臺灣高等法院民事判決

107年度上易字第672號

上　訴　人
即被上訴人　永慶房屋仲介股份有限公司
法定代理人　孫慶餘
訴訟代理人　黃玉茹
　　連根佑
上一人之
複代理人　邱瑞文
被上訴人
即上訴人　廖婉廷
訴訟代理人　陳明宗律師

上列當事人間請求給付服務報酬事件，兩造對於民國107年3月30日臺灣臺北地方法院106年度訴字第1104號第一審判決各自提起上訴，本院於108年1月16日言詞辯論終結，判決如下：

主　文

兩造上訴均駁回。

第二審訴訟費用由兩造各自負擔。

事實及理由

壹、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。查上訴人即被上訴人永慶房屋仲介股份有限公司（下稱上訴人）於原審係依定金收據第7條後段約定請求給付服務報酬（原審卷第136頁，本院卷第117頁），嗣於本院審理時，主張另依委託銷售契約第8條第3項第1款約定請求（本院卷第117頁），經核係補充法律上陳述，非為訴之變更或追加，亦經被上訴人即上訴人廖婉廷（下稱被上訴人）表示程序上同意（本院卷第117頁），於法並無不合。

貳、實體方面

一、上訴人主張：被上訴人於民國103年2月18日委託伊居間銷售其所有坐落新北市○○區○○路○○○號17樓之3之房地（下稱系爭房地），並簽立委託銷售契約（下稱系爭委託銷售

契約）。伊於104年3月19日居間促成被上訴人與訴外人鄒玉芳就系爭房地達成買賣合意，伊已完成居間義務，並由被上訴人之代理人陳歆於同日簽署定金收據（下稱系爭定金收據）及服務費確認單，約定給付伊服務報酬新臺幣（下同）105萬元。詎因被上訴人無故拒絕簽立不動產買賣契約書，經鄒玉芳催告未果而於104年6月16日解除契約。雖因可歸責於被上訴人之違約，伊無須處理後續過戶、點交等事宜，惟伊自受託居間銷售起至104年3月19日止，期間長達1年多，歷經兩次延長委託期間，付出諸多成本，與約定服務報酬相當，爰依系爭委託銷售契約第8條第3項第1款、系爭定金收據第7條後段約定請求被上訴人給付服務報酬105萬元本息等語。

二、被上訴人則以：上訴人以為取信買方為由，先請伊代理人陳歆在空白定金收據上簽名。伊未收受定金交付，鄒玉芳亦未於104年3月14日、20日存入款項至支票帳戶，無履約準備，所提支票自無兌付可能，故系爭定金收據尚未成立。系爭定金收據之定金性質為「立約定金」，無民法第248條規定之適用。又系爭定金收據第2條約定最遲於104年3月20日前簽約，令伊無法充分考慮出售條件或約定事項，且伊與鄒玉芳就付款方式、稅賦、點交、違約金等重要事項均未合意，應認僅成立買賣預約，不能認已成立買賣契約，故伊無庸給付服務報酬。上訴人明知被上訴人留存之通訊地址為「臺北市鎮○街」，鄒玉芳亦明知系爭房屋是空屋，卻將催告簽約之存證信函按系爭房屋地址送達，自不生送達之效力，故伊與鄒玉芳未能簽立買賣契約，非可歸責於伊。縱認買賣契約成立，系爭定金收據約定之服務報酬過高，請求酌減至原訂報酬1/4等語置辯。

