

教育部補助法律專業科目教學改進計畫

財產法專題研究期末報告

計畫主持人 何之邁教授

協同主持人 杜怡靜助理教授

向明恩助理教授

兼任助理 胡詩梅

陳建至

委託單位：行政院教育部

執行單位：國立台北大學法學院

中華民國九十七年一月二十七日

目錄

壹、源起	3
一、研究目標	3
二、研究內容	3
三、研究方法	3
貳、執行情形	5
一、內部會議	5
二、教學範本之撰寫	7
三、教學觀摩會之舉辦	8
四、座談會	21
參、結案報告	22
肆、結論與建議	188

壹、源起

一、研究目標

民法領域之浩瀚無垠，因此一般無論法律或非法律系學生，學習民法往往偏重法條文義解釋，缺乏體系學習，即學習上偏重點的學習，欠缺關於面的學習，因此所得到的觀念較為零碎與片面。有鑑於此，本計畫雖以契約法為主，但期能打破民總、債總、債各及物權等民事法各章節間之藩籬，以較為全方位之角度，突破以往偏重以法條為主之民法教學以及學習方式，建立學生理解整部民事財產法之架構，在此前提下思考契約法相關理論架構以及開啓其以全面性思考能力來解決法律問題。

二、研究內容

民事法分為二大領域及財產法與身份法。而財產法的內容於民法中又可分為總則、債總、債各、物權等各編，身份法則分為親屬與繼承。本計畫擬以財產法中之契約法為核心，打破向來民法教學體系區分民總債總債各及物權之界線，以契約為出發點，整合從民總到物權之相關概念，建立民法體系之一貫性以及法律邏輯之完整性。

三、研究方法

(一)文獻分析法

本計畫將蒐集我國實務關於財產法之案例事實，並參考國內學者著作，將與案例事實相關之法律概念整理說明，進而分析案例相關問題，適時提供我國實務見解與學說看法，以期學生能深刻了解法律之適用。

(二)模擬研究法

本計畫欲以試教之方式，讓學生親身體驗對話式教學，藉由師生互動教學引發學生思考，並鼓勵討論，使學生能在實際案例中將理論與事實結合，對於案例的解決能主動思考爭點。本計劃已於十一月八日舉辦第一次教學觀摩會，藉由學

生之反應設計出對學生最有吸收效率的課程，亦能跳脫以往法學課程較生硬的教學內容。

(三)交叉分析法

本計畫已於教學觀摩會後舉行座談會，並於十一月十四日進行檢討會，討論觀摩會之成果，加以改善，日後將不定時開會與舉辦研討會。

貳、執行情形

一、內部會議

時間	討論事項	執行成果
四~六月	籌備、計畫方向	籌備、計畫案提出
七、八月	單元之撰寫分工與進度、方式	1.資料搜尋:由判例至地方法院，擇貼近日常生活之案例，參考日本資料之撰寫方式 2.完成表格，調整原計畫的單元分配，呈現完整之構思架構
九月初	教材撰寫方式之調整	Q 問題提出 1 學習重點 2 論點 3 作業演練 4 教師手冊:記載思考過程、參考答案

九月中	規劃計畫之進度、撰寫內容調整與修正	<p>預定 9 月底完成規劃</p> <p>* 撰寫方式(一)案例(事實) (二)爭點整理 (三)分析 (四)教師手冊(思考過程)</p> <p>10 月底完成初稿 (1~4 單元)</p> <p>11 月初舉辦教學觀摩會與座談會(與他專案互相檢討)</p> <p>* 教學觀摩會 時間:11 月之某星期四 方式:合併杜老師、向老師教授之債篇課程，以案例提出，對學生進行引導教學。</p> <p>* 座談會時間將再另與他專案討論</p> <p>11 月 24 日期中報告</p> <p>12 月依進度完成各單元</p>
十月	教學觀摩會之準備	<p>教學觀摩會之案例:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1.限制行為能力人之法律行為-杜老師 2.締約過失-向老師 <p>並製作案例講義、教學觀摩會海報、確定場次時間</p>
十一月	教學觀摩會之進行與會後檢討、準備期中報告	<ol style="list-style-type: none"> 1.製作案例 power point 與問卷調查、座談會記錄、問卷分析，確定案例設計對象適合一、二、三年級之學生，並得到同學熱烈的迴響，並進行會後檢討 2.期中報告將呈現之結論與建議事項
十二、一月	進行結案報告內容之撰寫	<ol style="list-style-type: none"> 1. 陸續完成第 5 至 8 單元、討論撰寫內容 2. 邀請校外學者與大一、法專所學生進行座談會 3. 完成報帳相關事宜
會議次數		<p>四月:1 五月:3 七月:1</p> <p>九月:3 十月:1 十一月:3 十二、一月:3 次</p>

二、教學範本之撰寫

(一) 定義本土案例：以目前之判例、最高法院及下級法院之判決、法律座談會相關案例等實務見解為主要對象，蒐集相關之實務見解。例如本次期中教學觀摩的「限制行為能力人之法律行為」案例就是以搜尋到的高等法院九十年度上易字第四七六號判決為本土案例。

(二) 蒐集、篩選及整理本土案例：以單元大綱表為主軸，依各該單元去設計主題，進而依單元主題搜尋本土案例，再依司法院之法學資料檢索系統、法源法律網為去搜尋直接與間接與本研究相關之代表性資料，另外更參考了日本法科大學院相關之講義教材，檢討案例之整理。於案例之選擇方面，則是分別鍵入「關鍵字」或「法條條項」或「一定判決作成期間」等進入該系統後，就所搜尋到之相關案件，分類為司法院解釋、最高法院之判例、判決、法律座談會討論之案例等本土案例。例如本次期中教學觀摩的「限制行為能力人之法律行為」章節，一開始的案例就是搜尋自司法院法源檢索系統，以關鍵字「限制行為能力人」搜尋而得。

(三) 分析本土案例：先將最高法院之判例、判決及法律座談會案件的法律見解進行歸納，討論相關法律概念，然後挑選其中具有代表性或特殊性之案件及實務見解，尤以貼近日常生活者為佳，進一步詳細閱讀其案例事實，將判決當事人姓名轉換後，進而簡化成與該單元有關之法律案例，再依該案例作如下整理：1.尋找爭點2.針對爭點逐一分析3.就該案例衍生之相關法律問題作為教師手冊之內容。例如本次期中教學觀摩的「限制行為能力人之法律行為」案例，就是進行爭點整理，將事實與涉及民法第七十七條至八十三條法律關係作結合。流程如下：

挑選案例→ 閱讀案例→ 簡化事實，製成與該單元有關之法律案例→

依該案例作如下整理：1.尋找爭點

2.針對爭點逐一就現行實務、學說見解進行分析檢討

3.就該案例衍生之相關法律問題作為教師手冊之內容，對此主題建立一套完整之法學知識

(四) 將案例與法學概念結合：透過分析該實務案例中法律見解之內容，對應該法學概念並得出結論。例如本次期中教學觀摩的「限制行為能力人之法律行為」案例，就是特別針對案例中涉及到的民法第七十七條至八十三條法律關係，透過爭點整理與引導式問答，將限制行為能力人法律行為之原則與例外有效之情形相結合。

(五) 將法學知識構成教案：除了進行案例分析外，於學生了解相關之法律概念後，接著設計教師手冊，使問題延伸、變形，提供多面向的思考流程。

(六) 透過課程設計活動與作業將一個事實呈現不同法律面向，激發學生全面性思考：於撰寫過程中，發現之相關法律問題或者針對討論部分更深入的問題探討，設計成生活化之案例，透過互動式之教學，且可於互動、討論之過程，傳遞法學概念。同時，定期舉行教學觀摩會，實際演練，調查與整合師生意見，以之為內容修改之方向。例如本次期中教學觀摩的「限制行為能力人法律行為」案例，即結合習題，並於此案例外，另設計限制行為能力人為法律行為例外有效之情形，使學生能充分掌握民法第七十七條至八十三條之運用。

三、教學觀摩會之舉辦

本計畫於十一月八日下午三時至四時於民生校區教學大樓一〇一教室舉辦教學觀摩，選擇「限制行為能力人法律行為」案例與「締約過失」案例為教學範本。參與同學多為大學部二、三、四年級。

教學方式係由兩位主持人先後授課，以 power point 方式，分別就案例、分析與作業之部分予以授課。會後舉行觀摩座談，會後座談全程錄音並照相。

觀摩完畢隨即以問卷詢問學生滿意度、建議與學習效果，並製作問卷分析結果。

(一) 教學觀摩會後座談會紀錄

同學：就我所知，關於今天的議題其實學說上有很多見解，老師在講解的時候會不會將這些見解一一列出呢？

向老師：是的，我剛剛也有提到關於締約上過失學說上有很多不同之見解，這個在我的講義之中也有提到，甚至實務跟通說也有不同見解，也有老師認為應直接刪除契約未成立時這樣子的規定，這個我也有提到，只是今天我的時間不多，沒辦法就很多見解一一說明，主要是讓同學知道在面對一個案例時該如何去思考，主要解析的部分，如學說上不同之見解我們會另外有資料發給同學，謝謝

杜老師：其實我們寫的會比我們講的多，而且目前寫的東西以後可能會出書，所以剛剛同學所提到的學說爭議的部分，因為大家未來都要參加考試，當然會想知道說其他學者的看法是什麼，只是今天真的事侷限於時間不夠，所以沒有辦法一一說明，不過我們不僅有講義，而且裡面都有附上參考資料，各位如果有興趣的

話有可以進一步參照。

向老師：附帶一提，我們的編排不僅僅是只有案例而已，還有爭點分析，那爭點分析的部分就有包括實務見解跟學說見解，有通說也有少數說的分析，除此外還有思考流程，也就是除了本案例的問題之外，就爭點的部分還會作向外衍生的工作，討論到有相關的議題，我們也會擺進去，不要讓同學只事侷限在這個案例之中

同學：關於講義的部分，是不是可以請老師在上課前先發，像剛剛大家都是進到教室後才看到講義的，這樣學習的效果可能不是很好

杜老師：沒錯沒錯，這是一個很好的建議唷，不過事先發也有一定的難度，畢竟這只是觀摩會而已，我們也無法預測到底有多少人會來，但如果是在課堂上的話就有可能了，因為要先讓同學知道說今天我們要討論什麼，再來討論這樣大家比較容易進入狀況。

同學：因為在這個案例上會有很多的不確定法律概念，那因為大家對這方面的了解都不是很熟悉，所以在聽老師講解的時候，在還沒上到相關課程的時候，可能會有點難跟的上

向老師：我贊成同學的說法，在還沒有受到基本的法律知識概念，他可能不知道什麼事誠實信用原則，因為這個東西可能會太過於空泛，所以才需要配合實際的案例來看，這樣同學們才可以更加的了解，不要說不確定的法律觀念，很多法律概念都是需要案例的學習才會更加的了解，而且我們主要設計的狀況是針對初學者，或者是剛學法律沒多久的同學，你可能剛好學到締約過失的範圍，那我們雖然可能知道這部分的條文在講什麼，但如何把一個一個條文透過案例作一個串連的工作來回饋，那這是在案例解題裡最最重要，因為我常發現同學常說，老師，條文我都懂，逐條釋義我也會，可是就是在碰到案例題的時候不會用，用不出來，原因就在於太少案例去讓你做思考，或者是你太欠缺去看一個案例讓你的腦筋做一個串連的工作，要讓大家見林，而不是只看到一顆顆的樹，當然這也是我們案例教學所要努力的目標。

杜老師：這是一個讓同學怎麼去思考一個案例的一種方式，也就是如果你已經不是初學者了，那你在碰到一個案例的時候，是不是也是這樣子去思考，因為你就我們的思考流程去了解，就比較不會有遺漏的部分，你的思緒會比較完整，基本觀念的建立固然很重要，但是也要培養讓同學有解答一個案例的能力，看到問題

就知道說這個題目的爭點在哪裡，這也是我們設計爭點整理的目的，讓你訓練對實例題的解答。

同學：剛剛老師提到爭點整理的問題，像國外都是一個案例發下來讓同學自己去整理爭點，那今天老師都把爭點整理出來給同學，事不是會讓同學們的思考受到限制

向老師：我贊成你的說法，因為我們的思考也是會有遺漏的，但是就像今天同學們在做國考的題目時，也會去看補習班的解答對不對，但是你千萬不要立刻去看答案，我們只是提供你一個思考的方向，我也在這再次強調同學在學習得時候不要立刻看答案，因為這已經扼殺掉你學習思考的能力，看到題目先去想，你可能在這題目之中會碰到什麼問題，想清楚之後再來看爭點整理的部分，你會發現，第一，我沒想到的老師想到，第二，我想到的老師沒想到，這時候你就可以大概知道我的能力是好的，還是不好的，是中等，還是中上程度，所以我不否認這位同學說的，但是在思考之前，請先不要看爭點整理的部分。

杜老師：我們也想說今天不要把爭點整理給大家，只是如果不給大家在這麼短的時間之內大家一定不可能整理得出來，而且可能要花費很多時間，所以我們才事先寫下來，當然最好的方式就像同學說的一樣不要事前先給，而事讓同學自己先試試看有沒有辦法思考出爭點，那我們這種方式主要使採日本在司法考試的解題方式，也是這樣做，這事一種訓練，但是我們也是不希望同學事先先看了爭點整理的部分，而是自己先嘗試看看。

同學：關於老師講解案例時，可能會有涉及到很多的法律概念，例如民總債總債各都會涉及到，甚至是數種法律的結合，這樣的學習當然是很好的一種方式，但是是不是希望老師可以就這方面多給同學一些訓練，或者是可以出一本書來教我們怎麼做。

杜老師：你說的也是我們正在做的，如何把民法給打散，像我們這個是契約法的東西，涉及到民總債總物權，甚至第一個案例裡還有親屬的問題，那怎麼去打破這個章節，因為像以後的法學教育應該也是這樣子的，會結合，實體法跟訴訟法也會結合，這就是一個趨勢，這也是我們開這個觀摩會所要傳達的概念，希望大家會了解。

向老師：補充杜老師說的，在德國的國家考試，民法的話是純粹民法，行政法的話就是跟行政訴訟法一起考的，所以將來我們的法律教育也可能是朝這方面來改革的。再者我們所選擇的案例都是本土的案例，像我的案例是選自台中地院 91 年訴字 1259 號判決，也希望跟同學的生活關係是可以很貼切的，大家也可以是

比較熟悉。

同學：老師剛剛很強調邏輯上的思考，像其他學校在大一大二的時候，可能會有開邏輯的課程讓同學來選修，不知道老師贊不贊同這樣子的做法？

向老師：我覺得邏輯其實不必然，但是我強調法學方法論的課，因未來及這種東西其實大家從小的時候就開始在學了，所以其實不是必然的一定要去強調邏輯，但是在大家踏進法律這個領域後，我覺得法學方法論會是一年級學生學習上的一個重點。

同學：我覺得像今天這樣的方式很好，讓我可以學到很多，畢竟在上課的時候很多老師的上課方式還是都在逐條釋義，沒有辦法讓同學有一個結合法條跟案例的能力，今天這種方式的講解讓我學到了很多

杜老師：這就是解題的能力，就是案例事實跟如何適用法律的連結，這是必須透過訓練的，所以我們也是想透過這種教材的編輯給同學多一點這方面的知識跟訓練，但畢竟我們的教育方式還使傾向逐條釋意的方式，那我們想我們未來還是可以就這方面繼續去做。

向老師：我再次強調，我們課程的設計在於，案例的設計，爭點整理，找 issue，這完全就是像英美法的思維方式，因為找的到爭點的話，你就有解決爭點的能力，為什麼，因為解決爭點你可以找資料，或是透過學習，但是找爭點是一種對問題的敏感度，這對同學來說是很重要的。

（二）案例式教學問卷調查

案例式教學，不同於傳統之法學教育，乃係藉由案例設計輔以法理說明，達到師生對話式之教學。針對此次「財產法專題研究」之案例式教學，國立台北大學民事法研究中心特別設計了此份問卷，以了解參與之學生對於案例式教學適應之程度，並改善不足之處，設計出更活潑寫實之法學課程。以下之問題，答案分為：非常同意、同意、無意見、不同意。若有具體之意見或建議，歡迎踴躍表達。

1. 案例之選擇您覺得是否適合？

非常同意 同意 無意見 不同意

具體建議 _____

2. 此種案例式教學是否引起您的學習興趣？

非常同意 同意 無意見 不同意

具體建議 _____

3. 此種方式之說明，是否讓您更清楚了解法律之適用？

非常同意 同意 無意見 不同意

具體建議 _____

4. 請問您是否會閱讀參考資料而自行延伸學習？

非常同意 同意 無意見 不同意

具體建議 _____

5. 透過互動式教學，尋找案例的爭點，是否引起您的興趣？

非常同意 同意 無意見 不同意

具體建議 _____

6. 討論出爭點後，再逐一引領您思考分析，是否增加您對實例題的解析能力？

非常同意 同意 無意見 不同意

具體建議 _____

7. 作業部份，您是否覺得過於困難？

非常同意 同意 無意見 不同意

具體建議 _____

8. 請您自我評估學習成果，是否有助於提高學習效果？

非常同意 同意 無意見 不同意

具體建議 _____

9. 請問您對案例式教學之認同度？

非常同意 同意 無意見 不同意

具體建議 _____

10. 其他建議 _____

感謝您的參與，請填上您的系級 研究所 _____ 年級

法專所 _____ 年級

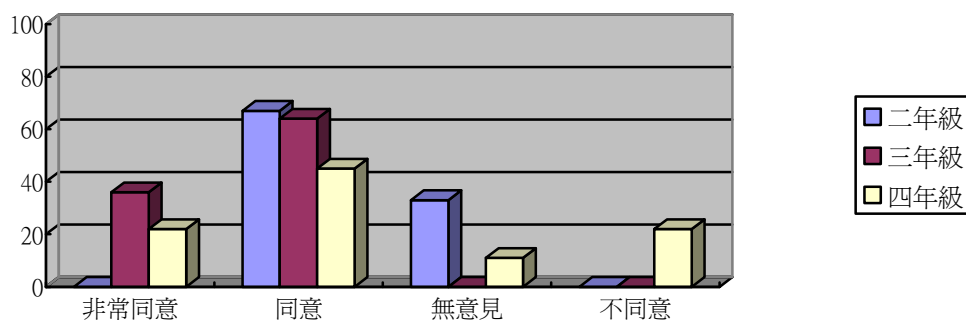
大學 _____ 年級

(三) 案例式教學問卷分析統計結果

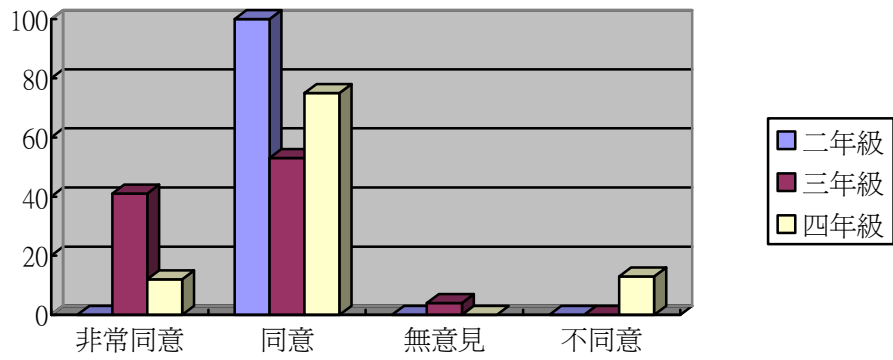
這次參與的同學為二、三、四年級居多，尤以三年級同學居大多數，問卷統計乃依非常同意、同意、無意見與不同意，此三項回答進行分析，圖表如下：

一. 案例之選擇您覺得是否適合？

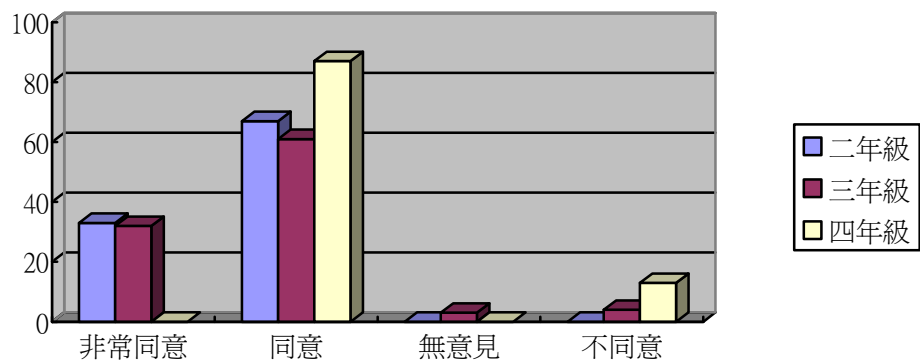
(單位: %)



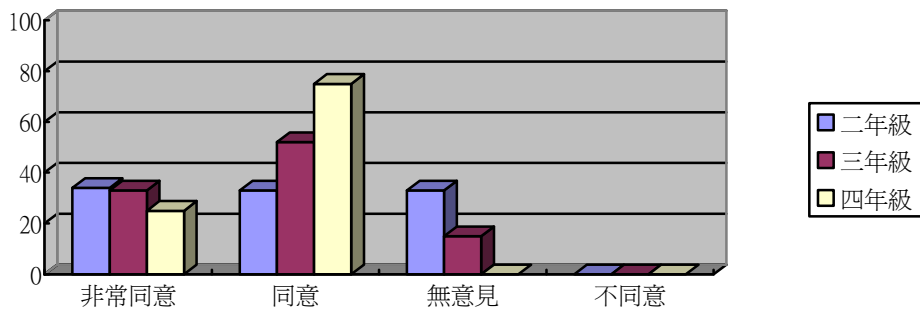
二. 此種案例式教學是否引起您的學習興趣？



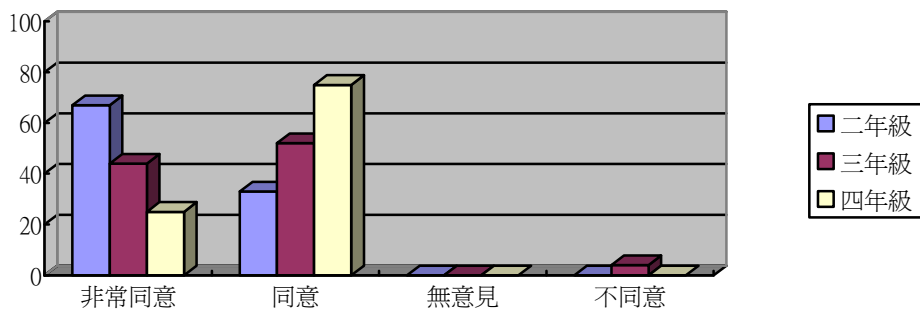
三. 此種方式之說明，是否讓您更清楚了解法律之適用？



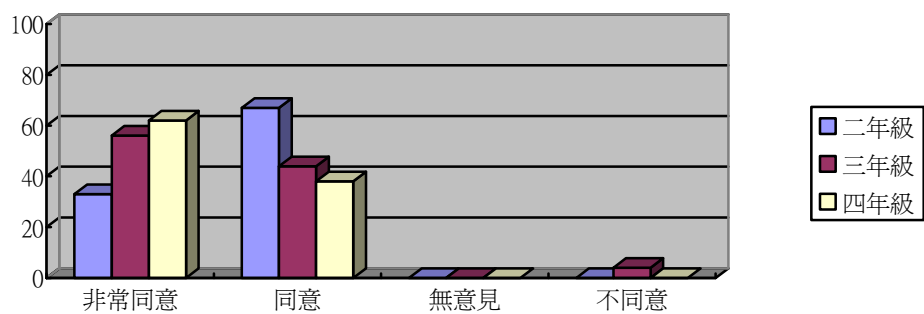
四. 請問您是否會閱讀參考資料而自行延伸學習？



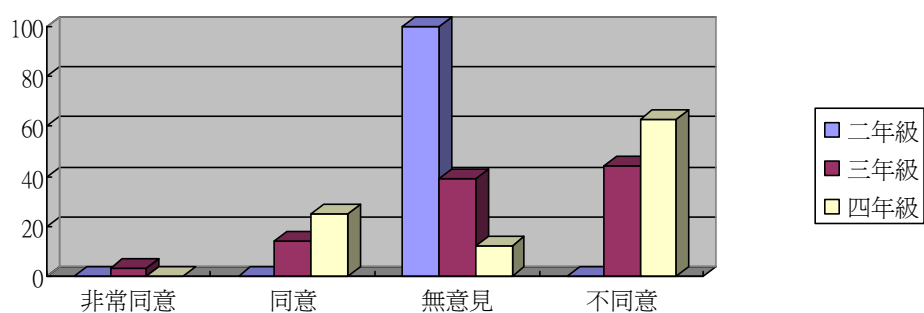
五. 透過互動式教學，尋找案例的爭點，是否引起您的興趣？



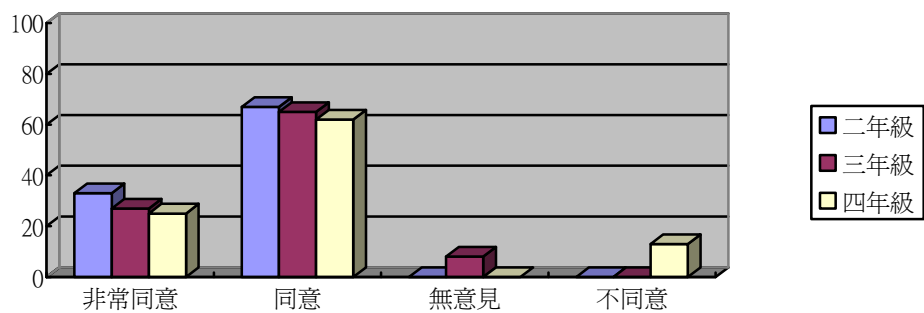
六. 討論出爭點後，再逐一引領您思考分析，是否增加您對實例題的解析能力？



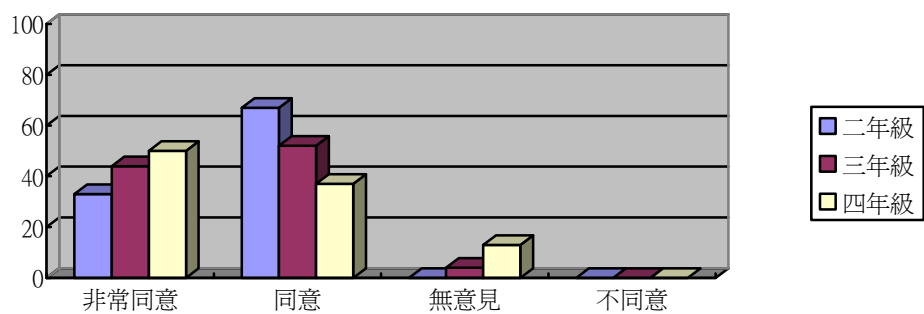
七. 作業部份，您是否覺得過於困難？



八. 請您自我評估學習成果，是否有助於提高學習效果？



九. 請問您對案例式教學之認同度？



十· 其他建議

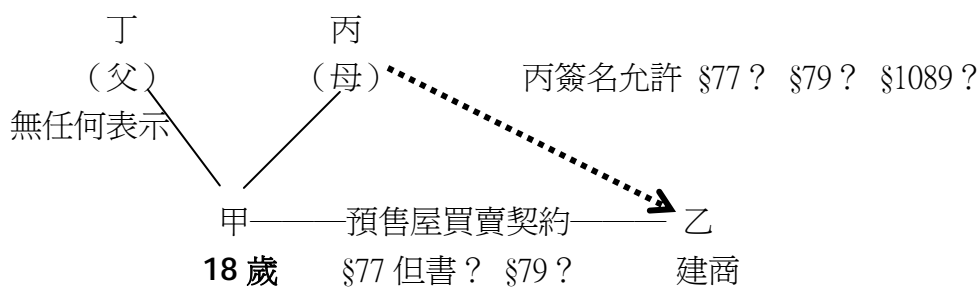
1. 希望能將講義或教授的範圍事先於上課前提供給學生，始有思考的可能，增加討論的機會，嘗試自己尋找爭點
2. 希望互動教學是小班制，希望此課程盡快實施
3. 如果不熟悉法條的適用，直接進入案例的探討，可能無法知悉應適用何法條
4. 建議應給已學習過相關法條之學生作為學習的匯整，因對不熟悉法條者適用會較為困難，不過此案例對實例解答的思考很有幫助
5. 建議適合已有基礎的學生學習，可先讓同學上台報告後，再由老師說明
6. 希望能控制上課的速度，勿過快，稍留時間給學生思考
7. 希望案例的設計可由簡入難
8. 這樣的過程對解題步驟及過程幫助很多，增加熟悉度，也可以主動學習，比使用教科書有趣多了
9. 關於案例的爭點部分應如何選擇？希望可以教學何謂爭點？
10. 建議修此課程的前提已先修過相關基礎概念課程
11. 雖此授課方式比逐條解釋有體系，但希望留時間由同學討論並提供作業的答案，爭點部分可先問同學，再由老師補充
12. 希望教學與案例演練的課程可以並重，建議學校將法學方法論的課程安排在大一
13. 希望能多增加引導式問句，幫助思考
14. 先作小組討論可能優於直接課程的教授
15. 雖能找出爭點所在，但在解題時，如何將法律條文和事實作涵攝並有順序的寫出，將有困難

(四) 教學觀摩會教學講義

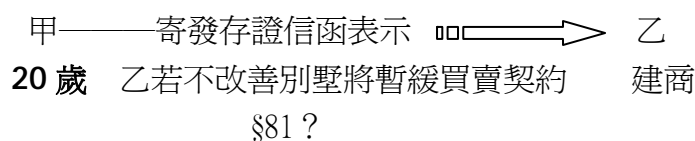
限制行為能力人之法律行為

一、案例

現年僅十八歲之甲與經營桃花源空中別墅預售屋之乙訂立房地及車位買賣契約，甲之母丙向來疼愛甲，因此為避免甲之父丁不願購買，丙決定先斬後奏，並於買賣契約上簽名，惟待甲成年後，由於即將完工之實屋與當初空中別墅展示之樣品高度有所差異，故甲寄發存證信函向乙聲明此主張，並表示於乙若未做合理解決前，買賣契約暫緩進行。此時乙向甲主張此存證信函既已由已成年之甲所發，即已承認此買賣契約有效，至今甲仍未付此屋之買買價金，故向甲索償違約金。惟甲主張其主動寄此存證信函並非承認，因乙需催告甲後，甲並為確答承認時，始生與法定代理人之承認同一效力，故買賣契約不存在，無須支付違約金，試問本案誰之主張為有理由？（引自高等法院 90 年上易字第 476 號判決）



<~二年後~>



甲主張
存證信函中表示，「乙若不改善別墅，將暫緩買賣契約」非承認買賣契約，因§80 I，乙並未催告甲，甲無確答承認，故買賣契約不存在，無須支付違約金

乙主張
甲成年後所發之存證信函已承認該買賣契約，並依契約有所主張，依§81 買賣契約確定生效，甲應支付違約金

二、爭點整理

- (一) 限制行為能力人所為法律行為之效力為何？
- (二) 效力未定之意義為何？
- (三) 關於民法第七十七條，父母同意權之行使方式，應如何行使？本案之買賣契約有效與否？
- (四) 民法第八十一條限制行為能力人限制原因消滅後之承認，是否限於民法第八十條第一項相對人催告後，始生效力？

三、參考資料

- (一) 王澤鑑，民法總則
- (二) 黃立，民法總則
- (三) 高等法院 90 年上易字第 476 號判決
- (四) 最高法院 54 年度台上字第 1258 號民事判決
- (五) 司法院網站 <http://www.judicial.gov.tw/>
- (六) 法源法律網 <http://www.lawbank.com.tw/index.php>

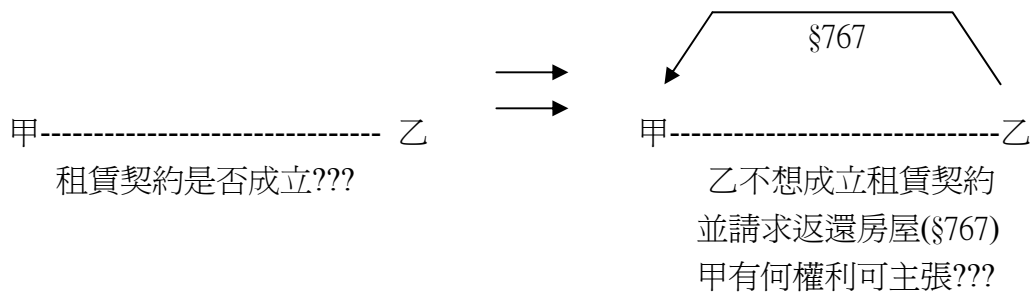
四、作業

- (一) 本案若甲之父丁於甲締約後，未成年前，向乙表示拒絕承認之效力為何？
- (二) 若於甲成年後，丁始拒絕承認之效力為何？若甲成年後承認，但甲之父不承認，甲與丁之意見不同，應如何解決？

締約上過失

一、案例

甲偶然在路上看到一處正在出租之店面，心想在這黃金地段若能將此店面租下經營餐飲生意，必定會闖出一番事業，在詢問下發現此為富商乙所有，便動身前往交涉。乙對於甲之來訪表示熱烈歡迎，同時在會談中，乙對甲之經營理念深表贊同，乙乃慨然將大門鑰匙交給甲，且允許甲得先行就該店面進行打掃與裝潢，就該屋租金每月十萬元雙方初步表示同意，惟於有關租賃詳細之相關問題，二個月後再到公證人處談論，由公證人作成公證書。甲回去後，即開始請清潔工打掃店面，並裝潢成五十年代之懷舊場景，一共花費一百萬元，二個月後，乙表示不欲與甲訂定租賃契約，並請求甲返還該店面時，甲可否向乙主張損害賠償？



甲主張

1. 如果契約成立時，乙應履行契約內容，交付該屋給甲使用收益
2. 如果契約不成立時，主張乙負締約上過失責任，賠償清潔費與裝修費共一百萬元。

乙主張

契約自始至終都未成立，甲無權占有乙之房屋，甲應立即返還

二、爭點整理

(一) 租賃契約是否成立？

- ┌ 就租賃契約之必要之點雙方當事人是否合意？
- └ 雙方當事人約訂租賃契約需至公證人處作成公證書，具有何種意義？
(係成立要件或為保存證據)

(二) 是否成立締約過失責任？(先思考何謂先契約義務)

(三) 締約過失責任之損害賠償範圍為何？

三、參考資料

(一) 王澤鑑，債法原理—基本理論 債之發生

(二) 孫森焱，債篇總論(上)

(三) 劉春堂，民法債編通則（一），契約法總論

(四) 台中地院 91 年訴字 1259 號判決

(五) 司法院網站 <http://www.judicial.gov.tw/>

(六) 法源法律網 <http://www.lawbank.com.tw/index.php>

四、作業

甲與乙為雇用之事，已經為長達三個月之談判，雙方約定三天後訂約，乙則辭去現職，並於公司附近租屋，不料在簽約當日，甲拒絕簽約，試問乙對甲可主張何種權利？

四、座談會

主題: 教育部補助法學教育改進計畫-財產法專題研究之座談會

時間:1 月 4 日星期五 12:10~2:00

地點:台北大學民生校區教學大樓九樓第四會議室

主持人:何之邁老師

報告人:杜怡靜老師 向明恩老師

與會老師建議內容如下:

范姜真嫩教授:教案的設計因為扣緊案例事實,一個事實可能涉及到民總債總債各,甚至是物權身分法的概念,如何讓未上過該課程的同學了解案例中法律上的基本概念,可能有需要突破的地方,如果是低年級的同學,上起課來可能無法吸收或參與討論。

劉昭辰教授:很期待這個計畫案全部作完的成果,這樣就可以當作一個新興的教材,上起課來也不會太無聊,同學也可能比較有興趣。而且透過這種與同學間的互動方式,讓同學訓練一種獨立思考的能力,而不是每次都在等老師的答案,對於法律的敏感度,我想會有很大的幫助。

戴瑀如教授:首先肯定這種案例教學的進行方式,的確比一般教學方法來的有趣多了,想建議的是,如果以後上課的方式真的就是這種型態的話,講義是否應該在課堂前先發給修課同學,以便於同學是先預習或私下討論,似乎有助於課程的進行。

游進發教授:講義上兩位老師已經將爭點先行整理出來,在思考上同學們會不會就無法學習到如何找出爭點?或者是侷限於講義上的爭點而無法找出其他問題,這個問題是可以討論的。

參、結案報告

契約法之基本理論 【第一單元】	契約自由原則與例外（定型化契約）			
契約之交涉 【第二單元】	締約過失	先契約義務		債編總論
契約之成立 【第三單元】	3-1 一般成立要件	3-1-1 意思表示合致		債編總論
		3-1-2 契約內容 （不得違反公序良俗、強行規定）		債編總論
	3-2 特別成立要件	要物契約(物之交付)		債編各論
	3-3 效力要件	當事人 3-3-1	行為能力	民法總則
		標的 3-3-2	可能	民法總則
意思表示 3-3-3		健全、無瑕疵	民法總則	
3-4 契約效力之 附款	條件		民法總則	
契約之效力	契約之當事人 【第四單元】	4-1 契約當事人之確定		債編總論
		4-2 第三人利益契約		債編總論
		4-3 多數契約當事人		債編總論
	契約之履行 【第五單元】	5-1 契約履行	同時履行抗辯權	債編總論
		5-2 契約之 不履行	給付不能 5-2-1	債編總論
			不完全給付 5-2-2	債編總論
			給付遲延 5-2-3	債編總論
		受領遲延 5-2-4	債編總論	
	擔保 【第六單元】	保證、物上保證		債編各論 物權
	契約之運用 【第七單元】	契約法與金融交 易	7-1 存款盜領與銀行之責任	
7-2 信用卡之法律關係與信用卡盜 刷之責任歸屬			債編各論	
契約法之新展望 【第八單元】	非典型契約	8-1 網路交易之法律性質與當事人 法律關係-網路軟體授權契約之性 質		債編總論
		8-2 連鎖店之加盟契約之性質與法 律關係		債編各論

第一單元 契約法之基本理論【定型化契約】

一、案例

甲乙為夫妻，甲婚後向丙銀行申辦信用卡正卡，信用卡附卡則由乙持有，雙方皆於銀行所提供之信用卡契約上簽章，日後甲乙感情生變而離婚，乙付清其附卡之消費金額後，即剪卡停用，惟甲仍積欠大筆丙銀行大筆債務，丙鑑於甲可能無資力償還，便依當初甲所簽訂之信用卡契約中眾多約定條款之第三條，「正卡持卡人或附卡持卡人就各別使用信用卡所生應付款項互負連帶清償責任」，主張乙亦負連帶清償之責，試問乙應如何主張？（引自地方法院 92 年簡上字第 599 號判決、94 年簡上字第 37 號判決）

二、爭點整理

- (一) 甲與丙銀行簽訂之信用卡契約是否為定型化契約？
- (二) 該定型化契約條款第三款之內容是否無效？
- (三) 關於定型化契約條款之效力，於民法及消費者保護法兩法間應如何適用？

三、教師手冊（思考過程）

- (一) 定型化契約有效成立之檢視過程：
 - 1. 定型化契約條款之認定，一般條款與非一般條款之區別
 - 2. 定型化契約條款是否訂入契約
 - 3. 定型化契約條款與個別商議契約是否有矛盾
 - 4. 定型化契約條款之解釋
 - 5. 定型化契約條款內容之規制
 - 6. 定型化契約條款無效時，如何定其契約之效力
- (二) 消費者保護法與民法第二四七條之一之適用問題
- (三) 主管機關所發布之定型化契約範本之效力為何？

四、參考書籍

- (一) 王澤鑑，債法原理，第一冊
- (二) 陳自強，契約之成立與生效
- (三) 黃立，民法債篇總論

五、作業

甲平日喜歡在亞力健身房作運動，甲見更衣室的衣物櫃上，貼有告示牌，其記載「本衣物櫃僅方便會員置放物品，貴重物品請勿放入，否則本健身房不負保管之責」。請問該告示牌如此之記載，是否有效？

上訴人 曾嬌英

被上訴人 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 李淑芬

右當事人間返還信用卡消費款事件，上訴人對於本院新店簡易庭民國九十二年八月二十七日第一審判決（九十二年度店簡字第四八二號），提起上訴，本院於民國九十二年十一月二十一日辯論終結，茲判決如左：

主 文

原判決廢棄。

被上訴人在第一審之訴駁回。

第一、二審訴訟費用由被上訴人負擔。

事 實

壹、上訴人方面

一、聲明：原判決廢棄，被上訴人在第一審之訴駁回。第一、二審訴訟費用由被上訴人負擔。（二審卷第二五頁）

二、陳述：除與原審判決記載相同者予以引用外，補稱：（第二五頁）依照信用卡業務機構處理辦法第十九條規定，被上訴人應以書面通知我各項條款內容。但是被上訴人並寄帳單給我。我是附卡持有人，根本無法知道正卡消費內容。所消費的款項都是我和鄭依源分手後，由他所消費的。按照消費者保護法第十一條，本件定型化契約。

三、證據：除援用原審所提證據外，補充：（無）

貳、被上訴人方面：

一、聲明：上訴駁回。二審訴訟費用由上訴人負擔。（第一七頁）

二、陳述：除與原審判決記載相同者予以引用外，補稱：（見第一七頁，見第一五、二五頁，見第二七頁）依據信用卡申請書所載，正、附卡持有人互負連帶清償責任，上訴人自應就正卡持有人鄭依源消費款項連帶負責。約定條款載明，不欲續用卡片應截斷卡片並註明「不續用」寄回上訴人；但上訴人並未如此通知以終止契約，所以雙方信用卡契約依然有效。我們有將信用卡約定條款一併寄給正卡持有人（正、附卡共一份），寄的都是同一地址。帳單則按正卡持持有人指示寄給正卡持有人。財政部金融局依據消費者保證法第十七條第一項，制定（信用卡）定型化契約範本，其第三條第一項亦記載「正、附持卡人互負連帶清償責任」，本件並不違反消費者保護法。

三、證據：除援用原審所提證據外，補充：定型化契約範本一份。

理 由

一、被上訴人起訴、上訴主張：

訴外人鄭依源（上訴人前夫）於民國（下同）八十四年五月間向被上訴人申辦信用卡正卡，上訴人曾嬌英則持有附卡，同意依被上訴人寄送之信用卡消費對帳單、所指定日期方式繳付帳款與被上訴人。依約定條款第三條，上訴人與正卡持有人互負連帶清償責任；第十五條約定，逾期未繳則按日息萬分之五·四五計付利息，逾期六個月以內者，按上開利率百分之十之計付之違約金，逾期超過六個月者，按上開利率百分之二十計付違約金。鄭依源至九十二年四月三十日止，計有預借現金、消費款總額新台幣（下同）二十八萬八千六百九十元，及逾期（循環）利息一萬三千二百一十七元，手續費一萬一千二百元，合計為三十一萬三千一百零七元帳款未依約繳付，依約定條款第二十二條之約定，上訴人即應一次全數清償；其中貳拾捌萬捌仟陸佰玖拾元部分，另自九十二年五月一日起至清償日止，按日息萬分之五·四五計算之利息，暨自九十二年五月一日起至清償日止，逾期六個月以內者，按上開利率百分之十逾期超過六個月以上者，按上開利率百分之二十計算之違約金。上訴人並未依約截斷卡片並註明「不續用」再寄回上訴人，不發生終止契約效。依據財政部金融局所頒佈信用卡契約範本，亦記載正、附持卡人互負連帶清償責任，本件並未違反消費者保護法。

二、上訴人則辯稱：

已與鄭君離婚，上述款項均係鄭君消費。上訴人已付清自身消費金額，九十一年九月底已剪卡停止使用，不應再負擔任何信用卡債務。本件約款是定型化契約，違反消費者保護法。

三、正、附卡持卡人互負連帶清償責任之特約條款，是否屬於無效定型化條款？本件信用卡契約約定條款第三條，約定正附卡持卡人就消費債務互負連帶責任，此條款是否違反消費者保護法，雙方發生爭執。經調查：按民法第二百四十七條之一就「附合契約」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。

消費者保護法則就定型化契約設有下列規定：

第二條第七款：「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。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。」同條第九款：

「定型化契約：指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。」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時，應為有利於消費者之解釋。」

第十一條之一第一項規定，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。第十一條：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。

第十六條規定，定型化契約中之定型化契約條款，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，該契約之其他部分，仍為有效。但對當事人之一方顯失公平者，該契約全部無效。因此，本件連帶保證約定是否有效，即應審查該條款特性、締約經過。信用卡現為國人日常生活重要消費工具之一，主要用於替代現金支付，至於保證或連帶清償並非其基本功能、需求；在此前提下，發卡銀行將信用卡契約結合保證或連帶清償條款，顯然在消費者預期之外。再者，比較發卡銀行與消費者地位，消費者對於契約條款多半無從討論增、刪、變更，只能接受契約條款所定內容，因此，解釋相關條款尤應注意此一特點，以調和締約雙方經濟實力。再其次，正附卡持有人經濟能力不同，附卡使用者多半係經濟狀況較差之家屬，反而要為正卡持有人連帶清償債務，亦不甚合理。以本件契約而言，約定條款第三條固然有正附卡持有人連帶清償之約定；但是契約約定條款內容甚多，此一條款其字體、大小均與其他約定條款無異，消費者於訂約時極易忽略此一條文。再者，信用卡申請書上雖然有申請人（即正卡持有人）與附卡申請人簽章欄，但是該欄反而未註明「連帶保證人」或「連帶債務人」等重要性質，消費者如何能預期日後有連帶負責情事？

從而，本件信用卡契約有關正附持卡人互負連帶清償責任之條款，確已違反誠信原則，對消費者顯失公平，該條款應屬無效。

四、從而，被上訴人依據信用卡契約訴請「上訴人應支付被上訴人旨拾壹萬旨仟壹佰零柒元，及其中貳拾捌萬捌仟陸佰玖拾元部分自九十二年五月一日起至清償日止，按日息萬分之五·四五計算之利息，暨自九十二年五月一日起至清償日止，逾期六個月以內者，按上開利率百分之十逾期超過六個月以上者，按上開利率百分之二十計算之違約金」為無理由，應予駁回；原審所為上訴人敗訴判決，於法不合，上訴意旨認為原判決不當，聲請廢棄改判，為有理由，應予廢棄改判如主文第一、二項。

五、據上論結，本件上訴為有理由，依民事訴訟法第四百三十六條之一第三項、第四百五十條、第七十八條，判決如主文。

（一、二審訴訟費用係指法院所收取費用與送達費用，不含律師費等費用。）

上 訴 人 乙○○○

訴訟代理人 甲○○

被上訴人 荷商荷蘭銀行股份有限公司台北分公司

法定代理人 丁○○

訴訟代理人 丙○○

上列當事人間請求清償債務事件，上訴人對於中華民國 93 年 11 月 17 日本院台南簡易庭 93 年度南簡字第 559 號第一審判決提起上訴，經本院於 94 年 5 月 24 日言詞辯論終結，判決如下：

主 文

原判決關於命上訴人給付超過新台幣壹仟壹佰捌拾貳元及自民國九十二年三月八日起至清償日止，按週年利率百分之十九點九七計算之利息，並每月按新台幣參佰元計算之違約金部分，及該部分假執行之宣告暨訴訟費用之裁判均廢棄。

上開廢棄部分，被上訴人在第一審之訴駁回。

其餘上訴駁回。

第一審、第二審訴訟費用由上訴人負擔二十分之一，第二審其餘訴訟費用由被上訴人負擔。

事 實

甲、上訴人方面：

一、聲明：

(一)原判決關於命上訴人應與甲○○連帶給付被上訴人新台幣 152,941 元及利息、違約金之部分均廢棄。

(二)上開廢棄部分，被上訴人在第一審之訴駁回。

(三)第一、二審訴訟費用由被上訴人負擔。

二、陳述：除與原判決記載相同者，茲引用之外，補稱：

(一)對於被上訴人所主張原審共同被告甲○○於民國 89 年 8 月間向被上訴人申請信用卡，並領有信用卡使用 (VISA 卡卡號：0000—0000—0000—0000 號、0000—0000—0000—00 00 號、萬事達卡卡號：0000—0000—0000—0000 號、0000 —0000—0000—0000 號)，並以上訴人爲上開信用卡之附卡使用人，而迄至 92 年 3 月 8 日止，上開信用卡共計有預借現金新台幣(以下同)63,034 元、消費款 78,784 元、違約金 6,300 元、手續費 700 元、循環利息 4,123 元應付款項未繳納，且甲○○迄今仍未清償之事實不爭執，對於被上訴人陳述上開消費款其中 1,182 元則爲上訴人所持有附卡之消費金額之事實亦不否認。

(二)然上開信用卡正卡之申請人爲原審共同被告甲○○，上訴人只是附卡申請及使用人，雖依據被上訴人所制定之信用卡約定條款，正卡持卡人或附卡持卡人就各別使用信用卡所生應負帳款互負連帶清償責任，然上開約定條款，屬定型化之契約條款，違反消費者保護法第 12 條對於消費者顯失公平及違反平等互惠原則之規定，對於上訴人應屬無效，類似案件，關於附卡持卡人應就正卡持卡人之

消費金額負連帶給付責任，已有法院判決信用卡發卡銀行敗訴，有案例可循；而上訴人願就本身簽帳消費之金額負責，除此部分外，正卡持卡人甲○○之簽帳消費金額，不應由上訴人連帶負擔。

(三) 上訴人及正卡持卡人甲○○申辦信用卡前後，以及上訴人申辦停卡時，均未獲告知正卡持卡人如有任何刷卡簽帳的債務，附卡持卡人應與正卡持卡人負連帶責任；又一般申辦信用卡時，均以調查正卡持卡人資格為主，大多正卡持卡人之經濟狀況比附卡持卡人佳，不會特別去查詢附卡持卡人之經濟狀況，且附卡持卡人的簽帳消費帳單只會寄給正卡持卡人，正卡持卡人之消費帳單，卻不會通知附卡持卡人，故要求不知情且經濟狀況較差之附卡持卡人，對於正卡持卡人之消費帳款負連帶清償之責，實有違公平正義原則；而上訴人僅係附卡持卡人，於申辦信用卡當時既不知對於正卡持卡人之消費金額須負連帶清償責任，事後亦未獲告知上開狀況，今被上訴人卻要求上訴人就正卡持卡人之消費款負連帶清償之責，被上訴人實違反消費者保護法第 12 條之規定。

(四) 被上訴人曾於本院九十一年度促字第第六五五七號支付命令，對於上訴人及正卡持卡人甲○○同時請求連帶給付上開消費款，經上訴人提出異議，而後被上訴人曾與甲○○ 達成和解，同意由甲○○負責清償上開款項，被上訴人則同意不對上訴人請求，然被上訴人竟仍於本件訴訟向上訴人請求給付，顯不合理；又上訴人當初申請上開信用卡，係在萬客隆大賣場處，是爲了方便購物消費，而由上訴人之妹妹甲○○申請正卡，順便由上訴人申請附卡使用，上訴人並不常使用信用卡，純粹係爲了到萬客隆大賣場方申辦信用卡附卡，此可由被上訴人所提出上訴人簽帳消費金額累積僅 1,182 元可知，而當初申請信用卡當時，被上訴人並未告知正卡、附卡持卡人須就彼此之消費額負連帶清償責任，否則上訴人不會申請信用卡附卡，又被上訴人所提出之約定條款，上面之內容密密麻麻，並不容易看清楚內容，上訴人又係 60 幾歲不識字之家庭主婦，更不易知悉約定條款內容有附卡持卡人須就正卡持卡人之消費款負連帶清償責任之約定，況且，被上訴人所寄給上訴人之萬客隆信用卡新朋友手冊，內容僅告知如何使用信用卡，亦未告知上訴人須就正卡持卡人之消費帳款負連帶責任，因此，被上訴人要求上訴人就正卡持卡人甲○○之消費金額負連帶責任並不合理。

三、證據：除援用第一審所提證據外，補提萬客隆信用卡新朋友手冊一份爲證。

乙、被上訴人方面：

一、聲明：

(一) 上訴駁回。

(二) 第二審訴訟費用由上訴人負擔。

二、陳述：除與原判決記載相同者，茲引用之外，補稱：

(一) 原審共同被告甲○○於 89 年 8 月間向被上訴人申請信用卡，並領有信用卡正卡使用 (VISA 卡卡號：0000—0000—0000—0000 號、0000—0000—0000—0000 號、萬事達卡卡號：0000—0000—0000—0000 號、0000—0000—0000—0000

—0000 號)，上訴人並申請為上開信用卡之附卡使用人，並領取上開信用卡之附卡使用，而迄至 92 年 3 月 8 日止，上開信用卡共計有預借現金 63,034 元、消費款 78,784 元、違約金 6,300 元、手續費 700 元、循環利息 4,123 元應付款項未繳納，而上開消費款，其中 1,182 元則為上訴人所持有附卡之消費金額；依據兩造間之信用卡約定條款第 3 條規定，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，又依據約定條款第 16 條之規定，信用卡持卡人應就逾期未清償之信用卡消費款，按年利率百分之 19 點 97 計算遲延利息，並按月繳納 300 元之違約金。

(二) 被上訴人所發行之信用卡，有關正卡持卡人及附卡持卡人之權利義務，都明白登載在信用卡申請書及信用卡約定條款內，且寄發信用卡予信用卡申請人時，同時會寄上信用卡約定條款予信用卡申請人，因此，上訴人稱其不知信用卡約定條款內容，並不實在；至於上訴人所稱被上訴人曾與正卡持卡人甲○○達成和解，不對上訴人請求清償正卡持卡人所簽帳消費之款項部分，亦不實在，正卡持卡人甲○○係向被上訴人表示會清償積欠之消費款項，但被上訴人並未承諾不向附卡持卡人即上訴人請求清償消費款項，且正卡持卡人甲○○後來僅繳納幾期後，即未繼續清償，因此，上訴人自有依據信用卡約定條款負連帶清償責任。

(三) 另上訴人主張被上訴人之信用卡約定條款違反消費者保護法第 12 條部分，上訴人之主張並無道理，因上開信用卡約定條款，係依據財政部核定之信用卡約定條款範例為依據，況且，信用卡約定條款已經明白載明持卡人之權利義務，是上訴人自己未注意約定條款之內容，不能因上訴人自己之疏忽不注意，而即謂上開約定條款有違反消費者保護法之規定，上訴人之主張事由，並無理由。

三、證據：除援用第一審所提證據外，補提個人基本資料查詢、上訴人身分證影本、信用卡約定條款、信用卡申請書各一份為證。

理 由

一、本件被上訴人即原審原告起訴主張：原審共同被告甲○○於 89 年 8 月間向被上訴人申請信用卡，並領有信用卡使用（VISA 卡卡號：0000—0000—0000—0000 號、0000—0000—0000—0000 號、萬事達卡卡號：0000—0000—0000—0000 號、0000—0000—0000—0000 號），上訴人並申請為上開信用卡之附卡使用人，並領取上開信用卡之附卡使用，而迄至 92 年 3 月 8 日止，上開信用卡正、附卡共計有預借現金 63,034 元、消費款 78,784 元、違約金 6,300 元、手續費 700 元、循環利息 4,123 元應付款項未繳納，且上開消費款，其中 1,182 元則為上訴人所持有附卡之消費金額，依據兩造間之信用卡約定條款第 3 條規定，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，又依據約定條款第 16 條之規定，信用卡持卡人應就逾期未清償之信用卡消費款，按年利率百分之 19 點 97 計算遲延利息，並按月繳納 300 元之違約金，上開款項，經被上訴人催討，上訴人均置之不理，爰提起本訴，依據信用卡契約之法律關係，請求上訴人應就上開信用卡消費金額共計 152,941 元及遲延利息、

