

## 逢甲大學學生報告 ePaper

### 報告題名：

預售屋買賣：以不實廣告及定型化契約審閱期為中心

The research Pre-sale housing trade base on the deceptive advertising  
and the right to scrutinize the standard-form contracts

作者：林坤賢、楊大德、簡志郎、陳嘉輝

系級：財經法律研究所

學號：M9911766 、M9911633、M9912617、M9743292

開課老師：洪令家 教授

課程名稱：消費者保護法專題

開課系所：財經法律研究所

開課學年：99 學年度 第 2 學期

## 中文摘要

購買預售屋，為國內民眾買屋常見的方式，出售預售屋之建商或代銷公司，均為消費者保護法所指之企業經營者而有消費者保護法之適用。預售屋之買賣常見之消費關係爭議為不實廣告及定型化契約審閱權，本文便從消費者保護法之角度，選定實務案例來探討預售屋買賣中，有關廣告與預售屋買賣契約之關係及預售屋廣告真實性義務之要件及內容，並說明消費者保護法第 51 條懲罰性賠償於預售屋買賣不實廣告之適用情形；最後就預售屋買賣定型化契約審閱權之相關問題，透過相關的實務判決案例來加以深入分析說明，期望能指出我國法律在此部分不足之處，作為未來修法的參考。

**關鍵字：不實廣告、定型化契約、消費者保護法、預售屋**



## Abstract

Pre-sale housing is a common type of real estate transaction in Taiwan. Those companies selling pre-sale houses, including constructing and marketing companies, are all entitled the regulated under the Consumer Protection Act. Most disputes raised from Pre-sale housing are involved in deceptive advertising and the right to scrutinize the standard-form contracts. From the point of view to protect consumers, this paper will discuss the legal issues on the pre-sale housing. Based on selective cases, this paper analyzes the judicial opinions on requirements of pre-sale housing contacts and the obligations of pre-sale housing advertisement. Moreover, this paper will cover the application of punitive damages according to the section 51 of the Consumer Protection Act. Finally, this paper will illustrate the problem underlying the right to scrutinize the standard-form contracts in pre-sale housing.

**Keyword** : Consumer Protection Act, obligations of pre-sale housing advertisement ,Pre-sale housing



## 目 次

壹、前言.....	P4
貳、預售屋買賣之不實廣告.....	P4
一、廣告與預售屋買賣契約之關係.....	P4
二、廣告真實性義務.....	P8
三、廣告內容不真實與消費者之信賴關係探討.....	P9
四、廣告內容不實與說明義務之關係.....	P10
五、小節.....	P11
六、消費者保護法第 51 條懲罰性賠償於預售屋買賣不實廣告之適用.....	P11
(一)消費者保護法第 51 條懲罰性賠償之適用範圍.....	P11
(二)消費者保護法第 51 條懲罰性賠償之適用對象.....	P13
(三)懲罰性賠償責任之過失應否限於重大過失.....	P14
七、案例研討.....	P15
八、小節.....	P.17
參、預售屋買賣之定型化契約審查期.....	P.20
一、淺介定型化契約審查期之內涵.....	P.20
二、案例介紹.....	P.21
三、判決評釋.....	P.24
四、定型化契約審閱期之其他法律問題探討.....	P.26
肆、結論.....	P.30

## 壹、前言

根據消基會南區分會 97 年度書面申訴統計資料，不實廣告在購屋糾紛中的比例高居第二名，僅次於房屋施工品質不良<sup>1</sup>。內政部於民國 96 年 9 月委託逢甲大學所做「不動產交易糾紛產生原因及其處理機制之研究」<sup>2</sup>乙文中第 164 頁即指出在民國 90 年~95 年不動產交易糾紛之主要類型有返還訂金、契約審閱權、隱瞞重要資訊、施工瑕疵、房屋漏水等五大項，其中契約審閱權之糾紛於各年度中均排序第二，由此足見不實廣告及定型化契約審閱權之爭議在房屋買賣糾紛案件所佔之比例甚高。本文便從消費者保護法(下簡稱消保法)之角度，選定案例來探討房屋買賣尤其是預售屋買賣中，不實廣告及定型化契約審閱期之相關問題。首先關於不實廣告部分，經同學討論後決定以最高法院 97 年度台上字第 2481 號民事判決，關於被告正第建設股份有限公司之「仁愛新第」預售屋不實廣告一案，研討其中關於預售屋買賣不實廣告及其懲罰性賠償等議題；就定型化契約審閱期部分，則以最高法院 97 年度台上字第 256 號民事判決，關於財團法人台灣消費者保護協會與台灣糖業股份有限公司就案名為都會金龍楠梓三期預售屋案為例提出說明。除上述案例外，消保法上契約審閱期所涉及之其他問題或爭議，也一併討論。

## 貳、預售屋買賣之不實廣告

### 一、廣告與預售屋買賣契約之關係：

消保法所稱廣告，依照消保法施行細則第 23 條規定舉凡利用電視、廣告、影片、幻燈片、報紙、雜誌、傳單、海報、招牌、牌坊、電腦、電話傳真、電子視訊、電子語音或其他方式，可使不特定人知悉其宣傳內容之傳播方式。透過廣告的方式，建商可以吸引公眾的注意，藉此達到增加知名度或提高銷售量等目的，但其中若夾雜大量的不實廣告，對於消費者權益的保障恐有一定程度的影響。

所謂不實廣告為廣告所提供的內容與商品或服務實際上有不相符的情況，而不動產買賣之不實廣告多以夾層屋不實廣告、景觀公設不實廣告、建物品質不實廣告等類型出現，買賣雙方在資訊不對稱的情況下，可能會造成消費者陷入錯誤或被詐欺之可能，基於保障消費者的權益與維護公平競爭考量，我國消保法第 22 條遂要求企業經營者對消費者所負之義務，不得低於廣告之內容以及消保法施行細則第 24 條規定主管機關得要求企業經營者對廣告真實性之證明義務。

實務上常見的問題在於建商在簽訂契約時往往都會透過契約內容來排除廣告之效力，譬如透過約定雙方充分了解有關買賣契約的權利義務，並同意

<sup>1</sup> <http://www.consumers.org.tw/unit412.aspx?id=1136>，最後瀏覽日 2011/4/19。

<sup>2</sup> 朱南玉，不動產交易糾紛產生原因及其處理機制之研究，內政部委託研究報告 96.9。

完全以買賣契約書上約定為準，不受任何口頭陳述、廣告、圖片、資料之說明及有關展示空間、擺設布置之影響，企圖產生廣告是廣告，契約是契約的結果，讓兩者成為獨立的個體。

對於廣告要如何成為契約之一部，國內學界與實務討論均聚焦在其性質應係屬「要約」或是「要約之引誘」，依照傳統見解<sup>3</sup>，認為商業廣告性質上應屬於「要約之引誘」，而不能直接視為「要約」，不能因為消保法對於廣告資訊有另外特別規範就直接變更為要約，並且認為除非依據商業廣告之內容（內容詳盡且具體明確）、該廣告是否不重視相對人其人之個性、該廣告是否僅針對特定人為之、當事人間之磋商過程、交易慣例及其他相關具體情事，足夠來推知企業經營者有立即訂立契約受其拘束之意思，而可將商業廣告解為是一種要約之外，法律政策上似乎不宜無視於各種商業廣告內容複雜多樣性，而將此類廣告一律解為要約。否則基於廣告所發生要約形式拘束力之結果，企業經營者將因廣告而受拘束，消費者亦因廣告而取得承諾適格之地位，得任意因承諾而訂立以廣告所載內容為內容之契約，將可能使得企業經營者須面臨眾多無法履行之契約，顯然不當限制或剝奪企業經營者之契約自由利益<sup>4</sup>，實務上也有認為應以契約所約定之文字作為拘束雙方意思表示之依據，如以廣告上所暗示之內容所依據，反讓廣告之效力高於契約文字顯屬不當<sup>5</sup>。

學說上則有另一派認為如參酌消保法第 22 條與第 23 條所稱之廣告，應不同於一般的商業廣告，其性質應屬於「要約」而非「要約之引誘」，故消費者依廣告之內容向建商表示締結契約之意思時，該表示行為即為承諾，契約因而成立，廣告內容成為契約內容之一部，建商因此必須遵守廣告之內容來履約<sup>6</sup>，才符合消保法第 22 條企業經營者必須以廣告內容作為所負責任之最低限度精神。

實務上對於房屋買賣廣告之屬性，從早年的「要約之引誘」見解<sup>7</sup>，到近年開始改以「要約說」作為判決基礎<sup>8</sup>，如最高法院 89 年度台上 746 號判決認為預售屋之廣告，因買受人在購買當時並無實際成屋可以檢視，只能信賴廣告上之說明，而建商以該廣告作為誘發買受人購買之動機並以此內容作為洽談之基礎，故應屬要約之性質<sup>9</sup>，而變更前審見解，後台灣高等法院也開

<sup>3</sup>孫森焱，民法債篇總論，三民書局，1997 年 8 月修訂 10 版，頁 34、35。

<sup>4</sup>陳忠五，不誠實廣告與夾層屋買賣契約(下)-實務相關判決之綜合評釋，台灣本土法學雜誌，1999 年 8 月，頁 70-91。

<sup>5</sup>參閱台灣高等法院 89 年度上字第 95 號民事判決。

<sup>6</sup>李伸一，消費者保護法論，凱倫出版社，86 年 4 月初版，頁 186。

<sup>7</sup>最高法院 73 年度台上字 2540 號民事判決。

<sup>8</sup>最高法院 89 年度台上 746 號民事判決。

<sup>9</sup>預售屋之購屋人與建商訂定不動產買賣契約時，既無何成品可供實際之檢視，以決定是否購屋，自當信賴廣告上所載，預售屋之建商以廣告內容誘發客戶預購房屋之動機，且以廣告內容與購屋人洽談該屋之性質，該廣告之說明及樣品屋示範應成為契約內容之一部。準此，企業經營者刊登廣告為「要約」之性質，並非「要約引誘」。原審認被上訴人刊載上開廣告文宣，及於銷售現場設有樣品屋，僅作為要約之引誘，其見解已有可議。

始援引此見解<sup>10</sup>作為判決基礎。

如同前述學者所批評，依照原本廣告之性質應通常解為要約之引誘，如僅因消保法對於廣告之特別規範而改為要約，其論述的過程上恐欠缺學理的根據與基礎，略為粗糙也過於跳躍。台灣高等法院於 90 年度上字 1086 號民事判決採用要約說之見解後，最高法院提出：「按消費者保護法第 22 條係規定：『企業經營者應確保廣告內容之真實，其對於消費者所負之義務不得低於廣告內容』，並未明定「廣告為要約」或「廣告必為契約內容之一部」，故消費者如信賴廣告內容，依企業經營者提供之廣告訊息與之洽談而簽訂契約，於契約中雖未就廣告內容再為約定，企業經營者所應負之契約責任，仍及於該廣告內容，該廣告固應視為契約之一部。惟簽訂契約時，倘雙方已就廣告內容另為斟酌、約定，或企業經營者並未再據原屬「要約引誘」之廣告為訂約之說明、洽談，使之成為具體之「要約」，縱其廣告之內容不實，應受消費者保護法或公平交易法之規範，仍難逕謂該廣告為要約或已當然成為契約之一部。」而撤銷發回<sup>11</sup>，顯見最高法院在操作上也有相同的疑慮。

最高法院對於廣告之性質，在此又回歸到傳統見解，認為消保法並沒有明文規定廣告屬於要約，亦無規定廣告必為契約內容之一部，因此法院無從直接以消保法規定來恣意解釋，必須要建商以廣告內容向買受人為訂約之說明或洽談，才能因此成為具體要約之可能。至於消保法第 22 條所謂企業經營者對消費者所負之義務不得低於廣告內容，所謂不得低於廣告內容，無法解讀為廣告必為契約之一部，因此就算廣告不實而遭到公平交易法與消保法處罰，也是一樣無法推論出廣告為契約之一部，法院仍應該就系爭交易的情事來作判斷。