三、原審判決：

（一）被上訴人應給付上訴人71萬元，及自105年11月14日日起至清償日止，按年息5％計算之利息。

（二）就上訴人勝訴部分，分別依聲請為准、免假執行之宣告。

（三）駁回上訴人其餘之訴及假執行之聲請。

上訴人不服，提起上訴，上訴聲明：

（一）原判決駁回上訴人後開之訴部分廢棄。

（二）前開廢棄部分，被上訴人應再給付上訴人34萬元，及自105年11月14日起至清償日止，按年息5％計算之利息。

被上訴人之答辯聲明：上訴駁回。

被上訴人不服，提起上訴，上訴聲明：

（一）原判決不利被上訴人部分廢棄。

（二）前開廢棄部分，上訴人在第一審之訴及假執行之聲請均駁回。

上訴人之答辯聲明：上訴駁回。

四、本件不爭執事項如下（本院卷第123、124頁，並由本院依案卷資料調整其內容）：

（一）兩造於103年2月18日就系爭房地簽訂系爭委託銷售契約書，被上訴人願以4628萬元出售系爭房地。

（二）兩造先後於103年8月16日、104年2月12日簽訂委託事項變更契約書，分別繼續委託至104年2月18日、104年8月18日止，被上訴人願降價以3777萬元出售系爭房地。

（三）被上訴人之母陳歆於104年3月19日代理被上訴人簽署系爭定金收據及服務費確認單。依系爭定金收據之記載，系爭房地之買受人為鄒玉芳，買賣價格為3550萬元，並以付款銀行為臺灣銀行之支票支付定金110萬元，伊同意定金暫存永慶房屋，待簽訂買賣契約書後存入履保專戶，暨同意給付上訴人服務報酬105萬元。

五、茲就兩造協議簡化之爭點（本院卷第124頁）及本院之判斷分述如下：

（一）系爭定金收據之性質

1.按定金，依其作用之不同，通常可分為證約定金、成約定金、違約定金、解約定金、立約定金，交付定金之作用如何，應依當事人之合意定之。又按在契約成立前交付定金，用以擔保契約之成立者，即通常所謂之「立約定金」，

交付立約定金者，除當事人另有約定，應依其約定外，如付定金之當事人拒不成立主契約，則受定金之當事人毋庸返還其定金，如受定金之當事人拒不成立主契約，即應加倍返還。此項定金，雖與一般為確保契約履行而交付之定金，係以主契約之存在為前提，兩者於本質上尚屬有間，是民法第248 條規定，於「立約定金」即無適用餘地，惟仍應類推適用民法第249 條之規定（最高法院90年度台上字第1405號裁定意旨參照）。

2.觀諸系爭定金收據第7 條：「若可歸責於買方之事由致無法簽訂契約時，定金由賣方沒收；若因可歸責於賣方之事由致無法簽訂買賣契約時，應加倍返還定金予買方，並另需支付服務報酬」之約定（原審卷第139 頁），堪認系爭定金收據所載之定金，係兩造為擔保系爭房地買賣契約之簽訂（即成立契約），而於契約成立前交付之定金，且如付定金之當事人拒不成立契約時，受定金當事人無庸返還其定金，反之，若受定金當事人拒不成立契約時，即應加倍返還定金，核其性質應屬立約定金，是民法第248 條：「訂約當事人之一方，由他方受有定金時，推定其契約成立」之規定，即無適用餘地，惟仍應類推適用民法第249 條之規定。而上訴人自承系爭收據第7 條約定之定金兼有確保契約成立之立約定金性質，並有於不履行時作為損害賠償數額之違約定金性質（本院卷第218 頁），核與被上訴人抗辯該定金之性質係屬立約定金一節（本院卷第120 頁）相互吻合，故本院認定系爭收據第7 條約定之定金性質係屬立約定金。

（二）系爭定金收據契約是否成立部分

1.上訴人主張兩造業已成立定金收據契約，為被上訴人否認，並辯稱上訴人係表示為取信買方，方由陳歆代理簽署空白定金收據等語（本院卷第197 頁）。然觀諸系爭定金收據下方，有上訴人以電腦打字增補「甲乙雙方確認，永慶房屋已提供『特種貨物及勞務稅條例』（俗稱：奢侈稅）

