

消費者保護法判決函釋彙編(十三)

行政院 編印

中華民國101年9月

序 言

為期消費者保護法能圓融適用，本處經蒐集各級法院判決、相關行政函釋及消費者保護法專案小組研究等有關資料，彙集成「消費者保護法判決函釋彙編」一書，至民國99年已出版至第十二輯，供各界參考。

本彙編為第十三輯，仍援前各輯編排體例，總計蒐錄各級法院裁判23則，行政函釋13則，消費者保護法專案小組研究會議3次，其中部分判決為社會矚目之消費糾紛事件，頗具參考價值。

為方便讀者從網站閱覽，本會並將本彙編之函釋內容置於行政院消費者保護會網站（www.cpc.ey.gov.tw）出版品欄位下，請多加使用。

本彙編校勘雖力求精確，但疏漏訛誤在所難免，尚請指正至感。

行政院消費者保護處 謹識

中華民國101年9月

凡 例

- 一、本彙編係將與消費者保護法及消費者保護法施行細則有關之司法判決、行政函釋等資料編纂成冊，以供各界參考。
- 二、本彙編分為「司法判決」、「行政函釋」、「消費者保護法專案小組研究編」及「附錄」等四編，前揭二編各依涉及之消費者保護法及消費者保護法施行細則相關條文次序排列。
- 三、彙編「司法判決」及「行政函釋」均全文收錄，以免掛一漏萬；至於「消費者保護法專案小組研究編」則以節本方式收錄。
- 四、彙編「司法判決」之內容，於其主要條文刊載判決全文。然因判決可能涉及多條消保法條文，故於附錄之索引表中將該判決涉及之相關條文予以明列。另為利讀者檢索相關判決、函釋，附錄之索引表載有全部判決、函釋之所在頁數，以資兼顧。
- 五、本彙編附錄編三所附「司法判決案號及行政函釋發文字號索引表」引用相關條文之簡稱，「消保法」係指「消費者保護法」，「消保法細則」係指「消費者保護法施行細則」，併予敘明。

壹、司法判決編

消費者保護法判決函釋彙編第十三輯

目 錄

序言

凡例

壹、司法判決編

一、消費者保護法

第一章總則

第二條（名詞定義）..... 1

1 最高法院100年度台上字第933號

 民事判決..... 2

2 臺灣高等法院100年度金上字第21號

 民事判決..... 11

第五條（消費資訊）..... 27

1 最高行政法院判決100年度判字第1572號

 行政判決..... 27

第二章 消費者權益

第一節 健康與安全保障

第七條（製造者責任）..... 53

1 最高法院民事判決100年度台上字第104號

 民事判決..... 53

2 臺灣高等法院100年度消上易字第8號

 民事判決..... 58

3 臺灣高等法院99年度醫上字第6號

 民事判決..... 67

消費者保護法判決函釋彙編(十三)

4 臺灣高等法院100年度上字第7號	
民事判決	88
第二節 定型化契約	
第十一條 (定型化契約之基本原則)	152
1 臺灣高等法院99年度保險上字第25號	
民事判決	152
第十一條之一 (審閱期間)	162
1 最高法院100年度台上字第196號	
民事判決	162
2 臺灣高等法院99年度上易字第618號	
民事判決	169
第十五條 (磋商條款之效力)	180
1 最高行政法院100年度判字第1791號	
行政判決	180
第十七條 (主管機關對定型化契約公告及查核)	192
1 最高行政法院100年度判字第1966號	
行政判決	192
2 最高行政法院100年度判字第1791號	
行政判決	204
第三節 特種買賣	
第十九條 (郵購或訪問買賣之特殊解約權)	216
1 臺灣高等法院99年度上字第1004號	
民事判決	216
第四節 消費資訊之規範	
第二十二條 (廣告真實義務)	226

1 臺灣高等法院99年度消上易字第2號	
民事判決	226
2 臺灣高等法院99年度重上字第667號	
民事判決	238
3 最高行政法院100年度判字第236號	
行政判決	250
第四章 行政監督	
第三十六條（地方主管機關採取措施）	263
1 最高行政法院100年度判字第1872號	
行政判決	263
2 臺北高等行政法院100年度訴字第1375號	
行政判決	281
第五章 消費爭議之處理	
第一節 消費申訴與調解	
第四十三條（消費申訴）	318
1 臺北高等行政法院100年度訴字第1069號	
行政判決	318
第二節 消費訴訟	
第五十一條（懲罰性賠償金之請求）	329
1 臺灣高等法院99年度重上字第683號	
行政判決	329
2 臺灣高等法院100年度消上更(一)字第1號	
行政判決	353
3 臺灣高等法院100年度上字第7號	
行政判決	381

消費者保護法判決函釋彙編(十三)

貳、行政函釋編

一、消費者保護法

第一章 總則

第二條 (名詞定義)..... 401

1 財團法人(非營利機構)如有發行禮券者,所應
遵循之規範與一般企業經營者並無不同..... 402

2 獨資企業其交易內容涉及最終產品、半成品、原
料或零組件及其他非以上開商品為標的之勞務
供給,解釋上應屬「企業經營者」..... 403

3 B類百貨公司.....另就消保法所涉相關問題,因
百貨公司亦為連帶責任之企業經營者,其亦應
依法負責..... 404

第六條 (主管機關)..... 405

1 「旅展活動」之主管機關,在中央為交通部..... 405

第二章 消費者權益

第七條 (製造者責任)..... 406

1 電梯保養公司對於電梯使用人有消費者保護法適
用..... 406

第十五條 (定型化契約條款不得牴觸磋商條款)..... 408

1 企業經營者可否與消費者依消費者保護法(以下
簡稱消保法)第15條規定,訂立「排除履約保
證機制」條款..... 408

第十七條 (主管機關對定型化契約之公告與查核) .. 410

1 百貨公司「買多少送多少禮券」得否註明使用期
限..... 410

第十九條 (特種買賣解除契約).....	412
1 某網站不提供 7 日無條件退貨，即屬違反郵購買賣之規定，該約定即為無效	412
2 網購宅配美食業者自訂「退換貨只有到貨當天，或拆了包裝即不能退等不利消費者之條款」，違反消費者保護法第19條規定	413
3 郵購買賣之消費者於收受商品後 7 日內拆開包裝或使用商品，是否仍可行使消費者保護法第19條第 1 項之解除權	414
第二十二條 (廣告內容真實義務)	416
1 消保法第22條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	416
2 公司在各種型式之廣告，除應注意廣告詞句之明確性，並應注意相關優惠活動限制條件表示方式（例如：折價優惠之行使要件及期限）之事前充分揭露，以避免日後觸法及影響交易秩序	417
第二十五條 (書面保證書及其應記載事項).....	419
1 業者本應依其產品保證內容負擔保責任，如規定消費者憑發票才可獲得產品保固者，恐有違反誠信原則，對消費者顯失公平之虞	419
參、消費者保護法專案小組研究	
一、專案研究小組第63次會議	421
二、專案研究小組第64次會議	435
三、專案研究小組第65次會議	443

消費者保護法判決函釋彙編(十三)

肆、附錄編

一、消費者保護法	449
二、消費者保護法施行細則	465
三、司法判決案號及行政函釋發文字號索引表	471
(一) 司法判決部分	
1 民事判決	471
2 行政判決	472
(二) 行政函釋部分	
1 行政院消費者保護委員會	473
2 其他機關	473

消費者保護法

第一章 總 則

第二條 本法所用名詞定義如下：

- 一、消費者：指以消費為目的而為交易、使用商品或接受服務者。
- 二、企業經營者：指以設計、生產、製造、輸入、經銷商品或提供服務為營業者。
- 三、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。
- 四、消費爭議：指消費者與企業經營者間因商品或服務所生之爭議。
- 五、消費訴訟：指因消費關係而向法院提起之訴訟。
- 六、消費者保護團體：指以保護消費者為目的而依法設立登記之法人。
- 七、定型化契約條款：指企業經營者為與不特定多數消費者訂立同類契約之用，所提出預先擬定之契約條款。定型化契約條款不限於書面，其以放映字幕、張貼、牌示、網際網路、或其他方法表示者，亦屬之。
- 八、個別磋商條款：指契約當事人個別磋商而合意之契約條款。
- 九、定型化契約：指以企業經營者提出之定型化契約條款作為契約內容之全部或一部而訂定之契約。
- 十、郵購買賣：指企業經營者以廣播、電視、電話、傳真、型錄、報紙、雜誌、網際網路、傳單或其他類似之方法，使消費者未能檢視商品而與企業經營者所為之買賣。

消費者保護法判決函釋彙編(十三)

十一、訪問買賣：指企業經營者未經邀約而在消費者之住居所或其他場所從事銷售，所為之買賣。

十二、分期付款：指買賣契約約定消費者支付頭期款，餘款分期支付，而企業經營者於收受頭期款時，交付標的物與消費者之交易型態。

【相關判決】

1 最高法院100年度台上字第933號民事判決

2 臺灣高等法院100年度金上字第21號民事判決

【摘要】

系爭連動債雖經包裹為商品模式經由○○銀行之銷售管道予以販售，然上訴人依與台新銀行所簽訂之上開契約，其性質應屬投資信託契約，契約之目的為○○銀行受上訴人之委託，收受上訴人所交付之資金後，依其指示投資於國外之有價證券，上訴人經由契約所欲達成之目的，並非獲取生活上所需之服務或商品，而係投資之金錢上獲利。因此，本件應無消保法之適用，上訴人主張台新銀行應依消保法第七條第一、三項、第五十一條之規定負賠償責任等語，自屬無據。

最高法院民事判決

100年度台上字第933號

上訴人 賴○○

訴訟代理人 梁宵良律師

被上訴人 ○○國際商業銀行股份有限公司

法定代理人 吳○○

被上訴人 陳○○

共 同

訴訟代理人 林慶苗律師

上列當事人間請求損害賠償事件，上訴人對於中華民國九十九年十二月二十九日台灣高等法院第二審判決（九十九年度消上字第五號），提起上訴，本院判決如下：

【主文】

上訴駁回。

第二審訴訟費用由上訴人負擔。

【理由】

本件上訴人主張：被上訴人○○國際商業銀行股份有限公司（下稱○○銀行）所屬理財專員即被上訴人陳○○於民國九十七年二月間，以○○銀行內部教育訓練使用之產品傳單所示方式，招募伊申購其銷售之系爭連動債，伊於同年月十三日申購該債券美金（下同）四十萬元。○○銀行於銷售系爭連動債時，一再向伊強調系爭連動債係保本之商品，年收益高，並隨即當場交付伊系爭連動債產品發行條件中文說明書（下稱中文說明書）、「○○國際商業銀行受託投資國內外有價證券暨信託運用指示書」、「○○國際商業銀行組合式商品暨連動債產品條件揭露檢查表」予伊於空白文件簽名處簽名，未予伊審約之期限，亦未逐條告知伊系爭連動債之條款，且除伊之簽名外，其餘均為陳○○所書寫。而系爭連動債本不得在台灣銷售，○○銀行卻向居住在國內之伊銷售系爭連動債，違反該銷售限制之條款，致伊受損。又○○銀行私自增加英文版產品說明書上所無之事項，不僅違背銀行辦理財富管理及金融商品銷售業務自律規範規定，更違反消費者保護法（下稱消保法）及信託業法之規定。伊於九十七年十一月間發現上開不實之情事，以起訴狀繕本之送達為撤銷之意思表示，伊之

意思表示既經撤銷，○○銀行應負返還價金之義務。再者全球金融海嘯於九十七年七、八月間發生後，○○銀行竟未以其金融業者之專業，告知並建議伊應如何處理所購買之系爭連動債，任系爭連動債之價值趨近於零，未盡善良管理人注意義務。準此，被上訴人違反善良管理人之注意義務、銀行辦理財富管理及金融商品銷售業務自律規範，爰依民法第一百八十四條第二項、第五百三十五條、第五百四十四條、信託業法第二十二條、第二十三條、消保法第七條、第九條等規定，求為命被上訴人連帶給付伊美金四十萬元本息之判決。

被上訴人則以：○○銀行與上訴人於九十二年九月二十九日簽立指定用途信託資金信託約定書（下稱系爭信託約定書），委託○○銀行為上訴人辦理特定金錢信託投資國外有價證券之業務。而我國各銀行均係依銀行業辦理外匯業務管理辦法（下稱外匯管理辦法）第十四條規定，受理客戶投資連動債券，並基於此信託關係，依委託人之具體指示，將信託資金運用投資於國外連動債券，是本件兩造間之法律關係應適用信託之法律關係。則○○銀行已依中華民國信託業商業同業公會會員辦理特定金錢信託業務資訊揭露一致性規範之規定，編制系爭連動債之產品發行條件中文說明書揭示產品說明及風險預告、載明連動債之相關風險，○○銀行已善盡風險告知義務，上訴人之投資風險應由其負擔，而無理由將其虧損推諉與○○銀行。系爭連動債為雷曼兄弟財務公司（Lehman Brothers Treasury Co. B. V，下稱雷曼財務公司）所發行之債券，而由美國雷曼兄弟控股公司（Lehman Brothers Holding Inc.，下稱雷曼公司）為保證機構，債信評等符合中央銀行外匯局函

令規範。系爭連動債確為保本型商品，所謂保本，係指債券到期時，債券發行機構將依債券面額返還原始投資本金，返還之金額無須取決於連結標的損益表現，本件系爭連動債目前無法受理債券贖回請求之情形，係因雷曼兄弟集團發生信用風險所致，上訴人若受有損失係屬信託投資失利，與○○銀行及陳○○無相當因果關係。系爭連動債之保證機構雷曼公司尚在受理債權人申報債權程序階段，債權之到期日亦尚未屆至，屆時雷曼公司是否會如數支付款項尚不可知，上訴人實際損害尚未發生等語，資為抗辯。原審審理結果，以：陳○○於九十七年二月十三日，以○○銀行內部教育訓練使用之產品傳單方式，招募上訴人申購○○銀行銷售之系爭連動債，共計申購四十萬元。而系爭連動債之發行機構為雷曼財務公司，保證機構為雷曼公司。雷曼財務公司於九十七年十月八日為荷蘭阿姆斯特丹地方法院裁定破產。雷曼公司已於同年九月十五日依美國破產法向美國紐約州破產法院聲請破產保護等情，為兩造所不爭執。經查關於系爭連動債銷售限制部分，依其英文說明書原文應認系爭連動債發行機構，未開放予我國投資者申購，若我國投資者欲申購該連動債時，須符合我國關於境外投資之法令限制。而系爭連動債之發行機構及保證機構既屬經Moody's Investors Service 評定，債務發行評等達Baa2級（含）以上之國外債券，屬金融機構辦理特定金錢信託得投資之國外有價證券，而符合行政院金融監督管理委員會（下稱金管會）「金融機構辦理特定金錢信託資金投資之種類與範圍」之規定。又上訴人質疑系爭連動債是否符合銀行辦理外匯業務管理辦法第四條第一項之商品，經向中央銀行函查並無須另行申請許可，故系爭連動

債自屬依法得由我國金融機構以受託人身分接受在中華民國居住之投資人委託投資該連動債，上訴人主張○○銀行違法銷售系爭連動債，自無可採。再依中文說明書記載內容，足認所謂系爭連動債不得直接對臺灣居民為銷售，係指禁止發行機構「直接」向臺灣居民銷售系爭連動債，須透過中介機構於受臺灣投資人信託後，於境外向發行機構申購系爭連動債。次查依陳○○於第一審到庭證稱內容及上訴人簽署之中文說明書及○○國際商業銀行組合式商品暨連動債產品條件揭露檢查表等，可知陳○○於辦理申購程序時即依相關法令向上訴人告知風險並無未依法令規定銷售之情形。又○○銀行為明確告知承購人系爭連動債之風險，特別於中文說明書中載明英文產品公開說明書所無之「產品情境分析」，其中就報酬部分詳加記載，且於中文說明書及英文說明書下方均明顯標示「特定金錢信託投資國外有價證券具有風險，此一風險可能使本金發生虧損，委託人（投資人）須自負盈虧。國外有價證券非本行存款，本行（受託銀行）不保證投資本金無損亦不保證最低收益率。未盡說明事宜請參閱英文產品公開說明書，並以英文產品公開說明書為最終產品條件依據。」堪認投資系爭連動債之相關風險明顯揭示；復經上訴人於「本產品僅提供予自認得獨立判斷或另尋求顧問（本行除外）意見之投資人，委託人（兼受益人）已充份閱讀本產品說明書及本產品主要風險，願簽名並確認同意接受本產品的相關交易條件（含費用、收益及損失計算方式等）及投資風險，委託人對本產品的相關交易條件及投資風險是否有意見？」勾選「無」並簽名確認。因而被上訴人抗辯上訴人對於系爭連動債產品之相關約款及風險已充分認知，洵堪採信

。況上訴人於九十七年二月十三日受領該中文說明書，即使依上訴人主張系爭連動債為消費契約，消保法第十一條之一亦僅要求定型化契約之締約者應給予消費者三十日之合約審閱期間，上訴人至遲於同年三月十三日亦應將系爭中文說明書審閱完畢，但上訴人並未於上開日期前主張該契約有任何無效之原因，自不得於起訴後始主張對於該中文說明書及其後所附之英文說明書未為審閱進而主張契約無效。被上訴人辯稱英文說明書係直接連接在中文說明書後面，非獨立成冊，上訴人於收受中文說明書時即同時收受英文說明書，則上訴人自得詳細審閱英文說明書之內容，上訴人僅以其工作繁忙及英文說明書中專業用語過多，而無法理解云云，主張被上訴人未盡告知之義務，委無可採。再者上訴人自承學歷為大學畢業，其自九十四年開始透過陳○○為相關投資，依○○銀行製作之上訴人投資明細表所示，自九十四年起至九十七年止共投資十六檔連動債商品，投資金額高達一百五十六萬元，獲利約新臺幣六百萬元，其中不乏保本商品，上訴人實為投資經驗豐富之投資人，於投資前對金融商品之性質（為股票、基金、債券或連動債）、是否保本、有何風險、獲利率等投資人最關心之基本事項，當應已瞭解始予投資，而依卷附系爭連動債之產品內容說明書已詳述投資連動債之相關風險，堪認上訴人係本於自身之風險承擔及報酬期望而決定投資系爭連動債，上訴人復未就○○銀行如何使用詐術之詐欺行為舉證以實其說，則上訴人主張○○銀行詐欺且未告知系爭產品之風險云云，自難採信。況上訴人不爭執其投資之系爭連動債如持有到期實為保本，目前無法贖回損失本金之原因係因發行及擔保機構雷曼公司破產之故，而此種

發行機構本身之信用風險係存在於金融商品上，上訴人難諉為不知。另依中文說明書記載內容「到期保證機構保障本金百分之百返還之產品」核與英文說明書之內容相符，僅係○○銀行將系爭產品為保證機構保障本金全額退還之事實列出，方便銷售人員講解及投資人瞭解該連動債券之還本方式，尚難認有誤導上訴人購買之虞。又依產品情境分析之內容以觀，該段文字及表格僅在向投資人表達其可能獲利之狀況為何，且其所製作之表格均係以投資人持有該商品至到期日，本金既由雷曼公司保證全額返還，故可能之變動僅為投資報酬，而被上訴人惟恐投資人誤認系爭連動債投資必有高額數收益，而為投資人分析可能之報酬狀況，難認有誤導投資人投資系爭連動債之虞。因此，上訴人主張被上訴人製作情境分析誤導上訴人相信系爭連動債屬於保本無風險云云，難認為有理由。再者上訴人就其所購買之商品本應有所認識，難以其工作繁忙等理由，將注意義務完全歸責於商品出賣人負擔。況銷售人員是否應具備相當之專業能力，與上訴人能否瞭解其所購買之商品無必然關係，而系爭連動債為利率連動，亦經陳○○稱已告知連動對象為美國利率，且依上訴人主張○○銀行製作之情境分析，亦足使上訴人明瞭系爭連動債之連動標的為何及報酬計算情形。以上訴人大學畢業，目前從事鞋業之商業活動等學經歷觀之，實難認其認知能力係低於一般大眾而無法明白中、英文說明書之意涵。甚且上訴人自九十四年間起即投資相關金融商品，若上訴人確不明瞭其所投資之相關金融商品內容，自得向被上訴人諮詢，不得以陳○○未說明連動債之架構，指摘被上訴人未盡翔實說明之義務。未查上訴人主張○○銀行於契約成立後，未向

其報告雷曼公司經營狀況，於陷入經營困境後，復未妥善為建議及處置，○○銀行所為之給付不符合債之本旨，應負債務不履行損害賠償責任等語。惟○○銀行鑑於美國次貸風暴延燒，多家國際性金融機構都曾傳出多次負面新聞，其自九十七年三月起即多次蒐集相關分析報告，至雷曼公司申請破產保護時，仍確信其不會倒閉，非明知該危機而有隱瞞，且於雷曼公司申請破產保護後，隨即發函予所有投資人，並於其網站上開闢雷曼兄弟事件專區，隨時提供系爭連動債之消息等情，業據其提出對雷曼公司之追蹤研究分析報告、被上訴人致投資者函及網站之雷曼兄弟事件專區訊息摘錄附卷可稽，堪認○○銀行並無未盡注意義務之情事。又○○銀行另陳稱美國政府於雷曼公司九十七年九月十五日聲請破產保護後，由美國法院介入調查，動員二百位律師，費時十四個月，檢視三千四百萬頁文件，進行二百五十次訪談，花了五千一百萬元，才完成全文共九冊二千二百頁之調查報告，始知曉雷曼公司倒閉之成因，關此部分上訴人並無爭執。故上訴人主張○○銀行明知雷曼公司之經營狀況不佳而未告知，有違善良管理人注意義務等語，亦無可採。準此，上訴人依信託業法第二十二條第一項、第二十三條規定，請求○○銀行負賠償責任，並無理由。又依據上訴人所簽署之「○○國際商業銀行指定用途信託資金信託約定書」內容所示，足徵系爭連動債雖經包裹為商品模式經由○○銀行之銷售管道予以販售，然上訴人依與○○銀行所簽訂之上開契約，其性質應屬投資信託契約，契約之目的為○○銀行受上訴人之委託，收受上訴人所交付之資金後，依其指示投資於國外之有價證券，上訴人經由契約所欲達成之目的，並非獲取生活上所

消費者保護法判決函釋彙編(十三)

需之服務或商品，而係投資之金錢上獲利。因此，本件應無消保法之適用，上訴人主張○○銀行應依消保法第七條第一、三項、第五十一條之規定負賠償責任等語，自屬無據。綜上所述，被上訴人銷售系爭連動債與上訴人，上訴人既未證明渠等有違反民法第一百八十四條第二項、第五百三十五條、第五百四十四條情形，上訴人請求被上訴人應連帶賠償其損害四十萬元，於法無據，不應准許。並說明其餘攻擊防禦方法對判決不生影響，不予逐一審酌，爰將維持第一審所為上訴人敗訴之判決，駁回其上訴，於法核無違誤。上訴論旨，就原審取捨證據、認定事實之職權行使，指摘原判決不當，求予廢棄，非有理由。

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

中 華 民 國 一〇〇 年 六 月 十 五 日
最高法院民事第三庭審判長法官 劉 延 村
法官 許 澍 林
法官 黃 秀 得
法官 魏 大 曉
法官 鄭 傑 夫

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 一〇〇 年 六 月 二 十 八 日

【摘要】

消費者保護法第2條第1款固規定「消費者：指以消費為目的而為交易、使用商品或接受服務者」，解釋上，消費應係指不再用於生產情形下的最終消費而言（行政院消費者保護委員會85年2月14日台85消保法字第00206號函亦採相同見解，見本院卷第216頁）。上訴人委託被上訴人購買系爭連動債，而將金錢信託予被告，其本質乃投資行為，核與消費者保護法所保護消費者以消費目的而交易、使用商品或接受服務不同，自無消費者保護法之適用。

臺灣高等法院民事判決

100年度金上字第21號

上訴人 詹○○

訴訟代理人 文鍾奇律師

被上訴人 ○○國際商業銀行股份有限公司

法定代理人 吳○○

訴訟代理人 廖禮君

上列當事人間請求損害賠償事件，上訴人對於中華民國100年4月29日臺灣臺北地方法院99年度重訴字第1239號第一審判決提起上訴，本院於100年10月27日言詞辯論終結，判決如下：

【主文】

上訴駁回。

第二審訴訟費用由上訴人負擔。

【事實及理由】

一、上訴人聲明求為判決：

（一）原判決廢棄。

（二）被上訴人應給付上訴人美金19萬1500元，及自起訴狀

繕本送達翌日起至清償日止按年息百分之五計算之利息。

(三)願供擔保請准宣告假執行。

(四)第一、二審訴訟費用由被上訴人負擔。

被上訴人聲明求為判決：

(一)上訴駁回。

(二)如受不利判決，願供擔保請准宣告免為假執行。

(三)第二審訴訟費用由上訴人負擔。

二、上訴人主張：上訴人僅接受國小教育，經營鐵工廠營生，所得有限。民國（下同）97年間，被上訴人襄理兼理財專員周勵宏推薦「十二年期美金計價『雙率計息』利率連動債券」（下稱系爭連動債），同年2月27日，周勵宏代理被上訴人與上訴人簽訂「十二年期美金計價『雙率計息』利息連動債券產品發行條件中文說明書（下稱系爭說明書）」、「○○國際商業銀行受託投資國內外有價證券暨信託運用指示書（下稱系爭指示書）」，上訴人委託被上訴人投資系爭連動債，申購金額為美金20萬元，手續費為美金300元。嗣系爭連動債之發行機構即Lehman Brothers Treasury Co. B. V.（下稱美國雷曼公司），於97年10月8日經荷蘭阿姆斯特丹地方法院裁定破產；其保證機構即Lehman Brothers Holdings Inc. Co. B. V.（下稱美國雷曼控股公司），已於同年9月15日向美國紐約州破產法院聲請破產保護。發行與保證機構均無力回贖系爭連動債，上訴人除先前配息美金8800元外，損失美金19萬1500元（ $200,000+300-8,800=191,500$ ）。然依委任（信託）本旨，系爭連動債應係保本性質，但是被上訴人未詳細告知保本意義、投資連結標的與屬性、投資與信用各項風險，致

上訴人受有前開損害，其處理委任事務顯有過失。爰依民法第544條規定，請求被上訴人應給付上訴人美金19萬1500元，及自起訴狀繕本送達翌日起至清償日止按年息百分之五計算利息（原審為上訴人全部敗訴判決，上訴人提起上訴）。

三、被上訴人則以：自93年起，上訴人曾購買5檔連動債券，均已由發行機構贖回，其對於連動債券已有相當了解，且投資經驗豐富；其中2檔連動債券所記載信用風險，與系爭連動債相同。在簽定委任（信託）契約前，周勵宏已告知系爭連動債各項特性與風險，並說明保本意義為到期返還金額不受連結標的表現所影響。系爭說明書第6頁第(5)欄復就「信用風險」加以說明，委託人（即上訴人）須承擔保證機構之信用風險，亦即由保證機構承諾到期保障返還100%投資本金，並非受託銀行（即被上訴人）承諾或保證。上訴人於簽收系爭說明書時，即知悉系爭連動債指標比率與交換利率等項，並瞭解保證機構為美國雷曼控股公司，而非被上訴人。簽約時，保證機構美國雷曼控股公司之債信評等為「A1」、「A+」等級，被上訴人自無從預測其將發生倒閉風險，簽約後，被上訴人亦隨時提供債信資訊。迨美國雷曼控股公司發生財務問題，被上訴人即通知客戶最新消息，且該公司破產前，其債信評等仍處於「A2」、「A」等級，尚合於我國相關投資規範，故被上訴人並未違反注意義務等語，資為抗辯。

四、兩造不爭執事實：（見本院卷第49頁背面）

（一）兩造曾簽署約定條款確認同意書。97年2月27日，兩造簽訂「十二年期美金計價『雙率計息』利率連動債券產品發行條件中文說明書（即系爭說明書）」、「

○○國際商業銀行受託投資國內外有價證券暨信託運用指示書（即系爭指示書）」，上訴人委任被上訴人投資「TSHU-12年期美金計價『雙率計息』利率連動債（即系爭連動債）」，申購金額為美金20萬元，手續費為美金300元。（原審卷第66至84、125至130、132頁）

(二)系爭連動債發行機構為美國雷曼公司（Lehman Brothers Treasury Co. B. V.，系爭說明書譯為美國雷曼兄弟財務公司），已於97年10月8日由荷蘭阿姆斯特丹地方法院裁定破產；其保證機構即美國雷曼控股公司（Lehman Brothers Holdings Inc. Co. B. V.，系爭說明書譯為美國雷曼兄弟公司），亦於同年9月15日依美國破產法，向美國紐約州破產法院聲請破產保護。

(三)上訴人曾於97年6月11日及同年9月10日，就系爭連動債領得配息，每次為美金4400元，合計美金8800元。

(四)93年至95年，上訴人曾委由被上訴人購買5檔連動債券，金額分係港幣70萬元、港幣34萬元、美金5萬元、美金2萬元與美金9萬元，均已回贖（原審卷85至124頁、本院卷198頁）

五、上訴人主張系爭委任（信託）契約本旨係保本，但是被上訴人未詳細告知投資標的、各項風險，未善盡受任人（受託人）之說明、通知等注意義務，迨系爭連動債發行與保證機構破產後，上訴人受有美金19萬1500元之損害，故被上訴人應依民法第544條負賠償責任云云。被上訴人辯稱上訴人曾購買5檔連動債券，對於連動債券已有相當了解；其中2檔連動債券所記載信用風險，與系爭連動債相同

。訂約前，周勵宏已告知保本意義與各項風險，系爭說明書亦有相關記載，上訴人已知悉系爭連動債係由美國雷曼控股公司保障還本，並由上訴人承擔此一信用風險。訂約時，發行機構美國雷曼公司與保證機構美國雷曼控股公司債信評等良好，迨上開機構發生財務風險，被上訴人也立即通知客戶，並未違反注意義務等語。是以本件爭點為：(一)系爭連動債之「保本」意義為何？(二)被上訴人是否善盡說明與通知等注意義務？

六、關於系爭連動債之「保本」意義為何？

(一)系爭說明書第1頁左上角即以粗體載明「到期保證機構保證本金100%返還之產品」（見原審卷125頁）。再者，同頁於債券發行機構欄位載明「美國雷曼兄弟財務公司（LehmanBrothers Treasury Co. B. V.）」（即美國雷曼公司），債券保證機構欄位則載明為「美國雷曼兄弟公司（LehmanBrothers Holdings Inc. Co. B. V.）」（即美國雷曼控股公司），另記載「債券到期或提前到期價格：每單位債券面額之100%…」（均見同頁）。依上開記載，系爭連動債價值係由保證機構即美國雷曼控股公司保證100%返還其債券面額。其次，系爭說明書第6頁第(5)欄「信用風險」進一步說明：「本債券之保證機構為美國雷曼兄弟公司（LehmanBrothersHoldings Inc. Co. B. V.，指美國雷曼控股公司），委託人須承擔本債券保證機構美國雷曼兄弟公司（Lehman BrothersHoldings Inc. Co. B. V.）之信用風險，而「信用風險」之評估，端視委託人對於債券保證機構信用評等價值之評估；亦即到期保障100%投資本金係由保證機構所承諾，而非

受託銀行之承諾或保證。風險由委託人逕行承擔，受託人無代為追償之義務，但委託人願預繳全部追償之相關費用者，受託人得代辦理之」（見原審卷第127頁背面）。益徵到期返還100%本金即「保本」之義務，係由美國雷曼控股公司（系爭說明書所載翻譯名稱為「美國雷曼兄弟公司」）所承諾，並非受託銀行即被上訴人所承諾；至於美國雷曼控股公司屆期財力與信用如何，則由委託人（即上訴人）所承擔此一信用風險，不得要求被上訴人分擔此一信用風險。

(二)再者，「銀行經主管機關之許可兼營信託業務，適用本法之規定」、「信託業不得承諾擔保本金或最低收益率」，信託業法第3條第1項、第31條分別定有明文。被上訴人經許可辦理信託業務（見原審卷第66頁約定條款確認同意書倒數第3行），依上開規定，被上訴人受託投資系爭連動債，亦不得保障本金如數回收。上訴人固謂投資系爭連動債目的在於保本；亦即在投資以後，仍能收回投資原本云云（見本院卷第213頁）。然而，系爭說明書既表明「保本」係美國雷曼控股公司所承諾，並由委託人承擔該公司之信用風險，已如前述；上訴人內心意願未經列入系爭說明書（此一意願違反信託業法第31條），對被上訴人即無拘束力可言。是以系爭連動債僅由美國雷曼控股公司承諾保本，被上訴人並未承諾保本；另一方面，上訴人於投資系爭連動債時，應承擔美國雷曼控股公司能否返還本金之信用風險。先予說明。

七、關於被上訴人是否已善盡說明與通知等注意義務：

(一)按「稱信託者，謂委託人將財產權移轉或為其他處分

，使受託人依信託本旨，為受益人之利益或為特定之目的，管理或處分信託財產之關係」、「受託人應依信託本旨，以善良管理人之注意，處理信託事務」，信託法第1、22條定有明文。次按「稱委任者，謂當事人約定，一方委託他方處理事務，他方允為處理之契約」、「關於勞務給付之契約，不屬於法律所定其他契約之種類者，適用關於委任之規定」、「受任人處理委任事務，應依委任人之指示，並與處理自己事務為同一之注意，其受有報酬者，應以善良管理人之注意為之」、「受任人因處理委任事務有過失，或因逾越權限之行為所生之損害，對於委任人應負賠償之責」，民法第528、529、535、544條亦分別定有明文。依上開規定，信託本質上亦為委任契約之一種，且信託契約受託人應盡善良管理人之注意義務，此與有償委任之受任人注意義務相同。從而，信託人主張受託人違反注意義務，仍得依據民法第544條請求損害賠償（最高法院100年度台上字第933號判決、本院99年度上字第790號、100年度金上字第11號，均就信託人依民法第544條請求為實質審理，見本院卷第83至85、58至59、77至82頁）

- (二)查兩造前簽署約定條款確認同意書，自93年至95年間，上訴人曾委由被上訴人購買5檔連動債券，金額分別為港幣70萬元、港幣34萬元、美金5萬元、美金2萬元與美金9萬元，上開連動債券均已回贖（見不爭執事項(一)、(四)）。且上訴人於本院100年10月27日庭期陳稱款項本來是定期存款，因為節稅才投資等語（見本院卷第218頁背面）。足見上訴人具有相當資

力與投資經驗，其投資連動債券等金融商品長達數年，對於連動債券性質、投資標的與信用風險等特點，應有相當程度瞭解，不致於輕率投入鉅資。其中，「六年期美金計價『ALL BEST—Part 2』連動債券產品發行條件中文說明書（註：投資美金2萬元）」第5頁第(5)欄「信用風險」，及「三年期美金/港幣計價『水源滾滾』連動債券產品發行條件中文說明書（註：投資美金9萬元）」第3頁（6）信用風險，均記載「…委託人（即上訴人）須承擔發行機構之信用風險，而『信用風險』之評估，端視委託人對於債券保證機構信用評等價值之評估；亦即到期保障100%投資本金係由保證機構所承諾，而非受託銀行之承諾或保證。…」（見原審卷第107、118頁）。上述2檔連動債券關於信用風險說明，與系爭說明書第6頁第(5)欄「信用風險」內容相同（見前段第(一)小段理由）。上訴人雖然僅屬小學程度，經營鐵工廠，但是資力與投資經驗充足，且已投資連動債券數年，對於就系爭連動債之保本性質與各項風險，已有相當程度瞭解。

(三)再者，97年2月27日簽定系爭說明書以前，周勵宏於當天亦製作「組合式商品暨連動債產品條件揭露檢查表」，其中「產品風險等級」載明「本產品（指系爭連動債）風險等級為3、適合客戶屬性風險等級3-6」，「產品期是否由發行或保證機構保障100%」亦載明「本產品為到期由發行或保證機構保障至少回贖100%投資本金…」，嗣由上訴人逐項勾選並簽名（見原審卷第131頁）；對照被上訴人96年12月21日客戶投資風險屬性評量表，亦評定上訴人風險等級為「6」，

並經上訴人簽認（見同上卷第133頁），可知周勵宏評估後，認定上訴人投資經驗適合投資系爭連動債之等級，始向其推薦系爭連動債。

- (四)再其次，系爭說明書於首頁「債券型式」表明為「歐洲中期債券（EMTN）」（見原審卷第125頁）。並記載其「指標比率」、「30年期美元固定期限交換利率」、「10年期美元固定期限交換利率」（見同上卷第125頁正反面），投資人得據此估計收益利潤。而系爭說明書第5頁「產品主要風險」亦載明「本產品風險等級為3、適合本行客戶風險承受度3-6之投資人投資」。第5至6頁另記載(1)最低收益風險、(2)提前贖回風險、(3)利率風險、(4)流動性風險、「(5)信用風險」、(6)匯兌風險、(7)事件風險、(8)國家風險、(9)交割風險、(10)產品條件變更風險、通貨膨脹風險、稅賦風險、受連動標的影響之風險、發行機構行使提前買回債券權利風險、再投資風險、未發行風險等項（見原審卷第127頁正反面）；業已充分揭露包含信用風險（針對保本所為定義，見前段第(一)小段）在內之各項風險。為確定委託人明瞭系爭連動債之債券型式、風險等級、各項風險內涵，系爭說明書第7頁第1至3行遂記載「(1)…委託人（兼受益人）已充分閱讀本產品說明書及本產品主要風險，願簽名並確認同意接受本產品的相關交易條件（…）及投資風險，委託人對本產品的相關交易條件及投資風險是否有意見？」，嗣由上訴人勾選「無」並簽章。該頁並載明「(2)…本行已派專員解說產品內容及主要風險，副本（影本）已由本行理財專員當面轉交無誤」，

上訴人亦再度親簽確認（見原審卷第128頁）。參以系爭說明書各頁下方均以粗體文字提醒「特定金錢信託投資國外有價證券具有風險，此一風險可能使本金發生虧損，委託人（投資人）須自負盈虧…」（見同上卷第125至130頁），益證上訴人簽章於系爭說明書各項欄位時，已明瞭系爭連動債為歐洲中期債券、相關利率與各項投資風險，且本金仍有可能發生虧損，對於被上訴人理財專員周勵宏解說亦無疑問。系爭連動債既為債券性質，則相關資金如何使用收益，本得由投資人概括授權發行機構運用；故系爭連動債雖未記載連動標的，然已記載指標比率、交換利率等情（見本小段理由開頭），嗣投資人審核各項風險與利潤後，同意概括授權予發行機構，因而購買系爭連動債，即應由投資人自行承擔相關投資風險。

- (五)嗣周勵宏於原審100年4月20日庭期結證稱：「（購買系爭連動債過程？）當時有此商品，原告（指上訴人）有投資其他商品到期及銀行活存、定存，當時建議此商品條件不錯是否要參考此商品，打電話通知原告到銀行，我們商品都有中文說明書，我告訴原告發行機構、現在商品架構及如何配息。商品是否保本，我告訴原告是保本，有告訴原告有中文說明書裡面的風險，講完之後，原告就簽署文件同意委託銀行購買連動債」「（當日交付何文件？）給原告中文產品說明書簽名文件影本」等語（見原審卷第265頁正反面），核與系爭說明書前述各項記載相符；尤應認為系爭連動債為債券型式、發行機構為美國雷曼公司、保證機構為美國雷曼控股公司、以及信用風險（即保本之

定義)與其他風險等項,業由周勵宏充分說明,上訴人始於系爭說明書、「組合式商品暨連動債產品條件揭露檢查表」簽名確認,委託被上訴人以美金20萬元投資於系爭連動債。

- (六)另依中央銀行外匯局94年9月19日台央外伍字第0940041635號函:「說明三:金融機構辦理『特定金錢信託投資國外有價證券』業務所投資之外國有價證券,以下列各款為限:……(三)投資外國債券之信用評等及不得投資之外國有價證券標的,準用金管會公告之『證券投資顧問事業提供推介顧問外國有價證券之種類與範圍』之相關規定辦理」(見原審卷第171頁背面)。且金管會96年8月17日金管證四字第0960041950號函公告「證券投資顧問事業提供推介顧問外國有價證券之種類及範圍」之公告事項第二點亦規定:「證券投資顧問事業提供推介顧問服務之外國有價證券,其範圍以下列各款為限:……(二)符合下列任一信用評等規定,由國家或機構所保證或發行之債券:1、經Standard & Poor's Corporation評定,債務發行評等達BBB級(含)以上;2、經Moody's Investors Service評定,債務發行評等達Baa2級(含)以上;3、經Fitch Ratings Ltd.評定,債務發行評等達BBB級(含)以上。」(見原審卷第172頁)。
- 。查系爭連動債係美國雷曼公司發行,由美國雷曼控股公司保證,已如前述;上訴人簽訂系爭說明書時,MOODY'S(俗稱慕迪)與STANDARD & POORS(下稱S&P,俗稱標準普爾)信用評鑑公司,對美國雷曼控股公司分別給予「A1」、「A+」之債信評等,有系爭說明

書首頁可證（見原審卷125頁）。足認被上訴人推薦投資系爭連動債，確符合上開法令規範。

(七)美國雷曼控股公司固於97年9月15日申請破產保護（見不爭執事項(二)），在此之前，MOODY'S與S&P對其評等分別為「A2」、「A」（見原審卷第260至262頁信用評等資料），仍高於前開法令所定投資標準。周勵宏於原審亦證稱：「（上訴人投資後，與其連絡情形？）當市場有傳雷曼兄弟有風險的時候，我有跟原告說雷曼兄弟信評有被調降，我們說公司的看法，目前沒有立即的風險，所以沒有建議做出場的動作」、「我很有印象有通知原告的原因，是因為當時有另一客戶買雷曼兄弟金額是110萬美金，當時雷曼兄弟的財務發生問題的時候，他們有來銀行瞭解狀況，公司特別有作簡報，因此，我有針對購買該商品的客戶逐一作通知」（見原審卷第265頁背面）。且有被上訴人通知函、網站最新消息在卷（見同上卷第273、274頁），足認被上訴人已善盡查核、告知義務。

(八)上訴人固謂被上訴人違反(1)金融機構辦理指定用途信託資金投資國外有價證券之種類與範圍第4條（金融機構經辦本項業務，應輔導信託人投資之國外有價證券，除重收益外，高品質及安全性尤應注重，並應就投資商品之可能收益及風險作平衡之告知，以盡善良管理人之注意，保障信託人之權益）、(2)信託業法第18之1條第1項（信託業辦理信託業務之營運範圍、受益權轉讓限制及風險揭露應載明於信託契約，並告知委託人）、(3)中華民國信託業商業同業公會會員辦理特定金錢信託業務之信託報酬及風險揭露一致

性規範第7條（信託業辦理特定金錢信託業務，應依信託業應負之義務及相關行為規範第27條規定，揭露各該類型之業務所涉及之各類風險，其投資標的涉及連動債券或結構型商品者，並應依下列原則對委託人揭示相關資訊）、第8條（信託業辦理特定金錢信託業務投資連動債券，應對委託人揭露之基本風險，包含最低收益風險、委託人兼受益人提前贖回的風險、利率風險、流動性風險、信用風險、匯兌風險、事件風險、國家風險及交割風險等事項…）、第9條第1項（信託業辦理特定金錢信託業務投資連動債券，就不同商品應對委託人揭露之風險，包含發行機構行使提前買回債券權利風險、再投資風險、受連結標的影響之風險、通貨膨脹風險、本金轉換風險等事項…）、（4）信託業應負之義務及相關行為規範第8條（信託業應依信託本旨，以善良管理人之注意義務，並以專業及謹慎態度處理信託事務）、第10條（信託業有下列情形之一者，應視為違反善良管理人之注意義務：一、應告知委託人或受益人之重大訊息怠於告知者，其情形包括下列事項：（一）未依相關法令規定向委託人或受益人告知信託帳戶投資運用之風險…）、第27條第1、2項（信託業受託之業務如涉及有價證券或其他產品之投資或衍生性金融商品之訂約或運用，信託業應依其不同類型之業務，於其交付客戶之公開說明書或其他投資或運用說明文件中，揭露各該類型之業務所涉及之各類風險；例如利率風險、交易市場流動性不足之風險、匯率風險、從事期貨及衍生性金融商品之風險或其他類型之風險。信託業辦理信託業務，應

向委託人充分揭露並明確告知可能涉及之風險，其中投資風險應包含最大可能損失）云云。惟查，被上訴人於上訴人簽訂系爭說明書前，既已解說各項風險（包含保本之意義），評估上訴人風險屬性與等級，始交由上訴人在系爭說明書等文件簽名確認；嗣後亦注意保證機構美國雷曼控股公司最新信用評等，且以信件、網站等方式通知投資人最新財務消息，即未違反民法第535條、信託法第22條與前述規範所述注意或通知等義務（上訴人所舉信託業應負之義務及相關行為規範第27條第2項條文，係99年10月7日始修正，並非96年9月11日修正條文，見原審卷第155頁、本院卷215頁）。迨系爭連動債發行機構美國雷曼公司、保證機構美國雷曼控股公司破產，致系爭連動債無法回贖，即不得謂被上訴人違反前述注意義務致上訴人受有損害（最高法院100年度台上字第933、1060號判決採相同見解，見本院卷第83至85、175至177頁）。

- (九) 未查，消費者保護法第2條第1款固規定「消費者：指以消費為目的而為交易、使用商品或接受服務者」，解釋上，消費應係指不再用於生產情形下的最終消費而言（行政院消費者保護委員會85年2月14日台85消保法字第00206號函亦採相同見解，見本院卷第216頁）。上訴人委託被上訴人購買系爭連動債，而將金錢信託予被告，其本質乃投資行為，核與消費者保護法所保護消費者以消費目的而交易、使用商品或接受服務不同，自無消費者保護法之適用。縱認本件委任（信託）行為適用消費者保護法，依照上訴人之資力與投資經驗，其對系爭連動債性質顯已充分瞭解，則上

法 官 林曉芳

法 官 吳燁山

正本係照原本作成。

如不服本判決，應於收受送達後20日內向本院提出上訴書狀，其未表明上訴理由者，應於提出上訴後20日內向本院補提理由書狀（均須按他造當事人之人數附繕本）上訴時應提出委任律師或具有律師資格之人之委任狀；委任有律師資格者，另應附具律師資格證書及釋明委任人與受任人有民事訴訟法第466條之1第1項但書或第2項（詳附註）所定關係之釋明文書影本。如委任律師提起上訴者，應一併繳納上訴審裁判費。

中 華 民 國 1 0 0 年 1 1 月 1 4 日

書記官 于 誠

附註：

民事訴訟法第466條之1（第1項、第2項）：

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

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

第五條 政府、企業經營者及消費者均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，以維護其安全與權益。

【相關判決】

1 最高行政法院判決100年度判字第1572號

【摘要】

上訴人既認系爭服務資費，與上訴人現行服務不同，但資費卻相依於他種服務資費（包括市內電話服務及現行服務等），然上訴人將上開各種不同之服務費率納入加總計算訂為服務費率，與服務費率應依各服務實際所需之提供成本、及合理報酬率以為訂定原則不符；且因與數項服務資費相依，造成服務費率不明確之結果，損害消費者「知之權利」，與消費者保護法第5條規定有違。

最高行政法院判決

100年度判字第1572號

上訴人 中華電信股份有限公司

代表人 呂學錦

被上訴人 國家通訊傳播委員會

代表人 蘇蘅

上列當事人間電信法事件，上訴人對於中華民國99年6月2日臺北高等行政法院98年度訴字第2778號判決，提起上訴，本院判決如下：

【主文】

上訴駁回。

上訴審訴訟費用由上訴人負擔。

【理由】

- 一、上訴人於民國（下同）97年9月間向被上訴人陳報新增「專用用戶迴路ADSL」服務（下稱系爭服務）資費，被上訴人以費率不合理，且有損害消費者權益之虞，以98年1月6日通傳營字第09741084170號函（下稱原處分）復上訴人，依電信法第26條第3項授權訂定之第一類電信事業資費管理辦法（下稱資費管理辦法）第12條及第9條第1項但書規定，不予核定，且上訴人應於1個月內，取消申租ADSL服務必須同時租用市內電話服務之搭售規定；上訴人既有之ADSL服務用戶，並得隨時取消與該服務搭售之市內電話服務，上訴人不得拒絕。上訴人不服，以其現行ADSL服務附掛於市內電話用戶線之服務模式前經交通部電信總局（下稱電信總局）同意，未違反搭售之規定，被上訴人認其將兩者服務一併提供係屬搭售，違反信賴保護原則；如ADSL服務不附掛於既有市內電話上，則用戶需負擔新增網路線之成本，另其陳報系爭服務資費區分住宅或非住宅收取不同資費，係基於配合電信寬頻普及政策之考量，減輕用戶負擔，無不合理情形；被上訴人認台灣固網、新世紀資通及亞太電信等公司之ADSL電路服務資費已包含用戶線成本，未有所據；且其現行服務係附掛於市話用戶迴路，於主管機關未核定其新增系爭服務資費前，無從提供不使用市內電話之ADSL服務云云，提起訴願遭決定駁回，提起行政訴訟又經原審駁回，遂提起本件上訴。
- 二、上訴人起訴主張：（一）按臺中高等行政法院95年度訴更一字第28號判決意旨，法院認定事實應憑論理法則。查現行服務係從用戶端到機房端之線路，使用原市○○○○○○路，機房端到ISP端，則另架構於區域匯

集網路上，其資費不包含用戶迴路成本；而系爭服務指用戶端到機房端需提供一對專用用戶迴路，於兩端加裝設備，透過區域匯集網路提供用戶上網的傳輸服務，該資費包含用戶迴路之成本，屬不同之成本服務模式。(二)據資費管理辦法第12條及第9條第1項規定，第一類電信事業市場主導者(即上訴人)之資費需經被上訴人核定後，上訴人始得提供服務，然系爭服務屬新增且被上訴人並未核定資費，而被上訴人要求於未經核定資費前即提供系爭服務，顯已違反前開規定，且同時要求上訴人取消申租ADSL服務同時辦理申租市話電話服務之規定，自相矛盾。(三)又按資費管理辦法第9條第5項係針對第一類電信事業之資費及促銷方案進行規範，與公平交易法第19條第6款搭售規範之2種獨立可分之產品一併出售而造成市場競爭之不良影響之行為，顯屬二事，被上訴人依上開規定命上訴人改正搭售行為，法律適用顯有違誤，與依法行政原則相背。且被上訴人不予核定此項服務資費，上訴人依法即不得實施，亦不可能發生損害消費者權益之情。(四)又原處分稱倘上訴人未依規定辦理，亦將依電信法第62條之1第1項第4款規定，對上訴人連續處罰、停止業務，甚或廢止特許等。然倘上訴人於未核定前提供該服務，亦將違反資費管理辦法第12條及第9條第1項之規定，被上訴人得依電信法第62條之1第1項第4款之規定，對上訴人連續處罰、停止業務，甚或廢止上訴人特許。故原處分將使上訴人陷於無論如何都將承擔連續處罰、停止業務，甚或廢止特許之處罰，與行政程序法第1條規定不符，顯然違法。(五)查現行服務與系爭服務係不同服務模式，現行服務模式係上訴人87年12月21日陳報ADSL服務資費時，所附之網路架構圖即

已顯示係在電話線上加裝設備供同時網及電話服務使用，且該服務之價目表係經前電信總局於88年1月30日核定者。而系爭服務模式係從用戶端到機房端另提供一對專用之用戶迴路，於兩端加裝設備專門提供ADSL上網服務，無法使用市內電話服務。另按87年中美電信諮商會議決議、交通部88年7月20日公告及電信總局88年7月28日函內容，現行服務資費自90年起不包含用戶迴路成本。上訴人依據此政策指導，不只有接續費的部份，所有使用到用戶迴路之業務項目，均依此政策不再分攤用戶線成本以符合市場競爭的公平性，是自90年起ADSL成本及資費已不含用戶迴路成本，就ADSL設立單獨之網路元件成本池庫，其成本項目陸續增加。而系爭服務需因用戶端到機房端另提供一對專用之用戶迴路，專門提供ADSL上網服務，故該服務資費需加計該用戶迴路之成本。此外，上訴人依資費管理辦法第12條及第9條第1項規定，數次公文往返陳報修正專用用戶迴路ADSL服務之資費，被上訴人亦僅對成本及陳報之資費表示意見，均未表示現行服務即應為系爭服務，無庸另行陳報服務資費，且被上訴人亦基於資費管理辦法第12條及第9條第1項但書首次訂定資費之規範，不予核定被上訴人陳報之資費。復參美國Verizon網站、日本NTT網站資料，均將ADSL服務亦區分兩種服務模式，因而現行服務本與系爭服務為不同之服務。被上訴人主張現行一併提供市話與ADSL服務，取消市話即為系爭服務，未考量現行服務資費不含用戶迴路成本，倘取消市○○○○○○路線可提供ADSL服務，被上訴人認定事實即有違誤，無可採信。(六)另查上訴人原據交通部於85年5月31日公告，將長途、國際、行動電話等服務分攤用戶迴路成本及虧損；後因中美

雙邊電信諮商會議決議，交通部即據此要求上訴人將上述各服務不分攤用戶迴路成本及用戶虧損項目。現被上訴人又抗辯此種成本分攤方式有違反公平合理原則，此將違反主管機關所訂定之第一類電信事業會計制度及會計處理準則（下稱會計準則）及第一類電信事業經營者財務報告編製要點（下稱財報編製要點）等規定。被上訴人實應自行確認其究係如何要求上訴人分攤成本，並據實於訴訟中陳述，而非刻意誤導法院，致使法院錯誤判斷。基此，被上訴人認定ADSL業務資費已分攤用戶迴路成本，故而進一步認定上訴人現行服務資費即應為系爭服務資費，系爭服務資費不得再加計用戶迴路成本，其作出原處分所認定之事實基礎即有違誤。（七）按電信事業網路互連管理辦法（下稱網路互連管理辦法）第14條第3項規定，第一類電信事業市場主導者之接續費僅包含中繼、傳輸、交換設備，不包含用戶迴路成本。另觀諸同辦法第17條規定，亦足證明本條非指接續費所包含之項目。被上訴人援引本條認定接續費應包括市○○○○路成本，實應善盡電信主管機關查察真實之義務，不應以有誤之資訊誤導法院。（八）倘依上訴人實際市○○○○○路成本，加計特許費1%營業稅5%計算資費，95年度每路市○○○○路月租費為新臺幣（下同）219元，96年度則為213元，故上訴人初以略低於成本訂價，且採取無差別訂價，一律以現有ADSL費率加計200元，向被上訴人陳報資費，惟遭被上訴人不予核定。嗣上訴人為減輕客戶負擔，另採較被上訴人前曾核定96年度按歷史成本法計價之銅絞線市○○○○路月租費140元更低之資費，且比照市內電話業務區分住宅用戶及非住宅用戶，減輕80%之住宅用戶之負擔，並採取與現行資費差距不

大之訂價策略，應可認為係因不得已且屬於具有合理由所做不同訂價，並無違反電信法第21條公平提供服務之規定。另查，上訴人所陳報系爭服務資費固與現行附掛市內電話線上之資費差距不大，惟未合計市內電話服務月租費及ADSL服務電路月租費訂定資費，且用戶可從原使用市內電話得知屬住宅用戶或非住宅用戶，不致使消費者無法瞭解服務費率。且資費表中直接載明系爭服務之電路費，不致發生消費爭議。訴願決定認定系爭服務資費隨市內電話服務月租費及ADSL服務電路月租費等費率牽連變動，有引人錯誤之可能，並非事實。又有關上訴人光世代服務推出，係配合交通部「先進寬頻e化服務網路推動計畫」，而頻寬發展將由2MADSL提升至50M到100M政策；另行政院科技顧問組亦要求上訴人積極建設光纖網路。為使一般用戶有意願及有經濟能力申裝，資費勢必不能太過高昂，且由於光世代投資金額龐大，勢需有合理的規模，才能因應競爭。故上訴人以較低的費率鼓勵客戶租用，致光世代資費偏低。職此，系爭服務資費之訂定乃為維護絕大多數消費者權益，且無引人錯誤之情。(九)經上訴人查證亞太電信公司之網頁表明，其業務係利用現有之電話線加裝設備及中繼電路使用，上網使用中同時可以接聽電話，相關市內電話之各項費用仍需繳付；台灣固網公司於其ADSL產品特色指出，ADSL是指利用現有的電話線路加裝ADSL數據機，利用同一條電話線路傳輸語音及數據信號用戶可同時撥接電話並高速上網，不會互相干擾。是此兩家業者與上訴人現行提供服務模式相同，均係於電話線上附掛ADSL服務。被上訴人援引亞太電信公司之回覆意見主張該公司可能不收市內電話月租費云云，姑不論該函係片面之詞，其既已

於網站明確規定用戶需支付市內電話月租費，原則上會依據規定收費。抑且是否收取市內電話月租費亦與是否屬搭售之認定無關，被上訴人以該公司之片面之詞認定該公司不收取市內電話月租費，而認定並無搭售，顯有疑義。(十)上訴人於87年12月21日陳報之資費當中，固曾加計用戶迴路成本，惟當時係遵照交通部於85年5月31日公告要求市○○路○○○路成本與虧損，由接續使用之長途、國際、行動電話與ADSL服務等共同分攤，方於ADSL服務資費中加計用戶迴路之成本；惟因該次資費訂定過高，上訴人根本未實施亦未開放服務。嗣後主管機關已要求接續費不包含用戶線成本。被上訴人以何證據足與WTO中美雙邊電信諮商會議協議之內容、交通部88年7月20日交郵88字第06485號公告及電信總局於88年7月28日電信規88字第503310-0號函文之要求相違，實有濫用裁量權限。(十一)行政院公平交易委員會（下稱公平會）對於電信事業搭售行為之定義，係指事業要求其交易相對人，就兩項以上獨立可分之商品或服務一併交易之行為，倘強制交易相對人就其所供給之多項電信服務一併交易，或以套裝服務、贈品折扣之方式，不合理剝奪交易相對人單獨選擇交易標的之機會，即涉及違反公平交易法第19條第6款規定。上訴人基於市內電話普及率極高，故用戶申租ADSL服務時，得附掛於現有之市○○○○○○路○路，並未強制要求市內電話服務與ADSL服務須一併交易。退言之搭售行為未必均會對市場競爭產生不良影響，是公平交易法並未全然禁止搭售行為，仍需考慮主要產品有一定程度之市場力、有無妨礙搭售產品市場競爭之虞及是否具有正當理由等因素。上訴人固然在主要產品ADSL市場有一定程度的市場力，

然並未妨礙搭售之產品市場競爭之虞，因上訴人在市話的市場佔有率約達97%，而上訴人將ADSL附掛於市話線上，並未使其他固網業者之市內電話市場受到排除競爭。抑且自主管機關核定之ADSL服務費率表可稽，上訴人將ADSL附掛於市內電話用戶線上提供服務係經主管機關同意，且倘上訴人未規劃附掛於市○○○○路上，用戶如於使用市內電話外尚有使用ADSL服務之需求，即需另外調訂一路用戶迴路線以供使用，而基於減輕客戶負擔，以客戶最有利、資源最充分使用，而規劃將ADSL利用市○○○○○○路，故一併提供服務乃有正當理由。此外，被上訴人要求上訴人改正搭售行為後，上訴人隨即多次陳報系爭服務資費，被上訴人均係實質審查後方不予核定，是原處分並非重複處分。綜上，上訴人提供ADSL服務附掛於現有之市○○○○○○路○路，係經主管機關同意，且屬資源共用，提供用戶更低資費，復未強制用戶一併交易，不合理剝奪用戶選擇之機會，並不涉及違反公平交易法第19條第6款之規定等語，聲明撤銷訴願決定及原處分，且被上訴人應依上訴人97年9月4日信行三字第0970000983號函文所陳報之資費內容為核定之行政處分。

三、被上訴人則以：(一)按電信法第26條授權訂定之資費管理辦法第9條第4項、第5項規定，經查上訴人陳報之系爭資費資料顯示，其住宅用戶電路月租費為按ADSL各速率月租費+市內電話第一級收費區住宅客戶上網型月租費-5元；非住宅用戶電路月租費為按ADSL各速率月租費+市內電話第一級收費區非住宅非營業客戶上網型月租費-10元，此種資費訂定方式，非如同一般服務資費明定服務費率數額「例如光世代網路服務（非固定制10M/2M）電路月租費每

月新臺幣550元」，而係以數種不同服務（包括市內電話、現行ADSL服務等）之服務費率加總與減除一定數額計算之結果而決定之。其訂定方式之缺失，首以與他種服務資費相依並不合理，上訴人既認系爭服務有別現行服務，惟該服務資費卻相依於他種服務資費，包括市內電話服務及現行ADSL服務等，而各服務之成本結構、服務內涵等均不相同，系爭服務資費卻將各種不同服務費率納入加總計算訂為服務費率，與服務費率應依各服務實際所需之提供成本、及合理報酬率以為訂定原則不符，顯不合理。承上，對消費者而言無法立即清楚地得知服務費率數值為何，亦無法正確判斷費率合理性與預測未來升降趨勢，顯有消費資訊不明確之情形，自與消費者保護法第5條，政府、企業經營者及消費者均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，以維護其安全與權益之規定有違。(二)市內電話服務月租費採差別訂價係基於當時電信政策之考量，因此，公平會於對於電信事業之規範說明，認為上揭差別訂價應屬於具有合理事由之差別訂價。然上訴人所陳報新增系爭服務之資費，不論是否為上訴人所區分之住宅用戶或非住宅用戶，上揭服務所提供之服務品質與條件均完全相同，上訴人在無合理事由情形下，卻依用戶身分別而採差別訂價之方式，自不符合公平原則。而上訴人其他諸如光世代網路服務、行動電話服務、多媒體內容傳輸平臺服務（MOD）等，及其他諸如與電信業務較類似之有線電視收視費，亦無區分用戶身分而為差別訂價情形，茲可證上訴人系爭服務依用戶身分別而採差別訂價並不公平，而有違反電信法第21條規定之虞。(三)上訴人依會計準則所編製之網路元件單位成本計算表，其

中市內網路業務用戶迴路單位成本，係以該公司市內電話年度平均用戶數為基礎計算之結果，以96年為例，該年度用戶數為12,818,721戶，成本全年合計為30,875,541,000元，其年單位成本為2,048.63元，相當於月單位成本為200.72元。上訴人逕參照上揭用戶迴路單位成本數值，作為系爭服務使用用戶迴路之成本，其錯誤之處甚為顯明。如現行服務與市內電話服務共用用戶迴路者，則前揭用戶迴路全年成本即應由上述兩項服務共同分攤，即共同成本應與使用比例或貢獻度，分別攤分該項成本，是以上訴人96年度ADSL服務平均用戶數為3,827,877戶，如逕依用戶數平均攤分計算，則該「用戶迴路」年單位成本應為（ $30,875,541,000 / (12,818,721 + 3,827,877) = 1,854.77$ 元），相當於月單位成本為154.64元。上述計算結果即顯示上訴人逕加計185元，並不合理。又前揭用戶迴路並非僅供市內電話或ADSL使用，尚可包括諸如光世代網路、新世代、市內專線等電路出租服務使用，當然亦包括提供諸如長途電話、國際電話、行動電話、多媒體內容傳輸平臺（MOD）、市話來電答鈴、市話來電過濾等增值或其他服務等。故上揭各項服務均應攤分其共同成本用戶迴路，並據為服務費率之訂價基礎。是前揭用戶迴路成本應由各項服務依其貢獻度比例合理攤分，而非僅由市內電話用戶單獨負擔，否則即會形成市內電話用戶負擔經營者非使用於該市內電話服務之成本，顯然不公平合理。綜上，上訴人並未依誠信原則，合理地將用戶迴路成本，由各項服務依其貢獻度合理分攤。(四)上訴人之主張，上訴人擬新增之系爭服務與現行服務差異僅在於用戶迴路一是專用，一是與市內電話服務共用，而現行服務尚可同時使用市內電話服

務。現假定一個目前已租用上訴人之市內電話且屬上訴人區分之第二級收費區非住宅營業用戶之申請人，其市內電話月租費為295元，向上訴人申請租用2M/256K之現行服務時，則依上訴人費率，用戶每月應繳納ADSL服務費用為393元，則該用戶每月應繳納費用共為688元。再如目前未租用上訴人市內電話且同屬上訴人區分之第二級收費區非住宅營業用戶，向上訴人申請租用2M/256K之現行服務時，依上訴人主張應適用系爭服務費率，即用戶每月應繳納ADSL服務費用為628元，若該用戶另有使用市內電話服務需要時，每月即應繳納費用為923元，則與上例每月僅需繳納688元相較，提供相同之服務內容，卻有兩種不同收費，豈不怪哉。前揭不合理情形，上訴人或許會主張系爭服務用戶，爾後若有使用市內電話服務之需要時，可將系爭服務改為現行服務，則其應繳納之服務費用即與現行服務用戶相同。惟因現為系爭服務之用戶，若有使用市內電話服務之需時，應再與上訴人簽訂另一份市內電話服務租用契約，並繳納市內電話服務費率，而不是辦理系爭服務租用契約之終止，再與上訴人同時分別簽訂市內電話服務與ADSL服務之租用契約。又已簽訂市內電話服務租用契約之用戶，爾後有使用ADSL服務之需時，亦僅需簽訂ADSL服務租用契約，而無須先向上訴人終止市內電話服務租用契約，再行與上訴人簽訂ADSL服務租用契約，其理由是因為上揭兩項服務係屬獨立提供之服務，是上訴人主張並不可採。上舉兩例即可說明，不論是市內電話服務或現行服務均屬獨立訂價模式，並無上訴人所稱相依訂價情形，更無所謂是否係因共同用戶迴路而有不同。(五)按光世代網路服務與ADSL服務皆係提供自上訴人交換機房至用戶端之上

網服務接取電路，二者之差異僅於上訴人機房至光化交接○○○區○○○○○○○段，光世代網路服務係以光纖為傳輸媒介，而ADSL服務則係以銅絞線為傳輸媒介，至於其後至用戶端者則同為使用銅絞線為傳輸媒介，而光纖媒介之電磁干擾防護能力強、傳輸品質更有保障、可傳輸距離更長、頻寬更寬、傳輸速率更高等。而上訴人擬新增之系爭服務與現行服務之差異僅在是否與市內電話服務共用用戶迴路而已，故系爭服務與光世代服務之差異，仍與前述現行服務與光世代服務之差異相同，僅在於傳輸電路媒介係採用傳統之銅絞線或光纖而已。經比較上訴人系爭服務與光世代服務（上揭兩項服務均同屬「專用用戶迴路」者）之服務費率，可明顯發現服務品質水準較差之系爭服務，其費率竟然較高，服務水準較差，費率卻更高，顯不合理。再與上訴人現行服務為比較，未提供市內電話服務之系爭服務費率，竟比同時可提供用戶市內電話服務之現行服務費率高出甚多，亦不合理。（六）前電信主管機關固曾對於接續費率計算應依交換及傳輸成本，不得納入市○○○○○○路成本之見解，然接續費係同屬電信事業經營者之間，彼此利用其網路提供服務所須支付之對價，自應與接續直接相關之成本做為計算基礎，電信業者自不應將與網路接續無關之經營無效率之費用，強行轉嫁而附加於與之互連業者負擔，方符市場競爭之公平。又依網路互連管理辦法第14條第3項、第17條規定，有關接續費成本之計算，已明文納入市○○○○路。又接續費係屬電信業者使用彼此網路之對價，其成本係按全元件長期增支成本法為基礎計算，其適用對象係電信經營者；與上訴人提供ADSL服務及市內電話服務等等，其服務費率係依電信法

第26條第3項授權訂定之資費管理辦法，除考量成本、費用外，有時尚包含投資報酬率之預定等因素，其適用之對象為一般使用者亦有不同。是接續費與上訴人所陳報之服務資費，在適用法規、立法目的、及適用對象範圍等皆不相同，上訴人引之並無理由。(七)ADSL服務與市內電話服務係屬可分別獨立提供之服務項目，自無用戶僅需要ADSL服務而無使用市內電話服務時，卻被上訴人強制規定用戶需屬原已租用上訴人之市內電話服務或需同時租用上訴人之市內電話服務，上訴人此一強制行為已該當強制搭售要件，違法事實明確，此由上訴人現行提供同為上網服務電路之光世代服務，並無要求用戶於申租該服務時，必須為已申租上訴人之市內電話服務或必須同時申租上訴人之市內電話服務始得提供情形，可資證明。綜上，上訴人將原屬可獨立提供之ADSL服務與市內電話服務為一併交易之行為，不合理地剝奪無使用市內電話服務之用戶單獨選擇申租ADSL服務之機會，顯已構成違法搭售之要件，違法事實明確。(八)上訴人未依被上訴人之命令，於期限內改正有損害消費者權益之用戶申租ADSL服務時須同時租用市內電話服務並支付市內電話月租費之搭售行為，經被上訴人以96年8月21日通傳營字第09605115170號裁處書核處30萬元罰鍰，並命上訴人應於上揭裁處書送達翌日起2個月內完成改正有損害消費者權益之用戶申租ADSL服務時，須同時租用市內電話服務並支付市內電話月租費之搭售行為（下稱被上訴人96年8月21日裁處）。上訴人未對上揭處分表示異議，並於96年10月1日完成上揭罰鍰之繳納，上揭處分遂告確定。被上訴人於審查上訴人陳報新增系爭服務資費時，發覺上訴人仍有前揭強制搭售行為存在，爰於原處

分重申前揭裁處書命上訴人改正有損害消費者權益之搭售行為意旨。綜上，被上訴人於查覺上訴人違規行為仍然存在，自應諭知並命其限期改正，以維持法秩序，並無不法。(九)上訴人現行服務係屬可獨立提供服務者，主管機關當時所核定上訴人現行服務資費，即為無使用市內電話服務之ADSL服務資費，因此，上訴人應無新增之系爭服務資費，方得提供不使用市內電話之ADSL服務情形。查前電信主管機關交通部以88年1月22日函核定上訴人陳報ADSL服務資費之首次訂定，該次檢附之資料，即將用戶迴路成本納入ADSL服務成本中。又上訴人設置市○○○○○○○○路並非僅供市內電話服務使用，尚可包括提供諸如長途電話、國際電話、ADSL（上網）、市內數據專線、多媒體內容傳輸平臺（MOD）、行動電話、市話來電答鈴、市話來電過濾……增值或其他服務等，是用戶迴路所具之貢獻，自應依會計準則規定將該用戶迴路成攤分至各該服務項目內，方符公平合理；將用戶迴路成本全數由使用上訴人之市內電話服務用戶負擔，並不公平合理，亦有違電信法第21條規定。經查市○○○○路係就實體線路而言，其非必須附屬於市內電話服務之上，如因使用者未使用市內電話服務，自不應以收取市內電話月租費為前提，始能提供ADSL服務；次查ADSL費用既已含電路租費（另有上網費），就其所需電路而言，既已收取用戶電路租費，提供服務之業者自應保證其ADSL電路之服務品質。上訴人並未要求使用該市○○○○路提供諸如長途電話、國際電話、ADSL（上網）、市內數據專線、多媒體內容傳輸平臺（MOD）、行動電話、增值或其他服務者，亦需支付市內電話服務月租費。是用戶僅申租ADSL服務而未使用市內電話服務者

，自無需另行負擔該市內電話月租費。再者，觀之其他同為綜合網路業務並提供ADSL服務之經營者，其ADSL服務之費率與上訴人幾無不同，且皆無強制用戶於申租ADSL服務須同時申租市內電話服務之規定，亞太電信公司雖原則上一併提供市內電話，惟用戶如不需要使用市內電話服務者，該公司基於服務用戶立場，仍會提供該用戶市內電話，但不收取市內電話月租費，顯與上訴人要求用戶於申租ADSL服務時必須同時申租市內電話服務並收取市內電話月租費之強制搭售情形有別。又上訴人為市內網路業務市場主導者，其ADSL服務之市場占有率高達90%以上，並具有規模經濟，其提供服務之成本顯較上揭3家業者為低，卻擬另行訂定一較上訴人或上揭業者現行ADSL服務高出甚多之服務費率，顯有損害消費者權益之虞，亦有違反電信法第26條之1第1項第3款規定之虞。至該核定服務資費之註5記載，僅做為提醒用戶若另有使用市內電話或其他服務者，應依使用該等服務之服務資費繳納服務費用而已，上訴人將之曲解為主管機關已核定上訴人得於用戶未使用市內電話服務者，得額外加收市內電話服務月租費之依據，顯然有誤。是上訴人濫用其市場優勢地位，以似是而非之理由，強制用戶於申租ADSL服務時，必須同時申租或原即具有市內電話服務，始同意用戶申租，上揭行為已構成不公平競爭行為。(十)ADSL服務係利用非對稱式數位用戶迴路(ADSL)技術作為固網IP網路之接取電路，透過彙集網路提供用戶連接網際網路或可管理式IP服務，系爭服務亦同。兩者之主要差異在於系爭服務未同時提供市內電話服務，故於用戶端無需加裝分歧器設備。上揭服務可分別獨立提供，亦可併行提供，即用戶亦可同時申請使用市內電話

服務及ADSL服務，或同時申請使用市內電話服務、ADSL服務及MOD服務等，惟用戶須依各服務項目之收費標準繳納服務費用，乃理之當然。是並無上訴人所稱之專用用戶迴路之情形，因為用戶迴路僅作為電信業者機房端與用戶端間之訊號傳輸電路，可提供之服務類型尚不僅僅是前揭所列舉之服務項目而已，其實凡事屬一端須與固定之用戶端連接之服務類型，利用長途電話、國際電話、行動電話均須利用到該迴路。是無上訴人所主張系爭服務類型，即其本質上仍與現行服務並無不同，只不過用戶無同時使用市內電話或MOD服務之情形而已。當用戶完成ADSL服務申租之後，如另有市內電話服務或MOD服務，仍可再依規定申租市內電話服務或MOD服務，並依該等服務收費標準繳納服務費用等語，並聲明：駁回上訴人之訴。

四、原審斟酌全辯論意旨及調查證據之結果，以：(一)查有關第一類電信特許事業營運之資費核定，主管機關即被上訴人有其專業上判斷餘地，本件如兩造所陳，自被上訴人96年8月21日函裁罰等處分後，上訴人先後7次陳報本件系爭服務資費，被上訴人亦陸續要求上訴人補正營運成本、使用資產等相關資料供審查，嗣資料齊全後，被上訴人於97年12月10日召開國家通訊傳播委員會第273次委員會議後，始依會議決議為原處分。參照前開揭專業判斷之說明，本件原處分並未違反正當程序，原處分之基本事實認定亦未錯誤，同時與一般之行政法原理原則並不相背，是原審法院予以尊重。次查上訴人既認系爭服務資費，與上訴人現行服務不同，但資費卻相依於他種服務資費（包括市內電話服務及現行服務等），然上訴人將上開各種不同之服務費率納入加總計算訂為服務費率，與服務費率應依各服

務實際所需之提供成本、及合理報酬率以為訂定原則不符；且因與數項服務資費相依，造成服務費率不明確之結果，損害消費者「知之權利」，與消費者保護法第5條規定有違。同時系爭服務資費因用戶身分別而採差別訂價，有違公平原則；另外非住宅用戶以現行服務費率加收185元，並不合理；此外費率數值相較相類似之服務，亦屬偏高，整體而言，有損害消費者權益之虞等事實，亦據被上訴人詳陳如上述說明，是被上訴人指上訴人前揭服務資費有不公平及損害消費者權益之虞，被上訴人依電信法及其授權訂定之資費管理辦法等規定，不予核定，說理均於法有據，具說服力，併予敘明。(二)又查被上訴人先後6次以上命上訴人補具相關資料，是在做成原處分前，業已對相關事實調查清楚，同時亦予上訴人充分陳述意見，並調查應調查之證據，從而上訴人陳稱被上訴人不予上訴人敘明90年後ADSL服務資費即不含用戶迴路成本等語，原處分未予調查，違反行政程序法第9條、第36條云云，並無理由。又被上訴人87年12月21日核定上訴人陳報新增非對稱式數位迴路線（ADSL）業務資費案中，其中戶迴路成本，即由長途、國際、行動電話與ADSL服務等共同分攤係原審法院認定事實，從而被上訴人未提出ADSL服務資費調整經被上訴人核定之證據，空言陳稱上訴人於90年後ADSL服務資費即不含用戶迴路成本云云，亦不足採。上訴人市內電話服務與ADSL服務搭售問題，早經被上訴人96年8月21日函行政處分認定並裁罰確定，而被上訴人迄未依該行政處分改善，是上訴人主張並無搭售行為云云，亦不足採。據此原處分再重申命上訴人取消搭售行為等，認定事實適用法律並無違誤，上訴人主張適用法律有誤云云，並不足採。

(三)原處分就上訴人新增「專用用戶迴路ADSL服務」資費不予核定，並命被上訴人取消申租ADSL服務必須同時申租市話服務之之搭售行為，內容並無自相矛盾及違法情事。上訴人之原有ADSL服務與系爭服務，在本質上並無不同，依兩造提出之網路架構圖即可知之。系爭服務與現行服務與之主要差異，在於系爭服務之未同時提供市內電話服務，故於用戶端無需加裝分歧器設備。市內電話服務或ADSL服務均屬可分別獨立提供之服務項目，亦可同時提供服務，如單獨提供ADSL服務而未提供市內電話服務者，即成為系爭服務。同理，用戶如僅需MOD服務，亦可僅於用戶端加裝MOD機上盒，即可於電視上欣賞MOD節目內容，不論電話、MOD、專用用戶迴路ADSL、ADSL等網路架構，及上訴人提供之服務，基本上並無不同。至用戶迴路係指連接電信業者機房端至用戶端間之電信線路，如用戶僅須使用市內電話服務，電信業者或用戶僅需於用戶迴路之用戶端點上連接電話機即可；如用戶僅需使用ADSL服務，則於用戶迴路之用戶端點上連接分歧器及電腦即可（此即系爭服務型態）；如用戶僅需使用MOD服務，則於用戶迴路之用戶端點上連接MOD機上盒及電視機即可。又用戶迴路僅係作為電信業者機房端與用戶端間之訊號傳輸電路，即該迴路可提供之服務類型尚不僅僅是前揭所列舉之服務項目而已，其實凡是屬一端須與固定之用戶端連接之服務類型，均須利用到該迴路。從而上訴人主張新增系爭服務類型，本質上仍與現行服務，均使用相同之用戶迴路，只有用戶是否無同時在同一用戶迴路上，另有使用市內電話或MOD服務之情形之差別而已。本件原處分所持之理由，於前開96年間裁罰理由始終一致，上訴人未按被上訴人即主管機關

指示，迅即改善搭售行為，另以新增系爭服務名目混淆事實，並藉推論原處分理由矛盾云云，殊不足採。據上，本件原處分重申被上訴人96年8月21日函裁罰處分，命上訴人應於1個月內，取消申租ADSL服務必須同時租用市內電話服務之搭售規定，原處分內容十分明確，並無上訴人所稱違反行政程序法第5條規定問題。(四)有關接續費費率之訂定與ADSL服務資費之訂定，兩者所據之計算基礎及法規範並不相同，業經被上訴人答辯詳細說明，不但於法有據，且具說服力，原審法院爰予引用。從而接續費不得納入市○○○○○○路成本應十分明確，而應屬電信業者間使用彼此網路之對價，其成本係按全元件長期增支成本法為基礎計算，其適用對象係彼此有網路互連之電信業者，與本件上訴人與用戶間之服務資費自不相同。故上訴人據引中美雙邊電信諮商會議協議之修改接續費結構，據以主張自民國90年起ADSL服務成本及資費已不含用戶迴路成本，實屬無據，亦非事實。綜上，原處分以上訴人陳報新增系爭服務資費率不合理，且有損害消費者權益之虞，依電信法第26條第3項授權訂定之資費管理辦法第12條及第9條第1項但書規定，不予核定，並命上訴人應於1個月內，取消申租ADSL服務必須同時租用市內電話服務之搭售規定等，並未違法，訴願決定遞予維持，核無不合。上訴人訴請撤銷，並請求判命被上訴人應依上訴人97年9月4日所陳報之資費內容作成核定之行政處分，為無理由等語，為其判斷之基礎。

五、本院按：

- (一)按「電信事業應公平提供服務，除本法另有規定外，不得為差別處理。」「第一類電信事業資費之審核管

理、各項資費之首次訂定、價格調整上限制之適用對象、適用業務、資費項目與調整係數之訂定及其他應遵行事項之管理辦法，由交通部訂定之。」「第一類電信事業市場主導者，不得有下列行為：．．．三對所提供電信服務之價格或方式，為不當決定、維持或變更．．．八無正當理由，對其他電信事業或用戶給予差別待遇．．．」電信法第21條、第26條第3項、第26條之1第1項第3款及第8款定有明文。

- (二)次按「第一類電信事業各項業務資費之訂定或調整，不得違反電信法或公平交易法等相關法令規定者。」
- 「第一類電信事業資費之調整及其促銷方案，至少應於實施日前7日，在媒體、電子網站及各營業場所公告，並報請本會備查。但第一類電信事業市場主導者之各項業務主要資費之調整及其促銷方案，應於預定實施日前14日報請本會核定，於核定文到次日在前述所定場所公告，並於公告日起7日後實施。」「第一類電信事業陳報或實施之資費及其促銷方案，若有損害消費者權益或不公平競爭之情事，本會得限期命其停止或改正其行為。」「第一類電信事業各項業務資費之首次訂定者，其核定、備查或公告，依第8條至第11條之規定。」資費管理辦法第8條第2項、第9條第1項及第5項、第12條定有明文。上開資費管理辦法，乃電信法主管機關即被上訴人依據電信法第26條第3項規定訂定之法規，同時上開規定並未逾越法律授權及違反法律保留原則。又按政府為健全電信發展，增進公共福利，保障通信安全及維護使用者權益，乃特別於電信法第1條、第12條第7項規定，有關第一類

電信事業各項業務之「特許」，被上訴人自得考量開放政策之目標、電信市場之情況、消費者之權益及其他公共利益之需要，採評審制、公開招標制或其他適當方式為之。又因第一類電信事業乃採特許經營，被上訴人自得依電信法第19條以下規定，要求經營第一類電信事業之上訴人，提供公平等電信普及服務，不得為差別待遇，並依電信法第26條規定為電信資費之管制。又所謂搭售，係指事業要求其交易相對人，就兩項以上獨立可分之商品或服務一併交易之行為（公平會對於電信事業之規範說明參酌，94年8月26日修正）。因之，電信事業倘限制交易相對人就其所供給之多項電信服務一併交易，使其交易相對人無法自由合理選購可獨立交易之標的者，即難謂無搭售損害消費者權益或不公平競爭之情事。

- (三)查上訴人前因用戶申租「ADSL服務」時，須同時租用「市內電話服務」，並支付市內電話月租費之「搭售行為」，違反電信法第26條第3項授權訂定之資費管理辦法第9條第5項規定，經被上訴人依電信法第62條之1第1項第4款規定，以被上訴人96年8月21日裁處罰鍰30萬元，並命上訴人於該裁處書送達翌日起2個月內完成改正有損害消費者權益之上述搭售行為（見訴願卷被上訴人補充答辯書證據2）。上訴人對該裁處處分並未提起訴願或行政爭訟，且於96年10月1日繳納該筆罰鍰，是該裁處處分即告確定在案，而已具形式存續力（不能以通常救濟程序予以變更或撤銷）、實質存續力及確認效力等，其處分內容對原處分機關、受處分人及利害關係人發生拘束之效力，並對所

認定上訴人之上開搭售行為事實產生形式確認效力，如無其他直接反證足以推翻，其確認結果自具拘束其他機關、法院或第三人之效果。是上訴人於96年8月間，即因將可分別獨立交易之電信服務項目「ADSL服務」及「市內電話服務」，要求相對人一併交易，使其交易相對人無法自由合理選購可獨立交易之電信服務，已經被上訴人確認有所謂搭售損害消費者權益或不公平競爭之情事存在，亦明。另對照原處分主旨後段記載，亦足以說明上訴人對此已經被確認存在之搭售行為，尚未完成改善之情形。

(四)次查，本件上訴人97年9月所提新增服務資費，區分為「住宅用戶」與「非住宅用戶」兩大類計收費用，即：住宅用戶電路月租費：按ADSL各速率月租費+市內電話第一級收費區住宅客戶上網型月租費-5元；非住宅用戶電路月租費：按ADSL各速率月租費+市內電話第一級收費區非營業客戶上網型月租費-10元。可見上訴人新增服務資費方式，仍將「ADSL服務」及「市內電話服務」一併交易考量。原判決因認上訴人並未依被上訴人96年8月21日裁處改善搭售行為，另以新增「專用用戶迴路ADSL服務」名目混淆，而原處分主旨後段重申其96年8月21日裁處意旨，命上訴人應於1個月內，取消申租ADSL服務必須同時租用市內電話服務之搭售規定等語，即非無據。上訴人主張原處分全部為新處分，其主旨後段關於上訴人搭售行為之敘述，為另一行政處分，原判決有判決理由不備之違法等語。惟查，就原處分主要係針對本件系爭資費方式（率）為論述，此觀諸其說明內容過程自明，至說

明欄十二記載：「另依旨揭辦法第9條第5項，貴公司應於旨揭期限，取消申租ADSL服務必須同時申租市內電話服務之搭售規定；貴公司既有之ADSL服務用戶，並得隨時取消與服務搭售之市內電話服務，貴公司不得拒絕。」則係針對主旨欄後段敘述之說明，並未變更被上訴人96年8月21日裁處內容之事實及法律狀況，自屬重覆處分性質，與第2次裁決係對第1次裁決內容之事實及法律狀況變更者有別，不能混為一談，上訴人主張此部分為第2次裁決，要無足取。再者，審諸上訴人在被上訴人96年8月21日裁處書記載其曾陳述：按ADSL訂價及系統架構，ADSL必須附掛於市內電話線上，但該項業務訂價並未將用戶線上之成本包括在內，故無法提供ADSL申租客戶免費的市內電話線，且ADSL系統架構必須附掛於市內電話線上，若不附掛於市內電話線上，將無法保障其服務品質等語。是上訴人就「ADSL服務」與「市內電話服務」電信系統，係主張「ADSL必須附掛於市內電話線上．．．若不附掛於市內電話線上，將無法保障其服務品質」，似乎已經指明兩項電信服務互相依存無法分離之特殊關係；但上訴人於本件97年9月新增服務資費核定事件，所提上證9「電話專用與ADSL附掛於電話架構圖」及「ADSL專用架構圖」之圖示，則揭明「ADSL服務」與「市內電話服務」仍可獨立分開服務，並毋須「必須附掛於市內電話線上」。從而原判決參酌兩造所提網路架構圖之比較說明，認定上訴人原有提供之「ADSL服務」與本件所提客戶專用迴路ADSL服務，在本質上並無不同，均使用相同之「用戶迴路」，只有用戶是

否無同時在同一迴路上，另有使用市內電話或MOD服務之情形之差別而已，原審復將其論斷得心證之理由詳述在判決理由中，核與論理及經驗法則無違，並無判決不備理由或理由矛盾之違法。上訴人主張現行ADSL服務與專用用戶迴路ADSL服務，雖均利用用戶迴路路線，但一個可使用市內電話，另一個無法使用市內電話，成本自有不同，原判決未予詳查，判決理由不備等語，忽略前開確定處分令其將不合法之一併交易之搭售行為，應予以合理化之要求，難謂可採。

(五)未按「本會依法獨立行使職權。」「會議之決議，應以委員總額過半數之同意行之。各委員對該決議得提出協同意見書或不同意見書，併同會議決議一併公布之。」國家通訊傳播委員會組織法第7條、第9條第3項定有明文。是被上訴人國家通訊傳播委員會召開會議討論上訴人本件系爭新增資費方式之決議，被上訴人即得據以核定並無變更撤銷權限，而被上訴人於上開96年8月21日裁處後，上訴人曾先後7次向被上訴人陳報本件「專用用戶迴路ADSL服務」資費等資料，被上訴人於陸續要求上訴人補正營運成本、使用資產等相關營運資料供核，被上訴人於上訴人補正相關資料後即於97年12月10日依法召開國家通訊傳播委員會第273次委員會，經依法定程序討論後始作出本件新增資費申請核定案仍存在搭售不合法情形之決議，原處分因而據以作成否准核定結論，乃原審本於職權調查確認之事實。而查，本件系爭資費方式所涉「ADSL服務」與「市內電話服務」是否可獨立分開服務，或者「ADSL服務」必須附掛於「市內電話服務」始得服務

，影響計費方式，攸關電信高度專業科技性之判斷、計畫性政策之決定及獨立專家委員會之判斷，據此判斷所作事項之決議，即具判斷餘地，行政法院原則上即應予以尊重，除該判斷或決議有恣意濫用及其他違法情事，始得予以撤銷或變更。原判決因認被上訴人為第一類電信事業之主管機關，對於上訴人經特許經營之第一類電信業務，其參酌相關業務資費之訂定及調整等涉及經營成本、公共利益、消費者權益及會計財務等資料，決議系爭資費之計算及審核，具專業上判斷餘地，並無違誤。又接續費之訂定與用戶迴路成本之計算，兩者所據之計算基礎及法規範並不相同，亦經原判決審理明確，並將其論斷理由載明在判決書中，並無不合，上訴人於上訴中對業經原判決所不採之理由再為爭執，為歧異法律見解，要無足採。上訴意旨主張原判決對於上訴人所提自90年起ADSL服務資費即已未加計用戶迴路成本之證據，及上訴人於原審主張此二者服務模式及成本顯有差異，未詳予說明不採之理由等云，固有未洽，惟此尚不足影響其認定系爭資費包括上開搭售無正當理由情事，因認上訴人在原審之訴應為敗訴之結果，附此敘明。

- (六)綜上所述，被上訴人以上訴人系爭服務資費之訂定有費率不明確、不合理之差別定價、費率偏高等，涉有違反電信事業應公平提供服務規定，及有損害消費者權益之虞，且ADSL服務與市內電話服務係屬可分別獨立提供之服務項目，自無用戶僅需ADSL服務而無使用市內電話服務時，卻限制用戶須屬原已租用上訴人之市內電話服務或須同時租用上訴人之市內電話服務，