至於廣告內容是否具契約效力，則應先視雙方是否在簽約時對於廣告效力作約定，若當事人已經就廣告效力有所約定，基本上即從其約定，若無約定，則以消費者是否因信賴廣告內容而締約、企業經營者是否以廣告內容向

<sup>10</sup>台灣高等法院 90 年度上字 1086 號民事判決：「本件系爭之廣告載明：「5000 坪中庭綠 7000 坪休閒俱樂部設施。白雲山莊提供：社區巴士、高爾夫果嶺、兒童主題館、健身房、保齡球館、男女三溫暖、托兒中心、韻律教室、柔道館、五星級中西餐廳、奧運規格室內溫水游泳池、冰宮、迴力球場、戶外網球場、視聽中心、咖啡廳交誼中心、撞球室..... 等二十餘項七仟坪休閒俱樂部設施。」此有廣告一份在卷可憑（詳原審卷第十五頁）。上開廣告內容，明確指出係「白雲山莊提供」上述休閒設施，可使消費者確信白雲山莊有此休閒設施，系爭廣告之內容應已成為兩造契約內容之一部分，而非如上訴人主張：系爭房屋廣告與系爭休閒設施廣告係各別獨立之廣告。因而上訴人辯稱：系爭休閒設施，係為優惠購買系爭社區房屋客戶，屬附贈之性質，而與房屋買賣間係各自獨立之契約等語，應不足採。」

<sup>11</sup>最高法院 92 年度台上字 2694 號民事判決：「本件上訴人一再抗辯其未與被上訴人達成將系爭休閒設施廣告作為系爭房地買賣契約內容一部之意思表示合致等語（見一審卷二四二、二四三頁，二審卷二四、二五、八八、八九頁），觀之系爭房地買賣契約第二十條，已另就契約「附件」之內容詳為約定，上訴人之抗辯似非全無依據。原審法院未先究明被上訴人是否因信賴上訴人提供之廣告而與之洽談訂約？或上訴人於訂約時有無再以廣告之內容為說明、洽談，使之成為系爭房地買賣契約內容之一部？甚或已將之排除於契約內容之外？竟逕依消費者保護法、消費者保護法施行細則之規定，認定上訴人就系爭休閒設施之廣告為「要約」，且為兩造系爭房地買賣契約內容之一部，揆諸首揭說明，即嫌速斷，並有適用法規不當之違法。上訴論旨，指摘原判決不當，求予廢棄，非無理由。」

消費者為訂約之說明、洽談。

最高法院能具體勾勒出此判斷標準應為讚賞其用心，畢竟法律的思考必須是連貫及具備邏輯性，最高法院 89 年度台上 746 號民事判決雖然改採要約說，目的性考量上確實是有利於消費者(買受人)，讓建商對於所提出的廣告文案必須要更小心謹慎，但這點又有些脫離現實，且當廣告內容抽象時，如何視為契約之具體內容，易生爭執，畢竟建商為了美化產品，往往都會在廣告文案上給予善意的謊言，實務上也認為消費者對於建商所提出的廣告亦應具備常識推斷是否為商業行銷上所容許的手法<sup>12</sup>，因此要建商百分之百就其廣告內容負責，實在有一定的難度也不近人情，法院在保護消費者的同時，也應該審酌實際經濟交易活動與現實可行性下來作調和。

從反面來討論，建商當然也會竭盡所能來規避其責任，如台灣高等法院 89 年上字第 95 號判決中可見，建商的廣告中未曾有任何文字「鼓勵消費者施作夾層屋」，僅透過圖片來「暗示」消費者可以在日後「自行施作」，還可以代為介紹施作廠商，卻又透過契約約定的方式告知並無銷售夾層屋，且日後施作為違法增建等語來規避責任，這種實際行為與契約文字相違的情況屢見不鮮，但法院卻拘泥於契約解釋時，似乎對消費者又不盡公平。

我國最終乾脆直接透過行政介入的方式，公布定型化契約應記載與不得記載事項企圖解決此問題<sup>13</sup>，讓所有的廣告都直接載明屬於契約之一部，如未遵守前述應要求載入，依消保法施行細則第 15 條第 2 項規定，該建案廣告亦仍屬於契約之一部，此方式與法院將預售屋買賣廣告之內容直接以「要約說」之處理方式雷同，似乎是換湯不換藥，問題是經由行政手段硬性規定將廣告內容視為契約之一部份，是否已經將爭議解決了？還是治絲益棼？恐怕日後仍需透過實務見解來詮釋，例如廣告內容涉及二次施作項目（陽台外移成為室內之一部、建造執照核准圖說外之二次施作增建公共設施等等），建商事後於正式預售房屋買賣契約書載明廣告內容非屬買賣契約之一部，或者是載明廣告內容二次施作項目屬違建，不負瑕疵擔保責任，其效力為何？尤其當廣告內容成為契約之一部時，如涉及設計變更而發生前後廣告內容不同，是否發生後面所做廣告推翻之前所做廣告之效力？尤其 2002 年 3 月 4 日所訂立之預售屋買賣定型化契約，因受內政部公布預售屋買賣定型化契約應記載事項第一條規定廣告宣傳品為契約之一部分的適用規範，是否因此不必再審酌消費者對廣告內容是否產生信賴及是否容許建商以個別磋商條款方式或以後約推翻前約方式排除廣告內容為契約一部之適用，皆有待日後實務見解釐清。

<sup>12</sup>最高法院 92 年度台上字 788 號民事判決。

<sup>13</sup>內政部於 90 年 9 月 3 日依消保法第 17 條第 1 項，公布預售屋買賣定型化契約應記載及不得記載事項，預售屋買賣定型化契約應記載事項第一條：「賣方應確保廣告內容之真實，本預售屋之廣告宣傳品及其所記載之建材設備表、房屋、停車位平面圖與位置示意圖，為契約之一部分」；另外不得記載事項第一條規定：「不得約定廣告僅供參考」之明文，以上自公布後 6 個月實施，因此 91 年 3 月 4 日以後所訂立之預售屋買賣定型化契約，均直接以契約約定方式來保障消費者權益。

## 二、廣告真實性義務：

實務上對於廣告構成契約內容的審查，透過判決可約略分為主觀要件與客觀要件審查<sup>14</sup>，其中主觀要件為消費者信賴廣告內容可得實現，即廣告內容必須有能被履行實現之可能，如果只是單純為了廣告效果而吹噓，消費者自無從主張信賴關係。換言之，如果該廣告內容是可以讓消費者所信賴且可實現，依消保法第 22 條規定此廣告內容也就是建商所必須要負擔的最低限度，那自能勾勒出建商的廣告真實性義務界線。

國內學者以最高法院 92 年度台上字 788 號判決<sup>15</sup>之見解整理後認為，所謂消保法第 22 條所規定的真實義務，乃達到一般理性消費者所能忍受之程度即可，並非物理上客觀、絕對的真實，而是以一般購屋社群內等智識之人所認知的「相對真實」，在判斷上應該區分為消費者可合理期待之廣告內容與交易上可容許之吹噓、噱頭或誇張兩者，並以一般理性消費者之認識能力為斷，採客觀抽象之衡量標準，如為吹噓、噱頭或誇張則不應視為契約之一部分。是以廣告如為消費者可合理期待之內容時，建商自然有依消保法第 22 條後段對此廣告內容負責，自不待言。

當消費者欲主張信賴關係時，自身仍有其注意義務，必須要自行探知、初步過濾廣告內容的對己義務，例如消費者對於可得驗證之客觀要件已為初步之理解，若消費者並未盡到此注意義務時，可能無法主張信賴關係而要求建商以廣告內容負責，如讓未盡義務之消費者均有主張之機會，可能會造成降低消費者履行警惕、注意義務之誘因，長期下來容易造成法律機制運作流於無效率，並且將造成許多惡意買受人故意假藉信賴關係行解約之實，亦不利於交易安全之保障<sup>16</sup>。

對於賦予建商對於其廣告真實性義務之輪廓從前面討論已可以清楚理解，係基於消費者對於可以合理期待之廣告，並且已盡到注意查證義務後，建商對該廣告就必須負擔一般理性消費者所期待應屬建商履行契約之內容，故最高法院在 92 年度台上字第 788 號案認為雖然被上訴人在廣告中提到建案將會保留行道樹塑造香榭大道，甚至放上香榭大道的照片，但是審酌一般人應該都可以理解這只是建商為了提升建案的行銷手法，且建商在竣工後也確實依照契約保留行道樹及其他廣告上所約定的設施，實難認未盡到廣告之義務；上訴人另主張所購入之房屋無法看到建商廣告中所述的高爾夫球場景觀，最高法院也認同前審認為上訴人未能盡到其注意義務，應有自行從圖說、建物配置圖中理解環境之義務，而駁回上訴人之主張，至此，最高

<sup>14</sup>主觀要件為消費者信賴廣告內容可得實現、客觀要件為廣告內容曾為雙方洽談之基礎。

<sup>15</sup>案件事實約為：「上訴人(買方)主張被上訴人(賣方)於售屋時曾稱提供科技教室，教室寬大、電腦科技設備良多，然實際面積大為縮水，更空無一具電腦。又廣告錄影帶標榜系爭房屋與遠東高爾夫球場結合一起；保留行道樹而塑成巴黎「香榭大道」；大樓中庭花木扶疏而有慢跑步道；社區游泳池寬有八線道。然實際均與廣告錄影帶所述不符而有廣告不實，欠缺保證之品質，致減少系爭建物之價值云云…又社區游泳池沒有使用執照…違反消保法第 22 條…」

<sup>16</sup>曾品傑，論不動產不誠實廣告之契約效力(上)—最高法院相關判決評釋，台灣本土法學雜誌，2006 年 4 月，頁 67-88。

法院思考脈絡已清晰可見，讓建商的廣告義務不會因為因此被無限上綱，也讓消費者負擔應有的注意義務，調和出較平衡的廣告真實性義務。

對於日前最常見的夾層屋及公設涉及二次施作之不實廣告糾紛，本組在討論時認為雖夾層屋是違反都市管理規定，但夾層屋之設計確實有增加消費者在居住上的空間，且對建商而言，夾層屋之設計及施工也必須支付更高之成本，暫且不論廣告不實所涉及同業間之不公平競爭必須受罰之爭議，使消費者支付較低之金額獲取更多之使用空間，對於收入不高卻有空間需求之消費者而言，如果在消費者明知夾層屋為違建並未對廣告內容之不真實有信賴關係存在時，是否也要令建商就廣告不實部分負違約責任，甚至消保法第 51 條懲罰性賠償之適用，誠令人質疑，淺見認為，縱使建商廣告不實涉及違反公平交易法等規定，那也應僅止於行政機關依規定裁罰，在消費者對不實廣告內容欠缺信賴關係，甚且在明知或可得而知廣告內容不實之下，再向建商主張應負廣告不實責任，恐與誠信原則有違，也非消保法所欲保護消費者之立法精神，參酌最高法院 92 年度台上字 788 號判決之見解：「系爭大樓公共設施之游泳池，雖無使用執照，惟買受人之系爭一樓，係作為商業店面使用，該公共設施游泳池無使用執照之瑕疵，對買受人並非重要為由。」本組肯認最高法院之態度，規範出廣告之真實性義務後，再將違反廣告真實性義務之效果作一限縮，必須要以該廣告不實之內容已牽涉成立買賣之必要之點，影響到消費者意思決定之重要瑕疵，始有請求解約之立基點，不能僅因違反消保法第 22 條而輕易主張解除契約，仍必須要回歸民法第 359 條物之買賣瑕疵擔保規定，以減少價金或請求損害賠償為主，畢竟若只僅係公共設施之健身房、停車場或游泳池違反消保法第 22 條即得主張解除契約，實難認符合比例原則，再進一步推理，如果消費者於簽訂預售屋買賣契約之前對於其所主張廣告不實之內容，業經建商告知其真實內容而仍同意簽約，此時，仍應課予建商違約之責任，是否會造成消費者拿著雞毛當令箭，影響交易安全危害整體經濟發展，也與消保法當初立法精神大相逕庭。

