臺灣高等法院臺中分院民事判決

107年度上易字第562號

上　訴　人　升聚不動產經紀有限公司
法定代理人　黎政彥
訴訟代理人　巫家豪
　　張嘉麟律師
被上訴人　簡貴品
訴訟代理人　江宜嶺
　　趙彥榕律師

上列當事人間給付報酬事件，上訴人對於中華民國107年9月26日臺灣臺中地方法院 106年度訴字第3394號第一審判決提起上訴，本院於108年4月10日言詞辯論終結，茲判決如下：

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：

按不變更訴訟標的，而補充或更正事實上或法律上之陳述者，非為訴之變更或追加，民事訴訟法第 256條定有明文。上訴人在原審主張依契約及委任居間之法律關係為請求（見原審判決爭點㈦），並引用民法第 528條、第547條、第565條、第568條第1項等規定（見原審卷第81頁書狀），與其主張之事實未符，經本院闡明結果，上訴人請求權基礎確認為兩造簽立之專任委託銷售契約書第5條第1項、第8條第3項第3款及民法第568條第1項（見本院卷第47頁反面、下列爭點㈠㈡），核此屬不變更訴訟標的而更正法律上之陳述，揆諸首揭規定，非為訴之變更或追加。

乙、實體方面：

壹、上訴人主張：

被上訴人於民國（下同）106年9月17日委託上訴人居間銷售坐落臺中市○○區○○段○○○

系爭房地），委託買賣價額為新臺幣（下同）1560萬元，嗣訴外人○○○於 106年10月11日表示願以1460萬元購買，並簽立不動產買賣意願書，惟被上訴人表示價額過低，經上訴人居間，○○○於106年10月18日再次簽立第2份不動產買賣意願書，表示願意出價1560萬元購買系爭房地，並支付現金5萬元予上訴人作為斡旋金之用，復約定應於106年10月31日24時前至上訴人營業處簽立不動產買賣契約書。詎上訴人通知被上訴人上開事項後，被上訴人女兒竟於 106年10月19日向上訴人表示想更改出賣金額為1700萬元，且拒絕與○○○簽立買賣契約書，更於 106年10月19日以存證信函變更價額為1700萬元。惟依兩造簽立之專任委託銷售契約書（下稱系爭委託契約）第6條約定，被上訴人同意上訴人作為系爭房地買賣契約之代理人，可代為收受買方支付之定金外，更授權上訴人於買方出價達委託價額且承購條件與系爭委託契約相當或更有利於被上訴人時，上訴人無須再行通知被上訴人即可全權代理收受定金，是被上訴人與○○○間就系爭房地之買賣契約已成立。上訴人居間仲介被上訴人出售系爭房地，並依約尋求出價達委託價格之買方，買方○○○並支付定金由上訴人收受，被上訴人無正當理由，拒絕簽立不動產買賣契約書，足見○○○與被上訴人無法於 106年10月31日24時前簽立不動產買賣契約書，係因可歸責於被上訴人之事由所致，可認上訴人居間仲介義務履行完畢。爰依系爭委託契約第5條第1項、第8條第3項第3款及民法第568條第1項，請求法院擇一判決被上訴人應給付上訴人居間報酬62萬4000元（計算式：1560萬元x 0.04＝62萬4000元）。

貳、被上訴人則以：

被上訴人於106年9月17日經朋友介紹由上訴人居間出售系爭房地，委託出售價額為1750萬元，同日簽立委託事項變更契約書變更價額為1560萬元。雖上訴人 於106年10月19日22時47分，傳LINE訊息向被上訴人表示○○○於同年月18日簽訂1560萬元之不動產買賣意願書，惟被上訴人於同年月18日22

時51分已向上訴人公司承辦人○○○表示變更價額為1700萬元，經○○○於同年月19日09時51分表示同意改約，被上訴人復於同日17時04分再次表達價額變更為1700萬元，更於同日以存證信函通知上訴人，可知兩造合意變更底價為1700萬元，係早於○○○所提1560萬元，系爭房地買賣價金未達成合意。且○○○交付上訴人之5萬元為斡旋金，非定金，未經被上訴人同意，無法轉為定金性質，被上訴人復未在意願書右下角「賣方同意依本意願書上之條件出售，並確認已收訖買方支付之訂金無誤」欄位簽章，顯見○○○與被上訴人間尚未成立買賣契約。又系爭委託契約屬消費者保護法（下稱消保法）第2條第7款之定型化契約條款，上訴人與○○○間有關斡旋金約定，除不能拘束被上訴人外，亦違反消保法第11條、第12條規定而無效，且系爭委託契約第8條第3項第2、3款，排除民法568條第1項規定，與居間契約之立法意旨矛盾，系爭委託契約第6條第2項約定，使被上訴人無議約權利，上訴人亦無盡善良管理人義務為磋商之必要，均有違消保法第12條第2項第3款規定，應推定其顯失公平，屬違反誠信原則之定型化契約條款而無效，是上訴人請求給付報酬為無理由。縱上訴人可請求報酬，本件按委託銷售價格4%計算之違約金尚屬過高，請法院核減之等語，資為抗辯。