而有搭售行為。原判決因認原處分認事用法，俱無違誤，維持原處分及訴願決定，並對上訴人在原審之主張如何不足採之論據取捨等，均已詳為論斷，而駁回上訴人在原審之訴，並無判決理由不備、判決不適用法規等違背法令情事，其所適用之法規與該案應適用之現行法規並無違背，與解釋判例，亦無牴觸，並無所謂原判決有違背法令之情形；又證據之取捨與當事人所希冀者不同，致其事實之認定亦異於該當事人之主張者，不得謂為原判決有違背法令之情形。上訴人對於業經原判決詳予論述不採之事由再予爭執，核屬法律上見解之歧異，要難謂為原判決有違背法令之情形。

上訴人之上訴為無理由，應予駁回。

六、據上論結，本件上訴為無理由。依行政訴訟法第255條第1項、第98條第1項前段，判決如主文。

中 華 民 國 100 年 9 月 8 日
最高行政法院第六庭審判長法 官 黃合文
法 官 鄭忠仁
法 官 劉介中
法 官 帥嘉寶
法 官 陳鴻斌

以上正本證明與原本無異

中 華 民 國 100 年 9 月 8 日
書記官 王史民

第二章 消費者權益

第一節 健康與安全保障

第七條 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。商品或服務具有危害消費者生命、身體、健康、財產之可能者，應於明顯處為警告標示及緊急處理危險之方法。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。

【相關判決】

- 1 最高法院民事判決100年度台上字第104號
- 2 臺灣高等法院民事判決100年度消上易字第8號
- 3 臺灣高等法院民事判決99年度醫上字第6號
- 4 臺灣高等法院97年度消上字第7號民事判決

【摘要】

消費者保護法第七條所謂企業經營者提供服務時，應確保該商品或服務符合專業水準可合理期待之安全性，係指企業經營者應保障其所提供之商品或服務本身之安全性，以保護使用此一商品或服務之消費者，不會因商品或服務欠缺可合理期待之安全性而遭受危害。

最高法院民事判決

100年度台上字第104號

上訴人 江○○○

訴訟代理人 何永福律師

被 上 訴 人 ○○餐飲股份有限公司

法定代理人 張 樑

訴訟代理人 李 佳 玲律師

上列當事人間請求損害賠償事件，上訴人對於中華民國九十九年八月三十一日台灣高等法院台南分院第二審判決（九十八年度上字第二一〇號），提起上訴，本院判決如下：

【主文】

原判決廢棄，發回台灣高等法院台南分院。

【事實及理由】

本件上訴人主張：伊於民國九十七年七月十四日下午一時五十分許，至被上訴人之嘉義市垂楊店用餐，因點餐檯前地板殘留米黃色濃湯未擦拭乾淨，且濃湯與地板顏色相近，致伊於往櫃台點餐時滑倒，造成左股骨粉碎性骨折，因而住進署立嘉義醫院手術治療多日，出院後除陸續至各診所診治，將來須拔除鋼板鋼釘。致受有醫藥費、僱請看護照顧起居之看護費、不能工作等損失，共計新台幣（下同）八十六萬三千八百二十三元。又伊因受傷行動不便甚為痛苦，得請求精神慰撫金六十萬元。又上開損害中之財產損害部分，得依消費者保護法第五十一條規定，請求一倍之懲罰性賠償。爰依侵權行為之法律關係、消費者保護法第七條、第五十一條規定，求為命被上訴人給付二百三十二萬七千六百四十六元本息之判決。

被上訴人則以：上訴人於伊之工作人員進行拖地前，已坐在一樓的用餐區等候友人，知悉地板甫進行拖地工作，且置放有小心地滑之警示牌，竟與友人邊交談邊走向點餐櫃檯，且穿夾腳拖鞋，因而跌倒受傷，乃自己之過失所致。伊於餐廳之清潔及安全之維護已善盡管理監督責任，無過失可言。縱認伊應負賠償責任，上訴人請求各項費用，逾越必要之範圍，應予酌減。

又消費者保護法第五十一條之規定，應限於重大過失時，始有適用。系爭事故發生純屬意外，伊充其量僅有抽象過失，不應准懲罰性賠償金。再者縱認定有過失，此項過失亦屬其受僱人之過失，非伊之過失，上訴人亦不得請求懲罰性賠償等語，資為抗辯。

原審維持第一審所為上訴人敗訴之判決，駁回其上訴，無非以：按消費者保護法所規範之消費者，係指以消費之目的而為交易、使用商品或接受服務之人，有無支付對價，尚非決定消費者與否之因素。又消費者保護法第七條所謂企業經營者提供服務時，應確保該商品或服務符合專業水準可合理期待之安全性，係指企業經營者應保障其所提供之商品或服務本身之安全性，以保護使用此一商品或服務之消費者，不會因商品或服務欠缺可合理期待之安全性而遭受危害。查被上訴人係以提供餐飲服務為營業者，為達到餐飲服務之目的，應提供合乎安全、衛生之場所，此為餐飲服務之附隨義務，如有違反而致生損害，自有消費者保護法之適用。上訴人進入被上訴人之嘉義市垂楊店之目的，係欲與學生一同進餐，討論問題，此為被上訴人所不爭執，是上訴人係以消費之目的而接受被上訴人嘉義市垂楊店之服務，當屬消費者保護法所稱之消費者無疑，其可合理預期企業經營者提供符合當時科技或專業水準之飲食及符合安全之用餐消費空間。次按所謂符合當時科技或專業水準可合理期待之安全性，依消費者保護法施行細則第五條規定，應就下列情事認定之：(1)商品或服務之標示說明。(2)商品或服務可期待之合理使用或接受。(3)商品或服務流通進入市場或提供之時期。而消費者依上開規定請求企業經營者賠償時，就其所受損害係由企業經營者所提供之商品或服務，未具當時科技或專業水準可合

理期待之安全性所致，應負舉證之責任。上訴人主張其因被上訴人之嘉義市垂楊店點餐櫃檯前地板殘留米黃色濃湯，顏色與地板相近致難以查覺，致踩到地板上之濃湯後滑倒造成骨折傷害等情。既為被上訴人所否認，上訴人自應就此項有利之事實負證明之責。上訴人雖聲請訊問與其同赴該店擬用餐之証人陳緯安。惟查陳緯安於事故發生時當場拍攝之現場照片，當庭以黑色簽字筆圈起標記處共有二處，其中一處貼近上訴人右小腿，雖可辨識出地板上留有漬痕，惟該漬痕上面及四周附近，並無如同上訴人所稱留有濃湯類之殘留物，反而僅似滲入地板尚未完全乾涸的水漬痕跡，且面積尚不及上訴人腳掌之一半。則證人陳緯安雖證稱點餐櫃檯前有玉米濃湯殘留物等語，然經比對現場照片後，其所為上開證言，尚難採為有利上訴人主張之認定。參酌證人即被上訴人之嘉義市垂楊店員工張學鵬、張亭儀之證述及上訴人亦不否認於其在客坐等候區等學生（即証人陳緯安）時，被上訴人之員工確曾進行拖地工作，並擺放小心地滑之標誌。故上訴人原即應注意行進安全，且其本身長期受左膝痛，身體微胖，行動不便，當天腳穿夾腳拖，更應於進行點餐行進間戒慎恐懼，乃竟捨此不為，仍邊與他人談話，邊走向櫃檯，因而滑倒受骨折之傷害，實難辭其責。而上訴人主張，因地板殘留濕滑濃湯致其跌倒，又難採信，其主張被上訴人應負賠償責任一節，即非可採。從而上訴人本於侵權行為、消費者保護法第七條、第五十一條規定，請求被上訴人給付二百三十二萬七千六百四十六元本息，為無理由，應予駁回等詞，為其判斷之基礎。

惟查陳緯安於事故發生時當場拍攝之現場照片，貼近上訴人右小腿，可辨識出地板上留有漬痕，為原審所確認之事實。

證人張學鵬、張亭儀又分別證述：因用拖把拖地，有沾到水，故地板顏色較深；拖地之前先放小心地滑之警告標示。等到地乾之後才會將警告標示收起。上訴人滑倒時，警告標示尚未收起各等語（見第一審卷第八四、八六頁）。顯見上訴人滑倒時，地板尚未全乾。縱令該漬痕係滲入地板尚未完全乾涸之水漬痕跡。然衡諸經驗法則，於供行走之地板上殘留污漬之情形，通常降低物理上摩擦力，使行走其上較易滑倒，原審未遑審認該漬痕是否符合消費者保護法第七條所謂企業經營者提供服務時，應確保該商品或服務符合專業水準可合理期待之安全性，是否與上訴人之跌倒具有因果關係，竟以上訴人未能證明點餐櫃檯前地板殘留有上訴人所主張之濃湯類之殘留物，其亦已知被上訴人曾進行拖地工作，並擺放小心地滑之標誌，且其本身長期左膝痛、身體微胖、行動不便、腳穿夾腳拖、邊走邊談等情，進而為上訴人不利之判決，不免速斷。上訴意旨，指摘原判決不當，求予廢棄，非無理由。

據上論結，本件上訴為有理由。依民事訴訟法第四百七十七條第一項、第四百七十八條第二項，判決如主文。

中 華 民 國 一〇〇 年 一 月 二十 日

最高法院民事第五庭審判長法 官 劉福聲

法 官 黃義豐

法 官 劉靜嫻

法 官 袁靜文

法 官 王仁貴

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 一〇〇 年 二 月 一 日

【摘要】

從事設計、生產、製造商品之企業經營者，依消保法第 7 條第 3 項規定應負連帶賠償責任，係因違反確保其提供之商品或提供之服務並無安全或衛生上危險之責任，如其商品有安全上之危險存在，即屬有所違反，應依該條項之規定負其責任，縱令其無過失亦同。然其商品有無安全或衛生上之危險，應有相當之證明始能斷定，最高法院87年度台上字第242號判決同一見解可供參考。易言之，上開消保法第7條之適用，必須企業經營者提供之商品或服務有安全或衛生之危險，造成消費者或第三人之損害時，方有適用餘地。查本件被上訴人○○公司提供之服務，係不動產之居間仲介，並無安全或衛生上之危險，參照前開說明，應無消保法第7 條第1項、第3項之適用。

臺灣高等民事判決

100年度消上易字第8號

上 訴 人 張○○

訴訟代理人 范宗熙律師

被上訴 人 李君禎

訴訟代理人 陳志誠律師

複 代理人 陳豪杉律師

被上訴 人 ○○房屋仲介股份有限公司

法定代理人 章民強

訴訟代理人 陳威宇

上列當事人間請求減少價金等事件，上訴人對於中華民國100年6月17日臺灣臺北地方法院99年度消字第23號第一審判決提起上訴，本院於100年11月2日言詞辯論終結，判決如下：

【主文】

上訴駁回。

第二審訴訟費用由上訴人負擔。

【事實及理由】

一、上訴人主張：伊經被上訴人○○房屋仲介股份有限公司（下稱○○公司）居間介紹，於96年6月7日以新臺幣（下同）785萬元向被上訴人李君禎購買門牌臺北市○○街143巷18弄1號2樓全部之建物及坐落之同市○○段○○段1005地號權利範圍1/4之土地（下稱系爭房地）。迨伊欲出售系爭房地，始發現系爭建物面積短少15.51平方公尺，有物之瑕疵，按一般買賣房屋經驗法則，土地房屋價格向以建物坪數稱之，此觀原審委託之永慶不動產估價師聯合事務所亦評估系爭房地係每坪30萬8,000元亦明。系爭建物面積減少15.51平方公尺，按房地總價比例計算，被上訴人應返還伊溢付之價金為141萬6,714元（ $7,850,000 \times 15.51 / 85.94 = 1,416,714$ ）。又被上訴人○○公司為專業之不動產仲介公司，就系爭房地之產權及使用狀況於仲介買賣前應詳為調查，其出具之不動產重要說明書記載之建物面積有錯，自其附具之建物勘測成果圖標示之長度予以計算系爭建物之主建物面積少於登記之73.69平方公尺，致伊受有損失，亦應負損害賠償責任。爰依民法第179條規定請求被上訴人李君禎給付，依消費者保護法（下稱消保法）第7條第1項、第3項及不動產經紀業管理條例第26條第2項等規定請求被上訴人○○公司給付，二者之間為不真正連帶給付關係，求為判命：（一）被上訴人李君禎應給付上訴人141萬6,714元及自起訴狀繕本送達翌日即99年6月23日起算之法定遲延利息。（二）被上訴人○○公司應給付上訴人141萬6,714元及自起訴狀繕本送達

翌日即99年6月23日起算之法定遲延利息。(三)任一被上訴人為給付後，其他被上訴人於給付範圍內免給付義務之判決。

原審判決：被上訴人李君禎應給付上訴人14萬8,159元及自99年6月23日起算之法定遲延利息；上訴人其餘之訴駁回。

被上訴人李君禎就原審判令給付部分並未聲明不服。

上訴人就原審駁回請求部分提起全部上訴，聲明：(一)原判決不利於上訴人部分廢棄。(二)被上訴人李君禎應再給付上訴人126萬8,555元及自99年6月23日起算之法定遲延利息。(三)被上訴人○○公司應給付上訴人141萬6,714元及自99年6月23日起算之法定遲延利息。(四)任一被上訴人為給付後，其他被上訴人於其範圍內免給付義務。

二、被上訴人一致聲明：上訴駁回。

被上訴人李君禎答辯略以：(一)系爭房地面積自伊於93年6月12日向訴外人張碧蓮買受至出售予上訴人時均相同，伊出售系爭房地予上訴人當時，未就系爭建物坪數提出保證，亦未約定房屋及土地之價格分別為多少。伊於系爭房地之買賣契約中之「備註」欄內記載「雙方同意以權狀之坪數為主，若有疑義不影響買賣契約之履行」，雙方均簽名蓋章，顯見雙方係以總價成交，並以權狀登記為準。縱實際面積有短少，非屬物之瑕疵，伊已將系爭房地移轉登記並交付予上訴人，上訴人未受任何損害。(二)系爭建物屋齡高達33年，土地之價值遠高於建物，本件僅建物面積短少，土地面積正確，上訴人主張：建物面積短少，應依一般經驗法則按房地總價計算減少之價金，顯屬無稽云云。

被上訴人○○公司則以：(一)上訴人與伊並無任何消費之事實與消費契約關係，無從依消保法請求伊負損害賠償責任。又消保法第7條保護之對象，係因企業經營者之商品或服務有安全或衛生上之危險，致生損害於生命、身體、健康或財產之消費者或第三人。伊係提供居間服務之仲介業者，難謂有安全或衛生上之危險而致上訴人受有損害可言。且消保法所謂之「服務」，應目的性限縮解釋於「具高危險性之服務」，故伊提供之居間服務非屬消保法之服務範疇。本件係民法瑕疵擔保責任或債務不履行所欲規範之情形，無從依消保法請求。(二)不動產經紀業管理條例第26條第2項以經紀人員執行仲介或代銷業務之故意或過失致交易當事人受損害者為限，經紀業始與經紀人員負連帶賠償責任，上訴人未說明系爭買賣契約執行業務之經紀人員黃耀麟有任何故意或過失行為，自無從請求伊負連帶賠償責任等語抗辯。

三、兩造不爭執之事實：

(一)被上訴人李君禎於96年6月7日經被上訴人○○公司之居間介紹，以785萬元價格將系爭房地出售予上訴人（由上訴人之友人林大鈞隱名代理上訴人方式為之），上訴人簽發支票及向國泰人壽保險股份有限公司貸款指定匯款交付予被上訴人，被上訴人亦依約於96年7月10日將系爭房地所有權移轉登記予上訴人，有不動產重要事項說明書、契約書、系爭房地登記謄本、支票、匯款同意書及匯出匯款回條等件可稽（原審卷第6-35、148-149、170-172頁），並經證人林大鈞證述明確（原審卷第168頁）。

(二)系爭建物之面積，於登記謄本上記載為85.94平方公

尺：主建物73.69平方公尺、陽台12.25平方公尺；原審會同地政事務所人員至現場實際測量之面積則為71平方公尺；主建物58平方公尺、陽台13平方公尺，即系爭房屋之實際面積較登記面積減少14.94平方公尺，為兩造所不爭執，並有兩造登記名義之房屋登記謄本、勘驗筆錄及複丈成果圖足憑（原審卷第16、54、86、96、148-149頁）。

(三)系爭房地於上訴人向被上訴人買受時之96年6月間，市價為800萬7,045元（建物部分為86萬9,310元，土地部分為713萬7,735元），業經原審委請永慶不動產估價師聯合事務所鑑價明確，有該鑑價報告書（原審卷第200-250頁），並為兩造所不爭執。

四、按物之出賣人，對於買受人應擔保其物依第373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，民法第354條第1項定有明文。所謂物之瑕疵，係指存在於物之缺點而言。凡依通常交易觀念，或依當事人之決定，認為物應具備之價值、效用或品質而不具備者，即為物有瑕疵，不以物質上應具備者為限。若出賣之特定物所含數量缺少，足使物之價值、效用或品質有欠缺者，亦屬之，最高法院73年臺上字第1173號判例足供參照。

五、查兩造於96年6月7日簽訂之契約書內記載買賣不動產標的物：「土地：臺北市○○段○○段1005地號、地目建、權利範圍4分之1」、「建物：232建號、門牌號碼臺北市○○街143巷18弄1號2樓、面積第二層：73.69平方公尺，附屬建物陽台12.25平方公尺，合計85.94平方公尺、權利

範圍全部」(原審卷第25頁)，可見兩造約定之買賣標的物，其中建物部分之面積為85.94平方公尺。然系爭建物經原審會同地政事務所人員實際測量後，面積僅有71平方公尺，較上開約定之建物面積短少14.94平方公尺，為兩造不爭執之事實。衡諸社會交易常情，建物面積短少，影響買受者就建物空間之利用，進而降低建物之價值及效能，故被上訴人李君禎移轉及交付上訴人之系爭建物確有未達約定建物面積(減少14.94平方公尺)，具有減少其價值及通常效用之瑕疵存在，被上訴人李君禎否認系爭建物面積減少為物之瑕疵云云，尚非可採。

六、上訴人主張：系爭建物面積短少，依雙方買賣房地總價比例計算，伊溢付之價金即被上訴人應返還之利得為141萬6,714元云云。經查：

(一)觀察兩造間買賣契約書，僅記載系爭房地之總價為785萬元(原審卷第25-35頁)，並未分別記載建物及土地之價金各為多少。查系爭房地於96年6月間當時之市價為800萬7,045元(建物部分為86萬9,310元，土地部分為713萬7,735元)，有兩造不爭執之永慶不動產估價師聯合事務所鑑定報告書可稽(原審卷第203頁)，可知：建物部分占房地總價值之比例為0.000000000000(869,310÷8,007,045=0.000000000000)，參考上開比例，則上訴人以總價785萬元向被上訴人李君禎購買系爭房地，其中建物部分之買受價格為85萬2,260元【7,850,000×0.000000000000=852,260元，元以下四捨五入，下同】。緣於兩造約定之買賣建物面積為85.94平方公尺，則系爭建物短少

面積14.94平方公尺致減少之價值為148,159元（ $852,260 \times 14.94 / 85.94 = 148,159$ ），因上訴人前已將建物之價金如數給付，則其依民法第179條規定，請求被上訴人李君禎應返還之利得金額為148,159元及自原審起訴狀繕本送達翌日即99年6月23日起算之法定遲延利息，為有理由，應予准許。上訴人逾上開金額外之其餘本息請求，則屬無據，應予駁回。

(二)上訴人雖執詞主張：市場上有關房地買賣均以建物每坪稱之，此觀鑑定報告鑑定書內亦以每坪30萬8,000元計算，故土地價格應予排除云云。但查：土地與房屋為各別之不動產，各得單獨為登記及交易之標的，土地部分每年並由直轄市或縣市主管機關提交地價評議委員會評議公告地價，並據以徵收地價稅，平均地權條例第15條規定甚明，益見土地及建物部分有各自之價值存在，此觀卷附之鑑定報告書亦將土地及建物之價值分別計算標示可明。至於一般民眾於房地買賣時以每坪多少元概稱，實係將建物及土地含括在內之簡略說法，本件兩造間買賣包括建物及土地在內，上訴人並自承：土地面積沒有減少，本件是主張建物面積減少之瑕疵在卷（本院卷第60頁），則依上開說明，自僅得就建物部分按短少面積比例計算其減少之價值，以符公允，上訴人恣置土地價格不論，悖於事理及交易實情，顯無足取。

七、上訴人依消保法第7條第1項、第3項及不動產經紀業管理條例第26條第2項等規定，請求被上訴人○○公司負損害賠償責任，有無理由？

(一)按從事設計、生產、製造商品之企業經營者，依消保

法第7條第3項規定應負連帶賠償責任，係因違反確保其提供之商品或提供之服務並無安全或衛生上危險之責任，如其商品有安全上之危險存在，即屬有所違反，應依該條項之規定負其責任，縱令其無過失亦同。然其商品有無安全或衛生上之危險，應有相當之證明始能斷定，最高法院87年度台上字第242號判決同一見解可供參考。易言之，上開消保法第7條之適用，必須企業經營者提供之商品或服務有安全或衛生之危險，造成消費者或第三人之損害時，方有適用餘地。查本件被上訴人○○公司提供之服務，係不動產之居間仲介，並無安全或衛生上之危險，參照前開說明，應無消保法第7條第1項、第3項之適用。

(二)上訴人另主張：被上訴人○○公司應依不動產經紀業管理條例第26條第2項規定負損害賠償責任，無非以其出具之不動產重要說明書記載之建物面積有錯，自其附具之建物勘測成果圖標示之長度計算即可得知為依據，固提出被上訴人○○公司出具之不動產重要說明書、建物勘測成果圖為憑（原審卷第6-22頁）。查被上訴人○○公司於不動產重要說明書內附具之文件形式上並無不真實之情形，而有關建物所有權之面積登記，依土地登記規則第78條至第84條相關規定應由地政機關為之，再觀不動產經紀業管理條例第18條至第25條就經紀人員應盡之業務責任規定及其施行細則所有條款，並無經紀人員應對建物面積進行核算之規定，此外上訴人並未舉證證明不動產經紀業界有人員必須核算建物面積之習慣，故被上訴人○○公司之經紀人員信賴建物登記謄本公示記載之面積數據，據以

消費者保護法判決函釋彙編(十三)

登載於不動產重要說明書內，難認有故意或違反作為義務之過失可言。從而，上訴人依不動產經紀業管理條例第26條第2項規定請求被上訴人○○公司負損害賠償責任，洵非有據，不應准許。

(三)承上開說明，上訴人依消保法第7條第1項、第3項及不動產經紀業管理條例第26條第2項等規定，請求被上訴人○○公司負損害賠償責任，尚非正當，應予駁回。

八、綜上所述，上訴人依民法第179條規定，請求被上訴人李君禎給付148,159元及自起訴狀繕本送達翌日即99年6月23日起算之法定遲延利息，為有理由，應予准許；逾上開准許範圍外之其餘請求，為無理由，應予駁回。原審為上開結論之判決，並依職權宣告假執行，尚無不合。上訴意旨請求被上訴人李君禎再給付126萬8,555元本息及被上訴人○○公司應給付上訴人141萬6,714元本息，被上訴人間為不真正連帶債務關係，為無理由，應予駁回。

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

中 華 民 國 100 年 11 月 16 日
民事第一庭審判長法官 林金吾
法官 黃莉雲
法官 吳光釗

正本係照原本作成。

不得上訴。

中 華 民 國 100 年 11 月 16 日
書記官 張淑芳

【摘要】

醫師為醫療行為之義務與責任，自應優先適用醫療法，於醫療法未規定時，始適用其他法律。而醫師為醫療行為致生損害於病人時，醫療法第82條第2項明定應以故意或過失者為限，始負損害賠償責任，是醫師為醫療行為應適用醫療法規定，不適用消保法無過失責任之規定。

臺灣高等法院民事判決

99年度醫上字第6號

上 訴 人 許○○
訴訟代理人 薛欽峰律師
複 代 理 人 楊宗翰律師
被 上 訴 人 ○○醫療財團法人臺北○○紀念醫院
法定代理人 謝○○
訴訟代理人 黃奕時
巫震輝
被 上 訴 人 莊○○
上二人共同
訴訟代理人 王自強

上列當事人間損害賠償事件，上訴人對於中華民國98年12月31日臺灣臺北地方法院97年度醫字第2號第一審判決提起上訴，本院於100年9月20日言詞辯論終結，判決如下：

【主文】

上訴駁回。

第二審訴訟費用由上訴人負擔。

【事實及理由】

一、上訴人起訴主張：伊於民國76年間因鼻腔淋巴瘤接受放射

治療，致右頰凹陷，為使臉部豐腴，於94年12月19日及同年月29日至被上訴人○○醫療財團法人臺北○○紀念醫院（下稱○○醫院），經該院醫師即被上訴人莊○○（下稱莊○○）建議移植大腿皮瓣組織填補右頰凹陷治療。嗣於95年1月3日由莊○○施行顯微皮瓣移植手術（下稱系爭手術），惟莊○○於系爭手術中，因疏失導致伊右大腿1條動脈受傷、1條靜脈凝結並被切斷，莊○○為尋找穿透之血管重新接合，將伊右大腿2/3範圍皮膚切開，再以皮膚補皮方式縫合傷口，致留下長約7公分之疤痕3道，伊右大腿因手術傷口張力過大無法縫合，莊○○另以植皮方式閉合傷口，違反醫療常規。甚者，莊○○於系爭手術進行前未準備超音波設備，手術中突然要求伊家屬簽立神經探測器自費診療切結書，進而盲目掀開伊右大腿皮膚，造成伊右大腿廣泛傷口無法直接縫合，形成傷口，莊○○手術前準備不周，亦有醫療疏失。又伊右頰因系爭手術嵌入過大皮瓣導致位移，不惟原凹陷部分未填平，且發生兩頰不對稱，此係莊○○手術施行部位錯誤，且植入皮瓣過大所致。依醫學臨床經驗，本可單次完成之手術，因莊○○未能依需要擷取合適皮瓣並植入適當部位，致伊於96年1月30日至國立臺灣大學醫學院附設醫院（下稱臺大醫院）進行皮瓣縮減手術，再於96年10月1日進行皮瓣脂肪移植手術，令伊尚須忍受再次手術修整之痛苦及醫療費用之支出，更見莊○○對於系爭手術之進行確有過失。再者，莊○○於系爭手術前並未告知伊手術中須以全層皮膚移植手術植皮，以填補右大腿傷口，手術後尚須以多階段皮瓣縮減手術修正輪廓及術後可能產生硬塊、發生位移等風險、後遺症等，已違反醫師之說明義務，進而構成民法第184條第2

項本文之侵權行為。是伊所受右大腿凹陷、大面積留疤、皮瓣位移、產生硬塊及兩頰不對稱之傷害，與莊○○過失醫療行為間，有相當因果關係，伊因而受有醫療費用新臺幣（下同）9萬3,090元、增加生活上需要2萬1,895元、自95年2月起至96年11月復原期間薪資減損138萬6,000元等損害，並因容貌變形、腿部疼痛造成精神上痛苦，另請求慰撫金50萬元，合計200萬985元。○○醫院為莊○○之僱用人，應與其負連帶賠償責任。又莊○○對於系爭手術實施及術後治療過程既有過失，臺北○○醫院亦應負同一責任。爰依民法第224條、第227條、第227條之1、第184條第1項、第2項本文、第188條第1項及消費者保護法（下稱消保法）第7條規定，請求被上訴人連帶如數給付上訴人並自起訴狀繕本送達翌日起至清償日止，按年息5%計算利息等語。原審為上訴人敗訴之判決，上訴人不服，提起上訴，並聲明求為：（一）原判決廢棄。（二）被上訴人應連帶給付上訴人200萬985元，及自起訴狀繕本送達翌日起至清償日止，按年息5%計算利息。（三）願供擔保，請准宣告假執行。

- 二、被上訴人則以：上訴人前因鼻腔罹癌接受放射線治療致使顏面凹陷，經臺大醫院醫師告知不適合以自體脂肪移植而轉介至○○醫院治療，對治療方式及其風險已知之甚詳。其於94年12月19日及同年月29日至莊○○醫師門診時，詢問系爭手術相關資訊，莊○○已於進行系爭手術前，在兩次門診及術前多次解釋中加以說明及溝通討論，並於施作前詳加向上訴人告知系爭手術相關注意事項，包括治療種類之選擇、手術方式、手術風險，及術後臉部有可能肥腫，需再以皮瓣修整等，上訴人及其家屬亦於充分瞭解後始

簽立手術同意書，莊○○並無何於手術前未告知或未善盡說明義務等情事。雖上訴人於手術後發生皮瓣位移及兩頰不對稱之情形，惟系爭手術常需階段式修補皮瓣大小及位移狀況，莊○○並無將皮瓣植入不適當位置之過失，上訴人是否需進行第二階段手術應於消腫後方能判斷，上訴人不待觀察指示，逕至他院進行皮瓣縮減手術，實不可歸責於莊○○。至於上訴人指稱腿部疤痕過大且非直線，係因傷口張力過大無法直接縫合，故取多餘皮瓣移植於傷口，方造成右大腿三角形疤痕。又上訴人右大腿傷勢及手術中要求家屬同意以神經探測器輔助進行，均非莊○○於手術前得預知。莊○○為上訴人施作系爭手術，其術前評估、術中施行及術後照護等醫療行為，均已盡相當注意義務，並無疏失不當之處，被上訴人自無須負連帶損害賠償責任等語，資為抗辯。原審為被上訴人勝訴之判決，被上訴人對於上訴人之上訴則聲明：(一)上訴駁回。(二)如受不利判決，願供擔保，請准宣告免為假執行。

三、經查：(一)上訴人於76年間因鼻腺淋巴瘤接受放射治療後，因面頰凹陷，於94年12月14日至臺大醫院諮詢，復於94年12月19日及同年月29日至○○醫院，由該院醫師莊○○主治並建議進行系爭手術，嗣於95年1月2日入院，翌日接受系爭手術，手術中莊○○要求上訴人家屬即其姊許雅味簽立神經探測器病患自費診療切結書。同年月9日轉入一般病房，同年月13日出院。(二)上訴人於96年1月30日至臺大醫院進行皮瓣縮減手術，於同年2月3日出院，再於同年10月2日至臺大醫院接受右頰皮瓣脂肪移植手術，同年月3日出院等情，有○○醫院診斷證明書、住院通知單、病患自費診療切結書各1份、臺大醫院診斷證明書2份等影

本可稽〔見原審○○病歷卷（下稱病歷卷）第2、3、24頁、原法院97年度北調字第45號卷（下稱調解卷）第32、33頁〕，並為兩造所不爭執，應堪信為真實。

四、上訴人主張：莊○○於系爭手術中，因疏失導致伊右大腿1條動脈受傷、1條靜脈凝結並被切斷，莊○○為尋找穿透之血管重新接合，將2/3範圍皮膚切開，再以皮膚補皮方式縫合傷口，致留下長約7公分之疤痕3道，伊右大腿因手術傷口張力過大無法縫合，莊○○另以植皮方式閉合傷口，有違醫療常規。且莊○○於系爭手術進行前未準備超音波設備，手術中突然要求伊家屬簽立神經探測器自費診療切結書，進而盲目掀開伊右大腿皮膚，造成伊右大腿廣泛傷口無法直接縫合，進而形成傷口。又莊○○醫師施行系爭手術於上訴人右頰嵌入過大皮瓣導致位移，使上訴人原凹陷部分未填平，並有兩頰不對稱情形，莊○○醫師於系爭手術有過失等語，惟為被上訴人所否認，並以前詞置辯。本院審酌分述如下：

（一）有關莊○○以植皮方式閉合上訴人大腿傷口所造成疤痕及莊○○於系爭手術進行中方要求上訴人家屬簽立神經探測器自費診療切結書部分，莊○○有無過失？
經查：

1. 上訴人因系爭手術糾紛，於臺灣臺北地方法院檢察署（下稱臺北地檢署）對莊○○提起過失傷害告訴，經該署檢察官三度送請行政院衛生署醫事審議委員會（下稱醫審會）就本院醫療糾紛鑑定，觀諸：醫審會第一次鑑定意見略謂：「本案病人（即上訴人）36歲，因淋巴瘤於76年間接受放射線治療，治療後因面頰凹陷，然95年1月3日至○○紀念醫院接

受游離皮瓣移植手術。以顯微手術移植皮瓣，可以讓皮瓣組織獲得較充分的血液供應，避免直接抽取脂肪移植造成的局部壞死、吸收、硬塊的後遺症，尤其是在放射治療或外傷後的病人更是如此。因此，選擇顯微手術皮瓣移植，是較適宜的選擇。疤痕的增生取決於以下因素：醫療的因素，在術中是否能在傷口沒有過大張力的情形下縫合，如果有過大的張力，接縫會將造成難看的疤痕，此時必要考慮植皮的方式來關閉傷口，無論是將來的膚質、膚色及彈性上，全層皮膚移植又比分層皮膚移植好。本案例以原位的全層皮膚移植，是所有皮膚移植手術中，恢復的最好結果的方式。另一影響疤痕的原因是病人的因素，也就是所謂的體質因素，相同傷口在不同的病人身上，會有不一樣的結果，這是目前醫療上無法改變的事實。依95年11月病人的相片，腿上的疤痕雖有增生現象，難謂醫生有疏失之處。以顯微手術游離皮瓣來填充經放射線治療的凹陷，已有許多的文獻報告，是最好的手術選擇之一。…」等語，有行政院衛生署96年7月26日衛署醫字第0960209770號書函檢附之醫審會鑑定書（編號0000000）可稽（見臺北地檢署96年度偵字第20273號偵查卷第3至5頁）。

醫審會第二次鑑定意見補充略謂：「(一)依卷宗內所附病人術後大腿之相片可見，大塊呈現三角形區域是因為取原來皮瓣上之皮膚，施行全層皮膚移植造成。文獻指出大腿前外側皮瓣之取皮瓣區，在8公分以內之寬度可以直接縫合，3道延伸疤痕，應

是手術中尋找皮瓣供應之血管以手術刀造成。大腿前外側皮瓣營養血管為側邊旋股動脈下降枝，有多種變異。依學者發現，大腿前外側皮瓣有8種不同之血管分佈形式，其中包括有部分病人血管是從肌肉中穿出，後續有許多零星解剖血管變異之文獻報告。日本Tsukino醫師於2004年PlasticandReconstructiveSurgery113〈1〉：p. 241-246（重建整形外科雜誌），報告中提到術前以都卜勒監聽來預測穿透枝之走向，也只有4至6成之正確率。臨床上，由於這個皮瓣血管之變異性，有時不得不將原先預期切口擴大，才能安全地把血管完整取下來，這種情形在術前是難以預知，實屬手術上難以避免之情形，難謂莊醫師有醫療上之疏失」等語，有行政院衛生署98年7月17日衛署醫字第0980020019號書函檢附之醫審會鑑定書（編號0000000）可稽（見原審卷第85至87頁）。

醫審會第三次鑑定意見進一步說明略謂：「（一）造成病人術後右大腿呈現3道延伸疤痕之原因為進行大腿前外側皮瓣手術中，可能因皮膚穿透支血管之位置及走向不同或變異，而需要將傷口延伸，以進行血管剝離及安全取下之步驟，從而進行此類手術前，無法完全預期有此情形會發生，需在手術中，視血管情況決定採取之方式，故難謂醫師（即莊○○）有疏失之處。…」等語，有行政院衛生署99年10月11日衛署醫字第0990213878號書函檢附之醫審會鑑定書（編號0000000）可稽（見臺北地檢署98年度偵續一字第217號偵查卷第48至52頁）。

2. 綜此，可知本件手術選擇以顯微手術游離皮瓣來填充經放射線治療之凹陷，已有諸多醫學文獻報告認定為最佳手術方式之一，莊○○建議上訴人採行游離皮瓣移植手術，並無可議之處。由於皮瓣移植手術之施行方式為取用自體游離皮瓣轉移，亦即從上訴人自身取出皮瓣進行填補，依據醫學文獻指出大腿外側皮瓣之取皮瓣區，在8公分以內之寬度得以直接縫合，然並非所有創面均可以直接縫合，大腿前外側皮瓣之營養血管為側邊旋股動脈下降枝，有多種變異，學者發現大腿前外側皮瓣有8種不同血管分佈形式，其中包括有部分病人血管係從肌肉穿出。日本Tsukino醫師於93年重建整形外科雜誌報告中，提到術前以都卜勒監聽來預測穿透枝之走向，亦僅有4至6成之正確率。由於此皮瓣血管之變異性，臨床上有時不得不將原先預期切口擴大，始能安全地把血管完整取下來，此情形在手術前醫師難以預知，上訴人術後右大腿呈現之3道延伸疤痕，係莊○○於手術中尋找皮瓣供應之血管以手術刀所造成，乃手術過程難以避免之情形，此非莊○○疏失所致。復審酌莊○○於98年10月5日原審言詞辯論期日到庭陳稱：「（問：你知道取皮瓣的傷口是可以直接縫合或是沒有辦法直接縫合需要補皮，你為何沒有告訴原告後面無法直接縫合而需補皮的情形？）大部分這種皮瓣是可以直接縫合，當時我是估計這位病患是可以直接縫合的，所以在術中我也有嘗試直接縫合，我的補皮並不是取其他的皮，我是取皮瓣上面的皮來補，並沒有造成其他另外的傷

口。」、「（問：最後為何沒有辦法直接縫合？）是因為張力太大，沒有辦法直接縫合。張力的大小，應該是由醫師來判斷的。」等語（見原審卷第125頁）。足見莊○○醫師於系爭手術中改以補皮方式填補傷口係依上訴人當時情況，本諸醫師專業判斷而定，難謂有違醫療常規。莊○○於手術中已將上訴人動、靜脈重新接合，並未造成上訴人生理機能之傷害，至於疤痕的增生因取決醫療因素及手術中是否能在傷口沒有過大張力的情形下縫合，如果有過大的張力，接縫將造成難看的疤痕，此時必要考慮植皮的方式來關閉傷口，無論是將來的膚質、膚色及彈性上，全層皮膚移植又比分層皮膚移植好。本件莊○○醫師以其專業能力判斷，採原位的全層皮膚移植，是所有皮膚移植手術中，恢復最好結果之方式，實難認莊○○有何醫療過失可言。

3. 上訴人另主張：莊○○於系爭手術前未準備超音波設備，於手術中突然要求上訴人家屬簽立神經探測器自費診療切結書，盲目掀開上訴人右大腿皮膚，造成上訴人右大腿廣泛傷口無法直接縫合，進而形成傷口，莊○○醫師術前準備不周，具有過失等語。經查：莊○○雖於系爭手術中方提出神經探測器自費診療切結書（見原審○○病歷卷第24頁）要求上訴人家屬簽立，惟醫師就診療過程所需使用之醫療器材及使用時間，本係基於專業判斷之考量，自有選擇之權限，且系爭手術因皮瓣血管之變異性，臨床上有時不得不將原先預期切口擴大，始能安全地把血管完整取下來，此情形在術前醫師難以預知

，詳如上開醫審會第二次鑑定意見，基於手術過程之變異因素及存有無法預知之情形，莊○○醫師於手術中臨時提出自費切結書供家屬簽立，亦符醫療常情，且上訴人並未舉證證明，此舉造成其何種損害，自不得據此即謂莊○○有醫療上之疏失。

(二)有關上訴人面頰於術後左右不對稱情形，莊○○有無過失？

1. 稽諸醫審會三次鑑定意見如下：

醫審會第一次鑑定意見略謂：「…因單純的脂肪填充在放射治療後的病人，較不容易存活。縱使成功的顯微手術，也由於無法預測移植的脂肪細胞存活量。因此，整形外科醫師必須先預留多一些的組織移植到凹陷處，也免得因為存活的組織不足，需再次的顯微手術來移植脂肪皮瓣。」等語（見臺北地檢署96年度偵字第20273號偵查卷第2頁）。

醫審會第二次鑑定意見補充略謂：「…(二)顯微手術脂肪皮瓣移植，常有因疤痕收縮及重力因素（站立導致下垂，仰臥導致外移）會影響皮瓣之位置，為求手術滿意結果，多次手術來矯正皮瓣脂肪之大小及位置有其必要。依據偵查卷宗，95年他字第4376號附件九莊醫師曾提到手術並未完成，並表示這是階段性手術。由於病歷中手術紀錄記載，並無確切指出皮瓣放置之位置，單憑所附術後之相片，難以判斷術中皮瓣放置位置是否有偏差。」等語（見原審卷第87頁）。

醫審會第三次鑑定意見進一步說明略謂：「…(二)依據病人手術前及術後之照片、手術中之設計圖及

手術紀錄，皮瓣植入之位置，確為臉頰內側及眼眶下緣凹陷處，手術後照片顯示凹陷也有獲得改善，尚難謂整形手術所植入之皮瓣位置有所偏差」等語（見臺北地檢署98年度偵續一字第217號偵查卷第50頁）。

2. 綜此，可知上訴人曾因淋巴瘤於76年間接受放射線治療致臉頰凹陷，然單純之脂肪填充，移植之脂肪細胞在接受放射線治療之病人體內較不易存活，若以顯微手術移植皮瓣組織，可使皮瓣組織獲得較充分之血液供應，避免直接抽取脂肪移植造成局部壞死、吸收或硬塊之後遺症，是以顯微手術來填充經放射線治療之凹陷，係最佳手術選擇之一。又受術後移植之脂肪細胞存活量實無法預測，故整形外科醫師必先預留多些組織移植至凹陷處，避免因存活組織不足而需再次進行手術，是莊○○所辯上訴人是否需第二階段手術應於其消腫後判斷等語，應堪採信。準此，皮瓣移植手術後有時須再次進行手術修正，本屬系爭手術之正常情形，自難據此逕認系爭手術係失敗，亦即誠難僅以上訴人術後面頰左右不對稱，須再次進行手術修正之情，即謂莊○○有過失。

(三)綜上，上訴人主張莊○○醫師系爭手術失敗，具有過失等語，要無足採。

五、上訴人又主張：莊○○醫師於系爭手術前未告知術中須以全層皮膚移植手術植皮，填補上訴人右大腿傷口；術後尚須以多階段皮瓣縮減手術修正輪廓及術後有產生硬塊、發生位移等風險、後遺症等情，是莊○○醫師已違反醫師之

說明義務，進而違反民法第184條第2項前段規定等語，惟為被上訴人所否認，並以前詞置辯。經查：

- (一)按醫療法第63條第1項前段規定：「醫療機構實施手術，應向病人或其法定代理人、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症及危險，並經其同意，簽具手術同意書及麻醉同意書，始得為之。」；同法第81條規定：「醫療機構診治病人時，應向病人或其法定代理人、配偶、親屬或關係人告知其病情、治療方針、處置、用藥、預後情形及可能之不良反應。」，此規定於醫師法第12條之1亦有相同規定。該等條文之設計，無非鑑於醫療乃為高度專業及危險之行為，醫師為病患進行手術，莫不具有一定程度之危險性，若將手術之不良後果，均令醫師承受，則醫師極可能為避免其責任而採取防衛性醫療，拒絕實施必要手術，對於病患反而不利。反之，若無論情由，均由醫師決定是否實施手術，病患則須承受手術所生之不良後果，亦屬剝奪病患對於自己身體、健康及生命之自主權利，無異將病患視為醫療關係之客體，損及其人格尊嚴，亦非合理。法律為避免執其兩端之失，乃課醫師應基於其專業知識，向病患等說明手術原因、手術成功率或可能發生之併發症及危險，再由病患本於「自己責任」原理，決定是否接受手術，並於決定接受手術後承擔其風險。因此，若與手術風險之評估無關，即無令醫師就手術成功率或可能發生之併發症及危險為鉅細靡遺說明必要。至於醫師就危險說明義務之內容及範圍，應視一般有理性的病患所重視的醫療資料加以說明，其具體內容包括各

種診療之適應症、必要性、方式、範圍、預估成功率、可能的副作用和發生機率、對副作用可能的處理方式和其危險、其他替代可能的治療方式和其危險及癒後狀況、藥物或儀器的危險性與副作用等，非謂病患得漫無邊際或毫無限制要求醫師負一切之危險說明義務。

(二)本件上訴人選擇採取皮瓣移植手術，據上訴人之姐許雅味於98年10月5日原審言詞辯論期日到庭陳稱：「被告醫師（即莊○○）有詢問我們有去看過何醫院，我們說有去看過臺大醫院，當時我有陳述臺大醫師曾經建議有皮瓣移植及玻尿酸及自體脂肪，經過醫師溝通最後要用皮瓣移植，因為醫師說看起來會比較自然，自體脂肪或玻尿酸會造成半年內要持續打針，最後我們聽從醫師的意見，做皮瓣移植手術，被告有告訴我們說要從大腿或鼠蹊部切皮瓣，大腿的傷口會呈現一直線，耳後也會有10公分的傷口，可以用直髮蓋住，住院住1個星期，1個月左右可以消腫，就可以回去工作，…」等語（見原審卷第125頁反面），且上訴人亦自承其於系爭手術前曾向臺大醫院醫師詢問相關病情，可知上訴人於系爭手術前已知悉欲進行手術之內容，上訴人既由臺大醫院其他人員瞭解治療方案及風險，自難認上訴人此部分醫療自主權受到侵害，上訴人清楚知悉本身情狀，及於臺北○○醫院進行皮瓣移植手術之內容及目的，顯然對其所為系爭手術相當慎重。

(三)另莊○○於98年10月5日原審言詞辯論期日時陳稱：「…第1次是94年12月19日，第2次是在94年12月29日

，應該是原告於20年或18年前有鼻腔癌，接受電療，他有詢問臺大醫師，當時原告告訴我臺大醫師說有2種手術，1個是自體脂肪移植手術，1個是皮瓣移植手術，…我跟他解釋因為以前的傷口是電療過，經過放射線治療，所以自體脂肪移植失敗率會偏高，偏高的意思是以後要打數次，我與他解釋，我有皮瓣移植這方面的經驗，所以我說皮瓣移植是可以採用的方法，單就這問題我就解釋很久了，我有告訴原告皮瓣移植是要作顯微手術，他術後要住進加護病房，作密集的術後的觀察，我也有告訴他，如果有發生問題是在術後3天內，例如動脈塞住、靜脈塞住，要再進開刀房手術檢查，看血管是否有何問題，我以前的經驗，我有告訴他拿皮瓣以後有的病人可以1次手術直接移植，但是大部分的病人是要作2次以上手術，就像要做減胖手術或是位移手術，第1次門診時有告知原告你如果願意作這個手術的話，可以再回來，第2次門診時原告對於相同的問題還是反覆的發問，簽手術同意書是在第2次門診時所簽的。」等語（見原審卷第128頁）。雖上訴人否認，然稽諸經上訴人簽名蓋指印之一般或上下肢整形重建手術同意書內容（下稱手術同意書，見○○病歷卷第4頁），莊○○於94年12月29日11時50分在手術同意書上，於醫師之聲明欄中，勾選：我已儘量以病人所能瞭解之方式、解釋這項手術之相關資訊，特別是下列事項：1. 需實施手術之原因、手術步驟與範圍、手術之風險及成功率、輸血之可能性。2. 手術併發症及可能處理方式。3. 不實施手術可能之後果及其他可替代之治療方式。4. 預期手術後

，可能出現之暫時或永久症狀。5. 如另有手術相關說明資料，我並已交付病人。且上訴人於進行系爭手術前之95年1月2日已於該手術同意書上簽名蓋指印。該手術同意書上病人之聲明欄中記載有：1. 醫師已向我解釋，並且我已經瞭解施行這個手術的必要性、步驟、風險、成功率之相關資訊。2. 醫師已向我解釋，並且我已經瞭解選擇其他治療方式之風險。3. 醫師已向我解釋，並且我已經瞭解手術及可能預後情況和不進行手術的風險。4. 我瞭解這個手術必要時可能會輸血…。5. 針對我的情況、手術之進行、治療方式等，我能夠向醫師提出問題和疑慮，並已獲得說明。…7. 我瞭解這個手術可能是目前最適當的選擇，但這個手術無法保證一定能改善病情。基於上述聲明，我同意進行此手術」等文字，上訴人不惟於該聲明文字下接續簽名蓋指印，且該手術同意書為一式二聯，第二聯已交付上訴人，並經上訴人簽名蓋指印確認收受無訛。徵諸上訴人任職於台灣精星科技股份有限公司，自陳每月薪資高達6萬3,000元（見調解卷第8、92頁），並非無智識之村夫愚婦，其對於在手術同意書上簽名，理應知悉須審慎閱讀無訛後始簽名其上，是以上訴人簽名時理當已閱讀前揭文字，且知悉該文字記載之意思甚明，倘莊○○未告知及說明系爭手術成功率、可能產生併發症及風險等，上訴人不可能冒然在該等文字下方簽名，堪認被上訴人於手術前應已就治療方式之選擇及優劣得失為說明及告知，上訴人並無倉促同意而實施手術之情事。

(四)雖依上開手術同意書無法證明莊○○於系爭手術前已

將該手術所可能產生右頰因植入過大皮瓣，產生左右不對稱及可能需多階段實施手術等詳細資訊告知上訴人，惟莊○○既就治療方式之選擇及優劣得失為告知，縱使就皮瓣移植手術方式可能須多階段修補乙節之說明，或有未足，惟就民事責任認定之範疇而言，其評價非難之重點不在於該未說明可能伴生之危險及副作用之不作為部分，而在於醫療行為本身不符合醫療常規之非價判斷。蓋醫療既係以人體治療、矯正、預防或保健為直接目的之行為，乃取向於患者利益之過程，自不能以醫師說明不完全其處置暨後效，即遽認其所行之醫療行為具有可歸責性。換言之，說明告知義務之未完全踐行，並不能直接反應或導致醫療行為本身之可非難性，醫療行為本身違反醫療常規致生危害者，始有被評價具有故意或過失之可能。是莊○○縱有告知未完全情形，其是否即具可歸責性及可非難性，仍需判斷治療過程是否違反醫療常規。觀諸前揭鑑定意見及說明，多階段修補位移情況及縮減多餘皮瓣，於皮瓣移植手術中，屬常見且必要之治療步驟，且莊○○於術後亦表明待患部消腫後可進行皮瓣縮減術，並無違反醫療常規。因此，縱莊○○漏未告知上訴人右頰植入皮瓣後，可能產生左右不對稱，須多階段修補等現象，尚不足認莊○○所為醫療行為有何不符合醫療常規及適法性，故上訴人主張莊○○應負民法第184條第2項規定違反保護他人法律之侵權責任，洵無理由。

六、按損害賠償之債，以有損害之發生及有責任原因之事實，並二者之間，有相當因果關係為成立要件。故原告所主張

損害賠償之債，如不合於此項成立要件者，即難謂有損害賠償請求權存在（最高法院48年台上字第481號判例意旨參照）。本件莊○○對上訴人所為醫療行為，並無不當，自無過失可言，單純就皮瓣移植手術之方式需以多階段修補乙節說明不足，尚不足認莊○○所為醫療行為有何未符合醫療常規及適法性，尚不構成民法第184條第2項違反保護他人法律之侵權責任，已如前述。是上訴人依民法第184條第1項、第2項及第188條第1項規定，請求被上訴人連帶負損害賠償責任，自屬無據。上訴人另主張被上訴人就本件醫療給付義務之履行有不完全給付情形，應依民法第224條、第227條、第227條之1規定負損害賠償責任部分，本院認莊○○對上訴人醫療行為本身，難認有疏失或有可歸責性，故上訴人此部分主張亦無理由。

七、上訴人復主張依消保法第7條規定，被上訴人應負無過失賠償責任等語。經查：

（一）按從事設計、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。商品或服務具有危害消費者生命、身體、健康、財產之可能者，應於明顯處為警告標示及緊急處理危險之方法。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，消保法第7條固定有明文。又該法所用名詞定義如下：一、消費者：指以消費為目的而為交易、使用商品或接受服務者。二、企業經營者：指以設計、生產、製造、輸入、經銷商品或提供服務為營業者。三

、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，且同法第2條第2款所稱營業，不以營利為目的者為限，消保法第2條及消保法施行細則第2條分別定有明文。惟消保法及其施行細則就所規範之服務意義為何，並無明確定義，故就何謂消費性服務為一般性之定義，有其困難，更無從僅以文義解釋

判斷醫療行為有無消保法之適用，是應分別各個法律行為之性質，而為合目的性之解釋。

- (二)次按消保法第1條第1項規定：「為保護消費者權益，促進國民消費生活安全，提昇國民消費生活品質，特制定本法」，此為消保法就該法之立法目的所為之明文規定。是為法律條文之解釋時，即應以此明定之立法目的為其解釋之範圍。消保法規定商品無過失責任制度，係由於消費者無論如何提高注意度，也無法有效防止損害之發生，是藉由無過失責任制度之適用，迫使製造商擔負較重之責任，換言之，製造商在出售危險商品時，會將其所可能賠償之成本計入售價之中，亦即將使產品危險的訊息導入產品價格之內，帶有分擔危險之觀念在內。但就醫療行為，因其醫療過程充滿危險性，治療結果充滿不確定性，醫師係以專業知識，就病患之病情及身體狀況等綜合考量，選擇最適宜之醫療方式進行醫療，若將無過失責任適用於醫療行為，醫師為降低危險行為量，將可能專以危險性之多寡與輕重，作為其選擇醫療方式之惟一或最重要之因素；但為治癒病患起見，有時醫師仍得選擇危險性較高之手術，今設若對醫療行為課以無過失責任，

醫師為降低危險行為考量，將傾向選擇較消極，不具危險之醫療方式，而捨棄對某些病患較為適宜、有積極成效之治療方式，此一情形自不能達成消保法第1條第1項之立法目的甚明。另相較於種類及特性可能無限之消費商品，現代醫療行為就特定疾病之可能治療方式，其實相當有限，若藥物控制方式所存在之危險性，經評估仍然高於醫師所能承受者，而醫師無從選擇其他醫療方式時；或改用較不適宜但危險較小之醫療行為可能被認為有過失時，醫師將不免選擇降低危險行為量至其所能承受之程度，換言之，基於自保之正常心理，醫師將選擇性的對某些病患以各種手段不予治療且此選擇勢將先行排除社會上之弱者，而此類病患又恰為最須醫療保護者。此種選擇病患傾向之出現，即為「防禦性醫療」中最重要之類型，同樣不能達成消保法第1條第1項所明定之立法目的。而醫師採取「防禦性醫療措施」，一般醫師為免於訴訟之煩，寧可採取任何消極的、安全的醫療措施，以爭取「百分之百」之安全，更盡其所能，採取防禦性醫療，以避免可能疏忽，因未使用全部可能之醫療方法，藉以免除無過失責任。醫療手段之採取，不再係為救治病人之生命及健康，而在於保護醫療人員安全，過度採取安全醫療措施，將剝奪其他真正需要醫療服務病人之治療機會，延誤救治之時機，增加無謂醫療資源之浪費，誠非病患與社會之福。依此所述，醫療行為適用消保法無過失責任制度，反而不能達成消保法第1條所明定之立法目的。是應以目的性限縮解釋之方式，將醫療行為排除於消保法適用範圍之列。

(三)復按為促進醫療事業之健全發展，合理分布醫療資源，提高醫療品質，保障病人權益，增進國民健康，特制定本法（指醫療法）。本法未規定者，適用其他法律規定。醫療業務之施行，應善盡醫療上必要之注意。醫療機構及其醫事人員因執行業務致生損害於病人，以故意或過失為限，負損害賠償責任，醫療法第1條、第82條分別定有明文。是醫師為醫療行為之義務與責任，自應優先適用醫療法，於醫療法未規定時，始適用其他法律。而醫師為醫療行為致生損害於病人時，醫療法第82條第2項明定應以故意或過失者為限，始負損害賠償責任，是醫師為醫療行為應適用醫療法規定，不適用消保法無過失責任之規定。

(四)綜上，上訴人主張依消保法第7條規定，被上訴人應負無過失賠償責任云云，亦不足取。

八、綜上所述，上訴人依民法第224條、第227條、第227條之1、第184條第1項、第2項本文、第188條第1項及消保法第7條規定，請求被上訴人連帶給付上訴人200萬985元，及自起訴狀繕本送達翌日起至清償日止，按年息5%計算利息，為無理由，不應准許。從而，原審為上訴人敗訴之判決，核無違誤，上訴意旨指摘原判決不當，求予廢棄改判，為無理由，應予駁回。

九、兩造其餘之攻擊或防禦方法及未經援用之證據，經本院斟酌後，認為均不足以影響本判決之結果，自無逐一詳予論駁之必要，併此敘明。

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

中 華 民 國 1 0 0 年 1 0 月 1 1 日

民事第四庭審判長法官 張劍男
法官 翁昭蓉
法官 陳靜芬

正本係照原本作成。

如不服本判決，應於收受送達後20日內向本院提出上訴書狀，其未表明上訴理由者，應於提出上訴後20日內向本院補提理由書狀（均須按他造當事人之人數附繕本）上訴時應提出委任律師或具有律師資格之人之委任狀；委任有律師資格者，另應附具律師資格證書及釋明委任人與受任人有民事訴訟法第466條之1第1項但書或第2項（詳附註）所定關係之釋明文書影本。如委任律師提起上訴者，應一併繳納上訴審裁判費。

中 華 民 國 1 0 0 年 1 0 月 1 4 日
書記官 應瑞霞

附註：

民事訴訟法第466條之1（第1項、第2項）：

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

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

【摘要】

行政院衛生署中醫藥委員會函台灣區中藥工業同業公會轉知包含○○公司在內之各所屬會員…說明「各藥廠原藥品許可證之製劑含此類中藥材者，應於標籤、仿單及外盒上加註警語『長期服用後易致成腎衰竭等副作用』」，以盡提醒危害身體、健康風險之責，詎第二上訴人○○公司並未依衛生署上開函令為之，僅在藥品外包裝標示「本品苦寒、偶礙脾胃、病癒即止，不宜過服」之方劑學中註記之一般注意事項，而有未盡告知錠劑內含有馬兜鈴酸，並在標籤、仿單及外盒上提醒若長期服用會有危害身體健康致腎衰竭副作用可能風險之責，且未標示緊急處理危險之方法甚明。本件第一上訴人服用第二上訴人○○公司之龍膽瀉肝湯錠劑，其後身體受有腎功能衰竭之損害，從而第一上訴人以第二上訴人違反消費者保護法第7條第2項規定為由，請求負損害賠償責任，應屬有據。

臺灣高等法院民事判決

97年度消上字第7號

第一上訴人 王○○
訴訟代理人 李宜光律師
 王藹芸律師
第二上訴人 ○○製藥股份有限公司
法定代理人 陳○祥
第二上訴人 陳○○
特別代理人 陳思敏
被上訴 人 陳○祥
 林文能
 ○○國際企業有限公司

上 一 人

法定代理人 范光容

上開五人

訴訟代理人 宋志衡律師

上列當事人間請求侵權行為損害賠償事件，第一、二上訴人對於中華民國97年7月8日臺灣士林地方法院92年度消字第2號第一審判決各自提起上訴，本院於100年6月8日言詞辯論終結，判決如下：

【主文】

原判決關於：(一)命第二上訴人連帶給付之金額，就其中新臺幣玖佰玖拾參萬壹仟肆佰伍拾元本金即主文第一項之其餘部分計算之利息超過自民國九十二年十二月十三日起算，及其假執行之宣告；(二)駁回第一上訴人下列第二項之訴及其假執行之聲請；(三)命負擔前開(一)、(二)之訴訟費用，均廢棄。

上開廢棄(一)部分，第一上訴人在第一審之訴及其假執行之聲請均駁回。

上開廢棄(二)部分，第二上訴人應再連帶給付第一上訴人新臺幣肆佰零貳萬參仟零伍拾玖元，及其中新臺幣貳佰伍拾參萬貳仟陸佰拾柒元伍角自民國九十二年十二月十三日起，另新臺幣壹佰肆拾玖萬零肆佰肆拾壹元伍角自民國九十七年三月二十二日起，均至清償日止按週年利率百分之五計算之利息。

第一上訴人及第二上訴人之其餘上訴均駁回。

廢棄改判部分之第一、二審訴訟費用，關於第一上訴人部分，由第二上訴人連帶負擔；關於第二上訴人部分，由第一上訴人負擔。駁回部分之第二審訴訟費用，由第一上訴人、第二上訴人各自負擔。

本判決第三項所命第二上訴人再連帶給付部分，於第一上訴人

以新臺幣壹佰參拾伍萬元供擔保後，得假執行。但第二上訴人如於假執行程序實施前，以新臺幣肆佰零貳萬參仟零伍拾玖元或同額之臺灣中小企業銀行中壢分行定期存單預供擔保，得免為假執行。

【事實及理由】

甲、程序方面

- 一、第二上訴人陳○○因罹患巴金森氏症已有相當時日，導致其行動及言語上有障礙，已達無法與人溝通程度，難認其具有進行本件民事訴訟之訴訟能力，係無訴訟能力之人，已經本院前依聲請於98年5月25日以97年度聲字第183號裁定選任特別代理人為陳思敏確定，有該裁定可稽（本院卷(一)第115-1至115-2頁）。
- 二、第二上訴人○○製藥股份有限公司（下稱○○公司）之法定代理人原為陳○○，因陳○○罹患巴金森氏症已達無法與人溝通之程度，無法執行董事長之職務，經○○公司於98年3月30日召開98年度董事會第1次臨時會議，選任陳○祥代行董事長職務，並據聲明承受訴訟，有○○公司98年度董事會第1次臨時會議記錄及承受訴訟狀在卷（本院卷(一)第105頁，卷(二)第99頁）。
- 三、第一上訴人就其訴請第二上訴人○○公司與陳○○負連帶損害賠償責任部分，主張之請求權基礎為民法第28條，於本審100年6月8日另追加公司法第23條為請求權基礎（本院卷(二)第112頁），雖據第二上訴人當庭表示不同意（本院卷(二)第112頁），惟斟酌：第一上訴人上開訴之追加與原審請求之基礎事實同一（第一上訴人服用第二上訴人○○公司產製之龍膽瀉肝湯致腎衰竭，請求第二上訴人○○公司與法代陳○○負連帶賠償責任），已據第一上訴

人自原審以迄本審之歷次訴狀載明，第二上訴人亦於歷次訴狀答辯，訴訟權已受完足保障，卷附資料又可資援用，則依民事訴訟法第446條第1項但書、第255條第1項第2款規定，上開訴之追加應予准許，先予敘明。

乙、實體方面

- 一、第一上訴人主張：伊自輔仁大學織品服裝學系畢業，於80年特種考試中醫師考試及格，於82年10月19日取得中醫師證書，並於85年10月19日開設醫心館中醫診所（下稱醫心館）。伊因開業之汐止地區氣候溼熱、工作忙碌，及罹患B型肝炎、高血脂、口苦等症狀，自身專業進行診斷為肝膽溼熱證，自85年11月14日起服用龍膽瀉肝湯散劑，並自90年7月3日起服用龍膽瀉肝湯錠劑，上開龍膽瀉肝湯之散劑及錠劑均係由第二上訴人陳○○擔任法定代理人、被上訴人陳○祥擔任總經理、被上訴人林文能擔任副總經理之第二上訴人○○公司所產製，並由被上訴人○○國際企業有限公司（下稱○○公司）共同銷售。伊其後身體不適，於91年7月16日至新光醫院急診始知腎臟功能衰竭，緊急進行血液透析始挽回性命，須終身洗腎，且為腎臟癌及膀胱癌之高危險群，依新光醫院之病理組織檢查報告單記載：伊因中藥草腎病變導致腎功能衰竭，病理切片顯示廣泛性間質纖維化、腎絲球呈缺血性變化但完整，與馬兜鈴酸腎病變相符，馬兜鈴酸是引發中草藥腎病變的主要物質，可見伊之腎衰竭由馬兜鈴酸引起。嗣伊將服用之龍膽瀉肝湯送請臺北榮民總醫院（下稱臺北榮總）內科部臨床毒藥科及昭信科技顧問股份有限公司（下稱昭信公司）進行檢驗結果含有高劑量馬兜鈴酸成分，與合法藥廠生產之龍膽瀉肝湯不應含有馬兜鈴酸成分不合，且行政院衛生署中

醫藥委員會早要求中藥廠於標籤、仿單及外盒上須加註警語：「長期服用後易致成腎衰竭等副作用」，第二上訴人○○公司為國內中藥製劑之專業廠商，對龍膽瀉肝湯之「木通」藥材，應選擇無毒性之「川木通」、「日木通」，而非使用含有馬兜鈴酸成分之「關木通」，又未於產品標籤、仿單及外盒上加註警語，致伊誤信可安心服用，致腎臟功能衰竭。伊因而受有下列損害總計新臺幣（下同）2,859萬2,925元：（一）已發生醫療費用1,736萬3,080元（包括：自91年7月16日至92年11月10日止為90萬9,803元，92年11月11日起至97年3月20日止為307萬4,475元，將來醫療費用1,337萬8,802元）；（二）減少勞動能力損害922萬9,845元；（三）精神慰撫金200萬元等項。就伊所受之損害，第二上訴人○○公司應依民法第227條第1項、第227條之1、第191條之1及消費者保護法第7條等規定負損害賠償責任；第二上訴人陳○○及被上訴人陳○祥、林文龍應依民法第184條第1項前段、第185條規定，負共同侵權行為之連帶損害賠償責任；第二上訴陳○○應依民法第28條、公司法第23條規定，與第二上訴人○○公司負連帶賠償責任；第二上訴人○○公司應依民法第188條第1項前段規定，與被上訴人陳○祥、林文龍負連帶賠償責任；被上訴人○○公司應依消費者保護法第8條規定，與第二上訴人○○公司連帶負損害賠償責任；第二上訴人○○公司另應依消費者保護法第51條規定給付懲罰性賠償金100萬元。求為命：（一）第二上訴人○○公司應給付第一上訴人2,859萬2,925元，及其中90萬9,803元部分自92年12月13日起算，307萬4,475元部分自97年3月22日起算，其餘2,460萬8,647元部分自91年7月16日起算之法定遲延利息

。(二)第二上訴人○○公司、陳○○應連帶給付第一項本息予第一上訴人。(三)第二上訴人○○公司、被上訴人陳○祥應連帶給付第一項本息予第一上訴人。(四)第二上訴人○○公司、被上訴人林文能應連帶給付第一項本息予第一上訴人。(五)第二上訴人陳○○、被上訴人陳○祥、林文能應連帶給付第一項本息予第一上訴人。(六)第二上訴人○○公司、被上訴人○○公司應連帶給付第一項本息予第一上訴人。(七)前開第一項至第六項之任一債務人為給付者，在給付範圍內，其餘債務人免給付責任。(八)第二上訴人○○公司應給付第一上訴人100萬元及自93年12月11日起算法定遲延利息之判決（原審卷(五)第146-147頁）。

原審判決：(一)第二上訴人應連帶給付第一上訴人1,002萬3,404元，及其中4萬5,158元部分自92年12月13日起，另4萬6,796元部分自97年3月22日起，其餘部分（按為993萬1,450元）自91年7月16日起，均至清償日止之法定遲延利息。(二)第二上訴人○○公司應給付第一上訴人100萬元及自93年12月11日起算之法定遲延利息。第一上訴人其餘之訴駁回。

第一上訴人對原審判決1,002萬3,404元本息有關駁回其對被上訴人之請求部分並未聲明不服，僅對原審駁回之金額1,856萬9,521元（28,592,925-10,023,404=18,569,521，包含：已發生醫療費用389萬2,324元、將來醫療費用1,337萬8,802元、減少勞動能力損害79萬8,395元及精神慰撫金50萬元）之本息部分提起第二審上訴（本院卷(一)第65頁，卷(二)第68頁反面）。

第一上訴人聲明：(一)上訴部分：1. 原判決關於駁回下列

第2.、3. 項部分廢棄。2. 上開廢棄部分，第二上訴人應再連帶給付第一上訴人1,856萬9,521元，及其中86萬4,645元自92年12月13日起算，307萬4,475元自97年3月22日起算，其餘部分自91年7月16日起算之法定遲延利息。3. 被上訴人應就上開第2. 項本息與第二上訴人負連帶給付之責。4. 願就前開第2.、3. 項聲明提供擔保請准宣告假執行。

(二)答辯部分：第二上訴人之上訴駁回(本院卷(二)68頁反面)。

補充略以：(一)行政院衛生署99年9月8日函覆鑑定意見肯認本件病理變化為馬兜鈴酸病變，病理免疫熒光檢查不具有特異性，可見伊之腎病變確因服用第二上訴人○○公司含有高劑量馬兜鈴酸成分之龍膽瀉肝湯引起。(二)全民健康保險(下稱全民健保)之被保險人非因汽車交通事故而受傷害，受領全民健保提供之醫療給付，其侵權行為所生之損害賠償請求權並不因而喪失。(三)伊歷年執行業務所得每月平均收入，遠逾伊所僱傭之中醫師每月薪資12萬元，此參本事件發生前伊之86年度綜合所得稅結算申報書上記載：執行業務所得為262萬1,734元，每月平均21萬8,477元即明，故伊按每月12萬元計算勞動能力並無過高。(四)伊因本事件發生致減少之勞動能力已達50%以上。(五)伊為合格中醫師，為肝膽濕熱證，施以適量龍膽瀉肝湯為主之方劑，並無不妥，亦無用藥過量問題。縱令過量服用正常無毒之龍膽瀉肝湯，僅生傷脾胃之情形，不會導致腎衰竭，故伊之腎病變與服用龍膽瀉肝湯之數量及時間無涉，並無伊與有過失之問題云云。

二、第二上訴人聲明：(一)原判決不利於第二上訴人部分廢棄。(二)上開廢棄部分，第一上訴人在第一審之訴駁回。(

三)如受不利判決，願提供同額之臺灣中小企業銀行中壢分行定期存單為擔保後，免為假執行。

被上訴人聲明：第一上訴人之上訴駁回。

第二上訴人及被上訴人一致答辯略以：(一)依第一上訴人檢附之病歷記載，最後一次服用龍膽瀉肝湯為90年10月12日，每天用量8g，15天共計120g，自該日起至91年7月16日至新光醫院就診時，相隔9個多月，第一上訴人於和平檢驗所在89年5月3日及90年11月20日之檢驗報告均記載腎功能檢查正常，可知其在90年10月12日前並無尿毒症。第一上訴人在90年7月3日、91年2月20日、91年8月8日購入之6罐錠劑全部供檢驗及展示使用，可見其罹患尿毒症係因本身體質病變或其他感染，或服用其他不當藥物所致，與第二上訴人○○公司產製之龍膽瀉肝湯無關。(二)馬兜鈴酸是否會導致腎衰竭，尚無人體實驗證實。第二上訴人○○公司產製龍膽瀉肝湯係經衛生署核發准許證，方劑中之藥材「木通」係使用「川木通」，經ISO認證，出廠前均有檢驗，並無含有馬兜鈴酸成分。龍膽瀉肝湯為傳統古方，臨床上使用幾千年，其中之藥材「木通」，無論在中醫典籍、論著及行政院衛生署編定之中醫藥方中，並未限制使用何處之木通，木通因產地不同而名稱不同，功用大致相同，臨床上互相替用。中藥辭典記載：「木通」主要療效為消炎利尿，並無長期服用會產生腎功能衰竭副作用之記載。第一上訴人向第二上訴人○○公司訂購龍膽瀉肝湯時，雙方未就本產品品質有所約定，第一上訴人未要求本方劑不得含有馬兜鈴酸成分，第二上訴人○○公司亦未保證產品不含馬兜鈴酸成分，中醫藥界於89年8月3日行政院衛生署以衛中會藥字第89007192號函通知之前，不知「

木通」等多種中藥材含有馬兜鈴酸、大量長期服用可能導致腎衰竭等副作用。系爭龍膽瀉肝湯之產品於89年初產製，行政院衛生署上開函文尚未發布，且通知函僅在促請業者於產品標籤、仿單、外盒加註警語，非限制或禁止使用含有馬兜鈴酸成分之「木通」為製材，行政院衛生署直至92年11月4日始公布禁用含有馬兜鈴酸之「木通」，故在行政院衛生署92年11月4日公布禁用含有馬兜鈴酸之「木通」前，第二上訴人○○公司產製之龍膽瀉肝湯縱含有馬兜鈴酸成分亦為當時法令所許可，不生產品瑕疵問題，不應負民法第227條第1項責任。(三)臺北榮總檢驗報告顯示：龍膽瀉肝湯錠劑有馬兜鈴酸反應，龍膽瀉肝湯散劑則無馬兜鈴酸反應，何以同樣產品有不同反應？可見檢測方法及採樣有疑問。該機構未知會第二上訴人○○公司確認產品及包裝無疑前逕私自作檢測，公正性令人質疑。(四)行政院衛生署在90年2月21日公告：「關木通應於91年2月28日前變更為中醫師處方用藥，及應標示『本製劑含馬兜鈴酸，大量長期服用可能導致腎衰竭等副作用』」，上開注意事項於91年2月28日以前並未標示即無違法。第一上訴人最後使用龍膽瀉肝湯為90年10月12日，其自90年3月6日至90年10月12日服用龍膽瀉肝湯方劑共5次、劑量共256.5gm，木通在方劑中所占比例僅為2/26，可見縱含有馬兜鈴酸亦不足造成腎功能病變，第一上訴人在90年10月12日最後服用龍膽瀉肝湯係在關木通公告禁止使用前之1年餘，則第二上訴人○○公司並無疏失或違法。(五)行政院衛生署第1次鑑定意見認為：馬兜鈴酸腎病變之病理免疫熒光檢查應呈現陰性，第一上訴人之病理免疫熒光檢查為陽性，不符馬兜鈴酸腎病變之特徵，其腎病變應有其

他自體疾病因素。再依行政院衛生署第2次鑑定意見：「DeBelle之文章記述人類需靜脈注射1mg/kg/day之馬兜鈴酸連續超過3天，方會導致急性尿毒症」，假設第一上訴人體重80公斤，至少需每天服用80mg馬兜鈴酸、連續超過3天，才會產生上開病症，而第一上訴人提供之臺北榮總檢驗報告顯示龍膽瀉肝湯錠劑含有馬兜鈴酸成分AA-I每公克為106.2ug，AA-II每公克為26.8ug，按第一上訴人每天服用2瓶計算馬兜鈴酸之總含量僅39.9mg，不及80mg，是服用龍膽瀉肝湯錠劑並非造成第一上訴人罹患急性尿毒症之原因。(六)第一上訴人請求之各項損害：1. 醫療費用部分應僅得請求有關自負額部分，至於有關健保提供之醫療給付部分，全民健保法第82條雖未列舉保險人為被保險人支出之醫療費用有代位權，惟此係因代位權種類繁多無法逐一列舉，為避免被保險人不當得利，應認保險人就上開費用得行使代位權，故第一上訴人不得請求。2. 診斷證明書費非醫療費用，應予剔除。3. 第一上訴人自92年11月24日（起訴日）以後發生至原審97年3月21日提出擴張訴之聲明暨爭點整理狀另為請求之醫療費用，就超過2年請求權期間之醫療費用部分已罹於時效而消滅。4. 又第一上訴人乃醫心館老闆，非受雇之中醫師，原審逕以受雇中醫師薪資作為其收入，顯然不當，第一上訴人既以43,900元投保勞保，應以該金額作為其收入。5. 依第一上訴人執行業務所得91年至93年觀察，第一上訴人自91年7月16日罹病後之執行業務所得反增，可見其勞動能力並未減少。6. 第一上訴人罹病為91年間，應依當時勞動基準法規定之退休年齡55歲計算勞動年限。7. 第一上訴人請求之精神慰撫金過高，以30萬元為適當。8. 第一上訴人請求按年息5%計算

遲延利息過高。(七)第一上訴人病歷記載：患有慢性肝炎、肝硬化、B型肝炎、高血脂膽固醇、小便混濁、腰痠、平時頭暈、長期膝腿扭傷拉傷、膝腫痛、長期勞損等病；龍膽瀉肝湯用量限制每天不得超過7.5公克，不能長期服用，症癒即止，適應症狀為臟腑積熱、耳鳴耳聾、耳腫疼痛、小便澀滯，第一上訴人病歷記載與本方劑標示適用症候不符；且第一上訴人之每天用量超過7.5公克（有8、9、12公克不等）、連續服用天數30天，可見症候與處方錯誤且大量濫用藥物，為與有過失，應負90%以上責任。(八)龍膽瀉肝湯方劑須經中醫師診斷及處方後服用，本產品為第一上訴人直接向第二上訴人○○公司訂購，○○公司依訂單量產，兼有委託及承攬性質，非經市場機制流通，與市面上一般消費性之商品通路不同，無消費者保護法之適用。(九)被上訴人陳○祥於91年11月以前在第二上訴人○○公司擔任財務經理，負責財務及人事管理，91年11月以後擔任總經理；被上訴人林文能於91年12月前擔任研究員，負責收集各國有關生化科技研究資訊之業務，至91年12月間始派任為副總經理，上開2人未參與藥劑產製之作業，並無任何加害行為。(十)第一上訴人直接向第二上訴人○○公司訂貨委託生產，直接支付價金，○○公司開立統一發票，被上訴人○○公司並非交易對象，亦未與第一上訴人簽訂交易合約，被上訴人○○公司非共同銷售者。且第一上訴人於91年7月16日至新光醫院診斷出腎臟嚴重衰竭，依醫心館與第二上訴人○○公司間認購單在91年8月15日以後始有被上訴人○○公司用印，而第一上訴人罹患尿毒症絕非係服用91年8月15日以後購買之藥品所致，故被上訴人○○公司毋庸負責。(十一)第一上訴人主張損

害發生於91年7月16日，遲至94年6月21日始主張依消費者保護法第51條請求第二上訴人○○公司給付懲罰性賠償金，已罹於2年請求權時效而消滅等語。

三、兩造不爭執之事實：

(一)第一上訴人經中醫師考試及格領有中醫師證書，並於85年10月19日開設醫心館，有中醫師證書及開業執照在卷（原審卷(一)第12-13頁）。

(二)第二上訴人○○公司於86年6月24日取得行政院衛生署許可（衛署藥製字第028196號）產製龍膽瀉肝湯之產品（本院卷(一)第225頁）。

(三)醫心館（負責人即第一上訴人）於85年10月5日、86年4月26日、87年4月1日、88年3月3日、89年3月27日、89年7月3日、90年9月13日、91年8月15日先後與第二上訴人○○公司簽訂認購合約書，約定由醫心館向第二上訴人○○公司認購一定金額之濃縮中藥，有歷次訂購合約書可按（原審卷(一)第14-29頁）。

其後醫心館依上開認購合約書約定向第二上訴人○○公司訂購藥品，其中於90年7月3日、8月30日、9月27日、11月26日及91年2月20日分別訂購龍膽瀉肝湯之錠劑2罐，於90年12月21日訂購龍膽瀉肝湯之錠劑4罐，共計14罐，亦有估價單多件可按（原審卷(一)第151-153頁）。

(四)行政院衛生署中醫藥委員會於89年8月3日以衛中會藥字第89007192號函台灣區中藥工業同業公會，內容略以：「主旨：為馬兜鈴酸長期服用後，會造成腎衰竭等副作用，請依說明分別轉知所屬會員，請查照。說明：一、中藥材如廣防己、青木香、木通、馬兜鈴

等皆為馬兜鈴科植物，含馬兜鈴酸，長期服用後會造成腎衰竭等副作用，為確保永續使用及用藥安全由，請依下列各項辦理：(一)藥房、藥局及製造業應確實掌握藥材基原，於調配(製)或製造時，不得誤用或代用，造成民眾健康之危害；並於交付藥劑時，主動說明清楚。(二)此類馬兜鈴科植物之中藥材，應於飲片包裝時分別標示品名、重量、保存期限、製造日期及公司名稱、地址，並應註明『屬馬兜鈴科植物，含有馬兜鈴酸』，以盡告知之責。(三)各藥廠原領有藥品許可證之製劑，含此類中藥材者，應於標籤、仿單及外盒上加註警語：『長期服用後易致成腎衰竭等副作用』等語，有上開函件可稽(原審卷(一)第80頁)。行政院衛生署於92年11月4日以署授藥字第0920002350號公告意旨略以：「公告禁用廣防己、青木香、關木通、馬兜鈴、天仙藤等5種含馬兜鈴酸之中藥材，自公告日，禁止製造、調劑、輸入、輸出、販賣或陳列，其製造或輸入之業者，並應依規定於3個月內收回市售品」，有該公告在卷(本院卷(二)第98頁)。

(五)第一上訴人於89年5月3日在和平醫事檢驗所檢驗，其腎功能(肌酸酐)之數值為1.0，在參考正常值範圍內(0.6~1.7mg/dl)；其後於90年11月20日再至和平醫事檢驗所檢驗，其腎功能(肌酸酐)之數值為1.0，亦在參考正常值範圍內，有和平醫事檢驗所之檢驗報告附卷(原審卷(二)第187-188頁)。

(六)第一上訴人於91年7月16日至新光醫院急診，因尿毒指數高，於同年7月17日入病房接受血液透析治療，7

月23日接受腎組織切片檢查，7月26日接受腹膜透析導管植入術，其後於同年7月29日出院，經主治醫師診斷為「尿毒症，長期接受治療」，並於91年8月19日經核發「極重度器障（腎）」之身心障礙手冊，有新光吳火師紀念醫院乙種診斷證明書、身心障礙手冊及組織檢查報告單附卷（原審卷(一)第72-75頁）。

(七)第一上訴人對第二上訴人陳○○、被上訴人陳○祥及林文能等3人提出涉嫌重傷害之告訴：

1. 第二上訴人陳○○雖先經臺灣士林地檢署檢察官為不起訴處分（該署93年度偵字第2197號、94年度偵字第585號），經第一上訴人聲請再議後發回續查，終經臺灣士林地方法院檢察署檢察官於96年9月17日提起公訴（該署94年度偵續字第65號），由原法院96年度訴字第1134號刑事案件審理中，嗣因陳○○罹患巴金森氏症嚴重，已達無法與人溝通程度，因而於97年12月27日裁定停止審判，有不起訴處分書、高檢署通知發回續查之明信片（原審卷(三)第60-61、252頁）、起訴書（原審卷(五)第16-20頁）及停止審判之裁定可稽（本院卷(一)第85-86頁）。

2. 被上訴人陳○祥、林文能業據臺灣士林地檢署檢察官為不起訴處分（該署93年度偵字第2917號、94年度偵字第585號），雖經第一上訴人聲請再議後發回續查，該署檢察官先後均為不起訴處分確定（該署94年度偵續字第65號、96年度偵續一字第52號），有歷次之不起處分處分書在卷（原審卷(五)第138-141頁，本院卷(二)第85-89頁）。

四、本件重要爭點在於：

- (一)第二上訴人○○公司產製之龍膽瀉肝湯，是否含有馬兜鈴酸成分？
- (二)第一上訴人之腎病變與其服用第二上訴人○○公司產製之龍膽瀉肝湯間，有無相當因果關係？
- (三)第一上訴人依民法第227條第1項、第227條之1、第191條之1及消費者保護法第7條等規定，就系爭藥品含有馬兜鈴酸成分致其損害乙節，請求第二上訴人○○公司負損害賠償責任，有無理由？
- (四)第一上訴人依民法第28條、公司法第23條規定，請求第二上訴人陳○○與第二上訴人○○公司負連帶賠償責任，有無理由？
- (五)第一上訴人依民法第184條第1項前段、第185條第1項規定，請求被上訴人陳○祥、林文能負侵權行為損害賠償責任，有無理由？
- (六)第一上訴人依消費者保護法第8條規定，請求被上訴人○○公司負連帶賠償責任，有無理由？
- (七)第一上訴人請求之各項損害，有無理由？
- (八)第一上訴人就本件損害是否與有過失？
- (九)第一上訴人依消費者保護法第51條規定請求第二上訴人○○公司給付懲罰性賠償金100萬元，有無理由？
- (十)第一上訴人得請求之遲延利息利率及起算日為何？

五、第二上訴人○○公司產製之龍膽瀉肝湯，是否含有馬兜鈴酸成分？

- (一)查第一上訴人取得中醫師執照，判斷自己有脅痛、疲乏、晚睡、口苦、目澀、腰酸、小便渾濁等症狀，辯症論治為「清肝膽濕熱、滋肝腎陰」，因而為龍膽瀉

肝湯之處方，並自85年11月14日起開始服用第二上訴人○○公司產製之龍膽瀉肝湯之散劑，有第一上訴人在醫心館之病歷表可參（原審卷(一)第65-71頁）。第一上訴人經營之醫心館嗣於90年7月3日、8月30日、9月27日、11月26日、12月21日及91年2月20日，依序向第二上訴人○○公司訂購龍膽瀉肝湯之錠劑：2罐、2罐、2罐、2罐、4罐、2罐，共計14罐，亦有第一上訴人提出、第二上訴人○○公司不爭執之估價單6件在卷（原審卷(一)第151-153頁），亦即第一上訴人自90年7月間以後開始服用第二上訴人○○公司產製之龍膽瀉肝湯錠劑。又第一上訴人因身體不適而於91年7月16日至新光醫院急診，主治醫師呂理哲於91年7月22日查房時看到第一上訴人正在服用中藥，看包裝得知是第二上訴人○○公司之產品龍膽瀉肝湯，除禁止第一上訴人服用外，並將該產品送臺北榮總化驗據覆有馬兜鈴酸成分，惟臺北榮總不願提供檢驗報告，呂理哲醫師因而再將該中藥轉送昭信公司檢驗，業經證人呂理哲到庭證述綦詳（原審卷(四)第154-159頁），核與第一上訴人之新光醫院病歷護理記錄單上記載：「7/223PMp't有服用中藥之習慣，Dr. 呂理哲診視後協助其將中藥送檢」等語相符（原審卷(二)第217頁）。

(二)第二上訴人○○公司產製之龍膽瀉肝湯之散劑及錠劑，經送下列多項檢驗：

1. 新光醫院呂理哲醫師將其於91年7月22日查房時所留第一上訴人服用之龍膽瀉肝湯錠劑（批號00000000），於92年3月28日送請昭信公司檢驗結

果為：「檢出含有馬兜鈴酸10.038mg/g【(按1ug(微克)=0.001mg(毫克)，故上開數值相當於38ug/g)】，有昭信公司之檢驗報告書足憑(原審卷(一)第77頁)。

2. 第一上訴人於92年2月19日將其尚存之○○公司龍膽瀉肝湯之散劑及錠劑，均送請臺北榮總臨床毒物科檢驗，據該科92年11月13日中藥檢體馬兜鈴酸檢驗報告記載：「○○龍膽瀉肝湯(錠劑)(批號00000000)檢驗出馬兜鈴酸I106.2ug/g、馬兜鈴酸II26.8ug/g【送檢狀態未開封】；○○龍膽瀉肝湯(散劑)(批號00000000)檢驗出馬兜鈴酸I1.2ug/g【送檢狀態未開封】」，有台北榮總臨床毒物科中藥檢體中馬兜鈴酸檢驗報告可稽(原審卷(一)第76頁)。
3. 第一上訴人其後對第二上訴人陳○○提出涉嫌重傷害之告訴(臺灣士林地方法院檢察署92年度偵字第9120號)，檢察官於偵查中向臺北榮總調取第一上訴人於92年2月19日送驗後尚餘之龍膽瀉肝湯錠劑樣品(批號00000000)再送食品檢驗局檢驗，亦據該局於93年1月14日以藥檢字第0929226845號檢驗成績書覆稱：「本案送驗檢體含Aristolochic acid(馬兜鈴酸)I, II共計0.14mg/g【相當於140ug/g)】」在卷(原審卷(一)第139頁)。
4. 臺北榮總原本即在進行「中藥含馬兜鈴酸」之研究計畫，就研究中藥之來源：一部分由臨床醫師提供，一部分至中藥行購買，一部分由病人提供。就其中自行至中藥行購買部分，毒物科醫師吳明玲指

示研究助理陳玫玲至市面上購買各廠商中藥，陳玫玲在第一上訴人於92年1、2月間提供樣品後之1、2個月自行至迪化街各中藥行購買包括○○公司在內之廠商中藥，以便進行分析檢驗。經驗驗後，○○公司之中藥檢驗結果有些有含馬兜鈴酸，有些沒有含馬兜鈴酸，均記載於內部資料未對外公開等情，業據證人吳明玲、陳玫玲證述一致（原審卷(三)第10-16頁），並經臺北榮總94年3月18日以北總內字第0940002572號函說明：「臺北榮總毒物科針對上開研究計畫，於92年2~4月及9~10月間，由市面上的中藥行隨機購買不同中藥廠商所生產之中成藥（科學中藥），其中包括○○製藥公司所生產未開封之科學中藥。本院自購之○○公司產品包括：(1)龍膽瀉肝湯錠劑（批號00000000），(2)龍膽瀉肝湯散劑（批號00000000）等項共13瓶……」。經檢驗結果為：上開臺北榮總自購之龍膽瀉肝湯錠劑（批號00000000）馬兜鈴酸含量AA-I194.9、AA-II30.8（按應為ug/g）；龍膽瀉肝湯散劑（批號00000000）則未檢驗出馬兜鈴酸」等情，亦有該函件及檢驗結果在卷（原審卷(三)第44、50頁）。

5. 依上可知：

- (1) 第二上訴人○○公司之龍膽瀉肝湯錠劑（批號00000000、00000000），業經昭信公司及臺北榮總檢驗證實含有馬兜鈴酸成分。
- (2) 第二上訴人○○公司之龍膽瀉肝湯散劑（批號00000000），雖經臺北榮總檢驗有微量馬兜鈴酸反應（1.2ug/g），然臺北榮總其後自購之龍膽

瀉肝湯散劑（批號00000000）則未驗出馬兜鈴酸成分，另士林地檢署檢察官於偵查中另行檢送○○公司之龍膽瀉肝湯散劑（批號00000000、00000000）再請食品檢驗局檢驗，仍未檢出馬兜鈴酸成分，亦有食品檢驗局95年10月5日藥檢參字第0950019615號檢驗報告書足憑（士林地檢署94年度偵續字第65號卷第146頁）。再斟酌第一上訴人自85年11月間起即服用龍膽瀉肝湯之散劑，至其於90年11月20日在和平醫事檢驗所檢驗腎功能仍為正常，有和平醫事檢驗所之檢驗報告可按（原審卷(二)第188頁），因認○○公司之龍膽瀉肝湯散劑是否含有馬兜鈴酸成分，尚有疑問。

