

教育部 96 年度法律專業教育教學改進計畫

「民事法原理之重要判決選讀」期末報告

計畫主持人：曾品傑助理教授（東海大學法律學系）

協同主持人：張哲源助理教授（玄奘大學法律學系）

執行時間：民國九十六年六月至民國九十七年一月

執行單位：東海大學法律學系

【目錄】

第一章 導論	1
壹、法規範架構與單元名稱	1
貳、本土案例之採擷方式	1
參、報告組與評論組之互動設計	2
第二章 本論	3
第一單元 意思表示之解釋與錯誤	3
壹、問題的說明	3
一、意思表示解釋之方法 - 一般原則	3
二、意思表示解釋原則 - 對於書面之解釋	7
三、意思表示錯誤與意思表示之解釋	9
四、意思表示錯誤之撤銷問題	10
貳、教學之評量	12
一、單元作業與考題設計	12
二、參考答案	12
第二單元 緘默詐欺	14
壹、問題之說明	14
一、緘默詐欺之概念探微	14
二、緘默詐欺之法律定位	15
三、最高法院 93 年度台上字第 659 號判決	18
四、爭點所在	19
五、評釋意見	19
貳、教學之評量	21
一、單元作業與考題設計	21
二、參考答案	22
第三單元 表見代理	27
壹、問題之說明	27

一、實務所認定之表見代理的成立要件	28
二、舉證責任的問題	34
三、表見代理之效果歸屬與法院職權.....	36
四、與代理權限制 - 民法第 107 條之區分	36
五、與隱名代理之區別.....	37
貳、教學之評量	39
一、單元作業與考題設計	39
二、參考答案	39
第四單元 法人與僱用人之侵權責任	43
壹、問題之說明	43
一、何謂民法第 188 條之「受僱人」？	44
二、法人與僱用人於其董事及受僱人侵害他人權利.....	45
三、法人之侵權能力	49
四、民法第 188 條 3 項之求償權與過失相抵	51
貳、教學之評量	53
一、單元作業與考題設計	53
二、參考答案	53
第五單元 商品責任	59
壹、問題之說明	59
一、消保法第七條與民法第一百九十一條之一在規範上之競合關係	60
二、民法 191-1 關於「商品之通常使用」的解釋.....	62
貳、教學之評量	66
一、單元作業與考題設計	66
二、參考答案	66
第六單元 服務責任	71
壹、問題之說明	71
一、服務責任之概念探微.....	73

二、95 年度台上字第 327 號判決.....	74
三、過失之服務責任？.....	77
貳、教學之評量.....	79
一、單元作業與考題設計.....	79
二、參考答案.....	79
第七單元 附合契約.....	81
壹、問題之說明.....	81
一、92 年度台上字第 963 號判決.....	81
二、爭點所在.....	85
三、問題討論.....	85
貳、教學之評量.....	90
一、單元作業與考題設計.....	90
二、參考答案.....	91
第八單元 物之瑕疵擔保責任.....	94
壹、問題之說明.....	94
一、物之瑕疵擔保責任於危險移轉前之適用.....	95
二、提前適用之構成要件.....	96
三、權利行使之實務問題.....	98
貳、教學之評量.....	104
一、單元作業與考題設計.....	104
二、參考答案.....	104
第三章、計畫執行實錄.....	113
壹、教學改進計畫會議暨研討會記錄.....	113
貳、教學改進計畫之實錄照片.....	137

第一章 導論

壹、法規範架構與單元名稱

本「民事法原理之重要判決選讀」教學改進計畫，內容橫跨我國民法總則、債編總論、以及債編各論之法域，綜括意定之債與法定之債的範圍，是為民法基礎科目之教材。本教學改進計畫係以我國民事實務上之爭議問題為經，以最高法院涉及該問題之重要判決為緯，期能透過師生對於本土判決的討論評析，培養學生論事用法之專業素養，強化學生解決法律問題的能力。

本「民事法原理之重要判決選讀」教學改進計畫，下設八個單元：(一) 意思表示之解釋與錯誤、(二) 緘默詐欺、(三) 表見代理、(四) 法人與僱用人之侵權責任、(五) 商品責任、(六) 服務責任、(七) 附合契約、(八) 物之瑕疵擔保責任。每個單元皆以本土案例作為各該單元之問題提出與理論說明，俾能藉由判決討論評釋的過程，讓學生洞悉本土法學縝密的思維和旺盛的生命力。

貳、本土案例之採擷方式

本計畫教材所採用的實務案例，依下列標準化之檢索選取程序：

- ①將以與本計畫單元最直接相關之案例，作為教材內容。
- ②我國案例之選擇以下列順位依序為之：
 - A、以司法院法學資料檢索系統「判解函示」中，收錄在「最高法院民事裁判書彙編」內的案例，以及每期刊載於「司法院公報」之與本計畫有關的民事判決，作為最優先取材對象，蓋一方面最高法院的民事判例，皆由「司法院公報」所刊載的判決中選取，二方面選錄在「最高法院民事裁判書彙編」內之判決，洵為審判實務上之指標性判決，可反應出實務見解的基本立場，有助於促成本土民事法理論的開展，故具有高度的討論評釋價值。
 - B、與本計畫單元有關之台灣高等法院台中分院、台中地方法院之重要判決，涉及區域性交易習慣或法律問題者，亦予優先採擷。
 - C、與本計畫單元有關之時事案例，有助於引起學生學習興趣者，或有助於教學研究者，亦考慮納入教材，合先敘明。

參、報告組與評論組之互動設計

本計畫之教學方式，係採取「對話式教學法」，由老師先以案例說明單元主題之問題意識，暨其規範體系，引導負責報告的學生就系爭主題，自行上司法院網站之「法學資料檢索系統」<http://jirs.judicial.gov.tw/Index.htm>。學生應蒐羅整理最高法院關於各該單元法律議題之判決與實務見解，先行分組討論、寫成書面報告，上傳 E 化教學討論平台，復於指定之上課時間上台針對案例爭議，提出解決問題的參考方式與擬答，是為報告組。

其次，老師就每個單元會指定學生組成「評論組」，當報告組的同學說明、分析實務對於系爭問題的基本立場、以及解決系爭案例所應採取的法律途徑之後，評論組同學須針對報告內容提出問題，再由報告組同學回答問題，最後由老師進行觀念釐清與法律思維的整合。

據此，本計畫以學生主動學習為主體，以問題解決導向之案例設計為經，讓學生整理、歸納最高法院之相關判決，又以啟發式互動教學為緯，激發學生彼此詰難、提出論證，嘗試以法院判決打造、更新本土債法理論。

本計畫之具體教學模組設計如下：以每次上兩堂課、共一百分鐘為例，老師應於一開始上課時，說明本次上課案例之問題所在、暨其法律規範（二十分鐘），負責的報告組同學應事前利用課餘時間，查閱找出裁判、整理實務見解，以便在課堂上針對案例問題，提出三十分鐘的報告，評論組的同學應於接下來的二十分鐘負責提問、並針對報告組同學的陳述內容試作評析，其他修課同學可踴躍表達不同意見，再由報告組的同學回答問題（十分鐘），最後由老師作法律思維的統整與理論構成的提示（二十分鐘）。報告組的同學應參照上課討論激盪所得，於兩週內修訂增刪報告內容，再上傳 E 化教學討論平台，供參與課程之師生參考。

第二章 本論

第一單元 意思表示之解釋與錯誤

壹、問題的說明

我國民法第 98 條規定意思表示解釋之原則，應探求當事人之真意，而不能拘泥於文字。然若一味追求表意人之真意，似對相對人不太公平。因為表意人內心真意，必須透過表示行為，才能表達出來，僅探求表意人之內心真意，而忽略相對人之立場，不應是正確之方式。此外，要斷定是否為意思表示錯誤之前，必須先透過意思表示之解釋，以查明表意人之真意，此即「解釋先行」原則。當發現相對人誤解表意人之真意時，在表意人非蓄意為之的情況下，屬意思表示錯誤之範疇。不少判決亦指出此點矛盾。誠然，對於意思表示解釋之方法有所不同，對於意思表示錯誤之認知上，亦會呈現不同之風貌。是以，本單元吾人將討論下列問題：意思表示解釋之一般原則為何？對書面之解釋原則有無不同？意思表示錯誤之產生與意思表示之解釋，二者關係如何？實務上關於意思表示解釋與錯誤之撤銷，有何重要案例？

一、意思表示解釋之方法 – 一般原則

案例 1：(花蓮地院 88 年訴字第 22 號判決)

A 讓 B 作外匯操作分析，並交付 3 萬美金給 B 操作。B 為 C 公司之員工，故由 C 出面與 A 簽定契約。然當時 C 公司財務狀況不穩，A 乃要求 B 出具切結書，保證 C 公司若財務有問題時願意負責。故 B 於該約之後附上切結書，上記載「本人 B 願擔保公司無問題，若公司停止營運解散，亦願負些責任，以表示誠意」。嗣後因 C 公司倒閉，A 持該切結書向 B 請求投資金額之返還，有無理由？

問題討論：

由於該切結書上並未具體表明 B 是否亦與公司負連帶責任或是亦成為債務人，亦未表明所負責之範圍。按民法第 153 條之規定，雙方當事人對於意思表示自尚未達成一致，因此亦無從依據切結書之簡單記載，即認被告應負投資金額返還之責。尤其 A 委由 B 所服務之公司操作外匯，本屬風險極高之行為，此種高風險之行為除當事人間已有明確之意思表示願意承擔風險外，否則自不應透過「意思表示之解釋」將原應由投資人自行負擔之風險轉而由他人負擔。可見，本案採暗示說，意思表示之解釋僅能就書面上所暗示者而為解釋，不須顧慮雙方當事人內心之真正意思為何。

案例 2：(88 年台上字第 1671 號判決)

K 於民國 82 年 11 月分別與 V 建設公司簽定房屋預定買賣契約書、土地預定買賣契約書，承購座落於 X₁~X₇ 等七筆土地上興建之某社區預售屋 ABC 區中 B 區五棟九樓及其基地應有部分。依土地預定買賣契約書第 10 條約定：「本契約上述七筆土地如與鄰地 Y 合併為完整街廓時，K 同意變更增建為 15、16 層，且有關房屋所持分之土地則依現有建築基地與上開地號土地之面積總和計算分配之」、第 12 條約定：「如 V 違反本契約不能交付時，V 除按照 K 方已繳付價款退還 K 方外，並應另付 K 前開已繳款金額作為違約金及損害賠償」等語，房屋預定買賣契約書第 17 條 2 項並記載：「K 與 V 簽訂之土地預定買賣契約書和本契約有不可分之併存關係，……」等字樣。K 主張，V 於該社區樓變更建築為 15、16 層之同時，在約定為 A B C 三區訂購戶共有之土地，即 Y 地上擅自興建 10 層建築物 D 棟，並對外銷售，且因 D 棟建物亦可分配 A B C 區之土地，致 K 土地之應有部分比例較原訂契約減少 15.53%，顯以違背契約第 10 條之規定。依該條之意旨，當 X₁~X₇ 與 Y 土地合併為完整街廓後，V 不得再於 Y 地上為任何處分，包括建屋出售。而 V 則主張，Y 土地與契約所訂之七筆土地合併成完整街廓時，V 並未放棄或喪失原 Y 土地之所有權，自得在該筆土地上加建 D 棟房屋；且 D 棟與 A B C 棟建物係於八十四年間同時建造完成，並交屋與 K，其間被 K 均未為反對表示而簽署交屋同意書，如 V 違約建築 D 棟，何以 K 不即時提出異議，以為抗辯。

爭點所在：

爭執重點在於該契約第 10 條中所謂「有關房屋」，究何所指？究為「ABC 區之有關房屋」？抑或包含 D 區之有關房屋？若為前者，則 V 之行為係屬違約，若為後者，則 V 並未違約。以及，除了書面契約之條款外，是否亦應顧及當事人之其他真意，雖其未於書面上所載之條款？

問題討論：

最高法院(88 年台上字第 1671 號判決)對於上開爭執，認為係屬意思表示之解釋問題，而且持下述之看法：按解釋意思表示應探求當事人之真意，不得拘泥於所用之辭句，民法第九十八條定有明文。意思表示不明確，使之明確，屬意思表示之解釋；意思表示不完備，使之完備，屬意思表示之補充。前者可減少爭議，後者可使意思表示之無效減至最低程度。意思表示解釋之客體，為依表示行為所表示於外部之意思，而非其內心之意思。當事人為意思表示時，恪於表達力之不足及差異，恆須加以闡釋，至其內心之意思，既未形之於外，尚無從加以揣摩。故在解釋有對話人之意思表示時，應以在對話人得了解之情事為範圍，表意人所為表示行為之言語、文字或舉動，如無特別情事，應以交易上應有之意義而為解釋，如以與交易慣行不同之意思為解釋時，限於對話人知

其情事或可得而知，否則仍不能逸出交易慣行的意義。解釋意思表示端在探求表意人爲意思表示之目的性及法律行爲之和諧性，解釋契約尤須斟酌交易上之習慣及經濟目的，依誠信原則而爲之。關於法律行爲之解釋方法，應以當事人所欲達到之目的、習慣、任意法規及誠信原則爲標準，合理解釋之，其中應將目的列爲最先，習慣次之，任意法規又次之，誠信原則始終介於其間以修正或補足之。

準此以觀，本件應認定兩造之真意係 K 同意當鄰地 Y 號土地與原 A B C 三棟七筆基地合併時，因 V 規劃爲完整街廓，可變更增建該三棟樓房爲 15、16 層，而使 V 獲有增建一、二層房屋得以出售之利益，但 V 應提供 Y 地與原七筆土地合併計算總面積後，分配與各該 A B C 三棟有關房屋之客戶，不得有何減損被上訴人取得基地應有部分之行爲，方符契約當事人之目的解釋，並與誠信原則不悖。V 於該社區樓房變更建築爲 15、16 層之同時，竟在 Y 地上興建 D 棟十層建築物，致 K 分配之房屋基地面積減少，顯已違反前開土地預定買賣契約第十條之約定。至上開條文所稱「有關房屋」之意義，按諸兩造之契約乃 V 與 A B C 棟購買戶訂立之定型化附合契約，解釋上，自應作有利於爲經濟上弱者之承買人之詮釋，亦即 V 與某甲訂立者，應指某甲買受之房屋，與某乙訂立者，則指某乙買受之房屋。因之，於本件情形下，該條所謂「有關房屋」應係指 B 區第五棟第九層房屋。V 執該條後段之約定，抗辯其已依約將土地合併後，並將其上 A B C D 區「有關房屋」，按全部土地面積總和計算，將 K 所應得之土地辦理移轉登記，並無違約云云，顯係誤解契約之文義。

至於 V 所提之其他抗辯，即 K 於 D 棟興建時，未即時提出異議事項，最高法院認爲，K 之請求權既未罹於時效或除斥期間而消滅，縱 K 保持沈默未即時起訴，仍不能據此剝奪其爲本件請求之權利。又按土地預定買賣契約書第 12 條，顯見兩造之約定所欲達到之目的在「不得違約」，只要 V 有違反本契約之行爲而不能交付時，即應依該條約定給付被上訴人與其已付價金同額之款項以爲違約金，不因其係全部不能或部分不能而有所不同。

本案例，最高法院將意思表示之解釋，與誠信原則作一連結，非完全依民法第 98 條之解釋方式，值得肯定。更有甚者，將本案中定型化附合契約之解釋方式，植入消保法觀念，即最有利消費者之解釋。此外，在解釋上，似仍採暗示說，未於書面契約以外之事實，探究當事人之真意。

案例 3：（最高法院 39 年台上字第 1053 號判例）

A 與 B 訂立「工作承攬契約」，約定 A 在 B 之耕地上耕作，而 A 定期給付耕地之使用費，而 B 不得將該地交由他人耕作。問當事人間究竟成立何種契約？

問題討論：

解釋當事人間之契約，應以當事人立約當時之真意為準，而真意何在，又應以過去事實及其他一切證據為斷定標準，不能拘泥文字致失真意。本案，雖然當事人間以「工作承攬契約」為名，但實際上乃為耕地租賃契約。最高法院之看法，乃專注於民法第 98 條之文意解釋。並未考慮誠信原則之適用與否。此外，依其判例要旨上觀，似乎不採暗示說之見解。最高法院 19 年上字第 453 號判例亦同其旨。

案例 4：(台中地院 93 年簡上字第 142 號判決)

A 向 B 公司購買數位彩色沖印設備乙套，業經 B 於民國 89 年 5 月 16 日安裝完成，並當場測試確定品質良好。A 亦於服務單上簽單確認。其後，A 於民國 90 年 8 月、92 年 3 月請求 B 公司提供維修服務。B 向 A 為維修費之請求，A 則以契約條文第 8 條：「…出賣人自裝機驗收之日提供…保固維修服務 1 年…」之規定，B 雖已裝機，但未驗收，故 1 年之保固尚未起算為由，拒絕支付維修服務費。問契約條文中所謂之「裝機驗收」，究何所指？

問題討論：

契約之解釋，首在於探求當事人共同主觀之意思，蓋約定之內容，具有法律規範效力之意義如何，在當事人間若無爭執，無論該內容，客觀上如何被了解，亦不管客觀上是否具有歧義性，仍以當事人共同主觀意思為準。即使有爭執，當事人若能自主，或透過第三人的協助，就約定內容的規範意義，達成共識，亦應以此共同理解的意義為準。然契約有解釋之必要，而又能確認雙方主觀共同的意思，並不多見，約定內容所具有的法律規範意義，當事人意見不一致，勿寧占多數之情事。此時即須要為契約客觀之解釋，我民法雖無類如德國民法第 157 條之規定(強調契約之解釋，應依誠信原則，斟酌交易習慣)，然實務及學說亦依民法第 98 條規定(意思表示之解釋)(按意思表示與契約仍有不同，兩者之解釋當即有差別)為解釋契約內容之形式解釋規則(註：與所謂實質解釋規則不同)。又，解釋契約，應探求當事人立約時之真意，而於文義及理論上詳為推求當事人之真意為如何？又應斟酌訂立契約當時及過去之事實，其經濟目的及交易上之習慣，而本於經濟法則，基於誠實信用原則而為判斷。換言之，契約既為屬有相對人之意思表示之一，則其解釋方法，為平衡當事人的利益及合理分配危險，應以客觀上表示價值作為認定意思表示內容的準據(即規範的解釋，闡釋性解釋)。在此種解釋，一方面要求表意人於表示其意思時，應顧及相對人了解可能性；他方面相對人亦須盡必要注意去正確了解表意人之所欲，故在解釋上應特別斟酌相對人明知或可得而知的事實，並就磋商過程、交易目的及利益狀態，依交易慣例及誠實信用原則加以判斷。上開契約解釋(包括共同主觀意

思之探求及客觀解釋)，主要之目的在確定當事人約定的內容，特別是契約書面所載條款，其所具有的法律規範意義。參以，系爭契約書第 8 條前文係載「出賣人自裝機驗收之日提供…保固維修服務一年」等語。是自裝機驗收之日起算保固期間甚明，則何謂「裝機驗收」自為重要。本於上開有關契約解釋及保固之說明，「裝機驗收」應係指客觀行為，而非契約當事人之主觀認定，否則保固期間之起算將繫諸於權利人之隨意(此與條件分類中之隨意條件義略同)，而難以完成。審酌有關保固責任並無礙物之瑕疵擔保請求權之行使，上開有關「裝機驗收」之解釋合乎兩造之真義。本件系爭機器已於 89 年 5 月裝機完成，該保固期間之起算點應自 89 年 5 月起算 1 年。A 稱系爭契約尚未驗收完成，保固期間尚未起算，自無足採。而本件 A 所主張四次之維修分別均係 90 年 5 月 16 日以後，亦非於保固期間內甚明。故 A 並無理由拒絕支付維修服務費用。

台中地院在本案件中，提出契約之解釋與意思表示解釋上之差異性問題，值得深思。區別意思表示，與契約之解釋是否恰當？難道在意思表示之解釋不需要顧慮到誠信原則之適用乎？殊有疑問。

二、意思表示解釋原則 – 對於書面之解釋

案例 5：(最高法院 86 年台上字第 3281 號判決)

A 等人為基隆市某區段徵收發還優先受配戶地主，與 B 於民國 82 年 2 月預立房地合建契約，並由 B 給付 A 等地主 50 萬元充作履約保證金。其中合約書第 10 條規定：「B 應於契約成立後 1 年 2 個月內申請建築執照及開工，否則 A 等得沒收 B 之履約保證金…」，且第十四條約定：「若 A 等優先受配戶無故解約時，應加三倍之金額賠償予 B」。83 年 4 月，B 仍未開工，但於 84 年 11 月，B 又與 A 等人就先前之合建契約，達成「原簽立合建契約書之時效，仍繼續生效，其有關契約之條文細節再行補充，修正後之契約書至法院公證」之決議。然 A 所提出之各項疑問，B 皆未能答覆，至 85 年初，雙方仍對細節部分未能達成協議。故 A 等於同年 3 月寄發存證信函與 B，其內容為：「…四、民國 82 年 2 月所簽之房地合建契約書所約定第十條：A 與 B 契約成立後 1 年 2 月內申請建築執照及開工，否則沒收 B 之保證金。此約定已於民國 83 年 4 月到期，本人已有權利沒收 B 方之履約保證金新台幣五十萬元，且簽約之時 B 方已知本人尚未取得土地配售之事實，願與本人簽訂第 10 條之約定，自屬 B 方願意承受此風險，故今本人沒收此履約保證金應無異議。五、若貴方有意再與本人簽約，請擇期經雙方協議後再行簽訂新契約…」。B 認為，既然雙方已於 84 年 11 月達成協議，原契約仍繼續，則 A 應無解除契約之權利，A 應支付 3 倍之違約金，並要求返還 A 等所沒收之保證金。而 A 則主張，並未解除契約，然因沒收保證金與否與解除契約無涉，非必解除契約始得沒收保證金。問何人有理？

問題討論：

第一、二審法院認定該存證信函中第 5 點，雖從文義上易被誤認為 A 等解除原契約，而要求 B 另訂立新約。然除該存證信函，兩造曾於先前協議，就原契約之條文細節，再行補充修正，故初二審法院認為：A 之本意，乃為維持原約，只因原合建契約所訂條件有所變更，而決議另行補充之。故 B 主張 A 應支付 3 倍之違約金並無理由。且保證金之沒收，依契約之文義觀之，與解約無涉。即上述二法院除該信函外，更參照其他事實而為認定。而最高法院認為，意思表示之解釋，在闡明當事人已為表示之正確含義，如信函文字已表示當事人真意，無須別事探求者，即不得反捨信函文字而更為解釋。既然 A 於存證信函中第五點已表明解約之意思，自不得解為無解約之意思表示。

案例 6：(最高法院 93 年台上字第 975 號判決)

ABC 三兄弟於民國 51 年訂立分鬮書，約定不論不動產登記於何人名下，所有財產權益均按三分均分，分鬮書前言載明：「立分鬮書人長房 A、次房 B、三房 C 兄弟等今因家計人多，議論紛紜，難于支持，故兄弟商議，今已議妥。邀請舅父、族親為見證，願將所有財產權益，按三大房公平均分，自平分以後，筆乃有據，不得爭長競短，致生兄弟和氣…。」第 3 條載明：「…台北市○○○段 136 地號，…此筆所有權狀為 A、B 各持分二分之一，『應作三大房均分』，耕作權亦三分之一，但任何房耕作、退耕時不得要求補償費比照。」第 4 條：「…台北市○○○段 496 地號，所有權狀松山字第 18956 號，田 0、0700 甲。台北市○○○段 103 號，所有權狀松山字第 18955 號，田 0、2610 甲，右兩筆所有權狀係為 C，應作三大房均分，耕作權亦分三分之一。」嗣後 ABC 三人死亡，A 之繼承人 A₁-A₇ 等 7 人，以及 B 之繼承人 B₁-B₁₀ 等 10 人，向 C 之繼承人 C₁、C₂ 等二人，請求原 103 地號之土地，經歷分割、重測、重劃，部分已被徵收，部分被擅自出售與他人，因而無法返還等情事，主張損害賠償。

問題討論：

本案系爭重點在於，是否該分鬮書為 ABC 之分析家產信託契約。而初、二審法院參照業已提出之業據其提出戶籍謄本、繼承系統表、分鬮書、存證信函及回執、系爭 103 地號土地登記謄本、地價謄本及台北市政府地政處函附土地徵收補償收據、明細等資料、台北市松山地政事務所函附土地登記申請資料、X 銀行股份有限公司函附抵押權設定契約書，以及雙方之陳述，認為本分鬮書為 ABC 分析家產之信託契約。故於信託關係結束後，就原 103 地號之部分，A 之繼承人 A₁-A₇ 等 7 人，以及 B 之繼承人 B₁-B₁₀ 等 10 人 應可據以向 C 之繼承人 C₁、C₂ 請求返還。而最高法院認為，意思表示之解釋，在闡明當事人已為表示之正確含義，如契約文字已表示當事人真意，無須別事探求者，即不得反捨契

約文字而更為解釋。本件分圖書之前言與第 3、4 等條之規定，則該分圖書似已載明三大房願將所有財產為標的，按三大房均分，並各應有部分三分之一辦理所有權移轉登記，且未載明在移轉登記前，各房之應有部分，仍信託登記於原登記名義人之名下，但尚不能證明該分圖書係三大房分析家產之信託契約。

三、意思表示錯誤與意思表示之解釋

案例 7：(最高法院 95 年台上字第 151 號判決)

A 向台中縣政府承攬「台中港區藝術館第 3 期(演藝廳)建築工程」，及增加施作鋼骨之承攬。該工程於民國 85 年 7 月 9 日開工，88 年 2 月 1 日完工，而台中縣政府於 88 年 6 月 22 日簽發工程結算驗收證明書正式驗收。而工程驗收時，監造人 B 曾提出工期計算表，該驗收證明書上關於工程逾期部分，並無任何記載。惟事後發現監造設計單位 B 建築師計算有誤：A 逾期 42 天完工，需繳還逾期罰金 20,295,705 元，並有溢領工程款 163,380 元之情形，台中縣政府請求為承攬酬金債權(7,932,396 元)為抵銷。雙方依契約之約定聲請中華民國仲裁協會仲裁。判斷台中縣政府須給付 340 萬及附加法定利息。而 A 則主張，其所施作之工程並未延期，且既然台中縣政府已為驗收，且未加註遲延，依民法第 504 條之規定，不負遲延責任。且就算縣府欲撤銷其驗收之意思表示，亦已逾民法第 90 條之除斥期間。(該工程合約書第 4 條約定：「工程期限：本工程應於雙方簽定合約後 10 日內開工，並於開工後 420 個日曆天內完成」字樣，同契約第 5 條之約定，合約書所附一般建築工程施工說明書，亦為兩造合約之內容。該一般建築工程施工說明書八工期核算要點(四)明確說明：「日曆天，係指工程開工後每日為一日曆天，工程契約規定為日曆天者，但有左列情形之一者，不計日曆天：政府規定之國定假日、民俗節日、全國性選舉投票日一天及中央主管機關臨時公佈者。」

問題討論：

本案之重點在於「日曆天」之計算方式為何，即當事人之真意，究否星期日應算入工期之中？此為契約之解釋問題。而台中縣政府為驗收時，是否為台中縣府驗收之意思表示有錯誤？關於第一個問題，初、二審法院認為，該修正之工期核算要點(四)明定：「…國定、民俗、假日…星期日及休息之星期六免計工期…」，對照系爭契約書所附前開一般建築工程施工說明書八工期核算要點(四)關於日曆天之說明，暨國定假日本指內政部人事行政局所規定之假日，諸如開國紀念日、和平紀念日、國慶日等，而星期日本屬例假日，而非國定假日抑或民俗節日。故明顯可知，監造人未將星期日算入工期，顯有錯誤。但監造人 B 雖有核算工期錯誤之事實，致台中縣府簽發工程結算驗收證明書對於 A 未為保留。B 之行為，並非屬台中縣府之驗收意思表示之錯誤，僅為事實認定問題而

已。然最高法院則認為，其簽發驗收證明書之舉動，實以構成默示承認工期計算表，以工程無逾期之意思表示。

此案，為典型之意思表示解釋連結錯誤之問題，即透過意思表示解釋之結果，發現表意人所發出之意思表示，其內容與真意不合：先透過解釋程序，台中縣府本欲基於未為延期之情況下，發出驗收無逾期之意思表示，然相對人 A 所接收到的卻是發現台中縣府之驗收合格。於意思表示解釋解釋之結果，發出無逾期之驗收，非為台中縣府之本意，即於因台中縣府對於工期延誤之事有所「誤認」，而此一誤認，係非出自意願，偶發的不一致。學理上認為此種型態為意思表示內容之錯誤。且由於該誤算工期之情事，非出於台中縣府之過失，而為監造人 B 之過失。在未逾一年之除斥期間下，始可撤銷。

四、意思表示錯誤之撤銷問題

案例 8：(最高法院 95 年台上字第 2409 號判決)

台中地院因需查封 A 所有之 X 土地，函請 A 之債權人 B 銀行及豐原地政事務所派員會同指界，然僅 B 銀行之職員 B₁ 到場引導執行人員，並誤指 Y 鄰地為查封土地，致執行人員在查封筆錄中記載：「查封之土地為一片空地，上面種植香蕉樹」等字樣。其實 X 地實位於陡峭山坡，又長滿茂密叢林。嗣後執行法院函請台中縣政府為鑑價時，縣府通知 B 銀行向豐原地政事務所辦理鑑界時，由 B 銀行之承辦人員 B₂ 會同地政事務所人員 C 至現場指界，仍犯相同之錯誤。執行強制執行之法院因此疏失，將 Y 地列於拍賣公告，然地號並未出錯，仍為 X 地之地號。後由 D 以 2 百多萬元拍定。嗣後 D 發覺有錯而欲撤銷之？

問題討論：

由於地號無誤，應無民法第 88 條 1 項意思表示內容錯誤之問題，但由於兩地之性質大有不同，故法院認為係屬同條 2 項之「物之性質，於交易上認為重要者」。又，由於其過失未達具體輕過失之程度。故 D 得撤銷其意思表示，致令該拍賣契約無效。

案例 9：(最高法院 83 年台上字第 2383 號)

A、B 二人於民國 78 年協議離婚，並立下離婚協議書，約定四名子女當中，CDE 由 A 撫養，F 由 B 撫養。且 A 每年支付 B 十萬元(自 78 年至 90 年止)，做為 F 之教育費用。82 年，A 訴請法院認定 A、B 間自始無婚姻關係存在，判決已告確定。故 A 向 B 撤銷其離婚協議之意思表示，主張支付 B 每年十萬元費用不存在，有無理由？

問題討論：

依據民法第 738 條之規定，和解不得以錯誤為理由而撤銷之，但當事人之一方，對於他方當事人之資格或對於重要之爭點有錯誤而為和解者，不在此限。本案之離婚協議書，在性質上為和解契約，而婚姻存在與否，屬締結該和解契約重要之爭點，故 A 得撤銷之。然撤銷該離婚協議，是否亦得適用民法第 90 條錯誤意思表示撤銷除斥期間之規定？最高法院認為，因總則編為民法各編共同適用之規定，原則上得完全適用於財產法部分，財產法中設有特別規定者，始不適用總則編之規定。民法第 738 條規定屬於債編，並無任何排除適用民法總則之規定，且 A 係請求確認債權不存在，自屬財產權涉訟，非屬身分事件。

案例 10：(臺灣高等法院暨所屬法院八十四年法律座談會民事類第一號提案)

老農 A，年逾 75 歲，不識字，不知其所有之農地一筆，已經都市計劃變更為住宅區，並經縣政府公告在案。而 B 明知並刻意隱瞞此一土地使用區分變更之事實，A 乃以一般農地之市價，將之出售與 B，時過二週，A 始經他人告知，其所有農地早已變更為住宅區，A 乃委請律師致函 B 主張錯誤而撤銷其所為出售之意思表示，B 則主張該錯誤係因 A 自己之過失所致，依民法第 88 條 1 項但書之規定，不得主張撤銷，試問孰為有理？

問題討論：

民法第 88 條 1 項但書所謂之過失，係指具體之輕過失而言。蓋因既曰「錯誤」，鮮有非由於表意人過失者，如解為抽象之輕過失，則表意人幾無行使撤銷權之機會；若解為重大過失，則撤銷權行使之機會過多，又於交易安定有礙；以採取具體輕過失較能有所兼顧。況該條撤銷權之規定，乃係為救濟因表意人主觀上之認知與事實不符，因而造成意思表示錯誤之情形而設，其過失之有無，自以其主觀上是否已盡其與處理自己事務同一之注意為判斷標準，較能與立法旨相呼應。以本案之情形而言，A 已高齡 75 歲，且又不識字，其注意之能力本較一般人為低，而土地使用區分之變更，既僅由政府以公告之方式周知，A 未能即時得知，自難謂 A 未盡其與處理自己事務同一之注意，應認 A 得依錯誤之規定主張撤銷其出售土地之意思表示。

我國民法中，對於意思表示之解釋，僅有第 98 條規定其解釋方式，而條文中亦僅僅指出，應探求當事人之真意，不應拘泥於文字。從文義上觀，似乎僅須探求表意人之內心意思便可。在實務上，並不滿意此等看法。而更補充以誠信原則：在有相對人之意思表示，則應以相對人所能理解之意思為解釋對象，即對表意人之表示行為的內容為準據，而非以探求表意人內心之真意為標準。特別是在文書之解釋上，多僅以書面上之文字為解釋範圍，而刻意忽略民法第

98 條之意旨 - 捨文字而探求當事人之真意(此即學理上所謂之「暗示說」)。

透過意思表示之解釋後，發現表意人之真意與所解釋之結果不相同時，若表意人非蓄意地、偶發地造成此結果時，則屬意思表示錯誤之問題。我國民法上共分為意思表示內容錯誤、表示行為錯誤與動機錯誤三種。其中後者在一定條件之下得視為內容錯誤。

在我國法中，意思表示之錯誤，並不當然得據以撤銷。民法第 88 條 1 項但書規定，定要該錯誤非由表意人之過失所致，方能撤銷。而此之過失，究應採何種標準？學說上爭論不休，但在實務上卻一致採行具體輕過失，因為實務上認為，過鬆或過緊之標準皆有其弊害，故應採折衷之見解。

貳、教學之評量

一、單元作業與考題設計

甲委託乙以新台幣五十萬元，向丙錢幣商購買 B 古幣，甲並授與乙代理權。惟甲在打給乙的電話中一時口誤，將欲購買之 B 古幣誤說成 D 古幣，乙遂以甲之名義向丙購買 D 古幣，業經銀貨兩訖。試附理由回答下列問題：

- 1、甲有何救濟之道？丙得主張何種權利？
- 2、設甲在打給乙的電話中，甲說擬購 B 古幣，卻因電話通訊不良，乙聽成甲欲買 D 古幣，故乙即以甲之名義與丙訂立 D 古幣之買賣契約。問甲有無救濟之道？

二、參考答案

- 1、甲有何救濟之道？丙得主張何種權利？

I、甲乙雙方依民法第 179 條互負 D 幣與 50 萬元價金之返還義務，並有民法第 264 條第 1 項同時履行抗辯的適用，惟此以甲可依民法第 88 條第 1 項撤銷其意思表示為前提：

- (一) 甲在打給乙的電話中一時口誤，將欲購買之 B 古幣誤說成 D 古幣，此代理權之授與行為，是為民法第 88 條第 1 項中段所謂表示行為之錯誤，亦即「…表意人若知其事情即不為意思表示者」，若表意人甲就口誤行為沒有過失，則其得向丙撤銷其意思表示。

- (二) 根據民法第 114 條第 1 項規定：「法律行為經撤銷者，視為自始無效」。甲向丙撤銷其意思表示後，甲丙之間的 D 幣買賣契約，視為自始無效。
- (三) 甲得依民法第 179 條規定，請求丙返還 50 萬元價金，蓋丙受有價金 50 萬元之利益，致甲受有喪失 50 萬元之損害，因買賣契約已被撤銷，故無法律上之原因也。
- (四) 丙得依民法第 179 條規定，請求甲返還 D 幣所有權，蓋甲受有 D 幣所有權之利益，致丙喪失 D 幣所有權，因買賣契約已被撤銷，而無法律上之原因。
- (五) 甲乙雙方各依民法第 179 條互負 D 幣與 50 萬元價金之返還義務，應有民法第 264 條第 1 項同時履行抗辯的適用。

II、丙得向甲依民法第 91 條規定請求損害賠償：

- (一) 按民法第 91 條規定：「依第 88 條及第 89 條之規定，撤銷意思表示時，表意人對於信其意思表示為有效而受損害之相對人或第三人，應負賠償責任。但其撤銷之原因，受害人明知或可得而知者，不在此限」。據此，受害人丙得請求損害賠償之要件為善意無過失，本題未言及善意之丙有過失，故推定其符合斯項要件。
- (二) 是以，丙得依民法第 91 條向甲請求賠償因信賴契約有效成立所受之損害。

2、設甲在打給乙的電話中，甲說擬購 B 古幣，卻因電話通訊不良，乙聽成甲欲買 D 古幣，故乙即以甲之名義與丙訂立 D 古幣之買賣契約。問甲有無救濟之道？

甲無救濟之道，茲將理由分述如次：

- (一) 按民法第 98 條規定：「解釋意思表示，應探求當事人之真意，不得拘泥於所用之辭句」。若表意人與意思表示受領人所理解之意思表示一致，則以該共通之意思為準；若表意人與受領人所理解之意思表示不一致，則以意思表示受領人所理解的為準。
- (二) 本題表意人甲說 B 古幣，受領人乙聽成 D 古幣，表意人與受領人彼此所理解的並不一致，故此時根據意思表示解釋的原則，應以表示行為客觀意義為準，亦即應以受領人乙所理解的 D 古幣為準。
- (三) 倘此，本件意思表示解釋之結果，甲對乙授與代理權之內容為購買 D

古幣，經查乙亦以甲之名義與丙訂立 D 古幣之買賣契約，故甲對乙之授權行為並不發生意思表示之錯誤，故甲無救濟之道。

第二單元 緘默詐欺

壹、問題之說明

緣民法第 92 條第 1 項前段規定：「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」。按詐欺乃故意欺騙他人，使其陷於錯誤，而為不利於己之意思表示。查詐欺行為主要有兩種型態：第一種類型為積極的虛構事實，亦即「…欲相對人陷於錯誤，故意示以不實之事，令其因錯誤而為意思之表示」，最高法院著有 18 年上字第 371 號判例，在案可稽。第二種態樣則是消極的隱匿事實，對此最高法院曾透過 33 年度上字第 884 號判例，表示其基本立場：「民法第九十二條第一項所謂詐欺，雖不以積極之欺罔行為為限，然單純之緘默，除在法律上、契紙上或交易之習慣上就某事項負有告知之義務者外，其緘默並無違法性，即與本條項之所謂詐欺不合」。準此，反面推論之，若行為人在法律上、契約上或交易習慣上，就特定事項對於相對人負有告知義務，則行為人不向相對人提供資訊之故意緘默舉措，即構成民法第 92 條第 1 項所稱之詐欺行為。

本文下面將依序從緘默詐欺之概念探微、緘默詐欺之法律定位、以及實務判決之問題提出等三個視角，說明緘默詐欺之基本課題。

一、緘默詐欺之概念探微

值得研究者，係在民事法之領域，所謂行為人的故意緘默或消極詐欺行為，該「故意」之主觀要件，是否以負有資訊提供義務之人明知系爭資訊存在，卻不告知相對人為已足？查民法上最接近緘默詐欺性質的規範，殆為對出賣人、贈與人、借用人、承攬人等債務人故意不告知物之瑕疵的規定，其中又以買賣法上物之瑕疵擔保責任，最為重要，故在此領域的實務立場，於吾人解釋適用民法第 92 條緘默詐欺之際，應有借鏡意義。

經查最高法院 93 年度台上字第 2537 號判決，涉及海砂屋之買賣事件，其針對民法第 360 條後段出賣人故意不告知物之瑕疵部份，說道：「…所謂出賣人故意不告知瑕疵，包括出賣人明知有瑕疵而不告知瑕疵存在之情形在內，至出賣人是否知悉瑕疵之形成原因，則非所問，故出賣人倘明知有瑕疵，縱令其不知瑕疵

之形成原因，而未將瑕疵存在之事實告知買受人，仍與故意不告知瑕疵相當。查證人…於第一審分別證稱：被上訴人（出賣人、個人）之母曾謂系爭房屋之天花板整塊掉下來砸到餐桌，未幾便有工人前來修補…，足見系爭房屋之天花板曾經崩落，而由林○○（買受人之鄰居）於八十五年間聽聞被上訴人之母上開言語及陳○○（水泥師傅）謂前揭修繕大約能撐二、三年等情以觀，系爭房屋之天花板似應在八十二年間被上訴人向前手買受後始行崩落，則上訴人（買受人、個人）主張被上訴人知悉系爭房屋之天花板崩落，自非子虛，惟被上訴人非但不告知上訴人系爭房屋之天花板有崩落之情事，甚至重新裝潢刻意掩飾隱藏，依上說明，能否以被上訴人不知該房屋之天花板崩落係海砂所造成，即謂其非故意不告知瑕疵，非無再推研之餘地」。

上開見解，承認出賣人明知系爭瑕疵存在，若未將該瑕疵存在之情形告知買受人，即構成民法第 360 條後段所謂出賣人故意不告知物之瑕疵，甚具啓示性。蓋明知瑕疵存在事實之出賣人，未提供買受人上開資訊，不外乎故意不告知、或因過失漏未告知兩種情形，究屬何者，買受人判斷不易。本件最高法院將明知系爭資訊存在，卻未將該資訊提供相對人者，論為仍與故意不告知資訊者相當，實不啻將「故意」不告知的主觀要件，弱化為「明知」其事實而未告知，擴張了以不作為方式，使相對人就特定事項之認知，繼續處於錯誤狀態這種案例類型的規範功能，具有減輕相對人舉證責任的意義，誠值重視。

本文以為，民法第 360 條與民法第 92 條之規範基礎，均非本於契約，同係基於法律規定，既然皆為法定責任，則緘默詐欺之解釋適用，似得適度參酌前揭實務對於故意不告知瑕疵的看法，認為在雙方當事人皆為個人的場合，根據法律、契約、交易習慣，就某事項負有對債權人提供資訊義務者，若明知該事項而未告知、且債務人認識到債權人將因其緘默行為而繼續陷於錯誤、以致為意思表示者，債權人嗣後得以債務人該當緘默詐欺為由，依民法 92 條第 1 項前段，撤銷其意思表示。

討論過緘默詐欺的概念之後，本文接著擬說明緘默詐欺在法律體系上之定位，其後再從最高法院 93 年度台上字第 695 號判決出發，探討資訊提供義務之基本法則。

二、緘默詐欺之法律定位

緣緘默詐欺之起因，原本既是債務人故意於訂約前或締約之際，不履行其對債權人之告知義務，故其在我國民事責任制度上之體系定位，原應介於民法第 245 條之 1 的締約上過失、民法第 227 條關於違反契約上附隨義務的不完全給付、以及民法第 184 條第 1 項後段的侵權責任三者之間，合先敘明。

惟有鑑於民法第 245 條之 1 第 1 項第 1 款的規定，一來僅限於「契約未成立時」，當事人爲準備或商議訂立契約，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；二來尙需一方主動就訂約有重要關係之事項爲「詢問」，他方惡意隱匿或爲不實之說明者，始足當之。雖然其主觀要件「惡意隱匿…」與緘默詐欺之故意相當，但因受到「一方之詢問」、與「契約未成立時」的要件限制，致使適用範圍甚爲狹隘，加上民法第 245 條之 1 第 2 項規定締約上過失之請求權時效，因二年間不行使而消滅，反觀民法第 93 條撤銷權固應於發見詐欺一年內爲之，但若遲未發見，則自意思表示後逾十年，始不得撤銷，因此緘默詐欺仍有規範上之實益。

其次，在契約成立以後，債務人故意違反說明告知義務的場合，債權人依民法第 227 條第 1 項與第 227 條之 1、或第 92 條第 1 項請求救濟之主要區別，在於後者所保護者乃意思自由，適用上不以債權人受有財產上損害爲必要，故因緘默詐欺而撤銷其意思表示者，其財產上權益所受到之保護，毋寧是基於權利保護之間接作用或反射利益而來。反之，不完全給付固然透過民法第 227 條之 1 的規定，保護意思自由等債權人之「人格權」，惟這仍以成立債務不履行為前提¹，故債權人仍須先受有財產上損害，該當民法第 227 條之要件，始有主張民法第 227 條之 1 的餘地。抑且，在債務人違反告知說明義務的場合，若系爭資訊之提供可能補正者，債權人得請求債務人補正，例如交付說明書、告知相關資訊等；惟若不能補正或補正對債權人無實益，則債權人得依民法第 226 條請求賠償損害，並得依民法第 256 條解除契約。此外，不完全給付之請求權時效，應適用民法第 125 條關於十五年的期限，此不同於緘默詐欺之民法第 93 條規定，併予敘明。

按民法第 92 條旨在保護表意人之意思自由，已如前述，侵權行爲法則透過民法第 184 條第 1 項前後段、民法第 195 條第 1 項關於「自由權」之規定，保護債權人之意思自由，此爲二者相近之處。然應留意者，二者至少亦有下列相異之點：第一、侵權行爲法上之意思自由受侵害，被害人除得請求賠償財產上之損害外，亦不排除依民法第 195 條第 1 項規定，請求非財產上之損害損害。渠等法律效果，爲民法第 92 條規定所無，自不待言。第二、侵權行爲損害賠償請求權之消滅時效，依民法第 197 條第 1 項規定，自請求權人知有損害及賠償義務人起，二年間不行使而消滅。自有侵權行爲時起，逾十年者亦同。此一規定，較諸前揭民法第 93 條撤銷之除斥期間，特別是在表意人應於發見詐欺後一年內行使撤銷權之範圍內，侵權行爲之時效規定自是較有利於表意人（被害人）。惟本文認爲侵權行爲法在時效方面的特色，主要表現在民法第 198 條之規定：「因侵權行爲對於被害人取得債權者，被害人對該債權之廢止請求權，雖因時效而消滅，仍得拒絕履行」，此爲根據民法 92 條規定撤銷意思表示者，所無法主張的法律效果，特予指明。

¹ 民法第 227 條之 1 規定：「債務人因債務不履行，致債權人之「人格權」受侵害者，準用第一百九十二條至第一百九十五條及第一百九十七條之規定，負損害賠償責任」。

按我國實務上關於民法第 92 條第 1 項前段之適用，以預售屋不誠實廣告為大宗，亦即以出賣人違背其對於購屋者應盡之告知說明義務，致使買受人因陷於錯誤而訂約之情形居多。析言之，消費者常主張當初係因信賴廣告所言或建商之解說內容而締約，今建商交付之不動產既與其先前所發送之廣告內容、或其於訂約之際所作的說明有間，消費者自得主張撤銷其受詐欺之意思表示，或／並依民法上物之瑕疵擔保責任、不完全給付等規定，主張解除契約、減少價金、或拒付價金之同時履行抗辯等權利。對此，學者曾先後針對實務案例，為文探討預售屋不誠實廣告與詐欺的相關問題，論述詳盡，剖析縝密，可資參照。

特別值得一提的是，學者在論及行為人以消極不告知交易上重要資訊，致相對人陷於錯誤而為意思表示的場合，曾提出下列觀點：「基於企業經營者與消費者之間，因專業知識、技術、資訊以及資本等方面之因素，所造成之契約地位不平等現象，在解釋適用民法關於意思表示被詐欺之規定時，特別是在認定消極不作為之詐欺是否成立時，法律政策上應根據誠實信用原則，課企業經營者以更高之誠實義務，提高其告知說明義務之程度，擴大其應告知說明事項之範圍。就此點而言，消費者保護法第二二條前段規定：『企業經營者應確保廣告內容之真實』，有其獨立之規範意義，可作為企業經營者對消費者負有誠實告知說明義務之規範依據，亦即該段之規定可解為係誠實信用原則在消費關係上具體化之規定，依據該段之規定可導出企業經營者利用廣告促銷其商品或服務時，就影響消費者形成其意思決定所考慮之重要事項，對消費者負有誠實告知或說明之義務」。