違約金，負全部給付責任等語。上訴人即原審被告則抗辯：對於被上訴人所主張原審共同被告甲○○於 89 年 8 月間向被上訴人申請信用卡，並領有信用卡使用（VISA 卡卡號：0000—0000—0000—0000 號、0000—0000—0000—0000 號、萬事達卡卡號：00 00—0000—0000—0000 號、0000—0000—0000—0000 號），並以上訴人爲上開信用卡之附卡使用人，而迄至 92 年 3 月 8 日止，上開信用卡共計有預借現金 63,034 元、消費款 78,784 元、違約金 6,300 元、手續費 700 元、循環利息 4,123 元應付款項未繳納，且上開消費款其中 1,182 元則爲上訴人所持有附卡之消費金額，依據約定條款第 16 條之規定，信用卡持卡人應就逾期未清償之信用卡消費款，按年利率百分之 19 點 97 計算遲延利息，並按月繳納 300 元之違約金之事實不爭執，然上開信用卡正卡之申請人爲原審共同被告甲○○，上訴人只是附卡申請及使用人，雖依據被上訴人所制定之信用卡約定條款，正卡持卡人或附卡持卡人就各別使用信用卡所生應負帳款互負連帶清償責任，然上開約定條款，屬定型化之契約 條款，且上訴人及正卡持卡人甲○○申辦信用卡前後，以及上訴人申辦停卡時，均未獲告知正卡持卡人如有任何刷卡簽帳的債務，附卡持卡人應與正卡持卡人負連帶責任，又附卡持卡人的簽帳消費帳單只會寄給正卡持卡人，正卡持卡人 消費帳單，卻不會通知附卡持卡人，故要求不知情之附卡持卡人，對於正卡持卡人 消費帳款負連帶清償之責，實有違公平正義原則，上開約定條款違反消費者保護法第 12 條對於消費者顯失公平及違反平等互惠原則之規定，對於上訴人應 屬無效，上訴人願就本身簽帳消費之金額負責，除此部分外，正卡持卡人甲○○之簽帳消費金額，不應由上訴人連帶負擔，另被上訴人曾與甲○○達成和解，同意由甲○○負責清償上開款項，被上訴人則同意不對上訴人請求，然被上訴人 竟仍於本件訴訟向上訴人請求給付，顯不合理等語。

二、本件被上訴人主張上訴人與原審共同被告甲○○於 89 年 8 月間向被上訴人申請信用卡，並領有信用卡使用（VISA 卡卡號：0000—0000—0000—0000 號、0000—0000—0000—0000 號、萬事達卡卡號：0000—0000—0000—0000 號、0000—0000—0000—0000 號），上訴人爲上開信用卡之附卡使用人，而迄至 92 年 3 月 8 日止，上開信用卡正、附卡共計有預借現金 63,034 元、消費款 78,784 元、違約金 6,300 元、手續費 700 元、循環利息 4,123 元應付款項未繳納，且上開消費款，其中 1,182 元則爲上訴人所持有附卡之消費金額，而依據約定條款第 16 條之規定，信用卡持卡人應就逾期未清償之信用卡消費款，按年利率百分之 19 點 97 計算遲延利息，並按月繳納 300 元之違約金之事實，有被上訴人所提出上訴人身分證影本、信用卡約定條款、信用卡申請書、個人基本資料查詢各一份在卷爲證，且爲上訴人所不爭執，自可信爲真實。

三、上訴人既對於被上訴人所主張之上開事實不爭執，僅係抗辯被上訴人之信用卡約定條款第 3 條有關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之規定，係屬於定型化契約條款，違反消費者保護法第 12 條之規定而無效，故上訴人不須就正卡持卡人 消費金額負連帶清償責任等語；

則本件應探討者，係被上訴人之信用卡約定條款第 3 條有關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，而依據消費者保護法第 12 條第 1 項或民法第 247 條之 1 之規定，應認為無效？或上開信用卡約定條款並不違法，仍屬兩造間有效之契約約定，上訴人仍應依據上開約定條款，就上開信用卡應付款項，負全部給付責任？而查：

（一）按消費關係，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；又定型化契約條款，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 2 條第 3 款、第 7 款，及民法第 247 條之 1 前段均定有明文；又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，作為規範其與消費者間就信用卡金融商品之消費關係，其屬消費者保護法規定之消費關係定型化契約甚明；另被上訴人之信用卡約定條款第 3 條第 1 項有關「正卡持卡人或附卡持卡人就各別使用信用卡所生應付款項互負連帶清償責任」內容，乃屬被上訴人預先擬定與不特定多數消費者交易使用之附合條款之一，並非被上訴人與上訴人各別磋商之契約條款，有被上訴人所提出兩造所不爭執之信用卡約定條款在卷可據，其屬定型化契約條款無疑，先予敘明。

（二）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 12 條第 1 項、第 2 項定有明文，而所謂定型化契約條款違反平等互惠原則，係指一、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。消費者保護法施行細則第 14 條亦有規定；又民法第 247 條之 1 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。因此，就兩造間之信用卡約定條款第 3 條之內容即「正卡持卡人或附卡持卡人就各別使用信用卡所生應付款項互負連帶清償責任」，是否違反誠信原則及平等互惠原則，應予宣告無效，即應就上開法律規定為檢視。

（三）而發卡銀行為信用卡之核發，均係就申請人個人之信用狀況為審酌，而決定是否接受使用信用卡申請，核發信用卡予申請人使用，即信用卡之核發，其風險控制之本質均係以申請人之個人信用狀況為徵信，發卡銀行並得透過要求申請

人提供保證人或其他物之擔保，為風險之控管，但這些風險之控管，不應變相以透過鼓勵附卡之申請使用，使附卡持有人同時成為正卡持有人之連帶保證人為之，即使要求附卡持有人應就正卡持有人之消費金額負連帶責任，而達到發卡銀行風險控管之目的，應依據上開所述一般風險之控管方式，即明白告知附卡持有人其應負之義務或使附卡持有人於申請信用卡時即知悉其將負之義務，其申請附卡之使用，同時將擔任正卡持有人之保證人之事實，使附卡申請人得考慮是否承受該不利益，而仍申請附卡使用，方不致使附卡使用人遭受預期以外之不利益，蓋依照一般民眾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，附卡申辦視為一種對親友的便利、贈與及愛心，故如使附卡持有人就正卡持有人消費款項負連帶清償責任，卻又未明白告知其義務，顯違反一般人之認知，與附卡使用契約之目的、本質不符，已經超越一般消費者對於申辦附卡使用所得預見之風險，在此時係單方面賦予消費者不利益，而加重消費者之責任甚明，即附卡持卡人負連帶責任之條款，係經由發卡銀行單方面之規定，而未與附卡申請人為意思表示之合致，卻賦予單方面之不利益，即有顯失公平之情形。而檢視被上訴人所提出之信用卡申請書，並未明載附卡持有人須就正卡持有人之消費款項負連帶之責，即使信用卡申請書上簽名同意下列聲明欄所載內容，就附卡持卡人之責任，亦僅第二點記載有：「同意荷蘭銀行以本人名義開設信用卡帳戶及遵守隨卡附上之信用卡約定條款並同意正、附卡持卡人負責該帳戶之基本信用卡或所有附屬信用卡所負之一切帳項」、第四點記載：「本人已閱覽並同意接受後列注意事項之說明，並簽名於【萬客隆 VISA/MASTER CARD 申請表格】中以表示同意並瞭解該信用卡注意事項僅係信用卡約定條款之一部分，於核准本人之申請後，荷蘭銀行將隨卡附上信用卡約定條款本文，本人在卡片簽名欄簽名或使用信用卡後，即恪守該信用卡約定條款之各項規定」等語，亦未明白告知信用卡附卡持卡人應就正卡持卡人之消費債務負連帶清償責任，即信用卡附卡申請人於申請當時，就可能閱讀之簽名處之聲明，並未明載其將就正卡持卡人之消費債務負連帶清償責任，申請人於申請當時並無從知悉，而係另待發卡銀行寄發信用卡予申請人，隨信用卡之寄發而檢附信用卡約定條款，於約定條款中方有連帶責任之規定，而約定條款之記載事項頗多，記載內容又多係專業用語，以一般人對於附卡申請目的之認知，難期待信用卡申請人會仔細、詳實的閱讀約定條款，發覺反於自己認知之責任約定內容，故發卡銀行以此方式加重附卡持有人之責任，即有不公平之情事；又本件被上訴人就上訴人為信用卡附卡申請當時，並未告知其應就正卡持卡人之消費債務負連帶清償責任之事實並不爭執，僅係謂信用卡申請書、信用卡約定條款中已有規定，且信用卡約定條款會在信用卡寄發給申請人同時附上，上訴人自應依據約定內容負責等語（見本院 94 年 3 月 18 日準備程序筆錄），即與上開陳述係單方面賦予不利益之情形相符；況且，本件上訴人為 60 餘歲之家庭主婦，有上訴人之戶籍謄本、身分證影本在卷可據，更據上訴人代理人陳述在卷，被上訴人亦未加以爭執，以上訴人之年齡、智識，難期待其能仔細閱讀並瞭解約定條款之諸多內容；故本件之信用卡約定條款，就附卡持有人之上訴人

應就正卡持有人之消費債務負連帶責任之規定，係發卡銀行即被上訴人單方面之規定，而未與上訴人即附卡持有人為意思表示之合致，卻賦予上訴人不利益，違反誠信原則，而有顯失公平之情形。

(四)另就連續發生之債務為保證而未定有期間者，保證人得隨時通知債權人終止保證契約，民法第 754 條第 1 項定有明文，此規定係為使保證人得就自己之經濟能力為衡量，作風險之控管，不致承受過重之責任，屬於保護保證人之規；而被上訴人所訂定之約定條款，附卡持卡人就正卡持卡人之消費債務，應負連帶清償責任，其本質上為保證之法律關係，自應有上開規定之適用；然本件被上訴人就信用卡正附卡之消費帳單均僅寄發予正卡持有人，並未寄發予附卡持有人之情，業據被上訴人陳述在卷（見本院 94 年 3 月 18 日準備程序筆錄），因此，在此情形下，正卡持卡人若不同意為附卡持卡人以後之消費債務負責，可終止信用卡之使用，以控制風險，而附卡持有人則未收受帳單，除正卡持卡人主動告知，或附卡持卡人主動為查詢外，無從按月知悉正卡持卡人消費金額若干，而為風險之控管，尤其若正卡持卡人使用信用卡循環利息，每月僅繳納最低應繳金額時，其帳款將不斷累積，此時顯非附卡持卡人所得預見控制，再者，依現行信用卡實務，正卡持卡人若使用信用良好，銀行便會不斷提高正卡持卡人之信用額度，依上開信用卡約定條款之運作結果，將使附卡持卡人對於正卡持卡人之保證額度亦不斷提昇，無形間卻使附卡持卡人面對更高的保證風險，負擔非其所能控制之危險，又未使附卡持有人有依據民法第 754 條第 1 項規定就其連帶保證為終止之機會，亦有違誠信原則，而有顯失公平之情事。

(五)被上訴人雖另主張系爭信用卡約定條款已經財政部核定，無顯失公平情事等語。然系爭信用卡約定條款縱使曾經財政部核准公布，惟主管機關之事前核准，乃屬於主管機關與定型化契約條款擬定者間之行政法關係，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所存在契約之公平性與妥當性，故約定條款本身是否合乎公平，仍須個案作審理而為判斷，而非謂主管機關核准，即無無效之事由存在之可能，因此，被上訴人之主張，並非有理。

(六)綜上所述，被上訴人之信用卡約定條款第 3 條有關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之規定，既屬定型化契約條款，且於本件有違反誠信原則，對於消費者顯失公平，依消費者保護法第 12 條及民法第 247 條之 1 規定，自應認為無效。

四、至於上訴人抗辯被上訴人曾與正卡持卡人甲○○達成和解，不對上訴人請求部分，業據被上訴人否認在卷，且上訴人代理人於本院準備程序中亦陳述被上訴人係說如果甲○○願意繳納消費金額，則不會去找上訴人要錢，但被上訴人銀行並沒有講說不用附卡持有人來負擔等語（見本院 94 年 3 月 18 日準備程序筆錄），顯見被上訴人並未承諾放棄對上訴人之請求，因此，上訴人抗辯被上訴人與正卡持有人甲○○達成和，不對附卡持有人請求部分，並不實在，其抗辯即無

可採，在此敘明。

五、被上訴人之信用卡約定條款第 3 條規定上訴人應就正卡持卡人即原審共同被告甲○○之信用卡消費債務負連帶責任之條款，既經認為無效，上訴人就正卡持卡人甲○○之消費債務，自毋庸負連帶責任；而被上訴人既未承諾拋棄對於上訴人之請求，則被上訴人本於兩造間之信用卡附卡使用契約關係，請求上訴人應給付上訴人所持有附卡消費之金額即兩造所不爭執之 1,182 元，並應自 92 年 3 月 8 日起至清償日止，按週年利率百分之 19 點 97 計算之遲延利息，並每月按 300 元計算之違約金，為有理由，應予准許；至於逾此部分之請求，併請求上訴人應負連帶責任部分，則無理由，不應准許；原審就上開應予准許之部分，為上訴人敗訴之判決，經核並無誤，上訴意旨指摘原審判決此部分不當，請求廢棄改判，非有理由，應予駁回；至於原審判決就不應准許部份，為上訴人敗訴之判決，並命上訴人應連帶給付超過 1,182 元及自 92 年 3 月 8 日起至清償日止，按週年利率百分之 19 點 97 計算之利息，並每月按 300 元計算之違約金部分，並未審酌上開定型化契約條款有無效之事由存在，尚有未洽，上訴意旨指摘原審判決此部分不當，求予廢棄改判，為有理由，自應由本院將原判決此部分及依職權所宣告假執行均予以廢棄，改判如主文第 2 項所示。

六、本件事證已臻明確，兩造其餘攻擊防禦方法，核與判決結果不生影響，爰不一一論述，併此敘明。

七、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 436 條之 1 第 3 項、第 449 條第 1 項、第 450 條、第 79 條，判決如主文。

【第二單元 契約之交渉-締約過失-先契約義務】

一、案例

甲偶然在路上看到一處正在出租之店面，心想在這黃金地段若能將此店面租下經營餐飲生意，必定會闖出一番事業，在詢問下發現此為富商乙所有，便動身前往交涉。乙對於甲之來訪表示熱烈歡迎，同時在會談中，乙對甲之經營理念深表贊同，乙乃慨然將大門鑰匙交給甲，且允許甲得先行就該店面進行打掃與裝潢，就該屋租金每月十萬元雙方初步表示同意，惟於有關租賃詳細之相關問題，二個月後再到公證人處談論，由公證人作成公證書。甲回去後，即開始請清潔工打掃店面，並裝潢成五十年代之懷舊場景，一共花費一百萬元，二個月後，乙表示不欲與甲訂定租賃契約，並請求甲返還該店面時，甲可否向乙主張損害賠償？(改編自台中地院 91 年訴字 1259 號判決)

二、爭點整理

- (一) 租賃契約是否成立？
- (二) 是否成立締約過失責任？
- (三) 締約過失之損害賠償範圍為何？

三、教師手冊（思考過程）

(一) 先契約義務之理論基礎：

契約義務原則上僅在契約成立後方有發生之可能，惟此時對當事人之保護似嫌不周，應提前到契約未成立準備磋商之階段，即使當事人負有一定之義務，讓契約成立之前階段更能保護當事人之利益。

(二) 簡要重新論述我國締約過失之成立要件：

1. 必須於「契約未成立時」，實務上認為必須限縮在磋商後契約不成立之情況下；然學說認為，不論契約嗣後有無成立，只要損害之時點發生在磋商準備階段即可。

2. 符合民法第二四五條之一第一項各款事由

(三) 締約過失與其他理論關係：

1. 債務不履行：必須在契約成立後方有發生之可能，締約過失依現行法下必須限於契約未成立，固無交集之可能。

2. 物之瑕疵擔保責任：亦必須在契約成立後方有發生之可能，然締約過失依現行法下必須限於契約未成立，亦無競合之可能。

3. 締約過失與錯誤與詐欺：錯誤與詐欺之法律效果，皆為表意人得撤銷該意思表示，依民法第一一四條第一項，撤銷有溯及效力，但在未撤銷前該

意思表示仍為有效。今問題在於，在契約之情況下，一但雙方意思表示合意契約即為成立，因錯誤或受詐欺而為意思表示之一方，在未撤銷前，契約當然有效成立，然在當事人撤銷該意思表示時，契約及溯及不成立，此種情況是否符合民法第二四五條之一「契約未成立時」之要件，似值討論。

四、參考資料

- (一) 孫森焱，債篇總論，2006 年
- (二) 邱聰智，新訂民法債篇總則，2001 年
- (三) 王澤鑑，民法學說與判例研究(一)

五、作業

甲某日到新光百貨公司逛街購物，不料在搭乘手扶梯時，因機器忽快忽慢導致甲摔倒，門牙斷裂，手腳均有擦傷，甲得向新光百貨公司主張何種法律上權利？

臺灣臺中地方法院民事判決 九十一年度訴字第一二五九號

原 告 陳團圓
法定代理人 乙○○
訴訟代理人 丙○○
甲○○
王寶玟

右當事人間請求給付款項事件，本院判決如左：

主 文

被告應給付原告新台幣壹佰零貳萬伍仟元，及自民國九十一年一月十六日起至清償日止，按週年利率百分之五計算之利息。訴訟費用由被告負擔。本判決於原告以新台幣壹拾肆萬元為被告供擔保後，得假執行。

事 實

甲、原告方面：

壹、聲明：求為判決除供擔保之金額外，如主文所示。

貳、陳述：

一、兩造間成立租賃契約。

（一）原告與保證責任台中市第一信用合作社成立租賃契約

原告與保證責任台中市第一信用合作社（以下簡稱「台中一信」）就門牌號碼台中市○○○路三段六號、七號之建物（下稱系爭建物）成立租賃契約，約定租賃期限自九十年十一月二十五日至九十一年十一月二十四止，每月租金十五萬元，並同意原告出具切結書及支付押租金新台幣（下同）三十萬元後，自九十年九月七日至九十年十一月二十四日之二個半月期間內，原告得對上述租賃標的建物，進行拆除違建、遷離無權占有之遊民、及裝潢工程，有台中一信九十年度第八次社務理監事會議記錄載明「本社承受擔保品坐落台中市○○○路○段六、七號，擬予出租，租賃條件．．．1、租期：一年。2、月租金：新台幣十五萬元正．．．6、承租人要求寬限二個半月期間免租金，供該承租人室內裝潢．．．」等語即明，復有原告之配偶吳麗濱於九十年九月七日代理原告出具予台中一信之切結書，記載「為承租台中市第一信用合作社坐落台中市○○○路○段六號、七號房屋，願承諾切結以每月新台幣壹拾伍萬元．．．之方式承租，為拆除違建之方便及裝潢期二個半月，立書人願先行支付押金新台幣三十萬元」等語，且該切結書上尚有台中一信副總經理註記「本社於九十年八月二十九日第八次社務理監事會會議通過」及台中一信總務課長、副總經理、總經理、乃至理事主席之核章；此外，原告與台中一信預定簽立之房屋租賃契約書，亦載明租賃標的為台中市○○○路○段六號、七號，租賃期限自九十年十一月二十五日至九十一年十一月二十四止，租金每月十五萬元，而該房屋租賃契約書亦有台中一信法務室承辦、總務課長、副總經理、總經理之核章，足見原告與台中一信就租賃標的、租賃期間、租金等租賃必要事項已為合意，租賃契約已然成立，雖事後因台

中一信遭財政部命令由被告銀行接管承受，致未能完成該書面之用印，惟此對本件租賃契約之成立，毫無影響。

(二) 租賃關係由被告承受。嗣台中一信經財政部命令由被告接管，所有權利義務均由被告概括承受，是系爭租賃關係之出租人即變更為被告。

(三) 因被告給付遲延，原告向被告為終止租約之表示。詎被告於概括承受台中一信後，即拒絕由原告繼續對租賃物進行裝潢工程，並請求原告返還租賃建物。原告遂於九十年十月十六日以存證信函催告被告承認系爭租賃關係並同意由原告繼續進行裝潢工程。惟被告不願出租及拒絕原告進行裝潢工程，致租賃物無法如期完成裝潢工程，此顯屬可歸責於被告之事由致給付遲延，是原告不得已於九十年十一月十五日及九十一年八月一日通知被告為契約終止之意思表示。

(四) 原告因本件租賃契約，共計支出費用一百零二萬五千元。原告委託訴外人旺益營造有限公司對系爭建物進行違建拆除工程，共計支出費用八十五萬元。委託訴外人陳汶東建築師進行現場會勘、法規指導、申請圖說、消防討論等事宜，並由結構技師陳至忠繪製結構補強圖，支付建築師費用五萬元。因進行裝潢工程，委託雅式籌室內設計有限公司進行室內設計而支付室內設計規劃費用十二萬五千元。前開至一項，合計支出費用為一百零二萬五千元。

(五) 被告應賠償原告支出之費用一百零二萬五千元。而系爭租賃關係因可歸責於被告之事由致給付遲延，原告依法終止契約後，原告為本件租賃契約所支出之費用一百零二萬五千元，係因被告給付遲延後所生之損害，是原告依民法第二百六十三條準用第二百六十條、及第二百三十一條第一項規定，請求被告賠償該筆損害。

二、退萬步言，苟兩造間未成立租賃契約，原告亦得依民法第二百四十五條之一規定，請求被告賠償一百零二萬五千元。原告與台中一信就本件租賃契約，業經多次之準備及商議，台中一信並同意原告對租賃標的進行拆除違建及裝潢等工程，而台中一信之總經理復已核章同意訂立本件租賃契約之書面。是台中一信與原告原已合意成立租賃並即將簽訂書面契約，詎被告概括承受台中一信後，卻無故拒絕與原告續行完成書面契約之簽訂，此項無故拒絕完成書面契約之行為，顯然違反誠實及信用方法，故本件租賃契約之不成立，乃被告違反誠實信用所致。而原告因信契約能成立致支出費用一百零二萬五千元，即為原告因被告銀行違反誠信拒絕完成書面契約所受之損害。為此，原告依民法第二百四十五條之一第一項第三款，請求被告賠償損害一百零二萬五千元。

三、對被告抗辯所為之陳述：

(一) 兩造未就該契約做成公證，亦無民法第一百六十六條之適用。公證係對於法律行為存在之事實，賦予公證力之證明方式，而非法律行為之方式，當事人間雖有就契約事實請求公證之約定，惟該約定並非民法第一百六十六條所定「契約須用一定方式」之約定，縱當事人未就該契約作成公證，亦無民法第一百六十六條規定推定契約不成立之適用。查台中一信九十年度第八次社務理監事會議記錄及原告之配偶吳麗濱於九十年九月七日代理原告出具予台中一信之切結書中，均

有對系爭租賃契約請求公證之記載，惟此項公證不過為系爭租賃契約之證明方式，與系爭契約行為之方式無涉，縱兩造未依該約定就系爭租賃契約請求公證，亦無民法第一百六十六條規定推定契約不成立之適用。

(二) 兩造關於公證之約定，係以保全契約之證據為目的。按契約當事人約定其契約須用一定之方式者，在該方式未完成前，推定其契約不成立，固為民法第一百六十六條所明定。但當事人約定其契約須用一定之方式，有以保全其契約之證據為目的者，亦有為契約須待方式完成始行成立之意思者，同條不過就當事人意思不明之情形設此推定而已，若當事人約定其契約須用一定方式，係以保全契約之證據為目的，非屬契約成立之要件，其意思已明顯者，即無適用同條規定之餘地（最高法院二十八年滬上字第一一〇號判例參照）。兩造對系爭租賃契約作成公證之約定，其意思明顯係以證明契約之保全證據方法為目的，而非屬契約成立要件。是兩造雖未完成公證，不影響系爭租賃契約之成立，無民法第一百六十六條規定推定契約不成立之適用。

(三) 被告辯稱原告預知被告將不同意系爭租賃，得預先避免損害，主張與有過失云云，純屬無稽，雖原告支付費用一百零二萬五千元之時間，係於九十年九月十四日被告承受台中一信後，惟各筆費用之原因事實，均係於被告承受台中一信前，不得以其支付之時點係於被告承受之後，即謂原告明知契約不成立而自招損害；況被告承受台中一信後，並無以任何書面通知原告拒絕簽訂系爭租賃書面及辦理公證，原告無從確定系爭租賃已無法成立。

四、本件兩造間之爭點，經確認並簡化僅有如下所述二點：

(一) 系爭租賃契約是否成立、生效？約定契約須經公證，是否屬於約定之要式行為？如契約有效，是否因原告解除契約的意思表示而解除？如契約業經解除，被告是否有賠償損害的義務？如契約不成立，被告是否有違反誠信原則之處？原告是否得依民法第二百四十五條之一第一項第三款之規定，請求被告賠償損害？

(二) 原告的損害額是否為一百零二萬五千元？

旨、證據：提出社務會議紀錄影本一件、公證書影本一件、租賃契約書影本一件、收據影本三件、工程請款單影本一件、支票影本一件、存證信函影本二件、工程報價單影本一件、匯款回條影本一件、結構補強圖影本一件、平面配置圖影本一件、委任設計合約書影本一件、工程合約書影本一件、工程明細表影本一件為證，並聲請訊問證人楊麗梅、柯孟忠、郭錦勳、陳汶東、蔡雨臣。

乙、被告方面：

壹、聲明：求為判決駁回原告之訴及其假執行之聲請。

貳、陳述：

一、系爭建物之租賃契約自始不成立。

(一) 系爭租賃契約書須經理事主席核准始可成立，但台中一信理事主席並未用印核准：按不動產租賃非信用合作社業務範圍，故有權核決非屬總經理之權限，須經理事會決議通過後並經理事主席核決始得成立，而本件租賃契約於經台中一信總經理張介京決裁批示不予通過，故理事主席並未核准通過本件租賃契約案，

此亦經證人柯孟忠證稱台中一信理事主席並未用印，因為業務要移轉予被告，核與原告稱因被告承受該社，以致未能完成本件租賃契約書面之用印及公證程序之事實不相吻合；又原告所據以認定契約成立之社務會議紀錄，僅係該社就其社務提付討論事項所為之紀錄，且該紀錄之內容亦僅就前開房屋若辦理出租應具備之條件予以討論決議，並無針對特定對象（即不具名）有任何特定承諾之意思表示，即該會議紀錄既不具備「要約」及「承諾」之形式，且該會議決議內容尚需經辦人員依規定將原告之租賃契約書轉呈各有權人員等之核章，經理事主席最後為核可之決裁後，始能成立租賃關係，該社務會議紀錄充其量只能視為台中一信行事之指導方針，並不能以此遽認為契約之成立要件，原告據此認係被告與其成立租賃契約，顯屬有誤。

（二）原告之配偶吳麗濱於九十年九月七日所立之切結書，僅係原告配合台中一信所為之回應，其上雖載台中一信副總經理註記之「本社於九十年八月二十九日第八次社務理監事會通過」及台中一信相關有權人員等之核章，然只能認係該社內部就該要約之審查程序，必待原告履行交付押租金（惟據證人柯孟忠證稱原告所簽發之荷蘭銀行票號 0000000、面額三十萬元之支票，該社並未簽收），及依切結書所述「承諾屆期取具保證人訂立租約，並完成公證手續」（惟該社並未在原告所舉證之房屋租賃契約書上簽名用印，遑論公證手續是否完成！）等特別約定條件，始能認係完成雙方合意之契約行為，系爭租賃契約因約定方式之未完成，契約之不成立至為顯然。

（三）被告係法人機關，其法律行為之書面需有權人員正式簽名用印對外始生意思表示之效力；原告所示之租賃契約書只有原告及連帶保證人之簽名用印，出租人方面則付之闕如，以該社決議租賃契約必須經過公證之約定要式性言，該契約書既未完成簽訂手續，其無法完成公證亦事所應然，故兩造間根本未成立租賃契約，要無疑義。

（四）兩造間既不成立租賃契約，則債權債務之關係即無由發生，而民法第二百三十一條第一項「債務人遲延者，債權人得請求其賠償因遲延而生之損害」，必以當事人間有債之法律關係存在，債權人始得本於債務人遲延之故而請求其不履行之損害賠償，原告據尚未有效成立之契約請求被告給付遲延之損害賠償，實屬無稽。

二、被告並無違反誠信原則，不負損害賠償責任。原告主張未經台中一信用印之租賃契約書，業據證人柯孟忠證稱該契約書於轉呈台中一信理事主席用印時，以台中一信資產負債將移轉由被告承受而未用印，又另據台中一信總經理稱實際上該租賃契約書經轉呈其核章時，遭其批示否決，原告因此還找其爭論不休，故不論以何因理事主席未予用印核准，可見該社已明確表明系爭租賃契約不予成立之態度；又系爭租賃契約書於九十年九月十一日書立，距九月十五日被告承受台中一信時，亦僅相差四日而已，原告對於被告是否承認該約，應即須注意被告因台中一信未決裁通過用印且須為適法處分，而無法成立租賃契約之可能性，換言之即原告已處於應注意且能注意之狀態，原告既因知台中一信不同意成立租約，於

九十年十月十六日以台中郵局第七六〇四號存證信函要求被告表明承認與否，又以備位主張民法第二百四十五條之一被告違反誠信原則之締約過失責任，足證原告對於租賃契約之未成立當知之甚詳，則對於原告訴請被告賠償之費用應有充分之時間避免損失之發生，甚至據證人陳汶東建築師稱法規指導、申請圖說、消防討論及結構補強圖之設計亦早於七、八月份即已進行，此亦為原告於租賃契約成立前，自行評估此租賃標的物是否適於營業等所支出之費用，焉能視為損失強求被告負責？是被告自無顯然違反誠實及信用方法可言，原告主張締約過失之損害賠償，誠屬有誤。

三、原告另依民法第二百四十五條之一第一項第三款規定請求損害賠償，顯無理由。原告明知台中一信未向原告為承諾之意思表示，且據證人柯孟忠證稱該社只於九十年九月七日於原告書立切結書後只同意原告前去未上鎖（原告稱該社將鑰匙交付，與實情不符）之租賃建物處「整理打掃」等語，乃原告竟於契約尚未獲具體答覆是否成立狀況下，即擅自對本案標的物任意拆除破壞，致難以回復原狀之可使用狀態，且未告知被告該建物已經拆除改變原貌，而後又任意棄置不管也未通知被告接收，容任遊民進入使用，嗣經台中市環境保護局通知，被告始趕赴現場清理善後，故原告即使真有損失，亦屬其應自負其責之行為，與被告並無任何瓜葛，甚且對被告尚須負侵權行為損害賠償責任，茲原告依本條向被告請求損害賠償，與本條法定構成要件不符，故原告另依民法第二百四十五條之一第一項第三款規定請求損害賠償，實無理由。

四、原告應自負損失之責，而不應將損失轉嫁被告承受據證人柯孟忠證稱本案租賃契約書於轉呈台中一信理事主席用印時，以台中一信資產負債將由被告承受，遂未予用印核准等語，又另據台中一信總經理稱實際上該租賃契約書經轉呈其核章時，遭其批示否決等語，已如前述，可見於當時中央存款保險股份有限公司依行政院金融重建基金設置及管理條例第十條第一項規定，處理經營不善金融機構而進駐台中一信時，原告在台中一信總經理批示租約不予成立後，且被告可能因承受而存有變數，於此非常時期大可等候幾天（被告於九十年九月十五日承受），視被告出租態度如何，再為施工與否之決定，乃竟未經有權人員明示之核可，及甘冒損失不待被告明示，迅於民國九十年九月十一日著人拆除施工，及委請雅式籌室內設計有限公司進行規畫設計，足證原告既知台中一信理事主席不用印之因，是時已處於可決定是否暫緩工作進行之狀態，非不可避免損害之發生及擴大，而原告竟應注意能注意而不注意，任令損害之發生及擴大，其應自負損失之責，不可歸責於被告。

五、即使兩造間之租賃契約成立，被告亦不負損害賠償責任。

（一）證人柯孟忠證稱，九十年九月七日原告書立切結書後，台中一信只稱租賃標的未上鎖可進去清理，並未同意原告可進行拆除等工作，乃原告不待被告承受該社後再進一步溝通，始決定採取下一步驟，竟明知存有不確定因素，且未知會被告在被告不知情下，即冒然進行未經被告同意之拆除工程，致產生原告請求被告賠償之費用，衡諸前述，原告就此費用產生之損害，顯有應注意能注意而不注

意之過失，按損害之發生或擴大，被害人與有過失者，法院得減輕賠償金額或免除之。

(二) 據九十一年八月二十一日證人柯孟忠證稱，該社已於九十年九月七日原告書立切結書後，當日對其表示可先至租賃標的物進行「整理打掃」工作，而原告亦因此於九十年九月十一日委由證人郭錦勳所有之旺益營造有限公司進行拆除工作、及證人蔡雨臣至現場丈量規劃平面配置圖，甚且證人陳汝東建築師早於民國九十年七、八月份即已著手進行法規指導、申請圖說、消防討論及結構補強圖之設計，足證租賃標的物已在原告占有支配之範圍，原告既已因相信契約已成立，即進行其拆除整修之工作，實質占有支配系爭租賃標的物，乃原告竟罔稱「被告應負有將租賃標的建物交予原告，供原告進行拆除違建及裝潢等工程。詎被告銀行於概括承受台中一信後，即拒絕由原告繼續對租賃標的建物進行裝潢工程，並請求原告返還租賃建物：：」，核與事實不符，蓋自始至終均不見原告提出被告為拒絕意思表示之證明，只見原告空言主張被告拒絕之語，除顯示原告反覆無常之承租態度外，足證被告並無給付遲延，而原告稱被告給付遲延即無可採。

(三) 被告既已占有支配系爭建物，但卻於九十年十月十六日、九十年十一月十五日發出存證信函予被告，要求被告是否承認該租賃契約書，無異畫蛇添足！蓋原告主觀上既認該契約已於九十年九月七日成立，且客觀上台中一信已交付租賃標的物，原告亦因此完成拆除工作，將系爭建物改變原貌，詎又在被告並無主動表示不承認租賃契約關係，且當時被告因九十年九月十五日依財政部函令概括承受該社，正處於整合業務之繁忙狀況下，原告以其主觀上之認為而頻求被告承認租賃契約與否，甚且主動表示終止該租賃契約，而後將不能履行租約之責任全部推諉於被告。

(四) 原告既因自始至終皆認為書立切結書當日契約已成立，隨即進行拆除清理之工作，租賃標的物已在其實力支配之範圍，要無疑義，而被告在原告終止契約之意思表示前，也自始至終未有任何具體請求解除其占有之意思表示，反倒是原告於九十年十月十六日、九十年十一月十五日之存證信函，一再欲被告表明是否承認該租賃契約後，進而主動表示解約（按為終止租約之誤），衡諸前述，原告既已於被告承受之前後進行施工，即使被告正式否認該契約亦屬兩造確認其債權債務關係存否之問題，與被告承認與否，對於既成之法律事實並不影響，足證原告自行決定停止工程之進行，進而強求被告為其自發性之行為負責，顯屬無理。

(五) 原告於支配占有租賃標的物，依證人郭錦勳之證詞於九十年九月十一日起即開始施工改變租賃物之現狀後，竟未依民法第四百三十二條第一項之規定盡善良管理人之注意，保管租賃物，使租賃物保持其合於使用之狀態，據證人柯孟忠稱當時只同意原告去「整理打掃」，並無提及原告可破壞現狀，乃原告竟於被告承受之前後期間即進行拆除施工等工作，將系爭建物嚴重破壞、難以回復原狀(被告日後將系爭租賃標的回復至可使用之狀態，其所須之費用遠超過原告請求之數額)之後，在無外力之影響下，又自圓其說地將不能繼續施工的理由推諉給被告，要求終止契約並要被告賠償其自招行為後果之損失，依此嚴重損害被告之財產權

益後，未盡善良管理人之責妥為保管處理被其改變後之建物，且未通知被告接收系爭建物，即任意拋棄其占有，故原告應依同條第二項「承租人違反前項義務，致租賃物毀損、滅失者，負損害賠償責任」之規定，負賠償責任，今反而要求被告賠償其破壞行為之花費，若要被告為其如此反覆之行為負責賠償，豈為事理之平乎？

六、未按民法第二百二十條規定「債務人就其故意或過失之行為，應負責任。過失之責任，依事件之特性而有輕重，如其事件非予債務人以利益者，應從輕酌定」等語，如前所述，被告就原告因系爭租約所受費用支出之損失，既無故意或過失之行為，且被告所有之系爭建物，亦遭原告嚴重拆除破壞，難以回復可使用狀態之原狀，依上開條文意旨，被告即不須對原告負損害賠償責任，故原告請求被告賠償新台幣一百零二萬五千元，洵屬無據。

七、本件兩造間之爭點，經確認並簡化僅有如下所述二點：

（一）系爭租賃契約是否成立、生效？約定契約須經公證，是否屬於約定之要式行為？如契約有效，是否因原告解除契約的意思表示而解除？如契約業經解除，被告是否有賠償損害的義務？如契約不成立，被告是否有違反誠信原則之處？原告是否得依民法第二百四十五條之一第一項第三款之規定，請求被告賠償損害？

（二）原告的損害額是否為一百零二萬五千元？

旨、證據：提出台中市環境保護局函文影本一件、統一發票影本一件、照片十四張、本院不動產權利移轉證書影本一件、財政部台財融（三）字第 0000000000 號函影本一件、剪報影本二件為證。

理 由

一、按訴狀送達後，原告不得將原訴變更或追加他訴，但擴張或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；本件原告起訴聲明第一項原求為判決「被告應給付原告新台幣一百零二萬八千元，及自本訴狀繕本送達翌日起至清償日止，按年息百分之五計算利息」等語，於訴訟審理中變更為「被告應給付原告新台幣一百零二萬五千元，及自民國九十一年一月十六日起至清償日止，按年息百分之五計算利息」等語，核屬減縮應受判決事項之聲明，於法尚無不合，應予准許，首先敘明。

二、本件原告主張：原告向台中一信承租坐落系爭建物，約定租賃期限自九十年十一月二十五日至九十一年十一月二十四止，每月租金十五萬元，台中一信並同意原告於出具切結書及支付押租金三十萬元後，自九十年九月七日至九十年十一月二十四日之二個半月期間內，原告得對系爭建物，進行拆除違建及裝潢工程，致原告支出拆除違建、建築師費用及裝潢工程費用，合計一百零二萬五千元。詎台中一信於九十年九月十五日經財政部命令由被告概括承受後，即拒絕由原告繼續對租賃物進行裝潢工程，並請求原告返還租賃建物，系爭租賃關係因可歸責於被告之事由致給付遲延，原告於九十年十一月十五日、九十一年八月一日分別通知被告為終止契約之意思表示後，爰依民法第二百六十三條準用第二百六十條、及第二百三十一條第一項規定，請求被告賠償一百零二萬五千元；縱兩造間未成

立租賃契約，惟原告與台中一信就系爭租賃契約，業經多次之準備及商議，台中一信並同意原告對租賃標的進行拆除違建及裝潢等工程，被告無故拒絕系爭租賃契約之簽訂，顯然違反誠實及信用方法，而原告因信契約能成立致受有支出費用一百零二萬五千元之損害，為此，爰依民法第二百四十五條之一第一項第三款，請求被告賠償損害一百零二萬五千元等語；被告則以：系爭租賃契約書未經台中一信理事主席用印核准，並欠缺公證之約定要式行爲，租賃契約自始未成立，被告自不生給付遲延責任；即使租賃契約成立，系爭建物亦爲原告占有中，被告並無給付遲延之情；而台中一信於被告承受前已向原告明確表明系爭租賃契約不予成立之態度，原告對於租賃契約之未成立當知之甚詳，應有充分之時間避免損失之發生，被告自無違反誠實及信用方法可言，原告主張締約過失之損害賠償，誠屬有誤，況原告明知台中一信未爲承諾出租之意思表示，即擅自對系爭建物任意拆除破壞，而後又任意棄置不管也未通知被告接收，即使原告確有損失，亦應自負其責，原告依民法第二百四十五條之一第一項第三款規定向被告請求損害賠償，與本條法定構成要件不符；又被告就原告因系爭租賃契約支出費用之損害並無故意過失，且原告冒然進行未經被告同意之拆除工程，對於損害之擴大顯然與有過失等語，資爲抗辯。

三、經查：原告於九十年間爲承租台中一信所有之系爭建物使用，曾向台中一信提出承租之申請，台中一信乃於九十年八月二十八日九十年度第八次社務會議中，提案決議通過系爭建物擬予出租案，通過提案之出租條件爲：租期一年、月租金十五萬元、保證金三十萬元、租金採月付方式收取，且要求需要辦理公證，承租人要求寬限二個半月期間免收租金，以供承租人室內裝潢（即從九十年十一月中旬開始計收租金）等語，後原告之配偶吳麗濱乃於九十年九月七日出具表明欲承租系爭建物（準備在一樓作K T V使用，二樓則作理容院變更使用），並願切結以每月十五萬元（押金二個月）按月支付租金之方式承租，爲了拆除違建方便（半個月）及裝潢期二個半月，並承諾屆期取具保證人訂立租約，完成公證等語之切結書一紙給台中一信之承辦人員，該切結書並經台中一信之總務科長、副總經理、總經理、理事主席蓋章其上核閱無誤，且副總經理柯孟忠並於切結書旁加註「本社於九十年八月二十八日第八次社務理監事會通過，添附派駐台中一信陳清江先生電話紀錄分析報告乙份」等語，嗣後原告即委託旺益營造有限公司對系爭建物進行之違建部分及內部原有裝潢進行拆除工程，委託陳汶東建築師進行現場會勘、申請圖說、消防討論等事宜，並由結構技師陳至忠繪製結構補強圖，委託雅式籌室內設計有限公司進行室內設計等事項，原告並於九十年九月十一日簽署租賃契約書，並將之交給台中一信，該租賃契約書並經台中一信之副總經理及總經理蓋章其上（未加註任何意見），但理事主席並未蓋章，後原告與台中一信復未就系爭建物之租賃契約完成法院之公證，而台中一信之資產負債隨即於九十年九月十五日移由被告概括承受，原告乃於九十年十月十六日寄發台中郵局第七六〇四號存證信函給被告，要求被告表明是否承認原告與台中一信間就系爭建物所爲租賃及後處理事宜等語，惟嗣遭被告拒絕，原告乃再於九十年十一月十五

日寄發台中郵局第八三二〇號存證信函給被告，其內載明因被告表示不租，原告同意解約，但請求被告賠償已支出之費用等語等情，業據原告提出租賃契約書影本一件、台中一信第八次社務會議紀錄影本一件、公證書影本一件、切結書影本一件及存證信函影本二件為證，復為兩造所不爭執，自堪信為真實。

四、兩造經整理及協議簡化爭點後，確認兩造間之爭點計有如下事項，即：

(一) 爭點一：

(A) 系爭租賃契約是否成立、生效？約定契約須經公證，是否屬於約定之要式行爲？

(B) 如契約有效，是否因原告解除契約的意思表示而解除？如契約業經解除，被告是否有賠償損害的義務？

(C) 如契約不成立，被告是否有違反誠信原則之處？原告是否得依民法第二百四十五條之一第一項第三款之規定，請求被告賠償損害？

(二) 爭點二：原告的損害額是否為一百零二萬五千元？

五、爰分別就上開爭點，說明兩造之主張及本院之判斷：

(一) 爭點壹：

(A) 系爭租賃契約是否成立、生效？約定契約須經公證，是否屬於約定之要式行爲？

原告與台中一信就系爭建物，已約定租賃期限自九十年十一月二十五日至九十一年十一月二十四止，每月租金十五萬元，並同意原告出具切結書及支付押租金三十萬元後，自九十年九月七日至九十年十一月二十四日之二個半月期間內，原告得對上述租賃標的建物，進行拆除違建、遷離無權占有之遊民、及裝潢工程。而台中一信九十年度第八次社務理監事會議記錄載明「本社承受擔保品坐落台中市○○○路○段六、七號，擬予出租，租賃條件．．．1、租期：一年。2、月租金：新台幣十五萬元正．．．6、承租人要求寬限二個半月期間免租金，供該承租人室內裝潢．．．」等語。又原告之配偶吳麗濱於九十年九月七日代理原告出具予台中一信之切結書，記載「為承租台中市第一信用合作社坐落台中市○○○路○段六號、七號房屋，願承諾切結以每月新台幣壹拾伍萬元．．．之方式承租，為拆除違建之方便及裝潢期二個半月，立書人願先行支付押金新台幣一三十萬元」等語，且該切結書上尚有台中一信副總經理註記「本社於九十年八月二十九日第八次社務理監事會會議通過」及台中一信總務課長、副總經理、總經理、乃至理事主席之核章。原告與台中一信預定簽立之房屋租賃契約書，亦載明租賃標的為系爭建物，租賃期限自九十年十一月二十五日至九十一年十一月二十四止，租金每月十五萬元，而該房屋租賃契約書亦有台中一信法務室承辦、總務課長、副總經理、總經理之核章，足見原告與台中一信就租賃標的、租賃期間、租金等租賃必要事項已為合意，租賃契約已然成立。雖事後因台中一信遭財政部命令由被告接管承受，致未能完成該書面之用印，惟此對本件租賃契約之成立，毫無影響。再者，公證係對於法律行爲存在之事實，賦予公證力之證明方式，而非法律行爲之方式，當事人間雖有就契約事實請求公證之約定，惟該約定並非民

法第一百六十六條所定「契約須用一定方式」之約定，縱當事人未就該契約作成公證，亦無民法第一百六十六條規定推定契約不成立之適用。查台中一信九十年年度第八次社務理監事會議記錄及原告之配偶吳麗濱於九十年九月七日代理原告出具予台中一信之切結書中，均有對系爭租賃契約請求公證之記載，惟此項公證不過為系爭租賃契約之證明方式，與系爭契約行為之方式無涉，縱兩造未依該約定就系爭租賃契約請求公證，亦無民法第一百六十六條規定推定契約不成立之適用。又按契約當事人約定其契約須用一定之方式者，在該方式未完成前，推定其契約不成立，固為民法第一百六十六條所明定。但當事人約定其契約須用一定之方式，有以保全其契約之證據為目的者，亦有為契約須待方式完成始行成立之意思者，同條不過就當事人意思不明之情形設此推定而已，若當事人約定其契約須用一定方式，係以保全契約之證據為目的，非屬契約成立之要件，其意思已明顯者，即無適用同條規定之餘地（最高法院二十八年滬上字第一一〇號判例參照）。兩造對系爭租賃契約作成公證之約定，其意思明顯係以證明契約之保全證據方法為目的，而非屬契約成立要件。是兩造雖未完成公證，不影響系爭租賃契約之成立，無民法第一百六十六條規定推定契約不成立之適用。被告主張：系爭租賃契約書須經理事主席核准始可成立，但台中一信理事主席並未用印核准：按不動產租賃非信用合作社業務範圍，故有權核決非屬總經理之權限，須經理事會決議通過後並經理事主席核決始得成立，而本件租賃契約於經台中一信總經理張介京決裁批示不予通過，故理事主席並未核准通過本件租賃契約案，此亦經證人柯孟忠證稱台中一信理事主席並未用印，因為業務要移轉予被告，核與原告稱因被告承受該社，以致未能完成本件租賃契約書面之用印及公證程序之事實不相吻合；又原告所據用以認定契約成立之社務會議紀錄，僅係該社就其社務提付討論事項所為之紀錄，且該紀錄之內容亦僅就前開房屋若辦理出租應具備之條件予以討論決議，並無針對特定對象（即不具名）有任何特定承諾之意思表示，即該會議紀錄既不具備「要約」及「承諾」之形式，且該會議決議內容尚需經辦人員依規定將原告之租賃契約書轉呈各有權人員等之核章，經理事主席最後為核可之決裁後，始能成立租賃關係，該社務會議紀錄充其量只能視為台中一信行事之指導方針，並不能以此遽認為契約之成立要件，原告據此認係被告與其成立租賃契約，顯屬有誤。原告之配偶吳麗濱於九十年九月七日所立之切結書，僅係原告配合台中一信所為之回應，其上雖載有該社副總經理註記之「本社於九十年八月二十九日第八次社務理監事會通過」及台中一信相關有權人員等之核章，然只能認係該社內部就該要約之審查程序，必待原告履行交付押租金（惟據證人柯孟忠證稱原告所簽發之荷蘭銀行票號 0000000、面額三十萬元之支票，該社並未簽收），及依切結書所述「承諾屆期取具保證人訂立租約，並完成公證手續」（惟該社並未在原告所舉證之房屋租賃契約書上簽名用印，遑論公證手續是否完成！）等特別約定條件，始能認係完成雙方合意之契約行為，系爭租賃契約因約定方式之未完成，契約之不成立至為顯然被告係法人機關，其法律行為之書面需有權人員正式簽名用印對外始生意思表示之效力；原告所示之租賃契約書只有原告及連帶保證人之

簽名用印，出租人方面則付之闕如，以該社決議租賃契約必須經過公證之約定要式性言，該契約書既未完成簽訂手續，其無法完成公證亦事所應然，故兩造間根本未成立租賃契約，要無疑義。本院之判斷：按契約之當事人約定其契約須用一定方式者，在該方式未完成前，推定其契約不成立，民法第一百六十六條定有明文；而公證法上所稱之公證，係指公證人就請求公證之法律行為或有關私權之事項賦與公證力，以證明該項法律行為之作成，或該項事實之存在，與認證所指，是公證人就請求人請求認證之文書，證明其文書之作成或形式上為真正不同；換言之，公證人辦理公證事件，係就當事人在公證人面前，或公證人就其親自所見之私權事實作成公證書，如當事人之法律行為已成立，則屬認證私證書之範疇。本件原告與台中一信間就系爭建物之租賃事宜，有約定須前往法院就租賃契約辦理公證等情，為兩造所不爭執，復有台中一信九十年度第八次社務理監事會議記錄影本一件、切結書影本一件在卷可稽，足見原告與台中一信間就系爭建物之租賃契約，約定須用公證之方式為之，應無疑問；而公證之意義業如前述，而原告所指之公證書所示之公證之本旨復載稱「請求人提出如附件之房屋租賃契約請求公證並經到場人於公證書上簽名或蓋章承認該契約依法成立」等語觀之，則兩造關於系爭租賃契約應辦理公證之約定，應係約定其契約須用一定方式，而非單純僅係以保全契約之證據為目的而已，蓋苟係如此則約定辦理認證即可，不需約定辦理公證，足見原告與台中一信間之此一約定，應屬約定契約須用一定之方式性質，要屬無疑，原告此部分之主張尚無可採。原告與台中一信間就系爭租賃契約約定須辦理公證，是屬約定契約須用一定方式者，業如前述，則參酌前開所示民法第一百六十六條之規定，在該項方式未完成前，推定其契約不成立，本件原告與台中一信或被告間並未就系爭建物之租賃契約辦理公證等情，業如前述，則原告所主張之系爭租賃契約，自因未完成一定之方式而尚不成立。從而，原告主張系爭租賃契約已因原告與台中一信間之意思表示一致即已成立生效云云，尚有未洽，並無可採，應以被告主張系爭租賃契約不成立之見解較為可採。

（二）爭點壹：

（B）如契約有效，是否因原告解除契約的意思表示而解除？如契約業經解除，被告是否有賠償損害的義務？系爭租賃契約尚未成立等情，業如前述，則系爭租賃如契約有效，是否因原告解除契約的意思表示而解除？如契約業經解除，被告是否有賠償損害的義務等問題之判斷，即和本件訴訟結論之判斷無涉，而無予詳論之必要。

（三）爭點貳：

（C）如契約不成立，被告是否有違反誠信原則之處？原告是否得依民法第二百四十五條之一第一項第三款之規定，請求被告賠償損害？原告與台中一信就系爭租賃契約，業經多次之準備及商議，台中一信並同意原告對系爭建物進行拆除違建及裝潢等工程，而台中一信之總經理復已核章同意訂立本件租賃契約之書面。是台中一信與原告原已合意成立租賃並即將簽訂書面契約，詎被告概括承受台中一信後，卻無故拒絕與原告續行完成書面契約之簽訂，此項無故拒絕完成書

之行爲，顯然違反誠實及信用方法，故本件租賃契約之不成立，乃被告違反誠實信用所致。而原告因信契約能成立致支出費用一百零二萬五千元，即爲原告因被告銀行違反誠信拒絕完成書面契約所受之損害。被告主張：證人柯孟忠證稱系爭契約書於轉呈台中一信理事主席用印時，台中一信資產負債將移轉由被告承受而未用印，又據台中一信總經理稱實際上該租賃契約書經轉呈其核章時，遭其批示否決，原告因此還找其爭論不休，故不論是何因素致理事主席未予用印核准，可見該社已明確表明系爭租賃契約不予成立之態度；又系爭租賃契約書於九十年九月十一日書立，距九月十五日被告承受台中一信時，亦僅相差四日而已，原告對於被告是否承認該約，應即須注意被告因台中一信未決裁通過用印且須爲適法處分，而無法成立租賃契約之可能性，換言之即原告已處於應注意且能注意之狀態，原告既因知台中一信不同意成立租約，於九十年十月十六日以台中郵局第七六〇四號存證信函要求被告表明承認與否，又以備位主張民法第二百四十五條之一被告違反誠信原則之締約過失責任，足證原告對於租賃契約之未成立當知之甚詳，則對於原告訴請被告賠償之費用應有充分之時間避免損失之發生，甚至據證人陳汶東建築師稱法規指導、申請圖說、消防討論及結構補強圖之設計亦早於七、八月份即已進行，此亦爲原告於租賃契約成立前，自行評估此租賃標的物是否適於營業等所支出之費用，焉能視爲損失強求被告負責？是被告自無顯然違反誠實及信用方法可言，原告主張締約過失之損害賠償，誠屬有誤。證人柯孟忠證稱該社只於九十年九月七日於原告書立切結書後只同意原告前去未上鎖之租賃建物處「整理打掃」，乃原告竟於契約尚未獲具體答覆是否成立狀況下，即擅自對系爭建物任意拆除破壞，致難以回復原狀之可使用狀態，且未告知被告該建物已經拆除改變原貌，而後又任意棄置不管也未通知被告接收，容任遊民進入使用，嗣經台中市環境保護局通知，被告始趕赴現場清理善後，故原告即使真有損失，亦屬其應自負其責之行爲，與被告並無任何瓜葛，甚且對被告尚須負侵權行爲損害賠償責任，茲原告依本條向被告請求損害賠償，與本條法定構成要件不符，故原告另依民法第二百四十五條之一第一項第三款規定請求損害賠償，實無理由。

本院之判斷：按契約未成立時，當事人爲準備或商議訂立契約而有其他顯然違反誠實及信用方法者，對於非因過失而信契約能成立致受損害之他方當事人，負賠償責任，民法第二百四十五條之一第一項第三款定有明文。其立法理由爲「當事人爲訂立契約而進行準備或商議，即已建立特殊信賴關係，如一方未誠實提供資訊、嚴重違反保密義務或違反進行締約時應遵守之誠信原則，致他方受損害，既非侵權行爲，亦非債務不履行之範疇，原法對此未設有賠償責任之規定，有失周延，爰增訂第一項」，是當事人磋商契約內容時，基於相互間的信賴關係，以及依債之關係應本於誠實信用之方法爲基礎以避免當事人一方未盡相當之注意，爲必要的作爲或不作爲，致他方信賴可順利締結契約之目的不能達成，或發生未曾預期的損害。