(三)第二上訴人○○公司雖辯稱：檢出含有馬兜鈴酸成分之檢體均未經伊確認為伊之產品，伊否認為伊之藥品。伊就龍膽瀉肝湯係購買使用藥材「川木通」，並均有檢驗云云，固據提出檢驗報告、原料檢驗紀錄及進貨付款明細表等件為憑（原審卷(三)第28-33、77-91、92-218頁）。經查：

1. 臺北榮總臨床毒物科於92年1月20日受理第一上訴人委託檢驗，經第一上訴人檢送未開封之科學中藥一批包括：(1)龍膽瀉肝湯錠劑（批號00000000）乙份（20顆）；(2)龍膽瀉肝湯散劑（批號00000000）乙份；(3)○○導赤散（批號00000000）乙份；(4)辛夷散（批號00000000）乙份等物，均為○○公司所生產，有該院93年12月30日北總內字第0930015563號函並附其92年12月5日北總內字

第0920013587號覆士林地檢署之函件在卷（原審卷（二）第133-134頁）。而第一上訴人提供之上開樣品包裝完整，包裝外面塑膠膜存在，瓶蓋之封膜及軟墊也在，與一般未開封之藥品一樣，外包裝上寫○○公司之產品並記載批號，係由臺北榮總毒物科研究助理陳玫玲親手開封及檢驗，檢驗完畢後亦為陳玫玲所封存，第一上訴人檢送之龍膽瀉肝湯產品外觀與陳玫玲其後自行至迪化街買得之○○公司產品外觀相同等情，業據證人陳玫玲於原審證述甚詳（原審卷（三）第10-12頁）。該證人陳玫玲與兩造間並無任何僱傭及親屬關係，業經原審詢明並具結在卷（原審卷（三）第9頁），且其為實踐大學營業系畢業，係職有專精之營業師，證人對於第一上訴人送交之檢體、開封及封存情形均詳細描述，加以第一上訴人送檢之龍腥瀉肝湯產品記載批號與被上訴人陳○祥於偵查中所陳：○○公司龍膽瀉肝湯製造批號之標示，「31」係散劑代號，「33」係錠劑代號之情相符，亦有被上訴人陳○祥在偵查中之陳述筆錄可按（士林地檢署94年度偵續字第65號偵卷第105頁），復據證人即○○公司廠長施慶隆亦證稱：檢方向臺北榮總調得之藥品與○○公司產品之批號正確云云（士林地檢署92年度偵字第9210號卷第33頁），因認證人陳玫玲之證述內容可堪採憑，足認由第一上訴人檢送批號00000000之龍膽瀉肝湯錠劑確為第二上訴人○○公司所產製明確。

2. 就臺北榮總毒物科為進行中藥含馬兜鈴酸之研究計畫，自行於92年2~4月及9~10月間至市面上隨機購

買各廠商之中藥以供檢驗，已經臺北榮總檢附購買藥品之統一發票影本可稽（因正本已於92年核銷，僅留存影本，原審卷(三)第45-49頁）。原審依發票影本函詢相關開立統一發票之商家，業據(1)鼎豐參藥行於94年6月3日函覆：統一發票為其所開立，當時出售產品為何，因顧客未要求列明細故無法確認，有販售○○公司之藥品，藥品為○○公司業務員提供送達，惟品名無法查證；(2)聖原參藥行於94年6月3日函覆：發票為其所開立，因當時顧客未要求列明細，故無從考核，有販售○○公司之藥品，品名已無可查考，藥品為盤商及推銷員提供，數量甚少等情，有覆函可參（原審卷(三)第264-265頁）。可見：臺北榮總於市面上向商家購買○○公司之產品，貨源確實來自○○公司之業務員或盤商，且購得之龍膽瀉肝湯散劑批號00000000、錠劑之批號為00000000均與第二上訴人○○公司產品代號特徵均相同，足認臺北榮總自購之龍膽瀉肝湯散劑及錠劑確為○○公司所產製明確。

3. 卷附第二上訴人○○公司提出之龍膽瀉肝湯錠劑檢驗報告（原審卷(三)31-33頁），係其自行所作之檢驗，非由公正之第三人所為，則檢驗之客觀及公正性已存疑；且○○公司以批號00000000之產品供檢驗，非以前開臺北榮總、昭信公司及食品檢驗局檢驗之相同批號00000000、00000000產品作檢驗，則上開○○公司自行檢驗之結果尚無從推翻卷附由第三人臺北榮總、昭信公司及食品檢驗局之檢驗結果。

4. 又第二上訴人○○公司於原料進貨時固有檢驗，惟係自行檢驗，且係作「取樣檢驗」，業據原料檢驗單載明，且原料檢驗所為之「馬兜鈴酸鑑別」採取何種檢驗方法亦未見記載，則其提出之原料進貨檢驗之檢驗單，難昭公信。又中藥之「木通」類，包含「關木通」及「川木通」，前者有馬兜鈴酸成分，後者則無，第二上訴人○○公司提出之進貨付款明細表上均記載「木通」（原審卷(三)第97、99、102、112、122、143、147、150、154、168、180、191、192、207、210、211、213、217頁），究係何種，仍有不明，故上開資料仍無從據以作有利○○公司之認定。

(四)承上開說明，第二上訴人○○公司產製龍膽瀉肝湯錠劑（批號00000000、00000000）之產品，經臺北榮總、昭信公司及食品檢驗局多次檢驗均證實含有馬兜鈴酸成分。

六、第一上訴人之腎病變與其服用第二上訴人○○公司產製含有馬兜鈴酸成分之「龍膽瀉肝湯」錠劑間，有無相當因果關係？

(一)按馬兜鈴酸被認為是引發「中草藥腎病變」的主要物質，相關中西醫學文獻報告早已發表甚久，首先在82年（西元1993年）被提出，比利時的醫師報導：年輕婦女服用含有中草藥成份的減肥藥後，發生快速進行性纖維化間質腎炎的病例。「中草藥腎病變」有下列典型的臨床表現：半數以上病患血壓正常，通常有嚴重貧血，與其他種類的腎衰亡相比，中草藥腎病變病患的貧血發生較早且較嚴重；蛋白尿較輕微，尿液檢

查無明顯異常；約有半數病患腎臟體積變小，腎臟外形不規則平滑。主要的病理變化為：廣泛性的腎間質光纖維化，腎小管嚴重萎縮或消失，主要病變部位在淺部皮質，腎間質組織比較不會有細胞浸潤纖維化，腎絲球近乎完整，少數或腎絲球有缺血性基底膜皺縮，免疫熒光檢查沒有免疫複合體沈積（陰性反應）。進一步作植物分析，發現這些減肥藥含有「馬兜鈴酸」成分，馬兜鈴酸是一種很強的腎毒性物質，並且具有致突變性和致癌作用，在許多動物實驗中已證實馬兜鈴酸可直接損害腎小管上皮細胞，特別是近端腎小管，導致腎小管壞死及腎間質纖維化。中華醫學雜誌於90年9月25日第81卷第18期發表之「馬兜鈴酸腎病的臨床與病理表現」論文中指出：比利時學者稱之為"中草藥腎病" (chinese herb nephropathy)，這個命名不當，且使用中草藥命名過於廣泛，由於這類腎病係因馬兜鈴酸引起，學者漸將其稱為"馬兜鈴酸腎病變" (Aristolochic Acid nephropathy)」。美國食品藥物管理局於89年已禁止含有馬兜鈴酸的藥材進口，世界衛生組織亦於同年11月發出類似警告等情，有陳能照、呂理哲所著之龍膽瀉肝湯致末期腎衰竭一病例報告；中國醫藥大學所作之行政院衛生署中醫藥委員會92年度委託研究計畫成果報告--含馬兜鈴酸中藥與中草藥腎病變之相關文獻探討；林靜皓、楊垂勳所著中草藥腎病變等資料可供參考（原審卷(一)第260頁以下，卷(四)第161-165頁；士林地檢署93年度偵字第2917號卷(一)第60-61、62頁，士林地檢署92年度偵字第9120號卷內）。

(二)再查中草藥中之「廣防己」、「關木通」、「馬兜鈴」、「天仙藤」、「青木香」係常被使用且含有馬兜鈴酸者，我國行政院衛生署中醫藥委員會鑑於上開國內外醫學文獻之報告及馬兜鈴酸腎病變病例增加之情事，因而於89年8月3日以衛中會藥字第89007192號函載明：「中藥材如廣防己、青木香、木通、馬兜鈴等皆為馬兜鈴科植物，含馬兜鈴酸，長期服用後會造成腎衰竭等副作用」，有該函件可按（原審卷(一)第80頁），足認長期服用含有馬兜鈴酸成分之中草藥物，確會引發腎病變之副作用。

(三)第一上訴人於91年7月16日至新光醫院急診後，經於同年月23日作腎臟病理組織切片檢驗，病理組織檢查報告單記載：「腎臟，針刺採樣於光學顯微鏡下檢查：腎小管及間質瀰漫性纖維化病變。腎絲球體缺血性病變。同存有腎小管及間質瀰漫性纖維化病變」、「1. 腎絲球瀰漫性間隔狀缺血性萎縮腎絲球基底皺摺狀變化。2. 中度的腎絲球基底膜間隔狀肥厚。3. 腎絲球中缺乏沈積物。4. 顯著的間質纖維化及腎小管萎縮」等語，有病理組織檢查報告單足憑（原審卷(三)第23-25頁）。

1. 就第一上訴人之上開病理組織檢查報告，新光醫院於93年4月29日以（九十三）新醫醫字第470號函覆士林地檢署表明：「病患王○○之尿毒症，經病理切片顯示腎臟組織呈ischemic change 缺血性變化，與廣泛性纖維化併腎小管萎縮，為末期腎衰竭，進入尿毒階段，須長期透析。其病理變化與1993年比利時女性服用中草藥減肥致尿毒症之病理切片報

告相似（此一類型患者特有），且亦已由其提供之龍膽瀉肝湯錠劑送驗出馬兜鈴酸成分，與比利時婦女亦有相同之處，學術界目前通知中草藥腎病變。服用其馬兜鈴成分之病患，導致尿毒症之機率目前無人體實驗可查詢，唯動物實驗觀察到注射10mg/kg劑量下，可於實驗老鼠觀察到腎臟病變的典型變化」等語，有病歷摘要記錄紙附卷（上開第2917號偵卷（一）第28-29頁）；原審多次函詢再據新光醫院先後於94年2月2日以（九十四）新醫醫字第176號函、94年5月9日以（九十四）新醫醫字第570號先後函覆：「病患王○○病理切片報告與馬兜鈴酸腎病相符」、「關於病患王○○病理切片，顯示廣泛性間質纖維化而腎絲球呈缺血性變化但完整，此與馬兜鈴酸甚病變相符，且為獨特性變化，其他腎病變如慢性腎絲球炎，多為腎絲球壞死萎縮後，才損及腎間質及腎小管，此為二者不同」等語在卷（原審卷（二）第176-177頁，卷（三）第261-262頁）。

2. 另證人即第一上訴人在新光醫院之主治醫師呂理哲於原審證述：「目前依他病理報告很難認定是由其他原因引起之腎病變，主要是他的病理報告表現出獨特性」、「因其為年輕男子，而且有嚴重貧血，並且有服用中草藥，半年前腎功能完好，病程很快，符合中草藥腎病藥特徵。病人來看病就有貧血，是短期或長期不清楚，一般尿毒症患者，開始洗腎時，血色素是8gm/dl，病人是4.9gm/dl」、「（病理報告表現出獨特性內容為何？）答：腎絲球完整，廣泛性間質纖維化，腎小管萎縮，間質缺少發炎

細胞浸潤」，「這與西元1993年病理報告相符」、「（問：馬兜鈴酸中毒是否必然會造成腎組織纖維化？答：動物實驗已經證實」等語明確（原審卷(四)第154-158頁）。

3. 原審將本件送請行政院衛生署醫事審議委員會鑑定，該委員會先於96年7月25日以衛署一字第0960204250號函覆鑑定意見為：「臨床上開始引起很多醫師注意，服用含有馬兜鈴酸成分的中藥後，對病人造成的臨床特徵及病理變化，腎臟檢體病理報告是診斷的關鍵」、「病人腎臟切片病理報告為少細胞性腎小管間質病變，臨床上也服用大量含有馬兜鈴酸的中藥，與馬兜鈴酸腎病變的表現相符，不能排除中藥相關腎病之可能性。但是在免疫熒光檢查卻陽性反應，此發現與馬兜鈴酸腎病變不完全相符，表示可能有自體免疫的腎病變，故病人腎病變的原因可能還有其他如自體免疫疾病因素」云云在卷（原審卷(四)第314頁）。即行政院衛生署醫事審議委員會認定第一上訴人之病理報告雖顯示出馬兜鈴酸腎病變，然其免疫熒光檢查呈現陽性反應，此係與馬兜鈴酸腎病變唯一不符之特徵。
4. 就第一上訴人是否係因自體免疫疾病致引發腎病變，第二上訴人及被上訴人爭執激烈，本審因而彙集第一上訴人於新光醫院之病歷、各項檢查報告及醫學影像（包括超音波、X光片、電腦斷層掃描、核磁共振等影像光碟）等所有資料，再送請行政院衛生署醫事審議委員會鑑定，業據該會於99年9月8日以衛署醫字第0990209765號函覆：「(1)熒光染色

報告顯示IgG(+)，其他均為陰性，最有可能是正常背景染色，不是真正陽性。(2)依檢送新光紀念醫院病歷記載之各項檢驗數據及病徵，無法判定病人有自體免疫性疾病。(3)此病變無法判斷是否為自體免疫性疾病。(4)免疫熒光檢查陰性反應，在馬兜鈴酸腎病變之判斷上，是有獨特性，本例熒光檢查應屬背景染色，因此本案例病理變化應是「馬兜鈴酸腎病變」等語綦詳（本院卷(一)第153頁）。足見：行政院衛生署醫事審議委員會在斟酌第一上訴人之其他病歷、檢查報告及醫學影像等資料後，綜合判斷認為第一上訴人之免疫熒光檢查呈現陽性，係正常背景遭染色所致，並非真正陽性反應，故第一上訴人之腎病變確定為馬兜鈴酸腎病變，並無任何資料證據可資判斷係任何自體免疫性疾病所引發明確，亦即依卷附所有證據已排除第一上訴人係因自體免疫性疾病引發腎病變之可能，故第二上訴人及被上訴人指摘：第一上訴人係因自體免疫性疾病引發腎病變乙節，應無可採。

(五)承前所述，第一上訴人於91年7月間經新光醫院判斷具有馬兜鈴酸引發腎病變之獨特病理特徵，第一上訴人並無自體免疫疾病引發腎病變之可能；而第二上訴人○○公司產製經第一上訴人服用之龍膽瀉肝湯錠劑（批號00000000）亦經檢驗證實含有馬兜鈴酸成分，足認第一上訴人之馬兜鈴酸腎病變與其服用第二上訴人○○公司之龍膽瀉肝湯錠劑間具有相當因果關係，此參新光醫院醫師呂理哲於其撰寫之「龍膽瀉肝湯致末期腎衰竭一病例報告」一文載述「37歲的王先生是

一位在台北縣中醫醫院執業的中醫師……約從病發前半年起，他開始服用某科學中藥廠的龍腥瀉肝錠……奇怪的是，他在半年前曾到某檢驗所抽血檢查腎臟功能依然是完好的（Creatinine:1.0mg/dl），亦沒有蛋白尿的現象。……初步的證據顯示他所服食的龍膽瀉肝湯與這次所造成的急性腎衰竭合併快速惡化有著相當程度的關係」等語（原審卷(四)第163-164頁），可見自醫學上亦為相同因果關係之認定。

(六)第二上訴人及被上訴人雖均辯稱：第一上訴人肥胖，有B型肝炎、高血壓、高血脂等諸多疾病，依其病歷記載另尚服用辛夷散、半夏瀉心湯、天麻鉤藤飲、血府逐瘀湯、酸棗仁湯、鉤藤散、藿香正氣散、甘露飲、普濟滿毒飲及單方連翹、鬱金、川棟子等多種中藥材，可能係第一上訴人服用其他藥物導致腎病變。馬兜鈴酸是否會導致腎病變，並無人體臨床實驗證實。依Debelle氏之文章記述人類需靜脈注射1mg/kg/day之馬兜鈴酸連續超過3天，才會產生急性尿毒症，設第一上訴人體重80公斤，約每天需服用80mg始會產生急性尿毒症，故縱使第一上訴人每次服用伊之龍膽瀉肝湯錠劑2瓶，依臺北榮總檢驗所含馬兜鈴酸劑量AA-I106. 2ug/g、AA-II26. 8ug/g計算僅係39. 3mg，而第一上訴人最後一次服用為90年10月12日，距離91年7月16日新光醫院診斷急性尿毒症相隔9個多月，可見其罹患之尿毒症與○○公司之龍膽瀉肝湯無關等節。

經查：

1. 第一上訴人之腎臟病理組織切片檢驗具有馬兜鈴酸腎病變之獨特性，已如上述，且據證人呂理哲醫師

證稱：「目前依他病理報告很難認定是由其他原因引起之腎病變」云云明確（原審卷(四)第154頁）。

2. 查第一上訴人雖另服用○○公司之辛夷散，然其於92年1月20日委請臺北榮總臨床毒物科檢驗之○○公司科學中藥一批其中包括○○公司之辛夷散，業經檢驗並未含有馬兜鈴酸成份，亦有臺北榮總檢驗報告足憑（原審卷(一)第76頁）。另「半夏瀉心湯」並無馬兜鈴酸成分，業據行政院衛生署醫事審議委員會上開函件說明綦詳（本院卷(一)第153頁反面）；至於其餘中藥，第二上訴人及被上訴人並未指出內含馬兜鈴酸成分之藥材如「廣防己」、「關木通」、「馬兜鈴」、「天仙藤」、「青木香」等項藥材，亦非屬行政院衛生署醫事審議委員會函覆時提及之八正散、純陽正氣丸、大黃清胃丸、當歸四逆湯、跌打丸、冠心秀克閣丸、濟生橘核丸、解結前列丸、十香翻身（返神）丸、心怡丸等可能因因上開含有馬兜鈴酸成分會產生馬兜鈴酸腎病變之方劑產品（本院卷(一)第152頁反面）。且參第一上訴人之醫心館病歷記載，其服用上開多項中藥之時間均在90年11月20日以前，而其於90年11月20日至和平醫事檢驗所檢驗，腎功能仍為正常，亦有檢驗報告單可稽（原審卷(二)第187頁反面）。綜上足認：第一上訴人雖有B型肝炎、高血壓、高血脂等疾病而另服用其他中藥產品，惟均係在90年11月20日前服用，第一上訴人於該日之腎功能仍正常，則第二上訴人及被上訴人指訴第一上訴人係因其

他疾病而服用其他中藥致罹馬兜鈴酸腎病變云云，顯乏實據。

3. 又馬兜鈴酸會導致腎病變，雖未作人體實驗，惟已據學界作動物實驗多予證實，業經證人呂理哲醫師證述明確（原審卷(四)第155頁），並經國內外醫師就此類馬兜鈴酸腎病變之患者病理特徵及表現予以統計歸納後發表於文獻上，此有前述之相關文獻可供參考。而第一上訴人之病理報告具有「腎絲球完整，廣泛性間質纖維化，腎小管萎縮，間質缺少發炎細胞浸潤」特徵，核與文獻報告之馬兜鈴酸腎病變之獨特表現適正相符。
4. 依第一上訴人自陳：病歷上記載最後一次服用時間雖為90年10月12日，惟伊始終都有服用第二上訴人○○公司產製之龍膽瀉肝湯錠劑云云（原審卷(四)第6頁），參以其於91年7月16日因身體嚴重不適而至新光醫院急診住院，仍將龍膽瀉肝湯錠劑帶至醫院服用，至91年7月22日適醫師呂理哲巡房見及遭制止而未服用之情，已如前述，是第一上訴人所陳：其於病歷未記載之時間始終都有服用龍膽瀉肝湯錠劑之情，應可採信。又第一上訴人雖自85年11月間起服用第二上訴人○○公司之龍膽瀉肝湯散劑，惟至90年11月間其腎功能仍正常，並無腎病變情形，有其90年11月20日和平醫事檢驗所之檢驗報告足憑（原審卷(二)第187頁反面）。然第一上訴人嗣服用龍膽瀉肝湯錠劑，短短數月即於91年7月16日至新光醫院急診，經診斷：「尿毒症，長期接受透析治療」，有新光醫院診斷證書明足憑（原審卷(

一)第72頁)。行政院衛生署醫事審議委員會99年9月8日函覆中雖提及：「按照Cosyns氏的文章指出，人類需靜脈注射1mg/kg/day之馬兜鈴酸超過3天，才會產生急性腎毒性」云云，然其亦表明：「人類馬兜鈴酸腎毒性引起之尿毒症，需數月到數年不等。目前尚無任何大型臨床研究證實要服用多少劑量或服用多久才會引起馬兜鈴酸腎病變，最主要仍以動物研究模式探討，台灣亦無此臨床研究」等語綦詳（本院卷(一)第153頁反面），可見：迄今尚不知悉人體因服用馬兜鈴酸多久、至何劑量，會引發馬兜鈴酸腎病變，上開僅係國外學者Cosyns之1篇文章記載數據，尚無從供作判斷第一上訴人服用龍膽瀉肝湯錠劑不足引發腎病變之依據，故第二上訴人及被上訴人辯解：依第一上訴人之醫心館病歷記載，其服用含有馬兜鈴酸之龍膽瀉肝湯之劑量，不足引發第一上訴人罹尿毒症云云，亦無可採。

七、第一上訴人依民法第227條第1項、第227條之1、第191條之1、消費者保護法第7條等規定，就系爭藥品含有馬兜鈴酸成分致其損害乙節，請求第二上訴人○○公司負損害賠償責任，有無理由？

(一)按商品或服務具有危害消費者生命、身體、健康、財產之可能者，應於明顯處為警告標示及緊急處理危險之方法；企業經營者違反前項規定，致生損害於消費者或第三人時，應負連帶賠償責任，消費者保護法第7條第2項及第3項本文規定甚明。

(二)本件第二上訴人○○公司於74年3月18日設立，所營事業項目之一為中藥製造業，有公司登記資料查詢在

卷（原審卷（一）第293頁，本院卷（二）第83頁），則其為從事製造中藥商品之企業經營者甚明。又消費者，指以消費為目的而為交易、使用商品或接受服務者；消費關係，係消費者與企業經營者間就商品或服務所發生之法律關係。第一上訴人經營醫心館，自85年起向第二上訴人○○公司訂購中藥，並自90年7月起分次陸續訂購龍膽瀉肝湯錠劑，應係使用於病患求診處方調劑之用，第一上訴人為合格中醫師，辯證論治後自為處方，再基於病患身分依醫囑服用龍膽瀉肝湯錠劑，參以一般消費者病患於市場上購買亦需以罐作為購買之單位，則第一上訴人以罐為購買單位，一次購買2罐，不超過4罐，尚難認係基於營業為目的而為。且第一上訴人係因辯證論治後有治療需要而服用龍膽瀉肝湯，僅乘醫心館向第二上訴人○○公司訂購藥物之便同時購買，尚難認第一上訴人非以自己使用消費為目的，故第一上訴人為消費者。第二上訴人○○公司販售自己產製之龍膽瀉肝湯錠劑，供第一上訴人作為處方用藥，二者間之法律關係應屬消費關係，第二上訴人○○公司否認與第一上訴人間有消費關係，並無消費者保護法之適用云云，容有誤解。

- (三)又龍膽瀉肝湯為流傳已久之古方，具有清肝膽實火、瀉下焦濕熱之功效，組成包含：龍膽草酒炒、黃芩炒、梔子酒炒、澤瀉、木通、車前子、當歸酒洗、生地黃酒炒、柴胡、生甘草等項，此有上訴人提出之方劑學資料可按（本院卷（一）第231頁反面）。上開藥材之「木通」，有「關木通」及「川木通」，科屬不同，關木通係馬兜鈴科植物，含馬兜鈴酸，川木通為毛

蓂科植物，不含馬兜鈴酸。在方劑書中並未註明木通之類別，再參以行政院衛生署於89年8月3日衛中會藥字第89007192號書函揭載：「中藥材如廣防己、青木香、『木通』、馬兜鈴等皆為馬兜鈴科植物，含馬兜鈴酸，長期服用後易致成腎衰竭等副作用」，即旨在強調長期服用導致腎衰竭之副作用，而非強調禁用含有馬兜鈴酸成分之木通類別（原審卷(一)第80頁），及行政院衛生署至其後之92年11月4日始公告禁用關木通（本院卷(二)第98頁），是相關方劑中之「木通」藥材尚非不能使用馬兜鈴科植物之「關木通」，故第一上訴人主張：系爭龍膽瀉肝湯古方藥材中之木通，必須使用「川木通」云云，未見舉證尚難採信。本件第一上訴人服用之第二上訴人○○公司產製之龍膽瀉肝湯錠劑（批號00000000），其內使用之木通含有馬兜鈴酸成分，已如前述，而第二上訴人○○公司批號00000000之龍膽瀉肝湯錠劑，因批號末三碼係表示年度及第幾批生產，「001」表示90年第1批生產等情，業據被上訴人陳○祥於偵查中證述明確（士林地檢署94年度偵續字第65號第105頁），第二上訴人○○公司猶辯稱係89年第1批所生產者，自無可採。雖行政院衛生署於90年間尚未公告禁用關木通，然早於89年8月3日即第二上訴人○○公司於90年間產製上開00000000批號龍膽瀉肝湯錠劑之前，業以衛中會藥字第89007192號函予臺灣區中藥工業同業公會轉知包含○○公司在內之各所屬會員：「說明(二)於包裝註明『屬馬兜鈴科植物，含有馬兜鈴酸』以盡告知之責；說明(三)各藥廠原藥品許可證之製劑含此類中藥材者

，應於標籤、仿單及外盒上加註警語『長期服用後易致成腎衰竭等副作用』」，以盡提醒危害身體、健康風險之責，詎第二上訴人○○公司並未依衛生署上開函令為之，僅在藥品外包裝標示「本品苦寒、偶礙脾胃、病癒即止，不宜過服」之方劑學中註記之一般注意事項（本院卷（一）第225頁），而有未盡告知錠劑內含有馬兜鈴酸，並在標籤、仿單及外盒上提醒若長期服用會有危害身體健康致腎衰竭副作用可能風險之責，且未標示緊急處理危險之方法甚明。本件第一上訴人服用第二上訴人○○公司之龍膽瀉肝湯錠劑，其後身體受有腎功能衰竭之損害，從而第一上訴人以第二上訴人違反消費者保護法第7條第2項規定為由，請求負損害賠償責任，應屬有據。

（四）第一上訴人對第二上訴人○○公司之請求，依消費者保護法第7條第2項為有理由，已達目的，則其因主張之其餘訴訟標的法律關係即無再予論述之必要，附此說明。

八、第一上訴人依民法第28條、公司法第23條規定，請求第二上訴人陳○○與第二上訴人○○公司負連帶賠償責任，有無理由？

（一）按公司負責人應忠實執行業務並盡善良管理人之注意，如有違反致公司受有損害者，負損害賠償責任。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之責，公司法第23條規定甚明。

（二）查第二上訴人陳○○於90年間乃第二上訴人○○公司之董事長（負責人），為第二上訴人所不爭執，且依

證人即○○公司之生產廠長施慶隆於偵查中證稱：「藥品生產是其直接向董事長負責，藥材是董事長直接向供應商採購，因考慮貨源及單價問題，故均由其自己連絡」等語明確（士林地檢署92年度偵字第9209號卷第33頁）；另證人即○○公司品管助理員江淑芬於偵查中亦證稱：「88年迄今在○○公司任品管助理員，公司現在實際負責人為陳○○，他雖生病，但仍掌管公司職務」云云一致（士林地檢署93年度第2917號卷第246頁）。雖第二上訴人陳○○罹患帕金森病已10年，業據長庚紀念醫院93年4月28日診斷證明書記載明確（士林地檢署93年度偵字第2917號卷第43頁），然自其病歷記載：「89年3月間自述症狀為：大小便時，手震搖較厲害，偶爾躺著時雙手震搖劇烈，起身後稍減，服藥後感覺行動遲緩，洗熱水澡後稍減，起身走動時兩腿顫抖且易跌倒，手腳有無力感，睡覺醒時手會麻，看報紙時手越抖越厲害」、「89年9月間自述症狀為：睡醒後，手會麻痺，下顎有顫抖、麻痺的現象」、「89年10月時自述：走路停下或轉身時，無法再起步，如勉強起步，變成碎步，往前傾倒，僵硬情況無改善，走路時頭會往前傾，愈走愈快無法煞車，下顎顫抖嘴巴會歪一邊，睡覺手肘彎曲，醒時會有麻痺現象，走路時腳無法抬高」、「91年1月間自述：Sinemet+Biperiden顫抖狀況改善40%，服用後僅能行走40~50公尺，睡眠時，雙手常有麻痺感，站定後（坐久），不能立即轉向或起身行走，行走中，身體往前傾，不能立即停止，甚至跌倒在地上，脖子僵硬，呼吸急促，平衡感差」、「90年3月間自述：

服用過後，彎腰駝背情況有改善，但行走200公尺後雙腳無力，定點轉向起步困難，動作遲緩，有時突然整個人僵硬，尤其是脖子，聽音樂放鬆，對顫抖情況改善」等情（病歷外放），可見其雖罹患帕金森症，然於89年至90年3月間尚能行走，僅行走較常人遲緩僵硬，自其尚能詳細清楚陳述身體各部情況，可見頭腦尚清晰、條理分明，再參以上開證人施慶隆及江淑芬之證詞，足堪認定第二上訴人陳○○為第二上訴人○○公司實際處理中藥藥材採購、生產及管理事務之人。

(三)第二上訴人陳○○為○○公司之中藥製造事務之負責人，理應注意踐行行政院衛生署89年8月3日函指示事項，詎竟疏未在龍膽瀉肝湯錠劑之包裝、標籤、仿單及外盒上盡到警告、提醒長期服用易致身體腎衰竭危險可能及標示緊急處理危險之責任，致第一上訴人服用後腎功能衰竭，則第二上訴人陳○○對於執行○○公司之中藥產製管理職務有違反規定，致第一上訴人受有身體健康之損害，則第一上訴人主張：第二上訴人陳○○依公司法第23條規定應與第二上訴人○○公司負連帶賠償之責，應屬正當。至於第一上訴人另主張之民法第28條規定為依據，即無再予論述之需。

九、第一上訴人依民法第185條第1項、第184條第1項前段規定請求被上訴人陳○祥、林文能負連帶賠償責任，有無理由？

(一)被上訴人陳○祥在第二上訴人○○公司之任職情形，依證人即○○公司生產廠長施慶隆於偵查中證稱：「陳○祥係公司總經理，負責人事、財務之管理，至於

藥材由董事長陳○○直接向供應商採購，因為考慮貨源及單價問題，故皆由董事長陳○○自行聯絡，再由生產部門依工令生產」等情（士林地檢署92年度偵字第9120號偵卷92年12月9日訊問筆錄）。另證人即曾任○○公司中藥部門廠長之王墩仁於偵查中證述：伊於89年2月至90年間擔任公司中藥部門廠長，公司僅有董事長，沒有設總經理，董事長陳○○掌管公司全部運作，藥材亦由陳○○負責採購，陳○祥在公司負責人事、財務，林文能做研究工作，均未參與藥品之購買、生產及管理業務明確。再證人即○○公司員工張良政亦於偵查中證稱：伊於75年至91年在○○公司任藥材倉庫管理員，至伊退休前，公司沒有總經理，只有董事長陳○○及各部門負責人云云；另參證人即○○公司購買藥材之供應商黃金雄、趙惠民、王金榮、鄭炳昇等人均一致證陳：在92年發生SARS以前都是陳○○直接以電話告知藥材名稱、數量及價錢下訂單，92年以後由業務經理陳祥舜訂購，陳○祥未曾購買藥材，不認識陳○祥及林文能等情，均據士林地檢署檢察官於96年度偵續一字第52號不起訴處分書中載述綦詳（本院卷(二)第87-88頁）。綜上可知：被上訴人陳○祥於89年至第一上訴人於91年7月16日急診時，乃第二上訴人○○公司之財務經理，並未參與中藥藥材、生產及管理事務。

- (二)次查：被上訴人林文能自84年5月2日至90年2月1日止，係以生達化學製藥股份有限公司之員工身分投保；自90年2月1日起，始以○○公司員工身分投保，有中央健康保險局南區分局95年9月1日健保南承一字第

0950028278號函附投保紀錄（士林地檢署94年度偵續字第65號卷第42頁）及林文能勞工保險卡（原審卷（五）第142頁）足憑。依上開證人即曾任○○公司生產部門之廠長王墩仁證述：林文能作研究工作；另證人即○○公司購買藥材之供應商黃金雄、趙惠民、王金榮、鄭炳昇等人共同證稱：林文能未曾向渠等購買藥材，不認識林文能云云（本院卷（二）第87-88頁），與被上訴人林文能自陳：「係陳○祥將我從南部挖角過來儲備副總，因為一開始到公司，因為我算是空降，不是基層起來，怕老臣不服，所以先掛研究員職務」一致（士林地檢署94年度偵續字第65號第107頁），足認：被上訴人林文能自90年2月1日起至○○公司任職，係擔任研究員職務，並未參與處理○○公司中藥藥材購買、生產及管理業務，係其後被上訴人陳○祥接任總經理職務後，林文能方擔任副總經理。

- （三）再經審視89年3月至93年2月間，第二上訴人○○公司之原料檢驗紀錄上，原料檢驗者、品管負責人、進貨付款明細表之製單人、覆核、核准及藥材供應商陸惠中藥有限公司之對帳單、出貨單之接洽人或收貨人等，均非被上訴人陳○祥、林文能，亦據士林地檢署檢察官於不起訴處分中論述明確（本院卷（二）第88頁）。且第一上訴人對被上訴人陳○祥、林文能提出涉嫌重傷害之告訴，先後經士林地檢署檢察官多次為不起訴處分，最終確定，亦有該署93年度偵字第2917號、94年度偵字第585號不起訴處分書及96年度偵續一字第52號不起訴處分書足憑（原審卷（五）第138-141頁，本院卷（二）第85-89頁）。

(四)綜上，卷附並無任何證據證明被上訴人陳○祥、林文能參與○○公司之龍膽瀉肝湯錠劑生產及管理業務，難認渠等有任何加害行為。從而第一上訴人依侵權行為之法律關係，請求該2人負侵權行為損害賠償責任，自屬無據。

十、第一上訴人依消費者保護法第8條規定請求被上訴人○○公司負連帶賠償責任，有無理由？

觀察卷附所有由第一上訴人提出之認購合約書（原審卷(一)第14-29頁），僅有最後一份91年8月15日簽訂之認購合約書其上始有被上訴人○○公司用印（原審卷(一)第28頁反面），在此之前之認購合約書上賣方均係第二上訴人○○公司，可見：被上訴人○○公司係自91年8月15日起始與○○公司共同銷售藥品予醫心館。雖本件第一上訴人於90年7月3日、8月30日、9月27日、11月26日、12月21日及91年2月20日分別向第二上訴人○○公司訂購龍膽瀉肝湯錠劑共計14罐，有估價單在卷（原審卷(一)第151-153頁），然其於91年7月16日至新光醫院急診即經診斷罹患尿毒症，並於同年月22日遭醫師呂理哲制止服用龍膽瀉肝湯錠劑，可見第一上訴人罹患尿毒症與91年8月15日起始共同銷售藥品之被上訴人○○公司完全無涉。從而，第一上訴人依消費者保護法第8條規定請求被上訴人○○公司負損害賠償責任，應屬無據。

十一、第一上訴人請求之各項損害，有無理由？

(一)已發生之醫療費用398萬4,278元部分：

1. 查第一上訴人於91年7月16日前往新光醫院急診住院至91年7月29日出院，嗣於該醫院門診追蹤治療至92年11月10日止之醫療費用為90萬9,803元。其

後自92年11月26日至96年12月20日止之醫療費用為235萬6,975元（連同前項合計326萬6,778元），業據第一上訴人提出新光醫院醫療費用收據在卷（原審卷(五)第86-105頁）。又第一上訴人自95年10月起至96年11月止在百齡診所為血液透析之醫療費用共計71萬7,500元，亦有百齡診所之門診費用明細資料可參（原審卷(五)第106-119頁），總計已發生醫療費用之金額為398萬4,278元（91年7月16日至92年11月10日止為90萬9,803元，92年11月11日至97年3月20日止為307萬4,475元）。

2. 第二上訴人抗辯：第一上訴人僅得請求自付額部分，即就醫療費用單據中有關證明書費及健保給付部分不得請求給付，否則有不當得利情事云云。茲查：

(1) 按診斷證明書之費用，係被害人為證明其所受損害發生及其範圍所必要之費用，應納為被害人所受損害之部分，而得請求加害人賠償，最高法院93年度台上字第1159號足供參照。準此，第一上訴人提出之醫療費用單據中有關證明書者，仍應准其請求，第二上訴人辯稱應予扣除，應無可採。

(2) 又保險制度，旨在保護被保險人，非為減輕損害事故加害人之責任，保險給付請求權之發生，係以定有支付保險費之保險契約為基礎，與因侵權行為所生之損害賠償請求權，並非出於同一原因，後者之損害賠償請求權，殊不因受領前者之保險給付而喪失，兩者除有保險法第53條關於代

位行使之關係外，並不生損益相抵問題，最高法院68年度台上字第42號判例可資參照。依94年5月18日修正前之全民健保法第82條規定，僅限汽車交通事故，依94年5月18日修正後同條規定擴大範圍亦係就汽車交通事故、公共安全事故及其他重大之交通事故、公害或食品中毒事件等情形，在中央健康保險局提供被保險人醫療給付後，始得代位行使損害賠償請求權。是最高法院多則判決：89年度台上字第805號、94年度台上字第2216號、95年度台上字第1628號判決均揭櫫相同意旨：「全民健康保險法第1條後段固規定，就該法未規定之事項應適用保險法相關規定。惟全民健康保險性質上係屬健康、傷害保險，除有全民健康保險法第82條規定之情形外，依保險法第130條、第135條準用同法第103條之規定，全民健康保險之保險人不得代位行使被保險人因保險事故所生對於第三人之請求權，要無保險法第53條規定適用之餘地。是全民健康保險之被保險人，非因汽車交通事故受傷害，受領全民健康保險提供之醫療給付，其因侵權行為所生之損害賠償請求權並不因而喪失」等語。

本件第一上訴人因自行繳納全民健保費，而享受全民健康保險之給付，係基於其與中央全民健康保險局定有支出全民健康保險費之保險契約為基礎。本事件乃第一上訴人服用第二上訴人○○公司產製龍膽瀉肝湯錠劑中藥產品致生身體損害之情形，非屬全民健保法第82條所列汽車交通事故

、公共安全事故及其他重大之交通事故、公害或食品中毒等事件範圍，自無該條之適用，故第二上訴人所辯：第一上訴人因本事件至新光醫院及百齡診所所受健保給付部分應予扣除乙節，自無可取。

3. 第二上訴人另抗辯：第一上訴人就92年11月26日起至95年3月20日止之醫療費用請求權已罹於2年時效而消滅云云。但查第一上訴人於92年11月26日起訴時，已表明對將來醫療費用在訴訟上為請求給付之意（原審卷(一)第82頁），嗣因醫療費用陸續發生並確定金額，第一上訴人於其後之97年3月21日具狀就上開期間已發生醫療費用金額予以記載計算並確定（原審卷(五)第84頁正反面），應無罹於2年時效之情事，故第二上訴人所為罹於時效之抗辯，應非正當。

4. 依上所陳，第一上訴人得請求給付已發生之醫療費用為398萬4,278元。

(二)將來醫療費1,337萬8,802元部分：

1. 查第一上訴人因服用第二上訴人○○公司產製之「龍膽瀉肝湯」錠劑致腎臟功能衰竭，罹患尿毒症，須長期接受透析治療，有新光醫院91年7月29日診斷證明書可按（原審卷(一)第72頁）。本件訴訟在原審進行中，第一上訴人先接受腹膜透析，其後自95年10月16日起至百齡診所接受血液透析，每週3次，每次為時4小時30分迄今等情，業據新光醫院94年1月3日（九十四）新醫醫字第1號及94年2月2日（九十四）新醫醫字第176號函覆載明：「王

○○所受尿毒症、雙側腎臟已萎縮(92.3.27腎臟超音波)。(一)腎臟功能因腎臟已萎縮無法復原，長期後遺症併發症可發生多項，例如嚴重貧血、骨病變。…(三)每日需洗腎，目前以腹膜透析，1天4次。」、「腹膜透析為24小時進行，以94年12月向健保局請領費用51,018元為例，平均為5萬/月」等語可稽(原審卷(二)第136-137、176-177頁)，並有百齡診所99年12月16日函覆明確(本院卷(一)第243頁)。足認第一上訴人之腎臟功能已無法復原，必須終身進行腹膜或血液透析始能存活。

2. 第一上訴人進行腹膜透析時之醫療費用每月平均為5萬元，有上開新光醫院函覆足憑。另參第一上訴人其後至百齡診所為血液透析，每週3次，每次醫療費用4,100元，亦有百齡診所費用明細可參(原審卷(五)第106-119頁)，即每月(4週)醫療費用為4萬9,200元(4,100x3x4=49,200)。據以計算：
 - (1) 第一上訴人就95年3月21日起至95年10月15日止(6月又24天)腹膜透析之醫療費用為34萬元【 $50,000 \times (6 + 24/30) = 340,000$ 】。
 - (2) 第一上訴人自95年10月16日起至本件訴訟事實審言詞辯論終結前之100年6月7日止(4年7又7/10月)血液透析之醫療費用為274萬440元【 $49,200 \times (55 + 7/10) = 2,740,440$ 】。
 - (3) 第一上訴人為54年7月6日生，地址為新北市○○區○○路2段265號19樓之5，有身分證及身心障礙手冊影本附於起訴狀後足憑(原審卷(一)第73頁，本院卷(一)第203頁)，足認其居住於新北

市區域內，而非台北市區內。至於其後提出之國民身分證（本院卷(二)第116頁），雖記載住址在台北市內湖區，惟係於96年4月9日始換發者，而第一上訴人既主張按90年國民簡易生命表之平均餘命計算，自應依90年其所在新北市區域之臺灣省國民簡易生命表所載據以計算。查第一上訴人於100年6月8日為45.92歲，按90年臺灣省簡易生命表45歲男性平均餘命為31.71年，46歲男性平均餘命為30.86年（本院卷(二)第94頁），則45.92歲男性平均餘命為31.64年【 $(31.71 - 30.86) \times 0.92 = 0.78$ ， $0.78 + 30.86 = 31.64$ ，小數點2位以下四捨五入】，則自100年6月8日起至第一上訴人平均餘命31.64年止，按血液透析費用每月4萬9,200元計算，再依霍夫曼計算法扣除期前利息後之醫療費用為1,138萬3,086元【 $49,200 \times 12 \times [19.029315 + 0.64 \times (19.000000 - 0.029315)] = 49,200 \times 12 \times 19.000000 = 11,383,086$ ，元以下四捨五入】。

(4)承上開說明，第一上訴人訴請給付自95年3月21日起至其平均餘命止之將來醫療費用，總計為1,446萬3,526元（ $340,000 + 2,740,440 + 11,383,086 = 1,446,3526$ ），第一上訴人就此項僅請求1,337萬8,802元，為有理由。

3. 第二上訴人在此所為第一上訴人為透析均經健保給付，故不得請求之抗辯，委無足取，理由同前開(一)、2.所述，不再贅述。

(三)減少勞動能力損失922萬9,845元部分：

1. 第一上訴人有無減少勞動能力？

第一上訴人因服用第二上訴人○○公司產製之「龍膽瀉肝湯」錠劑致腎臟功能衰竭，罹患尿毒症，依新光醫院94年1月3日（九十四）新醫醫字第1號函、94年2月2日（九十四）新醫醫字第176號函覆：

「（一）腎臟功能因腎臟已萎縮無法復原，長期後遺症併發症可發生多項例如嚴重貧血、骨病變。（三）每日需洗腎，目前以腹膜透析，1天4次。（四）復原期間因尿毒及貧血緣故，影響體力工作……」、

「雙側腎臟已萎縮，已開立殘障手冊，終身只能從事輕便工作」等語足憑（原審卷(二)第136-137、176-177頁）；再參證人呂理哲證稱：「（問：第一上訴人病況是否會影響中醫師之執業？答：會影響，因為第一上訴人有貧血會影響體力，很難認定影響程度，例如：本來1天可看3個診，現在只能看2個診」云云明確（原審卷(四)第154-159頁）；再參第一上訴人其後自95年10月16日起迄今在百齡診所為血液透析，須每週3次，每次花費4時30分，亦有百齡診所函覆可稽（本院卷(一)243頁）。足見：

上訴人因本事件罹患尿毒症，有嚴重貧血之後遺症，體力受到相當影響，之前每日至少需花2小時自行為腹膜透析，之後則每週3次、每次花費4時30分進行血液透析，確有大符縮減其可得工作時間之情事，因認第一上訴人之勞動能力確實受到減損。

2. 第一上訴人勞動能力減少比例？

(1) 第一上訴人因罹患毒症，終身需洗腎，因嚴重貧血影響體力，其勞動能力減少之比例究為多少？

參考證人呂理哲醫師所述：「很難認定影響程度，例如：本來1天可看3個診，現在只能看2個診」云云在卷（原審卷(四)第154-159頁），是第一上訴人為執業中醫師，可自其於本事件發生之前、之後看診數之變化，以資觀察得知其勞動能力減少之比例。

- (2)查第一上訴人於85年10月間開立醫心館至89年7月間，每週看診全部（19診）；嗣於89年7月中旬至91年4月間，醫心館另雇用其他中醫師，故第一上訴人每週看14或13.5或15診，平均計算為14診，有醫心館中醫診所之醫師門診時間表可參（本院卷(一)第237-238頁）。再參中央健康保險局尚留存之91年4月醫師門診時間表（91年3月以前資料均已依規定銷毀），第一上訴人係看12.5診（本院卷(二)第20頁）。綜合上開資料可知：第一上訴人於本事件發生前自85年10月間至91年4月間，每週平均看15診【 $(19+14+12.5) \div 3=15$ ，個位數以下四捨五入】。
- (3)又第一上訴人於本事件發生後，自92年8月1日起至98年9月30日止，每週看7診或6診；其後於99年1月11日起至同年3月底止，每週看8診；另自99年4月1日起每週看11診，亦有第一上訴人提出之醫心館中醫診所之醫師門診時間表在卷（本院卷(一)第239頁），而中央健康保險局檢送其抽調之醫院診所門診資料（本院卷(二)第21-23頁）可知：第一上訴人於93年7月間每週看6診，99年3月間每週看8診，99年7月間每週看11診，與

第一上訴人提出之前開資料相核一致。是第一上訴人於本事件發生後，自92年8月至99年7月間每週平均看8診【 $(6+8+11) \div 3=8$ ，個位數以下四捨五入】。

(4)斟酌第一上訴人於本事件發生前每週看15診，本事件發生後每週看8診，可見其勞動能力之減損比例為46.7%【 $(15-8) \div 15=46.7\%$ ，百分比小數點1位以下四捨五入】。

3. 第一上訴人於本件事故前之勞動能力為多少？

(1)按不法侵害他人之身體或健康者，對於被害人因此喪失或減少勞動能力者，應負損害賠償責任，民法第193條定有明文。

(2)查第一上訴人為54年7月6日生，輔仁大學畢業，為執業中醫師，並自行開設醫心館中醫診所看診，觀察其勞工保險被保險人投保資料表（本院卷(二)16頁）；自79年間起至96年間止均有投保勞工保險之紀錄，參以其於本事件發生之91年7月間甫年滿37歲，依其大學學歷及之前工作經驗及資歷，在通常情形下具有勞動能力足堪認定。

(3)第一上訴人於85年間即自行開設醫心館，固據其提出86年度申報綜合所得稅資料及稅捐機關之收件戳記（本院卷(二)第46、63頁），其上記載其申報執行業務所得（包括健保局給付、病患部分負擔、掛號費收入及自費收入）合計有262萬1,734元，因而主張其每月平均收入有21萬8,477元，惟因該資料係第一上訴人自行申報資料，而非稅捐機關核定資料，並為第二上訴人所爭執。

而第一上訴人於88、89年度之綜合所得稅申報及結算資料，原審向財政部臺灣省北區國稅局汐止稽徵所調取時因已逾保存期限業已銷燬不存在（原審卷(五)第49頁）；卷附第一上訴人於90年、91年之綜合所得稅結算申報書（原審卷(五)第50-53頁），第一上訴人於申報時就其開設之醫心館必要費用及成本分年攤提，致於計算後第一上訴人之收入呈現負數，是無從自上開資料得知第一上訴人之勞動能力。然考量第一上訴人在醫心館執業中醫師，就其看診病患會向中央健保局申報並經核付醫療金額，則就此核付之金額應可觀知第一上訴人在本事件發生前在通常情形下可取得之收入：

自85年11月間至89年6月止，醫心館開診全部由第一上訴人看診，有其提出之醫師門診時間表可參（本院卷(一)第237頁）。依卷附中央健保局檢送之醫心館中醫診所自85年11月至89年6月止（44個月），業經核付之門診醫療費用金額共計2,801萬9,120元，則第一上訴人在此期間平均每月收入63萬6,798元（ $28,019,120 \div 44 = 636,798$ ，元以下四捨五入，下同）。

第一上訴人自89年7月間至90年7月止，醫心館每週開26診，第一上訴人看14診，有其提出之醫師門診時間表在卷（本院卷(一)第237頁反面），則第一上訴人看診比例為54%（百分比小數點以下四捨五入，下同）。爰於中央健保局核付醫心館中醫診所之醫療金額並未以醫師分

別列計，故將此期間（13個月）醫心館經核付之金額予以統計為1,232萬818元後，再按第一上訴人上開看診比例54%計算得出金額為665萬3,242元（ $12,320,818 \times 54\% = 6,653,242$ ），則第一上訴人在此期間平均每月收入51萬1,788元（ $6,653,242 \div 13 = 511,788$ ）。

第一上訴人自90年8月間至91年4月止，醫心館或每週開24診，第一上訴人看13.5診；醫心館或開26診，第一上訴人看14.5診；醫心館或開23診，第一上訴人看12.5診，有第一上訴人提出之醫師門診時間表及中央健保局檢送之91年4月醫師門診時間表可佐（本院卷（一）第238頁正反面，卷（二）第20頁），則第一上訴人看診比例約為55%【 $[(13.5/24) + (14.5/26) + (12.5/23)] \div 3 = 55\%$ ，百分比小數點以下四捨五入】。爰將此期間（9個月）醫心館經核付之金額予以加總為725萬384元後，再按第一上訴人上開看診比例計算得出為398萬7,711元（ $7,250,384 \times 55\% = 3,987,711$ ），則第一上訴人在此期間平均每月收入44萬3,079元（ $3,987,711 \div 9 = 443,079$ ）。

承上開說明，第一上訴人於本事件發生前之85年11月至91年4月止，依期間內看診數不同，致其每月平均收入有63萬6,798元、51萬1,788元、44萬3,079元不等，均遠高於第一上訴人主張以每月12萬元計算其勞動能力之金額，則第二上訴人指摘以每月12萬元計算第一上訴人之勞動能力有過高云云，尚無可採。

(4)第二上訴人另辯稱：應以卷附第一上訴人投保勞保之薪資4萬3,900元作為其勞動能力云云，固有第一上訴人之勞工保險投保資料表在卷（本院卷（二）第16頁）。但按身體或健康受侵害而減少勞動能力者，其減少及殘存能力之價值，不能以現有收入為準，所謂減少及殘存能力之價值應以其能力在通常情形下可能取得之收入為標準，最高法院61年台上字第1987號判例足供參照。第一上訴人於本事件發生前，其能力在通常情形下可能取得之收入為多少，法院應綜合斟酌所有資料予以判斷。勞工保險就勞工投保薪資僵性區分數個級距，則勞工之投保薪資是否與實際收入相符，尚有疑問，是法院不應以投保勞保之薪資資料作為單一考量依據。爰於第一上訴人於本事件發生前執業中醫師，為兩造不爭執之事實，本院參酌卷附中央健保局檢附之第一上訴人執業中醫師業經該局核付之金額，據以得知其勞動能力在通常情形下可能取得之收入作為標準，應遠較投保勞保之薪資客觀公正而可採憑，故第二上訴人上開辯解，委無可採。

4. 第一上訴人減少勞動能力之期間？

查第一上訴人為54年7月6日生，於91年7月16日至新光醫院急診經診斷為腎臟功能衰竭，罹患尿毒症，自此即為腹膜透析及血液透析，須終身洗腎，無法回復，則本件第一上訴人自91年7月16日起受有減少勞動能力之損失，計算至勞動基準法規定之強制退休年齡65歲（119年7月6日）止，洵屬有據。

第二上訴人雖抗辯：第一上訴人罹病在91年間，應依當時勞動基準法規定之退休年齡55歲計算勞動年限云云。然勞動基準法於97年5月14日第54條第1款業已修正為：勞工非年滿65歲不得強制退休，乃本件訴訟事實審言詞辯論終結前之事項，本院自應予以斟酌作為第一上訴人勞動能力之終止日，第二上訴人上開辯解，亦無足取。

5. 依上所云，第一上訴人之勞動能力按每月12萬元計算，本事件發生後其勞動能力減少比例為46.7%，據以計算其所受勞動能力減少之損失金額：

(1) 自91年7月16日至已屆期之本件訴訟事實審言詞辯論終結前之100年6月7日止（8年10月又21天），第一上訴人所受勞動能力減損之金額為597萬9,468元【 $120,000 \times 46.7\% \times [106 + (21/30)] = 5,979,468$ 】。

(2) 自100年6月8日起至第一上訴人屆滿65歲（119年7月6日）止（19年又28天，即19.08年），再依霍夫曼計算法扣除期前利息，則第一上訴人所受勞動能力減少之金額為917萬5,502元【 $120,000 \times 12 \times 46.7\% \times [13.603249 + 0.08 \times (14.000000 - 00.603249)] = 672,480 \times 13.00000000 = 9,175,502$ 】。

(3) 依上所陳，第一上訴人自91年7月16日起至屆滿65歲止，所受勞動能力減少之損害額為1,515萬4,970元（5,979,468+9,175,502=15,154,970），故第一上訴人就此項請求922萬9,845元，洵屬有據。

(四)精神慰撫金200萬元部分：

1. 按不法侵害他人之身體、健康、名譽、自由、信用、隱私、貞操或不法侵害其他人格法益而情節重大者，被害人雖非財產上之損害，亦得請求賠償相當之金額，民法第195條第1項前段定有明文。又法院對於精神慰撫金，應斟酌實施侵權行為人，並被害人之身分、地位、經濟狀況及被害情况等為衡量標準。
2. 查第一上訴人係54年7月6日生，於91年間為37歲壯年人士，即因服用第二上訴人○○公司產製之「龍膽瀉肝湯」錠劑致罹患尿毒症，雙側腎臟萎縮，無法復原，須終身洗腎，長期後遺症併發症有嚴重貧血、骨病變等，第一上訴人就其擔任中醫師之執業時間亦銳減，詳如前陳，堪認第一上訴人之身體、健康遭受侵害情節重大，則其依民法第195條第1項規定，請求給付精神慰撫金，洵屬有據。
3. 經查：
 - (1) 第一上訴人於77年6月自私立輔仁大學之織品服裝學系畢業，修畢企業經營專業科目，於82年10月19日取得中醫師證書，於85年10月19日開設醫心館中醫診所，曾擔任中華中醫典籍學會理事，並為學會方劑學副主任，有其畢業證書、修畢企業經營專業科目證明書、中醫師證書、開業執照在卷（原審卷（一）第11、149頁，（二）第151-152頁）。其於91年度所得為6萬8,622元、92年度所得為10萬911元，於98年度所得降為4萬3,726元，名下原有房屋、土地、汽車1輛及投資等財產總額974萬3,457元，嗣後財產總額減少為400萬

元，有稅務電子閘門財產所得調件明細表可參（原審卷(二)第86-94頁，本院卷(一)第168-169頁）。

(2)第二上訴人○○公司實收資本總額為2億2,000萬元，於91年度股利憑單及利息所得為50萬4,693元、92年度股利憑單及利息所得為34萬8,666元，名下有多筆房屋、土地及汽車11部等財產總額1億190萬2,700元，有公司登記基本資料查詢及稅務電子軸門財產所得調件明細表足憑（原審卷(一)第293頁，卷(二)第95-107頁）。

(3)第二上訴人陳○○為國小畢業，業據其自陳在卷（原審卷(五)第125頁）。於91年度所得為103萬7,528元，92年度所得為256萬2,999元，名下有房屋、土地及2筆投資財產總額1,512萬9,819元，有稅務電子閘門財產所得調件明細表可稽（原審卷(二)第108-115頁）。

(4)本院綜合斟酌兩造上開身分、地位、資力，第一上訴人因本事件致終身洗腎，並有長期後遺症，且多項罹癌具有高度風險，第二上訴人○○公司迄未為任何賠償等一切情事，因認其請求之精神慰撫金以150萬元為適當。

(五)依上所云，第一上訴人主張之各項損害有理由之金額總計為2,809萬2,925元（3,984,278+13,378,802+9,229,845+1,500,000=28,092,925）。

十二、第一上訴人就其損害是否與有過失？

(一)第二上訴人抗辯：第一上訴人自行誤診及濫用藥物，就損害之發生有過失，應負90%之責任云云，為第一

上訴人所否認。

(二)查第一上訴人取得中醫師執照，中醫看病以辯證論治為原則，第一上訴人內科肝膽系症狀為：脅痛、疲乏、晚睡、口苦、目澀、腰酸、小便渾濁，並有高血脂、高膽固醇，B型肝炎，在望聞問切基礎下，辯證為「肝膽濕熱證」。而龍膽瀉肝湯之功效為瀉肝膽實火，清下焦濕熱，有方劑學資料可參（本院卷(一)第231頁反面），效能是瀉肝火，利濕熱，適應證為臟腑積熱，耳鳴耳聾，耳腫疼痛，小便澀滯，故臨床上用在出現肝膽實火或濕熱的症候，如口苦、溺赤、舌紅苔黃、脈弦數有力等，業據行政院衛生署醫事審議委員會載述綦詳（原審卷(四)第313頁）。則第一上訴人以自己為肝膽濕熱證，施以龍膽瀉肝湯方劑之處方，在論治上並無錯誤。

(三)但龍膽瀉肝湯服用時，應注意事項：1. 本品苦寒，偶礙脾胃，病癒即止，不宜過服。2. 孕婦慎用，因為本方多苦寒藥，易傷脾胃，故對脾胃虛寒者，不宜多服久服，對脾虛胃弱、大便溏薄、小便消長、脈細無力，舌濕苔白者，不宜使用。用量：一日飲片量26公克，行政院衛生署許可濃縮標示5~10倍。本件第一上訴人自85年11月14日起至90年11月12日止，間斷為自己開出含有龍膽瀉肝湯的處方，病歷累積共達470日，每日劑量在3.5公克至12之間。在87年1月8日、87年5月19日、87年12月1日、88年2月8日及88年12月17日都記載出現腹痛和腹瀉情形，按照一般臨床推論，已經出現損傷脾胃的情形，不應該繼續使用龍膽瀉肝湯，因為龍膽瀉肝湯為苦寒瀉濕熱的方劑，再加上服藥

後症狀仍反覆發作，卻依然持續長期服用該藥，不屬於臨床合理使用狀況。根據基準方劑的記載，每日劑量在2.6公克至5.2公克之間，視其濃縮倍數而定，故病人服用劑量及日數超出正常範圍甚多，亦據行政院衛生署醫事審議委員會函覆記載明確（原審卷(四)第314頁）。可知：第一上訴人自85年間開始服用第二上訴人○○公司之龍膽瀉肝湯散劑，本應於症狀稍解時即止，不宜過服，是其服用至88年間已出現腹痛及腹瀉等脾胃損傷情形，即不宜再服及久服。茲竟仍自90年7月間服用龍膽瀉肝湯之錠劑，服藥後症狀未除，仍持續服用未歇，非屬合理使用情形；雖醫心館之病歷記載其最後服用日期為90年11月12日，然其後仍始終都有服用直至91年7月22日遭醫師呂理哲制止，已如前陳，則參照其之前服用之劑量、次數及天數等習慣，堪認：第一上訴人於90年11月13日以後在病歷未記載而服用龍膽瀉肝湯錠劑時，合理推測亦有超出正常範圍之劑量及日數服用之情形。

- (四)按龍膽瀉肝湯之用藥多為苦寒之品，易傷脾胃，當中病即止，不宜多服久服；且方劑中有木通藥材，木通類植物有「川木通」、「關木通」，關木通係馬兜鈴科植物，含有馬兜鈴酸成分，長期服用後會造成腎衰竭等副作用，關木通於第一上訴人服用時並未遭到公告禁用，均如前述，第一上訴人既領有中醫師執照並為執業中醫師，對上開知識均應知之甚明，此觀第一上訴人之訴訟代理人李宜光律師亦當庭陳述：伊肝火過旺時，求治中醫係開給2週之龍膽瀉肝湯，吃了讓肝火降下等語亦明（本院卷(二)第112頁）。本件第

一上訴人既為中醫師，自85年11月間起服用龍膽瀉肝湯散劑數年，對解其濕熱症無益，於88年間已有腹痛及腹瀉等脾胃損傷情形；而人賴陽氣以養，竟仍自90年7月間繼續服用龍膽瀉肝湯之錠劑，直至91年7月22日在新光醫院遭制止為止，遠逾其訴訟代理人所述之2週開藥經驗，且依其前有超出正常範圍劑量及日數之服用習慣，因認第一上訴人有多服久服龍膽瀉肝湯之情事，對本件肇致其腎臟功能衰竭乙節之損害，為與有過失。

- (五)第一上訴人雖辯稱：伊縱有超出正常範圍服用不含馬兜鈴酸之龍膽瀉肝湯，副作用僅係損傷脾胃而已，係第二上訴人○○公司之龍膽瀉肝湯含有馬兜鈴酸，始會肇致伊罹患尿毒症，伊並無與有過失可言。但龍膽瀉肝湯之藥材「木通」，若採用關木通，在第一上訴人自90年7月間服用時並未遭公告禁用，關木通含有馬兜鈴酸成分，應係身為中醫師之第一上訴人所知悉之事項。又資料顯示腎臟變化和服藥時間的長短及累積劑量有關，服用時間越長，累積劑量越多，比較容易發生馬兜鈴酸腎病變，甚至進展為尿毒症或泌尿道系統的移行細胞癌，大部分病例即使停用中藥，腎功能損害仍持續快速進展，目前國內外之臨床資料，無法確實估計長期服用馬兜鈴酸之中藥材導致腎衰竭之機率，有臺灣腎臟醫學會93年5月29日台腎醫常（93）字第292號函可參（士林地檢署93年度偵字第2917號卷第17頁），益見「長期」服用含有馬兜鈴酸中藥對累積劑量之影響甚大。如前所云，第一上訴人有長期服用龍膽瀉肝湯之習慣，肝膽濕熱症狀未曾稍解，

即應停止，竟仍繼續服用，致有累積馬兜鈴酸成分之機會及情形，其尚否認自己對損害之發生或擴大與有過失，應無足取。

(六)本院斟酌：第二上訴人○○公司之龍膽瀉肝湯錠劑內含有馬兜鈴酸成分，惟其並未盡其提醒告知消費者長期服用會導致腎衰竭之副作用；第一上訴人自85年11月間起有長期服用龍膽瀉肝湯之習慣，在該湯方無解其肝膽濕熱症狀後仍再為處方服用龍膽瀉肝湯錠劑，未遵不宜多服久服之囑，累積劑量導致罹患尿毒症，第一上訴人與有過失，其與第二上訴人○○公司應就損害各負50%之責任。

(七)承上開說明，第一上訴人就本件損害之發生或擴大與有過失，其應負50%之過失責任，予以計算後其得請求第二上訴人賠償損害之金額為1,404萬6,463元【 $28,092,925 \times (1-50\%) = 14,046,463$ 】，即包含：已發生之醫療費用91年7月16日至92年11月10日止為45萬4,901.5元，92年11月11日至97年3月20日止為153萬7,237.5元（合計199萬2,139元），將來之醫療費用668萬9,401元，勞動能力減損461萬4,923元及精神慰撫金75萬元。

十三、第一上訴人依消費者保護法第51條規定請求第二上訴人○○公司給付懲罰性賠償金100萬元，有無理由？

(一)按依消費者保護法所提之訴訟，因企業經營者之故意所致之損害，消費者得請求損害金額3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1倍以下之懲罰性違約金，消費者保護法第51條定有明文。所謂企業經營者，係指以設計、生產、製造、輸入

、經銷商品或提供服務為營業者。

(二)本件第二上訴人○○公司乃產製中藥之企業經營者，第一上訴人為中醫師及醫心館之獨資經營人，醫心館向第二上訴人○○公司訂購龍膽瀉肝湯錠劑後，第一上訴人基於中醫師身分為處方，將醫心館購得龍膽瀉肝湯錠劑以處方用藥讓具有病患身分之自己服用，則第一上訴人係服用龍膽瀉肝湯錠劑之消費者，應有消費者保護法之適用。第二上訴人○○公司為歷史悠久之中藥製造廠商，對於長期服用馬兜鈴酸會導致腎衰竭，有危害消費者身體、健康之可能知之甚明，且經行政院衛生署於89年8月3日之函文負有於產品之標籤、仿單及外盒等明顯處，加註「長期服用馬兜鈴酸會致腎衰竭」警語，以盡其提醒及告知產品危險性之義務，第一上訴人依消費者保護法第7條第2項規定請求第二上訴人○○公司負損害賠償責任，為有理由，業經審酌如前，從而第一上訴人依同法第51條規定請求第二上訴人○○公司給付懲罰性違約金，應屬正當。本院審酌：第一上訴人所受損害經本院判認之總額已達2,809萬2,925元，而第二上訴人○○公司未盡其提醒及告知義務之過失情形確屬嚴重，依同法第51條但書規定第一上訴人本得請求第二上訴人○○公司給付損害額1倍（100%）以下即2,800餘萬元之懲罰性賠償金，並將第一上訴人對於損害應負50%責任之因素亦予考慮後，因第一上訴人在此請求第二上訴人○○公司給付懲罰性賠償金100萬元，僅為損害總額之3.5%，仍認第一上訴人請求給付100萬元懲罰性賠償金之金額尚屬相當，並無過高情事。

(三)第二上訴人○○公司雖抗辯：第一上訴人之懲罰性賠償金請求已罹於2年時效期間而消滅云云。然查第一上訴人於原審93年12月10日言詞辯論時即表明：「本於消費者保護法第51條規定請求之懲罰性賠償金為100萬元」在卷（原審卷(一)第278頁）。而本件第一上訴人於91年7月16日因身體不適至新光醫院急診治療，當時尚不知病情及肇致原因，至91年10月16日取得新光醫院病理組織檢查報告單（原審卷(一)第8頁新光醫院病歷資料簽證章），始知悉自己發生馬兜鈴酸腎病變之損害；其後第一上訴人於92年1月20日將第二上訴人○○公司之龍膽瀉肝湯送請臺北榮總檢驗，迨92年2月19日始知悉龍膽瀉肝湯錠劑含有馬兜鈴酸成分之檢驗結果，是第一上訴人至92年2月19日始知悉賠償義務人為第二上訴人○○公司則其損害賠償請求權時效應自92年2月19日起算。故第一上訴人於93年12月10日依消費者保護法第51條規定對第二上訴人○○公司請求給付懲罰性賠償金，未逾2年請求權時效期間，第二上訴人○○公司所為2年時效抗辯，並非可取。

(四)從而，第一上訴人依消費者保護法第51條規定，請求第二上訴人○○公司給付懲罰性賠償金100萬元，及自其於93年12月10日請求翌日即93年12月11日起算之遲延利息，應予准許。

十五、第一上訴人得請求之遲延利息利率及起算日為何？

(一)未按民法第213條第2項所謂「因回復原狀而應給付金錢」者，例如侵害者為金錢，則應返還金錢，如所侵害者為取得利益之物，則於返還原物外更應給付金錢

抵償其所得利益，始克回復原狀，我民法明定身體健康之傷害應為金錢賠償，此即民法第213條第1項所謂「法律另有規定」，自適用同條第2項規定之餘地，最高法院56年台上字第1863號判例著有明文。又應付利息之債務，其利率未經約定亦無法律可據者，週年利率為百分之五，民法第203條規定甚明；以身體被傷害而請求金錢賠償者，固不得依民法第213條第2項規定請求就該金錢加給利息，惟侵權行為人支付該金錢遲延時，被害人非不得依民法第233條第1項規定請求法定利息，最高法院70年台上字第689號判例足供參照。

- (二)查本件第一上訴人於原審起訴狀及歷次訴狀，均已載明其向第二上訴人請求賠償其身體受到腎病變之依據及金額，而其得請求第二上訴人賠償之金額詳如前述，則依前開說明，第一上訴人就其身體受到腎病變之傷害而得請求之損害金額，尚不得依民法第213條第2項規定請求自損害發生時起加給利息，然得依民法第233條第1項規定請求第二上訴人給付自請求翌日起按法定之週年利率5%計算之利息。
- (三)從而，依前開十二、(七)所述，本件第一上訴人得請求第二上訴人連帶給付之各項損害金額及法定遲延利息為：(一)91年7月16日至92年11月10日止之已發生醫療費用45萬4,901.5元，及自原審起訴狀送達第二上訴人翌日即92年12月13日起算法定遲延利息；(二)92年11月11日至97年3月20日止之已發生醫療費用153萬7,237.5元，及自原審擴張訴狀送達第二上訴人翌日即97年3月22日起算法定遲延利息；(三)將來之

醫療費用668萬9,401元、勞動能力減損461萬4,923元及精神慰撫金75萬元(合計1,205萬4,324元),及自原審起訴狀繕本送達第二上訴人翌日即92年12月13日起算之法定遲延利息。第一上訴人逾上開准許範圍外之其餘請求,為無理由,應予駁回。

十六、綜上所述,(一)第一上訴人依消費者保護法第7條第2項及公司法第23條等規定,得請求第二上訴人○○公司及陳○○連帶賠償第一上訴人之損害金額為1,404萬6,463元(454,901.5+1,537,237.5+12,054,324=14,046,463),及其中1,250萬9,225.5元(即91年7月16日至92年11月10日止已發生之醫療費用45萬4,901.5元及將來之醫療費用、勞動能力減損及精神慰撫金等項共1,205萬4,324元)自92年12月13日起算之法定遲延利息,另153萬7,237.5元(92年11月11日至97年3月20日止已發生之醫療費用)自原審擴張訴狀送達第二上訴人翌日即97年3月22日起算之法定遲延利息範圍內,為有理由,應予准許;第一上訴人逾上開准許範圍之其餘請求,則屬無據,應予駁回。(二)第一上訴人依消費者保護法第51條規定,得請求第二上訴人○○公司給付懲罰性賠償金100萬元及自請求翌日即93年12月11日起算之法定遲延利息,為有理由,應予准許。第一上訴人敗訴部分之假執行聲請亦失依附,應併予駁回。

原審判決第二上訴人應連帶給付1,002萬3,404元,及其中4萬5,158元自92年12月13日起,4萬6,796元自97年3月22日起,其餘部分(即993萬1,450元)自91年7月16日起算之法定遲延利息,除原審就上開其餘部分993萬1,450元之超過自92年12月13日起算法定遲延利息不應

准許之部分，為第二上訴人敗訴之判決並諭知假執行之宣告，尚有未洽，第二上訴人上訴意旨求予廢棄改判，為有理由外，其餘所命給付並無不合，爰由本院就原審判決不當部分予以廢棄改判如主文第二項所示。至於第一上訴人之請求應予准許部分，原判決為第二上訴人敗訴之判決並諭知假執行之宣告，並無不合，第二上訴人上訴意旨指摘原判決不當，為無理由，應駁回第二上訴人之上訴。

第一上訴人就原判決駁回之金額部分提起第二審上訴，本院判認第二上訴人應再連帶給付402萬3,059元（14,046,463-10,023,404=4,023,059），及其中253萬2,617.5元【即本院准許之91年7月16日至92年11月10日已發生醫療費用454,901.5元及將來醫療費用、減少勞動能力、精神慰撫金共計12,054,324元，扣除原審准許上開項目之金額45,158元、9,931,450元後為2,532,617.5元】自92年12月13日起，另149萬441.5元【本院准許之92年11月11日至97年3月20日已發生醫療費用1,537,237.5元扣除原審准許此部分之46,796元後為1,490,441.5元】自97年3月22日起，均至清償日止之法定遲延利息，原審就此尚應准許部分，為第一上訴人敗訴之判決，並駁回其假執行之聲請，尚有未合，第一上訴人提起上訴再為請求，為有理由，爰由本院廢棄改判如主文第三項所示。至於第一上訴人之請求仍不應准許部分，原審為其敗訴之判決並駁回其假執行之聲請，核無違誤，第一上訴人仍執陳詞，求予廢棄，為無理由，應駁回第一上訴人之上訴。

就本判決主文第三項所命第二上訴人應再連帶給付部分

，爰依兩造聲請定准免假執行之擔保金額如主文第六項所示。

十七、第二上訴人及被上訴人另聲請本院向勞保局、全民健保局調取有關第一上訴人以前在其他中西醫院診所之門診紀錄，以資判斷其在服用系爭「龍膽瀉肝湯」之前即已罹患腎病變、程度如何等事項（本院卷(一)第211頁，卷(二)第12頁）。然第一上訴人在90年11月20日至和平醫事檢驗所檢驗腎臟功能為正常，已如前述，可見第一上訴人縱其前罹有病症亦未至腎病變程度，已堪確定，則第二上訴人及被上訴人尚聲請調取第一上訴人於其前之中西醫院診所之門診紀錄，自無必要，附此說明。

十八、據上論結：第一上訴人及第二上訴人之上訴均為一部有理由，一部無理由，依民事訴訟法第450條、第449條第1項、第79條、第85條第2項、第463條、第390條第2項、第392條，判決如主文。

中 華 民 國 100 年 6 月 29 日
民事第一庭審判長法官 張耀彩
法官 盧彥如
法官 林金吾

正本係照原本作成。

如不服本判決，應於收受送達後20日內向本院提出上訴書狀，其未表明上訴理由者，應於提出上訴後20日內向本院補提理由書狀（均須按他造當事人之人數附繕本）上訴時應提出委任律師或具有律師資格之人之委任狀；委任有律師資格者，另應附具律師資格證書及釋明委任人與受任人有民事訴訟法第466條之1第1項但書或第2項（詳附註）所定關係之釋明文書影本。

如委任律師提起上訴者，應一併繳納上訴審裁判費。

中 華 民 國 100 年 6 月 29 日
書記官 張淑芳

附註：

民事訴訟法第466條之1（第1項、第2項）：

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

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

第二節 定型化契約

第十一條 企業經營者在定型化契約中所用之條款，應本平等互惠之原則。

定型化契約條款如有疑義時，應為有利於消費者之解釋。

【相關判決】

1 臺灣高等法院民事判決99年度保險上字第25號

【摘要】

按保險契約之解釋，應探求契約當事人之真意，不得拘泥於所用之文字，如有疑義時，應以作有利於被保險人之解釋為原則。又定型化契約如有疑義，應為有利於消費者之解釋。保險法第54條第2項、消費者保護法第11條第2項均定有明文。

臺灣高等法院民事判決

99年度保險上字第25號

上訴人 ○○人壽保險股份有限公司台灣分公司

法定代理人 朱○○

訴訟代理人 黃靜嘉律師

楊佩怡律師

被上訴人 王○○

上列當事人間給付保險金事件，上訴人對於中華民國99年3月30日臺灣臺北地方法院99年度保險字第12號判決提起上訴，經本院於100年3月15日言詞辯論終結，判決如下：

【主文】

上訴駁回。

第二審訴訟費用由上訴人負擔。

【事實及理由】

一、本件上訴人○○人壽保險股份有限公司台灣分公司（原名：美商康健人壽保險股份有限公司台灣分公司）之法定代理人已由漢格蘭變更為朱立明，並經朱立明聲明承受訴訟（見本院卷第1卷第189頁之聲明承受訴訟狀及第191頁之外國公司分公司變更登記表），續行訴訟，應予准許。又上訴人之上訴狀雖誤載原判決案號為98年度審保險字第145號（見本院卷第7頁之上訴狀），惟查上開案號乃原審言詞辯論程序前之準備程序案號，其案號之編列乃行政作業上之標記，並不影響其案件之同一，故仍應認上訴人之上訴程序合法。另上訴人雖於本院始提出錄音光碟片（含譯文）及宣傳單（見本院卷第1卷第114頁至第127頁），惟核係對於其在第一審已提出主張兩造成立保險契約合意內容為補充，依民事訴訟法第447條第3款規定，仍應予准許。均合先敘明。

二、兩造之聲明及陳述如下：

（一）被上訴人起訴主張：伊於民國95年6月28日，以伊本人為要保人及被保險人，與上訴人（原名：美商康健人壽保險股份有限公司台灣分公司）簽訂保險契約，投保「康健人壽55得利生存保險PUG」、「康健人壽團體傷害保險GPE」、「康健人壽團體住院補償保險GHE」保險（保單號碼：TWA0000000），其中就「康健人壽團體住院補償保險GHE」（下稱住院補償保險GHE）部分，並約定實際投保日額為新臺幣（下同）3千元，即伊於契約有效期間，因傷害或疾病經合格醫師診斷必須住院治療者，由上訴人依實際投保日額、實際住院日數給付「每日住院補償金」，並依實際投保日

額2分之1、實際住院日數給付「每日居家療養費用補償金」，但每次住院補償金、每日居家療養補償金之給付最高以90日為限，又被保險人如因腦血管疾病、慢性肝病及肝硬化、高血壓性疾病，經醫師診斷必須住院施行手術者，上訴人另依據上開每日住院補償金（依實際投保額×實際住院日數）之100倍給付「特定疾病手術補償金」。嗣伊於系爭住院補償保險契約有效期間，經診斷首次罹患原發性肝惡性腫瘤、慢性肝炎、肝硬化、B型病毒肝炎，旋於97年11月21日至97年12月1日（計11日）住院治療，並於97年11月24日接受肝腫瘤切除手術，故依上開約定，上訴人應給付伊「每日住院補償金」3萬3千元、「每日居家療養費用補償金」1萬6,500元、「特定疾病手術補償金」330萬元。詎伊於97年12月10日備齊所需文件申請理賠時，上訴人除給付「每日住院補償金」3萬3千元、「每日居家療養費用補償金」1萬6,500元外，就「特定疾病手術補償金」，僅按被上訴人實際投保日額3千元之100倍給付30萬元，尚餘3百萬元未為給付，爰依保險契約之約定，請求上訴人給3百萬元，及自上訴人拒絕理賠之日即97年12月12日起至清償日止，按年息百分之10計付利息之判決。並陳明願供擔保，請准宣告假執行。

(二)上訴人則以：所謂「特定疾病手術補償金」係指被保險人於系爭住院補償保險契約有效期間內，因腦血管疾病、慢性肝病及肝硬化、高血壓性疾病，經醫師診斷必須住院施行手術者，上訴人將依據保險給付表所載「每日住院補償金額」之100倍為給付者。茲被上

訴人投保之住院補償保險GHE，其保險日額為3千元，故其「每日住院補償金額」為3千元，則其因慢性肝病等疾病住院切除肝腫瘤手術，所得請求之「特定疾病手術補償金」應為每日3千元×100倍即30萬元。蓋「住院補償金」、「特定疾病手術補償金」係屬不同之給付項目，「住院補償金」須按住院日數計算，「特定疾病手術補償金」則與住院日數無關，僅需按投保日額×100倍計算即可，兩者計算標準有別，不生定義不清或解釋有疑義之問題，尚無適用保險法第54條第2項、消費者保護法第11條第2項規定，另為解釋之餘地，此亦經財團法人保險事業發展中心為相同之認定。被上訴人主張「特定疾病手術補償金」應再乘以住院日數，係將「住院補償金」與「特定疾病手術補償金」之理賠計算方式混為一談，核與系爭住院補償保險契約約定相違，自不足取等語，資為抗辯。

- (三)原審判決上訴人應給付被上訴人3百萬元及自97年12月26日起至清償日止，按年息百分之10計算之利息，駁回被上訴人其餘之訴（即被上訴人請求自97年12月12日起至97年12月25日止按年息百分之10計算之利息部分），上訴人就其敗訴部分提起上訴，並聲明：（一）原判決不利於上訴人部分廢棄。（二）上開廢棄部分，被上訴人在第一審之訴及假執行之聲請均駁回。被上訴人就其敗訴部分未聲明不服而告確定，就上訴人之上訴則答辯聲明：上訴駁回。

三、經查兩造均不爭執被上訴人有與上訴人訂定前揭保險契約被上訴人有於保險期間因肝惡性腫瘤等疾病住院並開刀切

除肝腫瘤之事實，復有被上訴人提出之保險契約資料、診斷書為證（見原審審保險字卷-下稱原審卷第1卷，第20頁至第25頁及第31頁），故此部分事實應認為真實。而被上訴人於97年12月10日申請理賠，上訴人已就被上訴人上開申請保險事故給付「每日住院補償金」3萬3千元、「每日居家療養費用補償金」1萬6,500元，及30萬元「特定疾病手術補償金」之事實，亦為兩造所不爭執，復有兩造提出之理賠通知書為證（見原審卷第1卷第32頁），是此部分事實亦堪認為真實。至被上訴人主張上訴人應再給付「特定疾病手術補償金」3百萬元，則為上訴人所否認，並以前揭情詞置辯，經查：

(一)依兩造所訂住院補償保險契約「特定疾病手術補償金」約定條款之記載，「特定疾病手術補償金」之給付，係依據「保險給付表」所載「每日住院補償金額」之100倍計算（見原審卷第1卷第25頁之住院補償保險重要內容摘要）。而上訴人所交付被上訴人之保險資料，計有保單明細、要保書、五五得利生存保險（PUI/PUG）、團體傷害保險重要內容摘要（GPE）、團體住院補償保險重要內容摘要（GHE）、海外急難救助服務辦法、救援卡（見原審卷第1卷第17頁至第29頁），而其中除上開住院補償保險重要內容摘要（GHE）有列載保險給付表外，並無其他資料有列載保險給付表，且該GHE列載之保險給付表欄位中，除「核保內容」項下列有「每日住院補償金」之項目外，並無關於「每日住院補償金『額』」之記載，亦有被上訴人所提出之保險契約文件附卷足憑（見原審卷第1卷第17頁至第30頁）。上訴人交付之保險契約文件

所附保險給付表既無關於「每日住院補償金『額』」之記載，則其就「特定疾病手術補償金」約定條款所指之「保險給付表」所載之「每日住院補償金『額』」為何即有不明，於計算「特定疾病手術補償金」時，自有探求當事人真意予以解釋之必要，如有疑義，並應依保險法第54條第2項、消費者保護法第11條第2項規定為有利於被保險人即被上訴人之解釋，上訴人抗辯系爭住院補償保險契約不生定義不清或解釋有疑義之問題，無保險法第54條第2項、消費者保護法第11條第2項規定之適用云云，尚不足取。

- (二)按保險契約之解釋，應探求契約當事人之真意，不得拘泥於所用之文字，如有疑義時，應以作有利於被保險人之解釋為原則。又定型化契約如有疑義，應為有利於消費者之解釋。保險法第54條第2項、消費者保護法第11條第2項均定有明文。本件兩造就「每日住院補償金『額』」是否即為上開住院補償保險重要內容摘要（GHE）列載之保險給付表欄位中之「每日住院補償金」一節，互有爭執，故依上開法條規定，自應作有利於被保險人即被上訴人之解釋為原則。上訴人雖提出康健人壽團體特定疾病手術補償金批註條款（樣本）及所附之保險給付表（上載「每日住院補償金額3,000元整」）為證（見原審卷第1卷第47頁及第48頁），抗辯：「特定疾病手術補償金」約定條款所記載者為「每日住院補償金『額』」，非「每日住院補償金」，而被上訴人所投保之內容為「團體住院補償保險GHE保險日額3,000元」，其「每日住院補償金『額』」為3千元云云，並提出錄音光碟片（含譯文

）及宣傳單為證（見本院卷第1卷第114頁至第127頁），抗辯：其所屬員工以電話向被上訴人說明保險契約內容時，均有特別告知關於特定疾病手術補償金乃每日住院補償金額乘以100倍，且為被上訴人所明知者，故被上訴人不得再主張不知保險契約約定，請求再給付3百萬元之特定疾病手術補償金云云。

惟查：

1. 上訴人自承並未將上開康健人壽團體特定疾病手術補償金批註條款（樣本）及所附之保險給付表交付被上訴人（見原審保險字卷第12頁之言詞辯論筆錄）。而上訴人所交付予被上訴人之保險資料，除系爭住院補償保險重要內容摘要（GHE）列載之保險給付表外，並無其他保險給付表，更無關於「每日住院補償金額3,000元整」之記載，已如前述，故自難據上訴人所提出之上開批註條款為有利於上訴人之認定。
2. 上訴人所提出之錄音光碟片（含譯文）係針對95年6月28日由上訴人委請之電話行銷部人員林育君與被上訴人之二次電話內容錄音製作者（見本院卷第1卷第114頁至第126頁），上訴人並陳稱被上訴人同時有閱讀林育君傳真予被上訴人之宣傳單（見本院卷第1卷第127頁），而宣傳單上明白記載特定疾病手術補償金給付30萬元，且以一次為限。惟被上訴人否認有閱讀上開宣傳單，及明知特定疾病手術補償金給付30萬元之事實。經查上開宣傳單上受文者並無被上訴人之姓名，故已難據以認定被上訴人有收受該宣傳單並知悉該宣傳單內容之事實。況查

該宣傳單之文尾更明白記載：「以上資料僅供參考詳細內容及給付要件請以保險契約條款為準PUG101.10.000+GPEP01.100+GHEP01.3000(1205)2006/04/28」（見本院卷第1卷第127頁），堪認兩造間保險契約權利義務內容仍須俟正式簽訂契約後依契約文件所載為準。次查依光碟片之內容觀之，林育君與被上訴人間之二次談話僅有7分43秒及15分56秒，林育君並未仔細就各種保險給付內容逐項說明，且被上訴人詢問之重點亦在每日住院補助上，並未就特定疾病手術補償金特別詢問，而林育君亦未提出任何細節說明，僅作制式化口述給付項目及金額，難認有提供完整及正確之資訊，故尚難依系爭光碟片即認被上訴人已就特定疾病手術補償金之給付內容充分了解。綜上說明，應認上訴人所提出之證據資料，均不足以據為證明兩造就特定疾病手術補償金之給付，確有達成按「每日住院補償金額3,000元整」乘以100倍計算即30萬元之合意，故上訴人所辯，自不足取。

- (三)承前所述，上訴人抗辯既非可取，則有關特定疾病手術補償金之給付，即應作有利於被保險人即被上訴人主張之解釋，即依被上訴人之認知乃按每日住院補償金（即每日住院補償金額【實際投保日額】×實際住院日數＝每日住院補償金）乘以100倍計算。據此計算結果，則被上訴人得請求之「特定疾病手術補償金」計330萬元（其計算式為：3,000×11×100＝3,300,000），扣除上訴人前已給付之30萬元，上訴人尚應給付被上訴人「特定疾病手術補償金」3百萬

元（其計算式為： $3,300,000 - 300,000 = 3,000,000$ ）。

四、綜上所述，被上訴人請求上訴人給付3百萬元及自97年12月26日起至清償日止，按年息百分之10計算之利息部分，洵屬有據，應予准許。從而，原審就此部分所為上訴人敗訴之判決，並無不合。上訴論旨仍執前詞指摘原判決此部分不當，求予廢棄改判，為無理由。

五、至上訴人另提出之98年8月以後支付之住院補償保償金給付明細（見本院卷第2卷第28頁），核係本件訴訟繫屬後發生之後續住院支出，與系爭3百萬元特定疾病手術補償金之爭執無關。又其提出之財團法人保險事業發展中心函（見原審卷第1卷第49頁至第50頁），僅就保險項目為其專業之說明，但並不能證明兩造就保險契約合意之內容究為何，故縱經斟酌，亦不能影響本判決之結果。此外，兩造其餘之攻擊或防禦方法，及未經援用之證據，經本院斟酌後，亦均認不足以影響本判決之結果，爰不再逐一詳予論駁，併此敘明。

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

中 華 民 國 1 0 0 年 4 月 1 2 日

民事第十六庭審判長法 官 王聖惠

法 官 呂淑玲

法 官 謝碧莉

正本係照原本作成。

如不服本判決，應於收受送達後20日內向本院提出上訴書狀，其未表明上訴理由者，應於提出上訴後20日內向本院補提理由書狀（均須按他造當事人之人數附繕本）上訴時應提出委任律

師或具有律師資格之人之委任狀；委任有律師資格者，另應附具律師資格證書及釋明委任人與受任人有民事訴訟法第466條之1第1項但書或第2項（詳附註）所定關係之釋明文書影本。如委任律師提起上訴者，應一併繳納上訴審裁判費。

中 華 民 國 1 0 0 年 4 月 1 2 日
書記官 李翠齡

附註：

民事訴訟法第466條之1（第1項、第2項）：

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

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

第十一條之一 企業經營者與消費者訂立定型化契約前，應有三十日以內之合理期間，供消費者審閱全部條款內容。

違反前項規定者，其條款不構成契約之內容。但消費者得主張該條款仍構成契約之內容。

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。

【相關判決】

- 1 最高法院民事判決100年度台上字第196號
- 2 臺灣高等法院民事判決99年度上易字第618號

【摘要】

兩造既約定系爭契約及代辦貸款委託書簽約後，上訴人得審閱至九十三年十一月三十日，其間若有爭議，得要求變更，惟迄上訴人於簽立系爭切結書時，並無何疑義及爭執，應認上訴人已有相當時日詳閱，至系爭切結書僅有四條條文，且係應上訴人要求提早交屋而簽立，難認未給予審閱期間，均無違反消費者保護法（下稱消保法）第十一條之一之規定。