斯項法律見解，富有啟發性，足堪贊同。本文倡議，在認定緘默詐欺或消極不作為之詐欺是否成立時，所謂法律政策上應根據誠信原則，提高企業經營者告知說明義務之程度，擴大其應告知說明事項之具體作法，可考慮參考前揭最高法院 93 年度第 2537 號判決意旨，認為在債務人為企業經營者、債權人為消費者的場合，根據法律、契約、交易習慣，就某事項對消費者負有告知義務之企業經營者，若明知該事項而未告知，且其可合理預見消費者將因其緘默行為而繼續陷於錯誤、以致為意思表示者，應肯認消費者嗣後得以企業經營者成立緘默詐欺為由，依民法 92 條第 1 項前段，撤銷其意思表示。

倘此，在一方為企業經營者、他方為消費者之消費關係的場合，本文對於緘默詐欺的理解，傾向於逾越「詐欺從其文義，必出於故意」的概念限制，寬認包括負有資訊提供義務之企業經營者，其明知系爭資訊存在，卻因故意或過失未告知消費者，致使消費者因維持錯誤認知而訂約的情形。斯項定位，將使緘默詐欺的概念趨近於違反告知說明義務之不完全給付，在消費關係與消極不作為的範圍內，具有填補現行法上欠缺「過失詐欺」類型的規範意義，具有促進企業經營者對消費者履行資訊提供義務的作用。當然，斯項定位實不啻將緘默詐欺加以客觀化，具有減輕消費者舉證責任之意涵，無待贅言。惟我國審判實務是否也採取此一看法？顯有探究必要。

三、最高法院 93 年度台上字第 659 號判決

查最高法院 93 年度台上字第 659 號判決，似與上述緘默詐欺有關，茲以下謹簡要摘錄判決事實，敬請參考。按本件被上訴人（龍○國際股份有限公司，出賣人）主張，上訴人（許○森，買受人）於民國 88 年 10 月間購買其所投資、已完成興建之渴望村第二期系爭房地。買受人於同年 12 月初遷入，系爭房地並已於同月下旬辦畢產權移轉登記，惟買受人尚積欠出賣人部分價金，迭經催討，迄未給付，爰依民法第 345 條、第 250 條之規定及房屋買賣契約書第 4 條第 3 項、土地買賣契約第 3 條第 3 項之約定，請求法院命上訴人給付被上訴人未付價金之本息及違約金。對此，上訴人則以被上訴人銷售系爭房屋時，藉由不實廣告標榜「擁有國內第一座社區資訊高速公路」、「全區鋪設高速光纖骨幹」、「園區內將規劃 CII 網路，住戶可申請連線以享有 ISDN 及多媒體網路服務，連接廠區…，真正達到國際網路化之現代 CII 社區」，並經其銷售人員再三說明，伊受出賣人之詐欺，信以為真，始與之簽約購買系爭房地。然交屋後，其發現出賣人未履行上述義務，且房屋有諸多瑕疵，經其催告，出賣人迄未補正，其已於 89 年 12 月間解除系爭契約，並於 90 年 1 月間另以書狀繕本送達的方式，撤銷其受詐欺而買受之意思表示，故被上訴人本於系爭房地買賣契約請求給付價金之本息及違約金，即屬無理等語，資為抗辯。

原審法院斟酌全辯論意旨及調查證據之結果，以：被上訴人銷售系爭房地時，確曾於銷售現場置放載有「全區鋪設高速光纖骨幹」等內容之廣告文宣，而其銷售內容未特別說明不包括系爭房地在內，依消費者保護法第 22 條、消費者保護法施行細則第 23 條規定，該廣告內容雖應認為係屬兩造契約之內容。…被上訴人迄未鋪設光纖骨幹，為其所不爭，固亦足以認定系爭房地確有瑕疵。惟一般人購買房屋係以居住為主要目的，光纖網路僅屬房屋之附加價值，被上訴人未予鋪設，應不影響建物本身之效用，顯見系爭房地價值或通常效用之減少，尚非重大，依民法第 359 條規定，上訴人僅得請求減少價金，其據以解除契約，顯失公平。…再者，民法第 92 條第 1 項所謂詐欺，係欲相對人陷於錯誤，故意示以不實之事，令其因錯誤而為意思之表示而言…。被上訴人就與系爭房地同時銷售之渴望村三期房屋，已著手架構光纖骨幹，其銷售人員於上訴人買受時，既均未保證屬於二期房屋之系爭房地亦有此網路設施，即難謂有何詐欺行為，上訴人撤銷買受之意思表示，自非有據…。是以，原審法院維持第一審所為被上訴人勝訴之判決，駁回上訴人之上訴。

對此，最高法院民七庭除了表示「經核於法洵無違誤」之外，並作如下的補充：「…民法第九十二條第一項所謂詐欺，雖不以積極之欺罔行為為限，然單純之緘默，除在法律上、契約上或交易之習慣上就某事項告知之義務外，其緘默並無違法性，即與本條項之所謂詐欺不合（本院三十三年上字第八八四號判例參照）。系爭房地屬渴望村第二期，僅因與渴望村第三期房屋同時銷售，致置放於

銷售地點之廣告亦成爲兩造間之契約內容，雖經原審所認定，但該光纖骨幹之鋪設，原非兩造約定之買賣契約內容，上訴人遽依消費者保護法第二十二條有關企業經營者對於廣告應負責任之規定，即謂被上訴人負有告知光纖骨幹並未鋪設之義務而指其應負詐欺之責，亦非有據」等語，而認爲本件上訴無理由。

四、爭點所在

最高法院民七庭透過 93 年度台上字第 659 號判決，對於明知渴望村第二期未鋪設光纖骨幹之企業經營者，因過失未告知信賴「全區鋪設高速光纖骨幹」廣告之消費者，關於鋪設區域不包括系爭房地在內之資訊，認爲不成立緘默詐欺，斯項見解，殊值重視。惟本文以爲，前揭觀點仍有部分尙待釐清，值得吾人仔細推敲。茲謹以下面兩點說明之：

第一、本件原審法院認爲，雖然企業經營者於銷售渴望村第二期系爭房地時，確曾在銷售現場置放載有「全區鋪設高速光纖骨幹」等內容之廣告文宣，但企業經營者既未保證屬於第二期房屋之系爭房地亦有此網路設施，即難謂有何積極欺罔相對人之行爲。然而，屬於渴望村第二期、且出賣人自始即知悉無鋪設光纖骨幹計畫之系爭房地，既然和已著手鋪設光纖網路之第三期房屋同時銷售，則企業經營者依消費者保護法第 22 條前段規定，是否對消費者負有告知光纖網路區域不包括系爭房地在內的義務？

固然，本件最高法院以該光纖骨幹之鋪設，原非兩造約定之買賣契約內容爲由，認爲買受人逕行援引消保法第 22 條規定，主張出賣人負有告知光纖骨幹並未鋪設之義務，並非有據。惟如依上述最高法院之推論，是否意味著出賣人在交易上對於買受人所負之說明義務，僅以兩造締結之買賣契約內容爲限？倘若如是，這是否符合向來實務的看法？

第二、本件最高法院傾向於認爲，出賣人就其所知之廣告內容上所主打的資訊真實性，對於買受人不負特別的告知、說明義務，這不啻間接課予買受人一個主動詢問、或自行探知交易上重要資訊的義務，此一結果是否合理？值得討論。

五、評釋意見

最高法院 33 年上字第 884 號判例有謂：「民法第九十二條第一項所謂詐欺，雖不以積極之欺罔行爲爲限，然單純之緘默，除在法律上、契紙上或交易之習慣上就某事項負有告知之義務者外，其緘默並無違法性，即與本條項之所謂詐欺不合」。據此反面推論之，緘默詐欺之成立，須以緘默之人在法律上、契約上或交

易習慣上，就特定事項負有告知義務為前提，本單元旨在探討最高法院關於告知說明義務之相關判決，藉以歸納其確立資訊提供義務之基本法則。

在出賣人為個人、非以房地產為業的場合，最高法院在當事人之間，樹立了一項資訊提供義務之基本原則：當事人之一方，應就其所知，告知他方當事人交易上之重要事項。於此情形，主張民法第 92 條第 1 項成立緘默詐欺者，應證明債務人明知該交易上重要事項卻未告知、且債務人認識到債權人因其緘默行為而繼續陷於錯誤、以致為意思表示之事實。

若出賣人為從事房地產交易之企業經營者，最高法院除了認為企業經營者，應就其明知之交易上重要資訊，對相對人負說明義務外，近來還有直接認定企業經營者明知或應知悉交易上重要事項，故此對相對人負有告知義務，誠值重視，可資贊同。於此情形，援引緘默詐欺主張權利之消費者，無庸舉證債務人明知或應知悉該事項之事實，僅須釋明債務人所未告知者乃交易上重大事項、且其可合理預見消費者因其緘默致陷錯誤而訂約的事實。此際，欲排除成立緘默詐欺之企業經營者，應證明系爭資訊非屬交易上之重要事項、或提出已告知相關資訊之事證、或舉證其未能預見消費者因其緘默致陷錯誤而締約之事實。

關於企業經營者之告知義務與買受人之探知義務二者間，應如何劃分界線的問題，最高法院著有 92 年度台上字第 788 號判決，可供參佐。根據本判決之意旨，上述兩種義務之範圍分界，取決於系爭資訊依一般買受人的觀點，是否會被認為係屬交易上重要事項的標準。倘系爭資訊是屬於交易上重大事項者，企業經營者之告知義務，相較於買受人的探知義務，實具有優位性，出賣人應主動向買受人揭示該等資訊。反之，若系爭資訊非屬交易上重要事項者，買受人應至遲於簽約時，主動向出賣人探知其事或向第三人查詢相關資料。

本文認為，最高法院根據出賣人為個人或企業經營者，分別課予出賣人就其所知、或明知（或應知悉）交易上重要資訊，而對買受人負告知義務的思維，乃溯源自民法第 148 條第 2 項之誠信原則，可具體附麗於民法第 567 條背後所彰顯之法律一般原則，具有堅韌之實證法基礎，應予指明。斯項實務立場，深刻體現了我國民法上對於資訊不對稱問題的價值決定，具有將民法第 567 條所底蘊之抽象法則，適用到居間法以外場域之導引作用，實有貫徹現行法之基本價值判斷，促進法律體系之內在和諧的積極意義，固不待言。

回到一開始所提出之案例，亦即最高法院 93 年度台上字第 695 號之判決。查本件建商自始知悉渴望村第二期之系爭房地，雖與已著手鋪設光纖網路之第三期房屋同時銷售，但並無鋪設光纖骨幹計畫。建商既明知系爭資訊卻因過失未告知買受人，依本文對於緘默詐欺主觀要件之見解，得認為並不排除民法第 92 條第 1 項前段之適用。

惟有鑑於最高法院解釋適用民法第 92 條第 1 項之詐欺要件時，亦取法民法第 88 條第 2 項關於「交易上認為重要」之要件，而以未告知之資訊在交易上認為重要者為限，課予企業經營者對消費者負告知其事之義務。在這種思路底下，本件最高法院民七庭似乎認為，一般人購買房屋係以居住為使用目的，鋪設光纖網路與否僅屬房屋之附加價值，並非屬交易上之重大事項，從而建商就系爭房屋不鋪設光纖網路之資訊，不負有告知消費者之義務。

這樣一來，易生下列疑義：若本件消費者一開始便因建商「全區鋪設高速光纖骨幹」之廣告內容，致誤信其所購買之房地有此設施，衡諸通常情形，似乎無法期待買受人於簽約之際，還能主動向建商查詢、確認此事真偽。因此，本文傾向於認為，縱使建商是誤放廣告，即便鋪設高速光纖骨幹並非交易上重要事項，建商仍應本於消保法第 22 條前段規定，至遲於訂約時告知相對人系爭房地將不鋪設網路一事。否則明知系爭資訊之建商，應可合理預見「全區鋪設光纖骨幹」之廣告訴求，將影響承購系爭「渴望村第二期」房地者之意思決定，洵有成立緘默詐欺之餘地。準此，本件最高法院民七庭所表示之法律見解，似難謂無商榷之處。

貳、教學之評量

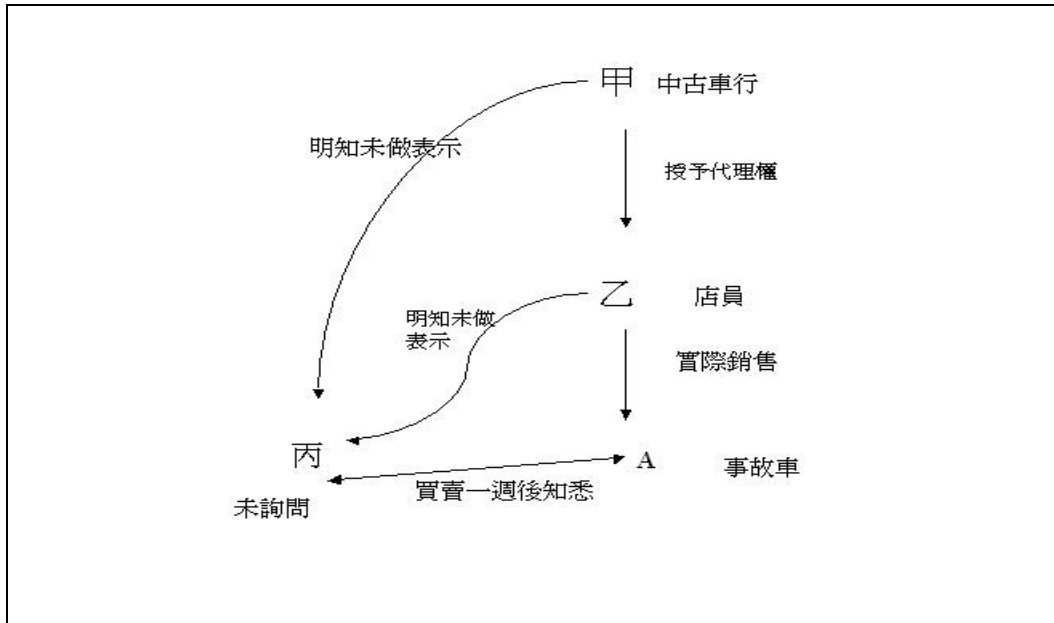
一、單元作業與考題設計

甲經營中古車行，雇有一店員乙，並展售 A、B、C 三車，各該車頂上僅標有「售」字樣，丙、丁、戊分別對 A、B、C 車感到興趣。在買賣交易過程中，丙未曾詢問 A 車是否為事故車，甲和實際銷售之乙雖知其事，但對此未為任何表示，丙於購買 A 車一週後，始獲悉 A 車曾發生重大車禍。丁於購車前，曾向甲詢問 B 車是否為泡水車，甲明知該車為泡水車卻含糊其詞，指示不知情的乙向丁銷售該車，乙表示該車不是泡水車，丁於買受 B 車一年後始知乙所言不實。戊向甲要求試車，甲因未實際從事車輛買賣與檢修業務，不知 C 車有煞車不靈的缺陷，遂允戊之請求，經查實際銷售 C 車的乙明知該缺陷，卻仍將車子鑰匙交給戊，戊於試車時即因煞車不靈發生車禍，車毀人傷。試附條文和理由回答下列問題：

- 1、丙得向誰主張何種權利？
- 2、丁得向誰主張何種權利？
- 3、戊得向誰主張何種權利？

二、參考答案

I、 丙得向誰主張何種權利？



擬答：

丙得否向甲依民法 359 條請求解除契約，以甲對丙負有民法 354 條 I 項物之瑕疵擔保責任為前提：

- (1) 依民法 354 條 I 項之規定，出賣人就出賣標之物之瑕疵，應負擔保責任。所謂標之物之瑕疵係指出賣人移轉物於買受人時，無滅失或減少其價值、通常效用，或契約預定效用之瑕疵。73 台上第 1173 號判決更具體指明凡依通常交易觀念，或依當事人之決定，認為物應具備之價值、效用或品質而不具備者，即為物有瑕疵。依題意，A 車為事故車，其後雖經修復，惟根據民間汽車交易觀念，A 車之價值已產生減少，此為民法 354 條 I 項所稱價值減少之瑕疵。
- (2) 出賣人可否主張丙未詢問 A 車車況，顯有未盡普通人之注意義務而有重大過失。依民法 148 條 II 項，車商對客戶有忠實告知之附隨義務；在本題，A 車曾發生重大車禍，此為一般客戶汽車買賣所在意事項。買賣交易過程中，丙雖未詢問 A 車狀況，但乙為出賣人，則有一忠實告知丙 A 車狀況之義務，然乙卻該作為而不作為，致丙誤以 A 車為可交易標的而進行買賣，乙顯有故意隱瞞而違背忠實告知義務。另依民法 355 條 II 項但書，買受人雖因重大過失，而不知有民法 354 條 I 項所稱之物之瑕疵者，但出賣

人有故意不告知物之瑕疵情形時，出賣人仍應負擔擔保責任。在本題，丙雖有未詢問車況之過失，但乙為故意不告知 A 車之瑕疵，乙仍應依民法 354 條 I 項負物之瑕疵擔保責任。

- (3) 甲可否主張其為乙之僱用人，僅需與乙依民法 188 條 I 項前段負侵權之連帶損害賠償責任即可。所謂僱傭，依 92 台上 1202 號判決，係指受雇人為僱用人服勞務之契約，其目的僅再受雇人單純提供勞務而受報酬；在本題，甲授予乙代理權販賣中古車，其間雖有僱用契約，惟就 A 車之買賣交易，乙代甲與丙進行磋商、決定買賣，實為甲之代理人，並非單純的提供勞務。依民法 103 條 I 項之規定，代理人於代理權限內，以本人名義所為之意思表示，直接對本人發生效力，所以乙之行為直接對甲發生效力；而民法 224 條規定，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。如上述乙應依民法 354 條對丙負物之瑕疵擔保責任，則依民法 224 條，甲應與自己之故意與乙負同一責任。
- (4) 丙向甲請求解除契約，有無民法 359 條但書顯失公平之情事。依 93 台上 80 號判決，所謂「顯失公平」，應就買賣雙方因契約解除所生損害或所得利益，加以衡量。在本題，丙於買受 A 車一周後就獲悉 A 車為事故車，期間雖然丙已使用 A 車代步，惟相較 A 車曾發生事故所致丙利益的減損，解除契約對於甲所生損害顯然較少，且甲為故意不告知 A 車瑕疵，基於法律不保護惡意之行為人，所以丙仍得依民法 359 條向甲主張解除契約。

小結：丙得依民 359 規定向甲請求解除契約。

相關法條

民法 359 條（物之瑕疵擔保之效力（一）-解約或減少價金）

買賣因物有瑕疵，而出賣人依前五條之規定，應負擔擔保之責者，買受人得解除其契約，或請求減少其價金。但依情形，解除契約顯失公平者，買受人僅得請求減少價金。

民法 354 條（物之瑕疵擔保責任）

I 物之出賣人，對於買受人應擔保其物依第三百七十三條之規定危險移轉於買受人時，無減失或減少其價值之瑕疵，亦無減失或減少其通常效用，或契約預定效用之瑕疵。但減少之程度無關重要者，不得視為瑕疵。

民法 355 條（物之瑕疵擔保責任之免除）

II 買受人因重大過失，而不知有前條第一項所稱之瑕疵者，出賣人如未保證其無瑕疵時，不負擔保之責。但故意不告知其瑕疵者，不在此限。

民法 188 條（僱用人之責任）

I 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擔損害賠償責任。

民法 103 條（代理行為之要件及效力）

I 代理人於代理權限內，以本人名義所為之意思表示，直接對本人發生效力。

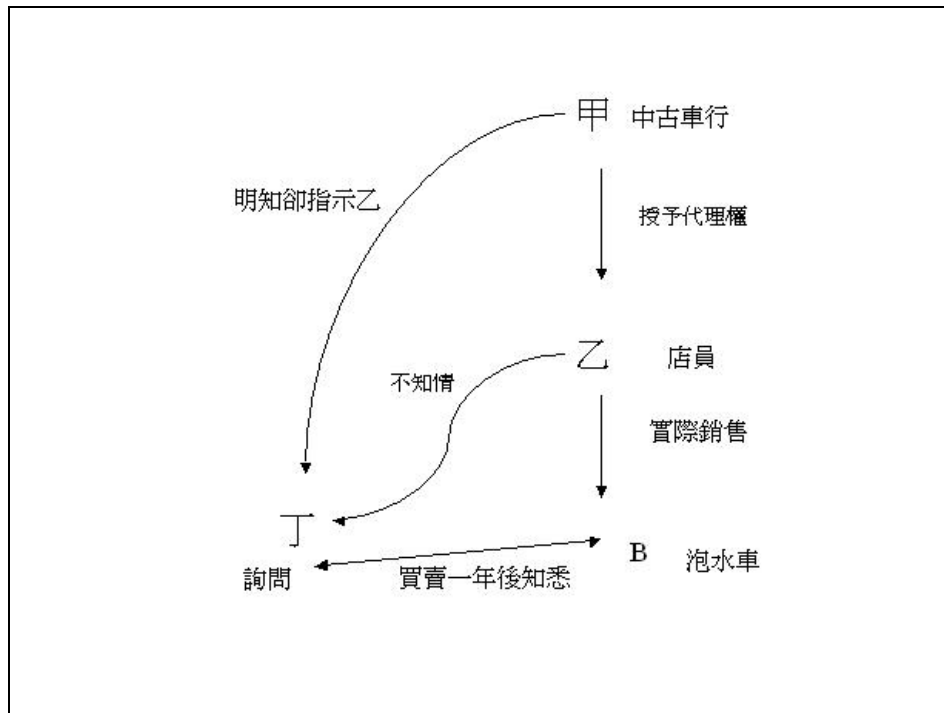
民法 224 條（代理人或使用人之故意過失責任）

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。

民法 148 條（權利行使之界限）

II 行使權利，履行義務，應依誠實及信用方法。

II、丁得向誰主張何種權利？



擬答：

- (一) 丁得否向甲依民法 359 條請求解除契約或減少價金，以甲對丁負有民法 354 條物之瑕疵擔保責任為前提。
- (1) 依據民法 354 條 I 項之規定，出賣人就出賣標的物之瑕疵，應負擔保責任。所謂標的物之瑕疵係指出賣人移轉物於買受人時，無滅失或減少其價值、通常效用，或契約預定效用之瑕疵。73 台上第 1173 號判決更具體指明凡依通常交易觀念，或依當事人之決定，認為物應具備之價值、效用或品質而不具備者，即為物有瑕疵。依題意，B 車為泡水車，其後雖經修復，惟根據民間汽車交易觀念，B 車之價值已產生減少，此為民法 354 條 I 項所稱價值減少之瑕疵。
- (2) 乙向丁表示 B 車非為泡水車，乙代理行為之瑕疵，甲是否亦須負同一責任？在本題，乙並不知 B 車為泡水車，但受甲之指示而向丁表示 B 車非為泡水車。有關乙代理行為之瑕疵，依民法 105 條但書之規定，代理人意思表示，如依照本人所指示之意思而為時，其事實之有無，應就本人決之。在本題，乙係受甲之指示與丁進行買賣交易，其意思表示之欠缺，應就甲之意思決之，而甲明知 B 車為泡水車卻故意隱瞞丁，所以依民法 105 條但書之規定，甲對丁為故意不告知物之瑕疵。

而依民法 220 條 I 項，甲應就其故意之行爲，對丁負責任。

- (3) 丁得依民法 359 條前段向甲主張解除契約或依其但書主張減少價金，其前提在於丁主張解除契約有無顯失公平？依 93 台上 80 號判決，所謂「顯失公平」，應就買賣雙方因契約解除所生損害或所得利益，加以衡量。依題意，丁於買賣一年後始知悉 B 車爲泡水車，期間丁用 B 車代步，已有使用、收益之利益；若解除契約甲除需返還價金給丁，且 B 車市值又有一年之折舊，對甲而言，此舉顯失公平，所以丁只能依民法 359 條但書向甲主張減少價金。

小結：丁得依民法 359 條但書向甲主張減少價金。

(二) 丁得否依民法 92 條 I 項撤銷其意思表示？其前提在於丁係因被詐欺或被脅迫，而爲意思表示。

- (1) 民法第 92 條 I 項規定，因詐欺或被脅迫，而爲意思表示者，表意人得撤銷其意思表示。所謂詐欺，依 33 台上 884 號判決，除單純之緘默外，只要在法律上、契紙上或交易之習慣上就某事項負有告知之義務卻不作爲，即屬之。依題意，丁於購車前，曾向乙詢問 B 車是否爲泡水車，乙代理甲爲中古車之買賣，對丁應有一忠實告知義務；事實上 B 車是泡水車，但乙卻告知丁 B 車非爲泡水車，所以乙對丁應有詐欺之情事。
- (2) 甲可否主張丁非受自己之詐欺，而係受乙之詐欺，其前提在於乙對丁所告知 B 車非爲泡水車之行爲係乙自己決定或是依甲之意思所爲。有關乙代理行爲之瑕疵，依民法 105 條但書之規定，代理人意思表示，如依照本人所指示之意思而爲時，其事實之有無，應就本人決之。在本題，真正的買賣當事人應爲甲與丁，乙係受甲之指示與丁進行買賣交易，其意思表示之欠缺，應就甲之意思決之，而甲明知 B 車爲泡水車卻故意隱瞞丁，所以依民法 105 條但書之規定，甲對丁故意不告知物之瑕疵，有詐欺之行爲。

小結：丁得依民法 92 條 I 項向甲主張撤銷意思表示。

相關法條

民法 359 條（物之瑕疵擔保之效力（一）-解約或減少價金）

買賣因物有瑕疵，而出賣人依前五條之規定，應負擔保之責者，買受人得解除其契約，或請求減少其價金。但依情形，解除契約顯失公平者，買受人僅得請求減少價金。

民法 354 條（物之瑕疵擔保責任）

I 物之出賣人，對於買受人應擔保其物依第三百七十三條之規定危險移轉於買受人時，無滅失或減少其價值之瑕疵，亦無滅失或減少其通常效用，或契約預定效用之瑕疵。但減少之程度無關重要者，不得視為瑕疵。

民法 105 條（代理行為之瑕疵）

代理人之意思表示，因其意思欠缺、被詐欺、被脅迫，或明知其事情，或可得而知其事情，至其效力受影響時，其事實之有無，應就代理人決之。但代理人之代理權係以法律行為為授與者，其意思表示，如依照本人所指示之意思而為時，其事實之有無，應就本人決之。

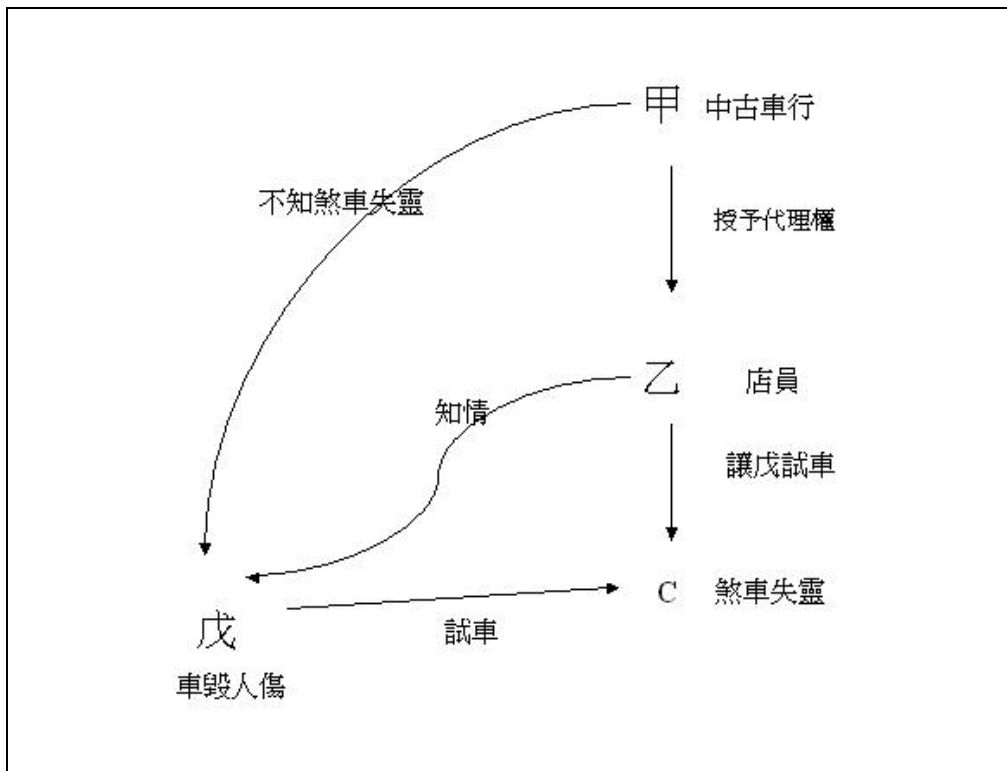
民法 220 條（債務人責任）

I 債務人就其故意或過失之行為，應負責任。

民法 92 條（意思表示之不自由）

I 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。但詐欺係由第三人所為者，以相對人明知其事實或可得而知者為限，始得撤銷之。

III、戊得向誰主張何種權利？



擬答：

戊得否依民法第 245 條之 1 I 項一款向甲主張締約過失責任，前提在於戊對甲可否主張信賴利益？

- 1、依題意，甲、戊之間並未訂立買賣契約，戊試車是爲了與甲訂立 C 車買賣契約而進行準備。

2、戊對甲可否主張信賴利益？

在本題，甲授與乙展售中古車之代理權，乙在其代理權限範圍內，與戊進行洽談。戊因信賴 C 車為車況正常，所以要求甲同意其試車；甲本身雖未實際從事車輛買賣與檢修事業，不知 C 車有煞車不靈的缺陷，惟甲之代理人乙明知 C 車煞車不靈的缺陷對汽車買賣訂約是有重要關係之事項，對戊卻惡意隱匿並將車子鑰匙交予戊，讓戊試車以致車毀人傷。依民法 224 之規定，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，故乙故意不告知戊 C 車有煞車不靈的缺陷，甲雖不知情，但仍應與乙負同一責任。而戊因信賴甲之同意及乙交付車鑰匙讓他試車之行爲而進行試車，其後因煞車不靈致車毀人傷，自可主張其信賴利益受到損害而請求賠償。

小結：戊得依民法第 245 條之 1 I 項一款向甲請求損害賠償。

相關法條

民法 245 條之 1（締約過失責任）

I 契約未成立時，當事人為準備或商議訂立契約而有左列情形之一者，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：

一 就訂約有重要關係之事項，對他方之詢問，惡意隱匿或為不實之說明者。

民法 224 條（代理人或使用人之故意過失責任）

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失，負同一責任。但當事人另有訂定者，不在此限。

第三單元 表見代理

壹、問題之說明

「印章」之使用，為我國交易之常態。本人可以不必親自出面，而在交辦他人為法律行為之同時，授與本人之印章，可以代替本人之簽名，以達到簡化交易程序之效果。此舉雖然帶來交易上之便利，但卻也是危險之所在：第三人或可利用本人所交付之印章，私自運用，而與第三人為法律行為，造成本人之困擾。在此種情形，「代理人」雖無代理權。而因持有本人之印章，或可讓人於外觀上，信其有代理權，遂由法律課以授權人責任，此即所謂之無權代理。本單元吾人將討論下列問題：實務判決中所認定之表見代理的要件為何？就該等要件誰負舉證責任？法院可否於第三人未主張表見代理之情況下，逕將法律上之效果，歸屬於第三人？民法第 169 條與民法第 107 條之區分何在？我國法上有無所謂的「隱名代理」？

一、實務所認定之表見代理的成立要件

(一) 意定代理才有表見代理之問題，法定代理及代表，並無適用表見代理之餘地。

案例 1：(最高法院 79 年台上字第 2012 號判例)

某私立高職之前任董事長 A 與 B 訂立承攬修繕契約，蓋用學校之印鑑，現任董事長 C 知情卻未為反對之表示者，問該高職是否須負表見代理之責？

問題討論：

民法第 169 條關於表見代理之規定，惟意定代理始有適用，若代表或法定代理則無適用該規定餘地。A 雖為前任董事長，兩造訂約後，C 迄未對之為反對之表示，仍不得謂其應負授權人之責任。

案例 2：(最高法院 95 年台簡抗字第 1 號)

某私立高職校長 A，以該校董事長 B 之名義，對外簽發票據，並蓋用學校及董事長印章之行爲，B 是否負有表見代理之責任？

問題討論：

法定代理係依法律規定而發生之代理權，既非因授權行爲而發生，即使有授權事實之表示，亦與法定代理權之發生無關。故民法第 169 條關於表見代理之規定，唯意定代理始有其適用，若代表或法定代理，則無適用該條規定之餘地。私立高職為法人，其法人之代表為董事長，校長非為其代表。校長所為之簽發票據行爲，自非法人之行爲，亦無表見代理之適用。

(二) 代理人以本人名義而與第三人為法律行爲

案例 3：(最高法院 70 年台上 2160 號判決)

A₁ 等 17 人(A₁~A₁₇)為地主，推舉 A₁ 為代理人，出面委託 B 於其所屬之土地上代為建造房屋 14 棟，每棟 4 層樓，約定雙方各取得一半之所有權，且各就其取得部分自行出名申請建築執照。此外，B 又與 C₁ 等 5 人(C₁~C₅)簽定買賣房屋契約書，而其標的為 A₁ 等所有之房屋。B 對 C₁ 等 5 人宣稱 A₁ 曾口頭委託其出賣房屋事宜，並於與 C₁ 等 5 人訂立買賣房屋契約之時，表示該標的物係地主保留戶，已受委任代理出售。但買賣契約書上之賣方卻僅載有 B 之姓名等資料。

A₁ 亦表示，並未授權 B 代為出售房屋。A₁ 是否須負代理之責？又，若 A₁ 承認 B 與 C₁ 等人之買賣契約，其效果如何？

問題討論：

縱有代理權，而與第三人為法律行為時，非以本人名義為之者，亦不成立代理。又雖與第三人為法律行為時，未明示其為代理人；而如相對人按其情形，應可推知係本人名義為之者，固難謂不發生代理之效果，即所謂之「隱名代理」。惟如代理人當時係以自己之名義而為，即非以代理人之資格而為，已甚明顯者，仍不能認其為代理人而為。再無權代理表見代理，除欠缺代理權外，非具備代理其他之要件，不能成立。故無代理權，又非以他人代理名義而與第三人為法律行為者，當不發生無權代理因本人承認而對本人發生效力，或使本人負表見代理授權人責任之問題。至無權利人就權利標的物，以自己名義與第三人成立買賣後，縱經有權利人之承認，尚難因此而謂有權利人已變為該買賣契約之訂約當事人，相對人仍不得逕行對之為履約之請求。最高法院認為，本案，B 與 C₁ 等 5 人所簽訂之買賣契約，因無法證明確有授與代理權，且於契約書中，僅記載 B 為出賣人，尚無法證明其為 A₁ 等人之代理人。僅能認定 B 為買賣契約之當事人。縱使嗣後經過 A₁ 等人之同意，亦無法補正，而令法律行為之效力存於 A₁ 等與 C₁ 等之間。

案例 4：(最高法院 88 年台上字第 2260 號判決)

(人頭戶案) 於證券公司任職之 A，以客戶 B 需金錢週轉為由，向 C 借款，且要求 C 匯入 D 之帳戶之中。由於 A 持有 D 之印章，於 C 匯入上述帳戶後，再將金錢提領交由 B 使用，操作股票。後因借款到期未為清償，問 C 應向何人請求償還？然 B 表示，並不認識 C。

問題討論：

本案涉及到 A 是否為 B 之代理人：若可以肯定 A 之代理人地位，則依民法第 103 條之規定，該消費借貸契約之當事人為 B 與 C，反之則否。由於 B、C 並不相識，且 A 未表明係為 B 之代理人而向 C 訂立消費借貸契約，故應認定本案之 B，僅委任 A 代為處理借款事宜，但卻未授與代理權予 B。即該契約僅存於 A、C 之間。C 應向 A 主張借款到期返還請求權。

(三) 本人在客觀上有授與代理權予代理人之誤會-以印章、印文為中心

案例 5：(最高法院 92 年台上 1536 號判決)

A 於民國 85 年 5 月 9 日向 B 借款 6 千 8 百萬元，迨清償期屆至時，僅償還其中 2 千萬元，其他欠款則要求展期清償，並交付以 C 公司名義所開立之 4 千 8 百萬之支票乙張，A 並於其後背書。嗣後 B 向 C 行使票據權利。該支票發票人欄上所蓋用之大、小章並非銀行所留之印鑑印文。雖 A 所開立上該支票之時，已為 C 公司之副董事長及實際負責人，但於借款當時並未在 C 公司擔任任何職務。該空白支票係 A 侵占而來。問 C 是否須負表見代理之責？

問題討論：

於本案，最高法院認為，由於 A 與 C 間並無任何僱傭關係，且該支票係 A 所偽造。縱支票上蓋有公司之大、小章，以及嗣後擔任副董事長之職位，亦無法使人相信其可代表公司簽發票據，自難令 C 負表見代理之責任。

案例 6：(最高法院 70 年台上字第 657 號判決)。

A 向 C 借款 60 萬元，並蓋上 B 之私章，以 B 為其借款之連帶保證人。嗣後 A 無力償還債務。故 C 向 B 要求償還 A 之欠款。B 表示，確實有交給 A 所屬私章，但當時其用途並非向 C 借款，而係交辦 A 處理他事。A 蓋上自己之私章並未獲得授權。B 之交付印章得否成立表見代理？

問題討論：

本案最高法院認為，由自己之行爲表示以代理權授與他人者，對於第三人應負授權人之責任，必須本人有表見之事實，足使第三人信該他人有代理權之情形存在，始足當之。我國人民將自己印章交付他人，委託他人辦理特定事項者，比比皆是，倘持有印章之該他人，除受託辦理之特定事項外，其他以本人名義所爲之任何法律行爲，均須由本人負表見代理之授權人之責任，勢將危害社會交易之安全。故不能徒憑 B 曾將印章交付與 A 之事實，即認其就保證契約之訂立應負表見代理之授權人責任，而應就 B 究竟有何表見之事實，足使 C 相信 A 有代理 B 訂立保證契約權限之情形存在乃能論定。

案例 7：(最高法院 96 年台上字第 1922 號判決)

C 以 B 之名義，向 A 購買 49,036 公斤之抗裂纖維，用於 B 承包台東富岡漁港近程改善工程之用。嗣後 B 否認授權 C 爲此一法律行爲。C 爲 B 之下游分包商，

然為規避 B 與台東縣府間之工程契約第 27 條之規定：「B 不得將該工程轉包或一部分分包。如將工程分包，應將分包之工作項目及分包人先送台東縣政府備查...」，C 因而被 B 聘為工地主任，隱瞞其實際上為分包商之事實。且依當時之營造業管理規則(現已廢止)第 17、18 條之規定，工地主任不得再依技師法第 6 條之規定，執行其他業務或兼任其他營造業之職務(即於本案，若 C 為工地主任，則不得為某營造業之負責人)。同時，B 為因應工程日報表之製作，及與台東縣政府連繫之便，將 B 公司之大、小章交予 C 保管。A 主張，既然 C 擁有 B 之大、小章，亦為工地主任，且締約地點為該工地，以及購買上該標的物時，以 B 為買受人開立統一發票。基於上述理由，A 認為 B 應負表見代理之責任，因而向 B 請求給付買賣價金。

問題討論：

由於 C 實質上非為工地主任，即 B 與 C 間並非僱傭，而係承攬關係一事，A 並無從知悉。因為根據當時之營造業管理規則上看，工地主任不能為分包商之負責人。既然於外觀上，外人僅能得知 C 受 B 之雇用，且擁有 B 之大、小章，縱 B 未授權 C 為此次買賣，亦應負表見代理之責。

案例 8：(最高法院 96 年台上字第 1139 號判決)

A 向 B 銀行於民國 82 年 7 月借款 2 百萬元，並以 C 為該債務之連帶保證人。C 並曾提供其所屬之土地及該土地上之房屋，設定最高限額抵押權 240 萬元，作為該債務之擔保。於 85 年 7 月借款到期後，於同年 9 月 17 日辦理展期續借(實則為借新還舊)，A 蓋用 C 之印章，仍以 C 為連帶保證人。而 C 於 88 年 9 月死亡。新債屆期後，B 向 A 及 C 之繼承人 C₁~C₅ 等 6 人請求清償。而繼承人 C₁~C₅ 等主張，關於借新還舊之部分，C 並未授權予 A。經查證，C 於 82 年於授權 A 辦理連帶保證所蓋之用之印文，因部分紋線特徵不明，故無法鑑別是否與 85 年借新還舊之借款契約書上所用之印文有無相符。問 C 是否須負表見代理之責，因而致使其繼承人須承繼其債務？

問題討論：

雖然印章之交付，不能據以認定應負表見代理之責，但最高法院認為，由於 A 與 C 為夫妻，又於前債務為其作保，縱使於後債務未予授權，在外觀上仍引起授與代理權之誤會。故 C 應負表見代理之責。然最高法院 52 台上字第 3124 號判決的見解稍有不同，該案由事實為：B 為 A 妻，A 將印章交付給 B，B 以 A 之名義簽發支票為借款憑證，向 C 借款。A 須負表見代理之責。結論相同，但其理由為：債務人將其本人印章交與他人保管使用，顯係由自己之行為表示概括的以代理權授與他人，倘債務人不能證明債權人明知該他人無代理權或有可得而知情事，自應依民法第 169 條規定負授權人之責任。

案例 9：(最高法院 52 年台上字第 3124 號判決)

A 子之印章，交付其母 B 供其商店領購煙酒之用。B 未經 A 之同意，擅自向 C 借款，開立支票，並蓋上 A 之印章以為背書，嗣後 C 向 A 行使票據債權，問 A 須負表見代理之責任否？

問題討論：

最高法院以為，A 與 B 為母子至親關係。A 將其本人之印章交與 B 母保管使用，顯係由自己行為表示概括的以代理權授與母親 B。A 既不能證明 C 明知 B 無代理權，或有可得而知之情事，是 A 應負民法第 169 條之表見代理之責任。

案例 10：(最高法院 48 年台上字第 806 號判決)

B 父簽發支票，擅自蓋用其子 A 之印章，以為背書，後執票人 C 向 A 行使追索權，問 A 是否須負表見代理人之責任？

問題討論：

於本案中，最高法院認為，不能因 A 與 B 間有父子關係，而逕認為 A 應負表見代理之責任。

(四) 本人須具有可歸責性

案例 11：(最高法院 83 年台上字第 2377 號判決)

本人 A 授權 B 為其辦理向銀行 C 借款並設定抵押事宜，並交付所屬印鑑、土地及房屋所有權狀，事務處理完結後，B 擅自將 A 所交付上述各項資料交付與 D，D 以 A 之名義，向 E 借款並辦理最高限額抵押。E 於借款到期後，向 A 求償，A 於 E 向其主張債權時，並未表示未授與 D 代理權。A 是否須負表見代理之責？

問題討論：

本案，最高法院認為，民法第 169 條所謂知他人表示為其代理人而不為反對之表示，係指知他人表示為其代理人而與相對人為法律行為時，原應即為反對之表示，使其代理行為無從成立，以保護善意之第三人，竟因其不為反對之意思表示，致第三人誤認代理人確有代理權而與之成立法律行為，應自負授權人之責任者而言。如於法律行為成立後知其情事而未為反對之表示，對業已成立之法律行為已不生影響，自難令負表見代理人之責任。換言之，本人須處於應可防止卻不防止之情況下，才須負表見代理之責。若無法得知他人以自己名義

為法律行為，縱使不反對之意思表示，亦不能成立表見代理。但這點與最高法院 44 年台上字第 1424 號稍有不同：A 所開設之商行，向 B 購買布匹，A 在未獲其父 C 之同意下，擅自蓋用 C 所開設之商行之店章，為其買賣價金債務為連帶保證。法院在審查本案時，認定該店章為真，且因 BC 間具有商務往來事宜，認定 C 須對 B 負表見代理之責任。而 C 以該店為獨資商行，在外觀上並無引起相對人有表見代理誤會之可能，因而主張其子 A 無權以 C 之名義與他人為法律行為，並自己對表見代理之事實無過失以資抗辯。最高法院認為，民法第 169 條係為保護善意第三人而圖交易安全而設，故本人有使第三人信為以代理權授與他人之行為乃與之交易，即應使本人負其責任，又此本人責任係指履行責任而言並非損害賠償責任，故本人有無過失在所不問。

(五) 相對人須值得保護:第三人須非明知或可得而知代理人無代理權

案例 12：(最高法院 93 年台上字第 1954 號判決)

在 B 銀行上班之小弟 C，以其姊 A 之名義，及利用其所交付之印鑑，於民國 87 年 7 月向 B 借款 3 百萬元，契約約定 90 年 7 月償還，A 並以其夫婿 D 為連帶保證人。A 曾於民國 73 年，向 B 借款 90 萬元，並提供其所有之房地，與其弟 C 之房地，與 B 銀行簽立最高限額抵押契約 90 萬元，擔保對 B 銀行所負一切之債務。而上該抵押借款專戶由 A 自己所開設。又於 82 年 9 月間，提供上開房地，向 B 設定 360 萬元之最高限額抵押。A 並授權 C 將其中之 90 萬元償還先前之借款，並交付 C 與 B 銀行往來之印鑑。但此次並未授權 C 向 B 借款前述之 3 百萬元。問 A 是否須負表見代理之責？

問題討論：

表見代理之規定，旨在保護善意無過失之第三人，倘第三人明知表見代理人為無代理權或可得而知者，其與之行為即出於惡意或有過失，而非源於「信賴保護原則」之正當信賴。於此情形，縱有表見代理之外觀存在，亦無保護之必要。於本案，C 擅自挪用 A 之借款，雖於外觀上有表見代理之情事，但 C 同時卻為 B 銀行之受僱人，因而認定 B 處於可得知其無權代理之狀況，故 A 不須負表見代理之責。

案例 13：(最高法院 92 台上字第 2643 號判決)

A 公司與 C 公司簽定承攬契約，並應 C 之要求，A 私自持 B 公司先前所交付之印章，該契約上蓋有 A 及 B 公司之印章，於契約書上蓋上 B 之印章，以為支付工程價款之連帶保證人。契約規定由 C 承攬 B 公司之「中社路二段五十棟南側

邊坡浮石處理工程」，報酬額度按實際完成之數量計算。完工後由 A 驗收後保證給付尾款，給付時期為，當 B 公司收到市府養工處核發之該工程款後，直接匯入 C 公司指定之銀行帳戶。後因 A 無力支付價款，C 轉向 B 請求給付，B 後以未授與 A 代理權為由拒絕給付。B 要否負表見代理之責而給付工程款？

問題討論：

有鑑於 C 可得而知，A 並無代理權，故縱使 B 有表見代理之事實，然亦不受到民法第 169 條之保護。

二、舉證責任的問題

(一)「交付印章予他人是否為授與他人代理權」之舉證責任

案例 14：(最高法院 96 年台上 1616 號判決)

A 向 B 銀行先後借款四次，分別為民國 83 年 7 月(240 萬)、88 年 1 月(70 萬)、88 年 7 月(30 萬)、以及 89 年 6 月(310 萬)。最後一次係 A 以「借新還舊」之方式，用以清償餘欠之舊債務。A 並以 C 為連帶保證人，於保證契約書上，蓋上 C 之印鑑、並代 C 為簽名。在 B 銀行未為對保之情形下，B 亦簽署該保證契約。C 表明，確曾將印鑑交付予 A，然並未授權與 A 為保證契約之締結。並主張 A 之蓋印行為係屬盜用。問 C 要否負表見代理之責任？

問題討論：

最高法院以兩個理由，令 C 須負表見代理之責。其一，對保並非保證契約之成立要件，沒有對保對於該連帶保證契約之成立不生任何影響²；其二，私人之印章，由自己使用為常態，被人盜用為變態，主張變態事實之當事人，自應就此印章被人盜用之事實負舉證責任。故於 C 未能舉證 A 盜蓋私章之情形下，應負表見代理之責任。

案例 15：(最高法院 95 年台上字第 1786 號判決)