之相關資訊酌供參考，雙方確已知悉法規之權利義務，乙方同意於簽約後（收定視同簽約）依稅法規定自行負擔應納稅額並申報繳納。…」之約款，浮貼在系爭定金收據下方，並經陳歆於增補約款處簽名（原審卷第139 頁）。另依系爭委託銷售契約第5 條約定服務報酬為成交價額之4%（本院卷第177 頁），按前開約定買賣總價3550萬元計算，服務報酬應為142 萬元，惟陳歆代理簽署系爭定金收據之同時，尚與上訴人合意刪除按百分之「四」計算之約定，調降服務報酬為105 萬元（見定金收據第6 條），並簽立服務費確認單（原審卷第27頁），調降後金額約為買賣總價之2.95%【計算式：3550萬元÷ 105 萬元≒0.0295】，證人陳歆亦證稱確有簽署前開文件（原審卷第101 頁背面），衡情若非經合意，上訴人焉有自降服務報酬金額之可能，故本院認定陳歆簽署系爭定金收據當時，已有前開約定內容存在，被上訴人此部分抗辯，顯非可取。

2.被上訴人再抗辯未收到定金，鄒玉芳交付之定金支票未兌現，故定金收據契約尚未成立等語（本院卷第201 、203 頁）。然查：

⑴系爭定金收據第2 條已載明「本人確已收到永慶房屋仲介股份有限公司轉來鄒玉芳購買前述委託標的之定金新臺幣壹佰壹拾萬元整，本人同意定金暫存永慶房屋，待簽訂買賣契約書後存入履約專戶。買方係以支票付款銀行臺灣銀行，票據號碼AD00000000號、AD0000000 號，發票日104 年3 月14日、104 年3 月20日，本人同意收受前開票據作為定金」（原審第139 頁），與被上訴人辯稱未收到定金一節明顯出入而無可採。

⑵對照第2 條約定買方支付定金方式可選擇現金或支票（本票），復依證人鄒玉芳證述：伊之前已交付斡旋金10萬元，當晚是經上訴人通知前往永慶大樓去補100 萬元支票，伊晚上7 時抵達，上訴人說要找被上訴人或陳歆等語（原審卷第109 頁及背面），與證人陳歆證稱上訴

人有通知要跟買方簽約，當晚簽了很多文件等語（原審卷第102 頁），堪信陳歆係於104 年3 月19日晚間簽立系爭定金收據，而鄒玉芳所交付之2 紙定金支票，發票日期各為104 年3 月14日、20日，分別在系爭定金收據簽立日之前，或原約定104 年3 月20日簽立不動產賣契約書之當日，均屬即期支票，約當現金。復經被上訴人同意暫存上訴人，作為買賣價金之一部，於簽立不動產買賣契約書後存入履約專戶，嗣因被上訴人未出面簽署不動產買賣契約書（詳後述），致無法存入履約專戶，自無交付被上訴人提示付款之可能。因此，被上訴人以臺灣銀行函覆前開2 紙支票未兌現、回籠為由（詳原審卷第78、79頁），辯稱鄒玉芳無履約準備，其亦未兌現支票，故定金收據契約未成立，委無可採。

（三）被上訴人同意放棄契約審閱期間之約定，系爭定金收據是否因此無效部分

1.消費者保護法第11條之1 第1 項固規定企業經營者與消費者訂立定型化契約前，應有30日以內之合理期間，供消費者審閱全部條款內容，然同條第3 項亦規定中央主管機關得選擇特定行業，參酌定型化契約條款之重要性、涉及事項之多寡及複雜程度等事項，公告定型化契約之審閱期間。而內政部依前開規定於92年6 月26日公告之不動產委託銷售書範本規定契約審閱期間至少為3 日。該審閱期間規定之立法理由在於維護消費者知的權利，使其於訂立定型化契約前，有充分了解定型化契約條款之機會，如消費者已有詳細審閱契約之機會，該條之保護目的已達，故消費者於簽約審閱契約條款內容之期間，雖未達規定期間，倘企業經營者未有妨礙消費者事先審閱契約之行為，消費者有充分了解契約條款之機會，而於充分了解後同意與企業經營者成立契約關係，基於其他考量而選擇放棄審閱期間者，法律並無禁止消費者拋棄權利之限制，基於私法自治及契約自由之原則，尚非不可。