### 三、廣告內容不真實與消費者之信賴關係探討？

淺見認為，房屋預售制度下消費者對於廣告內容產生信賴關係，而認為其所認知之廣告內容，應為與建商所簽房屋預定買賣契約書內容之一部分，縱使建商在對於不實廣告內容在其心中有所保留，無意為其意思表示所拘束，依民法第 86 之立法意旨來看仍應受有拘束，但相對的如消費者於簽約前經由建商之說明，或經由個別之磋商條款已知悉廣告內容不真實，依民法第 86 條之規範意旨來看，消費者在欠缺信賴保護之下，不應再賦予消費者向建商主張廣告內容不真實之部分仍應構成契約內容之一部分，因此，在房屋預售制度下之廣告內容，是否應受內政部公布預售屋買賣定型化契約應記載事項第一條規定廣告宣傳品為契約之一部分的適用規範而無須審究消費者對廣告內容是否存有信賴關係，而認為不實廣告內容當然構成契約內容之一部

分，而加重建商之責任，是否已經與民法上之基本原理有所脫節，畢竟買賣雙方當事人如有明確合意，不將廣告內容視為契約之一部分，是否仍要強制消費者不得對此廣告內容為契約之一部分之權利為拋棄？從而，當建商廣告內容涉及不真實時，如建商違反契約審閱規定或未盡其說明義務致使消費者於簽約前不知廣告內容非屬契約之一部分，而令建商應將廣告內容視為契約之一部分，自屬合法，若建商經由個別磋商條款或以其他方式，使消費者於簽約前已知悉廣告內容某些部分業經排除在預售屋正式買賣契約之內容，在消費者可得而知或明知甚且經由磋商而獲有利益對價下，仍賦予消費者得對建商就廣告設計不真實部分主張為契約之一部，自非公允。

#### 四、廣告內容不實與說明義務之關係

對於房屋預售制度，消費者應看到廣告內容而前往預售屋接待中心了解預售屋商品時，此時建商所從事預售屋銷售之行為，究竟應定為買賣或居間？如依一般見解應屬買賣關係，然基於買賣關係，原則上並未課以出賣人對於所出賣商品之說明義務，反而依民法第 356 條第 1 項之規定，課以買受人檢查通知義務，然而預售屋商品在未完工並辦理建物第一次所有權保存登記之前並無實體可供消費者檢視及查核面積是否正確，因此，如以買賣關係似乎並未課與出賣之建商有說明商品之義務，固然，依消費者保護法之規定房屋預售屬消費關係，在消費關係下依消保法第 4 條課與企業經營者應向消費者說明使用方法，提供消費者充分與正確之資訊、及同法第 5 條企業經營者應致力充實消費資訊，提供消費者應用俾能採取正確合理之消費行為，然消保法並未賦予中央主管機關得選擇特定行業規定其應提供消費者那些充分及正確之資訊，且消保法對於企業經營者違反第 4 條及第 5 條之規定，並未設有任何罰則，因此在房屋預售制度下，建商對於消費者應盡之說明義務為何？仍相當不明確，不過通常預售制度中是由消費者於接待中心與建商所委託之銷售業務人員為接洽，此時之接待中心之銷售業務人員某程度來看，似基於居間關係，因為成交時銷售業務人員會獲取相當於佣金之報酬，應有民法居間規定之適用，因此依民法第 567 條第 1 項規定：「居間人關於訂約事項，應就其所知，據實報告於各當事人。對於顯無履行能力之人，或知其無訂立該約能力之人，不得為其媒介。」此時銷售業務人員相當於居間人，居間人對當事人據實報告之義務則類似於說明義務或資訊揭露義務，因此，銷售業務人員在房屋預售制度下對消費者對預售屋之說明，應具有據實報告之責任，如有違反自屬具有歸責事由，再查，廣告是對外招攬消費者前來了解預售房屋之方式，姑不論其屬性在實務見解上存有要約或要約引誘之爭議，當廣告內容涉及不真實性時，例如公設有涉及二次施作之違建增設，或其他與建築法令不合之情事，皆應屬消費者於簽約前，應事先提供正確合理之資訊之範疇，俾使消費者是否決定簽約，因此，當廣告內容涉及不真時自應衍生建商及其履行輔助人即銷售人員負有相當之說明義務，使消費者於簽約前能

知悉廣告內容所涉及之不真實性，如有所違反，依消保法第 17 條之規定廣告內容自當構成契約內容之一部，用以保護消費者，相對的如消費者於簽約前，經銷售人員盡其說明義務已知悉廣告內容涉及不真實部分，此時消費者對於廣告之內容，已欠缺信賴基礎下，該廣告內容有無必要再成為契約內容之一部，自有待商榷。

## 五、小結：

綜上所述，最高法院在面對房屋買賣廣告之問題上，可以發現確實已思考到較細膩的問題，也建構出一定的判斷標準，避免建商因屬消保法所稱之企業經營者，被賦予較重的義務而造成與民法買賣契約成立或解除不當連結，試圖讓消保法與民法買賣契約有一清楚區別，讓建商負擔該負擔的責任，也避免消費者過度免責，而失去消保法原本的立法精神。

## 六、消費者保護法第 51 條懲罰性賠償於預售屋買賣不實廣告之適用評釋：

### (一)消費者保護法第 51 條懲罰性賠償的適用範圍：

消保法第 51 條規定：「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。」

從消保法第 51 條文義看來，只要是消費者訴訟，不論因商品或服務責任，定型化契約、特種買賣、不實廣告等均有適用，懲罰性賠償金主要適用於侵權行為類型或契約案件同時構成獨立侵權行為者，故而對於消費者保護法懲罰性賠償金之適用範圍則有討論之必要：

#### 1、商品及服務責任<sup>17</sup>

台北地院 87 年訴字第 2288 號民事判決、台北地院 87 年重訴字第 1066 號民事判決認為應將消保法第 51 條限縮於對商品製造人所提之訴訟，此類判決認為消保法第 51 條之立法精神在於規範商品製造人責任，故條文中的「依本法所提之訴訟」應只限於依消保法第 7 條第 3 項、第 8 條、第 9 條等規定所提起之訴訟而言，所指之損害，限於企業經營者違反商品製造人責任所造成之損害而言，並非泛指所有就消費者與企業經營者間之消費關係而為審理之訴訟，或消費者對企業經營者所為之任何請求，均有本條之適用；台北地院 90 年簡上字第 70 號民事判決亦認為懲罰性損害賠償乃源自英美法上特有賠償類型，非屬損害填補性質賠償，其設立目的在對具有邪惡動機、非道德或極惡之行為人施以一定之懲罰，阻嚇他人效尤或提高他人注意力之處罰性賠償，性質及目的與刑事處罰無異，故適用上之要求應較為嚴格，故本條之「依本法提起之訴訟」應作合目的性之限縮解釋，限於消保法第 7 至 10 條有關侵權行為之訴訟。

<sup>17</sup>黃麗潔，論企業經營者之廣告責任—以民法及消費者保護法為中心，國立成功大學法律系碩士論文，民國 98 年 6 月，頁 132。

## 2、不實廣告

若企業經營者刊登不實廣告，有虛偽不實情事，致違反消保法第 22 條規定時，原則上應依契約行為相關規定處理，倘同時構成侵權行為時，有學者<sup>18</sup>認為若企業經營者有詐欺之主觀故意，則不實廣告可構成獨立之侵權行為，亦有懲罰性賠償金適用。有論者<sup>19</sup>認為不論係企業經營者所刊載之廣告虛偽不實或是有媒體經營者明知或可得而知廣告內容與事實不符卻依然照樣刊載或報導，均須以危及消費健康或安全者為前提，始得請求懲罰性賠償金；若企業經營者所刊登之廣告只是誇大不實，而未危及消費者之健康安全，或媒體所刊登之不實廣告並未危害消費者之健康安全，則除得依本法第 23 條請求因信賴該廣告所受之損害外，不得再為懲罰性賠償金之請求。實務見解如台北地院 87 年訴字第 2288 號民事判決、台北地院 87 年重訴字第 1066 號民事判決均認為企業經營者所刊登之廣告不僅誇大虛偽不實，還嚴重危及消費健康、安全者，始應處以懲罰性賠償。故損及消費者健康安全之不實廣告，消費者可主張懲罰性賠償金請求。

## 3、定型化契約、特種買賣

消保法第 51 條之規定如依文義解釋，則在消費者對於企業經營者所擬定之「定型化契約」有爭議時，似得依本條文之規定請求懲罰性賠償金。然有論者以為，此部分係屬契約規範，探求懲罰性賠償金之立法目的，消保法第 51 條之適用範圍應作限縮，不適用於定型化契約或特種買賣類型。消費者對於企業經營者所制定的定型化條款有爭議時，可以提起訴訟，請求法院依照「平等互惠原則」與「誠信原則」加以解釋，或對於消費者顯失公平之條款予以宣判無效；而懲罰性賠償金制度之立法目的係為懲罰與嚇阻企業經營者無視消費健康與安全之惡性行為，與定型化契約重視企業經營者是否濫用交涉能力不同。故若允許定型化契約案件得請求懲罰性賠償金則可能使懲罰性賠償金之適用範圍過於廣泛；而認為該條文應採「目的性限縮解釋」，排除定型化契約訴訟適用懲罰性賠償金之規定<sup>20</sup>。

綜上，消保法第 51 條之適用，以企業經營者應依本法規定負損害賠償責任為前提，故僅於企業經營者應依該法第 7 條至第 9 條負商品責任或服務責任，或應依該法第 22 條、第 23 條負廣告主或廣告媒體經營者責任時，始生應另負懲罰性賠償金責任問題。反之，在企業經營者使用之定型化契約有消保法第 11 條之 1 第 2 項或第 14 條所稱不構成契約內容，或第 12 條規定無效之情形，該定型化契約之消費者，不得僅因為如此，即主張企業經營者應依同法第 51 條給付懲罰性賠償金。

<sup>18</sup>林德瑞，懲罰性損害賠償金適用之法律爭議問題，月旦法學雜誌第110期，民國95年7月，頁43-45。

<sup>19</sup>楊靖儀，懲罰性賠償金之研究---以評析消費者保護法第五十一條為中心，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文，頁170-171（1996年6月）。

<sup>20</sup>楊靖儀，同註18，頁169。

(二)消費者保護法第 51 條懲罰性賠償的適用對象：

依消保法第 7 條規定，企業經營者違反前兩項規定，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。依此規定可知消保法所保護之對象有消費者及第三人。其中消費者包括與企業經營者有契約關係之消費者及無契約關係之消費者。除消費者外，因商品之缺陷致生損害之第三人亦受消保法之保護，例如消費者駕駛所購買之汽車，因汽車本身之缺陷而發生事故撞傷路人，此時被撞傷之路人即為受消保法所保護之第三人，可依消保法求償。