最高法院民事判決

100年度台上字第196號

上訴人 李○○

訴訟代理人 鄭瑞崙律師

被上訴人 ○○建設開發股份有限公司

法定代理人 陳○○

上列當事人間請求回復原狀事件，上訴人對於中華民國九十九

年六月二十三日台灣高等法院高雄分院第二審更審判決（九十七年度上更(二)字第二六號），提起上訴，本院判決如下：

【主文】

上訴駁回。

第三審訴訟費用由上訴人負擔。

【理由】

本件被上訴人主張：兩造於民國九十三年十一月二十六日簽訂房地買賣合約書（下稱系爭契約），由上訴人向伊購買坐落高雄市○鎮區○○段一小段一五八○地號土地，權利範圍萬分之七八（下稱系爭土地），及其上建號第三四二六號、門牌號碼高雄市前鎮區○○○路二二七巷五五號房屋（下稱系爭房屋），價金計新台幣（下同）五百五十萬元；上訴人為辦理提早交屋，於九十三年十二月三十日簽立切結書（下稱系爭切結書），保證將配合被上訴人取得銀行貸款，並於系爭土地及房屋過戶後，隨即由銀行撥款繳納款項予伊，絕不因任何理由要求銀行延遲撥款。伊依約於九十四年一月四日辦妥系爭土地及房屋所有權移轉登記於上訴人並點交完竣，惟上訴人竟以系爭房屋有瑕疵為由，阻止寶華銀行股份有限公司（下稱寶華銀行）撥款。伊於九十四年一月十一日以存證信函催告上訴人於文到三日內將銀行貸款金額交付或以現金一次給付，上訴人仍未付款，乃以存證信函為解除買賣契約意思表示，並於九十四年一月二十日送達上訴人，系爭契約已合法解除等情。爰依民法第二百五十九條之規定及系爭契約之約定，求為命上訴人將系爭土地及房屋所有權移轉登記與被上訴人，並返還系爭土地及房屋之判決。

上訴人則以：系爭房屋有瑕疵，被上訴人未依債之本旨提出給

付，伊自可主張同時履行抗辯，要求寶華銀行暫緩撥款。又被上訴人就定型化之系爭契約及切結書，未給與伊合理審閱期間，且預先免除其責任，並限制伊行使權利，應均屬無效，被上訴人自不得援引系爭契約及切結書之約定，主張伊遲延給付價款，進而解除系爭契約，請求回復原狀。況被上訴人持有伊簽發之本票，復明知伊已完成裝潢且入住，仍起訴請求回復原狀，有違誠信原則。縱認被上訴人解除契約為有理由，其亦應回復原狀如原判決附表（下稱附表）一之對待給付等語，資為抗辯。並以被上訴人已依第一審勝訴判決為假執行，因依民事訴訟法第三百九十五條第二項之規定，求為命被上訴人給付如附表二所示金額及利息損害之判決。

原審斟酌全辯論意旨及調查證據之結果，以：兩造既約定系爭契約及代辦貸款委託書簽約後，上訴人得審閱至九十三年十一月三十日，其間若有爭議，得要求變更，惟迄上訴人於簽立系爭切結書時，並無何疑義及爭執，應認上訴人已有相當時日詳閱，至系爭切結書僅有四條條文，且係應上訴人要求提早交屋而簽立，難認未給予審閱期間，均無違反消費者保護法（下稱消保法）第十一條之一之規定。又上訴人始終未能具體指出系爭契約、代辦貸款委託書或切結書之內容有何顯失公平之處，自無從認定各該約定有違消保法第十二條、民法第二百四十七條之一、第一百四十八條第二項等規定而無效。其次，上訴人欲提早交屋，兩造為平衡未交付價金即先取得所有權暨占有之交易風險，由上訴人簽立系爭切結書，表示保證將配合被上訴人取得銀行貸款，並於系爭房地過戶後，隨即由銀行撥款繳納款項與被上訴人，絕不因任何理由要求銀行延遲撥款之旨，即屬民法第三百六十九條規定「契約另有訂定」之除外情形，上訴人自不得再主張其已拋棄之同時履行抗辯權。嗣被上訴人依

約於九十三年十二月三十一日將系爭房地點交上訴人，並於九十四年一月四日辦畢所有權移轉登記，堪認上訴人支付價金之期限屆至，即應依約同意寶華銀行撥款與被上訴人。乃上訴人竟阻止寶華銀行撥款，又未於被上訴人催告後付款，已屬違約，即不得以系爭房屋有瑕疵為由，拒絕給付全部價金，僅得主張解除契約、請求減少價金或不履行之損害賠償。況上訴人所指冷氣機之電源、熱水器及冷氣機之裝設位置等瑕疵，或無不妥，或經排除，難認情節重大；而上訴人發現瑕疵後，既不解除契約，或請求減少價金或不履行之損害賠償，僅願享受使用系爭房地之權利，尤不得主張同時履行抗辯而拒絕給付價金。另依系爭契約第二十二條第二項、代辦貸款委託書第四條第四款及切結書第一條等約定可知，被上訴人以上訴人上揭阻止寶華銀行撥款，又未於催告後七日內付款之所為，已違反契約為由，並於九十四年一月十一日以存證信函催告上訴人給付全部價金，上訴人於翌日表明拒絕付款後，乃又於同月十九日以存證信函為解除兩造系爭契約，自被上訴人催告起至解除契約意思表示於同月二十日送達上訴人已有七日期間，符合系爭契約之約定，則被上訴人於同年一月二十日所為解除系爭契約，於法並無不合，其起訴請求回復原狀，為權利之正當行使，無違誠信原則。至上訴人簽發之四百萬元本票，僅為擔保性質，且其權利行使過程未必較本件有利；另上訴人於被上訴人合法解除契約後，始提出三百萬元之一部給付，被上訴人拒絕受領，不負遲延責任。再者，上訴人自九十四年起迄九十九年止，共為系爭房地支出必要費用之稅款、管理費，合計七萬七千二百零三元；另支出有益費用之自來瓦斯管線費、裝潢費用、鋁紗門、網路裝設費、冷氣管線、不鏽鋼罩等，扣除折舊後為三十三萬零七十六元；而被上訴人依系爭契約第二十二條

第二項之約定，於解除契約後，沒收上訴人已繳納之定金及簽約金共二十萬元作為賠償，並無過高而應予酌減之情形。又上訴人雖不得請求被上訴人返還依委任代辦契約本應由上訴人支出之代收款，但得請求其餘款二萬三千九百五十八元。以上合計，上訴人得請求返還四十三萬一千二百三十七元，其並得抗辯與其所負回復原狀義務同時履行。至上訴人為向建管處取得系爭房地之藍圖，支出影印圖規費五百六十元，與被上訴人並無何法律上之關連性，上訴人自不得向被上訴人請求返還。惟因系爭契約合法解除後，上訴人仍占有系爭房地至九十五年十一月三十日止，即獲有相當於租金之不當得利，參酌高雄市不動產估價師公會鑑定、現場勘驗，佐以兩造就鑑定之估價報告就系爭房屋之租金計算方式不爭執，堪認上訴人所受利益為四十三萬三千六百零六元，且無過高情形。則被上訴人以上訴人應返還之利益四十三萬三千六百零六元，與其於解除契約後應返還上訴人之上開四十三萬一千二百三十七元為抵銷後，上訴人即無同時履行抗辯權可得行使。綜上，被上訴人請求上訴人回復原狀，將系爭土地及房屋之所有權移轉登記與被上訴人，並返還與被上訴人，洵屬有據。且上訴人所辯各節既屬無據，則第一審為被上訴人勝訴之判決，並依聲請宣告附條件之假執行，即無違誤，上訴人不得請求被上訴人返還因假執行所受附表二之金額及利息損害，為其心證之所由得，並說明上訴人其餘主張與舉證，無一一論述之必要，因而維持第一審所為上訴人敗訴部分之判決，駁回其上訴，並駁回其所為給付假執行所受損害之訴。

按因契約互負債務者，於他方當事人未為對待給付前，得拒絕自己之給付。但自己有先為給付之義務者，不在此限。民法第二百六十四條第一項定有明文。查上訴人欲提早交屋，兩造為

平衡未交付價金即先取得所有權暨占有之交易風險，由上訴人簽立系爭切結書，表明保證將配合被上訴人取得銀行貸款，並於系爭房地過戶後，隨即由銀行撥款繳納款項與被上訴人，絕不因任何理由要求銀行延遲撥款之旨一節，既為原審所確定之事實，則被上訴人於將系爭房地點交並將所有權移轉登記與上訴人後，上訴人即負有付款之義務。縱令上訴人所稱系爭房屋之瑕疵，發生於契約成立後，被上訴人除負物之瑕疵擔保責任外，同時構成不完全給付之債務不履行責任，亦因上訴人依系爭切結書之約定，有先為給付價金之義務，自不得以瑕疵未補正為由，行使同時履行抗辯權而拒付價金。原審本於上述理由而為上訴人敗訴之判決，雖非完全以此為據，但於判決結果並無二致，仍應維持。此外，被上訴人於原審對上訴人同時履行抗辯而為之抵銷主張，依其提出答辯狀所載內容以觀（原審上更（二）卷一宗四三、四四頁），顯符合民事訴訟法第四百四十七條第一項但書第六款「如不許其提出顯失公平」及第二項之規定，原審准其提出，並無可議。上訴意旨，徒就原審取捨證據、認定事實及解釋契約之職權行使，暨其他贅述或與判決結果不生影響之理由，指摘原判決不當，聲明廢棄，非有理由。

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

中 華 民 國 一〇〇 年 二 月 十 日

最高法院民事第七庭審判長法 官 顏南全

法 官 林大洋

法 官 沈方維

法 官 鄭傑夫

法 官 鄭雅萍

消費者保護法判決函釋彙編(十三)

本件正本證明與原本無異

書記官

中華民國一〇〇年二月二十二日

【摘要】

上訴人未給予詹○○合理審閱系爭契約書之期間，且此等約定並非一般消費者所能普遍認知，上訴人復未提出證據，足以證明詹○○於簽約前已充分瞭解系爭契約之權利義務關係，且於充分瞭解後始同意與上訴人成立系爭契約關係，則詹○○辯稱該約款為無效，應可採取。此約款既為無效，則詹○○於接獲上訴人之通知後，拒絕履行系爭契約之上開約款而與俞俊良簽訂系爭房地之買賣契約，即無違契約之義務，不構成系爭契約第貳部分「甲、乙雙方之權利義務」第五條第二項第(3)款約定之違約事由，故上訴人依該約定及系爭契約第貳部分第四條第一項之約定，請求被上訴人給付委託銷售總價4%之服務報酬及2%之違約金，為無理由。

臺灣高等法院民事判決

99年度上易字第618號

上訴人 ○○開發有限公司

法定代理人 黃○○

訴訟代理人 湯基蘭

施竣中律師

被上訴人 詹○○

法定代理人 陳宥心

上列當事人間給付報酬事件，上訴人對於中華民國99年5月17日臺灣臺北地方法院98年度訴字第1117號第一審判決提起上訴，並為訴之追加，本院於100年2月15日言詞辯論終結，茲判決如下：

【主文】

上訴駁回。

被上訴人應於繼承被繼承人詹○○（身分證統一編號：Z 000000000號）所得遺產範圍內，給付上訴人新臺幣壹拾肆萬陸仟元，及自民國九十八年六月十日起至清償日止，按週年利率百分之五計算之利息。

上訴人其餘追加之訴駁回。

第二審訴訟費用由上訴人負擔。追加之訴訴訟費用由被上訴人於繼承被繼承人詹○○（身分證統一編號：Z 000000000號）所得遺產範圍內負擔十分之三，餘由上訴人負擔。

【事實及理由】

- 一、本件上訴人於原審依其與被上訴人之被繼承人詹○○於民國98年2月27日簽訂之專任委託銷售契約書（下稱系爭契約）第貳部分第四條第一項、第五條第二項第(3)款約定，請求被上訴人於繼承遺產之範圍內給付報酬及違約金新臺幣（下同）43萬8,000元，於本院追加依系爭契約第貳部分第五條第二項第(4)款約定為請求，核與民事訴訟法第446條第1項但書、第255條第1項第2款規定相符，應予准許，合先敘明。
- 二、本件被上訴人未於言詞辯論期日到場，核無民事訴訟法第386條各款所列情形，爰依上訴人之聲請，由其一造辯論而為判決。
- 三、上訴人主張：被上訴人之被繼承人詹○○於98年2月27日與伊簽訂系爭契約，委託銷售其所有坐落台北市○○區○○路424巷96號2樓房屋及所坐落土地之應有部分（下稱系爭房地），委託銷售金額為850萬元，委託期間自98年3月1日起至同年6月30日止，嗣於同年3月1日又簽訂委託銷售/出租契約內容變更同意書（下稱變更同意書），變更原定之出賣價格為730萬元。同年5月6日買主俞俊良同意

以730萬元購買系爭房地，並支付定金30萬元，依系爭契約第壹部分第四條第一項約定，買賣契約已有效成立，詎詹○○拒絕履行系爭契約，亦未出面簽訂與俞俊良間之買賣契約，構成系爭契約第貳部分第五條第二項第(3)款約定之事由。爰依系爭契約第貳部分第四條第一項、第五條第二項之約定，求為判命被上訴人應於繼承遺產之範圍內給付委託銷售總額6%之報酬及違約金即43萬8,000元等語。原審為上訴人敗訴之判決，上訴人提起上訴，另主張詹○○於系爭契約期限於98年6月30日屆滿前，於98年4月間委託信義房屋股份有限公司（下稱信義房仲公司）銷售系爭房地，有違反系爭契約第貳部分第五條第二項第(4)約定之事由，被上訴人應於繼承遺產之範圍內給付委託銷售總額6%之報酬及違約金，上訴聲明：(一)原判決廢棄。(二)被上訴人應於繼承遺產之範圍內給付給付上訴人43萬8,000元，及自起訴狀送達翌日起至清償日止按週年利率5%計算之利息。

- 四、被上訴人未於言詞辯論期日到庭，亦未提出書狀作何聲明及陳述。惟詹○○於原審辯稱：因伊四姊即訴外人詹美莉於上訴人處工作，故委託上訴人銷售系爭房地，由詹美莉承辦，但上訴人未盡委託之責，將專任約定日期寫錯，伊於98年5月4日要求更改日期和底價，但遭上訴人拒絕。又伊因長期酗酒意識狀況差，不懂系爭契約之內容與細節而完全相信詹美莉，實不知會僅以730萬元將出售系爭房地。另上訴人未將系爭契約交付伊攜回審閱3日，依消費者保護法第11條之1第1、2項約定，系爭契約之全部條款均不構成契約內容，故系爭契約應不成立。縱認系爭契約成立，其中第壹部分第4條第1、3項關於買方簽署購屋承諾

書後，買賣契約自動生效之約定，顯係減輕上訴人居間代售系爭房地之報告義務，並讓伊事先放棄房屋出售與否之決定權，故上開定型化契約條款有違反平等互惠原則及誠信原則，顯失公平而無效，伊與俞俊良間就系爭房地之買賣契約不因購屋承諾書之簽署而自動生效。再伊至今未收到任何定金，無推定買賣契約成立之效力，故買賣契約不成立，不生違約之問題，上訴人不得請求服務報酬或違約金。縱前開定型化契約條款均有效、買賣契約成立，而認為伊違約，上訴人實際損失僅有委託銷售總價4%的服務報酬，依民法第252條請求酌減2%的違約金，另上訴人既自俞俊良代為收受定金，被上訴人本得依民法第541條，請求上訴人交付定金30萬元，爰以此主張抵銷等語。並答辯聲明：(一)上訴人之訴及其假執行之聲請均駁回。(二)如受不利判決，願供擔保請准宣告免為假執行。

五、上訴人主張伊為中信房屋延吉加盟店，而詹○○原為系爭房地之所有權人。伊於98年2月27日與詹○○簽立系爭契約，受託銷售系爭房地，委託銷售總價為850萬元，委託期間為98年3月1日起至同年6月30日止；雙方另簽署日期為98年3月1日之系爭變更同意書，變更委託銷售總價為730萬元。惟系爭房地嗣於98年7月23日以買賣為由，移轉登記予訴外人黃世昌等情，業據提出系爭契約書影本、委託銷售/出租契約內容變更同意書影本、建物登記謄本各1件為證（見原審卷第11至17、83頁），且為詹○○於原審所不爭，自堪信為真實。

六、被上訴人主張伊與詹○○於簽訂系爭契約後，嗣於98年5月6日覓得買主俞俊良同意以730萬元購買系爭房地，並支付定金30萬元。詎詹○○拒絕履行系爭契約，亦未出面與

俞俊良簽訂系爭房地之買賣契約，依約應給付服務報酬及違約金等語，詹○○則以上訴人未交付契約書予伊審閱，且系爭契約第壹部分第四條第一、三項關於買方簽署購屋承諾書後，買賣契約自動生效之約定，有違反平等互惠原則及誠信原則，顯失公平而無效等語，經查：

- (一)按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。違反前項規定者，其條款不構成契約之內容。但消費者得主張該條款仍構成契約之內容。消費者保護法第11條之1第1、2項定有明文。詹○○辯稱上訴人未將系爭契約書交付伊攜回審閱3日等語，雖經上訴人以系爭契約前文已記載「委託人即賣方簽訂本專任委託銷售契約前亦確實攜回詳閱三天以上並充分了解本契約內容無誤」為由再為抗辯，惟上訴人公司係從事房地仲介業務，系爭契約書乃上訴人預定用於同類委託銷售契約條款而訂定之契約，為上訴人與詹○○於原審所不爭，性質上應屬於定型化契約，依上開規定，應有30日以內之合理期間以供詹○○審閱全部條款內容。而上訴人並未舉證證明其於簽立系爭契約前已交付契約約款內容予詹○○審閱，詹○○係於98年2月27日下午5時40分許簽立一式二聯之系爭契約（見原審卷第16頁），並收受上訴人所交付一聯之契約書，嗣於同年3月1日即再簽立變更同意書，將系爭委託價格由850萬元變更為730萬元，有委託銷售/出租契約內容變更同意書影本1紙附卷可稽（見原審卷第14頁），是詹○○自簽立系爭契約至變更委託價格，尚不足3日，應可認定。

(二)又按審閱契約目的在揭露交易資訊，上開踐行契約審閱權之規定，乃上訴人之從給付義務，此觀消費保護法第12條第1項「定型化契約中之條款違反誠信原則，對消費者顯失公平者，無效。」之規定即明，故定型化契約條款中，若為消費者所瞭解之事項，且無違反誠信原則，而對消費者顯失公平者，即難主張該條款無效。本件兩造既已就委託事項、委託期間、委託價格及報酬等項達成合意，而此合意內容乃一般仲介契約之必要之點，未涉及仲介契約當事人間細部之權利義務，詹○○縱未將系爭契約攜回仔細審閱，亦能瞭解其內容，是詹○○辯稱系爭契約因上訴人未給予契約審閱期間而全部無效云云，要無足採。

(三)上訴人主張伊於98年5月6日覓得買主俞俊良同意以730萬元購買系爭房地，並支付定金30萬元，依系爭契約壹「銷售條件」第4條第1項約定，買賣契約成立云云，雖提出購屋承諾書影本1紙為證（見原審卷第18頁），惟上訴人未給予詹○○合理審閱系爭契約書之期間，且此等約定並非一般消費者所能普遍認知，上訴人復未提出證據，足以證明詹○○於簽約前已充分瞭解系爭契約之權利義務關係，且於充分瞭解後始同意與上訴人成立系爭契約關係，則詹○○辯稱該約款為無效，應可採取。此約款既為無效，則詹○○於接獲上訴人之通知後，拒絕履行系爭契約之上開約款而與俞俊良簽訂系爭房地之買賣契約，即無違契約之義務，不構成系爭契約第貳部分「甲、乙雙方之權利義務」第五條第二項第(3)款約定之違約事由，故上訴人依該約定及系爭契約第貳部分第四條第一項之約

定，請求被上訴人給付委託銷售總價4%之服務報酬及2%之違約金，為無理由。

七、上訴人主張詹○○於系爭契約之委託銷售期限於98年6月30日屆滿前，另於98年4月間委託信義房仲公司銷售系爭房地，有違反系爭契約第貳部分第五條第二項第(4)款約定之事由，應給付伊服務報酬及違約金等語，詹○○則辯稱違約金過高，應予酌減等語。經查：

(一)被上訴人既將系爭房地委託上訴人專任仲介出售，當知悉不得再於委託期間任意委託他人銷售系爭房地或將之出售他人，使上訴人所支出勞費歸於徒勞，故系爭契約第貳部分第五條第二項第(4)款約定：「委託期間內，甲方（即詹○○）自行銷售、出租或經由第三人介紹或其他類似之銷售行者。」應認有效。詹○○辯稱此部分為無效云云，為不可採。

(二)系爭房地業於98年7月23日以同年月1日買賣為原因，登記為黃世昌所有人，有上訴人提出之建物登記第二類謄本1紙附卷可稽（見原審卷第83頁），而詹○○另委託信義房仲公司萬大店自98年4月25日起至同年7月24日止銷售系爭房地，經仲介黃世昌於98年4月底以690萬元買受系爭房地等情，業經證人黃世昌、蘇昭文結證屬實（見本院卷第42頁背面、第43頁、第130頁背面），復有信義房仲公司陳報狀1紙附卷可稽（見本院卷第108頁），足見詹○○確於系爭契約約定之委託銷售期間內，另委託信義房仲公司萬大店銷售系爭房地，且已成交。依系爭契約貳「甲、乙雙方之權利義務」第五條第二項第(4)款約定：「除第(1)款情形甲方應支付乙方按本契約第壹大項第二項委託

銷售總價百分之二計算之違約金外，有其餘各款情形甲方應支付乙方委託銷售總價百分之六（其中百分之四為服務報酬、百分之二為違約金）…(4)委託期間內，甲方自行銷售、出租或經由第三人介紹或其他類似之銷售行為者」，詹○○既於系爭契約約定之委託銷售期間內，另委託信義房仲公司萬大店銷售系爭房地，已違反上開約定。

- (三)按約定之違約金額過高者，法院得減至相當之數額，民法第252條定有明文。至於違約金有無過高，應以債務人若能如期履行債務時，債權人所得享受之一切利益為準，亦即應以債權人因債務人違約而遭受之損害及所失利益為標準。故約定之違約金苟有過高情事，法院即得依此規定核減至相當之數額，且此項核減，法院得以職權為之（最高法院79年台上字第1612號判例意旨參照）。查系爭契約第貳部分第五條第二項第(4)款約定：「除第(1)款情形甲方應支付乙方按本契約第壹大項第二條委託銷售百分之二計算之違約金外，有其餘各款情形甲方應支付乙方委託銷售總價的百分之六（其中百分之四為服務報酬、百分之二）…(4)委託期間內，甲方自行銷售、出租或經由第三人介紹或其他類似之銷售行者…」，所稱給付雖名為服務報酬，惟其實際並非詹○○於系爭房地成交時所應給付之服務報酬，而應屬債務不履行之違約金性質，此觀諸該條明確記載「違約處罰」自明，且綜合該條款約定觀察，足見兩造係合意當詹○○委託第三人銷售系爭房地時，即視為違約，因此上訴人得不待舉證證明其損害係因債務不履行所致及其數額之多寡，即

得請求上訴人給付按委託銷售總價百分之六計算之金額，此係以預定債務不履行之損害賠償額為目的，以上訴人如完成仲介服務可得之報酬即賣方給付總價百分之四、買方支付百分之二，合計百分之六之固定賠償總額，依民法第250條第2項之規定，應屬損害賠償額預定之違約金。本院審酌上訴人依系爭銷售契約所負有之義務，含居間仲介及銷售過戶系爭房地，系爭房地委託銷售價額為730萬元，以上訴人先前為仲介買賣系爭房地，進行帶看房屋、刊登廣告、於網站上登錄系爭房地資料等行銷行為，固有客戶帶看記錄表、報紙廣告、中信房訊、個人工作日誌、網站登錄資料等件影本附卷可佐（見原審卷第67至78頁；本院卷第48至63頁），但所費不多，及因詹○○違約，上訴人因此省卻本需處理系爭房地相關之過戶、點交等事宜所需付出之人事、勞務費用，並加計所應得之營業利潤等情，認系爭契約所約定按委託總價730萬元之百分之六計算之違約金43萬8,000元，應屬過高，應核減為按委託銷售價格百分之二計算即14萬6,000元為合理，是上訴人於此範圍內請求詹○○給付違約金，始屬允當，逾此部分，即非正當。

- 八、按繼承人對於被繼承人之債務，以因繼承所得遺產為限，負清償責任，民法第1148條第2項定有明文。詹○○於98年9月3日死亡，被上訴人為其繼承人，未向法院聲明拋棄繼承及限定繼承等情，有繼承系統表、原法院民庭事函文、個人基本資料查詢結果、原法院99年9月1日北院木家家99科繼1394字第0990005438號函、臺灣板橋地方法院99年3月3日板院輔家科春竹字第013566號函、99年9月8日板院

輔家科春君字第061161號函、戶籍謄本等件附卷可憑（見原審卷第115、125、129至131、145頁；本院卷第83、86、139、140頁）。是上訴人請求被上訴人於繼承所得遺產之範圍內，負擔繼承系爭契約所生之違約責任，於法有據。

九、綜上所述，被上訴人依系爭銷售契約第貳部分第五條第二項第(3)款約定及繼承之法律關係，請求上訴人給付於43萬8,000元及法定遲延利息範圍，為無理由，不應准許。原審為上訴人敗訴之判決，並無不合；上訴論旨指摘原判決不當，求予廢棄改判，為無理由，應駁回上訴。被上訴人於本院審理中，另追加依系爭銷售契約第貳部分第五條第二項第(4)款約定及繼承之法律關係，請求被上訴人於繼承被繼承人詹○○所得遺產範圍內，給付上訴人14萬6,000元，及自起訴狀繕本送達詹○○翌日即98年6月10日起至清償日止，按週年利率5%計算之利息，為有理由，應予准許，判決如主文第二項所示。逾此部分之請求，為無理由，應予駁回。

十、兩造其餘之攻擊或防禦方法及未經援用之證據，經本院斟酌後，認為均不足以影響本判決之結果，爰不逐一論列。

十一、據上論結，本件上訴為無理由，追加之訴為一部有理由、一部無理由。依民事訴訟法第463條、第385條第1項前段、第449條第1項、第78條、第79條，判決如主文。

中 華 民 國 1 0 0 年 3 月 1 日
民事第十一庭審判長法 官 呂太郎
法 官 劉坤典
法 官 徐福晉

正本係照原本作成。

不得上訴。

中 華 民 國 1 0 0 年 3 月 3 日
書記官 秦仲芳

消費者保護法判決函釋彙編(十三)

第十五條 定型化契約中之定型化契約條款抵觸個別磋商條款之約定者，其抵觸部分無效。

【相關判決】

1 最高行政法院判決100年度判字第1791號

【摘要】

消保法第15條雖規定定型化契約中之定型化契約條款抵觸個別磋商條款之約定者，其抵觸部分無效，應僅於雙方經實質磋商個別磋商條款較有利於消費者時，始有適用。

最高行政法院判決

100年度判字第1791號

上訴人 ○○建設事業股份有限公司

代表人 趙○○

訴訟代理人 莊秀銘 律師

楊鎮宇 律師

林殷廷 律師

被上訴人 臺北市政府

代表人 郝龍斌

上列當事人間消費者保護事務事件，上訴人對於中華民國100年3月17日臺北高等行政法院99年度訴字第2533號判決，提起上訴，本院判決如下：

【主文】

上訴駁回。

上訴審訴訟費用由上訴人負擔。

【理由】

一、上訴人興建銷售「○○新都—香堤苑」、「○○首府」建

案，經被上訴人審查認定上訴人上開建案使用之預售房地買賣契約書內容違反內政部頒訂之「預售屋買賣定型化契約應記載及不得記載事項」（下稱預售屋契約應記載事項），遂分別以民國99年3月4日府地權字第09930445500號函、99年3月5日府地權字第09930446810號函通知上訴人於文到30日、文到10日內完成改正並函復被上訴人。因上訴人請求被上訴人將2案併案處理，被上訴人以99年3月26日府地權字第09930446830號函通知上訴人於99年4月7日前完成改正並函復被上訴人。嗣上訴人向被上訴人申請展延，經被上訴人同意上訴人改正期限延至99年4月19日；而上訴人於99年4月19日向被上訴人提出修正後之預售房地買賣契約書。被上訴人經審查後認定上訴人修正後之預售屋買賣契約書內容仍違反內政部公告之預售屋契約應記載事項，違反臺北市消費者保護自治條例（下稱北市消保自治條例）第8條規定，乃依同條例第38條規定，以99年4月23日府地權字第09931072100號函裁處上訴人新臺幣（下同）2萬元罰鍰，並請於文到30日內將改正後定型化契約範本送被上訴人所屬地政處，逾期未改正將連續處罰。上訴人不服，提起訴願（業經內政部99年10月26日台內訴字第0990114706號訴願決定駁回，再由原審法院99年度訴字第2520號判決駁回）。99年5月28日上訴人再檢送修正後「預售屋買賣契約書（草稿）」，被上訴人審認該契約書部分內容仍未依內政部公告之預售屋契約應記載事項完成改正，乃以99年6月4日府地權字第09931493300號函處上訴人5萬元罰鍰，並請於文到20日內將改正後定型化契約範本送被上訴人所屬地政處，逾期未改正將連續處罰（下稱原處分）。上訴人不服，以預售屋定型化契約範本屬

行政指導性質之訓示規定，使用定型化契約尚有個別磋商條款之適用，原處分違反行政法及行政罰法之一般原則，提起訴願，經遭決定駁回，遂提起本件行政訴訟。

二、上訴人起訴主張：（一）消費者保護法（下稱消保法）僅於該法第17條規定主管機關得選擇特定行業，公告規定其定型化契約應記載及不得記載之事項，並就企業經營者拒絕、規避或阻撓主管機關派員查核定型化契約加以裁罰，至於企業經營者違反主管機關公告之預售屋契約應記載事項則無裁處罰鍰之規定，顯見立法者為避免行政機關過度介入當事人間之契約自由，有意就此部分不予裁罰，雙方就定型化契約條款發生爭議時，留待司法機關解決，故未訂立罰則。是北市消保自治條例第38條規定企業經營者違反中央主管機關公告定型化契約應記載或不得記載之事項應裁處罰鍰，明顯抵觸消保法之規定，造成中央與地方法規不一致，依地方制度法第30條之規定，應屬無效，被上訴人自不得依據該條例裁處上訴人罰鍰。（二）北市消保自治條例第38條規定個別磋商條款不得抵觸內政部公告之預售屋契約應記載事項，顯然與消保法第15條規定個別磋商條款優於定型化契約條款之規定相抵觸，依地方制度法第30條之規定，該自治條例顯然抵觸消保法之規定，顯屬無效。被上訴人依據該條例所為之行政處分，自屬違法。

（三）上訴人既已預先將預售屋買賣契約書影本、內政部98年10月30日公告之「預售屋買賣定型化契約範本」、預售屋契約應記載事項交由消費者攜回審閱5日以上，使消費者得以比較契約條款間之差異處，足以彌平此種資訊上之不對等。上訴人既已讓消費者知悉上訴人所提出之契約條款與中央主管機關公告之定型化契約應記載及不得記載

事項間之差異，基於契約自由原則，消費者自有決定是否與上訴人依預售屋買賣契約書締約之權利，被上訴人自不得越俎代庖，過度介入雙方締約自由。（四）北市消保自治條例第8條後段規定違反中央主管機關公告定型化契約應記載或不得記載之事項，應命企業經營者限期改正，乃行政機關積極課以義務人為一定行為之不利處分，非屬地方制度法第26條第3項所定之「其他種類之行政罰」。故依地方制度法第26條第2項及第3項規定可知，限期改正此項行政罰，顯已逾越地方制度法裁罰種類，依地方制度法第30條第1項之規定，應屬無效。是原處分適用該無效之規定，訴願決定予以維持，同屬違法等語，求為判決撤銷訴願決定及原處分、訴訟費用由被上訴人負擔。

- 三、被上訴人則以：（一）被上訴人為保護消費者權益，促進消費生活安全，提昇消費生活品質，特依地方制度法第18條第7款第4目制定北市消保自治條例，並於該自治條例第8、38條分別訂立違反第8條第1、2項之行為者，應命其限期改正，逾期不改正得處罰。按該自治條例第1條第2項已明定：「本市消費者保護事項，除消費者保護法或中央其他法規另有規定者外，依本自治條例之規定。」，故消保法既無行政罰之配套，亦無禁止處罰之規定，而消費者保護既屬地方自治事項，地方政府自得立法就違法行為予以處罰，且北市消保自治條例罰鍰最高額為10萬元，並未逾越地方制度法第26條所定最高處罰上限之規範，北市消保自治條例即無抵觸或違反相關法規之情事。（二）上訴人使用預售屋買賣定型化契約，卻未於系爭契約書內揭示內政部公告之預售屋契約應記載事項之內容，雖上訴人主張已於契約書記載內政部公告預售屋契約應記載事項之條款

與系爭契約書條款差異之處，惟檢視該條文內容，其僅記載內容差異項目，如交屋保留款金額、交屋及驗收時間等，但對消費者較為重要之差異具體內容為何卻未作說明，在未使消費者得知悉內政部公告預售屋契約應記載事項內容之情形下，使消費者與上訴人雙方立於資訊不對等之地位進行個別磋商，已違反消保法第17條第1項授權內政部公告之預售屋契約應記載事項之原意。（三）上訴人主張已將預售屋契約書範本及應記載事項交由消費者攜回審閱5日以上，已彌平企業經營者及消費者間資訊上之不對等，並無侵害消費者之虞。惟審查上訴人所使用系爭契約條款仍屬定型化契約條款，未依規定記載內政部公告之預售屋契約應記載事項之內容，甚至以自行磋商為名，預擬違反預售屋契約應記載事項之定型化契約條款提供簽約使用，在未記明應記載事項下，大部分消費者並無能力分辨其差異性，此已違反消保法第17條第1項授權內政部公告預售屋契約應記載事項在於保護消費者之意旨，上訴人主張並無理由等語，資為抗辯，求為判決駁回上訴人之訴、訴訟費用由上訴人負擔。

四、原審斟酌全辯論意旨及調查證據之結果，以：（一）依地方制度法第26條規定，被上訴人本有權就上訴人本件違反北市消保自治條例之行為，於同條例上規定處以罰鍰或其他種類之行政罰；是上訴人主張原處分依據之地方法規即自治條例，違反地方制度法第30條，本有誤解。又上訴人憑己意解釋消保法第17條之立法意旨，顯與通常之文義解釋、立法解釋、體系解釋及目的解釋均不相容；上訴人據其解釋推論原處分依據之法律無效而違法，顯難加以採據。（二）上訴人主張原處分違反消保法第15條有關個別磋

商條款優於定型化契約條款之規定，依地方制度法第30條規定，原處分不能依無效之北市消保自治條例第38條規定加以裁罰。上訴人以空白欄位方式欲將定型化契約條款遁入保留磋商條款，使消費者即定型化契約之相對人，在交屋保留款之金額、交屋及驗收之時間及方式、銀行貸款利息及各項稅費之負擔方式等，較內政部公告之預售屋契約應記載事項相對應規定，更為不利，顯然與內政部公告之預售屋契約應記載事項之內容不相符，且經被上訴人限期改正後，仍不改正。因此，上訴人上開主張，亦因對其預售屋契約條款之認知有誤，亦不足採據。（三）本件上訴人確實未明確且特別告知該二建案之預售屋契約，與內政部公告之預售屋應記載事項間之區別，而違反資訊揭露義務。縱認上訴人主張預先將預售屋買賣契約書影本、內政部98年10月30日公告之「預售屋買賣定型化契約範本」、預售屋契約應記載事項均交由消費者攜回審閱5日以上，並無侵害消費者之虞屬實，亦不能阻卻本件之違法，是上訴人此部分主張亦不足採。（四）又依地方制度法第26條規定，自治條例等得就違反地方自治事項之行政業務者，處以罰鍰或其他種類之行政罰，故自治條例得規範之行政罰，本不限於罰鍰一種。而「應命其限期改正」本身雖為行政行為之一種，但並非行政罰，僅是裁罰處分前之預警，即且為裁罰鍰處分之構成要件，是被上訴人依據北市消保自治條例為裁罰前，應先命行為人限期改正；是上訴人主張「應命其限期改正」本身為裁罰處分即行政罰，亦有誤解；從而上訴人本錯誤之認知，認本件「限期改正」為裁罰處分且違反地方制度法第26條第3項規定，應為無效，亦不足採，因將原決定及原處分均予維持，駁回上訴人

之訴。

五、本院經核原判決並無違誤，茲就上訴理由再補充論斷如下：

(一)按消保法第17條第1項規定：「中央主管機關得選擇特定行業，公告規定其定型化契約應記載或不得記載之事項。」依其立法說明：「對於部分重要行業使用之定型化契約，有加強行政管理之必要，爰於本條立法授權行政機關得依其裁量，規定定型化契約應記載或不得記載之事項。」是以行政院消費者保護委員會第80次委員會議通過，由中央主管機關內政部於90年9月3日台(90)內中地字第9083626號公告(裁處時內容為行政院消費者保護委員會第169次委員會議通過，並經內政部98年10月30日內政部內授中辦地字第0980725788號公告修正)預售屋契約應記載事項。法務部95年9月21日法律字第0950035512號函並對消保法第17條第1項所定「授權中央主管機關公告定型化契約記載事項」屬行政程序法所稱「法規命令」解釋有案，企業經營者使用定型化契約時自應受拘束。惟消保法就違反應記載或不得記載之事項並無行政罰配套，實難收行政管理之效，鑒於消費者保護屬地方自治事項，被上訴人為保護消費者權益，促進消費生活安全，提昇消費生活品質，特依地方制度法第18條第7款第4目制定北市消保自治條例，並於該自治條例第8條、第38條分別訂立違反前開行為者，應命其限期改正，逾期不改正得予處罰。依北市消保自治條例第1條第2項規定：「本市消費者保護事項，除消費者保護法或中央其他法規另有規定者外，依本自治條例之

規定。」即知消費者保護既屬地方自治事項而消保法對前揭違反事項雖無行政罰之配套，亦無禁止處罰之規定，地方政府自得考量地方需要訂定自治條例規範相關裁處，而無須與其他自治團體作相同之規定，並無牴觸消保法第17條或中央其他法規規定。上訴人主張被上訴人所訂北市消保自治條例就企業經營者使用定型化契約違反中央主管機關公告定型化契約應記載或不得記載之事項所訂定之處罰規定已牴觸消保法第17條云云，自嫌失據。

- (二)經查行政罰雖主要係以制裁為手段以促使行政目的之達成，惟對於情節輕微之違反行為，如以糾正或勸導方式替代罰鍰可能較具有效果，且能達成行政目的時，為避免行政資源浪費並兼顧對人民權益之保障，對於情節輕微，認以不處罰為適當者，允宜授權行政機關按個案之具體情況妥適審酌，免以科處罰鍰，並得以糾正或勸導措施，以發揮導正效果，該糾正或勸導措施，尚非屬行政罰。被上訴人訂立北市消保自治條例就違反行為先命其限期改正（第8條），並對限期改正仍不改正者始予以處罰（第38條），就其處罰之手段與方法仍符合行政罰之精神。而且北市消保自治條例罰鍰最高額為10萬元，亦未逾越地方制度法第26條第3項所定最高處罰上限之規範。上訴人主張：北市消保自治條例第8條後段規定違反中央主管機關公告定型化契約應記載或不得記載之事項，應命企業經營者限期改正，乃行政機關積極課以義務人為一定行為之處分，已明顯逾越地方制度法種類，依同法第30條第1項規定，應屬無效云云，尚非可採。

(三)本案上訴人使用預售屋買賣定型化契約，即應依內政部公告預售屋契約應記載事項之規定，將應記載事項記載於契約書內，如部分條款依實務需要擬另行磋商時，則須經雙方磋商後再行約定為契約內容。況依行政院消費者保護委員會97年3月20日函略以：「……企業經營者所定『定型化契約條款』之內容，較『個別磋商條款』之約定，有利於消費者而為該約定時所不知者時，尚且應對消保法第15條作目的性限縮解釋，認其僅於『定型化契約條款』之內容，較『個別磋商條款』之約定，不利於消費者時，始有適用餘地……」，依上開解釋，消保法第15條雖規定定型化契約中之定型化契約條款抵觸個別磋商條款之約定者，其抵觸部分無效，應僅於雙方經實質磋商個別磋商條款較有利於消費者時，始有適用。本件上訴人使用預售屋買賣定型化契約，未於系爭契約書內揭示內政部公告之預售屋契約應記載事項之內容，雖上訴人主張已於契約書記載內政部公告應記載事項之條款與系爭契約書條款差異之處，惟檢視該條文內容，其僅記載內容差異項目，如交屋保留款金額，交屋及驗收時間……等，但對消費者較為重要之差異具體內容為何卻未作說明，在未使消費者得知悉內政部公告預售屋契約應記載事項內容之情形下，使消費者與上訴人雙方立於資訊不對等之地位進行個別磋商，已違反消保法第17條第1項授權內政部公告之預售屋契約應記載事項之原意。且系爭契約書第4條有關交屋保留款之金額，上訴人雖以保留金額空白欄方式主張留待磋商，惟以該契約書條款觀之，該條款在與消費者實質磋商前

，仍屬企業經營者為與不特定多數消費者訂立同類契約之用，所提出預先擬定之契約條款，屬定型化契約條款，故契約內應揭示「買方……並得於自備款部分保留百分之五作為交屋保留款」之應記載事項內容，使消費者得預先了解正確資訊而得立於平等地位進行實質磋商，另契約之第6條房屋、土地面積誤差及價款找補、第7條付款時間、第10條主要建材及其廠牌、規格、第15條交屋及驗收、第17條保固期限及範圍、第20條權利轉讓條件、第21條地價稅、房屋稅，增值稅、契稅及其他稅費支負擔、第22條各項水、電、瓦斯及共用部分管理、水電費用之負擔等定型化契約條款，雖上訴人主張皆係屬個別磋商條款，惟依系爭契約書內容觀之，前揭條款亦屬上訴人預擬之定型化契約條款，故上訴人使用之定型化契約違反內政部公告之預售屋契約應記載事項之內容，被上訴人以北市消保自治條例第8條、第38條規定之裁處與消保法第15條及憲法第22條所保障契約自由原則並無抵觸。復查，系爭契約書第1頁前段雖敘明：「買方……已將賣方所交付之預售屋買賣契約書影本、內政部98年10月30日公告之預售屋買賣契約書範本，先行攜回審閱五天以上，對其內容之差異均已瞭解。雙方並依民法第153條規定之意旨，……其內容之差一如交屋保留款之金額、交屋及驗收之時間及方式、銀行貸款利息及各項稅費之負擔方式等，經相互之磋商表示同意後，雙方始簽訂下述預售屋買賣契約。……」云云，主張消費者係自行衡量後，選擇與其簽約，故前揭事項均為磋商結果。惟被上訴人審查上訴人所稱「經相互

之磋商表示同意」等約定文字，仍係以定型化契約條款作成，且前揭系爭契約書第6、7、10、15、17、20、21、22條等既屬定型化契約條款，其未依規定記載內政部公告之預售屋買賣定型化契約應記載事項之內容，甚至以「自行磋商」為名，預擬違反預售屋契約應記載事項之「定型化契約條款」提供簽約使用，在未記明應記載事項下，大部分消費者並無能力分辨其差異性，此已違反消保法第17條第1項授權內政部公告預售屋契約應記載事項在保護消費者之原意，故並不因上訴人將契約書及內政部公告之預售屋買賣契約書範本讓消費者攜回審閱，即可認為前揭定型化契約條款均屬磋商後之內容，而阻卻本件違法，況有關契約審閱，本為消保法賦予消費者之權利，與上訴人使用定型化契約內容是否違反內政部公告應記載事項無涉。上訴人主張已將預售屋契約書範本及應記載事項交由消費者攜回審閱5日以上，已彌平企業經營者及消費者間資訊上不對等，可阻卻本案之違法云云，亦嫌無據。(四)未按所謂判決不備理由，係指判決全然未記載理由，或雖有判決理由，但其所載理由不明瞭或不完備，不足使人知其主文所由成立之依據；而所謂判決理由矛盾，係指判決有多項理由，且互相衝突，無以導出判決之結論；至於所謂判決適用法規不當，則係指對於不應適用之法規而積極的誤為適用而言。原判決對上訴人之主張何以不足採等事項，經詳予論述，所適用之法規與本件應適用之現行法規並無違背，與解釋判例，亦無牴觸，並無所謂判決理由不備或矛盾及適用法規不當之情形。上訴論旨對於業經原

判決詳予論述不採之事由再予爭執，亦難謂為原判決有違背法令之情形。上訴人徒執前詞，指摘原判決違誤，求予廢棄，難認有理由。

六、據上論結，本件上訴為無理由。依行政訴訟法第255條第1項、第98條第1項前段，判決如主文。

中 華 民 國 100 年 10 月 13 日
最高行政法院第五庭審判長法官 黃合文
法官 鄭忠仁
法官 劉介中
法官 帥嘉寶
法官 陳鴻斌

以 上 正 本 證 明 與 原 本 無 異

中 華 民 國 100 年 10 月 14 日
書記官 王福瀛

第十七條 中央主管機關得選擇特定行業，公告規定其定型化契約應記載或不得記載之事項。

違反前項公告之定型化契約，其定型化契約條款無效。該定型化契約之效力，依前條規定定之。

企業經營者使用定型化契約者，主管機關得隨時派員查核。

【相關判決】

- 1 最高行政法院判決100年度判字第1966號
- 2 最高行政法院判決100年度判字第1791號

【摘要】

預售屋銷售之企業經營者，使用定型化契約時，即應明確將上開主管機關公告之應記載事項，完全納入，至於不應記載事項，則不能為定型化契約內之條款；倘未將上述公告之應記載事項列入預售屋買賣定型化契約，而僅提供內政部制訂之預售屋買賣契約書範本，一般消費者無以得知該等應記載事項係屬法令強制規定為定型化契約之內容，且亦無法明確分辨該範本與定型化契約內容之差異，是企業經營者自無以該範本取代其應於所使用之預售屋買賣定型化契約納入上開公告之應記載事項義務。

最高行政法院判決

100年度判字第1966號

上訴人 ○○建設事業股份有限公司

代表人 趙○○

訴訟代理人 羅明通 律師

被上訴人 臺北市政府

代表人 郝龍斌

上列當事人間消費者保護事務事件，上訴人對於中華民國100年4月7日臺北高等行政法院100年度訴字第132號判決，提起上訴，本院判決如下：

【主文】

上訴駁回。

上訴審訴訟費用由上訴人負擔。

【理由】

一、緣上訴人興建銷售「○○新都—香堤苑」、「○○首府」建案，經被上訴人審查認定上訴人上開建案使用之預售房地買賣契約書內容違反內政部頒訂之「預售屋買賣定型化契約應記載及不得記載事項」（下稱預售屋定型化契約記載事項），遂分別以民國99年3月4日府地權字第09930445500號函、99年3月5日府地權字第09930446810號函通知上訴人於文到30日、文到10日內完成改正並函復被上訴人。因上訴人請求被上訴人將2案併案處理，被上訴人以99年3月26日府地權字第09930446830號函通知上訴人於99年4月7日前完成改正並函復被上訴人。嗣上訴人向被上訴人申請展延，經被上訴人同意上訴人改正期限延至99年4月19日，上訴人於99年4月19日向被上訴人提出修正後之預售房地買賣契約書。被上訴人審查後認定上訴人修正後之預售屋買賣契約書內容仍違反內政部公告之預售屋定型化契約記載事項及臺北市消費者保護自治條例（下稱北市消保自治條例）第8條規定，乃依同條例第38條第1項規定，以99年4月23日府地權字第09931072100號函裁處上訴人新臺幣（下同）2萬元罰鍰，並請於文到30日內將改正後定型化契約範本送被上訴人所屬地政處，逾期未改正將連續處罰。上訴人不服，循序提起行政訴訟，經原審法院

99年度訴字第2520號判決駁回確定。99年5月28日上訴人再檢送修正後「預售屋買賣契約書(草稿)」，被上訴人審認該契約書部分內容仍未依上述預售屋定型化契約記載事項完成改正，乃以99年6月4日府地權字第09931493300號函處上訴人5萬元罰鍰，並請於文到20日內將改正後定型化契約範圍送被上訴人地政處，逾期未改正將連續處罰。上訴人不服，循序提起行政訴訟，業經本院100年度判字第1791號判決駁回確定。99年6月28日上訴人再檢送修正後「預售屋買賣契約書(草稿)」，被上訴人以該契約書部分內容仍未依上述預售屋定型化契約記載事項完成改正，以99年7月2日府地權字第09931808300號函處上訴人8萬元罰鍰，並請於文到15日內將改正後預售屋買賣契約書送該府地政處，逾期未改正將連續處罰(下稱原處分)。上訴人仍不服，循序提起行政訴訟，復經原審判決駁回，遂提起本件上訴。

二、上訴人起訴主張略以：(一)、消費者保護法(下稱消保法)僅於該法第17條規定主管機關得選擇特定行業，公告規定其定型化契約應記載及不得記載之事項，並就企業經營者拒絕、規避或阻撓主管機關派員查核定型化契約加以裁罰，至於企業經營者違反主管機關(內政部)公告之預售屋定型化契約記載事項則無裁處罰鍰之規定，顯見立法者為避免行政機關過度介入當事人間之契約自由，有意就此部分不予裁罰，雙方就定型化契約條款發生爭議時，留待司法機關解決，故未訂立罰則。是北市消保自治條例規定企業經營者違反中央主管機關公告預售屋定型化契約記載事項應裁處罰鍰，明顯牴觸消保法之規定，造成中央與地方法規的不一致，依地方制度法第30條規定，應屬無效，

被上訴人自不得依該條例裁處上訴人罰鍰。(二)、上訴人既已預先將預售屋買賣契約書影本、內政部98年10月30日公告之「預售屋買賣定型化契約範本」、預售屋契約應記載事項交由消費者攜回審閱5日以上，使消費者得以比較契約條款間之差異處，足以彌平此種資訊上之不對等，消費者自有決定是否與上訴人依預售屋買賣契約書締約之權利，被上訴人不得過度介入雙方締約自由。(三)、又內政部公告之預售屋定型化契約記載事項中，並未明列其法律授權依據，依行政程序法第150條第2項規定，及最高法院99年台上字第1201號判決意旨，應非法規命令，而屬行政程序法第165條之行政指導，對上訴人不具拘束力。被上訴人自不得以上訴人未遵守該事項為由，對上訴人處以罰鍰等語，爰求為判決訴願決定及原處分均撤銷。

- 三、被上訴人則以：(一)、被上訴人為保護消費者權益，促進消費生活安全，提昇消費生活品質，特依地方制度法第18條第7款第4目制定北市消保自治條例，並於該自治條例第8、38條分別訂立違反第8條第1、2項之行為者，應命其限期改正，逾期不改正得處罰。按該自治條例第1條第2項已明定：「本市消費者保護事項，除消費者保護法或中央其他法規另有規定者外，依本自治條例之規定。」，故消保法既無行政罰之配套，亦無禁止處罰之規定，而消費者保護既屬地方自治事項，地方政府自得立法就違法行為予以處罰，且北市消保自治條例罰鍰最高額為10萬元，並未逾越地方制度法第26條所定最高處罰上限之規範，北市消保自治條例即無抵觸或違反相關法規之情事。(二)、又上訴人使用預售屋買賣定型化契約，卻未於系爭契約書內揭示內政部公告之預售屋定型化契約記載事項之內容，雖上訴

人主張於契約書記載內政部公告預售屋契約應記載事項之條款與系爭契約書條款差異之處，惟檢視該條文內容，其僅記載內容差異項目，如交屋保留款金額、交屋及驗收時間等，但對消費者較為重要之差異具體內容為何卻未作說明，在未使消費者得知悉內政部公告預售屋契約應記載事項內容之情形下，大部分消費者並無能力分辨其差異性，而致消費者與上訴人雙方立於資訊不對等之地位進行個別磋商，已違反消保法第17條第1項授權內政部公告上開事項之原意，而有違消保自治條例第8條規定；並非得因上訴人將預售屋契約書範本及預售屋定型化契約記載事項交由消費者攜回審閱5日以上而可彌平等語，資為抗辯，並求為判決駁回上訴人之訴。

四、原審斟酌全辯論意旨及調查證據之結果，略以：(一)、按消保法第17條第1項已明確規定：「中央主管機關得選擇特定行業，公告規定其定型化契約應記載或不得記載之事項。」而預售屋定型化契約記載事項乃依消保法第17條第1項規定訂立，內政部於98年10月30日內授中辦地字第0980725788號公告該事項之修正時，已明載其授權之依據為消保法第17條第1項規定，此公告係對多數不特定人民就一般事項所作抽象之對外發生法律效果之規定，核屬法規命令。因消保法就違反該事項規定，並無行政罰配套，難收行政管理之效，臺北市為保護消費者權益，爰依地方制度法第18條第7款第4目制定北市消保自治條例，並於該自治條例第8條、第38條分別訂立違反前開行為者，應命其限期改正，逾期不改正得處罰。因此被上訴人（直轄市政府）就於其自治事項範圍內，經地方立法機關（即直轄市議會）通過之自治條例，對於違反地方自治事項之行政

義務者，依法（自治條例）可為處以罰鍰或其他種類之行政罰，以剝奪或限制地方自治團體居民之權利。而消費者保護係屬地方自治事項，地方政府自得立法就違法行為予以處罰，且北市消保自治條例罰鍰最高額為10萬元，並未逾越地方制度法第26條所定最高處罰上限之規範，即無牴觸或違反相關法規之情事。（二）、按定型化契約理論，消費者僅得於事前知悉定型化契約條款之內容，並無事前決定該內容之機會，故為保障締約之實質正義，乃於消費者保護法第15條規定定型化契約條款牴觸個別磋商條款之約定者，牴觸部分無效，其無效之部分應僅限於個別磋商條款較有利於消費者時，始有適用；且授權司法機關介入契約自由領域之權力，得對於定型化契約條款之合理性進行審查。除非企業經營者能夠證明定型化契約條款係屬當事人間「特別合意」之個別磋商條款，非屬一般性條款，或特別以顯著且放大字體等方式明確告知，得認此不利於消費者之條款於消費者簽名時即可得知外，否則僅以消費者事前已有機會審閱契約條款，即認可將原定型化契約條款歸類於「個別磋商條款」，顯與立法意旨不符。查系爭契約書第4條有關交屋保留款之金額，上訴人僅以保留金額空白欄方式主張留待磋商，系爭契約書第7條記載賣方洽定辦理之貸款金額少於預定貸款金額，其不可歸責於雙方者，其差額之處理方式為「雙方同意另行協商差額部份之付款方式，協商不成時，雙方均有權解除契約。」並未揭示預售屋定型化契約記載事項第13點及第18點規定之應記載事項內容，在未提供消費者正確資訊之情形下，消費者無從預先了解內政部公告之該事項內容，使消費者與上訴人雙方立於資訊不對等之地位進行個別磋商，已違反消保

法第17條第1項授權內政部公告該事項之原意，並違反北市消保自治條例第8條規定。而系爭契約書所載條款，實質顯屬較不利於消費者之條件，參照上開說明，亦應被認屬擬定之定型化契約條款。(三)、又系爭契約第6條房屋、土地面積誤差找補、第7條有關貸款約定、第10條建材設備違反約定之處理方式、第15條交屋及驗收程序、第17條保固期限及範圍、第20條權利轉讓條件、第21條稅費負擔、第22條水、電瓦斯費用負擔等定型化契約條款，均未依規定記載內政部公告之預售屋買賣定型化契約應記載事項之內容，甚至以「自行磋商」為名，預擬違反預售屋定型化契約記載事項之「定型化契約條款」提供簽約使用，在未記明該應記載事項下，大部分消費者並無能力分辨其差異性。且上訴人於契約書僅載明提供預售屋買賣契約書「範本」，並不足以使消費者知悉內政部已公告預售屋契約「應記載事項」之法規命令，自難執已將內政部98年10月30日公告之「預售屋買賣定型化契約範本」等件交由消費者攜回審閱5日以上之事由，卸免其應依內政部公告之上述事項提供消費者正確資訊之責任等語，因將訴願決定及原處分均予維持，駁回上訴人之訴。

五、本院查：

(一)按「下列各款為直轄市自治事項……：七、關於經濟服務事項如下：……(四)直轄市消費者保護。」、「直轄市、縣(市)、鄉(鎮、市)得就其自治事項或依法律及上級法規之授權，制定自治法規。自治法規經地方立法機關通過，並由各該行政機關公布者，稱自治條例；……」、「……直轄市法規、縣(市)規章就違反地方自治事項之行政業務者，得規定處以罰

鍰或其他種類之行政罰。但法律另有規定者，不在此限。……前項罰鍰之處罰，最高以新臺幣10萬元為限；並得規定連續處罰之。……」、「下列事項以自治條例定之：一、法律或自治條例規定應經地方立法機關議決者。二、創設、剝奪或限制地方自治團體居民之權利義務者。三、關於地方自治團體及所營事業機構之組織者。四、其他重要事項，經地方立法機關議決應以自治條例定之者。」地方制度法第18條第7款第4目、第25條、第26條、第28條分別定有明文。是直轄市得就其自治事項範圍內，經地方立法機關即直轄市議會通過自治條例，對於違反地方自治事項之行政法上義務者，規定處以最高額10萬元以下之罰鍰或其他種類之行政罰，並得規定連續處罰，而剝奪或限制直轄市居民之權利。

- (二)次按消保法第2條第7款、第9款及第17條第1項規定：「本法所用名詞定義如下：一、…七、定型化契約條款：指企業經營者為與不特定多數消費者訂立同類契約之用，所提出預先擬定之契約條款。…九、定型化契約：指以企業經營者提出之定型化契約條款作為契約內容之全部或一部而訂定之契約。」、「中央主管機關得選擇特定行業，公告規定其定型化契約應記載或不得記載之事項。」於該第17條立法說明：「對於部分重要行業使用之定型化契約，有加強行政管理之必要，爰於本條立法授權行政機關得依其裁量，規定定型化契約應記載或不得記載之事項。」是內政部據該第17條第1項授權公告訂定預售屋定型化契約記載事項，核屬法規命令，企業經營者於預售屋買賣使用

定型化契約時，應受拘束。而消保法對於企業經營者所擬定之預售屋定型化契約違反中央主管機關公告規定之「應記載或不得記載之事項」時，雖無相關之罰則規定，惟並無禁止地方自治團體依法定程序制定自治條例予以裁罰之意旨；依地方制度法第18條第7款第4目規定，直轄市之消費者保護，既屬直轄市之自治事項，則被上訴人為保護消費者權益，促進消費生活安全，提昇消費生活品質，制定北市消保自治條例，並於該條例第8條、第38條第1項規定：「企業經營者使用定型化契約者，不得違反中央主管機關公告定型化契約應記載或不得記載之事項或審閱期間，執行機關並得隨時派員查核。違反者，應命其限期改正。」、「企業經營者違反第8條至第10條規定之1，經通知限期改正而逾期不改正者，得處新臺幣2萬元以上10萬元以下罰鍰，並得連續處罰。」針對企業經營者所擬定之定型化契約違反中央主管機關公告之預售屋定型化契約記載事項，規定應先通知其限期改正，逾期不改正者，則得處2萬元以上10萬元以下罰鍰，核屬就其自治事項考量地方需求，而對上揭違章行為，訂定裁處規範；所定罰鍰最高額10萬元復未逾越地方制度法第26條所定之罰鍰上限，自無抵觸消保法第17條規定，而不生地方制度法第30條第1項規定之無效事由。至消保法第17條第2項規定違反前項公告之定型化契約，其定型化契約條款無效，係針對私法關係所為之規範；而消保法第57條於92年1月22日修正時，增列企業經營者不配合主管機關依同法第17條第3項查核之處罰，則係為確保主管機關行使調查權無礙

，均與違反消保法第17條第1項規定者應否裁處行政罰乙事無涉。上訴人據該等規定主張立法者有意不對違反消保法第17條第1項規定者另施以行政罰，原判決認被上訴人所訂北市消保自治條例有關企業經營者於預售屋買賣使用定型化契約，違反中央主管機關公告之預售屋定型化契約記載事項之處罰規定，未牴觸消保法第17條第2項規定，無地方制度法第30條第1項規定適用，顯有判決適用法規不當之違背法令云云，顯係其一己之主觀推論，已無可採。

- (三)復按企業經營者應依消保法第4條及第5條規定，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，以維護其安全與權益，故企業經營者有將與消費者有關之消費資訊充分揭露之義務；而消費者保護法第2章第2節定型化契約（即第11條至第17條）之相關消費資訊，企業經營者亦應充分揭露，以符合誠信、平等原則，不致因消費資訊之不對稱而顯失公平。因此預售屋銷售之企業經營者，使用定型化契約時，即應明確將上開主管機關公告之應記載事項，完全納入，至於不應記載事項，則不能為定型化契約內之條款；倘未將上述公告之應記載事項列入預售屋買賣定型化契約，而僅提供內政部制訂之預售屋買賣契約書範本，一般消費者無以得知該等應記載事項係屬法令強制規定為定型化契約之內容，且亦無法明確分辨該範本與定型化契約內容之差異，是企業經營者自無以該範本取代其應於所使用之預售屋買賣定型化契約納入上開公告之應記載事項義務。本件上訴人使用預售屋買賣定型化契約，卻未於該契約書內揭示內

政部公告之預售屋定型化契約應記載事項，屢經被上訴人限期上訴人改正而未改正，遭裁處2萬元、5萬元罰鍰後，仍未據上訴人遵期改正等情，乃原審合法確定之事實，則其認上訴人違反北市消保自治條例第8條規定，並敘明：上訴人於契約書僅載明提供預售屋買賣契約書「範本」，並不足使消費者知悉內政部已公告預售屋定型化契約記載事項，顯已違反消保法第17條第1項授權訂定該事項保護消費者之原意，難執已將內政部公告之「預售屋買賣定型化契約範本」交由消費者攜回審閱5日以上之事由，卸免其應依內政部公告之上述事項提供消費者正確資訊之責任等詞，詳述其得心證之理由及法律意見，且就上訴人所主張論點何以不足採，分別予以指駁如上述，而維持被上訴人依上開條例第38條第1項規定所為之原處分，以確保消保法第17條第1項授權公告上開預售屋定型化契約記載事項之立法目的，揆之上開規定及說明，並無不合。上訴意旨指摘原判決以上訴人於契約書僅載明提供預售屋買賣契約書範本，並不足使消費者知悉上述公告之預售屋定型化契約應記載事項，有違消保法第17條第1項之規定原意，係屬增加法律所無之限制；且內政部公告之預售屋買賣契約書範本已足使消費者知悉內政部公告之內容，且該範本第15條及第19條之內容與上述公告之預售屋定型化契約應記載事項第13點及第18點規定相去不遠，原判決對於交付該範本予消費者，何以不足弭平企業經營者與消費者資訊上之不對等理由，未加說明，即以上訴人未揭示前揭應記載事項第13點及第18點之規定為由，認上訴人未

提供消費者正確資訊，使消費者與上訴人雙方立於資訊不對等之地位進行磋商，亦有違證據法則與論理法則，而有適用法規不當及判決不備理由之違背法令云云，顯對消保法第17條第1項授權訂立預售屋定型化契約應記載事項本旨，有所誤解，自無可取。

(四)綜上所述，原判決維持訴願決定及原處分，而駁回上訴人之訴，核無違誤。上訴論旨，仍執前詞，指摘原判決違背法令，求予廢棄，為無理由，應予駁回。

六、據上論結，本件上訴為無理由。依行政訴訟法第255條第1項、第98條第1項前段，判決如主文。

中 華 民 國 100 年 11 月 17 日
最高行政法院第四庭審判長法官 藍獻林
法官 廖宏明
法官 林文舟
法官 胡國棟
法官 林玫君

以上正本證明與原本無異

中 華 民 國 100 年 11 月 18 日
書記官 吳玫瑩

【摘要】

消費者保護既屬地方自治事項而消保法對前揭違反事項雖無行政罰之配套，亦無禁止處罰之規定，地方政府自得考量地方需要訂定自治條例規範相關裁處，而無須與其他自治團體作相同之規定，並無抵觸消保法第17條或中央其他法規規定。

最高行政法院判決

100年度判字第1791號

上訴人 ○○建設事業股份有限公司

代表人 趙○○

訴訟代理人 莊秀銘 律師

楊鎮宇 律師

林殷廷 律師

被上訴人 臺北市政府

代表人 郝龍斌

上列當事人間消費者保護事務事件，上訴人對於中華民國100年3月17日臺北高等行政法院99年度訴字第2533號判決，提起上訴，本院判決如下：

【主文】

上訴駁回。

上訴審訴訟費用由上訴人負擔。

【理由】

一、上訴人興建銷售「○○新都—香堤苑」、「○○首府」建案，經被上訴人審查認定上訴人上開建案使用之預售房地買賣契約書內容違反內政部頒訂之「預售屋買賣定型化契約應記載及不得記載事項」（下稱預售屋契約應記載事項），遂分別以民國99年3月4日府地權字第09930445500號

函、99年3月5日府地權字第09930446810號函通知上訴人於文到30日、文到10日內完成改正並函復被上訴人。因上訴人請求被上訴人將2案併案處理，被上訴人以99年3月26日府地權字第09930446830號函通知上訴人於99年4月7日前完成改正並函復被上訴人。嗣上訴人向被上訴人申請展延，經被上訴人同意上訴人改正期限延至99年4月19日；而上訴人於99年4月19日向被上訴人提出修正後之預售房地買賣契約書。被上訴人經審查後認定上訴人修正後之預售屋買賣契約書內容仍違反內政部公告之預售屋契約應記載事項，違反臺北市消費者保護自治條例（下稱北市消保自治條例）第8條規定，乃依同條例第38條規定，以99年4月23日府地權字第09931072100號函裁處上訴人新臺幣（下同）2萬元罰鍰，並請於文到30日內將改正後定型化契約範本送被上訴人所屬地政處，逾期未改正將連續處罰。上訴人不服，提起訴願（業經內政部99年10月26日台內訴字第0990114706號訴願決定駁回，再由原審法院99年度訴字第2520號判決駁回）。99年5月28日上訴人再檢送修正後「預售屋買賣契約書（草稿）」，被上訴人審認該契約書部分內容仍未依內政部公告之預售屋契約應記載事項完成改正，乃以99年6月4日府地權字第09931493300號函處上訴人5萬元罰鍰，並請於文到20日內將改正後定型化契約範本送被上訴人所屬地政處，逾期未改正將連續處罰（下稱原處分）。上訴人不服，以預售屋定型化契約範本屬行政指導性質之訓示規定，使用定型化契約尚有個別磋商條款之適用，原處分違反行政法及行政罰法之一般原則，提起訴願，經遭決定駁回，遂提起本件行政訴訟。

二、上訴人起訴主張：（一）消費者保護法（下稱消保法）僅

於該法第17條規定主管機關得選擇特定行業，公告規定其定型化契約應記載及不得記載之事項，並就企業經營者拒絕、規避或阻撓主管機關派員查核定型化契約加以裁罰，至於企業經營者違反主管機關公告之預售屋契約應記載事項則無裁處罰鍰之規定，顯見立法者為避免行政機關過度介入當事人間之契約自由，有意就此部分不予裁罰，雙方就定型化契約條款發生爭議時，留待司法機關解決，故未訂立罰則。是北市消保自治條例第38條規定企業經營者違反中央主管機關公告定型化契約應記載或不得記載之事項應裁處罰鍰，明顯抵觸消保法之規定，造成中央與地方法規不一致，依地方制度法第30條之規定，應屬無效，被上訴人自不得依據該條例裁處上訴人罰鍰。（二）北市消保自治條例第38條規定個別磋商條款不得抵觸內政部公告之預售屋契約應記載事項，顯然與消保法第15條規定個別磋商條款優於定型化契約條款之規定相抵觸，依地方制度法第30條之規定，該自治條例顯然抵觸消保法之規定，顯屬無效。被上訴人依據該條例所為之行政處分，自屬違法。

（三）上訴人既已預先將預售屋買賣契約書影本、內政部98年10月30日公告之「預售屋買賣定型化契約範本」、預售屋契約應記載事項交由消費者攜回審閱5日以上，使消費者得以比較契約條款間之差異處，足以彌平此種資訊上之不對等。上訴人既已讓消費者知悉上訴人所提出之契約條款與中央主管機關公告之定型化契約應記載及不得記載事項間之差異，基於契約自由原則，消費者自有決定是否與上訴人依預售屋買賣契約書締約之權利，被上訴人自不得越俎代庖，過度介入雙方締約自由。（四）北市消保自治條例第8條後段規定違反中央主管機關公告定型化契約

應記載或不得記載之事項，應命企業經營者限期改正，乃行政機關積極課以義務人為一定行為之不利處分，非屬地方制度法第26條第3項所定之「其他種類之行政罰」。故依地方制度法第26條第2項及第3項規定可知，限期改正此項行政罰，顯已逾越地方制度法裁罰種類，依地方制度法第30條第1項之規定，應屬無效。是原處分適用該無效之規定，訴願決定予以維持，同屬違法等語，求為判決撤銷訴願決定及原處分、訴訟費用由被上訴人負擔。

- 三、被上訴人則以：（一）被上訴人為保護消費者權益，促進消費生活安全，提昇消費生活品質，特依地方制度法第18條第7款第4目制定北市消保自治條例，並於該自治條例第8、38條分別訂立違反第8條第1、2項之行為者，應命其限期改正，逾期不改正得處罰。按該自治條例第1條第2項已明定：「本市消費者保護事項，除消費者保護法或中央其他法規另有規定者外，依本自治條例之規定。」，故消保法既無行政罰之配套，亦無禁止處罰之規定，而消費者保護既屬地方自治事項，地方政府自得立法就違法行為予以處罰，且北市消保自治條例罰鍰最高額為10萬元，並未逾越地方制度法第26條所定最高處罰上限之規範，北市消保自治條例即無牴觸或違反相關法規之情事。（二）上訴人使用預售屋買賣定型化契約，卻未於系爭契約書內揭示內政部公告之預售屋契約應記載事項之內容，雖上訴人主張已於契約書記載內政部公告預售屋契約應記載事項之條款與系爭契約書條款差異之處，惟檢視該條文內容，其僅記載內容差異項目，如交屋保留款金額、交屋及驗收時間等，但對消費者較為重要之差異具體內容為何卻未作說明，在未使消費者得知悉內政部公告預售屋契約應記載事項內

容之情形下，使消費者與上訴人雙方立於資訊不對等之地位進行個別磋商，已違反消保法第17條第1項授權內政部公告之預售屋契約應記載事項之原意。(三)上訴人主張已將預售屋契約書範本及應記載事項交由消費者攜回審閱5日以上，已彌平企業經營者及消費者間資訊上之不對等，並無侵害消費者之虞。惟審查上訴人所使用系爭契約條款仍屬定型化契約條款，未依規定記載內政部公告之預售屋契約應記載事項之內容，甚至以自行磋商為名，預擬違反預售屋契約應記載事項之定型化契約條款提供簽約使用，在未記明應記載事項下，大部分消費者並無能力分辨其差異性，此已違反消保法第17條第1項授權內政部公告預售屋契約應記載事項在於保護消費者之意旨，上訴人主張並無理由等語，資為抗辯，求為判決駁回上訴人之訴、訴訟費用由上訴人負擔。

四、原審斟酌全辯論意旨及調查證據之結果，以：(一)依地方制度法第26條規定，被上訴人本有權就上訴人本件違反北市消保自治條例之行為，於同條例上規定處以罰鍰或其他種類之行政罰；是上訴人主張原處分依據之地方法規即自治條例，違反地方制度法第30條，本有誤解。又上訴人憑己意解釋消保法第17條之立法意旨，顯與通常之文義解釋、立法解釋、體系解釋及目的解釋均不相容；上訴人據其解釋推論原處分依據之法律無效而違法，顯難加以採據。(二)上訴人主張原處分違反消保法第15條有關個別磋商條款優於定型化契約條款之規定，依地方制度法第30條規定，原處分不能依無效之北市消保自治條例第38條規定加以裁罰。上訴人以空白欄位方式欲將定型化契約條款遁入保留磋商條款，使消費者即定型化契約之相對人，在交

屋保留款之金額、交屋及驗收之時間及方式、銀行貸款利息及各項稅費之負擔方式等，較內政部公告之預售屋契約應記載事項相對應規定，更為不利，顯然與內政部公告之預售屋契約應記載事項之內容不相符，且經被上訴人限期改正後，仍不改正。因此，上訴人上開主張，亦因對其預售屋契約條款之認知有誤，亦不足採據。（三）本件上訴人確實未明確且特別告知該二建案之預售屋契約，與內政部公告之預售屋應記載事項間之區別，而違反資訊揭露義務。縱認上訴人主張預先將預售屋買賣契約書影本、內政部98年10月30日公告之「預售屋買賣定型化契約範本」、預售屋契約應記載事項均交由消費者攜回審閱5日以上，並無侵害消費者之虞屬實，亦不能阻卻本件之違法，是上訴人此部分主張亦不足採。（四）又依地方制度法第26條規定，自治條例等得就違反地方自治事項之行政業務者，處以罰鍰或其他種類之行政罰，故自治條例得規範之行政罰，本不限於罰鍰一種。而「應命其限期改正」本身雖為行政行為之一種，但並非行政罰，僅是裁罰處分前之預警，即且為裁罰鍰處分之構成要件，是被上訴人依據北市消保自治條例為裁罰前，應先命行為人限期改正；是上訴人主張「應命其限期改正」本身為裁罰處分即行政罰，亦有誤解；從而上訴人本錯誤之認知，認本件「限期改正」為裁罰處分且違反地方制度法第26條第3項規定，應為無效，亦不足採，因將原決定及原處分均予維持，駁回上訴人之訴。

五、本院經核原判決並無違誤，茲就上訴理由再補充論斷如下：

（一）按消保法第17條第1項規定：「中央主管機關得選擇

特定行業，公告規定其定型化契約應記載或不得記載之事項。」依其立法說明：「對於部分重要行業使用之定型化契約，有加強行政管理之必要，爰於本條立法授權行政機關得依其裁量，規定定型化契約應記載或不得記載之事項。」是以行政院消費者保護委員會第80次委員會議通過，由中央主管機關內政部於90年9月3日台（90）內中地字第9083626號公告（裁處時內容為行政院消費者保護委員會第169次委員會議通過，並經內政部98年10月30日內政部內授中辦地字第0980725788號公告修正）預售屋契約應記載事項。法務部95年9月21日法律字第0950035512號函並對消保法第17條第1項所定「授權中央主管機關公告定型化契約記載事項」屬行政程序法所稱「法規命令」解釋有案，企業經營者使用定型化契約時自應受拘束。惟消保法就違反應記載或不得記載之事項並無行政罰配套，實難收行政管理之效，鑒於消費者保護屬地方自治事項，被上訴人為保護消費者權益，促進消費生活安全，提昇消費生活品質，特依地方制度法第18條第7款第4目制定北市消保自治條例，並於該自治條例第8條、第38條分別訂立違反前開行為者，應命其限期改正，逾期不改正得予處罰。依北市消保自治條例第1條第2項規定：「本市消費者保護事項，除消費者保護法或中央其他法規另有規定者外，依本自治條例之規定。」即知消費者保護既屬地方自治事項而消保法對前揭違反事項雖無行政罰之配套，亦無禁止處罰之規定，地方政府自得考量地方需要訂定自治條例規範相關裁處，而無須與其他自治團體作相同之規定，並

無牴觸消保法第17條或中央其他法規規定。上訴人主張被上訴人所訂北市消保自治條例就企業經營者使用定型化契約違反中央主管機關公告定型化契約應記載或不得記載之事項所訂定之處罰規定已牴觸消保法第17條云云，自嫌失據。

(二)經查行政罰雖主要係以制裁為手段以促使行政目的之達成，惟對於情節輕微之違反行為，如以糾正或勸導方式替代罰鍰可能較具有效果，且能達成行政目的時，為避免行政資源浪費並兼顧對人民權益之保障，對於情節輕微，認以不處罰為適當者，允宜授權行政機關按個案之具體情況妥適審酌，免以科處罰鍰，並得以糾正或勸導措施，以發揮導正效果，該糾正或勸導措施，尚非屬行政罰。被上訴人訂立北市消保自治條例就違反行為先命其限期改正（第8條），並對限期改正仍不改正者始予以處罰（第38條），就其處罰之手段與方法仍符合行政罰之精神。而且北市消保自治條例罰鍰最高額為10萬元，亦未逾越地方制度法第26條第3項所定最高處罰上限之規範。上訴人主張：北市消保自治條例第8條後段規定違反中央主管機關公告定型化契約應記載或不得記載之事項，應命企業經營者限期改正，乃行政機關積極課以義務人為一定行為之處分，已明顯逾越地方制度法種類，依同法第30條第1項規定，應屬無效云云，尚非可採。

(三)本案上訴人使用預售屋買賣定型化契約，即應依內政部公告預售屋契約應記載事項之規定，將應記載事項記載於契約書內，如部分條款依實務需要擬另行磋商時，則須經雙方磋商後再行約定為契約內容。況依行

政院消費者保護委員會97年3月20日函略以：「……企業經營者所定『定型化契約條款』之內容，較『個別磋商條款』之約定，有利於消費者而為該約定時所不知者時，尚且應對消保法第15條作目的性限縮解釋，認其僅於『定型化契約條款』之內容，較『個別磋商條款』之約定，不利於消費者時，始有適用餘地……」，依上開解釋，消保法第15條雖規定定型化契約中之定型化契約條款抵觸個別磋商條款之約定者，其抵觸部分無效，應僅於雙方經實質磋商個別磋商條款較有利於消費者時，始有適用。本件上訴人使用預售屋買賣定型化契約，未於系爭契約書內揭示內政部公告之預售屋契約應記載事項之內容，雖上訴人主張已於契約書記載內政部公告應記載事項之條款與系爭契約書條款差異之處，惟檢視該條文內容，其僅記載內容差異項目，如交屋保留款金額，交屋及驗收時間……等，但對消費者較為重要之差異具體內容為何卻未作說明，在未使消費者得知悉內政部公告預售屋契約應記載事項內容之情形下，使消費者與上訴人雙方立於資訊不對等之地位進行個別磋商，已違反消保法第17條第1項授權內政部公告之預售屋契約應記載事項之原意。且系爭契約書第4條有關交屋保留款之金額，上訴人雖以保留金額空白欄方式主張留待磋商，惟以該契約書條款觀之，該條款在與消費者實質磋商前，仍屬企業經營者為與不特定多數消費者訂立同類契約之用，所提出預先擬定之契約條款，屬定型化契約條款，故契約內應揭示「買方……並得於自備款部分保留百分之五作為交屋保留款」之應記載事項內容，

使消費者得預先了解正確資訊而得立於平等地位進行實質磋商，另契約之第6條房屋、土地面積誤差及價款找補、第7條付款時間、第10條主要建材及其廠牌、規格、第15條交屋及驗收、第17條保固期限及範圍、第20條權利轉讓條件、第21條地價稅、房屋稅、增值稅、契稅及其他稅費支負擔、第22條各項水、電、瓦斯及共用部分管理、水電費用之負擔等定型化契約條款，雖上訴人主張皆係屬個別磋商條款，惟依系爭契約書內容觀之，前揭條款亦屬上訴人預擬之定型化契約條款，故上訴人使用之定型化契約違反內政部公告之預售屋契約應記載事項之內容，被上訴人以北市消保自治條例第8條、第38條規定之裁處與消保法第15條及憲法第22條所保障契約自由原則並無抵觸。復查，系爭契約書第1頁前段雖敘明：「買方……已將賣方所交付之預售屋買賣契約書影本、內政部98年10月30日公告之預售屋買賣契約書範本，先行攜回審閱五天以上，對其內容之差異均已瞭解。雙方並依民法第153條規定之意旨，……其內容之差一如交屋保留款之金額、交屋及驗收之時間及方式、銀行貸款利息及各項稅費之負擔方式等，經相互之磋商表示同意後，雙方始簽訂下述預售屋買賣契約。……」云云，主張消費者係自行衡量後，選擇與其簽約，故前揭事項均為磋商結果。惟被上訴人審查上訴人所稱「經相互之磋商表示同意」等約定文字，仍係以定型化契約條款作成，且前揭系爭契約書第6、7、10、15、17、20、21、22條等既屬定型化契約條款，其未依規定記載內政部公告之預售屋買賣定型化契約應記載事項之內

容，甚至以「自行磋商」為名，預擬違反預售屋契約應記載事項之「定型化契約條款」提供簽約使用，在未記明應記載事項下，大部分消費者並無能力分辨其差異性，此已違反消保法第17條第1項授權內政部公告預售屋契約應記載事項在保護消費者之原意，故並不因上訴人將契約書及內政部公告之預售屋買賣契約書範本讓消費者攜回審閱，即可認為前揭定型化契約條款均屬磋商後之內容，而阻卻本件違法，況有關契約審閱，本為消保法賦予消費者之權利，與上訴人使用定型化契約內容是否違反內政部公告應記載事項無涉。上訴人主張已將預售屋契約書範本及應記載事項交由消費者攜回審閱5日以上，已彌平企業經營者及消費者間資訊上不對等，可阻卻本案之違法云云，亦嫌無據。

- (四)未按所謂判決不備理由，係指判決全然未記載理由，或雖有判決理由，但其所載理由不明瞭或不完備，不足使人知其主文所由成立之依據；而所謂判決理由矛盾，係指判決有多項理由，且互相衝突，無以導出判決之結論；至於所謂判決適用法規不當，則係指對於不應適用之法規而積極的誤為適用而言。原判決對上訴人之主張何以不足採等事項，經詳予論述，所適用之法規與本件應適用之現行法規並無違背，與解釋判例，亦無抵觸，並無所謂判決理由不備或矛盾及適用法規不當之情形。上訴論旨對於業經原判決詳予論述不採之事由再予爭執，亦難謂為原判決有違背法令之情形。上訴人徒執前詞，指摘原判決違誤，求予廢棄，難認有理由。

六、據上論結，本件上訴為無理由。依行政訴訟法第255條第1項、第98條第1項前段，判決如主文。

中 華 民 國 100 年 10 月 13 日
最高行政法院第五庭審判長法官 黃合文
法官 鄭忠仁
法官 劉介中
法官 帥嘉寶
法官 陳鴻斌

以上正本證明與原本無異

中 華 民 國 100 年 10 月 14 日
書記官 王福瀛

第三節 特種買賣

第十九條 郵購或訪問買賣之消費者，對所收受之商品不願買受時，得於收受商品後七日內，退回商品或以書面通知企業經營者解除買賣契約，無須說明理由及負擔任何費用或價款。

郵購或訪問買賣違反前項規定所為之約定無效。

【相關判決】

1 臺灣高等法院民事判決99年度上字第1004號

【摘要】

按「訪問買賣：指企業經營者未經邀約而在消費者之住居所或其他場所從事銷售，而發生之買賣行為。」消保法第2條第9款定有明文，此種新興交易型態與一般傳統店舖之銷售方式有別。因現代大眾傳播媒體日新月異促銷方式多樣化，訪問買賣中消費者通常欠缺事前準備及心理狀況下，囿於企業經營者之促銷手段，在未深思熟慮情況下逕與企業經營者訂立契約，為貫徹保護消費者之權益、促進國民消費生活之安全，消保法乃特就此種交易型態加以明文規範。又上開消保法規定所謂其他場所，係指凡消費者無法作正常考慮締約與否機會之任何場所。如消費者於該企業經營者之住居所或營業所無正常考慮是否確欲締約之機會者，亦屬之；但如消費者在該處所有考慮締約與否之機會者，自非屬訪問買賣。

臺灣高等法院民事判決

99年度上字第1004號

上訴人 劉○○

被 上訴人 ○○房屋仲介股份有限公司

法定代理人 孫○○

訴訟代理人 陳建瑜律師

陳瓊苓律師

許家偉律師

上列當事人間損害賠償事件，上訴人對於中華民國99年8月6日臺灣臺北地方法院99年度訴字第1953號第一審判決提起上訴，經本院於民國100年3月15日言詞辯論終結，判決如下：

【主文】

上訴駁回。

第二審訴訟費用由上訴人負擔。

【事實及理由】

一、上訴人起訴主張：上訴人委託被上訴人居間仲介銷售其向訴外人長虹建設股份有限公司（下稱長虹公司）簽訂預定買賣興建中長虹春曉松林區B2棟11樓房屋乙戶及地下第B1層法定設置第31號停車位連同土地應有部分產權之承購權利（下稱系爭預售屋承購權利），雙方於民國（下同）95年4月27日簽訂專任委託銷售契約書，約定委託售價為新臺幣（下同）1,950萬元，委託期間自95年4月27日起至同年5月28日止，委託報酬為成交價格之4%，並由訴外人即被上訴人之受僱人蔡明峰負責仲介銷售事宜。嗣上訴人應蔡明峰之要求，先後簽訂委託事項變更契約書，約定降低委託售價並分別延長期間至95年6月29日及同年8月4日止。委託銷售期間屆滿後，蔡明峰於95年8月13日又以電話通知上訴人告知有買主對系爭預售屋承購權利有興趣，上訴人在全無議價心理準備之情況下，且蔡明峰隱匿出價資訊及內湖地區房價行情高漲之事實，而簽訂委託事項變更

契約書（下稱系爭居間契約），以總價1,800萬元之低價，依訴外人即代書張志崑之指示與訴外人即買方高萬昌簽訂不動產預定買賣權利讓渡契約書（下稱系爭權利讓渡契約書），按兩造間居間契約，性質上屬訪問買賣，上訴人簽訂系爭委託事項變更契約書翌日，即已依消費者保護法（下簡稱消保法）第19條規定解除契約，詎被上訴人並未告知上訴人消保法之權益，反而告知上訴人若不簽約，要賠償180萬元，被上訴人處理委任事務，未告知上訴人權益，有違據實報告及調查義務，其處理事務顯有過失，致上訴人受有下列損害：（一）出賣系爭預售屋承購權利支出之仲介費用450,000元。（二）於前案台灣士林地方法院96年消字第2號、臺灣高等法院97年度消上字第1號、最高法院98年度台上字第168號、98年度台再字第60號所支出之訴訟費用472,137元。（三）高萬昌將系爭預售屋承購權利轉賣他人，至少獲利300萬元，合計3,922,137元。爰依民法第567條、第544條、第227條第2項之規定，求為命：（一）被上訴人應給付上訴人3,922,137元，及自起訴狀繕本送達被上訴人翌日起至清償日止，按年息5%計算之利息。（二）願供擔保請准宣告假執行。（原審為上訴人敗訴之判決，上訴人聲明不服，提起上訴）並上訴聲明：（一）原判決廢棄。（二）被上訴人應給付上訴人3,922,137元，及自起訴狀繕本送達被上訴人翌日起至清償日止，按年息5%計算之利息。（三）願供擔保請准宣告假執行。

二、被上訴人則以：上訴人曾主動委售系爭預售屋承購權利，又被上訴人撥打電話後，上訴人亦有充足時間、空間自行決定是否前往被上訴人公司營業處所，更曾返家拿取證件始簽訂契約是兩造間契約與訪問買賣消費者無選擇空間之

情形截然不同，自非屬訪問買賣。且縱認兩造間服務交易屬訪問買賣，然上訴人已受領被上訴人之居間仲介服務，已無從返還，其所主張解除契約，並請求損害賠償自屬無據。又被上訴人否認上訴人受有之損害，上訴人亦未舉證證明等語，資為抗辯。並答辯聲明：(一)上訴駁回。(二)如受不利判決，請准供擔保宣告免為假執行。

- 三、查上訴人於95年4月27日與被上訴人簽訂專任委託銷售契約書，委託被上訴人銷售系爭預售屋承購權利，委託期間自95年4月27日至同年5月28日，應付服務報酬為成交價之4%，委託價額本為1950萬元，同日又簽訂委託事項變更契約書，將委託價額變更為1875萬元。上訴人又簽訂委託事項變更契約書，將委託期間延長至95年6月29日及同年8月4日止。嗣上訴人於95年8月13日簽訂系爭委託事項變更契約書，將委託價額變更為1,800萬元、委託期間則自同年8月13日起至同年9月30日止，同日上訴人與高萬昌簽訂系爭權利讓渡契約書，約定讓渡權利總金額為1,800萬元。高萬昌則於同日以上訴人為受款人，簽發票號為TH0000000、金額170萬元之本票1紙，訴外人張葉另簽發世華聯合商業銀行臺北分行為付款人、上訴人為受款人、到期日為同年8月14日、票號：AC0000000、金額10萬元之支票1紙，金額共計180萬元，作為買受系爭預售屋承購權利之簽約金，嗣被上訴人已收受上訴人給付之服務報酬45萬元，上訴人則已收取高萬昌之換約款433萬元，而辦理換約完畢等情，為兩造所不爭執，並有專任委託銷售契約書（見原審卷第21-22頁）、委託事項變更契約書（見原審卷第23-24頁）、系爭委託事項變更契約書（見原審卷第26頁）及權利讓渡契約書（見原審卷第90頁）在卷足參

，應與事實相符。惟上訴人主張兩造於95年8月13日簽訂之系爭委託事項變更契約而成立之居間契約，非個別磋商條款，係屬訪問買賣，其於95年8月14日依消保法第19條規定解除契約，被上訴人受上訴人委任處理事務有過失致上訴人受有損害等情，則為被上訴人所否認，並以上述情詞置辯。是以本件兩造爭執之重點厥為：(一)兩造於95年8月13日締約之居間契約是否屬於訪問買賣？上訴人解除契約是否合法？(二)被上訴人處理委任事務是否有過失或有債務不履行情事，致上訴人受有損害？茲分述如下。