叁、原審為上訴人敗訴之判決，上訴人不服，提起上訴，並聲明：（一）原判決廢棄。（二）被上訴人應給付上訴人62萬4000元及自起訴狀繕本送達之翌日起至清償日止，按年息百分之5計算之利息。（三）第一、二審訴訟費用由被上訴人負擔。被上訴人則答辯聲明：（一）上訴駁回。（二）第二審訴訟費用由上訴人負擔。

肆、不爭執事項及本件爭點（見本院卷第124至126頁、 170頁反面）：

一、兩造不爭執事項：

（一）被上訴人（即賣方）委託上訴人仲介銷售被上訴人所有坐落臺中市○○區○○段○○○○○○○○○○○○○○○○○○○○○

其上門牌號碼為臺中市○○區○○路○段00巷00號之房屋（即系爭房地），雙方於106年9月17日簽訂專任委託銷售契約書（即系爭委託契約）、委託事項變更契約書（下稱系爭變更契約，內容詳見原審卷第6至9頁）。系爭委託契約約定被上訴人委託上訴人銷售系爭房地之開價為1750萬元，委託期間為106年9月17日起至107年9月16日止，系爭變更契約就買賣價金（或承買總價款）約定變更為1560萬元，委託期間不變。

（二）上訴人與買方○○○於 106年10月11日13時簽訂第一份不動產買賣意願書（下稱第一份意願書，見原審卷第50頁），承買總價款為1460萬元，斡旋期間自該意願書簽立起至106 年10月25日止。嗣上訴人與○○○再簽訂第二份不動產買賣意願書（下稱第二份意願書，見原審卷第10頁），承買總價款為1560萬元，斡旋期間自第二份意願書簽立起至 106年10月31日止，第二份意願書之外觀上簽立日期為106年10月18日。

（三）第一份及第二份意願書右下方「賣方簽章」欄位內載有：「賣方同意依本意願書上之條件出售，並確認已收訖買方支付之定金無誤」等語，被上訴人均未在該「賣方簽章」欄位上簽章。

（四）上訴人公司之承辦人員○○○與被上訴人女兒間曾於 106年10月18日13時10分、13時29分、13時49分，互通3通電話（見原審卷第105頁），並於同年10月19日17時5分由被上訴人女兒傳送簡訊給○○○（見原審卷第111頁）。

（五）系爭委託契約為典型之附合契約，被上訴人為消費者一方，制式契約條款內約定同意上訴人為買賣雙方之代理人（見原審卷第6頁系爭委託契約第6條第1項約定）。

（六）上訴人於106年10月11日簽訂第一份意願書收受○○○5萬元斡旋金（見原審卷第50頁第一份意願書第二條「斡旋金之支付」欄）。於簽訂第二份意願書時將5萬元斡旋金轉為第二份意願書之斡旋金（見原審卷第10頁第二份意願書

第二條「斡旋金之支付」欄，下稱系爭斡旋金）。

二、本件爭點：

（一）上訴人依系爭委託契約第5條第1項、民法第568條第1項（均以被上訴人與○○○間買賣契約成立為前提），請求被上訴人給付服務報酬62萬4000元部分：

1.上訴人主張○○○於 106年10月11日第一份意願書交付上訴人之系爭斡旋金：①【就是定金】、②【依第二份意願書第3條第1項約定，斡旋金自動轉為定金】、③【○○○於 106年10月18日口頭向○○○表示同意將斡旋金轉為定金】，有無理由？

2.如上開爭點㈠1.為有理由，則被上訴人主張該約定違反消保法第11條、第12條規定而無效，有無理由？

3.如系爭斡旋金為定金，且非無效約定，則上訴人主張被上訴人與○○○，於 106年10月18日○○○為買受之要約，由上訴人代理被上訴人為出賣之承諾，○○○與被上訴人就買賣標的「系爭房地」及價金「1560萬元」意思表示合致，故買賣契約成立，有無理由？