A 於民國 75 年間提供所有房地，為 B 向 E 信用合作社借款 80 萬元之擔保，設定抵押權給 E，嗣後 B 向 E 爭取提高額度，於民國 82 年 10 月借得 470 萬元，又於民國 84 年 5 月將上開借款分成 180 萬及 290 萬元二筆。其中 290 萬元債務，B 以 ACD 三人為連帶保證人擔保其債務，約定於民國 93 年 4 月清償。後

² 對保程序雖不影響保證契約之成立，但未履行對保手續因而致使保證人之權利受損，則銀行似有違反附隨義務，保證人應可據此請求損害賠償。

因 A 於 93 年 2 月後起即未支付利息，依契約之約定，視為全部借款到期，E 向 A 主張清償借款，然該連帶保證契約上蓋有 A 之印文，雖與先前所設定抵押之印文相符，A 亦承認該印文為真實，然 A 主張係 B 所盜蓋。問 A 須否負擔表見代理之責？

問題討論：

當事人已承認私文書上之印文為真正，僅否認係其本人或代理人所蓋時，依舉證責任分配原則，應由為此爭執之當事人負舉證責任。A 既承認借貸契約上之印文為真正，僅抗辯其印章係遭 B 所盜蓋，應就此事實負舉證責任，即 A 如何保管印章？他人是否容易取得等事實以為佐證。若 A 無法舉證印章遭盜蓋之事實，自應負表見代理之責。

(二) 由自己之行爲表示以代理權授與他人時，其舉證責任

說明：在最高法院 48 年台上字第 806 號判決(見案例 10)中指出，本人是否由自己之行爲表示以代理權授與他人，須由主張表見代理責任之第三人為舉證。

(三) 本人是否知悉他人表示為其代理人而不為反對之表示者

案例 16：(最高法院 68 年台上字第 1081 號判決)

ABC 三人共有一筆土地。因三人欲分割共有地，故 A、B 二人將印鑑證明書交付予 C，俾供辦理相關事宜。而 C 卻私刻 A 及 B 之印章，與 D 簽定合建契約，約定 D 依比例抽出十棟分配與三位土地共有人，以部分土地所有權移轉為對價。嗣後 D 依約移轉房屋，而要求 A、B 移轉土地所有權。但 A、B 表示並未授權與 C 與之訂立上該契約，而拒絕移轉。D 認為，因 A、B 曾交付印鑑證書予 C，故應屬「知他人表示為其代理人而不為反對表示」，而應負表見代理之責。D 之主張有無理由？

問題討論：

由於 A、B 僅交付印鑑證明書，尚不能認為已授權 C 為合建契約之訂立，然是否須負表見代理之責，最高法院認為，民法第 169 條中所謂「知他人表示為其代理人而不為反對之表示者...」，以本人實際知其事實為前提，其主張本人知此事實者，應負舉證之責。故 D 應舉證證明 A、B 確有知情之事實，否則不能認為 A、B 須負表見代理。

三、表見代理之效果歸屬與法院職權

案例 17：(最高法院 60 年台上字第 2130 號判例)

B 之子 A 向 C 農會借款，並私刻其父之印章，以 B 為連帶保證人。當 C 與 B 對保時，B 對於該印章並未表示異議，亦未將該印章收回。然於還款屆清償期時，C 要求 B 償還價款，B 以該印章非為其所有而不負連帶保證以為抗辯，C 起訴而於訴訟中主張該印章為 B 所有。問 B 是否應負表見代理之責？

問題討論：

最高法院認為，由自己之行為表示以代理權授與他人者，對於第三人應負授權之責任，必須本人有此表見之事實，足使第三人信該他人有代理權之情形存在，且須第三人基於此表見之事實，主張本人應負授權之責任，若第三人不為此項主張，法院不得逕將法律上之效果，歸屬於第三人。故於本案，因 C 僅主張印章是否為 B 所有，並未主張 B 應負表見代理之責，法院不得依職權代 C 為主張。

四、與代理權限制 – 民法第 107 條之區分

案例 18：

A 於民國 81 年 11 月賣給 B 公司一棟房屋及其土地，以 740 萬元成交，雙方約定，B 於給付 180 萬元後，便交付產權與 B，俾供其向銀行辦理貸款，以便能夠給付 560 萬之尾款。C 為 B 公司之法定代理人，向 A 表示可以代辦過戶及貸款手續等等。故 A 於 81 年 12 月在法院公證處作成授權書，授權給 C，並將過戶文件交與 C 代辦過戶、設定及貸款。此外，並蓋用多份空白申請書、設定契約書及多張印鑑證明交予 C。上開授權書記載：委任人為 A、受任人為 C、委任事項為就該房地全權代為處理過戶、貸款、設定等事宜。C 持有上該文件，曾向銀行及他人洽借未果，最後 C 以 A 之名義向 D 借得款項，以 C 為連帶保證人，並將上該不動產設定抵押與 D，且收受該筆款項(民國 81 年 12 月)。A 不承認該筆借款，以及 A 須負連帶責任，認為 C 之行為已逾越權限，並請求塗銷抵押權登記。

問題討論：

第一、二審認為，既然 A 蓋用多份空白申請書、設定契約書及多張印鑑證明給 C，顯有概括授權之意，縱無概括授權，亦應認為有表見代理之行為。唯最高法院(90 年台上 1774 號判決)認為，表見代理與民法第 107 條所定之越權代

理不同，不可混為一談³。本案，由於 A 已出具授權書，應屬授權範圍限制之問題。法定代理人通常有受領清償之權限，但意定代理人，受領權之有無，應依代理權之範圍定之。本案中之授權書，觀其內容，應無有受領之權限。即第三人 D 可以從授權書上之授權範圍得知，C 無為抵押權設定及受領抵押貸款之權，從常理上亦無可能讓 C 以 A 之名義為抵押權設定人及同意其受領抵押貸款之理。故可認定 C 之行爲已逾受領權限。

五、與隱名代理之區別

案例 19：

B 爲 A 公司之法定代理人，以自己之名義與 C 訂立房屋投資契約。C 亦知情該契約係 A 委託 B 所爲之。B 以自己名義所爲之法律行爲，會否產生代理之效果？

問題討論：

最高法院 91 年台上 2461 號判決中認爲：代理人與第三人爲法律行爲時，雖未以本人名義爲之，但有爲本人之意思，且此項意思爲相對人所明知或可得而知者，爲隱名代理，仍發生代理之效果。故 B 雖以自己之名義與相對人 C 簽定投資契約，仍發生代理之法律效果。

案例 20：(最高法院 81 年台上字第 165 號判決)

A 建設公司僱用 B 代爲銷售房屋，C 在 B 保證：「該房屋絕無路沖，否則任由解約」之下，與其簽定房屋買賣契約，嗣後 C 果因該屋存有路沖問題而欲解約，A 否認曾授與 B 代理權。

問題討論：

代理人爲代理行爲，不以明示本人名義爲必要(顯名代理)，即不以明示爲限。如有其他情形足以推知有此意思，而爲相對人所明知或可得而知者，亦能成立(隱名代理)。故僱用人雖非依民法第 167 條之規定，將授與代理權之意思表示向代理人或第三人爲之，但受僱人於執行其所交辦事項之範圍內，可得推知僱用人有授與代理權之意思，亦成立代理，而非表見代理⁴。

3 關於民法 107 條是否爲表見代理之態樣之一，學說上仍有爭議，見王澤鑑，債法原理第一冊，基本理論，債之發生，2002 年，頁 357 以下。

4 最高法院 32 年 5188 號判例亦同此旨。

案例 21：(最高法院 92 年台上字第 1064 號判決)

A 縣政府委由其下所屬之 B 鄉公所，代為標售轄區內之 X 農地。B 以自己之名義辦理出售事宜，該農地由鄰地之所有人 C 行使優先承購權而購得。但 B 卻遲遲不辦理土地合併登記。C 因而訴請法院辦理上該登記。C 亦知情該農地之買賣，B 僅係代辦機關，且雙方於爭執期間之書函往來，皆由 A 為之。問 A 或 B 孰為該買賣契約之出賣人？

問題討論：

最高法院亦認為本案之買賣契約當事人為 A 與 C。儘管 B 未以 A 之名義，而僅用自己之名義而標售該筆土地，但其內心之實際意思係為代理 A 而為法律行為，且相對人 C 明知 B 為 A 之代理人。故 B 為隱名代理人，依民法第 103 條之規定，B 所為買賣法律行為之效力及於 A。故 A 為上該買賣契約之出賣人。

案例 22：

A、B 為地主，與 C、D 出資合建房屋，並約定將來雙方於售出房屋時，必須無條件移轉土地及房屋。A、B 並出具委任狀，委任 D 全權代理出售房屋事宜。在 C 之同意下，D 與 E 簽定房屋買賣契約，但當時 D 卻以自己之名義與 E 簽定契約，並未表明其為代理人，但 E 知情其上述之房屋合建情形。嗣後 A、B 認為，D 以自己名義而為法律行為，藉此不承認 D、E 間之買賣契約效力及於己身，有無理由？

問題討論：

最高法院 76 台上字第 2055 號判決要旨：D 與 E 所訂立之買賣契約，倘 D 係以代理合建雙方之意思而為，縱未明示代理之旨，並以本人之名義為之，惟其代理意思若為相對人所明知或可得而知，且本人已確定者，仍不妨成立代理。故 D 雖以自己之名義為之，但若確係以代理合建雙方之意思而為者，在其代理意思為 E 明知之情形下，C 亦同意，且 A、B 亦於事前授權之情形下，仍成立代理。

在隱名代理，代理人係以自己之名義與第三人為法律行為，但因第三人知其為代理行為，因而成立代理；然表見代理，係表見代理人以本人之名義，與第三人為法律行為，因本人於外觀上，令人產生有授與代理權人誤會，因而須負代理之責。

最高法院在判斷是否應負表見代理之責時，單單印章之交付絕非表見代理之充分條件，但卻常為必要條件。如於僱傭關係+印章交付，或為至親+印章交付之情形下，常會令本人負表見代理之責。然若僅為承攬關係，縱使本人交付印

章，因外觀上欠缺讓人有授與代理權之誤會產生，故本人不須負表見代理之責。此外，若至親擅自使用他方之印章，因無印章之交付，或其他外觀上可造成授與代理權之誤會時，亦不成立表見代理。然而，吾人亦應注意舉證責任之問題：凡自己之印章，他人卻假手盜用之時，本人須對此事負舉證之責。

貳、教學之評量

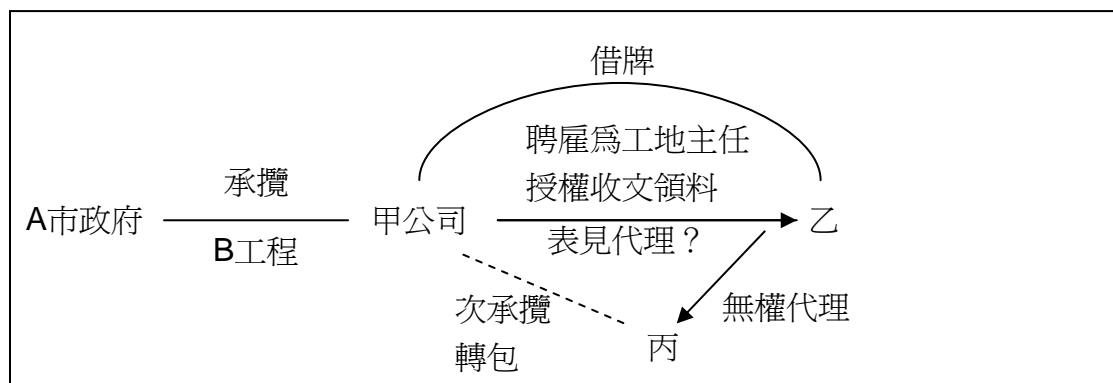
一、單元作業與考題設計

乙借用甲營造公司之名義與牌照（借牌），投標 A 市政府之 B 公共工程。得標後，甲聘僱乙為施作 B 工程之工地主任，授與收取文件、受領材料與簽立發票之代理權限，並交付乙一顆刻有「僅供收文、領料之用」字樣之甲公司收文章。詎料乙擅自將 B 工程，以甲之名義轉包予丙營造公司，並在乙丙所簽訂之次承攬契約書上，蓋甲公司之收文章、以及乙的個人印章。復查丙公司在施工期間，又擅自以甲之名義，陸續向丁鋼鐵公司訂購幾批 C 鋼筋。經查乙在 B 工地現場，以蓋甲公司之收文章與乙個人印章的方式，簽收丁所送至之 C 鋼筋，用作施工建材，並受取丁所開立之甲公司統一編號發票，俾供登帳報稅。惟嗣後甲公司以為該鋼筋乃丙向丁所訂購、丙應自負其責為由，拒絕對丁給付 C 鋼筋之貨款。試附理由回答下列問題：

- 1、在 B 工程竣工且驗收合格以後，丙公司得否向甲公司請求給付 B 工程之承攬報酬？
- 2、丁公司得向誰請求給付鋼筋貨款？

二、參考答案

1. 在 B 工程竣工且驗收合格之後，丙公司得否向甲公司請求給付 B 工程之承攬報酬？



擬答：

(1) 丙得否向甲依民法 490 條請求承攬報酬，以甲丙間的 B 工程次承攬契約是否有效成立為前提：

- a. 乙以甲名義，與丙簽訂次承攬契約施作 B 工程，基於私法自治原則，甲丙間成立 B 工程的次承攬契約。但 B 工程為一公共工程，有政府採購法的適用，甲丙間的 B 工程次承攬契約，乃為公共工程的轉包契約，違反政府採購法第 65 條的規定。甲丙間 B 工程的次承攬契約，是否因此而依民法 71 或 72 條之規定，其契約無效？觀諸政府採購法第 66 條的規定，違反不得轉包規定之處理，僅在於機關得解除契約、終止契約或沒收保證金，並得要求損害賠償，非為違反者契約無效的強行規定，系爭契約亦無違反社會通念之公序良俗之虞。綜上甲丙間的 B 工程次承攬契約有效。
- b. 丙與乙簽訂 B 工程的次承攬契約，乃以甲的名義為之，依民法 103 條的規定，若乙在甲的授權代理權限內，以甲的名義為意思表示，直接對甲發生效力。依題意，甲並未依民法 167 條之規定，向乙授與其轉包工程的代理權限，是以乙為無權代理，甲丙間的 B 工程次承攬契約未能有效成立。乙之向甲借牌，以甲名義取得 A 市政府的 B 工程承攬契約，並無法律上的效力，亦無可謂甲有向乙授與其轉包工程的代理權限。綜上，乙以甲名義與丙簽訂 B 工程的次承攬契約，乙為無權代理，其效力不及於甲。
- c. 惟乙雖為無權代理，但得否依民法 169 條的規定，甲應負授權人的「表見代理」責任，使甲丙間的 B 工程次承攬契約有效成立？依題意，乙丙次承攬契約上蓋有甲之「僅供收文、領料之用」收文章，丙應可明知或可得而知乙無代理權，依同條但書之規定，甲無須負授權人的「表見代理」責任。

小結：甲丙間的 B 工程次承攬契約未能有效成立，丙不得向甲請求承攬報酬。

(2) 丙得否向甲依民法 179 條請求相當於 B 工程承攬報酬的不當得利返還？

- a. B 工程完工且驗收合格，甲有相當於承攬報酬的得利，丙受有相當於承攬報酬的損失，丙的損失為向甲給付，使甲得利，兩者具有因果關係。

甲丙間並無有效的承攬契約，甲丙間的給付關係無法律上原因。綜上，丙得向甲依民法 179 條請求相當於承攬報酬的不當得利返還。

- b. 雖然 B 工程為甲所投標的公共工程，有政府採購法的適用，丙施作 B 工程為因甲的轉包而為給付，違反政府採購法第 65 條的規定，但如前述參酌同法 66 條的規定，違法轉包應無民法 180 條第四項「具有不法的給付原因」之適用，亦無同條其他不得請求之情事。

結論：丙不得向甲請求 B 工程的承攬報酬，但丙得向甲請求相當於承攬報酬的不當得利返還。

相關法條

民法 490 條（承攬之定義）

稱承攬者，謂當事人約定，一方為他方完成一定之工作，他方俟工作完成，給付報酬之契約。約定由承攬人供給材料者，其材料之價額，推定為報酬之一部。

民法 103 條（代理行為之要件及效力）

代理人於代理權限內，以本人名義所為之意思表示，直接對本人發生效力。前項規定，於應向本人為意思表示，而向其代理人為之者，準用之。

民法 167 條（意定代理權之授與）

代理權係以法律行為授與者，其授與應向代理人或向代理人對之為代理行為之第三人，以意思表示為之。

民法 169 條（表見代理）

由自己之行為表示以代理權授與他人，或知他人表示為其代理人而不為反對之表示者，對於第三人應負授權人之責任。但第三人明知其無代理權或可得而知者，不在此限。

政府採購法 65 條（得標廠商不得轉包工程或契約）

得標廠商應自行履行工程、勞務契約，不得轉包。

前項所稱轉包，指將原契約中應自行履行之全部或其主要部分，由其他廠商代為履行。廠商履行財物契約，其需經一定履約過程，非以現成財物供應者，準用前二項規定。

政府採購法 66 條（違反不得轉包規定之處理）

得標廠商違反前條規定轉包其他廠商時，機關得解除契約、終止契約或沒收保證金，並得要求損害賠償。

前項轉包廠商與得標廠商對機關負連帶履行及賠償責任。再轉包者，亦同。

民法 71 條（違反強行法之效力）

法律行為，違反強制或禁止之規定者，無效。但其規定並不以之為無效者，不在此限。

民法 72 條（違背公序良俗之效力）

法律行為，有背於公共秩序或善良風俗者，無效。

民法 179 條（不當得利之效力）

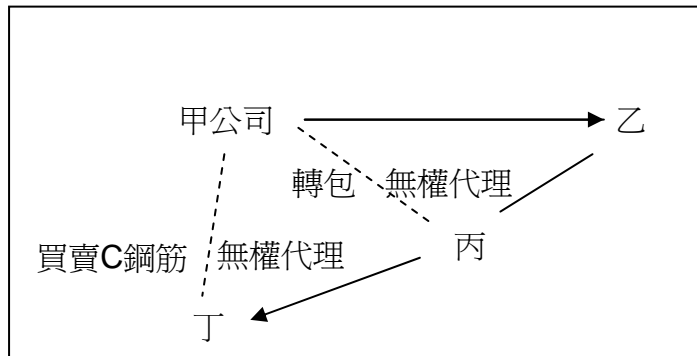
無法律上之原因而受利益，致他人受損害者，應返還其利益。雖有法律上之原因，而其後已不存在者，亦同。

民法 180 條（不得請求返還之不當得利）

給付，有左列情形之一者，不得請求返還：

- 一 給付係履行道德上之義務者。
- 二 債務人於未到期之債務因清償而為給付者。
- 三 因清償債務而為給付，於給付時明知無給付之義務者。
- 四 因不法之原因而為給付者。但不法之原因僅於受領人一方存在時，不在此限。

2. 丁公司向誰請求給付鋼筋貨款？



擬答：

- (1) 丁得依民法 367 條向甲請求貨款，以甲丁間的買賣契約有效成立為前提：依題意，丙以甲名義與丁簽訂買賣契約，並無獲得甲之授權，丙為無權代理。但乙為甲所聘僱的工地主任，乙收取丁所開立甲公司統一編號發票來登帳報稅，甲應為知乙表示為其代理人而不為反對之表示，甲應對丁依民法 169 條負表見代理之責，使甲丁間的買賣契約，不因丙的無權代理而無效。甲有授與乙受領材料的代理權限，而丁所送之鋼筋由乙簽收，丁應無同條但書的適用。綜上，甲丁間的買賣契約有效成立，丁得依民法 367 條向甲請求貨款。
- (2) 乙依甲之授權，簽收甲丁買賣契約之鋼筋，雖乙以其個人印章簽收，仍非系爭契約之買受人，亦無連帶負擔甲依民法 367 條買受人義務之責任。是以丁不得向乙請求給付鋼筋貨款。
- (3) 依題意，丙以甲名義與丁簽訂買賣契約，並無獲得甲之授權，丙為無權代理，且此買賣契約因甲之拒絕承認，確定不生效力，使丁受有損失。丁無明知或可得而知丙為無權代理之事由，為善意相對人，其因基於正當之信賴，認為丙有代理權限，得使該買賣契約對甲發生效力，其有無過失在所不問，符合民法 110 條之規定，丙應對善意相對人丁負損害賠償責任。丙之賠償範圍包括(A)因買賣行為有效所得之鋼筋貨款(履行利益)；(B)丁因信其有代理權而損失之利益(信賴利益)，但信賴利益的請求，不得大於履行利益。是以丁得向丙請求相當於鋼筋貨款返還之損害賠償。此項損害賠償請求權，依最高法院 56 年台上字第 305 號判例意旨，係直接基於民法之規定而發生之特別責任，而非基於侵權行為之損害賠償，是以其請求權的消滅時效，在民法既無特別規定，乃適用民法第 125 條規定之 15 年。

結論：丁得主張甲應負民法 169 條表見代理之責，甲丁間的買賣契約有效成立，

依民法 367 條向甲請求貨款；或主張丙應負民法 110 條無權代理之責，向丙請求相當於鋼筋貨款返還之損害賠償。其請求權的消滅時效為 15 年。

相關法條

民法 345 條（買賣之意義及成立）

稱買賣者，謂當事人約定一方移轉財產權於他方，他方支付價金之契約。

當事人就標的物及其價金互相同意時，買賣契約即為成立。

民法 367 條（買受人之義務）

買受人對於出賣人，有交付約定價金及受領標的物之義務。

民法 110 條（無權代理人之責任）

無代理權人，以他人之代理人名義所為之法律行為，對於善意之相對人，負損害賠償之責。

民法 125 條（一般時效期間）

請求權，因十五年間不行使而消滅。但法律所定期間較短者，依其規定。

第四單元 法人與僱用人之侵權責任

壹、問題之說明

受僱人為侵權行為時，不僅行為人須負民法第 184 條以下之損害賠償責任，且僱用人亦依民法第 188 條之規定，須負連帶損害賠償責任。當第三人對於受僱人之請求權因 2 年短期時效消滅後，仍得向僱用人請求損害賠償。由於我國民法第 276 條 2 項之規定，時效消滅為連帶債務人間生絕對效力之事項。故僱用人之賠償責任，可以扣減受僱人應負擔之部分。而又依民法，第 188 條 3 項之規定，受僱人之賠償責任為 100%，而僱用人則為 0%。上述二因素相加之結果，可得出，當侵權行為損害賠償請求權人於對侵權行為責任人之時效消滅後，因僱用人無分擔部分，故毋需負責。然相同之情形，於法人之董事為侵害他人之行為時，在效果上卻有不同：由於我國採取法人實在說，亦即董事侵害他人，等於法人須負起侵權之責任，因此並無如民法第 188 條 3 項之規定，對為侵權行為之董事有求償權。其結果，導致董事之侵權責任，因時效消滅後，仍可向法人求償。雖在法條之適用上，並無可議之處，然若以受侵害人之角度觀之，似乎難以說明，何以因所侵害之人之地位不同，而有異樣之結果。因此，本單元將探討下列問題：何謂民法第 188 條之「受僱人」？法人與僱用人於其董事及受僱人侵害他人權利時，其效果之差異為何？何謂法人之侵權能力？又於僱用人行使第 188 條 3 項之求償權時，受僱人能否以民法第 217 條過失相抵而為抗辯？

一、何謂民法第 188 條之「受僱人」？

案例 1：

A 為基隆港碼頭工人，從事碼頭裝卸搬運之工作，其工資係以按噸計酬之方式計算。於民國 80 年 4 月 18 日奉派前往 X 輪船工作時，遭違法綁置於貨櫃吊桿操作器上之雙扣鎖掉落擊傷。該事故之發生，係 B 等碼頭工人之疏失所致。A 向港務局，依民法第 188 條之規定，向港務局局長 C，以違反勞工安全衛生法第 5 條 4 項 1 款、碼頭裝卸安全衛生設施標準第 45、46、57 條之 5 等違反保護他人法律之侵權行為；向 X 輪船所屬公司 D 之負責人 E，以違反勞工安全衛生法第 4 條所定「碼頭裝卸安全衛生設施標準」第 5 條、第 5 條之 2，以及 D 公司依民法第 28 條之規定，連帶負責。又，X 輪船之船長 F、大副 G 就該事故亦有過失，而向 D 公司主張應負民法第 188 條之責。此外，A 亦向基隆港務局依加害給付，請求損害賠償。

基隆港務局以如下之事由為抗辯：A 為「按噸計酬」之工人，雙方間無僱傭關係，故無加害給付之可能，同理，與 B 亦無僱傭關係，無有民法第 188 條之適用。事故發生於 X 輪船上，應與港務局無關；而 D 則主張，D 僅為該輪船在台船務代理，船東另有其人，D 僅負責代理簽發載貨證券及代收運費、簽訂攬貨契約、處理貨物理賠相關法律或仲裁事項。船上雖裝有 D 之貨櫃，但係 D 委託 X 輪船運送而已，D 非該輪之經營者，該輪船長及船員非其所僱用。且貨櫃裝卸係委託港務局調派碼頭工人處理，要與貨主航商無涉。且雙方亦主張，A 對 B 等，及 F、G 之請求權時效已消滅，由於在內部分擔部分上其為最後應負責之人，故應亦得免為給付。

實務立場：

二審法院(台灣高等法院 84 年重勞上更(一)字第 2 號判決)以為，民法第 188 條所謂之「受僱人」，只須事實上具有僱用之服從關係為已足，僱用人與受僱人間已否成立正式契約，在所不問。D 公司雖僅為在台船務總代理，但對船上工作人員從事裝載貨櫃工作，既有指揮監督之情事，事實上等於具有僱用之服從關係存在；而基隆港碼頭工人係由港務局選任、監督、指揮、調派、發給薪資、工作證，並由港務局為之投保勞工保險，實施定期健康檢查，制定「基隆港務局棧埠管理處安全衛生管理守則」，對於 B 等工人在 X 輪上裝載貨櫃，事實上亦具有僱用之服從關係。至於時效消滅之問題，通常債權人對於無資力之債務人，多怠於請求，而對有資力之人行使權利。若有資力債務人之債務，亦當然受無資力者時效完成之影響，實欠公允。且時效係採抗辯主義，A 並未對 B、F、G 等請求損害賠償，各該加害人是否以時效抗辯，尚未可知，港務局、D 公司即主張時效完成，以免為給付，應無可採。又 D 公司係在台船務代理，所生法律效力應歸屬於授權之船東(公司)，D 並非承攬契約之當事人，無庸依勞工安全

法之規定，與港務局連帶負損害賠償之責，其與港務局分別與所僱用之加害人負連帶責任，彼此間為不真正連帶關係。

最高法院(87 年台上字第 1440 號判決)則認為，連帶債務人中之一人消滅時效已完成者，依民法第 276 條 2 項規定，固僅該債務人應分攤之部分，他債務人同免其責任，惟民法第 188 條 3 項規定，僱用人賠償損害時，對於侵權行為之受僱人有求償權，則僱用人與受僱人間並無應分擔部分可言，倘被害人對為侵權行為之受僱人之損害賠償請求權消滅時效業已完成，僱用人自得援用該受僱人之時效利益，拒絕全部給付，不以該受僱人已為時效抗辯為必要。又依同法第 279 條規定，連帶債務人中之一人，所生之事項，除前五條規定或契約另有訂定者外，其利益或不利益，對他債務人不生效力。是則債權人對連帶債務人中之一人起訴所生時效中斷或履行請求之效果，對於他債務人既不具效力，他債務人時效之繼續進行，自不因此而受影響。本件 A 主張港務局、D 公司為僱用人，依民法第 188 條規定，訴請賠償。於其起訴時，縱令對為侵權行為之受僱人之時效尚未完成，其起訴所生時效中斷或履行請求之效果，對於為侵權行為之受僱人亦不生效力。倘為侵權行為之受僱人於本件訴訟進行中時效完成，港務局、D 公司援為抗辯，拒絕給付，應無不合。又，D 公司既為 X 輪船裝載貨櫃所有人，又提供該輪理貨員，則其指揮裝載究係此等原因之反射結果，或確係對船上工作人員有直接指揮監督關係，尚有進一步推求之必要。

二、法人與僱用人於其董事及受僱人侵害他人權利

案例 2：(最高法院 96 年台上字第 1247 號判決)

A 主張在 B 製罐股份有限公司擔任論件計酬之員工，於民國 88 年 1 月於該公司之工廠從事沖床之工作時，因 B 公司負責人 C 提供之沖床設備不符勞工安全衛生法之規定，未設防護蓋，致 A 之左手遭沖床機器之齒輪捲入，因而受有左前臂外傷性截斷、完全性、有併發症、發紺、血管神經肌腱骨頭損傷及左手前臂切斷等傷害。A 向 B，以違反勞安法及其施行細則與勞基法規定訴請損害賠償。後 A、B 雙方於民國 89 年 5 月達成和解，由 B 給付職業災害補償金 135 萬元，且載明 A 拋棄其餘請求。A 另於民國 91 年 4 月，基於公司法第 23 條 2 項之規定向 C 請求損害賠償；A 又於 92 年 5 月，另依民法第 184 條 1、2 項侵權行為規定，請求 C 為損害賠償，並向請求 B 依民法第 28 條之規定，負連帶責任。B 認為，由於 A 使用公司之機器完成一定工作後，再由 B 公司依其工作之結果給付報酬，且無須按時上下班，其是否每日前來工作，亦由 A 自行決定，B 公司對其工作並無指揮監督之權，僅為承攬，B 非為 A 之雇主；況且 A 為完成工作，尚另自行雇用助手 D 一同作業，D 於服勞務後向 A 領取薪資。又，既與 A 達成和解，故其後之請求損害賠償，顯係重複請求，以為抗辯。

爭點所在：

系爭重點，在於 A 與 B 之間存在何種契約關係？是承攬，抑或是僱傭關係？A 對 C 之依公司法 23 條 2 項之請求，是否已罹於時效？以及對 B 之侵權行為(民法第 184 條)損害賠償之請求，雖對 C 已時效消滅，然則其時效是否對 B 亦為消滅？

問題討論：

關於 A、B 間究竟成立何種契約，法院認為，由於 A 在 B 公司所屬之工廠工作，而其所使用之材料及該造成 A 受傷之機器又屬公司所有，且生產之產品規格、數量等均由 B 公司決定，且工廠若有狀況，便會向 C 報告。據此認定 C 確有監督、指揮、統籌規劃之權。而勞工安全衛生法中所謂之雇主，自立法意旨觀之，凡一方事實上為他方服勞務，他方並對該勞務有指揮監督之權，則契約關係即已形成，亦即雇主須對該勞工負照顧義務；且依勞安法第 2 條 2 項規定，所謂雇主，係指「事業主或事業之經營負責人」而言，因此，原事業主僅將部分工作委由他人施工，本身仍具有指揮、監督、統籌規劃之權者，應認為屬該法所謂之「雇主」。準此，足認為 C 為勞安法上之「雇主」，須負勞安法上所定雇主之責任。

關於 B、C 應負何種責任之部分，依勞安法第 5 條 1 項 1 款規定，C 自有提供符合標準安全設備之義務與責任，且不因 A 於本件究與 B 為僱傭或承攬關係而有所不同。再依勞基法第 63 條 1 項、勞安法第 5 條 1 項 1 款、第 6 條及其施行細則第 9 條與行政院勞工委員會 81 年 7 月 27 日發布之機械器具防護標準第 2 章規定衝剪機械之防護標準第 9 條、第 11 條規定，雇主就衝剪機械應盡之最低注意義務即為設置安全護圍或安全裝置，其性能為不使勞工身體之一部介入或碰觸機械運轉作業範圍之危險界限。本件 A 操作系爭機器，乃 B 公司生產工作場所內所置放用以裁製切割製罐所需材料之沖床機械，屬中央主管機關所定具有危險性之衝剪機械之一，於裝置使用時，就機械之齒輪即應裝置防護蓋，以免勞工於操作過程中身體、四肢不可避免地碰觸時遭齒輪捲入輾壓而受傷害，並應經常檢查機械之安全防護設備是否達法定標準。然 B 公司工廠內、A 工作肇事之系爭機器在 A 前去工作之前一個月時就沒有裝置防護蓋，廠長在出事前即曾向 C 報告等情，C 於事發前即已知系爭機器未裝置防護蓋，竟不加安裝維護，仍讓 A 操作生產，足見其有過失至明。又 C 自始即知系爭機器已無防護蓋之事實，其身為公司之負責人，並負實際管理經營之責，於廠長向其報告機器已無防護蓋後，竟仍不加注意處理，以提供勞工具備安全衛生設備之工作環境，復放任此危險之機器仍在生產線上由 A 人操作使用，因而肇致本件勞工安全事件，益足認 C 對於 A 之受傷結果確有過失，且與 A 之受傷結果，客觀上具有相當之因果關係。雖然 A、B 間已達成和解，然法院認為，其範圍僅及於職業災

害，並未及於 C 侵權之部分。而民法第 28 條規定法人之代表人執行職務所為之侵權行為，即為法人之侵權行為，該條又無如同法第 188 條 3 項僱用人得對受僱人為求償之規定，法人之代表人與該侵權行為之法人間之內部關係，並無應分擔之部分，故法人應負全部侵權行為損害賠償責任。又，就時效消滅之部分，A 依民法第 184 條之規定提起損害賠償，因遲至 91 年 4 月始向 C 為請求，已逾 2 年，時效消滅。然法人之代表人消滅時效已完成，法人仍不得免其責任。是以 A 仍得依民法第 28 條規定請求 B 公司賠償，不因其對 C 之請求權已罹於時效消滅而失其附麗。

評釋意見：

按公司法第 23 條 2 項之規定，公司負責人對於公司業務之執行，如有違反法令致他人受有損害時，對他人應與公司負連帶賠償責任。乃係基於法律之特別規定，並非侵權行為上之責任，故其請求權之消滅時效期間，應適用民法第 125 條所規定之 15 年。則 A 追加依公司法第 23 條 2 項之規定對 C 損害賠償之請求權，應未逾時效而消滅。故 A 對義大公司依民法 28 條規定，對 C 依公司法第 23 條規定請求賠償，此二請求間則成立不真正連帶關係。

簡言之，依民法第 276 條 1、2 項之規定。先前 A 與 B 達成職業損害補償金之和解，並未有消滅全部債務之意思，其對 C 時效消滅之效果，對於 B 於 C 應分擔之部分，應生絕對效力。然 B、C 間並無應分擔之部分。因為我國採取法人實在說。法人之負責人之行為，等於法人自身之行為，故對於法人負責人 C 之侵權行為短期時效消滅後，B 仍應負全部之侵權責任。

案例 3：(最高法院 93 年台上字第 1154 號、94 年台再字第 12 號判決)

A 公司於民國 86 年間參加 B 公司所經營之高爾夫球俱樂部為團體無記名式會員，且已交付年費、入會費及保證金，依約即得享有一般會員及特約條款所載之會員權利。而 B 公司理事會無理由認定 A 公司違反會則及團體會員招募辦法規定，決議自 87 年 1 月起開除 A 之會員資格，拒絕 A 公司及其使用人以團體會員資格使用俱樂部之設施。該理事會係由 B 公司董事會遴選之理事所成立。於民國 89 年 3 月間，A 公司未向該理事會為請求，而逕向 B 公司請求履行合約義務及無法使用俱樂部設備之損害賠償，而 B 則以，其理事會成員係受 B 公司僱用之人，其時效消滅之利益，B 亦得依民法第 276 條 2 項主張之。

問題討論：

B 公司所屬之理事會，其理事會就執行該俱樂部業務之事項，屬於 B 之代表人。其決議自 87 年 1 月起開除 A 公司之會員資格，拒絕 A 及其使用人以團體會員資格使用俱樂部高爾夫球場及其附屬設施，除違反契約外，同時亦侵害 A 之團體會員權利，自屬民法第 184 條 1 項前段規定之侵權行為。按我國民法對於法人採法人實在說，認法人有侵權行為之能力，自得為侵權行為損害賠償之債之義務人。故 B 應依民法第 28 條之規定，與該行為人連帶負賠償之責任。且其所負之責任，自非屬民法第 188 條之僱用人之連帶責任。又民法第 276 條規定：「債權人向連帶債務人中之一人免除債務，而無消滅全部債務之意思表示者，除該債務人應分擔之部分外，他債務人仍不免其責任。前項規定，於連帶債務人中之一人消滅時效已完成者準用之。」，A 雖未向該理事會為請求，然並無消滅全部債務之意思，而民法第 28 條並無如民法第 188 條 3 項僱用人得對受僱人求償之規定，故法人之董事及有代表權之人所為之侵權行為即為法人之侵權行為，法人之董事或有代表權之人與該侵權行為之法人間之內部關係，並無應分擔之部分，法人仍應負擔全部之債務，縱其董事或有代表權之人消滅時效已完成，法人亦不得依民法第 276 條 2 項規定主張時效利益而免負全部連帶債務。B 抗辯 A，就為侵權行為之代表人或受僱人，並未請求，而得援用連帶債務人之時效抗辯，得拒絕全部之給付云云，自無可採。

案例 4：(最高法院 95 年台上字第 1482 號判決)

A 承包台電公司發包之新竹科學園區地下電纜管線工程。由 A 之受僱人 A₁、A₂ 負責此項工程之施作。二人於民國 90 年 2 月 10 日，在竹科 X 路上埋設 MC 人孔，打設安全檔土鋼軌樁，不慎損及 B 所埋設於路面下之電纜管線，致 B 受有支出修復電纜費用及遭客戶違約罰款共 6,889,130 元之損害。B 於民國 93 年 4 月 20 日向 A₁、A₂ 二人賠償損害，因已罹民法第 197 條 1 項所規定之二年時效消滅，更向 A 依民法第 188 條請求損害賠償。

問題討論：

第一、二審法院判決 B 勝訴，認為其向 A 得依民法第 188 條之規定，向 A 主張損害賠償請求。但最高法院認為，連帶債務人中之一人消滅時效已完成者，除該債務人應分擔之部分外，他債務人仍不免其責任，為民法第 276 條所明定。又僱用人因依同法第 188 條 1 項規定負連帶損害賠償責任，而為賠償損害時，依同條第 3 項規定，對於為侵權行為之受僱人，有求償權。僱用人與為侵權行為之受僱人內部間既無分擔部分，則為侵權行為之受僱人消滅時效已完成者，僱用人自亦同免其責任。故於本案，既然 A₁、A₂ 二行為人之侵權行為已罹於時效，故 A 亦應同免其責任。

案例 5：(最高法院 93 年台上字第 69 號判決)

A 於民國 84 年 4 月 27 日，在 M 醫院施行手汗症交感神經切除手術，手術當中已有氣胸現象，術後吟痛躁動不已，經其子女 B、C 告知施行手術之醫生 O，然未獲置理，殆 A 臉色發紫，瀕於休克，O 始發現其有氣胸現象，乃於同日下午 2 時許決定再動第二次手術，並建議同受僱於 M 醫院之麻醉醫師 P 為 A 施以全身麻醉，A 因生理功能無法完全承受，且氣胸現象未適時排除，二者交互作用之下，氣胸現象急速惡化，A 一度休克，呈無意識狀態，四肢強直癱瘓，至民國 87 年 5 月 5 日死亡。經台灣大學醫學院附設醫院之鑑定，O 確有過失，又 P 於 A 進行第二次手術時，疏未注意其第一次手術所施打之麻醉藥物仍有可能殘存餘量未完全排除，亦未考慮其恢復狀況及生理變化，即對之施以全身麻醉，A 因而呼吸心跳遽變，終致發生缺氧性腦病變，即 P 亦有過失。此經中華民國麻醉醫學會認定。又 O、P 上開疏失行為，二者交互作用，係造成 A 缺氧性腦病變之原因，有行政院衛生署之鑑定書附卷可稽，可見渠等之過失行為，與 A 之缺氧性腦病變致死亡間，有相當因果關係。B、C 與 A 之父母 D、E 於 89 年 7 月 14 日依侵權行為之法律關係，請求 O、P，以及 M 醫院負連帶賠償責任。O、P 二人為時效之抗辯，但 M 醫院未為時效之抗辯。

問題討論：

二審法院以為，O、P 二人所為之侵權行為，B、C、D、E 自得依民法第 184 條以下之相關規定，請求損害賠償，然因時效已經消滅(§ 197)，O、P 二人自得以為抗辯。然 M 醫院未為時效消滅之抗辯，「依民法第 276 條 2 項之規定，仍不能免其責任」，即二審法院認為，縱使時效消滅，於連帶債務之情況下，雖生絕對之效力，然對其之他連帶債務人(即 M)而言，亦須主張時效利益始能免其責任。然最高法院認為，民法第 276 條 2 項規定連帶債務人中之一人消滅時效已完成者，準用同條第 1 項之規定，故於消滅時效已完成之債務人應分擔之部分，他債務人亦同免其責任。又依民法第 188 條 3 項之規定，僱用人與受僱人間並無應分擔部分，故受僱人之損害賠償請求權消滅時效已完成，僱用人應同免責任。故 O、P 之僱用人 M 毋庸為時效之抗辯，即能免責。

三、法人之侵權能力

案例 6：(最高法院 95 年台上 338 號判決)

坐落於台北縣三重市某地號上之 X 建物，係以 C 建設公司及數位地主為起造人，D 為承造人。而 D 又將其連續壁之工程轉包給 M、N 公司施作，於民國 88 年 5 月 12 日因 C、D 之監工人員有所疏失，致該連續壁破裂溢泥，地基下陷，導致鄰居 A、B 之房屋嚴重傾斜倒塌。經台灣省土木技師公會鑑定之結果，C、D 二公司確有疏失。A、B 向 C、D 請求侵權行為損害賠償。

問題討論：

二審法院(台灣高等法院 92 年重上字第 598 號判決)認為，法人之員工因執行職務，不法侵害他人之權利者，由於民法對於侵權行為並未特別規定限於自然人或法人，法人組織體內部自然人為法人之行為，不論適法或不適法行為，均應視為法人本身之行為，法人應負損害賠償責任。而最高法院認為，民法第 184 條所規定之侵權行為類型，均適用於自然人之侵權行為，C、D 為法人自無適用之餘地。民法第 185 條規定之共同侵權行為，亦同。至於法人侵權行為則須以其董事或其他有代表權人，因執行職務所加於他人之損害，法人始與行為連帶負賠償之責任(民法第 28 條)。若該法人之員工因執行職務，不法侵害他人之權利，則依民法第 188 條之規定，該法人亦須連帶負賠償責任。不得謂，民法對於侵權行為並未特別規定限於自然人，法人組織體內部自然人為法人所為之行為，不論適法或不適法行為，均應視為法人本身之行為，法人應負損害賠償責任。

案例 7：(最高法院 96 台上字第 1457 號判決)

A 公司所有之房屋，於民國 90 年 6 月間因內部辦公室，其職員 B 辦公桌下之電源線受外力(物理)或鼠咬等破壞絕緣披覆，最後因電線短路起火而引起燃燒，波及同棟大樓之鄰居，該鄰居保有火險，保險公司 C 於理賠後，依保險法第 53 條 1 項、民法第 184 條，代位向 A 請求賠償其損失。於民國 95 年 5 月間，C 亦主張，A 之受雇人亦未依消防法遴用防火管理人、未設置過電流保護設備、通電中的電源線沒有關掉、未改善故障之消防警告迴路、起火時無法通知受信機、設置電源線或其他過失行為致生本件火災，而依民法第 188 條之規定，向 A 主張僱用人之損害賠償責任。

問題討論：

二審法院認為，民法第 184 條之規定，僅適用於自然人。然 A 為法人，自無本條之適用。而該失火之過失，除其職員 B 之行為、以及遴用防火管理人等二事由外，C 並未舉證證明，故不予採納。然未遴用防火管理人，顯係 A 之不作為，而非其所屬職員。且依民法第 197 條之規定，C 於民國 95 年始向 A 主張僱用人責任之事，顯已罹於時效。而最高法院認為，法人對於其董事或其他有代表權之人因執行職務所加於他人之損害，與該行為人連帶負賠償之責任，為民法第 28 條所明定。依該條規定意旨，法人之董事或其他有代表權之人因執行職務所為之侵權行為，法人既應負賠償責任，應認法人亦具侵權行為能力。至於 C 主張，A 公司之負責人未遴用防火管理人、未維護消防安全設備、妨害或破壞防火區劃、就用電安全未善盡管理之責，違反消防法第 6 條 1 項、第 13 條 1 項，及建築物室內裝修管理辦法第 23 條等保護他人之法律，依民法第 184 條

2 項規定，應負侵權行為損害賠償責任，C 依民法第 28 條規定，應與之負連帶損害賠償責任等語，並提出消防安全檢查紀錄表、訊問筆錄等件為證。原審就此並未調查審認，徒以 A 係法人，即謂 C 不得依民法第 184 條規定請求其賠償損害，不無可議。可見本判決之最高法院法官，認為法人亦有民法第 184 條之適用，而非對於法人，僅能以民法第 28 條令其負連帶之責。

四、民法第 188 條 3 項之求償權與過失相抵

案例 8：(最高法院 71 年台上字第 749 號判決)

未成年人 A，受僱於 B 為小貨車司機，春節休假期間，B 招攬前往高雄乘客十名，臨時命 A 為駕駛。當由高雄返回恆春，途經屏東枋寮附近，因疏於注意，撞及迎面騎機車之 C、D 致 C 死，D 重傷。B 於賠償 C 家屬及 D 之損害後，依民法第 188 條 3 項之規定，向 A 及 A 父行使求償權，A 及 A 父向 B 主張過失相抵。

問題討論：

二審法院認為，依民法第 188 條 3 項規定，B 固得向 A 求償其所賠償之金額，查貨車依規定不得載客營業，B 竟命 A 駕駛其所有小貨車載客非法營業，而導 A 駕駛不慎發生車禍，顯然與有重大過失，且 A 當時尚未成年，B 命其駕駛貨車，亦有過失，茲審酌 A 與 B 之過失程度，類推適用民法第 217 條 1 項之規定減輕 A 應償還之金額至四分之一。而最高法院則認為，按過失相抵之原則，須被害人對於賠償義務人請求賠償損害時，因被害人之行為，與賠償義務人之行為，為損害之共同原因，且須被害人於其行為亦有過失，始有其適用。本件 B 係民法第 188 條 3 項規定對 A 行使求償權，A 既非被害人，自不能依過失相抵之原則，減輕 A 之賠償金額。(對本案之批評，見詹森林，僱用人行使求償權時與有過失原則之類推適用－最高法院 71 年台上字第 749 號判決之檢討，民事法理與判決研究，台大法學叢書 113，1998 年 11 月)

評釋意見：

實務上將民法第 188 條構成要件中之「僱用人」與「受僱人」，擴大解釋為在事實上具有僱用關係即可，雙方間是否真正存在僱傭關係，並非所問。究否成立「事實上之僱傭關係」，則需視該「僱用人」對「受僱人」是否得加以指揮、監督已足。

為何實務上將僱用人責任與法人責任分別處理？吾人或許可以從僱用人與

法人侵權行為責任之性質上看出些許端倪：以僱用人之責任而言，僱用人須對其受僱人所為之侵權行為負連帶責任。而此所謂之責任來源，並非基於僱用人自己之所為，而係代負責任。立法者之所以令僱用人負責，乃係考慮受僱人之資力不足，而令僱用人負連帶之責任，此與意定連帶債務之意旨不同。又，或許由於該侵權行為非基於僱用人親自所為，故受侵害人不知孰為其僱用人，在所難免，故當對於資力較差之受僱人時效消滅後，而向僱用人以不知其為責任人為由，而享有 10 年之消滅時效期間，在說理上應無行不通之處。

用以此觀點來看法人所負之責任。法人依民法第 28 條之規定負連帶責任，其性質究為代負責任？抑或為自己責任？則須視法人究竟有無侵權行為之可能性觀之。若認為法人非為自然人，故無法為侵權行為之主體時，則民法 28 條所謂之「連帶責任」，性質上應亦屬代償責任（見案例 6）。然若認為法人本身有侵權能力者，則第 28 條之規定，就法人而言，性質上屬自己之責任（見案例 7）。我國採取法人實在說，認為法人有侵權行為之能力，然其「能力」係指「代負責任」之能力，抑或「自己責任」之能力，在學說及實務見解上，似有模糊之處。