四、兩造於95年8月13日締約之居間契約是否屬於訪問買賣？
上訴人解除契約是否合法？

(一)按「訪問買賣：指企業經營者未經邀約而在消費者之住居所或其他場所從事銷售，而發生之買賣行為。」消保法第2條第9款定有明文，此種新興交易型態與一般傳統店舖之銷售方式有別。因現代大眾傳播媒體日新月異促銷方式多樣化，訪問買賣中消費者通常欠缺事前準備及心理狀況下，囿於企業經營者之促銷手段，在未深思熟慮情況下逕與企業經營者訂立契約，為貫徹保護消費者之權益、促進國民消費生活之安全，消保法乃特就此種交易型態加以明文規範。又上開消保法規定所謂其他場所，係指凡消費者無法作正常考慮締約與否機會之任何場所。如消費者於該企業經營者之住居所或營業所無正常考慮是否確欲締約之機會者，亦屬之；但如消費者在該處所有考慮締約與否之機會者，自非屬訪問買賣。

(二)查上訴人前於95年4月27日與被上訴人簽訂之專任委託銷售契約，委託被上訴人銷售系爭預售屋承購權利

，上訴人就委託價格、委託期間一再變更迄至95年8月4日委託期間期滿。95年8月13日被上訴人告知上訴人覓得買方後，上訴人至被上訴人內湖簽約中心進行議價，過程中尚回家拿必要文件再至被上訴人公司簽約，前後歷經數小時之久，且被上訴人人員陪同上訴人返家拿文件途中，上訴人還向被上訴人仲介人員爭取仲介服務費折扣，經磋商後議定仲介服務費降為45萬元等情，有被上訴人提出之上訴人另案訴狀及本院97年度消字第1號民事判決書可參（見本院卷73頁、第81頁背面、原審卷第54頁），足認上訴人於95年8月13日確有委任被上訴人銷售系爭預售屋承購權利之意思。且上訴人當日簽訂契約前，兩造已曾簽訂專任委託銷售契約，近4個月期間上訴人多次變更委託價格或延長委託期間，並參之上訴人於95年8月13日簽約時係親至被上訴人營業處所洽談，而非於上訴人之住居所為之，而被上訴人營業處所亦非上訴人無法作正常考慮締約與否機會之場所，且上訴人對95年8月13日簽訂之居間契約內容亦非其毫無所悉或毫無心理準備，堪認上訴人當日與被上訴人締結之居間契約係其經深思熟慮下所為，核與消保法第2條第9款規定之訪問買賣要件不符，故上訴人主張兩造居間契約為訪問買賣云云，核不足採。

- (三)又兩造簽訂之專任委託銷售契約書約定「委託人（即所有權人）簽訂本契約前，已確實攜回審閱日以上，並已充分瞭解本契約書及其附件無誤（契約審閱期間至少為三日，但委託人已充分瞭解本契約內容，並自願放棄三日以上之審閱權利者，不在此限）」（見原

審卷第21頁），上訴人對於該條款下親自簽名予以自認，依上訴人簽訂當時之客觀情狀觀之，上訴人應已知悉系爭委託契約書之內容；而系爭委託事項變更契約書則僅有4個條文，且係針對「委託價額」及「委託期間」2個條款個別與上訴人約定，上訴人簽定專任委託銷售契約書近4個月期間，數次簽訂委託事項變更契約書，上訴人應有充分了解契約條款之機會，且上訴人亦從未反應不瞭解契約條款之情，則上訴人簽署格式完全相同之系爭委託事項變更契約書，即難認有何上訴人未充分瞭解該契約內容之情事。準此以觀，兩造成立之居間契約，上訴人簽約時確有考慮締約與否之機會，性質非屬訪問買賣。上訴人空言主張其未深思熟慮、欠缺事前準備而逕與被上訴人所締約云云，並不足採。兩造間之居間契約既非消保法規範之訪問買賣，則上訴人於95年8月14日依消保法第19條規定，解除兩造間居間契約，自非適法。

五、被上訴人處理委任事務是否有過失或有債務不履行情事，致上訴人受有損害？

(一)上訴人主張其已依消保法第19條規定解除契約，被上訴人未告知其權益，反而告知上訴人若不簽約，要賠償180萬元，被上訴人違反據實報告及調查義務，其處理事務顯有過失，且致其受有損害云云。查系爭權利讓渡契約書第5條係約定「如乙方（指上訴人）違約，應將其所收款項於十日內加倍退還甲方（指高萬昌）以為違約賠償。」、第七條付款方式約定「第一次支付簽約款一百八十萬元整。經甲乙雙方確認簽約款不足額一百七十萬元整，甲方開立同額商業本票以

支付，並應最遲於九十五年八月十六日前以現金或現金票換回上揭本票」等語明確。再審酌系爭權利讓渡契約書所附付款明細確認表（見本院卷第171頁），尤徵上訴人就高萬昌交付之180萬元簽約款，除其中10萬元部分外，餘170萬元已同意以受領同額本票之方式代之，雙方就此應有代物清償之合意。而兩造間居間契約確實存在，其所為解除並不合法；則高萬昌既於系爭權利讓渡契約書簽署當日即依上述方式交付簽約金180萬元並經賣方（即上訴人）簽收完畢，則蔡明峰於簽約翌日告知上訴人違約不賣之賠償金額可能為已付簽約金180萬元，核與系爭權利讓渡契約書之約定並無不合，所為應無債務不履行或處理委任事務有過失可言，故上訴人主張兩造居間契約業已解除，被上訴人猶告知其不履約有罰則，處理事務有過失，而依民法第567條、第544條、第227條第2項之規定，請求損害賠償，顯不可採。

(二)況「損害賠償之範圍，應以被害人實際所受損害為衡；且當事人主張有利於己之事實者，就其事實有舉證之責任，此觀民法第216條第1項及民事訴訟法第277條之規定自明。」最高法院著有85年度台上字第2248號判決可參。本件上訴人主張因被上訴人應負處理委任事務有過失、債務不履行之責任，致其受有房屋及車位轉售可得之利益之損害等語，惟為被上訴人所否認，則依舉證責任之分配，上訴人自應就其主張就其所受損害之金額等項，負舉證責任。惟上訴人始終未能舉證以實其說，且不動產買賣成交價格依據一般坊間之成交行情，其每棟建案通常也會因基地座落、大

小、方位、建材、管理等因素而影響成交價格之高低，顯見影響成交房價因素甚多，須視買賣雙方意願而定，本件上訴人主觀臆測其受有所失轉售房、地利益之損害云云，自無理由。

六、綜上，上訴人主張兩造95年8月13日締結之居間契約屬訪問買賣，其已依法解約，被上訴人處理委任事務有過失及債務不履行，致上訴人受有損害云云，並無可採，已如前述。則上訴人依民法第567條、第544條、第227條第2項之規定，請求被上訴人應給付上訴人3,922,137元，及自起訴狀繕本送達被上訴人翌日起至清償日止，按年息5%計算之利息，為無理由，應予駁回。上訴人既受敗訴判決，其假執行之聲請即失所依據，應併予駁回。原審為上訴人敗訴之判決，並駁回其假執行之聲請，理由雖有不同，但結論並無二致，仍應予以維持。上訴意旨指摘原判決不當，求予廢棄改判，為無理由，應予駁回。

七、本件事證已臻明確，兩造其餘攻擊防禦方法，核與判決結果已不生任何影響，不再贅述，併此敘明。

八、據上論結，本件上訴人之上訴為無理由，爰判決如主文。

中 華 民 國 1 0 0 年 3 月 2 9 日

民事第十三庭審判長法 官 蕭芳菁

法 官 楊絮雲

法 官 賴劍毅

正本係照原本作成。

如不服本判決，應於收受送達後20日內向本院提出上訴書狀，其未表明上訴理由者，應於提出上訴後20日內向本院補提理由書狀（均須按他造當事人之人數附繕本）上訴時應提出委任律師或具有律師資格之人之委任狀；委任有律師資格者，另應附

具律師資格證書及釋明委任人與受任人有民事訴訟法第466條之1第1項但書或第2項（詳附註）所定關係之釋明文書影本。如委任律師提起上訴者，應一併繳納上訴審裁判費。

中 華 民 國 1 0 0 年 3 月 2 9 日
書記官 黃千鶴

附註：

民事訴訟法第466條之1（第1項、第2項）：

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

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

第四節 消費資訊之規範

第二十二條 企業經營者應確保廣告內容之真實，其對消費者所負之義務不得低於廣告之內容。

【相關判決】

- 1 臺灣高等法院民事判決99年度消上易字第2號
- 2 臺灣高等法院民事判決99年度重上字第667號
- 3 最高行政法院判決100年度判字第236號

【摘要】

按企業經營者應確保廣告內容之真實，其對消費者所負之義務不得低於廣告之內容，消保法第22條定有明文。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，縱契約中雖未就廣告內容再為約定，惟消費者如信賴該廣告內容，並依企業經營者提供之訊息進而與之簽訂契約時，企業經營者所負之契約責任自應及於該廣告內容，該廣告應視為契約之一部。

臺灣高等法院民事判決

99年度消上易字第2號

上訴人 張○○
兼訴訟代理人 張泮香
被上訴人 康○○
兼訴訟代理人 張端文
何○○

上列當事人間請求損害賠償事件，上訴人對於中華民國99年6月21日臺灣臺北地方法院99年度消字第7號第一審判決提起上訴，經本院於100年1月27日言詞辯論終結，判決如下：

【主文】

上訴駁回。

第二審訴訟費用由上訴人連帶負擔。

【事實及理由】

一、上訴人經合法通知，未於言詞辯論期日到場，核無民事訴訟法第386條所列各款情形，爰依被上訴人之聲請，由其一造辯論而為判決。

二、上訴人聲明求為判決：

(一)原判決不利於上訴人部分廢棄。

(二)上廢棄部分，被上訴人在第一審之訴駁回。

(二)訴訟費用由被上訴人負擔。

被上訴人聲明求為判決：

(一)上訴駁回。

(二)訴訟費用由上訴人負擔。

三、被上訴人起訴主張：

(一)上訴人張泮香是○○教育機構負責人，原審被告杜秀英為櫃台小姐並為張泮香之配偶，上訴人張○○為張泮香之女，並為台北市私立華廣設計短期補習班（下稱華廣補習班）代表人。被上訴人張端文誤信上訴人在訴外人104資訊科技股份有限公司所架設之104人力銀行網站張貼資訊，而留下個人聯繫方式，經自稱○○教育機構人員於民國（下同）97年10月11日以電話聯絡推銷，被上訴人張端文乃於同年月19日與原審被告杜秀英訂購司法觀護人保證班課程，費用新臺幣（下同）5萬8,000元，由杜秀英以華廣補習班名義與張端文簽立契約並交付收據。詎被上訴人張端文於94年10月27日上刑法課程時，發現該科目之授課教師不

僅未有大學碩士、博士學歷，顯與廣告內容不符，復未充分備課，遂主動表示欲解除契約並退費，惟遭工作人員以所簽訂之契約第3條約定學生一經上課不得以任何理由辦理退費為由拒絕。

(二)被上訴人何○○於97年8月4日至○○教育機構詢問其所開設之文化行政班課程，經原審被告杜秀英多方蠱惑，於同日訂購文化行政班課程，由訴外人陳俞君以華廣補習班名義與被上訴人何○○簽立契約並交付收據，費用為5萬6,000元，惟被上訴人何○○上課數次後，發現授課教師未如杜秀英所述之高學歷，文化行政授課教師郭揚之學經歷與其授課課程不相關，並在進行4次授課後離職，亦未有其他教師接續教授所剩餘未完之課程。另中國文學概論教師即原審被告戴智源僅有國際貿易學士學歷，竟謊稱具有博士學位，並教授被上訴人何○○文化行政、本國文學概論、文化人類學、世界文化史及文化政策分析等課程。又教授藝術概論之張丕白，亦不具博士資格，經被上訴人何○○執上開理由向杜秀英要求解除契約並退費，杜秀英亦以所簽訂契約第3條約定為由而予以拒絕。

(三)被上訴人康○○於97年10月13日至○○教育機構詢問課程，誤信杜秀英所稱師資皆具有與課程相關領域之碩、博士資格，乃訂購文化行政班課程，費用5萬6,000元，由杜秀英以華廣補習班名義與被上訴人康○○簽立契約並交付收據。被上訴人康○○上課後發現授課老師不僅未準備授課內容，甚至對教材有錯誤敘述，並與上訴人所稱之教師資格不符，欲解除契約並要求退費，杜秀英與上訴人張洋香均以契約第3條

約定為由拒絕。

(四)查○○教育機構在其所印製之宣傳單上記載聘用師資皆有博士學歷或高考及格，但均與事實不符，上訴人張泮香、張○○明知提供之服務與契約重要事項不符，仍以此與伊等締約，顯係共同以詐欺方式侵害伊等權益，構成共同侵權行為，並違反消費者保護法（下稱消保法）第7條第1項、第11條第1項、第22條、消保法施行細則第5條規定。是上訴人及原審被告杜秀英、戴智源應依民法第184條及第185條第1項連帶賠償被上訴人已繳納之學費；上訴人張泮香、張○○應依消保法第51條規定給付被上訴人相當於3倍學費之懲罰性賠償金，求為判命：上訴人張泮香、張○○及原審被告杜秀英、戴智源應連帶給付被上訴人張端文5萬8,000元、被上訴人何○○5萬6,000元及被上訴人康○○5萬6,000元；上訴人張泮香、張○○應分別給付被上訴人張端文17萬4,000元（學費58,000×3=174,000）、被上訴人何○○16萬8,000元（學費56,000×3=168,000）及被上訴人康○○16萬8,000元（學費56,000×3=168,000）之判決。（按原審認上訴人張泮香、張○○對被上訴人構成共同侵權行為，判命上訴人二人應連帶給付被上訴人張端文5萬8,000元、被上訴人何○○5萬6,000元及被上訴人康○○5萬6,000元，而駁回被上訴人其餘之訴，上訴人二人就其敗訴部分提起上訴，被上訴人就其敗訴部分則未據聲明不服）。

四、上訴人則以：

上訴人張○○為華廣補習班之代表人，上訴人張泮香則為

華廣補習班實際負責人，華廣補習班係辦理設立登記之短期補習班，○○教育機構則未辦理設立登記，係華廣補習班所附設之家教班（見原審99年度消字第7號卷第16頁，本院卷第47頁背面）。被上訴人康○○、何○○報名○○教育機構之文化行政高考課程後，已安排藝術概論等六門課程，並修習部分課程，依規定視為已修畢課程；被上訴人張端文於報名○○教育機構之觀護人高考課程後，雖僅修刑法與刑事訴訟法課程，然其未依規定請假即屬曠課，依規定視為已修畢全部課程，故依華廣補習班定型化契約，被上訴人已不能退費，自無損害可言。又○○教育機構之廣告宣傳單上已登載教師名單僅供參考，縱所提供之授課教師師資與實際不符，仍不能認為伊二人有詐欺之行為等語，資為抗辯。

五、經查，被上訴人張端文於97年10月19日向○○教育機構報名觀護人課程，並繳交費用5萬8,000元；被上訴人何○○於97年8月4日向○○教育機構報名文化行政課程，並繳交費用5萬6,000元；被上訴人康○○於97年10月13日向○○教育機構報名文化行政課程，並繳交費用5萬6,000元等情，有華廣補習班所出具之收據暨定型化契約在卷足稽（見原審98年度審消字第27號卷第37、45、46頁），並為兩造所不爭執（見同上卷第160頁反面），自堪信為真實。

六、被上訴人主張上訴人張洋香、張○○明知○○教育機構在宣傳廣告單上記載聘用師資內容與事實不符，仍與伊締約，係共同以詐欺方式侵害伊等權益，構成共同侵權行為，應負損害賠償之責，為上訴人所否認，並以前揭情詞置辯。經查：

(一)華廣補習班原名台北市私立華廣美工設計短期補習班

，於80年3月6日准予設立登記，設立代表人為張雲麗，嗣於94年5月增加共同設立人張○○，並變更張○○為代表人，再於95年10月變更班名為台北市私立華廣設計短期補習班，有華廣補習班基本資料、台北市短期補習班立案證書及共同設立人名冊在卷足稽（見原審98年度北消簡字第15號卷第80、81頁），○○教育機構為華廣補習班經營業務之一，上訴人張泮香負責經營華廣補習班及○○教育機構，亦經上訴人張泮香自認在卷（見原審卷第16頁背），堪認上訴人張泮香實際負責經營華廣補習班及○○教育機構。

(二)次查，上訴人張○○登記為華廣補習班之班主任及設立人，有補習班基本資料、華廣補習班設立人名冊及台北市短期補習班立案證書為證（見原審98年度北消簡字第15號卷第14頁、第80頁、第81頁、第86頁、第87頁），復經上訴人張泮香在原審表明華廣補習班由上訴人張○○獨資經營，並經核准立案，其附設之○○教育機構是專辦高普考試的家教班，未立案亦未經核准，並自承係華廣補習班之實際負責人在卷（見原審98年度審消字第27號卷第143頁背、第90頁、本院卷第47頁背面、48頁），而觀之被上訴人繳納學費之收據亦均以華廣補習班名義出具，有收據三紙在卷足稽（見本院卷第53、54頁），據此堪認上訴人張○○確實有經營華廣補習班及○○教育機構之營業。

(三)上訴人在署名○○教育機構之廣告中聲稱所聘任教師中包括戴沁源博士、張丕白博士、葉紫光講師，並在「特註」欄中記載：本校名師雲集，所聘師資均係國內外大學研究所博、碩士畢業、教授、公職及格與業

界實務工作經驗達十年以上專家（見原審98年度審消字第27號卷第38、39頁、第91頁）。另○○教育機構入學須知亦記載：本校為國際型唯一傳承專業之技藝面授互動完整系統之實務經驗法則與社會型專業準衡真諦之技訓學校。本校不標榜名師，所聘師資均係國內外大學研究所博士、碩士畢業、教授（含著作等身）、公職之高考、特考及格者及業界各類專業實務工作經驗10年以上專家（見同前卷宗第60頁），顯然已用各種廣告宣傳文書表明○○教育機構（依張泮香自稱係華廣補習班所設之家教班）之師資均為與該課程相關之博碩士、或國家考試高考、特考及格，或在該業界已有10年以上工作經驗者。而上開廣告及入學須知所稱之戴沁源博士即原審被告戴智源，亦為上訴人張泮香等人所自陳在卷（見原審99年度消字第7號卷第16頁背面）。

- (四)然依據上訴人所提供予被上訴人康○○、何○○之授課教師學經歷暨所授科目一覽表，原審被告戴智源乃淡江大學國貿系畢業、政治大學企業管理研究所結業、政治大學教育研究所結業、南華大學管理研究所碩士、陸訓班國文科教官甄試及格、陸軍第一士校國文科教官（見原審98年度審消字第27號卷第100頁、105頁），訴外人張丕白僅係台北科技大學研究所博士班，顯然未具有博士資格。再查，戴智源在原審自承現擔任學校學務主任，負責生活教育、訓育、衛生教育、體育工作（見原審99年度消字第7號卷第7頁背面），則其學經歷與所負責教授被上訴人康○○、何○○之課目「世界文化史」、「文化行政及本國文學概論

」並無關聯，此有被上訴人康○○文化行政課程一覽表、被上訴人何○○授課教師學經歷一覽表足證（見原審98年度北消簡字第15號卷第21頁、98年度審消字第27號卷第51頁、第100頁、第105頁）；上訴人復不能證明戴智源、張丕白已通過文化行政等相關之國家考試及格，足見上訴人所聘請替被上訴人康○○、何○○授課之教師其資格根本與○○教育機構上開廣告所列之師資不符。

(五)再查，依據上訴人所提供予被上訴人康○○、何○○、張端文之授課教師學經歷暨所授科目一覽表，係安排由訴外人郭揚教授何○○之「文化行政與政策分析」，張丕白教授被上訴人康○○、何○○之「藝術概論」，葉紫光教授被上訴人張端文「刑法與刑事訴訟法」。但依其所記載郭揚之學經歷為高雄師範大學教育博士、暨南大學比較教育研究所碩士，與其所授科目「文化行政與政策分析」無關；葉紫光則僅為東吳大學法律系畢業，為不動產估價師，有中華民國不動產估價師公會全國聯合會名單及被上訴人張端文授課教師學經歷暨所授科目一覽表在卷可查（見原審98年度審消字第27號卷第111頁及第58頁），復無法提出上述三位老師就其所授科目已取得相關國家考試資格或有實務工作經驗之證明，顯然上訴人所提供之師資與上開○○教育機構所刊登之廣告及入學須知所列之內容不相符合。

(六)上訴人雖抗辯上開廣告刊登之內容業已註明僅供參考，自不能以上開廣告記載認定伊有詐欺行為云云。然查華廣補習班僅向台北市政府教育局（下稱台北市教

育局)立案設置美術、書法、攝影、美工設計、圍棋類等教學科目，並未經台北市教育局核准變更設置公職高考類、公職特種考試類(地方政府)、技術士檢定考試證照類、司法人員(法院)考試等教學科目，顯然不能合法經營公職高普考或專門技職人員之特考類科之補習班，其擅自以未經立案之○○教育機構之名經營高普考試家教班，已於法不合，此有台北市教育局98年3月2日北市教社字第09830571500號函足稽(見原審98年度北消簡字第15號卷第99頁)；復以名師雲集，所聘師資均係國內外大學研究所博、碩士畢業、教授、公職及格與業界實務工作經驗達十年以上專家之內容招攬有意參加國家高普特考或基層特考之學生，使被上訴人誤信上訴人可提供名師授課並傳授參加考試之經驗，將有助其準備國家公職人員之考試，而前往報名上課。但上訴人所提供之師資與其所刊登之廣告內容不符，已如上述，則上開教師係如何就被上訴人所研習之科目傳授被上訴人參加考試經驗，如何有助於被上訴人準備國家考試？上訴人既以○○教育機構之名辦理高普考試家教班，其招生目的應係幫助學生準備國家考試，然依上所述，其所提供之老師顯然無從提供被上訴人任何考試之助益，故上訴人辯稱無詐欺之意圖及行為，殊不足取。

- (七)按因故意或過失，不法侵害他人之權利者，負損害賠償責任。故意以背於善良風俗之方法，加損害於他人者，亦同；又數人共同不法侵害他人之權利者，連帶負損害賠償責任，民法第184條第1項及第185條第1項分別定有明文。負損害賠償責任者，除法律另有規定

或契約另有訂定外，應回復他人損害發生前之原狀（民法第213條第1項規定參照）。所謂共同侵權行為，係指數人共同不法侵害他人權利之行為，共同行為人均具備侵權行為之要件，且其行為具備共同關連性，各加害人之行為客觀上發生同一結果，即成立共同侵權行為。次按企業經營者應確保廣告內容之真實，其對消費者所負之義務不得低於廣告之內容，消保法第22條定有明文。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，縱契約中雖未就廣告內容再為約定，惟消費者如信賴該廣告內容，並依企業經營者提供之訊息進而與之簽訂契約時，企業經營者所負之契約責任自應及於該廣告內容，該廣告應視為契約之一部。

- (八)○○教育機構為華廣補習班業務之一部，而上訴人張泮香及張○○負責經營華廣補習班，已如前述，上訴人張泮香及張○○自應知悉其所聘任教師之學經歷及資格，然其竟在上開○○教育機構廣告及入學須知上刊登與授課教師之學經歷不符之內容，已如前述，且上訴人張泮香及張○○經營○○教育機構，其目的即在幫助學生通過國家公職人員考試，理應知悉願意報名補習均係有意參加考試，相當重視授課教師之資格，足認被上訴人乃係本於信賴○○教育機構登載之上開廣告及入學須知，誤認上訴人張泮香及張○○所聘任之教師具備專業資格，並將之作為契約之一部，始決議與華廣補習班簽立上開契約，故被上訴人主張其是受上訴人張泮香及張○○之詐欺而簽約，應屬可取，上訴人二人之上開詐欺行為，自屬故意以背於善良

風俗之方法加損害於他人，並致被上訴人支出上開補習費用而受有損害，且兩者間具有相當因果關係，故被上訴人主張上訴人應依民法第184條第1項及第185條第1項規定連帶負賠償責任，於法有據。

(九)至於被上訴人張端文、何○○及康○○雖就其報名之觀護人保證班及文化行政班已就讀部分課程（見原審98年度審消字第27號卷第101-102頁、第107-108頁、第112頁之課程簽名表），惟上訴人張泮香及張○○就各該課程師資已有上開與廣告及入學須知不符之處，其復不能證明被上訴人因就讀該課程受有何利益，故上訴人抗辯其賠償金額應扣除被上訴人已上課程時數，即不足取。

七、綜上所述，被上訴人依民法第184條第1項及第185條第1項規定，請求上訴人張泮香及張○○連帶給付被上訴人張端文、何○○及康○○依序為5萬8,000元、5萬6,000元及5萬6,000元，洵屬有據，應予准許，原審就前開應予准許部分，所為上訴人敗訴之判決，於法無違，上訴意旨指摘原判決此部分不當，求予廢棄改判，為無理由。

八、至兩造其餘之攻擊或防禦方法及未經援用之證據，經斟酌後，認為均不足以影響本判決之結果，自無逐一詳予論駁之必要。併此敘明。

據上論結，本件上訴為無理由，依民事訴訟法第449條第1項、第463條、第385條第1項、78條、第85條第2項，判決如主文。

中 華 民 國 1 0 0 年 2 月 1 8 日
民事第二十庭審判長法官 張 蘭
法官 黃莉雲

法 官 王漢章

正本係照原本作成。

不得上訴。

中 華 民 國 1 0 0 年 2 月 1 8 日

書記官 周淑靜

【摘要】

按預售屋之銷售，其將來建築完成後應具有如何之內容，本無法以契約文字鉅細靡遺描述，固有賴當事人以其他方式予以確定，惟出賣人基於促銷目的所製作發送，就買賣標的物性質、價格等有所說明之廣告文件或樣品，除依買賣過程，該廣告、宣傳之內容，客觀上足使買受人將其內容與買賣標的物連結之認識，進而簽訂契約，且於契約中未予排除該廣告、宣傳之內容，應視為契約之一部外，原則上僅有激發消費者購買動機之作用，性質上為要約之引誘，難謂該樣品屋之裝設、擺飾或隔間已當然成為契約之一部。

臺灣高等法院民事判決

99年度重上字第667號

上 訴 人 黃如君
林○○
楊○○
林○○
林○○
李○○

共 同

訴訟代理人 羅聖乾律師

被 上訴人 ○○國際建設股份有限公司
(原○○建設股份有限公司)

法定代理人 張修清

訴訟代理人 楊金順律師

複 代理人 游朝義律師

上列當事人間損害賠償事件，上訴人對於中華民國96年7月13

日臺灣臺北地方法院95年度重訴字第817號第一審判決提起上訴，本院於100年1月4日言詞辯論終結，判決如下：

【主文】

上訴駁回。

第二審訴訟費用由上訴人負擔。

【事實及理由】

甲、程序方面：

一、被上訴人成德建設股份有限公司（下稱成德公司）於民國99年9月9日，與○○國際建設股份有限公司（下稱○○公司）合併，有公司變更登記表為憑（見本院卷第5頁至第12頁），○○公司為存續公司，成德公司為消滅公司，其權利義務由○○公司概括承受而為被上訴人，於99年11月2日具狀聲明承受訴訟（見本院卷第3頁），應予准許。又被上訴人之法定代理人原為林嘉蕾，於98年12月28日變更為蕭立資，嗣於99年12月6日變更為張修清，均有公司變更登記表在卷為據（見同上卷第5頁、第8頁、第10頁、第102頁至第104頁），其等具狀聲明承受訴訟（見同上卷第3頁、第101頁），均應准許，合先敘明。

二、按「訴之變更或追加，非經他造同意，不得為之。但第二百五十五條第一項第二款至第六款情形，不在此限」，民事訴訟法第446條第1項定有明文。上訴人上訴聲明原為：（一）原判決廢棄。（二）被上訴人應分別給付上訴人黃如君新臺幣（下同）67萬元、林○○69萬元、楊○○76萬元、林○○68萬元、林○○43萬元，及分別給付坐落臺北市○○區○○路200號「極上湯」大樓（下稱系爭大樓）全體區分所有權人100萬元；給付上訴人李○○223萬元，並給付全體區分所有權人400萬元，及均自96年2月15日

起至清償日止，按年息5%計算之利息。(三)上開聲明，各該上訴人願供擔保，請准宣告假執行(見本院96年度重上字第431號卷【下稱本院431號卷】一第10頁正背面、本院卷第69頁正背面)。嗣變更上訴聲明為：(一)原判決除確定部分外廢棄。(二)被上訴人應給付上訴人黃如君67萬元、林○○69萬元、楊○○76萬元、林○○68萬元、林○○43萬元、李○○223萬元，並各給付系爭大樓全體區分所有權人100萬元，及均自96年2月15日起至清償日止，按年息百分之5%計算之利息(見本院卷第99頁正背面)，核屬減縮應受判決事項之聲明，應予准許。

乙、實體方面：

- 一、上訴人起訴主張：被上訴人於91年間於坐落臺北市○○區○○段1小段216-1、217、228、229-1、233、234地號上興建「極上湯」地上14層、地下4層之系爭大樓，廣告上載有「每戶名宅內皆配備真正白磺溫泉湯屋」、「愛怎麼泡，就怎麼泡」，詳盡介紹各項公共設施(下稱系爭廣告)，並於銷售現場提供消費者參觀設有夾層之樣品屋(下稱系爭樣品屋)，伊等分別以200萬元至450萬元不等之價格，向被上訴人或伊前手購買系爭大樓之房屋。詎系爭大樓竣工交屋後，伊等發現系爭大樓每日提供白磺溫泉水量不敷住戶使用，且系爭廣告所載公共設施或未設置，或設於公共空間而屬違建(下稱系爭公共設施)，則系爭廣告內容所載給付內容顯屬不完全給付。又被上訴人於房地預定買賣契約書(下稱系爭買賣契約)約定房屋樓高3.5公尺，惟實際交付之房屋高度僅3.45公尺，則被上訴人提供樣品屋夾層設計(下稱系爭夾層設計)，有施用詐術使伊等誤認而購買，致受有三分之一以上之價金損害，伊等自得

請求被上訴人賠償。又被上訴人提供之系爭公共設施已遭主管機關臺北市政府工務局處罰，命恢復機車位使用並錄案列管，依兩造交屋認可書（下稱系爭交屋認可書）之約定，被上訴人應各給付100萬元予系爭大樓全體區分所有權人等情，爰求為命被上訴人給付上訴人黃如君67萬元、林○○69萬元、楊○○76萬元、林○○68萬元、林○○43萬元，並各給付系爭大樓全體區分所有權人100萬元；給付上訴人李○○223萬元，並給付系爭大樓全體區分所有權人400萬元，及均自訴狀送達翌日起至清償日止，按年息百分之5%計算之利息。

被上訴人則以：系爭廣告所載「愛怎麼泡，就怎麼泡」之真意係系爭大樓每戶配有私人專屬溫泉湯屋，著重個人私密潔淨之空間，住戶可於自宅內使用，系爭大樓住戶於一般使用情況下，不會出現水量不足之問題，伊從未保證溫泉水量可任由住戶浪費消耗而不虞匱乏。系爭廣告並未說明系爭大樓可施作夾層，亦未向上訴人稱可合法於房屋內施作夾層，系爭樣品屋僅係要約之引誘，並非契約之一部，伊已依法向陽明山溫泉水管理處（下稱溫泉水管理處）申請接管至系爭大樓，經溫泉水管理處核准在案，且伊已將之移交系爭大樓管理委員會（下稱系爭大樓管委會）管理，該委員會未曾反應溫泉水量有不足情事。系爭大樓於變更建築執照時，變更為樓高3.5公尺，建築執照、使用執照附表、使用執照竣工圖之立面圖均標示每層樓高為3.5公尺，伊無不完全給付，縱有不完全給付情事，依系爭交屋認可書附註第2項和解條款之記載，係以社區回饋金方式補貼100萬元予系爭大樓全體區分所有權人，代替區分所有權人及管委會就系爭大樓全部二次工程要求被上

訴人重作或提出任何主張，並非同意給付上訴人及其他區分所有權人各100萬元等語，資為抗辯。

二、原審命被上訴人給付上訴人及系爭大樓全體區分所有權人100萬元，並自96年2月15日起至清償日止，按年息百分之5%計算之利息，而駁回上訴人其餘之訴。上訴人認原判決主文第一項諭知之「被上訴人應給付上訴人及系爭大樓全體區分所有權人100萬元」部分，非其請求之「各給付系爭大樓全體區分所有權人100萬元」，因而表示不服，併同其敗訴部分提起上訴，聲明：

(一)原判決除確定部分外廢棄。

(二)被上訴人應給付上訴人黃如君67萬元、林○○69萬元、楊○○76萬元、林○○68萬元、林○○43萬元、李○○223萬元，並各給付系爭大樓全體區分所有權人100萬元，及自96年2月15日起至清償日止，按年息百分之5%計算之利息。

(三)上開第二項聲明，各該上訴人願供擔保，請准宣告假執行。

(原審共同原告簡正婷、李雅媛、徐秀貞、顏阿妹、吳怡慧、蕭秀琴就其敗訴部分未上訴，該部分已告確定)。

被上訴人則聲明：

(一)上訴駁回。

(二)如受不利判決，願供擔保，請准免假執行。

三、按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，消費者保護法第22條定有明文，該條並未明定「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（最高法院92年度台上字第2694號判決意旨參照）。系爭廣告固記載「每戶名宅內，都有私家專屬湯屋，愛怎麼泡，就怎麼泡」等語（見原審卷一第26頁），然系爭買賣契約內容並未載有上開廣告內容（見原審卷一第131—162頁），足見系爭廣告內容未經兩造協議列入系爭買賣契約，縱其內容不實，仍難逕認為係系爭買賣契約之要約，或當然成為契約之一部。是上訴人稱：系爭廣告有關白磺溫泉內容，構成系爭大樓房地買賣契約一部云云，自非可採。次按當事人主張有利於己之事實者，就其實事有舉證之責任，民事訴訟法第277條前段定有明文。上訴人主張：被上訴人提供之白磺溫泉水量有不足之不完全給付情形云云。然查，被上訴人在系爭大樓設有儲水槽，已裝接白磺溫泉及青磺溫泉12口徑各1支，每日供應量各約10噸，並向訴外人陳美佐取得溫泉水使用權利轉交系爭大樓管委會無限期永久使用，該供應量雖僅為概估，使用戶應視申裝口徑及支數所供水量妥適規劃用水設備及使用方式，如設置儲水槽、公共浴池或定時使用等，因而同一時間可供幾戶使用，並無明確之標準，有臺北自來水事業處陽明營業分處95年1月23日及95年12月4日北市水陽營溫字第09545022400號、09545404100號函、溫泉水使用權利讓渡書、系爭大樓橫向剖面圖及溫泉儲水槽照片等在卷可

稽（見原審卷一第96、205—208頁、卷二第49、50、64頁），參諸溫泉水乃屬天然資源，出水量多寡取決於自然資源之消耗，並受氣候、住戶使用習慣、儲水槽容量等因素影響，是上訴人以上開管線供水量與各戶溫泉水池容量計算，認無法滿足全部住戶所需，難認有據。且負責維修系爭大樓溫水管之成功水電行負責人鄭旺財於原審證稱系爭大樓儲水槽溫泉水偶有水位下降情形，但沒有不足情事，且未接獲住戶反應溫泉水量不足等情（見原審卷二第142—第143頁），並有溫泉水位檢查紀錄表附卷可參（見原審卷二第98、99頁），足證被上訴人已提供供應溫泉水之相關設備，使系爭大樓住戶為一般合理使用，應認無不完全給付之情事。此外，上訴人又未能舉證證明被上訴人有何不完全給付之情事，其此部分主張，自非可採。

四、按預售屋之銷售，其將來建築完成後應具有如何之內容，本無法以契約文字鉅細靡遺描述，固有賴當事人以其他方式予以確定，惟出賣人基於促銷目的所製作發送，就買賣標的物性質、價格等有所說明之廣告文件或樣品，除依買賣過程，該廣告、宣傳之內容，客觀上足使買受人將其內容與買賣標的物連結之認識，進而簽訂契約，且於契約中未予排除該廣告、宣傳之內容，應視為契約之一部外，原則上僅有激發消費者購買動機之作用，性質上為要約之引誘，難謂該樣品屋之裝設、擺飾或隔間已當然成為契約之一部。上訴人主張被上訴人於銷售系爭大樓時，樣品屋設有系爭夾層設計，係說明系爭大樓房地使用方法之廣告，構成系爭買賣契約之一部，被上訴人應履行使上訴人買受合法取得夾層使用空間之義務云云。經查，被上訴人於銷售系爭大樓前確有搭建夾層樣品屋等情，業據系爭大樓購

買戶何淑暖、辛慶昌、徐惠珍、劉立凡證述甚詳（見原審卷二第73、170、171頁），惟系爭大樓銷售時之系爭廣告上，並未提及系爭大樓房屋可施作夾層，有系爭廣告附卷可稽（見原審卷第25之1—29頁），且系爭契約第9條已明文約定「乙方（即被上訴人）不施作隔層」（見原審卷一第32頁反面），足徵兩造已就該樣品屋施作系爭夾層設計之廣告內容另為斟酌、約定，且系爭交屋認可書載明「本大樓核准之建築圖說無隔層設計於銷售時即為本人所明確認知，本戶如有裝修增加使用空間之需求，於交屋後由本人自行施作，不在本件買賣面積、價款及保固範圍內，亦無法辦理建造執照及使用執照之變更設計」（見原審卷一第163—176頁），則自兩造購屋至交屋之全部交易過程及被上訴人所提供上開廣告宣傳內容，客觀上尚難認使買受人有將該樣品屋施作系爭夾層設計與買賣標的物連結之認識，性質上應為要約之引誘，系爭夾層廣告內容即非雙方契約之一部，從而，上訴人據此請求損害賠償，並無依據。

五、上訴人主張系爭房屋樓高為3.5公尺，完工後實際樓高3.45公尺，並提出91年建字第0037號建造執照存根附表為證（見原審卷一第103、104頁）。經查，被上訴人於91年12月30日經臺北市政府工務局核准申請變更建造執照，第2至12層樓各層高度均為3.5公尺，有建造執照變更申請書、附表及建造執照立面圖可稽（見原審卷二第194—199頁、第201—202頁），嗣系爭大樓竣工後，使用執照之附表及使用執照竣工圖之立面圖均標示每層樓為3.5公尺，亦有臺北市政府工務局94使字第0080號使用執照附表、竣工立面圖在卷可證（見原審卷一第204頁、卷二第203、204

、216—218頁），另系爭大樓工地主任林世祺亦於原審證稱系爭大樓完工驗收時，測量系爭大樓樓高，各層樓高為3.5公尺（見原審卷二第143頁），是上開竣工圖既係建築師從事業務所製作，且就各樓層規格記載明確，自堪採信。上訴人雖主張其實際丈量每層樓高未達3.5公尺，然其所提資料僅為91年建字第0037號之建造執照存根附表，而被上訴人於91年12月30日經核准變更建造執照，已如前述，故以被上訴人提出之94年使用執照附表及竣工立面圖為可信。此外，上訴人並未提出其他任何丈量資料或證據足以證明系爭大樓各樓層樓高不足3.5公尺，是其此部分主張，自難採信。

六、上訴人又主張其等因信賴系爭廣告內容提供之訊息，簽訂系爭買賣契約，然被上訴人提供之系爭公共設施係違章建築，有遭取締拆除之危險，被上訴人自屬未依債務之本旨履行，應對上訴人負不完全給付之債務不履行責任。然查：兩造間之系爭交屋認可書附註第2項約定：「全部二次工程裝潢及設備皆為起造人無償贈送，且有不符建築相關法令，起造人於銷售及交屋時已明確告知，日後如有主管機關命其回復之情形，起造人（即被上訴人）同意以社區回饋金之方式補貼新臺幣壹佰萬元整予本大樓全體區分所有權人，本人及管理委員會同意日後不再就本大樓全部二次工程要求起造人重作或提出任何主張」等語（見原審卷一第163頁），足認兩造於交屋時同意就二次施工不符建築法令部分已達成和解，其和解條件係由被上訴人以社區回饋金之方式補貼100萬元予系爭大樓全體區分所有權人，代替區分所有權人及管委會同意不再就系爭大樓全部二次工程要求起造人重作或提出任何主張。兩造既已以系

爭交屋認可書達成和解，被上訴人如未履行該和解契約，上訴人應依和解契約之內容請求之，而非依原有系爭契約之法律關係為請求。

- 七、上訴人另主張系爭交屋認可書係約定被上訴人應給付上訴人及其他區分所有權人各100萬元，而非約定被上訴人同意以社區回饋金方式補貼100萬元予系爭大樓全體區分所有權人云云。經查，系爭交屋認可書附註第2項係記載：「…日後如有主管機關命其回復之情形，起造人（即被上訴人）同意以社區回饋金之方式補貼新臺幣壹佰萬元整予本大樓全體區分所有權人，…」（見原審卷一第163頁），其文義甚明，堪認系爭交屋認可書附註第2項之約定係雙方於交屋時同意，若有主管機關命回復系爭公共設施之情形，就二次施工及不符建築法令部分，被上訴人同意以回饋金方式補貼全體住戶，即以社區回饋金方式補貼100萬元予系爭大樓全體區分所有權人，並非同意給付上訴人及其他區分所有權人各100萬元。系爭大樓共313戶，上訴人購買系爭大樓房屋每戶總價約200萬元至450萬元不等，為兩造所不爭執，而系爭公共設施分攤至各住戶購買面積僅佔百分之2.34（被上訴人主張）至百分之3.3（上訴人主張）之間，倘系爭大樓全體住戶均與被上訴人按系爭交屋認可書所載條件達成和解，被上訴人給付住戶及全體區分所有權人之金額達3億1300萬元，然系爭大樓總工程造價為1億6957萬1388元（見臺北市政府工務局建造執照存根，原審卷一第103頁），是上訴人主張和解金額超過系爭大樓總工程造價近2倍之多，顯與常理不符。況被上訴人並非未設置系爭公共設施，而係違規施作，經主管機關查核後，依系爭大樓管委會95年3月3日95年度第2屆第11

次管委會決議進行修改工程，修改方案以符合臺北市政府違章處理要點為原則，地下壹樓修改以移除固定之櫃體及家具、隔間，在不影響原使用機能原則下，改以活動式設備及家具方式處理等情，亦有管委會會議記錄、函文及施工公告可考（見原審卷一第201－203頁），是被上訴人所為給付固未符債務本旨，然並非對上訴人毫無利益，故兩造於系爭交屋認可書約定不完全給付所減少之價值以100萬元計，尚屬公允。綜上，堪認系爭交屋認可書之和解條款係約定被上訴人同意以社區回饋金方式補貼100萬元予系爭大樓全體區分所有權人，上訴人此部分主張，亦無足採。

八、綜上所述，被上訴人就溫泉水供應、夾層設計及樓高部分既無不完全給付情形，就此部分難認被上訴人應負債務不履行責任。至於被上訴人提供不合債之本旨之系爭公共設施部分，兩造既已成立具有和解性質之系爭交屋認可書，上訴人即應依和解契約之新法律關係請求履行，不得再依原有系爭契約之法律關係請求審酌損害賠償數額。是上訴人依系爭交屋認可書，請求被上訴人給付上訴人及系爭大樓全體區分所有權人100萬元，並自96年2月15日起至清償日止，按年息百分之5%計算之利息，為有理由，應予准許。逾此範圍之請求，為無理由，應予駁回。原審就上開應准許部分，為上訴人勝訴之判決，並酌定擔保金額准予假執行，經核並無不合，上訴人就此部分認原判決主文第一項之諭知與其請求不同，指摘原判決不當，求予廢棄改判，為無理由，應予駁回。原審就上開不應准許部分，為上訴人敗訴之判決，經核亦無不合。上訴意旨就上開不應准許部分，指摘原判決不當，求予廢棄改判，亦無理由，

併予駁回。

九、本件事證已臻明確，兩造其餘攻擊、防禦方法及所為之立證，經審酌後認與判決之結果不生若何影響，無庸再逐一予以論列，合併敘明。

十、據上論結，本件上訴為無理由，依民事訴訟法第449條第1項、第78條、第85條第1項前段，判決如主文。

中 華 民 國 1 0 0 年 1 月 1 8 日
民事第十八庭審判長法官 湯美玉
法官 李慈惠
法官 丁蓓蓓

正本係照原本作成。

上訴人如不服本判決，於合併上訴利益額逾150萬元始可上訴，並應於收受送達後20日內向本院提出上訴書狀，其未表明上訴理由者，應於提出上訴後20日內向本院補提理由書狀（均須按他造當事人之人數附繕本）上訴時應提出委任律師或具有律師資格之人之委任狀；委任有律師資格者，另應附具律師資格證書及釋明委任人與受任人有民事訴訟法第466條之1第1項但書或第2項（詳附註）所定關係之釋明文書影本。

如委任律師提起上訴者，應一併繳納上訴審裁判費。

中 華 民 國 1 0 0 年 1 月 1 8 日

【摘要】

系爭廣告傳單與標準層傢俱配置參考圖係以具有開闊自然景觀之溫泉浴室為廣告賣點，具有商業交易價值及招徠消費者與其交易之效果，足認係屬廣告，尚難以該標準層傢俱配置參考圖係寫意創作或非屬銷售廣告正式圖面主張免責。而上開房屋銷售廣告所圖示之陽臺外推設計情狀，為影響消費者交易決定之因素，一般消費者據系爭建案廣告內容僅認知其所購得者可將陽臺外推，增加居室之使用面積，但實際上則均違反相關建築法規，縱上訴人交付與廣告內容相符之標的物，惟建築物所有權人及使用人仍有遭受建管單位罰鍰、停止使用及強制拆除等處分之風險，是系爭建案廣告內容與一般消費大眾之認知有相當大之差距，已逾越一般大眾所能接受之程度，足以引起一般大眾錯誤之認知或決定，該等違反建築法令之廣告內容自為虛偽不實及引人錯誤之表示無疑。

最高行政法院判決

100年度判字第236號

上訴人 ○○建設股份有限公司

代表人 鄭欽天

訴訟代理人 李文成 律師

賴玉山 律師

洪瑞悅 律師

被上訴人 行政院公平交易委員會

代表人 吳秀明

上列當事人間公平交易法事件，上訴人對於中華民國98年7月7日臺北高等行政法院98年度訴字第651號判決，提起上訴，本院判決如下：

【主文】

上訴駁回。

第二審訴訟費用由上訴人負擔。

【事實及理由】

- 一、上訴人係經營房屋興建及銷售之業者，其與○○建設股份有限公司（下稱○○公司）於民國95年2月間簽訂「共同投資興建協議書」，約定雙方各投資50%在新北市淡水區（原臺北縣淡水鎮○○○段第388、第388-5、第390地號共同興建推出「海天2部曲」預售屋建案（下稱系爭建案）。惟於96年2月14日，經被上訴人調查人員於系爭建案之接待中心，查獲其發放之廣告傳單上載有「溫泉渡假村」、「戶戶養生溫泉到位」及「水泉核准字號：北府水資字第0950605912號」，並於接待中心現場樣品屋及系爭廣告中繪製「標準層傢俱配置參考圖」、「全區配置圖」，將陽臺位置標示為室內空間之一部分，涉及就商品之用途及內容為虛偽不實及引人錯誤之表示，違反公平交易法第21條第1項規定，乃依同法第41條前段規定，以97年7月31日公處字第097101號處分書命上訴人及○○公司自處分書送達之次日起立即停止前項違法行為，並分別處上訴人及○○公司罰鍰新臺幣（下同）1,000,000元及800,000元（下稱原處分）。上訴人不服，提起訴願，遭決定駁回，遂提起本件行政訴訟。
- 二、上訴人起訴主張：廣告內容是否有虛偽不實或引人錯誤之表示，不能僅摘取廣告內容片面作斷章取義之認定，而應就整體印象及效果合併觀察。被上訴人僅憑東岳廣告股份有限公司（下稱東岳公司）自行委託高巢室內設計工程有限公司（下稱高巢公司）所設計之各樓層「標準層傢俱配

置參考圖」，遽認上訴人所提供消費者之廣告包含違建之設計，實有違誤。該「標準層傢俱配置參考圖」乃由高巢公司設計、提供，上訴人對該廣告內容並不知悉。上訴人於消費者承買前已主動澄清系爭廣告與建照核准圖說不符之處，並祛除系爭廣告所可能造成之錯誤印象。又該「標準層傢俱配置參考圖」僅為傢俱擺放配置之例式，並無商業交易價值及招徠消費者之效果，非屬廣告。縱認該「標準層傢俱配置參考圖」係屬廣告，亦非系爭建案廣告之主要部分而係次要部分，仍應就整體印象及效果合併觀察。再，建築法與建築相關規則規定並不認為於陽臺放置浴缸，係屬違章建築，並無遭建管單位查報拆除之風險，對消費者權益無損，亦難認為有廣告不實之情事等語，求為判決訴願決定及原處分關於上訴人部分均撤銷。

三、被上訴人則以：系爭建案係上訴人與○○公司投資比例各為50%之預售屋建案，其廣告傳單上亦標示「雙建設團隊打造，○○/○○建設」等文字，該「標準層傢俱配置參考圖」亦為客戶至銷售中心便可取得之資料，一般交易相對人通常可認知該預售屋建案之出賣人即為上訴人。至該二公司就各種行銷事項如何分工，僅為其內部事務分配，商品出賣人既使用廣告行銷其商品並獲取利益，自應對廣告內容負責，不得以疏於審閱而免除其廣告主之地位與責任。又系爭廣告中將部分住戶樓層之陽臺位置繪設為居室之一部分，並繪有浴缸、洗手臺等圖示，整體觀之，將使消費者誤認該陽臺所在位置為室內空間之一部分，可比照規劃使用，業已影響交易相對人合理判斷並作成錯誤交易決定。且系爭建案之廣告傳單與標準層傢俱配置參考圖係以具有開闊自然景觀之溫泉浴室為廣告賣點，係該建案之

特色及重要部分，顯係具有商業交易價值及招徠消費者與其交易之效果。至上訴人所稱以書面契約或銷售人員口頭告知等事項，與系爭廣告相較，對購屋大眾就房屋商品的了解程度影響亦有不同，不應將其混淆，亦不因此得主張免責。況新北市（原臺北縣）政府工務局業明確表示，建築物未按建造執照核准圖說施工，而依其「標準層傢俱配置參考圖」施工，將陽臺外推設置溫泉浴池，即屬違章建築，足徵系爭廣告對於建物之合法性為虛偽不實或引人錯誤之表示或表徵。被上訴人於本件審酌一切情狀後予以論處上訴人1,000,000元罰鍰，並無違誤等語，資為抗辯，求為判決駁回上訴人之訴。

四、原審斟酌全辯論意旨及調查證據之結果，以：

- (一)系爭建案依上訴人與○○公司簽訂之「共同投資興建協議書」，為雙方投資比例各為50%之預售屋建案，系爭建案廣告傳單上亦標示「雙建設團隊打造，○○/○○建設」等文字，系爭廣告圖說「標準層傢俱配置參考圖」則為客戶至銷售中心便可取得之資料，就一般潛在之交易相對人而言，通常可獲致該預售屋建案之出賣人即為廣告主之認識，雖上訴人訴稱廣告係由○○公司全權處理，對於廣告內容並不知悉，惟該二公司就各種行銷事項如何分工，僅為其內部事務分配，上訴人實難辭廣告主之責。況上訴人身為事業主，對於攸關系爭建案銷售量之廣告豈有無權過問之理，且廣告內容之良窳，將直接或間接影響建案之銷售業績，上訴人豈會漠不關心，故其訴稱對於系爭廣告內容無權過問且不知悉云云，應係事後卸責飾詞。又縱有上訴人因疏未審閱系爭廣告而不知之情事，

惟商品出賣人既使用廣告行銷其商品並獲取利益，自應對廣告內容負責，尚不得以疏於審閱而免除其廣告主之地位與責任。

- (二)建築物在建造前，應向主管建築機關申請審查許可並發給執照，始得為之，且應依照核定工程圖樣及說明書施工，若有違反，則可依建築法第86條第1款規定處以罰鍰，並勒令停工補辦手續，必要時得強制拆除其建築物。系爭廣告之「標準層傢俱配置參考圖」將系爭建案A1、A3、A5、A6、A7、A8、A9、B1、B2、B5、B6、C3、D2、D3、D5、E1、E2、E5、E6、E7、F1、F6、F7等部分住戶陽臺位置繪為居室之一部分，並有浴缸、洗手臺、床鋪等圖示，因此，系爭建案倘依上開標準層傢俱配置參考圖施工，將陽臺外推設置溫泉浴池，則其建築物顯未按建造執照核准圖說施工，依照上開規定，自屬違章建築。另系爭廣告傳單與標準層傢俱配置參考圖係以具有開闊自然景觀之溫泉浴室為廣告賣點，具有商業交易價值及招徠消費者與其交易之效果，足認係屬廣告，尚難以該標準層傢俱配置參考圖係寫意創作或非屬銷售廣告正式圖面主張免責。而上開房屋銷售廣告所圖示之陽臺外推設計情狀，為影響消費者交易決定之因素，一般消費者據系爭建案廣告內容僅認知其所購得者可將陽臺外推，增加居室之使用面積，但實際上則均違反相關建築法規，縱上訴人交付與廣告內容相符之標的物，惟建築物所有權人及使用人仍有遭受建管單位罰鍰、停止使用及強制拆除等處分之風險，是系爭建案廣告內容與一般消費大眾之認知有相當大之差距，已逾越一般大眾所能

接受之程度，足以引起一般大眾錯誤之認知或決定，該等違反建築法令之廣告內容自為虛偽不實及引人錯誤之表示無疑。又系爭廣告是否虛偽不實或引人錯誤，與是否授權客戶使用無涉，亦不因廣告上載明「本圖由高巢設計工程公司提供，尊重智慧財產權請勿任意使用」等字樣而得主張免責。

(三)廣告主就商品所為之表示與表徵自當與事實相符，為避免消費者受不實廣告之誤導前往交易致權益受損，並使同業競爭者喪失與其交易之機會，契約等資料之另為補充、補正說明並不影響不實廣告責任之認定。且依預售屋之交易特性，消費者常依憑廣告以認識所購建物之外觀、設計、格局配置等內容，並據為是否交易之參考；標準層傢俱配置參考圖所為虛偽不實及引人錯誤之表示，已足以引起交易相對人錯誤之認知或決定，上訴人所稱以書面契約或銷售人員口頭告知等事項，並非系爭廣告內容之一部分，此二者與系爭廣告相較，對購屋大眾就房屋商品的了解程度影響亦有不同，上訴人將其混為一談，實有誤會。

(四)本件上訴人係經營房屋興建及銷售之業者，其於廣告上提供相關資訊，爭取一般大眾與其交易時，本應負較高之注意義務妥為規劃，以確保廣告之真實。上訴人與○○公司共同興建推出系爭建案，上訴人為銷售其系爭建案，在系爭廣告中繪製「標準層傢俱配置參考圖」、「全區配置圖」，將陽臺位置標示為室內空間之一部分，倘依上開標準層傢俱配置參考圖施工，將陽臺外推設置溫泉浴池，則其建築物顯未按建造執照核准圖說施工，自屬違章建築，此情當為上訴人

所明知，自難謂無違反公平交易法第21條第1項之故意。上訴人製作上開廣告，目的在促銷系爭建案，藉以牟利，且系爭廣告使用期間為96年1月6日至96年1月31日，時間不長；另上訴人96年及97年營業額各約125億餘元及127億餘元，本建案戶數為374戶，房屋及車位總銷售金額約24億元，售出比例約7至8成，營業規模及銷售金額均非小；又上訴人曾因不實廣告案件經被上訴人裁處300萬元。茲本件原處分之作成，既經被上訴人所屬具專業知識、依法獨立行使職權之委員，於委員會議中衡酌各相關違法情節，對上訴人違法行為動機、目的及預期之不當利益、違法行為對交易秩序之危害程度等因素，就該會內部單位依公平交易法施行細則第36條規定是否妥適進行討論後，於法律授權範圍內，作成裁處上訴人上開應立即停止前項違法行為及罰鍰之決定，經核堪認被上訴人之裁量已審酌一切情狀，且其作成裁量尚無與法律授權之目的相違或出於不相關事項考量之裁量濫用，亦無消極不行使裁量權之裁量怠惰情事，難認有違比例原則，是本件裁罰於法並無不合。從而，原處分以上訴人於系爭廣告中繪製「標準層傢俱配置參考圖」、「全區配置圖」，將陽臺位置標示為室內空間之一部分，涉及為虛偽不實及引人錯誤之表示，違反公平交易法第21條第1項規定，事證明確，依同法第41條前段規定，命上訴人自處分書送達之次日起，應立即停止前項違法行為，並處罰鍰1,000,000元，其認事用法並無違誤，訴願決定予以維持，亦無不合，因將原決定及原處分均予維持，駁回上訴人之訴。

五、本院查：

(一)按「事業不得在商品或其廣告上，或以其他使公眾得知之方法，對於商品之價格、數量、品質、內容、製造方法、製造日期、有效期限、使用方法、用途、原產地、製造者、製造地、加工者、加工地等，為虛偽不實或引人錯誤之表示或表徵。」「公平交易委員會對於違反本法規定之事業，得限期命其停止、改正其行為或採取必要更正措施，並得處5萬元以上2,500萬元以下罰鍰。」行為時公平交易法第21條第1項及第41條前段分別定有明文。被上訴人為確保事業之公平競爭及保障消費者之權益而以主管機關立場，訂頒「行政院公平交易委員會對於公平交易法第21條案件之處理原則」，乃被上訴人為執行公平交易法所為技術性、細節性之規定，核與公平交易法之立法意旨無違，自得予以適用。該原則第5條規定：「本法第21條所稱虛偽不實，係指表示或表徵與事實不符，其差異難為相當數量之一般或相關大眾所接受，而足以引起錯誤之認知或決定者。」第6條規定：「本法第21條所稱引人錯誤，係指表示或表徵不論是否與事實相符，足以引起相當數量之一般或相關大眾錯誤之認知或決定者。」第7條規定：「虛偽不實或引人錯誤之表示或表徵判斷原則如下：(一)表示或表徵應以相關交易相對人普通注意力之認知，判斷有無虛偽不實或引人錯誤之情事。(二)表示或表徵隔離觀察雖為真實，然合併觀察之整體印象及效果，倘足以引起相當數量之相關交易相對人錯誤認知或決定者，即屬引人錯誤。(三)表示或表徵之內容以對比或特別顯著方式為之

，而其特別顯著之主要部分易形成消費者決定是否交易之主要因素，故其是否虛偽不實或引人錯誤，得就該特別顯著之主要部分單獨加以觀察而判定。……」第8條規定：「表示或表徵是否虛偽不實或引人錯誤應考量下列因素：(一)表示或表徵與實際狀況之差異程度。(二)表示或表徵之內容是否足以影響具有普通知識經驗之一般大眾為合理判斷並作成交易決定。(三)對處於競爭之事業及交易相對人經濟利益之影響。」第9條規定：「廣告是否虛偽不實或引人錯誤，應以廣告主使用廣告時之客觀狀況予以判斷。廣告主使用廣告時，已預知或可得知其日後給付之內容無法與廣告相符，則其廣告有虛偽不實或引人錯誤。第1項所稱之客觀狀況，係指廣告主提供日後給付之能力、法令之規定、商品（或服務）之供給……等。」

(二)準此，廣告是否為虛偽不實或引人錯誤，應以廣告主使用廣告時之客觀狀況予以判斷，廣告主使用廣告時，已預知或可得知其日後給付內容無法與廣告相符，則其廣告即有虛偽不實或引人錯誤。倘事業在廣告上對於商品之適用範圍及區域為虛偽不實或引人錯誤之表示或表徵，將導致相關大眾產生錯誤之認知與決定，進而影響其權益，當有依公平交易法第21條規範之必要。再者，公平交易法第21條之表示或表徵是否虛偽不實或引人錯誤，以該表示或表徵之內容合併觀察之整體印象及效果，足以影響具有普通知識經驗之一般大眾為合理判斷並作成交易決定為已足，故應考量表示或表徵與實際狀況之差異程度、表示或表徵之內容是否足以影響具有普通知識經驗之一般大眾為合理

判斷並作成交易決定，以及對處於競爭之事業及交易相對人經濟利益之影響等。而一般消費者對廣告之認知，大皆認為廣告中對商品內容所為之表示或表徵當與事實相符，且可合理期待其為合法，並作為決定交易與否之依據，因此，事業於廣告上提供之相關資訊，以爭取相關大眾與其交易時，當負較高之注意義務妥為規劃，確保廣告之真實，以避免消費者因其虛偽不實或引人錯誤之廣告內容，產生錯誤之認知與決定。故刊登廣告，對象係針對不特定之消費者，具有一定之招徠效果，倘事業於商品或廣告上，對於商品之內容為虛偽不實或引人錯誤之表示者，即已違反公平交易法第21條規定。

- (三)復按證據之取捨與當事人所希冀者不同，致其事實之認定亦異於該當事人之主張者，不得謂為原判決有違背法令之情形。又證據之證明力如何或如何調查事實，事實審法院有衡情斟酌之權，苟已斟酌全辯論意旨及調查證據之結果，而未違背論理法則或經驗法則，自不得遽指為違法。本件原審本於職權調查證據後，認定：房屋銷售廣告所描述之建物用途情狀，為影響消費者交易與否決定重要因素之一，系爭建案之廣告傳單與標準層傢俱配置參考圖係以具有開闊自然景觀之溫泉浴室為廣告賣點，即為上訴人所稱系爭建案之特色，顯係具有商業交易價值及招徠消費者與其交易之效果，足認係屬廣告，與上訴人事實上是否另有現場人員解說，及買賣契約書之存在並無相關；上訴人與○○公司於95年2月間簽訂「共同投資興建協議書」，約定雙方各投資50%於系爭預售屋建案，竟於系

爭廣告中繪製「標準層傢俱配置參考圖」、「全區配置圖」，將陽臺位置標示為室內空間之一部分，涉及為虛偽不實及引人錯誤之表示，違反公平交易法第21條第1項規定等情。經核尚無違於證據法則、論理法則與經驗法則，亦與上開規定無違。上訴意旨仍稱系爭「標準層傢俱配置參考圖」僅為寫意創作，並非廣告云云，乃就原審取捨證據、認定事實之職權行使，指摘其為不當，自無可採。

(四)又預售屋之交易特性，消費者與建商進行交易時，尚無成屋可供其實地參觀，消費者只能憑「廣告」來認識其所欲購買建物之各項條件；故建商所為之預售屋廣告若有虛偽不實或引人錯誤情事，將導致消費者對所購建物產生錯誤之認知，其行為不僅對消費者權益影響甚大，同時對於依法從事銷售行為之同業競爭者亦造成不公平競爭之情事。而公平交易法第21條對商品廣告之規範，係為避免因建商所為虛偽不實或引人錯誤之廣告，造成交易相對人錯誤之決定，是對「預售屋廣告」自不得以已於廣告或契約上載明該表示或表徵「僅供參考」等字句，而主張免責。蓋若僅供參考之記載不能算入「不實廣告」之範圍，則公平交易法不實廣告之規定不啻形成具文。是以，上訴人主張系爭廣告之傢俱配置參考圖已註明「僅供參考」，非屬不實廣告要件云云，亦不足採。

(五)系爭參考圖廣告中將部分住戶樓層之陽臺位置繪置設為居室之一部分，並繪有浴缸洗手臺等，為原審確認之事實，且為上訴人所不爭執，整體觀之，易使消費者誤認為該陽臺所在位置為室內空間之一部分，可比

照規劃使用，已有影響交易相對人合理判斷並作成交易決定之虞，無論該圖示中陽臺內是否繪有床鋪，均不影響上訴人之廣告係虛偽不實及引人錯誤，其行為業已違反公平交易法第21條第1項規定。上訴人爭執該圖示中並無床鋪，指摘原判決理由與事實不符，亦無足採。又建築物未按建造執照核准圖說施工，即屬違章建築；本件依系爭廣告「標準層傢俱配置參考圖」，係將陽臺外推設置溫泉浴池，已與建造執照不符，自屬違建，足徵系爭廣告對於建物之合法性為虛偽不實或引人錯誤之表示或表徵，上訴人辯稱該參考圖並無「拆除外牆」或將「陽臺外推」之情形，非屬違建云云，亦難採取。再關於預售屋之買賣，如建商所為之預售屋廣告有虛偽不實或引人錯誤情事，將導致消費者對所構建物產生錯誤認知，其行為除影響個別消費者之權益外，同時對於依法從事預售屋銷售行為之同業競爭者，亦將造成不公平競爭之情事，應有公平交易法之適用。故上訴人稱本案應屬消費者保護事件，被上訴人無管轄權云云，亦屬誤解。

- (六)所謂判決不備理由係指判決全然未記載理由，或雖有判決理由，但其所載理由不明瞭或不完備，不足使人知其主文所由成立之依據；所謂判決理由矛盾，係指判決有多項理由，且互相衝突，無以導出判決之結論而言。原審駁回上訴人之訴，業已在判決理由欄詳敘其採證之依據及得心證之理由，並就上訴人之主張何以不足採取，分別予以指駁甚明；經核亦無判決理由不備及理由矛盾之違法。上訴人指摘原判決理由不備及理由矛盾，均無可採。

(七)綜上，上訴意旨均係就原審已詳為論述事項，指摘原判決違法，洵不可採。原判決並無不適用法規或適用不當等違背法令情事，其所適用之法規與該案應適用之現行法規並無違背，與解釋判例，亦無牴觸。上訴論旨，指摘原判決違誤，求予廢棄，難認有理由，應予駁回。

六、據上論結，本件上訴為無理由。依行政訴訟法第255條第1項、第98條第1項前段，判決如主文。

中 華 民 國 1 0 0 年 3 月 3 日
最高行政法院第四庭
審判長法 官 黃璽君
法 官 楊惠欽
法 官 吳東都
法 官 陳金圍
法 官 蕭惠芳

以上正本證明與原本無異

中 華 民 國 1 0 0 年 3 月 4 日
書記官 彭秀玲

第四章 行政監督

第三十六條 直轄市或縣(市)政府對於企業經營者提供之商品或服務，經第三十三條之調查，認為確有損害消費者生命、身體、健康或財產，或確有損害之虞者，應命其限期改善、回收或銷燬，必要時並得命企業經營者立即停止該商品之設計、生產、製造、加工、輸入、經銷或服務之提供，或採取其他必要措施。

【相關判決】

- 1 最高行政法院判決100年度判字第1872號
- 2 臺北高等行政法院判決100年度訴字第1375號

【摘要】

上訴人依消費者保護法第58條為系爭處分之前，並未依法踐行同法第36條規定命限期改善等程序，於法有違。

最高行政法院判決

100年度判字第1872號

上訴人 臺北市政府

代表人 郝龍斌

訴訟代理人 羅子武 律師

林光彥 律師

被上訴人 荷蘭商○○企業股份有限公司台灣分公司

代表人 廖仁祥

訴訟代理人 徐頌雅 律師

鍾薰嫻 律師

上列當事人間消費者保護法事件，上訴人對於中華民國100年2

月10日臺北高等行政法院99年度訴字第1695號判決，提起上訴，本院判決如下：

【主文】

上訴駁回。

上訴審訴訟費用由上訴人負擔。

【理由】

一、被上訴人之網路商店（www.dell.com.tw）前於民國98年6月25日21時17分至同年月26日6時56分，誤將型號「Dell Ultrasharp 2007FP」之20吋液晶顯示器、型號「Dell Ultrasharp 2009WFP」之20吋寬螢幕液晶顯示器及型號「Dell E2009W」之20吋寬螢幕平面顯示器等商品列為適用線上折扣新臺幣（下同）7,000元優惠，以致於原價13,200元、8,700元及7,999元之前揭商品，其線上折扣價誤為6,200元、1,700元及999元（下稱第1次錯價事件）。至系統回復前，消費者總訂單筆數為49,021筆、訂購數量總計144,486台。嗣被上訴人之網路商店（www.dell.com.tw）復於98年7月5日凌晨，將其型號「Dell Latitude E4300」筆記型電腦之基本款（黑色）於選配處理器顏色（豪華紅或帆船藍）時之配置價格亦產生錯誤，以致於原價60,900元之商品，其線上特惠價誤為18,558元（下稱第2次錯價事件）。至系統回復前，該次消費者總訂單筆數為15,422筆、訂購數量總計49,884台。其間行政院消費者保護委員會（下稱消保會）於98年6月30日邀集經濟部、財團法人中華民國消費者文教基金會、上訴人、被上訴人及相關專家學者開會協商，惟上訴人認被上訴人會後於98年7月3日所提之消費折價券方案，與消保會所提之「階梯式折扣」方案相去甚遠，且使用該消費折價券後之價格仍

高於市面同級商品之市價，難為各方接受。上訴人乃以98年7月7日府法保字第09835091000號函（下稱98年7月7日函）請被上訴人考量是否能以85折折扣價併用消費折價券之方式處理，並請被上訴人就第1次錯價事件之消費糾紛及第2次錯價事件情形之原因、數量及該公司處理原則、改進措施等節，於文到次日起1週內逕覆上訴人所屬法規委員會；並告知被上訴人，逾期末回覆，該府將依法逕行查核並依相關規定採取處置措施等語。被上訴人以98年7月23日98國際字第0768號國際通商法律事務所函覆上訴人，除說明二次錯價事件之形成原因及數量、該公司處理原則外，並表示將對第1次錯價事件中下訂單之消費者提供消費折價券方案，對於第2次錯價事件中下訂單之消費者則提供每位1張面額20,000元面額之電腦消費折價券；且該公司不會對顧客所提供之信用卡號碼進行扣款，至於對於已轉帳且已產生電匯費用之顧客，無需承受損失，被上訴人會盡快進行退款。另被上訴人亦提出改進方案。惟上訴人仍認被上訴人應受其第1、2次錯價事件就繫案商品所標售之價格，依約出貨履行其與消費者間之買賣義務，且上訴人認其業以前揭98年7月7日函限期改正，被上訴人則以98年7月23日函回覆拒絕改正，乃依消費者保護法第33條第1項、第36條及第58條等規定，為處被上訴人罰鍰100萬元之處分。被上訴人不服，提起訴願，亦遭駁回，向原審提起行政訴訟，經原審法院判決將訴願決定及原處分均撤銷，上訴人不服，乃提起本件上訴。

- 二、被上訴人起訴主張：（一）被上訴人所經營之www.dell.com.tw網路商店（下稱「線上商店」），分別於98年6月25日及98年7月5日發生標價錯誤之情事，然就二次錯價事

件，被上訴人的人員未曾以電話或其他方式與於該期間下
訂單的顧客聯絡確認訂單詳細資料，被上訴人亦未以任何
方式向顧客確認接受訂單，更未要求提交訂單的顧客付款
，契約自始即未成立。且針對上開因系統性錯誤致標價錯
誤事件，被上訴人業已進行緊急處理，並提出諸多改善措
施。況被上訴人於事件發生後，已全面檢討並更正線上商
店網頁之相關作業程序。(二)「98年7月7日函」非「命
限期改善」之行政處分，上訴人及訴願決定聲稱於「98年
7月7日函」曾經要求被上訴人「限期改正」云云，此與事
實不合，且依消費者保護法第33條明文規定，僅企業經營
者所提供之商品或服務有損害消費者生命、身體、健康或
財產之虞者，主管機關始得進行調查，倘係契約是否成立
與否之消費爭議，主管機關應無依消費者保護法第33條介
入調查之餘地。查上訴人98年7月7日函僅係踐行消費者保
護法第33條之調查程序，並非於調查程序後依消費者保護
法第36條命「限期改善」、「限期改正」或「採取其他必
要措施」之行政處分，亦無教示救濟程序，故無從知悉上
訴人有命被上訴人「限期改善」或「限期改正」，或「採
取其他必要措施」及其改善內容。又98年7月7日函並未對
被上訴人發生任何規制性之法律效果，或對被上訴人之義
務為有拘束力之確認，充其量僅為上訴人對被上訴人所作
之勸告、建議、呼籲之事實行為。況98年7月7日函是用詢
問方式，並無對被上訴人課以「特定之作為義務」之法效
性，亦未要求被上訴人應於「特定期限內」依該函辦理85
折折扣等方式，更未指出被上訴人拒絕依函令辦理之不利
益為何，故非下命處分。又上訴人認98年7月7日函係請被
上訴人說明標錯價事件發生之原因、數量及改進措施，屬

消費者保護法第33條之調查程序，然卻又稱該函同時是依消費者保護法第36條作成之下命處分，前後之論述顯有矛盾。其次，消費者保護法第58條之適用，須經調查程序確認企業經營者所提供之商品或服務有損害消費者生命、身體、健康或財產之情事，且命業者限期改善而未改善者，方得課予罰鍰，上訴人未命限期改善即課處罰鍰，程序上明顯違法。（三）倘上訴人主張98年7月7日函所提及「考量是否能以85折折扣價併用消費折價券之方式處理」係屬「限期改正」、「限期改善」，或「其他必要措施」，亦與誠實信用原則不符。況消費者保護法並未賦予主管機關強制當事人以特定價格締約之權力，縱令98年7月7日函有命被上訴人「限期改善」或「限期改正」之意旨，其命限期改善之內容亦與消費者保護法第36條之規定不符，而有違依法行政原則。又上訴人僅參與98年6月30日之會議，並未於該次會議中踐行調查程序，且該次會議亦未認定被上訴人有違反消費者保護法之事實，訴願決定認定上訴人業已於98年6月30日踐行調查程序，並稱98年7月7日函係命限期改善云云，要無可採。（四）消費者保護法第22條後段之適用，係以兩造契約已成立為前提，屬私人契約成立後之規範，而消費者保護法第六章之「罰則」並無違反該法第22條之規範，然上訴人卻援引消費者保護法第22條作為原處分之處罰基礎，命被上訴人應以特定價格與顧客締約，即屬違法；而訴願決定一方面認為尚難僅援引消費者保護法第22條作為裁處被上訴人罰鍰之依據，另一方面竟稱對此毋庸審查，更屬嚴重違誤。（五）被上訴人並未侵害消費者之生命、身體、健康或財產，亦未造成其損害之虞，本件實與消費者保護法第33條、第36條及第58條規

定無涉；訴願決定認定被上訴人有侵害消費者財產之虞，實有違誤。（六）按本院90年度判字第1807號判決意旨及消費者保護法第58條之規定，立法者所授予之罰鍰上下限分別為6萬元及150萬元，則上訴人以原處分課處罰鍰時，自應說明其衡量罰鍰額度之依據。然查第2次標錯價事件，上訴人98年7月7日函並未就該事件請被上訴人考量是否能以85折折扣價併用消費折價券之方式處理，即認定被上訴人未限期改善或限期改正，並依消費者保護法第58條規定課處100萬元罰鍰云云，上訴人顯有裁量權濫用之違法。（七）被上訴人針對標價錯誤事件，早已提出諸多改善方案，迺上訴人就此均未衡量，即逕行依消費者保護法之規定對於被上訴人處以罰鍰，亦有不當。（八）上訴人所謂售價至少應低於所有通路可取得售價之85折，與其於「98年7月7日函」所提出之建議方案「以85折折扣價併用消費折價券之方式處理」，並不相同，原處分於附註之說明，逾越消費者保護法第33條及第36條之規定，擅自課予被上訴人應於2週內提出至少低於所有通路可取得售價之85折之義務云云，顯屬違法擅斷等語。求為判決將訴願決定及原處分均撤銷。

三、上訴人則以：（一）上訴人踐行消費者保護法第33條規定之調查程序後，除認被上訴人應改善其網路購物服務外，亦認被上訴人應補償信賴其網路商店錯誤價格標示而線上訂購商品之消費者權益。再者，經消費者保護法第33條調查後所採行同法第36條之規定，係命企業經營者限期改善，或採取其他必要措施之情事，並非僅限於「命其限期改善、回收或銷燬」，尚有「採取其他必措施」，此觀上揭法條係以「，」分別記載之法律文義當然解釋，故上訴人

請被上訴人考量能否以85折折扣價併用消費折價券之方式處理，尚無逾越法律規定之內容。（二）是否屬行政處分，應以客觀主義認定之，上訴人98年7月7日函姑不論載以任何文字或未載後續救濟之教示規定，已對上訴人具有一定作為，即以85折折扣價併用消費折價券之方式處理系爭消費者爭議之作成及通知，應屬一種下命處分，縱上開處分未載不服救濟之教示規定，依行政程序法第98條第3項規定，被上訴人亦得於收到上開處分後1年為不服之表示，亦不會影響被上訴人之權利，然至今已逾1年之救濟期限，被上訴人並未對此處分為不服之表示，依法即應已產生存續力之不可爭力，被上訴人當不得再為反對之表示。且98年7月7日函，係要求被上訴人以85折折扣價併用消費折價券之方式處理，並要求於1週內逕覆上訴人之法規委員會，當已符合消費者保護法第36條命企業經營者限期改善，或採取其他必要措施之規定。（三）實務及學者並未就消費者保護法第33條及第36條所謂之「財產」概念，表示見解，故被上訴人率爾將消費者保護法第7條之「財產」概念套入消費者保護法第33條、第36條之內，即有不當。查本件被上訴人以網路商店對消費者提供線上訂購電腦商品之服務，應確保該網路購物服務符合可合理期待之安全性，亦應提供消費者正確之資訊及實施保護消費者之必要措施，則網路購物服務之企業經營者因自己之過失而標示錯誤價格展售商品，極有可能使消費者在準備締約之過程中徒耗勞費，亦可能錯失與他人締約之機會，難謂對消費者之財產毫無損害或損害之虞。被上訴人之網路商店於98年6月25日至26日及7月5日二次發生錯價事件，均係因被上訴人自己之過失所產生，其標示錯誤價格展售商品之

行為，應對消費者之財產已有損害之虞，自難謂無消費者保護法第36條規定之適用。至於被上訴人以未造成消費者之生命、身體、健康或財產侵害，或侵害之虞之情事，而認定本件應與消費者保護法第33條、第36條及第58條無涉云云，應有不當。（四）被上訴人應受於98年6月25日晚間9時17分至同年月26日上午6時56分間，以及於98年7月5日間，就系爭相關商品於網路上所標售價格之拘束。查被上訴人乃是一知名廠商，竟連續二次（另又於99年4月29日再次發生網路標錯價事件）在網路商店發生標價錯誤之行為，總訂單數計64,443筆，產生之消費者權爭議，相當龐大，上訴人衡酌一切客觀情事及被上訴人之行為態度、產生之影響，在法律規定之範圍內裁處100萬元，應屬合義務性之裁量行使，當無濫權違法情事。另被上訴人援引統一裁罰基準應僅供上訴人為裁罰之參考，但並不影響上訴人仍得依消費者保護法第58條所賦予之行政裁量權，況被上訴人因自己過失產生2次之網路標價錯誤行為，已有損害消費者財產之虞，上訴人所為100萬元之罰鍰裁處，應無不當等語，資為抗辯。求為判決駁回上訴人之訴。

四、原審為撤銷訴願決定及原處分之判決，係以：（一）本件上訴人查認被上訴人違反其依消費者保護法第36條規定所命之處分，核有未合：經查，本件被上訴人以網路商店對消費者提供線上訂購電腦商品之服務，自應確保該網路購物服務符合可合理期待之安全性，亦應提供消費者正確之資訊及實施保護消費者之必要措施。故企業經營者未於同一網頁上明示其將來拒絕締約或履約之條件（如數量不夠，無法出貨）時，消費者往往會信賴其若依網頁上所提供之資訊下單並交付價金後，非因天災或不可歸責於企業經

營者之事由，該企業經營者當會基於誠信原則及依其網路商店所提供之資訊內容而與之締約或履行契約。是以從事網路購物服務之企業經營者，因自己之過失而標示錯誤價格展售商品，縱使最終認定企業經營者與消費者間之契約關係不成立，仍有可能使消費者在準備締約之過程中徒耗勞費，亦可能錯失與他人締約之機會，難謂對消費者之財產毫無損害或損害之虞。本件被上訴人之網路商店於98年6月25日至26日及7月5日二次發生錯價事件，依被上訴人98年7月23日函表示，錯價之原因係其所僱請維護系統之eClerx公司人員設定錯誤所致，意即係因被上訴人自己之過失所產生，依前所述，其標示錯誤價格展售商品之行為，對於消費者之財產已有損害之虞，核其情形自有消費者保護法第33條、第36條及第58條等規定之適用。被上訴人所稱該等錯價事件並無侵害消費者財產之虞，與消費者保護法第33條、第36條及第58條規定之情形無涉云云，並非可採。至於被上訴人錯標價格，消費者在網路上訂購系爭商品，上訴人則認被上訴人應按系爭商品所標售之價格，依約出貨履行其與消費者間之買賣義務，兩造對於系爭買賣契約是否成立，看法不一等情，核係被上訴人與各該消費者間之私權紛爭，非屬行政法院之審判權限，自應由普通法院審理裁判，而為定紛止爭。依消費者保護法之規定，主管機關在依第58條課處罰鍰前，必須先命行為人限期改善或命採取其他必要措施等，主管機關未依法踐行該等先行程序之處分，而逕為課處罰鍰之處分，於法即有未合。經查，本件上訴人雖於原處分即98年7月30日府法保字第09835532100號函依據消費者保護法第22條及消保會91年8月12日消保法字第0910000841號函，據以作成系爭罰

緩處分，係依消費者保護法第58條，而非同法第22條，已如前述，被上訴人所稱上訴人作成原處分之法律依據係消費者保護法第22條云云，並非可採。又上訴人主張其已依消費者保護法第36條規定作成命限期改善及命被上訴人採行必要措施之98年7月7日號函，觀之上訴人於該函說明第一項，係援引消費者保護法第33條第1項有關「進行調查」、同法第57條有關「企業經營者拒絕、規避或阻撓主管機關依第33條等規定所為調查，處以罰鍰」，以及消費者保護官執行職務應行注意事項第14條第1款有關「消費者保護官執行職務得採取措施」等規定；並未引用限期改善命令及命採行必要措施之消費者保護法第36條之規定，故從「引用條文」以觀，依一般認知情形，該函所欲踐行者，應係有關消費者保護法之調查程序，而非調查程序後依消費者保護法第36條之命「限期改善」或命「採取其他必要措施」等行政處分。該函說明第二項，係說明「第一次」錯價事件衍生之消費爭議、開會提案意見及對於被上訴人處理方案之意見，亦未及於命「限期改善」或命「採取其他必要措施」等行政處分，與消費者保護法第36條之先程序，尚無關涉。而該函說明第三項，係就第一次錯價事件，建請被上訴人「考量」是否能以85折折扣價併用消費折價券之方式處理，依其函文用語，客觀上並無課被上訴人以「特定作為義務」之規範意旨，難認具有「下命處分」之性質（且按產品價格之制定，應由自由市場經濟之參與者自由決定，不宜由主管機關介入制定；是以消費者保護法第36條所謂命其「改善」或「採取必要措施」等，應不包含主管機關介入企業經營者與顧客間之價格決定，否則無異由國家以公權力介入私權爭議並強制他人締約，

似非所宜)；又請被上訴人「回覆」第一次錯價事件之消費糾紛及第二次錯價事件情形之原因、數量及該公司之處理原則及目前之改進措施等，核係要求限期提出報告，依其函文用語，客觀上亦無提出「相關措施」要求被上訴人遵行之規範意旨，難認其有命被上訴人「採取其他必要措施」之情事；且對於上訴人前揭98年7月7日函示內容，被上訴人亦已遵期針對系爭2次錯標價格事件所引發之爭議以98年7月23日國際字第0768號函提出報告，由上以觀，上訴人所稱其依消費者保護法第36條規定作成命限期改善及命被上訴人採行必要措施之98年7月7日函，究其函文內容，依一般認知情形，客觀上並不足以辨識其有作成命被上訴人限期改善及命被上訴人採行必要措施之行政處分；再參之前開上訴人函文，係由上訴人所屬法規委員會決行，卻無記載行政處分應備之教示條款。按法規會職掌上訴人之法制事項，具有專業之法制素養，其對於該函文未予載明教示條款，依其情事，亦難認其有作成該等行政處分之規範意旨。是以本件上訴人依事後單方所認之規範意旨，認為其以該函文內容，已作成命被上訴人限期改善及命被上訴人採行必要措施等行政處分云云，核與行政程序法第5條所揭之行政行為「明確性」之原則未合；且其在被上訴人未能察知之情形，主張已依前開函文作成該等行政處分，核與行政程序法第8條所揭「誠實信用」、「正當合理信賴」之原則，亦有不符。準此，上訴人據以認為被上訴人有違反該等行政處分之情事，故得繼而依消費者保護法第58條為罰鍰處分，自有違誤。綜上，被上訴人主張本件上訴人依消費者保護法第58條為系爭罰鍰處分之前，並未依法踐行同法第36條規定命限期改善等程序，核屬可

採；上訴人所稱其依98年7月7日函，已踐行消費者保護法第36條規定之限期改善命令及命被上訴人採行必要之措施云云，尚非有據。則本件上訴人查認被上訴人違反其依消費者保護法第36條規定所命之處分云云，即有未合。（二）上訴人所為罰鍰處分，核有違誤：1. 綜上所述，本件上訴人查認被上訴人違反其依消費者保護法第36條規定所命之處分云云，核有未合。則上訴人以被上訴人拒絕改正為由，依消費者保護法第33條第1項、第36條及第58條等規定，為處被上訴人罰鍰100萬元之處分，於法有違，訴願決定遞予維持，亦有未合。被上訴人訴請撤銷訴願決定及原處分，為有理由，應予准許。2. 本件上訴人係以被上訴人對於其依消費者保護法第36條規定所命之處分拒絕改正為由，依消費者保護法第58條規定，處被上訴人罰鍰100萬元。上訴人所為罰鍰處分，雖在6萬元以上150萬元以下之法定範圍之內。惟並未依上訴人95年4月3日發布之「臺北市府處理違反消費者保護法及臺北市消費者保護自治條例事件統一裁罰基準」（下稱統一裁罰基準）第2點第5項之規定而為裁處，且本件若因個別案件有特殊情況，得按裁罰基準酌量減輕或加重處罰，原處分亦未依統一裁罰基準第4點規定敘明其理由，均有未洽。綜前所述，本件訴願決定及原處分經撤銷後，應由上訴人依法踐行先行程序，另為適法之處分，為其判斷之基礎。

五、上訴人上訴意旨及補充理由除復執與答辯主張相同之論證外，略以：（一）是否屬行政處分，應採以客觀主義認定，且應從該行政處分之全文意旨判定，而非以部分文字或單方面之解釋，用以判斷是否為行政處分，基此，上訴人於98年7月7日函，姑不論載以任何文字或未載後續救濟之

教示規定，已對被上訴人具有一定作為，即以85折折扣價併用消費折價券之方式處理系爭消費者爭議之作成及通知，應屬一種下命處分，縱上開處分未載不服救濟之教示規定，依司法院釋字第423號解釋，即屬行政處分，原審法院以未詳載教示內容，率爾認定系爭98年7月7日函非為行政處分，應有違法。另縱認系爭98年7月7日函文未載救濟教示內容，依行政程序法第98條第3項規定，被上訴人亦得於收到上開處分後1年為不服之表示，亦不會影響被上訴人之權利，然至今已逾1年之救濟期限，被上訴人對此處分未為不服之表示，依法即應已產生存續力之不可爭力，被上訴人當不得再為反對之表示，然原審法院對此未予敘明，亦未見詳載不採用之理由，應有理由不備之違法。

（二）被上訴人乃是一知名廠商，竟連續二次（另又於99年4月29日再次發生網路標錯價事件）在網路商店發生標價錯誤之行為，且在上訴人裁罰之前，未見被上訴人積極有效地處理糾紛，上訴人遂衡酌一切客觀情事及被上訴人之行為態度、產生之影響，在法律規定之範圍內裁處100萬元，應屬合義務性之裁量行使，當無濫權違法情事。原判決認定上訴人未適用統一裁罰基準第2點第5項之規定而為裁處及未依第4點規定敘明理由云云，應有違法。

（三）依司法院釋字第432號、第522號解釋意旨所示，98年7月7日函並未違行政程序法第5條行政行為之內容應明確之規定。原審法院未詳酌上開司法院解釋意旨，顯有適用法律不當之違法。又原判決雖認定該函文「核與行政程序法第5條所揭之行政行為『明確性』之原則未合」，惟前開理由均與明確性原則無關，而屬他項爭議，原判決並未說明該函文究竟有何意義難以理解，或為受規範者所無法預

見，或無法經由司法審查加以確認之情形，實有判決違背行政程序法第5條之違法；並因實質上未說明該函文違背明確性原則之具體理由，亦有判決不備理由之違法。（四）本件上訴人以「85折折扣價併用消費折價券」之方式，作為消費者保護法第36條所規定之「採取必要措施」之內容，即符司法院釋字第643號、第576號、第580號解釋之意旨，並未不當及違法，更無以公權力介入私權爭議並強制他人締約之不當，故原審法院認定消費者保護法第36條所謂命其「改善」或「採取必要措施」等，應不包括主管機關介入企業經營者與顧客間之價格決定，否則無異由國家以公權力介入私權爭議並強制他人締約云云，應有違法。（五）原判決認系爭98年7月7日函僅為有關消費者保護法之調查程序，而非調查程序後依消費者保護法第36條之命「限期改善」或命「採取其他必要措施」等行政處分，有判決違背消費者保護法第36條及判決違背論理法則及證據法則之違法。另原判決認系爭98年7月7日函違背行政程序法第8條「誠實信用」、「正當合理信賴」之原則，有判決違背行政程序法第8條、證據法則、論理法則及判決不備理由之違法等語。

六、本院查：

（一）按「直轄市或縣（市）政府對於企業經營者提供之商品或服務，經第33條之調查，認為確有損害消費者生命、身體、健康或財產，或確有損害之虞者，應命其限期改善、回收或銷燬，必要時並得命企業經營者立即停止該商品之設計、生產、製造、加工、輸入、經銷或服務之提供，或採取其他必要措施。」消費者保護法第36條定有明文。又「企業經營者違反主管機關