4.如上開爭點㈠3.，上訴人主張有理由，則上訴人依系爭委託契約第5條第1項、民法第568條第1項，請求被上訴人給付服務報酬62萬4000元，有無理由？

（二）上訴人依系爭委託契約第8條第3項第3款約定，請求被上訴人給付服務報酬62萬4000元部分：

1.如系爭斡旋金為定金，且非無效約定，則被上訴人主張系爭委託契約第8條第3項第3款違反消保法第12條第1項、第11條第2項規定而無效，有無理由？

2.如上開爭點㈡1.，被上訴人主張無理由，則上訴人依系爭委託契約第8條第3項第3款約定，請求被上訴人給付服務報酬62萬4000元，有無理由？

（三）如上訴人請求報酬62萬4000元有理由時，則被上訴人主張依民法第572條、第252條請求酌減，有無理由？

（四）兩造不再提出其他爭點。

伍、本院判斷：

一、系爭房地買賣契約未成立，上訴人依系爭委託契約第5條第1項、民法第568條第1項請求服務報酬，為無理由：

（一）上訴人依系爭委託契約第5條第1項、民法第568條第1項，請求被上訴人給付服務報酬，係以被上訴人與○○○間買賣契約成立為前提（見爭點㈠說明），此復為上開約定及法律規定之當然解釋。而被上訴人與○○○間尚未就系爭房地簽立買賣契約書，為兩造所不爭執，上訴人乃主張○○○交付伊之系爭斡旋金為定金，故被上訴人與○○○間推定成立買賣契約云云。按訂約當事人之一方，由他方受有定金時，推定其契約成立，固為民法第 248條所明定，惟定金係法律上特定名詞，且須交付契約當事人，始生定金效力。上訴人主張○○○於 106年10月11日第一份意願書交付上訴人之系爭斡旋金就是定金云云。核第一份意願書第2條明確記載○○○支付予上訴人之5萬元為「斡旋金」，不能曲解為「定金」，此由第一份意願書第3條第1項、第4條均約定有斡旋金轉為定金之程序及要件（見原審卷第50頁），亦可知「斡旋金」非「定金」，相當明確。又上訴人主張依第二份意願書第3條第1項約定，斡旋金自動轉為定金云云。依第二份意願書第3條第1項約定：自簽立本意願書至 106年10月31日止為斡旋有效期間，於此期間內若賣方接受買方之承買價款及本意願書之條款時，買方同意買賣契約即已成立生效，若賣方有同意授權受託人可代為收受買方支付之定金時，受託人得全權代理買方將斡旋金視同定金交予賣方，此據即自動視為定金收據，…」等語，可知「斡旋金自動轉為定金」，必須符合「賣方接受買方之承買價款及本意願書之條款」且「賣方有同意授權受託人可代為收受買方支付之定金」之要件，始足當之。然第一份及第二份意願書右下方「賣方簽章」欄位「賣方同意依本意願書上之條件出售，並確認已收訖買方支付之定金無誤」等語處，均未經被上訴人簽章（見不爭

執事項㈢），足見被上訴人既未接受上開買賣價款及條款，亦未授權上訴人收受定金，復無實際收到定金之事，系爭斡旋金即無可能自動轉為定金。況上訴人與○○○簽立之第二份意願書，無從拘束被上訴人，本屬當然，若上訴人身兼被上訴人與○○○之代理人，一手收斡旋金，另手轉定金，則屬雙方代理之禁止行為，更無可採。又上訴人主張○○○於 106年10月18日口頭向○○○表示同意將斡旋金轉為定金云云，證人即上訴人公司承辦人○○○於原審具結證述內容並無此陳述（見原審卷第125頁反面至128頁），上訴人復未提出其他證據以資參佐，要無可信。是上訴人上開主張均無足採。

（二）又本件買賣除標的尚可確定外，其餘買賣條件均未協商，價金更有爭議，本難認被上訴人與○○○間，就買賣契約各必要之點已意思表示一致。尤其價金部分，被上訴人於106年9月17日同日，既簽訂系爭委託契約表示出賣價格為1750萬元，又簽訂系爭變更契約表示出賣價格為1560萬元（見不爭執事項㈠），此種同時出價相互矛盾情節，自難排除買賣價金實有議價空間。且○○○於 106年10月18日13時43分，傳送line予被上訴人女兒所附○○○第一份意願書係出價1460萬元（斡旋截止日 106年10月「18日」塗改為「25日」），同日22時32分○○○再次傳送line訊息表達已經約好明天（19日）早上10點；被上訴人女兒隨於同日22時51分，回覆10點沒空，請○○○下午來家裡商談改約事情，在改約前不會同意會見買方；○○○於翌日即106年10月19日9時42分詢問「我下午幾點到您家呢？」；被上訴人女兒於同日09時49分回覆「麻煩你下午兩（點）半過來改約內容」；○○○於同日09時51分回稱「好的，謝謝您」；同日17時04分，被上訴人女兒傳達價款變更為1700萬元；○○○始於同日22時47分傳送○○○第二份意願書，並表示將訴諸法律程序等語（見原審卷第53至56頁line訊息照片），參諸證人○○○於原審證稱：19日下午

