之一規範不足之問題，另一方面則以判決從事「法律續造」，使法律能符合時代之需求。惟將「加重他方當事人之責任」解為「一方預定之契約條款，為他方所不及知或無磋商變更之餘地而言」之看法，似有不當。

首先，依文義解釋，「加重他方當事人之責任」應係指約款使用人以定型化契約條款，增加相對人契約責任，例如使相對人負無過失責任、約定懲罰性違約金或者使相對人承擔依法所不須負之契約風險，相當於消保法施行細則第十四條第二款及第三款之規定。定型化契約條款「為他方所不及知」，應為消保法第十三條等規定關於契約條款是否定入定型化契約內容之問題；而「他方無磋商變更之餘地」，則為定型化契約之特徵，這兩者在文義上及法律邏輯上，似乎和「加重他方當事人責任」，並無關聯。

其次，法院在處理定型化契約條款之相關案件時，首先應判斷定型化契約條款是否定入契約，再對定型化契約條款之解釋，最後在就解釋之條款審核其效力。縱使定型化契約條款納入契約之中，仍應審核其效力。於

九十一年臺上字二三三六號判決中，縱使定型化契約條款已經相對人之法定代理人審閱多時，但頂多也只能認為該定型化契約條款已納入定型化契約之中，並不能當然認定該定型化契約條款當然有效。契約條款是否有效必須就條款具體內容來判斷之。最高法院僅僅以契約條款已經相對人之代理人審閱，而推論定型化契約條款並無顯失公平，似將「定型化契約條款是否定入契約內容」以及「定型化契約條款是否有效」兩個問題混為一談。再者，抵押人訂立設定最高限額抵押之定型化契約時，係為了擔保債務人對銀行之特定債權。依照設定抵押權當時之時空環境，應認為抵押人已和銀行有個別磋商條款存在，依消保法第十五條規定，優先於定型化契約條款適用<sup>142</sup>。縱使認為消保法不適用於「非消費關係」，亦應認為當事人間就此事項有異於定型化契約條款之約定，應可認為當事人有排除定型化契約條款而適用個別磋商條款之意思。抵押權設定之債權行為中約定抵押權之擔保範圍，並未及於該特定債權以外之債權。此時應認為抵押權擔保範圍超過該筆特定債權之部分，欠缺法律上原因，應構成不當得利，銀行有塗銷抵押權之義務。而在銀行塗銷抵押權之前，依照誠信原則，其不得行使欠缺法律上原因之抵押權。

### (3) 顯失公平

至於在九十年度臺上字二〇一一號判決及九十一年臺上字二二二〇號判決中，最高法院似乎認為，定型化

<sup>142</sup> 拙著，消費者保護法關於定型化契約規定在實務上之適用與評析，第158頁至第160頁。

契約條款「違反誠信原則，顯失公平」，必須以契約當事人一方處於無從選擇締約對象或無從拒絕締約之情況，始構成之。若契約係出於雙方當事人自由意思所締結者，並不能認為係違反誠信原則，顯失公平。此一見解，已然成為實務適用民法第二百四十七條之一審查定型化契約條款效力之主要判斷標準。然學說亦有對此一實務見解抱持質疑看法者。

學說見解有認為，就「無從拒絕締約餘地」之論點觀之，在現實生活中，除民生必須商品或服務外，一般人處於「無從拒絕締約之情況者」，甚屬罕見。若採取此一見解，將無任何定型化契約條款違反誠信原則，顯失公平。反之，縱然在消費者無從拒絕締約之情況下，亦非皆違反誠信原則顯失公平，例如水電、瓦斯、交通運輸等企業經營者，大多為獨佔事業，若僅因其獨佔地位以致於消費者無拒絕締約餘地，不問條款如何，一律認為違反誠信，不但不符實情，亦對該類廠商「顯失公平」。至於「無其他締約對象可供選擇」之論點，亦不實際。因各廠商經常使用極為類似或相同之定型化契約條款，雖說就形式上觀之，市場上固然存在眾多供應廠商可供選擇，然不論與任何廠商締約，消費者皆須面對相同之條款。如此是否皆可認為因消費者有選擇相對人之自由，而認為所有廠商所使用之定型化契約條款均不違反誠信原則，顯失公平<sup>143</sup>？

本文認為，最高法院之見解似乎並未確切瞭解契約自由之真正意涵以

<sup>143</sup> 詹森林，定型化契約條款效力之規範，第38頁至第39頁。

及立法者規制定型化契約條款之目的。在契約自由中，有是否締約之自由、選擇相對人之自由、方式之自由以及契約內容形成之自由<sup>144</sup>。在定型化契約之中，契約內容大多為約款使用人單方擬定，相對人對於內容全無摯酌之餘地。因此，相對人之契約內容形成自由完全被剝奪，無從藉由擬定契約內容來防衛自己之利益。因此，消保法及民法對定型化契約之效力、解釋等等設有規範，以保護相對人。亦即，因為在定型化契約中約款相對人喪失了契約內容形成自由，故法律對相對人予以保護，以維持相對人之契約正當利益。然最高法院認為，縱使為定型化契約，僅要基於當事人自由意思訂定，即不能認為違反誠信原則，顯失公平，似乎未瞭解定型化契約條款控制之理由。依其見解，幾乎所有定型化契約條款皆不會因違反誠信原則，顯失公平而無效，蓋所有定型化契約，皆為相對人基於「自由意思」與約款使用人締結。如此觀之，民法第二百四十七條之一規定將等同虛設。

本文認為，於判斷定型化契約條款是否有民法第二百四十七條「顯失公平」之情事時，應參酌消保法第十二條第二項及施行細則第十四條之規定，於有上述規定之情事時，即應推定定型化契約條款有顯失公平之情事。如此，無論是適用消保法或民法之規定，皆會導致相同之結果。除了可彌補民法規定之不足，亦可避免適

<sup>144</sup> 關於契約自由原則之內涵，請參閱詹森林，私法自治原則之理論與實務—台灣法制發展之情形，民事法理與判決研究，2001年8月，三刷，第12頁至第14頁。

用民法與適用消保法之結論不同，所產生之不公平問題。

#### 第四節 無效之法律效果

若定型化契約中之部份條款違反誠信原則、顯失公平無效時，其他條款之效力如何？民法第一百十一條規定：「法律行為之一部無效者，全部皆為無效。但除去該部分亦可成立者，則其他部分仍為有效。」若適用本條規定，將有可能導致某一定型化契約條款無效，接連的使整個定型化契約條款無效。然如此將會使相對人所期望之交易目的無法達成，顯然不足以保護相對人。因此，消保法第十六條做出和民法第一百十一條不同之規定，若定型化契約之部分條款無效時，原則上契約之其他部分仍為有效，而僅於維持其他部分效力對一方當事人顯失公平時，始為全部契約皆屬無效<sup>145</sup>。

雖然定型化契約原則上不因一部條款無效而導致整個契約無效，然雙方當事人間就無效約款部分之權利義務關係為何，契約中並無有效之約定存在，因而產生契約漏洞。此時，關於該無效部分，如有法律相關規定時，依相關規定處理；若法律無規定時，則依契約解釋原則加以補充<sup>146</sup>。

---

<sup>145</sup> 王澤鑑，基本理論·債之發生，第 107 頁至第 108 頁。

<sup>146</sup> 王澤鑑，基本理論·債之發生，第 108 頁；詹森林，定型化契約之基本問題，第 27 頁。

## 第五章 定型化契約之行政 管制

爲了保障實質契約自由，維持定型化契約條款相對人之正當契約利益，除了以消保法中就定型化契約條款是否成爲契約內容、解釋原則以及其效力作有規定，使法院於具體個案中對定型化契約條款進行審查外，另一種方式爲行政機關介入，以制訂定型化契約範本、應記載不得記載事項等方式，促使企業經營者使用適當之定型化契約條款。

行政機關控制定型化契約條款之方式，除了以制訂模範條款（例如範本、應記載不得記載事項）之事前監督方式外，亦有於發現企業經營者於使用不當條款後，藉由行政監督之方式，督促企業經營者改進，或是由消保官提起不作爲訴訟，請求法院判決企業經營者禁止使用該契約條款。而就後者而言，並非本文討論重點，本文僅就行政機關事前監督方式作討論。

### (1) 定型化契約範本之制訂

定型化契約條款係由約款使用人單方擬定，而其擬定契約條款時，鮮少考量到相對人之利益。由其當企業經營者爲約款使用人時，其利用優越之經濟地位，訂立不利於相對人之約款，更屬常見。故定型化契約條款若能由一公正之第三人制訂，立場較爲客觀，亦較能兼顧雙方當事人之利益<sup>147</sup>。因此，行政機關針對社會上常見

之定型化契約，制訂許多定型化契約範本，供企業經營者參考使用<sup>148</sup>。

行政機關所制訂之定型化契約範本，並不當然成爲雙方當事人間權利義務之基礎。必須由企業經營者將之採爲契約內容，與消費者締結契約之後，始有拘束雙方當事人之效力。然定型化契約範本，爲行政機關平衡斟酌雙方當事人利益後所制訂之模範條款，企業經營者基於企業利益之考量，未必願意自動採用，這個情形和企業經營者以定型化契約條款排除任意規定之情況類似，如此將導致行政機關制訂定型化契約範本之目的將無法達成。學說認爲，可藉由市場競爭或者社會輿論壓力，使企業經營者樂於採用或不得不採用<sup>149</sup>。

### (2) 定型化契約事前核准制度

對於構成交易條件之契約條款，由主管機關或專門機構事前加以審查，亦爲有效控制方法<sup>150</sup>。例如我國保險法第一百四十四條第一項規定：「保險業之各種保單條款、保險費及其他相關資料，由主管機關視各種保險之發展狀況，分別規定其銷售前應採行之程式。」財政部基於本條之授權制訂了「保險商品銷售前程式作業準則」。依據本規則，所有的保單皆必須送財政部審核（參見本規則第九條至第十一條）。若保險業者違反保險業法第依百四十四條規定，應處以新台

護，民法學說與判例研究（三），第 25 頁。

<sup>148</sup> 行政院消費者保護委員會網站中，有提供已公佈之定型化契約範本及應記載及不得記載事項。請參見：

[http://www.cpc.gov.tw/02main\\_resource.htm](http://www.cpc.gov.tw/02main_resource.htm)。

<sup>149</sup> 詹森林，定型化契約之基本問題，第 8 頁。

<sup>150</sup> 王澤鑑，消費者的基本權利與消費者保護，第 24 頁。

<sup>147</sup> 王澤鑑，消費者的基本權利與消費者保

幣六十萬元以上三百萬元以下罰鍰（保險法第一百七十一條）。因此，幾乎所有的保險定型化契約皆須通過財政部之審核，財政部可藉由不核准之方式，來排除不利於相對人之定型化契約條款。財政部並且就各種保險契約公佈「保單示範條款」，作為審核保險契約之基準。而「保單示範條款」和定型化契約範本一般，皆為行政機關平衡雙方當事人利益後所制訂。因「保單示範條款」係作為財政部審核保單之基準，故保險業者大多會採取其中約款之內容，因此和定型化契約範本相比，較能實現管制定型化契約之目的。

惟將定型化契約事前核准制度，推廣到各種行業之中，有其困難性存在。再者，要求企業經營者於使用定型化契約條款前，必須經主管機關核准之規定，是否能當然認為係強行禁止規定之違反，因而該契約無效，亦有疑問。若企業經營者於未經核准之情況下，使用定型化契約，即無法受到行政機關之事前審核，來對定型化契約條款作控制。

### (3) 應記載及不得記載事項

消保法第十七條第一項規定：「中央主管機關得選擇特定行業，公告規定其定型化契約應記載或不得記載之事項。」授權主管機關得就特定行業，公告應記載及不得記載事項。依消保法第十七條第二項及消保法施行細則第十五條第二項規定，若企業經營者所使用之定型化契約條款，和主管機關所公告之應記載或不得記載事項相違背時，該定型化契約條款無效，並以主管機關公告之內容取代之；若企

業經營者未將應記載事項納入契約之中，則應記載事項仍然成為契約之內容。亦即，依消保法第十七條之規定，使行政機關所制訂規範，當然成為當事人契約內容，而具有強制性規範之效力。

本條規定在定型化契約管制上具有重大意義。因為在通常情況下，企業經營者於擬定定型化契約條款時，多會排除任意規定之適用，而為有利於自己之約定，因而使法律之任意規定背後所具備之公平正義意涵，無法實現。在行政機關平衡雙方當事人利益後所制訂之定型化契約範本，也因為企業經營者有決定是否採用範本之自由，而使較公平之約款內容，無人使用。而本條規定使行政機關所公佈之應記載不得記載事項，當然成為契約內容，而有拘束雙方當事人之效力，使得行政機關所制訂之較公平之約款，得以成為當事人之權利義務內容，使其背後所據有之公平正義內涵，得以再次實現。因此，本條規定和德國此次債法修正，就某些和當事人權利義務關係重大規定，強制適用於當事人所訂定之契約之中，不許當事人以任何方式作較不利於某一方約定，使立法者衡量雙方公平正義之後所為之規定，能有適用之機會，有異曲同工之妙。惟學者有認為依本規定所制訂之應記載與不得記載事項具有強制效力，影響私法自治甚鉅，為合理節制契約法上之家父主義，此項公告應慎重為之<sup>151</sup>。

### (4) 行政機關擬定之定型化契約條款之效力

<sup>151</sup> 王澤鑑，基本理論·債之發生，第 108 頁。

雖說行政機關所擬定之定型化契約條款（包含定型化契約範本及應記載及不得記載事項等），較能顧及企業經營者與消費者之利益平衡，然並非保證該定型化契約條款絕對有效。因定型化契約為私法上之約定，該約定是否有效，最後之決定者，仍為法院。行政機關所擬定之約款，亦不例外，故法院對於行政機關所擬定之定型化契約條款自有審查權限<sup>152</sup>。消保法施行細則第十五條第一項規定，縱使主管機關公佈之應記載及不得記載事項，亦有消保法關於定型化契約相關規定之適用，即在明示此一原則。例如前揭最高法院八十年臺上字七九二號判決，旅行業者主張定型化契約中之免責條款係依交通部旅行管理規則中之旅遊契約格式訂定，然最高法院仍認為該免責條款不生效力<sup>153</sup>。若依特別法規規定，定型化契約條款在使用前必須經主管機關核准者，於主管機關核准後，亦不擔保其絕對有效，仍須經司法審查定其效力，自不待言<sup>154</sup>。

---

<sup>152</sup> 詹森林，定型化契約之基本問題，第 9 頁；王澤鑑，基本理論·債之發生，第 108 頁。

<sup>153</sup> 王澤鑑，定型化旅行契約的司法控制，第 70 頁。

<sup>154</sup> 王澤鑑，消費者的基本權利與消費者的保護，第 24 頁。

## 附錄目次

目次.....	56
附錄一 預售屋買賣.....	58
1. 最高法院民事判決 八十九年度台上字第五八七號.....	58
2. 最高法院民事判決 八十九年度台上字第七四六號.....	61
3. 最高法院民事判決 八十九年度台上字第一〇七八號.....	64
4. 臺灣高等法院臺南分院民事判決八十九年度重上更(一)字第一六號...	67
5. 最高法院民事判決 八十九年度台上字第二〇二四號.....	75
6. 最高法院民事判決 八十八年度台上字第二五八九號.....	79
7. 最高法院民事判決 九十年度台上字第一五八五號.....	82
8. 最高法院民事判決 九十年度台上字第一四〇四號.....	86
9. 最高法院民事判決 九十一年度台上字第八九三號.....	95
10. 最高法院民事判決 九十一年度台上字第二三五二號.....	97
11. 臺灣高等法院民事判決 九十一年度重上更(二)字第一六三號	
103	
附錄二 工程合約.....	116
1. 最高法院民事判決 九十一年度台上字第二二二〇號.....	116
2. 最高法院民事裁定 九十二年度台上字第一三九五號.....	119
附錄三 運送契約.....	121
1. 臺灣高等法院民事判決 九十年度上易字第二一八號.....	121
2. 臺灣高等法院臺中分院民事判決 九十二年度上易字第三九〇號..	126
附錄四 信用卡使用定型化契約.....	131
1. 高雄地方法院 九十二年訴字四〇九號判決.....	131
附錄五 保全契約.....	137
1. 最高法院民事判決 八十六年度台上字第三四三三號.....	137
2. 臺灣高等法院民事判決 八十七年度上更(一)字第七號.....	140
附錄六 代客泊車.....	144
1. 最高法院民事判決 八十九年度台上字第一四六〇號.....	144
2. 最高法院民事判決 九十一年度台上字第一五七七號.....	148
附錄七 定型化保證契約.....	151
1. 台灣高等法院暨所屬法院 84 年度法律座談會 民事類第 6 號.....	151
2. 最高法院民事判決 八十八年度台上字第一〇八四號.....	153
3. 最高法院民事判決 八十八年度台上字第二〇五三號.....	156
4. 臺灣高等法院民事判決 八十八年上字第五十六號.....	161
5. 臺灣高等法院臺中分院民事判決 八十八年度重上字第一〇九號....	165
6. 最高法院民事判決 九十年度台上字第一四一四號.....	169

7.	最高法院民事判決	九十年度台上字第二〇一一號.....	172
8.	最高法院民事判決	九十一年度台上字第三八八號.....	175
9.	最高法院民事判決	九十一年度台上字第七四〇號.....	180
10.	最高法院民事判決	九十一年度台上字第一九九九號.....	183
11.	臺灣高等法院臺中分院民事判決	九十一年度上字第三五七號	185
12.	最高法院民事判決	九十二年度台上字第八三五號.....	190
附錄八	最高限額抵押設定契約.....		195
1.	最高法院民事判決	九十一年度台上字第二三三六號.....	195
附錄九	加盟店契約.....		199
1.	臺灣臺北地方法院民事判決	八十九年度訴字第二一七四號.....	199

## 預售屋買賣

### 1. 最高法院民事判決 八十九年度台上字第五八七號

最高法院民事判決 八十九年度台上字第五八七號

上訴人 薛普鴻

薛惠文

共同訴訟代理人 孫世群律師

被上訴人 國座建設股份有限公司

法定代理人 張國安

右當事人間請求返還價金事件，上訴人對於中華民國八十七年十二月二十二日台灣高等法院第二審更審判決（八十七年度上更婭字第八六號），提起上訴，本院判決如左：

主文 原判決除假執行部分外廢棄，發回台灣高等法院。

理由

本件上訴人主張：伊於民國八十三年四月十六日、八十三年七月二十九日分別向被上訴人買受巧克力花園社區 B 棟六樓、B 鱈棟六樓房屋各一戶及其基地。被上訴人於系爭房屋廣告單及平面配置圖載明，系爭房屋係樓中樓設計。**惟實際未為樓中樓設計，依建築法規，系爭房屋亦不能增建樓中樓，顯有重大瑕疵，且不能補正。**伊已解除契約，被上訴人應將所受領之價金返還予伊等情。求為命被上訴人給付上訴人薛普鴻、薛惠文依次各新台幣（下同）九十七萬五千元、八十五萬九千元及均加付自八十五年五月三十一日起至清償日止按法定利率計算之利息之判決。

被上訴人則以：**系爭買賣標的係挑高四米三五建物，不包括夾層建築，伊從未宣稱系爭房屋係樓中樓設計，廣告單亦無此字樣，平面配置圖則僅係供裝潢之參考，非契約內容之一部。**縱認系爭房屋有瑕疵，亦為上訴人於訂約時所已知，依法不得解除契約，且其解除契約顯失公平等語，資為抗辯。

原審廢棄第一審所為上訴人勝訴之判決，改判駁回其訴，係以：上訴人薛普鴻、薛惠文依次於八十三年四月十六日、八十三年七月二十九日向被上訴人買受巧克力花園社區 B 棟六樓、B 鱈棟六樓房屋及其基地，已付價金九十七萬五千元、八十五萬九千元，有買賣契約書、付款明細表可稽，並為兩造所不爭，自屬真實。系爭契約第一條約定：建物總坪數係包括主建物、附屬建物所有權全部暨其應持分之公共使用部分等面積在內等語，並無第一、二層面積各為若干之記載。第六條約定：「房屋施工合格標準：樓高（樓板心至樓板心）四米三五。本戶房屋結構施工標準，係按工務局核准之施工圖說為準。」，系爭契約附件二建材說明書載明：「甲方（即上訴人）瞭解本建築物於建造圖說上除衛浴及廚房外，並無隔間設計，甲方同意於使用執照取得後，再依所附圖面隔間，高度為地坪起二一〇

公分」，系爭房屋平面配置圖載明：「本建議圖上層係由客戶創意使用，不計銷售坪數之內。」各等語，參以系爭契約附件建築藍圖所示，系爭房屋為單層設計，足徵系爭房屋平面配置圖所稱面積係指單層面積，系爭房屋僅屬挑高建築，並無隔間設計，亦非夾層（樓中樓）建物。上訴人主張：被上訴人向伊宣稱系爭房屋係樓中樓設計云云，為被上訴人所否認，上訴人未舉證以實其說，不足採信。系爭廣告單僅稱：「買一層使用二層，就像住樓中樓」云云，並未載明系爭房屋為二層或樓中樓；系爭平面配置圖及樣品屋雖有上、下二層之設計，惟該平面配置圖載明：「本建議圖上層係由客戶創意使用，不計銷售坪數之內」等語，係指系爭房屋可為如同樣品屋及該圖所示之夾層裝潢，足徵被上訴人僅以之作為要約之引誘，難認兩造係以如樣品屋所示之合法使用之夾層屋或樓中樓為買賣之標的。按消費者保護法第二十二條規定，廣告內容雖為契約之一部分，但當事人間如另有合意，與廣告內容不同，即難認廣告內容為契約之一部。系爭契約第二十二條原約定「廣告資料等僅作參考用途，非為本契約之一部分」等語，雖經刪除，惟此係因上開約定違反公平交易法之規定，始由鑑證律師莊乾城建議予以刪除，亦即每份契約均與系爭契約情形相同，業經證人莊乾城證述明確，不能執此遽認兩造有將上開廣告內容作為契約之一部之意思。系爭廣告及平面配置參考圖既與系爭契約所附之經工務局核准之施工圖不符，自非得認其為契約之一部。上訴人主張：系爭房屋非屬樓中樓格局，且未申請樓中樓設計之建造執照，有不能補正之瑕疵云云，並非可採，其解除契約，亦難認合法。從而，上訴人本於回復原狀請求權，請求被上訴人返還系爭價金本息，洵非正當，不應准許等詞，為其判斷之基礎。

按企業經營者應確保廣告內容之真實，其對消費者所負之義務不得低於廣告之內容，消費者保護法第二十二條定有明文。查被上訴人銷售系爭房屋之廣告載明：系爭房屋樓層挑高四米三五，可作夾層等語；其平面配置參考圖均作上、下層之設計；系爭契約第二十二條原記載「甲方並了解同意本房屋預定買賣所有銷售說明書、廣告資料等僅作參考用途，非為本契約之一部份」等語，業經刪除；系爭契約第六條約定系爭房屋樓高四米三五，其附件建材說明書載明隔間磚牆高度為自地坪起二一〇公分，證人莊乾城證稱：「因上訴人要再作夾層，所以關於隔間部分均只作二米一之高度」等語（見卷外證倭伍甫原審上字卷五九頁背面）。似此情形，能否謂上開廣告內容非屬系爭契約之一部，自滋疑義。次按所謂物之瑕疵，係指存在於物之缺點而言，凡依通常交易觀念，或依當事人之約定，認為物應具備之價值、效用或品質而不具備者，即為物有瑕疵。買賣標的物於交付前已有瑕疵存在，而該瑕疵已確定不能除去，出賣人應負擔擔保之責，除有顯失公平之情形外，買受人尚非不得依民法第三百五十九條前段規定解除其契約。倘系爭房屋依約應具備可供上訴人施作夾層之品質、效用而不具備，且屬不能補正，應由被上訴人負擔擔保責任，復無顯失公平之情形，則上訴人是否不得解除系爭契約，請求被上訴人返還價金，亦待研求。原審疏未注意及此，遽以上開理由而為上訴人不利之判決，並嫌速斷。上訴論旨，指摘原判決不當，求予廢棄，非無理

由。

據上論結，本件上訴為有理由。依民事訴訟法第四百七十七條第一項、第四百七十八條第一項，判決如主文。

中華民國八十九年三月十六日

最高法院民事第四庭

審判長法官 林 奇 福

法官 陳 國 禎

法官 李 彥 文

法官 陳 重 瑜

法官 朱 建 男

右正本證明與原本無異

書 記 官

中華民國八十九年三月二十九日

## 2. 最高法院民事判決 八十九年度台上字第七四六號

最高法院民事判決 八十九年度台上字第七四六號

上訴人 宋文君

被上訴人 國座建設股份有限公司

法定代理人 張國安

右當事人間請求回復原狀事件，上訴人對於中華民國八十七年十一月八日台灣高等法院第二審判決（八十七年度上字第七六一號），提起上訴，本院判決如左：  
主文 原判決除假執行部分外廢棄，發回台灣高等法院。

理由

本件上訴人主張：伊因被上訴人宣稱出賣之房屋係樓中樓設計，並於銷售現場陳設樓中樓設計之樣品屋，平面圖冊亦載明上、下層樓中樓配置圖格局，散發之巧克力花園特刊廣告更載明「樓高四米三五的創意空間」、「買一層使用二層，就像住樓中樓別墅、打破一『層』不變的家居」等文字，而於民國八十三年五月九日向被上訴人購買巧克力花園社區D參棟伍樓層乙戶及其基地，已付價金新台幣（下同）一百二十九萬元。詎上訴人至現場查看，**發現樓板高度不足，並非所謂樓中樓格局，被上訴人亦未申請樓中樓設計之建築執照**，且有結構管線裸露之瑕疵。經發函通知被上訴人解決，卻不獲置理。伊乃於八十六年二月二十二日委請許麗紅律師以郵局存證信函表示錯誤撤銷系爭買賣及依物之瑕疵擔保解除系爭買賣契約等情，爰依不當得利及回復原狀之法律關係，求為命被上訴人給付一百二十九萬元及自八十六年三月五日起加計法定遲延利息之判決。

被上訴人則以：**伊僅以四米三五樓高為廣告訴求，非以夾層作廣告**。雙方認知系爭房屋係挑高四米三五之建築，並非夾層屋。縱伊有違反公平交易法第廿一條廣告不實規定情事，**惟兩造既經磋商達成合意係屬挑高四米三五房屋，上訴人自不得以伊廣告不實為由，主張受詐欺**。又系爭買賣標的既非夾層屋，且依約預留二次施工讓上訴人自行決定是否施工，上訴人自不得據此認定房屋有瑕疵。縱認系爭買賣標的為夾層屋，訂約時，上訴人既已知為非法之夾層屋，伊亦不負瑕疵擔保責任等語，資為抗辯。

**原審**將第一審所為上訴人勝訴之判決廢棄，改判駁回其訴，無非以：上訴人主張之事實，固提出售屋廣告、買賣契約書、繳款收據、行政院公平交易委員會處分書、存證信函、照片等件為證，惟被上訴人否認有詐欺之情事，且**兩造所簽訂契約書並無「樓中樓」、「夾層屋」、「二層」記載，附件二建材說明書，就內牆事項，亦載明：「甲方（即上訴人）瞭解本建築物於建照圖說上除衛浴及廚房外，並無隔間設計，甲方同意於使用執照取得後，再依所附圖面隔間，高度為地坪起二一〇公分……。」**，由此可知，**系爭買賣標的僅屬挑高建物，並非隔層（夾層）建物，且以施工圖及建築藍圖為準**。依約所附之尺寸圖所示，並無任何有「樓中樓」及「夾層屋」設計，均為單層設計，上訴人就該附圖之真正亦不爭執，是兩造約定施工範圍並不包括夾層部分在內甚明。另上訴人所提之廣告資料固記載「買一

層就像……」、「就像住樓中樓……」，惟並非記載為「買二層」或直接刊登為「樓中樓」，**衡諸常理，若上訴人欲買受房屋為樓中樓設計，該廣告自可明載係「樓中樓設計」，不須以擬制樓中樓或擬制二層之方式記載，足見上開廣告尚無法證明系爭房屋屬樓中樓或夾層屋。**又據證人即上訴人之夫黃盛龍之證言，上訴人所購買房屋為挑高四米三五之建築。證人莊乾城亦證稱「挑高四米三……建商隔到二米一，他很清楚……」等語，足見上訴人所稱樓中樓或夾層屋係指應二次施工始能完成。上訴人既知於使用執照取得後始得為二次施工，自無陷於錯誤之情事可言。又消費者保護法第廿二條雖規定：廣告之內容為契約內容之一部分，但兩造就買賣標的物已另有合意，依契約自由原則，與合意內容不同之廣告，即不得再謂為契約內容之一部分。**縱被上訴人曾刊載「買一層使用二層」、「就像住樓中樓別墅」等廣告文宣，及於銷售現場置樣品屋，但契約書及所附平面圖記載並未以此為約定內容，被上訴人僅以此作為要約之引誘，尚非據此推定兩造係以夾層屋為交易之標的。**況依兩造訂約經過及一般訂約習慣，若以建築執照所預先設計合法之夾層屋為標的，於訂約時儘可將此載入，更無二次施工之必要，顯然上訴人所購買為挑高樓層建物。再者，被上訴人亦無法舉證證明二次施工夾層屋，確將遭政府機關處以強制拆除之處分。是上訴人主張所購買系爭房屋為合法使用之夾層屋，委不足採。兩造約定施工範圍並不包括夾層部分在內，為上訴人所知悉，**上訴人又未舉證證明被上訴人保證系爭建物有樓中樓或夾層之設計，或將廣告內容做為契約之一部，且保證該屋為合法使用之夾層屋。**被上訴人自始未承諾有樓中樓或夾層屋之設計，與上訴人簽約，自無詐欺可言。上訴人既未舉證證明被上訴人有詐欺情事，其執以受詐欺為由，撤銷系爭買賣契約之意思表示，即非有據。至於樣品屋有上、下二層之設計，僅上訴人可作如同銷售現場樣品屋所示夾層之裝璜，尚難謂被上訴人所銷售者為如樣品屋所示之合法使用之夾層屋。又上訴人所提出契約書影本，被上訴人並未將該契約第二十二條關於「甲方（被上訴人）……廣告資料等僅作參考用途，非為本契約之一部分」之記載，予以刪除，縱認有加以刪除，上訴人就夾層已知悉應由自己二次施工，亦不得據此謂有將上開廣告作為契約內容一部分之意思。是上訴人主張系爭房屋非屬樓中樓，且未依約申請為樓中樓設計之建築執照，為有瑕疵，又無法補正云云，即不足採。上訴人另謂系爭房屋有高度不足、結構管線裸漏之瑕疵乙節，為被上訴人所否認，上訴人又知悉於建築完成後得二次施工，自不得據以主張有瑕疵。縱認有上述瑕疵屬實，上訴人迄未交屋，又未舉證證明被上訴人不能補正或拒絕補正，執以解除契約，亦非有據。從而，上訴人本於不當得利及回復原狀之法律關係，請求被上訴人返還已付價金及其法定遲延利息，於法無據，不應准許等詞，為其判斷之基礎。

按消費者保護法第二十二條規定企業經營者應確保廣告內容之真實，其對消費者所負之義務不得低於廣告之內容；消費者保護法施行細則第二十三條亦規定廣告的型式，是指利用電視、廣播、影片、幻燈片、報紙、雜誌、傳單、海報、招牌、牌坊、電話傳真、電子視訊、電子語音、電腦或其他方法，可使不特定多數人知

悉其宣傳內容之傳播。預售屋之購屋人與建商訂定不動產買賣契約時，既無何成品可供實際之檢視，以決定是否購屋，自當信賴廣告上所載，預售屋之建商以廣告內容誘發客戶預購房屋之動機，且以廣告內容與購屋人洽談該屋之性質，該廣告之說明及樣品屋示範應成爲契約內容之一部。準此，企業經營者刊登廣告爲「要約」之性質，並非「要約引誘」。原審認被上訴人刊載上開廣告文宣，及於銷售現場設有樣品屋，僅作爲要約之引誘，其見解已有可議。次查被上訴人製作之巧克力花園特刊廣告，載有「創意一是經濟型的，樓層挑高四米三五可以做出很漂亮又不必『委屈』自己的夾層，買一層等於使用二層。……」、「由於法令規定，四米三五的創意空間產品在台北市已經註定要絕跡，在台北縣以淡水而言，巧克力花園之後，也大概不會有第二棟出現」等字句（見一審卷八頁），其意似指被上訴人所銷售之系爭房屋，可以合法爲夾層之『創意空間』，上訴人於原審主張其所購系爭房屋爲合法使用之夾層屋云云（見原審卷五八頁反面），是否全無可採？即非無研求之餘地。果爾，系爭房屋是否合法爲夾層建築，攸關被上訴人所興建之系爭房屋是否合於債之本旨，自屬重要之攻擊方法。原審未向主管機關調查並加以審認，遽爲上訴人不利之判斷，亦有判決不備理由之違法。上訴論旨，指摘原判決不當，求予廢棄，非無理由。

據上論結，本件上訴爲有理由，依民事訴訟法第四百七十七條第一項、第四百七十八條第一項，判決如主文。

中華民國八十九年三月三十一日

最高法院民事第二庭

審判長法官 曾 桂 香  
法官 劉 延 村  
法官 劉 福 聲  
法官 黃 秀 得  
法官 陳 國 禎

右正本證明與原本無異

書記官

中華民國八十九年四月十四日

### 3. 最高法院民事判決 八十九年度台上字第一〇七八號

最高法院民事判決 八十九年度台上字第一〇七八號

上訴人 冠宏建設股份有限公司

法定代理人 陳春貴

訴訟代理人 楊漢東律師

被上訴人 廖徐弘

右當事人間請求返還價金事件，上訴人對於中華民國八十八年二月八日台灣高等法院台南分院第二審判決（八十七年度重上字第一〇七號），提起上訴，本院判決如左：

主 文

原判決廢棄，發回台灣高等法院台南分院。

理 由

本件被上訴人主張：伊於民國八十二年二月二十五日向上訴人購買坐落嘉義縣中埔鄉鹽館段三五八之一、三五八之二、三五八之三號土地上，由上訴人興建之「君臨天下別墅」編號E棟第八號預售房屋一戶，及基地所有權應有部分折計面積約六三·七六坪（下稱系爭房地），總價新台幣（下同）八百十萬元，已陸續給付上訴人二百二十三萬元。嗣因發現上訴人使用與合約書不符之劣質建材、房屋土地使用面積縮小、土地使用面積內設有社區大型變電器及電源開關箱。經伊催告上訴人補正各該瑕疵，不但未獲置理，反遭上訴人通知解除系爭房地之買賣契約，沒收伊已付之價金。伊不得已乃於八十六年九月十一日向上訴人解除兩造間之買賣契約等情，爰依民法第二百五十九條第一、二款規定，求為命上訴人給付伊二百二十三萬元及自最後收款日即八十三年八月二十三日起至清償日止加付法定遲延利息之判決。

上訴人則以：被上訴人所稱系爭房屋之瑕疵，均非事實。有關屋旁之電箱，伊自始即依照電力公司核准之配置位置施設，沒有變更，符合系爭房屋買賣合約書第十六條第一項前段之約定，被上訴人亦同意該約定，自不得執此謂系爭房地有瑕疵而主張解約等語，資為抗辯。並以：被上訴人於繳付部分款項後，即以系爭房地有瑕疵而拒付其餘價款，計積欠自備款一百零六萬元及應辦理貸款四百八十一萬元等情，爰以反訴聲明，求為命被上訴人給付伊五百八十七萬元及自反訴狀繕本送達翌日起至清償日止加付法定遲延利息之判決。

原審維持第一審所為被上訴人勝訴之判決，駁回上訴人之上訴，係以：兩造於八十二年二月二十八日就系爭房地訂定買賣契約，由上訴人將系爭房地以總價八百十萬元出售予被上訴人，約明該房屋、土地買賣契約應同時履行，若任何部分不履行，視同全部違約，被上訴人已給付二百二十三萬元，而其所購系爭房地之使用範圍內架設有變電器及電源開關箱各一只，占用面積四平方公尺等事實，為兩造所不爭執，並有土地買賣合約書、房屋買賣合約書、及第一審法院勘驗現場、囑託嘉義縣水上地政事務所測量，分別製作之勘驗筆錄、複丈成果圖等件為憑。

被上訴人所購買之系爭房地，其價格與其他房地既無差異，該房地使用範圍內設有前述變電器及電源開關箱，致被上訴人使用面積減少，並影響其居住安全心理，自屬減損兩造所約定之房地效用或價值，而構成物之瑕疵。上訴人雖辯稱：依房屋買賣合約書第十六條第一項約定「**水電之設施其配置依各該事業機構核准藍圖為準，預留之公共設施位置如因而有所調整甲方（被上訴人）無條件同意**」等內容，被上訴人不得主張該變電設施係房屋之瑕疵云云，**惟被上訴人係以一般未包括變電器及電源開關箱位置在其使用面積內之價格購買系爭房地**，上訴人亦從未出示電力公司之核准藍圖或告知供公共使用之電箱等物在其花園之內緊臨住屋，若非上訴人有意隱瞞，兩造買賣之初，即應排除該變電器及電源開關箱之設置。**上訴人為企業經營者，利用被上訴人無法事先知悉電力公司核准藍圖之情況下，未盡告知義務，甚至有意欺瞞，而與被上訴人簽立上開定型化契約之條款，違反誠信原則，對消費者即被上訴人顯失公平，依消費者保護法第十二條第一項之規定，應屬無效。**上訴人之抗辯，尚無可採。被上訴人以系爭房地有上開瑕疵，先後於八十四年十月二日、八十五年四月十六日以存證信函催告上訴人改善，上訴人反以被上訴人未給付買賣價金等為由，向被上訴人表示解除契約，足見上訴人拒絕修補瑕疵，則被上訴人於八十六年九月十一日以存證信函向上訴人表示解除系爭房地買賣契約，自非無據。從而，被上訴人請求上訴人給付（返還）已付價金二百二十三萬元本息應予准許。兩造間之系爭房地買賣契約既因被上訴人之合法解除而自始歸於消滅，上訴人猶本於該買賣契約反訴請求被上訴人給付價金五百八十七萬元及其法定遲延利息，即屬於法無據，不能准許等詞，為其判斷之基礎。

按「上訴人向被上訴人購買房屋時，已知該屋有一部分在必須拆除之列，乃不向市政府預為查詢明確，難謂無重大過失，而兩造所訂買賣契約，又未有出賣人保證該房屋絕無拆除危險之記載，依民法第三百五十五條第二項規定，被上訴人自不負擔保責任，即無賠償義務可言。」本院著有四十九年度台上字第二五四四號判例可資參照。本件被上訴人所購系爭房地使用範圍內，設有社區之變電器及電源開關箱各一只，兩造所簽訂房屋買賣合約書第十六條第一項又經約明：「**水電之設施其配置依各該事業機構核准藍圖為準，預留之公共設施位置如因而有所調整甲方（被上訴人）無條件同意。**」為原審所合法認定之事實。**則被上訴人於購買系爭房地時，倘可知悉該社區內必須配置公共水電設施，其配置地點以核准之藍圖為據，而當時復非不能查詢該公共水電設施之配置地點，衡之首開說明，上訴人抗辯被上訴人不得主張系爭房地有瑕疵等語，是否毫不足採？似非無疑。**原審未詳加推求，遽為不利於上訴人之判決，已屬可議；且原審謂「若非上訴人有意隱瞞……利用被上訴人無法事先知悉電力公司核准藍圖之情況下，未盡告知義務，甚至有意欺瞞，而與被上訴人簽立上開定型化契約之條款」云云，並未說明其認定之依據，亦有判決理由不備之違法。苟系爭房地買賣契約，尚未經被上訴人合法解除，上訴人以「反訴」請求被上訴人給付價金本息部分，是否為無理由？即待重為斟酌。上訴論旨，指摘原判決不當，聲明廢棄，非無理由。

據上論結，本件上訴為有理由，依民事訴訟法第四百七十七條第一項、第四百七十八條第一項，判決如主文。

中 華 民 國 八 十 九 年 五 月 十 一 日

最高法院民事第八庭

審判長法官 蘇 茂 秋

法官 徐 璧 湖

法官 曾 煌 圳

法官 李 慧 兒

法官 王 茂 修

右正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 八 十 九 年 五 月 二 十 五 日

#### 4. 臺灣高等法院臺南分院民事判決八十九年度重上更(一)字第一六號

臺灣高等法院臺南分院民事判決 八十九年度重上更(一)字第一六號

上 訴 人

即反訴原告 冠宏建設股份有限公司

法定代理人 陳 春 貴

訴訟代理人 楊 漢 東 律師

複 代理人 陳 培 芬 律師

被上 訴人

即反訴被告 廖 徐

訴訟代理人 高 原 茂 律師

右當事人間請求返還價金事件，上訴人對於中華民國八十七年八月五日臺灣嘉義地方法院第一審判決（八十六年訴字第七〇五號）提起上訴，判決後，經最高法院第一次發回更審，本院判決如左：

主 文

上訴駁回。

第二審及發回前第三審訴訟費用均由上訴人負擔。

理 由

壹、本訴部分：

- 一、本件被上訴人起訴主張：其於八十二年二月二十五日向上訴人公司購買坐落嘉義縣中埔鄉鹽館段三五八之一、三五八之二及三五八之三號土地（以下簡稱系爭土地）上，由上訴人所興建之系爭房屋一戶；且雙方約定基地所有權應有部分約為六三·七六坪，房地總價則為八百十萬元。嗣被上訴人於訂約後已依約陸續給付二百二十三萬元之價金，惟後來發現上訴人竟使用與合約書不符之劣質建材、房屋土地使用面積縮小、土地使用面積內架設大型電源開關箱公共設施等瑕疵；雖履經數次以存證信函要求上訴人改正，惟不僅未獲置理，反遭上訴人通知解除雙方所訂之土地及房屋買賣契約，並沒收其已付之價款；被上訴人不得已乃於八十六年九月十一日以郵局之存證信函通知上訴人公司解除兩造間之前揭買賣契約；而買賣契約既經解除，被上訴人自得請求上訴人返還已交付之價金。爰本於解除契約作用之回復原狀請求權之法律關係，求為判令上訴人應給付被上訴人二百二十三萬元及自最後收款日即八十三年八月二十三日起至清償日止，按年息百分之五計算法定遲延利息之判決等語。
- 二、上訴人則以：電箱設備屬本件房屋買賣契約第十六條第一項所規定之水電設施，其配置均應以各事業機構核准藍圖為準；其均依照電力公司核准之配置位置施設，並未遭違法變更，在法律上即不能認定為房屋具有瑕疵。若被上

訴人因個人主觀因素不願意屋旁設有電箱，至多為被上訴人訂約當時因不知其情事而有意思表示錯誤之問題而已，且變電器及電源開關箱等公共設施設置於被上訴人使用之土地上僅有四平方公尺，此亦屬得請求減少價金問題。又房屋廣告之全區總平面圖，就其性質僅在標示全社區內各戶房屋之相關位置，並非在於標示房屋水電設備；若以被上訴人主張解釋該總平面圖之效力，根本不合契約之本旨。本件上訴人訂購之系爭房屋之位置，既與廣告平面圖相符，自無被上訴人所稱之瑕疵可言。另上訴人在房屋買賣契約書第十六條既已明文約定，即表示上訴人已告知買受人社區內之房屋有預留公共設施位置之可能，買受人須無條件同意；且既明知依買賣契約第十六條載有關於水電設施配置應依各事業機構核准藍圖為準之特別約定，被上訴人本有權利及義務詳加確認。再者，本件契約條款之目的是為使整個社區有完善且合法核准之公共設施所必要，顯非消費者保護法第十二條所規定之無效條款。況本件買賣契約簽訂當時，消費者保護法尚未公布實施，兩造間房屋買賣契約第十六條第一項條款在簽訂當時，自無違反消費者保護法之問題等語，資為抗辯。

三、按買賣因物有瑕疵，而出賣人依前五條之規定應負擔保責任者，買受人得解除契約，或請求減少價金，但依情形解除契約顯失公平者，買受人僅得請求減少價金；又契約解除時，當事人雙方回復原狀之義務，除法律另有規定或契約另有訂定外，由他方所受領之給付物應返還之，受領之給付為金錢者，應附加自受領時起之利息償還之；另解釋意思表示，應探求當事人之真意，不得拘泥於所用之辭句；民法第三百五十九條、第二百五十九條第一、二款及第九十八條分別定有明文。次按所謂物之瑕疵，指存在於物之缺點而言；凡依通常交易觀念，或依當事人之意思，認為物應具之價值、效用或品質，而不具備者，即為物有瑕疵，且不以物質上應具備者為限。若出賣特定物其所含數量短少，足使物之價值、效用或品質有所欠缺者，亦屬之；易言之，按一般購屋者所需要者乃房屋可供使用部分之私有面積，公共設施則為應比例分攤之負擔；故私有面積如有短少，勢必減少該房屋之效用及價值，自屬構成物之瑕疵（最高法院七十三年台上字第一一七三號判例及同院八十三年度台上字第一八三七號判決參照）。未按當事人主張有利於己之事實者，就其事實有舉證之責任；民事訴訟法第二百七十七條亦定有明文。且主張常態事實者，就其事實無庸舉證，主張變態事者，應就變態事實負舉證義務，此為舉證責任分擔原則。又原告（即本件之被上訴人）對於自己主張之事實（即起訴事實）已盡證明之責後，被告（即本件之上訴人）對其主張，如抗辯其不實，惟並無確實證明方法或僅以空言爭執者，當然認定其抗辯事實之非真正，而應為被告不利益之裁判（最高法院十八年度上字第一六七九及二八五五號判例參照）。

四、查被上訴人主張兩造於八十二年二月二十八日就系爭房屋及土地訂定買賣契約書，約定由上訴人，以土地為六百三十四萬元，房屋為一百七十六萬元，

總價八百一十萬元之價格，將系爭房屋及土地出售與被上訴人；並訂定「土地預定買賣契約書」及「房屋預定買賣契約書」，且約明基地所有權應有部分約為六三·七六坪，同時該土地、房屋買賣契約應同時履行，若任何部分不履行，均視同全部違約；另兩造於訂約後，被上訴人已依約先後給付總計二百二十三萬元之價金予上訴人之事實，已據被上訴人於原審、本院前審及本院審理時陳述在卷，並有所提出之系爭「土地預定買賣契約書」、「房屋預定買賣契約書」各一份及內附之付款明細表共二份（以上均為影本）在卷可憑（原審卷第六至二十九頁），且為上訴人所不爭執，自屬屬實。

五、另被上訴人主張其向上訴人購買前揭系爭房屋及土地，並依約陸續給付二百二十三萬元之價金予上訴人後，發現上訴人就其所興建之系爭房屋竟有使用與合約書不符之劣質建材，致系爭房屋一樓樓梯口淨寬不足、逢雨即嚴重滲水造成窗臺積水、牆壁油漆剝落產生裂縫、二樓地板凸起，房屋土地使用面積縮小及土地使用面積內架設大型電源開關箱公共設施等瑕疵；雖經數次以存證信函要求上訴人改正，惟均未獲置理；被上訴人遂於八十六年九月十一日以郵局之存證信函通知上訴人公司解除兩造間之前揭買賣契約，而買賣契約既經解除，上訴人自應返還其已交付之價金之事實，亦據被上訴人於原審、本院前審及本院審理時陳述在卷，並有所提出之民雄雙福郵局第一一九號、嘉義郵局第三九五二號、嘉義郵局第八四七六號、嘉義中山路郵局第二六一號、嘉義中山路郵局第三八〇號存證信函各一份（以上均為影本）及照片十五張在卷可憑（原審卷第三十至四十七頁、四十九至五十四）；且經原審會同嘉義縣水上地政事務所及臺灣省建築師公會派員至現場勘測鑑定屬實無訛，制有勘驗筆錄、複丈成果圖及鑑定報告書各一份附卷可參（原審卷第一五一至一五四、一五八頁）；再徵諸上訴人對於系爭土地之使用面積內確有架設大型之電源開關箱公共設施乙情亦不爭執以察；自亦屬屬實。至上訴人雖為前揭情詞之抗辯，惟此則為被上訴人所堅決否認，從而本件應予審究者厥為：（一）被上訴人所主張之瑕疵，是否存在？（二）若存在，則此項瑕疵是否屬重大，可資為被上訴人解除契約之事由。經查：

（一）本件上訴人所興建系爭房屋確有有一樓客廳轉角窗下方積水、浴室間口牆水泥漆剝落、轉角滲水，二樓前面臥室木質地板凸起、窗戶邊水泥漆剝落、後面臥室牆壁二處垂直裂紋，另二樓往三樓樓梯間牆壁水平裂紋一處，三樓前臥室天花板有滲水情形、裂紋三處，至四樓前臥室前方及右方窗戶邊滲水及二處牆壁裂紋；再者系爭房屋及土地使用範圍（即花園）內，亦確實設置有供全社區使用之一萬一千伏特降為一百一十伏特或二百二十伏特之變電器及電源開關箱各一只，且占用土地面積為四平方公尺，並鄰近被上訴人所購買之系爭房屋之事實，已據被上訴人於原審、本院前審及本院審理時陳述在卷，有所提出之前揭照片十五張在卷可憑，並經原審至現場勘驗屬實，且經原審法院囑託嘉義縣水上地政事務所及臺灣省建築師公會鑑測無訛，有所制作之前揭複丈成果圖及鑑定報告書各一件附卷可參；自屬真實。而前揭設置之變電器及電源開關箱雖於人體

安全尚無可顧慮，但對於高頻電器會產生干擾，併產生噪音，已據臺灣電力公司嘉義區營業處工程師陳銘樹於另件本院前審時到庭結證屬實在卷（見本院調借之八十五年度上字第五二三號卷第一二四頁）；再參諸上訴人於其銷售房屋廣告中，並未將有於系爭房地旁規畫設置有前揭供全社區使用之大型電源開關箱之事實加以標示記載以察，此亦有為上訴人所不爭執之「君臨天下」全區總平面圖一份在卷可稽（原審卷第四十八頁）；可見被上訴人主張系爭房屋確有使用與合約書不符之劣質建材、房屋土地使用面積縮小及其使用土地面積內設置大型變電器、電源開關箱等瑕疵等語，尚非虛妄，應堪採信。

（二）依一般社會生活經驗及本省民間房屋交易之商業習慣，衡情一般人購買房屋時，均不願所購之房屋及土地上設置有變電器及電源開關箱或電線桿；此乃因加設電箱、電桿等公共設施，除直接造成使用面積減少外，因變電器及電源開關箱之設置，亦將造成家用電器受干擾及遭受電箱所產生之噪音所干擾，進而影響居住者之心理，導致減損所購房屋之價值；而此種因電箱、變電器甚或電線桿等設置，對本省民眾之心理所生之影響及所造成之主觀交易價值之減少，亦為社會上一般稍具常識者所週知之事實，當亦為上訴人所知悉者。從而本件系爭房屋及土地，既有前揭所指之瑕疵，且依上訴人於銷售該所印制之預售屋廣告平面圖上之記載與標示，並無變電器及電源開關箱之設置，而實際上所出售欲交付之房地產上卻設置有變電器及電源開關箱；則揆諸前揭說明，勢必減少該房屋之實際使用效益及其交換價值，自尚難謂非屬物之瑕疵（最高法院八十三年度台上字第一八三七號判決參照）。因之上訴人辯稱：其配置系依照電力公司核准之配置位置施設，並未遭違法變更，在法律上即不能認定為房屋具有瑕疵云云，尚不足採。

（三）又經本院調閱原審八十五年訴字第四一一號請求返還價金事件所附系爭房屋之建造執照之一層平面藍曬圖及使用執照之一層平面藍曬圖以觀，其上確均繪有上開社區大型電源開關箱之位置，並經該原審向嘉義縣政府調取前開建築執照及使用執照案卷查明屬實無訛（見該原審卷第六十八頁以下，及卷附之藍曬圖），且為上訴人所不爭執，自亦屬真實。從而被上訴人所購買之系爭房屋土地之使用範圍內，既自始即由上訴人於申請建築執照時規畫設置有變電器及電源開關箱，乃上訴人於其售屋廣告平面圖中，卻並未據實將此設置予以標示，甚至代之以花園使用範圍標示之，顯然尚難認上訴人並非有意隱瞞，並與被上訴人是否因之而陷於錯誤無涉，且不影響系爭房地產上因有變電器及電源開關箱之設置，而構成物之瑕疵情形。因之上訴人辯稱：若被上訴人因主觀因素不願屋旁設有電箱，至多為被上訴人訂約當時因不知其情事而有意思表示錯誤之問題而已云云，顯不足採。

（四）另依前所述，本件上訴人既未將前揭足以影響系爭房屋土地使用價值及交換價值之重要之點予以標示，致使被上訴人因誤信該處係作為花園使用而

購買系爭房屋及土地；則參諸一般銷售房屋市場之商業習慣，大抵均由賣方所屬或委託之售屋小姐或先生向買方展示售屋廣告平面圖並說明後，買方始決定買受以察；自應認本件上訴人於售屋時所交付被上訴人閱覽之「全區總平面圖」，已非單純之原來之廣告性質；換言之，該「全區總平面圖」已成為系爭房地買賣契約之重要內容不得將之排除於契約之外（最高法院八十三年度台上字第一八三七號判決參照）。且本件系爭房地買賣係習見之所謂「預售屋」之買賣，亦即兩造於訂立買賣契約時，系爭房屋尚未興建，自不可能有上開變電器及電源開關箱之設置；而系爭房屋建築完成後，電力公司始依上訴人之建築執照設計圖上之規畫，而於系爭房地上設置變電器及電源開關箱；因之此項設置變電器及電源開關箱之規畫既係由上訴人於興建前即提出設計申請，且係於契約訂立後始加以施設，自應認上訴人就其所應交付之買賣標的物，有應負擔保責任之瑕疵，而其瑕疵既發生於契約成立生效後，顯係可歸責於上訴人之事由所致，殆無疑義。