經查，雖系爭租賃契約尚未成立等情，固如前述，然台中一信為訂立系爭租賃契約而進行準備或商議之際，已於九十年度第八次社務理監事會議中決議系爭建物擬予出租及租賃條件等相關事宜，此有原告提出台中一信九十年度第八次社務會議記錄一件可稽，且其通過之租賃條件內容，亦核與原告配偶所出具之前開切結書內容相符，亦有切結書影本一件在卷可稽，按該次之會議記錄已載明：承租人要求寬限二個半月期間免收租金，以供承租人室內裝潢（即從九十年十一月中旬開始計收租金）等語，如前所述，足見台中一信進行前開理監事會議已知系爭建物係有特定之承租人要承租，否則豈會有如此言詞之記載，是原告與台中一信之承辦人員在此之前即已進行租賃事宜之協商，應係實情。而證人即原台中一信副總經理柯孟忠到庭證稱：「．．．本案經過理監事同意後，有交給總務科去辦，後來原告有來和總務承辦人員謝春雄及我一起洽談承租事宜，談了好幾次，原告自己有提出切結書，我們有將它轉呈上去，當時有談的條件是租金每月十五萬元，有說要辦理公證，那時他有要求二個半月不要收租金，我們有轉呈上去，理事主席有蓋章表示同意，原告有來看結果，所以他知道切結書通過的事，通過後原告有要交付支票，但是我們沒有收，有向原告表示等到公證通過後再收，原告有無向我表示要整理房子我忘記了，但是我記得我有向他說合作社已同意要租給你了，你可以去整理打掃，那裡有很多流浪漢，你可以先去看看，我並沒有交鑰匙給原告．．．」、「（問：原告何時對你說要整理房子？）因為原告有要求兩個半月不收租金，因為他要裝潢，所以租金是從租賃始期即九十年十一月二十五日開始算，之前並不收費用，因為讓他去做裝潢的事，所以原告是在九十年九月份說要去整理房子」等語（見本院九十一年八月二十一日言詞辯論筆錄），證人即惠雙仲介公司業務員楊麗梅則到庭證稱：「．．．接洽過程都是在柯孟忠辦公室談的，當時還有一位謝副總在場，後來他們在第八次的社務會議有通過，一信方面才通知原告去寫切結書，切結書是在柯孟忠的辦公室寫的，當時原告有表示要去整理房子的事，柯孟忠有表示同意，．．．」等語（見本院同日筆錄），再參以前開切結書上確有載明：為了拆除違建方便（半個月）及裝潢期二個半月等語，足證台中一信在兩造尚未成立租賃契約之前即已告知原告內部已同意要出租系爭建物給原告乙事，並且同意原告先行進行違建之拆除及裝潢，應為實情。至於證人柯孟忠雖僅證稱同意原告前去整理房屋等語，惟本院參酌前開社務理監事會議記錄、切結書之內容、證人楊麗梅之證詞及原告承租系爭建物之目的是要從事K T V、理容院之經營等情，綜合以觀，台中一信所同意者，應係拆除違建部分及事先裝潢，而非僅係打掃而已，被告抗辯台中一信僅同意「整理打掃」，原告對系爭建物為拆除，屬未經台中一信同意所為云云，尚與事實不符，應無可取。次按，台中一信在系爭租賃契約未成立前，不僅向原告表明將同意出租，且提示內部之文件供原告閱覽，以實其說，且復同意原告可先行就系爭建物進行違建之拆除及裝潢事宜等情，均如前述，則原告參酌前開事實，自有足夠理由信賴系爭租賃契約必能成立，否則台中一信豈有同意原告可先拆除系爭建物之違建部分之理？再者，被告於九十年九月十五日概括承受台中一信之資產及負債，則對台中

一信與原告間之約定，自應一併承受，而被告於承受後拒絕和原告完成公證等情，為兩造所不爭，且被告拒絕就系爭建物之租賃辦理公證，復未提出任何正當理由，則被告在無任何正當理由之情形下，故不為兩造所約定公證行為，以致造成系爭租賃契約之不成立，被告所為損害原告可順利締結契約之信賴，顯屬違反誠實信用方法而致契約不成立，符合民法第二百四十五條之一第一項第三款規定之要件，則被告就原告因此而受之損害，自應負賠償之責，被告抗辯被告所為尚非屬違反誠實及信用方法云云，尚無可取。未接，被告辯稱台中一信已明確表明系爭租賃契約不予成立之態度，且原告過失未注意被告將接管台中一信，應有充分時間避免損失之發生云云，惟查：原告委託第三人進行裝潢、拆除工程之時間分別於九十年九月十日、九十年九月十三日，有原告提出旺益營造有限公司工程合約書、雅式籌室內設計有限公司委任設計合約書各一件可稽，皆係原告於九十年十月十六日以台中郵局第七六〇四號存證信函要求被告表明承認與否前，且客觀上依據台中一信前開承辦人員所告知之資訊，已有相當理由確信系爭租賃契約有出租之可能，被告復未提早通知原告拒絕簽訂系爭租賃書面及辦理公證之事宜，亦為被告所不爭執，則原告於委託他人進行拆除違建及裝潢工程前，當無從得知被告不同意出租系爭建物，是故，原告因而支出裝潢整修之費用並無過失，被告此部分之抗辯，亦無可採。綜上所述，本件原告確有相當理由信賴系爭租賃契約可成立，被告嗣後故不予辦理契約公證，核其行為，係屬違反誠實信用方法，依民法第二百四十五條之一第一項第三款規定，被告自應對非因過失而信契約能成立致受損害之原告，負損害賠償責任。

（四）爭點貳：

原告的損害額是否為一百零二萬五千元？

原告所之損害額共計為一百零二萬五千元，即：

原告委託訴外人旺益營造有限公司對系爭建物進行違建拆除工程，所支出費用八十五萬元。委託陳汶東建築師進行現場會勘、法規指導、申請圖說、消防討論等事宜，並由結構技師陳至忠繪製結構補強圖，所支付建築師費用五萬元。因進行裝潢工程，委託雅式籌室內設計有限公司進行室內設計而支付室內設計規劃費用十二萬五千元。

被告主張：

原告所主張委託訴外人旺益營造有限公司對系爭建物進行違建拆除工程，支出費用八十五萬元部分，其費用過高，並不合理，且委託陳汶東建築師進行現場會勘、法規指導、申請圖說、消防討論等事宜，是在九十年七、八月間，此為原告於租賃契約成立前，自行評估此租賃標的物是否適於營業等所支出之費用，焉能視為損失強求被告負責？

本院之判斷：

按原告主張其委託訴外人旺益營造有限公司對系爭建物進行違建拆除工程，而共計支出費用八十五萬元；委託陳汶東建築師進行現場會勘、法規指導、申請圖說、消防討論等事宜，並由結構技師陳至忠繪製結構補強圖，共計支付建築師費用五

萬元；因進行裝潢工程，委託雅式籌室內設計有限公司進行室內設計而支付室內設計規劃費用十二萬五千元，合計為一百零二萬五千元之事實，業經證人郭錦勳、陳汶東、蔡雨臣到庭證述無訛，復有原告提出收據影本三件、工程請款單影本一件、支票影本一件、工程報價單影本一件、匯款回條影本一件、結構補強圖影本一件、平面配置圖影本一件、委任設計合約書影本一件、工程合約書影本一件、工程明細表影本一件在卷可稽，而被告對於前開證物均未表示爭執，自堪信為真實。被告雖以前詞置辯，惟查：原告既確有支付訴外人旺益營造有限公司之工程款八十五萬元，則其因信賴契約能成立之實際損害即八十五萬元，被告雖抗辯原告主張之金額太高而不合理云云，然未提出足以令人信服之理由，自無可採；再，被告對於原告主張委託雅式籌室內設計有限公司進行室內設計而支付室內設計規劃費用十二萬五千元部分，並未予以爭執，則原告因信賴契約能成立所受之此部分損害，自為十二萬五千元無誤；又證人陳汶東固到庭證稱原告委託其進行本件之現場勘查及法規檢討之時間，是在九十年七月份左右等語（見本院九十一年八月二十一日言詞辯論筆錄），固在台中一信九十年八月二十八日第八次社務理監事會議之前，然該陳汶東建築師向台中市政府申請圖說之申請書（申請日期為九十年八月二十七日）即由台中一信蓋用法人之印信及代表人即理事主席之章提供給陳汶東建築師辦理，且台中一信並提供該社之營業執照供陳汶東建築師處理後續之相關事宜等情，業據證人陳汶東提出被告未予爭執之圖說申請書影本一件、信用合作社營業執照影本一件在卷可憑，是關於原告委託陳汶東所辦理之事項，台中一信既知情並參與配合，則原告有關此部分之費用支出，自難謂謹係於租賃契約成立前，自行評估此租賃標的物是否適於營業等所支出之費用而已，應認為係原告信賴契約能成立所受之損害，較符公理，故而被告此部分之抗辯，亦無可採。綜上所述，原告因信賴系爭租賃契約能成立所受之損害，其損害額為一百零二萬五千元，應無疑問，則原告自得請求被告賠償損害一百零二萬五千元。

六、綜上所述，原告基於締約過失責任之法律關係，依民法第二百四十五條之一第一項第三款之規定，訴請被告給付一百零二萬五千元，及自支付命令送達被告之翌日即九十一年一月十六日起至清償日止，按週年利率百分之五計算之利息，為有理由，應予准許。

七、原告陳明願供擔保，請求宣告假執行，核無不合，爰酌定相當擔保金額，予以准許。

八、兩造其餘攻擊防禦方法，經審酌結果，核與本判決之結論均無影響，爰不逐一論述，均併予敘明。

九、據上論結，本件原告之訴為有理由，依民事訴訟法第七十八條、第三百九十條第二項，判決如主文。

【第三單元 3-1-1 契約之成立-一般成立要件-意思表示合致(遲到之承諾)】

一、案例

甲於台南縣擁有不少土地，為增加其收益，便與乙工程公司訂立房地互易契約，約定由甲提供土地予乙建屋 12 棟，待乙完工後，甲乙將各分得六棟房屋。乙預售建屋過程中，該建築樣式深受消費者喜愛，皆預售成功，乙寄信給甲表示願意

平分房屋之出售價款，甲遲未回覆，三年後，乙已完工，取得出售價款，甲表示欲平分價款，遭乙拒絕，甲一氣之下一狀告上法院，告乙違約，試問甲之主張有無理由？（參考自最高法院 70 年台上字第 2495 號判例）

二、爭點整理

- （一）合建契約之內涵為何？
- （二）乙事後向甲表示願意平分價款之性質為何？
- （三）遲到之承諾之法律效果為何？

三、教師手冊（思考過程）

- （一）合建契約之定性，乃視雙方約定內容而定。究為互易契約或買賣與承攬混合契約，抑或合夥契約？各契約間有何不同？
- （二）承諾之遲到，如不尋常，其是否與撤回要約、撤回承諾通知遲到相同，相對人應發遲到之通知？若應發出而不發出，是否亦視為承諾未遲到，具契約成立之法律效果？

四、參考書籍

- （一）杜怡靜，契約之成立與效力
- （二）王澤鑑，債法原理，第一冊
- （三）陳自強，契約之成立與生效

最高法院民事判例

七十年台字第二四九五號

上訴人 鄒富標（祭祀公業鄒沐宗管理人）

訴訟代理人 楊喜倫律師

被上訴人 東興工程股份有限公司

法定代理人 謝經武

訴訟代理人 郭方桂律師

右當事人間請求清償分配款事件，上訴人對於中華民國七十年三月十一日台灣高等法院第二審更審判決（六十九年度上更（一）字第五八一號），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

本件上訴人主張，伊於民國六十二年九月二十七日，與被上訴人訂立房地互易契約書，約定由伊提供台北市中崙段一〇五之二號等十二筆土地，由被上訴人出資興建四層公寓出售，所得價款平分，其中第二批敦化小築業已建築完成，且已出售部分房屋，共得價款新台幣（下同）一千三百九十一萬二千元，伊應得其半，詎被上訴人竟拒絕給付等情，求為命被上訴人給付六百九十五萬六千元及自六十五年九月十五日起按中央銀行核定放款利率計付利息之判決。

被上訴人則以兩造所訂契約係約定分配房屋，並非分配房屋出售價款等詞，資為抗辯。

原審依審理之結果，以兩造於六十二年九月二十七日訂立房地互易契約書後，於六十三年六月七日再訂立補充協議書，約定第二批所建十二棟，由兩造各分得六棟，有卷附該補充協議書可稽。兩造所訂契約係房屋與土地之互易，即房屋及土地各半平分，並非平分房屋及土地出售價款，應堪認定。雖被上訴人曾於六十五年九月十四日，以（65）東產字第一八八號函向上訴人表明願意將第二批房屋出售價款平分，但該函件並非契約，僅屬一種要約，上訴人並未於相當期間內承諾，依民法第一百五十七條規定，該要約失其拘束力。縱如上訴人所稱，伊於六十八年七月四日提起本件訴訟，得認為承諾。惟此項承諾顯然遲到，依同法第一百六十條第一項規定視為新要約，被上訴人對此項新要約既未承諾，兩造間尚難謂有平分房屋出售價款契約存在。上訴人要無主張被上訴人應平分第二批房屋出售價款，而請求給付其半數之餘地。爰維持第一審所為上訴人敗訴之判決，駁回其上訴，於法委無不合。上訴論旨，指摘原判決欠當，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及第七十八條，判決如主文。

【第三單元 3-1-1 契約之成立-一般成立要件-意思表示合致(意思實現)】

一、案例

甲有 A 地，其上之 B 屋為乙丙丁所共有，而乙丙丁未曾與甲有租約存在，該屋並占有 A 地已數年。今戊見 B 屋古色古香，甚為喜愛，便於民國九十三年向乙丙丁購得 A 屋，購屋後向甲表示欲承租 A 地並給予租金，但遭甲所拒。惟戊仍

於九十三年後，持續三年以甲為提存受取人，表明係承租系爭房屋之租金而為提存，亦確由甲領取。三年後，富商已見 A 地風水好，為百年難得之寶地，便欲以高額價金向甲購買 A 地，甲心動不已，試問甲可否以戊占有 A 地無正當權源而主張拆屋還地？（參考最高法院 95 年台上字第 969 號判決）

二、爭點整理

（一）何謂意思實現？意思實現之「有可認為承諾之事實」應如何認定，是否主觀上亦須具備承諾意思？

（二）本案甲與戊間成立租賃契約是否成立？

三、教師手冊（思考過程）

本案若甲與乙丙丁間已有租約存在，甲主張拆屋還地是否有理由？與意思實現之情形有何不同？

四、參考書籍

（二）杜怡靜，契約之成立與效力

（二）王澤鑑，債法原理，第一冊

（三）陳自強，契約之成立與生效

最高法院民事判決

九十五年度台上字第九六九號

上訴人 洪○○

周○○

周○○

共 同

訴訟代理人 詹順貴律師

被 上 訴 人 阮○○

訴訟代理人 鄭曉東律師

魏諸孟律師

上列當事人間請求拆屋還地事件，上訴人對於中華民國九十四年三月十六日台灣高等法院高雄分院第二審判決（九十三年度重上字第第六四號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

原判決廢棄，發回台灣高等法院高雄分院。

理 由

本件原審維持第一審所為命上訴人拆屋還地之判決，駁回其上訴，無非以：坐落高雄市苓雅區苓洲段一四九二地號土地（下稱系爭土地）為被上訴人及訴外人阮○○共有，被上訴人係於民國六十八年八月二十七日向訴外人陳黃○○買受系爭土地應有部分三分之一，而訴外人林○○、阮○○於六十九年五月八日分別向訴外人呂黃○○、孫黃○○買受系爭土地應有部分各三分之一，阮○○再於七十七年二月二十三日受讓林○○之應有部分，上訴人洪○○所有門牌高雄市○○○○○○○○（下均同路）一五二一八號房屋（下稱A屋）、門牌一五二一二號房屋（下稱B屋）占用系爭土地如第一審判決附圖（下稱附圖）所示A、B所示部分，上訴人周○○、周○○共有之門牌一五二一一號房屋（下稱C屋），占用系爭土地如附圖所示C部分土地，係於六十四、六十五年間向訴外人薛○○、陳蔡○○、簡○○買受取得所有權等情，為兩造所不爭。茲被上訴人主張：上訴人等占用系爭土地並無正當權源，應將其所有之房屋拆除並將其占用之土地返還與伊及其他共有人云云，上訴人則以：伊自六十六年起即以提存方式向被上訴人之前手陳黃○○等繳納租金，被上訴人亦曾領收提存款，兩造間有租賃關係存在等語置辯。經查證人即系爭土地前共有人呂黃○○證稱：系爭房屋係他們占有伊等所有之系爭土地自己蓋建，非其父黃天賜所建，伊等要出售系爭土地前，曾詢問上訴人等是否購買，上訴人不買才出賣給阮外科，伊等未收上訴人之租金，亦未出租，上訴人向法院提存，法院通知伊等去領取，係上訴人隨便給付之錢，上訴人並未直接說付租給伊，亦不知上訴人向法院提存云云；證人周鄭來有即上訴人周○○之母、周○○之妻證稱：其係自行大約計算租金而寄出云云；上訴人洪○○提出之提存書，則均記載：「被拒收依法提存」字樣；證人薛○○亦證稱：伊只買房子，並無土地使用權利，亦未向陳黃○○、呂黃○○承租系爭土地云云。可見系爭房屋係他人占用系爭土地所蓋建，薛○○即上訴人之前手亦未與土地所有人成立租賃關係；上訴人等於購得系爭房屋後，亦未與當時土地所有人陳黃○○等三人達成租賃合意，其依自己之意思計算金額給付租金遭拒後，以寄匯票或提存方式給付其自稱之租金，難認上訴人與原土地所有人陳黃○○等成立不定期租賃關係。另查上訴人提存之金額，其中台灣高雄地方法院提存所六十六年度存字第一二五四、一三二六、一九二二、一九二三號、六十七年度存字第二七○○號、六十八

年度存字第六七五號、八九四號所提存之金錢，確已由陳黃○○等人領取。但提存為清償債務之方法，當事人間須先有租賃關係，出租人取回承租人所提存之租金，始發生清償租金債務之效力。如當事人雙方本無租賃契約存在，一方以租金名義提存金額，他方向法院領取提存金，亦不發生清償租金債務之效果，充其量只發生是否涉及不當得利問題。上訴人自行付租，為陳黃○○等人拒收，而以提存或匯款方式給付，此種情形，陳黃○○等人本可對上訴人主張相當於租金之損害賠償，尚難以其曾向法院領取提存金或收受匯票，即認以默示允諾與上訴人成立租賃關係。證人薛○○雖另稱系爭房屋係地主黃天賜所建云云，但業經呂黃○○即黃天賜之女否認，並經其自承係屬聽聞而來。故其所為證言並不可採。又上訴人向被上訴人付租金遭拒，其提存之所謂租金並非與被上訴人約定而來，縱被上訴人曾領取提存金，兩造既無租賃關係，被上訴人本可視作相當於租金之損害賠償性質，亦難據此認被上訴人默示同意將系爭土地出租與上訴人。又系爭房屋之建造縱經原所有人黃天賜同意，亦屬使用借貸關係，此債權法律關係仍不得對抗因買賣取得系爭土地所有權之被上訴人，上訴人亦不得以系爭土地之第一手占有人與黃天賜間有使用借貸關係，而主張有權占有。上訴人洪○○占有系爭土地之A、B部分，周○○、周○○占有系爭土地C部分，既無正當權源，被上訴人本於所有權法律關係，請求上訴人分別將其占用之系爭土地上之地上物拆除，並將土地返還與被上訴人及其他共有人全體，自屬有據等詞，為其判斷之基礎。按依習慣或依其事件之性質，承諾無須通知者，在相當時期內，有可認為承諾之事實時，其契約為成立，民法第一百六十一條第一項定有明文。此即學說上所謂之意思實現，乃依有可認為承諾之事實，推斷有此效果（承諾）意思。意思實現以客觀上有可認為承諾之事實存在為要件，有此事實，契約即為成立。而有無此事實，應依具體情事決定之。查系爭土地坐落於高雄市苓雅區，系爭房屋建造於日據時代。上訴人於六十四、六十五年間即向訴外人薛○○、陳蔡○○、簡○○買受取得系爭房屋，而被上訴人則係於六十八年間始向訴外人陳黃○○買受系爭土地應有部分三分之一，為原審確定之事實。而上訴人自六十六年間起即以陳黃○○、呂黃○○、孫黃○○為提存受取人，表明係承租系爭房屋之租金而為提存，亦確由陳黃○○等人領取，亦為原審所認定，並有提存書在卷可資憑按。果爾，上訴人自有承租系爭土地之意思至明。又以系爭土地位於高雄市區，系爭房屋占用系爭土地已歷經數十年，原土地所有人陳黃○○等未曾異議；而上訴人於購買系爭房屋後，雖向陳黃○○等付租遭拒，但其提存之租金，確由陳黃○○等領取等客觀具體情事觀之，若此情形，陳黃○○等縱使主觀上並無承諾出租系爭土地之意思，但其於出賣系爭土地之前，於六十六、六十七、六十八年連續三年領取上訴人提存之系爭土地租金，是否屬於有可認為承諾之事實？不無研求之餘地。此於判斷上訴人對於系爭土地有無租賃關係存在，關係至切。原審就此卷存資料未詳加審認，即為不利於上訴人之論斷，於法尚有未合。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

十八條第二項，判決如主文。

【第三單元 3-1-2 契約之成立-一般成立要件-契約內容違反公序良俗】

一、案例

甲男乙女因工作而認識，為人人稱羨的情侶，惟日後甲男移情別戀而要求分手，乙因此而由愛生恨，於甲男提分手之當天深夜，乙女夥同其親朋好友數人，至甲

家中談判，甲考量已談判至次日凌晨三點，且對方人數眾多，逼不得已而簽立同意書，乙方罷休，同意書中約定之分手條款如下：

1. 甲須一定期限內離職
2. 甲男與乙女分手後，二年內甲男不得論及婚嫁及與他人交往
3. 甲願將其所有之自小客車一輛贈與乙

兩人並約定自簽訂同意書起，彼此不得在實質與精神上騷擾對方，並約定甲若未履行上述同意書之三項約定，則甲願自闔絕後。乙女若違約，乙願賠還該自小客車一台。今甲深思熟慮後，認乙無理取鬧，向乙表示不願交付該車，乙一氣之下，告上法院，請求甲交付該車，問本案甲乙所簽立同意書之效力為何？

(參考自臺灣高等法院民事判決八十八年度上字第一一五四號判決)

二、爭點整理

- (一) 上述同意書約定內容之效力為何？是否違反民法第七十二條之公序良俗？
- (二) 民法第一百十一條「法律行為之一部分無效者，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。」該條但書之情形，如何認定仍可成立而有效？

三、教師手冊(思考流程)

本案是否為附負擔之贈與之情形？若乙仍持續騷擾甲，甲可否主張民法第四一六條之規定撤銷該贈與？或主張乙違反不得騷擾甲之約定，故甲得行使同時履行抗辯權？

四、參考書籍

- (一) 王澤鑑，民法總則
- (二) 陳自強，契約之成立與生效

臺灣高等法院民事判決

八十八年度上字第一一五四號

上訴人 王素芬

訴訟代理人 史慧玲律師
陳柏如律師
胡盈州律師

右一人

複 代理人 楊靜宜律師

訴訟代理人 薛欽峰律師

右當事人間請求交付贈與物事件，上訴人對於中華民國八十八年六月二十二日臺灣桃園地方法院八十八年度訴字第一五一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。

事 實

甲、上訴人方面：

一、聲明：「原判決廢棄。被上訴人應將日產 Nissan Cefiro 牌，排氣量一九九五西西，車牌號碼：L6-9897 之自用小客車交付上訴人。第一、二審訴訟費用由被上訴人負擔。

二、陳述：除與原審判決所載者相同，予以引用外，補稱：

按依民法第一百十一條規定及司法院八十二年廳民一字第○二六九六號民事廳研究意見，法律行為除去無效之一部分外，亦可成立者，則其他部分仍為有效。本件兩造原屬男女朋友，嗣後分手，雙方約定自協議成立之八十七年八月二十日起，不得在實質或精神上騷擾對方，被上訴人並遵守「離開林口長庚醫院（離職原因不得涉及乙方（即上訴人））（期限：民國八十七年九月二十日）。兩年內不得論及婚嫁，不可交女朋友（不可單獨約會，期限八十七年八月二十日至八十九年八月二十日）。過戶甲方之 Nissan Cefiro 汽車壹台（L6-9897，車況需維持現狀交車，雙方不得惡意毀損、八十七年八月二十一日）。甲方（即被上訴人）需償還自助會匯款新台幣（下同）七萬七千元，轉帳入乙方（即上訴人）帳戶。如甲方（即被上訴人）違約，甲方願自闔絕後。如乙方違約，乙方願賠還 Nissan Cefiro 汽車壹台（L6-9897）」之條件。被上訴人是否履行上開第一至四條之約定，並非兩造分手之條件，蓋兩造於訂定系爭同意書前即已分手，系爭協議書僅是分手後兩造依雙方之自由意志及意見表示合致所達成之協議，故同意書每一條款均係獨立之約定，任一條款間並無互相依存缺一不可之關係，被上訴人主張上訴人以該約全部條款為分手條件缺一不可云云，實與系爭協議之明文不符而不足採信。雙方約定被上訴人如未履行協議書第一至四條之義務，被上訴人願自闔絕後，如上訴人違約則須賠還汽車乙台，係單純約定兩造應履行之義務及違約之結果，故縱使被上訴人之違約條款被解釋為無效，亦不得將其他條款曲解為兩造分手之條件並缺一不可，被上訴人反捨契約文字曲解兩造協議之真意，依最高法院十七年上字第一一八號判例要旨，殊屬不當。兩造歷經四年之交往，已達論及婚嫁之程度，上訴人除了付出情感及青春外，在金錢往來上，亦從未吝於資助被上訴人，故雙方於分手後才協議由被上訴人將車輛給付予上訴人以抵償，被上訴人因而簽署同意書；揆之經驗法則，此舉與一般夫妻離

婚協議分配財產之性質類似，不足為奇。因之，上訴人從未以財物之交付作為分手之條件，兩造分手確係基於個人之情感與自由意願，原判決捨契約文字而曲解兩造間立約之真意，認定上訴人「藉分手而以違反倫理道德觀念之要求達到報復或洩憤之目的．．．不當限制被告（即被上訴人）之工作自由．．．及限制被告之交友與結婚等權利外，並要求被告須贈與系爭車輛而不當剝奪被告之財產權」，誠於法未合。

系爭協議條款一一獨立約定，並無缺一不可之關係，故退萬步言，除去違背善良風俗之部分條款外，系爭協議第三及第四條之約定內容，原不具違法性，依法律行為之客觀性質及當事人之主觀意思，應認仍為有效，始符合誠信原則；況被上訴人亦已主動履行系爭協議書第四條之約定，償還會款七萬七千元，足證被上訴人不論於立約時或立約後，主觀上均無將系爭協議條款視為除去違背善良風俗之部分後，其餘約定即不成立之意思存在，被上訴人給付汽車亦非僅單純贈與之意思，實為兩造財產分配之協議，故每一條款均單獨成立，被上訴人主張上訴人係以該約全部條款為分手條件，缺一不可藉以報復被上訴人等情，全部不實在。又系爭協議第三及第四條之約定內容，其目的本分別在釐清雙方金錢之關係以及合會款項之糾葛，其內容原均不具違法性或背於公序良俗。且被上訴人既認為第四條之約定有效且已履行，是由法律行為之性質或當事人之真意觀之，系爭協議第三條關於給付汽車之約定亦應認為有效，而不應將之與第四條之規定予以不同之判斷。故衡之系爭協議之文義及兩造立約時之真意，系爭同意書內容縱有一部無效之情形發生，亦不影響交付汽車予上訴人之約定內容之效力，是以，系爭協議書第三條關於被上訴人給付上訴人系爭車輛之約定，既無不法性，則上訴人依約依法自有權請求被上訴人交付系爭車輛，如此，始符合誠信原則。則兩造間就被上訴人應將系爭車輛交付予上訴人之約定既未違法，亦未與善良風俗相悖，且依據兩造間立約之真意及系爭同意書之文義，縱認為系爭同意書關於限制被上訴人工作、交友結婚及違約條款「自闔絕後」之部分無效，但仍難認為除去此無效部分，其餘約定即不生效。職是，依民法第一百十一條但書之規定，上訴人之請求誠於法有據。系爭同意書係經由兩造充分溝通後達成協議，並經由被上訴人自己父母親的勸導，雙方始簽署，足見上訴人並無脅迫之情事；另否認被上訴人所為上訴人毀損其家具、汽車之事實，被上訴人任意指摘，亦未舉證證明，是其所述，實為誣陷之說，而不足採信。故被上訴人以受脅迫為由依民法第九十二條第一項規定，主張撤銷其意思表示，於法無據。

被上訴人又主張上訴人在八十七年（上訴人誤為八十八年）八月二十二日曾恐嚇騷擾被上訴人，違反系爭同意書所載之「兩造雙方均同意從即日起（八十七年八月二十日）兩不相干，不得在實質或精神上騷擾對方．．．」之約定，故其得依民法第四百十二條第一項撤銷該契約。惟查系爭同意書，係約定被上訴人必須遵守四個條件，並未對上訴人約定附有任何負擔，絕非被上訴人所指之附負擔之贈與，上訴人依同意書請求被上訴人交付系爭汽車，理所當然。被上訴人惡意曲解同意書之明文，指稱為附負擔贈與，已與契約文字及當事人之真意不

合，自不足採。至八十七年八月二十二日當日上訴人及兄長乃是因被上訴人惡意不依約履行而加以質問，與契約中所指糾纏騷擾之行爲無涉，被上訴人依民法第四百十二條之規定行使撤銷權亦無理由。八十七年八月二十三日曾上訴人及兄長王文德並未公然辱罵與毆打被上訴人，被訴人卻恣意誣攀，且無法舉證以實其說，可知所言均屬虛妄，是被上訴人並無民法第四百十六條之撤銷權。

三、證據：除援用原審之立證方法外，提出存證信函一份爲證。

乙、被上訴人方面：

一、聲明：求爲判決如主文所述。

二、陳述：除與原審判決所載者相同，予以引用外，補稱：

兩造交往期間，被上訴人不論財物及精神之付出均甚於上訴人，上訴人主張被上訴人同意以系爭汽車作爲抵償其於兩造交往期間對被上訴人之資助，然迄今均無法舉證明被上訴人有欠款之事實，故所言即屬空言指稱，圖推卸其不法動機及行爲。苟上訴人未以此爲分手條件，豈會於八十七年八月二十日深夜與眾多親友到被上訴人家中騷擾至凌晨三點後，於被上訴人不得已簽立同意書後方始離去？又何須於系爭同意書中記載「兩造雙方均同意從即日起（八十七年八月二十日）兩不相干，不得在實質或精神上騷擾對方」？可見本件確係上訴人純爲圖報復，片面不法要求被上訴人履行義務爲分手條件。系爭同意書之第一條、第二條分別侵害被上訴人自由工作權利與婚姻、交友之自由權利，顯屬無效。而上訴人所據以請求之同意書第三條，係其以被上訴人若不簽署贈與系爭汽車之同意書，則永不分手，糾纏無休且又對於被上訴人爲脅迫，被上訴人始簽立，上訴人將男女感情之分合繫以財物，加以箝制，依最高法院六十五年度台上字第二四三六號判例，其僅爲一飽私慾而不當剝奪被上訴人之財產權，與我國現今愛戀自由及醇厚之善良風俗觀念及公共秩序大相違背，依民法第七十二條規定，自始無效。

兩造原僅係男女朋友，並未結婚或有任何婚約，其感情既已無法持續，一方自不應無端向他方以索求財物爲分手條件，而應緣盡善了。然上訴人於八十七年八月二十日晚間十時許竟夥其兄長等多人至被上訴人住處，以強脅行爲不當索求被上訴人應付予其一百萬元或汽車乙部做爲分手條件，同時要求被上訴人離開工作之長庚醫院，及兩年內不得論及婚嫁，不可交女朋友（不可單獨約會），甚至載明被上訴人如違約願自闔絕後。可見上訴人之動機即在以此同意書報復被上訴人，以達其洩恨目的。因伊等於被上訴人住處騷擾至凌晨三、四點，且上訴人及其長兄王文德多次言及不利被上訴人及其家人，鑒於上訴人早有毀損被上訴人傢具、汽車之情，被上訴人不得已始簽立該同意書，絕非於自由意識下自願同意而爲。是以當時情況而言，該同意書內容洵已違背公序良俗，並未可割裂觀之而認僅有民法第一百一十一條後段一部無效之情，而容認此全部無效契約一部繼續有效。上訴人所引司法院臺廳民一字第○二六九六號函屬斷章取義，且兩造並非夫妻，與上開函釋情況，完全不同，自無適用之餘地。民法第一百一十一條但書之規定，非謂凡遇給付可分之場合，均有其適用，尙須綜合法律行爲全部之旨趣、

當事人訂約之真意、交易之習慣、其他具體情事，並本於誠信原則予以斟酌後，認為使其他部分發生效力，並不違反當事人之目的者，始足當之（參照最高法院七十五年台上字第一二六一號判例）。又法律行為，有背於公共秩序或善良風俗者，無效；法律行為之一部無效者，全部皆為無效。分別為民法第七十二條、第一百十一條前段所明定。又親屬法上之身分行為，依其性質不得附以條件或期限，否則即有悖於公共秩序或善良風俗。本件上訴人基於報復心態要求被上訴人所立之同意書，已違誠信原則，且依當時立約情況，上訴人自係以該約定全部條款為分手條件，缺一不可，以達箝制報復被上訴人之手段目的，依舉重明輕法理，身分關係之分合不得附條件，則僅男女朋友分手，自更不得附條件，是本件即屬民法第一百十一條前段適用之範圍，無從與前二條規定分割，自無但書情況之適用，是該等條款依法自屬全部無效。雖上訴人指稱此屬給付可分，否則被上訴人何須履行系爭同意書第四條「甲方需償還自助會款七萬七千元（含利息）轉帳入乙方帳戶」等語，然此原係兩造另因合會法律關係所生，縱未簽立本同意書，被上訴人亦會履行，與前開三條純因上訴人基於要求分手之同一目的以箝制被上訴人之基本工作、婚姻、財產權利而不可分未盡相同，自不可加以混淆。

被上訴人之父母因當時深恐上訴人等不利於家人，為暫免意外發生，方有緩和現場氣氛之語，自不得以此排除上訴人脅迫之情，被上訴人絕非如上訴人所言在深思熟慮下，自願簽下系爭同意書。況事後上訴人一再對被上訴人有刑法恐嚇危及人身安全之犯罪行為，依民法第四百十六條第一項第一款規定，亦可加以撤銷。又上訴人於八十七年八月二十二日再登門恐嚇騷擾被上訴人、於八十七年八月二十三日又在友人王素芳住處侮辱、毆打被上訴人，造成被上訴人極大畏懼，自亦違反兩造不得騷擾對方之約定。依民法第四百十二條第一項規定，被上訴人亦得撤銷該贈與契約。從而上訴人即不得再以贈與關係而為請求。依系爭同意書所載，上訴人若違約，則需賠還 NISSAN CEFIRO 汽車乙台，而上訴人無論實質或精神上一直騷擾被上訴人，被上訴人自得行使同時履行抗辯或對此同種類債務行使抵銷權，上訴人即無得據以請求之理。

三、證據：援用原審之立證方法。

理 由

一、上訴人起訴主張：兩造於八十七年八月二十日達成協議，被上訴人承諾將其所有日產 NISSAN CEFIRO 牌，排氣量一九九五西西，車牌號碼為 L6-9897 號之自小客車一輛贈與上訴人，雙方並立有同意書，嗣後被上訴人反悔，拒絕將該汽車交付予上訴人，爰依民法第四百零九條之規定，求為命被上訴人交付系爭車輛之判決。

二、被上訴人則以：兩造原係男女朋友，因雙方個性不合無法繼續交往，上訴人竟於八十七年八月二十日二十二時許，夥同其兄、嫂及妹妹等多人至被上訴人住處脅迫被上訴人簽立同意書，而該同意書內容第一條不法侵害被上訴人自由工作之權利，第二條則侵犯被上訴人之交友及婚姻權利，甚且載有如被上訴人違約，則願自闔絕後等語，依此，系爭同意書之內容實係上訴人不當剝奪、限制被上訴

人之工作權、自由權及財產權等，將男女感情之分合繫於財物，與現今社會之善良風俗相違，依法應屬無效；被上訴人係遭上訴人之脅迫始簽署該同意書，依法自得撤銷，而被上訴人已依法撤銷該意思表示；再上訴人於八十七年八月二十二日、八十七年八月二十三日一再恐嚇、騷擾被上訴人，所為符合民法第四百十二條、第四百十六條之規定，被上訴人亦得撤銷該贈與；又上訴人違反不得騷擾被上訴人之約定，依雙方協議亦應返還 NISSAN CEFIRO 汽車乙台，被上訴人自得行使同時履行抗辯或對此同種類債務行使抵銷權，上訴人即無得據以請求等語，資為抗辯。

三、兩造對於雙方原為男女朋友，因分手而於八十七年八月二十日二十二時，由上訴人與其兄、嫂及妹妹等人在桃園縣桃園市玉山街七十八巷二十號之被上訴人住處簽立內容為「自協議成立之八十七年八月二十日起，不得在實質或精神上騷擾對方，被上訴人並遵守「一、離開林口長庚醫院（離職原因不得涉及乙方）（期限：八十七年九月二十日）。兩年內不得論及婚嫁，不可交女朋友（不可單獨約會、期限八十七年八月二十日至八十九年八月二十日）。過戶甲方之 Nissan Cefiro 汽車壹台（L6-9897，車況需維持現狀交車，雙方不得惡意毀損、八十七年八月二十一日）。甲方（即被上訴人）需償還自助會匯款七萬七千元，轉帳入乙方（即上訴人）帳戶。如甲方違約，甲方願自闔絕後。如乙方違約，乙方願賠還 Nissan Cefiro 汽車乙台（L6-9897）」之同意書；被上訴人旋於八十七年八月二十一日以存證信函依民法第四百零八條及九十二條向上訴人撤銷該同意書之意思表示之事實均不爭執，並有上訴人提出兩造不爭執真正之同意書（見原審卷第九頁）及被上訴人提出之存證信函（見本院卷第二六頁）為證，自堪信為真實。

四、按法律行為，有背於公共秩序或善良風俗者，無效；又法律行為之一部分無效者，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。民法第七十二條、第一百一十一條分別定有明文。查，依兩造所訂立之同意書，被上訴人須遵守之條件為：

被上訴人須於八十七年九月二十日離開林口長庚醫院。被上訴人自八十七年八月二十日至八十九年八月二十日止二年內不得論及婚嫁，不可交女朋友（不可單獨約會）。被上訴人應將系爭 Nissan Cefiro 車輛乙台過戶予上訴人。被上訴人需償還自助會匯款七萬七千元。其第一項條款不當限制被上訴人之工作自由，違反憲法第十五條所保障之工作權；第二項條款則不當限制被上訴人之交友與結婚等權利，核與社會善良風俗亦屬相悖，兩造並約定如被上訴人違約則需自闔絕後，實有背於善良風俗，是依前揭法條規定，被上訴人抗辯兩造所訂立之同意書違反善良風俗而為無效等語，就上開第一、二項條款，即屬可取。惟上開同意書之每一條款均係獨立之約定，任一條款間並無互相依存缺一不可之關係，其第三條款係約定被上訴人給付 Nissan Cefiro 汽車乙台，既無背於善良風俗亦無違反強制規定，且此部分亦可獨立於其他條款而存在，依上說明，此條款仍屬有效，被上訴人主張該條款與上開第一、二項條款均為雙方分手條件，依法無效云云，

委無足採。

五、按因被詐欺或被脅迫而為意思表示者，表意人得撤銷其意思表示，乃民法第九十二條前段所明定。本件被上訴人主張其係於上訴人與其親友之脅迫下始簽署系爭同意書等語，上訴人雖否認其說；然查，系爭同意書係因兩造交往約四年仍告分手，上訴人心有不甘而於八十七年八月二十日深夜夥同其兄、嫂、妹妹等親友至被上訴人家中談判，約至次日凌晨三點後始成立，其經過始末均經被上訴人之妹即證人陳心怡錄下並提出上訴人不爭執真正之錄音譯白（見原審本院卷第二七至四五頁），依上開譯白之內容，談判時上訴人以被上訴人花費上訴人太多錢為由，要求被上訴人給付一百萬元或系爭 Nissan Cefiro 汽車，被上訴人則否認花費上訴人之金錢並稱並無積欠上訴人債務故不同意將系爭 Nissan Cefiro 汽車過戶交予上訴人云云；雖被上訴人之父親曾勸解被上訴人答應交付系爭 Nissan Cefiro 汽車，然被上訴人之父親係擔心家人安危，不想被上訴人因雙方談不攏而犯險（即涉險）故要求被上訴人於同意書上簽名，至要如何以後再打算等情，並經證人即被上訴人之妹陳心怡、父陳禮雄分別於原審證述屬實（見原審卷第五〇至五三頁）；甚且上訴人之兄王文德於八十七年八月二十二日再度與被上訴人理論時亦稱「雖然逼但沒有脅迫．．．」（見原審卷第六六頁，上訴人不爭執之譯白），足見被上訴人主張其於被逼（即被脅迫）之情形下始簽署同意書乙節，應非虛假，是其據以撤銷其意思表示，應為法之所許，而上訴人亦不否認已收到被上訴人撤銷意思表示之存證信函（見本院卷第二十六頁之存證信函），該撤銷之意思表示於到達上訴人時即生效力，上訴人即無從再本於贈與之法律關係而訴請被上訴人給付交車之義務。原審為上訴人敗訴之判決，雖其理由不同，然結果並無二致，仍應予以維持，上訴意旨執詞指摘原判決不當，求予廢棄改判，非有理由，應予駁回。

六、本件被上訴人既已撤銷其所為贈與之意思表示並已生效，則贈與即因撤銷而失其效力，自無被上訴人所謂本於民法第四百十二條、第四百十六條等規定撤銷贈與之情事，故此部份毋庸再為審酌；另本件事證已臻明確，兩造其餘攻擊防禦方法，無礙判決結果，故毋庸一一論列，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二項、第七十八條，判決如主文。

【第三單元 3-2 契約之成立-特別成立要件-要物契約(物之交付)】

一、案例

甲曾於九十六年六月六日向丙銀行借貸一百五十萬元，當天丙將該款項撥入甲原本於丙銀行所開設之帳戶中。甲於當天並同時填寫一百五十萬元之活期存款之取款憑條以領取該款，惟丙竟未經甲之同意，於該一百五十萬撥入甲之帳戶後，不顧甲當場表示異議，旋將該一百五十萬元轉帳存入正與甲有買賣關係糾紛之乙之帳戶內，致甲未能領取該款。甲因此而不願向丙銀行償還借款，今丙銀行因甲到期無償還借款，而向法院訴請甲償還該借款及其利息，試問丙之主張有無理由？(引自最高法院民事判決八十八年度台上字第一八五八號)

二、爭點整理

- (一) 消費借貸之性質為何？
- (二) 消費借貸契約成立之要件為何？要物契約之「交付」意義為何？
- (三) 本案是否屬已交付之情形？甲與丙之消費借貸契約是否成立？

三、教師手冊（思考過程）

消費借貸為要物契約是否妥當？是否承認諾成之消費借貸契約（僅依當事人之合意，即可成立類似民法所規定之消費借貸契約之無名契約）？

※消費借貸與使用借貸比較表

	使用借貸	消費借貸
意義	無償貸與財產 (第 464 條)	移轉代替物所有權 (第 474 條)
契約性質	要物契約	原則：為要物契約
特殊類型	使用借貸預約 (第 465-1 條)	1. 諾成消費借貸 (第 474 條第 2 項) 2. 消費借貸預約 (第 475-1 條)
有償與否	無償契約	無償或有償
貸與人瑕疵擔保責任	第 466 條(故意不告 之瑕疵)	有償(第 476 條第 1 項) 無償(第 476 條第 2、3 項)
時效	一般規定	短期時效 6 個月(第 473 條)

四、參考資料

- (一) 黃立，民法債篇各論(上)
- (二) 邱聰智，新訂債法各論（上）
- (三) 新竹地方法院九十四年簡字第七六三號判決

- (四) 最高法院九十一年台上字第一〇四一號判決
- (五) 最高法院九十年台上字第二〇三七號判決
- (六) 最高法院八十八年度台上字第一八五八號
- (七) 最高法院七十五年台上字第一五八八號判決
- (八) 最高法院五十九年台上字第八九號判決

五、作業

甲爲了請購 A 屋，準備向銀行貸款 300 萬元之房貸，爲擔保甲房貸債務之履行，銀行要求甲先將 A 屋設定抵押權作爲擔保，問甲與銀行間之消費借貸於何時成立？

最高法院民事判決
八五八號

八十八年度台上字第一

上 訴 人 甲○○

訴訟代理人 周君強律師

上 訴 人 乙○○

被 上 訴 人 臺中區中小企業銀行股份有限公司高雄分行

法定代理人 徐永富

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十四日臺灣高等法

院高雄分院第二審判決（八十七年度上字第一七九號），提起上訴，本院判決如左：

主 文

原判決除假執行部分外廢棄，發回臺灣高等法院高雄分院。

理 由

（一）本件被上訴人主張：上訴人甲○○於民國八十六年四月二十三日，邀同上訴人乙○○為連帶保證人，向伊借款新臺幣（下同）一百五十萬元，約定利息按年息百分之九點三七五計算，自同日起至一百零一年四月二十三日止，按月攤還本息，如有一期不履行，視為全部到期，並約定逾期清償在六個月以內者，按上開利率百分之十，在六個月以上者，按上開利率百分之二十計付違約金。伊依約將前揭借款撥入甲○○在伊公司所開帳戶後，經甲○○之同意轉帳存入訴外人宏堂建設有限公司（宏堂公司）之帳戶。詎上訴人僅繳交二期本息，自八十六年六月二十三日起即未再依約履行，已喪失分期攤還之期限利益，計前開借款本金尚有一百四十九萬二千三百零八元未還等情。爰本於借貸及連帶保證之法律關係，求為命上訴人連帶如數給付並加計約定之利息與違約金之判決。

（二）上訴人則以：甲○○雖曾以乙○○為連帶保證人，向被上訴人借款一百萬元，惟甲○○與宏堂公司間就合建契約尚有爭執，並未同意將系爭借款轉帳與該公司，且當場表示異議，被上訴人竟不為適當之處理，置甲○○填寫取款條領款於不顧，在系爭借款撥款後，旋即擅自將之轉帳存入宏堂公司之帳戶，該轉帳行為既未經甲○○之同意，即難認已將借款交付與甲○○收受，雙方間之借貸契約自未成立，被上訴人無從本於借貸及連帶保證之法律關係為請求。至甲○○嗣後與訴外人戴德賢達成支付利息之協議，與本件借貸是否成立亦無關連等語，資為抗辯。

（三）原審將第一審所為駁回被上訴人之訴之判決廢棄，改判如其聲明，無非以：甲○○於八十六年四月二十三日，以乙○○為連帶保證人，向被上訴人借款一百五十萬元，經書立借據及約定書，同日被上訴人將該款撥入甲○○之帳戶後，甲○○填寫同日期之取款條，被上訴人旋將該款項轉帳存入宏堂公司之帳戶內，再由宏堂公司之帳戶轉清償與被上訴人之事實，為兩造所不爭執。按稱消費借貸者，謂當事人約定，一方移轉金錢或其他代替物之所有權於他方，而他方以種類、品質、數量相同之物返還之契約，為民法第四百七十四條所明定。又消費借貸，因金錢或其他代替物之交付而生效力，同法第四百七十五條亦定有明文。金錢借貸契約既為要物契約，即應由貸與人就金錢交付之事實負舉證之責。本件被上訴人本於消費借貸之法律關係請求，自應就系爭一百五十萬元款項交付之事實舉證證明。又所謂交付，依民法第七百六十一條規定，除現實交付外，固尚有簡易交付、占有改定及指示交付等方式，惟交付既為完成物權行為變動之要件，在消費借貸契約並為契約成立之特別要件，則該交付之意義，依債之本旨而言，應係指完整將對款項之管領力移轉與他方而言，就本件而言，即係將系爭一百五十萬元借款完整移轉與甲○○管領占有之狀態，否則即難認被上訴人有履行該交付之要件。本件被上訴人已於借款日將該款撥入甲○○之帳戶內，為上訴人所是認，並有甲○○

提出之該帳戶存簿可稽，則被上訴人業將上訴人所貸借之金錢交付甲○○，應無疑義，兩造間就系爭一百五十萬元之消費借貸關係應已成立甚明。至被上訴人於甲○○填寫系爭一百五十萬元之活期存款取款憑條後，將該款轉帳存入宏堂公司之帳戶內，甲○○固未予同意，且當場表示異議，經證人戴德賢及被上訴人之職員朱裕盟分別到庭證述明確。惟兩造間就系爭一百五十萬元之消費借貸關係業已成立已如前述，則嗣後被上訴人縱有未經甲○○之同意，擅將款項轉匯他人帳戶情事，亦僅屬被上訴人有無侵害甲○○權益之另一法律關係，仍無礙於系爭消費借貸關係之成立。查甲○○就系爭借款，除於八十六年五月二十三日及八十六年六月二十三日各繳付一期本息外，尚餘本金一百四十九萬二千三百零八元未還各情，為甲○○所不爭，並有交易資料查詢表可稽。從而被上訴人本於消費借貸及保證法律關係，訴請上訴人連帶給付一百四十九萬二千三百零八元及約定之利息與違約金，應予准許等詞，為其判斷之基礎。

惟按金錢借貸契約為要物契約，以貸與人「金錢之交付」為該消費借貸契約成立之要件。此所謂交付，指貸與人將其對為借貸標的款項之事實上管領力移轉與借用人而言。換言之，須借用人就貸與人所移轉之款項有自由支配之能力，始足當之。本件甲○○於八十六年四月二十三日以乙○○為連帶保證人，向被上訴人借貸一百五十萬元，同日被上訴人將該款項撥入甲○○在被上訴人公司開設之帳戶，雖甲○○同時填寫系爭一百五十萬元之取款憑條，但並未能領取該款，被上訴人未經甲○○之同意，於撥款後，旋將該一百五十萬元轉帳存入宏堂公司之帳戶內，為原審確定之事實。依此，倘本件借款、撥款與轉帳均由被上訴人櫃臺人員於取得甲○○之存款簿後，一氣呵成，且未於撥款後將存款簿交還與甲○○，擅將系爭款項轉帳存入宏堂公司之帳戶內。則被上訴人於撥款之初有否將借款交付與甲○○之意？能否謂已將其對該借款之事實上管領力移轉與甲○○？均滋疑義。上訴人迭次抗辯兩造間消費借貸契約因被上訴人未交付借款而不成立，乃原審一面謂消費借貸為要物契約，貸與人應完整將對款項之管領力移轉與借用人管領占有，竟未遑釐清依上述撥款、轉帳之作業情形，被上訴人是否有交付借款之意？及甲○○已否取得系爭借款事實上之管領力？徒以被上訴人將款撥入甲○○之帳戶，即謂已完成金錢之交付，進而認兩造間消費借貸契約業已成立，而為上訴人不利之判斷，於法自欠允洽。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。

【第三單元 3-3-1 契約之成立-效力要件-當事人行爲能力之原則】

一、案例

現年僅十八歲之甲與經營桃花源空中別墅預售屋之乙訂立房地及車位買賣契約，甲之母丙向來疼愛甲，因此爲避免甲之父丁不願購買，丙決定先斬後奏，並於買賣契約上簽名，惟待甲成年後，由於即將完工之實屋與當初空中別墅展示之樣品高度有所差異，故甲寄發存證信函向乙聲明此主張，並表示於乙若未做合理解決前，買賣契約暫緩進行。此時乙向甲主張此存證信函既由已成年之甲所發，即已承認此買賣契約有效，至今甲仍未付此屋之買買價金，故向甲索償違約金。惟甲主張其主動寄此存證信函並非承認，因乙需催告甲後，甲並爲確答承認時，始生與法定代理人之承認同一效力，故買賣契約不存在，無須支付違約金，試問

本案誰之主張為有理由？（引自高等法院 90 年上易字第 476 號判決）

二、爭點整理

- （一）限制行為能力人所為法律行為之效力為何？
- （二）效力未定之意義為何？
- （三）關於民法第七十七條，父母同意權之行使方式，應如何行使？本案之買賣契約有效與否？
- （四）民法第八十一條限制行為能力人限制原因消滅後之承認，是否限於民法第八十條第一項相對人催告後，始生效力？

三、教師手冊（思考過程）

- （一）闡述限制行為能力人所為之法律行為效力為何，如何兼顧未成年人之思慮不週與交易安全。
- （二）限制行為能力人依其年齡及身份、日常生活所必需所為之法律行為，例外有效之情形，是否包括單獨行為？
- （三）法定代理人之允許與承認權行使之對象與方式為何？於何時發生效力？
- （四）本案甲寄發存證信函向乙聲明即將完工之實屋與當初空中別墅展示之樣品高度有所差異，並表示於乙若未做合理解決前，買賣契約暫緩進行之聲明，是否可視為附條件之承認？

四、參考資料

- （一）王澤鑑，民法總則
- （二）黃立，民法總則
- （三）高等法院 90 年上易字第 476 號民事判決
- （四）最高法院 54 年度台上字第 1258 號民事判決
- （五）司法院網站 <http://www.judicial.gov.tw/>
- （六）法源法律網 <http://www.lawbank.com.tw/index.php>

五、作業

- （一）本案若甲之父丁於甲締約後，未成年前，向乙表示拒絕承認之效力為何？
- （二）若於甲成年後，丁始拒絕承認之效力為何？若甲成年後承認，但甲之父不承認，甲與丁之意見不同，應如何解決？

台灣高等法院民事判決

九十年度上易字第四七六號

上 訴 人	黃毓璇即黃昭綾
訴訟代理人	黃書煌
被 上訴人	國產實業建設股份有限公司
法定代理人	林孝信
訴訟代理人	賴盛星律師
複 代理人	程才芳律師

右當事人間確認買賣關係不存在事件，上訴人對於中華民國九十年六月十四日臺灣臺

北地方法院九十年度訴字第一九八八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。

事實及理由

一、上訴人起訴主張兩造於八十七年二月二十四日簽訂系爭房地及車位買賣契約時，上訴人（六十八年六月二十六日生）年僅十八歲，為一限制行為能力之人，系爭買賣契約雖有上訴人之母魏淑敏之簽名，惟依民法第七十九條、第一〇八九條之規定，應由上訴人父、母共同代理始可，系爭買賣契約既未經上訴人之父允許，雖依民法第七十九條規定，系爭買賣契約屬效力未定，依民法第八十條第二項規定，被上訴人亦得定一個月以上期限催告法定代理人確答是否承認，而限制行為能力人於限制原因消滅後，亦應類推適用相對人催告之規定，故限制行為人之「承認」契約必係「確答」，否則不生「其承認與法定代理人之承認有同一效力」

之法律效果。況上訴人於限制原因消滅後（即屆滿二十歲）之八十九年十月十二日類推適用民法第八十一條規定以台南新南郵局第九〇三號存證信函不承認系爭買賣契約，並請求返還系爭金額，系爭買賣契約溯及自始無效而不存在；再者上訴人之父黃書煌亦於九十年四月四日再以台南海佃郵局第五十六號存證信函明確函告，不承認兩造於八十七年二月二十四日所簽訂之買賣契約，是兩造間之系爭買賣契約，亦溯及自始無效，系爭買賣關係不存在，系爭買賣價金理應返還上訴人，又被上訴人沒收全部已繳之價金充作違約金亦屬過高，請酌減之。並聲明原判決廢棄。被上訴人應返還上訴人新台幣（以下同）三十七萬元及自起訴狀繕本送達翌日起至清償日止按年息百分之五計算之利息。第一、二審訴訟費用由被上訴人負擔。（上訴人上訴後撤回確認買賣關係不存在之聲明）。

二、被上訴人則以：系爭買賣契約簽訂時，上訴人雖為未滿二十歲之限制行為能力人，惟由其母魏淑敏充任法定代理人，並在買賣契約上簽名表示允許上訴人為買賣法律行為，而按「限制行為能力人，未得法定代理人之允許，所訂立之契約，並非無效之行為，亦非得撤銷之行為，而係效力未定之行為。限制行為能力人於行為後，不得主張其訂立之契約為無效，或表示撤銷而使其歸於無效。」，而此效力未定之法律行為係發生效力與否尚未確定，必須有其他承認或拒絕之行為介入，始能確定其法律行為之效力，又按「所謂承認，係有相對人之單獨行為，應由限制行為能力人於限制原因消滅後，以意思表示向相對人為之」，則上訴人於成年後曾於八十九年八月十日以南安郵局第二五七一號存證信函表示被上訴人在對完工之實品屋高度未作合理之解決前，聲明該項買賣契約暫緩進行等語，足見上訴人業已「承認」系爭買賣契約，並依契約有所主張，則依民法第八十一條之規定，於上訴人承認後系爭買賣契約即確定生效，另本件買賣之總價金為三百九十三萬元，實務上依合約簽訂當年度之同業利潤標準百分之十四（即五十五萬零二百元）作為斟酌違約金沒收參考，本件僅沒收三十七萬元之價金並無過高等語資為抗辯，並聲明駁回上訴。