最高法院 97 年度台上字第 214 號民事判決：消費者保護法第 51 條之規定，旨在促使企業經營者重視商品及服務品質，維護消費者利益，懲罰惡性之企業經營者，並嚇阻其他企業經營者仿效。且該條係規定：「依本法所提之訴訟」，並非規定：「依前條所提之訴訟」，自難解為僅限於消費者保護團體依同法第 50 條所提起之訴，始得為之，故當事人提起之訴訟，倘係消費者與企業經營者間就商品，或服務所生爭議之法律關係，而依消費者保護法之規定起訴者，無論係由消費者團體或由消費者個人提起，均有第 51 條懲罰性賠償金之適用。行政院消費者保護委員會中華民國 91 年 8 月 12 日消保法字第 0910000841 號函亦採此見解。

消保法區分其所保護之對象為消費者及第三人，消費者因商品之缺陷受損害時，可依消保法第 51 條規定，請求損害額三倍以下之懲罰性賠償金，但第三人是否有此規定之適用？依照消費者保護法第 51 條規定請求權主體僅明示消費者，而未言及第三人，惟從立法政策而言，由消費者或第三人提起懲罰性賠償金之訴訟，同樣皆能達到懲罰性賠償金之功能，故而學者<sup>21</sup>建議此部分宜增列入第三人為請求權主體為妥。有學者<sup>22</sup>認為，從消保法第 51 條僅規定消費者始得請求懲罰性賠償金，消保法就其所稱之「第三人」於保障上似較消費者為劣等。本法關於企業經營者無過失責任之規定乃侵權責任，故就企業經營者而言，因商品或服務而受害者，係與其「有契約關係之『交易』商品、服務之人」、「『使用、接受』該商品、服務之人」、或「既非交易商品、服務亦未使用、接受該商品、服務但仍受害之第三人」，應無區別必要。在責任保險上，亦未因受害人係消費者或第三人，致在保險責任之發生上，有所歧異。從而，第三人應亦得依消保法第 51 條規定，證明企業經營者之故意過失而請求賠償懲罰性賠償金，較為妥當。板橋地方法院 89 年度重訴字第 65 號民事判決：「消保法第五十一條雖僅規定懲罰性賠償金之請求權人為消費者，惟參照同法第七條第三項之規定，企業經營者於違反同條第一、二項之規定致生損害於消費者或第三人時，該企業經營者對第三人亦應負連帶損

<sup>21</sup>林明珠、朱麗真，懲罰性賠償金之理論與實務—以消費者保護法第五十一條為中心，收錄於消費者保護法制論文集，行政院消費者保護委員會編印，民國 93 年 7 月，頁 415。

<sup>22</sup>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〉，收於《消費者保護法施行五週年學術研討會會議資料》，頁 1—37、1—38。

害賠償責任，且懲罰性賠償金制度既在懲罰及嚇阻，自無將因企業經營者之魯莽不顧公共安全致受損害之第三人排除其請求懲罰性賠償金之理，是本院認為該第三人亦得類推適用本條之規定請求懲罰性賠償金，較符立法目的。」

綜上，依據消保法第 51 條之文義，得請求懲罰性賠償金之人以消費者為限。惟本條所定懲罰性賠償金之實務案例，得依消保法第 7 至第 9 條請求損害賠償之人，除消費者外，尚包含第三人在內，此為消保法第 7 條第 3 項所明定。因此，在適用消保法第 51 條時，不應拘泥文義，而應認為懲罰性賠償金之請求權人，亦及於同法第 7 條第 3 項所稱之第三人，以貫徹懲罰性賠償金之立法目的，並維持第三人與消費者在憲法上之平等待遇，及避免消保法條文之相互矛盾。

### (三)懲罰性賠償責任之過失應否限於重大過失：

消費者保護法第 51 條規定被告主觀上有故意則得請求三倍以下之懲罰性賠償金；若被告有過失，原告可請求損害額一倍以下之懲罰性賠償金。從懲罰性賠償金之本質有處罰及嚇阻作用來看，對企業經營者課予懲罰性賠償金固無疑義，但是過失行為是否係懲罰性賠償金之範圍，則有爭議。民事責任所謂之過失，有重大過失與輕過失之區別；輕過失又有具體輕過失及抽象輕過失之差異。民法第 184 條第 1 項前段所謂過失，通說及實務見解認為是指「抽象輕過失」。消保法第 51 條所稱之過失，是否亦應解為係指抽象輕過失而言？或應如系爭判決所稱，僅限於重大過失？有主張此處應限縮於「重大過失」，以緩和現行法將過失納入懲罰性賠償金適用之缺失<sup>23</sup>；亦有主張消保法及施行細則既然無規定，應與民法採相同過失原則，以「善良管理人注意義務為標準」<sup>24</sup>。最高法院 93 年台上字第 2021 號判決，認為消保法第 51 條之過失，不以重大過失為必要，輕過失亦可構成懲罰性賠償金責任。惟台灣高等法院及其分院最近連續幾件判決皆表示，消保法第 51 條規定之過失，僅以重大過失為限，不含輕過失在內。此處之故意過失應由何人舉證？原則上依據通說規範說見解，主張權利存在之人須負舉證責任，即請求懲罰性賠償金之人負舉證責任。然而在例外符合民訴第 277 條但書之情形，法院可審酌情形為舉證責任之減輕等甚至舉證責任之轉換。實務上曾有台北地院 87 年度訴字第 2253 號民事判決認為，為避免消費者舉證困難，應由企業經營者負無過失之舉證責任。然而，若直接課予業者無過失責任之舉證，似乎給於其過重之負擔。有學者<sup>25</sup>認為被害人為請求消保法第 51 條之懲罰性賠償金，而主張企業經營者有自己之故意或過失時，就該主張，原則上應由被害人負舉證之責任。換言之，關於企業經營者故意或過失之舉證責任，無民法第 224

<sup>23</sup>林德瑞，同註17，頁44-45。

<sup>24</sup>台北地院 89 年度海商字第 23 號判決。

<sup>25</sup>詹森林，最高法院 98 年度台上字第 252 號判決之評析，月旦裁判時報第 1 期，第 50-62 頁；消保法懲罰性賠償金責任之過失應否限於重大過失？，月旦裁判時報第 4 期，第 50-59 頁。

條及第 188 條第 1 項規定之適用或類推適用餘地。理由在於，適用民法第 224 條規定之結果，將會對於自己無故意或過失之企業經營者，課以懲罰性賠償金，而違背懲罰性賠償金之制裁及遏阻有故意或過失企業經營者之立法目的。其次，被害人不得主張企業經營者無法證明自己無故意或過失時，即應推定企業經營者有消保法第 51 條所定之過失。易言之，民法第 188 條第 1 項「推定過失」之規定，在此並無適用或類推適用餘地。

## 七、案例研討：

### (一) 案例事實

原告主張被告正第建設股份有限公司(下稱正第公司)明知其所為如原證一、二、三廣告(下稱系爭廣告)內容，及其坐落臺北市○○區○○段 3 小段 58、59、59 之 1 及 66 地號 4 筆土地上建築之「新地來亨」之「仁愛新第」預售屋(下稱系爭預售屋)即現場樣品屋，係不合法之夾層屋，且明知原告係第一次購屋，信賴被告正第公司廣告內容、現場樣品屋之示範及現場銷售人員即被告丁○○之說明，且與被告正第公司之總經理即被告丙○○及銷售員被告丁○○洽談，原告詢問夾層屋是否合法時，竟謊稱合法性沒問題，又故意謊稱原告購買之預售屋與現場三層樣品屋相同，致原告於民國 91 年 10 月 27 日給付價金新臺幣(下同)100 萬元，簽訂土地及房屋買賣契約書(二者下稱系爭契約，分別則稱系爭土地契約或系爭房屋契約)，並陸續於同年 12 月 12 日繳納房屋開工款 15 萬元及土地開工款 35 萬元，於 92 年 1 月 3 日繳納房屋第 4、5 期款 4 萬元，合計受有支出 154 萬元之損害。原告爰以被告詐欺之事實，依侵權行為法則，被告丁○○、丙○○係被告正第公司受僱人，渠二人因執行職務共同不法侵害原告權益，依民法第 188 條規定，自應與被告正第公司連帶負損害賠償責任；原告並得依民法第 92 條規定，撤銷系爭契約之意思表示，依不當得利法則，請求被告返還不當得利。原告因信賴被告正第公司之書面與現場樣品屋之廣告內容與事實不符所受之損害，得依消保法第 22、23 條規定，請求被告負損害賠償責任；原告得主張系爭預售屋之書面與現場樣品屋之廣告內容屬於系爭契約內容之一部分，且屬於無法補正，依物之瑕疵擔保相關規定，解除系爭契約，依不當得利法則，請求被告返還不當得利；又被告正第公司明知其書面廣告與現場樣品屋均係不合法之夾層屋，卻故意矇騙原告，致原告因信賴而受害，原告得依消保法第 51 條規定，請求損害額一倍之懲罰性賠償金。

### (二) 兩造關於消保法之主張

原告主張：

被告就預售屋之廣告不實，原告得請求懲罰性賠償金：

被告正第公司明知系爭廣告內容與現場樣品屋均係不合法之夾層屋，實際上不可能為合法之夾層設計施工，竟提供銷售予消費者即原告，致原告因信賴該廣

告而受有給付價金之損害。依消保法第 23 條規定，被告正第公司應負賠償責任。原告依消保法第 51 條規定，自得請求被告公司給付懲罰性賠償金。

被告答辯：

- 1、被告正第公司並無違反消保法規定之情事，故原告依該法第 51 條之規定請求懲罰性賠償金，自無理由。又原告依系爭契約給付之買賣價金，係基於雙務契約所為之給付，於買賣契約撤銷前，買受人一方面應給付買賣價金，一方面取得買賣標的物及移轉所有權之請求權及瑕疵擔保請求權，尚無遭受任何財產減少之積極損害；而於買賣契約撤銷後，出賣人應返還買賣價金與買受人，係依不當得利之規定所負之義務，性質上亦非所謂之損害賠償，均不得逕認買受人已給付之買賣價金即為其所受之損害，更不得據此請求已給付買賣價金一倍之懲罰性賠償金。
- 2、況消保法第 7 條及第 51 條等規定係屬侵權行為之特別規定，上述條文所稱之損害，應不及於所謂商品自身傷害等經濟上損失；商品本身因缺陷而不堪使用、毀損、或滅失，致買受人受有損害，如價值減少、支出修繕費用、不能營業、或須對第三人負損害賠償責任，即所謂純粹經濟上損失，尚不構成對商品所有權的侵害，而屬買賣契約法之固有規範領域，侵權行為法不應介入。原告僅一再主張其因系爭建物欠缺應有之效用，致受有買賣價金之損害，縱設原告果受有所稱之損害，核該損害顯屬純粹經濟上損失，依據前述之說明，原告亦不得逕依該法之規定，而為懲罰性賠償之請求。
- 3、又被上訴人自陳於 92 年 1 月 14 日即知悉受騙，卻遲至 95 年 3 月 31 日民事爭點整理狀提出時（即 95 年 4 月 4 日到達原審法院），始追加此部分之請求，顯已罹於 2 年時效，伊自得拒絕給付。

### (三)爭點

- 1、原告依消保法第 51 條規定，請求被告給付懲罰性賠償金，是否有據？
- 2、若有，則本件懲罰性賠償金之請求權有無罹於時效？

### (四)高院判決要旨

按消保法第 51 條所謂依本法所提之訴訟，係指因消費關係而向法院提起之訴訟，故凡屬消費者與企業經營者間就商品或服務所生爭議之法律關係，而向法院提起之消費訴訟，無論係由消費者團體或消費者個人提起，均有消保法第 51 條規定之適用，自不以消費者保護團體依同法第 49 條、第 50 條規定提起之訴訟為限。又企業經營者應確保廣告內容之真實，其對消費者所負之義務不得低於廣告之內容，消保法第 22 條定有明文。此係為保護消費者而課企業經營者以特別之義務，不因廣告內容是否列入契約而異，否則即無從確保廣告內容之真實。本件被上訴人既係以經營住宅及大樓開發銷售為業之企業經營者，有公司登記資料查詢單附卷足憑。上訴人為購買前開預售屋之消費者，兩造訂定買賣契約時，既無任何成品可供檢視，祇能信賴被上訴人