- (五) 經本院核閱前揭土地預定買賣契約書之內容以察，其於第十六條第一項固載明：水電之設施其配置均應以各事業機構核准藍圖為準，預留之公共設施位置如因而有所調整，甲方（即被上訴人）無條件同意」之約定；惟究其約定之內容以觀，並參諸解釋意思表示應探求當事人之真意，不得拘泥於所用之辭句，民法第九十八條已定有明文；亦即解釋當事人所立書據之真意，以當時之事實及其他一切證據資料為其判斷之標準，不能拘泥字面或截取書據中一二語，任意推解致失真意；且意思表示不明確，使之明確，屬意思表示之解釋；意思表示不完備，使之完備，則屬意思表示之補充；前者可減少爭議，後者可使意思表示之無效減至最低程度。至意思表示解釋之客體，為依表示行為所表示於外部之意思，而非其內心之意思。惟礙於當事人為意思表示時，格於表達力之不足及差異，恆須加以闡釋，至其內心之意思，既未形之於外，尚無從加以揣摩；故在解釋有對話人之意思表示時，應以在對話人得了解之情事為範圍，表意人所為表示行為之言語、文字或舉動，如無特別情事，應以交易上應有之意義或社會上一般人之通念而為解釋；易言之，如以與交易慣行不同之意思為解釋時，限於對話人知其情事或可得而知，否則仍不能逸出交易慣行的意義。故解釋意思表示尤須斟酌交易上之習慣及經濟目的，依誠信原則而為之（最高法院八十八年度台上字第一六七一號判決參照）以察；應認該條約定係在解決如因經各該事業機構核准之水電設施與上訴人設計之位置不符，而使得原先設計預留之公共設施（如迴車道、污水處理場等）為配合核准之水電藍圖而須重新設計，致其位置有所變更，則買方須同意者而言；而本件上訴人在申請建造執照規劃時既已將變電器及電源開關箱設置在案，嗣後並經核准並未變更，自無該約定適用之餘地，應無疑義。況上訴人將兩造間業已合意列為契約必要內容之前揭平面圖，降格為「僅供參考之用」，並圖將之排除於契約之外，不唯與兩造間之真意不符，抑且有違誠信原則。從

而此部分自尚不能採為有利於上訴人之認定。

(六) 本件系爭房屋及土地確有前揭之瑕疵，且該瑕疵係可歸責於上訴人之事由所致，已如前述；則本件被上訴人既於受領系爭房地前即已發現前揭瑕疵，並即於八十四年十月二日以民雄雙福郵局一一九號存證信函通知上訴人改善，有前揭存證信函影本一份在卷可參；則參以按出賣人有給付無瑕疵物之義務，故在危險移轉前，買受人亦有拒絕受領瑕疵物之權利。在特定物之買賣，該為買賣標之特定物於危險移轉前，倘已有明顯之瑕疵，如經買受人催告出賣人補正，而出賣人仍不為補正，應解為買受人得拒絕給付相當之價金，以免往後之法律關係趨於複雜，損及買受人之權益（最高法院八十四年度台上字第一六九號判決參照）以察；被上訴人自得拒絕受領該有瑕疵之買賣標之物，並於上訴人改善瑕疵前，拒絕繼續給付本件買賣價金，應無疑義。又系爭電箱等設置，於上訴人受催告補正後並未遷移，可見上訴人就系爭瑕疵並未補正，此亦為上訴人所不否認；因此被上訴人即於八十五年四月十六日再以嘉義郵局第三九五二號通知上訴人應除去前開所指之瑕疵，惟上訴人卻以被上訴人未給付買賣價金等為由，向被上訴人以嘉義中山路郵局第三八〇號存證信函表示解除契約；顯見上訴人已表示拒絕修補瑕疵之旨。則被上訴人於八十六年九月十一日以嘉義郵局第八四七六號存證信函向上訴人表示解除系爭房地買賣契約，揆諸按買賣因物有瑕疵，而出賣人應負擔擔保責任，買受人得解除契約，民法第三百五十九條規定甚明，買受人此項解除權為特殊的法定解除權，無待於催告出賣人先行修補瑕疵，即得行使。又有關瑕疵擔保之規定，原則上於危險移轉後始有適用，但在危險移轉前，買受人已發覺其物有瑕疵，倘出賣人無法提出無瑕疵物，或擔保除去該瑕疵後給付，則買受人亦有拒絕受領瑕疵物之權利，並解除契約（最高法院八十六年度台上字第一三〇三號判決參照）之意旨，自非無據；因此被上訴人主張兩造系爭房地之買賣契約，已因其合法解除而自始歸於消滅等語，亦非虛妄，而堪採信。至於上訴人前揭以被上訴人未給付買賣價金等為由，以存證信函向被上訴人解除契約之表示，自不生合法解除契約之效力，當無疑義。

(七) 綜前所述，本件上訴人所欲交付被上訴人之系爭房屋及土地，既有上開多項瑕疵，諸如一樓客廳轉角窗下方積水、浴室間口牆水泥漆剝落、轉角滲水，二樓前面臥室木質地板凸起、窗戶邊水泥漆剝落、後面臥室牆壁二處垂直裂紋，另二樓往三樓樓梯間牆壁水平裂紋一處，三樓前臥室天花板有滲水情形、裂紋三處，至四樓前臥室前方及右方窗戶邊滲水及二處牆壁裂紋，不僅不易改善，縱予修補，其瑕疵亦難保不復重現，自己甚為減損系爭房屋之效用及其價值。而變電器及電源開關箱之設置，在實際上復減少被上訴人可使用範圍，且造成被上訴人居住時心裡之不安與不便，此由證人陳銘樹之前揭證述亦可知其然；顯見該等瑕疵影響系爭房地之交換價值非微；再徵諸一般社會生活經驗及本省民間房屋交易之商業習慣，其瑕疵在客觀上已屬重大，遑論系爭房屋尚有上開其餘之瑕疵，被

上訴人自得主張解除契約。上訴人辯稱：該等瑕疵並非重大，解除契約顯失公平云云，自不可採。而本件兩造間就系爭房地所訂之買賣契約，既因經被上訴人合法解除而自始歸於消滅，亦如前述，則被上訴人請求上訴人應將其受領之二百二十三萬元附加利息返還被上訴人，自於有據。

六、綜上所述，本件被上訴人主張其於八十二年二月二十五日向上訴人公司購買坐落系爭土地上，由上訴人所興建之系爭房屋一戶；且雙方約定基地所有權應有部分約為六三·七六坪，房地總價則為八百十萬元。嗣被上訴人於訂約後已依約陸續給付二百二十三萬元之價金，惟後來發現上訴人竟使用與合約書不符之劣質建材、房屋土地使用面積縮小、土地使用面積內架設大型電源開關箱公共設施等瑕疵；雖履經數次以存證信函要求上訴人改正，惟未獲置理；被上訴人乃於八十六年九月十一日以郵局之存證信函通知上訴人公司解除兩造間之前揭買賣契約，被上訴人自得請求上訴人返還已交付之價金。爰本於解除契約作用之回復原狀請求權之法律關係，請求判決上訴人應給付被上訴人二百二十三萬元，及自最後收款日即八十三年八月二十三日起至清償日止，按年息百分之五計算法定遲延利息，為有理由，應予准許。原審判命上訴人如數給付，並依兩造之聲請，分別酌定相當擔保金額，為准、免假執行之宣告，於法並無不合；上訴人上訴意旨指摘原判決不當，求為廢棄改判駁回被上訴人在第一審之訴及假執行之聲請，為無理由，應予駁回。

貳、反訴部分：

一、本件上訴人於原審提起反訴主張：被上訴人於八十二年二月二十八日與其簽訂前揭系爭房地買賣契約，約定買賣總價為八百十萬元，其中自備款部分，房屋為七十一萬元，土地部分為二百五十八萬元，付款方法依土地房屋預定買賣契約書後附土地付款表及房屋付款表所示，至其餘四百八十一萬元則以貸款方式給付；而依房屋買賣契約書第十二條及土地買賣契約書第六條之規定，買方應繳之各期價款、各項稅費及預定貸款應繳之利息，應依約繳付，如全部或一部不履行付款規定時，其逾期部分買方願自乙方通知繳款之限期日起，按每日千分之一計算滯納金；詎被上訴人於給付部分款項後，即因不動產行情下跌而以買賣標的有瑕疵之理由拒不付款，目前尚積欠自備款一百零六萬元未付；至貸款部分共計四百八十一萬元，則因房屋蓋好後，被上訴人拒絕受領而完全未付。爰本於買賣契約作用之價金給付請求權之法律關係，求為判命上訴人應給付被上訴人五百八十七萬元及其法定遲延利息之判決等語。

二、被上訴人則以：上訴人所出售之系爭房屋及土地，既有如前所述之瑕疵，且該瑕疵早經其於受領標的物之前即已發現，則其自得拒絕受領該有瑕疵之標的物，並於上訴人改善該項瑕疵前，拒絕繼續給付本件買賣價金，況兩造間就系爭房地所訂之買賣契約，已經被上訴人合法解除而自始歸於消滅，上訴人之請求，自屬無據等語，資為抗辯。

三、經查本件兩造間就系爭系爭房屋及土地所訂之前買賣契約，既已因有前揭所

述之重大瑕疵，且上訴人已表示拒絕修補瑕疵之旨，經被上訴人於八十六年九月十一日以嘉義郵局第八四七六號存證信函向上訴人表示解除系爭房地買賣契約，而自始歸於消滅，以如前述，並經本院查明屬實；且按本於契約而有所請求，自以契約關係現尚存在為其前提要件；則本件上訴人即反訴原告本於前揭已歸於消滅之買賣契約請求被上訴人即反訴被告履行給付買賣價金之義務，即應給付其五百八十七萬元及其法定遲延利息，即屬於法無據。

四、綜上所述，本件上訴人提起反訴主張被上訴人於八十二年二月二十八日與其簽訂前揭系爭房地買賣契約，約定買賣總價為八百十萬元，其中自備款部分，房屋為七十一萬元，土地部分為二百五十八萬元，付款方法依土地房屋預定買賣契約書後附土地付款表及房屋付款表所示，至其餘四百八十一萬元則以貸款方式給付；詎被上訴人於給付部分款項後，即因不動產行情下跌而以買賣標的有瑕疵之理由拒不付款，目前尚積欠自備款一百零六萬元未付；至貸款部分共計四百八十一萬元，因房屋蓋好後，被上訴人拒絕受領而完全未付。爰本於買賣契約作用之價金給付請求權之法律關係，請求判決上訴人應給付被上訴人五百八十七萬元及其法定遲延利息，難謂正當，不應准許。其假執行之聲請，亦因失所附麗，應併予駁回。原審就此部分為上訴人敗訴之判決，並駁回其假執行之聲請，於法並無違誤。上訴人上訴意旨仍執前詞，指摘原判決不當，求予廢棄改判准如上訴聲明(三)之請求，為無理由，應予駁回。

參、又本件待證事實已臻明瞭，兩造其餘攻擊防禦方法及舉證，對判決之結果已不生影響，爰不一一詳為審酌，併此敘明。

肆、據上論結，本件上訴為無理由，依民事訴訟法第四百四十九條第一項、第七十八條判決如主文。

中 華 民 國 八 十 九 年 十 一 月 二 十 八 日  
臺灣高等法院臺南分院民事第四庭

審判長法官 張 世 展  
          法官 蘇 清 恭  
          法官 李 文 賢

右為正本係照原本作成。

如對本判決上訴，須於判決送達後廿日內向本院提出上訴狀，未表明上訴理由者，應

於上訴後廿日內，向本院提出理由書。

中 華 民 國 八 十 九 年 十 一 月 三 十 日  
                                  法院書記官 廖 英 琇

## 5. 最高法院民事判決 八十九年度台上字第二〇二四號

最高法院民事判決 八十九年度台上字第二〇二四號

上訴人 蕭富男 賴素月 費文彥 董海濤 董海清  
吳慧真 王雪花 汪清江 盧龍江

共同訴訟代理人 林照雄律師

上訴人 李永聖 賴金旭 張林美玉 林添財 陳愛玲  
賴瑞元 姚華英 李銘傳 王杉傳 陳蓉樺  
李秀娟 林聰海 余麗雪 朱雅慧

被上訴人 順欣興業股份有限公司

法定代理人 莊燧仁

被上訴人 莊英輝

共同訴訟代理人 林秋萍律師

右當事人間請求返還不當得利事件，上訴人對於中華民國八十八年五月五日台灣高等法院第二審判決（八十七年度重上字第三三三號），提起上訴，本院判決如左：

主文 原判決關於駁回上訴人之訴及該訴訟費用部分廢棄，發回台灣高等法院。  
理由

本件上訴人主張：伊於民國八十三年間分別向被上訴人順欣興業股份有限公司（下稱順欣公司）購買其所興建之「喜市」即如原判決附表（B）欄所示棟別、樓層之預售屋及其基地（下稱系爭房地），已繳交如原判決附表（D）欄所示之房、地買賣價金及暫收款、瓦斯安裝費、變更工程款。**順欣公司於廣告中一再表明：「總價一百八十萬元起買二十四坪樓中樓」、「總價二百四十萬元起買三十一坪樓中樓」、「喜市，四米三神奇城堡，創造樓中樓複式空間。」、「空間變大，挑高客廳樓中樓，為您賺空間省新台幣」、「變、變、變，房子變高又變大」等詞，復由銷售人員告知系爭房屋可興建合法之夾層，並引導參觀夾層設計之樣品屋，致伊信以為真而與之簽訂房地預定買賣契約書。**惟系爭房屋並非可興建合法之樓中樓（夾層），缺乏契約預定之「樓中樓複式空間」之效用；**又依消費者保護法第二十二條之規定，順欣公司負有交付可興建合法樓中樓之義務，竟無法履行其義務，自屬給付不能，上訴人自得解除契約。**再者，順欣公司故意以前揭不實之廣告、樣品屋及說明等為詐欺方法，致令伊陷於錯誤而與之簽訂契約，亦得依民法第九十二條規定，撤銷購買系爭房地之意思表示。伊已通知順欣公司撤銷及解除契約，被上訴人莊英輝出賣系爭土地，依土地預定買賣契約書規定，應與順欣公司負連帶保證責任等情，爰依民法第一百七十九條規定，求為命順欣公司給付如原判決附表（E）欄所示之金額，並與莊英輝連帶給付如原判決附表（F）欄所示之金額及均自民國八十六年十一月十五日起至清償日止之法定遲延利息之判決。（第一審共同原告陳慧珠、黃三和起訴請求給付部分，經原審判決其敗訴，陳慧珠等雖提起第三審上訴，但旋又撤回，已告確定）

被上訴人則以：上訴人未依約繳納買賣價金，伊已分別催告解除系爭房地買賣契約，上訴人就已解約失效之買賣契約，主張系爭房地有瑕疵，行使撤銷權、解除權，於法均有未合；「喜市」社區之R棟、P棟確為四米五之雙層樓中樓，順欣公司針對該等樓中樓為銷售廣告，無不法或不實廣告可言；上訴人係買受四米三單層房屋，非買受四米五樓中樓雙層之房屋，其指述之夾層設計並不在系爭房屋買賣之範圍等語，資為抗辯。

**原審**將第一審命順欣公司給付上訴人及被上訴人連帶給付上訴人部分之判決廢棄，改判駁回上訴人之訴，係以：順欣公司所銷售之喜市社區房屋，除上訴人所購買之四米三房屋外，尚有四米五樓中樓、四層透天住宅、五層店舖公寓等三種，卷附原一號廣告，係四米五「樓中樓」之廣告；原三號、四號、五號廣告，則係強調四米三房屋空間加倍，並未表示四米三者為樓中樓，至原二號廣告，雖內載：「總價二百四十萬元起買三十一坪樓中樓；喜市，四米三神奇城堡，創造樓中樓複式空間，總價二百四十萬元起……，買喜市三十一坪高級大廈！總價二百四十萬元起，住三十一坪皇帝宮殿」等情。**惟四米三之房屋並無三十一坪及總價二百四十萬元之產品**，且該廣告上方亦標明棟別為樓中樓之G（後改為R棟）2棟，**而上訴人購買之房屋並非該廣告上所載棟別及坪數者，自無因該廣告而陷於錯誤之可能。況依一般購屋常情，於看到廣告後勢必再前往現場參觀了解實情，故上訴人於訂約前理應就被上訴人所銷售之四種不同類型之房屋詳加考慮後始決定其所購買之房屋，自無不知有四米三大樓及四米五樓中樓之不同房屋區別之理。**行政院公平交易委員會亦認順欣公司銷售喜市建物於樓高表示無違反公平交易法之情事。上訴人主張順欣公司故意以不實之廣告、樣品屋及說明等為詐欺方法，致渠等陷於錯誤而與之簽訂契約等語，顯非可採。次查，兩造所簽訂之房屋土地預定買賣契約書第六條約定：「本建物為鋼筋混凝土建築，其施工標準悉依基隆市工務局所核准建造執照之圖說含變更設計圖為準，大樓區樓高四點三公尺，P、R棟樓中樓客廳挑高四點五公尺。甲方（即上訴人等）不得對本房屋之結構、外觀及公共設施等要求變更。甲方如欲變更室內設計或增減設備時，應以不違背法令、不影響房屋結構安全……之情形下，……。交屋後甲方如自行整修內部時，不得損及建築結構，倘因而影響建築物安全，致生損害他人者，應負回復原狀及賠償之責。」而證人即元匯廣告公司負責人高南華、現場銷售員蘇筱榛、王振懿均證稱：當場有告知客戶四米三房屋僅一層，交屋後客戶可自行施工作夾層即二次施工等語，上訴人亦自承「當初有說二次施工（建夾層屋）是由我們付款」「當初有說四米五是建設公司替住戶負責施工，而四米三是我們可委託外人施工」等語，**足證兩造間買賣之標的物，並不包括如銷售廣告圖或現場樣品屋所示之夾層部分，契約內亦無被上訴人應為上訴人施作夾層之約定。**又系爭房屋依契約所定僅有一層之設計，須於系爭房屋取得使用執照交屋後，再由上訴人自行出資施工（即通常所謂之二次施工），始有夾層部分。**該夾層部分面積不屬於房屋買賣契約所約定之買賣面積，既為上訴人所明知**，則上訴人主張被上訴人對伊施用詐術，故意將違法之夾層設計作為銷售賣點，致伊陷於錯誤而簽訂系爭買賣

合約書云云，亦無足取。系爭買賣合約之標的物並非如上訴人所云之「夾層屋」，被上訴人自不負給付夾層屋之義務。縱認順欣公司於銷售廣告及現場樣品屋有夾層設計之介紹，或於訂約時未告知上訴人關於夾層之施工是否合法，惟上訴人既知夾層之施工須於系爭房屋取得使用執照交屋後始得為之，自應向被上訴人查詢清楚，或問明該部分是否屬於保存登記之範圍，或是否為違章建築，但並未查詢，而順欣公司亦未向上訴人保證該部分非違章建築，則上訴人難謂無重大過失，依民法第三百五十五條之規定，被上訴人亦不負物之瑕疵擔保責任，上訴人據以解除契約，即難認為合法。從而上訴人本於不當得利返還請求權，請求被上訴人返還系爭價金本息，洵非正當，不應准許等詞，為其判斷之基礎。

惟查上訴人起訴係主張順欣公司於銷售系爭房地時，除於廣告外並由銷售人員明確表明系爭房屋為挑高設計，可作合法之夾層屋或樓中樓使用，引誘上訴人訂購預售之房屋。惟系爭房屋，若未依法請領建造執照，即行二次施工興建夾層，將遭受罰鍰及勒令停工或強制拆除之處分。因系爭房屋已完工，容積率業已用罄，縱令申請建造夾層，亦將因建物總樓地板面積逾越容積率許可範圍，而無法獲准取得執照，系爭房屋顯非可興建樓中樓，無成為合法樓中樓之可能，上訴人因誤信「喜市，四米三神奇城堡，創造樓中樓複式空間。」、「空間變大，挑高客廳樓中樓，為您賺空間省新台幣」等面積加大之說詞而購買，詎系爭房屋缺乏契約預定之「樓中樓複式空間」之效用等情（見一審卷第六、七十六頁），可見上訴人係主張順欣公司以其預售之房屋有可合法興建夾層之功能，引誘上訴人購買，並非主張其向順欣公司購買者為有夾層之預售屋。而上訴人所訂購之房屋依法不得建造合法夾層等情，似為被上訴人所不爭執，原審未調查審認順欣公司有無於廣告中聲稱銷售之四米三房屋具有可建合法夾層之功能，或其銷售人員有無隱瞞如二次施工興建夾層，將遭受罰鍰及勒令停工或強制拆除之處分，而告知上訴人系爭房屋可興建合法夾層，以資判斷上訴人有無被騙及其意思表示有無錯誤，竟以兩造房屋買賣契約排除夾層為買賣標的、未將夾層設計空間列入買賣範圍，及上訴人既知夾層須於取得使用執照交屋後自行施工，應向被上訴人查詢或問明該部分是否屬於保存登記之範圍，或是否為違章建築等詞，推論上訴人未被詐騙及意思表示並無錯誤，據為上訴人敗訴之判決，自有判決不備理由之違法。上訴論旨，執以指摘原判決關於其敗訴部分為不當，聲明廢棄，非無理由。

據上論結，本件上訴為有理由，依民事訴訟法第四百七十七條第一項、第四百七十八條第一項，判決如主文。

中華民國八十九年八月三十一日

最高法院民事第五庭

審判長法官 蕭 亨 國  
法官 許 朝 雄  
法官 陳 淑 敏  
法官 葉 勝 利  
法官 鄭 玉 山

右正本證明與原本無異

書記官

中華民國八十九年九月十八日

## 6. 最高法院民事判決 八十八年度台上字第二五八九號

最高法院民事判決 八十八年度台上字第二五八九號

上訴人 今第股份有限公司

法定代理人 蔡芳洋

訴訟代理人 周世傳律師 許士宦律師

被上訴人 劉美玲

右當事人間請求返還價金事件，上訴人對於中華民國八十七年十月二十七日台灣高等法院第二審判決（八十七年度上字第八六一號），提起上訴，本院判決如左：  
主文 原判決廢棄，發回台灣高等法院。

理由

本件上訴人法定代理人變更為蔡芳洋，其新任法定代理人蔡芳洋聲明承受訴訟，核無不合，先予說明。

次查本件被上訴人主張：伊於民國（下同）八十四年三月二十一日向上訴人買受其興建坐落台北市內湖區東湖段二小段七之一、七之八、七之九、七之十地號上「新第我的家」編號第四十三號一樓房屋（下爭系爭房屋）及其基地應有部分，總價新台幣（下同）九百四十萬元，伊已依約分期繳納買賣價金二百七十三萬二千六百元。惟上訴人於銷售廣告中宣傳買一層可以用二層之流行創意屋，且於廣告圖中為上層、下層之室內裝潢建議圖示，致伊陷於錯誤以為該房屋可合法施作夾層利用而與上訴人簽約，現得知上訴人所稱之夾層設計係屬非法，有遭主管機關拆除之虞，乃依民法第三百五十九條規定解除契約，並依同法第二百五十九條規定，求為命上訴人返還已給付之買賣價金二百七十三萬二千六百元及法定遲延利息之判決。

上訴人則以：廣告內容縱有誇大之情，亦僅對消費者是否應負損害賠償責任，不得將廣告內容列為契約之一部分，被上訴人於訂約時明知所買受之系爭建物，未包含夾層，不得以註明僅供參考之裝潢建議圖作為契約之一部分。訴外人新第建設股份有限公司（下稱新第公司）並非伊之代理人，無權代理收受被上訴人解除契約之意思表示。又系爭買賣契約因被上訴人未依期繳付價金，業經伊合法解除等詞，資為抗辯。

原審維持第一審所為命上訴人給付二百七十三萬二千六百元本息之判決，駁回上訴人之上訴，無非以：為避免企業經營者以不實廣告侵害消費者權益，消費者保護法第二十二條規定企業經營者應確保廣告內容之真實，其對消費者所負之義務不得低於廣告之內容。預售屋之購屋人與建商訂定不動產買賣契約時，既無任何成品供購屋人決定是否欲承購該屋，衡諸常情，購屋人於訂約當時自當信賴購入後自己得使用之室內空間、格局高度及房屋品質將如同廣告上所載，則廣告之內容即成為契約之內容。查上訴人於售屋之報紙廣告上載明：「一層空間多層利用」，並於廣告海報中該室內裝潢建議圖上層並繪有客廳一間、臥房三間，依上訴人上開廣告用語及內容，顯係以系爭房屋具有得規劃為合法夾層屋之特性為其

促銷之重點，則系爭房屋於性質上須具有得規劃為夾層屋之特性，而成為契約之一部分。上訴人明知系爭房屋不能興建為合法之夾層屋，此重大瑕疵又不能補正，被上訴人在危險移轉前即得行使瑕疵擔保權利，依民法第三百五十九條規定解除系爭買賣契約。查被上訴人於八十六年十月二十九日以存證信函致表見代理上訴人之新第公司以上開理由解除系爭買賣契約，並於同年月三十日送達新第公司，已生解約之效力。上訴人雖曾於八十六年十二月一日以被上訴人遲延給付價金為原因，解除系爭買賣契約，惟因上訴人所定履行期限為三日，顯不相當而不生解約效力，因而被上訴人另於八十六年十二月十日對上訴人所為解約之意思表示，亦生解約效力。系爭買賣契約業經被上訴人合法解除，被上訴人訴請上訴人返還所付價金二百七十三萬二千六百元本息，為屬正當，應予准許等詞，為其判斷基礎。

按解除權為形成權，契約解除權之行使，僅需有解除權之一方以意思表示向他方為之，於意思表示到達他方時，即生效力。契約一經合法解除，契約關係即告消滅，自無另一次解約生效之問題。查原審既認定新第公司為上訴人之表見代理人，被上訴人於八十六年十月二十九日對新第公司解除系爭買賣契約之意思表示，對於上訴人發生效力，則系爭買賣契約當因此解除，兩造間似已無契約關係存在，乃原審又再次認定被上訴人於八十六年十二月十日向上訴人解除系爭買賣契約，亦屬有效，其所持見解，已滋疑義。次按，無代理權人以代理人之名義所為之法律行為，非經本人承認，對本人不生效力，此觀民法第一百七十條第一項規定自明。查上訴人於原審辯稱新第公司與上訴人雖同設於同一地址，惟係不同法人，互無代理權（見原審卷第三三頁）等語。果爾？則新第公司可否祇因係與上訴人設於同一地址之關係企業即得認係上訴人之表見代理人？而得代理上訴人受領被上訴人所為解除契約之意思表示？攸關係爭買賣契約是否於八十六年十月二十九日合法解除，亦待進一步澄清。又依民法第二百五十四條規定，債務人遲延給付時，必須經債權人定相當期限催告其履行，而債務人於期限內仍不履行時，債權人始得解除契約。惟債權人催告定有期限而不相當（過短）時，若自催告後經過相當期間，債務人仍不履行者，基於誠實信用原則，應認亦已發生該條所定契約解除權。準此，上訴人辯稱伊依買賣契約書第四條買受人每期付款應於收到繳款通知書三日內繳付之約定，於八十六年十一月八日通知被上訴人於三日內繳交第五十四期款，被上訴人未予繳納，再於八十八年十一月二十九日定期催告被上訴人繳款，並函知如屆期不繳即視為契約解除不另通知，應生解約效力云云（見第一審卷第一一頁），是否全無可取，原審未遑詳查，徒以催告期限「三日」顯不相當，不生解除契約效力，而為上訴人不利之判決，亦嫌速斷。再者，解釋意思表示應探求當事人之真意，不得拘泥於所用之辭句，但契約文字業已表示當事人真意，無須別事探求者，即不得反捨契約文字而更為曲解。查系爭買賣契約明確約定給付標的之房屋坐落位置與面積，並無夾層屋之約定，於附件（六）一樓平面圖加註「本圖僅供參考，正確圖說應以政府機關核准之圖說為準」蓋有被上訴人之印章，於室內裝潢建議圖亦註明「隔間僅做參考」，廣告圖說之用辭

為「一層空間多層利用，挑高空間，可運用裝潢巧思，讓空間更有變化」（見被上訴人於第一審提出之外放證物原證二），亦為原審認定之事實，則上訴人抗辯被上訴人明知買賣標的為十九點零四坪，並無夾層屋之約定，被上訴人未陷於系爭房屋為夾層屋之錯誤與上訴人簽訂系爭買賣契約，廣告內容不能成為契約內容之一部分云云，（見原審卷第三〇、三二、八二、一二一頁），自屬重要攻擊防禦方法，原審未於判決理由項下說明其取捨之意見，遽為上訴人敗訴之判決，亦有判決不備理由之違法。上訴論旨，指摘原判決不當，求予廢棄，不能謂為無理由。據上論結，本件上訴為有理由。依民事訴訟法第四百七十七條第一項、第四百七十八條第一項，判決如主文。

中 華 民 國 八 十 八 年 十 月 二 十 八 日

最高法院民事第六庭

審判長法官 朱 錦 娟

法官 蘇 茂 秋

法官 蘇 達 志

法官 顏 南 全

法官 陳 碧 玉

右正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 八 十 八 年 十 一 月 六 日

## 7. 最高法院民事判決 九十年度台上字第一五八五號

最高法院民事判決 九十年度台上字第一五八五號

上訴人 何卓殷

訴訟代理人 周承武律師

被上訴人 國座建設股份有限公司

法定代理人 張國安

訴訟代理人 林清源律師

右當事人間請求回復原狀事件，上訴人對於中華民國八十九年一月二十五日臺灣高等法院第二審判決（八十八年度上字第一四三三號），提起上訴，本院判決如左：

主文 原判決除假執行部分外廢棄，發回臺灣高等法院。

理由

本件上訴人主張：伊於民國八十三年四月九日與被上訴人訂約，購買被上訴人在坐落臺北縣淡水鎮水碓子段二〇一—二三號等土地上興建之「巧克力花園社區」編號第D壹十樓房屋及其基地應有部分暨地下層汽車停車位一位，總價新臺幣（下同）四百八十三萬元，伊已繳納自備款八十七萬九千元，另於八十六年一月二十二日簽發票號TH〇二〇一九七六號，面額六十七萬元之本票乙紙與被上訴人以爲擔保，貸款銀行即玉山商業銀行民生分行亦於同年三月二十一日將伊所貸金額三百二十六萬元撥交被上訴人，伊並已繳付自八十六年三月二十一日起至同年八月二十一日止之利息五次，計十三萬五千三百五十二元，另支付系爭房地產權移轉登記代書費十萬七千元。詎系爭建物有非法夾層屋及對外無通路之瑕疵，伊自得解除系爭買賣契約，請求被上訴人返還已繳交之前述自備款、銀行貸款、利息、代書費等計四百三十八萬一千三百五十二元，及上開本票，**並依消費者保護法規定給付懲罰性賠償金**四十三萬八千一百元等情，求爲命被上訴人給付四百八十一萬九千四百五十二元，及其中四百三十八萬一千三百五十二元自八十六年十一月十四日起，其餘四十三萬八千一百元自八十七年五月十六日起算之法定利息，並前述本票之判決。（第一審判命被上訴人於上訴人將系爭房地抵押權登記塗銷後，移轉產權登記與被上訴人之同時，返還上訴人前開本票，並給付上訴人四百五十五萬二千九百元，及其中四百十三萬九千元自八十六年十一月十四日起，其餘四十一萬三千九百元自八十七年五月十六日起算之法定利息，而駁回上訴人其餘之訴。兩造各就於其不利部分提起第二審上訴。）

被上訴人則以：伊售屋廣告並無不實情事，用語亦非就夾層屋所爲廣告。**況兩造簽訂之系爭房地買賣契約爲挑高四米三五之建築物，並無夾層屋之約定，建築執照及施工圖均無夾層屋或樓中樓之設計，亦爲上訴人所明知，自無受詐欺之可言。**又系爭房屋聯外道路爲二十年以上之既成道路，人車通行均無問題，亦無上訴人所稱不適通行之瑕疵，上訴人無由解除買賣契約。退步言之，縱認上訴人得解除契約，伊應返還買賣價金，上訴人亦應同時將系爭房地返還與伊，並塗銷其

上之抵押權登記等語，資為抗辯。

**原審**將第一審所為上訴人勝訴及同時履行之判決部分廢棄，改判駁回上訴人之訴，並駁回上訴人之上訴，無非以：上訴人主張向被上訴人購買系爭房地及停車位，已繳交前述自備款、貸款利息及代書費，伊之貸款亦已由銀行撥交被上訴人之事實，業據提出房屋預定買賣契約書、土地預定買賣契約書、地下層汽車停車位預購約定書、放款繳款利息收據及土地建物登記簿謄本為證，且為被上訴人所不爭，堪信為真正。雖上訴人主張系爭房屋有非法夾層屋及對外無通路之瑕疵，且該瑕疵不能除去或確定出賣人拒絕為除去，得依物之瑕疵擔保責任，解除系爭買賣契約，並以起訴狀繕本之送達為解除契約之意思表示云云。惟查關於非法夾層屋部分，上訴人主張被上訴人銷售房屋時於工地建有一夾層屋設計之樣品屋，且銷售廣告刊登「買一層使用二層」、「就像住樓中樓別墅」、「打破一『層』不變的家居」、「四米三五的創意空間」等文字，興建之房屋上層設有窗戶及電視、電話插座，均為夾層之設計，足使消費者誤認系爭建物已合法取得夾層使用空間。惟系爭房屋實際並未申請夾層設計，被上訴人顯無法依契約給付，且該瑕疵不能除去云云。查兩造簽訂之房屋預定買賣契約書及其附件二建材說明書，並無一、二層面積各若干及隔間之記載，系爭建物建築執照亦無夾層之設計，平面圖冊則標明「本建議圖上層係由客戶創意使用，不計銷售坪數之內」字樣，堪認兩造間合意買賣之房屋僅屬挑高建築，並無隔間設計，亦非夾層（樓中樓）建物。按廣告之作用重在吸引顧客購買之欲望，引發客戶觀看及興趣之動機，法律性質上屬於「要約引誘」，雖企業經營者應確保廣告內容之真實，其對消費者所負之義務不得低於廣告內容，消費者保護法第二十二條定有明文，惟此乃行政機關為管制消費秩序之公平所為措施，至企業經營者與第三人訂定之權利義務關係，仍應以雙方當事人間之言詞或書面約定為依歸，故當事人間之契約仍應以雙方曾進行磋商後達於意思表示一致者為內容，吸引消費者前來觀賞之廣告，因兩造從未進行磋商無從達於意思表示合致，若謂廣告當然為契約內容之一部，顯然有違民法第一百五十三條之基本精神。查前揭巧克力花園特刊廣告，係記載「買」一層、「像」住樓中樓，並非買二層或直接刊登為樓中樓，尚不足以證明系爭買賣之房屋，係上訴人主張之合法夾層屋或樓中樓。至平面圖冊及樣品屋固有上、下二層之設計，然該平面圖冊既標明「本建議圖上層係由客戶創意使用，不計銷售坪數之內」等字樣，亦僅能作為兩造間就系爭房屋買賣，上訴人可為如同銷售現場樣品屋所示夾層之裝潢，尚不得執此主張被上訴人銷售者係合法使用之夾層屋，亦即該廣告及樣品屋僅為被上訴人要約之引誘。縱被上訴人曾刊載「買一層使用二層」、「就像住樓中樓別墅」等廣告文宣，經行政院公平交易委員會處分，亦不能認兩造係合意以「夾層屋」為買賣標的。又兩造買賣契約書第二十二條約定「甲方（即上訴人）並了解同意本房屋預定買賣所有銷售說明書、廣告資料等僅作參考用途，非為本契約之一部分，甲乙雙方權利義務內容僅依載於本契約書內為準。如有任何口頭約定或其他事項皆應在簽訂本契約時一併提出列入，俾使共同遵守」等語，尤難認兩造有將前揭廣告作為契約內容之意思。本件並無消費者保

護法第二十二條之適用，已如前述，上訴人執該條文主張系爭房屋應具可行施作夾層之效用，即不足採。系爭契約經雙方研討，擬定並修改多處後確定，尙難認該條款違反誠信原則，對消費者顯失公平而無效。兩造房屋預定買賣契約書第十三條約定「交屋時水電應已接通，進出道路及排水溝應已完成」字樣，並未明列他人所有連外道路土地，為該「進出道路應已完成」之範圍，亦無被上訴人應提供如何狀況之道路供通行之記載。被上訴人否認其銷售人員曾向上訴人保證道路方便，抗辯契約書第十三條所載「交屋時進出道路應已完成」一語，係指社區內所設道路應已鋪設完成，得以連接既有巷道，供對外連接交通而言，社區外道路問題並非兩造合約內容云云，尙堪採信。又系爭社區可經由北新路一八四巷與外界連絡，另被上訴人業於社區增設四·八米道路與登輝大道連絡，難認有如上訴人所指之「對外無通路」之瑕疵。從而，上訴人執以解除契約，訴請被上訴人返還本票及前述款項暨給付懲罰性賠償金本息，均無依據，不應准許等詞，為其判斷之基礎。

惟查企業經營者應確保廣告內容之真實，其對消費者所負之義務不得低於廣告之內容，為消費者保護法第二十二條所明定。本件兩造簽訂之預定房地買賣契約書第二十二條約定：本房屋預定買賣所有銷售說明書、廣告資料等僅作參考用途一節，因與前開規定相悖，應屬無效。原審謂廣告僅為「要約」之引誘，兩造從未就此進行磋商，難謂為契約內容之一部云云，已屬可議。又系爭銷售廣告刊登「買一層使用二層」、「就像住樓中樓別墅」等文字，曾遭行政院公平交易委員會處分，系爭房屋平面圖冊及工地樣品屋有上下二層之設計，為原審所是認。上訴人稱該廣告另登載「打破一『層』不變的家居」、「四米三五的創意空間」字樣，被上訴人興建之房屋上層設有窗戶及電視、電話插座，均為夾層之設計，又似為被上訴人所不爭。則上訴人主張依上開銷售房屋廣告等，足使消費者誤認系爭建物已合法取得夾層使用空間云云，似非無據。倘依被上訴人之廣告內容、平面圖冊及工地樣品屋，足使消費者誤認可合法擁有夾層之規劃及使用空間，則被上訴人興建之房屋是否不應具有該「可施作夾層」之效用，即非無疑。如應具有該項效用，而實際依相關建築法規規定，不能施作夾層，能否謂被上訴人不應就該項瑕疵負責，尙值深究。乃原審未詳加查明，究竟上開廣告圖說等是否足使消費者誤認系爭建物可合法擁有夾層之規劃及使用空間，而實際被上訴人並未依相關建築法規請准夾層設計，徒以前揭情詞，遽為上訴人不利之判決，自欠允洽。上訴論旨，指摘原判決不當，求予廢棄，非無理由。

據上論結，本件上訴為有理由，依民事訴訟法第四百七十七條第一項、第四百七十八條第一項，判決如主文。

中華民國九十年九月六日

最高法院民事第四庭

審判長法官 蕭 亨 國

法官 許 朝 雄

法官 謝 正 勝

法官 陳 淑 敏

法官 吳 麗 女

書 記 官

右正本證明與原本無異

中華民國 九十年 九月 二十四 日

## 8. 最高法院民事判決 九十年度台上字第一四〇四號

最高法院民事判決 九十年度台上字第一四〇四號

上訴人 聯昇建設有限公司

法定代理人 呂黃草雲

訴訟代理人 劉 纈 意律師

被上訴人 彭詹詩韻（即詹詩韻） 曾國書 何素妙 吳易芳  
李朱瑞美 李秀蘭 林永成 廖文雄 林美華  
薛秀玲 鄭素雲 高小玲 胡漢明 楊秀環  
李瓊川 李錫堂 蔡茂雄 鍾海章 蔡鸞姬  
蘇威侯 李立天 林恆榮 張淑珍 張森凱  
吳美英 許翠芬 劉秋枝 洪林麗華 包忠賓  
林東松 蔡愛英 姜安妮 林方麗珠 陳賢汝  
陳篁村 林永欽 謝麗婷 丁耀輝 周天賜  
郭旭都 郭明華 許陳櫻桃 趙汝鵬

右當事人間請求減少價金事件，上訴人對於中華民國九十年三月二十日台灣高等法院台南分院第二審判決（八十八年度重上字第一〇號），提起上訴，本院判決如左：

主 文

原判決關於駁回上訴人對於被上訴人彭詹詩韻、曾國書、何素妙、吳易芳、郭明華、李朱瑞美、李秀蘭、林永成、廖文雄、林美華、薛秀玲、鄭素雲、高小玲、胡漢明、李瓊川、李錫堂、蔡茂雄、鍾海章、許陳櫻桃、蔡鸞姬、蘇威侯、李立天、林恆榮、張淑珍、張森凱、吳美英、許翠芬、劉秋枝、趙汝鵬、洪林麗華、包忠賓、林東松、蔡愛英、姜安妮、林方麗珠、陳賢汝、陳篁村、林永欽、謝麗婷、丁耀輝、周天賜、郭旭都之上訴及駁回上訴人對於給付被上訴人楊秀環「防盜磁感應器」、「牆壁天花板粗糙不平」、「遮雨棚」、「電梯」價金計新台幣肆萬壹仟陸佰貳拾柒元本息之上訴，暨各該訴訟費用部分廢棄，發回台灣高等法院台南分院。

其他上訴駁回。

第三審訴訟費用，關於駁回其他上訴部分，由上訴人負擔。

理 由

本件被上訴人主張：伊分別向上訴人購買坐落嘉義市頂庄段四二〇號等地號土地上所興建之「第一英郡」大廈（下稱系爭大樓）如原判決附表（下稱附表）二代號欄所示之房屋各一戶，均已付價金，上訴人於附表二「交屋日期」欄所示日期交屋，惟未符合約定品質，有未裝設防盜磁感應器、牆壁龜裂天花板粗糙不平、發電機舊品、未裝置遮雨棚、未設置交誼廳、電梯廠牌不符約定、使用坪數權狀與約定不符等項瑕疵，並溢收價金，屢催上訴人補正，均未置理。瑕疵部分，伊自得請求減少價金，而溢收價金部分屬不當得利，亦得請求返還等情，求為命上

訴人給付被上訴人各如附表一「原審請求金額」欄所示金額及其法定遲延利息之判決（第一審判命上訴人給付被上訴人各如附表一「原審判決金額」欄【即第一審判決附表二】所示金額及其法定遲延利息，並駁回被上訴人其餘之請求。被上訴人就其敗訴部分，未據其聲明不服，而上訴人就其敗訴部分，聲明不服，上訴第二審。在第二審審理中，除被上訴人郭明華、許陳櫻桃、趙汝鵬外其餘被上訴人分別撤回起訴、減縮請求金額各如附表一【即撤回第一審判決附表二「發電機」欄所示部分起訴，及何素妙、李朱瑞美、李秀蘭、林永成、蘇威侯、林恆榮、吳美英、許翠芬、劉秋枝、洪林麗華、姜安妮、林方麗珠就「電梯」、「使用坪數」部分核算後減縮請求[詳如原審卷第四宗第四二、四三頁]】所示金額，其中被上訴人吳易芳、廖文雄、林美華、薛秀玲、鄭素雲、高小玲、胡漢明、楊秀環、李瓊川、李錫堂、蔡茂雄、鍾海章、蔡鸞姬、李立夫、張淑珍、張森凱、包忠賓、林東松、蔡愛英、陳賢汝、陳篁村、林永欽、謝麗婷、丁耀輝、周天賜、郭旭都（下稱吳易芳等二十六人）又擴張請求上訴人再給付各如附表一所示之金額【詳如原審卷第四宗第四二、四三頁】。上訴人亦撤回部分上訴如附表一【即第一審判命上訴人給付被上訴人如第一審判決附表二「子母型硫化銅門」、「蓄水池屋頂水塔未貼磁磚」、「地下室監控功能」、「地下室嚴重漏水」欄所示】之金額，此部分已告確定。原審將第一審所命上訴人給付被上訴人除確定部分外各超過如附表三所示金額本息部分之判決廢棄，改判駁回該部分被上訴人在第一審之訴，並駁回上訴人其餘之上訴【即維持第一審判命上訴人給付被上訴人各如附表三「防盜磁感應器」、「牆壁天花板粗糙不平」、「遮雨棚」、「電梯」、「溢收價金」欄所示金額本息部分之判決】，暨駁回吳易芳等二十六人擴張之訴。被上訴人就其敗訴部分，未據其聲明不服，亦告確定；上訴人就其敗訴部分，聲明不服，上訴第三審）。

上訴人則以：伊交屋均符合約定品質，縱有瑕疵，亦已修復完畢；二樓以上住宅均無後門，依約不必裝設防盜磁簧感應器；牆壁天花板或無粗糙不平或不明顯，水泥裂紋為水泥乾燥收縮自然現象，每戶情形不同，且請求金額過高；交誼廳在中庭空間非另闢室設置；電梯已正常運作，符合通常效用；廣告上使用面積、公共面積與權狀主建物附屬建物、公共設施分類不同，不可援引，或有成屋買賣，或有就面積找補完畢；或已罹於六個月請求權時效；且廣告為促銷宣傳品，係要約引誘，不得視為契約之內容，自不適用簽約後始施行之消費者保護法規定等語，資為抗辯。

原審以：被上訴人主張其等於附表二「訂約日期」欄所示日期與上訴人簽訂系爭買賣契約，並已付價金，上訴人於附表二「交屋日期」欄所示日期交屋，該房屋有上揭瑕疵之事實，業據其提出土地及建物所有權狀、土地及建物登記簿謄本、買賣契約書、廣告海報圖、存證信函、照片、乘坐電梯被困證明、保養及更換零件單據、發票、大樓管理委員會（下稱管委會）收支報表及會議記錄、電梯會勘情形紀錄、明細表、估價及報價單等件為證；並經第一審勘驗現場，且囑託台灣省建築師公會（下稱省建築師公會）、財團法人中華企業技術鑑定委員會（下稱

中華鑑定委員會)鑑定屬實,堪信為真實。按買賣因物有瑕疵,而出賣人依同法第三百五十四條至第三百五十八條之規定,應負擔保之責者,同法第三百五十九條前段規定,買受人得請求減少其價金。又廣告乃企業經營者為招徠買主,尤其建築商之廣告海報載明各樓層之面積、使用建材及週圍環境,一般房屋買賣商場上交易習慣,以之與顧客洽談買賣事宜,自應確保廣告內容之真實,雖雙方未將廣告列為契約內容,惟應視為買賣契約之一部,為符合公平正義原則,企業經營者所負之義務不得低於廣告之內容,此為必要之解釋。系爭買賣契約雖於八十三年一月十一日消費者保護法第二十二條公布施行前之八十一年間簽訂,但上訴人仍應確保廣告內容之真實,對被上訴人所負之義務不得低於廣告之內容。是上訴人辯稱不得違「法不溯及既往」原則,適用消費者保護法規定,且該廣告圖註明僅供參考,非契約內容之一部,自不負廣告所定之義務云云,即不足採。次按買受人因物有瑕疵,而得請求減少價金者,其請求權於物之交付後六個月間,不行使而消滅;前項規定,於出賣人故意不告知瑕疵者,不適用之,民法第三百六十五條定有明文。所謂出賣人故意不告知瑕疵,係指物交付時,買受人不知瑕疵,出賣人明知瑕疵仍不為告知。此乃因出賣人故意背於交易之誠實及信用,而不告知物之瑕疵時,買受人應受保護,其價金減少請求權不受前關於通知後六個月期間之限制;故倘買受人明知物之瑕疵,出賣人未再為告知,已非所謂故意不告知瑕疵,仍應受六個月期間之限制。而被上訴人係於八十四年六月八日起訴請求減少價金,上訴人交屋日期薛秀玲於八十三年十月七日、楊秀環於同月三十日、許陳櫻桃於同年十一月三日、陳篁村於同月十一日、高小玲於同月十六日、廖文雄、林美華均於同月二十二日、胡漢明於同月二十三日、姜安妮於同月二十五日、鄭素雲於同月二十八日、陳賢汝於同年十二月六日、包忠賓、蔡愛英均於同月七日(下稱薛秀玲等十三人),有交屋日期明細表可稽,且為薛秀玲等十三人所自認,堪信為真實。被上訴人主張交屋後瑕疵問題,通知上訴人員工均推托不解決,八十四年三月二十五日管委會大會決議,委由管委會與上訴人協調解決,經里長多次協調未果云云,為上訴人所否認,被上訴人又未能舉證以實其說,尚無可採。又系爭大樓為集合式大廈,有專用部分及共用部分之區別。上訴人所謂交屋,應指被上訴人個人專用部分,就共用部分,則應以交付管委會之日期為交付日期,如水電及消防設備係於八十五年五月十二日經管委會驗收合格,有水電及消防設備結清證明可佐。被上訴人主張就防盜磁感應器、牆壁天花板粗糙不平部分均在專用部分屋內,應以被上訴人個人之交屋日期為準。惟就遮雨棚、電梯部分均屬共用部分,則應以交付管委會之日期為準。實際上在對被上訴人個人專用部分點交時,並無就共用部分點交,亦不得依被上訴人個別交屋日而將共用部分予以分裂交付。是上訴人辯稱依薛秀玲等十三人交屋日期,彼等就遮雨棚、電梯部分減少價金請求權已因罹六個月除斥期間,即非可採。茲就被上訴人所主張防盜磁感應器、牆壁天花板粗糙不平、遮雨棚、電梯等瑕疵得否請求減少價金及減少金額若干,分項審酌如下:(一)防盜磁感應器部分:依系爭買賣契約附件四「保全設施」部分第五款雖約定:各戶前後門玄關應裝設防盜磁簧感應器等語,上訴人

廣告保全設施欄E部分亦為相同記載。在一樓店2、6彭詹詩韻、曾國書有後門設置；另依卷附買賣契約附件六之配置圖及廣告海報，在二樓以上各戶均規劃有陽台，留設有防盜磁簧感應器線路盒，故應可認定各戶前後門玄關應裝設防盜磁簧感應器，在二樓以上樓層有裝置之約定。防盜磁簧感應器係上訴人依約應設置而未裝置，為上訴人所自認，此瑕疵為上訴人故意不告知，薛秀玲等十三人請求減少價金之形成權，自不因於物之交付後六個月間不行使而消滅。是上訴人抗辯被上訴人請求減少價金已逾六個月期間云云，要非可採。蔡敏三建築師事務所八十五年三月二十七日函雖稱此僅於合約記載，但設計及施工均無，應不能解免上訴人依約裝置之義務。而經第一審囑託中華鑑定委員會鑑定結果，上訴人未依約裝設後門玄關防盜磁簧感應器，裝置費一個新台幣（下同）六百元，有鑑定報告書可稽。是被上訴人就此部分各請求減少價金六百元，應予准許。（二）牆壁龜裂天花板粗糙不平油漆脫落部分：查曾國書、何素妙、薛秀玲、鄭素雲、胡漢明、楊秀環、蔡鸞姬、蘇威侯、林恒榮、張森凱、吳美英、許翠芬、洪林麗華、姜安妮、陳篁村、林永欽（下稱曾國書等十六人）提出照片六十八張顯示屋內牆壁龜裂、天花板不平、有水漬及油漆剝落等瑕疵，係施工不良潛隱漸現所致。而上訴人僱人施工時，即可得知有不良之瑕疵，仍故意不告知，則曾國書等十六人未於六個月內通知上訴人或請求減少價金，依上說明，不得謂其減少價金之形成權因除斥期間屆滿而消滅。是上訴人抗辯曾國書等十六人請求減少價金已逾六個月之除斥期間云云，要非可採。又牆壁、天花板油漆粉刷，據台北市土木建築公會（損害修復標準單價表）記載每平方公尺一百九十元，換算每坪六百二十七元。而永將營造有限公司之報價每戶七萬二千元；蓮盛土木包工業社之報價每坪五百元，按實際粉刷面積計算，則曾國書等十六人每戶約四萬二千九百五十元至五萬八千八百二十元間，有報價單、估價單可證。就屋內牆壁龜裂、天花板粗糙凹凸不平之瑕疵，經囑託中華鑑定委員會鑑定楊秀環一戶結果，以括除異狀部分後室內重新粉刷費用二萬元，牆壁凹凸不平及水泥脫落需作水泥層去除重新補平工作費用三千元，有鑑定報告書可稽，該鑑定金額，應屬合理。其餘曾國書等十五人購買之房屋雖有上述瑕疵，但其損害情形不同，主張修復費用比照楊秀環一戶為二萬三千元，即非可採；惟參照鑑定報告書內照片，認以水泥重新補平（須再油漆粉刷）或刮除油漆異狀部分後室內重新粉刷費用二萬元、牆壁凹凸不平及水泥脫落需作水泥層去除重新補平工作費用三千元為標準計算，曾國書等十六人修復費各詳如附表三「牆壁天花板粗糙不平」欄所示金額，則其請求此部分減少上開金額之價金，即屬有據。（三）遮雨棚部分：按企業經營者對消費者所負之義務不得低於廣告之內容，已如前述，系爭買賣契約內容固未約定應裝置遮雨棚，惟依上訴人所提供廣告海報所示系爭大樓全圖，大樓周圍店鋪均附有遮雨棚（採光罩），有上訴人所不爭之廣告海報可按。是上訴人辯稱非契約範圍，不必設置，且無義務負擔遮雨棚費用云云，亦不足採。又上訴人迄未裝置遮雨棚，為其所不否認，自屬有瑕疵。而依廣告海報在大樓周圍裝置遮雨棚，經第一審囑託省建築師公會鑑定結果，此部分所需費用為九十五萬七千一百八十元，有該公會鑑定報告書足