三、查上訴人主張兩造於八十七年二月二十四日簽訂系爭房地及車位買賣契約時，上訴人係六十八年六月二十六日生，訂約時年僅十八歲，為一限制行為能力之人，系爭買賣契約僅有上訴人之母魏淑敏之簽名，及上訴人業已繳交買賣價金三十七萬元之事實，為被上訴人所不爭，並有系爭房地買賣契約書、車位買賣契約書、戶籍謄本、統一發票在卷可稽，自堪信此部分主張為真實。

四、上訴人主張伊訂約時為限制行為能力之人，而限制行為能力人縱於限制原因消滅後，亦應類推適用民法第八十條相對人催告之規定，故限制行為人之「承認」契約必係「確答」，否則不生「其承認與法定代理人之承認有同一效力」之法律效果。況上訴人於限制原因消滅後（即屆滿二十歲）之八十九年十月十二日類推適用民法第八十一條規定以台南新南郵局第九〇三號存證信函不承認系爭買賣契約；再者上訴人之父黃書煌亦於九十年四月四日再以台南海佃郵局第五十六號存證信函明確函告，不承認兩造於八十七年二月二十四日所簽訂之買賣契約，是兩造

間之系爭買賣契約，亦溯及自始無效，系爭買賣關係不存在，自應返還價金云云，經查：

按限制行為能力人為意思表示及受意思表示，應得法定代理人之允許。又限制行為能力之人未得法定代理人之允許，所訂立之契約，須經法定代理人之承認，始生效力。再父母為其未成年子女之法定代理人，對於未成年子女之權利義務，除法律另有規定外，由父母共同行使或負擔之。父母之一方不能行使權利時，由他方行使之。父母不能共同負擔義務時，由有能力者負擔之。民法第七十七條前段、第七十九條、第一千零八十六條、第一千零八十九條第一項分別定有明文。對於未成年子女之權利、義務，除法律另有規定外，由父母共同行使或負擔之，法定代理權亦係父母之權利之一種，除父有不能行使之情形外，殊無由母單獨行使之餘地（最高法院四十九年台上字第一〇四一號判例意旨參照）。另限制行為能力人，未得法定代理人之允許，所訂立之契約，並非無效之行為，亦非得撤銷之行為，而係效力未定之行為。限制行為能力人於行為後，不得主張其訂立之契約為無效，或表示撤銷而使其歸於無效。（最高法院五十四年度台上字第一二五八號民事判決可資參照）。

查本件兩造於八十七年二月二十四日簽訂系爭買賣契約時，上訴人年僅十八歲為一限制行為能力之人，依上開規定應事先得其法定代理人即其父母共同之允許，或事後經其法定代理人即其父母共同之承認，系爭買賣契約始生效力，惟上訴人簽約時僅得其母之允許，被上訴人亦無法舉證證明當時上訴人之父有不能行使權利之情事，則上訴人既未得法定代理人即其父母共同之允許向被上訴人購買系爭房地及車位，其買賣契約效力係屬未定。

按限制行為能力人於限制原因消滅後，承認其所訂立之契約者，其承認與法定代理人之承認，有同一效力。民法第八十一條第一項定有明文。未成年人於成年後承認其所訂立之契約者，其承認與法定代理人之承認有同一效力（最高法院十九年上字第一一五五號判例可資參照）。又「民法第八十一條第一項所謂承認，

係有相對人之單獨行爲，應由限制行爲能力人於限制原因消滅後，以意思表示向相對人爲之」，最高法院六十九年台上字第一七三一號著有判決，上訴人主張爲確保「保護未成年人利益」及「交易安全」，則上訴人於成年後之承認必爲確答，否則視爲拒絕承認云云，惟揆諸前揭裁判，未成年人於成年後之承認，只要對相對人爲意思表示即可，並無必爲催告後確答承認，否則不視爲承認之情形。再者未成年人於限制原因消滅後「自行所爲承認」之效力，既爲規範成年後所爲之意思表示，則與保護未成年利益原則無涉。即已成年之上訴人承認契約並無準用民法第八十條需催告「確答承認」之適用，僅係限制行爲能力之原因消滅後，而限制行爲能力中所訂立之契約，「尙未經其承認時」，此際契約之相對人，亦有定期催告之權，令其確答是否承認。若逾限不爲確答，亦視爲拒絕承認，與催告法定代理人之情形相同。故上訴人所主張類推適用相對人催告後，上訴人確答承認契約云云自無可採。查上訴人於限制原因消滅後（即成年後）於八十九年八月十日（上訴人已年滿二十一歲），以台南郵局第二五七一號存證信函通知被上訴人，信函內容略謂「一、本人（即上訴人）向貴公司（即被上訴人）購買空中別墅 B 2-1 房屋、E P 3-F 1 2 5 車位及其持分基地。．．．上述重大瑕疵，有違本人預購時之本旨，本函特聲明異議，並請貴公司快速解決方法」等語（參見原審被證四，證物外放），上訴人再於八十九年九月二十一日復以存證信函亦謂『貴公司於預售「空中別墅」時所展示之樣品房屋高度與目前接近完工之實屋在室內高度上明顯有所差異。且於貴我雙方簽立之買賣契約書上亦僅附上未標示高度、長度與寬度之平面圖。．．．在貴公司對此未作合理之解決前，我等聲明該項買賣契約暫緩進行，並保留法律追訴權。．．．』等語，有該存證信函在卷可稽（見原審卷第三十四頁），均向被上訴人爭執購買不動產有瑕疵，希被上訴人予以解決，此係「先承認」其所簽訂之系爭買賣契約，「嗣主張」有買賣之標的物瑕疵無疑。（若非承認，僅須說明本人不承認買賣契約即可，不須就瑕疵爲任何主張），故上訴人主張伊無承認買賣契約云云，應無可採。故上訴人於八十七年二月二十四日訂立買賣契約時雖未成年，既已於成年後之於八十九年八月十日及九月二十一日以存證信函向被上訴人承認契約並爭執瑕疵，揆諸前開說明，其承認與法定代理人之承認有同一之效力，系爭買賣契約自始發生效力。縱上訴人嗣後於八十九年十月十二日或其父於九十年四月四日再以存證信函表示不承認系爭買賣契約，亦無從變更此已發生之法定效果。是上訴人主張系爭買賣契約無效或買賣關係不存在，並進而主張被上訴人應返還其已繳買賣價金云云，均非可採。

五、上訴人因主張解除契約致未依約履行完成對保手續及繳納房屋價款，已違反買賣契約第七條第三項規定，依第二十三條第二項約定，賣方即被上訴人得沒收依房地總價款百分之二十計算之金額，但該沒收之金額超過已繳價款者，則以已繳價款爲限，賣方並得解除本契約（見原審卷第十頁背面、十六頁背面）。故被上訴人依約以台北郵局第一四四六一號存證信函解除契約並沒收價金（見被證五，證物外放），於法無違。而按「約定之違約金額過高者，法院得減至相當之數額」。民法第二百五十二條固定有明文，惟查兩造簽訂系爭房地買賣契約係於

八十七年二月二十四日，參酌八十七年度不動產業同業利潤標準為百分之十四（見本院卷第五十頁），而本件買賣契約之總價金為三百九十三萬元，則被上訴人預期可得之同業利潤應為五十五萬零二百元，而上訴人所繳納之價金為三十七萬元，則本院斟酌兩造之買賣契約第二十三條之規定，及被上訴人所失之預期利潤，認被上訴人沒收違約金三十七萬元尚為適當。上訴人主張沒收三十七萬元過高云云，並無可採。

六、綜上所述，上訴人請求被上訴人返還其已繳價金三十七萬元及法定遲延利息，為無理由，應予駁回。原審就此部分為上訴人敗訴之判決，並無不合。上訴意旨指摘原判決不當，求予廢棄改判，為無理由，應予駁回。上訴人上訴後撤回確認買賣關係不存在部分之請求，故此部分非在本院審理範圍，併此敘明。

七、本件為判決基礎之事證已臻明確，兩造其餘攻擊防禦方法及所提證據，核於判決結果不生影響，無一一審究論述之必要，附此敘明。

八、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。

【第三單元 3-3-1 契約之成立-效力要件-當事人行為能力之例外】

一、 案例

現年僅十六歲之甲就讀高職，眼看班上多數同學都有手機，覺得自己沒有手機會較同學遜色許多，便返家後趁夜晚父母乙丙熟睡之際，偷拿母親的身分證，隔日便前往中華電信申辦門號與手機，並帶到學校向同學炫耀一番，還向同學表示好東西會跟好朋友分享，大家可以向他借手機撥話，兩個月過後，電話費高達三萬元未繳清，中華電信便向甲要求繳清。甲此時才向乙丙坦承，乙丙雖大為光火，但仍向中華電信主張甲仍未成年，未經父母允許所為之法律行為不生效力，試問何者主張有理由？（引自地方法院 90 年桃小字第 686 號判決）

二、 爭點

- (一) 限制行為能力人未得法定代理人允許所為之法律行為，例外有效之法律行為為何？未經父母允許與他人訂約所為法律行為之效力又為何？
- (二) 限制行為能力人施用詐術，其內容與意義為何？是否等於詐欺？

三、 教師手冊(思考流程)

1. 民法第八十三條詐術之要件為何？積極與消極詐術之型態為何？詐術行為與詐欺行為有何不同？
2. 契約相對人可否以限制行為能力人行使詐術為由，係屬民法第九十二條之詐欺行為，而撤銷其意思表示，使契約無效？
3. 本案若是申請租用門號外，甲使用之手機須另付費購買，其法律關係之性質為何？又若屬搭配門號以贈送手機，惟須綁約二年，即須使用同一家電信公司門號，並定期繳納月租費，其間之法律關係性質又為何，其間甲若未定期繳納月租費，電信公司應如何請求？

四、 參考書籍

- (一) 王澤鑑，民法總則
- (二) 陳聰富，限制行為能力人及代理人施行詐術，月旦法學雜誌 第 64 期
- (三) 施啓揚，民法總則
- (四) 地方法院 90 年桃小字第 686 號判決
- (五) 最高法院 54 年度台上字第 1258 號民事判決
- (六) 司法院網站 <http://www.judicial.gov.tw/>
- (七) 法源法律網 <http://www.lawbank.com.tw/index.php>

臺灣桃園地方法院桃園簡易庭小額民事判決 九十年桃小字第六八六號

原告 中華電信股份有限公司臺灣北區電信分公司
法定代理人 薛紀建
訴訟代理人 莊昱盛
被告 李陸川
法定代理人 李井蘭
李林水秋

右當事人間給付電信費事件，本院判決如左：

主 文

被告應給付原告新臺幣肆萬玖仟壹佰肆拾肆元及自民國九十一年二月二日起至清償日止，按年息百分之五計算之利息。

訴訟費用新臺幣壹仟零玖拾肆元由被告負擔。

本判決得假執行。

爭執事項

原告起訴主張：被告李陸川於民國七十二年九月一日生，為未成年人，其於八十九年九月七日，委託訴外人冠威通訊企業社向伊申請租用號碼為 0928629742、0928629741、0928629743 號之行動電話門號（下稱系爭電話），伊因而誤以被告申請租用行動電話門號之行為已受其法定代理人之同意准其申請，詎被告自八十九年十月起至同年十二月銷號拆機止，共積欠電信費新臺幣（下同）四萬九千一百四十四元未付，迭經催繳均置之不理等情，爰依兩造契約之約定，求為判令被告應給付其如主文所示之判決等語。被告則以伊從未向原告申請租用行動電話，且伊之國民身分證曾於八十九年間遺失，故應係遭他人撿拾冒用其姓名向原告申請系爭電話等語，資為抗辯。

理由要領

一、本件原告主張被告於八十九年九月七日，委託訴外人冠威通訊企業社向其申請租用系爭電話等情，業據其提出行動電話業務租用申請書、切結書、同意書為證，被告雖辯稱其從未向原告申請行動電話，其國民身分證曾於八十九年十二月間遺失，故應係遭他人撿拾後冒用其姓名申請系爭電話云云，惟查：被告於八十九年九月及十月間，曾親自於其所就讀之桃園縣私立育達商職（下稱育達商職）之學生綜合資料表及該校附設補校學生申請退學申請書中簽名等情，為被告所自承，而觀諸被告前揭就學及退學資料，與原告提出以被告名義申請之行動電話申請書、切結書及同意書，以及被告於九十年七月二十七日提出於本院之民事聲明異議狀上被告「李陸川」之簽名；由整體上來看，前揭各個書面上關於被告之簽名均極為相似，而就細部比較而言，其就「李」字部分，在書寫到「木」字之「十」及「子」字之「子」之筆畫時，均有兩筆畫以一筆畫相連之情形，而就「陸」字部分，其字首偏旁之筆捺均相符，字根上方「土」字「十」之筆畫，亦有兩筆畫以一筆畫相連之情形，而字根下方「土」字之最後筆畫，亦同有往右上方加長延伸之情況，就「川」字部分，亦有最後一筆畫之筆尾往左方彎入之情形，則原告所提出之前揭行動電話申請書、切結書及同意書中被告之簽名，應均係被告所簽。而被告於九十年十月十六日及九十一年四月十九日經本院命其於辯論期日當庭書寫姓名多次，然前揭所簽姓名之筆捺和特性，均與被告於育達商職之學生綜合資料及申請退學書中之簽名顯然不同，亦與其於九十年七月二十七日提出之民事聲明異議狀之簽名不符，是被告於本院當庭之簽名，顯有刻意變更原簽名方式之嫌，而不足採。

且被告雖辯稱其國民身份證曾於八十九年十二月間遺失，恐係不法之徒持該證件冒用其名義向原告申請電話云云，然系爭電話係於同年九月間即已申請，則被告所辯並不足以認定其於八十九年九月間有遺失國民身分證之事實。而依原告提出系爭電話之申請書，其中附有被告及其母李林水秋並排影印之國民身分證影本，依其清晰程度，應係以原本直接影印而成；又觀諸該申請書所記載申請人之

聯絡電話，係為被告之父李井蘭向原告所申請之市內電話，該電話所安裝之處所即為被告與其父母之共同住所，而被告之母李林水秋對於申請書中其身份證影本之內容與原本相符並無意見，被告及其父李井蘭就申請書中所記載申請人之聯絡電話係其向原告所申請之市內電話號碼，該電話係安裝於其與被告之共同住所之事實亦不爭執。李林水秋雖陳稱其身分證曾於與某次外出坐車時與皮夾一併遺失，但該身分證後為他人拾得並已返還，而其身分證遺失之時，皮夾中並未有被告之身分證，被告之身分證均係由被告自行保管等語，亦為李林水秋於本院訊問時陳述屬實，而李林水秋與被告之身分證平時既由二人自行保管，互不相涉，則李林水秋縱曾遺失其本人之身分證為他人拾得，則該他人亦無同時取得被告之身分證之可能。又被告雖辯稱其所居住之里鄰中，均有將里民之電話編定成冊發予各里民使用，故他人於冒其名申請系爭電話之時，尚能得知其父所申請之市內電話，亦不足為奇云云。然被告並未提出該里民手冊以實其說，且該聯絡電話並非必填之事項，冒名之人亦可不為填載或隨便填載一不相關之電話號碼，何須汲汲營營至被告所居住之里鄰中，自里民手冊中取得被告之父之市內電話以供於申請書中填載。況該冒名之人能先後拾得被告及被告之母之身分證，且剛好知悉被告所居住之里鄰間有編印里民手冊，而得知悉被告之父之市內電話之機率，在現實生活中實微乎其微，且若該冒用之人已同時取得被告及其母李林水秋之身分證件，則其何不直接持李林水秋之身分證申請系爭電話，卻要以未成年尚須法定代理人同意才能申請行動電話之被告之名義申請本件電話之使用，亦不符情理，是被告辯稱其係遭他人冒用身分證申請系爭電話云云，顯不可採，而系爭電話係被告所申請使用，已可認定。

二、按限制行為能力人未得法定代理人之允許所訂立之契約，須經法定代理人之承認，始生效力；限制行為能力人用詐術使人信其為有行為能力人或已得法定代理人之允許者，其法律行為有效，民法第七十九條、第八十三條分別定有明文。本件被告為七十二年九月一日生，有原告提出之戶籍謄本在卷可稽，其因未滿二十歲而為限制行為能力人，而其與原告所簽訂系爭電話之租用契約，雖經被告之法定代理人李井蘭、李林水秋於本院訊問時當庭否認曾允許被告為此契約行為，並拒絕承認其契約之效力，原依民法第七十九條之規定，兩造之契約應為無效，然被告於簽訂系爭之時，係持其母李林水秋之身分證申請租用系爭電話，有原告提出之申請書為證，則此行為足以使人認為被告向原告申請租用系爭電話，業已經過被告之法定代理人之允許，則其與原告間關於租用系爭電話之契約，依民法第八十三條之規定即屬有效。而被告於申請系爭電話後，於八十九年十月至同年十二月止，共積欠電話費用四萬九千一百四十四元未付等情，有原告提出之電話費欠費清單附卷可稽，並為被告所不爭執。從而原告依兩造電話租用契約之約定，請求被告應給付其電話費用四萬九千一百四十四元及自九十一年二月二日起至清償日止，按年息百分之五計算之利息，為有理由，應予准許。

三、本件訴訟標的金額在新臺幣十萬元以下，依民事訴訟法第四百三十六條之二十規定，依職權宣告假執行。

【第三單元 3-3-2 契約成立要件-效力要件-標的可能】

一、案例

甲有 A 農地，於民國 70 年間，與乙訂立買賣契約，當日乙即交付訂金 20 萬元，雙方並訂有土地買賣所有權移轉契約，惟因 A 地為農地，依當時土地法第 30 條規定，買受人須有自耕能力，始能移轉該地所有權，否則所有權移轉無效。今乙不具自耕能力，試問，本案乙可否據此主張買賣契約因而無效，向甲請求返還該訂金？

（參考最高法院 70 年台上字第 3118 號判決）

【土地法】第 30 條

「 I 私有農地所有權之移轉，其承受人以能自耕者為限，並不得移轉為共有。但因繼承而移轉者，得為共有。」

II 違反前項規定者，其所有權之移轉無效。」（民國 89 年修正刪除本條）

二、爭點整理

- （一）契約標的不能之種類為何？
- （二）契約標的不能之法律效果為何？
- （三）本案甲乙之買賣契約是否有效？

三、教師手冊（思考過程）

若本案乙訂約時，明知自己無自耕能力，竟隱瞞與甲而與甲訂約，是否有違誠信原則？乙得否依民法第二百四十七條第一項規定，請求甲賠償？

四、參考資料

- （一）杜怡靜，契約之成立與效力
- （二）最高法院 70 年台上字第 3118 號判決
- （三）最高法院 74 年台上字第 1781 號判決

最高法院民事判決

七十年度台上字第三一一八號判決

上訴人 施春珠

被上訴人 柯賜海

右當事人間請求返還定金事件，上訴人對於中華民國七十年三月二十五日台灣高等法院台南分院第二審判決（六十九年度上字第一四七六號），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

本件被上訴人於民國六十八年十一月十五日以價款新台幣六十萬一千六百元向上訴人買受其所有坐落台南市鹽埕段第七三七之七號田地○·○一二四公頃，同日交付定金二十三萬元，訂有土地買賣所有權移轉契約書，該土地係位於台南市主要計劃分區使用住宅區與農牧區交接處，在未完成訂樁及辦理地籍分割，無法證明究竟屬於住宅區或農牧區前，承買人仍應依土地法第三十條之規定，於辦理移轉登記時提出自耕能力證明書，而被上訴人則無自耕能力，為原審查據契約書、台南市政府函、被上訴人身分證明因兩造不爭而確定之事實，被上訴人以兩造上開契約係以不能之給付為契約標的，依民法第二百四十六條第一項之規定，其契約為無效，上訴人所收受之定金即無法律上之原因，自得依不當得利之法則，請求返還等情，求為命上訴人如數給付並自起訴狀繕本送達之翌日起支付遲延利息之判決，上訴人則以被上訴人明知其無自耕能力竟瞞向其購地，不得主張契約無效，況契約之不能履行係由於可歸責於被上訴人之事由所致，依民法第二百四十九條第二款規定，被上訴人亦不得請求返還定金云云，資為抗辯。原審依調查證據為辯論之結果，以兩造上開契約所約定之給付，既為移轉私有農地之所有權於無自耕能力之被上訴人，屬於違反土地法第三十條第一項規定之行爲，即屬法律上之給付不能，亦即自始不能，依民法第二百四十六條第一項規定，其契約為無效，上訴人既不能證明訂約時有預期於不能之情形除去後為給付之情形，契約上亦無如是之記載，被上訴人請求上訴人返還所受領之定金，即非無據。此與民法第八十六條為真意保留之意思表示不同，上訴人據此主張契約並非無效，殊有誤會，兩造契約既屬自始無效，亦與民法第二百四十九條第二款所定因可歸責於付定金之當事人之事由致嗣後不能履行之情形有間，上訴人亦不得資為拒絕返還訟爭定金之論據，因認被上訴人之請求為無不合，爰予維持第一審所為上訴人敗訴之判決，駁回其上訴，於法尚無違誤，上訴論旨仍執陳詞謂被上訴人於訂約時明知其無自耕能力，竟隱瞞與上訴人訂約，有違誠信原則云云，縱屬非虛，亦係上訴人得否依民法第二百四十七條第一項請求被上訴人賠償之問題，其據此求為廢棄原判決，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。

【第三單元 3-3-3 契約之成立-效力要件-意思表示健全(通謀虛偽意思表示)】

一、案例

甲有 A 地，將之賣給乙，甲乙雙方簽訂買賣契約，乙簽約後便在該地上建鴨寮，架魚池，在乙心想中終於可以養家活口之際，甲竟事後反悔，逃避買賣契約之履行。甲要求知情之丙幫忙，將該地再賣給丙，並辦妥所有權移轉登記與丙，丙恃其為該地所有權人，而向乙主張拆除 A 地上之鴨寮與魚池設備，乙心想他的苦心都白費了，試問，本案丙之主張有無理由？

（參考最高法院 94 年台上字第 1640 號判決）

二、爭點整理

（一）何謂通謀虛偽意思表示？通謀虛偽意思表示之效力為何？

(二) 甲丙買賣契約之效力如何？乙丙、甲丙間之法律關係為何？

三、教師手冊

本案乙可否向甲或丙主張民法第 184 條第 1 項後段之侵權行為，而請求塗銷登記？甲乙是否構成共同侵權行為？（參考最高法院 69 年度第 7 次民事庭會議決議(三)）

四、參考資料

- (一) 王澤鑑，民法總則
- (二) 陳自強，契約之成立與生效
- (三) 最高法院 94 年台上字第 1640 號判決
- (四) 最高法院 62 年台上字第 136 號判例

五、作業

1. 若本案丙又擅自將該屋出售與善意之丁，並辦妥所有權移轉登記時，乙得向丙主張何種權利？若丁非善意，乙得如何主張？
2. 通謀虛偽意思表示與詐害債權行為有何相異之處？

最高法院民事判決

九十四年度台上字第一六四〇號

上訴人 林○○
訴訟代理人 高瑞錚律師
陳在源律師
張梅音律師

被上訴人 曾○○○

上列當事人間請求返還土地事件，上訴人對於中華民國九十四年三月二十三日臺灣高等法院花蓮分院第二審判決（九十三年度上字第四八號），提起上訴，本院判決如下：

主文

上訴駁回。

第三審訴訟費用由上訴人負擔。

理 由

本件上訴人主張：伊為坐落花蓮縣○○○○段二八一○號土地（下稱系爭土地）之所有權人，被上訴人無正當權源，於其上搭建如第一審八十六年度訴字第二五八號判決附圖所示A、B、C部分之鴨寮、鐵絲網等地上物，迭經伊催促拆除該地上物後返還土地，均未獲置理。爰依民法第七百六十七條之規定，求為命被上訴人將系爭土地上之上開地上物拆除，並騰空其上水池部分之魚類、蜆等作物，將土地返還予伊之判決。

被上訴人則以：伊夫曾○○（及張○）與上訴人之前手陳○○、李○○，就系爭土地訂有買賣契約，該買賣契約現仍有效存在。李○○為逃避買賣契約之履行，與上訴人通謀虛偽意思表示，將系爭土地以買賣為原因移轉登記為上訴人所有，依法應屬無效。上訴人既係知情虛偽之惡意第三人，即不得本於無效之法律行為所取得之系爭土地所有權對伊為請求等語，資為抗辯。原審斟酌全辯論意旨及調查證據之結果，以：系爭土地原為李○○所有，於六十七年間以買賣為原因，移轉登記予陳○○，陳○○再於七十一年間，與李○○共同將之出賣與被上訴人之夫曾○○，登記予曾○○所指定之張○。嗣因張○不具自耕能力，於七十三年十一月三日遭地政機關塗銷所有權移轉登記，回復為陳○○所有。陳○○乃於七十六年四月二十二日，以贈與為原因，將系爭土地移轉登記予李○○，由李○○於七十八年三月六日以買賣為原因，將之移轉登記為上訴人所有；而系爭土地現由被上訴人占有之事實，有兩造不爭執之土地登記簿謄本可稽，固堪認為真實。惟上訴人係依據其與李○○於七十八年一月三十日所簽訂之土地買賣所有權移轉契約書，申請移轉登記為系爭土地之所有權人，而就該土地究係向何人買受一節，依其於第一審法院另件被訴竊盜等刑案審理中陳稱：係向訴外人陳勝德買受系爭土地，及於臺灣花蓮地方法院（下稱花蓮地院）檢察署（下稱花蓮地檢署）八十六年度偵字第二八七二號詐欺案件中，改稱係向李○○所購買，前後所述不一觀之，苟上訴人確因買賣取得系爭土地之所有權，衡情應不致對出賣人究係何人有所誤認。況上訴人迄未提出其與李○○就系爭土地所簽訂之買賣契約書原本（私契），亦未證明雙方有交付新台幣一百九十萬元買賣價金之事實，則被上訴人據此抗辯上訴人與李○○間就系爭土地之買賣，係屬通謀虛偽意思表示，即非無據。雖被上訴人及曾○○於另件（花蓮地院八十六年度訴字第三三三號）訴請確認「上訴人與李人傑」間買賣關係不存在，經法院三審判決其敗訴確定，然該確定判決係以：曾○○本於其與李○○間因未約定將系爭土地登記於有自耕能力之第三人而無效之買賣契約所為之請求，尙無即受確認判決之法律上利益；而被上訴人非該買賣契約之當事人，亦未取得系爭土地所有權，其求予確認，同屬無據云云為其論斷之理由，既未對上訴人與李○○間之買賣關係是否因通謀虛偽而無效，為實體之審認，本件自不受其拘束。被上訴人另件告訴上訴人及李○○涉犯偽造文書罪之不起訴處分書（花蓮地檢署八十六年度偵字第二八七二號、八十八年度偵續字第二八號），並未著墨於表彰該買賣之文書內容是否虛偽不實，亦不影響本件依調查證據之結果，本於論理及經驗法則，依自由心證所為之判斷，

即均不足為有利於上訴人之認定。按表意人與相對人通謀而為虛偽之意思表示者，其意思表示無效，為民法第八十七條前段所明定。準此，因出於通謀虛偽意思表示所成立之買賣債權契約及其所有權移轉登記之物權行為自應認為無效。縱使虛偽意思表示之一方（買受人），已因無效之法律行為（包括債權行為及物權行為）完成土地所有權移轉登記，仍不能取得所有權，該虛偽買受人當然不得本於

所有人之地位，行使民法第七百六十七條之物上請求權。本件上訴人與李○○間之買賣既屬通謀虛偽意思表示，依上說明，該買賣之債權行為及物權行為俱屬無效，上訴人即不能因登記取得系爭土地之所有權。其本於所有人之地位，依據民法第七百六十七條之規定，請求被上訴人拆除及騰空系爭土地之地上物，並交還土地，於法無據，不應准許。為原審心證之所由得，因而維持第一審所為上訴人敗訴之判決，駁回其上訴，經核於法洵無違誤。上訴意旨，猶就原審取捨證據、認定事實及解釋契約之職權行為，指摘原判決不當，聲明廢棄，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。

【第三單元 3-3-3 契約之成立- 效力要件- 意思表示錯誤】

一、案例

甲有 A 地，地址為台中市「育樂街 33 巷 99 號」，甲因欠乙銀行債務，屆期因無法履行而遭法院強制執行拍賣該 A 地，丙知有拍賣情事，便向該地地政事務所請領地址為台中市「育樂街 33 巷 99 號」之地籍圖謄本，但地政機關竟誤發成內容為台中市「育樂街 99 號」之 B 地地籍圖謄本，丙循 B 地地籍圖謄本內容前往查看，發現該地交通方便，商機無限，實值得投資，便決意標購該地。丙標得後(債務人甲與拍定人丙間關係為成立私法上買賣契約)，甲賣得之價金分配與乙銀行，但事後丙發現標得之 A 地與地籍謄本上之 B 地雖相近，卻相差十萬八千里，位置、形狀、大小皆不同，問丙可否請求乙銀行應返還該買賣價金？

(參考高雄地方法院 93 年訴字第 1393 號判決)

二、爭點整理

(一) 何謂意思表示錯誤？意思表示錯誤之種類及效力為何？

(二) 民法第 88 條第 1 項但書「但以其錯誤或不知事情，非由表意人自己之過失者為限。」所指為何？

三、教師手冊（思考過程）

本案丙除了主張民法第 88 條第 2 項錯誤之規定外，是否可另主張買賣契約之物之瑕疵擔保請求權？

四、參考資料

(一) 王澤鑑，民法總則

(二) 陳自強，契約之成立與生效

(三) 高雄地方法院 93 年訴字第 1393 號判決

(四) 最高法院 62 年台上字第 140 號判決

五、作業

甲參加大利股友社，聽信投資顧問建議可買進「宏達電」之股票，結果甲聽成「宏電」（即宏碁電腦），遂下單買進，問甲可否以意思表示錯誤主張撤銷買賣？

臺灣高雄地方法院民事判決

93 年度訴字第 1393 號

原告 戊○○○○○○○

訴訟代理人 侯勝昌律師

陳正男律師

被告 丁○○

被告 臺灣高雄地方法院

法定代理人 壬○○

訴訟代理人 庚○○

被告 高雄縣鳳山市農會

法定代理人 癸○○

訴訟代理人 甲○○
被 告 臺灣土地銀行股份有限公司
法定代理人 乙○○
被 告 高雄縣大寮鄉農會
法定代理人 丙○○○
訴訟代理人 辛○○

當事人間返還買賣價金事件，本院於民國 94 年 4 月 15 日言詞辯論終結，判決如下：

主 文

被告高雄縣鳳山市農會應給付原告新台幣參佰肆拾萬壹仟零柒拾陸元。
被告臺灣土地銀行股份有限公司應給付原告新台幣捌佰零肆元。
被告高雄縣大寮鄉農會應給付原告新台幣參拾貳萬貳仟壹佰貳拾元。
確認被告丁○○與原告就坐落於高雄縣大寮鄉○○段潮州寮小段 1641 號面積 2230 平方公尺土地之買賣關係不存在。
本判決第一、二、三項，於原告以如附表所示金額，分別為被告高雄縣鳳山市農會、臺灣土地銀行股份有限公司、高雄縣大寮鄉農會供擔保後得假執行。
原告其餘之訴及假執行之聲請均駁回。
訴訟費用由原告負擔。

事實及理由

壹、原告方面：

一、被告丁○○所有之「高雄縣大寮鄉○○段潮州寮小段 1641 號土地（下簡稱：「赤崁段潮州寮小段 1641 號土地）」，前經被告臺灣高雄地方法院民事執行處依法強制執行拍賣（案號：92 年執字第 12959 號），並於 93 年 2 月 6 日拍定，由原告許瑜珍以新台幣（下同）3,724,000 元得標。嗣經鈞院民事執行處發給所有權移轉證書，暨由鈞院民事執行處將原告所繳納之價金 3,724,000 元（93 年 2 月 6 日繳 80 萬元，同年 9 月 9 日繳 2,924,000 元），分配予該強制執行事件之各該債權人，其中被告高雄縣鳳山市農會（下簡稱：鳳山市農會）獲償 3,401,076 元、被告高雄縣大寮鄉農會（下簡稱：大寮鄉農會）獲償 322,120 元、被告臺灣土地銀行股份有限公司（下簡稱：土地銀行）獲償 804 元。

二、爰因原告於參與系爭土地之拍賣投標前，曾先於 92 年 12 月 26 日向高雄縣大寮鄉地政事務所（下簡稱：大寮地政事務所）請領「赤崁段潮州寮小段 1641 號土地」之地籍圖謄本及土地登記簿謄本。然大寮地政事務所之描繪員於制作地籍圖時，竟誤描繪為「赤崁段 1641 號土地」，並將該紙編號 120469 號之錯誤地籍圖（影本附於本院卷 139 頁，即標明地號為「赤崁段潮州寮小段 1641 號土地」，內容則為「赤崁段 1641 號土地」）交予原告。原告於領得「編號 120469 號之錯誤地籍圖謄本」後，曾按圖前往現場查看，發現該地前臨鳳林路，後面亦有道路，交通極為方便，致決意標購。

三、93年2月6日原告得標後，擬就標得之土地加以填土整地，並依地籍圖謄本計算所需用之土方。然一時忘記該紙「第120469號之錯誤地籍圖謄本」置放於何處，乃於93年2月10日，再次向大寮地政事務所請領「赤崁段潮州寮小段1641號土地」之地籍圖謄本。詎大寮地政事務所竟又誤描繪為「赤崁段1641號土地」後，將編號11951號之錯誤地籍圖（影本附於本院卷18頁）交予原告。迄於翌日，因原告擬再參與「大寮鄉○○段潮州寮小段1637號土地」拍賣之投標，而向大寮地政事務所聲請，領得「赤崁段潮州寮小段1637號土地」之地籍圖謄本，上所標記之鄰地即「赤崁段潮州寮小段1641號土地」的位置，與原告先前所領得「第11951號之錯誤地籍圖」及「第120469號之錯誤地籍圖謄本」上所標記之「赤崁段潮州寮小段1641號土地」，明顯不同。為此，原告於93年2月12日，再向大寮地政事務所請領地籍圖謄本編號2070號之「赤崁段潮州寮小段1641號土地」地籍圖謄本（影本附於本院卷20頁）。及至此時，原告始悉，原告於93年2月6日實際上標得之土地為「赤崁段潮州寮小段1641號土地」，而非位於鳳林路旁之「赤崁段第1641號土地」。

四、爰因大寮地政事務所核發之地籍圖謄本有誤，致原告誤認「赤崁段小段1641號土地」為鈞院92年執字第12959號案件之拍賣標的物「赤崁段潮州寮小段1641號土地」，並致原告參與投標而購得該「赤崁段潮州寮小段1641號土地」。為此，依民法第88條規定，撤銷原告購買「赤崁段潮州寮小段1641號土地」之意思表示，並依民法不當得利規定，請求鳳山市農會、大寮鄉農會、土地銀行返還所受領之款項，及對被告鳳山市農會、大寮鄉農會、土地銀行、莊銀次、高雄地方法院訴請確認「被告丁○○與原告就坐落於高雄縣大寮鄉○○段潮州寮小段1641號面積2230平方公尺土地之買賣關係不存在。」。從而，求為判決：「被告高雄縣鳳山市農會應給付原告0000000元」、「被告土地銀行應給付原告804元」、「被告大寮鄉農會應給付原告322120元」，及確認被告丁○○與原告就坐落於高雄縣大寮鄉○○段潮州寮小段1641號面積2230平方公尺土地之買賣關係不存在。原告並願擔保，請准宣告假執行。

貳、被告高雄地方法院：原告應該有過失，求為判決原告之訴駁回。

參、被告丁○○：未於最後言辯辯論期日到場，其於前言詞辯論期日則僅稱我目前沒有錢。

肆、被告高雄縣大寮鄉農會：未於最後言辯辯論期日到場，其於前言詞辯論期日則僅請求為判決原告之訴駁回。

伍、被告高雄縣鳳山市農會：本件拍賣過程，被告鳳山市農會及鈞院民事執行處並無錯誤，原告請領地籍圖後，既曾前往現場查看，則應係錯在原告，無法同意原告銷承買系爭土地之

意思表示，求為判決原告之訴駁回。

陸、被告台灣土地銀行：未於言詞辯論期日到場，亦未提出書狀作何聲明或陳述。

柒、得心證之理由：

一、經查，被告丁○○所有之「赤崁段潮州寮小段 1641 號土地」，經本院強制執行拍賣，於 93 年 2 月 6 日拍定，暨由本院將原告所繳納之價金 3,724,000 元，分別分配予該強制執行事件之債權人鳳山市農會、大寮鄉農會、土地銀行，各 3,401,076 元、322,120 元、804 元等情；暨原告多次向大寮地政事務所請領「赤崁段潮州寮小段 1641 號」地籍圖謄本，該所於 92 年 12 月 26 日核發之第 120469 號地籍圖謄本，及於 93 年 2 月 10 日核發之第 11951 號地籍圖謄本內容均有錯誤（即錯將「赤崁段 1641 號土地」當作「赤崁段潮州寮小段 1641 號土地」而描繪於圖上）。原告並因大寮地政事務所核發之地籍圖謄本有誤，致原告誤認「赤崁段小段 1641 號土地」為本院 92 年執字第 12959 號案件之拍賣標的物「赤崁段潮州寮小段 1641 號土地」，並致原告參與投標而購得該「赤崁段潮州寮小段 1641 號土地」。嗣於得標後，於 93 年 2 月 10 日請領另筆土地之地籍圖謄本過程，發現上開第 120469 號地籍圖謄本可能有誤，遂於 93 年 2 月 12 日再向大寮地政事務所請領獲得正確無誤之第 2070 號地籍圖謄本，及至此時原告始悉其於 93 年 2 月 6 日因拍定而買受之標得物，實際上為「赤崁段潮州寮小段 1641 號土地」等情，業經原告提出各該地籍圖謄本為證，並為被告所不爭執，堪信為真實。本案應探究者為，原告是否能依民法 88 條撤銷其應買「赤崁段潮州寮小段 1641 號土地」之意思表示。

二、按民法第 88 條第 1 項規定：「意思表示之內容有錯誤，或表意人若知其事情即不為意思表示者，表意人得將其意思表示撤銷之。但以其錯誤或不知事情，非由表意人自己之過失者為限。」，同條第 2 項亦規定：「當事人之資格或物之性質，若交易上認為重要者，其錯誤，視為意思表示內容之錯誤。」。

二、按民法第 88 條第 2 項所謂「物之性質」，係指足以影響物的使用及價值的事實法律關係。至於交易上是否重要，則應就各該法律行為的典型交易目的加以認定。本件訴訟拍賣之標的物為土地，而「赤崁段潮州寮小段 1641 號」與「赤崁段 1641 號」土地，在位置、大小、形狀上等均有明顯不同（參卷附之各該地籍圖謄本，及 160 頁、90 頁之地圖），此勢將影響土地之使用及開發方式，因此應認「原告與被告丁○○間就系爭土地之買賣契約，原告所為應買之意思表示錯誤，符合「交易上重要性之物之性質錯誤」的要件。

三、原告與被告丁○○間就系爭土地之買賣契約，原告因有「交易上重要性之物之性質錯誤」而為意思表示，但此錯誤係非由表意人自己之過失所致：

1、按民法第 88 條之「過失」，有些學者雖有採抽象輕過失（即負善良管理人之注意義務），但實務上則曾有見解，認係指具體輕過失（參最高法院 62 年台上字第 140 號判決意旨；王

澤鑑著民法總則 2000 年 10 月版第 410 頁、404 頁），亦即若未盡與處理自己事務為同一之注意才算是過失，唯若其處理自己事務之注意能力超過一般人，即仍以善良管理人之注意能力為準，若低於善良管理人之注意義務，則依處

理自己事務之注意能力為準（參孫森焱著民法債編總論上冊 122、123 頁）。

2、經查：

依本院卷 140 頁之「大寮地政事務所謄本及資料閱申請書」影本所示，92 年 12 月 26 日原告向大寮地政事務所請領「赤崁段潮州寮小段 1641 號土地」地籍圖謄本時，在申請書上所寫之地號並無錯誤。所以，該紙第 120469 號地籍圖謄本內容有誤，應該是單純肇因於地政事務所人員之疏失所致，亦即請領該紙第 120469 號地籍圖謄本之過程，原告並無過失。

其次，原告於領得該紙第 120469 號錯誤之地籍圖謄本後，曾由其夫陳文成及友人己○○陪同，依該錯誤之地籍圖謄本所示，前往該圖上所標示之「1641 號土地」現場查看等情，業經證人己○○、陳文成證述在卷。而經本院隔離訊問結果，證人己○○並稱：「（原告許玲華去向高雄地院標大寮段土地你知悉？）我是農夫，他之前有跟我交代，他想要買土地，如果有大概伍佰萬左右的土地的話可以跟他說，因為我有在接觸房拍的資訊，法院拍賣這塊土地是我先看到，再向他們二個夫妻講。」、「（你申請到證物一的地籍謄本後，你如何知道土地 的 確切位置在何處？又如何去？）我與原告都是大寮人，因為大寮沒有幾個大路，旁邊又有壹條台糖的鐵路，所以我們大概知道在那裡，我跟原告夫妻一起去。（何時知道附近有壹條鐵路？）我小時候就知道。」、「（證物一的地籍圖沒有標示鐵路及道路的名稱，且現場的土地也不可能標明地籍的地號，如何依地籍謄本去找到確切的位置？）我住在大寮，我大概知道潮州寮的位置，因為大寮鄉有壹個叫潮州寮的地方。潮州寮那邊只有壹條大馬路叫鳳林路，所以我跟原告夫妻去找，因為鳳林路是南北向，而且鳳林路在潮州寮的地方有壹處有壹 個弧度，再過去又有壹個小路（當庭由證人在證物一加註），因為在地籍圖好像有第幾塊地，且現場土地有用田埂區分為一塊一塊的土地，我們就照地籍圖下去數第幾塊。」等語，及證人陳文成亦證稱：「（如何找出這塊土地？）大寮鄉只有那條鳳林路比較明顯，旁邊又有壹條小路。（法官未提示證人己○○之證詞，而只提示證物一之原本供陳文成指認，陳文成指出的小路與己○○所指的小路相同，陳文成並指說現場有壹條台糖的小鐵路及水溝，法官依照本院卷第十五頁反面加以標示，但台糖的小鐵路已經廢棄了。）」等語（參本院卷 69 頁、70 頁筆錄）。而依原告所提之大寮鄉○○街道圖（附於本院卷 160 頁原證七之紙袋內）及原告之本所示，原告夫妻確久住於大寮鄉，且住處離「赤崁段潮州寮小段 1641 號土地」不遠。又本院承審法官到「赤崁段 1641 號 土地」現場勘驗結果，該地確位於鳳林路上，該區相鄰之各筆土地間亦有以明顯之田埂區隔，且確有水溝等物（參本院卷 125 頁到 133 頁筆錄及照片）。從而，堪信證人及原告所述為真，並足認原告已盡查證義務，且無法經由現場比對而查覺該地籍圖謄本所描繪之內容有錯誤。

又第 120469 號錯誤地籍圖謄本上之「赤崁段 1641 號土地」面積 2230 平方公尺，而「赤崁段潮州寮小段 1641 號土地」之面積 1887 平方公尺，兩塊土地相差達 343 平方公尺（參本卷 138 頁之大寮地政事務所回函，該所即以此理由拒

絕國賠之聲請)。然「赤崁段潮州寮小段 1641 號土地」之面積為 2230 平方公尺，亦即相差約 0.1538，衡諸常情，應尚未達到「常人能以目測方式，輕易辨別出差異」的程度。又該紙第 120469 號錯誤地籍圖謄本，只描繪土地之形狀及位置，並未載明土地之面積，且地籍圖謄本上所錯繪之土地（即赤崁段 1641 號土地）形狀為「不等邊梯形」，而非「規則的長方形或正方形」，更兼僅為「縮小 1200 分之 1」之縮圖，縱使是地政事務所之專業人士，亦須以電子求積儀或電腦來計算面積（參本院卷 150 頁大寮地政事務所 94 年 1 月 13 日寮地所二字第 0000000000 號函），則又豈能苛求通常人依照地籍圖為原告未發現兩塊土地面積上的差異，即遽認原告有過失。

四、綜上所述，原告應得依民法第 88 條規定，撤銷其所為買受「赤崁段潮州寮小段 1641 號」土地之意思表示，又原告與被告丁○○間之買賣契約，既經撤銷而溯及失其效力。原告自得依民法不當得利規定，請求被告鳳山市農會、大寮鄉農會、土地銀行，分別返還渠等所受領之金錢。且因確認之訴並非補償給付之訴，又與給付之訴目的有異，權利保護之方法不

同，故得逕行提起給付之訴時，亦不能謂無即受確認判決之法律上利益（參王甲乙等三人合著民訴訟法新論 89 年 11 月印行版第 239 頁），故原告亦得對被告丁○○、鳳山市農會、大寮鄉農會、土地銀行，訴請確認兩造間經由本院 92 年執字第 12959 號強制執行拍賣程序，就坐落於高雄縣大寮鄉○○段潮州寮小段 1641 號面積 2230 平方公尺土地之買賣關係不存在。從而，原告請求被告鳳山市農會、大寮鄉農會、土地銀行，分別給付原告如主文第一、二、三項所示之金額，及請求對被告丁○○、鳳山市農會、大寮鄉農會、土地銀行確認原告與丁○○間就坐落於高雄縣大寮鄉○○段潮州寮小段 1641 號面積 2230 平方公尺土地之買賣關係不存在（即主文第四項），均為有理由，應予准許。就如主文第一、二、三項所示原告勝訴部分，並原告聲請，酌定相當金額，准許假執行。

五、至於原告雖另請求對本院，確認「原告與丁○○間就坐落於高雄縣大寮鄉○○段潮州寮小段 1641 號面積 2230 平方公尺土地之買賣關係不存在」。然原告起訴之目的，在求法院就其訴在實體上有無理由即就標的為判決，此項判決稱為本案判決，但原告之訴不備訴訟要件時，法院即無須為本案判決，而「原告之訴須有請求之正當利益」亦為訴訟要件之一種，「原告之訴須有請求之正當利益」又包括「有求為判決之實益（或稱權利保護利益）」，因無求為判決之實益而起訴，係訴訟浪費，法院就不應為本案判決，而應以判決駁回原告之訴（參姚瑞光著民事訴訟法論三一〇頁），亦即須具備「保護必要之要件」，否則即欠訴訟上權利保護要件（參王甲乙、鄭健才、楊建華合著民事訴訟法新論二三四頁，楊建華著民事訴訟法問題研析第二冊第一〇八頁）。因此確認之訴，須有受確認判決之法律上利益，亦即因法律關係關係之存否不明確，致原告在私法上之地位有受侵害之險，而此項危險得以對於被告之確認判決除去者而言。惟就原告主張本院 92 年執字第 12959 號強制執行拍賣所成立買賣關係業經撤銷一事，姑且不論本院執行處法官將來如何認定，退一步言之，縱使本院執行處有不同之認定，原告仍得

依強制執行法之相關規定，於強制執行程序中進行救濟及主張權利。況且，法官依法獨立審判，並不受所屬法院行政上長官命令之拘束，因此縱使原告以本院為本件確認訴訟的被告，依法亦不能認為執行處法官即應受本判決之拘束而不得為不同之認定。因此，原告以本院為被告所提本件確認之訴部分，並無確認利益而應判決駁回。又確認之訴應不得宣告假執行，故原告對本院及被告丁○○、鳳山市農會、大寮鄉農會、土地銀行 所提確認之訴部分，均駁回。

六、據上論結：原告之訴為一部有理由，一部無理由，並依民事訴訟法第七十九條、第八十一條二款、第三百九十條第二項，判決如主文。

附表一
1、本判決第一項於原告以新臺幣壹佰貳拾萬元為被告高雄縣鳳山市農會供擔保後，得假執行。
2、本判決第二項於原告以新臺幣參佰元為被告臺灣土地銀行股份有限公司供擔保後，得假執行。
3、本判決第三項於原告以新臺幣壹拾貳元為被告高雄縣大寮鄉農會供擔保後，得假執行。

【第三單元 3-4 契約之成立-契約效力之附款-條件】

一、案例

甲公司辦理房屋出租招標事宜，乙見該屋之地點良好，商機無限，便依甲公司投標須知規定，將標單寄達於甲公司。惟甲公司竟於開標當日，取消該次招標，拒絕拆閱標單，並將標單寄還與各投標人。嗣經乙及其他投標人委請公證人公開拆閱標單，確認乙為得標人。乙不服而向法院提起訴訟，雙方主張如下：

(一) 乙主張：「本公司已將標單寄達於甲公司，而如投標須知所示之租賃條件『以每月承租價最高者得標』，已委請公證人確認我方為得標人。另外，招標須知中亦載明租賃標的、最低租金、押租金及租期，另得配合承租者要求延長租期五年等，內容明確，故該租賃契約已成立，甲公司應交付該屋」。

(二) 甲主張：「1. 本公司除張貼招標公告外，另外於本公司張貼有「如有未詳細或其他因素，主持人得宣布取消或改期」之公告，本公司取消開標，自屬有據。2. 招標須知上載明『招租房屋公告於本會公告欄』，故乙於閱讀須知時，應至公告欄詳閱公告。3. 既已有取消開標之保留記載，招標之性質應為「要約之引誘」，乙投標乃為「要約」，本公司當場宣布取消開標，顯已拒絕要約；縱認招標係屬要約，本公司也已預先聲明得取消招標，依民法第一百五十四條第一項規定，無受要約拘束之意思，故租賃契約不成立。」

試問本案契約是否成立？

(參考自最高法院 95 年度台上字第 1919 號民事判決)

二、爭點整理

(一) 當事人之意思表示合致時，契約即為成立，「合致」所指為何？

(二) 本案招標之性質，係屬要約之引誘或要約？

(三) 本案投標須知所示之租賃條件『以每月承租價最高者得標』，是否屬於法律行為附款類型中之「條件」？若是，本案條件是否成就？

三、教師手冊 (思考過程)

法律行為附款中之條件與期限，如何區分？

四、參考資料

(一) 孫森焱，民法債篇總論上冊

(二) 杜怡靜，契約之成立與生效

(三) 王澤鑑，債法原理，第一冊

(四) 王澤鑑，民法總則

(五) 最高法院民事判決九十五年度台上字第一九一九號

五、作業

小明的父親告訴小明：

1. 「如果你這次聯考，考上前三志願，我就送你一台電動腳踏車」

2. 「我送你一台腳踏車，但你這次聯考一定要考上前三志願」

上述勉勵小明之一番話，兩者間有何不同？

最高法院民事判決 九十五年度台上字第一九一九號

上訴人 台灣國際創價學.

法定代理人 甲○○ 住同上.

訴訟代理人 廖健男律師

林秋萍律師

被上訴人 基隆市碼頭裝卸搬運職業工會

設台灣.

頭北庫.

法定代理人 乙○○ 住同上.