之廣告，而被上訴人卻以不實之廣告內容，致上訴人陷於錯誤而誤信廣告內容為真，並與被上訴人簽訂買賣契約，被上訴人顯有違反消保法第 22 條所課企業經營者應確保廣告內容真實之義務。上訴人因而以被上訴人違反消保法第 22 條規定為由，向法院提起本件訴訟，自係因消費關係而提起之消費訴訟。則上訴人依同法第 51 條規定，請求被上訴人給付懲罰性賠償金，核屬有據。次按消保法第 51 條引進懲罰性賠償制度，其目的並非在於規範企業經營者違反契約時，對消費者所負之債務不履行損害賠償責任，而係在促使企業經營者重視商品及服務品質，維護消費者利益，懲罰惡性之企業經營者，並嚇阻其他企業經營者仿效。該條規定責令企業經營者就因不實廣告所致消費者之損害負賠償責任，乃侵權行為之特別形態，主要在維護交易安全，保障填補消費者因信賴廣告所受之利益損害。該條規定與民法規範出賣人對買受人所負之契約責任，二者旨趣要屬不同。且消保法對於請求權時效並未有明文規定，故消保法第 51 條懲罰性賠償金請求權時效，應適用侵權行為損害賠償請求權之時效即二年。上訴人主張該條懲罰性賠償金請求權時效應適用債務不履行損害賠償請求權十五年時效云云，自無足取。查上訴人因誤信廣告內容為真，與被上訴人簽訂預售屋買賣契約，於 92 年 3 月 28 日即以受詐欺為由，而撤銷系爭買賣契約，有卷附買賣契約、存證信函、回執附卷可稽，則上訴人至遲於 92 年 3 月 28 日，顯已知悉被上訴人故意違反消保法第 22 條規定，致其受有損害之情事。上訴人嗣於 93 年 12 月 29 日起訴，請求被上訴人、蔡傾珍、陳遠明連帶給付 154 萬元本息，迄 95 年 4 月 4 日言詞辯論期日，始具狀追加依消保法第 51 條懲罰性賠償金請求權，請求被上訴人應再給付其一倍懲罰性賠償金 154 萬元本息，亦有起訴狀暨原法院收狀戳記章、原審筆錄、95 年 3 月 31 日民事爭點整理狀並法院收狀戳記章足參，要屬已罹於二年請求權時效至明。是被上訴人執此抗辯其得拒絕給付，核屬可採。

#### 八、小結：

本案係肯定消費者可對不實廣告之企業經營者主張懲罰性賠償金，惟本案中基於懲罰性賠償金請求權時效確已完成為由而判消費者敗訴。本案一審原告係主張系爭預售屋之書面與現場樣品屋之廣告內容屬於系爭契約內容之一部分，且屬於無法補正，依物之瑕疵擔保相關規定，解除系爭契約，依不當得利法則，請求被告返還不當得利；又被告正第公司明知其書面廣告與現場樣品屋均係不合法之夾層屋，卻故意矇騙原告，致原告因信賴而受害，原告得依消保法第 51 條規定，請求損害額一倍之懲罰性賠償金。而被告則以原告依系爭契約給付之買賣價金，係基於雙務契約所為之給付，於買賣契約撤銷前，買受人一方面應給付買賣價金，一方面取得買賣標的物及移轉所有權之請求權及瑕疵擔保請求權，尚無遭受任何財產減少之積極損害；而於買賣契約撤銷後，出賣人應返還買賣價金與買受人，係依不當得利之規定所負之義務，性質上亦非所謂之損害賠償，均不得逕認買受人已給付之買賣價金即

為其所受之損害，更不得據此請求已給付買賣價金一倍之懲罰性賠償金。且消保法第 7 條及第 51 條等規定係屬侵權行為之特別規定，上述條文所稱之損害，應不及於所謂商品自身傷害等經濟上損失；商品本身因缺陷而不堪使用、毀損、或滅失，致買受人受有損害，如價值減少、支出修繕費用、不能營業、或須對第三人負損害賠償責任，即所謂純粹經濟上損失，尚不構成對商品所有權的侵害，而屬買賣契約法之固有規範領域，侵權行為法不應介入。原告僅一再主張其因系爭建物欠缺應有之效用，致受有買賣價金之損害，縱設原告果受有所稱之損害，核該損害顯屬純粹經濟上損失，依據前述之說明，原告亦不得逕依該法之規定，而為懲罰性賠償之請求。

本案一審法院並未就被告之答辯作解釋，而僅以本案係依消保法所提起之消費訴訟而有消保法第 51 條懲罰性賠償之適用而為判決。茲討論如下：

依消費者保護法第 51 條規定：「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。」，可知只要該消費訴訟符合其所規定之主觀歸責要件，均得請求懲罰性賠償金；又，依同法第 2 條第 5 款：「消費訴訟：指因消費關係而向法院提起之訴訟。」、第 3 款：「消費關係：指消費者與企業經營者間就商品或服務所發生之法律關係。」及第二、三節相關「定型化契約」、「特種買賣」之規定可知，消費者保護法中所適用的類型不僅限於侵權行為，亦包含契約；遂產生在違反契約規定而構成債務不履行時，是否得請求懲罰性賠償金之疑問？<sup>26</sup>

但依消保法 51 條條文規定之內容分析，懲罰性賠償金之請求仍須符合主觀歸責事由，非僅單純之契約違反即得主張；且就目前判決來看，臺灣臺北地方法院 87 年度重訴字第 123 號民事判決及臺灣士林地方法院 87 年度訴字第 169 號民事判決對於預售屋買賣契約之債務不履行所判處之十分之一倍的懲罰性賠償金皆以被告有故意之情況存在而為之；另外，在解除契約部分，臺灣臺北地方法院簡易庭 89 年度北簡字第 8504 號宣示判決筆錄及臺灣臺北地方法院 88 年度北簡字第 4001 號民事判決亦以原告係受被告欺罔而訂約繳款為由，認為原告請求被告給付懲罰性賠償金係屬正當。故不論係由法條所規範之要件或法院判決來看，均得認為在違反契約構成債務不履行時，仍應以有可歸責之事由為前題，方得請求懲罰性賠償金。

又臺灣高等法院 94 年度上更(一)字第 73 號民事判決認：消保法第 51 條前段明定：「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 3 倍以下之懲罰性賠償金」。所謂「依本法所提之訴訟」，係指因消費關係而向法院提起之訴訟，故凡屬消費者與企業經營者間就商品或服務所生爭議之法律關係，而向法院提起之消費訴訟，均有消保法第 51 條規定之適用（消保法第 2 條第 3 款、第 4 款、第 5 款、第 47 條規定參照），自

<sup>26</sup>陳春玲，論懲罰性賠償金之法律爭議與風險管理，國立政治大學風險管理與保險學系碩士論文，民國 93 年 1 月，頁 103-104。

不以消費者保護團體依消保法第 49 條、第 50 條規定提起之訴訟，或以消保法之規定為請求權基礎者為限。又公平法第 32 條第 1 項及消保法第 51 條所稱之「損害額」，乃作為酌定懲罰性賠償金之依據，係指因事業違反公平法之規定，或因企業經營者之故意行為，所致他人財產之減少而言，雖他人就該損害本身，或得依侵權行為或其他法律關係，請求事業或企業經營者予以填補或返還，惟就其得依該損害額為據，請求酌定懲罰性賠償金之權利，不生任何影響。

是以本案雖係以系爭買賣契約經解除或撤銷後，被告應返還價金予原告，乃因負有回復原狀或返還不當得利之義務，並未以消保法之規定為其請求權基礎，但消保法第 51 條引進懲罰性賠償制度，其目的並非在於規範企業經營者違反契約時，對消費者所負之債務不履行損害賠償責任，而係在促使企業經營者重視商品及服務品質，維護消費者利益，懲罰惡性之企業經營者，並嚇阻其他企業經營者仿效。該條規定責令企業經營者就因不實廣告所致消費者之損害負賠償責任，乃侵權行為之特別形態，主要在維護交易安全，保障填補消費者因信賴廣告所受之利益損害。前述若企業經營者有詐欺之主觀故意，則不實廣告可構成獨立之侵權行為，故只要消費者因相信企業經營者所為不實廣告而受有損害，則不論該廣告內容是為契約內容之一部份，均有消保法第 51 條規定之適用。但實務上消費者除依其他法律關係為請求權基礎外，仍須依違反消保法第 22 條規定提起消費訴訟方得依消保法第 51 條請求懲罰性賠償。例如不實廣告銷售擎天大樓案(台灣高等台中分院 91 年重訴字第 16、33、34 號判決)：此判決法院認為，不實銷售大樓係違反消保法第 22 條規定，原告依消保法第 51 條自得請求懲罰性損害賠償金，惟依照消保法第 51 條之主張，限於依該法提起之消費訴訟，本例中原告乃於附帶民事訴訟請求懲罰性損害賠償金，自屬無據。藍天夾層屋案(台北地院 88 年訴字第 1100 號判決、高等法院 89 年上字第 95 號判決、最高法院 91 年台上字第 264 號判決、高等法院 91 年上更(一)字第 68 號判決)，此一案中法院認為，受害人乃依照民法規定提起訴訟，而非消保法，而消保法第 51 條限於消費訴訟才得主張，故而法院認為原告不得請求懲罰性損害賠償金。

此外，關於消費者因廣告誤購商品所交付之價金是否屬於消費者之「損害」，有下述見解：<sup>27</sup>

(一)肯定說：

肯定說見解以台北地院 88 年訴字第 11 號判決為代表：「原告以被告所提供之廣告文宣內容不實而有所請求，應屬因消費關係而向法院提起之消費訴訟，自有同法第 51 條適用。而被告應確保廣告內容之真實…其對消費者所負義務不得低於廣告之內容，故意以不實廣告及樣品屋為宣傳推銷系爭房屋，致原告陷於錯誤，誤認系爭房屋可為夾層使用，就原告而言，其所受之損害

<sup>27</sup>黃麗潔，論企業經營者之廣告責任—以民法及消費者保護法為中心，國立成功大學法律系碩士論文，民國 98 年 6 月，頁 136。

即為所支付之價金。」

(二)否定說：

此說見解以最高法院 91 年台上字第 475 號判決為代表：「本件上訴人乙○○等人於事實審雖主張：宏盛公司製作不實廣告，欺瞞消費者，以此詐欺手段致伊陷於錯誤與之締約而交付買賣價金，業經伊依民法第九十二條規定以訴狀繕本之送達撤銷買賣之意思表示，依同法第一百四十四條之規定，兩造買賣契約自屬無效。伊前付之價金已無法律上原因，宏盛公司應全部返還已受領之價金於伊。……伊因此詐欺所受之損害，即為前述伊因履行該契約所交付之價金，宏盛公司應依侵權行為賠償此項損害，及依公平交易法第三十一條，消費者保護法第五十一條等規定賠償伊按已付價金額各三倍之損害金暨懲罰性賠償金云云…。惟查買受人交付價金，係屬契約義務之履行，其買賣契約縱係由於出賣人之詐欺，但在買賣契約未經依法撤銷前，既仍繼續履約，其於交付價金之同時，對於出賣人已取得交付買賣標的並移轉其財產權之請求權，併或瑕疵擔保請求權，客觀上能否遽謂買受人當然受有若何財產減少之積極損害，即值商榷。乃原審就系爭買賣契約是否已經乙○○等人依民法第九十二條撤銷而不存在？及渠等因信賴該不實廣告所失利益究竟若何？胥未調查審認，率謂乙○○等人因履約而交付之價金即為宏盛公司因違反消費者保護法第五十一條，公平交易法第三十一條等規定所致生之損害而為不利於該公司之判決，自嫌速斷。」