憑。則被上訴人請求增設遮雨棚費用九十五萬七千一百八十元，按該大樓公設比（即共同使用部分應有部分比例）計算，減少價金各如附表三「遮雨棚」欄所示之金額，亦屬有據。（四）電梯部分：系爭買賣合約書附件甌建材與設備說明及上訴人之建材設備說明廣告海報，電梯應使用 GOLDSTAR（金星）、TOSHIBA 或 HITACHI 等八人份高級自動微電腦電梯，惟系爭大樓至八十五年五月三十日始完成金星牌電梯主機馬達換裝，仍配置高斯達實業股份有限公司（下稱高斯達公司）製造之電梯車廂，有照片可按，**並未全依約定之廠牌；該電梯自交屋後，曾發生電梯車廂與建物電梯間地面無法齊平（即會下陷）情形**，業據被上訴人陳明在卷，並提出受困證明書為證，且經台灣嘉義地方法院另案勘驗屬實，有勘驗筆錄二份在卷可稽，並為上訴人所不爭執，堪信為真實。而上開受困證明書記載分別在八十四年三月二十六日、同年六月二、三日、八十五年十月十九日、同年十一月十四、十五日，依被上訴人主張系爭電梯自八十六年一月至六月委請訴外人鑫揚股份有限公司（下稱鑫揚公司）保養、同年七月至八十八年十二月委請訴外人得喜機電股份有限公司（下稱得喜公司）保養，依原安裝廠商高斯達公司函稱免費保固期自八十四年三月一日至八十五年十一月三十日止，有該公司函可按。則上訴人辯稱高斯達公司免費保養至八十五年九月間，因未定期保養，致在該時段發生故障云云，亦不足採。又上訴人係於八十一年七月七日取得建造執照興建後之八十二年二月十九日與高斯達公司簽訂電梯買賣契約，有買賣契約書及統一發票足憑。則高斯達公司以八十一年製造之主機馬達換裝，不能謂為舊品，此廠牌符合契約之約定。**我國雖與大韓民國已斷絕外交關係，惟商業往來未全中斷，只要上訴人依約交付約定廠牌之電梯，且合於通常效用即可，被上訴人以中韓斷交，為免故障無法維修，請改以 TOSHIBA 或 HITACHI 電梯，難謂有據。**參酌系爭電梯使用迄今已逾六年，持續使用中，如全部不堪使用，何能持續使用六年等情以觀，可見系爭電梯雖有瑕疵，惟尚非重大，無予拆除另換電梯之必要。從而，被上訴人依永大機電工業股份有限公司（下稱永大公司）估價單，主張拆除更換電梯五部需花費計八百八十四萬元，即無可採。亦無上訴人所稱損益相抵法則適用之問題。系爭電梯固有瑕疵，經管委會委託鑫揚公司、得喜公司修繕，且已修護完畢，被上訴人因此支付修繕費用鑫揚公司十三萬元（換裝電腦機板、變頻器、I C 板等零件五萬元、一萬元、二萬元、二萬五千元、二萬五千元）、得喜公司二十六萬六千五百元（電梯控制系統二十萬四千元、煞車模組及電組六組三萬九千元、PC 板九千元、驅動模組及控制機板一萬一千元、接觸器及風扇三千元、高速保險絲五百元），有電梯保養及更換零件單據請款單、估價單、修繕費足憑，堪可採信。在高斯達公司保固期間未能提供妥適保養維修，被上訴人委請其他公司修繕已支付款項，上訴人以高斯達公司電梯維護零配件價目表為據，辯稱被上訴人支出維修費用過高云云，亦不可採。惟上訴人於八十七年三月十日以函管委會於同月十七日會同高斯達公司保修人員前往維修電梯，但屆期前往遭管委會拒絕，有存證信函及切結書、證明書可證，則自八十七年三月十七日起之修繕費用不得向上訴人請求減少價金。鑫揚公司修繕費用十三萬元全部，得

喜公司更換控制箱二十萬四千元、煞車模組及電組一萬九千五百元，計三十五萬三千五百元，均在此之前，自得請求減少價金，逾此部分不得請求。又附卷系爭大樓地下室建築設計平面圖所示五部電梯在地下一層均有開挖，足認均延伸至地下室一樓；但除已至地下室二部電梯外，另編號 留設地下室北向車廂出口，編號 則留設地下室西向車廂出口。**參以上訴人之廣告海報，地下室至十一樓平面參考圖，其中編號 (A、B棟)、(C、D、E棟)、(I、J棟)及(K、L棟)等四部電梯，車廂出口分別為北向、北向、南向、西向，自地下室至十一樓均規劃車廂出口，故均有延伸至地下室；至於編號 (F、G、H棟)電梯，規劃為自地面層至十一樓南向車廂出口，地下室並無車廂出口，該電梯僅至地面層，地下室並無電梯車廂出口。**至於上訴人提出之建築設計圖之電梯旁□另以綠色螢光筆標示，係管道間之標示，並非電梯車廂出口。又依上訴人自己之規劃，地下室建築設計圖上之儲藏室將作為店8生鮮超市使用，並留設盥洗室、屋頂、(地面層)採光罩(見同上建築設計圖)，則其旁之編號 電梯豈有未延伸至地下室留設電梯車廂出口之理；再編號 電梯車廂西向出口也在樓梯間，被上訴人主張上訴人未依該建築設計圖將編號 電梯延伸至地下一樓留設車廂出口之瑕疵，即屬可採。又將電梯延伸至地下一樓之工程費，經永大公司估價每部需五十三萬元，有該公司估價單一紙可證，永大公司為電梯專業承造安裝保養之公司，為眾所週知，就此費用之估價，應屬可採。從而，被上訴人除彭詹詩韻、曾國書外就電梯修繕費三十五萬三千五百元、編號 二部電梯延伸至地下一樓車廂出口工程費一百零六萬元，共計一百四十一萬三千五百元，按公設比例計算，請求減少價金各如附表三「電梯」欄所示金額，即屬有據。至於**溢收價金部分**：查系爭買賣合約書上均標示買賣價金及買賣標的面積，且註明「**面積包括本戶室內面積、騎樓、陽台、花台、平台及當層樓梯間、門廳、屋頂突出物、地下室機車停車場、機械室、變電室、水箱及共同使用部分之分擔面積**」合計坪數，並約定「以地政機關丈量為準，如有出入多退少補(但以增減本戶面積超過百分之二為限)」等語，而楊秀環係以系爭買賣契約簽訂總價款二百七十萬元，土地一百七十萬元、房屋一百萬元，面積三一點七七坪。依房屋所有權狀記載面積一〇八點五三平方公尺折合三二點八三坪(另五萬元車位一十點一零四平方公尺，依約外加在公共設施持分)，扣減契約面積百分之二即〇點六四坪後，較契約增加〇點四二坪，依房屋價金一百萬元(依契約書未約定土地買賣面積，且無互相找補約定，僅就房屋價金部分計算找補之基準)計算，應補價金一萬三千二百二十元，上訴人於八十四年三月九日以地政測量結果坪數多〇點六三五坪為由，補收二萬一千二百零六元，則溢收價金七千九百八十六元。又丁耀輝係以系爭買賣契約簽訂總價款三百七十萬元，土地二百一十八萬元、房屋一百五十二萬元，面積四三點三一坪，約定使用面積三八點三三坪。而依房屋所有權狀記載面積一五〇點七平方公尺折合四五點五九坪，扣減契約面積百分之二即〇點八七坪後，較契約增加一點四一坪。**一般所稱「使用面積」包括主建物面積、陽台、花台、露台、窗台及當層樓梯間、電梯間、走道部分(俗稱小公)，惟權狀面積將小公計入公共**

設施範圍，故主建物一二三點五平方公尺折合三七點三六坪，加計入小公，與約定「使用面積三八點三三坪」相當，足認所增加面積均屬公共設施部分，衡諸目前一般有關房屋使用面積與公共設施面積之利用價值及經濟效益評估，認二者價值比例應為八比二。丁耀輝所購買之房屋雖約定總面積四三點三一坪，使用面積三八點三三坪，公共面積為四點九八坪，每坪二萬三千三百七十三元計算，需補繳價金三萬二千九百五十六元。上訴人於八十四年一月五日以前以地政測量結果坪數多二點二七八坪為由，補收一十萬元，則溢收價金七萬六千六百二十七元。綜上所述，被上訴人本於買賣標之物之瑕疵請求減少價金形成權及不當得利返還溢收價金之法律關係，請求上訴人給付各如附表三「總計」欄所示金額及其法定遲延利息，為有理由，應予准許；逾此範圍之請求，為無理由，不應准許。爰將第一審所命上訴人給付被上訴人超過如附表三「防盜磁感應器」、「牆壁天花板粗糙不平」、「遮雨棚」、「電梯」、「溢收價金」欄所示金額本息部分之判決廢棄，改判被上訴人該部分在第一審之訴，並駁回上訴人其餘之上訴，暨駁回被上訴人吳易芳等二十六人擴張之訴。

(一)、廢棄發回部分(即原判決關於駁回上訴人對於被上訴人彭詹詩韻、曾國書、何素妙、吳易芳、郭明華、李朱瑞美、李秀蘭、林永成、廖文雄、林美華、薛秀玲、鄭素雲、高小玲、胡漢明、李瓊川、李錫堂、蔡茂雄、鍾海章、許陳櫻桃、蔡鸞姬、蘇威侯、李立天、林恆榮、張淑珍、張森凱、吳美英、許翠芬、劉秋枝、趙汝鵬、洪林麗華、包忠賓、林東松、蔡愛英、姜安妮、林方麗珠、陳賢汝、陳篁村、林永欽、謝麗婷、丁耀輝、周天賜、郭旭都之上訴及駁回上訴人對於給付被上訴人楊秀環「防盜磁感應器」、「牆壁天花板粗糙不平」、「遮雨棚」、「電梯」價金計四萬一千六百二十七元本息之上訴部分)：

查原審既認定系爭房屋有未裝置防盜磁簧感應器及屋內牆壁龜裂天花板粗糙不平油漆脫落等瑕疵，且上訴人於如附表二「交屋日期」欄所示日期分別交付與被上訴人，則被上訴人受領房屋時，依交易上之習慣，就系爭房屋上述之瑕疵是否不能即時知悉？不無疑問。倘被上訴人受領房屋時即時能知悉，能否謂上訴人故意不告知瑕疵，而無民法第三百六十五條第一項規定之適用，即有待斟酌。原審未予查明審究，徒以上訴人故意不告知瑕疵，遽為上訴人不利之判斷，已有未合。又查被上訴人曾國書等十六人就屋內牆壁龜裂、天花板粗糙凹凸不平之瑕疵，第一審雖囑託中華鑑定委員會鑑定，但僅就被上訴人楊秀環一戶現況為鑑定，其餘十五人之房屋並未鑑定，其所提出之照片亦未顯示瑕疵位置、面積，且該委員會鑑定報告書內所附照片僅第十樓之二即楊秀環一房現況(見一審卷外放證物「照片」及「鑑定報告書」)，則除楊秀環外其餘十五人所購買房屋之屋內牆壁如何龜裂？天花板何處粗糙凹凸不平？面積各多少？其瑕疵原因何在？原審胥未調查審認，並說明其所憑之依據，即認定楊秀環外其餘十五人所購買房屋有上述瑕疵，並參照上開鑑定報告書內照片，遽以水泥重新補平(須再油漆粉刷)或刮除油漆異狀部分後室內重新粉刷費用二萬元、牆壁凹凸不平及水泥脫落需作水泥層去除重新補平工作費用三千元作為標準，核減少其此部分之價金，亦欠允洽。次

按消費者保護法第二十二條有關企業經營者應確保廣告內容之真實，其對消費者所負之義務不得低於廣告內容之規定係於八十三年一月十一日始公布施行，依法律不溯既往原則，在消費者保護法施行前，房屋銷售廣告之效力，僅屬於要約之引誘，除非契約當事人合意將廣告內容列為契約之一部，否則買賣契約仍應以該契約內容所載者為準。查卷附系爭買賣契約記載被上訴人彭詹詩韻係於八十二年四月十二日與上訴人簽約（見原審卷第一宗一〇〇至一〇一頁），原審謂被上訴人彭詹詩韻與上訴人訂約日期係八十四年四月十二日（見附表二「訂約日期」欄編號一所示），有認定事實核與卷內資料不符之違法。且其餘被上訴人除鄭素雲外分別於如附表二「訂約日期」欄所示日期與上訴人簽約，系爭買賣契約中並無關於裝置遮雨棚之約定，為原審所認定之事實，則被上訴人鄭素雲簽約日期不詳，其餘被上訴人除林永成、廖文雄、楊秀環、蔡茂雄、蘇威侯、趙汝鵬外均於消費者保護法八十三年一月十一日施行前與上訴人簽約，並未以契約約明上訴人有裝置遮雨棚之義務。則除林永成、廖文雄、楊秀環、蔡茂雄、蘇威侯、趙汝鵬外其餘被上訴人關於裝置遮雨棚部分，能否如林永成等六人參照消費者保護法第二十二條規定，作相同之解釋，認係系爭買賣契約內容之一部，請求上訴人減少價金，非無研求之餘地。原審未查明被上訴人鄭素雲與上訴人簽約日期，且遽認上訴人以廣告海報招徠行銷，該廣告海報記載系爭大樓周圍店舖附有遮雨棚，雖於消費者保護法公布施行前簽約，仍應確保廣告內容之真實，亦有該法第二十二條對消費者所負之義務不得低於廣告內容規定之適用，進而為上訴人不利之判斷，其所持見解，亦有可議。其次，查除彭詹詩韻、曾國書外其餘被上訴人主張上訴人未依建築設計圖將編號 2、5 電梯延伸至地下一樓留設車廂出口之瑕疵，每部需費用五十三萬元，固提出永大公司估價單為證，但上訴人似對之有所爭執。原審未進一步詳查，遽以該估價單所載金額作為減少價金之標準，亦有未合。未按買受人之減少價金請求，為形成權，一經行使，固生減少價金之效果，惟就該減少之價金，如已為給付，買受人尚非得逕依該減少價金請求權請求出賣人返還。被上訴人請求返還系爭房屋減少價金，未敘明係基於何法律關係而請求，原審未予闡明，遽行判決，尚嫌疏略。又原審既認定被上訴人丁耀輝所購買之房屋需補繳價金為三萬二千九百五十六元，而上訴人於八十四年一月五日以前以地政測量結果坪數多二點二七八坪為由，補收一十萬元，則溢收價金為六萬七千零四十四元。原審竟認為七萬六千六百二十七元判令上訴人返還，亦有未洽。上訴論旨，執以指摘原判決此部分不當，聲明廢棄，非無理由。

（二）駁回部分（即原判決關於駁回上訴人對於給付被上訴人楊秀環溢收價金七千九百八十六元本息之上訴部分）：

原審以前開理由，為上訴人此部分敗訴之判決，經核於法洵無違誤。上訴論旨，徒就原審取捨證據、認定事實之職權行使，指摘此部分原判決不當，聲明廢棄，非有理由。

據上論結，本件上訴一部為有理由，一部為無理由。依民事訴訟法第四百七十七條第一項、第四百七十八條第一項、第四百八十一條、第四百四十九條第一項、

第七十八條，判決如主文。

中華民國九十年八月十日

最高法院民事第二庭

審判長法官 曾 桂 香

法官 劉 延 村

法官 劉 福 聲

法官 黃 秀 得

法官 許 澍 林

右正本證明與原本無異

書記官

中華民國九十年八月二十二日

## 9. 最高法院民事判決 九十一年度台上字第八九三號

最高法院民事判決 九十一年度台上字第八九三號

上訴人 劉美玲  
訴訟代理人 許俊仁律師  
被上訴人 今第股份有限公司  
法定代理人 席中珍  
訴訟代理人 陳俊斌律師

右當事人間請求返還價金事件，上訴人對於中華民國八十九年八月二十四日台灣高等法院第二審更審判決（八十八年度上更（一）字第四六〇號），提起上訴，本院判決如左：

主文 上訴駁回。第三審訴訟費用由上訴人負擔。

理由

本件被上訴人今第股份有限公司法定代理人已由蔡芳洋變更為席中珍，業據席中珍在原審於原審判決前提出公司變更登記表為憑，並聲明承受訴訟在案。原判決仍將其法定代理人誤載為「蔡芳洋」，先予敘明。

次查本件上訴人主張：伊於民國八十四年三月二十一日向被上訴人購買坐落台北市內湖區東湖段二小段七之一、七之八、七之九、七之十地號土地上所興建之「新第我的家」編號第四十三號一樓房屋及其基地（下稱系爭房地），總價新台幣（下同）九百四十萬元，伊已依約分期繳納買賣價金二百七十三萬二千六百元。**惟被上訴人於銷售當時，隱瞞其夾層為非法之事實，以廣告大肆宣傳買一層可以用二層之流行創意屋，且於廣告圖中為上層、下層之室內裝潢建議圖示，謂系爭房屋為挑高空間可作夾層設計而吸引伊購買，致伊陷於錯誤以為該房屋可合法施作夾層利用而與其簽訂買賣契約，並給付買賣價金。**詎嗣後得知被上訴人所稱之夾層設計係屬非法，有隨時遭主管機關拆除之虞，足認其於銷售當時有欺瞞伊情事，被上訴人應負不完全給付及瑕疵擔保之責，伊已通知被上訴人解除契約等情，爰依解除契約回復原狀之法律關係，求為命被上訴人如數返還伊上開已付之買賣價金並加計法定遲延利息之判決。

被上訴人則以：系爭房屋，並無夾層之設計，廣告及建議圖說並非契約內容，室內上下層預留水電管線，係應上訴人之要求，且縱上訴人施作夾層亦無被拆除之危險。另系爭房地買賣契約業經伊於八十六年十一月二十八日合法解除，上訴人不能就已解除之契約，主張債務不履行或依瑕疵擔保之規定再為解除契約。如上訴人解除契約為合法，將使挑高房屋責任，全由伊負擔，顯失公平，上訴人僅得減少價金等語，資為抗辯。

原審以：上訴人向被上訴人購買系爭房地，已依約分期繳納買賣價金二百七十三萬二千六百元之事實，有房屋及土地買賣契約書影本為證，且為被上訴人所不爭執，堪信為真實。上訴人主張：被上訴人銷售當時，於廣告中大肆宣傳買一層可以用二層之流行創意屋，且於廣告圖中為上層、下層之室內裝潢建議圖示，致上

訴人陷於錯誤，以為該房屋可合法施作夾層利用因而與其簽訂買賣契約，嗣後得知被上訴人所稱之夾層設計係屬非法，有隨時遭主管機關拆除之虞而有瑕疵，應負不完全給付之債務不履行及瑕疵擔保責任云云，惟為被上訴人否認有買賣夾層屋之約定及系爭房屋有瑕疵等語，經查被上訴人於售屋之報紙廣告載明：一層空間，多層利用，並於廣告海報中為上層、下層之室內裝潢建議圖示，該圖上層並繪有客廳乙間，臥室三間，固為被上訴人所不爭執，然兩造於買賣契約並無以夾層屋為買賣標的之約定，又契約附件一樓平面圖加註「本圖僅供參考，正確圖說應以政府機關核准之圖說為準」，並蓋有上訴人印章，以示審閱知悉，室內裝潢建議圖亦註明「隔間僅做參考」，另廣告圖說之用辭亦僅記載「一層空間多層利用，挑空空間，可運用裝潢巧思，讓空間更有變化」等語，由此觀之，足認上訴人可明確知悉室內裝潢之多層利用，並非買賣之標的，且在一般交易觀念上，此廣告內容純屬建議，而非買賣契約內容。且兩造在訂立買賣契約時，上訴人復對契約內容一一審認無訛，其於簽約時既未表明上開廣告內容即為契約內容，亦未對該契約內容為保留、加註或質疑，自難認為廣告內容乃契約內容之一部。次查系爭買賣契約明定買賣標的房屋面積為十九點四坪，並不包括室內裝潢之夾層面積，足見上開廣告內容非契約內容之一部分，殆無疑義。上訴人對契約內容未為任何質疑、保留，則其並無陷於系爭房屋為夾層屋之錯誤而與被上訴人訂約之情事，足堪認定。而系爭房屋兩造未約定具夾層屋效用為其契約之內容，則縱該屋嗣後未能承作為夾層屋，仍無喪失或減損該房屋之效用，自無瑕疵可言。又被上訴人已依約交付房屋，亦無不完全給付之問題。上訴人執此主張解除契約，洵屬無據。從而，上訴人請求被上訴人返還其已交付之價金二百七十三萬二千六百元及其利息，為無理由，不應准許，爰將第一審所為被上訴人敗訴之判決廢棄，改判駁回上訴人之訴，經核於法洵無不合。查兩造買賣契約及廣告內容並無買賣夾層之約定，且上訴人已明確知悉室內裝潢可為多層利用，但並無以夾層作為買賣之標的，被上訴人所作廣告之內容純屬建議，而非買賣契約內容，為原審合法確定之事實，自無消費者保護法第二十二條規定之適用。上訴論旨，執此並就原審其他取捨證據、認定事實之職權行使，指摘原判決不當，求予廢棄，自難謂有理由。

據上論結，本件上訴為無理由，依民事訴訟法第四百八十一條、第四百四十九條第一項、第七十八條，判決如主文。

中華民國九十一年五月九日

最高法院民事第五庭

審判長法官	朱	錦	娟
法官	顏	南	全
法官	蘇	達	志
法官	許	澍	林
法官	葉	勝	利

## 10. 最高法院民事判決 九十一年度台上字第二三五二號

最高法院民事判決 九十一年度台上字第二三五二號

上訴人 楊賽英 曾淑媛 黃惠貞 張清池 黃宗富  
方瓊玲 曾淑富 簡剛正 張智維 方柏盛  
鍾信德 曾銘勳 李慧美 王惠玲 呂癸英  
黃彩勤 鄭千惠 張梨雅 邱益成 蕭碧卿  
李文亮 王鴻章 陳阿蓮 陳泰裕 魏貽漢  
康穎 張麗華 黃文彬 徐清雄 陳阿群  
黃天貴 周文嬌 陳玉瓊 陳珪蓉 陳秀鈴  
于世揚 右三十六人

共同訴訟代理人 陳居亮律師

被上訴人 中國力霸股份有限公司

法定代理人 王金世英

訴訟代理人 紀鎮南律師

右當事人間請求返還價金等事件，上訴人對於中華民國九十一年六月十八日台灣高等法院第二審更審判決（八十八年度重上更婭字第七〇號）提起上訴，本院判決如左：

主文 原判決關於駁回上訴人就原判決附表三所為請求之上訴及追加之訴，暨各該訴訟費用部分均廢棄，發回台灣高等法院。

理由

本件上訴人主張：伊分別於第一審判決附表一所示簽約日期，與被上訴人簽訂力霸國家別墅房地買賣契約（下稱系爭契約），向被上訴人購買同附表所示房地（下稱系爭房屋），**部分上訴人曾淑媛等人並另向被上訴人購買地下室停車位**（如第一審判決附表一註明「含車位」者），各該買賣契約之總價金、貸款、自備款、已付之自備款及未付之自備款詳如該附表所示。系爭力霸國家別墅懷石樓（B棟）、文心樓（H棟）、書香樓（I棟）等三棟集合住宅於民國七十九年三月二十九日開工，詎被上訴人未依約施工，致伊所購買之房屋私有面積坪數，較契約所定坪數短少，**且系爭大樓所設置之游泳池，係以消防蓄水池名義興建之違建**，系爭大樓復有漏水、滲水、裂縫、建材不符等瑕疵，伊乃於八十二年一月十一日致函被上訴人，表示在瑕疵未改善前拒絕給付價金並據以解除契約。而原判決附表三所示即**上訴人楊賽英等三十六人所購買之房屋已遭被上訴人擅自轉賣與第三人，並辦妥所有權移轉登記**，此亦係因可歸責於被上訴人之事由致給付不能，伊自得請求損害賠償等情。爰求為命被上訴人依序給付如原判決附表三所示上訴人楊賽英等三十六人（原判決附表三其中將上訴人鍾信德誤書為鐘信德），各如同附表三「請求給付之金額」欄所示金額，並各加付法定遲延利息之判決（第一審判決正本將上訴人鍾信德誤書為鐘信德，上訴人楊賽英、曾淑媛、陳阿群、黃天貴於起訴後，於原審主張因房屋被賣出，並以給付不能為由解除契約，而為訴之

追加，且上訴人簡剛正、楊賽英擴張請求金額。另上訴人所為備位之訴部分，於原審已撤回其上訴；第一審起訴原為六十五位原告，除本件上訴人外，其餘或未上訴，或經裁定駁回上訴，或撤回第三審上訴，而未聲明不服。又原審更審判決後，上訴人簡剛正對原判決附表三力霸訴訟編號8戶別 7B07 請求部分提起上訴，就附表二力霸訴訟編號8戶別 1B09 部分未聲明上訴。又上訴人於第三審上訴狀及上訴理由狀將原判決「附表二」誤書為「附表一」，將原判決「附表三」誤書為「附表二」。其餘原判決附表二所示鄭盛勇、洪耀林、林順德、韓春惠、孫惠亭則對原判決其敗訴部分未聲明不服）。

被上訴人則以：系爭大樓之游泳池、更衣室、過濾系統均已設置，**其以蓄水池名義申請，係因政府命令禁止興建自用游泳池所致**。本件建物均依核准圖說施工，地下室及部分頂樓樓梯改用不銹鋼扶手，並未減少其通常效用；車位上方為游泳池，輕微滲水再所難免，且早已修補完畢；屋頂圍牆分二次施工，接合處固有痕跡，但非裂痕；又混凝土有細微裂痕為技術上所不能避免，均非瑕疵。系爭契約第一條第二款已將房屋之面積定義清楚，並未就私有面積單獨約定，自無私有面積不足可言。**至廣告平面圖將當層樓梯及電梯間等小公計入私有面積內，此為當時建商之慣例，而伊未列名其上，簽約時亦未將廣告平面圖作為附件，自不受該平面圖拘束**。又上訴人鍾信德、曾銘勳與被上訴人簽約日期均在房屋完工之後，不生廣告誤導問題。上訴人經伊定期催告後，仍拒不繳納尾款，伊得依法解除買賣契約，兩造間之買賣契約既經伊合法解除，伊自得將系爭房屋及車位另售他人，無可歸責於伊之事由致給付不能之問題等語。資為抗辯。

原審將第一審所為駁回上訴人就原判決附表三所為請求之判決予以維持，駁回上訴人之上訴及追加之訴，無非以：本件上訴人主張與被上訴人成立系爭契約，業據其提出買賣契約書為證，被上訴人對於上訴人主張已付房地價款，係認上訴人邱益成僅繳納新台幣（下同）一百三十一萬元，非如上訴人邱益成自陳一百四十三萬元外，其餘均不爭執，惟上訴人邱益成確曾繳納價款一百四十三萬元，業據其提出被上訴人所開立之統一發票、證明書及存證信函為證，堪信上訴人邱益成主張非虛。至上訴人數度函請修補瑕疵，行使同時履行抗辯權，並解除契約，業據上訴人提出自救委員會函及存證信函為憑，被上訴人對此等信函形式真正並不爭執，而被上訴人對於各上訴人定期催告給付欠款，並解除契約，業據被上訴人提出存證信函及「對楊賽英等人催告給付尾款及解除契約一覽表」一紙可佐，而上訴人對於已收受各該存證信函並不爭執。經查上訴人所主張之諸項瑕疵分述如下：關於坪數不足部分：查兩造系爭契約第一條第二款，**上訴人所陳坪數不足並未列算公共面積，惟倘加算「小公面積」後**，上訴人之建物面積除簡剛正（B七之七樓）一戶多出二點二〇坪、一戶（B九之一樓）少二點六七坪（按原判決附表二B九之一樓部分，原審更審判決後，上訴人簡剛正對之未聲明上訴）**其餘上訴人建物面積誤差均在契約所計百分之二容許範圍內**，並無找補問題，業據被上訴人提出建物登記簿謄本可佐。而系爭契約附件僅附有當層建築物平面圖，並未以廣告平面圖集為附件。按企業經營者應確保廣告內容之真實，雖為消費者保護

法第二十二條所明定。然消費者保護法係八十三年一月十一日始由總統公布，而本件上訴人簽訂買賣契約係在七十九年、八十年間，原無消費者保護法第二十二條之適用，且依中華民國建築投資商業同業公會全國聯合會八十四年建投全聯交第一五一八號函所示，足見被上訴人所辯：以「小公」列入「私有面積」為業界慣例，並非無稽。按上訴人所買受者係多層之集合住宅，除了屋頂及地下室之公共設施（俗稱大公）外，必有當層之電梯、樓梯間（即小公），此為一般交易者所可預知預見者。被上訴人房屋銷售人員既曾以廣告平面圖集供售屋時之介紹解說，雖未以廣告平面圖集為契約之附件，自不失為與簽約有實質力之要約之引誘。查前揭廣告平面圖集就何謂「私有面積」，並未有何定義性之說明，然其一樓總平面圖（懷石樓、文心樓、書香樓三者皆然），於標示「私有面積」若干時，均特別說明包含「騎樓」；而「騎樓」並非室內面積，且係可供眾人通行之地，實際上並非可供該戶專用。而當層之電梯、樓梯間（即小公）性質相同，舉重以明輕，顯然可見該廣告平面圖集亦將其列為「私有面積」，而非「公共面積」，益可佐證。被上訴人自始將當層「小公」，當作「私有面積」無疑，且被上訴人所辦妥保存登記之總面積亦在契約容許之誤差百分比內，自難僅因「私有面積」一詞兩造解釋有出入，即認為被上訴人所出售房屋坪數有何不足之處。關於「海砂屋」部分：查上訴人陳阿蓮所買受河南東四街四十號之三房屋其氯離子含量無論以八十三年標準○點六 Kg / M 或八十七年標準○點三 Kg / M，均顯然過高，長期有造成結構鋼筋腐蝕、混凝土剝落之疑慮，業據台灣省結構工程技師公會鑑定，有鑑定報告可憑，而其屋內鋼筋鏽蝕亦有照片可佐，足證上訴人陳阿蓮買受房屋效用已有所減損無疑，要不能謂無物之瑕疵。次查系爭房屋建造於七十九年、八十年間，斯時混凝土中氯離子含量標準若干雖無國家標準之製定（八十三年起始公布為○點六 Kg / M），然所謂物之瑕疵係指存在於物之缺點而言，凡依通常交易觀念或依當事人之決定，認為物應具備之價值、效用或品質而不具備，即為物有瑕疵。而海砂屋即氯離子含量過高將腐蝕鋼筋危及結構安全係通常交易者所關注者，自不能因建造當時國家尚無氯離子含量標準之公布，即否認系爭房屋有物之瑕疵。關於無照之游泳池部分：被上訴人係以消防蓄水池充當游泳池，為被上訴人所不爭，而台中市政府就系爭房屋核准建造執照之初，並未核准「游泳池」，台中市政府並曾致函被上訴人依原核准用途使用，否則將依建築法第九十條規定辦理等情，亦有台中市政府工務局函可憑。是系爭游泳池確有效用之瑕疵要無疑義。再查兩造買賣契約係以「造形游泳池」為契約附件，被上訴人甚至以中庭三座游泳池為廣告賣點，自應有滿足「游泳池」效用之設備。而被上訴人於出售預售前即已於七十九年一月間申請核准建造執照，顯見被上訴人早已知悉其不能取得「游泳池」之建造執照。被上訴人既不能證明上訴人於系爭契約成立時，已明知游泳池有違章之瑕疵而仍買受，而被上訴人明知游泳池不能取得執照，仍隱瞞不告知上訴人，則上訴人不知游泳池不能取得合法執照，縱令有重大過失，依民法第三百五十五條第二項，出賣人即被上訴人仍應負瑕疵擔保責任，要無疑義。關於系爭建物有漏水、滲水、裂縫、建材不符、偷工減料等瑕疵

部分：上訴人主張上開瑕疵業據其提出照片四十九幀為證，復經第一審勘驗現場查明，有勘驗筆錄可憑，前開B棟地下室由原約定櫟木扶手改為不銹鋼扶手，材料雖有不符，其功能均屬相同，自難執此認為建材不符之瑕疵。至上訴人所指鋁門窗規格型式不符一節，經查系爭契約附件三「房屋設備概要」關於門窗約定採用被上訴人公司力霸彩衣鋁門窗，而被上訴人所施作者係力霸公司彩衣鋁門窗RAC | 五〇三六九型即葛樂尼白色，此有被上訴人提出訂貨合約書及力霸彩衣鋁門窗簡介各一件可稽，是上訴人所指鋁門窗建材不符，尚嫌無據。至鋁門窗之阻水路系爭契約並未約定須使用何種品牌之填縫劑，被上訴人使用海燕牌塑膠填縫劑，其性能曾委請成功大學土木工程材料試驗室試驗合格，上訴人指稱未以樹脂為填縫劑致漏水為其瑕疵，亦嫌無據。又上訴人所主張浴廁馬桶設計不當致多一個矮牆，減損使用空間一節，此係因部分主臥室廁所馬桶位於樑位上，為顧慮結構安全，乃以磚牆裝飾牆面與水箱之間隙並鋪貼磁磚，可供作衛生紙等浴廁用品之處所，此有被上訴人提出照片可佐，觀瞻上使用上並無不便之處。又少部分落地窗或鋁門窗按裝傾斜或留存隙縫應按裝不良所致，並不影響其應有之效用，亦難認為係物之瑕疵。從而，系爭建物有明顯瑕疵之部分僅為屋頂及地下室滲水、漏水與裂（痕）縫、牆壁鋼外露、安全門往住戶開、游泳池（蓄水池）牆裂縫。**按上訴人陳阿蓮買受房屋雖為「海砂屋」，惟「海砂屋」並非不能修補**，此有台灣省結構工程技師公會之鑑定報告可參，且上訴人陳阿蓮主張「海砂屋」時，**系爭房屋既尚未點交予上訴人陳阿蓮，危險尚未移轉，上訴人陳阿蓮亦未證明其曾催請被上訴人修補此項瑕疵而遭被上訴人拒絕，其逕以書狀為解除買賣契約意思表示之送達，尚難認為其解除契約合法。而違章游泳池部分，基於法令之限制，是此項瑕疵顯然已不能補正，惟中庭游泳池僅係居家休閒生活之一部分而已，捨此並非不能達成房屋功能**，且當地設有游泳池，與未設有游泳池之建物售價並無明顯差別，亦經華聲企業發展鑑定顧問公司鑑定明確，倘以此瑕疵據為各住戶（即承購戶）解除買賣契約之單獨原因，顯失公平，依民法第三百五十九條後段規定，自為法所不許。就屋頂、地下室滲水、牆壁裂縫（痕）、鋼筋外露、安全門錯開等瑕疵，均屬房屋常見之瑕疵，而系爭房屋均已經核准發給使用執照，顯見已足供通常效用無虞，此等瑕疵顯不足以影響通常效用。而上開安全門錯開向內之瑕疵已經修改，業據上訴人陳明無訛。至地下室停車位樓板頂滲水部分，第一審勘驗現場時雖發現B棟大樓地下室第三十至第三十三號、I棟大樓地下室第三、第十四號停車位屋頂合計六個停車位上方有些微滲水現象。然據被上訴人所陳，此係因停車位上方為游泳池，水泥組合細縫難免，祇須找出源頭略加修補即可防免，與整體結構安全無關等語，而系爭建物之地下室停車位「產權」係以分別共有方式移轉登記於有購買停車位之住戶，並非共同使用部分等情，亦據被上訴人提出建物、土地登記簿謄本為證，被上訴人並辯稱第一審判決所載六位停車位均係訴外人張省吉等人所買受，且已交付使用而無異議等語，此情亦為上訴人所不爭執，此等六個停車位滲水既與上訴人無關，上訴人憑以主張瑕疵而解除契約，亦嫌無稽。再者，游泳池牆壁裂縫之瑕疵，係上訴人於審理中所提出新事實，此

對照上訴人所提出「施工檢點改進表」，並無此瑕疵可明。**惟查此等瑕疵，業經文心樓管理委員會於八十五年間與被上訴人達成協議，由被上訴人補助三十萬元修繕金，由管理委員會同意就游泳池公設點交在案，此有被上訴人提出文心樓管理委員會函請點交游泳池函一件可稽，自應依和解契約履行**，上訴人復行本件訴訟中主張瑕疵，並據以解除契約，亦有未合，其餘鋼筋外露之瑕疵，既不影響系爭建物通常效用，被上訴人復提出本建物結構體安全證明書一紙為憑，上訴人復未能證明與結構安全有何影響，自不能單憑此等瑕疵據以解除買賣契約，否則顯失公平，應為法所不許。另查，上訴人雖以系爭房屋既有前揭瑕疵，上訴人自得行使同時履行抗辯權拒絕續付價金，並據提出八十一年四月十四日八十一年中力救字第○○六號函附「施工檢點改進表」及八十一年五月二十日第六十一號存證信函及八十一年七月二日第二八八號存證信函等為論據。按買受人如主張出賣人應負物之瑕疵擔保責任，依民法第三百六十條規定請求不履行之損害賠償；或出賣人應負不完全給付之債務不履行之責任者，買受人得類推適用民法第二百二十六條第二項規定請求損害賠償；或類推適用給付遲延之法則，請求補正或賠償，並均有民法第二百六十四條之適用。惟被上訴人自始即以上訴人執此等瑕疵拒絕給付為數占總價金百分之七十價金，顯然違背誠信原則為辯。**按此項「已為部分給付」非僅指一部分之給付，於瑕疵給付情形，亦不失為已為部分給付，故他方當事人所為給付，其瑕疵非重要，依其情形，如一方拒絕自己之給付有背誠實及信用方法者，亦不得拒絕給付**。本件上訴人所主張之諸多瑕疵中「海砂屋」及「文心樓游泳池牆壁裂縫」之瑕疵，均係在審理時所提出之新攻擊方法，並不在上訴人前揭於修補前拒絕給付價金之同時履行抗辯範圍內。其餘如安全門錯開之瑕疵，已改善補正，其他並無如屋頂滲水及地下室停車位上方滲水之瑕疵，茲待審究者僅餘牆壁鋼筋外露與無照游泳池二端而已。上訴人主張因無照游泳池受有損失每戶從四十九萬元至九十一萬元不等如前所述，尚屬無據。至鋼筋外露部分，其肇因或係模板或鋼筋綁紮或係水泥漿等因素施工不當，微論被上訴人已提出安全結構無虞之證明，觀之上訴人所提出照片雖有多處，惟尚不嚴重，上訴人提出瑕疵主張後，被上訴人曾多次極力協商，此有協商紀錄三件可佐。系爭房屋於八十一年一月間即已竣工領得使用執照，有被上訴人提出使用執照可參，而上訴人尚有七成價金未繳，此有被上訴人提出客戶欠繳明細表可參，且為上訴人所不爭。上訴人所欠繳之價金自七百五十萬元至四百萬元不等，**上訴人以此等不成比例之瑕疵修補或損害賠償拒絕鉅額之價金，非惟與誠實信用原則有背**，亦失公平，揆諸民法第二百六十四條第二項規定，即為法所不許。上訴人拒絕給付房地價金，非有正當理由。被上訴人主張上訴人積欠交屋尾款，被上訴人乃先後於八十一年十二月三十一日、八十二年二月五日、八十二年十一月九日以存證信函限期十日分別催告上訴人給付房地價金，而上訴人仍未依約給付，乃於八十二年十二月間起至八十三年六月三十日止分別以存證信函解除買賣契約等情，業據被上訴人提出存證信函一冊，上訴人對於存證信函已收受，並不爭執，復有被上訴人所製上訴人催告給付尾款暨解除契約一覽表（修正）可參，本件買賣契約，既經

被上訴人合法解除，其轉售房屋或轉售停車位即無不合，亦無給付不能，或一部給付不能之問題，上訴人主張有可歸責於被上訴人之事由致給付不能依民法第二百五十六條規定解除契約即非有據，上訴人另主張停車位被賣部分為一部分給付不能，上訴人憑以解除車位買賣契約，其他部分（即房屋主體部分）之給付於其無利益，乃拒絕該部分給付，而請求全部不履行之損害賠償，亦非有據。綜上所述，上訴人無論依物之瑕疵擔保責任或依給付不能或一部給付不能規定行使解除權，請求回復原狀，返還價金，或依民法第二百二十六條第二項規定請求全部不履行之損害賠償，均非正當，不應准許。另上訴人楊賽英、曾淑媛、陳阿群、黃天貴以給付不能為由解除契約所追加之訴訟標的，及上訴人簡剛正、楊賽英所擴張之聲明，亦屬無據，不應准許等詞。為其判斷之基礎。

查，要約引誘僅在喚起相對人為要約之意思表示，並非契約成立生效之要素。**原審既謂被上訴人未以廣告平面圖集為契約之附件，復謂該廣告平面圖集不失為與簽約有實質力之要約之引誘，自相矛盾，已屬可議；**且要約引誘如何與簽約有實質力之要約同視之，亦未見原審說明其理由，亦有未洽。又原審既認上訴人陳阿蓮所買受之房屋為海砂屋，且本件房屋有鋼筋外漏、游泳池無照等瑕疵，而上訴人主張：其發現瑕疵後，自八十年七月起，均多次與被上訴人主辦人員反應，並要求修補及更換無瑕疵之物，詎被上訴人之主辦人均虛與委蛇……等語（見原審上字卷第一六二頁正面），果爾，在被上訴人未補正前，上訴人拒絕給付價金，是否為正當權利之行使，抑係有違誠信原則，亦有待進一步探求。原審未遑詳查，即為不利於上訴人之判斷，亦嫌速斷。再者，公寓大廈管理委員會之權責，僅在執行區分所有權人會議決議事項暨公寓大廈管理維護工作而已（參見公寓大廈管理條例第三條第八款），其無權就區分所有權人私法上糾紛與建商和解，故縱上訴人所屬之文心樓管理委員會就游泳池部分與被上訴人達成協議，接受補助款三十萬元，上訴人自不受拘束。原審謂上訴人所屬文心樓管理委員會既與被上訴人達成和解，自應依和解履行，亦欠允洽。上訴論旨，指摘原判決關於其敗訴部分（即原判決附表三所為請求部分）違背法令，求予廢棄，非無理由。

據上論結，本件上訴為有理由。依民事訴訟法第四百七十七條第一項、第四百七十八條第一項，判決如主文。

中華民國九十一年十一月二十一日

最高法院民事第五庭

審判長法官 朱 錦 娟  
法官 顏 南 全  
法官 蘇 達 志  
法官 許 澍 林  
法官 葉 勝 利

## 11. 臺灣高等法院民事判決 九十一年度重上更(二)字第一六三號

臺灣高等法院民事判決 九十一年度重上更(二)字第一六三號

上訴人	楊賽英	曾淑媛	黃惠貞	張清池	黃宗富
	方瓊玲	曾淑富	簡剛正	張智維	方柏盛
	鍾信德	曾銘勳	李慧美	王惠玲	呂癸英
	黃彩勤	鄭千惠	張梨雅	蕭碧卿	李文亮
	王鴻章	陳阿蓮	陳泰裕	魏貽漢	康穎
	張麗華	黃文彬	徐清雄	陳阿群	黃天貴
	周文嬌	陳玉瓊	陳珪蓉	陳秀鈴	于世揚
	邱祖璿(				

兼右一人

法定代理人 張雪香(

共同

訴訟代理人 陳居亮律師

複代理人 林美津

被上訴人 中國力霸股份有限公司

法定代理人 王金世英

訴訟代理人 紀鎮南律師

范文增

右當事人間返還價金等事件，上訴人對於中華民國八十五年九月二十三日臺灣臺北地方法院八十三年度重訴字第一一二號第一審判決提起上訴，上訴人並為訴之追加，經最高法院第二次發回更審，本院於九十二年九月二日言詞辯論終結，判決如左：

主 文

上訴（除減縮部分外）、追加之訴及其假執行之聲請均駁回。

第二審及發回前第三審訴訟費用（除確定部分外）由上訴人負擔。

追加訴訟費用由上訴人簡剛正、楊賽英負擔。

事實及理由

壹、程序方面：

一、上訴人於本院審理中另行主張系爭房屋為「海砂屋」影響結構安全，乃重大瑕疵且為不完全給付，除得據以行使同時履行抗辯權外，並主張解除契約等語（見本院更(一)卷一宗第二七七頁至第二七九頁），查上訴人於原審即曾主張被上訴人建造房屋有物之瑕疵並據以解除契約，則此項「海砂屋」之瑕疵主張，僅係新提出之攻擊方法，先予敘明。

二、上訴人在原審係主張原判決附表四等四十六人房屋遭被上訴人出售已屬給付不能，依民法第二百五十六條規定解除契約。原判決附表二楊賽英等五人房

屋雖未遭出售，原判決附表三邱柏森等十四人房屋雖未遭出售，但車位遭出賣並移轉登記予第三人，因此等房屋均有無法補正之瑕疵，而主張解除契約。另原判決附表三之車位既遭出售，已屬一部給付不能，上訴人除解除車位部分之買賣契約外，其他部分之給付於其無利益，爰拒絕該部分之給付並依民法第二百二十六條第二項請求全部不履行之損害賠償（金額同原判決附表三）。而於本院審理時，被上訴人陳明系爭房屋、車位均已出售等情（見本院更(二)卷一第四十二頁），且為上訴人所不爭執，故更正聲明為如本判決附表所示。是原判決附表二楊賽英及原判決附表三之曾淑媛、陳阿群、黃天貴等四人，於起訴後因房屋被賣出而並以給付不能為由解除契約，自係訴之追加，惟此係因情事變更所致，且被上訴人就此追加之訴無異議而為本案之言詞辯論，依民事訴訟法第二百五十五條第二項規定及第四百四十六條規定，應認為已得對造之同意（參照最高法院四十一年台上字第二九三號判例），是此部分追加之訴應屬合法。至上訴人楊賽英、簡剛正之請求金額與原判決附表二有所不同，亦係擴張聲明而已，另陳阿群之請求金額與原判決附表三不同，係減縮聲明。另張清池、方瓊玲、張智維、方柏盛、鍾信德、曾銘勳、李慧美、黃彩勤、鄭千惠、李文亮、陳泰裕、魏貽漢、張麗華、黃文彬、徐清雄、陳玉瓊、干世揚等請求金額與原判決附表四不同，係減縮聲明，嗣被上訴人返還契稅，上訴人陳泰裕原請求為新台幣（下同）一百七十六萬二千四百元，減縮請求為一百六十五萬元，陳阿群原請求二百四十三萬五千七百元，減縮請求為二百三十萬元（見本院更(二)卷一第二八二頁），依民事訴訟法第四百四十六條第一項、第二百五十五條第一項第三款規定，並無不合。

三、上訴人邱益成於八十九年二月六日過世，有第十三、十四頁），其繼承人張雪香、邱祖璿聲請承受訴訟，核無不合，併此敘明。

貳、實體方面：

一、上訴人起訴主張：伊分別於原判決附表一所示簽約日期，與被上訴人訂立力霸國家別墅房地買賣契約，廣告平面圖集亦為買賣契約內容一部分，向被上訴人購買同附表所示房地，部分上訴人曾淑媛等人並另向被上訴人購買地下室停車位（如原判決附表一註明「含車位」者），各該買賣契約之總價金、貸款、自備款、已付之自備款及未付之自備款詳如該附表所示。系爭力霸國家別墅懷石樓（B棟）、文心樓（H棟）、書香樓（I棟）等三棟集合住宅於民國七十九年三月二十九日開工，詎被上訴人未依約施工，致伊所購買之房屋私有面積坪數，較契約所定坪數短少，且系爭大樓所設置之游泳池，係以消防蓄水池名義興建之違建，系爭大樓復有漏水、滲水、裂縫、建材不符，鋁門窗未依合約規格施裝，浴廁未做好防水處理，馬桶水箱設計錯誤，且係海砂屋，另系爭B棟「力霸懷石樓」其一樓騎樓之主要直柱因不堪九二一大地震而嚴重受損，僅以工字鐵暫時支撐。又H棟「力霸文心樓」及I棟「力霸書香樓」之游泳池中央，矗立支撐大樓結構之主柱，一部分長期泡水，一

部分則否，該兩部分水泥之收縮力及伸張力會有差異，造成承受力有落差，且泡水部分，鋼筋亦有鏽蝕之可能等瑕疵，伊乃於八十二年一月十一日致函被上訴人，表示在瑕疵未改善前基於同時履行抗辯權拒絕給付價金，惟被上訴人並未修補改善，上訴人自得據以解除契約，陸續於八十二年二月至八十三年七月間解除契約。被上訴人雖以上訴人拒付價金為由，解除買賣契約，惟此係不合法，另上訴人所購買之房屋已遭被上訴人擅自轉賣與第三人，並辦妥所有權移轉登記，此亦係因可歸責於被上訴人之事由致給付不能。求為命被上訴人依序給付本判決附表所示金額予楊賽英等上訴人，並各加付法定遲延利息之判決。並聲明(一)原判決關於駁回上訴人後開第二項之訴廢棄。(二)右開廢棄部分，被上訴人應給付上訴人各如附表所示「請求返還之價金欄」所示價金，暨各自起訴狀繕本送達翌日起至清償日止，按年利率百分之五計算之利息。(三)願供擔保請准宣告假執行。(備位之訴部分已撤回其上訴。原審起訴六十四位原告，除本件上訴人外，其餘或未上訴，或經裁定駁回上訴，或撤回第三審上訴，均不在本院審判範圍)。

- 二、被上訴人則以：兩造所訂契約第一條第二款已將房屋之面積定義清楚，並未就私有面積單獨約定，自無私有面積不足可言。至廣告平面圖將當層樓梯及電梯間等小公計入私有面積內，此為當時建商之慣例，而廣告係要約之引誘，伊未列名其上，簽約時亦未將廣告平面圖作為附件，自不受該平面圖拘束。另兩造買賣契約第五條第一項約定，本約買賣房屋之施工標準，依照主管建築機關核准之圖說為準，系爭房屋於八十一年一月二十三日取得台北市工務局核准之使用執照，系爭房屋並無物之瑕疵存在，系爭大樓之游泳池、更衣室、過濾系統均已設置，其以蓄水池名義申請，係因政府命令禁止興建自用游泳池所致，並不影響游泳池之效用。本件建物均依核准圖說施工，地下室及部分頂樓樓梯改用不銹鋼扶手，並未減少其通常效用；車位上方為游泳池，輕微滲水在所難免，僅有上訴人曾銘勳所購之停車位上屋頂污水管管處有鋼筋稍許漏出，上訴人黃彩勤之停車位上有細微裂縫且早已修補完畢；屋頂圍牆分二次施工，下層為混凝土，上層為紅磚，接合處固有痕跡，但非裂痕；又混凝土有細微裂痕為技術上所無法避免，均非瑕疵。上訴人陳阿蓮在原審起訴前並非以其買受之系爭房屋為海砂屋，對被上訴人催告補正或主張同時履行抗辯解除契約，況現今產權係訴外人賴芬蘭所有，不得採為有利伊之認定，另游泳池裂縫抗辯，亦在其等表示解約之後，應無從斟酌，另「力霸文心樓」及 I 棟「力霸書香樓」之游泳池中央，矗立支撐大樓結構之主柱，為目前業界之施作方法，另九二一大地震後，若為危樓會被貼紅單，惟系爭房屋並無此情形，僅懷石樓壹樓騎樓樓柱（柱號 C 九）一支略有混凝土裂開鋼筋外露之損傷，已以型鋼支撐加鋼筋混凝土包覆方法補強，並向台北市政府工務局行文報備。又本件房屋於八十年底完工，八十一年一月二十四日、二十八日取得使用執照，上訴人鍾信德、曾銘勳與被上訴人簽約日期均在房屋完工之後，不生廣告誤導問題。系爭房屋既無重大瑕疵，上訴人不得拒付

價金，詎上訴人經伊定期催告後，仍拒不繳納尾款，伊得依法解除買賣契約，兩造間之買賣契約既經伊合法解除，伊自得將系爭房屋及車位另售他人，無可歸責於伊之事由致給付不能之問題等語資為抗辯。並聲明上訴及追加之訴暨其假執行之聲請均駁回。