訴訟代理人 陳靜育律師

上列當事人間請求確認租賃契約成立事件，上訴人對於中華民國九十四年五月二

十五日台灣高等法院第二審判決（九十四年度上字第一二六號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

原判決廢棄，發回台灣高等法院。

理 由

上訴人起訴主張：被上訴人就其所有坐落基隆市○○○路二六五號一、二、三樓全棟房屋（下稱系爭房屋），對外公開辦理房屋出租之招標事宜，伊已依投標須知規定，填妥標單，連同應繳保證金票據，於民國九十三年七月二十四日開標日之前寄達被上訴人。乃被上訴人竟於開標當日，於各投標人說明承租用途後，片面取消該次招標，拒絕拆閱標單，並將標單寄還與各投標人。嗣經伊及其他投標人委請公證人公開拆閱標單，確認伊為得標人，兩造就系爭房屋應已成立如投標須知所示租賃條件之租賃契約等情，爰求為確認兩造就系爭房屋依投標須知租賃條件之租賃關係成立，被上訴人應將該房屋交付伊使用之判決。

被上訴人則以：伊就系爭房屋出租之招標事宜，張貼有九十三年七月九日基碼工莒字第九三〇五一號公告，伊依公告第九點所載「如有未詳細或其他因素，主持人得宣布取消或改期」，取消開標，自屬有據。又伊就招標案既有取消開標之保留記載，招標之性質應為「要約之引誘」，上訴人投標則為「要約」，伊當場宣布取消開標，顯已拒絕要約；縱認招標係屬要約，因伊已預先聲明得取消招標，依民法第一百五十四條第一項規定，亦應認伊無受要約拘束之意思。且上訴人係與其他投標人共同圍標，其投標行為有違誠信原則，應屬無效。另依招標須知所載，得標者需在三十天內辦妥簽約手續，並繳足一個月房租，故在兩造簽立租賃契約以前，亦難謂租賃關係已成立等語，資為抗辯。

原審維持第一審所為上訴人敗訴之判決，駁回其上訴，係以：上訴人主張被上訴人就系爭房屋，以公開招標方式出租，伊及訴外人張勝利、陳國成三人參與投標，伊已依投標須知規定，將標單及保證金寄達被上訴人，惟於開標當日，被上訴人宣布取消本次招標，拒絕拆閱標單，嗣並將標單退還各投標人等情，為兩造所不爭執。按被上訴人以公開招標方式出租系爭房屋，其製作之投標須知明載「參加投標承租房屋，不得低於每月房屋租金新台幣四萬零五百元，『以每月承租價最高者得標』，租價相同者，再行比價」等語，已明示願與任何出價最高者締結契約，就契約之主觀要素已得以確定；另招標須知中亦載明租賃標的、最低租金、押租金及以現狀出租，租期九年十一個月，得配合承租者要求延長租期五年等項，亦具備契約之客觀要素。故依投標須知之內容觀之，其招標應屬要約性質，非僅要約之引誘。另被上訴人之公告第九點雖記載「如有未詳細或其他因素，主持人得宣告取消或改期」等語，然該內容為投標須知之所無，且公告張貼於被上訴人自己之辦公場所，非多數人得共同見聞，尚不得憑以拘束上訴人。惟意思表示，依其情形或事件之性質，可認當事人無受拘束之意思者，契約之要約人亦不受其要約之拘束，民法第一百五十四條第一項但書後段定有明文。本件被上訴人同時向多數人為要約，應為參與投標之人所明知，且其以成立租賃契約為目的，

承租人之履約能力及信用，自為出租人所重視，依上開規定，應認於相對人承諾前，要約人即被上訴人得隨時撤銷或變更其要約之意思表示。上訴人雖主張其承諾之意思表示已經到達被上訴人，被上訴人不得撤銷要約云云，惟非對話之承諾，於承諾達到要約人時生效，所謂「達到」，於一般場合，固以使相對人居於可了解之地位為已足，但以投標方式為承認之意思表示者，因要約人僅與出價對其最有利者成立契約，應認其就承諾之意思表示發生效力，附有以「開標時出價最有利於招標人」為停止條件，即其承諾之意思表示，以招標人踐行開標程序，獲知出價最有利於己者，始生效力。被上訴人在開標以前宣布取消招標，並拒絕公開拆閱各標單，自應認為其於上訴人承諾之意思表示發生效力前，即撤銷要約之意思表示，自難認租賃契約已因兩造意思表示一致而成立。從而，上訴人訴請確認兩造就系爭房屋已依投標須知所示之租賃條件成立租賃契約，及請求被上訴人將房屋交付其使用，即屬無據，應予駁回等詞，為其判斷之基礎。

惟按因條件成就而受不利益之當事人，如以不正當行為阻其條件之成就者，視為條件已成就，民法第一百零一條第一項定有明文。原審謂被上訴人為招標及上訴人為投標，係分屬要約及承諾之意思表示，但因以投標方式為承諾，且要約人僅與出價對其最有利者成立契約，應認其就承諾之意思表示發生效力，附有以「開標時出價最有利於招標人」之停止條件，被上訴人在開標前取消招標，係在上訴人承諾之意思表示發生效力前撤銷要約云云。而上訴人於原審一再主張被上訴人於開標程序進行中，任意取消招標，係故意阻止開標條件之成就，依民法第一百零一條第一項規定，應視為條件成就，伊投標之意思表示生效等語（見原審卷第三四至三五、一二二至一二三頁）；如認上訴人之投標，係屬承諾，且以開標為其意思表示生效之停止條件，則被上訴人取消招標，拒絕拆閱標單，是否係以不正當行為阻其條件成就，事關兩造之意思表示是否合致，而成立租賃關係，即不得恣置不論。原審未予調查審究，自屬理由不備。上訴論旨，指摘原判決不當，求予廢棄，非無理由。又被上訴人抗辯係依公告所載取消開標，並稱「公告黏貼於伊會所即開標處門口，公告日期自九十三年七月九日起至同年月二十三日止，如伊未公告，上訴人如何得知有招標案」、「伊會館係對外開放予會員或不特定人進出，公告張貼於公告欄對外招標，故購買招標文件，當是見該公告而購買，公告內容當為購買者所知悉。且招標須知第二點亦載明『招租房屋於九十三年七月九日起至九十三年七月二十三日止公告於本會公告欄』，上訴人於閱讀須知時，應至公告欄詳閱公告」等語（見一審卷三〇頁，原審卷六一頁）。則該公告是否屬被上訴人意思表示之一部分，且置於投標人隨時可了解其內容之客觀狀態，與判斷上訴人之訴有無理由所關至切，案經發回，請併注意調查審究之，以利案件終結，附此敘明。

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、第四百七十八條第二項，判決如主文。

【第四單元 4-1 契約之當事人—契約當事人之確定】

一、案例事實

台北市天母地段有一幸福社區，其社區所在基地為全體住戶分別共有，而最初之全體住戶分別透過建商與地主約定，各棟前後土地，除實際作為公共使用外，前後土地供一樓居住人管理使用。甲為最初住戶之一，其所有之房屋正巧是一樓，其房屋經好幾手買賣後，現在屋主為乙，而樓上住戶丙也是經過好幾手的轉賣才買構此屋。乙素來與鄰居丙有嫌隙，兩人互看不順眼，某日，丙因房屋需要裝潢，乃將裝潢所需之材料放置在乙一樓的後方土地，該土地平常都是乙在運動健身的地方，感覺遭到干擾，便向丙表示「這房屋前後相鄰的地，都是我的使用範圍，你問為什麼，因為當初屋主跟地主有約定前後土地供一樓居住人管理

使用，所以，趕快把你的東西拿開」，乙之主張是否有理由？（本案例改編自最高法院八八年台上三八一號判決）

二、爭點整理

（一）何謂契約相對性原則？

（二）分管契約之性質為何，與契約相對性原則有何關聯？

三、教師手冊

契約之效力，原則上僅存在於契約當事人之間，契約以外之第三人，不得主張契約中所規定到之權利，亦不受到契約中義務的拘束。只有再例外情形之下（如利益第三人契約）才會有契約外第三人得主張契約效力之情形。

分管契約乃共有人間約定管理特訂之契約，此契約必須共有人間全體為之，故其效力原則上僅在原共有人間發生效力，但例如不動產之共有人變動速度可能過快，共有人因變動而導致原分管契約失效，其契約所得發揮之空間似乎不大。所以修正草案中對於分管契約之對外效力已列入規範，草案第八二六條之一明文，不動產共有人間關於共有物使用管理之決定，於登記後，對於應有部分之受讓人，具有效力。而動產則以應有部分受讓人於受讓時知悉上述約定或可得而知者，亦具有效力，以避免共有人的變換破壞分管契約的存在，適時調和了契約相對性僵硬適用的不當。

四、參考資料

謝在全，民法物權論(上)

五、作業

民法第八二〇條之規定與土地法三四條之一是否有衝突，在適用上有無疑義，式舉例說明之。

最高法院民事判決

八十八年度台上字第三八一號

上訴人 乙○○

訴訟代理人 陳德文律師

被上訴人 甲○○

右當事人間請求返還土地等事件，上訴人對於中華民國八十五年十一月二十五日台灣高等法院第二審判決（八十四年度上字第七三三號），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

本件上訴人主張：台北市○○區○○段二小段二五三號土地（下稱系爭土地）係屬集合住宅之基地，屬該集合住宅全體住戶分別共有，依當初全體住戶分別透過建商與地主所訂買賣契約第十九條約定：「各棟前後土地，除實際做為公共使用外，前後土地供一樓居住人管理使用」，自屬共有土地分管之約定。系爭如原判決附圖一（下稱附圖一）所示編號一之土地係伊屋後土地，自應由伊管理使用，詎遭被上訴人占用等情，爰依侵權行為、不當得利、買賣契約之法律關係，求為命被上訴人將附圖一編號一黃色所示土地交還伊占有之判決（上訴人請求被上訴人將附圖一編號一黃色所示土地上之木、石等一切雜物搬離及本於民法第七百六十七條、第八百二十一條、侵權行為、不當得利之法律關係，請求拆除如原判決附圖二（下稱附圖二）紅色所示土地面積一六點二八平方公尺上加蓋之圍牆、遮雨棚等工作物，恢復回狀之訴部分，分別經第一、二審判決被上訴人敗訴，未據其聲明不服；又上訴人請求拆除超過如附圖二紅色所示土地面積一六點二八平方公尺上之圍牆、遮雨棚，及本於侵權行為法律關係請求被上訴人給付新台幣（下同）三十六萬元及按月給付一萬五千元之訴部分，亦經原審判決上訴人敗訴，未據其聲明不服，均已告確定）。

被上訴人則以：上訴人於八十二年間向高太太購買臺北市○○區○○街二段一八七號房屋，而高太太當初購買該戶時並未購買該戶後面之停車位，上訴人對於如附圖一所示編號一部分，並無管理使用之權等語，資為抗辯。原審斟酌全辯論意旨及調查證據之結果，以：系爭土地原地主潘龍雨與第一手承買人高敏欽間之預定不動產買賣契約書第十九條固約定：「各棟前後土地，除實際做為公共使用外，前後土地供一樓居住人管理使用」，惟該預定不動產買賣契約書，屬債權契約性質，依債權契約之相對性，該契約所約定之權利義務關係，僅存於該買賣契約當事人間。依系爭建築改良物登記簿謄本及土地登記簿謄本記載，上訴人係於八十一年九月八日向其前手何湘梅購買臺北市○○區○○街二段一八七號房屋（下稱一八七號房屋）而取得所有權，何湘梅則於八十一年六月十日向其前手高敏欽購得，高敏欽係於七十五年二月十四日向原地主潘龍雨購得之事實，為上訴人所不爭，則原地主潘龍雨與一八七號房屋第一手承買人所訂之買賣契約關係，僅存於原地主潘龍雨與第一手承買人之間，上訴人本於該買賣契約關係，訴請將附圖一所示編號一黃色部分之土地返還於伊管理使用，於法尚有未合。又如附圖一所示編號一黃色部分土地，係屬停車位之設計，為區分所有建築物公共設施之一部分，有使用執照設計圖、使用執照申請書及使用執照竣工圖足憑，上訴人僅係系爭土地共有人之一，依不當得利及侵權行為之法律關係，請求被上訴人將具有公共設施性質之如附圖一所示編號一黃色部分土地交還其個人占有，亦屬無據，為其心證之所由得。因而維持第一審所為上訴人上開部分之敗訴判決，駁回其上訴，經核於法洵無違誤。按本院四十八年台上字第一〇六五號判例，係指原共有土地分管約定之效力及於知情之共有土地受讓人而言，倘共有人之管理使用權能受侵害，仍應本於其共有人之所有權為請求。本件上訴人並非本於系爭土地共有人之所有權為請求，而係本於其前手間之買賣契約或不當得利、侵權行為之法律

關係，請求被上訴人將如附圖一所示編號一黃色部分土地交還其個人占有（見一審卷五一頁背面），即非法之所許，原審為上訴人敗訴判決，並不違背法令。上訴論旨，仍執陳詞，指摘原判決關於上開於其不利部分為不當，聲明廢棄，不能認為有理由。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。

【第四單元 4-2 契約之當事人－利益第三人契約】

一、案例（改編自九二年度台上字第二五八一號判決）

某日甲行經民生東路，看到一棟歐式獨棟建築甚為喜歡，並向屋主乙表示自己兒子丙即將結婚，希望買到此屋作為送給兒子的新婚大禮，請求乙割愛，在不敵甲苦苦哀求之下，乙便以新台幣二千萬元出售給甲，雙方並約定乙應將該屋移轉登記到丙之名下，丙亦得向乙請求房屋移轉登記。不料，乙在移轉登記後，甲遲遲未給付價金，對於乙多次之請求視若無睹，乙在無奈之餘只好向甲表示解約，並向丙依不當得利請求返還，乙之請求是否有理由？

二、爭點整理（學習重點）

- (一) 是否成立利益第三人契約？
- (二) 三方當事人間之法律關係為何？
- (三) 補償關係消滅時，債務人得否向第三人主張不當得利請求返還？第三人得否以與債權人間之對價關係對抗債務人而拒絕返還？

三、教師手冊（思考過程）

(一) 判斷是否成立利益第三人契約：

在指示給付的類型中，有三個當事人：為指示之人，稱為指示人；被指示之他人，稱為被指示人；而受給付之第三人，稱為領取人。被指示人因指示人之授權，位指示人之計算向領受人為給付，被指示人之支付，一方面如同被指示人對指示人為給付，另一方面如同指示人向領受人為給付，故因被指示人之履行，在法律上完成二個不同之給付。真正利益第三人契約與指示給付之主要不同在於第三人是否對債務人有直接請求權，若契約當事人僅約定債務人向第三人為給付，而第三人並無向債務人請求給付之權利，則為不真正利益第三人契約。

(二) 債務不履行而解除契約時如何解決？

利益第三人契約，因債務人給付之對象為契約外之第三人，其債務不履行之效力略有複雜，以下就要約人或第三人可歸責之債務不履行，和可歸責於債務人之債務不履行兩種情況進行討論，分析如下：

1、要約人或第三人可歸責之債務不履行：以買賣契約為例，買受人一方面得請求出賣人向第三人為給付，一方面對出賣人負有給付價金之義務。今若出賣人遲延過了清償日而尚未清償，此時出賣人自得解除該買賣契約，若買賣標的物尚未移轉或交付給第三人，因給付義務已消滅而無須再為給付。惟問題在於，第三人若已受領給付，得否以自己與買受人間之法律關係為由，主張其受領係有法律上關係，而出賣人不得對第三人主張不當得利請求返還？出賣人對第三人負有給付義務乃基於其與買受人間之買賣契約，而今契約已消滅，出賣人之給付義務亦歸於消滅，第三人係基於上開買賣契約而受領給付，今買賣契約既已不存在，第三人之受領即無法律上之原因，出賣人得向第三人依不當得利之規定，請求返還。第三人雖與買受人間有原因關係存在，但並不以此作為自買受人處受領給付之法律依據。

2、可歸責於債務人之債務不履行：在可歸責於債務人之給付不能之情況下，要約人得依民法第二五六條之規定解除契約，再依民法第二五九條，雙方當事人互負回復原狀之義務，且因為第三人非契約當事人，不得享有解除權。惟在利益第三人契約之下，解除契約將影響到第三人之權利，故在行使解除權時，為保護第三人之利益，應得第三人之同意方得解除契

約。但有學者認為，法定解除權乃法律所明訂，係純保債權人之規定，利益第三人契約固應重視第三人利益之保護，但第三人約款僅為契約之一部分，若為保護第三人利益而解釋為要約人解除契約需經第三人同意，似乎本末倒置。惟亦有學者認為，要約人行使解除權應否得第三人之同意，應分別認定，如係法定解除權，則在第三人表示享受其利益時，須得第三人之同意，以保護第三人之利益；若為約定解除權，此係補償關係中所訂定，不因該契約附有第三人約款而受到限制，故在解約時無須得第三人之同意。

(三) 契約自始有瑕疵時，當事人得否撤銷：

此一問題與當事人得否解除契約頗為相似，惟撤銷權之發生係由於意思表示受詐欺脅迫等情況，為保護表意人自由意思之形成，在利益第三人契約中無論何方當事人行使，均不必得第三人之同意，此時表意人之意思自由大於第三人利益之保護。

(四) 債之相對性的原則與例外：

債之相對性乃債權人得向債務人為一定之請求，其債權債務關係不涉及契約以外之第三人。利益第三人契約為債之相對性之例外，除契約當事人外，尚有契約外第三人得向債務人為直接請求，與一般債之關係有別。

四、參考資料

- 1、王澤鑑，民法學說與判例研究(六)
- 2、李淑明，債法總論，二版

五、作業

甲向乙中古車行購買 P 牌跑車一部，當作丙之生日禮物，甲乙並約定丙有直接請求給付之權，不久後丙就來到車行領走帥氣十足的 P 牌跑車。就在當天丙開車前往北海岸兜風，不幸在路上發生車禍，不僅車子全毀，丙亦受有重傷。經鑑定後發現，該車禍之發生主要是因為該 P 牌跑車曾經泡水而零件故障所致，而乙明明知道該情事卻未告知。是問：

- (1) 甲對以對乙主張何種權利，是否因甲不實際受領該跑車有所不同？
- (2) 丙得以對乙主張何種權利，是否因丙不是契約當事人而權利有所不同？

最高法院民事判決

九十二年度台上字第二五八一號

上訴人 黃帝城文物股份有限公司

法定代理人 林育培

訴訟代理人 鄭炎生律師

被上訴人 甲○○

訴訟代理人 吳貞良律師

右當事人間請求所有權移轉登記事件，上訴人對於中華民國九十二年四月十五日
台灣

高等法院第二審判決（八十七年度上字第四一四號），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

本件上訴人之法定代理人已由曾迺碩變更為林育培，經其提出台北市政府函、公司變更登記表、股東臨時會及董事會決議錄等件聲明由林育培承受訴訟，核無不合。先予敘明。其次，被上訴人主張：伊及伊子陳耀誠於民國八十三年九月三十日，與訴外人軒轅文物股份有限公司籌備處（下稱軒轅公司籌備處）之代表人曾迺碩及林育培訂立買賣契約書（下稱系爭契約），將伊所有坐落台中縣大甲鎮○○段二○○地號（原同鎮○○段三四四之二二地號）面積○·○九三九一六公頃土地，及其上五二建號、門牌號碼台中縣大甲鎮○○路五七巷二○號之一層樓房屋一棟（下稱系爭房地），連同另如第一審判決附表所示之二十筆土地，以總價新台幣（下同）七千八百萬元之價格售與曾迺碩及林育培（下稱買受人）。伊已於八十四年九月間將系爭房地所有權移轉登記與買受人所指定之上訴人，詎買受人僅支付價款九百餘萬元，餘款迄未支付，迭經催討，均不獲置理。伊乃於八十五年七月十六日發函為限期給付之通知，並言明逾期未付即以該函為解除契約之意思表示。因買受人未於限期內為給付，系爭契約已生解除之效力，上訴人受領系爭房地所有權移轉登記之法律上原因自屬不復存在等情。依民法第一百七十九條及第一百八十三條不當得利之法律關係，求為命上訴人將系爭房地交付並移轉登記為伊所有之判決。上訴人則以：軒轅公司籌備處於簽約時已支付一千萬元予陳耀誠，餘款分五期給付，每期一千三百六十萬元，亦均經陳耀誠簽收而給付完畢。嗣被上訴人既拒不提出其餘二十筆土地之所有權狀等相關文件，且將該土地所有權移轉登記與他人，顯已違約在先，縱有部分支付價款之支票退票，依民法第二百六十四條之規定，伊仍得拒絕給付，被上訴人即無解除契約之權利。況系爭契約本屬第三人利益契約，伊非契約當事人，被上訴人於解除契約後，依不當得利之法律關係，請求伊交付系爭房地及移轉所有權登記，應屬無據等語，資為抗辯。原審廢棄第一審所為被上訴人敗訴之判決，改判如其聲明，即命上訴人將系爭房地交付並移轉所有權登記予被上訴人，係以：系爭契約之價金給付方式雖有多端，然仍以林育培交付支票清償為主，林育培交付之支票既因未兌現而債務未消滅，原有之買賣價金債務，自仍存在。依陳耀誠與曾迺碩、林育培於八十五年六月七日簽立、內載「如附件A份支票編號一至九共九紙（按金額計三千七百三十八萬二千二百九十二元），債權人同意以附件B份支票編號一至九共九紙換回清償，債務人需以票據到期七日內悉數清償，否則一切依法處理」之「換票協議」，買受人既未能於票據到期七日（八十五年六月十四日）內清償價金，被上訴人定期五日催告曾迺碩、林育培給付，同時表明逾期未履行即以該催告函為解除契約之意思表示，於買受人未遵期給付時，該附有停止條件之解除契約意思表示已因條件成就而發生解除契約之效力。因軒轅公司籌備處為一未成立之公司，自始係由曾迺碩、林育培為代表人與被上訴人等簽訂系爭契約及「換票協議」，雙方又未曾合意變更系爭契約之買受人，則被上訴人向曾迺碩、林育培為履約之催告及解除契約之意思表示，應無不合。依系爭契約第五條第四款：「產權移轉登記權利人之名義由甲方（買受人）指定，乙方（出賣人）不得干涉」之約定，性質上

屬利益第三人契約，即所謂「第三人約款」。是債務人依民法第二百六十九條第一項規定向第三人為給付，一方面係因補償關係對債權人履行債務，另一方面係依第三人約款對第三人履行債務。第三人受領債務人所為之給付，亦即債權人因補償關係而受領給付；同時為第三人依對價關係自債權人受領給付，暨依第三人約款自債務人受領清償。為補償關係之契約苟經債務人解除而溯及歸於消滅，第三人約款應隨之失其效力，而使債務人向第三人給付之法律上原因嗣後失其存在。縱第三人與債權人間原已存在之對價關係不受影響，致債權人不得指第三人之受領利益係無法律上原因而受利益，但此對價關係之債權係相對權，第三人不得以之對抗債務人，債務人依民法第二百七十條規定，則得以由契約（補償關係）所生之一切抗辯，對抗受益之第三人，第三人即無從本於對價關係對於債務人主張其取得之利益為有法律上原因。債務人於契約解除後，以第三人約款已失其存在為由，請求第三人返還不當得利，自無不可。從而，被上訴人合法解除系爭契約後，以上訴人取得系爭房地之法律上原因已不復存在為由，請求上訴人返還所受交付系爭房地並獲所有權登記之利益，即屬有據等詞，為其判斷之基礎。按第三人利益契約，乃當事人之一方與他方約定，由他方向第三人為一定之給付，第三人因此取得直接請求他方給付權利之契約。倘第三人並未取得直接請求他方給付之權利，即僅為當事人與第三人間之「指示給付關係」，尚非民法第二百六十九條所規定之第三人利益契約。又於「指示給付關係」中，被指示人係為履行其與指示人間之約定，始向領取人（第三人）給付，被指示人對於領取人，原無給付之目的存在。苟被指示人與指示人間之關係不存在（或不成立、無效或被撤銷、解除），被指示人應僅得向指示人請求返還其無法律上原因所受之利益，至領取人所受之利益，原係本於指示人而非被指示人之給付，即被指示人與領取人間尚無給付關係存在，自無從成立不當得利之法律關係。本件系爭契約第五條第四款僅約定：「（系爭房地）產權移轉登記權利人之名義由甲方（買受人）指定，乙方（出賣人）不得干涉」，似未見契約當事人約定買受人所指定之人亦有「直接」請求出賣人給付之權利，則原審未究明契約當事人有無使受指定之上訴人取得直接請求被上訴人給付權利之意，遽謂系爭契約性質為第三人利益契約，並據以適用法律，而為不利於上訴人之判決，即嫌速斷。倘上訴人僅為買受人指定之登記名義人，並未取得直接向被上訴人請求給付之權利，揆諸首揭說明，被上訴人能否依不當得利之法律關係為本件請求，非無詳加研求之餘地。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、第四百七十八條第二項，判決如主文。

【第四單元 4-3 契約之當事人-多數契約當事人】

一、案例

甲乙丙三人合營成立一家醫院，其出資比例相同，並約定由其中有豐富經驗的乙來擔任院長，主持醫院內大小事務，且為使乙能全心全意投入醫療工作，乙另與醫院約定於醫院所得報酬之綜合所得稅，由該合營事業負擔。三年來，乙收到國稅局的稅單一共三百萬元，且甲在醫院營運不善之情況下，曾私下借一千萬給該合營事業，不料醫院仍然無法度過難關，最終就以因經營不善而解散倒閉，乙便向甲丙二人主張，乙之所得稅共三百萬元，應由甲丙二人負連帶清償責任，乙之主張有無理由？（本案例改編自最高法院九三年台上二四八七號判決）

二、爭點整理

- (一) 合夥財產不足清償合夥債務時，合夥人之責任為何？
- (二) 合夥人中一人先為清償，可否向其他合夥人請求連帶賠償責任？

三、教師手冊

(一) 連帶債務發生之原因：連帶債務之成立，有依當事人明示之意思表示，或法律之規定，此為民法第二七七條所明定。當事人明示通常以契約行為明是最為常見，而依法律之規定而成立，例如民法第二八條法人侵權責任，第一八五條共同侵權行為，第一八七條法定代理人之責任，第一八八條僱用人之責任，第三〇五條債務承擔，第四七一條共同借用人之連帶責任等

(二) 試詳論連帶債務之牽連關係

(三) 何謂不真正連帶債務，並試舉一例：不真正連帶債務指數債務人具有同一目的，本於各別之發生原因，對債權人各負全部給付之義務。且其發生原因係因相關之法律關係偶然競合所致，不若連帶債務之成立以當事人明示或法律有規定者為限。

例如，甲將其之腳踏車出借給乙，但是乙並不加以珍惜，經常隨便停在路邊就離去，不久後某日就被丙開車經過撞壞了該腳踏車。案例中，乙因違反了民法第四六八條借用人應乙善良管理人注意義務保管借用物，故甲得依同條第二項向乙請求損害賠償。且丙因故意或過失致甲所有的腳踏車毀壞，甲得依民法一八四條第一項前段主張侵權行為。如乙嗣後向甲為賠償後，並不當然免除丙之責任，否則豈不因乙之行為而使丙受惠，故乙在向甲給付賠償金後，得依民法第二一八條之一之規定，向甲請求讓與甲對丙第一八四條之請求權，在由乙向丙請求，使丙為整件法律關係負最後責任。

四、參考資料

- 1、劉春堂，民法債篇各論（中），初版
- 2、邱聰智，新訂債法各論（下），初版

五、作業

甲超速駕駛，撞上對向車道開車開到快睡著的乙，結果兩台車凌空翻滾的撞到路旁的檳榔西施丙（此事故之發生甲乙間之過失比例各為百分之五十），造成丙醫藥費支出五萬元，此費用丙項甲請求，且主張受有精神上痛苦項乙請求十萬元，丙之主張是否有理由，乙可否主張不公？

最高法院民事判決

九十三年度台上字第二四八七號

上訴人 甲○○

訴訟代理人 吳孟玲律師

被上訴人 乙○○（送達代收人：陳建勳律師）

右當事人間請求給付代墊款事件，上訴人對於中華民國九十二年七月一日台灣高等法院第二審判決（九十一年度上易字第九六一號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

上訴駁回。

第三審訴訟費用由上訴人負擔。

理 由

本件上訴人主張：被上訴人與第一審共同被告高梅音、蘇秋男、許朱惠麗、沈文裕、郭嘯天，及同審共同被告康婧蓓、鄭博文、鄭淳勻、鄭涵勻之被繼承人鄭寬平等，於民國八十五年五月十日推由被上訴人為代表與伊簽訂合營事業契約書（下稱系爭合營契約），約定由伊出任永和信合美婦幼醫院及綜合醫院（下稱信合美醫院）院長，及伊於信合美醫院所得報酬之綜合所得稅，全由系爭合營契約事業總收入列支。嗣該合夥於八十八年六月間解散後，伊竟接獲財政部國稅局八十五、八十六及八十八年度之補稅通知，伊於各該年度在信合美醫院執行業務之所得稅額新台幣（下同）三百二十一萬九千四百五十元，依約自應由合營事業負擔。又上開合夥財產已不足清償合夥之債務，被上訴人為合夥人對於該不足額，當應依法連帶負其責任等情，爰依民法第六百八十一條、第二百八十一條第一項、第六百七十七條及第一千一百五十三條第一項規定，以先位聲明，求為命被上訴人給付八十一萬二千一百八十三元本息之判決，並以第一備位聲明，求為命被上訴人給付四十四萬六千七百零一元本息，及以第二備位聲明，求為命被上訴人給付八十一萬二千一百八十三元本息之判決。（第一審駁回上訴人對被上訴人之先、備位聲明之訴，上訴人僅就其中受敗訴之第一備位聲明提起上訴，請求被上訴人給付四十四萬六千七百零一元本息，另追加請求被上訴人再給付一百三十二萬三千九百八十七元本息。又上訴人其餘訴請第一審共同被告高梅音等人為給付部分，因未繫屬本院，爰不另贅述。）

被上訴人則以：依兩造所訂系爭合營契約第十二條之約定，上訴人及其配偶暨扶養親屬他項所得應課之所得稅，應由上訴人自行負擔，上訴人向合夥團體請求之金額，並未扣除上述款項。又信合美醫院結束營業後，經清點發現短少醫療器材設備共值一百五十一萬一千四百十五元，是合夥對上訴人亦有損害賠償請求權得主張抵銷。另上訴人占合夥股份百分之十，對於合夥應負擔之系爭稅款債務，應分擔百分之十，於此範圍因混同而歸於消滅。再系爭合夥對伊負有三千八百二十萬元之借款債務，伊自得於上訴人請求金額範圍內為抵銷等語，資為抗辯。

原審審理結果，以：本件上訴人主張之事實，有系爭合營契約可證。查系爭合營契約第十二條約定，上訴人在信合美醫院執行業務所得應課之綜合所得稅，應由合營事業負擔，自屬合夥之債務。且上訴人所請求之金額，均已扣除其配偶暨扶養親屬他項所得應課之所得稅額，並經函請財政部財稅資料中心檢送上訴人八十五年度至八十九年度所得稅報稅資料，經核閱無訛，亦有該中心九十一年十二月二十日資五字第 00000000 號函送資料足稽。按合夥財產不足清償合夥之債務時，各合夥人對於不足之額，連帶負其責任，民法第六百八十一條定有明文。又合夥營業之債務，合夥解散後，合夥人當然為該營業之債務主體（參照最高法院十八年上字第二二五六號判例）。本件上訴人主張系爭合夥因不堪虧損業於八十八年六月三十日解散，並無剩餘財產，既為被上訴人所不爭執，則系爭合夥之全體合夥人自應為該營業之債務主體。有關係爭合營契約第十二條係約定上訴人在信合美醫院所獲得之報酬應課之綜合所得稅，經列支於「合營事業總收入」項下，即應由「合夥財產」負擔。而該合夥現已無財產可資清償，為合夥人即第一審共同

被告郭嘯天所自認，依上說明，當應由全體合夥人負責。次按合夥財產不足清償合夥之債務時，依民法第六百八十一條之規定，各合夥人對於不足之額雖連帶負其責任，但合夥人之債權人爲合夥人中之一人時，自己亦爲連帶債務人中之一人，其對於合夥之債權與其所負之連帶債務已因混同而消滅，依民法第二百七十四條之規定，他合夥人亦同免其責任，故該合夥人對於他合夥人，僅得依民法第二百八十一條、第二百八十二條之規定，行使其求償權，不得更行請求連帶清償（參照最高法院二十九年上字第一一〇五號判例）。又民法第二百八十一條第一項規定，連帶債務人中之一人，因清償或其他行爲，致他債務人同免責任者，得向他債務人請求償還其各自分擔之部分，並自免責時起之利息。本件上訴人就合夥所負系爭稅款債務，已因混同而使合夥人同免責任，上訴人自得向他合夥人請求償還其各自分擔之部分。再依民法第六百七十七條第一項規定，分配損益之成數，未經約定者，按照各合夥人出資額之比例定之。本件合夥並未特別約定分配損益之成數，自應按各合夥人出資額之比例決定其應分擔之部分。依前開股東名簿所載之出資額，被上訴人之出資額比例爲百分之五十五，沈文裕、蘇秋男之出資額比例各爲百分之十，上訴人、高音梅、許朱惠麗、郭嘯天、鄭寬平之出資額比例各爲百分之五。準此，被上訴人應負擔之金額爲一百七十七萬零六百九十八元。另被上訴人抗辯該合夥對其負有三千八百二十萬元之借款債務，業據其提出營業讓渡契約書爲證，即上訴人亦自認曾簽署該營業讓渡契約書，證人何鳳琴並證稱該營業讓渡契約書附件之短期借款明細表爲其製作無訛，參以該營業讓渡契約書第五條第一項、第二項約定及該契約附件之八十八年八月六日短期借款明細表記載被上訴人借款二筆各爲三千七百二十萬元及一百萬元等情觀之，該營業讓渡契約書既將上開短期借款明細表列爲附件，並約定營業點交基準日八十八年九月一日前之權利義務均由該合夥負擔，上訴人並於該營業讓渡契約書上簽名，足證其確已承認被上訴人對該合夥確有該二筆借款債權存在，始同意將信合美醫院以上述條件讓渡第三人吳偉聰，益見系爭合夥對被上訴人確負有三千八百二十萬元之借款債務，上訴人空言否認被上訴人之借款債權，殊不足取。茲被上訴人既爲合夥人之一，自爲連帶債務人中之一人，其對於合夥之借款債權與其所負之債務，已因混同而消滅，是他合夥人包含上訴人在內亦同免責任，然被上訴人得向他合夥人請求彼等償還按出資額比例應負擔之部分，上訴人依其出資額比例爲百分之五，應負擔一百九十一萬元。故上訴人對被上訴人所負之該一百九十一萬元之債務，與被上訴人對上訴人所負之上述一百七十七萬零六百九十八元債務，其給付種類顯相同，並均屆清償期，被上訴人自得對上訴人主張抵銷，其在抵銷之範圍內即告消滅。從而，上訴人依民法第二百八十一條第一項及第六百七十七條規定，請求被上訴人給付上開一百七十七萬零六百九十八元本息，即屬無據，不應准許云云，爲其心證之所由得，並說明上訴人其餘攻擊方法不予審酌及被上訴人其他抵銷之抗辯爲不足取之理由，爰將第一審所爲上訴人關此部分敗訴之判決予以維持，並駁回上訴人之上訴及追加之訴。經核於法並無違誤。上訴論旨，

猶就原審取捨證據、認定事實及解釋契約之職權行使及其他與判決基礎無涉之理由，指摘原判決關此部分違背法令，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。

【第五單元 5-1 契約之履行-契約履行-同時履行抗辯權】

一、案例事實

甲向乙購買一棟花式洋房，然該洋房上有抵押權人丙銀行，抵押權額為八百萬，甲乙約定價金一千萬元，由甲先向丙銀行清償八百萬元，再由乙辦理抵押權塗銷登記，剩下之二百萬元再以現金方式交付給乙，然後乙移轉該洋房之所有權給甲。不料，甲先向丙銀行清償八百萬後，乙遲遲未向地政機關辦理抵押權塗銷登記，並向甲請求給付剩下之二百萬元價金，甲甚為震怒，表示在乙未塗銷抵押權登記前，拒絕協同辦理過戶且拒付該二百萬元，何人之主張有理由？（改編自臺

灣高等法院九三年上字三九八號判決)

二、爭點整理

- (一) 甲乙在買賣契約中約定為何？其契約之性質為何？
- (二) 甲拒絕協同辦理過戶且拒付該二百萬元，其法律基礎何在？是否有理由？

三、教師手冊

關於同時履行抗辯權，還有如下之問題需加注意：

- (一) 同一雙務所生互為對待給付關係之債務，尚包括原給付之延長或變形，若債務內容有變更時，原債務與變形後債務不失同一性，尤其是債務不履行之損害賠償請求權（民法第二二六條）或讓與請求權（民法第二二五條第二項），此種情況，仍有同時履行抗辯權之適用。
- (二) 當事人之一方受領遲延，於他方當事人請求給付時，受領遲延之一方是否仍得行使同時履行抗辯權？同說與實務見解採肯定見解，認為受領遲延，其效力主要在於使債務人免負給付遲延之責任，而非剝奪債權人之抗辯權，況且債務人之債務仍存在，並未因此消滅。且抗辯權之有無，應以契約當事人請求履行時為準，他方當事人既於請求於自身未為給付，仍屬民法第二六四條之未為對待給付，受領遲延之一方自得主張同時履行抗辯權
- (三) 同時履行抗辯權之類推適用：在某些情況下得以類推適用民法第二六四條之規定，只要對立債務具有相牽連性，或兩個對立債權基於一個經濟上具有關聯性之生活關係，均得主張同時履行抗辯，而不以基於同一雙務契約為必要，例如雙務契約不成立、無效或被撤銷所生之不當得利請求權，押租金之返還與租賃物之交付

四、參考資料

- (一) 黃茂榮，買賣法
- (二) 邱聰智，新訂民法債篇總則
- (三) 王澤鑑，民法學說與判例研究(六)

五、作業

甲僱乙於九七年三月十日前來家中打掃，打掃八小時給三千元，不料乙在該日前往時，甲家中大門深鎖，乙只好離去，於次日向甲請求報酬，問甲可否行使同時履行抗辯權？

臺灣高等法院民事判決

九十三年度上字第三九八號

上訴人即附 甲○○

帶被上訴人

被上訴人即 乙○○

附帶上訴人

訴訟代理人 楊曉菁律師

張逸婷律師

複代理人 黃世瑋律師

當事人間請求履行契約事件，上訴人對於中華民國九十三年三月十八日臺灣臺北地方法院九十二年度重訴字第一九四三號第一審判決提起上訴，被上訴人爲附帶上訴，本院於九十三年九月七日言詞辯論終結，判決如下：

主 文

原判決主文第一項及假執行之宣告，並命上訴人負擔訴訟費用之裁判廢棄。右開廢棄部分，上訴人應於被上訴人給付新台幣壹佰柒拾柒萬壹仟 佰貳拾元同時，將門牌號碼台北縣鶯歌鎮○○街一七○號五樓之一、之二、之三，六樓之一、之二、之三等房屋計陸戶及地下室編號一、二、三號等停車位 個交付予被上訴人。

附帶上訴駁回。

第一審訴訟費用關於命上訴人負擔部分，及第二審訴訟費用關於上訴部分，由被上訴人負擔。第二審訴訟費用關於附帶上訴部分，由附帶上訴人負擔。

事實及理由

甲、程序方面：

一、按民事訴訟法第四百四十七條第一項第三款規定，當事人不得提出新攻擊或防禦方法。但對於在第一審已提出之攻擊或防禦方法爲補充者，不再此限。

二、被上訴人雖主張：上訴人於本院提出「被上訴人先給付購屋款方得塗銷抵押權之協議」，屬於新攻擊防禦方法，依民事訴訟法第四百四十七條第一項規定，不得主張等語，惟被上訴人所稱之新攻擊防禦方法，均屬上訴人於原審主張：被上訴人如拒不交付尾款，被上訴人得對上訴人主張同時履行抗辯權以拒絕交屋等攻擊防禦方法之補充，依上開規定，應予准許。

乙、實體方面：

一、被上訴人起訴主張：其於八十五年間向上訴人購買門牌號碼台北縣鶯歌鎮○○街一七○號五樓之一、之二、之三，六樓之一、之二、之三等房屋計陸戶及地下室編號一、二、三號等停車位三個，買賣總價新台幣（下同）二千二百一十三萬一千六百元，已付價金二千萬元，上訴人依約應於八十八年十二月三十一日交屋，逾期除應給付被上訴人已付價金一倍之違約金即二千萬元外，並應按日給付被上訴人已付價金千分之一之懲罰性違約金。上訴人逾期完工，且迄今仍拒予交付系爭房屋及車位。爰依買賣之法律關係，請求判令上訴人交付系爭房屋及車位，並依買賣契約約定，主張上訴人應給付被上訴人三百七十七萬一千三百二十元違約金，其中一百七十七萬一千三百二十元違約金請求權與上訴人之尾款請求權主張抵銷，且請求判令上訴人給付二百萬元違約金。並答辯聲明：駁回上訴。附帶上訴聲明： 原判決廢棄。 右廢棄部分，附帶被上訴人應給付附帶上訴人二百萬元。並陳明願供擔保請准宣告假執行。（被上訴人依買賣契約約定，請求判令上訴人給付二千萬元違約金及自八十八年十二月三十一日起至交付系爭房屋之日止按日給付二萬元懲罰性違約金，經原審駁回此部分請求後，被上訴人僅就二百萬元違約金請求部分提起附帶上訴。）

二、上訴人辯稱：上訴人於八十八年十二月九日將系爭房地之所有權移轉登記予被上訴人，被上訴人並於同年月十七日領回土地及房屋所有權狀，上訴人未將系爭房屋點交予被上訴人，係因被上訴人拒絕配合所致，上訴人並無遲延或違約之可言。且被上訴人尚積欠上訴人一百七十七萬一千三百二十元之買賣尾款，上訴人在被上訴人給付買賣價款前，得行使同時履行抗辯權，拒絕給付交付系爭房屋及車位等語。並上訴聲明：原判決除第一項及免為假執行部分外均廢棄。右廢棄部分，駁回被上訴人在第一審之訴及其假執行之聲請。附帶上訴答辯聲明：駁回附帶上訴。並陳明如受不利判決願供現金或等值之銀行可轉讓定期存單或其他有價證券為擔保請准宣告免為假執行。

三、被上訴人主張其向上訴人購買系爭房屋及車位，已付買賣價款二千萬元，上訴人應於八十八年十二月三十一日完工交屋，上訴人迄未將系爭房屋及車位交付被上訴人等事實，業據提出買賣契約書為證（原審卷，十五至十六頁），且為上訴人所不爭，可信為真實。

四、被上訴人主張上訴人逾期完工，上訴人則否認有逾期完工情事。經查系爭買賣契約第九條約定：上訴人應於八十八年十二月三十一日前完工（取得使用執照，並接妥水電及完成公共設施）交屋（原審卷，十六頁）。上訴人係於八十八年十二月九日將系爭房屋及土地之所有權移轉登記予被上訴人，此有卷附土地及建物登記謄本足憑（原審卷，九至十四頁、二十至二十六頁），被上訴人則於同年月十七日自尚直代書事務所領回系爭房地之所有權狀，亦有被上訴人所不爭執之領回憑證足稽（原審卷，五十頁）。而兩造洽談交屋時，只談到銀行抵押貸款事宜，並未談到有無遲延問題等情，亦據證人游錦隆證述明確（原審卷，六三至六四頁），可見系爭房屋確於八十八年十二月三十一日前完工，故被上訴人主張上訴人逾期完工，即無可取。

五、被上訴人主張：上訴人依約應於八十八年十二月三十一日交屋，其逾期迄未交付系爭房屋，構成遲延交屋而應給付違約金，被上訴人並得主張抵銷等語。上訴人辯稱：其未交屋係因被上訴人拒絕配合所致，且被上訴人尚積欠上訴人一百七十七萬一千三百二十元之買賣尾款，上訴人在被上訴人給付買賣價款前，行使同時履行抗辯權，拒絕給付交付系爭房屋及車位等語。經查：

按因契約互負債務者，於他方未為對待給付前，得拒絕自己之給付，民法第二百六十四條第一項定有明文。查系爭契約第三條約定付款辦法為交屋和抵押權塗銷要同時為之，第九條約定民國八十八年十二月三十一日前要完工交屋，故上訴人依約應於八十八年十二月三十一日以前將系爭土地之抵押權塗銷並交付房屋予被上訴人。又兩造契約雖未約定尾款交付時間，但民法第三百六十九條明定：「買賣標的物與其價金之交付，除法律另有規定或契約另有訂定或另有習慣外，應同時為之。」而證人游錦隆亦到庭證稱：「尾款和交屋應該是同時履行，契約沒有約定，但一般的買賣習慣都是如此。尾款應該扣掉兩百五十萬元，現在還有一百多萬元」等語（本院卷，五一頁）。故系爭房屋之交付應與尾款之交付同時為之。又因系爭契約約定交屋和抵押權塗銷要同時為之，故抵押權塗銷亦應與尾款交付

同時爲之。次查上訴人向被上訴人購買土地以建築系爭房屋，並將系爭房屋及其基地以總價二千二百一十三萬一千六百元售予被上訴人，買賣價金之支付方式係以上訴人應給付被上訴人土地價款中之二千萬元抵付二千萬元，被上訴人尙應給付上訴人之買賣尾款雖暫時約定爲二百一十三萬一千六百元，但此係依建築師的圖樣而推估，尾款應建築完成後之實際坪數計算，故尾款應爲四百二十七餘萬元。上訴人於系爭房屋完工後曾通知被上訴人辦理交屋，惟上訴人通知被上訴人交屋時，系爭土地尙有抵押權登記未辦理塗銷，故被上訴人拒絕辦理交屋。嗣兩造及訴外人游錦隆至訴外人聯邦銀行洽談塗銷抵押權登記事宜，總行同意被上訴人還款後塗銷抵押權登記，由被上訴人及游錦隆各付二百五十萬元塗銷抵押權登記，作爲買賣價金之一部分，被上訴人與聯邦銀行於九十二年四月三日簽訂抵押權塗銷契約，於同年月十五日支付聯邦銀行五百萬元，聯邦銀行塗銷系爭土地之抵押權登記。上訴人所欠上開尾款扣除上開二百五十萬元後，尙欠尾款一百七十七萬一千三百二十元，被上訴人於償還銀行貸款之後，委託游錦隆辦理交屋，但上訴人以被上訴人尙積欠尾款，並拍賣上訴人之擔保品，造成上訴人受有損失，而拒絕交屋等事實，業經游錦隆、黃慶雄到庭證述明確（原審卷，六二至六四頁、六六頁；本院卷，四九至五一頁），並有聯邦銀行函足憑（原審卷，六八頁），且爲兩造所不爭，可信爲真實。系爭契約第三條雖約定交屋和抵押權塗銷要同時爲之，但交屋及抵押權塗銷均屬上訴人應負擔之契約義務，並非立於對待給付之關係，被上訴人不能對於上訴人所負之塗銷抵押權義務主張與上訴人所負之交屋義務有同時履行抗辯權。而系爭房屋之交付及抵押權塗銷應與尾款之交付同時爲之，已如前述，故被上訴人可以其所負之給付尾款義務與上訴人所負之交屋義務及抵押權塗銷義務主張同時履行抗辯權。因此，上訴人於系爭房屋完工後曾通知被上訴人辦理交屋，當時系爭土地之抵押權登記雖未塗銷，但被上訴人不得以該抵押權登記未塗銷爲由主張同時履行抗辯權，拒絕辦理交屋，僅得以該抵押權登記未塗銷爲由主張同時履行抗辯權，拒絕給付尾款。因此，上訴人既於系爭房屋完工後通知被上訴人辦理交屋，被上訴人以抵押權未塗銷爲由主張同時履行抗辯權拒絕辦理交屋，亦於法不合，則上訴人辯稱：其未交屋係因被上訴人拒絕配合所致，不構成遲延交屋等語，即屬可採。被上訴人於償還銀行貸款之後，雖委託游錦隆辦理交屋，但被上訴人尙積欠尾款一百七十七萬一千三百二十元未給付，而系爭房屋之交付應與尾款之交付同時爲之，已如前述，則上訴人以被上訴人未給付尾款爲由，拒絕交屋，應認係屬同時履行抗辯權之合法行使。按債務人享有同時履行抗辯權者，在行使此抗辯權後，即能免除給付遲延責任，此有最高法院五十年台上字第一五五〇號判例可資參照。系爭契約第九條雖約定民國八十八年十二月三十一日前要完工交屋，但上訴人於系爭房屋完工後曾通知被上訴人辦理交屋，惟被上訴人無正當理由拒絕辦理交屋，不構成遲延交屋；嗣兩造同意由被上訴人及游錦隆各付二百五十萬元塗銷抵押權登記，作爲買賣價金之一部分，聯邦銀行於九十二年間始塗銷系爭土地之抵押權登記，惟上訴人尙欠尾款一百七十七萬一千三百二十元未清償，被上訴人於償還銀行貸款之後，委託游錦隆辦理

交屋，但上訴人以被上訴人尚積欠尾款為由拒絕交屋，已如前述；又被上訴人提起本件訴訟請求交屋後，上訴人於九十二年十二月四日收受起訴狀繕本，旋於原審第一次開庭前之九十二年十二月二十三日提出答辯狀主張行使同時履行抗辯權（原審卷，四〇頁）。上訴人既於被上訴人請求交屋時，以尾款未付為由拒絕交屋及行使同時履行抗辯權，依上開見解，上訴人即免除其遲延交屋之責任。上訴人既未遲延交屋，則被上訴人依系爭買賣關係，主張上訴人應給付三百七十七萬一千三百二十元之懲罰性違約金，並以該違約金與上訴人之上開尾款債權主張抵銷，且請求上訴人應給付被上訴人二百萬元違約金，均屬不能准許。

六、按物之出賣人，負交付其物於買受人，並使其取得所有權之義務，為民法第三百四十八條第一項所明定。本件交付房屋及車位期限已屆至，則被上訴人依據買賣關係請求上訴人交付系爭房屋及停車位，為有理由，應予准許。系爭房屋及車位之交付應與尾款一百七十七萬一千三百二十元之交付應同時為之，故上訴人對於被上訴人之交屋請求權，行使同時履行抗辯權請求被上訴人交付上開尾款，亦屬應予准許。

七、從而被上訴人依買賣關係，請求上訴人應將門牌號碼台北縣鶯歌鎮〇〇街一七〇號五樓之一、之二、之三，六樓之一、之二、之三等房屋計陸戶及地下室編號一、二、三號等停車位三個交付予被上訴人為有理由，應予准許。又上訴人行使同時履行抗辯權，主張於其交付系爭房屋及車位之同時，被上訴人應給付一百七十七萬一千三百二十元，亦屬正當，應予准許。原審就此部分准許被上訴人之請求雖無不當，惟其駁回上訴人對待給付之請求，即有未合。上訴意旨就此對待給付部分指摘原判決不當，為有理由，其雖謹就對待給付部分判決請求廢棄改判，惟最高法院八十三年台上字第三〇三九號判例明載：「上訴人雖僅就命其對待給付部分，提起上訴，惟命為對待給付之判決，係將本案給付附加對待給付之條件，對待給付並非訴訟標的，本案給付始為訴訟標的，故本案給付與對待給付具有不可分之關係，對待給付部分如無可維持，本案給付部分應併予廢棄。」爰由本院予以廢棄改判，如主文第二項所示。至於被上訴人依據買賣關係，請求上訴人給付抵銷後之二百萬元懲罰性違約金，為無理由，不能准許。原審就此部分為被上訴人敗訴之判決，經核並無違誤，被上訴人就此部分提起附帶上訴，指摘原判決不當，求予廢棄改判，為無理由，應駁回其附帶上訴。

八、本件事證已臻明確，兩造其餘攻擊防禦方法，無一一論述之必要，並此敘明。

丙、據上論結，本件上訴為有理由，被上訴人之附帶上訴為無理由，依民事訴訟法第四百五十條、第四百四十九條第一項、第七十八條判決如主文。

【第五單元 5-2-1 契約之履行-契約之不履行-給付不能】

一、案例事實

甲於民國八八年向乙購買一塊農地，惟礙於當時法令限制不得移轉給不具有自耕農身分之甲，故雙方當事人約定於日後可移轉土地之禁令解除後再辦理移轉土地所有權之登記。後來，丙於民國九六年一月五日向甲購買上開土地，並約定付款後五天依同去地政機關過戶，但事實上因土地登記人為乙，故無法將之過戶，但甲向丙保證一定有辦法拿到土地，要丙不用擔心。不久後乙死亡，該筆

土地由乙之子丁繼承，丁認為甲與父親乙所訂定之土地買賣契約礙於法律禁止之規定，應該無效，所以堅決反對將該土地過戶給甲或丙，丙於九六年二月一日付清價金，但深怕付了錢卻拿不到土地，便於同年二月十日向甲反應，但甲置之不理。問：當事人間法律關係為何？（本案例改編自基隆地院九十年訴字一九三號判決）

二、爭點整理

- （一）給付不能之類型有哪些？
- （二）甲乙間之買賣契約是否因標的物不得移轉而無效？
- （三）丙得向甲主張何種權利？
- （四）丙得否直接向土地所有人丁請求過戶該土地？

三、教師手冊

- （一）在遇到給付不能之問題時，最好先將該不能之情形加以定性，判斷到底是自始不能或嗣後不能，主觀不能與或客觀不能，然後該不能之事由是否可歸責於債務人，依照不同之情況來適用不同之法條。
- （二）關於民法第二四六條所包括之範圍到底多廣，在自始客觀不能之情況下為大多學者所承認，但在自始主觀不能之情況是否包括在內，學說上仍有極大之爭議空間¹。然其爭議之源頭在於，給付不能區分主觀和客觀是否有其實益。通說認為有區分之實益在於，在主觀給付不能之情況，尚可由第三人代債務人為清償，如一律將自始主觀和自始客觀給付不能劃入民法第二四六條之範疇，使自始主觀不能情形之法律效果亦為無效，不免太過嚴苛，減少當事人之期待。然孫森焱老師認為，主觀不能和客觀不能，實無區分之必要。在主觀給付不能，第三人是否代債務人履行，並非債務人所得指使，在第三人未為清償前，債務人仍屬給付不能。而客觀不能和主觀不能，皆不能實現債之本旨，並無不同而無區分之必要。

四、參考資料

- （一）詹森林，民事法理與判決研究(二)
- （二）黃立，民法債篇總論

五、作業

甲出賣一筆土地給乙，價金一千萬元。甲於乙支付價金後即交付該地給乙，但並未辦理所有權移轉登記。二十年後該地被政府徵收，甲獲得政府補償金一千五百萬元，乙得否向甲請求交付該筆土地徵收補償金？

¹ 實務上，多認為自始主觀給付不能屬債務不履行之範疇，請參考最高法院 96 台上 2617 號判決，95 台上 1860 號判決，89 台上 2301 號判決。

台灣基隆地方法院民事判決 九十年度訴字第一九三號

原 告 甲○○

訴訟代理人 乙○○

被 告 己○○

訴訟代理人 丁○○

被 告 丙○○

訴訟代理人 戊○○

右當事人間請求土地所有權移轉登記事件，本院判決如左：

主 文

原告之訴及假執行之聲請均駁回。

訴訟費用由原告負擔。

事 實

甲、原告方面：

一、聲明：被告應將坐落基隆市七堵區○○○段西勢仙洞湖小段五七之二地號土地其中面積三八五零平方公尺之所有權移轉與原告，並依附圖辦理土地分割登記予原告。願供擔保請准宣告假執行。

二、陳述：

(一)原告於民國七十七年十一月二十五日與被告丁○○、己○○簽訂之不動產買賣契約標的包括前開聲明所示之地號土地，而該買賣契約標的之土地乃被告己○○與被告丁○○合夥共同於六十二年十月九日，向訴外人即被告丙○○之父陳天錫所購，並於該買賣契約中約定前開地號土地，由地主分割保留五分之二面積後出售。嗣訴外人陳天錫取得全部價款後，已交付前開地號土地之所有權狀、印鑑證明及已用印之辦理過戶所需表格資料與被告丁○○及己○○，證明被告丁○○與己○○確已購得該筆土地，並於七十六年九月間向地政機關申請分割複丈，雖礙於當時法令限制未為分割登記，然仍足證訴外人陳天錫有分割系爭土地履約之意思。後訴外人陳天錫亦願將系爭土地移轉登記與原告，而陸續交付過戶證件與原告收執。惟有於當時農地不能移轉非自耕農及分割之限制，遂約定日後可移轉及分割時再辦理移轉所有權之登記。

(二)現因農業發展條例修正，農地已可分割及移轉非自耕農所有，然因原系爭土地所有人陳天錫已死亡，系爭土地既已由被告丙○○繼承取得，是原告自得對被告等三人依據原告與被告丁○○與己○○間之買賣契約，請求履行土地所有權移轉登記之契約義務。

三、證據：提出土地所有權狀、印鑑證明、土地分割登記申請書、土地所有權移轉登記申請書、土地買賣所有權移轉契約書各一份（以上均為影本）、不動產買賣契約書影本二份、土地所有權狀影本為證。

乙、被告方面：

一、聲明：駁回原告之訴及其假執行之聲請。

二、陳述：

(一)被告丁○○、己○○部分：自認有與原告簽訂系爭土地之買賣契約，因當時已和訴外人陳天錫就系爭土地訂約購地，但不知土地所有人是否願意協助辦理土地所有權移轉登記。

(二)被告丙○○部分：

1 原告所提出之被告丁○○、己○○與訴外人陳天錫間，於六十二年十月九日所簽訂之系爭土地買賣契約書，右下方有關該地號土地分割後地主保留、賣出之面積，及過戶事宜因受農業發展條例約束，俟日後買主要求始履行之記載，因與實際土地依據地主保留、賣出之比例計算面積不符，且與其他契約記載墨跡不同，

顯係事後加註偽造，因而否認被告丁○○、己○○與訴外人陳天錫間上開系爭土地買賣契約書及加註約定之真正。

2 又系爭土地於原告與被告丁○○、己○○買賣當時為旱地，亦即農地，而原告於訂約時之住所與系爭農地相距十公里以上，原告不得視為能自任耕作之人，則依訂約當時之土地法第三十條規定，亦不得為私有農地所有權移轉之承受人，再原告向被告丁○○、己○○承賣系爭農地時，係就部分農地買賣，而依訂約當時農業發展條例第三十條第一項規定，耕地不得分割或移轉為共有，是原告於七十七年十一月二十五日與被告丁○○、己○○所訂定之農地買賣契約，乃以不能之給付為契約之標的，依民法第二百四十六條第一項前段之規定，應屬自始確定之無效，不受嗣後八十九年二月土地法及農業發展條例修正之影響。

3 退萬步言，被告丙○○之父陳天錫與被告己○○之間於六十二年十月九日訂定系爭土地買賣契約之事實縱屬真正，自簽約之日起，買受人即被告己○○應即可請求履約，然迄今已近二十八年之久，被告己○○之移轉登記請求權早已罹於十五年時效而消滅，則原告縱受讓被告己○○之移轉登記請求之債權，該債權亦早已時效消滅。

4 至原告主張訴外人陳天錫拖延至七十六年五月二日始領出最新印鑑證明，並承諾原告願繼續辦理所有權移轉登記相關事宜，然查原告係遲至七十七年十一月間，始與被告丁○○、己○○簽訂系爭土地買賣契約，則訴外人陳天錫於七十六年五月間何以預先向原告承諾願繼續辦理所有權移轉登記相關事宜？原告此部分主張顯與事理有違，不足採信。

三、證據：提出土地登記謄本一件為證。

理 由

一、本件原告主張被告己○○與被告丁○○共同於六十二年十月九日，向訴外人即被告丙○○之父陳天錫購買，由土地所有人陳天錫自坐落基隆市七堵區○○○段西勢仙洞湖小段五七之二地號土地（下稱系爭五七之二地號土地），自行保留五分之二面積後分割出之系爭土地，嗣土地所有人雖已交付前開地號所有權狀、辦理移轉所有權登記所需之申請表格，並向地政機關申請分割登記之方式，表示其有履行分割土地與移轉土地所有權等買賣契約義務之意願，然因礙於當時農地不得分割及移轉非自耕農之法令限制，而遲未辦理移轉所有權登記。後上開買賣契約標的物之土地，復於七十七年十一月二十五日再由被告丁○○、己○○共同轉賣與原告，訴外人陳天錫並曾直接向原告為願將系爭土地所有權待日後法令許可移轉及分割時，移轉登記與原告之表示。今因農業發展條例及土地法之修正，農地已可分割並移轉非自耕農，而系爭地號土地已因訴外人陳天錫死亡由被告丙○○繼承，是原告對被告等三人均爰依其與被告丁○○及己○○間之買賣契約，請求被告等履行土地分割並將所有權移轉登記義務等情。被告丙○○則以原告所提出之被告丁○○、己○○與訴外人陳天錫間之系爭土地買賣契約非真正，縱屬真正，移轉登記請求權亦已罹於時效消滅，而原告與被告丁○○、己○○間之系