就算是以後者之見解為基礎，然在實際上，法人之侵權行為，仍需透過自然人，即法人之董事或其代表人為之。質言之，法人本身無從為侵權行為，僅能透過董事/代表人為之。該董事或代表人所為之侵權，就行為上觀，乃一行為，卻同時有二個侵權行為主體，即董事/代表人自己與法人。當對該董事/代表人之侵權行為之時效已罹時效，由於該董事/代表人亦同時為法人實際為侵權行為者，是否可得推論，該法人之侵權，仍未罹於時效，而得令法人得以主張時效利益？最大之問題，乃在於民法第 197 條 1 項後段之適用：既然受害人已知孰為加害人，除非該加害人刻意隱瞞其公司董事之身分，否則應不得逕行認為法人仍應負有 10 年之消滅時效之不利益。是故，吾人或許可以推論：當對於董事之侵權行為請求權時效消滅後，仍得對法人為損害賠償之主張，其立論基礎，似乎係立於法人之侵權責任，屬於代負責任之情形，與僱用人責任相同。而若主張法人得為侵權行為者，受害人既然知孰為加害人，除非該人刻意隱瞞身分，否則令其得以對法人主張 10 年之消滅時效，實難理解。

又是否可將民法第 188 條 3 項解釋為內部求償之比例分擔？該條從文義上觀，並未能說明該條為責任分擔之規定，僅說明僱用人於賠償受害人後，對受僱人有求償權。若比較民法第 281 條連帶債務之內部分擔求償權規定，該條尚須配合前條之分擔責任而定其比例。由此點觀之，第 188 條 3 項似乎不應解為分擔比例之規定，而遽認為僱用人之分擔比例為零。且民法第 188 條 3 項之立法目的為增加受害人損害賠償請求權實踐之可能性，最高法院所為之論理解釋，似與該條之立法精神不合。得否為如此之解釋，殊有討論之必要。

貳、教學之評量

一、單元作業與考題設計

甲旅行社於民國 93 年 1 月 1 日，舉辦「清境農場兩天一夜遊」活動，費用三千元，膳宿交通全部包括在內，A 女聞悉後欣然繳費參加，甲則向乙交通公司承租一輛遊覽車載客前往。出遊當天，乙派出未有山路行車經驗的丁司機駕駛 B 車運送旅客，丁於上山途中會車不慎，撞上由戊司機駕駛之庚貨運公司的 C 卡車，B 車翻落山谷，A 顏面受傷，雙腳亦為之骨折，經送醫住院治療三個月，始告痊癒。經查 A 為職業模特兒，原本與辛廠商簽有化妝品廣告代言合約，但因身體受傷之故，短期內無法配合廣告拍攝工作，遭辛依合約規定解除契約，致損失原可獲得的代言報酬 50 萬元。試附條文與理由回答下列問題：

- 1、A 訴請甲、乙、丁連帶賠償其所受損害，有無理由？
- 2、設丁司機實際上受僱於丙，丙係自行出資而以乙公司之名義購買 B 車，且在該車身上漆有「乙交通公司」字樣，並以乙之名義參加營運，乙則向丙收取一定費用。問 A 以乙公司及丁司機為被告，起訴請求損害賠償，有無理由？
- 3、A 得請求賠償之損害項目為何？
- 4、設本件車禍丁有 70% 過失，戊有 30% 過失，A 所受之財產上與非財產上損害共計 200 萬元，問 A 得向誰主張何種權利？若 A 向庚公司求償 200 萬元，則庚於如數賠償 A 之後，得向誰行使權利？
- 5、設本件車禍丁有 70% 過失，戊有 30% 過失，A 所受損害為 200 萬元，且 A 於 93 年 4 月 10 日即知其損害及本件之賠償義務人。若丁於同月 12 日，以賠償 A 女 100 萬元，而 A 拋棄對丁的一切求償權利為條件，與 A 達成和解。經查 A 於一個月後，訴請乙賠償 40 萬元，有無理由？
- 6、設本件車禍丁有 70% 過失，戊有 30% 過失，A 所受損害為 200 萬元，且 A 於 93 年 4 月 10 日即知其損害及本件之賠償義務人。若 A 嗣於 95 年 4 月 14 日，訴請庚賠償 60 萬元，有無理由？若 B 車所撞上的，係開 C 轎車外出洽公之庚公司的董事戊，問情形有何不同？

二、參考答案

1、A 訴請甲、乙、丁連帶賠償其所受損害，有無理由？

- (1) 依題意，丁因過失造成車禍，使 A 身體權受侵害。A 是否得以向甲、乙、丁主張連帶賠償責任，首先應視甲、乙、丁之間是否有責任上的連帶關係。

- (2) A 是否得依民§185I 之規定，向甲、乙請求負責共同侵權行為人之連帶責任？如要採行民§185I 之規定，則甲、乙須有「共同不法侵害他人權利」之行為。而甲、乙並非車禍的肇事者，因此，A 無從以民§185I 之規定，向甲、乙請求共同侵權行為人的連帶負責。
- (3) A 是否得依民§188I 向甲、乙請求連帶賠償責任？須考慮甲、乙、丁之間是否有僱用關係。
- 僱用關係，為僱用人指揮監督，而受僱人提供勞務之關係。實務上，採取「事實上的選任監督關係」之說，只要在客觀事實上有此情事，即為僱用關係；又，以執行職務之存否來限縮僱用關係之責任。對於執行職務，目前通說採取客觀說，意謂在客觀情形上可使一般人認為正在執行職務者即是。乙請丁司機駕駛遊覽車，事實上即有選任監督關係；丁開車載客，依客觀情形可認為在執行職務。是故，乙亦須為丁之過失負責。
 - 而甲向乙承租遊覽車，依照交易習慣，甲應會派導遊隨車隨行。而導遊即以甲之債務履行輔助人身分，對丁有監督之責。丁發生車禍，在事實上亦得認為導遊有監督上之過失

小結：如上之討論，A 得向甲、乙、丁，依照民§188I 之規定，請求連帶之侵權損害賠償。

2、設丁司機實際上受僱於丙，丙係自行出資而以乙公司之名義購買 B 車，且在該車身上漆有「乙交通公司」字樣，並以乙之名義參加營運，乙則向丙收取一定費用。問 A 以乙公司及丁司機為被告，起訴請求損害賠償，有無理由？

- (1) 因丁之過失侵害 A 之身體權，而造成損害，A 得依民§184I 向丁請求損害賠償。
- (2) A 是否得向乙請求民§188I 之僱用人責任，應討論乙與丁之間是否有僱用關係存在。依題意，丁實際上為丙之受僱人，而丙所購之 B 車係以乙公司之名義購買，且漆上乙公司之字樣，並以乙名義營運，乙則向丙收取一定費用。此為交易上所稱之「靠行關係」。如前所述，僱用關係在於是否客觀上有僱用之情事，乙雖非實質上之僱用人，但是乙對丙與丁有監督管理（例如，保險、檢測、行政...等）的能力，乙卻怠於行使，因此乙有監督上之過失。且 B 車以乙之名義營業，乙又收取一定費用（交易上稱為服務費或規費），在外觀上既屬乙公司所有，乘客無從分辨該車輛是否為他人靠行營運。故乘客只能從外觀上判斷該車輛屬於乙公司所有，即認為丁為乙所僱用，乙則須負

民§188I 之僱用人責任，方足以保護交易安全。(參照最高法院 77 年台上字 665 號判決、57 年台上 1663 號判決。)

小結：A 得以乙公司與丁司機為被告，起訴請求損害賠償。

3、A 得請求賠償之損害項目為何？

A 得以請求賠償之法律基礎，對甲而言，來自於民§514-7II 之旅遊營業人之擔保責任，或民§514-10II 反面解釋關於身體或財產上事故之責任，或民§227-1 債務不履行之人格權損害賠償責任，或民§188I 僱用人之侵權行為連帶賠償責任；對丁、戊為民§185；對乙、丁為民§188I。

A 得請求賠償之範圍，依民§216 規定，以所受損害及所失利益為限。項目如下：

(1) 所受損害之賠償（積極損害，A 財產上積極的減少）

a. 財產上之損害—

依民§193I 之規定，當身體或健康權受不法侵害時，被害人得請求賠償喪失或減少之勞動能力或增加生活上需要之費用。依題意，A 因車禍而顏面受傷雙腳骨折，送醫三個月始告痊癒。因此，A 得請求不能上班的三個月內，喪失或減少勞動能力，或增加生活上需要的費用，與 A 之受傷所花費的醫藥費與三個月的治療費用。

b. 非財產上之損害—

依民§195I 之規定，身體權受侵害時，雖非財產上之損害，亦得以請求賠償相當之金額。學說上稱為慰撫金，使因遭受侵權而無法量化的精神上之損害獲得彌補。依題意，A 因身體健康權遭受侵害，得依本條請求賠償相當之金額。另外，依民§514-8 之規定，因為可歸責於旅遊營業人之事由，致旅遊未依約定之旅程進行者，旅客就其時間之浪費，得按日請求賠償相當之金額。依題意，A 因車禍受傷，已難期待甲繼續履行旅遊契約。是故就未能履行之剩餘期間，A 得向甲請求賠償相當之金額。

(2) 所失利益之賠償（消極損害，A 預期利益的損失）

A 因車禍造成的身體受傷，而無法履行與辛廠商之廣告合約，致遭受解約而無法獲得原可履行的 50 萬元代言報酬。此為由身體、健康權遭受侵害而導致之純粹財產上損害，兩者之間有責任範圍上的因果關係。民§216II「依通常情形，或依已定之計劃、設備或其他特別情事，可得預期之利益，視為所失利益。」因 A 在車禍事發之前已經與辛簽約，如 A 不發生車禍，可預期 A 得以順利履約，獲得 50 萬之代言報酬。因此，此 50 萬元報酬為 A 之所失利益。

(3) A 得否向甲請求返還旅遊費用？

A 的旅遊費用，屬於履行利益的損害。其請求權基礎有二：

a. 民§514-10II 反面解釋。

要件為：(1)旅遊中身體或財產上發生之事故
(2)可歸責於旅遊營業人之事由所致。

b. 民§227II。

要件為：(1)可歸責於債務人之事由
(2)致為不完全給付。

如前所論及，車禍就責任而言，是可歸責於甲的；而 A 為旅遊中身體發生的事故，因車禍造成 A 受傷，已難期待甲繼續履行契約，故為未依債之本旨而為給付。因此，A 得向甲請求返還旅遊費用。

小結：A 得請求生活費用、醫療費用、慰撫金，廣告的履行利益 50 萬元，以及返還旅遊費用。

4、設本件車禍丁有 70%過失，戊有 30%過失，A 所受之財產上與非財產上損害共計 200 萬元，問 A 得向誰主張何種權利？若 A 向庚公司求償 200 萬元，則庚於如數賠償 A 之後，得向誰行使權利？

(1) 依題意，車禍為丁司機與庚公司之戊司機共同造成，是否為民§185I 之共同侵權行為？

a. 民國 66 年司法院例變字第一號，變更最高法院 55 年台上字 1798 號判例的「主觀說」（共同侵權行為人須以意思聯絡為必要），而採「客觀說」，認為只要以行為關聯共同存在，即使無意思聯絡，也成立共同侵權行為。

b. 甲、乙須為丁之過失連帶負責，前以討論，在此省略；而庚與戊有僱用關係，庚須依民§188I 對戊連帶負責。而在此事件中，甲、乙與戊之間，是否產生連帶關係？法律未明文規定，但實務上仍負連帶責任。理由：依照因果關係理論，丁戊為侵害的部分原因，甲乙與庚是因為監督或選任監督不周。這些人或多或少造成侵害的原因力；又依擔保理論，為確保被害人之損害獲得賠償。（參照陳忠五老師見解）

c. 因此，A 得依照民§185I 之規定，向丁、戊之任何人，或依照民§188I 之規定，向甲、乙、庚之任何人，主張財產上與非財產上損失之 200 萬元費用。

(2) 對於「客觀行為關聯」共同加害行為，其賠償責任，有兩種立法例：

- a. 切割因果關係：加害人各就其加害部分，分別負擔賠償責任。
- b. 單一因果關係：無論原因力的比例，加害人皆須對被害人負連帶損害賠償責任。

我國採後者，使被害人能充分獲得賠償，而不需考慮一方加害人的原因力比例。至於原因力之比例為內部關係，為一方加害人對被害人清償後，再向對方請求償還比例分配之賠償金額。

民§218-1I「關於物或權利之喪失或損害，負賠償責任之人，得向損害賠償請求權人，請求讓與基於其物之所有權或基於其權利對於第三人之請求權。」當庚如數賠償 A 後，得依照本條，對於 A 請求讓與對甲、乙、丁等人之損害賠償請求權。

民§281「連帶債務人中之一人，因清償、代物清償、提存、抵銷或混同，致他債務人同免責任者，得向他債務人請求償還各自分擔之部分，並自免責時起之利息。」依題意，來自丁（含甲乙）的原因力為 70%，來自戊（含庚）的原因力為 30%。庚得依此象甲、乙、丁等人主張 70% 的內部分擔，即 140 萬元的賠償範圍。

而對於戊之部分，民§188III 為衡平責任的規定，對於真正為侵權行為之受僱人戊，有求償權。

因此，當庚賠償 A 女 200 萬元時，得依照民§281 之規定，向丁（或甲乙）請求 140 萬元的分擔費用。並得依照民§188III 之規訂，向戊主張 60 萬元之賠償費用。

5、設本件車禍丁有 70% 過失，戊有 30% 過失，A 所受損害為 200 萬元，且 A 於 93 年 4 月 10 日即知其損害及本件之賠償義務人。若丁於同月 12 日，以賠償 A 女 100 萬元，而 A 拋棄對丁的一切求償權利為條件，與 A 達成和解。經查 A 於一個月後，訴請乙賠償 40 萬元，有無理由？

- (1) 依題意，A 與丁於 93 年 4 月 12 日簽訂和解契約（民§736）。約定丁給 A 女 100 萬之賠償，而 A 放棄對丁的一切求償權利。而依民§737 之規定，和解即有如同判決之「確定力」，使雙方受到該契約之拘束。
- (2) 進一步討論的是，A 與丁的和解契約中，A 拋棄對丁之一切求償權利，是否及於丁之僱用人乙。民§276I「債權人向連帶債務人中之一人免除債務，而無消滅全部債務之意思表示者，除該債務人應分擔之部分外，他債務人仍不免其責任。」

在車禍和解實務上，當被害人主張侵權行為的連帶責任時，如為民§188I 之情形，向行為人主張免除其債務時，就該行為人與其僱用人之分擔比例為 100% 比 0%（對於僱用人與行為人連帶責任之情形，因僱用人對於車禍無直接發生的原因力，行為人才是侵權責任之終局承擔者），其僱用人仍不能因此免除所應負擔的 0% 之責任。反之，如向僱用人主張免除其債務，而未拋棄對於行為人之權利時，對於行為人，仍不能因此免除所應負擔的 100% 責任，而僱用人得依照民§188III 衡平責任，於賠償被害人之後，向行為人請求分擔。

依題意，A 與丁訂立和解契約後，依照民§276I 之規定，不能免除乙應負擔的 0% 責任；因此，儘管 A 依照民§188I 向乙請求連帶賠償，但因為乙無責任，A 不能向乙請求賠償。題目中的責任原因力比例 70%：30%，以及 A 與丁之和解金額，並不影響 A 與丁之和解契約之效力。

小結：A 在一個月後，向乙請求 40 萬的損害賠償，為無理由。

6、設本件車禍丁有 70% 過失，戊有 30% 過失，A 所受損害為 200 萬元，且 A 於 93 年 4 月 10 日即知其損害及本件之賠償義務人。若 A 嗣於 95 年 4 月 14 日，訴請庚賠償 60 萬元，有無理由？若 B 車所撞上的，係開 C 轎車外出洽公之庚公司的董事戊，問情形有何不同？

(1) 民§197I 屬於請求權消滅時效之規定，於被害人知有損害賠償義務人時起二年、自有行為發生時起十年之消滅時效。得依民§129 所列舉之事由（請求、承認、起訴）而中斷。

A 於 93 年 4 月 10 日知有損害及賠償義務人，而在 95 年 4 月 14 日起訴庚請求賠償。民§276II，於連帶債務中之一人消滅時效完成時，準用民§276I 之規定。戊對於 A 之責任 100%，因消滅時效已完成，使 A 之請求權罹於時效而消滅；而其僱用人庚，對於所應負擔的 0%，仍不免除其責任。因此，庚得援引戊之時效抗辯對抗 A。是故，A 於 95 年 4 月 14 日訴請庚賠償，為無理由。

(2) 如戊為庚公司之董事，與戊為庚公司之司機，區別實益在於是否要使庚公司連帶負責戊之責任。

A 對於庚之請求侵權行為損害賠償之基礎為民§28「法人對於其董事或其他有代表權之人因執行職務所加於他人之損害，與該行為人連帶負賠償之責任。」須有三要件：

- a. 戊為庚法人之董事或其他有代表權之人
- b. 戊係執行職務
- c. 戊的行為具一般侵權行為之要件。
 - ① 戊為庚公司之董事，公司為以營利為目的之社團，屬於社團法人（民§45）。
 - ② 凡執行行為及與職務外部或內部牽連相關的行為，均屬於因執行職務之行為。戊開 C 轎車外出洽公，依一般情形可認為與職務相牽連，故屬於執行職務之行為。
 - ③ 戊的過失行為造成車禍的 30%原因力。對於 A 之損害，屬於民§184I 前之侵權行為。

因此，A 得依民§28 之規定，請求戊所屬之庚公司，連帶為 A 之損害負責。

(3) 至於庚是否得援引民§276II 規定，為時效抗辯？

最高法院認為，我國因民§27II 之規定，採取的是「法人實在說」，使董事之責任也等於法人之責任，因此，戊與庚之分擔比例為 0% 比 100%。

因為戊之二年消滅時效已過，又民§28也未用到民§188III之規定，而不受民§197I之時效拘束，所以，A得依照民§276II準用民§276I之規定，得向庚求償100%的比例。至於A向庚求償的時效，民法未有規定，亦有認為應適用民§197I後段，以行為時起算十年之時效者。

第五單元 商品責任

壹、問題之說明

按我國商品責任，立法者除了於民國八十三年一月制定上述消保法第七條以下之規定外，又在民國八十八年四月增訂民法第一百九十一條之一商品製造人責任。查本條第一項規定：「商品製造人因其商品之通常使用或消費所致他人之損害，負賠償責任。但其對於商品之生產、製造或加工、設計並無欠缺或其損害非因該項欠缺所致或於防止損害之發生，已盡相當之注意者，不在此限」。第二項規定：「前項所稱商品製造人，謂商品之生產、製造、加工業者。其在商品上附加標章或其他文字、符號，足以表彰係其自己所生產、製造、加工者，視為商品製造人」。第三項規定：「商品之生產、製造或加工、設計，與其說明書或廣告內容不符者，視為有欠缺」。第四項規定：「商品輸入業者，應與商品製造人負同一之責任」。

稽其立法理由，有謂：「……凡商品之製造人，對其商品之通常使用或消費所生之損害，應負賠償責任，以保護消費者之利益」等語，可知立法者也有意藉由民法第一百九十一條之一的規定，維護消費者權益。因此，接下來的問題，就是應如何適用民法第一百九十一條之一與消保法第七條的規定？

對此，學理上不外乎三種看法：首先，有學者認為二者係法條競合的關係，因為消保法第七條以下為民法侵權行為法之特別規定，故消保法第七條以下應優先於民法第一百九十一條之一來加以適用。詳言之，在消費關係的場合，如所侵害之法益為消保法第七條第二項所列舉之生命、身體、健康及財產權時，此際應優先適用消保法第七條之規定；在其他情形，例如在非消費關係的場合，或是所侵害之法益僅為利益（純粹經濟上損失）時，應適用民法第一百九十一條之一的規定。

其次，有學者倡議關於產品責任，民法及消保法均設有規定，形成雙軌體系，其規範內容多有不同（如商品之範圍、責任主體、歸責原則、商品缺陷、判斷基準及時點、受保護之權益、因果關係、舉證責任），應認為二者得競合併存。斯項立場，似認為二者乃請求權自由競合的關係，亦即對於依民法或依消保法的規定主張商品責任，債權人得擇一行使；其中一個請求權若已達目的而消滅時，另一請求權固隨之消滅，但若其中一個請求權未能滿足債權人之利益，則另一請求權仍然存續，猶得主張。

最後，解釋上亦有可能認為二者係請求權相互影響的關係，亦即二個請求權可以互相作用，一個請求權之構成要件會受到另一個請求權之適用要件的調整、影響，惟徵諸國內學說在討論商品責任的場合，主張這個觀點者似尙乏其人。

對於一個社會生活所發生的法律事實，可適用複數請求權規範之情形，我國最高法院基本上是採取請求權自由競合說，在商品責任的領域，也不例外。茲謹以最高法院九十四年台上字第三三八號判決為例，說明之（以下簡稱賓士車事件）。

一、消保法第七條與民法第一百九十一條之一在規範上之競合關係

本件上訴人（被害人之父母、配偶、子女）主張被害人於民國八十八年三月某日凌晨，駕駛其於八十六年一月間向被上訴人（中華賓士公司）購買之一輛賓士自用小客車，行經彰化縣彰美路時發生車禍，因系爭汽車之安全氣囊未適時發生緩衝保護作用，方向盤亦不當斷離，致打斷其頸部動脈造成大量出血，送醫不治。被上訴人為系爭汽車之代理商、經銷商及輸入者，應與該車之製造商負同一責任。其未於「車主使用手冊」中為警告標示及指示緊急處理方法，顯未盡產品使用說明義務，致被害人為通常使用時受創身亡，故依消保法第七條、第八條、

第九條，民法第一百九十一條之一、第一百九十二條第一、二項，第一百九十四條規定，請求被上訴人負損害賠償責任。

被上訴人則以：上訴人迄未就系爭汽車安全氣囊及方向盤之設計、製造及安裝有何瑕疵，負舉證之責。且對被害人究係遭斷離之方向盤強力撞擊頭部後顱內出血死亡，或因汽車安全氣囊有瑕疵，而打斷頸部動脈身亡，先後主張不一，亦未舉證證明被害人之死亡與其銷售之系爭汽車瑕疵間有何因果關係……。又被害人係以極高之速度行駛系爭汽車，顯未合理使用該車，其因而失控造成危險，亦不應由其負責等語，資為抗辯。

原審主要是基於下面三點理由，維持第一審所為上訴人敗訴之判決，而駁回上訴人之請求。首先，上訴人未就被上訴人於系爭事故之發生，或就系爭車輛安全氣囊及方向盤之設計、製造及安裝，舉證證明有何故意、過失，其依民法第一百八十四條規定，請求被上訴人負損害賠償責任，自非可取。

其次，民法第一百九十一條之一規定，商品製造人之責任，以「使用者就商品為通常使用或消費」下受有損害為限。又消費者保護法有關商品製造人與輸入商品之企業及從事經銷之企業連帶賠償責任之成立，繫諸商品或服務具有「安全或衛生上之危險」。商品或服務苟不具「通常可合理期待之安全性」時，雖應認有上開之危險，然「通常可合理期待之安全性」，應係指使用人在符合相當自我責任要求下，依據原設計之目的為使用而言，如不當使用或濫用致生損害，即應由消費者自負其責。是以，被害人本於消費者保護法規定請求賠償損害時，仍應就商品或服務有安全性之欠缺、危險存在，及其欠缺或存在與損害之發生有因果關係，負舉證之責。本件系爭汽車係高速行駛，被害人並未合理使用汽車，另依相關鑑定結果，亦無從判斷被害人頭部傷害係方向盤脫落所致，及方向盤脫落與被害人之死亡間有因果關係存在。

再者，被上訴人輸入同型汽車之「車主使用手冊」中已對安全氣囊之使用有詳盡說明，而系爭汽車肇事時係連續撞及二部車輛，即不能認被害人之傷害係第一次撞擊時安全氣囊未發揮作用所致，更無從認定系爭汽車於肇事時確有方向盤斷離，及第一次撞擊時安全氣囊未發揮作用之瑕疵。所以，上訴人依各該民法及消費者保護法之規定，請求被上訴人賠償損害，自屬不應允許。

最高法院民五庭對於原審逐一批駁上訴人所主張民法第一百八十四條、第一百九十一條之一條、以及消保法第七條等請求權基礎，並無不同意見，只是在涉及商品責任的舉證責任方面，指示原審應本諸保護消費者權益之法理，將八十九年五月五日始施行之民法第一百九十一條之一所揭櫫的舉證責任分配法則，斟酌適用於該條施行前已發生之本件判決事實。是以，最高法院指摘原判決未參酌前述法理……，於未窮調查證據之能事致事實未臻明確前，率以無從認定系爭汽車肇事時確有方向盤斷離、及上訴人未盡舉證之責等為由，遽為不利於上訴人之判決，自嫌速斷，故廢棄原判，發回更審。

問題討論：由上述原審及最高法院之認事用法，可知目前實務上就消保法第七條與民法第一百九十一條之一的適用關係，並不認為是法條競合，而係採取請求權自由競合的思維。按本件被害人向進口車商購買一輛賓士自用小客車，屬於消保法第二條第三款之消費關係，亦即消費者與企業經營者間就（轎車）商品所發生之法律關係。上訴人就被害人因汽車之安全氣囊及方向盤有缺陷致受損害一事，既曾分別主張民法第一百八十四條、民法第一百九十一條之一條、以及消保法第七條等規定，而原審法院逐一說明不予採取之理由，並無依法條競合說的觀點，認為本件係屬消費關係，故消保法第七條應優先並排斥民法第一百九十一條之一的適用……。所以，本件原審法院明顯不採法條競合的觀點，而最高法院對此亦無表達不同看法，似有間接肯認被害人得自由選擇、分別援引前揭條文中行使權利，寓有請求權自由競合的想法，足堪重視，可資贊同。

二、民法 191-1 關於「商品之通常使用」的解釋

在前揭「賓士車事件」的判決中，原審法院曾隱約提到一項解釋民法第一百九十一條之一規定的論點：民法上之商品製造人責任，以「使用者就商品為通常使用或消費」下受有損害為限，本件系爭汽車係高速行駛，被害人並未合理使用汽車，故其所受之損害不得依本條規定請求賠償。斯項思維，在以下介紹的九十三年台上字第九八九號判決（以下簡稱 **BMW 車事件**）中，有更清楚的說明，茲謹將該判決之事實、法院見解摘錄於後，以供參考。

本件上訴人主張：其以福庭針織有限公司之名義，向被上訴人（汎德公司）購買其代理經銷之 **BMW** 廠牌之自用小客車一輛。上訴人於民國八十八年六月十四日開車行經宜蘭蘇澳鎮時，左前輪爆破撞及電線桿，車上左側車門之安全氣囊，由於材質不良及設計不當，引致囊袋外殼破裂形成洞口，氣囊無法完全彈出，未能發揮安全防護效果。又囊內高溫氣體瞬間急速外洩，造成其左手灼傷及高速撕裂之嚴重傷害。故依民法第一百九十一條之一第一項、第四項之規定，求為命被上訴人給付醫藥費、減少工作損失、精神慰撫金，及依消保法請求懲罰性賠償。

被上訴人則以：系爭氣囊並無材質不良或設計不當之情形，上訴人左手之傷害，係車禍時接觸車外粗糙物品所造成，與氣囊無關。其對於車禍之發生及上訴人之損害，亦無任何故意過失可言等語，資為抗辯。

原審斟酌全辯論意旨及調查證據之結果，依據相關醫院之診斷證明書所示內容，認為上訴人之左手手掌的傷害與氣囊高溫氣體外洩灼傷無關……。至於上訴人於車禍發生後，自行將氣囊拆卸委託財團法人車輛研究中心鑑定，該鑑定意見上雖有提到：「事故車輛之側邊空氣囊氣袋破裂，除非車輛製造者能提出非常明

確合理的設計理由與完整之說明，否則此氣囊為瑕疵品的可能性甚高」等情，然為被上訴人所否認，且該鑑定意見僅就上訴人自行拆卸提供之側邊氣囊模組進行鑑定，未連同系爭汽車之車門為整體判斷，復未考慮系爭模組拆取過程及該破裂口從何而來，其鑑定意見即有重大瑕疵，不足採信。是上訴人既無法舉證證明被上訴人代理經銷汽車所配備之系爭氣囊有材質不良及設計不當之瑕疵，亦不能證明其傷害與系爭氣囊有關聯，其本於民法第一百九十一條之一第一項、第四項之規定，請求被上訴人給付……萬元本息，自非有理，不應准許，而駁回上訴。

對此，最高法院民七庭表示：「按受害人依民法第一百九十一條之一規定請求商品輸入業者與商品製造人負同一之賠償責任，固無庸證明商品之生產、製造或加工、設計有欠缺，及其損害之發生與該商品之欠缺有因果關係，以保護消費者之利益，惟就其損害之發生係因該商品之『通常使用』所致一節，仍應先負舉證責任。於受害人證明其損害之發生與商品之通常使用具有相當因果關係前，尚難謂受害人之損害係因該商品之通常使用所致，而令商品製造人或商品輸入業者就其商品負侵權行為之賠償責任。本件上訴人始終未能證明其所受之左手手掌傷害，與系爭氣囊之使用間，有何相當因果關係存在，揆諸首揭說明，其請求被上訴人負賠償責任，即非有據。原審為上訴人不利之判決，經核於法尚無違誤。縱原判決贅以上訴人未能證明被上訴人代理經銷汽車所配備之系爭氣囊有材質不良及設計不當之瑕疵為由，駁回上訴人之請求，與前述說明有異，仍不影響判決之結果，依民事訴訟法第四百七十七條之一之規定，本院自不得據此理由廢棄原判決……」。據上論結，本件上訴為無理由。

爭點所在：依本文所見，本件「BMW 車事件」之判決爭點有二：第一、本件疑似安全氣囊缺陷之事件，發生於民國八十八年六月十四日，經查民法第一百九十一條之一係自民國八十九年五月五日起施行，故論其實際，最高法院不啻肯認民法第一百九十一條之一的規定，亦適用於民國八十九年五月五日前即已發生之商品缺陷事件。關於法律不溯及既往原則的討論，請參考前面說明，茲不贅。然為何上訴人未根據消保法第七條以下規定，主張權利？一種可能的解釋是，上訴人係以公司名義購車，若公司購買該車之目的，是當作公司高階主管的職務座車，由於該車使用上之主要目的在於提供主管執行業務使用，宜認為公司並非消保法第二條第一款所稱之消費者，不構成同條第三款之消費關係（消費者與企業經營者就商品或服務所發生之法律關係），故無消保法之適用。

關於第二個爭點：被害人之「損害」係因「商品之通常使用」所致的因果關係，是否已被民法第一百九十一條之一前段所推定？還是被害人就「通常使用商品」致受「損害」一事，尚應負舉證之責？對此，本件最高法院表示，民法第一百九十一條之一第一項固然明文推定商品欠缺與損害之間的因果關係，但條文上規定：「商品製造人因其『商品之通常使用』或消費所致他人之損害，負賠償責任」，故應先由受害人證明其損害之發生與「商品的通常使用」之間，具有相當因果關係，再由欲免責的商品製造人或輸入業者，證明「損害與商品欠缺之間

無因果關係」。

有疑問者，何謂「商品之通常使用」？若受害人在遵守交通規則的情形下，被他人追撞發生車禍，安全氣囊未發生防護作用、或安全氣囊之氣袋有高溫破裂的狀況，這應該構成「商品之通常使用」，洵無可疑。然若受害人因車輛疏於定期檢測維修（例如：爆胎、煞車失靈）、或於違反交通規則的情況下（例如：超速駕車、違規超車）致發生事故，而安全氣囊依舊未發生作用，於此情形，駕駛人是否仍為「商品之通常使用」？商品製造人是應否為安全氣囊未發揮作用、或氣袋破裂灼傷人負責？恐有爭議。

問題討論：通說認為所謂商品之通常使用，係指依一般交易觀念，以符合商品之一般用途、或正常效用而加以使用者而言。例如：汽車以正常速度駕駛，即屬通常使用；若汽車超速行駛、汽車超載，因而機件脫落肇事，均非因通常使用。商品製造人，對於後者所生損害，尚不依商品責任賠償⁵。反之，亦有學說以為所謂商品之通常使用或消費，只要對於商品之使用或消費，係在原商品設計的使用目的範圍內，或是其使用或消費雖超出原商品設計之使用目的範圍，但在客觀上並不出人意表者，均屬之⁶。若依後說，以時速一百二十公里在市區路段駕車肇事者，若車禍發生時車內配備的安全氣囊並未發生作用，駕駛人仍得主張這是「商品之通常使用」，蓋 BMW 車之駕駛人以時速一百二十公里行車，應在車廠所製造、設計車輛之使用目的範圍，其以上述速度與來車發生撞擊，客觀上亦為車廠製造、設計安全氣囊時，顯然可預見之安全氣囊應發揮功能的狀況。從而，超速駕車之人似仍可援引民法第一百九十一條之一主張權利。

對於民法第一百九十一條之一「商品之通常使用」的理解，最高法院前後立場似乎不盡相同。在本件「BMW 車事件」，最高法院民七庭認為受害人應先證明其損害之發生與商品之通常使用具有相當因果關係，言下之意，似乎寓有受害人怠於將座車定期檢修，故因前輪爆胎而撞及電線桿，車內安全氣囊未適度發揮作用，並非因車輛之通常使用所引起的思維，亦未可知。

惟應留意者，在前面提到的「賓士車事件」，原審法院曾提出被害人超速駕車，因而失控受有損害，並未合理使用汽車的看法。對此，最高法院民五庭說道：「系爭汽車於事故發生後，碼錶停留在一〇五 KM/HK ……，以系爭賓士 E 二八〇型自用小客車之應有設計目的、製造及安裝品質，於行駛車速達此一時速時，車頭及駕車座側車身遭受猛力撞擊，是否在專業科學之鑑定下，仍無由判斷其方向盤會否與機柱斷離？安全氣囊縱充氣彈開，是否仍無可避免駕駛人受創致

⁵ 詹森林，消保法有關商品責任之規定在實務上之適用與評析，民事法理與判決研究，元照出版，2003年，頁216；孫森焱，新版民法債編總論上冊，台北自版，2004年，頁318；邱聰智，新訂民法債編通則（上），台北自版，2001年，頁228。

⁶ 黃立，民法債編總論，元照出版，2000年，頁315。

命？……凡此均與系爭汽車安全氣囊及方向盤之設計、製造及安裝是否有缺欠，或未具通常可合理期待之安全性，及被上訴人（中華賓士）應否與其製造人負同一賠償責任，所關頗切」。此處，最高法院似乎改弦易轍，認為即使駕駛人在市區路段行車時速達一百餘公里，因而發生車禍，衡諸賓士車之應有設計目的、製造及安裝品質，方向盤似不應有和機柱斷離之情事、且安全氣囊亦應適時發生防護作用才是。斯項觀點，具有啓示性，誠值矚目。

本文基本上贊成最高法院在「賓士車事件」的見解，並認為民法第一百九十一條之一前段已預先推定駕駛人是基於缺陷商品之通常使用，致受有損害⁷。在此觀點下，駕駛人就其汽車之通常使用僅負釋明責任，故進口車商或車廠若欲免除本條之責任，應由後者提出駕駛人非以通常目的使用汽車之反對證明⁸。

評釋意見：關於駕駛人開車發生事故，是否為「汽車之通常使用」的問題，本文認為宜依照該肇事原因所產生的損害，是否為車廠製造、設計系爭汽車之應有目的與性能所應防阻之風險，來加以判斷。若駕駛人將自用小客車當作特技車、載重貨車、方程式賽車等用途使用，致受損害，顯已超出自用小客車原先之製造與設計目的，當非通常使用，殆可斷言。反之，若駕駛人在特定路段因違規超車、或違反速限等規定，致生事故受有損害，此際不宜逕以駕駛人違反該等道路交通法規為由，認為這並非通常使用汽車，從而不成立民法第一百九十一條之一的責任。按前揭交通法規所欲保護的法益，或在於確立道路之交通秩序、或在於保護行人、其他駕駛人或乘客等，不一而足，但似未包括防止因汽車或其配備之缺陷所生的風險。惟違反交通法規之駕駛人，雖然不因此而妨礙其主張民法第一百九十一條之一的規定，但仍應構成民法第二百十七條第一項：「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」，而適用「與有過失」。斯項法律解釋適用的觀點，似乎較能有效化解維持交通秩序、保護被害人人身與財產安全、以及尊重商品製造人營業自由與財產權保障三者間的利益衝突，似有借鏡餘地，亦未可知。

在上述「BMW 車事件」，上訴人曾向進口車商依民法第一百九十一條之一主張商品責任，並依消保法第五十一條請求懲罰性賠償金。對此，最高法院表示：「消費者保護法第五十一條係規定：『依本法所提之訴訟，因企業經營者之故意所致之損害，消費者得請求損害額三倍以下之懲罰性賠償金；但因過失所致之損害，得請求損害額一倍以下之懲罰性賠償金』，本件上訴人依民法第一百九十一條之一第一項、第四項之規定為其請求，既屬無理，被上訴人即無故意或過失可

⁷ 學者孫森焱認為，民法第 191 條之 1 第 1 項前段已先推定 因商品之通常使用或消費所致他人之損害，係因商品之生產、製造或加工、設計有欠缺，且損害之發生與該項欠缺有因果關係。商品製造人對於防止損害之發生，未盡相當之注意。請參見孫森焱，新版民法債編總論上冊，台北自版，2004 年，頁 319。學者黃立也認為，商品製造人如欲免除民法第 191 條之 1 的責任，其必須證明商品依通常使用或消費方法，係屬安全而不可能讓使用人之身或財物受到損害。請參閱黃立，民法債編總論，元照出版，2000 年，頁 316。

⁸ 同一立場，可參見邱聰智，新訂民法債編通則（上），台北自版，2001 年，頁 229。

言，已難認有上訴人所稱消費者保護法第五十一條規定之適用。況上訴人未能證明其所受之傷害，係因使用被上訴人輸入之系爭氣囊所致，詳如前述，亦不符消費者保護法第五十一條所定得請求懲罰性賠償金之要件」，斯項見解，應值贊同。

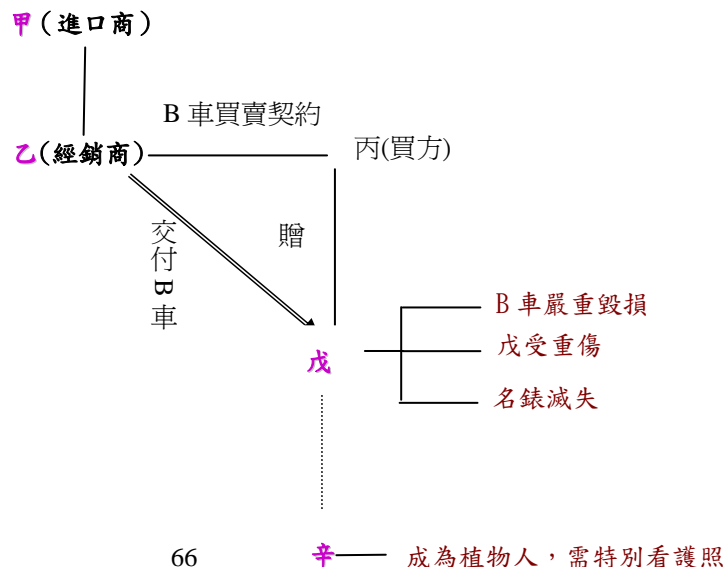
貳、教學之評量

一、單元作業與考題設計

甲為 A 牌汽車之進口商，乙為台中經銷商，乙出賣具有「天窗」之 B 型新車一部予丙，丙對乙表示購車係為送給戊作為禮物，稍後會請戊向乙直接請求交付並約定交車地點，乙答稱沒問題，嗣經銀貨兩訖。查戊於交車後即駛至中港路上，開車時速 120 公里，戊之六歲兒子（辛）站在車內，頭伸出「天窗」外，眺望東海校園。不料，轎車突然發生暴衝，向前急行，失去控制，直至撞上路樹後，始告停止。戊之新車嚴重毀損，戊受重傷，且其所配戴之名錶滅失。辛則因強烈撞擊而飛出車外，成為植物人，需僱特別看護照料之。問戊、辛得分別向甲、乙主張何種權利？

二、參考答案

若丁按照約定時日至戊宅交車，隨後戊即駛至中港路上，開車時速110公里，戊之六歲兒子辛站在車內，頭伸出「天窗」外，眺望東海校園。不料，轎車突然發生暴衝，向前急行，失去控制，直至撞上路樹後，始告停止。戊之新車嚴重毀損，戊受重傷，且其所配戴之名錶滅失。辛因強烈撞擊而飛出車外，成為植物人，需顧特別看護照料之。問戊、辛得分別向甲、乙主張何種權利？



擬答：

(一) 侵權責任：

1、侵權責任部分可能涉及民法及消費者保護法關於侵權責任之規範競合，現行法律規範包括民法第 191 條之 1「商品製造人責任」及消費者保護法「商品責任」之雙軌體系，因權利主體、責任主體、注意責任等有所不同，因而產生競合關係。

(1) 民法第 191 條之 1「商品製造人責任」：

①採推定過失責任⁹，責任主體及於輸入業者，經銷商則不包括在內，除非有該條第 2 項視同商品製造人之例外情況；權利主體則不設限。

②限於因商品之通常使用或消費所致：

本案中 B 型新車有暴衝現象，可能涉及戊在市中心以時速 110 公里開車是否為「通常使用」之疑義。戊在市區超速行駛可能違反交通法規，甚或造成車禍肇事之危險，惟以車輛之使用功能來看，儀表板上之時速表上限至少為 180 公里，時速 110 公里在通常使用之範圍內，本案構成民法第 191 條之 1 商品製造人責任。

(2) 消保法「商品責任」：

①限於企業經營者與消費者間之消費關係，責任主體包括企業經營者（設計者、生產者、製造者）、視為企業經營者（§8 II 一 改裝、分裝商品或變更服務內容者；§9 一 輸入商品或服務者），採無過失責任，至經銷商則負推定過失責任（§8 I）；而權利主體僅限於消費者或第三人（實務限縮為製造者可預見之第三人）。

②限於商品欠缺符合當時科技或專業水準可合理期待之安全性：汽車應有防止暴衝裝置以維護消費者之人身、財產安全，係汽車製造設計生產時應具備之最基本安全要求，當汽車有暴衝可能性時，就不應允許其於市場上流通，本案 B 型新車有暴衝情形，已經欠缺一般消費者可合理期待之安全性，企業經營者自應負擔無過失之商品責任。

(3) 消保法為民法之特別法，本案中戊、辛均為使用 B 型新車之消費者，符合主張消保法侵權責任之權利主體地位，應優先適用特別法即消保法，且主張消保法才可對經銷商乙主張侵權責任，進口商甲係負無過失責任，而經銷商乙負推定過失責任，並得主張懲罰性賠償金，因此本案應以消保法來主張侵權責任損害賠償請求權。

⁹民法§191-1，除採推定過失責任外，尚包括推定商品欠缺安全性，及推定欠缺安全性與損害間的因果關係。（王澤鑑）

2、請求賠償之範圍：

消保法為民法之特別法，消保法未明定損害賠償範圍的部分，以下將依民法之相關規定來主張賠償範圍。

(1) 戊對甲、乙的請求權：

①新車嚴重毀損，戊受重傷，名錶滅失部分：

A.新車嚴重毀損

該車毀損係為商品自傷，商品自傷係屬純粹經濟上利益，抑或是財物損失，則有爭議：

- (a) 依王澤鑑老師見解，商品自傷為純粹經濟上損失，非屬侵權責任保護範圍，只能依契約責任上之瑕疵擔保責任來主張權利。
- (b) 陳忠五老師認為，商品自傷應屬財物損害範圍。法院實務¹⁰上在九二一地震時發生之新莊博士的家倒塌案件中，認為系爭房屋倒塌係屬財產權受損，意即實務亦有採商品自傷屬侵權責任賠償範圍之觀點。
- (c) 本題若以商品自傷屬財物損害範圍來論，因該車嚴重毀損，應依民法第 196 條請求賠償 B 型新車之價額。

B.戊受重傷

(a) 財產上損害賠償

依民法第 193 條第 1 項規定，請求賠償增加生活上之需要(例如：醫療費用、復健費用等)及喪失或減少勞動能力(例如：因此短少之工作收入，且包括第 216 條第 2 項可得預期之利益)之金額。

(b) 非財產上損害賠償

依民法第 195 條第 1 項規定，請求賠償因身體、健康受侵害之慰撫金。

C.名錶滅失一

戊所配戴之名錶滅失，依民法第 196 條請求賠償該錶之價額。

¹⁰ 台灣高等法院 88 年度上字第 1106 號判決、板橋地院 89 年度重訴字第 65 號(理由：(1)消保法第 7 條對於損害賠償之範圍，既未明定，其本質上又係侵權責任，自應依民法第 216 條之規定，以填補債權人所受損害及所失利益，解釋上，當包括商品本身之損害。(2)限制消費者僅能依契約不履行，向其直接契約當事人請求，再由受請求者層層向製造者請求，不僅於消費者權益之保護，未見貫徹，而且徒增訟累。)

②辛成爲植物人：

車暴衝致辛成爲植物人，侵害到戊基於父親關係之身分法益，且情節重大，因此雖爲非財產上損害，戊仍可依民法第 195 條第 3 項規定，請求賠償相當之金額，即慰撫金。

(2) 辛對甲、乙的請求權：

①財產上損害賠償

依民法第 193 條第 1 項規定，請求賠償增加生活上之需要(例如：醫療費用、必要之特別看護費用等)及喪失勞動能力(例如：原本成年後可預期之工作收入－依國人之平均壽命及國民平均所得計算)之金額。

②非財產上損害賠償

對於植物人得否主張非財產上損失，有認爲得否主張應繫於被害人主觀知覺，植物人已喪失知覺，無精神上痛苦，應不能主張；另有主張應採客觀概念，即視相同情況下，一般人是否感到精神上痛苦；目前實務見解，則多肯認植物人請求慰撫金之主張。本案應得依民法第 195 條第 1 項規定，請求賠償因身體、健康受侵害之慰撫金。

③與有過失

案辛爲 6 歲孩童，無自我照顧應變能力，依民法第 1083 條，父母對未成年子女有保護義務，戊以時速 110 公里開車，並容任辛將頭伸出天窗外，雖然汽車暴衝應由企業經營者負無過失責任，惟戊對於辛成爲植物人之結果，事前未盡注意義務，應構成民法第 217 條第 3 項之與有過失¹¹，因此對於前述損害賠償金額，法院可減輕賠償金額。

(二) 契約責任：

1、不完全給付

(1) 第三人利益契約中受領給付之地位：

本案既爲民法第 269 條之「真正第三人利益契約」，戊對乙有直接請求交付 B 型新車之權，戊居於受領給付(B 型新車)之債權人地位。當受領之 B 型新車，係因可歸責於債務人之事由，致爲不完全給付時，戊應得依民法第 227 條規定，向債務人乙主張「瑕疵給付」及「加害給付」所造成之損害賠償責任。

(2) 可否歸責於債務人乙：

¹¹對於未成年人之法定代理人與有過失，是否須由該被害人承擔損害賠償金額扣減之不利利益，有不同見解，有主張意定代理人可涵括於被害人之使用人範圍之內，第 217 條第 3 條之代理人即指法定代理人，被害人依法應承擔與有過失之不利利益。另有主張(王澤鑑)，法定代理人係法律規定，未成年人無選擇權，且其對法定代理人無監督控制權，與使用人係被害人所得控制監督不同，應此不應由被害之未成年人負擔與有過失之不利利益。

本案中之 B 型新車暴衝問題，乙非製造該車之製造商，事先恐難預料或避免車輛暴衝，惟其既依民法第 354 條負有物之瑕疵擔保責任，其雖非製造商，難謂其不可歸責。

2、賠償範圍一

(1) 履行利益之損害：

該 B 型新車既已嚴重毀損而無法補正，則應依民法第 227 條第 1 項規定準用給付不能規定，因此戊可依民法第 226 條第 1 項規定請求乙賠償 B 型新車毀損之損害。