本組認為，對此應以否定說為可採，蓋買受人交付價金，係屬契約義務之履行，且同時對出賣人取得交付買賣標的並移轉其所有權之請求權，自不得認為價金之支付即該當於買受人財產減少之積極損害，但如買受人能主張買賣契約經撤銷或解除時，受有價金返還以外之損害賠償，此時之損害賠償才有可能被認定為消費者之損害。

### 參、 預售屋買賣之定型化契約審閱期

#### 一、淺介定型化契約審閱之內涵

(一)定型化契約審閱權規定於消保法第 11 條之 1 第 1 項規定：「企業經營者與消費者訂立定型化契約前，應有 30 日以內之合理期間，供消費者審閱全部條款內容。」，亦即企業經營者欲提供其所事先擬定之定型化契約予消費者簽約時，該企業經營者必須提供一定時間，供消費者事先審閱契約之內容。其次，依消保法第 11 條之 1 第 3 項規定：「中央主管機關得選擇特定行業，參酌定型化契約條款之重要性、涉及事項之多寡及複雜程度等事項，公告定型化契約之審閱期間。」關於不動產買賣之定型化契約，參考消保會網站(<http://www.cpclaw.cpc.gov.tw>)登載之契約範本：預售屋買賣定型化契約應記載及不得記載事項第 1 條規定，契約審閱期間至少 5 日；不動產委託銷售定型化契約應記載及不得記載事項規定，契約

審閱期間不得少於 3 日；成屋買賣契約書範本<sup>28</sup>之契約審閱期間至少 5 日。

(二)違反契約審閱之規定，其法律性質為何？

按權利依其作用標準，可分為請求權、支配權、抗辯權及形成權等 4 個類型，其中所謂形成權乃因權利人基於一方之意思表示而使法律關係發生、變更或消滅之權利，而形成權之特徵，乃在使已成立之法律關係由一方之意思表示而發生、變更或消滅<sup>29</sup>，基於消保法就違反契約審閱權之效果，於第 11 條之 1 第 2 項之規定：「違反前項規定者，其條款不構成契約之內容，但消費者得主張該條款仍構成契約之條款。」，亦即消費者於發現企業經營者違反契約審閱期間之規定時，消費者可以主張不利於己之契約條款不構成契約之內容；相對地，消費者也可以主張利己之條款仍構成契約之內容。由此來看，消費者對契約審閱權利之行使應視為形成權之一種。

## 二、案例介紹

(一) 財團法人台灣消費者保護協會(下稱消保會)與台灣糖業股份有限公司(下稱台糖公司)就系爭建案所發生契約審閱權糾紛之事實如下：

消保會經消保官同意受讓消費者對台糖公司系爭建物所得請求之買賣價金返還及損害賠償請求權，並以原告之身份向被告台糖公司主張台糖公司要求承購戶繳付訂金後才能訂約，並未提供契約條款予承購戶審閱，該契約附件表明公共設施項目及面積字體細小，依消保法第 12 條之 1 規定不構成契約內容，公共設施既未表明系爭契約並未記載此必要之點，而整個買賣契約無效。被告台糖公司則主張承購戶已經合理期間充份審閱系爭契約條款後而訂立，並已充份注意且了解系爭契約上述附件之記載，被告並無違反消保法之相關規定。由上述之說明，經法院整理之爭點如下：承購戶與被告訂立系爭契約前，被告有無違反消保法之相關規定，致系爭契約無效？

(二)就上述爭點分述地院、高院及最高院之見解如下：

1、地院之見解認為台糖公司勝訴，消保會主張系爭契約違反消保法之規定而無效並無理由，其由如下：

(1)系爭契約於 85 年間簽訂而消保法所增訂之第 11 條之 1 規定係於 92 年 1 月 22 日修正時始完成，在系爭契約簽立時，消保法第 11 條之 1 規定之內容僅規範在消保法施行細則第 11 條第 1 項、第 2 項前段規定，基於法規不溯及既往之適用原則，及消保法施行細則有違反

<sup>28</sup> 成屋買賣契約書範本為內政部於民國 90 年 7 月 11 日以內政部台內中字第 9082362 號公告頒行，並經行政院消費者保護委員會第 87 次委員會議通過。然查，消保法上之契約審閱權必須合於消保法第 11 條之 1 第 1 項之規定，也就是必須具有企業經營者與消費者之間之消費關係，如果為時下單純個人對個人之成屋買賣關係，因為不具消費關係，本質上不具有消保法之適用，因此自無違反消保法上契約審閱問題。職故，上述由內政部公告之成屋買賣契約範本上所載契約審閱期間至少 5 日，如有違反，不一定構成消保法上之契約審閱權之違背。

<sup>29</sup> 參閱施啟揚所著民法總則第 30 頁以下

法律保留原則，因此消保會不得依現行消保法第 11 條之 1 規定主張台糖公司有違反契約審閱之規定。

(2)系爭契約雖屬定型化契約，然台糖公司已登報周知系爭建案之預售公告，依預售公告第 6 條：「推案產品解說自 85 年 6 月 17 日起至 85 年 6 月 21 日止計 5 日，欲訂購者請前往詳加瞭解有關事宜。」、第 9 條：「有關訂購須知、平面圖、房地銷售面積分算表、出售房地面積及繳款明細表、房地預定買賣契約書、建造執照含施工圖說）等相關文件於接待展示中心展示，請逕向本分處或接待中心洽詢索閱。」及第 10 條：「其他事項：詳見房地訂購須知。」之記載，足以證明承購戶具有充份時間參觀閱覽始決定是否簽訂契約，且系爭契約第 1 條載明：「乙方（即被告）已於房屋銷售前 5 日公開展示該契約並提供審閱，經甲方（即承購戶）充分審閱與認知，雙方合意訂定本契約」可推定承購戶有 5 日以上之合理審閱契約條款之期間。

(3)系爭契約第 15 條載明：「本契約之附件視為本契約之一部分」，依上開附件之房地面積明細表以觀，業已就各該承購戶所購買之系爭房地所含房屋之室內面積、騎樓面積、夾層、陽臺面積、露臺、平臺、花臺、屋突、基地面積及私設道路面積等項目，予以明確記載，並由各該承購戶於各該戶別欄項蓋章確認；至其字體大小或印刷，亦核無致難以注意其存在，或難以辨識等情事，抑有進者，一般民眾購買房屋，均非常注意坪數大小，且買賣房屋常規，亦均以每坪價格為考量之主要因素，而公共設施之面積多寡，與購買之坪數有密切關聯性，當為承購戶簽約時之重要注意事項。而按本件既經承購戶同意簽約，自應推認彼等已完全注意及了解。

2、高院之見解為維持地院之判決，仍為消保會敗訴之判決，但其爭點則修正為：「承購戶與台糖公司(即被上訴人)訂立系爭契約前，台糖公司是否未提供承購戶契約審閱期及有預收定金始能簽約，致有違反消保法之相關規定，系爭契約是否有無效之情事？」，其由如下：

(1)依消保法第 5 條規定：企業經營者應致力充實消費資訊，提供消費者運用，俾能採取正確合理之消費行為。故企業經營者對於定型化契約，應給予消費者合理之審閱期間，此乃企業經營者之法定義務。若企業經營者未給予消費者充分審閱契約之期間，消費者於訂約後始知契約內容對其不利，自可認定係對消費者「顯失公平」，依消保法第 12 條第 1 項規定，應認該條款無效。反之，如企業經營者已給予消費者合理審閱契約之機會，即無上開顯失公平之情形，而不得基此而認該定型化契約係屬無效。至於定型化契約之審閱期間，自屬依消費內容及產品種類性質不同而有差異，尚非強以「30 日」

做為合理期間之唯一標準<sup>30</sup>。

- (2)認同地院上述所載(二)1、(2)之見解，推定系爭契約書所載已提供承購戶 5 日以上審閱期間之記載為真實。因此，承購戶與台糖公司(即被上訴人)於訂約前，被上訴人確已提供承購戶 5 日以上之期間審閱，且可認該 5 日以上之期間，係屬合理審閱期間，自無疑義。另承購戶購買系爭房地，非如一般日常商品之買賣，其金額非小，如謂承購戶於在未詳加審閱相關資料之情況下，即逕自購買系爭房地，並支付鉅額自備款，亦與常情不符。是上訴人辯稱被上訴人未給予承購戶合理審閱契約期間，系爭契約應屬無效云云，自無可採。
  - (3)認同地院上述所載(二)1、(3)之見解，並認為台糖公司(即被上訴人)確有給予上訴人合理期間審閱系爭契約，且於承購戶充分瞭解契約內容決定購買系爭房地，並於簽約時，才向承購戶收取定金，並非被上訴人要求承購戶須先繳付定金方才提供契約書，故上訴人上開所辯，亦無足採。
- 3、最高法院之見解廢棄原高院見解並發回高雄高分院，其理由如下：
- (1)按在預售屋交易過程中，由於買賣契約書多為建築投資業者事先單方擬定，而買賣標的之建物又尚未具體成形，就相關契約資訊內容而言，建築投資業者無疑為具優勢地位之一方，倘建築投資業者先收取定金再揭露契約內容，及至購屋人對契約內容有所異議，建築投資業者未能接受或甚至堅持依既定內容簽約，否則沒收定金，則該定金之收取不無陷購屋人於弱勢之不利地位，是建築投資業者於銷售預售屋時，如有要求購屋人須給付定金始提供契約書，或收受定金或簽約前，未提供購屋人合理之契約審閱期間者，自屬顯失公平行為。
  - (2)至於建築投資業者於收受定金或簽約前，已於合理期間提供購屋人契約書供審閱，係有利建築投資業者之事實，自應由該建築業者負舉證責任。原審以卷附公告登報資料及經承購戶簽名蓋章之系爭契約第一條記載「乙方(即被上訴人)已於房屋銷售前 5 日公開展示該契約並提供審閱，經甲方(即承購戶)充分審閱與認知，雙方合意訂定本契約」，認被上訴人於收取定金前，已提供契約書供承購戶審閱。惟卷附公告登報資料內容(見一審卷(一)51 頁、52 頁、129 頁、130 頁)並不包括契約條款，而經簽章之契約書僅有推定真正之效力，上訴人非不得舉反證推翻，上訴人既已聲請訊問承購戶洪良敏、楊美芬、蔡漢彰為證明被上訴人並未給予合理審閱期間之證據方法(見二審卷(二)18 頁)，自屬上訴人重要攻擊方法，原審未予訊問，亦未說明何以不為調查之理由，非無判決不備理由之違法。

<sup>30</sup> 由上述高院之見解，原則上高院似乎認為經由消保法第 5 條之規定，即可賦予消保法第 11 條之 1 之法源基礎，不必探討地院判決所持違反法律保留原則及法規不溯及既往之爭議。

(3)且系爭契約訂購單記載「買方應於訂購日起五日內攜帶本訂購單及……簽約金……之繳款憑證……駕臨……接待中心簽訂正式契約手續，逾期……本訂購單自然作廢，已付定金買方不得以任何理由要求退還」(見一審卷 四頁以下)，而承購戶林錦華係於八十五年六月二十二日繳交定金，同年月二十六日簽約；陳冠良於同年月二十二日繳交定金，同年月二十九日簽約；沈南宏於同年月二十五日繳交定金，同年七月三日簽約，有買賣契約書及訂購單(見一審卷 235、一審卷第 458 頁、216 頁、一審卷第 82 頁、97 頁、184 頁)，原審謂被上訴人係於簽約時始向承購戶收取定金云云，亦有認定事實未憑證據之違法。

### 三、判決評釋

(一)92 年 1 月 22 日修正消保法所增訂之第 11 條之 1 規定能否溯及既往適用於修正前所簽訂之預售屋不動產買賣契約?