爭土地買賣契約係以不能之給付為契約之標的，應為無效，又訴外人陳天錫並無承諾願為原告辦理所有權移轉登記事宜等語資為抗辯。

二、查原告與被告丁○○、己○○於七十七年十一月二十五日，曾簽訂以被告丁○○、己○○購自訴外人陳天錫而轉賣之系爭五七之二地號土地為標的之買賣契約，業據被告丁○○、己○○自認在卷，並為被告丙○○所不爭執，且有該不動產買賣契約書影本一份附卷可稽，堪信為真。又系爭土地現為被告丙○○所有，亦為兩造所不爭，並有土地登記謄本一件在卷可按。是兩造爭執端在於原告依據其與被告丁○○、己○○間之系爭土地買賣契約，是否即得分別向被告丁○○、己○○及丙○○請求系爭土地所有權之移轉登記。

三、按所謂給付不能，有自始不能與嗣後不能，主觀不能與客觀不能之分。其為自始客觀不能者，法律行為當然無效，當事人於行為當時知其無效或可得而知者，依民法第一百十三條規定，應負回復原狀或損害賠償之責任；其為自始主觀、嗣後客觀或嗣後主觀不能者，則生債務不履行之問題，債權人得依民法第二百二十六條規定，請求債務人損害賠償，或於解除契約後依民法第二百五十九條及第二百六十條規定，請求回復原狀及賠償損害，最高法院著有七十九年度台上字第二一四七號判決可資參照。另按給付之障礙雖可得除去而未除去前，給付仍屬不能，例如買受人依買賣契約請求出賣人將第三人所有之物移轉或交付與買受人，自屬給付不能，該買受人自亦無從請求為不能之給付，且依社會通常觀念，如屬給付不能，即不問該給付不能之為主觀或客觀原因而異其效果，故民法第二百二十六條所定給付之情形，應不限於客觀上給付不能，因之債權人依民法第二百五十六條規定，以債務人之給付有同法第二百二十六條之情形而解除契約時，亦不以客觀上給付不能為限，最高法院八十五年度台上字第一三八九號判決要旨足徵。經查本件系爭土地目前為被告丙○○所有，已如前述，被告丁○○、己○○既非系爭土地所有權人，則其等顯無將系爭土地分割並移轉登記予原告所有之法律上權能，是原告自無從請求被告丁○○、己○○將系爭土地予以分割，並將分割後土地移轉登記予原告此不能之給付。至被告丁○○、己○○依據其與原告間所簽訂之系爭土地買賣契約，固對原告負有移轉系爭土地所有權之給付義務，然此給付義務既於簽約迄今，因被告丁○○、己○○仍未取得系爭土地之處分權能而不能履行，則揆諸首揭最高法院判決意旨，此等自始主觀給付不能之情事，原告僅可對被告丁○○、己○○主張債務不履行之損害賠償。綜上，原告請求被告丁○○、己○○將系爭土地予以分割並移轉登記予原告，於法不合，不應准許。

四、次按債權人基於債之關係，得向債務人請求給付，固為民法第一百九十九條所明定；然債之關係，為特定債權人與債務人間之權利義務關係，債權人僅得向債務人請求給付，而無向債務人以外之第三人請求之權利，此為債之關係相對性原則。查本件原告係依據其與被告丁○○、己○○間買賣契約之債之關係，另向被告丙○○為本件所有權移轉登記之請求，而上開買賣契約當事人既僅有原告及被告丁○○、己○○三人，則因該契約所生債之關係亦僅存於原告與被告丁○○、己○○之間，雖原告另主張訴外人陳天錫曾向原告為願將系爭土地移轉登

記與原告之債務承擔表示，並有陸續交付過戶證件與原告收執之事實，然此為被告丙○○所否認，原告固提出訴外人陳天錫填具之移轉所有權登記申請書等文件為證，惟查原告既自承系爭土地乃由訴外人陳天錫售予被告丁○○、己○○後，再轉賣予原告，且訴外人陳天錫當初係以交付移轉所有權所需文件予買受人即本件被告丁○○、己○○，暫代所有權之移轉登記，則原告提出其持有訴外人陳天錫填具之上開移轉所有權登記申請書等文件，究為被告丁○○、己○○買受系爭土地後再轉交付原告持有，抑或訴外人陳天錫直接向原告為系爭土地移轉登記之債務承擔表示後而交付原告持有，尚非無疑，原告僅以其持有訴外人陳天錫填具之系爭土地移轉登記申請書等文件，實不足證明訴外人陳天錫確有向原告為系爭土地所有權移轉登記之債務承擔之情。是故，縱訴外人陳天錫死亡而由被告丙○○繼承其生前所遺之權利義務，然既訴外人丙○○就系爭土地所有權之移轉，對於原告本無債務關係可言，則為訴外人陳天錫之繼承人即本件被告丙○○，對於原告亦不負有將系爭土地所有權移轉原告之債務，原告逕以其與被告丁○○、己○○間之契約債之關係，即向債務人以外之第三人即本件被告丙○○為本件請求，揆諸首揭說明，於法亦有未合，不應准許。

五、綜上所述，原告請求被告分割移轉過戶系爭土地予原告均無理由，應予駁回，並其假執行之聲明亦失所附麗，併予駁回。

據上論結，本件原告之訴為無理由，依民事訴訟法第七十八條，判決如主文。

【第五單元 5-2-2 契約之履行-契約之不履行-不完全給付】

一、案例

甲某日感到腹部疼痛，前往頗負盛名之教學型醫院乙醫院，該婦產科主任丙表示甲患有子宮肌瘤，必須手術切除，但為小手術，僅須住院一週便可出院，不料手術完後，甲持續高燒不退，腹部腫脹，由另一位醫師診斷後發現，因丙醫師手術時之疏忽，造成甲腹腔積血而受嚴重感染，生命恐有不保。之後半年，甲一共接

受了十四次之大小手術，身心飽受煎熬，但終究撿回一條命。甲康復後，基於甲乙間之契約關係，便向乙醫院請求醫療費用十萬元，看護費用八萬元，非財產上損害二十萬元，甲之請求是否有理？（本案例改編自台北地院八九年重訴字第四七二號判決）

二、爭點整理

- （一）醫療契約之性質為何？
- （二）債務人是否須承受履行輔助人之過失？
- （三）不完全給付之意義為何？不完全給付之損害賠償範圍為何？

三、教師手冊

醫療契約之性質為何，就此部分之定性，雖無一致之見解，但通說認為應以委任關係來作處理，應係可採。第二二四條之運用，在民法實例解題上非常廣泛，尤其是履行輔助人往往跟債權人間並無契約關係，債權人不得直接以契約上責任請求，但不妨礙以侵權行為向加害人求償。

四、參考書籍

- （一）孫森焱，民法債篇總論
- （二）詹森林，不完全給付，民事法理與判例研究(二)

五、作業

甲向乙電器行購買一台由丙公司所生產之液晶電視，甲和其加人某日在收看超級星光大盜時，突然該液晶電視爆炸，致甲受傷，據查該批液晶電視因零件有瑕疵，丙公司已對外公布全面下架，但乙電器行置之不理，問甲可否向乙丙主張任何法律上權利？

臺灣臺北地方法院民事判決 八十九年度重訴字第四七二號

原 告 乙○○
被 告 甲○○
法定代理人 李源德

右當事人間請求損害賠償事件，本院判決如左：

主 文

被告應連帶給付原告新台幣壹佰貳拾貳萬零捌佰貳拾捌元，及自民國八十九年二月十八日起至清償日止，按年息百分之五計算之利息。原告其餘之訴駁回。訴訟費用由被告連帶負擔百分之七十八，餘由原告負擔。本判決第一項於原告以新台幣壹佰零柒萬肆仟元為被告供擔保後，得為假執行；但被告如於假執行程序實施前，以新台幣壹佰貳拾貳萬零捌佰貳拾捌元為原告預供擔保，得免為假執行。原告其餘假執行之聲請駁回。

事 實

甲、原告方面：

壹、聲明：

一、被告應連帶給付原告新台幣（下同）四百一十六萬四千八百二十八元，及自起訴狀繕本送達翌日起至清償日止，按年息百分之五計算之利息。

二、願供擔保，請准宣告假執行。

貳、陳述：

一、本件原告因被告甲○○醫師實施子宮肌瘤切除手術止血處理不完全引發腹膜炎，且因其手術不慎，損傷左側輸尿管，終致原告之左腎遭摘除。其事實經過整理如附表，並詳述如下：

（一）自民國八十七年四月十五日原告入院接受子宮肌瘤手術至同年六月十日出院止：

1 八十七年間，原告至被告國立台灣大學醫學院附設醫院（以下簡稱台大醫院）就診，經被告即該院婦產科主任甲○○醫師診斷，原告患有子宮肌瘤，必須手術切除。被告甲○○醫師告知，如子宮肌瘤嚴重者，可能須切除子宮，惟該子宮肌瘤手術並非困難手術，對原告身體健康亦無甚影響，原告僅需住院一週等語，原告遂遵其安排於八十七年四月十五日入院，於次日（四月十六日）接受手術。惟因被告甲○○於手術中止血不慎，致原告大量失血，並緊急輸血約十二袋。手術後，原告得知除子宮肌瘤外，子宮及一個卵巢亦經一併切除。該次手術完畢後，原告始終有發燒、解尿少、腹部不舒服等症狀，數次向住院醫師程邵佩反應，惟程邵佩醫師均表示係手術正常疼痛、原告過度反應云云，而未處理。及至四月十九日，程邵佩醫師始覺有異，而請泌尿科主任陳淳醫師共同會診，依陳淳醫師診斷，原告有腸塞、胃炎等情形，可能係腹膜炎，陳淳醫師立刻安排原告於四月二十四日開刀。四月二十四日手術前，陳淳醫師告知是小手術，很快就結束。事實上，整個手術歷時約五小時。據陳淳醫師於手術後告知，因其於手術中發現原告前因子宮肌瘤手術大量失血，而被告甲○○卻未替原告裝上引流管將多餘血液及體液排出體外，使得原告整個腹腔蓄積大量血液及體液而受嚴重感染，以致充滿大量膿瘍，病情一度告急，如非於手術中使用最大劑量及最具特效之抗生素，原告性命恐將不保！同時，陳淳醫師發現，原告之左側輸尿管也遭手術器械損傷，以致原告左側輸尿管阻塞而有排尿困難、左腎發生腎水腫情形。陳淳醫師決定先設法自原告左腎接上俗稱豬尾巴（pig tail）的尿管及尿袋，協助左腎尿液排出。陳淳醫師並提及，手術中發現此一嚴重情形，即去電告知被告甲○○醫師。2 四

月三十日，陳淳醫師首次嘗試為原告進行左側輸尿管重建手術。陳淳醫師以矽管植入原告左側輸尿管受損處隔絕尿液，以待左側輸尿管受損處自行癒合，因原告左側輸尿管遭被告甲○○損傷嚴重，以致手術歷時約七個半小時才完成，惟手術並不成功。五月十一日，陳淳醫師決定將原告自婦產科轉入泌尿科病房，進一步作專門治療。五月二十一日、二十六日，原告分別又接受了左側輸尿管手術，直至六月十日出院。3 自原告於八十七年四月十五日住入台大醫院婦產科進行子宮肌瘤切除手術至六月十日出院為止，原告住院已有五十六日，接受了五次手術，除第一次子宮肌瘤切除術外，其餘均是為補救被告甲○○醫師手術不慎所致傷害而進行的手術。

(二) 原告於八十七年六月十日出院後仍遵醫師指示，繼續回台大醫院門診，並陸續又接受七次手術；於八十八年七月三十一日最後一次手術，原告之左腎慘遭摘除：

1 輸尿管構造十分精細，原告雖經多次手術，仍無法復原而有排尿困難、左腎水腎（即腎水腫）情形。且原告左側輸尿管雖植入矽管，事後卻一再發生輸尿管變窄、擠壓矽管情形。六月十八日，原告又回台大醫院再次接受手術。

2 七月二十七日，陳淳醫師為找出輸尿管狹窄原因，與放射科醫師共同為原告進行顯影照相。為進行照相，醫師必須先關閉原告之排尿管開關，並注入顯影劑至原告體內。詎檢查完畢後，陳淳醫師竟疏忽未開啓原告排尿管開關，使原告尿液無法排出，顯影劑回流至左腎內。當晚，原告即產生發冷、發熱現象，發生尿路敗血症。

3 之後，原告仍因輸尿管繼續狹窄情形，再度於八月十三日、八月二十日接受二次輸尿管手術。八月十三日手術時，原告之排尿管已發現有血塊，顯示原告之左腎情形不佳。

4 九月十七日，原告接受第九次輸尿管手術，更換矽管，並取下排尿管。十月二十二日，原告又接受輸尿管手術，再度更換矽管。

5 雖歷經多次手術，原告卻仍無法復原，持續有排尿困難、左腎水腎情形。期間原告曾因屢次手術均無法治癒，有意改至「書田泌尿專科醫院」就診。然因該醫院未參與全民健康保險，原告實在負擔不起龐大醫藥費，原告乃請求被告甲○○負擔。惟被告甲○○表示希望再予其機會，由台大醫院治療，故原告只好繼續於台大醫院就診。八十八年，原告因擔心左腎情形，陸續於四月、六月分別至和信醫院、新光醫院做左腎功能核子共振掃描，檢查發現左腎功能已衰退至百分之十六、百分之八。

6 八十八年六月二十三日，原告再度住進台大醫院接受輸尿管手術。然因原告之左側輸尿管始終無法重建，左腎水腎情形嚴重，終至左腎功能幾乎完全衰退。七月二十二日，原告之左腎遭手術摘除。當時，原告因左腎附近後背肌肉已有鈣化現象，以致原告摘除左腎竟須自前胸下方劃開約三十公分大的傷口，再進行後方腎臟摘除！

7 七月三十一日原告出院。

8自原告於八十七年六月十日第一次出院迄八十八年七月三十一日止，原告又接受多達七次手術，陸陸續續住院多達四十一日。一個子宮肌瘤切除手術，竟會讓原告身心遭受折磨超過一年，住院共達九十七日，所接受手術高達十二次。腰、腹間也留下多道怵目驚心的永久疤痕，原告還付出一顆腎臟的代價。凡此種種，實為原告始料未及。

二、被告等辯稱原告手術順利完成，實昧於事實：

(一) 就被告甲○○手術中未妥善處理失血，導致原告發生腹膜炎部分：

1 被告陳稱原告之大出血「可能與原告曾做盲腸切除及輸卵管結紮及尿路結石有關」，純係卸責之詞。查原告約於七十二二年接受輸卵管結紮手術，八十四年接受尿路結石處理手術，而接受盲腸切除手術則約為三十餘年前之事情。上述均為普遍施行之手術，難度不高，又年代久遠，如何影響本件子宮肌瘤切除手術，令人費解。被告等係專業醫師、全國最知名之大型教學醫院，卻

無法舉證說明上述手術與本件子宮肌瘤切除手術失血狀況之因果關係，含混以「可能有關」表示，可謂荒謬。其次，原告並非在被告台大醫院進行上述手術，被告等所以得知有上述原告手術經歷，係因原告於進行子宮肌瘤手術前必須依醫院規定填具有關過去病史。可見，被告等顯然是依原告曾提供過去病史資料即空泛指稱與本件有關聯，並無醫學上之根據。

2 原告並非認為進行手術不應該發生出血情形，原告所指訴者，係被告甲○○於手術中之止血未處理完全，導致原告腹腔蓄積大量血液及體液，引發嚴重感染，造成腹腔充滿膿瘍，而發生腹膜炎。此由原告進行子宮肌瘤手術後因發生腹膜炎，由被告台大醫院泌尿科主任陳淳醫師進行緊急手術，足資證明

。

(二) 就被告傷及原告左側輸尿管，以致原告發生水腎及至切除左側腎臟部分：原告於進行子宮肌瘤手術後，除有發燒、腹脹、腸塞、胃炎等腹膜炎症狀外，也發生有解尿量變少之情形。嗣訴外人陳淳醫師於為原告進行腹膜炎手術時，始意外發現係肇因於原告之左側輸尿管遭手術器械切傷，致使左側輸尿管阻塞而排尿困難，並發生腎水腫情形。也因此，原告才會陸陸續續進出台大醫院、接受多次手術以重建輸尿管，相關手術均於被告台大醫院進行，被告等竟稱手術進行順利云云，完全無視原告所受傷害及折磨，實令人遺憾驚訝。

(三) 就原告左腎發生敗血症部分：

1 被告甲○○為原告實施子宮肌瘤切除術時，竟嚴重疏忽，未盡注意義務，未止血清理完全，使原告發生腹膜炎，其具有過失，應可認定。而其因手術操作粗略，損傷原告之左側輸尿管，疏於盡其手術時應盡之注意義務，具有過失，至為明顯。被告甲○○應就原告因腹膜炎、左側輸尿管受創及因此導致

排尿困難、水腎，以致左腎功能衰退，並受切除等傷害，負賠償責任。

2 訴外人陳淳醫師，於八十七年七月二十七日為原告進行顯影照相後，疏未開啓原告之尿管開關，顯然未盡醫師診療時之應有注意義務而具有過失。其應就原告因尿液無法排出、顯影劑回流至左腎，產生敗血症等身體健康受損負賠償責

任，要可認定。被告台大醫院為被告甲○○及陳淳醫師之僱用人，自應依民法第一百八十八條之規定，與黃、陳二位醫師負連帶賠償責任。

3 惟原告所受傷害主要實係被告甲○○手術不慎所引起；陳淳醫師只是替被告甲○○進行修復補救工作，且原告接受輸尿管復原手術期間，陳淳醫師十分照顧原告，就其不慎造成原告敗血症亦誠摯致歉。因此，就陳淳醫師醫療過失部分，原告依民法第二百七十三條規定，茲僅先向台大醫院求償。

三、關於被告甲○○為原告進行開刀手術，因未止血完全，致原告發生腹膜炎，及因傷及左側輸尿管，致生水腎等事實，由鈞院所調被告醫院病歷，已可推認證明：

(一)八十七年五月八日「會診請求單」之「簡單病史」，程劭佩醫師記載：「．．．手術後引起左邊輸尿管狹窄．．．」。

(二)八十七年五月十一日「出院病歷摘要」第二頁之「住院治療經過」記載：「手術五天後，她遭受難以忍受的左脅腹（腰窩）疼痛。超音波檢查結果，發現左邊腎臟及左輸尿管水腫。雖然她有腎結石病史，但是檢查沒發現結石。懷疑是開刀手術引起的腎水腫，作了腎臟顯影照及泌尿項目檢查。她在四月十六日再動腎臟手術，在四月三十日又做了手術以修補左邊輸尿管及腹膜引流排膿。然而，她現在正受到開刀傷口感染，轉到泌尿病房加護。」；「併發症」記載：「輸尿管狹窄引發左腎水腫；傷口感染」等語。

(三)所謂輸尿管「狹窄」—ureter「stricture」，乃異狀、不正常，為醫學上之一種疾病，有「牛津當代大辭典」、「牛津英漢百科大辭典」及「牛津高級英英漢雙解辭典」可以證明。依「牛頓醫學辭典」所載，「stricture」—「狹窄」，指「一個通道不正常的變窄，如血管、導管、或腸的變窄」。本件，被告甲○○因手術不當，傷及原告左側輸尿管，致原告左側輸尿管狹窄，發生腎水腫，應可認定。

四、原告只為接受子宮肌瘤切除手術——一種很普遍的手術，卻後續遭受共十二次腹膜炎、左側輸尿管重建、乃至最後左腎切除。依前述原告所提相片、診斷證明書、摘引被告台大醫院之病歷及其他資料，應可證明原告所受傷害為被告甲○○之疏失引起。被告如有不同主張，應由被告提出反證。

五、行政院衛生署醫事審議委員會之第九〇一四三號鑑定書，避重就輕，且似多方迴護被告醫生，惟仍可佐證被告醫生有過失，而無以反證其無過失。茲依鈞院詢問該委員會之問題，就該委員會之鑑定意見，依序說明如下：（一）關於「若手術過程中未將腹腔體內之血液、體液清理完全，是否有致病患因感染而發生腹膜炎之可能」之鑑定問題：鑑定書稱：「腹腔內的血液與體液不會導致腹膜炎，若遭感染，則會導致腹膜炎」。其意見顯然迴避問題。「腹腔內的血液與體液不會導致腹膜炎」，似為常識，不待鑑定；「若遭感染，則會導致腹膜炎」，似亦常識，亦不待鑑定。至於「若手術過程中」「未將腹腔體內之血液、體液清理完全」，「是否有致病患感染」之重要問題，該鑑定書避不回答，令人遺憾。

(二)關於「醫學上所見發生腹膜炎之通常可能原因為何」：鑑定書稱：「細菌性原因、自體免疫性原因、化學藥物原因所引起等」。本件並無自體免疫性原因存在；若係細菌性原因，或化學藥物原因，自係發生於子宮切除手術過程，實乃被告之疏失所致。

(三)關於「子宮(肌瘤)切除手術對輸尿管是否會造成任何影響」之問題：鑑定書稱：「子宮肌瘤切除手術約1%會傷到輸尿管」。其意見，多少偏離題旨。傷到輸尿管，是手術中的意外，不能算是手術對輸尿管造成的影響。所指「約1%會傷到輸尿管」，恐怕也高於實際數值。在台灣，子宮切除術非常普遍。根據中央健康保險局(為鈞院另案八十九年度自字第九號業務過失傷害案件)所提供八十七、八十八年全民健保特約醫院申報子宮切除術相關醫令統計資料，八十七年子宮切除術之數量有二六、九六八，八十八年有二七、二三〇。照鑑定書的約1%計算，以八十七及八十八年之子宮切除術數量統計，每年應有約二百七十位婦女(或二百七十人次的醫生)於子宮切除手術中被傷到輸尿管(或傷到病患之輸尿管)。然而於子宮切除手術傷到輸尿管的案例，相當罕見，絕對不到每年約二百七十。縱使有1%，醫師也應注意，避免傷到輸尿管之情形發生。

(四)關於「該手術有無併發或後遺症」之問題：鑑定書稱：「有。腹腔內沾粘、術後發炎、術中術後異常出血、泌尿道或腸道損傷、以及麻醉造成的其他併發症等」。本件「術中術後異常出血」，與被告醫師手術及止血不當有關；「泌尿道或腸道損傷」，也是被告醫師疏失造成。

(五)關於「其大量失血可能原因為何」之問題：鑑定書稱：「依病情推斷可能原因有：先前腹腔手術造成沾粘；術中血管的止血過程發生困難」。本件，並無資料顯示有所謂「先前腹腔手術造成沾粘」之情形；至於「術中血管的止血過程發生困難」，只是一種結果之論，其原因實為「止血不當」。

(六)關於「是否與先前的手術有關？」鑑定書稱：「可能與輸卵管結紮手術造成的粘連及尿路結石手術有關，但所附卷證並無先前病歷可資參考」。其意見，只是假想、臆測，並無事實根據；鑑定書亦自承「無先前病歷可資參考」。本件並無證據顯示原告有「輸卵管結紮手術造成的粘連」情況；何況原告輸卵管結紮時，根本並未開刀。原告先前的「尿路結石手術」，也未開刀。事實上，輸卵管結紮或尿路結石處理，都是普遍且簡易的療程。以該二項普遍、簡易且未開刀之療程，臆斷、牽連為其如何影響本件子宮肌瘤切除手術並造成大量失血，實在不可思議。

(七)關於「黎女術中出血情形推斷，是否有裝置引流管以排除失血的必要」之問題：鑑定書稱：「關閉腹壁前，若止血完全則無裝置引流管的必要」。這也是迴避問題。不過，照其意見，正可解釋為：「關閉腹壁前，若止血不完全，則有裝置引流管的必要。」本件，正因被告醫師止血不完全，且未裝置引流管，才導致原告腹腔蓄積大量血液及體液，引發感染，而發生腹膜炎。被告醫師止血不完全，已是過失；止血不當，且未裝置引流管，更是過失。

(八) 關於「手術中是否損傷黎女左側輸尿管」之問題：鑑定書稱：「依病歷記載(泌尿外科行輸尿管植入膀胱術)，子宮切除手術中無切斷、綑綁、或傷害左側輸尿管的證據」。若被告醫師不知不覺其「切斷、綑綁、或傷害左側輸尿管」，自然不知如此記載；若被告醫師知其「切斷、綑綁、或傷害左側輸尿管」，而未記載，則為倫理道德之問題。鑑定委員充其量只能說：病歷中「無切斷、綑綁、或傷害左側輸尿管」之記載；鑑定委員似乎不能斷言沒有相關證據。事實上，對關鍵病歷記載，鑑定委員似乎略而不見。本件病歷中八十七年五月八日「會診請求單」之「簡單病史」中，程劭佩醫師清楚記載：「．．．手術後引起左邊輸尿管狹窄．．．」等語，輸尿管狹窄，是一種疾病。手術前原告並無左側輸尿管狹窄情形，「手術後引起左邊輸尿管狹窄」，自係被告醫師手術不當造成。至於其不當是為「切斷、綑綁、或傷害」，似乎並不重要。

(九) 關於「輸尿管狹窄之原因為何」之問題：鑑定書稱：「八十七年四月三十日之手術記錄記載：左側輸尿管於跨過左腸骨血管下方之輸尿管狹窄，並無其他描述。由此記錄無法判定輸尿管狹窄之原因為何」等語。鑑定委員所謂「無法判定輸尿管狹窄之原因為何」，恐係迴避之詞。手術前，原告並無左側輸尿管狹窄情形。手術中，並無外力介入(例如，地震、醫師遭受他人碰觸或驚嚇．．．)，「手術後引起左邊輸尿管狹窄」，自係被告醫師手術不當造成。

(十) 關於「輸尿管狹窄之顯影照相操作程序為何」之問題：鑑定書稱：「前行性腎盂造影術乃將顯影劑注射，經腎造瘻管入腎臟集尿系統，再流至輸尿管，然後透過X光照相。顯影劑留置於尿路系統才能以X光照出泌尿系統影像，故應無顯影劑回流至腎臟的問題」。其意見，只是說明一般狀況，卻顯然不了解本件實際狀況。事實上，當時原告左側輸尿管因狹窄阻塞，尿液無法排至膀胱，以致左腎必須接上俗稱豬尾巴(pig tail)的排尿管，將尿液排至尿袋。在此情況下進行顯影照相，醫師必須先關閉排尿管開關，再注射顯影劑照相；於照相完畢後，則開啓排尿管開關，讓顯影劑排至尿袋。然而，醫師竟疏忽未開啓原告排尿管開關，以致原告尿液無法排出，因此造成顯影劑回流至左腎內。

(十一) 關於「必須摘除左腎之原因為何」之問題：鑑定書稱：「依病理報告顯示左腎皮質已嚴重萎縮，並有慢性腎盂腎炎，及腎小管萎縮。左腎功能已嚴重不足，加上慢性腎盂腎炎，是為摘除左腎之原因」，其意見，也只是結果之論。之所以最後必須摘除左腎，都是被告醫師及台大醫院造成的，其根本原因在於子宮肌瘤切除手術相關疏失。在進台大接受子宮肌瘤切除手術之前，原告左腎並無「皮質已嚴重萎縮，並有慢性腎盂腎炎，及腎小管萎縮。左腎功能已嚴重不足，加上慢性腎盂腎炎」情形。

六、被告應連帶賠償原告財產上及非財產上損害共四百一十六萬四千八百二十八元，其項目如下：

(一) 財產上損害一百一十六萬四千八百二十八元，包括下列三項：

1 醫療費用二十一萬八千一百六十八元：原告自八十七年四月十五日起至八十八年七月三十一日止，於台大醫院所發生之醫療費用，合計二十一萬八千一百六十八元。

2 診斷書費二千六百六十元：我國係採行醫藥分業制度，醫師看病只收診斷費。診斷書即為書面之診斷報告，故診斷書費性質應屬診斷費，自應包括在醫藥費之內。退步言，縱認診斷書費非診斷費，但所謂傷害之侵權行為與損害之因果關係，並不限於回復身體健康所必要之治療費用，而應解為凡因傷害行為所引起之直接間接損害，均應包括在內。被害人提起損害賠償訴訟，必須向法院提起診斷證明書，而被害人負擔診斷書費用，實因加害人侵權行為而引起，其中自有相當因果關係，若將該費用劃歸由被害人自行負擔，實欠公平。因此，原告請求被告等賠償本件診斷書費，應屬有據。

3 看護費用九十四萬四千元：

八十七年四月十六日起至八十八年七月三十一日止共四百七十二日間，原告因多次手術，身體虛弱，需他人看護所發生之看護費用。其中有六十日僱請專業看護，其餘由家人輪流負責看護。以目前一般行情專業看護一日二千元計，看護費用共計九十四萬四千元：依民法第一百九十三條第一項規定，加害人對於被害人增加生活上之需要之費用亦應賠償。原告接受子宮肌瘤切除手術後，即因被告甲○○之過失，而另外陸續接受腹膜炎手術、左側輸尿管重建手術、切除左腎等十二次手術。且自八十七年四月二十四日起，即因左側輸尿管受損而裝上尿管及尿管袋，以協助左腎尿液排出。原告因而身體孱弱、行動不便，而需由他人照料看護，協助生活起居。此部分看護費用，係增加生活上需要之費用，被告等自應負擔。自八十七年四月十六日起至八十七年七月三十一日止，共四百七十二日期間，原告住院時間共達九十七日。其中，原告僱請專業看護吳金妹女士看護日數達六十日，每日所付看護費用為二千元。其餘時間，原告均由家人輪流照護。除原告之夫謝銘鴻因上班較少照護外，主要均由原告之女兒謝璧任、謝璧合負責照護。查，原告之家人看護原告，雖係基於親情而無須實際支付看護費用。但是，因親屬或配偶受傷，而由親屬或配偶代為照顧被害人之起居，固係出於親情，但親情看護所付出之勞力，並非不得評價為金錢，只是因兩者間關係密切而免除支付義務，此種親屬基於身份關係之恩惠，自不能加惠於加害人。故原告自應得就親屬看護費用，請求被告等賠償。此亦為司法實務所肯認。本件原告以職業看護一日二千元計算，請求被告等賠償親屬看護費用，於法並無不合。

（二）關於非財產上損害：依民法第一百九十五條，原告得請求被告等就其不法侵害原告身體、健康之非財產上損害，負賠償責任。本件，原告先後歷經十二次手術，左側輸尿管受損無法復原、失去左腎，使原告僅餘右腎擔負處理人體細胞活動所產生尿液、新陳代謝之責任，對原告健康影響甚大。原告身心所受折磨與痛苦永難磨滅，實難以金錢衡量或彌補。原告主張原告所受精神損害遠超過一千五百萬元，惟思及原告可能需負擔之訴訟費用及目前司法實務上對於人身健康尚

不夠重視，原告茲僅於訴之聲明即四百一十六萬四千八百二十八元之範圍內為請求。

七、綜上所陳，被告甲○○、訴外人陳淳醫師之過失行為已對原告構成加害給付及侵權行為，被告台大醫院則為該二人之雇用人，原告謹依不完全給付之債務不履行及侵權行為之法律關係，以民法第二百二十七條、第一百八十四條第一項前段、第一百九十五條第一項為基礎，請求鈞院判決如訴之聲明。

證據：提出照片二張、診斷證明書影本八紙、住院費用收據影本、診斷證明書收據影本、民事判決影本二件、八十七年五月八日「會診請求單」、八十七年五月十一日「出院病歷摘要」影本各一份、「牛津當代大辭典」、「牛津英漢百科大辭典」、「牛津高級英英英漢雙解辭典」、「牛頓醫學辭典」影印節本各一份、中央健康保險局函影本一份、剪報影本一份，並聲請調取本院八十八年度聲字第二四三〇號保全證據卷宗。

乙、被告方面：

壹、聲明：

- 一、駁回原告之訴及假執行之聲請。
- 二、如受不利判決，願供擔保，請准宣告免為假執行。

貳、陳述：

一、原告應舉證證明被告醫院及其醫師有業務過失之情事：

(一)原告泛以被告醫院之醫師甲○○為其作子宮肌瘤切除手術止血處理不完全，引起腹膜炎，手術不慎損傷左側輸尿管，終至其左腎遭切除為由，請求賠償四百十六萬四千八百二十八元，顯有藉機敲詐之嫌。

(二)查原告至被告醫院門診時，被告即告知其為子宮瘤必須摘除子宮，且手術志願書上亦載明切除子宮。

(三)原告因有粘黏，又有二個子宮頸肌瘤(各為6x6x4及5x3x5)及右側有6x4x4的卵巢腫瘤，所以切除卵巢是醫療上之必要治療。

(四)原告之開刀手術本身困難度就很高，又加上粘黏，容易出血，被告醫院均有準備血漿，以供輸血，因此手術順利。

(五)原告之大出血，可能與原告曾作盲腸切除及輸卵管結紮及尿路結石有關，但均已作妥善處理，血已止住，沒有裝置引流管之絕對必要。

二、原告所稱因被告甲○○醫師為原告實施子宮肌瘤切除手術，止血處理不完全，引發腹膜炎部分：

(一)醫師為病患進行子宮肌瘤手術時，通常不會引起大量出血，如大量出血時，立即止血併輸血，在手術過程中未將腹腔體內之血液體液清理完全，因腹腔內之血液與體液不會導致腹膜炎，除非遭到感染，才會發生。

(二)醫學上發生腹膜炎之原因為細菌性原因、自體免疫性原因及化學藥物原因引起等。

(三)該手術之出血較同級手術的出血量為大，依病情推斷可能之原因有先前腹腔手術造成沾粘，術中血管止血過程發生困難，其大量出血，可能與輸卵管結

紮手術造成之粘連及尿路結石手術有關，關閉腹腔前若止血完全，則無裝置引流管之必要。

三、原告所稱因被告甲○○醫師為原告實施子宮肌瘤手術致其左腎遭摘除部分：

(一) 依病歷記載(泌尿外科行輸尿管植入膀胱術)，子宮切除術中無切斷、綑綁或傷害左側輸尿管之證據。

(二) 輸尿管狹窄原因依八十七年四月三十日之手術記載：左側輸尿管於跨過左腸骨血管下方之輸尿管狹窄，無其他描述，由此記錄無法判定輸尿管狹窄之原因為何。

(三) 前行性腎盂造影術(Antegrade Pyelography)乃將顯影劑注射經腎造管入腎臟集尿系統，再流至輸尿管，然後透過X光照相，顯影劑留於尿路系統才能以X光照出泌尿系統影像，故應無顯影劑回流入腎臟之問題。

四、以上所述，業經鈞院函請行政院衛生署醫師審議委員會鑑定在案，依該鑑定書所載，該手術中有併發症發生、腹腔內沾粘、術後發炎、術中術後異常出血，尿道或腸道損傷以及麻醉造成之其他併發症，而此項後遺症之發生，可能與原告先前之輸卵管結紮手術造成之粘連及尿路結石手術有關，與被告之手術無關依病況發生顯示，原告之左腎皮質已嚴重萎縮並有慢性腎盂腎炎及腎小管萎縮、左腎功能已嚴重不足，加上慢性腎盂腎炎是為摘除之原因。

五、行政院衛生署醫事審議委員會為一公正團體，其鑑定書乃就事論事，有根有據，值得尊重；原告對鑑定意見之補充意見，偏離事實，一意入人於罪，茲說明如下：

(一) 手術結束關腹時清理血液及檢查有無出血點是所有外科醫師都遵循的步驟，病人在關腹時已理乾淨也無出血現象，何況鑑定報告明確指出腹腔內的血液與體液不會導致腹膜炎。

(二) 外科手術，不論大小，皆有發生感染之可能。台大醫院手術房在手術過程中均嚴格執行無菌操作，並且病人也接受預防性抗生素治療，使感染的可能性降至最低，故有感染之發生，不能歸之於被告。(三) 鑑定書稱子宮肌瘤切除術1%會傷到輸尿管是事實，通常發現輸尿管有任何程度的傷害時，均會照會泌尿科專家來處理而治癒。本病例也是一發現有輸尿管狹窄之現象，即刻照會泌尿科醫師處理，並無延誤。(四) 任何手術均有少數病例會有併發或後遺症，鑑定書也明確指出這一事實。本病例為比較困難手術的情況，被告手術過程小心謹慎，正確操作，並無疏失。

(五) 鑑定書所謂「術中血管的止血過程發生困難」是指子宮因肌瘤而變形，造成止血過程的困難度升高，本病例在小心謹慎處理下，仍順利完成手術，並非原告所謂的「止血不當」。

(六) 由於缺乏病歷記載，無法論斷，而只要有開刀就有可能粘連，與手術之大小或難易無關，而原告說輸卵管結紮根本並未開刀，也令人難以理解。

(七) 病人手術完成後已完全止血，腹腔並已清理乾淨，自然如鑑定書稱「關閉腹壁前，若止血完全，則無裝置引流管的必要」。

(八) 由於手術記載為手術完成後當日即書寫完畢，並實際詳細記錄手術的過程，觀閱婦科手術記錄，在手術過程中並無傷及輸尿管之情形，此點亦由泌尿科的手術記錄獲得證實，即無切斷網綁或傷害左側輸尿管，原告誤認為這是婦產科的手術記錄，其實是泌尿科的記錄，被告均誠實記載，例如照會泌尿科醫師時也載明左邊輸尿管狹窄（仍是通的，只是狹窄），並無隱瞞，被告並無手術不當情形。

(九) 原告故意忽視鑑定報告，鑑定委員明確指出並未發現足以說明狹窄之原因，諸如網綁、傷害等現象，故無法歸因於手術不當。

(十) 輸尿管狹窄之顯影照相操作程序並非被告所執行，原告論點充滿臆測之詞，實際情況，只有操作者才明瞭。

(十一) 原告之摘除左腎，並非被告醫師及台大醫院造成。

六、原告泛指本件鑑定書鑑定不當，均屬臆測之詞，亦無根據，為此請求駁回原告之訴及假執行之聲請。

證據：未提出證據。

丙、本院依職權調取原告自八十七年四月十三日起於台灣大學醫學院附設醫院就醫之病歷及護理紀錄，並將本件送交行政院衛生署醫事審議委員會予以鑑定。

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。查原告於其起訴狀訴之聲明欄請求被告應連帶給付其九百一十六萬四千八百二十八元，嗣於審理中將請求之金額減縮為四百一十六萬四千八百二十八元，核屬減縮其應受判決事項之聲明，揆諸前揭法條規定，其訴之變更自應准許，合先敘明。

二、原告起訴主張其於八十七年四月十五日前往被告台大醫院就診，由該院婦產科醫師即被告甲○○於同月十六日為原告進行子宮肌瘤切除手術，詎原告於手術中大量失血，被告甲○○止血不慎，未替原告裝置引流管將多餘血液及體液排出體外，使得原告腹腔蓄積大量血液及體液而受嚴重感染，原告之左側輸尿管於手術中亦遭被告甲○○器械損傷，以致左側輸尿管阻塞而有排尿困難、左腎發生腎水腫情形，為補救被告甲○○手術不當所致之傷害，嗣由訴外人即台大醫院泌尿科陳淳醫師於四月二十四日為原告進行輸尿管手術，自原告左腎接上排尿管及尿袋，並於同年四月三十日、五月十一日、五月二十一日、五月二十六日為原告進行多次左側輸尿管手術，惟陳淳醫師於七月二十七日關閉原告排尿管開關為原告進行顯影照相之後，竟殊未注意開啓排尿管開關，使原告尿液無法排出，顯影劑回流至左腎內而發生尿路敗血症，其間原告又陸續接受多次輸尿管手術。迄八十八年六月二十三日，原告再度住進台大醫院接受輸尿管手術，然因左側輸尿管始終無法重建，左腎水腎情形嚴重，終至左腎功能幾乎完全衰退，於七月二十二日遭手術摘除左腎。原告係於七十二年間接受輸卵管結紮手術，八十四年間接受尿路結石處理手術，而接受盲腸切除手術則約為三十餘年前之事情，被告係專業醫師及全國最知名之大型教學醫院，卻無法舉證說明上述手術與本件子宮肌瘤切除手術失血狀況之因果關係，僅辯稱原告之大出血「可能與原告曾做盲腸切除及輸

卵管結紮及尿路結石有關」，純係卸責之詞。查被告甲○○實施子宮肌瘤切除術時，未盡注意義務，未止血清理完全，使原告發生腹膜炎，應具有過失，復因其手術操作粗略，損傷原告之左側輸尿管，亦有過失，自應就原告因腹膜炎、左側輸尿管受創及因此導致排尿困難、水腎，以致左腎功能衰退並遭切除等傷害，負賠償責任；而訴外人陳淳醫師為原告進行顯影照相後，疏未開啓原告之排尿管開關，顯然未盡醫師診療時之應有注意義務，而具有過失，其應就原告因尿液無法排出、顯影劑回流至左腎，產生敗血症等身體健康所受損害，負賠償責任。被告台大醫院為被告甲○○及陳淳醫師之僱用人，自應依民法第一百八十八條之規定，與黃、陳二位醫師負連帶賠償責任，惟原告所受傷害實係被告甲○○手術不慎所引起，陳淳醫師只是替被告甲○○進行修復補救工作，故就陳淳醫師醫療過失部分，爰依民法第二百七十三條規定，僅先向台大醫院求償。為此依民法第二百二十七條、第一百八十四條第一項前段、第一百九十五條第一項、第一百八十八條之規定，訴請被告連帶給付原告財產上及非財產上之損害計四百一十六萬四千八百二十八元，及自起訴狀繕本送達被告翌日起至清償日止，按年息百分之五計算之利息等語。

三、被告則以：原告至被告醫院門診時，被告即告知其為子宮瘤必須摘除子宮，且手術志願書上亦載明切除子宮，原告因有粘黏，又有二個子宮頸肌瘤及右側卵巢腫瘤，故切除卵巢是醫療上之必要治療，本件手術難度本高，又加上粘黏，容易出血，被告醫院均有準備血漿，以供輸血，因此手術順利，原告之大出血，可能與原告曾作盲腸切除及輸卵管結紮及尿路結石有關，但均已作妥善處理，故被告應無裝置引流管之絕對必要，原告自應舉證證明被告有過失情事。又而醫師為病患進行子宮肌瘤手術時，通常不會引起大量出血，如大量出血時，立即止血併輸血，在手術過程中未將腹腔體內之血液體液清理完全，因腹腔內之血液與體液不會導致腹膜炎，除非遭到感染，才會發生，而醫學上發生腹膜炎之原因為細菌性原因、自體免疫性原因及化學藥物原因所引起，手術結束關腹時清理血液及檢查有無出血點是所有外科醫師都遵循的步驟，病人在關腹時已理乾淨也無出血現象，何況鑑定報告明確指出腹腔內的血液與體液不會導致腹膜炎。外科手術，不論大小，皆有發生感染之可能，被告醫院手術房在手術過程中，均嚴格執行無菌操作，並且病人也接受預防性抗生素治療，使感染的可能性降至最低，故有感染之發生，不能歸之於被告，且任何手術均有少數病例會有併發或後遺症。本件依病歷記載，子宮切除術中無切斷、綑綁或傷害左側輸尿管之證據，亦無法判定輸尿管狹窄之原因為何，至於前行性腎盂造影術乃將顯影劑注射經腎造管入腎臟集尿系統，再流至輸尿管，然後透過X光照相，顯影劑留於尿路系統才能以X光照出泌尿系統影像，故應無顯影劑回流入腎臟之問題。該手術後諸如腹腔內沾粘、術後發炎、術中術後異常出血，尿道或腸道損傷以及麻醉造成之其他併發症等後遺症之發生，可能與原告先前之輸卵管結紮手術造成之粘連及尿路結石手術有關，與被告之手術無關，依病況發生顯示，原告之左腎皮質已嚴重萎縮並有慢性

腎盂腎炎及腎小管萎縮、左腎功能已嚴重不足，加上慢性腎盂腎炎，應為摘除之原因，其摘除左腎，並非被告所造成等語，資為抗辯。

四、原告主張其於八十七年四月間前往被告台大醫院就診，由該院婦產科醫師即被告甲○○於同月十六日為其進行子宮肌瘤切除手術，手術中並切除子宮及一個卵巢，嗣由訴外人即該院泌尿科陳淳醫師於同年四月二十四日、四月三十日、五月十一日、五月二十一日、五月二十六日為原告進行多次左側輸尿管手術，其後因左腎功能嚴重衰退不足，於七月二十二日經手術摘除左腎等事實，業據原告提出診斷證明書多紙為證，並有原告於被告台大醫院就醫之病歷在卷可憑，復為被告所不爭執，堪信原告此部分主張為真實。惟原告主張被告甲○○於進行子宮肌瘤切除手術之過程中，止血不慎，未裝置引流管將多餘血液及體液排出體外，致原告腹腔遭受嚴重感染產生腹膜炎，其左側輸尿管亦遭被告甲○○器械損傷，嗣由訴外人陳淳醫師為原告進行輸尿管手術，以資補救，然陳淳醫師關閉原告排尿管開關為原告進行顯影照相之後，竟殊未注意開啓排尿管開關，使原告尿液無法排出，顯影劑回流至左腎內而發生尿路敗血症，其等違反診療時應有之注意義務，均有過失，造成原告左腎功能幾乎完全衰退而遭切除，被告台大醫院為黃、陳醫師之僱用人，其等應連帶負侵權行為及債務不履行之損害賠償責任等情，則為被告所否認，並以上開各詞置辯。是本件兩造爭執之重點即為，被告甲○○及訴外人陳淳，於本件醫療過程中有無原告所主張之過失行為？

五、按侵權行為責任與契約責任乃民事法上主要之二種民事責任，其構成要件與法律效果多有不同，就舉證責任而言，依一般舉證原則，侵權行為之被害人應證明行為人之故意或過失、損害之發生及因果關係；然於契約債務不履行，債權人因債務人不履行債務（給付不能、給付遲延或不完全給付）而受有損害，即得請求債務人負債務不履行責任，如債務人抗辯損害之發生為不可歸責於自己者，即應由債務人證明有不可歸責於己之事由，始得免責，兩者在舉證責任上，有所不同。

（一）按醫師或醫院提供特殊之醫療技能、知識、技術與病患訂立契約，為之診治疾病，係屬醫療契約，其契約性質為何，固不無疑問，惟我國學說及實務見解通常均認為係屬委任契約或近似於委任契約之非典型契約，是病患與醫師或醫院之間，通常均應成立委任契約。查原告因子宮肌瘤而至被告醫院就診，並由被告甲○○醫師、訴外人陳淳醫師等人為其診治，為兩造所不爭，則原告與被告醫院間，應成立性質上類似於委任關係之醫療契約。本件原告係依民法第二百二十七條不完全給付之規定，及民法第一百八十四條第一項前段侵權行為之法律關係，併為主張，揆諸前揭判例意旨，就債務不履行責任部分，自應由被告就其不可歸責事由之存在，負舉證之責。

（二）關於侵權行為之故意或過失，基於侵權行為法均採過失責任主義，原則上應由主張此一有利於己事實之被害人或原告，負舉證之責。惟本院認為本件醫療事故原告之舉證責任應予減輕，而依原告所提出之證據資料，應足以認為原告已經舉證證明被告甲○○之過失，及其過失行為與損害結果間之因果關係存在，

理由如左：

1 按當事人主張有利於己之事實者，就其事實有舉證之責任，但法律別有規定，或依其情形顯失公平者，不在此限，民事訴訟法第二百七十七條定有明文，此為民事訴訟法上舉證責任分配之原則。所謂舉證責任，乃特定法律效果之發生或不發生所必要之事實存否不明之場合，當事人之一造因此事實不明，將受不利益之判斷，乃必須就該事實提出有關證據，使法院信其主張為真實之謂也。故負有舉證責任之當事人於訴訟上未盡其舉證責任時，法院即不得以其主張之事實為裁判之基礎，是舉證責任之效果，於訴訟上乃不利益之歸屬，亦即敗訴結果之負擔。又關於舉證責任分配之法則，學說上理論甚多，惟在給付訴訟中，為訴訟標的之法律關係之事實，應由主張該為訴訟標的之法律關係存在之原告，就該具體的法律關係之權利發生事實，負舉證責任，此為一般之見解。本件原告主張其受有損害，被告應負侵權行為損害賠償責任，自應由原告就其損害賠償請求權存在之事實，負舉證之責。惟隨著當今科技知識之進步、社會環境之變遷，若僅為維護侵權行為法之過失責任主義而一再堅持此項舉證責任，對於負舉證責任之原告，自有相當之不利，尤其於商品瑕疵損害、醫療事故或公害糾紛等現代社會侵權行為之類型，基於公平原則，自應於訴訟法上緩和侵權行為之舉證責任原則，在訴訟上因舉證不足而遭受敗訴判決之危險，亦不應完全歸由原告承擔。

2 查原告係因子宮肌瘤至被告醫院就醫，並由被告甲○○醫師為其進行子宮肌瘤手術，原告除因手術之需而切除子宮及摘除右側卵巢外，最後尚切除左側腎臟，此為兩造所不爭。依本件病歷內之八十七年五月八日「會診請求單」之「簡單病史」，被告台大醫院之程劭佩醫師記載：「．．．手術後引起左邊輸尿管狹窄．．．」；八十七年五月十一日「出院病歷摘要」第二頁之「住院治療經過」記載：「手術五天後，她遭受難以忍受的左脅腹（腰窩）疼痛。超音波檢查結果，發現左邊腎臟及左輸尿管水腫。雖然她有腎結石病史，但是檢查沒發現結石。懷疑是開刀手術引起的腎水腫，作了腎臟顯影照及泌尿項目檢查。她在四月十六日再動腎臟手術，在四月三十日又做了手術以修補左邊輸尿管及腹膜引流排膿。然而，她現在正受到開刀傷口感染，轉到泌尿病房加護」；「併發症」記載「輸尿管狹窄引發左腎水腫；傷口感染」等語，有原告提出且為被告所不爭之會診請求單、出院病歷摘要影本及其譯文在卷可考。足見原告左側輸尿管狹窄，係因先前子宮肌瘤切除手術所引起，且因輸尿管狹窄引發左側水腫，傷口有感染現象。經本院將本件送交行政院衛生署醫事審議委員會鑑定結果，鑑定意見認定「輸尿管狹窄」係指輸尿管之內徑變窄小，導致腎臟排出之尿液無法順利通過，其為一種疾病型態，有該會九十年九月二十五日衛署醫字第 0000000000 號書函所附之九〇一四三號鑑定書在卷可稽，又依該鑑定書之意見，本件原告左腎摘除之原因，係因左腎皮質嚴重萎縮、慢性腎盂腎炎、腎小管萎縮，造成左腎功能嚴重不足而摘除，再者，鑑定書並認為子宮肌瘤切除手術約百分之一會傷到輸尿管，足見子宮肌瘤手術通常情形並不會傷及輸尿管，詎被告甲○○於手術過程中殊未注意，造成原告輸尿管發生狹窄，進而引發左腎水腫，依上述各節，應認原告已經舉證

證明被告甲○○有過失。再自結果以觀，原告係因子宮肌瘤而至被告醫院就醫並接收手術治療，一般而言，子宮肌瘤（或卵巢畸胎瘤）病症之必要手術，或應包括子宮切除及卵巢摘除，然通常情形，其手術結果或產生之影響應與泌尿系統之腎臟無關，其竟於手術後發生「輸尿管狹窄」之現象，並因而接受多次輸尿管手術（見原告所提出之手術情形附表），最後進而必須切除左腎，依英美法侵權行為法或醫療事件中所謂「Res ipsa loquitur」（「事實說明自己」或「事情本身說明一切」）之法則，亦應減輕或緩和原告之舉證責任。本件原告已經證明系爭事故之發生，除非係因醫事人員欠缺注意，否則通常情形不會發生，其事故發生之情形又完全在被告之掌控範圍內而無其他因素介入，且原告係因子宮肌瘤病症入院治療，卻因輸尿管狹窄而造成腎臟嗣遭切除，自應認為其舉證責任已經足夠，故原告主張被告甲○○於子宮肌瘤手術過程中具有過失，應可採信。

（三）被告並未證明其有何不可歸責之事由：

查被告台大醫院為國內首屈一指之國立教學醫院，被告甲○○則為該院之婦產科醫生，其等對於醫療知識及臨床醫療實務操作，自具有相當程度之瞭解與熟稔，較諸一般無醫學知識之病患，在醫療事件之舉證上本屬較為容易之事，基於證據距離、危險控制領域等理論，要求被告就其手術行為有何不可歸責事由，負舉證之責，應非難事；況依民法債務不履行之原則，原告既已證明其損害之發生，亦應由被告就其不可歸責事由之存在，加以證明。被告雖辯稱原告之腎臟摘除結果論據，惟查，被告於本件訴訟並未提出任何證據，其空言否認或泛稱與其無關，已非可採。又鑑定意見雖認為「（問：輸尿管狹窄之原因為何？）依八十七年四月三十日之手術記錄記載：左側輸尿管於跨過左側骨血管下方之輸尿管狹窄，並無其他描述。由此記錄無法判定輸尿管狹窄之原因為何」（見鑑定書「鑑定意見」四、（二）），惟其所謂無法判定輸尿管狹窄之原因，係因當日手術記錄無其他描述，故無法判定，並非表示與當日手術無關；至於被告於本件子宮肌瘤手術中是否損傷原告之左側輸尿管，鑑定意見則謂「依病歷之記載，手術中無切斷、綑綁、或傷害左側輸尿管之證據」（見鑑定書「鑑定意見」三、（二）），然醫師於手術過程中，若有不慎損傷其他器官部位之情形，通常應無記載其疏失之可能，故病歷無損傷輸尿管之記載，亦不足以作為有利於被告之認定。被告又辯稱原告於子宮肌瘤手術中之大出血，可能與原告曾作盲腸切除及輸卵管結紮及尿路結石有關，惟就此並未進一步舉證，鑑定意見亦僅認為「可能」有關，然無先前病歷可供參考等語，是被告所辯，不足為憑。被告復辯稱不論大小外科手術，均有感染之可能，亦有少數病例會有併發或後遺症等語，惟查，原告係因子宮肌瘤而入院接受手術，其手術後竟陸續發生排尿困難、左側輸尿管狹窄、左腎水腫等症狀，最後歷經多次輸尿管手術後並摘除左腎，已如前述，而鑑定意見既已敘及子宮肌瘤手術可能有腹腔內沾黏、術後發炎、術中術後異常出血、泌尿道或腸道損傷等併發或後遺症（見鑑定書「鑑定意見」一、（六）），則依被告醫師及醫院之專門知識及經驗，要求渠等就諸如本件輸尿管狹窄或腎水腫等病症，是否與先前之子宮肌瘤手術有關、是否為手術後常見之併發症、是否為醫學上必然發生

之現象、依現行醫療水準與對醫療人員之合理期待，有無注意或避免之可能、是否縱經避免仍不免發生損害、僱用人就受僱人之選任及其職務執行之監督，是否已盡相當之注意等問題，加以舉證說明，應非難事，然被告對此均未曾有所說明，原告又已舉證證明本件過失責任存在，自不能謂被告已舉出不可歸責於己之事由及證據，其自應負本件不完全給付債務不履行及侵權行為損害賠償責任。

（四）原告另主張訴外人即被告台大醫院泌尿科陳淳醫師為其進行輸尿管手術，惟陳淳醫師於八十七年七月二十七日關閉其排尿管開關進行顯影照相之後，殊未注意將之開啓，致其尿液無法排出，顯影劑回流至左腎內而發生尿路敗血症，陳淳醫師具有過失，應由其僱用人即被告台大醫院負賠償責任等語。惟查，本件鑑定意見認為「前行性腎盂造影術（antegrade pyelography）乃將顯影劑注射，經腎造瘻管入腎臟集尿系統，再流至輸尿管，然後透過X光照相。顯影劑留置於尿路系統才能以X光照出泌尿系統影像，故應無顯『影劑回流入腎臟』的問題」等語（見鑑定書「鑑定意見」五、（一））。故「前行性腎盂造影術」之顯影劑必須注射留置於尿路系統，始得透過X光照出泌尿系統之影像，應可確定，至於原告主張訴外人陳淳醫師關閉其排尿管（pig tail）後疏未將之開啓一節，並未舉證以實其說，其此部分主張即不能認為真實，訴外人陳淳醫師自無過失可言。