(2) 固有利益之損害：

依民法第 227 條第 2 項規定，戊對於因 B 型新車暴衝致其身體受重傷及名錶滅失之損害，亦得請求賠償。又民法第 227-1 條規定，至債權人之人格權受侵害，得準用侵權的相關規定請求損害賠償，因此戊就身體權受侵害的部分，可依民法第 193、195 條規定，對乙主張財產上及非財產上損害賠償。

(三) 結論：

1、侵權責任一

(1) 依消保法第 9 條規定，進口商甲視為企業經營者，須負同法第 7 條之製造者責任，而經銷商乙依同法第 8 條規定，須負連帶賠償責任，因此戊、辛得依消保法主張甲、乙連帶負有因 B 型新車暴衝致新車嚴重毀損、戊受重傷、名錶滅失及辛成爲植物人所生之戊、辛財產上及非財產上損害賠償責任。

(2) 消保法第 51 條規定，因企業經營者之故意所致之損害時，消費者得主張損害額 3 倍以下之懲罰性賠償金，如因過失所致時，則得主張 1 倍以下之懲罰性賠償金。本案中企業經營者應無故意，惟動力交通工具影響人身安全、公共安全甚大，企業經營者負有不讓有暴衝可能之車輛流通進入市場之義務，本案汽車暴衝造成戊受重傷及辛成爲植物人的嚴重後果，本案應允許戊、辛請求損害額 1 倍以下之懲罰性賠償金，以促使業者未來善盡把關責任。

(3) 戊、辛得分別向甲、乙主張：

①戊：

A. 汽車毀損、名錶滅失部分，得請求賠償 B 型新車及名錶之價額(民法第 196 條)。

B. 戊受重傷部分，得請求賠償增加生活上需要的醫療費用、復健費用等、因勞動能力喪失或減少而損失之工作收入(民法第 193 條第 1 項)及造成其非財產上損害之慰撫金(民法第 195 條第 1 項)。

C.辛成爲植物人致對戊產生之非財產上損害部分，依民法第 195 條第 3 項規定，請求慰撫金。

D.依消保法第 51 條規定，請求損害額 1 倍以下之懲罰性賠償金。

②辛：

A.請求賠償增加生活上需要的醫療費用、必要之特別看護費用等、因勞動能力喪失而損失之工作收入（民法第 193 條第 1 項），及造成其非財產上損害之慰撫金（民法第 195 條第 1 項）。

B.本案因戊之與有過失，法院可依民法第 217 條第 3 項減輕賠償金額。

C.依消保法第 51 條規定，請求損害額 1 倍以下之懲罰性賠償金。

2、契約責任－戊對乙主張

- (1) 本案爲真正第三人利益契約，戊既對乙有直接請求交付 B 型新車之權，居於受領給付之債權人地位。當因可歸責於債務人之事由，致爲不完全給付時，戊應得依民法第 227 條規定，向債務人乙主張損害賠償責任。乙雖非製造商，惟其對於出賣物負有物之瑕疵擔保責任，難謂其不可歸責。
- (2) 因此戊可就該新車嚴重毀損、其受重傷及名錶滅失之損失，依民法第 227 條規定，要求乙賠償前述履行利益及固有利益之損害。

第六單元 服務責任

壹、問題之說明

按消保法第七條第一項規定：「從事設計、生產、製造商品或提供服務之企業經營者，於提供商品流通進入市場，或提供服務時，應確保該商品或服務，符合當時科技或專業水準可合理期待之安全性」。第二項規定：「商品或服務具有危害消費者生命、身體、健康、財產之可能者，應於明顯處爲警告標示及緊急處理危險之方法」。第三項規定：「企業經營者違反前二項規定，致生損害於消費者或第三人時，應負連帶賠償責任。但企業經營者能證明其無過失者，法院得減輕其賠償責任」。次按消保法第七條之一規定：「企業經營者主張其商品於流通進入市場，或其服務於提供時，符合當時科技或專業水準可合理期待之安全性者，就其主張之事實負舉證責任」。第二項規定：「商品或服務不得僅因其後有較佳之商品或服務，而被視爲不符合前條第一項之安全性」。此乃消保法上服務責任之基本規範，合先敘明。

緣無過失責任，旨在分散損害之風險，關於其法理根據，不同於過失責任之補償正義，而以分配正義為其存在基礎¹²。然無過失責任之損害，在發生上與數量上，對於企業經營者具有不可預見性，故其負擔必須藉助於保險機制分散出去，同時配合企業經營者之有限責任與強制保險制度¹³，諸如單一事件賠償上限與每位被害人賠償上限的設計，無過失責任之建構，始竟全功。據此，無過失責任究其本質，基本上是一種實踐分配正義之保險責任。若吾人無視無過失責任應有之保險配套機制，只是一味突出消保法上服務責任不以過失為要件的看法，恐有使無過失責任淪為一個欠缺倫理思考，僅是基於對被害人之側隱照顧而作的規劃。

我國消保法第七條之服務責任，不考量行業類別或服務特性，均為同一規定。鑑於現行法並未課予提供服務之企業經營者強制保險之義務，故無過失責任制度之建置，猶未完成，尚需努力，殆無可疑。值得注意的是，在目前服務強制責任保險配套措施付之闕如的情況下，我國最高法院於適用消保法上服務責任的場合，是否真的使企業經營者承擔無過失責任？誠值探究。

按企業經營者所提供之服務欠缺安全性，致侵害消費者或第三人之生命、身體、健康、或財產者，自消保法第七條觀之，有兩種態樣。第一種是所提供之服務，不符合當時科技或專業水準可合理期待之安全性（第七條第一項）；第二種是所提供的服務具有危害消費者生命、身體、健康、財產之可能者，未於明顯處為警告標示及緊急處理危險之方法（第七條第二項），亦即提供服務之企業經營者，未向消費者說明或告知相關事項。

其次，服務是否欠缺安全性，消保法第七條第一項以「符合當時科技或專業水準可合理期待」之安全性作為判斷標準，並應斟酌同法施行細則第五條所列之服務的標示說明、可期待之合理接受、提供之時期等情事。又服務不得僅因其後有較佳之服務，而被視為不符合安全性，消保法第七條之一第二項載有明文，足供參照。

有疑問者，以符合當時科技或專業水準的客觀視角，來評定系爭服務是否具有合理期待之安全性，與以提供服務之企業經營者應盡到善良管理人之注意義務，也就是應遵守以從事該事務為其職業或業務者之注意程度，否則論為抽象輕過失的操作，有無不同？對此，通說指出專業水準指各服務行業客觀上應具的專業水準，此乃安全性的要素，寓有一定程度過失的內涵¹⁴。倘此，消保法第七條

¹² 黃茂榮，「醫療損害之危險責任」，頁 18 以下，債法總論（第二冊增補版），植根法學叢書編輯室，2004 年。

¹³ 黃茂榮教授指出，鑑於分配正義之實踐，係國家在過失責任原則之外，以公權力介入基於補償正義所設定之損害的歸屬關係。因此，在系爭危險屬於一個產業之固有危險的情形，其介入強度必須限制在被課以無過失責任者，能夠利用價格調整加以吸收的程度。這當中需要藉助於有限責任控制風險的數額，利用強制保險擴大危險分散對象的範圍，並防止在同一產業中因有部份人投保，有部份人不投保而可能引起之競爭機能的扭曲，造成劣幣逐良幣的反淘汰現象。請參見黃茂榮，前揭文，頁 22 以下。

¹⁴ 王澤鑑，侵權行為法第二冊：特殊侵權行為，頁 329，三民書局，2006 年。其次，亦有認為作為認定過失有無的注意義務或專業能力的標準，仍可能低於當時科技或專業水準，蓋在具體案件，有可能發生企

之無過失責任，有可能只是虛有其表，徒具形式，實際上與過失責任無異，亦未可知。

一、服務責任之概念探微

消保法對於「服務」一詞，固未明文定義，但觀諸我國民法第六一二條關於場所主人留置權的規定中，載有「主人就住宿、飲食、沐浴或其他『服務』…」之文字，似將服務的概念，描繪成與提供住宿、飲食、沐浴等給付，具有同一法律特徵之勞務提供行為，可資參佐。除此之外，民法第五一四條之一所規範的旅遊服務，則指安排旅程及提供交通工具、膳宿、導遊或有關之服務。準此，民法上的服務概念，涵括日常生活上之食衣住¹⁵行¹⁶育樂¹⁷，本文後面引用之實務案例適印證這點，洵無疑問。益有進者，醫療法上亦提及醫療服務（例如醫療法第二七條、第五六條），藥師法上也使用了藥品調劑服務的用語（例如藥師法第二十條之一），類此情形，不啻見證了紛然多元之服務態樣，提供觀察服務責任發展的沃壤厚土。然學說上有認為就法學方法論言，不能逕以消保法對服務之範圍，並未設限制，即認所有服務皆包括在內，而應依消保法的立法目的、服務的危險性、分散責任的可能性、舉證的困難等因素，決定其應負無過失責任的服務¹⁸。斯項見解，以踐行服務之無過失責任為前提，固屬有據。但若實務上未貫徹服務之無過失責任，則適用消保法第七條之服務範圍，是否猶須選擇認定，仍待研究。

業經營者提供之服務雖不符合當時科技或專業水準，卻已符合當時科技或專業水準可合理期待之安全性。請參閱黃茂榮，「醫療契約」，頁 394，註 128，債法各論第一冊，植根出版，2003 年。

再者，有學者指出安全性之欠缺，乃商品的設計、生產、製造或服務提供本身，客觀上對「一般消費者或社會大眾」而言，不具備「通常」可合理期待之安全性。過失，則是「企業經營者個人」，對其所設計、生產、製造的商品或提供的服務，主觀上未盡一定必要的注意。基此，2003 年消保法之修正，將安全性欠缺的定義，改為「不符合當時科技或專業水準可合理期待之安全性」，將使得安全性欠缺與過失之間，不但未見明確區別，反而更加混淆不清。請參考陳忠五，前揭文，頁 53，段碼 63、64。此外，對於德國法上的相關討論，請參閱郭麗珍，前揭書，頁 133 以下。

¹⁵ 最高法院 95 年度台上字第 1620 號判決（住宿服務有消保法之適用）、95 年度台上字第 1377 號判決（公寓大廈之管理服務有消保法之適用）。

¹⁶ 最高法院 86 年度台上字第 1445 號判決（交通運輸服務有消保法之適用）、89 年度台上字第 849 號判決（汽車經銷商代辦汽車保險有消保法之適用）、95 年度台上字第 2886 號判決（停車場之安全維護服務）。

¹⁷ 最高法院 96 年度台上字第 656 號判決（KTV 業者提供唱歌設備、飲食、及獨立不受影響之唱歌空間的服務）。

¹⁸ 王澤鑑，前揭書，頁 330。此外，黃茂榮教授在論述醫療損害之危險責任的場合，也表示：「民法第一九一之三、及消保法第七條，分別具有一般中間責任或危險責任的特徵，不分行業一體為同一規定。鑑於該二規定欠缺必要之配套規定（賠償限額、責任保險），而如無配套規定，其適用對於醫師或醫療機構顯有困難，因此，針對醫療關係另立特別法規定其危險責任及配套措施，值得考慮」。請參見，黃茂榮，前揭文，頁 66。

二、95 年度台上字第 327 號判決

徵諸最高法院絕大多數的判決，皆將服務欠缺安全性與過失等同視之，此有最高法院 91 年度台上字 1577 號（飯店代客泊車之賓士車失竊事件）、91 年度台上字第 1958 號（賓士車發電機維修後起火事件）¹⁹、95 年度台上字第 327 號（泳客溺斃事件）、95 年度台上字第 1377 號（住戶通報社區駐衛可疑人士後鄰宅遭竊事件）、95 年度台上字第 1620 號（汽車旅館客人遭外人侵入毆打事件）、96 年度台上字第 656 號（KTV 客人遭隔壁包廂客人槍擊身亡事件）等判決，足供佐照。本文下面試以 95 年度台上字第 327 號判決為例，說明之。

本件上訴人之子（甲）於民國九十年八月某日，至訴外人（乙）經營之木○游泳池游泳，詎料嗆水，上訴人主張乙所聘任之救生員（丙、丁）於甲溺水當時，不在泳池旁邊，且嗣後之急救處置不正確，未將甲側臥，亦未清除甲口內異物，延誤救援先機。待救護車趕到時，丙、丁又未將甲使用擔架抬出，致甲死亡，具有過失，乙疏於監督，亦有過失。惟乙就游泳池曾向被上訴人（產物保險公司，簡稱戊）投保公共意外責任保險，戊對該游泳池因疏失致甲死亡，應負理賠責任，但遭戊拒絕，故上訴人本於繼承關係，及依消保法第七條、保險法第九四條之規定，請求被上訴人（戊）給付保險金並附加利息。

被上訴人則以本件責任保險，係被保險人（木○游泳池）依法應負賠償責任之時，其始對該游泳池負給付保險金之責任。今該游泳池有無過失責任仍待釐清、損害賠償責任尚未確定，上訴人不得援引上開規定，直接向其請求給付；又台北市政府所頒「消費場所強制投保公共意外責任險實施辦法」僅強制公共營業場所投保公共意外責任保險，並無強制規定保險公司應予理賠，與強制汽機車責任保險係無過失理賠原則不同，上訴人主張本件應屬特殊之公共意外責任保險，不論木新游泳池是否應對上訴人應負損害賠償責任，均應負責，應屬無據等語，資為抗辯。

本件法律爭點、與本文論述直接相關者²⁰，係木○游泳池之救生設備與人員配置是否具合理期待之安全性？若欠缺安全性，則此與溺水者死亡之間是否有因果關係？

原審法院維持第一審所為上訴人敗訴之判決。原審首先說道：「…按九十二年一月二十二日修正前之消費者保護法第七條第一項、第三項雖規定…，該項賠償責任固不以企業經營者對其提供之商品或服務，存有安全或衛生上之危險一事具有過失為要件，惟仍以消費者或第三人所受之損害與商品或服務存在之危險間具有相當因果關係為前提，此項因果關係之存在，係有利於請求賠償之消費者或第三人之事實，依民事訴訟法第二百七十七條前段之規定，應由向企業經營者求

¹⁹ 本判決之各級法院見解評釋，可參見陳忠五，前揭文，頁 47，段碼 51。

²⁰ 本件法律上的另一爭點，是系爭公共意外責任保險之性質為何？其保險金之給付是否須以被保險人有過失為前提。對此問題之原審與最高法院見解，請自行參閱判決內容。

償之人負舉證責任。上訴人主張木○游泳池應依修正前消費者保護法第七條之規定，負賠償責任，上訴人即應舉證證明其所受損害係因木○游泳池提供之服務不具有通常可合理期待之安全性」。

其次，原審採認水上救生協會之鑑定結果，認為相關法規並無強制游泳池必須有擔架之配備，故業者陳○達（乙）對於游泳池救生設備之設置並無不當疏失，且因上訴人始終不能舉證救生員高○超（丙）、廖○文（丁）二人施救過程有何不當之處，或證明木○游泳池負責人（乙）對於游泳池救生設備之設置亦有何不當疏失之處，木○游泳池已盡合理期待之安全性維護，系爭事故並非因木○游泳池無提供合理期待之安全性維護所引致。抑且，原審斟酌台北地檢署檢察官之偵察事證，認定夏○泓（甲）直接死亡原因為窒息，引起窒息之原因為胃內未消化食物流入氣管內。又因甲口內並無異物，救生員以肉眼觀察無法在口腔內看到異物，而甲自泳池拖上岸時尚有呼吸，救生員判斷未施以心肺復甦術，難認未盡注意，木○游泳池及其服務人員對於甲死亡之發生，並無過失，木○游泳池不負賠償責任。甲死亡之發生，既與木○游泳池所提供之服務不具有因果關係，亦無修正前消費者保護法第七條第一項、第三項規定之適用，木○游泳池不負賠償責任，被上訴人亦無須負賠償責任，上訴人直接向被上訴人請求給付保險金，並無理由。

對此，最高法院指出：「惟查上訴人於原審主張：木○游泳池之救生員於事發時，丁竟不在其位，而在門外與人聊天，另丙於意外發生當時，甚至不在游泳池邊，而依…水上救生協會所出版之『水上安全與救生』…載明『祇要有泳客在池內游泳，救生人員就要就位』，丁及丙已明顯違反救生員之義務，致錯失救援先機，而發生此一不幸之溺斃事件。丁及丙疏於對游泳池內之泳客為必要之注意，致甲溺水死亡，其二人疏於注意之過失與甲死亡結果之間，有相當因果關係等語…。於第一審主張：…乙經營游泳池，當知營業時間內應配置專任救生員於適當地點，預備救生器具備用，適當調配及管理救生員，以預防危險之發生，依丙及丁之自承可知，然游泳池內根本未配置醫務室，亦未有擔架等設備供救生員使用，致使救生員竟需將患者抬出泳池，而無法使用擔架移動甲，乙疏於防止危險發生，至為明顯。…中華民國水上救生協會出版之『水上安全與救生』…規定列明救生器具應包括『擔架一副』。且若於移動甲時，備有擔架可使其身體保持水平，則呼吸道應可保持暢通，而恐無呼吸道阻塞之可能。乙依法應有預防危險發生之注意義務，卻聘用不適任之救生員，任由救生員於工作時不在其位，疏於監督至明，並未於游泳池設置醫務室及未備有擔架，其違反注意義務，致甲意外死亡，顯有過失，而其疏於注意之過失，與甲之死亡結果間有相當因果關係等語，並提出上開『水上安全與救生』…為證」等語，指摘原審未說明不足採取之理由，仍以中華民國水上救生協會上述鑑定報告鑑定結果為憑，認上訴人未舉證證明丙、丁施救過程有何不當、乙對游泳池救生設備之設置有何不當，復認木○游泳池已盡合理期待之安全性，自屬速斷。

問題討論：針對上述判決，本文提出下列兩點觀察。

第一、無論是原審所採認的水上救生協會鑑定報告，或是最高法院引用之水上救生協會的出版書籍，皆以當時水上救生的客觀專業水準，作為論斷服務是否具有可合理期待之安全性。在最高法院指摘原審漏未交代理由的事實中，最高法院明顯以水上救生協會著述的專業水準，當作是泳池經營者客觀上的注意義務，從而不符合該專業水準之行爲，例如救生員未就位、泳池未設置醫務室與擔架等，即應評價爲有過失。於此情形，泳池經營者具有抽象輕過失，以及所提供之服務欠缺可合理期待的安全性，二者概念實爲同一，應予指明。

第二、本件案例發生於民國九十年間，依修正前消保法第七條、施行細則第五條之規定，的確是應由受害人，舉證企業經營者所提供之服務未具通常可合理期待之安全性、其所受損害與服務欠缺安全性之間有因果關係²¹。反之，企業經營者得根據修正前施行細則第六條關於發展上危險的規定，就其服務於提供時，符合當時科技或專業水準一事，舉證免責²²。本件若發生於新法施行（民國九十二年一月二十四日）以後，依現行消保法第七條之一，自應由泳池經營者就其服務於提供時，符合當時專業水準可合理期待之安全性，負舉證責任，惟受害人仍應證明服務欠缺安全性與損害之間的因果關係，固不待言。

綜上所述，本件提供服務之企業經營者實際上只負過失責任，惟如將系爭事實適用現行消保法第七條以下規定，則服務業者亦僅負推定過失責任²³。倘若如是，在服務責任的場合，會產生下列重要的影響。首先，消保法第七條第三項之但書規定：「但企業經營者能證明其無過失者，法院得減輕其賠償責任」，將形同具文。蓋若提供服務之企業經營者，實質上僅以過失爲限，負消保法上之服務責任，則一旦其能證明沒有過失，自不成立消保法第七條責任，法院又何須因其沒有過失，而減輕其賠償責任？此外，若提供服務之企業經營者，實際上僅負推

²¹ 最高法院 93 年度台上字第 684 號判決，曾就發生於民國八十九年十月下旬、涉及患癲癇症泳客之溺水事件，表示：「上訴人（泳客）固係於民國八十九年十月二十九日在被上訴人游泳池，因溺水引起缺氧性腦病變，致身心障礙。然並無證據證明被上訴人經營之溫水游泳池，其硬體設施、游泳池相關管理，以及救生員等安全措施之配置，有『欠缺應有之安全性』或『欠缺通常可合理期待之安全性』之瑕疵。此外，上訴人又未能舉證證明其所受溺水之損害與被上訴人經營之游泳池之瑕疵，有因果關係，或被上訴人有故意或過失之情形，即難認被上訴人違反修正前消費者保護法第七條第一、二項之規定」。

同一立場，亦可證諸於最高法院 92 年度台上字第 1925 號判決。經查本件發生於民國九十年三月間、涉及網路銀行之轉帳事件，本件最高法院說道：「本件上訴人（存戶）遭轉帳四次共新台幣（下同）三百五十萬零七十二元均係一次簽入成功，亦即轉帳者係輸入正確之密碼資料後進行轉帳。依兩造間電子銀行服務約定條款第七條及第八條第二項約定，應係上訴人自行爲之或上訴人自行將密碼告知攬車勒贖集團之林某，並非被上訴人之網路銀行密碼設計有何缺失甚明，如上訴人主張爲他人所盜領，自應由其負舉證之責，乃上訴人既無法舉證證明其存款係遭他人破解密碼盜領。是其主張被上訴人提供之服務有安全上之危險，應依消費者保護法第七條第三項負損害賠償責任，自有未合。且上訴人指被上訴人提供之網路銀行服務有安全上之危險，處理委任事務有過失致其存款遭人違法轉帳，亦非有據…」。

在這兩個判決，最高法院將經營泳池之瑕疵、網路銀行服務（服務欠缺安全性）與企業經營者之可歸責事由等同視之。在第一個判決，最高法院亦課予受害人就服務欠缺安全性與損害之間的因果關係，負舉證責任。

²² 陳忠五，前揭文，頁 54 以下，段碼 67、68。

²³ 學者曾指出：「安全性欠缺與過失混爲一談的結果，將使消保法商品責任或服務責任，實質上與一般所謂的過失責任或推定過失責任沒有什麼不同」。請參考陳忠五，前揭文，頁 51，段碼 57。

定過失責任，則無論是變更服務內容（消保法第八條第二項）、或輸入服務之企業經營者（消保法第九條），應同負推定過失責任，要無可疑。又從事服務經銷之企業經營者，消保法第八條第一項本即課以推定過失責任。這樣一來，消保法上提供、變更、輸入、以及經銷服務之企業經營者，恆負推定過失責任，具有規範統一的積極意義，亦屬佳構，值得留意。

三、過失之服務責任？

衡諸最高法院關於服務責任的判決，不乏成立消保法第七條之服務責任者，然本文發現在這些案例，企業經營者皆有過失，故仍無法證明實務上服務係採無過失責任。在此，最高法院至少著有 86 年度台上字第 1445 號（公車煞車失靈乘客受傷事件）、91 年度台上字 1577 號（飯店代客泊車之賓士車失竊事件）、95 年度台上字第 2886 號（颱風來襲時汽車因水閘門未關遭淹沒事件）等三個判決，具有代表性，茲依序介紹之。

最高法院 86 年度台上字第 1445 號判決，涉及台北市 260 公車之駕駛員，於行車前未注意檢測煞車，嗣於行車時因煞車失靈發生車禍，致使乘客受傷一事。該乘客遂援引民法第一八四條第一項前段、第一八八條第一項前段、以及消保法第七條、第五一條等規定，向台北市公車處請求賠償。對此，原審法院有謂：「…上訴人（公車處）係提供大眾運輸服務企業經營者，被上訴人則係搭乘大眾運輸工具之消費者，上訴人自係負有提供安全運輸服務義務之企業經營者，被上訴人因搭乘上訴人所提供之交通工具而受害，其所提起之本件訴訟，自屬消費訴訟，而應有消費者保護法第五十一條、第七條第一項、第三項規定之適用。…上訴人於車輛在煞車系統異常之情形下，未能及時發見，仍任其受僱人駕駛運送旅客致生損害，自有過失。依前揭規定，被上訴人自得請求上訴人給付損害額一倍以下之懲罰性賠償金」。對此，最高法院認為「經核於法洵無違誤」。

最高法院 92 年度台上字第 1577 號判決，是代客泊車之車輛遭竊事件。被上訴人（產物保險公司）主張其承保訴外人進○公司所有之賓士小客車，該車由公司之法定代理人（甲）駕駛，於民國八十七年三月某日凌晨前往友○飯店（乙）住宿時，甲將該車交由飯店服務人員丙保管並代為停放，詎料二十分鐘後，丙保管之鑰匙被盜、車輛亦遭竊，故乙應依消保法第七條對進○公司負賠償責任。事發之後，其已賠付進○公司一百二十九萬…元，依保險法第五三條規定取得代位求償權，爰依消保法第七條規定向乙請求賠償上開金額。

本件原審法院表示：「被上訴人主張上訴人（乙）附設之停車場雖未另外收費，因其僅對投宿或消費之客人服務，其服務費係隱藏於其他消費價格之中，而林○明（甲）與乙有消費關係存在，若因乙提供之服務，有安全上之危險致第三人進○公司受有損害，進○公司自得依該法請求賠償。又查乙所經營之企業友○

飯店以設置停車場招徠顧客前往消費，其停車卡上之定型化契約雖記載：本場只供停車，不負任何保管責任等語，然其停車之服務費已隱藏於其他消費價格中，且現今停車位一位難求、高級轎車隨時有失竊之虞，消費者係因友○飯店有停車場設備始強化其前往消費之意願，即乙提供之服務包括人員投宿兼車輛保管，且係有對價關係，其停車卡上該項記載對消費者顯失公平，依消費者保護法第十二條第一項規定，該記載為無效。未查乙係將其飯店騎樓搭設遮陽棚標示為停車場，作為停放客人車輛之用，其不只為方便來客而代客停車，更係將車輛集中停放於統一之處所保管，但車鑰匙未加鎖保管，其就安全之維護上顯有疏失。系爭小客車因當時乙之停車位已滿，遂停放於八公尺寬巷尾路邊，且停好之後鑰匙置於崗哨，蘇○雄（丙）又去停放其他來客之車輛。甲將車輛交付乙時，並不知乙之停車位客滿，亦不知乙將系爭車輛停放路旁，鑰匙置放於無人看管、未上鎖之崗哨牆上，宵小竊取車鑰匙進而竊取車輛乃輕而易舉之事，乙既提供消費者車輛保管之服務，卻將車鑰匙任意置放於任何人隨手可取之地方，讓竊賊竊取鑰匙之後將車開走，該項服務顯有安全上之疏失，造成第三人進○公司之損失，依消費者保護法第七條規定，企業經營者之上訴人（乙）提供之服務有財產安全上之危險，自應負賠償責任，從而被上訴人本於保險人之代位賠償請求權，請求上訴人給付其已賠付進場公司之一百二十九萬…元及其利息，為有理由」。對此，最高法院認為「經核於法並無違誤」。

最高法院九五年度台上字第二八八六號判決，乃關於地下室停車場管理員遇大雨未關閉水閘門，致使持用他人遙控器進出、使用他人車位、且未駛離之汽車，遭淹沒毀損，從而車主依契約與侵權關係、以及消保法第七條、第五一條規定，向停車場經營者請求賠償。對此，原審認為：「…依被上訴人（車主）與陳○蘭、潘○茵間之委任管理約定書第一條、上訴人（停車場經營者）張貼於系爭停車場之公告內容…以觀，…本件上訴人應負確保進出系爭停車場之人車安全及機械設備運作之順暢，該停車場及水閘門始終由其負責管理及關閉，其對關閉水閘門確負有作為之義務。且於上開時日（民國九三年九月十一日凌晨）海馬颱風來襲時，上訴人疏未關閉水閘門，致地下室停車場遭雨水沖入淹沒，其所提供安全維護之服務，顯違反可合理期待之安全性，且不分被上訴人（車主甲、乙）為消費者或第三人，並應依消費者保護法第七條第一項、第三項及第五十一條之規定，負賠償責任。…又被上訴人（車主甲、乙）於是日海馬颱風來襲時，應提醒或通知上訴人派駐系爭停車場之管理人員將系爭停車場地下室水閘門關閉，以避免損害之發生或擴大，乃竟未為之，其與有過失，斟酌上訴人應負大部分之責任，被上訴人應負較小之責任，過失比例為 8：2，過失相抵後，上訴人計應各賠償被上訴人二十四萬一千一百元及一百五十五萬元。從而，被上訴人據以請求上訴人給付各該金額本息，即屬正當」。

本件最高法院雖藉由以新換舊之車輛修理費，應扣除折舊額後始為回復原狀之必要費用等賠償數額之計算問題，針砭原審未斟酌上訴人之攻擊方法，故廢棄

原判、發回更審。但最高法院對於本件經營停車場之企業經營者，應負消保法第七條、第五一條之服務責任，並無不同看法。

問題討論：前揭三則判決，皆成立消保法第七條之服務責任，惟在二六〇公車的案例，法院表示北市公車處於行車前未能及時發現煞車系統異常，仍任其受僱人駕駛運送旅客致生損害，自有過失；在代客泊車的案例，法院判定飯店業者將車輛集中停放保管，但車鑰匙未加鎖保管，置車鑰匙於任何人隨手可取之地方，其就安全之維護上顯有疏失；在停車場車輛遇雨淹沒案例，法院雖未使用疏失或過失的字眼，但法院一來先確立停車場經營者就關閉水閘門一事依契約負有作為義務，二來認定其於颱風來襲時疏未關閉水閘門，其所提供之安全維護，顯然違反可合理期待之安全性，實際上與違反作為義務之未關閉行為，構成抽象輕過失的操作，並無不同。有鑑於上開三則該當消保法第七條責任的事例，提供服務之企業經營者都有過失，因此吾人無法據此推論實務上之服務責任，係採取「不以企業經營者有故意或過失為必要」之無過失責任。

貳、教學之評量

一、單元作業與考題設計

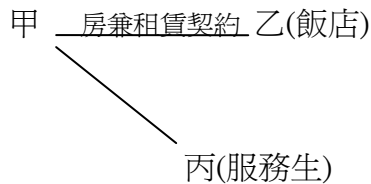
甲於民國 95 年 11 月 12 日凌晨 1 時 10 分許，駕駛賓士轎車前往乙經營之飯店住宿時，甲將該車交由飯店服務人員丙保管並代為停放，丙則交給甲一個由乙所製作的停車號碼牌。丙因當時停車位已滿，遂將該小客車停放於八公尺寬巷尾路邊，且停好之後將鑰匙置於代客泊車的崗哨，丙又去停放其他來客的車輛，約 20 分鐘後，該賓士車即遭竊，丙保管之鑰匙亦一併失竊。經查該停車號碼牌背後記載：「本場只供停車，不負任何保管責任...」等語。問甲就其車子失竊，向乙請求損害賠償，有無理由？

二、參考答案

甲得援引民§597寄託物返還請求權，向乙主張車失竊致給付不能，而依民§226 I 請求損害賠償，惟此以『本場只供停車，不負任何保管責任.....』之約定無效為前提，茲分析該約定之效力如下：

- (一) 此條款因餐廳並無事先跟車主約定好，應為非個別磋商條款，對任何人皆適用。又，因一方為餐廳經營者，他方為消費者。故依消保法§2⑦，該條款為定型化契約條款。

(二)



甲乙間代客泊車約款是否以明示或默示方法訂入甲乙間的房間租賃契約?此約款既然為定型化契約，應適用消保法§13、§14 來審查。企業經營者將此一約款記載於停車號碼牌後面，可期待消費者可以看見(可得而知狀態)，應可認為消費者已默示同意，故該條款已訂入甲乙房間租賃契約內容。

(三) 解釋系爭約款內容於本題有兩種看法：

1. 約款內容為『本場只供停車，不負任何保管責任.....』而丙因當時車位已滿，遂將車停放於巷尾路邊，且系爭車失竊地點乃約款未明示之處，故應依消保法§11 II 之規定：定型化契約條款如有疑義時，應為有利於消費者之解釋。即因未約定，乙仍須負責。
2. 最高法院見解認為，代客泊出的費用已暗藏於房間租賃費用，認為代客泊車係一有償行為，故系爭車失竊，乙應負責。

(四) 承續上述，亦分兩種情形討論：

1. 當事人雙方就將系爭車停靠於巷尾路邊，致車失竊，並無特別約定，乙無免責條款可茲主張。故對於系爭車，甲可主張民§597 寄託物返還請求權，而車失竊係給付不能，再依民§226 I 請求損害賠償。
2. 此約款是否違反消保法§12 II ①平等互惠原則及消費者保護法施行細則§14 II?
甲將系爭車交予丙保管並代為停放後，甲並不知丙會將車停於何處，且飯店設有崗哨，可較期待乙和丙有控管能力防阻系爭車失竊之風險，故此一約款將保管責任轉嫁於甲(消費者需負擔非其所能控制之危險者)，有違平等互惠原則。

(五) 此代客泊車條款違反消保法施行細則§14②，然於此契約中，僅該不負保管責任之條款一部無效，依消保法§16 並不會導致其他之契約內容無效(甲乙房間租賃契約仍為有效)。消費者仍可主張民§597 之請求權。若無法返還則依§227→§226 請求賠償。

第七單元 附合契約

壹、問題之說明

緣民法第二百四十七條之一規定：依照當事人一方預定用於同類契約之條款而訂定之契約，為左列各款之約定，按其情形顯失公平者，該部分約定無效：一、免除或減輕預定契約條款之當事人之責任者。二、加重他方當事人之責任者。三、使他方當事人拋棄權利或限制其行使權利者。四、其他於他方當事人有重大不利益者。

稽考本條之增訂理由，有謂：「當事人一方預定契約之條款，而由需要訂約之他方，依照該項預定條款簽訂之契約，學說上名之曰『附合契約』（*contrat d'adhésion*）。此類契約，通常由工商企業者一方，預定適用於同類契約之條款，由他方依其契約條款而訂定之。預定契約條款之一方，大多為經濟上較強者，而依其預定條款訂約之一方，則多為經濟上之較弱者，為防止契約自由之濫用…，衡之我國國情及工商業發展之現狀，為使社會大眾普遍知法、守法起見，宜於民法法典中列原則性規定，爰增訂本條，明訂附合契約之意義，為依照當事人一方預定用於同類契約之條款而訂定之契約，此類契約他方每無磋商變更之餘地。為防止此類契約自由之濫用及維護交易之公平，列舉四款有關他方當事人利害之約定，如按其情形顯失公平者，明定該部分之約定為無效。至於所謂『按其情形顯失公平者』，係指依契約本質所生之主要權利義務，或按法律規定加以綜合判斷而有顯失公平之情形而言。例如已在他人土地上有建築物而設定之地上權，約定地上權期間為一年或約定買受人對物之瑕疵擔保之契約解除權為十年等是」，可供佐照。

本文下面擬以最高法院九十二年度台上字第九六三號判決，作為分析討論的中心，期能藉此瞭解最高法院關於附合契約的重要案例。

一、92 年度台上字第 963 號判決

本件當事人訂立灰倉飛灰標售契約，由○貿建材公司（被上訴人）支付價金，取得自民國八十七年一月一日起，至八十八年十二月三十一日止，提領台電興達發電廠（上訴人）灰倉所產飛灰之權利。依台電所擬之標售說明，飛灰燒失量須連續五日超過百分之十二者，相對人始得請求退款。嗣因八十八年度興達發電廠所交付之飛灰，其燒失量超過百分之十二者，一號倉有三十二天，二號倉為六天，四號倉有二十七天，但僅發生過一次「連續五日」超過百分之十二的情形²⁴。得標人○貿公司遂主張該「飛灰燒失量須連續五日超過百分之十二，始得請求退

²⁴ 請一併參考台灣高等法院高雄分院民事判決九十二年度上更（一）字第二0號判決所示之事實。

款」之約定，乃違反民法第二百四十七條之一的規定，應為無效，故台電興達廠應減收價金…。台電興達廠則以該標售說明，已經被上訴人於投標前審閱在先，認無疑義後才參與投標…，兩造間所訂契約應無民法第二百四十七條之一的適用…等語，資為抗辯。

二審法院認為：「…按定型化契約，依民法第二百四十七條之一規定，如有免除或減輕預定契約條款之當事人責任、加重他方當事人責任、使他方當事人拋棄權利或限制其行使權利、或其他於他方當事人有重大不利益，按其情形顯失公平者，該部分約定無效。經查依標售說明四之十四規定，灰倉飛灰燒失量大於百分之十二，無法作為資源化利用時，被上訴人負有將之運至灰塘處理之義務，而其運費、灰塘填灰作業所需費用，均須由被上訴人負責。標售說明五之十二進而規定，僅在飛灰燒失量連續五天高於百分之十二，被上訴人可請求退款外，其他情形被上訴人均不得要求任何賠償。上訴人利用前開條款之約定，片面的將原應由上訴人負擔之出售人瑕疵擔保責任減輕，將其所應負擔之不利益移轉與買受人之被上訴人負擔。而依標售說明十二之九規定：不接受本標售說明之任一規定之投標廠商，其標單無效。是上訴人雖係公開標售，但前來標買飛灰之廠商，僅能依該標售說明所列條款與上訴人訂立契約，否則即將遭受不締約之不利益，即不許標買人對該條款為異議，顯係限制標買人行使物之瑕疵擔保請求權。查在飛灰之供需市場中，上訴人固非飛灰之唯一供給者，惟因飛灰乃電廠燃燒煤塊發電後所產生可資再利用之物，因此對燃煤電廠數量有限之台灣地區而言，飛灰之供貨市場乃處於由供給者寡佔之狀態，需求者則居於相對之弱勢，在飛灰標售締約過程中，存有賣方強勢、買方弱勢之狀態，此際如貫徹契約自由原則，居於弱勢之買方若非無法與賣方締約，即須忍受因締約而生之不利益，故應導入衡平原則為適度之調整。上述約定，確有違反平等互惠原則，致生權利失衡之情形。又依該標售說明五之十二規定，上訴人若連續五天不合格後，第六天及格，接下來又五天不及格，第六天及格，依此類推，上訴人倘於一個月內縱僅五天燒失量在百分之十二以下，而有二十五日不及格，仍可不負責任，顯然減免其瑕疵擔保責任，該連續五日之約定顯失公平。上訴人就飛灰燒失量超過百分之十二，應負物之瑕疵擔保責任，標售說明五之十二有關飛灰燒失量須連續五日超過百分之十二，始得請求退款等相關約定，係以預定之契約條款，減免上訴人之責任，限制被上訴人行使其權利，並對被上訴人有重大不利益之情形，此情形顯失公平，符合民法第二四七條之一的規定。…又系爭契約，關於減免出賣人物之瑕疵擔保責任部分為無效，而除去該無效部分，其他部分尚可成立，被上訴人可依民法第三五九條之規定，請求減少價金…」。

對此，最高法院民六庭表示：「按契約當事人間所訂定之契約，是否顯失公平而為無效，除應視契約之內容外，並應參酌雙方之訂約能力、雙方前後交易之經過及獲益之情形等其他因素，全盤考慮，資為判斷之依據。查上訴人於原審即辯稱：…開標時，上訴人計收到十二家廠商參與投標（資格標），惟經審核投標

資格時…，剩下…九家廠商競標（價格標），最後決標結果：被上訴人於一及四號倉、與三及四號倉競標中，以…最高金額得標…。被上訴人能夠提出七千零二十萬元，一次購買上訴人所供給之二年期間飛灰，怎麼可能是民法第二四七條之一立法理由所稱之經濟上之弱者。被上訴人不但經濟能力甚佳，且對上訴人各灰倉之實際產出狀況及清理方法，累積了十多年的專門經驗，對上訴人於八十六年十二月十三日交付之標售說明所載之內容，十分清楚明白，被上訴人於本件公開招標過程中，顯然比其他八家競標廠商更居於知識及經驗之優勢地位，訂約過程中，被上訴人不可能受到不公平之對待，反而是於十二家競標廠商中，獨佔優勢，擊敗各方競爭者取得簽約之機會。且被上訴人於八十九年一月二十四日又向上訴人投標，以最高價取得八十九年一月一日起至八十九年十二月三十一日止一年供應三十萬七千二百公噸之飛灰…，其每公噸之平均單價為一百五十三元，此與被上訴人八十六年十二月間標購系爭八十七年及八十八年之飛灰每公噸單價一百十四元，每公噸單價足足多了三十九元…。足見系爭飛灰，目前市場良好，爭相搶購，被上訴人如果真的受到不公平之對待或致重大之不利益，該公司避之唯恐不及，豈有再提高標價參與競標之理等語。原審均未說明不足採取之理由，遽認兩造標售說明五之十二為顯失公平之條款，應為無效，而為上訴人敗訴之判決，即有判決不備理由之違法。倘上訴人所辯上情非虛，其為生產電力，將其火力發電之燃煤所產生之廢棄物即飛灰，以公開招標方式標售與被上訴人，俾燃煤能源能有效利用，而飛灰燒失量超過百分之十二僅屬偶發現象，非上訴人蓄意所為，則標售說明五之十二是否屬顯失公平之條款，應歸無效，即不無斟酌之餘地。上訴論旨，執以指摘原判決不當，求予廢棄，非無理由」。所以，本件判決被發回台灣高等法院高雄分院更行審理。

本件判決經發回後，更審法院綜觀兩造之主張，認為本件爭點有二：其一為飛灰燒失量在百分之十二以下是否為系爭契約約定之品質？其二為標售說明五之十二的約定，是否符合民法第二百四十七條之一規定，致系爭契約顯失公平，而為無效？

首先，關於「飛灰燒失量在百分之十二以下，是否符合本件買賣契約之約定品質」的問題，台灣高等法院高雄分院民三庭於斟酌相關事證之後，認為○貿建材公司（被上訴人）與台電興達發電廠（上訴人）雙方就買賣飛灰品質之約定真意係「飛灰燒失量在百分之十二以下，且確已達成合意，至燒失量超過百分之十二之飛灰，則約定由被上訴人運至上訴人指定之灰塘處理」。

其次，關於「標售說明五之十二約定，是否構成民法第二百四十七條之一規定，致系爭契約顯失公平，而為無效」的問題，台灣高等法院高雄分院基於下面三點理由，採取否定看法：

第一、查標售說明五之十二記載：「甲方（指上訴人）灰倉飛灰，乙方（指被上訴人）如取樣檢驗發現燒失量在 12% 以上時，乙方須會同甲方取樣送至甲方環化課檢驗，確認燒失量超過 12% 以上，無法利用時，則由乙方負責運至灰

塘處理，乙方不得據此要求補償或提出要求他部機組供應飛灰，如各灰倉燒失量12%以上連續超過五天（含）以上時，乙方得據以要求甲方按得標金除以730天再乘以（實際超過天數減五天）再除以二計得金額，以銷貨退回方式辦理退還款款」。依此約定，若上訴人提供之飛灰燒失量超過百分之十二時，被上訴人須負責清運至灰塘處理，且除燒失量連續超過五天（即達六天以上），均高於百分之十二，被上訴人始可請求第六天以後之退款外，其餘被上訴人均不得要求任何補償或退款。若上訴人連續五天均未提供合於品質之飛灰，僅於第六天提供合於品質之飛灰，再連續五天未提供合於品質之飛灰，又於第六天提供合於品質之飛灰，被上訴人均不得請求退款，如此約定，固然甚不合理。惟系爭契約已經上訴人履行完畢，而在八十六年度之履行期間，僅有一次連續五日燒失量超過百分之十二…，其餘時間並無上開不合理之情事出現…。因此單就標售說明五之十二的約定而言，雖甚不合理，惟就整個契約之履行而言，僅出現一次該不合理之現象，故尚難以該單一之約定甚不合理，即謂系爭契約有顯失公平之情事，而認該約定為無效。況如依被上訴人之主張，認該約定無效，且依被上訴人計算退款之方式，只要有一天飛灰燒失量超過百分之十二，被上訴人即得主張退款云云，同樣不甚合理。蓋兩造訂約之初，均預見飛灰燒失量有可能超過百分之十二之情形，才約定如超過百分之十二時之處理方式，因此被上訴人主張標售說明五之十二之約定為無效，應依飛灰燒失量百分之十二之天數計算退款云云，亦不足採。

第二、標售說明中有載明兩年之總灰量「約三十萬七千二百噸…，其中煤含灰分為6%至10%之間（灰分中飛灰約占為80%量，飛灰燒失量約在12%以下），以上數量僅供參考，如實際產灰量有所增減，概不增減契約金額。足見兩造訂立系爭契約時，已預估一、四號灰倉及二、三號灰倉各可生產燒失量在百分之十二以下之飛灰總量各為三十萬七千二百噸，而實際上被上訴人自一、四號灰倉及二、三號灰倉提取之合格飛灰量各已逾三十萬七千二百噸等情，復為被上訴人所不爭，足認上訴人雖於八十八年間一號灰倉有三十二天、二號灰倉有六天、四號灰倉有二十七天曾有飛灰燒失量在百分之十二以上之情事，惟被上訴人仍取得於締約當時所預估可得之合格飛灰量。亦即本件上訴人履約結果，並未因上開標售說明五之十二不合理之約定條款，致被上訴人未獲取依系爭契約預計可得之飛灰數量。因此，標售說明五之十二約定，應不符合民法第二百四十七條之一之規定，致系爭契約顯失公平，而為無效」。

第三、就被上訴人之訂約能力及兩造交易經過觀之，本件系爭契約之總價金為七千零二十萬元，係十二家投標廠商中經被上訴人出標最高而訂立；嗣後被上訴人又再次於八十九年間以高於系爭契約之單價投標而得標，總價金為四千七百萬一千六百元，另在訂約交易前被上訴人得閱覽標售說明等情，均為被上訴人所不爭執。從上開被上訴人之訂約能力及與上訴人交易之經過而論，被上訴人並非經濟上之弱者，與民法第二百四十七條之一係保護經濟上弱者之立法意旨尚不相符。

據上論結，更審法院以為標售說明五之十二之約定雖不合理，但以被上訴人訂約能力、雙方前後交易經過及履約獲益情形，並未致系爭契約顯失公平之情形。被上訴人主張應適用民法第二百四十七條之一之規定，該約定條款應為無效，上訴人應按燒失量超過百分之十二之天數計算退款，為不足採，故被上訴人本於民法第三百五十九條請求減少價款，為無理由。

二、爭點所在

依本文之見，本件所涉及之主要爭點有四：第一、民法第二百四十七條之一究竟旨在保護法律上居於劣勢議約地位者？還是僅在保護經濟上之弱者？第二、是否只要相對人藉由系爭交易有所獲利，則不論契約條款如何約定，皆不構成顯失公平之情事？第三、系爭契約條款是否顯失公平，是否亦應考量台電能否有效控制火力燃煤所生飛灰燒失量之因素？第四、相對人若已取得標售說明上所預估之合格飛灰總量，則系爭契約條款是否仍構成顯失公平？

三、問題討論

針對上述最高法院與更審法院論事用法的觀點，本文謹表達如下看法：按實務上針對非消費關係之契約條款內容的審查，近來是以「契約當事人之一方於訂約當時，是否處於無從選擇締約對象或無拒絕締約餘地之情況」，作為判斷標準，已如前述。查本件上訴人所擬之標售說明十二之九規定：不接受本標售說明任一規定之投標廠商，其標單無效。誠然，被上訴人不是非得向上訴人標買飛灰不可，惟有鑑於台灣燃煤電廠數量有限，又殆為台電所管轄，飛灰供需市場，處於供給者寡占之狀態，被上訴人雖然不是無從選擇訂約對象，但在「本標售說明任一規定，皆不得更改」的規定制約下，卻處於無拒絕締約餘地之困境：有意標買人只有接受標售契約之全部內容，或是放棄參加競標兩個選擇而已。這正是當初立法者為防止條款使用人濫用契約自由，致使締約相對人每無磋商變更條款內容之餘地，而於債編增訂民法第二百四十七條之一的實質理由！是以，本件被上訴人就系爭交易，應認為欠缺議約能力，固不待言。

猶有進者，若台電轄下之火力發電廠和其他飛灰供應者，就渠等燃燒煤塊發電後產生之飛灰供應，都採用類似的標售說明，皆不接受標買人更改飛灰標售契約中的任何規定，在此情形，廠商無論向哪個發電廠投標，既然均須面對相同的條款，應認為該廠商事實上已居於無從選擇締約對象、且根本無拒絕締約之餘地，有以民法第二百四十七條之一加以適度保護之必要，似無疑義。