三、上訴人主張其等向被上訴人訂購力霸國家別墅房地，訂有買賣契約，業據其提出買賣契約書四十一件在卷可憑（見證物外放），被上訴人對於上訴人主張已付房地價款金額，除認上訴人張雪香、邱祖璿之被繼承人邱益成僅繳納一百三十一萬元，非如邱益成自陳一百四十三萬元外，其餘均不爭執（見本院更(一)被上證十五號所提出訴訟戶未出售售價明細表及已出售售價明細表、證物外放），惟邱益成確曾繳納價款一百四十三萬元，業據其提出被上訴人所開立之統一發票十四紙、證明書及存證信函各一件在卷可稽（見原審卷第六五六頁至第六六五頁），堪信邱益成主張已繳房地價款係一百四十三萬元非虛。至上訴人迭經自救委員會及委請律師陳賜良函請修補瑕疵，行使同時履行抗辯權，並解除契約，業據上訴人提出自救委員會函三件（八十一年中力救字第00六號、第六十一號存證信函、第二八八號存證信函三件，見本院更(一)上證七號，證物外放）及律師陳賜良存證信函四件（第八0一五號，第六十四號，見原審卷第六0四頁至第六一一頁，另第三十六號及第三六四號存證信函見起訴狀原證八號，證物外放），被上訴人對此等信函形式真正並不爭執（見原審卷六一三頁至六一八頁），而被上訴人對於各上訴人定期催告給付欠款，並解除契約，業據被上訴人提出存證信函多件（見原審證物外放）及「對楊賽英等催告給付尾款及解除契約一覽表」一紙在卷可佐（見本院更(一)卷第二宗第二十九頁至第五十頁），而上訴人對於已收受各該存證信函並不爭執（見本院更(一)卷第二宗第二頁）。茲上訴人主張被上訴人未依約施工，系爭房屋存在多項瑕疵，伊乃於八十二年一月十一日致函被上訴人，表示在瑕疵未改善前基於同時履行抗辯權拒絕給付價金，惟被上訴人並未修補改善，上訴人自得據以解除契約等語，陸續於八十二年二月至八十三年七月間解除契約等語，被上訴人爭執謂上訴人解除契約不合法，並以前詞置辯，查上訴人主張爭房屋有前述諸項瑕疵，是否合理有據，分述如下：

(一)坪數不足：上訴人主張坪數不足無非係以被上訴人促銷之廣告平面圖僅載「私有面積」及「公共面積」暨二者之合計面積，而實際建物第一次登記（俗稱保存登記）時，除「室內面積」外尚有「大公」及「小公」面積（即當層樓之樓電梯間），被上訴人逕將「小公面積」按主建物比例由上訴人分擔，顯然與廣告平面圖所載不符等情，並提出廣告平面圖集為據（見起訴狀所附原證二號，外放），惟查兩造定型化買賣契約第一條第二款約定：「．．．．房屋面積約若干坪（包括陽台、花台、平台、露台、騎樓及分擔公共面積），上述房屋登記產權面積，以完工後地政機關複丈並登記完竣面積為準，如有誤差超過百分之二時，應就超過或不足部分，按房地單價

相互補貼核算。」，上訴人所陳坪數不足並未列算公共面積，僅以所有權狀所載主建物及附屬建物二者合算之面積與廣告平面圖所載「私有面積」為比較（見起訴狀所附附表三共六紙，證物外放），惟倘加算「小公面積」後，上訴人之建物面積除簡剛正（B七之七樓）一戶多出二點二〇坪、一戶（B九之一樓）少二點六七坪外，其餘上訴人建物面積誤差均在契約所計百分之二容許範圍內（見被上訴人更(一)一被上證十七號、建物坪數明細表三紙，證物外放），並無找補問題，業據被上訴人提出建物登記謄本四十一件可佐（見本院更(一)卷第二宗第五十四頁至第一二五頁）。查兩造買賣契約既未約定公設比，亦未明定「小公面積」應計入「私有面積」或「公共面積」，而兩造契約附件僅附有當層建築物平面圖，並未以廣告平面圖集為附件（書香樓、懷石樓、文心樓各一集，證物外放），而系爭買賣契約第十八條約定「本約之附件視為本約之一部分」，故廣告平面圖並非系爭買賣契約內容之一部分，且觀各該平面圖集之圖示為「二至七樓傢俱配置參考圖」，僅係參考圖而已，按企業經營者應確保廣告內容之真實，雖為消費者保護法第二十二條所明定，然消費者保護法係八十三年一月十一日始由總統公布，而本件上訴人簽訂買賣契約係在七十九年間、八十年間（僅鍾信德係在八十一年三月二十三日，惟其係自第三人高祖強於七十九年六月間買預售屋而讓受而來），原無消費者保護法第二十二條之適用，而中華民國建築投資商業同業公會全國聯合會曾於八十四年二月九日以八十四年建投全聯交第一五一八號致函司法院表示**業界座談會結論認為「不動產買賣契約日在八十一年二月四日公平交易法實施前廣告平面圖所記載之使用面積或私有面積，應包含當層電樓梯間及走道（俗稱小公），其廣告名詞為何，應秉持交易當時透明化及業者應盡告知義務之原則為之。契約約定總坪數與實際登記總坪數如無不符，且其分配符合交易習慣，即非坪數短少問題，並建請司法機關卓參」**（見原審卷第四五六頁至第四六〇頁），**足見被上訴人所辯：以「小公」列入「私有面積」為業界慣例，應可採信**。經查上訴人所買受者係多層之集合住宅，除了屋頂及地下室之公共設施（俗稱大公）外，必有當層之電梯、樓梯間（即小公）（參原審卷第三五〇頁至第三五三頁建號第二〇五一號、第二〇五〇號公共設施），此為一般交易者所可預知預見者，且經證人凌麗麗於原審證稱：我在現場負責簽約，廣告圖籍（應係集之筆誤）放在現場，客戶自己可以拿，銷售小姐先拿廣告圖籍、模型屋、價目表給客戶介紹，建築圖籍都放在銷售櫃台前，客戶有要求將建築圖附契約內，我們就附，我在簽約後特別翻平面圖給他們看等語，及證人郝素（督導）於原審亦證稱：是（經法官提示平面圖（籍）集），這是我們的廣告文宣，銷售小姐依據平面圖籍向客人介紹，平面格局、功能、坪數，我們有將建築圖籍放在銷售中心櫃台前，客戶如對平面（圖集）有疑問，就拿建築圖籍給他看，大部分客戶都有看等語相符（見原審卷第二九四頁正、背面），另證人王詩雯（上訴人王鴻章之姐）證稱：銷售小姐當

場給我們看廣告圖籍及介紹樣品屋等語，證人張春月（即B十四棟之四樓承購戶）亦證稱：我是看樣品屋及平面圖，我問銷售小姐私有面積、廣告屋是否相同，他告訴我完全相同等語（見原審卷第二七三頁正、背面），足見被上訴人確曾以前揭廣告平面圖集向訂購戶介紹解說無訛。至於證人王詩雯與張春月雖證稱：當時未看到建築平面圖等語，然以「本層本戶建築物平面圖乙份」為系爭買賣契約之附件，乃以印刷方式印制之定型化契約之附件，意在令買賣標之物之特定化，以供辨認，故證人所稱應與事實不符而無足採。**查前揭廣告平面圖集就何謂「私有面積」並未有何定義性之說明，然其一樓總平面圖（懷石樓、文心樓、書香樓三者皆然）於標示「私有面積」若干時，均特別說明包含「騎樓」（證物外放）；而「騎樓」並非室內面積，且係可供眾人通行之地，實際上並非可供該戶專用，被上訴人甚且將其視為「私有面積」排除於「公共面積」之外。**而當層之電梯、樓梯間（即小公）性質相同，舉重以明輕，顯然可見該廣告平面圖集亦將其列為「私有面積」，而非「公共面積」，益可佐證。被上訴人自始將當層「小公」當作「私有面積」無疑，而被上訴人此等用語既為當時業界慣例所容認，且被上訴人所辦妥保存登記之總面積亦在契約容許之誤差百分比內，自難僅因「私有面積」一詞兩造解釋有出入，即認為被上訴人所出售房屋坪數有何不足之處。是上訴人此項主張尚乏佐據。

- (二)「海砂屋」：上訴人主張系爭房屋為「海砂屋」（即混凝土內氯離子含量超過C N S標準0點三kg/m<sup>3</sup>標準值者），提出剪報、照片及鑑定報告一件為據（見本院更(一)卷第一宗第二八二頁至第三一七頁），然前開鑑定報告係訴外人陳福忠就其坐落河南東四街四十之三號房屋委請台灣省結構工程技術公會所完成之鑑定報告（見本院更(一)卷第一宗第二九八頁），此一建物固為本件系爭房屋之一，即原為上訴人陳阿蓮所買受，嗣被上訴人自行認為其已合法解約再轉售予賴瑞振，復轉售於賴芬蘭者，此為被上訴人所自認（見本院更(一)卷第二宗第三〇八頁、第三〇九頁、第九十五頁），而前揭照片除一部分係「河南東四街四十之三號」者，尚有不知係何處之「公共設施」，前揭剪報亦未標示「海砂屋」所指具體位置，故除陳阿蓮之房屋外，其餘均無法憑以認定係本件系爭房屋之瑕疵，上訴人雖曾聲請送財團法人工業技術研究院鑑定，惟嗣又撤回聲請（見本院更(一)卷第二宗第二三四、第二四〇頁），至被上訴人自行委託台灣省結構工程技師公會就懷石樓（B樓）鑑定結果雖有三戶其氯離子之含量超過0點六kg/m<sup>3</sup>，即漢成街一四一之二號三樓，漢成四街三之十號六樓，漢成三街四之十一號七樓（見本院更(一)卷第一宗第三三一頁），然此三戶經比對系爭四十一戶房屋之門牌地址並不相符（見本院卷更(一)卷第二宗第五十四頁至第一二一頁），均非上訴人所買受之房屋，尚不足以為有利於上訴人之認定。至陳阿蓮所買受河南東四街四十號之三房屋其氯離子含量無論以八十三年標準0點六kg/m<sup>3</sup>或八十七年標準0點三kg/m<sup>3</sup>，均顯然過高，長期有造成結構

鋼筋腐蝕、混凝土剝落之疑慮，業據台灣省結構工程技師公會鑑定報告可憑（見本院更(一)卷第一宗第二九九頁、第三〇八頁），而其屋內鋼筋鏽蝕亦有照片四紙附卷可佐（見同上卷第二八七、第二八八頁），惟伊於八十三年六月三十日解除契約，惟遲於八十八年九、十月間始主張有此瑕疵（見本院更(二)卷一第四十二、六十九頁），伊於解約之前未對被上訴人催告補正或主張同時履行抗辯解除契約（已於被上訴人合法解除契約之後始行主張），自不得採為有利伊之認定。

(三)無照之游泳池：經查被上訴人係以消防蓄水池充當游泳池為被上訴人所不爭（見原審卷第七十五頁、第八十頁），而台中市政府就系爭房屋核准建築執照之初，並未核准「游泳池」，台中市政府並曾致函被上訴人依原核准用途使用，否則將依建築法第九十條規定辦理（可處罰鍰並勒令停止使用）等情，亦有上訴人提出台中市政府工務局函二件在卷可憑（見本院更(一)卷第一宗第一一七頁、第一一八頁），是系爭游泳池確有效用之瑕疵要無疑義，尚不能僅因被上訴人已建造完妥更衣室、過濾室等設施，即否認物之瑕疵。查兩造買賣契約係以「造形游泳池」為契約附件（證物外放），被上訴人甚至以中庭三座游泳池為廣告賣點（見原審起訴狀附原證四號廣告，證物外放），自應有滿足「游泳池」效用之設備。被上訴人雖以住宅內自用游泳池自六十五年九月二日經行政院函令不得興建，並提出台北市政府工務局函一件為據（見本院更(一)字卷第二宗第三七三、第三七四頁），惟查前揭台北市政府工務局函僅係行文予台北市建築公會，被上訴人係建築營造業界，自當知悉。而被上訴人於出售預售前即已於七十九年一月間申請核准建築執照（見原審卷第二五八頁至第二六〇頁），顯見被上訴人早已知悉其無法取得「游泳池」之建築執照。反之，一般消費者終其一生難得購屋一次，何能謂其必知悉住宅游泳池已遭法令禁建呢？此觀之八十二、八十三年間尚有多起消費者與建商間因游泳池涉訟之剪報可知（見原審卷第一〇八頁、第一五七頁、第二五五頁）。參酌上訴人張梨雅等人於八十年十一月五日知悉游泳池無照後即以存證信函表示被欺騙之意，上訴人等籌組之自救會且曾於八十一年六月間知悉系爭游泳池不合法後行文被上訴人建議將中庭游泳池拆除（存證信函及文均見於上訴人在本院前審上證八號證物內，證物外放），並曾以游泳池無照為由以被上訴人原負責人王又曾涉嫌詐欺（見原審卷第八十頁），被上訴人既不能證明上訴人於系爭房屋買賣契約成立時，已明知游泳池有違章之瑕疵而仍買受，而被上訴人明知游泳池無法取得執照，仍隱瞞不告知上訴人已如前述，則上訴人不知游泳池無法取得合法執照縱令有重大過失，依民法第三百五十五條第二項，出賣人即被上訴人仍應負瑕疵擔保責任，要無疑義。

(四)系爭建物有漏水、滲水、裂縫、建材不符、偷工減料等瑕疵：上訴人主張上開瑕疵業據其提出照片四十九幀為證（見原審卷起訴狀附原證物七號證物外放，另見本院更(一)卷一宗第一一三頁至第一一五頁，第一九八頁至

第二〇二頁及第二一〇頁至第二一二頁)，上訴人所組自救委員會亦先後曾以八一中力救字第〇〇六號函及台中四支郵局第六十一號存證信函檢附「施工檢點改造表」催請被上訴人改進（見本院更(一)卷上證七號，證物外放），上訴人復委請律師陳賜良以台中郵局第八〇一五號存證信函催請改善（見原審卷第六〇四頁至第六〇九頁），上訴人等嗣於八十二年四月二十六日以台中郵局以一九九九號存證信函催請改善（見本院更(一)卷第一宗第一〇〇頁至第一一二頁），復經原審履勘現場查明：系爭建物B棟大樓地下室第三十至三十三號停車位屋頂有些微漏水現象，I棟大樓地下室第三、第十四號車位屋頂亦有些微滲水現象，又B棟屋頂圍牆距地上約十五公分左右細微裂痕、H棟游泳池邊柱子旁有細微裂痕、地下室第三八號停車位上方有細微裂痕、現用矽利康修補，第五八號車位上方有細微裂痕、頂樓圍牆距地約十公分左右有細微裂痕、又I棟樓頂（圍牆）亦有細微裂縫，又B棟地下室樓梯都是不銹鋼扶手、安全門是由樓梯間往住戶門口開及I棟通往樓梯是櫟木扶手等情，有勘驗筆錄在卷可憑（見原審卷第一六七、第一六八頁），惟查上訴人主張H棟游泳池邊柱子旁有細微裂痕瑕疵係在其等表示解約之後（見本院更(二)卷一第六十四頁），伊於解約之前未對被上訴人催告補正或主張同時履行抗辯並據以解除契約（已於被上訴人合法解除契約之後始行主張）自應無從斟酌，不得採為有利伊之認定。另被上訴人抗辯僅有上訴人曾銘勳所購之停車位（B三五）上屋頂污水管處有鋼筋稍許漏出，上訴人黃彩勤之停車位（H三三）上有細微裂縫且早已修補完畢，其餘與上訴人楊賽英等人無關，不得主張尚有瑕疵存在等語（見本院更(二)卷第五十三、五十四頁），上訴人未能舉證證明尚有上開瑕疵存在，況停車位位於地下室，並不影響房屋室內使用，且程度尚屬輕微並已修補，上訴人主張解除契約顯失公平。其餘前開B棟地下室由原約定櫟木扶手改為不銹鋼扶手，材料雖有不符，惟不銹鋼扶手每米單價為九百五十元，櫟木扶手僅五百元，此有被上訴人提出估價單二紙附卷可憑（見原審卷第一七九頁、第一八〇頁），被上訴人以地下室樓梯空間較為狹窄，而改用單價較高之不銹鋼扶手材料，其功能均屬相同，自難執此認為建材不符之瑕疵。至上訴人所指鋁門窗規格型式不符一節，經查兩造契約附件三「房屋設備概要」關於門窗約定採用被上訴人公司力霸彩衣鋁門窗，而被上訴人所施作者係力霸公司彩衣鋁門窗R A C - 五〇三六九型即葛樂尼白色，此有被上訴人提出訂貨合約書及力霸彩衣鋁門窗簡介各一件附卷可稽（見本院更(一)被上證五號、六號，證物外放），是上訴人所指鋁門窗建材不符尚嫌無據，至鋁門窗之阻水路，兩造契約書並未約定須使用何種品牌之填縫劑，被上訴人委請金峰有限公司施工係使用海燕牌塑膠填縫劑，其性能曾委請成功大學土木工程材料試驗室試驗合格（見本院更(一)被上證七號、八號、九號證物外放），上訴人指稱未以樹脂為填縫劑致漏水為其瑕疵，亦嫌無據。又上訴人所主張浴廁馬桶設計不當致多一個矮牆，減損使用空

間一節(參見原審起訴狀所附證七號照片最後一頁),此係因部分主臥室廁所馬桶位於樑位上,為顧慮結構安全,不宜於樑上預留排水、糞管,以致施工時馬桶水箱不能緊貼牆面施工,故牆面與箱有間隙存在,乃以磚牆裝飾牆面與水箱之間隙並鋪貼磁磚,可供作衛生紙等浴廁用品之處所,此有被上訴人提出照片四幀可佐(見本院更(一)被上證十一號證物外放),觀之矮牆所占面積不大,且高度適與抽水馬桶齊,觀瞻上使用上並無不便之處,況兩造契約書上就浴廁並無何特定之設計,且因地制宜有其必要亦難謂多一矮牆即為瑕疵。又少部落地窗或鋁門窗安裝傾斜或留存隙縫應安裝不良所致,並不影響其應有之效用,亦難認為係物之重大瑕疵。

(五)上訴人復主張系爭B棟「力霸懷石樓」其一樓騎樓之主要直柱因不堪九二一大地震而嚴重受損,僅以工字鐵暫時支撐云云,被上訴人抗辯九二一大地震後,若為危樓會被貼紅單,系爭房屋僅懷石樓壹樓騎樓樓柱(柱號C九)一支略有混凝土裂開鋼筋外露之損傷,已以型鋼支撐加鋼筋混凝土包覆方法補強,經林貴榮技師勘驗無誤,並向台北市政府工務局行文報備,經工務局同意備查,取得台北市土木技師公會林貴榮技師鑑定「結構體安全建築物」之證明,復經工務局同意上開勘驗為結構安全之備查在案,業據其提出被上訴人中力八〇八九九號函、及林貴榮技師所為九二一震損建築物修復勘驗報告書影本、台北市政府八十九年一月二十三日八十九年中工管字第六八八號函、結構體安全建築物證明影本為證(見本院更(一)卷第一五二、一五六頁,更(二)卷一第二三六、二三七頁),其抗辯自可採信,故上訴人之主張有上開瑕疵,尚難採信。

(六)上訴人另主張H棟「力霸文心樓」及I棟「力霸書香樓」之游泳池中央,矗立支撐大樓結構之主柱,一部分長期泡水,一部分則否,該兩部分水泥之收縮力及伸張力會有差異,承受力有落差,且泡水部分,鋼筋亦有鏽蝕之可能等瑕疵云云,惟此為被上訴人否認,並稱此為目前業界之施作方法,如橋樑之支柱橋墩與基礎結構亦一部分長期浸泡在河流中,一部分則否,故上訴人未能舉證以實其說(見本院更(二)卷一第六十五頁、第二四三頁),自難逕為採信。

(七)綜上所述,系爭建物有明顯瑕疵之部分僅為:違章游泳池、系爭建物B棟大樓地下室第三十至三十三號停車位屋頂有些微漏水現象,停車位三十二號上方有鋼筋部分露出,I棟大樓地下室第三、第十四號車位屋頂亦有些微滲水現象,又B棟屋頂圍牆距地上約十五公分左右細微裂痕、安全門往內開等。

四、被上訴人所出售房屋雖有上開瑕疵,上訴人能否依物之瑕疵擔保規定即民法第三百五十九條規定逕行解除契約分述如下:

(一)違章游泳池部分,基於法令之限制,被上訴人固無從取得經行政主管機關核准執照之游泳池,已如前述,惟中庭游泳池僅係居家休閒生活之一部分而已,捨此並非無法達成房屋(住宅、別墅)居住功能,上訴人並未說明

並舉證其就上開游泳池未設置即無從達成居住之目的，且當地設有游泳池，與未設有游泳池之建物售價並無明顯差別，亦據華聲企業發展鑑定顧問有限公司鑑定明確，有該公司鑑定報告書（八十三華聲字第一〇三九九號）一件附卷可佐（證物外放），上訴人主張因無照游泳池受有損失每戶從四十九萬元至九十一萬元不等（即原審起訴狀附表四、原判決附表七之金額）已嫌無據；而上訴人拒付繳付佔百分之七十左右之尾款，倘以此瑕疵據為各住戶（即承購戶）解除買賣契約之單獨原因，顯失公平（參照最高法院八十八年台上字第一九四七號判決），依民法第三百五十九條後段規定，自為法所不許，且此瑕疵已無法補正，且依法解除契約，顯失公平，僅得要求減少價金，故上訴人拒絕給付全部尾款價金，尚非正當權利之行使。

(二)屋頂、地下室滲水，牆壁裂縫（痕）、停車位三十二號上方有鋼筋部分露出、安全門錯開等瑕疵，固屬房屋之瑕疵，然尚非嚴重致影響居住之目的，而系爭房屋均已核准使用執照在卷（見原審卷第二五八頁至第二六〇頁），顯見已足供通常效用無虞，此等瑕疵顯不足以影響通常效用，而上開安全門錯開向內之瑕疵已經修改，業據上訴人陳明在卷（見本院更(一)卷第三宗第二十三頁背面）。上訴人在原審雖曾提出屋頂圍牆（即主建物）滲水之照片，然據上訴人在本院所陳：因未交屋，已無法提出專有部分滲水之照片等語（見本院更(一)卷第三宗第十六頁），是此等屋頂滲水部分是否上訴人所買受之房屋之瑕疵，尚嫌乏據。至地下室停車位樓板頂滲水部分，原審履勘現場時雖發現B棟大樓地下室第三十至第三十三號、I棟大樓地下室第三、第十四號停車位屋頂（應係樓板頂）合計六個停車位上方有些微滲水現象。然據被上訴人所陳，此係因停車位上方為游泳池，因池底以水泥建成，水泥組合細縫難免，只須找出源頭略加修補即可防免，與整體結構安全無關等語（見原審卷第一七三頁），被上訴人復提出本建物結構體安全證明書一紙在卷（見本院更(一)被上證第四十九號，見本院更(一)字卷第二宗第一八〇頁），況僅有上訴人曾銘勳所購之停車位（B三五）上屋頂污水管管處有鋼筋稍許漏出，上訴人黃彩勤之停車位（H三三）上有細微裂縫且早已修補完畢，其餘與上訴人楊賽英等人無關，已如前述，且系爭建物之地下室停車位產權係以分別共有（萬分之一）方式移轉登記予有購買停車位之住戶（未買停車位則無之），並非共同使用部分等情，亦據被上訴人提出建物、土地登記謄本陳明在卷（見本院更(一)卷第三宗第五十一頁至第五十四頁、更(一)被上證第五十七號至第五十九號證物外放），I棟大樓地下室第三、第十四號停車位屋頂（應係樓板頂）合計六個停車位係訴外人買受，車位上方固有些微滲水現象，然此非屬上訴人所有（見本院更(一)卷一第二一九頁、第二四九頁），上訴人憑以主張瑕疵而解除契約亦嫌無稽。另三十二號停車位固有部分鋼筋外露之瑕疵，惟此非屬上訴人之停車位，且無礙整體結構之安全，已如前述，又B棟屋頂圍牆距地上約十五公

分左右細微裂痕，修補亦無困難，自不能單憑此等尚非嚴重影響房屋使用目的之瑕疵據以解除買賣契約，否則顯失公平，且徒礙房屋正常交易，應為法所不許。

五、上訴人雖復以系爭房屋既有前揭瑕疵，上訴人自得於被上訴人將瑕疵修補完竣前或賠償損害前，同時履行抗辯拒絕續付價金等語，並提出八十一年四月十四日八十一年中力救字第00六號函附「施工檢點改進表」及八十一年五月二十日第六十一號存證信函及八十一年七月二日第二八八號存證信函等為論據（見本院更(一)字上證七號，證物外放），惟按出賣人就其交付之買賣標的物應負擔責任之瑕疵，而其瑕疵係於契約成立後始發生，且可歸責於出賣人之事由所致者，出賣人除負物之瑕疵擔保責任外，同時構成不完全給付之債務不履行責任。買受人如主張出賣人應負物之瑕疵擔保責任，依民法第三百六十條規定請求不履行之損害賠償；或出賣人應負不完全給付之債務不履行之責任者，買受人得類推適用民法第二百二十六條第二項規定請求損害賠償；或類推適用給付遲延之法則，請求補正或賠償，並均有民法第二百六十四條之適用，固經最高法院七十七年第七次民事庭會議決議可參。本件上訴人有催告被上訴人補正瑕疵，惟游泳池之瑕疵已無從補正（游泳池僅係休閒設施，縱令無照被拆，並不影響住家生活，僅得請求減少價金），而上訴人所主張之諸多瑕疵中「海砂屋」及「文心樓游泳池牆壁裂縫」之瑕疵均在上訴人解約之後（且在被上訴人合法解約之後），並不在上訴人前揭於修補前拒絕給付價金之同時履行抗辯範圍內，自不得斟酌。其餘瑕疵或已改善補正（安全門錯開）或無法認為上訴人所有房屋之瑕疵（如屋頂滲水及地下室停車位上方滲水，三十二號停車位部分鋼筋外露，及I棟大樓地下室第三、第十四號停車位屋頂（應係樓板頂）合計六個停車位上方有些微滲水現象，惟非屬上訴人之停車位，且無礙整體結構之安全），已如前述，復三十二號停車位部分鋼筋外露，其肇因或係模板或鋼筋綁紮或係水泥漿等因素施工不當，又B棟屋頂圍牆距地上約十五公分左右細微裂痕，修補亦無困難，滲水部分既無礙整體結構安全，找出源頭抓漏予以修補即可防免，況上訴人提出瑕疵主張後，被上訴人曾多次極力協商：(一)八十一年六月九日協商內容：(1)得修改部分，力霸公司同意修改至承購戶滿意為止，無法修改部分（無照游泳池應屬此部分），公司原則上可協議折價處分，(二)同年七月三十日協商，被上訴人建議提供一千五百萬元做為取得合法游泳池之保證金，若將來游泳池被拆掉，被上訴人願賠償損失，被上訴人仍要求先對保（辦理銀行貸款），代表委員並未承諾。(二)同年十二月二日協商：承購戶仍要求被上訴人履行合約，完成合法、合格之游泳池；房屋構造、建材與施工品質均不符房價水準，承購戶有權要求瑕疵品應予減少價金或退屋還款，有協商紀錄二件在卷可佐（見本院上字卷第一七二頁至第一七四頁），綜合上述，佐以系爭房屋於八十一年一月間即已竣工領得使用執照，而上訴人所繳價金不足三成，尚有七成價金未繳，有被上訴人提出使用執照三紙，客戶欠繳明細表一

件可參（見原審卷第五六九頁至五七六頁），且為被上訴人所不爭；則以上訴人所欠繳之價款從七百五十萬元至四百萬元不等（見本院更(一)卷第二宗第二〇九頁至第二一三頁），較諸前述系爭房屋瑕疵不能修補部分價值減損有限及可修補部分均為不影響房屋使用功能之非嚴重瑕疵，補正費用非高等情觀之，上述瑕疵所致上訴人權益減損，與其所欠價金金額顯不相當，上訴人以此等不成比例之瑕疵修補或損害賠償拒絕給付鉅額尾款全部之價金（非瑕疵部分相當之價金），非惟與誠實信用原則有悖，亦失公平，自為法所不許。

六、上訴人拒絕給付房地價款，非有正當理由，已如前述，被上訴人主張上訴人積欠交屋尾款（部分上訴人亦欠繳自備款），被上訴人乃先後於八十一年十二月三十一日、八十二年二月五日、八十二年十一月九日以存證信函限期十日分別催告上訴人給付房地價金，而上訴人仍未依約給付，乃於八十二年十二月間起至八十三年六月三十日止分別以存證信函解除買賣契約等事實，業據被上訴人提出存證信函一冊（證物外放），上訴人對於存證信函已收受，並不爭執（見本院更(一)卷第二宗第二頁），復有被上訴人所製上訴人催告給付尾款暨解除契約一覽表（修正）附卷可參（見本院更(一)卷第二宗第二十九頁至第五十頁），上訴人等買賣契約，既經被上訴人合法解除，其轉售房屋、停車位即無不合，亦無給付不能之問題，上訴人主張有可歸責於被上訴人之事由致給付不能，依民法第二百五十六條規定解除契約，即非有據。

七、綜上所述，上訴人無論依物之瑕疵擔保責任或依給付不能規定行使解除權，請求回復原狀，返還價金，或依民法第二百二十六條第二項規定請求全部不履行之損害賠償，均非正當，原審就此部分為上訴人敗訴判決並駁回其假執行之聲請即無不合，上訴論旨仍執前詞指摘原判決此部分不當求予廢棄為無理由。另上訴人楊賽英、曾淑媛、陳阿群、黃天貴於本院以給付不能為由解除契約（詳見程序方面第二段）所追加之訴訟標的，及簡剛正、楊賽英所追加之聲明（同參程序方面第二段即擴張聲明）經核均屬無據，均不能准許。此部分追加之訴既受敗訴判決，其假執行之聲請亦失所附麗，應併駁回。

八、兩造其餘攻防方法及未經援用之證據，經審酌結果認與本判決結果已不生影響，爰不一一論述。

九、據上論結，本件上訴為無理由，追加之訴亦無理由，依民事訴訟法第四百四十九條第一項、第七十八條、第八十五條第一項前段，判決如主文。

中 華 民 國 九 十 二 年 九 月 十 六 日

民事第十五庭

審判長法官 劉 靜 嫻

法官 陳 昆 輝

法官 李 錦 美

正本係照原本作成。

如不服本判決，應於收受送達後二十日內向本院提出上訴書狀，其未表明上訴理

由者，應於提出上訴後二十日內向本院補提理由書狀（均須按他造當事人之人數附繕本）上訴時應提出委任律師或具有律師資格之人之委任狀；委任有律師資格者，另應附具律師資格證書及釋明委任人與受任人有民事訴訟法第四百六十六條之一第一項但書或第二項（詳附註）所定關係之釋明文書影本。

中 華 民 國 九 十 二 年 九 月 十 七 日  
書 記 官 明 祖 全

附註：

民事訴訟法第四百六十六條之一（第一項、第二項）：

對於第二審判決上訴，上訴人應委任律師為訴訟代理人。但上訴人或其他法定代理人具有律師資格者，不在此限。

上訴人之配偶、三親等內之血親、二親等內之姻親，或上訴人為法人、中央或地方機關時，其所屬專任人員具有律師資格並經法院認為適當者，亦得為第三審訴訟代理人。

## 工程合約

### 1. 最高法院民事判決 九十一年度台上字第二二二〇號

最高法院民事判決 九十一年度台上字第二二二〇號

上訴人 台北市政府國民住宅處

法定代理人 王清海

訴訟代理人 莊國明律師

被上訴人 德寶營造股份有限公司

法定代理人 陳偉明

訴訟代理人 洪堯欽律師 梁雅婷律師

右當事人間請求給付工程款事件，上訴人對於中華民國九十年一月十六日台灣高等法院第二審判決（八十九年度重上字第四二八號），提起上訴，本院判決如左：

主 文

原判決除假執行部分外廢棄，發回台灣高等法院。

理 由

本件被上訴人主張；兩造於民國八十四年七月十五日訂定工程合約，約定伊承攬上訴人一基隆河整治第二期專案國宅建築工程一（下稱系爭工程），應於同年十一月二十九日申報開工，於九百四十日曆天，預計於八十八年四月八日完成竣工，總價新台幣（下同）三十六億二千七百五十六萬五千六百八十五元，嗣因不可歸責於伊之事由，經上訴人調整完工期限至八十八年八月二十七日。惟伊提前於八十八年五月二十一日全部完工，上訴人於同年六月二十一日辦理初驗，於同年七月九日將初驗缺失彙整紀錄送達伊，並指示應於同年月二十日前完成修繕及進行複驗，詎複驗時，上訴人認定尚有十四項瑕疵，複驗不合格，經伊再為改善後，終於約定竣工期限內之八十八年八月六日通過上訴人之複驗。詎上訴人於同年九月二十九日給付末期工程款時，竟以伊未於指定期限內完成修繕，逾期十七日為由，依合約第十九條第三項約定，逕扣款六千二百四十四萬二千六百九十四元，惟前開約款乃定型化契約條款，違反誠信及平等互惠原則，依消費者保護法第十一條第一項、第十二條第一項、第二項第一款及民法第一百四十八條、第二百四十七條之一規定，應屬無效。上訴人扣減之工程款，即無法律上之原因，致伊受有損害；又縱認該約款有效，伊亦無修繕逾期應予扣款之情事；況前開違約金亦屬過高，應予酌減至零等情，爰依合約第四條第五項及民法第一百七十九條規定，求為命上訴人給付六千二百四十四萬二千六百九十四元及自八十八年九月二十九日起算之法定利息之判決（第一審判令上訴人給付三千一百二十二萬一千三百四十七元本息，駁回被上訴人其餘之訴。兩造各就其敗訴部分，聲明不服，上訴第二審）。

上訴人則以：被上訴人確逾期完成複驗十七日，伊依約扣減部分工程款，並無不當。又被上訴人於投標前，即可洽購與系爭工程有關之投標須知、合約書、施工

標準規範及特訂條款、工程圖樣等文件，有充分機會及時間詳閱相關資料，瞭解得標後之權利義務，以決定是否參加投標，且於招標或議價、比價時，就合約條款如有任何意見，應已評估風險，並利用保險或其他方式將違約風險轉嫁，此與一般消費者與企業主訂定定型化契約之情形顯有不同。況合約第十九條第三項約定，乃係根據行政院公共工程委員會（八八）工程企字第八八〇七一〇六號函所發佈之「採購契約要領」第五十一條第一項規定及政府採購法施行細則第九十七條規定而訂定，並無違反公序良俗、誠信原則、平等互惠或顯失公平之情事，應屬有效。伊依該約款扣除複驗逾期十七日部分款項，自無不當得利可言。該約款係屬懲罰性質之違約金，亦無過高等語，資為抗辯。

原審將第一審所為被上訴人敗訴之判決廢棄，改判命上訴人再給付被上訴人三千一百二十二萬一千三百四十七元本息，並維持第一審所為上訴人敗訴之判決，駁回其上訴，係以：查兩造訂有系爭工程合約，全部工程應於九百四十日曆天完成，預計於八十八年四月八日竣工，嗣因不可歸責被上訴人之事由，經上訴人調整完工期限至同年八月二十七日，而被上訴人提前於同年五月二十一日完工，並於同年六月二十一日辦理初驗，初驗未合格，經指示應於同年七月二十日前完成修繕及進行複驗，嗣複驗時，上訴人以尚有十四項瑕疵，複驗不合格，經被上訴人再改善後，終於八十八年八月六日通過複驗，惟上訴人於同年九月二十九日給付末期工程款時，依合約第十九條第三項約定，逕扣減工程款六千二百四十四萬二千六百九十四元等情，為兩造所不爭執，且有合約書、驗收紀錄、初驗缺失紀錄、公函、結算驗收紀錄、複驗紀錄、現場照片、竣工報核表及結算證明書為證，堪認為真實。惟按誠信原則乃斟酌各該事件之特別情形，衡量雙方當事人彼此之利益，使在法律關係上公平妥當的一種法律原則。查本件合約第十九條第三項「全部工程完工之初驗及正式驗收之複驗，以一次為限，乙方（即被上訴人）應在甲方（即上訴人）指定期限內修改完善。否則自複驗之次日起計算至再驗收合格之日止均以逾期論處，每日罰款按結算總價千分之一計算，乙方不得異議」之約定，對於被上訴人在約定工期內完工，經驗收合格，並無給付遲延之情形下，僅因增加一次複驗程序，即課以給付遲延責任，按日計付鉅額之違約金，顯有變相縮減工期之嫌；且於約定工期內完成修補，無不能修補，復未拒絕修補之情形下，於通知後，立即修補，經驗收合格已完成給付，僅因經二次修補（即二次複驗），竟課以全部工程結算總價千分之一之違約金，亦顯有變相減少報酬之嫌，其約定顯失公平，違反誠信原則，依民法第七十一條前段規定，應屬無效。被上訴人所為上訴人依前開約定扣減工程款而獲有不當利益，致伊受有損害之主張，即屬有據。從而，被上訴人依不當得利之法則，請求上訴人給付六千二百四十四萬二千六百九十四元及自八十八年九月二十九日起算之法定利息，應予准許等詞，為其判斷之基礎。

按所謂定型化契約之條款因違反誠信原則，顯失公平，而無效者，係以契約當事人之一方於訂約當時處於無從選擇締約對象或無拒締約餘地之情況，而簽訂顯然不利於己之約定為其要件。原審就被上訴人於簽訂本件工程合約當時是否處於無

從選擇締約對象或無拒絕締約餘地之情況如何，並未查明審認，徒以其於約定工  
期內完工，增加一次複驗程序，課以鉅額違約金，顯有變相縮減工期、減少報酬  
之嫌云云，即認定合約第十九條第三項之約定違反誠信原則，顯失公平，應屬無  
效，自嫌速斷。又上訴人一再抗辯，上訴人因被上訴人故意不依約履行之行爲，  
導致上訴人須動員人力再度辦理第二次複驗，使該等驗收相關人員預定之其他計  
畫因此延宕，上訴人機關內部爲配合該等人員而將預定之計畫延期或取消，造成  
上訴人甚大之損害云云（見一審卷一五一頁、原審卷八三、一七四頁），倘所言  
非虛，則被上訴人於工程完工之初驗及正式驗收之複驗不合格，經指定期限內修  
改完善，如申請再驗收，上訴人之相關人員要配合辦理第二次複驗，勢必延宕其  
他工作而受有損害。且系爭合約第十九條第三項載明全部工程完工之初驗及正式  
驗收之複驗，以一次爲限，被上訴人應在上訴人指定期限內修改完善。否則自複  
驗之次日起計算至再驗收合格之日止均以逾期論處，每日罰款按結算總價千分之  
一計算違約金之約定，此特約若係出於兩造自由意思所締訂，能否謂其顯失公  
平，有違誠信原則？亦非無研求之餘地。上訴論旨，指摘原判決不當，求予廢棄，  
非無理由。

據上論結，本件上訴爲有理由。依民事訴訟法第四百七十七條第一項、第四百七  
十八條第一項，判決如主文。

中華民國九十一年十月三十一日

最高法院民事第二庭

審判長法官 曾 桂 香  
法官 劉 延 村  
法官 劉 福 聲  
法官 黃 秀 得  
法官 許 澍 林

右正本證明與原本無異

書記官

中華民國九十一年十一月十二日

## 2. 最高法院民事裁定 九十二年度台上字第一三九五號

最高法院民事裁定 九十二年度台上字第一三九五號

上訴人 鈺通營造工程股份有限公司

法定代理人 黃國芳

訴訟代理人 林崑地律師

歐陽謙律師

被上訴人 臺灣糖業股份有限公司北港糖廠

法定代理人 蔡雅如

右當事人間請求履行承攬契約事件，上訴人對於中華民國九十年七月十七日臺灣高等法院臺南分院第二審更審判決（九十年重上更(一)字第第六號），提起上訴，本院裁定如左：

主 文

上訴駁回。

第三審訴訟費用由上訴人負擔。

理 由

按對於第二審判決上訴，非以其違背法令為理由，不得為之。又提起上訴，上訴狀內應記載上訴理由，表明原判決所違背之法令及其具體內容，暨依訴訟資料合於該違背法令之具體事實。民事訴訟法第四百六十七條、第四百七十條第二項定有明文。而依同法第四百六十八條規定，判決不適用法規或適用不當者，為違背法令；依同法第四百六十九條規定，判決有該條所列各款情形之一者，為當然違背法令。是當事人提起上訴，如依民事訴訟法第四百六十八條規定，以第二審判決有不適用法規或適用法規不當為理由時，其上訴狀或理由書應表明該判決所違背之法令條項，或有關判例、解釋字號，或成文法以外之習慣或法理等及其具體內容，暨係依何訴訟資料合於該違背法令之具體事實；如以民事訴訟法第四百六十九條所列各款情形為理由時，其上訴狀或理由書應表明該判決有合於各該條款規定情形之具體內容，及係依何訴訟資料合於該違背法令之具體事實。上訴狀或理由書如未依上述方法表明，或其所表明者顯與上開法條規定不合時，即難認為已合法表明上訴理由，其上訴自非合法。本件上訴人對第二審判決提起上訴，雖以該判決違背法令為由，惟核其上訴理由狀所載內容，無非仍就原審取捨證據、認定事實之職權行使，及依職權解釋契約，指摘其為不當，並就原審已論斷者，泛言未論斷，而非表明該判決所違背之法令及其具體內容，暨依訴訟資料合於該違背法令之具體事實，難認其已合法表明上訴理由。依首揭說明，應認其上訴為不合法。次查消費者保護法之立法目的乃在於保護消費者之權益，促進國民消費生活安全，提昇國民消費生活品質。所謂「消費者」，係指以消費為目的，而為交易、使用商品或接受服務者而言。消費者與企業經營者間就商品或服務所發生之法律關係，稱之為「消費關係」，觀之該法第一條第一項、第二條第一款、第三款規定自明。本件兩造所訂立之工程合約係屬承攬契約關係，並無消費關係存

在。再按依照當事人一方預定用於同類契約之條款而訂定之契約，為加重他方當事人責任之約定，按其情形顯失公平者，該部分約定無效，固為民法第二百四十七條之一第二款所明定。惟八十八年四月二十一日民法債編增訂該條規定之立法理由，乃鑑於我國國情及工商發展之現況，經濟上強者所預定之契約條款，他方每無磋商變更之餘地，為使社會大眾普遍知法、守法，防止契約自由之濫用及維護交易之公平，而列舉四款有關他方當事人利害之約定，為原則上之規定，明定「附合契約」之意義，及各款約定按其情形顯失公平時，其約定為無效。是該條第二款所謂「加重他方當事人之責任」，應係指一方預定之契約條款，為他方所不及知或無磋商變更之餘地而言，而所稱「按其情形顯失公平者」，則係指依契約本質所生之主要權利義務，或按法律規定加以綜合判斷有顯失公平之情形而言。系爭工程既係經公開招標，由有意參與投標之營造公司於投標日期十二日至十五日前，先行向被上訴人購領「工程圖說」、「投標須知」及「標單」等文件，各該文件均載明標單所列各項工程或工料數量「僅供參考」，投標人應根據工程圖說自行核算，工料價格應詳實評估，一經得標不得以估價錯誤或任何理由為藉口，要求更正或提高標價。被上訴人並印製「敬告各有意投標廠商書」，明白告知「有意參加投標廠商，於領得標單圖說後，詳予估計，確實填寄，以免自誤」等語，為兩造所不爭，乃原判決確定之事實。衡情原審認系爭工程合約無消費者保護法之適用，亦無顯失公平情形，而不適用民法第二百四十七條之一無效之規定，核無不合，附此敘明。

據上論結，本件上訴為不合法。依民事訴訟法第四百八十一條、第四百四十四條第一項、第九十五條、第七十八條，裁定如主文。

中 華 民 國 九 十 二 年 六 月 二 十 六 日

最高法院民事第四庭

審判長法官 蕭 亨 國

法官 許 朝 雄

法官 謝 正 勝

法官 陳 淑 敏

法官 黃 義 豐

右正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 九 十 二 年 七 月 十 一 日

## 運送契約

### 1. 臺灣高等法院民事判決 九十年度上易字第二一八號

臺灣高等法院民事判決 九十年度上易字第二一八號

上訴人 大億國際快遞有限公司

法定代理人 徐朝欽 .

被上訴人 翔洸電子股份有限公司

法定代理人 吳祖業 .

右當事人間請求運送契約賠償事件，上訴人對於中華民國九十年二月十五日臺灣板橋地方法院八十九年度訴字第一七四〇號第一審判決提起上訴，本院判決如左：

主 文

原判決除確定部分外，關於命上訴人給付超過新台幣柒萬捌仟陸佰肆拾柒元部分，及該部分假執行之宣告，暨訴訟費用（確定部分除外）之裁判均廢棄。

右開廢棄部分，被上訴人在第一審之訴及其假執行之聲請均駁回。

其餘上訴駁回。

第一、二審訴訟費用（確定部分除外）由上訴人負擔四十五分之二；餘由被上訴人負擔。

理 由

一、被上訴人起訴主張：伊於民國（下同）八十八年一月十二日，委由上訴人承攬運送一批電子晶片至被上訴人設於大陸廣東省東莞之翔鶴電子廠，該批貨物價值為九十萬四千九百零二元，運費一萬四千零十四元，詎被上訴人經大陸工廠通知並未收到該批貨物，嗣上訴人函告該批貨物遭大陸海關扣押並沒入，則上訴人承攬運送之電子晶片至今已達一年七月餘且遭沒入，屬法律上滅失，爰依民法第六百三十四條之規定，求為命上訴人應賠償被上訴人九十萬四千九百零二元及法定遲延利息之判決。（原判決判令上訴人應給付八十九萬零八百八十八元之本息，駁回被上訴人其餘之請求，被上訴人未就其餘部分聲明不服，該部分業已確定。）

二、上訴人則以：（一）上訴人承攬運送系爭貨物過程中，並無任何過失，該批貨物之被大陸海關扣押且沒入，實因大陸地區朝令夕改之不可抗力事由所致，非可歸責於上訴人，上訴人自無賠償被上訴人損害之責。（二）被上訴人未證明系爭貨物之價值，且若認系爭貨物價值高達九十萬四千九百零二元，屬貴重物品，被上訴人未報明系爭貨物之價值，依民法第六百三十九條第一項規定，上訴人亦無庸負責。（三）縱認上訴人應負損害賠償責任，惟依兩造合約之約定，被上訴人得請求之賠償金額最高不得超過運費之五倍即七萬零七十

元，況依華沙公約第二十二條第二項規定，上訴人亦僅就七千二百六十元部分負責。(四)被上訴人未事先告知上訴人系爭貨物價值，且不接受賠償額度之限制，致上訴人未投保，而使損害擴大，被上訴人亦與有過失。又被上訴人尚有運費三萬一千四百二十三元未給付，應從賠償金額中抵銷等語，資為抗辯。

三、查，被上訴人主張伊於八十八年一月十二日，委由上訴人承攬運送之系爭貨物為電子晶片，運費為一萬四千零十四元，惟該批貨物未依限送達被上訴人設於大陸之工廠，嗣經上訴人函告該批貨物遭大陸海關扣押並沒入等情，業據提出提單、存證信函為證，並為上訴人所不爭執，惟以前揭情詞置辯；是本件應審究之重點為：(一)本件貨損是否因不可抗力而喪失，上訴人應否負損害賠償責任？(二)上訴人主張依民法第六百三十九條規定，無庸負賠償責任是否可採？(三)兩造就貨損賠償之範圍有無最高額限制之約定？

四、按民法第六百三十四條規定關於運送人之責任，只須運送物有喪失、毀損或遲到情事，經託運人或受貨人證明屬實，而運送人未能證明運送物之喪失、毀損或遲到係因不可抗力，或因運送物之性質，或因託運人或受貨人之過失所致者，則不問其喪失、毀損或遲到之原因是否為可歸責於運送人之事由，運送人均應負法律上或契約之責任(參照最高法院四十九年度台上字第七一三號判例要旨)。是運送人所負者為通常事變責任，上訴人自認其公司所經營之業務為快遞託運服務，運送地區為台灣與香港、大陸間之貨運快遞，被上訴人委託運送之系爭電子晶片亦為其公司承攬運送之項目，並有上訴人公司之公司登記資料卡及上訴人提出之價目表附原審卷可稽；由是可見，上訴人為專業之承攬貨運業者，自負有了解大陸地區之進出口規定及其相關法令變更之注意義務，其承攬運送之系爭電子晶片經大陸海關扣押並沒入，尚難認係不可抗力之事變。此外，上訴人復未能舉證證明系爭貨物遭大陸海關沒入，係因運送物之性質，或因託運人或受貨人之過失所致，則依前揭判例意旨及民法第六百三十四條之規定，本件貨物遭大陸海關沒入，不問其原因是否為可歸責於運送人即上訴人之事由，上訴人仍應就系爭貨損負賠償責任甚明。上訴人以其在運送過程中並無過失，抗辯無須負責云云，自無足取。

五、次查，上訴人辯稱依價目表附註載明最高賠償運費之三至五倍及提單背面之服務合約約定：「託運之物品如有任何損失，最高賠償不超過美金一百元」約定，上訴人縱應賠償，亦僅應以運費之五倍即七萬零七十元為賠償範圍，提出與所述相符之價目表及有被上訴人簽名之提單為憑，雖被上訴人否認見過上開價目表或提單背面之服務合約記載，並主張從未與上訴人就損害賠償之最高額限制達成合意等語。惟查：

(一)、被上訴人公司負責承辦運送事宜之職員吳秀玉並不否認曾看過上訴人所提出之價目表，核與上訴人公司業務員李江富所證將價目表、五聯單一同交付吳秀玉相符，被上訴人辯稱並未見過價目表，自非可信。按價目表僅係上訴人對外招攬業務之廣告單及說明書性質，除兩造就價目表上有關損害賠償額

限制之記載，已達成合意成為兩造運送合約之內容外，自尙難僅依價目表之記載，即認兩造就最高損害賠償額已有約定；惟被上訴人公司自八十七年五、六月交易往來之後，大約一個月有一次或二個月一次託運（見原審卷第一〇五頁吳秀玉證言），則至八十八年一月止，兩造間顯有多次運送交易，被上訴人就上開價目表所列各項分類貨品之運費，各種貨物每箱價值之上限，以及附註欄所載：「遺失按運費三至五倍賠償，不得有異議，如有異議，請於寄件前聲明，按保險規定加收保險費」等語，理應有充裕之時間詳細審閱，被上訴人自無僅同意運送費之價格即行締約，對於有關貨損內容之記載視若無睹之可能，是吳秀玉所證伊未注意上開價目表附註之記載，顯不足採信。

(二)、**按定型化條款苟記載於書面，依消費者保護法第十四條之規定，固應即認為構成契約內容**，惟所謂記載於書面，亦須客觀上具有契約形式，**若定型化契約條款係記載於收據之背面，通常情形收據持有人不能注意及上開記載係有關契約條款，故此條款如有違一般人對於法律之認識，顯非相對人所能預見者，尙難認係經由相對人合意而成立契約**。因是，記載於收據背面之定型化契約條款，並非全盤否定為契約內容之一部，必須於通常情形下，收據持有人不能注意上開記載係有關契約條款，顯非所能預見之情形下，始否定定型化契約條款為契約；若依通常情形，相對人有所認知並可得預見該條款之法律效果，縱使係記載於收據等文書背面之定型化契約，亦應認已成立契約。茲查，上訴人係加入大陸地區之中廣集團，取得台北縣之經營權，再將其承攬之貨物透過該集團在香港之中間轉運公司運往大陸，是上訴人雖以其自己公司名義對外招攬業務及承攬運送貨物，但均使用中廣集團印製之價目表及提單，僅於價目表及提單內加註上訴人公司名義，並於每次收貨時簽發一式五聯之提單（分別為中廣留底聯、收費聯、中廣簽收回單聯、收件人收執聯、寄件人收執聯之提單），分由託運人、運送人、收件人簽名作為收據及請款單之用，每份提單背面則均載有相同內容服務合約條款等情，為上訴人自承在卷，並有上訴人提出提單附原審卷足參。**系爭提單之性質為託運人、運送人、收件人間收受貨物之收據及請款憑證，其背面所載服務合約雖為一定型化契約條款，惟提單背面附有合約書之定型化契約條款，係快遞運送之慣例**，被上訴人於大陸廣東省東莞設有翔鶴電子廠，託運貨物至大陸工廠為其平日業務之一，有專員負責運送事宜，對於上開提單背面附有運送合約之慣例，自應相當熟稔，且關於託運貨物喪失時，運送人所應負擔之賠償責任，乃運送契約之重要項目，**被上訴人公司承辦人吳秀玉自應為相當之注意，提單既在被上訴人持有中，自有充裕時間詳閱該合約條款，而無不能預見之情形**。況被上訴人係一須經常將貨物託運至大陸之公司，上訴人亦非唯一運送貨物至大陸之公司，**就締約能力而言，被上訴人公司談判能力顯然高於上訴人公司，有充分之締約自由，是認兩造有將提單背面之定型化契約作為契約合意，亦無顯失公平**。從而被上訴人通知上訴人派員前往取貨，上訴

人於提單上簽名時，雙方已有將定型化契約條款納入契約之明示合意，被上訴人辯稱不知該服務合約存在，顯不足採。

(三)、次按「金錢、有價證券、珠寶或其他貴重物品，除託運人於託運時報明其性質及價值者外，運送人對於其喪失或毀損不負責任」，民法第六百三十九條第一項定有明文，此因貴重物品容易喪失，損失又重，必須事先使運送人明瞭其性質及價值，運送人始能加以特別防範，同時亦可酌予提高運費，或以保險之方式分攤風險，否則使運送人僅依貨物重量作為運費之計算基準，如於貨損時需負擔高額且不確定之賠償責任，殊非衡平；上開規定乃以託運人報明性質及價值，為運送人負責之要件。關於本件運送之物品為晶片，為兩造所不爭執，被上訴人之法定代理人在原審陳稱「晶片的價值，三公斤就三十幾萬元，比黃金還貴重．．．」（見原審卷第七八），且被上訴人亦主張系爭貨物之價值為九十餘萬元，則被上訴人所託運之貨物應屬民法第六百三十九條第一項所指之貴重物品甚明。被上訴人主張上開規定所謂之「其他貴重物品」應係指與金錢、有價證券、珠寶相同性質之價值難以估算之物品，系爭電子晶片價值，可由貨物內容加以確認，非屬貴重物品云云，尚非可採。至被上訴人稱於託運系爭貨物時，吳秀玉曾將託運明細表傳真給上訴人，惟為上訴人所否認，已難逕信，況系爭提單特別聲明欄內亦無申報價值之記載，自難認被上訴人主張其業已報明系爭貨物之價值，為真實可採。

(四)、系爭提單背面之定型化契約條款業經兩造合意而為契約內容，就第五條責任限制約定：「任何一份提單託運的物品最高賠償額不超過美金100元正」，惟同時約定可賠償根據第六條決定之物品實際價值，並於第十三條約明客戶須自行辦理託運保險事宜，均係以普通大小之中文字體記載，稍加注意即可瞭解；且參酌前開被上訴人於締約託運前即已知悉之價目表附註欄所載：「遺失按運費三至五倍賠償，不得有異議，如有異議，請於寄件前聲明，按保險規定加收保險費」等語，亦堪認被上訴人明知上訴人僅負單位限制責任，仍同意締約託運，上開責任限制約定並無違反民法第二百四十七條之一所列各款情形，自無違公平。

(五)、綜此，雖上訴人依民法第六百三十九條第一項規定，可主張不負賠償責任，惟兩造間就貨損賠償之範圍既有最高額限制之約定，故其等之權益自仍依運送契約之約定定之。

六、被上訴人既未申報系爭晶片之實際價值，且兩造間復有單位責任限制之約定，被上訴人主張上訴人應依民法第六百三十八條第一項規定，賠償伊九十萬四千九百零二元，非有理由。上訴人不主張依提單約定之以每件賠償美金100元，而願依運費之五倍即七萬零七十元負責賠償，自屬可採。惟被上訴人尚欠上訴人另筆運費三萬一千四百二十三元，為被上訴人所不爭執，上訴人據以主張由上開賠償金額中抵銷，亦屬有據。從而，被上訴人本於運送契約，請求上訴人賠償九十萬四千九百零二元，及自起訴狀繕本送達之翌日即八十九年十月六日起至清償日止按週年利率百分之五計算之利息，於三萬

八千六百四十七元及其法定遲延利息部分，為有理由，應予准許。逾此所為請求，為無理由，應與其假執行之聲請併予駁回。原審除確定部分外，就超過上開應准許部分，為上訴人敗訴之判決，並為假執行之宣告，自有未洽。上訴意旨就此部分指摘原判決不當，求予廢棄改判，為有理由。至於上開應准許部分，原審判命上訴人給付，並為假執行之宣告，核無違誤，上訴意旨，就此部分，仍執陳詞，指摘原判決不當，求予廢棄，為無理由，應予駁回。七、本件事證已臻明確，兩造其餘之陳述及提出之攻擊防禦方法，均與判決結果不生影響，爰不一一審酌，附此敘明。

八、據上論結，本件上訴為一部有理由，一部無理由，依民事訴訟法第四百五十條、第四百四十九條第一項、第七十九條但書，判決如主文。

中 華 民 國 九 十 年 八 月 二 十 二 日

民事第三庭

審判長法官 張 宗 權

法官 陳 永 昌

法官 吳 秀 美

右正本係照原本作成。

不得上訴。

中 華 民 國 九 十 年 八 月 二 十 三 日

書記官 常 淑 慧

## 2. 臺灣高等法院臺中分院民事判決 九十二年度上易字第三九〇

號

臺灣高等法院臺中分院民事判決 九十二年度上易字第三九〇號

上訴人 瑞簾企業有限公司

法定代理人 陳瑞摺.