2.觀諸系爭定金收據上方所載「依內政部公告，委託人簽訂契約前有三天以上的契約審閱權，…委託人業已行使契約審閱權，並已充分了解本契約書及其附件之內容無誤」部分，未經被上訴人或其代理人陳歆簽名；惟於第10條特約條款有以手寫記載「賣方已了解本契約內容，同意放棄三日審閱權」等語，並經陳歆代理被上訴人簽名（原審卷第139頁），顯見前開手寫部分，乃將兩造當場商議後以手寫加註。依證人陳歆證稱：簽立定金收據當晚，伊在仁愛路簽約中心等很久，簽立文件，上訴人之人員說買方還在隔壁相談，要伊等一下等語（原審卷第101頁背面、第102頁），證人鄒玉芳亦證稱：伊當晚七點到，待了好幾個小時，上訴人人員說要拿文件給陳歆或被上訴人簽，伊等了好久，後來伊才把票交給上訴人等語（原審卷第109頁），相互吻合，可證被上訴人之代理人陳歆並非倉促之下簽立系爭定金收據，而係與上訴人人員磋商許久後，始同意簽立，堪信前開手寫同意放棄審閱期間之約定前，被上訴人應有充分了解契約條款之機會，而同意與上訴人成立系爭定金收據契約，並基於其他考量選擇放棄審閱期。且由被上訴人未出面簽立不動產買賣契約書後，迄至本院言詞辯論期日前，被上訴人從未爭執同意放棄契約審閱期間一事，堪認被上訴人雖未於簽立系爭定金收據前，依內政部公告之不動產委託銷售契約書範本規定，給與被上訴人至少3日之審閱期間，惟如前所述，該瑕疵業經補正，被上訴人事後執此抗辯系爭定金收據無效云云（本院卷第230頁），要無可取。

（四）本件是否因可歸責於被上訴人未出面簽立不動產買賣契約書部分

上訴人主張業已通知買賣雙方於104年3月20日在永慶房屋仁愛簽約中心簽訂不動產買賣契約書，被上訴人未出面簽約等語，核與系爭定金收據第3條：「…，並於民國104年3月20日前至永慶房屋仁愛簽約中心店，簽訂不動產

買賣契約書。…」之約定相符，並有鄒玉芳寄發之存證信函可稽（原審卷第29頁）。參以上訴人主張係於104年3月19日約雙方在仁愛簽約中心分別洽談等語（原審卷第133頁），核與證人陳歆證稱：那天上訴人通知有人要買房子，所以伊到仁愛路那邊去，伊在那邊等很久等語（原審卷第101頁背面），可徵陳歆簽立系爭定金收據之地點即仁愛簽約中心，由系爭定金收據第3條之記載，上訴人於簽立系爭定金收據時，既已通知雙方翌日即104年3月20日簽約，被上訴人所辯從未收到簽約通知一節（本院卷第231頁），顯屬無稽，故上訴人主張本件係可歸責於被上訴人未出面簽立不動產買賣契約書，應屬可信。

（五）上訴人可否請求被上訴人給付服務報酬部分

1.依系爭定金收據第7條後段約定：若可歸責於賣方之事由致無法簽訂買賣契約時，另須支付服務報酬（原審卷第139頁）。換言之，不論上訴人與鄒玉芳是否與就系爭房地成立買賣本約，本件係可歸責於被上訴人未出面簽立不動產買賣契約書，已見前述，被上訴人依約仍應給付服務報酬。