依第36條或第38條規定所為之命令者，處新臺幣6萬元以上150萬元以下罰鍰，並得連續處罰。」同法第58條亦有明文。依上開法條之規定，消費者保護法之主管機關依該法第58條規定對企業經營者處以罰鍰處分，自以踐行同法第36條、第38條之命限期改善程序為必要。如未踐行該限期改善程序，即依消費者保護法第58條規定處罰，即難謂於法無違。

- (二)本件關於上訴人依消費者保護法第58條為系爭罰鍰處分之前，並未依法踐行同法第36條規定命限期改善等程序及上訴人所為罰鍰處分，並未依前揭統一裁罰基準第2點第5項之規定而為裁處，且本件若因個別案件有特殊情況，得按裁罰基準酌量減輕或加重處罰，原處分亦未依統一裁罰基準第4點規定敘明其理由，均有未洽之事實，業據原審論明其得心證之理由（原判決事實及理由七(二)、八(二)參照）。經核其認事用法並無違經驗或論理法則，亦無判決不適用法規或適用不當之違背法令之情形。原審已說明觀之上訴人98年7月7日函說明第一項，係援引消費者保護法第33條第1項有關「進行調查」、同法第57條有關「企業經營者拒絕、規避或阻撓主管機關依第33條等規定所為調查，處以罰鍰」，以及消費者保護官執行職務應行注意事項第14條第1款有關「消費者保護官執行職務得採取措施」等規定；並未引用限期改善命令及命採行必要措施之消費者保護法第36條之規定，故從「引用條文」以觀，依一般認知情形，該函所欲踐行者，應係有關消費者保護法之調查程序，而非調查程序後依消費者保護法第36條之命「限期改善」或命「採取

其他必要措施」等行政處分。該函說明第二項內容係說明「第一次」錯價事件衍生之消費爭議、開會提案意見及對於被上訴人處理方案之意見，亦未及於命「限期改善」或命「採取其他必要措施」等行政處分，與消費者保護法第36條之先程序，尚無關涉。而該函說明第三項，其說明之內容，係就第一次錯價事件，建請被上訴人「考量」是否能以八五折折扣價併用消費折價券之方式處理，依其函文用語，客觀上並無課被上訴人以「特定作為義務」之規範意旨，難認具有「下命處分」之性質。又請被上訴人「回覆」第一次錯價事件之消費糾紛及第二次錯價事件情形之原因、數量及該公司之處理原則及目前之改進措施等，核係要求限期提出報告，依其函文用語，客觀上亦無提出「相關措施」要求被上訴人遵行之規範意旨，難認其有命被上訴人「採取其他必要措施」之情事；且對於上訴人前揭98年7月7日函示內容，被上訴人亦已遵期以98年7月23日國際字第0768號函提出報告，依該函意旨，係向上訴人報告，針對系爭2次錯標價格事件所引發之爭議，被上訴人已採取諸多改善措施，包括：提供優惠折扣券、更正網頁內容、加強監控銷售網頁之銷售情形、並強化內部控管，以及說明未能接受上訴人建請以85折折扣價併用消費折價券方式處理之緣由等。由上以觀，上訴人所稱其依消費者保護法第36條規定作成命限期改善及命被上訴人採行必要措施之98年7月7日函，究其函文內容，依一般認知情形，客觀上並不足以辨識其有作成命被上訴人限期改善及命被上訴人採行必要措施之行政處分；再參之前開

上訴人函文，係由上訴人所屬之法規委員會決行，卻無記載行政處分應備之教示條款，按法規會職掌上訴人之法制事項，具有專業之法制素養，其對於該函文未予載明教示條款，依其情事，亦難認其有作成該等行政處分之規範意旨等情明確，經核並無不合。上訴人主張原判決認系爭98年7月7日函僅為有關消費者保護法之調查程序，而非調查程序後依消費者保護法第36條之命「限期改善」或命「採取其他必要措施」等行政處分，有判決違背消費者保護法第36條、判決違背論理法則及證據法則之違法等等，無非係屬原審取捨證據、認定事實之職權行使事項，或係就原審所已為論斷或駁斥其主張之理由再為爭執，核屬法律上見解之歧異。至於原審記載前開上訴人系爭98年7月7日函文，係由上訴人所屬法規委員會決行，卻無記載行政處分應備之教示條款，按法規會職掌上訴人之法制事項，具有專業之法制素養，其對於該函文未予載明教示條款，依其情事，亦難認其有作成該等行政處分之規範意旨，另引用行政程序法第5條及同法第8條規定等情。經查原審係用以作為說明依上訴人上開函文內容觀之，依一般認知情形，客觀上並不足以辨識其有作成命被上訴人限期改善及命被上訴人採行必要措施之行政處分，上訴人主張已踐行消費者保護法第36條規定命限期改善等程序並不足採，其就該認定得心證時所參酌之相關事證及法條，並非認系爭98年7月7日函違反行政程序法第5條、第8條之規定而違法。而原審於為上述事實認定時，參酌該函文具體內容以及行政行為之內容應明確及行政行為應以誠實信用之方法

為之，並應保護人民正當合理之信賴之立法意旨加以判斷，尚難謂有違經驗或論理法則。上訴人主張原審認系爭98年7月7日函違反行政程序法第5條、第8條之規定有違背行政程序法、證據法則、論理法則及判決不備理由之違法一節，尚非可採。縱原判決就上訴人所指有未於判決中加以論斷者，惟尚不影響於判決之結果，與所謂判決不備理由之違法情形仍不相當。

(三)從而原審以上訴人依消費者保護法第58條為系爭處分之前，並未依法踐行同法第36條規定命限期改善等程序，於法有違。訴願決定遞予維持，亦有未合。而將訴願決定及原處分均撤銷，敘明應由上訴人依法踐行先行程序，另為適法之處分，依上說明，應屬合法。上訴論旨，指摘原判決違背法令，求予廢棄，為無理由，應予駁回。

七、據上論結，本件上訴為無理由。依行政訴訟法第255條第1項、第98條第1項前段，判決如主文。

中 華 民 國 100 年 10 月 27 日
最高行政法院第三庭審判長法官 吳明鴻
法官 侯東昇
法官 江幸垠
法官 林金本
法官 陳國成

以 上 正 本 證 明 與 原 本 無 異

中 華 民 國 100 年 10 月 28 日
書記官 王史民

【摘要】

被告以原告網站上記載限制消費者行使郵購買賣解約權之事實，違反消費者保護法第19條第1項、第2項及同法施行細則第17條等規定，爰依同法第33條第1項、第36條及同法施行細則第34條規定，命原告於函到14日內將網站上記載限制消費者行使郵購買賣解約權之內容移除，並將處理過程及結果函報被告備查，於法並無不合；訴願決定予以維持，亦無違誤。

臺北高等行政法院判決

100年度訴字第1375號

原 告 ○○國際資訊股份有限公司

代 表 人 詹○○（董事長）

訴訟代理人 劉家昆律師

涂文勳律師

被 告 臺北市政府

代 表 人 郝龍斌（市長）

訴訟代理人 邱基峻律師

張宗琦律師

上列當事人間消費者保護法事件，原告不服經濟部中華民國100年6月13日經訴字第10006100130號訴願決定，提起行政訴訟。

本院判決如下：

【主文】

原告之訴駁回。

訴訟費用由原告負擔。

【事實及理由】

一、程序事項：

按「被告於訴之變更或追加無異議，而為本案之言詞辯論者，視為同意變更或追加。」行政訴訟法第111條第2項定有明文。本件原告於民國100年8月12日起訴時求為判決訴願決定及原處分均撤銷，嗣於100年10月25日訴訟進行中具狀追加備位之訴，求為判決確認原處分違法（原告100年10月27日言詞辯論時，亦為上開先、備位聲明），被告對於原告追加備位之訴無異議，而為本案之言詞辯論，揆諸上開規定，應准原告追加。

二、事實概要：

被告於99年5月因處理消費者於電腦網路購物發生爭議事件，發現原告於網站上記載限制消費者行使郵購買賣解約權之內容致衍生消費爭議，乃依消費者保護法第33條規定進行調查，於99年9月8日以府法保字第09932899600號函詢原告，經原告以同年月21日網家99法字第239號函復略以：「本公司『Pchome Online 線上購物』為保障消費者權益，除於所有商品網頁上載明消費者可依照消費者保護法所訂7日猶豫期間之規定主張權益外，為配合前述國內外電腦軟體廠商、以及電腦軟體之銷售實務，特別將電腦軟體退貨之特殊情形在網頁上明白標示，以提醒消費者注意，如果要在貨到7日內辦理退貨，應避免拆封。」案經被告審認原告於網站上記載限制消費者行使郵購買賣解約權之事實，已違反消費者保護法第19條第1項、第2項及同法施行細則第17條等規定，爰依同法第33條第1項、第36條及同法施行細則第34條規定，以99年10月7日府法保字第09933237300號函（下稱原處分）命原告於函到14日內將網站上記載限制消費者行使郵購買賣解約權之內容移除，並將處理過程及結果函報被告備查。原告不服，提起訴

願，經遭駁回，遂向本院提起行政訴訟。

三、本件原告主張：

(一)本件所涉爭議，與近來眾所矚目之Apple、Google公司於網站上銷售手機應用軟體而遭被告命修改服務條款、建立退款機制所涉爭議均屬相同，誠屬消費者保護法上之重大爭議，即：1. 被告得否依消費者保護法第36條，以行政權干涉契約自由，要求業者修改契約具體內容及約定條款？2. 電腦軟體等數位產品，拆封後（Apple、Google公司之例則是下載後），消費者是否仍有7日內無須說明理由及負擔任何費用退貨之權利？第2項爭議，因涉及一般消費者權益，固為近來輿論所關注；惟第1項爭議，涉及契約自由之保障、主管機關行使公權力之界限及行政權與司法權之劃分，已屬憲法上基本而亟待釐清之法律問題，其重要性更不言而喻。就上開第1項爭議，原告將析述相關憲法原則及法令解釋原則，釐清消費者保護法第36條之適用界限，被告不得據此干涉契約自由而強行要求業者修改契約條款；就第2項爭議，相關國際慣例、交易常規針對電腦軟體等數位產品排除7日猶豫期之適用，原告亦將透過該法第19條之解釋適用，析述「電腦軟體經拆封後不得退貨」條款並無違反該規定之問題，使我國消費者保護法之規定仍能與時俱進，不與世界潮流脫節。退萬步言，縱認無法透過法律解釋獲致原告主張之結果，則消費者保護法第36條、第19條均有違憲疑慮，應即向司法院大法官聲請釋憲，以早日解決此等重大爭議。

(二)被告不得依消費者保護法第36條規定要求原告刪除「

電腦軟體經拆封後不得退貨」條款，否則有悖憲法上法律保留原則、正當法律程序之要求，過度侵害人民受憲法保障之契約自由：

1. 所涉憲法原則與基本人權之保障：

(1) 按法律保留原則，乃指人民自由權利之限制應以法律定之（憲法第23條規定參照）。此乃現代法治國原則之具體表現，不僅規範國家與人民之關係，亦涉及行政、立法兩權之權限分配（司法院釋字第614號解釋參照）。至何種事項應以法律直接規範或得委由命令予以規定，與所謂規範密度有關，應視規範對象、內容或法益本身及其所受限制之輕重而定（司法院釋字第443號解釋參照）。是行政權須在具民意基礎之法律規制下行使公權力，尤其是對人民權益影響重大者，「法無明文授權，行政權即不得為之」，行政權應自制而不得恣意擴張。復按，正當法律程序業經大法官多號解釋確認為憲法原則，凡涉及限制人民權利者，即必須符合正當法律程序之要求（司法院釋字第585號解釋參照）。而相關程序是否正當，除考量憲法有無特別規定及所涉基本權之種類外，尚須視案件涉及之事物領域、侵害基本權之強度與範圍、所欲追求之公共利益、有無替代程序及各項可能程序之成本等因素判斷之（司法院釋字第681號解釋參照）。簡言之，行政行為之影響愈大者，其作成程序之要求即應愈高，始符合正當法律程序，落實程序正義。據上，法律保留原則、正當法律程序要求之寬嚴，有其共通

之處，即影響愈重大、愈重要之事項，愈應由法律自為具體明確之規範，愈不容行政權自為擴張，其處理程序亦應愈嚴謹。如此始得確保決定作成之客觀公正與正確性，避免行政權恣意侵害人民權益、並侵犯立法權。

(2)又「契約自由」乃當事人得依其自主決定，經由意思合致而規律彼此間的法律關係，包括締約自由（決定是否與他人締約的自由）、相對人自由（決定與何人締約的自由）、內容自由（決定契約內容的自由）、變更或廢棄的自由（締約後變更契約內容或以後契約廢棄前契約的自由）及方式自由（決定契約訂立方式的自由）。司法院釋字第602號解釋，並已就行政權在無法律授權下限制契約自由、擴張法律有關契約解除之效力而有具體闡明。被告究竟得否適用消費者保護法第36條要求原告移除商品網頁上關於退貨退款條件之約定，不能自外於憲法，應考量前開憲法之法律保留原則、正當法律程序及契約自由之保障而為判斷。

2. 消費者保護法第36條之「商品或服務」，參諸該法第2條第1款規定，係指作為交易標的之「商品或服務」，此觀該法其他使用「商品」或「服務」文字之規定（如第3條、第4條、第7條、第7條之1、第8條、第9條、第10條、第24條、第25條）益明。所謂「商品」，指交易客體之不動產或動產，包括最終產品、半成品、原料或零組件（同法施行細則第4條參照）；所謂「服務」，則指該當為給付標的

之作為或不作為，例如一般吾人所理解之運輸、旅遊、飲食、教育等服務業者所提供之技術或勞務等是。又「商品或服務」，與所謂之「定型化契約條款」、「個別磋商條款」或「定型化契約」（消費者保護法第2條第7款至第9款參照），乃屬二事。前者係交易標的，後者係交易約定、交易條款。此從該法全文均就兩者分別規定（分見消費者保護法第2章第1節「健康與安全保障」及第2章第2節「定型化契約」），亦可知兩者之不同。另外，從該法第36條之立法過程來看，立法院係就該法第2章第1節「健康與安全保障」（即第7條至第10條，乃有關企業經營者就其提供之「商品或服務」之責任規定），與第4章「行政監督」（含第36條）一併討論，未同時論及第2章第2節「定型化契約」部分。行政院消費者保護委員會（下稱消保會）88年8月30日（88）台消保法字第00433號函亦同其旨。可證明消費者保護法第36條之立法原意即係針對「商品或服務」本身對消費者造成損害之行政監督規定，乃延伸自第7條以下商品及服務責任而來，與交易雙方之約定條款是否損害消費者權益無關（定型化契約條款是否違反該法規定而無效，係屬法院監督範疇）。

3. 原處分及訴願決定擴張解釋消費者保護法第36條「商品或服務」包含「契約條款」，有悖憲法上法律保留原則、正當法律程序之要求，過度侵害人民受憲法保障之契約自由：

- (1) 所有網購業者均就電腦軟體為「拆封不得退貨

」之規定（乃因商品之特性及交易常規所致），本件涉及消費者保護法之重大爭議，如認電腦軟體拆封後仍得退貨，不但可能導致整個軟體網路購物之市場嚴重萎縮，侵害網購業者之契約自由、營業自由等基本權利，甚至影響軟體製造商之權益，最終亦對消費者權益有害，消費者將無法享受於網路上購買電腦軟體之便利性與經濟性（Google公司目前即停止於網站上銷售付費之手機應用軟體）。本件既然影響範圍廣泛，影響程度重大，且涉及消費者及網購業者、軟體製造商之基本權利，即應以嚴格之標準，對消費者保護法第36條作限縮解釋，以符合法律保留原則之要求。惟原處分及訴願決定竟任意就該法第36條為擴張解釋，違反該法之文義、體系與歷史解釋，認為「商品或服務」包含「契約條款」，而要求原告移除商品網頁上關於退貨退款條件之約定內容，已有違法律保留原則。且揆諸前述正當法律程序之要求，本件處理程序即應愈加嚴謹，以符程序正義。惟該法第36條之程序規範嚴重不足，僅消保官1人即能作成影響廣泛且重大之處分，無需由機關內部組成立場公正之委員會決議之（司法院釋字第491號解釋參照），又無需經過嚴謹的辯證及調查程序。原處分竟仍依該法第36條命原告移除商品網頁上關於退貨退款條件之約定，訴願決定又予維持，實亦與正當法律程序有違。

(2) 被告命原告移除系爭退貨條款，係屬對契約自由中的「內容自由」所為之限制，惟消費者保護法

第36條並無賦予被告得介入私法契約內容之權力，被告在無法律依據下，未經嚴謹之程序機制，即命原告移除商品網頁上關於退貨退款條件之約定，限制契約自由、擴張法律有關契約解除之效力，揆諸司法院釋字第602號解釋，已過度侵害人民受憲法第14條、第15條、第22條等保障之契約自由基本權利。實則，系爭退貨條款性質上應屬消費者保護法第2條第7款之「定型化契約條款」，而關於定型化契約條款，該法第2章第2節「定型化契約」已設有專節加以規範，違反者，該節亦已分別明定實體法上之法律效果，例如：應為有利於消費者之解釋（第11條第2項）、不構成契約之內容（第11條之1第2項、第14條）、無效（第12條、第15條、第16條）等；即使就定型化契約之行政監督部分，該節亦已明定行政機關所得行使行政監督之方式及程度，例如依該法第11條之1第3項，中央主管機關得選擇特定行業，公告定型化契約之審閱期間，依該法第17條第1項，中央主管機關得選擇特定行業，公告規定其定型化契約應記載或不得記載之事項等。但該節並無任何一語提及行政機關得基於行政權之作用而自行認定定型化契約條款是否違反該等規範，更未提及行政機關得直接干涉或形成私人間契約之具體約定內容。換言之，消費者保護法並未授權行政機關介入定型化契約條款之解釋或法律效果之認定，基於司法權與行政權分立之憲法上權力分立原則，系爭退貨條款是否違反該等定型化

契約之規範，若果違反，其法律上之效果如何等，均應由法院經訴訟程序後以判決認定之（可由產生爭議之消費者提起訴訟，或由消保官、消費者保護團體提起該法第53條之不作為訴訟），而非由行政機關逕以行政權之作用，片面變更特定、具體之私法契約內容。

(三)被告刻意扭曲消費者保護法第36條所載「服務」的意義，使之涵括「契約條款」，此不僅侵害原告受憲法第22條保障的契約自由，亦嚴重違反權力分立原則：

1. 眾所皆知，消費者保護法第36條之立法意旨是屬商品責任之一環，因而賦予主管機關權限，就商品或服務之安全性問題，進行行政監督。立法者本意並未賦予主管機關亦得基於該法第36條介入個案之契約條款之修訂。系爭「電腦軟體經拆封後不得退貨條款」係屬「定型化契約條款」，消費者與原告間於自由意志下彼此合意所締結之包括該「退貨條款」的定型化契約（私法契約的一種），仍受憲法第22條契約自由之保障（司法院釋字第576號及第602號解釋參照），行政機關非可「恣意」介入。縱然基於所謂「權利社會化」或「權利相對化」認為消費者與原告締結之包括該「退貨條款」的定型化契約對於消費者有所不利，於該法第2章第2節「定型化契約」就此已設有專節加以規範。惟應注意，有權解釋並有權認定是否無效者，乃司法機關，非行政機關。就消費者與原告間所締結之包括該「退貨條款」的定型化契約是否違反上述消費者保護法第2章第2節對於定型化契約之規範，仍應由司

法體系的法院經由嚴謹之訴訟程序後以判決認定，該法從未賦予行政機關具有權限得恣意地逕行認定定型化契約中條款（例如「退貨條款」）是否具有無效之原因，更遑論以行政處分要求移除或更動個案中之定型化契約條款（例如「退貨條款」）。原告所販售之商品並無安全性之疑慮，而販售時之契約條款，其中之「退貨條款」，若消費者有爭執，該條款之解釋與效力問題，應係由受理爭執之司法機關依消費者保護法中「定型化契約」專節之規定認定，行政機關並無權力逕行指「退貨條款」無效，而命原告移除。

2. 依前述規定可見，行政機關僅得公告普遍適用於特定行業之審閱期間以及應記載或不得記載事項等抽象性、一般性之規範，而且該行政機關僅限於中央主管機關。換言之，消費者保護法從未賦予任何行政機關（包括中央行政機關及地方行政機關）可透過行政處分於個案中介入私法契約中特定、具體契約條款（例如「退貨條款」）的爭端。孰料，被告藉由對消費者保護法第36條中所載「商品或服務」的擴大解釋，扭曲條文中「服務」的本意使之涵括「定型化契約條款」在內，以遂行其偷渡行政權凌駕司法權且介入特定、具體私法契約條款的目的。詳言之，被告藉由將系爭「退貨條款」涵括於該法第36條所稱之「服務」的方式，得以披著第36條的外衣，偷渡唯有經由法院始可認定系爭「退貨條款」是否違反該法第2章第2節規範的限制，讓行政權侵越司法權的範疇，凌駕於司法權之上。且若如被

告所述第36條之「服務」涵括系爭「退貨條款」，則會同時架空第11條之1第3項及第17條第1項的規範，使行政機關能夠透過特定的行政處分於個案中介入私法契約內的具體「退貨條款」。是以，被告基於消費者保護法第36條要求原告修改與消費者間之私法契約內容，亦即要求原告移除購物網頁上的「退貨條款」，不惟侵害原告受憲法第22條所保障之契約自由（契約內容的自由），亦且踰越行政權的界限、侵害司法權的範疇而嚴重地違反權力分立原則，此已非僅單一個案之違法問題，被告後續亦針對Apple、Google等公司，採取相同作法。

(四)系爭「電腦軟體經拆封後不得退貨」條款，無違消費者保護法第19條規定：

1. 按立法者於83年1月11日制定消費者保護法第19條時，網路購物消費模式尚未出現，根本不在立法者想像之列。換言之，第19條本非針對網路購物而設計。92年1月22日修法時，又僅便宜式地擴張消費者保護法第2條第10款「郵購買賣」之定義包含網路購物之模式，卻未慮及不同商品之特性，尤其近來日益蓬勃而與過去傳統商品截然不同之軟體、數位商品，加以明定除外條款，以致如本件爭執之電腦軟體拆封後有無7日猶豫期之適用，存有疑慮。惟消費產品多樣，每種產品之郵購或訪問買賣交易之利益衡量均有不同，外國立法例基於買賣契約雙方當事人權益、社會經濟成本等考量，多設有例外排除適用之規定。以本件之電腦軟體而言，其具有易複製之特性，如仍強制適用即有不當。雖然我國

消費者保護法漏未明文設例外排除第19條猶豫期之規定，惟事實上，仍可斟酌個案情形，透過以下解釋方法解決，以使我國消費者保護法之規定仍能與時俱進，不與世界潮流脫節：

- (1) 電腦軟體具有易複製之特性，是其密封包裝係保護電腦軟體廠商合法權益之重要且必要設計，性質上應認為係軟體之重要組成部分，亦包含在消費者保護法第19條第1項所謂「商品」之範圍內，與一般實體商品之包裝係屬附隨性質不同。是如消費者拆開軟體之包裝，可認已有「願意買受」之意思實現（民法第161條參照），無消費者保護法第19條第1項之適用（第19條第1項之適用，以「不願買受」為前提）；且軟體包裝（商品）既已拆毀，即無法回復原狀，依該法第19條第3項規定，仍應適用民法第259條規定，則消費者依民法第259條第6款規定應償還軟體價額予軟體出售者，軟體出售者依同條第1款應返還消費者軟體價額，互為抵銷，效果等同拆封不得退貨。另消費者保護法施行細則第17條係屬解除權消滅之規定，性質上即同民法第262條。今縱認本件仍有消費者保護法第19條之適用，仍應斟酌電腦軟體產品易遭複製之特性，認為如消費者已為拆封，即已超出檢查之必要或可歸責，依施行細則第17條規定，其解除權即應歸於消滅。
- (2) 有關消費者保護法第19條所謂之「郵購或訪問買賣」，消保會95年10月17日消保法字第0950009415號、92年3月25日消保法字第

0920000393號函，均已基於該法第19條立法意旨闡明：若企業經營者得「以合理方式使消費者有機會於適當時間內得以檢視該等商品」者，即可認為其交易非屬本法所稱之郵購或訪問買賣。至於如何認定係屬「合理方式」，基於電腦軟體產品於網路購買及實體店面購買並無不同之特性（消費者在實體店面購買，亦無法當場拆封後再決定是否購買），應認為既然網購業者已提供消費者相當於在實體店面購買之檢視機會，拆封不得退貨即該當「合理方式」而無違反該法第19條第1項之問題。否則若使消費者在網路購買軟體，反受到比在實體店面買賣更多之保護，將形成對網購業者之不合理的差別待遇，顯失平衡。

2. 消費者保護法第19條雖未就系爭消費明文排除7日猶豫期間，但解釋上，亦應將「經由購物網站購買電腦軟體並加以拆封」之行為，排除於該條適用範圍以外，始稱適法。蓋電腦軟體透明膠膜之密封包裝，係保護電腦軟體智慧財產權之重要組成部分，因包裝材料使用透明膠膜，故消費者在拆封前，有充分機會詳閱包裝上的說明文字，而已有決定是否買受之相當猶豫空間，如消費者破壞電腦軟體包裝上之透明膠膜部分，亦即拆開電腦軟體之包裝，即應認其已有「願意買受」之意思實現（民法第161條參照），而無消費者保護法第19條之適用（該條之適用係以「不願買受」為前提）；另依據該法施行細則第17條規定，消費者破壞透明膠膜的行為，應認為係超出必要程度之檢查，而屬可歸責消費者

自己之事由，致商品毀損或變更，其契約解除權應歸於消滅，不得再行主張退貨。質言之，只要消費者不破壞透明膠膜，使電腦軟體之智慧財產權無受到侵害之虞，當然仍可在7日內退貨，殊無因消費者係在實體店面或經由網路購買，而有二致，因網路購物業者「以合理之方式使消費者有機會於適當時間內得以檢視該等商品」之情，實與實體店面業者給予消費者的檢視機會相同，解釋上非不得認為該網路購物行為，非屬消費者保護法第19條所稱之郵購買賣，而不應適用該法條。故縱然消費者保護法第19條就系爭消費，未明文排除郵購買賣之7日猶豫期間的規定，然對於本件是否仍有該法第19條之適用，容有解釋、討論及斟酌的餘地。被告逕依該法第36條命原告一律移除所有、各類型有關電腦軟體之拆封不得退貨記載，而不斟酌個案情形，至少已有裁量怠惰之違法（行政訴訟法第201條參照）。

3. 根據92年1月22日修正公布消費者保護法之立法資料，立法者對於新消費型態（例如電子商務、網際網路等）非毫無認知，相反地，立法者已認識到電子商務、網際網路等新型態之消費模式與郵購等傳統之消費模式確有本質上的差異，一律適用7日猶豫期會造成很多損害，而於該次修法3讀時作成附帶決議：「電子商務爭議未來勢必日益增加，為保護消費者，並期使電子商務之交易秩序得以順暢建立，行政院消費者保護委員會應會同各有關機關儘速完成電子商務相關法制之擬定」。換言之，就消

消費者保護法第19條是否可一律強行適用於電子商務、網際網路等新型態之消費模式，立法者亦抱持疑慮的態度，甚至傾向於否定見解，否則該等新型態消費模式一體適用消費者保護法即可，又何必要求行政院主管機關對於電子商務應該進行專責立法？只是行政與立法機關因循怠惰，迄今未就電子商務相關法制之建構作出任何具體可見的成績，導致本件落入「電腦軟體拆封後有無7日猶豫期之適用」的爭執窘境。據上，在電子商務相關法制尚未完備前，消費者保護法第19條並不應如被告所認應一律適用於各種電子商務交易型態，尤其是本件尚涉及電腦軟體易複製之特性而尚有智慧財產權保護之問題，更應審慎。至於被告援引之消保會97年9月2日消保法字0970007793號函釋，僅係針對「訪問買賣」，非針對「網路購物買賣」，於本件核屬無關。

(五)本件緣起於「Windows 7 家用進階版－盒裝升級版」之個案消費爭議，被告卻錯置重點，未就其他電腦軟體一併調查求證，即一律要求原告移除所有電腦軟體之退貨條款，實有未盡調查義務之違法，亦違比例原則與平等原則：

1. 本件係因消費者施明廷於原告所設之PChome Online 線上購物網頁上以網際網路之消費模式購買「Windows 7 家用進階版－盒裝升級版」電腦軟體，惟其後以該電腦軟體無法安裝於其所使用之Windows Vista Business作業系統為由，要求退貨退款。但原告網頁已說明該電腦軟體之安裝條件而為施明廷拆封前即可獲悉，原告並與臺灣微軟公

司確認施明廷之電腦作業系統確實可安裝該電腦軟體，只是施明廷之安裝方式有誤，並告知其正確之安裝方式，以協助其完成安裝。嗣原告以該電腦軟體並無瑕疵且已拆封、臺灣微軟公司之防偽標籤亦已撕毀，該電腦軟體性質上已無法回復原狀，將該電腦軟體商品退還施明廷，而無法為其辦理退貨退款，施明廷即就上述爭議向被告消費爭議協商會議提起申訴。上情均有原告99年9月21日致被告函及附件，以及原告處理施明廷客訴之電腦系統紀錄列印資料可稽。然被告調查後，竟以原告之PChome Online線上購物網頁上的「退貨條款」違反消費者保護法第19條為由，依該法第36條命原告將該退貨條款從網頁上移除。

2. 惟施明廷與原告之爭議僅係關於無瑕疵之「Windows 7 家用進階版一盒裝升級版」電腦軟體經拆封、毀損防偽標籤，且施明廷之電腦確可安裝該軟體之情形下，施明廷是否仍可退貨退款之問題，被告所應調查釐清之重點亦限於此。未料，被告不就此具體個案情狀具體判斷是否可為退貨，反以原處分擴及於所有電腦軟體商品的退貨條款，要求原告須一視同仁地從網路購物網頁上移除，尤其立法者已認知消費者保護法第19條如一律適用於所有電子商務交易會產生極大問題，可見原處分顯係錯置重點，無助於目的之達成，亦非以最小侵害手段為之，有違行政程序法第7條所揭示之比例原則。且各種電腦軟體之性質、包裝、購買方式（例如係以郵寄方式或直接從網路下載方式等）及安裝操作模

式等皆不同，縱認定「Windows 7 家用進階版－盒裝升級版」電腦軟體之退貨條款有違消費者保護法第19條規定，其他不同性質、包裝、購買方式及安裝操作模式之電腦軟體的退貨條款未必就違反該法第19條。被告未就其他電腦軟體之退貨條款是否違反第19條詳為調查求證，一律要求從網頁上移除全部退貨條款，實有未盡調查義務（行政程序法第36條參照）之違法，亦違平等原則（行政程序法第6條參照）。

(六)本案係關於電腦軟體，更特定地係關於「Windows 7 家用進階版－盒裝升級版」電腦軟體，於購買拆封後得否再為退貨之爭議。關於電腦軟體之退貨問題，簡言之，由於電腦軟體係數位形式的指令及資料，此等指令及資料無論儲存媒介（例如CD ROM或DVD ROM）為何，均易被複製，且一經安裝於電腦硬體即可於電腦上執行，原儲存媒介亦因而失其原來作用，因此，如消費者於購買後已拆封，不論國內外均視為該消費者已接受該電腦軟體之授權條款（即所謂「拆封授權，shrink-wrap license」），且認該電腦軟體性質上已無法回復原狀，故在交易常規上均不再接受退貨之要求。換言之，此種電腦軟體於購買拆封後不得再為退貨之交易常規，係導因於電腦軟體易於複製，且一經安裝即可執行的商品特性。因此本件爭議之處理結果，不僅關涉原告一己的權益，更牽涉到所有網路購物服務業者以及所有電腦軟體製造供應商（例如供應Windows電腦軟體的Microsoft公司、供應iOS電腦軟體的Apple公司及供應Android電腦軟體的Google公

司等)之重大權益。觀諸近日,Apple、Google等公司於網站上銷售手機應用軟體,卻遭被告命修改服務條款及建立退款機制的新聞,所涉爭議與本案如出一轍,更足證本件為消費者保護法發展上之1則重要案例,鈞院判決結果必將影響廣泛且深遠,而為引導案例(leading case)。因此判決時不僅只考慮消費者保護法第19條之文義而已(況且第19條並非如被告所述的如此僵化,而仍有解釋空間),更應考慮毫不區分網路購物買賣之商品種類及特性,一律強行適用該法第19條所造成之眾所不樂見的結果。

(七)被告辯稱一般實體店面不僅陳列電腦軟體,店內尚有店員及示範用電腦,於消費者選購電腦軟體若有任何疑問時,店員可示範用電腦為消費者先行實地操作欲選購之電腦軟體以確認該電腦軟體是否符合消費者之需求,凡此特性均為網路購物所無法提供之處云云,與事實不符。若被告仍堅持實體店面供消費者測試電腦軟體確係通常普遍之情形,被告應舉證證明。綜上,系爭退貨條款有無違反消費者保護法第19條第1項之規定,只是是否依該法第19條第2項無效之問題,此僅司法機關為有權認定、判斷之機關。無論如何,被告並無法律依據能夠命原告修改定型化契約內容、移除系爭退貨條款。

(八)原告聲請鈞院命被告提出其作成原處分所憑之所有證據調查資料(行政訴訟法第163條第4款規定參照),以證明被告就本案有無盡其消費者保護法及行政程序法上之調查義務,及就本案有無具體審酌個案事實後始作成原處分。另聲請鈞院傳喚原告員工甯智倫及被

告機關消保官嚴浩芬為證人，以證明被告就本案有無盡其消保法及行政程序法上之調查義務。再聲請學者就消費者保護法第19條是否一律適用於電腦軟體之網路交易及行政機關得否依消費者保護法第36條逕命處分相對人移除或更動契約條款提出法律上意見（行政訴訟法第162條第1項規定參照），以為鈞院裁判參考。並聲請財團法人資訊工業策進會為鑑定人，就「電腦軟體之網路交易一律適用消費者保護法第19條對於我國電腦軟體產業、網路購物產業之影響」提出鑑定意見，供鈞院裁判之參考。

- (九)原告於99年11月11日參與臺北市政府召開之「研商網購業者限制消費者行使消費者保護法第19條契約解除權相關事宜會議」後，已於同年月19日將網站上之系爭「電腦軟體經拆封後不得退貨」記載移除，並依消費者保護法施行細則第34條規定回覆被告，原告亦於回函中同時表明系爭案件涉及消費者保護法第19條等之重大爭議，原告已就原處分提起行政救濟，移除系爭記載之行為並不代表原告放棄救濟之權利。按行政處分一經宣示（送達或公告）即發生實質存續力，所謂實質存續力係指行政處分就其內容對處分相對人、關係人及原處分機關發生拘束之效力，此種拘束效力隨著行政處分存續而持續存在。就本案而言，雖然原告迫於被告科處巨額罰鍰（可能高達150萬元）之壓力不得不暫時移除網站上之系爭記載，惟原處分並未因原告移除系爭記載而消滅，亦即，原處分之實質存續力依然存在並拘束受處分之相對人（即原告），致原告迄今仍然無法於所屬網站上回復系爭記載。可見

，原處分並非處於所謂「已經執行完畢而消滅」之狀態，仍具有撤銷之實益。惟若認為原處分已因原告移除系爭記載而「已執行完畢而消滅」，本案欠缺撤銷訴訟之權利保護必要，則原告亦依行政訴訟法第6條第1項後段，備位請求「確認已消滅之行政處分為違法」等情。並聲明求為：1. 先位聲明：訴願決定及原處分均撤銷。2. 備位聲明：確認原處分違法。

四、被告則以：

(一)被告作成原處分前，已充分調查處分所憑事實及證據，符合消費者保護法及行政程序法相關規定：

1. 本件起因於被告依消費者保護法第43條處理消費爭議申訴時，消費者主張原告網站內容違反同法第19條規定，被告爰於99年9月8日以府法保字第09932899600號函請被告說明，經原告以99年9月21日網家99法字第239號函回覆。換言之，被告於本件處分作成前，業已函詢原告表示意見。復參照行政程序法第103條第5款、行政罰法第43條規範意旨，主要係課予處分機關應對於「受處分之事實」詳盡調查義務，在本件作成系爭原處分之基礎事實即「原告網頁上存有『電腦拆封不得退貨』一事」，業已由原告承認並得見於原告網頁。本件實無任何未盡調查之情形存在，符合正當法律程序之要求。且原處分係由被告依法作成並署名及行文，尚非消保官1人即得作成處分，原告據以爭執，顯有誤會，被告均已依上開法律進行調查，細觀消費者保護法、行政程序法以及行政罰法全文，均僅要求行政機關應為「調查義務」，而無對調查方式、細節等

情加以規範，至處分機關應以何種方式進行調查、作成處分決定，乃屬於立法者賦予行政機關得自行決定之範圍，更遑論本件基礎事實明確。

2. 更有甚者，原告雖持「消費者保護法第36條僅得限制『商品或服務』部分，而不得規範到契約條款」云云，主張被告持此作成命原告改正之處分違反法律保留原則。然暫不論原告刻意扭曲該法第36條之意旨，參照原告起訴狀內容：「……是其密封包裝係保護電腦軟體廠商合法權益之重要且必要設計，性質上應認為係軟體之重要組成部分，亦包含在消費者保護法第19條第1項所謂『商品』之範圍內，……」其認定有關電腦軟體及其外包裝部分，應受消費者保護法第19條之「商品」2字之涵義所包含，而同屬商品。則就約定商品即外包裝「不得毀損」一事，即是表明該商品的品質，而與該法第36條「企業經營者提供之商品或服務」等文字之意旨，在於保障商品品質無侵害消費者權益一事相符。

(二) 本案網路上買賣電腦軟體之行為，符合消費者保護法所稱「郵購買賣」之定義，自得適用相關條文：

1. 消費者保護法第2條第10款於92年1月間修正時，特別將經由「網際網路」交易、使用商品、接受服務之方法列入法文「郵購買賣」定義中，其修正理由略以「二、因應全球化、自由化、資訊化與科技化的新情勢，考量網際網路交易將取代傳統現物交易模式，為保障消費者利用網際網路與企業經營者進行交易……之權益，修訂相關規定」「……將網際網路的買賣納入郵購買賣中，所以網際網路的買賣

日後就可直接適用第18條及第19條規定」，目的即在貫徹賦予消費者得在7日之猶豫期間內，即便是消費者藉由網際網路與企業經營者間就商品或服務所生之法律、消費關係，亦得行使法定解除權。蓋立法者已考量藉由網際網路所生之消費關係，消費者在購買前可能無法獲得對交易標的是否需要、合用、價格高低等足夠資訊，有必要採取將判斷時間延後之猶豫期間制度，供消費者有充分機會、時間考慮是否解除契約，達到保障消費者權益目的。修正理由之「消費者保護法前開規定係為衡平消費者在締約前未檢視交易客體，無法獲得足夠的資料加以選擇判斷，故一方面課予企業經營者應揭露關於其本身、交易客體，以及交易條件等相關資訊之義務，另一方面則採將判斷時間延後之猶豫期間制，給予消費者不附理由解除契約的權利，俾供消費者可於收受交易客體後再為詳細考慮，用以彌補企業經營者與消費者間消費資訊之落差，保障消費者之利益。準此，該法關於郵購買賣課予企業經營者資訊揭露義務，以及賦予消費者不附理由解除契約之權利，其主要理由乃在於消費資訊的不足，而與交易客體本身之特性無關」。是上開法文並未區分商品甚或服務類型，尤其未排除特定類型商品之適用，足證於網路上銷售電腦軟體，亦有消費者保護法之適用。

2. 次依消保會86年4月8日（86）台消保法字第00422號函：「二、本會鑒於日後藉由網際網路而生之商業交易行為日益頻繁，其中有關網路購物之交易型

態，其性質係屬於消費者保護法特種買賣之郵購買賣，為有效保障特種買賣消費者權益，並避免消費者保護法規定過細，影響基本法性質，已函請經濟部參考外國立法例，研究有無必要另訂專法，就特種買賣私法上實體權利義務關係規定再予充實及明確規定其主管機關、相關行政規制措施與罰則。三、關於其他電子交易法律建置問題，如有涉及消費關係部分，本會仍將持續以往本於消費者保護政策方案及法令之審議監督權限，請各主管機關檢討現行相關之政策及法令規定，並納入各機關消費者保護方案予以推動執行，俾有效預防及減少消費爭議事件之發生。至羅委員所提意見，已留供本會日後研修法令及施政上之參考。」可知即便為消費者保護法主管機關，亦從網路交易此種「無實體店面」、「無立即回覆消費者疑問」之特點，認定其與一般實體交易有別，較近似於郵購買賣之性質，而應為相同處理。簡言之，網路交易應適用有關郵購買賣條文部分，應已無任何爭議。

(三)依消費者保護法第36條之命令，係立法者賦予之行政監督權限及義務：

1. 按消費者保護法第33條第1項、第36條規定意旨，該法除規定當事人間權利義務及責任之民事規範外，亦設有公權力介入、尤其對企業經營行為之行政監督之公法規範，蓋消費者消費有關之商品或服務，常涉及消費者之權益，雖可依民事規範向企業經營者主張，但此乃事後之補救手段，需經過繁瑣費時之訴訟程序，始能獲得救濟，徒增司法資源之耗

費及消費者處理之人力時間費用成本，「就法政策而言，此種事後補救之安排，實不若設計一套事前預防措施，由公權力介入作事前之監督……以防範於未然，較能有效保護消費者」，且「消費者個人之生命、身體、健康與財產等雖屬其私人之權益，在商品或服務大量生產、販賣或提供下……其損害之層面為極多數之消費者大眾，此種消費者大眾權益之受損……必須認為公共利益亦受到損害……須公權力之介入加以維護」（廖前大法官義男之著作參照）。

2. 消費者保護法第33條至第38條規定，賦予主管機關對於企業經營者提供之商品或服務，認有損害消費者生命、身體、健康或財產之虞者，即有廣泛並具體之監督管理權限，「同時也在課予主管機關有維護消費者生命、身體、健康或財產之職務義務」。蓋該法中相關行政監督之規定，即賦予主管機關經調查後，認為確已損害或確有損害之虞者，應即命企業經營者限期改善、回收或銷燬，必要時並得命企業經營者立即停止該商品之設計、生產、製造、加工、輸入、經銷或服務之提供，或採取其他必要之措施之義務；第33條「應即進行調查」，第36條「應命其限期改善、回收或銷燬」，相關法條之用語，「皆以『應』字規範主管機關之行政作為義務……要求主管機關應確實行使其職權及履行其職務義務，以防範企業經營者提供之商品或服務有損害消費者生命、身體、健康或財產情事之發生」。論者進而認為，主管機關違反前開規定時，應負國家

賠償責任。依學者施啟揚：「……在權利社會化與權利相對化的思潮下，權利的本質已發生相當的變化。權利在現代社會中，基本上仍然是民法的重心，權利係法律賦予權利主體得享有特定利益的法律實力，……另一方面，權利為法律制度的一種，權利具有社會性與公益性，權利的存在不僅為保障個人利益，同時必須以維護社會公益，促進社會整體的和諧發展為目的。」可知即便於私法自治原則之支配下，個人間之私法行為仍應受到一定原則之拘束，以避免當事人一方挾帶強大的議約力量，強令他方接受不合理之待遇。故消費者保護法第1條第1項、第12條第1項規定，均以限制當事人一方締約自由之方式，來保障消費者權益。

3. 復參照消費者保護法條文內容可分為「第1章總則」、「第2章消費者權益」、「第3章消費者團體」、「第4章行政監督」、「第5章消費爭議之處理」、「第6章罰則」以及「第7章附則」等節，即可明確知悉消費糾紛事件，因事涉全國消費者權益，具有高度公益性，本得由行政機關以事前規制之方式，來適當輔佐企業經營者，完成合於消費者權益保護之交易內容。換言之，由行政機關對於企業經營者經營型態進行管制，本屬於消費者保護法核心內容之一，而以行政機關之強制力，要求企業經營者改善企業經營行為，較諸於消費者以民事訴訟方式要求改善，更具有迅速及整體性之特點，無司法判決僅得就個案進行救濟之缺憾。原告完全忽略該法意旨，亦無視在權利社會化的思潮下，個人權利本

就須受立法者以條文加以限制等情，徒然爭執被告所為，將可能限制原告契約內容決定之自由云云，恐有所誤解。且消費者保護法第36條為行政監督權之發動，解釋上應從行政法之角度為之，例如商品（或服務）之本體瑕疵所致之侵害，如計量或斤量不足等商品瑕疵，造成之欺罔行為，使消費者之財產遭受損害，當然是本條規制行政管制之對象，與同法第7條「民事侵權責任」及第10條「廣義的企業經營者義務」，層次上有所區別。是該法第36條行政監督與第7條「侵權責任」範圍尚有不同，原告憑立法過程中該法第7條與第36條一併討論，即認2條文應為相同之解釋，顯有誤會。

(四)本件「電腦軟體經拆封後不得退貨」規定，將使7日內拆封之消費者，無法主張消費者保護法第19條之內容，自與該法條意旨有所抵觸：

1. 消費者保護法第19條係賦予消費者一個「無任何條件」、「無任何理由」的7日內審閱權限，該規定並無例外條款，故權限一經行使，消費者便可主張解除契約並取回價款。原告若約定消費者於拆封後即不得退貨，則對於7日內未拆封之消費者，固不見得產生顯著影響，然對於拆封使用後發現不符合自身要求，或產品描述有所不當，而於在購買後7日內退貨之消費者而言，該條款之存在將使原告取得「業經消費者同意放棄」之抗辯，架空該法第19條之意旨，此一明顯及重大之缺憾，實屬當然。縱認原告與消費者已約定於拆封後即不得退貨，依該法第19條第2項規定，前開約定亦為無效，俾強化

特種買賣消費者之解約權。且消費者保護法92年修法過程中，曾有立法委員提案將第2條第10款「未能檢視商品」文字訂為「未能直接或全部檢視商品」，惟經討論後仍維持「未能檢視商品」之文字，其理由乃在「以包含直接、間接、一部檢視等各種情形，對消費者之保護較為周到，如僅侷限在未能直接或全部檢視商品，反而對消費者不利」，故考諸立法原意，所稱「未能檢視商品」應採最寬鬆、最有利於消費者之解釋。

2. 細查一般實體店面，其不僅陳列電腦軟體本身，於店內尚有店員。換言之，消費者在實體店面購買電腦軟體時，如其有任何疑問可直接向店員詢問，以確定該軟體是否符合需求。凡此類特性均為網路購物所無法提供之處，此亦為被告作為認定原告網頁內容，應依照消費者保護法規定之依據之一。原告刻意忽略此類重大特點，僅以「雙方均有陳列產品本身或照片」云云，企圖主張原處分違反平等原則，亦有不當。依消保會97年9月2日消保法字0970007793號函釋對於消費者保護法第19條解釋略以：「企業經營者就訪問買賣，倘與消費者有『拆封後無法辦理退貨手續』之約定，其約定已違反消費者保護法第19條第1項消費者得在收受商品後7日內行使法定解除權之規定，依該法第19條第2項規定，其約定無效。」「揆諸前揭規定，企業經營者就訪問買賣，倘與消費者有『拆封後無法辦理退貨手續』之約定，其約定已違反該法第19條第1項消費者得在收受商品後7日內行使法定解除權之規

定，依第19條第2項規定，其約定無效。此外，企業經營者單方所訂立之『拆封後無法辦理退貨手續』定型化契約條款，其排除消費者檢查商品之權利，有違平等互惠原則，對消費者顯失公平，依該法第12條規定，應屬無效之條款。」故原告之主張，依消保會之函釋見解，亦屬無據，更與司法實務不合（臺灣臺中地方法院99年中小字第1074號、臺灣新竹地方法院96年竹小字第596號判決參照）。

(五)再按行政訴訟法第4條第1項規定，行政院所處理者，乃為「違法」之行政處分。對於行政處分所依據之法規範，或有與憲法牴觸之疑義時（惟被告仍加以爭執），自應尋求釋憲程序加以救濟。然參照前述可知，原處分本係依法而為並無不當，所依據之法規更係由立法院依法定程序所制定之形式意義之法規範，符合憲法第23條所揭示以法律限制人民基本權利之要求，本無任何違憲之處。姑不論原告契約自由是否會因原處分而受有影響，於原處分之作成目的，乃是保障先前及未來消費者對於電腦軟體更換之權利，而屬於重大公共利益的前提下，原處分之作成亦與憲法第23條之意旨無違，自無違憲之嫌。至原告僅執契約自由為據，進而主張消費者保護法違憲，顯已忽視該法之立法目的及保障消費者人權之思潮。蓋從我國釋憲實務觀之，司法院釋字第486號、第577號、第594號、第641號、第646號、第655號解釋可謂隱含對消費者人權保護之意旨。大法官迄今雖未明示消費者權利之憲法保障，惟從發展趨勢觀之，應可將消費者權利視為憲法第22條所保障之範圍。綜上，消費者保護法相

關規定及原處分之作成均與憲法意旨無違，原告主張本件應先行停止訴訟程序，顯無必要等語，資為抗辯。並聲明求為判決駁回原告之訴。

五、本件如事實概要欄所載之事實，有被告99年9月8日府法保字第09932899600號函（第9-10頁）、原告99年9月21日網家99法字第239號函（第11-13頁）、系爭退貨條款（第19頁，同起訴狀原證1）、原處分（第31-33頁）、經濟部100年6月13日經訴字第10006100130號訴願決定書（第146-159頁）影本附原處分卷（一）可稽，且為兩造所不爭，洵堪認定。是本件爭點厥在：被告以原告網站上記載限制消費者行使郵購買賣解約權之事實，違反消費者保護法第19條第1項、第2項及同法施行細則第17條等規定，爰依同法第33條第1項、第36條及同法施行細則第34條規定，命原告於函到14日內將網站上記載限制消費者行使郵購買賣解約權之內容移除，並將處理過程及結果函報被告備查，是否適法有據？

（一）先位之訴（撤銷訴訟）部分：

1. 按「人民因中央或地方機關之違法行政處分，認為損害其權利或法律上之利益，經依訴願法提起訴願而不服其決定，或提起訴願逾3個月不為決定，或延長訴願決定期間逾2個月不為決定者，得向高等行政法院提起撤銷訴訟。」「確認行政處分無效及確認公法上法律關係成立或不成立之訴訟，非原告有即受確認判決之法律上利益者，不得提起之。其確認已執行而無回復原狀可能之行政處分或已消滅之行政處分為違法之訴訟，亦同。」行政訴訟法第4條第1項、第6條第1項分別定有明文。又「行政處

分因期間之經過或其他事由而失效者，如當事人因該處分之撤銷而有可回復之法律上利益時，仍應許其提起或續行訴訟」亦經司法院釋字第213號解釋在案。是究應提起行政訴訟法第4條第1項之撤銷訴訟，或同法第6條第1項之確認處分違法訴訟，應視行政處分是否已執行而無回復原狀可能或已消滅而定。經查，原告雖已依原處分而將網站上記載限制消費者行使郵購買賣解約權之內容移除並函報被告備查（本院卷第131頁），惟原處分之實質存續力仍然存在，並拘束受處分相對人（即原告）、關係人及原處分機關（即被告），若原告違反被告依消費者保護法第36條規定所為之命令者（即原處分），被告應依同法第58條規定，處新臺幣（下同）6萬元以上150萬元以下罰鍰，並得連續處罰，是原處分仍具有撤銷之實益，原告於本件應提起撤銷訴訟以資救濟。

2. 按「（第1項）為保護消費者權益，促進國民消費生活安全，提昇國民消費生活品質，特制定本法。（第2項）有關消費者之保護，依本法之規定，本法未規定者，適用其他法律。」「本法所用名詞定義如下：……二、企業經營者：指以設計、生產、製造、輸入、經銷商品或提供服務為營業者。……十、郵購買賣：指企業經營者以廣播、電視、電話、傳真、型錄、報紙、雜誌、網際網路、傳單或其他類似之方法，使消費者未能檢視商品而與企業經營者所為之買賣。」「（第1項）郵購或訪問買賣之消費者，對所收受之商品不願買受時，得於收受

商品後7日內，退回商品或以書面通知企業經營者解除買賣契約，無須說明理由及負擔任何費用或價款。（第2項）郵購或訪問買賣違反前項規定所為之約定無效。」「直轄市或縣（市）政府認為企業經營者提供之商品或服務有損害消費者生命、身體、健康或財產之虞者，應即進行調查。於調查完成後，得公開其經過及結果。」「直轄市或縣（市）政府對於企業經營者提供之商品或服務，經第33條之調查，認為確有損害消費者生命、身體、健康或財產，或確有損害之虞者，應命其限期改善、回收或銷燬，必要時並得命企業經營者立即停止該商品之設計、生產、製造、加工、輸入、經銷或服務之提供，或採取其他必要措施。」消費者保護法第1條、第2條第2款及第10款、第19條第1項及第2項、第33條第1項、第36條分別定有明文。次按「消費者因檢查之必要或因不可歸責於自己之事由，致其收受之商品有毀損、滅失或變更者，本法第19條第1項規定之解除權不消滅。」「企業經營者經主管機關依本法第36條規定命其就商品或服務限期改善、回收或銷毀者，應將處理過程及結果函報主管機關備查。」復為同法施行細則第17條、第34條所明定。

3. 本件原告係以網際網路之方法，與消費者進行買賣，此一交易型態，當屬消費者保護法第2條第10款所稱之郵購買賣；而依同法第19條第1項規定，郵購買賣之消費者，對所收受之商品不願買受時，得於收受商品後7日內，退回商品或以書面通知企業

經營者解除買賣契約，無須說明理由及負擔任何費用或價款，則原告於網站上登載：「……已經拆開包裝封套即視為接受該軟體之授權條款，消費者保護法第19條所訂之7天猶豫期間將無法適用，也就是將無法為您辦理退貨退款。」【下稱系爭退貨條款，見原處分卷（一）第19頁，同起訴狀原證1】等語，自屬違反上開消費者保護法第19條第1項規定，依同法條第2項規定，除其約定無效外，身為主管機關之被告，為達保護消費者權益，促進國民消費生活安全，提昇國民消費生活品質（消費者保護法第1條第1項規定參照）之公共利益所必要，依消費者保護法第33條進行調查，經調查後，被告因認原告提供之商品（電腦軟體及其外包裝）一經拆封後不得退貨退款之規定，已使消費者未能檢視商品（益證其為消費者保護法第2條第10款之郵購買賣），並將使7日內拆封之消費者，無法主張同法第19條之權利，確有損害消費者財產或有損害之虞，乃依同法第36條及其施行細則第34條規定，以原處分命原告於函到14日內將網站上記載限制消費者行使郵購買賣解約權之內容移除，並將處理過程及結果函報被告備查，核上開原處分於法尚無違誤，亦無違反比例原則，並且符合憲法第23條所揭示由立法者以法律賦予被告行政監督權限及義務之本旨。原告僅執契約自由為據，進而主張消費者保護法第19條、第36條規定違憲，應向司法院大法官聲請釋憲云云，顯已忽視消費者保護法之立法目的及保障消費者人權之思潮，本院認為其請求本院裁定停

止訴訟程序，聲請釋憲乙節，尚無此必要。

4. 本件係起因於被告處理消費者電腦網路購物爭議事件，發現原告於網站上記載系爭退貨條款致衍生消費爭議，乃依消費者保護法第33條規定進行調查，而以99年9月8日府法保字第09932899600號函詢原告，經原告以同年月21日網家99法字第239號函復略以：「本公司『Pchome Online 線上購物』為保障消費者權益，除於所有商品網頁上載明消費者可依照消費者保護法所訂7日猶豫期間之規定主張權益外，為配合前述國內外電腦軟體廠商、以及電腦軟體之銷售實務，特別將電腦軟體退貨之特殊情形在網頁上明白標示，以提醒消費者注意，如果要在貨到7日內辦理退貨，應避免拆封。」等語。亦即被告於作成原處分前，業已函詢原告表示意見，且原告對其確有於網站上登載系爭退貨條款乙節，並不爭執，復有原告及被告分別提出之系爭退貨條款在卷為憑。參照行政程序法第39條、第102條、第103條第5款，及行政罰法第42條、第43條規範意旨，主要係課處分機關應對於「受處分之事實」詳盡調查之義務，本件原處分所根據之事實即系爭退貨條款，客觀上明白足以確認，已見前述，實無任何未詳盡調查之情形存在，並符合正當法律程序之要求。再者原處分係由被告依法作成並署名及行文，尚非由消保官1人作成，原告聲請傳喚其員工甯智倫及被告機關消保官嚴浩芬為證人乙節，本院認為亦無此必要。
5. 原告雖主張系爭商品之買賣不適用消費者保護法第

19條規定云云。惟消費者保護法第19條第1項有關消費者若不願買受商品時，得在收受商品後7日內，不附理由退回商品或解除契約之規定，乃適用於所有郵購買賣之商品。查如前述，本件原告與消費者之交易型態為郵購買賣，自仍應受上開規定之規範。原告如認系爭商品因內含電腦軟體，容許消費者於拆封後退貨或解約，可能產生消費者在非法複製軟體後，始表示不願購買系爭商品之弊端，當可選擇非郵購或訪問買賣之交易型態，惟本件原告既選擇在網路上與消費者進行系爭商品之買賣（郵購買賣），自仍應受前揭條文之規範，從而原告上開主張，委不足取。

6. 另原告以立法院於消費者保護法修法3讀時作成附帶決議，要求消保會應會同各有關機關儘速完成電子商務相關法制之擬定，爰主張消費者保護法第19條不可一律強行適用於電子商務乙節。惟查，消費者保護法第2條第10款就「郵購買賣」已定義為「指企業經營者以廣播、電視、電話、傳真、型錄、報紙、雜誌、『網際網路』、傳單或其他類似之方法，使消費者未能檢視商品而與企業經營者所為之買賣」查本件原告係以網際網路之方法，與消費者進行買賣，其當屬消費者保護法第2條第10款所稱之郵購買賣無疑，是於電子商務相關法律制定並排除以網際網路方法所為之買賣適用消費者保護法之前，本件自仍有消費者保護法之適用。
7. 又原告執其交易型態與實體店面之買賣並無不同，而主張原處分違反平等原則乙節。查原告與消費者

之交易型態為郵購買賣，自與實體店面之買賣型態不同，消費者保護法亦基於消費者於郵購買賣時，未能如在實體店面般檢視商品而決定是否購買之特性，爰於消費者保護法中對郵購買賣之交易，設有第19條之保護消費者規定，此乃立法者之立法選擇，是原告上開主張，亦無可採。

8. 本件事證已臻明確（被告業已提出其作成原處分所憑之證據資料），且適用法律為本院之職權，從而本件原告聲請學者就消費者保護法第19條是否一律適用於電腦軟體之網路交易及行政機關得否依消費者保護法第36條逕命處分相對人移除或更動契約條款提出法律上意見，暨聲請財團法人資訊工業策進會為鑑定人，就「電腦軟體之網路交易一律適用消費者保護法第19條對於我國電腦軟體產業、網路購物產業之影響」提出鑑定意見等節，本院經核尚無必要。

(二)備位之訴（確認原處分違法訴訟）部分：

1. 按行政訴訟法第6條第3項前段規定：「確認訴訟，於原告得提起或可得提起撤銷訴訟、課予義務訴訟或一般給付訴訟者，不得提起之。」足見撤銷訴訟與確認處分違法訴訟係屬不同之訴訟類型，具互斥之制度功能與目的，況且撤銷訴訟兼具確認訴訟之功能，就同一事件自不容合併提起，故就違法處分之爭議，應循提起訴願及撤銷訴訟之途徑以救濟者，即無許其提起確認處分違法訴訟之餘地，此即所謂確認訴訟補充性原則。易言之，確認訴訟制度僅在補充撤銷訴訟功能之不足，與撤銷訴訟不具相容

性。是以，原告就同一原處分提起撤銷訴訟，而復備位聲明求為判決確認原處分違法，其起訴關於備位聲明部分即屬不合法。

2. 本件原告主張原處分違法而先位聲明訴請撤銷原處分及訴願決定，既已具起訴合法要件，則原告復為備位聲明求為確認原處分違法，揆諸上開規定及說明，已違反確認訴訟補充性原則，此部分之起訴即屬行政訴訟法第107條第1項第10款規定之不備其他要件，且無從命補正，應駁回之。

六、綜上所述，原告之主張均無可採。被告以原告網站上記載限制消費者行使郵購買賣解約權之事實，違反消費者保護法第19條第1項、第2項及同法施行細則第17條等規定，爰依同法第33條第1項、第36條及同法施行細則第34條規定，命原告於函到14日內將網站上記載限制消費者行使郵購買賣解約權之內容移除，並將處理過程及結果函報被告備查，於法並無不合；訴願決定予以維持，亦無違誤。原告先位聲明訴請撤銷，為無理由。至其備位聲明求為確認原處分違法部分，則屬起訴不合法，原應以裁定駁回之，為訴訟經濟，爰一併以較慎重之判決駁回之。

七、本件事證已臻明確，兩造其餘攻擊防禦方法經本院審酌後，核與判決結果均不生影響，故不再逐項論述，附敘明之。

八、據上論結，本件原告之訴為一部無理由，一部不合法，爰依行政訴訟法第98條第1項前段，判決如主文。

中 華 民 國 100 年 11 月 17 日

臺北高等行政法院第二庭審判長法 官 黃本仁

法 官 林妙黛

法 官 曹瑞卿

上為正本係照原本作成。

如不服本判決，應於送達後20日內，向本院提出上訴狀並表明上訴理由，如於本判決宣示後送達前提起上訴者，應於判決送達後20日內補提上訴理由書（須按他造人數附繕本）。

中 華 民 國 100 年 11 月 17 日

書記官 黃玉鈴

第五章 消費爭議之處理

第一節 申訴與調解

第四十三條 消費者與企業經營者因商品或服務發生消費爭議時，消費者得向企業經營者、消費者保護團體或消費者服務中心或其分中心申訴。

企業經營者對於消費者之申訴，應於申訴之日起十五日內妥適處理之。

消費者依第一項申訴，未獲妥適處理時，得向直轄市、縣（市）政府消費者保護官申訴。

【相關判決】

1 臺北高等行政法院判決100年度訴字第1069號

【摘要】

原告於99年12月13日已接獲謝○○申請，99年12月14日協議後卻未依原約定時間退款，遲至100月1月11日始退款，明顯逾消保法第43條第2項所定應於申訴之日起15日內妥適處理之規定，依前揭意旨，符合管理規則第48條第14款、補習及進修教育法第25條之裁處要件甚明，被告以原處分予以裁處，洵然有據。

臺北高等行政法院判決

100年度訴字第1069號

原 告 臺北市私立○○美語短期補習班忠孝分班
代 表 人 陳○○
被 告 臺北市政府教育局

代 表 人 丁亞雯
訴訟代理人 蔡曉青
 吳忻如
 王雅蕙

上列當事人間補習及進修教育法事件，原告不服臺北市政府中華民國100年4月27日府訴字第10009039300號訴願決定，提起行政訴訟，本院判決如下：

【主文】

原告之訴駁回。

訴訟費用由原告負擔。

【事實及理由】

一、程序事項：

本件原告經合法通知，未於言詞辯論期日到場，依行政訴訟法第218條準用民事訴訟法第386條、第385條第1項前段規定，核無民事訴訟法第386條所列各款情形，爰依到場被告之聲請，由其一造辯論而為判決。

二、事實概要：

- 1、原告為被告許可立案之短期補習班。第三人謝○○繳費參加原告的課程，民國99年12月13日謝○○向原告申請退費，99年12月14日原告與謝○○簽立退費協議書，原告同意退還謝○○學費新台幣（下同）13,562元。惟原告遲未付款，謝○○乃於99年12月28日向臺北市政府消費者服務中心提出申訴。案經臺北市政府法規委員會函移被告依權責處理。
- 2、被告審認原告處理謝○○消費爭議時程過久，未依相關法令規定退費，違反臺北市短期補習班管理規則（以下簡稱管理規則）第50條第13款（即管理規則100

年8月9日修正公布之第48條第14款)規定,乃以100年1月11日北市教社字第10030069600號函對原告裁處糾正並限期整頓改善(以下簡稱原處分),請原告於100年1月21日前依規定妥處並函復被告。原告不服提起訴願,經決定駁回後,依法提起本件行政訴訟。

三、原告主張：

- 1、原告與謝○○雖達成退費協議,惟未約定退款時間,原告受僱者僅告知將儘速處理,適逢年終費用結算,退款時間無法確定,原告從未答應於99年12月21日退費到謝○○帳戶。原告99年12月20日簡訊內容,只是告知謝○○退款時間,原告與謝○○簽訂的退費協議書,約定「甲方(謝君)確認並同意,拋棄對乙方(原告)及其負責人、代表人、經理人及承辦人等就本事件法律上甲方可能主張之任何權利及請求(包括但不限於民刑事及行政責任)」,該協議書屬民法和解決約,倘如謝○○所言原告延遲退款,謝○○應循民事請求原告履行和解決約,而非向臺北市政府消費者服務中心提出申訴。
- 2、被告認為謝○○於99年12月13日向原告申請退費,原告未依消費者保護法(以下簡稱消保法)第43條第2項規定15日內妥適處理違反規定,卻依管理規則第50條第13款對原告裁處,然臺北市消費者保護自治條例第31條第2款規定,執行機關處理消費者申訴案件,申訴案件屬本機關業務者,應即函請企業經營者於文到之日起15日內妥適處理。原告在收到原處分前,未收受被告函請原告於文到日起15日內妥適處理,何來原告未妥適處理。況消保法對逾越15日回函及何謂妥

適處理定有罰則及解釋，企業經營者在接獲民眾申訴時，有確實妥適處理即可。是原告於接獲謝○○申訴時，簽署退費協議書即有確實妥適處理，原告未違反消保法規定，倘原告態度輕忽怠慢，為何去電及傳簡訊告知謝○○退款時程。被告曲解消保法真意，原處分於法無據。

- 3、原處分僅說明原告違反管理規則第50條規定，訴願時再補充說明原告係違反管理規則第50條第13款規定。訴願決定未立於中立立場，擅自補充被告疏漏之法理依據，指稱除管理規則第50條第13款規定外，原告另違反管理規則第50條第10款規定。管理規則並未規定退費時程及程序，原告何來未依規定退費者，而管理規則第34條退費時程規定，顯與原告情況迥異，原告並未因故未能開班上課，原處分指稱原告未依規定退費，顯有違誤。
- 4、原處分未表明事實及救濟方法，僅說明處理謝○○消費爭議時程過久，原告無法了解事實內容，與行政程序法規定之記載事實，顯不相當。且原處分既非屬行政程序法第103條第3、5、6、7、8款情形，被告未依行政程序法規定，於作成原處分前給予原告陳述意見機會，與法理、常理不符。當今消費者申訴內容不實，或有偏頗情況比比皆是，被告對原告權益未一併注意，顯有疏失，被告未踐行基本程序要件，原處分應認為違法。
- 5、聲明求為判決：
 - 1 訴願決定及原處分均撤銷。
 - 2 訴訟費用由被告負擔。

四、被告主張：

- 1、本件係臺北市政府法規委員會100年1月6日以北市法保字第09934283510號函轉謝○○99年12月28日消費爭議申訴資料表申訴內容辦理。謝○○於99年12月13日向原告辦理退費，雙方確認同意退費13,563元，原告職員Peter告知將於99年12月21日匯款至謝○○銀行帳戶。惟99年12月20日原告傳簡訊表示退款因故延至下月。謝○○認為退費時間拖延不合理，向原告總公司申訴，得知原告未將退費申請案送至總公司，謝○○為確保權益提起消費爭議申訴。
- 2、原告雖與謝○○於99年12月14日協議退費，但原告遲不依協議結果退款。查消保法第43條第2項規定，企業經營者對消費者之申訴，應於申訴之日起15日內妥適處理。依管理規則第50條第13款規定，補習班有其他違反本規則或相關法令規定情事者，被告得分別為糾正、限期整頓改善、減班招生或停止招生處分。原處分符合上開法令規定，原告表示雙方於99年12月14日已達成退費協議，即已妥處消費爭議案件，顯與事實不符。
- 3、依謝○○申訴資料，99年12月20日謝○○認為原告退款時間拖延過久向原告申訴，至被告100年1月11日為原處分，已逾消保法15日妥適處理規定，本案依據之事實及適用法令至為明確，且被告行文糾正僅為督原告限期依規定妥處，確保消費者權益，依行政程序法第103條第5款規定得不給予處分相對人陳述意見機會。另原處分已載明事實、理由、法令依據、處分機關，並有首長簽名蓋章，符合訴願法第3條第1項、行政

程序法第92條行政處分定義，雖原處分未載有不服處分之救濟途徑，依行政程序法第98條第3項規定，僅救濟期間延長為1年，不影響原處分效力。

- 4、被告鑑於原告歷年消費爭議案件數量眾多，經常須被告催辦後始回復辦理情形，處理消費爭議態度輕忽怠慢，枉顧消費者權益甚鉅，為督促解決消費爭議案件，被告前以99年10月20日北市教社字第0994084100號函請原告等6家補習班檢討消費爭議案件處理流程及時效管制，並於文中載明如再經被告發函限期妥處而逾限未妥處回復者，將逕依行政執行法第30、31條規定處怠金，不另逐案催辦。原告屢次處理是類案件之輕忽態度，足見原告對消費者保護有改善空間，對學員權益保障難謂周全，被告係主管機關，基於管理權責依法給予原告糾正處分係督促原告正視消保業務並依規定限期妥處申訴案件，於法無不當。

- 5、聲明求為判決：

- 1 原告之訴駁回。
- 2 訴訟費用由原告負擔。

五、本院的判斷：

- 1、按補習及進修教育，係以補充國民生活知識，提高教育程度，傳授實用技藝，培養健全公民，促進社會進步為目的，此見補習及進修教育法第1條規定自明。該法第9條第4款規定：「國民補習學校、進修學校及短期補習班之設立、變更或停辦，依下列各款之規定：……四、短期補習班，由直轄市、縣（市）主管教育行政機關核准；其設立及立案之條件與程序、設備與管理、師資、費用之收繳方式、班級人數及學生權

益之保障、檢查、獎勵、註銷與撤銷立案之條件及其他應遵行事項之管理規則，由直轄市、縣（市）主管教育行政機關定之。」第2條規定；「本法所稱主管教育行政機關：在中央為教育部；在直轄市為直轄市政府；在縣（市）為縣（市）政府。」第25條並規定：「短期補習班辦理不善、違反本法或有關法令或違反設立許可條件者，直轄市、縣（市）主管教育行政機關得視情節分別為下列處分：一、糾正。二、限期整頓改善。三、停止招生。四、撤銷立案。」又消保法第43條第1項、第2項規定：「消費者與企業經營者因商品或服務發生消費爭議時，消費者得向企業經營者、消費者保護團體或消費者服務中心或其分中心申訴。企業經營者對於消費者之申訴，應於申訴之日起十五日內妥適處理之。」消費者保護法施行細則第36條並規定：「本法第四十三條第二項規定十五日之期間，以企業經營者接獲申訴之日起算。」

- 2、再者，管理規則係依補習及進修教育法第9條第4款授權訂定之法規命令，該規則第2條規定：「臺北市短期補習班之許可及管理，除法規另有規定外，依本規則辦理。」第4條規定：「本規則之主管機關為臺北市政府教育局。」第33條第1項規定：「補習班學生繳納費用後離班者，補習班應依下列規定辦理退費：……」第48條第14款規定：「補習班有下列情形之一者，教育局得視其情節輕重，依補習及進修教育法第25條規定，分別為糾正、限期整頓改善或停止招生之處分：……十四其他違反本規則或相關法令規定之情事。」核未逾母法授權之範圍及目的，自有法之拘束

力。而被告為輔導立案短期補習班健全發展，並明確處理其違反法令事件，特訂定臺北市政府教育局處理立案短期補習班違反法令事件統一裁罰基準（以下簡稱裁罰基準），該基準第3點「立案短期補習班違反前點情形之一者，依下列基準處分之：（一）第一次查獲發函糾正命其限期整頓改善。（二）第二次全獲停止招生三個月。（三）第三次全獲停止招生六個月。（四）第四次查獲則撤銷立案。」規定，乃係被告基於職權，為執行一致性與均勻性要求並協助屬官裁量權的行使，所頒訂之裁量性行政規則。

- 3、本件如事實概要欄所載之事實，有退費協議書、消費爭議申訴資料表附訴願決定卷，以及原告立案證書影本附於本院卷可佐，本案事實，已堪認定。
- 4、至被告認為原告處理與謝○○間之消費爭議時程過久，違反管理規則等情，原告則主張其與謝○○雖達成退費協議，但未約定退款時間，被告為原處分前，未依臺北市消費者保護自治條例第31條第2款規定，通知原告15日內妥適處理，而原告接獲謝○○申訴，已簽署退費協議書，並無未妥適處理，被告作成原處分前，未予原告陳述意見機會且原處分未表明事實及救濟方法等語。經查：
 - (1)、原告係經被告核准立案，以對外招生、收費、授課為營業之企業經營者，而第三人謝○○係以消費為目的而接受服務之消費者，是原告與謝○○間收費授課營業活動的法律關係為消費關係，乃消保法規範範疇，自有消費者保護法之適用，先予指明。

- (2)、原告對繳費參加原告課程之第三人謝○○於99年12月13日之退費申請，於99年12月14日達成退費協議，原告原表示將於99年12月21日匯款退費，卻於99年12月20日以簡訊通知謝○○因年關將近，業務量繁忙，退款暫定下月中。謝○○因認原告拖延退款不合理且沒有明確的退款日期，即向原告總公司申訴，100月1月11日謝○○始收到退款等情，此見謝○○的消費爭議申訴資料表中申訴內容之記載可知，並有臺北市政府訴願審議委員會100年3月7日向謝○○確認實際退費時間的公務電話紀錄表附於訴願決定卷可稽，參之原告與謝○○所簽訂退費協議書內容，明載「謝○○與臺北市私立○○美語短期補習班忠孝分班因學費所衍生之消費糾紛，……達成協議，爰簽署本退費同意書，約定下列條件……」等語，足認原告於99年12月13日已接獲謝○○申請，99年12月14日協議後卻未依原約定時間退款，遲至100月1月11日始退款，明顯逾消保法第43條第2項所定應於申訴之日起15日內妥適處理之規定，依前揭意旨，符合管理規則第48條第14款、補習及進修教育法第25條之裁處要件甚明，被告以原處分予以裁處，洵然有據。
- (3)、況且，申訴爭議的處理是否於15日內妥適處理，雖非以處理結果必須符合消費者要求為要件，但也不是以當事人個人主觀的想法為依據，應該從客觀的角度觀察。本件原告於與謝○○99年12月14日約定99年12月21日退款後，就此得以企業經

營者內部機制管理的退款時間，卻率然未經同意片面更改退款時間，進而造成未能依原先約定時間退款的情境，不論是從99年12月13日、99年12月14日或99年12月21日起算，至100年1月11日原告實際退款日，均已逾15日，衡酌當係所稱未於15日內妥適處理之情形。縱原告已於100年1月11日給付退費，亦無法為有利原告的認定。原告主張與謝○○達成退費協議，就已妥適處理等語，並不可採。

- (4)、另對於原告處理與謝○○間消費爭議時程過久，違反管理規則等情，被告已明白記載於原處分，此有原處分附卷可佐，原告指摘原處分未表明事實，應有誤會。而行政處分以書面為之時，救濟方法的告知雖為行政程序法第96條第1項第6款所明定，然救濟方法的告知並非行政處分決定內容本身，如有欠缺，行政程序法第98條對於救濟期間的問題定有處理方法，行政程序法第99條對於管轄機關的處理亦有規範，原告以此主張原處分因未記載救濟方法即應予撤銷，當不可取。
- (5)、又行政處分所根據之事實，客觀上明白足以確認者，行政機關得不給予陳述意見，此行政程序法第103條第5款定有明文。本件原告違章事實，有退費協議書、消費爭議申訴資料表可佐，客觀上明白足以確認，被告未予原告陳述意見機會，並未違反正當法律程序。

六、綜上，原處分並無違誤，訴願決定遞予維持，亦無不合，原告請求撤銷訴願決定及原處分，為無理由，應予駁回。

消費者保護法判決函釋彙編(十三)

七、本案事證已明確，兩造其餘攻擊及防禦方法，均與本件判決結果不生影響，爰不一一論駁，併予敘明。

八、結論，本件原告之訴為無理由，依行政訴訟法第98條第1項前段、第218條、民事訴訟法第385條第1項前段，判決如主文。

中 華 民 國 100 年 12 月 22 日
臺北高等行政法院第二庭審判長法 官 黃本仁
法 官 曹瑞卿
法 官 蘇嫻娟

上為正本係照原本作成。

如不服本判決，應於送達後20日內，向本院提出上訴狀並表明上訴理由，如於本判決宣示後送達前提起上訴者，應於判決送達後20 日內補提上訴理由書(須按他造人數附繕本)。

中 華 民 國 100 年 12 月 26 日
書記官 陳清容

第二節 消費訴訟

第五十一條 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。

【相關判決】

- 1 臺灣高等法院99年度重上字第683號民事判決
- 2 臺灣高等法院100年度消上更(一)字第1號民事判決
- 3 臺灣高等法院100年度上字第7號民事判決

【摘要】

消費者保護法第51條所謂「依本法所提之訴訟」，參諸同法第2條第5款所規定消費訴訟，係指因消費關係而向法院提起之訴訟，固不限於消保官或消費者保護團體所提之訴訟，然必限於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，始足當之。…惟查，本件並非兩造就商品或服務瑕疵所有爭議，提起之消費訴訟，而係單純債務不履行之給付不能，陳○○依消費者保護法第51條規定請求○○公司應給付損害額一倍之懲罰性賠償金，即屬無據。

臺灣高等法院民事判決

99年度重上字第683號

上訴人 陳○○
訴訟代理人 鄭勵堅律師
 賴一帆律師
複代理人 林瑩姮律師

上訴人 ○○建設開發有限公司

法定代理人 楊顯玲

訴訟代理人 陳志偉律師

上列當事人間請求土地所有權移轉登記事件，兩造對於中華民國99年9月17日臺灣新竹地方法院93年度訴字第422號第一審判決，各自提起上訴，陳○○並為訴之追加，經本院於99年6月7日言詞辯論終結，茲判決如下：

【主文】

原判決關於命○○建設開發有限公司給付(一)超過新臺幣貳佰伍拾柒萬仟玖佰貳拾伍元(二)依新臺幣肆佰柒拾柒萬仟陸佰元計算自民國九十三年七月二十九日起至清償日止，按年息百分之五計算之利息部分，暨該二部分假執行之宣告，並除確定部分外訴訟費用之裁判，均廢棄。

上開廢棄(一)部分，陳○○於第一審之訴及假執行之聲請，均駁回。

○○建設開發有限公司其餘上訴駁回。

陳○○之上訴駁回。

○○建設開發有限公司應另給付陳○○依新臺幣貳佰伍拾柒萬仟玖佰貳拾伍元計算自民國九十五年二月二十一日起至清償日止，按年息百分之五計算之利息。

陳○○其餘追加之訴駁回。

第一、二審訴訟費用除確定部分外，由○○建設開發有限公司負擔百分之二十七，餘由陳○○負擔。追加之訴訴訟費用由陳○○負擔。

【事實及理由】

一、陳○○於原審就其備位聲明部分，並未請求○○建設開發有限公司(下稱○○公司)給付法定遲延利息，嗣於本院

審理中始追加請求○○公司就所應給付之金額，自起訴狀繕本送達翌日起至清償日止，按年息5%計算之法定遲延利息，○○公司雖不同意陳○○為上開追加，惟陳○○上開追加與原審備位之訴請求之基礎事實同一，核與民事訴訟法第446條第1項但書、第255條第1項第2款規定相符，應准其為上開追加。

- 二、陳○○主張：伊為位於新竹縣竹北市○○段30地號土地（下稱系爭土地）之所有權人，○○公司與原審被告楊顯玲、廖明鏡、鍾俊榮明知伊所有系爭土地部分遭鄰地所有人占用，竟於民國92年10月間向伊佯稱欲在上開地段29-34地號土地上推出14戶建案，伊可分得2戶，遂與○○公司簽訂不動產買賣契約、房屋預定買賣契約、土地預定買賣契約（後二契約下合稱房地預定買賣契約），伊並於93年1月7日將系爭土地移轉登記予○○公司指定之鍾俊榮。嗣○○公司竟向伊表示因系爭土地遭人嚴重侵占，若伊無法於93年1月底前排除，其將無法履行給付2戶房地之約定，其後○○公司果將應給付予伊之2戶房地出售予他人，伊發現受騙後，即向○○公司撤銷受詐欺之意思表示，並解除土地買賣契約，且○○公司已給付不能，應賠償伊所受之損害。爰以先位之訴（一）依民法第113條、第215條及上開契約之約定，求為判命○○公司或廖明鏡應給付伊新臺幣（下同）305萬8,400元及自起訴狀繕本送達翌日起至清償日止，按年息5%計算之利息；（二）依民法第28條、第179條、第184條、第188條規定求為判命○○公司與廖明鏡、鍾俊榮、楊顯玲應連帶給付伊614萬元。並以備位之訴（一）依民法第28條、第184條、第188條及第226條第1項規定求為判命○○公司與廖明鏡、鍾俊榮、楊顯玲應連帶給

付伊614萬元；(二)依消費者保護法第51條規定求為判令○○公司應給付614萬元等語。(原審判決駁回陳○○先位之訴，就備位之訴依民法第226條第1項判令○○公司應給付477萬3,600元，及自93年7月29日起至清償日止，按年息5%計算之利息，而駁回其餘備位之訴。)並就原審判決駁回其備位之訴中依消費者保護法第51條規定所為請求之部分，聲明不服，提起上訴。上訴聲明：(一)原判決關於駁回陳○○後開第2項之請求部分廢棄。(二)○○公司應再給付陳○○447萬3,600元。(三)願供擔保請准宣告假執行。復追加○○公司應給付法定遲延利息，追加聲明：○○公司就應給付陳○○之金額，應自起訴狀繕本送達翌日起至清償日止，給付按年息5%計算之利息。對於○○公司之上訴，答辯聲明：上訴駁回。(陳○○就先位之訴及其餘備位之訴敗訴部分，並未聲明不服，業已確定)

三、○○公司則以：兩造房地預定買賣契約給付不能，並非可歸責於伊，伊依民法第225條第1項規定得免給付義務。縱令伊應負給付不能之損害賠償責任，陳○○對伊約定應給付之房屋並無預期之利益，不得請求預期利益之損失。倘認陳○○得請求預期利益之損失，依兩造房屋預定買賣契約書特約條款第2條約定，陳○○僅能請求原價5%之金額。再縱認陳○○得為逾原價5%之請求，計算陳○○預期利益之損失，應以房地每坪漲價之幅度與原約定房地坪數相乘始為適當。又因陳○○有節省買賣成本如稅捐、規費、貸款手續及出售佣金等利益至少89萬5,096元，依損益相抵之規定，應予扣除。陳○○並非最終消費者，且本件訴訟並非消保官或消保團體依消費者保護法第50條、第53條規定提起之訴訟，伊與陳○○簽約亦未基於廣告，陳○○

依消費者保護法第51條規定請求一倍之懲罰性賠償金，核屬無據，所為請求亦屬過高。另陳○○追加請求之法定遲延利息，就超過5年部分，已罹消滅時效，伊亦得拒絕給付等語，資為抗辯。並對原審判命○○公司給付部分，聲明不服，提起上訴，上訴聲明：(一)原判決不利於○○公司部分廢棄。(二)上開廢棄部分，陳○○在第一審之訴及假執行之聲請均駁回。對陳○○之上訴及追加之訴，答辯聲明：(一)上訴及追加之訴均駁回。(二)如受不利判決，願供擔保請准宣告免為假執行。

四、兩造不爭執之事項：

(一)廖明鏡於92年11月14日代理○○公司與陳○○簽立系爭土地之不動產買賣契約，並就○○公司預計在新竹縣竹北市○○段29-31地號土地上興建案名為「智慧園墅N05」編號A1、A2之建物2戶及其基地，簽定房地預定買賣契約。

(二)廖明鏡於簽約同時交付系爭土地買賣定金支票80萬元（發票日為92年11月17日）予陳○○；於92年12月1日交付第2期土地款80萬元支票予陳○○，同時陳○○交付土地所有權狀、印鑑證明等過戶所需資料；於92年12月19日支付第3期土地款80萬元支票予陳○○；於93年1月15日支付尾款各277萬5,000元支票予陳○○及陳照麗。系爭土地則於93年1月7日移轉登記予鍾俊榮。

(三)地政機關於92年12月18日對系爭土地進行複丈，複丈結果確定系爭土地遭侵占 1.35m^2 （約0.4坪）。

(四)○○公司於92年12月29日向臺灣省建築師公會高雄聯絡處遞送建造執照申請書，申請之建築戶數為12戶。

同月30日○○公司上開建造執照申請案，經新竹縣政府工務局正式收文，申請之建築戶數為12戶。

(五)廖明鏡於93年1月12日以存證信函主張土地被嚴重侵占，要求陳○○等於同月底前排除，否則無法履行系爭土地買賣契約書「附約」第9點即出售2戶預售房地予陳○○之約定。

(六)○○公司於93年1月16日與各地主協商，就各地主之土地遭侵占部分，達成協議扣款一半處理，惟陳○○部分並未遭扣款。廖明鏡約陳○○於93年2月中掛照（應係申請建照之意）之前，討論陳○○所購房屋之建築藍圖。

(七)○○公司於93年2月20日再次遞送建造執照之申請案，新竹縣政府工務局正式收文，申請之建築戶數為12戶。嗣於93年3月19日向臺灣省建築師公會遞送變更設計申請書；新竹縣政府工務局於93年3月26日正式收文變更部分僅為A5之樓地板面積中之停車空間由55.08m²改為53.87m²。

(八)陳○○於發現○○公司動工後，於93年2月28日找廖明鏡、鍾俊榮協商。嗣於93年3月5日再次協商，惟無交集，廖明鏡明確表示除非陳○○等同意找補價金（確切金額未提出），變電室部分，○○公司不願意且覺得很麻煩而無更動之可能。

(九)新竹縣消保官於93年4月15日召開第一次協調會，廖明鏡請陳○○等提起訴訟，消保官表示雙方擇期再行協商。○○公司於93年4月16日發函予消保官，函中表示該公司與陳○○等之買賣不成立故無糾紛問題，該公司將依循判決處理。消保官於93年5月14日召開

第二次協調會，○○公司等未派人出席。消保官於93年5月28日召開第三次協調會，陳○○等請○○公司等依原契約履行，○○公司請陳○○等起訴，該公司將依判決結果履行。

(十)○○公司於93年4月17日將原售予陳○○之「智慧園墅N05」編號A1房地（後更名為「○○松荷」編號A5房地）出售予訴外人陳秀如。再於93年8月27日將「智慧園墅N05」編號A2房地（後更名為「○○松荷」編號A6房地）售予洪崇啟，嗣又於93年11月9日出售予曾文政。鍾俊榮於93年8、9月間起將系爭建案之基地陸續移轉於訴外人陳秀如、洪崇啟等人，其中「○○松荷」編號A5基地即合併分割後之新竹縣竹北市○○段28-5地號為原出售予陳○○之土地，編號A6基地即合併分割後之同段28-4地號為原出售予陳○○之土地。

(十一)陳○○於93年5月7日寄發東門郵局第44號存證信函予○○公司等，催告○○公司等於7日內履約，逾期則解除契約。

(十二)系爭房地預定買賣契約已成立生效。陳○○就系爭預售房地並未支付任何房地價款，○○公司亦未催告陳○○支付價款。

五、茲就兩造爭執之事項，判斷如下：

(一)○○公司是否應負給付不能之損害賠償責任？損害額為何？

1. ○○公司是否應負給付不能之損害賠償責任？

(1)按因可歸責於債務人之事由，致給付不能者，債權人得請求賠償損害，民法第226條第1項定有明

文。又物之出賣人固有使買受人取得該物所有權之義務，惟買賣契約成立後，出賣人為二重買賣，並已將該物之所有權移轉於後之買受人者，移轉該物所有權於原買受人之義務即屬不能給付，原買受人對於出賣人得請求賠償損害(最高法院30年上字第1253號判例參照)。

- (2)陳○○主張兩造所簽訂之房地預定買賣契約已成立生效，○○公司應給付其所興建「智慧園墅N05」編號A1房地(後更名為「○○松荷」編號A5房地)、編號A2房地(後更名為「○○松荷」編號A6房地)，惟○○公司於93年4月17日將編號A1房地出售予陳秀如，於93年8月27日將編號A2房地售予洪崇啟之事實，為○○公司所不爭執，業如前開四之(十)、(十二)所載，而上開房地均已辦理所有權移轉登記完畢，亦有土地及建物登記簿謄本(本院卷160-161、163-166、169-170頁)在卷可稽，陳○○主張○○公司就該二房地係屬可歸責於該公司之事由，致給付不能，應屬可採。
- (3)○○公司雖辯稱因陳○○所出售之系爭土地，遭人占用，致其不得已將原規劃之戶數由14戶變更為12戶，陳○○又不願意增補價金，因而不能依原約定之面積出售2戶房地予陳○○，非屬可歸責於其之事由，依民法第225條第1項規定，其得免負給付之義務云云。惟查，系爭土地之買賣契約與房地預定買賣契約，係屬相互獨立之契約，縱陳璋泡所出售之土地遭人占用，亦屬陳○○應

就土地買賣契約負債務不履行或瑕疵擔保責任之問題，與○○公司依房地預定買賣契約應將上開二房屋交付並移轉登記予陳○○，究屬無涉。又○○公司固原規劃興建14戶房屋，因興建基地遭人占用，而變更為12戶，但此項變更，並不影響其應依房地預定買賣契約書交付及移轉房地予陳○○之義務，此由○○公司於92年12月30日向新竹縣政府申請建築之戶數12戶後，該公司廖明鏡仍約陳○○於93年2月中申請建照前，討論所購房屋之建築藍圖，並於93年3月5日協商時要求陳○○找補價金即明(見前開四之(六)、(八))即明。再陳○○不同意給付找補價金，○○公司非不得依約或依法訴請其給付，甚或與陳○○未給付之價金，主張同時履行抗辯，然在兩造契約未解消前，○○公司所負應給付上開二房地之契約義務仍屬存在，其將之出售並移轉登記予他人，即難謂非不可歸責於己之事由，○○公司上開所辯云云，並不可採。

2. 陳○○之損害額為何？

- (1) 按損害賠償，除法律另有規定或契約另有訂定外，應以填補債權人所受損害及所失利益為限；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，民法第216條著有明文。所謂所受損害，即現存財產因損害事實之發生而被減少，屬於積極的損害；所謂所失利益，即新財產之取得，因損害事實之發生而受妨害，屬於消極的損害(最高法院48年台

上字第1934號判例參照)。

- (2)陳○○主張其因○○公司之給付不能，致受有損害，應賠償其未能取得房地之所失利益，並以○○公司出售予第三人之價差，計算其所失之利益等語。○○公司則辯稱陳○○購入房地之目的係供自用，並非投資，其對所購入之房地之預期利益並無客觀之確定性，不得請求預期利益之損失云云。按於房地買賣契約，買受人依約取得房地所有權後，得自由使用、收益及處分房地，而獲得利益，此為吾人於社會生活上可得之經驗，此亦為買賣契約買受人依通常情形，可預期之利益，並非以買受人訂約之初即有計劃出售為限。是陳○○主張本件買賣標的之房地，因可歸責於○○公司致給付不能，使其未能取得上開房地而受有損害，○○公司應賠償其損害，即屬有據。○○公司以陳○○所承購房地係供自用，並非投資，對所購房地之預期利益並無客觀之確定性，不得請求預期利益之損失云云，顯僅侷促於陳○○有無計劃買受後即為出售而論，忽略所有權人依通常情形得隨時處分所有之房地，是其所辯，並非可採。
- (3)關於損害額之計算部分，兩造同意由本院依其等所主張計算之方法為判斷（本院卷235頁反面）。陳○○主張應以○○公司出售予第三人之價格與其依房地預定買賣契約之價差等語。○○公司則抗辯應依房屋預定買賣契約特約條款第2條約定所載以原價計之5%計算所失利益，縱或不然，亦

應依房地每坪漲價之幅度與陳○○欲購買之房地坪數相乘計算等語。經查，陳○○依房地預定買賣契約向○○公司購買之A1、A2房屋各為73坪、土地各約30坪，而○○公司興建完成A5、A6房屋分別為82.79坪、82.69坪，土地則為33.85坪、34.33坪，其緣由係因興建基地部分遭他人占用，致由原先規劃興建之14戶，變更為興建12戶，為兩造所不爭執，並非因興建測量之誤差或建築技術所致，陳○○主張以其購買A1、A2之價格與○○公司出售A5、A6價格之價差為其所失之利益，並非適當。至於陳○○所提出最高法院91年度台上字第2039號、79年度台上字第1840號等判決，並無本件上開興建戶數變更之情形，與本件情節不同，非得逕為援引適用於本件。次查，兩造房屋預定買賣契約特約條款第2條固約定：「甲方(陳○○)有權要求乙方(○○公司)於使用執照取得三個月內，以原價加計5%買回，乙方不得拒絕。」(原審卷(一)24頁反面、38頁反面)，惟本條約定係陳○○之權利，陳○○是否行使為其自由，非得謂此為兩造契約預定陳○○之所失利益。況陳○○並未行使此約定之權利，為○○公司所不爭執，○○公司主張以此計算陳○○所失利益，自非足採。再查，陳○○依房地預定買賣契約向○○公司所購買之A1、A2房屋各約73坪(原審卷(一)17頁反面、31頁反面)、土地各約30坪(同上卷45頁反面、55頁反面)，如○○公司依約履行，其所得取得房、地面積，當亦如此，

○○公司主張依其後將興建完A5、A6之房、地出售予他人之每坪價差(即漲幅)，乘以陳○○所購買之上開房、地坪數之方式，以同一漲幅計算陳○○所失之利益，自較諸上開其他計算方式為適當可採。陳○○雖稱依系爭土地買賣契約附約第9條約定A1、A2房屋之價值是以總價計算，非以坪計算，再依土地預定買賣契約第3條、房屋預定買賣契約第4條約定，簽約後兩造不得以任何理由要求加減總價，○○公司以坪為計算基礎即屬有誤，縱以坪數計算，因兩造約定以登記完畢之面積為準，當房地約定面積與契約面積有異時，約定找補上限為2%，其自得取得興建後之A5、A6房地面積，僅給付2%之找補款予○○公司即可云云。惟兩造簽訂不動產買賣契約及房地預定買賣契約時，原係規劃興建14戶房屋，○○公司出售其中2戶予陳○○，嗣因興建基地部分遭人占用改為12戶，業如前述，其興建條件已屬不同，又興建後之A5、A6房屋位置雖相當於原規劃之A1、A2房屋位置，但實為不同標的物。陳○○雖主張○○公司自始即明知部分基地遭他人占用云云，然已為原審於先位之訴所不採，並為陳○○先位之訴敗訴判決，陳○○並未聲明不服，基於訴訟法上之誠實信用原則，即非得再為主張。而觀諸系爭不動產買賣契約附約第9條雖約定A1、A2每戶房地總價為766萬元(原審卷(一)13頁正面)，惟於房地預定買賣契約，則約定房屋每戶230萬元(同上卷25頁反面、39頁反面)、土地每戶

536萬元(同上卷50頁反面、60頁反面)，足見其房地係分別計價，而上開房地之價格，非不得以不動產交易市場上所慣用之坪為單位，換算每坪之價格。又兩造房地預定買賣契約固約定雙方不得以任何理由要求加減總價及找補上限為2%，然兩造之真意，當係依契約所興建之房屋，因測量或建築技術致有誤差，發生興建後登記面積與原約定面積不符，及不能因市場價格漲跌，要求加減價格之情形，並非指設計規劃有所變更之情形。否則，以本件之例，陳○○固可因○○公司變更規劃設計而取得較大面積之房屋，而僅給付2%之找補款，但相反地，○○公司亦可變更設計，多興建數戶房屋，使房屋面積變小，甚至小至原約定坪數之半數，並非無可能，此時○○公司主張依上開約定交付並移轉興建後位置相當之房屋，並給付2%之找補款即可，如此豈能符事理之平？當非兩造上開約定之原意，是陳○○上開所陳云云，並不足採。

- (4)本件以陳○○向○○公司購買之A1、A2房地房，屋約73坪、土地約30坪，房屋價格為230萬元，土地價格為536萬元，則房屋每坪價格為3萬1,506元8角($2,300,000 \div 73 = 31,506.8$ ，小數點第2位以下四捨五入，下同)，土地價格為17萬8,666元7角($5,360,000 \div 30 = 178,666.7$)。○○公司興建完成之A5房屋面積為82.79坪、基地面積為33.85坪，出售予陳秀如之房屋價格為327萬元、土地價格為763萬元，有與

陳秀如簽立之房地預定買賣契約(原審卷(二)259-265頁)在卷足稽,其房屋每坪價格為3萬9,497元5角($3,270,000 \div 82.79 = 39,497.5$),土地每坪價格為22萬5,406元2角($7,630,000 \div 33.85 = 225,406.2$)。又○○公司將興建完成之A6房屋面積為82.69坪、基地面積為34.33坪,出售予洪崇啟之房屋價格為285萬元、土地價格為665萬元,有與洪崇啟簽立之房地預定買賣契約(原審卷(二)266-272頁)在卷足查,其房屋每坪價格為3萬4,466元1角($2,850,000 \div 82.69 = 34,466.1$),土地每坪價格為19萬3,708元1角($6,650,000 \div 34.33 = 193,708.1$)。則A5房屋與A1房屋每坪之價差為7,990元7角($39,497.5 - 31,506.8 = 7,990.7$)、土地每坪價差為4萬6,739元5角($225,406.2 - 178,666.7 = 46,739.5$);A6房屋與A2房屋每坪之價差為2,959元3角($34,466.1 - 31,506.8 = 2,959.3$)、土地每坪價差為1萬5,041元4角($193,708.1 - 178,666.7 = 15,041.4$)。基上計算陳○○就A1房地所失之利益為198萬5,506元($7,990.7 \times 73 + 46,739.5 \times 30 = 1,985,506$)、A2房地所失利益為66萬7,271元($2,959.3 \times 73 + 15,041.4 \times 30 = 667,271$)。合計所失利益為265萬2,777元($1,985,506 + 667,271 = 2,652,777$)。

(二)○○公司所為損益相抵抗辦有無理由?