法定代理人 周宜強.

訴訟代理人 吳佳蓉.

右當事人間請求給付貨櫃使用延滯費事件，上訴人對於中華民國九十二年八月十五日臺灣彰化地方法院九十二年度訴字第三〇四號第一審判決提起上訴，本院於民國九十二年十二月三十日言詞辯論終結，判決如下：

主 文

上訴駁回。

第二審訴訟費用由上訴人負擔。

上訴人免為假執行之聲請駁回。

事實及理由

一、按於能力、法定代理權或為訴訟所必要之允許有欠缺之人所為之訴訟行為，經取得能力之本人，取得法定代理權或允許權之人、法定代理人或有允權人之承認，溯及於行為時發生效力，民事訴訟法第四十八條定有明文。經查，本件訴訟係於民國（下同）九十二年三月二十六日繫屬於原審法院，而上訴人公司法定代理人於九十二年一月二十七日最後變更登記為陳瑞摺等情，此有上訴人公司基本資料查詢單在卷為憑；足見本件起訴當時，上訴人法定代理人即為陳瑞摺。惟被上訴人起訴狀誤載上訴人法定代理人為陳紅媚，經陳紅媚於原審九十二年五月八日準備程序期日到場為訴訟行為，並於同月三十日具狀向原審提出答辯狀，然陳紅媚既非上訴人法定代理人，則其上開訴訟行為顯然欠缺法定代理權，依前揭規定，須經上訴人法定代理人陳瑞摺承認後，始發生效力。而上訴人之訴訟代理人黃秀蘭律師於本院九十二年十二月十日準備程序期日到場表示追認陳紅媚於原審代理上訴人所為之訴訟行為，是陳紅媚於原審代理上訴人所為訴訟行為，自溯及於行為時發生效力，合先敘明。

二、被上訴人於原審起訴主張：上訴人於九十一年一月十五日委託被上訴人以「冠明輪」(MV.Ming Champion)，第六四S航次，將內裝上訴人出口貨物之四十呎貨櫃六只（貨櫃號碼：CNCU6982480、CNCU6961050、GSTU8690844、GATU8118909、CNCU69 62009、TPHU4920363，提單號碼分別為KHSBF-15117A、B、C、D、E、F），自高雄運抵印尼泗水。上開貨櫃於九十一年一月二十四日運抵印尼泗水卸載，並通知目的港之受貨人提領貨物。惟該受貨人於九十一年四月二十六日以書面表示，因上訴人未提供相關之海運文件，致受

貨人無法報關提領貨櫃，故而聲明放棄前述貨物。被上訴人即指示當地代理行申請當地海關拍賣前述貨物，俾便早日還回空貨櫃，以減輕運送人之損失。然因該批貨物無法拍賣導致延滯良久，經被上訴人當地代理行之申請，印尼海關陸續於九十一年八月將上開貨櫃拆櫃，並將貨物另為處理後，還回空櫃。上訴人因可歸責於己之事由，未能於免費期內還回空貨櫃，依被上訴人發給上訴人之提單背面條款約定，上訴人應給付自九十一年二月五日至九十一年八月貨櫃使用延滯費，共計美金三萬四千九百零二元，被上訴人屢次催促付款，上訴人均未理會。經被上訴人於九十一年十月七日聲請原法院核發九十一年度促字第24967號支付命令，上訴人提出異議後，視為起訴，由原法院以九十二年度訴字第四八號受理。上訴人於九十二年一月二十九日該案第一次本案言詞辯論期日前，始表明欲與被上訴人進行訴訟外之和解，並先支付部份之貨櫃使用延滯費美金二千八百六十元，以表續行和解之誠意。被上訴人基於商誼之考量，於九十二年一月二十七日具狀撤回起訴。詎料，被上訴人撤回起訴後，上訴人對於後續之協商和解履有藉口，數次推託逃避，全無和解之誠意。本件上訴人積欠被上訴人之貨櫃使用延滯費，扣除上訴人已支付之美金二千八百六十元後，尚有美金三萬二千零四十二元未為清償，爰依運送契約之法律關係，請求上訴人給付美金三萬二千零四十二元及遲延利息等語。並答辯聲明：(一) 上訴駁回。(二) 第一、二審訴訟費用由上訴人負擔。

三、上訴人則以：上訴人於九十一年一月委託被上訴人將四十呎貨櫃六只物品，運送至印尼泗水，雙方就運送物品依託運關係辦理託運之必要手續，並由上訴人按雙方議訂託運之價金於託運前付清託運費用，嗣被上訴人將上開貨櫃運抵印尼泗水後，受貨人因印尼暴亂貨物無法銷售，而不願取貨，非上訴人未提供相關海運文件致受貨人無法報關提領貨櫃，顯不可歸責於上訴人；又兩造間存在的託運契約中，並未約定返還空貨櫃及貨櫃使用延滯費之計算約定，被上訴人雖主張於契約背面有附註，然上訴人因未曾被告知致對此並不知情，亦無簽認，是該附註不足以為契約之一部分，不得據以請求之。縱然被上訴人簽發予上訴人之載貨證券第一條第g款定有「所謂費用，包括運費、空艙運費、額外運費、距離運費、附加運費、延滯費、堆儲費、預付費、共同海損或海難救助費或兩者併計之費用、以及其他一切貨物、託運人、受貨人，或其中任何一方所支付、承擔或負擔之支出、費用、補償金、損害賠償、金錢債務，不論最初是否由運送人所遭受、蒙受或支付」，然查該載貨證券之條款係被上訴人所使用與不特定多數之託運人訂立運送契約之定型化契約，該載貨證券之附註約定為上訴人所不知情，且被上訴人亦未告知上訴人，則依據消費者保護法施行細則第十二條規定，上訴人主張該附註約定不可構成本案契約內容，被上訴人不得依該載貨證券上之上開記載向上訴人請求本案之「貨櫃使用延滯費」金額，被上訴人之主張，顯無理由等語，資為抗辯。並上訴聲明：(一) 原判決廢棄。(二) 右廢棄部分，被上訴人在第一審之訴及其假執行之聲請均駁回。(三) 第一審、第二審訴訟費用均由被上訴人負擔。(四) 如受不利判決，上訴人願供擔保，請免為假執行。

四、被上訴人主張上訴人於九十一年一月十五日委託被上訴人以「冠明輪」( MV.Ming Champion )，第六四 S 航次，將內裝上訴人出口貨物之四十呎貨櫃六只，自高雄運抵印尼泗水，並由被上訴人交付上訴人載貨證券以為兩造運送關係憑據。上開貨櫃於九十一年一月二十四日運抵印尼泗水卸載，惟受貨人經被上訴人通知後，聲明放棄前述貨物，而經被上訴人當地代理行申請後，印尼海關陸續於九十一年八月將上開貨櫃拆櫃，並將貨物另為處理後，還回空櫃。嗣被上訴人於九十一年十月七日聲請原審法院核發九十一年度促字第 24967 號支付命令，請求上訴人給付自九十一年二月五日至九十一年八月之貨櫃使用延滯費，共計美金三萬四千九百零二元，嗣經上訴人提出異議後，視為起訴，由原審法院以九十二年度訴字第 48 號受理。上訴人於九十二年一月二十九日該案第一次本案言詞辯論期日，表明欲與被上訴人進行訴訟外之和解，並先支付部份之貨櫃使用延滯費美金二千八百六十元，以表續行和解之誠意。詎被上訴人撤回起訴後，兩造仍未協商完成和解等語，業據其提出運送載貨證券影本、載貨證券正本正、反面、部分提單條款譯文、受貨人聲明放棄書影本、延滯費計算明細表、扣押貨櫃之歷史檔、匯率表、到貨通知為證，上訴人對此亦不爭執，堪信為真實。又上訴人對於兩造間的運送契約是以載貨證券為依據、載貨證券背面第二十五條中段及第一條 d、g 款之形式上規定及對被上訴人所主張延滯費用金額的計算亦均不爭執；惟以前開情詞抗辯。

五、**按定型化條款苟記載於書面，依消費者保護法第十四條之規定，固應即認為構成契約內容**，惟所謂記載於書面，亦須客觀上具有契約形式，若定型化契約條款係記載於收據之背面，通常情形收據持有人不能注意及上開記載係有關契約條款，故此條款如有違一般人對於法律之認識，顯非相對人所能預見者，尚難認係經由相對人合意而成立契約。因是，**記載於收據背面之定型化契約條款，並非全盤否定為契約內容之一部，必須於通常情形下，收據持有人不能注意上開記載係有關契約條款，顯非所能預見之情形下，始否定定型化契約條款為契約**；若依通常情形，相對人有所認知並可得預見該條款之法律效果，縱使係記載於收據等文書背面之定型化契約，亦應認已成立契約。次按對於運送人支付之所有費用，貨商應負責任；所謂貨商，係指託運人、受貨人、提單持有人、貨物受領人、貨物所有人、任何擁有或有權擁有貨物所有權之人；所謂費用，包括運費、空艙運費、額外運費、距離運費、附加運費、延滯費、堆儲費、預付費、共同海損或海難救助費或兩者併計之費用、以及其他一切貨物、託運人、受貨人，或其中任何一方所支付、承擔或負擔之支出、費用、補償金、損害賠償、金錢債務，不論最初是否由運送人所遭受、蒙受或支付；系爭載貨證券反面所載條款中第二十五條中段、第一條第 d 款、第 g 款分別有約定。且按運費或延滯費均屬運送之對價，除有特約外，運送人僅得向託運人請求支付，並不得強向受貨人或貨載之關係人為請求。系爭載貨證券之性質為託運人、運送人、收件人間收受貨物之收據及請款憑證，其背面所載合約雖為一定型化契約條款，惟載貨證券背面附有合約書之定型化契約條款，係海運實務上之慣行；**系爭載貨證券背面所約定之條款字體雖較**

小；但印刷清晰，並無難以注意其存在或辨識之情事；上訴人爲一出口貿易商，與被上訴人間運送契約往來已有十餘次，爲上訴人所不爭執，上訴人理應熟稔進出口海運實務上之慣行，對載貨證券背面合約之記載，亦自有充裕時間詳閱，而無不能預見之情形；是雙方應有將定型化契約條款納入契約之合意。上訴人辯稱系爭載貨證券背面之約定爲其所不知，復未經其簽認；及系爭載貨證券背面條款之記載，依據消費者保護法施行細則第十二條規定，其得主張該附註約定不可構成本案契約內容云云，自不足採。

六、上訴人雖另辯以：被上訴人將上開貨櫃運抵印尼泗水後，係受貨人因印尼暴亂貨物無法銷售，而不願取貨，非上訴人未提供相關海運文件致受貨人無法報關提領貨櫃，顯不可歸責於上訴人，被上訴人不得據以向上訴人請求本件貨櫃延滯費云云；惟本件運送契約係存在於兩造之間，本件被上訴人所訴請之貨櫃延滯費乃基於使用貨櫃之對價，亦屬運費之一；本件受貨人未於免費期限內提貨，姑不論其原因爲何？是否屬可歸責於受貨人？此乃託運人與受貨人間之契約責任問題；受貨人因延滯取貨所產生之貨櫃延滯費用，爲託運人之上訴人，自仍應本於運送契約負責。是上訴人所辯，亦無足取。

七、再按給付無確定期限者，債務人於債權人得請求給付時，經其催告而未爲給付，自受催告時起，負遲延責任。其經債權人起訴而送達訴狀，或依督促程序送達支付命令，或爲其他相類之行爲者，與催告有同一之效力，民法第二百二十九條第二項定有明文。本件被上訴人曾於九十一年十月十一日就系爭貨櫃延滯費聲請本院核發支付命令，經本院以九十一年度促字第二四九六七號准許在案，並於九十一年十月十八日送達予上訴人等情，經原審依職權調取上開支付命令聲請卷宗，核閱無訛，依前揭規定，上開支付命令送達即與催告有同一之效力，上訴人應自九十一年十月十九日起負遲延責任。又按遲延之債務，以支付金錢爲標的者，債權人得請求依法定利率計算之遲延利息，民法第二百三十三條第一項前段亦有明文；本件上訴人所遲延給付者，爲美金三萬二千零四十二元，即係以支付金錢爲標的之債務，是以被上訴人請求上訴人給付自九十一年十月十九日起至清償日止，按週年利率百分之五計算之遲延利息，亦屬有據。

八、本件兩造就系爭貨物訂有運送契約，由上訴人委託被上訴人運送系爭貨物，並經被上訴人簽發載貨證券予上訴人，而系爭貨物之受貨人未依到貨通知書所載期限返還貨櫃，上訴人尚積欠貨櫃延滯費美金三萬二千零四十二元，並未清償；則被上訴人依載貨證券上開約定，本於運送契約之法律關係，請求上訴人給付美金三萬二千零四十二元，及自九十一年十月十九日起至清償日止，按週年利率百分之五計算之利息，爲有理由，應予准許。是則原審判命上訴人如數給付，於法並無不合。上訴意旨指摘原判決不當，求予廢棄改判，爲無理由，應予駁回其上訴。

九、本件所命之給付，其訴訟標的價額未逾一百五十萬元，於本院判決後即告確定，上訴人等已不得上訴於第三審法院，是上訴人陳明願供擔保，請求准予宣告免爲假執行，核無必要，應併予駁回。

十、本件事證已臻明確，兩造其餘攻擊及防禦方法，經審酌後，認於判決結果不生影響，無予逐一論述之必要，附此敘明，

十一、據上論結，本件上訴為無理由，依民事訴訟法第四百四十九條第一項、第七十八條，判決如主文。

中 華 民 國 九 十 三 年 一 月 十 三 日

民事第二庭審判長法 官 童有德

法 官 蔡秉宸

法 官 翁芳靜

右為正本係照原本作成。

不得上訴。

書記官 陳麗玉

中 華 民 國 九 十 三 年 一 月 十 四 日

# 信用卡使用定型化契約

## 1. 高雄地方法院 九十二年訴字四〇九號判決

臺灣高雄地方法院民事判決

九十二年度訴字第四〇九號

原告 台新國際商業銀行股份有限公司

法定代理人 謝壽夫

訴訟代理人 張寶彩

邱勤翔

送達代收人 陳怡潔

被告 陳建元

黃連金

右當事人間請求清償債務事件，本院判決如左：

主 文

被告陳建元應給付原告新台幣伍拾參萬伍仟壹佰伍拾柒元。

原告其餘之訴駁回。

訴訟費用由被告陳建元負擔。

本判決第一項於原告以新台幣壹拾柒萬捌仟元供擔保後得假執行。

原告其餘假執行之聲請駁回。

事 實 與 理 由

一、本件被告陳建元經合法通知，未於言詞辯論期日到場，核無民事訴訟法第三百八十六條各款所列情形，爰依原告聲請，由其一造辯論而為判決。

二、原告主張：被告陳建元於民國八十三年八月十六日向訴外人中聯信託投資公司（下稱中聯信託）申請信用卡正卡使用，並以被告黃連金為信用卡之附卡使用人，雙方簽訂信用卡申請書，約定被告得於特約商店記帳消費，但應於繳款截止日前向原告清償，逾期清償時，應自應繳款日起按日息萬分之五點四七九計付循環信用利息，如未能繳納當期最低應繳金額，除依上開方式計算利息外，並加收懲罰性違約金，且正卡持卡人與附卡持卡人均須就各別使用信用卡所生之應付帳款，互負連帶清償責任。嗣伊於九十年九月間經財政部核准受讓中聯信託信用卡業務，陳建元於當時雖積欠新台幣（下同）三十二萬零八十六元，惟均按期繳納最低應繳金額，故伊仍繼續發給信用卡供被告使用（含正附卡，正卡卡號為四五七九六一一二〇〇二五七七〇），雙方約定遵守之條款同上。詎陳建元自九十二年一月十七日最近一次繳款截止日起，即未繼續繳納，計算其歷次積欠之記帳消費款、循環信用利息暨違約金，總計共積欠五十三萬五千一百五十七元尚未清償，而黃連金係爭信用卡之附卡持有人，依兩造信用卡條款約定，亦應就系爭債務負連帶清償責任，爰本於信用卡契約及連帶債務之法律關係，提起本訴，並聲明求為判決：（一）

被告應連帶給付原告新台幣五十三萬五千一百五十七元。(二)訴訟費用由被告連帶負擔。(三)願供擔保請准宣告假執行。

- 三、被告黃連金抗辯：伊於八十三年間雖曾向中聯信託申請為陳建元信用卡之附卡使用人，惟伊之信用卡最後一次換卡有效期間係自八十六年九月至八十八年九月，之後伊再無收受中聯信託換發之新卡片，彼等附卡使用契約應已於八十八年九月終止。況伊於八十九年十一月三十日與陳建元離婚後，亦未曾收受原告寄發之信用卡，亦未同意擔任陳建元向原告申請信用卡之附卡持有人或連帶保證人，自不應就陳建元之正卡債務負連帶清償責任等語，並聲明求為判決：(一)原告之訴及假執行之聲請均駁回。(二)訴訟費用由原告負擔。(三)如受不利益判決，願供擔保請准宣告免為假執行。
- 四、原告主張陳建元於八十三年間向訴外人中聯信託申辦信用卡使用，迄九十年九月積欠記帳消費款、循環信用利息總計三十二萬零八十六元，嗣其受讓彼等間之信用卡使用契約，陳建元仍繼續使用其之信用卡記帳消費，詎自九十二年一月十七日起未依約清償，尚積欠五十三萬五千一百五十七元等事實，業據其提出客戶帳務查詢單、中聯信託信用卡申請書、台新銀行信用卡契約書、財政部函文、中聯信託信用卡約定條款等件為證，被告黃連金對於其前夫即被告陳建元曾向中聯信託申請使用系爭信用卡乙節並不爭執，且本院依上開證據約定清償期限、方式、利息、違約金並受償數額為調查之結果，與原告所述之事實相符，則原告主張之前開事實，堪信為真實。
- 五、至於原告主張黃連金係陳建元系爭卡片之附卡持有人，依約定亦應就正卡持卡人之債務連帶負責乙節，黃連金雖不否認曾向中聯信託申請附卡使用，惟另以前揭情詞置辯，則本件之爭點厥為被告黃連金與中聯信託簽訂之信用卡附卡使用契約，其有效期間為何？自八十八年九月信用卡卡片有效期間屆滿後，有無繼續收受使用中聯信託之信用卡？又自九十年九月原告受讓中聯信託信用卡業務後，有無收受原告所寄發之信用卡，而同意繼續使用該附卡？惟探討前揭爭點之前，首應先探討「附卡持卡人須就正卡持卡人所生應付帳款債務負連帶清償責任」之約款，是否屬於定型化契約條款（附合契約條款）？其有無違反誠信原則而對於消費者顯失公平，而應認為無效？
- 六、按定型化契約條款，乃指企業經營者為與不特定多數消費者訂立同類契約之用，所提出預先擬定之契約條款；而定型化契約，即以企業經營者提出之定型化契約條款作為契約內容之全部或一部而訂定之契約，或謂依照當事人一方預定用於同類契約之條款而訂定之契約，消費者保護法第二條第七款、第九款，及民法第二百四十七條之一前段均定有明文。經查：信用卡使用契約乃現代工商社會創新之新型態交易，銀行因考量此種交易之大量性，處理之經濟性，且為對不同之交易相對人適用相同之交易條件，因而預先擬定契約條文使用，其屬消費者保護法規定之定型化契約甚明。又「附卡持卡人須就正卡持卡人所生應付帳款債務負連帶清償責任」乃屬原告預先擬定與不特定多數消費者交易使用之附合條款之一，有原告提出之信用卡契約約定書在卷

可稽（第三條），且為原告所不爭執，乃屬定型化契約條款，其內容有無合乎實質公平要求，應受消費者保護法暨定型化契約理論之司法控制，合先敘明。

七、次按「定型化契約中之條款違反誠信原則，對消費者顯失公平者，無效。定型化契約中之條款有下列情形之一者，推定其顯失公平：(一)違反平等互惠原則者。(二)條款與其所排除不予適用之任意規定之立法意旨顯相矛盾者。(三)契約之主要權利或義務，因受條款之限制，致契約之目的難以達成者。」，消費者保護法第十二條定有明文。而其中何謂違反平等互惠原則，同法施行細則第十四條亦臚列下列四款供參：(一)當事人間之給付顯不相當者。(二)消費者應負擔非其所能控制之危險者。(三)消費者違約時，應負擔顯不相當之賠償責任者。(四)其他顯有不利於消費者之情形者。又民法債編為防止經濟強者利用定型化契約手段濫用契約自由，及維護交易公平，於八十九年五月五日修訂施行之第二百四十七條之一亦規定：「依照當事人一方預定用於同類契約之條款而訂定之契約，為左列各款之約定，按其情形顯失公平者，該部分約定無效：(一)免除或減輕預定契約條款之當事人之責任者。(二)加重他方當事人之責任者。(三)使他方當事人拋棄權利或限制其行使權利者。(四)其他於他方當事人有重大不利益者。」。本院認為「附卡持卡人須就正卡持卡人所生應付帳款債務負連帶清償責任」之定型化契約條款，因違反誠信原則及平等互惠原則，應予宣告無效，理由如下：

(一)該條款約定與現今信用卡使用契約之本質不符，顯有不利於消費者（附卡持有人）情形，顯失公平：按信用卡乃一種塑膠貨幣，因持卡人不欲使用現金消費，遂向銀行申請信用卡，約定持卡人憑卡於特約商店記帳消費後，委託銀行先為給付，持卡人再於約定期限內清償銀行代墊款項，是通說認為消費者與銀行間之法律關係乃屬委任契約與消費借貸之混合契約。而一般消費者向發卡銀行提出信用卡之使用申請後，銀行據以決定是否發卡之考量因素，乃審核申請人之財產、收入、職業等信用狀況後，再決定是否准予申請及准予額度為何，據吾人生活經驗所知，現今信用卡之核發，除未成年之申請人須由父母連帶保證外，其風險控制之本質均係以申請人之個人信用狀況為徵信，並無另外要求申請人徵得連帶保證人後方准予核發，焉能變相以透過鼓勵附卡之申請使用，而使附卡持有人同時成為正卡持有人之連帶保證人之理！尤其依照一般國人對於附卡申請目的之認識（詳如下述），申請附卡乃供家人親友便利使用，鮮有知悉向銀行申請附卡使用同時亦係簽立連帶保證契約乙情者，其顯有不利於消費者之情形甚明。

(二)該條款約定與附卡使用契約之目的不符，違反誠信原則，且加重附卡人之責任，顯失公平：

按信用卡中附卡之設計，乃因正卡持有人之家屬、親友或員工，或因係未成年人，或因沒有收入，或為公司公款支出記帳方便，遂由正卡人代向銀行申請附卡使用，或由附卡持有人經正卡人同意後向銀行申請使用，經發卡銀行對正卡持

有人信用調查之結果，若認為正卡持有人之財產狀況足以支付另筆附卡人之消費帳款，因而同意核發之附屬卡片。社會上常見申辦之情形有：父母為未成年兒女、配偶之一方為他方、成年子女為退休父母、公司為員工申辦等情形，一般持卡人多將附卡申辦視為一種對親友的便利、贈與及愛心。附卡之最大特色，乃係從屬於正卡之下之附屬卡片，此由銀行多把正附卡寄發於正卡人指定處所、附卡乃與正卡持有人共用同一消費信用額度、正卡持有人可片面終止附卡使用契約（坊間少數銀行約定禁止正卡持有人之終止權，亦有違反誠信原則之虞）、正卡若被銀行終止則附卡亦不得繼續使用、正附卡之消費帳款均會算於正卡人之每月帳單，而由正卡人統一繳納等情可證。就上開附卡申領使用之本質與目的而言，其精神乃正卡人願意就其所同意申領附卡使用人之消費款，共負連帶清償責任，即正卡人係附卡人之保證人，而非附卡人係正卡人之保證人，方符合消費者訂立契約之真意。正、附卡持有人之責任，乃附卡持有人僅須對於「自己」之消費帳款負清償責任，正卡持有人方才對於「正、附卡」之消費金額負連帶清償責任才是。惟系爭定型化條款，卻約定附卡持有人亦須就正卡人之消費負連帶清償責任，其顯然已經超越一般消費者對於申辦附卡使用所得預見之風險，並加重附卡人之責任，不但違反消費者申請附卡使用之目的，亦有違反誠信原則之不公平現象。

(三)該條款約定使附卡持卡人負擔非其所控制之危險，違反平等互惠原則：

按附卡乃發卡機構就正卡持有人為信用調查後，認正卡人足以支付附卡人消費帳款，而為核發之附屬卡片，故附卡人之信用額度乃在正卡人額度內，正附卡之消費帳單均併列於正卡人帳單中，並寄發予正卡持有人清償，正卡人若不同意為附卡人以後之消費清償，可終止附卡使用契約等情，均已如前述。自反面角度觀之，即附卡持有人並未接受帳單，無從按月知悉正卡持卡人所生帳款若干，亦無法預知正卡持卡人將來之消費金額，或限制正卡人之消費金額，尤其若正卡持卡人每月僅繳納最低應繳金額時，正卡人會被課以高額之循環利息再滾入消費帳款中不斷累積，其超過原定之信用額度時銀行仍會允許正卡人繼續使用，此時顯非附卡持有人所得預見控制。再者，依現行信用卡實務，正卡持有人若使用信用良好，銀行便會不斷提高正卡持卡人之信用額度，惟其通常並未徵詢附卡持有人之意見，依系爭定型化契約約定之運作結果，同時意味附卡持有人對於正卡持卡人之保證額度亦不斷提昇，因而使附卡持有人負擔非其所得控制之危險，消費者一般相信被提高信用額度乃係一種信任、獎勵與尊榮，孰料無形間卻使附卡人負擔更高的保證風險，顯然已違反契約之公平誠信原則，亦應受到譴責。

(四)該條款約定使銀行之給付與一般消費者之對待給付義務顯不相當，而違反平等互惠原則：

按通說認為信用卡使用契約乃屬委任契約及消費借貸之混合契約，發卡銀行之主要給付義務乃提供信用卡供持卡人使用，並受任代為清償記帳消費款，附隨義務則有提供道路救援、旅遊平安險、消費折扣等服務；持卡人之對待給付義務則為給付委任報酬（例如年費），並於約定期限清償墊款，若未依約履行，則需

負擔循環信用利息、違約金（至於附卡人之記帳消費，乃視為正卡人之消費，已如前述），此種依債務本旨而生之契約義務乃屬相當對等。故消費者若申請為一般持卡使用人，僅須負擔前揭義務即為已足，惟若申請為附卡持有人，因系爭定型化約款之約定，則尚須額外負擔為正卡持有人債務連帶負責之給付義務，然此時銀行對於附卡持有人之主要給付義務並未同時增加或改變，顯然銀行之給付與附卡持有人之給付義務並不相當。原告雖主張附卡持有人原無資格申請信用卡，因依附於正卡人之下故得請領，亦享有銀行提供之給付，自應與正卡持有人互負連帶保證責任等語，惟查：附卡持有人與銀行間之法律關係，應與前揭一般持卡人相同，其應負之給付義務亦應僅為給付委任報酬（現今銀行實務，定型化契約中對於附卡持有人約定須酌收年費者亦在所多有，至於因銀行信用卡業務競爭激烈，銀行業者有無落實核收則在所不問），及依約清償記帳消費款，即為相當，吾人並無其他積極理由得知，銀行對於附卡持有人所提供之給付或服務，與一般正卡人有何不同，是否遠比提供一般持卡人之給付服務多，而使附卡持有人應額外負擔連帶保證之責任！在此積極理由出現之前，依據契約之公平互惠原則，系爭定型化契約條款似無合理存在之堅實依據。

八、原告另雖主張被告申請附卡使用時，已有機會於簽署前審閱契約條款，自應依約負連帶責任等語。惟按定型化契約理論之產生，乃源於企業經營者預先片面擬定之附合契約條款，通常僅為自身之最大利益考量，而將不利益之風險轉嫁由消費者承擔，一般消費者於訂約時亦常缺乏詳細審閱之機會及能力，且或因市場遭壟斷而無選擇機會，或因經濟實力、知識水準造成之締約地位不平等，以致消費者對於該內容僅能決定接受或不接受，而別無討價還價之餘地，亦即消費者只是事前知悉該約款內容而已，仍無事前決定該內容之機會，基此，為保障締約實質正義，國家便授與司法機關介入契約自由領域之權力，而得對於定型化契約條款之合理性進行司法審查，此觀諸消費者保護法十一條第一項、第十二條、民法第二百四十七條之一甚明。故除非企業經營者能夠證明系爭定型化契約條款乃屬兩造特別合意之個別磋商條款，而非屬一般性條款，否則若僅以消費者事前已有機會審閱契約條款，欲藉以排除司法審查之控制，即顯然與消費者保護法之立法本旨有違，是原告前揭主張並不可採。

九、原告另主張系爭定型化契約條款乃經財政部核准使用，並頒布契約範本供銀行界使用，應無顯失公平情事等語，經查：系爭定型化契約條款曾經財政部審查後核准公布，固有財政部台財融（四）字第九〇七〇〇五二三號函文乙份在卷可稽，惟主管機關之事前核准，乃屬於政府與定型化契約條款擬定者（或使用者）間之行政法關係，行政機關審核定型化契約條款是否核准時，其重點通常係基於公共政策及行政管理上之考量，而定型化契約使用者與消費者間乃屬私法上之契約關係，須著重者乃契約當事人間之公平正義，故條文本身是否合乎法律正義，仍須由法律適用解釋之有權者（即司法機關）作最後之審查控制。況經財政部核准發布之信用卡定型化契約條款，其法律性

質乃屬行政命令，法官於審判案件時，乃不受行政命令拘束，仍得依據法律獨立判斷，此觀諸憲法第八十條、司法院大法官會議第二一六號解釋意旨甚明，是若以系爭條款已經行政主管機關審核公布，即可謂不受司法審查，並非的論。

十、綜上所述，原告本於兩造間之信用卡契約關係，請求被告陳建元應就其持卡期間所為之記帳消費、循環利息及違約金總計五十三萬五千一百五十七元，負清償責任，為有理由，應予准許。至於原告本於系爭信用卡使用契約中之「附卡持卡人須就正卡持卡人所生應付帳款債務負連帶清償責任」約款，請求被告黃連金應連帶負責部分，因該條款乃屬定型化契約條款，且違反誠信原則，對於消費者顯失公平，依消費者保護法第十二條及民法第二百四十七條之一規定應認為無效；又黃連金在使用中聯信託附卡時，個人並無消費記帳，原告承接中聯信託業務寄發新卡後，亦無黃連金開卡消費之紀錄，均據原告自承在卷（本院九十二年三月二十六日言詞辯論筆錄、九十二年六月二十六日陳報狀），則原告據此請求黃連金須就正卡人之債務連帶負責，為無理由，應予駁回。

十一、原告及被告黃連金均陳明願供擔保，聲請宣告假執行或免為假執行，經核原告勝訴部分，合於法律規定，爰酌定相當之擔保金額准許之，至於原告其餘假執行之聲請，因訴之駁回而失所附麗，應予駁回。

十二、本件事證已臻明確，兩造其餘攻擊防禦方法（諸如黃連金與中聯信託簽訂之信用卡附卡使用契約，其有效期間為何？自八十八年九月信用卡卡片有效期間屆滿後，有無繼續收受使用中聯信託之信用卡？又自九十年九月原告受讓中聯信託信用卡業務後，有無收受原告所寄發之信用卡，而同意繼續使用該附卡？），核與判決結果不生影響，爰不一一論述，併此敘明。

十三、結論：原告之訴一部為有理由，一部為無理由，依民事訴訟法第三百八十五條第一項前段、第七十九條但書、第三百九十條第二項，判決如主文。

中 華 民 國 九 十 二 年 七 月 四 日  
臺灣高雄地方法院民事第一庭

審判長法 官 林紀元  
法 官 許政賢  
法 官 蔡川富

右為正本係照原本作成。

如不服本判決，應於送達後廿日內，向本院提出上訴狀並表明上訴理由，如於本判決宣示後送達前提起上訴者，應於判決送達後十日內補提上訴理由書（須附繕本）

## 保全契約

### 1. 最高法院民事判決 八十六年度台上字第三四三三號

最高法院民事判決 八十六年度台上字第三四三三號

上訴人 邱滿嬌

訴訟代理人 劉厲生律師

被上訴人 太平洋保全股份有限公司 設台北市八德路三段二十號十樓之二

法定代理人 王化榛

右當事人間請求給付理賠金事件，上訴人對於中華民國八十六年四月七日台灣高等法院第二審判決（八十五年度上字第二〇七〇號），提起上訴，本院判決如左：

主 文

原判決除假執行部分外廢棄，發回台灣高等法院。

理 由

本件上訴人主張：伊在桃園縣龜山鄉中興路三〇七號經營服飾買賣。被上訴人公司業務員陳位禎於民國八十五年四月二十七日向伊招攬保全業務，要求將伊原由訴外人新光保全股份有限公司（下稱新光公司）承作之保全業務，改由被上訴人在前開店內架設電子保全系統，並就電子保全系統區域內伊之財物，以每一事故理賠金額新台幣（下同）五十萬元為限額提供防盜保全服務。伊乃以繼續原保全系統不致中斷為要保之條件，經被上訴人承諾後簽訂電子保全服務契約書，被上訴人並隨即派員架設電子線路，更改保全系統完成測試，而自八十五年四月三十日起擔負保全責任。詎八十五年五月三日深夜，伊之服飾店遭竊，經通知被上訴人趕往現場，發現線路剪斷鐵門遭破壞後，竊賊入內將財物蕩捲一空，伊共計失竊衣物四百零八件、化粧品二十六盒及現金三萬餘元，損失共達七十餘萬元（詳如第一審判決附表所示）。伊乃依保全契約請求被上訴人就該失竊損失負賠償責任，被上訴人竟將服務通報更改自八十五年五月四日十八時生效，拒絕理賠等情，爰依保全契約求為命被上訴人給付五十萬元及加付法定遲延利息之判決。被上訴人則以：上訴人尚未簽署保全服務通報，依電子保全服務契約書第五條第一款約定，保全契約尚未生效，伊就上訴人上開失竊損失不負理賠責任。又上訴人從未繳納保全服務費，伊亦得引用免責條款不負賠償責任等語，資為抗辯。原審將第一審所為上訴人勝訴之判決廢棄，改判駁回上訴人之訴，係以：上訴人主張：伊於八十五年四月二十七日與被上訴人簽訂保全契約，由被上訴人就伊所經營系爭服飾店內電子保全系統區域內伊之財物，以每一理賠金額五十萬元為限額提供防盜保全服務，而伊經營之服飾店於八十五年五月三日深夜遭竊等情，業經上訴人提出電子保全報價函、磁卡鑰匙點收單及電子保全服務契約書等可稽，並為上訴人所不爭執，且經證人即桃園縣警察局龜山分局龜出派出所警員吳國華證實，堪信為真實。查上訴人雖主張：伊於保全要約時曾要求被上訴人提供之保

全服務與前由新光公司承作之保全不中斷，經被上訴人公司業務員陳位禎首肯，故被上訴人應負之保全責任自八十五年四月三十日起生效等情，惟為被上訴人所否認。經查兩造所簽訂之電子保全服務契約書第五條第一款約定：「本契約期限三十六個月，以乙方（指被上訴人）提供之保全服務通報經甲方（指上訴人）簽名之日為起算日」。又保全業法第十二條規定：「**保全業受任辦理保全業務，應訂書面契約**」，保全業法施行細則第十條規定：「本法第十二條之書面契約，應載明左列事項……自保全服務期間……」，民法第七十三條規定：「法律行為不依法定方式者，無效」，**顯見保全契約為要式契約**，凡屬保全業法施行細則第十條所明定之事項，均應以書面為之，俾利雙方責任分明而免爭執，如未以書面約定保全服務期間之起算日，縱認兩造已有口頭約定情事，保全契約仍為無效。本件被上訴人之保全服務責任已約明保全服務通報經上訴人簽名之日為起算日，而**上訴人迄八十五年五月三日竊案發生時尚未簽署保全服務通報**，亦為上訴人所不爭執，依前開約定，系**爭電子保全服務契約書尚未生效，被上訴人就上訴人之失竊損失自不負理賠責任**。另依電子保全服務契約書第十三條第九款約定：「甲方未按時繳費予乙方，於繳費截止日十七時三十分起至甲方以現金繳款或繳款支票已兌現之日止，被竊之損失乙方不負賠償責任」，上訴人尚未繳納保全服務費，為上訴人所不爭執，被上訴人引用免責條款主張免負賠償責任，亦屬可採。從而上訴人本於保全契約請求被上訴人給付五十萬元及其利息，洵屬無據，不應准許等詞，為其判斷之基礎。

按保全業法第十二條固規定：「保全業受任辦理保全業務，應訂立書面契約。」及其施行細則第十條第三款規定：「本法第十二條之書面契約，應載明左列事項……自保全服務期間……。」但上訴人主張：伊原由新光公司承作保全業務，被上訴人之業務員陳位禎於八十五年四月二十七日向伊招攬保全業務，伊以繼續原保全系統不致中斷為要保之條件，經被上訴人承諾後，簽訂電子保全服務契約書等語（見一審卷五頁反面、二二頁），並提出電子保全服務契約書一件為證（置一審卷證物袋），證人即被上訴人之業務員陳位禎亦證述：「八十五年四月二十九日我去招攬，當天晚上她（指上訴人）就打電話來公司說要簽約，隔天三十日公司派人去施工，五月一日凌晨施工完畢，系統就可使用……是（原來原告有講保全不中斷，她再換我們的保全），我有跟她說保全不會中斷，沒有向原告說明契約第五條記載之內容。」等語（見一審卷二二頁至二三頁反面），上訴人與被上訴人既已簽立契約，被上訴人並已施工完畢，其保全系統亦已啓用，則兩造間之保全契約似已成立。至於上述電子保全服務契約書第五條第一款所載：「本契約期限三十六個月，以乙方（指被上訴人）提供之『保全服務通報』經甲方（指上訴人）簽名之日為起算日」，係關於保全服務起算期日之約定，**惟兩造已訂立前述書面契約，兩造就保全服務期間之起算期日另以合意變更該定型化契約中之條款**（即被上訴人之保全業務接續原新光公司之保全業務，不中斷），**就該合意變更部分是否不生效力**，此觀諸消費者保護法第十一條：「企業經營者在定型化契約中所用之條款，應本平等互惠之原則。定型化契約條款如有疑義，應為有利於

消費者之解釋。」及同法第十二條第一項、第二項第三款：「定型化契約中之條款違反誠信原則，對消費者顯失公平者，無效。定型化契約中之條款有下列情形之一者，推定其顯失公平……消契約之主要權利或義務，因受條款之限制，致契約之目的難以達成者。」之立法精神，不難明瞭。蓋兩造既同意被上訴人之保全業務接續原新光公司之保全業務，使之不中斷，但若依電子保全服務契約書第五條第一款約定，以被上訴人提供之保全業務通報經上訴人簽名之日為起算日，則顯難達到接續而不中斷之目的，故如認此項合意不生效力，似不足以保護消費者即上訴人。又上開電子保全服務契約書第十九條約定：「本契約正本連同附件一式二份，自甲乙雙方簽章後生效，並各執一份為憑。」與該契約第五條第一款之契約期限似未盡一致，其真意如何，原審未予調查審認明確，本院自難為法律上判斷。未查雙方約定之繳款期限如何，未經原審查明，而上訴人曾主張：伊於被上訴人施工完畢即要繳交服務費，但為被上訴人所拒等語（見一審卷二六頁），此業經被上訴人予以自認（一審卷二三頁），於此情形，原審認為依上開電子保全服務契約書第十三條第九款約定，被上訴人亦得免責云云，是否允當，亦有疑義。上訴論旨，指摘原判決為不當，聲明廢棄，非無理由。據上論結，本件上訴為有理由，依民事訴訟法第四百七十七條第一項、第四百七十八條第一項，判決如主文。

中華民國八十六年十一月十四日

最高法院民事第一庭

審判長法官	李	錦	豐
法官	楊	鼎	章
法官	李	慧	兒
法官	顏	南	全
法官	葉	賽	鶯

右正本證明與原本無異

書記官

中華民國八十六年十一月二十八日

## 2. 臺灣高等法院民事判決 八十七年度上更（一）字第七號

臺灣高等法院民事判決 八十七年度上更（一）字第七號

上訴人 太平洋保全股份有限公司

法定代理人 王化榛

訴訟代理人 陸正康律師

被上訴人 邱滿嬌

訴訟代理人 劉厲生律師

送達代收人 邱招英

右當事人間給付理賠金事件，上訴人對於中華民國八十五年十一月十三日臺灣臺北地方法院八十五年訴字第二四八二號第一審判決提起上訴，經最高法院第一次發回更審，本院判決如左：

主 文

上訴駁回。

第二審及發回前第三審訴訟費用由上訴人負擔。

理 由

- 一、本件被上訴人主張：伊在桃園縣龜山鄉中興路三〇七號經營服飾買賣。上訴人公司業務員陳位禎於民國（下同）八十五年四月二十七日向伊招攬保全業務，要求將伊原由訴外人新光保全股份有限公司（下稱新光公司）承作之保全業務，改由上訴人在前開店內架設電子保全系統，並就電子保全系統區域內伊之財物，以每一事故理賠金額新台幣（下同）五十萬元為限額提供防盜保全服務。伊乃以繼續原保全系統不致中斷為要保之條件，經上訴人承諾後簽訂電子保全服務契約書，上訴人並隨即派員架設電子線路，更改保全系統完成測試，而自八十五年四月三十日起擔負保全責任。詎八十五年五月三日深夜，伊之服飾店遭竊，經通知上訴人趕往現場，發現線路剪斷鐵門遭破壞後，竊賊入內將財物席卷一空，伊共計失竊衣物四百零八件、化粧品二十六盒及現金三萬餘元，損失共達七十餘萬元（詳如第一審判決附表所示）。伊乃依保全契約請求上訴人就該失竊損失負賠償責任，上訴人竟將服務通報更改自八十五年五月四日十八時生效，拒絕理賠等情，爰依保全契約求為命被上訴人給付五十萬元及加付法定遲延利息之判決。
- 二、上訴人則以：被上訴人尚未簽署保全服務通報，依電子保全服務契約書第五條第一款約定，保全契約尚未生效，伊就被上訴人上開失竊損失不負理賠責任。又被上訴人從未繳納保全服務費，伊亦得引用免責條款不負賠償責任等語資為抗辯。
- 三、被上訴人主張渠於八十五年四月二十七日與上訴人簽訂保全契約，由上訴人就被上訴人經營之服飾公司內之財物電子保全系爭內之被上訴人財物，以每一理賠償金額五十萬元為限額，提供保服務，而被上訴人經營經之服飾公司於八十五年五月三日遭竊之事實，業經原審依職權訊問證人即桃園縣警察局

龜山分局龜山派出所警員吳國華供證屬實（見原審卷八十五年十月十一日言詞辯論筆錄），並有證人吳國華提出之到事案件損失財紀錄、談話筆錄、桃園縣警察龜山分局受理三聯單報案處理情形、失竊證明申請書、損失財物一覽表等件附於原審卷可稽，且有被上訴人提出電子保全報價函、磁卡鑰匙點數點及契約書各乙件等件為證，且為上訴人所不爭執，堪信為真實。

四、上訴人雖抗辯稱被上訴人尚未簽署服務通報，依契約第五條第一款約定，上開保全契約尚未生效，故而被上訴人經營之服飾店於八十五年五月三日失竊，上訴人並不負保全之責任云云，惟為被上訴人所否認，被上訴人並主張伊於要約時即曾要求與原新光公司承作之保全之責任不中斷，並經上訴人公司業務員陳位禎首肯在案等語。**惟查系爭電子保全服務契約第五條第一款固記載：「本契約期限參拾陸個月，以乙方（即上訴人）提供之「保全服務通報經甲方（即被上訴人）簽名之日為起算日」，而上訴人迄八十五年五月三日即竊案發生時迄未將服務通報交付被上訴人簽署，亦為被上訴人所不爭執，是依上開契約所載，上訴人提供保全服務之生效日期固未起始，但被上訴人主張其於上訴人代理人即陳位禎要約時曾另行要求上訴人提供之保全服務，與前由新光公司承作之保全不中斷，已經上訴人公司業務員陳位禎承諾，亦經證人陳位禎結證屬實（見原審卷八十五年八月二十三日言詞辯論筆錄），是上訴人之代理人既特別允諾其承攬之保全服務起始點，已為兩造保全契約之內容一部分，即就保全責任之起始點，已有與上開書面契約第五條第一款記載為不同之約定，則兩造就上訴人應負保全責任之起始，顯有更改上開契約書第五條第一款內容之合意至明。**況綜觀系爭契約書乃係上訴人自行印製之制式條文，且陳位禎就系爭契約書第五條第一款約定之內容，並未另行向被上訴人解說，亦經證人陳位禎證實（見原審卷八十五年八月二十三日言詞辯論筆錄），斷難徒憑被上訴人在制式契約書簽名遽以推翻兩造已合意保全服務之起算點，而遽以其不利益由不知情之被上訴人承擔。是上訴人所負之保全責任既約定與原新光公司承作之保全不中斷，則上訴人於八十五年四月三十日更換新光公司架設電子保全設施，此有被上訴人提出之磁卡鑰匙點收乙件附卷可證，自斯時起上訴人即應負保全責任。至該電子設施是否與上訴人北總公司連線，乃上訴人內部作業之問題，要不得事後據為反於契約合意或援為延後保全責任起始之卸責事由，上訴人抗辯保全責任尚未起始云云，自無足取。況按保全業法第十二條固規定：「保全業受任辦理保全業務，應訂立書面契約。」及其施行細則第十條第三款規定：「本法第十二條之書面契約，應載明左列事項·三、保全服務期間· · ·。」，但被上訴人主張：伊原由新光公司承作保全業務，上訴人之業務員陳位禎於八十五年四月二十七日向伊招攬保全業務，伊以繼續原保全系統不致中斷為要保之條件，經上訴人承諾後，簽訂電子保全服務契約書等語（見一審卷五頁反面、二二頁），並提出電子保全服務契約書一件為證（置一審卷證物袋），證人即上訴人之業務員陳位禎亦證述：「八十五年四月二十九日我去招攬，當天晚

上她（指上訴人）就打電話來公司說要簽約，隔天三十日公司派人去施工，五月一日凌晨施工完畢，系統就可使用．．是（原來原告有講保全不中斷，她再換我們的保全），我有跟她說保全不會中斷，沒有向原告說明契約第五條記載之內容。」等語（見一審卷二二頁至二三頁反面），上訴人與被上訴人既已簽立契約，被上訴人並已施工完畢，其保全系統亦已啓用，則兩造間之保全契約確已成立。至於上述電子保全服務契約書第五條第一款所載：「本契約期限三十六個月，以乙方（指上訴人）提供之『保全服務通報』經甲方（指被上訴人）簽名之日為起算日」，係關於保全服務起算期日之約定，**惟兩造已訂立前述書面契約，兩造就保全服務期間之起算期日另以合意變更該定型化契約中之條款（即上訴人之保全業務接續原新光公司之保全業務，不中斷），就該合意變更部分自不生效力，此觀諸消費者保護法第十一條：「企業經營者在定型化契約中所用之條款，應本平等互惠之原則。定型化契約條款如有疑義，應為有利於消費者之解釋。」及同法第十二條第一項、第二項第三款：「定型化契約中之條款違反誠信原則，對消費者顯失公平者，無效。定型化契約中之條款有下列情形之一者，推定其顯失公平．．三、契約之主要權利或義務，因受條款之限制，致契約之目的難以達成者。」之立法精神自明瞭。**故而上訴人應負之保全責任既應自八十五年四月三十日起生效，則被上訴人經營之服飾店於八十五年五月三日遭竊，其損失自應由上訴人負責。上訴人雖另抗辯稱依保全契約第十條第一款規定上訴人應負賠償責任之事由，並不包括上開所述之情形云云。然查契約書第十條第一款記載：「乙方（即上訴人）僅就保全標的務於設定期間內，因本系統電子器材失靈、設記疏失、保全人員失誤或洩漏應保守之秘密，發生竊盜，以致甲方（即被上訴人）有形財物被外賊竊走，就該被竊事由可歸責於乙方者，負金錢損害賠償責任，不必回復原狀」，而本件係上訴人為被上訴人架設之電子保全設備，尚未與總公司連線，即發生切稻事由，形式上似與上開列舉應由上訴人負賠償責任不符，但本件既係上訴人於保全責任發生之始，上訴人迄未將保全系統與總公司連線，致系爭標的物發生竊案時，上訴人所架設之保全設備，原應產生警戒保全機能而未能適時發揮其應有之功能，導致置於系爭保全標的物之財物被切，其係可歸責於上訴人之事由，應可類推適用上開電子器材失靈之情形，上訴人仍應就被上訴人之損失負損害賠償之責始稱公允，上訴人抗辯其非可由上訴人負賠償之責云云，殊難採信。

五、況上訴人提供之電子保全服務契約書第十九條已約定：「本契約正本連同附件一式二份，自甲乙雙方簽章後生效，並各執一份為憑。」則雙方於簽章後，契約已依法生效，非有無效之原因存在是不得解免，該契約第五條第一款之規定已因契約生效而為贅詞。茲上訴人以該條規定來解釋系爭保全契約並未生效云云，顯無理由成立。況本件「保全服務通報」係因上訴人內部作業流程，致未能於保全系統施工完畢並啓用時交付，咎在上訴人，尤不得執此主張契約尚未生效。再上訴人施工完畢，被上訴人即要繳交服務費，但為上訴

人所拒，為上訴人所是認，此與契約第十三條第九款「甲方（指被上訴人）未按時繳費予乙方（指上訴人）」之情形有間。茲上訴人執該條款規定主張其只負遲延責任，不負賠償責任云云，顯係曲予解釋契約，要無免責條款之適用。