到被上訴人女兒家時，未提出○○○第二份意願書予被上訴人女兒等語（見原審卷第128頁正面）。足見106年10月19日22時47分前，對被上訴人而言，並無所謂第二份意願書出價1560萬元之事，此前被上訴人授權其女表達要改變約定內容，○○○答以「好的」，顯無拒絕之意，益徵本件買賣價款仍在協商當中，並無合致。況兩造所訂系爭委託契約前後條款諸多矛盾，並有違反消保法規定情事（詳下述），在解釋上亦無從認1560萬元為最後確認之買賣價款。是被上訴人與○○○間就系爭房地確實尚未成立買賣契約。

（三）又消保法第11條規定：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12條規定：定型化契約中之條款違反誠信原則，對消費者顯失公平者，無效。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。而系爭委託契約為典型之附合契約，被上訴人為消費者一方（見不爭執事項㈤），經檢視兩造簽立之系爭委託契約及系爭變更契約、上訴人與○○○簽立之第一份及第二份意願書，其中關於雙方代理各種約定、銷售價格不精確（土地、建物、公設、車位無記載內容）、議價機制不明等，均對消費者即被上訴人顯失公平，本難認該等契約有效。況系爭委託契約第7條列有10項上訴人義務，其精要為上訴人須盡各項不動產專業作為，向被上訴人提出報告，協助被上訴人了解市場、精準出價、完善買賣，然依上訴人所提資料，僅見上訴人與被上訴人及○○○簽立幾份契約，通訊幾則line，即要求高達62萬4000元報酬，無其他專業作為，顯然悖離上開契約義務，益見縱使斡旋金可轉為定金，被上訴人主張該相關約定違反消保法第11條、第12條

規定而無效，亦有理由。

（四）綜上，上訴人向○○○收受系爭斡旋金，並非定金，縱為定金亦屬無效約定，即爭點㈠1.上訴人主張無理由，爭點㈠2.被上訴人主張有理由，有如前述。而爭點㈠3.4.，係以「系爭斡旋金為定金，且非無效約定」為前提，基上結論，爭點㈠3.即上訴人主張被上訴人與○○○，於 106年10月18日○○○為買受之要約，由上訴人代理被上訴人為出賣之承諾，○○○與被上訴人就買賣標的「系爭房地」及價金「1560萬元」意思表示合致，故買賣契約成立云云，自無理由。而實際上，被上訴人與○○○間亦未成立買賣契約，復如上述，益見上訴人此部分主張，同無足取。是爭點㈠4.即上訴人依系爭委託契約第5條第1項、民法第568條第1項，請求被上訴人給付服務報酬62萬4000元，為無理由。

二、上訴人收受系爭斡旋金非定金，其依系爭委託契約第8條第3項第3款約定請求服務報酬，為無理由：

系爭委託契約第８條第3項第3款約定：乙方（即上訴人）收受定金後，因可歸責於甲方（即被上訴人）之事由而不願或無法與乙方所介紹之客戶簽立不動產買賣契約書時，視為乙方已完成居間仲介之義務，甲方仍應支付原約定之服務報酬，並應立即全額一次支付予乙方。查上訴人向○○○收受系爭斡旋金，並非定金，縱為定金亦屬無效約定，均如前述，足見上訴人尚未收受定金，核與系爭委託契約第3條第3項第３款約定不符。則上訴人基此約定，請求被上訴人給付服務報酬62萬4000元，自無理由。又上訴人請求報酬62萬4000元既無理由，爭點㈡即被上訴人請求酌減報酬部分，即無審酌必要。

三、綜上所述，上訴人僅找到願出價之買家○○○，但○○○尚未支付定金，其與被上訴人間未就買賣價金意思表示合致，無從成立或推定成立買賣契約，上訴人未達成仲介成交，無完成居間服務，其依系爭委託契約及居間之法律關係，請求

被上訴人給付服務報酬62萬4000元本息，非屬正當，不應准許。從而，原審所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，應駁回其上訴。

四、本件事證已臻明確，兩造其餘之攻擊或防禦方法及所用之證據，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，附此敘明。

陸、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　　108　　年　　4　　月　　24　　日

民事第一庭　審判長法　官　陳賢慧

法　官　陳得利

法　官　黃綵君

以上正本係照原本作成。

不得上訴。

書記官　周巧屏

中　　華　　民　　國　　108　　年　　4　　月　　24　　日