1. 按當事人不得提出新攻擊或防禦方法,但如不許其

提出顯失公平者，不在此限，民事訴訟法第447條第1項第6款定有明文。○○公司於本院抗辯陳○○所失之利益，應依民法第216條之1損益相抵之規定，扣除未支出買賣成本所得節省之利益等語。陳○○則主張○○公司於本院始為上開主張，依民事訴訟法第447條第1項本文之規定，應不許其提出云云。惟損益相抵之規定，既為民法第216條之1所明定，且損害賠償既在填補債權人所受損害及所失利益，自應扣除基於同一原因事實所受之利益，始符合公平，如不許○○公司於本院為上開抗辯，顯失公平，按諸上開規定，仍應許其提出。

2. 次按基於同一原因事實受有損害並受有利益者，其請求之賠償金額，應扣除所受之利益，民法第216條之1著有明文。查兩造房屋預定買賣契約第12條約定契稅、代書費、印花稅、公證費、貸款火險費及各項地政規費等由陳○○負擔(原審卷(一)21頁反面)，土地預定買賣契約第8條約定土地移轉登記費、規費、監證費、印花稅及代書費由陳○○負擔(同上卷48頁正面)，而本件買賣之標的因可歸責於○○公司之事由致給付不能，陳○○有節省取得買賣標的應支出之上開稅捐、規費等費用而受有利益，○○公司依上開規定主張損益相抵，應屬有據。陳○○雖辯稱其向○○公司購買二戶房地僅各須支出成本766萬元，陳秀如及洪崇啟向○○公司購買房地亦應繳納稅捐等費用，○○公司不得重複再向其主張扣除云云。惟陳○○向○○公司購買二戶房地之總價固各為766萬元，但依上開二約定，尚應

負擔稅捐及規費等費用，其因可歸責於○○公司之事由，而未取得該二戶房地，自受有無需支出該二房地稅捐及規費等費用之利益。至於陳秀如及洪崇啟向○○公司購買房地時，雖依其等間之約定負擔稅捐及規費等費用，然要屬其等間之約定，與陳○○是否有免予支出稅捐及規費無關，陳○○上開所陳，並不足採。茲就○○公司主張應扣除之項目及費用，論述如下：

- (1) 契稅部分：按買賣契稅為其契價6%，契稅條例第3條第1款定有明文。又兩造房屋預定買賣契約第4條約定，契稅申報，雙方同意按政府評定之房屋現值作為產權移轉雙方契約價格（原審卷(一)18頁正面），第12條第2款約定，兩造同意房屋依政府主管機關評定價值為申報移轉時之現值為準（原審卷(一)21頁反面）。○○公司興建完成之A5、A6房屋，經分別以面積249.5平方公尺、250.4平方公尺，評定其現值為63萬5,700元、63萬8,100元，有該二房屋之93年間之稅籍資料（本院卷159、162頁）在卷可憑，249.5平方公尺相當於75.47375坪（ $249.5 \times 0.3025 = 75.47375$ ），250.4平方公尺相當於75.746坪（ $250.4 \times 0.3025 = 75.746$ ），則A5房屋每坪之現值為8,422.8角（ $635,700 \div 75.47375 = 8,422.8$ ），換算A1房屋之現值為61萬4,864元（ $8422.8 \times 73 = 614,864$ ）；A6房屋每坪之現值為8,424元2角（ $638,100 \div 75.746 = 8,424.2$ ），換算A2房屋之現值為61萬4,967元

(8, 424. 2X73=614, 967)。則A1房屋之契稅為3萬6, 892元(614, 864X6%=36, 892)，A2房屋之契稅為3萬6, 898元(614, 967X6%=36, 898)。合計契稅為7萬3, 790元(36, 892+36, 898=73, 790)。

- (2)土地印花稅部分：按讓售不動產契據，每件按金額千分之一，計印花稅稅率或稅額；印花稅以計至通用貨幣元為止，凡按件實貼印花稅票者，如每件依稅率計算之印花稅額不足通用貨幣一元及每件稅額尾數不足通用貨幣一元之部分，均免予貼用，經核准彙總繳納印花稅者，如彙總繳納稅額不足通用貨幣一元及應納稅額尾數不足通用貨幣一元之部分，均免予繳納，印花稅法第7條、第9條分別定有明文。本件A5、A6房屋之基地為新竹縣竹北市○○段28-5、28-4地號，93年間之公告現值為每平方公尺1萬元，有該二房地之登記簿謄本、93年間之地價查詢結果(本院卷160-161、163-168頁)在卷可按。則A1、A2基地應繳納之印花稅各為991元(10, 000X30坪÷0. 3025X1/1, 000=991)，共1, 982元。又A1、A2房屋之現值分別為61萬4, 864元、61萬4, 967元，已如前述，其印花稅各為614元(614, 864X1/1, 000=614；614, 967X1/1, 000=614)，共1, 228元。合計印花稅為3, 210元。

- (3)登記規費部分：按聲請為土地權利變更登記，應由權利人按申報地價或權利價值千分之一繳納登記費；土地所有權狀及他項權利證明書，應繳納書狀費，其費額由中央地政機關定之，土地法

第76條、第67條分別著有明文。又書狀費每張為80元，土地法第67條及第79條之2規定之書狀費、工本費及閱覽費收費標準表亦有明定。本件A5、A6基地93年間之申報地價為每平方公尺1,120元，有申報地價查詢結果(本院卷11、173頁)在卷可考，則換算A1、A2房屋之基地申報地價各為11萬1,074元($1,120 \times 30 \div 0.3025 = 111,074$)，應繳登記費共222元($111,074 \times 1/1,000 \times 2 = 222$)；A1、A2房屋應繳登記費各為615元($614,864 \times 1/1,000 = 615$ ； $614,967 \times 1/1,000 = 615$)，共1,230元。又A5房地，其地號及建號各一筆，A6房地，其地號二筆，建號一筆，計有五張書狀，應繳書狀費400元($80 \times 5 = 400$)。合計登記規費及書狀費為1,852元。

- (4)購屋貸款之設定登記規費、火災保險費及房地出售佣金部分：○○公司主張陳○○購買A1、A2房地應支出購屋貸款之設定登記規費及火災保險費共5萬0,160元云云。惟陳○○否認其須貸款給付房地價金，○○公司亦未能證明陳○○確有貸款以給付價金之情事，自非得以現今房屋貸款利率甚低，而認陳○○必貸款以給付價金。又陳○○雖於房地預定買賣契約書附件之代辦房屋貸款委託書上用印，然此依一般預售屋交易，多有預先用印之習慣，買受人於給付價款時，仍得選擇以其他方式給付價金，未必向金融機構貸款給付，是○○公司主張應扣除購屋貸款之設定登記規費及火災保險費，即屬無據。再本件陳○○向○○

公司購買上開房地，係親自向○○公司購買，並未透過不動產經紀業或經紀人員仲介，將來出售亦未必透過他人仲介，○○公司既未能舉證證明陳○○將來必有支出仲介佣金之情事，其主張應扣除房地出售佣金76萬6,000元云云，亦非足採。

- (5)合計○○公司得主張損益相抵者為契稅7萬3,790元、印花稅3,210元、登記規費及書狀費1,852元，共計7萬8,852元(73,790+3,210+1,852=78,852)。陳○○得請求之所失利益265萬2,777元，扣除7萬8,852元後，尚得請求257萬3,925元2,652,777-78,852=2,573,925)

(三)陳○○主張適用消保法第51條應給付一倍懲罰性賠償金有無理由？

1. 按依本法所提之訴訟，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，得請求損害一倍以下之懲罰性賠償金，消費者保護法第51條定有明文。所謂「依本法所提之訴訟」，參諸同法第2條第5款所規定消費訴訟，係指因消費關係而向法院提起之訴訟，固不限於消保官或消費者保護團體所提之訴訟，然必限於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，始足當之。
2. 陳○○主張○○公司與其簽約時，曾持地籍圖謄本具體地向其表示，將規劃興建14戶房屋，其所購買之2戶房屋臨路面寬各為6.6公尺、深8公尺，惟

○○公司嗣後申請建築執照僅12戶，其所購之房屋面寬為5.5公尺、深10.16公尺，可見○○公司在與陳○○簽約時，即無意履行，違反消費者保護法第22條、第23條規定，應依同法第51條規定給付損害額一倍之懲罰性賠償金云云。惟查，本件並非兩造就商品或服務瑕疵所有爭議，提起之消費訴訟，而係單純債務不履行之給付不能，陳○○依消費者保護法第51條規定請求○○公司應給付損害額一倍之懲罰性賠償金，即屬無據。況按消費者保護法第22條規定：「企業經營者應確保廣告內容之真實，其對消費者所負之義務不得低於廣告之內容。」係指企業經營者應就其所為之廣告內容負責，而本件○○公司與陳○○簽訂房地預定買賣契約時，尚在購地階段，並無廣告行為，陳○○亦未舉證○○公司有何廣告行為，縱認○○公司於簽約時告知不實之事項，亦不該當於該條之規定。又該法第23條規定：「刊登或報導廣告之媒體經營者明知或可得而知廣告內容與事實不符者，就消費者因信賴該廣告所受之損害與企業經營者負連帶責任。前項損害賠償責任，不得預先約定限制或拋棄。」本條規範之主體係指刊登或報導廣告內容者之媒體經營者，本件○○公司為契約之當事人，並非刊登或報導廣告內容之媒體經營者，自非該條所為規範之對象。陳○○主張○○公司違反上開二條規定，應依同法第51條規定給付一倍之懲罰性賠償金云云，亦屬無據。

(四)○○公司所為消滅時效抗辯有無理由？

1. 按利息債權，其各期給付請求權，因五年間不行使而消滅，民法第126條條定有明文。又按消滅時效，自請求權可行使時起算，以不行為為目的之請求權，自為行為時起算，同法第128條亦有明文。所謂利息包括遲延利息在內，縱解釋遲延利息係賠償債務給付遲延所生相當利息之損害，亦有民法第126條所定短期消滅時效之適用(最高法院66年度第7次民庭庭推總會議決議(一)參照)。另所謂請求權可行使時，乃指權利人得行使請求權之狀態而言(最高法院63年台上字第1885號判例參照)。
2. 本件陳○○於原審就備位之訴，並未請求○○公司給付法定遲延利息，為陳○○所是認(本院卷118頁反面)，原審就陳○○備位之訴所命給付部分，併命○○公司給付自93年7月29日起至清償日止，按年息5%計算之利息，係屬就當事人未聲明之事項為判決，違反民事訴訟法第388條規定，○○公司請求予以廢棄，自屬有據。嗣陳○○就原審判決駁回依消費者保護法第51條規定請求部分，上訴本院後，於99年12月3日提出之上訴理由狀，就該部分追加請求○○公司應自起訴狀繕本送達之翌日起至清償日止，按年息5%計算之法定遲延利息(本院卷45頁)。再於100年2月21日提出之追加起訴狀，始就原審判命給付之447萬3,600元部分，追加請求○○公司應給付自起訴狀繕本送達之翌日起至清償日止，按年息5%計算之法定遲延利息(本院卷138頁)。查陳○○關於依消費者保護法第51條規定請求○○公司給付損害額一倍之懲罰性賠償金部分，並無理

由，已如前述，其於該部分所為追加請求之法定遲延利息，自非有據。又關於陳○○就原審判命給付之447萬3,600元部分追加請求遲延利息部分，就前開應准許之257萬3,925元範圍內，固屬有據，惟陳○○於原審99年1月25日為訴之變更時(原審卷(二)110頁)，本得向○○公司請求，惟其未請求，迨至本院審理中之100年2月21日始具狀追加，按諸前開說明，就超過5年部分即95年2月20日(含該日)以前之遲延利息之請求，已罹消滅時效，○○公司就此部分為時效抗辯，拒絕給付，係屬有據。陳○○雖辯稱給付不能損害賠償主債務，於99年9月17日始由原審認可，其時效應自斯時開始計算云云，惟此與民法第128條之規定不符，並非足採。

六、綜上所述，陳○○依民法第216條第1項規定，請求○○公司給付257萬3,925元之範圍內，為有理由，應予准許。逾此所為請求，為無理由，應予駁回。上開應准許部分，兩造陳明願供擔保為準、免假執行之宣告，均無不合。至於陳○○敗訴部分，其假執行之聲請失所附麗，應併予駁回。原審就超過上開應准許部分，判命○○公司給付，並為假執行之宣告，自有未合。○○公司上訴意旨就此部分指摘原判決不當，求予廢棄改判，為有理由，爰由本院改判如主文第2項所示。至於上開應准許部分，原審判命○○公司給付，並依兩造之聲請，為附條件准、免假執行之宣告，核無違誤，○○公司上訴意旨，就此部分指摘原判決不當，求予廢棄，為無理由，應駁回其上訴。陳○○就原判決駁回其依消費者保護法第51條為請求部分，提起上訴，指摘原判決此部分不當，求予廢棄，為無理由，應駁回

其上訴。再陳○○於本院追加請求法定遲延利息部分，於上開應准許金額，自95年2月21日起至清償日止，按年息5%計算之範圍內，為有理由，應予准許，爰判決如主文第5項所示；其餘追加之訴，為無理由，應駁回其追加之訴。

七、本件事證已臻明確，兩造其餘攻擊防禦方法及未經援用之證據，經審酌後，認均與上開結論不生影響，爰不予一一論述，併此敘明。

八、據上論結，本件陳○○之上訴為無理由，追加之訴為一部有理由，一部無理由；○○公司之上訴為一部有理由，一部無理由。依民事訴訟法第450條、第449條第1項、第79條，判決如主文。

中 華 民 國 100 年 6 月 28 日
民事第十一庭審判長法官 呂太郎
法官 詹文馨
法官 劉坤典

正本係照原本作成。

如不服本判決，應於收受送達後20日內向本院提出上訴書狀，其未表明上訴理由者，應於提出上訴後20日內向本院補提理由書狀（均須按他造當事人之人數附繕本）上訴時應提出委任律師或具有律師資格之人之委任狀；委任有律師資格者，另應附具律師資格證書及釋明委任人與受任人有民事訴訟法第466條之1第1項但書或第2項（詳附註）所定關係之釋明文書影本。如委任律師提起上訴者，應一併繳納上訴審裁判費。

中 華 民 國 100 年 6 月 29 日
書記官 劉育妃

附註：

消費者保護法判決函釋彙編(十三)

民事訴訟法第466條之1（第1項、第2項）：

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

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

【摘要】

按依消保法所提之訴訟，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；但因過失所致之損害，得請求損害額1倍以下之懲罰性賠償金，消保法第51條定有明文。而所謂依消保法所提之訴訟，參照同法第2條第5款及第47條規定，凡因消費關係向法院所提之訴訟，均包括在內。本件兩造間之法律關係，係消費關係，有消保法之適用，業如前述，陳○○等5人提起本件訴訟，有前開第51條規定之適用，應無疑義。

臺灣高等法院民事判決

100年度消上更(一)字第1號

上訴人 陳○○

熊○○

附帶上訴人 黃○○

曾○○

曾○○

共 同

訴訟代理人 傅文民律師

上訴人 ○○建設股份有限公司

法定代理人 謝財盛

訴訟代理人 張麗玉律師

洪淑芬律師

上列當事人間請求損害賠償事件，兩造對於中華民國99年2月10日臺灣板橋地方法院97年度重消字第2號第一審判決各自提起上訴及附帶上訴，經最高法院發回更審，本院於100年8月2日言詞辯論終結，判決如下：

【主文】

原判決關於駁回曾○○、黃○○、曾○○、陳○○、熊○○第二項之訴，並命○○建設股份有限公司負擔訴訟費用之裁判，均廢棄。

○○建設股份有限公司應再給付曾○○新臺幣玖拾柒萬陸仟柒佰肆拾元；再給付黃○○、曾○○新臺幣捌拾柒萬零參佰伍拾伍元；再給付陳○○新臺幣捌拾伍萬零玖佰伍拾伍元；再給付熊○○新臺幣捌拾玖萬零參佰肆拾元，並均自民國九十七年七月二十六日起至清償日止，按週年利率百分之五計算之利息。

○○建設股份有限公司之上訴駁回。

第一、二審及發回前第三審訴訟費用由○○建設股份有限公司負擔。

本判決關於命○○建設股份有限公司再為給付部分，於曾○○以新臺幣參拾貳萬元，黃○○、曾○○以新臺幣貳拾玖萬元，陳○○以新臺幣貳拾捌萬元，熊○○以新臺幣貳拾玖萬元，為○○建設股份有限公司供擔保後，得假執行；但○○建設股份有限公司以新臺幣玖拾柒萬陸仟柒佰肆拾元為曾○○、以新臺幣捌拾柒萬零參佰伍拾伍元為黃○○、曾○○、以新臺幣捌拾伍萬零玖佰伍拾伍元為陳○○、以新臺幣捌拾玖萬零參佰肆拾元為熊○○預供擔保後，得免為假執行。

【事實及理由】

一、陳○○、熊○○、黃○○、曾○○、曾○○（下合稱陳○○等5人）主張：

- （一）○○建設股份有限公司（下稱○○公司）明知其所興建之「旺族名邸」A棟其中門牌號碼臺北縣三峽鎮（已改制為新北市三峽區，下仍以舊名稱之）中國街126-22、126-23、126-24、126-27號房屋（下稱系爭

房屋），均僅能作為「鄉村住宅、停車空間」之用，竟假借報紙「傳子千萬不如店面一間」為標題大肆廣告，並聲稱系爭房屋乃「二樓半金店面」、「店面坪數無公設、騎樓」可供經營便利商店、餐廳、玩具店云云，致伊等5人陷於錯誤而各向○○公司購買系爭房屋，以便開店營業。張○○（其提起本件訴訟後，將其就系爭126-22房地買賣契約對○○公司之損害賠償請求權讓與曾○○，曾○○並經兩造同意而承當訴訟）以新臺幣（下同）1,300萬元購買系爭126-22號、黃○○與曾○○以1,280萬元合買系爭126-23號、陳○○以1,168萬元購買系爭126-24號、熊○○以1,310萬元購買系爭126-27號房屋。嗣因台北縣政府（已改制為新北市政府，下仍稱台北縣政府）工務局於民國97年3月31日、6月1日函知系爭房屋1樓屬停車空間，依法不得作為店舖使用，伊等5人始得知系爭房屋之1樓實係屬停車空間，根本無法開店營業，市價僅分別為9,972,080元、9,029,010元、9,306,410元及9,815,400元而已。

- (二)依張○○與○○公司所簽訂房地產買賣契約書第2條約明，關於車位之標示係獨立於門牌號碼之房屋外；而黃○○、曾○○與○○公司簽訂買賣契約書中第1、2條更特別表明有關車位價款係獨立於房屋價款之外；陳○○與○○公司簽訂買賣契約書，除標明車位價款係獨立於房屋價款之外，復另行特別支付○○公司32萬元購買地下第1層標號第26號法定平面式停車位，足見陳○○等5人與○○公司簽訂買賣契約時，乃相信○○公司廣告所言系爭房屋係「二樓半金店面

」，而毫不知悉系爭房屋1樓其中部分有屬停車空間。系爭房屋既有無法供營業之用之欠缺，伊依民法第227條第1項、第226條第1項及消費者保護法第51條前段規定，得請求○○公司給付價差之損害及一倍之懲罰性賠償金等語。張○○於原審將其請求權讓與曾○○，並已通知○○公司，故張○○之系爭權利，自得由曾○○行使之。為此訴請判決命○○公司應給付陳○○、熊○○、曾○○各6百萬元、給付黃○○與曾○○6百萬元，及均加計自支付命令送達翌日（即97年7月26日）起至清償日止，按週年利率5%計算之利息。

二、原審判決命○○公司給付曾○○2,930,220元，黃○○、曾○○2,611,065元，陳○○2,552,865元，熊○○2,671,020元，及均自97年7月26日起至清償日止，按週年利率5%計算之利息，並駁回其餘之訴，就陳○○等5人勝訴部分並為准免假執行之宣告，而駁回其餘假執行之聲請（陳○○等5人對本院前審判決駁回其上訴及附帶上訴部分，並未提起第三審上訴，該部分請求及命其負擔訟費用部分業已確定）。陳○○、熊○○就判決對其不利部分提起上訴，黃○○、曾○○、曾○○提起附帶上訴，聲明求為判決：(1)原判決關於駁回陳○○5人後開第2項之訴部分廢棄。(2)○○公司應再給付曾○○976,740元、再給付黃○○與曾○○870,355元、再給付陳○○850,955元、再給付熊○○890,340元，及均自97年7月26日起至清償日止，按週年利率5%計算之利息。(3)願供擔保請准宣告假執行。對○○公司之上訴，則求為判決駁回上訴。

三、○○公司則以：

- (一)陳○○等5人所指於95年7月及11月刊登之自由時報廣告（下稱系爭廣告）僅為要約之引誘，兩造於簽訂買賣契約時已就廣告內容另為斟酌約定，並於買賣契約書中房屋平面圖之壹層平面圖明確約定1樓一部分係供作停車空間使用，兩造顯已排除廣告內容之適用。另伊交付陳○○等5人之使用執照亦載明第1層用途為鄉村住宅（停車空間），陳○○等5人確已知悉系爭房屋1樓有一部分是供作停車空間使用之事實。況陳○○於購屋後即向臺北縣政府申請「良偉機車行」之營利事業登記，另張○○於97年1月24日以贈與原因移轉系爭房屋所有權予訴外人陳婉瑜後，陳婉瑜亦向臺北縣政府申請「奇緣寵物用品社」之營利事業登記，均經核准成立，益認系爭房屋1樓申請建築時之用途雖一部分是設計做為停車空間，亦非不得供作營業店面使用。且依臺北縣政府工務局98年5月11日北工使字第0980351157號函即知，系爭房屋特性確實為1至3樓可兼括店面、辦公室及住宅使用，況兩造就系爭房屋係整棟1至3層之透天店面作為買賣之標的，並非分層買賣，從而陳○○等5人所購得房屋不僅1樓可供作店面營業之用，2層以上均可作為營業店面使用。
- (二)陳○○等5人購買系爭房屋後，陳○○以房屋及土地向渣打國際商業銀行貸款設定第一順位抵押權本金最高限額1,200萬元，另向新光銀行貸款設定第二順位抵押權本金最高限額72萬元、熊○○亦以所購房屋及土地向華南銀行貸款設定抵押權本金最高限額1,632萬元、張○○亦以所購房屋及土地向新光人壽保險股

份有限公司貸款設定抵押權本金最高限額1,080萬元，故伊出售予陳○○等5人之房屋係依一般市場行情計價，並無所謂因錯認系爭房屋可供店面使用以高於市場行情而購買之情形。

(三)另系爭廣告係伊於95年7月及11月間，委由欣鼎廣告有限公司（下稱欣鼎廣告公司）製作及刊登，陳○○於系爭廣告刊登前之95年3月22日即與伊簽訂房屋買賣契約，故陳○○簽約時並無該系爭廣告內容存在。另張○○則係於96年8月7日方向伊購買系爭房屋，兩造訂約之時系爭廣告早已無刊登，系爭廣告標語「傳子千萬不如店面一間」、「三峽市中心、二樓半金店面、免管理費、賺得每一分錢都實在」等內容顯非伊與陳○○、張○○間房屋買賣契約內容之一部分，則陳○○、曾○○主張系爭房屋有無法供開店營業用之欠缺致其受有損害，應無可採。又伊對外銷售系爭房屋時，除95年7月至95年9月間曾於自由時報刊登系爭廣告外，於95年3月25日蘋果日報、95年3月31日聯合報、95年4月28日蘋果日報、95年5月19日蘋果日報有刊登關於旺族名邸房屋之銷售廣告，當時另有印製廣告傳單對外發送，觀之上開報紙銷售廣告及銷售傳單內容均與自由時報廣告內容不同，且均無陳○○等5人指稱售屋廣告標榜系爭房屋為店面之情事。陳○○95年3月22日與伊簽訂房屋買賣契約時，伊尚未刊登自由時報之廣告內容，陳○○主張信賴自由時報廣告內容進而與伊締約，該自由時報內容為契約之一部分，顯與事實不符。

(四)關於臺北市不動產估價公會就系爭房屋之評估報告，

該評估報告之鑑價前提係以系爭房屋2、3樓均以住家價格為評估，並未就2、3樓作為店面使用之價格為評估，是以該評估報告與現狀之事實不合，難逕自認定為本件價格損失之依據。而不動產估價師公會函覆不動產估價補充說明書，竟以市場調查方式，訪查區域內之仲介公司而作成結論，其補充鑑定估價方式顯已違反不動產之估價作業程序，且上開仲介公司受訪人員真實姓名為何、有無作成書面紀錄等均無就補充說明書中詳加說明，該補充說明書之估價方式實為草率，不足為採。且黃○○、曾○○、陳○○、熊○○買受部分，○○公司僅係房屋之出賣人，土地出賣人係訴外人即地主許月瑛、陳意峰，並非○○公司，陳○○等人主張系爭房地均係向○○公司購買，並非實情等語，資為抗辯。

(五)○○公司就原審判決對其不利部分提起上訴，其上訴聲明求為判決：(1)原判決不利部分廢棄；(2)上廢棄部分，陳○○等5人在第一審之訴及其假執行之聲請均駁回。對陳建陳○○等5人之上訴及附帶上訴，其答辯聲明求為判決駁回上訴，如受不利判決願供擔保請免假執行。

四、以下為不爭執事項，應可信為真實：

(一)張○○以1,300萬元向○○公司購買系爭126-22號房屋及其基地；黃○○、曾○○以1,280萬元購買系爭126-23號房屋及其基地；陳○○以1,168萬元向○○公司購買系爭126-24號房屋及其基地；熊○○以1,310萬元購買系爭126-27號房屋及其基地。

(二)○○公司於銷售系爭建案時，曾委由訴外人欣鼎廣告

公司製作廣告及承攬建案之銷售，其對外所發廣告標語，包括「傳子千萬不如店面一間」、「三峽市中心、二樓半金店面、免管理費、賺得每一分錢都實在」等內容。其中於自由時報95年7月29日刊載廣告宣稱「三峽市中心，二樓半金店面」，自由時報95年7月29日刊載之廣告及銷售現場放置之「A1~A7家具配置參考圖」均載有「店面、辦公、住家三合一：1F約25坪」之宣稱，因商品之內容及用途為虛偽不實及引人錯誤之表示，違反公平交易法第21條第1項規定，經行政院公平交易委員會公處字第098055號處分書，處分○○公司及欣鼎廣告公司於旺族名邸建案廣告，宣稱「三峽市中心，二樓半金店面」及「店面、辦公、住家三合一：1F約25坪」等，就商品之內容及用途為虛偽不實及引人錯誤之表示，違反公平交易法第21條第1項規定，自處分書送達之次日起，應立即停止前項違法行為，並處○○公司100萬元罰鍰，處欣鼎廣告公司30萬元罰鍰。

- (三)○○公司業務經理陳意峰及欣鼎廣告公司負責人呂建順因「明知○○公司所興建之旺族名邸A1至A8建物，均因1樓有超過20坪之空間經核准限定為停車空間使用，且因建案整體容積率利用狀況幾達上限，欲將前開停車空間變更申請轉作完全之商業店鋪使用已無可能，為達順利銷售A1等建物之目的，求能取得服務費用與售屋對價，共同基於意圖為自己不法所有之詐欺犯意聯絡，於94年間，待○○公司正式委託欣鼎廣告公司進行建案之廣告辦理及銷售活動，並簽立委託銷售合約書後，呂建順便轉請不知情之若愚企劃人員代

作廣告設計，並告以A1等建物之主要訴求為全棟均得作店面使用，1樓更為建物價值之重點所在，若愚企劃人員隨依呂建順之指示，為前開建物設計出系爭廣告，再交由呂建順、陳意峰確認定案後，印製為推銷傳單以便對外提供與有意購買之人；呂建順另在對不知情之欣鼎公司銷售人員進行講習時，告以其於介紹A1等建物時，如顧客對1樓之核准用途有所疑義，應為確實得作商業運用之肯定答覆，使欣鼎廣告公司之專案經理如傅明龍等銷售人員，均以為A1至A8建物1樓雖有劃設為停車使用之區域，然買受人將來仍有自由決定之空間，藉以蒙蔽顧客使其等無法清楚掌握前開建物1樓使用受限之狀況」事由，經臺板橋地方法院98年度易字第625號、臺灣高等法院98年度上易字第3104號刑事判決呂建順、陳意峰共同意圖為自己不法之所有，以詐術使人將本人之物交付，各處有期徒刑1年，均減為有期徒刑6月，如易科罰金，皆以1千元折算1日確定。

五、茲說明兩造間之爭點及本院之判斷如下：

(一)系爭房地之出賣人，是否均為○○公司？

(1) 陳○○等5人主張：張○○以總價1,300萬元、黃○○及曾○○以總價1,280萬元、陳○○以總價1,168萬元、熊○○以總價1,310萬元向○○公司購買系爭房地，張○○向○○公司買受部分包括房屋及土地，○○公司並不爭執，就其他人部分之土地簽約形式上，係由黃○○、曾○○、陳○○、熊○○與基地所有人許月瑛、陳意峰簽訂土地買賣契約書，然實際上出賣人均係○○公司

，在購屋交涉過程中，均係房地合併報價，未提及地主自行出售之事，且契約簽訂過程亦由○○公司自行處理，未見地主出面，足見系爭房地之出賣人均為○○公司無誤等語。○○公司主張：就黃○○、曾○○、陳○○、熊○○買受部分，○○公司僅係房屋之出賣人，土地出賣人係訴外人即地主許月瑛、陳意峰，陳○○等人主張系爭房地均係向○○公司購買，並非實情等語。

- (2) 經查：張○○購買系爭126-22號房屋及其基地，其出賣人係○○公司等情，有房地產買賣契約書在卷可參（見臺灣板橋地方法院97年度促字第37868號卷第9頁），復為兩造所未爭執，應可信為真實。再者，陳○○、黃○○、曾○○及熊○○等人買受部分，所簽訂之書面契約書，房屋及土地分作二份買賣契約書，即「旺族名邸房屋買賣契約書」及「旺族名邸土地買賣契約書」，房屋買賣契約書上所載之出賣人均為○○公司，土地買賣契約書上所載出賣人則分別為許月瑛及陳意峰，有兩造不爭之各該契約書在卷可稽。惟查：○○公司委託欣鼎廣告公司銷售之標的為系爭「旺族名邸建案」之房地，且約定欣鼎廣告公司所製作之廣告須經○○公司認可後始可執行，銷售底價由○○公司決定等語，而系爭建案之計價方式係以「建坪價計算方式」（即按房屋建坪乘以單價所得總價），未將房屋及基地分別計價，而銷售人員於銷售時，亦係以房地總價銷售，並以房地總價作為實際成交價格，收款證明之賣方簽

章欄則僅蓋用「旺族名邸」之圓戳章，且其等繳款之對象為○○公司，且由○○公司開立款單及統一發票等情，有委託銷售合約書、計價單及購屋臨時證明單附於刑事卷及支票、繳款單及統一發票在卷可稽（見臺灣板橋地方法院98年度易字第625號卷（一）第32頁、第128-129頁、第130-134頁、卷（二）第388-389頁，臺灣高等法院98年度上易字第3104號卷（二）第71-72頁、本院卷第73-79頁）。按系爭房地既係合併販售，其底價、計價方式均係由○○公司決定，並委託欣鼎廣告公司與買受人接洽，基地所有人並非委託人，且陳○○、黃○○、曾○○、熊○○等人亦均與欣鼎廣告公司之銷售人員接洽、繳款及收款對象均為○○公司，足見陳○○等主張其購買系爭房地之交易對象為○○公司，應係實情。故而系爭房地之出賣人應均係○○公司，至於前開將房屋及土地分別製作成二份買賣契約書面，應僅係為辦理所有權移轉登記之方便而為，尚難因前開土地買賣契約書之記載，即謂系爭房地之出賣人分屬不同主體，○○公司此部分之主張，並不足採。

（二）系爭建物1樓不得作為店面營業使用？

- （1）陳○○等5人主張：台北縣政府工務局於97年3月31日、6月12日函知系爭建物1樓屬停車空間，依法不得作為店舖使用，伊等5人始得知系爭房屋之1樓實係屬停車空間，根本無法開店營業等語。○○公司辯稱：陳○○於購屋後即向臺北縣政

府申請「良偉機車行」之營利事業登記，另張○○於97年1月24日以贈與原因移轉系爭房屋所有權予訴外人陳婉瑜後，陳婉瑜亦向臺北縣政府申請「奇緣寵物用品社」之營利事業登記，均予以核准成立，益認系爭房屋1樓申請建築時之用途雖一部分是設計做為停車空間，亦非不得供作營業店面使用等語。

- (2) 按系爭房屋1樓之用途均為鄉村住宅、停車空間，有臺北縣政府使用執照95峽使字第220號在卷可稽（見原審卷(一)第57至58頁）。訴外人陳婉瑜及陳○○雖曾分別以系爭126-22及126-24號建物1樓部分申請營利事業登記獲准（見原審卷(一)第71-72頁），惟系爭126-22、126-23、126-24號建物1樓部分，因將原核准停車空間作為店鋪違規使用，經臺北縣政府工務局以97年6月13日北工使字第0970420891號函限期依原核准圖說恢復原狀或補辦手續，曾○○乃於97年6月20日函詢得否以「台北縣建築物附設車空間繳納代金及管理使用辦法」註銷停車空間，以使該址得合法作為店鋪使用，台北縣政府函覆：「原核准自設停車空間所占部分並未入容積樓地板面積檢討，倘經變更作為店鋪使用，依建築法技術規則設計施工編「容積管制」專章規定，該所占部分面積應予重新計入容積樓地板檢討，核已大於本案法定容積率百分之240（原案設計容積率百分之239），與法不符」等語，後系爭126-22及126-23號建物，並因此遭臺北縣政府工務局裁處罰鍰

等情，有臺北縣政府工務局97年8月5日北工使字第0970579091號函及97年8月7日北工使字第0970581505號、第0970581513號函在卷可稽（見原審卷（一）第83-92頁）。而設計系爭房屋之建築師崔懋森於臺灣板橋地方法院98年度易字第625號詐欺刑事案件亦證稱：1樓扣掉停車空間大概剩3坪左右，3坪包含廁所、樓梯間，本案容積剩0.05%大約4.6平方公尺，就是不到一個車位的空間，所以本案如果要把停車位變更改用途沒有機會等語（見臺灣板橋地方法院98年度易字第625號卷（二）第102-107頁反面），足見系爭建物之1樓，因停車空間無法變更為店舖使用，且因停車空間甚大，經扣除後，顯難作為店面使用。○○公司辯稱系爭房屋1樓雖一部分是設計做為停車空間，亦非不得供作營業店面使用云云，要不足採。

（三）○○公司是否有交付可供店面營業使用之1樓部分給陳○○等5人之義務？陳○○等5人是否明知○○公司所交付之建物1樓內部有二個停車空間？

（1）陳○○等5人主張：○○公司在自由時報刊登廣告，其等因信廣告內容而向○○公司購買系爭房地，則系爭廣告內容應為契約之一部分，即陳○○等5人既向○○公司購買之建物1樓係屬店面，○○公司自有有交付可供店面營業使用之1樓之義務，其等並不知○○公司實際所交之1樓內部有二個停車空間等語。○○公司則辯稱：系爭廣告僅為要約之引誘，兩造於簽訂買賣契約時已就廣告內容另為斟酌約定，並於買賣契約書中房

屋平面圖之壹層平面圖明確約定1樓一部分係供作停車空間使用，兩造顯已排除廣告內容之適用。又陳○○簽約時並無該自由時報售屋廣告內容存在。另曾○○之前手張○○則係於96年8月7日方向伊購買系爭房屋，兩造訂約之時伊早已無刊登自由時報售屋廣告。伊在95年3月25日於蘋果日報、95年3月31日於聯合報、95年4月28日及同年5月19日於蘋果日報所刊登之房屋銷售廣告及印製之廣告單，均與系爭廣告內容不同，並無標榜系爭房屋為店面之事，系爭廣告內容並非陳○○、張○○部分房屋買賣契約內容之一部分。另伊交付給陳○○等5人之使用執照已載明第1層用途為鄉村住宅（停車空間），且買賣契約書所附房屋平面圖業已載明1樓有二個停車空間，而證人即現場銷售人員袁小玲於刑案中證稱有知告陳○○、曾○○1樓設有停車空間，陳○○等5人確已知悉系爭房屋1樓有一部分是供作停車空間使用之事實等語。

- (2) 按有關消費者之保護，依本法之規定，本法未規定者，適用其他法律，又消費者，指以消費為目的而為交易、使用商品或接受服務者，企業經營者，指以設計、生產、製造、輸入、經銷商品或提供服務為營業者，消費爭議，指消費者與企業經營者間因商品或服務所生之爭議，消費者保護法（下稱消保法）第1項第2項、第2條第1、2、4款定有明文。查○○公司係以設計、製造房屋之商品為營業之企業經營者，陳○○等5人係以消

費為目的購買○○公司所興建之系爭房屋，兩造間就系爭房屋1樓是否得為店面營業使用發生爭議，揆諸首揭消保法之規定，系爭房屋之買賣爭議有消保法之適用，應甚明確。

- (3) 次按83年1月11日公布施行之消保法第22條明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，是企業經營者與消費者間所訂定之契約，雖未就廣告內容而為約定，惟消費者如信賴該廣告內容，並依企業經營者提供之訊息進而與之簽訂契約時，企業經營者所負之契約責任自應及於該廣告內容。
- (4) 經查：刊載於自由時報95年7月29日之系爭廣告內容以「傳子千萬不如店面一間，三峽市中心，二樓半金店面……店面坪數無公設、騎樓、地下室真正0虛坪，免管理費，賺的每一分錢都實在，……店面、辦公、住家三合一，1F約25坪，單價35萬，總價875萬，2F約25坪，單價15萬，總價375萬，3F約18坪，單價14.1萬，總價254萬，RF約4.23坪，單價8萬，總價34萬，參考營業項目：便利商店、餐廳、服飾店、藥妝店、通訊行、水電工程、高爾夫球店、戶外休閒用品、麵包店、診所、複合式餐飲、補習班、SPA養生館、公司、鞋店、玩具店、美容院、精品店、文具店、花店」，有旺族名邸廣告1件在卷可稽（臺灣板橋方法院97年度促字第37868號卷第8頁），可知廣告內容載明系爭房屋可為店鋪、營業使用，且其計價方式係按樓層不同而有不同單價，1樓

之每坪單價最高，與一般認知1樓店面較其他樓層價高之情況相同。其既未於廣告中指明系爭建物1樓僅極小部分之使用用途屬住宅，其餘部分均屬停車空間不得作營業使用，並分別計價，反而以單一單價販售1樓部分，參照前開說明，○○公司所負之契約責任對於信賴廣告之買受人，應及於該廣告內容。

- (5) 本件熊○○、黃○○、曾○○主張其等係信賴系爭廣告內容始購買系爭建物，並提出系爭廣告為憑，參以其等分別於系爭廣告刊登期間之95年8月22日及9月10日購買系爭126-27及126-23號房地，自可信其主張屬實，○○公司既係以系爭建物1樓為可供店面使用之內容作為廣告訴求並以此與熊○○、黃○○、曾○○等成立買賣契約，則○○公司對其等應有交付可供店面使用之1樓建物之義務，並無疑義。○○公司雖抗辯系爭廣告僅屬要約誘引，且其與熊○○、黃○○、曾○○間就系爭房之買賣有另為與廣告內容不同之洽商與約定云云，惟未舉證以實其說，尚無可取。

- (6) 至於陳○○及曾○○之前手張○○部分，雖陳○○簽訂買賣契約之時間為95年3月22日，張○○則係96年8月7日購買系爭房地，均非前開系爭廣告刊登期間，固無從逕適用系爭廣告內容作為契約內容。惟查：○○公司所興建販售之「旺族名邸」建案，係包含系爭建物之透天房屋部分及後面之大樓部分，○○公司於95年3月25日、

3月31日、4月28日及5月19日所刊登之房屋銷售廣告及廣告單，固未以金店面為廣告內容，惟觀該等廣告內容，「寧靜、開闊、景觀、便利、71坪豪宅」、「賀35坪銷售一空，裝潢實品屋特價出清！自備30萬，月付7300元起輕鬆擁有」、「30~70坪精雕落成全新完工，自備30萬起，大3房2廳+車位+裝潢，月付7300元起開始過幸福人生」、「39坪熱銷最後2席，實品屋特價出清！」、「3~5房全新完工」等語，有該等房屋銷售廣告及廣告單在卷可稽（另放置於證物袋內），核其廣告內容係屬大樓部分之銷售用語，尚與透天房屋部分無涉，○○公司據此辯稱在系爭廣告刊登前，銷售系爭房地並非以「店面」作為銷售訴求云云，尚不足採。而○○公司於因違反公平交易法事件向行政院公平交易委員會所提答辯狀內容，載明系爭房地之行銷係伊於94年9月即委託欣鼎廣告公司為之，其行銷理念係由伊向欣鼎廣告公司稱系爭建案獨棟透天三層房屋（含2、3樓以上）可供作商業使用，再由欣鼎廣告公司就廣告文案之細部內容及圖面為規劃設計，完成之廣告文案均由伊公司經理陳意峰同意後，才由欣鼎廣告公司製作廣告等語，有該會公處字第098055號處分書在卷可參（見原審卷(一)第186頁），訴外人即欣鼎廣告公司負責人呂建順於刑案偵訊中陳稱：「（問：你們在95年間出售三峽鎮旺族名邸．．透天房屋給告訴人時，有否告訴告訴人說一樓是當店面使用？）當初○○建設

委託我們銷售時就說一樓店面，且委託我們已經完工，我們有去現場看，一也是店面」等語，訴外人即○○公司業務經理陳意峰於刑案偵查中亦陳稱：「（問：1、2樓部分之價格，是否以店面價格委託代銷？）我們是參考鄰近的透天厝的價格，但是標的是當店面沒有錯」等語（見同上卷第195頁），足認○○公司確係以系爭建物1樓可供店面使用而計價，並為其銷售訴求重點，而從刑案之告訴人張虹樺於97年2月間所拍攝之照片，○○公司仍強調「透天金店面72坪」等語（見臺灣板橋地方法檢察署97年度他字第3925號卷第50頁、第175頁），足見其行銷手法自始至終均係以1樓為店面作其訴求，並非自刊登系爭廣告後始以此為訴求且僅以廣告期間為限，是尚難僅因陳○○購買系爭126-24號及曾○○之前手張○○購買系爭126-22號部分非在系爭廣告刊登期間，即謂兩造間之買賣契約內容並不包括1樓為店面部分。又陳○○於95年3月17日所簽之房屋買賣契約書載明，其併買受地下編號第26號之平面車位，有該契約書在卷足憑，苟○○公司確未將系爭126-24號之1樓部分以店面為內容銷售而曾向陳○○告知1樓有二個法定停車位，陳○○豈有另再買受停車位之可能？而張○○於96年8月7日所簽訂之房地買賣契約書亦明載，其買受之建物一層部分之建物面積為78.06平方公尺，車位部分空白，其契約書內所標示之買賣標的並未就1樓部分有二個停車空間為標示，且其買受

總價為1,300萬元，與黃○○、曾○○買受總價1,280萬元陳○○買受總價1,168萬元熊○○買受總價1,310萬元相比，並未有明顯便宜之處，堪信○○公司就此部分，亦如前述之銷售手法，以1樓可供店面使用為其契約內容，否則張○○豈會以全店面之市價價格買受1樓無法店面使用之建物之理？是○○公司就此部分，依約有交付可供店面使用之1樓建物之義務，應甚明確。

- (7) ○○公司另辯稱：伊交付給陳○○等5人之使用執照已載明第1層用途為鄉村住宅（停車空間），且買賣契約書所附房屋平面圖業已載明1樓有二個停車空間，而證人即現場銷售人員袁小玲於刑案中證稱有知告陳○○、曾○○1樓設有停車空間，陳○○等5人確已知悉系爭房屋1樓有一部分是供作停車空間使用之事實等語。惟查：系爭建案之使用執照，其範圍係以全區為範圍，且其內容記載一層面積1608,2平方公尺，用途為鄉村住宅（停車空間），其附表亦為如示之標示（參見臺灣板橋方法院97年度促字第37868號卷第6-7頁），已難依其記載辨認所買受之系爭建物1樓有多少面積之停車空間。再者，陳○○等5人均否認於簽約時有詳閱平面圖得知其等買受之1樓部分是停車空間，並非店面，而系爭建物之買賣契約書所附之房屋平面圖，並未提供給客戶審閱，且未放置於銷售現場，係於簽約時始由銷售人員黏貼於契約書後作為附件等情，業據證人即欣鼎廣告公司銷售專案經理傅明龍及銷售人員袁小

玲於刑案證述明確（見同上卷第264頁、卷(二)第430頁），再參以證人即系爭建案現場銷售人員王品蓁於刑案中證稱：「我說我們建案是整棟都可以當透天店面使用」、「（問：你有無跟客戶說一樓可以當店面使用？）應該是沒有，我只有說整棟是透天店面」等語、證人傅明龍證稱：「（問：你是否跟告訴人說一樓只能當停車使用？）我沒有刻意這樣說」、「（問：你說這戶可以當店面使用？）是。我的理解就是一二三樓這戶都可以當店面使用」等語（見同上卷(一)第258頁、第265頁），足見○○公司於簽約前之銷售階段並未明確告知前來看屋之客戶，其所出售之標的1樓有設置二個停車空間且不得變更使用用途，於兩造以店面為標的內容談妥買賣條件後，始於簽約時貼附劃有停車空間之平面圖，兩造並未因此另行磋商買賣條件，自難據此認定買賣內容因貼上平面圖而變更，且為陳○○等5人所明知。證人即接待陳○○、曾○○及黃○○之銷售人員袁小玲於刑案中雖證稱：「不管是透天厝或是一般的住家，我都會拿平面圖、示意圖他們看，我有告知他們一樓有二個車位」、「曾（○○）的女兒看到一樓畫二個車位有問是否可以作為店面使用，我說我不知道，我說可以提供資料讓他諮詢別人」、「（問：簽約時，你有無特別提到建物的平面圖嗎？）有。例如買家買哪一間，我就會貼該屋的平面圖，還有車位買哪一個，我會特別強調平面圖，」、「陳○○來時使用

執照還沒有拿到」、「陳○○部分，因為他的房子被徵收了，．．希望可以買一戶可以住、做生意，我有告知一樓有二個車位」等語（見上卷（二）第429-432頁）。然其所證銷售方法與前開證人王品蓁、傅明龍明顯不同，是否屬實，已非無疑；且其同日亦證稱伊聽欣鼎廣告公司人員告知而知道系爭建物1樓不能當店面使用，但因客戶沒有問到這個問題，所以並未告知1樓不能當店面使用等語（見同上卷第431頁背面及第432頁），足見袁小玲與陳○○、曾○○及黃○○接洽時，確未告知其等欲買受之系爭126-23及126-24號建物1樓因設置停車空間不得作店面使用。另參以停車空間與店面市價不同，一般按建坪計價之房地買賣，均會將建物及停車空間分別計價，苟袁小玲確有告知陳○○、曾○○及黃○○等人上情，其等並非至愚，豈有以店面市價買受停車空間之理？陳○○又豈會另買受車位之理？足見袁小玲前開所證其有知系爭126-23及126-24號建物1樓設有二個停車空間，應非實情，不足採信。至於卷附「A1-A7傢俱配置參考圖」，雖於1樓部分畫有二輛車停放之示意圖，然該圖並未標示一樓為停車空間，右下角復載明實際以現場完工為準等語，應僅係供客戶配置傢俱之參考，難據而推認陳○○等人可從該參考圖得知系爭建物之1樓部分為停車空間，尚難據為有利○○公司認定之依據。

(8) 綜上所述，系爭建物1樓不得作為店面營業使用

，○○公司有交付可供店面營業使用之1樓部分給陳○○等5人之義務，且陳○○等5人並無明知○○公司所交付之1樓內部有二個停車空間之事實，應可認定。

(四)系爭房屋1樓若不得為店面營業使用，陳○○等5人主張得請求損害賠償是否有理由？若請求賠償有理由，則其等得請求之金額為何？

(1) 按因可歸責於債務人之事由，致為不完全給付者，債權人得依關於給付遲延或給付不能之規定行使其權利，因不完全給付而生前項以外之損害者，債權人並得請求賠償，又因可歸責於債務人之事由，致給付不能者，債權人得請求賠償損害，民法第227條、第226條第1項定有明文。本件陳○○等5人與○○公司間之買賣契約，係以系爭建物1樓可供店面使用為標的，惟○○公司所提供之系爭建物1樓大部分係屬停車空間，且因受限法定容積率規定，並不能變更為店舖使用，業如前述，足見○○公司所為給付，確係不完全給付，而上情為○○公司所明知，即屬可歸責於○○公司之事由，故而，黃○○、曾○○、陳○○、熊○○及張○○依民法第227條第1項、第226條第1項規定，自得請求○○公司賠償損害，自有理由。而張○○業已將前開權利讓與曾○○並已通知○○公司，且經兩造同意承當訴訟等情，為兩造所不爭執，則曾○○主張其得行使張○○之系爭權利請求○○公司賠償損害，亦屬有據。

(2) 次按當事人已證明受有損害，而不能證明其數額或證明顯有重大困難者，法院應審酌一切情況，依所得心證定其數額，民事訴訟法第222條第2項定有明文。本件陳○○等5人業已證明因○○公司不完全給付而受損害，惟就損害額部分，欲舉證證明顯有重大困難，參照前開說明，本院自應審酌一切情況，依所得心證定其數額。經查：按損害賠償之目的在於填補所生之損害，其應回復者，並非原來狀態，而係應有狀態，影響不動產之實際成交價額繫於購買者之資力、意願等，買賣雙方磋商價格之條件不盡相同，有可能以高於或低於合理價格購入，是以，本件賠償損害應以系爭房屋1樓無法作為營業用途之合理價格，與系爭房屋1樓作為鄉村住宅、停車空間用途時之合理價格互相比較，以兩者之價差為損害之依據，不得以陳○○等5人實際購買系爭房屋之成交价格作為計算損害賠償之標準。陳○○等5人主張應以購買房屋之成交價額為計算依據等語，並不可採。

原審囑託臺北市估價師公會就系爭房屋1樓之使用用途為鄉村住宅、停車空間或全部店鋪之合理交易價格（其餘條件不變），及二者之間就整體價值（包含房地）之差額為鑑定，經該公會鑑定結果認為：系爭126-22號房屋，地面層用途為店鋪時總價為11,926,200元；地面層用途為鄉村住宅、停車空間時總價為9,972,720元；差額為1,953,480元。系爭126-23號房屋，地面層用途

為店鋪時總價為10,769,720元；地面層用途為鄉村住宅、停車空間時總價為9,029,010元；差額為1,740,710元。系爭126-24號房屋，地面層用途為店鋪時總價為11,008,320元；地面層用途為鄉村住宅、停車空間時總價為9,306,410元；差額為1,701,910元。系爭126-27號房屋，地面層用途為店鋪時總價為11,596,080元；地面層用途為鄉村住宅、停車空間時總價為9,815,400元；差額為1,780,680元等情，載明該鑑定係以比較法及收益法之直接資本化法為估價方法，參酌該區域位處市中心外圍，附近多為老舊透天建築為主，但屬三峽地區通往台三線之主要道路之一，道路兩側商業尚可等因素而成，有不動產估價報告書可稽。本院參酌系爭建案位於新北市○○區○○街，距三峽市中心及造鎮熱區北大特區○○○段距離，當地之商業活動情形等，認前開鑑定報告所評估之內容，尚屬適當。

另系爭房屋2層、3層可供營業用途與僅作住宅使用，兩者對不動產價格無明顯不同，有不動產估價補充說明書可稽（外放證物）。○○公司對此雖有質疑，惟本件鑑定標的，除了比較地面層使用用途不同者外，其餘2、3層之用途係以相同用途進行比較，前開鑑內容固係以2、3層供住宅使用而為鑑定，縱將2、3層可供店面使用之條件列入，因二比較標的之2、3層可供使用之用途相同，在條件不變之情形下，對於二標的之差額應不會有影響，○○公司主張系爭鑑定報告未就2、3

層為營業使用鑑定，其鑑定內容不可採云云，尚難採信。

再者，現今房地產之買賣大多採行「建坪價」計價方式為買賣，其建物之價值評估，係以包含基地比例在內為整體評價，在同一建物中，縱使建坪相同、所占基地比例相同，亦會因其面向（如面向海景、山景之不同）、樓層、格局、用途等之不同，影響該建物之整體價值，故其基地價值並非恆常不變，而是會受其上建物價值之影響。系爭建物之1樓部分，若屬店面與屬鄉村住宅、停車空間相比較，不僅房屋價格不同，甚至連土地價值亦會受影響，因市場上係採建坪價計價方式，房屋用途不同，會影響整體價值，含土地價值在內，業據鑑定人謝國鏞於本院陳述明確（見本院卷第88-89頁），亦採相同見解。○○公司主張系爭建物所占基地不變，而認鑑定人鑑定基地價值會因建物使用用途不同受影響，並不可取云云，容有誤會。

又○○公司既係系爭房地之出賣人，其對陳○○等5人因系爭房地不完全給付所受損害，應負全部賠償責任，自不待言。本院審酌前揭鑑定所評估之價差認定，並無不當，且○○公司所為前開指摘均不足採如前述，定其損害數額如下：即曾○○部分為1,953,480元；黃○○、曾○○部分為1,740,710元；陳○○部分為1,701,910元；熊○○部分為1,780,680元。

按依消保法所提之訴訟，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；但因過失所致之損害，得請求損害額1倍以下之懲罰性賠償金，消保法第51條定有明文。而所謂依消保法所提之訴訟，參照同法第2條第5款及第47條規定，凡因消費關係向法院所提之訴訟，均包括在內。本件兩造間之法律關係，係消費關係，有消保法之適用，業如前述，陳○○等5人提起本件訴訟，有前開第51條規定之適用，應無疑義。本件○○公司明知系爭旺族名邸建案之整體容積率利用狀況幾達上限，系爭建物之1樓部分，經核准使用用途停車空間部分，欲轉換成商業店鋪使用已無可能，為達順利銷售建物目的，竟仍以系爭建物1樓係可供店面使用為售屋訴求，並以整棟店面市價售出系爭房地，而未將上情明白向陳○○、黃○○、曾○○、熊○○及張○○告知，致其等5人受有損害，其損害係因○○公司故意所致，應甚明確，參照前開規定，陳○○等5人得請求懲罰性賠償金。至於其得請求之數額，本院參以系爭建物有部分遭政府機關拆除裝潢，且○○公司如此作為，增加同一建案之建築容積，取得更多之建物面積出售，牟取私利等情，認陳○○等5人請求其房地損害額之1倍之懲罰性賠償金，尚屬適當。

綜上，本件曾○○得請求賠償之數額為3,906,960元（0000000X2=0000000），黃○○、曾○○得請求賠償之數額為3,481,420元（0000000X2=0000000），陳○○得請求賠償之

數額為3,403,820元（ $0000000 \times 2 = 0000000$ ）
，熊○○得請求賠償之數額為3,561,360元（
 $0000000 \times 2 = 0000000$ ）。

六、綜上所述，陳○○等5人本於前述法律關係，請求○○公司給付曾○○3,906,960元、給付黃○○、曾○○3,481,420元、給付陳○○3,403,820元、給付熊○○3,561,360元，並均自支付命令送達翌日即97年7月26日起至清償日止，按週年利率5%計算之利息，於法有據。原審判決命○○公司給付曾○○2,930,220元、黃○○、曾○○2,611,065元、陳○○2,552,865元、熊○○2,671,020元，並均自97年7月26日起至清償日止，按週年利率5%計算之利息，是曾○○請求○○公司再給付976,740元；黃○○、曾○○請求○○公司再給付870,355元；陳○○請求○○公司再給付850,955元；熊○○請求○○公司再給付890,340元，及均自97年7月26日起至清償日止，按週年利率5%計算之利息，為有理由，應予准許。原審就前開○○公司應再給付部分，為陳○○等5人敗訴判決，尚有未洽，陳○○、熊○○上訴意旨及黃○○、曾○○、曾○○附帶上訴意旨，指摘原判決該部分不當，求予廢棄改判，為有理由，爰由本院將此部分廢棄改判如主文第2項所示。至於原審判決陳○○等5人勝訴部分，經核於法並無不合，○○公司上訴意旨，指摘原判決此部分不當，聲明廢棄，為無理由，應駁回其上訴。就○○公司應再給付部分，兩造分別陳明願供擔保，聲請宣告假執行或免為假執行，經核並無不合，爰酌定相當之擔保金額宣告之。

七、本件事證已臻明確，兩造其餘攻擊防禦方法及未經援用之

舉證，經審酌核與本件判決結果不生影響，不再逐一論述，附此敘明。

八、據上論結，本件陳○○、熊○○上訴及黃○○、曾○○、曾○○附帶上訴為有理由，○○公司之上訴為無理由。依民事訴訟法第450條、第449條第1項、第78條、第463條、第390條第2項、第392條，判決如主文。

中 華 民 國 100 年 8 月 16 日
民事第九庭審判長法 官 黃熙嫣
法 官 陳玉完
法 官 李國增

正本係照原本作成。

如不服本判決，應於收受送達後20日內向本院提出上訴書狀，其未表明上訴理由者，應於提出上訴後20日內向本院補提理由書狀（均須按他造當事人之人數附繕本）上訴時應提出委任律師或具有律師資格之人之委任狀；委任有律師資格者，另應附具律師資格證書及釋明委任人與受任人有民事訴訟法第466條之1第1項但書或第2項（詳附註）所定關係之釋明文書影本。如委任律師提起上訴者，應一併繳納上訴審裁判費。

中 華 民 國 100 年 8 月 17 日
書記官 李佳樺

附註：

民事訴訟法第466條之1（第1項、第2項）：

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

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

【摘要】

按「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」，消費者保護法第51條定有明文。上述規定，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；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（最高法院97年度台上字第214號判決意旨參照）。

臺灣高等法院民事判決

100年度上字第7號

上訴人 即 ○○保全股份有限公司

附帶被上訴人

法定代理人 湯永郎

訴訟代理人 顧定軒律師

上訴人 蔡定閔

被上訴人即 ○○大廈管理委員會

附帶上訴人

法定代理人 劉伶君

訴訟代理人 丁俊文律師

上列當事人間請求損害賠償事件，兩造對於中華民國99年10月22日臺灣臺北地方法院98年度訴字第1097號第一審判決各自提起上訴、附帶上訴，本院於100年7月5日言詞辯論終結，判決如下：

【主文】

上訴及附帶上訴均駁回。

第二審訴訟費用由上訴人、附帶上訴人各自負擔。

【事實及理由】

一、程序部分：

(一)民事訴訟法採當事人主義，由當事人決定是否出庭辯論。上訴人蔡定閱現於法務部矯正署台北監獄執行中，其於本院民國（下同）100年6月13日準備程序，表明不出席言詞辯論（見本院卷第147頁筆錄背面）；故100年7月5日言詞辯論期日，本院並未提解蔡定閱出庭。茲蔡定閱未於言詞辯論期日到場，核無民事訴訟法第386條各款所列情形，爰依被上訴人○○大廈管理委員會（下稱○○管委會）之聲請，由其一造辯論而為判決。

(二)按民法第275條規定連帶債務人中之一人受確定判決，而其判決非基於該債務人之個人關係者，為他債務人之利益亦生效力，故債權人以各連帶債務人為共同被告提起給付之訴，被告一人提出非基於其個人關係之抗辯有理由者，對於被告各人即屬必須合一確定，自應適用民事訴訟法第56條第1項之規定（最高法院33年上字第4810號判例意旨參照）。查○○管委會於原審以上訴人○○保全股份有限公司（下稱○○公司）、蔡定閱為本訴被告，訴請連帶賠償新台幣（下同）519萬5450元本息（另訴請○○公司賠償250萬元本息部分，與連帶債務無關）；原審判命○○保全與蔡定閱應連帶給付○○管委會498萬5377元，及自98年1月17日起至清償日止按年息5%計算之利息，駁回○○

管委會其餘請求。○○公司就敗訴部分提起上訴，其中120萬3880元與蔡定閱利益相同（詳後述第六至八段理由），依上開判例，○○公司120萬3880元上訴效力及於蔡定閱，先予說明。

(三)○○管委會法定代理人於100年5月11日變更為劉伶君，並於100年6月27日承受訴訟（本院卷第164、181、182頁），亦應准許。

二、被上訴人即附帶上訴人○○管委會主張：○○管委會係台北市大安區○○○路○段261至263號○○大廈社區（下稱○○大廈）之管理委員會。93年2月3日，○○管委會與○○公司簽訂「駐衛保全服務契約書」（下稱系爭契約），由○○公司負責○○大廈之駐衛安全管理工作；每月服務費用為13萬4000元。簽約前，○○保全並提出「天麟大廈駐衛安全維護規劃書」（下稱系爭規劃書），載明派駐總幹事至○○大廈，負責管理費等費用之收繳與保管。嗣○○公司僱用蔡定閱，並於93年11月間指派其至○○大廈擔任總幹事，負責收取管理費，並保管○○管委會之台北富邦銀行存摺。詎蔡定閱自93年12月起至97年11月，多次收取管理費卻中飽私囊，合計侵占532萬2413元。○○公司為蔡定閱雇主，就蔡定閱執行職務所生侵害應負連帶賠償責任，於抵銷○○公司反訴債權33萬7036元後，尚得請求498萬5377元（5,322,413-337,036=4,985,377）。○○公司並應依消費者保護法第51條賠償250萬元懲罰性賠償金。○○公司報酬33萬7036元既經抵銷，其反訴請求此部分款項，即非可採等語。爰依侵權行為法則、民法第227條及消費者保護法第7、51條，訴請上訴人應連帶給付498萬5377元本息，○○公司應給付250萬元本息等語（於原

審本訴聲明：(一)○○公司與蔡定閱應連帶給付○○管委會519萬5450元及自98年1月16日起至清償日止按年息5%計算之利息；(二)○○公司應給付○○管委會250萬元及自98年8月14日起至清償日止按年息5%計算之利息。○○公司則於原審反訴聲明：○○管委會應給付○○公司33萬7036元，及其中26萬8000元自98年1月16日起，另6萬9036元部分自反訴起訴狀送達翌日起，均至清償日止依年息5%計算之利息。原審判決：(一)○○公司與蔡定閱應連帶給付○○管委會498萬5377元，及自98年1月17日起至清償日止按年息5%計算之利息；(二)駁回○○管委會其餘本訴請求及○○公司全部反訴請求。○○公司就本反訴敗訴部分提起上訴，其中120萬3880元本息之上訴效力及於蔡定閱。○○管委會就本訴敗訴之250萬元本息提起附帶上訴)。並答辯及附帶上訴聲明：(一)上訴駁回。(二)原判決駁回附帶上訴人(○○管委會)後開第(三)項之訴部分廢棄。(三)附帶被上訴人(○○公司)應再給付附帶上訴人250萬元，及自98年8月14日起至清償日止按年息百分之五計算之利息。(四)願供擔保請准宣告假執行。

三、上訴人則以：

(一)上訴人即附帶被上訴人○○公司辯稱：○○管委會於93年11月30日將存摺交付蔡定閱，內有120萬3880元存款，於蔡定閱離職時結餘3741元，差額用於電費、電梯檢修等事務，未遭侵占，故○○管委會所主張遭侵占金額532萬2413元，尚應剔除120萬3880元，僅有411萬8533元(5,322,413-1,203,880=4,118,533)。再者，○○公司僅派駐蔡定閱擔任○○大廈保全主任，工作內容不含掌管金錢；然○○管委會自行聘請

蔡定閔擔任總幹事，蔡定閔亦未將此事回報公司，故○○公司無須就總幹事行為負責。系爭規劃書並非契約文件，○○管委會不得據此主張總幹事係○○公司指派。縱認○○公司指派蔡定閔為總幹事，○○管委會長達4年均未核對帳目，就損害之擴大與有過失，應酌減損害賠償金額。○○管委會亦不得依消費者保護法第51條請求懲罰性賠償金250萬元。此外，○○管委會尚積欠管理費33萬7036元，○○公司亦得反訴請求等語，資為抗辯。並上訴及答辯聲明：(1)原判決關於命○○公司給付部分，及該部分假執行之宣告；駁回○○公司後開第(3)項之訴及假執行聲請部分；均廢棄。(2)上開廢棄部分，○○管委會第一審之訴及假執行之聲請均駁回。(3)○○管委會應給付○○公司33萬7036元，暨其中26萬8000元自98年1月16日起，另6萬9036元部分自反訴起訴狀送達翌日起，均至清償日止依年息5%計算之利息。(4)關於第(3)項給付，願以現金或同額國泰銀行大同分行無記名可轉讓定期存單供擔保，請准宣告假執行。(5)○○管委會附帶上訴駁回。(6)如受不利判決，願以現金或同額國泰銀行大同分行無記名可轉讓定期存單供擔保，請准宣告免為假執行。

(二)視同上訴人蔡定閔則以：○○管委會於93年11月30日將存摺交付蔡定閔，內有120萬3880元存款，於蔡定閔離職時結餘3741元，差額用於電費、電梯檢修等開銷，故○○管委會主張遭侵占532萬2413元，尚應剔除120萬3880元，僅有411萬8533元（5,322,413-1,203,880=4,118,533）。並上訴聲明：(1)原判決命

蔡定閱給付120萬3880元本息部分，及該部分假執行之宣告；均廢棄。(2)上開廢棄部分，被上訴人第一審之訴及假執行之聲請均駁回。

四、兩造不爭執事實：

- (一)93年2月3日，○○管委會與○○公司簽訂「駐衛保全服務契約書」（即系爭契約），由○○公司負責○○大廈駐衛安全管理工作。依第3條第1、3款，契約期間自93年2月5日至93年8月4日；期滿前，未通知他方不續約，則自動延長1年，以後亦同。依第4條，○○公司每派遣一名保全，○○管委會應按月支付○○公司3萬2000元。簽約前，○○公司曾提供系爭規劃書予○○管委會。（見原審卷(一)6至13、14至43頁）
- (二)蔡定閱受雇於○○公司，由○○保全93年11月間指派至○○大廈服務。（但兩造爭執其擔任總幹事之雇主）
- (三)自93年2月起至97年10月止，○○公司每月向○○管委會收取服務費13萬4000元。
- (四)94年2月21日與3月10日，○○公司分別開立統一發票，發票金額均為13萬4000元，備註欄以手寫加註「保全員32,000x3人=96,000，總幹事38,000」等文字，94年2月21日發票並加蓋○○公司法定代理人湯永郎私章。（原審卷(一)第165、234頁）
- (五)97年12月7日，蔡定閱書立悔過書，坦承有挪用○○大廈管理費，並書立清償計劃；同年月27日，在明細表上簽名確認侵占金額為519萬5450元。○○管委會遂以98年1月15日麟字第98001號函，催告○○公司償還蔡定閱所侵占519萬5450元，○○公司於98年1月16

日收受（同卷第45至48頁）

(六)98年1月16日，○○公司以台北保安郵局第12號存證信函，催告○○管委會給付97年11、12月份之管理費共計26萬8000元（同卷71頁）

(七)系爭契約於98年1月20日終止，○○管委會尚欠付服務費33萬7036元。

(八)○○公司曾以93年12月23日強（法）字第930218號函通知○○管委會：「主旨：本公司派駐貴大廈保全主任呂建志，挪用社區8至11月款項，分三期在貴會給付安全管理服務費予以扣還。請查照。說明：…二、呂建志自8月10日起擔任本公司派駐貴大廈之保全主任職務，挪用貴會社區住戶安全管理服務費共新台幣28萬9702元，敬請貴會之每月應給付安全管理服務費分三期予以扣還至繳清為止。」（同卷第81頁）

(九)蔡定閔因侵占○○大廈款項（下稱侵占案件），經原法院98年度易字第1217號判決判處有期徒刑2年10月，蔡定閔上訴，經本院99年度上易字第1416號刑事判決改判有期徒刑2年9月確定（見原審卷(二)34至49、98至104頁）

五、本件爭點為：(一)蔡定閔侵占金額？(二)○○公司是否指派蔡定閔擔任○○大廈總幹事？(三)如○○公司為蔡定閔雇主，○○管委會是否與有過失？(四)○○管委會得否依消費者保護法請求○○公司賠償250萬元？○○公司得否反訴請求33萬7036元？茲就兩造論點分述如下。

六、關於蔡定閔侵占金額：

○○管委會主張蔡定閔侵占○○大廈款項共532萬2413元，蔡定閔且於侵占案件不爭執此一數額，該案已判決確定

，故侵占金額應為532萬2413元。蔡定閱任職期間，都是先向○○管委會請款再持存摺領款支用，並非收取管理費以墊付工程款等開支，事後再補請款單；蔡定閱所述存款墊付情形並非正確等語。○○公司與蔡定閱均辯稱，蔡定閱於93年11月30日保管○○管委會存摺，內有120萬3880元存款，離職時僅結餘3741元；差額係支付電費、電梯檢修費用等，未遭侵占，故○○管委會所主張532萬2413元，應再扣除120萬3880元，僅餘411萬8533元（ $5,322,413-1,203,880=4,118,533$ ）云云。經查：

（一）蔡定閱於侵占案件本院99年8月6日準備程序供稱：請律師幫我回答（見侵占案件二審卷第56頁背面筆錄即本院卷第195頁）。嗣受命法官訊問辯護人該次書狀所載附表六（指蔡定閱侵占412萬2274元，見本院卷第202頁）有無考慮93年11月30日摺餘額120萬3880元；蔡定閱辯護人遂表示：蔡定閱擔任總幹事時，有保管存摺所載120萬3880元，離職時，存摺餘額僅為3741元，蔡定閱若就此涉嫌侵占，此部分金額應為120萬0139元（ $1,203,880-3,741=1,200,139$ ）。故侵占總額為附表六所示412萬2274元加上120萬0139元，合計為532萬2413元（ $4,122,274+1,200,139=5,322,413$ ）。一審刑事判決用逐年餘額加總並不正確等語（見同頁筆錄）。蔡定閱於侵占案件與辯護人討論各項收支、存摺資料後，逐一分析蔡定閱所收取管理費1660萬7368元（見該日書狀表一）、其他收入111萬5352元（見該日書狀表二），合計為1772萬2720元（即該日書狀表三），扣除總支出1360萬0446元（見該日書狀表四），並考慮

○○管委會存款由120萬3880元減為3741元（見該日書狀表五，即本院卷第202頁），始於侵占案件二審承認侵占金額為532萬2413元，侵占案件二審確定判決亦認定蔡定閔侵占532萬2413元，有判決書可稽（見原審卷(二)第98至104頁），應認蔡定閔侵占○○管委會款項共532萬2413元。

(二)蔡定閔固於本院100年5月16日準備程序表示：在刑案二審所陳述侵占金額（532萬2413元），確有加上這筆120萬3880元存款，一方面我認為可能先算錯，一方面當時有官司在身，心情比較複雜云云（見本院卷第132頁背面至133頁正面筆錄）；惟上述侵占金額532萬2413元，既由蔡定閔與辯護人核對各項資料始提出，應屬正確，事後無端翻異說詞，即非可採。蔡定閔又謂○○管委會於93年11月30日交付存摺，內有120萬3880元存款，離職時僅結餘3741元；差額係支付電費、電梯保養費、工程款等費用，例如有一筆電梯維修費用40幾萬元，另一筆漏水修理費用2、30萬元，都是從120萬3880元存款中支付云云（見本院卷第132頁筆錄背面）。惟蔡定閔並未提出相關單據以實其說，自難採其片面之詞。至於蔡定閔前於97年12月27日在明細表簽認侵占金額為519萬5450元（見不爭執事項(五)），其核對過程不若侵占案件前述99年8月6日準備程序逐項計算，亦非可取。是以，○○公司與蔡定閔辯稱532萬2413元尚應扣除120萬3880元（93年11月30日存摺金額）云云，即非可採。

七、關於○○公司是否指派蔡定閔擔任○○大廈總幹事：○○管委會主張簽訂系爭契約前，○○公司為其設計系爭規劃

書，載明○○公司派駐總幹事於○○大廈，每月單價3萬8000元。再者，○○公司94年2月21日與3月10日發票均註記總幹事職務，足證蔡定閔係○○公司指派於○○大廈之總幹事；蔡定閔前手即訴外人呂建志曾挪用款項，○○公司亦同意自服務費用扣款賠償，可見○○公司指派蔡定閔為總幹事，並保管款項。嗣蔡定閔於總幹事任內侵占社區款項532萬2413元，○○公司應負僱用人連帶責任等語。○○公司辯稱該公司僅指派蔡定閔為○○大廈保全主任，不處理金錢事務，故蔡定閔支領保全主任薪水（月薪2萬7200元）。系爭規劃書並非契約文件，實係○○管委會自行聘請蔡定閔擔任總幹事，且蔡定閔並未回報公司，該公司不必就總幹事行為負連帶責任云云。經查：

- (一)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98條定有明文。是以解釋當事人所立書據之真意，以當時之事實及其他一切證據資料為其判斷之標準，不能拘泥字面或截取書據中一二語，任意推解致失真意（最高法院19年上字第28號判例意旨參照）；解釋當事人之契約，應於文義上及論理上詳為推求，不得拘泥字面，致失當時立約之真意（最高法院19年上字第58號判例意旨參照）。
- (二)查系爭契約簽訂前，○○公司即提供系爭規劃書予○○管委會（見不爭執事項(一)）。規劃書封面即表明「天麟大廈駐衛安全維護規劃書」，內有○○公司簡介、人員管理與訓練、規劃細則、服務費用明細表（見原審卷(一)第14至43頁）。規劃書共27頁，第13至15頁均為總幹事工作細則（見原審卷(一)第29至31頁），足徵○○公司以總幹事為重要服務項目。總幹

事服務項目為「15. 大樓各項費用收繳之執行」、「17. 管理費的催收統籌與執行」（見系爭規劃書第13頁即原審卷(一)第29頁），總幹事出納業務包括「管理費之收繳與保管」（見系爭規劃書第15頁即原審卷(一)第31頁）；費用明細表亦記載「第1項總幹事1員單價38,000元、第2項保全員3員單價32,000元，1至2項（數量4員）合計134,000元（營業稅6,700元，服務費用總計140,700元）」（見系爭規劃書第26頁即原審卷(一)第42頁）。堪認○○公司規劃時，表明提供總幹事1名、保全員3名為○○大廈服務，總幹事且負責管理費等款項之收繳與保管；○○管委會、○○公司因而簽訂系爭契約。況且，○○管委會每月支付服務費13萬4000元（見不爭執事項(三)），復與系爭規劃書所載服務費13萬4000元（未含稅）相符；尤應解為○○管委會與○○公司於93年2月3日簽訂系爭契約時，係參酌系爭規劃書內容，由○○公司指派總幹事服務，服務費用則為每月13萬4000元（稅捐由○○公司吸收）。本院99年度上易字第1416號侵占刑事判決亦認定蔡定閔係○○公司所派遣總幹事（見該判決第4頁即原審卷(二)第99頁背面），益證○○公司依約應提供總幹事服務。

- (三)再者，○○公司於94年2月21日與3月10日所開立統一發票，發票金額均為13萬4000元，備註欄則手寫加註「保全員32,000x3人=96,000，總幹事38,000」等文字，94年2月21日發票並加蓋○○公司法定代理人湯永郎私章（見不爭執事項(四)頁）。核與系爭規劃書費用明細表所記載總幹事、保全員人數相符，益徵

○○公司於契約期間，依照系爭規劃書指派總幹事為○○大廈服務。再其次，蔡定閱於93年11月至○○管委會服務後，○○公司曾以93年12月23日強（法）字第930218號函通知○○管委會，「主旨：本公司派駐貴大廈保全主任呂建志，挪用社區8至11月款項，分三期在貴會給付安全管理服務費予以扣還。請查照。說明：…二、呂建志自8月10日起擔任本公司派駐貴大廈之保全主任職務，挪用貴會社區住戶安全管理服務費共新台幣28萬9702元，敬請貴會之每月應給付安全管理服務費分三期予以扣還至繳清為止」（見不爭執事項(八)）；可知○○公司所指派之保全主任負責管理○○大廈款項，致呂建志藉機侵占。對照系爭規劃書將收繳費用列為總幹事工作，應認保全主任即係總幹事。則○○公司於93年11月指派蔡定閱接任保全主任，即接任總幹事一職，故○○公司為總幹事（蔡定閱）之雇主。

(四)至於系爭規劃書所載「清潔人員」、「公設地板打腊工程」項目，僅見於規劃書第27頁費用明細表（見原審卷(一)第43頁），且清潔人員費用1萬5000元、公設地板打腊工程費用1萬0500元，遠低於總幹事1名與保全員3名之服務費13萬4000元；上開項目雖未納入系爭契約，應係兩造締約過程磋商結果，尚不得執此否認兩造合意總幹事為○○公司服務內容。○○公司雖僅在94年2月21日與3月10日發票註記總幹事工作；惟○○公司製做上述發票時，於品名欄填載「安全管理服務費」即足矣；如未指派總幹事服務，當不致於在備註欄註記總幹事為其細項。○○公司始終無法說

明在備註欄註記總幹事服務之原因，其空言否認上開發票記載，即屬無據；至於其他月份發票備註欄有無記載細項，既不影響發票效力，尚不得據此否認94年2月21日與3月10日發票備註欄之正確性。此外，○○公司與其他社區所簽訂契約，是否包含總幹事服務，純係個別社區需求差異所致，亦不得據此推論系爭契約並不包括總幹事之約定。

(五)蔡定閱固於本院100年5月16日準備程序供稱：○○公司派我去○○大廈擔任安全管理主任，沒有包括總幹事工作；我是出於服務的心態，才從事業主交代我的工作。我幫業主做總幹事工作，並沒有向○○公司報備。我只支領保全主任月薪2萬7200元等語（見本院卷第131頁背面至132頁正面、133頁背面筆錄）。衡諸常情，蔡定閱係○○公司員工，其工作內容應由○○公司指揮、監督，並非○○管委會所決定；如非○○公司指定其為總幹事並管理金錢，蔡定閱對於數量繁雜之住戶管理費、公用開支，當無私下承擔之理，否則將影響其原有保全業務。再者，管委會甫經歷○○公司員工呂建志侵占數十萬元之損害，於蔡定閱上任之初，如非○○公司指派其擔任總幹事，亦不致私下委託代收代付等重要工作，並交付存摺。故蔡定閱說詞，顯與常情不符，自無可採。至於○○公司支付蔡定閱何種職務薪水，純係二人間內部關係，不影響○○公司與○○管委會間關係。

(六)再按「因故意或過失，不法侵害他人之權利者，負損害賠償責任」、「受僱人因執行職務，不法侵害他人之權利者，由僱用人與行為人連帶負損害賠償責任。

但選任受僱人及監督其職務之執行，已盡相當之注意或縱加以相當之注意而仍不免發生損害者，僱用人不負賠償責任」，民法第184條第1項前段、第188條第1項定有明文。所謂受僱人因執行職務不法侵害他人之權利，不僅指受僱人因執行其所受命令或委託之職務自體，或執行該職務所必要之行為，不法侵害他人權利而言，即受僱人職務上予以機會之行為，及與執行職務之時間或處所有密切關係之行為，在客觀上足認與其執行職務有關，而不法侵害他人之權利者，亦應包括在內，該等行為即令係受僱人為自己利益而為，亦無不同（最高法院42年台上字第1224號判例意旨參照）。○○公司既為蔡定閔雇主，並指派其擔任○○大廈總幹事，嗣蔡定閔於總幹事任內侵占532萬2413元，蔡定閔應依民法第184條第1項前段賠償，○○公司就此應負僱用人連帶賠償責任。○○公司雖辯稱其選任蔡定閔及監督其職務之執行已盡相當之注意云云，惟並未舉證以實其說，故非可採。

(七)又按「二人互負債務，而其給付種類相同，並均屆清償期者，各得以其債務，與他方之債務，互為抵銷」，民法第334條第1項前段定有明文。查○○管委會另積欠○○公司服務費33萬7036元（見不爭執事項(七)），嗣於原審98年7月7日期日以前述損害賠償債權抵銷（見原審卷(一)第168頁正面筆錄），故○○管委會損害賠償債權餘額為498萬5377元（5,322,413-337,036=4,985,377），其主張○○公司、蔡定閔應連帶賠償498萬5377元，洵屬可取。（關於蔡定閔是否係○○公司指派之總幹事，蔡定閔就此部分並無上

訴利益可言，並非○○公司上訴效力所及)

八、○○管委會是否與有過失方面：

○○管委會主張蔡定閔以偽造存摺影本等方式矇騙，故○○管委會就損害之擴大，並無過失等語。○○公司辯稱蔡定閔在○○大廈工作達4年，但是○○管委會均未核對帳目，致未能及早察覺蔡定閔侵占情節，其就損害之擴大，與有過失云云。經查：

(一)按「損害之發生或擴大，被害人與有過失者，法院得減輕賠償金額，或免除之」，民法第217條第1項定有明文。查被害人之行為須予損害之發生或擴大以助力，而與損害之發生與擴大有相當因果關係者，始有過失相抵之適用。本件被上訴人在內部作業監督上縱有疏忽，但究非予上訴人侵占票款以助力，且此疏忽，在通常狀態下，亦非當然發生職員侵占公款之結果。上訴人指摘原審不適用過失相抵之原則以減免其賠償責任為不當，非有理由。（最高法院71年度台上字第419號判決意旨參照）