- 六、被上訴人主張由上訴人承保其經營之服飾店於八十五年五月三日遭切計損失七十餘萬元，除其中現金三萬元外，於詳如原審判決附表所示，業據提出估價單、出貨單等件為證，雖為上訴人所否認。惟查被上訴人於遭竊後，除通知上訴人外，並即通知廠商盤點，計自八十五年四月三日即被上訴人開始經營服飾店進貨起，扣除已賣出之貨品及竊案現場遺留之貨品，總計毓琪公司部分為十萬一千七百五十元、歐倍安公司部分為九萬二千七百六十元、巧克力公司部分為八萬二千五百五十元、元嘉公司部分為二十三萬五千七百五十元，即如原審判決附表編號二、三、五、六所示，合計共損失伍拾壹萬貳仟捌佰拾元，分別經證人施志成（毓琪公司部分）、林淑靜（歐倍安公司部分）、余文智（巧克力公司部分）、曾國珍於原審結證在案，被上訴人主張上開損失部分堪認為真實，是被上訴人此次遭切既已逾上訴人所負之單位責任限制之伍拾萬元，上訴人空言否認被上訴人有受損失，尚無可採。
- 七、綜上所述，被上訴人依保全契約第十條規定，請求上訴人賠償最高限額五十萬元，及自兩造調解不成立（即八十五年五月二十二日）翌日即八十五年五月二十三日起至清償日止，按年息百分之五計算之法定遲延利息，為有理由，應予准許。兩造陳明願供擔保請准宣告假執行及免為假執行，核無不合，應分別酌並擔保金額宣告之。原審因而為為上訴人敗訴之判決，並依兩造之聲請分別為假執行及免為假執行之宣告，委無不合，上訴意旨指摘原判決不當，求予廢棄，為無理由，應予駁回。
- 八、兩造其餘攻擊防禦方法及證據資料，與本件論斷之結果不生影響，不一一論究。
- 九、據上論結，本件上訴為無理由，應依民事訴訟法第四百四十九條第一項、第七十八條判決如主文。

中 華 民 國 八 十 七 年 四 月 三 十 日

臺灣高等法院民事第十五庭

審判長法官 王 淇 梓

法 官 劉 清 景

法 官 魏 麗 娟

## 代客泊車

### 1. 最高法院民事判決 八十九年度台上字第一四六〇號

最高法院民事判決 八十九年度台上字第一四六〇號

上訴人 李貴嬌

被上訴人 天龍興業股份有限公司

法定代理人 王 桂

右當事人間請求返還汽車等事件，上訴人對於中華民國八十七年十一月八日台灣高等法院第二審判決（八十七年度上字第三四三號），提起上訴，本院判決如左：

主 文

原判決除假執行部分外廢棄，發回台灣高等法院。

理 由

本件上訴人主張：引擎號碼一〇四九九〇一二〇四三三二五號、車牌號碼V C 一二八九九號、一九九二年八月出廠、型式 300SE 之 BENZ 自用小客車（下稱系爭汽車）為伊所有，伊將之借予訴外人郭二世使用。郭二世於民國八十五年十月二十二日下午約七時三十分進入被上訴人公司經營之天龍三溫暖消費。於繳交費用後即將系爭汽車及鑰匙交予被上訴人之服務生即第一審共同被告周進發代為停車及保管。詎翌日凌晨四時許，周進發告知郭二世系爭汽車已失竊。郭二世雖曾找被上訴人理賠，但為被上訴人所拒絕。因天龍三溫暖除經營三溫暖外，尚兼營供客人住宿，郭二世至該處消費，交付系爭汽車予被上訴人保管而失竊，被上訴人自應負浴堂主人及旅店主人之賠償責任。另代客停車屬委任與寄託之混合契約，被上訴人之使用人周進發疏於防範，致汽車失竊，被上訴人亦應負損害賠償責任。乃郭二世竟怠於向被上訴人請求賠償，伊即得以自己名義代位行使權利等情，爰依民法第六百零六條、第六百零七條、第五百三十五條、第五百四十四條、第五百八十九條、第二百二十六條、第二百四十二條等規定，求為命被上訴人給付新台幣（下同）一百三十萬元及自訴狀繕本送達翌日起加付法定遲延利息之判決（上訴人在第一審原請求被上訴人及周進發連帶交還系爭汽車，如無法交還，則連帶給付一百六十六萬元本息，第一審判命被上訴人給付一百三十萬元本息，其餘部分為上訴人敗訴之判決，上訴人就其敗訴部分未聲明不服，其中關於周進發部分已告確定。又上訴人在第一審另本於民法第一百八十四條、第一百八十八條為請求，惟嗣後於原審已予撤回）。

被上訴人則以：伊之員工周進發僅係為郭二世代客停車，非代為保管汽車，雙方並無寄託關係存在。又伊經營之天龍三溫暖亦非以住宿為目的，縱有代客停車仍無保管之意，且系爭汽車係在場所外失竊，尤與民法第六百零六條、第六百零七條場所主人或浴堂主人應負賠償責任之規定不合。再者，周進發將郭二世交付之汽車停放於路邊停車格內，即已完全給付，當無不完全給付或給付不能可言。倘

伊確須賠償系爭汽車之損害，上訴人就其自保險公司獲得七十六萬元賠償部分，即不得再向伊請求等語，資為抗辯。

原審廢棄第一審所為命被上訴人給付上訴人一百三十萬元本息部分之判決，駁回上訴人該部分之訴，係以：上訴人主張系爭汽車為其所有，借予訴外人郭二世使用，郭二世於八十五年十月二十二日下午七時三十分許至被上訴人公司經營之天龍三溫暖消費，並將系爭汽車及鑰匙交由被上訴人員工周進發停放，嗣於翌日凌晨四時許，被上訴人通知郭二世系爭汽車已失竊等情，有上訴人所提行車執照、汽車新領牌照登記書、完稅證明、照片等為證，並經證人郭二世及李振忠證實，且為被上訴人所不爭執，堪信為真實。上訴人主張被上訴人公司所經營者雖為三溫暖之業務，惟實則兼提供客人住宿之服務，被上訴人則辯稱伊經營之天龍三溫暖絕非以住宿為目的之場所云云，雙方各執一詞。**查被上訴人所稱其所經營之「天龍三溫暖」並無停車場，亦無租借場所代客人保管車輛，僅為客人方便，而有「代客停車」之服務等語**，為上訴人所不爭執，而被上訴人之員工於代客停車之際，一向同時將一塊號碼牌交付客人，以憑取車，該號碼牌背面載明「車輛停放路邊，若有刮傷、撞損或遺失汽車，概不負責」，亦有上訴人不爭之號碼牌一只在卷為憑，**足證郭二世將系爭汽車交予被上訴人之員工周進發時，對於被上訴人之員工僅係代其停放車輛，並不負代其保管車輛之情**，業已知悉，被上訴人辯稱其僅係代客停車，無代為保管汽車之意應堪採信。**且系爭汽車由周進發代為停放於被上訴人營業場所外之公有路邊停車場**，而非停入被上訴人之營業場所內交付被上訴人保管，復為上訴人所不爭執，是縱認被上訴人有兼提供客人住宿之服務，**然衡諸民法第六百零六條之立法意旨在於敦促場所主人維護場所之安全，故就客人攜帶進入場所內之物品之安全而賦與場所主人較重之責任，亦難令被上訴人依民法第六百零六條之規定負場所主人之責任**。又郭二世將系爭汽車交付周進發代為停放，由周進發交付一號碼牌，既載明「遺失汽車概不負責」，已如前述，足見雙方僅就代為停車之事項達成合意，並未承諾受寄託而代為保管汽車，自難認雙方就系爭汽車有成立寄託契約之合意。此外，上訴人未能舉證證明周進發受郭二世之委任代為停車有何故意或過失之行為，被上訴人辯稱其使用人周進發就代客停車之行為已盡善良管理人之注意，而完成所受委任之事亦堪採信。上訴人主張周進發代客停車違反善良管理人應盡之義務，而有過失，依民法第五百三十五條、第五百四十四條應由被上訴人負汽車喪失之損害賠償責任，仍無可採。被上訴人既無依寄託或委任之法律關係對上訴人負賠償之責任，即無給付之義務，上訴人顯無從依民法第二百二十六條給付不能之規定，主張被上訴人應賠償郭二世之損害。**上訴人再主張縱認被上訴人未提供住宿之服務，亦屬民法第六百零七條之浴室主人，就系爭汽車之遺失，應負責賠償云云。惟浴室主人責任，其性質與同法第六百零六條第一項之場所主人責任同，該主人僅就客人攜帶進入該浴室之物品之毀損、滅失負賠償責任**。系爭汽車未由郭二世攜帶進入被上訴人所營之「天龍三溫暖」內，被上訴人即不須就在浴室外系爭汽車之失竊負賠償責任。上訴人依民法第六百零七條之規定，主張被上訴人應對郭二世負賠償責任，仍屬無理。綜

上所述，郭二世對被上訴人並無任何損害賠償請求權，上訴人自無代位郭二世行使權利請求被上訴人賠償之餘地。從而上訴人依民法第二百四十二條之規定，代位郭二世請求被上訴人賠償系爭汽車遺失之損害一百三十萬元及其利息，不應准許等詞，為其判斷之基礎。

查上訴人曾主張：被上訴人雖於號碼牌後記載免除其法定責任，然依民法第六百零九條，應屬無效，且依消費者保護法第十二條第一項規定，被上訴人欲以號碼牌後之定型化契約免除其法定責任，對消費者顯失公平，該條款亦屬無效等語（見原審卷第四七頁、第二三頁），此與判斷郭二世與被上訴人間就代客停車一事究屬何種法律上之性質不無關係，**原審未詳為調查斟酌，逕謂郭二世將系爭汽車交付周進發代為停放，周進發同時將一塊號碼牌交付郭二世，該號碼牌背面已載明「遺失汽車概不負責」，足見雙方僅就代為停車之事項達成合意，並未承諾受委託而代為保管汽車，自難認雙方就系爭汽車有成立寄託契約之合意云云，尚嫌速斷。**況上訴人另主張：客人交予主人或主人所僱用接收物件之人，或客人於車站或碼頭交付旅舍之僕人或司機、馬車伕之物，均為客人攜帶之物，而本件被上訴人之營業場所除八樓外，一樓之電梯間及大門口即有代客停車之服務人員，故一樓大門口亦為被上訴人之營業場所，按系爭汽車係由郭二世駛入被上訴人之營業場所內，交予被上訴人之員工，應屬民法第六百零六條客人攜帶之物品，被上訴人即應負場所主人之責任等語（見原審卷第四六頁正反面、第一一二頁正反面），乃原審未就上開主張及調查證據之結果詳為審酌，遽以：縱認天龍三溫暖兼提供客人住宿之服務，而合於民法第六百零六條規定之旅店主人，但天龍三溫暖並無停車場，亦無租借場所代客人保管車輛，被上訴人之員工周進發係將系爭汽車停放於被上訴人營業場所外之公有路邊停車場，而非停入被上訴人之營業場所內交付被上訴人保管，復為上訴人所不爭執，即難令被上訴人依民法第六百零六條之規定負場所主人之責任云云，進而為不利上訴人之判決，亦屬難昭折服。又上訴人復稱：**縱認為被上訴人並非以提供客人住宿為目的之場所，其營業性質亦屬浴堂，而被上訴人所開設之三溫暖位於市區，一般人多開車前往，並將車輛交付被上訴人之使用人泊車保管，故車輛應屬客人所攜帶之「通常物品」**，且汽車係已進入被上訴人之營業場所內（一樓及騎樓），始交由被上訴人之使用人停放，即客人已將此物品交予主人所僱用接收物件之人，則此物品應屬「客人攜帶之物品」，主人對於客人所攜帶之通常物品，不問已否交付保管，均應由主人負賠償責任；退步言之，縱認汽車非屬「通常物品」，惟被上訴人亦自認系爭汽車屬民法第六百零八條第一項規定之貴重物品，而被上訴人之使用人從汽車外觀上即知該車之性質數量，是被上訴人仍應負民法六〇七條浴堂主人之法定責任等語（見原審卷第四八頁正反面、第四九頁），原審就上訴人此項攻擊方法，於判決理由項下未記載其取舍意見，徒稱：系爭汽車未由郭二世攜帶進入被上訴人所營之天龍三溫暖內，被上訴人即不須就在浴堂外系爭汽車之失竊負賠償責任云云，自屬可議。上訴論旨，指摘原判決不當，聲明廢棄，非無理由。又上訴人係依民法第二百四十二條行使代位權，其訴之聲明為請求被上訴人向自己為給付，是否妥

當？案經發回宜注意及之。據上論結，本件上訴為有理由，依民事訴訟法第四百七十七條第一項、第四百七十八條第一項，判決如主文。

中 華 民 國 八 十 九 年 六 月 二 十 九 日

最高法院民事第八庭

審判長法官 蘇 茂 秋

法官 徐 璧 湖

法官 曾 煌 圳

法官 李 慧 兒

法官 高 孟 焄

右正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 八 十 九 年 七 月 十 四 日

## 2. 最高法院民事判決 九十一年度台上字第一五七七號

最高法院民事判決 九十一年度台上字第一五七七號

上訴人 友友實業股份有限公司

法定代理人 潘仁德

訴訟代理人 林重宏律師

連元龍律師

被上訴人 蘇黎世產物保險股份有限公司

法定代理人 王傳通

訴訟代理人 景熙焱律師

右當事人間請求損害賠償事件，上訴人對於中華民國八十九年五月二十四日台灣高等法院第二審判決（八十九年度保險上字第二號），提起上訴，本院判決如左：

主 文

上訴駁回。

第三審訴訟費用由上訴人負擔。

理 由

本件被上訴人主張：伊承保訴外人進暘實業有限公司（下稱進暘公司）所有之第 CH | 一二二二號賓士 S 三二 0、一九九五年出廠之自用小客車，該車由進暘公司法定代理人林耀明駕駛於民國八十七年三月二十一日凌晨一時十分許前往上訴人經營之友友飯店住宿時，林耀明將系爭小客車交由飯店服務人員蘇吉雄保管並代為停放，約二十分鐘後，林耀明在住宿房間內獲知系爭小客車遭竊，蘇吉雄保管之鑰匙亦一併失竊，上訴人及蘇吉雄保管系爭小客車及鑰匙均疏於應有之注意或監督，致使竊賊先偷鑰匙再偷車，蘇吉雄有過失，上訴人經營之企業設置停車場，提供消費者車輛保管之服務，而該項服務有安全上之疏失，造成消費者或第三人之損失，上訴人應負賠償責任。該車失竊時之市價為新台幣（下同）一百四十三萬四千一百六十元，扣除依保險契約被保險人進暘公司應負擔十分之一之損失，伊已賠付進暘公司一百二十九萬零七百四十四元，依保險法第五十三條規定取得代位求償權，爰本於消費者保護法第七條規定為請求等情，求為命上訴人給付一百二十九萬零七百四十四元並加給法定遲延利息之判決（被上訴人另請求蘇吉雄應與上訴人連帶給付部分，經原審為被上訴人敗訴之判決，未據其聲明不服。）。

上訴人則以：伊係飯店之經營者，所提供之服務為住宿，停車並不在伊所提供服務之範圍，僅為給予顧客之便利而已，客觀上並不具有安全上之危險，無消費者保護法第七條之適用；再者，被上訴人並未就伊所提供之服務與進暘公司所受之損害間具有相當因果關係盡舉證責任等語，資為抗辯。

原審審理結果以：被上訴人上開主張其因系爭小客車被竊，而依保險契約賠付進暘公司保險金一百二十九萬零七百四十四元之事實，為上訴人所不爭執，堪信為真實。按消費者保護法第七條規定：從事設計、生產、製造商品或提供服務之企

業經營者應確保其提供之商品或服務，無安全或衛生上之危險。企業經營者違反前二項規定，致生損害於消費者或第三人時，應負連帶賠償責任；同法第二條規定：消費者：指以消費為目的而為交易，使用商品或接受服務者；企業經營者：指以設計、生產、製造、輸入、經銷商品或提供服務為營業者。**準此，被上訴人主張上訴人附設之停車場雖未另外收費，因其僅對投宿或消費之客人服務，其服務費係隱藏於其他消費價格之中，而林耀明與上訴人有消費關係存在，若因上訴人提供之服務，有安全上之危險致第三人進場公司受有損害，進場公司自得依該法請求賠償。又查上訴人所經營之企業友友飯店以設置停車場招徠顧客前往消費，其停車卡上之定型化契約雖記載：本場只供停車，不負任何保管責任等語，然其停車之服務費已隱藏於其他消費價格中，且現今停車位一位難求、高級轎車隨時有失竊之虞，消費者係因友友飯店有停車場設備始強化其前往消費之意願，即上訴人提供之服務包括人員投宿兼車輛保管，且係有對價關係，其停車卡上該項記載對消費者顯失公平，依消費者保護法第十二條第一項規定，該記載為無效。**未查上訴人係將其飯店騎樓搭設遮陽棚標示為停車場，作為停放客人車輛之用，其不只為方便來客而代客停車，更係將車輛集中停放於統一之處所保管，但車鑰匙未加鎖保管，其就安全之維護上顯有疏失。系爭小客車因當時上訴人之停車位已滿，遂停放於八公尺寬巷尾路邊，且停好之後鑰匙置於崗哨，蘇吉雄又去停放其他來客之車輛。林耀明將車輛交付上訴人時，並不知上訴人之停車位客滿，亦不知上訴人將系爭車輛停放路旁，鑰匙置放於無人看管、未上鎖之崗哨牆上，宵小竊取車鑰匙進而竊取車輛乃輕而易舉之事，上訴人既提供消費者車輛保管之服務，卻將車鑰匙任意置放於任何人隨手可取之地方，讓竊賊竊取鑰匙之後將車開走，該項服務顯有安全上之疏失，造成第三人進場公司之損失，依消費者保護法第七條規定，企業經營者之上訴人提供之服務有財產安全上之危險，自應負賠償責任，從而被上訴人本於保險人之代位賠償請求權，請求上訴人給付其已賠付進場公司之一百二十九萬零七百四十四元及其利息，為有理由等詞，爰將第一審所為被上訴人敗訴之判決部分廢棄，改判令上訴人如數給付，並加計自八十七年七月三十一日起算之法定利息，經核於法並無違誤。上訴論旨，指摘原判決不當，求予廢棄，非有理由。

據上論結，本件上訴為無理由。依民事訴訟法第四百八十一條、第四百四十九條第一項、第七十八條，判決如主文。

中 華 民 國 九 十 一 年 八 月 九 日

最高法院民事第六庭

審判長法官 吳 正 一  
法官 劉 福 來  
法官 黃 義 豐  
法官 蘇 達 志  
法官 曾 煌 圳

右正本證明與原本無異

書 記 官  
中 華 民 國 九 十 一 年 八 月 二 十 八 日

## 定型化保證契約

### 1. 台灣高等法院暨所屬法院 84 年度法律座談會 民事類第 6 號

發文字號：臺灣高等法院暨所屬法院 84 年度法律座談會 民事類第 6 號

發文日期：民國 84 年 00 月 00 日

座談機關：臺灣彰化地方法院

資料來源：八十四年法律座談會彙編 第 15-18 頁

相關法條：民法 第 755 條（74.06.03 版）

消費者保護法 第 12 條（83.01.11 版）

法律問題：甲銀行與連帶保證人乙於民國八十三年二月間就丙與甲銀行間定有清償期限之金錢借貸訂立定型化之保證契約，該契約條款訂明：「銀行無須再行徵求保證人同意，得允許主債務人展期、延期清償」，此條款是否有效？

討論意見：

甲說：按定型化契約中之條款有違反平等互惠原則，或與其所排除不予適用之任意規定之立法意旨顯相矛盾，或契約之主要權利或義務因受條款限制，致契約之目的難以達成者，均推定其顯失公平；又定型化契約中條款違反誠信原則，對消費者顯失公平者，無效，消費者保護法第十二條第一項、第二項第一款分別定有明文。又就定有期限之債務為保證者，如債權人允許主債務人延期清償時，保證人除對於其延期已為同意外，不負保證責任，為民法第七百五十五條所明定，其立法意旨即認保證人既就定有清償期限之債務而為保證，若債權人自己拋棄期限之利益，應不使保證人因此而受不利之影響。今甲銀行與連帶保證人乙所訂立保證之定型化契約中記載：「銀行無須再行徵求保證人同意，得允許主債務人展期、延期清償」，該條款排除民法第七百五十五條保護保證人任意規定之適用，顯與該條保護保證人之立法意旨相矛盾，符合消費者保護法第十二條第二項第二款之要件，應推定此約定條款顯失公平，故依同法條第一項之規定，該條款即屬無效。

乙說：*銀行與連帶保證人間之保證契約，其性質並非屬消費關係，保證人亦非消費者，故無消費者保護法之適用，惟為維持雙方當事人間私法上利益之均衡，避免約款制定者濫用其經濟上、法律上或其他與締約基礎有關之優勢，而侵害契約相對人之利益，即應以民法第二百十九條誠信原則審查定型化契約條款之效力。*今雙方之定型化契約雖因非消費關係而無消費者保護法之適用，惟消費者保護法第十二條已揭櫫一般定型化契約條款無效之判斷標準，非消費關係之定型化契約，若有該條第二項之情形，亦應認係違反誠信原則而無效。民法第七百五十五條之立法意旨乃在保護保證人，以免主債務人自己拋棄期限利益，致使保證人遭受不利。今甲銀行片面考

慮自己求償之方便，而以定型化契約排除民法第七百五十五條保護保證人規定之適用，顯與該條保護保證人之立法意旨相矛盾，有違誠信原則，故該條款應為無效。

丙說：甲說有混淆保證人為借款人之嫌，按銀行與連帶保證人間所訂定之保證契約，乃保證人擔保借款人對銀行債務之清償責任，銀行對保證人並不負任何義務，保證人亦無從因保證契約自銀行獲取報償，其性質上屬單務、無償契約，並非屬消費之法律關係，保證人亦非消費者，自無消費者保護法之適用。又所謂定型化契約應受衡平原則限制，係指締約之一方之契約條款已預先擬定，他方僅能依該條款訂立契約，否則，即受不締約之不利益，此際，始應適用衡平原則之法理，以排除不公平之「單方利益條款」，蓋此情形，倘貫徹「締約自由原則」將使居於經濟上弱者之一方，無締約之可能，而忍受不締約之不利益，故縱他方接受該條款而締約，該條款亦應認違反衡平原則而無效，以符平等互惠原則。雖保證人通常係礙於職務從屬或情誼原因，而由借款人覓為其與銀行間債務之連帶保證人，**惟就保證契約之法律關係而言，保證人既係擔保他人間之債務清償責任，並非經濟上之弱者，且未自保證契約獲取任何利益，如認保證契約有違民法保護保證人之任意規定，自可不訂定保證契約，並不會因未成為保證人而生不利益，或經濟生活受制於銀行不得不為保證人之情形。**從而，保證人如已同意該條款，而訂定保證契約，該條款依民法第七百五十五條之規定，又屬當事人得依特約排除之任意規定，除另有其他無效之原因外，保證人即不得主張該條款為無效。

初步研討結果：多數採乙說。

審查意見：採丙說（參照最高法院五十一年度台上字第二三五六號判決要旨）。

研討結果：照審查意見通過。

參考資料：兩造所訂保證契約書，既載「債權人即被上訴人如准主債務人延期清償，不必再得保證人即上訴人之同意，上訴人仍應負其保證責任，不得推諉異議」字樣，足見上訴人對於允許延期清償一節，已為概括同意之表示，不容援引民法第七五五條之規定，主張免責（五十一年度台上字第二三五六號）。

參考法條：消費者保護法 第 12 條 (83.01.11)

民法 第 755 條 (84.01.16)

## 2. 最高法院民事判決 八十八年度台上字第一〇八四號

最高法院民事判決 八十八年度台上字第一〇八四號

上訴人 陳義典

被上訴人 第一商業銀行股份有限公司西台南分行

法定代理人 郭宗雄

訴訟代理人 張天良律師

右當事人間請求給付借款事件，上訴人對於中華民國八十七年五月十一日台灣高等法院台南分院第二審判決（八十六年度重上字第七二號），提起上訴，本院判決如左：

主 文

上訴駁回。第三審訴訟費用由上訴人負擔。

理 由

本件被上訴人主張：第一審共同被告展威食品有限公司（下稱展威公司）邀同上訴人為連帶保證人，自民國八十二年一月二十一日起陸續向伊借款八筆，共計新台幣（下同）二千七百三十萬元，除已攤還七十萬四千一百九十元，及繳清至八十六年五月二十一日止之利息外，餘欠本金共計二千六百五十九萬五千八百一十元及各項本金之利息及違約金，依借據約定，借款人任何一次未依約清償本金或利息時，即喪失分期攤還之利益，借款應視為全部到期。又上訴人簽訂之保證書約定，保證人向第一商業銀行股份有限公司（包括總行及所屬各分支機構）保證展威公司對該行所負一切債務，以本金八百二十八萬元為限額，願與債務人連帶負全部償付之責任。又所稱一切債務，係指債務人於現在（含過去所負現在尚未清償）及將來對該行所負之借款、票據、墊款、保證、損害賠償及其他債務。伊屢催展威公司等清償，均置不理等情，求為命上訴人與展威公司等連帶給付伊八百二十八萬元，及自八十六年九月二十七日起至清償日止按年息百分之八·七七五計算之利息，暨自八十六年九月二十七日起至清償日止，六個月內按年息百分之〇·八七七五，逾六個月者按年息一·七五五計算之違約金之判決（第一審命展威公司等連帶給付部分，未據其聲明不服，又原審命王寶秀等再與展威公司連帶給付及駁回展威公司其餘連帶給付之上訴部分，均未據其聲明不服，已告確定）。

上訴人則以：本件兩造所訂最高限額保證書，係定型化契約，該最高限額保證，不僅違反保證契約之從屬性，且違反消費者保護法第十一條第一項應本平等互惠原則之規定，更違反民法第十二條第一項之誠信原則，應屬無效，是被上訴人請求給付借款，自應依各個借據是否有伊之簽名保證為斷，不得僅憑約定書或概括保證書即要求伊負擔全部債務等語，資為抗辯。

原審以：被上訴人主張之前揭事實，業據其提出借據、保證書、約定書等為證，且為上訴人所不爭執，堪信為真實。按保證人與債權人約定就債權人與主債務人間所生一定債之關係範圍內之不特定債務，預定最高限額，由保證人保證之契

約，學說上稱為最高限額保證。此種保證契約如定有期間，在該期間內所生約定範圍內之債務，不逾最高限額者，均為保證契約效力所及；如未定期間，保證契約在未經保證人依民法第七百五十四條規定終止或有其他消滅原因以前，所生約定範圍內之債務，亦同。故在該保證契約有效期間內，已發生約定範圍內之債務，縱因清償或其他事由而減少或消滅，該保證契約依然有效，嗣後所生約定範圍內之債務，於不逾最高限額者，債權人仍得請求保證人履行保證責任。又為因應目前瞬息萬變之工商社會，靈活資金調度以免喪失先機，現今公司欲向銀行調借資金營運時，在可提供充足擔保之情況下，通常由銀行與公司企業間設定本金最高限額之抵押權，於雙方所合意之最高限額內，由銀行隨時提供資金與公司，不必就每宗借貸逐一辦理抵押權，在公司本身無法提供足夠擔保物之情況下，即由公司之法定代理人或其他股東等於預定之最高額度範圍內為信用循環擔保，使銀行能隨時提供相當資金與公司，不必於每宗借貸後一再換訂保證書，兩者均係因工商界之需要而產生，使企業能在一定金額範圍內，可隨時獲得運轉資金，自有其存在之必要，故本件兩造間所訂立之最高限額保證契約，如其保證債務之範圍及數額可得具體確定，保證人之負擔未逾主債務人，依契約自由之原則，實無過度限制其效力之必要。查本件最高限額保證契約，係擔保主債務人即展威公司對第一商業銀行股份有限公司（包括總行及所屬各分支機構）所負一切債務，以本金八百二十八萬元為限額，與債務人連帶負全部償付之責任。又上開一切債務，係指債務人於現在（含過去所負現在尚未清償）及將來對該行所負之借款、票據、墊款、保證、損害賠償及其他債務。則該保證契約既有一定之限額，並非漫無限制，保證人可斟酌被保證人及保證人自己之財力，而判斷其應否為保證，其所負之義務又以不超過債務人所負之債務為限，而被保證之債務內容雖有概括條款，惟究屬展威公司與被上訴人銀行交易所生之債務，日後可得具體確定，且未涉及不法或無從履行，並無違反法律強制或禁止規定，自屬有效。被上訴人辯稱，該保證契約不僅違反保證契約之從屬性，且違背消費者保護法第十一條第一項應本平等互惠原則之規定，更違反同法第十二條第一項之誠信原則，應屬無效云云，非可採取。又查本件兩造所訂立之最高限額保證契約，雖係被上訴人銀行為與不特定之多數相對人訂立契約之用，而預先就契約內容所擬定之交易條款，屬消費者保護法所規範之定型化契約。惟被上訴人係一金融業者，與本件保證契約之被保證人展威公司間僅存有融資借貸關係，而保證人即上訴人等與借款人展威公司之關係，除第一審共同被告葉茂連係展威公司之關係企業總靈建設公司之負責人外，餘均為展威公司之股東或股東之至親，有公司登記事項卡等可稽，被上訴人銀行因信賴上訴人等之保證，乃將金錢借貸與展威公司，縱認上開保證書約定之一切債務，過於廣泛，將有使侵權行為或不當得利等非借貸關係所生之偶發債務列為擔保範圍，使上訴人負擔不可預期債務之可能，非借貸關係擔保部分對上訴人並非公平，然依消費者保護法第十六條規定，定型化契約中之一般條款，全部或一部無效或不構成契約內容之一部者，除去該部分契約亦可成立者，除對當事人之一方顯失公平者外，該契約之其他部分，仍為有效。是若認該部分偶發或非

融資借貸之債務保證因涉及違反公平或誠信原則而無效，扣除該部分保證，其餘有關融資借貸之保證契約，因具有活絡資金週轉之效果，對借貸雙方均無不利，仍應認為有效。上訴人依消費者保護法之規定認全部保證契約均為無效，亦非可取。綜上所述，上訴人既與被上訴人訂立保證契約，約定就展威公司對被上訴人銀行所負之借款、票據、墊款、保證、損害賠償等一切債務負連帶給付義務，且該保證契約並未終止，上訴人自應就展威公司對被上訴人所負前述債務，於其擔保限額內，履行其保證責任。是被上訴人請求上訴人給付八百二十八萬元，及自八十六年九月二十七日起至清償日止按年息百分之八·七七五計算之利息，暨自八十六年九月二十七日起至清償日止，六個月內按年息百分之〇·八七七五，逾六個月者按年息一·七五五計算之違約金，並與展威公司負連帶給付責任，洵屬有據，應予准許。第一審就此部分為被上訴人敗訴之判決，尚有未洽，應予廢棄改判。

按消費者保護法所稱之消費者，係指以消費為目的而為交易、使用商品或接受服務者而言，此觀同法第二條第一款規定自明。**本件展威公司先後向被上訴人借款八筆，共計二千七百三十萬元，係屬融資借貸關係，而保證人即上訴人等與借款人展威公司之關係**，除第一審共同被告葉茂連係展威公司之關係企業總靈建設公司之負責人外，餘均為展威公司之股東或股東之至親，有關融資借貸之保證契約，具有活絡展威公司資金週轉之效果，為原審合法確定之事實。**則本件借貸係以展威公司之資金週轉為目的而為交易，顯非消費者之交易，此觀上訴人簽訂之保證書第六條記載，本條約定僅適用於非屬消費者貸款之保證，由保證人於本條文末簽章後生效，並由上訴人於該條文末簽章，益為明顯**（見第一審卷一一頁、原審卷四七頁、六五頁），是本件保證契約自無適用消費者保護法之餘地。從而原審依該保證契約，命上訴人履行其保證責任，並與展威公司連帶給付之，自無不合。原判決理由關於消費者保護法部分之說明，雖有未當，然於判決結果不生影響。上訴論旨，指摘原判決其敗訴部分違法，求予廢棄，非有理由。

據上論結，本件上訴為無理由。依民事訴訟法第四百八十一條、第四百四十九條第一項、第七十八條，判決如主文。

中華民國八十八年五月二十一日

最高法院民事第二庭

審判長法官	曾	桂	香
法官	徐	璧	湖
法官	劉	福	聲
法官	黃	秀	得
法官	許	朝	雄

右正本證明與原本無異

書記官

中華民國八十八年六月四日

### 3. 最高法院民事判決 八十八年度台上字第二〇五三號

最高法院民事判決 八十八年度台上字第二〇五三號

上訴人 蔡實鼎 蔡洪珍珍 蔡懷香 蔡少農 蔡慧中  
蔡慧雯

共同訴訟代理人 紀炯耀律師 呂沐基律師

被上訴人 亞洲信託投資股份有限公司

法定代理人 李昌權

訴訟代理人 郭方桂律師

右當事人間請求清償借款事件，上訴人對於中華民國八十七年九月七日台灣高等法院第二審判決（八十七年度重上字第二〇七號），提起上訴，本院判決如左：

主 文

上訴駁回。第三審訴訟費用由上訴人連帶負擔。

理 由

本件被上訴人主張：上訴人蔡實鼎於民國七十八年十一月二十日以其餘上訴人爲未定期限之連帶保證人，向伊借款新台幣（下同）一億元，嗣於八十二年二月十九日辦理延期，復於八十五年二月二十九日就餘欠再續立二千萬元及二千四百七十萬元借款契約各一紙，第一審共同被告梁柏薰並於八十五年二月二十九日於相關連帶保證書上列爲連帶保證人，清償期定爲八十五年十一月二十日，詎上訴人蔡實鼎屆期不履行，利息亦僅付至八十五年六月二十八日等情。本於消費借貸及連帶保證之法律關係，求爲命上訴人與梁柏薰連帶給付四千四百七十萬元及其利息並逾期違約金之判決。

上訴人蔡實鼎則以：伊依被上訴人公司創辦人即訴外人鄭周敏介紹，出賣華僑銀行股票三百萬股與梁柏薰，旨在結清伊對被上訴人公司之債款，梁柏薰八十四年八月九日出具之切結書，梁柏薰定位是債務承擔人，被上訴人應向其求償。其餘上訴人則以：因上訴人蔡實鼎提供之擔保品股票屬於伊所有，遂擔任連帶保證人，嗣擔保之質押股票既由被上訴人同意全部移轉過戶於梁柏薰所有，被上訴人已拋棄質權，依民法第七五一條規定，彼等連帶保證人於被上訴人所拋棄權利之限度內，應免責任。梁柏薰承擔債務後，彼等亦未於二千萬元及二千四百七十萬元之借款契約上簽章爲連帶保證人，又被上訴人對梁柏薰承擔之債務四千四百七十萬元爲延期時，彼等未再爲保證人，亦未再爲簽章，依民法第七五五條規定，不再負保證責任。依消費者保護法第一二條第二項第二款規定，被上訴人不得預以定型化契約事先約定（延期清償）不必經保證人之同意，故彼等因被上訴人之允許延期，未經伊同意，伊自不必負連帶清償之責等語。資爲抗辯。

原審審理結果，以：查，被上訴人主張，上訴人蔡實鼎於八十五年二月二十九日以梁柏薰爲連帶保證人，向伊分別借款二千萬元及二千四百七十萬元，利率按年息百分之十一點七五計算，逾期六個月以內，按原利率百分之十，逾期六個月以上，按原利率百分之二十計付違約金，清償期爲八十五年十一月二十日，自八十

五年四月一日起其中二千萬元部分，利率改按年息百分之十點五，二千四百七十萬元改按年息百分之十點七五計算，約定按月清償本息，如未按期清償視為全部到期，自八十五年六月二十九日起之利息及違約金迄未清償之事實，業據其提出借款契約二紙為證，並為上訴人蔡實鼎就形式上之真正不爭執。惟查，八十四年六月十五日由上訴人蔡懷香代表其家人將華僑銀行股票三百萬股(含本件上訴人蔡實鼎原欠四千五百萬元由上訴人蔡少農提供之一百十萬四千股及上訴人蔡懷香提供之六十八萬四千股設定質權於被上訴人之股票)出售與梁柏薰，其契約約定由梁柏薰向被上訴人辦理貸款，核准時，雙方會同至被上訴人處辦理質權消滅，股票過戶與梁柏薰，梁柏薰所貸得款項，則用以清償上訴人蔡實鼎及蔡懷香向被上訴人之借款本息，不足額由梁柏薰另籌款償還，有該股票買賣契約書可證。按該契約書之當事人為「甲方梁柏薰，乙方蔡懷香及家人」，被上訴人並未列名為當事人。雖上訴人蔡實鼎稱，本件賣股票還債係出自被上訴人公司之創辦人鄭周敏之居間介紹或策劃，惟被上訴人否認鄭周敏為公司之代理人，已難認該買賣契約與被上訴人有何法律上關係。其後梁柏薰因被上訴人之借款限額已滿，無法向被上訴人借款，並依前開契約於八十四年七月三十一日前完成借款還債之約定，上訴人蔡實鼎嗣於八十四年八月四日向被上訴人申請，略以伊向被上訴人公司借款餘額四千五百萬元，案下擔保品華僑銀行股票一百七十八萬八千股，茲因移轉過戶於梁柏薰先生，擬徵提梁君為本案之連帶保證人，亦有其申請書附卷可稽。雖上訴人蔡實鼎辯稱，伊以梁柏薰未能依約辦理還債，仍要求股票過戶不合情理，原不同意，嗣由被上訴人擬出具體辦法謂已與梁君洽定：(1)由梁君向被上訴人立承擔債務人切結書，負責在股票過戶二個月清償；(2)由梁君先付五百萬元履行償還部分本金，其中上訴人蔡實鼎部分先償還三十萬元；(3)六月十五日起之本息由梁君按月逕付被上訴人。被上訴人負責人鄭周敏告訴伊，今後該項債務概由梁某負責與伊及其原保證人無涉，一切已交代陳信勝經理辦理云云，惟此為被上訴人所否認。證人陳信勝亦到庭證稱，不知買賣股票之事，僅知悉八十四年八月四日上訴人蔡實鼎有申請書說其股票賣給梁柏薰，請求將梁柏薰列為保證人等語。此外，上訴人蔡實鼎亦未能舉證證明被上訴人有同意「今後該項債務概由梁柏薰負責，與上訴人蔡實鼎及其原保證人無涉」之事實。況上訴人蔡實鼎八十四年八月四日申請書，僅增提梁柏薰為連帶保證人，並經被上訴人同意，於七十八年十一月二十日其餘上訴人之保證書後加列(梁柏薰)為連帶保證人。既僅係「保證人」，更難謂嗣後之債務概由梁柏薰負責而與上訴人無涉。上訴人蔡實鼎此部分之主張，自無可採。嗣梁柏薰於八十四年八月九日出具切結書與被上訴人，內稱「本人有華僑銀行股票一百七十八萬八千股，提供質押設定於貴公司擔保蔡實鼎先生貸款金額新台幣四千五百萬元整，並同意自過戶日起二個月內代為清償該戶貸款，消滅質權」，上訴人蔡實鼎雖主張該切結書之真意乃梁柏薰為免責之債務承擔，惟為被上訴人所否認。查該梁柏薰出具之切結書雖僅為單方之意思表示，係屬要約，被上訴人雖否認伊已簽署承諾，惟被上訴人業已於八十四年九月十二日受理梁柏薰提供該一百七十八萬八千股之股票辦理質權設定擔保上

訴人蔡實鼎之四千四百七十萬元債務，則被上訴人對梁柏薰之該切結書自應認已承諾。是則所需探究者，乃「同意自過戶日起二個月內代為清償該戶貸款，消滅質權」之文句，其真意是否為免責之債務承擔？然依該文句並無「免責之債務承擔」字樣，自不能逕認為係免責之債務之承擔，而依其所載「代為清償」字句，亦應解為「第三人清償」或「履行承擔」；再觀諸梁柏薰出具該切結書後，上訴人蔡實鼎於八十五年二月六日出具之「借款用途及還款來源說明」自稱為「借款人」，其後又於八十五年二月二十九日以上訴人蔡實鼎為借款人，梁柏薰為連帶保證人出立二千萬元及二千四百七十萬元之借款契約，有各該文件附卷可憑。苟前開梁柏薰出立之切結書確係梁柏薰為免責債務承擔，並獲被上訴人之同意，則上訴人蔡實鼎豈有再以自己為借款人，梁柏薰為連帶保證人出立上開文件之理？雖上訴人蔡實鼎又辯稱係「代梁柏薰將伊承擔之債務展期由八十四年十一月二十日延至八十五年十一月二十日」云云，惟與該借款契約所載不符，其所辯自不足採信。至上訴人蔡實鼎抗辯，伊與梁柏薰為虛偽通謀意思表示云云，亦未據舉證，尚非可採。又被上訴人行使債權，尚非權利濫用。從而，被上訴人以上訴人蔡實鼎為借款人，以梁柏薰為連帶保證人，訴請其連帶給付四千四百七十萬元及利息、違約金為有理由，應予准許。至於其餘上訴人部分：查，上訴人蔡洪珍珍、蔡懷香、蔡少農、蔡慧中、蔡慧雯等五人（下稱上訴人蔡洪珍珍等五人），於七十八年十一月二十日所出具未載書立期日之連帶保證書，為上訴人蔡實鼎於過去、現在及將來對被上訴人所負債務於一億元為限額，願負連帶清償責任之事實，業據被上訴人提出該連帶保證書為證，並為蔡洪珍珍等五人所不爭執，自堪信被上訴人之主張為真實。嗣上訴人蔡實鼎於七十八年十一月二十日向被上訴人借款一億元，約定期限三年，至八十二年辦理延期借款，期限為八十一年十一月二十日至八十四年十一月二十日止，亦均為上訴人蔡洪珍珍等五人所不爭執。復依被上訴人所提出借款契約（原證三、四號）第十四條均記載：「本契約係借款人於八十二年二月十九日向貴公司簽訂之第〇一五號借款契約之延續，該契約項下所欠貴公司之款項悉數併入本契約，仍由借款人負責清償」，又依被上訴人提出放款帳，核准權限號碼欄亦記載：「本案於八十五年二月二十七日經常董事會第十一屆第八〇次會議決議核准展期一年」，顯然此四千四百七十萬元債務係展期而來，且被上訴人亦不否認瑋方於立此二借款契約時，未交付該款項與上訴人蔡實鼎，與借貸契約之要物性亦相違背，上訴人蔡洪珍珍等五人所辯係債務展期，應屬可採。

惟查，上訴人蔡實鼎對被上訴人之債務，並未由梁柏薰免責之債務承擔，已如前述，且上訴人蔡洪珍珍等五人於七十八年十一月二十日所立之連帶保證書已表明「借款人有遲延付款或請求延期時，貴公司得酌情允諾，保證人絕無異議」，上訴人蔡洪珍珍等五人就本件債務允許延期清償既已為概括同意，自不容彼等再援引民法第七五五條之規定而主張免責。上訴人蔡洪珍珍等五人另抗辯，上訴人蔡實鼎至八十四年六月十五日止所欠被上訴人之四千五百萬元債務，原由上訴人蔡少農、蔡懷香各提供華僑銀行股票一百十萬四千股及六十八萬四千股設定質權於

被上訴人爲擔保，上訴人蔡洪珍珍等五人由蔡懷香爲代表，於八十四年六月十五日與梁柏薰訂立含上開股票共三百萬股之股票買賣契約書，並於八十四年八月九日由梁柏薰出具切結書同意於二個月內代爲清償上訴人蔡實鼎之四千五百萬元債務，上訴人蔡洪珍珍等五人方於八十四年九月十二日將該三百萬股股票過戶與梁柏薰，並經被上訴人同意向華僑銀行辦理質權消滅登記，應由梁柏薰辦理質權設定於被上訴人，是被上訴人對彼等已拋棄質權，彼等應不再負連帶保證責任云云。惟被上訴人則主張，因系爭設質之三百萬股原所有人爲上訴人蔡洪珍珍等五人，因彼等已將之售與梁柏薰，故由梁某再以所有人設質於伊公司，僅出質人之更換而已，並非原有質權之拋棄等語。經查，系爭設質股票於設質後迄移轉爲梁柏薰名下，其間歷經原質權消滅登記及另由梁柏薰辦理登記，均在被上訴人執有中，此爲上訴人蔡洪珍珍等五人所不爭執。是被上訴人主張伊並未拋棄原有質權，可以採信。縱使被上訴人拋棄質權，惟依上訴人蔡洪珍珍等五人所不否認彼等於七十八年十一月十日及同年十二月二十日所立約定書第十條之約定：「如貴公司拋棄擔保物權之全部或一部，或同意更換擔保物……均毋須再徵求立約人之同意，立約人仍負全部債務之保證責任。」，是上訴人蔡洪珍珍等五人亦不得依民法第七五一條爲抗辯。至上訴人蔡洪珍珍等五人另抗辯，彼等之保證契約及約定書係被上訴人所提出之定型化契約條款，依八十三年一月十一日公布實行之消費者保護法第一二條第二項第二款規定「條款與其所排除不予適用之任意規定立法意旨顯相矛盾者」，推定其顯失公平，又依同條第一項規定：「定型化契約中之條款違反誠信原則，對消費者顯失公平者，無效」。本件定型化契約之條款中，已將保證人爲同意表示之權利預先予排除不予適用，自係不利於爲保證人之上訴人蔡洪珍珍等五人而顯失公平，就本件於消費者保護法實施後之案件，該定型化條款之約定，應屬無效云云。惟查，所謂消費者，依消費者保護法第二條之立法解釋，指以消費爲目的而爲交易、使用商品或接受服務者而言。銀行或其他金融機構與連帶保證人間所訂立之保證契約，乃保證人擔保借款人對金融機構債務之清償責任，金融機構對保證人並未提供任何商品或服務，保證人並未因有保證契約而自銀行獲得報償，其性質應屬單務、無償契約，尙非屬消費者保護法之有關消費法律關係，自無該法之適用。從而，被上訴人請求上訴人蔡洪珍珍等五人與上訴人蔡實鼎及梁柏薰連帶給付四千四百七十萬元及利息、違約金，於法有據，亦應准許云云。爲其心證之所由得，並說明兩造其餘攻擊防禦方法不予審酌之理由，爰將第一審關於駁回被上訴人請求上訴人蔡洪珍珍等五人連帶給付部分之判決予以廢棄，改判如其所聲明，並駁回上訴人蔡實鼎之上訴，於法核無違誤。上訴論旨，猶執陳詞，就原審取捨證據，認定事實之職權行使，指摘原判決違背法令，求予廢棄，非有理由。

據上論結，本件上訴爲無理由。依民事訴訟法第四百八十一條、第四百四十九條第一項、第八十五條第二項，判決如主文。

中華民國八十八年九月十日

最高法院民事第三庭

審判長法官 范 秉 閣  
法官 朱 建 男  
法官 曾 煌 圳  
法官 許 澍 林  
法官 鄭 玉 山  
書 記 官

右正本證明與原本無異

中華民國 八十八 年 九 月 二十九 日

#### 4. 臺灣高等法院民事判決 八十八年上字第五十六號

臺灣高等法院民事判決 八十八年度上字第五十六號

訴訟代理人 林鈺珊律師  
被 上訴人 第一商業銀行股份有限公司南京東路分行  
法定代理人 黃秀男  
訴訟代理人 陳迪菊  
駱叔君律師  
陳俊斌律師

右 一 人

複 代理人 蘇弘志律師

右當事人間請求清償債務事件，上訴人對於中華民國八十七年十月二十七日臺灣臺北地方法院八十七年度訴字第三五二七號第一審判決提起上訴，本院判決如左：

主 文  
上訴駁回。

第二審訴訟費用由上訴人負擔。

理 由

- 一、被上訴人之法定代理人原為張義雄，八十七年十二月二十四日改為黃秀男，此有被上訴人提出之人事派令一份為證（見本院卷第三五頁），是其聲明承受本件訴訟程序，核無不合，應予准許。
- 二、被上訴人起訴主張：原審共同被告歐非公司為與被上訴人授信往來，於七十八年二月十三日邀同上訴人立具保證書，同意就歐非公司現在及將來所負之債務於三千萬元範圍內，負連帶清償責任。嗣歐非公司於八十六年五月二十一日簽訂進口遠期信用狀借款契約，並分別於八十七年二月二十七日、三月十一日填具開發信用狀申請書，申請開發進口遠期信用狀共二筆，被上訴人共墊付義大利里拉八千四百八十八萬三千六百八十元。另歐非公司於八十七年五月十一日起，分別向被上訴人申貸墊付國內票款，截至八十七年六月二十九日止，共積欠四百二十九萬元。詎歐非公司除清償部分國內票款墊款及繳息至如原審判決附表所示之付息截止日外，餘均未清償，其中義大利里拉之墊款亦已於八十七年七月三十日到期未償，其債務已視為全部到期，經催討未果，爰依連帶保證契約，求為命上訴人連帶給付義大利里拉八千四百八十八萬三千六百八十元、新台幣三百九十九萬三千一百六十七元及各自如原審判決附表所示之利息及違約金之判決（被上訴人於原審訴請歐非公司與連帶保證人黃建璋、黃慧莉、陳重凱、黃健雄與上訴人連帶給付，原審如數判決，歐非公司、黃建璋、黃慧莉、陳重凱、黃健雄等人未聲明上訴。另上訴人之上訴理由本院認為無理由，是其上訴效力應不及於原審其餘共同被告，先予敘明）。

三、上訴人則以：上訴人於七十八年二月十三日係以歐非公司董事之身分，應被上訴人之要求立具保證書，然僅對歐非公司於七十八年二月二十二日所借之款項為保證，且嗣後上訴人卸任董事職務，卸任後歐非公司已另選董事並另覓連帶保證人，被上訴人亦追加保證，是上訴人之連帶保證責任當然於新約簽訂時終止，不再負連帶保證責任，故上訴人於卸任後對歐非公司所欠之款項無須負連帶清償責任；另系爭保證書屬定型化條款，又係擔保不特定之債權，顯違誠信及平等互惠原則，依消費者保護法第十一條、第十二條規定，應屬無效等語，資為抗辯。

四、被上訴人主張之事實，業據其提出進口遠期信用狀借款契約、開發信用狀申請書二份、進口墊款結匯還款報告書二份、借款憑證五份、約定書、保證書各一份為證（見原審卷第九至十九頁、第二二、二五頁），並為上訴人所不爭，應堪信為真實。雖上訴人以前揭情詞置辯，惟查：

(一) 上訴人係於七十八年二月十三日所立具之保證書，係約定於本金三千萬元為限額，保證歐非公司於現在（包括過去所負現在尚未清償）及將來對被上訴人所負之借款、票據、保證、損害賠償等及其他一切債務，遍觀保證書內並無上訴人僅就歐非公司於七十八年二月二十二日所為借款為單筆保證之記載，且上開保證文義亦無不明之情形，是契約文字已表明兩造之真義係上訴人就歐非公司於現在（包括過去所負現在尚未清償）及將來對被上訴人所負之借款、票據、保證、損害賠償等及其他一切債務，於本金三千萬元之限額內負連帶清償責任，依最高法院七十七年度上字第一一一八號判例，即不得別事探求反捨契約文字而更為曲解。上訴人主張契約文字不明應依其立具保證書時情形探求其真意，而其真意乃就歐非公司七十八年二月向被上訴人所借之款項為保證，而不及於其餘歐非公司所積欠之債務；且契約文義不明應採有利上訴人之解釋云云，應無足取。

(二) 查為因應世界貿易往來頻繁與企業資金融通之便捷與靈活，於金融自由化之經濟制度下，保證人與債權人約定就債權人與主債務人間一定債之關係範圍內所生之不特定債務，預定最高限額，由保證人負保證責任之契約，稱之為最高限額保證。被保證之主債務，無須現實已發生，以有發生之基礎而將來可發生者為已足，是將來可發生之債務，亦可作為保證之主債務。又將來之債務，其數額亦不以現實具體決定為必要，只定其最高限額即可，此與保證債務之從屬性尚無違背，亦能幫助企業資金之取得增加企業之競爭力，故亦無產生不公平現象之虞（最高法院七十七年度台上字第九四三號判例、七十七年度台上字第一五七號、七十九年度台上字第五號判決意旨參照）。是當事人基於私法自治及契約自由原則而約定最高限額保證，依法應無不許之理。本件被上訴人係金融機關，其因出借資金而收取利息，並約定保障債權之有關條款；歐非公司為得到資金之奧援而支出利息，且其依法有清償借款之義務，為取得債權人之信賴而與之約定保證清償債務之條款，雙方因此而成立債權債務關係，應屬彼此互惠且與誠信原則無違，雖被上訴人將有關條

款預先條文化，然歐非公司並非不得另行與之約定並為增減，況被上訴人並無限制保證人即上訴人行使終止與解除保證契約之權利，上訴人縱無保證書繕本亦無礙其終止與解除保證契約權之行使，從而上訴人主張稱此係擔保不特定債權，顯違誠信及平等互惠原則，依消費者保護法第十一條、第十二條規定，應屬無效等語，又其因被上訴人未交付保證書繕本致無從行使終止與解除保證契約之權利，均非有據。

(三) 上訴人所為之保證既屬不定期限，則上訴人自得依民法之規定隨時終止或解除保證契約，苟上訴人未依有關規定終止或解除本件保證契約，則對於歐非公司所借之款項於三千萬元之限額內，上訴人均無法免其連帶保證責任。上訴人於為保證之初縱使以歐非公司董事之身分為之，然其既未與被上訴人約定於上訴人卸任歐非公司之董事或被上訴人另行追加保證人時即終止上訴人之保證責任，即不得以此免具保證責任，則上訴人辯稱其已卸任歐非公司董事之職務及被上訴人於上訴人卸任董事職務時另行追加保證人，上訴人之保證責任亦已消滅等，亦無足採。至上訴人主張歐非公司之借款每年換單一次，縱然屬實，只需於上訴人之保證有效期限內為之，上訴人亦無可免責，是上訴人主張其保證期限以一年為限，尚非可採。

(四) 被上訴人係金融機構，為追求合理利潤、避免風險，乃以要求主債務人邀同連帶保證人，立具保證書，期能收回借款為經營方式。而主債務人歐非公司為進行生產、經銷之商業活動而為借款行為，其非為滿足生活欲望之消費，並非消費者保護法所謂之消費行為，故無消費者保護法適用之餘地。再本件保證契約性質上為單務、無償契約，並不具「交易」之對價關係，非屬消費關係，保證人非消費者，故無消費者保護法之適用。況且系爭保證契約係於七十八年二月十三日簽立，亦無溯及既往而適用八十三年一月十一日公布施行之消費者保護法之餘地。因之，上訴人以被上訴人所為係違反消費者保護法之規定云云，亦無理由。

五、綜上所述，被上訴人依消費借貸、連帶保證契約之法律關係，訴請上訴人連帶給付借款義大利里拉八千四八十八萬三千六百八十元、新台幣三百九十九萬三千一百六十七元，以及如原審判決附表所示之利息、違約金，其中義大利里拉並應按給付時被上訴人牌告即期賣出匯率折算新台幣給付等情，為有理由，原審據此而為上訴人敗訴之判決，核無違誤，上訴意旨猶執詞指摘，求為廢棄改判，非有理由，應予駁回。

六、本件事實已臻明確，兩造其餘主張與攻擊防禦方法，經核無礙本件判決結果，故無逐一論述之必要，併此敘明。

七、據上論結，本件上訴為無理由，依民事訴訟法第四百四十九條第一項、第七十八條，判決如主文。

中 華 民 國 八 十 八 年 五 月 三 十 一 日  
臺灣高等法院民事第七庭  
審判長法官 吳 謙 仁

法官 徐 瑞 晃  
法官 姜 素 娥

右正本係照原本作成。

如不服本判決，應於收受送達後二十日內向本院提出上訴書狀，其未表明上訴理由者，並應於提出上訴後二十日內向本院補提理由書狀（均須按他造當事人之人數附繕本）。

中 華 民 國 八 十 八 年 六 月 二 日  
書記官 黃 美 玉

## 5. 臺灣高等法院臺中分院民事判決 八十八年度重上字第一〇九號

臺灣高等法院臺中分院民事判決 八十八年度重上字第一〇九號

上 訴 人 呂清田 .  
                  陳錦培 .  
                  趙鴻德 .