首先，須澄清者，係是否只有經濟上之弱者，才能享有民法第二百四十七條

之一的保護？對此，吾人揆諸本條之立法理由，僅謂：「預定契約條款之一方，『大多』為經濟上較強者，而依其預定條款訂約之一方，則『多為』經濟上之較弱者…」，立法者並沒有將本條之適用主體，侷限於經濟上之弱者，合先敘明。更何況，當事人一方為企業經營者、他方為消費者之定型化契約條款的效力，應依消保法第十二條審查，而當事人雙方皆為企業經營者之附合契約條款的效力，應依民法第二百四十七條之一論斷，既為我國通說與實務所肯認，則民法第二百四十七條之一的規範主體，本來就多以企業經營者為適用對象，要無可疑。倘此，標買人自然不因其非屬經濟上之弱者，就無本條之適用，殆無疑問。

其次，值得研究者，係當事人所約定之契約內容，是否顯失公平罹於無效，應否斟酌標買人之獲益狀況？對此，本文採取較為保留的看法。按標買人之獲利與否，牽涉甚廣，至少與經濟景氣之榮枯、行銷通路之良窳、生產成本之高低、經理人營運決策之優劣、以及市場競爭的激烈程度有關，此和契約條款是否合理一事有間，宜分別判斷，始為妥當。舉例來說，一個加盟柯達快速沖印店的照相業者，若在營業上有所獲利，與其開店位置、服務態度、行銷手法有密切關聯，但這並不意味著該業者與柯達公司總部之間訂立的加盟店契約，其內容即無違反誠信原則、而顯失公平之情事。

同理，本件標買人之獲利，亦與其對於飛灰產量之估算、水泥行情之掌握、建築業景氣之好壞、清理不合格飛灰之成本、與下游混凝土公司議訂之飛灰收購條件等因素有直接關係，此和標售說明之規定是否合理應屬兩事，不宜混為一談。是以，在民法第二四七條之一的規範上，應避免一種似是而非的思維：只要廠商自系爭交易有所獲利，就表示契約條款之內容合理、妥當。否則，民法第二百四十七條之一豈不是僅在保護經營虧損、或瀕臨破產的廠商？此與本條之規範初衷相去甚遠，應可斷言。

若飛灰燒失量大於百分之十二，致無法作為資源利用，此時出賣人所交付之飛灰，即該當民法第三百五十四條第一項所稱物之價值與效用滅失的瑕疵，故得標人得依民法第三百五十九條請求減少價金，或依民法第三百六十四條第一項請求出賣人另行交付無瑕疵之飛灰。今出賣人藉由得標人不得表示異議的標售說明，一方面規定飛灰燒失量大於百分之十二，無法作為資源化利用時，得標人負有將之運至灰塘處理之義務，其運費、灰塘填灰作業所需費用，均須由得標人負責；他方面又規定僅在飛灰燒失量連續五天高於百分之十二，得標人可請求退款外，其他情形得標人均不得要求任何賠償，實不啻減輕己方物之瑕疵擔保責任、免除本身處理有瑕疵之物的清運費，並透過增設「連續五天飛灰燒失量大於百分之十二」的要件，限制相對人行使民法第三百五十九條減少價金之權利，同時令其拋棄民法第三百六十條之損害賠償請求權、與民法第三百六十四條之另行交付無瑕疵之物的請求權。凡此情形，應當符合民法第二百四十七條之一第一款所謂「免除或減輕預定契約條款之當事人責任者」，以及同條第三款所謂「使他方當事人拋棄權利或限制其行使權利者」之約定，故應繼續檢討本件事實是否為「按

其情形顯失公平者」，亦即上述條款之約定，是否應罹於無效？

緣買賣法上物之瑕疵擔保責任的規範，僅具任意規定的性質，當事人得以約定免除或限制出賣人關於物之瑕疵擔保的義務，此可自民法第三百六十六條規定中導出。按民法第三百六十六條規定：「以特約免除或限制出賣人關於權利或物之瑕疵擔保義務者，如出賣人故意不告知其瑕疵，其特約為無效」。透過本條規定之反面解釋，可得出「在出賣人無故意不告知瑕疵之情形」，當事人關於免除或限制出賣人物之瑕疵擔保義務的約定，可為有效，故根本不發生上述約定是否拂逆法律強制或禁止規定（民法第七十一條參照），亦無違反公共秩序或善良風俗之虞（民法第七十二條參照），併予指明。

本件「飛灰燒失量須連續五日超過百分之十二，始得請求退款，其他情形得標人均不得要求任何賠償」的約定，是否構成「按其情形顯失公平」？揆諸立法理由，所謂「按其情形顯失公平」，係指依契約本質所生之主要權利義務，或按法律規定加以綜合判斷而有顯失公平之情形而言。查出賣人的物之瑕疵擔保責任，與買受人因物有瑕疵所得主張之減少價金、解除契約、或另行交付無瑕疵之物的權利之間，具有合理回復給付與對待給付等價性²⁵，宜予評價當事人基於買賣契約本質上所生之主要權義關係。惟除此之外，本文以為，判斷上述約定是否構成「顯失公平」，亦應一併顧慮出賣人依其專業能力，能否有效控制飛灰燒失量多寡的因素。

析言之，本件有糾紛之飛灰交易歷時二年，此乃有償的買賣關係，即便先撇開具無過失性質之物之瑕疵擔保責任不談，出賣人就其所供應之飛灰生產，至少應盡到善良管理人之注意義務，洵無可疑。倘此，問題的癥結，就在於出賣人於燃煤進行火力發電之際，如果善盡監督上之注意，技術上可否將飛灰燒失量控制在小於百分之十二的程度？若答案為否定，則出賣人將飛灰燒失量過高致無經濟價值的危險，透過契約條款規定由標買人承擔，由於與其是否善盡管理之能事無關，故較無違反誠信原則的疑慮。換言之，這時出賣人藉由契約轉嫁給標買人的，是一種「不可歸責於雙方當事人之事由，致飛灰減失其價值，而標買人仍須為對待給付」的價金危險。對於這種無法控管之「偶發現象」所引起的不利益，出賣人透過標售說明誠實告知相對人，使相對人得以事前預知、權衡利害關係，評估風險大小，並據以決定競標金額，應為法之所許。

反之，若一旦出賣人盡到善良管理人之注意義務，飛灰之燒失量即能有效控管在小於百分之十二的水準，則在此情形，出賣人如制訂「飛灰燒失量須連續五日超過百分之十二，始得請求退款，其他情形得標人均不得要求任何賠償」的規定，論其實質，不就是一方面減輕其物之瑕疵擔保責任，二方面又免除其抽象輕過失之契約責任，這時似即有以民法第二百四十七條之一相繩的必要，認為上述約定有構成「顯失公平」之虞，得罹於無效，始為妥適。

²⁵ 請參考黃茂榮，買賣法，植根法學叢書，二〇〇二年五月增訂版，第79頁以下。

誠然，民法第二百二十二條載有「故意或重大過失之責任，不得預先免除」之明文，依此規定之反面解釋，當事人得藉由個別磋商的方式，合意排除債務人抽象輕過失之責任，固屬無誤。惟有鑑於一來本件標售說明中載有拒絕投標人更改任何規定的文字，得標人在締約時只能照單全收，毫無置喙餘地²⁶；二來出賣人原本即得挾其專業知能，以較低的成本預防飛灰燒失量過高的風險，俾使飛灰之使用達到最大效益，卻捨此不由，將系爭危險透過規定，轉嫁給對該危險之發生毫無防阻可能之標買人，又箝制後者嗣後以減少價金之方式，調整對價關係的機會。經查台電關於飛灰未燃炭之研究報告指出，藉由合適之燃煤配置、燃煤機組運轉條件的設定、或應用添加劑的方式，在技術上可將飛灰未燃炭的比例控制在12%以內²⁷。據此，這種出賣人藉由附合契約條款，將其抽象輕過失之風險，亦即「因可歸責於債務人之事由，致飛灰減失其價值，而債權人仍須為對待給付」的不利益，分配給標買人承擔，非但不符合效率的要求，而且易生道德危險—對出賣人而言，標買人於簽約時即須一次支付一年的價金，價金早已入袋為安，但與此相對的，出賣人所為之飛灰給付，卻可能流於債務人之恣意：只要飛灰燒失量「不連續五天」超過百分之十二，出賣人即不負任何賠償責任，從而標買人事前實難以預見出賣人的飛灰給付總額！

惟系爭條款是否即當然構成「顯失公平」？有鑑於更審法院認為本件係屬繼續性債之關係，所以系爭條款是否該當顯失公平之情事，應否一併斟酌繼續性債之關係的特性，而為評價論斷？對此，且看本文以下的說明。

本件更審法院曾說道：「…單就標售說明五之十二的約定而言（飛灰燒失量須連續五日超過百分之十二，始得請求退款，其他情形得標人均不得要求任何賠償），雖甚不合理，惟就整個契約之履行而言，僅出現一次該不合理之現象，故尚難以該單一之約定甚不合理，即謂系爭契約有顯失公平之情事，而認該約定為無效。況如依被上訴人之主張，認該約定無效，且依被上訴人計算退款之方式，只要有一天飛灰燒失量超過百分之十二，被上訴人即得主張退款云云，同樣不甚合理。蓋兩造訂約之初，均預見飛灰燒失量有可能超過百分之十二之情形，才約定如超過百分之十二時之處理方式，因此被上訴人主張標售說明五之十二之約定為無效，應依飛灰燒失量百分之十二之天數計算退款云云，亦不足採…」。斯項法律見解，饒富趣味，茲下面謹表示兩點意見：

首先，若台電興達發電廠能有效控制燃煤飛灰之燒失量，則本件判決所涉及的，應為契約上不合理之風險分派，已如前述。在此前提下，本文以為，倘標售說明上未載明預估可得之合格飛灰數量，且因台電興達發電廠未盡到善良管理人之控管義務，致飛灰燒失量超過百分之十二，即使僅存在一兩天，買受人亦得依

²⁶ 在民國八十八年五月底政府採購法施行之後，公營事業以公開招標方式辦理工程、財物、或/及勞務採購者，投標廠商皆不得變更或補充機關招標文件之內容，蓋依政府採購法第四十八條第一項第一款、與第五十條第一項第二款規定，投標廠商有變更或補充招標文件內容者，機關應不予開標或決標予該廠商。

²⁷ 請參閱陳至廉等十一人合著，降低林一機飛灰中未燃炭之對策及方法研究，台電工程月刊第679期，2005年3月，第1至13頁，特別是第9頁之圖示說明。

民法第三百五十九條或同法第三百六十四條主張權利，蓋此為民法賦予買受人因物之瑕疵所得享有之正當權益，似未見其不合理之處。

其次，就銀貨兩訖之一次性交易契約而言²⁸，只要契約上有不合理之風險分配、且於買賣過程中發生該風險，該不合理之風險分派條款即應被論為「顯失公平」，似無可疑。有疑問者，係更審法院似認為本件屬於繼續性供給契約²⁹，故審視系爭約定是否顯失公平，除了顧慮台電每日供應之飛灰，其燒失量是否逾百分之十二的因素外，應否再考量該年度飛灰燒失量「連續五日」逾百分之十二的「次數多寡」，俾據以判斷系爭約定是否顯失公平？換言之，更審法院似乎以為在繼續性供給契約，即便契約履行中已經發生不合理之風險分派條款原本所欲規避的風險，但因只發生一回，次數太少，仍未達「顯失公平」之程度？倘此，到底該年度飛灰燒失量「連續五日」逾百分之十二的次數，須達幾次以上，系爭約定才會構成顯失公平之情事？更審法院對此並無著墨，誠屬遺憾。

本文認為，本件契約關於提供飛灰之履行期間固然長達兩年，但時間延續的因素並不當然使本件契約成為繼續性供給契約，蓋本件標售說明上已載有合格飛灰之預計總額，是以，飛灰給付似乎並沒有隨著時間經過而增加³⁰；出賣人每日提供之飛灰，只是在對標買人分期履行一個自始即可得確定、或可得估量之給付總額而已！準此，判斷系爭約定是否顯失公平，似和「僅出現一次不合理之現象」無關，而與「標買人是否取得標售說明上所預估之飛灰數額」一事，有著密切關係。

本件更審法院曾經指出，標售說明中記載兩年之總灰量「約三十萬七千二百噸…，其中煤含灰分為 6% 至 10% 之間（灰分中飛灰約占為 80% 量，飛灰燒失量約在 12% 以下），以上數量僅供參考，如實際產灰量有所增減，概不增減契約金額。足見兩造訂立系爭契約時，已預估一、四號灰倉及二、三號灰倉各可生產燒失量在百分之十二以下之飛灰總量各為三十萬七千二百噸，而實際上…本件上訴人履約結果，並未因上開標售說明五之十二不合理之約定條款，致被上訴人未獲取依系爭契約預計可得之（合格）飛灰數量。因此，標售說明五之十二約定，應不符合民法第二百四十七條之一之規定，致系爭契約顯失公平，而為無效」。斯項法律見解，深具洞察力，富有啓示性，足堪贊同。

申言之，本件標售說明上面，既然已經粗估出每年每部燃煤機所預計提供之合格飛灰數量，而最後標買人仍取得締約當時預估可得之合格飛灰量，是以，本

²⁸ 所謂一次性交易契約，指契約之內容，經由一次的給付即可完結。請參見王澤鑑，債法原理第一冊：基本理論債之發生，台北自版，2003 年 10 月，第 145 頁。

²⁹ 查台灣高等法院高雄分院九十二年度上更（一）字第二 0 號民事判決中，更審法院有謂：「本件兩造於八十六年十二月簽訂系爭契約，約定由被上訴人取得提領上訴人第一號至第四號灰倉所生產飛灰之權利，為繼續性供給往取買賣契約…」。

³⁰ 學說上認為繼續性契約，指契約之內容，非一次的給付可完結，而是繼續的實現，其基本特色係時間因素在債之履行上居於重要地位，總給付之內容繫於應為給付時間的長度。此與分期交付契約不同，因為在後者的情形，契約的總給付自始確定，但採分期給付的履行方式，每一期的給付，僅係部分給付而已，時間的因素對於給付的內容及數量，並無影響。請參見王澤鑑，前揭書，第 145 頁以下。

件提領飛灰權利之法律關係，究其實質，應為一種分期交付之買賣契約，亦即兩造所訂立的，是單一的飛灰買賣契約，本件契約之給付總額自始即「可得確定」，只是採取每日生產分期給付的履行方式，時間的因素對於給付的內容及範圍，沒太大影響。準此，雖然一年有數日出賣人所生產之飛灰不合約定品質，但最後合格飛灰之給付總額仍達到標售說明上的預計數量，出賣人即應被認為已依債之本旨，踐行其給付義務。換言之，兩造間關於合格飛灰的給付數量，實質上並無受到前揭不合理之風險分派條款之影響。是以，更審法院認為系爭約定並非「顯失公平」的看法，洵屬正確，應值贊同。

貳、教學之評量

一、單元作業與考題設計

甲於民國八十九年三月起，任職於大立光電股份有限公司（以下簡稱乙公司），擔任財務部會計專員職務。任職期間獲乙公司配發公司八十九年度及九十年度員工分紅股票，依序為 7500 股及 9000 股，其已領取 8500 股，尚有記名股票 8000 股未領取。又乙公司董事會於九十二年決議就公司盈餘對股東無償配股，甲已獲配 1445 股，合先敘明。乙於民國九十年九月間要求甲簽署一份同意書，經查其內容為：「甲同意乙公司八十九年度員工紅利轉增資所配發之股票分次領回，如甲於上開期間離職，願無條件放棄所有未領取之股票」。乙在九十一年八月間又要求甲簽署兩份同意書，次查其第一條約定：「甲同意八十九年度及九十年度員工紅利轉增資股票亦分次領回，並承諾至少任職至一定期間（八十九年度配股之同意書，約定應任職至九十二年十二月一日；九十年度配股之同意書，約定應任職至九十三年十月三十一日）」。同意書上復約定：「八十九年度員工分紅配股，甲承諾至少任職至九十二年十二月一日；九十年度員工分紅配股，甲承諾至少任職至九十三年十月三十一日。如違反上開承諾，或於任職期間屆滿前因故離職，或因違反勞動基準法或工作規則或僱傭契約，致遭解雇，甲應依同意書第三條約定，給付乙公司懲罰性違約金，此項違約金以甲離職當日尚未領取之股數乘以收盤價，折算現金給付」。末查乙於九十二年五月間，依勞動基準法第十一條第五款規定，以「甲就其所擔任之工作不能勝任為由」，將甲資遣。甲旋向乙公司請求返還 8000 股之股票，並依股東權請求乙交付 1445 股之股票，乙則主張甲業於九十二年五月底離職，已無權請求乙給付系爭股票，且其係以「勞工對所擔任之工作不能勝任」為由解僱甲，甲自應依系爭同意書之約定，將系爭股票給付乙作為懲罰性違約金。乙又抗辯說倘上開約定無效，系爭同意書亦全部無效，甲仍不得請求乙給付系爭股票。問甲對乙請求返還、交付各該股票，有無理由？（提示：甲提前離職，

得否領取股票？乙針對限制股票取得所附加之條件效力如何？又甲提前離職，是否應給付乙懲罰性違約金？乙針對限制員工離職權益之違約條款效力如何？）

二、參考答案

甲對乙請求返還8000股之股票，請求權基礎為民法767條前段，至於應交付的1445股股票則是依據契約關係請求之，惟此以甲乙所簽定之同意書內相關約定不生效力為前提。茲檢討分述如下：

- (一) 若甲欲依據民法767條前段規定，請求乙返還8000股股票、交付1445股股票，前提是甲與乙所簽的同意書中內相關內容須為無效，亦即「……甲於上開期間離職，願無條件放棄所有未領取之股票」、「必須任職一定期間才能領三年前的股票」的規定、以及「甲如離職則必須支付懲罰性違約金」的約定皆為無效，始足當之。
- (二) 按檢證一個法律行為或一個契約的約定效力，計有三個層次：不得違反法律強制或禁止規定（民法第71條）、不得拂逆公共秩序或善良風俗（民法第72條）、以及不得違反誠信原則（民法第148條）。
- (三) 在最高法院 96 年度台上字第 165 號判決，原審有謂：「甲擔任乙公司財務部會計專員職務，嗣於九十二年五月二十九日經乙以甲就所任工作不能勝任為由予以資遣，任職期間獲乙配發該公司八十九年度及九十年年度員工分紅股票依序為七五〇〇股及九〇〇〇股，其已領取八五〇〇股，尚有記名股票八〇〇〇股未領取。九十年九月十三日及九十一年八月二十九日甲簽署同意書三份，同意前開分紅配股股票由其分次領回，其中九十一年八月二十九日之同意書二份記載，八十九年度員工分紅配股，甲承諾至少任職至九十二年十二月一日；九十年年度員工分紅配股，承諾至少任職至九十三年十月三十一日。如違反上開承諾，或於任職期間屆滿前因故離職，或因違反勞動基準法或工作規則或僱傭契約，致遭解雇，其應依同意書第三條約定，給付乙懲罰性違約金，此項違約金以甲離職當日尚未領取之股數乘以收盤價，折算現金給付」。
- (四) 次查原審有謂：「…契約因當事人互相表示意思一致而成立，一方當事人應受該契約拘束，並同時因此而拘束他方當事人，此種互受拘束乃建立在契約自由原則之上。蓋契約自由肯定個人自主及自由選擇之權利，本係市場經濟及社會進步發展下最重要的一環，契約既因當事人自由意思的合致而訂立，其內容的妥當性，原則上固可因此而獲得保障。惟當事人是否確

能立於「平等」地位從事締約行為？契約之內容是否與法令有違？契約自由是否不得予以限制？乃契約自由制度下應予考量之問題。倘一方當事人不得已而屈服於他方意思之下，訂立內容違反法令、公序良俗或誠實信用原則之契約，自非法之所許。是為維護契約內容之公平合理，契約自由應受限制。系爭記名股票，係乙依公司法第二百三十五條第二項規定發給甲之八十九年度及九十年年度之分紅配股。按股息及紅利之分派，除章程另有規定外，以各股東持有股份之比例為準；章程應訂明員工分配紅利之成數，但經目的事業中央主管機關專案核定者，不在此限，公司法第二百三十五條第一、二項定有明文。其目的在配合推動員工分紅入股之政策，冀對員工發生鼓勵與安定之作用；而既以該年度公司經營所生盈餘分配紅利，自非以將來公司營運如何為分配紅利之要件。故公司分配紅利不得違反公司法第二百三十五條第一、二項規定，另加該法條所無之限制。系爭同意書就甲依上開法律應分得之紅利配股，以甲需任職至一定時間之方式限制其分次領取，增加甲本無須負擔之義務，自與該法條規定之目的有違。縱甲有違反勞動基準法或工作規則或僱傭契約等情事，經乙依勞動基準法相關規定終止勞動契約，亦不影響甲原已取得之權利。乙於甲未取得其他交換利益之情況下（如付費供甲長期進修等），剝奪甲上開終止契約後原得享有之權利，復以顯不相當之高額懲罰性違約金約定，剝奪甲請求領取分紅配股股票之權利，顯已違反法令規範之目的。又權利人於法律限制內，雖得自由行使其權利，但不得違反法令及公共利益，此乃權利社會化之基本內涵。故民法第一百四十八條就誠實信用原則加以規範，以確保在具體的權利義務關係間，依公平正義之方法實現權利之內容，避免當事人之一方犧牲他方之利益。兩造訂立系爭同意書，旨在「股票取得之限制」及「員工離職權益之限制」，並附加甲不得於三年內離職之條件，增加甲法律所未規定之負擔，且違反法律（公司法）規定之目的，自非合法。參以兩造訂約時為雇主與受僱人間不對等之地位等情，系爭同意書所附之條件，顯係乙利用雇主優勢之地位所訂，違反契約正義，不合理剝奪法律所賦與受僱人之權利，應認所附之條件無效」。故甲依所有權，請求乙交付記名股票，及依股東權請求交付相關股票，為有理由，應與准許。

- (五) 有疑義者，公司可否用章程或契約的方式約定員工是否需一定的條件才能分紅配股？似得採取肯定見解。依據公司法235條第4項規定，此應為公司的自治事項，立法者也准許公司以章程的方式，約定符合一定條件的從屬公司員工才能分紅配股，似乎沒有禁止的必要。特別是公司法如果說章程得訂明，則表示公司可以透過章程和契約行使私法自治的權限。
- (六) 惟透過章程訂立這種綁三年聘僱契約的分紅配股條款，比較容易被宣告無效，因為公司所訂立章程對於全部員工都一體適用。但若用契約的方式，譬如說工程師就綁三年約，會計專員綁一年約，接電話的職員就不綁約，

這樣通過契約較能靈活因應具體情事而為不同的對待。若透過章程基本上是一體適用，所以章程如果訂明這樣的可能性，應該肯認公司可以契約的方式來約定。倘此，本文認為同意書的內容是否違反公司法235條第1項第2項規定，宜採取否定看法。換言之，公司法235條第1項第2項並非民法71條所謂的強制禁止規定，理由是公司法235條第4項，既然公司得用章程訂明，則比章程更有彈性的契約約定應該沒有禁止的必要。

- (七) 惟應進一步探求者，係甲為會計專員，需任滿三年始能分紅配股的約定，是否該當民法第 247-1 第三款「使他方當事人拋棄權利或限制其行使權利者」？本文對此持肯定見解，蓋會計專員綁三年約，始能參與分紅配股，衡酌會計事務之高度技術性與欠缺屬人性的特徵，會計人員之替換對於公司正常營運較無影響，綁三年約始能請領分紅配股，可謂對工作性質單純之會計專員甲之權利行使，構成過度限制，應認為按其情形顯失公平，該部份約定無效。
- (八) 益有進者，甲提前離職，是否應給付乙懲罰性違約金？系爭同意書有謂：「甲於任職期間屆滿前因故離職，或因違反勞動基準法或工作規則或僱傭契約，致遭解雇，甲應依同意書第三條約定，給付乙公司懲罰性違約金，此項違約金以甲離職當日尚未領取之股數乘以收盤價，折算現金給付」。本文以為，斯項約定內容，不區分離職原因是否可歸責於甲，概令解雇之甲承擔給付懲罰性賠償金之義務，可能該當民法第 247-1 條第二款「加重他方當事人之責任」、或符合第四款「其他於他方當事人有重大不利益」之規定。查本件乙於九十二年五月間，依勞動基準法第十一條第五款規定，以「甲就其所擔任之工作不能勝任為由」，將甲資遣，依題示事實，難認為甲有可歸責之事由，故應認為系爭條款按其情形顯失公平，故該部份約定約定無效。
- (九) 有鑑於甲乙簽定之同意書內關於限制甲行使權利之約定，均因違反民法第 247-1 致該等約定無效，故甲得對乙依民法第 767 條前段規定，請求返還 8000 股之股票，並依契約關係請求乙交付 1445 股股票。

第八單元 物之瑕疵擔保責任

壹、問題之說明

我國地狹人稠，人口密集分佈於西半部平原，大量集中在台北、台中、以及高雄三大都會區，都市土地供不應求，房地產價格居高不下，不動產交易糾紛迭有所聞，其中又以預售屋之買賣，爭訟最烈，堪稱典型。在一九九〇年代以前，預售屋交易之紛爭，殆為不實廣告是否具有契約效力的爭議，自九〇年代以降，隨著人民權利意識的高漲，以及房價的持續攀升，預售屋之買受人在訂立房地預定買賣契約之後，於建商興建完工交屋之前，一旦發現所訂購之房地有瑕疵，經通知建商改善而無效果時，常會拒付價金餘款。此際建商動輒以買受人未按約定日期付款，經定期催告仍不給付，故援引兩造間買賣契約條款之規定，逕將買受人已繳價款沒收，抵作價金給付遲延之違約金，訟爭遂起，蔚為大宗。

誠然，在不完全給付之債務不履行的場合，「債務人非依債務本旨實行提出給付者，不生提出之效力」，民法第二三五條前段載有明文，買受人據此對於建商未依債務本旨提出之房地，既可主張不生提出效力，自得不受領房地，並拒絕支付價金，固不待言。但在物之瑕疵擔保責任的情形，揆諸民法第三五四條前段關於「物之出賣人對於買受人，應擔保其物依第三百七十三條之規定³¹危險移轉於買受人時無滅失或減少其價值之瑕疵，亦無滅失或減少其通常效用或契約預定效用之瑕疵」的規定，出賣人就買賣標的物所負之物之瑕疵擔保責任，除當事人另有約定外，以該瑕疵於「危險移轉時」，亦即「交付時」存在者為限。準此，倘瑕疵係於物之交付後始發生³²，或物雖有瑕疵但尚未交付者，即無民法第三五四條以下關於物之瑕疵擔保責任的當然適用。

值得注意的是，我國最高法院為了強化對於預售屋交付前、已發現瑕疵存在之買受人的保護，並回應學說上的呼籲³³，開始以法官造法之方式，在符合若干要件的前提下，將原本只侷限在規範出賣人所負其物於「危險移轉與買受人時」，無價值和效用之滅失或減少的擔保責任，亦適用於「危險移轉前」之場合，俾使在交屋前發現預售屋瑕疵之買受人，除得援引推定過失責任的不完全給付規定，向建商行使權利之外，亦得本於無過失性質之物之瑕疵擔保責任請求救濟，可謂立意良善，足堪重視，頗值研究。

³¹ 民法第三七三條規定：「買賣標的物之利益及危險，自交付時起，均由買受人承受負擔。但契約另有訂定者，不在此限。」

³² 最高法院 95 年度台上字第 951 號判決有謂：「按物之出賣人就出賣標的物所負物之瑕疵擔保責任，以該瑕疵於『危險移轉時』存在者為限，此觀民法第三百五十四條規定自明。倘瑕疵係於危險移轉後，始行發生，即非出賣人應負物之瑕疵擔保責任範疇」。本文所引用之判決，除別有註明外，皆取自司法院法學資料檢索系統 <http://jirs.judicial.gov.tw/Index.htm>

³³ 王澤鑑，物之瑕疵擔保責任、不完全給付與同時履行抗辯，民法學說與判例研究第六冊，台北自版，1991 年，頁 125。

惟此一法官造法的存在基礎為何？究竟在符合那些要件底下，特定物之出賣人應就尚未交付之瑕疵物，對買受人負物之瑕疵擔保責任？其次，於預售屋交付前發現瑕疵之買受人，在擔保責任上有何權利可資主張？買受人得否不先催告出賣人修補瑕疵，即逕行解除契約？倘買受人催告出賣人補正無效果，其得否以應支付之價金在出賣人應負擔之修補費用的範圍內，主張抵銷？若買受人不欲受領有瑕疵之物，則其得否拒付未繳餘款之全部，或是僅能拒絕相當於修補瑕疵費用之款項？此外，倘系爭瑕疵不能補正，買受人行使意定解除權，是否須受到民法第三五九條但書顯失公平之限制？

猶有進者，衡諸預售屋交易實務，買賣契約上恆有類似下述文字之條款：「雙方約定倘面積誤差增減百分之一容許範圍內，互不增減價款，如增減差額超過百分之一時，就超過或不足部分，依契約之平均單價比例計算，互相找回或補足價款」。這種互相找補條款，是否為民法第三五九條前段減少價金之具體化約定？倘此，是否應受到民法第三六五條法定行使期間之限制？

一、物之瑕疵擔保責任於危險移轉前之適用

按出賣人原則上僅擔保買賣標的物在「危險移轉於買受人時」，無滅失或減少其價值和效用之瑕疵，此觀諸民法第三五四條³⁴自明。我國最高法院屢次透過法官造法的方式，使出賣人於危險移轉前，亦即為物之交付前，亦應對買受人負物之瑕疵擔保責任。此一實務立場，最早似可追溯自最高法院 86 年度台上字第 2808 號判決：「所謂物之瑕疵，係指存在於物之缺點而言。凡依通常交易觀念，或當事人之約定，認為物應具備之價值、效用或品質而不具備者，即為物有瑕疵。又民法第三百五十四條有關物之瑕疵擔保規定，原則上固於危險移轉後始有適用，但出賣人既有給付無瑕疵物之義務，買受人亦有拒絕受領瑕疵物之權利，在特定物之買賣，該為買賣標的之特定物於危險移轉前，倘已有明顯之瑕疵，如經買受人催告出賣人補正，出賣人仍不為補正時，應解為買受人得拒絕給付相當之價金，以免往後之法律關係趨於複雜，損及買受人之權益」³⁵。

這個判決是在民法第三五四條的背景下，闡釋特定物之出賣人於危險移轉前，負有給付無瑕疵之物的義務，以及買受人可得主張之權利。判決雖未明示此

³⁴ 民法第三五四條第一項規定：「物之出賣人對於買受人，應擔保其物依第三百七十三條之規定危險移轉於買受人時無滅失或減少其價值之瑕疵，亦無滅失或減少其通常效用或契約預定效用之瑕疵。但減少之程度，無關重要者，不得視為瑕疵」。

同條第二項規定：「出賣人並應擔保其物於危險移轉時，具有其所保證之品質」。

³⁵ 請參閱最高法院民事裁判書彙編第 29 期，最高法院出版，頁 311 以下。

係基於物之瑕疵擔保責任或不完全給付制度而來，但查其買受人係援引瑕疵擔保規定主張權利³⁶，可知實務在此開始承認物之瑕疵擔保責任於危險移轉前之適用。

值得附言者，係我國買賣法上所謂出賣人負有給付無瑕疵之物的義務，在當事人爭執瑕疵存否的場合，應一併參照民法第三五四條第一項但書規定，認為物之價值與效用減少之程度無關重要者，不得視為瑕疵，俾尊重立法者透過界定瑕疵概念，決定權利歸屬的利益衡量，合予敘明。

最高法院緊接著於 86 年度台上字第 3407 號判決，明確表達其態度。本件涉及專供經營精品商場之攤位預售買賣，買受人在攤位進行室內隔間的裝修階段，發現攤位面積狹小，擺設貨架後無足供販售人員或顧客參觀選購之空間，遂主張系爭攤位未能達契約預定之效用，依民法第三五九條解除契約。建商則以系爭房屋尚在裝潢，其履行期尚未屆至，亦未交屋，自不生瑕疵擔保的問題等語抗辯之。

對此，最高法院說道：「按有關瑕疵擔保之規定，原則上於危險移轉後，始有其適用，惟於危險移轉前，買受人已發現標的物有瑕疵，倘出賣人無法提出無瑕疵之物，或擔保除去該瑕疵後為給付，買受人亦有拒絕受領瑕疵物之權利，並得解除契約³⁷。上訴論旨主張伊（建商）尚未將系爭攤位交付被上訴人（買受人），無瑕疵擔保責任可言云云，洵無足採」。斯項見解，不啻確立出賣特定物之人於交付瑕疵物前，在滿足一定要件之下，仍應對買受人負物之瑕疵擔保責任的實務立場，頗值矚目。

本文下面擬從實務上所設定提前適用之構成要件、權利行使之爭議問題等視角，剖析觀察實務上以物之瑕疵擔保責任，作為規範物交付前當事人間法律狀態的整體容貌。

二、提前適用之構成要件

實務上究竟在符合何種要件下，肯認發現瑕疵之買受人，得於預售屋交付前，向建商依物之瑕疵擔保責任的規定行使權利？就此問題，誠值探討。自 1999 年以降，最高法院不斷反覆強調買賣標的物在交付前，得適用物之瑕疵擔保責任的既定立場。經查上開裁判事實，涉及房地專有部份或專用部份之瑕疵者，計有 88 年度台上字第 44 號（預售屋天花板無防水功能等瑕疵）、88 年度台上字第 692 號（衛浴設備未安裝等瑕疵）、89 年度台上字第 1085 號（商場攤位面積不足）、92 年度台上字第 906 號（房間淨高不足）、92 年度台上字第 2129 號（美食廣場

³⁶ 本件判決事實為上訴人（買受人）購買某三筆土地，擬合併建築七層樓房，因其中一筆土地之地下埋有排水涵管，致使闢建地下室之面積受有影響，為有瑕疵，此為原審認定之事實。上訴人於約定給付第二期價款之日，表示系爭土地之地下有排水涵管，要被上訴人（出賣人）除去該涵管始願付款，惟未獲置理。買受人遂依瑕疵擔保之規定，向出賣人為解約之意思表示，並拒絕給付未繳之價款。

³⁷ 斯項意見，被選為最高法院民事庭所製作具有參考價值之裁判要旨，收錄於司法院法學資料檢索系統「判解函釋」之內，併予敘明。

攤位不具經營熱食小吃店之效用)、92 年度台上字第 2745 號(房屋牆壁龜裂)等判決³⁸,可供參考。

除此之外,一併涉及共用部份瑕疵的判決,亦所在多有,舉其犖犖大者,例如 89 年度台上字第 1579 號(地下樓層柱子未符圖說等瑕疵)、89 年度台上字第 1710 號(休閒公共設施不符約定品質)、91 年度台上字第 1315 號判決(地下停車場淨高不足、車道坡度過陡)、92 年度台上字第 2254 號(地下室機械停車設備疑有瑕疵)、95 年度台上字第 39 號(門窗衛浴設備與契約不符、巷道寬度不足)、95 年度台上字第 2192 號(樓層數目增加、土地持分減少)等判決,足資佐照。

綜觀上述最高法院判決,可歸納得出在買受人發現瑕疵並即通知出賣人(一)、以及出賣人不於除去該瑕疵後為給付(二)之情形,出賣人於預售屋交付前即應負物之瑕疵擔保責任。

(一) 買受人發現瑕疵並即通知出賣人

緣「有關瑕疵擔保之規定,原則上於危險移轉後,始有適用,但在危險移轉前,買受人已發覺其物有瑕疵,倘出賣人無法提出無瑕疵物,或擔保除去該瑕疵後給付,則買受人亦有拒絕受領瑕疵物之權利,並解除契約…」,最高法院著有 95 年度台上字第 2192 號判決,在案可稽。相同意涵之裁判要旨,亦可見諸於 92 年度台上字第 2745 號、92 年度台上字第 2129 號、86 年度台上字第 3407 號等判決,敬請參佐。

於通常情形,瑕疵若非由買受人主動發現,則根本無令出賣人提早於交付前負擔擔保責任之必要;又一旦買受人發現瑕疵,自應本於民法第三五六條第一項後段「如發見有應由出賣人負擔擔保責任之瑕疵時,應即通知出賣人」之旨趣,儘速告知債務人。是故,關於交屋前發現瑕疵之買受人,應即通知出賣人的第一個要件,乃事物當然之理,不待贅言。

(二) 出賣人不於除去該瑕疵後為給付

所謂出賣人不於除去該瑕疵後為給付,包含物之瑕疵客觀上不能修補,雖能修補而出賣人表示不願為之,以及客觀上能修補、出賣人也願修補、但其無法除去該瑕疵之三種情況。前兩種情形,可在最高法院 95 年度台上字第 39 號判決,得到印證,蓋它說道:「民法第三百五十四條關於物之瑕疵擔保規定,原則上固於危險移轉後始有適用,但出賣人既有給付無瑕疵物之義務,買受人亦有拒絕受領瑕疵物之權利,則在特定物之買賣,依法律規範之目的,物之瑕疵不能修補,或雖能修補而出賣人表示不願為之者,應認為在危險移轉前買受人即得行使擔保

³⁸ 相同見解,但涉及動產買賣者,例如最高法院 95 年度台上字第 1608 號判決(機器漏水滲入蜂蜜)。

請求權，並得拒絕給付相當之價金，以免往後之法律關係趨於複雜，損及買受人之權益」。

關於第三種情形，可舉最高法院 92 年度台上字第 2129 號判決，作為例證。本件判決提及：「在危險移轉前，買受人已發覺其物有瑕疵，倘出賣人無法提出無瑕疵物，或擔保除去該瑕疵後給付，則買受人亦有拒絕受領瑕疵物之權利…」。在此，所謂出賣人無法擔保除去該瑕疵後為給付，即指客觀上能修補、出賣人也願修補、但其無法除去該瑕疵之情況。至於無法除去瑕疵一事，是否可歸責於出賣人，在所不論。以本件判決事實為例，買受人向建商購買一個能經營小吃店的地下街美食廣場攤位，買受人於交付前發現該攤位不能供經營熱食的小吃店使用，遂向建商請求補正，在建商補正前，系爭大樓因九二一地震，經台中市政府列為危險建築，應予拆除；地下建物之美食廣場，亦預定拆除，轉變為不能補正。於此情形，即便該不能補正係屬不可歸責於出賣人之事由，出賣人亦須負責，蓋擔保責任性質上本即無過失責任也。

說明過物之瑕疵擔保責任適用於危險移轉前的兩個構成要件以後，本文下面要接著探討買受人行使權利之法律效果。

三、權利行使之實務問題

一旦特定物之買受人於交付前發現瑕疵，並立即通知出賣人，且出賣人不於除去該瑕疵後為給付時，依最高法院之既有立場，買受人得例外地根據物之瑕疵擔保責任的規定，向出賣人行使權利。理論上，預售屋之買受人得依民法第三五九條解除契約或減少價金；針對出賣人保證品質或故意不告知物之瑕疵的情形，買受人得援引民法第三六〇條，請求不履行之損害賠償。惟最高法院又另設補正之救濟方法，讓買受人有權向出賣人要求修補瑕疵，創設我國買賣法所未明文之法律效果，期能切中交易需要，符合當事人利益，足堪贊同。

有鑑於訴訟上買受人本於民法第三六〇條，請求不履行損害賠償的案例有限，故本文以下擬按照實務上之重要性，分別闡述買受人於請求修補瑕疵（一）、拒絕給付價金（二）、主張解除契約（三）、以及請求減少價金（四）時，所實際面對之爭議問題。

（一）請求修補瑕疵

買受人於交屋前發現瑕疵，最高法院特設補正之救濟途徑，讓買受人對於深具施工營造能力之專業建商，有請求修補瑕疵的機會，以回復該房地原本應當具備之價值與效用。有疑問者，係買受人向出賣人請求補正，是否為行使擔保請求權之前提？這牽涉到補正規範的設計，究係要側重於買受人主觀權利之保護？還

是要強調藉由補正的觸媒機制，促使當事人於爭執發生後，先自行磋商，並嘗試透過合意修補瑕疵的方式，亦即於通常情形為成本較低的方法，來解決紛爭的功能？

我國最高法院向來認為：「在特定物之買賣，該為買賣標的之特定物於危險移轉前，倘已有明顯之瑕疵，經買受人催告出賣人補正，出賣人仍不為補正時，應解為買受人得拒絕給付相當之價金，以免往後之法律關係趨於複雜，損及買受人之權益」，此觀諸 92 年度台上字第 2254 號、92 年度台上字第 906 號³⁹、91 年度台上字第 1315 號、89 年度台上字第 1579 號、88 年度台上字第 692 號、88 年度台上字第 44 號、86 年度台上字第 2808 號等判決自明。準此以言，買受人催告出賣人補正，可說是令出賣人擔負物之瑕疵擔保責任的必要前置行為。

值得一提者，係近來最高法院 95 年度台上字第 2192 號判決，疑似採取不同看法，查其表示：「按買賣因物有瑕疵，而出賣人應負擔保之責者，除有顯失公平之情形外，買受人得解除契約，民法第三百五十九條規定甚明。買受人此項解除權，為特殊的法定解除權，無待於催告出賣人先行修補瑕疵，即得行使。又有關瑕疵擔保之規定，原則上於危險移轉後，始有適用，但在危險移轉前，買受人已發覺其物有瑕疵，倘出賣人無法提出無瑕疵物，或擔保除去該瑕疵後給付，則買受人亦有拒絕受領瑕疵物之權利，並解除契約」。斯項觀點，頗值注意，蓋既然買受人此項解除權，為特殊的法定解除權，無待於催告出賣人先行修補瑕疵，即得行使。由此推論，基於體系解釋，同受民法第三五九條規律之請求減少價金，買受人亦可不必催告出賣人先行補正，即得行使，始為合理。倘此，買受人之修補瑕疵請求權，與其他的擔保請求權完全脫勾，從降低買受人行使擔保請求權之門檻、便利買受人迅速主張權利的視角以觀，仍有可取之處。

是以，本件最高法院說道：「查兩造簽訂之土地預定買賣契約書第一條既約定上訴人（買受人）買受之土地應有部分，按系爭房屋建坪佔總建坪之比例計算之…，其依約應取得之土地應有部分即與被上訴人（出賣人）興建之房屋總面積多寡至有關聯。上訴人所買受系爭土地所有權應有部分之面積因樓層增加減少一·五四平方公尺，為原審所認定之事實，準此，上訴人依約應取得之土地應有部分既減少，其價值亦隨之減少，被上訴人自應負瑕疵擔保責任，除上訴人解除契約有顯失公平之情形外，上訴人似非不得解除契約。乃原審謂就上訴人（買受人）所減少之土地應有部分予以扣減土地價金，即可彌補上訴人之損失，被上訴人（出賣人）所給付之系爭土地應有部分短少之瑕疵即難認為不能補正，上訴人（買受人）未定期催告被上訴人（出賣人）補正，逕行主張解除契約，於法未合云云，是否允當，非無可疑」。在此，最高法院針砭原審關於買受人未定期催告補正，其解除契約於法未合的見解，並據此作為廢棄原判決的一項理由，而發回

³⁹ 本件最高法院指出：「…買賣標的物在交付前，因不具備當事人契約所定應具備之效用及品質，即為物之瑕疵，經催告後不補正，或事實上無法補正，自得解除契約」。

更審。這個判決傾向於認為買受人之擔保請求權與修補瑕疵請求權，為各自獨立之救濟途徑，彼此在權利行使上既乏先後之分，亦無輕重緩急之別。

本文基本上支持實務上多數見解，認為除非出賣人給付之標的物與當事人之約定內容顯然欠缺同一性，買受人得例外不經催告出賣人補正、逕行解除契約之外，原則上買受人於物之交付前發現瑕疵者，應先定相當期限請求出賣人修補之。於出賣人改善除去瑕疵以前，買受人有權拒付價金。買受人若欲解除契約或請求減少價金，須俟出賣人不於所定期限內修補瑕疵、或拒絕修補、或不能修補時，買受人始得行使擔保請求權，似較妥適。這種觀點的理由，主要有下列三點。

首先，在於預售房地之出賣人率為富有施工建造技術之專業建商，在此種債務人具備修補能力的場合，宜優先斟酌民法第四九三條以下關於承攬法上物之瑕疵擔保責任的規定旨趣，來定位補正機制。查民法第四九三條之立法理由有謂：「工作有瑕疵，定作人不得遽行請求解除契約或減少報酬，應使其向承攬人請求修補瑕疵」，此一立法者針對有修補技能之債務人的法律關係，所作之債權人應先行請求補正的價值決定，宜予尊重。若建商未於買受人所定之相當期限內修補者，買受人得依民法第二一三條第三項規定，逕行請求修補瑕疵之必要費用，以代補正。至於買受人是找第三人修補，或自行使房地回復至依照契約應有之價值與效用，均非所問。

其次，雖然買受人在交屋前已經發現瑕疵，惟參酌民法第三五四條第一項前段與同法第三一六條⁴⁰之規定，危險移轉前之期限利益應歸屬於出賣人，自應使出賣人於危險移轉前有除去物之瑕疵之機會，以維債務人之正當權益。本文認為，以買受人請求補正作為其行使擔保請求權之前提，較能平衡兼顧雙方當事人之利益狀態。

更何況於一般情形，由有施工建造能力的專業建商修補房地瑕疵，可謂成本最低，除非雙方對於瑕疵之認知差距過大，否則在制度設計上先賦予有能力以較低成本除去瑕疵者一個補正的機會，應當較有效率。

闡述過買受人請求出賣人修補瑕疵的問題後，接下來要處理的是買受人拒絕給付價金之權利。

（二）拒絕給付價金

一旦預售屋之買受人於交屋前發現瑕疵，定相當期限催告出賣人修補瑕疵，在出賣人改善除去該瑕疵以前，買受人一方面得拒絕受領瑕疵物，他方面並得拒絕給付尚未繳付之價金。關於買受人有拒絕受領瑕疵物之權利，順手拈來，即有

⁴⁰ 民法第三一六條規定：「定有清償期者，債權人不得於期前請求清償，如無反對之意思表示時，債務人得於期前為清償」。

最高法院 95 年度台上第 2192 號、92 年度台上字第 2745 號、92 年度台上字第 2129 號等判決，可資證明。揆諸渠等判決皆謂：「…在危險移轉前，買受人已發覺其物有瑕疵，倘出賣人無法提出無瑕疵物，或擔保除去該瑕疵後給付，則買受人亦有拒絕受領瑕疵物之權利…」。

按預售屋之出賣人負有給付無瑕疵之物的義務，已如前述，故買受人當然得於交屋前拒絕受領有瑕疵之物，且其拒絕受領不構成債權人受領遲延，併予指明。

至於買受人有拒絕給付價金之權利，可從最高法院 95 年度台上字第 39 號、92 年度台上字第 2254 號、91 年度台上字第 1315 號等判決中，窺知梗概。徵諸上述判決指出：「…出賣人既有給付無瑕疵物之義務，買受人亦有拒絕受領瑕疵物之權利，則在特定物之買賣，依法律規範之目的，物之瑕疵不能修補，或雖能修補而出賣人表示不願為之者，應認為在危險移轉前買受人即得行使擔保請求權，並得拒絕給付相當之價金，並解除契約」，足供佐證。按出賣人既有給付無瑕疵物之義務，出賣人於物之「交付時」，若為不合債務本旨之瑕疵物的提出給付，依民法第二三五條前段，本不生提出之效力，買受人自得援引民法第二六四條第一項，主張同時履行抗辯，而拒付價金。今買受人於「交付前」，發現雖尚未提出、但已不合債務本旨之瑕疵物，當然更得於出賣人除去該瑕疵以前，拒絕給付價金。經查在最高法院 91 年度台上字第 1315 號判決，原審曾就預售屋買受人所提出關於在建商交付無瑕疵之房屋或地下室停車位之前，其得行使同時履行抗辯權，拒絕給付價金之主張，認為並不可採。然最高法院指摘原審見解，顯有可議，故廢棄原判，發回更審，結論上同於本文見解，值得贊同。