六、按因可歸責於債務人之事由，致為不完全給付者，債權人得依關於給付遲延或給付不能之規定行使其權利；債務人之代理人或使用人，關於債之履行有故意或過失時，債務人應與自己之故意或過失，負同一責任，但當事人另有訂定者，不在此限，民法第二百二十七條、第二百二十四條分別定有明文。次按因故意或過失，不法侵害他人之權利者，負損害賠償責任；受僱人因執行職務，不法侵害他人之權利者，由僱用人與行為人連帶負損害賠償責任，同法第一百八十四條第一項前段、第一百八十八條第一項前段亦分別規定甚明。本件被告甲○○於為原告進行子宮肌瘤切除手術時，疏未注意而造成原告輸尿管狹窄併腎水腫等病症，並造成原告左側腎臟功能嚴重不足而須摘除之傷害結果，係屬加害給付之類型，同時亦構成侵害原告身體之侵權行為，而被告甲○○為被告台大醫院之醫師，此為兩造所不爭，則被告台大醫院自應就其受僱人之過失，與被告甲○○負連帶賠償責任。以下即就原告主張之各項賠償金額是否有理，審酌如下：

（一）醫療費用部分：按損害賠償，除法律另有規定或契約另有訂定外，應以填補債權人所受損害及所失利益為限，民法第二百十六條第一項定有明文。原告主張其自八十七年四月十五日起至八十八年七月三十一日止，於被告台大醫院支出之醫療費用計二十一萬八千一百六十八元，業據其提出與所述相符之住院費用收據多紙為證，此項費用係因侵權行為所生之財產上額外支出，且與損害結果間具有因果關係，應屬必要費用，自應准許。

（二）診斷書費：原告主張其支出診斷書費二千六百六十元，業據其提出診斷證明書收據一紙為證。按傷害診斷證明書為證明損害程度或範圍所必要之方法，就行為人侵害身體健康所造成的客觀存在事實加以觀察，並依吾人智識經驗加以判斷，應認為係屬侵權行為所生之財產上損害，原告請求此項費用，自應准許。

(三) 看護費用：原告主張自八十七年四月十六日起至八十八年七月三十一日止，共計四百七十二日間，原告因多次手術須由他人予以看護照料，以一日二千元計，看護費用共計九十四萬四千元，係屬增加生活上之需要之費用，亦應由被告賠償。按不法侵害他人之身體或健康者，對於被害人因此喪失或減少勞動能力，或增加生活上之需要時，應負損害賠償責任，固為民法第一百九十三條第一項所明定。惟原告就其主張有親屬及專業人員看護之事實，並未提出證據以資證明，其請求此項費用，自無依據，不應准許。

(四) 非財產上之損害：按不法侵害他人之身體、健康、名譽、自由、信用、隱私、貞操，或不法侵害其他人格法益而情節重大者，被害人雖非財產上之損害，亦得請求賠償相當之金額。其名譽被侵害者，並得請求回復名譽之適當處分，為民法第一百九十五條第一項所明定。次按請求受僱人及其僱用人連帶賠償相當金額之慰撫金時，法院對於慰撫金之量定，應斟酌該受僱人及應負連帶賠償責任之僱用人，並被害人之身分、地位及經濟狀況等關係定之，不得僅以被害人與實施侵權行為之受僱人之資力為衡量之標準，最高法院七十六年台上字第一九〇八號判例可資參照。爰審酌被告甲○○為台大醫院婦產科醫師，被告台大醫院為國內著名醫學機構，其醫學知識與醫療水準應可供患者信賴期待，原告為一中年婦女，其因子宮肌瘤前往被告醫院就醫，然因被告之過失造成輸尿管狹窄併發腎水腫，最後因而必須切除左腎，其先後歷經十二次手術，期間長達四百七十餘日（自八十七年四月十六日起至八十八年七月三十一日止），其身心所受痛苦應可謂相當重大，其左腎遭切除後，對於身體功能亦可能造成一定程度不良影響等一切情狀，本院認為原告請求被告連帶賠償非財產上之損害（慰撫金）三百萬元，應屬相當，應予准許。

(五) 以上醫療費用、診斷書費用、非財產上之損害賠償，合計為三百二十二萬零八百二十八元（ $218168 + 2660 + 0000000 + = 0000000$ ），應由被告連帶給付。七、從而原告依據債務不履行、共同侵權行為之法律關係，請求被告二人連帶給付財產上與非財產上之損害賠償三百二十二萬零八百二十八元，及自起訴狀繕本送達被告翌日即八十九年二月十八日（按被告二人均係於八十九年二月十七日收受原告起訴狀繕本，有送達證書附於本院八十九年度北簡字第三七號卷宗內可稽）起至清償日止，按年息百分之五計算之法定遲延利息，即屬正當，應予准許；逾此部分之請求為無理由，應予駁回。

八、本件原告勝訴部分，兩造均陳明願供擔保，分別聲請宣告假執行或免為假執行，核均無不合，爰各酌定相當之擔保金額准許之。至於原告敗訴部分，其假執行之聲請即失所依據，應予駁回。

九、本件判決事證已臻明確，兩造其餘攻擊防禦及舉證，核與判決結果無影響，爰不另一一論述，附此敘明。

十、據上論結，本件原告之訴為一部有理由、一部無理由，依民事訴訟法第七十九條但書、第八十五條第二項、第三百九十條第二項、第三百九十二條，判決如主文。

【第五單元 5-2-3 契約之履行-契約之不履行-給付遲延】

一、案例

甲一日行經台北縣三芝鄉，無意中發現一塊土地，四周風景相當優美，便萌生年老後來此養老之主意，詢問之下發現該土地為乙所有，且這一大片土地是由

ABCD 四塊地所構成，而乙因最近繳不出卡債而煩惱，在與甲相談一小時後決定將此四塊地賣給甲，並約定價金五百萬元，但於日後在找時間辦理過戶該土地。一個月後，甲交付現金五百萬元給乙，乙便先將 AB 兩地過戶給甲，但就 CD 兩塊地，卻一拖再拖，遲遲不肯將土地過戶，甲便發一存證信函催告乙盡速過戶，但乙置之不理，甲認為乙毫無誠意，便再發一存證信函，聲明解除全部契約，請求乙返還乙給付之價金五百萬元，是否有理？（本案例改編自台灣高等法院九四年上字五一號判決）

二、爭點整理

（一）給付無定期限時，何時開始債務人負給付遲延責任？

（二）給付遲延之效力為何？

可否因一部給付遲延而解除全部契約？

三、教師手冊（思考流程）

（一）給付遲延與給付不能支排斥關係：給付遲延要件之一為給付係屬可能而為給付，此要件與給付不能乃無給付之可能，兩者為相斥之概念，不可能同時存在，必須注意。

（二）給付遲延欲主張解除契約時，在不定期給付之情況下，因無確切期日可判定債務人是否構成給付遲延，故依民法第二二九條第二項，必須債權人先為催告，使其負給付遲延責任後，再依民法第二五四條規定，由債權人定相當期限催告已給付遲延債務人履行，如於期限內不履行時，方得解除契約。故債權人必須為兩次催告後，方取得解除契約之權利。

（三）給付遲延之法律效果中，若行使解除契約權後，可否主張遲延損害：民法第二六〇條規定，解除權之行使，不妨礙損害賠償之請求。此在於避免解除契約後，債務不履行之損害賠償請求權失去了其契約基礎作為根據，亦在使請求權人得放心解除契約而不失去原有之損害賠償請求權。故給付遲延中，若行使解除契約權後，債權人仍可主張遲延損害之賠償。

四、參考資料

- 1、孫森焱，債篇總論，2006 年
- 2、黃茂榮，債法總論（第二冊），2002 年

五、作業

甲向乙中古車商購買一台 BMW520i，並約定在三月一號由乙開車前往甲宅交車，但乙因故忘了此事，甲在三月三日早上打電話給乙時，乙才猛然想起此事，頻頻道歉並表示馬上前往交車。乙曾被評鑑為優良駕駛，開車不僅技術一流且善盡到注意義務，不料在停等紅燈時，天上飛來一個招牌正好砸中該 BMW，問甲乙間之法律關係為何？

臺灣高等法院民事判決
上 訴 人 乙○○
訴訟代理人 錢裕國律師
上 訴 人 甲○○
訴訟代理人 郭世昌律師

94 年度上字第 511 號

金學坪律師

王令冠律師

上列當事人間返還價金等事件，上訴人對於中華民國 94 年 4 月 29 日臺灣臺北地方法院 93 年度訴字第 3142 號第一審判決各自提起上訴，經本院於 94 年 8 月 24 日言詞辯論終結，判決如下：

主 文

原判決關於駁回上訴人乙○○下列第二項之訴部分，及該部分假執行之聲請，並關於本訴部分訴訟費用之裁判均廢棄。上訴人甲○○應再給付上訴人乙○○新台幣肆拾萬元，及自九十三年八月八日起至清償日止，按週年利率百分之五計算之利息。上訴人甲○○為原判決第一項所命給付及前項所命給付之同時，上訴人乙○○應將台北縣三芝鄉北新庄菜公坑小段第 255、277、281、294、295、302、303、304、305、306 之 4、307、307 之 1、307 之 2、307 之 3、309、310、310 之 1、310 之 3 地號等 18 筆土地之所有權移轉登記並交付上訴人甲○○。乙○○其餘上訴及假執行之聲請均駁回。甲○○之上訴駁回。第一、二審訴訟費用關於本訴部分，由上訴人甲○○負擔百分之六十五，餘由上訴人乙○○負擔。第二審訴訟費用關於反訴部分由甲○○負擔。本判決命上訴人甲○○給付部分，於上訴人乙○○以新台幣壹拾參萬元為上訴人甲○○預供擔保後得假執行。

事實及理由

壹、本訴部分：

一、上訴人即被上訴人乙○○起訴主張：兩造於民國 88 年 4 月 2 日訂立不動產買賣契約（下稱系爭契約），約定伊以 250 萬元之價格向被上訴人即上訴人甲○○購買其所有坐落臺北縣三芝鄉○○○○段菜公坑小段第 255、277、281、294、295、302、303、304、305、306 之 4、306 之 6、307、307 之 1、307 之 2、307 之 3、309、310、310 之 1、310 之 3 地號共 19 筆土地（下稱系爭 19 筆土地）之應有部分 320 分之 28，價款分 3 期給付，伊已依約給付前 2 期款項共 200 萬元，惟甲○○僅將除坐落臺北縣三芝鄉○○○○段菜公坑小段第 306 之 6 地號土地（下稱 306 之 6 地號土地）外之 18 筆土地應有部分移轉與伊，伊遂於 92 年 12 月 29 日、93 年 2 月 2 日分別催告甲○○履行前開給付義務，惟甲○○仍不履行其給付義務，甲○○顯已陷於給付遲延而有違約情事，爰依民法第 254 條之規定以本件起訴狀繕本送達作為解除契約之意思表示，並依據民法第 259 條第 1 款、第 2 款規定請求甲○○返還已受領之價款 200 萬元，另依據系爭契約第 10 條之規定，請求甲○○另行給付與已給付價款同額之 200 萬元違約金。另 306 之 6 地號土地鄰接馬路，其餘土地均未與道路相接，縱有相接，亦屬羊腸小徑，出入均需經過 306 之 6 地號土地，致使其餘土地無法開發使用，306 之 6 地號土地之經濟價值顯高於其他土地，且系爭 19 筆土地之使用分區有國家公園區及山坡地保育區，山坡地保育區部分又分為農牧用地及林業用地，僅農牧用地部分得以申請興建農舍之方式為低限度之開發，其餘種類土地則因受限法令而無法興建任何建築物，系爭 19 筆土地中之農牧用地共約 1 萬 12 73 平方公尺，為農牧用地之

306 之 6 地號土地面積則為 3795 平方公尺，占全部農牧用地之 3 分之 1，嚴重影響伊欲開發土地之目的，伊自得解除全部之契約。若認伊僅得就 306 之 6 地號土地部分解除契約，則因僅農牧用地具有價值，是以僅能以農牧用地計價，則 306 之 6 地號土地應有部分之價值即高達 84 萬 1604 元(計算式如原判決附表 2)，伊自無須再給付任何價金等情。並聲明：(一)甲○○應給付乙○○400 萬元及自起訴狀繕本送達翌日起至清償日止按週年利率 5 %計算之利息。(二)願供擔保請准宣告假執行。

二、甲○○則以：系爭契約之買賣標的係 19 筆個別地號之土地應有部分，本得單獨買賣，非屬不可分之給付，而系爭契約亦未特別約定系爭 19 筆土地係屬不可分給付，伊已依約於 89 年 5 月 10 日移轉除 306 之 6 地號土地外 18 筆土地之所有權與乙○○。306 之 6 地號土地並非唯一鄰接道路之部分，乙○○占有使用其餘系爭土地部分亦有道路經過，但乙○○竟遲至 92 年 12 月間始發函催告伊履行移轉 306 之 6 地號土地，亦可見 306 之 6 地號土地與其餘 18 筆土地並無共同使用之必要性，伊業已履行出賣人之義務，並無給付遲延，乙○○僅可就 306 之 6 地號土地主張解除契約，其主張就系爭 19 筆土地解除全部契約，顯與規定不符。若認伊有違約之情，乙○○主張之違約金亦屬過高，應予酌減，且因系爭 19 筆土地之面積共 3599.5 平方公尺，以總價 250 萬元計算，每平方公尺之價金為 694.5 元，而 306 之 6 地號土地應有部分之面積僅為 332.06 平方公尺，其價值僅 23 萬 616 元(計算式如原判決附表 1 所示)，扣除 306 之 6 地號土地之價值，乙○○尚應給付伊 226 萬 9384 元，但乙○○僅給付 200 萬元，另有餘款 26 萬 9384 元未給付，伊並主張前開 26 萬 9384 元債權與乙○○請求之違約金債權互為抵銷等語，資為抗辯。並聲明：(一)乙○○之訴及其假執行之聲請均駁回。(二)如受不利判決，願供擔保請准宣告免為假執行。

三、原審判決本訴部分甲○○應給付乙○○2,200,000 元及自 93 年 8 月 8 日起至清償日止按週年利率 5 %計算之利息，而駁回乙○○其餘請求。兩造各就敗訴部分聲明不服，求為廢棄原判決不利於己部分，乙○○聲明甲○○應再給付 1,800,000 元；甲○○則聲明駁回乙○○在第一審之訴。就對造之上訴，兩造均聲明駁回上訴。

四、本件乙○○主張兩造於 88 年 4 月 2 日簽訂系爭契約，約定乙○○以 250 萬元之價格向甲○○購買系爭 19 筆土地 320 分之 28 之應有部分，價款分 3 期給付，乙○○業已依約給付前 2 期款 200 萬元，甲○○已依約將除 306 之 6 地號土地外之 18 筆系爭土地應有部分移轉與乙○○，乙○○曾於 92 年 12 月 29 日、93 年 2 月 2 日分別委請律師發函催告甲○○依約移轉 306 之 6 地號土地之應有部分，甲○○迄未履行，甲○○嗣後並將 306 之 6 地號土地應有部分出售他人等情，為兩造所不爭執，並經乙○○提出與所述相符之系爭契約、系爭 19 筆土地登記謄本、催告函、交款備忘錄等件在卷可稽，自堪信為真實。乙○○主張系爭契約業因甲○○給付遲延而經其以起訴狀繕本作為解除全部契約之意思表示，兩造間之買賣契約已解除，甲○○應返還伊已付之價金 200 萬元及給付違約金 200 萬元部分，

甲○○則以前開情詞置辯，是以本件應審酌之要點厥為：（一）甲○○是否給付遲延而有違約情事？（二）乙○○是否得就系爭 19 筆土地解除全部契約？（三）如甲○○給付遲延，乙○○請求甲○○給付 200 萬元違約金是否適當？甲○○是否得以主張其對乙○○之 26 萬 9384 元之價款債權與乙○○對甲○○之違約金債權互為抵銷？爰分別論述如下：

（一）按給付無確定期限者，債務人於債權人得請求給付時，經其催告而未為給付，自受催告時起，負遲延責任；契約當事人之一方遲延給付者，他方當事人得定相當期限催告其履行，如於期限內不履行時，得解除其契約，民法第 229 條第 2 項前段及第 254 條分別定有明文。本件甲○○未依約移轉 306 之 6 地號土地應有部分 320 分之 28 予乙○○，乙○○業已於 92 年 12 月 29 日、93 年 2 月 2 日委請律師發函催告甲○○應於文到 15 日內依約移轉 306 之 6 地號土地之應有部分與乙○○及催告甲○○履行前開給付義務，惟甲○○迄未履行前開給付義務，並將 306 之 6 地號土地其應有部分出售他人等情，為兩造所不爭執，已如前述，則乙○○主張甲○○具有給付遲延之違約情事，自堪信為真實，甲○○辯稱無給付遲延云云，實難採信。

（二）按給付為可分而有一部給付不能或給付遲延之情形時，債權人非不得就該契約之一部解除之，此觀之民法第 226 條第 2 項及第 256 條之規定自明，反之，若給付為不可分而有一部給付遲延之情形，債權人自得主張解除全部之契約。查兩造所簽訂之買賣契約，其買賣之標的雖為 19 筆土地之應有部分，惟兩造於系爭契約中僅約定總價款為 250 萬元，並未就 19 筆土地個別約定價款等情，為兩造所不否認（見原審 94 年 4 月 19 日言詞辯論筆錄），復觀諸系爭 19 筆土地之土地登記謄本，系爭 19 筆土地總面積為 4 萬 1138 平方公尺，使用分區屬國家公園區者，有坐落臺北縣三芝鄉○○○○段菜公坑小段 306-4、302、303、295、294、310 之 1、310、309、307 之 3、310 之 3 地號之 10 筆土地，面積共為 2 萬 3890 平方公尺；使用分區為山坡地保育區而使用地類別為林業用地者，有坐落臺北縣三芝鄉○○○○段菜公坑小段第 307 之 1、307 之 2 地號之 2 筆土地，面積共 5975 平方公尺；使用分區屬山坡地保育區而使用地類別為農牧用地者，僅有臺北縣三芝鄉○○○○段菜公坑小段第 305、304、255、281、277、307、306 之 6 地號土地，面積共 1 萬 1273 平方公尺，而使用分區屬國家公園區及山坡地保育區使用地類別為林業用地之土地價值較低，其使用開發方式所受限制較使用分區為山坡地保育區而使用地類別為農牧用地者為大，此為公眾週知之事，但兩造於契約中並未因各筆土地使用價值之不同而為個別之價款約定，顯見兩造所達成之買賣合意係針對系爭 19 筆土地合一為之，且若系爭 19 筆土地間為各自獨立而屬給付可分之關係，則身為買方之乙○○又何需於購買農牧用地同時向甲○○購入使用其餘開發價值較低之國家公園區土地或林業用地？足見乙○○買受上開土地係採包裹方式議價並非逐筆敲定價格，故系爭 19 筆土地間確有給付不可分之關係。甲○○雖又辯稱：兩造於辦理其餘十八筆土地之移轉登記手續時，當事人雙方同意不移轉登記 306-6 地號土地，因而塗去該筆地號土地，並標示各筆土地之移轉

價格，此有移轉契約書可憑（上證一），由此可知，訂約當時兩造並無將買賣契約中之全部 19 筆地視為不可分標之物之意云云。然查甲○○所附之買賣所有權移轉契約書，其買賣金額之總數與兩造於系爭契約中所約定之總價金 250 萬元不合，足見該所有權移轉契約書僅能供參考，並非實際之交易價格，亦無法據以認定上開 19 筆土地係屬可分標之物。經查系爭 19 筆土地間既有給付不可分之關係而甲○○既未依約移轉 306 之 6 地號土地所有權應有部分之給付遲延情事，則系爭買賣視同給付遲延而有違約情事，則乙○○依據民法第 256 條之規定，以起訴狀繕本作為解除系爭買賣契約之意思表示，即屬有據。

(三)按系爭買賣契約第十條後段明定：本約簽訂後，如乙方（即甲○○）不賣或不照約履行應盡義務時，除應將已收價款如數退還與甲方（即乙○○）外，另加倍賠償所收價款同額之損害金與甲方後，本約方得解除，各無異議。查本件甲○○既有前開未依約履行給付義務之事，則乙○○依兩造簽訂之系爭契約第 10 條後段規定請求甲○○支付乙○○已付同額價款即 200 萬元之違約金，即非無據，惟按約定之違約金額過高者，法院得減至相當之數額，為民法第 252 條所明定，而違約金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，以為酌定標準，最高法院著有 49 年臺上字第 807 號判例要旨可參。查兩造於八十八年四月間簽訂系爭買賣契約後，乙○○已依約給付二百萬元，如以法定利息即週年百分之五計算，截至本審九十四年八月二十四日言詞辯論期間止，乙○○即受有六十餘萬元利息損失，而甲○○係於九十一年八月間將系爭 306 之 6 號土地以 150 萬元之高價售予訴外人陳玲泗及陳根波二人，業據陳玲泗及陳根波之婆婆黃美香到庭證述屬實，可見甲○○違約轉售系爭 306 之 6 號土地亦受有相當之利益，本院審酌乙○○所受之損害及甲○○之利得等客觀情形，認乙○○請求二百萬元違約金，尚屬過高，原審核減為 20 萬元亦屬偏低，應減至 60 萬元為適當。再者，乙○○既得依據民法第 256 條之規定合法解除系爭全部契約，則甲○○援引已失效之買賣契約請求乙○○給付尚未交付之買賣價款，即非有據，從而甲○○主張以乙○○未給付之價款 26 萬 9384 元與其應給付之違約金互為抵銷，即非正當，不應准許。

五、綜上所述，系爭契約業經乙○○以起訴狀繕本之送達而合法解除，乙○○與甲○○互負回復原狀之義務，從而乙○○依解除契約回復原狀之法律關係訴請甲○○返還已付價款 200 萬元及請求甲○○另行支付違約金 60 萬元合計為 260 萬元，洵屬有據，應予准許，乙○○逾此部分之請求，則屬無據，應予駁回。原審就上開應准許部分，僅判命甲○○給付乙○○220 萬元本息，而駁回乙○○其餘之訴，自有未合，應再增加給付 40 萬元及自 93 年 8 月 8 日起至清償日止之法定遲延利息，乙○○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，爰由本院將原判決此部分予以廢棄，改判如主文第二項所示，並依乙○○之聲請，酌定相當之金額准許宣告假執行。其餘未准許部分（即請求再給付 140 萬元部分），原審為乙○○敗訴之判決，於法並無違誤，乙○○仍執陳詞，指摘原判決此部分為不當，自屬無理由，應駁回其上訴及該部分假執行之聲請。至於

原審判命甲○○應給付乙○○220萬元本息部分，核無不合，甲○○上訴論旨指摘原判決此部分不當，求予廢棄改判，為無理由，應駁回其上訴。未查乙○○主張解除系爭買賣契約既屬合法，依民法第261條準用第264條之規定，兩造因契約解除而相互負返還之義務，並得主張同時履行之抗辯，而甲○○已將除306之6號以外之十八筆土地之所有權移轉登記予乙○○，故甲○○依上開規定，請求其為前開給付之同時，乙○○應將系爭十八筆土地之所有權移轉登記並交付予甲○○，洵屬正當，應予准許，爰併為諭知如主文第三項所示。

貳、反訴部分：

一、甲○○起訴主張：本件乙○○僅可就無法辦理移轉之306之6地號土地部分解除契約，依據如原判決附表1所示之計算方式，乙○○僅可就解除306之6地號土地部分減少價金23萬616元，乙○○尚餘26萬9384元之價款未給付，伊自可依據系爭契約請求乙○○給付未付餘款26萬9384元等情。並聲明：

(一)乙○○應給付甲○○26萬9384元及自反訴狀繕本送達乙○○翌日起至清償日止按週年利率5%計算之利息。(二)願供擔保請准宣告假執行。

二、乙○○則以：系爭買賣契約業經伊以本訴起訴狀繕本之送達而解除，甲○○自不得再依買賣契約請求伊給付未付價款，若認伊僅能合法解除306之6地號土地之契約，系爭19筆土地僅農牧用地得為低限度之開發使用，其餘國家公園區及林業用地部分則無法興建任何建築物，是計算306之6地號土地價值時，應僅能以農牧用地來計算，系爭19筆土地中僅1萬1273平方公尺為農牧用地，以應有部分計算，則農牧用地部分之面積應為986.39平方公尺，其中亦為農牧用地之306之6地號土地應有部分即有332.06平方公尺，則本件306之6地號土地應有部分之價值應為84萬1604元（計算式詳如原判決附表2），伊亦無須再給付任何價金等語置辯，並聲明：(一)甲○○之反訴駁回。(二)願供擔保免為假執行。

三、原審駁回甲○○反訴之請求，甲○○聲明不服，求為廢棄原判決，並判命乙○○應給付269,384元，及自93年9月14日起至清償日止按年息5%計算之利息；乙○○則求為駁回上訴。

四、經查系爭契約業經乙○○合法解除，已如前述，則甲○○自不得再以失效之買賣契約請求乙○○給付未付之餘款，則甲○○提起反訴請求乙○○給付未付餘款26萬9384元，即屬無據，原審駁回甲○○反訴之請求及其假執行之聲請，核無違誤，甲○○上訴論旨指摘原判決關於反訴部分不當，求予廢棄改判，為無理由，應駁回其上訴。、本件事證業已明確，兩造其餘主張陳述及所提之證據，經本院審酌後，認均不足以影響本判決之結果，均毋庸再予論述，又甲○○於本院審理中請求傳訊證人許鐘裕以證明系爭十九筆土地中，306之6號係可分之給付。經查系爭買賣契約應移轉之十九筆土地是否屬可分之債，應從契約內容整體觀察加以判斷，非該證人所能判斷，故本院認無傳訊之必要，附此敘明。

肆、據上論結，本件乙○○之上訴為一部有理由，一部無理由，甲○○之上訴為無理由，爰依法判決如主文。

【第五單元 5-2-4 契約之履行-契約之不履行-受領遲延】

一、案例

甲因厭倦都市上班族之生活，便打算和妻小歸隱田園，回到鄉下租塊土地耕種，作個快樂農夫來維生。再經人介紹後，甲找上了台南麻豆的大地主乙，乙生性豪

爽，聽完甲放棄高薪生活甘於務農之行為相當欽佩，便將一棟房屋出租給甲，並約定每年年初，由乙至甲之家中收取租金。惟不久後，乙北上台北定居，在隔年年初時致電給甲，表示自己身在台北無法前往收取租金，要求甲北上至乙家交付，乙聽聞後便以農務繁忙為由當下拒絕，並撂下狠話「錢在我家，自己來拿」，甲氣急之下，便表示終止契約，要求以返還該房屋，請問當事人間法律關係為何？（本案例改編自最高法院九五年台上一四四號判決）

二、爭點整理

- （一）當事人就其租賃契約未約定租期，其效果為何？
- （二）當事人約定至甲家中收取租金，有何法律上意義？
- （三）究竟係甲構成給付遲延，抑或是乙構成受領遲延？

三、教師手冊（思考流程）

- （一）先釐清租賃關係契約內容為何？

租賃契約一般而言不外乎雙方當事人約定租賃物、租金多寡、租期長短、租金給付之時間等等，其中租賃期間之地位相當重要，它反應出當事人所欲繼續維持該契約之時間長短，且在當事人未為約定或違反第四二二條、或當事人依第四五一條為默示更新時，此時法律賦予此種租賃關係一個名詞「不定期租賃」，也反映出在終止契約時，必須受到一些有別於一般租賃關係的拘束。

- （二）往取之債、赴償之債？

清償地之約定，亦為契約內容之一環，如當事人約定由債權人前往債務人之處所受領清償，承前所述，屬往取之債；反之，如約定由債務人前往債權人之住所為清償，則屬赴償之債。此依約定僅係契約之一部，更會影響債務人為給付時，是否在清償地提出，是否符合債之本旨。

- （三）受領遲延中，因債務人之過失致給付不能時，債權人是否仍應為對待給付？

受領遲延時，債務人僅就故意或重大過失負責，此為民法第二四七條明文，但債權人是否仍為給付，關於此問題學說上尚有爭議，有學者從危險移轉角度切入（民法第三七三條），但亦有認為，從給付不能之事由係可歸則於債權人方面思考（民法第二六七條），然不論係採何家學說，其結論皆認為債權人仍應為對待給付才是。

四、參考書目

- 1、孫森焱，債篇總論，2006年
- 2、黃茂榮，債法各論（第一冊增訂版），2006年
- 3、黃茂榮，債法總論（第二冊），2002年

五、作業

甲於乙經營之骨董店看到一個象牙馬，造型典雅，標價五十萬元，當下決定購買，並與乙商定在一個禮拜後於甲之家中交付，惟在乙將該象牙馬運送到甲家外發現甲並不在家中（重傷住院），屋內亦無任何人應門，乙只好將該物送回店中，於回程時遭丙闖紅燈所撞，象牙馬全毀，當事人間之法律關係為何？

最高法院民事判決

九十五年度台上字第一四四號

上訴人 甲○○

乙○○

訴訟代理人 陳郁芬律師

蘇文奕律師

被上訴人 丙○○

上列當事人間租佃爭議事件，上訴人對於中華民國九十三年七月十三日台灣高等法院台南分院第二審更審判決（九十三年度上更字第一七號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

原判決關於確認兩造間就台南縣麻豆鎮○○段第七二之四、七二之五、七五之一、七五之二、七五之六、七六之一、七六之三、七六之四地號土地之私有耕地租賃契約關係不存在及該訴訟費用部分廢棄，發回台灣高等法院台南分院。

理 由

本件被上訴人主張：坐落台南縣麻豆鎮○○段第七二之四、七二之五、七五之一、七五之二、七五之六、七六之一、七六之三、七六之四等八筆土地為伊所有，於民國四十一年一月一日，與訴外人即上訴人之父黃鶴翔，簽訂系爭耕地三七五租約，嗣黃鶴翔於八十一年三月間死亡，由其子即上訴人繼承系爭土地之租賃權，惟上訴人均未給付任何租金予伊，經伊多次催討，均置之不理，伊乃於八十八年一月一日以台南縣麻豆郵局第十一號存證信函，催告上訴人於收到該信函後二十日內補繳租金，上訴人僅以存證信函表示黃鶴翔生前未曾欠租云云，惟迄未繳付租金，伊繼於同年三月五日以同郵局第四十五號存證信函，通知上訴人終止系爭耕地三七五租約等情，求為確認兩造間就系爭八筆土地耕地租賃關係不存在之判決（未繫屬本院者，不予論述）。上訴人則以：系爭八筆土地雖登記為被上訴人名義，實際上係祖產，由伊祖父與先父黃鶴翔共同簽訂系爭耕地三七五租約，嗣伊先父向伊祖父反應其名下財產僅八分地，未達應得之應有部分，經伊祖父同意後，伊先父遂改以繳付官租之方式繳付租金，迄伊祖父於四十六年間去世，租金負擔均維持上開方式不變，伊繼承系爭土地之租賃權後，亦係依約行事。嗣因政府政策變更，公告停徵官租，故於其父黃鶴翔生前即已無庸繳付任何官租，伊繼承系爭土地之承租權，亦無庸繳納任何官租等語，資為抗辯。原審將第一審所為被上訴人敗訴判決予以廢棄，改判如其聲明，無非以：依系爭耕地租約第一項所載租額，既有正產物種類及數量之記載，上訴人本應依系爭耕地租約所載之租額繳租，以盡其承租人之義務，但依該租約第三項所載租率，既訂明依正產物收穫總量千分之三百七十五係最高額，原低於千分之三百七十五者，從其原有約定之規定計算，兩造間苟於系爭租約所載租額外，另有變更該原租額之約定，而有利於上訴人，當亦非法所不許，上訴人即應依該較有利新約定之租額繳租。被上訴人在歷審迭次主張：「因黃鶴翔向其表示經濟有困難，無法支付租金，其乃表示至少要繳官租，黃鶴翔亦同意，此後黃鶴翔即改以繳納契稅、田租及曾文水庫工程費等官租，以代替其應繳之耕地租金」及上訴人迭在歷審辯稱：「我（乙○○）和我弟弟繼承土地承租權之後確實沒有繳過租，但是因為我們繼承租賃權之前，我父親就與我祖父約定只要繳官租就可以了，所以我才沒有再繳任何租金給被上訴人，我父親是從四十二年開始沒有繳租金，因為我父親跟我祖父約定只繳水租、田賦、曾文水庫工程費，其餘部分就不用再繳納」、「爭議租地係祖產，先

父所定契約，因未逾可分得額，故經先祖父之准許，僅負責官租以代替租額等語，對照參互觀之，兩造均不否認被上訴人與上訴人先父生前有合意變更給付租金方式，改約定以繳納所謂「官租」代替原租約所定租金之事實無訛。上訴人既係繼承其父之承租權，依約自應負給付相當「官租」數額之租金，且以「官租」代替租金之給付，僅係負擔給付方式之權宜變更而已，即該所謂「官租」本係被上訴人應繳付國家之稅捐等費用，為省事轉由上訴人將應給付被上訴人之租金，直接代被上訴人向國家繳付相當租金數額之「官租」，以完成上訴人應繳付被上訴人租金之義務，祇須系爭租約仍按原約定繳租方式未變更，上訴人即難解免其應繳付租金之義務，灼然明甚。則該所謂以「官租」代替租金之給付，既仍不失給付租金之本質，不因國家是否停徵稅租而異，祇須系爭租約就系爭租金給付未重新約定回復原租約所定方式，而依續訂有效存在，因原約定以「官租」繳租方式未變，上訴人自仍應以相當「官租」之數額繳付租金，並非兩造未重新合意前，原定系爭租金給付之方式及範圍，於政府停徵稅租後，處於合意停止之狀態。上訴人自政府停徵稅租後迄未繳付任何租金予被上訴人，為上訴人所不爭，經被上訴人於八十八年一月一日，以台南縣麻豆郵局第十一號存證信函，催告上訴人於收到該信函後二十日內補繳租金，嗣於同年三月五日，以同郵局第四十五號存證信函，通知上訴人表示終止兩造間之耕地三七五租約各情，雖該催告函未詳載所欠租金之明細，但上訴人既於收受該催告函後對被上訴人催繳租金一事表示異議，顯見上訴人對該已積欠相當「官租」租金達兩年總額之事實，已有所認知而生催告之效果，上訴人猶拒不繳付租金，則被上訴人繼於八十八年三月五日，通知上訴人終止契約，已生終止系爭租賃契約之效力，兩造就系爭八筆土地之租約已合法終止。惟上訴人仍堅稱租約關係存在，顯見被上訴人就系爭八筆土地有關租賃關係之存在與否並不明確，致其在私法上之地位有受侵害之危險，此項危險確有以確認判決除去之必要，從而被上訴人請求確認系爭三七五租約不存在為有理由，應予准許等詞，為其判斷之基礎。惟按往取債務，必須債權人於清償期屆滿後，至債務人住所收取時，債務人拒絕清償，始負給付遲延之責任，倘債權人未赴債務人住所收取，祇構成債權人受領遲延，債務人不負給付遲延之責任。故耕地出租人以承租人積欠地租達兩年之總額為原因終止租約，應依民法第四百四十條第一項規定，定相當期限催告承租人支付，於往取債務，並須於催告期滿，至承租人之住所收取，承租人仍不為支付，出租人始得終止租約。依卷附系爭台南縣麻民地字第三〇八六號私有耕地租約應納地租繳納地點約定為台南縣麻豆鎮東角里佃人宅（見原審上字一〇一頁），依此記載，似應由出租人前往承租之佃農住宅收取租金，倘屬無訛，則本件租金之給付既為往取債務，被上訴人有無前往上訴人處收取，而遭拒絕給付，攸關被上訴人得否終止系爭耕地三七五租約，原審胥未詳查究明，遽以上開理由，為上訴人不利之認定，自有未合，本件事實尚未明瞭，本院無從為法律上之判斷。上訴論旨，指摘原判決關於此部分為不當，求予廢棄，為有理由。又系爭七五之六號土地所有權業經台灣台南地方法院八十八年度重訴字第二二四號、台灣高等法院九十年度重上更 字第二〇號、本院九

十二年度台上字第一四三〇號判決命被上訴人應移轉登記予上訴人乙○○，案經發回，應併予注意。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、第四百七十八條第二項，判決如主文。

【第六單元 擔保】

一、案例

甲欠乙銀行一千萬元，丙為甲之多年好友，經甲求情，便願意提供其所有價值逾一千萬元之 A 地設定抵押權與乙銀行擔保甲之債務。此外，丁亦為該筆債務之保證人。嗣後甲因無力償還，A 地因而遭乙銀行拍賣，該筆債款亦已還清。丙因

而主張丁為保證人，與其為該債務之物上保證人地位相同，故其得代位行使乙銀行之權利，求償共同擔保一千萬元之二分之一，試問丙之主張是否有理由？

（參考自最高法院 80 年台上字第 2508 號判決）

二、爭點整理

（一）民法保證契約之意義與特性為何？擔保物權之抵押權的意義與特性為何？

（二）民法規定保證人之義務與權利有哪些？

（三）保證契約與擔保物權間之關係為何？試就在債權人權利之行使、抵押人與保證人間之求償關係、抵押人與保證人對主債務人之求償關係方面述之。

（四）丙主張其得代位行使乙銀行之權利，向丁求償共同擔保一千萬元之二分之一，試問丙之主張是否有理由？

三、參考資料

（一）劉春堂，民法債篇各論（下）

（二）謝在全，民法物權論(下)，修訂四版

（三）鄭玉波，民法物權，修訂十五版

（四）最高法院 19 年上字第 330 號判例

（五）最高法院 80 年台上字第 2508 號判決

（六）最高法院 89 年台上字 2304 號判決

（七）最高法院 87 年台上字第 576 號判決

最高法院民事判決

八十年度台上字第二五〇八號

上訴人 楊卓成（即和睦建築師事務所） 住台北市南京東路二段九五號十樓

被上訴人 張維麗 住台北市士林區文林路七六五號八樓之十二

右當事人間請求清償債務事件，上訴人對於中華民國八十年八月二十六日台灣高

等法

院第二審判決（八十年度上字第○○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

本件上訴人主張：伊於民國七十二年六月十七日提供伊在美商華友銀行（以下簡稱華友銀行）存款美金一百六十萬元為該銀行設定質權，以擔保訴外人精迅電子有限公司（以下簡稱精迅公司）對該銀行之一切債務。嗣因精迅公司積欠華友銀行新台幣（下同）一千六百五十萬元無力償還，華友銀行要求為出質人之伊代償，伊乃於七十四年七月一日代為清償完畢，祇因被上訴人亦為精迅公司對華友銀行上開債務之連帶保證人，與伊為該債務之物上保證人地位相同，應類推適用民法第七百四十八條、第二百八十條規定，平均分擔義務。伊自得代位行使華友銀行之一切權利，求償共同擔保之債務數額二分之一。茲先行請求被上訴人償還二百四十萬元及加付法定遲延利息等情，求為命被上訴人給付二百四十萬元及加付法定遲延利息之判決。

被上訴人則以：上訴人於代償精迅公司積欠華友銀行上開債務後，已為訴外人陳榮森約定，由陳榮森承擔是項債務，陳榮森與上訴人間因而成立金錢借貸關係，則精迅公司已不復負擔債務，伊為精迅公司之連帶保證人，自亦不負保證債務。況物保與人保併存時，物保之代償責任次序，優先於人保。上訴人為物上保證人，代償債務後，自不得向為保證人之伊求償。且上訴人代償精迅公司之債務後，其擔保之義務消滅，就伊而言，即為債權人之華友銀行拋棄其債權之擔保物權，伊因華友銀行之拋棄，而免除保證責任，上訴人自亦不得代位華友銀行向伊求償云云，資為抗辯。

原審審理結果，以：上訴人主張於七十二年六月十六日以其在華友銀行之存款為華友銀行設定質權，以擔保精迅公司對該銀行所負一切債務。嗣因精迅公司積欠華友銀行一千六百五十萬元無力清償，上訴人仍於七十四年七月一日代為清償全部債務等情，為被上訴人所不爭，並有上訴人提出之質權設定書、催告函、還款支票及清償債務等件影本為證，堪認實在。查上訴人為出質人，因債務人精迅公司於清償期屆至後未依學清償債務，經質權人華友銀行催告上訴人清償其擔保之債務，上訴人於代為清償後，華友銀行即不得再對之行使質權人之權利是上訴人就債之履行，為有利害關係之第三人。按就債之履行有利害關係之第三人為清償者，得按其限度就債權人之權利，以自己之名義代位行使，民法第三百十二條前段定有明文。此為法定之債權讓與。該債權之從屬權利，固應隨同移轉，然如從屬權利有人之保證或物之擔保者，代為清償之第三人如為擔保物之提供人時，可否依上開規定代位向保證人行使權利，端視二者對債權人所負責任之次序而定，果物之擔保責任較人之保證責任優先，則於擔保物之價值範圍內，代位清償之第三人對於保證人自無求償權可言。是上訴人主張依民法第三百十二條規定，向被

上訴人求償云云，尚非可採。又數人保證同一債務者，除契約另有訂定外，應連帶負保證責任，民法第七百四十八條固定有明文。民法第二百八十條前段復規定，連於債務人相互間除法律另有規定或契約另有訂定外，應平均分擔義務。惟就同一債務有人之保證與物之擔保並存時，其關係如何，法無明文規定，學說上有認為物之擔保責任優先者，有認為二者並無差別者。惟依最高法院十九年上字第三三〇號判例意旨謂：「債務關係如於設定擔保物權而外並有保證人者，該主債務人不清償其債務時，依原則固應先儘擔保物拍賣充償，惟當事人間如有特別約定，仍從其特約」云云，係採物之擔保責任優先說。蓋以物之擔保，擔保物之提供人僅以擔保物為限，負物之有限責任；而人之保證，保證人係以其全部財產，負無限責任，其所負責任較重，基於公平起見，使物之擔保責任優先，以保護保證人，並無不當。是依民法第四百五十一條規定，債權人拋棄為其債權擔保之物權者，保證人就債權人所拋棄權利之限度內，免其責任。反之，債權人拋棄其對保證人之權利者，於債權擔保之物權則無影響。二者之責任基礎及責任範圍並不相同，自難類推適用民法第四百四十八條有關共同保證、第二百八十條有關連帶債務人相互間分擔義務之規定，使物之擔保與人之保證，平均分擔其義務。又依民法第八百七十九條規定，為債務人設定抵押權之第三人，代為清償債務，或因抵押權人實行抵押權致失抵押物之所有權時，依關於保證之規定，對於債務人有求償權。故為債務人設定抵押權之第三人，於代為清償債務後，僅得依保證之規定，對於債務人有求償權，對於連帶保證人，則無從對之行使求償權。準此，物之擔保應優先於人之保證。於出質之代為清償債務之情形，基於同一法律上理由，亦應如此解釋。

本件上訴人為出質人，其代為清償精迅公司所欠華友銀行之債務一千六百五十萬元，仍在擔保標的之價值範圍內，當事人間又別無特別約定，則依上開說明，對於債務人連帶保證人之被上訴人即無求償權。至於上訴人同時為該債務之連帶保證人，於其兼為物之擔保提供人之常分並不生影響。上訴人對被上訴人所有財產實施假扣押，經被上訴人之配偶提起第三人異議之訴，已受財訴判決確定，則與本案無涉。又民法第七百四十五條有關保證人先訴抗辯權之規定，與主債務人之財產是否設定擔保物權無涉，上訴人主張：債權人於人之保證與物之擔保併存時，應先儘擔保物取償者，以擔保物屬於債務人所有者為限云云，亦無可採。從而上訴人依代償之法律關係，請求被上訴人給付二百四十萬元並加付法定遲延利息，依法尚乏依據。爰將第一審所為上訴人敗訴之判決，予以維持，駁回其第二審上訴。經核於法洵無違誤。上訴論旨，就原審取捨證據、認定事實之職權行使，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。

【第七單元 7-1 契約之運用－契約法與金融交易-存款盜領與銀行之責任】

一、案例

甲曾於乙銀行開立乙種活期存款帳戶，某日，丙冒稱其為國稅局人員，假查稅之

名取走甲之存摺，旋於當日持該存摺以偽刻之印章，盜領甲帳戶內共一百萬存款，甲主張乙銀行既未能察覺該存款是由丙持偽造印章所冒領，乙銀行應負責。而乙銀行則告訴甲，甲之存摺中已印有「活期儲蓄簡章」，其中規定有「存戶對於存款之存摺或取款圖章、均請妥慎保管，如有遺失、滅失或被竊盜情事，請立即來行照本行掛失止付規定辦理，但在本行接受掛失止付書面申請以前，存款如已被人冒領，本行概不負責」、「存戶簽章，如有被偽造、變造等情事時，除當時以普通視力所能辨別者外，一經憑摺付款，本行概不負責」，甲掛失前丙已盜領，以銀行乃善意付款予丙，且該印章本銀行之職員難以肉眼辨認出為偽造，故乙不需對甲清償該存款。試問，誰之主張為有理由？（參考自地方法院 90 年訴字第 111 號民事判決²）

二、爭點整理

- （一）本案甲與乙銀行所訂立之乙種活期存款契約，性質為何？
- （二）本案乙銀行活期儲蓄簡章之性質及效力為何？
- （三）本案丙持真正存摺與使用偽造之印章以提款，銀行是否得主張對第三人清償之效力？
- （四）乙銀行可否主張存款盜用乃起因於甲未盡保管其存摺之責所致，而主張過失相抵？

三、教師手冊（思考過程）

- （一）若丙除了甲之存摺外，連同甲之印章亦取走，憑以提款，又有何不同？
- （二）若本案甲於出國期間，家中遭竊，丙偷走甲之身分證與存摺，惟並未偷走該存摺印鑑章，丙猜想即使無偷到存摺印鑑章，但有身分證，便偽刻印鑑，持其身分證向銀行申請變更印鑑，進而成功盜領甲之存款，試問銀行於甲出國期間對丙之付款是否已對甲生清償效力，甲是否得依民法第六〇二條向銀行請求返還存款³？
- （三）若本案丙為乙銀行之職員，非偽造印鑑，而是故意詐騙甲須蓋章於印鑑卡以便銀行日後作業相關事宜，丙便持該蓋有印鑑之卡上偽造甲之簽名，將甲帳戶之金額盜領一空，問乙銀行對丙之付款是否已對甲生清償效力？甲可否主張民法第一八八條規定，主張銀行應與丙之侵權行為負連帶賠償之責⁴？
- （四）若甲並與銀行辦理金融卡，惟金融卡於郵寄過程中遺失，甲之存款因而遭盜領，試問若依所謂「優勢之風險承擔人」之標準判斷，應將風險分配於支付最少成本即可防阻風險發生之人，始能達成契約最經濟效率之目的，

²臺灣彰化地方法院民、刑事裁判書彙編(90年版)全一冊，第92-107頁

³ 參考自最高法院八十一年台上字第二九三四號判決，最高法院民事裁判書彙編第10期，頁256-260頁

⁴ 參考自最高法院八十一年台上字第二八號判決，最高法院民事裁判書彙編第7期，頁53-56

本案甲是否仍得主張銀行須返還存款⁵？

- (五) 若甲辦理金融卡並無約定轉帳功能，於春節期間，遭丙竊走存摺、印章與金融卡，甲旋以電話辦理掛失，但春節期間銀行無人留守，無法辦理掛失。惟丙已於春節期間以轉帳方式盜領存款，至銀行恢復上班時，甲才辦理掛失成功，卻又遭同樣手法被盜領。試問提款卡及密碼可否將之認為係存摺與印鑑之替代，進而以真正金融卡與真密碼盜領時，銀行可主張已對存戶生清償之效力？可否以消費者保護法第七條之規定，作為金融卡盜領時，風險分擔原則之依據⁶？

四、參考資料

- (一) 地方法院九十年訴字第一一一號民事判決
- (二) 最高法院五十七年度台上字第二九六五號判例
- (三) 最高法院七十三年度第十一次民事庭決議
- (四) 最高法院七十六年台上字第一八六五號判決
- (五) 最高法院六十八年度第六次民事庭庭推總會決議(三)
- (六) 最高法院八十一年台上字第二九三四號判決
- (七) 最高法院八十一年台上字第二八號判決
- (八) 杜怡靜，從消費者保護之觀點檢討金融卡盜領之風險分擔原則—以九十年度上字第三三〇號判決為例，月旦法學雜誌，第 108 期
- (八) 邱聰智，新訂債法各論(中)

五、作業

- (一) 設丁公司與乙銀行締結甲種活期存款契約，而存款戶即丁公司之職員戊偽造丁公司之印章與背書，向乙銀行盜領丁公司之存款，試問
- (1) 乙、丁當事人間法律關係之性質為何？
 - (2) 乙銀行就甲種活期存款事務之執行，應負何種注意義務？
 - (3) 又乙銀行對戊之付款是否對丁公司發生清償之效力？
 - (4) 而本案被害人為乙銀行或丁公司？
 - (5) 若存戶與銀行間為委任關係⁷，丁公司可否依民法第五四四條之規定請求主張受有損害請求賠償？
 - (6) 戊之行為是否屬「因執行職務不法侵害乙銀行之權利」之侵權行為？乙銀行可否依民法第一八八條規定，主張丁公司對其職員未盡相當監督之責，丁應就

⁵ 參考自九十四年簡上字第一七一號判決，臺灣臺北地方法院民、刑事裁判書彙編，頁 63-68

⁶ 杜怡靜，從消費者保護之觀點檢討金融卡盜領之風險分擔原則—以九十年度上字第三三〇號判決為例，月旦法學雜誌，第 108 期，2004 年 5 月，頁 212-222

⁷ 最高法院六十五年度台上字第一二五三號判例，惟亦有認為屬消費寄託與委任之混合契約(最高法院七十三年度第十次民事庭決議，邱聰智，前揭註二，頁 415)

戊之侵權行為與戊負連帶賠償之責？
（參考自高等法院 95 年重上字第 74 號）

臺灣彰化地方法院民事判決

九十年年度訴字第一一一號

原告 陳黃終妹
訴訟代理人 林見軍律師
被告 彰化商業銀行彰化分行
法定代理人 蕭清助
訴訟代理人 林丁壬

林春榮律師

複 代理人 楊大德律師

右當事人間請求返還存款事件，本院判決如左：

主 文

被告應給付原告新台幣捌拾貳萬元，及自民國八十九年十二月二十六日起至清償日止，按年息百分之五計算之利息。

訴訟費用由被告負擔。

本判決於原告以新台幣貳拾柒萬壹仟肆佰元為被告供擔保後，得假執行；但被告如於假執行程序實施前，以新台幣捌拾貳萬元或等值之銀行可轉讓定期存單為原告預供擔保，得免為假執行。

事 實

甲、原告方面：

一、聲明：求為除假執行擔保金額及免假執行宣告外如主文所示。

二、陳述：

（一）緣原告前曾在被告彰化商業銀行彰化分行，開立帳號為六〇〇六五一四八五二一〇〇〇之活期存款帳戶。嗣於民國（下同）八十九年十二月十三日，原告所有之上開存摺竟遭人假以稅務人員查稅名義拐騙取走，且旋於當日即發生該等不法之徒持上開存摺並鈐蓋偽刻之印章，加以盜領上開帳戶內共新台幣（下同）八十二萬元之存款。而有關原告遭人受騙取走之存摺，案發當日原告更即向相關單位報案以利查緝。

（二）然查，系爭八十九年十二月十三日取款憑條其所蓋印章，核與本人初於開戶所留於被告內部之印鑑章，單以常人之肉眼觀之，取款憑條上「陳黃終妹」的「陳」下部與「黃」接觸的部分筆畫較細，另「終」的右半部筆畫也較細，「終」下部二撇較為轉折，即可見二者筆畫粗細、大小即有不同，是此情事係屬冒領已然甚顯，奈被告所屬職員竟疏漏未查。參酌最高法院五十七年度台上字第二九六五號判例意旨，被告彰化銀行彰化分行不得以此冒領情事，主張對原告發生清償之效力。為此，原告函請被告彰化銀行彰化分行返還該八十二萬元之寄託款項，奈被告竟置之不理。爰依消費寄託之法律關係起訴請求判准如訴之聲明。

（三）按「金融機關與客戶間之乙種活期存款契約，具有消費寄託之性質，客戶得隨時請求返回寄託物。上訴人係金融機關，就客戶具領存款，究以何種方法判別印章之真偽，為其內部處理業務之問題，縱令金融機關之職員，以肉眼判別印章之真偽，並無過失，然存款為第三人偽刻印章所冒領，上訴人僅得對該冒領之人為損害賠償之請求，要不得以第三人冒領之事由，主張對於被上訴人已生清償之效力。」，此有最高法院五十七年度台上字第二九六五號判例可稽。查，本件原告寄存於被告金融機關之存款，係遭不法人士以偽刻之原告印章冒領八十二萬一節，除經原告指述歷歷，並經鈞院函調相關報案紀錄可資證明外，鈞院復將系爭「鈐蓋於八十九年十二月十三日取款憑條之印章」與「原告辦理存款之初，留存於被告金融機關之印鑑卡上之印鑑章」送予鑑定，亦獲「兩者印文不相符」

之結果，核此更與原告初以肉眼辨識即明指二者印文容有不同之說法，不謀而合。對此鑑定結果，被告或稱此乃印文模糊所致云云，然查細閱比對內容，非僅印文有所不符，及觀以印章大小，亦見大小不一。是被告上開所辯，自與常情有違。故承上說明，被告金融機關之人員在本件判別系爭八十九年十二月十三日取款條上之印章之真偽，確存有重大之過失。況縱金融機關之職員，以肉眼判別印章之真偽並無過失，然存款為第三人偽刻印章所冒領，上訴人僅得對該冒領人為損害賠償之請求，要不得以第三人冒領之事由，主張對原告已生清償之效力，更據上開判例揭示甚明。故被告其抗辯無庸負責，或已生清償之效力，當屬無據。

（四）被告雖辯稱依據被告「活期儲蓄存款簡章」第七條、第八條之規定，第三人既持真正之存摺以資提款，該第三人自居於債權之準占有人地位，從而被告金融機關如數給付提取之款項，依民法第三百十條第二款之規定，已生清償之效力云云。惟姑不論「活期儲蓄存款簡章」第七條、第八條之定型化契約容有違反公共秩序，應解為無效。即以民法第三百十條第二款之適用，乃需以受領人為債權之準占有人，並以債務人不知其非債權人為其要件，而有關乙種活期存戶與金融機構間之消費寄託關係，就債權之準占有人一節之判斷，歷來法院實務皆認此在第三人係持真正存摺並在取款憑條上盜蓋存戶真正印章向金融機關提取存款，且金融機關不知其係冒領而如數給付之情況下，方有此適用。至第三人持真正存摺而蓋用偽造之印章於取款條上提取存款，則不能認係債權人之準占有人（參最高法院七十六年度上字第一八六五號判決、最高法院七十三年度第十一次民事庭會議決議）。茲本件黔蓋於系爭八十九年十二月十三日取款憑條上之印章，係屬偽刻，且被告金融機關更未善盡辨識印章真正之責，已如前述，是衡上說明，本件並無民法第三百十條第二款之適用。

（五）至被告金融機關另辯本件原告對於損害之發生，與有重大過失，故基於衡平原則，爰請依法免除被告之責任等語。惟查，本件原告據以請求者，乃基於消費寄託契約請求被告金融機關履行返還存款之義務，非係基於侵權行為之受害人有所請求損害賠償，是何來「損害之發生」？又原告既非被害人，則復何來「被害人與有過失」之有？從而，被告上開答辯實容有誤會。

三、證據：提出冒領之取款憑條影本一紙、印鑑簡卡影本一紙、律師函及其回執影本各一紙、彰化銀行彰化分行彰彰字第三三七〇號函影本各一紙等件為證，並聲請鑑定印鑑卡、印鑑簡卡及八十九年十二月十三日提款之取款憑條原本上「陳黃終妹」之印鑑是否相符。