1、上述高院見解應持肯定，但並未敘述其理由，最高法院也未直接明示，僅認為本案有消保法第 11 條之 1 的適用，亦未說明其理由，合先敘明。

2、本組持肯定見解，其由如下：

(1)按預售屋為預售簽約當時所不存在之建物，消費者對於所購買預售屋之內容，無法從具體外觀加以知悉商品之內容無庸置疑，消費者僅能從廣告(另案關於廣告不實再為探討)及預售屋不動產買賣契約書之記載，甚至銷售人員之說明，始能對標的物--預售屋有認識之可能，因此，消費者接觸預售屋不動產買賣契約書至為重要，自不待言。

(2)根據消保法第 4 條「企業經營者對於其提供之商品，應…向消費者說明商品之使用方法，…提供消費者充分與正確之資訊」及第 5 條「企業經營者應致力於充實消費資訊，提供消費者運用俾能維護其權益」之規定，因此，在消費關係下，也就是企業經營者與消費者之間就標的為預售屋之不動產買賣契約書，本應提供消費者正確及充分之資訊，已經為消保法於 83 年 1 月 11 日公布實施，此應為消保法之普遍性原則，消保法第 63 條規定本法施行細則由行政院定之，行政院於 83 年 11 月 2 日訂定發布施行細則第 11 條第 1 項及第 2 項前段已有契約審閱期間之規定，該施行細則之規定應符合消保法第 4 條及第 5 條之規定，當具有法律授權之目的，並未違反法律保留原則，亦無違反法規不得溯及既往之原則，蓋使消費者於消費關係上能知悉消費資訊，應屬消保法於 83 年立法時之基本目的，違反該目的，自有違反法律所欲規範之公序良俗，合理消費秩序之維護本應為消保法公布實施後所應追求，縱使無 83 年 11 月 2

日所訂定發布施行細則第 11 條第 1 項及第 2 項前段之規定(即相當於 92 年 1 月 22 日修正所增訂消保法第 11 條之 1 所規定之內容)，違反該規定(即契約審閱權之內涵)賦予不公平之契約條為無效或不成立，尚非無法源依據，況消保法施行細則於 83 年 11 月 2 日對於契約審閱有所規範，該施行細則又有法律授權，自非完全無據。

(二)契約審閱合理期間發生爭執時，應由誰負舉證責任？

- 1、依行政院消費者保護委員會 2004 年 7 月 2 日消保法字第 0930001698 號的函釋以觀，不動產業者若以定型化契約之條款方式履行其應提供消費者之審閱期間，因而對於是否以提供合理審閱期間之事時有所爭執時，企業經營者(亦即不動產業者)即應負舉證責任<sup>31</sup>。
- 2、上述最高法院見解，亦認為於預售屋不動產買賣契約書，縱使記載已於房屋銷售前五日提供消費者審閱，並經消費者簽名蓋章，該經簽章之契約書僅具有推定真正之效力，上訴人(即消保會)非不得舉反證推翻，換言之，企業經營者以消費者於預售屋不動產買賣契約書上載有業經五日以上審閱期間之簽章，仍不足以證明業已盡其履行提供消費者契約審閱之法定義務，消費者仍然可以舉反證加以推翻，此見解與最高法院 94 年台上字 2676 號之判決意旨謂「又上開說明之義務，以實質上已予說明為必要，若僅令病人或其家屬在印有說明事項之同意書上，冒然簽名，尚難認已盡說明之義務。」<sup>32</sup>有異曲同工之妙，可供參酌。
- 3、本組對於上述最高法院之見解，某程度上是持肯定態度，但仍有疑慮，蓋由消費者推翻契約審閱爭議之證據，就在與本案訴訟上有爭議之消費者本身，如果訴訟兩造皆能舉出證人證明與履行契約審閱之義務或未履行契約審閱之義務，法院如何取捨證據？令人存疑，是不是應有一合理機制，得以公正客觀證明企業經營者有無履行給予消費者契約審閱之義務，或是不是應設計一套程序經由該程序即得以證明企業經營者有無履行給予消費者契約審閱之義務，否則類此之糾紛，仍會層出不窮。
- 4、惟查，在本案上消費者已從訂購單及簽約金之繳款憑證上之書面，證明繳交訂金日距簽約日上有間距，並非如同台糖公司所稱簽約時始向

<sup>31</sup> 陳明燦、何彥陞，不動產買賣契約審閱其相關法律問題之探析，月旦財經法雜誌 2007 年 6 月。

<sup>32</sup> 上述最高法院所指之說明義務係指，醫療法第四十六條第一項規定：「醫院實施手術時，應取得病人或其配偶、親屬或關係人之同意，簽具手術同意書及麻醉同意書；在簽具之前，醫師應向其本人或配偶、親屬或關係人說明手術原因、手術成功率或可能發生之併發病及危險，在其同意下，始得為之，但如情況緊急，不在此限」之內容，並指出僅出具形式上經病人或其家屬於手術前所簽訂之手術同意書及麻醉同意書尚不足夠，有爭執時，仍應由醫生負舉證責任證明業經告知之說明義務，此即醫療倫理上所稱告知後之同意，要件有二：1、告知(即說明義務)2、告知並經病人理解後之同意，僅有形式上之同意書尚不足夠。

承購戶收取訂金，此亦為上述最高法院發回更審理由之一，由此令人質疑，企業經營者在簽約前已向消費者收取訂金，果真如此，企業經營者要求消費者給付訂金，始能審閱契約之作法恐會構成違反公平交易法第 24 條所規定顯失公平之行為，根據行政院公平交易委員會 1999 年 3 月 10 日第 383 次委員會議決議，建築投資商銷售預售屋時，有要求客戶須給付訂金始提供契約書，公平交易委員得限期命其停止，改正其行為或採取必要更正措施，並得處新台幣 5 萬元以上 2500 萬元以下罰鍰，不過企業經營者縱有要求客戶給付訂金始提供亦約書之行為涉及違反公平交易法，也僅是就其違反公平交易法部分受罰而已，至於企業經營者有無履行提供契約供審閱之契約義務，仍屬不能證明。

#### 四、契約審閱權之其他法律問題探討

(一)基於私法自治原則可否由企業經營者與消費者之合意，而排除消保法第 11 條之 1 契約審閱權之適用？

- 1、首先，契約自由是個人自主發展及實現自我之重要機制，並為私法自治之基礎，本於私法自治原則，個人依自由意思，所訂定之契約條款，雙方當事人自應信守，此即所謂契約應以遵守之原則與契約嚴守原則，然當資本主義極度發展，如縱容契約自由原則，將使社會或經濟地位之優勢者，以其優勢造成欺壓弱者之情形，尤其在所謂定型化契約之下，往往制定並提供定型化契約者為經濟上強者，其相對人往往是弱者，尤其在資訊之掌控上，經濟上之強者與弱者，顯然不對稱，為合乎公平正義，某程度限制契約自由，藉由行政干預，只要不違背憲法上比例原則之檢驗，自有必要，因此，私法自治下之契約自由原則，並非完全不受限制或干預，合先敘明。
- 2、其次，消保法第 11 條之 1 關於企業經營者與消費者，就定型化契約之審閱權規定，乃強制規定，並為企業經營者之法定義務，該條規定，乃課與企業經營者在契約未成立前，先行提供契約供消費者審閱之義務，此義務之履行不以消費者提出任何給付為條件<sup>33</sup>，此對弱勢之消費者相當有利，如容許企業經營者基於私法自治之契約自由原則下，以定型化契約與消費者約定排除消保法第 11 條之 1 之強行規定，自非允當。
- 3、經查，最高法院 98 年台上字第 168 號民事判決要旨中指出「次按企業經營者於其所提供之定型化契約中，加註消費者自願拋棄契約審閱權之條款，按其情形顯失公平者，依民法第二百四十七條之一第三款、第四款之規定，該條款應屬無效者，仍應由企業經營者舉證證明已提供消費者合理審閱契約之期間，否則即應依前開情形處理。」如此亦足證，企

<sup>33</sup> 謝哲勝，消費者的定型化契約審閱權，月旦法學教室第 56 期，頁 8。

業經營者於定型化契約中，排除消費者自願拋棄契約審閱期之條款，該條款並不因消費者之簽章同意而排除。

(二)消費者於認知契約審閱權之後，能否基於契約自由原則，由企業經營者與消費者經由協議放棄部分審閱期間？

- 1、按審閱期間之規定，目的在確保消費者於訂約之前，確實有機會詳閱全部條款內容，俾了解條款所定之權利義務關係，並就不明意義之條款，請企業經營者再為說明，或就不利自己之條款，與企業經營者再行磋商。如消費者確實經企業經營者提供預售屋定型化契約供審閱，或消費者處於可得理解定型化契約之下，消費者已理解契約審閱之權利，並已自認為業已行使該審閱契約之權利，而與企業經營者協議擬放棄尚餘之審閱期間，是否有違反消保法第 11 條之 1 之規定，值得探討。
- 2、依學者謝哲勝之見解，認為定型化契約審閱權是為了消費者利益，限制消費者對審閱權自由拋棄必須以符合消費者的利益所必要者為限。在消費者尚未審閱契約前，就預先拋棄審閱權，將使消費者無充分瞭解契約內容的機會，因此，預先拋棄審閱權應受到限制。然而，在消費者取得審閱權後，則消費者既已取得充分資訊，包括全部契約內容和審閱期間的資訊，衡量時間成本後，願意拋棄審閱期間，則是斟酌締約相關成本效益後所為的決定，無論拋棄審閱期間與否，都是消費者基於個人主客觀因素，所為的理性選擇，此時限制消費者對審閱期間利益的自由拋棄，並非保護消費者的利益所必要的手段，因此，消費者即可拋棄此一審閱期間利益<sup>34</sup>。本組亦讚同上述見解，認為未給予消費者契約審閱權行使之機會即以定型化契約預先拋棄消費者審閱權之約款，應為無效，然一旦消費者在可得行使契約審閱權利之下，同意捨棄審閱期間之利益，無需認定審閱期間亦屬強行規定而不允許消費者於取得審閱權利後不得拋棄。
- 3、再者，台灣高等法院 89 年上易字第 30 號判決<sup>35</sup>認為：「若企業經營者並無刻意隱匿買受人得以審閱契約之期間利益，倘若買受人參觀工地後，因工地之銷售人員打電話催促，而於當天與簽訂系爭房、地預定買賣契約，係買受人拋棄契約審閱期限之利益，難謂兩造簽訂系爭房、地預定買賣契約書有何不公平或違反誠信原則之情事，該企業經營者並無違反消保法第 11 條之 1 審閱期間之規定。」亦可供參酌。
- 4、不過，企業經營者仍不得事先以定型化契約訂定消費者同意拋棄審閱期間，如果企業經營者在其所製訂並提供予消費者審閱之預售屋定型化契

<sup>34</sup> 同註 33，頁 9

<sup>35</sup> 台灣高等法院暨所屬第一、二審法院民事裁判選輯，2000 年，頁 207-227。

約之約款中，業已事先明載消費者同意拋棄審閱期間，仍然會使人質疑企業經營者是否預定排除消費者行使契約審閱之權利，畢竟契約審閱有爭議時，如上所述必須由企業經營者負舉證責任，因此本組認為企業經營者所提供消費者預售屋定型化契約中，仍宜擬定並記載消費者有 5 日之契約審閱期間，如在個案上確有消費者擬放棄審閱期間，再以手寫方式經由個別磋商條款之方式更改原定型化契約之印刷條款，再由消費者於手寫處簽章確認，始能杜絕爭議。