2.上訴人固不爭執系爭委託銷售契約第14條約定之書面通知被上訴人之地址為第21條下方所載之通訊地址即臺北市鎮○街（本院卷第118、179頁），惟鄒玉芳因被上訴人未依約出面簽立書面契約後，陸續按系爭房屋地址寄發存證信函，催告被上訴人出面履行簽立書面契約之義務，有存證信函之收件人地址可明（原審卷28、31、33頁），並未依前開通訊地址進行催告之情，然此情不影響本院認定本件係因可歸責於被上訴人之事由，未依約於104年3月20日簽立不動產買賣契約書。

3.被上訴人抗辯：不動產買賣契約書尚未簽立，上訴人減少協助處理簽立買賣契約、商議付款方法、辦理過戶、各期付款手續及點交等事項，約定服務報酬過高，請求酌減等語（本院卷第207、209頁）。經查：

⑴按約定之報酬，較居間人所任勞務之價值，為數過鉅失其公平者，法院得因報酬給付義務人之請求酌減之。民法第572 條前段定有明文。

⑵查上訴人就伊自103 年2 月18日受託銷售後，依系爭委託銷售契約第7 條約定履行義務一事，業已提出不動產說明書首頁、103 年2 月18日標的物現況說明書、成交行情表、第三人陳馨華、郭峻銘簽署之要約書、不動產買賣意願書及買方給付服務費承諾書為證（原審卷第145 、146 頁，本院卷第157 至161 、181 、183 頁），其餘則以時間軸列表說明（本院卷第147 至152 頁），茲因帶看客戶、電話回報銷售狀況等，不易逐一紀錄具體量化，惟由受託銷售期間，被上訴人變更委託價額達4 次（原審卷第140 、141 、143 、144 頁），上訴人曾陸續覓得客戶陳馨華、郭峻銘、鄒玉芳出價斡旋以觀，上訴人應有依約履行義務，衡情當有相關成本勞費支出。

⑶另審酌上訴人不爭執系爭委託銷售係屬一般委託銷售（本院卷第171 頁），原約定服務報酬係按成交總價4 %計算，業經兩造合意變更調降為105 萬元，已見前述，另因被上訴人未出面簽立不動產買賣契約書，上訴人因而省卻本需處理系爭房地相關之不動產買賣契約簽訂、過戶、點交等事宜所需負擔之人事、勞務費用，再考量被上訴人未依約出面簽約後，上訴人不爭執相關催告程序均由鄒玉芳自行處理，且未告知鄒玉芳有關被上訴人之通訊地址（本院卷第121 、172 頁），致鄒玉芳催告地址均非被上訴人之通訊地址，此部分處理受託事務尚有不妥等情，因此，本院認約定服務報酬105 萬元尚屬過高，有失公平，爰依民法第572 條規定酌減至2 %計算即71萬元【計算式：3,550 萬元x 2%＝71萬元】，方屬合理。

六、綜上所述，上訴人依系爭定金收據第7 條後段約定，請求被

上訴人給付服務報酬71萬元，及自105 年11月14日（即105 年11月7 日存證信函送達被上訴人5 日後之翌日，見司促卷第9 至11頁存證信函，原審卷第38頁掛號函件執據）起至清償日止，按年息5 %計算之利息，為有理由，逾前開範圍之請求，則屬無據。原審就前開不應准許及應准許之部分，分別為上訴人及被上訴人敗訴之諭知，核無不合。兩造就其敗訴部分分別上訴，各自指摘原判決不利己之部分不當，求予廢棄改判，為無理由，兩造之上訴均應駁回。

七、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。

八、據上論結，本件兩造之上訴均無理由 ，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　　1　　月　　30　　日

民事第二十四庭

審判長法　官　陳麗芬

法　官　周祖民

法　官　黃欣怡

正本係照原本作成。

不得上訴。

中　　華　　民　　國　　108　　年　　1　　月　　30　　日

書記官　劉育妃