(二)○○公司依約提供總幹事，負責○○大廈之管理費等款項收繳與保管，已如前述。故○○公司本應定期監督蔡定閔擔任總幹事職務之各項帳目，以免蔡定閔中飽私囊。嗣蔡定閔利用執行總幹事職務之便，侵占532萬2413元（抵銷後為498萬5377元），自屬○○公司選任、監督不週所致。至於○○管委會是否定期查核總幹事帳冊，與蔡定閔是否決意侵占，並無因果關係可言，難認○○管委會就上開損害之擴大有何過失。何況，蔡定閔係提供不實存摺影本予○○管委會查核（見原審卷(一)第199頁），尤難認○○管委會就

蔡定閱侵占行為與有過失。故○○公司所為與有過失抗辯，並非可採。由於○○公司與有過失抗辯並非可採，此部分上訴效力亦不及於蔡定閱，併予說明。

九、○○管委會得否依消費者保護法請求○○公司賠償250萬元、○○公司得否反訴請求33萬7036元方面：

○○管委會主張其為消費者，○○公司為企業經營者，就蔡定閱侵占行為應按消費者保護法第51條支付250萬元懲罰性賠償金云云。○○保全否認應負擔消費者保護法賠償責任，並反訴請求○○管委會給付服務費33萬7036元等語。經查：

(一)按「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」，消費者保護法第51條定有明文。上述規定，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；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（最高法院97年度台上字第214號判決意旨參照）。查○○管委會對於○○公司、蔡定閱，係依據侵權行為法則、民法第227條而請求連帶賠償532萬2413元（見本院卷第45頁筆錄正面），顯非依據消費者保護法而請求給付，依上開說明，○○管委會無從依照同法第51條請求懲罰性賠償金250萬。至於該法第7條係就企業經營者所為定義，並非請求權基礎，故○○

管委會據此請求懲罰性賠償，亦非可採。

(二)○○管委會固積欠○○公司服務費33萬7036元（見不爭執事項(七)），然經○○管委會以532萬2413元債權抵銷，致○○管委會債權僅餘498萬5377元（見前段理由(七)），故○○公司債權業已消滅。則○○公司反訴請求○○管委會給付33萬7036元，及其中26萬8000元自98年1月16日起，另6萬9036元部分自反訴起訴狀送達翌日起，均至清償日止依年息5%計算之利息；即屬無據，不應准許。

十、綜上所述，○○管委會主張其於93年2月3日，與○○公司簽訂系爭契約，○○公司負責安全管理，並指派總幹事在○○大廈服務。迨93年11月間，○○公司指派蔡定閱為總幹事，負責收取管理費，並保管○○管委會存摺，詎蔡定閱自93年12月起至97年11月期間，累計侵占經手款項532萬2413元，扣抵○○管委會服務費債權33萬7036元後，○○管委會請求○○公司與蔡定閱連帶賠償498萬5377元，洵屬有據。其主張○○公司應依消費者保護法第51條賠償250萬元，於法無據。○○公司與蔡定閱一致辯稱蔡定閱侵占金額應扣除120萬3880元存款（蔡定閱視同上訴金額僅為120萬3880元），但未舉證證明上述款項用於○○大廈之電費、維修費等開銷，故非可採，○○公司另稱並未指派蔡定閱為總幹事，且○○管委會就損害之擴大為與有過失，均非可信。○○公司反訴請求○○管委會給付33萬7036元，業經○○管委會全數抵銷，故其反訴請求為無理由。從而：

(一)○○管委會依據侵權行為法則，請求○○公司與蔡定閱應連帶給付○○管委會498萬5377元，及自98年1月

17日起至清償日止按年息5%計算之利息。為有理由，應予准許；逾此範圍之請求，為無理由，應予駁回。是則原審准○○管委會此部分請求，並依○○管委會與○○公司聲請為准免假執行之宣告，核無違誤；○○公司與蔡定閔上訴意旨就此部分指摘原判決不當，求予廢棄改判，為無理由，應駁回其上訴（蔡定閔視同上訴金額僅為120萬3880元）。至於○○管委會請求○○公司給付250萬元及自98年8月14日起至清償日止按年息5%計算之利息；原審為○○管委會敗訴之判決，並駁回其假執行之聲請，核無不合，○○管委會附帶上訴意旨就此部分求予廢棄改判，為無理由，應予駁回。

(二)○○公司依據系爭契約，反訴請求○○管委會給付33萬7036元，及其中26萬8000元自98年1月16日起，另6萬9036元部分自反訴起訴狀送達翌日起，均至清償日止依年息5%計算之利息；為無理由，應予駁回。其假執行失所附麗，應併予駁回。是則原審依此駁回○○公司反訴及假執行之聲請，經核並無違誤，○○公司上訴意旨指摘原判決此部分不當，求予廢棄改判，為無理由，應併予駁回。

(三)至於○○管委會依民法第227條為498萬5377元本息請求，與上述侵權行為法則雖為不同訴訟標的，但僅有單一之聲明，應為重疊的訴之合併關係，法院應就原告（○○管委會）所主張之數項請求，依其主張順序逐一審判，如認其中一請求為有理由，法院應依原告單一之聲明，為其勝訴之判決，且就其餘請求不必於判決主文項下，記載駁回請該部分之訴字樣，故本院

消費者保護法判決函釋彙編(十三)

為法人、中央或地方機關時，其所屬專任人員具有律師資格並經法院認為適當者，亦得為第三審訴訟代理人。

貳、行政函釋編

消費者保護法

第一章 總則

第二條 本法所用名詞定義如下：

- 一、消費者：指以消費為目的而為交易、使用商品或接受服務者。
- 二、企業經營者：指以設計、生產、製造、輸入、經銷商品或提供服務為營業者。
- 三、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。
- 四、消費爭議：指消費者與企業經營者間因商品或服務所生之爭議。
- 五、消費訴訟：指因消費關係而向法院提起之訴訟。
- 六、消費者保護團體：指以保護消費者為目的而依法設立登記之法人。
- 七、定型化契約條款：指企業經營者為與不特定多數消費者訂立同類契約之用，所提出預先擬定之契約條款。定型化契約條款不限於書面，其以放映字幕、張貼、牌示、網際網路、或其他方法表示者，亦屬之。
- 八、個別磋商條款：指契約當事人個別磋商而合意之契約條款。
- 九、定型化契約：指以企業經營者提出之定型化契約條款作為契約內容之全部或一部而訂定之契約。
- 十、郵購買賣：指企業經營者以廣播、電視、電話、傳真、型錄、報紙、雜誌、網際網路、傳單或其他類似之方法，使消費者未能檢視商品而與企業經營者所為之買賣。

消費者保護法判決函釋彙編(十三)

十一、訪問買賣：指企業經營者未經邀約而在消費者之住居所或其他場所從事銷售，所為之買賣。

十二、分期付款：指買賣契約約定消費者支付頭期款，餘款分期支付，而企業經營者於收受頭期款時，交付標的物與消費者之交易型態。

【釋示要旨】

- 1 財團法人（非營利機構）如有發行禮券者，所應遵循之規範與一般企業經營者並無不同。

行政院消費者保護委員會 函

中華民國100年3月3日

消保法字第1000001711號

【主旨】

台端洽詢洗車業者發行禮券資格疑義一案，復如說明，請 查照參考。

【說明】

- 一、復 台端100年3月1日電子郵件。
- 二、經濟部業於95年10月19日公告「零售業等商品（服務）禮券定型化契約應記載及不得記載事項」，該規範並自96年4月1日生效，故 台端倘發行洗車業禮券，即應符合前揭規範。
- 三、消費者保護法第2條第2款規定：「企業經營者：指以設計、生產、製造、輸入、經銷商品或提供服務為營業者」。同法施行細則第2條：「本法第2條第2款所稱營業，不以營利為目的者為限」。準此，財團法人（非營利機構）如有發行禮券者，所應遵循之規範與一般企業經營者並無不同。

四、隨文檢送「零售業等商品(服務)禮券定型化契約應記載及不得記載事項」供參。

2 獨資企業其交易內容涉及最終產品、半成品、原料或零組件及其他非以上開商品為標的之勞務供給，解釋上應屬「企業經營者」。

行政院消費者保護委員會 函

中華民國100年5月3日

消保法字第1000003516號

【主旨】

台端函詢獨資企業經營汽車保養、維修項目，是否屬消費者保護法第2條第2款之企業經營者一案，復如說明二，請查照。

【說明】

- 一、復 台端100年4月22日來函。
- 二、按「企業經營者，指以設計、生產、製造、輸入、經銷商品或提供服務為營業者。」為消費者保護法第2條第2款所明定。另「企業經營者，指以設計、生產、製造、輸入、經銷商品或提供服務為營業者。解釋上得為公司、合夥或其他型態之團體組織，亦得為獨資企業或個人。」（本會85年10月21日台85消保法字第01241號函參照）準此，依據前揭法條及其相關函釋說明，台端所詢經營汽車保養、維修之獨資企業，其交易內容可能涉及汽車相關之最終產品、半成品、原料或零組件及其他非以上開商品為標的之勞務供給，解釋上應屬「企業經營者」。

消費者保護法判決函釋彙編(十三)

- 3 B類百貨公司……另就消保法所涉相關問題，因百貨公司亦為連帶責任之企業經營者，其亦應依法負責。

經濟部 函

中華民國100年5月27日

經商字第10000580790號

【主旨】

有關 貴會函轉臺灣高等法院函詢B類百貨公司應依消保法負連帶責任一案，復如說明，請 查照。

【說明】

- 一、復 貴會100年5月17日消保督字第1000004180號函。
- 二、有關本部93年6月8日經商字第09302093700號函，關於商品標示法第13條中所稱「販賣業者」之範圍為何一節，經查係函詢中華民國全國商業總會、臺灣省百貨商業同業公會聯合會、臺北市百貨商業同業公會及財團法人中華民國消費者文教基金會等單位之意見，其中「B類：百貨公司……另就消保法所涉相關問題，因百貨公司亦為連帶責任之企業經營者，其亦應依法負責。」之內容係參照財團法人中華民國消費者文教基金會之意見（如附件），請 卓參。

第六條 本法所稱主管機關：在中央為目的事業主管機關；在直轄市為直轄市政府；在縣（市）為縣（市）政府。

【釋示要旨】

1 「旅展活動」之主管機關，在中央為交通部。

行政院 函

中華民國100年6月13日

消保督字第1000005209號

【主旨】

指定 貴部為「旅展活動」之中央目的事業主管機關，請查照。

【說明】

- 一、依據本院消費者保護委員會（下稱本院消保會）案陳該會100年5月19日第188次委員會議決定辦理。
- 二、請依本院消保會99年至100年間歷次會議之會商結論，邀集參展業者所屬之機關，研議建立事前預防及事後糾紛處理機制，落實維護消費者權益。

第二章 消費者權益

第一節 健康與安全保障

第七條 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。商品或服務具有危害消費者生命、身體、健康、財產之可能者，應於明顯處為警告標示及緊急處理危險之方法。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。

【釋示要旨】

1 電梯保養公司對於電梯使用人有消費者保護法適用。

行政院消費者保護委員會 函

中華民國100年4月11日

消保法字第1000002845號

【主旨】

關於「電梯保養公司對於電梯使用人有無消費者保護法適用疑義」乙案，本會意見如說明，請 查照。

【說明】

- 一、復 貴事務所100年3月31日（100）律字第0302號函。
- 二、按「企業經營者：指以設計、生產、製造、輸入、經銷商品或提供服務為營業者。」及「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。商品或服務具有危害消費者生命、身體、健康、財產之可能者，應於明顯處為警告標示及緊急處理危險之方法。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。」分別為消費者保護法（以下簡稱消保法）第2條第2款及第7條所明定，合先說明。

- 三、來函略謂「敝當事人係基於承攬契約對商場業者提供電梯保養，…針對消費者於商場搭乘電梯時，其與電梯之保養廠間究竟有無消費者保護法之適用」等語，依消保法第7條之立法意旨觀之，企業經營者所提供「服務」，對於接受服務之「消費者及第三人」，企業經營者仍應確保該「服務」符合當時科技或專業水準可合理期待之安全性。貴事務所之疑問事項，似均屬假設性議題尚未發生具體消費爭議，是前述法律意見仍請參酌，日後仍宜由法院依實際情形認定企業經營者之損害賠償責任。

消費者保護法判決函釋彙編(十三)

第十五條 定型化契約中之定型化契約條款抵觸個別磋商條款之約定者，其抵觸部分無效。

【釋示要旨】

- 1 企業經營者可否與消費者依消費者保護法(以下簡稱消保法)第15條規定，訂立「排除履約保證機制」條款。

內政部 書函

中華民國100年5月13日

內授中辦地字第1000043891號

【主旨】

關於貴事務所函詢企業經營者可否與消費者依消費者保護法(以下簡稱消保法)第15條規定，訂立「排除履約保證機制」條款疑義一案，請查照。

【說明】

- 一、依據行政院消費者保護委員會100年5月9日消保法字第1000003572號函轉貴事務所100年4月25日100年律函字第042501號函辦理。
- 二、按法務部95年9月21日法律字第0950035512號函示，「消保法第17條第1項規定：『中央主管機關得選擇特定行業，公告規定其定型化契約應記載或不得記載之事項。』，其目的係為導正不當之交易習慣及維護消費者之正當權益，係由中央主管機關依據上開規定授權公告特定行業之契約應記載或不得記載事項，該特定行業之定型化契約如有違反者，其條款無效。準此，該公告係對多數不特定人民就一般事項所作抽象之對外發生法律效果，屬實質意義之法規命令。」，有關所詢以消保法第15條規定：「定型化

契約中之定型化契約條款牴觸個別磋商條款之約定者，其牴觸部分無效。」訂立排除預售屋買賣定型化契約履約保證機制條款一節，為維護消費者權益及遵循定型化契約條款之誠信原則，避免企業經營者利用消費者之不知，藉由個別磋商之方式，獲取不當之契約權益，是以，如經中央主管機關依消保法第17條公告特定行業之定型化契約應記載或不得記載事項，其內容如較當事人間之「個別磋商條款」約定，更有利於消費者，仍應以中央主管機關所公告之「定型化契約應記載或不得記載事項」之內容，為雙方權利義務之依據。又貴事務所來函所詢事項，似屬假設性議題，其適用上仍宜由法院依具體個案事實據以判斷，併予說明。

第十七條 中央主管機關得選擇特定行業，公告規定其定型化契約應記載或不得記載之事項。

違反前項公告之定型化契約，其定型化契約條款無效。該定型化契約之效力，依前條規定定之。

企業經營者使用定型化契約者，主管機關得隨時派員查核。

【釋示要旨】

1 百貨公司「買多少送多少禮券」得否註明使用期限。

經濟部 函

中華民國100年12月16日

經商字第10000691780號

【主旨】

有關 台端詢問百貨公司「買多少送多少禮券」得否註明使用期限之相關疑義一案，復如說明，請 查照。

【說明】

- 一、依據行政院消費者保護委員會100年11月14日消保法字第1000010692號函辦理。
- 二、本部業依行政院消費者保護委員會95年8月10日第137次委員會審議通過之「○○○商品（服務）禮券定型化契約應記載及不得記載事項」內容，訂定「零售業等商品（服務）禮券定型化契約應記載及不得記載事項」並於95年10月19日公告，自96年4月1日起施行。依上開規定，「禮券」之定義為：「指由發行人發行記載或圈存一定金額、項目或次數之憑證、晶片卡或其他類似性質之證券，而由持有人以提示、交付或其他方法，向發行人或其指定之人請求交付或提供等同於上開證券所載金額之商品或服務，但不包括發行人無償發行之抵用券、折扣（價）券。前項所稱

晶片卡不包括多用途現金儲值卡（例如：悠遊卡）或其他具有相同性質之晶片卡。」，先予敘明。

- 三、來函所詢百貨公司贈送予購物滿指定金額之消費者票券，以供其日後購物可持券折抵部分價款一節，原則上對於所贈送給消費者之折價優惠券，究其性質，消費者並未支付任何禮券之對價，依前揭「禮券」之定義，係屬發行人無償發行之抵用券、折扣（價）券，尚不屬本部公告之前揭事項中所稱的商品（服務）禮券範疇。

第十九條 郵購或訪問買賣之消費者，對所收受之商品不願買受時，得於收受商品後七日內，退回商品或以書面通知企業經營者解除買賣契約，無須說明理由及負擔任何費用或價款。

郵購或訪問買賣違反前項規定所為之約定無效。

契約經解除者，企業經營者與消費者間關於回復原狀之約定，對於消費者較民法第二百五十九條之規定不利者，無效。

【釋示要旨】

- 1 某網站不提供7日無條件退貨，即屬違反郵購買賣之規定，該約定即為無效。

行政院消費者保護委員會 函

中華民國100年8月24日

消保法字第1000007967號

【主旨】

台端陳稱「某網站不提供7日無條件退貨」一事，復如說明，請查照。

【說明】

- 一、復 台端100年8月22日電子郵件。
- 二、按「郵購買賣：指企業經營者以廣播、電視、電話、傳真、型錄、報紙、雜誌、網際網路、傳單或其他類似之方法，使消費者未能檢視商品而與企業經營者所為之買賣。」、「郵購或訪問買賣之消費者，對所收受之商品不願買受時，得於收受商品後七日內，退回商品或以書面通知企業經營者解除買賣契約，無須說明理由及負擔任何費用或價款。郵購或訪問買賣違反前項規定所為之約定無效。」為消費者保護法（下稱消保法）第2條第10款及第19條第1項

、第2項所明定，合先敘明。

- 三、台端所指「某網站不提供7日無條件退貨」一節，查企業經營者藉由網際網路交易方式銷售商品或提供服務，參照前揭法條規定，即屬郵購買賣，此際消費者即擁有收受商品後7日內行使無條件退貨解約之權利，倘企業經營者自行以定型化契約條款約定所售商品不得退回，即屬違反前揭郵購買賣之規定，該約定即為無效。惟前揭說明之適用仍應就具體個案事實有無符合前揭法條要件加以認定。
- 四、台端所陳事項倘涉及消費爭議，欲諮詢或申訴，除可直接撥打（1950）全國消費者服務專線電話接直轄市、縣（市）政府消費者服務中心或各分中心詢問外，亦可備具書面證據資料直接向直轄市、縣（市）政府消費者保護官請求協助，併予說明。

- 2 網購宅配美食業者自訂「退換貨只有到貨當天，或拆了包裝即不能退等不利消費者之條款」，違反消費者保護法第19條規定。

行政院消費者保護委員會 函

中華民國100年4月29日

消保法字第10000036972號

【主旨】

貴 委員質詢「網購宅配美食業者自訂『退換貨只有到貨當天，或拆了包裝即不能退等不利消費者之條款』，違反消費者保護法第19條規定，應加強對消費者權益維護」一案，敬復如說明，請 鑒察。

【說明】

消費者保護法判決函釋彙編(十三)

- 一、旨揭事項案經 貴委員於本（100）年3月16日立法院社會福利及衛生環境委員會第6次全體委員會聽取本會主任委員業務報告為口頭質詢辦理。
 - 二、按「郵購或訪問買賣之消費者，對所收受之商品不願買受時，得於收受商品後七日內，退回商品或以書面通知企業經營者解除買賣契約，無須說明理由及負擔任何費用或價款。（第1項）郵購或訪問買賣違反前項規定所為之約定無效。（第2項）」、「企業經營者應於訂立郵購或訪問買賣契約時，告知消費者本法第18條所定事項及第19條第1項之解約權，並取得消費者聲明已受告知之證明文件。」為消費者保護法（下稱消保法）第19條及其施行細則第16條所明定。準此，郵購或訪問買賣之企業經營者，依法應將消保法第19條第1項：「消費者得於收受商品後7日內無須說明理由之特殊解約權資訊」予以揭露；從事郵購或訪問買賣之企業經營者，如於定型化契約條款僅訂定「只有到貨當天」才可以換貨，或「拆了包裝即不能退」等之條款，即與前揭規定不符。
 - 三、委員質詢事項，本會業已函請中央主管機關行政院衛生署，依據消保法第17條第3項「企業經營者使用定型化契約者，主管機關得隨時派員查核」之規定，加強查核，俾加強對消費者權益之保護。
- 3 郵購買賣之消費者於收受商品後7日內拆開包裝或使用商品，是否仍可行使消費者保護法第19條第1項之解除權。

行政院消費者保護委員會 函

中華民國100年5月17日

消保法字第1000004336號

【主旨】

貴委員關切郵購買賣之消費者於收受商品後7日內拆開包裝或使用商品，是否仍可行使消費者保護法第19條第1項之解除權一案，敬復如說明，請 查照。

【說明】

- 一、依據本（100）年3月16日立法院第7屆第7會期社會福利及衛生環境委員會第6次全體委員會議之書面質詢辦理。
- 二、有關 貴委員關切郵購買賣之消費者於收受商品後7日內拆開包裝或使用商品，是否仍可行使消費者保護法第19條第1項之解除權一節，經提請本會本（100）年5月6日召開之「消費者保護法專案研究小組第64次會議」討論，獲致結論如下：郵購買賣之消費者於收受商品後7日內，依消費者保護法第19條第1項規定得行使解除權，消費者於收受商品後，若因檢查之必要而拆開包裝或使用商品者，依同法施行細則第17條規定：「消費者因檢查之必要或因不可歸責於自己之事由，致其所受領之商品有毀損、滅失或變更者，本法第19條第1項規定之解除權不消滅」。消費者拆開包裝或使用商品是否屬於檢查所必要，宜依個案加以判斷。消費者依消費者保護法施行細則第17條規定，其解除權雖不消滅，然商品若有毀損或滅失之情形，消費者於行使解除權時，對於企業經營者仍應依民法第259條第6款規定，就商品之毀損或滅損而減少之價值，按比例償還其價額。
- 三、貴委員關心消費者保護議題，本會敬表謝忱。

第二十二條 企業經營者應確保廣告內容之真實，其對消費者所負之義務不得低於廣告之內容。

【釋示要旨】

- 1 消保法第22條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。

行政院消費者保護委員會 函

中華民國100年1月11日

消保法字第1000000394號

【主旨】

台端陳情購買○○建設股份有限公司所興建銷售○○度假湯屋之預售屋而衍生糾紛一案，本會意見如說明，請 查照。

【說明】

- 一、依據行政院秘書處99年12月28日院臺經移字第0990074018號移文單轉來台端99年12月21日陳情書辦理。
- 二、依據消費者保護法（以下稱消保法）第40條及41條規定，本會為消費者保護基本政策之研擬、審議及監督協調各部會局署與地方政府實施之機關，而消費者保護之主管機關，依消保法第6條所示，在中央為各目的事業主管機關；在地方為各直轄市、縣（市）政府，有關不動產交易之中央主管機關為內政部，合先陳明。
- 三、按「企業經營者應確保廣告內容之真實，其對消費者所負之義務不得低於廣告之內容」為消保法第22條定所明定；次按最高法院見解認為「按企業經營者應確保廣告內容之真實，其對消費者所負之義務不得低於廣告之內容，消保法第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」（最高法院93年度台上字第2103號判決意旨參照），台端因購買○○建設股份有限公司所興建銷售○○度假湯屋之預售屋，如消費權益受有損害，可參考前揭消保法第22條規定及最高法院見解，循司法民事途徑解決。

- 2 公司在各種型式之廣告，除應注意廣告詞句之明確性，並應注意相關優惠活動限制條件表示方式（例如：折價優惠之行使要件及期限）之事前充分揭露，以避免日後觸法及影響交易秩序。

公平交易委員會 函

中華民國100年3月28日

公參字第1000004225號

【主旨】

關於 貴公司被檢舉於網站或營業處所，就「買100送50」特惠活動所為促銷廣告，未就優惠券使用條件限制予以表明，疑涉廣告不實乙案，雖因情節輕微而尚無以行政論處違反公平交易法規定之必要，惟為避免爾後觸法及影響交易秩序，爰警示如說明二，請 查照。

【說明】

- 一、依據行政院消費者保護委員會100年3月21日消保官字第1000002409號函辦理。
- 二、案關促銷廣告對系爭「買100送50」特惠活動優惠券之使用期間暨使用方式等條件限制，雖依現有事證，因情節輕微，尚無以行政論處違反公平交易法規定之必要。惟本案

產生糾紛，主要係貴公司未就該特惠活動內容及優惠券使用條件限制等內容，於公司網頁廣告及各分店所使用各項促銷廣告媒體，為齊一且明確方式揭示，而生爭議。為保障消費者權益，貴公司爾後在各種型式之廣告，除應注意廣告詞句之明確性，並應注意相關優惠活動限制條件表示方式（例如：折價優惠之行使要件及期限）之事前充分揭露，以避免日後觸法及影響交易秩序。

第二十五條 企業經營者對消費者保證商品或服務之品質時，應主動出具書面保證書。

前項保證書應載明下列事項：

- 一、商品或服務之名稱、種類、數量，其有製造號碼或批號者，其製造號碼或批號。
- 二、保證之內容。
- 三、保證期間及其起算方法。
- 四、製造商之名稱、地址。
- 五、由經銷商售出者，經銷商之名稱、地址。
- 六、交易日期。

【釋示要旨】

- 1 業者本應依其產品保證內容負擔保責任，如規定消費者憑發票才可獲得產品保固者，恐有違反誠信原則，對消費者顯失公平之虞。

經濟部 書函

中華民國100年12月6日

經商字第10000693250號

【主旨】

有關 台端詢問消費者憑發票可獲得產品保固，是否抵觸法律一案，復如說明，請 查照。

【說明】

- 一、依據行政院消費者保護委員會100年11月16日消保督字第1000010597號函辦理。
- 二、經查行政院消費者保護委員會於97年8月20日針對消費者保護法第25條及同法施行細則第26條函釋略以：「按『企

業經營者對消費者保證商品或服務之品質時，應主動出具書面保證書。前項保證書應載明下列事項：1商品或服務之名稱、種類、數量，其有製造號碼或批號者，其製造號碼或批號。2保證之內容。3保證期間及其起算方法。4製造商之名稱、地址。5由經銷商售出者，經銷商之名稱、地址。6交易日期』及『企業經營者未依本法第25條規定出具書面保證書者，仍應就其保證之品質負責』。企業經營者對消費者就商品或服務之品質提供保證，為一獨立之擔保契約，業者應依其保證內容負擔保責任…。」爰業者本應依其產品保證內容負擔保責任，合先敘明，同法第56條定有違反之處罰規定，併請注意。

- 三、按消費者保護法施行細則第13條規定：「定型化契約條款是否違反誠信原則，對消費者顯失公平，應斟酌契約之性質、締約目的、全部條款內容、交易習慣及其他情事判斷之」。依一般民眾每2個月核對統一發票中獎號碼之習慣，若該發票因兌獎而繳交，而業者卻規定消費者憑發票才可獲得產品保固者，恐有違反誠信原則，對消費者顯失公平之虞。

參、消費者保護法專案小組研究

一、專案研究小組第63次會議

消費者保護法專案研究

消費者保護法專案研究小組第63次會議記錄（節本）

時 間：100年1月26日（星期三）上午9時30分

主 持 人：林副召集人誠二

出席人員：姜委員志俊、詹委員森林、劉委員宗德、劉委員宗榮、駱委員永家

討論案 一

案由：各直轄市、縣（市）政府設置之消費爭議調解委員會名稱是否統一案，提請討論。

說明：本會「99年度全國消費者保護業務檢討會暨全國消費者保護官第41次聯繫會報」，台北縣（現為新北市）政府臨時提案，消保法第44條規定，消費者依規定未能獲得妥適處理時，得向「直轄市或縣（市）消費爭議調解委員會」申請調解；同法第45條則規定直轄市、縣（市）政府應設「消費爭議調解委員會」。因而有臺北市消費爭議調解委員會、新北市政府消費爭議調解委員會、南投縣消費爭議調解委員會等消費爭議調解委員會名稱不統一之情事，究應否統一，遂提案討論。

研析意見：

甲說：無需統一消費爭議調解委員會名稱。

- 一、依據地方制度法第18條第7款第4目與第19條第7款第4目規定，消費者保護係屬直轄市、縣（市）之自治事項。

二、消保法第44條僅規定申訴未能獲得妥適處理時，可向自治團體「消費爭議調解委員會」申請調解，屬調解程序規定；同法第45條第1項則規定地方自治團體之行政機關應設「消費爭議調解委員會」，屬組織成立規定，故文字表達有所不同。

三、基於尊重地方消費者保護自治權限，有關「消費爭議調解委員會」名稱將不予統一規範。

乙說：為使規範具一致性，宜統一消費爭議調解委員會名稱。

決議：有關「消費爭議調解委員會」名稱，宜加列「政府」二字，即○○○政府消費爭議調解委員會，惟基於尊重地方消費者保護自治權限，名稱將不予統一規範。

討論案 二

案由：有關交通部函請就該部委託法律事務所研擬之「離島博奕事業管理條例(草案)」提供意見乙案，謹提請 討論。

說明：本案係交通部於99年12月16日以交路字第0990012079號函請本會就「離島博奕事業管理條例(草案)」之第53條至第55條賭金爭議處理條文及第64條禁止入場之賭金歸屬條文提供意見(如附件一)案。

研析意見：

甲說：(以下係以合法博奕前提下所為之研析)

一、「博奕」是否屬消費者保護法(以下簡稱消保法)所稱之「消費」範疇，宜先釐清：

(一)按依本會就「消費」之定義多參本會84年4月6日台84消保法字第00351號函釋(如附件二)，以「不再用於生產情形下之最終消費」為判斷基礎，其函釋內容：「(略以)所謂消費，由於消費者保護法並無明文定義，尚難依法加以界定說明，惟依學者專家意見認為，消費者保護法所稱的『消費』，並非純粹經濟學理論上的一種概念，而是事實生活上之一種消費行為。其意義包括：(一)消費係為達成生活目的之行為，凡係基於求生存、便利或舒適之生活目的，在食衣住行育樂方面所為滿足人類慾望之行為，即為消費。(二)消費係直接使用商品或接受服務之行為，蓋消費雖無固定模式，惟消費係與生產為相對之二名詞，從而，生產即非消費，故消費者保護法所稱之消費，係指不

再用於生產之情形下所為之最終消費而言。惟此種見解是否得適用於消費者保護法所定之一切商品或服務之消費，仍應就實際個案認定之」，則本案所稱「博奕」是否屬上開函釋所謂「凡係基於求生存、便利或舒適之生活目的，在食衣住行育樂方面所為滿足人類慾望之行為」所及，而為消保法所稱之「消費」範疇，進而有消保法之適用，有待釋疑。

(二)復參本會前就宜蘭縣政府函詢「民眾購買彩券行為是否有消保法適用」疑義乙案，經提本專案小組92年9月30日第47次會議討論，並於92年10月23日以消保法字第0920001377號函復該府(如附件三)：「民眾購買彩券行為屬消費事件，其所生法律關係有消保法之適用」，其理由(略以)：

1、依消費者保護法第二條第一至四款之規定，所謂消費者，係指以消費為目的而為交易、使用商品或接受服務者；所謂企業經營者，係指以設計、生產、製造、輸入、經銷商品或提供服務為營業者；所謂消費關係，係指消費者與企業經營者間就商品或服務所發生之法律關係；所謂消費爭議，係指消費者與企業經營者間因商品或服務所生之爭議。而所謂消費，係指不再用於生產情形下之最終消費而言。故民眾購買彩券，依前開規定，應屬於消費事件。

2、購買彩券雖屬投資性、射倖性行為，但透過

法律特別許可，承認此種交易類型，使機會得成為交易之標的，此亦應屬於消費生活之一種。購買彩券之行為可能發生消費糾紛，且彩券還有周邊附屬行為，形成整個彩券交易行為，如將來消費者所購之彩券中獎後是否能兌現、發行機構（銀行）應負之履行義務等問題，乃交易對象仍有受保護之必要。故應認民眾購買彩券行為屬於消費事件，其所生法律關係有消保法之適用。

(三)參酌澳洲維多利亞省關於執照管制核發之研究報告(如附件四)顯示，「博奕」亦屬其消費者保護之範疇。

綜上，「博奕」本質上雖具射倖性，惟透過法律特別許可，承認此種交易類型，同時並考量尚有其他相關之周邊附屬行為，共同形成整個博奕交易行為，再參以國人赴外旅遊時，亦會將該地之「博奕專區」列入旅遊地點之考量，故宜認「博奕」符合「消費」之定義，博奕行為屬於消費事件，其所生法律關係有消保法之適用；從而，博奕事業於提供服務時，均應遵守消保法之規定，例如第4條及第5條之消費資訊充分揭露、第7條之侵權責任、第11條及第12條之定型化契約條款應符合誠信原則、第22條廣告責任等。

針對交通部來詢：

(一)關於「離島博奕事業管理條例(草案)」之第53條至第55條賭金爭議處理條文規定，鑒於博奕客戶族群除國人外，大多為外國人士或大陸、港澳人士，渠等來台停留時間短暫，為使爭議

得迅速獲得解決，在立法技術上或得採優先適用本條例草案第53條至第55條賭金爭議處理規定之立法，然如客戶擬循消保法第43條及第44條等消費爭議處理程序者，仍不影響其選擇適用消保法以解決爭議之權益。

- (二)有關「離島博奕事業管理條例(草案)」第64條禁止入場之賭金歸屬條文規定，因係為遏止「未成年人」、「受禁止入場處分之人」、「博奕監督管理局之人員」、「其他主管機關認定禁止入場之人」等禁止入場人士進入博奕場所進行博奕行為所研訂，涉及兒童及青少年身心健康、利益衝突迴避原則等專業性考量，同時尚無違反消費者保護法立法之精神，建議尊重主管機關之決定。

乙說：交通部委託研究案之期中工作報告「博奕法之研究暨博奕法草案」第247頁至第251頁(參交通部100年1月10日交路字第1000000291號函附資料，如附件五)，初步認為：博奕事業之顧客是否屬消保法上消費者，應視其於博奕事業設施所從事之活動而定：倘所從事者為博奕遊戲以外之活動，其應屬於消保法上之消費者；倘所從事之活動為博奕遊戲，認為其應非屬消保法上之消費者，而無消保法之適用。其理由略以：

- (一)顧客所從事者為博奕遊戲以外之活動

顧客主要從事之活動應為住宿、使用遊憩設施及購物，其目的通常係為最終之消費，其內容為顧客以金錢換取博奕事業提供之商品(如紀念品)或服務(如客房住宿)，即使依照較為嚴格之實務見

解，顧客於從事此類活動時仍應屬消保法上之消費者，而有消保法之適用。

(二)顧客所從事者為博奕遊戲活動

依照實務就「消費」所為之解釋，似難認為其係以消費為目的。蓋博奕遊戲並非以金錢換取價值相當之商品或服務，而係具有射倖性之特殊社會活動，不易導出應適用消保法之結論。

惟查，消保法曾有函釋認為購買彩券有消保法之適用，其認為彩券係透過法律特別許可而使機會成為交易之標的，消費者於此應有受保護之必要應有消保法之適用；較為矛盾者，係消保會又認為投資人非消費者，投資具有生產性故無消保法之適用。最高法院則未就購買彩券正面表明其見解，惟由部分判決觀之，最高法院似未因當事人具投資人屬性而排除消保法之適用。學說見解則有認為投資人應為消費者之一環，而主張投資行為有適用消保法部分規定之餘地。

若採取上述消保會之見解，博奕遊戲類似購買彩券而屬具有射倖性之行為，故可能會被認定有消保法適用之餘地。最高法院及學說見解似傾向認定投資人應受消保法之保護，惟投資行為性質上終與博奕行為有相當之差異，尚難認為兩者應為相同之處理。

研究意見認為，彩券及博奕均為特殊交易行為而非屬消保法欲涵蓋之範疇，惟博奕遊戲活動確有其資訊不對稱性(如賠率之設定、博奕設備之準確性)及交易地位懸殊之情況存在，故博奕法應

設有更為嚴謹且適於博奕遊戲之實體及程序規範保護賭客之權益，方能使我國博奕事業之發展更加蓬勃、健全。退萬步言之，即使認為博奕遊戲應適用消保法，亦不應全面一體適用，而應考量博奕遊戲之特殊性質而選擇適用消保法之條文。以上，提請討論。

決議：博奕行為應有消保法之適用。

討論案 三

案由：業者以事先預擬部分空白之契約條款，主張係屬個別磋商條款排除主管機關應記載事項效力之適法性，謹提請討論。

說明：

- 一、某建設公司銷售建案，其預售屋買賣定型化契約之交屋保留款預留空白欄位（應記載事項規定：買方得預留房地總價百分之5作為交屋保留款），依建設公司說明該空白欄位是預留與消費者磋商之用，惟消費者於契約審閱時，該交屋保留款已書寫為百分之1，建設公司顯未與消費者磋商，消費者僅有同不同意之權利。
- 二、本件因涉及消保法第15條與第17條適用上爭議，故提請討論。

研析意見：

甲說：肯定說，有下列理由：

- 一、消保法第15條規定：「定型化契約中之定型化契約條款牴觸個別磋商條款之約定者，其牴觸部分無效。」定型化契約條款，既為企業經營者為與不特定多數消費者訂立同類型契約之用，所提出預先擬定之契約條款，故性質上，係一般、通用之契約內容；而「個別磋商條款」，則為契約當事人個別磋商而合意之契約條款。惟雙方當事人就其個別契約，經磋商後，而約定其內容之全部或一部者，如該約定與企業經營者一方使用之定型化契約條款相牴觸者，自應依當事人之意思，優先適用個別磋商之約定，此乃消保法第15條揭示「個別磋商條款優先定型化契約條款」之緣由。

而中央主管機關依消保法第17條第1項規定公告其定型化契約應記載或不得記載之事項，其性質仍屬定型化契約條款，如有牴觸個別磋商條款之約定者，其牴觸部分無效。

- 二、企業經營者於定型化契約條款中就重要事項預留空白，是供當事人個別磋商之用，為契約常見之態樣，該空白條款符合消保法第2條第8款所稱個別磋商條款定義，是屬「個別磋商條款」一種態樣，倘中央主管機關公告定型化契約應記載事項，如有牴觸企業經營者於定型化契約中預留之空白條款內容，其牴觸部分應屬無效。

乙說：否定說，有下列理由：

- 一、中央主管機關依據消保法第17條第1項規定公告「應記載及不得記載事項」，其目的在建立公平合理的消費環境，確保消費者在定型化契約上的權益，定型化契約應記載事項，係屬一種最低度（提供消費者最低度的保障）的記載事項，業者應依規定在契約內容記載該公告的應記載事項，不得低於應記載事項內容的保障門檻，如違反公告定型化契約應記載事項，其定型化契約條款無效。惟應記載事項內容是有彈性，並非一成不變，如業者定型化契約條款內容已跨過應記載事項內容的保障門檻，並非無效，因為可以提供消費者更大的優惠或保障，並無加以限制的必要。
- 二、消保法第15條雖規定：「定型化契約中之定型化契約條款牴觸個別磋商條款之約定者，其牴觸部分無效。」，該條文所稱「定型化契約條款」是指

企業經營者所提出之定型化契約條款，固無疑義，惟企業經營者依中央主管機關公告應記載事項所提出之定型化契約條款，適用上不無疑義。按中央主管機關公告應記載事項已是對消費者最低度的保障，如容許經當事人個別磋商合意後更不利於消費者，有使中央主管機關所公告之「定型化契約應記載事項」之內容淪為空談，應對消保法第15條作目的性限縮解釋，認其「定型化契約條款之內容未違反中央主管機關應記載事項」時，較「個別磋商條款」之約定，不利於消費者時，始有適用餘地；則中央主管機關依前述消保法授權，公告特定行業之定型化契約應記載或不得記載事項之內容，如較「個別磋商條款」之約定，更有利於消費者，自仍應以中央主管機關所公告之「定型化契約應記載或不得記載事項」之內容，為雙方權利義務之依據，始足以保障消費者之權益。

三、個別磋商條款依消保法第2條第8款規定：是指契約當事人個別磋商而合意之契約條款而言，個別磋商條款在契約上應是企業經營者提出定型化契約條款外，另與契約當事人個別磋商而合意之契約條款而言，如企業經營者於定型化契約中提出預先擬定之部分空白條款，並未有與當事人磋商之事實，仍應以定型化契約條款視之，而非個別磋商條款。

丙說：折衷說，有下列理由：

一、消保法第15條雖規定：「定型化契約中之定型化契

約條款抵觸個別磋商條款之約定者，其抵觸部分無效。」，惟如「定型化契約條款」之內容，若較「個別磋商條款」之約定，有利於消費者，而使用「定型化契約條款」之企業經營者明知該消費者不知是項情事時，應如何處理？適用上不無疑義。理論上，固得適用消保法第15條規定，仍優先適用個別磋商條款；或由消費者依錯誤或被詐欺之規定，而撤銷契約。然參酌消保法第4條所定，企業經營者有提供消費者「充分與正確資訊」之義務，及消保法第11條之1第2項但書、同法施行細則第12條但書之立法精神，似應對消保法第15條作目的性限縮解釋，認其僅於「定型化契約條款」之內容，較「個別磋商條款」之約定，不利於消費者時，始有適用餘地，故如「定型化契約條款」之內容，較「個別磋商條款」之約定，更有利於消費者，而消費者於為該約定時所不知者，仍以「定型化契約條款」之內容，為雙方權利義務之依據。蓋此種情形，企業經營者顯在利用消費者之不知，而藉由個別磋商之方式，獲取不當之契約權益，與誠信要求殊有違背，自不值保護。

二、次依消保法第17條第1項規定，中央主管機關得選擇特定行業，公告規定其定型化契約應記載或不得記載之事項，其目的係為導正不當之交易習慣及維護消費者之正當權益，而由中央主管機關依據上開授權規定，公告特定行業之定型化契約應記載或不得記載之事項，依同法條第2項規定，該

特定行業之定型化契約如有違反者，其條款為無效。如前所述，於企業經營者所定「定型化契約條款」之內容，較「個別磋商條款」之約定，有利於消費者，而消費者於為該約定時所不知者時，尚且應對消保法第15條作目的性限縮解釋，認其僅於「定型化契約條款」之內容，較「個別磋商條款」之約定，不利於消費者時，始有適用餘地；則中央主管機關依前述消保法授權，公告特定行業之定型化契約應記載或不得記載事項之內容，如較「個別磋商條款」之約定，更有利於消費者，而為消費者於為該約定時所不知者，自仍應以中央主管機關所公告之「定型化契約應記載或不得記載事項」之內容，為雙方權利義務之依據，始足以保障消費者之權益。

決議：業者以事先預擬部分空白之契約條款，主張係屬個別磋商條款排除主管機關應記載事項效力為不適法。

二、專案研究小組第64次會議

消費者保護法專案研究小組第64次會議記錄（節本）

時 間：100年5月6日（星期五）下午2時30分

主 持 人：林副召集人誠二

出席人員：劉委員春堂、劉委員宗榮、劉委員宗德、姜委員志俊、詹委員森林

討論案 二

案由：有關立法院潘維剛委員質詢，郵購買賣之消費者於收受商品後7日內使用商品，是否仍可行使消費者保護法第19條第1項之解除權，謹提請 討論。

說明：潘維剛委員於100年3月16日提出書面質詢略以：「基於新消費型態的發展，非實體購物已經是國內消費的一種常態，眾所皆知的是商品都會有相關包裝以維持其運送方便，因此非實體購物中常發生的消費爭議就拆開包裝後是否能夠退貨的問題。而發生爭議的原因就是消保法規定之7天鑑賞期，到底甚麼狀況之下稱之為鑑賞期，法律並未有相關的定義，是否可以使用？使用的程度為何？維持原包裝是否就不可以使用？這都是經常一再發生的消費問題，但是歷經幾年來仍然未見相關定義，而消保會也編列預算並經常舉行相關消費座談，顯示預算編列的成效未有明顯的效果，本席期盼消保會能夠儘速研擬相關修正法案送交本院審查，提高國人之消費安全」。

研析意見：

甲說：消費者保護法第19條第1項之解除權並無除外規定，郵購買賣之消費者於收受商品後7日內使用商品，縱

有毀損或因使用而致價額減損，均不影響消費者行使消費者保護法第19條第1項之解除權。此種情形，可適用民法第259條第6款規定，由消費者對於商品之毀損或減損而減少之價值，按比例償還其價額。

乙說：消費者保護法施行細則第17條規定：「消費者因檢查之必要或因不可歸責於自己之事由，致其所受領之商品有毀損、滅失或變更者，本法第19條第1項規定之解除權不消滅」。依反面解釋，凡屬於檢查必要以外之可歸責於消費者事由，所致之商品毀損、滅失或變更者，即構成解除權消滅之原因。商品之使用是否屬於檢查所必要，宜依個別商品之特性或交易習慣個別判斷，尚難一概而論。消費者依消費者保護法施行細則第17條規定，其解除權雖不消滅，然消費者仍應依民法第259條第6款規定，對於業者為基於填補損失而償還價額。

決議：郵購買賣之消費者於收受商品後7日內，依消保法第19條第1項規定得行使解除權，消費者於收受商品後，因檢查之必要而使用商品，依同法施行細則第17條規定：「消費者因檢查之必要或因不可歸責於自己之事由，致其所受領之商品有毀損、滅失或變更者，本法第19條第1項規定之解除權不消滅」。消費者使用商品是否屬於檢查所必要，宜依個案加以判斷。

臨時討論案 二

案由：網路「揪團」消費，該發起人與消費者間有無消費者保護法適用一案，謹提請 討論。

說明：網路上常有以「集體團購享有商品或服務優惠」為名，由發起人(俗稱團主)號召不特定消費者合資向企業經營者集體購買商品或服務，以便享有商品(服務)特價優惠(俗稱「揪團」或「團購」)。惟事後消費者發現企業經營者所提供該商品(服務)與發起人所宣稱之內容不一致時，該發起人與消費者間是否有消費者保護法適用？

研析意見：

網路揪團消費，該發起人與消費者間有無消費者保護法適用？因發起人辦理團購原因不一，須視下列情況決定：

- 1 發起人係以經營團購服務為業時，倘消費者與發起人間因團購發生爭議，有消保法適用。
 - 1 消保法係以消費關係為其規範範圍，只要具有消費關係存在，即有消保法之適用；至於所謂「消費關係」是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，為消保法第2條第3款所明定，倘團購發起人以團購為營業者，其與消費者間因網路團購發生爭議時，是屬消保法上所稱消費關係，即有消保法之適用。
 - 2 按消保法第22條規定「企業經營者應確保廣告內容之真實，其對消費者所負之義務不得低於廣告之內容」，消費者如依網路團購廣告參加活動，對於出賣人所提供商品(服務)內容與發起人所宣稱之廣告內容未一致時，消費者得就廣告內容依消保法及民法相關規定向發起人請

求給付或損害賠償。

3發起人以網路團購方式銷售商品或服務時，其定型化契約條款須符合經濟部所公告「零售業等網路交易定型化契約應記載及不得記載事項」規範。

2 發起人非經營團購服務為業時，如發起人受企業經營者委託於網路上辦理團購活動，倘消費者與發起人間因團購發生爭議時，消費者得基於委託關係向企業經營者主張有消保法適用。

1 按「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」為民法第103條所明定，發起人如係受企業經營者委託發起網路團購活動，該發起人於代理權限內所為之代理行為，依民法第103條規定該代理效力歸屬企業經營者，換言之，消費者對於授理範圍內之網路團購行為與發起人發生消費爭議時，消費者得以該代理效力應歸屬於企業經營者，向企業經營者主張有消保法適用。

2 發起人受企業經營者委託以網路團購方式銷售商品或服務時，其定型化契約條款須符合經濟部所公告「零售業等網路交易定型化契約應記載及不得記載事項」規範。

3 發起人非經營團購服務為業時，如發起人係以自發性或受消費者委託於網路上辦理團購活動，倘消費者與發起人間因團購發生爭議時，並無消保法適用，但仍有民法相關規定適用。

1 消保法係以消費關係為其規範範圍，只要具有

消費關係存在，即有消保法之適用；至於所謂「企業經營者」是指以設計、生產、製造、輸入、經銷商品或提供服務為營業者，為消保法第2條第2款所明定。倘網路團購活動係由發起人自發性或受消費者委託辦理時，因發起人並非企業經營者，其與消費者間因網路團購發生爭議時，無消保法之適用，惟當事人仍得適用民法相關規定。

- 2 至於消費者與企業經營者間因商品或服務發生爭議時，有消保法之適用外；消費者亦得基於與發起人間委託關係，其代理權效力歸屬本人，向企業經營者主張有消保法之適用。（民法第103條參照）

決議：本案除了消費契約關係外，並應考量發起人在消費侵權關係中之責任。

臨時討論案 三

案由：有關2010台北國際花卉博覽會未使用之預售票爭議問題，謹提請 討論。

說明：有關台北國際花卉博覽會未使用預售票之爭議，前經本會函請台北市政府妥處，經該府以100年4月28日府授產業農字第10011874400號函復說明如下：

- 1 花博會門票係屬使用規費，然為保障民眾權益，仍給予一定之退換票期限。花博門票退票，除大宗切票、團購外，不限於任何通路販售，只要有憑證或收據皆可辦理退票。預售票係取票之日起至正式開幕日後7日內得退票，而正式營運票於取票後7日內得退票。於超過退換票期限時，依據規費法第19條規定，係屬可歸責於繳費義務人之事由，不予退費。
- 2 目前尚未使用之預售票，大部分皆屬企業大宗切票、團購，因其已享有票價優惠折扣，在購票同時已簽訂契約，因此只要團購張數單次超過100張以上者，依契約就不得辦理退票。
- 3 另查「2005日本愛知萬國博覽會」、「中國2010年上海世博會」及「2011西安世界園藝博覽會」皆無退票服務。

研析意見：

本案是否有消保法之適用？

否定說：

本案規費之徵收及退費，悉依規費法之規定。依據規費法第8條規定：「各機關學校交付特定對象或提供其使用下列項目，應徵收使用規費：一、公有道路、

設施、設備及場所。二、標誌、資料(訊)、謄本、影本、抄件、公報、書刊、書狀、書表、簡章及圖說。三、資料(訊)之抄錄、郵寄、傳輸或檔案之閱覽。四、依其他法律規定應徵收使用規費之項目」。另依據規費法第19條第1項規定：「各機關學校對於繳費義務人申請辦理第7條各款事項或使用第8條各款項目，未能於法定處理期間內完成者，繳費義務人得申請終止辦理，各機關學校於終止辦理時，應退還已繳規費。但因可歸責於繳費義務人之事由者，不予退還」。本案持票人未於期限內使用，係屬可歸責於繳費義務人之事由，不予退費。

肯定說：

- 1 本會「消費者保護法專案研究小組」曾作成下列結論：「路邊停車有關停車費之爭議有消保法之適用」（第52次會議）、「學校游泳場館之收費與一般民間游泳池業者之收費，其本質並無不同，倘發生糾紛，係屬消費糾紛」（第60次）、「行政機關依據地方自治條例向民眾收取使用納骨塔之費用，該行政機關與企業經營者的地位相同，從而有消費關係的存在」（第62次）。
- 2 上述結論主要之理由如下：
 - 1 停車、游泳及使用納骨塔等行為，為日常生活之基本消費形態。為避免國家一方利用公權力決定一切權利義務，有必要在消費關係之範圍內適用消保法。
 - 2 規費之收取係屬政府年度預算程序之收入編列事項，與是否屬於消費關係無涉。

消費者保護法判決函釋彙編(十三)

- 3 行政機關雖為公權力主體，但站在給付行政之立場與企業經營者之地位相同。
- 4 本案台北市政府舉辦國際花卉博覽會之時間長達半年，而民眾參觀花卉博覽會與日常生活相關，台北市政府僅以花博門票性質係屬規費而無消保法之適用，恐與前揭結論之理由相牴觸。

決議：本案採肯定說，有消保法之適用。

三、專案研究小組第65次會議

消費者保護法專案研究小組第65次會議記錄（節本）

時 間：100年8月10日（星期三）下午2時30分

主 持 人：林副召集人誠二

出席人員：姜委員志俊、詹委員森林、劉委員宗榮、駱委員永
家

討論案 二

案由：有關臺灣高等法院來函，請本會提供百貨公司對於屬B類之銷售型態，是否須負消費者保護法(以下簡稱消保法)第8條連帶賠償責任之疑義案，謹提請 討論。

說明：

- 1 高雄縣政府於「全國消費者保護官第29次聯繫會報」提案主張「消費者保護法第36條規定所稱『……認為確有損害消費者生命、身體、健康或財產，或確有損害之虞者……』似不包括商品或服務本身自體之損失」，並於96年10月9日函請解釋。
- 2 本會於99年9月10日邀集經濟部及行政院衛生署食品藥物管理局（下稱食品藥物管理局）開會研商「強化管理百貨公司販售化粧品相關事宜」，會議摘要如次（詳如附件二）：
 - (01) 食品藥物管理局：1. 依「化粧品衛生管理條例」第23條規定，化粧品或化粧品色素足以損害人體健康者，衛生主管機關應禁止其輸入、製造、販賣、供應而陳列；對於來源不明之化粧品或化粧品色素，不得販賣、供應或意圖販賣、供應而陳列。2. 另依同法規定輸入或製造化

粧品含有醫療或毒劇藥品者，應經中央衛生主管機關核准並發給許可證後，始得輸入或製造。

3. 是倘經查獲違反上開規定之輸入或製造化粧品業者，均依相關規定裁處。至百貨公司等通路業者倘違法販賣公告禁止成分之化粧品，即依規定令其限期改善或為其他必要之處置，或依同法第27條（處一年以下有期徒刑、拘役或科或併科新台幣15萬元以下罰金；其妨害衛生之物品沒收銷燬之）及28條規定（處新台幣10萬元以下罰鍰；其妨害衛生之物品沒入銷燬之）裁處。

4. 食品藥物管理局刻將通路業者應對化粧品法定標示事項負責把關乙節，納入修法事項。至化粧品內容物之成分部份，一般通路業者尚難以由產品外觀辯識產品所含之實際成分。

- (02) 經濟部：針對百貨公司業者，並無訂定相關管理規範，倘本案係百貨公司化粧品專櫃之消費糾紛案，參照本部93年6月8日函釋之百貨公司銷售型態，應歸屬於B類，百貨公司對專櫃商品之進貨、陳列、訂價及銷售，均責成專櫃自行處理，是其販賣業者應為專櫃承攬公司。惟另就消保法所涉相關問題，因百貨公司為應負連帶責任之企業經營者，自亦應負責。
- (03) 本會於99年9月17日以消保督字第0990009150號函轉臺灣臺北地方法院上開會議紀錄供參。臺灣臺北地方法院亦於本(100)年1月5日判決百貨公司部分敗訴，其理由包括「百貨公司若認其

不負連帶責任自應依消費者保護法第8條第1項但書之規定，舉證其已盡防止結果發生之注意義務，然本件被告坦認其僅收取金錢卻未為任何行為，自仍應與瑪迪芙公司負連帶責任」等語。

- 3 臺灣高等法院於本（100）年5月11日以院鼎民團100消上易3字第1000007253號函，請本會提供百貨公司屬B類銷售型態，依消保法規定亦應負連帶責任之條文及依據等相關資料（如附件三）。
- 4 案經本會以本年5月17日消保督字第1000004180號函請經濟部查復，該部於5月27日以經商字第10000580790號函復內容略為（如附件四）：因「販賣業者」於百貨公司，因涉及百貨公司與出租櫃位之商家權責關係問題，經於93年4月2日以經商字第09302050960號函，請中華民國消費者文教基金會、中華民國全國商業總會及台灣省百貨商業同業公會聯合會，就百貨公司銷售型態A類、B類及C類等三類之責任規範表示意見。中華民國消費者文教基金會於93年4月28日以總字第企0064號函復略以，「關於B類：本會認為，發票若是由百貨公司開立，則依消保法之規定，百貨公司為企業經營者，應依法負責，以確保消費者權益」（詳如附件五）。

研析意見：

- 1 依消保法第6條規定，化粧品之主管機關在中央為行政院衛生署食品藥物管理局，百貨公司之主管機關為經濟部。
- 2 依「化粧品衛生管理條例」第23條規定，化粧品或

化粧品色素足以損害人體健康者，衛生主管機關應禁止其輸入、製造、販賣、供應而陳列；對於來源不明之化粧品或化粧品色素，不得販賣、供應或意圖販賣、供應而陳列。同法第27條規定，違反前開規定者，處一年以下有期徒刑、拘役或科或併科新台幣15萬元以下罰金；其妨害衛生之物品沒收銷燬之。另同法第28條規定，對販賣、供應或意圖販賣、供應而陳列來源不明之化粧品或化粧品色素者，處新台幣10萬元以下罰鍰；其妨害衛生之物品沒入銷燬之。

- 3 復依經濟部93年6月8日商字第09302093700號函釋，本案之百貨公司銷售型態，應歸屬於B類，百貨公司對專櫃商品之進貨、陳列、訂價及銷售，均責成專櫃自行處理，爰其販賣業者應為專櫃承攬公司。惟另就消保法所涉相關問題，因百貨公司亦為連帶責任之企業經營者，其亦應依法負責。
- 4 另依消保法第7條及第8條規定，亦明訂從事經銷之企業經營者對於提供商品之安全性應負連帶責任；是以，似宜將本類銷售型態中之百貨公司認屬「從事經銷之企業經營者」類型，藉以周延保障消費者權益。

決議：消費者係向新光三越百貨公司購買商品，該百貨公司既為商品之出賣人，即應依消保法第8條第1項之規定負侵權責任。另外，製造商與經銷商是否要負消保法連帶賠償責任，與該製造商有無被課予行政法上之義務無關，純粹依消保法之相關規定，判斷應負之責任。

討論案 三

案由：民眾申訴消費者上網購物，而於超商店面取貨，發現包裹空無一物或商品不符時，超商如何負責案，謹提請討論。

說明：許多消費者上網購物，多選擇在超商取貨。日前有消費者申訴，付款後卻發現包裹內容不符，且該消費者索討無門之情形。某消保官曾表示，經消費者選擇到超商取貨，該超商即應負連帶責任，如消費者發現商品有問題，依法得要求該超商當場退款。惟便利商店之角色，類似保管商品之等待買家取貨。如超商將商品包裹拆封，即應由超商負責；倘超商未拆封包裹且無商品或商品不符時，該超商又如何負責？

研析意見：

- 1 依民法第224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。但當事人另有訂定者，不在此限。亦即債務人與履行輔助人之責任應具一致性。
- 2 本件超商之地位應屬網購賣方之代理人或使用人（即履行輔助人），倘於債之履行時，發生可歸責於超商或債務人之故意或過失事由者，即有上開條文之適用。

決議：超商與消費者間縱有關係，亦僅就交付該商品之服務有消費關係，而非就購買商品有消費關係，超商未提供商品，亦非經銷商，故消費者不能向超商主張契約責任，而應向債務人網路郵購業者主張，縱超商為履行輔助人，若有侵害情形，應負民法第184條侵權行為責任，並

消費者保護法判決函釋彙編(十三)

不負民法第224條之責。

肆、附 錄 編

一、消費者保護法

消費者保護法

中華民國八十三年一月十一日總統(八三)華總(一)義字第〇一六五號令制定公布全文六十四條

中華民國九十二年一月二十二日總統華總一義字第〇九二〇〇〇〇七六一〇號令修正公布第二、六、七、十三~十七、三十五、三十八、三十九、四十一、四十二、四十九、五十、五十七、五十八、六十二條條文；並增訂第七之一、十之一、十一之一、十九之一、四十四之一、四十五之一~四十五之五條條文

中華民國九十四年二月五日總統華總一義字第〇九四〇〇〇一七七五一號令增訂第二十二之一條條文

第一章 總 則

第一條 為保護消費者權益，促進國民消費生活安全，提昇國民消費生活品質，特制定本法。

有關消費者之保護，依本法之規定，本法未規定者，適用其他法律。

第二條 本法所用名詞定義如下：

- 一、消費者：指以消費為目的而為交易、使用商品或接受服務者。
- 二、企業經營者：指以設計、生產、製造、輸入、經銷商品或提供服務為營業者。
- 三、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。
- 四、消費爭議：指消費者與企業經營者間因商品或服務所生之爭議。

- 五、消費訴訟：指因消費關係而向法院提起之訴訟。
- 六、消費者保護團體：指以保護消費者為目的而依法設立登記之法人。
- 七、定型化契約條款：指企業經營者為與不特定多數消費者訂立同類契約之用，所提出預先擬定之契約條款。定型化契約條款不限於書面，其以放映字幕、張貼、牌示、網際網路、或其他方法表示者，亦屬之。
- 八、個別磋商條款：指契約當事人個別磋商而合意之契約條款。
- 九、定型化契約：指以企業經營者提出之定型化契約條款作為契約內容之全部或一部而訂定之契約。
- 十、郵購買賣：指企業經營者以廣播、電視、電話、傳真、型錄、報紙、雜誌、網際網路、傳單或其他類似之方法，使消費者未能檢視商品而與企業經營者所為之買賣。
- 十一、訪問買賣：指企業經營者未經邀約而在消費者之住居所或其他場所從事銷售，所為之買賣。
- 十二、分期付款：指買賣契約約定消費者支付頭期款，餘款分期支付，而企業經營者於收受頭期款時，交付標的物與消費者之交易型態。

第三條 政府為達成本法目的，應實施下列措施，並應就與下列事項有關之法規及其執行情形，定期檢討、協調、改進之：

- 一、維護商品或服務之品質與安全衛生。
- 二、防止商品或服務損害消費者之生命、身體、健康、財產或其他權益。
- 三、確保商品或服務之標示，符合法令規定。
- 四、確保商品或服務之廣告，符合法令規定。

- 五、確保商品或服務之度量衡，符合法令規定。
 - 六、促進商品或服務維持合理價格。
 - 七、促進商品之合理包裝。
 - 八、促進商品或服務之公平交易。
 - 九、扶植、獎助消費者保護團體。
 - 十、協調處理消費爭議。
 - 十一、推行消費者教育。
 - 十二、辦理消費者諮詢服務。
 - 十三、其他依消費生活之發展所必要之消費者保護措施。
- 政府為達成前項之目的，應制定相關法律。

第四條 企業經營者對於其提供之商品或服務，應重視消費者之健康與安全，並向消費者說明商品或服務之使用方法，維護交易之公平，提供消費者充分與正確之資訊，及實施其他必要之消費者保護措施。

第五條 政府、企業經營者及消費者均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，以維護其安全與權益。

第六條 本法所稱主管機關：在中央為目的事業主管機關；在直轄市為直轄市政府；在縣（市）為縣（市）政府。

第二章 消費者權益

第一節 健康與安全保障

第七條 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。商品或服務具有危害消費者生命、身體、健康、財產之可

能者，應於明顯處為警告標示及緊急處理危險之方法。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。

第七條之一 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。

商品或服務不得僅因其後有較佳之商品或服務，而被視為不符合前條第一項之安全性。

第八條 從事經銷之企業經營者，就商品或服務所生之損害，與設計、生產、製造商品或提供服務之企業經營者連帶負賠償責任。但其對於損害之防免已盡相當之注意，或縱加以相當之注意而仍不免發生損害者，不在此限。

前項之企業經營者，改裝、分裝商品或變更服務內容者，視為前條之企業經營者。

第九條 輸入商品或服務之企業經營者，視為該商品之設計、生產、製造者或服務之提供者，負本法第七條之製造者責任。

第十條 企業經營者於有事實足認其提供之商品或服務有危害消費者安全與健康之虞時，應即回收該批商品或停止其服務。但企業經營者所為必要之處理，足以除去其危害者，不在此限。

商品或服務有危害消費者生命、身體、健康或財產之虞，而未於明顯處為警告標示，並附載危險之緊急處理方法者，準用前項規定。

第十條之一 本節所定企業經營者對消費者或第三人之損害賠償責任，不得預先約定限制或免除。

第二節 定型化契約

第十一條 企業經營者在定型化契約中所用之條款，應本平等互惠之原則。

定型化契約條款如有疑義時，應為有利於消費者之解釋。

第十一條之一 企業經營者與消費者訂立定型化契約前，應有三十日以內之合理期間，供消費者審閱全部條款內容。

違反前項規定者，其條款不構成契約之內容。但消費者得主張該條款仍構成契約之內容。

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。

第十二條 定型化契約中之條款違反誠信原則，對消費者顯失公平者，無效。

定型化契約中之條款有下列情形之一者，推定其顯失公平：

- 一、違反平等互惠原則者。
- 二、條款與其所排除不予適用之任意規定之立法意旨顯相矛盾者。
- 三、契約之主要權利或義務，因受條款之限制，致契約之目的難以達成者。

第十三條 定型化契約條款未經記載於定型化契約中者，企業經營者應向消費者明示其內容；明示其內容顯有困難者，應以顯著之方式，公告其內容，並經消費者同意受其拘束者，該條款即為契約之內容。

前項情形，企業經營者經消費者請求，應給與定型化契約條款之影本或將該影本附為該契約之附件。

第十四條 定型化契約條款未經記載於定型化契約中而依正常

情形顯非消費者所得預見者，該條款不構成契約之內容。

第十五條 定型化契約中之定型化契約條款抵觸個別磋商條款之約定者，其抵觸部分無效。

第十六條 定型化契約中之定型化契約條款，全部或一部無效或不構成契約內容之一部者，除去該部分，契約亦可成立者，該契約之其他部分，仍為有效。但對當事人之一方顯失公平者，該契約全部無效。

第十七條 中央主管機關得選擇特定行業，公告規定其定型化契約應記載或不得記載之事項。

違反前項公告之定型化契約，其定型化契約條款無效。該定型化契約之效力，依前條規定定之。

企業經營者使用定型化契約者，主管機關得隨時派員查核。

第三節 特種買賣

第十八條 企業經營者為郵購買賣或訪問買賣時，應將其買賣之條件、出賣人之姓名、名稱、負責人、事務所或住居所告知買受之消費者。

第十九條 郵購或訪問買賣之消費者，對所收受之商品不願買受時，得於收受商品後七日內，退回商品或以書面通知企業經營者解除買賣契約，無須說明理由及負擔任何費用或價款。

郵購或訪問買賣違反前項規定所為之約定無效。

契約經解除者，企業經營者與消費者間關於回復原狀之約定，對於消費者較民法第二百五十九條之規定不利者，無效。

第十九條之一 前二條規定，於以郵購買賣或訪問買賣方式所為之服務交易，準用之。

第二十條 未經消費者要約而對之郵寄或投遞之商品，消費者

不負保管義務。

前項物品之寄送人，經消費者定相當期限通知取回而逾期未取回或無法通知者，視為拋棄其寄投之商品。雖未經通知，但在寄送後逾一個月未經消費者表示承諾，而仍不取回其商品者，亦同。

消費者得請求償還因寄送物所受之損害，及處理寄送物所支出之必要費用。

第二十一條 企業經營者與消費者分期付款買賣契約應以書面為之。

前項契約書應載明下列事項：

- 一、頭期款。
- 二、各期價款與其他附加費用合計之總價款與現金交易價格之差額。
- 三、利率。

企業經營者未依前項規定記載利率者，其利率按現金交易價格週年利率百分之五計算之。

企業經營者違反第二項第一款、第二款之規定者，消費者不負現金交易價格以外價款之給付義務。

第四節 消費資訊之規範

第二十二條 企業經營者應確保廣告內容之真實，其對消費者所負之義務不得低於廣告之內容。

第二十二條之一 企業經營者對消費者從事與信用有關之交易時，應於廣告上明示應付所有總費用之年百分率。

前項所稱總費用之範圍及年百分率計算方式，由各目的事業主管機關定之。

第二十三條 刊登或報導廣告之媒體經營者明知或可得而知廣

告內容與事實不符者，就消費者因信賴該廣告所受之損害與企業經營者負連帶責任。

前項損害賠償責任，不得預先約定限制或拋棄。

第二十四條 企業經營者應依商品標示法等法令為商品或服務之標示。

輸入之商品或服務，應附中文標示及說明書，其內容不得較原產地之標示及說明書簡略。

輸入之商品或服務在原產地附有警告標示者，準用前項之規定。

第二十五條 企業經營者對消費者保證商品或服務之品質時，應主動出具書面保證書。

前項保證書應載明下列事項：

- 一、商品或服務之名稱、種類、數量，其有製造號碼或批號者，其製造號碼或批號。
- 二、保證之內容。
- 三、保證期間及其起算方法。
- 四、製造商之名稱、地址。
- 五、由經銷商售出者，經銷商之名稱、地址。
- 六、交易日期。

第二十六條 企業經營者對於所提供之商品應按其性質及交易習慣，為防震、防潮、防塵或其他保存商品所必要之包裝，以確保商品之品質與消費者之安全。但不得誇張其內容或為過大之包裝。

第三章 消費者保護團體

第二十七條 消費者保護團體以社團法人或財團法人為限。消費者保護團體應以保護消費者權益、推行消費者教育為宗

旨。

第二十八條 消費者保護團體之任務如下：

- 一、商品或服務價格之調查、比較、研究、發表。
- 二、商品或服務品質之調查、檢驗、研究、發表。
- 三、商品標示及其內容之調查、比較、研究、發表。
- 四、消費資訊之諮詢、介紹與報導。
- 五、消費者保護刊物之編印發行。
- 六、消費者意見之調查、分析、歸納。
- 七、接受消費者申訴，調解消費爭議。
- 八、處理消費爭議，提起消費訴訟。
- 九、建議政府採取適當之消費者保護立法或行政措施。
- 十、建議企業經營者採取適當之消費者保護措施。
- 十一、其他有關消費者權益之保護事項。

第二十九條 消費者保護團體為從事商品或服務檢驗，應設置與檢驗項目有關之檢驗設備或委託設有與檢驗項目有關之檢驗設備之機關、團體檢驗之。

執行檢驗人員應製作檢驗紀錄，記載取樣、使用之檢驗設備、檢驗方法、經過及結果，提出於該消費者保護團體。

第三十條 政府對於消費者保護之立法或行政措施，應徵詢消費者保護團體、相關行業、學者專家之意見。

第三十一條 消費者保護團體為商品或服務之調查、檢驗時，得請求政府予以必要之協助。

第三十二條 消費者保護團體辦理消費者保護工作成績優良者，主管機關得予以財務上之獎助。

第四章 行政監督

第三十三條 直轄市或縣（市）政府認為企業經營者提供之

商品或服務有損害消費者生命、身體、健康或財產之虞者，應即進行調查。於調查完成後，得公開其經過及結果。前項人員為調查時，應出示有關證件，其調查得依下列方式進行：

- 一、向企業經營者或關係人查詢。
- 二、通知企業經營者或關係人到場陳述意見。
- 三、通知企業經營者提出資料證明該商品或服務對於消費者生命、身體、健康或財產無損害之虞。
- 四、派員前往企業經營者之事務所、營業所或其他有關場所進行調查。
- 五、必要時，得就地抽樣商品，加以檢驗。

第三十四條 直轄市或縣（市）政府於調查時，對於可為證據之物，得聲請檢察官扣押之。

前項扣押，準用刑事訴訟法關於扣押之規定。

第三十五條 直轄市或縣（市）主管機關辦理檢驗，得委託設有與檢驗項目有關之檢驗設備之消費者保護團體、職業團體或其他有關公私機構或團體辦理之。

第三十六條 直轄市或縣（市）政府對於企業經營者提供之商品或服務，經第三十三條之調查，認為確有損害消費者生命、身體、健康或財產，或確有損害之虞者，應命其限期改善、回收或銷燬，必要時並得命企業經營者立即停止該商品之設計、生產、製造、加工、輸入、經銷或服務之提供，或採取其他必要措施。

第三十七條 直轄市或縣（市）政府於企業經營者提供之商品或服務，對消費者已發生重大損害或有發生重大損害之虞，而情況危急時，除為前條之處置外，應即在大眾傳播媒體公告企業經營者之名稱、地址、商品、服務、或為其他必要之

處置。

第三十八條 中央主管機關認為必要時，亦得為前五條規定之措施。

第三十九條 消費者保護委員會、直轄市、縣（市）政府各應置消費者保護官若干名。

消費者保護官之任用及職掌，由行政院定之。

第四十條 行政院為研擬及審議消費者保護基本政策與監督其實施，設消費者保護委員會。

消費者保護委員會以行政院副院長為主任委員，有關部會首長、全國性消費者保護團體代表、全國性企業經營者代表及學者、專家為委員。其組織規程由行政院定之。

第四十一條 消費者保護委員會之職掌如下：

- 一、消費者保護基本政策及措施之研擬及審議。
- 二、消費者保護計畫之研擬、修訂及執行成果檢討。
- 三、消費者保護方案之審議及其執行之推動、連繫與考核。
- 四、國內外消費者保護趨勢及其與經濟社會建設有關問題之研究。
- 五、消費者保護之教育宣導、消費資訊之蒐集及提供。
- 六、各部會局署關於消費者保護政策、措施及主管機關之協調事項。
- 七、監督消費者保護主管機關及指揮消費者保護官行使職權。

消費者保護委員會應將消費者保護之執行結果及有關資料定期公告。

第四十二條 直轄市、縣（市）政府應設消費者服務中心，辦理消費者之諮詢服務、教育宣導、申訴等事項。

直轄市、縣（市）政府消費者服務中心得於轄區內設分中心

。

第五章 消費爭議之處理

第一節 申訴與調解

第四十三條 消費者與企業經營者因商品或服務發生消費爭議時，消費者得向企業經營者、消費者保護團體或消費者服務中心或其分中心申訴。

企業經營者對於消費者之申訴，應於申訴之日起十五日內妥適處理之。

消費者依第一項申訴，未獲妥適處理時，得向直轄市、縣（市）政府消費者保護官申訴。

第四十四條 消費者依前條申訴未能獲得妥適處理時，得向直轄市或縣（市）消費爭議調解委員會申請調解。

第四十四條之一 前條之消費爭議調解事件之受理及程序進行等事項，由消費者保護委員會定之。

第四十五條 直轄市、縣（市）政府應設消費爭議調解委員會，置委員七至十五名。

前項委員以直轄市、縣（市）政府代表、消費者保護官、消費者保護團體代表、企業經營者所屬或相關職業團體代表充任之，以消費者保護官為主席，其組織另定之。

第四十五條之一 調解程序，於直轄市、縣（市）政府或其他適當之處所行之，其程序得不公開。

調解委員、列席協同調解人及其他經辦調解事務之人，對於調解事件之內容，除已公開之事項外，應保守秘密。

第四十五條之二 關於消費爭議之調解，當事人不能合意但已甚接近者，調解委員得斟酌一切情形，求兩造利益之平衡，

於不違反兩造當事人之主要意思範圍內，依職權提出解決事件之方案，並送達於當事人。

前項方案，應經參與調解委員過半數之同意，並記載第四十五條之三所定異議期間及未於法定期間提出異議之法律效果。

第四十五條之三 當事人對於前條所定之方案，得於送達後十日之不變期間內，提出異議。

於前項期間內提出異議者，視為調解不成立；其未於前項期間內提出異議者，視為已依該方案成立調解。

第一項之異議，消費爭議調解委員會應通知他方當事人。

第四十五條之四 關於小額消費爭議，當事人之一方無正當理由，不於調解期日到場者，調解委員得審酌情形，依到場當事人一造之請求或依職權提出解決方案，並送達於當事人。前項之方案，應經全體調解委員過半數之同意，並記載第四十五條之三所定異議期間及未於法定期間提出異議之法律效果。

第一項之送達，不適用公示送達之規定。

第一項小額消費爭議之額度，由行政院定之。

第四十五條之五 當事人對前條之方案，得於送達後十日之不變期間內，提出異議；未於異議期間內提出異議者，視為已依該方案成立調解。

當事人於異議期間提出異議，經調解委員另定調解期日，無正當理由不到場者，視為依該方案成立調解。

第四十六條 調解成立者應作成調解書。

前項調解書之作成及效力，準用鄉鎮市調解條例第二十二條至第二十六條之規定。

第二節 消費訴訟

第四十七條 消費訴訟，得由消費關係發生地之法院管轄。

第四十八條 高等法院以下各級法院及其分院得設立消費專庭或指定專人審理消費訴訟事件。

法院為企業經營者敗訴之判決時，得依職權宣告為減免擔保之假執行。

第四十九條 消費者保護團體許可設立三年以上，經申請消費者保護委員會評定優良，置有消費者保護專門人員，且合於下列要件之一，並經消費者保護官同意者，得以自己之名義，提起第五十條消費者損害賠償訴訟或第五十三條不作為訴訟：

- 一、社員人數五百人以上之社團法人。
- 二、登記財產總額新臺幣一千萬元以上之財團法人。

消費者保護團體依前項規定提起訴訟者，應委任律師代理訴訟。受委任之律師，就該訴訟，除得請求預付或償還必要之費用外，不得請求報酬。

消費者保護團體關於其提起之第一項訴訟，有不法行為者，許可設立之主管機關應廢止其許可。

消費者保護團體評定辦法，由消費者保護委員會另定之。

第五十條 消費者保護團體對於同一之原因事件，致使眾多消費者受害時，得受讓二十人以上消費者損害賠償請求權後，以自己名義，提起訴訟。消費者得於言詞辯論終結前，終止讓與損害賠償請求權，並通知法院。

前項訴訟，因部分消費者終止讓與損害賠償請求權，致人數不足二十人者，不影響其實施訴訟之權能。

第一項讓與之損害賠償請求權，包括民法第一百九十四條、

第一百九十五條第一項非財產上之損害。

前項關於消費者損害賠償請求權之時效利益，應依讓與之消費者單獨個別計算。

消費者保護團體受讓第三項所定請求權後，應將訴訟結果所得之賠償，扣除訴訟及依前條第二項規定支付予律師之必要費用後，交付該讓與請求權之消費者。

消費者保護團體就第一項訴訟，不得向消費者請求報酬。

第五十一條 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。

第五十二條 消費者保護團體以自己之名義提起第五十條訴訟，其標的價額超過新臺幣六十萬元者，超過部分免繳裁判費。

第五十三條 消費者保護官或消費者保護團體，就企業經營者重大違反本法有關保護消費者規定之行為，得向法院訴請停止或禁止之。

前項訴訟免繳裁判費。

第五十四條 因同一消費關係而被害之多數人，依民事訴訟法第四十一條之規定，選定一人或數人起訴請求損害賠償者，法院得徵求原被選定人之同意後公告曉示，其他之被害人得於一定之期間內以書狀表明被害之事實、證據及應受判決事項之聲明、併案請求賠償。其請求之人，視為已依民事訴訟法第四十一條為選定。

前項併案請求之書狀，應以繕本送達於兩造。

第一項之期間，至少應有十日，公告應黏貼於法院牌示處，並登載新聞紙，其費用由國庫墊付。

第五十五條 民事訴訟法第四十八條、第四十九條之規定，於

依前條為訴訟行為者，準用之。

第六章 罰則

第五十六條 違反第二十四條、第二十五條或第二十六條規定之一者，經主管機關通知改正而逾期不改正者，處新臺幣二萬元以上二十萬元以下罰鍰。

第五十七條 企業經營者拒絕、規避或阻撓主管機關依第十七條第三項、第三十三條或第三十八條規定所為之調查者，處新臺幣三萬元以上三十萬元以下罰鍰，並得連續處罰。

第五十八條 企業經營者違反主管機關依第三十六條或第三十八條規定所為之命令者，處新臺幣六萬元以上一百五十萬元以下罰鍰，並得連續處罰。

第五十九條 企業經營者有第三十七條規定之情形者，主管機關除依該條及第三十六條之規定處置外，並得對其處新臺幣十五萬元以上一百五十萬元以下罰鍰。

第六十條 企業經營者違反本法規定情節重大，報經中央主管機關或消費者保護委員會核准者，得命停止營業或勒令歇業。

第六十一條 依本法應予處罰者，其他法律有較重處罰之規定時，從其規定；涉及刑事責任者，並應即移送偵查。

第六十二條 本法所定之罰鍰，由主管機關處罰，經限期繳納後，屆期仍未繳納者，依法移送強制執行。

第七章 附則

第六十三條 本法施行細則，由行政院定之。

第六十四條 本法自公布日施行。

二、消費者保護法施行細則

消費者保護法施行細則

中華民國八十三年十一月二日行政院台八十三
內字第四〇七三一號令發布
中華民國九十二年七月八日行政院臺聞字第〇
九二〇〇三一八三六號令修正發布

第一章 總則

第一條 本細則依消費者保護法（以下簡稱本法）第六十三條規定訂定之。

第二條 本法第二條第二款所稱營業，不以營利為目的者為限。

第三條 （刪除）

第二章 消費者權益

第一節 健康與安全保障

第四條 本法第七條所稱商品，指交易客體之不動產或動產，包括最終產品、半成品、原料或零組件。

第五條 本法第七條第一項所定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，應就下列情事認定之：

- 一、商品或服務之標示說明。
- 二、商品或服務可期待之合理使用或接受。
- 三、商品或服務流通進入市場或提供之時期。

第六條 （刪除）

第七條 （刪除）

第八條 本法第八條第二項所稱改裝，指變更、減少或增加商品原設計、生產或製造之內容或包裝。

第二節 定型化契約

第九條 (刪除)

第十條 (刪除)

第十一條 (刪除)

第十二條 定型化契約條款因字體、印刷或其他情事，致難以注意其存在或辨識者，該條款不構成契約之內容。但消費者得主張該條款仍構成契約之內容。

第十三條 定型化契約條款是否違反誠信原則，對消費者顯失公平，應斟酌契約之性質、締約目的、全部條款內容、交易習慣及其他情事判斷之。

第十四條 定型化契約條款，有下列情事之一者，為違反平等互惠原則：

- 一、當事人間之給付與對待給付顯不相當者。
- 二、消費者應負擔非其所能控制之危險者。
- 三、消費者違約時，應負擔顯不相當之賠償責任者。
- 四、其他顯有不利於消費者之情形者。

第十五條 定型化契約記載經中央主管機關公告應記載之事項者，仍有本法關於定型化契約規定之適用。

中央主管機關公告應記載之事項，未經記載於定型化契約者，仍構成契約之內容。

第三節 特種買賣

第十六條 企業經營者應於訂立郵購或訪問買賣契約時，告知消費者本法第十八條所定事項及第十九條第一項之解除權，並取得消費者聲明已受告知之證明文件。

第十七條 消費者因檢查之必要或因不可歸責於自己之事由，

致其收受之商品有毀損、滅失或變更者，本法第十九條第一項規定之解除權不消滅。

第十八條 消費者於收受商品或接受服務前，亦得依本法第十九條第一項規定，以書面通知企業經營者解除買賣契約。

第十九條 消費者退回商品或以書面通知解除契約者，其商品之交運或書面通知之發出，應於本法第十九條第一項所定之七日內為之。

本法第十九條之一規定之服務交易，準用前項之規定。

第二十條 消費者依本法第十九條第一項規定以書面通知解除契約者，除當事人另有特約外，企業經營者應於通知到達後一個月內，至消費者之住所或營業所取回商品。

第二十一條 企業經營者應依契約當事人之人數，將本法第二十一條第一項之契約書作成一式數份，由當事人各持一份。有保證人者，並應交付一份於保證人。

第二十二條 本法第二十一條第二項第二款所稱各期價款，指含利息之各期價款。

分期付款買賣契約書所載利率，應載明其計算方法及依此計算方法而得之利息數額。

分期付款買賣之附加費用應明確記載，且不得併入各期價款計算利息；其經企業經營者同意延期清償或分期給付者，亦同。

第四節 消費資訊之規範

第二十三條 本法第二十二條及第二十三條所稱廣告，指利用電視、廣播、影片、幻燈片、報紙、雜誌、傳單、海報、招牌、牌坊、電腦、電話傳真、電子視訊、電子語音或其他方法，可使不特定多數人知悉其宣傳內容之傳播。

第二十四條 主管機關認為企業經營者之廣告內容誇大不實，足以引人錯誤，有影響消費者權益之虞時，得通知企業經營者提出資料，證明該廣告之真實性。

第二十五條 本法第二十四條規定之標示，應標示於適當位置，使消費者在交易前及使用時均得閱讀標示之內容。

第二十六條 企業經營者未依本法第二十五條規定出具書面保證書者，仍應就其保證之品質負責。

第三章 消費者保護團體

第二十七條 主管機關每年應將依法設立登記之消費者保護團體名稱、負責人姓名、社員人數或登記財產總額、消費者保護專門人員姓名、會址、聯絡電話等資料彙報行政院消費者保護委員會公告之。

第二十八條 消費者保護團體依本法第二十九條規定從事商品或服務檢驗所採之樣品，於檢驗紀錄完成後，應至少保存三個月。但依其性質不能保存三個月者，不在此限。

第二十九條 政府於消費者保護團體依本法第三十一條規定請求協助時，非有正當理由不得拒絕。

第四章 行政監督

第三十條 本法第三十三條第二項所稱出示有關證件，指出示有關執行職務之證明文件；其未出示者，被調查者得拒絕之。

第三十一條 主管機關依本法第三十三條第二項第五款抽樣商品時，其抽樣數量以足供檢驗之用者為限。

主管機關依本法第三十三條、第三十八條規定，公開調查經過及結果前，應先就調查經過及結果讓企業經營者有說明或

申訴之機會。

第三十二條 主管機關依本法第三十六條或第三十八條規定對於企業經營者所為處分，應以書面為之。

第三十三條 依本法第三十六條所為限期改善、回收或銷燬，除其他法令有特別規定外，其期間應由主管機關依個案性質決定之；但最長不得超過六十日。

第三十四條 企業經營者經主管機關依本法第三十六條規定命其就商品或服務限期改善、回收或銷燬者，應將處理過程及結果函報主管機關備查。

第五章 消費爭議之處理

第三十五條 （刪除）

第三十六條 本法第四十三條第二項規定十五日之期間，以企業經營者接獲申訴之日起算。

第三十七條 本法第四十九條第一項所稱消費者保護專門人員，指該團體專任或兼任之有給職或無給職人員中，具有下列資格或經歷之一者：

- 一、曾任法官、檢察官或消費者保護官者。
- 二、律師、醫師、建築師、會計師或其他執有全國專門職業執業證照之專業人士，且曾在消費者保護團體服務一年以上者。
- 三、曾在消費者保護團體擔任保護消費者工作三年以上者。

第三十八條 （刪除）

第三十九條 本法第五十條第五項所稱訴訟及支付予律師之必要費用，包括民事訴訟費用、消費者保護團體及律師為進行訴訟所支出之必要費用，及其他依法令應繳納之費用。

第四十條 本法第五十三條第一項所稱企業經營者重大違反本

消費者保護法判決函釋彙編(十三)

法有關保護消費者規定之行為，指企業經營者違反本法有關保護消費者規定之行為，確有損害消費者生命、身體、健康或財產，或確有損害之虞者。

第六章 罰則

第四十一條 依本法第五十六條所為通知改正，其期間應由主管機關依個案性質決定之；但最長不得超過六十日。

第七章 附則

第四十二條 本法對本法施行前已流通進入市場之商品或已提供之服務不適用之。

第四十三條 本細則自發布日施行。

三、司法判決案號及行政函 釋發文字號索引表

(一) 司法判決部分

1. 民事判決

法 院	年 度 案 號	相 關 條 文	頁 數
最高法院	100台上933	消保法2	2
最高法院	100台上104	消保法7	53
最高法院	100台上196	消保法11-1	162
臺灣高等法院	100金上21	消保法2	11
臺灣高等法院	100消上易8	消保法7	58
臺灣高等法院	99醫上6	消保法7	67
臺灣高等法院	100消上7	消保法7	88
臺灣高等法院	99保險上25	消保法11	152
臺灣高等法院	99上易618	消保法11-1	169
臺灣高等法院	99上1004	消保法19	216
臺灣高等法院	99消上易2	消保法22	226
臺灣高等法院	99重上667	消保法22	238
臺灣高等法院	99重上683	消保法51	329
臺灣高等法院	100上更1	消保法51	353
臺灣高等法院	100上7	消保法51	381

消費者保護法判決函釋彙編(十三)

2.行政判決

法 院	年 度 案 號	相 關 條 文	頁 數
最高行政法院	100判1572	消保法5	27
最高行政法院	100判1791	消保法 15	180
最高行政法院	100判1966	消保法 17	192
最高行政法院	100判1791	消保法 17	204
最高行政法院	100判236	消保法 22	250
最高行政法院	100判1872	消保法 36	263
臺北高等行政法院	100訴1375	消保法 36	281
臺北高等行政法院	100訴1069	消保法 43	318

(二) 行政函釋部分

1. 行政院消費者保護委員會

發文日期	字	號	相關條文	頁數
100. 3. 3	消保法	1000001711	消保法2	402
100. 5. 3	消保法	1000003516	消保法2	403
100. 4. 11	消保法	1000002845	消保法7	406
100. 8. 24	消保法	1000007967	消保法19	412
100. 4. 29	消保法	10000036972	消保法19	413
100. 5. 17	消保法	1000004336	消保法19	414
100. 1. 11	消保法	1000000394	消保法22	416

2. 其他機關

機關	發文日期	字	號	相關條文	頁數
行政院	100. 6. 13	消保督	1000005209	消保法6	405
經濟部	100. 5. 27	經商	10000580790	消保法2	404
經濟部	100. 12. 16	經商	10000691780	消保法17	410
經濟部	100. 12. 6	經商	10000693250	消保法25	419
公平會	100. 3. 28	公參	1000004225	消保法22	417
內政部	100. 5. 13	內授中辦地	1000043891	消保法15	408

國家圖書館出版品預行編目(CIP)資料

消費者保護法判決函釋彙編. 十三/行政院消費者保護處主編. -- 初版. -- 臺北市：行政院，民101.09
面；公分
ISBN 978-986-03-3400-5(精裝)

1. 消費者保護法規 2. 判例彙編

548.39023

101016126

消費者保護法判決函釋彙編(十三)

出 版 者：行政院
主 編：行政院消費者保護處
本院網址：<http://www.ey.gov.tw>
地 址：臺北市中正區忠孝東路 1 段 1 號
電 話：(02)28863222
本書同時登載於本院網站出版品專區
網 址：<http://www.cpc.ey.gov.tw>
出版日期：中華民國101年9月
版 次：初版
定 價：280元
台北展售處：國家書店松江門市
網 址：<http://www.govbooks.com.tw>
地 址：台北市松江路209號1樓
電 話：(02)25180207
台中展售處：五南文化廣場
網 址：<http://www.wunan.com.tw>
址 址：臺中市中山路6號
電 話：(04)22260330

GPN：1010101665

ISBN：978-986-03-3400-5

依著作權法第 9 條規定，法律、命令不受著作權法保護，任何人本得自由利用，歡迎各界廣為利用。