(三)消費者能否於了解知悉預售屋定型化契約內容之後，再以企業經營者所提供契約閱覽期間不足五日為由，主張不利己之契約條款無效？

如前所述，契約審閱之目的在使當事人在締約的程序上多一份的保障，其目的在使消費者能知悉或審閱契約內容的機會，當該機會業經實現，此時在容許消費者主張企業經營者所提供契約閱覽期間不足五日為由，自非契約審閱規範之目的。相同之見解，亦可見於台灣台北地方法院 2005 年 9 月 9 日 93 年訴字第 3030 號民事判決謂：「消費者保護法第 11 條之 1 之目的在給予消費者充分瞭解契約內容之機會，並規範企業經營者不得在未給予消費者審閱契約內容之機會前，限制消費者簽訂契約之時間，以避免消費者於匆忙間不及瞭解其依契約所得主張之權利及應負擔之義務，致訂立顯失公平之契約而受有損害，故只須消費者於簽約前已充分瞭該契約之權利義務關係，或有可認其能認識契約權利義務關係之合理審閱期間，即不得引用上開規定而主張契約無效。」，此外，學者何明燦及何彥陞亦提相關之見解<sup>36</sup>，亦認同所謂契約審閱期間，乃使消費者在訂立契約前有允裕時間了解契約之內容，然並非為消費者在契約審閱期間內縱已了解契約內容並提前簽約，而事後仍得任意反悔，以審閱期間未用盡為由，主張不受契約之拘束。

(四)預售屋於完工後，已由預售屋買賣成為成屋買賣，此時起造建設公司與消費者所簽訂之成屋買賣契約書，有無消保法上契約審閱權之適用？

成屋買賣契約書有無消保法上契約審閱權或審閱期間之適用，其區別不在於成屋或預售屋，而是在於有無符合消保法第 11 條之 1 第 1 項之規定，只要是基於消費關係，企業經營者，例如建設公司，於預售屋完工後成為成屋，嗣再出售予消費者，仍然有消保法第 11 條之 1 之適用；反之，成屋之買賣與企業經營者無涉，也不涉及消費關係，例如買賣雙方皆屬自然人並非企業經營者，單純就舊屋之成屋所為之不動產買賣契約之簽訂，自不受消保法第 11 條之 1 之規範拘束。因此，行政院消費者保護委員會第 78 次委員會議通過的成屋買賣契約範本雖有契約審閱期的規定，但是該成屋買賣契約之審閱期間僅供參考並不一定對買賣雙方不具企業經營者身分之一般民眾發生約束力，但

<sup>36</sup>陳明燦、何彥陞，不動產買賣契約審閱期相關法律問題之探析，月旦財經法雜誌 2007.6(NO.9)，頁 171。

實際案例上仍然會產生爭議，就是買賣雙方雖不具企業經營者之身分，但一方透過具有企業經營者之仲介公司為居間時，此時，銷售人員為獲取佣金，在銷售過程中，仍然會使一方因思慮不足或缺經驗而貿然簽約之情事，因此，淺見認為買賣雙方如有經由仲介公司介入買賣時，仍應有契約審閱期間之適用。

(五)消費者得否主張企業經營者違反契約審閱條款而主張契約不成立，而非主張定型化契約不利己之部份條款無效？

消保法第 11 條之 1 就違反審閱期間之效果，於該條第 2 項規定其條款不構成契約之內容，並非可得由消費者主張定型化契約不成立。在最高法院 98 年度台上字第 168 號民事判決中，就消費者與永慶房屋仲介股份有限公司所簽署居間契約，所涉及違反契約審閱權之糾紛中，即表明：「本件上訴人與永慶公司約定，由永慶公司報告訂約之機會或為訂約之媒介，上訴人給付報酬之契約，屬居間契約之性質。系爭專任委託銷售契約書所載消費者自願放棄契約審閱權之定型化契約條款，依其情形顯失公平，故該拋棄契約審閱期之條款應屬無效。又上訴人主張簽訂永慶公司單方預先擬定之專任委託銷售契約書及委託事項變更契約書前，永慶公司並未給予上訴人適當之契約審閱權，為永慶公司所不爭，依上說明，該二契約書內非個別磋商條款部分，雖不構成上訴人與永慶公司間居間契約之內容，惟仍不妨害雙方所成立居間契約之效力。」由此足證，企業經營者違反預售屋定型化契約之契約審閱規定，消費者與企業經營者之預售屋買賣契約仍屬成立，消費者無法以企業經營者違反消保法第 11 條之 1 之規定而主張契約不成立，僅能主張該不利於己之條款部分對其不生效力而為無效，如消費者擬就買賣契約主張不成立或無效，仍必須經由受有錯誤或詐欺為撤銷契約之意思表示，或主張債務不履行或給付不完全之解除契約意思表示，始能發生預售屋買賣契約不成立之效果。

(六)、非屬消費關係之預售屋定型化契約，有無消保法第 11 條之 1 契約審閱權之適用或準用該條規定？

學者曾品傑主張消保法第 11 條之 1，主要是建立在「消費者之合理期待」的基本思維上，企業經營者固應依消保法第 5 條提供消費者充實之消費資訊，使消費者能做合理判斷，但消費者多無法律常識，必須向律師等專業人士請教或討論，再加上個人所需考慮之時間，始能期待消費者就資訊做合理之判斷。並認為消保法第 11 條之 1 規定，開創了契約法上審閱期間的機制，強調法定締約的程序，賦予消費者冷靜權衡契約條款的機會，是一為消費者量身打造的指標性規定，不具普遍適用性，僅適用於消費關係<sup>37</sup>。本組贊同上述見解，因此非消費關係之定型化契約，例如消費者向建商所簽屬之房屋預售買賣契約，於未交屋前讓售與其他消費者，此時基於買賣任一方均非具

<sup>37</sup>曾品傑，論消費者保護法上定型化契約規定對於非消費關係之適用(下)，頁 7。

有企業經營者之身分，應無消保法第 11 條之 1 契約審閱權之適用，亦不得準用。

#### 肆、 結論：

在涉及房屋買賣之糾紛中，常見消費者主張建商關於預售屋之廣告與實際交屋情況不符，認建商違約而要求解約，當消費者若以不實廣告作為主張理由時，其攻防的重點在於廣告內容是否屬於房屋買賣契約之一部，即建商所使用的不實廣告文宣，必須為房屋買賣契約之一部，始有主張建商違反該房屋買賣契約之基礎。我國目前已直接透過規定定型化契約應記載與不得記載事項來保障消費者權益，但是實務上對於此議題已逐漸發展出判斷的標準，其歷程與運作結果亦有可取之處，我國最高法院在面對房屋買賣不實廣告之問題上，可以發現確實已思考到較細膩的問題，也建構出一定的判斷標準，避免建商因屬消保法所稱之企業經營者，被賦予較重的義務而造成與民法買賣契約成立或解除不當連結，試圖讓消保法與民法買賣契約有一清楚區別，讓建商負擔該負擔的責任，也避免消費者過度免責，而失去消保法原本的立法精神。

又隨著時代變遷產業發展，人與人之間所層出不窮涉及法律糾葛的案件也越來越複雜，法律人總是秉持上位之概念及原則，諸如誠實信用、公序良俗等加以對應，並延伸出一些處理原則，消保法第 11 條之 1 之規定，應是適例，其他諸如前述醫療法上之告知後同意，及金融商品推薦應遵守之原則及義務—瞭解客戶 (KYC Procedure) 與適合性原則 (Suitability) 等也是如此，依傳統法學思維，雙方當事人互相表示意思一致，契約即為成立，然如上所述，形式上之書面縱足以證明兩造之間合於民法第 153 條第 1 項及第 2 項之規定，然而當兩造資訊不對等或地位不對等，形式上之書面同意，尤其是定型化契約，是不是已足證明弱勢之一方確有同意之真意？不免無疑。學者曾品傑更指出：「消保法上審閱期間的規定，對企業經營者而言，乃一法定之先契約義務，但對消費者而言，則為一締約上的程序保障權。它賦予消費者一個只要爭執未給審閱期間的程序問題，即得主張條款不構成契約內容的權能，而無庸回到實體問題的爭執，如消費者是否的確為同意之意思表示……。」<sup>38</sup>就是最好的說明。不過，消保法第 11 條之 1 賦予消費者審閱期間，並不等於課予企業經營者有揭露或提供充份且正確之消費資訊之說明義務，契約審閱權在缺乏具體明確規範企業經營者應如何盡其揭露說明義務之前題下，對消費者之保障仍顯不足。

---

<sup>38</sup> 同上註，頁 5。

## 參考文獻

### 專書

- 孫森焱，民法債篇總論，三民書局，1997年8月修訂10版。
- 李伸一，消費者保護法論，凱侖出版社，1997年4月初版。
- 林明珠、朱麗真，懲罰性賠償金之理論與實務—以消費者保護法第五十一條為中心，行政院消費者保護委員會編印消費者保護法制論文集，民國93年7月。
- 施啟揚，民法總則，施啟揚，2007年6月初版。
- 台灣高等法院暨所屬第一、二審法院民事裁判選輯，台灣高等法院，2000年。

### 期刊論文

- 陳忠五，不誠實廣告與夾層屋買賣契約(下)-實務相關判決之綜合評釋，台灣本土法學雜誌，1999年8月。
- 曾品傑，論不動產不誠實廣告之契約效力(上)—最高法院相關判決評釋，台灣本土法學雜誌，2006年4月。
- 曾品傑，論消費者保護法上定型化契約規定對於非消費關係之適用(下)，台灣本土法學雜誌，2004年4月。
- 林德瑞，懲罰性損害賠償金適用之法律爭議問題，月旦法學雜誌第110期，2006年。
- 陳明燦、何彥陞，不動產買賣契約審閱期相關法律問題之探析，月旦財經法雜誌第9期，2007年6月。
- 詹森林，最高法院98年度台上字第252號判決之評析，月旦裁判時報第1期，2010年2月。
- 詹森林，消保法懲罰性賠償金責任之過失應否限於重大過失，月旦裁判時報第4期，2010年8月。
- 謝哲勝，消費者的定型化契約審閱權，月旦法學教室第56期，2007年6月。
- 陳明燦、何彥陞，不動產買賣契約審閱其相關法律問題之探析，月旦財經法雜誌，2007年6月。
- 楊靖儀，懲罰性賠償金之研究---以評析消費者保護法第五十一條為中心，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文，1996年6月。
- 陳春玲，論懲罰性賠償金之法律爭議與風險管理，國立政治大學風險管理與保險學系碩士論文，1994年1月。
- 黃麗潔，論企業經營者之廣告責任—以民法及消費者保護法為中心，國立成功大學法律系碩士論文，1999年6月。

### 國內實務判決

- 台北地院 89 年度海商字第 23 號判決
- 台灣高等法院 89 年度上字第 95 號民事判決
- 台灣高等法院 90 年度上字 1086 號

預售屋買賣：以不實廣告及定型化契約審閱期為中心

最高法院 73 年度台上字 2540 號民事判決。

最高法院 89 年度台上 746 號民事判決。

最高法院 92 年度台上字 2694 號民事判決

最高法院 92 年度台上字 788 號民事判決

### 研究報告

朱南玉，不動產交易糾紛產生原因及其處理機制之研究，內政部委託研究報告。

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，消費者保護法施行五週年學術研討會會議資料。

### 網路資料

消基會南區分會 97 年度書面申訴案排行榜，

<http://www.consumers.org.tw/unit412.aspx?id=1136>