值得附言者，若買受人不欲受領有瑕疵之物，則其得否拒付未繳餘款之全部，或是僅能拒付相當於修補瑕疵費用之款項？依吾人所信，在實務肯認出賣人負有給付無瑕疵之物的觀點下，買受人得於出賣人除去物之瑕疵以前，拒絕尚未繳付之餘款的全部價金。與此相反的看法，不但有害於買受人為對待給付之完整利益，又將降低建商修補物之瑕疵、再為給付的意願，容有商榷之處。

一旦買受人對出賣人拒絕受領房地和拒絕支付價金，通常意味著買受人不想再承購系爭房地，故下面將探討解除契約的問題。

（三）主張解除契約

若買受人於交屋前發現瑕疵，並即通知出賣人，而出賣人不於除去該瑕疵後為給付，則買受人除有拒絕受領瑕疵物之權利，並得解除契約，此可從最高法院 95 年度台上字第 2192 號、92 年度台上字第 2129 號、86 年度台上字第 3407 號等判決中，尋繹導出。按買受人於交屋後因物有瑕疵解除契約者，必須受到民法第三五九條但書關於「依其情形，解除契約顯失公平者，買受人僅得請求減少價金」之限制。基於法律制度規範上之一體性，即使買受人於交屋前依擔保責任規定主張解除契約，亦應同受解約不得顯失公平之規整，固不待言。

有疑問者，係當事人於預售屋買賣契約上所約定之意定解除權，有無民法第三五九條但書之適用？對此，最高法院前後見解不一，實務稍早持否定看法，如 91 年度台上字第 1668 號判決，係涉及管道配置與契約附件不符、十二人份電梯變成僅九人份電梯等瑕疵，實務上從保護定型化契約相對人的角度，容認買受人於行使意定解除權時，無須考慮瑕疵是否重大之情事⁴¹。惟晚近最高法院就一個買受人多受分配二坪共用部份的事件，藉由 96 年度台上字第 1394 號判決，改採肯定態度，認為即使買受人行使意定解除權，亦須受誠信原則之規律，應顧慮據以解約之瑕疵是否重大、以及當事人間因行使該約定解除權所造成之損益狀態⁴²。

準此以觀，今後買受人行使意定解除權，即便形式上不直接援引民法第三五九條但書規定，然經由誠信原則之權利社會化理念的規整，論其實際與適用上開條文的結果，可謂殊途同歸，應予肯定。此外，從上述最高法院否定買受人得以多受兩坪共用部份之分配為由，主張解除契約的判斷，或寓有一項基本原則：即關於房地專有部份或專用部份之瑕疵，法院審查可否解約係採取較為寬鬆的標準，從而買受人得據此解約的可能性最高；若涉及共用部份之瑕疵，法院評斷得否解約的審查漸趨嚴謹；至若牽涉到周遭環境、商圈人潮、景致風光等因素有發展不如預期的情況，倘買受人欲據此解除契約，即須受到更嚴格的審查，自不待言。

實務上就民法第三五九條規定所稱之解除契約顯失公平，係指瑕疵對買受人所生之損害，與解除契約對出賣人所生之損害，有失平衡而言⁴³。惟若考慮預售屋銷售之特性，買受人於締約當時建物房地尚未存在，而負責營造系爭房地之建商，則幾乎全盤掌控預售屋施工建造的狀況，故在判斷解約是否顯失公平時，應

⁴¹ 在最高法院 91 年度台上字第 1668 號判決中，原審法院說道：「依兩造所訂房屋預定買賣契約書第十五條第一款、土地預定買賣契約書第十一條第一款約定『違反本約任何條項內容之情事』時，被上訴人（買受人）即得解除契約。被上訴人主張上訴人（建商）凡有違反契約任何條項之情事時，被上訴人均得解除契約，應屬可採。上訴人抗辯稱契約所示『違反本約任何條項內容』者，須視情節是否有重大足以影響居住之安全而定云云，不僅與契約之文字解釋不同，且本件買賣契約均係由上訴人擬訂之定型化契約，上訴人自當受該契約之拘束」。對此，最高法院認為「於法核無違誤」。

⁴² 最高法院 96 年度台上字第 1394 號判決說道：「按民法第三百五十九條但書所稱之『但依情形，解除契約顯失公平者，買受人僅得請求減少價金』，係指物之瑕疵，對買受人所生之損害，與解除契約對出賣人所生之損害，兩相權衡，有失公允與平衡，買受人因之僅得請求減少價金，而不得據以解除契約之情形而言。查原審就系爭建號一四五一建物共同使用部分虛增坪數部分，既審據上開事證，綜合研判，並本於取捨證據、認定事實及解釋契約之職權行使，論斷系爭房屋登記之主建物及附屬建物面積並未減少，上訴人（買受人）縱多受分配約二坪之共同使用部分，亦未發生主建物及附屬建物面積變動而影響使用之目的，該瑕疵難謂為重大，上訴人據以解除契約，顯失公平，因認其僅得依該條但書之規定請求減少價金，而為其不利之論斷，經核於法並無違背。次按民法第一百四十八條規定，權利之行使，不得違反公共利益，或以損害他人為主要目的。行使權利，履行義務，應依誠實及信用方法。該條所稱「權利之行使」，當涵攝因契約所約定保留之解除權在內，是當事人於訂立契約時，縱有約定保留之解除權，於行使該解除權時，亦非不得依此誠信原則予以檢驗。倘行使該解除權，於自己所得利益極少，而他人因該解除權之行使所受之損害甚大者，即非不得視為有違誠信原則而不得為之，此乃權利社會化基本內涵所必然之解釋。本件上訴人（買受人）指被上訴人（出賣人）違反系爭契約附件四、第十五條及第十九條約定，未依區分所有人主建物面積比例計算公共設施應有部分，其得行使約定解除權一節，查原審既審據上開事證，合法認定系爭房屋虛增共同使用坪數部分，未因主建物及附屬建物面積變動而影響居住之使用目的，該違約之瑕疵難謂為重大，於上訴人損害極少，其行使該約定解除權，依上說明，即與誠信原則有悖而不得為之……」。

⁴³ 請參照最高法院 95 年度台上字第 2192 號、95 年度台上字第 583 號等判決。

一併斟酌當事人對系爭交易之控管能力，並考量買受人對系爭房地之合理期待，始屬妥適。經查最高法院 92 年度台上字第 2745 號判決，曾經表示：「…斟酌被上訴人（買受人）購買系爭房屋之主觀價值期待、客觀上一般人對於瑕疵房屋之接受程度，並兼顧該瑕疵對於被上訴人（買受人）及上訴人（建商）所生損害之平衡考量，認定被上訴人解除系爭房地買賣契約，尚無顯失公平之情事，經核委無可議之處」。斯項見解，足堪佐照。

（四）請求減少價金

按預售屋之買受人於交屋前發現瑕疵，請求出賣人補正，惟出賣人不願修補或瑕疵不能修補，若該瑕疵輕微解除契約顯失公平，則買受人只得請求減少價金。

次查買受人請求減少價金，常牽涉房地坪數不符的問題，而在預售屋交易上坪數增減的問題，率為類如下述之互相找補條款所規範：「兩造關於交付建物不足買賣契約約定之面積時，依兩造買賣契約…約定，倘面積誤差增減百分之一容許範圍內，互不增減價款，如增減差額超過百分之一時，就超過或不足部分，依契約之平均單價比例計算，互相找回或補足價款」。

上述互相找補條款，係當事人就坪數增減所引起之價金調整的特別約定，於坪數不足的情形，是否即為民法第三五九條請求減少價金之具體化規定？倘此，互相找補條款之請求權時效，究係適用民法第三六五條之法定期間？或係適用民法第一二五條之一般消滅時效？

本文以為，在適用上述互相找補條款的場合，出賣人給付買受人之房屋面積，如短少超過契約約定之百分之一時，自須互相找補，就此部份，買受人依民法第三五九條規定請求減少價金，自有理由。在此意義下，互相找補條款在坪數不足的情形，的確是民法第三五九條請求減少價金之具體化規定，但是否會因此導致互相找補之請求權，須適用民法第三六五條的法定期間？

對此，最高法院 91 年度台上字第 2042 號判決表示：「兩造上開約定，係屬雙方相互找補，亦即上訴人（建商）給付面積超過約定面積百分之一時，被上訴人（買受人）尚須補超過部分之價金，而上訴人給付面積短少於約定面積百分之一時，上訴人則須退還短少部分之價金，此種相互找補之約定，其性質顯與物之瑕疵之價金減少請求權，屬出賣人應負之法定責任者不同。上訴人（建商）辯稱被上訴人（買受人）之請求權，已罹六個月之時效期間，不得行使云云，非屬可採」。此項見解明白區辨互不找補之請求權乃基於契約約定，價金減少請求權則係本於法律規定，當事人固得就減少價金之計算方式予以約定，但該約定並不因此而適用擔保責任之法定期間。上述實務見解，洵屬的論，誠值參考。

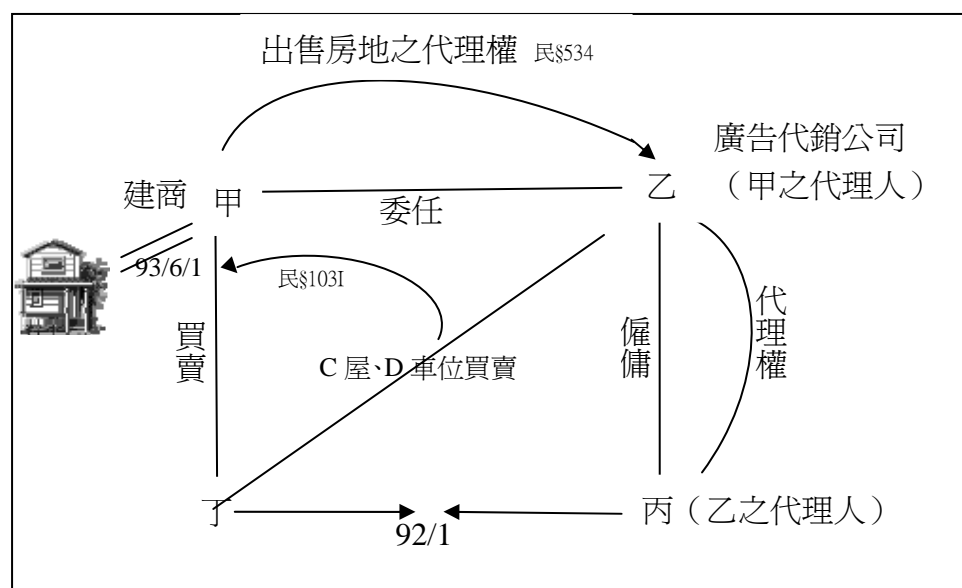
貳、教學之評量

一、單元作業與考題設計

甲建設公司於民國九十二年一月初，委任並授與出售房地之代理權與乙廣告代銷公司，乙旋即在甲之工地上搭設預售屋接待中心，並大量派發「贈送法國進口 A 牌按摩浴缸、德國進口 B 牌廚房設備」之廣告單，來促銷招徠客戶。丁深受廣告單吸引，遂至接待中心參觀樣品屋，乙之銷售小姐丙告知本預售房地除有贈品優惠之外，還具有極佳之空間規劃，是高坪效的設計，丁見樣品屋之露台外推供作廚房空間，頗為心動，遂向乙承購一戶公寓（C 屋）與一個停車位（D 車位），乙則以甲之名義出賣該預售房地。俟民國九十三年六月一日預售屋興建完成，甲通知丁一個月後依約交屋，丁至房屋現場察看，發現甲未裝設按摩浴缸，且所安裝之進口廚房設備，乃電爐增溫系統，無法迅速加熱快炒，丁隨即通知甲上述情事，並拒付價金餘款。試附條文與理由，回答下列問題：

- （一）若丁於約定之交屋日前，即向甲主張解除契約，甲則抗辯說廣告單末端記載「本廣告內容僅供參考，不具契約效力」、甲得撤銷按摩浴缸之贈與、甲無故意不告知該廚房設備性能等語，問丁之主張是否有理？
- （二）（承上題）甲請求丁按期支付價金，詎料丁拒不給付，甲於定相當期限催告丁履行未果後，對丁主張依約定沒收其已繳之價金，充作懲罰性違約金。甲之主張是否有理？

二、參考答案



日期如果是在民國 89 年 5 月 5 日以前，那很明顯出題者是在考舊法與新法的差別。若日期不是在民國 89 年 5 月 5 日以前，或雖然是在民國 89 年 5 月 5 日以前，可是系爭的題目所涉及的問題，好像看不出新舊法的差異的話，那就是在考時效。因為在國家考試的考題或研究所考試中，沒有必要去問日期，在題目附日期，就是在考新舊法，不然就是考時效或是跟時效有關係的問題。

甲建設公司於民國 92 年 1 月初委任並授與出售房地之代理權予乙廣告代銷公司，甲就跟乙訂立一個委任契約並授與出售房地之代理權。依民法第 534 條第 1 款規定，在這裡是不動產出賣，所以要特別授權，因此基本上甲會跟乙訂立委任的書面，再加上甲對乙用出面授與出售房地之代理權。

乙旋即在甲的房地產上搭建預售屋接待中心並大量派發『贈送法國進口 A 牌按摩浴缸、德國進口 B 牌房設備』之廣告單，來促銷招徠客戶。所以，乙就是代銷公司。乙之銷售小姐丙間有僱傭契約，丙若有為任何的行為的話，一定是用乙之名義為之，因此，丙一定是乙的代理人。除了贈品之外，還有高坪校的空間設計，亦即露台外推之部分。

乙以甲的名義出賣該預售房地，所以，買賣契約成立在乙丁之間，那因為乙是以甲的名義為之，乙是甲的代理人，且此係有權代理，依民法第 103 條第 1 項規定『代理人於代理權限內，以本人名義所為之意思表示，直接對本人發生效力。』，故代理人乙以本人甲的名義所訂立的買賣契約，依照民法第 103 條第 1 項之規定，直接對本人甲發生效力，因此，雖買賣契約是訂立在乙丁之間，但是，買賣契約的當事人是甲丁。

到此為止，應該要先思考，命題者訂民國 92 年 1 月初的用意為何？廣告單的效力在內政部頒佈定型化預售屋買賣契約應記載與不得記載之後，廣告則當然具有契約的效力，則就無須再討論；若是在內政部頒佈定型化預售屋買賣契約應記載與不得記載之前，廣告是否具有契約效力？最高法院認為廣告須依消保法第 22 條『企業經營者應確保廣告內容之真實，其對消費者所負之義務不得低於廣告之內容。』，最高法院在內政部頒佈定型化預售屋買賣契約應記載與不得記載之前，對消保法第 22 條向來之見解認為，廣告文件要構成契約內容，須符合兩個要件：

- (1)客觀要件：廣告客觀上必須為出賣人據以向買受人解說的文件或買受人拿廣告文件向出賣人洽詢，而雙方有磋商。
- (2)主觀要件：廣告之內容必須要買受人所合理期待。

從民國 91 年 3 月 4 日以後，內政部頒佈『預售屋買賣契約應記載與不得記載事項』，而本件是在民國 92 年 1 月初，所以很明顯，本件是要去適用消保法第 17 條第 2 項或是消保法施行細則第 15 條。

俟民國 93 年 6 月 1 日興建完成，大概隔了 1 年半，甲就通知丁一個月後依

約交屋，於是，丁就到現場察看，發現甲未裝設按摩浴缸，而此與之前由乙所派發的廣告單不符，廣告單由乙派發，但是甲沒有裝設，且所安裝的電爐增溫系統，無法迅速加熱快炒，買受人丁隨即通知甲上述情事，這就是丁在踐行民法第 356 條之從速檢查通知義務，丁並拒付價金餘款，以主張其同時履行抗辯。

(一) 若丁於約定之交屋日前，即向甲主張解除契約，甲則抗辯說廣告單末端記載「本廣告內容僅供參考，不具契約效力」、甲得撤銷按摩浴缸之贈與、甲無故意不告知該廚房設備性能等語，問丁之主張是否有理？

丁主張什麼？若丁於約定之交屋日前，即向甲主張解除契約。丁一發現有瑕疵，就向甲直接解除契約。丁向甲要解除契約，其請求權基礎是民法第 359 條，而要主張民法第 359 條的是以構成民法第 354 條第 1 項為前提，出賣人應擔保標的物於交付時沒有價值或效用之減損。而本題是在約定之交屋日前，丁對甲主張解除契約之請求權基礎為民法第 359 條，但以構成民法 354 條第 1 項為前提，惟觀諸我國最高法院之一貫見解，我國實務上向來認為，買賣的標的物有瑕疵，買受人於出賣人交付標的物前，即發現瑕疵，並通知出賣人補正之情事，這個時候亦有物之瑕疵擔保責任之適用。就解題上，本題爭點太多，不宜將之列為獨立的爭點，且很明顯此係前提要件，非本題所要考的。

丁得向甲主張解除契約，需要該當民法第 354 條之要件，始能主張民法第 359 條解除契約之法律效果。我國實務上認為，在買賣標的物交付之前，買受人發現瑕疵，亦有物之瑕疵擔保之適用，合先敘明。

而本題真的需要花時間解的問題是，買受人可否直接解除契約？而丁到底要以什麼理由解除契約？依民法第 354 條規定，須物有瑕疵，而該瑕疵為價值減損之瑕疵或是效用減損之瑕疵，現在丁是要主張價值減損或效用減損或兩者皆具？這時候，思考上要主張有瑕疵，還要再看當事人間約定的是怎樣，給的東西與契約約定有落差。

實務上，固然認為若買賣標的物交付前，買受人發現物有瑕疵，買受人得提前主張物之瑕疵擔保，這是實務上一貫的見解，也是法官造法。在解之前，要先判斷兩點，第一個是，民法第 359 條有但書之規定，解除契約若顯失公平的話，就不得解除契約，這很明顯是民法第 359 條解除契約的限制。另一問題是，買受人丁可不可以在交屋之前，直接解除契約。在解題上，須考慮要先解哪個問題，哪一個要寫前面？可不可以解除契約要先寫，若可以解除契約的話，才會有民法第 359 條的問題，若需要請求補正，可不經補正而解除契約，則就不需要討論到民法第 359 條的但書。此外，乙製作的廣告單，效力有沒有及於甲？而廣告單上所陳述的內容是否具契約的效力？因此，要先看廣告是否構成契約內容，若廣告構成契約內容的話，這時候才有必要去探討以所發製作派發的廣告單效力會不會

及於甲。

本題丁可否逕依民法第 359 條解除契約，須考慮以下幾點：

1. 丁得否不請求甲先行補正瑕疵，即逕予解約？

(1) 本件廣告文宣係乙於民國 92 年 1 月所製作派發，此在內政部於民國 91 年 3 月 4 日公告施行『定型化契約預售屋買賣契約應記載及不得記載事項』之後。『廣告內容僅供參考』條款須依上開規定，乃不得記載事項，故依消保法第 17 條第 2 項之規定，該『廣告內容僅供參考』條款無效。條款無效，則表示甲抗辯廣告單末端記載『本廣告內容僅供參考，不具契約效力』，其抗辯是無理由的。因此，在民國 91 年 3 月 4 日以後，廣告就構成契約內容。

(2) 乙所製作派發的廣告單是否拘束甲？乙是甲的代理人，所以其所製作的廣告單，廣告是一個意思表示，會拘束甲；或依民法第 224 條，債務人甲之代理人乙，關於甲丁間債之履行，如果乙有故意或過失的話，甲應該承擔乙的故意過失。而現在討論的是，乙所為的意思表示會不會拘束甲？依剛剛的分析，民法第 224 條似乎不太符合本件；或依民法第 105 條，乙是甲的代理人，而乙是代銷公司，丙銷售小姐是乙代銷公司的代理人，依剛才第 (1) 小點的分析，廣告會構成契約內容，丙是銷售小姐，很明顯，丙應該沒有被詐欺、被脅迫，但丙有無明知其事情或可得而知其事情？當初訂約時，丙對丁派發廣告單，並說除了有贈品優惠之外，還有極佳的空間規劃，則關於贈品這部分，會不會涉及到詐欺、脅迫或意思表示有瑕疵？沒有。而贈品這部分有沒有『明知其事情』？

因此，既不是民法第 224 條，亦不是民法第 105 條。乙公司是甲的代理人，丙是乙的代理人，所以，丙用乙名義所為的意思表示，在締約過程跟丁協商所為的意思表示，到最後乙用甲的名義與丁訂約，效力會及於甲，這個時候就用民法第 103 條，可能會比較好。應該要認為，丙是乙的簽約代理人，乙又以甲的名義來簽約，所以這個時候雖然契約形式上是在乙丁之間，但是丙在締約過程所為的意思表示應該要及於甲，所簽的買賣契約效力也會及於甲。本題乙對丙沒有代理權授與的明示，依民法第 224 條規定代理人或使用人是履行輔助人。

乙係甲之代理人，而丙又是乙之履行輔助人，所以，丙所為之意思表示，係代乙而為，依民法第 103 條第 1 項，當乙以甲之名義與丁訂約時，丙關於贈品與高坪效之意思表示效力即及於甲公司。

- (3) 丙所為之意思表示要拘束甲，構成契約，但甲可不可以說因為這是贈與契約，依民法第 408 條第 1 項，在權利移轉之前，欲撤銷贈與？丙是乙的履行輔助人、代理人所為之贈與意思表示亦要拘束甲。對丁而言，廚房家具和按摩浴缸是他買的，對於甲建設公司言，其代理人、履行輔助人廣告單上寫的是贈送。於解釋意思表示，預售屋買賣基本上都是上百萬的交易，是不是民法第 98 條所有之辭句寫的是贈送，那這個時候就牽涉到，如果從賣方的角度，因為廣告單是他發的，上面寫的是贈送，從買方的角度則認為雖寫贈送，但事實上是成本內涵的，如果真的要贈送的話，就只有一種（我不買預售屋，看你還要不要送我），這才是真正的贈送。廣告單之內容，應以買受人理解的角度為準，他事實上是出一筆錢去買預售屋房地以及出賣人所贈與的東西，換句話說，按摩浴缸跟廚房設備應該是有償的，非無償的。

有疑問者，係本件有無民法第 408 條第 1 項之適用？管見以為，應採否定觀點為宜，理由如下：

<1> 民法第 98 條『解釋意思表示，應探求當事人之真意，不得拘泥於所用之辭句。』，於消費關係中，解釋意思表示，應從買受人所理解系爭法律行為的意義來加以解釋，本件雖然代銷公司製發的廣告單是用『贈送』兩字，且銷售小姐丙亦說『贈品』，但應從交易相對人買受人的角度來理解系爭法律行為，應該要認為是買受人付出價金的一部份，而認為是有償的，因此，認為並無民法第 408 條所稱之適用。

<2> 退一步言，即便認為本題有民法第 408 條第 1 項之適用，這個時候，亦應斟酌民法第 408 條第 2 項立法者除外規定的價值判斷，如果履行道德上義務的話，是不適用之，而本件贈與之法律效力是由消保法第 16 條第 1 項應記載事項及不得記載事項所賦予，因此，若是為履行道德上義務之贈與，不得撤銷，但若是具有強烈保護消費者的公益色彩（如消保法第 16 條、第 17 條），依照強行法規，而賦予廣告契約效力，以保障消費者交易安全的情形，應該要認為要限縮民法第 408 條第 1 項之適用之，否則，會讓建設公司先用推案贈送贈品，而在履行時卻撤銷，此係抵觸民法第 148 條第 2 項的誠信原則，甚至構成民法第 148 條第 1 項之權利濫用。建商行使民法第 408 條第 1 項之撤銷權，但其權利之行使不得違反民法第 148 條第 1 項之公共利益，消保法第 16 條第 1 項以及第 17 條第 2 項是具有公共利益性質的強行規定，所以，違反者才會依消保法第 17 條第 2 項將廣告參考條款論為無效，因此，如果又讓建商可以在履行契約時尚未交付贈與物，可以恣意的撤銷的話，豈不是規避掉廣告參考條款。贈與人基於民法第 408 條第 1 項權利的行使，抵觸消保法第 16 條、第 17 條讓廣告具有契約效力的立法意旨，與立法意指顯相矛盾、

明顯抵觸。又民法第 148 條第 1 項『損害他人』，於磋商締約時，贈品是出賣人所據以招徠客戶的主要方式，而相對人受贈品吸引才締約，此時依民法第 408 條第 1 項撤銷贈與契約的話，認為此係以損害買受人為主要目的。

退一步言，即便建設公司可以行使民法第 408 條第 1 項贈與的撤銷權，但其贈與的撤銷權應受民法第 148 條第 1 項之限制，因此若建設公司行使民法第 408 條第 1 項的話，事實上是會抵觸民法第 148 條第 1 項之規定，故甲建設公司不得行使其贈與的撤銷權。

因為這是消費關係，關於法律行為之解釋不得拘泥於文意，於消費關係的交易相對人，當事人之間的交易地位落差更大，所以這個時候解釋意思表示應從買受人消費者所理解的法律行為，而廣告代銷公司所印製的廣告單上文意上固然是贈與或贈送，但是，這個時候應該從相對人買受人觀點，認為這個贈品應該是買賣價金對價的一部，所以，系爭法律行為係屬有償，並非無償，如果不是無償的話，就自然沒有民法第 408 條的適用。退一步言，即便依其文意認為有民法第 408 條第 1 項之適用，可是贈與撤銷權之行使亦受民法第 148 條第 1 項之限制。

故甲不得撤銷其按摩浴缸之贈與，理由：

- A. 本件根本不是贈與，從買受人角度來理解，是買賣，故甲不得撤銷。
- B. 即便是贈與，若撤銷也是權利濫用，所以不得撤銷。

(4) 關於『甲主張無故意不告知該廚房設備性能』：

民法第 411 條，原則上這東西如果是我送你的話，若有瑕疵，我不負瑕疵擔保責任，又本件沒有保證品質，所以本件就會跑到贈與人有沒有故意不告知瑕疵，原則上，贈與人不就贈與物負任何的物之瑕疵擔保責任、權利瑕疵擔保責任，則受贈人得否以物有瑕疵為由據以解除契約或損害賠償？連損害賠償都不可以，因為贈與人根本就不負任何責任。而贈與人要負物之瑕疵擔保責任的前提是，他要故意不告知瑕疵，因此，這就是為什麼甲主張此抗辯的原因。

承上所述，本件廚房設備雖名為贈與實為買賣契約，故出賣人甲縱無民法第 360 條之情形，亦應負民法第 354 條第 1 項以下物之瑕疵擔保責任，特別是仍有民法第 359 條之適用，蓋後者乃無過失責任，與出買人甲有無故意或過失無涉。

(5) <1>實務的基本立場，買受人於買賣之物交付前發現瑕疵，應該要先請求出賣人補正，要出賣人不願補正或補正無效果的時候，買受人才可以依民法第 359 條解除契約。但實務上有一判決少數見解認為，民法第 359 條是一種特別的解除權，不以買受人事先催告出賣人補正為必要。應以實務基本立場為可採，因為建設公司有補正能力，所以這個時候應該取向於民法第 493 條第 1 項之意旨，建設公司有修補能力，而在承攬契約中，承攬人亦有修補能力，既然在承攬契約中，這種債務人有修補能力的場合，立法者明示有瑕疵者，得定相當期限請求修補，不能修補或拒絕修補者，依民法第 494 條解除契約。立法者價值判斷為『修補先於解約』，而本件建設公司有修補能力，應該要貫徹此項立法意旨。

<2>因為這是在交付前發現瑕疵，此時，期限利益是屬於誰？依民法第 316 條『定有清償期者，債權人不得逾期前請求清償』，交屋前之期限利益屬於債務人甲建設公司，所以應該要讓建設公司有補正的機會，買受人要先請求補正。

<3>既然建設公司可以自己修補，其補正的成本比較低，較有利於解決紛爭，所以應該要採取實務的基本立場。本件，當丁通知甲前該情形，甲亦提出抗辯，這個時候應該要認為甲提出那些抗辯本身係表示甲不願補正。原則上，應該要先讓出賣人有補正的機會，補正應該要優先於解約，然而甲提出廣告內容僅供參考不具契約效力、撤銷按摩浴缸之贈與、無故意不告知該廚房設備性能的這些抗辯，事實上是可認為甲不願補正，所以這個時候，類推適用民法第 494 條前段之規定，債務人拒絕修補，應該要例外的認為，丁可以依民法第 359 條解除契約。

2. 我國最高法院向來對於民法 359 條解除契約如果顯失公平的話，不得解除契約，僅得減少價金，向來理解是認為瑕疵對買受人所生之損害與解除契約對出賣人之損害有失平衡，也就是說，買受人解除契約所生的損害與買受人解除契約對出賣人所生的損害兩者一起衡量，而平衡者，則認為解除契約顯失公平，這是實務上向來之見解，而實際操作上，我們可以說向來最高法院，特別是近來逐漸竟認買受人不但在專有部分可以解除契約，共用部分之瑕疵原則上也可以解除契約，而專用部分與共用部分以外的，則可能還會再斟酌一些情事而具體判斷。本件，建設公司甲未安裝按摩浴缸，應屬民法 359 條第一項後段契約預定效用之瑕疵，因為出賣人廣告是主打這個，則表示預售屋蓋出來要有按摩浴缸才符合

契約預定之效用，故此應定性為民法 359 條第一項後段之契約預定效用之瑕疵，至於德國進口之廚房設備的電熱系統，依其本質應不構成瑕疵，事實上，歐洲不炒菜而是用電熱，炒菜是亞洲的文化，歐洲無此文化習慣，因為台灣人崇洋媚外，所以建設公司說要送德國進口廚具整套或義大利進口廚具，基本上，贈送廚房設備當然沒問題，但歐洲與東方社會的飲食文化不同，歐規的廚房設備都是電熱的，而無快炒的觀念，因此，該廚房設備應該沒有瑕疵，只是建設公司應告知廚房設備是電熱系統，因為這與本地的使用習慣不同，若未告知，是否就認為這是瑕疵？可以討論之。如台中美術館附近蓋了一批價位不低的豪宅，在興建時，建設公司都是附義大利或德國進口之廚房設備，住戶搬進去以後，才發現不符其需求，但是廚房設備已整套安裝進去了，若把他弄掉，也茲事體大。

於此情形，除非建設公司是第一次送歐規廚具，但第一次送至少也要知道他的基本功能，要註明電熱系統，因為一般人不見得會知道只要是歐規的廚房設備都是電熱的，連瓦斯桶也要外裝，因此，建設公司應該要告知的，如果未告知，應該可以認為這是有瑕疵的，建設公司不能說因為東西是進口的，而進口的規格就是這樣，關於廚房設備的一些使用與本地使用習慣有重大落差時，此時建商應要註明或說明，若未註明或說明則可以認為這個是一個瑕疵。

沒有安裝的是按摩浴缸，安裝的廚房設備不符實際需要，而且建商在本題中未對廚房設備有特別的說明或註記，因此，這部分應該可以認為是民法 354 條第一項所生之瑕疵，對於按摩浴缸應認為是契約預定之效用，進口廚房設備則認為不具契約通常之效用。故，此部分之瑕疵應屬『專有部分』之瑕疵，這部分應該是可以解除契約。

更何況，按摩浴缸與廚房設備，是建商當初廣告所主打的、強調的，但卻未裝設按摩浴缸，而廚房設備不具當地類似廚房設備通常之效用，此時，解除契約不認為顯失公平。

實務對於民法 359 條但書的基本立場：原則上買受人解除契約是否顯失公平，應該要視解除契約對買受人所生之損害與解除契約對出賣人所生之損害，兩者之間若顯失平衡，則認為解除契約顯失公平。本件，無論是按摩浴缸或是廚房設備，皆是建商廣告文宣上所強調的重點，之後，按摩浴缸未予裝設，而廚房設備不具當地廚房器具之通常效用，而建商對此事先並無特別說明，所以應該認為有瑕疵。且該瑕疵是在專有部分，所以依最高法院近來見解，竟認買受人解除契約之趨勢，應該認為專有部分之瑕疵買受人得解除契約，並不顯失公平。故，丁對甲依民法 359 條於交屋前解除契約，應有其理由。

(二)(承上題)甲請求丁按期支付價金，詎料丁拒不給付，甲於定相當期限催告丁履行未果後，對丁主張依約定沒收其已繳之價金，充作懲罰性違約金。甲之主張是否有理？

1. 我國實務上向來認為出賣人負有給付無瑕疵物之義務，今出賣人甲所給付之物有瑕疵（為裝設浴缸、電爐無法快速增溫，而欠缺契約預定效用），買受人可以拒絕受領標的物並拒絕支付價金，換言之，當出賣人給付有瑕疵之物，應認為此時出賣人所為之提出並不符合民法 235 條前段的債之本旨，乃未依債之本旨而為給付，買受人得拒絕受領，並依民法 264 條主張同時履行抗辯。出賣人所為有瑕疵之物之給付應認為不符合民法 235 條前段依債之本旨提出給付，買受人自得拒絕受領，並依民法 264 主張同時履行抗辯。本件甲已不願修補，應讓買受人得主張拒付價金並解除契約，其拒付價金即在行使其同時履行抗辯權。
2. 退一步言，即便認為買受人丁之解除契約因為沒有事先催告出賣人補正或是因為民法 359 條但書認為解除契約顯失公平而不得解除契約，此時，出賣人甲以丁給付價金遲延為由沒收全部已經繳的價金充作懲罰性違約金，亦有依民法 252 條酌減之餘地，法院亦應依民法 252 條審酌違約金是否過高而減至相當之數額。
3. 事實上，違約金過高酌減只有在『非消費關係』，在『消費關係』一方為消費者他方為企業經營者，若違約金過高，該違約金條款是無效。而本件是消費關係，因此，該條款根本就是無效。
4. 然管見以為，本件，買受人丁是消費者，甲是建設公司是企業經營者，甲丁之間的預售屋買賣契約應為消保法第 2 條第 7 款所稱之定型化契約，倘若如是，建設公司在定型化預售屋買賣契約裡面約定買受人一有給付遲延之情事，即沒收其已繳之全部價金充作懲罰性違約金之約定，應認為明顯違反消保法施行細則第 14 條第 3 款，故該當違反平等互惠原則，所以應認為抵觸消保法第 12 條第 1 款違反平等互惠原則，而推定顯失公平，無效。因此，建商自不得援引無效的定型化契約條款來沒收買方已繳之價金，故甲之主張無理由。

第三章、計畫執行實錄

壹、教學改進計畫會議暨研討會記錄

【第一次內部會議記錄】

時間：2007年9月20日 星期四 15:00~17:00

地點：玄奘大學法律系研討室

出席者：曾品傑 助理教授（東海大學法律系）

張哲源 助理教授（玄奘大學法律系）

本次會議內容：

一、 此次會議係針對教育部補助法律專業教育改革計畫之「民事法原理之重要判決選讀」為議題設定。經過討論，首先關於議題設定有三大主要方向，其分別為：

1. 關於法定債之關係
2. 關於意定債之關係
3. 關於損害賠償法

二、 針對上述三大主要方向，再細分出各子議題，其說明如下。

1. 『關於法定債之關係』部分，又再細分為四項議題，分別是：
 - A. 表見代理
 - B. 僱用人侵權責任、法人侵權責任與連帶債務
 - C. 商品責任
 - D. 服務責任
2. 『關於意定債之關係』部分，針對契約之成立、契約之生效與債務不履行，可再細分為七項議題，內容為：
 - A. 契約之成立（一）：意思表示之解釋與表示錯誤
 - B. 契約之成立（二）：緘默詐欺與資訊提供義務
 - C. 契約之生效：附合契約之內容控制
 - D. 債務不履行（一）：給付不能（代償請求權）
 - E. 債務不履行（二）：給付遲延（期前違約）
 - F. 債務不履行（三）：附隨義務之違反、從給付義務之違反、主給付義務之違反與不完全給付
 - G. 債務不履行（四）：不完全給付與物之瑕疵擔保』
3. 『關於損害賠償法』部分之，提出：

A. 回復原狀與損害賠償之範圍

三、 經過幾番討論與篩選，共計提出十二項之議題，

1. 由曾品傑助理教授從中選擇五項議題：

- A. 商品責任
- B. 服務責任
- C. 契約之成立（二）：緘默詐欺與資訊提供義務
- D. 契約之生效：附合契約之內容控制
- E. 債務不履行（四）：不完全給付與物之瑕疵擔保

2. 由張哲源助理教授就下列四項議題中，擇其三作為本計畫討論之議題。

- A. 表見代理
- B. 僱用人侵權責任、法人侵權責任與連帶債務
- C. 契約之成立（一）：意思表示之解釋與表示錯誤
- D. 債務不履行（四）：不完全給付與物之瑕疵擔保

四、 下次開會時間地點，經與會人士決議通過，第二次會議時間為九十六年十月二十二日中午十二時於東海大學之 IBA 餐廳，就以上選擇之議題為進一步之討論。

【第二次內部會議記錄】

時間：2007年10月22日 星期一

地點：東海大學 良鑑廳 / 東海大學 IBA 餐廳

出席者：曾品傑 助理教授（東海大學法律系）

張哲源 助理教授（玄奘大學法律系）

本次會議內容：

一、

9:00~9:40 教學示範（曾品傑助理教授）

【論預售屋買受人於危險移轉前發現瑕疵之權力救濟-最高法院相關判決評釋】

報告台灣最高法院關於預售屋物之瑕疵擔保之實務判決發展，我選擇報告的焦點是在特別探討預售屋買受人於交屋前發現房地有瑕疵時，其權利救濟問題。此為實務上有關於預售屋買賣之訴訟上最核心的問題。因此，以下就問題之提出，再特別針對報告之焦點鎖定在物之瑕疵擔保責任於物之交付前之適用的問題來報告。

首先，關於問題之提出，預售屋買賣訴訟，可以說高居台灣不動產交易紛爭之首，在一九九〇年代之前，預售屋之實務問題，基本上係不實廣告，因此，無論理論或實務，在台灣探討的是廣告契約之效力，該廣告到底是邀約或邀約引誘的問題，自從台灣之消保法與公平法頒佈施行後，此問題在法律上就有比較明確的規範，自九〇年代以降，在實務上一個典型的爭議，就是預售屋之買受人在訂立買賣契約之後，在建設公司興建完工交屋之前，買受人到工地現場去看，一旦發現其所訂購之房地有瑕疵，買受人會請求建商改善、修補，但有時建商會置之不理，此時該買受人就會主張拒付價金之餘款，則建商主張買受人未按約定日期給付款項，經定期催告後，依買賣契約規定「若給付價金遲延則建商將沒收所有已給付之價金，作為懲罰性之違約金」。

關於預售屋之法制規範，我國民法買賣法上有一基本規定，但其不是特別針對預售屋，1999年以後，我國民法增訂不完全給付之制度，所以對這個問題的澄清也有貢獻，於1999年我國民法增訂不完全給付此債務不履行獨立之類型以前，關於債務不履行一直是委諸實務與學說上之協力來填補這個空缺，一個非常典型的例子就是最高法院77年度第七次民事庭會議，此決議係針對買賣標的物已經交付的例子表示其法律見解，在此決議中提到不完全給付和物之瑕疵擔保競合的問題，這也是我國目前實務上判決幾乎皆引用這個決議。然而，這個決議基本上係針對買賣標的物已交付之情況，而我們欲探討之問題為已經發現房地有瑕疵的買受人在交屋前，可以主張什麼權利的問題，因此，可以講說從這一號決議並無法直接提供預售屋實務上典型問題之解答。所以，為了因應這樣的需求，可觀察出，這是在法制規範上一個不太明確的地方，當然在1999年之後，此問題

可以用不完全給付來解決，但是，物之瑕疵擔保責任可以說是買賣法上的基本規定，而此基本規定如果在交屋前若都不能有所適用或類推適用，則對買受人權益之保護似有未周。因此，以下談到從七十七年以後，最高法院開始透過判決，也就是法官造法來填補這段法制的空缺，換言之，本日報告之主題，民法三百五十四條以下之物之瑕疵擔保責任，其本來係在規範交付後的責任問題，然本日係探討交付前的物之瑕疵擔保責任有無適用之問題，可以說我國最高法院是透過法官造法的方式來逐漸處理這個問題，因此，本文今天就以此為題來向各位提出報告。

法官將本來應該適用在物之交付之後的物之瑕疵擔保責任提前適用在交屋前，其法律實益在於讓已經發現瑕疵之買受人，可以在交屋之前向建設公司依不完全給付，不完全給付因為有舉證責任倒置之利益，因此，基本上是一種推定過失責任的一個不完全給付以及無過失責任的物之瑕疵擔保責任請求救濟，法官造法的實益在於買受人除了可以依不完全給付之規定外，還可以依無過失責任的物之瑕疵擔保責任來向建設公司主張權利。

本文所要解決的具體問題，到底在符合怎麼要件之下，我國最高法院將原本適用於交付以後的物之瑕疵擔保責任提前適用在出賣人於交付前負物之瑕疵擔保責任，在哪些要件下，特定物之出賣人應就尚未交付之瑕疵物對買受人負物之瑕疵擔保責任，在預售屋交付前已經發現瑕疵的買受人在擔保責任上有何權利可之主張？買受人可否不請求出賣人修補瑕疵或補正而直接解除契約？預售屋在交易實務上，所碰到的常見問題是坪數不足的問題，關於坪數不足的問題，實務上通常會有互相找補條款，而這個互相找補條款是否是民法三百五十九條減少價金之具體化的規定？如果是，是否須受到民法三百六十五條法定行使期間之限制短期時效的問題？所以本文之目的在嘗試對於這些實務問題提供可能的思考方向。

第二部份，開始說明實務上最高法院如何將物之瑕疵擔保責任適用在危險移轉前、適用在交付之前。

在 86 年度台上字第 2808 號判決中，法院之見解為，民法第三百五十四條有關物之瑕疵擔保規定，原則上固於危險移轉後始有適用，但出賣人既有給付無瑕疵物之義務，買受人亦有拒絕受領瑕疵物之權利，在特定物之買賣，該為買賣標的物於危險移轉前，倘已有明顯之瑕疵，如經買受人催告出賣人補正，出賣人仍不為補正時，應解為買受人得拒絕給付相當之價金，以免往後之法律關係趨於複雜，損及買受人之權益。在此，提到兩個很重要的觀念，第一個是出賣人負有給付無瑕疵物之義務。於實務上提出這個觀點，對學說造成很大的衝擊，因為我國通說基本上是認為出賣人僅有給付與約定具有同一性之物，大部分學者似乎採取瑕疵擔保對價均衡說的觀點，因此，這個判決一出來，出賣人負有給付無瑕疵物之義務，而無瑕疵之物的義務在我國法上，特別是在我國民法三百五十四條以下，應該如何去理解，從民法三百五十四條但書審視給付無瑕疵之物的概念，雖然此判決並沒有講說出賣人到底是基於不完全給付的法律關係還是基於物之瑕疵擔保的法律關係是負有給付無瑕疵之物的義務，但是從這個判決的事實來看，

事實上買受人是主張瑕疵擔保責任，換句話說，買受人主張物之瑕疵擔保責任，所以，我們可以說這個判決大概是第一個實務開始承認物之瑕疵擔保責任於危險移轉前交付之前適用的一個實務見解。我國民法第三百五十四條第一項但書指出若該瑕疵是無關緊要的話，不得視為瑕疵，所以，最高法院雖然說出賣人具有給付無瑕疵物之義務，但這個瑕疵的概念應該要參照民法第三百五十四條第一項但書認為物之價值與效用減少的程度無關緊要者，不得視為瑕疵，以尊重立法者透過界定瑕疵概念來決定權利歸屬的價值判斷。上述最高法院之見解係刊登在最高法院民事裁判書彙編第 29 期。我國法上很多判例係從很多判決之中挑一些裁判要領，刊登在最高法院民事裁判書彙編，然後在從中挑出一些特別具有法律價值的判決刊登在司法院公報，所以，判例是從司法院公報公布的判決中再去擷取要旨成為判例。故這篇判決既然被刊登在最高法院民事裁判書彙編，則代表實務上開始要遵循此一基本立場。

而另一判決，86 年度台上字第 3407 號判決又更加確立了此一見解，此判決係涉及到一個精品商場攤位之預售買賣，在交付之前，買受人發現攤位面積狹小，放置貨架後根本沒有空間可以轉圈，所以依民法三百五十九條解除契約，提前在交付攤位之前就提前解除契約，對此，最高法院說道：『按有關瑕疵擔保之規定，原則上於危險移轉後，始有其適用，惟於危險移轉前，買受人已發現標的物有瑕疵，倘出賣人無法提出無瑕疵之物，或擔保除去該瑕疵後為給付，買受人亦有拒絕受領瑕疵物之權利，並得解除契約。』原審法院任為，建商尚未將係爭攤位交付給買受人，所以買受人不得主張物之無瑕疵擔保責任，而最高法院則廢棄此一見解，發回更審。所以，自此為止，最高法院確立了出賣特定物之人在交付無瑕疵之物之前，於滿足一定要件之下，買受人是可以提前主張物之瑕疵擔保責任。而此一判決，也被選為最高法院民事庭所製作具有參考價值之裁判要旨。

以上這兩號判決，都是一個指標性的判決，皆被刻意的公布、被刻意的收錄，之後，實務上的見解依循這樣的立場。

究竟，最高法院在什麼要件下承認物之瑕疵擔保責任在交屋前也有適用，所以接下來所要報告的是，提前適用物之瑕疵擔保的適用要件，主要有兩個要件。第一個是買受人發現瑕疵並即通知出賣人，第二個是出賣人不於除去該瑕疵後為給付。

關於第一個適用之要件，見 95 年度台上字第 2192 號判決，此號判決指出『有關瑕疵擔保之規定，原則上於危險移轉後，始有適用，但在危險移轉前，買受人已發覺其物有瑕疵，倘出賣人無法提出無瑕疵物，或擔保除去該瑕疵後給付，則買受人亦有拒絕受領瑕疵物之權利，並解除契約…』這個要件應該是很清楚的，再搭配本來的物之瑕疵擔保責任本來就有的規定，於民法三百五十六條第一項後段『買受人如發現有應由出賣人負擔保責任之瑕疵時，應即通知出賣人』，所以我們可以講說，在交屋前發現物之瑕疵之買受人，應該當然要馬上通知出賣人，這個要件是沒有什麼問題的。

第二個要件是關於『出賣人不於除去該瑕疵後為給付』，95 年度台上字第 39

號判決，提到，所謂出賣人不於除去該瑕疵後為給付，基本上包含三種情形，一種是物之瑕疵在客觀上不能修補，或是雖然可以客觀上修補而出賣人主觀上表示不願意為之，以及客觀上能修補、買受人也願修補、但可能一些情況導致仍無法除去該瑕疵的三種情況。關於前兩種情況，可以看 95 年度台上字第 39 號『在特定物之買賣，依法律規範之目的，物之瑕疵不能修補，或雖能修補而出賣人表示不願為之者，應認為在危險移轉前買受人即得行使擔保請求權，並得拒絕給付相當之價金，以免往後之法律關係趨於複雜，損及買受人之權益。』。而在擔保除去該瑕疵後為給付，不以出賣人去可歸責之事由為必要，可舉最高法院 92 年度台上字第 2129 號判決，作為例證，此判決事實係買受人向建設公司買一個可以經營小吃店的地下室美食街廣場的攤位，係爭房地是在台中，買受人於建物施工將要完成時，到現場去看，於交付前發現其所購買之攤位無法供應其經營熱食之小吃店，可能是電或其他設計有問題，因此是可以經營小吃店但無法經營熱食，所以買受人向建商要求補正，在建商補正之前，係爭大樓因為九二一地震，被台中市政府列為危險建築，所以應該要拆除，而地下室美食廣場也預定拆除，本來是技術上可以補正的案例轉換為不能補正的，即便在此案例就算該不能補正，因為市政府或建管法規說應該要全部拆除，該不能補正係屬不可歸責於出賣人之事由，但此時出賣人仍應負擔擔保責任，因為擔保責任本來就是無過失責任，不以出賣人有可歸責之事由為必要。

在符合這兩個要件下，一旦，特定物之買受人於交付前發現瑕疵並立即通知出賣人，而且出賣人不於除去該瑕疵後為給付，此時，買受人有何權利可之主張？理論上，會有民法三百五十九條解除契約減少價金，以及民法三百六十條出賣人保證品質或故意不告知瑕疵，而預售屋係特定物買賣，不會有民法三百六十四條種類之債的問題，在實務上，在交屋之前主張民法三百六十條的案例非常少，可是實務上又創設了一個補正的機制，補正是狹義的買賣法上所沒有的法律效果，所以，以下就從請求修補瑕疵、拒絕給付價金拒絕給付標的物、主張解除契約、請求減少價金，此四個在實務上比較重要的法律效果向各位報告。