右 一 人  
訴訟代理人 趙正弘 .

右三上訴人  
共 同

訴訟代理人 張績寶律師                   住台中市柳川東路二段一三一號五樓  
                  張繼準律師                   住台中市柳川東路二段一三一號五樓  
                  沈朝江律師                   住台中市民生路四一號四樓

被 上 訴 人 寶島商業銀行股份有限公司

                  .  
法定代理人 陳國和 .  
訴訟代理人 曾文建 .

右當事人間請求清償借款事件，上訴人對於中華民國八十八年五月三日臺灣台中地方法院八十八年度重訴字第九九號第一審判決提起上訴，本院判決如左：

主 文

原判決關於上訴人敗訴部分及該部分假執行之宣告，並命其負擔訴訟費用之裁判均廢棄。

右廢棄部分，被上訴人在第一審之訴及其假執行之聲請均駁回。

第一、二審訴訟費用除確定部分外由被上訴人負擔。

理 由

- 一、被上訴人起訴主張：上訴人陳錦培、呂清田、趙鴻德與原審被告蔡裕雄、古紹土、韓瑞泉，於八十二年十一月四日簽立連帶保證書，就被上訴人持有原審被告裕大公司，於現在及將來所簽章之付款、承兌、背書或保證之票據、借據、契約及其他一切債務憑證，以三千萬元為限額，與債務人裕大公司負連帶保證責任。裕大公司於八十三年九月二十四日，向被上訴人借款一千三百萬元，借款期間自八十三年九月二十四日起至九十八年九月二十四日止，利息按年息百分之九點七五計算，並由蔡裕雄、古紹土、韓瑞泉為連帶保證人，裕大公司除償還本金六百五十四萬八千一百一十一元及迄八十七年十一月三日止之利息外，尚欠如起訴聲明所示之金額、遲延利息及違約金，為此依連帶保證之法律關係，訴請判決如訴之聲明。
- 二、上訴人則抗辯：上訴人於八十二年十一月四日所簽立之連帶保證書，乃對於未發生之將來債務，應負連帶保證責任，此定型化契約違反誠實信用原則，對於消費者顯失公平，且違反公序良俗，應屬無效；又系爭保證書上記載三

千萬之保證金額，非上訴人等八十二年十一月四日簽立保證契約時，已核定或可預見之金額，上開金額係被上訴人未經上訴人等同意，於事後所填具，因此連帶保證書在超過四百萬元額度所為之保證，應為無效。裕大公司已清償上訴人所保證之四百萬元債務，本件一千三百萬之抵押借款，上訴人為未保證，被上訴人之請求，應無理由。

三、經查上訴人陳錦培、呂清田、趙鴻德與原審被告蔡裕雄、古紹土、韓瑞泉六人，於八十二年十一月四日簽立連帶保證書，就被上訴人對於原審被告裕大公司當時及將來之債務，負連帶保證責任；裕大公司嗣於八十二年十一月十一日填具授信申請書，以蔡裕雄、古紹土、韓瑞泉為連帶保證人，向被上訴人申請新台幣四百萬元之短期信用貸款及美金三十萬元之遠期 L C 借貸，經被上訴人放款審議小組會議於同年十一月十五日核備，被上訴人之經理於次日批示放款；裕大公司即於同年十一月十七日向被上訴人借款四百萬元，屆期經被上訴人多次同意展期換單；並先後分別以原審被告蔡裕雄、古紹土、韓瑞泉三人；原審被告蔡裕雄、古紹土二人；原審被告蔡裕雄、古紹土、韓瑞泉及訴外人古金雲四人在借據上之連帶保證人欄簽名，擔任連帶保證；該借款嗣於八十六年六月十日清償完畢。裕大公司另於八十三年九月十二日以蔡裕雄、古紹土、韓瑞泉為連帶保證人，填具授信申請書，向被上訴人申請抵押貸款一千三百萬元，經核准後，於同月二十四日貸得一千三百萬元之事實，均有連帶保證書、授信申請書、授信申請暨批覆書、放款帳務明細資料查詢、借據等影本附於原審卷第一二、一三頁、本院卷第一四〇至一五三、八〇至八五頁可證，復為兩造所不爭執，自堪認為真實。

四、前述連帶保證書記載：「：：：連帶保證凡貴行持有裕大國際股份有限公司（以下稱債務人）於現在（包括改組前）及將來所簽章之付款、承兌、背書或保證之票據、借據、契約及其他一切債務憑證以新台幣參仟萬元為限額，保證人願與債務人負連帶償還責任。如債務人對於上項經其簽章之票據、借據、契約及其他一切債務憑證不履行其責任，或應償付款項到期不償還清楚者，無論該項借款或債務有無提出抵押品，或所提之抵押品處分所得價款不足償還借款及債務，或票據證書缺乏要件，或請求手續等有不完備之處者，均由全體保證人連帶負責償還。：：：：保證人並願預先拋棄先訴抗辯權，並在本項債務未清償以前，決不自行退保，又如債務人所簽章之上項票據、借款、契約及其他一切債務憑證，付款人有遲延付款或請求延期時，貴行得酌情允諾，保證人決不因此主張延期免責之抗辯：：：」，此有該連帶保證書影本在卷可憑。

五、按保證雖對於將來或附條件之債務，亦得為之（參閱史尚寬先生所著債法各論六十二年十月版第八二九頁），惟保證係屬無償、片務、附從契約（同前著第八四三、八四四頁），故民法債編第二十四節，對於保證人有關於先訴抗辯權（民法第七百四十五條）、保證責任除去請求權（民法第七百五十條）、保證責任減免（民法第七百五十一條、七百五十二條、七百五十三條、七百

五十五條)、保證契約終止(民法第七百五十四條)等維護保證人權益之規定。而本件連帶保證書,並無保證期限之約定,應屬未定期間之保證,主債務人之資本總額僅五百萬元(詳該公司登記事項卡影本),連帶保證人就主債務人裕大公司對於被上訴人所負之借貸、票據、契約及其他一切債務,於所約定之限額內,卻均須負連帶清償之責;該保證書復載明連帶保證人必需拋棄先訴抗辯權、延期清償免責權,且不得退保(即拋棄保證契約終止權),足見民法所規定連帶保證人對於債權人所得主張之權利,絕大部份均已預先拋棄;且縱即裕大公司所簽發之票據欠缺要件,或裕大公司為第三人之票據背書,而該第三人票據欠缺要件,連帶保證人亦須負大於主債務人之責任,足見該連帶保證書之約定,顯失違公平原則,有違誠信原則。

六、再查本件連帶保證書,係被上訴人事先製作所成之定型化契約,連帶保證人只有簽名與否之權利,對於內容鮮有商議之餘地。而主債務人裕大公司為股份有限公司,其股東原僅須在投資之股份限度內負有限責任,董事或監察人亦僅須依公司法及民法等相關規定負責即可。原審被告蔡裕雄、古紹土、韓瑞泉、上訴人陳錦培、呂清田、趙鴻德,自裕大公司於八十二年間成立時起,至八十四年五月十二日止,分別擔任該公司董事長、董事及監察人,至八十四年五月十三日起始變更為董事長古金雲、董事古紹土、古金騰及監察人蔡勝珠,此有該公司變更登記事項卡影本附卷可稽。八十二年十一月間,裕大公司擬向被上訴人借貸時,原審被告蔡裕雄、古紹土、韓瑞泉與上訴人陳錦培、呂清田、趙鴻德分別為該公司董事長、董事及監察人,其等全體董監事竟於同月四日簽立本件連帶保證書後,裕大公司始於同月十一日正式填具授信申請書,由原審被告蔡裕雄、古紹土、韓瑞泉為連帶保證人,申請借貸,而經被上訴人核准貸放;被上訴人居於金融機構經濟上強勢地位,由裕大公司之全體董監事,出具該預先拋棄多數權益之連帶保證書後,正式核准借貸時,復由原審被告蔡裕雄、古紹土、韓瑞泉為連帶保證人,與主債務人裕大公司共同出具借據,嗣後被上訴人同意換單時,亦均再覓連帶保證人,出具借據後續借;裕大公司另於八十三年九月間借貸系爭一千三百萬元部分,亦係先行填具授信申請書後,再出具由原審被告蔡裕雄、古紹土、韓瑞泉為連帶連帶保證人之借據,始獲撥款,此均有授信申請書及借據等可資證明,且此筆借貸為抵押借款,亦為被上訴人所不爭執,顯見被上訴人已以其金融機構經濟上強勢地位,對於借款人要求提供多重之人保及物保。

七、被上訴人既係基於金融機構之經濟強勢地位,要求上訴人與原審被告蔡裕雄、古紹土、韓瑞泉等簽立本件顯失公平,有違誠信原則之連帶保證書,嗣後於原審被告裕大公司正式借貸時,復分別要求原審被告蔡裕雄、古紹土及韓瑞泉等於借據連帶保證人欄簽名或提供抵押物擔保。從而,上訴人依民法第一百四十八條第二項,類推適用消費者保護法第十二條規定,主張本件連帶保證契約應屬無效,自有理由。系爭一千三百萬元借款,尚未清償部分及其利息違約金等,自均僅應由主債務人裕大公司及借據上所載之連帶保證人

即原審被告蔡裕雄、古紹土及韓瑞泉清償，上訴人等勿庸附連帶保證之責，原審就此部分為上訴人敗訴之判決，尚有未當，上訴人求予廢棄改判，應有理由，爰改判如主文所示。

八、本件事實已臻明確，兩造其餘攻擊防禦方法，對於判決結果不生影響，爰不一一論就，併此敘明。

九、據上論結：本件上訴為有理由，依民事訴訟法第四百五十條第、第七十八條，判決如主文。

中 華 民 國 八 十 九 年 三 月 二 十 一 日

民事第三庭審判長法官 陳照德

法官 黃淑玲

法官 宋富美

右為正本係照原本作成。

如對本判決上訴，須於判決送達後二十日內向本院提出上訴狀，未表明上訴理由者，應於上訴後二十日內向本院提出上訴理由書（須按他造人數附具繕本），並繳納送達用雙掛號郵票拾份（每份緡拾肆元）。

書記官 詹錫朋

中 華 民 國 八 十 九 年 三 月 二 十 三 日

## 6. 最高法院民事判決 九十年度台上字第一四一四號

最高法院民事判決 九十年度台上字第一四一四號

上訴人 林國川

訴訟代理人 蔡建賢律師

被上訴人 第一商業銀行股份有限公司南台中分行

法定代理人 陳正忠

訴訟代理人 蘇精哲律師

鄭銘仁律師

右當事人間請求清償借款事件，上訴人對於中華民國八十九年二月九日台灣高等法院高雄分院第二審判決（八十八年度上字第三四三號）提起上訴，本院判決如左：

主 文

上訴駁回。第三審訴訟費用由上訴人負擔。

理 由

本件被上訴人主張：上訴人於民國八十年一月十四日簽立連帶保證契約，保證就訴外人即主債務人上鋒國際貿易有限公司（下稱上鋒公司）現在及將來對於伊所負之借款等其他一切債務在本金新台幣（下同）一千萬元內，願與上鋒公司連帶負全部清償責任。嗣上鋒公司陸續於八十六年六月四日、十六日、十八日向伊借款各一百萬元，借款期限屆至後，上鋒公司均未為清償，經伊同意延展清償，惟仍未如期清償，並積欠約定之利息及違約金等情，爰依連帶保證之法律關係，求為命上訴人給付伊三百萬元，及其中各一百萬元，依序自八十七年二月十六日、十八日、三月四日起按年息百分之九·八五計算之利息，暨分別自八十七年三月十七日、十九日、四月五日起，逾期在六個月以內者，按上開利率百分之十；逾期在六個月以上者，按上開利率百分之二十計算違約金之判決。

上訴人則以：伊僅於八十年間出具之保證書及約定書上簽名，但並未蓋用印章，且就上鋒公司借貸之次數或金額，均不知情，亦未曾同意展期清償，於一年借款期間屆至後，伊不負連帶保證責任。又伊自八十四年起即非上鋒公司之股東，八十六年六月間之借款及展期約定書上伊之簽名均屬偽造，印章亦係盜蓋。且本件連帶保證契約，係被上訴人單方擬定之定型化契約，伊無權修正、或異議，違反誠信原則，應屬無效等語，資為抗辯。

原審以：被上訴人主張之上開事實，有其提出之保證書、約定書、借據、借款展期約定書及台灣台中地方法院（下稱台中地院）八十七年度促字第一三八五五號**支付命令**暨確定證明書等件可稽；而上開保證書及約定書係由被上訴人之承辦人賴美齡親往上鋒公司辦理，由上訴人等保證人親在其上簽名並蓋用印章無訛，已據證人賴美齡證述明確；且上訴人於第一審亦陳稱，伊有在保證書及約定書上簽名等語，及對於各該文書上印文之真正，暨曾出具保證書保證就上鋒公司所負借款等債務於一千萬元限額同負連帶償還之責等情亦無爭執；另上鋒公司對該支付

命令命渠給付被上訴人上開借款，並未提出異議而確定，堪信被上訴人之主張為真實。上訴人嗣後否認前所出具之保證書及約定書為真正及上鋒公司系爭借款債務存在，即無足採。按保證人與債權人約定就債權人與主債務人間所生一定債之關係範圍內之不特定債務，預定最高限額，由保證人予以保證之契約，學說上稱之為最高限額保證。此種保證契約如定有期間，在該期間內所生約定範圍內之債務，不逾最高限額者，均為保證契約效力所及；如未定期間，於保證契約未經保證人依民法第七百五十四條規定終止或有其他消滅原因以前，所生約定範圍內之債務，亦同。故在該保證契約有效存在期間，已發生約定範圍內之債務，縱因清償或其他事由而減少或消滅，該保證契約依然有效，嗣後所生約定範圍內之債務，於不逾最高限額者，債權人仍得請求保證人履行保證責任。除有特約外，亦無以約定範圍內某特定債務之清償完畢日作為此種保證契約終期之可言。此與一般保證係就主債務人之特定債務為保證，於該特定債務消滅時，保證契約即歸消滅者不同（參見最高法院七十七年台上字第九四三號判例）。查兩造間之連帶保證契約，僅約定上訴人就上鋒公司所負借款等債務，在本金一千萬元範圍內，願與主債務人連帶負全部清償責任，而未約定該保證契約之期間，自屬未定期限之最高限額保證。且上訴人並未依民法第七百五十四條規定終止保證契約，亦為上訴人所不爭執，上訴人復未證明該保證契約有其他消滅之原因，依上說明，兩造間之保證契約迄今仍屬有效。本件被上訴人請求之金額，既為上鋒公司於兩造保證契約有效期間所發生之借款債務，且未逾約定之最高限額，而上訴人於借款債務清償期屆滿後，亦未依民法第七百五十三條規定，定期催告被上訴人向主債務人為審判上請求，上訴人自應負連帶保證責任。上訴人抗辯，系爭借款期間均為一年，且均已屆清償期，伊已無庸負保證責任云云，為無足取。次查上揭約定書第二條記載：「立約人其他足以影響貴行權益變更情事發生時，應即以書面將變更情事通知貴行，並辦妥變更或註銷留存印鑑之手續。於未為前項通知及變更或註銷留存印鑑手續前與貴行所為之交易，立約人均願負責」，此係銀行憑客戶留存印鑑而為交易之特別約定。惟上訴人就所稱其已於八十四年退出上鋒公司之足以影響兩造權益之變更事項，並未依約向被上訴人為變更及註銷其原留存印鑑之手續，被上訴人核與印鑑章相符後而為放款，自無不合。況上訴人明知該印章為其充任連帶保證人所留存之印鑑章，其於簽立未定期限之最高限額連帶保證契約，允對上鋒公司現在及將來所負之借款等債務同負連帶清償責任後，竟仍將該印鑑章交由上鋒公司保管，自有默示同意上鋒公司使用該印鑑章辦理借款保證之意思表示，上訴人就上鋒公司前揭各筆借款縱未再與被上訴人另立保證書，上訴人仍應於該一千萬元限額內負連帶償還之責。上訴人辯稱，上開八十六年之借據及展期約定書上之簽名非伊筆跡，印章係被盜蓋，伊不負連帶保證責任云云，亦無足採。再者，銀行與連帶保證人間所訂立之保證契約，乃保證人擔保借款人对銀行債務之清償責任，銀行對保證人並不負任何對價，保證人亦無從因保證契約自銀行獲取報償，其性質為單務無償契約，非屬消費之法律關係，保證人亦非消費者，當無消費者保護法之適用。且查兩造間之保證書及約定書第十一條均已明

載，債權人無需再行徵求保證人同意或通知保證人，即可允許主債務人延期清償，保證人仍須負全部清償之責，此特約既係出於兩造自由意思所締訂，上訴人亦知其保證範圍，而未曾通知被上訴人終止保證契約，自無解於其連帶償還系爭借款之責，難謂有欠公允。上訴人抗辯，系爭借款清償期屆至後，被上訴人未經伊同意允許上鋒公司延期清償，伊不負保證責任，**又保證書暨約定書關於被上訴人得同意主債務人延期清償，保證人仍須負償還責任之記載，違反誠信原則，及消費者保護法第十二條之規定，應屬無效云云，亦無足取。**從而，被上訴人依連帶保證之法律關係，請求上訴人給付伊三百萬元，及其中各一百萬元，依序自八十七年二月十六日、十八日、三月四日起按年息百分之九·八五計算之利息，暨分別自八十七年三月十七日、十九日、四月五日起，逾期在六個月以內者，按上開利率百分之十；逾期在六個月以上者，按上開利率百分之二十計算之違約金，即非無據，應予准許。為其心證之所由得，並說明兩造其餘之攻擊防禦方法，不予審酌之理由。爰廢棄第一審所為被上訴人敗訴之判決，改判如其聲明。經核於法並無違誤。上訴論旨，猶執陳詞，就原審取舍證據，認定事實及解釋契約之職權行使，指摘原判決不當，求予廢棄，非有理由。

據上論結，本件上訴為無理由，依民事訴訟法第四百八十一條、第四百四十九條第一項、第七十八條，判決如主文。

中華民國九十年八月十六日

最高法院民事第七庭

審判長法官	徐	璧	湖
法官	朱	建	男
法官	曾	煌	圳
法官	李	慧	兒
法官	劉	延	村

右正本證明與原本無異

書記官

中華民國九十年八月二十九日

## 7. 最高法院民事判決 九十年度台上字第二〇一一號

最高法院民事判決 九十年度台上字第二〇一一號

上訴人 寶島商業銀行股份有限公司

法定代理人 陳國和

訴訟代理人 林志忠律師

被上訴人 呂清田 陳錦培 趙鴻德

共同訴訟代理人 張績寶律師

右當事人間請求清償借款事件，上訴人對於中華民國八十九年三月二十一日台灣高等法院台中分院第二審判決（八十八年度重上字第一〇九號），提起上訴，本院判決如左：

主 文

原判決除假執行部分外廢棄，發回台灣高等法院台中分院。

理 由

本件上訴人主張：被上訴人與第一審共同被告蔡裕雄、古紹土、韓瑞泉，於民國八十二年十一月四日簽立連帶保證書（系爭連帶保證書），就伊持有第一審共同被告裕大國際股份有限公司（下稱裕大公司），於*現在及將來所簽章之付款、承兌、背書或保證之票據、借據、契約及其他一切債務憑證，以新台幣（下同）三千萬元為限額，與裕大公司負連帶保證責任*。裕大公司於八十三年九月二十四日，由蔡裕雄、古紹土、韓瑞泉為連帶保證人，向伊借款一千三百萬元，借款期間自八十三年九月二十四日起至九十八年九月二十四日止，利息按年息百分之九點七五計算，嗣裕大公司除償還本金六百五十四萬八千一百一十一元及迄八十七年十一月三日止之利息外，尚欠六百四十五萬一千八百八十九元及遲延利息、違約金等情，為此依連帶保證之法律關係，求為命被上訴人連帶給付六百四十五萬一千八百八十九元及自八十七年十一月四日起至清償日止，按年息百分之九點七五計算之利息及自八十七年十二月五日起至清償日止，逾期在六個月以內者，按上開利率百分之十，超過六個月者，按上開利率百分之二十計付違約金之判決（上訴人於第一審另訴請共同被告裕大公司、蔡裕雄、古紹土、韓瑞泉連帶給付部分，業經第一審判決上訴人勝訴確定）。

被上訴人則以：系爭連帶保證書屬定型化契約，對於未發生之將來債務，負連帶保證責任，對於消費者顯失公平，且違反誠實信用原則及公序良俗，應屬無效；又系爭連帶保證書上記載三千萬元之保證金額，係上訴人未經伊同意，於事後所填具，非伊八十二年十一月四日簽立保證契約時，已核定或可預見之金額，故超過四百萬元額度所為之保證無效。裕大公司已清償伊所保證之四百萬元，本件一千三百萬元之抵押借款，伊未為保證，上訴人之請求，為無理由等語，資為抗辯。原審將第一審所為上訴人勝訴之判決除確定部分外，關於被上訴人敗訴部分廢棄，改判駁回上訴人之訴，無非以：被上訴人與共同被告蔡裕雄、古紹土、韓瑞泉，於八十二年十一月四日簽立連帶保證書，就裕大公司欠上訴人當時及將來之

債務，負連帶保證責任；裕大公司嗣於八十二年十一月十一日填具授信申請書，以蔡裕雄、古紹土、韓瑞泉為連帶保證人，向上訴人借款四百萬元，經上訴人多次同意展期換單，於八十六年六月十日已清償完畢。裕大公司另於八十三年九月十二日以蔡裕雄、古紹土、韓瑞泉為連帶保證人，填具授信申請書，向上訴人抵押貸款一千三百萬元等事實，固有連帶保證書、授信申請書、授信申請暨批覆書、放款帳務明細資料查詢、借據等影本可證，且為兩造所不爭執。**惟系爭連帶保證書記載：「連帶保證凡貴行持有裕大國際股份有限公司（以下稱債務人）於現在（包括改組前）及將來所簽章之付款、承兌、背書或保證之票據、借據、契約及其他一切債務憑證以三千萬元為限額，保證人願與債務人負連帶償還責任。如債務人對於上項經其簽章之票據、借據、契約及其他一切債務憑證不履行其責任，或應償付款項到期不償還清楚者，無論該項借款或債務有無提出抵押品，或所提之抵押品處分所得價款不足償還借款及債務，或票據證書缺乏要件，或請求手續等有不完備之處者，均由全體保證人連帶負責償還。……保證人並願預先拋棄先訴抗辯權，並在本項債務未清償以前，決不自行退保，又如債務人所簽章之上項票據、借款、契約及其他一切債務憑證，付款人有遲延付款或請求延期時，貴行得酌情允諾，保證人決不因此主張延期免責之抗辯」**，按此連帶保證書，並無保證期限之約定，應屬未定期間之保證，而主債務人之資本總額僅五百萬元，連帶保證人就主債務人裕大公司對於上訴人所負之借貸、票據、契約及其他一切債務，**於所約定之限額內，卻均須負連帶清償之責；且約定連帶保證人必需拋棄先訴抗辯權、延期清償免責權，且不得退保（即拋棄保證契約終止權），凡連帶保證人對於債權人所得主張之權利，絕大部分均已預先拋棄；縱裕大公司所簽發之票據欠缺要件，或裕大公司為第三人之票據背書，而該第三人票據欠缺要件，連帶保證人亦須負大於主債務人之責任，顯失公平，有違誠信原則。又系爭連帶保證書，屬定型化契約，連帶保證人只有簽名與否之權利，對於內容鮮有商議之餘地。**蔡裕雄、古紹土、韓瑞泉與被上訴人簽立系爭連帶保證書時分別為裕大公司董事長、董事及監察人，其等全體董監事於簽立系爭連帶保證書後，裕大公司始於八十二年十一月十一日正式填具授信申請書，並由蔡裕雄、古紹土、韓瑞泉為連帶保證人，上訴人始核准借貸；裕大公司另於八十三年九月間借貸系爭一千三百萬元，亦由蔡裕雄、古紹土、韓瑞泉為連帶保證人之借據，始獲撥款，且此筆借貸為抵押借款，上訴人基於金融機構之經濟強勢地位，要求被上訴人與蔡裕雄、古紹土、韓瑞泉先簽立本件顯失公平、有違誠信原則之連帶保證書，嗣後於裕大公司正式借貸時，復分別要求蔡裕雄、古紹土及韓瑞泉等為連帶保證人並提供抵押物為擔保。**被上訴人依民法第一百四十八條第二項，類推適用消費者保護法第十二條規定，主張系爭連帶保證契約應屬無效**，為有理由，故系爭借款及其利息、違約金，僅應由主債務人裕大公司及借據上所載之連帶保證人即蔡裕雄、古紹土及韓瑞泉清償，被上訴人等勿庸負連帶保證之責。從而，上訴人依連帶保證之法律關係，請求被上訴人連帶給付六百四十五萬一千八百八十九元及其利息、違約金，為無理由，不予准許等詞，為其判斷之基礎。

惟查所謂消費者，依消費者保護法第二條之立法解釋，指以消費為目的而為交易、使用商品或接受服務者而言。銀行或其他金融機構與連帶保證人間所訂立之保證契約，乃保證人擔保借款人對金融機構債務之清償責任，金融機構對保證人並未提供任何商品或服務，保證人並未因有保證契約而自銀行獲得報償，尚非屬消費者保護法所規定有關消費之法律關係，自無該法之適用。又消費者保護法係於八十三年一月十一日公布施行，而系爭連帶保證書則早於八十二年十一月四日簽訂，依法律不溯既往之原則，亦無適用之餘地。原判決類推適用消費者保護法第十二條規定，為上訴人敗訴之判決，自有違誤。再按所謂定型化契約之條款因違反誠信原則，顯失公平，而無效者，係以契約當事人之一方於訂約當時處於無從選擇締約對象或無拒絕締約餘地之情況，而簽訂顯然不利於己之約定為其要件。原審就被上訴人於訂約當時是否處於無從選擇締約對象或無拒絕締約餘地之情況如何，並未查明審認，即認定被上訴人於系爭連帶保證書僅有簽名與否之權利，對於內容鮮有商議之餘地，又未闡明其所憑以認定之依據，自欠允洽；且系爭連帶保證書載明連帶保證人必需拋棄先訴抗辯權、延期清償免責權，此特約若係出於兩造自由意思所締訂，能否謂其顯失公平，有違誠信原則？亦滋疑義。又系爭連帶保證書約定連帶保證人不得退保（即拋棄保證契約終止權），雖排除民法第七百五十四條保護保證人規定之適用，縱有失公平，能否謂其他約定亦均無效，尚非無研求餘地。上訴論旨，執以指摘原判決不當，求予廢棄，非無理由。據上論結，本件上訴為有理由。依民事訴訟法第四百七十七條第一項、第四百七十八條第一項，判決如主文。

中華民國九十年十一月九日

最高法院民事第六庭

審判長法官 吳 正 一

法官 劉 福 來

法官 鄭 玉 山

法官 葉 勝 利

法官 曾 煌 圳

右正本證明與原本無異

書 記 官

中華民國九十年十一月二十九日

## 8. 最高法院民事判決 九十一年度台上字第三八八號

最高法院民事判決 九十一年度台上字第三八八號

上訴人 吳玉金

訴訟代理人 許安德利律師 許世鋼律師

被上訴人 第一商業銀行股份有限公司南台南分行

法定代理人 陳明華

訴訟代理人 張天良律師

右當事人間請求給付借款事件，上訴人對於中華民國八十九年五月九日台灣高等法院台南分院第二審判決（八十八年度上字第二二二號），提起上訴，本院判決如左：

主 文

原判決廢棄，發回台灣高等法院台南分院。

理 由

本件被上訴人主張：第一審共同被告詩美服裝有限公司（下稱詩美公司）邀同上訴人及第一審其餘共同被告郭漢謀（詩美公司之法定代理人）、呂秀春、王朝欽、吳素月、郭淑珍、黃林秀玉為連帶保證人，先後向伊借款新台幣（下同）一百六十萬元、四十萬元、二百四十萬元、六十萬元（下稱系爭借款），其借款日期、清償日、約定之利息及違約金均詳如附表所示。嗣除附表編號卅一所示之一百六十萬元、四十萬元借款經償還一部分，依序尚欠一百三十四萬四千元、三十三萬六千元及系爭借款利息均繳至民國八十七年一月四日外，其餘均未清償。其中編號卅一所示之借款於屆清償期後雖經伊及詩美公司、上訴人等合意展期至九十年九月十九日，惟詩美公司之支票已列為拒絕往來戶，依約定書第五條約定，該借款仍應視為全部到期。至編號卅二所示二百四十萬元、六十萬元之借款屆期未獲清償後，並未經展期。上訴人及詩美公司等人，即應連帶償還系爭借款。上訴人既將其於八十年九月二日為詩美公司擔任連帶保證人所簽立約定書及開戶印鑑卡所用之印鑑章交予郭漢謀多年未取回，足使伊認為郭漢謀有代理權，不論借據上之印章是否為上訴人親自蓋用，上訴人均應就系爭借款之連帶保證負責見代理之授權人責任等情，爰依消費借貸及連帶保證之法律關係，求為命上訴人與第一審全體共同被告連帶給付四百六十八萬元及如附表所示利息、違約金之判決（關於第一審共同被告詩美公司等人部分，經第一審法院判決被上訴人勝訴，各該共同被告均未聲明不服）。

上訴人則以：伊未為系爭借款之連帶保證人，亦未親自或授權他人與被上訴人訂立保證契約。系爭約定書、借據、借款展期約定書、印鑑卡上伊之印文或簽名，均係郭漢謀所盜蓋或偽造。伊已撤銷對於七十九年十月十五日、八十年九月二日之約定書係真正之自認。況約定書係被上訴人自行製作使用之定型化契約，其上未記載保證範圍，以該約定書充當保證書，認伊須負保證責任，顯然違反消費者保護法、誠實信用原則及公平原則。再者系爭借款均屬「逐案徵提保證」方式之

貸款，非最高限額保證，而系爭約定書業早在八十年九月二日簽訂，且為最高限額保證。伊既未如第一審共同被告郭漢謀、呂秀春、王朝欽、吳素月、郭淑珍、黃林秀玉曾另簽立保證書，被上訴人依該約定書對伊為請求，仍屬不合等語，資為抗辯。

原審維持第一審所為命上訴人、詩美公司等連帶給付三百萬元及如附表編號倭伍所示利息、違約金部分之判決，駁回上訴人之上訴，並廢棄第一審駁回被上訴人請求上訴人、詩美公司等連帶給付一百六十八萬元及附表編號卅一所示利息、違約金部分之判決，改判如被上訴人之聲明，係以：被上訴人主張之事實，除上訴人否認其為系爭借款之連帶保證人及辯稱印文、簽名均非其所為外，為上訴人所不爭。查上訴人曾先後二次填寫約定書及設立印鑑卡予被上訴人，第一次為七十九年十月十五日，為郭漢謀作保而為；第二次為八十年九月二日，為詩美公司作保而為，業分據各次對保人即證人龔財元、蔡曹千惠證述在卷。上訴人於第一審亦自認該二次約定書及印鑑卡均為真正，嗣後上訴人雖撤銷關於與本案有關即八十年九月二日之約定書、印鑑卡為真正部分之自認，然上訴人不能證明其前所為之自認與事實不符，其撤銷自認於法即屬不合。其前所為之自認仍有拘束力。應認上訴人於七十九年十月十五日及八十年九月二日所立之約定書及印鑑卡均為真正。按保證契約之成立本不以作成書據為要件，縱無書據而有其他證明方法，足證其契約成立者，仍應發生效力。上訴人之上開二次約定書及印鑑卡均蓋有上訴人之印鑑印文，印鑑卡上復聲明：「茲將本人使用於各種票據、借據及一切憑證之印鑑蓋於背面，並留存為據，同時聲明凡各種票據、借據及一切憑證上之印文與本留存印鑑相符，即生效力」，而約定書第二條則約定：「立約人……印鑑……或其他足以影響貴行權益變更情事發生時，應即以書面將變更情事通知貴行，並辦妥變更或註銷留存印鑑之手續前，與貴行所為之交易，立約人均願負其責任，如因而造成貴行之損害，並負賠償責任」，第十一條第二款又約定「如貴行……允許主債務人延期清償或分期清償，均毋須徵求立約人同意，立約人仍負全部債務之保證責任」。是上訴人自立印鑑卡予被上訴人銀行後，既未曾辦理印鑑卡之變更或作廢手續，系爭四筆借據上連帶保證人欄所蓋印章均係上訴人印鑑章，亦為上訴人所不爭，則無論借據上之印章是否上訴人所親蓋，依前所交付予被上訴人之印鑑卡上及約定書上面之約定，自應視為上訴人同意所蓋，其就系爭每張借據之借款即應對被上訴人銀行負連帶保證人之責任。上訴人辯稱：伊未與被上訴人訂立保證書，系爭借款、約定書、借款展期約定書、印鑑卡未經伊親自簽名蓋章；約定書之內容與本件保證之約定無關云云，委無足取。另查詩美公司先後向被上訴人借款，有借有還，還後再借，為上訴人所不爭執，顯見本件借貸關係係以詩美公司之資金週轉為目的，而非以消費為目的之交易，應無適用消費者保護法之餘地，上訴人抗辯：以未載明保證範圍之約定書推定須負保證責任，係違反消費者保護法、誠實信用原則及公平正義原則云云，亦不可採。再者中華民國銀行商業同業公會全國聯合會八十八年七月三十日全授字第090八號函釋：「銀行辦理授信業務，徵提保證人方式，通常約有二種，其一為逐案徵提，其二為最

高限額保證方式辦理。而銀行與保證人簽訂之保證契約性質，若為最高限額保證，並辦妥對保及留存印鑑，則日後銀行對主債務人貸放每一筆借款時，均無需再通知並由保證人於往來之授信契據上簽名，無庸再辦理對保。至若為逐筆保證之方式，則銀行得經由核對其簽章是否與留存印鑑相符，以確認是否出自保證人本意」等情，本件上訴人既於被上訴人處為主債務人詩美公司立有保證約定書及印鑑卡，嗣逐筆借款之借據連帶保證人欄亦有與其約定書相同之印鑑，自係逐案徵提保證，揆諸上揭函示，被上訴人即得經由核對上訴人之簽章與留存印鑑相符，認定上訴人確有為詩美公司保證之意，而不論借據上之印章是否為上訴人所親蓋。被上訴人據約定書、印鑑卡、借據請求上訴人負連帶保證之責，核無不合。因之，上訴人辯稱：被上訴人不得以最高限額保證之約定書為據，請求伊負基金保證之保證人責任云云，尚無足取。從而，被上訴人主張附表編號俚伍所示之二筆借款均於屆清償期而未獲清償後未經合意展期，另附表編號甯沃所示之二筆借款於約定展期清償後，詩美公司已喪失期限利益，據以請求上訴人應與詩美公司等連帶給付如附表所示之餘欠四百六十八萬元及利息、違約金，應予准許等詞，為其判斷之基礎。

按判決主文乃由判決事實及理由所生之結論，苟判決內容不能自主文見之，即無從認有合法判決之存在。雖民事訴訟遇訟爭標的繁多，或名稱冗長者，得作一目錄附於判決書之後，或需繪圖者，得於主文內載「如附圖」而另作一圖附於判決書之後，作為判決主文之一部分，然不允許「引用存於他處之文書」作為判決主文。本院著有六十四年度台上字第一三〇〇號判例，可資參照。本件原判決主文第三項所載：「……及如『原判決（指第一審判決）附表』所示第三項、第四項之利息暨違約金」，既係引用存於第一審判決之附表作為判決主文，而未自行製作附表附於其判決書之後，以作為其判決主文之一部分，依上說明，自屬違誤。其次，原審言詞辯論終結前，民法債編修正條文固尚未施行而於八十九年五月五日始施行，惟民事，法律所未規定者，依習慣；無習慣者，依法理。民法第一條定有明文。上訴人於事實審曾辯稱：被上訴人所主張伊於八十年九月二日簽訂之約定書，係被上訴人自行製作使用之定型化契約，對伊不利，有違誠信原則、公平原則，應屬無效等語（見一審卷一〇五頁反面、一〇六頁），徵諸民法修正之第二百四十七條之一規定：「依照當事人一方預定用於同類契約之條款而訂定之契約，為左列各款之約定，按其情形顯失公平者，該部分約定無效：俚免除或減輕預定契約條款之當事人之責任者。伍加重他方當事人之責任者。甯使他方當事人拋棄權利或限制其行使權利者。沃其他於他方當事人有重大不利益者。」等意旨，上訴人之抗辯是否全不足採？其所稱定型化之契約違反公平原則，就該修正之附合契約條款而言，縱於原審辯論終結時未及適用於本件，但是否不能依「法理」而予以斟酌適用？原判決未於其判決理由項下記載其法律上之意見，祇以兩造之約定條款尚無消費者保護法之適用，即為不利於上訴人之判斷，亦有判決不備理由之違法。又上訴人另辯稱：被上訴人在第一審起訴時，除列主債務人詩美公司為被告，及以伊為連帶保證人為請求外，並以郭漢謀、呂秀春、王朝欽、吳

素月、郭淑珍、黃林秀玉為連帶保證人，而共同請求，然郭漢謀等人所立之保證書上全無伊之簽名，而伊於八十年九月二日所立之約定書則無任何約款與本件保證之約定有關，被上訴人以約定書充當保證書，請求伊負連帶保證人責任，顯不可採等語（見二審卷一七九頁反面、一八〇頁），**觀之卷附二紙保證書，似除上訴人一人未簽名蓋章外，確均經郭漢謀等六人簽章其上**（見一審卷一〇頁、一一頁），雖被上訴人陳稱：「（為何保證人中只有上訴人沒有簽保證書？）她是**外保**，不是公司的股東，我們以約定書為準，所以她未簽訂保證書」云云（見一審卷三八頁反面），**然所稱「外保」以約定書負保證責任，既與公司股東不同，是否與社會上一般係依「保證書」明定保證人責任範圍而定保證人保證責任之情形有別？**原審未調查被上訴人如此區分之依據何在及其法律上之效力，即為被上訴人勝訴之判決，已不免速斷，況依被上訴人提出之約定書第十一條約定：「立約人『所保證』之債務，如主債務人未依約履行，立約人當即負責，立即如數付清並同意左列事項……」第十三條約定：「本約定書係『補充』各個授信契據之一般性共通約款，於立約人簽章交付貴行後生效」等內容（見一審卷一八頁反面），**似見被上訴人之貸款程序，除該約定書外，主債務人及連帶保證人尚須共同簽署借據，或其他授信契據始完成借貸及保證契約之全部行為，而由被上訴人據以付款，發生借貸及保證之效力。**則系爭保證書或借據，倘未經上訴人於「連帶保證人」欄內簽署（被上訴人陳明：「（本件借據是否上訴人本人簽名？）是（詩美）公司的負責人來辦理的」（見一審卷三八頁），能否謂其已完成保證契約之全部行為？苟連帶保證人無須再於保證書或借據上簽署，系爭借據上上訴人名義之簽署究作何用？被上訴人於附表編號俚伍之二筆債務將屆清償期時，又何須向上訴人要求同意其對詩美公司為展期？乃原審悉未詳予推闡明晰，遽為判決尤屬可議。**再者債編施行法第三十三條規定：「修正之民法第七百三十九條之一之規定，於民法債編修正施行前成立之保證亦適用之」，而原審辯論終結後修正施行之民法第七百三十九條之一則規定：「本節（民法債編第二十四節）所規定保證人之權利，除法律另有規定外，不得預先拋棄」，如上訴人仍應負保證人之責任，揆之前述「法理」之適用原則，**系爭約定書第十一條、所載：「如貴行……允許主債務人延期清償……均毋須再徵求立約人之同意，立約人仍負全部債務之保證責任」（見一審卷一八頁反面），是否與上開規定無違？被上訴人得否就附表編號卅一所示其已同意詩美公司展期之二筆債務請求上訴人須負連帶保證人責任？均待釐清。上訴論旨，指摘原判決為不當，聲明廢棄，非無理由。另查本件上訴人於原審是否純係提出基於其個人關係之抗辯？其就第一審判決提起第二審上訴，第一審其餘共同被告應否併列為視同上訴人？案經發回，宜注意及之。據上論結，本件上訴為有理由，依民事訴訟法第四百七十七條第一項、第四百七十八條第一項，判決如主文。

中華民國九十一年三月七日

最高法院民事第七庭

審判長法官 蘇 茂 秋

法官 徐 璧 湖  
法官 朱 建 男  
法官 曾 煌 圳  
法官 李 慧 兒  
書 記 官

右正本證明與原本無異

中華民國 九十一年 三月 十九 日

## 9. 最高法院民事判決 九十一年度台上字第七四〇號

最高法院民事判決 九十一年度台上字第七四〇號

上訴人 彰化商業銀行股份有限公司

法定代理人 張伯欣

訴訟代理人 吳艾黎律師

複代理人 陳旻沂律師

被上訴人 陳梁好

梁壽山

梁胡瓊月

王坤源

朱尉慈

梁崑山

梁雲

許憲陽

右當事人間請求清償借款事件，上訴人對於中華民國八十九年五月二十四日台灣高等法院高雄分院第二審判決（八十八年度重上字第六七號），提起上訴，本院判決如左：

主 文

原判決廢棄，發回台灣高等法院高雄分院。

理 由

本件上訴人之法定代理人原為蔡茂興，嗣變更為張伯欣，茲據其具狀聲明承受訴訟，核無不合，先予認明。

次查上訴人主張：第一審共同被告允建營造股份有限公司（下稱允建公司）於民國八十六年九月二十八日邀同被上訴人等八人為連帶保證人，與上訴人簽訂保證書，同意就允建公司對上訴人所負債務（含過去所借尚未清償及現在及將來所負之一切債務），在新台幣（下同）八千萬元之範圍內，負連帶清償責任。而允建公司分別於八十六年五月五日、同年月二十一日、同年九月十日、同年月三十日向伊借款八百萬元、二千萬元、三百五十萬元及六百八十萬元。詎允建公司於上開借款屆期後並未依約清償，經核算結果，除二千萬元之一筆借款因有擔保物可供受償五百五十五萬七千一百三十九元外，尚有如第一審判決附表（下稱附表）所示之本金三千二百七十四萬二千八百六十一元及其利息並違約金未為清償，屢向允建公司及被上訴人催討，均無結果等情，爰依連帶保證之法律關係，求為命被上訴人與允建公司、高輝煌、高淑女、高照程、高蔡秀英、高陳秀丹連帶給付伊三千二百七十四萬二千八百六十一元及如附表所示之利息、違約金之判決。（第一審判命被上訴人連帶給付六百八十萬元本息、違約金，駁回上訴人其餘請求之二千五百九十四萬二千八百六十一元本息、違約金，被上訴人對其敗訴部分未為上訴。）被上訴人則以：伊同意負連帶保證責任之範圍僅六百八十萬元借款部分，

並不包括其他借款在內。系爭保證書上所載保證範圍八千萬元，在被上訴人簽名或蓋章時並未填載，被上訴人亦未授權任何人填載該金額。況允建公司係因經營困難而邀被上訴人投資改組，在該公司未步入正軌時，被上訴人自無意願就以前之債務負擔保責任等語，資為抗辯。

原審就此二千五百九十四萬二千八百六十一元本息、違約金部分，維持第一審所為上訴人敗訴之判決，駁回其上訴，無非以：被上訴人就保證書上簽名或蓋章之真正，不為爭執。本件兩造之爭執點應在被上訴人同意連帶保證金額之範圍。查上訴人提出之保證書，其上雖記載「對貴行所負之一切債務以本金新台幣八千萬元整為限」；證人即上訴人承辦本件對保程序之職員郭淑英亦證述該金額係由第一審共同被告高陳秀丹於八十六年九月二十八日簽訂保證書時所填載，上訴人在簽訂當時亦有告知被上訴人保證金額之範圍等語。惟本件保證，係因被上訴人欲加入為允建公司之股東而簽訂，被上訴人當時要求告知允建公司所借款項之總額，而簽訂保證書當日，係與六百八十萬元之借款同時簽訂，則在簽訂保證書時既同時訂立借據，就被上訴人之本意及認知而言，應僅係就該筆六百八十萬元之借款為保證，至其餘允建公司以前所借之款項部分，則於各該筆借款到期欲續借時，始再簽章確認，即被上訴人應係就各筆借款逐筆保證，而非概括承受允建公司所有之一切債務。換言之，被上訴人之保證範圍係指簽訂保證書當時所確認及將來所發生之債務，而不及於允建公司過去所負之債務。再參酌證人郭淑英證述保證書係當日交由被上訴人看完後即簽名、蓋章並同時完成對保手續，則就該保證金額之範圍，上訴人顯未於適當時期供被上訴人事先審閱。以保證金額之範圍為保證關係之重大事項，如要求保證人就債務人過去所負之債務為保證時，應予明確告知，上訴人此項保證程序，在誠信原則上即不無欠缺。又消費者保護法是否適用於銀行與保證人間，固有爭論，惟銀行與保證人間所訂立之保證契約，一般均由銀行單方擬訂，保證人少有爭執之餘地，如在簽訂前未將雙方之權利、義務完全告知或給與保證人相當之審閱期間，應可類推適用消費者保護法第十四條及施行細則第十一條第二項規定，認定未經適當期間審閱之部分，並無拘束當事人之效力。至證人郭淑英固證稱當日有將全部借款情形及全部債務均在保證範圍內向被上訴人說明，惟證人為上訴人之職員，又係就本身承辦之事項為說明，則其證言難免與上訴人間及自身有利害關係，尚難據為上訴人完全有利之認定。經斟酌結果，就本件保證契約簽訂之過程，被上訴人保證範圍部分，應僅有保證六百八十萬元該筆借款之意思，其應負連帶保證之數額，亦應以此為限，超過上開金額部分，上訴人之請求應為敗訴之判決等詞，為其判斷之基礎。

按判決書理由項下，應記載關於攻擊或防禦方法之意見，民事訴訟法第二百二十六條第三項定有明文。法院為原告敗訴之判決，而其關於攻擊方法之意見有未記載於判決理由項下者，即為同法第四百六十九條第六款所謂判決不備理由。上訴人於原審曾提出郭淑英與高陳秀丹夫婦之對話錄音帶暨譯文各一份（見原審卷第一三〇頁至第一三三頁），並主張：依該錄音帶及譯文，足證被上訴人於八十六年九月二十八日簽訂本件保證書時，該保證書確已填載八千萬元，該保證書亦經

被上訴人確實詳閱無疑後始於其上簽名，被上訴人辯稱保證書未經渠等詳閱，並非實在等語（見原審卷第一七一頁至第一七三頁）。乃原審對上開錄音帶暨譯文何以不可採，胥未於判決書理由項下說明，已屬判決不備理由。又上訴人於原審主張：依被上訴人所提出之登機證（見第一審卷第六六頁）所載允建公司所貸項目、金額，被上訴人八十六年九月二十八日簽保證書時，明知允建公司當時之負債總額為四千五百十四萬元，被上訴人至少同意連帶保證此金額，被上訴人對於允建公司尚欠之三千二百七十四萬二千八百六十一元本金、利息與違約金，亦應負連帶保證責任等語（見原審卷第四七頁、第四八頁、第一七九頁）。原審亦未說明不足採取之理由，遽以上開理由，認為被上訴人保證範圍，以六百八十萬元為限，同屬判決不備理由。次按當事人聲明之證據，法院應為調查。但就其聲明之證據中，認為不必要者，不在此限，民事訴訟法第二百八十六條定有明文。查上訴人於原審主張：證人高陳秀丹與高輝煌部分，雖渠等以其與被上訴人為親屬關係而拒絕證言，然證人所言並無其他證明以實其說，尚難認渠等拒絕證言有理由，且被上訴人中至少尚有二人與證人等不具親屬關係，故渠等就該二人部分仍無拒絕證言之適用，仍應依法作證等語（見原審卷第一七六頁、原判決第五頁）。原審未詳查該二證人是否確實得拒絕證言，或對何人部分得拒絕證言，亦未說明不必調查之理由，自有疏略。未按銀行與連帶保證人間所訂立之保證契約，乃保證人擔保借款人對銀行債務之清償責任，銀行對保證人並不負任何對價，保證人亦無從因保證契約自銀行獲取報償，其性質為單務無償契約，非屬消費之法律關係，保證人亦非消費者，當無消費者保護法之適用。原判決謂銀行與保證人間所訂立之保證契約，如在簽訂前未將雙方之權利、義務完全告知或給保證人相當之審閱期間，應可類推適用消費者保護法第十四條及施行細則第十一條第二項之規定，認定未經適當期間審閱之部分，並無拘束當事人之效力，而為上訴人不利之論斷，所持法律見解，尤有可議。上訴論旨，指摘原判決不當，聲明廢棄，非無理由。

據上論結，本件上訴為有理由。依民事訴訟法第四百七十七條第一項、第四百七十八

條第一項，判決如主文。

中 華 民 國 九 十 一 年 四 月 十 九 日

最高法院民事第六庭

審判長法官 吳 正 一

法官 劉 福 來

法官 鄭 玉 山

法官 黃 義 豐

法官 顏 南 全

中 華 民 國 九 十 一 年 五 月 七 日

## 10. 最高法院民事判決 九十一年度台上字第一九九九號

最高法院民事判決 九十一年度台上字第一九九九號

上訴人 張祐隆

訴訟代理人 利美利律師

被上訴人 第一商業銀行股份有限公司

法定代理人 陳建隆

訴訟代理人 蘇昭德律師

右當事人間請求清償借款事件，上訴人對於中華民國八十九年十二月二十六日台灣高等法院高雄分院第二審判決（八十八年度重上字第六〇號），提起上訴，本院判決如左：

主 文

上訴駁回。第三審訴訟費用由上訴人負擔。

理 由

本件被上訴人主張：第一審共同被告日錄企業有限公司（下稱日錄公司）以張正德、張王美香、王美珍、張賢德、張英誠及上訴人爲連帶保證人，於民國八十一年六月間陸續向伊借款十四筆，金額計爲新台幣（下同）八百萬元，詳如原判決附表（下稱附表）所示，約定按期平均攤還本息，如未按期給付，即喪失期限利益，全部視爲到期及逾期清償，在六個月以內者，按約定利率百分之十；超過六個月者，按約定利率百分之二十計付違約金。詎日錄公司未能按期攤還，已喪失期限利益，視爲全部到期，尙欠本金八百萬元及如附表所示之利息及違約金，經伊屢向日錄公司催討，均置不理。上訴人爲本件債務之連帶保證人，依法應負連帶清償之責等情，求爲命上訴人與日錄公司連帶如數給付之判決。

上訴人則以：伊僅在系爭保證書上簽名，並未在借據上簽章，保證契約對伊未合法成立。況系爭保證書之約定爲定型化契約，依消費者保護法第十一條或民法第七十二條規定亦屬無效等語，資爲抗辯。

原審以：被上訴人主張之上揭事實，有借據、保證書、約定書、放款戶授信明細查詢單可稽。上訴人雖以上開情詞置辯，惟查系爭保證書約定上訴人向被上訴人保證日錄公司於現在（包括過去所負現在尚未清償）及將來對被上訴人所負之借款、票據、保證、損害賠償等及其他一切債務，以本金三千萬元爲限額，願與日錄公司連帶負全部償付之責任。上訴人應不以被上訴人未對日錄公司先行起訴、強制執行或其他任何理由，延緩保證責任之履行。上訴人並願拋棄民法債編第二十四節保證節內有關保證人之權利，而由上訴人負單獨清償全部之責云云，核其性質係屬最高限額保證，其被保證之主債務在當事人約定範圍內並無須爲現實具體決定爲必要，祇須預定最高限額即可，將來可發生之債務亦可作爲保證之主債務，此與保證債務之從屬原則並無違背。是以上訴人依系爭保證契約之約定，祇要在三千萬元之最高限額內對主債務人日錄公司現在及將來之債務負保證責任，並無於每筆借款之借據上簽章之必要。從而日錄公司於八十一年六月間連續

向被上訴人借款十四筆，總金額並未逾三千萬元之最高限額，上訴人雖未於每筆借款之借據上簽章，惟仍應負連帶保證責任。次查最高限額保證契約如定有期間，在該期間內所生約定範圍內之債務，不逾最高限額者，均為保證契約效力所及；如未定期間，保證契約在未經保證人依民法第七百五十四條規定終止或有其他消滅原因以前，所生約定範圍內之債務，亦同。**故在該保證契約有效期間內，已發生約定範圍內之債務，縱因清償或其他事由而減少或消滅，該保證契約依然有效，嗣後所生約定範圍內之債務，於不逾最高限額者，債權人仍得請求保證人履行保證責任**，最高法院七十七年台上字第九四三號著有判例，**基於私法自治原則應肯認最高限額保證契約之效力**。系爭保證契約為未定有期間之最高限額保證契約，上訴人應就最高限額內，連續發生之債務負連帶保證責任，此乃當然之理。**而上訴人依此所負之責任雖重，但因其依法得隨時終止保證契約，而系爭保證契約就此並未為相反之約定，即難謂已達違反誠信原則，對債務人顯失公平之程度**。上訴人所辯，系爭保證契約有違消費者保護法第十一條、第十二條及民法第一百四十八條之誠信、公平原則，要無足取。從而被上訴人依消費借貸及連帶保證之法律關係請求上訴人連帶給付八百萬元及如附表所示之利息及違約金，即屬正當，應予准許，爰維持第一審所為上訴人敗訴部分之判決，駁回其上訴。按未定有期間之最高限額保證契約，在未經保證人依民法第七百五十四條規定終止或有其他消滅原因以前，於約定範圍內所生之債務，均為保證契約效力所及。故已發生之債務縱因清償或其他事由而消滅，該保證契約依然有效，嗣後所生之債務，於不逾最高限額範圍內，保證人仍應負保證責任。又依照當事人一方預定用於同類契約之條款而訂定之契約，為使他方當事人拋棄權利或限制其行使權利之約定，按其情形顯失公平者，僅該部分約定無效，並非全部契約均歸無效，此觀民法第二百四十七條之一規定即明。**是以系爭保證契約約定上訴人拋棄保證人之權利及限制其自行退保之條款，縱有顯失公平情形，亦僅該部分條款為無效，並非系爭保證契約全歸無效，故系爭借款仍為系爭保證契約效力所及，上訴人亦不得憑以免負保證責任**，從而上訴意旨以：**系爭保證書載明伊願拋棄保證人權利，不得自行退保，而被上訴人得任意允許日錄公司延期清償，顯失公平，保證契約應屬無效，伊不負保證責任云云，指摘原判決不當，求予廢棄，非有理由**。據上論結，本件上訴為無理由，依民事訴訟法第四百八十一條、第四百四十九條第一項、第七十八條，判決如主文。

中華民國九十一年十月三日

最高法院民事第四庭

審判長法官 蕭 亨 國

法官 許 朝 雄

法官 陳 淑 敏

法官 劉 福 來

法官 鄭 玉 山

## 11. 臺灣高等法院臺中分院民事判決 九十一年度上字第三五七號

臺灣高等法院臺中分院民事判決 九十一年度上字第三五七號

上訴人 廖眼童.  
廖進雄.