乙、被告方面：

一、聲明：

（一）請求駁回原告之訴及其假執行之聲明。

（二）如受不利判決，願以現金或等值可轉讓銀行定期存單供擔保，請准宣告免於假執行。

二、陳述：

（一）否認原告主張存摺遭人騙取，取款憑條上之印文係他人偽刻並蓋上。

(二) 依彰化商業銀行存款規則第四十八條規定，「存戶在櫃臺取款時，應填具當日日期之取款憑條，簽蓋原留簽章，連同存摺交由本行辦理付款。但取款憑條如所填日期在領款日前七日以內者，可以照付。取款憑條不得單獨使用。」，故存摺、取款憑條、印章為提領存款所必須之文件。依原告起訴狀所載，八十九年十二月十三日提領款項時之存摺為真正，且取款憑條上之印章與印鑑卡之印鑑完全相符。原告主張印文不符，應非實在。

(三) 原告於八十九年十一月二十日轉提款四千一百五十三元，至月底餘額八萬八千零九元，於八十九年十二月十三日匯款存入七十五萬元，同日提領八十二萬元，故若無匯入七十五萬元，原告帳戶內根本無款可供提領。而該七十五萬元係原告於十二月十三日上午十時二十八分始從彰化十信儲蓄部匯至被告所設帳戶內，八十二萬元則於同日十一時十五分提領，此一提款若非原告所為，其何需匯入七十五萬元？他人有何時能知悉原告有此一匯款行為而得於四十七分鐘後填載八十二萬元之取款憑條？是原告所為主張，更與經驗法則有違。

(四) 況，依原告自認為真正之跨行入戶電匯轉帳收入傳票及取款憑條之記載，原告自彰化十信匯入之時間為上午十時二十八分，提領款項為十一時十五分，二者相距僅四十七分鐘，而匯款係由原告親自辦理，辦妥後又回到市場做生意，其子始至市場向原告拿存摺，取得存摺後先到公證證券再至被告處，此亦經原告於九十年三月七日自認無誤，各該行為顯無法在四十七分鐘內完成，則原告主張存摺遭人騙走、款項遭人盜領及「從匯款到交付存摺約一個多小時」，均與經驗法則及前開事證有違，自非可採。況原告欲自彰化十信提款並匯至被告處，僅需攜帶原告在彰化十信之存摺及印章即可辦理，無同時攜帶其在被告銀行之存摺之必要，原告竟主張係同時攜帶二本存摺，亦與常情有違。原告更已自認提領八十二萬元所憑之存摺為真正，且其於八十九年十二月十三日在中華路派出所應訊時亦陳明：該提領款項時，伊子在被告銀行半小時之事實，足認此依提款行為係原告有意為之，並授權其子前往辦理。故依各該事由及民事訴訟法第二百七十七條後段之規定，該提款係由原告親自為之或由具代理人之人所為，自己發生清償之效力。

(五) 原告在被告銀行開立六〇〇六五一四八一五二一〇〇〇活期存款帳戶，該帳戶於八十九年十一月三十日之存款餘額為八萬八千零九元，原告於八十九年十二月十三日上午十時二十八分自彰化十信儲蓄部電匯而存入七十五萬元，同日十一時十五分，該帳戶內提領現金八十二萬元，此一提領所需具備之存摺為真正，此為兩造所不爭。

(六) 依原告持有之存摺中印有「活期儲蓄存款簡章」，該簡章第七條、第八條分別載明「存戶對於存款之存摺或取款圖章、均請妥慎保管，如有遺失、滅失或被竊盜情事，請立即來行照本行掛失止付規定辦理，但在本行接受掛失止付書面申請以前，存款如已被人冒領，本行概不負責」、「存戶簽章，如有被偽造、變造等情事時，除當時以普通視力所能辨別者外，一經憑摺付款，本行概不負責。」故存摺為領取存款所必備之文件，存戶若將真正之存摺交付他人，該他人自立於

準占有有人之地位。原告既已自認被告於八十九年十二月十三日係依真正之存摺而付款，除原告能舉證證明被告明知該受領人無權受領外，依法已生清償之效力，原告自不得再對被告行使請求權。

(七)原告雖引用最高法院五十七年台上字第二九六五號判例，而認被告此一付款行為對原告不生清償之效力。惟查，該判例係編在民法第六百零二條，亦即以消費寄託本質而探討並闡述，未及於債權之準占有，不得據該判例而指本件無民法第三百十條第二款之適用。

(八)取款憑條上之印文經送刑事警察局鑑定雖與印鑑卡及印鑑簡卡上之印文不符，惟係取款憑條上之印文較模糊所致，並非真的不一樣。且縱令確有不符情事，亦係經放大四倍並經重疊比對始能分辨，顯無法以肉眼而辨別，依活期儲蓄存款第八條之約定，被告無庸負責。

(九)綜上所陳，原告所主張之事實與經驗法則及其自認為真正之文書有違，顯非實在，且縱令屬實，該第三人因取得真正之存摺而立於準占有有人之地位，被告因之付款與該人，已生清償之效力，原告自不得再對被告行使請求權。況原告輕信他人，將存摺交付他人，使該人持向被告提領八十二萬元，就兩造而言，原告對於損害之發生與有重大過失，其若反得向被告請求，與經驗法則有違，爰請依法免除被告之責任。

三、證據：提出存款規則節本一份、活期存款明細分類帳影本二紙、跨行入戶電匯轉帳收入傳票一紙、取款憑條一份、印鑑卡及印鑑簡卡原本各一份、活期存款簡章影本一份等件為證。

丙、本院依職權函彰化縣警察局彰化分局中正派出所及中華派出所，調閱原告陳黃終妹於八十九年十二月間報案存款簿遭騙取事件之筆錄影本及相關報案資料影本，並依職權向被告調閱彰化銀行彰化分行八十九年十二月十三日監視錄影帶一捲。

理 由

一、本件原告主張其曾於被告彰化商業銀行彰化分行，開設帳號為六〇〇六五一四八五二〇〇〇之活期存款帳戶，嗣於八十九年十二月十三日，原告所有之上開存摺竟遭人假稅務人員查稅名義拐騙取走，且旋於當日該等不法之徒竟持上開存摺，並偽刻原告之印章，盜領上開帳戶內共八十二萬元之存款，系爭八十九年十二月十三日取款憑條上所蓋印章，與原告當初開戶留於被告內部之印鑑章不相符合，被告未查，遽將系爭款項交予上開詐騙存摺之徒，故縱上開存摺為真正，然亦顯不生清償之效力，爰依消費寄託之法律關係請求被告給付如訴之聲明所示之金額等語。被告則以：否認取款憑條上之印章與留存於被告之印鑑簡卡上之印鑑章不符；且原告主張其存款遭他人騙走，然依其所述，於當日領款前數小時原告才匯入七十五萬元，又原告為何攜帶二本存摺至市場，及原告於警局中自承第三人提領款項時原告之子在場等情，均與經驗法則相違，應可認原告之存款尚非為他人騙取；況依活期儲蓄簡章第七條及第八條之約定，原告應妥善保管存摺，如有遺失，於向被告銀行報失前之損失，被告概不負責、存戶簽章如有被偽造、變

造等情事時，除當時以普通視力所能辨別者外，一經憑摺付款，被告概不負責，原告既已自認係以真正之存摺而付款，且該印文不符之情形顯無法以肉眼而辨別，故依民法第三百十條第二款之規定，已生清償之效力；又原告未妥善保管存摺，對於損害之發生與有重大過失等語置辯。

二、經查，原告主張其曾在被告彰化商業銀行彰化分行，開立帳號為六〇〇六五一四八五二一〇〇〇之活期存款帳戶，嗣於八十九年十二月十三日，原告所有之上開存摺竟遭人假以稅務人員查稅名義拐騙取走，且旋於當日即發生該等不法之徒持上開存摺並鈐蓋偽刻之印章，盜領上開帳戶內共八十二萬元之存款等情，業據原告陳明在卷，其稱：「八十九年十二月初有一位國稅局人員打電話告訴我，說他是查股票盜賣，我懷疑他說話之真正，便提議刷集保簿，但他說電腦犯罪發達。集保簿看不出來，他便建議我將股票全數賣看看，他說如果有款項進來便可證明股票未被盜賣，然後我賣了股票，也領到錢，並將前存入彰化十信存摺，十二月十一日下午他來拜訪我，並出示國稅局證件要看我存摺，我買賣股票存摺是彰化十信帳戶，他便影印彰化十信存摺回去，十二日早上他又來拿公正集保簿及帳戶存摺正本，影印後正本還我，十三日我轉七十五萬過去彰化銀行帳戶，後來他到我家裡說他主管要看帳戶正本，並出示國稅局證件叫我兒子拿股票進出明細、十信及彰銀存摺給他，我兒子和在一起共三人約十一點多時候到公證證券，他藉口法院有事，以後就未回來。」「八十九年十二月十三日中午吃完飯後報案。到十信匯款是我本人去匯的，我去市場做生意後去匯款，我去匯款有帶十信及彰銀存摺去，匯款後就回市場做生意沒有回家。是我兒子帶國稅局人原來市場找我拿簿子，從匯款到交付存摺約一個多小時，彰化銀行印章未交付他人，十信的印章與彰銀的印章是同一個，只有我兒子知道兩家銀行是用同一印章，我在十信有辦理通儲，通儲的存摺上有蓋印鑑章，而且此印鑑章與彰化銀行是同一刻，所以我事後懷疑是他拿十信存摺後去盜刻印章，彰化銀行的人說領錢時我兒子是否有在現場，但是後調錄影帶發現我兒子並不在現場。」等語，並經本院依職權調閱上開原告於八十九年十二月十三日十三時於彰化縣警察局彰化分局之警局筆錄查核無訛。又本院依原告之聲請將原告之印鑑章、留存於被告處之印鑑卡、印鑑簡卡及八十九年十二月十三日系爭取款條原本，送請內政部警政署刑事警察局鑑定上開印鑑簡卡上「陳黃終妹」之印鑑章與取款憑條上之「陳黃終妹」印鑑章是否為同一，經內政部警政署刑事警察局鑑驗結果為：「取款條上之『陳黃終妹』印文與印章上之『陳黃終妹』經比對不相符。」，有上開內政部警政署刑事警察局以九十年三月二十三日刑鑑字第四〇九一二號鑑驗通知書在卷可稽，衡情，如取款條上之「陳黃終妹」印文與印鑑卡上之「陳黃終妹」不相符合，依據經驗法則，應非由原告即存戶本人親自提領或授權第三人提領，故被告如欲主張該存款係由原告授權第三人提領，自應就此變態事實負舉證之責任。被告雖抗辯於當日領款前數小時原告才匯入七十五萬元，且為何原告攜帶二本存摺至市場，及原告於警局中亦自承第三人叫原告之子在彰化銀行等拿走存簿的人，足見原告之子於第三人提領款項時在場等

情，均與經驗法則相違云云，惟查，原告雖於八十九年十二月十三日警訊筆錄中稱：「那名男子．．．又帶我兒子到市場找我拿存簿，又跟我兒子到公證證券公司，．．．，然後又跟我兒子說下午要帶別人去法院，叫我兒子在彰化銀行等拿走存簿的人．．．」，有上開警訊筆錄在卷足憑，惟原告上開陳述僅說明該第三人叫原告之子至彰化銀行等拿走存簿之人，尚難證明原告之子於第三人提款時即在彰化銀行現場，而本院依職權調閱並勘驗八十九年十二月十三日之被告彰化銀行之提款錄影帶，然畫面跳動無法看清，複製有勘驗筆錄在卷可稽，而被告於本院言詞辯論終結前，亦未能舉出具體事證供本院調查及審酌，自難僅憑其空言指稱有違經驗法則云云而認其抗辯為真，自堪信原告上開之主張為真實。

三、按金融機關與客戶間之乙種活期存款契約，具有消費寄託之性質，客戶得隨時請求返回寄託物。上訴人係金融機關，就客戶具領存款，究以何種方法判別印章之真偽，為其內部處理業務之問題，縱令金融機關之職員，以肉眼判別印章之真偽，並無過失，然存款為第三人偽刻印章所冒領，上訴人僅得對該冒領之人為損害賠償之請求，要不得以第三人冒領之事由，主張對於被上訴人已生清償之效力，此有最高法院五十七年度台上字第二九六五號判例可稽，及參照最高法院七十三年度第十一次民事庭會議決議所揭示：「乙種活期存款戶與金融機關之間為消費寄託關係，第三人持真正存摺並在取款條上盜蓋存款戶真正印章向金融機關提取存款，金融機關不知其係冒領而如數給付時，為善意的向債權之準占有人清償，依民法第三百十條第二款規定，對存款戶有清償之效力，至第三人持真正存摺而蓋用偽造之印章於取款條上提取存款，則不能認係債權之準占有人，縱令金融機關以定式契約與存款戶訂有特約，約明存款戶事前承認，如金融機關已盡善良管理人之注意義務，以肉眼辨認，不能發見蓋於取款條上之印章係屬偽造而照數付款時，對存款戶即發生清償之效力，亦因此項定式契約之特約，有違公共秩序，應解為無效，不能認為合於同條第一款規定，謂金融機關向第三人清償係經債權人即存款戶之承認而生清償之效力。」等意旨，被告所為對第三人之清償行為對於被告，應不生清償之效力。上述債務人（即被告）向持有真正存摺惟偽造印章之第三人清償之責任歸屬，依前述最高法院七十三年度第十一次民事庭會議決議意旨，既不得以定型化契約條款變更法律之任意規定，原告自亦不得藉兩造所訂活期儲蓄存款簡章之約款內容加以排除。被告雖以依原告持有之存摺中印有「活期儲蓄存款簡章」，該簡章第八條載稱「存戶簽章，如有被偽造、變造等情事時，除當時以普通視力所能辨別者外，一經憑摺付款，本行概不負責。」，且縱系爭取款憑條上之「陳黃終妹」之印文與印鑑簡卡上「陳黃終妹」之印文不相符合，惟尚難僅憑肉眼辨別，故被告之職員並無過失等語置辯，然依前述判例及最高法院決議之意旨，被告及其所屬職員之過失責任，既不得以定型化契約而免除，且縱被告對於第三人之提領款項並無過失，惟系爭存款經第三人冒領後，仍不得對原告主張發生清償之效力，是被告上開所辯，尚難採信。

四、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

契約中之條款有違反平等互惠原則者，推定其顯失公平；又定型化契約條款有消費者應負擔非其所能控制之危險者之情事者，為違反平等互惠原則，消費者保護法第十二條第一項、第二項第一款及其施行細則第十四條第二款分別定有明文。查，原告於被告銀行開立活期儲蓄存款，其存摺中雖印有「活期儲蓄簡章」，該簡章第七條載稱「存戶對於存款之存摺或取款圖章，均請妥慎保管，如有遺失、滅失、或被竊盜情事，請立即來行依照本行掛失止付規定辦理，但在本行接受掛失止付書面申請以前，存款如已被人盜領，本行概不負責。」，有被告所提出之上開簡章在卷可稽，惟上開簡章係印於原告之活期儲蓄存摺中，係原告辦理活期儲蓄存款後始得審閱該條款之內容，況上開條款內容約定原告於遺失存摺或印章後，向被告掛失前之責任歸屬，無論被告是否有過失，均不必負責，業已違反上開最高法院五十七年度台上字第二九六五號判例及最高法院七十三年度第十一次民事庭決議之意旨，並使消費者負擔其無法控制之風險，該條款之約定應屬無效。故被告以此約定條款免責，亦屬無據。

五、被告復辯稱：原告業已自承將真正之存摺交付他人領款，故該他人依據民法第三百十條第二款之規定，自立於債權之準占有人之地位，已生清償之效力，原告自不得再對被告行使請求權云云。惟第三人持真正存摺並在取款條盜蓋存款戶真正印章向金融機關提取存款，金融機關不知其係冒領而為給付時，依民法第三百十條第二款規定，對存款戶應生清償之效力（最高法院七十九年度台上字第二七六六號判決可資參照），復參照最高法院六十八年度第六次民事庭推總會決議（三）所揭示：「民法第三百十條第二款之適用，須受領人為債權之準占有人，並以債務人不知其非債權人為要件，某甲持銀行存摺及蓋有偽刻之名章之取款條，以存戶自居，向銀行提取存款後，經科學機器鑑定結果，發現取款條所蓋存戶印文與所存印鑑不符，但其不符非肉眼所能辨識，似此情形，某甲所持之銀行存摺雖屬真正，但取款條上所蓋印文既屬偽造，依本院五十七年台上字第二九六五號判例所示旨趣，某甲不能認為消費寄託關係中債權之準占有人，銀行既設印鑑，即不容藉口非肉眼所能分辨而主張不知其非債權人，謂有該款之適用。」等意旨，足見如認第三人具有債權之準占有人之地位需具備二要件：一為存摺需為真正，二需取款憑條上之印鑑章亦為真正，始足當之。經查，本件原告雖自承其係交付真正之存摺予第三人，惟其取款憑條上之印鑑章非屬真正等情，已如前述，自難認該持有真正存摺之第三人即為債權之準占有人，而已生清償之效力，是被告前揭辯詞，亦難採信。

六、次按損害之發生或擴大，被害人與有過失者，法院得減輕賠償金額，或免除之，民法第二百十七條第一項固定有明文，惟此項規定之適用，原不以侵權行為之法定損害賠償請求權為限，及契約所定之損害賠償，除有反對之特約外，於計算賠償金額時亦難謂無其適用，復有最高法院五十四年度台上字第二四四三號判例可參。故法文既謂「被害人」與有過失，法院得減輕「賠償金額」，並揆諸前揭判例意旨之說明，該條之適用應限於「損害賠償」之債（包括侵權行為損害賠償及契約法上之損害賠償），本件原告既本於返還消費寄託物之法律關係，請求

被告給付如訴之聲明所示之金額，且該存款為第三人偽刻印章所冒領，其受害人應為 被告（最高法院五十七年度台上字第二九六五號判例參照），自無民法第二百一十七條第一項與有過失規定之適用，附此敘明。

七、又按給付有確定期限者，債務人自期限屆滿時起，負遲延責任；給付無確定期限者，債務人於債權人得請求給付時，經其催告而未為給付，自受催告時起，負遲延責任，民法第二百二十九條第一項定有明文；又遲延之債務，以支付金錢為標的者，債權人得請求依法定利率計算之遲延利息。但約定利率較高者，仍從其約定利率；而應負利息之債務，其利率未經約定，亦無法律可據者，週年利率為百分之五，亦為同法第二百三十三條第一項及第二百零三條所名定。查本件原告依返還消費寄託物之法律關係請求被告給付八十二萬元，並未定有給付之期限，惟業已於八十九年十二月二十一日以（八九）友律第一二二一號律師函催告被告於文到三日內給付原告八十二萬元，上開信函並經被告於八十九年十二月二十二日收受，有前揭律師函及送達回執各一紙在卷可稽，故原告請求自催告期滿之翌日起即八十九年十二月二十六日起至清償日止，按年息百分之五計算之利息，核無不合，應予准許。從而，原告本於返還消費寄託物之法律關係訴請被告給付如訴之聲明所示之金額，及自八十九年十二月二十六日起至清償日止，按年息百分之五計算之利息，為有理由，應予准許。

八、兩造陳明願供擔保，以代釋明，聲請宣告假執行或免為假執行，均核無不合，爰各酌定相當擔保金額，併准許之。

九、據上論結，原告之訴為有理由，依民事訴訟法第七十八條、第三百九十條第二項、第三百九十二條，判決如主文。

【第七單元 7-2 契約之運用-契約法與金融交易-信用卡隻法律關係與信用卡盜刷之責任歸屬】

一、案例事實

甲為一高階警官，有感出門時常要帶大筆現金非常麻煩，便向乙銀行申辦信用卡使用，先是到了知名百貨公司 SOGO 買了一套價值十五萬的西裝滿足自己一年來的辛勞，但帳單寄來時確因投資失利手頭籌措不出錢，便僅繳納最低應負金

額一萬五千元而已。不久，甲於某次值勤時竟在車中睡著，遭小偷打開車窗偷去皮夾內之信用卡，並放置另一張他人之信用卡，使甲不自覺信用卡已遭偷竊，遲至九七年二月五日才向銀行掛失，而該小偷早已在同年二月二日盜刷金額高達二十萬元逃之夭夭，但據查，二月二日刷卡簽名之字跡與甲之字跡顯可看出不同。對於甲之說詞乙銀行認為是天方夜譚，令人難以相信，縱使係為真實，亦因雙方所訂信用卡約定書第七條、第十二條之約定，持卡人如有遺失或遭竊之情形，應即向發卡機構通報掛失。並於辦妥掛失手續後前二四小時起，遭冒用所損失由發卡機構負責。今甲主張遭盜刷之日其係在九七年二月二日，而辦妥掛失手續乃在九七年二月五日，該盜刷所生之損害不在乙銀行負擔之範圍內。乙銀行便起訴甲請求給付剩下之十三萬五千元與該筆二十萬元，是否有理由？（案例改編自苗栗地院八九年簡上字第一一號判決）

二、爭點整理

（一）信用卡是為何物？其交易流程為何？

（二）信用卡之三面關係為何？

該信用卡約定書第七條、第十二條之約定是否有疑義？乙銀行主張該筆二十萬元是否有理由？

三、教師手冊

（一）發卡機構之給付義務

持卡人與發卡機構訂立契約後，持卡人即可憑藉信用卡到特約商店消費，而無庸給付現金，先由發卡機構給付，等到每期結帳日時再向發卡機構繳費即可，故發卡機構之義務在於為持卡人處理一切以信用卡消費之相關事項，惟是否負有義務提供特約商店接受持卡人以信用卡簽帳消費，依德國通說認為，發卡機構為持卡人以信用卡簽帳消費提供非現金交易之服務，除替持卡人清償消費之金額外，尚須能提供一定數量之特約商店供持卡人簽帳消費，方能達到信用卡使用目的。⁸

（二）持卡人之給付義務

持卡人之給付義務在於正當使用信用卡與按時繳納每期於特約商店消費之金額，就正當使用信用卡之部分而言，財政部所訂之定型化契約範本第六條第二項以下訂有明確之規範⁹。就持卡人按時繳納每期於特約商店消費之金額，其性

⁸楊淑文，信用卡交易之法律性質及其相關法律問題之研究，政大法學評論第五九期，頁 123。

⁹依財政部所訂之定型化契約範本第六條第二項以下之規定：「持卡人信用卡屬於貴行之產，持卡人應妥善保管及使用信用卡。貴行僅授權正卡持卡人或附卡持卡人本人在信用卡有效期限內分別使用，不得讓與、轉借、提供擔保或以其他方式將信用卡之占有轉讓予第三人或交其使用(第二項)。持卡人使用自動化設備辦理預借現金或進行其他交易，就其交易密碼或其他辨識持卡人同一性之方式，應予以保密，不得告知第三人(第三項)。持卡人不得與第三人或特約商店偽造虛

質究竟為何，應有討論之必要。每期應繳金額通常為持卡人在特約商店所消費之總額，換言之，其金額依據持卡人之每期之消費而定，並非一定之數額。在將發卡機構與持卡人間之法律關係定位委任與消費借貸之混合契約下，此筆金錢究竟為何，發卡機構係以何種依據向持卡人請求給付？一般委任契約之目的在於受任人為委任人提供一定之勞務，並不一定會有金錢之支出。然若受任人在處理事務當中有支出費用時，固得依民法第五四六條¹⁰對委任人請求償還，但此並非為受任人處理事務之對價，不屬受任人處理委任事務之報酬。發卡機構因持卡人在特約商店之消費，其先向特約商店為給付，乃屬為持卡人處理刷卡消費之事務所支出之必要費用，故持卡人在事後有清償之義務。

惟需要注意的是，條文中所謂必要費用，在此情況之下究竟為何？所謂必要性之解釋，必須受任人依照委任事務之本質而為支出，且其支出必須要合乎受任人之指示方可。在信用卡消費中，持卡人在使用信用卡消費時，通常都會在簽帳單上簽名，此簽名應可解釋為持卡人對發卡機構之指示，在發卡機構確認此為持卡人之簽名後，再向特約商店為給付。¹¹由此可得到另一結論，發卡機構是否可向持卡人依據民法第五四六條請求返還必要費用之支出，在於是否受到持卡人簽名指示，而在信用卡遭第三人偽造盜刷之情形下，因為簽帳單上之簽名並非持卡人所簽，等同於發卡機構在未受指示下向特約商店而為給付，無法滿足必要費用償還請求權之要件，應不得嗣後向持卡人請求償還才是。

（三）特約商店之給付義務

就信用卡消費之主要功能而論，特約商店之主要義務在於接受持卡人簽帳消費後，再據此簽帳單向發卡機構申請付款。且當特約商店接受持卡人刷卡消費後，特約商店不得在未向發卡機構請求給付前遽向持卡人請求清償，而應依其與發卡機構間所簽訂契約規定依相關請款手續向發卡機構申請付款。惟特約商店是否有義務必須接受持卡人刷卡消費而不得要求以現金交易？參考「財團法人聯合信用卡處理中心與商店特約事項」該約定第五條明訂：「信用卡由甲方（即聯合信用卡處理中心）例示其種類、形式……，乙方（即特約商店）同意遵守下列事項：（1）本約定書所約定之持卡人均得享有乙方對一般顧客所提供之服務及優待。乙方不得無故拒絕持卡人以簽帳方式向乙方購物及享受服務，亦不得限制每

構不實交易行為或共謀詐欺，以信用卡簽帳方式或其他方式折換金錢或取得利益(第四項)。持卡人違反第二項至第四項約定致生之應付帳款者，亦應對之負清償責任(第五項)。」

¹⁰民法第五四六條「受任人因處理委任事務，支出之必要費用，委任人應償還之，並付自支出時起之利息（第一項）。受任人因處理委任事務，負擔必要債務者，得請求委任人代其清償，未至清償期者，得請求委任人提出相當擔保（第二項）。受任人處理委任事務，因非可歸責於自己之事由，致受損害者，得向委任人請求賠償（第三項）。前項損害之發生，如別有應負責任之人時，委任人對於該應負責者，有求償權（第四項）。」

¹¹楊淑文，信用卡之冒用風險與舉證責任，台灣本土法學雜誌第九期，頁 71、72。

筆簽帳交易最高及最低金額。II 乙方違反前項規定時，甲方得隨時以書面通知乙方終止本約定書。」蓋依上開規定可知，特約商店在持卡人欲以信用卡消費時，特約商但似乎不得拒絕反而要求以現金交易，應此即有學者認為，此發卡機構與特約商店間之約定，應可認為是民法第二六九條之利益第三人契約¹²，惟若採此種見解，第三人即持卡人便有請求債務人即特約商店以信用卡簽帳方式消費，對特約商店而言似乎喪失了選擇收受價金方式之權利，且在拒絕持卡人以信用卡消費時，持卡人似乎可再向特約商店請求因不接受刷卡消費所生之損害，似不合理。

四、參考資料

- (1) 楊淑文，信用卡之冒用風險與舉證責任，台灣本土法學雜誌第九期
- (2) 楊淑文，信用卡交易之法律性質及其相關法律問題之研究，政大法學評論第五九期
- (3) 詹森林，信用卡定型化契約與卡債風暴，月旦法學第一三五期
- (4) 台北地院九四年簡上字第一〇五號判決

五、作業

隨著所謂塑膠貨幣時代之來臨，消費者持信用卡簽帳消費之情形已日益增多，假設今甲為持卡人，乙為發卡銀行，丙為接受乙銀行所發信用卡簽帳之商店。甲向乙銀行申請信用卡，約定甲得在接受以發行信用卡之店家消費，而其簽帳消費之款項，應於隔月十五日前付與乙。乙則與丙約定，丙應接受持有乙發行信用卡之簽帳消費，並約定於每月二十日向乙請求付款。問：

- (1) 甲乙間之法律關係為何？如甲不將款項如期付給乙，乙如何主張其權利？
- (2) 乙丙間之法律關係為何？如丙將帳單寄給乙，乙不付款，丙應如何主張其權利？

臺灣苗栗地方法院民事判決 八十九年度簡上字第一一號

上訴人 甲○○

法定代理人 乙○○

訴訟代理人 丙○○

右當事人間請求返還消費借貸款事件，上訴人對於中華民國八十八年十二月八日本院

苗栗簡易庭八十八年度苗簡字第六一三號第一審判決提起上訴，本院判決如左：

主 文

¹²楊淑文，信用卡之冒用風險與舉證責任，台灣本土法學雜誌第九期，頁 66。

原判決廢棄。

被上訴人在第一審之訴駁回。

第一、二審訴訟費用由被上訴人負擔。

事 實

甲、上訴人方面：

一、聲明：求為判決如主文所示。

二、陳述：除與原判決記載相同部份予以引用外，補述略稱：

(一)上訴人之信用卡被竊，且竊賊在上訴人皮夾內放置同樣為第一商業銀行所發卡號 0000000000000000 號、持卡人為姜守建之信用卡，以致上訴人一時未察覺信用卡被竊，致遭竊賊盜刷，該等消費金額均非上訴人本人所消費，上訴人實為被害人。

(二)上訴人信用卡遭盜刷消費之地點大都在台中或彰化地區，上訴人於民國八十七年九月十六日曾持花旗銀行之信用卡在新竹之遠揚輪胎企業社更換輪胎一條，且同年九月十七日，上訴人在台灣省政府警政廳公路警察大隊第一隊新竹分隊服勤，更不可能持卡至台中、彰化地區消費。

(三)發卡銀行與其特約商店因故意、重大過失或抽象輕過失所致之損害，應自負其責，且發卡銀行顯較持卡人更有能力避免該等損害之發生。

(四)兩造間之信用卡約定條款為定型化契約條款，有消費者保護法第十二條第二項第一款規定之情形，即有違平等互惠原則，被上訴人依兩造間信用卡約定書之約定，要求上訴人負擔遭竊賊盜刷之消費金額，顯然有失公平。

三、證據：除引用原審立證方法外，補提花旗銀行信用卡簽帳單影本一紙、台灣省政府警政廳公路警察大隊第一隊新竹分隊勤務分配表影本一件為證。

乙、被上訴人方面：

一、聲明：

(一)上訴駁回。

(二)第一、二審訴訟費用由上訴人負擔。

二、陳述：除與原判決所載相同部分予以引用外，補述略稱：

(一)本件上訴人於八十八年十二月二十日即已收受第一審判決之送達，而其遲至八十九年一月二十六日始提出上訴狀，顯已逾法定上訴期間。

(二)上訴人於第一審時已自承未於遺失日起即向被上訴人申報掛失，依照雙方所訂信用卡約定書第七條、第十二條之約定，上訴人應負擔系爭信用卡掛失前二十

四小時前持卡消費本金十萬零三百三十五元。

(三)上訴人所稱銀行定型化契約有違消費者保護法，惟依兩造間約定書第十二條約定，持卡人掛失手續前二十四小時內遭冒用所致損失已由乙方即被上訴人負擔，已有緩衝期之設置，符合平等互惠原則。

(四)上訴人為一交通員警，其所稱信用卡係於值勤時在值勤車內睡覺之際，遭竊賊打開車窗偷去皮夾內之信用卡，並放置另一張他人之信用卡充數，令其不自

覺信用卡已被竊，竊賊再持其信用卡冒刷消費，至被上訴人通知始知遭竊之情節，非但背離常情，且發生於執法人員執勤之時，實屬匪夷所思，令人難以置信。

三、證據：除引用原審立證方法外，補提信用卡申請書影本一紙為證。

理 由

一、本件上訴人係於八十九年一月八日收受本院第一審判決正本，有送達回證附於原審卷宗可稽，而其住所係位於苗栗縣頭份鎮土牛里七鄰八十之一號，亦有戶籍謄本附於原審卷內可按，依法院訴訟當事人在途期間標準其在途期間為二日，是上訴人於八十九年一月二十九日提起上訴，自未逾法定上訴期間，核先敘明。

二、本件被上訴人主張：兩造於八十五年十二月三十日簽訂信用卡使用契約，由被上訴人核發信用卡供上訴人使用，嗣上訴人於八十七年九月十五日至八十七年九月十七日持有被上訴人所核發之信用卡向特約商店消費共二十萬八千零七十五元，依雙方所簽訂之信用卡約定條款，上訴人持卡消費後，應於每月當期繳款截止日前繳納所消費款項，逾期未繳所消費款項時，上訴人應另給付被上訴人自當期帳單列印日起至清償日止按年息百分之十八點二五計算之利息，及按上開約定利率百分之十計算之違約金，而上開消費款，除其中三筆爭議款一十萬七千七百四十元，已由被上訴人自行負擔外，上訴人迄八十八年十一月一日之帳單列印日止，共積欠被上訴人消費本金十萬零三百三十五元未為清償，被上訴人為此本於信用卡約款之法律關係，求為判決上訴人應給付被上訴人十萬零三百三十五元，及自八十七年十一月一日起至清償日止，按年息百分之十八點二五計算之利息，及按上開利率百分之十計算之違約金等語；上訴人則以：其所領用之系爭信用卡業已遭竊，原告所提出之信用卡消費明細及簽單，均為竊賊所盜刷消費，非被告所為之消費，另發卡銀行即被上訴人與其特約商店因故意、重大過失或抽象輕過失所致之損害，應自負其責，不應轉由上訴人負擔，且兩造間之信用卡約定條款之定型化契約條款，有消費者保護法第十二條第二項第一款規定之情形，即有違平等互惠原則，被上訴人依兩造間信用卡約定書之約定，要求上訴人負擔遭竊賊盜刷之消費金額，顯然有失公平等語，資為抗辯。

三、按當事人主張有利於己之事實者，就其事實有舉証責任，民事訴訟法第二百七十七條定有明文，是在給付之訴，其原告或反訴原告主張為訴訟標的之法律關係存在，即應就其具體的法律關係之權利發生事實，負舉証責任，反之，如原告先不能舉証，以証實自己主張為事實之真實，則被告就其抗辯事實即令不能舉証或其所舉證據尚有疵累，亦應駁回原告之請求（最高法院十七年上字第九一七號判例意旨參照）。次按持卡人依其與發卡機構所訂立之信用卡使用契約，取得使用信用卡向特約商店簽帳消費之資格，並對發卡機構承諾償付帳款，而發卡機構則負有代持卡人結帳，清償簽帳款項之義務。此種持卡人委託發卡機構付款之約定，具有委任契約之性質，倘持卡人選擇以循環信用方式繳款，就當期應償付之帳款僅繳付最低應繳金額，其餘應付款項由發卡機構先行墊付，持卡人則依約定給付循環利息者，又具有消費借貸契約之性質。信用卡使用契約既具有委任契約之性質，則發卡機構處理信用卡簽帳款之清償債務事務時，依民法第五百三十五

條規定，應依持卡人之指示為之。而持卡人在簽帳單上簽名，可視為請求代為處理事務之具體指示，若特約商店就簽帳單上之簽名是否真正，未盡核對之責，發卡機構竟對之為付款，其所支出之費用，尚難謂係必要費用，自難依民法第五百四十六條第一項規定向持卡人請求償還，從而持卡人如主張信用卡係因遺失、被盜而被冒用、盜用，除發卡機構能證明持卡人有消費行為，或就其簽名之真正，特約商店已盡核對責任外，尚不得請求持卡人償還墊款（最高法院八十九年度台上字第一六二八號裁判意旨參照）。

四、本件被上訴人主張之事實，固據提出信用卡申請書影本、消費明細表影本各一件及簽帳單影本九件為證，惟查，被上訴人所提出之信用卡申請書僅能證明兩造間並不爭執之信用卡使用契約關係之存在，惟尚不足證明被上訴人所主張上訴人有簽帳消費系爭帳款。又被上訴人提出之消費明細表乃被上訴人所自行製作者，亦不足證明上訴人有簽帳消費系爭帳款之事實。至被上訴人所提消費簽單九紙之簽名非上訴人所簽之事實，既為被上訴人所自認，則被上訴人所提出之該等簽帳單不能認為係真正，自亦無從據之證明上訴人有簽帳消費系爭帳款之情事。

五、被上訴人雖主張上訴人於第一審時已自承未於遺失日起即向被上訴人申報掛失，依照雙方所訂信用卡約定書第七條、第十二條之約定，上訴人亦應負擔系爭信用卡掛失前二十四小時前持卡消費本金十萬零三百三十五元等情，惟為被告所否認，並辯稱兩造間前揭信用卡約定條款有違消費者保護法之規定等語。經查，依兩造不爭執之約定條款第十二條第一項中固有約定：「甲方（即上訴人）持有之信用卡如因遺失、被竊或其他喪失占有等情形，應即向乙方（即被上訴人）或乙方指定之機構通報掛失，並於通報後五個營業日內向乙方辦理書面手續並應負擔掛失費，．．．」，同條第二項約定：「甲方辦妥書面掛失手續後，自下列時點起遭冒用所致之損害由乙方負擔：．．．2．國際卡：於辦妥掛失手續之前二十四小時起．．．」，上訴人主張其持有之信用卡被竊，本件系爭消費帳款之發生與前開約定條款固無不合，惟查，依兩造間前開約定，持卡人即上訴人若依規定辦理掛失之前二十四小時起遭冒用所致之損害全由發卡銀行即被上訴人負擔，然並未約定超過掛失手續二十四小時『前』，被冒用之損失即應由信用卡原持有人即上訴人負擔，仍應就原持有人有無消費之事實，及特約商店有無盡核對身分與簽名真正之責為責任歸屬之認定。本件被上訴人所提出之九紙簽帳單，被上訴人既自認非上訴人所簽，而經本院與被上訴人提出之信用卡申請書上之簽名為肉眼比對，亦可發現迥然不同，乃被上訴人之特約商店竟接受上開迥然不同於持卡人慣有簽名之簽名，顯未盡注意，故此一風險，不應由持卡人即上訴人負擔。

六、綜上所述，被上訴人既未能證明上訴人有消費行為，亦未舉證證明其特約商店已就簽名之真正盡核對之責任，則揆諸前揭說明，上訴人抗辯其未就系爭帳款簽帳消費尚屬可信，被上訴人主張系爭帳款應由上訴人負擔為不足採。從而，被上訴人本於信用卡使用契約之法律關係，請求上訴人給付消費帳款十萬零三百三十五元，及自八十七年十一月一日起至清償日止，按年息百分之十八點二五計算之利息，及按上開利率百分之十計算之違約金，為無理由，不應准許。原審為上

訴人敗訴之判決，尚有未合。上訴意旨聲明廢棄，求為改判如其訴之聲明，為有理由。

七、本件事證已臻明確，兩造其餘主張、陳述與舉證，經審酌與本院前揭判斷不生影響，爰不予逐一論述，附此敘明。

八、據上論結，本件上訴為有理由，依民事訴訟法第四百三十六條之一第三項、第四百五十條、第七十八條，判決如主文。

【第八單元 8-1 非典型契約-

網路交易之法律性質與當事人法律關係、網路軟體授權契約之性質】

一、 案例

甲於乙個人所架設之購物網站上看到「IBM筆記型電腦限量十台，每台特價 1999 元」，甲認為機不可失，於是按下「我要購買」之按鍵，立即下單訂購，網站亦回函已成交。但過了一天後，乙之購物網站寄給甲一封電子郵件，說明由於工作人員之疏忽，原本定價為 19999 元之筆記型電腦，因輸入錯誤而誤為 1999 元，

故所有交易均撤銷，問乙是否可撤銷與甲之交易¹³？

二、 爭點整理

- (一) 電子契約與民法、消費者保護法之關聯為何？
- (二) 本案甲乙間之法律關係為何？
- (三) 若甲購買的是無實體商品，如電子書、遊戲軟體、電腦程式等，此類無實體商品是以線上遞送之方式為之，買受人直接從網路上下載，若事後契約被撤銷或解除時，當事人如何判斷實際上已返還，而仍未存於電腦之硬碟中？

三、 教師手冊（思考過程）

1. 由於締結電子契約之當事人係以網路為媒介訂立契約，因此雙方當事人可能從締約以至履行階段均未曾謀面，因此雙方身分應如何確認？
2. 企業經營者以特約方式免除其電子契約之瑕疵擔保責任的話，該契約之效力如何？

四、 參考資料

- (一) 王澤鑑，民法總則
- (二) 王澤鑑，債法原理第一冊，債之發生
- (三) 杜怡靜，契約之成立與效力
- (四) 黃茂榮「電子商務契約的一些法律問題」，植根雜誌
- (五) 黃立，民法總則
- (六) 黃立，民法債篇總論
- (七) 王傳芬，網路交易法律錦囊
- (八) 行政院消費者保護委員會台八六消保字第 00422 號函
- (九) 山本豐「電子契約の法的諸問題」¹
- (十) 五八年台上字七一五號判例
- (十一) 河野太志「電子消費者契約及び電子承諾通知に関する民法の特例に関する法律の概要」
- (十一) 內田貴「IT時代の取引と民事法制」法律協會雜誌
- (十二) 杜怡靜「電子資金移動における法的検討-當事者間のリスクの分擔を中心に」留日學人學術論文專輯第九輯（1998）

五、 作業

¹³ 杜怡靜，契約之成立與效力，頁 143-144

若本案甲已透過信用卡刷卡付費了，且乙乃心存詐欺，於此業者債務不履行之情況下，消費者甲可否以業者債務不履行為由，主張解除契約，而拒絕向刷卡銀行付款？

【第八單元 8-2 契約法之新展望-非典型契約 連鎖店之加盟契約之性質與法律關係】

一、案例

甲從南部上來台北工作，因人生地不熟所以希望拜託全國有名氣的「和平房屋」代為尋覓適合的房屋居住，於是就在上班地點附近的「和平房屋信義加盟店」請裡面的業務員幫忙找一間單人套房，幾天後，果然找符合甲需求的小套房，甲甚為滿意，並支付價金二百萬元給出賣人乙。不料搬入數天後，隔壁鄰居告知該

房屋一個月前有人在屋裡自殺，甲心有恐懼，連夜搬走，並打電話給乙想要討回公道，但乙一直不接電話也避不見面，且事實上該業務員明知該烏有人自殺卻因為要衝業績而故意不告訴甲，甲轉向「和平房屋」求償二百萬元，有無理由？（改編自台灣高等法院九四年上易字第二四九號判決）

二、爭點整理

- （一）甲可否因該房屋為「兇宅」，向乙主張瑕疵擔保責任，解除契約？
- （二）甲可否向總店「和平房屋」求償，依據何在？

三、教師手冊

先確定消費者與總店間是否具有契約關係，如無契約關係，則消費者對總店隻請求權基礎自始就可以排除契約上權利，僅就侵權行為詳加探討即可。

四、參考資料

- （一）林美惠，加盟店契約法律關係之研究－以企業規劃加盟為主－，民國八四年六月台大法研所碩士論文
- （二）林美惠，加盟店契約法律關係之研究，月但法學雜誌第六期

五、作業

某日小可走在路上突然覺得有點渴，碰巧行經一家「休閒小站」飲料加盟店，便點了一杯珍珠奶茶，不料喝下肚後便覺得肚子疼痛無比，原來是加盟總店提供的原料有問題，加上店員在沖泡過程中一位手沒洗乾淨而導致病毒感染，小可得向何人主張權利？

臺灣高等法院民事判決

94 年度上易字第 249 號

上 訴 人 力霸房屋仲介股份有限公司

法定代理人 蔡高明

訴訟代理人 林慶苗律師

複 代 理 人 林炎平律師

被 上 訴 人 甲○○

上列當事人間請求返還價金等事件，上訴人對於中華民國 94 年 1 月 6 日臺灣桃園地方法院 91 年度訴字第 1066 號第一審判決提起上

訴，本院於 94 年 8 月 10 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。

事實及理由

一、被上訴人起訴主張：被上訴人於民國 89 年 4 月 5 日經由上訴人桃園縣府加盟店即原審共同被告力毅房屋仲介有限公司（下稱力毅公司）經紀員洪義友之居間，以新台幣（以下同）500000 元向原審共同被告江錦春購買坐落桃園縣八德市○○路 91 巷 10 之 1 號 2 樓之 3 房地，被上訴人已於 89 年 5 月 8 日付訖價款，江錦春則交付房地予被上訴人。詎被上訴人遷入後，經鄰人告知 88 年 11、12 月間曾有人於系爭房屋內上吊死亡，狀甚恐怖。被上訴人得知後，心中無限畏懼，當日即行搬離，5 日後至台北縣樹林市租屋棲身至今。查是否曾發生過兇殺案或自殺致死案，乃房地產標的狀況之重要事項，出賣人江錦春顯係故意不告知系爭房屋之瑕疵，爰以起訴狀繕本送達為解除前開買賣契約之意思表示。而原審共同被告力毅公司為不動產經紀業，於本件不動產交易中未告知房屋實況，自屬不完全給付，被上訴人自得依不動產經紀業管理條例第 26 條第 2 項及民法第 227 條及消費者保護法第 51 條但書規定請求賠償。又力毅公司為上訴人之加盟店，上訴人允其使用「力霸房屋」之名稱、服務標章、營運方式，且上訴人之傳單、房屋快報、雜誌均一再刊登加盟店之服務為「力霸房屋，全國服務」，顯見告知消費者其加盟店之服務即為其本人之行爲，自應負保證及表見代理之責。為此訴請：①原審共同被告江錦春應給付被上訴人 0000000 元及自起訴狀繕本送達翌日起至清償日止按年息 5% 計算之利息。②原審共同被告力毅公司應給付被上訴人 0000000 元及自起訴狀繕本送達翌日起至清償日止按年息 5% 計算之利息。上訴人應給付被上訴人 0000000 元及自起訴狀繕本送達翌日起至清償日止按年息 5% 計算之利息。③其中一人已為給付，其他二人於清償範圍內免給付義務。原審判決原審共同被告江錦春應給付被上訴人 700000 元及自 91 年 10 月 19 日起至清償日止按年息 5% 計算之利息。④原審共同被告力毅公司應給付被上訴人 552059 元及自 91 年 10 月 19 日起至清償日止按年息 5% 計算之利息。上訴人應給付被上訴人 552059 元及自 91 年 6 月 13 日起至清償日止按年息 5% 計算之利息。其中一人已為給付，其他二人於該給付範圍內同免責任。並就被上訴人勝訴部分定擔保金額為准、免假執行之宣告，被上訴人其餘請求則予駁回。原審共同被告江錦春、力毅公司及被上訴人就其敗訴部分均未上訴，已告確定，僅上訴人就其敗訴部分提起上訴，被上訴人於本院聲明：上訴駁回。

二、上訴人則以：力毅公司僅為上訴人之加盟店，二者為獨立不同法人，力毅公司所屬人事、營業、財務均由其自行掌控，並以力毅公司名義對外為法律行爲，該法律行爲亦直接對力毅公司生效。上訴人從未將代理權授與力毅公司，亦無同意力毅公司得以上訴人代理人之身分與第三人從事買賣交易，使其行爲效力直接歸屬於上訴人云云置辯。並聲明：①原判決不利於上訴人部分廢棄。②前開廢棄

部分，被上訴人在第一審之訴及假執行之聲請均駁回。

三、查被上訴人於 89 年 4 月 5 日經由上訴人之桃園縣府加盟店即力毅公司經紀員洪義友居間，以 500000 元向原審共同被告江錦春購買系爭房地，被上訴人業已付清全部價金，原審共同被告江錦春亦將房地交付原告。惟 88 年 12 月 6 日曾有訴外人黃春木於系爭房屋內上吊自盡，原審共同被告江錦春及上訴人之縣府加盟店即力毅公司經紀員均未將此事告知被上訴人。而被上訴人於 90 年 3 月間經鄰人透露得悉上情，旋搬離系爭房屋，改至台北縣樹林市租屋賃居。為兩造所不爭執，並有系爭不動產買賣契約書、剪報、土地及建物登記謄本為證，且據證人即警員吳坤正、鄰居林明得於原審證述明確（見原審卷一第 13 至 15 頁、116 至 118 頁、179、195、196 頁），並經原審依職權調閱臺灣桃園地方法院檢察署 88 年度相字第 1813 號卷宗核閱無訛，應堪信實。

四、按經紀人員在執行業務過程中，應以不動產說明書向與委託人交易之相對人解說。雙方當事人簽訂租賃或買賣契約書時，經紀人應將不動產說明書交付與委託人交易之相對人，並由相對人在不動產說明書上簽章。前項不動產說明書視為租賃或買賣契約書之一部分。不動產經紀業管理條例第 23 條第 1 項、第 24 條定有明文。是上訴人之縣府加盟店即力毅公司居間仲介房地買賣，自應本於善良管理人之注意義務，就買賣標的物有無依通常交易觀念上之重要瑕疵，加以進行了解並向被上訴人解說。又現今大眾媒體蓬勃發展，『凶宅』訊息如經媒體披露，一般人即得以輕易知悉，而不動產經紀業者又多屬區域商圈經營，對於區域內之不動產概況均有深入之掌握，故仲介業者應竭盡所知向消費者誠實揭露足以影響購買意願之一切重要訊息，至於買賣之標的物是否屬凶宅，如委賣方未誠實告知，一般而言應以該凶宅事件是否已為大眾傳播媒體揭露為據，作為不動產經紀業者是否善盡查知義務之判斷標準，亦經桃園縣不動產經紀人公會以 93 年 7 月 11 日桃經紀字第 930714 號函覆原審明確（見原審卷二第 346 頁）。查訴外人黃春木於系爭房屋內上吊死亡，逾七日始經人發覺之事實，業經披露於日報，有剪報在卷可稽（見原審卷一第 179 頁），上訴人之縣府加盟店經紀人員，專門從事該區域內不動產之仲介買賣，對於該訊息，自難諉為不知，詎其經紀人員竟違背其應盡之善良管理人義務，未對被上訴人進行解說告知系爭房屋有上述重要瑕疵，使被上訴人於不知情之狀況下，花費畢生積蓄購買系爭房地，而系爭房屋之出賣人即原審共同被告江錦春收取價金後，即避不見面，使被上訴人求償無門（參見原審卷一第 17 至 24 頁所附被上訴人所提之存證信函影本、信封影本、臺北市調解筆錄影本），則上訴人之縣府加盟店自可歸責，且有不完全給付情事。而被上訴人因此受有支出房屋買賣價金 500000 元及仲介費、辦理所有權移轉登記費用、稅款、修繕費及房租 52059 元，合計 552059 元之損害，亦據被上訴人提出買賣契約書、買賣所有權移轉契約書、繳款書、收據、房屋租賃契約書（見原審卷一第 37 至 41 頁）為證，復為上訴人所不爭執（見本院卷第 73 頁），自堪採信。

五、本件上訴人否認有授權情事，辯稱力毅公司固為上訴人之縣府加盟店，惟其係獨立之法人，本件買賣之居間乃力毅公司以其名義所為，應由其自負其責，與

上訴人無涉云云。然查：

按公司許他人以其公司名義為同一營業或許他人以其支店名義營業者，他人所經營之公司或開設之店鋪，固不因此而成為本公司之一部，惟其許他人使用自己公司或支店名義與第三人為法律行為，即係民法第一百六十九條所謂表示以代理權授與他人之行為，如無同條但書情形，對於第三人自應負授權人之責任，最高法院著有 28 年上字第 1573 號、45 年台上字第 461 號判例可資參照。力毅公司確為上訴人之加盟店，而上訴人旗下各家均屬加盟店，並無直營店，此據上訴人自承屬實。而依渠等所簽之力霸房屋加盟店連鎖經營契約書第 2 條前段約定：「甲方（即上訴人）授權乙方（即力毅公司）使用"力霸房屋桃園縣（市）縣府加盟店"全銜為其對外公開使用之服務標章。」力霸房屋加盟店連鎖經營契約書第 7 條本文約定：「1.為維持"力霸房屋"連鎖經營系統整體企業形象，乙方加盟店外觀之招牌由甲方依制式規格提供設計（下略）。」第 11 條約定：「1.乙方簽約之同時，提供相當於 0000000 元之擔保器予甲方辦理抵押權設定（不動產抵押器之標示如附件權利狀影本內容所載）及現金 150000 元整，另外開立 0000000 元本票，給付甲方作為履約之保證。2.乙方給甲方之保證金，以保證乙方遵守本契約之各項約定，如乙方違反本契約、加盟店營管、特約代書管理辦法及情報網路系統之約定時，甲方得逕行填寫本票到期日兌現並沒收保證金，乙方並負責一切損失賠償。3.合約屆滿如乙方不願續約且未有違約行為，甲方應於期間屆滿後 30 日內無息退還乙方所交付之保證金（含本票）。4.加盟店特約代書所提供之保證票，於其行為侵害客戶權益時，即做為甲方損害賠償之執行標的，方式準用本條第 2 款後之規定。」第 17 條約定：「1.加盟店隸屬於甲方加盟事業部統一管理。2.加盟店營業管理規章由甲方制定。」第 19 條約定：「甲方得在營業時間內事先通知後檢查乙方業務資料、報表文件及提經營權利，如發現乙方作業錯誤或報表數字有偏差時，甲方得作全面複查前項錯誤或誤差，經甲方全面複查所發現之重大錯誤，甲方有權要求乙方限期改正，乙方不於上述期間內改正時，以違約論。」（見原審卷一第 55 至 57 頁）上訴人復自承為維護力霸房屋品牌形象，上訴人會派員抽檢力毅公司成交案件之文件，對其實行監督（見原審卷二第 322 頁）。準此，就外部觀察言，上訴人既已授權力毅公司使用其「力霸房屋桃園縣（市）縣府加盟店」之服務標章，並為力毅公司設計招牌、宣傳企劃，已足使第三人產生總店、加盟店係同一企業之信賴，進而因信賴被告力霸公司服務標章所表彰之服務品質，而與加盟店進行交易；至渠等內部關係，上訴人限制力毅公司須以其發展之營運方式提供仲介服務，並給予營業稽核，顯具相當程度之控管；足認上訴人已有表示以代理權授與力毅公司之行為。再者，實際為本件仲介之力毅公司襄理洪義友其名片明白印有「力霸房屋縣府加盟店」，且系爭買賣所使用之買賣契約書為上訴人規定使用之制式契約書，每頁均標示有「力霸房屋」字樣，訴外人洪義友復均以「力霸房屋縣府加盟店」名義代收被上訴人交付之各期買賣價金，此觀買賣契約書交款備忘錄上所載「力霸房屋縣府店洪義友代收」甚明（見原審卷第 13 至 15 頁、31 頁）。更徵上訴人有由自己之行為表示以代理權授與力毅公

司之事實，自應負表見代理之責。

六、從而，被上訴人本於表見代理及不完全給付法律關係，訴請上訴人應賠償其所受損害 552059 元及自起訴狀繕本送達翌日即 91 年 6 月 13 日起至清償日止按年息 5% 計算之法定遲延利息，洵屬有據，應予准許。原審判命上訴人如數給付，並定供擔保金額為準、免假執行之宣告於法並無違誤。上訴意旨指摘原判決不當，求予廢棄改判，為無理由，應予駁回。

七、至上訴人指稱若本件構成表見代理情事，則原審認力毅公司亦應賠償，即屬矛盾乙節，因力毅公司部分已告確定，非本院所得審酌，故不予論述。又本件事證已臻明確，兩造其餘攻擊防禦方法，核無影響判決結果，爰不逐一論駁，併此敘明。

八、據上論結，本件上訴為無理由，依民事訴訟法第 449 條第 1 項、第 78 條，判決如主文

肆、結論與建議

經觀摩會後得出以下之結論與建議：

一、結論

- (一) 本計劃之執行，已按照目標有計畫、有系統的執行，大多已達預定進度，如期舉行教學觀摩會與座談會、檢討會。教學觀摩會之案例教學得到相當多同學的迴響與贊同。已邀請學者專家進行座談會，給予教學建議，亦派幾位一年級與法專所之代表參與，共同交流，對本研究提供建議。會中已先將案例先發給同學，先給同學思考，不然跟傳統教授情形無異，務必要

讓學生試著思考及尋找爭點，座談會中學者間討論熱烈，亦已完滿落幕。目前已如期完成八個單元教材之撰寫。

(二) 依問卷分析之結果，課程對象之設定，以一、二、三年級為主要對象。案例之設計力求簡潔明確，注重前階段學生之程度。

二、建議

計畫規定各單元之字數為八千字至一萬字間，建議可因應計畫單元內容彈性調整，以本研究為例，【契約之成立】與【契約之效力】單元內容之撰寫將超過一萬字，【契約之交渉】則否。為顧及單元體系之清晰完整，希望字數能彈性因應各單元之安排。