買受人在交屋前行使物之瑕疵擔保請求權，『要求出賣人補正』是不是一個前提要件？實務上基本態度是採肯定見解，買受人應先請求出賣人補正，也就是說請求補正不僅僅是買受人的權利，而且要先請求補正才會有物之瑕疵擔保責任後面的法律效果可主張，可是，近來最高法院 95 年度台上字第 2192 號判決指出『按買賣因物有瑕疵，而出賣人應負擔擔保之責者，除有顯失公平之情形外，買受人得解除契約，民法第三百五十九條規定甚明。買受人此項解除權，為特殊的法定解除權，無待於催告出賣人先行修補瑕疵，即得行使。』此案例事實是針對買受人交屋前的權利主張，民法第三百五十九條是一個特殊的法定解除權，無待於催告出賣人先行修補瑕疵，即得行使。所以，近來最高法院有這樣一個見解，從這樣的見解，我們可以講說他似乎是比較傾向買受人的利益。此外，另一判決是關於預售屋買賣，其增建樓層導致買受人土地應有部分之持份減少，因為持份減少是不能補正的情況，所以買受人就要求解除契約，此號判決之原審認為『買受人

所減少之土地應有部分予以扣減土地價金，即可彌補買受人之損失，出賣人所給付之係爭土地應有部分短少之瑕疵即難認為不能補正，買受人未定期催告出賣人補正，逕行主張解除契約，於法未合云云，是否允當，非無可疑』換言之，最高法院針砭原審關於買受人未定期催告補正，其解除契約於法未合的見解，並據此作為廢棄原判決的一項理由，而發回更審。此判決是傾向於認為買受人之擔保請求權與修補瑕疵的請求權，係各自獨立的救濟途徑，因此在權利行使上，沒有先後之分亦無輕重緩急之別。

本文基本上是以認為買受人在交付之前行使物之瑕疵擔保請求權，應該是以先請求補正為必要。第一個論點是基於因為預售屋買賣，預售房地之出賣人是負有施工建造技術之專業建商，在這種債務人具備修補能力的場合，應該要斟酌民法之承攬規定，承攬人具有專業能力、修補能力，如民法四百九十三條以下關於承攬契約物之瑕疵擔保責任之旨趣來定位補正的機制，而其立法理由中提到『工作有瑕疵，定作人不得遽行請求解除契約或減少報酬，應使其向承攬人請求修補瑕疵』所以，此一立法者針對有修補技能之債務人的法律關係，所作之債權人應先請求補正的價值決定，在預售屋的情況應該要貫徹此一價值決定，但若建商未在買受人所訂相當期限修補的話，買受人得依民法二百一十三條第三項請求修補瑕疵的必要費用以代補正，至於買受人是自己修補或第三人修補，在所不問。第二個論點，雖然買受人在交屋前已經發現瑕疵，但是民法三百五十四條第一項前段是以危險移轉、已交付，而民法三百一十六條危險移轉前的期限利益應該歸屬於出賣人，所以應該要讓出賣人在危險移轉前有除去物之瑕疵的機會，以維護債務人的正當權利，因此，本文認為以買受人請求補正修補瑕疵作為物之瑕疵擔保請求權的前提，比較能平衡兼顧建設公司與買受人之間的利益狀態。第三個理由，在一般的情況，由有施工建造能力的專業建商來修補房地瑕疵，應該是成本比較低的，除非雙方對於瑕疵的認知差異過大，否則在制度設計上，應該要賦予有能力以較低成本除去瑕疵的補正機會，而在制度的設計或運轉上，應該是比較有效率的。以上是請求修補瑕疵的法律效果。

其次是有關『拒絕給付價金』。拒絕給付價金與拒絕給付標的物通常是一體兩面。為什麼在交屋之前，可以拒絕給付價金？按實務見解，預售屋之出賣人負有給付無瑕疵之物的義務，出賣人於物之交付時，若為不合債務本旨之瑕疵物的提出給付，依民法二百三十五條前段，本來就不會發生提出的效力，此時出賣人若是提出不合債務本旨之物，在交付時買受人可以援引民法兩百六十四條第一項，主張同時履行抗辯，拒付價金。然而，買受人在交付前，發現雖然尚未提出但已不合債務本旨之瑕疵物，當然更得於出賣人除去該瑕疵前，拒絕給付價金，因為尚未提出而瑕疵已經存在，而瑕疵已不符合債務本旨，經查最高法院 91 年度台上字第 1315 號判決，原審曾就預售屋買受人所提出關於在建商交付無瑕疵之房屋或地下室停車位之前，可以行使同時履行抗辯權，拒絕給付價金的主張二審法院認為不可採，但最高法院指摘原審見解，顯有可議，故廢棄原判，發回更審。而買受人得拒絕給付價金是拒絕給付價金之全部或是拒絕給付相當於修補費

用之價金？依吾人所信，實務上肯認，出賣人負有給付無瑕疵之物的觀點下，買受人得於出賣人除去物之瑕疵以前，拒絕尚未繳付之餘款的全部價金。與此相反的看法，如果認為只能拒絕與修補瑕疵相當之價金，是有害於買受人為對待給付的意願，就降低建設公司修補物之瑕疵代為給付的意願。

第三個法律效果『主張解除契約』。預售屋買賣契約中，一定會規定一類似條文『如果違反本契約的任何一個條款或某一條款，當事人得解除契約』，此係意定解除權，而意定解除權是否有民法三百五十九條但書之適用？即如果解除契約顯施公平者，不得解除契約。早期的看法認為意定解除權與法定解除權不同，所以，意定解除權沒有民法三百五十九條但書的適用。例如 91 年度台上字第 1668 號判決，涉及管道配置與契約附件不符、十二人份電梯變成僅九人份電梯等瑕疵，實務上是從保護定型化契約相對人的角度，也就是說，契約是建商擬的，所以要保護買受人，容認買受人於行使意定解除權時，無須考慮瑕疵是否重大之情事，因此本案之買受人是可以解除契約的。惟晚近最高法院 96 年度台上字第 1394 號判決，買受人的專有部分沒有問題，但買受人多受分配二坪之共用部分，而欲解除契約，買受人根據意定解除權解除契約，最高法院在此說行使意定解除權也要受到誠信原則的規制，應該要考慮據以解約的瑕疵是否重大，並認為買受人多承擔二坪，其瑕疵不算重大，因此不得解約，僅得請求減少價金。所以，今後買受人行使意定解除權，即便實務上不直接援引民法第三百五十九條但書的限制，但是透過誠信原則之權利社會化的理念，事實上效果沒有不同。如果做一個整理的話，會發現實務上對於預售屋專有部分的瑕疵解約之認定是比較寬鬆的，而就共用部分的瑕疵解約之認定就比較嚴格，如果又牽涉到周遭環境、商圈人潮的外部因素這些陳述不實的話，買受人可否意定解除契約，則要受到更嚴格的審查。解除契約是否顯失公平之審酌因素，實務上認為要比較解除契約對買受人的損害以及解除契約對於出賣人所生的損害兩者間是否有衡平，主要提出要考慮買受人的合理期待，舉最高法院 92 年度台上字第 2745 號判決來印證這樣的立場。

最後的一個法律效果，係買受人可以主張『請求減少價金』。請求減少價金會跟實務上互相找補條款牽連在一起，互相找補條款如：『兩造關於交付建物不足買賣契約約定之面積時，依兩造買賣契約…約定，倘面積誤差增減百分之一容許範圍內，互不增減價款，如增減差額超過百分之一時，就超過或不足部分，依契約之平均單價比例計算，互相找回或補足價款』，而互相找補條款是否為民法大三百五十九條減少價金之具體化規定？如果是的話，是否有適用民法三百六十五條物之瑕疵擔保責任的短期時效？最高法院 91 年度台上字第 2042 號判決提到『此種相互找補之約定，其性質顯與物之瑕疵之價金減少請求權，屬出賣人應付之法定責任者不同。建商辯稱買受人之請求權，以罹六個月之時效，不得行使云云，非屬可採。』此判決很明顯去分別互不找補條款請求權基於契約約定與價金減少請求權是基於法律規定，當事人當然可以用契約約定來就減少價金之計算方式予以約定，但該約定並不因此讓該約定適用擔保責任之法定期間。這樣的實務見解，應該是可採的。

二、

9:40~10:00 教學講評（張哲源助理教授）

以上之教學示範，最大的重點就是把我國民法二百二十七條不完全給付的概念來看瑕疵品可否在危險移轉前主張，這第一個論點，最終也提出既然一般來講瑕疵的請求權、解約、減少價金、損害賠償，還有補正的權利，是不是一旦發現有瑕疵之後於危險移轉前可以請求所有的或是有先後次序，這當然牽涉到所謂合理的問題。此為曾老師在此報告的兩個最大的重點。

不完全給付的概念，從傳統上來講，可分成所謂的買賣契約的標的物本身是有為不完全的給付，亦即標的物的缺損。德國法上認為，在這個狀況之下是與瑕疵擔保才會產生，在德國法上問題較不大，是學說而已，學說的補充待法規無法適用時，才會適用學說

從德國法架構來看，若無法從瑕疵擔保請求權中之找到適用，才會再適用不完全給付之規定，可是我國法在修正時，接受了此一概念，制訂民法二百二十七條，如此的確會產生這樣的問題，究竟到底要先適用物之瑕疵擔保還是先適用不完全給付？從架構上來講，不完全給付以可歸責為要件，而瑕疵擔保原則上不以可歸責為要件，特別是在買賣法與承攬契約。是不是可以就此瑕疵擔保是特別法的規定，根據特別法優於普通法原則，而直接先適用瑕疵擔保？在我國學者來講，很多人主張如此，但仍有少部分老師認為應該是請求權規範基礎。

不完全給付第二個是所謂的附隨義務的違反，舉凡告知、說明、通知等等，這些義務，法律上認為可以請求損害賠償。

第三個則是民法二百二十七條第二項之規定之加害給付。

因此，簡單來講，不完全給付在我國法上架構有三個。

1. 主契約不為完全之給付
2. 附隨義務之違反
3. 加害給付

而本篇著重在第一點，認為瑕疵擔保是不完全給付特殊的規定。本文問題之提出是從最高法院對於預售屋等等相同類型的契約為出發，在買賣法中的確會出現一個問題，那就是說從法律的架構上來看，危險移轉於本身瑕疵擔保之規定，基本上，民法三百五十四條規定是在買賣物品交付之後才可以行使，根據民法三百五十九條、民法三百六十條、民法三百六十四條的解除契約減少價金或另行交付無瑕疵之物，在預售屋中會發生問題，因為預售屋之買受人於交屋之前發現瑕疵，是不是讓買受人在當時就可以直接行使權利而不須待交屋之後，可以節省訴訟或有經濟上之節省。這是第一個缺點。

第二個缺點，這可能是當初立法者沒有想到的地方。因為當初買賣法的設計是說，一個成品交付予買受人之前，其製造並不如建築房屋複雜的建造工作。其次，買賣法中到底有沒有所謂的補正權？買賣契約的設計上，出賣人本身並不製

造該物品，出賣人應無補正權，應該只有物之瑕疵擔保、主張同時履行抗辯、不受領標的物，或是根據民法二百三十五條物品若有瑕疵，不合債物本旨而為提出時，認為可以拒絕受領，不會造成受領遲延。最高法院也發現預售屋此一問題，利用法官造法的方式，直接認為在這種情況之下，是屬於買賣契約的特殊的方式，買賣既然可以在事前發現，為何不可以讓他在事前有救濟之手段？因此，這也為本篇重要思考方向。

除了最高法院所探討的買賣契約可不可以在危險移轉之前就行使其權利。從承攬契約觀之，既然在契約上也有類似於關於承攬之規定，關於承攬之規定可以行使補正的機制，似乎在買賣契約上行使補正權好像也沒有什麼錯。

預售屋契約是不是可以把他當成是一個混合契約，也就是說，是一個買賣與一個承攬的混合契約，如果可以的話，是不是可以直接適用民法四百九十三條以下關於承攬之規定，而民法四百九十五條是規定承攬契約瑕疵擔保責任，民法四百九十三條沒有明訂在危險移轉之後才可以行使補正（從文意上來看），在民法四百九十四條、民法四百九十五條其立法目的似乎一定要物已交付才可適用。到底是從文意解釋抑或是從體系解釋來看？如果照法律體系來看，文意解釋優先於體系解釋，似乎可以把補正權直接適用在預售屋契約，在危險移轉之前可以要求補正。在承攬契約，物標的物尚未交付之前，有所謂的解約權，這方面曾老師可以再多多發揮。

從條文的結構上來看，最高法院並沒有注意到這一點，是不是可以把預售屋契約直接認定為承攬契約再加上買賣的混合契約，也不會妨害買受人行使買賣契約的規定，根據民法三百四十七條，在買賣契約以外的其他有償契約只要不違反買賣契約規定，也可以行使、準用有關於買賣契約的規定。

這些就是關於曾老師所報告提出於危險移轉之前買受人可不可以主張，還有在什麼情況下可以行使其請求權，以及補正權之行使，我個人也認為這是比較合理的，因為，至少承攬人辛辛苦苦做了這麼多事是需要先給他一個補正的機會，如果萬一真的不能補正，再來考慮解約、減少價金、損害賠償的問題，從立法機制來講，基本上是符合比例原則。

三、計畫執行會議 12:00 ~ 13:30

1. 各自督促教材撰寫之進度，並確認計畫執行之進度。
2. 應於一週內選定教學助理之人選，並回報曾禾里助教。

四、下次開會地點：

下次曾品傑助理教授與張哲源助理教授將於民國九十六年十一月十日(星期六)於國立中興大學圖書館大樓六樓第二會議廳參與教育部補助法律專業教育改革計畫中南區B組期中報告會議，報告關於『民事法原理之重要判決選讀』之計畫進度內容。

【第三次內部會議記錄】

時間：2007年11月10日 星期六 16:30 ~ 17:30

地點：國立中興大學財經法律學系討論室

出席者：曾品傑 助理教授（東海大學法律系）

張哲源 助理教授（玄奘大學法律系）

本次會議內容：

一、針對2007年11月10日星期六下午之教育部補助法律專業教育改革計畫中南區B組織期中報告會議，與會人士對本計畫所提問題之回應。

1. 為何本計畫要選擇最高法院之重要判決？

以實務判決作為法學論證之工具，建構本土民事法學之理論，並適度評估實務見解論適用法律之妥當性，故將以與本計畫單元有關之案例做為教材內容。

2. 我國案例之選擇，以下列標準為之：

- A. 司法院法學資料檢索系統『判解函示』中，收錄『最高法院民事裁判書彙編』內的案例，以及每期刊載於『司法院公報』之與本計畫有關的民事判決，作為最優先取材的對象。
- B. 與本計畫單元有關之台灣高等法院台中分院、台中地方法院之重要判決，涉及區域性交易習慣或法律問題者，亦予優先採擷。
- C. 與本計畫單元有關之時事案例，有助於引起學生學習興趣者，亦考慮編入教材。

3. 主持人與協同主持人內部如何協商並選出判決？

- A. 透過大量的閱讀判決，發現最高法院於數判決中表達其相同之見解，並一再重申其見解，此即代表實務的立場與看法。該實務見解係至少在最高法院重要判決中出現四次以上者，始被本計畫所採擷。
- B. 最高法院重要判決之實務見解中未表達其一致之立場，從而無法得知最高法院之判斷標準；或最高法院重要判決僅揭示性的表示其見解，但其理由交代簡略，則本計畫將選擇其中最具代表性之重要判決。

二、決議事項

1. 決議 2008 年 12 月 17 日週一下午三點，假東海大學社科院 SS524 會議室，召開 12 月份之第四次會議，並邀請臺灣大學法律學院黃茂榮教授、法國馬賽大學 Claude BOUCHARD 教授、以及金邦貴教授演講我國與法國法學教育之改革，彼此交流教學經驗。
2. 請協同主持人與主持人彼此督導計畫之進度，並暫訂於 2008 年 1 月 19 日星期六上午舉辦本計畫之『期末教學成果發表會』，且決議邀請國立中正大學法律系廖蕙玟教授擔任發表會之主持人。
3. 『期末教學成果發表會』當天，主持人與協同主持人將各自選擇本計畫其一之議題於會中報告。發表會之行程，請見下表。

時間	主題	報告人
08:00~10:00	案例教學法之理論與實際	計畫主持人 曾品傑 教授
10:00~10:50	最高法院之重要案例研討	協同主持人 張哲源 教授
11:00~11:50	案例教學與判決評釋	計畫主持人 曾品傑 教授

「法國私法之回顧與前瞻」國際學術研討會

時間：2008年3月3日（星期一）

地點：東海大學進修部波錠廳

主辦單位：東海大學法律系

第一場次：法國民法兩百年來之發展暨其挑戰

主持人：溫豐文 院長（東海大學社科院）

演講人：André LUCAS 教授（法國南特大法學院、法國 Litec 民法典主編、
法國政府著作權高級委員會委員、歐盟執委會智慧財產權法專家）

與談人：林恩璋 博士（法國史堡大學法學院博士、律師）

吳秦雯 博士（台灣大學法學院博士後研究）

翻譯人：曾品傑 助理教授（東海大學法律系）

一、前言：

1804年法國拿破崙民法典，超越世界的民法典二個理由：

- 1、十八世紀是強國征服多數國家，例如比利時、荷蘭。
- 2、民法是科學，是可推理的，在加拿大魁北克例如拉丁美洲的墨西哥，另一部是德國民法典，1900年公佈實施，日本及台灣受其影響。

介紹法國民法：

1、從何而來？

法國與英國是歐洲古老國家，法國獨立 1000 年，各地諸侯占據，統一法律要很長時間，在 1789 年法國大革命重要的之前由諸侯管理領地。

2、欲往何去？

拿破崙在 1789 年之後的 15 年內統一法國，他在政治上的強烈企圖，就是統一民法典。他回顧一生說道：「民法典會永垂不朽」。他不是法律出生，但組成法律團隊，其中波塔里是領導團隊者。

二、民法典之特色：

- 1、民法典共有 2283 條，立法風格傾向實用，相對於德國民法之邏輯、抽象、演繹是不同的。
- 2、並不針對細節，而交由法官自由裁量，是故意的規定大規則，次要是交由法官斟酌。
- 3、是一部折衷的民法，在 1804 年前法國各地法規不一，民法典的目的在統一民法適用。

首先介紹跟人有關之法律，其建構基礎在 1789 年人權宣言之自由平等上，但在民事上之自由平等並未被推到極致，例如已婚之婦女的人權。

例一：

十九世紀的丈夫為家庭一家之主，民法典是將宗教與法律分開，以宗教之名義結婚無法律效力，要到地方機關辦理結婚登記才有法律效力。1804 年也創設離婚制度，因為當時的宗教不允許離婚，而拿破崙結婚後並無兒女繼承他的事業。

例二：

在父母子女關係上區別對待婚生子女以及非婚生子女之權利義務在物權最受為所有權，民法第 544 條：「所有權在不違反法律限制範圍內，得絕對自由處分收益所有物」。

三、債法：

契約及債務不履行，其條文並不多，只規範五大原則：

1. 私法自治原則：其法律基礎在人可自由刑為前提之下。
2. 契約拘束力原則：民法第 1134 條第一項：「合法成立之契約得拘束當事人」。
3. 契約自由原則：當事人得自由決定契約內容，但不得違反善良風俗。
4. 諾成合意原則：契約效力取決於當事人之意思，不拘束書面或其他形式。
5. 契約效力相對性原則：不會對當事人以外的人發生效力。

侵權行為損害賠償只有 5 個條文，建立在過錯之基礎，只要有過失就要賠償。民法第 1382 條：「所有不法侵害他人權利，行為人有過錯者負損害賠償責任」。本條條文過於抽象使法國人無法理解。英國有許多判決先例，不像法國有普通效力。

以上所述為拿破崙民法典從何而來，接下來講的是欲往何去？

法國人自傲其民法典如同巴黎鐵塔以及凡爾賽宮，是法國的重要資產但並非是古董，也曾對其修正重要之草案，不過沒有全面性的翻新，而只對特定權利例如人之身分法的權利義務；而物權、債法則修正較少，不過目前債法有個重要法案在推動。

拿破崙法典為何身分法改最多？

因為法律會隨道德而改變，例如 1964 年之改革法案，指導原則為法律不能與社會脫節，要從社會的角度改革，其一為性別平等，另一為父母子女對婚生子女與非婚生子女之平等。性別平等：夫之權利不在優先於妻，且家務管理為平等；父母子女對婚生子女與非婚生子女之平等：婚生子女與非婚生子女之權利平等。在家庭法之領域也承諾兩願離婚，目前修正不用去法院辦理，這以經超出拿破崙當時的預期。物權則幾乎沒變，但並非沒發展，而是體現在特別法上而獨立在民法之外，一方面觀察所有權在 1804 年為絕對所有權但目前已受許多限制，例如不動產所有權人受建築法規限制，不可隨意蓋屋，這在城市與鄉村均是如此。例如法國西部法令有考量顏色。目前也受環境法規限制，另外對物權所有權限制不得隨意開採。拿破崙以前之重點在不動產，而動產是沒有價值的，但十九世紀後動產價值提升。另一方面是無體財產權的發展，例如商標權。因此物權看來並無太大變動，但實際上債法改變也是受特別法之影響。

例如侵權行為是被害人要證明加害人有過失才能要求賠償，但十九世紀後造成不平等的結果，尤以 1850 年工業化汽車出現後更嚴重，車禍事件被害人難以舉證加害人有過失，故要被害人舉證無疑剝奪被害人之權利，因此之後修正為無過失責任，動力車輛事故受害人只要舉證有受害即可要求賠償，無過失責任的配套措施就是以強制保險將風險分散。

契約法三個領域觀察：

1. 相對於以往傳統兩個自然人的個人對個人之契約，開始興起團體與團體之契約。例如租賃，承租人代表與出租人協商租金上限，而不是個別承租戶與出租人訂約，這在法國有特別領域規範。
2. 國家基於經濟上之理由開始對契約內容加以規範限制，契約雖仍可自由訂定，但例如環保法之出現。
3. 消保法在法國越來越重要，1804 年之民法典未特別保護消費者消費權益，而是當作兩個精明的人在買賣。消保法最早從美國興起，1972 年法國對各領域之消費者有特別觀察。例如要有清楚標示、訪問買賣在一定期間內可反悔。故消保法在民法扮演重要角色。

電子簽章在 1804 年是從未想到的，除立法促進更新法案外，也受外在影響。法國雖為獨立之國家，但某些部份並未意識，法國有超國界之法源，歐洲在史特

拉斯堡，即為超國界之法源，其條約對基本權設定等級。如果法國人認國內其法律有違反公約之嫌可向人權公約本部請求救濟，其內部之法院有權譴責國家，而法國就曾被譴責好幾次。

身份法指導原則大方向：改革法案從社會學角度

例一：

改變性別平等：以往傳統男是男，女是女，性別是不可能改變的。有法國人認為違反平等權而請求救濟。

例二：

婚生子女與非婚生子女平等繼承權：拿破崙民法典規定婚生子女才有繼承權，而非婚生子女之應繼分只有婚生子女的一半，就被人權公約法院譴責剝奪非婚生子女之繼承權。

例三：

同性戀可否收養認領子女。

外部原因：

歐洲人權憲章之制定、涉及歐盟 27 個國家，但歐盟不代表歐洲，例如瑞士、俄羅斯就不是歐盟國。2007 此屬歐體法層次，關於歐體法也有盧森堡歐體法院管轄，歐盟國受其拘束，每一國家都要遵守歐體法院解釋的條文，但波蘭及英國則抗拒此作法，在超國界法源之外還有另一個歐洲法院之整合。

其出發點在貨物能於歐盟中自由流通，故法律能盡量一致以避免造成貨物流通不便。為促進單一市場，1954 年致力整合在商品自由流通下，物權與債權法是最重要的。例如消保法在每個國家都不同，某種程度上要有體層次之視野，義大利、英國開始有專家整合債法，法國對此採保留態度，怕丟失拿破崙法典，但也想不出有何方法可以統一法律。

第二場次：法國民法兩百年來之發展暨其挑戰

主持人：李成 副教授（東海大學法律學系）

演講人：André LUCAS 教授（法國南特大法學院、法國 Litec 民法典主編、
法國政府著作權高級委員會委員、歐盟執委會智慧財產權法專家）

與談人：許耀明 助理教授（中興大學科法所）

翻譯人：陳思廷 博士候選人（法國南特大法學院）

主持人：李成 副教授（東海大學法律學系）

由今日的研討會，可以知道最近台灣留法的老師越來越多。智慧財產權是智慧的結晶，所以比較重視『創新』的部分，其實我要提的另一件事是，根據我對智慧財產權的瞭解，我覺得重要的不只是創新而更是『文化』這一塊，如果你們覺得今天台灣不重視智慧財產權，那可以證明一件事就是台灣沒有文化，所以若你們真的愛台灣，要發展台灣文化，那就要特別重視智慧財產權。此外，文化是經過時間的累積，法律的本身不應該只是法條的解釋，應該重視的是他本身產生的社會背景以及文化的來源，我希望有一天有人問各位同學台灣的法律是什麼的時候，你可以從文化的角度來切入，去介紹他的形成而不是單純的只有法條而已。

演講人：André LUCAS

因為時間的關係，所以今天無法對智慧財產權的主題講解深入，若各位有興趣可以在之後參閱我們這次演講會的一些紀錄。一開始我們先從智慧財產權的用語來看，其實這裡面有兩個重大的分支，第一個是「工業財產權」，第二個是「文學藝術財產權」也就是我們所俗稱的「著作權」。

工業財產權主要就是商標、專利，如剛才李老師所提到「愛馬士」這個品牌。首先在文學藝術財產權的部分就是「著作權」，另外還有「著作的鄰接權」，主要就是表演藝術人的一些權利等等，當中還有很多種類，等一下會有更進一步的說明。

接下來要介紹的是智慧財產權三個重要的特徵，第一個特徵是較新的權利，相對於民法而言，相對於民法而言，不如民法之悠久歷史，在英國最早追溯自 17 世紀，而在法國約在 17 世紀才出現智慧財產權的概念。第二個特徵就是他具有相當的國際層面性，如果僅保護單一國家，則此種保障就沒有效益，所以我們就是要思考國際層面上的法律規範，兩大奠基公約分別是 1883 年工業財產權巴黎公約與 1886 年著作權伯恩公約。比較近代的，我們要提到的則是 1994

年建立的世界貿易組織之智慧財產權協定，英文叫 TRIPs，所有世界貿易組織的會員或想要進入此組織的國家都要尊重 TRIPs 公約，另外在 1996 年於日內瓦的世界財產權組織也有制訂兩大公約。

智慧財產權這部分在經濟上有著重要性的地位，衡量一個國家的經濟實力，其實也會衡量智慧財產權制度所保障專利、商標、著作權等等權利的價值。如果一個國家想以技術成爲該國家經濟實力，則智慧財產權的保護更顯相當重要，像台灣主要就是以資訊工業著名，這部分智慧財產權的保護就更重要。智慧財產權要從兩個觀點去認識，第一個是保護要件，在什麼樣的情況之下，一個創作才得以受到法律的保護，第二個則是實際的保護制度。

一開始要談的保護要件裡面，先跟各位報告工業財產權中的智慧財產權制度。發明專利是一個引誘發明的權利制度，在需要由創意、創造來獲利的產業其專利的保護是相當重要，如日本即以相當重視專利的制度，以專利的保護作爲該國經濟發展的重要基礎。我們所要談的專利保護要件其實在我瞭解過台灣的專利法關於專利的保護要件的部分，發現與歐洲國家專利法的保護要件有相當的共通性，因爲在國際層面上，歐洲方面有慕尼黑公約來調和整個歐洲專利的法制因此這部分在法國、德國、義大利，對專利的保護要件是蠻接近的。在慕尼黑公約中，提到關於專利的要件有三，第一個是發明應該要有新穎性，如何解釋專利的新穎性？其是就是要申請發明專利的技術，若已存在一先前技術或占先性，則基本上就不具新穎性，在實際操作上如果在專利的接獲時，在發明技術作出來之後，已爲大眾所知，則此時有可能沒辦法滿足新穎性的要件，必須是在提出專利申請時，能滿足所謂的新穎性，此時才讓大眾所知道。以科學發明爲例，在法國常常有一些科學家一有重大發明、發現，就會將這些刊登在雜誌上或對外公佈，而造成日後無法申請專利，因此，如有新的發明，應先保密而趕快去申請專利，之後再對外公開再對外公開，否則便無法受到專利權的保障。

第二個保護要件，專利發明必須要具有創造活動，亦即爲台灣專利法上的進步性。在發明提出來時，必須不是顯而易見的（not evident）。此要件之要求，並非要求需有獨特的進步，而是爲一般可以做到的水準之上。

第三個要件是產業上的可利用性，在一般科學上面的發現並無法滿足此要件，須能爲實用、爲產業上利用之可能性，如愛因斯坦之相對論，若沒有實際作產業上的利用、技術上的利用，基本上則無法滿足此要件，這也是爲什麼在慕尼黑公約規定『軟體』無法申請發明專利。這也是之前歐洲有一些建議提出來重新思考軟體應該可以開放專利，但目前這個提議已經被擱置了。這個提議因爲政治性的因素由於政策的考量，已無法再被提出。以美國爲例，對於軟體是否可以專利的問題是比較寬鬆的，因此有可能在某些條件之下給予軟體某些保障。此問題在實務上亦具相當重要性，且隨著時代演進，在將來會是一個很

嚴重的問題。

當滿足此三要件時，可以獲得專業的保護，但是必須要去申請才得享保障。對於申請專利之審查，約可分兩類制度的形式，其一為「先期審查制度」，由行政機關對於是否滿足專利要件為深入且實質的審理，如美國與德國有專利審查員負責進行審理。然而，此制度的不便在於申請獲得專利的時間耗時較久且需花費很多金錢，這也是為什麼智慧財產權另一制度的產生，只要提出申請，僅作形式審查，對於專利權的給予若有異議，則由一些相關的人向法院提起訴訟，之後再對專利權要件進行實質的審查。目前法國是採後者這一制度。當然法國在這類的行政機關還是有權限可以拒絕給予專利，像一些明顯不應給予專利的一些申請，可以馬上拒絕之。

我們接下來要談論關於商標的問題，商標其實對於商業行銷是非常重要的，在商品化的過程中，會牽涉到商業政策，這些廠商要作行銷政策也會受影響，在歐盟法律的部分已作相當的法律調和，像法國和其他歐盟國家關於這個的法律是蠻接近的。

商標其實有兩大功能，一個是用於控制商品或服務本身的來源以及其品質，而此部分與保護消費者有莫大的關係，因為這樣使用者才會知道真正商品的品質與來源，另外一個重要的功能在於吸引顧客，讓顧客可以作辨識。

而哪些標誌可以作為商標？基本上並沒有限制，可以為名稱、影片、形狀、立體商標，如可口可樂的瓶子亦可作為商標，此外還包括氣味亦得作為商標，即嗅覺得以感受到的亦可以作為商標。其次，商標必須要有一個很重要的要件「識別性」，像通用的名詞，比如說果汁這兩個字無法作為商標註冊，另外也不能是一個敘述性的名稱，比如用咳嗽糖漿這四個字也無法作為商標。對於識別性這個要件，係由行政機關為審查，對於審查的決定如果被拒絕，是可以向法院提起救濟，這部分在法國有相當多的案例。

文學與藝術財產權就是我們所說的著作權，著作權本身是一個排他性的權利。英國第一部的著作權法為 1709 年安娜女王法，是 Copyright 的體系，也是史上第一部的著作權法。法國在 1791 年法國大革命之後，有『作者權』的法律，亦即我們的著作權。

法國著作權法與英美著作權法的體系有稍微不一樣，而台灣的著作權法則是以 Copyright 的體系作為建構。著作權的要件只有一個，就是創作的本身必須要具有原創性。審查關於創作是否具原創性，在司法上有很多案例。所以著作權其實是在保護一個創意、一個想法的表達、保護創概念的本身，因此，如音樂、書等皆可以作為受到著作權保護的客體。相較於專利與商標，其實著作權的要件並沒有要求一定要去註冊，只要有一個創作即可，而註冊當然是亦有制度上的用意。

關於著作鄰接權，其法律來源主要是 1961 年羅馬公約。在鄰接權所保護的第一個是藝術表演人，他本身並不是創作的人，他只是去演藝創作，如鋼琴演奏者彈奏作品、電影的演員皆是表演藝術人而非創作人。因為經濟的重要性，賦予其有著作的鄰接權，如錄音物的製作（CD）、影音、多媒體的製作人，就會賦予其這種著作鄰接權。

關於保護法制的部分，智慧財產權在法國至少要上 75 小時的課，由於時間因素因此今日而無法盡述，僅能舉重要的部分講述。

第一個重要的就是『期間』的部分，如專利保護期間為 20 年，自申請時起算，而商標的部分則是自登記後起算 10 年，並可以無限期延展，著作權在法國法是保護 70 年，但在台灣則是 50 年，保護至作者身故後 50 年，至於鄰接權的保護是 50 年，自表演人或製作人做出表演的行為開始起算 50 年。智慧財產權共通的特徵就是排他性，法律賦予可以禁止或授與其他人權利的內容，例如專利權的內容，所賦予專利權的權利之人可以禁止他人使用其專利。

在著作權的部分，則要區分著作財產權與著作人格權，而著作財產權也是具有排他性，在著作人格權是著作人有權利要求對方若使用其著作需引用其姓名，肯認著作人對著作有「資格權」，此外著作人格權尚有一項重要的權利，禁止他人修改其著作的內容，是所謂的『尊重權』。在法國著作人格權的保護是相當強的，可以要求禁止任何人轉變，在實務方面也有一個很重要的爭議，最高法院裁決關於黑白影片的著色讓其變為彩色影片，其實這在美國沒有什麼法律爭議問題，但在法國卻引起相當大的爭議，最高法院認為此係侵害著作人格權。

智慧財產權實施的保障，其實智慧財產權的實施是一個重要問題，法律制訂是很容易，然而實際施行或適用上則有相當的困難，如歐盟、美國等亦都難以去執行。如何有效去執行智慧財產權法，必須要讓大家都知道有此法律，而這是一個整體性的工作，像律師應該如何有效的捍衛當事人的權利一樣，包括在法院應該如何去落實、適用這個法律，在法學期刊上應該如何去宣導或闡述智慧財產權的概念，這是一個整體的工作。

第二個重要的作法，就是必須要有合適於保護智慧財產權的程序，其中一個要素是程序必須有效快速，如舉證其實是相當困難的，而世貿組織智財協定則有明確關於舉證的規定，要求會員必須制定有效舉證的程序，包括以扣押或海關留置來強化舉證的方式。

世貿組織智財協定有一個對付盜版很重要的武器就是所謂的「資訊權」希望能追到仿冒行為的上游、上線，比如在海關不只要抓到持有仿冒商品的人，還要找到仿冒商品的來源以及整個流通的網路，這部分則有助於落實資訊權的規定。

有強力的制裁才能保障智慧財產權，而智財協定僅抽象規定各會員必須要有足夠或適當的制裁，須委由各個會員在其內國依其內國法來制訂刑事的制裁。對於智財處罰的規定，在法國是更為嚴格，專利侵權的處罰是要處兩年以上有期徒刑與 30 萬歐元罰金，侵害著作權可處三年有期徒刑與 30 萬歐元罰金，商標侵權也是差不多的處罰。著作權的侵權，以前對於個人的部分，判徒刑之後，會有相對宣告緩刑與一些罰金，最近案例，如盜版 CD 的處罰是處 6 月有期徒刑。其他附隨的刑罰，如沒收，而目前可以沒收的標的是從仿冒品到為了製作仿冒品所設置的一些設備，當然也有罰金的從刑。

盜版 CD 猖獗，於報章雜誌上也可以看到在戴高樂機場有一些扣押，扣押仿冒的內容林林總總，包含運動鞋、名牌包、軟體、DVD、藥品等等。所以，對抗盜版不只在法國，在歐盟也很重要，而這部分在歐盟的智慧財產權現在變成是必須要優先處理的。

與談人：許耀明 助理教授（中興大學科法所）

在此有一很簡短的問題，對於整個智慧財產權與著作權的部分，有很多查緝盜版的行動，同時在美國有一小眾團體開始針對美國 Copyright 提出 Copyleft 活動，沒有版權而為恣意複製，這樣的想法主要是基於知識應該是人類共同的遺產，如維基百科全書的網站，這部分不能由誰來主張，透過你的取得知識的動作而妨礙知識的傳播，想請問教授關於此問題的看法。

演講人：André LUCAS

這部分是要討論著作權蠻新進的問題，思考著作權權利可能的替代方案，近年來極為提倡保護智慧財產權，也有一些人會攻擊著作權的權利本身，而所引起對於該權利的反思，亦即目前所謂 Copyleft，不去遵循現存既有著作權的遊戲規則，讓藝術人逕將其創作直接給人使用，為這活動主要的精神。像微軟自創的作業系統，也有其他可替代的作業系統，如 open source 所開放使用的 Linux，在美國與歐洲其實是相當流行，是意識型態的一種主張，也有策略政策性的反叛，以自由之名來反微軟。

Copyleft 的 open source 也會涉及到 Creative 創新未來的概念，最近已被提出來，其實這些想法並非要否定既有的著作權的體系，只是要去思考另一種條件以保護著作權。目前一些大學的研究社群，比較多的如科學家研究的社群，較不相信著作權，認為著作權會抹殺對於其創造、發明、創新的過程有所阻擾，因此，這部分應該要再重新思考。

綜合研討

提問人：溫豐文院長

所有權外在限制的法規限制，如建築法規、環境法規之外，是否有內在的限制？

演講人：André LUCAS

所有權外在的限制是法規限制，關於所有權的內在限制，在法國是曾被討論過，公法學者從權利的角度，權利必須要社會功能上的限制，因此權利行使就有其極限，但在實務上，並未看到這樣的判決。

提問：

台灣大學法律系學生若將來畢業後想到法國讀書，則需具備法語能力應至何程度？以及法國碩士需要念幾年？

演講人：André LUCAS

欲至法國接受法國的法學教育，若不具備相當的法語基礎，恐怕無法獲得法國的碩士。若是要就讀智慧財產權之碩士，對於英文能力的程度也相當重要，至少要有一定程度能閱讀英文的文獻。另外關於學士能力，是有可能可以就讀碩士班的，並沒有規定任何的要件，就選擇學生方面，是透過甄選委員會來審理。於法國碩士學程為兩年，建議第一年接受一般的法學教育，如商事法、國際私法等，也會包括智慧財產權的一些專業科目，第二年則會完全針對智慧財產權的專業科目來上課。關於台灣的碩士可否到法國就讀博士班，基本上我認為是可以的，但我不建議這樣做，會建議先在法國念碩士，是因為在碩士課程可以學到在博士班無法學到的研究方法。

提問：

攝影法國古堡後，將之作爲商業用途，攝影者是否可主張此係其智慧財產權？屋主可否主張就攝影者的商業所得利益應支付古堡之維修費等等？兩者間之衝突，請問在法國有何看法？

演講人：André LUCAS

針對具有古蹟、文化意義的私人住宅或建築，作為商業目的而為拍攝，於實務上有一重要判決，1999年法國最高法院就有一判決是針對此問題，所有動產、不動產，包括船、私人城堡、汽車等，所有權人有一專屬排他的使用權，

物之所有權人就物之使用收益在經濟上具有專屬排他性的權利內容，智慧財產權領域的學者認為，法國最高法院賦予所有權人如此強的權能，將物的影像權皆歸屬於物之所有權人，對於雜誌記者或是一些職業攝影師而言，會受到很多限制，則著作權法似乎有點淪為具文。在 2004 年法國最高法院因為智慧財產權學者的批評，因此判決又大轉向，物之所有權人對於物的影像並不具有專屬權。

提問：

台灣分工太細，若欲學習法國通才教育，培養多才的人才，請問教授對台灣有何建議？

演講人：André LUCAS

人類在本質上就具有創新、發明的能力，而在法律制度下，又該如何促進發明，法國與美國在發明方面比較，其實沒有比較多。以專利為例，像日本在早期時會向歐美尋求專利授權的機會，也取得相當多的專利，直至今日，其更瞭解專利對其經濟上之重要性，因此，現今如歐洲德國、法國等國家也至日本尋求授予專利。

提問：

法國民法以人爲母，對於財產權則只有幾個條文的規定，關於審核歐洲債法，對於法國而言，會不會對本國法律產生衝突？

演講人：André LUCAS

目前各國民法仍有效施行，縱有歐洲私法整合運動，但此運動係促使每個國家反省哪國哪個規範較好，而爲其修法的方向，目前在消費者保護與契約法領域是提供各國內國法對於修改或更新的方向，在此意義上，兩者是沒有分別的。

提問：

法國於 1791 年即有智慧財產權法律之概念，台灣或一些亞洲國家直至僅幾十年才有此觀念，請問是在什麼樣的背景之下才會那麼早就有此概念？

演講人：André LUCAS

法國於 1791 年即有首部的著作權法，在英國則於 1623 年有專利法，於 16 世紀時，著作權的概念主要是由國王以特權授予，當然這看國王的高興與否，並不是屬於人的權利，而是國王自己的喜好。

提問：

關於公營民營化，公共資產轉為個人持有，在法國是否有相關案例？是否有何衝擊？有何調整的方法？

演講人：André LUCAS

在歐盟國家中，公有私營化的進行中，法國算是保有相對比較多的公有部分，縱目前仍推行私有化，在公有事業私營化的浪潮中，牽涉到智慧財產權領域，如博物館、羅浮宮在傳統上是公營的，可是有一些博物館展示廳是私營的，在法國大部分的博物館所受到的管制，有些規則，比方說星期幾要免費開放、對於門票或保護等有所規範。法國羅浮宮的藝術品收藏，價值不斐，政府要求其應自行尋求經濟來源，此係公營事業民營化的思維，所以會有一些商業行為、舉辦收費的展覽、印刷出版等。

提問：

歐洲契約法統一各國學者持保留的態度，不管其保留的理由為何，可否為進一步說明？

演講人：André LUCAS

個人贊成歐洲契約法的統一，但在法國有些很多人具懷舊情節，視拿破崙民法如艾菲爾鐵塔或凡爾賽宮一樣為民族文化資產，所以較難忍受倘若有一天歐洲契約法的施行，而其法國民法被犧牲，在情感上、心理上會較難接受，所以這可能是其原因。

貳、教學改進計畫之實錄照片

➤ 教學改進計畫之上課實錄

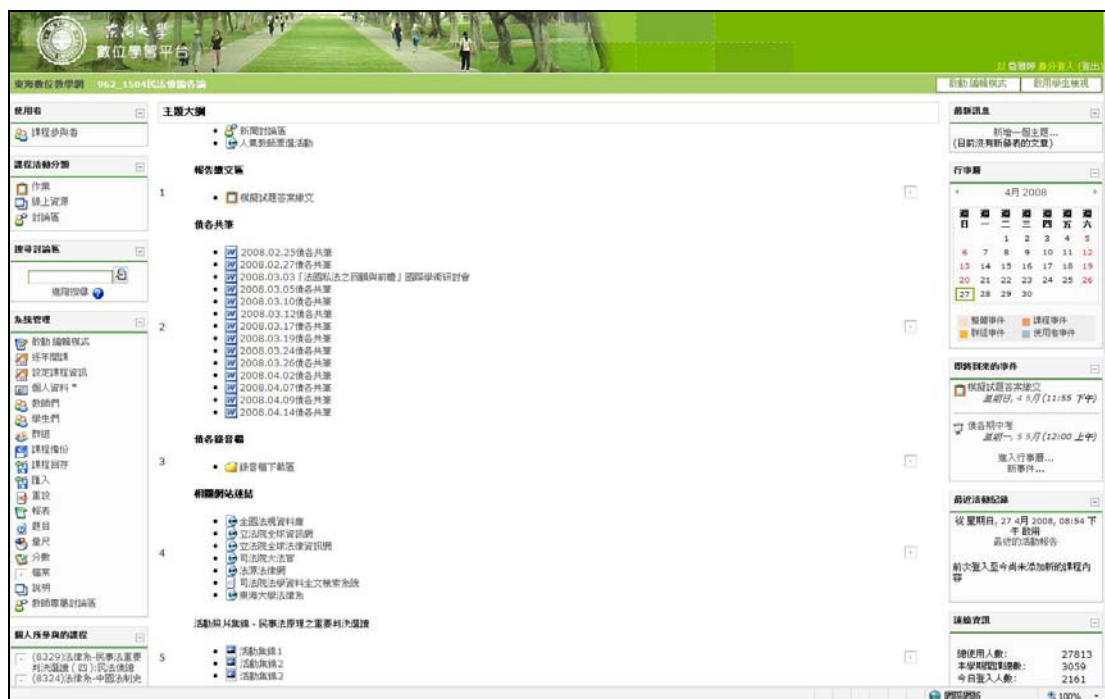




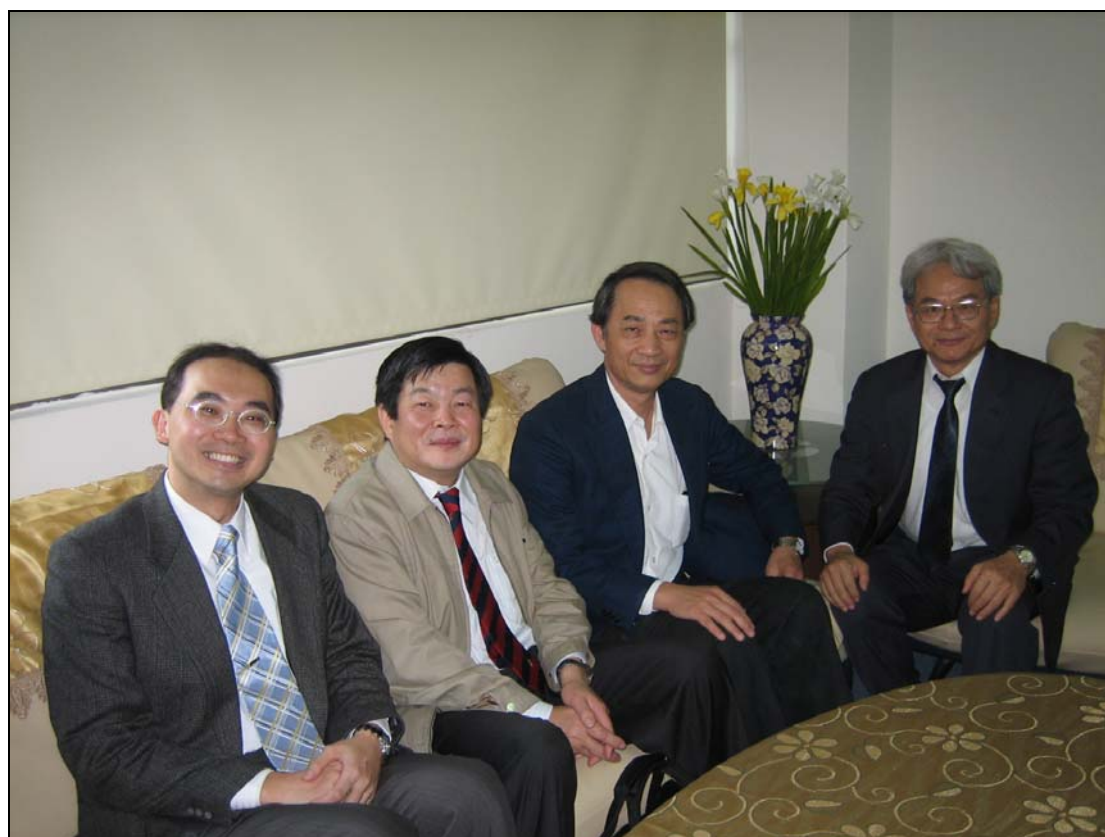
➤ 教學改進計畫之教學成果發表會（2008年1月19日）



➤ 教學改進計畫之數位教學平台剪圖



➤ 我國民法學者之經驗交流（2007年12月17日）







➤ 台法兩國比較民法研討會（2008年3月3日）