法定代理人 張啓仲.  
訴訟代理人 楊錫熙.

右當事人間請求清償借款事件，上訴人對於中華民國九十一年九月十三日臺灣臺中地方法院九十一年度訴字第二六五一號第一審判決提起上訴，本院判決如左：

主 文  
上訴駁回。

第二審訴訟費用由上訴人負擔。

理 由

- 一、本件被上訴人主張之事實，業據其提出借款申請書二份、授信約定書一份、連帶保證書一份、借據一紙、本票一張、帳卡二份、分配表一份等影本為證（見原審卷第九至十八頁），上訴人則以系爭借款被上訴人未經上訴人同意逕自准許主債務人長峻公司延期清償，此定型化契約所載拋棄「延期免責抗辯」之約定，依民法第二百四十七條之一第二、三、四款規定，應為無效，又債務人並於當時向被上訴人申貸一筆一千二百萬元之款項，由上訴人廖眼童、廖進雄擔任連帶保證人並於借據上蓋章，上訴人僅就該次借貸之範圍負連帶保證責任，應認此已屬個別商議約款，則縱使保證書及授信約定書上以定型化條款約定債務之範圍包括「債務人於現在(含過去所負現在尚未清償)及將來對貴行所負之借款、票據、保證及其他一切債務」，應認與個別商議約款牴觸而無效，不應構成契約內容之一部。從而上訴人廖眼童、廖進雄得不負保證責任，被上訴人本於保證關係訴求上訴人清償保證債務為無理由等語，資為抗辯。
- 二、民法第七百五十四條第一項規定，「就連續發生之債務為保證而未定有期限者，保證人得隨時通知債權人終止保證契約」；同條第二項規定，「前項情形，保證人對於通知到達債權人後所發生主債務人之債務，不負保證責任」。同法第七百五十五條規定，「就定有期限之債務為保證者，如債權人允許主債務人延期清償時，保證人除對於其延期已為同意外，不負保證責任」。按「保證人與債權人約定就債權人與主債務人間所生一定債之關係範圍內之不特定債務預定最高限額由保證人保證之契約，學說上稱為最高限額保證。此種保證契約如定有期間，在該期間內所生約定範圍內之債務，不逾最高限額者，均為保證契約效力所及，故「保證契約既載明自某日起至某日止一年期間內負保證責任，即屬概括保證之性質，在此一年期間內所發生之債務，不問次數若干，均應負保證責任。縱使債權人同意主債務人某一次借貸延期清

償，而該一次借貸所延展之期間，既在原約定一年期間之內，保證人自不得援引前開法條，而主張不負保證責任」（最高法院四十三年台上字第一九二號、五十年台上字第一四七〇號判例參照），亦即保證舊債務之延期，與保證將來之債務，同為使保證人之責任向將來延伸。換言之，即延期後之舊債務，亦難謂非將來債務之一種，均在保證人負責範圍之內（最高法院五十五年台上字第一二八一號判決參照）；又此種保證契約如定有期間，在該期間內所生約定範圍內之債務，不逾最高限額者，均為保證契約效力所及；如未定期間，保證契約在未經保證人依民法第七百五十四條規定終止或有其他消滅原因以前，所生約定範圍內之債務亦同。故在該保證契約有效期間內，已發生約定範圍內之債務，於不逾最高限額者，債權人仍得請求保證人履行保證責任。本件上訴人廖眼童、廖進雄與陳朝雄、廖桂梅於八十六年十一月二十日與被上訴人訂立連帶保證書，連帶保證債務人長峻公司對被上訴人於現在（保括改組前）及將來所簽章之付款、承兌、背書或保證之票據暨借據（包括透支契約）以及其他一切債務憑證以壹仟貳佰萬元為限額，保證人願與債務人負連帶償還保證責任。保證人並願預先拋棄先訴抗辯權及檢索權，並在本項債務未清償前，決不自行退保，又如債務人所簽章之上項票據、借據及其他一切債務憑證，付款人有遲延付款或請求延期時，被上訴人得酌情允諾，保證人決不因此主張延期免責之抗辯，是本件上訴人所簽訂之連帶保證書為未定有期限之最高限額保證，經查主債務人長峻公司固於八十七年二月十六日分別向被上訴人借款七百一十萬元、四百九十萬元，到期日均為八十九年二月十六日，嗣屆期未能清償，於八十九年五月十六日換單，被上訴人同意主債務人延期至九十年五月十六日清償，此有借款申請書二份、借據一紙、本票一張等影本附卷可稽。對此被上訴人稱：於債務人長峻公司逾期繳納利息時（八十九年十月十三日起），經與被上訴人協商後，另以開立票據擔任副擔保，向被上訴人另外借款肆拾捌萬元，藉以繳納前欠之利息。是以債務人以其公司名義開立彰化商業銀行水湳分行為付款人之票據六張，每張票面金額皆為壹拾萬元，票後由上訴人之一廖眼童背書擔保，即此一背書擔保行為，如無對系爭之債權債務關係有所認知，上訴人則應無任何理由擔任票據之背書人；反之即可解釋上訴人為擔任票據之背書人，是在於解決債務人對被上訴人所負之債務無疑等語，經查被上訴人所提出之支票及退票理由單影本三份、票據副擔保借款契約、授信約定書及借款本票影本各一份、訴訟費用明細表影本一份、放款帳影本三份（見本院卷第四七至五三、六五至七十頁），其中之票據副擔保借款契約之借款人為廖桂梅，本票係由廖桂梅及上訴人廖眼童等人為發票人，日期為九十年七月二十五日，金額為四十八萬元，依訴訟費用明細表影本一份、放款帳影本三份之記載，係於同日分別給付訴訟費用、利息及違約金之用，金額共計四七九一八九元，顯見被上訴人之陳述為可採，從而上訴人廖眼童自不得就延期清償之事實諉為不知，次查本件係未定期限之最高限額一千二百萬元連帶保證，依前開說明，仍應

負連帶保證責任。上訴人雖辯稱：「其未注意保證書內容而予以簽署」。惟連帶保證人與主債務人對債務同負連帶清償責任。茲事體大，其辯詞難以置信。況其等於同日（八十六年十一月二十日）所簽訂之授信約定書第十一條第三款亦有同意旨之約定，「如貴行．．．或允許主債務人延期清償，．．．，均毋須再徵求立約人之同意，立約人仍負全部債務之保證責任」。且上開文字字體大而黑，相當醒目，上訴人難以推諉不見。綜上所述，本件係未定期限之最高限額一千二百萬元保證，上訴人並未在債務發生前對被上訴人表示終止保證契約，則本件保證契約既未定期間，保證契約在未經保證人依民法第七百五十四條規定終止或有其他消滅原因以前，所生約定範圍內之債務仍應負保證責任，系爭契約雖係定型化，但民法第七百五十四條規定，保證人對於未定期限連續發生之債務為保證，得隨時通知債權人終止保證契約，此對保證人之權益亦有保護，是法律賦予保證人得隨時終止保證契約，縱使保證契約約定保證人不得主張延期免責之抗辯，因本件被上訴人雖允許主債務人延期清償，惟仍屬約定範圍內之債務依前開說明，亦難認其有何不公平，是上訴人主張本件係定有期限之保證，被上訴人允許主債務人延期清償，其不同意，不負保證責任，且拋棄延期免責抗辯之約定，顯失公平，應為無效，彼等不負保證責任云云，尚不足採。

三、**按依照當事人一方預定用於同類契約之條款而訂定之契約，為左列各款之約定，按其情形顯失公平者，該部分約定無效：**一、免除或減輕預定契約條款之當事人之責任者。二、加重他方當事人之責任者。三、使他方當事人拋棄權利或限制其行使權利者。四、其他於他方當事人有重大不利益者，民法第二百四十七條之一固定有明文，**惟未定有期間之最高限額保證契約，在未經保證人依民法第七百五十四條規定終止或有其他消滅原因以前，於約定範圍內所生之債務，均為保證契約效力所及。**故已發生之債務縱因清償或其他事由而消滅，該保證契約依然有效，嗣後所生之債務，於不逾最高限額範圍內，保證人仍應負保證責任。又依照當事人一方預定用於同類契約之條款而訂定之契約，為使他方當事人拋棄權利或限制其行使權利之約定，按其情形顯失公平者，僅該部分約定無效，並非全部契約均歸無效，此觀民法第二百四十七條之一規定即明（最高法院九十一年度台上字第一九九九號判決參照），次按所謂消費者，依消費者保護法第二條之立法解釋，指以消費為目的而為交易、使用商品或接受服務者而言。**銀行或其他金融機構與連帶保證人間所訂立之保證契約，乃保證人擔保借款人對金融機構債務之清償責任，金融機構對保證人並未提供任何商品或服務，保證人並未因有保證契約而自銀行獲得報償，尚非屬消費者保護法所規定有關消費之法律關係，自無該法之適用**（最高法院九十年度台上字第二〇一一號判決參照），本件上訴人辯稱：被上訴人於八十九年五月十六日同意長峻公司延期至九十年五月十六日清償，上訴人並不知情，且未再邀上訴人為連帶保證人，雖八十六年十一月二十日與被上訴人訂立之連帶保證書，立有「連帶保證債務人長峻建設股份有

限公司對原告於現在（保括改組前）及將來所簽章之付款、承兌、背書或保證之票據暨借據（包括透支契約）以及其他一切債務憑證以新台幣壹仟貳佰萬元為限額，保證人願與債務人負連帶償還保證責任，保證人並願預先拋棄先訴抗辯權及檢索權，並在本項債務未清前，決不自行退保。又如債務人所簽章之上項票據、借據及其他一切債務憑證，付款人有遲延付款或請求延期時，原告得酌情允諾，保證人決不因此主張延期免責之抗辯。」但依八十九年五月五日施行之民法第二百四十七條之一第二、三、四款規定及消費者保護法第十五條之規定，應屬無效云云，經查銀行或其他金融機構與連帶保證人間所訂立之保證契約，乃保證人擔保借款人對金融機構債務之清償責任，金融機構對保證人並未提供任何商品或服務，保證人並未因有保證契約而自銀行獲得報償，尚非屬消費者保護法所規定有關消費之法律關係，自無該法之適用；又本件既係未定有期間之最高限額保證契約，在未經保證人依民法第七百五十四條規定終止或有其他消滅原因以前，於約定範圍內所生之債務，均為保證契約效力所及。故已發生之債務縱因清償或其他事由而消滅，該保證契約依然有效，嗣後所生之債務，於不逾最高限額範圍內，保證人仍應負保證責任，**縱使本件保證契約有依照當事人一方預定用於同類契約之條款而訂定之契約，為使他方當事人拋棄權利或限制其行使權利之約定，按其情形顯失公平者，僅該部分約定無效，並非全部契約均歸無效**，是上訴人所辯，為不足採。

四、本件被上訴人依消費借貸及連帶保證之法律關係，請求上訴人連帶給付系爭借款五百二十六萬五千五百九十一元及原審判決主文所示之利息、違約金，為有理由，原審予以准許，於法有據，本件上訴請求廢棄原審判決並駁回被上訴人之請求，為無理由，應予駁回。

五、本件事證已臻明確，兩造其餘攻擊防禦方法，核於本結果不生影響，自毋庸再逐一論述，並此敘明。

據上論結：本件上訴為無理由，依民事訴訟法第四百四十九條第一項、第七十八條、第八十五條第二項，判決如主文。

中 華 民 國 九 十 二 年 一 月 二十 一 日

民事第二庭審判長法官 童有德

法官 翁芳靜

法官 黃永泉

右為正本係照原本作成。

如對本判決上訴，須於收受判決送達後二十日內向本院提出上訴書狀，其未表明上訴理由者，應於提出上訴後二十日內向本院提出上訴理由書（須按他造人數附具繕本），並繳納送達用雙掛號郵票拾份（每份摺拾肆元）。

上訴時應提出委任律師或具有律師資格之人之委任狀；委任有律師資格者，另應附具律師及格證書及釋明委任人與受任人有民事訴訟法第四百六十六條之一第一項但書或第二項（詳附註）所定關係之釋明文書影本。

書記官 林玉惠

中 華 民 國 九 十 二 年 一 月 二 十 一 日

附註：

民事訴訟法第四百六十六條之一（第一項、第二項）對於第二審判決上訴，上訴人應委任律師為訴訟代理人。但上訴人或其法定代理人具有律師資格者，不在此限。

上訴人之配偶、三親等內之血親、二親等內之姻親，或上訴人為法人、中央或地方機關時，其所屬專任人員具有律師資格並經法院認為適當者，亦得為第三審訴訟代理人。

## 12. 最高法院民事判決 九十二年度台上字第八三五號

最高法院民事判決 九十二年度台上字第八三五號

上訴人 華僑商業銀行股份有限公司

法定代理人 張鈞

訴訟代理人 郭乃萍

上訴人 鄭楠興

訴訟代理人 楊美玲律師

莫詒文律師

上訴人 陳建利

葉佳齡

被上訴人 陳惠章

右三人共同

訴訟代理人 洪三財律師

右當事人間請求清償借款事件，兩造上訴人對於中華民國八十九年九月二十七日台灣高等法院第二審判決（八十九年度上字第一七六號），各自提起上訴，本院判決如左：

主 文

兩造上訴均駁回。

第三審訴訟費用，由兩造上訴人各自負擔。

理 由

本件上訴人華僑商業銀行股份有限公司（下稱華僑銀行）之法定代理人於原審判決後，由戴立寧變更為張鈞，並由張鈞為華僑銀行聲明承受訴訟；又華僑銀行為法人，委任其具有律師資格之專任法務人員郭乃萍為訴訟代理人，於法均無不合，應予准許，合先說明。

次查上訴人華僑銀行主張：第一審共同被告碧優電腦股份有限公司（下稱碧優公司）於民國八十一年六月三日邀同第一審共同被告廖茂樹、鍾素媛，及對造上訴人陳建利、葉佳齡、鄭楠興，與被上訴人陳惠章（下稱碧優公司等七人）擔任連帶保證人，以本金新台幣（下同）六千萬元為限額，就碧優公司對伊現在及將來所負一切債務、利息、違約金等負連帶保證責任。嗣碧優公司陸續借款九筆，金額合計一千五百零五萬元，並約定如逾期清償，除按伊牌告或約定之遠期信用狀利率給付利息外，凡逾期六個月以內，按上述利率之百分之十，逾期超過六個月者，按上述利率百分之二十計付違約金。詎碧優公司於八十五年九月二十七日起即未依約繳納本息。另碧優公司於八十一年六月三日，邀同廖茂樹、陳建利與伊簽定「開發信用狀暨融資契約」，約定於四千萬元之額度內，碧優公司現在及將來在伊銀行循環開發信用狀及墊付外幣借款，如有遲延清償，除按伊牌告或約定之遠期信用狀利率計付利息外，並願按伊新訂基本放款利率加計年率百分之二·五與當時牌告之外幣利率孰高為準計付遲延利息外，並加計違約金，凡逾期

六個月以內，按上述利率之百分之十，逾期超過六個月者，按上述利率百分之二十計付違約金。碧優公司提出之開發信用狀申請書，積欠日幣九十四萬五千元未償。經拍賣抵押物後，尚有一千零五十七萬九千八百零八元，及日幣九十四萬五千元未獲清償等情。依消費借貸及連帶保證之法律關係，求為命碧優公司等七人連帶如數給付，並加付起訴聲明所示之利息、違約金之判決（第一審判決碧優公司、廖茂樹、鍾素媛敗訴部分，未據渠等聲明不服，均已告確定）。

上訴人陳建利、葉佳齡、鄭楠興及被上訴人陳惠章（下稱陳建利等人）則以：猥華僑銀行並未確實證明已將借款交付碧優公司。滙日幣借款部分，擔任保證人者僅為陳建利及廖茂樹，華僑銀行請求其餘之人負連帶清償責任，自無理由。况陳建利、葉佳齡及被上訴人於八十三年十月間即已通知華僑銀行終止系爭保證契約，對於終止後產生之債務，無須負保證之責。惟華僑銀行於借期屆至後，仍向碧優公司收取利息，其默示同意碧優公司延期清償，伊等不負保證之責。據保證契約係華僑銀行片面制定之定型化契約，明顯違反誠信原則，且對保證人顯失公平，依消費者保護法之規定應屬無效。况華僑銀行於碧優公司尚有能清償時，未對其求償，有違誠實信用原則。况系爭連動轉扣帳金額均非利息支出，為碧優公司償還本金之款項等語。上訴人鄭楠興並以：碧優公司因經濟困難陷於支付不能，伊曾通知華僑銀行儘速採取保全措施，華僑銀行怠於行使債權，對於損害之發生與擴大有重大過失，伊可免除清償責任；而且 0210010000323 帳戶報表中部分清償紀錄，並未列入華僑銀行所提出之放款收回明細表，顯非清償利息，應是清償本金等語，資為抗辯。

原審以：本件兩造爭執要點厥為(一)華僑銀行有無交付借款予碧優公司，碧優公司是否有清償本金？(二)終止保證之意思表示到達後，能否再撤銷？(三)保證書與外幣融資契約書是否有從屬或全部一部之關係？(四)違約金可否先行抵充？(五)系爭保證書載明保證人拋棄先訴抗辯權、延期清償免責權、拋棄或更換擔保物權之免責權，有無違消費者保護法第十二條之規定？經查：(一)華僑銀行自八十四年七月二十一日起至八十五年五月十五日止，先後撥款一百二十萬元、二百五十七萬元、六十萬元、六十三萬元、一百零五萬元、二百萬元、二百萬元、五百萬元，共一千五百零五萬元，入碧優公司於華僑銀行所開設之 0 二一 | 〇五 0 | 0 0 0 0 三九八 | 九帳戶，各筆借款並於同日轉入碧優公司設於華僑銀行之 0 二一 | 0 0 一 | 0 0 0 0 三二三 | 0 帳戶；另碧優公司於八十五年五月十日申請擔保提貨金額計日幣一百零五萬元，其中百分之九十計九十四萬五千元為華僑銀行所墊付，該次交易已於八十五年五月十日完成等情，有授信撥貸登錄單、開戶明細查詢單、客戶交易明細月報表、副提單背書擔保提貨申請書、進口單據通知書、轉帳支出傳票及轉帳收入傳票等文件為證，且碧優公司及廖茂樹亦自認確有向華僑銀行借款云云，足堪認華僑銀行已將貸款金額撥入碧優公司帳戶無訛。(二)依板橋地院八十七年度民執字第二三一三號強制執行事件，拍賣廖茂樹之不動產，華僑銀行受分配金額六百一十一萬三千零七十四元，經抵充利息、違約金，再抵充本金，碧優公司尚欠華僑銀行本金共計一千零五十七萬九千八百零八元，

及自八十八年七月三十日起至清償日止，按週年利率百分之九·七八五計算之利息，暨自八十八年七月三十日起至清償日止，按上開利率百分之十計算之違約金。關於日幣借款部分，本金未還借款計日幣九十四萬五千元，利息則係自八十八年七月三十日起至清償日止，按週年利率百分之四計算之利息，暨自八十八年七月三十日起至清償日止，按上開利率百分之十計算之違約金。陳建利等人雖抗辯就華僑銀行所提出之帳號 0210010000323 帳戶之往來資料以觀，三十四筆連動轉扣帳金額均非利息支出，足見其為碧優公司償還本金之款項云云。惟查，利息明細表繳息本金欄所載借款本金之繳息扣款，因大部分借款皆已清償完畢，並非屬本件所列七筆借款之繳息記錄，故無法顯示於該七筆借款之繳息明細表中，陳建利、葉佳齡、鄭楠興非基於個人關係抗辯碧優公司已清償本金乙節，為無理由，則陳建利等三人上訴之效力，即不適用民事訴訟法第五十六條第一項之規定，及於未上訴之第一審共同被告碧優公司、廖茂樹、鍾素媛，未上訴部分已告確定。(三)陳建利、葉佳齡及被上訴人均辯稱，於八十三年間即以存證信函終止系爭保證契約云云。惟查碧優公司之借款時間，係自八十四年七月間起至八十五年五月間止，而陳建利所提出者為八十六年八月間之存證信函，葉佳齡則迄未能舉證以實其說，均無可採。至被上訴人於八十三年十月九日以存證信函通知華僑銀行終止系爭保證契約，復於同年月十七日撤銷該終止保證契約之意思表示，有存證信函為證。被上訴人終止之意思表示於到達華僑銀行時即生效力，自無撤銷之理。縱認被上訴人撤銷終止保證契約之意思表示，其真意係向華僑銀行再為擔任保證人之新要約，惟華僑銀行並未為承諾，被上訴人與華僑銀行間之保證契約並未重新訂立，被上訴人自無庸就碧優公司於八十四年七月間起至八十五年五月間止之借款負保證之責。(四)保證書與開發信用狀暨融資契約書是否有從屬或全部一部之關係？查保證書之最高限額為六千萬元，其第七條並約定「保證人願確實遵守另與貴行所訂立之授信約定書所有條款」，而開發信用狀暨融資契約書則係於等值新台幣四千萬元限額內循環開發信用狀及墊付外幣貸款之融資契約，前者為一般性消費借貸之限額保證、後者為外幣墊款之限額保證，二者無論金額、用語皆不相同，而且二者簽約日係同一日，卻僅邀同保證書中二保證人廖茂樹、陳建利為連帶保證人，保證書上其餘之連帶保證人並未簽名，二者係個別獨立生效，二契約之連帶保證人所保證之額度、範圍及事項，各依其約定之內容而有所不同，無從屬或一部全部之問題。葉佳齡、鄭楠興及被上訴人抗辯渠等未擔任開發信用狀融資貸款之連帶保證人，堪信屬實。(五)違約金可否先行抵充？按清償所提出之給付，應先抵充費用、次充利息，次充原本，民法第三百二十三條固定有明文。惟民法第三百二十三條之規定並非強行規定，故所定費用、利息及原本之抵充順序，非不得以當事人之契約變更之。查兩造簽定之授信約定書第九條第二項約定：「前項債務性質相異者，立約人所提出之給付，同意由貴行決定其抵充方法及順序」；參以抵押權設定契約書其他約定事項第十一條約定：「……抵押權人得逕行處分擔保物，以所得款項優先抵充各項費用、違約金、利息（遲延利息）及原本。……至於抵充之先後順序，得由抵押權人任意決定之」。碧優公司

等七人顯已授權華僑銀行決定抵充之順序，此項約定，依契約自由原則，並無違反強制禁止規定，或誠實信用、平等互惠原則。(六)保證書載明保證人拋棄先訴抗辯權、延期清償免責權、拋棄或更換擔保物權之免責權，是否有違消費者保護法第十二條之規定？或違反誠信原則及就損害之發生或擴大與有過失？查：滯遲延之債務以支付金錢為標的者，債權人得請求依法定利息計算之遲延利息，但約定利率較高者仍從其約定利率，民法第二百三十三條第一項定有明文。故債務人遲延後，債權人一面得請求其履行債務，一面仍有權收取遲延利息。查本件係以支付金錢為標的，依法華僑銀行本得請求依約定利率計算之遲延利息，且依華僑銀行與碧優公司所簽定之借據第四條第四項，及第六條約定，華僑銀行亦得於碧優公司遲延清償時，請求碧優公司支付遲延利息；又債務人於遲延給付時，仍負有清償義務，並不因債務人遲延給付即當然免除其清償義務；且遲延後之給付，除非債權人證明該給付對債權人已無利益，否則債權人不得拒絕債務人之給付，此觀民法第二百三十二條之規定自明。華僑銀行主張「一般銀行收取利息超過七天，第八天我們就收逾期息……，但只要他繳了就算正常，逾期息只是逾期這部分，原來利息就加進去……」，並提出放款收回明細表為證。且華僑銀行就系爭借款亦聲請拍賣抵押物取償，有台灣板橋地方法院民事執行處通知書為證，可知華僑銀行關於碧優公司於清償期屆至後所繳納之利息，係為收取遲延利息，並無允許碧優公司分期、延期清償，或碧優公司已給付不能，而華僑銀行仍繼續貸放款項以致損害擴大，與有過失之情事。至陳建利等人辯稱：保證書第四條載明：「貴行無須徵求保證人同意，得允許主債務人分期、延期清償，保證人之保證責任並不因之免除」，開發信用狀暨融資契約第二十一條亦記載：「……倘貴行同意立約人就在契約書事項下任何一筆立約人之全部或一部延期清償或……，保證人均予同意」等語，係屬定型化契約，違反平等互惠原則顯失公平，違反消費者保護法之規定云云。惟查，兩造於訂立保證契約及開發信用狀暨融資契約時，陳建利等人本得權衡利害得失後始為約定，否則儘可不予同意簽訂，陳建利等人之所以願意充當連帶保證人必係基於渠等與碧優公司間之利害關係，陳建利等人既自願擔任碧優公司之連帶保證人，斯時即應慮及連帶保證人法律上之責任，本於契約自由原則，尚難謂保證書及開發信用狀暨融資契約書所為上開約定，違反誠信原則；又消費者保護法係於八十三年一月十一日公布施行，而本件保證書及開發信用狀暨融資契約書則早於八十一年六月四日簽訂，依法律不溯既往之原則，亦無適用之餘地。復按保證債務之所謂連帶，係指保證人與主債務人負同一債務，對於債權人各負全部給付之責任者而言，此就民法第二百七十二條第一項之規定自明。故連帶保證與普通保證不同，縱使無民法第七百四十六條所揭之情形，亦不得主張同法第七百四十五條關於檢索抗辯之權利。陳建利等人均為連帶保證人而非普通保證人，故陳建利等人抗辯修正之民法第七百三十九條之一明定保證人之權利不得預先拋棄云云，於連帶保證人自屬應適用同條所規定之「除法律另有規定外」之情形。是陳建利等人於簽立保證書時事前同意如被上訴人允許主債務人延期清償，保證人仍願負保證責任，並不違反法律之規定。又保證債務，除契約

另有訂定外，包含主債務之利息、違約金、損害賠償及其他從屬於主債務之負擔；另連帶債務之債權人，得對債務人中之一人或數人，同時或先後請求全部或一部之給付，民法第七百四十條、第二百七十三條第一項分別定有明文。本件碧優公司未依約還款，其中一千零五十七萬九千八百零八元本息與違約金部分，陳建利、葉佳齡、鄭楠興為連帶保證人；日幣九十四萬五千元本息與違約金部分，陳建利亦為連帶保證人，均應負連帶清償責任。惟被上訴人已於八十三年十月九日終止新台幣部分之保證契約；被上訴人、葉佳齡、鄭楠興並未擔任外幣融資契約之保證人，均不負連帶清償責任。因而將第一審判決命被上訴人給付一千零五十七萬九千八百零八元本息與違約金；被上訴人、葉佳齡、鄭楠興連帶給付日幣九十四萬五千元本息與違約金部分廢棄，改判駁回華僑銀行在第一審之訴，並駁回陳建利、葉佳齡、鄭楠興其他之上訴，經核於法並無違誤。兩造所訂之保證契約與開發信用狀暨融資契約尚難認有消費者保護法第十二條或公平交易法第二十四條所規定顯失公平之情事。華僑銀行、陳建利、葉佳齡、鄭楠興上訴論旨，係就原審取捨證據、認定事實及解釋契約之職權行使，各自指摘原判決對其不利部分為不當，求予廢棄，非有理由。

據上論結，本件上訴人華僑銀行，與上訴人陳建利、葉佳齡、鄭楠興之上訴均無理由。依民事訴訟法第四百八十一條、第四百四十九條第一項、第七十八條，判決如主文。

中 華 民 國 九 十 二 年 四 月 二 十 四 日

最高法院民事第一庭

審判長法官 李 錦 豐

法官 楊 鼎 章

法官 吳 麗 女

法官 許 朝 雄

法官 謝 正 勝

右正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 九 十 二 年 五 月 十 二 日

# 最高限額抵押設定契約

## 1. 最高法院民事判決 九十一年度台上字第二三三六號

最高法院民事判決 九十一年度台上字第二三三六號

上訴人 新竹國際商業銀行股份有限公司

法定代理人 詹宜勇

訴訟代理人 江錫麒律師

被上訴人 張玉宜

訴訟代理人 劉

右當事人間請求確認債權關係不存在（抵押債權不存在等）事件，上訴人對於中華民國八十九年十二月二十六日臺灣高等法院臺中分院第二審判決（八十九年度上字第三三三號），提起上訴，本院判決如左：

主 文

原判決關於確認抵押債權不存在及不得以拍賣抵押物裁定為強制執行暨命上訴人負擔訴訟費用部分廢棄，發回臺灣高等法院臺中分院。

理 由

本件被上訴人主張：伊於民國八十四年一月二十日提供坐落苗栗縣大湖鄉靜湖段五一二之五號土地及地上建物門牌大湖鄉民族路七九之一號房屋為訴外人劉佳榮向上訴人借款之擔保，而設定本金最高限額新臺幣（下同）七百六十萬元抵押權，此項抵押權之設定，目的僅在擔保劉佳榮為購置系爭房地向上訴人貸借五百萬元之債務，並不及於其他。詎上訴人竟以其對訴外人劉燕珠之二筆借款債權，係由劉佳榮任連帶保證人，聲請拍賣系爭不動產，超出伊預期擔保之範圍。按上訴人係屬企業經營者，在定型化之抵押權設定契約，約定逾越本件抵押權目的以外，債務人對第三人所負之連帶保證債務，致伊負擔不能控制之危險，且無三十日之審閱期間，依消費者保護法第十二條第一項、第二項第一款，暨同法施行細則第十一條第一項、第十四條第二項規定，該約定應推定為顯失公平而屬無效等情。爰求為確認上訴人對被上訴人之前開本金最高限額抵押權，關於臺灣苗栗地方法院（下稱苗栗地院）八十八年度拍字第三八四號拍賣抵押物民事裁定所載三十四萬八千五百零三元及一百四十一萬零九十五元暨其利息、違約金之抵押債權不存在；上訴人不得以該裁定就被上訴人所有系爭房地為強制執行之判決。（被上訴人另訴請塗銷系爭抵押權設定登記部分，第一、二審為其敗訴之判決，未據被上訴人聲明不服，已告確定。）

上訴人則以：伊自始未主張對被上訴人有任何債權債務關係存在，兩造間之法律關係並無不明確情形，被上訴人顯無提起本件確認之訴之法律上利益。且最高限額抵押權係為因應現代社會交易活動所設計，雙方互蒙其利，超出本金最高限額部分之債權不在抵押權擔保之範圍，被上訴人謂系爭抵押權設定契約違反誠信原

則，對消費者顯失公平云云，與事實不合。又被上訴人與劉佳榮係夫妻，對劉佳榮為劉燕珠之連帶保證人，所負連帶保證債務，必有相當程度之認知，本件最高限額抵押權之設定非如上訴人所言超出其預期範圍等語，資為抗辯。

原審將第一審駁回被上訴人之訴之判決部分廢棄，改判如其前述之聲明，無非以：被上訴人主張之事實，已據提出上訴人不爭之借據、不動產抵押契約、收據、土地暨建物登記簿謄本及拍賣抵押物裁定為證，堪信為真實。依證人即系爭抵押權設定之代書黃錦貞所為證言，不動產抵押契約及抵押權設定契約書均係被上訴人與劉佳榮親自蓋章；證人即上訴人辦理貸款之職員賴兆鉅亦稱，係由借款人拿契約找代書填寫等語。則被上訴人所稱系爭抵押權設定契約書非伊簽訂一節，核無足採。又黃錦貞代書係專業之土地登記代理人，其對抵押權之設定，究係普通抵押權或最高限額抵押權，知之甚稔，且稱伊辦理銀行貸款有二十五年之久，辦理此類貸款達百件以上，不動產抵押契約內容伊有看過云云，可知其就抵押權設定契約內容及其他約定事項，自己審閱多時，縱辦理系爭抵押設定時，兩造間未留三十日之審閱期間，亦與消費者保護法施行細則第十一條第一項之立法意旨無違，被上訴人執上訴人未留三十日之審閱期間，主張契約無效，尚屬無據。惟查依照當事人一方預定用於同類契約之條款而訂定之契約，為加重他方當事人之責任之約定，按其情形顯失公平者，該部分約定無效，民法第二百四十七條之一第二款定有明文。所謂「按其情形顯失公平者」，係指依契約本質所生之主要權利義務，或按法律規定加以綜合判斷有顯失公平之情形而言。本件抵押權設定契約係由上訴人所預定用於同類契約之條款，學說上稱之為附合契約。系爭抵押權設定之目的，係為擔保被上訴人之夫劉佳榮對上訴人之借款債務，而由被上訴人擔任連帶保證人及物上保證人各情，為兩造所不爭。按抵押權人與債務人間無基本契約為擔保債權發生之基礎關係，該抵押權因無一定之法律關係可資從屬，與抵押權之從屬性已有違背，且債務人與抵押權人間所生之一切債權，如因侵權行為或不當得利所生之偶發債務，或為第三人之保證人之保證債務，均可能成為擔保之範圍，致抵押人負擔不可預期之債務，又因擔保債權未劃定一定範圍，抵押物在最高限額範圍內受無限制之拘束，將使實際擔保債權額與最高限額間之抵押物交換價值陷於窒息狀態，妨害其交換價值之有效利用，且對其他債權人亦有順位優先而不公平，是就概括之最高限額抵押權自不應無條件承認其效力。系爭不動產抵押契約竟約定：「……張玉宜保證債務人劉佳榮對貴行（包括貴行總分支機構）現在、包括過去所負現在尚未清償之各項債務，及將來依償還合會金契約書、票據……等所負債務以及其他一切債務……」字樣，顯係加重被上訴人之責任。且依契約本質所生之主要權利義務（本件主要係擔保劉佳榮之借款債務）言之，亦有顯失公平之情形。又本件概括最高限額抵押權之設定，係經濟上強者之金融機關，以定型化契約之形式，使經濟上弱者之被上訴人不得不接受，抵押權人利用抵押物交換價值之獨占，立於較諸其他債權人優勢之地位，形成壓迫經濟上弱者之不公平後果，實有違社會正義之理想，揆諸民法第二百四十七條之一第二款規定，該部分約定應為無效。雖上訴人辯稱被上訴人係劉佳榮之妻，基於夫妻情

誼及本身為物上保證人與連帶保證人之利害關係，對劉佳榮為其姐劉燕珠所負保證債務，以三方關係之親密，被上訴人衡情亦應有所知悉云云。然查證人劉佳榮及劉燕珠已分別到庭證稱並未告知上訴人關於劉佳榮任劉燕珠保證人一事在卷，以劉燕珠與劉佳榮係姐弟關係，而作保復非通常人所願之情形觀之，劉佳榮、劉燕珠之證言應可採信，上訴人自難執以謂被上訴人於訂約時明知劉佳榮負有保證債務，主張上開契約條款為有效。綜上所述，劉佳榮對訴外人劉燕珠之保證債務應非系爭抵押權擔保之範圍，上訴人據以聲請拍賣抵押物之債權，即苗栗地院八十八年度拍字第三八四號裁定所載三十四萬八千五百零三元及一百四十一萬零九十五元暨其利息、違約金，既係劉燕珠對上訴人所負之二筆借款債務，被上訴人訴請確認上訴人該二筆債權就系爭抵押物之抵押債權關係不存在，即有理由，應予准許等詞，為其判斷之基礎。

查依照當事人一方預定用於同類契約之條款而訂定之契約，為加重他方當事人責任之約定，按其情形顯失公平者，該部分約定無效，固為民法二百四十七條之一第二款所明定。惟八十八年四月二十一日民法債編增訂該條規定之立法理由，乃鑑於我國國情及工商發展之現況，經濟上強者所預定之契約條款，他方每無磋商變更之餘地，為使社會大眾普遍知法、守法，防止契約自由之濫用及維護交易之公平，而列舉四款有關他方當事人利害之約定，而為原則上之規定，明定「附合契約」之意義，及各款約定按其情形顯失公平時，其約定為無效。是該條第二款所謂「加重他方當事人之責任」，應係指一方預定之契約條款，為他方所不及知或無磋商變更之餘地而言，而所稱「按其情形顯失公平者」，則係指依契約本質所生之主要權利義務，或按法律規定加以綜合判斷有顯失公平之情形而言。本件抵押權設定契約書係經具有辦理此類案件多年經驗之被上訴人代理人黃錦貞代書審閱多時，始由被上訴人及其配偶劉佳榮親自蓋章與上訴人簽訂，既為原審確定之事實。則原審未詳加敘明系爭抵押權擔保之範圍為何，以及該契約約定之條款有何為被上訴人或其配偶劉佳榮所不及知，或無可磋商變更之餘地，而有前述顯失公平之情形，遽謂系爭抵押權設定契約書約定「……張玉宜保證債務人劉佳榮對貴行（包括貴行總分支機構）現在、包括過去所負現在尚未清償之各項債務，及將來依償還合會金契約書、票據、（保證）……等所負債務以及其他一切債務……」字樣，係加重被上訴人之責任而無效，並認上訴人不得以債務人劉佳榮因保證所負債務聲請就系爭房地強制執行，於法即欠允洽。上訴論旨，指摘原判決其敗訴部分為不當，求予廢棄，非無理由。

據上論結，本件上訴為有理由，依民事訴訟法第四百七十七條第一項、第四百七十八條第一項，判決如主文。

中華民國九十一年十一月二十一日

最高法院民事第四庭

審判長法官 蕭 亨 國

法官 許 朝 雄

法官 謝 正 勝

法官 陳 淑 敏  
法官 鄭 玉 山

右正本證明與原本無異

## 加盟店契約

### 1. 臺灣臺北地方法院民事判決 八十九年度訴字第二一七四號

臺灣臺北地方法院民事判決 八十九年度訴字第二一七四號

原 告 永準貿易有限公司  
法定代理人 黃華亭  
訴訟代理人 雷明德  
被 告 滿庭芳彩色沖印有限公司  
法定代理人 丁燕芳  
訴訟代理人 吳庭貽

右當事人間請求給付違約金事件，本院判決如左：

主 文

被告應給付原告新台幣貳拾萬元。

原告其餘之訴駁回。

訴訟費用由被告負擔二分之一，餘由原告負擔。

本判決原告勝訴部分於原告以新台幣柒萬元供擔保後，得為假執行。但被告如於假執行程序實施前，以新台幣貳拾萬元為原告預供擔保，得免為假執行。

原告其餘假執行之聲請駁回。

理 由

- 一、按訴狀送達後，原告不得將原訴變更或追加他訴，但減縮應受判決事項之聲明者，不在此限，民事訴訟法第二百五十五條第一項第三款定有明文。原告原主張被告未向其購買相紙、藥水等產品，並私自更換他廠商招牌即與該廠商從事項同產品買賣，本於兩造所簽訂之專門店合約書第十條約定，請求被告給付五十萬元及返還前所交付使用之廣告招牌二面，嗣訴訟進行中，更改聲明為請求被告給付四十萬元，核此項聲明，應屬減縮應受判決事項之聲明，與上開規定並無不合，應予准許，先予敘明。
- 二、原告起訴主張其與被告於八十五年五月一日簽訂專門店合約，約定由其提供廣告招牌二面供被告使用，而被告則負有須於五年合約期間履行向其訂購所需彩色相紙、藥水，而不得向第三人購買之義務。詎被告自八十八年九月一日起即未再向原告或原告之總經銷訂購相紙、軟片、藥水等快速沖印產品，嗣並私自更換其他廠牌招牌及與該廠商從事相同產品買賣，為此，本於專門店合約第十條，訴請被告給付違約金四十萬元等語；被告則以兩造所簽訂之專門店合約屬於定型化契約，依消費者保護法第十二條規定，應認專門店合約書第十條關於違約金之約定無效。縱認上開違約金條款並非無效，但原告所提供之藥水刺鼻、原告關係企業出售之印放機器既存有瑕疵，原告未依合約第六條約定履行機器維修及品質檢驗之義務，導致被告之客戶流失並虧損

連連，被告之經營權易手，法定代理人並變更，自無庸給付違約金，再縱認被告仍應負責，但系爭專門店合約具有繼續性供給性質，爰以此終止兩造之專門店合約。又縱認被告之終止不合法，原告所請求之違約金亦屬過高，並請酌減等語置辯。

- 三、原告主張其於八十五年五月一日與被告簽訂專門店合約，為期五年，由被告成為原告之「柯尼卡彩色快速沖印連鎖專門店」，被告自八十八年九月一日起即將原廣告招牌更換他廠牌，並不再向原告訂購相紙、藥水等產品等情，業據提出專門店合約、客戶往來資料查詢等件為證，復為被告所不爭執，自堪信為真實。
- 四、參酌消費者保護法第十一條第一項所設「企業經營者在定型化契約中所用之條款，應本於平等互惠之原則」，及第十二條之「定型化契約中之條款違反誠信原則，對消費者顯失公平者，無效」之規定，可知，消費者保護法第十二條所規範之定型化契約條款使用者應為企業經營者，而他方當事人，即條款使用者，乃以「消費」為目的，而與企業經營者為商品之交易或使用，或接受該經營者提供服務之人，亦即消費者與企業經營者所約定之定型化契約應以消費關係為限。被告雖抗辯專門店合約係定型化契約，依消費者保護法第十二條規定，專門店合約第十條關於違約金之約定應為無效云云。惟查，兩造簽訂之專門店合約乃被告成為「柯尼卡彩色快速沖印連鎖專門店」之契約，已如前述，被告並須依原告之指示，於店面招牌上使用原告之服務標章及標幟，但享有原告所提供之一切廣告、促銷優待辦法及合約所規定之權利（專門店合約第一條參照），兩造之權利義務，尚與消費為目的而為交易、使用商品或接受服務等情不同，與消費者保護法所規範之消費行為有間，則縱認專門店合約第十條約定有違誠信原則，對被告顯失公平，亦難以消費者保護法第十二條規定而為該條款無效之認定。被告此項抗辯，於法未合，不足為採。
- 五、按當事人主張有利於己之事實者，就其事實有舉證之責任，民事訴訟法第二百七十七條第一項定有明文。被告次抗辯稱依照專門店合約第六條約定，原告負有機器維護及品質檢驗之義務，但原告對所提供之藥水刺鼻致身體不適及其關係企業所銷售之沖印機存有瑕疵等情事置之不理，已違反其義務，本於專門店合約具有繼續性供給之性質，茲以此為由終止合約云云。然此等事實已為原告所否認，而被告除舉出銷售沖印機之亨翰貿易股份有限公司之附條件買賣契約書為證外，就藥水刺鼻致身體不適及沖印機存有瑕疵，未盡機器維護及品質檢驗之義務及客戶流失造成虧損等事實加以舉證，被告據此為終止專門店合約之理由，實無依附，則姑不論專門合約之法律性質，但被告既無法證明原告提供之藥水、亨翰貿易股份有限公司銷售之印放機有瑕疵之事實，所為原告違反專門合約第六條約定義務之抗辯即不能採。被告另辯稱因藥水、印放機問題客戶流失致虧損連連，而為經營權之轉讓，並辦妥法定代理人變更登記手續。惟公司乃以營利為目的，依照公司法組織登記成立之

社團法人，而被告為有限公司組織，亦即由五人以上二十一人以下之股東所組織之公司，於清算完結後，公司法人格始歸於消滅（公司法第二十五條規定參照），因而，公司法定代理人之變更，僅為公司機關之異動，法人人格仍屬存續，則被告公司法定代理人雖由吳庭貽變更為丁燕芳，但被告之法人人格並無消滅，被告仍負有履行專門合約約定之義務，被告辯稱法定代理人變更無庸負責云云，亦無可取。

六、次按「乙方（即被告）同意不得於其店面標示與本約產品有關之其他廠牌服務標章，並僅得使用及銷售購自甲方（即原告）及其總經銷（篤志貿易股份有限公司）所行銷販賣之相紙、藥水等。」、「(三)乙方所需之材料，包括彩色相紙、藥水等，應向甲方及其總經銷公司訂購，且不得將之轉售第三人。：：(五)乙方同意展示陳列之軟片及廣告物，不得含有其他廠牌，俾維連鎖店形象。：」，為專門店合約第三條、第七條第一項第三款、第七款所明訂，是被告於合約之五年期間，負有僅得使用及銷售購自原告及其經銷公司行銷之相紙、藥水等產品，並不得展示含有他廠牌之軟片及廣告物之義務。然而，被告未經原告同意即將原所提供招牌更換他廠招牌，並向他公司訂購相紙、藥水等產品，為被告所不爭執，則被告違反專門店合約第三條、第七第一項第三款、第七款之事實甚明。原告本於專門合約第十條關於未遵守第一條至第七條之違約金約定，請求被告給付違約金，自屬有據。

七、第按民法第二百五十二條規定：「約定之違約金額過高者，法院得減至相當之數額。」故約定之違約金苟有過高情事，法院即得依此規定核減至相當之數額，並無應待至債權人請求給付後始得核減之限制。此項核減，法院得以職權為之，亦得由債務人訴請法院核減。最高法院七十九年度台上字第一六一二號民事判例已明揭其意。茲對於原告請求之違約金審酌如下：

(一)按當事人得約定債務人不履行債務時，應支付違約金；違約金，除當事人另有約定外，視為因不履行而生損害之賠償總額。但約定債務人不於適當時期，或不依適當方法履行債務時，即須支付違約金者，債權人於債務不履行時，除違約金外，並得請求履行或不履行之損害賠償，民法第二百五十條定有明文。是違約金者，係以確保契約之履行為目的，於當事人間約定債務人不履行債務時，應支付之金錢；而當事人約定債務人有不履行契約義務時，除支付違約金外，尚應負損害賠償責任者，該違約金即為懲罰性違約金；如無此特別約定者，該違約金即為債不履行時債務人所應賠償之數額，而為賠償額預定性之違約金，亦即一旦有債務不履行情事發生，債權人即不待舉證證明其所受損害係因債務不履行所致及損害額之多寡，均得按約定之違約金，請求債務人支付。專門店合約第十條後段約定之違約金，「．．．支付違約金新台幣伍拾萬元，作為彌補甲方為設計製造招牌、服務標章及協助行銷推廣等之成本費用暨賠償費用。」，依條文文義解釋，兩造所約定之違約金乃為彌補設計製造招牌、服務標章及協助行銷推廣等之費用，性質上要屬損害賠償額預定之性質，故而，被告抗辯本件違約金乃損害賠償總額之預

定，尙堪採信。

(二)次按當事人得約定債務人不履行債務時，應支付違約金。又約定之違約金過高者，法院得減至相當之數額，民法第二百五十條、第二百五十二條分別定有明文；而衡量違約金是否過高是否相當仍須依一般客觀事實、社會經濟狀況及當事人所受損害情形，以爲酌定標準。又約定之違約金是否過高，應就債務人若能如期履行債務時，債權人可得享受之一切利益爲衡量之標準，最高法院四十九年台上字第八〇七號判例、五十一年度台上字一九號民事判例意旨可資參照。經查，原告因製作招牌，支出六萬三千五百八十元，提出估價單附卷爲證，被告雖否認該單據之真正，但自認其專門店門口橫式招牌乃原告所新設的（見本院八十九年九月七日言詞辯論期日筆錄），原告因設置廣告招牌確曾支出費用之事實堪可認定。又原告主張被告訂購相紙、藥水之月數量約爲三十卷及二萬五千元，雖爲被告所否認，但以兩造不爭執之客戶往來資料查詢加以計算，被告之月平均訂購軟片、相紙、藥水之金額約爲六萬元，則以八十八年九月一日起至專門店合約期間屆滿之九十年四月三十日止，被告計有二十個月未與原告交易，原告約有一百二十萬元之營業額損失，準此，原告亦受有此項營業利潤之損失。再以原告提供促銷活動及增品提供而言，亦可觀之上開客戶往來資料查詢上「註」之記載，於送交訂購產品時，併送有贈品，足認原告所稱爲 KONICA 產品行銷投入廣告、舉行促銷及贈品活動之主張爲真，原告雖係爲全體柯尼卡彩色快速沖印連鎖專門店而爲此等費用支出，但因被告之掛用他廠招牌、經營他廠沖洗相片業務，原告所爲廣告支出及行銷費用支出，無異無法達到預期效果，堪認因此受有損失。但以被告僅餘二十個月之合約期間，之前均無違反合約情事，原告所受損害尙難認相當重大，原告請求給付四十萬元違約金，實有過高，爰斟酌原告受損及被告違約情事，及被告乃屬經營快速沖印店中小企業之經濟地位，認以每月一萬元之違約金爲相當，原告請求被告給付二十萬元範圍之內爲有理由，應予准許，逾此部分之請求，應予駁回。

八、兩造均陳明願供擔保，聲請宣告假執行或免爲假執行，就原告勝訴部分，經核並無不合，爰分別酌定相當擔保金額准許之。至原告敗訴部分，其假執行之聲請已失所附麗，併駁回之。

九、本件事證已臻明確，兩造其餘攻擊防禦及立證方法，均與判決結果無影響，茲不再一一論述，附此敘明。

十、結論：原告之訴爲一部有理由，一部無理由，依民事訴訟法第七十九條、第三百九十條第二項、第三百九十二條，判決如主文。

中 華 民 國 八 十 九 年 九 月 二 十 日  
民 事 第 一 庭 法 官 許 純 芳